



اصفهان
کتابخانه و اسناد
کانون و کتابخانه

آذر ۸۵

۵

با آثاری از:

سعید آقاباباگلی، کامران پورجوهری، نیما تقی‌خانی،
مهدی جهانبخش هرندی، سیدمجیدخدایی، یوسف شفیع‌زاده،
فرشید فولادی نژاد، سید محسن قائم‌فرد و
محمدرضا محمدی جرقویه‌ای

فهرست مطالب

مقالات

- نیما تقی خانی؛
حاکمیت بر اینترنت ۲
فرشید فولادی نژاد؛
مبانی عدم نفوذ معاملات قضولی ۶
کامران پورجوهری؛
بررسی ماده ۵۰ قانون برنامه و بودجه مصوب ۱۳۵۱ ۱۳
مهدی جهانبخش هرندی؛
تأملی بر تعیین خواننده دعوی ورشکستگی حسب اظهار تاجر ورشکسته ۱۷
سعید آقاباباگلی؛
تخلیه اماکن تجاری به لحاظ نیاز شخصی ۲۳

از میان نامه ها

- یوسف شفیق زاده؛
نفس و کیل دادگستری در دعوی حقوقی ۳۲
مصطفی صالحی؛
انتقال ملک مرهون با حفظ حقوق مرتهن ۳۴
سعید آقاباباگلی؛
رسیدگی به جرایم اطفال در دادگاه کیفری استان ۳۵
سید مجید خدایی؛
سمت دادخواست دهنده ۳۶
سید محسن قائم فرد؛
درباره مقاله «تبعیت از احکام کیفری در دعوی حقوقی» ۳۶

فشر

- محمدرضا محمدی جرقویه ای؛
استمداد ۳۹

حاکمیت بر اینترنت

نیما تقی خانی

کارشناس ارشد روابط بین الملل

تمهید

ابتدا لازم است در مورد این سوال مقدر که چرا و به چه دلیل عنوان، مقاله «حاکمیت بر اینترنت» است و نه مثلاً «مدیریت اینترنت» یا «راهبری اینترنت» و یا عناوین دیگری از این قبیل، توضیحی داده شود.

۱- در متون انگلیسی اسناد «اجلاس جهانی درباره جامعه اطلاعاتی» دو واژه به کار رفته است؛ Governance و Management که معمولاً در زبان فارسی، اولی را به «حاکمیت» و دومی را به «مدیریت» ترجمه کرده اند. اما ... دکتر سیاوش شهشانی Governance را به «راهبری» ترجمه کرده و نوشته اند:

الزام است در مورد استفاده از کلمه راهبری در مقابل واژه انگلیسی Governance توضیح دهیم. بعضی کلمه ی انگلیسی فوق را به «حاکمیت» ترجمه کرده اند که بازتاب درستی ندارد زیرا؛ که در این مقطع زمانی کوشش شده است با توجه به نکتز آراء از واژگانی که تعبیر فاطح و یک طرفه داشته باشد احتراز گردد.

کلمه ی Governance عمل یا فرآیند Govern کردن اشاره دارد ولی حاکمیت اقتدار کامل را تداعی می کند که با وظیفه ذکر شده در بالا یعنی تعیین قلمرو این Governance منافات دارد. در واقع طبق اصل ۴۸ اعلامیه WSIS مدیریت بین المللی اینترنت؛ باید جمیع الجوانب شفاف و دموکراتیک بوده و در آن دولت ها، بخش خصوصی، جامعه مدنی و سازمان های بین المللی مشارکت کامل داشته باشند. از آن جا که کلمه ی مدیریت معمولاً ترجمه ی Management تلقی می شود، از اصطلاح رهبری استفاده کرده ایم.^۱

۱- حاکمیت بر اینترنت، ترجمه Internet Governance است که در اسناد «اجلاس جهانی درباره جامعه اطلاعاتی» (WSIS) World Summit on the Information Society مطرح شده.

۲- دکتر سیاوش شهشانی؛ «درباره راهبری اینترنت»، مقاله ای است که در ۹ آذر ۱۳۸۳ در سومین نشست تخصصی - علمی برنامه های مشارکت ایران در دومین مرحله اجلاس جهانی درباره جامعه اطلاعاتی ارائه شده.

در توضیح دکتر شهشهانی ظرافت و دقت خاصی به چشم می خورد. ایشان می گویند: «حاکمیت» اقتدار کامل را تداعی می کند ولی Governance در متون WSIS مقید به فیویدی است از جمله این که: طبق بند ۴۸ اعلامیه (که عنوان رسمی اش Declaration of Principles است)، Governance باید:

الف- چند جانبه (Multilateral) یا به قول دکتر شهشهانی جمیع الجوانب باشد.

ب- شفاف (Transparent) باشد.

ج- دموکراتیک باشد.

د- دولت ها و سازمان های بین المللی در آن مشارکت کامل داشته باشند.

بنابراین آنچه آنچنان که ایشان، گفته اند؛ حاکمیت که اقتدار کامل را تداعی می کند نمی تواند معادل و برابر باشد با Governance که اقتدار ناقص را افاده می کند و چون در زبان فارسی «مدیریت» را به جای Management به کار می برند ناگزیر ایشان در ترجمه Governance از واژه ی «راهبری» استفاده کرده اند.

این استدلال گرچه منطقی به نظر می رسد، اما نتیجه ی آن، یعنی ترجمه ی Governance به «راهبری»، خالی از اشکال نیست، زیرا؛

راهبری، که به معنی ارشاد و هدایت است، بیشتر حال و هوای معنوی و روحانی دارد تا اجبار و الزام قانونی و درست به همین دلیل، Governance که قدرت مادی امر و نهی را در خود و با خود دارد، نباید به راهبری، که نوعی اقتدار معنوی در آن مستتر است ترجمه شود.

۲- مترجمان «ایران و جامعه اطلاعاتی»، Governance را گاهی به «نظارت» و گاهی به «مدیریت» ترجمه کرده اند.

الف- بند ب ماده ی ۱۳ Plan of Action (که یکی از اسناد WSIS است) می گوید:

1) - Develop a working definition of internet **Governance**

2) - Identify the public policy issues that are relevant to internet **Governance**

مترجمان ایران و جامعه اطلاعاتی، در ترجمه عبارت مذکور نوشته اند:
گروه کاری باید:

(۱) - یک تعریف کاری از نظارت بر اینترنت به دست دهد.

(۲) - مسائل سیاستگذاری عمومی را که مربوط به نظارت بر اینترنت است تعیین کند.

در این ترجمه، به نظر می رسد کلمه «نظارت» معادل مناسبی برای Governance نباشد، زیرا؛

نظارت، در لغت به معنی نظر کردن، نگرستن و مراقبت در امور است. ولی در اصطلاح آن را به دو قسم کلی تقسیم کرده اند:

نظارت استصوابی و نظارت استطلاعی. در نظارت استصوابی، درستی و صحت کار انجام شده، منوط به تصویب و تائید ناظر است. در نظارت استطلاعی، ناظر هیچ مداخله ای در امور ندارد فقط نظارت می کند و هر جا قصوری دید یا تقصیری مراتب را به مرجع صالح اطلاع می دهد. طبق نظریه ی تفسیری شورای نگهبان^۱ نظارت مذکور در اصل ۹۹ قانون اساسی نظارت استصوابی است^۲ در مقابل: نظارت اداره ی کل بازرسی وزارت کار و امور اجتماعی بر اجرای صحیح مقررات و آیین نامه ها و دستورالعمل های مربوط به حفاظت فنی در کارگاه های مشمول قانون کار، نظارت استطلاعی است یعنی؛ بازرسی به صورت مستمر و همراه با تذکر اشکالات و معایب و نواقص و در صورت لزوم با تقاضای تعقیب متخلفان در مراجع صالح قضایی^۳ انجام می گیرد.

Governance هیچ یک از این دو، نیست. نه نظارت استصوابی است و نه نظارت استطلاعی. بلکه نوعی سیاستگذاری و اعمال قدرت است که بیش تر جنبه ی تقنینی دارد تا قضایی و اجرایی.

ب- در صدر بند ۴۸ اعلامیه ی اصول (Declaration of Principles) اصطلاح Governance در این عبارت آمده:

The internet has evolved into a global facility available to the public and its **Governance** should constitute a core issue of the information society agenda...

عبارت مذکور به شرح ترجمه ای که مترجمان «ایران و جامعه اطلاعاتی» از آن به دست داده اند چنین است:

«اینترنت به ابزاری جهانی تبدیل شده که در دسترس عموم قرار دارد و مسأله ی **مدیریت** بر آن باید موضوع اصلی در دستور کار جامعه اطلاعاتی باشد».

در این جا هم، ترجمه Governance به مدیریت صحیح به نظر نمی رسد،

زیرا؛ در بند ۴۸ و نیز در بند ۴۹ اعلامیه ی اصول، اصطلاح «مدیریت اینترنت»، «The Management of the internet» عیناً به کار رفته است.

اگر منظور تهیه کنندگان متن اعلامیه، فقط القاء مفهوم مدیریت بود، قطعاً همان Management را به کار می بردند، اما وقتی از اصطلاح ناشناخته یا کم تر شناخته شده Governance هم استفاده می کنند معلوم می شود غیر از Management معنای دیگری هم در نظر داشته اند و چون Management را برای بیان آن معنی نارماتاً تشخیص داده اند، ناچاراً از کلمه Governance استفاده کرده اند.

۱- مجموعه نظریات شورای نگهبان، شماره چهارم، مرکز تحقیقات شورای نگهبان، چاپ اول، تابستان ۱۳۸۱، صفحه ۲۲۷.

۲- اصل ۹۹ قانون اساسی می گوید: «شورای نگهبان نظارت بر انتخابات مجلس خیرگان رهبری، ریاست جمهوری، مجلس شورای اسلامی و مراجعه به آراء عمومی و همه پرسی را بر عهده دارد».

۳- تبصره ۲ ماده ۹۴ قانون کار.

مضافاً بر این که هرکس می داند رفع موانع فنی و تکنیکی «اتصال به اینترنت» مسأله ای است که در حوزه ی مدیریت اینترنت قرار دارد اما آیا رفع محدودیت های سیاسی و اجتماعی کاربران در زمان اتصال به اینترنت، چگونگی استفاده از فضای رایانه ای، رفع نیازهای آموزشی و کسب اطلاعات لازم برای بهره مند شدن از فضای اینترنتی، استفاده ی نامناسب از محیط رایانه ای و یا رعایت اصولی مانند احترام به آزادی بیان یا حفظ و امنیت حریم خصوصی افراد هم جزء مسائل مدیریتی اینترنت است؟
از این رو است که می گویم Governance غیر از Management است و آن دو را معادل و مرادف نباید دانست.

۳- برخی دیگر، Internet Governance را به «حاکمیت اینترنت» ترجمه کرده اند که این هم خالی از اشکال نیست، زیرا!
در زبان فارسی، از ترکیب اضافی «حاکمیت ملی»، حاکم بودن ملت را می فهمیم و از «حاکمیت اینترنت»، حاکم بودن اینترنت را و اگر «حاکمیت اینترنت» چنین معنی صریح و آشکاری نداشته باشد، دست کم دو معنی از آن فهمیده می شود:

الف- حاکمیت اینترنت [برکسی یا چیزی].

ب- حاکمیت [کسی یا چیزی] بر اینترنت.

به نظر می رسد، دلالت «حاکمیت اینترنت» بر معنای اول، ظاهر و راجح باشد. مؤید این استنباط، اصطلاحات مشابهی است که در زبان فارسی رواج کامل دارد، نظیر: «حاکمیت الاهی»، «حاکمیت قانون»، «حاکمیت ملت» و غیره ...
غرض آن که «حاکمیت اینترنت»، غیر از «حاکمیت بر اینترنت» است و چون، موضوع این مقاله، «حاکمیت بر اینترنت» است نه «حاکمیت اینترنت»، لذا عنوان به گونه ای انتخاب شده که موهم معنای راجح یا ظاهر «حاکمیت اینترنت» نباشد.^۱

۱- دکتر یونس شکرخواه؛ «حاکمیت اینترنت: پیشینه و آینده پیش رو»، مقاله ای است که در ۹ آذر ۱۳۸۴ در سومین نشست تخصصی - علمی برنامه های مشارکت ایران در دومین مرحله اجلاس جهانی درباره ی جامعه اطلاعاتی ارائه شده؛ <http://iranwsis.org/Default.asp?C=IRAR&R=&I=175#BN17>.
۲- «راهبری اینترنت» نیز، همین اشکال را دارد. آن هم، مجمل و موهم دو معنی است: الف) اینترنت، دیگری را هدایت می کند. ب) دیگری، اینترنت را هدایت می کند و دلیل و راهنمای او می شود.

مبانی عدم نفوذ معاملات فضولی

فرشید فولادی نژاد

وکیل دادگستری

در خصوص مبانی عدم نفوذ معاملات فضولی، دو تاریخ حقوق مباحث زیادی مطرح شده. دلیل ضرورت طرح این مباحث این است که در اخبار این باب، معاملات فضول، پس از لحوق اجازه ی مالک، واجد آثار حقوقی است. و این در حالی است که در عقود سالم، همواره مالکان عوضین، مباشر ایجاب یا قبول هستند و به تبع آن قاعداً، هیچ کس نباید بتواند به مال دیگری معامله کند مگر در صورت داشتن رابطه ی وکالت یا ولایت با مالکان عوضین، فضول، واجد هیچ یک از این روابط نیست. پس حقوقدانان، از سویی با مناط معاملات سالم (مباشرت مالک در صیغه) مواجه بوده‌اند و از سوی دیگر با اخباری که دال بر نافذ دانستن معاملات فضول با لحوق اجازه ی مالک از زمان عقد، به آن مطرح شده. (که به معنای ایجاد شدن عقد با عمل فضول است) و جمع این دو مطلب، ایشان را بر آن داشته که نظریاتی در این باب ارائه دادند. دو نظریه ی مشهور و قدیمی در این خصوص وجود دارد با عنوان نظریه ی کشف و نظریه ی نقل:

رکن و شرط: حقوقدانان، معتقدند هر معامله ماهیتی حقوقی است، چون دیگر ماهیات از ارکان (ذاتیات) تشکیل شده. در تعریف رکن گفته اند: رکن هر چیزی آن است که جزء ماهیت اوست.^۱ اما شرط، وارد در ماهیت موجود اعتباری نیست. شرط در این مفهوم در برابر اجزا و اسباب قرار گرفته، چراکه با این که حقوقدانان عقود را اسباب بروز آثارشان دانسته‌اند،^۲ متوجه شده‌اند در مواردی بروز آثار عمل حقوقی منوط به امری دیگر نیز هست. (در عقود عینی، ایباض - در شرکت عقدی مدنی، مزج - در عقد مکره، اجازه - در وصیت تملیکی، قبول موصی له و در معاملات فضولی، اجازه ی مالک) اما آن امر از ارکان (ذاتیات) عمل حقوقی نیست. لذا آن را، شرط صحت یا شرط ترتب آثار بر آن ماهیت دانسته‌اند. پس شکل گیری (ایجاد) ماهیت عمل حقوقی، تنها منوط به تحقق ارکان آن است. اما کمال آن تا رسیدن به مرحله اثرگذاری منوط به تحقق شرط (به این معنا) است. بر اساس نظریه ی کشف، در رکن بودن مباشرت مالک در انعقاد معامله، تردید شده است. لذا به یاری اطلاق اوفوا بالعقود (یا اصل عدم اشتراط) آن را طرد نموده، عقود انجام شده توسط فضول را صحیح، اما ترتب آثار را بر عقد موجود، منوط به لحوق اجازه به عقد

۱- دکتر جعفری لنگرودی - فلسفه حقوق مدنی - جلد ۱ - ش ۱۵

۲- دکتر جعفری لنگرودی - فلسفه حقوق مدنی - جلد ۱ - ش ۳۶۶

دانسته‌اند.^۳ لذا در این نظر اجازه شرط متأخر انتقالی است که در اثر عقد واقع می‌شود.^۴ به همین دلیل با حصول شرط از تاریخ عقد، آثار معامله ظهور می‌کند (توجه شود در این نظریه، اجازه واجد قصد انشاء نیست، بلکه یک رضای ساده است چرا که قصد انشاء در زمان عقد ایجاد شده به همین دلیل عقد محقق شده است).

این، در حالی است که ایرادات ذیل بر این نظریه وارد است:^۵

۱- شرط و سبب، در مقام تنقیح موضوع عقد است و حال آن‌که شیوه‌ی شارع، بیان احکام است نه موضوعات (ماهیات عقود) و به خصوص نه از طریق وام کردن اصطلاحات فلسفه‌ی یونان (مثل شرط).

۲- تأثیر شرط در سببی که در تاریخ مقدم بر آن شرط پدید آمده است (عقد فضولی) برخلاف ضوابط عقلی و فلسفی است زیرا شرط در گذشته اثر نمی‌کند و اثر مشروط، از زمان تحقق شرط محقق می‌شود.

۳- جمع شرط و کشف (در اصطلاح شرط کشفی) بی‌معنی است. زیرا شرط فلسفی، شرط وجود ماهیت است که امری است ثبوتی و حال آن‌که کشف مجهول، امری است اثباتی و ظاهری و مربوط به صحنه‌ی علم و جهل آدمی و جمع دو امر ثبوتی و اثباتی در اجازه جمع اضرار است. (زیرا اثبات، متباین با ثبوت است نه همراه و جزء آن). از دیگر سو کشف مربوط به مجهول است و هر مجهول را جاهلی است. در مورد اجازه‌ی عقد فضولی مجهول کدام است و جاهل کیست؟

نظریه‌ی دیگر، نظریه‌ی نقل است که به دلیل مطابقت نداشتن با مدلول احادیث مطرود مانده. زیرا طی آن، اجازه، یک عمل حقوقی است و قصد انشای مالک است که جزء سبب عقد خواهد بود و عقد فضولی بدون آن اثری ندارد. لذا انتقال مالکیت از زمان اجازه واقع می‌شود و تأثیر در گذشته ندارد و این، چیزی نیست که اخبار و همچنین قانون مدنی، آن را تأیید نماید.^۶ با این حال اشکال این نظریه این است که عناصر ضروری تحقق عقد (ضرورت مباشرت مالک در انعقاد- قصد نتیجه که در قدرت فصول نیست- قدرت تسلیم و...) را نادیده گرفته، عمل فصول و طرف را جزء عقد می‌داند. در خصوص نتیجه‌ی این دو نگرش، به مثال ذیل توجه کنیم:^۷ اگر کسی برای زید در زمانی که محلّ است نکاح فضولی کند و زید پس از احرام بستن آن نکاح را اجازه کند وضع او چیست؟ پاسخ تابع تأثیر اجازه از تاریخ اجازه یا از تاریخ عقد است. یعنی اگر پیرو نظریه‌ی کشف باشیم به دلیل وقوع عقد فضولی در زمان قبل از احرام، عقد را صحیح می‌دانیم. زیرا اجازه به عقد ملحق می‌شود. در حالی که اگر تابع نظریه‌ی نقل باشیم (عقد را از زمان اجازه محقق بدانیم) نکاح باطل است زیرا در زمان اجازه، مجیز مُحَرَّم بوده و نکاح در حال احرام باطل است. اما نظریه‌ی جدیدی که در خصوص توضیح مبانی عقد فضولی مطرح شده به نظریه‌ی

۳- شیخ محمد حسن نجفی - جواهر - ج ۴ - ص ۱۹/۵۴

۴- دکتر ناصر کاتوزیان - قواعد عمومی قراردادها جلد ۲، شماره ۳۶۴

۵- دکتر جعفری لنگرودی - فلسفه حقوق مدنی - جلد ۱، ش ۹۵

۶- همان منبع - ش ۱۰۳

۷- همان منبع - ش ۴/۱۰۵

نماینده‌گی شناخته می‌شود.^۸ بر اساس این نظریه «عقد فضولی در نتیجه تراضی میان اصیل و فضول به وجود می‌آید و رضای مالک، در انعقاد آن دخالت ندارد. منتها با این اشکال روبه روست که باید مفاد آن در دارایی غیر اجرا شود. زیرا تنها اراده‌ی مالک است که توان تصرف و نیروی سازندگی را در اموال خود دارد. پس اگر این عقد بخواهد در دارایی مالک نفوذ کند، باید به گونه‌ای منسوب به او شود و وسیله این دگرگونی و انتساب عقد به مالک، این است که گفته شود مالک، صلاحیت لازم را به فضولی اعطا می‌کند تا بتواند به نیابت از طرف مالک اقدام نماید و مالک، قائم مقام او به شمار آید. عقد را نماینده می‌بندد و اثر آن در دارایی مالک ظاهر می‌شود زیرا منسوب به مالک است. و تنها امر نامتعارفی که به چشم می‌خورد، اعطای صلاحیت برای گذشته است. ولی این اشکال به همان اندازه است که گفته شود رضای کنونی، عقد پیشین را نافذ می‌گرداند یا کاشف از رضای مفروض و معلقی است که به احتمال، در زمان معامله وجود داشته یا شرطی است که در مشروط پیشین خود اثر می‌کند. پس ماهیت اجازه، در این نظریه، یک عمل حقوقی تمام عیار است که سبب می‌آفریند. و بدین ترتیب، اجازه‌ی مالک از حیث دخالت در سبب انتقال با نظریه‌ی نقل، و از جهت تأثیر به گذشته با نظریه‌ی کشف شباعت دارد. ولی هیچ کدام از آن دو نیست. به عقد، اعطای سببیت می‌کند و آن را از آغاز، نافذ می‌سازد و به کشف حکمی نزدیک‌تر می‌شود.

بر این نظریه اشکالات متعددی وارد می‌نماید:

اول: همان اشکالات نظریه‌ی کشف بر آن وارد است، زیرا عقلاً ابتدا شرط باید به وجود آید سپس مشروط، و این اصل عقلی در این نظریه لحاظ نشده.

دوم: به خوبی مشهود است که ابتدا حکمی در نظر گرفته شده (عدم نفوذ عقد فضولی) سپس برای توجیه آن حکم دست به موضوع سازی زده شده در حالی که وجود یک حکم نباید حقوقدان را مجبور کند برای توجیه به موضوع سازی دست زند. این کار مثل این است که چون قانون انتقال مال غیر را در حکم کلاهبرداری دانسته، حقوقدان شروع به توجیه کند تا به این نتیجه برسد که ماهیت انتقال مال غیر، همان ماهیت کلاهبرداری است و به همین جهت هر دو از یک حکم پیروی می‌کنند.

اما نظر قانون گذار، این نبوده که انتقال مال غیر همان کلاهبرداری است. بلکه صلاح دانسته حکم کلاهبرداری بر آن بار شود. با این که موضوعی جداگانه دارد و دقیقاً در خصوص عقد فضولی نیز شارع در مقام بیان حکم عملی بوده که فرد فضول با دیگری (اصیل) انجام داده و این دلیل کافی برای توجیه عقد بودن عمل این دو شخص نیست، پس لازم نیست کسی به هر نحو که ممکن باشد اقدام به اثبات عقد بودن عمل فوق نماید تا حکم شارع را توجیه کرده باشد. چرا که می‌توان به عقد بودن عمل فوق معتقد نبود ولی حکم عقد را بر آن بار کرد.

سوم: کسانی که پیرو نظریه‌ی نقل بوده‌اند به غیر عقلاتی بودن تأثیر اراده در ماضی نظر داشته‌اند (به دلیل غیرعقلاتی بودن وقوع معلول قبل از علت) و آنان که پیرو نظریه‌ی

۸- دکتر ناصر کاتوزیان- قواعد عمومی قراردادها ج ۲ ش ۳۵۶ به بعد

کشف بوده‌اند، به اخبار و نیز به رکن نبودن مباشرت مالک در ایجاب، اما در این نظریه، انشائی بودن اجازه (اشکال نظریه نقل) با تأثیر اجازه در گذشته (اشکال نظریه کشف)، جمع شده. پیروان کشف، به دلیل انشائی نبودن اجازه لحوق آن را به ماضی توجیه کرده‌اند. پس این نظریه جامع هر دو اشکال است.

چهارم: پیروان نظریه ی کشف، به همان ترتیب تأثیر شرط در گذشته به صورت کشفی، وصیت تملیکی را نیز توجیه کرده‌اند. ولی صاحب این نظریه نمی‌تواند بگوید در وصیت تملیکی نیز قبول موصی له نه کاشف است نه ناقل، بلکه اعطای نمایندگی است. آنان که ناقل و کاشف را اختراع کردند هم در عقد فضولی و هم در وصیت تملیکی به طور یکسان از آن استفاده کرده‌اند.^۹

پنجم: اجازه یا رد، با فوت مالک، به وراثت می‌رسد. این مطلب را ماده ی ۲۵۳ قانون مدنی عنوان نموده، و پیروان نظریه ی کشف نیز به آن معتقدند. دلیل آن نیز وقوع عقد به تحقق ارکان آن است و مباشرت مالک، از ارکان خارج است. حال باید دید طبق این نظر با اجازه ی وراثت، نمایندگی فضول میان ایشان و فضول ایجاد می‌شود یا میان مورث ایشان و فضول! اگر نمایندگی توسط وراثت اعطا می‌شود، چرا انتقال ملک از زمان انعقاد عقد (زمان حیات مورث) انجام می‌شود؟ مگر وراثت، در زمان حیات مورث، حق تصمیم‌گیری درخصوص مالکیت وی را دارند؟ اگر این حق را ندارند پس چگونه می‌توان این ارتباط را توجیه کرد؟

ششم: در کتاب قواعد عمومی قراردادها جلد ۲ ص ۱۱۴ آمده: «ممکن است ایراد شود که اگر اجازه مالک به معنی اعطای سمت وکالت به فضول باشد، تحقق این عنوان نیاز به قبول او دارد ... ولی می‌توان پاسخ گفت که فضول، با اجرای مفاد نیابت، رضای خود را از پیش بیان داشته است...». حال اگر فضول مال کسی را به مشتری الف فروخت، سپس مشتری جاهل به تعلق مال به دیگری، به گمان تعلق مال به خودش، آن را به ثالثی (ب) فروخت و آن ثالث نیز همین‌گونه به رابع (ج). آن‌گاه مالک، معامله ی با رابع (ج) را اجازه کرد، به این معناست که معاملات قبلی باطل بوده و براساس نظریه ی فوق، مشتری دوم (ب) نماینده ی مالک است و فضول و مشتری اول بی‌سمت. حال باید از صاحب نظریه پرسید آیا مشتری دوم (شخص ب) که از همه ی جریان غافل بوده و به گمان خود، مال خویش را منتقل کرده، با اجرای عقد، رضای خود را درخصوص انجام مورد نیابت بیان داشته؟ منطقی نیست او قصد وکالت نداشته.

هفتم: طبق ماده ی ۲۵۸ ق. م به تبع برخی نظرات فقهی در این خصوص^{۱۰}، با اجازه، تنها منافع مال مورد معامله فضولی از زمان عقد به مشتری منتقل می‌شود و انتقال عین، از زمان اجازه خواهد بود. آیا امکان دارد یک نماینده، بتواند عقدی منعقد کند که بدون تصریح، طی آن منافع مال از یک زمان و عین مال از زمانی دیگر منتقل شود؟

۹- دکتر جعفری لنگرودی - فلسفه حقوق مدنی - ج ۱ - ش ۹۷

۱۰- میرزای نائینی - مبه الطالب - ج ۱ - ص ۲۳۵

هشتم: با رد معامله‌ی فضولی توسط مالک، آن معامله را باطل می‌دانیم. حال اگر به نظریه‌ی فوق اعتقاد داشته باشیم، نمی‌توانیم بطلان را توجیه کنیم. چرا که در زمان قبل از رد می‌گفتیم معامله غیرنافذ است. اما رد در این نظریه، چیزی نیست جز عدم اعطای نمایندگی آیا عدم اعطای نمایندگی قادر به تغییر ماهیت عقد و تبدیل آن به یک معامله‌ی باطل است؟

به نحوی که مشاهده گردید، نظریه نمایندگی نیز نمی‌تواند تحلیل صحیحی از این رابطه‌ی حقوقی ارائه دهد. راه حل مساله:

در نظر بگیرید^{۱۱} کسی مانند دزد یک دوچرخه آن را به شخصی فروخته عمل او بیع فضولی است. حال یک بیع صحیح را در نظر بگیرید. سه چیز در این بیع، وجود دارد:

۱ - مالک شیء

۲ - مملوک (یعنی دوچرخه)

۳ - رابطه‌ی مالکیت که قائم به مالک و مملوک است.

وقتی مالک واقعی دوچرخه، آن را می‌فروشد، در خودش تغییری نمی‌دهد. در مملوک (دوچرخه) نیز تغییری نمی‌دهد. او فقط رابطه‌ی مالکیت را تغییر می‌دهد. یعنی مالکیت را از خود سلب و به دیگری منتقل می‌کند. حال باید پرسید، آن دزد آیا می‌تواند محضی شیء‌ای باشد که خود فاقد آن است. یعنی مالکیت؟

یعنی آیا می‌تواند رابطه‌ی مالکیت مالک دوچرخه و دوچرخه را تغییر دهد؟ سارق (فضول) که ولایت یا وکالت ندارد. پس چگونه ممکن است این تغییر روی دهد؟ چگونه می‌توان اخبار باب معامله فضولی را با واقعیت معاملات جمع کرد؟

در شمردن عناصر عمومی عقود، باید بر اساس قدرمتیقن مشترک بین عقود سالم عمل کرد و هر عنصری که از این استقراء خارج باشد را از عناصر عقود ندانست^{۱۲}. لذا هنگامی که مشاهده می‌شود در معاملات صحیح مباشر ایجاب یا قبول، مالک عوض یا معوض نیز هست این قدر متیقن حاصل می‌شود پس اگر تردید شود که مباشرت مالک مال، از عناصر عمومی عقود هست یا نه، پاسخ مثبت است. یعنی هیچ تراضی بدون شرکت مالک عوض یا معوض متصور نیست. لذا عملی که میان فضول و مشتری انجام می‌شود اصلاً عقد نیست. بلکه طرح یک عقد است.

طرح موجودات اعتباری:

همان گونه که برای ساختن خانه، طرحی تهیه می‌شود که این طرح، خود خانه نیست و با ایجاد آن خانه ساخته نمی‌شود^{۱۳} در مرحله‌ی مقاوله‌ی بیع زمین یا خانه هم که ممکن است مدت‌ها طول بکشد طرفین طرح بیع را تهیه و پس از توافق به خصوصیات معامله، اقدام به بیع می‌کنند.

۱۱- استاد دکتر جعفری لنگرودی - فلسفه‌ی اعلی - ش ۱۱۹

۱۲- استاد دکتر جعفری لنگرودی - فلسفه حقوق مدنی - ج ۱ - عناصر عقد

۱۳- استاد دکتر جعفری لنگرودی - فلسفه‌ی اعلی - ش ۱۱۵

در حالی که این مقاولات موجد موجود اعتباری نیست و در زمان وقوع بیع است که انتقال مالکیت بیع و ثمن (ایجاد ساختمان یا خانه در مثال فوق) انجام می گیرد. همین طور، در نکاح که ماده ی ۱۰۳۵ صریحاً وعده ی ازدواج را مطرح نموده در بسیاری عقود مهم اعم از معوض و غیرمعوض این گونه طرح ها وجود دارند و البته طرح، تا حدی پیش می رود که اثری از رضا به خارج بروز نکند. مثلاً بیع معلق، طرح نیست زیرا آثار خاص خود را دارد و قصد انشاء در آن وجود یافته.

حتی نظر کسانی که عقد فضولی و مکره را باطل دانسته اند نیز درست نیست زیرا ماهیتی که ارکانش ایجاد نشده، قابلیت بطلان و صحت را ندارد یعنی معدوم است. اما چه معدوم است؟ عقد. و چه موجود است؟ طرح آن عقد. چگونه این نظر با اخبار این باب جمع پذیر است؟

عقد بودن یا نبودن عمل، ناظر به موضوع است نه ناظر به حکم. می دانیم هر موضوعی دارای حکمی است و شکل گیری عقد که از موضوعات است، دارای حکم صحت آن عقد است. اما آیا این امکان وجود ندارد که بر عملی که عقد نیست (طرح عقد) بنا به حکم شارع، آثار عقد صحیح بار شود؟
نظریه ی اداره ی عقد:

منظور از اداره ی عقد^{۱۴} این است که عقدی در شرایطی بسته شود که با موازین مورد قبول قانون گذار یا مصلحت یک طرف معامله وفق نمی دهد. اما قانون گذاران کمر بسته اند هر عقدی از این دسته را باطل بشمرند. زیرا، مصالح جامعه چنین ایجاب نمی کند. پس به حسب صورت، بین طرفین عقدی واقع شده است (در واقع، طرح عقد) لیکن به علت فقدان یک عنصر اساسی (که قصد نتیجه و ضرورت مباشرت مالک در عقد است) از نظر حقوق مدنی، عقدی رخ نداده. اما قانون گذار می گوید ما این عمل را که صورت عقد دارد، به اراده ی قانونی خود برپا نگاه داشتیم تا پس از اجازه، تکلیف آن روشن گردد و وی، نظر به بطلان این عمل پیش از رفع اکراه یا لحوق اجازه نمی دهد. زیرا صلاح جامعه را چنین تشخیص می دهد. یعنی بر عملی که عقد نیست، با حصول شرطی (اجازه مالک) آثار یک عقد صحیح را بار می کند. اما باز آن عمل عقد نیست. چرا که موضوعاً عقد (که حاصل تراضی است و از عناصر تراضی مباشرت مالک) محقق نشده. اما قانون گذار (شارح) به ویژه در جوامع معتقد به مصلحت گرایی (اصالت جمع) این حق را برای خود قائل شده که بر موضوعی که واقع نشده، آثار یک عقد بار کند.
ریشه ی تاریخی این عمل آن است که^{۱۵} در دوران نظام فتوالتیه، اربابان نفوذ و قدرت مالکان غیرمنقول به ویژه اراضی را با تهدید وادار به بیع می کردند. سرقت و فروش مال مسروقه و فروش املاک خواهران و برادران صغیر توسط فرزندان بزرگ تر خانواده نیز

۱۴- دکتر جعفری لنگرودی- فلسفه حقوق مدنی- ج ۱- ش ۴۳۶

۱۵- دکتر جعفری لنگرودی- مبوط در ترمینولوژی حقوق- ج ۱- واژه ۸۱۵

بسیار رایج بوده است.^{۱۶} ناچار سنجندگان مصالح جامعه بایست در قوانین چاره ای برای بیع های مکره و فضولی می اندیشیدند. زیرا به هم زدن این عقود و حکم به بطلان آن ها باعث اختلال در امور مالی می شد. بایست قضایا از طریق تشریح و قانون گذاری حل می شد نه از طریق دادگاه ها. پس ناگزیر از طریق قانونی اقدام به اداره ی آن عقود کردند. یعنی به جای بطلان، حکم به عدم نفوذ عقود فوق دادند تا مالک پس از زوال اکراه یا اطلاع از عقد، بتواند آزادانه تصمیم گیری کند. یعنی آن عقود را اجازه یا رد کند. به همین دلیل است که با رد مالک، عقود مربور باطل اند. در حالی که نظریات دیگر (کشف، نقل و...) قادر به توجیه دلیل بطلان این عقود پس از رد مالک نیستند.

نظریه ی کشف: طبق این نظریه مباشرت مالک در تحقق عقد ضرورت ندارد. پس عقد بدون شرکت مالک در انعقاد عقد، محقق می شود. حال، چگونه ممکن است فقدان امری که ورودی در ارکان ندارد، باعث بطلان ماهیت شود؟

نظریه ی نقل: در این نظریه، عمل فضول موجب تحقق ماهیت نمی شود. پس با رد مالک، تفاوتی ایجاد نخواهد شد.

نظریه ی نمایندگی: در این نظر، اجازه به مفهوم اعطای نمایندگی به فضول است. اما رد به چه معناست؟

لا بد به این معنا که فضول نماینده مالک نیست. اما این حالت باز همان عقد فضولی قبل از رد است. پس با رد مالک، باز عقد، غیر نافذ خواهد ماند. چرا که عقد فضولی تا زمان لحوق اجازه یا رد، غیر نافذ است نه باطل.

نظریه ی اداره ی عقد (دیدگاه اجتماعی) و ترمیم موضوع (دیدگاه فردی):

در عقد فضولی، شیوه ی فردیون متوجه تصحیح قصد عاقد فضولی است تا بتوانند بگویند: عقد فضولی اعتبار دارد یعنی ارکان عقد را داراست و فقط رضای مالک را ندارد که آن هم با صدور اجازه ی مالک حاصل می شود. پس نظریه های کشف، نقل و نمایندگی همگی، مشمول مکتب اصالت فرد می شوند. زیرا اراده ی افراد را مؤثر در صحت عقد می دانند نه حکم قانون گذار را. و در تمام این نظریه ها دو وجه مشترک وجود دارد:

الف- مباشرت مالک مال مورد عقد فضولی را در امر ایجاب و قبول لازم نمی دانند.

ب- قدرت تسلیم را که از عناصر عقود مالی معوض است نفی می کنند.

اما شیوه ی مکتب اصالت جمع ترمیم عناصر عقد با توجهات مختلف نیست. زیرا ترمیم و توجیه، راجع به سطح موضوع است. در حالی که نظریه ی اداره ی عقد، تنها ناظر به حکم است. یعنی لازم نیست بحث کشف و نقل و نمایندگی، برای ترمیم عقد عنوان شود، بلکه پس از اجازه ی مالک فقط آثار یک عقد صحیح بر عقد واقع نشده ی قبلی مترتب می شود. و این حکم، ریشه در مصلحت اجتماع دارد. ■

۱۶- اگر به کتب فقهی عنایت گردد، بسیاری از سؤالاتی که از فقها در باب فضولی پرسیده می شده راجع به ادعای مالکیت خواهران فروشنده ها بوده است.

کامران پورجوهری

وکیل دادگستری

تبیین راه حلی مناسب جهت حل تعارض میان منافع عمومی جامعه و منافع خصوصی اشخاص، همواره بر اساس نگرش های متفاوت، دستخوش تحولات زیادی بوده است. از جمله مهم ترین مباحثی که در این خصوص قابل طرح می باشد موارد سلب مالکیت خصوصی اشخاص به لحاظ مصالح عمومی است که در نظام حقوقی ایران نیز دارای جایگاه ویژه ای بوده و بررسی سیر تقنینی ۸ دهه ی اخیر حکایت از تلاش قابل تقدیر قانون گذار جهت ارائه ی راه کارهای مناسب با عنایت و احترام توأم، به مصالح عمومی و حق مالکیت اشخاص بوده است که از آن جمله می توان به تدوین و تصویب قوانین و مقرراتی چون قانون احداث و توسعه معابر و خیابان ها ۱۳۱۲/۸/۲۴، قانون اصلاح قانون توسعه معابر ۱۳۲۰/۴/۱، قانون شهرساز و عمران شهری ۱۳۴۷/۹/۲۷، قانون برنامه و بودجه ۵۱/۱۲/۱۰، قانون اراضی شهری - قانون زمین شهری ۶۱/۶/۲۲، لایحه ی قانونی خرید اراضی و املاک مورد احتیاج دولت و شهرداری ها ۵۸/۹/۳، لایحه قانونی نحوه ی خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه عمومی عمرانی نظامی دولت ۵۸/۱۱/۱۷، قانون نحوه ی تقدیم ایشیه، املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری ها ۷۰/۸/۲۸ و ده ها قانون آیین نامه و تصویب نامه اشاره کرد که هر کدام در محدوده ی زمانی مشخص قابلیت اجرایی داشته و دارند.

آنچه در اکثریت قریب به اتفاق این متون حقوقی مشترک است توجه قانون گذار به یکی از اصول اساسی حقوق عمومی یعنی اصل برابری افراد در برابر تحمیلات ناشی از اداره ی امور عمومی که ضرورت پرداخت خسارت به مالکین را ایجاد می کند و همچنین تعیین دقیق حدود وجوایب اختیارات قوای عمومی در سلب مالکیت خصوصی اشخاص به منظور جلوگیری از سوءاستفاده های احتمالی در این خصوص می باشد.

با این وجود تمایل دستگاه های اجرایی جهت عدم اجرای دقیق منویات قانون گذار و انحرافات عمدی یا غیرعمدی از مقررات قانونی در این خصوص بسیار شایع و قابل توجه بوده است و در این میان وجود ابهامات ظاهری برخی از متون قانونی به این امر بیش از پیش دامن زده است.

یکی از این موارد را می توان در ماده ی ۵۰ قانون برنامه و بودجه مصوب ۱۳۵۱ مشاهده کرد که به نظر نگارنده یکی از مشکل ترین موارد تصمیم گیری در رویه ی قضایی است.

صدر این ماده بیان داشته است:

هرگاه در اجرای طرح های عمرانی احتیاج به خرید اراضی (اعم از دائر و بایر) و اعیانی و تأسیسات متعلق افراد یا مؤسسات خصوصی باشد به طرق زیر عمل خواهد شد ...^۱
هر چند بندهای مختلف این ماده راه کارهای اجرایی رفع نیاز دستگاه اجرایی را به اراضی تحت مالکیت اشخاص در فروض مختلف (توافق یا عدم توافق) بیان داشته است اما بند ۹ این ماده حکمی را مقرر داشته است که منجر به این تردید شده است که قانون گذار در بعضی از موارد از اصول اساسی چشم پوشی نموده و به دستگاه های اجرایی اجازه داده است که بدون پرداخت هیچ گونه غرامت یا خسارتی نسبت به تصرف اراضی اشخاص اقدام نماید این بند بیان می دارد:

«اراضی واقع در خارج از محدوده ی شهرها که در مسیر راه های اصلی یا فرعی یا خطوط مواصلاتی و برق و مجاری آب و لوله های گاز و نفت قرار می گیرد با رعایت حریم مورد لزوم که از طرف هیأت وزیران تعیین خواهد شد از طرف دولت مورد استفاده قرار می گیرد و از بابت این حقوق ارتفاعی وجهی پرداخت نخواهد شد.»

شاید در وهله ی اول پایان رسیدن مدت اجرای قانون ضرورتی برای پرداختن به آن را ایجاد ننماید ولی طرح دعاوی متعدد در محاکم دادگستری و همچنین دیوان عدالت اداری به طریقت دستگاه های اجرایی از جمله وزارت نیرو، وزارت راه و ترابری، وزارت نفت و همچنین شهرداری ها در خصوص مطالبه بهای اراضی که در اجرای قانون در اختیار این دستگاه ها قرار گرفته است و تا امروز نیز ادامه دارد بررسی این امر را روشن می سازد.

اوج این تعارض ظاهری و تصمیمات به ظاهر متفاوتی که از سوی مراجع مختلف اتخاذ گردیده است را می توان در دو رأی از هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مورخ ۱۳۹۰/۹/۱۳^۲ و ۱۳۹۰/۴/۱۷^۳ مشاهده کرد که اولی دلالت بر تکلیف دستگاه های اجرایی به پرداخت بهای اراضی

۱- نظر به این که ماده ی ۵۰ قانون برنامه و بودجه ی مصوب اسفندماه ۱۳۵۱ مقرر ننموده هرگاه برای اجرای طرح های عمرانی احتیاج به خرید اراضی اعم از دایر و بایر باشد و اعیانی و تأسیسات متعلق به افراد یا مؤسسات خصوصی باشد به طریق زیر عمل خواهد شد و این عبارت صریح است در این که دولت موظف است زمین های مورد نیاز برای طرح های عمرانی را خریداری نماید و لازمه خرید پرداخت بهای میب است به مالک آن و بند ۹ ماده مذکوره که دولت را از پرداخت بهاء معاف نموده مخصوص به حقوق ارتفاعی املاک مجاور است و شامل املاک متصرفی نمی شود و دادنامه ی صادره از شعبه ی پنجم دیوان عدالت اداری مفید این معنی است موافق اصول و موازین قانونی تشخیص داده می شود. این رأی به استناد قسمت آخر ماده ی ۲۰ قانون دیوان عدالت اداری برای شعب دیوان عدالت اداری و سایر مراجع مربوطه در موارد مشابه لازم الاتباع است.

۲- به موجب بند ۹ ماده ی ۵۰ قانون برنامه و بودجه ی سال ۱۳۵۱ «اراضی واقع در خارج از محدوده ی شهرها که در مسیر راه های اصلی یا فرعی و خطوط مواصلاتی و برق و مجاری آب و لوله های گاز و نفت قرار می گیرد با رعایت حریم مورد لزوم که از طرف هیأت وزیران تعیین خواهد شد، از طرف دولت مورد استفاده قرار می گیرد و از بابت این حق ارتفاعی وجهی پرداخت نخواهد شد... مستثنی از حکم مقرر در بند مذکور این است که متقن این گونه تصرفات را به منزله ی حق ارتفاعی تلقی کرده که در قبال آن به صاحبان زمین وجهی پرداخت نمی شود. بنابراین رأی شماره ی ۷۵۶-۱۱/۱۱/۷۳ شعبه ی اول هیأت تجدید نظر دیوان عدالت اداری مبنی بر فسخ دادنامه ی شماره ی اصول و موازین قانونی تشخیص داده می شود. این رأی به استناد قسمت آخر ماده ی ۲۰ قانون دیوان عدالت اداری برای شعب دیوان عدالت اداری و سایر مراجع مربوطه در موارد مشابه لازم الاتباع است.

مورد تصرف در اجرای ماده ی ۵۰ قانون برنامه و بودجه ۱۳۵۱ و دومی دلالت بر عدم پرداخت دارد.

هرچند استناد دستگاه های اجرایی به بند ۹ ماده ی ۵۰ قانون مارالذکر و همچنین رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری سال ۱۳۷۴ جهت معافیت ایشان از پرداخت بهای اراضی مورد تصرف در بسیاری از موارد مورد قبول محاکم دادگستری و شعب دیوان عدالت قرار گرفته و رویه ی قضایی غالب بر این اساس شکل گرفته است اما بررسی دقیق متن قانون و همچنین آراء سابق الذکر هیأت عمومی دیوان عدالت ما را به نتیجه ای دیگر می رساند که در این خصوص موارد ذیل قابل تأمل است.

اولاً: همان گونه که در صدر ماده ی ۵۰ قانون برنامه و بودجه ۱۳۵۱ مقرر شده است دولت در مواقع نیاز به زمین های بایر و دایر دارای مالک خصوصی، ملزم به خرید ملک ایشان می باشد و بر این اساس لازم است نسبت به پرداخت بهای اراضی مورد تصرف با توجه به راه کارهای تعیینی در بندهای مختلف این ماده (حسب مورد بر اساس توافق یا عدم توافق) اقدام نماید. امری که در رأی سال ۶۹ صراحتاً نیز به آن اشاره شده است بر این اساس آنچه که در قبال آن وجهی توسط دستگاه های اجرایی نباید پرداخت می شد در خصوص حرایم تعیینی توسط هیأت وزیران است که در بند ۹ ماده ی ۵۰ از آن به عنوان حقوق ارتفاقی نام برده شده است. توضیحاً آن که اراضی ای که در اجرای طرح های عمرانی موضوع قانون مارالذکر مورد تصرف و استفاده قرار می گیرد شامل دو جزء است.

۱- آن قسمت از املاک که در مسیر و بستر راه های مواصلاتی و خطوط لوله و... قرار می گیرد و دستگاه مجری براساس صدر ماده و رأی شماره ی ۷۵/۹۵۶-۶۹/۹/۱۳ هیأت عمومی دیوان موظف به خرید آن و نهایتاً پرداخت بهای آن به مالکین می باشد.

۲- حرایم قسمت های متصرفی جهت احداث بستر که بر اساس بند ۹ ماده مذکور میزان آن توسط هیأت مدیران تعیین می شود و قانون از این حرایم به منزله حقوق ارتفاقی نامبرده است واضح است که حرایم کماکان در ملکیت صاحب آن باقی می ماند هر چند که ممکن است به واسطه وقوع حریم میزان تصرفات در حریم به گونه ای محدود شود که عملاً حریم مسلوب المنفعه تلقی شود ولی در هر حال دستگاه مجری طرح از پرداخت بها یا معوض این حرایم معاف است. مدعای این موضوع که در رأی سال ۱۳۶۹ نیز به درستی مورد تأکید قرار گرفت آن که قانون گذار بعد از ذکر حرایم در آن به عنوان حق ارتفاقی یعنی حقی که به نفع بک مالک در ملک مجاور ایجاد می شود یاد نموده است. (درقانون اصلاح قانون اینی راه ها و آیین مصوب ۱۳۷۹ این حرایم تعیین شده است).

ثانیاً: این توجیه که با توجه به تقدم و تأخر زمان دو رأی هیأت عمومی رأی سال ۶۹ از اعتبار افتاده و به قولی نسخ گردیده است به هیچ وجه نمی تواند دفاعی مناسب برای عدم پرداخت بهای اراضی مورد تصرف دستگاه های اجرایی باشد. شکی نیست که اساساً بحث نسخ هنگامی

مطرح می شود که موضوع دو متن قانونی مقدم و مؤخر، یا در مانحن فیه موضوع هر دو رأی هیأت عمومی دیوان یکسان باشد. در حالی که همان گونه که توضیح داده شد این دوه از حیث موضوع یکسان نیستند موضوع اولی بر اراضی مورد تصرف جهت طرح های عمرانی و موضوع دومی حرایم این اراضی می باشد.

با این استدلال این شانیه که بند ۹ ماده ۵۰ لزوم پرداخت بهای اراضی مورد نیاز را تخصیص زده است نیز کاملاً بر طرف می گردد و با وجود عدم مخصص حکم بیان شده در صدر ماده یا حداقل شک در وجود این امر چاره ای جز رعایت عموم ماده که همانا لزوم پرداخت بهای اراضی مورد نیاز می باشد نیست.

ناتلاً: صرف نظر از آن که دقت در مفاد قانون و مقدمات صدور آراء سابق الذکر و متن این آراء دقیقاً این ادعا را ثابت می کند، تمسک به اصل احترام به مالکیت خصوصی افراد که از جمله بنیادی ترین قواعد پذیرفته شده شرع و قانون می باشد اقتضاء می نماید که خسارت مالکین در روند خصوصی سلب مالکیت به سبب مصالح عمومی به گونه ای جبران گردد هر چند که شرط اساسی رضا و قصد مالکیت برای انتقال حق مالکیت وجود نداشته باشد.

در این میان رعایت اصل تساوی افراد در برابر تحمیلات ناشی از اداره ی امور عمومی که یکی از اساسی ترین اصول مورد پذیرش در حقوق می باشد. نیز دلالت بر پرداخت بهای خسارت به مالکین دارد. چرا که سلب مالکیت خصوصی افراد بدون پرداخت خسارت یا معوض به ایشان منجر به خدشه وارد شدن به اصل تساوی افراد و ناعدالتی آشکار در حق گروهی از افراد جامعه خواهد بود.

وابعاً: اساساً پذیرش این امر که در زمان حاکمیت رأی سال ۶۹ امکان صدور آراء متعارض که امکان صدور رأی دیگری در خصوص همان موضوع را ایجاد کرده باشد به هیچ وجه قابل قبول نیست چرا که با وجود رأی سال ۱۳۶۹ که برای تمام شعب دیوان عدالت در موارد مشابه لازم الاتباع بوده است و صراحت آن، دیگر نباید محلی برای اتخاذ تصمیمات مختلف در خصوص امر واحد وجود داشته باشد و مسلماً اعضاء هیأت عمومی نیز در سال ۷۴ با وقوف کامل به رأی سال ۶۹ مبادرت به رأی سال ۷۴ نموده اند و هر چند دو حکم متفاوت را استنباط نموده اند ولی این دو حکم متفاوت قطعاً راجع به دو موضوع مختلف بوده است که هر کدام در حیضه ی موضوع قابل تبعیت می باشد.

در هر حال صرف نظر از مباحث مربوط به استحقاق مالکین نسبت به بهای اراضی مورد تصرف و نحوه ی محاسبه آن و همچنین صلاحیت ذاتی مراجع در صورت عدم انجام تکلیف قانونی دستگاه های مجری که خود محتاج تحقیق و بررسی دیگری می باشد آنچه مهم است آن که دستگاه های اجرایی موظف به پرداخت بهای اراضی مورد تصرف خود جهت اجرای طرح های عمرانی در زمان حکومت قانون برنامه و بودجه سال ۱۳۵۱ بوده اند و عدم انجام این تکلیف قانونی منجر به مسؤولیت ایشان جهت جبران کلیه ی خسارات وارده بر مالکین این اراضی بوده و خواهد بود امری که لازمه آن دقت بیش تر محاکم و نهایتاً تغییر رویه ی قضایی غالب است تا کمتر حقی از مالکین این گونه اراضی ضایع و پایمال گردد. ■

مهدی جهانبخش هرندی

وکیل دادگستری

اشاره:

ورشکستگی تاجر یا شرکت تجاری در نتیجه توقف از تأدیه وجوهی که بر عهده ی اوست، حاصل می شود. یکی از موارد صدور حکم ورشکستگی برابر بند (الف) ماده ۴۱۵ قانون تجارت، برحسب اظهار تاجر یا شرکت تجاری است.

حکم ورشکستگی دارای آثار و امتیازات ویژه ای است. از جمله؛ تعلق دعاوی فردی علیه تاجر ورشکسته^۱، تسویه ی پرداخت طلب پستانکاران به نسبت طلب آنان؛ عدم قابلیت اجرای ماده ی ۲ قانون محکومیت های مالی، منع تعلق خسارت تأخیر تأدیه به دیون تاجر ورشکسته^۲، معافیت از هزینه ی دادرسی و غیره که به طور منطقی هر تاجری که در فعالیت های تجاری و اقتصادی خود با شکست و رکود روبه رو شده و توانایی ادامه ی فعالیت از وی سلب گردیده را ترغیب می کند که محرومیت و محدودیت های قانونی ناشی از اعلام ورشکستگی را بر خود پذیرا گشته و با اظهار ورشکستگی از مزایا و امتیازات قانونی مزبور بهره مند گردد.

مسأله ای که در آیین دادرسی ورشکستگی قابل طرح و تأمل و اختلاف نظر است، تعیین خواننده دعوی ورشکستگی است که از ناحیه ی تاجر ورشکسته مطرح می گردد. این نوشتار ضمن طرح آراء و نظرات مطروح در روبه ی قضایی، با استدلال هایی در این باره، عدم لزوم طرفیت طلبکاران تاجر ورشکسته در دعوی مزبور و تعیین خواننده دعوی ورشکستگی را مورد بررسی قرار می دهد.

مبحث اول: طرح آراء و دیدگاه های حقوقی درمورد تعیین خواننده دعوی ورشکستگی:

دیدگاه های حقوقی و روبه ی قضایی در آراء صادره از سوی دادگاه های عالی و عالی در مورد تعیین خواننده دعوی ورشکستگی که حسب اظهار تاجر ورشکسته مطرح می گردد، به طور خلاصه مبین چهار دیدگاه متفاوت است که به اختصار اشاره می گردد.

۱- ماده ۲۱۹ قانون تجارت

۲- رأی وحدت رویه شماره ۱۵۵۰/۱۴/۱۳۶۷

الف - برخی از حقوقدانان در این خصوص معتقدند؛ برابر مواد ۴۱۳ و ۴۱۵ قانون تجارت صرف اظهار تاجر برای صدور حکم ورشکستگی کافی است و این دعوی به معنای مصطلح نیست که محتاج به خوانده و طرف دعوی باشد و اعلام توقف به ضرر کسی نخواهد بود تا خواهد پاسخگو باشد یا از منافع خود دفاع نماید. اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه مشورتی شماره ی ۷/۹۹۰۷ مورخ ۱۳۷۱/۱۲/۱۷ دیدگاه مزبور را مطرح و تأیید نموده است.

ب - دیدگاه گروه دیگری از حقوقدانان و رویه قضایی برخی از شعب دادگاه های تالی و تجدیدنظر در این خصوص بیانگر دیدگاه دیگری است. با این توضیح که؛ صدور حکم ورشکستگی، از یک سوی موجب می گردد؛ بستن کاران از بسیاری از حقوق خود از جمله؛ طرح دعوی علیه تاجر، تأمین خواسته یا محکوم به، خسارت تأخیر تأدیه و غیره محروم شوند و از سوی دیگر دعوی ورشکستگی با نظم عمومی اقتصادی در ارتباط می باشد. از این رو خوانندگان دعوی توقف، از یک طرف بستن کاران و از طرف دیگر، دادستان به عنوان مدعی العموم می باشد.^۲

ج - رویه قضایی و دیدگاه برخی دیگر از حقوقدانان در این خصوص که مورد تأیید شعب دیوان عالی کشور نیز قرار گرفته^۳ مبین آن است که؛ رسیدگی به امور تصفیه ورشکستگی براساس موازین حقوق تجارت و قانون تصفیه ورشکستگی، برعهده ی قوه قضائیه نهاده شده است و ورشکستگی حسب اظهار تاجر ورشکسته، در شهرستان هایی که اداره تصفیه ورشکستگی تأسیس شده، به طرفیت اداره ی تصفیه ی ورشکستگی به نمایندگی از قوه قضائیه و در شهرستان هایی که اداره ی تصفیه تأسیس نشده به طرفیت رئیس دادگستری قابل طرح است. چرا که؛ در نتیجه ی توسعه ی تجارت و پیشرفت های اقتصادی و روابط تنگاتنگ شبکه ی بازار تجارت، ورشکستگی یک تاجر مهم ممکن است به صورت رنجبروار، ورشکستگی دیگر تجار و شرکت های تجاری را همراه داشته و موجب بحران های بزرگ اقتصادی و مشکلات فراوان اجتماعی در جامعه گردد. بر این اساس؛ نظام های حقوقی و قوانین تمامی کشورها مبتنی بر وضع مقررات ویژه در این خصوص و دخالت مستقیم دولت در امور ورشکستگی است.^۴

د - براساس آراء و دیدگاه برخی دیگر از حقوقدانان، ورشکستگی تاجر معادل حجر تلقی شده و همان طوری که اداره سرپرستی به نمایندگی از دادستان، سرپرستی و دخالت در امور محجورین را برعهده دارد، تاجر ورشکسته نیز به محض توقف به طور قانونی ممنوع از دخالت در امور مالی خود بوده و اظهار تاجر ورشکسته در این خصوص به طرفیت دادستان معصوف و منوجه است.

۲- صفری، محمد، حقوق بازرگانی ورشکستگی نظری و عملی انتشارات شرکت سهامی انتشار چاپ اول (ش) ۷۸ (ص ۱۳۵)

۳- بازیگر، عبدالله، موازین حقوق تجارت در آراء دیوان عالی کشور دادنامه شماره ۱۸۰۶۴۳۰۷۳ مورخ ۱۳۷۳/۱۱/۲۵ شعبه ۱۸ دیوان عالی کشور

۴- ورشکستگی فرض الحسنة های آل مه و محمد رسول... که به حمایت بانکی در شهر اصفهان متعول بودند. نمونه بارز از همین امر می باشد.

مبحث دوم: تحلیل و بررسی آراء و دیدگاه‌های حقوقی تعیین خواننده دعوی ورشکستگی؛
اظهار ورشکستگی از سوی تاجر متوقف، مطابق ماده ۴۱۳ قانون تجارت، تکلیف قانونی تاجر ورشکسته است و ضمانت اجرای حقوقی تخلف از این امر نیز در مواد ۴۳۵ و ۵۴۲ قانون فوق، پیش بینی شده است. بر این اساس؛

۱- صدور حکم ورشکستگی حسب اظهار تاجر، موضوع بند (الف) ماده ی ۴۱۵ قانون تجارت، همان طوری که اداره حقوقی در نظریه خود اشاره کرده، دعوی به معنی مصطلح کلمه نیست که نیاز به طرفیت بستانکاران در این خصوص باشد و تاجر ورشکسته در دعوی فوق، مانند خواهان دعوی معمولی مختار نیست که هر زمانی که خواست دعوی ورشکستگی را مطرح و یا از آن صرف نظر نماید. بلکه مکلف است با وقوع توقف ورشکستگی خود را همراه با صورت حساب دارایی و دفاتر تجاری به دفتر محکمه اظهار دارد. اضافه بر این که؛ در بندهای (ب) و (ج) ماده ی ۴۱۵، قانون گذار صدور حکم ورشکستگی را **حسب تقاضای** یک یا چند نفر از طلبکارها و یا مدعی العموم مقرر کرده ولی در بند (الف) ماده ی مزبور خلاف دو بند دیگر از عبارت «**برحسب اظهار تاجر**» استفاده کرده است و علی القاعده، قانون گذار به معنی حقوقی الفظی که در یک ماده قانونی به کار برده، توجه داشته است و علی الاصول در این مورد قاعده «**اذا اجتماعا افتراقا واذا افتراقا اجتماعا**» جاری است. ولی استدلال دیگر اداره حقوقی در نظریه ی مزبور که؛ «... اعلام توقف به ضرر کسی نخواهد بود تا بخواهد پاسخگو باشد یا از منافع خود دفاع کند...» قابل توجیه حقوقی نیست. چرا که؛ همان طوری که اشاره شد، بستانکاران در دعوی ورشکستگی دارای حقوقی هستند که با صدور حکم ورشکستگی برخی از حقوق آنان محدود یا منتهی می گردد.

۲- خلاف دیدگاه گروه دوم، طرفیت بستانکاران در دعوی ورشکستگی که حسب اظهار تاجر متوقف مطرح می گردد، نه تنها از مقررات قانونی قابل برداشت نیست، بلکه با فلسفه و هدف قانون گذار در این خصوص نیز در تضاد و تنافی است. چرا که؛ فلسفه وضع مقررات ویژه و ابتدای دخالت مستقیم دولت ها در این خصوص آن است که اموال تاجر ورشکسته به طور سریع و فوری شناسایی، ثبت، ضبط و تأمین گردد به نحوی که ضمن حفظ حقوق طلبکاران، از بروز بحران های اقتصادی و اجتماعی در شبکه ی بازار تجارت نیز جلوگیری به عمل آید. به همین جهت حکم ورشکستگی، به محض صدور قابل اجراء است. اضافه بر این که، اگر قرار باشد که ده ها و بلکه در برخی موارد، **صدها طلبکار تاجر ورشکسته طرف دعوی قرار گیرند** (برای مثال کارگران و طلبکاران شرکت ایران خودرو، سایپا، شرکت بارش و غیره)، با توجه به روال قانونی و آیین شکلی رسیدگی به دعاوی در مورد ابلاغ به همه ی خواندگان، تشکیل جلسه و استماع اظهارات و دلایل آن ها و مشکلاتی که به طور معمول و عملاً در این خصوص وجود دارد، رسیدگی به این موضوع و صدور حکم ورشکستگی سال ها به طول خواهد انجامید و به نوعی نقض غرض در وضع مقررات ویژه در این خصوص تلقی می گردد و مقررات قانونی در این خصوص بین تاجری که بستانکاران محدود یا بسیار داشته باشد، تفاوتی قابل نشده که قابل به افتراق گردیم به بیان دیگر؛ درخواست صدور حکم ورشکستگی به طرفیت طلبکاران با توجه به طیف گسترده ی ده ها و یا صدها طلبکاری که تاجر ورشکسته ممکن است داشته باشد، به طور عملی و با

توجه به مشکلاتی که در رسیدگی در این خصوص متصور است، امری قریب به محال و غیرممکن است. بدیهی است اسناد امر محال و غیرعقلی به قانون گذار در جایی که مقررات ویژه وضع کرده و نظر به فوریت و سرعت داشته، خالی از وجاهت و منطبق حقوقی است. بنابراین پذیرش دیدگاه دوم و طرف دعوی بودن بستنکاران تاجر در اظهار ورشکستگی که حسب اظهار او انجام می گیرد، فاقد توجیه منطقی و خلاف فلسفه وضع مقررات خاص و ویژه واصل سرعت در رسیدگی به امور تجاری است.

۳- دعوت عمومی بستنکاران و نشر آگهی به منظور شناسایی اموال و طیف گسترده طلبکارانی که طرف معامله ی تاجر ورشکسته بوده اند و رسیدگی به مطالبات بستنکاران، تشخیص و تصدیق طلب آنان و گرفتن التزام از آن ها یا ارجاع اختلاف به دادگاه در موارد اختلاف در این خصوص، در صلاحیت خاص و ویژه اداره یا مدیر تصفیه ورشکستگی است. (موضوع مقررات مبحث پنجم قانون تجارت مواد ۴۶۲ الی ۴۷۱ و مبحث پنجم قانون اداره ی تصفیه و ورشکستگی موارد ۳۰ الی ۳۷) لذا مقررات قانونی در این خصوص منحصر از آن است که بستنکاران در اظهار ورشکستگی تاجر، خواننده دعوی ورشکستگی باشند. اضافه بر این که؛ حق و حقوق بستنکاران در اعتراض به حکم ورشکستگی برابر مواد ۵۳۶ الی ۵۳۹ قانون تجارت، به طور مستقل محفوظ دانسته شده است و هر یک از طلبکاران در این خصوص می تواند نسبت به حکم ورشکستگی اعتراض نمایند.

۴- تاجر ورشکسته پس توقف، به طور قانونی (ماده ی ۵۵۷ قانون تجارت) اهلیت معامله نسبت به اموال خود را از دست می دهد و نا هنگام صدور حکم، فقط حق وصول مطالبات خود را دارا بوده و در اصطلاح حقوقی و علی الاصول در ادای دیون خود ممنوع و ممتنع محسوب می گردد. براین اساس؛ اظهار تاجر به محکمه برای صدور حکم ورشکستگی به مخاطب قانونی خود یعنی: متولی امر تصفیه ورشکستگی که به عنوان ولی قانونی ممتنع در این خصوص تعیین شده و قائم مقام قانونی تاجر ورشکسته می باشد، توجه و مخاطب دارد و فی الواقع تاجر متوقف حسب اظهار ورشکستگی خود به محکمه برای صدور حکم ورشکستگی اعلام می دارد که اداره و اختیار امور مالی خود را به طور قانونی از دست داده و ممتنع گردیده است و از دادگاه می خواهد که اداره و اختیار امور مالی وی را به متولی امر قانونی در این خصوص واگذار نماید. اضافه بر این که؛ علی الاصول هر اظهاری به مخاطب خاص خود توجه و مخاطب دارد و اظهار تاجر ورشکسته در این خصوص به قائم مقام قانونی و متولی امر تصفیه ورشکستگی که بر اساس موازین قانونی تعیین شده متوجه و مخاطب است.

۵- تولیت امر تصفیه ورشکستگی در نظام حقوقی تمام کشورها، با دولت است و این امر در نظام حقوقی کشورما (با توجه به تفکیک قوا) برعهده ی قوه ی قضائیه نهاده شده است. ^۶ برابر موازین حقوق تجارت و ماده ی ۱ قانون تصفیه ی ورشکستگی، در حوزه هایی که اداره ی تصفیه ورشکستگی توسط قوه ی قضائیه تأسیس شده، قائم مقام قانونی و متولی امر تصفیه ی ورشکستگی

۶- ستوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت مجله چهارم، صفحات ۱۰۲ الی ۱۰۸

به نمایندگی از قوه ی قضائیه به طور خاص، اداره ی تصفیه ی ورشکستگی است که رئیس آن توسط رئیس دادگستری منصوب می گردد و در حوزه هایی که اداره ی تصفیه ی ورشکستگی تأسیس نشده، متولی و ذی سمت این امر به طور خاص، رئیس دادگستری است که در مورد اخیر پس از احراز موضوع توسط دادگاه مدیر تصفیه تعیین می شود. لذا؛ ذی سمت دعوی تاجر ورشکسته در این خصوص و مخاطب و متولی قانونی امر تصفیه ورشکستگی حسب مورد اداره ی تصفیه ی ورشکستگی یا رئیس دادگستری است و قانون گذار برابر ماده ی ۵۰ قانون تصفیه و ورشکستگی بر همین اساس تمهید مهلت تصفیه ورشکستگی را به رئیس دادگستری استان واگذار کرده است. اضافه بر این که در هیچ یک از نظام های حقوقی نیز چنین برداشتی از مقررات ورشکستگی صورت نگرفته که بستن کاران بایستی طرف دعوی تاجر ورشکستگی قرار گیرند.^۶

۶- استدلال و ایراد قائلین دیدگاه فوق در مورد عدم طرفیت و توجه دعوی ورشکستگی، به اداره ی تصفیه ی ورشکستگی یا حسب مورد رئیس دادگستری در این خصوص آن است که؛ مطابق صراحت ذیل ماده ی ۴۱۸ قانون تجارت، سمت و اختیار اداره یا مدیر تصفیه ورشکستگی (به نمایندگی رئیس دادگستری و قوه ی قضائیه)، مربوط به پس از صدور حکم ورشکستگی است و قبل از صدور حکم ورشکستگی حسب مورد اداره ی تصفیه ورشکستگی یا رئیس دادگستری سمت و اختیاری در این خصوص ندارند که طرف دعوی تاجر ورشکسته قرار گرفته و دعوی به وی توجه داشته باشد. در صورتی که همان طوری که اشاره شد، تاجر متوقف حسب اظهار ورشکستگی خود فی الواقع به محکمه اعلام می دارد که به طور قانونی اداره و اختیار امور مالی خود را از دست داده و ممتنع گردیده است و از دادگاه می خواهد که اختیار اداره و امور مالی اش را به متولی قانونی امر تصفیه ورشکستگی در این خصوص، یعنی؛ اداره ی تصفیه ی ورشکستگی یا مدیر تصفیه به نمایندگی قوه ی قضائیه که دعوی متوجه آن است، واگذار نماید و علی الاصول خواسته دعوی در توان هر شخصی که باشد، دعوی به همان شخص متوجه و مخاطب است و لزوم خواننده قراردادادن اداره ی تصفیه یا رئیس دادگستری به نمایندگی از قوه ی قضائیه در این خصوص، به جهت آن است که دادگاه به طرفیت شخصی که باید عهده دار این امر گردد، به دعوی تاجر در این مورد بایستی رسیدگی کرده و به طور رسمی ورشکستگی و قائم مقام قانونی را بر عهده وی قرار دهد. لذا؛ قائم مقامی اداره ی تصفیه ی ورشکستگی یا رئیس دادگستری در دعوی مزبور، مقدمه واجب و قانونی است که پس از صدور حکم ورشکستگی عهده دار این امر گردد. به بیان دیگر؛ ماده ی ۴۱۸ قانون تجارت بیانگر دو حکم قانونی است که در راستای همدیگر می باشند، صدر ماده ی مزبور، از تاریخ صدور حکم ورشکستگی، تاجر ورشکسته را ممنوع از مداخله در تمام اموال نموده و ذیل ماده ی فوق اختیار امور مالی و قائم مقامی اداره ی تصفیه را اعلام می نماید.

بر این اساس؛ طرفیت و خواننده بودن اداره ی تصفیه یا رئیس دادگستری به نمایندگی از قوه ی قضائیه در این خصوص، نه تنها منافات و تعارضی با ماده ی ۴۱۸ قانون تجارت ندارد، بلکه مقدمه واجب و قانونی هر دعوی از جمله؛ دعوی مزبور است که شخصی که از وی خواسته مطالبه

۷- سوده تهرانی، حسن، همان مأخذ

می شود، طرف و خواننده دعوی باشد. اضافه بر این که؛ اثبات این امر که بعد از تاریخ صدور حکم ورشکستگی، اداره یا مدیر تصفیه قائم مقام تاجر ورشکسته می باشد، نفی لزوم آن را دلالت ندارد که قبل از صدور حکم، قائم مقام قانونی در این خصوص حسب مورد اداره ی تصفیه یا رئیس دادگستری (در حوزه هایی که در اداره ی تصفیه تأسیس شده) برای رسیدگی به ورشکستگی طرف دعوی قرار گیرند و دلالت التزامی تبصره ی ۲ ماده ی ۷۶ قانون آیین دادرسی مدنی که یکی از صور دلالات منطقی است نیز، خواننده ورشکستگی را اداره ی تصفیه تعیین کرده که نفی استدلال قائلین دیدگاه مزبور می باشد.

۷- استدلال قائلین دیدگاه چهارم از دیدگاه های مورد اشاره، براساس قیاس پایه ریزی شده و دعوی ورشکستگی را معادل حجر دانسته اند که صرف نظر از عدم حجیت شرعی و قانونی قیاس در موازین حقوقی، بی نیاز از توضیح است که؛ دعوی ورشکستگی در زمره ی امور حسبی و غیر ترافعی نیست که نیاز به درخواست از دادستان داشته باشد. اضافه بر این که؛ دادگاه حقوقی به جرم رسیدگی نمی کند که حضور و طرفیت دعوی به دادستان در این خصوص قابل توجیه باشد و هیچ دلیل قانونی نیز در این خصوص وجود ندارد که توجیه کننده ی دیدگاه مزبور باشد.

نتیجه گیری:

تولیت امر تصفیه ورشکستگی و قائم مقام قانونی تاجر ورشکسته در نظام حقوقی تمام کشورها، بر عهده دولت به معنی اعم و سازمان تصفیه ورشکستگی وابسته به دادگستری به معنی اخص نهاده شده و در نظام حقوقی کشور ما نیز با توجه به تفکیک قوا، این امر بر عهده ی قوه ی قضائیه نهاده شده است.

برابر موازین حقوق تجارت، در حوزه هایی که اداره ی تصفیه ی ورشکستگی توسط قوه ی قضائیه تأسیس شده، قائم مقام قانونی و متولی امر تصفیه ی ورشکستگی به نمایندگی از قوه ی قضائیه به طور خاص، بر عهده ی اداره ی تصفیه ی ورشکستگی است که رئیس آن توسط رئیس دادگستری منصوب می گردد و در حوزه هایی که اداره ی تصفیه ی ورشکستگی تأسیس نشده، متولی و ذی سمت این امر به طور خاص، رئیس دادگستری است که در مورد اخیر پس از احراز موضوع توسط دادگاه مدیر تصفیه تعیین می شود. علی الاصول خواسته دعوی در توان هر شخصی که باشد، دعوی به همان شخص متوجه و متخاطب است و خواننده بودن اداره ی تصفیه یا رئیس دادگستری حسب مورد در این خصوص، به جهت آن است که علی القاعده دادگاه موضوع دعوی را بایستی به طرفیت شخصی رسیدگی کند که عهده دار این امر می باشد تا پس از احراز موضوع، مسؤولیت و تولیت امر تصفیه ی ورشکستگی را بر عهده ی وی قرار دهد.

لذا؛ قائم مقامی اداره ی تصفیه ی ورشکستگی یا رئیس دادگستری در دعوی مزبور، مقدمه ی واجب و قانونی دعوی ورشکستگی است. بر این اساس؛ دیدگاه سوم از دیدگاه های مورد اشاره در این خصوص که مورد تأیید شعب دیوان عالی کشور نیز قرار گرفته، منطبق با موازین حقوقی و از وجاهت منقنی برخوردار می باشد. .



تخلیه اماکن تجاری به لحاظ نیاز شخصی

سعید آقاباباگلی

وکیل دادگستری

مقدمه

موضوع مورد بحث، در رابطه با مسأله ی تخلیه ی اماکن تجاری به لحاظ نیاز شخصی است. مهم ترین مطلب مورد نزاع در روابط مؤجر و مستأجر، اختلاف آن ها در باب تخلیه ی مورد اجاره است. مؤجر برخلاف میل خود ناچار است که به حکم قانون رابطه ی حقوقی با مستأجر را حفظ کند و به دلیل منافی که در این راه از دست می دهد، همیشه در صدد است که مجوزی برای تخلیه ییابد و کوچکترین خطای مستأجر را نادیده نمی گیرد. از سوی دیگر، مستأجر نیز برای حفظ حق سرقفلی یا استفاده از موقعیتی که برای انتفاع از مورد اجاره در برابر مبلغ ناچیزی پیدا کرده است سعی دارد که رابطه ی قدیم را نگه دارد. این ستیزه ی دائمی از روزی که فواین تعدیل و روابط مالک و مستأجر جای قانون مدنی را گرفته به وجود آمده است.

قانون روابط مؤجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ در باب پرداخت یا عدم پرداخت حق کسب و پیشه و تجارت به مستأجر مقررات مختلفی وضع کرده است، بعضی از این موارد مانند تخلیه به جهت تعدی و تفریط (موضوع بند ۸ ماده ۱۴) مستأجر را به طور کلی از دریافت حق کسب و پیشه و تجارت محروم خواهد کرد و در مواردی مانند تخلیه به علت نیاز شخصی (موضوع بندهای ۲ و ۳ ماده ۱۵) مؤجر باید در قبال تخلیه ی عین مستأجر، تمام حق کسب و پیشه و تجارت را با جلب نظر کارشناس به مستأجر بپردازد و اگر تخلیه به دلیل انتقال به غیر صورت گیرد (موضوع بند ۲ ماده ۱۴) نصف حق مذکور به مستأجر تعلق خواهد گرفت. آنچه در این جا مورد بحث است بندهای ۲ و ۳ ماده ۱۵ این قانون در مورد تخلیه به منظور نیاز شخصی است.

ماده ۱۵ می گوید: علاوه بر موارد مذکور در ماده ی قبل در موارد زیر نیز پس از انقضاء مدت اجاره درخواست تخلیه ی محل کسب یا پیشه یا تجارت از دادگاه جایز است:

- ۱- تخلیه به منظور احداث ساختمان جدید ... (که مورد بحث امروز ما نیست)
 - ۲- تخلیه به منظور احتیاج شخص مؤجر برای کسب یا پیشه یا تجارت
 - ۳- در صورتی که محل کسب یا پیشه یا تجارت مناسب برای سکنی هم باشد و مالک برای سکونت خود یا اولاد یا پدر و مادر یا همسر خود درخواست تخلیه نماید.
- در موارد سه گانه ی فوق، دادگاه ضمن صدور حکم تخلیه، به پرداخت حق کسب یا پیشه یا تجارت نیز حکم خواهد داد. پس موضوع مورد بحث، دارای دو بخش است یکی بند ۲ و دیگری بند ۳ ماده ۱۵ که در شکل و ماهیت و آثار حقوقی ناشی از آن ها تفاوت های اساسی وجود دارد.

بخش اول

بند ۲ ماده ۱۵، اشعار می دارد:

هر گاه مؤجر ثابت کند که شخصاً برای اشتغال به کسب یا پیشه یا تجارت به عین مستأجره نیاز دارد محکمه به تخلیه ی مورد اجاره با پرداخت حق کسب و پیشه و تجارت با کسب نظر کارشناس رسمی دادگستری رأی خواهد داد.

حال ببینیم نیاز شخصی در این بند از ماده ی ۱۵ چیست و چه شرایطی برای احراز آن باید وجود داشته باشد؟ منظور از نیاز شخصی در این بند از ماده فقط نیاز شخص مؤجر به مورد اجاره برای اشتغال به کار و کسب درآمد جهت تأمین زندگی خود و خانواده اش می باشد. برای احراز این نیاز وجود شرایطی چند لازم است:

شرط اول- مالکیت شش دانگ عین مستأجره:

یکی از شروط مهم پذیرش دعوی تخلیه به لحاظ نیاز شخصی، مالکیت مؤجر در شش دانگ مورد اجاره است، بنابراین مالک سهم مشاع اماکن تجاری نمی تواند درخواست تخلیه ی مورد اجاره را به این دلیل بنماید، در این خصوص نظریه ای مشورنی از اداره ی حقوقی دادگستری به شماره ی ۷/۵۶۲ مورخ ۵۸/۸/۲۷ به شرح زیر صادر شده است:

«سؤال- آیا می توان حکم به تخلیه ی مورد اجاره، در صورتی که محل کسب و تجارت باشد به تقاضای احد از مؤجرین که مالک سهم مشاعی آن است به علت نیاز شخصی مؤجر صادر نمود یا نه؟»

جواب- تخلیه ی مورد اجاره به منظور احتیاج شخصی مؤجر برای کسب و یا پیشه یا تجارت ناظر به صورتی است که مؤجر مالک شش دانگ مورد اجاره باشد چنان که این معنا از صدر ماده ی ۱۴ که ماده ی ۱۵ آن قانون نیز معطوف به آن است فهمیده می شود. همچنین با توجه به این که این حق به مؤجر داده شده، اطلاق آن منصرف به مؤجر مالک شش دانگ خواهد بود نه مالک سهم مشاع، عبارت بند ۲ ماده ی مذکور نیز که تخلیه را برای احتیاج شخصی مؤجر پیش بینی کرده دلالت بر همین نظر دارد، به علاوه، احتیاج شخصی نسبت به ملک مشاع که قسمتی از آن متعلق به غیر از متقاضی و خواهان است نمی تواند وجهه ی قانونی داشته باشد و با فلسفه ی احتیاج شخص نیز موافقت ندارد، بنابراین در موردی که بعضی از مؤجرین که مالک چند سهم مشاع از یک باب مغازه باشند و درخواست تخلیه ی تمام آن مغازه را به عنوان نیاز شخصی بنمایند درخواست آن ها با مقررات و فلسفه ی بند ۲ ماده ی ۱۵ قانون مؤجر و مستأجر و فلسفه ی تخلیه ی مورد اجاره به عنوان نیاز شخصی منطبق نبوده و دعوی مطروحه آنان در این خصوص قابل قبول نیست.» در این جا ممکن است سوال دیگری مطرح شود به این صورت که: اگر تمامی مالکین مشاع یک مغازه، درخواست تخلیه ی آن را به لحاظ نیاز شخصی بکنند، تکلیف دادگاه چیست و چگونه باید در این مورد تصمیم بگیرد؟

به نظر می رسد که در این مورد دادگاه باید با توجه به اوضاع و احوال قضیه و تعداد متقاضیان و شغل مورد نظر و وضعیت مالی آن ها تصمیم بگیرد، و نمی توان یک حکم کلی در مورد آن صادر کرد.

شروط دوم- احراز نیاز واقعی و قطعی مؤجر:

از دیگر شروط لازم برای صدور حکم تخلیه به لحاظ نیاز شخصی مؤجر به مورد اجاره، احراز نیاز واقعی و قطعی مؤجر به مورد اجاره است و صرف ادعای نیاز و دادن درخواست تخلیه کفایت

نمی کند، بلکه خواهان باید نیاز واقعی خود را برای دادگاه اثبات نماید، در این مورد نظریه ای از قضات دادگاه های حقوقی دو تهران صادر شده که به شرح زیر می باشد:

با توجه به منطوق و مفهوم شق ۲ ماده ی ۱۵ قانون روابط مؤجر و مستأجر در دعوی تخلیه ی مورد اجاره ی محل کسب به سبب نیاز شخصی، صدور حکم تخلیه منوط به احراز نیاز مالک به اشتغال در محل مورد اجاره به منظور ارتزاق است به طوری که اگر مالک در آن جا به کار و کسب نپردازد زندگی اقتصادی و مادی او تأمین و اداره نشود، به عبارت دیگر مالک می بایست برای رفع حوائج مادی و معیشتی خود به کار در مورد اجاره نیازمند باشد و اثبات نیاز مشروط به این است که اولاً مالک با لحاظ موقعیت و تناسب قادر به انجام کار بالفعل یا بالقوه در آن محل باشد و ثانیاً عدم اشتغال در مورد اجاره موجب وقفه و رکود و زحمت و مضیقه در زندگی او شود بنابراین ادعای نیاز به صرف توسعه ی کار و افزون طلبی و سود جوئی بیشتر و سرگرمی و تفنن موجب تخلیه ی محل کسب نمی شود.

پس مطلب اساسی در این قسمت، احتیاج شخص مؤجر برای اشتغال در محل به منظور کسب درآمد برای اعاشه ی خود و خانواده اش می باشد و به کارگیری کلمات احتیاج شخص مؤجر برای کسب، پیشه یا تجارت بدان معنی است که او بتواند در مورد اجاره به فعالیت شغلی بپردازد، از شغل خود درآمد کسب نموده و احتیاج خویش را برطرف سازد والا نظر قانون گذار این نیست که مؤجر علی رغم امکانات مالی و درآمد متناسب بتواند برای رفع مشکلات حاصل از بیکاری و فقدان شغل مورد اجاره را تخلیه کند، متن ماده هم می گوید: احتیاج برای کسب، پیشه یا تجارت، نتیجه ی حاصل از کسب هم اصولاً به دست آوردن درآمد است. هرگاه هدف آن باشد که مؤجر بتواند برای تفنن و رفع بیکاری و پرکردن اوقات فراغت خود مورد اجاره را تخلیه نماید، و احتیاج، به این امر سرایت داده شود برداشت بسیار نادرستی از قانون ارائه شده است، زیرا مؤجر می تواند در اوقات بیکاری و فراغت خود به طریق دیگری برای خویش سرگرمی شغلی و اشتغال فراهم سازد و این امر نمی تواند احتیاج مؤجر را توجیه کند. با توجه به موارد مذکور اگر مؤجر شغلی ندارد، دارای امکانات مالی و کسب درآمد نیست و بخواهد شخصاً در مورد اجاره اشتغال داشته باشد و از آن کسب درآمد و رفع نیازهای مالی خود را بنماید می تواند طرح دعوی نموده، تخلیه ی مورد اجاره را تقاضا کند. همچنین بازنشسته بودن مؤجر و اخذ مستمری از بیمه های اجتماعی یا سازمان های دیگر به معنی مرتفع شدن نیاز شخصی نیست مگر آن که منبع مالی و اخذ مستمری در حدی باشد که بتواند امرار معاش و اعاشه ی مؤجر را کفاف دهد والا اخذ مستمری مختصر جهت تأمین نیازهای مالی مؤجر و خانواده اش کافی نخواهد بود. اگر مؤجر دارای امکانات مالی کافی باشد ولو آن که خود در کسب درآمد ذی مدخل نباشد نیاز وی به مورد اجاره مرتفع است و دارای آن چنان نیازی که مورد نظر قانون گذار است نخواهد بود.

در مورد دامنه و نحوه شمول بند ۲ ماده ی ۱۵ مورد بحث، مسائلی چند قابل طرح است:

مورد اول - تقاضای تخلیه مسیوق به محکومیت قبلی مؤجر

سوال این است که:

اگر مالکی یک بار تقاضای تخلیه به علت نیاز شخصی بکند و دعوایش رد شود، آیا دعوای مجدد

او با همین خواسته قابل استماع است؟

در این مورد نظریه ای از قضات دادگاه های حقوقی دو تهران صادر شده است، اکثریت آن ها

عقیده دارند اگر دعوای مجدد، عیناً همان دعوای سابق باشد مشمول اعتبار امر مختومه بوده و قابل

رسیدگی دوباره نیست مگر آن که بعد از صدور حکم سابق، تغییری در وضعیت مؤجر پیدا شده باشد.

ولی نظر اقلیت بر این است که چون طبع و ماهیت دعوی نیاز شخصی طوری است که به اعتبار نیاز می تواند استمرار داشته باشد و چون ممکن است ادعای احتیاج در یک زمان ثابت نشود و همان ادعا در زمان دیگر ثابت گردد علیهذا مورد هیچ گاه مشمول امر مختومه نیست و استماع دعوی نیاز شخصی ولو به طور مکرر جایز است.

به نظر می رسد که نظر دوم با اصول عدالت و انصاف و واقعیت های عینی انطباق بیشتری داشته باشد، چه پذیرش نظر اول مستلزم محروم ساختن مؤجر از حق مسلم اوست. زیرا همچنان که گروه دوم استدلال می کنند مسأله ی نیاز شخصی در طول زمان استمرار دارد و ادله ی اثباتی آن ولو این که صورتاً واحد باشد (مثل شهادت شهود یا تحقیق محلی)، لکن باطناً به علت دخالت عامل زمان متغیر است.

از سوی دیگر چون تخلیه در این مورد با پرداخت حق کسب و پیشه و تجارت انجام می شود و میزان این حق در طول زمان متغیر و مرتباً در حال افزایش است، مستأجر در معرض ضرر غیرقابل جبرانی قرار نمی گیرد.

البته مسأله ای که در این جا مطرح است، نحوه ی تعیین میزان حق کسب و پیشه و تجارت است که در این موارد دادگاه ها امر را به کارشناس رسمی دادگستری ارجاع می کنند و معمولاً نظریه ی کارشناسان و تعیین میزان این مبلغ، با قیمت های موجود در بازار و واقعیت ها تفاوت های زیاد و گاه فاحش دارد که این امر در صورت قبول نظر کارشناس و قطعیت حکم دادگاه، موجب تضییع حقوق مستأجر می گردد.

مورد دوم- احتیاج شخصی سازمان های دولتی

سوال این است که: آیا دعوی سازمان دولتی دایر به تخلیه ی مورد اجاره ی محل کسب به علت احتیاج شخصی به منظور ایجاد پارک و فضای سبز مسموع است یا نه؟
در این مورد نظریه ای از قضات دادگاه های حقوقی دو تهران صادر شده است. اکثریت آن ها عقیده دارند که مفهوم احتیاج، به اعتبار شخصیت مؤجر یا مالک قابل تفسیر است و مصادیق احتیاج شخص حقوقی با نیازهای شخص طبیعی تفاوت دارد، در موضوع مورد بحث، مالک که نهاد دولتی و متکفل امور اجتماعی است به عنوان دایر کردن پارک یا فضای سبز که این کار علاوه بر تأمین نیاز جامعه محتملاً متضمن درآمدی نیز برای آن خواهد بود، می تواند به استناد بند ۲ ماده ی ۱۵ قانون روابط مؤجر و مستأجر تقاضای تخلیه ی مورد اجاره ی محل کسب را بنماید.
ولی، نظر اقلیت بر این است که:

«به صراحت بند دو ماده ی ۱۵ قانون روابط مؤجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ که تخلیه ی مورد اجاره تنها به منظور احتیاج شخص مؤجر برای کسب یا پیشه یا تجارت تجویز شده است، درخواست تخلیه از ناحیه ی شخص حقوقی به منظور ایجاد پارک و فضای سبز که منطبق با هیچ یک از معانی احتیاج برای کسب یا پیشه یا تجارت شخص مؤجر نیست قابل پذیرش نمی باشد و ماده ی مذکور منصرف از موارد است.» به نظر می رسد که نظر گروه اقلیت صحیح تر باشد و با روح بند ۲ ماده ی ۱۵ سازگارتر است.

مورد سوم- نیاز شخصی قائم به شخص است

سوال این است که: اگر با احراز نیاز مالک حکم تخلیه ی محل کسب صادر و آن گاه ملک به دیگری منتقل شود، آیا مالک جدید که احتیاج او محرز نیست می تواند به قائم مقامی محکوم له تقاضای اجرائیه کند یا نیاز قائم به شخص است و منتقل الیه حق تقاضای صدور اجرائیه ندارد؟

در این مورد نظریه ای از قضات دادگاه های حقوقی دو تهران صادر شده است، اکثریت آن ها عقیده دارند که داور مدار رأی صادره، نیاز خواهان دعوی به ملک خود بوده است، بنابراین اگر او ملک خویش را بفروشد، رأی دادگاه موضوعاً منتفی می شود و حانشین محکوم له نمی تواند از مزایای آن حکم که قائم به شخص مالک سابق بوده استفاده و درخواست صدور اجراییه نماید.

ولی نظر اقلیت بر این است که صرف انتقال ملک، موجب بی اعتباری حکم دادگاه نمی شود و مالک جدید که از هر حیث قائم مقام محکوم له است می تواند نسبت به رأی صادره تقاضای صدور اجراییه نماید، زیرا اصل بر لازم الاجرا بودن رأی دادگاه است و در مقام تردید در اعتبار حکم دادگاه با فقد مجوز قانونی، اصل جاری می شود، یعنی بقای آن استصحاب می گردد.

نظر دوم قابل قبول نیست، زیرا درست است که منتقل الیه قائم مقام مالک است و درست است که تعطیل و توقیف و قطع اجرای حکم جز در موارد منصوص در قانون اجرای احکام مدنی جایز نیست و درست است که ظاهراً مورد مطروح قابل انطباق به هیچ یک از شقوق ماده ی ۴۲۶ قانون آیین دادرسی مدنی در اعاده ی دادرسی هم نیست، ولی از آن جا که قانون مؤجر و مستأجر قانونی آمده و نسبت به قانون مدنی استثنائی است، اقتضای تفسیر کاملاً مضیق را دارد، ظاهراً باید گفت که انتقال ملک از طرف مؤجر که مدعی نیاز شخصی است، می تواند نوعی انصراف از دعوی یا استرداد آن تلقی شود، و شاید بتوان گفت که اقدام مؤجر به انتقال ملک می تواند کاشف از غیرواقعی بودن ادعای او داور بر نیاز شخصی تلقی شود.

استناد به اصل استصحاب نیز در این باب بی مورد است، چه با فرض ثبوت وقوع انتقال، دیگر امر سابق با خصوصیات قبلی خود موجود نیست تا در وجود یا عدم آن تردید و بقائش را استصحاب کنیم، بلکه امر سابق یعنی حکم تخلیه، مبتنی بر احراز نیاز شخصی مؤجر، با تغییر مالک، یکی از ارکان وجودیش را از دست داده و به امر جدیدی متحول شده است و اگر حکمی باید بشود بر مبنای امر یقینی و موجود فعلی یعنی تغییر مالک و انتفاء نیاز شخصی است نه امر معدوم قبلی.

مسأله ی دیگری نیز که در این قسمت قابل طرح است این که آیا درخواست تخلیه، به منظور استفاده از ملک برای کسب و پیشه ی فرزند مؤجر قابل پذیرش است یا خیر؟

به نظر می رسد که در این مورد هم، با توجه به صراحت بند ۲ ماده ی ۱۵ که می گوید: تخلیه به منظور احتیاج شخص مؤجر برای کسب یا پیشه یا تجارت، این چنین دعوایی قابلیت استماع ندارد. در این مورد رأیی از یکی از محاکم عمومی تهران را به عنوان نمونه نقل می کنم: در خصوص دعوی آقای (الف) به طرفیت آقای (ب) مبنی بر تخلیه ی یک باب مغازه به لحاظ احتیاج شخصی، صرف نظر از این که خواهان دلیل مثبت قرارداد اجاره را ارائه ننموده، به فرض ثبوت ادعا و انعقاد عقد اجاره، نظر به این که مفاد متن دادخواست تقدیمی مؤید درخواست وی مشعر بر تخلیه به منظور استفاده ی فرزندش از مورد اجاره می باشد و مورد مذکور، از موارد منصوص در ماده ی ۱۵ قانون روابط مؤجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ تلقی نمی شود، زیرا قانون گذار تخلیه را به منظور احتیاج شخصی مؤجر برای کسب یا پیشه یا تجارت پذیرفته نه احتیاج فرزند او را، فلذا موضوع تخلیه به لحاظ نیاز فرزند به اشتغال به کار، در محدوده ی بند ۲ ماده ی ۱۵ قانون منصرف نمی گنجد، حکم به رد دعوی صادر می شود.

مورد چهارم- منظور از نیاز شخصی نیاز مادی است نه نیازهای غیرمادی

سوالی که در این مورد مطرح می شود این است که: اگر خواهان تخلیه به لحاظ نیاز شخصی، به منظوری غیر از انجام کسب یا پیشه یا تجارت در مورد اجاره باشد تکلیف چیست؟

به نظر می‌رسد که با توجه به مفاد بند ۲ ماده ۱۵ که می‌گوید: تخلیه به منظور احتیاج شخص مؤجر برای کسب یا پیشه یا تجارت، مورد فقط شامل تخلیه به جهات منحصراً در قانون می‌باشد و شامل موارد دیگر نمی‌شود.

برای نمونه در این مورد، رأی صادر شده از یکی از شعب دادگاه‌های عمومی تهران قابل ذکر است: در خصوص دعوی آقای جوادی عضو هیأت امنای مسجد امام حسن عسکری (ع) به طرفیت آقای واقفی مبنی بر تخلیه ی مورد اجاره به لحاظ نیاز شخصی مسجد برای تأسیس کتابخانه و بخش فرهنگی، قطع نظر از این که در اجرای قرارهای معاینه و تحقیق محلی به شرطی که در پرونده مضبوط است، نیاز مسجد احراز نمی‌گردد، اساساً به فرض ثبوت نیاز، نظر به این که در بند ۲ از ماده ۱۵ قانون روابط مؤجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ نیاز شخصی به منظور کسب یا پیشه یا تجارت که متضمن و بیانگر منفعت مادی است پیش بینی شده و مؤید این عبارت مقنن در قسمت اخیر ماده ۱۵ قانون موصوف می‌باشد، که صدور حکم تخلیه را منوط به پرداخت حق کسب و پیشه یا تجارت دانسته و نظر به این که در مانحن فیه قصد و اراده ی هیأت حقوقی مسجد از تخلیه، استفاده از مورد اجاره برای تأسیس کتابخانه و به منظور ترویج مسائل فرهنگی که جنبه ی خیرخواهانه و کسب منافع غیرمادی است می‌باشد، لهذا نیاز به تأسیس کتابخانه که از امور غیر انتفاعی تلقی می‌شود در محدوده ی بند ۲ ماده ۱۵ قانون مزبور نمی‌گنجد، با وصف مذکور دعوی مطروحه در نظر دادگاه غیر ثابت تشخیص و حکم به رد آن صادر می‌گردد. پس حاصل بحث در مورد بند ۲ ماده ۱۵ این است که:

- ۱- مؤجر باید شخصاً به مورد اجاره احتیاج داشته باشد.
- ۲- فاقد شغل بوده و امکانات مالی وی مرتفع کننده ی احتیاج او به کسب و کار در مورد اجاره نباشد.
- ۳- احتیاج در زمان اقامه ی دعوی ثابت بوده و با اجرای قرار معاینه و تحقیق محلی احتیاج وی بر دادگاه ثابت شود.

بخش دوم

در این قسمت به بررسی اجمالی بند ۳ ماده ۱۵ قانون روابط مؤجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ می‌پردازیم: بند ۳ اشعار دارد بر این که «در صورتی که محل کسب یا پیشه یا تجارت مناسب برای سکنی هم باشد و مالک برای سکونت خود یا اولاد یا پدر و مادر یا همسر خود درخواست تخلیه نماید، که در این مورد هم دادگاه پس از احراز نیاز، ضمن صدور حکم تخلیه به پرداخت حق کسب و پیشه و تجارت با کسب نظر کارشناس رسمی دادگستری رأی خواهد داد.

ابتدائاً تطبیقی بین این دو بند از ماده انجام داده و سپس به توضیح در مورد بند سوم می‌پردازیم. این بند از ماده با بند قبلی دو تفاوت اساسی دارد، یکی از نظر استفاده از مورد اجاره پس از تخلیه و یکی در مورد اشخاص مشمول آن.

در بند ۲، تخلیه به منظور احتیاج شخص مؤجر برای کسب یا پیشه یا تجارت قید شده در حالی که در بند ۳، گفته شده، در صورتی که محل کسب یا پیشه یا تجارت مناسب برای سکنی هم باشد.

و مطلب دیگر این که: در بند ۲، فقط احتیاج شخص مؤجر را ملاک صدور حکم تخلیه قرار داده است در حالی که در بند ۳، احتیاج اقربای مالک را نیز مورد توجه قرار داده و آن ها را در کنار مالک آورده است. در مورد این بند از ماده هم جهت در خواست تخلیه وجود سه شرط لازم است:

شرط اول - احراز نیاز قطعی و واقعی:

در مورد این شرط در قسمت قبلی در توضیحات راجع به بند ۲، به اندازه ی کافی بحث شد، تنها مطلبی که باید اضافه کنم و تفاوتی که در این جا وجود دارد این است که افرادی که احتیاج آن ها موجب تخلیه خواهد شد علاوه بر مؤجر شامل اولاد یا پدر و مادر یا همسر او نیز می گردد. این مطلبی است که اغلب باعث اشتباه افراد ناآگاه می شود و دعوی تخلیه ی محل های کسب را برای استفاده ی کسبی فرزند یا پدر خود مطرح می کنند، که محکوم به رد است.

شرط دوم - قابلیت محل برای سکونت:

این بند از ماده ی ۱۵ صرفاً در مورد محل هایی که بالفعل و در وضع موجود قابلیت سکنتی داشته باشند مثل خانه ها و آپارتمان ها ممکن است مصداق پیدا کند و این ادعا که مثلاً مغازه ی مورد اجاره را با تغییرات و تعمیراتی می توان به محل سکنتی تبدیل کرد مسموع نخواهد بود. البته موردی که ممکن است در این جا مطرح شود این است که، ممکن است مؤجر در قسمت متصل به مغازه دارای محل سکونت مناسب نباشد و چون فضای مغازه به اندازه ی کافی است بخواهد آن را به محل سکونت خود اضافه نموده و به عنوان محل سکونت استفاده کند، این ادعا ممکن است قابل پذیرش باشد آن هم در صورتی که امکان تداخل مغازه در محل سکونت مؤجر از نظر فنی فراهم بوده و این امر متعارف هم باشد.

قانون گذار صراحتاً مقرر نموده است باید مورد اجاره برای سکنتی مناسب باشد. در جهت احراز این امر در دعوی مؤجرین به ادعای تخلیه جهت سکونت، محاکم بدو موضوع را به کارشناس ارجاع می نمایند که با ملاحظه ی محل مورد اجاره، امکان استفاده ی سکنتی مورد اجاره برای دادگاه احراز شود، در این صورت، کارشناس نظر فنی خود را ارائه و وضعیت مورد اجاره را تشریح خواهد کرد، احراز این که مورد اجاره معداً سکونت است یا خیر با دادگاه خواهد بود.

در صورت تحقق شرط اول یعنی مناسب بودن مورد اجاره برای سکونت، محکمه حسب مورد تقاضای مطروحه، به بررسی نیاز سکنتی مؤجر، اولاد، پدر، مادر یا همسر او خواهد پرداخت. ممکن است مؤجر بخواهد در یک زمان مورد اجاره را جهت سکونت تمامی افراد مذکور مورد استفاده قرار دهد، در این صورت دادگاه باید مطمئن شود که مؤجر دارای محل سکونت و امکانات سکنتی برای خود یا افراد یاد شده نیست و هر یک از آن ها که تخلیه به لحاظ نیاز او تقاضا شده است دارای محل زندگی جداگانه و مناسب برای سکونت نیستند.

هرگاه مؤجر، اولاد، پدر، مادر یا همسر او در محل دیگری مستأجر باشند و از لحاظ ادامه ی سکونت مشکلی نداشته باشند بعد به نظر می رسد که دادگاه نیاز آن ها را به مورد اجاره محرز بداند. البته بعضی از محاکم دعوی تخلیه را در فرص مذکور مورد پذیرش قرار داده و حکم به تخلیه صادر می نمایند؛ استدلال قضات این گونه محاکم آن است که وقتی مؤجر دارای ملک شخصی است دلیلی ندارد که در ملک استیجاری سکونت کند، رجوع او به دادگاه ممکن است مؤید آن باشد که در محل استیجاری با مشکل مواجه است و به ملک خود برای سکونت خویش احتیاج دارد، به نظر می رسد که

این نظر با قواعد انصاف سازگارتر باشد. پس احراز نیاز امری موضوعی و اثبات آن بر عهده ی مؤجر است و بدیهی است که محکمه به کلیه ی مسائل عرفی و عقلی محیط بر قضیه توجه می کند.

برای نمونه خلاصه ای از رأی یکی از شعب دادگاه های عمومی در این مورد را ذکر می کنم: خواهان ها دادخواستی جهت تخلیه یک باب زیرزمین به لحاظ نیاز شخصی جهت سکونت داده اند، دادگاه بدوی حکم به تخلیه داده است، مستأجر به رأی اعتراض نموده و دادگاه تجدید نظر اعتراض را وارد دانسته است و چنین استدلال نموده که با توجه به نظر کارشناس رسمی که از محل بازدید نموده و مشخصات محل را در نظریه ی خود قید کرده و نظر داده است که استفاده از این زیرزمین حتی در روز با نور برق ممکن می باشد و مناسب برای سکونت بوده و بیشتر جهت آزمایشگاه، مطب یا درمانگاه و شغل فعلی مستأجر که عکاسی است و امثال آن قابلیت استفاده را خواهد داشت و مناسب برای سکونت نمی باشد و با عنایت به این که به علت مناسب نبودن مورد اجاره جهت سکونی، شرط قانونی برای تخلیه موجود نمی باشد و از آن جایی که برای تشخیص تناسب یا عدم تناسب مورد اجاره برای سکونت، توان بالقوه و بالفعل مؤجر ملاک نبوده بلکه اصول فنی و شرایط متعارف، مورد اجاره را برای سکونت مناسب ندانسته و مدافعات وکیل مؤجرین به این که موکلین وی در مورد اجاره به کیفیت موجود قادر به سکونت بوده و این محل برای آنان مناسب خواهد بود موجه نبوده و مؤثر در مقام نخراهد بود...

و شرط سوم- حادث بودن نیاز:

حادث بودن نیاز یعنی در زمان اقامه ی دعوی این احتیاج ایجاد شده باشد، حتی اگر قبل از آن چنین نیازی وجود نداشته باشد. در این جا هم مجدداً استثنائی مطرح می شود که در مورد بند ۲ ماده ی ۱۵ هم مطرح کردیم و آن چگونگی استماع دعوی تخلیه ی مورد اجاره به علت نیاز شخصی که مسبوق به محکومیت مالک بوده و مجدداً از طرف او مطرح شده باشد، نظریه ی اکثریت قضات این بود که:

اگر دعوای مجدد، عیناً همان دعوی سابق باشد، مشمول اعتبار امر مختومه بوده و قابل رسیدگی دوباره نیست مگر آن که بعد از صدور حکم سابق تغییر و حدودی در وضعیت مؤجر پیدا شده باشد.

تغییر و حدود مورد نظر قضات مذکور، همان حادث بودن احتیاج در زمان اقامه ی دعوی است، زیرا چه بسا احتیاج در زمان اقامه ی دعوی قبلی حادث نبوده ولی بعداً ایجاد شده و مؤجر بر اساس آن مجدداً درخواست تخلیه نموده باشد. در این مورد مثالی را مطرح می کنم:

فرض کنیم مؤجر مجرد بوده، یا پدر و مادرش در محل مناسبی زندگی می کرده و دعوی او به لحاظ عدم احراز نیاز وی جهت سکونت رد شده است. قبل از اقامه ی دعوی مجدد ازدواج کرده و فاقد محل سکونت مستقل می باشد، نیاز به مورد اجاره در این مقطع ایجاد شده و دادگاه این نیاز را احراز خواهد کرد. به همین ترتیب است نیاز مؤجر برای سکونت افراد تحت تکفل خود هرگاه در زمان اقامه ی دعوی این احتیاج حادث باشد.

پس نتیجه ی بحث حاصل از بررسی بند سوم ماده ی ۱۵ چنین است:

اول- مورد اجاره باید مستعد سکونی باشد.

دوم- هریک از افرادی که تخلیه به لحاظ سکونت آن ها تقاضا گردیده به مورد اجاره جهت سکونت خود احتیاج داشته باشند.

سوم- این احتیاج بر دادگاه اثبات شود، که ثبوت ادعای مؤجر در اقامه ی این دعوی، ضمن معاینه محل با تحقیق محلی احراز می شود. ■

«والسلام»

نامرینا

نقش وکیل دادگستری در دعاوی حقوقی

انتقال ملک مرهون با حفظ حقوق مرتبه

رسیدگی به جرایم اطفال در دستگاه کیفری استان

سمت دادخواست دهند

درباره مقاله: تعین از احکام کیفری در دعاوی حقوقی



یوسف شفیع زاده

(وکیل دادگستری):

در شماره ی سوم نشریه کانون، نامه ای درج شده بود که طی آن نویسنده با استدلالات و مستندات نسبتاً قابل قبول، شمول دکترین «حضور وکیل به مثابه ناظر بر اجرای صحیح قوانین» را در پرونده های مدنی مورد شک و تردید قرار داده بود.

مخلص نامه مورد نظر این بود که اگر تئوری مذکور را در موارد کیفری که به واسطه تعیین مجازات و تبعاتی که بر زندگی افراد دارد بپذیریم و باور داشته باشیم که ما به عنوان وکیل متهم نه فقط موظف به دفاع تخصصی از موکلان می باشیم، بلکه می بایست از حقوقی که موکلان به واسطه شأن و منزلت ویژه ی انسان بودن دارد دفاع کنیم و بر همین اساس است که اگر تخلف و یا تعدی خارج از قانون نسبت به موکلان مشاهده کردیم، برمی آشویم و تا زمانی که مقامات صالح را نسبت به موارد تعدی آگاه نکرده ایم و موکل را از آن وضعیت خارج نساخته ایم، از پاتمی نشینیم، در پرونده های مدنی چنین وضعیتی با این حساسیت خاص، به چشم نمی خورد.

اما واقعیت این است که در دعاوی مدنی نیز خواننده ی دعوا دارای حقوق ویژه ای است که در قوانین و مقررات موضوعه به خصوص آیین دادرسی مدنی مورد نظر مقنن بوده و بعضاً عدم رعایت آن، از موجبات نقض رای در مراجع عالی خواهد شد.

زمانی که خواننده ی دعوا از دانش حقوقی کافی و اطلاعات لازم قضائی بی بهره است و مقام رسیدگی کننده نیز به عنوان شخصی بی طرف، اختیار و وظیفه ای در یادآوری یا تذکر برخی موارد به متداعین ندارد و همچنین

به واسطه ی حجم کار و افزایش روز افزون ارجاعات، فرصت لازم جهت مرور تمامی مقررات مربوط به موضوع دعوا را از دست داده است و همکاران به عنوان وکیل خواهان، با قدرت و صلابت تمام سعی در احقاق حق مورد ادعای موکل خود (خواهان) را دارد و ... این جاست که شما به عنوان مأمّن و ملجاء خواننده در جلسه ی رسیدگی حاضر و صرف نظر از دفاع ماهوی، حقوق ویژه ی موکل خود به عنوان خواننده دعوا را، هم به دادگاه و هم به همکار خود (به عنوان وکیل خواهان) متذکر می شوید.

مثال اول:

ماده ی ۶۳ از ق. ا. د. م اشعار می دارد: «چنانچه نسبت به بهای خواسته بین اصحاب دعوا اختلاف حاصل شود و اختلاف موثر در مراحل بعدی رسیدگی باشد، دادگاه قبل از شروع رسیدگی با جلب نظر کارشناس، بهای خواسته را تعیین خواهد کرد.»

نتیجتاً نظر مقنن بر این بوده که تنها کسی که می تواند به تقویم خواسته به شرط تأثیر در مراحل بعدی رسیدگی اعتراض کند، خواننده ی دعوا است و مقام رسیدگی کننده در این مورد اختیار یا وظیفه ای ندارد.

پس: «... اصل بر این است که خواهان مختار در تعیین بهای خواسته در دادخواست بوده و مأخوذ به آن است و ایراد و اعتراض نسبت به تقویم خواسته از حقوق خواننده است نه دادگاه و... مادام که خواننده ایراد نکرده دادگاه نمی تواند متعرض آن بشود: (یوسف نوبخت، اندیشه های قضائی، ص ۱۰۴)

بیانید از همین ماده ی قانونی پرونده ای فرضی بسازیم و نقش وکیل خواننده را در



احقاق حقوق احتمالی موکل اش بررسی کنیم:

خواسته ی خواهان تحویل یا استرداد عین است و علی رغم آن که چندین میلیون تومان ارزش دارد اما آن را به مبلغ دویست و پنجاه هزار تومان تقویم می کند. در این جا صرف نظر از صلاحیت شورای حل اختلاف به رسیدگی بدوی، فرض کنیم که نهایتاً پرونده به محاکم دادگستری با رعایت تشریفات و مقررات آئین دادرسی مدنی ارجاع شده است. خواهان با چنین عملی، حقوقی را از خواننده سلب کرده که شما به عنوان وکیل خواننده می توانید به ترتیب ذیل در احقاق آن مؤثر باشید:

الف) خواهان بدین وسیله موضوع حکم آتی را مشمول بند الف ماده ی ۳۳۱ قانون آئین دادرسی مدنی قرار داده و امکان رسیدگی مجدد در محاکم عالی را از خواننده سلب کرده است. وکیل خواننده می تواند مستند به ماده ی ۶۳ قانون آئین دادرسی مدنی و با توجه به وجود شرط مذکور در این ماده، بهای خواسته را مورد اعتراض قرار دهد. در صورت تمکین خواهان و یا تشخیص قیمت واقعی توسط کارشناس، اولین حق تضییع شده موکل شما در مقام خواننده دعوا، یعنی امکان رسیدگی مجدد در دادگاه های تجدیدنظر استان احقاق شده است.

ب) شما به عنوان وکیل خواننده، با وجود شرایطی، قادرید تا برای تأدیبه خساراتی که از طرح دعوی خواهان بر وی وارد شده یا خواهد شد، مستند به ماده ی ۱۰۹ قانون آئین دادرسی مدنی از دادگاه تقاضای صدور قرار تأمین نمایید. حال اگر موضوع پرونده حایز شرایط برای صدور چنین قرار باشد:

اولاً: محتاج به درخواست خواننده و یا وکیل وی است و قاضی پرونده بدون چنین درخواستی، رأساً اختیار صدور قرار مذکور را ندارد. پس شما به عنوان وکیل خواننده حقی را که در اثر بی اطلاعی موکلتان تضییع شده بود احقاق کرده اید.

ثانیاً: مسلماً ملاک و میزان تأمین مأخوذه از خواهان بر مبنای خواسته و یا بهای آن است. بنابراین وقتی ارزش واقعی خواسته مشخص گردید، امکان وصول خسارات موکلتان از طرح دعوی خواهان را نیز به نحو قابل قبول تری میسر نموده اید.

ثالثاً: اگر مبلغ خواسته چه در اثر تمکین خواهان به اعتراض خواننده و چه در اثر نظر قطعی کارشناسی، به بیش از ۲۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال افزایش یابد، می توان مورد را بر اساس مصلحت موکل، مشمول بند ۱ قسمت الف ماده ی ۳۶۷ قانون آئین دادرسی قرار داد و از امتیاز فرجام خواهی نیز استفاده کرد.

مثال دوم:

ماده ۹۸- خواهان می تواند خواسته خود را که در دادخواست تصریح کرده در تمام مراحل دادرسی کم کند ولی افزودن آن یا تغییر نحوه دعوا یا خواسته یا درخواست در صورتی ممکن است که با دعوی طرح شده مربوط بوده و منشا واحدی داشته باشد و تا پایان اولین جلسه آن را به دادگاه اعلام کرده باشد.

حال فرض کنیم که خواسته خواهان در دادخواست ابلاغ شده به خواننده، تأیید فسخ قرارداد به دلیل مغیوب شدن در معامله (ماده ی ۴۱۶ قانون مدنی) باشد. اما در جلسه ی اول دادرسی، خواسته خود را به مطالبه ارضی به دلیل معیوب بودن منبع تغییر می دهد (ماده ی ۴۲۲ قانون مدنی). خواننده بنا بر دلایلی در جلسه رسیدگی حاضر نشده و اقدام به تقدیم



لایحه دفاعیه کرده و دادگاه نیز با دستور ثبت لایحه خوانده، توجهی به عدم حضور خوانده نداشته و وارد رسیدگی شده است. به دلیل اعلام تنفس، جلسه رسیدگی تجدید و وقت آن به طرفین اختطار شده و در این مرحله خوانده به شما جهت دفاع از حقوق خود وکالت داده است. در این جا آیا حقی از خوانده ی دعوانادیده گرفته نشده است؟

مسلماً شما پس از مطالعه پرونده قبل از جلسه رسیدگی بعدی، دادگاه را متوجه تضييع حق موکل خود خواهید کرد چرا که: «اگر خواهان در اولین جلسه دادرسی ...، خواسته دعوا را تغییر دهد، خوانده باید از آن مستحضر گردیده و دفاع نماید بنابراین چنانچه خوانده در جلسه رسیدگی حاضر نباشد، رسیدگی دادگاه بدون اعلام تغییر خواسته به خوانده صحیح نخواهد بود» (مجموعه ی نظره‌های مشورتی اداره ی حقوقی، ص ۱۴۵)

در این فرض، نه اظهارات و مدارک خواهان در جلسه ی اول منشاء اثر خواهد بود و نه لایحه ی ارسالی خوانده. چرا که خواهان بدون حضور خوانده اقدام به تغییر خواسته کرده و براساس خواسته جدید، ادعای خود را مطرح کرده و دفاعیات خوانده طی لایحه تقدیمی نیز، بر اساس خواسته ی اولیه در دادخواست ابلاغی تنظیم شده و از تغییر خواسته بی اطلاع بوده، حق دفاع در مقابل خواسته ی جدید از وی سلب شده است. بنابراین اگر دادگاه بدون توجه به موارد گفته شده، هر تصمیم قضائی - اعم از حکم یا قرار - بر له خواهان اتخاذ کند، فاقد وجاهت قانونی است.

مثال سوم:

از جمله مواد قابل بحث در قانون آئین دادرسی مدنی؛ ماده ی ۱۹۰ آن است. در این ماده چنین آمده:

«در کلیه ی امور حقوقی، دادگاه علاوه بر رسیدگی به دلایل مورد استناد طرفین دعوا؛ هرگونه تحقیق یا اقدامی که برای کشف حقیقت لازم باشد انجام خواهد داد.»

حال جای پرسش است که این اختیار بیش از حد قاضی حقوقی در جهت کشف حقیقت تا چه حد و میزانی قابل تعمیم است؟ آیا قاضی می تواند جهت کشف حقیقت، مثلاً دستور شنود تلفن خوانده را صادر کند؟ می تواند دستور بازداشت وی را بدهد؟ می تواند از خانواده او بدون رعایت تشریفات لازم قانونی در خصوص استماع شهادت شاهد و یا اظهارات گواه تحقیق نماید؟

مسلماً است که پاسخ همه ی پرسش های ما به خصوص با تعداد زیاد ارجاعات شعب حقوقی و این که قضات این گونه شعب با مشغله فراوان رسیدگی به پرونده ها روبه رو هستند و امکان تحقیق و تفحص بیش از مستندات پرونده عملاً برای ایشان میسر نیست، منفی است. اما آیا احتمال تحقق چنین مواردی هم وجود ندارد؟

وکیل خوانده مانند وکیل متهم در پرونده های کیفری، فقط به دفاع از حقوق ماهوی موکل خود نمی پردازد. خوانده دعوا نیز دارای حقوقی است که می بایست رعایت گردد و همان گونه که قبلاً متذکر شدیم در قانون آئین دادرسی موارد زیادی به چشم می خورد که بدون درخواست خوانده، دادگاه تکلیفی در ورود به موضوع یا اقدام نخواهد داشت. »

مصطفی صالحی

(کارشناس ارشد حقوق خصوصی)

عطف به پرسش و پاسخ مندرج در شماره سوم «خبرنامه» (صفحه ۲۸)، بی مناسبت



باشد، دعوای مطروحه متوجه بانک نبوده، دادنامه معترضاً عنه نسبت به تجدیدنظرخواه برخلاف قانون صادر شده، مستنداً به مواد ۲۲ و ۲۵ قانون تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب، نقض و قرار عدم توجه دعوا به بانک تجدیدنظرخوانده، صادر و اعلام می گردد. این رأی قطعی است.

اما چون خانم م. [= فروشنده] تقاضای تجدیدنظر نکرده، دادنامه نسبت به وی قطعی شده است. با این وصف، اگر حکم قطعی دادگاه، اجراء و خانه ی مورد رهن، رسماً به خریدار منتقل شود، در سند انتقال نباید بنویسند «با حفظ حقوق مرتهن» که لااقل حقوق بانک مرتهن از بین نرود؟ =

سعید آقابابا صلی

(وکیل دادگستری):
در شماره ی اول خبرنامه که مرداد ماه منتشر گردید رأی وحدت رویه ی شماره ۶۸۷ مورخ ۸۵/۳/۲ هیأت عمومی دیوان عالی کشور منتشره در روزنامه رسمی شماره ۱۷۸۶۵ مورخ ۸۵/۴/۷ در خصوص صلاحیت کلی دادگاه های اطفال در رسیدگی به تمامی جرائم اشخاص بالغ کمتر از هجده سال تمام منتشر گردید.

با مطالعه ی این رأی خواننده منظور نویسندگان را کاملاً متوجه نشده و ممکن است سوء برداشت هایی را به وجود آورد. زیرا که در متن رأی مشخصاً منظور از تحریر آن را بیان نکرده و مطلب، مقداری گنگ و مبهم است.

پس از چند روز اصلاحیه ی آن در روزنامه رسمی شماره ی ۱۷۸۷۱ مورخ ۸۵/۴/۱ منتشر و با تغییر عنوان رأی سعی در رفع ابهام از آن گردید. با صدور این اصلاحیه عنوان رأی به شرح ذیل تغییر یافت:

نیست به دادنامه صادره از شعبه ی ... دادگاه عمومی اصفهان اشاره بشود:

خانم م. [= فروشنده] با سند عادی، خانه ای را که در رهن بانک... [= مرتهن] بوده به خواهان [= خریدار] فروخته و به موجب همین سند، متعهد به تنظیم سند رسمی انتقال مورد معامله در زمان معین شده است. چون در تاریخ مقرر - و حتی تا مدتی پس از آن - فروشنده نتوانسته به تعهدات اش عمل کند، خریدار به طرفیت فروشنده و بانک مرتهن، دادخواستی به خواسته ی الزام به تنظیم سند رسمی انتقال یک باب منزل مسکونی به دادگاه عمومی... تقدیم کرده و دادگاه پس از رسیدگی، چنین رأی داده است:

«در خصوص دعوای آقای ... [= خواهان] به طرفیت خانم ... [= فروشنده] و بانک ... [= مرتهن] دایر بر انتقال رسمی یک باب منزل مسکونی، نظر به این که صحت و اصالت مستند دعوا، محرز و مسلم بوده و خوانندگان آن را تکذیب ننموده اند، در رهن قرار دادن ملک توسط خواننده ی ردیف یک باعث بی اعتباری بیع انجام شده نمی گردد، زیرا ارکان بیع صحیحاً واقع گردیده، لذا دعوای مطروحه وارد تشخیص مستنداً به مواد ۱۰ و ۲۲۰ قانون مدنی، خوانندگان را به انتقال رسمی منزل مسکونی موضوع قرارداد عادی به خواهان محکوم می نماید. این رأی ظرف ۲۰ روز از تاریخ ابلاغ قابل تجدیدنظر در دادگاه تجدیدنظر مرکز استان خواهد بود.»

با تجدیدنظرخواهی بانک مرتهن، رأی شعبه ی ... تجدیدنظر اصفهان به این شرح صادر شده است:

«... بین خواهان و بانک ... قراردادی تنظیم نشده تا تعهدی برای بانک ایجاد شده



«رأی وحدت رویه ی شماره ۶۸۷ هیأت عمومی دیوان عالی کشور راجع به صلاحیت کلی دادگاه های اطفال در رسیدگی به تمامی جرایم اشخاص بالغ کمتر از هجده سال تمام با تصویب تبصره ماده ی ۲۰ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱ منحصراً در رسیدگی به جرایم مذکور در این تبصره مستثنا گردیده است.»

با صدور این اصلاحیه دقیقاً مشخص گردید که منظور از این رأی وحدت رویه آن است که اگر افراد بالغ کمتر از هجده سال تمام مرتکب جرایمی که در صلاحیت دادگاه کیفری استان است بشوند باید در دادگاه کیفری استان به جرم آنان رسیدگی شده و دادگاه های اطفال که به موجب ماده ی ۲۲۰ قانون آئین دادرسی مدنی صالح به رسیدگی جرایم ارتكابی این افراد هستند در این مورد صلاحیت نداشته و در صورت بروز اختلاف در این مورد، رفع اختلاف با دیوان عالی کشور است. ■

سید مجید خدایی

(وکیل دادگستری):
شعبه ی... دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان، قرار رد دعوی تجدیدنظرخواهی شرکت سهامی... را با این استدلال صادر کرده است: «نظر به این که مطابق آگهی تغییرات شرکت... کلیه اوراق و اسناد مالی و تعهدات شرکت با امضاء متفق مدیرعامل و یکی از اعضای هیأت مدیره و... با مهر شرکت معتبر است و نظر به این که دادخواست تجدیدنظرخواهی، تنها به امضاء مدیرعامل رسیده و با مهر شرکت مهیور گردیده است، لذا سمت دادخواست دهنده با عنایت به آگهی تغییرات ضمیمه ی پرونده محرر

نیست، مستنداً به ماده ی ۸۹ ناظر به بند ۵ ماده ی ۸۴ قانون آئین دادرسی مدنی، قرار رد دعوی تجدیدنظرخواهی صادر می گردد. این رأی قطعی است.»

از رأی صادره این طور استنباط می شود که دادرسان شعبه ی... دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان ملاک احراز سمت شرکت تجدیدنظرخواه را صرفاً آگهی آخرین تغییرات شرکت دانسته و به همین دلیل اقدام به صدور قرار رد دعوی تجدیدنظرخواهی کرده اند که به نظر می رسد صحیح نباشد. زیرا منظور از اوراق و اسناد مالی و تعهدآور شرکت، چک و سفته و برات و مانند این ها است و اقامه ی دعوا یا دفاع از دعوا را شامل نمی شود. در نتیجه، صرفاً به استناد آگهی تغییرات شرکت، اختیارات مدیرعامل را که ممکن است در اساسنامه یا توسط هیأت مدیره شرکت، به وی تفویض شده باشد، نمی توان ندیده گرفت. ■

سید محسن قائم فرد

(وکیل دادگستری):
دوست فاضلم آقای مهدی جهانبخش هرندی در اولین شماره ی این خبرنامه- که قرار است آب... رفته کانون را به جوی بازآورد و امید این که چنین شود- در مقاله ای با عنوان «تبعیت از احکام کیفری در دعاوی حقوقی» چنین تبعیتی را برای دادگاه جز در نتیجه ی رأی، فاقد توجه و مبنای حقوقی دانسته اند.

این امر از دو دیدگاه قابل بررسی است: دیدگاه نخست، موضوع نحوه ی تقدم و تأخر طرح هر یک از دو دعوی حقوقی و کیفری و چگونگی تأثیر هر یک بر دیگری که خود موضوعی مستقل است و باید به نحو جداگانه مورد بررسی قرار گیرد و به شرط

توفیق ممکن است با عنوانی مستقل پس از تدوین کامل در این خبرنامه درج شود و دیدگاه دیگر دقت در استدلال مطروحه است که موضوع نگارش این نامه گردید و آن این که:

در مقاله ی مزبور به درستی رأی دادگاه در هر پرونده اعم از حقوقی یا کیفری حاصل استنباط منطقی و نتیجه ی حاصل از کنار هم قرار گرفتن صغری و کبرای قیاس دانسته شده است بدین صورت که موضوع دعوی و ادعای مطروحه صغرای قیاس؛ اصول و مستندات و مواد قانونی کبرای قیاس؛ و نتیجه ی حاصل از آن مفاد، رأی دادگاه را تشکیل می دهد.

از ظاهر عبارات مقاله بر می آید که صغرای قیاس، صرف درخواست و دلایل موضوعی که توسط طرفین به دادگاه ارائه می شود، دانسته شده است در حالی که با اندکی دقت به حویی می توان دریافت که اظهارات طرفین صغرای قیاس را تشکیل نمی دهد بلکه صغرای قیاس برداشت نهایی قاضی پس از اظهارات طرفین و مدارک ابرازی و تحقیقات معموله است که در نهایت به عنوان صغری مستند استنتاج قرار می گیرد. آن گاه اظهار شده است که هر یک از دو دادگاه حقوقی و کیفری، هم ملزم به تبعیت از مقدمه کبری و هم ملزم به تبعیت از نتیجه ی رأی دادگاه دیگر است و به نظر ایشان چالش و مناقشه در مورد لزوم تبعیت دادگاه حقوقی از مقدمه صغری حکم دادگاه جزایی است که به ادله چهارگانه ای مردود دانسته شده است.

در حالی که به نظر می رسد عدم الزام تبعیت یکی از دو دادگاه از صغرای قضیه منطقی حکم صادره در دادگاه دیگر قابل قبول نیست و به خلاف آنچه ادعا شده است،

رأی دادگاه تنها نتیجه ی الزام و اعتقاد و ایجاد صغرای قضیه منطقی است. چه این که کبرای هر قضیه، اصل کلی و یا قاعده و قانونی مشخص است که نه ایجاد آن توسط قاضی امکان پذیر است و نه از سوی آن دادگاه یا دادگاه دیگر قابل انکار و حرد.

از سوی دیگر نتیجه ی حاصله و مفاد حکم نیز حاصل در کنار هم قرار گرفتن صغری و کبرای قیاس و غیر قابل گریز است و با توجه به التزام به صغری و کبری غیر قابل تغییر.

بدین ترتیب نقش اصلی را در احکام صادره تنها صغرای قیاس ایفا می کند و قاضی پرونده با ایجاد صغرای قیاس آن را با کبرائی که مستند حقوقی و قانونی است در هم آمیخته و از آن نتیجه ای به عنوان رأی استخراج می نماید.

بر این اساس چگونه می توان گفت دادگاه حقوقی یا کیفری تنها ملزم به تبعیت از نتیجه ی حاصل از چنین استنتاج منطقی است بدون آن که ملزم به تبعیت از صغرای آن باشد در حالی که چنانچه مذکور افتاد قاضی پرونده در هر دعوی حقوقی یا کیفری و پس از انجام مقدمات لازم و آنچه قانوناً به انجام آن مکلف گردیده صغرائی را ایجاد می نماید و سپس با انضمام آن به کبرائی که قانون یا قاعده ای حقوقی است نتیجه ای را به عنوان حکم قضیه انشاء نموده است و التزام به نتیجه در حقیقت التزام به صغرای ایجاد شده توسط اوست به عبارت دیگر التزام به پذیرش نتیجه به دلالت التزام یا تضمّن التزام به پذیرش صغری را به دنبال خواهد داشت نه این که به نحوی که در مقاله ی یاد شده آمده است قانوناً و منطقیاً ملزم به تبعیت از نتیجه ی حاصله بوده بدون آن که توجیهی برای التزام به تبعیت از صغرای قضیه وجود داشته باشد.

بدین ترتیب دلایل چهارگانه مذکور در مقاله ی یاد شده جهت عدم توجیه لزوم تبعیت دادگاه حقوقی از رأی دادگاه کیفری فاقد مبنا خواهد بود زیرا:

اولاً: هرگاه تنها استثناء اصل مسلم حقی دادخواهی، اعتبار امر مختومه دانسته شود، مفاد حکم دادگاه کیفری که به شرح فوق شامل صغری نیز می گردد اعتبار امر مختوم داشته و استثناء بر اصل دادخواهی خواهد بود.

ثانیاً: چنانچه بپذیریم قضاوت هیچ قاضی برای قاضی دیگر حجت نیست این امر به عدم لزوم تبعیت دادگاه حقوقی از مفاد حکم دادگاه کیفری که نویسنده محترم مقاله به طور قطع به لزوم تبعیت در آن تصریح نموده اند نیز تبری می باید در حالی که نه ایشان و نه هیچ نویسنده دیگر چنین اعتقادی ندارند.

ثالثاً: بر فرض پذیرش این که در مواردی که وضعیت حقوقی رکن اساسی جرم را تشکیل می دهد تکلیف و صلاحیتی برای دادگاه کیفری در رسیدگی به دعاوی حقوقی وجود ندارد این دلیل اعم از مدعی است چه این که مدعی آن است که با فرض وجود چنین تکلیف و وظیفه ای برای دادگاه جزائی همچنان دادگاه حقوقی ملزم به تبعیت از آن نیست با این که در این گونه موارد چنانچه از ظاهر عبارات مقاله برمی آید تبعیت الزامی خواهد بود به علاوه که مواردی از قبیل موضوع ماده ی ۲۲۷ قانون آیین دادرسی مدنی چنین تکلیفی به عهده ی دادگاه کیفری واگذار شده است.

رابعاً: این که اساس وضع قواعد جزائی و دادگاه جزائی حفظ نظم باشد منافاتی با

احراز امر حقوقی و لزوم تبعیت دادگاه حقوقی از آن ندارد به علاوه که چنانچه در مقاله ی یاد شده از قول حقوق دانان ذکر گردیده دادگاه کیفری به دلیل خصوصیات خود از وسعت اختیاراتی در رسیدن به واقع و کشف حقیقت برخوردار است که آراء آن را بیش از دادگاه حقوقی نزدیک به صواب قرار می دهد.

با این همه و صرف نظر از تناسبی که بین دادگاه حقوقی و کیفری مطرح گردیده است دو مطلب قابل طرح و دقت است:

مطلب اول: آنچه مستقیماً مورد بررسی و اظهار نظر و نهایتاً تصمیم دادگاه قرار نگرفته است و بلکه ابتدائاً مستند دادگاه واقع شده است و بر اساس آن مبادرت به صدور حکم شده- مانند سند مستند دعوی- قابل بررسی توسط مرجع دیگر بوده و در صورت صدور حکم برخلاف مورد استناد دادگاه اول، قابل طرح دعوی مجدد در قالب اعاده ی دادرسی و غیره خواهد بود و این امر چیزی غیر از ما نحن فیه و بحث مطروحه است.

مطلب دوم: احکام دادگاه ها از آن جا که باید جزئی و در یک مورد صادر شوند تنها به همان میزان قابلیت اعتبار امر محکوم بها را خواهند داشت و در موارد دیگر قابلیت استناد نداشته و نیز نمی توان با استدلال به یک حکم به کلیه ی لوازم منطقی و یا عقلاتی آن نیز تمسک جست و استناد کرد. که این هر دو مطلب به صورت مجزا قابل بحث و بررسی اند. ■



زمان: ساعت ۲ بامداد

مکان: اداره پلیس - واحد ۱۱۰ فوریت های پلیس

شخص ناشناس: الو، پلیس ۱۱۰؟

تلفنچی: بله بفرمایید!

شخص ناشناس: ببخشید بنده پک سارق حرفه ای هستم.

تلفنچی (دستپاچه): شما کجا هستید تا شما را دستگیر کنیم؟

سارق حرفه ای: من در خانه ای واقع در خیابان هشتم غربی کوچه سوم بن بست اول پلاک ۲۰

هستم. اگر زرننگ باشید می توانید همین امشب مرا دستگیر کنید!

تلفنچی: شما منتظر می مانید تا ما خودمان را برسانیم؟

سارق حرفه ای: متأسفانه جز ماندن راه دیگری ندارم.

پلیس: یعنی شما را دستگیر کرده اند؟

سارق حرفه ای: خیر قربان اینجامن تنها هستم.

پلیس: پس چه کسی شما را مجبور به ماندن کرده است؟

سارق حرفه ای: راستش را بخواید امشب یک بدشانسی آورده ام و نیاز به کمک شما دارم. طنابی

که هرشب با آن به دزدی می رفتم را امشب به پک مینه آهنی روی پشت بام بستم و از طریق

نورگیر وارد خانه شدم که به علت یوسیدگی وسط راه بین زمین و آسمان طناب پاره شد و من

محکم به زمین خوردم. حالا هم نمی توانم به هیچ وجه از نورگیر خودم را بالا بکشم.

پلیس: خوب لابد طناب پوسیده شده. شما باید از محکم بودن طناب اطمینان حاصل می کردید.

سارق حرفه ای: قربان، پک ماه نیست که این طناب را خریده ام. متأسفانه مردم دیگر بی حلال و

حرام نمی روند. جنس ینجل را به همدیگر قالب می کنند آن وقت توقع دارند فرزندان صالح

تحویل اجتماع بدهند با این لقمه های حرام.

پلیس: من حرف شما را قبول دارم.

سارق حرفه ای: به نظر شما من می توانم از کارخانه سازنده طناب خسارت بگیرم؟

پلیس: اگر کارخانه سازنده را بشناسید و فاکتور هم داشته باشید حتماً می توانید.

سارق حرفه ای: احتمالاً آدرس کارخانه را داشته باشم ولی فاکتور ندارم. ولی مهم نیست یک فاکتور از هر جا شده تهیه می کنم. آخر ما سارقان اجناس مورد نیاز خودمان را بدون فاکتور تهیه می کنیم به همین خاطر هم معمولاً به ما خیلی اجحاف می شود ولی اداره تعزیرات به داد ما نمی رسد.

پلیس: حالا چه کمکی می توانیم به شما بکنیم؟

سارق حرفه ای: راستش طبق تحقیقاتی که کرده ام صاحب این خانه به خارج از کشور رفته و تا دو سه ماه آینده هم نمی آید. من هم بدنم کمی کوفته شده و نمی توانم از نورگیر بالا بروم درها هم که قفل است. به همین خاطر این وقت شب مزاحم شما شدم تا مرا نجات بدهید.

پلیس: کمی داد و فریاد می کردید همسایه ها به کمک شما می آمدند.

سارق حرفه ای: اولاً که این وقت شب مردم خوابند و خدا را خوش نمی آید که آن ها را زاپراه کنیم. شما به خودتان و من نگاه نکنید که به اقتضای شغلی باید شبها بیدار باشیم بقیه مردم حالا هفت پادشاه را در خواب می بینند. در لائی، من به مردم اعتماد ندارم با پلیس چون طبق قانون رفتار می کند بهتر می شود کنار آمدن مردم که احساسی عمل می کنند. یک وقت دیدید مرا نجات می دهند بعد هم خودشان مرا قیمه قیمه کردند، آن وقت شما وجدانتان اجازه چنین کاری را می دهید؟

پلیس: نه! حرف شما درست است. شما خوب کاری کردید به ما زنگ زدید.

سارق حرفه ای: پس معطل چه هستید ای فرشته های نجات، من منتظر شما هستم.

پلیس: راستی شما سرقت هم انجام داده اید؟

سارق حرفه ای: راستش را بخواهید، نه! من قبل از این که وارد خانه شوم صدمه دیدم و حداقل باید یکی دو هفته استراحت کنم.

پلیس: فضولی نباشد ولی در این دو هفته مخارجتان را چگونه تامین می کنید؟

سارق حرفه ای: نه خواهش می کنم! کمی پس انداز دارم تازه بیمه هم هستم چون شغل ما از مشاغل پرخطر است من خودم را بیمه کرده ام. به جان شما اگر بیمه نباشم جرانت ندارم قدم از قدم بردارم.

پلیس: با کمال تاسف باید بگویم که اداره پلیس نمی تواند به شما کمکی بکند.

سارق حرفه ای (با تعجب و افسوس): آخر چرا؟

پلیس: طبق قانون، ما وظیفه داریم از وقوع جرم پیشگیری نموده و مجرمین را دستگیر کنیم ولی شما هنوز جرمی مرتکب نشده اید تا ما در صدد دستگیری شما باشیم.

سارق حرفه ای: ولی من یک سارق حرفه ای هستم که صدها فقره سرقت انجام داده ام.

پلیس: ما فقط به جرایم مشهود که در مرئی و منظر مأمورین اتفاق بیفتد و یا بلافاصله پس از آن گزارش شود رسیدگی می کنیم. در مورد جرایم قبلی شما اداره آگاهی و کشف جرائم صلاحیت دارد که ما در کار ایشان دخالت نمی کنیم.

سارق حرفه ای: ولی من جدای از جرم شروع به سرقت، مرتکب ورود به عتف هم شده ام.

پلیس: جرم ورود به عتف را قبول دارم ولی طبق قانون تا ذی نفع یا همان صاحبخانه شکایت نکند ما حق رسیدگی نداریم چون این جرم جنبه خصوصی دارد. در مورد شروع به سرقت هم این شروع به سرقت نیست، اصلاً جرم نیست.

سارق حرفه ای (با عصبانیت): این کار من جرم هست. مناسفانه اصلاحات حقوقی شما خیلی کم است.