



اصفہان
اسان

سالنامہ

خبرنامہ

کانون وکلاد اداstr

نمبر ۸۶

اصفہان

۱۴

با آثاری از:

دکتر محمد مہدی الشریف، زہرا بغلاتی، دکتر بہروز تقی خانی،

دکتر شمس الدین محمد سید طباطبائی، یوسف شفیع زادہ،

محسن طاہری، سپیدہ طباطبائی، محسن قائم فرد،

ابوالقاسم کشاورز، بہمن کشاورز و علی نوریان

فهرست مطالب

یادداشت

دکتر بهروز تقی‌خانی؛

۲ پیشنهاد به اتحادیه سراسری کانون‌های وکلای دادگستری

تجدو بررسی

بهمن کشاورز؛

۴ آتش تهیه یا خواب نما شدن بعد از مفت سال!

یوسف شفیق زاده؛

۱۲ وظایف و اختیارات کانون وکلاء

دکتر محمد مهدی الشریف؛

۱۴ آثار اتلاف و تلف مورد اجاره از منظر قانون مدنی و تئوری موازنه

محسن قائم فرد؛

۲۳ درحاشیه مقاله مشکل اهل حقوق با گزاره‌های حقوقی مطلق نما

محسن طاهری؛

۲۶ حرفه وکالت و نهاد صنفی آن: یک پوریا و هزاران رویا

ابوالقاسم کشاورز؛

۳۱ تجسس در حسن سابقه قضات بازنشسته

مقالات

علی نوریان؛

۳۳ دستور موقت در دعای غیرمالی خانوادگی

زهرا بغلاتی؛

۳۸ خسارت تأخیر تأدیه

سپیده طباطبائی؛

۴۳ حقوق دفاعی متهم

دکتر شمس‌الدین محمد سید طباطبائی؛

۴۸ طرحی نو در اندازیم، نگاهی دیگرگونه به ماهیت سرقتی و روابط موجر و...

اتحادیه سراسری کانون های وکلای دادگستری

دکتر بهروز بقی خانی
وکیل دادگستری

راهی به سوی عاقبت خیر می رود
راهی به سوء عاقبت، اکنون سُختری
(سعدی)

«حمایت از حقوق فردی و جمعی و کلا»، یکی از اهداف اتحادیه ی سراسری کانون های وکلا است.»
بر این مبنای پرسیم:
- آیا اتحادیه برای «حقوق فردی و جمعی و کلا»، تعریفی به دست داده تا معلوم بشود وکلا از چه حقوقی برخوردارند؟
- آیا هیچ وقت در مجمع عمومی یا در شورای اجرائی اتحادیه، راه های عملی و قابل اجرایی دسترسی به هدف یا اهداف اتحادیه مورد بحث قرار گرفته؟
- آیا ناچاراً، اتحادیه به فکر ابزار و لوازم «حمایت از حقوق فردی و جمعی و کلا» افتاده و برای تدارک شان چاره ای اندیشیده؟
انکار نمی کنم. صرف تشکیل اتحادیه و ادامه ی حیات اش، کاری است کارستان و مبارک. اما ... اتحادیه، با آن همه زحمت و مرارت و صرف وقت و فلان و بیسار، تشکیل شده که چه بشود؟ از «حقوق فردی و جمعی و کلا» حمایت نکند. خوب. پرسش اصلی همین است: اتحادیه ای که با سخنی بسیار و با هدف «حمایت از حقوق فردی و جمعی و کلا» تشکیل شده، چه تعریفی از حقوق فردی و جمعی و کلا دارد؟ و چطور می خواهد از این حقوق حمایت بکند؟
ممکن است بگویید: پاسخ دادن به این سؤال ها چه نتیجه ای دارد؟ نتیجه اش این است که اتحادیه را از حالت انفعالی خارج می کند، به رشد فکری و اجتماعی و کلامی و رساندن سطح آگاهی شان را بالا می برد، زمینه را برای فعالیت های صنفی شان فراهم می آورد، علاقه شان را به کار جمعی افزایش می دهد، روند گسترش و تعمیق دموکراسی را سرعت می بخشد، و غیره و غیره.
خوب، کار صنفی، همین است دیگر. آن هایی هم که سیاسی می اندیشند ولی «سیاست زده» نیستند، نمی گویند: اتحادیه شعار بی حاصل بدعهد و از ادبیات سیاسی عهد بوق استفاده ی نا به جا بکند، می گویند: برای رسیدن به دموکراسی، نهادهای اجتماعی - از جمله نهادهای صنفی - تقویت بشوند.
یکی از راه های تقویت هم، ایجاد حس مشترک در اعضاء اتحادیه، و جذب شان به اظهارنظر و فعالیت در امور صنفی است. حالا، یا از طریق «تحلیل اهداف اتحادیه»، یا از هر راه دیگری که متصور باشد و در شرایط فعلی مناسب. غرض این است که اتحادیه کاری بکند و خودش را از فشار عصبی و روانی ناشی از حالت انفعال، برهاند. اگر این اتفاق بیافتد، اتحادیه می تواند در حمایت از حقوق فردی و جمعی و کلا و نیز، در تثبیت جایگاه و منزلت حرفه ی وکالت، از رأی و نظر همه ی وکلا بهره بگیرد و راه درست و منطقی وصول به اهداف اش را کشف کند و الاً به قول شیخ ابوسعید ابی الخیر: باطلی بر گردن اش نهد که نه در دنیا بیساید و نه در آخرت. *

سالنامه شعبه حقوقی

■ آتش تهیه یا خواب نما شدن بعد از هفت سال!

■ وظایف و اختیارات کانون و کلام

■ آثار اتلاف و تلف مورد اجاره از منظر قانون مدنی و تنوری موازنه

■ درحاشیه مقالة مشکل اهل حقوق با گزاره های حقوقی مطلق نما

■ حرفة و کالت و نهاد صنفی آن: یک بویا و هزاران رویا

■ تجسس در حسن سابقه قضات بازنشسته

آتش تهیه یا خواب نماشدن بعد از هفت سال!

بهمن کشاورز
وکیل دادگستری

در شماره ی ۱۳ خبرنامه ی کانون وکلای دادگستری استان اصفهان مقاله ای به قلم آقای دکتر محمدرضا مستوفی رودسری و کیل و مشاور حقوقی قوه ی قضاییه چاپ شده و در آن مطالب قابل بحث و تأملی آمده بود. از آن جا که در سال های اخیر هرچه از جانب تشکیلات ماده ی ۱۸۷ یا وابستگان محترم آن، در باب وکالت و وکیل و حق دفاع و استقلال کانون و ... مطرح شده، همواره متضمن معانی مضمر و در راستای القاء یا اثبات مفاهیم خاص با اهداف معین بوده است، توضیح در باب این نوشته را لازم دانستم به ویژه این که در این روزها مطالبی در باره ی ادغام دو سازمان موازی و نحوه ی این ادغام و مالاً استقلال کانون وکلا مطرح است که بی تحرکی و انفعال در مورد حرکتی را که ممکن است «آتش تهیه» باشد، ایجاب نمی کند.

آن چه در این مقاله آمده مطالبی تکراری است که از فرط تکرار حداقل برای بنده ملال آور شده است و قطعاً برای وکلای دادگستری و حقوق دانان و به طریق اولی برای خوانندگان عادی- که به این مباحث علاقه ی حرفه ای ندارند- نیز همین حالت را دارد. مایه ی خوشحالی است که خوانندگان این مطلب حرفه ای ها هستند. پیش از هر چیز این پرسش به ذهن می آید که چرا پس از گذشتن هفت سال از تصویب ماده ی ۱۸۷ و دو سال از انقضای مهلت اجرای آن (و تبعاً بی اعتباریش) این مطالب مطرح شده است؟ و خاصیت عنوان شدن این موارد در خصوص قانونی که قابل اجرا نیست- هرچند اجرا می شود- چیست؟

آن چه بنده را علی رغم آن چه عرض شد به پاسخگویی وادار می کنند یکی نام برده شدن در این مقاله است و دیگر این که شاید نگارش این مقاله «آتش تهیه»ای باشد برای حرکات بعدی. هرچند که مطمئناً کانون های وکلای سراسر کشور هوشیارند و نمایندگان مردم در استان ها نیز در خصوص «حق دفاع» موکلینشان به شدت حساس شده اند و مردم عادی نیز اینک نسبت به «حق دفاع» خویش و چگونگی حفظ و استیفای آن و مشخصات کسانی که باید عهده دار این کار شوند علاقه مند و نگرانند و لاجرم خطر مخدوش شدن «حق دفاع» مردم با خدشه به استقلال کانون های وکلا بسیار کاهش یافته است. بدیهی است کانون های وکلا- چنان چه لازم و صلاح بدانند- به نوبه خود، در قبال این گونه مطالب عکس العمل لازم را نشان خواهند داد.

ماحصل مقدمه ی مقاله که با اشاره به اعلام «برننایدن تحدید اختیارات و استقلال کانون» - لاید در سخنرانی بنده در جشن استقلال هفتم اسفند ۸۵ - آغاز شده، این است که اعضای کانون با تمسک به متون قانونی و اشاره به لزوم برگزاری محاکمه ی عادلانه و حقوق دفاعی متهم و حتی اعلامیه ی جهانی حقوق بشر و غیره سرانجام به وجوب استفاده ی متهم از وکیل وابسته به نهاد مستقل می رسند. نویسنده چنین نتیجه گرفته اند که اگر در تنظیم لوایح دفاعیه نیز وضعیت استدلال و احتجاج چنین باشد ایشان به حال خود و متهم بخت برگشته متأسف خواهند بود.

پیش از ورود در شقوق پنج گانه ی مقاله که با عبارت «معتقدیم در جشن ۵۵ سالگی تأسیس کانون به پنج دلیل اشتباه می کتبد» آغاز می شود، که مشخص نیست چه کسی یا کسانی در چه مورد یا مواردی اشتباه می کنند. درخصوص مقدمه ی پیش گفته می گوئیم: اولاً: وجود «حق دفاع» برای متهم با توجه به اصل ۳۵ قانون اساسی و سایر قوانین مربوطه مسلم و مفروضه است. آن چه محل بحث است این است که این حق دفاع متهم به وسیله ی چه وکلایی باید تأمین و اعمال شود. البته این مسأله هم که این «حق دفاع» از چه مرحله ای برای متهم وجود دارد و حدود آن چیست، محل مناقشه اما از بحث فعلی بیرون است. ثانیاً: بنده - به عنوان یکی از وکلای دادگستری و نه هیچ چیز دیگر - کماکان بر بایسته بودن برننایدن خدشه به استقلال کانون تأکید می ورزم و اگر به تکرار آن چه در جشن استقلال اخیر گفتم نیاز باشد همه ی آن چه را گفتم تکرار خواهم کرد. ثالثاً: نویسنده ی محترم از وکلا و حقوق دانان توقع تمسک به چه چیزی غیر از قوانین و مقررات را دارند؟ اما در مورد «اعلامیه ی جهانی حقوق بشر» و «غیره» که اعضای کانون «حتی» به آن هم تمسک می جویند، گفتنی است:

الف) ایران در تدوین اعلامیه ی جهانی حقوق بشر در سازمان ملل متحد در ۱۹۴۸ دخالت داشته و از اولین امضاء کنندگان آن است.

ب) آن «و غیره» میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی است که امیدوارم نویسنده ی محترم نام آن را شنیده باشند که در ۱۳۵۴ به تصویب نهایی پارلمان ایران رسیده و اعتبار قانون داخلی را دارد.

پ) در این «و غیره» اوصاف «دادرسی عادلانه» به عنوان یکی از حقوق انسان ها مطرح شده است و یکی از ارکان این «دادرسی عادلانه» امکان دسترسی به «وکیل مدافع» است. ت) مشخصات وکیل مدافعی که حضور او باعث تحقق «دادرسی عادلانه» می شود در یک «و غیره» دیگر که احتمالاً نویسنده ی محترم چیزی در باره ی آن شنیده اند آمده که همان «بیانیه ی ۱۹۹۰ هاوانا-کوبا»ی سازمان ملل است. این مهم ترین سند بین المللی درباره ی «حق دفاع» است و به موجب آن استقلال و وابستگی به یک تشکیلات صنفی مستقل، شرط لازم برای وکلی که حضور او در محاکمه، تأمین کننده ی دادرسی عادلانه است، شمرده شده است.

بی اطلاعی از مفاد اعلامیه ی جهانی حقوق بشر و اسناد مربوط به آن که ناچار به بی توجهی نسبت به مضمون و مفاد آن ها منتهی می شود، آن هم برای توجیه حرکات غیراصولی و رفتارهای غیرقانونی، «هنر» نیست. افتخار وکلای دادگستری این است که همه ی



قوانین و مقررات و عهدنامه‌ها و مقابله نامه‌ها را محترم می‌شمارند و در مقام استدلال به آن‌ها تمسک می‌کنند.

نتیجه این که گویا نویسندگان محترم باید در استنباط خود در مورد این که به حال چه کسی و از چه بابت باید متأسف باشیم تجدیدنظر فرمایند. اما در مورد شقوق پنج گانه ی مقاله می‌گوییم:

۱- این که «علت دحالت قوه ی قضایه در تأمین و تربیت وکیل غفلت پیشینیان در کانون و کلا نسبت به نیاز جامعه بوده است، توهمی بیش نیست زیرا: اولاً: پیش از تصویب قانون کیفیت اخذ پروانه ی وکالت در ۱۳۷۶، تعیین تعداد وکلای لازم برای هر محل به موجب ماده ی ۲۹ آیین نامه ی لایحه ی استقلال بر عهده ی کمیسیون مرکب از رؤسای کل دادگاه های استان مرکز و دادگاه های شهرستان تهران و دادگاه های بخش تهران و سه نماینده از طرف کانون بود. این ترکیب در تبصره ی ماده ی ۱ قانون کیفیت اخذ ... به ضرر کانون ها تغییر کرد و کمیسیون متشکل از رئیس کل دادگستری استان، رئیس شعبه ی اول دادگاه انقلاب و رئیس کانون وکلای مربوط عهده دار تعیین تعداد وکلای لازم شد. در کمیسیون اخیر اکثریت با نمایندگان قوه ی قضایه است و بنابراین حداقل از ۱۳۷۶ به بعد قوه ی قضایه می‌توانست- و می‌تواند- تعداد مورد نظر خود را تعیین و جذب این تعداد را به کانون های وکلا تحمیل کند.

ثانیاً: پیش از ۱۳۷۶ نیز به مدت ۱۸ سال کانون وکلا تحت نظر قوه ی قضایه و سرپرست آن منسوب این قوه بود. بنابراین در این مدت هم قوه ی قضایه می‌توانست تعداد وکلا را بدون هیچ مانعی معین کند.

ثالثاً: پیش از آغاز دوران فترت هجده ساله هم کمیسیون موضوع ماده ی ۲۹ آیین نامه هیچ مشکلی در تعیین تعداد نداشت و سوابق حتی از یک مورد عدم اتفاق آراء هم حکایت ندارد.

رابعاً: در مورد حق الوکاله هم تصویب تعرفه ی آن با وزیر دادگستری و رئیس قوه ی قضایه بوده و هست و وکلای دادگستری به اجرای این تعرفه (هر چند خصوصیات و اوصاف عجیبی همچون تعرفه ی اخیر داشته باشد) مکلفند و البته می‌توانند طبق قرارداد خود با موکل عمل و از اجرای تعرفه صرف نظر کنند.

خامساً: علت تام و سبب تدوین و تصویب ماده ی ۱۸۷- آن هم در برنامه ی پنج ساله دولت اصلاحات- را باید به طور مجزا و مستوفی در فرصتی دیگر بررسی کرد. اسامی و سوابق قابل استنادی وجود دارد که شاید روزی به افکار عمومی عرضه شود.

اما این گفته که مردم در نقاط دوردست به وکلای کانون دسترسی ندارند شعار و تعارف است. فرهنگ استفاده از وکیل حتی در شهرهای بزرگ ما هم شیاع چندانی ندارد تا چه رسد به نقاط دورافتاده. ولی اگر به فهرست مناطقی که کانون های وکلا به آن ها وکیل اختصاص داده اند مراجعه شود، نام هایی در آن یافت خواهد شد که چه بسا خیلی ها آن ها را نشنیده باشند.

۲- این بیان که چون قاضی وابسته ی قوه ی قضائیه است و مستقل، پس وکیل وابسته به قوه ی قضائیه هم غیرمستقل نیست، همان قیاس مع الفارق است که نویسنده ی محترم در صدر مقاله ی خود- والته در غیرما وضع له- به کار برده اند. قاضی- به هر حال و علی رغم وجود محکمه ی عالی انتظامی- در پناه اصل ۱۶۴ قانون اساسی و امنیت شغلی او تأمین است.

وکیل غیرمستقل و وابسته به قوه ی قضائیه چنین تأمین ندارد. وکیل عضو کانون وکلای را جز به حکم دادگاه انتظامی وکلای نمی توان از شغل وکالت معلق یا ممنوع کرد (ماده ی ۱۷ لایحه ی استقلال) به این ترتیب وکیلی که مجوز کارش را از قوه ی قضائیه دریافت می کند چگونه می تواند مثلاً از متهمینی که جرمشان صیغه ی سیاسی دارد و مخالف حکومت تلقی شده اند دفاع کند و مطمئن باشد در پایان سال پروانه اش بی گفتگو تمدید خواهد شد؟ برای اثبات جدی بودن این تفاوت مثال عینی مستند به مدرک مکتوب وجود دارد که فعلاً از ارائه ی آن درمی گذریم.

اما این که تعبیر «دلیل و مستحق هرگونه دشنام» را برای «وکیل قوه ی قضائیه» به کار برده اند فی الواقع «منتهای بی انصافی و اشتباه است».

بارها گفته و نوشته ایم که ما کوچک ترین مشکلی با جوانان فارغ التحصیلی که جذب تشکیلات ماده ی ۱۸۷ شده اند نداریم. روی لفظ «جوانان» تأکید می کنم زیرا یکی از توجیهاتی که برای تصویب ماده ی ۱۸۷ می شد ایجاد اشتغال برای جوانان فارغ التحصیل حقوق بود. البته باید بر «فارغ التحصیل حقوق» هم تأکید کنم. زیرا دادن مجوز تأسیس دفتر مشاوره ی حقوقی نه به «جوانان» منحصر شد و نه به «فارغ التحصیلان حقوق» محدود. به هر حال، این جوانان در حکم فرزندان من و بسیاری از آنان بدون توجه به اختلاف سنی در زمره ی دوستان بنده هستند. بسیاری از آن ها همکلاس و کلاسی جوان عضو کانون بوده اند و هم اکنون هم این ارتباط و حتی همکاری (به رغم ممنوعیت انتظامی این امر) با صمیمیت و بدون اشکال ادامه دارد.

بنابراین گمان نمی کنم این گونه عبارات و اظهارات برای ایجاد مقابله بین این بزرگواران و اعضای کانون وکلای راه به جایی ببرد و مؤثر باشد.

۳- در مورد گذشته ی کانون و این که جریان جذب وکیل و آزمون به دور از خطا و اشتباه بوده یا نه، سوالی که نویسنده ی محترم در واقع با جواب منفی مقدر مطرح فرموده اند، می گویم:

اولاً: نازمان آغاز دوران فترت، هیچ کس مدعی وجود کژی و کاستی در نحوه ی گزینش وکیل از جانب کانون وکلای نشده است. بسیاری از وکلای دادگستری در آن زمان مخالفان جدی رژیم سابق بودند و گاه به زندان می افتادند و یا مورد غضب ساواک قرار می گرفتند. اما هرگز ندیدم و نشنیدم که این امور در اشتغال ایشان به وکالت مانعی ایجاد کرده و کانون به تسلیم در قبال برخی فشارها و خواسته های مقامات در مورد این اشخاص تن در داده باشد. ثانیاً: مسؤلیت آن چه در دوران فترت اتفاق افتاده در تحلیل نهایی با قوه ی قضائیه است. معذک که به جرأت می توانم بگویم در جذب افراد- از زمانی که مجوز این امر به مدیریت



وقت آن دوران داده شد- چه پیش از برگزاری دو نوبت آزمون و چه در برگزاری آزمون ها، نهایت دقت و صحت عمل ملحوظ بود.

ثالثاً: در مورد آزمون هایی که پس از تصویب قانون کیفیت اخذ پروانه ی وکالت از سال ۱۳۷۶ به بعد برگزار شده، برصحت و سلامت و رعایت عدالت در آن ها تأکید می ورزم و برخلاف نظر نویسنده ی محترم بر این عقیده ام که «... جریان جذب و حفظ رکیل از «مربوع اعمال نفوذ و وابستگی و اشتباه و خطاهای بری بوده است. فراموش نکنیم این آزمون ها از آغاز تا انجام به وسیله ی سازمان سنجش برگزار شده است بنابراین احتمال خطا در آن ها حداکثر در حد آزمون های سراسری دانشگاه های دولتی - و نه غیردولتی- است.

۴- شق چهارم مقاله مشتمل بر چند مطلب است:

- این که کانون وکلا باید موضوع را قدری علمی تر بنگرد و درخصوص مورد بررسی تطبیقی کند.

- چرا از تشکل «قدسی» مآب کانون در حل معضلات اجتماعی استفاده نمی شود؟ و چرا «به بهانه ی عدم عضویت در کانون در به وجود آمدن مشکلات جدید اجتماعی دامن می زنیم؟»

- کانون باید مثل سایر سازمان های اجتماعی مثل نظام پزشکی و ... عمل کند و به غربال کردن فارغ التحصیلان نپردازد و آن ها را در استیلائی خود قرار ندهد.
- مگر قرار بود کانون ... شرف و حیثیت فارغ التحصیلان را زیر سؤال ببرد؟! (علامات تعجب از بنده است)

- کانون باید نواقص سیستم آموزشی را به مراجع ذیربط اعلام کند و به بهانه ی استقلال کانون مانع اشتغال فارغ التحصیلان حقوق نشود!! (ایضاً علامات تعجب از بنده است)
- نتیجه ی «تحدیده زندگی و آینده ی فارغ التحصیلان حقوق این است که برای استخلاص آن ها از «بوغ کانون» چاره ای جز دخالت قوه ی قضاییه و مجلس باقی نخواهد ماند و آن گاه فریاد «وا کانونا» و «وا استقلالاً» و «وا اسفاه سر می دهید... الخ» فی الواقع باید گفت مرحباً، زه زه، دست مریزاد. این که گفتم این مطلب می تواند «آتش تهیه» باشد به خاطر مطالبی از این گونه است:

اولاً: کانون وکلا در مورد «استقلال» مطالعه ی تطبیقی مفصلی با کمک اعضای کانون بین المللی وکلا (IBA) کرده و نتیجه این است که در بیش از نود و پنج درصد از کشورهای دنیا کانون های وکلا مستقل هستند، بنابراین کانون وکلا به «قضیه نه «قدری» بلکه «کامل» علمی نمی نگرد.

ثانیاً: حرفه ی وکالت، شغلی «مقدس» است زیرا پرداختن به آن، پس از طی تمام مراحل، مستلزم اتیان سوگند است. اما کانون وکلا در عین این که سازمانی است سالم و منظم و مرتب هرگز ادعای تقدس نداشته تا به صفت «قدسی مآب»، متصف شود.
از «معضلات اجتماعی» آن چه مرتبط به حق دفاع مردم است به کانون وکلا مربوط می شود که در حل آن از هیچ تلاشی خودداری نکرده است و نمی کند. معضل اجتماعی در

این خصوص وقتی ایجاد شده که سازمانی که وظیفه اش چیز دیگری است در مسأله ی «حق دفاع» دخالت کرده . این دخالت را علی رغم متفی شدن مجوز قانونی آن ادامه داده است. کانون وکلا کجا و چگونه به بهانه ی عدم عضویت در کانون در به وجود آمدن مشکلات جدید اجتماعی دامن ... زده است؟ (البته صرف نظر نامفهوم بودن این عبارت که ما را برای تجسم منظور نویسنده ی محترم به حدت و گمان وادار می کند).

ثالثاً: اگر منظور نویسنده ی محترم این است که کانون وکلا به کل فارغ التحصیلان دانشکده های حقوق کشور که عدد این دانشکده ها قطعاً از هفتاد و چند کمتر نیست و چه بسا خیلی بیشتر از این ها باشد، بدون آزمون و کارآموزی و اختبار پروانه ی وکالت بدهد، امید است توجه داشته باشند که این اقدام منع قانونی دارد. بنابراین می توانند این پیشنهاد را به سازمان هایی بدهند که ممکن است چندان مقید به اجرای قانون نباشند و اگر منظور از غربال کردن و استیلاء همان پذیرش از طریق برگزاری آزمون است، توصیه می شود ترتیب متفی شدن آزمون سراسری دانشگاه ها را هم بدهند تا خیال همه یکباره راحت شود!

رابعاً: کانون کجا و چگونه «شرف و حیثیت فارغ التحصیلان ...» را زیر سوال برده است؟. تمام تلاش کانون این بوده که آن گروه از این فارغ التحصیلان که تمایل به اشتغال به وکالت را دارند در حد همگان و همکارانشان در سراسر دنیا قرارگیرند و اعتبار و آبروی جهانی داشته باشند.

واقعاً غرض از به کارگیری این کلمات و تعبیرات عجیب و غریب و خالی از حقیقت و واقعیت چیست؟ آیا گمان می برند بین فارغ التحصیلان حقوق دودستگی ایجاد خواهد شد و گروهی در مقابل اعضای کانون صف آرایی خواهند کرد؟ تجربه نشان داده این بندار باطلی است. زیرا فارغ التحصیلان حقوق صرفه و صلاح خود را خوب تشخیص می دهند «حرف حساب» را از «ناحساب» باز می شناسند.

خامساً: کانون مسأله ی رفع نواقص آموزش حقوق را همواره مد نظر داشته و دارد و حتی برپایی یک دانشکده ی حقوق با گرایش اصلی وکالت را بررسی کرده است و پی گیری خواهد کرد.

اما این قضیه چه ربطی به «منع اشتغال فارغ التحصیلان حقوق» دارد؟ آیا کانون وظیفه ی ایجاد کار برای «تولید انبوه» دانشکده های بی شمار حقوق سراسر کشور را دارد؟ یا اگر مرجعی قانوناً و با رعایت ضوابط برای آن ها ایجاد کار کند، کانون قادر به منع است؟ سادساً: اما در مورد «یوغ» و دخالت «قوه ی قضاییه» و «دخالت مجلس» باید گفت:

الف) کار کانون و کانونیان «یوغ برداری» است نه «یوغ گذاری». وقتی می توان یک فارغ التحصیل حقوق راه که مباشر امر دفاع هم شده است، زیر یوغ تصور کرد که مجوز و پروانه ی کارش با تصمیم فردی اشخاص به سادگی قابل ابطال باشد.

کانون در پی آن است که فارغ التحصیلان مباشر امر دفاع در این موضع غیرقابل قبول قرارنگیرند و کرامت انسانیشان خدشه دار نشود.

ب) دخالت قوه ی قضاییه در مقوله ی «حق دفاع» تا پایان مهلت اجرای برنامه ی سوم توسعه، قابل قبول و قابل توجیه بود و پس از آن نیست. این قولی است که بسیاری از نمایندگان محترم مجلس و تعداد زیادی از وابستگان قوه ی قضاییه برآوردند.



ب) مجلس محترم شورای اسلامی بر همه ی امور حق نظارت و از باب تقنین در همه ی امور حق دخالت دارد و اینک کمیسیون محترم قضایی و اکثریت قریب به اتفاق نمایندگان محترم مجلس جزئیات قضیه را می دانند بنابراین هرگونه اقدام از ناحیه ی ایشان مورد استقبال خواهد بود.

ت) اگر فریادی هست و ابراز تأسفی، در وهله ی اول، برای «حق دفاع» مردم است و در مرحله ی ثانی به خاطر احتمال تهی شدن یک حرفه از اوصاف و مشخصاتی است که جزء ذاتی آن محسوب می شود و به تبع آن تأسف برای نظام قضایی است که چنین حرفه ای - بدون انطباق با استانداردهای جهانی- در بطن آن رشد می کند. اگر رشد این پدیده چنان باشد که جایگزین مورد موجود منطبق بر استانداردهای علمی و جهانی شود آن گاه جای «اوایل» گفتن است نه «واسف».

۵- از صدر بند ۵ مقاله حفاً چیزی نفهمیدم. بنده هرگز ادعای استادی و پدیری و پدرخواندگی نداشته و ندارم و هرگز عضو هیأت علمی هیچ دانشگاه و دانشکده ای هم نبوده ام. اما در عین حال همواره سعی کرده ام به وظایف خود در قبال کارآموزان و کسانی که در کلاس هایم حاضر می شوند عمل کنم و در عین حال هیچ کس و هیچ گروهی را بیهوده از خود نرنجانم و الفاظ گزنده و توهین آمیز بر زبان نرانم.

ظاهراً تمام فریاد و فغان نویسنده ی محترم در بند ۵ مقاله راجع به تعبیر «وابستگان ماده ی ۱۸۷» در نطق جشن استقلال با این سوال انتقادی است که چرا به جای آن «وکلاهی ماده ی ۱۸۷» به کار برده نشده است. به دنبال این مقدمه مطالبی آمده بود- که خواه به مقدمه ی مذکور مربوط باشد و خواه نباشد- ناچار باید پاسخ گفته شود:

اولاً: نویسنده ی محترم که «مشاور قوه ی قضاییه» هستند، علی القاعده باید «اهل اصطلاح» باشند با این فرض می گوئیم:

در ماده ی ۱۸۷ قانون گذار به قوه ی قضاییه اجازه داده تا «نسبت به تأیید صلاحیت فارغ التحصیلان رشته ی حقوق جهت صدور مجوز تأسیس مؤسسات مشاوره ی حقوقی... اقدام نماید» در دنباله ی مطلب حضور «مشاوران مذکور» در محاکم دادگستری برای انجام «امور و کالت متقاضیان» مجاز شمرده شده است.

از طرف دیگر در صدر ماده ی ۱ لایحه ی قانونی استقلال کانون وکلا از «کانون وکلای دادگستری» نام برده شده و در ذیل آن کلمه ی «وکیل دادگستری» آمده است. بنابراین «وکیل دادگستری» یک اصطلاح حقوقی است که فردی را با ویژگی های خاص قانونی توصیف می کند. این اصطلاح در قانون کیفیت اخذ پروانه ی وکالت مصوب ۱۳۷۶ نیز تکرار شده است.

به این ترتیب آنان که از تشکیلات ماده ی ۱۸۷ در مدت اعتبار این ماده مجوز تأسیس دفتر مشاوره ی حقوقی گرفته اند «مشاور حقوقی» هستند که حق وکالت در دادگاه ها را دارند همچنان که نمایندگان قضایی وزارتخانه ها و کارشناسان دفاتر حمایت و خدمات حقوقی و قضایی بسیجیان و نمایندگان حقوقی موضوع قانون استفاده ی بعضی دستگاه ها از نماینده ی حقوقی چنین حقی را دارند، بدون این که وکلای وزارت خانه ها یا دفتر حمایت بسیجیان و ... نامیده شوند. همچنان که وکلای دادگستری عضو کانون های وکلا را هم



نمی توان «مشاور حقوقی موضوع ماده ی ۱۸۷» نامید و اگر یکی از وکلای دادگستری چنین کند عملش می تواند «جعل عنوان» تلقی شود.
 بنابراین تعبیر «وابستگان ماده ی ۱۸۷» متضمن هیچ مفهوم منفی یا موهنی نیست مگر این که کسی به اصطلاح «به خود شک داشته باشد»!
 ثانیاً: باز هم متذکر می شود؛ سعی در ایجاد تقابل بین «مشاورین حقوقی ماده ی ۱۸۷» و «اعضای کانون وکلا» با به کار بردن عباراتی نظیر:
 «... چگونگی انتظار دارید که وکلای دو گروه در صحن دادگاه ها و راه روهای دادگستری حتی در حضور موکل گریبان هم را نگیرند...»
 بی فایده است. این ها با هم همکلاسی و رفیق بوده و هستند و با این حرف ها تحریک نمی شوند. اعضای کانون در پی آنند که رفایشان را هرچه زودتر به «کانون مستقل وکلا» ملحق کنند و مشاورین ماده ی ۱۸۷ هم با اشتیاق در انتظار این الحاق هستند.
 اگر بحث و عدم توافقی در باب استقلال و عدم استقلال وجود دارد بین طیف و قشر خاصی از قوه ی قضاییه و کانون های وکلا است نه بین کانون وکلا و اتحاد مشاوران ماده ی ۱۸۷.

ثالثاً: بنده هم بر این اعتقادم که باید از همکاری و خواهر بزرگواریم سرکار خانم غیرت- که نام گذاری روز هفتم اسفند به عنوان «روز وکیل مدافع» یکی از آموزه ها و ابتکارات ایشان در دوره ی ۲۲ هیأت مدیره بود- بسیار بیاموزم و انشا... خواهم آموخت.
 رابعاً: با تأکید بر این که وکلا و کانون وکلا- همچنان که گفته شد- هیچ تعارضی با مشاورین حقوقی ماده ی ۱۸۷، حتی آن ها که پس از پایان مهلت اجرای قانون، با اقدام غیرقانونی مجریان ماده ی مذکور، جذب شده اند ندارند اضافه می کنم دقیقاً به لحاظ همان «شیخوخیت» و «مقام ارشادی» است که کانون وکلا و اعضای آن در پی ایجاد موجبات پیوستن مشاورین ماده ی ۱۸۷ به کانون های مستقل وکلا هستند و اقداماتشان هرگز جنبه ی «کم لطفی» و «پرخاش» نداشته و نخواهد داشت.
 خامساً: این که نویسنده ی محترم به کانونیان مژده داده اند که هیچ نگران استقلال خویش نباشند» موجب سپاسگزاری است. اما این سوال مطرح است که ایشان این مطلب را به نمایندگی از چه کس یا شخصی می فرمایند؟ دکترین بدیع «جدایی استقلال وکیل از استقلال کانون» گمان نمی رود ساخته ی ذهن ایشان باشد تا در جهت خلاف آن بذل و بخشش کنند!

ناچار این تصور ایجاد می شود که در جوار «آتش تهیه»، «دود استتار» هم رها شده است!!
 سادساً: اما سخن آخر این که قلمی شدن این مقاله از جانب آقای «مشاور قوه ی قضاییه» و نه مثلاً از سوی دروابط عمومی مرکز مشاورین قوه ی قضاییه، درحالی که پنج سال از زمان اجرای ماده ی ۱۸۷ و بیش از دو سال از پایان مهلت اجرای آن گذشته فی حد نفسه مایه ی خوشحالی است، زیرا مطرح شدن هر مسأله ای می تواند نقطه ی آغاز حل آن باشد. اما محتوا و مضمون این نوشته- به ویژه آن جا که رایحه ی تحریک به تقابل از آن به مشام می رسد- درخور تأمل است. و الله اعلم *



وظایف و اختیارات کانون وکلا

یوسف شفیق زاده

وکیل دادگستری و کارشناس ارشد حقوق خصوصی

«وظایف» و «اختیارات» کانون‌های وکلاء دادگستری در ایران و به تبع آن اتحادیه‌ی سراسری کانون‌های وکلا، از جمله مباحثی است که کمتر به آن پرداخته شده و به نظرمی رسد که از مقاله آقای دادخواه که در شماره‌ی ۱۳ خبرنامه کانون اصفهان چاپ شده و به این بحث دامن زده است، باید استقبال کرد.

صرف نظر از مقررات قانونی موجود، ما اعضای کانون‌ها تاکنون کمتر به این موضوع اندیشیده‌ایم که از کانون وکلا چه انتظاری داریم؟

اگر برای یک وکیل در جامعه، وظایف و اختیاراتی چون حضور در احزاب و دسته‌جات سیاسی قانونی و عضویت در NGO و مصاحبه و نوشتن مقاله در رد یا تأیید فلان موضوع سیاسی و حتی اقتصادی را قائل باشیم که هستیم، آیا کانون وکلا و اتحادیه نیز، چنان وظایف و اختیاراتی دارند؟

آن چه مسلم می‌نماید این است که اتحادیه‌ی سراسری کانون‌های وکلاء (که بنا بر رعایت اختصار در این جا از آن با عنوان اتحادیه نام می‌بریم)، وظیفه و اختیاری بیش از کانون وکلا ندارد، چرا که این اتحادیه متشکل از کانون‌های وکلاست نه وکلای دادگستری. پس نمی‌توانیم همان رسالت و اختیارات یک وکیل دادگستری را، به اتحادیه نیز تسری دهیم.

حال اگر به جواز حضور و ورود کانون‌ها و به تبع آن اتحادیه در مسائل ریز و درشت غیرصنعتی معتقد باشیم، اولین پرسش اساسی این است که اختیار این دخالت را چه کسی به کانون وکلا داده است؟

آیا اتحادیه این اختیار را دارد که در قطعنامه‌های همایش‌هایش، هر موضوع خاص غیرصنعتی، - اعم از داخلی یا خارجی - را تأیید یا محکوم کند؟

تنها وجه اشتراک صنفی من با آن همکار نادیده و ناشناخته اراکی که عضوی از کانون منطقه اصفهان است و آن کاندیدای هیأت مدیره که قرار است به او رأی دهیم، همان «وکیل دادگستری» بودن مان است. در جلسات تبلیغات انتخاباتی و معرفی کاندیداهای هیأت مدیره، آیا از این همکاران سؤال می‌کنیم که شما طرفدار کدام جناح سیاسی هستید؟ نظرتان راجع به اشغالگران خانه و کاشانه‌ی مردم فلان کشور چیست؟ در انتخابات ریاست جمهوری یا مجلس به چه کسی رأی می‌دهید؟ درباره نیروهای ناتو و هجوم به افغانستان چه نظری دارید؟ چه اقدامی درباره صلح خاورمیانه انجام خواهید داد؟ با سهمیه بندی مثلاً بترین یا تیر آهن موافقت یا مخالف؟ ... یا فقط به توانایی‌های آنان در پیشبرد معضلات صنفی می‌پردازیم و بس؟!؟



پرسش مهم دیگر این است که ملاک موضع گیری در این گونه مباحث به عنوان موافق یا مخالف یا چه مرجعی است؟ مجمع عمومی وکلای یک کانون؟ اکثریت اعضای اصلی هیأت مدیره؟ رئیس هیأت مدیره؟ شورای اجرائی اتحادیه؟ مجمع عمومی و با رئیس اتحادیه؟ مضافاً بر این که هیأت مدیره های عضو اتحادیه، از کجا مطمئن بودند و هستند که تمام یا اکثریت وکلای رأی دهنده به ایشان، عیناً همین نظر یا عقیده ی سیاسی را دارند که آنان در قطعنامه های خود بدان اشاره کرده یا می کنند؟!

واقعیت این است که ما به همکاران خود رأی ندادیم تا در مقام هیأت مدیره کانون های مان و به تبع آن در اتحادیه، مثلاً گروه های متخاصم در کشور لبنان یا کوزوو یا شاخ آفریقا را به همدلی بخوانند ما آنان را انتخاب کردیم تا گوشه چشمی هم به حال و روز آن وکیل یا کارآموز شهرستان های دورافتاده مثلاً در خوزستان داشته باشند که شأن و شرفش، شأن و شرف ماست. وکیلی که به هردلیلی بازداشت می شود، از کانونش و از اتحادیه متوقع است که به جای پرداختن به برخی مسائل جانبی که میچ ربطی هم به مسائل صنفی وکالت ندارد، (بدون در نظر گرفتن مواضع و علایق سیاسی) او را مورد حمایت قرار دهد. هیأت مدیره های کانون های وکلاء انتخاب می شوند تا مدافع منافع همه اعضا، حتی مخالفان فکری و سیاسی شان باشند. آقای دادخواه و همفکران شان حق دارند از کانون ها و یا حتی اتحادیه، انتظار داشته باشند که فرصت هایی در اختیارشان قرار دهند تا با وکلاء و کارآموزان، آراء سیاسی، عقاید اجتماعی و تجارب حرفه ای شان را در میان بگذارند. جلسات پرسش و پاسخ برگزار کنند، بحث و مناظره کنند و ... که در این صورت باید از مخالفین آن عقاید و آراء نیز دعوت شود؛ تا وکلاء و کارآموزان قادر باشند به درک و فهم عمیق تر و منطبق با واقعیت نائل گردند. این جزئی از وظایف کانون هاست که از بنده ماده ۶ لایحه قانونی استقلال نیز قابل استنباط است. ولی همین کانون های وکلاء و همان اتحادیه، نمی توانند از سوی وکلاء و کارآموزانشان مواضع سیاسی، اجتماعی یا اقتصادی آقای دادخواه را تأیید یا تکذیب کنند! چون این عمل، نه جزئی از وظایف شان محسوب می شود و نه اختیار چنین کاری به آنان داده شده است.

مخلص کلام این که فقط به امروز نگاه نکنیم: اگر امروز هیأت مدیره های کانون ها و اتحادیه را ملزم و مکلف به حضور و ورود در مسائل غیرصنفی کردیم، شاید فردا اشخاصی به ریاست کانون ها و رأس اتحادیه برآیند که در خصوص مباحث غیرصنفی، نظری ۱۸۰ درجه برخلاف عقیده ی ما داشته باشند! آیا آن وقت می توانیم بگردیم تا زمانی این جهت گیری کانون ها و مواد قطعنامه های اتحادیه درست بود که موافق باور ما و چون ما بود و از آن پس فاقد اعتبار و مشروعیت است؟! در آن صورت دیگر چگونه می توان جلوی دسته بندی سیاسی اعضای کانون ها در انتخابات داخلی و اختلاف نظر میان هیأت مدیره ها و جدال و مناقشه در جلسات عمومی اتحادیه را گرفت؟!!

مطمئن باشید در آن زمان، همه ی تلاش زعمای قوم وکالت، برای دور نگاه داشتن کانون وکلای دادگستری از ورود به عرصه منازعات سیاسی و جناحی به باد فنا رفته است. بر همین اساس است که می توان مفهوم «استقلال کانون» را موسع تر تصور کرد و پذیرفت که منظور از این استقلال، فقط استقلال از حاکمیت یا قوه ی قضاییه یا مجریه نیست. استقلال و فراغت از هرگونه موضع گیری و تفکر سیاسی، علایق جناحی و تشکیلات حزبی است و این میسر نمی شود مگر به واسطه ی پرداختن کانون ها و به تبع آن ها اتحادیه، به مسائل و معضلات صنفی و و منت خدای را عزوجل که هر دم از این باغ بری می رسد!! *



آثار ائتلاف و تلف مورد اجاره از منظر قانون مدنی و تئوری موازنه

به بهانه پاسخ به نقد و حاشیه بر مقاله «واکاوی دورای در باب حق کسب و پیشه و تجارت

دکتر محمدمهدی الشریف - وکیل دادگستری

در شماره ی یازدهم خبرنامه مقاله ای تحت عنوان «واکاوی دورای در باب حق کسب و پیشه و تجارت» از اینجانب به چاپ رسید و در آن اظهار امیدواری شده بود که این مقاله زمینه ی تأمل اصحاب اندیشه را فراهم سازد. خوشبختانه آن امید به واقع پیوست و دو تن از همکاران محترم در باب موضوع مقاله به نقد و حاشیه پرداختند. نگارنده در آن مکتوب به تفصیل و در قالب نقد و بررسی دو رأی به تحلیل مسأله وضعیت حق کسب و پیشه و تجارت مستأجر در فرض ائتلاف عین مستأجره پرداخت و دیدگاه خود و اشکالات دیدگاه های دیگر را بیان نمود و به گمان خود جایی برای اطلاع ی مجدد و تصدیق بیشتر نمی دید. اما اکنون به دلایل متعدد بر آن شدم که مجدداً باب بحث را بگشایم و به گونه ای که لغو و تکرار لازم نیاید عریضی را تقدیم دارم. یکی از آن دلایل این بود که در یکی از نقدها که توسط همکار گرامی آقای فولادی نژاد نگاشته شده بود تلخیصی از استدلال های بنده صورت گرفته بود که با محتوای مقاله و مراد نگارنده انطباق نداشت و ضرورت تلخیص مجددی از آن مقاله ی نسبتاً طولانی را ایجاب می کرد. البته نگارنده گناه این سوء تفاهات را متوجه قلم خود می داند که نتوانسته مقصود خود را به روشنی تقریر کند. هرچند ساختار مقاله که بر مبنای نقد دو رأی شکل گرفته بود نیز در عدم امکان تدوین منطقی استدلال ها بی تأثیر نبوده است.

دلیل دیگری که نگارنده را بر آن داشت که به تسوید اوراق پردازد پرداختن یکی از نقدها به مسأله یگانگی حکم تلف و ائتلاف از منظر قانون مدنی و استناد به آثار استاد دکتر جعفری لنگرودی برای اثبات این مدعا بود. هرچند بحث وحدت یا تغایر حکم ائتلاف و تلف مورد اجاره از حیث بقاء یا انحلال اجاره همان گونه که خواهیم گفت ربط چندانی به موضوع مقاله ی اصلی ندارد اما نگارنده به چند دلیل علاقمند به بحث درباره ی آن است. یکی از آن دلایل تعلق این مسأله به حوزه ی حقوق مدنی است که حوزه ی مورد علاقه ی نگارنده است و گمان می کند تحلیل و تشریح آن برای علاقمندان به مباحث مدنی نیز خالی از فایده نباشد.

دلیل دیگر و شاید انگیزه ی اصلی، اشاره و استنادی است که ناقد محترم به مبانی و آرای استاد مسلم حقوق مدنی ایران آقای دکتر جعفری لنگرودی داشته است. صاحب این قلم برای این حقوق دان برجسته احترامی عمیق همراه با اعجاب قائل است و همواره از کثرت تنوع و وسعه ی اطلاعات و تألیفات وی در شگفت بوده و گمان می کند درنگ و تأمل بر آرای

ایشان خود نوعی تکریم و قدرشناسی از این حقوق دان نظریه پرداز و صاحب سبک به حساب می آید.

بدین ترتیب این مکتوب در واقع از سه بخش تشکیل می شود: بخش نخست تلخیص و تدوین مجدد استدلال های مقاله ی اصلی. بخش دوم، پاسخ به نقد منتقدان و بالأخره بخش پایانی این مقاله بررسی مسأله ی اتلاف و تلف مورد اجاره و تأثیر آن ها از حیث بقاء و انحلال عقد از دیدگاه قانون مدنی و تئوری موازنه است که بخش اخیر را می توان به نوعی مقاله ای مستقل به حساب آورد.

بخش اول - تلخیص استدلال های مقاله ی اصلی.

در مقاله ی اصلی موضوع وضعیت حق کسب و پیشه و تجارت را در فرضی که در اثر عمل ثالث، عین مستأجره ویران می شود مورد بحث و مذاقه قرار دادیم و ضمن بیان راه حل های ممکن و اشکالات وارده بر هر یک، نهایتاً راه حلی را که فی الجمله مصون از اشکال جدی باقی ماند، حکم به انحلال اجاره و مسؤولیت مدنی ثالث نسبت به جبران خسارت مستأجر در خصوص از دست دادن حق کسب و پیشه و تجارت دانستیم. برای حکم به مسؤولیت مدنی عامل ویرانی عین مستأجره (ثالث) مانند هر مسأله مسؤولیت مدنی باید مال یا حق مشروعی از میان رفته باشد. در باب عین مستأجره و نسبت به مالک عین، این شرط کاملاً روشن است اما در خصوص مستأجر چه نسبت به منافع آینده و چه نسبت به حق کسب و پیشه و تجارت تحقق این شرط مشکوک و مورد اختلاف است، کما این که در مقاله ی اصلی دیدیم دادگاه بدوی کاشان معتقد است علی رغم ویرانی مغازه، حق کسب و پیشه و تجارت مستأجر از بین نرفته که بخواهیم کسی را بابت آن محکوم کنیم و گویا همکار محترم آقای برهانی نیز در نقد خود همین مبنا را اختیار کرده اند. در مقابل دادگاه تجدیدنظر معتقد است در فرض اتلاف عین مستأجره، حق کسب و پیشه و تجارت هم ناپود شده و لذا رکن تحقق ضرر به عنوان یکی از ارکان مسؤولیت مدنی در خصوص این حق و به نفع مستأجر فراهم است و لذا حکم به محکومیت بانک به پرداخت قیمت حق کسب و پیشه به عنوان جبران خسارات ناشی از نابودی این حق داده است.

همان گونه که روشن است برای انتخاب یکی از این دو مبنا باید به این پرسش پاسخ داد که آیا در فرض تخریب عین مستأجره از سوی ثالث، حق کسب و پیشه و تجارت از بین می رود یا نه؟

اگر پاسخ مثبت باشد، طبعاً در صورت انتساب تلف به عامل انسانی - که در مثال ما نیز چنین است -، قواعد مسؤولیت مدنی حاکم خواهد بود. و در صورت پاسخ منفی، دیگر به جای سؤال از مسؤل جبران خسارت، باید به نحوه ی استفاده ی مستأجر از حق کسب و پیشه خود، در عین ویرانی واحد تجاری پرداخت.

به نظر می رسد مادام که ماهیت حق کسب و پیشه و تجارت روشن نشود، بحث ها و پاسخ ها سودی نخواهد بخشید. به گمان نویسنده، عنصر اساسی و مقوم ذاتی حق کسب و پیشه و تجارت «حق بقاء مستأجر در عین مستأجره حتی پس از انقضاء مدت» و به تعبیر دیگر عدم امکان تخلیه مستأجر پس از انقضاء مدت است. ما معتقدیم برخلاف آن چه مرسوم است، «حق بر مشتریان» و تعابیری از این دست، نمی توانند نشانگر ماهیت حق کسب و پیشه و



تجارت باشند و از مقومات ماهوی این حق به حساب نمی آیند و حداکثر در تعیین میزان حق کسب و پیشه مؤثرند نه در اصل تحقق آن. اگر در این مثال دقت کنید مدعای فوق را تصدیق خواهید کرد. فرض کنید شخصی مغازه ای را بر اساس قانون ۵۶ اجاره کند ولی حتی برای یک بار هم در آن را باز نکند. آیا موجر می تواند به صرف انقضای مهلت اجاره او را تخلیه کند؟ پاسخ بی گمان منفی است. حال فرض کنید مالک، به دلیل نیاز شخصی مجوز تخلیه ی ملک را تحصیل کرده باشد آیا می تواند به بهانه ی این که این مغازه هیچ گاه روی مشتری به خود ندیده و هیچ پیشه و تجارتی در آن صورت نگرفته، توقع تخلیه ی بدون پرداختن حق کسب و پیشه را داشته باشد؟ گمان نمی کنم هیچ حقوق دانی در پاسخ منفی تردید کند.

بر اساس این تحلیل حق کسب و پیشه و تجارت و حق سرقفلی از حیث ماهیت به یکدیگر نزدیک می شوند و تفاوت عمده ی آن ها در منشاء ایجاد حق خلاصه می شود. به این معنا که مبنای حق کسب و پیشه و تجارت یا همان حق باقی ماندن مستأجر حتی پس از انقضای مدت، حکم آمره ی قانون گذار ۵۶ است و مبنای حق بقاء مستأجر حتی پس از انقضای مهلت در فرض وجود سرقفلی، تراضی اولیه طرفین و انتقال این حق از سوی موجر به مستأجر است. و دقیقاً به دلیل همین اختلاف مناسبت که در فقه باقی ماندن مستأجر به استناد حق کسب و پیشه را نامشروع می شمارند و در مقابل در جواز بقای مستأجر به استناد حق سرقفلی تردید روا نمی دارند.^۱

اکنون با این مقدمه پرسش خود را مجدداً مطرح می کنیم: آیا پس از اتمام واحد تجاری، حق کسب و پیشه به معنای حق بقای مستأجر در عین مستأجره، باقی است یا از میان می رود؟ پاسخ به این پرسش در گرو پاسخ به پرسش مبنایی تری است که به گمان ما کانون اصلی بحث در این نقطه نهفته است و آن پرسش این است که آیا با اتمام عین مستأجره، عقد اجاره و رابطه ی استیجاری خاتمه می یابد یا باقی می ماند؟ علت اهمیت فوق العاده ی این پرسش این است که بین انحلال رابطه ی استیجاری و نابودی حق کسب و پیشه تلازم وجود دارد، کما این که از سوی دیگر بین بقاء حق کسب و پیشه و تجارت با بقاء و استمرار رابطه ی استیجاری تلازم وجود دارد. به دیگر سخن نمی توان حکم به انحلال رابطه ی استیجاری داد و در عین حال مستأجر را واجد حق کسب و پیشه به معنای حق بقاء در عین مستأجره دانست و از سوی مقابل نمی توان در عین حکم به بقاء حق کسب و پیشه و تجارت به معنای استحقاق بقاء در عین، رابطه ی استیجاری را خاتمه یافته تلقی نمود. به عبارت بهتر حق کسب و پیشه و تجارت حقی عینی است که به تبع یک رابطه ی استیجاری برای مستأجر قابل تصور است و نمی توان فرض حالتی را نمود که رابطه ی استیجاری گسیخته شده ولی مستأجر سابق کماکان حق بقاء در عین را داشته باشد. و باز به بیان دیگر حق کسب و پیشه و تجارت حقی است که از استحکام و قابلیت تداوم رابطه ی استیجاری انتزاع می شود و نوعی ویژگی و امتیاز برای یک رابطه ی استیجاری محسوب می شود.

به هر تقدیر برای ترجیح یکی از دو گزینه، به قانون مدنی سری زدیم و گفتیم قانون مدنی به تبع قول رایج در فقه بین اطلاق و تلف تفاوت نهاده و برخلاف فرض تلف، در

۱ - امام خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، مسائل مستحدثه



فرض اتلاف عقد را پابرجا می‌داند. توجیه حکم قانون مدنی به این صورت است که با توجه به تملیکی بودن عقد اجاره، مستأجر به محض عقد مالک کل منافع شده و اکنون با اتلاف عین مستأجره توسط ثالث، علاوه بر عین، منافع مستأجر نیز از میان رفته و لذا ثالث باید علاوه بر جبران خسارت عین، اجرت المثل منافع فائده را نیز بپردازد و البته مستأجر نیز به دلیل بقاء عقد، باید کماکان اجرت المسمی را تا انقضای مهلت به مالک پرداخت نماید. و گفتیم که اجرای این حکم معقول یعنی حکم به بقاء اجاره، در اجاره های مشمول قانون ۵۶ که رابطه ی استیجاری پایان مشخصی ندارد به چنان نتایج نامعقولی می‌انجامد که در کنار نهادن آن نباید تردید کرد و چاره ای جز حکم به انحلال اجاره در فرض اتلاف مورد اجاره وجود ندارد. به عنوان مثال ثالث باید برای همیشه به مستأجر اجرت المثل دهد و مستأجر نیز برای همیشه به مالک اجرت المسمی بپردازد و مالک نیز تنها خسارت عین را گرفته و نظاره گر این چرخه ی مضحک باشد.

اکنون اگر مبنای انحلال اجاره در صورت اتلاف را بپذیریم با توجه به فرض تلازم بین انحلال رابطه ی استیجاری و نابودی حق کسب و پیشه و تجارت، ناگزیر باید دیدگاه کسانی را ترجیح دهیم که معتقدند با اتلاف مورد اجاره، حق کسب و پیشه و تجارت مستأجر نیز نابود شده و در نتیجه شرایط مسؤولیت مدنی ثالث برای جبران این حق فراهم می‌گردد. پس به طور خلاصه چون در فرض اتلاف، رابطه ی استیجاری منحل می‌شود و در نتیجه ی انحلال اجاره، حق بقاء مستأجر در عین مستأجره، از میان می‌رود و مالک نیز تکلیفی به پرداخت آن به مستأجر ندارد، باید پذیرفت که مستأجر این حق را از دست داده است و از سویی دیگر چون عملیات ثالث موجب تخریب عین و به تبع نابودی حق کسب و پیشه و تجارت گردیده شرایط استناد به ماده ی ۱ ق. مسؤولیت مدنی فراهم است و ثالث باید هزینه ی فعل زیانبار خود را که از جمله ی آن جبران خسارت ناشی از نابودی حق کسب و پیشه و تجارت مستأجر است، تحمل نماید.

بخش دوم - پاسخ به انتقادات.

الف) همکار ارجمند آقای برهانی در نقد خود این راه حل را پیشنهاد نموده بودند که بانک (متلف)، مغازه ی ویران شده را مجدداً بازسازی کند و خسارت ایام بیکاری مستأجر را نیز بپردازد. نگارنده هر چند این راه حل را به طور قاطع رد نمی‌کند- و چه بسا زمانی خود به این راه حل تمایل داشته- اما گوشزد می‌کند که این راه حل نوعی راه حل کدخداهان و توافقی است والا اگر مالک عین دادخواستی به طرفیت بانک ندهد- که در فرض ما نداده- چگونه و با چه توجیه حقوقی می‌توان بانک را ملزم نمود برای حفظ حقوق مستأجر وارد ملک غیر شده و در آن اقدام به احداث بنا نماید؟ وانگهی قرائنی در قانون ۵۶ وجود دارد که نشان می‌دهد قانون گذار ۵۶ امتیاز حق بقاء در عین را تا آن جا ادامه داده که عینی در کار باشد که این قرائن در مقاله ی اصلی به تفصیل ذکر شده و از تکرار آن ها پرهیز می‌کنیم و بالآخره مشکلی که این دیدگاه با آن روبه رو است نتایج دیگری است که از مبنای مورد قبول آن ناشی می‌شود و توجیه حقوقی آن ها بسیار دشوار است. همان گونه که دیدیم این راه حل بر این مبنای استوار شده که با اتلاف عین مستأجره، حق کسب و پیشه از میان نمی‌رود و بر این اساس بانک (تلف کننده) را به بازسازی عین وادار نمودند. حال فرض کنید که



نابودی عین مستأجره، ناشی از اتلاف نبوده و در اثر عوامل و حوادث طبیعی همچون زلزله و فرسودگی و امثال آن باشد. براساس این مبنا حق کسب و پیشه ی مستأجر کماکان باقی است. خوب، حالا که پای متلف در میان نیست چه می توان کرد؟ از یک طرف می گوئیم حق باقی است و از سوی دیگر نه موجر ملزم به تجدید بناست و نه مستأجر مجاز به چنین کاری است. و از سوی دیگر موارد امکان مطالبه ی حق کسب و پیشه و تجارت از مالک نیز حصری و تعیینی است. این بن بست نتیجه ی حکم به بقاء رابطه ی استیجاری حتی در فرض تلف عین مستأجره و راهی نیز برای گشودن آن به نظر نمی رسد.

ب-۱) و اما در باب انتقادات آقای فولادی نژاد نخستین نکته ای که باید گوشزد نمایم برداشت و تلخیص نادرستی است که از مقاله ی اینجانب نموده اند. ایشان در بندهای ۴ و ۵ و ۶ تلخیص استدلال های بنده گفته اند: «به تبع مطلب فوق [غیر معقول بودن اجرای حکم ق.م.مبنی بر بقاء اجاره حتی در صورت اتلاف]، حق کسب و پیشه و تجارت مستأجر از بین نرفته، پس مستأجر نمی تواند خسارت آن را از متلف عین بگیرد. مستأجر نمی تواند مالک عین را به بازسازی آن وادارد. پس با این که حق کسب و پیشه ی او از بین نرفته، عملاً لطمه دیده است.» همان گونه که در خلاصه ی مقاله نیز تصریح نمودم، اساس استدلال اینجانب بر «ادعای» از بین رفتن حق کسب و پیشه و تجارت استوار است و لذا انتساب قول به «از بین رفتن این حق» درست در نقطه ی مقابل دیدگاه اینجانب است. وانگهی جمع بین تعبیر «از بین رفتن حق کسب و پیشه» و سخن از این که «عملاً لطمه دیده» به لحاظ حقوقی معنای محصلی ندارد.

ب-۲) یکی دیگر از نکات قابل تأمل در کلام ناقد محترم ارتباط دادن بحث تفاوت یا اتحاد حکم تلف و اتلاف در قانون مدنی با موضوع مقاله است. به بیان دیگر - صرف نظر از درستی یا نادرستی این ادعا - اساساً موضوع نوشتار ما اتلاف عین مستأجره از سوی ثالث بوده و ما به دلایل متعدد مدعی شدیم که نمی توان با فرض اتلاف عین مستأجره، اجاره را باقی دانست و این امر را به عنوان سنگ بنای اصلی استدلال خود قراردادیم. پس چه در قانون مدنی عقد اجاره پس از اتلاف عین باقی باشد یا نباشد، از نظر ما اجاره های مشمول قانون موجر و مستأجر ۵۶ پس از اتلاف عین منحل می شود. بنابراین نگارنده وجه تأکید ناقد محترم در پرداختن به موضوع اتحاد حکم تلف و اتلاف و اصرار بر انحلال اجاره در فرض اتلاف که بخش عمده ی مکتوب ایشان را تشکیل می دهد، در نمی یابد.

ب-۳) یکی دیگر از نکات تعجب برانگیز در مکتوب ناقد محترم، نتیجه گیری ایشان است که نگارنده هرچه دقت می کند تفاوتی در آن با دیدگاه منتخب خود نمی یابد. عین عبارت ایشان چنین است: «ما نحن فیه، یکی از مصادیق زوال رابطه ی استیجاری است. اما اثر تلف عین مستأجره، لطمه به حق کسب و پیشه ی مستأجر است که تحت قالب قانون مسؤولیت مدنی، قابل جبران خواهد بود. زیرا از سویی مستأجر، قانوناً دارای آن حق بوده و از سوی دیگر، مالک عین نیز وظیفه ی پرداخت حق کسب و پیشه یا بدل آن یا خسارت ناشی از زوال آن را ندارد. و رابطه ی سببیت بین عمل ثالث و زوال این حق نیز وجود دارد.»

بخش سوم - تفاوت اتلاف و تلف مورد اجاره از منظر قانون مدنی و تئوری موازنه.
همان گونه که در ابتدا نیز یادآور شدیم، یکی از انگیزه های راقم سطور از تسوید اوراق، اشاره و استنادی بود که ناقد محترم به دیدگاه های استاد دکتر جعفری لنگرودی و به ویژه



تئوری موازنه‌ی ایشان نموده بودند و براساس آن به طور خلاصه چنین اظهار داشته اند که قانون مدنی بین اتلاف و تلف مورد اجاره تفاوت نهاده و در هر دو صورت حکم به انحلال عقد اجاره داده است. و بدین منظور ماده‌ی ۴۹۶ ق.م. را توجیه نموده اند و گفته اند [مراد از تلف در این ماده اعم از تلف قهری و اتلاف است و تنگناها و کژتابی های زبان فارسی باعث گردیده که قانون گذار نتواند نظر خود را صریح تر بیان نماید. این مطلب براساس تئوری موازنه استاد لنگرودی نیز کاملاً قابل توجیه است. زیرا براساس این تئوری، در عقد اجاره، منافع که امری تدریجی الحصول است قابل تسلیم دفعی به مستأجر نیست و چون در معاوضات تسلیم در برابر تسلیم یکی از ارکان است هر جا تسلیم از یک سو ممکن نگردد، عقد منحل می شود خواه منشاء عدم امکان تسلیم تلف قهری مورد اجاره باشد یا اتلاف و خواه این اتلاف ناشی از عمل موجر باشد یا ثالث. و بالأخره ناقد محترم نتیجه گرفته اند که وقتی به واسطه‌ی اتلاف، عین مستأجره از میان می رود و به دنبال آن عقد اجاره به دلیل از دست دادن یکی از ارکان خود از بین می رود، دیگر سخن از ضمان قهری متلف نسبت به منافع آینده نیز معنا ندارد. زیرا ضمان قهری نسبت به منافع فرع بر بقاء عقد است که به حسب فرض تئوری موازنه منتفی است.]

به گمان نگارنده این تحلیل از جهات متعدد قابل ایراد است:

۱- همان گونه که گفتیم ناقد محترم علی رغم ظاهر ماده‌ی ۴۹۶ ق. مدنی که فقط از تلف مورد اجاره سخن گفته، مدعی شدند که عدم ذکر اتلاف در ماده به دلیل تنگناهای زبانی بوده و دلیل بر نفی انحلال اجاره در اثر اتلاف مورد اجاره نیست. به نظر می رسد این نحوه‌ی استدلال لفظی در خصوص تفسیر قانون مدنی به عنوان یک کلاف درهم تنیده از قواعد و اصول و نیز بدون در نظر گرفتن سایر اجزاء نظام حقوقی و نیز بدون توجه به مبانی و پیشینه‌ی فقهی مواد آن هم در بخش های دارای سابقه‌ی روشن فقهی شیوه‌ی مناسب و مطلوبی نباشد. وانگهی قانون گذار اگر نمی توانسته از کلمه‌ی نامأنوس «تلف» در فارسی استفاده کند باب استفاده از شیوه‌ها و قرائن دیگر برای بیان مقصود بر وی بسته نبوده است. به بیان دیگر قانون گذار می تواند ویابد به هر نحو ممکن از بدفهمی پیشگیری کند و با آوردن قرینه مقصود خود را برساند. و خوشبختانه قانون مدنی به این وظیفه‌ی خود عمل نموده لکن نه در ماده‌ی ۴۹۶ که ناقد محترم بدان اشاره داشته اند بلکه در ماده‌ی ۴۸۳ قانون مدنی.

ناقد محترم التفات نفرموده اند که ماده‌ی ۴۹۶ ق. مدنی در مقام بیان امر دیگری بوده و قانون مدنی حکم مسأله‌ی انحلال عقد در اثر تلف را در ماده‌ی ۴۸۳ بیان نموده است. با اندک تأملی در ماده‌ی ۴۹۶ معلوم می شود که این ماده در مقام بیان «زمان» انحلال عقد در اثر تلف و فسخ بوده است و دقیقاً به همین لحاظ است که قانون مدنی در این ماده بین دو موضوع به ظاهر نامرتبط یعنی تلف مورد اجاره و فسخ در اثر تخلف از شرایط مقرر جمع کرده است. عین ماده‌ی ۴۹۶ چنین است: «عقد اجاره به واسطه‌ی تلف شدن عین مستأجره از تاریخ تلف باطل می شود و نسبت به تخلف از شرایطی که بین موجر و مستأجر مقرر است خیار فسخ از تاریخ تخلف ثابت می گردد.»

و اما ماده‌ی ۴۸۳ که محل اصلی طرح موضوع تلف عین مستأجره در قانون مدنی است، برخلاف دیدگاه ناقد محترم، گرفتار تنگناهای زبانی نشده و با آوردن قید «به واسطه‌ی حادثه» باب توهم شمول ماده نسبت به اتلاف را مسدود کرده است:



«اگر در مدت اجاره عین مستأجره به واسطه ی حادثه کلاً یا بعضاً تلف شود اجاره از زمان تلف به مقدار تلف شده منفسخ می شود...» نکته ی جانب این که استاد جعفری لنگرودی خود در حاشیه ی این ماده نوشته اند «مقصود از حادثه در این ماده همان است که اصطلاحاً حوادث غیرمترقبه خوانده می شود». باز در حاشیه ی ماده ی ۴۹۶ می نویسند: «[قانون مدنی] راجع به اتلاف عین مستأجره یا اتلاف منافع عین مستأجره به توسط ثالث جز ماده ی ۴۸۸ چیزی نیاورده است.»

۲- یکی دیگر از نکات قابل تأمل در کلام ناقد محترم استفاده ی از مسأله ی تلف مبیع قبل از قبض به عنوان مبنای پذیرش تئوری موازنه در قانون مدنی و اعمال حکم آن در باب اتلاف عین مستأجره است. این استاد و نظیر حاوی چند ایراد است. نخست این که مسأله ی انفساخ و ضمان معاوضی در بیع ناظر به فرض «تلف مبیع» قبل از قبض است نه اتلاف آن که مسأله ی مورد بحث ماست. قانون مدنی در ماده ی ۳۸۷ برای پرهیز از هرگونه سوء تفاهم، همانند ماده ی ۴۸۳ قانون مدنی برای نشان دادن منظور خود و اختصاص دادن حکم به تلف قهری، قید بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع را آورده است. وانگهی بر اساس تحلیلی که ایشان از ضمان معاوضی و تلف مبیع از قبض به عمل آورده اند نتیجه گرفته اند که منشاء تلف اهمیتی ندارد و تصریح نموده اند که خواه تلف ناشی از عمل موجر باشد، خواه ثالث و خواه ناشی از سیل و زلزله، در هر حال چون موازنه تسلیم در برابر تسلیم به هم می خورد، عقد منحل می گردد. اگر ناقد محترم اندکی دقت می فرمودند می دیدند که در بیع که فرد آجلای معاوضات است و قانون مدنی ضمان معاوضی و انفساخ در اثر تلف را در آن جا مطرح نموده، در فرضی که تلف مبیع از ناحیه ی بایع صورت گرفته باشد، صراحتاً انفساخ و ضمان معاوضی را نفی می کند و عقد را معتبر و باقی می داند. عبارت ماده ی ۳۸۷ را یک بار دیگر مرور می کنیم: «اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع، تلف شود، بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد...»

آن چه در این جا اهمیت دارد این است که از ماده ی ۳۸۷ معلوم می شود قانون مدنی با تئوری موازنه به نحو مطلق موافقت ندارد و دست کم در فرضی که عدم امکان تسلیم مستند به اتلاف و یا حداقل اتلاف بایع است این مخالفت کاملاً آشکار است و به طریق اولویت در اجاره نیز اتلاف و به ویژه اتلاف موجر وضعیتی مشابه خواهد داشت.

۳- یکی دیگر از موارد تأمل برانگیز در کلام ناقد محترم این است که گفته اند ممکن است پس از انعقاد عقد اجاره، خود موجر یا ثالث قفل مغازه را عوض کند و مانع از انتفاع مستأجر شود و چون تسلیم عین مستأجره صرفاً ظرفی برای تسلیم و تسلیم منافع و مقدمه ای برای اقباض آن است و در این جا تسلیم منافع به مستأجر صورت نگرفته و هرکجا منافع به مستأجر تسلیم نشده باشد- که مثال فوق از جمله آن هاست- عقد منحل شده و منفسخ می گردد و جایی برای ضمان قهری نسبت به منافع که متفرع بر بقاء عقد اجاره است وجود ندارد. برای رفع شبهه به این مثال این فرض را نیز می افزاییم که ثالث قبل از تسلیم مورد اجاره به مستأجر آن را قفل زده و مدت اجاره به همین نحو منقضی شده و دیگر امکان تسلیم منافع نیز وجود ندارد که در این صورت بدون شبهه، ناقد محترم بر اساس تئوری موازنه باید قائل به انفساخ اجاره باشند.

اما آیا این نتیجه مورد تأیید قانون مدنی ایران است؟ به گمان نگارنده پاسخ منفی است. زیرا اندک تبعی در مواد مربوطه و رجوعی به پیشینه‌ی مسأله در فقه نشان می‌دهد که قانون مدنی در چنین فرضی به طور قطع عقد را باقی می‌داند و حسب این که مزاحمت ثالث مربوط به قبل یا بعد از قبض عین مستأجره باشد احکام ویژه‌ای و از جمله ضمان قهری را برای مزاحم و غاصب در نظر می‌گیرد. ماده‌ی ۴۸۸ قانون مدنی را با یکدیگر مرور می‌کنیم: «اگر شخص ثالثی بدون ادعا حقی در عین مستأجره یا منافع آن، مزاحم مستأجر گردد، در صورتی که قبل از قبض باشد مستأجر حق فسخ دارد؛ اگر فسخ ننمود می‌تواند برای رفع مزاحمت و مطالبه‌ی اجرت المثل به خود مزاحم رجوع کند. اگر مزاحمت بعد از قبض واقع شود، حق فسخ ندارد و فقط می‌تواند به مزاحم رجوع کند.»

همان‌گونه که هویداست قانون مدنی حداکثر چیزی که به عنوان ضمانت اجرا در نظر گرفته «حق فسخ» برای مستأجر است آن هم فقط قبل از تسلیم عین و پرواضح است که وجود حق فسخ مستلزم بقاء و صحت عقد است و الا در عقد باطل یا منفسخ، سخن از فسخ بی‌معناست. جالب است بدانید استاد جعفری لنگرودی معتقد است تنها ماده‌ای که از اتلاف منافع از سوی ثالث در عقد اجاره سخن گفته، همین ماده است. و بنابراین به طور خلاصه می‌توان گفته‌چون بین اتلاف منفعت و اتلاف عین مستأجره از حیث عدم امکان تسلیم منافع تفاوتی وجود ندارد و قانون مدنی در باب اتلاف منفعت توسط ثالث صرفاً از حق فسخ یا ضمان قهری و اجرت المثل سخن گفته به خوبی می‌توان فهمید که دیدگاه قانون مدنی در باب اتلاف عین مستأجره که نتیجه‌ی آن نیز اتلاف منافع و عدم امکان تسلیم آن‌ها به مستأجر است نمی‌تواند احکامی غیر از این باشد.

۴- و بالاخره در باب استناد ناقد محترم به دیدگاه‌های استاد دکتر جعفری لنگرودی و به ویژه تئوری موازنه‌ی ایشان به نظر می‌رسد ناقد محترم در استفاده از آثار ایشان از نکته‌ی مهمی غفلت کرده‌اند و آن این که دکتر جعفری لنگرودی در آثار خود از دو حیث مختلف و از دو جایگاه متفاوت سخن می‌گوید. گاه استاد جعفری به عنوان شارح و مفسر قانون مدنی دست به قلم می‌برد و مانند هر حقوق دان دیگر قانون مدنی را به عنوان اصل موضوعه می‌پذیرد و گاه از موضع یک نظریه پرداز و مجتهد حقوقی در میدان ظاهر می‌شود و خود را در قالب حقوق موضوعه محدود نمی‌سازد و در این جایگاه قانون مدنی برای استاد جعفری لنگرودی قولی است در کنار سایر اقوال. تفکیک این دو حیثیت برای علاقمندان به آثار دکتر جعفری لنگرودی بسیار ضرورت دارد. گاهی اجمالی به سیر تکاملی و منظومه‌ی فکری استاد لنگرودی نشان می‌دهد که در آثار اخیر ایشان، صبغه‌ی نظریه‌پردازی و اجتهاد بر صبغه‌ی شرح و تفسیر غلبه دارد و ایشان به جای شرح قانون مدنی، خود را در کنار نویسندگان قانون مدنی و سایر فقها و بلکه در بسیاری موارد فراتر از ایشان می‌نشانند و فارغ از حقوق موضوعه به نقد و تحلیل آزاد ماهیات حقوقی می‌پردازد و مثلاً عقود اذنی را زیر ذره بین گذاشته و ماهیت و احکام آن‌ها را روشن می‌سازد و در این راستا از عبور از قانون مدنی یا جواهر و مکاسب نیز باکی ندارد و لذا خوانندگان آثار دکتر لنگرودی به ویژه در آثار اخیر ایشان مکرراً به عبارات نه چندان خوش آیندی نظیر «این تحلیل در تاریخ حقوق ایران و اسلام سابقه ندارد» بسیار بر می‌خورند.



مسأله‌ی مورد بحث ما نیز از قضا از دسته‌ی دوم است و ناقد محترم بدون توجه از آن‌ها برای تحلیل قانون مدنی استفاده کرده است. پس سخن ما ابدأً به معنای نادرستی تئوری موازنه استاد جعفری لنگرودی نیست - که البته چنین ادعایی از حد صاحب این قلم فراتر است - بلکه سخن بر سر این است که نه تنها دیدگاه قانون مدنی با دیدگاه صاحب تئوری موازنه در این مسأله متفاوت است بلکه اساساً خود استاد لنگرودی نیز بر این مسأله واقف بوده و این دیدگاه را نه به عنوان بیان مبناي قانون مدنی بلکه به عنوان مبناي ابداعی و منتخب خود مطرح نموده و لذا از تفاوت نتایج تئوری خود با احکام قانون مدنی نیز باکی ندارد. به عنوان مثال می‌توان به برخی از نتایج این نظریه اشاره نمود که با حکم مخصوص قانون مدنی در تضاد است و بی‌گمان نمی‌تواند در مقام شرح و تبیین قانون مدنی بیان شده باشد. مثلاً همان‌گونه که پیش‌تر نیز گفتیم ماده‌ی ۴۸۸ ق. مدنی مقرر می‌دارد اگر ثالثی مزاحم انتفاع مستأجر گردد، اگر این مزاحمت قبل از قبض مورد اجاره باشد، مستأجر حق فسخ دارد، در حالی که بر اساس تئوری موازنه حکم این فرض انفساخ است نه حق فسخ. زیرا بر اساس این تئوری در عقود معاوضی تسلیم در برابر تسلیم از ارکان عقد است و با انقضای آن عقد منتهی می‌شود. استاد لنگرودی در مورد این فرض بالصراحه می‌نویسد: «ضمن معاوضی حاکم است یعنی عقد اجاره منحل می‌گردد (به جهت اتلاف معقود الیه و مخدوش گردیدن موازنه در تسلیم)»!

به گمانم عبارت زیر از کتاب قانون مدنی محشای دکتر لنگرودی بهتر از هر چیز مدعای ما را مبنی بر تمایز دو حیثیت تفسیری و نظریه پردازی ایشان که از قضا دقیقاً مربوط به مثال بالاست، نشان می‌دهد: «مطلبی که ماده‌ی ۴۸۸ ق. مدنی گفته است هر چند که در فقه به همین صورت آمده است (جواهرالکلام، ج ۴، ص ۵۵۲/مسالك، ج ۱، ص ۳۲۹/مناهی المتقین، ص ۳۱۲) و نظر آنان مبتنی بر دو قاعده است:

- ۱- ضمان معاوضی موجد قبل از قباض و مالکیت مستأجر به نفس عقد اجاره
- ۲- مالکیت مستأجر نسبت به منافع عین مستأجره،

ولی بالجمله نص از صاحب شرع در مورد مدلول ماده‌ی ۴۸۸ ق. م وجود ندارد و نظر اصحاب ما مبتنی بر آن دو قاعده است. اما در ذهن من مسأله‌ای دیگر خطور می‌کند و آن تعهد تسلیم عین مستأجره و تسلیم منافع آن به مستأجر به موجب عقد اجاره است (ماده‌ی ۴۷۷ ق.م) موضوع اجاره‌ی اعیان، منافع است و موضوع عقد معوض باید تسلیم شود در برابر عوضی که گرفته می‌شود و چون منفعت عین مستأجره تدریجی الحصول است پس تسلیم در طول مدت اجاره از شروط (و بلکه از عناصر) اجاره است. پس اگر ثالثی مانع از تسلیم منافع در ابتداء قبض عین مستأجره یا در اثناء آن گردد در واقع تسلیم محقق نشده است و به علت عدم تسلیم، اجاره منحل می‌گردد و مستأجر استحقاق استرداد اجرت المسمی را دارد. ندیدم کسی متعرض این بحث شده باشد. *

۲ - تئوری موازنه، ص ۳۳۰

۳ - مجموعه محشای قانون مدنی، ص ۲۰۶

در حاشیه
مقاله

مشکل اهل حقوق با گزاره های حقوقی مطلق نما

سید محسن قائم فرد
عضو هیأت علمی گروه حقوق دانشگاه اصفهان و وکیل دادگستری

در مقاله یاد شده، نویسنده ی محترم جملات معروف «بودن قانون بد، از نبودنش بهتر است» یا «از قانون گذار عمل لغو سر نمی زنده و «عمل بیهوده به قانون گذار نسبت داده نمی شود» یا «قانون گذار مصون از خطاست» را ابتدا گزاره های حقوقی مطلق نما خوانده اند و سپس مواردی در نقض آن ها بر شمرده اند.

سخن در مصادیق ذکر شده ایشان نیست که هر حقوق دان و یا حقوق خوان و بلکه آشنا با قوانین و مقررات به قوانینی برخورد نموده که معایر فلسفه وجودی وضع قانون بوده و یا نظر هیچ یک از قانون گذار و جامعه را تأمین ننموده است و بدین ترتیب یافتن دو سه مصداق کار دشوار و طاقت فرسائی نیست. اما سخن این است که:

اولاً: گزاره هایی که نویسنده محترم آن ها را به باد انتقاد گرفته و در مقام اثبات نقض و غیرمطلق بودن آن برآمده اند، اساساً گزاره های حقوقی نیستند در هیچ یک از منابع یا متون حقوقی و یا قوانین نیست که عبارت «قانون بد از نبودنش بهتر است» را مطرح و یا به اثبات آن پرداخته باشند. بلکه این گزاره و امثال آن همان گونه که نویسنده محترم نیز در ابتدای مقاله تصریح نموده اند «هر کس هر جا کم می آورد» این عبارت و امثال آن را می گوید همچنین است عبارات دیگر که ایشان گزاره های حقوقی نام نهاده اند مانند گزاره «قانون بد از نبودنش بهتر است» در ک هر جامعه ای است که بی قانونی را تجربه کرده و سپس به قانونی دست یافته است این گزاره را نه حقوق ابداع کرده نه قوانین ایجاد و وضع



نموده‌اند بلکه فقدان مطلق قوانین و مقررات جوامع را دچار بی‌نظمی مطلق، سرگردانی و ستم به اعضاء گردانده و تفکر جمعی به این نتیجه رسیده است که وجود قانون از نبودنش بهتر است هرچند این قانون در عمل مشکلاتی را به همراه داشته، احیاناً حقوق گروه یا جامعه را در مواردی نادیده انگاشته و یا موجب سوء استفاده اشخاص گردد.

ثانیاً: در تمام مواردی که در مقاله یاد شده عنوان گردیده سابقه قانون گذاری در مسأله یا مسائلی وجود داشته و این قانون با قانون جدید تغییر یافته و بدهی‌هایی را - به قول نویسنده محترم - آشکار ساخته است و آشکار شدن این بدی ناقص گزاره «قانون بد از نبودنش بهتر است» نخواهد بود زیرا در صورت فقدان قانون جدید، باتبودن قانون مواجه نبوده‌ایم تا نقض گزاره مورد بحث اثبات گردد بلکه با فقدان قانون جدید، قانون دیگری داشته‌ایم که به اندازه کفایت رفع مشکل می‌نموده است. تصور کنیم که ارتباط بین موجد و مستأجر فاقد هرگونه قانون و نظم و نسقی بود و آن گاه قانون سال ۱۳۵۶ یا ۷۶ با همه بدی‌هایی که اکنون دارند، به بی‌نظمی سابق نظم و نسقی می‌بخشید. آن گاه چگونه ممکن بود گزاره قانون بد بهتر از نبودنش است را نادیده انگاشته و آن را گزاره‌ای غیر صحیح بدانیم.

در موارد دیگر نیز که مثال زده شده وضعیت به همین منوال است برای بلوغ و رشد، شرایط قصاص و غیره ضوابطی از پیش تعیین شده و قانون جدید به درستی یا به نادرستی آن را تغییر داده است و در صورت فقدان قانون جدید همچنان قانون قبل حاکم و مجری خواهد بود و این بی‌قانونی نیست تا بگوئیم فقدان قانون از قانون بد جدید بهتر است.

ثالثاً: گزاره‌هایی همچون «قانون گذار مصون از خطاست» و یا «از قانون گذار عمل لغو سر نمی‌زند» به هیچ عنوان معنایی را که نویسنده محترم مقاله از آن استنتاج کرده‌اند به ذهن متبادر نمی‌سازند. بلکه مفاد این عبارات آن است که علی‌الاصول از قانون گذار عمل لغو سر نمی‌زند یا قانون گذاری در مقام قانون گذار مصون از خطاست زیرا فرض بر این است که هنگام وضع قانون مقدمات لازم طی شده و مبادی ذیصلاح و مراجع متعددی پیش نویس قانون را به صورت تخصصی از نظر گذرانده‌اند و علی‌الاصول نباید در آن لغو و خطا وجود داشته باشد و چنانچه شخص در بادی امر تصور کند که در قانونی لغو و خطائی هست باید دقت و بررسی کافی مبذول دارد تا به خلاف لغو و خطای متصور ابتدائی، به استحکام و درستی آن پی برد.

در غیر این صورت چنانچه معتقد باشیم اصولاً از قانون گذار نیز عمل لغو و خطا سر می‌زند و اساساً احراز استحکام و درستی نظر قانون گذار نیازمند اثبات و ارائه دلیل است، در حقیقت معتقد به لغو و خطا در کلیه الزامات اجتماعی و دست آوردهای جامعه

شده‌ایم و آن‌گاه هیچ مبنای اولیه جهت استدلال و استناد نخواهیم داشت تا با تکیه بر آن به صحت و سقم دیگر یافته‌ها دست یابیم به علاوه هرگاه فرض مصونیت از لغو و خطا را از قانون‌گذار سلب نمائیم، چگونه می‌توان بر دیگر قواعد و الزامات فرض صحت روا داشت بلکه به طریق اولی در نظامات اجتماعی و قواعد جوامع باید اصل را بر لغویت و خطا نهاد در حالی که مسلماً این امر مورد قبول نویسنده محترم و هیچ شخص حقوقی و غیرحقوقی دیگر نیست.

رایعاً: گزاره‌ی عدم ارتکاب لغو و خطا از سوی قانون‌گذار دارای این مفهوم اصولی و عملی است که هرگاه بین دو قانون، تعارض و تناقض پدید آید، شخص آشنای با حقوق نباید بلافاصله با فرض ارتکاب لغو و خطا از سوی قانون‌گذار یکی از قوانین معارض یا هر دوی آن‌ها را غیرقابل اجرا دانسته و از عمل به قانون سرباز زند. بلکه با این فرض که علی‌الاصول از قانون‌گذار عمل خطا و لغو صادر نمی‌شود و قانون‌گذار با اطلاع و علم از کم و کیف قوانین قبلی مبادرت به وضع قانون جدید نموده، حتی المقدور در مقام جمع بین دو قانون برآید و قاعده الجمع مهیا ممکن اولی من الطرح را - اگر گفته نشود که این هم از گزاره‌های حقوقی مطلق ناست - اجرا نماید.

خامساً: برخی قوانین هرچند در اجرا با ایراداتی مواجه شوند و یا عدم دقت در نحوه‌ی نگارش و یا نحوه‌ی تصویب آن‌ها موجب بروز مشکلاتی گردد الزاماً قوانین بدی نخواهند بود قوانینی پس از انقلاب تغییر یافته و یا بدو تصویب شدند که خاستگاهی فقهی - شرعی داشتند و برای نظامی که قانون اساسی آن را تبیین کرده است گریزی از تصویب آن‌ها نبوده است. بنابراین به صرف داشتن مشکلاتی در اجرا و یا حتی امکان سوءاستفاده از آن‌ها، نمی‌توان آن‌ها را قانون بد تلقی نموده و یا نبودن آن‌ها را از بودنش بهتر دانست به ویژه که نویسنده‌ی محترم چنانچه عنوان شده است کارشناس ارشد حقوق عمومی هستند و آشنائی ایشان با مفاهیم اصلی قانون اساسی بیشتر مورد انتظار است.

بدین ترتیب، هرگاه در قانون‌گذاری رعایت اصول وضع قانون و یا مصالح فردی، اجتماعی و ... نشده و یا در عمل وضع قانون موجب برداشت‌های ناروا و یا سبب تجری دیگران گردیده است، نباید آن را معلول گزاره‌هایی همچون گزاره‌های مورد بحث دانست. بلکه این گزاره‌ها که الزاماً حقوقی هم نیستند در محل خود صحیح و غیرقابل انکار بلکه به منظور ایجاد یا بقاء نظم در اجتماع و یا ایجاد متد تفسیر و خروج از سردرگمی در برخورد با قوانین معارض اجتناب ناپذیرند و به علاوه قوانینی که در اجرا بد جلوه کرده‌اند ممکن است خاستگاهی قانونی و شرعی داشته امکان عدم تقنین و یا قابلیت نقض را نداشته باشند. *



حرفه و کالت و نهاد صنفی آن: یک بوریا و هزاران رؤیا

محسن طاهری

کارشناس ارشد حقوق عمومی - شیراز

چندی پیش در دیداری احوال پرسانه و پراکنده گویانه، آقای دکتر تقی خانی از قصد خود برای نگارش مقاله ای درخصوص آن چه کانون و کلا- و همین طور اتحادیه- باید انجام دهد و آن چه نباید انجام دهد، خبر دادند. به مطالبی هم اشاره کردند که جزئیات آن در سرمقاله ی شماره ی ۱۱ خبرنامه آمده است. راست اش هم به اعتبار قسم نامه ی موضوع ماده ی ۳۹ آیین نامه ی لایحه ی قانونی استقلال کانون و کلا ی دادگستری و همین طور به دلیل دشواری تمیز و تشخیص باید ها و نیاید های کانون و کلا و اتحادیه در بیشتر موارد، از سخن ایشان قانع نشدم. در عین حال، شخصاً دلیل دلیستی هم برای رد نظر ایشان نداشتم. چیز کی گفتم؛ اما نه آن چنان که به دلم بنشیند. پس منتظر ماندم تا به اساسنامه ی اتحادیه دست یابم.

با انتشار اساسنامه معلوم شد سخن آقای دکتر تقی خانی پیش از هر چیز یک تذکر اساسنامه ای است که ردخور ندارد. دلیل اش هم این که ماده ی ۳ اساسنامه ی اتحادیه ی کانون های و کلا؛ اهداف را مشخص کرده و این نهاد حق ندارد خارج از آن عمل کند.

بنابراین تا همین جا هم، اعلام مواضع اتحادیه در مورد مسائل ملی / فرهنگی و بین المللی از حدود وظایف و اختیارات نیابتی مقرر بیرون و سخن آقای دکتر تقی خانی از این لحاظ قابل فهم است اما این هم هست که اساسنامه امکان اصلاح دارد. پس بعید نیست آن چه هم اکنون فرا اساسنامه ای است، در آینده به اساسنامه راه یابد. آن وقت است که مباحث نظری موضوع بیشتر چالش انگیز می شود.

به هر حال، تا این جای قضیه و تا آن جا که من می دانم دیدگاه آقای دکتر تقی خانی در یک مورد با مخالفت مکتوب رو به رو شده و آن هم از سوی وکیل محترم آقای سید محمدعلی دادخواه است که مقاله ی ایشان به عنوان «طیره ی عقل، سکوت یا سخن اتحادیه ی و کلا» در شماره ی ۱۳ «خبرنامه» به چاپ رسیده است. اصل قضیه از این قرار است:

آقای دکتر تقی خانی در نفی صلاحیت کانون و کلا و اتحادیه در امور غیر حقوقی و در مخالفت با برخی عملکردها نوشته اند: «کانون و کلا، نه یک حزب است و نه نماینده ی یک جنبش فکری. سازمانی است صنفی.» آقای دادخواه هم همین را قبول دارند و می نویسند: «بدون تردید اینجانب نیز بر آنم که کانون و کلا نه یک حزب است و نه محل اعلام نظرات حزب و گروه سیاسی.»

اما این وحدت نظر مقدماتی درجایی که از وظیفه ی وکیل و کانون و کلا- و همین طور اتحادیه- سخن به میان می آید به نتیجه های متفاوت می انجامد. برای این که آقای دکتر تقی خانی معتقداند: «وظیفه ی وکیل، یک مقوله است و وظیفه ی کانون و کلا مقوله ای دیگر» و «کانون و کلا نمی تواند وظیفه ی وکیل را به عهده بگیرد و قائم مقام او در دفاع از حقوق مردم بشود. درحالی که آقای دادخواه خلاف این نظر را دارند و می نویسند: «کل [کانون و کلا، اتحادیه] باید متصف به وصف جزء [وکیل] باشد.» و این که: «بی گمان تلور خاص آرزو، تکلیف و تعهدات وکیل در اتحادیه اش نیز بروز می کند...»

حرف آقای دادخواه در این خصوص حساب نیست. دلیل اش هم این که اشتراک و اتحاد جزء و کل، ویژه ی سازمان ها، جنبش ها و مکتب هایی است که مرام نامه دارند؛ حول یک محور فکری فعال اند؛

نیروهای همفکر تربیت می کنند؛ جزء و کل یک گونه می اندیشند؛ یک چیز می گویند و در راستای یک آرمان جمعی عمل می کنند. قوانین مربوط به وکالت، ساختار کانون و کلا و اساسنامه ی اتحادیه و عملکرد متفاوت و بعضاً متعارض و کلا با این حرف ها دور از هم اند. اما، ظاهراً مشکلی نیست و بی جهت نبوده که آقای دادخواه به حاشیه روی دچار شده اند و در منزلت حرفه ی وکالت بیش از اتحادیه قلم زده اند. این امر، یعنی این که دیدگاه آقای دادخواه در مورد نهاد صنفی / اتحادیه و بایدها و نبایدهای آن، نشانه ی «مشکل» است، نه خود «مشکل». پس، اول از همه باید تکلیف جایگاه حرفه ی وکالت روشن شود نه کانون و کلا و اتحادیه و چه فرصتی بهتر از این؟!

چطور بگویم؟ نمی دانم چرا، ولی تازگی ها به ذهن ام رسیده نگاه رؤیایی و آرمانی به وکالت به عنوان یک شغل به اصلاحیه نیاز دارد. به این نتیجه رسیدم که با توجه به آن چه به مناسبت در پی می آید، مقام عظمای حرفه ی وکالت، مقتضای ذات این حرفه نیست. بلکه دست کم در این جا از شرایط ناخواسته و غیر معمولی ناشی شده و می شود که دچارش بوده ایم نه چیز دیگر. وقتی شغلی از هر طرف مورد هجوم قرار گرفت و فرصت انجام وظیفه از فاعل آن گرفته شد؛ وقتی جای وکیل شاکلی و متهم عوض شد و به جای او وکیل تحت پیگرد قرار گرفت و تاوان پرداخت؛ خلاصه وقتی این حرفه جهان سومی شد، همه چیزش جهان سومی می شود. احساس اجحاف اش گل می کند؛ مظلوم می شود؛ کعبه ی آمال می شود و آرمان خواهان، رؤیایپردازان و نیازمندان برای واقعیت بخشیدن به آرزوها و رؤیاهای دور و دراز خود به آن دخیل می بندند. در این جا هم که هر چه کم بوده و هست، سور و سات وهم و رؤیا همیشه فراهم بوده. بنابراین، آقای دادخواه واقعاً گناهی ندارند. که می خواهند هزاران امید و آرزو را بر پستر بوریایی حرفه ی وکالت و نهاد صنفی آن به واقعیت تبدیل کنند. مگر نه این که به قول مارگوت بیکل شاعر آلمانی: «حقیقت گرا نیز گناه به رؤیا گرفتار می آید؟» بگذریم.

حرف این است که واقعیت به ما می گوید صرف نظر از این که وکالت دادگستری در چه قالب حقوقی تجزیه و تحلیل شود، طاروس علیینی که از شاغل به این حرفه ساخته و پرداخته شده و به تجریز قوانین ناظر به وکالت در محاکم از موکل دفاع می کند و از قسم نامه ی موضوع ماده ی ۳۹ آیین نامه ی لایحه ی قانونی استقلال، اعتبار و منزلت معین و ویژه می یابد، در نفس وکالت با وکیلی که در ققه و قانون مدنی آمده، تفاوتی ندارد و نیابت برای انجام امر، وجه مشترک هردو است. فرقی هم نمی کند که نیابت توافقی باشد و بی واسطه یا معاضدتی و تسخیری باشد و با واسطه (مواد ۲۴ و ۳۱ قانون وکالت).

معلوم است که «انجام امر» وقتی مستمر شد، عقلاً و منطقاً غیر تیرعی می شود. آن گاه که غیر تیرعی شد؛ وسیله ی تأمین معاش می شود و چون وسیله ی تأمین معاش شد، شغلی است مانند پزشکی، آرایشگری، نانواپی و امثال این ها. در مورد شغل بودن وکالت دادگستری هم نص کم نداریم. یکی اش هم همین قسم نامه که این گونه آغاز می شود: «در این موقع که می خواهم به شغل شریف وکالت ناائل شوم...» بنابراین نهاد صنفی / حرفه ای مربوط به این شغل نمی تواند بازتاب دیدگاه های سیاسی و مواضع فکری اعضای آن باشد، حتی اگر هم صدا با آقای دکتر تقی خانی، معتقد به جدایی وظیفه ی وکیل از وظیفه ی کانون و کلا / اتحادیه نباشیم. چون هر عضوی ساز فکری خودش را کوک می کند و زیر بیرقی سینه می زند.

در شغل وکالت، «نیابت برای انجام دفاع» بن مایه ای است که شاغلان به آن جدای از این که پیرو چه فکر و عقیده ای باشند، در آن مشترک اند و از نهاد صنفی خود نیز فقط توقع دفاع از همین حریم و همین محدوده را دارند. چرا فقط همین محدوده؟ به خاطر آن که علائق مشترک در همین محدوده است که با هم جمع می شود و اتحادیه یعنی «اجتماع اعضای دارای علائق مشترک».

البته که علائق مشترک چهره های متفاوت دارد. اگر معنوی، عقیدتی یا نژادی باشد، اجتماع و نهاد برآمده پرچمدار و سخنگوی آرمان، مسلک یا نژاد مشترک است و می شود اتحادیه ی (سازمان) پزشکان بدون مرز؛ اتحادیه ی وکلای طرفدار محیط زیست؛ اتحادیه ی کمونیست ها؛ اتحادیه ی عرب. و هر گاه علائق ماهیت صنفی / حرفه ای داشته باشد، اتحادیه، کانون، سازمان و انجمن مربوط، رنگ و بوی صنفی / حرفه ای به خود



می گیرد و می شود چیزهایی از قبیل اتحادیه ی کارگران ذغال سنگ، اتحادیه ی بین المللی وکلای آزاد، اتحادیه ی بنکداران؛ سازمان نظام پزشکی یا همین اتحادیه ی کانون های وکلا.

بله، این که آقای دادخواه ظاهراً عافیت طلب نیست و می نماید که برخلاف دیگران، ساکت ننشسته و از حقوق بشر دفاع می کند. این که ایشان نگران میراث فرهنگی است و پیامدهای منفی آپگریدی سد سیوند را تحمل نمی کند، قابل تقدیر است اما این فضیلت، شخصی است نه نوعی و می توانست و می تواند در اعضاء و اجزای هرصنف دیگری نیز جلوه گر باشد و از این لحاظ حرفه ی وکالت نسبت به حرفه های دیگر منزلتی ندارد تا نهاد صنفی اش ورای حفظ حرمت و حقوق اعضاء، نیابت و مسؤولیت دیگری داشته باشد.

به عبارت دیگر حوزه های شغلی متفاوت و محدودیت های شغلی خاص، به خودی خود نه موجب سرافکنندگی است و نه باعث سربلندی. نقاشی که کارش را خوب انجام می دهد؛ پنجره سازی که کم فروشی و گران فروشی نمی کند؛ پزشکی که مؤمنانه به سلامت بیمار می اندیشد؛ یا وکیلی که به اقتضای شغل خود باید مدافع از حق و پاسدار عدالت باشد، ماهیتاً فرقی نمی کنند. آن چه که در کتاب های آسمانی و متون فقهی در امر به دادن پیمان و ترازو به صورت دادگراانه و در نکوهش دروغگویی و کم فروشی آمده، در مورد هر شغلی صرف نظر از ماهیت آن صادق است. مگر وکیل دادگستری ممکن نیست تلبیس ماشطه بکند؟ و مگر خیلی ها نمی کنند؟

امیدوارم این گزاره ها مصادره به مطلوب نشود و اتهامی در پی نداشته باشد. نیز امیدوارترم آقای دادخواه به خطا خیال نکنند که من نلسون ماندلا و گاندی و وکلای وظیفه شناس، دادخواه و آزاداندیش هموطن را با بقال محترم درغوزآبادی همسان و هم تراز می بینم. نه! سخن چیز دیگری است.

سخن آن است که اگر زیرپا گذاشتن وجه معنوی حرفه ی وکالت که در قسم نامه آمده، پاسدار عدالت و مدافع از حق را به عملی مظلوم و مدافع از ناحق و دزد با چراغ بدل می کند، یا دست کم وکیل دادگستری را به تاجرپیشه ای عافیت طلب کاهش می دهد- چیزی که آقای دکتر تقی خانی در شماره ی ۱ خبرنامه به خوبی مطرح کرد- کم رنگ نشان دادن وجه معیشتی حرفه ی وکالت و ماهیت صنفی آن هم دو پیامد زیان بار دارد که آقای دادخواه از آن غافل اند:

پیامد یکم اش این که سبب می شود کسانی به غلت گمان یا وانمود کنند کانون وکلا بنگاه خیریه یا سازمان‌هایی بخش‌هی است که گروهی هم عقیده ی گاندی سیرت ماندلا صفت جان برکف در آن جا نشسته اند؛ باد هوا می خورند؛ از جیب شان هزینه می کنند و منتظر مراجعه ی زیان دیده و مظلوم اند تا از حق و حقوق اش در هرشرایطی دفاع کنند و برای این هدف هم حاضرند بیه همه چیز را به تن شان بمالند و کانون وکلا و اتحادیه هم نیابتاً همین رسالت را به گونه ای دیگر در عرصه ی ملی و بین المللی انجام می دهند یا دست کم وظیفه شان است ولی نمی کنند. البته که برخلاف ظاهر این سوء تفاهم کوچکی نیست و نباید در حال و هوای دلالی، ریاکاری و سیاست بازی موجود، کسانی آگاهانه یا ناآگاهانه به آن دامن بزنند. برای این که باری بردوش وکیل می گذارند که برداشتن اش در توان همه نیست. اگر هم باشد، وقت عمل، خیلی ها از زیر آن شانه خالی می کنند؛ گندم نمای جو فروش می شوند و آخر سر چون به خلوت می روند غالباً آن کار دیگر می کنند و این شیوه، با منطوق قسم نامه که وکیل را به رویه قرار دادن راستی و درستی در امور شخصی... مقید، می خواهد، مغایر است.

پیامد دوم اش این که باعث می شود مردم سوراخ دعا را گم کنند و به جای اقامه ی مطالبات خود نزد متولیان امور، از وکیل و نهاد صنفی او یا فلان صنف خاص، انتظار معجزه داشته باشند و بخواهند تا این ها بلندگو و پیگیر مشکلات سیاسی، فرهنگی، اقتصادی، تاریخی آن ها باشند و چه بدتر از این؟ قوای مقننه، مجریه، قضایه، منابع مالی و انسانی در جای دیگر است، آن وقت ما از یک صنف بدون پشت و پناه و فاقد پایگاه اجتماعی و نهاد بر ساخته ی او که در سه کنج خودش گیر کرده است، بخواهیم نخود هرآش شود و یک تنه هزینه و مسؤولیت همه چیز و همه کس را به گردن بگیرد. کجای این رویه، دفاع از حق و عدالت است؟ من از جاهای دیگر واقعاً خبرندارم. اما فکرمی کنم در این زمان و در این مکان ارائه ی تصویرهای ابتکارگراانه

و پرستی‌های اغراق آمیز از وکیل دادگستری و از نهاد صنفی او که وکالت معاضدتی اش متأسفانه گاهی بی‌مستتر از مدارس غیرانتفاعی و دایره‌ی نظارت اش عملاً بی‌معناتر از سازمان نظارت و قیمت‌ها است، فقط برای تصویرگر می‌تواند توهم‌زا و دلخوشکنک باشد.

می‌پذیرم که این نوع نگاه به حرفه‌ی وکالت با نگاه آرمان‌گرایانه‌ی خیلی‌ها از جمله آقای دادخواه تفاوت جدی دارد. اما چه می‌شود کرد؟ فکر می‌کنم به قول همان شاعر آلمانی: «باید خود را از دام اوهام برهائیم / گر بر آن سریم که همه چیزی را دریابیم.» و برای این کار باید ابتدا چشم‌ها را بشوییم و به حرفه‌ی وکالت واقعی‌تر بنگریم. حتی اگر آن چه به چشم می‌آید با ذهنیات و آرزوهای ما جور در نیاید، ذهنیات و آرزوهایی که ممکن است در جای خود قابل‌نکوداشت و ارزشمند باشند.

حدود پنج دهه پیش، یکی از قضات دیوان عالی میشیگان به نام آقای تالبوت اسمیت از حرفه‌ی وکالت و بحران آن توصیفی کرده است جالب که می‌تواند آینه‌ی تمام‌نمای حال و روز حرفه‌ی وکالت در این ولایت باشد یا به بیان شاعرانه: «خود حقیقت نقل حال ماست آن».

او می‌نویسد: «البته وکیل دادگستری باید تأمین معاش کند. ولی در عین حال نباید وظایف حرفه‌ای خود را محدود به جمع‌آوری ثروت شخصی نماید. شاید دلیل این که حرفه‌ی ما در بعضی جهات خفیف شده و احترام آن پایین آمده، در همین است که با وجود ادعای شرافت و عظمت حرفه‌ای خود، با حرص و آز شدید دنبال پول می‌دویم و نه تنها موجبات نفرت اشخاص صالح بلکه اشخاص شرور و غیرصالح را نیز فراهم می‌آوریم.»^۱ البته او وظیفه‌ی اجتماعی وکیل را نیز از یاد نمی‌برد و می‌نویسد: «وظیفه‌ی وکیل است که قسمتی از مهارت‌ها و فعالیت‌های خود را در راه منافع جامعه‌ای که خود جزئی از آن است به کار بندد.»^۲ ادعا نمی‌کنم که بحران هویت حرفه‌ی وکالت و زمین‌گیری کانون و کلا همه و همه از نگرش‌های فراصنفی و غیرواقعی ناشی می‌شود؛ اما تجربه نشان داده است که سنگ بزرگ نشانه‌ی نردن است و رویاپردازی‌ها، این صنف و کانون و کلا را ناکارآمدتر و زمین‌گیرتر می‌کند و از ابغای مسؤلیت‌های نیابتی اصلی‌اش بازمی‌دارد. حال کاری نداریم به این که اغلب واکنش‌های کانون و کلا و اتحادیه در سال‌های اخیر، ناشی از جزودگی و برای هم‌رنگ جماعت شدن بوده است. به علاوه گمان هم نمی‌کنم که حال و روز بحرانی حرفه‌ی وکالت و نهادهای صنفی آن در جامعه‌ی ما با نیک‌کاری، حق‌جویی و از خودگذشتگی تعداد اندکی از وکلای دادگستری و با احتمالاً با نان به نرخ روز خوردن نهاد صنفی مربوط بهبودی یابد.

آقای دادخواه در جای دیگری از مقاله‌ی خود برای توجیه و تبیین آن چه تاکنون اتحادیه در مورد مسائل ملی و بین‌المللی گفته و به اعتقاد ایشان باید هم بگوید، از فرهنگستان زبان، صنف آهن‌فروشان، نظام پزشکی و کانون نویسندگان نام برده‌اند که در محدوده‌ی وظایف شان اظهارنظر کرده‌اند و می‌کنند. در آخر هم نوشته‌اند: «دور از فرزادگی است، اتحادیه را از رسالت‌های بخشی که در درون و ذات کار دفاع نهفته است دور نگه داریم...»

اتفاقاً مفاد سخن آقای تقی‌خانی هم غیر از این نیست که اتحادیه باید در چارچوب وظایف و اختیارات اش حرکت کند و نباید پا را از گلبم خودش بیرون‌گذارد. آن چه که هست، ایشان حدود اربعه‌ی گلبم کانون و کلا و اتحادیه را با مقررات ناظر به وکالت و اساسنامه‌ی اتحادیه محدود می‌دانند، نه منشور سازمان ملل متحد؛ به همین خاطر دخالت این نهاد صنفی در مسائل شاخ آفریقا و دریای مدیترانه و حتی مسائل نامربوط داخلی را انحراف از رسالت اصلی تلقی می‌نمایند و بر نمی‌تابند. به اعتقاد ایشان: «کانون و کلا، نماینده‌ی و کلاست در امور صنفی، نه قیم و کلا در مسائل سیاسی» و «جز عمل به وظایف صنفی و دفاع از حریم حرمت وکالت و وکیل هیچ آرمانی در سر نمی‌پروراند...» و از «وکلا هم [جز] برای اظهارنظر در چنین مسائلی نمایندگی ندارد».

۱- تالبوت اسمیت، وکیل دادگستری، ترجمه‌ی دکتر حمید وارسته، انتشارات فرنکلین، تبریز، ۱۳۴۵، ص ۱۳۵.

۲- همان.



دکتر تقی خانی این‌ها را می‌گوید، اما نه «به تلاش وکیل دادگستری برای حمایت و حراست از آثار تاریخی، فرهنگی مردم ایران» ایراد می‌گیرد و نه از «وظیفه‌ی اصلی و اساسی وکیل دادگستری؛ در دفاع از حقوق مردم در محاکمه» و نه حتی از امکان «موضع‌گیری کانون وکلا در مقابل حاکمیت» «به منظور دفاع از حقوق وکلا و صیانت از استقلال وکلا» غافل است. چیزی که هست، ایشان بین مواضع مورد اشاره در قطعنامه‌ها و منافع و مصالح وکلا ارتباطی نمی‌بینند. در این خصوص بحث خوش‌آمد یا بدآمد نظام سیاسی هم اصلاً در میان نیست. بحث از گستره‌ی وکالت و نمایندگی است و این که موکل (وکیل دادگستری) از نهاد صنفی خود چه انتظار یا انتظاراتی دارد و در چه اموری نیابت داده است. این بحثی کاملاً حقوقی است و فرزانگی ایجاب می‌کند که به حرف و حدیث سیاسی آلوده نشود. از سخن و نوشتار ایشان غیر از این چیزی بیرون نمی‌آید یا دست کم من نتوانستم بیرون بیاورم. اگر آقای دادخواه می‌تواند، خوشا به حالشان! که هم نادیده می‌بینند و هم نوشته می‌خوانند.

از ترس برداشت ناصواب ناچارم یادآور شوم که این‌ها را من از طرف آقای دکتر تقی خانی نمی‌نویسم. هیچ بعید نیست که ایشان با فهم من از مقوله‌ی وکالت و بقیه‌ی قضایا کاملاً مخالف باشند. اما، از مقاله‌ی «هان سهر مکن» که در شماره‌ی ۱۲ خبرنامه آمده، همین را می‌فهمم که به اعتقاد وی کانون وکلا و اتحادیه، کانون و اتحادیه‌ی «وکلا» دادگستری است، صرف نظر از هر صفت یا قید دیگری - انحصاری بودن اتحادیه فعلاً بماند - و چون چنین است کل باید حافظ و مدافع کل جزء باشد نه جزئی از جزء و کل جزء هم در حرفه‌ی وکالت مشترک است نه مثلاً در آزادگی، دین‌باوری یا برابری طلبی. چرا؟ به همان دلیلی که خود آقای دادخواه آورده اند: «خیل عظیمی از وکلا در جمیره‌ی زندگی زیستی فرو افتاده اند» و فقط «گروه اندکی زندگی‌رهایی بخش دارند». اگر این که اگر غیر از این هم بود در اصل قضیه تفاوتی نمی‌کرد. خوب! حالا که این طور است، کانون وکلا و اتحادیه‌ی واقعاً موجود هم دست کم اجتماع این دو گروه است و باید حافظ منافع و مصالح مشترک هر دو گروه باشد و حق ندارد خود را مقید به قید یا متصرف به صفت یکی از دو گروه بسازد. چون اگر غیر از این بود، دلیلی نداشت آقای دادخواه برای پیگیری هدف‌های حقوق بشری خود، به «کانون مدافعان حقوق بشر» پناه ببرند.

به هر حال، اگر آقای دادخواه می‌گفتند در غیاب احزاب و سازمان‌های مردمی ذریبط، وکلا باید به کانون وکلا و اتحادیه نیابت بدهند تا از باب اضطرار در امور غیرحقوقی نامربوط داخلی و خارجی اعلام نظر کند، حرفشان قابل تأمل بود. اما چون نگفته اند، باید عرض شود که برابر مقررات مربوط به وکالت به ویژه ماده‌ی ۶ لایحه‌ی قانونی استقلال و ماده‌ی ۳ اساسنامه‌ی اتحادیه، «مسئله‌ی رهایی بخش‌ای بر دوش این نهادهای صنفی گذاشته نشده، هم چنان که برای مداخله بی‌صله هم اختیاری به این نهادها تفویض نگردیده است. پس شعر چه ضرور که قافیه تنگ آید؟

البته موارد دیگری هم در مقاله‌ی آقای دادخواه آمده که از جهات مختلف نقدشدنی اند. اما چون حاشیه از متن فراتر می‌رود، به همین بسنده می‌شود. امید است اهل نظر از کنار این بحث بنیادی بی‌تفاوت رد نشوند تا ما حاشیه‌نشینان نیز بدانیم حرف حساب کدام و حرف ناحساب کدام است.

آن‌گاه که قیود و پیش‌دآوری‌ها
یک سره از پهنه‌ی زمین رفته باشد،
تنها در صراحت بی‌قید و شرط
در خلایی آزادکننده و پایدار
برای زندگی تازه
برای روحی تازه
فضایی میسر است.^۳

۳- مارگوت یکل شاعر آلمانی.

تجسس در حسن سابقه قضات بازنشسته

ابوالقاسم کشاورز
قاضی بازنشسته دادگستری

کانون های وکلای دادگستری در مواجهه با تقاضای پروانه ی وکالت از طرف قضات بازنشسته یا مستعفی به منظور تشخیص حسن سابقه ی خدمت آنان براساس رویه، پرسشی از دادرسی انتظامی می کنند. و به پاسخ آن اهمیت تمام می دهند. آیا این پرسش و پاسخ آن می تواند در عدم اعطاء پروانه به متقاضی تأثیرگذار باشد؟

مبنای پرسش مذکور تبصره ی ماده ی ۳۲ آیین نامه لایحه ی قانونی استقلال کانون وکلاست با این بیان (کانون می تواند برای تشخیص حسن سابقه ی خدمت قضات دادگستری خلاصه پرونده کارگزینی آنان را مطالبه نماید)

بدیهی است آیین نامه باید در راستای قانون باشد نه درکنار آن، بنابراین هرگاه در لایحه ی قانونی استقلال شرط حسن سابقه برای قاضی بازنشسته متقاضی پروانه می بود آن گاه آیین نامه می توانست چگونگی احراز آن را تعیین نماید و عمل به آن ایرادی نداشت.

اما در سرتاسر لایحه ی قانونی استقلال چنین شرطی نیامده است نتیجه این که عمل به تبصره ی مذکور به نظر مجاز نیست. ناگفته نماند ماده ی ۱۰ لایحه ی قانونی مذکور می گوید (به اشخاص زیر اجازه ی وکالت داده نمی شود) موارد را احصاء کرده و در بند ۵ احصائیه چنین آمده است (اشخاص مشهور به فساد اخلاق و تجاهر به استعمال مسکر و افیون و اعمال منافی عفت) ممکن است تصور بعضی از کانون ها این بوده که همین بند آنان را مجاز به اعمال تبصره پیش گفته کرده است و در این راه تا آن جا پیش رفته اند که با وجود اختیار در اعمال یا عدم اعمال آن (به شرح صدر تبصره) اعمال آن را الزامی تلقی کرده و به کارگیری پاسخ نامطلوب آن به زیان متقاضی پروانه ضایعه بار شده است.



به نظر می‌رسد بند ۵ مورد اشاره هم نمی‌تواند مجوزی برای اعمال تبصره‌ی مذکور و یا هرگونه تفحص و تجسسی در خصوص حسن سابقه متقاضی یا عدم آن باشد. هرگاه کسی اشتهار به فساد اخلاق داشته و یا متجاهر به استعمال مسکر و افیون و اعمال منافی عفت باشد طبعاً به گوش همه از جمله اعضاء هیأت مدیره‌ی کانون و کلاً هم رسیده و نیازی به تحقیق و تفحص بریافتن آن نیست و اگر خود به خود چیزی در آن زمینه نشنیده و ندیده و آن را نیافته باشد قطعاً چنان اشتهار و تجاهری نبوده است همان‌گونه که خورشید در آسمان خودنمایی می‌کند اشتهار و تجاهر هم در هر جا نمایان است و برای دیدن آن احتیاج به چراغ تفحص در لابه لای جامعه نیست پرسش و تجسس مذکور نه تنها قانون‌گرایی و تبعیت از بند ۵ ماده ۱۰ قانون مورد اشاره نیست بلکه عملی غیرقانونی و بالاتر از آن خلاف شرع و حرام است.

گذشته و بالاتر از این در قانون کیفیت اخذ پروانه‌ی وکالت دادگستری که قانون مورد عمل فعلی و ناقض مقررات مغایر است شرایط لازم برای متقاضیان پروانه و از جمله قضاوت در ماده ۲ آن قانون احصاء شده و نحوه‌ی بیان آن چنان است که حصر شرایط هم به عمل آمده است و گویی قانون‌گذار تنها داشتن چند شرط مهم و اساسی را برای متقاضی ضروری دانسته و با غمض عین از نقطه ضعف‌های احتمالی کوچک آن‌ها را مانع راه او قرار نداده تا آن‌جا که به طور مثال حتی محکومیت کیفری غیرمؤثر را هم در این رهگذر بی‌اثر دانسته است و این برداشت دور از واقعیت نیست آشکار است که قانون‌گذاران جمهوری اسلامی سعی بر همخوانی هرچه بیشتر قوانین موضوعه با مقررات اسلامی دارند و از آن‌جا که در اسلام شرطی برای وکیل مقرر نیست در تدوین قانون کیفیت گرچه با توجه وجه افتراق بین وکالت مدنی و دادگستری در مقام حذف کلی شرایط برنیامده اما از حذف شرایط غیرمهم موضوعه غافل نمانده‌اند.

ختم کلام آن که شرط حسن شهرت در لایحه‌ی قانونی استقلال هم نبوده و بر فرض تصور محال بودنش با تصویب قانون کیفیت و تأکید آن قانون بر نقض قوانین مغایر شرط مذکور به طور قطع محذوف است و جا دارد کانون‌ها در اعطاء یا عدم اعطاء پروانه‌ی وکالت با نگرشی عمیق‌تر به لایحه‌ی قانونی استقلال اعمال بر تبصره‌ی مذکور را به فراموشی سپارند و به پیام قانون‌گذار در قانون کیفیت اخذ پروانه‌ی وکالت که شرایط لازم برای متقاضی پروانه را منحصر به شرایط مندرج در ماده ۲ آن قانون کرده بیش از پیش توجه فرمایند. ♦



■ دستور موقت در دعاوی غیرمالی خانوادگی

■ خسارت تأخیر تأدیه

■ حقوق دفاعی متهم

■ طرحی نو دراندازیم، نگاهی دیگرگونه به ماهیت سرقتی و روابط موجر و...

دستور موقت در دعاوی غیر مالی خانوادگی

علی نوریان

رئیس شعبه ۲۰ دادگاه عمومی (خانواده)
کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم شناسی

یکی از موضوعات اختلافی بین قضات محاکم خانواده و حقوق دانان و وکلای دادگستری، نحوه ی رسیدگی به تقاضای صدور دستور موقت از ناحیه ی زوجین است که عمدتاً در دعاوی مانند الزام به تحویل طفل جهت حضانت و یا استرداد طفل، الزام به تحویل طفل جهت ملاقات مطرح می شود. در این گونه دعاوی که از نظر پرداخت هزینه ی دادرسی و در تقسیم بندی دعاوی به مالی و غیر مالی، «غیر مالی» تلقی می شوند دو موضوع اختلافی وجود دارد که به تفصیل نظرات مخالفین و موافقین را مطرح و سعی می نمایم با ابضاح مطلب و بررسی نظرات هر دو گروه، نظر مناسب را برگزینیم:

موضوع اول: آیا رسیدگی به تقاضای دستور موقت در دعاوی غیر مالی خانوادگی، نیاز به اجرای تکلیف موضوع ماده ی ۳۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی مبنی بر اخذ تأمین مناسب از خواهان دارد و صدور دستور موقت، منوط به سپردن تأمین است یا بدون اخذ تأمین نیز می توان دستور موقت صادر کرد؟

موضوع دوم: در صورتی که موضوع تقاضای دستور موقت، دقیقاً منطبق با موضوع خواسته باشد و در واقع وحدت بین تقاضا و اصل خواسته موجود باشد می توان به دستور موقت رسیدگی و قرار قبول درخواست دستور موقت صادر نمود یا خیر؟

« در پاسخ به سؤال اول، دو نظر وجود دارد. گروهی از حقوق دانان و قضات به استناد مواد ۱ و ۲۰ قانون حمایت خانواده و با استدلال به این که اولاً رسیدگی به امور مورد رسیدگی در دعاوی خانواده، بدون رعایت تشریفات آیین دادرسی خواهد بود و ثانیاً ماده ی ۲۰ قانون حمایت خانواده، اخذ تأمین مناسب و یا خسارت احتمالی را تکلیف ننموده معتقدند صدور دستور موقت، بدون اخذ تأمین صورت می گیرد. توضیحاً این که موضوع ماده ی ۲۰ قانون مذکور در مورد رسیدگی فوری به مسأله ی حضانت، و هزینه ی نگه داری اطفال و نفقه می باشد که تلفیقی از دعاوی مالی و غیر مالی است. ضمن آن که در مورد ملاقات تصریح نشده است، که البته می توان ملاقات را با اندکی مسامحه داخل در این عنوان نمود زیرا ملاقات، تابعی از حضانت است و وقتی حضانت طفل به یکی از زوجین واگذار می شود بالتبع برای طرف مقابل حق ملاقات ایجاد می شود.

اگر قائل به حکومت مادّتین مذکور در قانون حمایت خانواده باشیم باید در مورد دعوی مالی هزینه ی نگهداری اطفال (نفقه) نیز معافیت از اخذ تأمین را بپذیریم در حالی که همین گروه از قضات و حقوق دانان، معتقدند در دعوی مالی، اخذ تأمین باید صورت گیرد. به علاوه اصل حاکمیت مواد ۱ و ۲۰ قانون حمایت خانواده زیر سؤال است زیرا اولاً با تصویب ماده ی ۱ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹، مقررات مذکور در کلیه ی دعاوی مدنی به کار می رود و دعاوی خانواده و محاکم خانواده که خود بخشی از محاکم حقوقی می باشند که به طور تخصصی به دعاوی خانواده رسیدگی می کنند مشمول این قانون خواهند بود و لذا این که گروهی عقیده دارند دادگاه خانواده نیازی به رعایت تشریفات آیین دادرسی ندارد به نظر می رسد متفتی باشد و امروزه در عمل نیز دادگاه های حقوقی (خانواده) بر اساس آیین دادرسی مدنی عمل می نمایند و ثانیاً در اصل اخذ تأمین مناسب در دعوی مالی رویه ی همه ی قضات یکسان است و نظر مخالفی نیز وجود ندارد و همه اعتقاد دارند در دعوی مالی باید برای جبران خسارت احتمالی به استناد ماده ی ۳۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی عمل نمود و لازم است تأمین مناسب اخذ شود. لذا من حیث المجموع، معافیت از اخذ تأمین به استناد ماده ۱ قانون حمایت خانواده صحیح نیست و رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی در دعاوی خانواده امروزه انزایمی است. اما استناد به ماده ی ۲۰ قانون مذکور در کتاد مواد ۳۱۰ تا ۳۲۵ قانون آیین دادرسی مدنی قابل بحث است.

البته اداره ی حقوقی قوه ی قضاییه در یکی از نظریات خود آورده است که ماده ی ۲۰ قانون حمایت خانواده به قوت خود باقی می باشد و نسخ نشده است. (مجموعه نظریات مشورتی حقوقی - بابک ایرانی ارباطلی)

اما اخیراً نیز اداره ی حقوقی قوه ی قضاییه در پاسخ به استعلام اینجانب به شرح نظریه ی شماره ی ۷/۹۵۶۹ مورخ ۸۵/۱۲/۱۶ اظهار داشته اند:

«تقاضای دستور موقت دایر به ملاقات یا حضانت طفل نیازی به اخذ تأمین ندارد. لیکن گروهی از همکاران محترم قضایی، اعتقاد دارند چون در ماده ی ۳۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی، به دادگاه تکلیف شده است که برای جبران خسارت احتمالی حاصل از دستور موقت، تأمین مناسب اخذ نماید و دعاوی غیرمالی استثناء نشده، عدم اخذ تأمین اشکال دارد و ممکن است موجبات تعقیب انتظامی را نیز فراهم نماید. در پاسخ به این نظریه نیز گروه دیگر اعتقاد دارند اولاً اخذ تأمین در دعوی غیرمالی، موضوعیت ندارد زیرا نتیجه ی دعوی غیرمالی، تحصیل مال نیست و منظور از خسارت نیز، خسارت مستقیم و بلاواسطه ناشی از اجرای دستور است و گرنه خسارت غیرمستقیم و بلاواسطه در هر حال می تواند وجود داشته باشد. ثانیاً اخذ تأمین در دعوی غیرمالی نیاز به تصریح دارد و عدم صراحت قانون را می توان به نفع خواهان تفسیر نمود زیرا بارنمودن تکلیف نیاز به تصریح دارد.

ضمناً نظر اکثریت قضات محاکم خانواده ی اصفهان نیز مبتنی بر این نظر است که اخذ تأمین لزومی ندارد. ضمناً در صفحه ی ۱۶۱ کتاب مشاوره ی قضایی تلفنی جلد ۷ از انتشارات معاونت آموزش قوه ی قضاییه در پاسخ به این سؤال که، آیا صدور دستور موقت مبنی بر حضانت فرزند مشترک منوط به اخذ خسارت احتمالی موضوع ماده ی ۳۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی می باشد یا خیر؟ آمده است که: «با توجه به ماده ی ۲۰ قانون حمایت خانواده،



دستور موقت به کیفیت مذکور از شمول ماده ی ۳۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی موضوعاً خارج است لذا اخذ خسارت احتمالی ضروری نمی باشد.»

لازم به توضیح است که نظریه ی بینابینی نیز وجود دارد که براساس این نظریه، اخذ تأمین و خسارت احتمالی در دعاوی غیرمالی منوط به نظر دادگاه است که در مواردی که تشخیص می دهد ممکن است در اثر اجرای دستور موقت، خسارتی محتمل وجود دارد می تواند اقدام به اخذ تأمین نماید و در مواردی که احتمال بروز خسارت نمی رود اخذ تأمین موضوعیت ندارد. به عنوان مثال آقای دکتر زراعت در صفحه ی ۶۲۱ کتاب آیین دادرسی مدنی آورده است: «درخواست دستور موقت اختصاص به دعاوی دارد بنابراین هرگاه درخواست دستور موقت در مورد موضوعات غیرمالی باشد معمولاً تأمین، موضوعیت نخواهد داشت مگر در مواردی که احتمال خسارت وجود داشته باشد.

در صفحه ی ۱۷۵ از کتاب مجموعه نشست های قضایی- مسائل آیین دادرسی مدنی ۴- از انتشارات معاونت آموزش قوه ی قضاییه آمده است: نظریه ی اقلیت: «در مواردی که موضوع دستور موقت، مالی است تأمین مالی باید اخذ شود اما در غیر آن مثل استرداد فرزند، اخذ ضامن کافی است بلکه در مواردی که فوریت داشته باشد حتی می توان از اخذ ضامن صرف نظر کرده. البته نظریه ی کمیسیون مشورتی در خصوص این موضوع، مخالف این نظریه است و به نظر اعضای کمیسیون، کلمه ی جبران خسارت احتمالی در ماده ی ۳۱۹ شامل خسارت مادی و معنوی می شود و اخذ ضامن نمی تواند تضمین مناسبی برای جبران خسارت باشد و ضمناً نظریه ی اقلیت مبنی بر این که می توان در موارد فوری و ضروری از اخذ تأمین صرف نظر کرد خلاف صراحت ماده ی ۳۱۹ است که دادگاه را مکلف به اخذ تأمین مناسب کرده است. ضمناً آقای دکتر شمس در کتاب آیین دادرسی مدنی- جلد ۳- صفحه ی ۴۱۳ اظهار داشته اند در امور غیرمالی نیز دادگاه معمولاً مبلغی را با لحاظ تمامی جوانب امر تعیین می کند.

در پایان این بحث، به نظریه ی قضات محاکم خانواده ی تهران نیز اشاره می کنیم. در خصوص این موضوع ۳ نظریه از سوی قضات محاکم خانواده ی تهران مطرح شده است: ۱- گروهی از قضات (۱۲ نفر) قایل به اخذ تأمین در مورد صدور دستور موقت در دعوی ملاقات فرزند می باشند. ۲- گروهی قایل به تفصیل شده اند به این نحو که چنان چه احتمال ورود خسارت باشد اخذ تأمین لازم است و در غیر این صورت اخذ تأمین موضوعیت ندارد. (۱۲ نفر) و گروه اقلیت (۶ نفر) اظهار داشته اند در موضوع ملاقات نباید اخذ تأمین برای خسارت احتمالی صورت گیرد. (به نقل از نشریه ی نهالی خانواده- شماره ی ۱۹- ۱۸- فروردین و اردیبهشت ۱۳۸۵- صفحه ی ۲۴)

دوم: موضوع دیگری که در این رابطه مطرح است آن است که آیا لزوماً بایستی موضوع تقاضای دستور موقت، متفاوت از اصل خواسته باشد یا خیر؟ و در صورت انطباق موضوع دستور موقت و موضوع خواسته دادگاه چه تکلیفی دارد؟

در این خصوص تعدادی از حقوق دانان و همکاران قضایی معتقدند که موضوع دستور نمی تواند منطبق با اصل خواسته باشد زیرا در این فرض، در اجرای دستور موقت خواسته دعوی به ناچار در اختیار خواهان قرار می گیرد. آقای دکتر شمس نیز در کتاب آیین دادرسی

مدنی، این نظریه را ارائه نموده و اظهار داشته انطباق موضوع دستور موقت با اصل خواسته از جمله با ماده ی ۳۱۶ قانون آیین دادرسی مدنی منافات دارد که مقرر می دارد:

«دستور موقت ممکن است دایره به توقیف مال یا انجام عمل و یا منع از امری باشد به نظر اینجانب این عقیده اشکال دارد زیرا در مواردی مانند تقاضای تحویل طفل از سوی مادر در زمانی که طفل در سن شیرخوارگی است و باید در حضانت مادر باشد اگر دادخواست خواهان استرداد طفل به منظور حضانت وی و یا واگذاری حضانت به وی باشد و تقاضای دستور موقت نیز بنماید دادگاه می تواند به خواهان بگوید چون تقاضای دستور موقت منطبق با اصل خواسته است باید تا زمان صدور حکم قطعی منتظر بماند!؟»

قطعاً پاسخ منفی است و در این حالت باید دادگاه فوراً تقاضای خواهان را اجابت نموده و دستور موقت صادر نماید. یا هنگامی که مادری به دلیل این که فرزندش را مدت مدیدی است ملاقات نکرده از نظر روحی و عاطفی دچار صدمه ی شدید روحی روانی شده و تقاضای دستور موقت جهت ملاقات با طفل را می نماید و خواسته دعوی وی نیز تعیین زمان و مکان ملاقات می باشد می توان درخواست او را مردود دانست؛ بگوییم باید تا زمان رسیدگی و صدور رأی و قطعیت رأی منتظر بماند! بدیهی است که پاسخ منفی است.

نکته ی دیگر آن که این استدلال که با اجابت درخواست دستور موقت، خواسته در اختیار خواهان قرار می گیرد نیز صحیح به نظر نمی رسد. زیرا اولاً اجرای دستور موقت و انجام خواسته ی خواهان، امری موقتی است و به استناد ماده ی ۳۱۷ قانون آیین دادرسی مدنی، دستور موقت دادگاه به هیچ وجه تأثیری در اصل دعوا نخواهد داشت و در واقع نتیجه ی رسیدگی و رأی دادگاه از قبل قابل پیش بینی نمی باشد. و حتی ممکن است در مواردی درخواست دستور موقت به طور جداگانه مطرح شده باشد و خواهان اصل خواسته ی خود را به موجب دادخواست جداگانه نیز تقدیم نماید و چه بسا در اثر عدم اقدام خواهان در مهلت قانونی، با تقاضای خواننده از دستور موقت رفع اثر شود. و یا به استناد ماده ی ۳۲۱ ممکن است دادگاه در صورت تشخیص مصلحت با اخذ تأمین از طرف دیگر دعوی (خواننده) از دستور موقت رفع اثر نماید. و حتی ممکن است دادگاه به استناد ماده ی ۳۲۲ به دلیل مرتفع شدن جهت صدور دستور موقت، آن را لغو نماید.

نکته ی دیگر آن که در هنگام صدور قرار تأمین خواسته نیز این حالت به وجود می آید. مثلاً خواسته ی خواهان استرداد جهیزیه است و خواهان تقاضای تأمین خواسته به منظور توقیف جهیزیه می نماید در این حالت نیز فی الواقع جهیزیه که خواسته ی خواهان است در اختیار او قرار می گیرد. لذا در این حالت نیز دادگاه نمی تواند به این دلیل که موضوع تأمین خواسته با اصل خواسته منطبق است درخواست را رد کند. اما در این حالت و در حالت صدور دستور موقت به هر ترتیب اقدام دادگاه، اقدامی موقتی است که پس از صدور رأی قطعی می تواند حالت ثبات پیدا کند. لذا به نظر می رسد اجابت درخواست خواهان مبنی بر صدور دستور موقت حتی با فرض انطباق با اصل خواسته اشکال ندارد و منعی در قانون وجود ندارد. *



خسارت تأخیر تأدیه

زهرا بغلانی

کارآموز وکالت

ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی:

در دعای که موضوع آن دین و از نوع وجه رایج بوده و با مطالبه داین و تمکن مدیون، مدیون امتناع از پرداخت نموده، در صورت تغییر فاحش شاخص قیمت سالانه از زمان سررسید تا هنگام پرداخت و پس از مطالبه طلبکار، دادگاه با رعایت تناسب تغییر شاخص سالانه که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تعیین می گردد محاسبه و مورد حکم قرار خواهد داد مگر طرفین به نحوه دیگری مصالحه نمایند.

مقدمه:

خسارت تأخیر تأدیه تحولات شگفت انگیزی را پشت سر گذاشته است. ماده ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی سابق که خسارت تأخیر تأدیه را با موضوع وجه نقد پذیرفته و نرخ آن را هم ۱۲٪ محکوم به قرار داده بود، با نظریه شورای نگهبان که در تاریخ ۶۲/۱۰/۱۱ ابراز گردید مغایر با موازین شرعی شناخته شد، زیرا به اعتقاد فقهای شورای نگهبان و با استناد به فتوای امام خمینی دیرکرد بدهی به عنوان ربا شناخته شده و حرام است. بر این اساس مطالبه مازاد بر بدهی را غیر شرعی دانستند. در نتیجه هر کس که به مقررات پای بند نبوده اگر طلبی از دیگری نزد وی بود سعی می کرد مدت بیشتری از این طلب استفاده کند و هیچ قانونی نیز وجود نداشت که وی را از این عمل باز دارد. با بروز مشکلات این چنینی در جامعه در سال ۱۳۷۷ قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی تصویب شد و به موجب آن مقرر گردید که هر کس به موجب حکم قطعی دادگاه محکوم به پرداخت مالی به دیگری شود و آن را نپردازد بازداشت می شود. اما این ضمانت اجرا نیز نتوانست مشکلات ناشی از حذف این قانون را برطرف کند، زیرا شخص مدیون بدهی خود را تا زمانی که دستور جلب وی براساس ماده ۲ قانون مذکور صادر و به وی دسترسی حاصل شود نمی پرداخت و پس از گذشت این چند سال هم فقط اصل دین را پرداخت می کرد. تا این که سرانجام ماده ۵۲۲ از قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ در جهت احیاء ماده ۷۱۹ قانون سابق تصویب گردید و شورای نگهبان نیز آن را تأیید نمود.

ماهیت خسارت تأخیر تأدیه:

در مورد ماهیت خسارت تأخیر تأدیه این تردید وجود دارد که آیا گرفتن خسارت از مدیون مصداق ربا می باشد؟ خسارت تأخیر تأدیه مبلغ اضافی نیست که بیش از مبلغ اصلی به وام دهنده پرداخته شود. کمترین خسارتی است که طلبکار در نتیجه محروم ماندن از سرمایه خود در وعده معهود تحمل کرده است. این ضررها ناشی از عهد شکنی بدهکار است و او باید مطابق قواعد ضمان فہری ضرری را که سبب آن شده است جبران کند.

در حقیقت با توجه به تورم شدید در سال های اخیر و این که قیمت ها در حال ترقی است، وجهی که به عنوان خسارت تأخیر تأدیه وصول و پرداخت می شود اگر با مبلغ مورد مطالبه جمع شود از لحاظ ارزش ریالی آن و قدرت خرید تفاوتی با اصل دین ندارد و به عبارت دیگر با مقایسه قدرت خرید کالا در هر دو زمان وجهی اضافه نصیب طلبکار نمی شود که آن را زاید بر مبلغ مورد مطالبه و ربا دانست. این عنوان خسارتی است که به لحاظ افزایش تورم و عدم ثبات وضعیت اقتصادی به دین تعلق می گیرد. به عبارت دیگر خسارتی است که ناشی از کاهش ارزش اسکناس است.

از آن جایی که به دلیل کاهش ارزش پول و به تبع آن قدرت خرید، داین به دلیل از دست دادن منافع یا به عبارت گویا تر محروم ماندن از منافع خود به دلیل تفصیر بدهکار که دین خود را سر موعد و حتی پس از مطالبه طلبکار نیز پرداخت نکرده است، این عنوان توسط قانون گذار پیش بینی شده است. بنابراین خسارت دانستن آن به دلیل کاهش ارزش پول دور از ذهن نمی باشد. در حالی که اگر هنگامی به فرض محال با افزایش ارزش پول مواجه شویم دیگر مطالبه خسارت محمل قانونی نداشته و با هیچ عنوانی قابل توجیه نخواهد بود.

این تغییر در شرایط موجود در گذشته و تا زمان حاضر به علت افزایش سطح زندگی و سقوط ارزش اسکناس عبارت از افزایش مقدار شماره ای اسکناس مورد تعهد. مثلاً اگر شخصی در ده سال پیش یک هزار ریال مدیون بوده است که همان زمان پیردازد ولی تا کنون ادا نکرده است در صورتی که میزان تورم در این مدت صد در صد باشد امروز مقدار دین مورد تعهد او دو هزار ریال خواهد بود؛ زیرا امروز بر خلاف گذشته پول یک امر غیرمادی و یک ارزش اعتباری است که نه مانند خانه و اتومبیل وجود عینی و نه مثل حق ارتفاق یا کار مورد تعهد وجود شبه عینی دارد.

شروط تعیین شده در ماده ۵۲۲:

ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی زمانی قابلیت اعمال و اجرا پیدا می کند که شروط ذکر شده در ماده تحقق پیدا کند. از جمله این شروط است:

(۱) دین بودن موضوع تعهد: در فقه دین عبارت است از استحقاق مالی بر ذمه دیگری و در اصطلاح حقوق تعهدی است که بر ذمه شخصی به نفع کسی وجود دارد و از حیث انتساب آن به بستانکار طلب تلقی می شود، موضوع دین ممکن است کلی در ذمه یا عین خارجی باشد.



مشوایی که در این جا مطرح می‌شود آن است که شمول دین تا کجاست؟ آیا این تعهدی که به نفع شخصی بر ذمه دیگری وجود دارد باید قانونی و مشروع ایجاد شده باشد؟ به طور مثال در خصوص رد وجه یا مال مورد اختلاس یا کلاهبرداری، آیا ضرر و زیان معنونه در ماده ۵۲۲ قابل تسری به موارد مذکور و موارد مشابه می‌باشد یا خیر؟

مطابق نظریه مشورتی ۱۳۶۹ - ۸۱/۲/۱۴ اداره حقوقی قوه قضائیه: در خصوص رد وجه یا مال مورد اختلاس در قسمت اخیر ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۶۷/۹/۱۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام، تعیین تکلیف شده است و ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی که موضوع آن دین از نوع وجه رایج است، ضرر و زیان مذکور تسری ندارد.

همچنین نظریه مشورتی شماره ۵۹۶۰ - ۸۱/۶/۳۱: در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی دینی شمول مقررات این ماده است که مدیون متمکن بوده و با مطالبه داین، از پرداخت دین خود امتناع نموده است در حالی که استرداد اصل مال مورد کلاهبرداری به حکم قانون است و دین محسوب نمی‌شود، لذا وجه مورد حکم کلاهبرداری مشمول ضوابط ماده ۵۲۲ قانون مذکور نیست.

در نظریات فوق مالی که حکم به استرداد آن داده می‌شود دین تلقی نشده است تا بتوان آن را مشمول حکم ماده ۵۲۲ دانست. اما در عمل رویه محاکم متفاوت است. گروهی معتقدند مال مورد کلاهبرداری دین نیست و اگر متضرر از جرم خواهان جبران ضرر خویش است می‌تواند از راه های دیگری همچون خسارت ناشی از تسبب اقدام کند. گروهی نیز بر این باورند که اگر فردی به صورت قانونی و مشروع به دیگری بدهکار باشد به طریق اولی کلاهبردار یا مختلس و امثالهم نیز مدیون محسوب و طلبکار می‌تواند خسارت تأخیر تأدیه خود را مطالبه کند.

۲) وجه رایج: از دیگر شروط مذکور در ماده ۵۲۲ وجه رایج بودن دین است. عده ای از حقوق دانان معتقدند عبارت وجه رایج صرفاً وجه رایج داخلی است نه وجه رایج خارجی. لیکن با توجه به معتبر بودن ماده ۲۵۲ قانون تجارت و نیز بند ج ماده ۲ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۵۱/۴/۱۸ با اصلاحات بعدی که مقرر می‌دارد: "تعهد پرداخت هرگونه دین و یا بدهی فقط به پول رایج کشور امکان پذیر است مگر آن که با رعایت مقررات ارزی کشور ترتیب دیگری بین بدهکار و بستانکار داده شده باشد" و نیز استفاده از عبارت وجه رایج بدون قید داخلی یا خارجی بودن آن توسط قانون گذار، به نظر می‌رسد دامنه شمول این ماده به وجه رایج داخلی و خارجی تسری دارد.

رای وحدت رویه شماره ۹۰ - ۵۳/۱۰/۴: نظر به این که پرداخت وجه برات با پول خارجی بنا به مدلول ماده ۲۵۲ قانون تجارت تجویز شده است و مطابق قسمت آخر بند ج ماده ۲ قانون پولی و بانکی کشور پرداخت تعهدات به ارز با رعایت مقررات ارزی مجاز می‌باشد و نظر به بند ۱ ماده ۸۷ قانون آیین دادرسی مدنی راجع به ارزیابی خواسته در مورد پول رایج ایران و پول خارجی تخصیص دادن ماده ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی به دعاوی که خواسته آن پول رایج ایران است صحیح نیست و عبارت وجه نقد مذکور در این ماده اعم است از پول رایج

ایران و پول خارجی و بنابراین مقررات فصل سوم قانون مزبور در باب خسارت تأخیر تأدیه شامل دعاوی نیز که خواسته آن پول خارجی است می شود.

۳) مطالبه: مطالبه از دیگر شروط مندرج در ماده مورد بحث است. داین باید طلب خود را از مدیون مطالبه کرده باشد. قرینه این شرط در ماده ۲۷۸ قانون مدنی نیز به چشم می خورد: "... اگر متعهد بانقضاء اجل و مطالبه تأخیر در تسلیم نموده باشد مسؤول هر کسر و نقصان خواهد بود" بنابراین اگر داین طلب خود را مطالبه نکند نمی تواند در مقابل مدیون خواستار خسارت خود شود.

آیا در مورد دین مدت دار نیز مطالبه لازم است؟ بله، همان طور که در ماده مزبور اشاره شده است مطالبه از ارکان اصلی است و تفاوتی میان دین حال و مدت دار وجود ندارد.

۴) تمکن مدیون: مدیون باید متمکن از پرداخت باشد، حال داین باید تمکن مدیون را اثبات کند یا آنکه مدیون موظف به اثبات عدم تمکن خود برای دادگاه است؟ اصل بر ملائت است. لذا در مقام مرافعه این مدیون است که باید ثابت کند در زمان انجام تعهد و حتی تا هنگام طرح دعوی ملائت نداشته است. برای این سوال می توان پاسخ دیگری نیز داد. مدیون ادعا می کند که هنگام ایفای تعهد خویش تمکن مالی نداشته است. مطابق قاعده "البینه علی المدعی و البینه علی من أنکر" اثبات هر ادعایی با مدعی آن است، پس مدیون باید عدم تمکن خود را اثبات کند.

۵) امتناع مدیون از پرداخت طلب: امتناع مدیون از پرداخت طلب داین شرط دیگر ماده ۵۲۲ است. امتناع ترک فعلی مستند به شخص مدیون است پس به صرف مطالبه یا سررسید طلب و عدم پرداخت مدیون امتناع وی مسلم فرض می شود و اگر مدیون عدم پرداخت را ناشی از عوامل دیگری که خارج از حیطه توانایی های او بوده می داند، باید آن را اثبات کند. (ماده ۲۲۷ قانون مدنی)

مبدأ خسارت تأخیر تأدیه:

مبدأ خسارت تأخیر تأدیه به چند قسم تعیین می شود:

اگر مبدأ مزبور به تراضی طرفین قرارداد معین شده باشد معتبر است در غیر این صورت تاریخ قرارداد مبدأ قرار داده می شود. اما اگر قراردادی نباشد و خواسته به وسیله اظهارنامه مطالبه شود از تاریخ اظهار نامه والا از تاریخ اقامه دعوی محسوب است. خسارت تأخیر تأدیه مبلغ اصلی برات که واخواست عدم تأدیه به عمل آمده باشد از تاریخ واخواست حساب می شود. همین حکم به موجب ماده ۳۰۹ قانون تجارت در سفته و به موجب ماده ۳۱۴ قانون مذکور در چک نیز جاری است. درخصوص پیش آگهی اجرایی مالیات طبق ماده اول آئین نامه اقدامات اجرایی برای وصول مالیات مصوب ۳۵/۱/۱۸ مناسب تر آن است که خسارت تأخیر تأدیه از تاریخ تقدیم دادخواست محاسبه شود نه از تاریخ ابلاغ پیش آگهی اجرایی. هرگاه موضوع سند لازم الاجرا پرداخت وجه نقد باشد و وجه التزامی برای تأخیر اداء در سند مقرر نشده باشد به تقاضای متعهد له مأمور اجرا باید خسارت تأخیر تأدیه را از تاریخ ابلاغ اظهارنامه و اگر اظهار نامه ای در بین نباشد از تاریخ ابلاغ اجراییه به مدیون تا روز وصول دریافت دارد. هرگاه دعوی غیر تجاری و برمیت طرح شود یا اگر در دعوی به استناد گواهی و امارات حکم



داده شود خسارت تأخیر تأدیه از تاریخ صدور اولین حکمی که برله مدعی صادر می شود محسوب خواهد شد.

صلاحیت دادگاه:

به دعوی خسارت تأخیر تأدیه هرگاه ضمن دعوی اصلی مطالبه شده باشد در دادگاهی رسیدگی می شود که دعوی اصلی در آن مطرح شده است و الا در دادگاهی رسیدگی می شود که دعوی در آن خاتمه یافته و حکم قطعی از آن صادر شده است.

زمان سررسید یا زمان مطالبه:

مهم ترین پرسشی که از متن ماده ۵۲۲ برمی آید آن است که در محاسبه خسارت تأخیر تأدیه زمان سررسید دین اهمیت دارد یا هنگام مطالبه؟

نشست قضایی قضات دادگستری یزد در اسفند ماه ۱۳۷۹ به این پرسش این گونه پاسخ داده است: مراتب تاریخ چک و سررسید، ضابطه برای تعیین تورم و شاخص میزان خسارت خواهد بود لیکن در محاسبه میزان خسارت تأخیر تأدیه ابتدای زمان استحقاق خسارت تأخیر تأدیه تاریخ مطالبه از سوی داین است اعم از اینکه مطالبه از طریق ارسال اظهار نامه صورت گرفته باشد یا از طریق تقدیم دادخواست.

با عنایت به روجه قضایی شکل گرفته در خصوص چک از هنگام تحصیل گواهی عدم پرداخت مطالبه محقق شده و خسارت تأخیر تأدیه تعلق می گیرد. اما در مورد دیون دیگر به نظر می رسد با توجه به متن ماده استحقاق خسارت تأخیر تأدیه از زمان مطالبه باشد.

آیا از معیار موجود در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی در همه موارد می توان استفاده کرد؟

اگر ما در همه موارد از ماده ۵۲۲ مدد گرفته و بخواهیم همه انواع زیان های منصوره و وارده را با خسارت تأخیر تأدیه جبران نماییم اولاً محدودیتی بوجود می آید که بعضاً می تواند منجر به آن شود که عدالت آن گونه که شایسته است به اجرا در نیاید. ثانیاً در مواردی که راهکار قانونی و پیش بینی قانون گذار وجود دارد استفاده از ماده فوق الاشعار موجب متروک و مطرود ماندن راه چاره های مورد نظر می گردد و ثالثاً این امر شاید موجب شود که فاضی در چارچوبی محصور بماند و الزام شود بدون توجه به شرایط مقتضی تصمیم گیری کند. مثلاً اگر در مورد کلاهبرداری قائل به آن شویم که مال مورد کلاهبرداری دین است و مشمول خسارت تأخیر تأدیه، در حالی که می توانیم با استفاده از راهکار دیگری مانند مطالبه خسارت از باب تسبیب جبران زیان نماییم هم عدالت را آن چنان که در خور رعایت نکرده ایم و هم از راه چاره مورد پیش بینی قانون گذار بی اعتنا و بدون تأمل شایان گذشته ایم یا زمانی که می توان از باب مسؤولیت مدنی جبران زیان نمود بدین معنا که فردی که عملاً به جان و مال دیگری تعرض نماید مسؤولیت جبران ضرر وارده با اوست اگر بخواهیم باز هم متوسل به ماده ۵۲۲ شویم ممکن است بدون توجه به اصل قضیه و زیان های وارده و تنها بر مبنای شاخص بانک مرکزی که متأثر از عوامل متعددی می باشد حکم داده و در نتیجه در احقاق حق مرتکب تصور شویم. *

حقوق دفاعی متهم

سپیده طباطبایی

کارشناس ارشد حقوق بشر، مدرس دانشگاه

حق برخورداری از یک دادرسی منصفانه از جمله حقوق اساسی بشر است. این حق در شمار حقوق قابل اجرای بین‌المللی است که در اعلامیه جهانی حقوق بشر در حدود پنجاه سال پیش از این، مورد تصویب کشورهای جهان قرار گرفته است. این حق مبتنی بر اصول متعددی است که در معاهده‌های بین‌المللی و منطقه‌ای شناسایی شده‌اند.

فهرست اصول حاکم بر دادرسی منصفانه را می‌توان بدین ترتیب بر شمرد: حق‌رهای از دستگیری و بازداشت غیرقانونی و خودسرانه، حق برقراری ارتباط با محیط خارج از محل بازداشت، حق متهم بر حضور فوری در برابر مقام قضایی، ممنوعیت شکنجه و حق برخورداری از رفتار و شرایط انسانی در طول مدت بازداشت، حق آگاهی از دلایل دستگیری و نوع اتهام، حق برخورداری از معاضدت وکیل در مرحله پیش از محاکمه، حق متهم برای اعتراض به قرار بازداشت موقت، حق دسترسی مساوی افراد به دادگاه صالح مستقل و بی‌طرف، حق علنی بودن دادرسی، فرض بی‌گناهی متهم، حق حضور متهم و دفاع از خود در جلسات دادگاه، حق متهم بر برخورداری از مساعدت مترجم به طور رایگان، حق متهم بر تدارک دفاع از خویش و داشتن وکیل، حق مواجهه با شهود مخالف و تسهیل ادای شهادت شهود موافق، حق رسیدگی در مهلت معقول، حق تجدیدنظرخواهی و حق جبران خسارت ناشی از اشتباه قضایی.

چنانچه مشاهده می‌شود حقوق دفاعی متهم از عناصر تشکیل دهنده یک دادرسی منصفانه است و آیین دادرسی کیفری یک دولت است که اعمال دادرسی منصفانه را تضمین می‌کند. آیین دادرسی کیفری آوردگاه متقابل حقوق، تکالیف و اقتدار حکومت و شهروندان است. حکومت در پی برهم خوردن نظم عمومی به جهت ارتکاب جرم به حکم وظیفه اولیه خود که همان ایجاد امنیت و آسایش اجتماعی است، طبق ضوابط آیین دادرسی کیفری به واکنش در مقابل عاملان رویکرد مزبور بر می‌خیزد. لیکن مفاهیم و تعالیم حقوقی جدید که متأثر از آموزه‌های حقوق بشر است حکومت‌ها را در توسل به هرگونه وسیله، روش یا واکنشی که متضمن تزییع و تحدید حقوق اساسی شهروندان باشد بر حذر داشته و اقدامات ایشان را معیاری برای سنجش احترام به حقوق و آزادی‌های شهروندان می‌داند.

حقوق دفاعی متهم به کلیه تضمینات قانونی و قضایی اطلاق می‌گردد که قانون‌گذار برای کسانی که مظنون به ارتکاب جرم بوده و تحت تعقیب قرار می‌گیرند و در عین حال از آثار اصل براثت بهره می‌برند، در طول فرایند دادرسی در نظر گرفته است.



تضمینات مزبور به جهت تحولات گسترده اجتماعی و تعدیل مفاهیمی همچون حقوق متقابل دولت و شهروندان که خود از تحول دیدگاه های ناظر بر خاستگاه حکومت، فلسفه و توجیه اقدامات قهری آن نشأت می گرفت؛ بود، که از قرون ۱۷ و ۱۸ میلادی و در پی مطرح گردیدن دیدگاه های مکتب حقوق طبیعی و لزوم رعایت حقوق بشر بروز بیرونی پیدا کرد. البته قبل از این هم در مکاتب دیگر از جمله دین اسلام سفارش هایی درخصوص حقوق متهمین شده بود. این مهم در جریان به راه افتادن جنبش جهانی تکریم حقوق بشر مورد اهتمام جامعه جهانی نیز قرار گرفت و تضمین حقوق بنیادین شهروندی که به جهت اتهامی تحت تعقیب کیفری قرار گرفته در اسناد ناظر به ارتقاء سطح حقوق بشر در دادرسی های کیفری، دیدگاه تدوین کنندگان قوانین را به خود معطوف کرد.

در اسناد بین المللی همچون اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی، کنوانسیون جهانی حقوق کودک، کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و همچنین دیگر اسناد سازمان ملل متحد مانند قواعد حداقل سازمان ملل برای اقدامات غیربازداشتی، قواعد حداقل رفتار با زندانیان، مجموعه اصول حمایت از همه افراد تحت هرگونه توقیف یا زندان و اصول بنیادین برای رفتار با زندانیان، و اصول بنیادین نقش و کلا در هشتمین کنگره سازمان ملل درخصوص پیش گیری از جرم و رفتار با بزه کاران در هاوانا، توجه خاصی به لزوم تضمین حقوق متهم در مرحله پیش از محاکمه مبذول شده است؛ چرا که در این مرحله خصوصاً در سیستم های دادرسی مختلط همچون سیستم حاکم بر کشورهای، که تحقیقات مقدماتی به شیوه تفتیشی انجام می شود، حقوق متهم بیشتر در معرض آسیب قرار می گیرد. در این اسناد تضمیناتی همچون تفهیم اتهام، بهره مندی از معاضدت قضایی وکیل یا مشاور حقوقی، استفاده رایگان از مترجم برای کسانی که با زبان دادگاه آشنایی کامل ندارند، حق مواجهه با شهود و پرسش از ایشان و معرفی شهود له در شرایط برابر با شهود علیه و تضمیناتی برای متهمین محروم از آزادی در نظر گرفته شده است.

اولین تضمین برای حقوق دفاعی متهم، ضرورت تفهیم اتهام در اسرع وقت است. ماده ۱۴ میثاق حقوق مدنی و سیاسی دولت های عضو را ملزم کرده که متهمان به ارتکاب جرم را در اسرع وقت و به تفصیل به زبانی که او بفهمد، از نوع و علل اتهامی که به او نسبت داده می شود، مطلع سازند. (شایان ذکر است که این میثاق در ۱۳۵۴ به تصویب قوه ی قانون گذاری ایران رسیده و در حکم قانون است).

این اصل در دیگر اسناد بین المللی حقوق بشری هم مورد تأکید قرار گرفته است. اصل ۳۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی نیز با پذیرفتن فرضیه بی گناهی متهمان، متضمن رعایت لوازم اجرای این فرضیه از جمله تفهیم اتهام به مضمونین در اسرع وقت می باشد. ماده ۲۴ قانون آیین دادرسی کیفری که با توجه به اصل ۳۳ قانون اساسی تنظیم شده و همچنین ماده ۱۲۹ همان قانون، تضمین این اصل را به رسمیت شناخته است. علاوه بر اصل مذکور هر متهمی حق دارد که از زمان (مهلت) و تسهیلات ضروری برای آماده کردن دفاعیه در برابر اتهامات وارد بر خود بهره مند شود. حق استفاده از معاضدت وکیل مدافع یا مشاور حقوقی، از دیگر حقوق دفاعی متهم است. بدیهی است که اجرای یک دادرسی کیفری عادلانه نیازمند آن است که به متهم امکان دفاع از خود در برابر اتهامات انتسابی داده شود.

در این راستا توجه به این واقعیت، ضروری است که دستگاه عریض و طویل دادگستری دارای پیچ و خم های بسیار و اصطلاحاتی خاص بوده و مفاهیم آن برای عوام ناآگاه به علم حقوق و

تشکیلات قضایی ناآشنا و غریب است. به ویژه این که شخص، متهم به ارتکاب بزه‌ی بوده و تحت تعقیب قرار گرفته باشد و اگر به نحو خاصی از خود دفاع کند، می‌تواند از مجازات‌های باید یا خود را بیشتر در میان عناوین متعدد کیفری فرو ببرد. به دلیل حساسیت دادرسی کیفری و ناآگاهی مردم که می‌تواند مشکلات بسیاری را برای متهمین به وجود آورد، اهمیت و نقش وکیل مدافع در دادرسی کیفری همیشه مورد تأکید قوانین مردم سالار و اسناد بین‌المللی بوده است.

قسمت (د) از بند ۳ ماده ۱۴ میثاق حقوق مدنی و سیاسی چنین بیان می‌دارد که "متهم حق دارد شخصاً یا بوسیله وکیل انتخابی خود از خویش دفاع کند و در صورتی که وکیل نداشته باشد حق داشتن وکیل به او اطلاع داده شود و در مواردی که مصالح دادگستری اقتضا نماید از طرف دادگاه رأساً برای او وکلی تعیین بشود که در صورت عجز او از پرداخت حق الوکاله، هزینه‌ای نخواهد داشت. اصل ۳۵ قانون اساسی نیز این امر را مورد تأیید قرار داده است.

با توجه به حساسیت نقش وکیل مدافع، خصوصاً در امور کیفری که متهم سرنوشت خود را در جریان دادرسی وابسته به اعتمادی می‌داند که به علم، امانتداری و تلاش وکیل مدافع خویش معطوف داشته، بدیهی است که هر کس نمی‌تواند عهده‌دار چنین مسؤلیت خطیری گردد و لازم است علاوه بر توانایی علمی، اوصاف برجسته‌ای چون عمل و امانت نیز داشته باشد و در نهایت در صورت اشتباه یا تقصیر بتوان او را در مرجعی تحت تعقیب فرار داد. وکیل باید مجهز به دانش حقوقی کافی باشد و دخالت دیگر ارکان حکومت در کانون وکلای مستقل و مجوز حضور کسانی غیر از وکلا در مسند دفاع که آشنایی کامل با مسایل حقوقی ندارند نه تنها به حمایت از حقوق متهمین در دستگاه قضایی نمی‌انجامد بلکه خود از موجهات تضییع حقوق ایشان خواهد بود. وکلا باید در هر زمانی صداقت و امانتداری و شرافت شغلی خود را به عنوان ارکان لازم و ضروری اجرای عدالت در نظر بگیرند. همچنین وکلای دادگستری در انجام وظایف خطیر خود باید از تضمین و احترام شغلی برخوردار باشند تا بتوانند به نحو احسن انجام وظیفه نمایند. همچنین تحت نفوذ و تسلط نبودن وکیل مدافع، تضمین مناسبی برای دفاع از حقوق متهم به شمار می‌آید. اگر این امکان وجود داشته باشد که از سوی دادگاه یا طرف دعوی عمومی به وکیل قدرتی اعمال شود به نحوی که دستگاه قضایی بتواند وی را به راحتی تحت فشار یا کنترل یا تحدید قرار دهد و سرنوشت پرونده را به نحو مطلوب خود رقم بزند، قربانی اصلی حقوق متهم در دادرسی خواهد بود که در سطح وسیع‌تر حقوق عموم افراد جامعه را به خطر می‌اندازد.

از ویژگی‌های ارتباط وکیل با موکل این است که چنانچه متهم تقاضای استفاده از خدمات حقوقی وکیل مدافع را ارائه دهد، دادگاه باید ارتباط او را با موکلش به گونه‌ای محرمانه تضمین کند. حق متهم به ارتباط و گفتگو با وکیل مدافع خود بدون این که شخص ثالثی سخنان آنان را استماع کند از توقعات اولیه یک دادرسی منصفانه است این حق در اسناد بین‌المللی به کرات مورد تأیید قرار گرفته است.

در قوانین داخلی ایران نه تنها این حق تضمین نگردیده بلکه در آیین‌نامه اجرایی سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور در اجرای ماده ۹ قانون تبدیل شورای سرپرستی زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور به سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور (مصوب ۱۳۶۴/۱۱/۶) در موارد متعدد از جمله ماده ۱۷۴ بدین شرح تدوین شده است که: کلیه ی زندانیان اعم از متهم و محکوم تحت نظارت کامل و طبق مقررات آیین‌نامه مجاز به داشتن ارتباط با بستگان و آشنایان خود می‌باشند و این ارتباط به وسیله ملاقات و مکاتبات انجام می‌پذیرد. که



خود بیانگر اشراف کامل مأموران زندان بر ملاقات و مکاتبات زندانی است. شاهد دیگر این مدعا مندرجات مواد ۱۸۶، ۱۸۸، ۱۹۳، ۱۹۵، ۱۹۷ و تبصره ماده ۱۹۹ این آیین نامه می باشد. جالب این که ملاقات متهم با وکیل خود نیز در همین بخش ذکر شده و هیچ گونه مصونیت خاصی برای آن در نظر گرفته نشده و تابع همان شرایط عمومی است. تبصره ماده ۱۸۰ آیین نامه فوق نیز بیان داشته کانون وکلای دادگستری می تواند در هر زندان به هزینه خود با نظر سازمان زندان ها اتافی بسازد که به ملاقات و کلا دادگستری با وکلای زندانی آن ها اختصاص داده شود. مضمون این تبصره و مواد مشابه دیگر هیچ معنی در خصوص عدم وجاهت نصب شوند و کنترل مکاتبات و مشاوره های متهم با وکیل خود بیان نکرده است و قوانین داخلی ناظر بر این موضوع نیز باید در دستور کار اصلاح قوانین قرار گیرد.

از دیگر حقوق متهم حق بهره مندی از کمک رایگان مترجم است. حق بهره مندی از مترجم برای کسانی که به زبان دیگری گفتگو می کنند و همچنین فراهم آوردن افراد متخصص برای افرادی که قادر به تکلم یا شنیدن نیستند راه می توان به عنوان مکمل حق تفهیم اتهام فرض کرد. بند (۴) ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی که از متون قانونی داخلی کشور ما نیز به شمار می رود، چنین مقرر داشته: در صورتی که متهم نتواند زبان دادگاه بفهمد یا به آن سخن بگوید، حق استفاده از کمک رایگان یک مترجم را خواهد داشت. ماده ۲۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری ایران نیز به حق متهم در خصوص بهره مندی از کمک مترجم در صورتی که زبان دادگاه را نداند، تصریح کرده است؛ و همچنین شرایط و ویژگی هایی همچون تسلط مترجم به هر دو زبان متهم و دادگاه، آشنایی مترجم به اطلاعات و مفاهیم قضایی، مورد اعتماد بودن مترجم رسمی را برای مترجم در نظر گرفته است.

اما یکی از ایرادات قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ در خصوص ویژگی های مترجم آن است که در ماده ۲۰۳، شرایط شرعی برای شاهد که در ماده ۱۵۵ آمده را برای مترجم نیز لازم می داند. این در حالی است که هیچ یک از قوانین و مقررات ناظر بر شرایط صدور پروانه کارشناسی رسمی از جمله صدور پروانه برای مترجمین رسمی دادگستری، وجود ویژگی های نسبی و مبهم و مختلف فیه همچون ایمان، عدالت، طهارت مولد و ... را در متقاضی لازم ندانسته؛ زیرا آن چه از مترجم انتظار می رود صرفاً ترجمه دقیق و صحیح اظهارات طرفین می باشد. از این رو شرایط دیگری برای مترجم در قانون مربوط به استقلال کانون کارشناسان رسمی در نظر گرفته شده است.

لذا بسیار مناسب است اولاً قید رسمی به عنوان کارشناس و مترجم در قانون آیین دادرسی کیفری افزوده گردد و محاکم ملزم باشند صرفاً از کارشناسان و مترجمین رسمی آگاه به مسایل قضایی استفاده کنند.

شناسایی حق بدون تضمین آن از سوی قانون گذار عملاً تفاوتی با به رسمیت نشناختن حق مزبور ندارد. در قوانین جاری صراحتاً ضمانت اجرایی در خصوص تخلف دادگاه از عدم اعطای مترجم بر متهمین پیش بینی نگردیده و صرفاً با توجه به کلیات قوانین می توان حکمی را که در مرحله بدوی، بدون رعایت حق متهم در استفاده از کمک مترجم صادر شده است، به اعتبار عدم توجه دادگاه به ادله و دفاعیات متهم قابل تجدیدنظرخواهی دانست.

از دیگر حقوق متهم حق مواجهه با شهود و پرسش از ایشان و معرفی شاهد است. از آثار فرضیه بی گناهی متهمان در دادرسی کیفری رعایت اصول بی طرفی، امانت و تساوی در



جمع آوری ادله و تفهیم اتهام از سوی مقام تحقیق است. از این روی یکی دیگر از حقوق متهم در روند دادرسی کیفری این است که متهم حق دارد شخصاً یا به وسیله وکیل مدافع خود شهودی را که علیه او شهادت می دهند مورد پرسش قرار دهد؛ و احضار و پرسش از شهودی که قادرند له او شهادت دهند را در همان شرایط ناظر بر شهود علیه، بدست آورد.

دادرسی متصفانه ایجاب می کند که اصحاب دعوا از سلاحهای مساوی برخوردار باشند و به ویژه دادستان و متهم در جمع آوری دلیل و ارائه و اثبات آن در یک سطح قرار گیرند؛ تا ترافعی بودن دادرسی رعایت شود. دادرسی عادلانه اقتضا می کند متهم بتواند از مفاد، کیفیت و اداه کننده شهادتی که علیه وی در محضر دادگاه و در تحقیقات مقدماتی ابراز می گردد و می تواند به عنوان ادله مجرمیت به محضر دادگاه تقدیم گردد، مطلع شود تا ضمن یافتن امکان دفاع مؤثر از خود و رد شهادت مزبور و احیاناً بیان موارد و شواهد تناقض در اظهارات شاهد با ما وقع، در پی پرسش هایی که از مودی شهادت می نماید، به معرفی شهود له خود در شرایط و امتیازات برابر با شاکی به روشن شدن موضوع کمک نماید. بند ۳ ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی و همچنین ماده (۱) ۶۷ اساسنامه دیوان کیفری بین المللی (که در ۱۷ ژوئیه ۱۹۹۸ از سوی نماینده دولت ایران نیز به امضا رسید) بر این حق دفاعی متهم اذعان داشته است.

متأسفانه شیوه دادرسی تفتیشی که بر قوانین ناظر بر اجرای تحقیقات مقدماتی در کشور ما سایه افکننده، مانع از به رسمیت شناختن حق مواجهه و پرسش از شهود که از موجبات هر چه تدافعی تر شدن تحقیقات مقدماتی می شود، شده است. قانون آیین دادرسی کیفری صرفاً در ماده ۱۹۸، حق پرسش متهم از شاهد را صرفاً در مرحله محاکمه پذیرفته است. لیکن ماده ۱۵۱ به امکان تحقیق قاضی از شهود بدون حضور متهم و ماده ۱۵۲ در غیرعلنی بودن تحقیق و بازجویی از شهود و مطلعین در مرحله قبل از محاکمه تصریح دارد که معنای غیرعلنی بودن تحقیقات مقدماتی که از ویژگی های نظام دادرسی تفتیشی است، با توجه به مفهوم مخالف تبصره ۱ ماده ۱۸۸ قانون فوق الذکر عبارت از ایجاد مانع جهت حضور افراد در دادگاه می باشد و همچنین با توجه به تفکرات فقهی که قوانین داخلی ملهم از آن است، قاضی مجتهد جامع شرایط که من بیده الحکم است، کاملاً در تعیین و تشخیص خود، ستوال متهم از شاهد را لازم دانسته و مبادرت به آن امر می کند. حداقل این که وی با هیچ گونه الزام قانونی در جهت پرسیدن مطلب مورد نظر از شاهد رو به رو نیست.

تردید نیست که حمایت از حقوق و آزادی های اساسی شهروندان در مرحله نخست بر عهده مراجع قضایی ملی است و دولت های قانونمند، باید از تضییع حقوق افرادی که تحت حاکمیت آن ها به سر می برند جلوگیری کنند و اصول دادرسی عادلانه منجمله حقوق دفاعی متهم را در قوانین خود جای داده و ضمانت قانونی برای آن تأمین کنند تا به سوی اجرای صحیح عدالت در محاکم داخلی پیش روند. *



طرحی نو در اندازیم،

نگاهی دیگر کرون به ماهیت سرقفلی و

روابط موجر و مستأجر در قانون سال ۱۳۵۶

دکتر شمس الدین محمد سعید طباطبایی

وکیل دادگستری

می خواهیم به قول حافظ شیرازی طرحی نو در اندازیم، یا به قول سهراب سپهری چشم ها را بسته، جور دیگر ببینیم.

چه گونه ببینیم؟ این گونه ببینیم که سرقفلی در حقوق ایران حق تقدم در انتفاع است؛ بدین نحو:

۱- موجر حق ندارد محل استیجاری را مهمل گذارد؛ بلکه مکلف است آن را اجاره دهد.

۲- مستأجر پس از انقضای مدت اجاره حق تقدم در انتفاع از عین مستأجره را دارد.

۳- این حق تقدم حقی مالی و قابل انتقال بوده و همان سرقفلی معروف است.

و باز چه گونه ببینیم؟ این گونه ببینیم که روابط موجر و مستأجر در قانون سال ۱۳۵۶ به دو بخش قابل تجزیه است: یکی روابط قبل از انقضای مدت، که سبب آن قرارداد است و ماهیت آن همان عقد اجاره در قانون مدنی است؛ و دیگری روابط بعد از انقضای مدت^۱ که سبب آن تمدید قهری رابطه استیجاری در قانون سال ۱۳۵۶ است و ماهیت آن بدین شرح است: قانون گذار، سرقفلی یعنی همان حق تقدم معرفی شده بالا را با قسمت اخیر حکم مذکور در ماده ۵۰۱ قانون مدنی جمع کرده و با جمع این دو به تمدید رابطه استیجاری (و نه عقد اجاره) دستور می دهد. بنابر این در ادامه مدت، رابطه موجر و مستأجر در قالب عقد اجاره نیست بلکه در قالب یک رابطه استیجاری ویژه و حکمی است، همان حکمی که در قسمت اخیر ماده ۵۰۱ مزبور آمده است؛ آن جا که می گوید: «اگر مستأجر عین مستأجره را بیش از مدت های مزبور در تصرف خود نگاه دارد و موجر هم تخلیه بد او را نخواهد، موجر به موجب مرضات حاصله برای بقیه مدت و به نسبت زمان تصرف مستحق اجرت مقرر بین طرفین خواهد بود». البته عبارت: «به موجب مرضات

۱- قراردادهایی که با الزام دادگاه و در ادامه قرارداد اصلی تنظیم می شود نیز اگر فاقد مدت باشد مشمول همین مورد است.