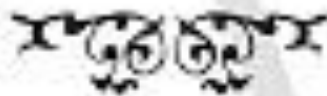




مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

(فقه و حقوق اسلامی سابق)

سال دوازدهم، شماره بیستم و پنج، زمستان ۱۴۰۰



- مطالعه تطبیقی حق وثیقه بر مال فکری در قانون نمونه معاملات با حق وثیقه آنسیترا و حقوق ایران
سعید حبیب؛ حسین حمدی ۲۸
 - تحلیل ضمانت اجرای مهلت طرح ایرادات دادرسی مدنی
مهدی حسن زاده
 - معیار احراز علم به وقوع نتیجه در قتل عمد
ایمان حطمی؛ جواد سرخوش
 - آثار فسخ قرارداد در فرض تخلف از انجام تعهدات قراردادی در حقوق ایران و عراق و کنوانسیون وین ۱۹۸۰
علی خیری جبر؛ سید محمد مهدی قبولی درافشان؛ اعظم انصاری
 - تأملی بر مفهوم برابری در اندیشه خبرگان قانون اساسی (۱۳۵۸)
علی دارایی؛ علی مشهدی؛ صدیقه قارلقی
 - تحلیل ماهوی و آثار حق سبق در فقه مذاهب اسلامی
مهدی رهبر؛ پرستو غضنفری
 - تحلیل حقوقی اصل تبدیل ناپذیری مال تأمین یا توقیف شده و استثنای آن
احد قلی زاده منقوطای
 - صلاحیت ترافی دیوان عدالت اداری؛ بازخوانی اصل ۱۷۳
آیت مولائی
- چکیده‌های انگلیسی

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

(فقه و حقوق اسلامی سابق)

(نشریه علمی)

سال دوازدهم - شماره بیست و پنج

زمستان ۱۴۰۰

مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

(فقه و حقوق اسلامی سابق)

نشریه علمی

صاحب امتیاز: دانشگاه تبریز

مدیر مسئول: دکتر رضا سکوتی نسیمی سردبیر: دکتر ابراهیم شعاریان ستاری

هیأت تحریریه

دکتر حمید اهری:	استاد دانشگاه مازندران	دکتر اسمعیل رحیمی نژاد:	دانشیار دانشگاه تبریز
دکتر محمدعلی اردبیلی:	استاد دانشگاه شهید بهشتی	دکتر رضا سکوتی نسیمی:	استاد دانشگاه تبریز
دکتر حیدر باقری اصل:	استاد دانشگاه تبریز	دکتر ابراهیم شعاریان ستاری:	استاد دانشگاه تبریز
دکتر محمدرضا پاسبان:	دانشیار دانشگاه علامه طباطبائی	دکتر مرتضی شهپازی نیا:	دانشیار دانشگاه تربیت مدرس
دکتر منصور جباری:	استاد دانشگاه علامه طباطبائی	دکتر بیژن عباسی:	دانشیار دانشگاه تهران
دکتر سعید حبیبیا:	استاد دانشگاه تهران	دکتر سید محمدتقی علوی:	استاد دانشگاه تبریز
دکتر محمدجعفر حبیبزاده:	استاد دانشگاه تربیت مدرس	دکتر حسین فخر:	دانشیار دانشگاه تبریز
دکتر ابوالفتح خالقی:	دانشیار دانشگاه قم	دکتر حسن محسنی:	دانشیار دانشگاه تهران
دکتر مهرباب دارابپور:	استاد دانشگاه شهید بهشتی	دکتر محمدرضا مجتهدی:	استاد دانشگاه تبریز
دکتر احمد دیلمی:	دانشیار دانشگاه قم	دکتر پژمان محمدی:	استاد دانشگاه شهید چمران اهواز
دکتر محمد راسخ:	استاد دانشگاه شهید بهشتی	دکتر سام محمدی:	استاد دانشگاه مازندران

همکاران علمی این شماره:

دکتر مسلم آقایی طوق، دکتر علی حاجی پور کندرود، دکتر مرتضی حاجی پور، دکتر بیژن حاجی عزیزی، دکتر محمدعلی خورسندیان، دکتر مهرباب دارابپور، دکتر مصطفی السان، دکتر ابراهیم شعاریان، دکتر مرتضی شهپازی نیا، دکتر حسین فخر، دکتر کیومرث کلانتری، دکتر حسن محسنی، دکتر حسین ملکوتی، دکتر آیت مولائی، دکتر فاطمه میراحمدی

این نشریه براساس مصوبه شماره ۸۹/۳/۱۱/۲۱۹۷۵ مورخ ۱۳۸۹/۷/۶ کمیسیون بررسی نشریات علمی وزارت علوم، تحقیقات و فناوری حائز درجه علمی شده و براساس مجوز شماره ۹۱/۱۲۹۰۸ تاریخ ۱۳۹۱/۵/۳

وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی منتشر می شود.

- O ویراستار فارسی: ماندانا نعمت نژاد
- O ویراستار انگلیسی: دکتر داود کوهی
- O مدیر اجرایی: عباس یگانه
- O نوبت انتشار: فصلنامه
- O صفحه آرایی: شیرین زمانی
- O قیمت این شماره: ۱۰۰۰۰۰ ریال
- O تاریخ چاپ: زمستان ۱۴۰۰

انتشارات دانشگاه تبریز

این نشریه در «ایران ژورنال» نظام نمایه سازی مرکز منطقه ای اطلاع رسانی علوم و فناوری به نشانی www.ricest.ac.ir و پایگاه استنادی علوم جهان اسلام (ISC) به نشانی www.isc.gov.ir نمایه می شود.

Email: tabrizulaw@gmail.com

نشانی: تبریز، بلوار ۲۹ بهمن، دانشگاه تبریز، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی

کدپستی: ۵۱۶۶۶۱۶۴۷۱، تلفن: ۰۴۱-۳۳۳۹۲۲۶۲، ۰۴۱-۳۳۳۵۶۰۱۳، نمابر: ۰۴۱-۳۳۳۵۶۰۱۳

❖ مسئولیت صحت مطالب مقاله ها با نویسندگان است.

راهنمای تدوین مقاله

ضوابط جدید انتشار مقاله در **نشریه مطالعات حقوق تطبیقی معاصر** که به تصویب هیات تحریریه رسیده است و از تاریخ اول شهریور ماه ۱۳۹۹ مبنای عمل خواهد بود، بر اساس آیین نامه جدید نشریات علمی مصوب ۱۳۹۸ و شیوه نامه ارزیابی و رتبه‌بندی نشریات علمی مصوب ۱۳۹۸ و همچنین سیاست‌های کلی نشریه تدوین گردیده است.

ضوابط شکلی

۱. حجم مقاله (متن اصلی) حداکثر در ۱۰۰۰۰ کلمه خواهد بود. چکیده فارسی و انگلیسی مقاله ۱۵۰ الی ۳۰۰ کلمه و تعداد واژگان کلیدی بین ۵ تا ۷ کلمه خواهد بود.
۲. مقاله بایستی دارای مقدمه شامل طرح مسئله، سوالات، پیشینه، هدف و بیان ساختار اصلی مقاله باشد.
۳. فاصله سطرها به صورت single حاشیه از راست و چپ ۴/۸، از بالا ۶/۵ و پایین ۶ سانتی‌متر باشد.
۴. عناوین اصلی و فرعی و فصل‌بندی موضوعی باید حاوی نظم منطقی باشد. در عناوین مقاله از روش شماره‌گذاری عددی استفاده شده و در عناوین فرعی اعداد از راست به چپ نوشته شود.
۵. فرمت ارسالی فایل مقاله (Docx Word 2013 یا جدیدتر) خواهد بود.
۶. صفحه اول مقاله مشتمل بر عنوان، چکیده و واژگان کلیدی فارسی باشد.
۷. نحوه ارجاع دهی منابع به صورت پاورقی، به صورت شماره‌های پیاپی و به شرح زیر خواهد بود:
* کتاب: نام، نام خانوادگی، *عنوان کتاب* (بصورت ایتالیک)، ج، (محل چاپ: ناشر، نوبت چاپ، سال)، ص.
نمونه: محمدعلی، اردبیلی، *حقوق جزای عمومی*، ج ۱، (تهران: میزان، ۵۴، ۱۳۹۷)، ص ۸۱.
* مقاله: نام، نام خانوادگی، «عنوان مقاله» (داخل گیومه)، نام مجله، شماره مجله (سال)، ص.
نمونه: کمال الدین، هریسی نژاد، «تأملی در عوامل تأثیرپذیری حقوق نوین ایران از نظام حقوقی رمی- ژرمنی»، *مطالعات حقوق خصوصی*، شماره ۲ (۱۳۸۸)، ص ۳۷۵.
* مقاله چاپ شده در کتاب: نام، نام خانوادگی، «عنوان کامل مقاله» (داخل گیومه)، نام و نام خانوادگی گردآورنده یا گردآوردگان کتاب، *عنوان مجموعه مقالات* (به صورت ایتالیک)، (محل چاپ: ناشر، نوبت چاپ، سال)، ص.
نمونه: سید حسین، صفایی، «معامله وکیل به نام خود در حقوق ایران با بررسی تطبیقی» در: حسن، جعفری تبار، *بر منہج عدل: مقالات اهدا شده به استاد دکتر ناصر کاتوزیان*، (تهران: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران، چ دوم، ۱۳۹۳)، ص ۲۴۶.
* تکرار با واسطه: نام، نام خانوادگی، پیشین، ص.
* تکرار بی‌واسطه: همان، ص.
* اگر در تکرار با واسطه علاوه بر منبع مورد نظر، از همان نویسنده، دیگر منابع هم در ارجاعات پیشین ذکر شده باشد: نام، نام خانوادگی، *عنوان مقاله* یا کتاب.

* در مورد منابع لاتین، استفاده از عبارت *op. cit* و *Ibid* (به صورت ایتالیک) در ارجاعات بعدی به تناسب با درج شماره صفحه.

* پایان نامه و رساله: نام، نام خانوادگی، *عنوان رساله/پایان نامه* (به صورت ایتالیک)، نام دانشگاه، سال چاپ.

* منبع الکترونیک: نام نویسنده، نام خانوادگی نویسنده، عنوان مقاله، آدرس سایت قابل دسترسی (داخل در علامت < >)

* از ذکر هرگونه القاب و عناوین برای اشخاص در ارجاعات خودداری شود.

۸. فهرست منابع می‌بایست به تفکیک نوع منبع (فارسی/زبان‌های خارجی و کتاب / مقاله / قوانین / منبع الکترونیک / پرونده‌ها) درج شده و به صورت اعداد متوالی شماره‌گذاری گردند. نحوه تنظیم فهرست منابع به همان ترتیبی است که برای پاورقی‌ها ذکر شده است به استثنای اینکه در ذکر منابع نام خانوادگی قبل از نام نویسنده و بدون ذکر شماره صفحه درج خواهد شد.

راهنمای تنظیم اندازه و قلم مقالات

موضوع	اندازه	نوع فونت
عنوان مقاله به فارسی	Bold 14	B Mitra
اسامی نویسندگان به فارسی	Bold 11	B Mitra
متن چکیده فارسی	<i>Italic</i> 13	B Mitra
کلیدواژه فارسی	<i>Italic</i> 13	B Mitra
عنوان‌های داخل متن	Bold 13	B Mitra
عنوان‌های فرعی داخل متن	Bold 12	B Mitra
متن مقاله	۱۳	B Mitra
پانویس فارسی	۹	B Mitra
پانویس انگلیسی	۱۰	Times New Roman
عناوین جداول، نمودارها و شکل‌ها	۱۰	B Mitra
منابع فارسی	۱۳	B Mitra
منابع انگلیسی	۱۱	Times New Roman

راهنمای تنظیم اندازه و قلم چکیده انگلیسی

چکیده انگلیسی		
عنوان مقاله انگلیسی	Bold 13	Times New Roman
اسامی نویسندگان انگلیسی	Bold 11	Times New Roman
عنوان Abstract	Bold 13	Times New Roman
متن چکیده انگلیسی	<i>Italic</i> 11	Times New Roman
کلید واژه انگلیسی	13	Times New Roman

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
۱- مطالعه تطبیقی حق وثیقه بر مال فکری در قانون نمونه معاملات با حق وثیقه آنسیترا ل و حقوق ایران	
سعید حبیبی؛ حسین حمدی.....	۲۸-۱
۲- تحلیل ضمانت اجرای مهلت طرح ایرادات دادرسی مدنی	
مهدی حسن زاده.....	۴۶-۲۹
۳- معیار احراز علم به وقوع نتیجه در قتل عمد	
ایمان حطمی؛ جواد سرخوش.....	۷۴-۴۷
۴- آثار فسخ قرارداد در فرض تخلف از انجام تعهدات قراردادی در حقوق ایران و عراق و کنوانسیون وین ۱۹۸۰	
علی خیری جبر؛ سید محمد مهدی قبولی درافشان؛ اعظم انصاری.....	۱۰۵-۷۵
۵- تأملی بر مفهوم برابری در اندیشه خبرگان قانون اساسی (۱۳۵۸)	
علی دارایی؛ علی مشهدی؛ صدیقه قارلقی.....	۱۳۳-۱۰۷
۶- تحلیل ماهوی و آثار حق سبق در فقه مذاهب اسلامی	
مهدی رهبر؛ پرستو غضنفری.....	۱۶۱-۱۳۵
۷- تحلیل حقوقی اصل تبدیل ناپذیری مال تأمین یا توقیف شده و استثنای آن	
احد قلی زاده منقوطای.....	۱۸۹-۱۶۳
۸- صلاحیت ترافعی دیوان عدالت اداری؛ بازخوانی اصل ۱۷۳	
آیت مولائی.....	۲۲۰-۱۹۱
چکیده های انگلیسی.....	۲۲۸-۲۲۱

مطالعه تطبیقی حق وثیقه بر مال فکری در قانون نمونه معاملات با حق وثیقه آنسیترا ل و حقوق ایران

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۲/۰۴

تاریخ پذیرش نهایی: ۱۴۰۰/۰۵/۱۱

سعید حبیب^۱

حسین حمیدی^۲

چکیده

در قانون نمونه معاملات با حق وثیقه ۲۰۱۶ آنسیترا ل امکان ایجاد حق وثیقه بر مال فکری وجود دارد. مال فکری در این قانون مترادف با حقوق مالی دارنده مال فکری بوده، شامل حق بهره برداری دارنده از مال فکری، حق منع استفاده غیرمجاز از مال فکری، حق مطالبه خسارت بابت استفاده غیرمجاز از مال فکری، حق ثبت و حق تجدید ثبت مال فکری، حق اعطای اجازه بهره برداری از مال فکری به اشخاص ثالث، حق اعطای اجازه انتشار مال فکری، و حق وصول حق الامتیاز استفاده از مال فکری است. حق وثیقه به سبب قرارداد وثیقه ایجاد می شود. در اثر حق وثیقه دارنده مال فکری حقوق خود در مال فکری را برای تضمین یک تعهد ارائه می کند تا در صورت نقض تعهد، وثیقه گیر حق استفاده از حقوق وی را داشته، به نام دارنده مال فکری و برای خود بتواند از این حقوق به منظور جبران عدم ایفای تعهد استفاده کند. اگرچه تمامی حقوق دارنده مال فکری از دیدگاه قانون نمونه ارزش مالی دارد و قابل توثیق است، ولی این قانون برای دو نوع از حقوق که ارزش تجاری و اقتصادی دارند حکم داده است که شامل حق انتقال مال فکری به دیگری و حق اعطای اجازه بهره برداری از مال فکری به اشخاص ثالث می شود. در حقوق ایران روشی شبیه روش قانون نمونه آنسیترا ل برای توثیق اموال فکری وجود ندارد. به نظر می رسد می توان از قواعد قانون نمونه آنسیترا ل برای قانون گذاری در حقوق ایران استفاده کرد.

واژگان کلیدی: استیفا، تعهد مورد توثیق، حق مشروط، قرارداد وثیقه، نقض.

habiba@ut.ac.ir

std_hamdi@khu.ac.ir

۱. استاد دانشگاه تهران، ایران (نویسنده مسئول)

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران

مقدمه

کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد (آنسیترال) دربارهٔ معاملات با حق وثیقه^۳ اسناد مختلفی تدوین نموده است. نخستین سند با نام «راهنمای قانون‌گذاری معاملات با حق وثیقه آنسیترال»^۴ در سال ۲۰۰۷ به تصویب رسید. دومین سند با نام «الحاقیه راهنمای قانون‌گذاری معاملات با حق وثیقه آنسیترال دربارهٔ حق وثیقه در اموال فکری»^۵ در سال ۲۰۱۰ تصویب شد. سومین و مهم‌ترین سند با نام «قانون نمونه معاملات با حق وثیقه آنسیترال»^۶ در سال ۲۰۱۶ بر اساس دیدگاه‌های موجود در دو سند قبلی به تصویب رسید.^۷ همچنین برای توضیح قانون نمونه سند دیگری با نام «راهنمای تصویب قانون نمونه معاملات با حق وثیقه آنسیترال» در سال ۲۰۱۷^۸ مصوب شد. در قطعنامه شماره ۷۱/۱۳۶ مجمع عمومی سازمان ملل متحد به تاریخ ۱۳ دسامبر ۲۰۱۶^۹ این گونه آمده است: «مجمع عمومی سازمان ملل متحد با رضایت خاطرنشان می‌سازد که این قانون نمونه بر اساس پیشنهادهای موجود در راهنمای قانون‌گذاری معاملات با حق وثیقه آنسیترال تدوین شده است. همچنین یادآوری می‌کند که در موقع لزوم می‌توان به الحاقیه راهنمای قانون‌گذاری معاملات با حق وثیقه آنسیترال دربارهٔ حق وثیقه در اموال فکری برای اصلاح و نوسازی قوانین مرتبط با معاملات با حق وثیقه مراجعه نمود».

معامله با حق وثیقه در پانوش شماره ۱ ذیل ماده ۱ قانون نمونه آنسیترال این گونه تعریف شده است: «معامله با حق وثیقه معامله‌ای است که موجب ایجاد حق وثیقه در مال

3. Secured Transactions

4. UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions (2007)

5. UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions Supplement on Security Rights in Intellectual Property (2010)

6. UNCITRAL Model Law on Secured Transactions (2016)

۷. در این پژوهش به جای عبارت راهنمای قانون‌گذاری معاملات با حق وثیقه ۲۰۰۷ آنسیترال از عبارت «راهنمای قانون‌گذاری ۲۰۰۷» و به جای عبارت الحاقیه راهنمای قانون‌گذاری معاملات با حق وثیقه ۲۰۱۰ آنسیترال دربارهٔ حق وثیقه در اموال فکری از عبارت «الحاقیه قانون‌گذاری ۲۰۱۰» و به جای عبارت قانون نمونه معاملات با حق وثیقه ۲۰۱۶ آنسیترال از عبارت «قانون نمونه آنسیترال» و به جای راهنمای تصویب قانون نمونه معاملات با حق وثیقه آنسیترال مصوب ۲۰۱۷ از عبارت «راهنمای تصویب ۲۰۱۷» استفاده می‌شود.

8. UNCITRAL Model Law on Secured Transactions Guide to Enactment (2017).

9. Resolution adopted by the General Assembly on 13 December 2016.

منقول می‌شود» در بند ۱ ماده ۱ این گونه آمده است: «این قانون درباره حق وثیقه در مال منقول اجرا می‌شود». مال منقول هر شیء باارزشی غیر از مال غیرمنقول است که تعلق به شخص یا اشخاص معینی داشته، قابلیت مبادله به منظور ارتقای اقتصاد و ثروت را دارد.^{۱۰}

مال منقول در قانون نمونه به دو نوع تقسیم شده است؛ مال محسوس یا مادی^{۱۱} و مال نامحسوس یا غیرمادی^{۱۲}. مال محسوس در زیرپاراگراف شماره ۳۸ ماده ۲ قانون نمونه این گونه تعریف شده است: «مال محسوس به معنای هر مال منقول محسوس است...».

مال نامحسوس و غیرمادی نیز در زیرپاراگراف ۱۶ ماده ۲ چنین تعریف شده است: «مال نامحسوس و غیرمادی به معنای هر مالی غیر از مال محسوس و مادی است». در راهنمای تصویب ۲۰۱۷، مصادیق مال نامحسوس شامل طلب پولی غیرمقید به تشریفات شکلی خاص یا حساب دریافتنی، حق درخواست اجرای تعهدات غیرپولی، اسناد تجاری الکترونیکی، حق مطالبه وجوه واریزی به حساب بانکی و همچنین هر مالی دانسته شده است که محسوس نیست.^{۱۳} در این راهنما سخنی از مال فکری^{۱۴} به میان نیامده است؛ درحالی که مال فکری مصداق بارز مال نامحسوس و غیرمادی است، چراکه آفریده ذهن^{۱۵} بوده، در خارج از ذهن انسان وجود محسوس قابل ادراکی ندارد^{۱۶}. البته در راهنمای قانون‌گذاری ۲۰۰۷ در توضیح اصطلاح مال نامحسوس از عبارت حقوق غیرمادی^{۱۷} استفاده شده است^{۱۸} که شامل اموال فکری هم می‌شود.^{۱۹}

10. Ting, Xu, & Jean, Allain, *Property and Human Rights in a Global Context*, (Oxford, Hart Publishing, 1st Ed, 2016), P. 5.

11. Tangible asset

12. Intangible asset

13. UNCITRAL, *UNCITRAL Model Law on Secured Transactions Guide to Enactment*, (Vienna: United Nations, 1st Ed, 2017), P. 19.

14. Intellectual Property

15. Products of the Mind

16. Jennifer, Davis, *Intellectual property law*, (Oxford: Oxford University Press, 4th Ed, 2014), P. 2.

17. Incorporeal Rights

18. UNCITRAL, *UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions*, (New York: United Nations, 1st Ed, 2010), P. 10.

19. Philipp, Sandner, *The Valuation of Intangible Assets: An Exploration of Patent and Trademark Portfolios*, (Wiesbaden: Springer Gabler, 1st Ed, 2010), P. 2.

در بند ۳ ماده ۱ قانون نمونه این گونه آمده است: «علی‌رغم حکم کلی بند ۱، این قانون در موارد ذیل اجرا نمی‌شود...». سپس در قسمت ۲ این بند چنین مقرر شده است: «در حق وثیقه بر مال فکری تا جایی که این قانون با قوانین مرتبط با مال فکری کشور تصویب‌کننده قانون نمونه تعارض داشته باشد؛ یعنی اگر در قوانین مرتبط با مال فکری کشور تصویب‌کننده احکام دیگری تدوین نشده باشد، قانون نمونه درباره حق وثیقه بر مال فکری اجرا خواهد شد».^{۲۰}

مسئله پژوهش حاضر این است که ماهیت حق وثیقه بر مال فکری به‌عنوان مصداق مال نامحسوس و غیرمادی در قانون نمونه معاملات با حق وثیقه آنسیترال چیست؟ چگونه می‌توان مال فکری را به وثیقه گذاشت؟ پاسخ به این پرسش در حقوق ایران نیز راهگشا خواهد بود، زیرا در حقوق ایران از یک طرف حکم ماده ۷۷۴ قانون مدنی مبنی بر نهی توثیق دین و منفعت وجود دارد و از طرف دیگر به استناد بند «د» ماده ۱۷ قانون برنامه پنجم توسعه کشور مصوب ۱۳۸۹، دستورالعمل سپرده‌گذاری و معامله اوراق بهادار مبتنی بر دارایی فکری در فرابورس ایران در سال ۱۳۹۲ به تصویب هیئت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار رسیده که در این دستورالعمل سخنی درباره توثیق اموال فکری به‌میان نیامده است.

هدف پژوهش حاضر مطالعه چگونگی ایجاد و آثار حق وثیقه بر مال فکری در قانون نمونه آنسیترال است تا بتوان قواعد روشنی برای قانون‌گذاری در حقوق ایران ارائه نمود. نخست معنای حق وثیقه بر مال فکری در قانون نمونه به بحث گذارده می‌شود، سپس به قرارداد وثیقه به‌عنوان سبب ایجاد حق وثیقه در این قانون پرداخته می‌شود. بعد از آن، اثر قرارداد وثیقه بر مال فکری در این قانون مورد بحث قرار می‌گیرد و در بخش پایانی، وضعیت فعلی ایجاد حق وثیقه بر مال فکری در حقوق ایران بررسی خواهد شد.

۱. معنای حق وثیقه بر مال فکری در قانون نمونه آنسیترال

حق وثیقه^{۲۱} در زیرپاراگراف شماره ۳۷ ماده ۲ قانون نمونه آنسیترال این گونه تعریف شده

20. UNCITRAL, *UNCITRAL Model Law on Secured Transactions Guide to Enactment*, Ibid, P. 12.

21. Security Right

است: «حق مالی در یک مال منقول است که با تراضی طرفین برای تضمین یک تعهد پولی یا اجرای سایر تعهدات غیرپولی ایجاد می‌شود. اینکه طرفین این حق را حق وثیقه نام نهاده‌اند یا خیر تفاوتی ایجاد نمی‌کند. همچنین حق وثیقه صرف‌نظر از نوع مال موضوع حق وثیقه مورد توجه قرار می‌گیرد. موقعیت طرفین این حق و همچنین طبیعت تعهدی که با این حق مورد تضمین قرار گرفته است تأثیری در حق وثیقه ندارد». وقتی بر مال منقول حق وثیقه ایجاد می‌شود به حکم بند «الف» زیرپاراگراف ۱۱ ماده ۲ قانون نمونه از آن به مال موضوع حق وثیقه^{۲۲} تعبیر می‌شود. حق وثیقه از سوی وثیقه‌گذار به وثیقه‌گیر اعطا می‌شود. وثیقه‌گذار در زیرپاراگراف شماره ۱۵ ماده ۲ قانون نمونه این‌گونه تعریف شده است: «شخصی که برای تضمین یک تعهد مبادرت به ایجاد حق وثیقه می‌کند. تعهدی که مورد تضمین قرار می‌گیرد می‌تواند هم متعلق به خود شخص باشد و هم متعلق به شخص دیگر». وثیقه‌گیر در پاراگراف ۳۲ ماده ۲ این‌گونه تعریف شده است: «شخصی که یک حق وثیقه دارد». مقتضای ذات حق وثیقه، ایجاد یک حق معلق به نفع وثیقه‌گیر است. معلق علیه تعهد مورد توثیق است؛ یعنی حق وثیقه در طول تعهد مورد توثیق قرار می‌گیرد و به شرط نقض این تعهد، وثیقه‌گیر می‌تواند برای جبران نقض تعهد، حقوق وثیقه‌گذار در مال موضوع حق وثیقه را به فراخور نیاز خود مورد استفاده قرار داده، از محل عواید آن، منبع مالی برای جبران عدم ایفای تعهد فراهم کند. در صورت عدم نقض تعهد مورد توثیق، حق وثیقه از حالت بالقوه به حالت بالفعل تبدیل نخواهد شد^{۲۳}. حق وثیقه حقی تبعی است، وجود آن به تعهد مورد توثیق وابسته است و با سقوط این تعهد از بین خواهد رفت^{۲۴}. ماده ۷۲ قانون نمونه آنسیترا^{۲۵} با عنوان «حقوق پسانقض»^{۲۵} به‌خوبی مقتضای ذات حق وثیقه را بازتاب داده است. بند اول این ماده چنین حکم کرده است: «پس از نقض، وثیقه‌گذار و وثیقه‌گیر مستحق می‌شوند تا:

الف: هر حقی را که ذیل این بخش مقرر شده است اجرا کنند.

22. Encumbered Asset

23. UNCITRAL, *UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions*, Ibid, P. 65

۲۴. مهدی، شهیدی، تشکیل قراردادهای تعهدات، (تهران: مجد، چ ۵، ۱۳۸۵)، ص ۹۸.

25. Post-default rights

ب: هر حق دیگری را که در قرارداد یا در قانون دیگری ذکر شده است اجرا نمایند به شرطی که این حقوق مخالف با قواعد این بخش نباشند». پاراگراف ۱۰ ماده ۲ قانون نمونه، نقض را این گونه تعریف کرده است: «نقض، به معنی قصور و عهدشکنی مدیون نسبت به پرداخت پول و یا اجرای یک تعهد غیرپولی دیگر است. این اصطلاح شامل هر اتفاق دیگری که مطابق توافق طرفین، موجب تحقق نقض می شود نیز می گردد».

آنسیترال، این حق وثیقه را حق وثیقه غیرتصرفی^{۲۶} نام نهاده است.^{۲۷} حق وثیقه غیرتصرفی در برابر حق وثیقه تصرفی^{۲۸} قرار می گیرد. حق وثیقه تصرفی همان روش سنتی ایجاد حق وثیقه است. در روش سنتی، حق وثیقه فقط بر مال محسوس و مادی که قابلیت قبض فیزیکی داشته باشد به وسیله رهن و گرو^{۲۹} قابل ایجاد است. شرط صحت حق وثیقه نیز قبض مال موضوع حق وثیقه به وسیله وثیقه گیر است.^{۳۰} در حق وثیقه غیرتصرفی مبنای انحصار حق وثیقه به رهن و گرو مورد تردید قرار می گیرد، زیرا انگیزه حق وثیقه چیزی جز ایجاد اطمینان برای ایفای تعهدات نیست، پس ضرورتی برای محدودیت آن به اموال محسوس و مادی وجود ندارد و می توان از اموال نامحسوس و غیرمادی مانند اموال فکری و مطالبات پولی نیز به عنوان مال موضوع حق وثیقه استفاده کرد.^{۳۱} ماهیت حق وثیقه ایجاد حق تبعی برای وثیقه گذار است تا حقوق وثیقه گذار در مال موضوع حق وثیقه را برای حفظ منافع خود مورد استفاده قرار داده، منبعی جایگزین برای جبران عدم ایفای تعهد ایجاد کند. این حقوق شامل حق مالکیت و حق بهره برداری از مال و حق اعطای اجازه بهره برداری از مال به دیگری است. در اموال مادی، قبض مال به عنوان مقدمه اجرای حق وثیقه و استفاده از این حقوق قلمداد می شود، زیرا بدون قبض مال نمی توان حق مالکیت و یا سایر حقوق را به دیگری انتقال داد و از عواید آن استفاده نمود.^{۳۲} درحالی که در اموال غیرمادی می توان

26. Non-Possessory Security Right

27. UNCITRAL, *UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions*, Ibid, P. 22

28. Possessory Security Right

29. Pledge

30. Raymond, Westbrook & Richard, *Security for Debt in Ancient Near Eastern Law*, (Boston: Brill Academic Publishers, 1st Ed, 2001), P. 127.

31. Hugh, Beale & Michael, Bridge & Louise, Gullifer & Eva, Lomnicka, *The Law of Security and Title-Based Financing*, (New York: Oxford University Press, 3rd Ed, 2012), P. 127.

۳۲. سعید، حبیب و هادی، شعبانی کندسری، «جستاری نقادانه پیرامون دلایل لزوم عینیت مورد رهن»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ش ۱۲ (۱۳۹۴)، ص ۸۷.

بدون نیاز به قبض، این حقوق را به طریقی که در قانون تعیین می‌شود در راستای ایجاد منبع جایگزین برای جبران عدم ایفای تعهد مورد استفاده قرار داد. با این دیدگاه، می‌توان گشایش جدیدی در تعاملات اقتصادی ایجاد نمود و هزینه معاملات را کاهش داد.^{۳۳} با توجه به این دیدگاه، در مرحله ایجاد حق وثیقه، نیازی به قبض مال موضوع حق وثیقه در اموال مادی و غیرمادی نیست، بلکه قبض به‌عنوان مقدمه اجرای حق وثیقه آن هم فقط در اموال محسوس و مادی تلقی می‌شود.

یکی از مصادیق مال نامحسوس و غیرمادی، اموال فکری است. در قانون نمونه آنسیترا تعریفی از مال فکری به‌عمل نیامده است. در راهنمای قانون‌گذاری ۲۰۰۷، مال فکری بدون ارائه تعریف و فقط با شمارش اقسام آن این‌گونه مورد حکم قرار گرفته است: «مال فکری به معنای کپی رایت، علائم تجاری، اختراع، علائم خدمات، اسرار تجاری و طرح‌های صنعتی و هر مال دیگری است که مطابق قوانین داخلی دولت تصویب‌کننده و یا مطابق موافقت‌نامه‌های بین‌المللی که دولت تصویب‌کننده عضو آن است به‌عنوان مال فکری قلمداد می‌شود». در الحاقیه قانون‌گذاری ۲۰۱۰ به‌جای اصطلاح مال فکری از اصطلاح حقوق مالکیت فکری^{۳۴} استفاده شده است.

سازمان جهانی مالکیت فکری، حقوق مالکیت فکری را این‌گونه تعریف کرده است: «امتیازاتی است که به اشخاص برای آفریده‌های ذهنی ایشان اعطا می‌شود».^{۳۵} این حقوق ناشی از حق تسلیط آفریننده مال فکری بر آن است که حق هرگونه بهره‌برداری از این مال را به وی اعطا می‌کند.^{۳۶} الحاقیه قانون‌گذاری ۲۰۱۰ اقسام حقوق دارنده مال فکری را این‌گونه برشمرده است: حق انتقال مالکیت مال فکری به دیگری، حق بهره‌برداری دارنده مال فکری از مال خود، حق منع استفاده غیرمجاز از مال فکری، حق تعقیب نقض و مطالبه خسارت بابت استفاده غیرمجاز از مال فکری، حق ثبت و تجدید ثبت مال فکری، حق

۳۳. محمود، باقری و محمود، جعفری چالستری، «تحلیل اقتصادی رهن اموال فکری»، تحقیقات حقوقی، ش ۶۲ (۱۳۹۲)، ص ۴۰۲.

34. Intellectual Property Rights

35. Aram, Sinnreich, *The Essential Guide to Intellectual Property*, (New Haven: Yale University Press, 1st Ed, 2019), P. 80

36. Carlos, Correa & Xavier, Seuba, *Intellectual Property and Development-Understanding the Interfaces*, (Singapore: Springer Nature Pte Ltd, 1st Ed, 2019), P. 17.

اعطای اجازه بهره‌برداری از مال فکری به اشخاص ثالث، حق اعطای اجازه انتشار مال فکری، حق وصول حق امتیاز استفاده از مال فکری. این الحاقیه زیربنای قانون نمونه آنسیترال بوده است. از این دیدگاه، توجهی به خود مال فکری نمی‌شود، بلکه فقط حقوق دارنده مال فکری^{۳۷} می‌تواند برای تضمین یک تعهد مورد استفاده قرار گیرد که به‌خوبی با فلسفه حق وثیقه غیرتصرفی هماهنگی دارد^{۳۸}.

در دیدگاه قانون نمونه آنسیترال، سه قسم از حقوق مالکیت فکری قابلیت قبول حق وثیقه را دارند؛ این حقوق عبارت‌اند از: حق انتقال مالکیت مال فکری به دیگری، حق اعطای اجازه بهره‌برداری از مال فکری به اشخاص ثالث، و حق اعطای اجازه انتشار مال فکری به اشخاص ثالث^{۳۹}. با توجه به پذیرش حق وثیقه غیرتصرفی در قانون نمونه آنسیترال، باید بر این عقیده بود که موضوع حق وثیقه بر مال فکری، ایجاد حق مقید به نفع وثیقه‌گیر بر حقوق پیش‌گفته است تا اگر تعهد مورد توثیق نقض شد، وثیقه‌گیر بتواند با انتقال مالکیت مال فکری به دیگری و یا اعطای اجازه بهره‌برداری از این مال به اشخاص ثالث، از محل عواید حاصله حق خود را استیفا نماید^{۴۰}.

۲. قرارداد وثیقه کتبی به‌عنوان سبب ایجاد حق وثیقه در قانون نمونه آنسیترال

در قانون نمونه آنسیترال حق وثیقه با قرارداد وثیقه ایجاد می‌شود. ماده ۶ قانون نمونه با این عنوان شروع شده است: «ایجاد حق وثیقه و ضروریات قرارداد وثیقه»^{۴۱}.

قرارداد وثیقه در زیرپاراگراف ۳۶ ماده ۲ این‌گونه تعریف شده است: «قرارداد وثیقه توافقی بین وثیقه‌گذار و وثیقه‌گیر است که موجب ایجاد حق وثیقه می‌شود. کاربرد یا عدم کاربرد نام قرارداد وثیقه اثری در انعقاد توافق ندارد».

37. Intellectual Property Owner

38. UNCITRAL, *UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions Supplement on Security Rights in Intellectual Property*, (New York: United Nations, 1st Ed, 2011), P. 10.

39. Ibid. P. 43.

40. Eva-Maria, Kieninger, *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1st Ed, 2004), P. 66.

41. Creation of a security right and requirements for a security agreement.

بند ۳ ماده ۶ قانون نمونه که به بیان شرایط قرارداد وثیقه می‌پردازد این‌گونه حکم داده است: «به‌جز استثنای مندرج در بند ۴ این ماده، قرارداد وثیقه باید در یک نوشته منعقد شود و یا با یک نوشته به‌اثبات برسد و در هر حال این نوشته باید به امضای وثیقه‌گذار رسیده باشد و:

الف) وثیقه‌گذار و وثیقه‌گیر را تعیین کند.

ب) تعهد مورد توثیق را مطابق ماده ۹ این قانون توصیف کند.

ج) مال موضوع حق وثیقه را مطابق ماده ۹ این قانون توصیف کند.

د) حداکثر مبلغی که می‌توان تا سقف آن قرارداد وثیقه را اجرا نمود بیان کند».

بند ۴ ماده ۶ که در بند ۳ از آن به‌عنوان استثنا نام برده شده است، این‌گونه می‌گوید: «قرارداد وثیقه در صورتی که مال موضوع حق وثیقه در تصرف وثیقه‌گیر باشد، می‌تواند به‌طور شفاهی منعقد شود».

از آنجایی که مال فکری مصداق مال نامحسوس است، بنابراین نمی‌توان از بند ۴ ماده ۶ برای انعقاد قرارداد شفاهی استفاده کرد و به همین دلیل قرارداد وثیقه مال فکری باید کتبی باشد. به‌طور کلی در معاملات با حق وثیقه نسبت به اموال نامحسوس، به دلیل اینکه باید سازوکار مشخصی برای استنادپذیری حق وثیقه در برابر اشخاص ثالث طی شود، قرارداد وثیقه باید به‌طور کتبی منعقد شود.^{۴۲}

در بند ۳ ماده ۶ از شرط کتبی بودن قرارداد وثیقه با دو اصطلاح متفاوت که هریک آثار متفاوتی دارند سخن به‌میان آمده است.

اصطلاح نوشته به دلیل بداهت معنا تعریف نشده، ولی در زیرپاراگراف شماره ۳۳ ماده ۲ قانون نمونه این‌گونه معنای نوشته به نوشته الکترونیکی گسترش یافته است: «نوشته شامل ارتباطات الکترونیکی هم می‌شود به‌شرطی که اطلاعات موجود در آن طوری ذخیره شده باشد که در مراجعات بعدی قابل دسترسی باشد».

42. Nancy, Kubasek & Linda, Barkacs & Lucien, Dhooge & Daniel, Herron & M. Neil Browne, *Dynamic business law*, (New York: McGraw-Hill Education, 4th Ed, 2017), P. 574.

در بند ۳ ماده ۶ قانون نمونه درباره نقش نوشته کتبی از دو اصطلاح متفاوت که هریک در گروه گنجانده شده سخن به میان آمده است. یکی از اصطلاحات عبارت است از: [منعقد شود در یا منعقدشده در]^{۴۳} و دیگری عبارت است از: [گواهی شده با یا به اثبات رسیده به وسیله]^{۴۴}. در پاورقی شماره ۵ ذیل این ماده در قانون نمونه گفته شده است که هر کشوری اختیار دارد تا یکی از این دو مورد را با توجه به سیستم حقوقی خود انتخاب کند. این تفاوت و تصریح به حق انتخاب کشور تصویب کننده قانون نمونه مبنی بر انتخاب هریک از این اصطلاحات، بیانگر تفاوت آنها در آثار است. در راهنمای تصویب ۲۰۱۷ عبارت «منعقد شود در یا منعقدشده در» به معنای نقش نوشته در ثبوت و انعقاد قرارداد و عبارت «گواهی شده با یا به اثبات رسیده به وسیله» به معنای نقش نوشته در اثبات قرارداد قلمداد شده است.^{۴۵}

در این قانون، شرایط خاصی برای انعقاد قرارداد وثیقه نسبت به حقوق مربوط به اموال فکری پیش‌بینی نشده و بنابراین حکم ماده ۶ درباره حق وثیقه بر مال فکری نیز جاری است.

مطابق بند ۲ ماده ۶ قانون نمونه می‌توان حتی نسبت به مال فکری آینده نیز حق وثیقه ایجاد نمود. این بند مقرر می‌دارد: «ممکن است قرارداد وثیقه برای فراهم نمودن زمینه ایجاد حق وثیقه بر روی یک مال آینده منعقد شود. در این صورت، زمینه ایجاد حق وثیقه فراهم شده، خود حق وثیقه فقط زمانی ایجاد می‌شود که وثیقه‌گذار حقوق مالکانه را در آن مال تحصیل کند و یا اختیار و توانایی ایجاد حق وثیقه بر آن را به دست آورد».

در زیرپاراگراف شماره ۱۴ ماده ۲ قانون نمونه در تعریف مال آینده^{۴۶} چنین آمده است: «مال آینده به معنای مال منقولی است که در هنگام انعقاد قرارداد وثیقه موجود نیست و یا اگر هم موجود است وثیقه‌گذار حق یا اختیار ایجاد حق وثیقه بر آن را ندارد».

درباره توصیف وثیقه‌گذار و وثیقه‌گیر و همچنین توصیف تعهد مورد توثیق در قرارداد

43. Concluded in

44. Evidenced by

45. UNCITRAL, *UNCITRAL Model Law on Secured Transactions Guide to Enactment*, Ibid, P. 32.

46. Future Asset

وثیقه اشکال چندانی ایجاد نمی‌شود. ولی درباره توصیف مال فکری به عنوان مال موضوع حق وثیقه و همچنین تعیین حداکثر مبلغی که قابلیت اجرای حق وثیقه تا سقف آن وجود دارد باید تأمل بیشتری نمود. در قسمت ۳ بند ۳ ماده ۶ قانون نمونه از توصیف مال موضوع حق وثیقه مطابق ماده ۹ این قانون سخن به میان آمده است.

در بند ۱ ماده ۹ قانون نمونه چنین آمده است: «مال موضوع حق وثیقه باید با روش معقولی در قرارداد وثیقه توصیف شود به طوری که قابلیت تعیین و تشخیص را دارا باشد». اما بند ۲ ماده ۹ برخلاف بند ۱ عمل نموده و چنین مقرر داشته است: «توصیف مال موضوع حق وثیقه به نحوی که شامل همه اموال منقول وثیقه‌گذار شود و یا اینکه یک نوع از اموال وثیقه‌گذار به طور عام و کلی را دربر بگیرد، استاندارد مندرج در بند ۱ این ماده را تأمین می‌کند». به عبارت دیگر در بند ۲ نه تنها اجازه ایجاد حق وثیقه بر تمام اموال وثیقه‌گذار داده شده، بلکه اجازه تعیین یک نوع عام از اموال برای حق وثیقه اعطا شده است که با حکم بند ۱ تعارض دارد و در نتیجه، توصیف عام و کلی در کنار توصیف خاص و جزئی نیز پذیرفته شده است.

توصیف جزئی و خاص منوط به تعیین نوع مال فکری و همچنین حقوق دارنده مال فکری است، اما اگر از روش توصیف عام و کلی استفاده شود نیازی به تصریح به مصداق مال فکری و حقوق دارنده نیست و می‌توان از عباراتی همچون حقوق دارنده در هر نوع مال فکری، استفاده کرد.^{۴۷}

بند ۶ ماده ۶ قانون نمونه یکی از محتویات قرارداد وثیقه را این گونه مورد حکم قرار داده است: «تصریح به حداکثر مبلغی که تا سقف آن حق وثیقه اجرا خواهد شد». این حکم فقط در تعهدات پولی قابل اجراست. به این نکته این گونه در پانویس شماره ۶ ذیل ماده ۶ قانون نمونه تصریح شده است: «کشوری که قانون نمونه را مورد تصویب قرار می‌دهد می‌تواند حداکثر تعهد پولی را که طی آن سقف اجرای حق وثیقه تعیین می‌شود مورد حکم قرار دهد. این امر به تسهیل اخذ وام از سایر وام‌دهندگان کمک خواهد کرد».

47. UNCITRAL, *UNCITRAL Model Law on Secured Transactions Guide to Enactment*, Ibid, P. 39.

تعیین سقف برای اجرای حق وثیقه برای حفظ منافع وثیقه‌گذار صورت می‌گیرد، زیرا در این صورت، وثیقه‌گذار تعهدی به پرداخت بیش از این سقف ندارد. برای این منظور در هر قرارداد وثیقه باید ارزش مال موضوع حق وثیقه تعیین شود. ارزش‌گذاری مال فکری دشواری بیشتری نسبت به سایر اموال دارد، زیرا باید قابلیت انتشار مال فکری و قابلیت تحصیل درآمد اقتصادی از این مال روشن شود. برای مثال، وقتی اختراعی ثبت می‌شود باید عملکرد تجاری آن مورد بررسی قرار گیرد. بعد از اینکه قابلیت تجاری‌سازی مال فکری روشن شد باید میزان درآمدی که از این مال تحصیل می‌شود مورد تخمین قرار گیرد. چون یک فرمول پذیرفته‌شده جهانی وجود ندارد، نمی‌توان معیار عینی برای تخمین درآمد مال فکری به‌دست داد؛ به همین دلیل امروزه نهادهای مستقل ارزش‌گذاری این وظیفه را برعهده گرفته، بر مبنای روش‌های موردنظر خود مبادرت به ارزش‌گذاری مال فکری می‌نمایند.^{۴۸}

۳. آثار قرارداد وثیقه بر مال فکری در قانون نمونه آنسیترا

آثار قرارداد وثیقه قبل از نقض تعهد مورد توثیق و بعد از نقض این تعهد متفاوت است. قبل از نقض تعهد، فقط یک حق بالقوه وجود دارد که کمال و فعلیت آن منوط به نقض تعهد خواهد بود. بعد از نقض تعهد، یک حق فعلیت‌یافته برای وثیقه‌گیر وجود دارد که می‌تواند به استناد آن، به کاربرد حقوق دارنده مال فکری برای استیفای حق خود از محل عواید حاصل از آن مبادرت نماید.

۳.۱. آثار قبل از نقض تعهد مورد توثیق

قبل از نقض تعهد مورد توثیق، حقوق دارنده مال فکری موضوع حق وثیقه باید حفظ شود. این امر برای اجرای حق وثیقه بعد از نقض تعهد ضروری است. همچنین حق وثیقه باید در برابر اشخاص ثالث قابل استناد شود، زیرا در قانون نمونه آنسیترا، قرارداد وثیقه در برابر سایر اشخاص ثالث قابل استناد نخواهد بود؛ مگر اینکه روش قانون نمونه برای

48. Andrea, Tosato, "Security interests over intellectual property", Journal of Intellectual Property Law & Practice, Vol. 6 (2011), P. 98.

استنادپذیری حق وثیقه در برابر اشخاص ثالث اجرا شود. این اثر موجب ایجاد اختیار برای طرفین قرارداد جهت استنادپذیر نمودن حق وثیقه در برابر اشخاص ثالث می‌شود، زیرا طرفین تکلیفی برای استنادپذیر نمودن حق وثیقه در برابر سایر اشخاص ثالث ندارند، ولی برای حفظ حقوق وثیقه‌گیر راهی جز انجام این تکلیف نیست.

۳.۱.۱. تکلیف بر حفظ مال فکری موضوع حق وثیقه

در ماده ۶۰ قانون نمونه آنسیترال با عنوان «حق وثیقه‌گیر برای حفظ مال فکری موضوع حق وثیقه»^{۴۹} چنین آمده است: «با توجه به توافقات منعقد شده بین وثیقه‌گذار و وثیقه‌گیر، این حق برای وثیقه‌گیر وجود دارد تا مراحل لازم برای حفظ و نگاهداری مال فکری موضوع حق وثیقه را طی کند». در این قانون، مفهوم حفظ و نگاهداری روشن نیست. با توجه به توافقات فی‌مابین، وثیقه‌گیر برای حفظ مال فکری موضوع حق وثیقه دارای همان حقوقی خواهد بود که دارنده حقوق موجود در مال فکری داراست که برای مثال می‌توان حق تجدید ثبت و حق تعقیب نقض را مثال زد. این حق به این دلیل برای وثیقه‌گیر اجرا می‌شود که اگر وثیقه‌گذار در حفظ حقوق خود در مال فکری کوتاهی کند، ارزش مال فکری موضوع حق وثیقه در معرض کاهش قرار خواهد گرفت و این امر می‌تواند اثر منفی بر مال فکری به‌عنوان یک تضمین مناسب برای اعتبار و وام داشته باشد.^{۵۰}

۳.۱.۲. ثبت حق وثیقه برای استناد در برابر اشخاص ثالث

اصل بر این است که قرارداد وثیقه به‌محض انعقاد در برابر اشخاص ثالث قابل استناد نیست، زیرا حفظ حقوق اشخاص ثالث به دلیل پرهیز از امکان تحمیل ضرر به ایشان بر منافع طرفین قرارداد حاکم است. بهترین سازوکار این است که حق وثیقه در یک نهاد عمومی صالح به ثبت برسد تا امکان آگاهی اشخاص ثالث از حق وثیقه میسر شود، چراکه از این طریق یک معیار عینی و ملموس برای احراز وجود حق وثیقه بر مال فکری ایجاد

49. Right of the secured creditor to preserve encumbered intellectual property.

50. William J. Murphy, "Proposal for a Centralized and Integrated Registry for Security Interests in Intellectual Property", *The Journal of Law and Technology*, Vol. 41 (2002), P. 298.

می‌شود و خطر وجود حق وثیقه مخفی نیز از بین می‌رود^{۵۱}. بند نخست ماده ۱۸ قانون نمونه این‌گونه از روش ثبت حق وثیقه برای استنادپذیری آن در برابر اشخاص ثالث استفاده کرده است: «حق وثیقه در یک مال موضوع حق وثیقه در برابر اشخاص ثالث نافذ است، اگر یک اطلاعیه در خصوص حق وثیقه در مرجع ثبت قانونی به ثبت رسیده باشد». در فصل چهارم قانون نمونه با نام «نظام ثبت»^{۵۲}، احکام مربوط به ثبت اطلاعیه مربوط به حق وثیقه ذکر شده است. ماده ۲۸ قانون نمونه که نخستین حکم در فصل چهارم است چنین مقرر داشته است: «ثبت با این هدف تشکیل می‌شود تا اثر واقعی بر شرایط مندرج در این قانون را در خصوص ثبت اطلاعیه مربوط به حق وثیقه تضمین کند». در این فصل قواعد تکمیلی با عنوان «قواعد نمونه ثبت»^{۵۳} وجود دارد که روش ثبت حق وثیقه را تعیین کرده است. در ماده ۱ این قواعد نمونه به ارائه تعریف‌های موردنیاز مبادرت شده است. در زیرپاراگراف شماره ۹ ماده ۱ این قواعد این‌گونه به تعریف عمل ثبت به معنای مصدري یعنی ثبت نمودن پرداخته شده است: «ثبت به معنای ورود اطلاعات دربردارنده یک اطلاعیه در دفتر یا بایگانی ثبت است». دفتر یا بایگانی ثبت نیز در زیرپاراگراف شماره ۱۲ ماده ۱ قواعد نمونه این‌گونه تعریف شده است: «بایگانی ثبت به معنای اطلاعاتی مربوط به تمامی اطلاعیه‌های ثبت شده و ذخیره شده از سوی نهاد ثبت است. بایگانی ثبت شامل دو قسمت می‌شود؛ یکی مربوط به دسترسی عمومی است که بایگانی ثبت عمومی نیز نامیده می‌شود و دیگری دربردارنده موارد حذف شده از بایگانی ثبت عمومی است که در این قسمت آرشیو می‌شوند که آرشیو ثبت نیز نامیده می‌شود». نهاد ثبت نیز در زیرپاراگراف شماره ۱۱ ماده ۱ این قواعد این‌گونه تعریف شده است: «ثبت به معنای نهادی است که مطابق ماده ۲۸ این قانون تشکیل شده است». در زیرپاراگراف شماره ۸ ماده ۱، ثبت کننده چنین تعریف شده است: «ثبت کننده شخصی است که یک اطلاعیه را به ثبت تقدیم می‌کند». اطلاعیه در زیرپاراگراف شماره ۶ ماده ۱ این قواعد این‌گونه تعریف شده است: «اطلاعیه به معنای اطلاعیه اولیه و اطلاعیه اصلاحی و همچنین اطلاعیه ابطال و لغو است». اطلاعیه اولیه در زیرپاراگراف شماره ۵

51. World Bank Group, *Secured-Transactions-Collateral-Registries-and-Movable-Asset-Based-Financing*, (Washington, WORLD BANK Publishing, 1st Ed, 2019), P. 72.

52. The registry system

53. Model Registry Provisions

ماده ۱ این گونه تعریف شده است: «اطلاعیه اولیه به معنای اطلاعیه ارائه شده به نهاد ثبت در فرم توضیحی ثبت است که بر اساس آن استنادپذیری به حق وثیقه در برابر اشخاص ثالث حاصل می شود». اطلاعیه اصلاحی در زیرپاراگراف شماره ۲ ماده ۱ این گونه تعریف شده است: «اطلاعیه اصلاحی به معنای اطلاعیه ارائه شده به نهاد ثبت در فرم توضیحی ثبت است که شامل اطلاعات اصلاح شده در خصوص اطلاعیه ثبت شده است». اطلاعیه لغو یا ابطال نیز در زیر پاراگراف شماره ۳ ماده ۱ این گونه تعریف شده است: «اطلاعیه لغو یا ابطال به معنای اطلاعیه ارائه شده به ثبت در فرم توضیحی ثبت است که اثر ثبت تمام اطلاعیه های ثبت شده را لغو و ابطال می کند».

در ماده ۸ این قواعد با نام «شرایط لازم برای اطلاعیه اولیه» این گونه ذکر شده است: «اطلاعیه اولیه باید شامل اطلاعات زیر باشد:

- الف: هویت و نشانی وثیقه گذار مطابق با ماده ۹ این قواعد.
- ب: هویت و نشانی وثیقه گیر یا نماینده او مطابق ماده ۱۰ این قواعد
- ج: توصیف مال موضوع حق وثیقه مطابق ماده ۱۱ این قواعد
- د: مدت زمان استناد و اثرگذاری ثبت مطابق ماده ۱۴ این قواعد
- ه: تعیین حداکثر مبلغی که تا سقف آن حق وثیقه قابل اجرا است».

در واقع، با ثبت حق وثیقه نوعی فرض قانونی بر اطلاع اشخاص ثالث از آن ایجاد می شود که می توانند برای کسب اطلاعات دقیق به سامانه ثبت مراجعه کنند. تفاوتی بین اینکه وثیقه گذار یا وثیقه گیر اطلاعیه اولیه را ثبت کنند وجود ندارد، ولی مطابق بند ۱ ماده ۲ این قواعد، در هر حال، تأیید وثیقه گذار ضرورت دارد. این بند چنین مقرر داشته است: «ثبت اطلاعیه اولیه در خصوص حق وثیقه در یک مال موضوع حق وثیقه غیرمعتبر است مگر اینکه به طور کتبی به تأیید وثیقه گذار رسیده باشد». بند ۲ این ماده نیز در مورد اطلاعیه اصلاحی همان حکم بند ۱ را به این شرح تکرار نموده است: «ثبت اطلاعیه اصلاحی که اموال موضوع حق وثیقه را اضافه می کند یا سقف حداکثری مبلغی را که قبلاً قابلیت توثیق

داشت بالا می‌برد یا زمان اثرگذاری ثبت اطلاعاتیه در برابر اشخاص ثالث را افزایش می‌دهد، غیرمعتبر است مگر اینکه به تأیید کتبی وثیقه‌گذار رسیده باشد». بین ثبت اطلاعاتیه و مدت زمانی که این ثبت در برابر اشخاص ثالث اعتبار دارد، ملازمه‌ای وجود ندارد و در هر حال باید مدت زمان اعتبار مشخص شود؛ در غیر این صورت، نمی‌توان زمان ایفای تعهدات وثیقه‌گذار و انقضای حق وثیقه را تعیین نمود. ماده ۲۲ قانون نمونه از این دیدگاه پیروی کرده و با عنوان «مرور زمان استنادپذیری در برابر اشخاص ثالث»^{۵۴} چنین مقرر داشته است: «اگر استنادپذیری در برابر شخص ثالث راجع به یک حق وثیقه منقضی شود، این استنادپذیری ممکن است دوباره برقرار شود، اما حق وثیقه فقط از زمانی که دوباره اعتبار آن برقرار شده، در برابر اشخاص ثالث قابل استناد است».

ثبت اطلاعاتیه در نهاد ثبت به معنای وجود واقعی حق وثیقه و انعقاد یک قرارداد واقعی وثیقه بر طلب پولی نیست. ثبت فقط اعلام می‌کند که ممکن است وثیقه‌گیر یک حق وثیقه را در اموال توصیف‌شده در اطلاعاتیه، دارا باشد. ماده ۱۳ قانون نمونه به زمان اثرگذاری ثبت پرداخته است. بند ۱ این ماده چنین مقرر داشته است: «ثبت اطلاعاتیه اولیه یا اطلاعاتیه اصلاحی از تاریخ و ساعتی اثرگذار است که اطلاعات مربوط به اطلاعاتیه وارد دفتر یا بایگانی ثبت می‌شود و بر اساس آن برای جستجوگران در بایگانی ثبت عمومی قابل دسترسی است».

مهم‌ترین اثری که قانون نمونه بر ثبت قرارداد وثیقه بار نموده، این است که در صورت وجود طلبکاران متعدد، حق تقدم آن‌ها نسبت به مال موضوع حق وثیقه، به استناد ثبت حق وثیقه تعیین تکلیف می‌شود. بند نخست ماده ۲۹ قانون نمونه مقرر داشته است: «در مورد حقوق وثیقه که با ثبت یک اطلاعاتیه در سیستم ثبت در برابر اشخاص ثالث نافذ شده است، حق تقدم با توجه به ترتیب ثبت مشخص می‌شود، بدون اینکه به تاریخ ایجاد هریک از حقوق وثیقه توجه شود...». تکلیف به ثبت حق وثیقه از تکالیف وثیقه‌گذار و وثیقه‌گیر است. در متن قانون نمونه، قواعد تکمیلی با عنوان «قواعد نمونه ثبت»^{۵۵} وجود دارد که روش ثبت حق وثیقه را تعیین کرده است. در این قواعد، ثبت اطلاعاتیه اولیه و همچنین ثبت اطلاعاتیه

54. Lapses in third-party effectiveness

55. Model Registry Provisions

اصلاحی، بدون تأیید کتبی وثیقه‌گذار فاقد اثر اعلام شده است. بند ۱ ماده ۲ این قواعد در مورد ثبت اطلاعاتی اولیه چنین مقرر داشته است: «ثبت اطلاعاتی اولیه در ارتباط با حق وثیقه در یک مال موضوع حق وثیقه غیرمعتبر است مگر اینکه به‌طور کتبی به تأیید وثیقه‌گذار رسیده باشد». بند دوم این ماده نیز در مورد اطلاعاتی اصلاحی همان حکم بند نخست را به این شرح تکرار نموده است: «ثبت یک اطلاعاتی اصلاحی که اموال موضوع حق وثیقه را اضافه می‌کند یا سقف حداکثری مبلغی را که قبلاً قابلیت توثیق داشت بالا می‌برد یا زمان اثرگذاری ثبت اطلاعاتی در برابر اشخاص ثالث را افزایش می‌دهد، غیرمعتبر است مگر اینکه به تأیید کتبی وثیقه‌گذار رسیده باشد». چون، وثیقه‌گذار مالک اصلی مال فکری است، پس ضرورت دارد که وی توثیق این مال را تأیید نماید.^{۵۶}

اگر حق وثیقه در نهاد ثبت عمومی به ثبت برسد در برابر اشخاص ثالث قابل استناد است. در بند نخست ماده ۳۴ قانون نمونه چنین آمده است: «اگر یک مال موضوع حق وثیقه فکری فروخته شود یا به طریق دیگری به شخص دیگری منتقل گردد یا با قرارداد اجازه بهره‌برداری به شخص ثالثی اجازه بهره‌برداری داده شود درحالی که حق وثیقه در آن مال مطابق قواعد این قانون در برابر اشخاص ثالث قابل استناد است، کسی که اجازه بهره‌برداری را اخذ کرده است آن حق را با قید اینکه حق وثیقه در آن مال وجود دارد تحصیل می‌کند مگر در مواردی که در این ماده حکم دیگری تعیین شده باشد». استثنای این حکم در بند ۶ ماده ۳۴ قانون نمونه چنین آمده است: «اگر یک قرارداد اجازه بهره‌برداری درباره یک مال موضوع حق وثیقه فکری منعقد شود که این قرارداد با توجه به عرف متعارف در زمینه تجاری قابل تفسیر باشد حق اجازه‌گیرنده با حق وثیقه تحت تأثیر قرار نخواهد گرفت به شرطی که در هنگام انعقاد قرارداد اجازه بهره‌برداری، اجازه‌گیرنده علم واقعی بر اینکه در حال نقض حقوق وثیقه‌گیر است نداشته باشد». حکم این ماده مبتنی بر رعایت حسن‌نیت است. رعایت حسن‌نیت^{۵۷} به‌عنوان یک اصل مهم در ماده ۴ قانون نمونه با عنوان «استانداردهای عمومی رفتار»^{۵۸}، این‌گونه مورد تصریح قرار گرفته است: «هر شخصی باید

56. Janet M, Tavakoli, *Structured Finance and Collateralized Debt Obligations New Developments in Cash and Synthetic Securitization*, (New Jersey: John Wiley & Sons, Inc, 2nd Ed, 2008), P.

84.

57. Good Faith

58. General Standards of Conduct

حقوق و تعهدات خود را که در ذیل این قانون قرار می‌گیرد، با حسن‌نیت و روش معقول تجاری^{۵۹} اجرا نماید». پس وقتی حق وثیقه در برابر شخص باحسن‌نیت قابل استناد نیست به طریق اولی قرارداد منافی با حق وثیقه در ابتدا غیرنافذ و فاقد اثر نیست، بلکه قرارداد صحیح و نافذ است، اما وثیقه‌گیر می‌تواند برای اعمال حق خود آن را نادیده بگیرد که در این صورت قرارداد از اثر خواهد افتاد.

ثبت حق وثیقه معیاری برای تعیین تقدم حق وثیقه در میان سایر مدعیان حق در مال فکری به‌شمار می‌رود. در زیرپاراگراف شماره ۵ ماده ۲ قانون نمونه از این اشخاص به مدعی رقیب^{۶۰} تعبیر شده و در تعریف آن چنین آمده است: «مدعی رقیب به این معناست که یک طلبکار اعطاکننده یا هر شخص دیگری که در مال موضوع حق وثیقه حقی دارد ممکن است با طلبکار وثیقه‌ای در همان مال در حال رقابت باشد. این اصطلاحات شامل موارد زیر می‌شود:

الف: طلبکار وثیقه‌ای، کسی است که از همان اعطاکننده در همان مال موضوع حق وثیقه یک حق وثیقه تحصیل کرده باشد.

ب: طلبکار دیگر همان اعطاکننده است که حقی در همان مال موضوع حق وثیقه دارد.

ج: مدیر تصفیه در دادرسی و فرایند مربوط به ورشکستگی اعطاکننده

د: خریدار یا هر انتقال‌گیرنده دیگر، مستأجر و یا صاحب حق استفاده در همان اموال موضوع حق وثیقه».

اثرگذاری ثبت حق وثیقه در فرایند تصفیه ورشکستگی از نوآوری‌های قانون نمونه آنسیترال است که پیش‌تر در قانون نمونه آنسیترال مربوط به ورشکستگی بین‌المللی مقرراتی در این زمینه به‌خوبی تدوین نشده بود.^{۶۱}

59. Commercially Reasonable Manner

60. Competing Caimant

61. Hannan, Neil, *Cross-Border Insolvency The Enactment and Interpretation of the UNCITRAL Model Law*, (Singapore: Springer, 1st Ed, 2017), P. 16.

۳.۲. آثار بعد از نقض حق تعهد مورد توثیق

بعد از نقض تعهد مورد توثیق، وثیقه‌گیر اختیار دارد تا حقوق پس از نقض را که در فصل ۷ قانون نمونه مورد حکم قرار گرفته است، اجرا کند. احکام مندرج در فصل ۷ فقط در اموال محسوس و مادی قابلیت اجرا دارد، مگر اینکه نسبت به سایر اموال حکم دیگری مقرر شده باشد. استثنایی درباره مال فکری قید نشده و در نتیجه، به حق وثیقه موجود بر مال فکری در مرحله اجرای حق وثیقه به مانند مال محسوس نگریسته شده است. در مواد ۷۷ و ۷۸ قانون نمونه، دو قسم از چگونگی اجرای حق وثیقه بیان شده است. ماده ۷۷ به اختیار وثیقه‌گیر برای قبض مال موضوع حق وثیقه پرداخته است. ماده ۷۸ نیز به اختیار وثیقه‌گیر برای عرضه مال جهت فروش یا اجاره یا ایجاد حق استیفا به نفع دیگری پرداخته است. هریک از این حقوق درباره مال فکری جلوه و معنای خاصی پیدا می‌کند. قبض در مال فکری منصرف به قبض اسناد مربوط به این مال است. عرضه برای فروش و یا اجاره و ایجاد حق استیفا به نفع دیگری نیز به معنای انتقال حقوق دارنده مال به دیگری و یا اعطای حق اجازه بهره‌برداری از مال فکری به دیگری است.

۳.۲.۱. حق قبض اسناد مربوط به مال فکری از سوی وثیقه‌گیر

ماده ۷۷ قانون نمونه با عنوان «حق وثیقه‌گیر برای قبض مال موضوع حق وثیقه»^{۶۲} در ۴ بند تدوین شده است. در بند ۱ چنین آمده است: «وثیقه‌گیر حق دارد تا پس از نقض مال موضوع حق وثیقه را قبض کند...». قبض در زیرپاراگراف ۲۶ ماده ۲ قانون نمونه این گونه تعریف شده است: «قبض به معنای تصرف واقعی و فیزیکی یک مال محسوس از سوی یک شخص یا نماینده یا توسط شخص مستقل دیگری است که عالمانه آن مال را از طرف یک شخص در دست دارد».

از آنجا که مال فکری محسوس نیست، حکم ماده ۷۷ نسبت به اسناد مال فکری که برای اجرای حق وثیقه نسبت به حقوق دارنده مال فکری مورد نیاز است اعمال می‌شود،

62. Right of the secured creditor to obtain possession of an encumbered asset

سند مال به جای مستند مورد تصرف قرار می‌گیرد.^{۶۳}

۳.۲. حق عرضه مال فکری برای انتقال یا بهره‌برداری به نفع دیگری

ماده ۷۸ قانون نمونه با عنوان «حق وثیقه‌گذار برای عرضه مال موضوع حق وثیقه»^{۶۴} به امکان فروش و انتقال مال به دیگری و همچنین اجاره و ایجاد حق بهره‌برداری به نفع دیگری تصریح نموده است.

بند ۱ این ماده چنین مقرر داشته است: «بعد از نقض، وثیقه‌گیر حق دارد تا مال موضوع حق وثیقه را به هر طریقی که صلاح می‌داند به دیگری منتقل کند... یا اینکه نسبت به آن حق بهره‌برداری برای اشخاص ثالث ایجاد نماید...». در انتقال مال فکری، وثیقه‌گیر با انتقال حقوق دارنده به دیگری، طلب خود را از حاصل این انتقال استیفا می‌کند. ولی در اعطای اجازه بهره‌برداری به دیگران، مال فکری همچنان در مالکیت دارنده باقی می‌ماند، اما از عواید حاصل از بهره‌برداری، طلب وثیقه‌گیر استیفا می‌شود. تغییری هم در حقوق اشخاص ثالثی که قبلاً در مال فکری حقی تحصیل کرده‌اند ایجاد نخواهد شد.^{۶۵}

۴. وضعیت حق وثیقه بر مال فکری در حقوق ایران

در حقوق ایران نه تنها احکام روشنی برای ایجاد حق وثیقه بر مال فکری وجود ندارد، بلکه با تناقض قوانین مختلف مواجه هستیم. در ماده ۷۷۴ قانون مدنی ایران گفته شده است که مال موضوع حق وثیقه باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است. دکترین حقوقی ایران مال فکری را نیز هم‌ردیف دین و منفعت قلمداد کرده، برای رفع ممنوعیت این ماده توجیهاتی ارائه نموده است تا مشروعیت توثیق اموال فکری را توجیه کند. دو دیدگاه در این باره به وجود آمد. در دیدگاه نخست تلاش شد تا مال فکری در دسته اموال محسوس و مادی و در حکم عین معین قرار گیرد تا از این طریق مشمول قسمت نخست ماده ۷۷۴ قانون مدنی شده، توثیق آن امکان‌پذیر گردد. برخی از صاحب‌نظران چنین استدلال کرده‌اند

63. Xuan, Thao Nguyen, "Collateralizing Intellectual Property", Georgia La Review, Vol. 42 (2007), P. 25.

64. Right of the secured creditor to dispose of an encumbered asset

65. Sarnelli, Jennifer, "Grasping for Air: Revised Article 9 and Intellectual Property in an Electronic World", UCLA Entertainment Law Review, Vol. 11 (2004), P. 106.

که می‌توان اوراق و اسناد اثبات‌کننده اموال فکری مانند ورقه حق اختراع را در حکم عین معین قرار داد و از این طریق توثیق آنها را مجاز دانست تا این اوراق به فروش رفته، حق وثیقه‌گیر استیفا شود.^{۶۶} پیش‌تر گفته شد که سند جای مسند را نمی‌گیرد. فروش سند مساوی با فروش مال موضوع آن است و مال موضوع سند نیز یک مال نامحسوس است و در هر حال، منع ماده ۷۷۴ قانون مدنی همچنان باقی خواهد ماند. برخی دیگر از صاحب‌نظران، با وجود استناد به الحاقیه راهنمای قانون‌گذاری معاملات با حق وثیقه نسبت به اموال فکری ۲۰۱۰ آنسیترا، بدون توجه به دیدگاه این راهنما درباره امکان ایجاد حق وثیقه بر حقوق مالکیت فکری، به‌مانند نظر سابق، بر این عقیده‌اند که اموال فکری مال معین و قیمی هستند و بنابراین مطابق روش سنتی در قالب ماده ۷۷۴ قانون مدنی قابل توثیق‌اند.^{۶۷} در این دیدگاه‌ها، ماهیت توثیق مال فکری مورد توجه قرار نگرفته است. مال فکری یک مال نامحسوس است و حتی اگر در یک سند مانند ورقه اختراع نیز بازتاب یافته باشد، بازهم نامحسوس خواهد بود. سند مبین مال فکری فقط یک دلیل اثباتی است و دلیل اثباتی جای مال را نمی‌گیرد. به‌علاوه در این نظر، به خود مال فکری صرف‌نظر از حقوقی که دارنده مال فکری نسبت این مال دارد، نگریسته شده است. نمی‌توان مال ناملموس را فقط به دلیل اینکه در یک سند مادی بازتاب یافته است، در حکم عین معین دانست. البته همین که تلاش شده تا از فروش اموال فکری سخن به‌میان آید، به این معناست که در ذهن این صاحب‌نظران، امکان ایجاد حق برای وثیقه‌گیر جهت استیفای حقوق خود از طریق جابه‌جایی مال موضوع حق وثیقه وجود دارد. ولی چون به مال موضوع حق وثیقه با دید عین معین نگریسته شده، به‌خوبی ماهیت توثیق مال فکری بازتاب نیافته است. برخی دیگر از نویسندگان بر این باورند که محدودیت‌های ماده ۷۷۴ قانون مدنی با تصویب قوانین خاص به‌تدریج باید کنار گذاشته شوند. در این دیدگاه، در ماده ۱ قانون تسهیل اعطای تسهیلات بانکی و کاهش هزینه‌های طرح و تسریع در اجرای طرح‌های تولیدی و افزایش منابع مالی و کارایی بانک‌ها مصوب ۱۳۸۶، به‌صراحت شرایط مربوط به لزوم عین بودن مال مورد رهن، قبض دادن آن و نیز بطلان رهن دین و منفعت موضوع قانون مدنی نادیده انگاشته شده

۶۶. عباس، کریمی و محمد، معین‌الاسلام، «رهن اموال فکری»، فصلنامه حقوق، ش ۲ (۱۳۸۷)، ص ۳۳۲.

۶۷. اصغر، محمودی، «رهن اموال فکری در پرتو مقررات قانون مدنی و مطالعه تطبیقی»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ش ۱ (۱۳۹۱)، ص ۱۶۹.

است. این ماده چنین مقرر می‌دارد: «به‌منظور تسریع، تسهیل و تقویت سرمایه‌گذاری در طرح‌های تولیدی (اعم از کالا یا خدمت) دریافت وثیقه خارج از ارزش دارایی و عواید آتی طرح، از گیرندگان تسهیلات که توان مجری و توجیه اقتصادی، فنی و مالی و قابل ترهین طرح آنها به تأیید بانک می‌رسد، از سوی بانک‌های عامل ممنوع است». در متن این ماده أخذ وثیقه خارج از ارزش دارایی و عواید آتی طرح ممنوع شده است. مفهوم آن این است که أخذ وثیقه از عواید آتی طرح مجاز است، حال آنکه عواید آتی طرح در زمان اعطای تسهیلات نه موجود است و نه قابل قبض^{۶۸}.

در دیدگاه دوم، تلاش شده است تا حقوق دارنده در مال فکری مورد توجه قرار گرفته، در مورد توثیق آن اظهار نظر شود. یکی از صاحب‌نظران، به‌مانند قانون نمونه انسیترا، حقوق دارنده مال فکری را قابل توثیق دانسته است، بدون اینکه به نحوه و ماهیت این توثیق اشاره نماید^{۶۹}. یکی دیگر از نویسندگان، یکی از مصادیق اموال فکری یعنی حق اختراع را تضمین طلب غرما دانسته و چنین استدلال کرده است که می‌توان ورقه اختراع را توقیف کرد و به‌فروش رساند که در نتیجه می‌تواند به زوال حقوق دارنده نسبت به حق اختراع منجر شود^{۷۰}.

در این نظریات به‌خوبی از تمایز بین سند بازتاب‌دهنده مال فکری و خود مال فکری سخن به‌میان آمده است. همچنین به اینکه طلبکار می‌تواند از طریق اجرای احکام دادگاه، جانشین دارنده مال فکری در فروش آن شود اشاره شده که بازتاب‌دهنده ماهیت واقعی توثیق اموال فکری است. اما در مورد توثیق قراردادی حقوق مربوط به مال فکری سخنی به‌میان نیامده است. برخی دیگر از صاحب‌نظران در مورد علامت تجاری که یکی دیگر از مصادیق اموال فکری است، گفته‌اند که می‌توان حق مالکیت را به‌عنوان وثیقه ارائه کرد، ولی در مورد ماهیت آن سخنی گفته نشده است^{۷۱}.

۶۸. حسن، علیپور و همکاران «مطالعه تطبیقی تعیین قانون حاکم بر معاملات با حق وثیقه در اموال فکری»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ش ۱ (۱۳۹۸)، ص ۱۳۱.

۶۹. محمود، حکمت‌نیا، مبانی مالکیت فکری، (تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چ ۱، ۱۳۸۶)، ص ۴۷.

۷۰. جمال، صالحی ذهابی، حق اختراع: نگارشی تطبیقی، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۱، ۱۳۸۸)، ص ۲۹۲.

۷۱. سید حسن، میرحسینی، حقوق علائم تجاری، (تهران: میزان، چ ۱، ۱۳۹۰)، ص ۳۶۳.

به نظر می‌رسد با تصویب بند «د» ماده ۱۷ قانون برنامه پنجم توسعه که طی آن راه‌اندازی بورس ایده مورد پذیرش قرار گرفته و بر اساس آن دستورالعمل سپرده‌گذاری و معامله اوراق بهادار مبتنی بر دارایی فکری در فرابورس ایران در سال ۱۳۹۲ از سوی هیئت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار تصویب شده است، امکان توثیق مال فکری در حقوق ایران وجود دارد. مطابق این دستورالعمل، انتقال اموال فکری نظام‌مند شده، انتقال‌گیرنده جانشین انتقال‌دهنده در استفاده از حقوق مربوط به مال فکری می‌شود. پس با قیاس اولویت می‌توان بر امکان توثیق مال فکری مطابق این دستورالعمل عقیده داشت، چراکه در توثیق مال فکری، حق وثیقه‌گیر در رتبه‌ای پایین‌تر از حق مالکیت قرار می‌گیرد. در دکتین حقوقی ایران به این دستورالعمل اشاره شده، ولی باز هم تلاش شده است تا اوراق مالکیت نرم‌افزار را به‌مانند سایر اوراق بهادار از نوع عین معین دانسته، توثیق آنها به‌وسیله قبض فیزیکی را امکان‌پذیر بداند؛ درحالی که ایراد این دیدگاه پیش‌تر مورد بحث قرار گرفته است.^{۷۳}

در حقوق ایران چون حکم خاصی درباره توثیق اموال فکری وجود ندارد، بنابراین شرایط اساسی قراردادها که در ماده ۱۹۰ قانون مدنی ذکر شده است باید رعایت شود. اما در مورد لزوم کتبی بودن قرارداد باید تأمل بیشتری کرد. در ماده ۶ دستورالعمل سپرده‌گذاری و معامله اوراق بهادار مبتنی بر دارایی فکری در فرابورس ایران به‌صراحت بر لزوم تنظیم قرارداد انتقال مالکیت اموال فکری در سند رسمی این‌گونه تصریح شده است: «فروشنده ظرف مدت حداکثر ۱۵ روز کاری پس از پایان مهلت تسویه باید به مرجع ثبت مراجعه و با اخذ تأییدیه آن مرجع نسبت به انتقال مالکیت در دفاتر اسناد رسمی اقدام و سند آن را به مرجع ثبت ارائه نماید». به نظر می‌رسد باید این شرط را در انعقاد قرارداد وثیقه نیز جاری دانست، زیرا تا زمانی که قانون دیگری برخلاف این دستورالعمل تصویب نشود، این دستورالعمل بر کلیه معاملات راجع به اموال فکری که شامل قرارداد وثیقه نیز می‌شود حاکم خواهد بود. در حقوق ایران حکمی همچون حکم قانون نمونه برای استنادپذیری حق وثیقه در برابر اشخاص ثالث وجود ندارد. البته در تبصره ماده ۴ دستورالعمل سپرده‌گذاری و معامله

۷۳. حمیدرضا، عباسی‌منش و همکاران، «توثیق نرم‌افزار (مطالعه تطبیقی در الحاقیه آنسیتال در خصوص توثیق اموال فکری، قانون متحدالشکل تجاری آمریکا و حقوق ایران)»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ش ۴ (۱۳۹۷)، ص ۱۶۴.

اوراق بهادار مبتنی بر دارایی فکری در فرابورس ایران چنین آمده است: «همزمان با استعلام اصالت سند، فرابورس تعهدنامه مالک دارایی فکری را به مرجع ثبت ارسال می‌نماید. بر اساس این تعهدنامه، دارایی فکری که اصالت آن تأیید می‌شود، تا زمان اعلام فرابورس قابلیت نقل و انتقال از سایر طرق را نخواهد داشت». اگرچه این متن برای انتقال اموال فکری است، ولی می‌توان حکم این تبصره را به توثیق اموال فکری نیز تسری داد و بر این عقیده بود که در حقوق ایران اگرچه نهاد ثبت عمومی برای ثبت حق وثیقه وجود ندارد، ولی می‌توان بر این عقیده بود که حق وثیقه نسبت به حقوق دارنده در یک مال فکری باید به مرجع ثبت قانونی اعلام شود. این راهکار از سوی برخی نویسندگان برای حق وثیقه بر تمامی اموال پیشنهاد شده است.^{۷۳}

دستورالعمل سپرده‌گذاری و معامله اوراق بهادار مبتنی بر دارایی فکری در فرابورس ایران در سال ۱۳۹۲ به تصویب هیئت مدیره سازمان بورس اوراق بهادار رسید.

در این دستورالعمل از مال فکری تعریفی به عمل نیامده، ولی در ماده ۱ آن از اصطلاح «اوراق بهادار مبتنی بر دارایی فکری» استفاده شده و این‌گونه تعریف شده است: «اسناد مؤید حقوق و مالکیت معنوی صادره از سوی مراجع رسمی ثبت کشور از جمله حق ثبت اختراع، علائم تجاری و طرح‌های صنعتی می‌باشد که حسب تصویب شورای عالی بورس و اوراق بهادار، اوراق بهادار قابل معامله شناخته شده‌اند». در این تعریف اگرچه به برخی از مصادیق مال فکری اشاره شده، ولی درباره حقوق دارنده مال فکری که قابل نقل و انتقال است سخنی به میان نیامده و سند معرف مال فکری به جای خود این مال، قابل معامله و نقل و انتقال دانسته شده است. البته فرقی در نتیجه آن ایجاد نخواهد شد، زیرا سند فی نفسه مال نیست و ارزش آن به مالی است که در آن سند تبلور یافته است. چون مال فکری فقط در ورقه و سند متبلور است، باعث می‌شود که سند به جای مسند به کار رود و به مال تبدیل شود. شاید به همین دلیل است که برخی از استادان، این‌گونه اموال را «مال آلی» نام نهاده و گفته‌اند که مال آلی خود ذاتاً مالیت ندارد، بلکه نماینده و معرف مال است.^{۷۴} در هر حال،

۷۳. رضا، طجرو و هادی، شعبانی کندسری، «وثیقه شناور در نظام حقوقی کامن‌لا»، مطالعات حقوق تطبیقی، ش ۱ (۱۳۹۳)، ص ۲۲۴.

۷۴. محمدجعفر، جعفری لنگرودی، حقوق مدنی: رهن و صلح، (تهران: گنج دانش، چ ۱، ۱۳۷۸)، ص ۱۰.

می‌توان از این تعریف به‌طور ضمنی ماهیت نامحسوس مال فکری را استنباط نمود، زیرا بین سند اثبات‌کننده مال فکری و خود مال فکری تفاوت ایجاد شده است. این دیدگاه قابل قبول بوده، مخالف دیدگاهی است که در حقوق ایران خود آفریده ذهنی را در حکم عین معین تلقی کرده است^{۷۵}؛ درحالی که عین معین برای اشاره به مال محسوسی که در عالم خارج مصداق واحد دارد مورد استفاده قرار می‌گیرد و مال فکری به دلیل طبع اعتباری خود نمی‌تواند در دسته‌بندی اموال ملموس قرار گیرد.

نتیجه

قانون نمونه معاملات با حق وثیقه ۲۰۱۶ آنسیترال احکام روشنی درباره توثیق اموال فکری دارد. از نظر این قانون، مال فکری مساوی با حقوق مالی و اقتصادی مانند حق انتقال به غیر و حق اعطای اجازه بهره‌برداری به اشخاص ثالث است.

در این قانون، حقوق دارنده موجود در یک مال فکری به سبب یک قرارداد وثیقه قابلیت پذیرش حق وثیقه را دارد. دارنده مال فکری به‌عنوان وثیقه‌گذار در برابر شخص دیگری به‌عنوان وثیقه‌گیر برای توثیق هر تعهدی که تعهد مورد توثیق نامیده می‌شود، نسبت به حقوق خود در مال فکری حق وثیقه ایجاد می‌نماید و این حقوق را به‌عنوان مال موضوع حق وثیقه ارائه می‌دهد تا به شرط نقض تعهد، وثیقه‌گیر بتواند حقوق دارنده مال فکری را به نفع خود مورد استفاده قرار دهد. اگرچه در حقوق ایران مطابق نص ماده ۷۷۴ قانون مدنی رهن اموال ناملموس را باطل اعلام نموده است، ولی فارغ از امکان رفع تعارض با توثیق و ترهین اموال فکری، باید بر این عقیده بود که توثیق مساوی با رهن و گرو نیست و هر حقی که طبق بنای عقلا قابلیت تضمین و اطمینان تعهدات را داشته باشد قابل توثیق است. درباره اموال فکری باید بر این عقیده بود که راهکار قانون نمونه آنسیترال درباره ماهیت توثیق این اموال قابل دفاع است، زیرا در توثیق دارنده مال فکری حق انتقال مال و حق اعطای اجازه بهره‌برداری را به دیگری می‌دهد و برای وثیقه‌گیر حق مشروطی ایجاد می‌شود که اگر تعهد وثیقه‌پذیر نقض شد، وی بتواند به‌جای وثیقه‌گذار از این حقوق استفاده کند و از عواید و درآمد حاصله طلب خود را استیفا نماید و می‌توان از این احکام در حقوق ایران نیز استفاده کرد.

۷۵. رحیم، پیلوار، «مفهوم اموال فکری در حقوق اموال و جایگاه آن»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ش ۱۲ (۱۳۹۴)، ص ۳۵.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

- کتاب‌ها

۱. صالحی ذهابی، جمال، *حق اختراع: نگرشی تطبیقی*، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۱، ۱۳۸۸).
۲. میرحسینی، سید حسن، *حقوق علائم تجاری*، (تهران: میزان، چ ۱، ۱۳۹۰).
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *حقوق مدنی: رهن و صلح*، (تهران: گنج دانش، چ ۱، ۱۳۷۸).
۴. حکمت‌نیا، محمود، *مبانی مالکیت فکری*، (تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چ ۱، ۱۳۸۶).
۵. شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، (تهران: مجد، چ ۵، ۱۳۸۵).

- مقالات

۶. محمودی، اصغر، «رهن اموال فکری در پرتو مقررات قانون مدنی و مطالعه تطبیقی»، *پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، ش ۱ (۱۳۹۱).
۷. عباسی‌منش، حمیدرضا؛ صادقی، محمود؛ پارساپور، محمداقرا؛ صاحب، طیب، «توثیق نرم‌افزار (مطالعه تطبیقی در الحاقیه آنستیرال در خصوص توثیق اموال فکری، قانون متحدالشکل تجاری امریکا و حقوق ایران)»، *پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، ش ۴ (۱۳۹۷).
۸. پیلوار، رحیم، «مفهوم اموال فکری در حقوق اموال و جایگاه آن»، *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، ش ۱۲ (۱۳۹۴).
۹. طجرلو، رضا و شعبانی کندسری، هادی، «وثیقه شناور در نظام حقوقی کامن‌لا»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، ش ۱ (۱۳۹۳).
۱۰. کریمی، عباس و معین‌الاسلام، محمد، «رهن اموال فکری»، *فصلنامه حقوق*، ش ۲ (۱۳۸۷).
۱۱. حبیب، سعید و شعبانی کندسری، هادی، «جستاری نقادانه پیرامون دلایل لزوم عینیت مورد رهن»، *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، ش ۱۲ (۱۳۹۴).

۱۲. باقری، محمود، جعفری چالستری، محمود، «تحلیل اقتصادی رهن اموال فکری»، *تحقیقات حقوقی*، ش ۶۲ (۱۳۹۲).

(ب) انگلیسی

- Books

13. Aram, Sinnreich, *The Essential Guide to Intellectual Property*, (New Haven: Yale University Press, 1st Ed, 2019).
14. Carlos, Correa & Xavier, Seuba, *Intellectual Property and Development-Understanding the Interfaces*, (Singapore: Springer Nature Pte Ltd ,1st Ed, 2019).
15. Eva-Maria, Kieninger, *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1st Ed, 2004).
16. Hannan, Neil, *Cross-Border Insolvency The Enactment and Interpretation of the UNCITRAL Model Law*, (Singapore: Springer, 1st Ed, 2017)
17. Hugh, Beale & Michael, Bridge & Louise, Gullifer & Eva, Lomnicka, *The Law of Security and Title-Based Financing*, (New York: Oxford University Press, 3rd Ed, 2012).
18. Janet M, Tavakoli, *Structured Finance and Collateralized Debt Obligations New Developments in Cash and Synthetic Securitization*, (New Jersey: John Wiley & Sons, Inc, 2nd Ed, 2008).
19. Nancy, Kubasek & Linda, Barkacs & Lucien, Dhooge & Daniel, Herron & M. Neil Browne, *Dynamic business law*, (New York: McGraw-Hill Education, 4nd Ed, 2017).
20. Philipp ,Sandner, *The Valuation of Intangible Assets: An Exploration of Patent and Trademark Portfolios*, (Wiesbaden: Springer Gabler, 1st Ed, 2010).

21. Raymond, Westbrook & Richard, ***Security for Debt in Ancient Near Eastern Law***, (Boston: Brill Academic Publishers, 1st Ed, 2001).
22. Ting, Xu, & Jean, Allain, ***Property and Human Rights in a Global Context***, (Oxford: Hart Publishing, 1st Ed, 2016).
23. World Bank Group, ***Secured-Transactions-Collateral-Registries-and-Movable-Asset-Based-Financing***, (Washington: WORLD BANK Publishing, 1st Ed, 2019)
24. UNCITRAL, ***UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions***, (New York, United Nations, 1st Ed, 2010).
25. UNCITRAL, ***UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions Supplement on Security Rights in Intellectual Property***, (New York, United Nations: 1st Ed, 2016).
26. UNCITRAL, ***UNCITRAL Model Law on Secured Transactions Guide to Enactment***, (Vienna: United Nations, 1st Ed, 2017).

- Articles

27. Andrea, Tosato, "Security interests over intellectual property", ***Journal of Intellectual Property Law & Practice***, Vol. 6 (2011).
28. Sarnelli, Jennifer, "Grasping for Air: Revised Article 9 and Intellectual Property in an Electronic World", ***UCLA Entertainment Law Review***, Vol. 11 (2004).
29. William J. Murphy, "Proposal for a Centralized and Integrated and Integrated Registered Registry for Security y for Security Interests in Intellectual Property", ***The Journal of Law and Technology***, Vol. 41 (2002).
30. Xuan, Thao Nguyen, "Collateralizing Intellectual Property", ***Georgia La Review***, Vol. 42 (2007).

تحلیل ضمانت اجرای مهلت طرح ایرادات دادرسی مدنی

تاریخ پذیرش نهایی: ۱۴۰۰/۰۵/۱۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۳/۱۷

مهدی حسن زاده^۱

چکیده

قانون آیین دادرسی مدنی^۲ در ماده ۸۷ مهلت طرح ایرادات دادرسی را تا پایان جلسه اول دادرسی اعلام کرده و در ماده ۹۰ ضمانت اجرای این مهلت را عدم تکلیف دادگاه به رسیدگی به ایراد به صورت جدا از ماهیت دعوا مقرر کرده است. بیان این ماده از جهت مفهوم رسیدگی جدا از ماهیت و عدم تکلیف دادگاه در این خصوص و همچنین وضعیت ایراداتی که پس از جلسه دادرسی ایجاد می‌شوند، قابل بررسی است و با توجه به امری بودن ایرادات و منطقی نبودن به تأخیر انداختن بررسی ایرادات و دفاع بودن برخی از آنها، ضمانت اجرای مقرر در ماده ۹۰ ق.آ.د.م. قابل انتقاد است. بررسی موضوع نشان می‌دهد ضمانت اجرای مقرر در این ماده، با وجود ظاهر جدی آن، ضمانت اجرای مؤثر و قابل توجهی نیست و شایسته است قانون‌گذار در این گونه موارد از ضمانت اجرای مناسب و مؤثر از قبیل جریمه مدنی استفاده کند.

واژگان کلیدی: ایرادات دادرسی، جلسه اول دادرسی، رسیدگی جدا از ماهیت دعوا، ضمانت اجرای مهلت طرح ایراد.

مقدمه

قانون‌گذار در ماده ۸۴ ق.آ.د.م. بخش عمده‌ای از ایراداتی را که خوانده می‌تواند در دادرسی مطرح کند، بیان کرده است. بحث ایرادات از مباحث مهم آیین دادرسی مدنی است و مطالب و مباحث متعددی دارد که برخی از آنها پیش‌تر بحث و مطرح شده‌اند. یکی از مهم‌ترین مباحث ایرادات که پیش از این به‌طور متمرکز و مفصل مورد توجه و بحث جدی قرار نگرفته، مسئله «ضمانت اجرای مهلت ایرادات» است.

ق.آ.د.م. در ماده ۸۷ اعلام کرده است: «ایرادات و اعتراضات باید تا پایان اولین جلسه دادرسی به‌عمل آید مگر اینکه سبب ایراد متعاقباً حادث شود» و در ماده ۹۰ در مقام بیان ضمانت اجرای مهلت مقرر در ماده ۸۷، آمده است: «هرگاه ایرادات تا پایان جلسه اول دادرسی اعلام نشده باشد دادگاه مکلف نیست جدا از ماهیت دعوا نسبت به آن رأی دهد». این ماده از جهت مفهوم رسیدگی جدا از ماهیت دعوا و عدم تکلیف دادگاه در این خصوص و همچنین وضعیت ایراداتی که پس از جلسه دادرسی ایجاد می‌شوند، نیاز به بررسی و تبیین دارد و با توجه به امری بودن ایرادات دادرسی و منطقی نبودن به تأخیر انداختن بررسی ایراد با وجود احتمال وارد بودن آن و نیز دفاع بودن برخی ایرادات، ضمانت اجرای مقرر در ماده ۹۰ ق.آ.د.م. قابلیت خدشه‌پذیری و انتقاد را دارد.

بررسی موضوع نشان می‌دهد ضمانت اجرای مقرر در ماده ۹۰ ق.آ.د.م. با وجود ظاهری جدی، در واقع تأثیر چندانی ندارد و صرفاً بیانی به‌ظاهر جدی است که می‌تواند سبب ترغیب اشخاص به طرح ایراد در مهلت مقرر شود.

۱. تبیین ضمانت اجرای مقرر در ماده ۹۰ ق.آ.د.م.

در تحلیل ماده ۹۰ ق.آ.د.م. به چند نکته مهم باید توجه شود: یک مطلب این است که منظور از صدور رأی نسبت به ایراد به صورت جدا از ماهیت چیست؟ مطلب قابل بررسی دیگر اینکه به‌موجب این ماده، تکلیف رسیدگی و صدور رأی نسبت به ایرادی که بعد از مهلت قانونی مطرح شود منتفی نشده، بلکه چنین تکلیفی همچنان باقی است. در نهایت هم باید وضعیت ضمانت اجرای ایراداتی که سبب آن بعد از جلسه دادرسی ایجاد می‌شود، بررسی گردد.

۱. ۱. منظور از صدور رأی نسبت به ایراد به صورت جدا از ماهیت دعوا در ماده ۹۰ ق.آ.د.م.

ماده ۹۰ ق.آ.د.م. در تکمیل مواد ۸۷ و ۸۸ آن قانون، ضمانت اجرای مهلت مقرر در ماده ۸۷ و به عبارت دیگر اثر عدم رعایت مهلت یادشده را مکلف نبودن دادگاه به صدور رأی نسبت به ایراد به صورت جدا از ماهیت دعوا اعلام کرده است. ماده ۸۸ نیز اثر رعایت مهلت مقرر در ماده ۸۷ را تکلیف اتخاذ تصمیم در خصوص ایراد، پیش از ورود به ماهیت دعوا مقرر کرده است.

در تبیین ضمانت اجرای مقرر در ماده ۹۰ ق.آ.د.م، لازم است توجه شود که منظور از صدور رأی نسبت به ایراد به صورت جدا از ماهیت دعوا، صدور رأی نسبت به ایراد پیش از ورود به ماهیت دعوا است. این مطلب به قرینه ماده ۸۸ ق.آ.د.م. مشخص است، زیرا این ماده اثر رعایت مهلت مقرر در ماده ۸۷ را بیان نموده و در مقابل، ماده ۹۰ اثر عدم رعایت مهلت یادشده را مقرر کرده است. در واقع، ماده ۹۰ در خصوص عدم رعایت مهلت مقرر در ماده ۸۷ همان تکلیفی را از دادگاه برداشته که ماده ۸۸ در حالت رعایت مهلت یادشده مقرر کرده است. پس معلوم است که آنچه در ماده ۸۸ با عبارت اتخاذ تصمیم نسبت به ایراد، پیش از ورود در ماهیت دعوا بیان شده، همان چیزی است که در ماده ۹۰ با عبارت «صدور رأی نسبت به ایراد، جدا از ماهیت دعوا» آمده است. با این توضیح، تکلیفی که در ماده ۸۸ ق.آ.د.م. مقرر شده، ناظر به رعایت مهلت مقرر در ماده ۸۷ است و از مفهوم مخالف ماده ۹۰ نیز این مطلب فهمیده می‌شود و در صورتی که ماده ۸۸ هم نبود، مفهوم مخالف ماده ۹۰ حکم مقرر در ماده ۸۸ را می‌رساند.

البته باید توجه داشت که پس از جلسه دادرسی، چه‌بسا ایراد زمانی مطرح شود که دادگاه وارد رسیدگی به ماهیت شده و حتی بخش قابل توجهی از آن را انجام داده باشد و در چنین شرایطی رسیدگی و صدور رأی نسبت به ایراد، پیش از ورود به ماهیت، سالبه به انتفای موضوع است. بنابراین، لازم است در توسعه مفهوم صدور رأی نسبت به ایراد، جدای از ماهیت دعوا، گفته شود: اگر دادگاه وارد ماهیت نشده، منظور از صدور رأی نسبت به ایراد به صورت جدا از ماهیت دعوا، صدور رأی نسبت به ایراد، پیش از ورود به ماهیت است. اما اگر

ایراد زمانی مطرح شود که دادگاه وارد رسیدگی به ماهیت دعوا شده، منظور از صدور رأی نسبت به ایراد، جدا از ماهیت دعوا، صدور رأی در خصوص آن، پیش از ادامه رسیدگی در ماهیت دعوا است. بر این اساس، به موجب ماده ۹۰ ق.آ.د.م. در صورتی که ایراد پس از جلسه اول دادرسی مطرح شود، دادگاه تکلیف ندارد اگر وارد ماهیت دعوا نشده باشد، پیش از ورود به ماهیت دعوا، نسبت به ایراد اعلام رأی نماید و اگر وارد ماهیت شده باشد، تکلیف ندارد رسیدگی به ماهیت دعوا را قطع و در خصوص ایراد، رأی صادر کند.

لازم است توجه شود که ماده ۹۰ ق.آ.د.م. تکلیف صدور رأی نسبت به ایراد به صورت جدا از ماهیت دعوا را از دادگاه برداشته، ولی به دادگاه تکلیف نکرده است که الزاماً رأی نسبت به ایراد را در ضمن رأی نسبت به ماهیت دعوا صادر نماید. بنابراین به موجب این ماده دادگاه مختار است در صورتی که ایراد پس از جلسه اول مطرح شود، صدور رأی نسبت به آن را به زمان صدور رأی در ماهیت دعوا موکول نماید یا همانند ایرادی که در مهلت مقرر مطرح شده، جدای از ماهیت دعوا، نسبت به آن، رأی صادر کند. پس اگر دادگاه با وجود عدم رعایت مهلت مقرر در ماده ۸۷ ق.آ.د.م. و طرح ایراد پس از جلسه اول دادرسی، نسبت به آن، جدای از ماهیت دعوا رأی صادر نماید، مرتکب تخلفی نشده، بلکه اختیاری را که ماده ۹۰ ق.آ.د.م. به او داده، اعمال کرده است و ایرادی بر کار او وارد نیست. با وجود این، یکی از استادان حقوق دادرسی مدنی ایرادات را به امری و مخیره تقسیم کرده، ماده ۹۰ ق.آ.د.م. را صرفاً ناظر به ایرادات مخیره شناخته و اعلام کرده است؛ در صورتی که در طرح این ایرادات مهلت مقرر قانونی رعایت نشود، «دادگاه می‌بایست تکلیف آن‌ها را ضمن صدور رأی نسبت به ماهیت روشن نماید» و باید رسیدگی به ماهیت دعوا را ادامه داده، در حکمی که صادر می‌کند، مردود بودن ایراد را اعلام نماید.^۳ این سخن، با توجه به آنچه گفته شد، از این جهت که قائل به این تکلیف بر دادگاه شده که رسیدگی در ماهیت را ادامه دهد و اعلام نظر در خصوص ایراد را به صدور حکم موکول کند، قابل انتقاد است و با ماده ۹۰ ق.آ.د.م. سازگار نیست.

۳. عبدالله، شمس، *آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)*، ج ۱، (تهران: انتشارات دراک، چ ۱۲، زمستان ۱۳۸۵)، ص ۴۶۵.

نکته قابل توجه در این خصوص این است که اختیاری که قانون به دادگاه در دادرسی اعطا می‌کند لازم است از دلایل و مبانی توجیه‌کننده برخوردار باشد و دادگاه نیز در چگونگی اعمال اختیار باید توجیهات منطقی و قابل قبول داشته باشد. بر این اساس، این پرسش مطرح است که اعطای اختیار صدور رأی نسبت به ایراد به صورت جدا از ماهیت دعوا یا در ضمن آن، از چه دلایل و مبانی توجیه‌کننده‌ای برخوردار است و چه دلایل منطقی‌ای می‌تواند اعمال این اختیار را به صورت صدور رأی نسبت به ایراد به صورت جدا از ماهیت دعوا یا در ضمن ماهیت دعوا، توجیه نماید؟ به نظر می‌رسد قسمت نخست پرسش در خصوص موضوع مورد بررسی، منتفی و بی‌پاسخ است؛ زیرا اختیار صدور رأی نسبت به ایراد به صورت جدا از ماهیت دعوا یا در ضمن آن در مورد ایرادی که پس از جلسه اول دادرسی مطرح می‌شود، به طور مستقیم مورد حکم قانون واقع نشده، بلکه نتیجه برداشتن تکلیفی است که در صورت رعایت مهلت طرح ایرادات به موجب ماده ۸۸ مقرر شده است. به عبارت دیگر، قانون‌گذار به طور مستقیم و اصلی به اعطای اختیار مورد بحث اقدام نکرده تا این پرسش قابل طرح باشد که چرا چنین اختیاری را اعطا کرده است، بلکه در مقام ایجاد ضمانت اجرا برای مهلت مقرر در ماده ۸۷ ق.آ.د.م. تکلیف مقرر در ماده ۸۸ آن قانون را در موارد عدم رعایت مهلت وضع شده در ماده ۸۷ برداشته است و نتیجه چنین اقدامی، ایجاد اختیار برای دادگاه است. اما در خصوص چگونگی اعمال چنین اختیاری، با توجه به جنبه عمومی دادرسی و اینکه هیچ اختیاری برای قاضی در دادرسی جنبه خصوصی ندارد، به معنای امکان عمل دل‌خواهی او نیست. قاضی در اعمال اختیار مورد بحث نیز لازم است مقتضیات دادرسی را در هر مورد، ملاحظه و مراعات نماید و با رعایت چنین مقتضیاتی، در مورد صدور رأی نسبت به ایراد به صورت جدا از ماهیت دعوا یا در ضمن آن در خصوص ایراد مطرح شده پس از جلسه دادرسی تصمیم بگیرد. البته آنچه در اینجا گفته می‌شود صرفاً با لحاظ و در تبیین عبارت ماده ۹۰ ق.آ.د.م. است. اما در ادامه به طرح ملاحظات و مباحثی خواهیم پرداخت که به کلی مسیر تحلیل ضمانت اجرای مهلت طرح ایرادات را دستخوش تغییر و دگرگونی می‌کند.

۱.۲. باقی بودن اصل تکلیف رسیدگی و صدور رأی نسبت به ایراد در ماده ۹۰ ق.آ.د.م.

در ماده ۹۰ ق.آ.د.م. تکلیف صدور رأی نسبت به ایراد به‌طور کلی برداشته نشده، بلکه تکلیف صدور رأی به صورت جدا از ماهیت دعوا مرتفع شده است. ماده ۹۰ ق.آ.د.م. اعلام نکرده است هرگاه ایرادات تا پایان جلسه اول دادرسی اعلام نشده باشد دادگاه مکلف نیست نسبت به آن رأی دهد، بلکه با اضافه کردن قید «جدا از ماهیت دعوا»، رفع تکلیف صدور رأی نسبت به ایراد را مقید به این قید کرده است. بر این اساس، اصل تکلیف صدور رأی نسبت به ایراد که به موجب مواد قانونی پیش از این ماده، مقرر شده، زایل نشده و باقی است، ولی لازم نیست دادگاه این تکلیف را به صورت جدا از ماهیت دعوا انجام دهد. پس دادگاه نمی‌تواند خود را به‌طور کلی از تکلیف صدور رأی نسبت به ایرادی که پس از جلسه اول دادرسی مطرح شده است، مبرا بداند. رویه قضایی نیز لزوم صدور رأی نسبت به ایرادی را که بعد از جلسه اول دادرسی مطرح شده، تأیید کرده است.^۴ با وجود این، در یک رأی قضایی، عدم صدور رأی در خصوص ایراد مطرح‌شده پس از جلسه اول دادرسی، موجب اشکال بر دادرس شناخته نشده، اما استدلال این رأی نیز که صدور حکم محکومیت خوانده را متضمن قرار ضمنی رد ایراد خوانده دانسته است، مؤید لزوم صدور رأی نسبت به ایراد مطرح‌شده پس از جلسه اول دادرسی است.^۵ متن این رأی مورد توجه و تأیید اداره حقوقی دادگستری نیز واقع شده و به‌عنوان نظر این اداره اعلام گردیده است.^۶

پرسش مهم این است که آیا باقی بودن تکلیف صدور رأی نسبت به ایرادی که بعد از جلسه اول دادرسی مطرح شده، متضمن و مستلزم تکلیف بررسی و رسیدگی به ایراد از جهت وارد بودن یا نبودن آن است؟ یا ایرادی که پس از جلسه اول دادرسی مطرح می‌شود آیا در هر حال مردود است و نیاز به بررسی از جهت وارد بودن یا نبودن ندارد و دادگاه صرفاً مکلف است مردود بودن ایراد را- یا به صورت جدا از ماهیت دعوا یا در ضمن رأی نسبت به

۴. سید محمدرضا حسینی، *قانون آیین دادرسی مدنی در رویه قضایی*، (تهران: انتشارات مجد، چ ۳، ۱۳۸۷)، ص ۸۲.

۵. موسی، شهیدی، *موازین قضائی محکمه عالی انتظامی از نظر تخلف اداری*، (بی جا: چاپخانه علمی، چ ۳، بی تا)، ص ۴۹.

۶. ر.ک. سید محمدرضا حسینی، پیشین، ص ۷۷.

ماهیت دعوا- اعلام نماید؟ مسلم است که ایراد مطرح شده پس از جلسه اول دادرسی نیز مانند ایراد مطرح شده در مهلت مقرر ممکن است وارد باشد یا وارد نباشد، پرسش این است که آیا صرف مطرح نشدن ایراد در مهلت مقرر سبب می شود که ایراد در هر حال، مردود شناخته شود و دادگاه تکلیفی جز اعلام چنین ردی نداشته باشد؟ در این خصوص، ماده ۹۰ ق.آ.د.م. صراحت ندارد، زیرا به تکلیف دادگاه به بررسی ایراد یا عدم تکلیف دادگاه در این زمینه تصریح نکرده است. اما به نظر می رسد این ماده به طور ضمنی حاوی تکلیف دادگاه به بررسی ایراد مطرح شده در خارج از مهلت، از جهت وارد بودن یا نبودن آن است؛ زیرا اگر تکلیف دادگاه در خصوص اعلام رأی نسبت به ایراد مطرح شده در خارج از مهلت صرفاً ناظر به اعلام مردود بودن آن باشد، کار لغو و بی فایده ای است و قانون گذار می توانست در همین ماده، به عنوان یک حکم کلی، ایرادهای مطرح شده پس از جلسه اول دادرسی را مردود اعلام نماید و به این ترتیب دادگاه ها را از اعلام رد در هر پرونده بی نیاز می کرد. به عبارت دیگر، تکلیف صدور رأی نسبت به ایراد، زمانی منطقی و قابل توجیه است که مستلزم و حاوی تکلیف بررسی ایراد از جهت وارد بودن یا نبودن آن باشد و رأی دادگاه نیز بتواند قبول ایراد در موارد وارد بودن ایراد و رد ایراد در موارد وارد نبودن آن باشد.

علاوه بر اینکه تمام یا عمده ایرادات دادرسی اشکال هایی هستند که به دلایلی که در ادامه بیشتر توضیح داده خواهد شد، با وجود چنین اشکال هایی رسیدگی و صدور رأی در ماهیت دعوا امکان پذیر نیست. بنابراین، صرف مطرح نشدن این ایرادات در مهلت مقرر در ماده ۸۷ ق.آ.د.م، نمی توان آنها را مردود شناخت و بدون توجه به وارد بودن آنها، به رسیدگی در ماهیت دعوا و صدور رأی پرداخت. همچنین، عدم طرح ایراد در مهلت را نمی توان اعراض تلقی کرد و حق ایراد را بعد از جلسه اول دادرسی، ساقط شده دانست^۷ و دادگاه نمی تواند با چنین استدلالی، رأی به رد ایراد مطرح شده پس از سپری شدن مهلت قانونی بدهد.

در سخن صاحب نظران و نویسندگان حقوق دادرسی مدنی نیز یافت نشده کسی به لزوم رد ایراد مطروحه در خارج از مهلت معین شده- حتی درجایی که ایراد وارد است- تصریح

۷. احمد، متین دفتری، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، ج ۱ (ج ۱ و ۲ در یک مجلد)، (تهران: انتشارات مجد، ج ۲، ۱۳۸۱)، ص ۲۵۲.

کرده باشد. با وجود این، از برخی اظهار نظرها چنین برمی آید که گویی بعد از جلسه اول دادرسی، ایرادی که پیش از جلسه دادرسی موجود بوده قابل طرح نیست، بلکه صرفاً طرح ایرادی ممکن است که سبب آن بعد از جلسه ایجاد شده باشد.^۸ در نظری دیگر، دادگاه مکلف به رسیدگی به ایرادی که بعد از جلسه اول دادرسی مطرح شده، شناخته نشده، بلکه مختار به این کار دانسته شده است.^۹ همچنین با استناد به ماده ۹۰ ق.آ.د.م، اعلام شده است که دادگاه به ایراد عدم صلاحیت محلی که بعد از جلسه اول دادرسی مطرح شده باشد، ترتیب اثر نمی دهد.^{۱۰} از برخی سخنان نیز به طور ضمنی چنین به ذهن می رسد که در خصوص برخی ایرادات، صدور رأی به رد ایراد به صرف طرح آن در خارج از مهلت، ممکن شناخته شده است.^{۱۱} چنین سخنانی قابل تأمل است و در ادامه این پژوهش به آن پرداخته خواهد شد.

۳.۱. بررسی چگونگی مهلت در ایراد ایجادشده بعد از جلسه دادرسی

ماده ۸۷ ق.آ.د.م. در خصوص ایرادی که سبب آن بعد از جلسه اول دادرسی ایجاد شود، خوانده را از تکلیف مقرر در این ماده معاف کرده است. در واقع، تکلیف این ماده در خصوص ایرادی که سبب آن بعد از جلسه دادرسی ایجاد می شود، سالبه به انتفای موضوع است؛ زیرا تا ایرادی ایجاد نشده باشد، نمی توان مطرح کردن آن را تکلیف کرد. حال این پرسش مطرح است که آیا ایرادی که سبب آن بعد از جلسه اول دادرسی ایجاد می شود، مقید به هیچ مهلتی نیست؟ قانون آیین دادرسی مدنی در خصوص ایرادی که سبب آن بعد از جلسه ایجاد می شود، صرفاً معاف بودن خوانده از تکلیف طرح ایراد تا پایان جلسه اول دادرسی را بیان کرده، ولی درباره زمان و مهلت طرح چنین ایرادی سکوت کرده است.

۸. نظر شماره ۷/۲۴۵۲ مورخ ۱۳۸۰/۳/۱۰ اداره حقوقی قوه قضائیه؛ ر.ک. علی عباس، حیاتی، آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی کنونی، (تهران: نشر میزان، چ ۲، تابستان ۱۳۹۰)، ص ۱۸۶؛ مهرزاد، مسیحی، قانون آیین دادرسی مدنی در آیین آراء قضایی و نظرات مشورتی، (تهران: انتشارات خرسندی، چ ۱، پاییز ۱۳۸۷)، صص ۱۲۱ و ۱۲۲.

۹. ر.ک. معاونت آموزش قوه قضائیه، مجموعه نشست های قضایی مسائل آیین دادرسی مدنی، ج ۱، (تهران: انتشارات جاودانه، چ ۱، ۱۳۸۷)، ص ۲۹۹.

۱۰. عبدالله، شمس، پیشین، ص ۴۱۸.

۱۱. همان، ص ۴۶۹؛ محمدجواد، بهشتی و نادر، مردانی، آیین دادرسی مدنی، ج ۲، (تهران: نشر میزان، چ ۲، زمستان ۱۳۸۹)، ص ۳۴۱.

برخی از حقوق دانان اعلام کرده‌اند اگر سبب ایراد بعد از جلسه اول دادرسی ایجاد شود، زمان طرح آن، اولین جلسه یا اولین اقدام ذی‌نفع پس از حدوث ایراد است.^{۱۲} لزوم طرح ایراد در همان موقع ایجاد سبب نیز به‌عنوان زمان طرح ایراد به‌وجودآمده پس از جلسه اول دادرسی^{۱۳} یا به‌عنوان یک احتمال^{۱۴} مطرح شده است.

به‌نظر می‌رسد حمل سکوت قانون‌گذار بر نفی مهلت برای طرح ایرادی که سبب آن بعد از جلسه اول دادرسی ایجاد می‌شود، با سیاست تقنینی و احکام مقرر در مواد ۸۷، ۸۸ و ۹۰ ق.آ.د.م. در خصوص ایرادات موجود در زمان جلسه اول دادرسی سازگار نیست و نمی‌توان پذیرفت قانون‌گذار که در ماده ۸۷ بر لزوم طرح ایرادات موجود در زمان جلسه نخست دادرسی تا پایان آن جلسه تأکید کرده و در مواد بعدی (۸۸ و ۹۰) سعی کرده است با بیان آثار رعایت یا عدم رعایت این مهلت، بر اهمیت چنین مهلتی پافشاری کند، در خصوص ایراد ایجادشده بعد از جلسه اول دادرسی، به‌آسانی بپذیرد که طرح آن به هیچ مهلتی مقید نباشد. به‌عبارت دیگر، هر آنچه که در نظر قانون‌گذار، وضع مواد یادشده و تعیین مهلت برای طرح ایرادات موجود در زمان جلسه اول دادرسی را اقتضا داشته، می‌طلبد که ایراد ایجادشده پس از جلسه اول دادرسی نیز بدون مهلت نباشد. نهایت اینکه می‌توان گفت اگرچه مهلت مقرر در ماده ۸۷ ق.آ.د.م. مربوط به ایرادات موجود در زمان جلسه اول دادرسی است، ولی ملاک این حکم در ایراداتی که پس از جلسه اول دادرسی ایجاد می‌شوند نیز وجود دارد. بنابراین، باید ایراد ایجادشده پس از جلسه اول دادرسی را نیز مقید به اولین جلسه بعد از ایجاد ایراد بدانیم.

پرسش دیگر این است که با فرض اینکه طرح ایراد ایجادشده بعد از جلسه اول را مقید به جلسه اول بعد از ایجاد ایراد بدانیم، اثر و ضمانت اجرای این مهلت چیست؟ به‌نظر می‌رسد در این خصوص نیز باید ملاک مواد ۸۸ و ۹۰ ق.آ.د.م. را جاری دانست و لازمه پذیرش ملاک ماده ۸۷ در خصوص ایرادهای ایجادشده پس از جلسه اول دادرسی، این

۱۲. عبدالله، شمس، پیشین، ص ۴۶۹؛ علی، مهاجری، مبسوط در آیین دادرسی مدنی، ج ۱، (تهران: انتشارات فکرسازان، چ ۱، ۱۳۸۷)، ص ۳۹۴؛ عباس، زراعت، قانون آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی ایران، (تهران: خط سوم، چ ۱، ۱۳۸۳)، ص ۳۴۹.

۱۳. احمد، متین دفتری، پیشین، ص ۲۵۱.

۱۴. علی، مهاجری، پیشین، ص ۳۷۸.

است که ملاک مواد ۸۸ و ۹۰ و نیز اثر و ضمانت اجرای مقرر در این مواد نسبت به ایرادهای ایجادشده پس از جلسه اول دادرسی پذیرفته شود. بنابراین، در هماهنگی با احکام مقرر در مواد ۸۷، ۸۸ و ۹۰ در خصوص ایرادهای موجود در زمان جلسه اول دادرسی، باید بپذیریم که ایراد ایجادشده پس از جلسه اول دادرسی نیز مقید به جلسه اول دادرسی پس از ایجاد ایراد است و اگر ایراد تا پایان جلسه اول پس از ایجاد آن مطرح شود، دادگاه مکلف است پیش از ادامه رسیدگی در ماهیت دعوا، نسبت به ایراد مطرح شده، رسیدگی و اعلام رأی نماید. اما اگر ایراد پس از چنین مهلتی مطرح شود، دادگاه به صدور رأی در مورد آن به صورت جدا از ماهیت دعوا مکلف نیست.

۲. نقد ضمانت اجرای مقرر در ماده ۹۰ ق.آ.د.م.

ضمانت اجرای مقرر در ماده ۹۰ ق.آ.د.م. از جهات متعددی قابل انتقاد است؛ ازجمله اینکه با امری بودن مقررات مربوط به اکثر ایرادات دادرسی و تکلیف ابتدایی دادگاه در توجه و ترتیب اثر به این ایرادات و اینکه برخی ایرادات جنبه دفاع ماهوی دارند، سازگاری ندارد. افزون بر این، ضمانت اجرای یادشده، خلاف منطق و ضرورت‌های دادرسی است و اثر و فایده چندان بر آن مترتب نیست.

۲.۱. امری بودن قواعد اکثر ایرادات دادرسی

از مهم‌ترین اشکال‌های وارد بر ضمانت اجرای مقرر در ماده ۹۰ ق.آ.د.م، ناسازگاری آن با امری بودن مقررات مربوط به ایرادات دادرسی است. در خصوص ویژگی امری یا تکمیلی بودن ایرادات مقرر در ماده ۸۴ ق.آ.د.م. اتفاق نظر وجود ندارد، اما مسلم است که همه ایرادات مقرر در این ماده را نمی‌توان فاقد وصف امری بودن دانست و دیده نشده است کسی چنین نظری هم داده باشد. با وجود این، یکی از استادان حقوق دادرسی مدنی، ایرادات را نوعاً از حقوق خصوصی اصحاب دعوا شناخته، صرفاً ایرادهای عدم صلاحیت ذاتی دادگاه، عدم اهلیت قانونی اصحاب دعوا، عدم توجه دعوا به خوانده، عدم احراز سیمت اقامه‌کننده دعوا و امر مختوم را مربوط به نظم عمومی معرفی کرده است.^{۱۵} در مقابل، استاد دیگری

۱۵. احمد، متین دفتری، *آیین دادرسی مدنی و بازرگانی*، ج ۲ (ج ۱ و ۲ در یک مجلد)، (تهران: انتشارات مجد، ج ۲، ۱۳۸۱)، صص ۲۱۲ و ۲۵۲.

اکثر ایرادات ماده ۸۴ (ایراد عدم صلاحیت ذاتی و ایرادات بندهای ۳ تا ۱۱) را از قواعد آمره شناخته است.^{۱۶} نویسنده دیگری در عین اینکه ایرادات ماده ۸۴ را به طور مطلق از قواعد آمره معرفی کرده^{۱۷}، در جای دیگری، ایرادهای نامشروع بودن دعوا و بی اثر بودن آن را از قواعد آمره نشناخته است.^{۱۸} در منابع متعدد دیگر نیز به معرفی ایراداتی که مربوط به نظم عمومی و امری هستند، اقدام شده است.^{۱۹} به نظر می رسد اکثر قریب به اتفاق ایرادات مقرر در ماده ۸۴ از امری هستند که به نظم دادرسی مربوط و از قواعد آمره محسوب می شوند. تنها ایرادی که امری یا تخییری بودن آن، محل تردید و تأمل است، ایراد صلاحیت محلی است.

در چنین شرایطی و با توجه به اتفاق نظر بر امری بودن تعدادی از ایرادات ماده ۸۴ ق.آ.د.م. و صرف نظر از اختلاف دیدگاهی که در تعیین مصادیق ایرادات امری وجود دارد، ضمانت اجرای مقرر در ماده ۹۰ ق.آ.د.م. قابل انتقاد است؛ زیرا اطلاق این ماده، همه ایرادات ماده ۸۴ را دربر می گیرد و اگر اختیاری که این ماده به دادگاه داده برای اینکه صدور رأی نسبت به ایراد را به زمان صدور رأی در ماهیت دعوا موکول نماید، مستلزم اختیار به تأخیر انداختن بررسی ایراد نیز باشد، به موجب این ماده اجازه داده شد در خصوص ایرادات مطرح شده در خارج از مهلت قانونی، رسیدگی به ایرادات امری نیز به مراحل پایانی دادرسی واگذار شود و در زمان طرح ایراد، رسیدگی به آن صورت نگیرد. چنین مطلبی با امری بودن ایراد سازگار نیست، بلکه امری بودن ایراد اقتضا دارد ایراد در هر زمان که مطرح شود مورد توجه و بررسی دادگاه قرار گیرد. این مطلب در منابع متعددی مورد تأیید و تأکید واقع شده است.^{۲۰}

۱۶. عبدالله، شمس، پیشین، ص ۴۶۹.

۱۷. علی، مهاجری، پیشین، ص ۳۷۹.

۱۸. همان، ص ۳۹۵.

۱۹. ر.ک. سید جلال الدین، مدنی، *آیین دادرسی مدنی*، ج ۲، (تهران: کتابخانه گنج دانش، چ ۴، ۱۳۷۵)، ص ۵۹۱؛ معاونت آموزش قوه قضائیه، پیشین، ص ۳۰۵؛ عباس، کریمی، *آیین دادرسی مدنی*، (تهران: انتشارات مجد، چ ۲، ۱۳۸۹)، ص ۲۱۰؛ قدرت الله، واحدی، *آیین دادرسی مدنی*، ج ۳، (تهران: نشر میزان - نشر دادگستر، چ ۲، پاییز ۱۳۷۸)، ص ۴۸؛ علی عباس، حیاتی، *آیین دادرسی مدنی* (۳)، (تهران: نشر میزان، چ ۱، بهار ۱۳۹۰)، ص ۲۸؛ محمدجواد، بهشتی و نادر، مردانی، پیشین، ص ۲۴۱؛ نعمت، احمدی، *آیین دادرسی مدنی منطبق با قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب*، (تهران: انتشارات اطلس، چ ۱، ۱۳۷۵)، ص ۳۵۶؛ جلیل، غفاری، *آیین دادرسی مدنی*، ۳، (تهران: دانشگاه پیام نور، چ ۳، آذر ۱۳۸۴)، ص ۸.

۲۰. ر.ک. عبدالله، شمس، پیشین، ص ۴۶۹؛ علی، مهاجری، پیشین، صص ۳۷۹ و ۳۹۴.

امری بودن ایراد همچنین اقتضا دارد که دادگاه مکلف باشد رأساً به آن توجه نماید و در صورت وجود سبب ایراد، حتی اگر ایراد نشده باشد، از رسیدگی به ماهیت دعوا خودداری نماید.^{۲۱} بنابراین، در ایرادات امری، طرح ایراد از جانب خوانده تأثیری در ایجاد تکلیف رسیدگی به ایراد برای دادگاه ندارد و چنین تکلیفی با توجه به امری بودن ایراد وجود دارد، صرف نظر از اینکه خوانده ایراد نماید یا خیر. در چنین مواردی، ایراد خوانده نقش تذکر و مطلع کردن دادگاه را دارد.

ممکن است خوانده در همکاری با خواهان در پی طرح ایراد نباشد، اما همکاری طرفین دعوا تا جایی می‌تواند باشد که به نظم عمومی دادرسی خللی وارد نشود.^{۲۲}

البته در مواردی که دادگاه رأساً به امری در دادرسی استناد می‌کند، لازم است «اصل تقابلی بودن» دادرسی را رعایت نماید و موضوع را به اطلاع اصحاب دعوا برساند و زمینه دفاع ذی‌نفع را فراهم کند.^{۲۳}

۲.۲. غیرمنطقی بودن به تأخیر انداختن بررسی ایراد با احتمال وارد بودن آن

وجود ایراد با رسیدگی ماهوی دادگاه قابل جمع نیست، بلکه با وجود ایراد، رسیدگی دادگاه در ماهیت متفی است و نباید انجام شود. بنابراین، در صورتی که دادگاه با اختیار ایجادشده به موجب ماده ۹۰ ق.آ.د.م. (در خصوص ایراد مطرح شده پس از جلسه نخست دادرسی) با وجود طرح ایراد (بعد از جلسه دادرسی)، رسیدگی در ماهیت دعوا را ادامه دهد و در پایان دادرسی و پس از بررسی ماهیت دعوا، به بررسی ایراد بپردازد، این احتمال وجود دارد که ایراد را وارد و موجه تشخیص دهد که در این صورت، رسیدگی دادگاه در ماهیت،

۲۱. احمد، متین دفتری، پیشین، ج ۱، ص ۲۵۲؛ همان، ج ۲، ص ۲۱۲؛ عبدالله، شمس، پیشین، صص ۴۶۹ و ۴۷۱؛ علی، مهاجری، پیشین، صص ۳۵۹ و ۳۹۴؛ سید جلال‌الدین، مدنی، پیشین، ص ۵۹۱؛ معاونت آموزش قوه قضائیه، پیشین، صص ۳۰۴ و ۳۰۵؛ عباس، کریمی، پیشین، ص ۲۱۰؛ محمدجواد، بهشتی و نادر، مردانی، پیشین، صص ۲۳۹، ۲۴۰، ۲۵۵ تا ۲۵۹، ۲۶۶ و ۲۶۸؛ عباس، زراعت، پیشین، ص ۳۶۰.

۲۲. بهنام، حبیبی و شهرام حبیبی، «واکاوی نظریه بازی‌های دادرسی مدنی با تأکید بر بازی دادرسی همکارانه»، مجله فقه و حقوق اسلامی (مطالعات حقوقی معاصر)، ش ۱۱ (پاییز و زمستان ۱۳۹۴)، ص ۱۸۵.

۲۳. حسن، محسنی، «استناد سرخود دادرس به جهت بطلان قرارداد؛ نمود هنر دادرسی با اجرای اصل تقابلی بودن دادرسی (رای شماره ۱۱۳۷ مورخ ۲۲ اکتبر ۲۰۲۰ شعبه دوم دیوان عالی کشور فرانسه)»، مطالعات حقوقی معاصر، ش ۲۳، (تابستان ۱۴۰۰)، ص ۱۳۹.

کاری لغو و بیهوده بوده^{۲۴}، وقت دادگاه و اصحاب دعوا به هدر رفته است. در چنین حالتی، صدور رأی در ماهیت نیز منتفی است تا در ضمن آن، تصمیم مربوط به قبول ایراد اعلام شود. بنابراین، اجرای ماده ۹۰ ق.آ.د.م. مبنی بر اعلام تصمیم در خصوص ایراد در ضمن رأی در ماهیت، در فرض وارد بودن ایراد، غیرممکن است^{۲۵}. به عبارت دیگر، ماده ۹۰ در خصوص حالت وارد بودن ایراد، حاوی تناقض است؛ زیرا از طرفی در صورت وارد بودن ایراد، رأیی در ماهیت صادر نمی‌شود تا در ضمن آن وارد بودن ایراد اعلام شود و از طرف دیگر، صدور رأی در ماهیت مستلزم وارد نبودن ایراد است و صرفاً در صورت وارد نبودن ایراد، امکان‌پذیر است.

با توجه به لغو و بیهوده بودن رسیدگی دادگاه در ماهیت دعوا در صورت وارد و موجه بودن ایراد، واگذار نمودن بررسی ایراد مطرح‌شده در خارج از مهلت، به پایان دادرسی و هنگام صدور رأی در ماهیت، غیرمنطقی و نامعقول است و عقل و منطق اقتضا می‌کند ایراد در هر زمانی مطرح شود مورد توجه و بررسی دادگاه قرار گیرد تا در صورت وارد و موجه بودن ایراد، از ادامه دادرسی در ماهیت که کاری بیهوده است جلوگیری شود. به این ترتیب، قانون‌گذار در ماده ۹۰ ق.آ.د.م. تکلیفی را از دوش قاضی برداشته است که عقل او اقتضای آن را دارد و هیچ شخص عاقلی از توجه به اشکالی که می‌تواند سبب بیهوده و لغو شدن فعالیت او شود، کوتاهی نمی‌کند.

بنابراین در خصوص ایراد مطرح‌شده پس از جلسه اول دادرسی، دادگاه به‌ناچار باید آن را بررسی نماید و در صورت وارد بودن ایراد، با اعلام تصمیم وارد بودن آن، از رسیدگی به ماهیت دعوا خودداری نماید. فقط در صورت مردود بودن ایراد، می‌تواند بدون اعلام مردودی ایراد، به رسیدگی در ماهیت ادامه دهد و در ضمن صدور رأی در ماهیت، مردود بودن ایراد مطرح‌شده را اعلام نماید. به این ترتیب، ماده ۹۰ ق.آ.د.م. صرفاً در حد به تأخیر انداختن اعلام مردود بودن ایراد و موکول کردن آن به صدور رأی در ماهیت، در حالت وارد نبودن ایراد مطرح‌شده در خارج از مهلت، قابل اجرا است و چنین مطلبی ضمانت اجرای مؤثری

۲۴. محمدجواد، بهشتی و نادر، مردانی، پیشین، ص ۲۴۱.

۲۵. علی، مهاجری، پیشین، ص ۳۹۶.

نخواهد بود که خواننده را به طرح ایراد تا پایان جلسه اول دادرسی وادار نماید.

۳.۲. منافات ضمانت اجرای ماده ۹۰ ق.آ.د.م. با عدم امکان دفاع یا دفاع بودن برخی ایرادات

وضعیت برخی از ایرادات مطرح شده در ماده ۸۴ ق.آ.د.م. به گونه ای است که با طرح چنین ایرادی نمی توان تصور طرح مطالب دیگری را از سوی خواننده به عنوان دفاع داشت. ایراد عدم توجه دعوا به خواننده (بند ۴ ماده ۸۴) از این قبیل است؛ زیرا از خواننده ای که اعلام می کند دعوا به او ربطی ندارد، نمی توان انتظار داشت که مطلب دیگری در خصوص آن دعوا به عنوان دفاع مطرح نماید و همه آنچه می تواند طرح کند همین است که بی ارتباط بودن دعوا به خود را اعلام نماید. همین بی ارتباطی دعوا به خواننده سبب می شود او مطلب دیگری نداشته باشد و به عبارت دیگر، بی ارتباطی دعوا به خواننده با عدم امکان طرح مطالبی دیگر به عنوان دفاع، ملازمه دارد.

یکی از استادان حقوق دادرسی مدنی ضمن اعلام عدم امکان پاسخ نسبت به ماهیت دعوا، در صورت طرح ایراد عدم توجه دعوا، تکلیف مقرر در ماده ۸۴ ق.آ.د.م. مبنی بر لزوم طرح ایرادات در ضمن پاسخ نسبت به ماهیت دعوا را مورد انتقاد قرار داده است.^{۲۶} این مطلب به عنوان قابل جمع نبودن ایراد عدم توجه دعوا به خواننده و ورود به ماهیت دعوا، در برخی از نشست های قضایی مورد تأکید واقع شده است. همین ویژگی سبب شده است استاد دیگر حقوق دادرسی مدنی ایراد عدم توجه دعوا به خواننده را دفاع محسوب نماید.^{۲۷}

ایرادهای نامشروع بودن دعوا (بند ۸ ماده ۸۴ ق.آ.د.م.) و مؤثر نبودن دعوا (بند ۷ ماده ۸۴ ق.آ.د.م.) نیز همین وضعیت را دارند. به همین دلیل این ایرادات نیز قابل انطباق با ماهیت دعوا شناخته شده اند.^{۲۸}

در خصوص چنین ایراداتی ضمانت اجرای مقرر در ماده ۹۰ ق.آ.د.م. قابلیت اجرایی

۲۶. عبدالله، شمس، پیشین، ص ۴۷۰.

۲۷. احمد، متین دفتری، پیشین، ج ۲ صص ۲۰۹ و ۲۵۱.

۲۸. علی، مهاجری، پیشین، ص ۳۷۱.

ندارد، زیرا با منتفی بودن هرگونه اظهار دیگری از جانب خوانده به عنوان دفاع، موضوعی برای رسیدگی دادگاه به ماهیت دعوا باقی نمی ماند تا در صورت طرح ایراد تا پایان جلسه اول دادرسی، دادگاه ابتدا به ایراد رسیدگی کند و در صورت رد آن، به ماهیت دعوا رسیدگی نماید و در صورت طرح ایراد در خارج از مهلت، دادگاه تکلیف رسیدگی به ایراد را به صورت جدا از ماهیت نداشته باشد و بتواند رسیدگی به ماهیت را ادامه دهد و در رأی مربوط به ماهیت، تکلیف ایراد را اعلام نماید.

به بیان دیگر و از دیدگاه کسانی که این ایرادات را دفاع به حساب آوردند، این موارد همچون دفاع محسوب می شوند. پس در هر زمان که در دادرسی مطرح شوند، لازم است به عنوان دفاع خوانده مورد رسیدگی دادگاه قرار گیرند و با وصف دفاع ماهوی محسوب شدن آنها، در صورت طرح آنها پس از جلسه اول دادرسی، مسئله کنار گذاردن رسیدگی به آنها و موکول کردن بررسی آنها به پایان دادرسی و پس از بررسی ماهیت دعوا، منتفی است.

از آنچه گفته شد مشخص گردید که ضمانت اجرای مقرر در ماده ۹۰ ق.آ.د.م. ضمانت اجرای مناسب و مؤثری نیست و شایسته است قانون گذار از وضع چنین ضمانت اجرای غیرمؤثر و غیرقابل اجرا اجتناب کند و از ضمانت اجرای قابل اجرا و مناسب استفاده نماید. وضع جرمه مدنی، ضمانت اجرای مؤثری است که قانون گذار جز در ماده ۱۰۹ ق.آ.د.م. از آن استفاده نکرده است. در موضوع مورد بحث هم به نظر می رسد این ضمانت اجرا مناسب است و قانون گذار می تواند با وضع جرمه مدنی (برای مثال، یک برابر هزینه دادرسی) برای عدم رعایت مهلت طرح ایراد، درعین حال که طرف دعوا را به طرح زودهنگام ایراد و اجتناب از تأخیر در مطرح کردن آن وادار می نماید، از بیانی که وضعیت رسیدگی و اتخاذ تصمیم در خصوص ایراد مطرح شده پس از مهلت را با ابهام و تردید مواجه می سازد، پرهیز کند.

نتیجه

از آنچه در این مقاله گذشت، مشخص شد که با اینکه قانون‌گذار در ماده ۹۰ ق.آ.د.م. در مقام بیان ضمانت اجرای مهلت مقرر در ماده ۸۷ ق.آ.د.م، معاف بودن دادگاه از رسیدگی به ایراد به صورت جدا از ماهیت دعوا در صورت عدم رعایت مهلت را مقرر کرده است، اما با توجه به اینکه ایرادات دادرسی عمدتاً امری و مربوط به نظم دادرسی هستند و اینکه به تأخیر انداختن بررسی ایراد با وجود احتمال وارد بودن آن - که رسیدگی ماهوی را لغو و بی‌اثر می‌کند - منطقی نیست و همچنین با در نظر گرفتن اینکه برخی از ایرادات جنبه دفاع دارند یا مستلزم ورود به ماهیت هستند، معافیت مقرر در ماده ۹۰ در خصوص رسیدگی جدا از ماهیت به ایراد مطرح شده پس از مهلت قانونی، صرفاً یک بیان از جانب قانون‌گذار است که در عمل، قابل اجرا نیست و موارد یادشده مانع اعمال آن است. به عبارت دیگر، تکلیفی که به ظاهر با بیان ماده ۹۰ برداشته شده است، با حکم عقل و ضرورت‌های دادرسی بر قاضی همچنان وجود دارد. تنها بخش قابل اجرا بر اساس ماده ۹۰، به تأخیر انداختن اعلام رد ایراد در صورت وارد نبودن آن و موکول کردن آن به زمان صدور رأی در ماهیت است.

منابع و مأخذ

- کتاب‌ها

۱. احمدی، نعمت، *آیین دادرسی مدنی منطبق با قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب*، (تهران: انتشارات اطلس، چ ۱، ۱۳۷۵).
۲. بهشتی، محمدجواد و مردانی، نادر، *آیین دادرسی مدنی*، ج ۲، (تهران: نشر میزان، چ ۲، زمستان ۱۳۸۹).
۳. حسینی، سید محمدرضا، *قانون آیین دادرسی مدنی در رویه قضایی*، (تهران: انتشارات مجد، چ ۳، ۱۳۸۷).
۴. حیاتی، علی عباس، *آیین دادرسی مدنی (۳)*، (تهران: نشر میزان، چ ۱، بهار ۱۳۹۰).
۵. حیاتی، علی عباس، *آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی کنونی*، (تهران: نشر میزان، چ ۲، تابستان ۱۳۹۰).
۶. زراعت، عباس، *قانون آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی ایران*، (تهران: خط سوم، چ ۱، ۱۳۸۳).
۷. شمس، عبدالله، *آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)*، ج ۱، (تهران: انتشارات دراک، چ ۱۲، زمستان ۱۳۸۵).
۸. شهیدی، موسی، *موازن قضائی محکمه عالی انتظامی از نظر تخلف اداری*، (بی جا: چاپخانه علمی، چ ۳، بی تا).
۹. غفاری، جلیل، *آیین دادرسی مدنی ۳*، (تهران: دانشگاه پیام نور، چ ۳، آذر ۱۳۸۴).
۱۰. کریمی، عباس، *آیین دادرسی مدنی*، (تهران: انتشارات مجد، چ ۲، ۱۳۸۹).
۱۱. متین دفتری، احمد، *آیین دادرسی مدنی و بازرگانی*، ج ۱ و ۲ (در یک مجلد)، (تهران: انتشارات مجد، چ ۲، ۱۳۸۱).
۱۲. مدنی، سید جلال‌الدین، *آیین دادرسی مدنی*، ج ۲، (تهران: کتابخانه گنج دانش، چ ۴، ۱۳۷۵).
۱۳. مسیحی، مهرزاد، *قانون آیین دادرسی مدنی در آیین آراء قضایی و نظرات مشورتی*، (تهران: انتشارات خرسندی، چ ۱، پاییز ۱۳۸۷).
۱۴. معاونت آموزش قوه قضائیه، *مجموعه نشست‌های قضایی مسائل آیین دادرسی مدنی*، ج ۱، (تهران: انتشارات جاودانه، چ ۱، ۱۳۸۷).
۱۵. مهاجری، علی، *مبسوط در آیین دادرسی مدنی*، ج ۱، (تهران: انتشارات فکرسازان، چ ۱، ۱۳۸۷).

۱۶. واحدی، قدرت‌الله، *آیین دادرسی مدنی*، ج ۳، (تهران: نشر میزان- نشر دادگستر، چ ۲، پاییز ۱۳۷۸).

– مقالات

۱۷. حبیبی، بهنام و حبیبی، شهرام، «واکاوی نظریه‌بازی‌های دادرسی مدنی با تأکید بر بازی دادرسی همکارانه»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر (فقه و حقوق اسلامی سابق)*، ش ۱۱ (پاییز و زمستان ۱۳۹۴)، صص ۱۶۷-۱۹۳.

۱۸. محسنی، حسن، «استناد سرخود دادرس به جهت بطلان قرارداد؛ نمود هنر دادرسی با اجرای اصل تقابلی بودن دادرسی (رأی شماره ۱۱۳۷ مورخ ۲۲ اکتبر ۲۰۲۰ شعبه دوم دیوان عالی کشور فرانسه)»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر (فقه و حقوق اسلامی سابق)*، ش ۲۳ (تابستان ۱۴۰۰)، صص ۱۳۵-۱۵۳.

معیار احراز علم به وقوع نتیجه در قتل عمد

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۰/۰۳

تاریخ پذیرش نهایی: ۱۴۰۰/۰۶/۲۲

جواد سرخوش^۱

ایمان حطمی^۲

چکیده

جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص که در فقه جزایی به عنوان جنایات مورد بررسی قرار گرفته، همواره در قوانین جزایی با واکنش کیفری شدید مواجه شده است. جنایت علیه نفس در قسم عمدی، علاوه بر رکن مادی به رکن معنوی هم نیاز دارد و قاتل باید هم قصد فعل و هم قصد نتیجه داشته، همچنین باید امکان اسناد معنوی جنایت به اراده جانی فراهم باشد. احراز رکن روانی در قتل عمد به آسانی میسر نیست، زیرا قصد نتیجه همیشه به طور صریح نبوده، بلکه گاهی به صورت تبعی یا غیرمستقیم است. قاتل بدون آنکه قصد صریح بر وقوع قتل داشته باشد، مرتکب فعل نوعاً کشنده‌ای می‌شود؛ بنابراین، احراز قصد نتیجه در مورد اخیر بسیار دشوار می‌گردد. از سوی دیگر با عنایت به اینکه اصل عدم استحقاق مجازات است و با تردید در استحقاق مجازات، جایز نیست مجازاتی انشا گردد، معیاری برای اینکه احراز شود مرتکب به وقوع نتیجه علم داشته است یا خیر، بسیار اهمیت دارد. در مقاله حاضر کوششی انجام گرفته است تا همراه با تبیین علم به کشنده بودن نوعی رفتار و شقوق گوناگون آن، معیار منطقی «ملازمه بین بالمعنی الاخص نتیجه با رفتار ارتكابی» را که با مبانی جزای عمومی اسلام نیز سازگار است برای احراز اینکه آیا شخص می‌دانسته است نتیجه در اثر رفتارش تحقق می‌یابد، ارائه نماید.

واژگان کلیدی: جرم مقید، علم به نتیجه، قتل عمد، قصد غیرمستقیم، ملازمه بین.

j.sarkhosh@alzahra.ac.ir

i.hatami@chmail.ir

۱. دانشیار دانشگاه الزهرا تهران، ایران (نویسنده مسئول)

۲. دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران شمال، ایران

مقدمه

در حقوق ایران برای اولین بار قتل عمدی با قصد تبعی و با آلت قتاله، در قسمت دوم ماده ۱۷۱ قانون مجازات عمومی ۱۳۰۴ مورد تصویب قرار گرفت. ماده ۱۷۱ مقرر می‌داشت: «هر کس عمداً به دیگری جرح یا ضربی وارد آورد که منتهی به فوت مجنی علیه گردد بدون اینکه مرتکب، قصد کشتن را داشته باشد به حبس با اعمال شاقه از سه تا ده سال محکوم خواهد شد، مشروط بر اینکه آلتی که استعمال شده است قتاله نباشد و اگر قتاله باشد مرتکب در حکم قاتل عمدی است».

در خصوص مفهوم آلت قتاله میان حقوق‌دانان آن زمان اختلاف نظر بود. عده‌ای معتقد بودند که منظور از آلت قتاله، آلتی است که ذاتاً قتاله بوده یا به اعتبار محل اصابت قتاله باشد و برخی آلت قتاله را صرفاً در مواردی که ذاتاً قتاله باشد می‌پذیرفتند. همین اختلافات در رویه قضایی نیز وجود داشت، تا موضوع در هیئت عمومی دیوان عالی کشور مطرح و نظریه اول مورد تأیید واقع شد.^۳

در قوانین پس از انقلاب به جای مفهوم آلت قتاله، تعبیر «عمل نوعاً کشنده» وارد قوانین شد. بند «ب» ماده ۲ قانون حدود و قصاص مصوب ۱۳۶۱ و بند «ب» ماده ۲۰۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ و بندهای «ب» و «پ» ماده ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به این مفهوم اشاره دارند. همین امر موجب بروز اختلاف نظر میان حقوق‌دانان گردید. عده‌ای فعل نوعاً کشنده را معادل آلت قتاله می‌دانستند و برخی دیگر معتقد بودند که منظور از عمل، وسیله کشنده نیست، بلکه چگونگی و خصوصیات انجام عملی است که باعث مرگ مجنی علیه می‌شود؛ خواه وسیله مورد استفاده قاتل، کشنده باشد یا نباشد.

یکی از موضوعاتی که در این خصوص همواره مورد اختلاف بوده، این است که آیا در عمدی بودن قتل، علم قاتل به اینکه «عملی که انجام می‌دهد کشنده است» یا «آلتی که به کار می‌برد قتاله است» شرط می‌باشد؟ تکلیف این موضوع در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ مشخص نبوده و همین امر موجب تشدید اختلاف در رویه قضایی شده است. اما

۳. رأی شماره ۴۶۶۸ مورخ ۱۳۳۶/۹/۷

قانون‌گذار در تبصره‌های ماده ۲۹۰ ق.م.ا. ۱۳۹۲ تکلیف این موارد را روشن کرده و آگاه بودن قاتل را به اینکه رفتارش نوعاً کشنده است در احتساب عمدی بودن قتل، شرط دانست.^۴

همچنین، احراز عنصر معنوی جرم بر اساس «علم به وقوع نتیجه» مفهوم جدیدی است که با تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به حوزه حقوق کیفری ایران وارد شد.

لذا در این تحقیق قصد داریم به پرسش‌های زیر پاسخ دهیم:

- معیار احراز اینکه شخص چه زمانی «می‌داند» یا «علم دارد» نتیجه در اثر رفتار وی محقق می‌شود، چیست؟ (سؤال اصلی)
- علم به «رفتار نوعاً کشنده» و «رفتار به‌ندرت کشنده» چیست؟ (سؤال فرعی)

در رویکرد کیفری پیشین در ایران در خصوص رکن روانی جرایم مقید، شخص تنها زمانی مجرم محسوب می‌شد که افزون بر قصد رفتار و علم به موضوع جرم، قصد رسیدن به نتیجه خاصی را هم داشت. در رویکرد کیفری کنونی هرگاه فرد با علم به تحقق نتیجه رفتاری را مرتکب شود، وی نیز قاصد نتیجه محسوب می‌شود. این امر که در فقه امامیه در جنایت عمد و در حقوق کامن‌لا سابقه بسیاری دارد، قصد غیرمستقیم بوده و در ماده ۱۴۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به‌عنوان یک قاعده عام در جرایم عمدی مقید وارد شده است: «در تحقق جرایم عمدی علاوه بر علم مرتکب به موضوع جرم، باید قصد او در ارتکاب رفتار مجرمانه احراز گردد. در جرایمی که وقوع آنها بر اساس قانون منوط به تحقق نتیجه است، قصد نتیجه یا علم به وقوع آن نیز باید محرز شود».

جمله اول این ماده، ناظر به جرایم عمدی و جمله دوم ناظر به جرایم عمدی مقید است. در قانون مجازات مصوب ۱۳۷۰ در بین مواد ۴۹ تا ۶۲ که حدود مسئولیت جزایی را بیان

۴. «تبصره ۱- در بند (ب) عدم آگاهی و توجه مرتکب باید اثبات گردد و در صورت عدم اثبات، جنایت عمدی است مگر جنایت واقع شده فقط به علت حساسیت زیاد موضع آسیب، واقع شده باشد و حساسیت زیاد موضع آسیب نیز غالباً شناخته شده نباشد که در این صورت آگاهی و توجه مرتکب باید اثبات شود و در صورت عدم اثبات، جنایت عمدی ثابت نمی‌شود».

«تبصره ۲- در بند (پ) باید آگاهی و توجه مرتکب به اینکه کار نوعاً نسبت به مجنی علیه، موجب جنایت واقع شده یا نظیر آن می‌شود ثابت گردد و در صورت عدم اثبات، جنایت عمدی ثابت نمی‌شود».

می‌داشت، عبارتی شبیه ماده ۱۴۴ ق.م.ا. مصوب ۱۳۹۲ ذکر نشده بود و از این نظر این ماده جدید است.

براساس این ماده، جرایم عمدی مقید نه‌تنها با قصد مستقیم نتیجه تحقق‌پذیر است، بلکه در صورتی که فرد قصد مستقیم تحقق نتیجه را نداشته باشد، لیکن «علم به وقوع آن» نتیجه داشته باشد، بزه وی عمدی است. این امر در ماده ۲۹۰ ق.م.ا. که در مقام بیان صورتهای مختلف جنایت عمدی بوده است متبلور می‌شود. قانون‌گذار در بندهای «ب» و «پ» این ماده مواردی را به‌عنوان جنایت عمدی ذکر کرده، اگرچه مرتکب قصد مستقیم ارتکاب آن جنایت یا نظیر آن را نداشته است؛ به عبارت دیگر، شخصی را که واجد قصد مستقیم برای نتیجه نبوده به‌علت علم داشتن (دانستن، آگاه بودن) به وقوع نتیجه، مرتکب جرم عمدی دانسته است.^۵

نکته مهم این است که نظام کیفری ایران تعبیر «علم به وقوع نتیجه» را هم از سیستم کامن‌لای^۶ و هم از منابع فقهی گرفته^۷، ولی برای احراز آن معیاری را ارائه نکرده است.

ارائه معیار احراز علم به وقوع نتیجه نیازمند تبیین چهار امر زیر است:

- انواع فعل ارتكابی در قتل عمد
- صورتهای مختلف قصد در قتل
- علم به نوعاً کشنده بودن رفتار
- چگونگی علم به وقوع نتیجه و قصد جنایت

۱. انواع فعل ارتكابی در قتل عمد

ماهیت انواع فعل ارتكابی در قتل عمد به شرح زیر است:

۵. محمد، یکرنگی و حسن، عالی‌پور، معیار علم به وقوع نتیجه در حقوق کیفری ایران با رویکرد تطبیقی به حقوق انگلستان و فقه

/مامیه، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۲، ش ۲ و ۳ (۱۳۹۴)، ص ۱۵۷.

۶. رک. به: کاترین، الیت و فرانسیس، کوین، حقوق جزا، ترجمه آوا واحدی نوایی و نسترن غضنفری، (تهران: میزان، ج ۲، ۱۳۹۱)،

ص ۱۱۱.

۷. رک. به: سید ابوالقاسم موسوی، خویی، مبانی تکملة المنهاج، ج ۱ و ۲، (تهران: انتشارات خرسندی، ج ۴، ۱۳۹۳)، ص ۱۷۵.

۱.۱. فعل مادی

فعل مادی، فعلی است که به صورت ذاتاً محسوس ارتکاب یابد، صرف‌نظر از اینکه به جسم قربانی برخورد کرده، صدمه مادی یا معنوی وارد آورد. تیراندازی، چاقو زدن، داد زدن، خفه کردن در آب، با پوشش ترسناک بر یک بچه ظاهر شدن و مانند آن، همگی در این تعریف جای می‌گیرند؛ زیرا تمامی آنها محسوس هستند. اما همه افعال مادی به یک صورت منجر به مرگ نمی‌شوند. برخی از آنها به جسم مجنی‌علیه اصابت کرده، مستقیماً موجب بروز آسیب فیزیکی می‌شوند و برخی دیگر بدون برخورد با جسم و به صورت غیرمستقیم مرگ را به دنبال دارند که به همین اعتبار فعل مادی را می‌توان به «اصابتی» و «غیراصابتی» تقسیم نمود. تیراندازی، خفه کردن و چاقو زدن همگی فعل مادی اصابتی، و ترساندن، چاپ اعلامیه دروغین و دادن خبر دروغ، فعل مادی غیراصابتی هستند.

هریک از افعال مادی اصابتی و غیراصابتی نیز نظر به نوع صدمه وارده، خود به گونه‌های زیر قابل تقسیم است:

الف) افعال مادی اصابتی که با صدمه مادی منجر به مرگ می‌شود، مانند چاقو زدن و مرگ در اثر خونریزی.

ب) افعال مادی اصابتی که با صدمه غیرمادی مرگ را به وجود می‌آورند، مانند پرتاب دیگری از بلندی و مرگ وی در اثر ترسیدن و نه برخورد با زمین.

ج) افعال مادی غیراصابتی منجر به صدمه مادی، مانند ترساندن دیگری و زمین خوردن وی و وقوع مرگ در اثر آسیب فیزیکی.

د) افعال مادی غیراصابتی که با صدمه معنوی مجنی‌علیه را به کام مرگ می‌کشد، مانند ترساندن دیگری و سخته کردن او از ترس.

تمامی این افعال، مادی‌اند و نوع برخورد و صدمه که در تقسیم‌بندی پیش گفته به آنها اشاره شد، تنها برای تفکیک انواع فعل مادی از یکدیگر است.

۲.۱. فعل معنوی یا غیرمادی

فعل معنوی فعلی است که مادی و محسوس نبوده، ادعای تأثیر آن به صورت ماورای ماده و حس مطرح شود. بدیهی است چنین فعلی جایگاهی در حقوق کیفری ندارد، زیرا در حقوق کیفری فعل ارتكابی در قتل عمدی باید فعلی محسوس و قابل استناد باشد؛ درحالی که وجود و واقعیت این نوع فعل و به طریق اولی صلاحیت آن برای تحقق مرگ اثبات نشده است. سحر و جادو و مانند آن به عنوان مصادیق فعل غیرمادی قابل سنجش و ارزیابی نیستند و بدیهی است رابطه آنها با مرگ نیز به لحاظ فنی قابل احراز نیست. در حقیقت، فعل معنوی اعمالی است که بدون ظهور و بروز خارجی، ادعا می‌شود با تصرف در علل و عوامل طبیعی موجب تأثیرگذاری بر مجنی علیه و تحقق قتل می‌شود. مراد از بدون بروز و ظهور خارجی بودن فعل معنوی، معنوی بودن ذات رفتار و به تبع آن، طریقه ارتكاب و تأثیر آن بر مجنی علیه است.^۸ در هر حال، فعل قاتل به نحو مباشرت یا تسبیب باید علت قتل باشد و کارهایی همچون جادو و ایجاد ناراحتی روانی، عنصر مادی قتل عمد محسوب نمی‌شود.^۹

۸. عباس، محمدخانی، «تأملی نو بر تعریف فعل مادی و غیرمادی در قتل عمدی»، پژوهش حقوق کیفری، سال چهارم، ش ۱۳ (۱۳۹۴)، ص ۹۱.

۹. در ادبیات حقوق کیفری اصولاً فعل مادی فعلی است که با برخورد به جسم مجنی علیه و صدمه مادی موجب مرگ می‌شود. فعل معنوی نیز فعلی غیراصابتی است که موجب صدمات روانی می‌گردد. بر همین اساس، بحث عدم انتساب مرگ به صدمات معنوی، موجب اختلاف نظر بین حقوق دانان مختلف شده، برخی این نوع صدمات را صالح برای تحقق قتل عمدی دانسته و برخی دیگر اثبات این امر را ممکن ندانسته‌اند. در حقوق فرانسه برخی با توجه به عدم اثبات رابطه سببیت میان این نوع افعال و مرگ، صلاحیت این گونه افعال را برای تحقق قتل مورد پذیرش قرار نداده‌اند، نک:

۹-۱- ژان، پرادل، حقوق کیفری تطبیقی، جرایم علیه اشخاص، ترجمه مجید ادیب، (تهران: انتشارات میزان، ۱۳۸۶)، ص ۴۴.
همین نظر از سوی برخی حقوق دانان داخلی نیز پذیرفته شده است. برخلاف دیگر حقوق دانان ایرانی که صلاحیت این نوع افعال و صدمات را برای تحقق قتل عمدی مورد پذیرش قرار داده‌اند، نک:

۹-۲- حسین، آقایی‌نیا، جرایم علیه اشخاص، جنایات، (تهران: انتشارات میزان، ۱۳۸۴)، ص ۳۲.

۹-۳- حسن، پوریافرانی، جرایم علیه اشخاص، صدمات جسمانی، (تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۸۸)، ص ۲۲.

۹-۴- محمدهادی، صادقی، جرایم علیه اشخاص، (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۲)، ص ۷۲.

۹-۵- حسین، میرمحمدصادقی، جرایم علیه اشخاص، (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۰)، ص ۵۶.

ایشان صدمات معنوی را برای تحقق قتل عمدی صالح ندانسته‌اند، نک:

۹-۶- سید علی، آزمایش، «تقریرات حقوق کیفری»، دوره کارشناسی ارشد دانشگاه تهران، تحریر علی شجاعی، (۱۳۷۵)، ص ۱۳۸.

۹-۷- ابراهیم، پاد، حقوق کیفری اختصاصی، جرایم نسبت به اشخاص، (تهران: انتشارات دانشور، ۱۳۸۵)، ص ۳۹.

۹-۸- ایرج، گلدوزیان، حقوق جزای اختصاصی، جرایم علیه تمامیت جسمانی، شخصیت معنوی، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۵)، ص ۲۲، ۶۲.



در هر حال، تردیدی نیست که برای تحقق هر قتلی اثبات دو موضوع ضروری است؛ اول استناد رفتاری مشخص به مرتکب، و دوم سببیت این رفتار بر مرگ قربانی. لذا زمانی می‌توان از فعل ارتكابی در قتل عمد سخن گفت که صدور آن از اعضای مرتکب و سببیت آن برای مرگ قربانی محرز باشد.^{۱۰}

۲. صورت‌های مختلف قصد در قتل

در حقوق کیفری نوین این اصل نهاده شده است که عنصر مادی جرم تا زمانی که عنصر روانی همراه آن نباشد، موجب مسئولیت نمی‌شود. توجه به وضعیت روانی مرتکب از دو بُعد صورت می‌گیرد؛ نخست از حیث وجود یا نبود قصد، و دوم از جهت چهل و علم.^{۱۱}

پس برای تحقق جرم، وجود قصد ارتکاب ضرورت دارد، ولی ماهیت این قصد در کلیه جرایم یکسان نیست. گاه شخص می‌خواهد جرمی را مرتکب شود و ضمناً تحقق نتایج عمل خود را نیز خواستار می‌گردد. اما در بعضی موارد مرتکب جرم [ادعا می‌کند] عمل خود را با اراده انجام داده، ولی نتیجه حاصله را نمی‌خواسته، و گاهی حتی این نتیجه را هم پیش‌بینی نمی‌کرده است.^{۱۲}

۲.۱. قصد مستقیم قتل

هرگاه مرتکب قصد قتل یا جنایت بر اعضای مجنی‌علیه را داشته باشد، صرف نظر از اینکه عمل او نوعاً موجب جنایت یا نظیر آن بوده است یا خیر، دارای «قصد مستقیم جنایت» فرض خواهد شد.^{۱۳}

قصد مستقیم جنایت یا ایراد صدمات جسمانی در بند «الف» ماده ۲۹۰ ق.م.ا. بیان شده

۱۰. برای ملاحظه نقش «ترک فعل» در بروز جنایات، رک. ماده ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ و همچنین، نک:

عباس، زراعت، شرح مختصر قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، ج ۱، (تهران: انتشارات ققنوس، چ ۴، ۱۳۹۴)، ص ۳۹۱.

۱۱. امید، رستمی غازانی، «عنصر روانی بزه قاچاق کالا و ارز» فصلنامه مطالعات حقوقی معاصر، سال دوازدهم، ش ۲۲ (بهار ۱۴۰۰)،

ص ۹۴.

۱۲. پرویز، صانعی، حقوق جزای عمومی، ج ۱، (تهران: انتشارات گنج دانش، چ ۴، ۱۳۷۱)، ص ۳۰۸.

۱۳. برای ملاحظه آرای فقها در این خصوص، رک. محمدحسن، نجفی، جواهر الکلام، ترجمه و شرح اکبر نایب‌زاده، ج ۱، (تهران:

انتشارات خرسندی، ۱۳۹۲)، ص ۲۲.

است: «هرگاه مرتکب با انجام کاری، «قصد ایراد جنایت» بر «فرد یا افرادی معین» یا «فرد یا افرادی غیرمعین از یک جمع» را داشته باشد و در عمل نیز جنایت مقصود یا نظیر آن حاصل شود خواه کار ارتكابی نوعاً موجب وقوع آن جنایت یا نظیر آن بشود، خواه نشود». در قتل عمد به این معنا که مرتکب قصد ارتكاب عمل مجرمانه قتل را می‌کند و قصد نتیجه را که همان ازهاق نفس است نیز دارد، مثلاً با قصد کشتن به سمت دیگری تیراندازی می‌کند و سبب مرگ مجنی‌علیه می‌گردد، این قصد، قصد مستقیم یا اصلی است.

قتل عمد همیشه با «قصد مستقیم» محقق نمی‌شود. در بیشتر موارد قاتل با «قصد تبعی» مرتکب قتل شده است. منظور از قصد تبعی این است که فرد ادعا می‌کند قصد قتل نداشته، ولی عمل وی نوعاً کشنده بوده است. در این موارد گفته می‌شود که فرد دارای قصد تبعی بر ارتكاب قتل عمد است، زیرا قصد سبب با علم به سببیت آن، در حکم قصد مسبب است. به بیان دیگر، قصد فعل یا التفات به ترتب قتل بر آن از قصد قتل طبیعتاً جدا نخواهد بود.

قصد تبعی به دو دسته تقسیم می‌شود:

الف) قصد تبعی مطلق، مستنبط از کشنده یا مجروح‌کننده بودن مطلق رفتار، و آگاهی و توجه مرتکب به اینکه آن کار نوعاً موجب آن جنایت یا نظیر آن می‌شود.

ب) قصد تبعی نسبی، مستنبط از شرایط مجنی‌علیه یا شرایط زمانی و مکانی و علم مرتکب به این شرایط.

۲.۲. قصد تبعی مطلق

قصد تبعی مطلق در بند «ب» ماده ۲۹۰ ق.م.ا. چنین آمده است: «هرگاه مرتکب، عمداً کاری انجام دهد که نوعاً موجب جنایت واقع شده یا نظیر آن می‌گردد، هرچند قصد ارتكاب آن جنایت را نداشته باشد ولی آگاه و متوجه بوده که آن کار نوعاً موجب آن جنایت یا نظیر آن می‌شود».

به عبارتی اگر نتایج رفتار از لوازم جدایی‌ناپذیر آن رفتار باشد. در آن صورت اراده رفتار، اراده لوازم جدایی‌ناپذیر آن خواهد بود. برای مثال، پذیرفتنی نیست که کسی نمک طلب کند

ولی بگوید شوری را نمی‌خواسته است. به همین دلیل در این بند، اصل بر علم مرتکب بر نوعاً کشنده بودن رفتار ارتكابی است که اثبات عدم علم یا جهل بر این امر «برعهده متهم» خواهد بود.

۳.۲. قصد تبعی نسبی

قصد تبعی نسبی در بند «پ» ماده ۲۹۰ ق.م.ا. چنین آمده است: «هرگاه مرتکب قصد ارتکاب جنایت واقع شده یا نظیر آن را نداشته و کاری را هم که انجام داده است نسبت به افراد متعارف نوعاً موجب جنایت واقع شده یا نظیر آن، نمی‌شود لکن در خصوص مجنی علیه به علت بیماری، ضعف، پیری یا هر وضعیت دیگر و یا به علت وضعیت خاص مکانی یا زمانی، نوعاً موجب آن جنایت یا نظیر آن می‌شود مشروط بر آنکه مرتکب به وضعیت نامتعارف مجنی علیه یا وضعیت خاص مکانی یا زمانی آگاه و متوجه باشد».

برابر تبصره ۲ ماده ۲۹۰ اثبات وجود آگاهی و توجه مرتکب نسبت به وضعیت خاص مجنی علیه برعهده مدعی (شاکی یا دادستان) است. سؤالی که ممکن است در اینجا مطرح شود اینست که آیا منظور از آگاهی مرتکب، آگاهی او نسبت به وضعیت خاص است یا نسبت به نوعاً کشنده بودن عمل ارتكابی در وضعیت خاص؟ البته اثبات هر دو آگاهی لازم است. بنابراین، مثلاً صرف اثبات اطلاع جانی از بیماری عدم انعقاد خون مجنی علیه کافی نیست، بلکه افزون بر آن باید ثابت شود که وی می‌دانست که اقدام به ایراد جراحت بر چنین افرادی هرچند کم، می‌تواند موجب مرگشان شود^{۱۴}.

همان گونه که پیش تر بیان شد، اگر عاقلی با علم به اثر فعلی، آن را انجام داد، این علم به اثر فعل و انجام فعل پرده از آن برمی‌دارد که وی فعل را با قصد حصول اثر آن انجام داده، یعنی خواستار حصول اثر فعل بوده است. پس اگر متهم ادعا کند که قصد نداشته است، ادعایش مردود خواهد بود؛ نه اینکه با وجود انتفای قصد، فعلش عمد محسوب شود. اما قانون‌گذار در بند «پ» ماده ۲۹۰ فرض را بر انتفای قصد می‌گذارد، آنجا که می‌گوید: «هرگاه مرتکب قصد ارتکاب جنایت واقع شده یا نظیر آن را نداشته ...»، قانون‌گذار در این

۱۴. شادی، عظیم‌زاده، حقوق جزای اختصاصی، ج ۱، (تهران: دوراندیشان، ۱۳۹۳)، ص ۵۴.

بند علی‌رغم اینکه فرض را بر جنایت واقع شده بر عدم قصد مرتکب نهاده، لیکن با عنایت به صدر ماده ۲۹۰ جنایت طرح شده را عمدی محسوب کرده است. یعنی با قصد وقوع جنایت ارتکاب صورت گرفته، که در اینجا سزاوار است گفته شود موارد یادشده عمدی است، نه اینکه قاضی آنها را باید عمدی محسوب کند، اگرچه عمدی نباشد.

قانون‌گذار محترم بین ادعای نداشتن قصد و انتفای قصد در وضع و انشا و نگارش قانون خلط کرده است. در نگارش قانون عبارت باید به شکل زیر آورده می‌شد:

«هرگاه مرتکب مدعی آن باشد که قصد ارتکاب جنایت واقع شده یا نظیر آن را نداشته و کاری را هم که انجام داده است نسبت به افراد متعارف نوعاً موجب جنایت واقع شده یا نظیر آن نمی‌شود، لیکن در خصوص مجنی‌علیه کاری را که انجام داده به علت بیماری، ضعف، پیری یا هر وضعیت دیگر و یا به علت وضعیت خاص مکانی یا زمانی، نوعاً موجب جنایت یا نظیر آن شود، چنانچه مرتکب به وضعیت نامتعارف مجنی‌علیه یا وضعیت خاص مکانی یا زمانی آگاه و متوجه باشد جنایت یادشده عمدی محسوب می‌گردد».

۳. علم به نوعاً کشنده بودن رفتار

قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ علم به وقوع نتیجه و نوعاً کشنده بودن رفتار را در عمدی بودن جنایت (آنگاه که مرتکب مدعی بوده، قصد جنایت نداشته باشد) لازم دانسته است و لذا دادگاه‌ها نمی‌توانند بدون احراز چنین علمی حکم به تحقق قتل عمدی بدهند.^{۱۵}

جرم و جنایت فقط عنصر مادی ندارد، بلکه باید عنصر معنوی آن نیز محرز گردد تا متهم مستحق مجازات دانسته شود، چون اصل عدم استحقاق مجازات است. پس تا هر دو عنصر مادی و معنوی جرم احراز نگردد، هنوز متهم مستحق مجازات دانسته نشده، باید بر براءت او حکم نمود. اما مراد از عنصر معنوی جنایت چیست؟ توضیح آنکه عنصر معنوی جرم همان قصد محقق ساختن چیزی است که قانون‌گذار محقق ساختنش را جرم دانسته و

۱۵. در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ بحث علم مرتکب به نوعاً کشنده بودن رفتار به سکوت برگزار شده بود. ر.ک. بند «ب» ماده ۲۰۶ قانون یادشده.

اعلام کرده است. قصد نیز فعل نفس است پس علم را نمی‌توان جزئی از اجزای عنصر معنوی دانست (قصد، خواستن است و علم، دانستن)

باید احراز شود که فعل یا ترک فعلی که به جنایت انجامیده، با قصد حصول آن جنایت همراه بوده است. اما قصد امری اندرونی است و قاضی راهی بی‌واسطه برای احراز آن ندارد. پس باید با وسایلی وجود آن را احراز کند. فعل یا ترک فعلی که نوعاً به جنایت می‌انجامد و مرتکب با علم و توجه به اثر فعل یا ترک فعل، آنها را صورت می‌دهد، کاشف از آنست که وی خواستار آن جنایت بوده است. پس در اینجا قاضی «قصد داشتن» متهم را احراز می‌کند نه اینکه با وجود قصد نداشتن او، فعل یا ترک فعل او را عمدی محسوب می‌کند.

فرض کنید قتلی به وقوع پیوسته است به این شکل که قاتل سنگی را به سوی شخصی (مقتول) پرتاب کرده، سنگ بر سر وی اصابت نموده و او را کشته است. آنچه نمود بیرونی دارد و با برخی حواس قابل درک است پرتاب سنگ و اصابت آن بر سر مقتول است. این فعل می‌توانسته با قصد کشتن مقتول واقع شده باشد و می‌توانسته بدون آن قصد انجام گرفته باشد. اگر بتوانیم قصد مرتکب را احراز کنیم، وی مستحق قصاص خواهد بود. در اینجاست که می‌گوییم اگر مرتکب می‌دانسته و متوجه هم بوده است که فعلی که انجام می‌دهد نوعاً از هاق نفس را به دنبال دارد و با این همه، آن را انجام داده، پس کشف می‌شود وی خواستار کشتن مقتول بوده است. این علم او به نتیجه، جزء عنصر معنوی نیست، بلکه شرط احراز وجود عنصر معنوی است. یعنی برای آنکه قاضی بتواند عنصر معنوی جرم را احراز کند، شرط آن است که قاضی احراز کند متهم هنگام ارتکاب فعل می‌دانسته و توجه داشته است که فعل او در اغلب افراد (نوعاً) چه نتیجه‌ای را به جا می‌گذارد.

در بحث علم، علم به موضوع شامل علم به انسان بودن، علم به زنده بودن، و علم به محقون‌الدم بودن مقتول مطرح است که از بحث ما خارج می‌باشد. اما علم به نوعاً کشنده بودن رفتار، علم به وضعیت خاص مجنی‌علیه، و رفتار به ندرت کشنده موضوع بحث بوده که به تشریح هریک می‌پردازیم.

۳.۱. رفتار نوعاً کشنده

رفتار نوعاً کشنده به عنوان یکی از مصادیق قتل عمدی در ماده ۲۰۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ آمده بود، قانون‌گذار این ضابطه را با تغییراتی در بندهای «ب» و «پ» ماده ۲۹۰ ق.م.ا. ۱۳۹۲ نیز ذکر نموده، ولی ملاک و معیاری برای احراز آن تعیین نکرده است. همین امر در برخی موارد باعث اختلاف نظر قضات شده است؛ هرچند که دادگاه‌ها معمولاً در این خصوص از پزشکی قانونی استعلام می‌کنند.

رویه دادگاه‌های کیفری عموماً بر این بوده است که نوعاً کشنده را هم به سبب «وسيله»، هم به سبب «محل اصابت» و هم به سبب «وضعیت خاص مجنی‌علیه» می‌دانند. در حال حاضر ماده ۲۹۰ ق.م.ا. دو سبب دیگر برای نوعاً کشنده بودن رفتار را اضافه کرده است؛ یکی به سبب «زمان» و دیگری به سبب «مکان». برای مثال، ممکن است فردی شناگر ماهری باشد، اما به سبب زمان انداختن او در داخل سد (در زمستان سرد) این رفتار نوعاً کشنده باشد. در این مورد، صرف تنه زدن و هل دادن به داخل سد نوعاً کشنده نیست، اما شرایط آب و هوای زمستان این عمل را نوعاً کشنده ساخته است. نمونه دیگر آنکه اگر فردی به دیگری که روی نردبان است تنه بزند، در اینجا صرف تنه زدن عمل نوعاً کشنده نیست، اما به سبب مکان، نوعاً کشنده محسوب می‌شود.

بنابراین «نوعاً» قید و وصفی است هم برای رفتار و هم برای مجنی‌علیه.

قانون‌گذار انجام کار نوعاً کشنده مطلق را در بند «ب» و نوعاً کشنده نسبی را در بند «پ» ماده ۲۹۰ ق.م.ا. در تحقق قتل عمدی شرط دانسته است؛ بنابراین رفتار نوعاً کشنده به دو دسته نوعاً کشنده مطلق و نوعاً کشنده نسبی تقسیم می‌شود.

۳.۱.۱. رفتار نوعاً کشنده مطلق

مطلق، اسم مفعول اطلاق و به معنی آزاد و رها شده از قید است. لذا با توجه به اینکه قانون‌گذار ویژگی رفتار نوعاً کشنده را در بند «ب» ماده ۲۹۰ ق.م.ا. بدون هیچ قیدی در آلت جرم، مجنی‌علیه، زمان و مکان و ... ذکر نموده، هر رفتاری که نسبت به انسان متعارف، سالم و بی‌عیب کشنده باشد، رفتار نوعاً کشنده مطلق محسوب می‌شود.

بنابراین، منظور از کار نوعاً کشنده و موجب جنایت در قتل عمدی و جنایت عمدی، ایجاد صدماتی است که گاه به سبب وسیله و آلت به کاررفته در قتل و جنایت، و گاه به سبب حساسیت موضع اصابت در مورد هر انسان متعارفی موجب سلب حیات از مجنی‌علیه و جنایت بر وی می‌شود.

از رأی اصراری (کیفری) ردیف ۲/۸۵ جلسه هیئت عمومی دیوان عالی کشور چنین استنباط می‌شود که با وجود کشنده نبودن هریک از ضربات واردشده، ممکن است تعداد ضربات کار کشنده تلقی گردد. در اعمال شکنجه منتهی به مرگ (موضوع ماده ۵۷۸ ق.م.ا. تعزیرات) ممکن است آلتی کشنده و قتاله مورد استفاده واقع نشده باشد، اما ایراد ضرب مکرر با آن آلت در بدن انسان موجب کشنده بودن گردد. همچنین محل ورود ضربات در بدن ممکن است حساس نباشد، اما به علت ضربات متعدد و مکرر در محل اصابت حساس شود و موجب مرگ گردد.^{۱۶}

▪ نظریه شماره ۱۵۴۶-۷/۲۶ تیر ۱۳۷۵ اداره حقوقی مبنی بر «جرح با چاقو نوعاً کشنده است» حاکی از قتل عمدی به سبب وسیله و آلت به کاررفته است.

آرای زیر حاکی از قتل عمدی به سبب حساس بودن موضع است:

- ایراد ضرب به وسیله بیل به سر که موجب مرگ شود (رأی ۶۳۹ مورخ ۵ خرداد ۱۳۳۶ هیئت عمومی دیوان عالی کشور).
- ایراد ضرب به وسیله چوب به سر مجنی‌علیه که منتهی به مرگ او شود (آرای شماره ۳۸۳۴، ۳۸۳۵، ۳۸۳۶، مورخ ۱۰ دی ۱۳۳۵ هیئت عمومی دیوان عالی کشور).
- ایراد جرح به وسیله قیچی در ناحیه قلب (حکم شماره ۲۲۸۳ مورخ ۱۱ مرداد ۱۳۳۵ هیئت عمومی دیوان عالی کشور).
- زدن سیلی به شقیقه زنی (حکم شماره ۳۵۲۶ سال ۱۳۲۱ شعبه دوم دیوان عالی کشور).

۱۶. ایرج، گلدوزیان، حقوق جزای اختصاصی، جرایم علیه تمامیت جسمانی، شخصیت معنوی، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چ ۲۲، ۱۳۹۵)، ص ۵۴.

- نظریه پزشکی قانونی دلالت دارد بر خونریزی مغزی در اثر ضربه، با توجه به اینکه متهم به تاب دادن گردن همسرش اقرار کرده و شهود نیز زدن سر وی به زمین را تأیید نموده‌اند، بنابراین دفاع فقدان قصد قتل به استناد مقررات بند «ب» ماده ۲۰۶ ق.م.ا. قابل پذیرش و ترتیب اثر نیست (رای اصراری ۴-۲۹ خرداد ۱۳۷۵)^{۱۷}.

۳.۱.۲. رفتار نوعاً کشنده نسبی

در بند «پ» ماده ۲۹۰ ق.م.ا. مصوب ۱۳۹۲ مانند بند «ب» عمل نوعاً کشنده به عنوان رکن اساسی در قتل عمدی محسوب می‌شود. لیکن در بند «پ» به خصوصیتی که در مجنی علیه وجود دارد، توجه شده است و از طرف دیگر مجنی علیه در این بند نسبت به مجنی علیه بند «ب» ناسالم، مریض یا ضعیف فرض شده است. همچنین در این بند، علاوه بر عللی که در مجنی علیه وجود دارد، به شرایطی که مربوط به موقعیت خاص زمانی یا مکانی مربوط می‌شود نیز اشاره و اضافه شده است.

لذا با عنایت به اینکه این رفتار نسبت به مجنی علیه غیرمتعارف یا نسبت به شرایط زمانی و مکانی خاص، نوعاً کشنده است، در دسته رفتار نوعاً کشنده نسبی قرار می‌گیرد.

۳.۲. رفتار به ندرت کشنده

چنان که پیش تر بیان شد، قتل عمد با قصد کشتن از سوی شخص بالغ و عاقل و با فعل یا ترک فعلی که سبب قتل می‌گردد، محقق می‌شود؛ خواه با رفتار و وسیله‌ای که غالباً کشنده است، یا با رفتار و وسیله‌ای که به ندرت کشنده است و اتفاقاً موجب قتل شده است. اما رفتاری که به ندرت کشنده است، چنانچه بدون قصد قتل ارتکاب یابد، حتی اگر به مرگ مجنی علیه منجر گردد، موجب قصاص قاتل نمی‌شود؛ مانند زدن با چوب سبک، زیرا قصد قتلی وجود ندارد و چنین رفتاری معمولاً کشنده نیست. از این رو، این قتل نمی‌تواند قتل عمد باشد، بلکه شبیه به خطا است.

۱۷. ایرج، گلدوزیان، محشای قانون مجازات اسلامی، (تهران: انتشارات مجد، چ ۵، ۱۳۹۴)، ص ۲۸۷.

۳.۳. علم به وضعیت خاص مجنی علیه

مقصود از وضعیت خاص مجنی علیه موردی است که نه وسیله کشنده است و نه ضربه به محل حساس اصابت می‌کند، اما به لحاظ وضعیت خاص مجنی علیه، ضربه یا جرحی که با وسیله غیرکشنده به محل غیرحساس اصابت کند مؤثر باشد و به سلب حیات یا صدمه بدنی مجنی علیه منجر شود؛ برای مثال، هرگاه مجنی علیه مریض یا ضعیف یا کودک باشد و مرتکب او را چنان مجروح و مضروب نماید که به‌طور معمول انسان سالم و بزرگ را نمی‌کشد، ولی شخص مریض، ضعیف و یا کودک را به‌قتل می‌رساند، در این حالت مرتکب مسئول ارتکاب جنایت عمدی خواهد بود، به شرط آنکه از وضعیت خاص مجنی علیه آگاه بوده باشد.

وضعیت نامتعارف مجنی علیه که قانون‌گذار در بند «پ» ماده ۲۹۰ ق.م.ا. به آن اشاره کرده است، برخی ظاهری هستند، مانند کودکی و پیری، و برخی دیگر درونی و داخلی هستند، مانند بیماری.

از بین مصادیق یادشده، پیری، کودکی و ناتوانی جنبه ظاهری دارند، اما قانون‌گذار ملاکی برای تشخیص آن ارائه نکرده است؛ برای نمونه، کودکی به چه مرحله‌ای از زندگی انسان گفته می‌شود؟ به‌نظر می‌رسد علی‌رغم حمایت مقنن از اقشار آسیب‌پذیر جامعه، این امر فنی و کارشناسی است و این کارشناسان پزشکی قانونی هستند که تشخیص می‌دهند فلان ضربه نسبت به خصوصیت مجنی علیه کشنده بوده است یا خیر.

۳.۴. علم به موقعیت مکانی و زمانی

مصادق دیگری از علم به موضوع که از شروط تحقق عنصر روانی در جنایات، مطابق بند «پ» ماده ۲۹۰ است، آگاهی فاعل نسبت به وضعیت مکانی یا زمانی خاص است که جنایت در آن واقع شده است؛ مانند به‌آب انداختن در هوای بسیار سرد یا زدن به‌وسیله شلاق یا چوب در هوای بسیار گرم، به نحوی که نوعاً در این شرایط افراد تحمل آن ضربات را نداشته باشند، موجب قصاص خواهد بود.^{۱۸} البته چه‌بسا عوامل یا موقعیت دیگری مانند

۱۸. محمدهادی، صادقی، جرایم علیه اشخاص، (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۲)، ص ۱۱۷.

سرما و گرمای شدید، بسته بودن یا محبوس بودن مجنی‌علیه با طناب یا اشیا نیز می‌توانند نسبت به آن موقعیت نوعاً کشنده باشند^{۱۹}.

۴. چگونگی احراز «علم به وقوع نتیجه» و قصد جنایت

«علم به وقوع نتیجه» یا قصد غیرمستقیم، اگرچه در فقه اسلامی در زمینه قتل عمد و در حقوق کامن‌لا پیشینه‌ای دیرین دارد، مفهومی است که با تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به حوزه حقوق کیفری ایران وارد شد^{۲۰}.

در قانون‌های کیفری پیشین (۱۳۰۴، ۱۳۵۲، ۱۳۶۱ و ۱۳۷۰) که به گزاره‌های عمومی بزه‌ها و کیفرها پرداخته بودند، عنصر روانی جرایم مقید به روشنی پیش‌بینی نشده بود، ولی به سبب پیوستگی رکن مادی و رکن روانی، دیدگاه و رویه برتر بر این بود که رکن روانی بزه‌های مقید برگرفته از قصد رفتار، علم به موضوع و قصد نتیجه است. بنابراین، هرگاه فردی قصد حصول نتیجه را در جرایم عمدی مقید نداشت، ولی نتیجه حاصل می‌شد، بزه در شمار جرایم عمدی قرار نمی‌گرفت. با این حال، قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ با تصویب ماده ۱۴۴ این موضوع را تغییر داد. بر اساس این ماده «در تحقق جرایم عمدی علاوه بر علم مرتکب به موضوع جرم، باید قصد او در ارتکاب رفتار مجرمانه احراز گردد. در جرایمی که وقوع آنها بر اساس قانون منوط به تحقق نتیجه است، قصد نتیجه یا علم به وقوع آن نیز باید محرز شود».

۱۹. حسن، مرادی و علی، شهبازی، «عنصر معنوی قتل عمد در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲»، مجله پژوهش حقوق کیفری، سال چهارم، ش ۱۳ (۱۳۹۴)، ص ۶۴.

۲۰. برای مطالعه در خصوص علم قاضی در اثبات جرایم، سیاست جنایی اسلام و اماره قضایی، نک:

۱-۲۰- الهام، حیدری و صغری، آقابکی، «بررسی علم قاضی در اثبات جرایم از منظر فقه و قوانین ایران»، دومین کنفرانس ملی

و اولین کنفرانس بین‌المللی پژوهش‌های نوین در علوم انسانی، بی‌جا، (۱۳۹۴)، ص ۲۰.

۲-۲۰- رضا، زهروی، «بررسی تطبیقی فردی کردن ادله در سیاست جنایی اسلام، ایران و فرانسه»، حقوق اسلامی، سال

سیزدهم، ش ۵۰ (۱۳۹۵)، ص ۱۲۵.

۳-۲۰- سید احمد، میرخلیلی، و اکرم، غدیری، «چگونگی شکل‌گیری اماره اثبات دعوی»، حقوق اسلامی، سال سیزدهم، ش ۴۹

(۱۳۹۵)، ص ۹۱.

۴-۲۰- فرج‌الله، ناصری، امارات در حقوق مدنی ایران، رساله دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، (۱۳۴۴)،

ص ۴۱.



بر اساس این ماده، جرایم عمدی مقید نه تنها با قصد مستقیم نتیجه تحقق پذیر است، بلکه در صورتی که فرد (ادعا نماید) قصد مستقیم بر تحقق نتیجه نداشته باشد، لیکن «علم به وقوع آن» داشته باشد، بزه وی عمدی است. این ماده در مقام بیان دو مطلب است:

قسمت نخست ماده، راجع به جرایم مطلق است؛ یعنی در جرایم مطلق^{۲۱} برای عمدی محسوب نمودن بزه ارتكابی، احراز علم به موضوع جرم و قصد ارتكاب رفتار مجرمانه کفایت می‌کند.^{۲۲}

قسمت دوم ماده در خصوص جرایم مقید^{۲۳} است و طبق آن برای تحقق عمدی بودن جرم، افزون بر شرایط صدر ماده، وجود قصد نتیجه یا علم به وقوع آن نیز ضروری است.^{۲۴} قانون‌گذار ایران از قصد غیرمستقیم یا علم جانشین قصد، تعریفی ارائه نکرده است. این نوع خاص از قصد در معنای واقعی، قصد یا همان خواستن نیست.

با توجه به نو بودن این امر در حقوق ایران، در ادامه ضمن تشریح بند «ب» ماده ۲۹۰ در معیار احراز قصد ارتكاب جنایت و تبصره یک این ماده، به تبیین معیار «ملازمه بین بالمعنی الاخص رفتار ارتكابی با نتیجه» می‌پردازیم.

۴.۱. نظر پدیدآورندگان مقاله در خصوص بند «ب» ماده ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی و معیار احراز قصد ارتكاب جنایت

قانون‌گذار در بندهایی از ماده ۲۹۰ ق.م.ا. مواردی را می‌شمرد که با فرض متفی بودن قصد جنایت واقع شده و نظیر آن، جنایت عمدی محسوب می‌شود؛ از جمله در بند «ب» این ماده به انضمام صدر آن چنین اعلام می‌کند:

۲۱. جرایم مطلق به جرایمی گفته می‌شود که جرم‌انگاری به صرف ارتكاب رفتار مجرمانه صورت گرفته است و جرم تلقی شدن رفتار به اخذ نتیجه از رفتار ارتكابی منوط نیست؛ مانند صدور چک بلامحل.

۲۲. شرط لازم برای تحقق جرم مطلق: بلوغ + عقل + اختیار + علم مرتکب به موضوع جرم + قصد در ارتكاب رفتار مجرمانه.

۲۳. جرایم مقید به جرایمی گفته می‌شود که جرم‌انگاری منوط به تحقق نتیجه از رفتار ارتكابی شده است، و مادامی که نتیجه‌ای حاصل نشده است، جرم در مرحله شروع قرار دارد؛ مانند کلاهبرداری.

۲۴. شرایط لازم برای تحقق جرم مقید: بلوغ + عقل + اختیار + علم مرتکب به موضوع جرم + قصد در ارتكاب رفتار مجرمانه + قصد نتیجه یا علم به وقوع آن + تحقق نتیجه.

هرگاه مرتکب عمداً کاری انجام دهد که نوعاً موجب جنایت واقع شده یا نظیر آن می‌گردد، هرچند قصد ارتکاب آن جنایت و نظیر آن را نداشته باشد، ولی آگاه و متوجه بوده که آن کار نوعاً موجب آن جنایت یا نظیر آن می‌شود (جنایت عمدی محسوب می‌شود).

ظاهر و مدلول سخن یادشده این است که علی‌رغم محرز بودن انتفای قصد جنایت می‌توان آن را عمدی به حساب آورد. اما انتفای قصد جنایت به معنی منتفی بودن عنصر معنوی جرم است، پس نمی‌توان فعل متهم را مصداق جرم دانست. بنابراین، واضح است که مراد قانون‌گذار چیز دیگری بوده که نتوانسته است با عبارات یادشده آن را ابراز نماید.

برای آنکه مراد قانون‌گذار از بند یادشده روشن شود باید معنا و مقصود از برخی واژه‌های کلیدی به کار رفته در آن تبیین گردد:

- به کار بردن واژه‌های «عمداً» و «نوعاً» و مانند آن‌ها در نگارش و تدوین قانون به زبان فارسی نادرست است، زیرا اِعراب نصب و کلمه منصوب در زبان فارسی وجود ندارد.
- مراد از عمدی بودن کار آن است که متهم خواستار وجود یافتن فعل بوده و از این رو کار را با اراده و اختیار خود انجام داده است.
- مراد قانون‌گذار از به کار بردن واژه «نوعاً» در بند یادشده این است که کاری را که مرتکب انجام داده است مصداقی از یک گونه^{۲۵} و ماهیت باشد که هر فرد و مصداقش سبب و علتی برای جنایت واقع شده یا نظیر آن باشد؛ یعنی هر بار که فعل یادشده انجام شود آن جنایت یا نظیر آن به وقوع پیوندد. پس باید بین انجام آن کار و وقوع آن جنایت یا نظیر آن یک ملازمه ذاتی وجود داشته باشد که کار، ملزوم (علت) و جنایت، لازم (معلول) است.
- دو واژه «علم» و «توجه» نیز که در بند «ب» ماده ۲۹۰ ق.م.ا. به کار رفته به تبیین نیاز دارند. علم به یک شیء، غیر از توجه به آن است. علم عرضی است که برای نفس حاصل می‌شود، اما توجه به یک شیء، فعل نفس است که از آن با التفات یاد

۲۵. نوع به قسم و گونه معنی شده است: محمد، معین، فرهنگ فارسی، (تهران: نشر سرایش، ج ۵، ۱۳۸۲)، ص ۱۱۳۶.



می‌شود. توجه و التفات به یک شیء بدون تصور آن ممکن نیست. انسان این گونه نیست که به هرچه علم دارد به آن توجه نیز داشته باشد، ولی فراوان به چیزهایی توجه پیدا می‌کند که به آن‌ها جاهل است. ثمره این توجه به مجهول حصول شک است. از این رو گفته می‌شود: شک حالت نفسانی جاهل ملتفت است^{۲۶}؛ مانند شک قاضی در مجرم بودن متهم. این شک نتیجه توجه قاضی به نسبتی است که مطابقت یا عدم مطابقت آن را با واقع نمی‌داند. اما از آنجا که نسبت‌ها مفاهیمی غیرمستقل‌اند، یعنی ادراک هر نسبتی بر ادراک و تصور اطراف آن متوقف است، پس اگر کسی نسبتی را تصور کرده باشد، بی‌گمان اطراف آن را نیز تصور کرده است؛ زیرا برای درک و تصور هر نسبتی، اول باید اطراف نسبت را تصور نمود، سپس آن‌ها را با یکدیگر سنجید و نتیجه این سنجش تصور نسبت خواهد بود.

باتوجه به آنچه گذشت می‌گوییم مراد قانون‌گذار از بند «ب» ماده ۲۹۰ ق.م.ا. باید با عبارتهای زیر بیان می‌شد:

«اگر متهم به‌طور عمدی کاری را انجام داده که با جنایت واقع‌شده یا نظیر آن ملازمه ذاتی داشته و او از این ملازمه آگاه بوده و به آن نیز توجه داشته است، پس قصد او برای وقوع جنایت احراز می‌شود».

اما محرز و مسلم بودن قصد جنایت متهم در وضعیت یادشده به بیان بند زیر نیاز دارد.

۲.۴. ملازمه بین بالمعنی الاعم و بالمعنی الاخص

ملازمه میان لازم و ملزوم گاهی بین (بین الثبوت) است و گاهی غیربین. اگر علم به وجود ملازمه و حکم به وجود آن به عملیات عقلی (فکر) نیازمند نباشد، ملازمه بین بوده، در غیر این صورت غیربین است.

ملازمه بین هم به دو قسم بین با معنی اخص آن (بالمعنی الاخص) و بین با معنای اعم (بالمعنی الاعم) تقسیم می‌شود. ملازمه بین با معنی اخص آن است که حکم به ملازمه به

۲۶. جواد، سرخوش، معیار استنتاج فقهی حقوقی، (تهران: نشر بهنامی، ۱۳۹۵)، ص ۴۱.

یک تصور بیشتر نیاز نداشته باشد. یعنی تصور ملزوم برای تصور لازم و تصور ملازمه و حکم به وجود ملازمه کافی باشد؛ مانند تصور نمک که برای تصور شوری و تصور ملازمه نمک و شوری و حکم به وجود ملازمه آن‌ها کافی است.

در ملازمه بین با معنای اعم برای آنکه به وجود ملازمه حکم شود، سه تصور لازم است: تصور ملزوم، تصور لازم، و تصور نسبت بین آن‌ها. مثل حکم به اینکه دو، نصف چهار است. زیرا گاهی انسان دو را تصور می‌کند، درحالی که توجهی به این ندارد که دو نصف چهار است. اما اگر چهار و نسبت بین دو و چهار را نیز تصور کند، آن گاه به اینکه دو نصف چهار است جزم پیدا کرده^{۲۷} به آن حکم می‌کند. نکته حائز اهمیت اینست که در ملازمه بین با معنای اعم ممکن است فردی ملزوم و لازم را تصور کند، اما نسبت بین آن‌ها را تصور نکند، ولی عکس آن ممکن نیست. یعنی اگر نسبت ملزوم و لازم تصور شده باشد حتماً خود آن‌ها نیز تصور شده‌اند، زیرا تصور نسبت بدون تصور اطراف آن ممکن نیست. از آن رو که نسبت‌ها معانی مستقلی در مقام ادراک نیستند، به بیان دیگر نسبت‌ها تنها زمانی ادراک می‌شوند که دو چیز با یکدیگر سنجیده شوند. آنگاه مفهومی شکل می‌گیرد که قائم به آن دو شیء بوده، وسعت وجودش از آن دو شیء فراتر نمی‌رود و از این رو، آن دو شیء را اطراف نسبت می‌نامند^{۲۸}.

اگر متهم اقرار کند که از انجام رفتارش واقع ساختن جنایت را قصد کرده بوده، در این صورت قاضی حق دارد بر اساس اقرار وی به عمدی بودن جنایت حکم نموده، جانی را به کیفر تعیین شده در قانون محکوم نماید. اما اگر متهم عمدی بودن جنایت را انکار کند، آن گاه مسئله از سه صورت خارج نخواهد بود:

نخست اینکه رفتار متهم با جنایت واقع شده ملازمه ذاتی بین به معنای اخص آن داشته باشد که در این صورت عمدی بودن رفتارش برای احراز عمدی بودن جنایت کافی است. زیرا در ملازمه بین با معنی اخص، تصور و توجه به ملزوم (رفتار متهم) برای تصور لازم (جنایت) و توجه به آن و حصول علم به ملازمه و جزم به آن کافی است. بنابراین، متهم با

۲۷. محمدرضا، مظفر، المنطق، (بیروت: دارالتعارف، ۱۴۰۰ ق)، جزء اول صص ۸۵-۸۶.

۲۸. ابراهیم، انیس و همکاران، المعجم الوسیط، (تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامی، ج ۵، ۱۳۷۴)، الجزء الثاني ص ۵۵۵.

توجه به ملزوم و تصور آن، هم به ملازمه جنایت با رفتار علم پیدا کرده و هم به آن توجه داشته است. در این حالت، وی که با عمدی بودن رفتارش خواستار تحقق ملزوم بوده، جز این نیست که وی خواستار تحقق لازم، یعنی جنایت بوده است. البته نزد عقلا تحقق جنایت مقصود اصلی او بوده، اما چون ملزوم طریق و سبب دست یافتن به لازم بوده، متهم ملزوم را نیز قصد نموده و واقع ساخته است؛ به عبارت دیگر، ملزوم نزد متهم مطلوبیت بالغیر (مطلوبیت غیری) یافته بوده است؛ مانند مطلوبیت خرید بخاری برای تأمین حرارت و گرمای خانه در زمستان، یا مطلوبیت خرید کولر برای دستیابی به برودت در تابستان و هوای گرم.

دوم، اگر ملازمه جنایت (لازم) با رفتار (ملزوم) متهم از نوع ملازمه بین با معنای اعم آن باشد، در این صورت برای احراز عمدی بودن جنایت باید علاوه بر احراز عمدی بودن رفتار، توجه متهم به ملازمه یادشده نیز احراز گردد؛ یعنی باید احراز شود که وی هنگام انجام رفتار، به ترتب جنایت بر آن رفتار توجه داشته است. در آن صورت، چون توجه به ملازمه فرع بر توجه به ملزوم و لازم است پس معلوم می‌شود که متهم هر سه تصور موردنیاز را برای علم به ملازمه و جزم به آن دارا بوده است. از این رو، رفتار عمدی متهم درحالی که وی به ملازمه جنایت با رفتارش توجه و به تحقق آن جزم داشته، دلیل روشنی است که او با انجام رفتارش خواستار حصول جنایت بوده، بلکه جنایت مقصود اصلی وی بوده و رفتارش نزد او مطلوب و مقصود فرعی و غیری بوده است.

بر اساس آنچه گذشت، معلوم شد که اگر بین رفتار متهم و جنایت واقع شده و نظیر آن ملازمه بینی وجود داشته باشد، برای احراز عمدی بودن جنایت لازم نیست احراز شود که متهم قبل از انجام رفتارش به ملازمه جنایت به آن رفتار علم داشته است. زیرا اگر ملازمه یادشده از نوع بین با معنای اخص آن باشد تصور ملزوم علم به ملازمه را به دنبال خواهد داشت و اگر ملازمه از نوع بین با معنای اعم آن بوده، تصور ملازمه، علم به آن را به‌ارمغان می‌آورد.

سوم، اگر ملازمه جنایت با رفتار متهم از نوع غیربین باشد، در این صورت تصور ملزوم یا تصور ملازمه و توجه به آن، سبب علم به ملازمه و جزم به آن نمی‌شود.

برای مثال، این پرسش که قطع چندثانیه‌ای دستگاه اکسیژن‌رسان از بیمار حاد تنفسی، سبب مرگ او می‌شود؟ پرسشی است که پاسخ به آن، نه با تصور قطع دستگاه تنفسی حاصل می‌گردد نه با تصور ملازمه قطع چندثانیه‌ای دستگاه و مرگ بیمار. از این رو اگر متهم قبل از قطع دستگاه به پاسخ مسئله علم نداشته باشد، آنگاه قطع عمدی دستگاه تنفسی را نمی‌توان دلیلی قاطع و غیرقابل تردید بر عمدی بودن جنایت به حساب آورد. در چنین وضعیتی عمدی بودن رفتار همراه با توجه به ملازمه، در صورتی اثبات‌کننده قصد جنایت است که متهم از هر طریق ممکن قبل از انجام رفتار به ترتب جنایت بر رفتار علم داشته باشد. این علم به ملازمه نیز در ملازمه غیربیین، بدون احراز توجه به آن نمی‌تواند کاشف قطعی از قصد جنایت باشد؛ زیرا محتمل است که متهم هنگام انجام رفتار به ترتب جنایت بر رفتارش توجه نداشته باشد.

نکته مهم این است که فقط در صورتی که ملازمه رفتار ارتكابی با نتیجه آن از نوع بیین با معنی اخص باشد، می‌توان به اینکه مرتکب به وقوع نتیجه علم داشته است، حکم کرد. والا اگر ملازمه غیربیین باشد یا بیین با معنای اعم باشد، نمی‌توان به عالم بودن او به وقوع نتیجه حکم کرد؛ زیرا اصل، عدم استحقاق مجازات است پس نمی‌توان (جایز نیست) با تردید در استحقاق مجازات، مجازات را انشا نمود. زیرا در این حالت موجب مغایرت با اصل برائت می‌گردد. یادآوری می‌شود که اصل برائت کیفری یکی از مؤلفه‌های اصلی فرایند کیفری است که به موجب آن همه افراد جامعه بی‌گناه فرض می‌شوند، مگر اینکه اتهام آن‌ها به موجب قانون، فراتر از هرگونه شک و تردید معقول در مرجع قضایی صالح احراز شود^{۲۹}.

۳.۴. نظر پدیدآورندگان مقاله درباره تبصره یک ماده ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی

در تبصره یک ماده ۲۹۰ ق.م.ا. در خصوص بند «ب» این ماده آمده است: عدم آگاهی و توجه مرتکب باید اثبات گردد و در صورت اثبات نشدن آن، جنایت عمدی است. این سخن فقط در صورتی که ملازمه جنایت با رفتار عمدی متهم، بیین با معنی اخص

۲۹. عباسعلی، اکبری و همکاران، «مفهوم و مبانی عدول از اصل برائت»، فصلنامه مطالعات حقوقی معاصر، سال هشتم، ش ۱۴ (۱۳۹۶)، ص ۲۴.



باشد صحیح است، زیرا همان گونه که بیان شد در این نوع از ملازمه، تصور ملزوم (رفتار عمدی) برای تصور لازم (جنایت) و علم و جزم به ملازمه کافی است. پس اینکه ملزوم، عمدی واقع شده نشانگر آن است که علم به ملازمه و توجه به آن نیز حاصل بوده است. از این رو، ادعای آگاهی نداشتن از ملازمه یا توجه نداشتن به آن، سخنی خلاف واقعیت ملازمه‌های بین با معنی اخص است. در نتیجه، سخن متهم خلاف اصل بوده، پس وظیفه اثباتی طبق قاعده قضایی برعهده او است و اگر وی نتواند ناآگاهی از ملازمه و توجه نداشتن به آن را اثبات کند بر عمدی بودن جنایت حکم می‌شود.

اما اگر ملازمه جنایت با رفتار متهم از نوع بین با معنای اعم یا ملازمه غیربین باشد، چون در این دو صورت، صرف توجه به ملزوم (یعنی صرف عمدی بودن رفتار) مستلزم توجه به لازم (جنایت) یا توجه به ملازمه نیست، پس در این دو صورت، سخن متهم موافق اصل و ظاهر در چنین ملازمه‌هایی است. بنابراین، وظیفه اثباتی برعهده وی نخواهد بود. به بیان دیگر، علم نداشتن به ملازمه و توجه نداشتن به آن در صورت غیربین بودن ملازمه یا بین با معنای اعم بودن آن به اثبات نیاز ندارد، زیرا حصول و عروض علم به ملازمه و توجه به آن، دو امر ممکن الوجودند و اصل در ممکنات عدم آنها است. پس اگر درباره تحقق علم یا توجه یا هردو تردید وجود داشته باشد باید بنا بر عدم آنها نهاده شود. از این رو، کسانی که اظهار می‌کنند متهم به ملازمه علم داشته و به آن توجه کرده، سخنان خلاف اصل است و وظیفه اثباتی برعهده آنها خواهد بود و در صورت عدم اثبات باید بر عمدی نبودن جنایت حکم شود.

نتیجه

یکی از عناصر تشکیل دهنده قتل عمد، عنصر معنوی یا روانی است. با توجه به فروض مختلف ماده ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و رویکرد کیفری کنونی که در ماده ۱۴۴ همان قانون (به عنوان یک قاعده عام در جرایم عمدی مقید) وارد شده است، احراز قتل عمدی بر اساس «علم به وقوع نتیجه» گاهی پیچیده به نظر می‌رسد.

این پیچیدگی زمانی آشکارتر می‌شود که قاضی باید با رعایت قواعدی نظیر «لا یبطل دم امرء مسلم»^{۳۰}، «اصل عدم استحقاق مجازت» و «تُدْرء الحدود بالشبهات»، حکمی را بر اساس «علم به وقوع نتیجه» انشا نماید. استناد به موضوعی که معیار احراز آن از سوی قانون‌گذار بیان نشده است.

بنابراین در جهت تحقق دادرسی عادلانه و اجرای عدالت در نظام حقوقی مبتنی بر فقه اسلامی باید معیاری معرفی شود که ضمن یقین‌آور بودن، با عرف و مبانی جزایی اسلام نیز سازگاری داشته باشد. لذا به نظر می‌رسد معیار «ملازمه بین بالمعنی الاخص رفتار ارتكابی با نتیجه» با توجه به موارد زیر پاسخگوی سؤال اصلی تحقیق باشد.

۱- از نظر فقهی و اصولی شخص عاقل در عمل بین آثار زیان‌بار و سودمندی فعل، موازنه برقرار می‌نماید؛ بنابراین، چنانچه مرتکب عاقل بوده و رفتار ارتكابی از نظر عقلاً نوعاً کشنده است، از باب حکم علی‌الغلب گفته می‌شود مرتکب علم به اثر فعل داشته، و چنانچه جانی ادعا نموده که علم به اثر فعل نداشته است، شبهه طرح‌شده از سوی وی بایستی شبهه محتمله باشد؛ یعنی نسبت به نظیر او محتمل بوده، در این صورت حسب مورد بایستی به عقلاً و متخصصان رجوع نمود.

۲- قصد، امری اندرونی و باطنی است. در حقیقت، فعل نفس است نه فعل جوارح. در عین حال، قاضی برای استحقاق مجازات متهم باید قصد وی را در ارتكاب جنایت احراز کند. وقتی ذات امر (قصد) ظاهر نیست، پس باید چیز یا چیزهای دیگری از وجود آن پرده بردارد. انسان عاقل مختار غیرمکره به حکم عقلش فعلی را انجام نمی‌دهد، مگر برای حصول اثری که بر آن فعل مترتب است. از این رو، اگر عاقلی با علم به اثر فعلی آن را انجام داد، این علم به اثر فعل و انجام فعل پرده از آن برمی‌دارد که وی فعل را با قصد حصول اثر آن انجام داده است، یعنی خواستار حصول اثر فعل بوده است.

۳۰. به این معنا که خون انسان مسلمان نباید به‌هدر رود. و البته احتیاط در دماء دوسویه است؛ یعنی هم در مورد مقتول است که نباید اجازه دهیم خون او هدر برود و هم در مورد متهم است، زیرا در صورت بی‌گناهی، با حکم قصاص می‌خواهیم یک نفر را بکشیم.

۳- هرچند قانون گذار از قصد غیرمستقیم یا علم جانشین قصد تعریفی ارائه نکرده است، ولی عرف با این مفهوم بیگانه نیست. عرف نیز قصد شیء را قصد لوازم آن می داند، وقتی لوازم از ملزوم لاینفک باشند.

پس انفکاک لازم از ملزوم، آنگاه که ملازمه ذاتی است، با فرض تحقق ملزوم ممکن نیست. از این رو، قصد ملزوم برای قصد لازم کافی است. بنابراین در صورتی که ملازمه رفتار ارتكابی با نتیجه آن به منزله ملازمه بین بالمعنی الاخص باشد، نه تنها می توان به این که مرتکب به وقوع نتیجه علم داشته است، حکم نمود، بلکه به اینکه خواستار تحقق آن نیز بوده است باید حکم کرد. ولی اگر ملازمه بین با معنای اعم باشد یا ملازمه غیر بین باشد، نمی توان به عالم بودن مرتکب به وقوع نتیجه و قاصد بودن وی به جنایت حکم نمود.

منابع و مأخذ

۱. قرآن کریم

۲. قانون مجازات اسلامی

الف- فارسی

- کتاب‌ها

۳. آقای‌نیا، حسین، *جرایم علیه اشخاص، جنایات*، (تهران: انتشارات میزان، ۱۳۸۴).

۴. الیت، کاترین و کوپین، فرانسیس، *حقوق جزا*، ترجمه آوا واحدی نوایی و نسترن غضنفری، (تهران: نشر میزان، چ ۲، ۱۳۹۱).

۵. پاد، ابراهیم، *حقوق کیفری اختصاصی، جرایم نسبت به اشخاص*، (تهران: انتشارات دانشور، ۱۳۸۵).

۶. پرادل، ژان، *حقوق کیفری تطبیقی، جرایم علیه اشخاص*، ترجمه مجید ادیب، (تهران: انتشارات میزان، ۱۳۸۶).

۷. پوربافرانی، حسن، *جرایم علیه اشخاص، صدمات جسمانی*، (تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۸۸).

۸. زراعت، عباس، *شرح مختصر قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲*، ج ۱، (تهران: انتشارات ققنوس، چ ۴، ۱۳۹۴).

۹. سرخوش، جواد، *معیار استنتاج فقهی حقوقی*، (تهران: نشر بهنامی، ۱۳۹۵).

۱۰. صادقی، محمدهادی، *جرایم علیه اشخاص*، (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۲).

۱۱. صانعی، پرویز، *حقوق جزای عمومی*، ج ۱، (تهران: انتشارات گنج دانش، چ ۴، ۱۳۷۱).

۱۲. عظیم‌زاده، شادی، *حقوق جزای اختصاصی*، ج ۱، (تهران: دوراندیشان، ۱۳۹۳).

۱۳. گلدوزیان، ایرج، *محشای قانون مجازات اسلامی*، (تهران: انتشارات مجد، چ ۵، ۱۳۹۴).

۱۴. گلدوزیان، ایرج، *حقوق جزای اختصاصی، جرایم علیه تمامیت جسمانی، شخصیت معنوی*، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چ ۲۲، ۱۳۹۵).



۱۵. معین، محمد، *فرهنگ فارسی*، (تهران: نشر سرایش، چ ۵، ۱۳۸۲).
۱۶. میرمحمدصادقی، حسین، *جرایم علیه اشخاص*، (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۰).
۱۷. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام*، ترجمه و شرح اکبر نایب‌زاده، ج ۱، (تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۲).
۱۸. نجیب حسنی، محمود، *رابطه سببیت در حقوق کیفری*، (مشهد: انتشارات دانشگاه علوم اسلامی رضوی، چ ۳، ۱۳۹۱).

– مقالات

۱۹. آقابابائی بنی، اسماعیل، «مسئولیت کیفری قاتل در موارد علم اجمالی»، *حقوق اسلامی*، سال دوازدهم، ش ۴۶ (۱۳۹۴).
۲۰. اکبری، عباسعلی، و مالمیر، محمود، و پوربافرانی، حسن، «مفهوم و مبانی عدول از اصل برائت»، *فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی معاصر (فقه و حقوق اسلامی سابق)*، سال هشتم، ش ۱۴ (۱۳۹۶).
۲۱. اعتمادی، امیر و حسینی، سید محمد، «جنون به عنوان عامل رافع مسئولیت کیفری در حقوق ایران و انگلستان»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۶، ش ۲ (۱۳۹۴).
۲۲. جعفری، مجتبی، «تاملی در ماهیت و قلمرو اراده در تحقق مسئولیت کیفری»، *پژوهش حقوق کیفری*، سال چهارم، ش ۱۵ (۱۳۹۵).
۲۳. حیدری، الهام، و آقابکی، صغری، «بررسی علم قاضی در اثبات جرایم از منظر فقه و قوانین ایران»، *دومین کنفرانس ملی و اولین کنفرانس بین‌المللی پژوهش‌های نوین در علوم انسانی*، بی‌جا، (۱۳۹۴).
۲۴. رستمی‌غازانی، امید، «عنصر روانی بزه قاچاق کالا و ارز» *فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی معاصر (فقه و حقوق اسلامی سابق)*، سال دوازدهم، ش ۲۲ (۱۴۰۰).
۲۵. زهروی، رضا، «بررسی تطبیقی فردی کردن ادله در سیاست جنایی اسلام، ایران و فرانسه»، *حقوق اسلامی*، سال سیزدهم، ش ۵۰ (۱۳۹۵).
۲۶. محسنی، فرید و ملکوتی، نصیر، «رابطه سببیت در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، *مجله حقوقی دادگستری*، سال هفتاد و نهم، ش ۹۱ (۱۳۹۴).

۲۷. محمدخانی، عباس، «تاملی نو بر تعریف فعل مادی و غیرمادی در قتل عمدی»، پژوهش حقوق کیفری، سال چهارم، ش ۱۳ (۱۳۹۴).
۲۸. مرادی، حسن و شهبازی، علی، «عنصر معنوی قتل عمد در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲»، مجله پژوهش حقوق کیفری، سال چهارم، ش ۱۳ (۱۳۹۴).
۲۹. میرخلیلی، سیداحمد، و غدیری، اکرم، «چگونگی شکل‌گیری اماره اثبات دعوی»، حقوق اسلامی، سال سیزدهم، ش ۴۹، (۱۳۹۵).
۳۰. یکرنگی، محمد و عالی‌پور، حسن، «معیار علم به وقوع نتیجه در حقوق کیفری ایران با رویکرد تطبیقی به حقوق انگلستان و فقه امامیه»، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۲، ش ۲ و ۳ (۱۳۹۴).

– تقریرها و پایان‌نامه‌ها

۳۱. آزمایش، سید علی، تقریرات حقوق کیفری، دوره کارشناسی ارشد دانشگاه تهران، تحریر: علی شجاعی، (۱۳۷۵).
۳۲. محسنی، فرید، جزوه حقوق جزای عمومی مقطع دکتری، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری دادگستری، (۱۳۹۱).
۳۳. ناصری، فرج‌اله، امارات در حقوق مدنی ایران، رساله دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، (۱۳۴۴).

ب- عربی

– کتاب‌ها

۳۴. آنیس، ابراهیم، و منتصر، عبدالحلیم، و الصوالحی، عطیه، و خلف‌الله أحمد، محمد، المعجم الوسیط، (تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامی، چ ۵، ۱۳۷۴)، الجزء الثانی.
۳۵. خویی، سید ابوالقاسم موسوی، مبانی تکملة المنهاج، ج ۲ (و ۱)، (تهران: انتشارات خرسندی، چ ۴، ۱۳۹۳).
۳۶. مظفر، محمدرضا، المنطق، (بیروت: دارالتعارف، ۱۴۰۰ ق).

آثار فسخ قرارداد در فرض تخلف از انجام تعهدات قراردادی در حقوق ایران و عراق و کنوانسیون وین ۱۹۸۰

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۰/۱۱

تاریخ پذیرش نهایی: ۱۴۰۰/۰۶/۲۲

علی خیری جبر^۱

سید محمدمهدی قبولی درافشان^۲

اعظم انصاری^۳

چکیده

پایبندی به تعهدات قراردادی از مسائل مهم حقوقی به‌شمار می‌آید. لیکن گاهی برخی اشخاص تعهدات قراردادی خویش را نقض می‌کنند. یکی از ضمانت اجرای نقض تعهدات قراردادی فسخ قرارداد است که در مورد شرایط پیدایش و نحوه اعمال و آثار آن تفاوت‌هایی در نظام‌های حقوقی مختلف وجود دارد. نگارندگان این پژوهش در صدد برآمده‌اند که مسئله آثار چنین فسخی را با روشی توصیفی تحلیلی و تطبیقی در حقوق ایران، عراق و نیز کنوانسیون وین ۱۹۸۰ بررسی کرده، وجوه شباهت و تفاوت میان این نظام‌ها را تحلیل نمایند. نتایج حاصل از این جستار نشان می‌دهد در مورد آثار فسخ قرارداد هرچند در هر سه نظام حقوقی، اصولاً فسخ قرارداد موجب زوال تعهدات طرفین می‌شود، لیکن پذیرش اثر قهقرایی برای فسخ در حقوق عراق و کنوانسیون وین و عدم پذیرش آن در حقوق ایران، موجب تفاوت‌هایی میان آنها شده است. ازجمله تفاوت‌های یادشده، تفاوت از نظر قلمرو مواردی است که باید از سوی طرفین مسترد گردد و نیز تفاوت در تأثیر فسخ قرارداد بر حقوقی که پس از انعقاد قرارداد و قبل از فسخ آن برای اشخاص ثالث ایجاد شده است.

واژگان کلیدی: اثر قهقرایی فسخ، حقوق ایران، حقوق عراق، کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، نقض تعهدات قراردادی.

alikhairi.jebur@mail.um.ac.ir

ghaboli@um.ac.ir

aansari@um.ac.ir

۱. کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه فردوسی مشهد، ایران

۲. دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد، ایران (نویسنده مسئول)

۳. استادیار دانشگاه فردوسی مشهد، ایران

مقدمه

یکی از ضمانت اجراهای نقض تعهدات قراردادی، فسخ قرارداد است. در مورد شرایط پیدایش و چگونگی اجرای فسخ و نیز سایر مسائل پیرامون آن در نظام‌های حقوقی گوناگون، اختلاف‌هایی وجود دارد. در این راستا یکی از مسائل مهم، آثار فسخ قرارداد است. این پرسش جدی مطرح است که تأثیر فسخ در فرض فسخ به دلیل نقض تعهدات قراردادی چیست؟ آیا همه آثار قرارداد از بین می‌رود یا خیر؟ آیا فسخ قرارداد تصرفات حقوقی را که یکی از طرفین با اشخاص ثالث انجام داده یا حقوقی را برای اشخاص ثالث ایجاد نموده است از بین می‌برد؟ نگارندگان این پژوهش در تلاش‌اند مسئله آثار فسخ قرارداد در اثر نقض تعهدات قراردادی و مسائل مختلف پیرامون آن را در حقوق ایران و عراق و نیز کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰^۴ بررسی نموده، وجوه تشابه و تفاوت این نظام‌های حقوقی را بررسی کنند. بررسی و مقایسه حقوق عراق و ایران از این جهت اهمیت دارد که دو کشور همسایه بوده، میان اتباع این کشورها مبادلات و معاملات متعددی رخ می‌دهد و نیز مطالعه تطبیقی در زمینه موضوع مقاله میان این دو کشور مشاهده نمی‌شود. بررسی کنوانسیون نیز از این جهت که یکی از اسناد مهم بین‌المللی بوده و به‌نوعی برآیند نظام‌های مختلف حقوقی حاکم در اروپا و آمریکا است، اهمیت دارد. به‌علاوه بسیاری از کشورهای جهان از جمله عراق به این سند بین‌المللی ملحق شده‌اند. در راستای بررسی آثار فسخ باید توجه داشت که یک تفاوت بنیادین میان حقوق ایران از یک سو و حقوق عراق و کنوانسیون از سوی دیگر وجود دارد که در بررسی آثار فسخ مؤثر است. توضیح اینکه قاعده کلی در حقوق عراق این است که انحلال قرارداد اثر قهقرایی دارد و قرارداد تأثیر خویش را از آغاز از دست می‌دهد^۵ و این درحالی است که در حقوق ایران فسخ، قرارداد را از روز فسخ منحل می‌نماید^۶. همین نکته تفاوت‌های مهمی را بین حقوق ایران و

۴. از این پس برای رعایت اختصار از آن با عنوان «کنوانسیون» یاد می‌شود.

۵. فوزی کاظم، المباحی، *انحلال العقد الفسخ و الاقاله فی القانون المدنی العراقی*، (بغداد: نشر و توزیع مکتبه صباح، ۲۰۱۵)، ص ۸۴؛ طارق کاظم، عجیل، *المطول فی شرح القانون المدنی*، *دراسة معمقة و مقارنه بالفقه العربی و الاسلامی*، الجزء الثالث، (بیروت: مکتبه زین الحوقیه، ۲۰۱۳)، صص ۱۱۶-۱۱۷.

۶. ناصر، کاتوزیان، *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، ج ۵، (تهران: شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، ۱۳۷۶)، ص ۷۹؛ عبدالحسین، شیروی، *حقوق قراردادها، انعقاد، آثار و انحلال*، (تهران: سمت، ۱۳۹۶)، ص ۲۹۸.



عراق ایجاد کرده است. در خصوص کنوانسیون نیز از برخی احکام آن (مندرج در ماده ۸۴ در خصوص لزوم بازگرداندن بهره ثمن برای ایامی که ثمن در اختیار مشتری بوده است) اثر قهقرایی فسخ استنباط شده است.^۷ بنابراین با توجه به پذیرش اثر قهقرایی فسخ در حقوق عراق و کنوانسیون و عدم پذیرش آن در حقوق ایران، طبیعی است که تفاوت‌هایی در آثار فسخ مشاهده شود. حال با توجه به این نکته ابتدا تأثیر فسخ در انحلال عقد و زوال تعهدات طرفین بررسی شده، سپس از تأثیر فسخ بر بازگرداندن عوضین و منافع سخن گفته می‌شود و پس از آن، تأثیر فسخ بر هزینه‌ها و تصرفات انجام‌شده نسبت به معامله و موضوع آن از دیگر مسائل مورد بررسی خواهد بود. در نهایت نیز تأثیر فسخ در تصرفات حقوقی انجام‌شده در موضوع قرارداد و حقوق اشخاص ثالث مطالعه خواهد شد.

۱. انحلال عقد و زوال تعهدات طرفین

هنگامی که قرارداد قبل از مرحله اجرا فسخ می‌شود و طرفین تعهدی را انجام نداده و چیزی بین طرفین مبادله نشده باشد، انحلال قرارداد موجب زوال تعهدات طرفین می‌گردد. به دیگر سخن، همان‌گونه که برخی^۸ نیز بیان کرده‌اند، اصولاً فسخ قرارداد باعث پایان یافتن قرارداد می‌شود و به این وسیله طرفین از تعهداتی که برعهده ایشان قرار دارد و تا زمان فسخ اجرا نشده است، رهایی می‌یابند. در نتیجه، پس از فسخ هیچ‌یک نمی‌تواند اجرای تعهدات یادشده را از دیگری مطالبه کند.

در عین حال، کنوانسیون بر اصل یادشده استثناهایی نیز وارد کرده است. بند نخست ماده ۸۱، ضمن اشاره به قاعده کلی یادشده، به استثنای وارد بر آن نیز تصریح نموده است. به موجب این بند «۱. فسخ قرارداد، طرفین را از انجام تعهدات موضوع قرارداد، به شرط پرداخت هر نوع خسارت قابل مطالبه، بری‌الذمه می‌نماید. فسخ تأثیری در شروط مندرج در قرارداد در خصوص حل اختلافات یا بر سایر شرایط قرارداد که حاکم بر حقوق و تکالیف طرفین پس از فسخ است، نخواهد داشت».

۷. سید حسین، صفایی و همکاران، حقوق بیع بین‌المللی، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۲)، ص ۳۰۵.

۸. خالد احمد، عبدالحمید، فسخ عقد البیع الدولي وفقاً لاتفاقیه فیینا لعام ۱۹۸۰، مذکره لنیل درجه الدكتوراه فی الحقوق، کلیه الحقوق، (قاهره: جامعه القاهرة، ۲۰۰۲) ص ۳۵۸؛ عبدالحسین، شیروی، پیشین، ص ۲۹۹.

بر اساس این بند، نخست اینکه فسخ قرارداد تأثیری در حق مطالبه خسارت‌های ناشی از فسخ ندارد؛ بنابراین، چنانچه بایع یا مشتری به دلیل تخلف طرف دیگر قرارداد را فسخ نموده باشد، می‌تواند از متخلف مطالبه خسارت کند.^۹ دوم، شروط مربوط به حل و فصل اختلافات تحت تأثیر فسخ قرار نمی‌گیرد. شایان ذکر است این مسئله منوط به این است که شروط یادشده دارای اعتبار باشد.^{۱۰} البته کنوانسیون اعتبار قرارداد یا شروط قرارداد را مد نظر قرار نداده، بلکه مطابق ماده ۴، کنوانسیون اعتبار یا عدم اعتبار این موارد باید مطابق قانون حاکم قضاوت شود.^{۱۱} بنابراین، اگر در زمینه حل و فصل از راه داوری توافق شده باشد یا اینکه در مورد صلاحیت دادگاه کشور معینی یا اجرای قانون مشخصی توافق شده باشد، چنین شروطی پس از فسخ قرارداد اصلی، به اعتبار خویش باقی است.^{۱۲} سوم، گاهی طرفین در مورد آثار فسخ توافق‌هایی نموده‌اند که اجرای آن توافقات و شروط، مربوط به پس از فسخ قرارداد اصلی است. شروط مربوط به جبران خسارت یا وجه التزام یا معافیت از مسئولیت از این جمله‌اند و تحت تأثیر فسخ قرارداد قرار نمی‌گیرند.^{۱۳} در واقع، این شروط نسبت به قرارداد اصلی، شروط مستقل محسوب می‌شوند، زیرا اراده طرفین بر اجرا و باقی ماندن آنها پس از فسخ قرارداد است. گفتنی است برخی صاحب‌نظران^{۱۴} بر این باورند که از

۹. محسن، شفیق، *اتفاقیه الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دراسة في قانون التجارة الدولي*، (قاهره: دارالنهضة العربية، ۱۹۸۸)، ص ۲۶۲؛ نغم حنا رؤوف، *ننيس، التزام البائع بالتسليم في عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا ۱۹۸۰*، دراسة تحليلية، اطروحه دكتوراه فلسفه في القانون الخاص، جامعة الموصل، ۲۰۰۴، ص ۲۶۲؛ عبدالحميد، *پيشين*، صص ۳۶۲-۳۵۹؛ فتیحه، بن زروق، *فسخ العقد طبقاً لاتفاقية فيينا لسنة ۱۹۸۰ الخاصة بالبيع الدولي للبضائع*، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر (۱)، كلية الحقوق، ۲۰۱۵، ص ۸۲؛ اکرم محمد، حسین، *الاخلاق بالتفصيل في بيع التجارة الدولية، دراسة مقارنة*، (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى، ۲۰۱۷)، صص ۲۴۶-۲۴۵؛ سيد حسين، صفائي و همکاران، *پيشين*، ص ۳۰۱.

۱۰. سيد حسين، صفائي و همکاران، *پيشين*، ص ۳۰۱.

Amir Al-Hajaj, *The Concept of Fundamental Breach and Avoidance under the CISG*, PhD thesis, Brunel University, 2015, p. 217.

11. Amir Al-Hajaj, *op. cit.*, p. 217.

۱۲. نغم حنا رؤوف، *ننيس*، *پيشين*، صص ۲۶۳-۲۶۲؛ خالد احمد، عبدالحميد، *پيشين*، صص ۳۶۴-۳۶۲؛ ابراهيم، شعاريان و فرشاد، رحيمي، *حقوق بيع بين المللي، شرح كنوانسيون بيع بين المللي كالا* در پرتو دكترين و رويه قضايي، *مطالعه تطبيقي با اسناد بين المللي و حقوق ايران*، (تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهشهاي حقوقي، ۱۴۰۰)، ص ۹۷۱.

۱۳. محمود سمير، *الشراوى، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع*، (قاهره: دارالنهضة العربية، ۲۰۰۱)، ص ۲۲۶؛ اکرم محمد، حسین، *پيشين*، ص ۲۴۶.

14. Michael Bridge, *CISG-AC Opinion No. 9, Consequences of Avoidance of the Contract*, Adopted by the CISG-AC following its 12th meeting in Tokyo, Japan on 15 November 2008, p. 8.



نظر کنوانسیون، حقوق طرفین قرارداد ناشی از فسخ قرارداد، از نوع قراردادی است و مبتنی بر قواعد دارا شدن ناعادلانه قانون حاکم نیست. در واقع، فسخ باعث پایان رابطه قراردادی نمی‌شود و به همین جهت برخی حقوق‌دانان^{۱۵} عدم تأثیر فسخ بر شروط پیش‌گفته را بر این اساس تحلیل نموده‌اند. به اعتقاد برخی^{۱۶}، شروط مندرج در ماده ۸۱ کنوانسیون^{۱۷} حصری نیست، بلکه می‌توان مصادیق آن را از راه قیاس به تعهدات قراردادی دیگر مانند تعهد مشتری به نگهداری کالای دریافتی در فرضی که مشتری تصمیم به رد آن و فسخ معامله می‌گیرد، تعمیم داد.

در حقوق عراق نیز می‌توان توافقی‌هایی را که مربوط به روابط طرفین پس از فسخ قرارداد است، اصولاً معتبر دانست و به ملاک موادی استناد نمود که در برخی موارد از صحت چنین توافقی‌هایی سخن گفته است. برای مثال، در بند ۲ ماده ۵۳۴ قانون مدنی عراق آمده است: «۲- چنانچه پرداخت ثمن اقساطی باشد، متبایعین می‌توانند توافق نمایند که قسمتی از آن به‌عنوان خسارات ناشی از فسخ بیع در فرض عدم پرداخت همه اقساط، نزد فروشنده باقی بماند. در عین حال، دادگاه می‌تواند بر حسب اوضاع و احوال خسارت مورد توافق را بر اساس احکام خسارت‌های توافقی، کاهش دهد...». به اعتقاد برخی^{۱۷}، این شرط نوعی شرط وجه التزام است. شرط یادشده نیز به دلیل اصل حاکمیت اراده و عدم مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه، شرطی صحیح است.

در قانون مدنی ایران در خصوص شروط مربوط به رفع اختلاف و جبران خسارت مشابه ماده ۸۱ کنوانسیون، نصی به چشم نمی‌خورد، ولی به اعتقاد برخی حقوق‌دانان^{۱۸} می‌توان از فحوای مواد ۲۲۱ و ۲۲۵ قانون مدنی و نیز با استناد به ماده ۱۰ قانون مدنی و بنای

۱۵. ابراهیم، شعاریان و فرشاد، رحیمی، پیشین، ص ۹۷۱.

۱۶. محسن، شفیق، پیشین، ص ۲۶۲؛ نغم حنا رؤوف، ننس، پیشین، ص ۲۶۳؛ نسرين سلامه، محاسنه، التزام البائع بالتسليم و المطابقه، درسه فی القانون الانجلیزی و اتفاقیه الامم المتحدہ للبیع الدولی للبضائع ۱۹۸۰، اتفاقیه فیینا، (عمان: دارالثقافه للنشر و التوزیع، الطبعه الاولی، ۲۰۱۱)، ص ۲۲۹؛ جمال محمود، عبدالعزیز، الالتزام بالمطابقه فی عقد البیع الدولی للبضائع، رساله دکتورا، جامعه القاهرة، کلیه القانون، ۱۹۹۶، ص ۴۰۵.

۱۷. حسن‌علی، الذنون، النظریه العامه للفسخ فی الفقه الاسلامی و القانون المدنی درسه مقارنه، (قاهره: مطبعه نهضة مصر، ۱۹۴۶)، ص ۲۶۹.

۱۸. سید حسین، صفایی و همکاران، پیشین، ص ۳۱۳.

خردمندان، اعتبار شروط یادشده و از بین نرفتن آن با فسخ قرارداد را استنباط نمود. در واقع همان‌گونه که برخی^{۱۹} نیز بیان داشته‌اند، پیروی شرط از عقد در مسئله فسخ تا جایی است که نتوان استقلال شرط را از اوضاع و احوال استنباط نمود و بر این اساس باید شروطی چون شرط داور، شرط حفظ اسرار، تعیین قانون حاکم و نیز سایر شروطی که روابط طرفین در فرض فسخ قرارداد را تنظیم می‌نمایند شروطی مستقل دانست و معتقد بود که فسخ قرارداد تأثیری بر این شروط ندارد.

۲. بازگرداندن عوضین و منافع

برای بررسی استرداد عوضین و منافع مربوط به آن ابتدا حقوق عراق، سپس حقوق ایران و در نهایت، دیدگاه کنوانسیون بررسی می‌شود.

۲.۱. بازگرداندن عوضین و منافع در حقوق عراق

در فرض فسخ قرارداد از سوی متعهدله در حقوق عراق، متعهد حق دارد آنچه را در مقام اجرای تعهد به متعهدله داده بازستاند. البته متعهدله متقابلاً حق استرداد آنچه را به متعهد داده است، دارد. حتی به اعتقاد برخی^{۲۰}، برخلاف فرض مطالبه اجرای تعهدات که متعهدله درکنار سایر غرما قرار می‌گیرد، در مورد استرداد آنچه به متعهد پرداخته می‌شود از مزاحمت سایر طلبکاران متعهد آزاد و رها است. به نظر می‌رسد این مسئله ریشه در اثر قهقراایی فسخ دارد. حتی ادعا شده است^{۲۱} متعهدله می‌تواند تا زمانی که متعهد آنچه را از وی گرفته بازپس نداده است، تکلیف خویش مبنی بر ردّ اشیای دریافتی را انجام ندهد و به عبارتی در این زمینه حق حبس دارد.

در حقوق عراق فرض شده است که شخصی که پول را به‌عنوان ثمن دریافت می‌دارد و از آن بهره می‌برد باید سود پول را پرداخت نماید^{۲۲}. در مورد میزان سود و تاریخ استحقاق آن نیز ماده ۱۷۱ قانون مدنی عراق قابل اجراست. بر اساس این ماده در مسائل مدنی میزان سود به دلیل تأخیر، ۴ درصد و تاریخ محاسبه آن از تاریخ درخواست قضایی است؛ مگر اینکه

۱۹. عبدالحسین، شیروی، پیشین، ص ۳۰۳.

۲۰. سعیده، جوهری، سلطة القاضی فی فسخ العقد، مذکره تخرج لنیل شهادة ماستر فی القانون تخصص عقود و مسؤولیة، جامعه اکی محند اولحاج، البویره، کلیه الحقوق و العلوم السیاسیة، قسم القانون الخاص، ۲۰۱۳، ص ۵۲.

۲۱. همان.

۲۲. طارق کاظم، عجیل، پیشین، صص ۱۵۰-۱۴۹؛ حسن علی، الذنون، پیشین، ص ۲۷۰.



توافق یا عرف تجاری تاریخی دیگر معین نماید. در حقوق عراق با توجه به اثر قهقرایی فسخ، متعهد نیز پس از فسخ عقد باید آنچه را از متعهدله دریافت نموده است به او بازگرداند. بنابراین در عقد بیعی که به دلیل تخلف مشتری فسخ گردیده، وی باید مبیع را به همراه نمائات آن به بایع برگرداند، همچنان که می‌تواند ثمن و هزینه‌های نگهداری مبیع را باز پس گیرد^{۲۳}، زیرا نتیجه عطف به ماسبق شدن اثر فسخ این است که متعهد هیچ‌گاه مالکیت عینی را به‌دست نیاورده، بلکه متعهدله مالک عین بوده است و به همین جهت نمائات و ثمرات عین نیز در فاصله عقد تا فسخ به تبع مالکیت عین متعلق به متعهدله است^{۲۴}. در تبیین تعهد بازگرداندن نمائات و منافع به قاعده دارا شدن بدون جهت به دلیل زوال آثار عقد در اثر فسخ نیز استناد شده است^{۲۵}.

نکته دیگر در حقوق عراق این است که چنانچه عین در دست متعهد تلف شود و قرارداد به دلیل نقض تعهد از سوی متعهد فسخ گردد، متعهدله می‌تواند جبران خسارت خویش را نیز مطالبه کند^{۲۶}. گفتنی است اگر عینی نزد شرکت بیمه، بیمه شده باشد، متعهدله نسبت به مبلغ بیمه ذی‌حق است^{۲۷}. در مورد زمان ارزیابی خسارت نیز زمان بازگرداندن عین ملاک عمل دانسته شده است، نه زمان انعقاد قرارداد؛ زیرا زمان تکلیف به رد عین، امکان رد عین وجود ندارد و در این زمان باید به‌جای عین مال، قیمت آن را بازگرداند^{۲۸}. گفتنی است، اگر فسخ موجب ضرر متعهد گردد، وی نمی‌تواند جبران خسارت خویش را از متعهدله مطالبه نماید، زیرا فسخ قرارداد به دلیل نقض تعهد از سوی متعهد بوده است و وی باید نتایج تقصیر خویش را تحمل نماید؛ چراکه در غیر این صورت ممکن است هر متعهدی تشویق به عدم اجرای تعهدش گردد^{۲۹}.

۲۳. سعیده، جوهری، پیشین، ص ۵۲.

۲۴. حسن‌علی، الذنون، پیشین، ص ۲۵۹.

۲۵. طارق کاظم، عجیل، پیشین، ص ۱۲۲.

۲۶. حسن‌علی، الذنون، پیشین، ص ۲۶۳.

۲۷. طارق اظم، عجیل، پیشین، ص ۱۳۲.

۲۸. همان، صص ۱۳۸-۱۳۹.

۲۹. سعیده، جوهری، پیشین، ص ۵۳.

۲.۲. بازگرداندن عوضین و منافع در حقوق ایران

در حقوق ایران در صورت فسخ قرارداد در قراردادهایی که متضمن مبادله اموالی با یکدیگر است (مانند بیع) هریک از طرفین، فارغ از اینکه دارنده حق فسخ باشد یا نباشد، باید آنچه را از طرف مقابل دریافت نموده است، به وی بازگرداند. زیرا همان گونه که برخی^{۳۰} بیان داشته‌اند ماندن مال نزد طرفین پس از فسخ، از مصادیق دارا شدن غیرعادلانه است و از ملاک ماده ۲۸۶ نیز لزوم بازگرداندن عوضین استنباط می‌شود. البته تفاوت میان حقوق ایران و عراق اینجاست که در حقوق عراق در مورد پذیرش تقاضای فسخ قاعده کلی این است که متقاضی فسخ بتواند وضع را به قبل از عقد بازگرداند^{۳۱}؛ حال آنکه در حقوق ایران به استناد ملاک ماده ۲۸۶ قانون مدنی که تلف عوضین را مانع اقاله نمی‌داند در فسخ نیز اصولاً تلف عوضین مانع فسخ نیست و در صورت تلف عوضین یا یکی از آن دو باید بدل آن (مثل یا قیمت) بازگردانده شود. گفتنی است اگر مورد معامله به ثالث نیز منتقل شده باشد، در حقوق ایران تلف حکمی محسوب شده، باید بدل آن بازگردانده شود. در واقع، فسخ تصرفات حقوقی را که در فاصله میان عقد و فسخ انجام شده است اصولاً تحت تأثیر قرار نمی‌دهد و در چنین حالتی اگر امکان استرداد عین موضوع قرارداد وجود نداشته باشد بدل آن داده می‌شود. این مسئله در تفسیر ماده ۲۸۶ قانون مدنی ایران در خصوص اقاله مورد تصریح برخی حقوق دانان^{۳۲} قرار گرفته و ملاک آن در مورد فسخ نیز قابل اجراست. توجه به این نکته نیز شایسته است که اگر اقداماتی که از سوی یکی از طرفین انجام شده، موجب کاهش قیمت آنچه در اثر قرارداد دریافت داشته است گردد، پس از فسخ قرارداد باید مابه‌التفاوت را به طرف مقابل بپردازد^{۳۳}.

تفاوت دیگری که میان حقوق ایران و عراق وجود دارد در مورد منافع و نمائات در فاصله عقد تا فسخ عقد است. منافع و نمائات در این مدت بر اساس اثر قهقرای فسخ در حقوق عراق متعلق به شخصی است که عین به وی بازمی‌گردد، حال آنکه در حقوق ایران با توجه

۳۰. سید حسین، صفایی و همکاران، پیشین، ص ۳۱۴.

۳۱. فوزی کاظم، المباحی، پیشین، ص ۲۷؛ عبدالمجید، الحکیم و همکاران، الوجیز فی نظریه الالتزام فی القانون المدنی العراقی، مصادر الالتزام، الجزء الاول، (بغداد: مکتبة السنهوری، ۲۰۱۲)، ص ۱۷۷.

۳۲. سید حسین، صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، قواعد عمومی قراردادهای، (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۵)، ص ۲۵۰.

۳۳. همان، ص ۳۱۱؛ ناصر، کاتوزیان، پیشین، ص ۹۰.

به عدم پذیرش اثر قهقرایی برای فسخ، نمائات و منافع در مدت یادشده بازگشت داده نمی‌شود. بنابراین همان‌گونه که برخی حقوق‌دانان^{۳۴} نیز بیان داشته‌اند، کسی که به‌موجب قرارداد مالکیت شیئی را به‌دست آورده است ملزم نیست پس از فسخ قرارداد اجرت منافع استفاده‌شده یا استفاده‌نشده مال را پرداخت نماید. در این زمینه می‌توان به قسمت پایانی ماده ۴۵۹ قانون مدنی ایران در خصوص بیع شرط استناد نمود که بر اساس آن «... نمائات و منافع حاصله از حین عقد تا حین فسخ مال مشتری است». همان‌گونه که برخی^{۳۵} بیان داشته‌اند، حکم یادشده مالکیت تبعی منافع نسبت به اصل مال را در اجرای خیار فسخ بیان می‌دارد. درواقع در این مدت، منافع به تبع اصل مال متعلق به خریدار است و پس از فسخ و بازگشت مالکیت به فروشنده با توجه به اینکه این تحول نسبت به آینده رخ می‌دهد منافع پس از فسخ (و نه قبل از آن) متعلق به فروشنده خواهد بود. البته باید حکم این ماده را ناظر به نمائات منفصل دانست و در مورد نمائات متصل، حکم ماده ۲۸۷ قانون مدنی در مورد اقاله را به‌عنوان قاعده‌ای عمومی اعمال نمود. به‌موجب ماده پیش‌گفته «نمائات و منافع منفصله که از زمان عقد تا زمان اقاله در مورد معامله حادث می‌شود مال کسی که به‌واسطه عقد مالک شده است ولی نمائات متصله مال کسی است که در نتیجه اقاله مالک می‌شود».

نکته قابل توجه دیگر این است که برخلاف حقوق عراق، در حقوق ایران حق حبس در این زمینه پذیرفته نیست، چراکه حق حبس، استثنایی است و در این زمینه در حقوق ایران نصی وجود ندارد.

در مورد سود و بهره ثمن برخلاف حقوق عراق چنین امکانی در حقوق ایران وجود ندارد، زیرا فسخ اثر قهقرایی ندارد و به‌علاوه چنانچه ثمن پول باشد، به گفته برخی حقوق‌دانان^{۳۶}، مطالبه بهره آن مطابق نظر شورای نگهبان ممکن نیست، جز در مواردی که بتوان به استناد قسمت اخیر تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی ایران مصوب ۱۳۷۹ به‌عنوان خسارت تأخیر تأدیه آن را مطالبه نمود. به‌موجب این ماده «در دعاوی که موضوع آن دین و از نوع وجه رایج بوده و با مطالبه داین و تمکن مدیون، مدیون امتناع از پرداخت نموده، در

۳۴. عبدالحسین، شیروی، پیشین، ص ۳۰۰.

۳۵. ناصر، کاتوزیان، پیشین، ص ۸۵.

۳۶. سید حسین صفایی و همکاران، پیشین، ص ۳۱۵.

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 می‌گردد محاسبه و مورد حکم قرار خواهد داد مگر این که طرفین به نحو دیگری مصالحه نمایند». این ماده سود مربوط به ثمن در فاصله عقد تا فسخ عقد را شامل نمی‌شود، زیرا در این فاصله پولی که به فروشنده داده شده متعلق به وی بوده است و مطالبه خسارت تأخیر تأدیه در این فاصله زمانی، مستندی ندارد.

۳.۲. بازگرداندن عوضین و منافع در کنوانسیون

از نظر کنوانسیون نیز چنانچه قرارداد فسخ گردد باید اوضاع به قبل از عقد بازگردد و لذا هریک از طرفین باید آنچه را دریافت نموده است بازگرداند. بنابراین باید ثمن را همراه سود آن به مشتری بازپس دهد و مشتری نیز باید مبیع و منافع آن را برگرداند.^{۳۷} بند ۲ ماده ۸۱ در این خصوص مقرر داشته است: «۲. طرفی که تمام یا قسمتی از قرارداد را اجرا کرده است، می‌تواند از طرف دیگر، اعاده آنچه را که به موجب قرارداد، تحویل یا تأدیه نموده، طلب کند. چنانچه هردو طرف ملزم به اعاده باشند، باید هم‌زمان اقدام نمایند». گفتنی است به اعتقاد برخی^{۳۸}، از آنجایی که کنوانسیون به مسئله استرداد عوضین پرداخته، هرگونه رجوع به قوانین ملی در این خصوص نادرست و غیرضروری است و توسل به قواعد ملی در مورد دارا شدن ناعادلانه یا سایر نهادهای مشابه ممکن نیست.

بر اساس ماده ۸۴ کنوانسیون: «۱. چنانچه بایع ملزم به رد ثمن باشد، مکلف است بهره آن را از تاریخ تأدیه بپردازد. ۲. در موارد زیر، مشتری مکلف است منافع حاصله از تمام یا قسمتی از کالا را تحویل بایع نماید: الف- چنانچه مکلف به اعاده تمام یا قسمتی از کالا باشد؛ یا ب- چنانچه اعاده تمام یا قسمتی از کالا یا اعاده تمام یا قسمتی از کالا عمده‌تاً با همان وضعیتی که دریافت نموده، برای وی مقدور نباشد، ولی با این وصف، اعلام فسخ کرده یا از بایع مطالبه بدل نموده باشد».

۳۷. محمد محمود، المصری و محمد احمد، عابدین، الفسخ و الانفساخ و التفاسخ فی ضوء القضاء و الفقه، (اسکندریه: دارالمطبوعات الجامیه، ۱۹۹۷)، ص ۴۱.

38. Ulrich, Magnus, "THE REMEDY OF AVOIDANCE OF CONTRACT UNDER CISG—GENERAL REMARKS AND SPECIAL CASES", JOURNAL OF LAW AND COMMERCE, Vol. 25, (2005-2006), p. 431.

از احکام یادشده استنباط می‌شود که از نظر کنوانسیون، فسخ اثر قهقرایی دارد^{۳۹} و از این جهت باید بهره‌ی ثمن و منافع حاصله از کالا بازگشت داده شود. به اعتقاد برخی^{۴۰}، منافع یادشده باید تا تاریخ بازپرداخت محاسبه گردد. در خصوص تعیین نرخ بهره برای اعمال بند ۱ ماده ۸۴ کنوانسیون اجماعی وجود ندارد^{۴۱}. در مورد چگونگی محاسبه نرخ بهره ثمن، مطابق یک دیدگاه، با توجه به سکوت کنوانسیون باید به قانون ملی حاکم بر قرارداد مراجعه نمود، لیکن (در صورت فقدان شرط مخالف) این امر با هدف هماهنگ سازی کنوانسیون مغایر است، زیرا معمولاً قوانین ملی مختلف نرخ بهره‌های متفاوتی مقرر می‌نمایند. از این رو و با توجه به اینکه دلیل الزام بایع به پرداخت بهره این است که وی خریدار را از منافع پولش محروم ساخته و در مدتی که پول در اختیار فروشنده بوده است او اغلب در محل تجارت خویش می‌توانست از آن بهره تجاری ببرد، ضابطه کشور محل تجارت فروشنده مناسب‌تر است^{۴۲}. البته به‌رغم قابل توجه بودن ایراد یادشده، آن گونه که برخی نویسندگان^{۴۳} بیان داشته‌اند، اکثریت دادگاه‌های ملی و دیوان‌های داوری به این نتیجه رسیده‌اند که نرخ بهره باید بر مبنای قانون ملی حاکم تعیین شود. قانون ملی حاکم بر عقد نیز از راه قواعد حل تعارض دادگاه رسیدگی کننده به دعوا تعیین می‌شود.

گفتنی است همان گونه که از مواد پیش گفته نیز برمی‌آید، کنوانسیون حق استرداد را

۳۹. البته برخی با توجه به مقررات مواد ۸۱ تا ۸۴ کنوانسیون معتقدند که کنوانسیون در زمینه آثار فسخ قرارداد نظام مختص به خود را ایجاد نموده است بدین ترتیب که فسخ قرارداد هم نسبت به آینده تأثیرگذار است، چراکه طرفین با فسخ از تعهدات خویش بری می‌شوند هم فسخ قرارداد اثر قهقرایی دارد، چراکه طرفین را به استرداد آن چیزی که در اثر قرارداد به‌دست آورده‌اند، ملزم می‌نماید (ابراهیم، شعاریان و فرشاد، رحیمی، پیشین، صص ۹۷۰-۹۷۱). در هر حال، بر اساس این نظر نیز در خصوص آنچه طرفین دریافت داشته‌اند، فسخ دارای اثر رجعی است.

40. Lachmi, Singh, *The United Nation Convention on Contracts for the International Sales of Goods 1980 (CISG) An examination of the buyers remedy of avoidance under the CISG: How is the remedy interpreted, exercised and what are the consequences of avoidance?*, PhD thesis, University of the West of England, 2015, p. 324.

41. Bruno, Zeller & Francesco G., Mazzotta, "BREACH OF CONTRACT: CLAIMS AND RELATED PROVISIONS", Editor: Francesco G. Mazzotta, *A Practitioner's Guide to the CISG*, (New York: Juris Net, LLC, 2010), p. 604; Tamo, Zwinge, "The United Nations Sale Convention: Delimitation, Influences, and Concurrent Application of Domestic Law", *Richmond Journal of Global Law & Business*, Vol 10 Issue 2, (2011), p. 250.

42. Lachmi, Singh, op.cit, p. 324-325.

43. Liu, Chengwei, "RECOVERY OF INTEREST", *Nordic Journal of Commercial Law*, issue 1, (2003), p. 29.

برای هر دو طرف قرارداد پذیرفته است. بنابراین تفاوتی نمی‌کند که خواهان استرداد، شخصی باشد که فسخ قرارداد را اعلام نموده یا طرفی باشد که نقض تعهدات وی موجب فسخ قرارداد شده است.^{۴۴} نکته قابل توجه این است که به اعتقاد برخی^{۴۵}، کنوانسیون شخصی را که قرارداد را کلاً یا جزئاً اجرا نموده، به مطالبه رد آنچه به طرف دیگر داده، ملزم نکرده، بلکه به وی اجازه چنین کاری را اعطا نموده است. توضیح اینکه شخص می‌تواند به ارزیابی موضوع بپردازد و چنانچه نفع خویش را در عدم مطالبه رد ببیند، رد کالا را مطالبه نکند، بلکه به راه دیگری توسل جوید. برای مثال، چنانچه بایع تمایلی به استرداد کالا نداشته باشد، می‌تواند از مشتری، فروش مجدد آن را در صورت امکان تقاضا نماید. در این صورت اگر مشتری سبب فسخ باشد، ثمن بیع مجدد در کنار جبران خسارت به‌عهده مشتری است و در صورتی که بایع مقصر و سبب انحلال قرارداد باشد، خسارت‌هایی که برعهده بایع قرار دارد از مبلغ ثمن کم می‌شود. همچنین گفته شده است^{۴۶}، چنانچه بایع درخواست رد کالا را نموده باشد و بعد برای وی معلوم شود که کالاها جزئاً یا کلاً تلف شده است، می‌تواند درخواست خویش را اصلاح نماید. کنوانسیون چگونگی رد را مشخص نکرده است و این مورد باید بر اساس ماده ۷ کنوانسیون مطابق قانون حاکم بر قرارداد تعیین شود. البته گاهی طرفین قرارداد در این مورد توافق‌هایی می‌نمایند که در این صورت توافق ایشان ملاک عمل است.^{۴۷} کنوانسیون در قسمت اخیر بند ۲ ماده ۸۱ در زمینه چگونگی رد به یک نکته اشاره کرده و آن این است که چنانچه هر دو طرف قرارداد ملزم به رد چیزی باشند، باید هم‌زمان اقدام نمایند.

کنوانسیون وین در مورد هزینه‌های رد نیز سکوت کرده است^{۴۸}، لیکن همان‌گونه که برخی^{۴۹} بیان نموده‌اند، منطق ایجاب می‌کند که هزینه‌های یادشده به‌عهده شخصی باشد که

۴۴. محسن، شفیق، پیشین، ص ۲۶۳؛ خالداحمد، عبدالحمید، پیشین، صص ۳۷۱-۳۷۰.

۴۵. خالداحمد، عبدالحمید، پیشین، ص ۳۷۱.

۴۶. همان.

۴۷. فتیحه، بن زروق، پیشین، ص ۹۰.

۴۸. فانسان، هوزیه، *المطول فی العقود، بیع السلع الدولي*، ترجمه منصور القاضی، اشراف جاک غیستان، (بیروت: مجد المؤسسة

الجامعية للدراسات، الطبعة الاولى، ۲۰۰۵)، ص ۲۵۵.

۴۹. محسن، شفیق، پیشین، ص ۲۶۴.

نقض تعهد نموده و موجب فسخ قرارداد شده است. در واقع، هزینه‌های پیش‌گفته نوعی خسارت است که به استناد «شق ب بند ۱ ماده ۴۵ و شق الف بند ۱ ماده ۶۱» قابل مطالبه است.^{۵۰} همچنین از اصول کلی قابل استنباط از کنوانسیون اصل جبران کامل خسارت است^{۵۱} و به گفته برخی^{۵۲} اگرچه کنوانسیون به صراحت مسئله جبران خسارت برای هزینه‌ها را مد نظر قرار نداده است، لیکن مطابق بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون، اصول کلی کنوانسیون می‌تواند برای پر کردن این خلأ استفاده شود. البته اگر سبب فسخ، عدم امکان اجرای تعهد به دلیل قوه قاهره باشد در چنین حالتی به اعتقاد برخی^{۵۳}، هزینه‌های رد برعهده دو طرف خواهد بود. لیکن به اعتقاد برخی دیگر^{۵۴} در مواردی که فروشنده به سبب قوه قاهره از انجام تعهد معاف شده، خریدار باید هزینه‌های یادشده را متحمل گردد. هرچند هزینه‌های رد با توجه به نکات پیش‌گفته اصولاً برعهده کسی است که نقض تعهد نموده است لیکن دارنده حق فسخ باید اقدامات لازم و مناسب را برای کاهش میزان خسارت‌های ناشی از نقض تعهدات طرف دیگر انجام دهد و حتی در موردی که هزینه‌های رد کالا گزاف است، مشتری می‌تواند از فروشنده درخواست کند که کالا را در همان مکانی که قرار دارد بازفروش نماید و ثمن را به وی بازگرداند. طبیعی است اگر این درخواست ضرری برای بایع نداشته باشد، اجابت آن از سوی بایع از اقتضائات تکلیف حسن‌نیت است.^{۵۵}

در این قسمت اشاره به این نکته شایسته است که اصل کلی مطابق ماده ۸۲ کنوانسیون این است که اگر مشتری نتواند کالا را برگرداند، حق فسخ خویش را ازدست می‌دهد، لیکن همین ماده استثناهایی در این مورد بیان داشته است. کنوانسیون در خصوص زمان اجرای تعهدات مربوط به استرداد ساکت است، لیکن

۵۰. ابراهیم، شعاریان و فرشاد، رحیمی، پیشین، ص ۹۷۷.

۵۱. همان، ص ۱۳۴.

52. Florian, Mohs, "Arts. 81/82 CISG-UP", Edited by John Felemegas, *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2007) p. 256.

۵۳. بن زروق، فتیحه، پیشین، ص ۹۱.

54. Peter, Huber & Alastair, Mullis, *The CISG A new textbook for students and practitioners*, (Germany: Sellier. European law publishers, 2007), p. 245.

۵۵. خالداحمد، عبدالحمید، پیشین، صص ۳۷۵-۳۷۴.

این گونه اظهار نظر شده^{۵۶} که در صورت نبود توافق میان طرفین، اصل کلی، ضرورت تحقق استرداد در مدتی معقول^{۵۷} است.

۳. تأثیر فسخ بر هزینه‌ها و تصرفات انجام شده نسبت به موضوع معامله

در این قسمت ابتدا از تأثیر فسخ پیرامون مسئولیت مربوط به پرداخت هزینه‌های نگهداری موضوع قرارداد و هزینه‌های معامله و خسارت‌های ناشی از فسخ سخن گفته می‌شود، سپس تأثیر فسخ بر تصرفات مادی موجب افزایش قیمت در فاصله عقد تا فسخ بررسی خواهد شد.

۳.۱. هزینه‌های نگهداری موضوع قرارداد و هزینه‌های معامله و خسارت‌ها

۳.۱.۱. هزینه‌های نگهداری موضوع قرارداد

در مواردی که در اثر قرارداد کالاهایی بین طرفین مبادله شده یا به یکی از طرفین کالایی داده شده باشد و نگهداری کالا یا کالاهای یادشده مستلزم هزینه‌هایی باشد، در فرض فسخ قرارداد به دلیل نقض تعهدات این پرسش مطرح می‌شود که هزینه‌های یادشده به عهده کیست؟

در حقوق عراق تردیدی نیست که هزینه‌های نگهداری برعهده مالک است و با توجه به اثر قهقرای فسخ و بازگشت مالکیت از زمان عقد به مالک اولیه، هزینه‌هایی که طرف مقابل انجام داده است برعهده وی خواهد بود. تفاوتی نمی‌کند که هزینه‌ها از سوی متعهدی انجام شده که فسخ قرارداد به دلیل نقض تعهد از طرف وی بوده یا اینکه هزینه‌ها از جانب طرف متعهدله انجام شده باشد؛ چراکه به هر حال، چنانچه مال در تصرف مالک می‌بود نیز وی می‌بایست این هزینه‌ها را برای حفظ مال انجام می‌داد. به موجب ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی عراق «۱- مالکی که ملکش به وی بازگردانده شده است باید به متصرف همه هزینه‌های ضروری را که شخص اخیر پرداخت نموده است بپردازد. هزینه‌های ضروری عبارت است از هزینه‌هایی که شخص برای ایمن نگه داشتن عین مال از تلف، مجبور به هزینه کردن آن می‌شود...». در حقوق عراق برای متعهد حق حبس در خصوص بازگرداندن موضوع قرارداد تا

56. Michael Bridge, *op. cit.*, p. 12.

57. a reasonable time



زمان دریافت هزینه‌های یادشده، وجود دارد.^{۵۸}

در حقوق ایران با توجه به اینکه اثر فسخ قهقرایی نیست، شخصی که در اثر قرارداد مالک مالی شده و هزینه‌هایی را برای نگهداری مال مبذول داشته است، نمی‌تواند پس از فسخ، هزینه‌ها را از دیگری مطالبه نماید، زیرا وی مال خویش را نگهداری کرده همچنان که منافع مال نیز تا زمان فسخ قرارداد متعلق به وی بوده است؛ بنابراین از این جهت میان حقوق ایران و عراق تفاوت وجود دارد.

از نظر کنوانسیون بیع بین‌الملل ۱۹۸۰ نیز به‌نظر می‌رسد با توجه به قهقرایی بودن اثر فسخ باید دیدگاه حقوق عراق مورد پذیرش باشد.

۳.۱.۲. هزینه‌های معامله و خسارت‌ها

به‌طور معمول انجام معامله هزینه‌های مختلفی مانند پرداخت مالیات و سایر هزینه‌های قانونی دارد. حال پرسش این است که آیا فسخ قرارداد به دلیل نقض تعهدات قراردادی تکلیفی را متوجه طرفین در این خصوص می‌نماید یا خیر؟

در پاسخ به این پرسش، در حقوق عراق بین دو فرض تفکیک شده است؛ یکی هزینه‌هایی که متعهد متخلف انجام داده و دیگری هزینه‌هایی که متعهدله متحمل شده است. در مورد جبران هزینه‌های متعهد، تعهدی به‌عهده طرف مقابل نیست، زیرا تخلف متعهد موجب فسخ قرارداد شده است، لیکن برخی حقوق‌دانان عراقی^{۵۹} بیان نموده‌اند که اگر هزینه‌های یادشده ارتباطی به معامله نداشته و مالک مال (متعهدله) در هر حال و فارغ از انجام معامله باید آن را می‌پرداخته، در صورتی که متعهد به نیابت از متعهدله این هزینه‌ها را پرداخته باشد، باید امکان مراجعه متعهد به متعهدله را پذیرفت. به اعتقاد طارق کاظم عجیل، هرچند ممکن است در آغاز امر این‌گونه به‌نظر برسد که تخلف مشتری موجب انحلال قرارداد شده، از این رو نباید تکلیفی برعهده بایع باشد، لیکن با توجه به احکام خاصی که در زمینه مالیات‌ها و هزینه‌های قانونی معامله در عراق وجود دارد، از تکلیف بایع به رد مالیات به مشتری سخن گفته‌اند، زیرا مالیات یادشده ربطی به معامله ندارد و تکلیفی قانونی محسوب می‌شود که به‌عهده مالک غیرمنقول است. هزینه‌های قانونی معامله نیز در صورت

۵۸. حسن‌علی، الذنون، پیشین، ص ۲۷۱؛ طارق کاظم، عجیل، پیشین، ص ۱۵۳.

۵۹. طارق کاظم، عجیل، پیشین، ص ۱۴۵.

عدم ثبت معامله یا فسخ یا ابطال معامله به مشتری برگردانده می‌شود و در نتیجه، مسئولیت آن با بایع نخواهد بود. حکم بازگشت هزینه‌های قانونی معامله در بند ۱ ماده ۲۰ قانون هزینه‌های ثبت اموال غیرمنقول به شماره ۱۲۶ مصوب ۱۹۷۴ آمده است. طبیعتاً هزینه‌هایی که متعهدله متحمل شده اگر مربوط به انجام معامله باشد از مواردی است که متعهد باید به وی مسترد دارد.

این دیدگاه در حقوق ایران نیز قابل پذیرش است. در واقع، فسخ قرارداد و مطالبه خسارت‌های مربوط به آن از متعهدی که تخلف وی به فسخ قرارداد انجامیده است، با منعی روبرو نیست. در این راستا برخی از حقوق‌دانان^{۶۰} امکان مطالبه خسارت در کنار فسخ را با توجه به قواعد عمومی مسئولیت ناشی از عدم اجرای تعهدات قراردادی ممکن دانسته‌اند. البته باید توجه داشت که این‌گونه نیست که خسارت با فسخ ضرورتاً همراه باشد و طبیعتاً مسئله جمع میان جبران خسارت و فسخ در مواردی قابل طرح است که خسارتی در کار باشد و از راه فسخ جبران نشود.

از نظر کنوانسیون نیز جمع میان فسخ قرارداد و مطالبه خسارت ممکن است. بر اساس قسمت نخست بند ۱ ماده ۸۱ کنوانسیون که بیان می‌دارد: «۱. فسخ قرارداد، طرفین را از انجام تعهدات موضوع قرارداد، به شرط پرداخت هرنوع خسارت قابل مطالبه، بری‌الذمه می‌نماید...»^{۶۱} بسیاری معتقدند چنانچه بایع به دلیل تخلف مشتری پیرامون پرداخت ثمن یا قبض کالا، قرارداد را فسخ نماید می‌تواند از مشتری مطالبه خسارت کند؛ همچنان که اگر قرارداد به سبب تخلف بایع فسخ شود و نقض تعهد موجب خسارت مشتری گردد، شخص اخیر نیز می‌تواند از بایع مطالبه خسارت نماید.

۲.۳. تأثیر فسخ بر تصرفات مادی موجب افزایش قیمت در فاصله عقد تا فسخ

در حقوق عراق دو نوع دیگر هزینه‌ها نسبت به موضوع قرارداد، مورد بحث است؛ هزینه‌های غیرضروری ولی نافع، و هزینه‌هایی که موسوم به «هزینه‌های کمالی» است.

۶۰. سید حسین، صفایی و همکاران، پیشین، ص ۱۵۷؛ همچنین ر.ک. ابراهیم، شعاریان و فرشاد، رحیمی، پیشین، ص ۹۸۴.
۶۱. محسن، شفیق، پیشین، ص ۲۶۲؛ نغم حنا رؤوف، ننس، پیشین، ص ۲۶۲؛ خالداحمد، عبدالحمید، پیشین، صص ۳۶۲-۳۵۹؛ فتیحه بن زروق، پیشین، ص ۸۲؛ اکرم‌محمد، حسین، پیشین، صص ۲۴۶-۲۴۵؛ سید حسین، صفایی و همکاران، پیشین، ص ۳۰۱.

هزینه‌های نافع، هزینه‌هایی است که موجب می‌شود قیمت مال افزایش یابد.^{۶۲} در مورد این هزینه‌ها، بر اساس بند ۲ ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی عراق، احکام مواد ۱۱۱۹ و ۱۱۲۰ قانون مدنی عراق جاری است. مواد اخیر نشان می‌دهد که قانون‌گذار عراق در این زمینه میان متصرف باحسن‌نیت و متصرف دارای سوءنیت تمایز قائل شده است. به موجب ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی عراق «هرگاه شخصی در زمینی که می‌داند متعلق به غیر است بدون رضایت مالک، با مصالح متعلق به خویش ساختمانی بسازد یا درختانی غرس نماید یا تأسیسات دیگری ایجاد کند، مالک زمین می‌تواند قلع مستحذات یادشده را با هزینه شخصی که آنها را ایجاد نموده است درخواست نماید و چنانچه قلع برای زمین زیان‌بار باشد، مالک می‌تواند مستحذات یادشده را بر اساس قیمت آن در حالت قلع تملک نماید». برخی حقوق‌دانان عراقی^{۶۳} معتقدند با توجه به اینکه متعهد با نقض تعهد خویش موجب شده است قرارداد به فسخ بینجامد، در نتیجه نمی‌توان وی را دارای حسن‌نیت دانست؛ بنابراین وی در حکم متصرف با سوءنیت است و از این رو نسبت به وی احکام ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی جاری است. هزینه‌های کمالی هزینه‌هایی است که برای استفاده بهتر از مال صورت می‌گیرد و موجب افزایش منافع مال نمی‌شود، هرچند ممکن است موجب زیاتر شدن آن گردد.^{۶۴} در مورد این هزینه‌ها بر اساس بند ۲ ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی عراق، متصرف نمی‌تواند آنها را مطالبه نماید. البته اگر عین مال متعلق به متصرف موجود باشد، می‌تواند آن را جدا کند، لیکن باید شیء را به حالت اولیه خود بازگرداند. این حکم، قاعده عمومی است که در عقود مختلف از جمله اجاره مورد تأکید قرار گرفته است.^{۶۵}

از نظر حقوق ایران تصرفاتی که نسبت به موضوع قرارداد صورت می‌گیرد و موجب افزایش قیمت آن می‌شود، چه از جانب دارنده حق فسخ صورت گیرد و چه از جانب متعهدی که تخلف وی موجب فسخ قرارداد شده، محترم است؛ زیرا هنگامی که شخص یادشده تصرفات را انجام داده، تصرفات وی مشروع بوده است. البته برای بررسی دقیق‌تر باید

۶۲. المحمدی احمد، ابو عیسی، *انحلال الرابطة التعاقدية*، (قاہرہ: دارالنهضة العربية، ۲۰۰۴)، ص ۹۶.

۶۳. طارق کاظم، عجیل، پیشین، ص ۱۵۶.

۶۴. المحمدی احمد، ابو عیسی، پیشین، ص ۹۶.

۶۵. جعفر، الفضلی، *الوجیز فی العقود المدنية، البیع - الايجار - المقاوله*، (عمان: مكتبة السنهوري، ۱۹۹۷)، ص ۲۶۸.

حالت‌های گوناگون را از یکدیگر متمایز نمود. توضیح اینکه ممکن است تصرفی که انجام شده است افزودن مالی به موضوع قرارداد بوده باشد، مانند اینکه بنایی در زمین ساخته شود یا لوازم اضافی به اتومبیل الصاق گردد. در چنین حالتی طبیعی است موارد افزوده شده متعلق به مالک آن است و فسخ قرارداد حقی برای طرف مقابل نسبت به اموال یادشده ایجاد نمی‌کند. در واقع، حتی اگر متخلفی که موجب فسخ قرارداد شده است، صاحب همین اموال باشد، باز هم تخلف وی موجب سلب حق مالکیت وی نمی‌شود. به تعبیر برخی حقوق‌دانان^{۶۶} هیچ موجبی برای اینکه فسخ‌کننده، موارد یادشده را تملک نماید وجود ندارد. طبیعی است در مواردی که مال افزوده شده بدون هرگونه زینانی قابل جدا شدن است، باید آن مال جدا شده، به مالکش مسترد گردد. ولی در مواردی از قبیل بنا سؤال این است که تکلیف چیست؟ آیا شخصی که در اثر فسخ قرارداد، مالکیت زمین به وی بازگشته است می‌تواند آنها را قلع نماید یا خیر؟ در پاسخ به این پرسش می‌توان گفت در صورتی که سبب فسخ قرارداد پس از تصرف پدید آید، شخصی که مالکیت زمین در اثر فسخ به او بازگشته است باید بتواند ملک خویش را از موارد متعلق به دیگری آزاد سازد کما اینکه صاحب بنا نیز می‌تواند آن را جدا نماید. لیکن پرسش دیگری که مطرح می‌شود این است که تکلیف خسارت‌هایی که با قلع بنا به زمین و بنا وارد می‌شود چیست؟ به نظر می‌رسد در این مورد باید متعهدی را که تخلف وی موجب فسخ قرارداد شده مسئول چنین خساراتی دانست و خسارات فسخ‌کننده باید از باب قاعده تسبیب از سوی وی پرداخته شود و خسارات وارد به خود متخلف بر اساس قاعده اقدام قابل مطالبه نخواهد بود.

در فرضی که افزودن مال به موضوع قرارداد به گونه‌ای باشد که جداسازی آن ممکن نباشد، اگر امتزاج میان دو مال از نظر عرفی تلف موضوع قرارداد محسوب شود، طبیعتاً باید بدل موضوع قرارداد به کسی که در اثر فسخ مالک می‌گردد داده شود. ولی اگر از نظر عرفی امتزاج دو مال موجب تلف نباشد، باید قائل به شراکت میان طرفین قرارداد به نسبت قیمت مال ایشان بود.^{۶۷}

حالت دیگر این است که بدون اینکه اموالی به موضوع قرارداد افزوده شود، در اثر کار

۶۶. ناصر، کاتوزیان، پیشین، ص ۸۶.

۶۷. فریدون، نهرینی، فسخ قرارداد با نگاهی به رویه قضایی، (تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۵)، ص ۳۰۷.



طرف قرارداد، موضوع قرارداد افزایش قیمت یابد. در چنین موردی می‌توان از ملاک ماده ۲۸۸ قانون مدنی استفاده کرد. ماده ۲۸۸ قانون مدنی در مورد اقاله مقرر می‌دارد: «اگر مالک بعد از عقد در مورد معامله تصرفاتی کند که موجب ازدیاد قیمت آن شود، در حین اقاله به مقدار قیمتی که به سبب عمل او زیاد شده است، مستحق خواهد بود». بر اساس ظاهر این ماده، کسی که کار او در افزایش قیمت مؤثر بوده، نسبت به قیمت استحقاق دارد و دشوار است که وی را با طرف مقابل در خود مال شریک دانست؛ به‌ویژه اینکه در اثر اقاله و فسخ مالکیت به مالک قبلی برمی‌گردد و به این ترتیب، زیادت عینی نیز در مال رخ نداده است. بعضی^{۶۸} در تأیید این نظر استدلال کرده‌اند که «همان‌گونه که در اقاله ظاهر تراضی این است که هنگام انحلال عقد، حقوق هریک از دو طرف معین و جدای از یکدیگر شود، در فسخ نیز همین ظهور در اراده قانونگذار وجود دارد...». این حقوق‌دان شریک بودن دو طرف قرارداد در مال موضوع قرارداد را صرفاً به دلیل کاری که موجب افزایش قیمت شده و از جانب طرفی انجام شده که اصولاً مالکیت مال را با فسخ از دست می‌دهد، مغایر هدف فسخ قرارداد دانسته‌اند.

در کنوانسیون حکم ویژه‌ای در خصوص تصرفات پیش‌گفته دیده نمی‌شود و طبیعی است از این حیث باید به قانون حاکم بر اساس قواعد حل تعارض مراجعه نمود.

۴. تأثیر فسخ در تصرفات حقوقی انجام‌شده در موضوع قرارداد و حقوق اشخاص ثالث

برای بررسی تأثیر فسخ در تصرفات حقوقی انجام‌شده در موضوع قرارداد و حقوق اشخاص ثالث، ابتدا دیدگاه حقوق عراق و سپس حقوق ایران مطالعه خواهد شد.

۴.۱. تأثیر فسخ در تصرفات حقوقی انجام‌شده در موضوع قرارداد و حقوق اشخاص ثالث در حقوق عراق

در حقوق عراق قاعده عمومی این است که اگر پس از عقد و قبل از فسخ عقد تصرفات حقوقی نسبت به موضوع قرارداد صورت گرفته باشد، فسخ قرارداد با توجه به اثر قهقرایی خود، آن تصرفات حقوقی را تحت تأثیر قرار می‌دهد و حقوق اشخاص ثالث نیز در این

۶۸ ناصر، کاتوزیان، پیشین، ص ۸۹.

خصوص زایل می‌گردد، در عین حال، اصل حسن‌نیت موجب پذیرش استثناهایی در این زمینه شده است.

۴.۱.۱. قاعدهٔ پایان یافتن تصرفات حقوقی انجام‌شده در فاصلهٔ عقد و فسخ و زوال حقوق شخص ثالث

قاعدهٔ عمومی در مورد اثر فسخ این است که اثر فسخ فقط به طرفین عقد محدود نمی‌شود، بلکه به اشخاص ثالث نیز تسری می‌یابد؛ به این معنا که حقوقی را که از یکی از طرفین عقد به ایشان انتقال یافته یا برای ایشان نسبت به موضوع قرارداد ایجاد شده است، زایل می‌نماید.^{۶۹} بنابراین چنانچه قرارداد بیعی فسخ شود که مبیع را مشتری به شخص دیگری فروخته یا آن را نزد دیگری رهن گذاشته یا حق ارتفاق یا انتفاعی برای دیگران نسبت به مبیع برقرار نموده باشد، مبیع عاری از همهٔ این حقوق به بایع بازگردانده می‌شود، چراکه پذیرش اثر عطف به ماسبق‌شونده برای فسخ چنین حکمی را ایجاب می‌نماید.^{۷۰}

۴.۱.۲. استثنای قاعده

الف) تصرف باحسن‌نیت در مال منقول

چنانچه موضوع قرارداد مال منقول باشد و شخص ثالث باحسن‌نیتی نسبت به آن حقی را به‌دست آورده باشد، وی مشمول حمایت قانون بوده، اثر فسخ قرارداد گریبان‌گیر وی

۶۹. حسینه، حمو، *انتحال العقد عن طريق الفسخ*، مذکره لنیل درجهٔ الماجستير فی القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعهٔ مولود معمري، تیزی وزو، کلیه الحقوق و العلوم السياسيه، مدرسه الدكتوراه للعلوم القانونيه و السياسيه، ۲۰۱۱، ص ۹۳؛ سعیده، جوهری، پیشین، ص ۲۴؛ ابراهیم انیس محمد، یحیی، *الاقاله، فسخ العقد برضا الطرفين، دراسة مقارنة، رساله استكمالاً لمتطلبات درجه الماجستير فی القانون الخاص، کلیه الدراسات العليا، جامعه النجاح الوطنيه فی نابلس، ۲۰۱۰، ص ۴۹؛ طارق کاظم، عجیل، پیشین، ص ۱۵۸؛ امجد محمد، منصور، *النظرية العامة للألتزامات، مصادر الألتزام، دراسة فی القانون المدني الاردنی و المصري و الفرنسي و مجلة الاحکام العدليه و الفقه الاسلامی مع التطبيقات القضائيه لمحکمتی النقض و التمييز*، (عمان: دارالثقاف للنشر و التوزيع، ۲۰۰۹)، ص ۲۱۴؛ رمضان، ابوالسعود، *مصادر الألتزام فی القانون المصري و اللبانی، (بیروت: مطابع الاملسه، الطبعة الاولى، ۱۹۹۰)، ص ۲۸۰؛ سلیمان، مرقس، نظریه العقد، (قاهره: دارالنشر للجامعات المصريه، ۱۹۵۶)، ص ۴۳۰؛ سلیمان، مرقس، موجز اصول الألتزامات، (قاهره: مطبعة لجنة البیان العربی، ۱۹۶۱)، ص ۳۲۳.**

۷۰. حسن‌علی، الذنون، *النظرية العامة للألتزامات*، (بغداد: المكتبة القانونيه، ۱۹۶۷)، ص ۱۹۷؛ احمد حشمت، ابوسیت، *نظرية الألتزام فی القانون المدني الجدید، مصادر الألتزام، الكتاب الاول، (مصر: مطبعة مصر شرکه مساهمه، الطبعة الثانيه، ۱۹۵۴)، صص ۳۴۹-۳۴۸*؛ عبدالمنعم فرج، الصده، *محاضرات فی القانون المدني، نظریه العقد فی القوانين العربيه، آثارالعقد و انحلاله، (قاهره: جامعه الدول العربيه، معهد الدراسات العربيه العالميه، ۱۹۶۰)، ص ۱۲۹؛ حسن‌علی، الذنون، *شرح القانون المدني العراقي، العقود المسماة، عقد البیع، (بغداد: مطبعة الرابطة، ۱۹۵۳)، صص ۳۰۴-۳۰۳*.*

نمی‌شود.^{۷۱} برای مثال، چنانچه مبیع مال منقولی باشد و مشتری آن را به شخص ثالث باحسن‌نیتی بفروشد و در اختیار او قرار دهد، در صورتی که قرارداد نخست فسخ گردد، با بیع نخست نمی‌تواند مبیع را از مشتری دوم بازپس گیرد، زیرا بر اساس ماده ۱۱۶۳ قانون مدنی عراق، تصرف اماره‌ای بر حسن‌نیت و وجود سبب صحیح و قانونی است؛ البته تا زمانی که دلیلی خلاف آن اقامه نشود.

بنابراین چنانچه حسن‌نیت وجود نداشته باشد حمایت قانونی از ثالث نیز منتفی است؛ مانند اینکه شخص ثالث از تهدیدی که متوجه قرارداد مشتری است آگاه باشد و به‌رغم آگاهی، مال منقول را از مشتری اول خریداری نماید. در این حالت، مشتری دوم دارای حسن‌نیت نیست و قانون از وی حمایت نمی‌کند.^{۷۲} بر اساس ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی عراق: «چنانچه متصرف با سوءنیت باشد، مسئول تلف آن می‌باشد ولو اینکه تلف مزبور ناشی از حادثه‌ای غیرمترقبه باشد. البته چنانچه اثبات نماید که آن چیز اگر در دست ذی‌حق بود باز هم از بین می‌رفت، در این صورت مسئول نخواهد بود».

نکته قابل توجه این است که حسن‌نیت همیشه مفروض است و کسی که ادعای خلاف آن را دارد بار اثبات برعهده اوست.^{۷۳}

ب) قراردادهای اداره منعقدشده با حسن‌نیت

قراردادهایی که در راستای اداره اموال منعقد می‌شود از دیگر استثنای قاعده خاتمه حقوق اشخاص ثالث است. در واقع، چنانچه شخص ثالث باحسن‌نیت در اثر یکی از عقود اداره مانند اجاره، حقی را کسب نماید، فسخ قرارداد اصلی نمی‌تواند حقوق مکسب وی را تحت تأثیر قرار دهد. بنابراین اگر مشتری مالی را که خریداری کرده است به شخص ثالث باحسن‌نیت اجاره دهد و پس از آن، عقد بیع به دلیل نقض تعهدات مشتری فسخ گردد، عقد اجاره برای رعایت حال شخص ثالث (مستأجر)، باقی می‌ماند^{۷۴} و با بیع نمی‌تواند قبل از پایان

۷۱. حسین، تونس، *انحلال العقد، دراسة تطبيقية حول عقد البيع و عقد المقاولة*، (الجزائر: دارالخلدونية، للنشر و التوزيع، الطبعة

الاولی، ۲۰۰۷)، ص ۶۴؛ سعیده، جوهری، پیشین، ص ۵۶؛ فوزی کاظم، المیاحی، پیشین، ص ۸۸.

۷۲. سعیده، جوهری، پیشین، ص ۵۷.

۷۳. طارق کاظم، عجیل، پیشین، ص ۱۶۱.

۷۴. محمدحسین، منصور، *مصادر الالتزام، العقد و الارادة المنفردة*، (بیروت: الدار الجامعیة للنشر و التوزيع، ۲۰۰۰)، ص ۴۲۳.

مدت اجاره، عین مستأجره را از مستأجر بازپس گیرد.^{۷۵}

گفتنی است در مورد مسئله پیش گفته نص صریحی در قانون مدنی عراق وجود ندارد و همین مسئله اختلاف نظر شارحان قانون مدنی عراق را در زمینه قلمرو تأثیر فسخ قرارداد بیع بر عقود اداره‌ای که مشتری قبل از فسخ بیع منعقد نموده، موجب شده است: برخی متعرض عقود اداره به عنوان استثنایی بر اصل اثر قهقرایی فسخ نشده‌اند و برخی عقود اداره را به عنوان استثنا مطرح کرده‌اند بدون اینکه مبنا و مستندی قانونی برای آن ارائه دهند. برخی نیز ضمن برشمردن عقود اداره در شمار استثنای قاعده، از قیاس آن با حکم مندرج در ماده ۷۸۶ قانون مدنی عراق بهره گرفته‌اند. این ماده بیان می‌دارد: «اگر مالکیت عین مستأجره به شخص دیگری انتقال یابد، در صورتی که برای قرارداد اجاره قبل از معامله‌ای که موجب انتقال مالکیت شده است، تاریخ ثابتی مقرر نشده باشد، اجاره علیه انتقال گیرنده اثری ندارد. لیکن انتقال گیرنده می‌تواند به عقد اجاره مزبور استناد جوید». با توجه به این ماده عقد اجاره‌ای که تاریخ آن مشخص شده باشد علیه انتقال گیرنده مالکیت مؤثر است. بنابراین چنانچه مشتری عقد اجاره را با تاریخ مشخص و ثابت با شخص ثالث منعقد نموده باشد، به رغم اینکه در اثر فسخ، مالکیت عین مستأجره به بایع بازمی‌گردد، ولی شخص ثالث می‌تواند به چنین اجاره‌ای در مقابل بایع استناد جوید و تا پایان عقد اجاره، بایع نمی‌تواند از وی عین مستأجره را پس بگیرد.^{۷۶} برخی حقوق دانان عراق^{۷۷} به بند ۲ ماده ۲۸۹ قانون مدنی عراق در مورد شرط فاسخ به عنوان مبنایی دیگر برای باقی ماندن عقود اداره استناد جسته‌اند. به موجب این بند «به رغم تحقق شرط فاسخ، اعمال اداره‌ای که از سوی دائن انجام شده است، پابرجا می‌ماند».

در هر حال، استثنای پیش گفته شرایطی دارد: نخست اینکه مقصود از عقودی که متعهد در خصوص این مال منعقد نموده است، اداره و محافظت از مال باشد، مانند قراردادهای اجاره، کار، ودیعه. دومین شرط این است که شخص ثالث، با حسن نیت باشد؛ البته فرض بر

۷۵. فوزی کاظم، المیاحی، پیشین، ص ۸۸.

۷۶. طارق کاظم، عجیل، پیشین، ص ۱۷۱؛ محمود سعدالدین، الشریف، شرح القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، الجزء الاول،

(بغداد: مطبعة العانی، ۱۹۵۵)، ص ۳۴۲.

۷۷. طارق کاظم، عجیل، پیشین، صص ۱۷۳-۱۷۲.

وجود حسن نیت است. سومین شرط نیز در مورد اجاره این است که مدت آن از سه سال تجاوز نکند و در صورتی که مدت آن بیشتر از سه سال باشد فقط تا سه سال در مقابل متعهدله قابل استناد است. در این مورد به ماده ۱۰۵ قانون مدنی عراق استناد شده است. در این ماده آمده است: «... عقد اجاره چنانچه مدتش بیش از سه سال نباشد در شمار عقود اداره می‌باشد...»^{۷۸}.

۴.۲. دیدگاه حقوق ایران در مورد تصرفات حقوقی و حقوق اشخاص ثالث

در حقوق ایران برخلاف حقوق عراق، اثر فسخ نسبت به آینده است و فسخ قرارداد نمی‌تواند تصرفاتی را که قبل از آن و به شیوه‌ای صحیح انجام شده باشد، از بین ببرد. بنابراین اگر اتومبیلی خریداری شده و خریدار آن را به شخص دیگری فروخته باشد، در صورت فسخ قرارداد نخست، قرارداد دوم تحت تأثیر قرار نمی‌گیرد. در این زمینه می‌توان همچون برخی حقوق‌دانان^{۷۹} به مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی ایران که در احکام عمومی اختیارات در قانون مدنی ایران انعکاس یافته است، استناد نمود. به موجب ماده ۴۵۴ قانون مدنی ایران «هرگاه مشتری مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود اجاره باطل نمی‌شود، مگر اینکه عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری صراحتاً یا ضمناً شرط شده که در این صورت اجاره باطل است»^{۸۰}. ماده ۴۵۵ این قانون نیز مقرر داشته است: «اگر پس از عقد بیع مشتری تمام یا قسمتی از مبیع را متعلق حق غیر قرار دهد مثل اینکه نزد کسی رهن گذارد فسخ معامله موجب زوال حق شخص مزبور نخواهد شد مگر اینکه شرط خلاف شده باشد». به تصریح برخی حقوق‌دانان^{۸۱}، فروض منعکس در مواد پیش‌گفته تمثیلی است و می‌توان از مفاد آنها قاعده‌ای عمومی استنباط نمود که مطابق آن «تصرف طرفی که در اثر عقد مالک شده در موضوع تملیک نافذ است و فسخ بعدی به آن صدمه نمی‌زند، مگر اینکه برخلاف این ترتیب به‌طور ضمنی یا صریح تراضی شده باشد». به اعتقاد ناصر کاتوزیان، در

۷۸. همان، صص ۱۷۳-۱۷۲.

۷۹. کاتوزیان، پیشین، ص ۷۹؛ سید حسین صفایی، پیشین، صص ۳۱۰-۳۱۱؛ عبدالحسین شیروی، پیشین، ص ۲۹۷.

۸۰. برای مطالعه مبنای بقای اجاره در فرض فسخ قرارداد بیع، ر.ک. سکوتی، رضا، «بررسی مبنای بقای اجاره و قلمرو شمول صدر

ماده ۴۵۴ قانون مدنی»، فقه و حقوق اسلامی، ش ۶ (۱۳۹۲)، صص ۱۳۰-۱۳۳.

۸۱. ناصر، کاتوزیان، پیشین، ص ۷۹.

عقود عهده‌ی نیز این قاعده جاری است و چنانچه طرف قرارداد پیش از اعمال خیار، طلب خویش را به شخصی دیگر منتقل نماید، اعمال حق فسخ به نفوذ عقد لطمه‌ای نمی‌زند. پرسش قابل طرح دیگر در این قسمت اینست که چنانچه قراردادی که فسخ شده است متضمن حقوقی برای اشخاص ثالث باشد آیا با فسخ قرارداد، حقوق اشخاص ثالث منتفی می‌شود؟ به نظر می‌رسد، فسخ قرارداد نمی‌تواند حقوق مکتسبه اشخاص ثالث را بدون رضایت ایشان از بین ببرد. درواقع هرچند بر اساس قسمت اخیر ماده ۱۹۶ قانون مدنی ایران در معامله می‌توان تعهدی به نفع ثالث مقرر نمود، ولی از بین بردن حق ثالث در اختیار طرفین قرارداد نیست. این مسئله موجب شده برخی حقوق دانان^{۸۲} در مورد قراردادی که متضمن تعهد به نفع ثالث است اقاله قرارداد را به دلیل لطمه به حقوق مکتسب ثالث نپذیرند، برخی دیگر^{۸۳} پذیرش نابودی حق ثالث از سوی طرفین قرارداد در اثر اقاله را دشوار دانسته‌اند و بعضی^{۸۴} از نافذ نبودن چنین اقاله‌ای به ضرر ثالث سخن گفته‌اند. البته در میان حقوق دانان ایرانی برخی استادان^{۸۵} نیز چنین اقاله‌ای را صحیح دانسته، موجب از بین رفتن حق ثالث می‌دانند. جالب اینجاست که برخی^{۸۶} نیز با قیاس به هبه، حقی را که برای شخص ثالث پدید آمده است از جانب مشروطه قابل تغییر و اسقاط دانسته‌اند. لیکن پذیرش این نظر دشوار است و قیاس حقوقی که برای ثالث ایجاد شده است با قرارداد هبه که قراردادی عینی محسوب می‌شود و دارای احکام ویژه‌ای است، صحیح نیست. در هر حال، به نظر می‌رسد فسخ قرارداد نمی‌تواند به حقوق مکتسبه اشخاص ثالث پایان دهد. البته این در صورتی است که حق ثالث به صورت متزلزل ایجاد نشده باشد، زیرا اگر حق ثالث در اثر قراردادی که از ابتدا قراردادی خیاری بوده، ایجاد شده باشد، در چنین موردی حق ثالث متزلزل است و اقتضای چنین حقی اینست که می‌تواند با فسخ قرارداد از بین برود. گفتنی است، کنوانسیون بیع بین‌الملل، آثار فسخ عقد بیع را فقط نسبت به طرفین مطرح نموده و به آثار فسخ نسبت به اشخاص ثالث نپرداخته است. در واقع، آثار فسخ نسبت به

۸۲. سید حسین صفایی، پیشین، ص ۱۷۴.

۸۳. ناصر، کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، قرارداد-ایقاع، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵)، ص ۱۸۴.

۸۴. محمدجعفر جعفری لنگرودی، مجموعه محشی قانون مدنی، (تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲)، ص ۲۳۲.

۸۵. سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، (تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۵)، ص ۲۵۷.

۸۶. حبیب‌الله طاهری، حقوق مدنی، ج ۲، (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۸ ق)، ص ۸۵.

اشخاص ثالث تابع قانون ملی حاکم بر اساس قواعد حل تعارض قوانین است.^{۸۷} البته به اعتقاد برخی^{۸۸}، حق استرداد مقرر در بند ۲ ماده ۸۱ با محدودیت مواجه است. حق استرداد، هیچ حقی علیه ثالث ایجاد نمی‌کند. ماده ۴ کنوانسیون حوزه اعمال کنوانسیون را به تشکیل عقد و حقوق و تعهدات طرفین ناشی از عقد محدود نموده است. بنابراین، برای مثال، مطابق کنوانسیون، فروشنده‌ای که ثمن را دریافت نکرده هیچ حقی برای بازپس‌گیری کالایی که خریدار به ثالث فروخته است، ندارد.

نتیجه

نتیجه حاصل از این جستار در مورد آثار فسخ قرارداد این است که از سویی در مورد زوال تعهدات طرفین با فسخ قرارداد (به‌عنوان قاعده عمومی) در حقوق عراق و ایران و کنوانسیون نوعی وفاق وجود دارد و در عین حال در برخی جزئیات اختلافاتی دیده می‌شود. از سوی دیگر در زمینه عطف به ماسبق شدن آثار فسخ میان حقوق ایران از یک سو و حقوق عراق و کنوانسیون از سوی دیگر تفاوت اساسی وجود دارد، زیرا در حقوق ایران اثر فسخ نسبت به آینده است، ولی در حقوق عراق و کنوانسیون فسخ دارای اثر قهقرایی است. این اختلاف موجب شده است در حقوق عراق و کنوانسیون موضوع قرارداد همراه با نمائات آن بازگردانده شود، همچنان که پرداخت سود ثمن به‌عهده فروشنده گذاشته شده، لیکن در حقوق ایران استرداد عوضین قرارداد لازم است، ولی بازگرداندن منافع در فاصله عقد تا فسخ پذیرفته نیست. هزینه‌هایی که برای نگهداری مال در فاصله عقد تا فسخ صورت گرفته با توجه به اثر قهقرایی فسخ در حقوق عراق به‌عهده کسی است که پس از فسخ مالک مال شده است، حال آنکه در حقوق ایران هزینه‌های یادشده برعهده چنین شخصی نیست. البته چنانچه کار یکی از طرفین باعث افزایش قیمت مالی گردد که در اثر فسخ به طرف مقابل برمی‌گردد، کار شخص دارای احترام است و وی نسبت به افزایش قیمت مال ذی‌حق است. گفتنی است با توجه به اینکه مطالبه خسارت در کنار فسخ در هر سه نظام حقوقی پذیرفته

۸۷. محمودسمیر، الشرقاوی، پیشین، (۲۰۰۱)، ص ۲۲۴

Lachmi, Singh, op. cit., p. 311.

88. Clayton P., Gillette & Steven D., Walt, *The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Theory and Practice*, (New York: Cambridge University Press, Second Edition, 2016), p. 389.

شده، متعهدی که نقض تعهد نموده و موجب فسخ قرارداد گردیده است، کلیه خسارت‌های طرف مقابل را به‌عهده دارد. از نظر تأثیر فسخ بر تصرفات حقوقی انجام‌شده در موضوع قرارداد و حقوق اشخاص ثالث نیز باید گفت کنوانسیون، آثار فسخ عقد بیع را فقط نسبت به طرفین مطرح نموده و متعرض آثار فسخ نسبت به اشخاص ثالث نشده است و آن را تابع قانون حاکم بر اساس قواعد حل تعارض قوانین می‌داند، لیکن اثر قهقرای فسخ در حقوق عراق ایجاب می‌نماید که تصرفات حقوقی یادشده تحت تأثیر قرار گیرد و حقوق اشخاص ثالث نیز زایل گردد. البته در این نظام حقوقی، اصل حسن‌نیت استثنائاتی را در این زمینه ایجاب نموده و بر این اساس حقوق اشخاص ثالث باحسن‌نیت در مورد مال منقول از اثر قهقرای فسخ مصون مانده است، همچنان‌که قراردادهایی که در راستای اداره اموال با شخص ثالث باحسن‌نیت انعقاد یابد مستثنی از قاعده است. این درحالی است که با توجه به فقدان اثر قهقرای فسخ در حقوق ایران، فسخ قرارداد در تصرفاتی که در فاصله عقد تا فسخ به صورت مجاز انجام شده باشد، تأثیری نمی‌گذارد و به‌نظر می‌رسد فسخ قرارداد نمی‌تواند حقوقی را که اشخاص ثالث به‌موجب آن قرارداد به‌دست آورده‌اند، زایل نماید. در پایان به‌نظر می‌رسد اصل تأثیر آثار فسخ نسبت به آینده با استحکام معاملات و حفظ حقوق اشخاص ثالث مناسب‌تر است. بنابراین رویکرد حقوق ایران نسبت به رویکرد حقوق عراق و کنوانسیون ترجیح دارد و از این رو پیشنهاد می‌شود که حقوق عراق و کنوانسیون قاعده آثار فسخ نسبت به آینده را به‌صراحت بپذیرند.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

– کتاب‌ها

۱. امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، ج ۱، (تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۷۵).
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مجموعه محشی قانون مدنی*، (تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲).
۳. شعاریان، ابراهیم و رحیمی، فرشاد، *حقوق بیع بین‌المللی، تشریح کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در پرتو دکترین و رویه قضایی، مطالعه تطبیقی با اسناد بین‌المللی و حقوق ایران*، (تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی، ۱۴۰۰).
۴. شیروی، عبدالحسین، *حقوق قراردادها، انعقاد، آثار و انحلال*، (تهران: سمت، ۱۳۹۶).
۵. صفایی، سید حسین، *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، ج ۲، *قواعد عمومی قراردادها*، (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۵).
۶. صفایی، سید حسین؛ کاظمی، محمود؛ عادل، مرتضی؛ میرزائزاد، اکبر، *حقوق بیع بین‌المللی*، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۲).
۷. طاهری، حبیب‌الله، *حقوق مدنی*، ج ۲، (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۸ ق).
۸. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، ج ۵، (تهران: شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، ۱۳۷۶).
۹. کاتوزیان، ناصر، *دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، قرارداد-ایقاع*، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵).
۱۰. نهرینی، فریدون، *فسخ قرارداد با نگاهی به رویه قضایی*، (تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۵).

– مقالات

۱۱. سکوتی، رضا، «بررسی مبنای بقای اجاره و قلمرو شمول صدر ماده ۴۵۴ قانون مدنی»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر (فقه و حقوق اسلامی سابق)*، ش ۶ (۱۳۹۲).

ب) عربی**– کتابها**

۱۲. ابوالسعود، رمضان، *مصادر الالتزام فى القانون المصرى و اللبنانى*، (بيروت: مطابع الاملسه، الطبعة الاولى، ۱۹۹۰).
۱۳. ابوستيت، احمد حشمت، *نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد، مصادر الالتزام*، الكتاب الاول، (مصر: مطبعة مصر شركة مساهمه، الطبعة الثانية، ۱۹۵۴).
۱۴. ابو عيسى، المحمدى احمد، *انحلال الرابطة التعاقدية*، (قاهره: دار النهضة العربية، ۲۰۰۴).
۱۵. تونسى، حسين، *انحلال العقد، دراسة تطبيقية حول عقد البيع و عقد المقاولة*، (الجزائر: دارالخلدونية، للنشر و التوزيع، الطبعة الاولى، ۲۰۰۷).
۱۶. حسين، اكرم محمد، *الاخلاق بالتنفيذ فى بيع التجاره الدوليه. دراسة مقارنة*، (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى، ۲۰۱۷).
۱۷. الحكيم، عبدالمجيد، البكرى، عبدالباقى و البشير، محمد طه، *الوجيز فى نظريه الالتزام فى القانون المدنى العراقى، مصادر الالتزام*، الجزء الاول، (بغداد: مكتبة السنهورى، ۲۰۱۲).
۱۸. الذنون، حسن على، *النظرية العامة للفسخ فى الفقه الاسلامى و القانون المدنى دراسة مقارنة*، (قاهره: مطبعة نهضة مصر، ۱۹۴۶).
۱۹. الذنون، حسن على، *شرح القانون المدنى العراقى، العقود المسماة، عقد البيع*، (بغداد: مطبعة الرابطة، ۱۹۵۳).
۲۰. الذنون، حسن على، *النظرية العامة للالتزامات*، (بغداد: المكتبة القانونية، ۱۹۶۷).
۲۱. الشراوى، محمود سمير، *العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولى للبضائع*، (قاهره: دار النهضة العربية، ۲۰۰۱).
۲۲. الشريف، محمود سعد الدين، *شرح القانون المدنى العراقى، مصادر الالتزام*، الجزء الاول، (بغداد: مطبعة العاني، ۱۹۵۵).
۲۳. شفيق، محسن، *اتفاقيه الامم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع، دراسة فى قانون التجاره الدولى*، (قاهره: دار النهضة العربية، ۱۹۸۸).
۲۴. الصده، عبد المنعم فرج، *محاضرات فى القانون المدنى، نظرية العقد فى القوانين العربيه، آثار العقد و انحلاله*، (قاهره: جامعة الدول العربيه، معهد الدراسات العربيه العالميه، ۱۹۶۰).
۲۵. عجيل، طارق كاظم، *المطول فى شرح القانون المدنى، دراسة معمقه و مقارنه بالفقه الغربى و الاسلامى*، الجزء الثالث، (بيروت: مكتبة زين الحقوقية، ۲۰۱۳).

٢٦. الفضلى، جعفر، *الوجيز فى العقود المدنية، البيع - الايجار - المقاوله*، (عمان: مكتبة السنهورى، ١٩٩٧).

٢٧. محاسنه، نسرين سلامة، *التزام البائع بالتسليم و المطابقه، دراسه فى القانون الانجليزى و اتفاقيه الامم المتحده للبيع الدولى للبضائع ١٩٨٠، اتفاقيه فيينا*، (عمان: دارالثقافه للنشر و التوزيع، الطبعة الاولى، ٢٠١١).

٢٨. مرقس، سليمان، *نظريه العقد*، (قاهره: دارالنشر للجامعات المصريه، ١٩٥٦).

٢٩. مرقس، سليمان، *موجز اصول الالتزامات*، (قاهره: مطبعة لجنة البيان العربى، ١٩٦١).

٣٠. المصرى، محمد محمود و عابدين محمد احمد، *الفسخ و الانفساخ و التفاسخ فى ضوء القضاء و الفقه*، (اسكندريه: دارالمطبوعات الجامعيه، ١٩٩٧).

٣١. منصور، امجد محمد، *النظريه العامه للالتزامات، مصادر الالتزام، دراسه فى القانون المدنى الاردنى و المصرى و الفرنسى و مجله الاحكام العدليه و الفقه الاسلامى مع التطبيقات القضائية لمحكمتى النقض و التمييز*، (عمان: دارالثقافه للنشر و التوزيع، ٢٠٠٩).

٣٢. منصور، محمد حسين، *مصادر الالتزام، العقد و الاراده المنفردة*، (بيروت: الدار الجامعيه للنشر و التوزيع، ٢٠٠٠).

٣٣. المياحى، فوزى كاظم، *انحلال العقد الفسخ و الاقاله فى القانون المدنى العراقى*، (بغداد: نشر و توزيع مكتبة صباح، ٢٠١٥).

٣٤. هوزيه، فانسان، *المطول فى العقود، بيع السلع الدولى*، ترجمه منصور القاضى، اشراف جاك غيستان، (بيروت: مجد المؤسسه الجامعيه للدراسات، الطبعة الاولى، ٢٠٠٥).

- پایان نامه ها

٣٥. جوهرى، سعيده، *سلطه القاضى فى فسخ العقد*، مذكره تخرج لنيل شهادة ماستر فى القانون تخصص عقود و مسؤوليه، جامعه اكلى محند اولحاج، البويره، ٢٠١٣.

٣٦. حمو، حسينه، *انحلال العقد عن طريق الفسخ*، مذكره لنيل درجه الماجستير فى القانون فرع: قانون المسؤوليه المهنيه، جامعه مولود معمري، تيزى وزو، ٢٠١١.

٣٧. عبدالحميد، خالد احمد، *فسخ عقد البيع الدولى وفقاً لاتفاقيه فيينا لعام ١٩٨٠*، مذكره لنيل درجه الدكتوراه فى الحقوق، جامعه القاهره، ٢٠٠٢.

٣٨. عبدالعزيز، جمال محمود، *الالتزام بالمطابقه فى عقد البيع الدولى للبضائع*، رساله دكتوراه، جامعه القاهره، ١٩٩٦.

٣٩. بن زروق، فتحيه، *فسخ العقد طبقاً لاتفاقيه فيينا لسنة ١٩٨٠ الخاصه بالبيع الدولى للبضائع*، مذكره لنيل شهادة الماجستير فى القانون، فرع العقود و المسؤوليه، جامعه الجزائر (١)، ٢٠١٥.

۴۰. ننیس، نغم حنا رؤوف، *التزام البائع بالتسليم في عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا ١٩٨٠*، دراسته تحليليه، اطروحه دكتوراه فلسفه في القانون الخاص، جامعه الموصل، ٢٠٠٤.
۴۱. يحيى، ابراهيم انيس محمد، *الاقالة، فسخ العقد برضا الطرفين، دراسة مقارنة*، رساله استكمالاً لمتطلعات درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعه النجاح الوطنية في نابلس، ٢٠١٠.

ج) انگلیسی

- Books & Articles

42. Huber, Peter & Mullis, Alastair, *The CISG A new textbook for students and practitioners*, (Germany: Sellier. European law publishers, 2007).
43. Chengwei, Liu, "RECOVERY OF INTEREST", *Nordic Journal of Commercial Law*, issue 1, (2003).
44. Gillette, Clayton P. & Walt, Steven D., *The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Theory and Practice*, (New York: Cambridge University Press, Second Edition, 2016).
45. Magnus, Ulrich, "THE REMEDY OF AVOIDANCE OF CONTRACT UNDER CISG—GENERAL REMARKS AND SPECIAL CASES", *JOURNAL OF LAW AND COMMERCE*, Vol. 25, (2005-2006).
46. Mohs, Florian, "Arts. 81/82 CISG—UP", Edited by John Felemegas, *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2007).
47. Zeller, Bruno & Mazzotta, Francesco G., "BREACH OF CONTRACT: CLAIMS AND RELATED PROVISIONS", *Editor: Francesco G. Mazzotta, A Practitioner's Guide to the CISG*, (New York: Juris Net, LLC, 2010).
48. Zwinge, Tamo, "The United Nations Sale Convention: Delimitation, Influences, and Concurrent Application of Domestic Law", *Richmond Journal of Global Law & Business*, Vol 10 Issue 2, (2011).

- Thesis & Other Documents

49. Al-Hajaj, Amir, *The Concept of Fundamental Breach and Avoidance under the CISG*, PhD thesis, Brunel University, 2015.
50. Bridge, Michael, CISG-AC Opinion No. 9, Consequences of Avoidance of the Contract, Adopted by the CISG-AC following its 12th meeting in Tokyo, Japan on 15 November 2008.
51. Singh, Lachmi, *The United Nation Convention on Contracts for the International Sales of Goods 1980 (CISG) An examination of the buyers remedy of avoidance under the CISG: How is the remedy interpreted, exercised and what are the consequences of avoidance?*, PhD thesis, University of the West of England, 2015.

تأملی بر مفهوم برابری در اندیشه خبرگان قانون اساسی (۱۳۵۸)

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۷/۱۴

تاریخ پذیرش نهایی: ۱۴۰۰/۰۳/۲۴

علی دارایی^۱
علی مشهدی^۲
صدیقه قارلقی^۳

چکیده

برابری در مفهوم حقوقی‌اش هنجاری فلسفی محسوب می‌شود که بسیاری از حق‌ها و آزادی‌های بنیادین موجود در قانون اساسی از آن سرچشمه می‌گیرد. در پژوهش پیش رو نویسندگان پس از بررسی و پی‌ریزی جنبه نظری برابری و انواع آن (برابری شکلی و برابری ماهوی)، به توصیف و ارزیابی گفتارهای مندرج در صورت نهایی مشروح مذاکرات خبرگان قانون اساسی ۱۳۵۸ که به تصویب اصول مربوط به برابری منتهی شد، پرداخته‌اند. پرسش‌های اصلی تحقیق این است که قانون‌گذاران اساسی سال ۱۳۵۸ چه قرائت‌هایی از برابری شکلی و ماهوی داشته‌اند؟ آنان به‌رغم پذیرش انواع برابری در متن قانون اساسی، از انواع برابری در مجلس خبرگان برداشت‌های گوناگونی داشته‌اند. گرچه آنان قرائت‌های اختلافی ظاهری و جزئی از برابری شکلی داشتند، اما در نهایت، اصل برابری شکلی را در اصول مرتبط گنجانده‌اند. از سوی دیگر، برابری ماهوی در دیدگاه‌های خبرگان قانون اساسی معنایی نسبی و شکننده دارد؛ به این معنا که با وجود مقبولیت پاره‌ای از مصادیق برابری ماهوی نظیر حقوق مربوط به تبعیض مثبت در نگرش قانون‌گذاران اساسی در تصویب اصول مرتبط، به سبب توجه به آموزه‌های دین اسلام در خصوص برابری و موازین آن و مذهب تشیع به‌عنوان رکن اولیه و خطوط راهبردی تقنین، پاره‌ای از مصادیق برابری ماهوی در قانون اساسی با قید موازین اسلامی همراه شده است.

واژگان کلیدی: برابری، برابری شکلی، برابری ماهوی، تبعیض مثبت، خبرگان قانون اساسی.

ali66.daraee93@gmail.com

droitenviro@gmail.com

gharloghi.sedighe@gmail.com

۱. کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه تبریز، ایران (نویسنده مسئول)

۲. دانشیار دانشگاه قم، ایران

۳. دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه قم، ایران

مقدمه

مشروح مذاکرات هر قانون، به‌ویژه قانون اساسی، مهم‌ترین منبع برای تفسیر هر قانون و یافتن اراده حقیقی قانون‌گذار است.^۴ بی‌تردید، قانون اساسی از این قاعده بنیادین مبرا نیست و در علم حقوق اساسی چه‌بسا اولویتی هم داشته باشد. بر این مبنای پی‌جویی برداشت‌های اولیه قانون‌گذاران اساسی از مفاهیم و محتوای قانون اساسی و تفسیر آن‌ها، خصوصاً با عنایت به پراکندگی برداشت‌هایی که مقامات برخاسته از قانون اساسی کشور از این مفاهیم در نظر و در عمل دارند، از ضروری‌ترین تحقیقات قلمداد می‌شود. بر این مبنای برخی از تغییرناپذیری بعضی مفاهیم قوانین اساسی در طول تحولات سیاسی- اجتماعی سخن گفته‌اند.^۵

برابری از مفاهیم نوین حقوق اساسی است که به‌وسیله قانون‌گذاران اساسی در قانون اساسی جوامع گنجانده و مستقر شده است. این مفهوم تقریباً در اکثر قوانین اساسی کشورها منعکس گردید و به‌عنوان یکی از مفاهیم اساسی نظام سیاسی- حقوقی محسوب می‌شود.^۶ قانون‌گذاران اساسی ایران نیز در سال ۱۳۵۸ در اصول گوناگونی مفهوم برابری را به‌کار برده است (بند چهاردهم اصل ۳، اصول ۱۹ و ۲۰، اصل ۱۰۱، قسمت اخیر اصل ۱۰۷). همچنین در برخی اصول تلویحاً به مفهوم برابری التفات داشته است (بندهای سوم و نهم اصل ۳، اصول ۲۸ و ۲۹، ۳۰ و ۱۵۶). بر این پایه، بایسته و شایسته است که به مفهوم برابری در مذاکرات خبرگان قانون اساسی و نیز اصول تصویبی آنان پرداخته شود و مهم‌تر اینکه برداشت‌های گوناگون در درون مجلس بررسی نهایی قانون اساسی مورد تفسیر و ارزیابی قرار گیرد تا از این منظر در راستای درک بهتر قانون اساسی و شناخت نگرش اعضای این

۴. مجتبی، واعظی، «ارزش حقوقی مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی»، حقوق اساسی، ش ۳ (۱۳۸۳)، ص ۱۸۹.

5. Otto, Pfersmann, "De l'impossibilité du changement de sens de la constitution". (2009). *Revue juridique de l'USEK*. — N° 10, p. 423.

۶. برای ملاحظه تأثیر این مفهوم در قوانین اساسی برای نمونه، ر.ک.

Victor, Monnier, "Les péripéties de l'égalité en Suisse, de l'époque révolutionnaire à la première Constitution fédérale". (2006):p. 131. Ferdinand, Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*. (PhD diss. Aix-Marseille, 1996.3) Chiara, Preite, *Les constitutions italienne et française et le principe d'égalité: une approche linguistique*. Buon compleanno, Costituzioni. La circolazione di principi e istituzioni tra Europa e America: influenze reciproche tra le Costituzioni di Stati Uniti, Messico, Brasile, Italia, Francia, Spagna. (2008, Vol. 3).

مجلس، مجدداً بازخوانی و بازشناسی شوند. از سوی دیگر، گرچه برابری مد نظر خبرگان قانون اساسی بوده، اما با توجه و دقت در مذاکرات خبرگان قانون اساسی و اصول منتهی به آنها که قیود و حدود اسلامیّت و موازین و احکام اسلام را به عنوان یک قاعده برای همه اصول در نظر گرفته بودند، لازم است که گستره و شروط و خطوط آنها نیز بررسی و تعیین گردند.

همان طور که خواهد آمد، در این مقاله برابری به دو نوع شکلی و ماهوی تقسیم می شود. تاکنون تحقیقی با موضوع اختصاصی تحلیل برابری در مجلس خبرگان قانون اساسی از سوی محققان منتشر نشده، لیکن بعضی از پژوهشگران با انجام تحقیق در مورد برخی از حقوقی که زیر عنوان برابری ماهوی جای می گیرند، به این مهم همت گمارده اند که به برخی از آنها در این مقاله ارجاع داده می شود و از آنها بهره برداری لازم شده است.

در این پژوهش، با تمسک به شیوه تحلیلی- توصیفی و جمع آوری منابع از طریق کتابخانه سعی نویسندگان بر آن است که ابتدا از منظر نظری مفهوم و انواع برابری تشریح شود و سپس به بررسی و ارزیابی نگرش های خبرگان قانون اساسی درباره برابری بپردازند. در این راستا، قلمرو مطالعاتی نویسندگان در مشروح مذاکرات قانون اساسی ۱۳۵۸ مطالعه موردی اصول ۳، ۸، ۱۲، ۱۳، ۱۹، ۲۰، ۲۸، ۴۸، ۱۰۱ و ۱۱۵ قانون اساسی است. بر این اساس، پرسش اصلی پژوهش حاضر این است که قانون گذاران اساسی ۱۳۵۸ از انواع برابری در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی چه قرائت هایی داشته اند؟ در پایان تحقیق، نتیجه استنباطی از مشروح مذاکرات قانون اساسی که در واقع، تنوع دیدگاه های خبرگان قانون اساسی نسبت به مفهوم برابری و انواع آن بوده است و همچنین تطبیق اصول مرتبط قانون اساسی با آنها بیان خواهد شد.

۱. مفهوم برابری

در لغت برابر به معنای هم وزن، هم سنگ و مقابل ذکر شده^۷ و همچنین برابری را به معنی یکسانی و مساوات آورده اند.^۸ برابری در فلسفه حقوق مفهومی نوین و امروزی دارد و

۷. حسن، عمید، فرهنگ فارسی عمید، (تهران: امیرکبیر، ج ۳۶، ۱۳۸۶)، ص ۲۸۸.

۸. علی اکبر، دهخدا، لغت نامه، ج ۱۰، (تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۶۵)، ص ۷۸۹.

فراتر از کلمه‌ای با معنای واحد است. همچنین در حقوق عمومی یکی از مبانی حاکمیت قانون است.^۹ از این منظر، می‌توان برابری را هنجاری فلسفی دانست که بسیاری از حقوق بنیادین از آن سرچشمه می‌گیرد. هنجاری که حقیقتاً بودنش موجب قوام انسان و نبودنش سبب نابودی یا محدودیت حقوق انسانی اوست.^{۱۰} بر این پایه، دولت به‌خصوص مراجع قانون‌گذار باید در زندگی مردم رفتاری مستقل و بی‌طرف داشته باشند. در صورت نقض این دیدگاه، بدون تردید برابری در ظرف حقوق و نیز نظام اجتماعی محقق نخواهد شد.^{۱۱}

در مورد قلمرو مفهوم برابری اختلافات بسیاری در لایه‌های سیاست و اجتماع وجود دارد.^{۱۲} با این حال در راستای حل این مسئله، قاعده حقوقی این است که مدیریت امور اجتماعی و دولتی باید بر مبنای قاعده یکسان انگاشتن مردم در برخورداری از حقوق و آزادی‌ها و تکالیف استوار باشد. چنانچه حکمرانی بر پایه منافع و مقاصد و افکار جهت‌دار و باورهای گروه‌های خاص و مکاتب ویژه انجام شود، در جامعه تقسیم‌بندی‌های ناعادلانه صورت می‌گیرد و ممکن است برخی از گروه‌ها و اصناف در بهره‌مندی از حق‌ها و مزایا بر بعضی دیگر اولویت و برتری یابند. رعایت قاعده یادشده منتج به این مهم می‌شود که اعمال و دستورات مقامات باید ریشه در قواعد همگانی و عرفی و مقاصد منطقی و خردگرایانه داشته باشند و بر مبنای انگیزه‌ها و ایدئولوژی‌های ویژه تصمیم‌گیری نکنند.^{۱۳}

۱.۱. تشریح مفهومی برابری شکلی و ماهوی

دو قرائت از برابری وجود دارد که نظریه‌پردازان حقوق ارائه داده‌اند؛ برابری شکلی و برابری ماهوی. برابری شکلی ناظر بر وضعیتی است که وقتی دو نفر حداقل از نظر یک

۹. احمد، مرکز مالگیری، حاکمیت قانون، مفاهیم مبانی و برداشت‌ها، (تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۵)، ص ۱۰۵.

۱۰. علی‌اکبر، گرجی اندریانی، «مبنا و مفهوم حقوق بنیادین»، حقوق اساسی، ج ۲، (۱۳۸۳)، ص ۹.

۱۱. تامس، نیگل، برابری و جانبداری، مترجم: جواد حیدری، (تهران: نگاه معاصر، چ ۱، ۱۳۹۴)، ص ۸۸.

۱۲. برای بررسی بیشتر این مفهوم، نک:

Stanford Encyclopedia of Philosophy First published, Tue Mar 27, 2001; substantive revision Wed Jun 27, 2007. <https://plato.stanford.edu/entries/equality/>.

۱۳. محمدحسین، زارعی، حاکمیت قانون و دموکراسی، (تهران: خرسندی، چ ۱، ۱۳۹۴)، صص ۴۰-۴۱.

قاعدهٔ مربوط به یکدیگر دارای وضعیت مساوی باشند، باید به‌طور مساوی با آنها رفتار شود^{۱۴}. گیراترین و شایع‌ترین نوع برابری شکلی، تساوی اشخاص در مقابل قانون است. به‌موجب این برداشت، تمامی شهروندان و مقامات در مقابل قانون از برابری یگانه‌ای برخوردارند و اصولاً همهٔ اشخاص از حقوق و مزایای قانونی منتفع می‌شوند^{۱۵}. به دیگر سخن، برابری شکلی به مفهوم برخورداری از خدمات عمومی و حقوق قضایی و مانند این‌ها برای یکایک شهروندان تفسیر می‌شود^{۱۶}. لذا بر این اساس گفته شده است که عدالت حقوقی ایجاب می‌نماید که با برابرها یکسان رفتار شود^{۱۷}. برابری ماهوی برداشتی دیگر از برابری است که حقوق گسترده‌تری را برای افراد تعریف می‌کند؛ بر اساس این قرائت، برآورده کردن خواسته‌ها، نیازمندی‌ها و انتفاع همهٔ شهروندان و گروه‌های جامعه باید سرلوحهٔ نگارش قانون قرار گیرد. در این برابری، هیچ فرد و صنفی نباید از حقوق، خدمات و امتیازات بی‌بهره بماند. از این رو، هر فرد یا گروه باید از حق‌ها و آزادی‌ها و مزایایی منتفع شود؛ چه افراد سالم و چه ناتوان، چه مرد و چه زن، چه دین‌دار و چه غیر دین‌دار و مانند اینها. به‌موجب این برداشت مقررات حمایتی متعددی برای شهروندان و اصناف و اجتماعات وضع می‌شود^{۱۸}. تبعیض مثبت در واقع، اتخاذ روش‌ها و پیش‌بینی حقوق متفاوت و متمایزی است برای تأمین حق‌ها و مزایای افراد و گروه‌های خاص اجتماعی که در جهت جبران کمبود نابرابری‌های حقوقی آنان به‌کار گرفته می‌شود. به دیگر سخن، تبعیض مثبت کوششی حقوقی است به‌ظاهر ناعادلانه، اما در راستای نهاده‌سازی و توسعهٔ برابری^{۱۹}. در این راستا، برخی از قوانین اساسی نظیر قانون اساسی ایران، اصل برابری را مبنای ارائهٔ خدمات عمومی

14. Stanford Encyclopedia of Philosophy First published, Tue Mar 27, 2001; substantive revision Wed Jun 27, 2007. <https://plato.stanford.edu/entries/equality/>.

۱۵. محمدرضا، ویژه، «مفهوم اصل برابری در حقوق عمومی نوین»، حقوق اساسی، ج ۲، (۱۳۸۳)، ص ۲۳۶.

۱۶. محمدرضا، ایران‌منش، مفهوم شهروندی، (تهران: نگاه معاصر، چ ۱، ۱۳۹۴)، ص ۱۱۲.

17. West, R. (2004). *Re-imagining justice: Progressive interpretations of formal equality, rights, and the rule of law*. Aldershot, U.K./Burlington p. 107.

۱۸. احمد، مرکز مال‌میری، حاکمیت قانون، مفاهیم، مبانی و برداشتها، (تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، چ ۲، ۱۳۹۴)، صص ۱۱۱-۱۱۲.

۱۹. علی‌اکبر گرجی، و همکاران، «تبعیض مثبت: تبعیض عادلانه یا درمان اثرات تبعیض»، تحقیقات حقوقی، ش ۱۴۶ (۱۳۹۰)، صص ۳۳۷-۳۳۸.

خویش مثل ارائه آموزش و پرورش رایگان و امکانات رفاهی که در مفهوم تبعیض مثبت محل بحث است، قرار داده‌اند.^{۲۰}

با دقت در اصول برابری ماهوی، روشن می‌شود که قوانین عام با الزامات و انتفاعات ویژه برای افراد خاص مبیانت دارد. التزام دولت به تصویب قانون عام افزون بر اینکه از برابری عموم پاسداری می‌کند، چون در روابط خود با مردم مستقل عمل می‌نماید، به حق‌ها و امتیازات شهروندان تعدی و تجاوز نمی‌کند و با اعطای حق‌ها و آزادی‌ها به آنان در روابط و مناسبات خویش با شهروندان رفتاری یکسان دارد.^{۲۱} بر این اساس، نگارنده قانون بایستی از گنجاندن پیش‌فرض‌ها و نظریات ایدئولوژیک و خاص پیشینی در قانون خودداری کند و ضوابط عام و عادلانه‌ای در قانون تحریر نماید.

۲. بررسی و توصیف انواع برابری در نگرش خبرگان قانون اساسی

یک بند و یک اصل در پیش‌نویس قانون اساسی به برابری شکلی اختصاص یافته و هر دو به تصویب اکثریت مطلق نمایندگان مجلس بررسی نهایی قانون اساسی رسیده است. بند چهاردهم اصل ۳ برابری همه مردم را در مقابل قانون پیش‌بینی کرده و نیز قسمت نخست اصل ۲۰ از کلیه افراد (زن و مرد) در مقابل قانون حمایت نموده است. تصویب این موارد، تأیید برابری شکلی از منظر قانون‌گذاران اساسی محسوب می‌شود. بدون تردید منظور قانون‌گذاران اساسی این است که همه افراد با عنایت به حقوق موجود در نظام حقوقی ایران به‌طور مساوی از آن حقوق بهره‌مند شوند، لذا مقصود این نیست که هر فرد نسبت به سایر افراد از حقوق مساوی در کلیه حوزه‌ها برخوردار خواهد بود، چراکه قیود موازین و احکام اسلام و رسمیت دین اسلام و مذهب شیعه در سایر اصول قانون اساسی اقتضای هر نوع برابری را ندارد. اقتضای اصل ۴ (کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد) و تقیید حقوق مساوی افراد به‌موجب عبارت با رعایت موازین اسلام در اصل ۲۰ (همه افراد ملت

۲۰. محمدجواد رضایی‌زاده، و داوود کاظمی، «بازشناسی نظریه خدمات عمومی و اصول حاکم بر آن در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، مطالعات حقوقی معاصر، ش ۵ (۱۳۹۱)، ص ۴۳.

۲۱. محمدرضا، ویژه، مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی، ج ۱، (تهران: جنگل، چ ۱، ۱۳۹۰)، ص ۳۵۱.

اعم از زن و مرد یکسان در حمایت قانون قرار دارند و از همه حقوق انسانی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی با رعایت موازین اسلام برخوردارند، مدعای اخیر را اثبات می‌کند. در ادامه به توصیف برداشت‌های گوناگون خبرگان قانون اساسی از برابری شکلی پرداخته خواهد شد.

۲.۱. برداشت‌های گوناگون خبرگان قانون اساسی از برابری شکلی

همان‌طور که خواهیم دید، در میان نمایندگان مجلس خبرگان قانون اساسی تنوع دیدگاه‌های جزئی و ظاهری نسبت به مفهوم برابری شکلی به چشم می‌خورد؛ با این توضیح که از سویی این پیشنهاد مطرح شد که مقرر شود افراد «از حقوق برابر در مقابل قانون برخوردار هستند»^{۲۲}، اما از سویی دیگر در مجلس خبرگان میان سه فقیه درباره برابری شکلی اختلافی نسبتاً ظاهری وجود داشت. آقایان موسوی تبریزی، خامنه‌ای و بهشتی سه فقیهی بودند که درباره قید «در برابر قانون» و «در حمایت قانون» اختلاف نظر داشتند. آقای موسوی تبریزی معتقد بود که عبارت در حمایت قانون بهتر است، چون گاهی قضیه قتل زن و مرد پیش می‌آید که این دو در برابر قانون مساوی نیستند و اگر در برابر قانون باشد، صحیح نیست؛ اما آقای خامنه‌ای که دریافتی سازگار با برابری شکلی داشت، این‌گونه اظهار نظر نمود که «در حمایت قانون» مزیتی بر «در برابر قانون» ندارد، درحالی که در برابر قانون در هر موردی که فرد در مقام اعمال حق یا محکومیت باشد از او حمایت می‌شود؛ از همین رو، در برابر قانون مناسب‌تر است. شهید بهشتی نیز با پذیرش همین استدلال آقای خامنه‌ای موضوع را تأیید کرد^{۲۳}. از تفسیر آقای موسوی تبریزی چنین فهمیده می‌شود که وی از برابری شکلی که دربرگیرنده مفهوم و محتوای کامل آن باشد، برداشتی نداشته است. گرچه وی حمایت قانونی افراد را می‌پذیرد، ولی تساوی همگان در مقابل قانون به معنی برخورداری همه افراد از حقوق قانونی موجود است و این مغایرتی با مواردی مثل تفاوت قتل ندارد.

۲۲. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج ۱، (تهران: اداره کل امور فرهنگی و

روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ج ۱، ۱۳۶۴)، ص ۶۲۶.

۲۳. همان، صص ۶۱۶-۶۱۷.

شخص دیگری که بی‌پرده با برابری شکلی مخالفت کرد، فاتحی بود. وی با برداشتی نادرست از برابری شکلی (چون آن را مساوی با برابری ماهوی می‌دانست) به‌وضوح با استناد به آیه‌ای از قرآن کریم و تشریح علت نزول آن می‌گوید که تساوی زن و مرد ممکن نیست. دریافت فاتحی از برابری شکلی با واکنش ربانی املشی روبرو شد. املشی در پاسخ به او به‌طور تلویحی گفت که در برابر قانون متفاوت است با گفته شما. واکنش ربانی املشی که صریح‌تر شد، اشاره به پخش سخنان از رادیو و تلویزیون کرد و گفت: کسی نیست که جواب ایشان را بدهد؟ با وجود این، فاتحی بر نظر خود اصرار می‌ورزید و چنین ادامه داد: «در اسلام بین زن و مرد یک امتیازهایی است و به‌طور طبیعی ممکن است مساوی باشند ... طبق مقررات شرع که متناسب با استعدادها باشد که این هم اجمالی است. کیست که از زمینه‌های عاطفی یا روحی یا طبیعی افراد اطلاع نداشته باشد؟»^{۳۴}.

توصیف برداشت‌های خبرگان قانون اساسی از برابری شکلی نشان داد که برابری افراد در مقابل قانون در منظومه فکری آنان مقبول افتاده است، گرچه بعضاً برداشت‌های نادرست از برابری شکلی یا اختلاف نظرهای جزئی درباره آن ابراز نمودند.

۲.۲. توصیف و بررسی برابری ماهوی در مجلس خبرگان قانون اساسی

به‌رغم پذیرش برابری شکلی در مجلس خبرگان قانون اساسی با وجود اختلافات ظاهری آنان، مقبولیت برابری ماهوی در مشروح مذاکرات با شکندگی مواجه بوده است. چون آن‌طور که از سخنان قانون‌گذاران استنباط می‌شود، به استثنای حقوق متأثر از تبعیض مثبت، اکثریت آنان به‌طور کامل با کلیه حقوقی که از چشمه برابری ماهوی نشئت می‌گیرند، موافق نبودند. به‌عبارتی، قانون‌گذاران اساسی بعضی از مصادیق برابری ماهوی را تصویب کردند، ولی به سبب دیدگاه‌هایی که خواهیم دید، کلیه وجوه برابری ماهوی مقبول آنان نیفتاد. ردّ بعضی از مصادیق برابری ماهوی و تقلیل آن به برخورداری افراد از حقوق پذیرفته‌شده در قانون اساسی، در اختلافات بر سر اصول ۱۹ و ۲۰ و به شکلی آشکارتر در بهره‌مندی زن و مرد از حقوق انتخاباتی متبلور شد. در ادامه، مشروح این مباحث با تقسیم‌بندی به سه طیف از موافقان برابری شکلی، تبعیض مثبت و موافقان پاره‌ای از

۳۴. همان، صص ۶۱۷-۶۱۸.

مصادیق برابری ماهوی و ردکنندگان برابری ماهوی پی گرفته می‌شود.

۲.۱. توصیف آرای قانون‌گذاران اساسی درباره برخی از حقوق برگرفته از تبعیض مثبت

در بخش دیدگاه‌های موافق برابری ماهوی، بررسی مذاکرات منتهی به تصویب اصول مربوط به تبعیض مثبت که تقریباً مورد تأیید تمام نمایندگان قوه مؤسس قرار گرفت، سودمند خواهد بود. گفتگوها پیرامون اصول حاوی تبعیض مثبت در مشروح مذاکرات اغلب جزئی بوده و اختلاف نظرهای عمیق نبوده است. بلکه تقریباً همه خبرگان اشکال گوناگون تبعیض مثبت را پذیرفتند. مذاکرات پیرامون بند نهم اصل ۳ (رفع تبعیضات ناروا و ایجاد امکانات عادلانه برای همه در تمام زمینه‌های مادی و معنوی) جالب توجه بود. در متن پیشنهادی به جای کلمه عادلانه، مساوی قید شده بود. به همین سبب فاتی‌پیشنهاد حذف مساوی را داد و نایب رئیس با تکمیل پیشنهاد وی، کلمه عادلانه را جایگزین مناسبی دانست که در پایان همین تقاضا تصویب شد. عده‌ای از قانون‌گذاران اساسی به عللی مبهم و ناروشن، خواهان حذف تبعیض ناروا و نیز عدم نیاز به تصریح این بند شدند. از نظر آقای کیاوش، تبعیض در همه موارد ناروا است و تبعیض روا وجود ندارد. به عقیده آقای سبحانی، اگر بند مربوط به تأمین آزادی سیاسی و اجتماعی و مشارکت عامه مردم در سرنوشت خویش تصویب شود، نیازی به رفع تبعیض‌های ناروا وجود ندارد. از سوی دیگر، مکارم شیرازی با این بند موافق بود، چراکه از نگاه او تبعیض ناروا مفهومی فراتر از مفاهیم گذشته را به ذهن متبادر می‌سازد.^{۲۵}

نمود دیگری از توجه و موافقت با تبعیض مثبت در مجلس خبرگان قانون اساسی مذاکرات در مورد بندهای دوم (حمایت مادران، به‌خصوص در دوران بارداری و حضانت فرزندان و حمایت از کودکان بی‌سرپرست) و چهارم (ایجاد بیمه خاص بیوگان و زنان سال‌خورده و بی‌سرپرست) اصل ۲۱ بود. رشیدیان معتقد بود که جلوگیری از استثمار کودکان نیز باید در این بند گنجانده شود، زیرا در بعضی از خانواده‌های ندار، کودکان را قبل از موعد

مناسب به کار می‌گمارند. همچنین پیشنهاد تکفل به جای بیمه را داد. پیشنهادی که مورد تصویب قرار نگرفت. عده‌ای همچون آقایان فاتحی و طاهری اصفهانی حمایت از کودکان بی‌سرپرست را بی‌ارتباط با تضمین شخصیت و حقوق زن می‌دانستند. آقای مکارم شیرازی در پاسخ به آنان گفت که بند دوم مربوط به زنان فاقد همسر است و این بند و تضمین حقوق زن به همدیگر عطف می‌شوند. تعدادی از خبرگان خواهان آن بودند که مصادیق تبعیض مثبت در این اصل توسعه داده شود. منیره گرجی بر این عقیده بود که فرزندان زنان شاغل مخصوصاً در دوران بارداری و حضانت فرزند باید تحت حمایت قرار گیرند. علاوه بر این، وی تقاضای تجدیدنظر در خصوص تبعیضات نابجا در حق زنان را داشت. آقای نوربخش به شکلی دیگر حمایت خود را از تبعیض مثبت بیان کرد. وی بر این باور بود که بایستی به این نحو نوشته شود: «تأمین اجتماعی خاص زنانی که از حمایت مادی خانواده برخوردار نباشند». آقای مقدم مراغه‌ای فراتر از آنان پیشنهاد داد که حمایت از همه کودکان به طور اعم پیش‌بینی شود. با وجود اینها، همان‌طور که در بند نهایی ذکر شد، بعضی از پیشنهادهای اخیر تصویب شد، نه همه آنها^{۲۶}.

مطابق اصل ۴۵ پیش‌نویس، اولویت حق داشتن مسکن با اقشار کم‌درآمد و روستائینان و کارگران بود. اولویت یادشده نمونه آشکاری از توجه قانون‌گذاران اساسی به مصادیق برابری ماهوی است. تقریباً کلیه خبرگان با تبعیض مثبتی که در این اصل تصریح شده بود موافق بودند اما با برداشت‌های گوناگون آن را بیان می‌کردند. مطابق برداشت رشیدیان، در اسلام هیچ گروهی بر دیگری برتری ندارد و همه برابرند. پس باید اقشار مستضعف یا کم‌درآمد را که یک صفت عام است در این اصل بیاوریم. آقای کیاوش پیشنهادی مشابه اصل ۴۵، لکن با شکلی متفاوت، بیان کرد: «اولین وظیفه دولت این است که برای افراد مجرد و خانواده‌های مستضعف به نسبت استحقاقشان تأمین مسکن کند». در اصل پیشنهادی تنها اولویت با خانواده‌ها بود و به افراد مجرد اشاره‌ای نشده بود. بر همین اساس، مورد اعتراض آقای طاهری اصفهانی قرار گرفت. وی با بیانی صریح توجه خود را این‌گونه ابراز نمود: اگر کسی در این مملکت نتوانست خانواده تشکیل بدهد، حق او چه می‌شود؟ به

همین سبب بود در اصل نهایی فرد و خانواده قید شد. ضیایی نماینده دیگری بود که فلسفه اصل یادشده را تشریح کرد؛ فلسفه‌ای که به ماهیت اصلی تبعیض مثبت نمی‌پرداخت، بلکه به علل جغرافیایی و شغلی موضوع توجه داشت. وی بر این باور بود که فلسفه وجود اولویت افراد کم‌درآمد این است که مردم به شهر سرازیر نشوند و زمین‌های کشاورزی را رها نکنند. سایر دیدگاه‌ها در محدوده نظریات پیش‌گفته به صورت جزئی و فرعی بیان شد^{۲۷}

بررسی قرائت‌های خبرگان قانون اساسی در خصوص تبعیض مثبت به‌عنوان جزئی از مفهوم برابری ماهوی مبین آن است که حفظ و تأمین حقوق افرادی که در شرایط خاص بایستی در امنیت و حمایت قانون قرار داشته باشند، مورد قبول اکثریت آنان واقع شده است.

۲.۲.۲. بررسی دیدگاه‌های پذیرندگان برخی از مصادیق برابری ماهوی

برخی از نمایندگان مجلس خبرگان قانون اساسی به برابری التفات بیشتری داشتند و تلویحاً خواستار توسیع برابری ماهوی بودند. هنگامی که اصل مربوط به حقوق خانواده مطرح شد، سرگون بیت اوشانا، نماینده آشوریان، پیشنهادی در راستای برابری ماهوی برای اصلاح آن اصل ارائه نمود. وی گفت بهتر است به جای آنکه پاسداری از قداست خانواده و استواری روابط خانوادگی بر پایه حقوق و اخلاق اسلامی باشد، «حقوق مساوی و اخلاق اسلامی» نگارش شود. پیشنهادی که در نهایت پذیرفته نشد و با پاسخ شهید بهشتی روبرو شد. شهید بهشتی معتقد بود که حقوق در اسلام متعادل است و مساوی نیست. اگر مساوی به معنای متعادل باشد صحیح است، ولی به معنی یکسان (نوعی از برابری ماهوی) نادرست است^{۲۸}.

شهید بهشتی در خصوص اصل نوزدهم کنونی قانون اساسی در پاسخ به آقای رستم شهزادی که معترض بود چرا مذهب را در این اصل ذکر نکرده‌اید، این‌گونه پاسخ داد: «آنچه خواستیم در این اصل مشخص کنیم مسئله نفی دخالت نژاد، رنگ و قومیت‌ها در حقوق است»^{۲۹}. همچنین تصریح نمود که هر اصلی مطلبی را بیان می‌نماید و این اصل به‌طور کلی

۲۷. همان، ج ۱، صص ۷۸۱ و ۷۸۹.

۲۸. همان، ص ۴۳۵.

۲۹. همان، ص ۶۹۰.

کلی ناظر به مذهب نیست. در این اصل امور طبیعی که جنبه‌های جغرافیای دارند مطرح شده است، در صورتی که مذهب جنبه جغرافیایی ندارد. این اصل با الهام از تعالیم متعالی اسلام تنظیم شده است که با تعهد خود، به همه امتیازات نژادی و جغرافیایی که انسان در آن هیچ نقشی ندارد باید خط بطلان کشید و هیچ‌کس بر دیگری برتری ندارد، مگر بر اساس تقوا^{۳۰}.

آقای شهزادی که از اقلیت‌های دینی است به‌طور تلویحی از نابرابری موجود در اصول قانون اساسی نسبت به زرتشتیان انتقاد می‌کند. وی بر این باور است که مطابق قانون اساسی زرتشتیان و سایر اقلیت‌ها در درجه دوم و سوم قرار گرفته‌اند و از مسندهای سفارت، وزارت، صدارت و قضاوت محروم شده‌اند. بنابراین، به نظر آقای شهزادی چون اقلیت‌ها به‌عنوان شهروند دوم و سوم در قانون اساسی تلقی شده‌اند، در سطحی نابرابر با دین‌داران مسلمان قرار گرفته‌اند^{۳۱}. با وجود این، به باور برخی از محققان، تعدادی از اصول قانون اساسی در حق اقلیت‌های دینی بر اساس تبعیض مثبت استوار شده‌اند. چراکه اساساً در اسلام و قانون اساسی ایران همه افراد و گروه‌های جامعه با یکدیگر برابرند و تنها در قلمرو حقوق شهروندی تبعیض مثبت در حق آنان اعمال شده است^{۳۲} حقوق مذاهب دیگر اسلامی که در اصل دوازدهم قانون اساسی به آن اشاره شده و نیز حقوق دین‌داران غیرمسلمان در اصل ۱۳ در زمره تبعیض‌های مثبتی به‌شمار می‌روند که تحلیل اخیر به آن باور دارد.

اصل ۲۰ کنونی قانون اساسی که مقرر می‌دارد: «همه افراد ملت اعم از زن و مرد یکسان در حمایت قانون قرار دارند و از همه حقوق انسانی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی با رعایت موازین اسلام برخوردارند»، پس از بحث و بررسی در مجلس خبرگان به این صورت درآمده است، اما باید یادآور شد که این اصل در پیش‌نویس اولیه به این صورت بود که «همه افراد ملت اعم از زن و مرد به‌طور مساوی در حمایت قانون قرار گرفته و از

۳۰. علی، مشهدی و همکاران، «دستورگرایی جوهری در اندیشه حقوق اساسی و اسلامی شهید بهشتی»، حقوق اسلامی، ش ۶۲ (۱۳۹۸)، ص ۱۷۲.

۳۱. عبدالکریم، لاهیجی، «مروری بر وضع حقوقی ایرانیان غیرمسلمان»، ایران‌نامه، ش ۷۳-۷۴ (۱۳۸۰-۱۳۷۹)، ص ۲۶.

۳۲. محمدجواد، جاوید، «تبعیض مثبت در اسلام و حقوق اقلیت‌های دینی در حکومت اسلامی»، حکومت اسلامی، ش ۱ (۱۳۹۲)، ص ۱۵۱.

حقوق کامل سیاسی، اقتصادی، اداری، مدنی، اجتماعی و فرهنگی طبق مقررات شرع که متناسب با استعدادها و زمینه‌های طبیعی و عاطفی و روحی هر کدام است برخوردارند. دیدگاه شهید بهشتی در مورد این اصل این چنین بود که همه افراد ملت اعم از زن و مرد در برابر قانون مساوی‌اند.^{۳۳}

از سوی دیگر در پاسخ به آقای محمد جواد باهنر که در جلسه بیست و چهارم خبرگان قانون اساسی بیان داشت که «دو مسأله در برابر قانون و در مقابل قانون یک حقی است، یعنی اینکه همه افراد اعم از زن و مرد حق دارند که قانون مربوط درباره آن‌ها به صورت یکسان اجرا شود». وی این چنین توضیح داد: آقای باهنر باید توجه و دقت بفمایند که پرسش و پاسخ باید روشن باشد و آنچه دوستان شما و حتی خود آقای موسوی که در اول آمدند و گفتند: چرا کلمه «حمایت» را تبدیل به «برابر» کردیم، تصریح کردند که این اصل به دلیل اینکه در اول فصل سوم (حقوق ملت) آمده است، می‌خواهد بگوید که همه افراد (زن و مرد) به صورت یکسان در حمایت قانون باشند و دیگر اینکه «حتی اگر شما بگویید «در برابر قانون»، معنی «در حمایت قانون» می‌دهد و اگر بگویید در حمایت قانون چیزی از در برابر قانون کم ندارد و ما می‌خواهیم حقوق ملت را بیان کنیم و کلمه حمایت است، این اصل که در حقوق ملت آمده است ناظر به این معنی است که در مقابل قانون مساویند و هر چیزی قانون شد اعتبار و اجرایش برای همه یکسان است».^{۳۴}

اگر به اصول پیش‌نویس قانون اساسی بازگردیم، خواهیم دید که در اصل ۱۰۱ به منظور جلوگیری از تبعیض و ... شورای عالی استان‌ها متشکل از نمایندگان شوراهای استان‌ها پیش‌بینی شده است. با اینکه قانون‌گذاران به نابرابری توجه داشتند و در جهت جلوگیری از آن شورایی مردمی در قانون اساسی پیش‌بینی نموده‌اند، اما نص یادشده مشخص نکرده است منظور از تبعیض چه نوع تبعیضی است؟ به همین علت، سرگون بیت اوشانا این سؤال را مطرح کرد که آقای منتظری به او پاسخ داد. از فحوای جواب وی برمی‌آید که احتمالاً منظور از این تبعیض برابری ماهوی است، مخصوصاً با توجه به اینکه سایر قانون‌گذاران نظر

۳۳. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج ۱، صص ۶۱۵ و ۶۹۰.

۳۴. علی، مهدی و همکاران، پیشین، ص ۱۷۳.

مخالفی بیان نکردند. آقای منتظری گفتند که منظور از تبعیض این است که هیچ نابرابری بین استان‌ها وجود نداشته باشد، به این صورت که برای همه استان‌ها به یک میزان بودجه تعیین کنند و بالا و پایین در میزان بودجه بین استان‌ها وجود نداشته باشد.^{۳۵} گرچه این مثال ممکن است با ایراد تناسب بودجه و جمعیت و طبعاً عدم تعادل بودجه‌ریزی مواجه شود،^{۳۶} اما برای توضیح نوع نابرابری کافی است، با این حال، آن‌گونه که در زیر خواهیم دید، رفع این نابرابری ماهوی، بُعد مالی و اعتباری و احتمالاً اداری و اجرایی دارد و سایر برابری‌های ماهوی را دربر نمی‌گیرد.

هنگام طرح و تصویب بند سوم اصل ۳ (آموزش و پرورش و تربیت بدنی رایگان برای همه در تمام سطوح و تسهیل و تعمیم آموزش عالی)، برخی نظیر هاشمی‌نژاد خواستار تصریح حق تربیت بدنی در اصل دیگری شدند که خواسته ایشان تصویب نگردید. نماینده دیگر (آقای کیاوش) معنای تربیت بدنی رایگان را پرسید که از سوی نایب رئیس پاسخ داده شد. تفسیرها نیز با حقوق مندرج در این بند متفاوت بود. عده‌ای (آقای خامنه‌ای) با پذیرش آموزش رایگان، چنین حقی را از جلوه‌های انقلاب فرهنگی می‌دانستند. فاتحی حق آموزش و پرورش و تربیت بدنی رایگان را موجب تحقق عدل تلقی می‌کرد، همان‌طور که اسلام به آن اشاره نموده است. به باور دیگری (آقای غفوری) گرچه آموزش و پرورش رایگان خواست مردم است، اما باید اجباری شود؛ پیشنهادی که مقبول خبرگان واقع نشد.^{۳۷}

یکی دیگر از مصادیق برابری ماهوی در مجلس خبرگان قانون اساسی که ریشه‌ای دینی و اخلاقی دارد، در اصل ۸ پیشنهادی در خصوص امر به معروف و نهی از منکر متجلی شده است. زیرا افراد ملت و مردم و دولت را برابر می‌انگارد. در واقع، دعوت به خیر و امر به معروف و نهی از منکر وظیفه‌ای همگانی و متقابل قلمداد شده است. با مطالعه‌ای در متن مشروح مذاکرات در خصوص این اصل، اختلاف اساسی و ماهیتی میان خبرگان قانون اساسی مشاهده نمی‌شود. تعداد اختلافات اندک و جزئی و از جنس اجرایی بود. توضیح آنکه

۳۵. همان، پیشین، ج ۲، صص ۹۹۴-۹۹۵.

۳۶. ابوالفضل، رنجبری، و علی، بادامچی، حقوق مالی و مالیه عمومی، (تهران: مجد، ج ۱۱، ۱۳۹۰)، ص ۱۳۳.

۳۷. همان، پیشین، ج ۱، صص ۲۸۳-۲۸۵-۲۸۷-۲۹۳.

فاتحی معتقد بود که اجرای این امر زیر نظر یک سازمان هرج و مرج ایجاد خواهد کرد و موضوع آیه انتهای اصل ۸ این است که دولت و مردم امر به معروف و نهی از منکر را بشناسند و به آن عمل کنند.^{۳۸} به تعبیری، به باور وی آیه تصریح شده جنبه ارشادی دارد و نه اجرایی. متقابلاً طاهری خرم‌آبادی بر این باور بود که ممکن است کارمندی حرفی بزند و نهی از منکر را تأیید کند، اما به آن عمل نکند. پس باید وزارتخانه‌ای باشد تا بر ادارات نظارت کند.^{۳۹} سایر اختلافات مربوط به کیفیت این اصل در قانون عادی بود که در نهایت، اصل پیشنهادی به همان کیفیت نخست از سوی اکثریت اعضا به تصویب رسید.^{۴۰}

افزون بر اینها، اصل ۴۸ کنونی جلوه دیگری از پذیرش برابری ماهوی است. به موجب این اصل «در بهره‌برداری از منابع طبیعی و استفاده از درآمدهای ملی در سطح استانها و توزیع فعالیتهای اقتصادی میان استانها و مناطق مختلف کشور، باید تبعیض در کار نباشد، به طوری که هر منطقه فراخور نیازها و استعداد رشد خود، سرمایه و امکانات لازم در دسترس داشته باشد». در خصوص این اصل نیز اختلاف نظر جدی و بنیادینی در مورد برابری ماهوی در مشروح مذاکرات به چشم نمی‌خورد، اما برخی از اعضای مجلس بررسی نهایی قانون اساسی در راستای محکم‌کاری پیشنهادهایی را اقامه نموده‌اند. رئیس مجلس پیشنهاد داد که «باید تبعیض در کار نباشد» در انتهای جمله اول اصل یادشده قید شود؛^{۴۱} پیشنهادی که مقبول اکثریت اعضا افتاد. آقای عضدی با ابراز دیدگاه‌های سوسیالیستی درباره توزیع درآمدها بر این باور بود که درآمد ملی باید هم به استان‌ها و هم به مراکز که عقب‌افتاده اند تعلق گیرد و عبارت «به طوری که نابرابری‌های فاحش اقتصادی بین مراکز به وجود نیاید» قید شود. همچنین طاهری گرگانی پیشنهاد داد که به جای تبعیض در کار نوشته شود: «رعایت عدالت و اولویت»؛^{۴۲} پیشنهادی که در ساحت تبعیض مثبت قرار می‌گیرد.

۳۸. همان، ص ۴۰۹.

۳۹. همان، ص ۴۱۰.

۴۰. همان، ص ۴۱۱.

۴۱. همان، ج ۳، ص ۱۴۹۲.

۴۲. همان، ۱۴۹۳ ق.

۳.۲. توصیف دیدگاه‌های اختلافی خبرگان قانون اساسی دربارهٔ برابری ماهوی

برای اثبات اینکه تعدادی از مصادیق برابری ماهوی به‌طور همه‌جانبه و تمام‌عیار در قانون اساسی تأیید نشده است، علاوه بر اصول یادشده در قانون اساسی می‌توان از سخنان نمایندگان مدد گرفت. تعداد قابل‌توجهی از قانون‌گذاران اساسی تأکید زیادی بر نگارش اصول قانون اساسی مطابق اصول و احکام اسلام داشتند. برای نمونه، آقایان حسینعلی منتظری و سید محمد خامنه‌ای در ردیف این قانون‌گذاران جای دارند. آقای خامنه‌ای به فقها به جد توصیه می‌کرد که قانون را مطابق احکام اسلام بنویسند و نقش اسلام در قانون اساسی جنبهٔ تظاهری و شعاری نداشته باشد، بلکه اصولی قانونی تلقی شود و نقشی تعیین‌کننده داشته باشد.^{۴۳}

آقای منتظری بارها بر اسلامی بودن قانون اساسی و رسمی‌سازی مذهب تشیع تأکید می‌ورزید. در این راستا وی معتقد بود که این قانون (اساسی) حقوق همه را تأمین می‌کند. با این حال، برخی معتقدند پیش‌فرض رسمیت دین اسلام و مذهب تشیع و اجرای کامل احکام شرع این است که دین‌داران غیرمسلمان و نیز غیردین‌داران از حقوق برابر با مسلمانان بهره‌مند نخواهند شد و به همین علت به نظر برخی صاحب‌نظران، حقوق بشر و برابری با قرائت رسمی از دین منطبق نیست.^{۴۴} از سوی دیگر، این چالش نظری وجود دارد که برداشت فقها و دین‌داران از اسلام و تشیع متفاوت است و شامل برداشت‌های متکثری از دین اسلام و مذهب تشیع و قواعد و احکام فقهی می‌شود.^{۴۵} بر این مبنا، اجرای اصول و مقررات اسلام و مذهب تشیع ممکن است با قیود و حدود راهبردی، به پذیرش تام یا گزینشی آنها منجر شود.

دو اصل مهمی که می‌تواند حامل برابری ماهوی باشد، عبارت است از اصول ۱۹ و ۲۰ پیش‌نویس. بر اساس اصل ۱۹ همهٔ ایرانیان اعم از زن و مرد از هر قوم و قبیله از حقوق مساوی برخوردارند و رنگ و نژاد و... سبب امتیاز یکی بر دیگری نخواهد بود. ظاهر این

۴۳. همان، ص ۲۸۲.

۴۴. حسین، بشیریه، آموزش دانش سیاسی، (تهران: نگاه معاصر، چ ۱۲، ۱۳۹۵)، ص ۴۶۵.

۴۵. محمد، مجتهد شبستری، هرمنوتیک، کتاب و سنت، (تهران: طرح نو، چ ۸، ۱۳۸۵)، ص ۱۲۳.

اصل برابری ماهوی (و نیز شکلی) را پیش‌بینی کرده و نابرابری از آن مستفاد نمی‌شود. همچنین قسمت دوم اصل ۲۰ برخورداری همه افراد از کلیه حقوق سیاسی، فرهنگی، اجتماعی و... را به‌صراحت قید نموده است. همان‌طور که مشاهده می‌شود، این دو اصل در پیش‌نویس بدون هرگونه دوگانگی و تناقض بیانگر برابری ماهوی هستند، اما پس از طرح اصل بیستم تعداد نسبتاً زیادی از قانون‌گذاران اصرار بر افزودن قید «مطابق موازین اسلامی» داشتند. آقایان گرجی، کرمی، رحمانی و مکارم شیرازی در ردیف کسانی بودند که پیشنهاد موازین اسلامی را ارائه دادند. در میان همه آنان، تنها دانش‌راد بود که افزودن این قید را به‌منزله محدودسازی حقوق انسان‌ها می‌دانست، از همین رو به نظر وی می‌بایست به‌طور مطلق و بدون قید خاصی نگارش شود.^{۴۶}

پس از بیان این پیشنهادها، هر قانون‌گذاری به نوبه خود استدلالی برای افزودن موازین اسلامی می‌آورد.^{۴۷} به باور آنان، حقوق انسان در اسلام مساوی نیست، اما شکل بیان استدلال‌های هر مقنن متفاوت بود. تهرانی اعتقاد داشت که زن در اسلام نمی‌تواند قاضی یا رئیس‌جمهور شود. آقای رحمانی اصل اخیر را مبهم و موهوم می‌داند. به عقیده وی، در قسمت‌هایی از فقه که امور سیاسی و اجتماعی را تشکیل می‌دهد، مثل قصاص و دیات و ارث، تفاوت‌هایی وجود دارد و اصلاً تساوی وجود ندارد. از همین رو، عبارت «همه حقوق انسانی» صحیح نیست و تلویحاً می‌گوید که باید «همه حقوق اسلامی» به جای آن باشد. به گمان آقای رحمانی، اگر تساوی در همه حقوق باشد که اشکال پیش می‌آید. آقای فاتحی نیز با ابراز سخنان آشکار خویش، رد برابری ماهوی را نشان می‌دهد. وی بر این باور است که در اصل اخیر «همه افراد ملت» بدون قید دین ذکر شده است؛ در صورتی که بی‌دین و بهایی نباید در حمایت قانون باشند و از حقوق کامل سیاسی برخوردار شوند.^{۴۸}

اصل ۲۰ که با قید «موازین اسلامی» به‌تصویب رسید، افزون بر وجود دوگانگی بین دو

۴۶. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج ۱، پیشین، صص ۶۹۱-۶۹۲.

۴۷. محسن، خلیلی، «نگاهی به جایگاه حقوق شهروندی در مذاکرات مجلس خبرگان بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، اطلاعات سیاسی - اقتصادی، ش ۱۴۱-۱۴۲ (۱۳۷۸)، ص ۳۲.

۴۸. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، پیشین، ج ۱، صص ۶۱۸ و ۶۹۲.

اصل ۱۹ و ۲۰ و نتیجتاً تقیید^{۴۹} حقوق همه افراد به وسیله موازین اسلامی در اصل بیستم، موجب شد که مفهوم برابری ماهوی شکننده گردد و نیز پاره‌ای از حق‌های متأثر از برابری ماهوی را تأمین نکند. گرچه برخی از پژوهشگران معتقدند منظور از موازین، صرفاً احکام اسلامی نیست، بلکه منظور اصول دین و مفهومی میان راهبردها و احکام حکومتی است.^{۵۰}

یکی از مهم‌ترین مسائل برابری ماهوی در مشروح مذاکرات قانون اساسی، مذاکراتی است که می‌توان آن‌ها را به برابری میان زن و مرد مربوط دانست. سخنان رد و بدل شده در قوه مؤسس در باب برابری یا نابرابری زن و مرد هم‌زمان با بحث و گفتگو درباره اصول مربوط به خانواده، ریاست جمهوری و نیز اصل بیستم مطرح شد. در این مباحث، قانون‌گذاران درباره بهره‌مندی مردان از حقوق اتفاق نظر داشتند و اختلاف آنان بر سر حقوق زنان بود. آنان به دو طیف مدافع نسبی حقوق زنان و مدافع حداقلی حقوق زنان تقسیم می‌شوند. البته هر جریان درجات متفاوتی را در درون خود جای می‌دهد. منظور از مدافع نسبی، مقننی است که خواهان گنجاندن حقوق زنان به صورت تمام‌عیار در قانون اساسی نیست، لیکن به تصویب پاره‌ای از حقوق زنان در قانون اساسی باور دارد. در مقابل، منظور از مدافع حداقلی، قانون‌گذاری است که خواهان آن است که برخی از حقوق زنان در قانون اساسی تصویب شود، ولی آن حقوق قابل توجه و متعدد نیستند؛ به نحوی که چنین مقننی خواستار آن است که زنان از پاره‌ای حق‌ها برخوردار نباشند.

مادامی که اختلافات درباره تساوی حقوق افراد در اصل بیستم افزایش یافت، آقای موسوی تبریزی نماینده‌ای است که تا حدودی در دسته مدافعان حقوق زنان قرار می‌گیرد، چون تعلق حقوق به زنان و مردان به صورت اختصاصی را روا نمی‌داند. وی می‌گوید که در پاره‌ای از حقوق سیاسی و اقتصادی میان زن و مرد (نماینده‌گی، وکالت، صاحب ملک و...) تبعیضی وجود ندارد، اما در حجاب و قتل تکلیف و حق زن متفاوت است.^{۵۱}

۴۹. چنین تقییدی (موازین اسلامی) در علم اصول فقه تقیید متصل نامیده می‌شود. نک: سمیرا، محمدی، *اصول فقه*، ج ۱، (تهران: دادآفرین، چ ۶، ۱۳۹۶)، ص ۳۱۵.

۵۰. محسن، اسماعیلی و حسین، امینی پژوه، «معناشناسی برخی از هنجارهای اسلامی با محوریت موازین اسلامی»، دانش حقوق عمومی، ش ۱۱ (۱۳۹۴)، ص ۱۷.

۵۱. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، پیشین، ج ۱، ص ۶۱۶.

آقای بنی‌صدر و خانم منیره گرجی در زمره مدافعان نسبی حقوق زنان بودند. طرح اصل دهم قانون اساسی این دسته‌بندی‌های غیرارادی و ناخواسته را نمایان ساخت. علاوه بر طرح اصل اخیر، خانم گرجی پیشنهادی جداگانه برای حمایت از حقوق زن ارائه داد که از سوی نایب رئیس خوانده شد. مطابق این پیشنهاد زن نقشی بنیادین در خانواده دارد و باید از همه حقوق مادی و معنوی بهره‌مند شود. خانم گرجی به مادران اهمیت ویژه‌ای می‌دهد. در این راستا این‌گونه اظهار نظر می‌کند که زندگی مشترک نیاستی سبب ایجاد مانع در رشد فرهنگی و آزادی‌های مشروع زن شود. در نهایت، وی پیشنهاد تشکیل دادگاه خانواده را برای پاسداری از حقوق خانواده می‌دهد.^{۵۲} این پیشنهاد سرانجام در اصل ۲۱ قانون اساسی متجلی و مصوب شد.^{۵۳}

همان‌طور که شهید بهشتی پس از قرائت این پیشنهاد گفت، اصل مطروحه تنها درباره نقش زن در خانواده است و راهکارهای حمایتی برای حراست و ضمانت از سایر حقوق زن به‌عنوان بشری مستقل در جامعه به‌طور جامع ارائه نشده است. پس از آنکه آقای مکارم شیرازی پیشنهاد کفایت مذاکرات داد، آقای بنی‌صدر با آن مخالفت کرد و در جایگاه مدافع صریح حقوق زن در روابط خانوادگی ظاهر شد و انتقادات خود را بر این اصل بیان کرد. وی در این راستا گفت: صد سال است که چوب نادیده گرفتن نیمی از جمعیت را می‌خوریم. به روایت او، مرد زن را کتک می‌زند و نامش را «استواری خانواده» می‌نهد. پس از آنکه شهید بهشتی به عدم نیاز جزئیات (صراحت به لفظ استواری خانواده) در قانون اساسی اشاره کرد، بنی‌صدر گفت: حقوق زن ارزش این را ندارد که نوشته شود؟ بعد از او، خانم گرجی نیز هم‌نظر با آقای بنی‌صدر پیشنهاد وی را تأیید کرد.^{۵۴} اصرار این دو نماینده بر حقوق زن بود که لفظ استواری وارد اصل مربوطه شد و به شکل همین اصل کنونی به تصویب رسید.

سومین مسئله برابری زنان و مردان، هنگام مذاکرات اصل شرایط ریاست جمهوری نمود

۵۲. همان، ص ۴۴۰. برای مطالعه افزون‌تر در خصوص قرائت‌های گوناگون از زن در قوه مؤسس، نک: محسن، خلیلی و نسترن، صالح‌نیا، «مسئله زن در نگرش خبرگان قانون اساسی»، پژوهشنامه زنان، ش ۱ (۱۳۹۱).

۵۳. پیشنهادی که در سال ۱۳۷۶ با تصویب قانون اختصاص تعدادی از دادگاه‌های موجود به دادگاه‌های موضوع اصل ۲۱ قانون اساسی دادگاه خانواده جامه عمل به خود گرفت.

۵۴. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، پیشین، ج ۱، صص ۴۴۴-۴۴۵.

یافت. از نگاه عده قابل توجهی از روحانیون و علما، نظیر آقایان محقق اردبیلی، علامه شمس‌الدین و آیت‌الله سید محمدحسین فضل‌الله، واگذاری مسئولیت به زنان، نه تنها منافاتی با شرع ندارد، بلکه به استناد آیات قرآن امری پذیرفته شده است و به استناد حدیث «ما حکم به العقل، حکم به الشرع» ریاست زنان در جهان امروز امری است باورپذیر^{۵۵}. جالب توجه این است که این اصل (۱۱۵) به هنگام مذاکرات اصول مربوط به قوه مجریه اصلاً مطرح و مصوب نشده، بلکه در مدت نسبتاً طولانی پس از اصول یادشده به تصویب رسیده است. پیشنهادهای متعددی در مورد اصل ویژگی‌های رئیس‌جمهور شدن به دست نایب رئیس رسیده بود. دو پیشنهاد ابتدایی اصطلاح «رجال» در آن‌ها قید نشده بود، اما در پیشنهاد سومی رجال دینی و سیاسی جزء شرایط رئیس‌جمهور شدن ذکر شد. لفظ «رجال» در لغت به معنای مردان آمده است. پس از قرائت اصل سوم، موافقان و مخالفان آماده بیان آرای خویش شدند. اولین مخالف عضدی بود. وی رجال را به معنی مردان در نظر گرفت و شرط «مرد بودن» را لازم ندانست. از طرف دیگر، آقای منتظری، ریاست مجلس مؤسّس، نخستین نماینده موافق این اصل بود. به باور وی، مرد بودن از مسلمات شروط ریاست اسلام است و نمی‌توان آن را نادیده گرفت. مطابق برداشت آقای منتظری حکومت‌داری در مقوله حق قرار نمی‌گیرد، بلکه مسئولیت سنگینی است که خداوند نخواسته است که این مسئولیت سنگین را برعهده زنان بگذارد؛ همان‌طور که زنان نمی‌توانند قاضی شوند. البته به گمان وی، این موضوع به معنای بی‌حرمتی و سلب حق یا هتک حرمت به آنان نیست، بلکه به علت مسئولیت سنگین و عواقب بسیار آن است که خداوند چنین مقرر کرده است^{۵۶}. مخالف بعدی شرط ذکور بودن ریاست جمهوری منیره گرجی است. خانم گرجی قید مرد بودن را لازم نمی‌داند و معتقد است این امر یک کار اجرایی و وکالتی است و موضوعی در خصوص ولایت و رهبری که نیست. وی با بیان اینکه حتی اگر زنان به تکامل و پویایی هم برسند، نمی‌توانند در جایگاه رهبری و امامت قرار بگیرند، گفت: ریاست جمهوری یک قدرت اجرایی است که زنان از طریق رهبر اگر لیاقتش را داشته باشند، یعنی دارای امانت و تقوا و

۵۵. کدیور، جمیله، «ریاست جمهوری زنان»، اطلاعات سیاسی-اقتصادی، ش ۲۲۳-۴۳ (۱۳۸۵)، ص ۱۱۰.

۵۶. همان، پیشین، ج ۳، صص ۱۷۶۷-۱۷۶۸.

حسن سابقه و مؤمن به مبانی اسلام باشند، می‌توانند احراز کنند.^{۵۷}

پس از اینکه اصل پیشنهادی به رأی گذاشته شد، با ردّ نمایندگان روبرو گردید. در این اصل، عبارت «مرد بودن» را به جای «رجال» قید کرده بودند. در این میان، صافی نسبت به این نتیجه اعتراضی غیرمستقیم نشان داد و با کنایه گفت که نمایندگان اصول مسلم اسلام را نیز قبول ندارند. با این حال، سرانجام درباره این اصل رأی‌گیری شد و «رجال مذهبی و سیاسی» به تصویب قانون‌گذاران اساسی رسید.^{۵۸} با عنایت به عدم موافقت مقننان اساسی در مورد واژه «مردان» و موافقت با تبدیل آن به رجال، به‌نظر می‌رسد مردان و زنان ایرانی در دیدگاه قانون‌گذاران اساسی این حق را دارند که به مقام ریاست جمهوری نائل آیند.

بر اساس پیشنهاد اصل ۲۸ کنونی، دولت موظف شده است تا با رعایت نیاز جامعه، مشاغل گوناگونی را برای همه افراد در شرایط مساوی ایجاد نماید. در حقیقت، این اصل گونه‌ای از برابری ماهوی در حوزه اشتغال جهت فراهم‌سازی شرایط برابر برای شغل تک‌تک افراد جامعه است. با وجود این، آقای پرورش در خصوص وظیفه دولت در امر اشتغال و تمایل افراد به داشتن شغل برداشت نادرستی داشت. به گمان وی، طبق بخش ابتدایی اصل یادشده، اگر تمایل افراد در انتخاب شغل مد نظر باشد، وظیفه دولت در شرایط مساوی با تمایل افراد در تناقض قرار می‌گیرد.^{۵۹} با این حال، به‌نظر می‌رسد تناقضی میان این دو موضوع وجود نداشته باشد. زیرا وظیفه دولت فراهم کردن زمینه اشتغال در شرایط مساوی برای تک‌تک افراد است و هر فرد مخیر است با علاقه و خواست خویش در صورت وجود شرایط برابر، شغل خود را برگزیند. در حقیقت، تکلیف دولت یک موضوع است و تمایل هر فرد موضوعی دیگر.

از سوی دیگر، طاهری گرگانی در مواردی خاص به تحدید حق انتخاب شغل در شرایط مساوی باور داشت، زیرا به نظر وی، حاکم می‌تواند در نیازهای اجتماعی که واجب کفایی است، افراد را به داشتن شغل مجبور کند.^{۶۰} روشن است که در این خصوص تمایل افراد در

۵۷. همان، ص ۱۷۷۰.

۵۸. همان، ص ۱۷۷۸.

۵۹. همان، ج ۱، ص ۷۳۲.

۶۰. همان، ص ۷۳۴.

شرایط برابر معنای واقعی خود را از دست می‌دهد. سخنان دیگری که با موضوع برابری ماهوی ارتباط مستقیم داشت، بیانات نایب رئیس بود که پیشنهاد یکی از نمایندگان را بیان نمود. به موجب این پیشنهاد به جای شرایط مساوی، شرایط مناسب ذکر شود؛ پیشنهادی که حق برابر افراد را می‌تواند در معرض تحدید قرار دهد و دارای ویژگی غیر برابری خواهانه است. با وجود این، نایب رئیس مفهوم شرایط مساوی را تشریح کرد. طبق اظهارات وی، شرایط مساوی به این مفهوم است که دولت شرایط ایجاد شغل را مثلاً برای مهندس و کارگر به طور برابر فراهم کند تا امکان پیدا کردن کار را داشته باشند؛ در واقع، مهندس زودتر از کارگر شغل نیابد.^{۶۱}

برخلاف ارزیابی برابری شکلی و تبعیض مثبت، تأمل در دیدگاه‌های خبرگان قانون اساسی ما را به این نتیجه می‌رساند که به استثنای موارد خاص به سبب مینا قراردادن موازین و احکام دین اسلام و مذهب تشیع در امر تقنین کلان و راهبرد سیاست‌گذاری‌های بنیادین، برابری افراد در قانون و تساوی حق‌ها و آزادی‌های آن اعم از زن و مرد و همه شهروندان صرف نظر از عقاید دینی و سیاسی و حقوقی آنان، اعم از آنکه خواسته یا ناخواسته یا با حسن نیت بوده باشد، سرانجام مورد پذیرش مقننان اساسی واقع نشده است.

نتیجه

همان‌طور که شرح آن رفت، در این تحقیق پس از بیان جنبه نظری برابری روشن شد که برابری مفهومی حقوقی و مدرن دارد. دو قرائت شکلی و ماهوی به تفصیل در مشروح مذاکرات خبرگان قانون اساسی مورد بررسی قرار گرفت. برآیند کلی بررسی تحقیقی پیش‌گفته، بیانگر آن است که با سیری در مشروح مذاکرات قانون اساسی ۱۳۵۸ می‌توان پی برد که اختلاف عمیق و اساسی در دیدگاه در خصوص برابری شکلی در مجلس خبرگان قانون اساسی به چشم نمی‌خورد و نیز اصول لازم به تصویب رسید. لکن قانون‌گذاران اساسی به‌رغم پذیرش اصل قرائت شکلی، برداشتی نسبی و شکننده از قرائت ماهوی داشتند. به تعبیری بهتر، آنان از یک طرف با وجود اختلافات ظاهری در مورد برداشت شکلی، توانستند آن را بپذیرند و در قانون اساسی درج نمایند. لکن از طرف دیگر، با آنکه پاره‌ای از حق‌های

اساسی را که از چشمه برابری ماهوی گرفته شده بود، پذیرفتند، همچون حقوق گوناگون متأثر از تبعیض مثبت و تصویب آنها، اما به سبب دیدگاه‌هایی که از اسلام و شریعت و فقه در راستای تأسیس نظام سیاسی - حقوقی نوپا أخذ کرده بودند و آنها را به عنوان رکن اولیه و خطوط راهبردی در قانون اساسی جدید عملی ساختند، برابری ماهوی را به معنای برابری حقوقی کلیه افراد در برخورداری از حقوق گوناگون اقتصادی، سیاسی، فرهنگی و... در متن قانون اساسی به طور کامل تأیید نکردند و در نتیجه، تعدادی از مصادیق برابری ماهوی را بعضاً محدود و مقید تصویب نمودند. قیودی نظیر موازین اسلامی و خطوط راهبردی رسمیت دین اسلام و مذهب تشیع و انطباق کلیه قوانین با آنها، گنجایش تساوی کامل و همه‌جانبه حقوق سیاسی، اجتماعی و... تمامی افراد اعم از زن و مرد و همچنین ایجاد نهاد حقوقی مساوات میان دین‌داران و غیردین‌داران، مسلمانان و غیرمسلمانان و شیعیان و غیرشیعیان را نداشت. بر اساس همین موازین بنیادین نظام حقوقی کشور است که تفاوت‌هایی بین حقوق برابر افراد با قوانین اساسی و عادی مشاهده می‌شود و برداشت و تفسیر خاصی از برابری و مساوات در قانون اساسی کشور مشهود است.^{۶۲} ذکر این نکته ضروری می‌نماید که نگارندگان این مقاله سعی داشتند با استناد به مشروح مذاکرات بررسی نهایی قانون اساسی، برخی از رویکردهای واضعان قانون اساسی به مفهوم برابری را تحلیل و بررسی نمایند.

با وجود اینها، بهتر است شماره اصولی از قانون اساسی با ذکر مفهوم کلی آنها که مرتبط با انواع برابری شکلی و ماهوی است و از سوی قانون‌گذاران اساسی به تصویب رسیده است، بیان نماییم تا میزان پذیرش یا عدم پذیرش برابری در مجلس خبرگان قانون اساسی روشن‌تر شود.

بند نهم اصل ۳: رفع تبعیضات ناروا و ایجاد امکانات عادلانه برای همه (پذیرش یکی از مصادیق برابری ماهوی).

بند چهاردهم اصل ۳: تساوی عموم در برابر قانون (پذیرش برابری شکلی).

اصل ۴: لزوم سازگاری میان کلیه قوانین و مقررات با موازین اسلام توسط شورای

۶۲. عمید زنجانی، عباسعلی، *حقوق اساسی ایران*، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ج ۱، ۱۳۸۵)، صص ۳۹۶ و ۴۰۴-۴۰۹.

نگهبان قانون اساسی (اصل اساسی که مبنای تقیید برابری ماهوی (برابری در قانون) است.

اصل ۱۲: رسمیت دین اسلام و مذهب تشیع و احترام به سایر مذاهب اسلامی (تحدید برابری ماهوی)، آزادی مذهبی آنان طبق فقه خود (پذیرش برابری مذهبی در انجام مراسم مذهبی)، رسمیت آنان در دادگاه‌ها در موارد حقوق خصوصی و اعمال مقررات محلی سایر مذاهب اسلامی با حفظ حقوق پیروان سایر مذاهب (پذیرش برابری مذهبی در تعلیم و تربیت دینی و احوال شخصیه، دعاوی مربوط به آن و مقررات محلی).

اصل ۱۳: ایرانیان زرتشتی، کلیمی و مسیحی تنها اقلیتهای دینی شناخته شده‌اند (تحدید برابری ماهوی).

اصل ۱۹: تساوی حقوق تمامی مردم ایران (پذیرش برابری ماهوی مردم ایران).

اصل ۲۰: بهره‌مندی افراد از کلیه حقوق طبق موازین اسلام (تقیید برابری ماهوی افراد بر اساس موازین اسلام).

منابع و مأخذ

الف) فارسی

- کتاب‌ها

۱. ایران منش، محمدرضا، *مفهوم شهروندی*، (تهران: نگاه معاصر، چ ۱، ۱۳۹۴).
۲. بشیریه، حسین، *آموزش دانش سیاسی*، (تهران: نگاه معاصر، چ ۱۹، ۱۳۹۵).
۳. دهخدا، علی‌اکبر، *لغت‌نامه*، ج ۱۰، (تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۶۵).
۴. رنجبری، ابوالفضل و بادامچی، علی، *حقوق مالی و مالیه عمومی*، (تهران: مجد، چ ۱۱، ۱۳۹۰).
۵. زارعی، محمدحسین، *حاکمیت قانون و دموکراسی*، (تهران: خرسندی، چ ۱، ۱۳۹۴).
۶. سن، آمارتیا، *اندیشه عدالت*، مترجم: احمد عزیزی، (تهران: نشر نی، چ ۲، ۱۳۹۴).
۷. *صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، ج ۱، ۲ و ۳، (تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، چ ۱، ۱۳۶۴).
۸. عمید، حسن، *فرهنگ فارسی عمید*، (تهران: امیرکبیر، چ ۳۶، ۱۳۸۶).
۹. عمید زنجانی، عباسعلی، *حقوق اساسی ایران*، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چ ۱، ۱۳۸۵).
۱۰. کاتوزیان، ناصر، *گامی به سوی عدالت*، ج ۱، (تهران: میزان، چ ۲، ۱۳۹۴).
۱۱. مجتهد شبستری، محمد، *هرمنوتیک، کتاب و سنت*، (تهران: طرح نو، چ ۸، ۱۳۸۵).
۱۲. محمدی، سمیرا، *اصول فقه*، ج ۱، (تهران: دادآفرین، چ ۶، ۱۳۹۶).
۱۳. مرکز مالیری، احمد، *حاکمیت قانون، مفاهیم، مبانی و برداشت‌ها*، (تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، چ ۲، ۱۳۹۴).
۱۴. نیگل، تامس، *برابری و جانبداری*، مترجم: جواد حیدری، (تهران: نگاه معاصر، چ ۱، ۱۳۹۴).
۱۵. ویژه، محمدرضا، *مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی*، ج ۱، (تهران: جنگل، چ ۱، ۱۳۹۰).

- مقالات

۱۶. اسماعیلی، محسن و امینی پزوه، حسین، «معناشناسی برخی از هنجارهای اسلامی با محوریت موازین اسلامی»، *دانش حقوق عمومی*، ش ۱۱ (۱۳۹۴).
۱۷. جاوید، محمدجواد، «تبعیض مثبت در اسلام و حقوق اقلیت‌های دینی در حکومت اسلامی»، *حکومت اسلامی*، ش ۱ (۱۳۹۲).
۱۸. خلیلی، محسن، «نگاهی به جایگاه حقوق شهروندی در مذاکرات مجلس خبرگان بررسی

- نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، *اطلاعات سیاسی-اقتصادی*، ش ۱۴۱-۱۴۲ (۱۳۷۸).
۱۹. خلیلی، محسن و صالح‌نیا، نسترن، «مسئله زن در نگرش خبرگان قانون اساسی»، *پژوهشنامه زنان*، ش ۱، (۱۳۹۱).
۲۰. رضایی‌زاده، محمدجواد و کاظمی، داوود، «بازشناسی نظریه خدمات عمومی» و اصول حاکم بر آن در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر (فقه و حقوق اسلامی سابق)*، ش ۵، (۱۳۹۱).
۲۱. کدیور، جمیله، «ریاست جمهوری زنان»، *اطلاعات سیاسی-اقتصادی*، ش ۲۲۳-۲۲۴ (۱۳۸۵).
۲۲. گرجی اندریانی، علی‌اکبر، «مبنا و مفهوم حقوق بنیادین»، *حقوق اساسی*، ش ۲ (۱۳۸۳).
۲۳. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر؛ طبری، حامد؛ میرمحمدصادقی، مریم، «تبعیض مثبت: تبعیض عادلانه یا درمان اثرات تبعیض»، *تحقیقات حقوقی*، ش ۱۴۶ (۱۳۹۰).
۲۴. لاهیجی، عبدالکریم، «مروری بر وضع حقوقی ایرانیان غیرمسلمان»، *ایران‌نامه*، ش ۷۳-۷۴ (۱۳۷۹-۱۳۸۰).
۲۵. مشهدی، علی؛ جلیلی مراد، آیت‌الله؛ دبیرنیا، علی، «دستورگرایی جوهری در اندیشه حقوق اساسی و اسلامی شهید بهشتی»، *حقوق اسلامی*، ش ۶۲ (۱۳۹۸).
۲۶. واعظی، مجتبی، «ارزش حقوقی مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی»، *حقوق اساسی*، ش ۳ (۱۳۸۳).
۲۷. ویژه، محمدرضا، «مفهوم اصل برابری در حقوق عمومی نوین»، *حقوق اساسی*، ش ۲ (۱۳۸۳).

ب) فرانسوی

- Books

28. Mélin-Soucramanien, Ferdinand, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*. (PhD diss. Aix-Marseille, 1996.3).
29. Chiara, Preite, *Les constitutions italienne et française et le principe d'égalité: une approche linguistique*. Buon compleanno, Costituzioni. La circolazione di principi e istituzioni tra Europa e America: influenze reciproche tra le Costituzioni di Stati Uniti, Messico, Brasile, Italia, Francia, Spagna. (2008, Vol. 3).

**- Articles**

30. Monnier, Victor, “Les péripéties de l'égalité en Suisse, de l'époque révolutionnaire à la première Constitution fédérale”, (2006).
31. Otto, Pfersmann, “De l'impossibilité du changement de sens de la constitution”, (2009). Revue juridique de l'USEK. — N° 10.

تحلیل ماهوی و آثار حق سبق در فقه مذاهب اسلامی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۲/۱۸

تاریخ پذیرش نهایی: ۱۴۰۰/۰۶/۲۲

مهدی رهبر^۱
پرستو غضنفری^۲

چکیده

حق سبق از جمله حقوقی است که در ارتباط اشخاص با اشیاء و اماکن ایجاد می‌شود. حق سبق یک اعتبار عقلایی و مورد تأیید شارع است. در باب ماهیت حق سبق برخی به اولویت اخلاقی و عده‌ای به حکم تکلیفی و عده‌ای نیز قائل به حق عینی شده‌اند. تحقق این حق موجب ایجاد آثاری می‌شود که مهم‌ترین آنها ملکیت یا اولویت تصرف برای فرد سابق است. میان فقهای امامیه و اهل سنت اختلاف نظر وجود دارد که آیا حق سبق موجب ملکیت یا اولویت در تصرف می‌شود. فقهای اهل سنت قائل به ثبوت ملکیت مطلق هستند و روایات دال بر ملکیت به سبب احیای اراضی موات را به عنوان دلیل بر مدعای خود بیان می‌کنند. متقابلاً فقهای امامیه معتقد به ملکیت در برخی موارد و ثبوت اولویت در برخی دیگر از موارد هستند. عمده دلیل این نظر اجماع بر عدم ملکیت مطلق است و در مواردی مانند حیازت مباحات، احیای موات، زراعت و تألیف آثار علمی، قائل به تحقق ملکیت‌اند. یافته این تحقیق آن است که حق سبق مصداق حق عینی است و تمام آثاری که بر این حق مترتب می‌شود، مانند عدم جواز تعدی به حق و نیز لزوم جبران خسارت ناشی از تجاوز به حق دیگری، بر حق سبق نیز مترتب می‌شود. در این مقاله با هدف تبیین ماهیت و آثار حق سبق و با استناد به منابع کتابخانه‌ای و به کارگیری روش تحلیلی-توصیفی به بررسی نظریات طرفین در زمینه موضوع مورد بحث خواهیم پرداخت.

واژگان کلیدی: اولویت، حق سبق، سبق تصرف، سلطنت، ملکیت تصرف.

rahbarmahdi@yahoo.com

p.ghazanfari93192@yahoo.com

۱. دانشیار دانشگاه علوم قرآن و حدیث شهر ری، ایران (نویسنده مسئول)
۲. کارشناسی ارشد فقه مقارن و حقوق خصوصی اسلامی دانشگاه مذاهب اسلامی

مقدمه

اشخاص حقیقی ممکن است با اشیا یا اماکن پیرامون خود روابط و حقوق مختلفی از جمله رابطه مالکیت، حق انتفاع و حق ارتفاق داشته باشند. یکی از روابطی که در این زمینه مطرح می‌شود، حق سبق است که در این مقاله مورد تحلیل و بررسی قرار می‌گیرد. در باب حق سبق در کتب مختلف فقهی به صورت مستقل و تحت یک باب فقهی جداگانه بحثی دیده نمی‌شود، بلکه در ذیل مطالب دیگر به آن پرداخته شده است. این مطلب در فقه معمولاً در ذیل مبحث حیازت مباحات و احیای موات مطرح شده، اما امروزه در بحث‌های دیگری مانند مالکیت معنوی نیز آمده است.

موضوع حق سبق با واژه سبق در لابه‌لای کتب فقهی و فصول مختلف از عبادات، بیع، مزارعه، اجاره، نکاح، وکالت، سبق و الرمایه، حیازت مباحات، تحجیر، احیای موات، وصایت و... آمده است. همچنین در کتب قواعد فقهیه تحت عنوان قاعده سبق از آن بحث گردیده و در مقالات و کتب معاصر نیز به صورت پراکنده و در ذیل مباحث دیگر به آن پرداخته شده است. اما تاکنون از موضوع حق سبق به صورت مدون و جامع و یکپارچه سخنی به میان نیامده است. لذا لزوم تجمیع مباحث و نظریات فقهی مذاهب اسلامی در موضوع حق سبق امری ضروری به نظر می‌آید.

۱. تعریف حق سبق

سبق در لغت به معنای پیشی گرفتن و انجام کاری قبل از دیگری است.^۳

حق سبق در اصطلاح فقهی از معنای لغوی خود دور نیفتاده و به همان معنای سبقت گرفتن شخصی بر متصرفاتش است. اما این سبقت جستن، مصادیق متعددی دارد و فقها در هر بابی از ابواب فقه، حق سبق را نسبت به همان باب تعریف نموده‌اند؛ مانند حق سبق بر مساجد، حق سبق بر حیازت مباحات، حق سبق بر تحجیر، و حق سبق بر احیای موات.^۴

۳. حسین، راغب اصفهانی، مفردات فی الغریب القرآن، (لبنان: دارالعلم، ۱۴۱۲ ق)، ص ۳۹۵؛ علی‌اکبر، قرشی بنایی، قاموس قرآن، ج ۳، (تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۷۱)، ص ۴۹.

۴. قاضی عبدالعزیز، ابن براج، المذهب، ج ۱، (قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۰ ق)، ص ۲۷؛ محمدبن حسن طوسی، المبسوط، ج ۳، (تهران: مکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷)، ص ۲۶۸.

در کتب فقهی اهل سنت عنوانی تحت حق سبق وجود ندارد. البته این به آن معنا نیست که اهل سنت حق سبق یکی بر دیگری را در احکام مختلف فقهی نپذیرفته باشند، بلکه کاملاً آن را پذیرفته‌اند، منتهی با عنوان حق سبق بیان نشده است، ولی دقیقاً همان مصادیق و کاربردهای حق سبق امامیه را ذکر کرده و احکام مشابه امامیه را برای آن در نظر گرفته‌اند.^۵

برای نمونه در فقه اهل سنت آمده است که اگر شخصی مکانی از جایگاه‌های مباح بازار را به خود اختصاص دهد و کالایش را در مکان مباحی از بازار بگذارد، این شخص نسبت به آن مکان حق سبق دارد و کسی نمی‌تواند مزاحم او شود.^۶ ابن رجب، فقیه مشهور اهل سنت، حق سبق را چنین تعریف کرده است: «حق سبق عبارت است از آنچه که مستحقش نسبت به آن حق انتفاع دارد و کسی نمی‌تواند مزاحم او شود و آن حق غیر قابل معاوضه است».^۷

جزیری در بیان نظریات فقهی مذاهب اربعه این قول را نظر جمهور دانسته، در این زمینه می‌نویسد: «صاحب حق سبق در استفاده از متعلق حق سزاوارتر از دیگران است. بنابراین، در موارد ثبوت حق سبق هر گونه مزاحمت و کنار زدن صاحب حق و نیز تصرف در متعلق حق بدون اجازه او حرام است».^۸ فقهی‌الازهر مصر این نوع حق سبق را پذیرفته و در قانون مدنی مصر مقرراتی را برای آن مطرح نموده‌اند.^۹

باتوجه به تعاریف اصطلاحی مختلف در این زمینه می‌توان حق سبق را به این صورت تعریف کرد: حق سبق حقی است که با پیشی گرفتن به سمت مباحات اصلی (بدون قصد تملک) یا منافع مشترک مانند راه‌ها، مساجد و اوقاف عامه حاصل می‌شود به نحوی که فرد سابق نسبت به دیگران در استفاده از متعلق حق، سزاوارتر است.

۵. احمد بن محمد القدوری، مختصر القدوری، (بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۸ ق)، ص ۱۴۱. عبدالرحمن، جزیری و یاسر، مازح غروی، الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت علیهم السلام، ج ۲، (بیروت: دارالفتن، ۱۴۱۹ ق)، ص ۲۵۲.

۶. عبدالله ابن قدامه، المغنی، ج ۵، (قاهره: دارالحديث، ۱۴۲۵ ق)، ص ۵۱۸.

۷. ابوالفرج، سلامی (ابن رجب)، القواعد، (قاهره: دار الحديث، ۱۴۱۹ ق)، ص ۱۲۵.

۸. عبدالرحمن، جزیری و یاسر، مازح غروی، پیشین، ص ۲۸۲.

۹. عبدالرزاق، سنهوری، الوسیط، (بیروت: مؤسسه حلبی، ۱۹۸۸ م)، ص ۶۶۰.

حق سبق از تأسیسات شرعی نیست، بلکه امری عقلایی است که حتی قبل از شرع نیز وجود داشته و شرع نه فقط آنرا ردع و منع نکرده، بلکه امضا کرده است.

شیخ طوسی می‌گوید: هرگاه کسی به یکی از مکان‌های عمومی زودتر از دیگری دست یابد نسبت به آن حق اولویت دارد، زیرا این امر، عادت و عرف جاری در طول عصرها و زمان‌ها بوده که مردم چنین می‌کردند و هیچ‌کس منکر آن نبوده است.^{۱۰}

۲. شرایط تحقق حق سبق

برای تحقق حق سبق دو شرط از سوی فقها مطرح شده است:

۲.۱. وجود فایده عقلایی در سبقت و تصرف

برقراری حق سبق منوط به وجود فایده و منفعت عقلایی در سبقت است. البته مطابق نظر جمهور فقهای امامیه و اهل سنت، لازم نیست فایده نوعی باشد (برای همگان یک نوع فایده متصور باشیم)، بلکه صرف داشتن غرض شخصی نیز کفایت می‌کند.^{۱۱} برخی معتقدند که منفعت قیدی است که به یک شیء در فضای معامله مالیت می‌دهد.^{۱۲}

۲.۲. قصد انتفاع

برخی از فقها قائل‌اند که در حق سبق باید شخص سابق قصد انتفاع داشته باشد و اگر تصرفش بدون این قصد باشد برای او حق سبق ایجاد نمی‌شود و دیگران می‌توانند مزاحم تصرفات او بشوند.^{۱۳} برخی دیگر از فقها قائل به تفصیل شده‌اند و در تصرف بین اماکن مشترک و تصرف مباحات فرق گذاشته‌اند؛ به این بیان که اگر موضوع حق سبق تصرف در اماکن مشترک باشد (همچون اوقاف عامه، مانند مساجد و مدارس)، در این موارد قصد انتفاع

۱۰. محمدبن حسن طوسی، *المبسوط*، ج ۳، (تهران: مکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷)، ص ۲۷۶.

۱۱. میرزا هاشم، *آملی، المکاسب و البیع: تقریرات النایینی*، (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ ق)، ص ۲۹۳؛ روح‌الله، خمینی، *المکاسب المحرمه*، ج ۱، (قم: مؤسسه نشر آثار امام، ۱۴۱۵ ق)، ص ۴۲؛ محمود، هاشمی شاهرودی و جمعی از پژوهشگران، *موسوعة الفقه الاسلامی طبقاً مذهب اهل بیت (ع)*، ج ۷، (قم: مؤسسه دایره‌المعارف فقه اسلامی، ۱۴۲۳ ق)، ص ۳۰۸؛ میرزا محمدحسین، *نایینی، المکاسب و البیع*، ج ۱، (قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق)، ص ۳۹۳.

۱۲. ارژنگ، اردوان، «بازپژوهی فقهی حق اختصاص و دامنه آن»، *مجله مطالعات حقوقی معاصر*، ش ۱۲ (۱۳۹۵)، ص ۵۵.

۱۳. مرتضی، انصاری، *المکاسب*، ج ۱، (قم: کنگره جهانی شیخ اعظم، ۱۴۱۵ ق)، ص ۱۰۷.

لازم است. مثلاً واقف، مسجد را برای عبادت وقف کرده است، اگر کسی در مسجد بنشیند و قصد انتفاع بر طبق وقف را نداشته باشد، تصرف محقق نمی‌شود. اما در تصرف مباحات، مثل اینکه کسی از بیابان هیزم جمع کند یا صید کند، در این موارد قصد انتفاع لازم نیست، بلکه صرف تصرف کافی است و همین که مقداری هیزم را جمع کرد یا حیوانی را صید نمود، کفایت می‌کند. چون دلیلی بر تقييد نداریم و روایات سبق عمومیت دارد، این عمومیت هم شامل مواردی می‌شود که شخص سابق هم قصد انتفاع داشته باشد و هم نداشته باشد.^{۱۴}

به نظر می‌رسد با توجه به انصراف و سیره عقلا در موارد سبق می‌توان قید قصد انتفاع را داخل دانست، چراکه سبقت به سمت مکانی بدون چنین قصدی مورد اعتنای عقلا نیست.

البته عموم ادله سبق و تأکید روایات بر موضوع سبقت، دال بر این است که حق سبق معلق است بر تحقق سبقت برای تصرف در مکانی، و تقييد روایات به تحقق حق سبق بعد از تصرف شخص سابق فاقد دلیل است.

۳. ادله اثبات حق سبق

در مورد اثبات اصل قاعده سبق به روایات و سیره عقلا و اجماع استناد شده است. دلیل عمده بر اثبات این قاعده همان بنای عقلاست که از طرف شرع به واسطه روایات امضا شده است، لکن اجماع به دلیل مدرکی بودن مورد مناقشه واقع می‌شود.

۳.۱. روایات

در روایتی از پیامبر اکرم آمده است: «أُسْمِرُ بْنُ مَضْرَسٍ قَالَ أَتَيْتُ النَّبِيَّ (ص) فَبَايَعْتَهُ فَقَالَ: مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْهُ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ لَهُ»^{۱۵}. بر اساس این روایت پیامبر اکرم (ص) فرمود: هرکس به چیزی که مسلمانی دیگر به آن پیشی نگرفته پیشی بگیرد مالک آن می‌شود. این روایت گرچه از طرق عامه ذکر شده است لکن اصحاب به آن عمل کرده‌اند، لذا ضعف سند آن جبران می‌شود.^{۱۶}

۱۴. سید ابوالقاسم، خویی، مصباح الفقاهه، ج ۱، (قم: مؤسسه انصاریان، ۱۴۱۳ ق)، ص ۱۴۶.

۱۵. احمد، بیهقی، السنن الکبری، (بیروت: دار صادر، ۱۳۵۲)، ص ۱۴۲.

۱۶. عباسعلی، زارعی سبزواری، القواعد الفقهیه، (قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۳۹۱)، ص ۲۰۹.

در روایتی دیگر، ابن ابی جمهور به صورت مرسل از نبی اسلام (ص) نقل کرده که فرموده است: «من سبق الی ما لایسبقه الیه مسلم فهو احق به»^{۱۷}؛ یعنی هرکس به چیزی که مسلمان دیگر بدان پیشی نگرفته سبقت گیرد، نسبت به آن اولویت دارد.

برخی گفته‌اند که کثیری از فقهای ما مثل شیخ در مبسوط و ابن براج در مذهب و علامه در منتهی و تذکره و نیز فخرالمحققین در ایضاح به این روایت استناد کرده‌اند و لذا شهرت موجب جبر ضعف سند می‌شود.^{۱۸}

۳.۲. سیره عقلا

عقلا بناگذاری کرده‌اند بر اینکه هرکس بر چیزی از مباحات اصلیه یا منافع عامه پیشی بگیرد، احق به آن است و البته در صورتی که قصد ملکیت نکند، بلکه اراده انتفاع کند؛ مثل انتفاع به مساجد و صحراها و بیابان‌های بی‌آب و علف و کوه‌ها و آب‌ها و کاروانسراها و این سیره در مرأی و مسمع شارع بوده و ایشان ردع نکرده‌اند.^{۱۹}

۳.۳. اجماع

صاحب جواهر فرموده است: «لا اشکال و لا خلاف فی ان من سبق الی مکان من المسجد فهو احق به مادام جالسا فیه بل یمکن تحصیل الاجماع او الضروره علیه»^{۲۰}. این اجماع دارای خدشه است، چون یا مدرکی است یا محتمل المدرکیه؛ لذا اجماع کارساز نیست، لکن هیچ فقیهی در چنین مواردی با اجماع مخالفت نمی‌کند.

۴. ماهیت حق سبق

این مطلب در کتب فقهی و قواعد فقهیه به صورت مجزا دیده نمی‌شود. لکن با توجه به دیدگاه‌های فقها درباره حق سبق چنین مستفاد می‌گردد که از نظر ماهیتی، حق سبق ناشی از یک عمل حقوقی یک‌طرفه و مبتنی بر قصد و به اصطلاح ایقاع است؛ به این معنا که

۱۷. محمدبن یعقوب کلینی، اصول الکافی، ج ۴، (تهران: دارالکتب، ۱۴۰۷ ق)، ص ۱۵۵.

۱۸. عباسعلی، سبزواری، پیشین، ص ۲۰۸.

۱۹. ناصر، مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، ج ۲، (قم: مدرسه امام علی (ع)، ۱۴۱۱ ق)، ص ۵۳.

۲۰. محمدحسن، نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۲، (بیروت: دار احیاء التراث، ۱۴۰۴ ق)، ص ۸۸.

پدید آمدن حق سبق، علاوه بر تحقق سبقت، متوقف بر قصد انتفاع داشتن است و تا زمانی که شخص سابق قصد انتفاع نداشته باشد، حق سبق تحقق نخواهد یافت. بنابراین اگر شخصی در بازار عمومی بدون قصد کسب بنشیند، حق سبق نخواهد داشت.^{۲۱}

حق سبق زایل‌شدنی است و نوع بهره‌برداری از آن مکان هم مقید به نوع خاص است و مطلق نیست.

در تحلیل ماهیت سبق اقوالی مطرح است:

عده‌ای آن را مسئله‌ای اخلاقی می‌دانند و معتقدند که از نظر اخلاقی رعایت آن ستودنی و مزاحمت آن قابل سرزنش و فاقد هرگونه ضمانت اجرای شرعی و قانونی است. این دیدگاه با نصوص مربوط به قاعده سبق و فتاوی فقها انطباق ندارد، زیرا ظاهر این نصوص این است که حکم فقهی به دنبال سبق می‌آید و اینکه در ادله و فتاوی از مسئولیت ناشی از مزاحمت با این حق و عواقب آن، سخن به میان آمده است.^{۲۲}

در دیدگاه دوم، حق سبق ناشی از یک حکم تکلیفی شرعی قلمداد شده است؛ به این معنا که چون شارع مزاحمت برای شخص متسابق را حرام دانسته است، کسی نمی‌تواند او را از آن مکان دور کند ولی این تکلیف برای متسابق حقی ایجاد نمی‌کند و چنانچه شخص اقدام به مزاحمت با او نماید و جای او را بگیرد، غضب صورت نگرفته و فرد مزاحم از باب مزاحمت، مرتکب عمل حرام شده و قابل مجازات است.^{۲۳}

این دیدگاه نیز با ارتکاز عرف منطبق نیست، زیرا عرف برای فرد سابق در آن مکان، حق قائل است به گونه‌ای که بر سابق جایز می‌داند که از حقش دفاع کند و بعد از اینکه غیر را از جایش بلند کرد همان‌جا بنشیند و عقلاً نیز این دفاع را معصیت نمی‌دانند، بلکه غیر را غاصب می‌دانند.

۲۱. مصطفی، محقق داماد، قواعد فقه، ج ۱، (قم: نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ ق)، ص ۲۸۶.

۲۲. عباسعلی، سبزواری، پیشین، ص ۲۱۶.

۲۳. همان.

بر اساس دیدگاه سوم که مختار نویسنده است، حق سبق به عنوان حق عینی^{۲۴} مطرح است که برای متسابق ایجاد می شود و تمام حقوق عینی بر آن مترتب خواهد شد. مؤید این دیدگاه واژه حق یا احق بوده که در روایات مربوط به سبق آمده است که ظهور در حق بودن سبق دارد.

۵. اوصاف حق سبق

به مقتضای حق بودن سبق، ویژگی ها و اوصاف حق درباره آن وجود دارد؛ این اوصاف عبارت اند از:

۵. ۱. نقل و انتقال حق سبق

حق، قابلیت نقل و انتقال به شخص یا اشخاص دیگر را دارد و مقصود از نقل این است که صاحب حق می تواند حق خود را به دیگری منتقل کند؛ اعم از اینکه این نقل حق معوض باشد یا مجانی، بیع باشد یا صلح. اصل اولیه در حق، قابلیت انتقال آن است و برای آنکه حقی را غیرقابل انتقال بدانیم نیاز به بیان شارع است. پس مطابق این بیان در حق سبق نیز اصل را بر امکان انتقال حق سبق می گذاریم.

در کتب مختلف فقهی و اصولی، به تفصیل درباره مسئله انتقال حق صحبت شده است. سید یزدی از جمله فقیهانی است که قائل به تفصیل بین قابلیت انتقال و عدم انتقال شده است و حقوقی مانند حق تولیت در وقف، حق ولایت حاکم، حق مضاجعت و حق شفعه را قابل انتقال نمی داند.^{۲۵}

۵. ۱. ۱. انواع انتقال حق

انتقال حق به دو صورت قهری و ارادی قابل تحقق است.

۲۴. حق عینی مقابل حق دینی است و شامل حقوقی است که به اشیای معین مادی تعلق می گیرد؛ مانند حق مالکیت نسبت به مال. موضوع این حق، شیء معین مادی اعم از منقول یا غیرمنقول است به شرط آنکه مالک خاص نداشته باشد. حق دینی نیز حقی است که اشخاص بر ذمه دیگران دارند؛ مانند حق بستانکار نسبت به بدهکار.

۲۵. محمد، طباطبائی یزدی، حاشیه /المکاسب، ج ۱، (قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۷۸)، ص ۵۶.

۵. ۱. ۱. انتقال غیرارادی حق سبق

انتقال غیرارادی به معنای نقل و انتقال حق بدون اراده و اختیار طرفین است. در متون فقهی انتقال غیرارادی به دو شکل صورت می‌گیرد:

الف) در زمان حیات متعاقدين

انتقال غیرارادی با حکم قاضی به نفع محکوم‌له در زمان حیات وی. در این نوع انتقال، حاکم به جای شخص ممتنع سند انتقال را از باب قاعده «الحاکم ولی الممتنع» امضا می‌کند. در مبحث حق سبق این نوع انتقال از طریق مشارکت مطرح می‌شود.

شرکت در متصرفات حاصل از حق سبق، با شریک شدن دو یا چند نفر در برداشتن آب از یک نهر، مشارکت در کندن درختان، مشارکت در جمع‌آوری هیزم از جنگل، مشارکت در صید ماهی با یک تور ماهیگیری، مشارکت در بهره‌برداری از معادن با آوردن ابزار و وسایل حفاری، مشارکت در چیدن گیاهان دارویی و میوه‌های جنگلی، مشارکت در غواصی و صید مروارید، مشارکت در سنگ‌چینی اطراف زمین و احیای آن محقق می‌شود. از بیان این مطلب مشخص می‌شود که در ایجاد حق سبق مباشرت لازم نیست، ولی مشارکت جایز است.

ب) بعد از حیات متعاقدين

در این نوع انتقال غیرارادی، حق، بعد از فوت صاحب حق به صورت ارث به وارثان منتقل می‌شود. مشهور فقهای امامیه و جمهور فقهای اهل سنت در بحث ارث حق سبق، بین ارث بردن از مشترکات عمومی و سایر موارد تفاوت قائل شده‌اند؛ به این نحو که در مشترکات عمومی (راه‌ها، بازارها، موقوفات مانند مساجد، مدارس و کاروانسراها) ارث حق سبق را نپذیرفته‌اند، اما در سایر موارد مانند حيازت مباحات، ارث حق سبق را پذیرفته‌اند.^{۲۶}

برخی از فقها نیز ملاک ارث بردن از حق سبق را وجود یا عدم اثر مالی (مالیت داشتن)

۲۶. حسن بن یوسف، حلی، تذکره الفقهاء، ج ۱۰، (قم: مؤسسه آل البیت (ع)، ۱۴۱۴ ق)، ص ۴۷۹؛ ابن ادریس، حلی، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۱، (قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۰ ق)، ص ۱۲۵؛ مرتضی، انصاری، المکاسب، ج ۴، (قم: کنگره جهانی شیخ اعظم، ۱۴۱۵ ق)، ص ۱۱۰.

می‌دانند؛ به این نحو که هر آنچه در حق سبق اثر مالی داشته باشد و به دنبال آن یک حق مالی به وجود بیاید، مانند حق سبق در تحجیر و حق سبق در حیات مباحات و حق سبق در احیای اراضی موات، به ارث می‌رسد و هر آنچه که اثر مالی به دنبال نداشته باشد و اساساً حق غیرمالی باشد، مانند حق سبق در مشترکات عمومی، به ارث نمی‌رسد.^{۲۷}

۵. ۱. ۱. انتقال ارادی حق سبق

منظور از انتقال ارادی (اختیاری)، نقل و انتقال در قالب یکی از انواع قراردادها و عقود اسلامی است. انتقال ارادی شامل بیع، اجاره، رهن، وقف و وصیت است. شخص سابق نیز می‌تواند حق سبقش را به دیگری انتقال دهد، اعم از معوض و تبرعی.

موارد مطرح شده در انتقال ارادی از این قرارند:

الف) بیع

اینک این پرسش مطرح است که آیا می‌توان حق سبق را فروخت؟ یعنی کسی که مثلاً در صف اول نماز جماعت جا گرفته است، می‌تواند جایش را به شخص دیگری بفروشد؟ آیا حق سبق می‌تواند در معامله بیع به عنوان مبیع قرار بگیرد؟ از مطالبی که بیان کردیم، می‌توان گفت که از مقتضای قاعده سبق و اطلاق روایات، به دست می‌آید که فروش حق سبق در متصرفات حاصل از حق سبق مطلقاً جایز است و اشکالی ندارد. زیرا هرچند شخص سابق مالک نیست، اما مُحِق است و می‌تواند حق خویش را بفروشد. اکنون به بررسی نظریات فقها در این زمینه می‌پردازیم.

درباره مبیع قرار گرفتن حق، دو دیدگاه کلی وجود دارد:

۱- مشهور فقهای امامیه و اهل سنت مبیع قرار گرفتن حق را جایز می‌دانند.^{۲۸} این دسته از فقها برای این استدلال خود به روایت نبوی و روایت ابی برده از امام صادق (ع) در مورد

۲۷. میرزا محمدحسین، نایینی، *المکاسب و البیع*، ج ۱، (قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق)، ص ۲۸۶.

۲۸. محمد، طباطبایی یزدی، *تکملة العروة الوثقی*، ج ۲، (قم: انتشارات داوری، ۱۴۱۴ ق)، ص ۱۴۳؛ سید ابوالقاسم، خویی، *مصابح الفقاهه*، (قم: مؤسسه انصاریان، ۱۴۱۳ ق)، ص ۲۳؛ سید عبدالأعلی، سبزواری، *مهنب الأحکام*، ج ۱۰، (قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ ق)، ص ۷؛ مصطفی، وهبه زحیلی، *الفقه الاسلامی وادلته*، ج ۴، (دمشق: دار الفکر، ۱۴۰۴ ق)، ص ۳۴۵؛ موسی، نجفی خوانساری، *منیه الطالب فی شرح مکاسب*، (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ ق)، ص ۴۲.

اراضی مفتوح‌العنوه استناد کرده‌اند. در این روایت از امام صادق (ع) پرسیده شد با توجه به اینکه زمین‌های مفتوح‌العنوه برای عموم مسلمین است، اگر کسی قبل از همه بر اراضی سبقت بجوید و آنجا را تصرف کند بیع آن چه حکمی دارد؟ امام صادق (ع) در جواب فرمود: در بیع آن اشکالی نیست، زیرا مشتری در واقع حق او را از آن ملک خریداری می‌کند و سپس مشتری به جای او خراج ملک را می‌پردازد.^{۳۹} همچنین فقهای اسلامی قائل‌اند در مواردی که در بازار مسلمین شخصی بر مکانی از دیگران سبقت می‌گیرد، او می‌تواند حق خود را بر آن مکان به دیگری در ازای گرفتن وجهی منتقل نماید. در نتیجه، این دسته از فقها معتقدند که می‌توان معامله‌ی بیعی انجام داد که مبیع عین خارجی نباشد.^{۴۰}

۲- برخی از فقهای اسلامی مبیع قرار گرفتن حق را جایز نمی‌دانند. این دسته از فقها به استناد روایات باب بیع و مقتضای بیع (ملکیت)، از جمله «لا بیع الا فی ملک»، معتقدند که خرید و فروش حق سبق جایز نیست، چراکه شخص سابق مالک نیست.^{۴۱}

اما همان‌طور که بیان شد، مشهور فقهای امامیه و اهل سنت این نظر را نپذیرفته‌اند و در بیان رفع این مشکل (عدم مالکیت شخص سابق) به فروش حق سبق از طریق رفع ید و واگذاری حق و نیز دریافت مبلغی در ازای آن استناد کرده‌اند. البته مطابق نظر تمامی فقها، فروش متصرفات حاصل از حق سبق، پیش از تملک آنها جایز نیست، زیرا هنوز مالکیت حاصل نشده است.^{۴۲}

به نظر نگارندگان آنچه که می‌توان به‌عنوان ادله‌ی قائلین به صحت بیع حق سبق اضافه نمود، عمومیت آیه «خداوند بیع را حلال نمود» است که مطلقاً هر نوع بیعی را که شارع حلال کرده است، دربر می‌گیرد و در بیع حق سبق، دلیلی بر مقید بودن بیع به موارد عین خارجی وجود ندارد.

۳۹. محمد، حر عاملی، وسائل‌الشیعه، ج ۱۱، (قم: مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۰۹ ق)، باب ۷۱.

۳۰. یوسف، بحرانی، الحقائق‌الناصره، (قم: جامعه مدرسین، ۱۴۰۵ ق)، ص ۲۵۱؛ محمد امین، مامقانی، فقه‌المستحدثات، (قم: مؤسسه بوستان کتاب، ۱۳۹۱)، ص ۴۵۷؛ سید عبدالاعلی، سبزواری، مهذب‌الأحكام، ج ۱۰، (قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ ق)، ص ۴۵؛ جعفر، نجفی کاشف‌الغطاء، کشف‌الغطاء، (نجف: مؤسسه کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲ ق)، ص ۱۰.

۳۱. محمدحسن، نجفی، جواهر‌الکلام، ج ۳۸، (بیروت: دار إحياء التراث، ۱۴۰۴ ق)، ص ۳۸؛ مرتضی، انصاری، المکاسب، ج ۴، (قم: کنگره جهانی شیخ اعظم، ۱۴۱۵ ق)، ص ۷.

۳۲. مصطفی، وهبه زحیلی، الفقه‌الاسلامی وادلته، ج ۴، (دمشق: دار الفکر، ۱۴۰۴ ق)، ص ۳۴۶.

ب) اجاره

در اصطلاح فقهی، عقد اجاره به معنای تملیک منفعت در ازای عوض معلوم است. اجاره عقدی است که به موجب آن مستأجر در برابر مالی که به مؤجر می‌دهد، برای مدت معین مالک منافع عین مستأجره می‌شود. مطابق نظر تمامی فقهای مذاهب اسلامی، اجاره عقدی تملیکی و معوض و موقت بوده، ذکر أجل در آن ضروری است.^{۳۳}

آنچه که از سوی فقها برای صحت اجاره شرط شده، عبارت است از: مالیت داشتن و منفعت معلوم عین مستأجره، حلیت عین مستأجره، معلوم بودن عین مستأجره و مالکیت مؤجر نسبت به عین مستأجره.

از بیان این مطالب می‌توان نتیجه گرفت که اجاره دادن حق سبق جایز و مشروع است و شخص سابق می‌تواند متصرفاتش را به منظور کشت و زرع و یا اجاره منفعت آن به دیگری اجاره دهد، چراکه در حق سبق تمامی شرایط صحت اجاره وجود دارد و دلیلی از سوی شارع برای عدم جواز اجاره حق سبق وجود ندارد.

با بررسی‌های صورت گرفته می‌توان نتیجه گرفت مشهور فقهای امامیه و اهل سنت قائل به صحت اجاره حق سبق هستند.^{۳۴}

ج) رهن

بنابر نظر مشهور فقهای مذاهب اسلامی حق سبق را می‌توان به عنوان وثیقه در رهن قرار داد؛ چراکه در رهن، مالکیت شرط نیست و رهن می‌تواند اموالی را که مالک آنها نیست ولی تحت تصرف دارد نزد مرتهن به امانت بگذارد و مالکیت شرط صحت رهن نیست.^{۳۵}

۳۳. وزارت اوقاف و شئون اسلامی، موسوعه فقه کویتیه، ج ۷، (کویت: وزارت اوقاف و شئون اسلامی، ۱۴۲۵ ق)، ص ۱۱۹؛ محمد، طباطبایی یزدی، تکملة العروه الوثقی، ج ۲، (قم: انتشارات داوری، ۱۴۱۴ ق)، ص ۳۹۷؛ مصطفی، وهبه زحیلی، الفقه الاسلامی و دلتہ، ج ۴، (دمشق: دار الفکر، ۱۴۰۴ ق)، ص ۳۸۳.

۳۴. شیخ طوسی، المبسوط، ج ۲، (تهران: مکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷)، ص ۳۶۳؛ سید ابوالقاسم خویی، مصباح الفقاهه، (قم: مؤسسه انصاریان، ۱۴۱۳ ق)، ص ۲۰۲؛ روح‌الله، خمینی، تحریر الوسیله، ج ۱، (قم: دارالعلم، ۱۳۷۹)، ص ۴۲.

۳۵. سید حسن، بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۶ (قم: نشر هادی، ۱۴۱۹ ق)، ص ۲۶؛ محمدکاظم، طباطبایی، حاشیه المکاسب، ج ۱، (قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۷۸)، ص ۲۹۶.

در مقابل این دیدگاه مشهور، برخی فقها فائل اند چیزی که قابل تملک نیست نمی تواند به عنوان وثیقه و مال الرهانه قرار گیرد و به همین دلیل، رهن متصرفات ناشی از حق سبق را جایز نمی دانند.^{۳۶}

(د) وقف

یکی از آثار حق سبق قابلیت وقف آن است. در وقف حق سبق، مشهور فقهای مذاهب اسلامی معتقدند در صورتی که متعلق حق سبق یک شیء حقیقی باشد (عین معین)، شخص سابق می تواند آن را وقف نماید. ولی اگر متعلق حق سبق یک عین حقیقی نباشد (مثل حق سبق بر مساجد، مشاهد مشرفه، مدارس و کاروانسراها) شخص سابق نمی تواند آن را وقف کند. در نتیجه، مطابق نظر مشهور فقهای مذاهب اسلامی انتقال حق سبق و متصرفاتش از طریق وقف صحیح است.

دلیل جواز وقف حق سبق از سوی فقها آنست که در وقف اماکن و اشیا تنها ملاک لازم برای صحت وقف، مالک بودن است اعم از آنکه شخص مالک عین باشد و یا مالک تصرف و منفعت آن باشد.^{۳۷}

در مقابل نظر مشهور فقها که وقف حق سبق را جایز می دانند، برخی از فقها وقف حق سبق را جایز ندانسته، بر روایت مشهور «هیچ وقفی نیست مگر در ملک» استدلال کرده، معتقدند که در وقف، شخص واقف باید مالک باشد و چون در حق سبق شخص سابق مالک آنجا نمی شود و تنها حق سبقت در بهره برداری و استفاده از آن مکان را دارد، در حق سبق، امکان وقف وجود ندارد.^{۳۸}

مطابق نظر نگارندگان، استدلال برخی از فقها بر روایت یادشده شاید در نگاه اول صحیح به نظر برسد، اما مضمون روایت «لا وقف الا فی الملک» آن است که نمی توان اموال دیگران را وقف کرد و هر شخصی تنها می تواند اشیا و اماکن تحت تصرف خود را وقف نماید.

۳۶. محمدحسن، نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۲، (بیروت: دار إحياء التراث، ۱۴۰۴ ق)، ص ۱۲۷.

۳۷. جعفرین حسن حلی، شرائع الاسلام، ج ۳، (قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق)، ص ۵۰۴؛ محمد، طباطبایی یزدی، تكملة العروة الوثقی، ج ۲، (قم: انتشارات دآوری، ۱۴۱۴ ق)، ص ۳۱۰.

۳۸. محمد، طباطبایی یزدی، پیشین، ص ۲۰۵.

علاوه بر این، مطابق نظر مشهور فقهای مذاهب اسلامی وقف کردن زمینی که تحجیر و یا احیا شده، صحیح است؛ پس وقف حق سبق نیز جایز است، چراکه یکی از آثار تحجیر یا احیای اراضی موات، ایجاد حق سبق برای شخص سابق است.^{۳۹}

و) وصیت

وصیت به معنای تملیک و واگذاری اموال بعد از وفات به شخص دیگری است و به نوعی تصرف اشخاص بعد از مرگ در متصرفاتش محسوب می‌شود. در فقه اسلامی وصیت دو قسم است: وصیت تملیکی و وصیت عهدی. در وصیت تملیکی، اموال (عین معین) یا منفعت اموال (منفعت خارجی) و یا تسلط بر حق، از متصرفات میت (ترکه) برای دیگری وصیت می‌شود و موصی له مالک آن می‌گردد.^{۴۰} در وصیت عهدی، تعهد به انجام کاری بعد از فوت میت برای شخص دیگر است؛ مثل نگهداری از صغیر، خواندن نماز، پرداخت دیون و انجام اعمال حج. در انتقال حق سبق از طریق وصیت نیز وصیت تملیکی ملاک است.^{۴۱}

مطابق نظر مشهور فقهای مذاهب اسلامی، انتقال حق سبق به وسیله وصیت جایز است. در وصیت کردن نسبت به متصرفات ناشی از حق سبق، داشتن سلطه و تصرف وصیت کننده نسبت به مورد وصیت، کافی است و وصیت نسبت به آن صحیح است. به همین دلیل است که فقها وصیت کردن نسبت به سگ شکاری را که برای شکار آموزش دیده است به سبب وجود حق سبق صحیح می‌دانند.^{۴۲} دلیل فقها بر جواز وصیت در این اشیا، همان دلیل پذیرش ارث حق سبق است.^{۴۳}

۳۹. محمد، طوسی، تهذیب الاحکام، ج ۴، (تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق)، ص ۲۸۰؛ محمدحسن، نجفی، جواهر الکلام، ج

۳۸، (بیروت: دار إحیا التراث، ۱۴۰۴ ق)، ص ۵۶.

۴۰. علیرضا، یزدانیا و همکاران، «بررسی وضعیت حقوقی نظریه تملیک از طریق تعهد یک‌جانبه در فقه و حقوق ایران»، مطالعات حقوقی معاصر، ش ۵ (۱۳۹۱)، ص ۲۳۲.

۴۱. فخرالدین، طریخی، مجمع البحرین، ج ۵، (تهران: کتابفروشی مرتضوی، ۱۴۱۶ ق)، ص ۵۱۲.

۴۲. محمدحسن، نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۲، (بیروت: دار إحیا التراث، ۱۴۰۴ ق)، ص ۹۴؛ محمد، طباطبایی یزدی، تکملة العروه الوثقی، ج ۱، (قم: انتشارات داورى، ۱۴۱۴ ق)، ص ۳۱۱.

۴۳. حسن بن یوسف حلی، مختلف الشیعه، ج ۱، (قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۳۷۴)، ص ۴۷۹.

در پایان این بخش، به‌طور کلی می‌توان گفت، شخص سابق به‌موجب حق سبق خود و همچنین سلطه‌ای که از سوی شارع بر تصرفاتش دارد، در محدوده شرع مجاز است هر کاری را که صلاح می‌داند با متصرفاتش انجام دهد و به نظر نگارندگان دلیلی بر محدود کردن حدود تصرفات شخص سابق وجود ندارد. علاوه بر این، روایت امام صادق (ع) مبنی بر جواز انجام هرگونه تصرف در اموال، گواهی دیگر بر این مدعا است. امام صادق (ع) فرمود: «صاحب مال مادام که زنده است می‌تواند هر کاری که بخواهد در مال خود انجام دهد، اگر بخواهد آن را هبه می‌کند و اگر مایل بود آن را صدقه می‌دهد و اگر خواست آن را به حال خود رها می‌کند تا آنکه مرگ به سراغ او بیاید»^{۴۴}.

۵. ۲. اسقاط حق سبق

فقها اسقاط را انصراف و گذشتن از حقی که برای صاحب حق وجود دارد، تعریف کرده‌اند. مشهور فقها درباره ماهیت اسقاط حق اعتقاد دارند که اسقاط از جمله ایقاعات است؛ یعنی اسقاط حق یک عمل یک‌طرفه است که به قبول و إذن و اجازه نیازی ندارد.^{۴۵}

مطابق مفاد قاعده تسلیط «مردم بر اموالشان مسلط هستند»^{۴۶}. هر شخص ذوقی بر حقش تسلط دارد و هرچه را اراده کند می‌تواند انجام دهد و اسقاط نمودن حق نیز جزء این اراده‌ها است. در نتیجه، حق سبق نیز مانند تمامی حقوق دیگر قابل اسقاط بوده، شخص سابق می‌تواند حق سبق خود را بر متصرفاتش اسقاط نماید و پس از اسقاط حق از سوی صاحب حق، دیگران می‌توانند در آن هر تصرفی که بخواهند انجام دهند.

آنچه از تحلیل نظریات فقها به‌دست می‌آید آن است که اسقاط حق سبق در موارد مختلف متفاوت بوده، شرایط خاص خود را دارد. سقوط حق سبق در مسجد به انصراف و اعراض از مکان نماز صورت می‌گیرد. بنابراین حق سبق شخصی که محل عبادت را ترک

۴۴. محمد، حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۹، (قم: مؤسسه آل البیت، ۱۴۰۹ ق)، ص ۲۹۷.

۴۵. زین‌الدین، عاملی، الروضه البهیة، ج ۳، (قم: انتشارات داوری، ۱۴۱۰ ق)، ص ۱۹۳؛ محمدبن محمدتقی بحر العلوم، بلغه الفقیه، ج

۱، (تهران: مکتبه الصادق(ع)، ۱۴۰۳ ق)، ص ۱۵.

۴۶. محمدباقر، مجلسی، بحار الانوار، ج ۲، (تهران: المکتبه الاسلامیه، ۱۳۸۱)، ص ۲۷۲.

کند و سجاده و جا نمازش را به علامت عزم مراجعت باقی بگذارد ساقط نمی‌شود^{۴۷}. با توجه به آنچه بیان کردیم و اینکه حق سبق جزء حقوق غیرمالی و عینی است، می‌توان گفت حق سبق یک حق اسقاط‌پذیر بوده، اسقاط آن هم به صورت صریح و هم به صورت ضمنی ممکن است.

۵.۳. اعراض از حق سبق

اعراض در لغت به معنای روی‌گرداندن^{۴۸} و در اصطلاح فقهی به معنای روی‌گرداندن از چیزی است که در سلطه شخص قرار دارد و ازجمله ایقاعات است. برخی از حقوق‌دانان اعراض را به معنای «ترک تسلط و رها ساختن مال و بازگرداندن آن به مباحات اولیه» تعریف کرده‌اند^{۴۹}.

شرط اعراض از حق سبق، عدم تعیین جانشین و شخصی دیگر برای تصرف بر مال اعراض‌شده است. به عبارت دیگر در اعراض از حق، شخص اعراض‌کننده کاری به شخصی که مال را برمی‌دارد و آن را تملک می‌کند، ندارد و تنها خودش را از ادامه تصرف بر آن برکنار می‌کند. فقه‌های مذاهب اسلامی در اثر مترتب بر اعراض با یکدیگر اختلاف نظر دارند. به‌طور کلی دو دیدگاه در این باره وجود دارد:

الف) اثر اعراض، زوال ملکیت و ازبین رفتن حق سبق

ب) اثر اعراض، عدم زوال ملکیت و بقای حق سبق

مطابق دیدگاه اول که نظر مشهور فقه‌های مذاهب اسلامی است، اعراض از حق سبق موجب ازبین رفتن مالکیت و سلطه شخص سابق می‌شود و با اعراض از حق سبق باطل می‌گردد. علاوه بر این، اعراض از حق سبق موجب می‌شود که متصرفات و اموال جزء مباحات عامه قرار گیرند و دیگران بتوانند آن را تملک نمایند. مطابق این دیدگاه، رجوع

۴۷. محمد، طوسی، *المبسوط*، ج ۳، (تهران: مکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷)، ص ۲۷۶؛ سید عبد‌الأعلی، سبزواری، *مذهب‌الاحکام*، ج ۱۰، (قم: مؤسسه‌المنار، ۱۴۱۳ ق)، ص ۲۵۷.

۴۸. محمد، معین، *فرهنگ فارسی*، ج ۱، (تهران: سپهر، ۱۳۷۵)، ص ۵۵.

۴۹. ناصر، کاتوزیان، *اعمال حقوقی قراردادهای*، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵)، ص ۳۶۲.

شخص سابق افاده ملکیت نمی‌کند و در صورت رجوع، سبب از بین رفتن تصرفات دیگری نمی‌شود و شخص سابق نمی‌تواند مطالبه رد مال نماید، چراکه صرف اعراض از حق سبق موجب قرار گرفتن مال در زمره مباحات می‌شود؛ مثل مالی که در دریا غرق شده و مالک از آن اعراض کرده است در این صورت مال کسی است که آن را بیرون بیاورد.^{۵۰}

مطابق دیدگاه دوم، اعراض از حق سبق موجب از بین رفتن مالکیت نمی‌شود و بقای حق سبق استصحاب می‌گردد. این دسته از فقها معتقدند که با وجود اعراض شخص سابق از متصرفاتش، همچنان ملکیت وی باقی است و دیگران نمی‌توانند در مال تصرف نمایند.

مطابق این دیدگاه، رجوع شخص سابق افاده ملکیت می‌کند و هر زمان که شخص سابق از اعراض خود رجوع نماید کافی است. این دسته از فقها برای استدلال خود به اصل استصحاب استناد کرده و قائل‌اند مقتضای اصل استصحاب آن است که ملکیت با اعراض از بین نمی‌رود و همان‌گونه که حيازت سبب ملکیت است، سبب بقای آن هم می‌شود و حتی پس از اعراض و رهاسازی عین، مال از ملکیت شخص سابق خارج نمی‌شود.^{۵۱}

۶. آثار حق سبق

با تحقق حق سبق آثاری بر آن مترتب می‌شود که عبارت‌اند از:

۶.۱. ملکیت یا اولویت تصرف

فقه‌های مذاهب اسلامی در اینکه آیا با ایجاد حق سبق برای شخص سابق ملکیت ایجاد می‌شود یا خیر، اختلاف نظر دارند. برخی از فقها معتقدند که صرف انتفاع و بهره‌برداری و سلطنت بر مباحات عامه، سبب ایجاد ملکیت برای شخص سابق خواهد شد. این دسته از فقها هیچ شرایطی را برای ملکیت بر متصرفات حاصله ضروری نمی‌دانند. اما در مقابل این

۵۰. محمدحسن، نجفی، *جواهر الکلام*، ج ۳۸، (بیروت: دار إحياء التراث، ۱۴۰۴ ق)، ص ۸۹؛ روح‌الله، خمینی، *تحریر الوسیله*، ج ۲، (قم: دارالعلم، ۱۳۷۹)، ص ۱۸۹.

۵۱. یوسف، بحرانی، *الحائقی الناصره*، ج ۲۲، (قم: جامعه مدرسین، ۱۴۰۵ ق)، ص ۳۴۴؛ سید ابوالقاسم، خویی، *مصباح الفقاهه*، ج ۲، (قم: مؤسسه انصاریان، ۱۴۱۳ ق)، ص ۱۶۰؛ محمدتقی، حکیم، *الاصول العامه للفقهاء المقارن*، ج ۲، (قم: مجمع جهانی اهل بیت، ۱۴۱۸ ق)، ص ۱۸۴.

دیدگاه، مشهور فقهای مذاهب اسلامی معتقدند صرف انتفاع و بهره‌برداری از متصرفات حاصله از حق سبق، موجب ملکیت نمی‌گردد و تنها برای شخص سابق، حق سبق به وجود می‌آید. مطابق این دیدگاه برای ایجاد ملکیت انجام شرایطی لازم است.

بنابراین می‌توان گفت دو دیدگاه در این زمینه نزد فقها وجود دارد:

۶. ۱. ۱. ملکیت مطلق

قائلان به این دیدگاه بر این باورند که صرف انتفاع و بهره‌برداری مطلق از متصرفات حاصله از حق سبق، موجب ملکیت می‌شود و هیچ شرایط و ضوابطی برای آن وجود ندارد. این نظریه بیشتر به نظر فقهای اهل سنت منسوب است.^{۵۲}

ادله این دسته از فقها روایاتی است که نشان‌دهنده ملکیت بر اثر احیای اراضی موات است؛ از جمله این روایت نبوی که می‌گوید: «کسی که درختی بکارد، یا دره‌ای را قبل از دیگران حفر کند، یا زمین بایری را احیاء کند، به حکم خدا و رسول او، مالک آن می‌شود».^{۵۳}

۶. ۱. ۲. ملکیت در بعضی موارد

قائلان به این دیدگاه که نظر مشهور فقهای امامیه است، معتقدند صرف انتفاع و بهره‌برداری مطلق از متصرفات حاصله از حق سبق موجب ملکیت نمی‌شود، بلکه شرایط و ضوابطی برای ملکیت بر آنها وجود دارد و انتفاع مطلق از آنها صرفاً برای شخص سابق، حق سبق به وجود می‌آورد.

بر اساس این دیدگاه، شخص سابق از طریق زراعت، حیات مباحات، احیای موات و تألیف اثر علمی بر متصرفاتش مالک می‌شود و در این موارد، برای شخص سابق علاوه بر داشتن حق سبق و سلطنت بر متصرفاتش، ملکیت نیز حاصل می‌گردد و سایر آثار ملکیت، اعم از امکان نقل و انتقال و اسقاط و اثبات در دادگاه برای شخص سابق ثابت است. این

۵۲. احمدبن محمد قدوری، مختصر القدوری، (بیروت: دارالکتب العلمی، ۱۴۱۸ ق)، ص ۱۳۰؛ مبارک‌بن محمد ابن اثیر، النهایه، ج ۱، (ریاض: دار ابن الجوزی، ۱۴۲۱ ق)، ص ۳۷۲؛ مصطفی، وهبه زحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۴، (دمشق: دار الفکر، ۱۴۰۴ ق)، ص ۵۶۱.

۵۳. محمدبن عیسی ترمذی، الجامع الصحیح و هو سنن الترمذی، ج ۳، (قاهره: دار الحدیث، ۱۴۱۹ ق)، ص ۳۲۵.

دسته از فقها در ردّ نظریه ملکیت مطلق (دیدگاه اول)، ادعای اجماع نموده، می‌گویند: مجرد انتفاع و بهره‌مند شدن از متصرفات حاصله از حق سبق، به اجماع مسلمانان، موجب ملکیت نمی‌گردد و گرنه لازم می‌آید هر کس به صرف اینکه از زمین بدون مالکی بگذرد یا بخوابد یا بول کند یا توقف نماید یا بر آنجا تفرج نماید، مالک آنجا شده است و به وارث او برسد و منع دیگران از تصرف نماید و کسی حق تصرف در آن زمین را بدون اجازه وی نداشته باشد؛ درحالی که این امور با اجماع مسلمانان و ضرورت دین سازگار نیست.^{۵۴}

۶. ۲. جواز استفاده از منافع متعلق سبق

شخص سابق مجاز است از هر چیزی که نزد عرف منفعت شیء محسوب می‌شود بهره ببرد، چون قدر متیقن از ادله، جواز انتفاع از منافع عرفی مباحات و مشترکات است و دلیل این مطلب سیره و امضای شارع است.^{۵۵}

بله اگر برای انتفاع شیء منحصر در یک منفعت خاص باشد، مثل اینکه یک مکان فقط برای سکنا وقف شده باشد، در این صورت فقط از همان جهت می‌توان بهره برد، چون «الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها».

امام خمینی معتقدند کسی که جایی را گرفته است، نسبت به منافع اولویت پیدا می‌کند که اولاً مناسب با آن مکان باشد و ثانیاً شارع از آنها نهی نکرده باشد؛ مثلاً شارع از مکث جنب در مسجد نهی کرده است.^{۵۶}

فرد سابق مجاز است از منافع مکان استفاده کند ولو آنکه منفعتی که از آن مکان می‌برد منفعت مرجوح بوده و منافع ارجح نیز وجود داشته باشد؛ مانند تحصیل علم و قرائت قرآن در مسجد نسبت به اقامه نماز در مسجد.

۵۴. محمدبن حسن اصفهانی، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ۱۰، (قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق)، ص ۶۷۳؛ میرزا محمدحسین، نایینی، المکاسب و البیع، ج ۱، (قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق)، ص ۳۷۰؛ محمدبن محمد تقی بحرالعلوم، بلغه الفقیه، ج ۱، (تهران: مکتبه الصادق (ع)، ۱۴۰۳ ق)، ص ۳۴۷.

۵۵. ناصر، مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، ج ۲، (قم: مدرسه امام علی (ع)، ۱۴۱۱ ق)، ص ۱۴۸.

۵۶. علی اکبر، سیفی، دلیل تحریر الوسیله، (قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۵ ق)، ص ۱۰۱.

دلیل این مسئله، اطلاق ادله سبِق و ارتکاز متشرعه است.

در استفاده از منافع متعلق سبِق اگر دو شخص با هم تزامم کنند در صورت امکان جمع باید به قاعده عدل و انصاف و در صورت عدم امکان استفاده هر دو باید به قرعه رجوع کرد. بهره‌مندی از منافع متعلق سبِق تا زمانی که حق سبِق وجود دارد ممکن است، و به صرف اینکه سبقتش زایل شد حق سبِق هم زایل می‌شود؛ چه شخص نیت عود داشته باشد چه نداشته باشد، چه سبقتش از روی اجبار زایل شود و چه از روی اختیار.

۳.۶. عدم جواز تعدی به حق سبِق

از آنجا که ایجاد حق موجب سلطنت و امتیاز ویژه برای ذوالحق در استفاده از حق است؛ لذا با تحقق حق سبِق، دیگران نمی‌توانند مانع تصرفات و استفاده شخص سابق شوند، مگر آنکه خودش از حقتش اعراض نماید. در صورت مزاحمت با حق سابق، وی می‌تواند برای رفع مزاحمت به دادگاه مراجعه کرده، رفع آن را درخواست نماید. غصب تصرف در مورد حق سبِق، حرام بوده، چنانچه موجب ورود خساراتی به ذی‌حق و یا تفویت منفعتی از وی گردد، موجب ضمان و مسئولیت غاصب می‌شود.

۴.۶. مسئولیت ناشی از تعدی به حق سبِق

متجاوز به حق سبِق نمی‌تواند معاف از مسئولیت مدنی باشد. هیچ‌گونه دلیلی بر این معافیت وجود ندارد و عمومات و اطلاقات مسئولیت مدنی اقتضا می‌کند که متجاوز مسئول باشد.^{۵۷}

مسئولیت مدنی که ناشی از ایجاد خسارت مادی یا معنوی است و مسئولیت کیفری که ناشی از تعدی به حقوق دیگران و ارتکاب جرم است در مورد حق سبِق نیز وجود دارد؛ لذا الزام به جبران خسارت و تعقیب کیفری به دنبال این دو مسئولیت محقق خواهد بود.

۵۷. سید حسین، صفایی، حقوق مدنی (اشخاص و اموال)، (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۷)، ص ۲۷۴.

۷. جایگاه حق سبق در حقوق موضوعه

رعایت حق سبق، نخست به ظاهر امری اخلاقی و شرعی به نظر می‌آید که شارع مقدس برای ذوق در نظر گرفته و از منظر فقهی یک حکم تکلیفی و دارای آثار وضعی است. اما جایگاه حق سبق صرفاً یک حکم فقهی نبوده، بلکه امروزه در قوانین ماهوی و شکلی کاربرد دارد. برای مثال، یکی از مهم‌ترین دعاوی که در خصوص املاک در دادگاه‌ها مطرح می‌شود، دعاوی تصرف است. انواع دعاوی تصرف عبارت‌اند از: دعاوی تصرف عدوانی، دعاوی ممانعت از حق، و دعوی مزاحمت از حق. قانون‌گذار به صراحت در دعاوی تصرف عدوانی، دعوی ممانعت از حق و دعوی مزاحمت از حق، سبق تصرف متصرف را از اصلی‌ترین شرایط اقامه دعاوی برشمرده است.^{۵۸}

در چنین شرایطی، شخصی که قبلاً متصرف بوده و دیگری به زور یا به صورت عدوانی آن را از تصرف او خارج کرده و یا مانع از حق او شده و یا برای وی مزاحمت ایجاد کرده باشد، حسب مورد می‌تواند به استناد حق سبق خود، دعاوی تصرف عدوانی و یا ممانعت و یا مزاحمت از حق اقامه کند. در دعاوی تصرف عدوانی خواهان فقط کافی است که سبق تصرف خود را اعم از مالکیت و یا تصرف به اثبات برساند تا بتواند متصرف را از تصرف در ملک خویش دور کند.^{۵۹}

علاوه بر این، مدت سبق تصرف مهم نیست، بنابراین ممکن است تصرف دو یا سه یا چند روز یا چند ماه یا چند سال باشد؛ فقط باید مدت سبق تصرف مستقل، بلامعارض و مزاحم باشد.

همچنین طبق ماده ۳۵ قانون مدنی «تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود» و تصرف از منظر حقوق مدنی عبارت است از اینکه مالی اعم از منقول یا غیرمنقول تحت اختیار کسی باشد.^{۶۰} پس این تعریف تصرف با قاعده فقهی سبق

۵۸. مواد ۱۵۸، ۱۵۹، ۱۶۰ و ۱۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی.

۵۹. ماده ۱۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی.

۶۰. محمدجعفر، جعفری لنگرودی، *حقوق اموال*، (تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۳)، ص ۱۳۹؛ ناصر، کاتوزیان، *اموال و مالکیت*، (تهران: نشر میزان، ۱۳۷۸)، ص ۱۸۷.

رابطه نزدیکی دارد و سبق تصرف عبارت است از سلطه شخص به گونه‌ای که عرفاً آن شیء در اختیار و استیلاى او باشد و بتواند هرگونه تصرف و تغییری در آن به عمل آورد.

آنچه از مفاد قوانین مربوطه یافت می‌شود آن است که حق سبق یکی از اقسام تصرف^{۶۱} است که موجب می‌شود شخص متصرف به سبب تصرفاتش مالک شناخته شود و این تصرف از نوع تصرف به سبب مالکیت است، نه تصرف ناشی از مالکیت^{۶۲}؛ به این ترتیب که اگر یک شخص در مالی تصرف کند (تصرف شرعی و قانونی) و این تصرف باعث شود که برای او در آن مال حق سبق به وجود آید و متعاقباً او مالک آن مال بشود، تصرفی که او انجام داده، سبب مالکیت است؛ همانند حيازت مباحات، تحجیر، احیای موات و مشترکات عمومی. اما تصرفاتی که یک شخص به واسطه مالک بودن، در یک مال انجام می‌دهد، تصرف ناشی از مالکیت گفته می‌شود؛ همانند فروش ملک از سوی مالک^{۶۳}.

مطابق قوانین حقوقی هیچ‌کس حق ندارد مالی را که در تصرف دیگری است به نحو عدوان و ستم تصاحب و تصرف نماید، در غیر این صورت غاصب محسوب می‌شود و به عنوان متصرف عدوان تحت پیگرد قانونی قرار می‌گیرد. و اگر حقوق متصرف سابق مورد ممانعت یا مزاحمت قرار گیرد با مزاحم یا ممانع برخورد قانونی می‌نمایند و در قانون مجازات اسلامی برای شخص غاصب مجازات تعیین شده است^{۶۴}.

نتیجه

۱. حق سبق یک امر عقلایی و مورد تأیید شارع است و به عنوان حقی که برای سابق نسبت به یک مکان یا شیء ایجاد می‌شود موجب تسلط فرد بر مسبوق‌الیه می‌گردد.

۶۱. حقوق دانان تقسیم‌بندی متعددی برای اقسام تصرف ذکر کرده‌اند از جمله: تصرف بالمباشرة و تصرف بالواسطه، تصرف سبب مالکیت و تصرف ناشی از مالکیت، تصرف با متصرف واحد و تصرف با متصرف متعدد، تصرف عدوانی و تصرف قانونی (محمدجعفر، جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۱۵۶؛ ناصر، کاتوزیان، پیشین، ص ۱۸۸)

۶۲. ناصر، کاتوزیان، پیشین، ص ۱۰۶؛ محمدجعفر، جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۸۸؛ سید حسن، امامی، حقوق مدنی، ج ۱، (تهران: اسلامیه، ۱۳۷۳)، ص ۴۷.

۶۳. محمدجعفر، جعفری لنگرودی، الفارق، دائرةالمعارف عمومی حقوق، ج ۲، (تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶)، ص ۱۶۱.

۶۴. ماده ۲۹ قانون مدنی، مواد ۱۵۸-۱۷۷ آیین دادرسی مدنی؛ مواد ۶۹۰ تا ۶۹۳ قانون مجازات اسلامی.

۲. از شرایط ایجاد حق سبق برای شخص سابق، داشتن منفعت عقلایی و قصد انتفاع است. حق سبق از نظر متعلق حق، هم به عین خارجی تعلق می‌گیرد و هم به منفعت.
۳. حق سبق صرفاً در اعیان و منافع مباحه بدون مالک که دارای سبق تصرف باشد تحقق می‌یابد.
۴. تسلط ناشی از حق سبق بنابر یک نظر با ملکیت همراه است و از منظر دیگر در برخی موارد موجب تحقق ملکیت می‌شود. ادله نقلی برای دو دیدگاه وجود دارد، لکن تحقق ملکیت در برخی موارد مؤید به اجماع بوده، با مسلمات فقهی سازگارتر است. البته در مواردی که دلیل بر ملکیت وجود دارد، همانند حيازت مباحات و احیای موات، قائل به ملکیت هستیم، لکن سرایت آن به تمامی موارد حق سبق نیازمند دلیل است که چنین دلیلی وجود ندارد.
۵. در صورت تحقق حق سبق، آثاری بر آن مترتب است؛ از جمله جواز تصرف در مکان مورد سبق، عدم جواز تعدی به حق سبق دیگران و مسئولیت ناشی از تجاوز به حق سبق.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

- کتابها

۱. قانون مدنی.
۲. قانون آیین دادرسی مدنی.
۳. قانون مجازات اسلامی.
۴. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۱، (تهران: اسلامیه، ۱۳۷۳).
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق اموال، (تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۳).
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، (تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷).
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق: دائره المعارف عمومی حقوق، (تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶).
۸. صفایی، سید حسین، حقوق مدنی (اشخاص و اموال)، (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۷).
۹. کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی قراردادها، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵).
۱۰. کاتوزیان، ناصر، اموال و مالکیت، (تهران: نشر میزان، ۱۳۷۸).
۱۱. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، (تهران: میزان، ۱۳۸۷).
۱۲. محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه، ج ۱، (قم: نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ ق).
۱۳. معین، محمد، فرهنگ فارسی، (تهران: سپهر، ۱۳۷۵).

- مقاله

۱۴. اردوان، ارژنگ، «بازپژوهی فقهی حق اختصاص و دامنه آن»، مجله مطالعات حقوق تطبیقی معاصر (فقه و حقوق اسلامی سابق)، ش ۱۲ (۱۳۹۵).

ب) عربی

- کتاب‌ها

۱۵. آملی، میرزا هاشم، *المکاسب و البیع: تقریرات النایینی*، (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ ق).
۱۶. ابن اثیر، مبارک بن محمد، *النهایه*، ج ۱، (ریاض: دار ابن الجوزی، ۱۴۲۱ ق).
۱۷. ابن براج، قاضی عبدالعزیز، *المهذب*، ج ۱، (قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق).
۱۸. ابن عابدین، محمد امین، *رد المحتار علی الدر المختار*، ج ۴، (بیروت: دار الفکر، ۱۴۱۲ ق).
۱۹. ابن قدامه، عبدالله، *المغنی*، (قاهره: دارالحدیث، ۱۴۲۵ ق).
۲۰. ابو داوود، سلیمان بن اشعث، *سنن ابو داوود*، ج ۳، (بیروت: دار ابن حزم، ۱۴۱۸ ق).
۲۱. اصفهانی، محمد بن حسن، *کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام*، ج ۱۰، (قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق).
۲۲. القدوری، احمد بن محمد، *مختصر القدوری*، (بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۸ ق).
۲۳. انصاری، مرتضی، *المکاسب*، ج ۴، (قم: کنگره جهانی شیخ اعظم، ۱۴۱۵ ق).
۲۴. ایروانی، علی، *حاشیه مکاسب*، (تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق).
۲۵. بجنوردی، سید حسن، *القواعد الفقهیه*، ج ۷، (قم: نشر هادی، ۱۴۱۹ ق).
۲۶. بحرانی، یوسف، *الحدائق الناضره*، (قم: جامعه مدرسین، ۱۴۰۵ ق).
۲۷. بحر العلوم، محمد بن محمد تقی، *بلغه الفقیه*، ج ۱ و ۳، (تهران: مکتبه الصادق (ع)، ۱۴۰۳ ق).
۲۸. بیهقی، احمد، *السنن الکبری*، (بیروت: دار صادر، ۱۳۵۲).
۲۹. ترمذی، محمد بن عیسی، *الجامع الصحیح و هو سنن الترمذی*، (قاهره: دار الحدیث، ۱۴۱۹ ق).
۳۰. جزیری، عبدالرحمن، یاسر مازح غروی، *الفقه علی المذاهب الأربعه و مذهب أهل البيت علیهم السلام*، ج ۲، (بیروت: دار الثقلین، ۱۴۱۹ ق).

۳۱. حکیم، محمدتقی، *الاصول العامه للفقہ المقارن*، (قم: مجمع جهانی اهل بیت، ۱۴۱۸ ق).
۳۲. حلی، حسن بن یوسف، *تذکره الفقهاء*، ج ۱۰، (قم: مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۱۴ ق).
۳۳. حلی، ابن ادریس، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، ج ۱، (قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۰ ق).
۳۴. حنبل، احمد بن محمد، *مسند احمد بن حنبل*، ج ۲، (بیروت: دار الفکر، ۱۴۱۱ ق).
۳۵. خویی، سید ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، (قم: مؤسسه انصاریان، ۱۴۱۳ ق).
۳۶. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *مفردات فی الغریب القرآن*، (لبنان: دار العلم، ۱۴۱۲ ق).
۳۷. زحیلی، وهبه مصطفی، *الفقہ الاسلامی وادلته*، ج ۴، (دمشق: دار الفکر، ۱۴۰۴ ق).
۳۸. سبزواری، سید عبد الأعلى، *مہذب الأحکام*، ج ۱۰، (قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ ق).
۳۹. سبزواری، عباسعلی زارعی، *القواعد الفقہیہ*، (قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۳۹۱).
۴۰. سنهوری، عبدالرزاق، *الوسیط*، (بیروت: مؤسسه حلّی، ۱۹۸۸ م).
۴۱. سیفی، علی اکبر، *دلیل تحریر الوسیلہ*، (قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۵ ق).
۴۲. شهید ثانی، زین الدین، *الروضہ البہیہ*، (قم: انتشارات داوری، ۱۴۱۰ ق).
۴۳. طباطبائی یزدی، محمد کاظم، *تکملۃ العرۃ الوثقی*، ج ۲ و ۱، (قم: انتشارات داوری، ۱۴۱۴ ق).
۴۴. طباطبائی یزدی، محمد کاظم، *حاشیۃ المکاسب*، ج ۱، (قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۷۸).
۴۵. طریحی، فخرالدین، *مجمع البحرین*، ج ۵، (تهران: کتابفروشی مرتضوی، ۱۴۱۶ ق).
۴۶. طوسی، محمد بن حسن، *تہذیب الاحکام*، ج ۴، (تهران: دارالکتب الاسلامیہ، ۱۴۰۷ ق).
۴۷. طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط*، ج ۳ و ۲، (تهران: مکتبه المرتضویہ، ۱۳۸۷).
۴۸. عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعہ*، (قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۹ ق).
۴۹. علامہ حلّی، حسن بن یوسف، *مختلف الشیعہ*، ج ۱، (قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۳۷۸).
۵۰. قرشی بنابی، علی اکبر، *قاموس قرآن*، ج ۳، (تهران: دارالکتب الاسلامیہ، ۱۳۷۱).

۵۱. کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد*، (قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۴ ق).
۵۲. کلینی، محمد بن یعقوب، *اصول الکافی*، ج ۴، (تهران: دارالکتب، ۱۴۰۷ ق).
۵۳. مامقانی، محمد امین، *فقه المستحدثات*، (قم: مؤسسه بوستان کتاب، ۱۳۹۱).
۵۴. مجلسی، محمد باقر، *بحار الانوار*، (تهران: المکتبه الاسلامیه، ۱۳۸۱).
۵۵. محدث نوری، میرزا حسین، *مستدرک الوسائل*، (قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۸ ق).
۵۶. محقق حلی، جعفر بن حسن، *تشرایع الاسلام*، ج ۳، (قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق).
۵۷. مظفر، محمد رضا، *اصول الفقه*، ج ۱، (بیروت: دار العلم للملایین، ۱۴۰۳ ق).
۵۸. مکارم شیرازی، ناصر، *انوار الفقاهه*، (قم: مدرسه امام علی (ع)، ۱۴۰۳ ق).
۵۹. مکارم شیرازی، ناصر، *القواعد الفقهیه*، ج ۲، (قم: مدرسه امام علی (ع)، ۱۴۱۱ ق).
۶۰. مکی، محمد (شهید اول)، *الدروس الشرعیه*، (قم: جامعه مدرّسین، ۱۴۱۷ ق).
۶۱. موسوی خمینی، روح الله، *المکاسب المحرمه*، ج ۱، (قم: مؤسسه نشر آثار امام، ۱۴۱۵ ق).
۶۲. موسوی خمینی، روح الله، *تحریر الوسیله*، ج ۱، (قم: دارالعلم، ۱۳۷۹).
۶۳. نائینی، میرزا محمد حسین، *المکاسب و البیع*، ج ۱، (قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق).
۶۴. نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام*، ج ۳۸ و ۳۹، (بیروت: دار إحیا التراث، ۱۴۰۴ ق).
۶۵. نجفی خوانساری، موسی بن محمد، *منیه الطالب فی تشرح المکاسب*، (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ ق).
۶۶. نجفی کاشف الغطاء، جعفر، *کشف الغطاء*، (نجف: مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ ق).
۶۷. هاشمی شاهرودی، محمود، و جمعی از پژوهشگران، *موسوعه الفقه الاسلامی طبقا مذهب اهل بیت (ع)*، ج ۷ و ۸، (قم: مؤسسه دایره المعارف فقه اسلامی، ۱۴۲۳ ق).
۶۸. وزارت اوقاف و شئون اسلامی، *موسوعه فقه کویتنیه*، ج ۷، (کویت: وزارت اوقاف و شئون اسلامی، ۱۴۲۵ ق).

تحلیل حقوقی اصل تبدیل ناپذیری مال تأمین یا توقیف شده و استثنای آن

تاریخ پذیرش نهایی: ۱۴۰۰/۰۶/۲۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۸/۱۸

احمد قلی زاده منقوطای^۱

چکیده

گرچه در اجرای محکومیت‌های مالی تمسک به تأمین یا توقیف مال راهکار اصلی است و تمسک به توقیف محکوم علیه هم معمولاً نمی‌تواند محکوم له را از آن بی‌نیاز کند، ولی این راهکار نیز بدون ایراد نیست، چون اصل عقلی در قانون اجرای احکام مدنی تقریباً به صورت پنهانی وجود دارد که مطابق آن محکوم له محق به استیفای محکوم به فقط از محل مال تأمین یا توقیف شده است. استثنای محدود این اصل، یعنی امکان تبدیل مال تأمین یا توقیف شده به مالی دیگر، امکان تبدیل تأمین یا توقیف مازاد به توقیف اصل، امکان تبدیل تأمین یا توقیف حقوق و مزایا به توقیف مالی دیگر، امکان تبدیل مال مورد ادعای ثالث به مالی دیگر، و امکان تبدیل مال فروش رفته به مالی دیگر، همیشه نمی‌توانند محکوم له را از قیود ناشی از اصل پیش گفته‌های بخشند. در نتیجه، آن اصل در واقع به معنی اصل تبدیل ناپذیری مال تأمین یا توقیف شده است و برخلاف آنچه خواهان یا محکوم له یا وکلای هریک از آنها ممکن است گمان کنند، تأمین یا توقیف عجولانه و غیرهوشمندانه هر مالی چندان مفید نیست و چه بسا به ایجاد مشکلات جدیدی در اجرای حکم منجر می‌شود.

واژگان کلیدی: تأمین، تبدیل تأمین یا توقیف، رهن، توقیف، قانون اجرای احکام مدنی.

مقدمه

گرچه به رغم نظر بعضی^۲، در ایران نیز محکوم علیه، آن گونه که در سایر کشورها از جمله امریکا^۳ نیز معمول است، در درجه اول موظف به اجرای اختیاری حکم است، ولی در اجرای محکومیت های مالی، آن گونه که در سایر کشورها از جمله افریقای جنوبی^۴ نیز معمول است، تمسک به تأمین یا توقیف مال راهکار اصلی است و تمسک به توقیف محکوم علیه هم معمولاً نمی تواند محکوم له را از آن بی نیاز سازد. ولی این راهکار نیز بی ایراد نیست، چون آن گونه که در متن مورد تحلیل قرار می گیرد، به نظر می رسد اصل عقلی در قانون اجرای احکام مدنی (ق.ا.م.) تقریباً پنهانی وجود دارد که مطابق آن محکوم له محق به استیفای محکوم به «فقط» از محل مال تأمین یا توقیف شده است. استثناهای اندک این اصل همیشه نمی توانند محکوم له را از قیود ناشی از اصل فوق رهایی بخشند؛ بنابراین، باید در هنگام تأمین یا توقیف به نکات حقوقی مربوطه دقت داشت و در صورت نیاز، پس از تأمین یا توقیف، استثناهای مربوطه را با رعایت شرایط آنها اعمال نمود.

در واقع، به نظر می رسد فقط در موارد استثنایی که در قانون آیین دادرسی مدنی (ق.آ.د.م.) یا ق.ا.م. ذکر شده اند و در این مقاله به تفصیل مورد بحث قرار می گیرند، می توان مال مورد تأمین یا توقیف شده را به مال دیگری تبدیل کرد.

در این مقاله، بعد از اصل استیفای محکوم به از محل مال تأمین یا توقیف شده، استثناهای آن، یعنی امکان تبدیل مال تأمین یا توقیف اصل شده به مالی دیگر، امکان تبدیل مال تأمین یا توقیف مازاد شده به توقیف اصل، امکان تبدیل تأمین یا توقیف حقوق و مزایا به توقیف مالی دیگر، امکان تبدیل مال مورد ادعای ثالث به مالی دیگر و امکان تبدیل مال فروش نرفته به مالی دیگر، مورد تحقیق تحلیلی قرار می گیرند. مجموعه این مباحث به به رسمیت شناخته شدن اصل تبدیل ناپذیری مال تأمین یا توقیف شده منتج می شود.

2. Behruz Akhlaghi, "Iran", In *International Enforcement of Foreign Judgments*, by Paul Hopkins, 229-239, (New York: Yorkhill Law Publishing, 2005). p. 238..
3. Brian A. Blum, *Bankruptcy and Debtor/Creditor*, (New York: Aspen Publishers, 2006), p. 6.
4. Patrick Holloway, and Bradley Edas Webber Wentzel. "South Africa", In *Enforcement of Judgments, Awards & Deeds in Commercial Matters*, by Carel J.H. van Lynden, 271-289. (London: Europe Lawyer Reference, 2013), p. 287.

۱. اصل لزوم استیفای محکوم‌به از مال تأمین یا توقیف‌شده

به‌عنوان یک اصل، مطابق ق.ا.ا.م، استیفای محکوم‌به باید از مال تأمین یا توقیف‌شده به‌عمل آید. این اصل در واقع قاعده‌ای عقلی را بیان می‌کند. چون استیفای هر طلبی با توقیف شروع شده، با صورت‌برداری، ارزیابی و نگهداری ادامه می‌یابد و با فروش و تقسیم به انتها می‌رسد. محکوم‌له برای اینکه از محلی غیر از مال تأمین یا توقیف‌شده طلب خود را وصول کند باید اموالی اضافه بر مقدار محکوم‌به از اموال محکوم‌علیه توقیف نماید و این امر آنچنان که دیگران^۵ نیز ابراز داشته‌اند و در سایر نقاط جهان ازجمله اروپا^۶ نیز معمول است، قابل قبول نیست. به‌عبارت دیگر، با دردست داشتن قرار تأمین خواسته، دستور موقت یا حکم قطعی، خواهان یا محکوم‌له می‌تواند آن‌گونه که در حقوق کشورهای دیگر ازجمله بریتانیا^۷ نیز معمول است، فقط معادل خواسته و هزینه‌های اجرایی^۸ را از اموال خوانده یا محکوم‌علیه توقیف نماید و آن‌گونه که در سایر کشورها ازجمله امریکا^۹ نیز معمول است، توقیف بیش از آن مجاز نیست. البته، آن‌گونه که دیگران^{۱۰} هم ابراز داشته‌اند، توقیف مال از طریق دستور موقت ممکن است لزوماً برای تسهیل وصول طلب نباشد.

لازمه تأمین یا توقیف مال دیگری به‌جای مال قبلی، رهاکردن مال تأمین یا توقیف‌شده قبلی است. ولی این امر با تمایل خوانده یا محکوم‌علیه به خارج از دسترس کردن اموالش و با حضور خواهان‌ها یا محکوم‌له‌های دیگر خطرناک است و می‌تواند علاوه بر ایجاد زحمت برای مأمور اجرا به ازدست دادن مال یا اموال قبلی و عدم موفقیت در تأمین یا توقیف مال یا اموال جدید منجر شود. در واقع، قانون‌گذار به‌عنوان ارفاق، آن‌گونه که در سایر کشورها ازجمله امریکا^{۱۱} نیز معمول است، تبدیل مال تأمین یا توقیف‌شده سابق به مال دیگری را

۵. علی، مهاجری، شرح جامع قانون اجرای احکام مدنی، ج ۲، (تهران: انتشارات فکرسازان، ۱۳۸۴)، ص ۱۳۰.

6. W.A. Kennett, *Enforcement of Judgments in Europe*. (New York: Oxford University Press, 2000). p. 170.

7. Paul Hopkins, "England and Wales" In *International Enforcement of Foreign Judgments*, by Paul Hopkins, 152-176. (New York: Yorkhill Law Publishing, 2006). p. 174.

8. Execution fees (Sheriff's fees).

9. Craig Osborne, *Civil Litigation*. (New York: Oxford University Press, 2008). p. 444.

۱۰. رضا، دریایی و محمد، نوروزی، «بررسی تطبیقی نظام دستور موقت در حقوق مالکیت صنعتی ایران و موافقتنامه تریپس»، پژوهشهای حقوق تطبیقی ۱۶، ش ۱ (۱۳۹۱)، ص ۱۰۰.

11. Tawni J. Sherman, "Superseding and Staying Judgments in Utah", In *Superseding and Staying Judgments - A National compendium*, by Roger D. Townsend, 491-497. (Chicago: ABA Publishing, 2007), p. 496.

فقط در مواردی استثنایی ممکن دانسته است.

گرچه قانون‌گذار اجازه تبدیل مال تأمین یا توقیف‌شده را داده، ولی این امر اصولاً فقط برای یک بار ممکن است یا یک بار اتفاق می‌افتد؛ مثلاً تبدیل تأمین یا توقیف اصل فقط برای یک بار مجاز است. تبدیل تأمین یا توقیف مازاد خودبه‌خود با توقیف اصل یا با کنار رفتن توقیف اصل پایه یکباره اتفاق می‌افتد؛ تبدیل توقیف حقوق و مزایا نیز همین‌طور. در نهایت، برای یک بار اجازه داده شد که وقتی مال تأمین یا توقیف‌شده فروش نرفت، آن مال به مال دیگری تبدیل شود. البته در این باره، تبدیل مال تأمین یا توقیف‌شده به مال دیگر به‌علت ادعای شخص ثالث مستثنی است.

بعید نیست، آن‌گونه که بعضی نیز ابراز نموده‌اند^{۱۲}، مقررات مربوط به تبدیل تأمین درباره دعوی واهی نیز قابل اعمال باشد. در نتیجه، این مقررات در تبدیل تأمین اتباع بیگانه نیز اصولاً قابل اعمال خواهد بود. ضمن اینکه چون دستور موقت نیز ممکن است به تأمین مال بینجامد، این مقررات، آن‌گونه که در سایر کشورها از جمله اسپانیا^{۱۳} نیز معمول است، درباره دستور موقت^{۱۴} نیز مرعی خواهد بود. البته همان‌طور که پیش‌تر گفته شد، توقیف مال از طریق دستور موقت ممکن است لزوماً برای تسهیل وصول طلب نباشد، در نتیجه، امکان تبدیل مال به این ترتیب توقیف‌شده (برای مثال نسخ غیرمجاز تکثیرشده یک فیلم) به مالی دیگر نیز، آن‌گونه که دیگران^{۱۵} هم نظر داده‌اند، نخواهد بود. اما چون قانون‌گذار به‌صراحت از تبدیل موضوع دستور موقت به تأمین سخن گفته است، به‌رغم نظر بعضی^{۱۶}، نمی‌توان به‌طور کامل به عدم امکان تبدیل مال موضوع دستور موقت اعتقاد داشت.

ممکن است تعجب کنند که چرا نگارنده این‌قدر با تکرار و اصرار از عبارت «تأمین یا توقیف‌شده» استفاده می‌کند، درحالی که مطابق ق.آ.د.م، «تأمین» چیزی جز «توقیف»

۱۲. احد، قلی‌زاده، «تحلیل حقوقی تأمین دعوی واهی در امور حسبی»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی ۴۶، ش ۲ (۱۳۹۵)، ص ۲۹۵.

13. Pilar Brindle, and Antonio Bravo. "Spain", In *International Enforcement of Foreign Judgments*, by Paul Hopkins, 329-350, (New York: Yorkhill Law Publishing, 2005), p. 345.

14. Injunction

۱۵. محمدرضا، ادریسیان، دستور موقت، (تهران: انتشارات ققنوس، ۱۳۸۰)، ص ۷۱.

۱۶. همان.

نیست. این امر به دلیل تأکیدی است که ق.ا.ا.م.، آن گونه که در سایر کشورها از جمله اروپا^{۱۷} نیز معمول است، در تفکیک توقیف تأمینی^{۱۸} از توقیف اجرایی^{۱۹} دارد. این قانون به جای آنچه به «توقیف تأمینی» مصطلح شده، از واژه «تأمین» و به جای آنچه به «توقیف اجرایی» مصطلح شده است، از کلمه «توقیف» استفاده می‌کند؛ یعنی هر جا هردو را مدنظر داشته باشد از عبارت «تأمین یا توقیف‌شده» بهره می‌برد. بدیهی است که تأمین توقیفی احتیاطی است و معلوم نیست که به اجرا منجر شود؛ یعنی تأمین معمولاً با توقیف مال شروع شده، مال بعد از صورت‌برداری و ارزیابی در مرحله نگه‌داری می‌ماند، درحالی که توقیف به مفهوم توقیف اجرایی، امری اصولاً قطعی است که قرار است به اجرا منجر شود؛ یعنی مراحل چهارگانه پیش‌گفته را به سرعت پشت سر گذاشته، به فروش و تقسیم مال منجر می‌شود. مال توقیف‌شده اگر عین خواسته یا وجه نقد باشد، در توقیف تأمینی تا صدور و قطعی شدن حکم نگه‌داری می‌شود؛ اگر حکم به نفع خواهان صادر شود یا توقیف از اول اجرایی باشد، مال توقیف‌شده بدون نیاز به این مراحل به محکوم‌له تحویل داده می‌شود.

اصل موردبحث را قانون‌گذار هم درباره تأمین و هم درباره توقیف اعمال می‌کند و میان آن دو فرقی نمی‌گذارد.

۲. استثنای وارده

اصل یادشده استثنای معدودی دارد که عبارت‌اند از امکان تبدیل مال تأمین یا توقیف اصل شده به مالی دیگر، امکان تبدیل تأمین یا توقیف مازاد شده به توقیف اصل، امکان تبدیل تأمین یا توقیف حقوق و مزایا به توقیف مالی دیگر، امکان تبدیل مال مورد ادعای شخص ثالث به مالی دیگر، و امکان تبدیل مال فروش‌نرفته به مالی دیگر. البته در این خصوص، امکان تبدیل تأمین یا توقیف مازاد به توقیف حقوق و مزایا و برعکس نیز نیاز به تحلیل دارد.

17. W.A. Kennett, op cit, p. 252.

18. Seizure for security

19. Seizure for execution

توجه داشته باشیم که به‌رغم نظر بعضی^{۲۰}، با توجه به استثنایی و حصری بودن موارد تبدیل تأمین، با توافق خواهان و خوانده یا محکوم‌له و محکوم‌علیه، نمی‌توان به‌رغم دیدگاه برخی^{۲۱}، موارد پیش‌گفته را افزایش داد یا آنها را تکرار نمود. دخالت داشتن دادگاه و واحد اجرای احکام در امر تبدیل مخصوصاً انجام مراحل توقیف، صورت‌برداری، ارزیابی و نگه‌داری نیز این نظر را تأیید می‌کند.

۲. ۱. تبدیل مال تأمین یا توقیف اصل شده

قانون‌گذار هم به محکوم‌له و هم به خوانده یا محکوم‌علیه اجازه داده است که برای یک بار مالی را که برای اولین بار تأمین یا توقیف شده، یعنی توقیف اصل شده، به مالی دیگر تبدیل نمایند. به‌نظر می‌رسد حتی اگر مال یادشده تأمین یا توقیف مازاد یا تأمین یا توقیف مازاد مازاد مالی آخر شده باشد هم این حق برای اشخاص پیش‌گفته همچنان پابرجاست. آن‌گونه که دیگران^{۲۲} با دقت مشخص کرده‌اند، این حق به خواهان داده نشده است. به‌نظر می‌رسد در این باره منظور قانون‌گذار از تأمین، تنها تأمین خواسته نیست، بلکه دستور موقت را نیز دربر می‌گیرد. همچنین، تبدیل مال تأمین یا توقیف‌شده به مال شخص ثالث نیز قابل بحث است. موضوع اصلی این مقاله تبدیل از سوی خواهان یا محکوم‌له است و تبدیل از جانب خوانده یا محکوم‌علیه در حاشیه بحث قرار می‌گیرد.

آن‌گونه که دیگران^{۲۳} هم نظر داده‌اند، این تبدیل یک بار برای محکوم‌له و یک بار برای محکوم‌علیه مجاز شمرده شده است؛ البته استفاده محکوم‌له یا محکوم‌علیه از این حق مانع از استفاده طرف مقابل او از این حق نخواهد شد. با این حال، در این باره مقررات ق.آ.د.م. و ق.ا.ا.م. قابل جمع‌اند؛ به این معنی که به‌رغم نظر بعضی^{۲۴}، این‌طور نیست که خوانده بتواند طبق ق.آ.د.م، مال تأمین‌شده را قبل از شروع اجرای حکم تبدیل نموده، مال یادشده را یک

۲۰. نعمت، احمدی، آیین دادرسی مدنی، (تهران: اطلس، ۱۳۷۱)، ص ۴۲۱؛ فرزانه، سریر، آیین دادرسی مدنی، (تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۶)، ص ۱۰۶؛ عبدالله، شمس، آیین دادرسی مدنی، ج ۳، (تهران: انتشارات دراک، ۱۳۸۶)، ص ۴۸۴.

۲۱. نعمت، احمدی، پیشین، ص ۴۲۲.

۲۲. عبدالله، شمس، آیین دادرسی مدنی، ج ۳، پیشین، ص ۴۸۳.

۲۳. علی، مهاجری، شرح جامع قانون اجرای احکام مدنی، ج ۱، (تهران: فکرسازان، ۱۳۸۳)، ص ۲۱۱.

۲۴. همان، ص ۲۱۴.

بار هم به‌استناد ق.ا.ا.م. بعد از شروع عملیات اجرای حکم تبدیل نماید. استثنایی بودن امکان تبدیل نیز مؤید این استدلال است. در این باره، بدیهی است منظور قانون از شروع عملیات فروش صرفاً انجام مزایده نیست، بلکه با شروع مقدمات فروش، یعنی آن‌گونه که دیگران^{۲۵} هم مطرح کرده‌اند، با صدور آگهی مزایده، دیگر نمی‌توان به این ترتیب، اقدام به تبدیل مال تأمین یا توقیف‌شده نمود.

در این خصوص، با اینکه قانون‌گذار در ق.ا.د.م. سابق تبدیل تأمین یا توقیف به ضامن را مجاز تلقی نموده بود، در قانون جدید از آن یادی نشده است. بنابراین، به‌رغم نظر برخی^{۲۶}، با توجه به سکوت قانون‌گذار در مقام بیان و استثنایی و حصری بودن موارد تبدیل، دیگر تأمین یا توقیف به ضامن قابل تبدیل نیست.

۲. ۱. ۱. از سوی خواننده یا محکوم‌علیه

درخواست تبدیل تأمین از سوی خواننده گرچه مشمول ق.ا.ا.م. است، ولی ق.ا.د.م. نیز درباره آن مقرره‌ای دارد. در این باره مقررۀ ق.ا.د.م. (مقررۀ جدید) با مقررۀ ق.ا.ا.م. (مقررۀ قدیم) تفاوت‌هایی دارد. به‌عنوان تفاوت اول، مقررۀ جدید (مادۀ ۱۲۴ ق.ا.د.م.) تصمیم‌گیری در این باره را در صلاحیت دادگاه صادرکننده قرار می‌داند، درحالی که مقررۀ قدیم (مادۀ ۵۳ ق.ا.ا.م.) آن را در صلاحیت مأمور اجرا و در صورت اعتراض، در صلاحیت دادگاه اجراکننده دانسته است. البته درنهایت این دو دادگاه یکی هستند. در این باره، گرچه ق.ا.ا.م. از تصمیم مأمور اجرا و نظر دادگاه اجراکننده نام برده، ق.ا.د.م. به‌رغم نظر برخی^{۲۷} که تصمیم دادگاه در این باره را دستور تلقی کرده‌اند، به‌صراحت آن تصمیم را قرار قلمداد و دو قرار جدید، یعنی قرار قبول تبدیل تأمین و قرار ردّ تبدیل تأمین را ایجاد نموده است. به این ترتیب، زمینه آن فراهم آمده است که به‌رغم نظر بعضی^{۲۸}، تصمیم دادگاه اجراکننده حکم درباره

۲۵. محمدمهدی، حکیمی تهرانی، «بررسی شرایط، احکام و آثار توقیف اموال غیرمنقول»، معرفت حقوقی ۱، ش ۱ (۱۳۹۰)، ص ۱۴۶.

۲۶. عبدالله، سمایی، شرحی بر آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب (در امور مدنی)، (تهران: انتشارات بهنام، ۱۳۷۹)، ص ۵۴؛ عزیز، نوکنده‌ای، تفسیر قضایی آیین دادرسی مدنی ایران، (تهران: دانش‌نگار، ۱۳۸۰)، ص ۱۰۸.

۲۷. علی، مهاجری، شرح قانون آیین دادرسی مدنی دادگاههای عمومی و انقلاب، ج ۱، (تهران: گنج دانش، ۱۳۷۹)، ص ۲۴۶.

۲۸. علی، مهاجری، شرح جامع قانون اجرای احکام مدنی، ج ۱، پیشین، ص ۲۱۲.

تبدیل تأمین نیز قرار قلمداد شود. پس، به‌رغم نظر برخی^{۲۹}، دادگاه مکلف به‌پذیرش تبدیل تأمین نیست. علاوه بر آن به‌عنوان تفاوت دوم، قانون جدید در صورتی که مال معرفی‌شده وجه نقد یا اوراق بهادار باشد دو شرط سهل‌البیع بودن و هم‌قیمت بودن را اصولاً رعایت‌شده تلقی می‌کند. ضمن اینکه به‌عنوان تفاوت سوم، مطابق مقرره جدید در صورتی که عین خواسته توقیف شده باشد برای تبدیل تأمین، علاوه بر موافقت دادگاه، موافقت خواهان نیز مورد نیاز است. به‌عنوان تفاوت چهارم، آن‌گونه که دیگران^{۳۰} هم یادآور شده‌اند، ق.ا.د.م. مشخص نکرده که چند بار امکان تبدیل تأمین وجود دارد، ولی ق.ا.ا.م. تبدیل تأمین به‌طور اختیاری را فقط یک بار مجاز شمرده است.

در نتیجه، دربارهٔ اینکه در موقعیت‌های مختلف کدام‌یک از قانون‌های فوق باید اجرا شوند ابهام وجود دارد. البته رفع ابهام چندان مشکل نخواهد بود، چون ق.ا.ا.م. دربارهٔ توقیف اجرایی و ق.ا.د.م. در خصوص توقیف تأمینی است. پس در صورتی که درخواست‌کننده تبدیل خوانده باشد نه محکوم‌علیه، مقررهٔ ق.ا.د.م. که صراحتاً به این مورد اختصاص دارد اعمال خواهد شد، ولی در صورتی که درخواست‌کننده تبدیل محکوم‌علیه باشد، اعمال مقررهٔ ق.ا.ا.م. لازم خواهد آمد. البته به‌رغم نظر بعضی^{۳۱} به‌نظر می‌رسد، آن‌گونه که دیگران^{۳۲} هم نظر داده‌اند، تا وقتی اجرای حکم شروع نشده باشد مقررهٔ ق.ا.د.م. و به‌محض شروع اجرای حکم مقررهٔ مربوطهٔ ق.ا.ا.م. در این باره اجرا خواهد شد. به‌رغم نظر برخی^{۳۳}، شروع اجرای قرار یا دستور منشأ تأمین در اینجا منظور نیست، چون برای مثال، قرار تأمین خواسته اجرا می‌گردد، درحالی که هنوز رسیدگی دادگاه به‌پایان نرسیده است. دربارهٔ تفاوت‌های دوم و سوم باید توجه داشت که در توقیف اجرایی تبدیل به وجه نقد معنی نمی‌دهد، بنابراین چنین تبدیلی در واقع به معنی تأدیهٔ محکوم‌به خواهد بود. اما در تبدیل به اوراق بهادار اصولاً شرط سهل‌البیع بودن رعایت‌شده محسوب می‌شود. ضمن اینکه اگر عین خواسته تأمین شده باشد در توقیف

۲۹. محمدجواد، بهشتی و نادر، مردانی، آیین دادرسی مدنی، ج ۲، (تهران: میزان، ۱۳۸۵)، ص ۳۰۹؛ عبدالله، سمایی، پیشین، ص ۵۴.

۳۰. علی، مهاجری، شرح قانون آیین دادرسی مدنی دادگاههای عمومی و انقلاب، ج ۱، پیشین، ص ۲۴۸.

۳۱. همان، ص ۲۴۹.

۳۲. عبدالله، شمس، آیین دادرسی مدنی، ج ۳، پیشین، ص ۴۸۶.

۳۳. فرزانه، سریر، پیشین، ص ۱۰۷.

اجرایی موضوع تبدیل آن به مالی دیگر با توجه به صادر و قطعی شده بودن حکم و مشخص شده بودن مالک آن عین منتفی است. درباره تفاوت چهارم، تردیدی نیست که آن گونه که دیگران^{۳۴} هم نظر داده‌اند، تبدیل تأمین به درخواست خوانده بیش از یک بار مجاز نخواهد بود. این امر نه تنها از مفاد ماده مربوطه ق.ا.ا.م. مستفاد می‌شود، بلکه استثنایی بودن تبدیل نیز دلیل بر آن خواهد بود.

در این خصوص، به‌رغم نظر بعضی^{۳۵}، تنها دادگاه‌هایی که بسته به مورد می‌توانند به تبدیل تأمین رسیدگی نمایند دو دادگاه یادشده‌اند؛ ضمن اینکه نمی‌توان قرار تأمین را بدون مرتفع شدن موجب آن رفع نمود. علاوه بر آن، درباره تفاوت دوم، آن گونه که بعضی^{۳۶} ابراز داشته‌اند، با موافقت خواهان یا محکوم‌له، خوانده یا محکوم‌علیه می‌تواند مال تأمین یا توقیف‌شده را به مال دیگری که به اندازه مال قبلی قیمت ندارد یا به اندازه مال قبلی سهل‌البیع نیست، تبدیل نماید.

۲.۱.۲. توسط محکوم‌له

محکوم‌له هم می‌تواند تبدیل مالی را که تأمین یا توقیف اصل نموده است به مالی دیگر درخواست کند. این درخواست به موجب ق.ا.ا.م. مورد رسیدگی قرار می‌گیرد. با تصمیم مأمور اجرا در این باره هریک از طرفین دعوا می‌توانند اعتراض کنند. اعتراض یادشده در دادگاه اجراکننده رسیدگی می‌شود و تصمیم دادگاه در این باره قطعی است. قانون‌گذار درباره مال معرفی شده از سوی محکوم‌له شرط نکرده است که آن مال از نظر سهولت فروش و قیمت معادل مال توقیف‌شده یا از آن مرغوب‌تر باشد. بنابراین، آن گونه که بعضی^{۳۷} ابراز نموده‌اند، ممکن است محکوم‌له به‌ضرر خود اقدام کرده، مالی را معرفی نماید که از نظر سهولت فروش یا قیمت از مال پیش‌تر تأمین یا توقیف‌شده پایین‌تر باشد. با این حال، تصمیم با دایره اجراست، اما چون این امر علاوه بر مشکلاتی که برای آن دایره در مرحله فروش ایجاد

۳۴. علی، مهاجری، شرح قانون آیین دادرسی مدنی دادگاههای عمومی و انقلاب، ج ۱، پیشین، ص ۲۴۸.

۳۵. همان، ص ۲۴۹.

۳۶. عبدالله، شمس، آیین دادرسی مدنی، ج ۳، پیشین، ص ۴۸۴.

۳۷. علی، مهاجری، شرح جامع قانون اجرای احکام مدنی، ج ۱، پیشین، ص ۲۰۹.

می‌کند دریافت هزینه‌های اجرا را هم با مشکل مواجه می‌سازد، آن اجرا تمایلی به پذیرش این حالت نخواهد داشت. البته در تبدیل توقیف از سوی محکوم‌له نیز همان‌طور که پیش‌تر گفته شد در صورتی که مال معرفی شده وجه نقد یا اوراق بهادار باشد اصولاً دو شرط پیش‌گفته رعایت شده محسوب می‌شوند.

قانون‌گذار به‌رغم اینکه در مقام بیان بوده، تبدیل تأمین از سوی خواهان را پیش‌بینی نکرده، در نتیجه با امعان نظر به استثنایی بودن تبدیل تأمین و حصری بودن موارد آن، به‌رغم نظر بعضی^{۳۸}، تبدیل تأمین گرچه توسط محکوم‌له مجاز است ولی از سوی خواهان مجاز نیست.

۲.۱.۳. تبدیل به مال شخص ثالث

آن‌گونه که دیگران^{۳۹} نیز ابراز نموده‌اند، ممکن است تبدیل تأمین یا توقیف به مال شخص ثالث باشد. البته بدیهی است که این امر بدون رضایت شخص صاحب مال مجاز نخواهد بود. در این صورت، مال شخص ثالث در تأمین یا توقیف قرار گرفته و مال خوانده یا محکوم‌علیه آزاد می‌شود. رضایت محکوم‌علیه برای تبدیل مال تأمین یا توقیف شده به مال شخص ثالث مورد نیاز نخواهد بود. ولی مطابق اصول کلی اگر بدون رضایت محکوم‌علیه شخص ثالث مال خود را برای تبدیل تأمین یا توقیف معرفی نموده باشد، بعد از استیفای محکوم‌به از آن مال، او حق مراجعه به محکوم‌علیه جهت دریافت معادل مبلغ پرداختی را نخواهد داشت. آنچه گفته شد معمول نیست، بلکه معمول آن است که محکوم‌علیه از شخص ثالثی برای مثال، آن‌گونه که دیگران^{۴۰} هم ابراز نموده‌اند، از یکی از دوستان یا خویشان خود درخواست می‌کند که از سر لطف اجازه دهد تا مال او برای تبدیل تأمین یا توقیف مال محکوم‌علیه مورد استفاده قرار گیرد.

با توجه به اصول مربوطه، چنین شخص ثالثی امکان تبدیل مال تأمین یا توقیف شده به

۳۸. عبدالله، شمس، *آیین دادرسی مدنی*، ج ۳، پیشین، ص ۴۸۳.

۳۹. همان، ص ۴۸۶؛ و جلال‌الدین، مدنی، *آیین دادرسی مدنی*، ج ۲، (تهران: انتشارات دانشگاه ملی ایران، ۱۳۵۷)، ص ۶۱۹؛ علی،

مهاجری، *شرح قانون آیین دادرسی مدنی دادگاههای عمومی و انقلاب*، ج ۱، پیشین، ص ۲۴۶.

۴۰. محسن، صدرزاده افشار، *آیین دادرسی مدنی و بازرگانی*، (تهران: ماجد، ۱۳۷۹)، ص ۳۳۷.

مال دیگری را نخواهد داشت و در صورت نیاز به تبدیل، مجبور به توسل به خواننده، محکوم‌علیه یا محکوم‌له خواهد شد.

۲.۲. تبدیل مال تأمین یا توقیف مازاد شده

به‌عنوان استثنای دوم بر اصل مورد تحلیل، قانون‌گذار اعلام نموده است که اگر کسی تأمین یا توقیف مازاد کرده باشد در محدودیت اصل استیفای محکوم‌به از مال تأمین یا توقیف‌شده قرار نمی‌گیرد. منظور از تأمین یا توقیف مازاد، موضوع تأمین یا توقیف مازاد، نحوه تبدیل تأمین یا توقیف مازاد به تأمین یا توقیف اصل، و حق اعتراض تأمین یا توقیف‌کننده مازاد به تأمین یا توقیف‌کننده اصل، مواردی هستند که نیاز به توضیح و تحلیل دارند.

۲.۲.۱. منظور از تأمین یا توقیف مازاد

دقت در مفاد ق.ا.ا.م. نشان می‌دهد که تأمین یا توقیف مال اعم از منقول یا غیرمنقول برای اولین بار تأمین یا توقیف اصل است. بنابراین اگر طلبکار دیگری بخواهد مال قبلاً تأمین یا توقیف‌شده را مجدداً تأمین یا توقیف کند، این تأمین یا توقیف جدید، تأمین یا توقیف مازاد محسوب می‌شود. به‌طور خلاصه، آن‌گونه که دیگران^{۴۱} هم تلویحاً بیان کرده‌اند و در حقوق سایر کشورها از جمله آمریکا^{۴۲} نیز معمول است، تأمین یا توقیف مازاد یعنی تأمین یا توقیف دوباره. بعضی^{۴۳} این حالت را توقیف مازاد ارزش مال قلمداد نموده‌اند. بدیهی است به این ترتیب، آن‌گونه که دیگران^{۴۴} هم ابراز داشته‌اند، تأمین یا توقیف مازاد مازاد مازاد مازاد و نظایر آنها هم ممکن خواهد بود.

در این خصوص، نباید تأمین یا توقیف مازاد با تأمین یا توقیف بقیه مال اشتباه شود.

۴۱. احد، قلی‌زاده، آیین دادرسی مدنی دادگاههای عمومی و انقلاب (۳)، (اصفهان: انتشارات دانشگاه اصفهان، ۱۳۸۱)، ص ۷۶؛

عباس، کریمی، آیین دادرسی مدنی، (تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۶)، ص ۲۲۷.

42. Mary Anne, Nixon, *On your own North Carolina small claims court - A debt collection guide for North Carolina businesses*. (North Carolina: Upublish.com, (1998). p. 90.

۴۳. سید احمد، باختر و مسعود، رئیس، بایسته‌های اجرای احکام مدنی (علمی-کاربردی). ج ۱، (تهران: انتشارات خط سوم، ۱۳۸۵)،

ص ۳۷۱.

۴۴. جلال‌الدین، مدنی، آیین دادرسی مدنی - اجرای احکام، (تهران: گنج دانش، ۱۳۶۹)، ص ۱۲۴.

دقت در مفاد ق.ا.ا.م. نشان می‌دهد که توقیف بقیه مال، به‌رغم نظر بعضی^{۴۵}، توقیف مازاد نیست، وگرنه خیلی از مقرراتی که در این باره در آن قانون ذکر شده‌اند بیهوده و غیرمنطقی جلوه خواهند کرد. برای مثال، اگر باغی ۶۰ میلیون قیمت داشته باشد و دو دانگ از آن بابت ۲۰ میلیون طلب و هزینه‌های اجرایی تأمین یا توقیف شده باشد، تأمین یا توقیف تمام یا قسمتی از بقیه باغ یادشده، تأمین یا توقیف مازاد نبوده، بلکه تأمین یا توقیف اصل خواهد بود. ولی اگر از سوی یک یا چند طلبکار تمام شش دانگ باغ یادشده تأمین یا توقیف شود و دیگر آن باغ باقیمانده‌ای برای توقیف اصل نداشته باشد، طلبکاران جدید، آن‌گونه که دیگران^{۴۶} هم مطرح کرده‌اند، فقط می‌توانند اقدام به تأمین یا توقیف مازاد نمایند.

در تأمین یا توقیف مازاد هم تعادل میان خواسته یا محکوم‌به و هزینه‌های اجرایی با آنچه توقیف می‌شود الزامی است. بنابراین در مورد فوق گرچه طلبکاری که تأمین یا توقیف مازاد می‌کند احتمال کمی وجود دارد که به این ترتیب به طلبش برسد، چون احتمال اندکی وجود دارد که کسانی که تأمین اصل کرده‌اند حقی برایشان به‌اثبات نرسد یا کمتر از آنچه خواسته آنها بوده مورد حکم قرار گیرد یا برای کسانی که توقیف اصل کرده‌اند، مال توقیف‌شده به قیمتی بیش از قیمت ارزیابی‌شده در هنگام توقیف به فروش رسد. ولی مطابق اصول، تأمین یا توقیف‌کننده مازاد هم حق نخواهد داشت، آن‌گونه که دیگران^{۴۷} هم ابراز نموده‌اند، بیش از معادل خواسته و هزینه‌های اجرایی یا محکوم‌به و هزینه‌های اجرایی را توقیف نماید. در نتیجه، اگر طلبکار تازه‌رسیده بخواهد باغ پیش‌گفته را تأمین یا توقیف مازاد نماید و طلبش با احتساب هزینه‌های اجرایی ۲۰ میلیون باشد باید دید پشت سر کدام یک از طلبکاران سابق ایستاده است؛ طلبکاری که دو دانگ اول مال را تأمین یا توقیف کرده یا طلبکاری که چهار دانگ بعدی را تأمین یا توقیف کرده است؟ به این ترتیب، در تأمین یا توقیف مازاد هم باید دقت کرد که تأمین یا توقیف مازاد بقیه مال با تأمین یا توقیف مازاد اشتباه نشود.

۴۵. علی، مهاجری، شرح جامع قانون اجرای احکام مدنی، ج ۱، (تهران: فکر سازان، ۱۳۸۳)، ص ۲۱۵.

۴۶. محمدرضا، حسینی، قانون اجرای احکام مدنی در رویه قضایی، (تهران: نگاه بینه، ۱۳۸۳)، ص ۱۳۸.

۴۷. نعمت، احمدی، پیشین، ص ۴۲۱.



به طور کلی نکات ناگفته بسیاری درباره تأمین یا توقیف مازاد وجود دارد؛ برای نمونه، ممکن است شخصی طلب‌های زیاد و گوناگونی از خوانده یا محکوم علیه داشته باشد. برای مثال، او ۶۰ میلیون به عنوان خسارت به اموال غیرمنقول و هزینه‌های اجرایی و ۶۰ میلیون نیز بابت چک و هزینه‌های اجرایی بخواهد تأمین یا توقیف کند. شخص طلبکار ممکن است پس از جستجوی زیاد فقط بتواند یک باغ متعلق به محکوم علیه را پیدا کند که از مستثنیات نبوده و قابل تأمین یا توقیف باشد. وی بابت طلب اولش و هزینه‌های اجرایی باغ را توقیف می‌کند، ولی بابت طلب دومش مالی پیدا نمی‌کند و در نتیجه، مطابق اصول او محق خواهد بود که همان باغ را که خودش توقیف اصل کرده، بابت طلب دومش و هزینه‌های اجرایی تأمین یا توقیف مازاد هم بنماید. در نتیجه، اگر او در اثبات ادعای اولش موفق نشد یا به طور کامل موفق نشد یا اینکه در مرحله فروش معلوم شد قیمت مال تأمین یا توقیف شده بیش از مقدار ارزیابی شده است، مقداری که صرف اجرای حکم در مورد طلب اول نمی‌شود یا بعد از اجرای آن باقی می‌ماند، برای وصول طلب دوم آماده استفاده خواهد بود.

در این خصوص، تردیدی نیست که تکمیل تأمین یا توقیف با تبدیل تأمین یا توقیف فرق دارد؛ برای نمونه، شخصی که ۱۰۰ میلیون طلب دارد و مالی را که ۸۰ میلیون قیمت دارد توقیف کرده است هنوز حق دارد اگر مال جدیدی غیر از مستثنیات دین از محکوم علیه پیدا کرد قسمتی از آن را که معادل بقیه طلبش و هزینه‌های اجرایی باشد توقیف کند.

۲.۲.۲. موضوع تأمین یا توقیف مازاد

موضوع تأمین یا توقیف مازاد، مال قبلاً تأمین یا توقیف شده است. البته رهن^{۴۸} هم از این نظر، آن گونه که در حقوق سایر کشورها از جمله امریکا^{۴۹} نیز معمول است، به عنوان پشتیبان دریافت طلب^{۵۰} در کنار تأمین یا توقیف قرار می‌گیرد. تردیدی نیست که رهن گرفتن نیز نوعی اقدام تأمینی است. جالب اینکه قانون‌گذار اجازه داده است مال قبلاً به رهن گرفته شده برای بار دوم به عنوان تأمین یا توقیف مازاد در اختیار گرفته شود. ممکن است

48. Mortgage

49. Brian A. Blum, op cit, p. 8

50. Lien

مال مرهون از مقوله اوراق بهادار، آن گونه که دیگران^{۵۱} هم بیان کرده‌اند، اوراق سهام باشد، در این صورت، تأمین یا توقیف مازاد اوراق یادشده نیز ممکن خواهد بود. بدیهی است این امر منافاتی با حقوق مرتهن نخواهد داشت. البته عکس این حالت از سوی ق.ا.م. پذیرفته نشده است؛ یعنی مطابق آن قانون رهن مال تأمین یا توقیف شده، به‌رغم نظری که بعضی^{۵۲} مطرح کرده‌اند، باطل و بلااثر است.

البته، هر مالی که در رهن باشد قابل تأمین یا توقیف نیست، چون آن گونه که در سایر کشورها از جمله امریکا^{۵۳} نیز معمول است، مستثنیات دین در رهن راه ندارد، ولی در توقیف باید در نظر گرفته شود. برای نمونه، ممکن است شخصی تنها خانه مسکونی خود را که اضافه بر شأن و نیاز او و افراد تحت تکفلش نیز نمی‌باشد به‌رهن یکی از طلبکارانش داده باشد، در این صورت، گرچه به دلیل قراردادی بودن ماهیت رهن، این رهن دادن صحیح است، ولی مالی که به این ترتیب در رهن قرار گرفته است به دلیل از مستثنیات دین بودن قابل تأمین یا توقیف مازاد نیست.

در این خصوص، به نظر بعضی^{۵۴}، مستثنیات دین اگر از سوی محکوم علیه جهت تأمین یا توقیف معرفی شود، حتی اگر این امر حق افراد تحت تکفل او را به‌خطر بیندازد، مجاز است. این نظر آن گونه که به‌نوعی در حقوق سایر کشورها از جمله امریکا^{۵۵} نیز مطرح شده است، صحیح به‌نظر می‌رسد چون محکوم علیه اصولاً حتی برای فروش مستثنیات دین نیاز به کسب اجازه از افراد تحت تکفل خود ندارد. ولی به‌نظر می‌رسد استثنائاً حداقل درباره به‌خطر انداختن حق افراد واجب‌النفقة او، نظیر همسر و فرزندان، نمی‌توان چنین نظر داد. بنابراین برای مثال، اگر مردی که امکان اجاره کردن خانه برای همسر و فرزندان صغیرش را ندارد اجازه تأمین یا توقیف مسکن ملکی‌اش را که از مستثنیات دین محسوب می‌شود،

۵۱. رحمت، دشتی، «بررسی آثار مترتب بر توثیق سهام در حقوق انگلستان و ایران»، فصلنامه بورس اوراق بهادار، ۳، ش ۱۰ (۱۳۸۹)، ص ۳۸.

۵۲. عباس، پهلوزاده و علی، نظری، «آثار حقوقی انتقال مال توقیف شده»، مجله حقوقی دادگستری دوره جدید، ش ۶۱ (۱۳۸۶)، ص ۱۲۶.

53. Brian A. Blum, op cit, p. 306.

۵۴. علی، مهاجری، شرح جامع قانون اجرای احکام مدنی، ج ۱، پیشین، ص ۲۱۰.

55. Mary Anne Nixon, op cit, p. 89.

بدهد، این امر می‌تواند با اعتراض آنان (همسر و فرزندان) از مشکلات اجرایی محسوب شده، در نهایت، مانع پذیرش خانه یادشده برای تأمین یا توقیف شود. بعید نیست این استثنا با شرایطی که گفته شد، قابل تسری به فروش مستثنیات دین نیز باشد.

در این خصوص، توجه داشته باشیم که گرچه عین خواسته را می‌توان تأمین یا توقیف کرد، ولی تأمین یا توقیف مازاد عین خواسته از سوی مدعی مالکیت آن موجه به نظر نمی‌رسد. منظور اینکه، آن گونه که دیگران^{۵۶} هم ابراز داشته‌اند، نمی‌شود عین خواسته شخصی را فروخت و به مصرف طلبکارانی درآورد که آن را قبل از آن طلبکار تأمین یا توقیف اصل نموده‌اند و سپس نوبت را به مدعی مالکیت عین خواسته داد. پس، آن گونه که در سایر کشورها از جمله امریکا^{۵۷} نیز معمول است، خودبه‌خود توقیف از سوی مدعی مالکیت عین خواسته^{۵۸} نسبت به تأمین و توقیف سایرین اولویت پیدا می‌کند و به این ترتیب، تأمین و توقیف سایرین به توقیف مازاد مبدل می‌شود.

۳.۲.۲. نحوه تبدیل تأمین یا توقیف مازاد به تأمین یا توقیف اصل

تأمین یا توقیف مازاد به‌طور قهری یا به‌طور ارادی ممکن است به تأمین یا توقیف اصل تبدیل شود. تبدیل به‌طور قهری وقتی خواهد بود که تمام یا قسمتی از مال موضوع تأمین یا توقیف مازاد از تأمین یا توقیف اصل یا رهن آزاد شود، اعم از اینکه این امر به دلیل عدم اثبات حقی برای تأمین‌کننده اصل یا اثبات حق به مقداری کمتر از ارزش مال تأمین‌شده بوده یا به دلیل فروخته شدن مال مورد تأمین یا توقیف‌شده به قیمتی بیش از مبلغ مورد ارزیابی در هنگام تأمین یا توقیف باشد. در این باره، به مقداری که از تأمین یا توقیف اصل رفع تأمین یا توقیف می‌شود یا از رهن آن رفع اثر می‌گردد، تأمین یا توقیف مازاد به تأمین یا توقیف اصل مبدل می‌شود. برای مثال، اگر تأمین یا توقیف یا رهن اصل شش دانگ ملکی را دربر گرفته باشد و حقی که برای تأمین یا توقیف‌کننده یا مرتهن ثابت شده چهار دانگ ملک را دربر گیرد، در صورت قرار داشتن آن دو دانگ آزادشده در تأمین یا توقیف مازاد، آن

۵۶. عباس کریمی، پیشین، ص ۲۲۷.

57. Brian A. Blum, op cit., p. 48.

58. Prejudgment replevin

تأمین یا توقیف مازاد به تأمین یا توقیف اصل مبدل می‌شود. تبدیل قهری تأمین یا توقیف مازاد به اصل مانع از تبدیل ارادی تأمین یا توقیف یادشده نخواهد شد.

تأمین یا توقیف مازاد به دو صورت به‌طور ارادی به تأمین یا توقیف اصل مبدل می‌شود؛ یکی اینکه محکوم‌لهی که تأمین یا توقیف مازاد کرده مالی آزاد پیدا کند و آن را توقیف اصل نماید. در این صورت، به‌اندازه‌ای که تأمین یا توقیف اصل می‌شود از تأمین یا توقیف مازاد رفع اثر می‌گردد. بنابراین، با تأمین یا توقیف اصل لزوماً همه تأمین یا توقیف مازاد منتفی نمی‌شود، بلکه به‌اندازه‌ای از آن منتفی می‌شود که تأمین یا توقیف اصل شده باشد. دوم اینکه تأمین یا توقیف‌کننده، مازاد رهن یا تأمین یا توقیف اصلی را که تأمین یا توقیف مازاد بر آن بنا شده است با تودیع معادل طلب مرتهن یا تأمین یا توقیف‌کننده، خسارات قانونی و حقوق دولتی را کنار زده، بابت کلیه وجوه به این ترتیب تودیع شده و طلب خود و هزینه‌های اجرایی، مال یادشده را توقیف اصل نماید. بدیهی است این حق برای کسی که تأمین یا توقیف مازاد مازاد و بالاتر از آن نموده است هم وجود دارد، ولی او باید مطالبات، خسارات و حقوق دولتی همه ایادی ماقبل خود را تودیع نماید تا قادر به توقیف اصل مال یادشده گردد.

در اینجا، شایان ذکر است که تبدیل تأمین یا توقیف مازاد به تأمین یا توقیف مازاد دیگر نیز مشمول اصول کلی مربوط به تبدیل تأمین است؛ یعنی فقط برای یک بار این امر امکان‌پذیر است و لازمه انجام آن بسته به مورد، موافقت دادگاه صادرکننده قرار تأمین یا مأمور اجرا و در صورت مورد اعتراض قرارگرفتن تصمیم مأمور اجرا، موافقت دادگاه اجراکننده حکم خواهد بود.

۴.۲.۲. حق اعتراض تأمین یا توقیف‌کننده مازاد به تأمین یا توقیف‌کننده اصل

اتفاق می‌افتد که تأمین یا توقیف‌کننده اصل مالی بیش از معادل طلب یا طلب ادعایی خود و هزینه‌های اجرایی را تأمین یا توقیف می‌کند. البته معمولاً این امر بعد از توقیف و صورت‌برداری و در مرحله ارزیابی مشخص می‌شود و از تأمین یا توقیف مقدار اضافه ممانعت به‌عمل می‌آید. ولی در هر حال، به‌محکوم‌علیه اجازه داده شده است که به تأمین یا توقیف اضافه بر ارزش خواسته یا محکوم‌به و هزینه‌های اجرایی اعتراض نماید. این اعتراض



می‌تواند باعث شود که از مال اضافه تأمین یا توقیف شده رفع تأمین یا توقیف به عمل آید. بنابراین، این حق اعتراض نه تنها به نفع محکوم علیه بلکه به نفع سایر طلبکاران، مخصوصاً محکوم له یا محکوم لهمی که تأمین یا توقیف مازاد کرده‌اند نیز خواهد بود. قانون فقط از محق بودن محکوم علیه به اعتراض به اضافه تأمین یا توقیف شدن یاد کرده است، ولی به نظر می‌رسد بقیه خواهان‌ها یا محکوم لهم نیز چنین حقی را در واقع به جانشینی از محکوم علیه داشته باشند.

دقت در مواد مربوطه قانون مدنی و اینکه تا وقتی کل بدهی پرداخت نشده است هیچ قسمتی از عین مرهونه آزاد نمی‌شود و اینکه حتی منافع متصل عین مرهونه خودبه‌خود جزء رهن حساب می‌شود، نشان می‌دهد که تعادل میان طلب و ارزش عین مرهونه ملاک نیست. بنابراین، حق اعتراض مورد بحث درباره رهن وجود ندارد پس محکوم علیه یا محکوم لهم نمی‌توانند به عدم تناسب مقدار در رهن گرفته شده با جمع طلب و هزینه‌های اجرایی اعتراض نمایند. در واقع، گرچه برخلاف تأمین یا توقیف که در آنها می‌توان طلب و منفعت را هم تأمین یا توقیف نمود، رهن دین یا منفعت باطل است؛ با این حال، رهن مزیتی دارد که تأمین یا توقیف از آن بی‌بهره‌اند و آن این است که می‌توان مالی با ارزش‌تر از مقدار طلب را در رهن گرفت.

در عمل، این امر امکاناتی را برای مرتهن فراهم می‌آورد. برای مثال، گرچه اصولاً برای دینی که بر ذمه مستقر نشده است نمی‌توان رهن گرفت، ولی بانک‌ها اضافه مالی را که به مقدار بیش از طلبشان در ازای دریافت طلب و هزینه‌های اجرایی رهن گرفته‌اند صرف دریافت خسارات، مخصوصاً خسارت تأخیر تأدیه، می‌کنند. این امر گرچه در نبود معارض می‌تواند صحیح باشد، ولی با حضور طلبکاران دیگر، مخصوصاً تأمین یا توقیف‌کننده مازاد، مانعی را پدید می‌آورد. به این صورت که مرتهن در این باره فقط می‌تواند طلب موضوع رهن (طلب موجود در زمان انعقاد رهن و تصرف عین مرهونه) را از محل عین مرهونه استیفا نماید و فعلاً نمی‌تواند طلب خود بابت خسارات را از محل اضافه ارزش عین مرهونه مطالبه کند، بلکه باید صبر کند تا تأمین یا توقیف‌کنندگان مازاد آن مال طلب خود را وصول کنند. اگر همچنان اضافه‌ای باقی ماند صرف پرداخت طلب دارندگان حق تقدم نظیر طلب

خدمه خانه یا محل کار محکوم علیه به مقدار معین خواهد شد، بعد اگر از اضافه ارزش عین مرهونه چیزی باقی ماند، همراه با سایر دارایی های باقیمانده به طور نسبی صرف پرداخت طلب طلبکاران فاقد حق تقدم خواهد شد و بانک یادشده نیز می تواند در کنار این گونه طلبکاران طلب خود بابت خسارات پیش گفته را وصول نماید.

بدیهی است توقیف اضافه ارزش مال یا توقیف مزاد درباره اموال منقول هم می تواند صادق باشد. در این باره، اگر مالی که تأمین یا توقیف می شود غیرقابل تجزیه باشد معمولاً بابت طلبی که ارزشی کمتر از ارزش کل آن مال دارد ظاهراً کل آن تأمین یا توقیف می شود ولی فقط معادل ارزش طلب و هزینه های اجرایی است که واقعاً در تأمین یا توقیف قرار می گیرد. برای مثال، تلویزیونی که ۱۰ میلیون ارزش دارد در ازای ۵ میلیون تأمین یا توقیف می شود. در این صورت، به رغم نظر بعضی^{۵۹}، مابقی ارزش مال مهبای تأمین یا توقیف اصل است و فعلاً طلبکار جدیدی که می آید نیازی به اقدام به تأمین یا توقیف مزاد ندارد.

۳.۲. تبدیل تأمین یا توقیف حقوق و مزایا به مالی دیگر

می توان تأمین یا توقیف حقوق و مزایا را هم بدون نیاز به اخذ اجازه از دادگاه یا مأمور اجرا به مالی دیگر تبدیل نمود. علت این امر آن است که در مقایسه با سایر موضوعات مورد تأمین یا توقیف که می توان گفت حالتی عرضی دارند، حقوق و مزایا حالتی طولی دارد. به عبارتی، حقوق و مزایا در طول زمان است که حاصل می شوند و به تدریج موجبات رهایی محکوم علیه از تادیقه محکوم به و هزینه های اجرایی را فراهم می آورند. همین طول کشیدن سبب می شود قانون گذار اجازه بدهد محکوم لهی که حقوق و مزایا را تأمین یا توقیف کرده است، بتواند آن را به تأمین و توقیف مال دیگری تبدیل نماید. به هر اندازه که محکوم له مال دیگری را تأمین یا توقیف اصل یا مزاد نماید به همان اندازه از طول تأمین یا توقیف حقوق و مزایا کاسته می شود. به عبارتی در سایر موضوعات این کاهش عرضی بوده، ولی در مورد حقوق و مزایا این کاهش طولی است.

قاعدتاً حقوق و مزایا یکی بیشتر نیست و این قاعده در مورد مستخدمان تمام وقت اعم از

۵۹. محمدمهدی، حکیمی تهرانی، پیشین، ص ۱۵۹.

دولتی، خصوصی یا عمومی غیردولتی با تأکید بیشتری وجود دارد. ولی چه بسا کسانی از سر نیاز یا در این دوران رکود و بیکاری از سر حرص و ولع، فرصت را از دیگران ربوده تا چندین حقوق و مزایا داشته باشند. در نتیجه، موضوع تبدیل تأمین یا توقیف حقوق و مزایا به تبدیل تأمین یا توقیف حقوق و مزایای دیگر هم مطرح می‌شود.

با این حال، تأمین یا توقیف یک حقوق و مزایا از یک محکوم علیه به معنی تأمین یا توقیف همه حقوق و مزایای او نیست. برای مثال، تأمین یا توقیف حقوق و مزایای یک استاد در یک دانشگاه به معنی تأمین یا توقیف حقوق و مزایای او در سایر دانشگاه‌ها یا مؤسسات نیست. پس کسی که حقوق و مزایای اول محکوم علیه را تأمین یا توقیف نموده، ممکن است مایل باشد که حقوق و مزایای اول را رها کرده، تأمین یا توقیف را به حقوق و مزایای دوم مبدل نماید. چنین تبدیلی از اصل کلی پیروی می‌کند و بسته به مورد، نیاز به اجازه دادگاه یا مأمور اجرا خواهد داشت. ولی این امر مورد نیاز نیست، چون محکوم له حقوق و مزایای محکوم علیه را تا حدی که با یک بار دریافت به همه محکوم به و هزینه‌های اجرایی برسد می‌تواند توقیف کند؛ مثلاً اگر مطالبات محکوم له و هزینه‌های اجرایی ۲۰ میلیون بوده و حقوق و مزایای محکوم علیه از شغل اولش ۳ میلیون در ماه و از شغل دومش ۴/۵ میلیون در ماه باشد، اصولاً از شغل اول ۱ میلیون در ماه و از شغل دوم ۱/۵ میلیون در ماه به پرداخت بدهکاری‌ها اختصاص می‌یابد و به عبارتی در کل در ماه ۲/۵ میلیون از محکوم به و هزینه‌های اجرایی دریافت می‌شود؛ پس در توقیف داشتن این دو باهم ایرادی نخواهد داشت.

بدیهی است که مازاد حقوق و مزایا را هم می‌توان تأمین یا توقیف نمود. ولی آن طور که پیش‌تر گفته شد این تأمین یا توقیف طولی خواهد بود؛ برای نمونه در مثال پیش‌گفته، محکوم له ۸ ماه طول می‌کشد تا معادل محکوم به و هزینه‌های اجرایی را از محل حقوق و مزایای محکوم علیه وصول نماید، ولی حقوق و مزایای همان ۸ ماه قابل تأمین یا توقیف مازاد نیز خواهد بود. تأمین یا توقیف حقوق و مزایای بعد از آن هشت ماه تأمین یا توقیف اصل است.

ممکن است شخصی که حقوق و مزایا را تأمین یا توقیف نموده، مال دیگری را یافته،

بخواهد آن را تأمین یا توقیف مازاد کند. در این باره به هر مقدار که نسبت به مال یادشده تأمین یا توقیف مازاد شود به همان مقدار از طول تأمین یا توقیف حقوق و مزایا کاسته می‌شود. گرچه رسیدن به طلب از طریق تأمین یا توقیف مازاد امری کاملاً احتمالی است، با این حال، قانون‌گذار اجازه نداده است که مجموع مال تأمین یا توقیف‌شده به صورت اصل و مازاد به بیش از معادل محکوم‌به و هزینه‌های اجرایی بالغ گردد. بنابراین، به‌محض اینکه مالی که تأمین یا توقیف شده به معادل کل محکوم‌به و هزینه‌های اجرایی بالغ گردد از تأمین یا توقیف حقوق و مزایا رفع اثر می‌شود.

دقت در مفاد ق.ا.ا.م. نشان می‌دهد که به‌رغم نظر بعضی^{۶۰}، مطابق ماده ۹۶ آن قانون، نه فقط حقوق و مزایای حقوق‌بگیران دولت، بلکه آن‌گونه که در سایر نقاط جهان ازجمله اروپا^{۶۱} نیز معمول است، حقوق و مزایای هر حقوق‌بگیری اعم از اینکه شاغل در بخش دولتی، خصوصی یا عمومی غیردولتی باشد، آن‌گونه که در سایر کشورها ازجمله آمریکا^{۶۲} نیز معمول است، تحت عنوان تأمین یا توقیف اموال خوانده یا محکوم‌علیه که نزد شخص ثالث است^{۶۳} مشمول مقررات مربوطه ق.ا.ا.م. قرار می‌گیرد.

۴.۲. تبدیل مال مورد ادعای شخص ثالث به مالی دیگر

مالی که از سوی محکوم‌له به‌عنوان معادل محکوم‌به (نه خود آن) توقیف شده ممکن است مورد ادعای شخص ثالثی قرار بگیرد. در این صورت، اگر شخص مدعی سندی رسمی یا حکمی قطعی متعلق به قبل از تاریخ تأمین یا توقیف مال را برای اثبات ادعای خود نشان دهد از مال یادشده رفع توقیف می‌شود. همچنین، اگر مال منقول بوده و دلایل شخص مدعی قوی باشد، با أخذ تأمین از او، از مال تأمین یا توقیف‌شده رفع تأمین یا توقیف می‌شود.

در غیر این سه مورد، با اعلام اعتراض شخص ثالث، محکوم‌له مخیر می‌شود که بدون

۶۰. علی، مهاجری، شرح جامع قانون اجرای احکام مدنی، ج ۲، پیشین، ص ۴۵.

61. W.A. Kennett, op cit, p. 167.

62. Stephen N. Subrin, and Margaret Y. K. Woo. *Litigation in America - Civil Procedure in Context*. (New York: Aspen Publishers, 2006), p. 238.

63. Garnishment

نیاز به اخذ اجازه از دادگاه یا مأمور اجرا، تأمین یا توقیف مال مورد ادعای شخص ثالث را به تأمین یا توقیف مالی دیگر تبدیل نماید. اگر امکان تبدیل وجود داشت رسیدگی به اعتراض شخص ثالث موقوف گردیده، آن‌گونه که دیگران^{۶۴} نیز ابراز نموده‌اند، ادامه نمی‌یابد. اما اگر امکان تبدیل مال یادشده به مالی دیگر وجود نداشته باشد، دادگاه لاجرم به اعتراض شخص ثالث بدون رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی و بدون دریافت هزینه دادرسی به‌طور فوق‌العاده رسیدگی می‌کند. این امکان به‌رغم استفاده‌شده‌بودن فرصت‌های تبدیل به اشکال قبلی می‌باشد.

جای تعجب است که قانون‌گذاری که این‌طور داهیانه اندازه دسترسی محکوم‌له به خدمات دایره اجرا را معین کرده است در میان موارد تبدیل، موردی را بدون اینکه حدود آن را معین کرده باشد گنجانده که می‌تواند راه‌گزینی برای محکوم‌له باشد، و آن مورد، امکان تبدیل مال تأمین یا توقیف‌شده به دلیل ادعای حق شخص ثالث است؛ ادعایی که حتی اگر متکی بر ضعیف‌ترین ادله باشد می‌تواند زمینه تمسک محکوم‌له به درخواست تبدیل مال تأمین یا توقیف‌شده را فراهم آورد. گرچه این اعتراض شخص ثالث، آن‌گونه که دیگران^{۶۵} هم مطرح کرده‌اند و به‌رغم نظر برخی^{۶۶}، یک دعواست (البته غالباً آن‌گونه که دیگران^{۶۷} هم ابراز نموده‌اند، دعوای اعتراض ثالث به مفهوم خاص نیست) و اقامه‌کننده آن ممکن است با مواردی نظیر تأمین دعوای واهی و جریمه مربوط به واهی بودن دعوا مواجه شود، ولی چون به‌محض تبدیل شدن تأمین یا توقیف به مالی دیگر رسیدگی به آن - که با پیش‌بینی چنین وضعیتی بدون هزینه دادرسی آغاز شده بوده - متوقف می‌گردد، شخص ثالث مدعی در صورت عدم پیگیری محکوم‌علیه برای دریافت خسارات ناشی از واهی بودن دعوا با هیچ زحمت و هزینه‌ای روبرو نمی‌شود. در واقع، استفاده از اعتراض شخص ثالث برای محکوم‌له

۶۴. حسن، محسنی و همایون، رضایی‌نژاد، «شکایت ثالث از عملیات اجرایی» در مقایسه با «اعتراض ثالث به رأی»، مجله حقوق خصوصی، ۸، ش ۱ (۱۳۹۰)، ص ۹۹.

۶۵. محمدرضا، حسینی، پیشین، ص ۲۰۸؛ منصور، اباذری، قانون اجرای احکام مدنی در نظم حقوقی کنونی (تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۸۶)، ص ۲۵۶.

۶۶. عبدالله، شمس، آیین دادرسی مدنی، ج ۱ (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۲)، ص ۴۳۳؛ علی، مهاجری، شرح جامع قانون اجرای احکام مدنی، ج ۲، ص ۱۹۱.

۶۷. حسن، محسنی و همایون، رضایی‌نژاد، پیشین، ص ۸۱.

به وسیله‌ای مجانی برای رهایی بخشیدن خود از مال غیرقابل‌فروشی که تأمین یا توقیف شده بوده مبدل می‌گردد. چون ظاهراً منشأ این حربه خارج از ارادهٔ محکوم‌له است، نه فقط برای یک بار بلکه به‌طور نامحدود قابل استفاده است، به‌طوری که حتی در مورد مالی که برای بار دوم مورد مزایده قرار گرفته و فروش نرفته است نیز می‌توان از آن بهره برد. دعوی مورد بحث شخص ثالث، به‌رغم نظری که بعضی^{۶۸} مطرح کرده‌اند و آن‌گونه که دیگران^{۶۹} هم نظر داده‌اند، بسته به مورد قابل تجدیدنظرخواهی و حتی با وجود دیدگاهی که برخی^{۷۰} داشته‌اند، با فراهم بودن شرایط قابل‌خواهی خواهد بود.

در این خصوص، با توجه به مناقشاتی که بعضی^{۷۱} مطرح نموده‌اند، واقعیت آن است که اعتراض فوق که به‌رغم نظر برخی^{۷۲}، به حالتی اختصاص دارد که معترض سند رسمی یا حکم قطعی به‌عنوان دلیل ارائه نکرده باشد یا تاریخ سند رسمی یا حکم قطعی ارائه‌شده او مقدم بر تاریخ توقیف نباشد، اغلب آن‌گونه که دیگران^{۷۳} هم طرح نموده‌اند، از سوی دادگاه اجراکننده حکم مورد رسیدگی قرار می‌گیرد. اگر آن دعوا به مفهوم خاص دعوی اعتراض ثالث باشد، رسیدگی به آن باید در دادگاه صادرکننده حکم مورد اعتراض انجام شود. اگر برای اجرا نیابت داده شده باشد چون طبق ق.ا.ا.م، نیابت به‌دایره اجرا داده می‌شود، نه به‌دادگاهی که اجرای تحت امر آن انجام وظیفه می‌کند، به‌رغم نظر بعضی^{۷۴}، نه دادگاهی که دایره اجرای تحت امر آن نیابت اجرایی گرفته است، بلکه دادگاه نیابت‌دهنده به اعتراض یادشده رسیدگی خواهد کرد. بدیهی است با وجود نظر برخی^{۷۵}، در صورتی که مستند شخص ثالث سند رسمی یا حکم قطعی متعلق به قبل از تاریخ توقف باشد، نیازی به تعیین تکلیف از سوی دادگاه نیست و مأمور اجرا موظف به رفع توقیف است.

۶۸. محمدرضا، حسینی، پیشین، ص ۲۰۹؛ محمدرضا، زندی، *رویه قضایی دادگاههای تجدیدنظر استان در امور مدنی (۴) تشریفات دادرسی*، (تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۸۹)، ص ۱۶۸.

۶۹. حسن، محسنی، و همایون، رضایی‌نژاد، پیشین، ص ۱۰۲.

۷۰. محمدرضا، زندی، پیشین، ص ۲۰۹.

۷۱. عبدالله، شمس، *آیین دادرسی مدنی*، ج ۱، ص ۴۳۳؛ علی، مهاجری، *شرح جامع قانون اجرای احکام مدنی*، ج ۲، ص ۱۹۲.

۷۲. علی، مهاجری، پیشین، ص ۱۹۳.

۷۳. منصور، اباذری، پیشین، ص ۲۵۶؛ و حسن، محسنی و همایون، رضایی‌نژاد، پیشین، ص ۱۰۵.

۷۴. علی، مهاجری، پیشین، ص ۱۹۵.

۷۵. محمدرضا، حسینی، پیشین، ص ۲۱۵؛ منصور، اباذری، پیشین، ص ۲۶۳.

۲.۵. تبدیل مال فروش‌نرفته به مالی دیگر

قانون‌گذار اجازه داده است که محکوم‌له برای یک بار در صورت فروش نرفتن مال تأمین یا توقیف‌شده اقدام به تبدیل آن به مالی دیگر نماید. قانوناً آن‌گونه که در سایر کشورها ازجمله یونان^{۷۶} نیز معمول است، فروش با مزایده انجام می‌شود. اگر مال تأمین یا توقیف‌شده در عرضه اول به‌فروش نرود، محکوم‌له می‌تواند به‌جای درخواست تبدیل تأمین یا توقیف، درخواست عرضه مجدد (معمولاً مزایده مجدد) نماید. ولی اگر در عرضه دوم نیز مال یادشده فروش نرفت، به‌رغم نظر بعضی^{۷۷}، دیگر نمی‌تواند تبدیل آن مال را به مالی دیگر درخواست نماید، یا باید آن مال را خودش به قیمت پایه مزایده قبول کند یا اینکه مال پیش‌گفته از توقیف آزاد شده، به محکوم‌له مسترد می‌شود. این مطلب نکته‌ای را مشخص می‌کند و آن اینکه دایره اجرا به‌طور بی‌انتهای با محکوم‌له برای تبدیل مال همکاری نمی‌کند. بنابراین، اگر بعد از مزایده اول هم محکوم‌له تبدیل مال را انتخاب کرده باشد، وقتی مال جدید به‌مزایده گذاشته‌شده فروش نمی‌رود، دیگر امکان تبدیل آن به مالی دیگر وجود نخواهد داشت. در واقع، وقتی محکوم‌له مزایده دوم را درخواست کرد در چنبره کامل مال یادشده گیر می‌افتد؛ چنانچه آن مال فروش نرفت یا باید آن را خودش بردارد یا اینکه دیگر نمی‌تواند انتظار کمک دایره اجرا برای توقیف مال و اجرای حکم را داشته باشد. آن‌چنان که دیگران^{۷۸} هم مطرح نموده‌اند، برداشتن مال در این باره از سوی محکوم‌له به قیمت پایه خواهد بود. حتی محکوم‌له در این موقعیت یا در صورت فروش نرفتن مال در مزایده اول، آن‌گونه که دیگران^{۷۹} هم مطرح کرده‌اند، نمی‌تواند انتظار داشته باشد که محکوم‌علیه مطابق قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی بازداشت گردد. بازداشت برای موردی است که محکوم‌له طلب محکوم‌بھی داشته باشد که در ازای آن نتوانسته باشد از اول مالی توقیف کند.

76. Mary Anne Nixon, op cit., p. 91; and John Vrellos, and George Scorinis. "Greece", In *Enforement of Judgments, Awards & Deeds in Commercial Matters*, by Carel J.H. van Lynden, 127-145. (London: European Lawyer Reference, 2013). p. 142.

۷۷. علی، مهاجری، پیشین، ص ۱۳۶.

۷۸. همان، ص ۱۳۵.

۷۹. محمدرضا، حسینی، پیشین، ص ۱۹۳.

نتیجه

این تحقیق تحلیلی نشان داد که در اجرای احکام مدنی اصل بر تبدیل ناپذیری مال تأمین یا توقیف شده به مالی دیگر است. اینکه قانون گذار استثنای این اصل را با دقت فراوان و به طور محصور بیان کرده نیز از دلایل وجود این اصل مهم است. در واقع، این اصل نتیجه اصل عقلی و قانونی لزوم استیفای محکوم به از مال تأمین یا توقیف شده است. بنابراین، فقط در موارد استثنایی و حصری تحلیل شده در متن و اغلب فقط برای یک بار می توان مال تأمین یا توقیف شده (اصل یا مازاد) را با کسب اجازه از دادگاه یا مأمور اجرا یا به اختیار به مالی دیگر تبدیل نمود. تبدیل خودبه خود هم فقط درباره تبدیل توقیف مازاد به اصل ممکن است؛ اعم از اینکه توقیف مازاد بر تأمین یا توقیف اصل قرار گرفته باشد یا بر رهن اصل. درباره رهن، مشروط بر اینکه عین مرهونه از مستثنیات دین نباشد یا از مستثنیات دین بوده، ولی اختیاراً به توقیف دادن آن مورد اعتراض همسر یا فرزند خوانده یا محکوم علیه نباشد. البته رهن مازاد قانوناً ممکن نیست.

نباید توقیف مازاد را با توقیف اصل یا توقیف مازاد را با توقیف مازاد اشتباه گرفت. البته به عنوان پیشنهاد به شرح گفته شده در متن، یک مورد باید به موارد قابل تبدیل اضافه شود و آن امکان تبدیل تأمین یا توقیف معادل به تأمین یا توقیف اصل (نه مازاد) عین خواسته است. در این باره به طور کلی، فرقی میان توقیف طولی و عرضی و نیز توقیف تأمینی و اجرایی نیست و در توقیف تأمینی هم به شرح گفته شده در متن، به طور کلی فرقی میان تأمین خواسته، دستور موقت و تأمین دعوای واهی نخواهد بود. عدم امکان تأمین یا توقیف طولی یا عرضی مالی بیش از معادل خواسته یا محکوم به راه را به طور کامل بر تخطی از اصل مورد بحث می بندد. البته، این نکته به معنای عدم امکان تکمیل توقیف با توقیف های جدید طولی یا عرضی نیست. این امکان به دلایلی برای مرتبه نیز با مانع همراه است، چون مصرف عین مرهونه از سوی مرتبه برای وصول طلبی که در زمان توقیف مازاد آن عین هنوز مستقر نشده بود اشکال حقوقی دارد.

امکان تبدیل مکرر مال تأمین یا توقیف شده به مالی دیگر به دلیل ادعای ثالث راه گریز غیر قابل قبولی را از اصل مورد بحث برای محکوم له فراهم آورده است؛ این در حالی است که دایره اجرا به طور نامحدود و بی انتها با محکوم له برای تبدیل مال تأمین یا توقیف شده یا وصول محکوم به همکاری نمی کند.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

– کتاب‌ها

۱. اباذری، منصور، *قانون اجرای احکام مدنی در نظم حقوقی کنونی*، (تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۸۶).
۲. احمدی، نعمت، *آیین دادرسی مدنی*، (تهران: اطلس، ۱۳۷۱).
۳. ادریسیان، محمدرضا، *دستور موقت*، (تهران: انتشارات ققنوس، ۱۳۸۰).
۴. باختر، سید احمد و رئیسی، مسعود، *بایسته‌های اجرای احکام مدنی (علمی-کاربردی)*، ج ۱، (تهران: انتشارات خط سوم، ۱۳۸۵).
۵. بهشتی، محمدجواد، مردانی، نادر، *آیین دادرسی مدنی*، ج ۲، (تهران: میزان، ۱۳۸۵).
۶. حسینی، محمدرضا، *قانون اجرای احکام مدنی در رویه قضایی*، (تهران: نگاه بینه، ۱۳۸۳).
۷. زندی، محمدرضا، *رویه قضایی دادگاههای تجدیدنظر استان در امور مدنی (۴) تشریفات دادرسی*، (تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۸۹).
۸. سریر، فرزانه، *آیین دادرسی مدنی*، (تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۶).
۹. سمایی، عبدالله، *شرحی بر آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب (در امور مدنی)*، (تهران: انتشارات بهنام، ۱۳۷۹).
۱۰. شمس، عبدالله، *آیین دادرسی مدنی*، ج ۳، (تهران: انتشارات دراک، ۱۳۸۶).
۱۱. شمس، عبدالله، *آیین دادرسی مدنی*، ج ۱، (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۲).
۱۲. صدرزاده افشار، محسن، *آیین دادرسی مدنی و بازرگانی*، (تهران: ماجد، ۱۳۷۹).
۱۳. قلی‌زاده، احد، *آیین دادرسی مدنی دادگاههای عمومی و انقلاب (۳)*، (اصفهان: انتشارات دانشگاه اصفهان، ۱۳۸۱).
۱۴. کریمی، عباس، *آیین دادرسی مدنی*، (تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۶).

۱۵. مدنی، جلال‌الدین، *آیین دادرسی مدنی - اجرای احکام*، (تهران: گنج دانش، ۱۳۶۹).
۱۶. مدنی، جلال‌الدین، *آیین دادرسی مدنی*، ج ۲، (تهران: انتشارات دانشگاه ملی ایران، ۱۳۵۷).
۱۷. مهاجری، علی، *شرح جامع قانون اجرای احکام مدنی*، ج ۱، (تهران: انتشارات فکرسازان، ۱۳۸۳).
۱۸. مهاجری، علی، *شرح جامع قانون اجرای احکام مدنی*، ج ۲، (تهران: انتشارات فکرسازان، ۱۳۸۴).
۱۹. مهاجری، علی، *شرح قانون آیین دادرسی مدنی دادگاههای عمومی و انقلاب*، ج ۱، (تهران: گنج دانش، ۱۳۷۹).
۲۰. نوکنده‌ای، عزیز، *تفسیر قضایی آیین دادرسی مدنی ایران*، (تهران: دانش نگار، ۱۳۸۰).

- مقالات

۲۱. پهلوزاده، عباس و نظری، علی، «آثار حقوقی انتقال مال توقیف شده»، *مجله حقوقی دادگستری دوره جدید*، ش ۶۱ (۱۳۸۶).
۲۲. حکیمی تهرانی، محمدمهدی، «بررسی شرایط، احکام و آثار توقیف اموال غیرمنقول»، *معرفت حقوقی ۱*، ش ۱ (۱۳۹۰).
۲۳. دریایی، رضا و نوروزی محمد، «بررسی تطبیقی نظام دستور موقت در حقوق مالکیت صنعتی ایران و موافقتنامه تریپس»، *پژوهشهای حقوق تطبیقی ۱۶*، ش ۱ (۱۳۹۱).
۲۴. دشتی، رحمت، «بررسی آثار مترتب بر توثیق سهام در حقوق انگلستان و ایران»، *فصلنامه بورس اوراق بهادار ۳*، ش ۱۰ (۱۳۸۹).
۲۵. قلی‌زاده، احد، «تحلیل حقوقی تأمین دعوای واهی در امور حسبی»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی ۴۶*، ش ۲ (۱۳۹۵).
۲۶. محسنی، حسن و رضایی‌نژاد، همایون، «شکایت ثالث از عملیات اجرایی» در مقایسه با «اعتراض ثالث به رای»، *مجله حقوق خصوصی ۸*، ش ۱ (۱۳۹۰).

ب) انگلیسی

- Books

27. Akhlaghi, Behruz, "Iran", In *International Enforcement of Foreign Judgments*, by Paul Hopkins, 229-239. (New York: Yorkhill Law Publishing, 2005).
28. Blum, Brian A, *Bankruptcy and Debtor/Creditor*. (New York: Aspen Publishers, 2006).
29. Brindle, Pilar and Antonio Bravo, "Spain", In *International Enforcement of Foreign Judgments*, by Paul Hopkins, 329-350. (New York: Yorkhill Law Publishing, 2005).
30. Holloway, Patrick and Bradley Edas Webber Wentzel, "South Africa", In *Enforcement of Judgments, Awards & Deeds in Commercial Matters*, by Carel J.H. van Lynden, 271-289, (London: Europe Lawyer Reference, 2013).
31. Hopkins, Paul, "England and Wales" In *International Enforcement of Foreign Judgments*, by Paul Hopkins, 152-176, (New York: Yorkhill Law Publishing, 2006).
32. Kennett, W.A, *Enforcement of Judgments in Europe*. (New York: Oxford University Press, 2000).
33. Nixon, Mary Anne, *On your own North Carolina small claims court - A debt collection guide for North Carolina businesses*. (North Carolina: Upublish.com, (1998).
34. Osborne, Craig, *Civil Litigation*, (New York: Oxford University Press, 2008).
35. Sherman, Tawni J, "Superseding and Staying Judgments in Utah" In *Superseding and Staying Judgments - A National compendium*, by Roger D. Townsend, 491-497, (Chicago: ABA Publishing, 2007).
36. Subrin, Stephen N., and Margaret Y. K, *Litigation in America - Civil Procedure in Context*, (New York: Aspen Publishers, 2006).
37. Vrellos, John, and George Scorinis, "Greece", In *Enforcement of Judgments, Awards & Deeds in Commercial Matters*, by Carel J.H. van Lynden, 127-145, (London: European Lawyer Reference, 2013).

صلاحیت ترافعی دیوان عدالت اداری؛ بازخوانی اصل ۱۷۳

تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۹/۱۲/۱۸

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۳/۲۳

آیت مولائی^۱

چکیده

دیوان عدالت اداری مهم‌ترین مرجع قضایی است که در سال ۱۳۶۰ در راستای اهداف عالی اصل ۱۷۳ قانون اساسی به وجود آمد. یکی از چالش‌هایی که از همان آغاز گریبان‌گیر دیوان بوده، مسئله «صلاحیت ترافعی» این مرجع است. به نحوی که تا امروز جدال پیرامون این موضوع میان حقوق‌دانان ادامه داشته است. با درک چنین اهمیتی، نگارنده نوشتار حاضر با استفاده از روش تحقیق توصیفی-تحلیلی، پیرامون صلاحیت ترافعی دیوان عدالت اداری در مورد دعاوی علیه اداره بحث کرده است. بنابراین در پاسخ به چنین امکانی این چنین نتیجه‌گیری شده است؛ اولاً منظومه قوه قضائیه نیازمند بازخوانی مفهوم اصل تناظری بودن دادرسی در خصوص دیوان عدالت اداری است. ثانیاً با در نظر گرفتن فلسفه وجودی مرجع یادشده باید بازخوانی دوباره‌ای از ظرفیت‌های قانون دیوان عدالت اداری ارائه گردد. ثالثاً معیار «ترافعی بودن» از اساس معیار درستی برای تعیین مرزهای صلاحیتی دیوان عدالت اداری نبوده و نیازمند معیار جدیدی است.

واژگان کلیدی: دوگانگی در صلاحیت، دیوان عدالت اداری، صلاحیت ترافعی، فلسفه وجودی دادرسی اداری.

مقدمه

قوة قضائیه بر اساس رسالتی که قانون‌گذار اساسی در فصل یازدهم برعهده‌اش گذاشته است: «...پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و مسئول تحقق بخشیدن به عدالت...» (موضوع اصل ۱۵۶) معرفی شده است. در این راستا، فرض می‌شود این مرجع از طریق ارگان‌های مختلف قضایی و شبه‌قضایی در پی انجام این رسالت خطیر است. ازجمله سازمان‌های قضایی پشتیبان حقوق شهروندان و مسئول تحقق بخشیدن به عدالت، «دیوان عدالت اداری» است که در چارچوب اصل ۱۷۳ واجد صلاحیت‌هایی در این خصوص است تا اشخاص در صورت تراحم منفعت با «دولت» نسبت به «اعمال، تصمیمات و اقدامات» آنها، اعم از قراردادی یا غیر قراردادی، «تظلم‌خواهی، شکایت و اعتراض» کنند. چنین وضعیتی گویای اهمیت جایگاه این مرجع در منظومه قوه قضائیه است؛ گو اینکه چنین فرض شده است «دادرسی اداری» بر قامت دیوان عدالت اداری دوخته شده است. از اینجاست که فرض «صلاحیت ترافیعی» دیوان یادشده تقویت می‌گردد، درغیر این‌صورت، چالش‌های زیادی پیش روی دادرسی اداری در ایران خواهد بود؛ آن‌سان که امروزه با موضوعاتی همچون «مسئولیت مدنی دولت» و «قراردادهای بخش عمومی» مواجه هستیم و اشخاص ناگزیرند برای موضوعی که از بنیان واحدی برخوردار است به دو مرجع دیوان عدالت اداری و دادگاه‌های دادگستری مراجعه کنند. ریشه اصلی چنین معضلی را باید در تفسیری دانست که دیوان را به‌عنوان مرجع «غیرترافیعی» فرض می‌کند و به‌نظر می‌رسد اگر بتوان فرض صلاحیت ترافیعی دیوان را اثبات کرد، در این صورت، موانع نظری چنین صلاحیتی برطرف خواهد شد. بدیهی است که وضعیت کنونی تا چه اندازه بر حقوق شهروندی تأثیر منفی دارد، چراکه طرف زیان‌دیده برای رسیدن به حق قراردادی یا قهری‌اش، متحمل زمان زیاد، هزینه اضافی و... می‌شود.

نویسنده در نوشتار حاضر در راستای برون‌رفت از مشکلات و ایرادات فعلی در صدد امکان‌سنجی حقوقی وحدت مرجع قضایی صالح برای رسیدگی به دعاوی ترافیعی در ساحت حقوق اداری است. بر این اساس، پرسش اصلی از این قرار است: در ساحت دادرسی اداری، چالش‌های حقوقی صلاحیت ترافیعی دیوان عدالت اداری در رسیدگی به دعاوی، چیست؟

هرچند راجع به اصل تناظر یا ترافیعی بودن دادرسی نوشته‌های مختلفی وجود دارد، اما در حوزه حقوق اداری، جدیدترین نوشته مستقل مقاله «اصل تناظر در دادرسی اداری با تأکید بر دادرسی دیوان عدالت اداری»^۲ است که البته این نوشته با هم‌پوشان فرض کردن حوزه‌های دو اصل تناظر و استماع، در واقع به تبیین جایگاه اصل استماع در دادرسی اداری پرداخته و پاسخ درخوری به پرسش نوشتار پیش‌رو داده نشده است. همچنین در نوشته دیگری با عنوان «دادرسی تناظری در ابطال آیین‌نامه‌های دولتی خلاف قانون»^۳ در چارچوب قانون سال ۱۳۸۵ به بحث گذاشته شده که البته در نوشتار حاضر به بررسی قانون سال ۱۳۹۲ با تکیه بر مفهوم کلی صلاحیت ترافیعی دیوان پرداخته شده است. لذا در پاسخ به پرسش تحقیق، با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی، نخست، مفهوم صلاحیت ترافیعی مطرح می‌شود. سپس فلسفه وجودی دیوان عدالت اداری و اقتضائات رسیدگی ترافیعی از سوی این مرجع به بحث گذاشته می‌شود. دوم، اسباب و ظرفیت‌های قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری (از این پس، «قانون دیوان عدالت اداری») تبیین و تحلیل می‌گردد. در پایان به موانع و چالش‌های پیش‌روی دادرسی ترافیعی دیوان عدالت اشاره می‌شود.

۱. مفهوم‌شناسی دادرسی ترافیعی

در نظام‌های مختلف حقوقی روش‌های گوناگونی برای نظارت قضایی بر اداره وجود دارد.^۴ در این میان، مفهوم دادرسی ترافیعی در الگوشناسی نظام‌ها می‌تواند کاربرد داشته باشد. شناختن مفهوم دادرسی ترافیعی را می‌توان مقدمه‌ای برای ورود به مبحث صلاحیت ترافیعی دیوان عدالت اداری دانست.

۲. سیروس، حیدری، «اصل تناظر در دادرسی اداری با تأکید بر دادرسی دیوان عدالت اداری»، فصلنامه مطالعات حقوقی، دوره ۹، ش ۲ (۱۳۹۶)، صص ۸۳-۱۱۵.

۳. جواد، حسین‌زاده، «دادرسی تناظری در ابطال آیین‌نامه‌های دولتی خلاف قانون»، فصلنامه مدرس علوم انسانی، دوره ۱۱، ش ۴ (۱۳۸۶)، صص ۸۳-۱۰۳.

۴. ر.ک. مسلم، آقای طوق و حسن، لطفی، حقوق اداری ۱، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸)، صص ۲۷۶-۲۸۰.

۱.۱. معنایابی

یکی از شیوه‌های فهم یک موضوع، تعریف آن به ضدّ خود است؛ بنابراین، در مباحث مربوط به تشریفات و روش رسیدگی، «دعوی ترافعی» را می‌توان در برابر «دعوی غیرترافعی» شناخت.

الف) دعوی غیرترافعی. در اینجا دعوا با اعلام یا درخواست یک طرف مورد رسیدگی قرار گرفته، تعیین تکلیف می‌شود، بدون اینکه رسیدگی موقوف به وقوع اختلاف و مناقشه‌ای باشد. در حوزه دعوی غیرترافعی اداری، قاضی به مثابه یک مدیر ارشد قواعد را از جهت نقض قانون مورد بررسی قرار می‌دهد^۵؛ بنابراین در دعوی غیرترافعی، قاضی می‌تواند پیرامون قضیه تحقیقات لازم را انجام داده، ادله مربوطه را تحصیل نماید^۶.

ب) دعوی ترافعی. «ترافع» از دیدگاه ادبی به معنای اختلاف نزد داور بردن است. در لغت‌نامه دهخدا به معنای «باهم عرض کردن چیزی را پیش قاضی، رجوع مدعی و مدعی علیه به قاضی مرضی‌الطرفین و مقابله نمودن» آمده است^۷. در فرهنگ فارسی عمید به معنی «باهم مرافعه پیش قاضی بردن» و در فرهنگ فارسی معین در معنای «باهم به پیش قاضی رفتن» به کار رفته است. برخی به جای واژه «ترافع» از «تناظر» استفاده کرده‌اند. در فرهنگ معین، تناظر در معنای «به یکدیگر نگرستن، باهم بحث و گفتگو کردن» آمده است^۸. در فرهنگ عمید نیز به معنای «به هم نگرستن، باهم در امری گفتگو و جدال کردن» به کار رفته است. در اصطلاح حقوق، منظور از دعوی ترافعی، دعوی است که دو طرف داشته باشد؛ به این معنا که یکی از طرفین به عنوان «شاکی / خواهان» به ادعای داشتن حقی برعهده دیگری، «علیه / طرفیت» وی به عنوان «متشاکی / خوانده» اقامه دعوا نموده، اجبار «مشتکی عنه / خوانده» را از دادگاه دال بر ادای حق می‌نماید. لذا اختلاف دو طرف دعوا در اثبات و انکار حق، صفت مشخصه یک دعوی ترافعی به حساب می‌آید^۹. به

۵. سید مجتبی، واعظی، گفتارهایی در حقوق اداری، (تهران: نشر مجد، ۱۳۹۶)، ص ۲۹.

۶. ر.ک. محمد، امامی؛ مجتبی واعظی؛ مهستی سلیمانی، ضوابط دعوی قابل طرح در دیوان عدالت اداری، (تهران: بنیاد حقوقی

میزان، ۱۳۹۱)، ص ۵۰.

۷. علی اکبر، دهخدا، لغت‌نامه دهخدا، ج ۴، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چ ۱ از دوره جدید، ۱۳۷۲)، ص ۱۳۸.

۸. محمد، معین، فرهنگ فارسی، ج ۱، (تهران: انتشارات امیرکبیر، چ ۴، ۱۳۶۰)، ص ۱۱۴۶.

۹. سید نصرالله، صدرالحفاظی، نظارت قضائی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری، (تهران: نشر شهریار، چ ۱، ۱۳۷۲)، ص ۱۶۵.

بیان دیگر، در دعوای ترافیعی قاضی دادگاه نقش یک داور بی طرف را داشته، به دنبال تحصیل ادله نیست و طرفین حق دسترسی به اسناد و مدارک پرونده را دارند. در اینجا اگر خواهان از دعوای دست بکشد دعوای مختومه می گردد.^{۱۰} مشاهده می شود اصل یادشده به معنای اعطای فرصت و امکانات لازم به هر کدام از طرفین دعوایست تا بتوانند ادعاهای خود را مطرح، و ادله مثبت آن ادعاها را ارائه کنند. همچنین این امکان و فرصت را داشته باشند که ادعاها و ادله طرف مقابل خود را شنیده، آنها را مورد مناقشه قرار داده، در برابر آن ادعاها و ادله از خود دفاع نمایند.^{۱۱} لذا مشاهده می شود این اصل با «اصل برابری سلاحها» پیوند نزدیکی پیدا کرده، به لحاظ کارکرد درهم می آمیزند.

اصل ترافیعی بودن در نگاه نخست در متون انگلیسی معادل «Adversarial Principle» آمده است^{۱۲}؛ با این حال، عبارتهای دیگری نیز در این خصوص استفاده می شود.^{۱۳} این وضعیت در میان نویسندگان ایرانی نیز وجود دارد^{۱۴}؛ از جمله آن، به کارگیری «تناظر» است. ظاهراً عبدالله شمس، نخستین بار «تناظر» را ترجمه «منقح» واژه فرانسوی «contradiction» دانسته و کلمه «ترافع» را معادل واژه «contentieux» تلقی کرده

۱۰. امامی و همکاران، پیشین، صص ۴۹-۵۰؛ آیت، مولائی و حسن، لطفی، «تحلیل انتقادی نحوه اثبات ارکان مسئولیت مدنی اداره در چارچوب ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری»، فصلنامه مطالعات حقوقی، دوره ۱۰، ش ۴ (۱۳۹۷)، صص ۲۰۴-۲۰۵.

۱۱. عبدالله شمس، آیین دادرسی مدنی، ج ۱، (تهران: نشر میزان، چ ۲، ۱۳۸۱)، صص ۶۲-۶۳؛ حیدری، پیشین، ص ۸۵.

12. See: JA, Jolowicz, "Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure", International and Comparative Law Quarterly, Vol. 52, Issue 2, (2003), p. 283 and Christopher, Kuner, "Legal Obstacles to ADR in European Business-to-Consumer Electronic Commerce", Brussels, Morrison & Foerster LLP, (2000), p. 5. Available at: <http://www.kuner.com/data/pay/adr.html>. Last Visited: 6/10/2020.

۱۳. ر.ک. حیدری، پیشین، ص ۸۵.

۱۴. متین دفتری واژه «Contradiction» را به ترافع (ترافیعی) ترجمه کرده است (ر.ک. احمد، متین دفتری، آیین دادرسی مدنی، (تهران: نشر مجد، ۱۳۸۱)، ص ۴۰۲. این ترجمه در آثار برخی دیگر از استادان هم به کار رفته است. (برای مثال، ر.ک. محمد، آشوری، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، (تهران: انتشارات سمت، چ ۳، ۱۳۷۶)، ص ۲۰؛ سید محسن، صدرزاده افشار، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، سه جلدی، (تهران: انتشارات جهاد دانشگاهی، چ ۴، ۱۳۷۶)، ص ۱۷۹؛ آخوندی معادل واژه یادشده را «تدافعی» انتخاب کرده است (ر.ک. محمود، آخوندی، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، (تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چ ۵، ۱۳۷۲)، ص ۶۸۰؛ عبدالله شمس با در نظر گرفتن اینکه تناظر در فرهنگ فارسی معین به معنای «باهم بحث و مجادله کردن» آمده است، واژه یادشده را به «تناظر» ترجمه کرده است (ر.ک. شمس، پیشین، صص ۵۹-۸۶). یآوری آن را به «تقابل» ترجمه کرده است (ر.ک. اسدالله، یآوری، «حق برخورداری از دادرسی منصفانه و آیین دادرسی نوین»، نشریه حقوق اساسی، سال دوم، ش ۲، (۱۳۸۳)، ص ۲۸۰). در نوشته دیگری، به «تعارضی بودن» ترجمه شده است (ر.ک. عبدالرسول، دیانی، ادله اثبات دعوا در امور مدنی و کیفری، (تهران: انتشارات تدریس، ۱۳۸۶)، ص ۲۴۸.

است^{۱۵}؛ با این حال، در آرای دیوان از واژه «ترافی» استفاده می‌شود و لذا در این نوشته نیز این عبارت به کار می‌رود. امروزه مقوله ترافی بودن دادرسی به مثابه یک اصل حقوقی بنیادین مطرح است و در خصوص اصول دادرسی منصفانه به کار برده می‌شود؛ به نحوی که چنان که می‌گویند، عدالت قضایی به میزان زیادی به رعایت آن بستگی دارد.

گفته می‌شود دعوا در معنای حقوقی‌اش در دادگاه، همواره از برخورد ادعاها به وجود می‌آید. هر دعوایی به طرف نتیجه‌ای سوق داده می‌شود که «موضوع دعوا» نام دارد. مدعی، به مفهوم عام، به منظور کسب نتیجه مطلوب اساساً باید مبنایی را حسب مورد برای دعوا یا دفاع خود اعلام و معرفی نماید که «سبب» دعوا یا دفاع گفته می‌شود. در اثبات موضوع و سبب یادشده، مدعی اصولاً مطالبی را اظهار می‌دارد و به ادله‌ای تمسک می‌جوید تا ماهیت (ادله اثبات دعوا) یا عندالاقضاء، حکم (ادله اثبات احکام) را ثابت نماید. وظیفه قاضی است که در تمام مواردی که اختلافی را فصل می‌کند، حق را از باطل تشخیص داده، اقدام به صدور رأی نماید. رأی دادگاه به همان نسبت که به «حق» نزدیک می‌شود به همان میزان نیز به طبیعت انسانی و عدالت نزدیک خواهد شد. برای رسیدن به چنین نتیجه‌ای، لازم است دادرسی از ادعاها، ادله و استدلال‌های طرفین متخاصم مطلع شود و این امر مستلزم آن است که طرفین نزاع و اختلاف در موقعیتی قرار گیرند که فرصت و امکان طرح آزادانه ادعاها، ادله و استدلال‌های خود را داشته باشند و از ادعاها، ادله و استدلال‌های رقیب مطلع شده تا بتوانند آنها را آزادانه مورد مناقشه قرار دهند. به این اعتبار، قضاوت، انتخاب نمودن بین ادعاهای متعارض است و این وظیفه در صورتی می‌تواند به شکل مطلوب انجام شود که قاضی از ادعاها و ادله صاحبان آن که در شرایط متوازن به او تسلیم نموده‌اند به طور کامل آگاه شود. این همان چیزی است که در حقوق عمومی و حقوق خصوصی فرانسه به «Principe de contradiction» یا «principe du contradictoire» معروف است. اگرچه در حقوق خصوصی فرض آن است که قاضی باید حکم خود را منحصراً بر پایه ماهیاتی استوار نماید که به شرح یادشده، اصحاب دعوا متناظراً مطرح نموده باشند^{۱۶}. اما در

۱۵. شمس، پیشین، ص ۵۹.

۱۶. شمس، پیشین، صص ۶۲-۶۳.

حقوق عمومی، پذیرش چنین فرضی سخت چالش‌انگیز است؛ چراکه نظر به ماهیت حقوق اداری، در همه دعاوی نمی‌توان چنین نگاهی را به همه پرونده‌های این دانش حقوقی داشت.

۲.۱. مرز اصل ترافعی بودن با سایر اصول نزدیک

با توضیحاتی که در بالا راجع به معنای اصل ترافعی بودن داده شد، راحت‌تر می‌توان مرزهای این اصل را با سایر اصول احتمالاً هم‌پوشان شناسایی کرد. این اصل هرچند با اصولی همچون «حق دفاع» هم‌پوشانی دارد، اما در ساحت حقوق اداری، مهم‌ترین اصول هم‌پوشان با این اصل، مفهوم «حق بر استماع» است. علی‌رغم نزدیکی زیاد این دو اصل، باید گفت که گرانیگاه اصل تناظر بر «برابری سلاح‌ها» است و در مقابل آن، گرانیگاه استماع بر «ضرورت شنیده شدن پیش از اتخاذ تصمیم یا عمل یا اقدام» است. با وجود این در مقاله‌ای، مرز این دو مفهوم یکسان فرض گردیده و این‌همانی میان این دو اصل ایجاد شده است.^{۱۷} در واقع، هرچند اصل استماع از حیث معنا و کارکرد واجد هم‌پوشانی زیاد با اصل تناظر (ترافعی بودن) است، اما نباید این دو را یکسان فرض کرد؛ چراکه اصل اخیر از جهت غایت، کارکرد و قلمرو فراتر از استماع است. هرچند استماع در قوانین دیوان، به‌عنوان یک «حق» شناسایی نشده است، اما حتی اگر شناسایی شده بود، بازهم نمی‌توانستیم با تکیه بر چنین پذیرشی، به فرض شناسایی اصل تناظر (ترافع) در دیوان برسیم. با این حال، نمی‌توان به تأثیر و تأثر این دو بر همدیگر بی‌توجه بود و چنین می‌نماید که اصل استماع می‌تواند «ریل‌گذار» اصل تناظر در دیوان باشد.

۳.۱. درآمدی بر دادرسی ترافعی در حقوق ایران

گفته شده است که در حقوق ایران باستان این مفهوم به‌نوعی مورد توجه بوده و بعد از اسلام نیز در فقه امامیه مورد قبول واقع شده است؛ ازجمله اینکه با ذکر حدیثی از امام محمدباقر (ع) گفته شده این اصل در فقه امامیه مورد پذیرش بوده است. حضرت فرموده است: «إذا تقاضی الیک رجلاً فلا تقض للاول حتی تسمع من الآخر...»؛ به این معنا که

۱۷. رک. حیدری، پیشین، صص ۸۳-۱۱۶.

«هر گاه دو نفر برای قضاوت به شما مراجعه نمودند تا دفاع دیگری را نشنیده‌اید به نفع اولی قضاوت (حکم) نکنید»^{۱۸}. علی‌رغم چنین سنت تاریخی، در هیچ‌کدام از اسناد مهم مربوط به آیین دادرسی، یعنی قانون محاکمات حقوقی مصوب ۱۳۲۹ ق، قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ و قانون آیین دادرسی در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ به این اصل تصریح نشده است.^{۱۹} هرچند از نظر بعضی با تکیه برخی اصول همچون «عدالت» و «برابری» که در اصول مختلف قانون اساسی به‌طور تلویحی به «حق دفاع» پرداخته‌اند می‌توان ریشه‌های اصل تناظر را استخراج کرد.^{۲۰}

با توجه به منطق، مبنا و منشأ حاکم بر اصل تناظر، به‌نظر می‌رسد گستره این اصل محدود به مراجع حقوقی و قضایی نبوده، بلکه قلمرو آن به حوزه مراجع شبه‌قضایی، اداری و انتظامی نیز قابل تسری است. به این اعتبار، اصل بر این است که گستره اصل تناظر «عام» است، مگر اینکه نص صریح قانونی خاصی دال بر ممنوعیت آن وجود داشته باشد؛ چراکه این مقوله به‌مثابه اصل کلی حقوقی مطرح است. لذا در مقام شک باید به اصل بازگشت. بر این مبنا، گستره شمول اصل، به یک اعتبار، هم طولی است و هم عرضی، هم افقی است و هم عمودی، هم درون‌سازمانی است و هم برون‌سازمانی؛ چراکه اصل تناظر در محاکم دادگستری «فاقد خصوصیت» است و هر مرجعی که به فصل خصومت می‌پردازد در مسیر «عدالت» و رزی، ناگزیر از توجه به این اصل است. لذا به همان دلیلی که باید در این‌گونه محاکم به مورد اجرا گذاشته شود نیز باید در سایر مراجع قضایی همچون دیوان عدالت اداری مورد اهتمام مقامات و کارگزاران باشد.^{۲۱} با این حال، در منظومه قوه قضائیه باور غالب این بوده است که محاکم دادگستری واجد صلاحیت ذاتی رسیدگی به پرونده‌های ترافعی هستند. هیئت عمومی دیوان عالی کشور به چنین نگاهی لباس الزام‌آوری پوشانده و در رأی وحدت رویه شماره ۴۷ به تاریخ ۱۷ دی ۱۳۶۳ به این موضوع تصریح کرده و چنین

۱۸. سید مصطفی، محقق داماد، قواعد فقه (۳)، (تهران: انتشارات علوم اسلامی، ج ۱، ۱۳۷۷)، صص ۲۳۶-۲۳۷.

۱۹. شمس، پیشین، ص ۶۷.

۲۰. حیدری، پیشین، ص ۸۹.

۲۱. برای دیدن نظر موافق، ر.ک. شمس، پیشین، ص ۶۸ و عبدالله، شمس، ۱۳۸۱، آیین دادرسی مدنی، ج ۱، (تهران: نشر میزان)، چ ۲، (۱۳۸۱)، شماره‌های ۱۹، ۸۰ تا ۱۰۳، ۱۵۲ تا ۱۵۴، ۲۰۰ و ۲۰۷؛ حیدری، پیشین، ص ۱۲۲.



مقرر داشته است: «راجع به مرجعیت عام دادگستری در اصل یکصد و پنجاه و نهم... مقرر شده که مرجع رسمی تظلمات و شکایات دادگستری است و در مورد صلاحیت دادگاهها در رسیدگی به دعاوی مدنی، ماده ۱ قانون آیین دادرسی مدنی مصرح است به اینکه رسیدگی به کلیه دعاوی مدنی راجع به دادگاههای دادگستری است مگر در مواردی که قانون مرجع دیگری معین کرده است و اما موضوع بحث در پروندههای مطروحه تشخیص مرجع رسیدگی نسبت به اعتراض و شکایت از تصمیم کمیسیون اداری پنج نفری... به عنوان نقض قوانین بوده که این نحوه شکایت از انواع دعاوی و امور ترافیعی محسوب نمی شود تا نیاز به رسیدگی و قطع و فصل در مراجع قضائی دادگستری داشته باشد بلکه از جمله مواردی است که رسیدگی و اظهارنظر نسبت به آن بر طبق ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری در حدود صلاحیت آن دیوان تعیین شده است فلذا این گونه شکایات باید به آن مرجع تسلیم گردد...». این دیدگاه، در آرای بعدی دیوان عدالت اداری تکرار شده است. بنابراین، از نگاه دیوان عالی کشور و دیوان عدالت اداری، نهاد اخیر مرجعی غیرترافیعی فرض شده است. ناگفته پیداست که چنین دیدگاهی فضا را برای تقلیل جایگاه مرجع اخیر در منظومه قوه قضائیه فراهم ساخته است. بنابراین در ادامه در جهت مقابله با چنین دیدگاهی، تلاش می شود موجهات نقض چنین نگاهی ارائه گردد.

۲. فلسفه وجودی دیوان عدالت اداری و اقتضائات دادرسی ترافیعی

با توضیحات بالا در خصوص مفهوم دادرسی ترافیعی (تناظری) و با وجود رویه جاری در منظومه قوه قضائیه، باید گفت دیوان عدالت اداری مقتضی دادرسی ترافیعی است، در غیر این صورت، کارکرد و کارویژه «قضایی» این مرجع به محاق رفته، فضا برای ظهور یک نهاد ناکارآمد و غیرقضایی افزایش خواهد یافت. نگاهی به اسناد مختلف قانونی و آرای قضایی، تقویت کننده چنین دیدگاهی است که در ادامه به ذکر مهم ترین آنها پرداخته می شود.

الف) ازجمله منابع درک فلسفه وجودی دیوان عدالت اداری، مراجعه به صورت مشروح مذاکرات قانون اساسی است. نگاهی به صورت مشروح مذاکرات گویای آن است که دیوان عدالت اداری در نگاه نمایندگان، یک ارگان دادگستری همانند سایر ارگانهای قضایی بوده است؛ چنان که رئیس جلسه در جهت رفع ابهام نمایندگان، دیوان عدالت اداری را شعبه ای از

«شعب دادگستری» معرفی می‌کند و چنین می‌گوید: «عرض می‌شود یعنی این هم از شعب دادگستری است یک چیز جدایی نیست. در حقیقت دادگاه دادگستری است. منظور این است که از شعب دادگستری است»^{۲۲}. معنای چنین گزاره‌ای آن است که اولاً دیوان عدالت اداری یک مرجع «دادگستری» است، لذا به لحاظ ماهوی، تفاوتی با «دادگاه‌های عمومی دادگستری» نمی‌تواند داشته باشد. پس اگر سؤال شود: تفاوت دیوان عدالت اداری با دادگاه‌های دادگستری چیست، در پاسخ به این پرسش می‌توان گفت: دیوان عدالت اداری از حیث «صلاحیت ذاتی» با دادگاه‌های دادگستری تفاوت دارد، اما از حیث «ماهیت» تفاوتی نمی‌توان ذکر کرد. ثانیاً بر مبنای چنین تعبیری از اصل ۱۷۳، نمی‌توان اصل یادشده را در برابر اصل ۱۵۹ قرار داد و رابطه آن دو را بر معیار رابطه عام و خاص به مرجع عام قضایی و مرجع خاص قضایی تعبیر کرد، بلکه به یک اعتبار ممکن است گفته شود، اصل ۱۵۹ افاده «عام نوعی» داشته، نه «عام مصداقی» و ناظر بر این است که اشخاص برای تظلم‌خواهی می‌توانند به سازمان‌های دادگستری داخل در اندام قوه قضائیه مراجعه نمایند. حال، یکی از این مراجع دادگستری آنچنان که در اصل ۱۷۳ مذکور افتاده، دیوان عدالت اداری است. ناگفته پیداست که یک ارگان دادگستری نمی‌تواند با مفهوم «تناظری بودن یا ترافی بودن دادرسی» بیگانه باشد. ثالثاً با نگاهی به مواد مختلف قانونی، در هیچ موردی، تصریح به غیرترافی بودن دیوان نشده و قانون‌گذار در مورد دیوان عدالت اداری، مقوله ترافی بودن و تناظری بودن را نفی نکرده است؛ هرچند که برداشت خصوصی‌گرا در منظومه قوه قضائیه موجب اصدار آرای وحدت رویه ناصواب گردیده، اما منطوق و مفهوم قوانین مربوطه و نیز «متن»^{۲۳} و «زمینه متن»^{۲۴} همگی مؤید ترافی بودن شأن دیوان عدالت اداری است.

ب) ازجمله اهداف قانون‌گذار در فصل یازدهم قانون اساسی، تأسیس مرجعی بوده است که اولاً تعدیات و تجاوزات قدرت برتر را مهار کرده، حقوق تضییع‌شده اشخاصی را که از حیث قدرت در موقعیت ضعیف‌تری قرار دارند احیا نماید. لذا هر جا که پای قدرت دولتی یا

۲۲. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلسه شصتم، (تهران: چاپخانه مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴)، صص ۲۸۳-۲۸۴.

۲۳. نظیر مواد ۱۱ و ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری.

۲۴. نظیر صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی.

عمومی باز شود باید موضوع اصل ۱۷۳ قرار بگیرد، مگر اینکه به صراحت استثنایی پیش‌بینی شده باشد. ثانیاً عواملی مانند ضرورت رسیدگی به دعاوی علیه دولت در چارچوب آیین دادرسی جدا و مستقل و استفاده از قضات حقوق عمومی که آشنا به مقتضیات اداره باشند از دلایل دیگر شکل‌گیری دیوان عدالت اداری بوده است. برای نمونه برای قاضی دادگاه حقوقی، مفهومی همچون اصل تداوم خدمت عمومی اساساً ناشناخته است، اما برای قاضی دیوان عدالت اداری، فرض آنست که این اصل یک مفهوم شناخته‌شده و کاربردی است. بر این مبنا، دیوان عدالت اداری در پاسخ به چنین نیازی به وجود آمده است؛ در غیر این صورت، فلسفه وجودی دیوان زیر سؤال خواهد رفت.

برخی از نویسندگان، دو فرض بالا را در برابر هم قلمداد کرده، فلسفه وجودی دیوان عدالت اداری را در دو فرض رقیب مطرح کرده‌اند؛ فرض نخست، اینکه دیوان عدالت اداری تأسیس قضایی ویژه برای «مهار قدرت دولت» است، چراکه دولت به انبوهی از اقتدارات و امتیازات حکومتی متصل و متصف است. دادگاه‌های عادی توانایی مقابله و رسیدگی به شکایات از اعمال دولت را ندارند، لذا باید دادگاهی ویژه برای چنین اشخاصی به وجود آید. دیوان نیز مصداق عینی چنین نهاد قضایی ویژه است. فرض دوم، از آنجایی که موضوعات داخل در حیطه صلاحیتی دیوان عدالت اداری از موضوعات تخصصی در حوزه مسائل اداری است، لذا رسیدگی به اعمال اداری، مقتضیات و شرایط و دقایق خاص خود را می‌طلبد و رسیدگی به این‌گونه اعمال، نیازمند آگاهی و داشتن تخصص نسبت به امور اداری است. پذیرش هرکدام از این دو فرض، معیار و ضابطه تشخیص دعاوی قابل طرح در دیوان عدالت اداری را تحت تأثیر قرار می‌دهد. زیرا اگر قائل به فرض نخست باشیم در این صورت گستره صلاحیت دیوان محدود به آن دسته از اعمال دولت خواهد بود که دولت در انجام اعمال خود از «اقتدار عمومی» استفاده کرده است. اما اگر فرض دوم را بپذیریم در این صورت، دیوان زمانی واجد صلاحیت رسیدگی به پرونده‌های دولت خواهد بود که در آن اعمال دولت بر بنیان «رعایت مقتضیات اداری» صورت گرفته است.^{۲۵}

به نظر می‌رسد در سطح دیگری می‌توان این دو فرض را نه رقیب، بلکه هم‌پوشان

۲۵. ر.ک. صدرالحفاظی، پیشین، ص ۱۵۷؛ امامی و همکاران، پیشین، ص ۵۹.

یکدیگر تلقی کرد. به بیان دیگر، تضاد و رقابت ذاتی بین این دو فرض وجود ندارد که ما مجبور به پذیرش یکی از این دو فرض باشیم، بلکه به نظر می‌رسد که بنیان دیوان عدالت اداری با هر دو فرض یادشده سازگاری دارد. این وضعیت به‌ویژه زمانی قابل دفاع است که معیار «خدمت عمومی» را به کار ببریم و بگوییم که اختلافات ناشی از انجام خدمت عمومی در صلاحیت دیوان عدالت اداری است؛ لذا دعاوی خدمت عمومی در صلاحیت دیوان قرار دارد.

ج) در انشای هر دو اصل ۱۵۹ و ۱۷۳ از الفاظ یکسان «شکایات و تظلمات» استفاده شده است. از این حیث، از نظر نوع دعاوی، تفاوتی بین حدود صلاحیت دادگاه‌های دادگستری و دیوان عدالت اداری وجود ندارد، بلکه مرزهای صلاحیت آنها بر اساس موقعیت حقوقی طرفین دعوی مشخص می‌شود.^{۲۶} لذا آنجا که «دولت» به اعتبار «دولت یا شخص عمومی» عملی را انجام می‌دهد منطقاً باید مشمول حکم اصل ۱۷۳ باشد. از آنجا که قانون‌گذار در ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری، صلاحیت و حدود اختیارات دیوان را رسیدگی به شکایات اشخاص از تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی و تصمیمات و اقدامات مأموران واحدهای یادشده ذکر کرده است؛ بنابراین تصمیمات و اقدامات اشخاص عمومی آنجا که در مقام شخص عمومی به انجام وظیفه قانونی خود مشغول‌اند مشمول حکم ماده است، بدون اینکه قانون‌گذار این‌گونه اعمال را مقید و متصف به وصف خاصی کرده باشد. لذا ظهور در تعمیم این‌گونه اعمال اشخاص عمومی به اعتبار شخص عمومی است. به این اعتبار، ممکن است گفته شود اصل ۱۷۳، اصل ۱۵۹ را تخصیص زده است.^{۲۷} به اعتبار دیگر، می‌توان گفت اصل ۱۵۹ متمرکز در «شکات» بوده و اصل ۱۷۳ بر «متشاکی» متمرکز است. اما به نظر می‌رسد موضوع پذیرفتنی‌تر این است که دو اصل ۱۵۹ و ۱۷۳ به ترتیب ترسیم‌گر دو ساحت حقوق خصوصی و حقوق عمومی‌اند که به شکل مستقل و هم‌عرض از طریق ماده یک «قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی)» و ماده ۱۰ «قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری»، اهداف

۲۶. صدرالحفاظی، پیشین، ص ۱۵۸.

۲۷. ر.ک. همان، ص ۱۵۸-۱۵۹.

اصول یادشده را در قوانین عادی ریل گذاری کرده‌اند. بر این مبنا، آنچه میرهن است، اینست که دوقطبی سازی دو اصل ۱۵۹ و ۱۷۳، زمینه ساز انحراف از اهداف عالی‌ای است که به درستی اصل ۱۵۶ به آنها اشاره داشته است. در نتیجه باید با تکیه بر منطق اصل ۱۵۶ به تفسیر دو اصل ۱۵۹ و ۱۷۳ پرداخت و از آنجا که این دو اصل ذیل یک غایت و به دنبال یک هدف (موضوع اصل ۱۵۶) هستند، در این صورت، این سؤال را باید مطرح کرد که در سایه کدام رویکرد تفسیری از اصول ۱۵۹ و ۱۷۳، می‌توان اهداف عالی اصل ۱۵۶ را به شکل مطلوبی برآورده ساخت؟ پاسخ ساده در «اصل تخصص» نهفته است و آن اینکه باید چیدمان و گستره صلاحیت دو مرجع یادشده، به پشتوانه منطق حاکم بر اصل تخصص سازماندهی گردد؛ بدون اینکه بتوان رابطه «هم‌عرض» این دو مرجع را به حاشیه برد.

د) نگاهی به موضع حقوق دانان و مراجع رسمی کشور گویای آن است که مرجع یادشده به «The Administrative Justice Court» ترجمه شده است. برای نمونه، سایت رسمی دیوان عدالت اداری از این عبارت استفاده کرده است.^{۲۸} این وضعیت می‌تواند اماره‌ای بر «مرجع قضایی کامل» بودن دیوان فرض شده، گویای آن باشد که برداشت عام از کلمه «دیوان» در ابتدای عبارت «دیوان عدالت اداری» آنست که این مرجع دادگاهی است همانند سایر دادگاه‌ها و لذا احکام دادگاه بر این مرجع نیز ساری و جاری است.^{۲۹} ضمن اینکه در ترمینولوژی حقوق، واژه «دیوان» به یک اعتبار ناظر بر مرجع عالی قضایی است^{۳۰} که در این صورت عبارت «دیوان عدالت اداری» متعین در «عالی‌ترین مرجع قضایی اداری» خواهد بود؛ وضعیتی که همچنین مورد اجماع حقوق دانان حقوق عمومی است.

ه) باید توجه داشت که شورای دولتی (مصوب ۱۳۳۹) با دیوان عدالت اداری از چند جهت تفاوت دارد که مهم‌ترین آنها این است: نخست، شورا برخلاف اصل ۸۸ قانون اساسی

28. <http://www.kuner.com/data/pay/adr.html>. Last Visited: 6/10/2020.

۲۹. در برابر فرض بالا، می‌توان این فرض را مطرح کرد که ترجمه دیوان در سایت آن نمی‌تواند منشأ استدلال باشد، چرا که ترجمه یادشده ممکن است از سوی کسانی انجام شده باشد که فهم صحیحی از تضایق و تفاوت‌های محتمل میان court و tribunal نداشته‌اند. ضمن اینکه عنوان نهاد در تعیین صلاحیت‌های قضایی قاطع نیست. برای مثال، در فرانسه به دادگاه‌های اداری در سطح بدوی، «دیوان» و به دادگاه‌های اداری در سطح تجدیدنظر، «دادگاه» گفته می‌شود. حال آنکه هر دو مرجع زیر چتر شورای دولتی هستند و با مراجع اختصاصی اداری هم متفاوت‌اند.

۳۰. ر.ک. محمدجعفر، جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۳، (تهران: گنج دانش، ۱۳۷۸)، ص ۱۹۸۲.

مشروطه است؛ چراکه در اصل یادشده رسیدگی به شکایات از دولت در صلاحیت دیوان تمییز تعریف شده بود، اما قانون سال ۱۳۳۹، شورای دولتی را مرجع صلاحیت‌دار رسیدگی به پرونده‌های دولت تعریف کرد. بنابراین، شورا فرزند ناخلف قانون اساسی مشروطه بود، اما دیوان عدالت اداری حاصل اصل ۱۷۳ قانون اساسی است؛ لذا فرزند مشروع قانون اساسی و بازوی آن در تحقق اهداف عالی‌اش است.^{۳۱} دوم، شورای دولتی به تأسی از فرانسه وارد نظام حقوقی ما شده بود و لذا در بدنهٔ قوهٔ مجریه قرار داشت و به‌صراحت نظام دوطایفه قضایی را موجب می‌شد. اما دیوان عدالت اداری، همچنان جزئی از قوهٔ قضائیه بوده و در ذیل فصل مربوط به این قوه آمده است؛ لذا گسستی ساختاری، اندامی و ارگانیکی در فرانسه رخ داده است که در مورد دیوان عدالت قابل تصور نیست.

۳. اسباب و ظرفیت‌های قانون دیوان عدالت اداری در خصوص دادرسی ترافی

با توضیحاتی که در بالا داده شد مشاهده می‌شود که دیوان عدالت اداری با دادرسی ترافی بیگانه نبوده است و نمی‌تواند باشد. بنابراین در اینجا ظرفیت‌های قانون دیوان عدالت اداری در خصوص دادرسی ترافی به بحث گذاشته می‌شود تا به این وسیله به امکان وحدت دادگاه و دادرسی در پرونده‌های دولت برسیم. علت تأکید بر عبارت «دادرسی تناظری یا ترافی» در اینجا این است که مجموعه آرای وحدت رویه‌ای که از دیوان عالی کشور، دیوان عدالت اداری و حقوق‌دانان موافق با «مرجع اختصاصی بودن دیوان عدالت اداری» صادر گردیده این بوده که رسیدگی به پرونده‌هایی همچون «خسارت» یا «قراردادهای دولتی» از اوصاف محاکم ترافی است. بنابراین اگر بتوان دیوان عدالت اداری را مرجعی با ویژگی تناظری معرفی کرد، در این صورت، مبنای توجیهی چنین آرای موضوعیت خود را از دست داده، دلیلی برای نفی صلاحیت کامل^{۳۲} ترافی دیوان عدالت اداری باقی نخواهد ماند. باید توجه داشت در وضعیت صلاحیت کامل، مرجع رسیدگی‌کننده بیشترین اختیارات رسیدگی را

۳۱. ر.ک. مسلم، آقایی طوق، «تحلیلی تاریخی بر دوگانگی فرایند رسیدگی به دعاوی مسئولیت به طرفیت دولت در حقوق ایران»،

فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال بیست و یکم، ش ۶۲، (۱۳۹۸)، صص ۲۴۳-۲۶۵؛ مولانی و لطفی، ۱۳۹۸، پیشین.

32. Pleine juridiction.

دارد^{۳۳} و رسیدگی به تمام عناصر دعوی را برعهده خواهد داشت. هرچند که حقوق اداری ایران رغبت چندانی به پذیرش دعاوی کامل^{۳۴} یا صلاحیت کامل را ندارد^{۳۵}، با این حال، حقوق دانان حقوق عمومی به درستی به ضرورت صلاحیت کامل دیوان عدالت اداری پرداخته‌اند^{۳۶}.

در خصوص ظرفیت ترافعی دیوان، می‌توان موضوع را به قرار زیر در دو قسمت به بحث گذاشت:

۳.۱. مفروضات قانونی

نگاهی به قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری گویای آن است که نه تنها منطوق و مفهوم سند با صلاحیت ترافعی دیوان مغایرتی ندارد، بلکه برخی از مواد این سند، فرض را بر ترافعی بودن این مرجع بنیان گذاشته است. چراکه دلیلی ندارد قانون‌گذار چنین موادی را در متن سند بیاورد، اما ابزار و لواحق آن را نفی کرده باشد. لذا بر مبنای قاعده فقهی که «إذن در شیء إذن در لوازم آن است»، می‌توان مدعی شد که دیوان عدالت اداری مرجعی ترافعی است. آن‌سان که در نوشته‌هایی اصل تناظر در بخش‌هایی از دیوان عدالت به اثبات رسیده^{۳۷} و مهم‌ترین مواد مورد ادعا به قرار زیر است:

الف) وابستگی تشکیلاتی دیوان عدالت اداری به قوه قضائیه و ترکیب قضایی شعب دیوان. در این راستا نه تنها سازمان دیوان، بلکه همه اعضای شعب دیوان را «قضات» تشکیل می‌دهند؛ امری که در موادی همچون ۳، ۴، ۷، ۸ و ۹ قانون پیش‌گفته به آن تصریح شده و رویه عملی نیز مؤید چنین ادعایی بوده است و شاهدی خلاف این ادعا وجود ندارد. در این صورت، معنا ندارد که یک ارگان قضایی فاقد کارکرد ترافعی باشد.

33. Jean- Claude, Ricci, *Droit administratif*, 4e éd, (Hachette Livre, 2004), p. 140.

34. Plein contentieux ou contentieux de la pleine juridiction

۳۵. مسلم، آقای طوق، «انواع دعاوی اداری در ایران و فرانسه»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۲۳، ش ۸۳ (۱۳۹۷)، ص ۱۶.

۳۶. مسلم، آقای طوق، «درآمدی تطبیقی بر ضرورت توسعه دعاوی کامل در حقوق اداری ایران»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال هفتم، ش ۲۰ (۱۳۹۷)، صص ۹۳-۱۱۲.

۳۷. ر.ک. حیدری، پیشین و حسین‌زاده، پیشین.

ب) تکرار واژگانی اصل ۱۵۹ قانون اساسی در مواد ۱۰ و ۱۲ (موضوع صلاحیت دیوان)، کلمات «شکایات و تظلمات» عیناً هم در اصل ۱۵۷ و هم در ماده یادشده تکرار شده است. لذا جنس دادرسی در دیوان با جنس دادرسی در دادگاه‌های عادی نمی‌تواند متفاوت باشد.

ج) در چارچوب مواد ۱۱ و ۱۲ قانون پیش‌گفته، شعب عادی دیوان و هیئت عمومی در قامت مرجع قضایی «احقاق حق» ظاهر شده‌اند؛ چراکه در ماده ۱۱ مقرر گردیده است: «در صورتی که تصمیمات و اقدامات موضوع شکایت، موجب تضییع حقوق اشخاص شده باشد، شعبه رسیدگی‌کننده، حکم بر نقض رأی یا لغو اثر از تصمیم و اقدام مورد شکایت یا الزام طرف شکایت به اعاده حقوق تضییع‌شده، صادر می‌نماید». مدلول این ماده در ماده ۱۲ نیز تکرار گردیده و به این اعتبار، «حق دادخواهی» به‌مثابه ریشه‌های بنیادین اصل ترافعی بودن در اینجا مفروض تلقی شده است.

د) تشابه واژگانی و کارکردی فصل دوم قانون دیوان عدالت اداری با عنوان «ترتیب رسیدگی» در دیوان با برخی فصول باب سوم قانون آیین دادرسی مدنی با عنوان «دادرسی نخستین». نگاهی به مواد ۴۸ به بعد قانون اخیر با مواد ۱۶ به بعد قانون دیوان عدالت اداری گویای تشابه «واژگانی» یا «مفهومی» عموم مواد یادشده است؛ به‌نحوی که نمی‌توان تفاوت اساسی و درخوری به لحاظ شیوه و آیین دادرسی در این دو مرجع پیدا کرد، بلکه تفاوت را می‌توان به دو موضوع «آیین دادرسی مدنی» و «آیین دادرسی اداری» محدود نمود و این البته به ماهیت رسیدگی ربطی ندارد؛ چراکه ماهیت هر دو «قضایی» است. لذا به لحاظ شیوه و آیین دادرسی، تفاوت مفهومی بین دیوان عدالت اداری و دادگاه‌های عادی مشاهده نمی‌شود، بلکه تفاوت در صلاحیت ذاتی آنهاست. برای مثال در ماده ۲۹ قانون دیوان عدالت اداری آمده است: «پس از ارجاع دادخواست به شعبه، مدیر دفتر شعبه آن را پس از تکمیل بلافاصله در اختیار قاضی شعبه قرار می‌دهد. قاضی شعبه دیوان در صورت احراز صلاحیت و کامل بودن پرونده، آن را با صدور دستور ارسال یک نسخه از دادخواست و ضمائم آن به طرف شکایت، به دفتر اعاده می‌کند تا پس از ابلاغ دادخواست و ضمائم آن به طرف شکایت، در جریان رسیدگی قرار گیرد». در ماده ۶۴ قانون آیین دادرسی مدنی نیز در این خصوص مقرر گردیده است: «مدیر دفتر دادگاه باید پس از تکمیل پرونده، آن را فوراً در

اختیار دادگاه قرار دهد. دادگاه پرونده را ملاحظه و در صورتی که کامل باشد پرونده را با صدور دستور تعیین وقت به دفتر اعاده می‌نماید تا وقت دادرسی (ساعت و روز و ماه و سال) را تعیین و دستور ابلاغ دادخواست را صادر نماید. وقت جلسه باید طوری معین شود که فاصله بین ابلاغ وقت به اصحاب دعوا و روز جلسه کمتر از پنج روز نباشد. در مواردی که نشانی طرفین دعوا یا یکی از آنها در خارج از کشور باشد فاصله بین ابلاغ وقت و روز جلسه کمتر از دو ماه نخواهد بود». همچنین برخی موضوعات به قانون آیین دادرسی مدنی ارجاع شده است؛ برای نمونه در ماده ۶۲ قانون دیوان عدالت اداری، ابلاغ آرای قضایی صادره از دیوان به موجب قانون آیین دادرسی مدنی خواهد بود. لذا مواد ۶۷ به بعد این قانون در اینجا عیناً قابلیت اجرایی پیدا می‌کند. این وضعیت در موضوعات دستور موقت (ماده ۳۴ به بعد)، جلب ثالث (ماده ۵۴ به بعد قانون دیوان عدالت اداری) با مقوله جلب ثالث (مواد ۱۳۵ به بعد) قانون آیین دادرسی مدنی نیز مشاهده می‌شود.

ه) کارکرد تفتیشی دیوان در برخی مصرحات قانونی. برای مثال در ماده ۴۱ قانون دیوان عدالت اداری، شعب دیوان در نقش یک مرجع قضایی ترافیعی ظاهر شده، قانون‌گذار به شعبه رسیدگی کننده اجازه می‌دهد «هرگونه تحقیق یا اقدامی را که لازم بداند انجام دهد یا آن را از ضابطان قوه قضائیه و مراجع اداری بخواهد و یا به سایر مراجع قضائی نیابت دهد. ضابطان و مراجع مزبور مکلفند ظرف مهلتی که شعبه دیوان تعیین می‌کند، تحقیقات و اقدامات خواسته شده را انجام دهند». همسو با این ماده در ماده ۵۶ مقرر شده است: «هرگاه شاکی و یا طرف شکایت أخذ توضیح از هر شخص حقیقی یا حقوقی را درخواست نماید و شعبه دیوان نیز آن را مؤثر در کشف حقیقت بداند نسبت به أخذ توضیح اقدام می‌نماید. شعبه دیوان می‌تواند رأساً نیز نسبت به أخذ توضیح از سایر اشخاص اقدام نماید» که به نظر می‌رسد این ماده مکمل ماده ۴۱ است.

و) فرض قضایی بودن دیوان. در ماده ۴۸ از عباراتی استفاده شده که دیوان را از حیث کارکرد، همانند سایر مراجع قضایی قلمداد کرده و در این راستا مقرر نموده است: «هرگاه رسیدگی به شکایت، در صلاحیت سایر مراجع قضائی باشد، شعبه دیوان با صدور قرار عدم صلاحیت، پرونده را به مرجع مذکور ارسال و مراتب را به شاکی اعلام می‌نماید و چنانچه

موضوع را در صلاحیت مراجع غیرقضائی بدانند، ضمن صدور قرار عدم صلاحیت، پرونده را به مرجع صالح ارسال می‌نماید. مرجع اخیر مکلف به رسیدگی است». ناگفته پیداست که عبارت «مراجع غیرقضایی» در این ماده گویای آن است که قانون‌گذار دیوان را «مرجع قضایی» فرض نموده و جمله آخر ماده مبین آن است که قانون‌گذار دیوان را «عالی‌ترین مرجع قضاوت اداری» تلقی کرده است. آن‌سان که موادی از این قانون، به‌ویژه ماده ۶۳ مفروضاً بر چنین دیدگاهی استوار شده است.

ز) تکیه کلی قانون‌گذار دیوان عدالت اداری به قانون آیین دادرسی مدنی در برخی موضوعات. در مواردی، قانون اخیر، معیار عمل دیوان عدالت اداری تعریف شده و قانون‌گذار در موادی با یک حکم کلی، تکلیف رابطه دو قانون یادشده را معین کرده و مشخصاً در ماده ۱۲۲ این چنین مقرر نموده است: «مقررات مربوط به ردّ دادرس و نحوه ابلاغ اوراق، آرا و تصمیمات دیوان و وکالت و سایر موارد سکوت در این قانون به ترتیبی است که در قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب (در امور مدنی) و قانون اجرای احکام مدنی مقرر شده است». بنابراین، نه تنها قانون‌گذار در چارچوب مصرحات گفته‌شده در مواد پیش‌گفته موضوع را به قانون آیین دادرسی مدنی ارجاع داده است، بلکه بر مبنای ماده ۱۲۲ در موارد «سکوت در این قانون»، از ترتیبات پیش‌بینی شده در دو سند با عنوان قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب (در امور مدنی) و قانون اجرای احکام مدنی، به‌کار گرفته خواهد شد. همچنین تبصره ماده ۹۷ قانون دیوان عدالت مقرر کرده است: «ابلاغ و اصلاح آراء هیأت عمومی مطابق مقررات آیین دادرسی مدنی است».

ح) اشاره به مقوله‌هایی همچون «حق تظلم‌خواهی» و «تبادل لوايح» در بخش‌های مختلف رسیدگی، اعم از رسیدگی در شعب و هیئت عمومی. هرچند این مفاهیم نمی‌توانند فی‌نفسه دربردارنده مفهوم اصل توافعی بودن دادرسی به‌شمار آیند، اما بی‌تردید اینها از مقدمات نظری شناسایی این اصل در دیوان عدالت به‌شمار می‌آیند.^{۳۸}

۳۸. برای مطالعه بیشتر در این خصوص، ر.ک. حیدری، پیشین، صص ۹۶-۱۰۹.

۲.۳. مصرحات قانونی

افزون بر مفروضاتی که در بالا آمد، قانون‌گذار در برخی مواد به صراحت به صلاحیت شعب دیوان عدالت اداری برای رسیدگی به پرونده‌هایی با ویژگی «ترافیعی» تصریح داشته است. از میان موضوعات این‌چنینی، می‌توان به دو نمونه، شامل پرونده‌های خسارت و استخدام اشاره داشت. موادی که دربردارنده چنین حکم قانونی هستند از این قرارند:

- ماده ۳۹. مطابق این ماده در خصوص پرونده‌های مربوط به دستور موقتِ اصداری از طرف شعب دیوان، دستگاه‌های طرف شکایت مکلف‌اند وفق دستور صادره عمل نمایند. در صورت استتکاف، شعبه صادرکننده دستور موقت، متخلف را به «جبران خسارت وارده» محکوم خواهد کرد.
- ماده ۱۰۹. در چارچوب این ماده، هرگاه پس از انتشار رأی هیئت عمومی دیوان در روزنامه رسمی کشور مسئولان ذی‌ربط از اجرای آن استتکاف نمایند، به تقاضای ذی‌نفع یا رئیس دیوان و با حکم یکی از شعب دیوان، مستتکف به «جبران خسارت وارده» محکوم خواهد شد.
- ماده ۱۱۲. برابر ماده یادشده، اگر محکوم‌علیه از اجرای رأی دیوان استتکاف نماید، با رأی شعبه صادرکننده حکم، به «جبران خسارت وارده» محکوم می‌شود.
- ماده ۱۱۵. در این ماده به موانع قانونی اجرای احکام آرای قطعی صادره از دیوان اشاره شده است. در صورت حدوث چنین وضعیتی، مورد از موارد اعاده دادرسی تلقی گردیده و شعبه صادرکننده رأی، «رأی مقتضی به جبران خسارت و یا تعیین جایگزین محکوم‌به صادر می‌نماید».
- بند ۳ از ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، شکایت از «حقوق استخدامی» کارکنان بخش عمومی را در صلاحیت شعب دیوان عدالت اداری تعریف کرده است. ناگفته پیداست که در حقوق عمومی، و به‌ویژه در چارچوب ماده ۴۵ و تبصره ماده ۳۲ قانون مدیریت خدمات کشوری، بخش اعظمی از موارد حقوق استخدامی، مربوط به «قراردادهای استخدام پیمانی»، «قراردادهای کار معین» و «قراردادهای ساعتی» است. پذیرش چنین فرضی، گویای آن است که قانون‌گذار در

اینجا، موضوع ترافی، یعنی قراردادهای یادشده را در صلاحیت انحصاری دیوان عدالت اداری دانسته است و از آنجایی که این گونه قراردادهای در قیاس با سایر قراردادهای بخش عمومی فاقد خصوصیت هستند، در این صورت به همان دلیل و منطقی که این گونه قراردادهای در صلاحیت دیوان قرار گرفته است، سایر قراردادهای نیز در صلاحیت دیوان قرار خواهد گرفت. از آنجا که رسیدگی به اختلافات قراردادهای استخدامی، امری از امور ترافی است، در نتیجه می توان گفت که قانون گذار مفروضاً صلاحیت ترافی شعب دیوان عدالت اداری را پذیرفته است.

با مشاهده مواد بالا این نتیجه حاصل می شود: در چارچوب مواد یادشده، شعب دیوان واجد صلاحیت رسیدگی ترافی به موضوعاتی با منشأ قراردادی و غیرقراردادی هستند. بنابراین، عبارت «جبران خسارت» در منطوق هر چهار ماده بالا ناظر بر صلاحیت ایجابی شعب دیوان در رسیدگی به پرونده هایی از نوع ترافی است. همچنین عبارت «رسیدگی به شکایت... از حیث تضییع حقوق استخدامی» در ماده ۱۰ مصداقی از امور ترافی است که دیوان در مورد آنها صلاحیت رسیدگی دارد. بنابراین در ادامه با تکیه بر یک نمونه از موارد مرتبط با صلاحیت ترافی، یعنی پرونده های جبران خسارت، به توضیح و تحلیل پیرامون این گونه از صلاحیت پرداخته می شود.

۴. امکان یا امتناع وحدت دادرسی در پرونده های جبران خسارت

با توضیحاتی که در بند پیشین آمد، مشاهده شد که در چارچوب موارد پنج گانه بالا صلاحیت ترافی دیوان پذیرفته شده است، اما آیا در مورد سایر پرونده های مسئولیت مدنی دولت نیز می توان به چنین هدفی رسید؟ در پاسخ، می توان امکان یا امتناع وحدت دادرسی در دیوان عدالت را به این قرار به بحث گذاشت:

۴.۱. امکان وحدت دادرسی

آن سان که در بالا آمد در پرونده های «استخدامی» صلاحیت ترافی دیوان شناسایی شده است. به نظر می رسد چنین منطقی را بتوان به پرونده هایی همچون «قراردادهای دولتی» و «خسارت» نیز تسری داد که در اینجا نظر به محدودیت نوشتاری در فرمت مقاله، به توضیح یک مورد بسنده می شود.

با درنظر گرفتن دو نظام «مسئولیت بدون تقصیر» و «مسئولیت مبتنی بر تقصیر»، می‌توان گفت در وضعیت کنونی با نگاهی به منطوق تبصره ۱ ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری، دو مرجع دادگاه‌های دادگستری و دیوان عدالت اداری تحت شرایطی می‌توانند به‌طور مستقل و به‌تنهایی به پرونده‌های خسارت رسیدگی کرده، رأی مقتضی صادر نمایند.

الف) در چارچوب نظام مسئولیت مدنی بدون تقصیر باید گفت که دادگاه‌های دادگستری مرجع صلاحیت‌دار رسیدگی به چنین پرونده‌هایی هستند و امکان رسیدگی دیوان عدالت اداری برای رسیدگی به دعاوی مسئولیت مدنی اداره در چارچوب نظریه مسئولیت بدون تقصیر وجود ندارد؛ چراکه قانون‌گذار در این تبصره عبارت «پس از صدور رأی در دیوان بر وقوع تخلف» را آورده است. معنای نخستین این عبارت آن است که مسئولیت مدنی دولت، مؤخر بر «وقوع تخلف» از جانب اداره و کارگزاران آن است و لذا «نظام مسئولیت بدون تقصیر» در چارچوب این ماده موضوعیت پیدا نمی‌کند و در وضعیت فعلی، آن امکانی که برای اصدار آرای، ولو بسیار نادر، در مورد پرونده معروف به «سنتوری» وجود داشت دیگر امکان‌پذیر نیست.^{۳۹} بنابراین، در چارچوب این نظریه، اشخاص فقط می‌توانند به دادگاه‌های دادگستری مراجعه نمایند. این وضعیت نه‌تنها مطلوب نیست، بلکه آثار منفی فراوانی دارد؛ لذا از حیث نظری و قانونی، شاهد روند قهقربایی در صلاحیت ترافعی دیوان هستیم. در این راستا، به‌درستی برخی از حقوق‌دانان با نقد وضعیت موجود با دوگانگی قضایی مخالف هستند.^{۴۰} در مقابل، برخی نیز اصل را بر صلاحیت محاکم عمومی دانسته، از صلاحیت عام دادگاه‌های دادگستری دفاع می‌کنند.^{۴۱}

۳۹. در پرونده یادشده به شماره دادنامه ۷۸۷ و ۷۸۸ مورخ ۱۳۸۷/۴/۲۹ صادره از شعبه سوم دیوان عدالت اداری، دو مقوله مستقلاً موضوع بحث دادنامه قرار گرفته است: نخست اینکه جلوگیری از اکران فیلم سنتوری از سوی وزارت ارشاد به استناد ماده ۴ آیین‌نامه ۳۹ در چارچوب اختیارات قانونی بوده و لذا حکم به رد شکایت صادر شده است. دوم اینکه در خصوص تصدیق خسارت، قضات دادگاه چنین نظر داده‌اند: «از آنجایی که سازندگان فیلم برای آن، مبالغ زیادی را جهت دریافت پروانه مالکیت و پروانه نمایش هزینه نموده‌اند و نمایش فیلم مذکور، وسیله درآمد و کسب سود شکات بوده است اقدام معاونت سینمایی در ممانعت از اکران فیلم، موجب ورود خسارت به شکات گردیده لذا حکم به ورود شکایت شکات در حد تصدیق ورود خسارت صادر می‌گردد». برای دیدن دیدگاه‌های مختلف پیرامون این رأی، ر.ک. محمد، امامی و کورش، استوار سنگری، حقوق اداری، ج ۱، (تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۸)، صص ۳۷۹-۳۸۰؛ امامی و استوار سنگری، پیشین، صص ۳۳۵-۳۳۶.

۴۰. آقایی طوق، پیشین، صص ۲۴۳-۲۴۵.

۴۱. ر.ک. جواد، کاشانی، «مرجع صالح برای رسیدگی به دعاوی مسئولیت به طرفیت دولت»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، ش ۷۳ و ۷۴ (۱۳۹۵)، ص ۱۶۰؛ محمد، امامی و کورش، استوار سنگری، حقوق اداری، ج ۲، (تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۰)، ص ۲۷۶.

ب) در چارچوب نظام مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر، دیوان عدالت اداری واجد صلاحیت موردی برای رسیدگی به پرونده‌های «خسارت» است. مستند به مواد ۳۹، ۱۰۹، ۱۱۲ و ۱۱۵ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، اگر خسارتی به اشخاص وارد شود دیوان صلاحیت کامل رسیدگی به این گونه پرونده‌ها را رأساً و مستقلاً خواهد داشت. ناگفته پیداست که صلاحیت شعب دیوان در خصوص این مواد، «ترافعی» است؛ هرچند که این موارد استثنایی بر صلاحیت دیوان است.

۲.۴. دوگانگی در صلاحیت

با توجه به منطوق تبصره ۱ ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری، در نگاه نخست چنین می‌نماید که با اصلاحات سال ۱۳۹۲، رسیدگی به پرونده‌های خسارت در صلاحیت دادگاه عمومی قرار دارد، اما با نگاه دقیق‌تر مشاهده می‌شود که رسیدگی به این گونه پرونده‌ها در چارچوب نظریه مبتنی بر تقصیر، همچنان در صلاحیت طولی دو مرجع دادگاه‌های دادگستری و دیوان عدالت اداری قرار داشته و این دو مرجع واجد صلاحیت توأمان برای رسیدگی به پرونده‌های خسارت هستند. به این صورت که نخست، شعب دیوان باید «وقوع تخلف» را احراز کنند. احراز وقوع چنین تخلفی به‌ناچار دیوان را درگیر بررسی دو رکن فعل زیان‌بار و تقصیر خواهد کرد و لذا دیوان در مقام احراز تخلف، دو عنصر یادشده را نیز احراز و تصدیق می‌کند و در صورت احراز و تصدیق این دو رکن، حکم به «وقوع تخلف» صادر می‌شود. سپس محکوم‌له می‌تواند به دادگاه حقوقی صلاحیت‌دار مراجعه کند و با تقدیم دادخواست، خواهان احقاق حق گردد. شعبه مربوطه دادگستری مکلف است در مقام رسیدگی، در صورت احراز سایر عناصر، نسبت به «تعیین میزان خسارت وارده» اقدام نماید. هرچند که محاکم دادگستری در مقام رسیدگی به این گونه پرونده‌ها ملزم به تبعیت از فرایند طی‌شده در دیوان نیستند، اما بی‌تردید نمی‌توانند نسبت به منطق حاکم بر رأی صادره از شعب دیوان بی‌تفاوت باشند و خلاف آن عمل نمایند. همین الزام به تبعیت از منطق حاکم بر رأی دیوان به معنای پذیرش فرایند طی‌شده در دیوان دال بر احراز و تصدیق دو عنصر فعل زیان‌بار و تقصیر است. هرچند که ممکن است در مقام عمل، دادگاه عمومی دوباره تمامی ارکان مسئولیت مدنی را مورد رسیدگی قرار داده، حکم مقتضی صادر نماید. وقوع

چنین حالتی گویای رسیدگی دوباره راجع به ارکان خسارت در دادگاه عمومی است. بر این اساس، صلاحیت دیوان در خصوص امر ترافیعی نفی شده است.

۳.۴. موانع دادرسی ترافیعی دیوان عدالت

با توضیحاتی که پیش‌تر داده شد، می‌توان رئوس مشکلات پیش‌روی صلاحیت ترافیعی دیوان و در نتیجه، وحدت دادرسی را به قرار زیر بیان کرد:

۳.۴.۱. **رویه کنونی.** در نگاه نخست مشاهده می‌شود که رویه فعلی دیوان، اعم از عدالت اداری و عالی کشور، بر عدم صلاحیت ترافیعی این مرجع است. ناگفته پیداست که این وضعیت مبین باور حقوقی قضات دیوان عدالت اداری در این خصوص است. برای برون‌رفت از چنین فضایی نیازمند قانون‌گذاری جدید با بازگشت به فلسفه وجودی اصل ۱۷۳ هستیم.

۳.۴.۲. **قوانین مرتبط.** اگرچه در برخی مواد، مثل ماده ۲۹، به جنبه ترافیعی بودن توجه شده است، اما در مواد دیگری قلم‌پردازی قانون‌گذار مجال بروز صلاحیت کامل ترافیعی دیوان را نمی‌دهد.^{۴۲} در واقع از دیدگاه عینی، مهم‌ترین مشکل در صلاحیت ترافیعی دیوان را باید در وجود موادی همچون منطوق تبصره ۱ ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری دانست. نگارش تبصره یادشده به‌گونه‌ای است که در چارچوب نظریه مسئولیت مبتنی بر تقصیر، امکان شناسایی صلاحیت ترافیعی و در نتیجه، نیل به وحدت دادرسی را با امتناع روبرو ساخته است. آن‌چنان که در بالا آمد، ناگزیر دو مرجع دیوان عدالت اداری و دادگاه عمومی حقوقی به پرونده‌های مسئولیت مدنی دولت رسیدگی می‌کنند.

لذا می‌توان گفت که برای نیل به وحدت دادرسی باید ماده یادشده اصلاح گردد. نگاهی به سابقه کار قانون‌گذاری گویای آن است که در ماده ۱۵ مصوبه اولیه قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵ چنین آمده بود: «در صورتی که شاکی مدعی ورود خسارت از ناحیه اشخاص یا مراجع مذکور در ماده ۱۳ گردد و دیوان صلاحیت رسیدگی به اصل شکایت را

۴۲. رک. فردین، مرادخانی و آیت، مولائی، «عدم استقلال آیین دادرسی اداری در چارچوب قانون دیوان عدالت اداری»، نشریه علمی-پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، سال هشتم، ش ۱۵ (۱۳۹۶)، صص ۱۴۹-۱۵۱.

داشته باشد شعبه دیوان پس از بررسی دلایل طرفین و احراز ورود خسارت، میزان خسارت را مشخص و حکم به جبران آن صادر می‌نماید». اما بعد از ارسال مصوبه یادشده به شورای نگهبان، مرجع نامبرده این ماده را مصداق توسعه اختیارات دیوان عدالت اداری دانسته و خلاف اصل ۱۷۳ قانون اساسی اعلام کرده است. لذا مشاهده می‌شود معضل اصلی نهاد قانون‌گذاری را باید در نگاه اعضای شورای نگهبان به فلسفه وجودی و گستره اصل ۱۷۳ دانست.

به نظر می‌رسد مهم‌ترین معضل در نظام حقوقی ایران در خصوص صلاحیت ترافی دیوان و به‌ویژه در «مسئولیت مدنی دولت» در همین لایه باشد که حاصل آن، فروکاستن حکم مسئولیت مدنی دولت به احکام مسئولیت مدنی اشخاص خصوصی بوده است. ناگفته پیداست که پذیرش چنین فرضی می‌تواند ناکارآمدی دولت و بحران در عدالت را موجب گردد؛ چراکه در عالم عمل، دولت در موارد زیادی اعمالی را انجام می‌دهد که به ورود خسارت به اشخاص منجر می‌گردد، بدون اینکه خود را ملزم به جبران آن بداند. برای نمونه، اگر دولت را به مثابه شخص خصوصی تلقی کنیم، احکام اشخاص خصوصی بر وی بار خواهد شد و اگر چنین شود، در این صورت انبوهی از پرونده‌های مسئولیت مدنی دولت در محاکم شکل خواهد گرفت. این درحالی است که در مقام عمل چنین اتفاق نمی‌افتد و شکایات متضررین از اعمال دولت «رد» می‌شود، مگر اینکه حکم قانونی خاصی در این مورد وجود داشته باشد؛ نظیر قانون منع کشت خشخاش، مصوب آبان ۱۳۳۴. اگر چنین است پس بر چه مبنایی شورای نگهبان دعاوی مسئولیت مدنی را موضوعی ترافی تلقی نموده و متعین در صلاحیت دادگاه‌های دادگستری دانسته است؟ و بر چه مبنایی فلسفه وجودی دیوان عدالت اداری را نادیده انگاشته است؟ نگاهی به مصوبات و مواضع شورای نگهبان در خصوص مصوبات مجلس، گویای آن است که دلایل موضع‌گیری شورا در مورد مصوبات روشن نیست، چراکه صورت مشروح مذاکرات شورا هیچ‌گاه در معرض دید عموم قرار نگرفته و در نتیجه، چنین به نظر می‌رسد که اعضای شورای نگهبان در مقام اعلام نظر و مواضع نسبت به مصوبات، خود را مستثنا از «الزام به بیان دلیل» دانسته است و این البته در نظام حقوقی ایران از ابرچالش‌های حقوق اساسی ایران است که جای بحث جداگانه‌ای دارد. با این وصف، قابل پذیرش نیست که پرونده‌های مسئولیت مدنی دولت به دادگاه‌های

دادگستری ارجاع گردد، اما دادگاه‌های حقوقی در مقام رسیدگی، مجاز به اعمال احکام اشخاص خصوصی نسبت به دولت نباشند. حال اگر گفته شود که در مقام رسیدگی به پرونده‌های مسئولیت مدنی دولت، دادگاه‌های حقوقی می‌توانند احکام اشخاص عمومی را نسبت به این‌گونه اشخاص اعمال کنند، در این صورت باید گفت انتخاب دادگاه‌های دادگستری در برابر دیوان عدالت اداری جهت رسیدگی به پرونده‌های مسئولیت مدنی دولت، انتخابی ناشیانه و خلاف اصول اولیه حقوقی است.

۴.۳.۳. آرای وحدت رویه قضایی. همان نگاهی که نزد اعضای شورای نگهبان راجع به شأن دیوان عدالت اداری در خصوص پرونده‌های خسارت وجود دارد، به نوع دیگری در منظومه قوه قضائیه وجود داشته است؛ به‌ویژه این وضعیت در آرای وحدت رویه صادره از دیوان عالی کشور و دیوان عدالت اداری وجود داشته است. برای نمونه، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در آرای وحدت رویه به شماره دادنامه ۹۳ مورخ ۴ خرداد ۱۳۸۲ و دادنامه ۱۴۲۷ مورخ ۵ اسفند ۱۳۸۶ به این موضوع اشاره کرده است. دیوان عالی کشور نیز در آخرین رأی وحدت رویه خود به شماره ۷۴۷ به تاریخ ۲۹ دی ۱۳۹۴ به این موضوع تصریح داشته که توضیحات پیرامون این آرا در پژوهش دیگری به بحث گذاشته شده و نشان داده شده است که تا چه اندازه دیدگاه دو مرجع یادشده از موانع اصلی در این خصوص به‌شمار می‌آید.^{۴۳} با وجود این آرا، به‌نظر می‌رسد دیوان همیشه به معیار گفته‌شده در این آرا پایبند نبوده است و رأی وحدت رویه دیگری به شماره ۹۴۲ مورخ ۲۱ اسفند ۱۳۹۱ صادره از هیئت عمومی دیوان عدالت وجود دارد که در پرونده‌ای با منشأ قراردادی با تفسیر ناصواب از ماده ۱۳ سابق (۱۰ کنونی)، صلاحیت دیوان برای رسیدگی احراز شده است.

۴.۳.۴. دکترین خصوصی‌گرا. از گذشته، باورهای خصوصی‌گرا فضا را برای شناسایی صلاحیت عام دادگاه‌های دادگستری برای رسیدگی به عموم پرونده‌ها فراهم آورده است. در نتیجه چنین دکترینی، دیوان عدالت اداری در سامانه قضایی ایران به صورت ناقص متولد شد و برای شناسایی صلاحیت ترافیعی به این مرجع با معضلات جدی روبرو بوده

۴۳. مولائی و لطفی، پیشین، صص ۱۸۹-۲۱۸؛ آیت، مولائی، «موانع و چالش‌های اعمال مسئولیت مدنی دولت در ایران»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۵۰، ش ۴ (۱۳۹۹)، صص ۱۴۲۳-۱۴۴۰.

است. بنابراین، نه تنها «نگاه رسمی» در مجموعه قوه مقننه و قوه قضائیه به سوی «باور خصوصی‌گرا» بوده، بلکه به صورت «غیر رسمی» در بین حقوق دانان نیز چنین نگاهی مشهود بوده است. حقوق دانان خصوصی‌گرا بر این نظر بوده‌اند که مسئولیت مدنی دولت یک دعوای حقوقی است و تابع قواعد حقوق خصوصی و مقررات مربوط به عواملی همچون اکراه، اجبار و اضطرار بوده و از آنجایی که دیوان عدالت اداری مرجعی «غیرحقوقی» و «غیرترافعی» است، شأن این مرجع مقتضی آن است که صلاحیت آن محدود به حدودی باشد که قانون‌گذار تعیین کرده است؛ چراکه مرجعی «اختصاصی» به حساب می‌آید و این مرجع باید به شکایات مطروحه از تصمیمات و اقدامات دستگاه‌های دولتی و عمومی و اعمال و اقدامات کارگزاران آن‌ها از حیث انطباق یا عدم انطباق با قانون رسیدگی نماید.^{۴۴} این وضعیت نه تنها در زمان حاکمیت قانون سابق، بلکه در حال حاضر نیز وجود دارد. نگاهی به برخی مقالات نوشته شده در سال‌های اخیر مؤید چنین دیدگاهی است.^{۴۵}

نتیجه

در نوشتار حاضر مشاهده شد در وضعیت کنونی، امکان احراز و شناسایی صلاحیت ترافی دیوان عدالت اداری با موانعی چندلایه‌ای روبه‌روست که نتیجه آن امتناع در ظهور چنین صلاحیتی است. کلیدواژه این معضل را باید در غلبه «باور خصوصی‌گرا» عنوان کرد که در سه سطح قوه مقننه، قوه قضائیه و دکترین حقوقی، به‌ویژه در دو سطح نخستین، فضا را برای وحدت در دادرسی و احراز صلاحیت ترافی دیوان عدالت اداری با موانعی مواجه ساخته است و هر سه سطح یادشده، همسو باهم موجب جلوگیری از چنین وحدتی شده‌اند.

برای برون‌رفت از معضل کنونی، منظومه قوه قضائیه و قوه مقننه نیازمند بازخوانی مفهوم اصل تناظری بودن دادرسی در خصوص دیوان عدالت اداری است. در این راستا، با درنظر گرفتن فلسفه وجودی دیوان عدالت، باید بازخوانی دوباره‌ای از ظرفیت‌های قانون دیوان عدالت اداری با ارجاع به ضروریات، اقتضائات و قلمرو اصل ۱۷۳ ارائه گردد. این

۴۴. ر.ک. صدرالحفاظی، پیشین، صص ۱۹۷-۲۰۰ و امامی و همکاران، پیشین، صص ۲۶۴-۲۶۵.

۴۵. برای مثال، ر.ک. محمد، جلالی و همکاران، «تفکیک صلاحیت دیوان عدالت اداری و دادگاه عمومی در دعوای مسئولیت مدنی علیه دولت»، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتادویکم، ش ۹۹ (۱۳۹۶)، صص ۸۵-۱۱۲؛ کاشانی، پیشین، صص ۱۲۵-۱۶۲.

موضوع به‌ویژه در خصوص مواد ۱۱ و ۱۲ صادق است؛ آنجا که قانون‌گذار در ماده ۱۱ به «اعاده حقوق تضییع شده»، یا در ماده ۱۲ به صلاحیت هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص رسیدگی به «تضییع حقوق اشخاص» تصریح داشته و ناگفته پیداست که حقوق تضییع شده اعم از حقوق قراردادی و غیرقراردادی است. هرچند که از دیدگاه حقوقی عبارات یادشده ظرفیت لازم را برای شناسایی دیوان عدالت اداری به‌مثابه ارگان ترافیعی دارا بوده، امکان شناسایی صلاحیت کامل دیوان در خصوص پرونده‌های خسارت دارند، اما مشکل عینی، تبصره ۱ ماده ۱۰ است که به‌صراحت تعیین میزان خسارت را برعهده دادگاه‌های دادگستری گذاشته و با هرگونه تفسیری بازهم امکان وحدت دادرسی را «مسدود» کرده است. لذا می‌توان گفت که تبصره یادشده در چارچوب «قیمی» بودن مسئولیت مدنی اداره قابل تفسیر است، اما مواد ۱۱ و ۱۲ مربوط به مسئولیت مدنی «غیرقیمی» اداره است. مشکل عینی دیگر، آرای وحدت رویه‌ای است که در مقام عمل، امکان شناسایی صلاحیت ترافیعی را با امتناع روبرو ساخته است. حاصل همه اینها «امتناع نظری و عملی» در وحدت دادرسی و صلاحیت ترافیعی دیوان است که نیاز به بازگشت به فلسفه وجودی اصل ۱۷۳ را دوچندان می‌سازد.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

– کتاب‌ها

۱. آشوری، محمد، *آیین دادرسی کیفری*، ج ۱، (تهران: انتشارات سمت، چ ۳، ۱۳۷۶).
۲. آقای طوق، مسلم و لطفی، حسن، *حقوق اداری ۱*، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸).
۳. آخوندی، محمود، *آیین دادرسی کیفری*، ج ۱، (تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چ ۵، ۱۳۷۲).
۴. امامی، محمد و استوار سنگری، کورش، *حقوق اداری*، ج ۱، (تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۸).
۵. امامی، محمد و استوار سنگری، کورش، *حقوق اداری*، ج ۲، (تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۰).
۶. امامی، محمد؛ واعظی، مجتبی؛ سلیمانی، مهستی، *ضوابط دعاوی قابل طرح در دیوان عدالت اداری*، (تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۱).
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، ج ۳، (تهران: گنج دانش، ۱۳۷۸).
۸. دهخدا، علی‌اکبر، *لغت نامه دهخدا*، ج ۴، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چ ۱ از دوره جدید، ۱۳۷۲).
۹. دبانی، عبدالرسول، *ادله اثبات دعوا در امور مدنی و کیفری*، (تهران: انتشارات تدریس، ۱۳۸۶).
۱۰. شمس، عبدالله، *آیین دادرسی مدنی*، ج ۱، (تهران: نشر میزان، چ ۲، ۱۳۸۱).
۱۱. صدرالحفاظی، سید نصرالله، *نظارت قضائی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری*، (تهران: نشر شهریار، چ ۱، ۱۳۷۲).
۱۲. صدرزاده افشار، سید محسن، *آیین دادرسی مدنی و بازرگانی*، سه‌جلدی، (تهران: انتشارات جهاد دانشگاهی، چ ۴، ۱۳۷۶).

۱۳. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلسه شصتم، (تهران: چاپخانه مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴).
۱۴. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه (۳)، (تهران: انتشارات علوم اسلامی، چ ۱، ۱۳۷۷).
۱۵. متین دفتری، احمد، آیین دادرسی مدنی، (تهران: نشر مجد، ۱۳۸۱).
۱۶. معین، محمد، فرهنگ فارسی، ج ۱، (تهران: انتشارات امیرکبیر، چ ۴، ۱۳۶۰).
۱۷. واعظی، سید مجتبی، گفتارهایی در حقوق اداری، (تهران: نشر مجد، ۱۳۹۶).

– مقالات

۱۸. آقای طوق، مسلم، «انواع دعاوی اداری در ایران و فرانسه»، فصلنامه دیدگاههای حقوق قضایی، دوره ۲۳، ش ۸۳ (۱۳۹۷).
۱۹. آقای طوق، مسلم، «درآمدی تطبیقی بر ضرورت توسعه دعاوی کامل در حقوق اداری ایران»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال هفتم، ش ۲۰ (۱۳۹۷).
۲۰. آقای طوق، مسلم، «تحلیلی تاریخی بر دوگانگی فرایند رسیدگی به دعاوی مسئولیت به طرفیت دولت در حقوق ایران»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال بیست و یکم، ش ۶۲ (۱۳۹۸).
۲۱. جلالی، محمد؛ حسوند، محمد؛ میری، ایوب، «تفکیک صلاحیت دیوان عدالت اداری و دادگاه عمومی در دعاوی مسئولیت مدنی علیه دولت»، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتاد و یکم، ش ۹۹ (۱۳۹۶).
۲۲. حیدری، سیروس، «علم قاضی و اصل تناظر»، مجله تحقیقات حقوقی، ویژه نامه ش ۲ (۱۳۸۹).
۲۳. حیدری، سیروس، «اصل تناظر در دادرسی اداری با تأکید بر دادرسی دیوان عدالت اداری»، فصلنامه مطالعات حقوقی، دوره ۹، ش ۲ (۱۳۹۶).
۲۴. حسین زاده، جواد، «دادرسی تناظری در ابطال آیین نامه های دولتی خلاف قانون»، فصلنامه مدرس علوم انسانی، دوره ۱۱، ش ۴ (۱۳۸۶).

۲۵. شمس، عبدالله، «اصل تناظر»، *مجله تحقیقات حقوقی*، ش ۳۵ و ۳۶ (۱۳۸۱).
۲۶. کاشانی، جواد، «مرجع صالح برای رسیدگی به دعوی مسئولیت به طرفیت دولت»، *دوفصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، ش ۷۳ و ۷۴ (۱۳۹۵).
۲۷. مرادخانی، فردین و مولائی، آیت، «عدم استقلال آیین دادرسی اداری در چارچوب قانون دیوان عدالت اداری»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر (فقه و حقوق اسلامی سابق)*، سال هشتم، ش ۱۵ (۱۳۹۶).
۲۸. مولائی، آیت و لطفی، حسن، «تحلیل انتقادی نحوه اثبات ارکان مسئولیت مدنی اداره در چارچوب ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری»، *فصلنامه مطالعات حقوقی*، دوره ۱۰، ش ۴ (۱۳۹۷).
۲۹. مولائی، آیت، «موانع و چالش‌های اعمال مسئولیت مدنی دولت در ایران»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۵۰، ش ۴ (۱۳۹۹).
۳۰. واعظی، سید مجتبی، «مطالعه تطبیقی صلاحیت وضع آیین‌نامه با تأکید بر نظام‌های حقوقی فرانسه و ایران»، *فصلنامه حقوق تطبیقی*، (نامه مفید)، ش ۷۹ (۱۳۸۸).
۳۱. یآوری، اسدالله، «حق برخورداری از دادرسی منصفانه و آیین دادرسی نوین»، *نشریه حقوق اساسی*، سال دوم، ش ۲، (۱۳۸۳).

(ب) خارجی

32. Jolowicz, J.A, "Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 52, Issue 2, (2003).
33. Kuner, Christopher, "Legal Obstacles to ADR in European Business-to-Consumer Electronic Commerce", Brussels, Morrison & Foerster LLP, (2000). Available at: <http://www.kuner.com/data/pay/adr.html>. Last Visited: 6/10/2020.
34. Ricci, Jean- Claude, *Droit administratif*, 4e éd, (Hachette Livre, 2004).

- Websit

35. <http://www.divan-edalat.ir/show.php>. Last Visited: 7/8/2020.

Adversarial Jurisdiction of the Administrative Justice Court : Rereading of Article 173

*Ayat Molaei*¹

Abstract

The Administrative Justice Court is the most important judicial authority that was established in 1981 in line with the supreme goals of Article 173 of the Constitution. One of the challenges that has plagued the Court since the beginning, has been the issue of "adversarial jurisdiction" and the debate over this issue has continued among lawyers. Realizing this importance, the present article uses a descriptive, analytical research method to discuss the adversarial jurisdiction in litigation against the administration. Therefore, in response to such a possibility, it has been concluded that the judiciary needs rereading the adversarial principle in connection with the Court of Administrative Justice. Also, given the existential philosophy of the institution, a rereading of the capacity of the Administrative Justice Court is needed. In addition, the criterion of "adversary" was not the right criterion for determining the jurisdiction of the Court of Administrative Justice and we need a new standard.

Keywords: Adversarial Jurisdiction, the Administrative Justice Court, the Existential Philosophy of Administrative Proceedings, Dual Competence.

1. Assistant Professor, University of Tabriz, Iran

amulaee@tabrizu.ac.ir

A Legal Analysis to the Principle on Non-Convertibility of the Property Seized for Security or Execution and its Exceptions

Ahad Gholizadeh Manghotai¹

Abstract

Although in enforcement of pecuniary judgments, resort to seizure of property for security or execution is the main method, and the resort to judgment debtor's detainment cannot free the judgment creditor from it, this method is not perfect because there is an almost hidden rational principle in the civil judgments enforcement act according to which judgment creditor deserves to acquire judgment debt solely from the property seized for security or execution. This principle can be extended to the acquisition of judgment debt from the mortgaged substance. Few exemptions of this principle i.e. possibility of converting the property primarily seized for security or execution to another property's seizure, possibility of converting the property secondarily seized for security or execution to another property's seizure, possibility of converting the seizure of salary and privileges for security or execution to another property's seizure, possibility of converting the property claimed by a third person to another property, and possibility of converting the unsold property to another property cannot always relieve the judgment creditor from restrictions caused by the above-mentioned principle. As a result, that principle in fact means the principle of non-convertibility of property seized for security or execution and is extendable to the mortgaged property and in contrast to what plaintiff or judgment creditor or their legal agents may suppose, hesitant and non-clever seizure of property for security or execution is not so useful and it may eventually cause serious problems on the way of enforcing the judgment.

Keywords: Seizure for security, Seizure for execution, Civil judgments enforcement Act, Conversion of seizure for security or execution, Mortgage.

1. Associate Professor, University of Isfahan, Iran

gholizadeh@ase.ui.ac.ir

A Conceptual Analysis and the Effects of the Right of “Sabq” in Jurisprudence of Islamic Denominations

*Mahdi Rahbar*¹

*Parasto Ghazanfari*²

Abstract

The right of precedence deals with the relationship between individuals, objects and places. It is a rational phenomenon, approved by the Sharia. Some scholars believe that the nature of the right of precedence is moral priority while others take it as an obligation. Still there are scholars who view it as an objective right. The realization of this right results in ownership or the right of precedence. There is a difference between Imamiah (the followers of the twelve Imams) and Sunni jurists as to whether the right of precedence causes ownership or the right of precedence. Sunni jurists believe in the absolute ownership and refer to narrations related to the revival of the dead lands as their proof. Imamiah jurists, on the other hand, accept ownership in some cases and the right of precedence in others because there is a consensus on the absence of absolute ownership. The jurists believe in ownership in cases such as taking possession and the revival of the dead lands, agriculture and the writing of scientific works. This study concludes that the right of precedence is an example of objective rights which include all the effects of this right, such as not allowing the violation of the right, the necessity for compensating the damage caused by the violation of the others' right, etc. This article aims at explaining the nature and effects of the right of precedence. Meanwhile, based on library sources and by using analytical and descriptive methods, we will examine the views of the parties on the subject.

Keywords: Priority, Right of Precedence, Domination, Possession of Property, Predomination.

1. Associate Professor, Rey University of Quran and Hadith, Iran (Corresponding Author)
rahbarmahdi@yahoo.com

2. Master of Contemporary Jurisprudence and Private Islamic Law, University of Islamic Religions
p.ghazanfari93192@yahoo.com

A Reflection on the Concept of Equality in the Minds of Constitutional Experts

Ali Daraei¹

Ali Mashhadi²

Sedigheh Gharloghi³

Abstract

Equality in its legal sense is a philosophical norm from which many of the fundamental rights and freedoms in the constitution derive. The present study uses a descriptive-analytic approach, and after examining and applying the theoretical aspect of equality and its variants (formally and substantially), it describes the discussions of constitutional experts leading to the adoption of the principles of equality. The result of the discussions and debates of major legislators is that, despite the acceptance of equality in the constitution, there have been various conceptions of equality in the House of Experts. Despite having apparent and partial divergent readings of equality, Constitutional legislators eventually incorporated the principle of equality in the relevant principles. Also, substantive equality in the views of constitutional experts had a relative and fragile meaning. That is to say, despite the acceptance of substantive equality, some of the substantive equality provisions were not accepted in the constitution and were bound by Islamic standards.

Keywords: Equality, Formal Equality, Substantial Equality, Positive Discrimination, Constitutional Experts.

1. Master of Public Law, University of Tabriz, Iran (Corresponding Author)
ali66.daraee93@gmail.com

2. Associate Professor, Qom University, Iran

droitenviro@gmail.com

3. PhD student in Public Law, Qom University, Iran

gharloghi.sedigheh@gmail.com

The Effects of Avoidance due to Contractual Obligations Breach in Iranian Law, Iraqi Law and the International Sales Convention 1980

Ali Kheiri Jebur¹

Seyed Mohammad Mehdi Ghaboli Dorafshan²

Azam Ansari³

Abstract

Pacta sunt servanda is one of the most important principles of law. However, some people violate their contract obligations. One remedy for this violation is avoidance of contract. There are some differences regarding conditions which could result in a kind of right to avoid the contract. This research attempts to survey the effect of this avoidance through descriptive-analytic and a comparative method in Iranian and Iraqi law and also in Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980 and analyze differences and similarities in above-mentioned legal systems. The results of this research show that although avoidance of contract leads to the deterioration of the parties' obligations in these three legal systems, there are some differences too. Avoidance of contract has a retrogressive effect in Iraqi and the Convention law but it is refused in Iranian Law. Also, there are some differences which have to be recovered by the parties.

Keywords: Breach of contractual obligations, Retrogressive effect of avoidance, Iranian Law, Iraqi Law, International Sales Convention.

1. Master of Private Law, Ferdowsi University of Mashhad, Iran
alikhairi.jebur@mail.um.ac.ir

2. Associate Professor Ferdowsi University of Mashhad, Iran (Corresponding Author)
ghaboli@um.ac.ir

3. Assistant Professor Ferdowsi University of Mashhad, Iran

aansari@um.ac.ir

Criteria for Attain Knowledge of the Occurrence of Result in Murder

Javad Sarkhosh¹

Iman Hatami²

Abstract

Homicides investigated in Islamic law as felonies have always confronted severe criminal responses in criminal law. In addition to actus reus, intentional killing of a human requires the mens rea, and the murderer must have both the intention of the act and intention of acquiring the result. Also the possibility of invoking the crime should be made to the will of the murderer. It is not easy to obtain mens rea in a deliberate murder, since intention of acquiring the result is not always explicit, but sometimes implicit. The murderer, without clear intention of killing, is committing a typically deadly act. Accordingly, it is very difficult to achieve the result of the latter. In this paper, an attempt has been made to explain the science of the fatalities of its various behaviors and its various fissures, and highlight the compatibility of the logical criteria “adjoining show in the special sense the result with perpetrating behavior” with the general penal principles of Islam to determine whether the person knew that the result is realized through his or her his behavior.

Keywords: Murder, Result of crime, Indirect intention, Knowledge of the result.

1. Associate Professor, Al-Zahra University, Tehran, Iran (Corresponding Author)

j.sarkhosh@alzahra.ac.ir

2. PhD in Criminal Law and Criminology, Islamic Azad University, North Tehran Branch, Tehran, Iran

i.hatami@chmail.ir

Analysis of the Sanction of the Respite of the Exceptions of Proceedings

Mehdi Hassanzadeh¹

Abstract

Civil Procedure Code has announced in article 87 that the respite of the exceptions of litigation is until the end of the first hearing session and in article 90 it has laid down that the sanction of this respite according to which that the judge is not bound to investigate the exception separately from merits of the case. Expression of this article needs to be reviewed with regard to the investigation of the exception separately from merits of the case. Not bounding the court in this regard and the situation of the exceptions that arise after the hearing session, and the sanction that is laid down in article 90 C.P.C. can be criticized with regard to the fact that the rules of exceptions are imperative and it is illogical to delay the investigation of the exception. Examination of the subject demonstrates that the sanction that is laid down in this article is not effective despite its serious appearance, and in such cases, the legislator should use the proper and effective execution guarantees, such as civil penalties.

Keywords: Exceptions of proceedings, Respite of exception, Investigation separately from merits of the case, Sanction, The first hearing.

1. Associate Professor, Qom University, Iran

m.hasanzadeh@qom.ac.ir

Security Right against Intellectual Property under UNCITRAL Model Law on Secured Transactions and Iranian Law

Saeed Habiba¹

Hossein Hamdi²

Abstract

Under UNCITRAL model, law on secured transaction creation security right against intellectual property has been allowed. References in the *model law* to intellectual property are to be understood as references to intellectual property rights *of an owner* of intellectual property. The essence of the rights of an owner is the right to transfer its intellectual property, the right to prevent unauthorized use of its intellectual property and to pursue infringers, the right to register intellectual property and renew registrations, the right to authorize others to use or exploit the intellectual property and the right to collect royalties. Security right arises from security agreement. Under security right, *owner* of intellectual property provides these rights to secure an obligation. Although all intellectual property rights have a financial value and can be secured from the point of view of the model law, this law provides for two types of rights that have commercial and economic value, including the right to transfer intellectual property and the right to authorize others to use or exploit the intellectual property. It becomes intellectual property to third parties. There is no method in Iranian law similar to the method of the UNCITRAL Model Law for the authentication of intellectual property. It seems that the rules of the UNCITRAL Model Law can be used to legislate in Iranian law.

Keywords: Security agreement, Conditional right, Default, Secured obligation, Enforcement.

1. Professor, University of Tehran, Iran (Corresponding Author) habiba@ut.ac.ir
2. PhD Student in Private Law at Kharazmi University, Tehran, Iran std_hamdi@khu.ac.ir

Table of Contents

1. Security Right against Intellectual Property under UNCITRAL Model Law on Secured Transactions and Iranian Law Saeed Habiba; Hossein Hamdi	1-28
2. Analysis of the Sanction of the Respite of the Exceptions of Proceedings Mehdi Hassanzadeh	29-46
3. Criteria for Attain Knowledge of the Occurrence of Result in Murder Iman Hatami; Javad Sarkhosh	47-74
4. The Effects of Avoidance due to Contractual Obligations Breach in Iranian Law, Iraqi Law and the International Sales Convention 1980 Ali Kheiri Jebur; Seyed Mohammad Mehdi Ghaboli Dorafshan; Azam Ansari	75-105
5. A Reflection on the Concept of Equality in the Minds of Constitutional Experts in 1979 Ali Daraei; Ali Mashhadi; Sedigheh Gharloghi	107-133
6. A Conceptual Analysis and the Effects of the Right of “Sabq” in Jurisprudence of Islamic Denominations Mahdi Rahbar; Parasto Ghazanfari	135-161
7. A Legal Analysis to the Principle on Non-Convertibility of the Property Seized for Security or Execution and its Exceptions Ahad Gholizadeh Manghotai	163-189
8. Adversarial Jurisdiction of the Administrative Justice Court: Rereading of Article 173 Ayat Molaei	191-220
Abstracts	221-228

Journal of Contemporary Comparative Legal Studies

(Former Jurisprudence and Islamic Law)

University of Tabriz

Director: R. Sokuti Nasimi

Editor-in-Chief: E. Shoarian Sattari

Editorial Board

Hamid Abhari	Professor of Mazandaran University
Mohammad Ali Ardebili	Professor, Shahid Beheshti University
Heydar Bagheriasl	Professor, University of Tabriz
Mohammad Reza Pasban	Associate Professor, Allameh Tabataba'i University
Mansour Jabbrai	Associate Professor of Allameh Tabatabai University
Saeed Habiba	Professor, University of Tehran
Mohammad Jafar Habibzadeh	Professor of Tarbiat Modares University
Abolfath Khaleghi	Associate Professor, Qom University
Mehrab Darabpour	Professor, Shahid Beheshti University
Aahmad Deilami	Associate Professor, Qom University
Mohammad Rasekh	Professor, Shahid Beheshti University
Ismail Rahiminejad	Associate Professor, University of Tabriz
Reza Sokuti Nasimi	Professor, University of Tabriz
Ebrahim Shoarian Sattari	Professor, University of Tabriz
Morteza Shahbazinia	Associate Professor, Tarbiat Modares University
Bijan Abbasi	Associate Professor, University of Tehran
Seyyed Mohammad Taghi Alavi	Professor, University of Tabriz
Hossein Fakhr	Associate Professor, University of Tabriz
Hassan Mohseni	Associate Professor, University of Tehran
Mohammad Reza Mojtehed	Professor, University of Tabriz
Pejman Mohammadi	Professor of Shahid Chamran University of Ahvaz
Sam Mohammadi	Professor of Mazandaran University

Persian Editor: Mandana Nematnezhad

English Editor: Davood Kuhi

Executive Manager: Abbas Yeganeh

Typist: Shirin Zamani

Faculty of Law and Social Sciences, University of Tabriz, 29 Bahman Blvd.,

Tabriz, Zip Code: 5166616471, Iran

E-mail: tabrizulaw@gmail.com

Tel: 041-33392262 Fax: 041-33356013



University of Tabriz

Journal of
***Contemporary Comparative Legal
Studies***

(Former Jurisprudence and Islamic Law)

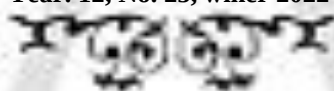
Year. 12 - No. 25

Winter 2022



Contemporary Comparative Legal Studies

Year. 12, No. 25, winter 2022



- Security Right against Intellectual Property under UNCITRAL Model Law on Secured Transactions and Iranian Law
Saeed Habiba; Hossein Hamdi
- Analysis of the Sanction of the Respite of the Exceptions of Proceedings
Mehdi Hassanzadeh
- Criteria for Attain Knowledge of the Occurrence of Result in Murder
Iman Hatami; Javad Sarkhosh
- The Effects of Avoidance due to Contractual Obligations Breach in Iranian Law, Iraqi Law and the International Sales Convention 1980
Ali Kheiri Jebur; Seyed Mohammad Mehdi Ghaboli Dorafshan; Azam Ansari
- A Reflection on the Concept of Equality in the Minds of Constitutional Experts in 1979
Ali Daraei; Ali Mashhadi; Sedigheh Gharloghi
- A Conceptual Analysis and the Effects of the Right of “Sabq” in Jurisprudence of Islamic Denominations
Mahdi Rahbar; Parasto Ghazanfari
- A Legal Analysis to the Principle on Non-Convertibility of the Property Seized for Security or Execution and its Exceptions
Ahad Gholizadeh Manghotai
- Adversarial Jurisdiction of the Administrative Justice Court: Rereading of Article 173
Ayat Molaei

Abstracts

