

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

کتاب تخصصی مصاحبه دکتری

شاخه حقوق خصوصی

(پرسی و پاسخ)

شامل:

حقوق مدنی

حقوق تجارت

متون فقه (معاملات)

متون حقوقی

آیین دادرسی مدنی

اصول فقه

به کوشش

دپارتمان تخصصی دکتری حقوق خصوصی



انتشارات حقوقی عدلیه

سرشناسه: دپارتمان تخصصی دکتری حقوق خصوصی

عنوان: کتاب تخصصی مصاحبه دکتری حقوق خصوصی

مشخصه نشر: تهران، انتشارت عدلیه، ۱۴۰۰

نوبت چاپ: چاپ چهارم چاپ اول: ۱۳۹۶

مشخصات ظاهری: ۳۲۲ صفحه

موضوع: حقوق مدنی - حقوق تجارت - متون حقوقی فقه - اصول فقه - آیین دادرسی مدنی

موضوع: قانون مدنی - فسخ - ایقاع - شرایط عمومی قراردادها - بیع - ضمان - وکالت - مسئولیت مدنی - حقوق خانواده - ارث - وصیت

موضوع: قانون تجارت - تاجر - امور تجاری - معاملات تجاری - کسبه جزء - شرکت سهامی - شرکت با مسئولیت محدود - شرکت تضامنی - چک - سفته - برات - ورشکستگی - قرارداد ارفاقی

شناسه افزوده: لفظ - مفهوم - حرمت - امر - نهی - استصحاب - تخییر - اطراد - تبادر

شناسه افزوده: دعوی مشتق - تجدیدنظر - دادخواست - درخواست - اقرار مرکب - سوگند بتی - قرار - رد دعوا - سقوط دعوا - دستور موقت - ورود ثالث - جلب ثالث - اعاده دادرسی - آرای متشابه و متعارض - دیوان عدالت اداری - شهرداری

قیمت: ۳۰۰ هزار تومان

تلفن :

۰۲۱-۶۶۹۲۱۰۰۲

۰۲۱-۶۶۵۸۱۷۴۸

آدرس: تهران - انقلاب - جمالزاده جنوبی - پلاک ۹۴ - طبقه ۴ - واحد ۱۷ - انتشارات عدلیه

Email: nashreadliye@gmail.com

http://www.adlpub.com

کانال تلگرام عدلیه را در گوشی خود دنبال کنید:

@entesharatedliye

کانال دکتری حقوق

@ PHDdoktori

فهرست مختصر مطالب

مقدمه:	۵
بخش اول: سوالات مصاحبه‌ای حقوق مدنی	۷
بخش دوم: سوالات مصاحبه‌ای حقوق تجارت	۷۵
بخش سوم: سوالات مصاحبه‌ای متون فقه	۱۲۳
بخش چهارم: متون حقوقی	۱۷۹
بخش پنجم: سوالات مصاحبه‌ای اصول فقه	۲۱۵
بخش ششم: سوالات مصاحبه‌ای آیین دادرسی مدنی	۲۵۳

مقدمه

بعد از اینکه داوطلبان دکتری حقوق خصوصی آزمون دکتری می‌دهند معمولاً بعد از چند ماه نتایج اولیه آزمون دکتری منتشر شده و بعد از آن اقدام به انتخاب دانشگاه‌ها با عنوان انتخاب رشته می‌نمایند. در این مرحله دانشگاه‌ها، بر اساس نمره کل اکتسابی داوطلبان را دعوت به مصاحبه می‌کنند.

معمولاً ۳۰ نمره آزمون دکتری در هر دو شیوه آموزش محور و پژوهش محور به مصاحبه شفاهی اختصاص داده شده است و داوطلب بایستی در جلسه‌ای که توسط دانشگاه مربوطه (در دانشگاه‌های سراسری و یا توسط واحد دانشگاه آزاد اسلامی در دانشگاه‌ها آزاد اسلامی) برگزار می‌شود به سئوالات اساتید مصاحبه کننده پاسخ دهد (فارغ از نوع برگزاری مصاحبه).

داوطلبان دکتری باید برای این مرحله آمادگی کافی داشته باشند چرا که ممکن است اساتید یا ممتحنین مصاحبه از هر دری از رشته تخصصی شان سؤال بپرسند و کافی است که داوطلب نتواند به چندتا از سئوالات پاسخ دهد؛ مسلماً نتیجه این موضوع رد داوطلب خواهد بود. بنابراین این مرحله از اهمیت بالایی برخوردار است و در صورتی که داوطلب بتواند نمره متناسبی کسب کند؛ مسلماً وارد دوره دکتری خواهد شد.

در این کتاب که به صورت پرسش و پاسخ تهیه و تدوین شده ما سعی کرده‌ایم که سئوالات ۱۰ سال اخیر مصاحبه دانشگاه‌های سراسری و آزاد را از طرق مختلف تهیه کرده و در اختیار داوطلبان قرار دهیم. مسلماً ۱۰۰ درصد کتاب اختصاص به سئوالات و پاسخ‌های مصاحبه ندارد؛ بلکه در برخی از موارد موضوعات مهمی که امکان طرح سؤال از آنها وجود دارد؛ اشاره شده است یا در مورد متون فقه برای یادگیری بیشتر، لغات و متن حقوقی نیز ارائه شده است.

در مورد زبان تخصصی که شاید بیشترین تاثیر را در مصاحبه شفاهی داشته باشد؛ سعی کرده‌ایم هم متن همراه با ترجمه بیاوریم و هم لغات مهم و تخصصی حقوق خصوصی که برآیند آن کسب نمره مناسب برای مصاحبه خواهد بود.

در این کتاب ما سئوالات را به چند بخش تقسیم کرده‌ایم؛ بخش اول شامل سئوالات حقوق مدنی است؛ بخش دوم درباره پرسش و پاسخ‌های حقوق تجارت بوده و بخش سوم اختصاص به سئوالات و پاسخ‌های متون فقه حقوق خصوصی یا همان بخش معاملات دارد. بخش چهارم در خصوص متون حقوقی و لغات تخصصی حقوق خصوصی است و بخش پنجم نیز اختصاص دارد به اصول فقه و در نهایت آخرین بخش درباره سئوالات و پاسخ‌های مصاحبه‌ای آیین دادرسی مدنی است.

همانطور که داوطلبان دکتری حقوق خصوصی در جریان هستند معمولاً پرسش از آیین دادرسی مدنی و اصول فقه بسیار کمتر از دروس دیگر بوده و شاید بتوان گفت در ۲۰ درصد مصاحبه امکان پرسش از آن وجود دارد. البته چون مصاحبه دکتری نقش حیاتی در قبولی داوطلب دارد بنابراین بهتر است که در صورت امکان به مطالب همه بخش‌ها مسلط شوید.

نکته آخر اینکه، برای یادگیری پاسخ‌ها لازم است جمله کلیدی که مرتبط با سؤال بوده را به صورت مفهومی یاد بگیرید؛ که در این صورت نیازی به حفظ کل متن نیست بلکه با یادگرفتن آن شما خواهید توانست هر سئوالی که از موضوعی می‌شود؛ امکان پاسخگویی داشته باشید.

دپارتمان تخصصی دکتری حقوق خصوصی

بخش اول
سؤالات مصاحبه ای حقوق مدنی

* پرسش و پاسخ: حقوق مدنی *

تبعه خارجی مطابق قراردادی که در ایران با یک ایرانی منعقد می‌کند، تعهد می‌کند ملک مسکونی خود را که در خارج واقع است، به قیمت معلوم به طرف ایرانی بفروشد. در صورتی که تبعه خارجی هنگام قرارداد ۱۹ ساله بوده و مطابق قانون کشور متبوع وی سن بلوغ ۲۱ سال باشد، قرارداد مزبور چه حکمی دارد؟

باطل است چرا که تشخیص اهلیت هر کس برای معامله کردن بر حسب قانون دولت متبوع او خواهد بود؛ معذک اگر یک نفر تبعه خارجه در ایران عمل حقوقی انجام دهد در صورتی که مطابق قانون دولت متبوع خود برای انجام آن عمل واجد اهلیت نبوده و یا اهلیت ناقصی داشته باشد، آن شخص برای انجام آن عمل واجد اهلیت محسوب خواهد شد. در صورتی که قطع نظر از تابعیت خارجی او مطابق قانون ایران نیز بتوان برای او جهت انجام آن عمل، اهلیت تشخیص داد. البته حکم اخیر شامل اعمال حقوقی که مربوط به حقوق خانوادگی و یا حقوق ارثی بوده و یا مربوط به نقل و انتقال اموال غیرمنقول واقع در خارج ایران هستند، نخواهد بود.

منظور از شرط مقتضای ذات عقد چیست؟

هر عقدی اثر مخصوص به خود را دارد؛ به طور مثال مقتضای عقد اجاره، تملیک منفعت است؛ به این اثر خاص هر عقد مقتضای عقد گفته می‌شود؛ بطور مثال مقتضای عقد بیع مالکیت ثمن برای بایع و مبیع برای خریدار است. هر شرط که این اقتضا را زایل کند باطل کننده عقد است. مانند شرطی که به موجب آن خریدار حق انتقال مبیع را به دیگری ندارد یا شرطی که ماکیت مبیع را به خریدار نادیده بگیرد.

الف سه ماه قبل از تصویب قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۷۶ یک واحد آپارتمان مسکونی را به یک شرکت سهامی خاص ب به مدت یکسال با اجاره بهای متناسب اجاره می‌دهد. در حال حاضر ۱۵ سال است که مدت اجاره هر سال با تراضی طرفین تمدید و ب در این ۱۵ سال در مورد اجاره، استیفای منفعت داشته است. ب یک شرکت مهندسی دارای تعدادی از مهندسان مشاور و ناظر بر ساختمان سازی می‌باشد که به منظور ارائه خدمات مشاوره و نظارت بر احداث اصولی ساختمان تاسیس و اداره می‌شود. از آنجا که کاربری واحد مورد اجاره مسکونی بوده موجر به طور ضمنی به مدیران شرکت اجازه استفاده تجاری در مورد اجاره در راستای موضوع شرکت را می‌دهد. الف در این سالها ۳ بار به مستاجر اظهارنامه‌ای ارسال می‌کند مبنی بر اینکه از واحد مسکونی مورد اجاره به منظور تجاری استفاده می‌نماید و می‌بایست اجاره بهای بیشتری پرداخت نماید.

شرکت از سال ۱۳۷۶ تا ۱۳۹۶ دایر بوده و هر سال مالیات مقرر را به اداره دارایی پرداخت می‌نموده است آیا عملیات شخص ب در قالب شرکتهای سهامی تجاری محسوب می‌شود که بعد از گذر زمان بتوان بواسطه فعالیتهای تجاری برای مشارالیه حق کسب و پیشه قایل شد؟

با توجه به متن سوال و در فرض درخواست تخلیه از سوی موجر، آیا مستاجر مشمول حق کسب و پیشه طبق قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۵۶ می‌گردد؟

در پاسخ می‌توان گفت درست است که شرط تجاری بودن یک شرکت تجاری این است که معاملات تجاری انجام دهد و شقوق ذکر شده در ماده ۲ قانون تجارت را می‌بایست دارا باشد که تاجر تلقی گردد اما مستفاد از ماده ۲۰ قانون مورد اشاره، شرکت سهامی که بر طبق قانون تشکیل شده باشد از شرکتهای تجاری محسوب شده و با امعان نظر از ماده ۲ ل.ا.ق.ت. مصوب ۴۷ بازرگانی به شمار می‌آیند ولو اینکه موضوع عملیات آنها بازرگانی محسوب نمی‌شود در نتیجه به چنین مستاجری بعد از گذشت زمان و در هنگام تخلیه حق کسب و پیشه تعلق می‌گیرد. اما از آنجا که مستاجر در محل مسکونی با اذن موجر خویش فعالیت کسبی انجام داده است؛ باید گفت به موجب بند ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری مصوب سال ۳۴ صدور پروانه از وظایف شهرداری می‌باشد و همچنین براساس تبصره ماده قانونی فوق، شهرداری در شهرهایی که نقشه جامع شهر تهیه شده مکلف است طبق ضوابط نقشه مذکور در پروانه های ساختمانی نوع استفاده از ساختمان را قید نماید.

شهرداری مرجعی است که صلاحیت و اختیار صدور پروانه ساختمانی و نوع کاربری آن را دارد و بر اساس درخواست مالک و با لحاظ موقعیت محل و استفاده متقاضی کاربری را تعیین و پروانه ساختمانی را صادر می‌نماید. اگرچه وظیفه این امر بر عهده نهاد شهرداری می‌باشد اما قراردادهای خصوصی که فی مابین طرفین منعقد شده بنابر اصل حاکمیت اراده معتبر بوده و قانون تنها بعنوان مکمل اراده آنها می‌تواند در

امور مداخله نماید؛ مگر اینکه قانون آمره باشد که در آن صورت بر اراده طرفین حاکم می باشد. در مانحن فیه اشتغال در یک محل مسکونی به امر تجاری نمی تواند محل نظم عمومی باشد اگر چه این امر با نظامات شهرداری مخالف است اما با پرداخت عوارض می توان نوع کاربری را تغییر داد. در نتیجه عدم رعایت نظامات شهرداری را نمی توان مسقط حق کسب و پیشه شخص ب که با اذن موجر در ملک مسکونی فعالیت کسی نموده دانست و شخص ب می تواند علیه موجر خویش جهت مطالبه حقوق کسب خویش طرح دعوی نماید و تنها حقی که برای شهرداری به موجب بند ۲۴ و تبصره ماده ۵۵ قانون شهرداری، می توان قائل شد؛ اخذ عوارض و تغییر نوع کاربری می باشد.

اقاله چه مفهومی دارد و ماهیت حقوقی اقاله چه می باشد؟

هنگامی که دو طرف برای برآوردن نیازها و تأمین منافع خود با یکدیگر عقدی را منعقد می سازند؛ این عقد و پیمان از آثار شرعی برخوردار می شود و برابر با قاعده و اصل اولی در عقود پابرجا و وفای به آن ضروری خواهد شد. زیرا هر کدام از دو طرف عقد به هنگام بستن عقد منظور و هدفی را دنبال می کرده اند که برای برآورده شدن آن به انعقاد عقد روی آورده اند. این هدف و حق نباید ضایع شود. حال اگر هر کدام پس از انعقاد عقد دریابند که به هدف مورد نظر خود دست نمی یابند و یا به هر دلیلی از انعقاد عقد پشیمان شوند؛ آن گاه نیز با توافق یکدیگر عقد را می توانند؛ برهم بزنند. به گفته دیگر، همان گونه که اراده دو طرف در پدید آمدن عقد تأثیر می گذارد و بی این دو اراده عقدی برقرار نخواهد شد. همین دو اراده نیز در سرنوشت عقد تأثیر می گذارد. پابرجا بودن و یا از میان رفتن عقد، بنابر اراده دو طرف است. پس اگر به انحلال و زوال عقد و آثار آن تصمیم بگیرند؛ عقد از بین می رود و در پی آن، آثار عقد نیز زایل می شود؛ به این عمل حقوقی (اقاله) یا (تفاسخ) گویند. وجود تراضی و قصد انشای طرفین در اقاله دلیل واضحی است که نشان می دهد **اقاله یک عقد و قرارداد است** و با ماده ۱۹۱ قانون مدنی انطباق کامل دارد. هر چند اقاله معامله و عقد جدیدی نیست و در آن تملیک جدید رخ نمی دهد؛ اما انطباق با وجود اقاله وضعیت جدیدی ایجاد می شود که منشاء آن قرارداد است؛ به ویژه در مواردی که مال موضوع قرارداد سابق تلف شده یا موضوع آن اجرا شده است؛ این اثر ظهور بیشتری دارد.

برای مطالعه بیشتر مراجعه کنید به: محمد حسن صادقی مقدم: جریان خیارات در اقاله. آموزه های فقه مدنی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۱۲، پاییز- زمستان ۱۳۹۴.

اقاله با فسخ چه تفاوتی دارید؟

- ۱- فسخ از ایقاعات به شمار می آید ولی اقاله از عقود.
- ۲- اقاله عقدی است با توافق و رضایت به همراه اراده طرفین و موضوع آن انهدام عقد اول است در حالی که فسخ به علت قانونی است و شاید رضایت طرف دیگر حائز اهمیت نباشد.
- ۳- اقاله را می توان با توافق طی سند عادی یا رسمی اجرا نمود ولی در فسخ، حکم دادگاه منبعت از جواز قانونی اصل صحت آن است.
- ۴- اقاله با انعقاد عقد دوم صورت می گیرد ولی فسخ عقد دوم ندارد.
- ۵- فسخ به علت قانون است ولی اقاله علتش رضایت طرفین و اراده و قصد آنان است.

برای مطالعه بیشتر مراجعه کنید به: حسن ره پیک، سیر تحول اقاله در حقوق اسلام و ایران، با مطالعه تطبیقی در حقوق انگلیس و فرانسه، فصلنامه دیدگاه های حقوق قضایی، شماره ۷۰، تابستان ۱۳۹۴، صفحات ۳۵ الی ۵۶

منظور از شروط مصرح، تبانی، ضمنی، الحاقی چیست؟

- ۱- **شروط مصرح:** شرطی است که بین ایجاد و قبول عقد ذکر شود؛ مانند اینکه فروشنده خانه بگوید خانه ام را فروختم به شرط اینکه برای زمین من نقشه ساختمانی طرح کنید و خریدار بگوید قبول است.
- ۲- **شروط تبانی یا بنائی:** شرطی است که به هنگام ایجاد و قبول هر چند به اشاره نامی از آن برده نمی شود اما طرفین پیش از عقد نسبت به آن توافق کرده و سپس عقد را با بنای ذهنی نسبت به آن انشاء می کنند. (ماده ۱۱۲۸ ق.م)
- ۳- **شروط ضمنی:** شرطی است که در ایجاد و قبول نه به صورت صریح و نه به طور اشاره ذکر نمی شود ولی با لحاظ انس جامعه وجود شرط معهود در عرف و مورد شناسایی است؛ به طوری که اگر عقد به طور مطلق هم انشاء شود وجود شرط مزبور در آن عقد در ذهن عرف انعکاس می یابد. تفاوت شرط ضمنی و شرط تبانی در این است که شرط بنایی مورد لحاظ خاص طرفین و معهود ایشان است در حالی که شرط ضمنی معهود در نزد عرف است و در این جهت مورد لحاظ طرفین در عقد قرار می گیرد.
- ۴- **شروط بعدی یا الحاقی:** شرطی است که طرفین پس از عقد اراده می کنند آن را به عقد پیشین متصل کنند؛ مانند آن که پس از فروش یک قطعه زمین شرط شود که فروشنده در آن برای خریدار احداث ساختمان کند.

منظور از شرط فعل منفی چه می باشد؟ توضیح دهید؟

به موجب آن مشروط‌علیه متعهد می‌شود عملی را انجام ندهد مثلاً از شرط استنباط شود که مشروط‌علیه هیچگاه مورد شرط را انجام ندهد و یا گاهی منظور از شرط ترک مستمر فعل است، یعنی اگر مشروط‌علیه تخلف کرد، می‌توان او را مجبور به عدم انجام فعل نمود. موارد دیگر:

- شرط فعل رهن یا ضامن دادن (ماده ۲۴۱ ق.م.)
- ناممکن شدن اجرای شرط (ماده ۲۴۰ ق.م.)
- شرط مندرج ضمن عقد
- اسقاط شرط (ماده ۲۴۴ ق.م.)
- انحلال معامله مشروط (ماده ۲۴۶ ق.م.)

منظور از تعهد بر عهده ثالث و تعهد به فعل ثالث چیست؟

تعهد بر عهده ثالث یعنی شخص به نحو فضولی تعهدی را از جانب شخص ثالث برعهده گیرد، این امر فضولی و غیر نافذ است. در تعهد به فعل ثالث: شخص متعهد شود که شخص ثالثی را به انجام عملی راضی کند، این امر فضولی نیست چرا که برای ثالث تعهد ایجاد نکرده‌ایم بلکه برای خودمان تعهد ایجاد کرده‌ایم تا دیگری راضی به امری کنیم.

در ماده ۹۳۰ قانون مدنی به حجب حرمانی اشاره شده است، آیا این حجب به صورت تقاطعی نیز عمل می‌کند بدین معنی

که عمو یا عمه ابوینی حاجب حرمانی دایی یا خاله ابی باشد و دایی یا خاله ابوینی حاجب حرمانی عمو یا عمه ابی باشند؟

مستفاد از ماده ۹۳۰ قانون مدنی آن است که با بودن اعمام یا احوال ابوینی، اعمام یا احوال ابی ارث نمی‌برند یعنی اعمال و احوال ابوینی اقرب به میت محسوب می‌شوند و با بودن اقرب، ارث به ابعد نمی‌رسد، بنابراین با وجود مثلاً عمومی ابوینی، ارث به عمو یا عمه یا دایی یا خاله ابی نمی‌رسد.

منظور از تقسیم به تعدیل در عقد شرکت چیست؟

این نوع تقسیم در صورتی است که نتوان برای هر یک از ورثه از هر نوع از اموال حصه‌ای معین نمود ولی بتوان بدون دادن اضافه از خارج به بعضی از شرکاء، مال مشترک را تقسیم کرد و آن عموماً در موردی است که مال مشترک قیمی است. مثلاً اگر یک خانه و صد رأس گوسفند بین دو نفر به‌طور مساوی مشترک باشد و هرکدام در نصف آن سهمیم باشد برای تقسیم، مال مزبور باید قیمت گذاری شود و سپس به اعتبار ارزش آن تقسیم گردد. مثلاً اگر خانه پانصد هزار ریال و گوسفندان هم پانصد هزار ریال ارزش دارد و خانه چندان کوچک باشد که قابل تقسیم و افراز نباشد ناچار خانه به یکی و گوسفندان به دیگری داده می‌شود.

اخذ بالسوم چیست؟

فردی که مال را گرفته تا (ببیند) و بررسی کند و توسط وی آن مال تلف شود و در صورت تلف اخذ بالسوم مسئول است. به طور مثال شخصی وسیله ای را جهت امتحان و بررسی برای دو روز از بایع می‌گیرد اما در اثر سهل انگاری آن مال تلف شده و از بین می‌رود در این صورت وی ضامن بوده و مسئولیت دارد.

سؤال: چنانچه، به لحاظ نحوه احداث ساختمان و کیفیت استقرار آپارتمان‌ها امکان استفاده از زیرزمین و سرویس بهداشتی

و حیاط مشاعی برای مالکین طبقات فوقانی وجود نداشته باشد، نحوه استفاده از آنها به چه ترتیبی است و آیا ادعای تصرف

عدوانی و ممانعت از حق از ناحیه مالک یا مالکین طبقات فوقانی در مورد مشاعی که امکان دسترسی به آن را ندارند

قابل استماع است؟

اولاً: هر چند حق استفاده برای تمام مالکین طبقات یک ساختمان از قسمت‌های مشاعی از جمله حیاط و تراس و بالکن و زیرزمین و غیره همواره وجود دارد ولی این حق زمانی قابلیت اعمال را دارد که امکان دسترسی به قسمت‌های مشاعی برای مالکین مذکور مقدور باشد در غیر این صورت استفاده از این حق متعسر می‌شود.

ثانیاً: حق استفاده انحصاری از حیاط مشاعی و تراس و بالکن خصوصیت ویژه‌ای ندارد علت عدم استفاده مالکین طبقات فوقانی از قسمت‌های مشاعی مذکور به لحاظ عدم دسترسی آنها به حیاط و تراس و بالکن است و لذا چنانچه زیرزمین و سرویس بهداشتی موجود در قسمت‌های مشاعی نیز چنین وضعیتی را داشته باشد نحوه استفاده از آنها به همین ترتیب خواهد بود.

ثالثاً: ادعای تصرف عدوانی و ممانعت از حق از ناحیه مالک یا مالکین طبقات فوقانی در مورد حیاط مشاعی که خود امکان دسترسی به آن را ندارند نسبت به مالکی که منحصراً دسترسی به حیاط مذکور را دارد مصداق نخواهد داشت، زیرا عدم استفاده مالک یا مالکین مذکور از حیاط

مشاعی مستند به فعل مالک طبقه اول نیست بلکه این امر به لحاظ نحوه احداث ساختمان و کیفیت استقرار آپارتمان‌ها است که موارد مشابه فراوان دارد و مالک طبقه اول نقشی در جلوگیری از استفاده مالکین دیگر از حیاط مشاعی ندارد تا مرتکب جرمی شده باشد در چنین وضعیتی تصور وقوع عمل مجرمانه معنی ندارد.

در صورت مستحق‌الغیر در آمدن تمام یا قسمتی از مبیع، بر اساس ماده ۳۹۱ قانون مدنی فروشنده باید ثمن را مسترد نماید، آیا منظور از ثمن در این ماده همان مبلغی است که خریدار پرداخت نموده یا قیمت روز ملاک است؟

مطابق ماده ۳۹۱ قانون مدنی در صورت مستحق‌الغیر برآمدن کل یا بعض از مبیع، بایع باید ثمن مبیع را مسترد دارد و منظور از ثمن همان مبلغی است که مشتری پرداخت نموده و قیمت روز ملاک نمی‌باشد و علاوه بر آن بایع باید از عهده غرامات وارده بر مشتری نیز برآید و غرامات در این ماده شامل هزینه‌هایی از قبیل مخارج ایاب و ذهاب و نگهداری مبیع و هزینه دادرسی و حق الوکاله وکیل و انتقال آن است که خریدار تا زمان استرداد ثمن متحمل شده است. بدیهی است تعیین میزان غرامت و نحوه محاسبه آن در صلاحیت دادگاه رسیدگی‌کننده است که عنداللزوم با جلب نظر کارشناس باید اقدام شود.

منظور از توقیت چیست؟

توقیت از ریشه وقت و موقت ناشی شده است. توقیت انحلال عقد در مقابل تعلیق انحلال عقد است. در تعلیق انحلال، چون معلق علیه حادثه ای احتمالی است، ممکن است عقد در آینده منحل شود و یا نشود. مانند تعلیق انحلال هبه به فرزند دار شدن واهب، ولی توقیت انحلال آن است که تحقق حادثه در آینده که منوط به رسیدن زمان یا وقت است، حتمی است. به عبارت دیگر عقد با رسیدن آن زمان، قطعاً منحل می‌شود؛ مثل اینکه کسی مال خود را به دیگری هبه کند با این قید که هبه سال آینده منحل گردد.

به نظر شما، آیا خیار تفلیس در قانون مدنی پیش بینی شده است؟

بنابراین در پاسخ به این سوال بایستی گفت که بله در قانون مدنی به خیار تفلیس اشاره شده است و ماده ۳۸۰ این موضوع را بدین صورت اشاره کرده است: در صورتی که مشتری مفلس شود و عین مبیع نزد او موجود باشد بایع حق استرداد آن را دارد و اگر مبیع هنوز تسلیم نشده باشد میتواند از تسلیم آن امتناع کند.

اطلاعات تکمیلی: تفلیس عبارت است از صدور حکم دادگاه به اینکه اموال شخص کمتر از دیون اوست. به دیگر سخن تفلیس عبارت از منع شخص مدیون از تصرف در اموال خود به حکم دادگاه برای حفظ حقوق بستانکاران است. شخصی که دادگاه چنین حکمی درباره او صادر کرده و بدین ترتیب عدم قدرت او را به پرداخت دیونش احراز نموده مفلس نامیده می‌شود. قانونگذار خیار تفلیس را در زمره اختیارات مذکور در ماده ۳۹۶ قانون مدنی نام نبرده، ولی ماده ۳۸۰ را به این خیار اختصاص داده است.

نکته: استرداد مبیع از مشتری مفلس، جز با فسخ عقد امکان ندارد (خیار تفلیس). امتناع بایع از تسلیم در صورتی که مبیع را هنوز تسلیم نکرده باشد نیز حبس نیست بلکه فسخ عقد (خیار تفلیس) و معاف شدن از تعهد تسلیم است. به نظر می‌رسد خیار تفلیس نوعی خیار تعذر تسلیم، یا دست کم مبنای آن تعذر تسلیم، است.

شرایط: برای اینکه بایع خیار تفلیس داشته باشد و بتواند معامله را از این جهت فسخ کند شرایط زیر لازم است:

- ۱- مشتری باید به حکم دادگاه مفلس (ورشکسته) شناخته شده باشد.
- ۲- مبیع باید به مشتری تسلیم نشده یا اگر تسلیم شده هنوز عین آن نزد مشتری باقی باشد، یعنی تلف نشده و نیز مشتری آن را به دیگری منتقل نکرده باشد.
- ۳- ثمن باید تأدیه نشده باشد.
- ۴- ثمن باید کلی در ذمه باشد.

منظور از ثمن شناور چیست؟

ثمن شناور عبارت است از: «عوض معامله معوض که مقدار آن در زمان انعقاد قرارداد مشخص نبوده است و میزان آن در آینده معلوم و معین می‌گردد» به عبارت دیگر در قرارداد با ثمن شناور، عوض مبیع به صورت دقیق تعیین نمی‌شود؛ بلکه تعیین آن با توجه به معیارهایی بعد از انعقاد قرارداد مشخص می‌شود. در حقوق ایران نمی‌توان قاطعانه حکم به بطلان قرارداد مبتنی بر ثمن شناور داد. بنابراین مواردی که در قرارداد ثمن، به طور دقیق معلوم و معین نشده است؛ ولی استانداردهایی بر تعیین قیمت وجود دارد، به صورتی که طرفین عرفاً عالم به قیمت محسوب میشوند، در حکم علم به ثمن است و چنین قراردادی را باید صحیح تلقی کنیم. البته اگر ثمن به طور کامل مجهول باشد قرارداد صحیح نیست؛ چرا که با وجود مواد ۲۱۶ و ۳۴۲ و ۳۵۱ قانون مدنی چارهای جز اعلام بطلان این نوع قراردادها وجود ندارد. البته اگر در عرف، مورد قرارداد قیمت معین و مقطوعی داشته باشد، سکوت طرفین در مورد ثمن می‌تواند به منزله پذیرش قیمت عرفی باشد و چنین قراردادی صحیح تلقی خواهد شد.

بخش دوم
سؤالات مصاحبه ای حقوق تجارت

پرسش و پاسخ: حقوق تجارت

آیا می‌توانید دکترین‌هایی که در خصوص تجاری بودن اعمال تجار وجود دارد را توضیح دهید؟

در خصوص تجاری بودن اعمال تاجر دو نظریه وجود دارد:

ملاک جستجوی سود - ملاک گردش ثروت

الف - ملاک جستجوی سود

به موجب یک نظریه کلاسیک، حقوق تجارت، حقوق فعالیت‌هایی می‌باشد که هدف از آنها کسب منفعت است و فعالیت‌هایی که در آن کسب سود مطرح نباشد در حوزه عمل حقوق مدنی قرار دارد؛ به عنوان مثال رویه قضایی فرانسه چنین نظری داده است که تلفن و تلگراف و اداره پست که با ارائه سرویس چک‌های پستی به امور بانکی می‌پردازد و به موجب ماده ۱-۱۱۰ قانون تجارت، این عمل، عمل تجاری می‌باشد وصف تاجر ندارد؛ زیرا نمی‌توان گفت این موسسه خدمات عمومی که در جهت نفع عمومی عمل می‌کند؛ به اعمال تجاری مبادرت می‌ورزد؛ زیرا که این اعمال مستلزم جستجوی منفعت می‌باشند. اگر چه هدف هر تاجری کسب منفعت است فقط تاجر نیستند که در پی به دست آوردن سود هستند؛ بلکه اشخاص در اعمال مدنی هم ممکن است در پی منفعت باشند. برای مثال در جستجوی نفع در اعمال مدنی فعالیت تشکیلات غیر تجاری است. این تشکیلات که با اهداف غیر تجاری (مانند امور ادبی، ورزشی، هنری) ایجاد می‌شوند؛ ممکن است با قصد انتفاع به وجود آیند بدون آنکه فعالیت‌شان تجاری تلقی شود. ماده ۱ آئین نامه اصلاحی ثبت تشکیلات و موسسات غیر تجاری مصوب (۱۳۳۷)

از این رو بسیاری از فعالیت‌های حرفه‌ای متضمن کسب منفعت می‌باشد ولی در حوزه عمل قانون تجارت قرار نمی‌گیرد؛ **مانند بهره‌برداری از معادن یا خرید و فروش املاک**، که اگر این امر به صورت شرکت سهامی یا در قالب شرکت‌های سازنده آپارتمان، موضوع قانون تملک آپارتمان‌ها، نباشد عمل تجاری تلقی نمی‌شود. همچنین فعالیت کشاورزی، مشاغل آزاد (وکالت)، پیشه‌وری مانند اینها که همگی متضمن جستجوی سود از جانب فعالان است.

با توجه به صحبت‌های از پیش گفته شده ملاک جستجوی سود - همراه با ملاک گردش ثروت - الزاما در تعیین تجاری یا مدنی بودن فعالیت‌های اشخاص تأثیری ندارد در نتیجه، هر چند ممکن است این ملاک‌ها در تفکیک بسیاری از اعمال تجاری از اعمال مدنی و در نتیجه تعیین نسبی حوزه عمل حقوق تجارت کمک کننده باشد تعریف کلی از فعالیت تجاری به دست نمی‌دهد. در واقع همانطور که گفته شده است؛ حقوق تجارت که به وسیله فعالان تجاری و برای آنان ایجاد شده است و شکل گرفته است محصول تاریخ است و هر چند در قالب‌های کلاسیک حقوق مدنی نمی‌گنجد، منطبق حقوقی خود را دارد و بر پایه‌های امنیت قراردادهای و ضرورت اعتماد متقابل تاجر استوار است.

سرانجام باید بدانیم فایده ماده ۲ قانون تجارت که حوزه عملیات تجاری را معین می‌کند در چیست؟ این فایده بسیار قابل ملاحظه می‌باشد: این ماده این امکان را برقرار می‌نماید که تاجر حقیقی را شناخته و رژیم حقوقی ورشکستگی را در مورد آنها اعمال کنیم. در ماده مذکور اعمالی ذکر شده که ممکن است منحصرا موضوع فعالیت شرکت‌های موضوعا تجاری باشد. شرکت‌های موضوعا تجاری نمی‌توانند وجود داشته باشند؛ مگر آنکه فعالیت آنها یکی از مصادیق ماده ۲ قانون تجارت باشد. این ماده ملاک تشخیص تشکیلات غیر تجاری از شرکت‌های تجاری می‌باشد. اگر فعالیت اصلی انجمنی اعمال تجاری باشد، می‌توان، با وجود شکل ظاهری‌اش، حتی اگر ثبت نیز شده باشد به حکم ماده ۱ قانون تجارت آن را تاجر تلقی نمود.

ماده ۲ قانون تجارت نیز در تاجر بودن شرکت‌های شکلا تجاری یعنی شرکت‌های سهامی عام و خاص اثری ندارد. وصف تجاری این نوع شرکت‌ها نتیجه شکل آنهاست و فعالیت آنها ممکن است از مصادیق ماده ۲ قانون تجارت باشد.

ب - ملاک گردش ثروت

طبق این نظریه که «تالر» - حقوقدان بزرگ فرانسوی - در اوایل قرن گذشته تصریح نموده است تجارت به عملی گفته می‌شود که بین اعمال تولید و مصرف یک کالا قرار گیرد. بدین ترتیب هر عملی که تولید یا مصرف تلقی بشود؛ عمل تجاری نمی‌باشد و در حوزه عمل حقوق تجارت قرار نمی‌گیرد. در حال حاضر این نظر قابل پیروی نمی‌باشد چه با آنکه عملیات واسطه‌ای در گردش ثروت دخیل است؛ تنها اعمالی نیست که در این امر موثر و تأثیر گذار باشد. در واقع این طرز تلقی بدان معنا می‌باشد که حقوق تجارت، حقوق دکانداران می‌باشد؛ در حالی که تجارت صرفا رساندن کالای ساخته شده به دست فرد مصرف کننده نیست بلکه تولید یعنی تبدیل

شیئی به شیئی دیگر نیز مرحله‌ای از تجارت است و مرحله‌ای مهمتر از توزیع. از طرفی دیگر بعضی از اعمال منطبق با تعریف «تالر» جنبه تجاری نیز ندارد؛ به عنوان مثال مدیر مدرسه‌ای که کتاب و نوشت افزار می‌خرد و در کنار شغل اصلی‌اش که تعلیم و تربیت است به دانش آموزان می‌فروشد؛ در واقع واسطه بین تولید کننده و مصرف کننده است؛ در حالی که این اقدام او را منطقی نمی‌توان تجارت دانست.

نتیجه نهایی: به همین منظور باید ملاک جستجوی سود را به ملاک گردش ثروت اضافه کرد که عده‌ای از مولفان آن را شرط تجاری بودن عمل قرار داده‌اند. (ملاک گردش ثروت + ملاک جستجوی سود) در نتیجه می‌توانیم بگوییم تجاری بودن اعمال تاجر مورد بررسی و نظریه‌های مختلفی قرار می‌گیرد اما بهترین نتیجه‌ای که می‌توان از این امر گرفت این می‌باشد که اگر فرد تاجر اعمال تجاری ذاتی ذکر شده در قانون تجارت را انجام دهد به طور قطع عمل او تجاری محسوب می‌شود و حتی اگر اعمالی را انجام دهد که ذاتاً غیر تجاری می‌باشند؛ اما این اعمال در جهت انجام امور تجاری افراد باشند می‌توان آنها را تجاری محسوب نمود.

منظور از معاملات تجارتی تشبیهی در حقوق تجارت چیست؟

این دسته از اعمال به لحاظ این که در گردش ثروت دخالتی ندارد در زمره اعمال تجارتی ذاتی شمرده نمی‌شود لکن مقنن بنا به مصالحی از جمله فایده عملی، آن‌ها را در فهرست معاملات تجارتی منظور نموده است. از جمله این دسته، می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

اول - تصدی به هر نوع تاسیساتی که برای انجام بعضی از امور ایجاد می‌شود:

در بند ۳ از ماده ۲ (ق.ت.) به پاره‌ای از مصادیق این گونه اعمال، نظیر تسهیل معاملات ملکی یا پیدا کردن خدمه یا تهیه و رساندن ملزومات و غیره اشاره شده است. عبارت این بند و نیز مصادیق مذکور در آن مبهم و نامحدود می‌باشد و در واقع می‌تواند اختلاطی از انواع معاملات اعم از تجارتی ذاتی یا تشبیهی و یا معاملات غیر تجارتی را شامل گردد. به عنوان نمونه در مورد پیدا کردن خدمه از معاملات موضوع این بند، عامل در واقع به امر دلالتی (واسطه میان نیروی کار یا خدمت و نیازمند این امر) مبادرت می‌ورزد.

دوم - معاملات برواتی:

منظور از برات سندی متضمن اعتبار است که بدون رعایت تشریفات مقرر در قانون مدنی، به سهولت و با سرعت قابل انتقال مکرر از دستی به دست دیگر است. در این گونه موارد اصولاً بایستی حسب این که ماهیت اعتبار منعکس در برات تجارتی یا غیرتجارتی باشد حکم قضیه را صادر نمود. به لحاظ اشکالات عملی و سختی در تشخیص ماهیت اعتبار، به خصوص در مواردی که انتقالات متعدد باشد و اینکه برات اصولاً و عمدتاً به عنوان ابزاری برای رفع نیازهای تجارتی بازرگانان ابداع و به کار گرفته شده است، قانونگذار معاملات راجع به بروات را صرفنظر از ماهیت آن اعم از این که بین تاجر یا غیر تاجر باشد تجارتی شمرده است (بند ۸ ماده ۲ ق.ت.).

حاکمیتی یا تصدیگری بودن اعمال دولت چه تاثیری بر تجاری بودن یا نبودن آن اعمال دارد؟

برای پاسخ باید گفت که در صورتی که عمل حاکمیتی باشد، قاعدتاً آن موسسه تجاری نبوده و اعمال تجاری انجام نمی‌دهد اما اگر عمل تصدیگری باشد می‌توان موسسه مورد نظر را تجاری دانست. شرکت‌های دولتی تا آنجا که در اساسنامه شان قید نشده باشد، شکل شرکت‌های سهامی را دارند. بنابراین به استناد م ۲ لایحه اصلاح قانون تجارت تجاری تلقی می‌شوند.

دولت یا موسسات دولتی که امور حکومتی یا حاکمیتی را انجام می‌دهند تاجر محسوب نمی‌شوند چرا که هدف این موسسات منفعت عمومی بوده و در حال خدمت رسانی هستند و هدف تجاری ندارند؛ البته برخی از شرکت‌های دولتی که به اعمال تجارتی اشتغال دارند تاجر تلقی می‌شوند اما طبق قانون خاص خودشان و در موارد سکوت طبق ماده ۳۰۰ لایحه اصلاح قانون تجارت اعمال می‌شود.

امور تصدیگری اموری هستند که دولت در انجام آنها به دنبال سود است. البته قوانین حاکم بر این اعمال برخلاف اعمال حاکمیتی قوانین تجارتی و بازرگانی است. مانند امور زیربنایی مثل ساخت سد.

اعمال حاکمیتی مطابق ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری اعمالی هستند که دولت در انجام آنها از اقتدار عمومی استفاده می‌کند و در راستای خدمت عمومی نفع آن به همه می‌رسد؛ مانند قانونگذاری - قضاوت - سیاستگذاری - امور ثبتی - زندانبانی

در صورت مسئول بودن ضامین در پرداخت وام تاجر ورشکسته آیا از تاریخ صدور حکم ورشکستگی تاجر دیر کرد و خسارت تاخیر تادیه وام دریافتی تاجر بر عهده ضامین هست و یا ضامین فقط مسئول پرداخت اصل وام تاجر هستند نه سود و دیرکرد و دیگر خسارتها.

با توجه به رأی وحدت رویه شماره ۱۵۵ مورخ ۴۷/۱۲/۱۴ هیأت عمومی دیوانعالی کشور، چون از مدیون اصلی (تاجر ورشکسته) نمی‌توان مطالبه خسارت تأخیر و جریمه نمود، از ضامن هم نمی‌توان مطالبه خسارت کرد؛ زیرا وی چیزی را ضمانت کرده است که مدیون اصلی باید بپردازد، بنابراین وقتی که مدیون اصلی نباید خسارت تأخیر بپردازد، ضامن هم از آن معاف می‌باشد.

منظور از نظریه ضامن در اعمال تجاری چیست؟

شخص به اتکاء فعالیت بازرگانی خود، به شرط این که فعالیت او فرع بر یک فعالیت غیر بازرگانی نباشد، بازرگان محسوب می‌شود. هر چند که این شرط به طور صریح در ماده ۱ ق. ت نیامده است.

اگر چکی داشته باشیم و صاحب چک، چک را به هر دلیل از شخص بگیرد و قسمت امضاء چک را در بیاورد اما دارنده چک، چک و قسمت پاره شده (امضاء) را در اختیار داشته باشد، آیا امکان طرح شکایت وجود دارد؟ در صورت مثبت بودن پاسخ تحت چه عنوانی امکان شکایت وجود دارد؟

با توجه به ماده ۳۱۱ ق. ت که مقرر می‌دارد: "در چک باید محل و تاریخ صدور قید شده و به امضاء صادرکننده برسد پرداخت وجه نباید وعده داشته باشد." سند موصوف فاقد وصف چک بوده و در نتیجه عنوان کیفری چک بلامحل منتفی می‌باشد. اما نظر به ماده ۶۸۲ ق. م. ا که اشعار می‌دارد: "هر کس عالماً هر نوع اسناد یا اوراق تجارتي و غیر تجارتي غیر دولتي را که اتلاف آنها موجب ضرر غیر است بسوزاند یا به هر نحو دیگر تلف کند به حبس از سه ماه تا دو سال محکوم خواهد شد." می‌توان تحت عنوان تلف اوراق شکایت نمود.

اثر حکم ورشکستگی نسبت به معاملات تاجر از تاریخ توقف و قبل از صدور حکم ورشکستگی چیست؟

از تاریخ توقف، تاجری که عالم به توقف خود می‌باشد باید از تمامی معاملاتی که به زیان بستانکاران است خودداری کند. **نظر دکتر حسن ستوده تهرانی:** بنابراین اگر تاجر معامله ای به زیان بستانکاران انجام می‌دهد سوءنیت او ثابت است و از این لحاظ اصولاً تمامی معاملاتی که تاجر به زیان بستانکاران انجام می‌دهد باطل است. بنابراین اصل ماده ۴۲۳ قانون تجارت مقرر می‌دارد: هرگاه تاجر بعد از توقف، معاملات ذیل را بنماید باطل و بلااثر خواهد بود:

- هر صلح محاباتی یا هبه و به طور کلی در نقل و انتقال بلاعوض، اعم از اینکه راجع به منقول یا غیر منقول باشد.
- تادیه هر قرض اعم از حال یا موجدل به هر وسیله که به عمل آمده باشد.
- هرگونه معامله که مالی از اموال منقول یا غیر منقول تاجر را مقید کند و به ضرر طلبکاران تمام شود.

علاوه بر ماده بالا ماده ۵۵۷ قانون تجارت نیز مقرر می‌دارد: کلیه قراردادهایی که پس از تاریخ توقف تاجر منعقد شده باشد نسبت به هر کس، حتی خود تاجر ورشکسته محکوم به بطلان است. طرف قرارداد مجبور است که وجود یا اموالی را که به موجب قرارداد باطل شده دریافت کرده است به اشخاص ذیحق مسترد دارد.

اثر حکم ورشکستگی بر مستاجری که ورشکسته شده است چیست؟

مطابق ماده ۴۱۲ ق. ت، تاجر ورشکسته شخص یا شرکت تجارتي است که در تأدیه دیونش وقفه حاصل شده است. معاملات این شخص در دوران قبل از توقف، و دوران توقف تا صدور حکم ورشکستگی، اصولاً صحیح است مگر اینکه معامله ای منعقد کرده باشد که شرایط مواد ۴۲۳ الی ۴۲۶ ق. ت بر آن حاکم شده باشد. در این صورت معامله حسب مورد قابل فسخ یا ابطال می‌باشد. ماده ۴۱۸ ق. ت مقرر می‌کند که تاجر ورشکسته از تاریخ صدور حکم ورشکستگی از مداخله در اموال خود ممنوع است. با این حال، مطابق مواد قانون تجارت، در این دوران قرارداد هایی از طرف وی منعقد می‌شود که این موارد جزء استثنائات قرار می‌گیرند. یکی از این قراردادها، قرارداد اجاره می‌باشد. احکام مربوط به عقد اجاره نسبت به تاجر ورشکسته در دو ماده ۵۱۲ و ۵۱۳ ق. ت مقرر شده است. ولی محتویات این مواد جامع و کامل نیست زیرا اولاً، در مواد فوق تنها به مستأجر ورشکسته اشاره شده و صحبتی از موجر ورشکسته به میان نیامده است. علاوه بر این در صورت ورشکستگی مستأجر، مواد مذکور بسیار کلی و حتی در مواردی دارای ابهام می‌باشند. در حالی که می‌دانیم قرارداد اجاره در کشور ما دارای انواع گوناگونی است و قوانین مختلفی بر آن حاکم می‌باشند. بنابراین بنا به نقایص موجود در مواد ۵۱۲ و ۵۱۳ ق. ت، عقد اجاره مربوط به مستأجر ورشکسته با توجه به نوع مکان استیجاری و قانون حاکم بر آن توضیح و تفسیر خواهد شد.

نهاد بازسای با قرارداد ارفاقی چه تفاوتی دارد؟

در حقوق اکثر کشورهای پیشرفته در صورت ورشکستگی تاجر در کنار تصفیه، به بازسازی تجارت تاجر با هدف جلوگیری از تعطیل شدن فعالیت تجاری وی، حفظ امنیت شغلی کارگران، حفاظت از ظرفیت‌های تولیدی و تجاری جامعه و با تاکید بر حفظ منافع طلبکاران، دست می‌زنند که در مقایسه با نهادهایی چون تصفیه و قرارداد ارفاقی از مزایای نسبی بسیاری برخوردار است در حال حاضر در حقوق ایران تنها راه ادامه فعالیت تجاری تاجر ورشکسته انعقاد قرارداد ارفاقی است. قرارداد ارفاقی به قراردادی گویند که بعد از صدور حکم ورشکستگی و پس از رسیدگی به مطالبات و قبل از فروش یا تقسیم دارایی تاجر بین تاجر ورشکسته و تمام طلبکاران یا اکثریت نصف بعلاوه یک، که سه چهارم کل طلب را از ورشکسته دارا می‌باشند طی شرایط معین و با تعیین ضوابط و مقرراتی بسته می‌شود که طلبکاران ضمن گذشتن از قسمتی از مطالبات خود، قسمتی را نیز در اختیار تاجر ورشکسته قرار می‌دهند تا به ادامه امور تجاری پرداخته و طلب طلبکاران را جزء یا کلاً در طی مدت زمانی که، مورد توافق طرفین قرارداد قرار گرفته است، پرداخت کند.

منظور از وصف تجریدی در اسناد تجاری چیست؟

مسئولین سند تجاری به مجرد این که سند تجاری را امضاء می کنند مسئول قلمداد می گردند و معاملات و منشاء صدور سند تجاری تأثیری در رفع مسئولیت ندارد.

چکهایی که توسط مشتریان با ماژیک فسفری تحریر و یا علامت گذاری گردیده اند قابل پرداخت می باشند یا خیر؟

بموجب قسمت ذیل ماده ۳ قانون صدور چک «... و نیز نباید چک را بصورتی تنظیم نماید که بانک به عللی از قبیل عدم مطابقت امضاء یا قلم خوردگی در متن چک یا اختلاف در مندرجات چک و امثال آن از پرداخت وجه چک خودداری نماید.» بنا به مراتب فوق موضوع تحریر یا علامت گذاری چک توسط مشتریان با ماژیک فسفری در مقررات قانونی عنوان نگردیده، لذا پرداخت اینگونه چکها به صرف تحریر یا علامت گذاری آن با ماژیک فسفری در صورتیکه سایر ارکان چک کاملاً صحیح و بدون عیب و نقص باشد از نظر حقوقی بلاشکال است.

و
و
و
و
و
و
و
و
و
و

عدلیه
669271002

بخش سوم
سوالات مصاحبه‌ای متون فقه

پرسی و پاسخ: متون فقه معاملات

✓ **سوال: متَجَر از نگاه فقیهون به چه معانی به کار برده شده است؟**

به نظر شهید اول: **الف** - با مصدر میمی به معنای تجارت است. **ب** - اسم مکان است به معنای محل تجارت، کالاها و اعیان خارجی است.

به نظر شهید ثانی: معنای اول (با مصدر میمی) با مقصود علم فقه و موضوع آن مناسب تر است زیرا فقیه درباره فعل مکلف بحث می کند که چه حکمی بر آن مترتب می شود و اعیان خارجی و کالاها متعلقات فعل مکلف می باشد که مورد بحث فقیه نمی باشد و شهید اول به هر دو مطلب (تکسب کردن و اعیان خارجی) اشاره کرده است.

✓ **سوال: منظور از کلمات بتع، مرز، جعه، فضیخ و نقیع در کتاب تحریر الروضه چه می باشد؟**

بتع: شرابی که از عسل گرفته می شود.

مرز: شرابی که از گندم یا ذرت گرفته می شود.

جعه: شرابی که از جو گرفته می شود.

فضیخ: شرابی که از خرما نرسیده گرفته می شود.

نقیع: شرابی که از کشمش گرفته می شود.

✓ **سوال: وقف از دیدگاه فقهی چه تعریفی دارد؟**

هو تَحْبِيسُ الْأَصْلِ وَ إِطْلَاقُ الْمَنْفَعَةِ: وقف یعنی عین مال حبس و منافع آن رها گردد.

✓ **سوال: اقسام (ما یکتسب به) در بخش متاجر شامل چه موضوعاتی است؟**

تجارت: هو ما یُکْتَسَبُ بِهِ: هر چیزی را که با آن بتوان کاسبی کرد.

اقسام (ما یکتسب به) از جهت حکم شرعی مطابق کتاب شرح اللمعنه: شامل محرم - مکروه و مباح است.

تجارت به معنای (نفس تکسب) از جهت حکم شرعی چه اقسامی دارد: تمام احکام خمس تکلیفیه

✓ **سوال: انواع سگهایی که در متون فقه مورد اشاره واقع شده است کدام است؟**

کلب الحائط: سگ نگهبان (باغ-خانه-زمین-کارخانه)

کلب الماشیه: سگ گله

کلب الجرو: توله سگ که قابلیت تعلیم را دارد. (سگ هایی که از کودکی آموزش می بینند)

✓ **سوال: عقد بیع از دیدگاه فقهی چه تعریفی دارد؟**

عقد بیع: و هو الإیجاب و القبول الدالان علی نقل الملك بعوض معلوم: عبارت است از ایجاب و قبولی که بر انتقال ملکیت از بایع

به مشتری در برابر عوض معلومی که ثمن نام دارد و مشتری آن را به بایع می دهد؛ دلالت می کند.

✓ **سوال: منظور از مقاص در بیع چه کسی است؟ (ما هو مقاص)**

هو من یكون له علی غیره مال فیجحدہ أو لا یدفعه إلیه مع وجوبه.

کسی که حق تقاص دارد، به منزله حاکم می باشد و او فردی است که مالی در دست دیگری دارد، ولی بدهکار یا آنرا انکار می کند، یا با آنکه لازم است پرداخت شود، از تأدیه آن به بدهکار خودداری می کند.

نکته: ما هو مقاص: او فردی است که مالی در دست دیگری دارد.

✓ **سوال: منظور از بیع ما یملک چیست و آیا چنین بیعی صحیح است؟**

کون المبیع ممّا یملک، فلا یصحّ بیع الحرّ، و ما لا نفع فیہ غالباً کالحیّات و العقارب و الفئران و الخنافیس و النمل و نحوها؛

اذ لا نفع فیہ غالباً بالمال الا لبن المرأه و لا مباحات قبل حیازة و لا لارض المفتوحه عنوه

مبیع باید قابل تملک باشد، بنابراین فروختن انسان آزاد و چیزهایی که غالباً نفعی ندارند صحیح نیست، مانند بیع حشرات. و مباحات قبل از حیازت آنها و زمین های مفتوح العنوه صحیح نیست.

☑ سوال: منظور از مقاسمه و المسببی در فقه چیست؟

المقاسمه: یعنی مالیاتی که به طور مشاع از خود محصول زمین توسط دولت گرفته می شود.
المسببی: کافری که به اسیری در آمده است.

☑ سوال: ملک الأصول و ملک العمودین در فقه به چه مفهومی است؟

☑ سوال: منظور از بیع مساومه چیست؟

بیع مساومه: و هی البیع بما یتفقان علیه من غیر تعرض للاخبار بالثمن؛ سواء علمه المشتري ام لا؛ و هی افضل الاقسام: و آن بیعی است که دو طرف قرارداد بر آن اتفاق داشته، بدون اینکه بایع خبر دهد که آن کالا را به چه قیمتی خریده است؛ خواه مشتری به این امر آگاه باشد یا نباشد؛ این با فضیلت ترین اقسام بیع است. نکته: و یجب علی المشتري اذا باع ما اشتراه موجلا ذکر الاجل فی غیر...تعریف بیع مساومه است.

این قسم از بیع: بافضیلت ترین اقسام بیع است.

☑ سوال: منظور از خیار «ما یفسد لیومه» چیست؟

و هو ثابت بعد دخول اللیل و لکن یشکل بان الخیار لدفع ضرر: این خیار پس از رسیدن شب ثابت می شود. این نظر، موافق مدلول روایات است؛ ولی اشکال آن این است که جعل خیار برای دفع ضرر است. اگر ثبوت این خیار متوقف بر رسیدن شب باشد و در عین حال، فاسد شدن کالا در روز رخ دهد، ضرر وارده دفع نمی شود؛ بلکه این ضرر تنها با فسخ عقد پیش از فاسد شدن متاع برطرف می گردد. مصنف در کتاب دروس این خیار را «خیار مایفسده المبیته» نامیده است.

☑ سوال: اصطلاحات بعیر، قاص و انشاد در تحریر الروضه به چه معنایی می باشد؟

بعیر: شتر

قاص: به معنای تهاوتر طرفینی است و پرداخت مبلغ بیشتر از تهاوتر از طرف دیگر گرفته می شود.

انشاد: معرفی و اعلام کردن

☑ سوال: منظور از شظاظ در تحریر الروضه چیست؟

شظاظ: چوبی که دو طرف آن تیز است و آن را در ریسمان دو جوال داخل کرده تا به هنگام بارگذاشتن روی شتری میان دو جوال جمع شود. جمع کلمه شظاظ: اشظّه است.

☑ سوال: منظور از ناضح، معطن و مرز در تحریر الروضه چیست؟

ناضح: به شتری گویند که به وسیله آن آب را برای زراعت و امور دیگر خارج می کنند.

معطن: محلی که شتر برای نوشیدن آب بر زمین می خوابد و منظور از چاه معطن چاهی است که برای آب دادن به شتر، آب آن را می کشند.

مرز: جمع کردن خاک در اطراف زمینی که می خواهند آن را احیاء کنند تا از زمین های دیگر جدا شود.

☑ سوال: کدام شرکت از دیدگاه فقهای امامیه معتبر است؟ (منظور از شرکت عنان چیست؟)

و
و
و
و
و
و
و
و

بخش چهارم:
متون حقوقی

متون حقوق خصوصی

A contract

A **contract** may be defined as an **agreement** which is either **enforced** by law or recognized by laws affecting the legal rights or duties of the parties. The law of contract is, therefore, primarily concerned with three questions: is there an agreement? Is it one which should be **legally** recognized or enforced? And just how is the agreement enforced, or, in other words, what remedies are available to the injured party when a contract has been broken?

قرارداد

قرارداد ممکن است به عنوان توافقی تعریف شود که یا بوسیله قانون تنفیذ می‌گردد و یا بوسیله مقررات حاکم بر حقوق و تکالیف قانونی طرفین، به رسمیت شناخته می‌شود. بنابراین حقوق قرارداد مقدمتاً با سه پرسش مطرح می‌شود: آیا توافقی وجود دارد؟ آیا توافق مذکور از نوعی است که بطور قانونی باید به رسمیت شناخته و اجرا شود؟ و اگر چنین است به چه نحو اجرا می‌گردد و به دیگر سخن، در صورت نقض^۱ قرارداد چه راه‌های جبران خسارتی در دسترس زیان‌دیده می‌باشند.

قرارداد Contract

توافق agreement

تنفیذ enforce

قانونی legally

جبران خسارت remedy

در دسترس زیان‌دیده injured party

In this article our concern will be with the general rules, and to some extent with the modified form in which they apply to particular transactions. Rules peculiar to particular transactions will not in general be discussed, nor will any attempt be made to give any systematic account of the rules governing any one or more particular or special contracts. At the same time, it is necessary to warn the reader that the general "law of contract" is something of an abstraction, since most contracts obviously concern some particular class of transaction; and since there is always some degree of danger in assuming that a "general" rule applies (at least without modification) to a contract of the particular type under consideration.

در این موارد ما با قواعد کلی و تا حدودی با شکل اصلاح شده قواعدی که نسبت به معاملات خاصی اعمال می‌گردند، ارتباط خواهیم داشت. بطور کلی قواعدی که ویژه ی معاملات خاصی هستند بررسی نشده و هیچ تلاشی جهت ارائه شمار منظمی از قواعدی که بر یک یا چند قرارداد خاص حکومت دارند، صورت نخواهد پذیرفت. در عین حال، لازم است به اطلاع^۲ خواننده برسد که «حقوق کلی قرارداد» امری انتزاعی^۳ است، چرا که اغلب قراردادها، آشکارا مربوط به طبقه خاصی از معاملات می‌شوند. و نیز بدین علت که همواره تصور اعمال یک قاعده «کلی» نسبت به قراردادی (دست کم در صورتیکه قاعده ی مذکور اصلاح نشده باشد) از نوع خاص، که تحت بررسی است، حاوی مقداری خطر خواهد بود.

اصلاح شده Modified

معاملات transaction

قواعد rule

۱- broken

۲- warn

۳- abstraction

Agreement

In the normal case, a contract results from an agreement between the parties to it: and much of the law of contract is concerned with the process of reaching agreement, and with the contents of the agreement when reached. Nevertheless, the description of a contract as an agreement is subject to a number of important qualifications.

توافق

به طور معمول، قرارداد ناشی از توافقی فی مابین طرفین آن است. و بیشتر حقوق قرارداد مربوط به فرایند رسیدن به توافق و محتوی توافق در صورت حصول می‌باشد. با اینحال توصیف قرارداد تحت عنوان یک توافق، مشروط به شرایط مهم چندی است.

The first of these is that the law, generally speaking, applies an objective test of agreement. If one party, A, so conducts himself as to induce the other, B, reasonably to believe that A is assenting to certain terms proposed by B, then A will generally be held so to have assented, whatever his actual state of mind may have been. The law adopts this attitude in the interests of convenience: a person to whom a contractual proposal is made might be seriously prejudiced if he could not take it at its face value. The principle is, however, one of convenience only, so that it will not be applied where, on balance, the inconvenience to A of applying the objective test exceeds the inconvenience to B of allowing A to rely on his actual intention.

نخستین شرط از این شرایط آن است که قانون به طور کلی یک معیار عینی برای توافق بکار می‌برد. اگر یک طرف قرار داد، آقای الف، چنان رفتاری از خود نشان دهد که موجب شود^۱ طرف دیگر قرارداد، آقای ب، بطور معقولی تصور نماید که الف بر شرایط معینی که از طرف او پیشنهاد شده است رضایت دارد، در این صورت صرف نظر از اینکه حالت ذهنی واقعی الف ممکن است چه بوده باشد، مقرر خواهد شد که او رضایت داشته است. قانون این معیار را به دلیل سهولت آن می‌پذیرد: شخصی که به او یک پیشنهاد قراردادی شده است، ممکن است اگر نتواند ارزش واقعی آن پیشنهاد را برداشت کند به طور شدیدی لطمه^۲ ببیند. به هر حال این اصل، اصل سهلی است بطوریکه اگر مصائب وارد بر الف بیشتر از صعوبت وارد بر ب- در اثر اجازه به الف جهت اتکا به قصد واقعی خویش شود قابل اعمال نخواهد بود.

Description توصیف

Attitude معیار

The second qualification is that, even where agreement determines the existence of a contract, it does not necessarily determine all the contents or scope of a contract. These matters are often determined by so-called "implied terms". These may be divided into terms implied in fact and terms implied in law. Only terms implied in fact are truly based on the intention of the parties. Terms implied in law are duties prima facie imposed by law: and with respect to them, the intention of the parties is relevant only insofar as it may be open to the parties to exclude the implied terms by express contrary agreement.

شرط دوم آن است حتی وقتی توافق، وجود یک قرارداد را معین می‌سازد، لزوماً همه محتوی و قلمرو قرارداد را مشخص نمی‌کند. این موضوعات اغلب بوسیله شروطی که در اصطلاح «شروط تلویحی» نامیده می‌شود تعیین می‌گردند. شروط مذکور ممکن است به شروط تلویحی واقعی و شروط تلویحی قانونی تقسیم شوند.^۳ این فقط شروط تلویحی واقعی‌اند که برآستی مبتنی بر قصد طرفین می‌باشند. شروط تلویحی قانونی، تکالیفی هستند که ابتدائاً بوسیله قانون تحمیل می‌شوند و قصد طرفین در خصوص شروط مذکور این شایستگی را دارد که، جائیکه برای طرفین آزاد باشد، بوسیله توافق صریح مخالف، آنها را کنار بگذارد.

Determine مشخص کردن - تعیین کردن

implied terms شروط تلویحی

terms implied in fact شروط تلویحی واقعی

terms implied in law شروط تلویحی قانونی

۱- induce

۲- seriously prejudiced

۳- divide

و
و
و
و
و
و
و
و

فرهنگ لغات حقوق خصوصی

Abolish فسخ کردن

Abrogate نسخ کردن

Absence of consideration بلاعوض

Absolute liability مسئولیت مطلق

Absolve بری الذمه کردن

Action اقامه دعوی حقوقی

Action of damages دعوی خسارت

Action on a quantum meruit دعوی اجرت المثل

Action to bring/raise طرح دعوا

Agreement توافق

Essential element of contract عنصر ضروری قرارداد

Binding الزام آور

Acceptance قبول

Offer ایجاب

Agreement is the first essential element of contract formation and binding agreement in involves a meeting the mind and contract may be achieved by the acceptance on offer

اولین عنصر تشکیل قرارداد توافق است. یک قرارداد الزام آور مستلزم تلاقی افکار است و ممکن است با قبول ایجاب حاصل شود.

Described توصیف

Final statement اظهار نهایی

Offeror ایجاب کننده

Offeree ایجاب گیرنده

Proposal پیشنهاد

Terms شروط

Process of negotiation مذاکره

Negotiate مذاکره

Rejected رد می شود

An offer may be described as a final statement or proposal by one person (offeror) to another person (offeree). The statement or proposal is usually made on certain terms and often follows a process of negotiation. In other words an offer only exists when there is negotiate either the offer is accepted or it is rejected

ایجاب می تواند توصیف شود به عنوان یک اظهار یا پیشنهاد نهایی به وسیله یک شخص (ایجاب کننده) نسبت به شخص دیگر (ایجاب گیرنده) این اظهار یا پیشنهاد معمولاً بر اساس شروط خاصی صورت می گیرد و غالباً بعد از روند مذاکره حاصل می شود. به عبارت دیگر ایجاب فقط وقتی به وجود می آید که هیچ چیز دیگری برای مذاکره وجود نداشته باشد، ایجاب یا قبول می شود یا رد می شود.

و

و

Statement اظهار

Reasonably interpret it as an offer. This is an objective test and a subjective test of what the actual offeree thought. There are a number of rules that have been developed to assist in determining whether an offer has been made.

اینکه آیا یک اظهار منجر به ایجاب میشود یا خیر بستگی به اینکه آیا ایجاب‌گیرنده به طور معقول آن را به عنوان یک ایجاب تعبیر خواهد کرد (یا خیر) دارد. در مورد اینکه ایجاب‌گیرنده واقعی به چه می‌اندیشد، این یک معیار عینی است و نه معیار ذهنی.

Communicated ابلاغ

Clear and unequivocal روشن و صریح

Invitation to treat دعوت به معامله

A valid offer Must be communicated by the offeror to offeree;

یک ایجاب معتبر باید توسط ایجاب‌کننده به ایجاب‌گیرنده ابلاغ شود.

A valid offer Must be Clear and unequivocal

یک ایجاب معتبر باید توسط ایجاب‌کننده به ایجاب‌گیرنده ابلاغ می‌شود.

A valid offer Must be distinguished from , mere puffs a request for further information, or an invitation to treat

یک ایجاب معتبر باید از گفته‌های تو خالی صرف، درخواست برای اطلاعات بیشتر یا دعوت به معامله متمایز شود.

و

و

و

و

و

بخش پنجم
سوالات مصاحبه‌ای اصول فقه

پرسش و پاسخ: اصول فقه

حالات دلالت لفظ بر معنا کدام است؟ (منظور از نص، ظاهر، مؤول و یا مجمل چیست؟)

الفاظ از حیث انتقال معنا به مخاطب، از چهار حالت خارج نیست یا نص است یا ظاهرست و یا مؤول و یا مجمل نص: آنجایی هست که فقط یک معنا برای لفظ قابل تصور باشد و هیچ احتمال معنایی دیگری داده نشود.^۱ در نص لفظ صد در صد دلالت بر معنا می‌کند به عبارت دیگر معنای صریح لفظ را نص گویند؛ مثلاً وقتی شما لفظ (دکتر ناصر کاتوزیان را می‌شنوید)، فقط یک چیز از آن به ذهن شما می‌رسد و این همان نص است. مثال:

ماده ۱۱ قانون مدنی: اموال دو قسم است منقول و غیر منقول (اموال دو قسم است منقول و غیر منقول و شکل سوم ندارد).
ماده ۳۰۰ قانون مدنی: بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم.

ظاهر: ظاهر یعنی احتمال قوی. در ظاهر یک لفظ که دو معنی دارد ولی با دو احتمال. یکی احتمال ضعیف و دیگری ضعیف. به آن احتمال قوی ظاهر می‌گویند. به بیان دیگر از یک لفظ دو معنا به ذهن برسد و معنایی که زودتر به ذهن برسد ظاهر گرفته می‌شود.^۲ مثال:
ماده ۸۶۴ قانون مدنی: از جمله اشخاصی که به موجب سبب ارث می‌برند هر یک از زوجین است که در حین فوت دیگری زنده باشد. (طبق ظاهر ماده (احتمال قوی) افراد دیگری هم هستند که ارث می‌برند.)

ماده ۲۰۰ قانون مدنی: اشتباه وقتی موجب عدم نفوذ (احتمال قوی یا ظاهر) معامله است که مربوط به خود موضوع معامله باشد. از شنیدن عدم نفوذ احتمال قوی این است که معامله غیر نافذ است و احتمال ضعیف این است که عقد باطل است.
مؤول:^۳ بر عکس ظاهر است. مؤول یعنی از یک لفظ دو معنا به ذهن رسیده اما دومی دیرتر به ذهن رسد؛ اما معنایی که دیرتر به ذهن برسد مؤول نام دارد.

ماده ۲۰۰ قانون مدنی: اشتباه در شخص طرف به صحت معامله خللی وارد نمی‌آورد؛ مگر در مواردی که شخصیت طرف علت عمده عقد بوده باشد.

مجمل: یعنی برای لفظ دو معنی ولی با احتمال مساوی وجود دارد که هر دو مساوی است و ندانیم که گوینده مقصودش کدام یک از معانی بوده است. بهترین مثال برای مجمل لفظ مشترک است.^۴

طبق ماده ۲۰۱ قانون مدنی: هر گاه شخصیت عمده دلیل عقد بوده باشد اشتباه به صحت معامله خلل وارد می‌کند. (دو احتمال وجود دارد یا عقد غیر نافذ و یا عقد باطل است).

از این چهارتا نص حجت (معتبر) است. مجمل حجت نیست مگر اینکه اجمالش برطرف شود. از بین ظاهر و مؤول اصل این است که ظاهر حجت است مگر اینکه دلیلی داشته باشیم که مؤول حجت (معتبر) باشد.

مشق از نگاه نحویون و اصولیون چه تعریفی دارد؟ و مشتق اصولی چه شرایطی دارد؟

مشق^۵ از جمله مباحث الفاظ است. زمانی سخن از مشتق به میان خواهد آمد که که ماهیتی متلبس به وصفی گردد حال یا در زمان گذشته متلبس بوده و یا حال و یا آینده^۱

^۱ - به بیان دیگر: یک لفظ که فقط یک معنا می‌دهد، یعنی یک کلمه یا جمله که شما فقط یک معنا از آن برداشت می‌کنید و احتمال دیگری هم ندارد.

^۲ - ظاهر، لفظی است که از خود آن - بدون اتکا بر یک امر خارجی - مراد متکلم فهمیده شود، ولی معنای آن، اصلاً مقصود متکلم نبوده و سیاق کلام بر آن دلالت ندارد. به بیان دیگر: ظاهر، لفظی است که معنای لغوی آن به مجرد شنیده شدن، به ذهن تبادر نموده و هر کس با لغت آشنایی داشته باشد، می‌تواند معنای آن را باز یابد، ولی این معنا، مقصود اصلی متکلم از کلام نیست و احتمال این که مراد متکلم خلاف آن باشد نیز وجود دارد، بنابراین، ظاهر، قابل تأویل است.

^۳ - مؤول از مصدر تاویل و به معنای «تفسیر شده» می‌باشد و در اصطلاح، لفظی است که بر معنای مرجوح دلالت می‌نماید؛ یعنی هرگاه لفظ دارای معنای راجح (ظاهر) و معنای مرجوح (غیر ظاهر) باشد و از آن، معنای مرجوح اراده گردد، آن را لفظ مؤول می‌گویند، مانند: تاویل لفظ ید در آیه شریفه: (يَدُ اللَّهِ فَوْقَ أَيْدِيهِمْ) به معنای قدرت که معنای غیر ظاهر و مرجوح آن است.

^۴ - یعنی از یک لفظ دو معنا همزمان به ذهن برسد و این گونه نباشد که یکی زودتر به ذهن رسیده باشد و یکی دیرتر

^۵ - مشتق در لغت: از ماده شق می‌باشد، در التحقیق فی کلمات القرآن آورده که، ریشه‌ی این کلمه گشایش مطلق می‌باشد. و در لغت فارسی به آن شکافتن می‌گویند. در اصطلاح اصولیین مشتق لفظی است که بر شخص یا چیزی حمل گردد و به صفت یا حالتی از او حکایت کند، به گونه‌ای که آن صفت یا حالت قابل زوال و انفکاک باشد. پس بین مشتق در اصلاح ادبا و اصولیین عموم و خصوص من وجه است، یعنی در بعضی از الفاظ هر دو اصطلاح صادقند؛ مثل نویسنده و زنده (کاتب و ضارب)، و در بعضی از الفاظ مشتق اصولی صادق است، ولی مشتق ادبی صاق نیست، زیرا جامد است؛ مثل لفظ زوج و زوجه، و در مواردی فقط مشتق نحوی صادق است؛ مثل تمامی افعال (ماضی، مضارع، امر)

تعریف مشتق در اصطلاح نحویون و اصولیون:

مشتق نحوی:^۱ هر لفظی که از لفظ دیگر گرفته شده و مشتمل بر حروف اصلی آن با همان چینش باشند، بدان مشتق نحوی می‌گویند؛ مثل احمد، محمد، محمود، حامد، حمید که از حمد گرفته شده‌اند. مشتق اصولی: وصف خارج از ذاتی که بر ذات حمل می‌شود و با از بین رفتن آن وصف، ذات منتفی نمی‌شود. مثل: رقیت در زید، جلوس در مریم.

بنابراین از دیدگاه اصولی مشتق کلمه‌ای است که دلالت بر ذاتی می‌کند که آن ذات دارای وصفی است مانند ضارب که دلالت بر ذاتی است که دارای مبدا ضارب می‌باشد.

به بیان دیگر مشتق، در اصطلاح اصولیون، اسمی است که بر شخصی یا چیزی حمل گردیده و از صفت یا حالت آن حکایت می‌کند، به گونه‌ای که آن صفت یا حالت، قابل زوال و انفکاک می‌باشد. خواه اتصاف ذات به اعتبار حلول صفت در آن باشد، مانند حی و حار (ذات متصف به حیات و متصف به حرارت) و یا به اعتبار صدور صفت از ذات باشد، مانند ضارب و قاتل (ضرب و قتل از فرد صادر شده است) و یا به اعتبار انتزاع وصف از ذات مانند مالک و مملوک «که ملکیت از زید و مال او انتزاع می‌شود.»

عناصر مشتق در اصطلاح اصولی چیست؟

مشتق که در اصول عبارت است از جاری شدن صفت بر ذات که دارای سه عنصر است:

۱. نحوه عروض صفت بر موصوف.

۲. نحوه اتحاد صفت با ذات.

۳. نحوه تلبس به مبدأ.

نحوه ارتباط صفت با ذات چهار قسم است.

در عنصر اول که نحوه عروض بود، صفت در نحوه ارتباط خود با ذات به چهار قسم تقسیم می‌شود: ۱. عروض صفت بر روح مثل علم و جهل. ۲. عروض صفت بر جسم مثل سواد و بیاض. ۳. عروض صفت به نحو اعتباری که اعتبار محض است مثل زوج. ۴. عروض انتزاع هست مثل شدت و ضعف که از حرکت انتزاع می‌شود.

عنصر دوم نحوه اتحاد ذات با مبدأ. اتحاد ذات با مبدأ در خارج قطعی است و اختلاف در مفهوم دارد. اگر اختلاف در مفهوم نباشد، اتصاف ممکن نیست و شیء متصف به خود شیء نمی‌شود. اختلاف مفهومی و اتحاد وجودی. این اتحاد وجودی به سه قسم است:

۱- اتحاد حلولی؛ یعنی مصدر این مشتق در ذات، حلول کرده است. مثلاً می‌گوییم «زید مریض» اینجا مرض در زید، حلول کرده است.

۲- اتحاد انتزاعی؛ یعنی مصدر و مبدا مشتق، از ذات انتزاع شده است مثلاً زید، مالی می‌خرد و می‌گوییم «زید مالک»

۳- اتحاد صدوری؛ مثل «زید ضارب» یعنی مصدر از این ذات، صادر شده است. و در صدور مبدا از ذات، نیازمند فرد سومی هست.

۴- اتحاد ایجادی؛ یعنی عملی از ذات وجود گرفته است ولی بر فرد سومی واقع نشده است مثل، «زید جالس» عمل جلوس وجود گرفت و مثل زدن نیست که نیازمند فرد دیگری باشد.

عنصر سوم که عبارت بود از نحوه تلبس. انواع تلبس به طور کل چهار نوع هست: ۱. تلبس بالفعل که یک شیء فعلاً متلبس باشد مثل قاری و متکلم. ۲. تلبس بالشان مثل مفتاح. ۳. تلبس به صنعت که شغل باشد مثل خیاط. ۴. تلبس به ملکه مثل مجتهد که ملکه اجتهاد را داشته باشد.

شرایط مشتق اصولی: مشتق اصولی دو شرط دارد:

^۱ - به بیان دیگر در خصوص زمان‌های ذکر شده ممکن است محل نزاع باشد:

۱- بدون تردید، نسبت دادن مشتق به ذات به لحاظ آینده، مجاز است؛ مثلاً فرض کنیم زید می‌خواهد فردا عمرو را بزند، اگر اکنون بگوییم «زید ضارب» این استعمال مجازی است.

۲- همچنین اگر همین الان مبدا متلبس به ذات است و بعد ما مبدا را به ذات نسبت بدهیم، چنین استنادی، حقیقی است؛ مثلاً زید اکنون مشغول زدن عمرو است و بگوییم «زید ضارب»

۳- محل بحث این است که اگر مبدا از ذات منقضی شده باشد و ما بخواهیم مبدا را به ذات نسبت بدهیم، آیا این استناد، حقیقی است یا مجازی؟ مثلاً زید دیروز عمرو را زد و اکنون بگوییم «زید ضارب».

^۱ - در لغت به مطلق اخذ شیء من شیء آخر، «مشتق» می‌گویند؛ چه در الفاظ و چه غیر الفاظ و در علم نحو، مشتق عبارت است از لفظی که از لفظ دیگری گرفته شود.

^۲ - در لغت به مطلق اخذ شیء من شیء آخر، «مشتق» می‌گویند؛ چه در الفاظ و چه غیر الفاظ و در علم نحو، مشتق عبارت است از لفظی که از لفظ دیگری گرفته شود.

۱. بر ذات^۱ جاری می‌شود؛ یعنی ذات به آن متلبس و متصف می‌شود و به گونه‌ای وصف، عنوان برای ذات می‌شود و از ذات حکایت می‌کند؛ یعنی افزون بر این که به ذات اسناد داده می‌شود گونه‌ای از اتحاد و هویت (این همانی) میان آن و ذات وجود دارد؛
 ۲. این وصف، عنوانی از اوصاف ذاتی شیء (مثل فصل و نوع) یا از صفات عارض لازم ذات نیست، زیرا باید به گونه‌ای باشد که با زوال آنها ذات زایل نشود تا بتوان گفت آیا اطلاق مشتق بر ذاتی که قبلاً تلبس و اتصاف به مبدا داشته در حال حاضر حقیقت است یا مجاز. به عقیده اصولی‌ها، اطلاق مشتق بر افراد یا اشیا در حال تلبس به مبدا اشتقاق، حقیقت است و اطلاق آن بر افراد یا اشیایی که در آینده متلبس می‌شوند، مجاز است، ولی اطلاق مشتق در حال بر «ما انقضی عنه التلبس» یعنی ذاتی که قبلاً تلبس به مبدا داشته و الآن ندارد، اختلافی است و اکثر اصولیون به مجاز بودن آن اعتقاد دارند.

نسبت میان مشتق نحوی و اصولی از میان نسب اربعه:

میان آنها عموم و خصوص من وجه بر قرار است. مثال مصدر نه مشتق نحوی است و نه مشتق اصولی. زوج، رق، اخ، اب، مشتق اصولی است ولی مشتق نحوی نیست. مصادر مزید، فعل ماضی، مضارع و امر مشتق نحوی است ولی مشتق اصولی نیست.

مفهوم جامد از دیدگاه اصولی چیست؟

لفظی که وضع می‌شود برای معنا به دو قسم است: یا مشتق است یا جامد.^۲ جامد از نظر لغوی آن است که دلالت بر سفت بودن، خشک بودن، بسته بودن، کم بودن کند. به بیان دیگر آن اسمی است که از اسم غیر خودش گرفته نشده باشد یعنی حروف آن ابتدائاً از حروف الفبا گرفته شده باشد مانند حجر.

جامد به دو دسته تقسیم می‌شود:

آن که بر ذات دلالت می‌کند که به آن "اسم ذات" می‌گویند. مثل: حجر

آن که بر حدث دلالت می‌کند که به آن "اسم معنی" می‌گویند. مثل: علم

پس جامد یک وضع دارد برای ذات و ماده و برای هر کدام وضع جدا ندارد و یک وضعی است که شامل هیئت و ماده می‌شود مثل شجر و حجر که این را وضع شخصی می‌نامند.

جامد بر دو قسم است:

۱. جامدی که مفهومی از امر خارج از ذات انتزاع می‌شود؛ مثل زوج و حرّ و رقّ که مفهوم زوج از ذات زوج انتزاع نشده بلکه از امر خارج که یک عقدی به عمل آمده با یک مرأه ای بعد عنوان زوج انتزاع شده است. این جامدی که منتزع از امر خارج از ذات باشد،

جری بر ذات دارد و زوج اختصاص به زمان خاص ندارد و قابل حمل هست و دارای جری مثلاً بگوییم زید زوج هذه المرأه

۲. قسم دوم جامد صفتی است منتزع از ذات مثل انسانیت که منتزع از ذات انسان است و قابل جری نیست و فقط جامد به معنای

کلمه است و از ذاتیات است و قابل حذف نیست.

مفهوم حکومت و ورود چه می‌باشد؟

دو اصطلاح حکومت و ورود، ناظر به تقدم دلیلی شرعی بر دلیل شرعی دیگر یا بر یک اصل عملی است. اصولیون در این دو روش، مانند دیگر روش‌های جمع عرفی میان ادله، می‌کوشند وحدت موضوع میان ادله متعارض و در نتیجه، تعارض اولیه را برطرف سازند. تتبع در منابع اصولی امامی نشان می‌دهد که نخستین بار شیخ انصاری^۳ حکومت و ورود را به گونه شایع و به عنوان دو اصطلاح اصولی به کار برده است. هر چند کاربردهایی از این دو واژه، به مفاهیمی نزدیک به معنای اصطلاحی مزبور، در برخی آثار فقیهان و اصولیان پیش از او، از جمله محمدباقر بهبهانی، یوسف بحرانی و محمدحسن نجفی به چشم می‌خورد. به علاوه، برخی مواد این نظریه در آرای اصولیون یا سیره عملی

۱ - اتصاف ذات به یک معنا در مشتقات متفاوت است، گاهی از امور فعلی است، مثل نشست و برخاست که به محض نشستن کسی که ایستاده، حالت ایستادن از او برطرف می‌شود و گاهی از اموری است که به صورت ملکه در ذات ثبات پیدا کرده است؛ مانند مجتهد. و تا زمانی که این ملکه باشد معنا از او برطرف نشده است، اگر چه در حال خواب یا مشغول امور دیگری باشد و به صورت فعلی استنباط احکام نکند و برخی از امور نیز به صورت حرفه و مشاغل است؛ مانند نجار، خیاط و... و تا وقتی که شخصی در این شغل‌ها باشد و شغلش را تغییر ندهد، نجار بودن و خیاط بودن و امثال آنها بر طرف نشده گرچه فعلاً در مغازه‌اش نباشد.

۲ - دستور نویسان عرب دو قسم از اقسام کلمه، یعنی اسم و فعل را به جامد (غیرمأخوذ) و مشتق (مأخوذ) تقسیم کرده‌اند.

اسم جامد آن است که برگرفته از فعل نباشد و آن خود به دو نوع تقسیم می‌شود:

۱- اسم ذات که بر اشیاء محسوس و مجسم دلالت دارد مانند حَجْر، سَفْف، رَجُل، فَرَس، عَيْن.

۲- اسم معنی که بر اشیاء عقلی محض دلالت دارد مانند فهم، نَبُوغ، ذِکَاء، بَخْل، ثلاثه، عشره، و...

در این تقسیم‌بندی همهٔ مصادر فعلهای ۳ حرفی در ردیف جامدها نهاده شده‌اند.

۳ - انصاری در آثار خود، درباره حکومت و ورود به تفصیل بحث نکرده بلکه به توضیحاتی فشرده در مبحث تعادل و تراجیح (تعارض) و توضیحاتی پراکنده ضمن مباحث دیگر بسنده نموده است.

فقیهان پیش از شیخ انصاری نیز یافت می‌شود (از جمله مقدم داشتن دلیل «لاضرر» بر معنای عام و فراگیر ادله دیگر، بدون نام‌گذاری آن به حکومت و ورود).

حکومت: عبارت است از خروج فردی از حکمی که برای موضوعی صادر شده است؛ به عبارتی حکومت عبارت است از تصرف یکی از دو دلیل در موضوع یا حکم دلیل دیگر به نحو توسعه یا تضییق؛^۱ حکومت گرچه از یک جهت مانند تخصیص است؛ یعنی عبارت است از بیرون بردن فردی از حکمی که برای موضوع صادر شده است ولی از جهتی با آن فرق دارد و آن، این است که در تخصیص فرد یا افرادی از حکم خارج می‌شوند بدون تصرف و دخالت در موضوع؛ ولی در حکومت با تصرف و دخالت در موضوع، فرد یا افرادی از حکم خارج می‌شود. مثلاً پس از امر به احترام به همه علماء گفته شود: عالم فاسق را احترام نکنید این از باب تخصیص خواهد بود ولی اگر از باب حکومت می‌باشد البته ممکن است دلیل حاکم به جای تضییق در موضوع «فاسق، عالم نیست» گفته شود حکم، در آن توسعه دهد که در این صورت، نتیجه عکس تخصیص خواهد بود.

مثال دیگر: شیخ انصاری خود مصادیقی برای «حکومت» ذکر کرده است، مانند حکومت قاعده لاضرر بر معنای عام حدیث «الناس مُسَلِّطُونَ عَلَىٰ أَمْوَالِهِمْ» و در نتیجه، اثبات برخی اختیارات از جمله خیار غبن.

تمایز حکومت با تخصیص:

تفاوت مهم «حکومت» با «تخصیص» آن است که تخصیص — که از شایع‌ترین مصادیق جمع ادله متعارض (تعارض حکم دو دلیل عام و خاص نسبت به موضوع دلیل خاص) به شمار می‌رود — سلب عام از موضوع خاص و بیرون کردن موضوع خاص از عموم عام به نحو حقیقی است. در حالی که هر چند حکومت در پاره‌ای موارد، مانند تخصیص، دامنه موضوع یا حکم را محدود می‌کند، ولی اخراج برخی از مصادیق دلیل محکوم، ادعایی و تنزیلی است نه حقیقی، یعنی نحوه بیان و لسان دلیل حاکم، برخلاف دلیل مخصّص، جنبه تفسیری و نظارتی دارد. به عبارت دیگر، در تخصیص، برخلاف حکومت، دلیل خاص برخی از افراد، دلیل عام را با این که موضوعاً جزو آن است، از شمول حکم عام خارج می‌کند. مثلاً ماده ۴۴۵ قانون مدنی، که براساس آن هر یک از اختیارات پس از فوت شخص به وارث منتقل می‌شود (دلیل عام)، با ماده ۴۴۶، که خیار شرط را اگر مقید به مباشرت باشد، قابل انتقال به وارث ندانسته (دلیل خاص) تخصیص خورده است، یعنی برخی مصادیق اختیارات از شمول حکم (انتقال به ورثه) خارج شده است. بر این اساس گفته‌اند حتی اگر نسبت میان حاکم و محکوم، عموم و خصوص من وجه باشد، همچنان دلیل حاکم بر محکوم مقدم می‌شود.

د- ورود: ورود عبارت است از اینکه موضوعی واقعاً از عموم خارج نباشد، ولی قانون آن را خارج دانسته است یا برعکس، موضوع واقعاً از عموم خارج است ولی قانون آن را داخل دانسته است؛ به بیان دیگر اصطلاح ورود، بدین معناست که یک دلیل (وارد)، موضوع دلیل دیگر (مورود) را به طور حقیقی بردارد (رفع کند) و آن را از موضوعیت بیندازد و این امر مستند به نظر شارع (تعبدی) باشد، مانند ورود آماره (دلیل) معتبر شرعی بر ادله اصول عملیه عقلی. مثلاً هر چند موضوع اصل برائت عقلی (به استناد قاعده عقلی قبح عقاب بلا بیان) «عدم البیان» و نتیجه آن، برائت ذمه مکلف است، با ورود آماره‌ای معتبر مانند خبر واحد، عدم البیان تعبداً از موضوعیت می‌افتد و به بیان مبدل می‌شود و در نتیجه، دیگر زمینه‌ای برای اجرای اصل عملی برائت باقی نمی‌ماند. اصطلاحاً می‌گویند که دلیل معتبر شرعی، که حکمی شرعی را بیان می‌کند، بر دلیلی که حجیت اصل عملی را اثبات می‌کند «وارد» شده است.

مثال دیگر: اگر گفته شود هرگاه بخواهند اول مهرماه ۱۳۷۹ مشمولین نظام وظیفه؛ هر مردی که به سن بیست سالگی می‌رسد باید خدمت نظام وظیفه را انجام دهد را احضار نمایند باید مشمولین متولد اول سال ۱۳۶۰ باشند تا اینکه روز اول مهرماه ۷۹ بیست سالشان تمام شده باشد. حال، هرگاه مقررات نظام وظیفه دلالت کند بر اینکه همه متولدین سال ۱۳۵۹ باید روز اول مهرماه ۱۳۷۹ به خدمت نظام بروند در اینجا افراد کمتر از بیست ساله را مشمول دانسته اند در حالی که واقعاً از موضوع دلیل اول خارجند ولی مقررات چنین دلالت داشته و به اصطلاح «تعبداً» این را هم از آن موضوع دانسته است، چنین وضعی را «ورود» و دلیل دوم را «وارد» و دلیل اول را «مورد» گویند.

ورود از جهتی شبیه تخصیص است؛ زیرا هر دو شیء حقیقتاً از دایره موضوع حکم بیرون است، با این تفاوت که در تخصیص این خروج، تکوینی و بدون اعمال تعبد از سوی شارع است، ولی در ورود به واسطه تعبد است. دلیل دال بر این تعبد، بر دلیل دیگر وارد خواهد بود، مثلاً دلیل آماره بر دلیل برائت عقلی وارد است؛ چون با بودن آماره، موضوع برائت حقیقتاً منتفی می‌گردد. از همین جا تفاوت ورود با حکومت نیز

^۱ - به بیان دیگر: اصطلاح حکومت، به معنای تصرف یکی از دو دلیل در موضوع یا محمول دلیل دیگر، به صورت توسعه یا به صورت تضییق است، یعنی، یکی از دو دلیل (در اصطلاح، دلیل حاکم) با شرح و تفسیر موضوع یا محمول دلیل دیگر (در اصطلاح، دلیل محکوم)، قلمرو آن را گسترده‌تر یا محدودتر می‌کند، خواه دلیل حاکم به لحاظ زمان متقدم بر دلیل محکوم باشد خواه متأخر از آن.

دانسته می شود و آن «عدم بیان» عقلی که همان اینکه در ورود، تعبد شارع موجب خروج حقیقی شیء از دایره موضوع حکم می گردد، اما در حکومت، موجب خروج حکمی و تنزیلی آن است.

وجه اشتراک ورود و تخصیص: وجه اشتراک «ورود» با «تخصیص» (بیرون بودن موضوع یکی از دو دلیل، حقیقتاً از شمول موضوع دیگر) این است که خروج برخی مصادیق در هر دو، موضوعی (خروج از دایره موضوع) و حقیقی است.

وجه افتراق ورود و تخصیص: وجه افتراق آن دو این است که خروج برخی مصادیق از دایره موضوع دلیل عام، در «ورود» جنبه تبعدی دارد و مستند به نظر شارع است، ولی در «تخصیص» جنبه تکوینی دارد و مستند به حکم عقل است، مانند خروج ایقاعات از موضوع عقود، از آن رو که ایقاعات موضوعاً و تخصصاً از عقود خارج است.

تفاوت حکومت و ورود: تفاوت مهم حکومت با ورود آن است که در حکومت ارتباط دلیل حاکم با دلیل محکوم به صورت نظارت، تفسیر و تبیین است، در حالی که تصرف دلیل وارد در دلیل مورود به صورت خارج ساختن از شمول آن به طور حقیقی است. بر این اساس، نتیجه حکومت (اگر محدود کننده باشد) همانند تخصیص است، ولی نتیجه ورود همانند تخصیص است. به عبارت دیگر، هم حکومت و هم ورود، تصرف تبعدی یک دلیل در دلیل دیگر است، ولی حکومت، اخراج تبعدی و ورود، خروج تبعدی است.

منظور از قیاس منصوص العله و قیاس مستنبط العله چیست؟ کدام یک از انواع قیاس حجیت دارد؟

قیاس در اصطلاح علم اصول فقه یعنی هر گاه دو مسئله داشته باشیم؛ و ما حکم یکی از این دو مسئله را بدانیم (مسئله اول) و حکم مسئله دیگر را ندانیم (مسئله دوم)؛ آن گاه به علت شباهتی که بین این دو مسئله وجود دارد، حکم مسئله اول را به مسئله دوم سرایت دهیم. مثلاً شارع می گوید شراب انگور حرام است چون که مست کننده است (مسئله اول) حال ما حکم شراب خرما را ندانیم (مسئله دوم). اکنون ما به علت شباهتی که بین این دو (یعنی شراب انگور و شراب خرما) وجود دارد (یعنی این که هر دوی آنها مست کننده هستند)؛ حکم مسئله اول (یعنی شراب انگور) را به مسئله دوم (یعنی شراب خرما) سرایت دهیم و در نتیجه می گوئیم: شراب خرما هم مانند شراب انگور حرام است.^۱

از یک دیدگاه قیاس تقسیم به قیاس منصوص العله و قیاس مستنبط العله می شود.^۲

الف: قیاس منصوص العله: در این نوع قیاس، شارع علت و فلسفه حکم را بیان می کند و جایی برای اجتهاد شخصی باقی نمی ماند. مثلاً اگر گفته شد: الخمر حرام لانه مسکر؛ علت حرمت خمر به دنبال حکم آمده است، به همین جهت آن را منصوص العله می گویند. حال اگر حکم شراب کشمش را ندانیم؛ قیاس میکنیم و میگوئیم: همان گونه که خمر (شراب انگور) به خاطر مست کننده بودنش حرام است، شراب کشمش هم به خاطر مست کننده بودنش حرام است. این قیاس ما منصوص العله است؛ زیرا علت حکم اصل (یعنی مست کننده بودن) بیان شده است.

ب: قیاس مستنبط العله: قیاسی است که در آن، علت حکم در دلیل حکم اصل و یا دلیل دیگر تخصیص نشده است؛ بلکه فقیه علت حکم را از راه استنباط بدست آورده است و سپس فرع را بر اصل به علت اشتراک در علت مستنبط، قیاس کرده است.

حجیت قیاس: بین شیعه و سنی در مورد حجیت قیاس اختلاف است. سنی ها قیاس را حجت می دانند اما شیعیان بعضی از انواع قیاس را حجت می دانند و بعضی را نمی دانند.

۱. قیاس اولویت: حجت است.

۲. قیاس مساوات: حجت نیست.

۳. قیاس منصوص العله: حجت است.

۴. قیاس مستنبط العله: حجت نیست.

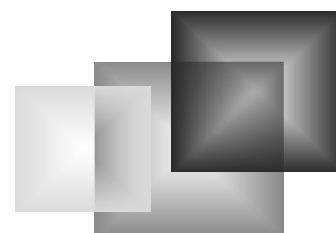
و

۱ - ارکان قیاس ۱- اصل؛ که بدان (مقیس علیه) گویند. آن موضوعی است که در شرع مقدس برایش حکمی وجود دارد. ۲- فرع؛ که به آن (مقیس) گویند. آن موضوعی است که حکم شرعی ندارد و نیاز به اخذ حکم برای آن می باشد. ۳- علت؛ که به آن (جامع) گویند. آن جهت مشترک میان اصل و فرع است که ثبوت حکم بدان اقتضا دارد. ۴- حکم؛ که آن چیزی است که به وسیله اصل ثابت شده است و اثبات آن برای فرع اراده می شود. بررسی ارکان قیاس در مثال فوق الذکر در قیاس فوق چهار رکن ملحوظ است: رکن اول: مقیس یا فرع که آن را محل اول نیز می گویند (مانند شراب خرما در مثال گذشته) رکن دوم: مقیس علیه یا اصل، یعنی آنچه به آن قیاس شده است و به تعبیر دیگر اصل و ریشه قیاس (همانند شراب انگور در آن مثال) رکن سوم: یک علت مشترک که جامع بین دو محل باشد (در مثال بالا مسکر بودن است) رکن چهارم: نتیجه که همان حکم حرمت شراب خرما است.

۲ - تقسیم بندی دوم از انواع قیاس: الف: قیاس اولی: قیاسی است که در آن، جامع (علت حکم) در فرع قویتر از اصل است. ب: قیاس مساوی: قیاسی است که در آن، مناط حکم (علت حکم) در اصل و فرع در یک مرتبه است.

عدلیہ - 66921002

بخش ششم
سوالات مصاحبه‌ای آیین دادرسی مدنی



پرسش و پاسخ: آیین دادرسی مدنی

سوال مصاحبه: دعوای مشتق چیست؟

دعوای مشتق یکی از ابزارهای حمایت از منافع شرکت و شرکا و انتظام بخش مدیریت شرکت است. در مواردی که خطایی سبب ورود خسارت به شرکت می‌گردد آنجا که خطا منسوب به مدیران یا اشخاصی باشد که مدیران را تحت نفوذ خود دارند، به سبب تعارض منافعی که ایجاد شده است، نامبردگان تمایلی به اقامه دعوا علیه خطاکار ندارند. از این رو به ذینفعان اصلی شرکت، یعنی شرکا، اجازه طرح دعوا به نام و به نفع شرکت را داده اند. بنابراین در این راستا نظام های حقوقی به شرکا اجازه داده اند برای استیفای حقوق شرکت، مداخله و به نام شرکت اقامه دعوا کنند. این دعوی را دعوای مشتق نامیده اند.^۱

به بیان دیگر، دعوای مشتق دعوایی است که شرکا به منظور استیفای حقوق شرکت تجاری به نام و از طرف آن اقامه می‌کنند. هدف اصلی این نهاد حقوقی حمایت از شرکت در قبال قصور مدیران در اداره مناسب شرکت است. نظام های حقوقی بر اساس مبانی نظری متفاوت رویکردهای مختلفی در ارتباط با شرایط اقامه این دعوا اتخاذ کرده اند.

از نظر تطبیقی: در حقوق انگلیس و آمریکا دعوای مشتق نوعی دادرسی مبتنی بر انصاف است که رویه قضایی برای تأمین عدالت آن را پذیرفته است. بر اساس قاعده ای که به (Foss V. Harbottle) معروف است شرکا را جز در موارد استثنایی از اقامه دعوی مشتق ممنوع می‌داند، در حقوق آمریکا نیز دعوای مشتق مانند حقوق انگلیس ابتدا مبنای رویه ای داشته، لکن بسیار زودتر از انگلیس مبنای قانونی یافته است. دعوای مشتق یک جبران انصافی منحصر به فرد است که شریک شرکت با توسل به با اینکه، دعوایی را که متعلق به شرکت است و نه خود شریک، اقامه می‌کند. بنابراین این دعوا نوعی مداخله شرکا در اختیارات و صلاحیت های مدیریتی معرفی می‌شود. در آمریکا قوانین مربوط به شرکتهای تجاری به صورت ایالتی است و قانون فدرالی خاصی در زمینه شرکتهای تجاری وجود ندارد، لکن در حوزه دعوای مشتق، مبانی و اصول کلی حاکم بر این دعوا در ایالت‌های مختلف تا حدودی مشابه یکدیگر است.

در حقوق فرانسه دعوای مشتق نوعی دعوای مسؤولیت مدنی شرکتی است که علیه مدیرانی که تقصیرشان سبب ورود خسارت به شرکت تحت مدیریتشان شده، اقامه می‌شود. ماده ۵-۱۸۴۳ قانون مدنی فرانسه در کنار دعوای شخصی شرکا، امکان اقامه این دعوا را در مطلق شرکتهای فرانسوی پذیرفته و به یک یا چند شریک اجازه دعوای مسؤولیت را علیه مدیر(ان) داده است. در موادی از قانون تجارت فرانسه نیز به امکان اقامه این دعوا در شرکت های سهامی و شرکت با مسؤولیت محدود اشاره شده است. البته قانونگذار فرانسوی برخلاف قانونگذاران آمریکایی و انگلیسی از عنوان دعوا نامی به میان نیاورده و در سایر متون قوانین موجود نیز اعم از قانون مدنی و قانون تجارت، نمی‌توان نامی از این دعوا یافت. با این حال در ادبیات حقوقی فرانسه از این دعوا تحت عنوان «دعوای شرکتی با اقدام فردی شریک» یاد می‌شود.

ایران: در حقوق ایران امکان اقامه دعوای مشتق به طور صریح در ماده ۲۷۶ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت پیش بینی شد.

در حقوق ایران این دعوا، موضوع مواد ۲۷۶ و ۲۷۷ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷، قرار گرفته است. در این لایحه قانونی به پیروی از حقوق فرانسه به شرایط طرح دعوا بسنده شده، بی آنکه نام و عنوانی بر آن نهاده شود. برخی از حقوقدانان از این دعوا تحت عنوان «**دعوای غیرمستقیم**» نام برده اند و مصداق آن را موردی دانسته اند که «مدیران و مدیر عامل به سببی از اسباب خسارت وارد به شرکت به دلیل تخلف مدیران را مطالبه نمی‌کنند» یکی از نویسندگان حقوق تجارت (دکتر عیسی تفرشی)، دعوای مشتق را دعوایی دانسته اند که توسط یک یا چند سهامدار در صورت تحقق شرایط مقرر در قانون علیه مدیر یا مدیران یا مدیرعامل شرکت، حسب مورد، به نام و از طرف شرکت اقامه می‌شود. نویسنده ای دیگر (دکتر مجید قربانی لاجوانی) آن را دعوایی دانسته که دارنده یا دارندگان حداقل یک پنجم سهام شرکت به منظور مطالبه خساراتی که از تقصیر مدیران یا مدیر عامل به شرکت وارد شده است، به نام و از طرف شرکت علیه آنها اقامه می‌کنند.

در لایحه جدید تجارت، شرایط اقامه این دعوا در ماده ۴۷۳ مقرر شده است، مقایسه ماده ۲۷۶ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت با ماده ۴۷۳ لایحه تجارت نشان می‌دهد که در لایحه، موارد اقامه این دعوا توسعه یافته است. مطالعه تطبیقی دعوای مشتق در نظام های

^۱ - برای مطالعه بیشتر مراجعه کنید به: محمد عیسیایی تفرشی سعیده امیر تیموری مرتضی نصیری مرتضی شهبازی نیا، مفهوم دعوای مشتق و ویژگی استثنایی آن (مطالعه تطبیقی در حقوق انگلیس، آمریکا، فرانسه و ایران)، پژوهش های حقوق تطبیقی سال هجدهم زمستان ۱۳۹۳ شماره ۴

حقوقی خارجی نشان می دهد که در حقوق ایران برای برخی از جنبه های مسکوت این نهاد مثل سازش و استرداد دعوا، تصویب مقررات ویژه ضروری است و نمی توان آن را تابع قواعد عام قرار داد.^۱

قلمرو دعوای مشتق: دعوای مشتق در نظم حقوقی ایران محدود به اقامه دعوای مسؤولیت مدنی شرکتی (دعوای مشتق) علیه مدیران به مفهوم اعم است و تنها برای تعقیب خطاهای مدیریتی قابل طرح است و برخلاف انگلیس و آمریکا تحت هیچ شرایطی علیه بازرسان و اشخاص ثالث نمی توان به این نهاد متوسل شد. افزون بر این، برخلاف سایر نظام های مورد بررسی، اقامه دعوای مشتق تنها در شرکتهای سهامی، آن هم از سوی سهامدار یا سهامدارانی که حداقل یک پنجم مجموع سهام شرکت را دارند، امکان پذیر است و شرکای سایر شرکتهای تجاری قادر به تعقیب تخلفات و تقصیرهای مدیریتی و مطالبه خسارت وارد بر شرکت نیستند.

منظور از اثر تعلیقی و انتقالی اعاده دادرسی چیست؟ (اعاده دادرسی چه آثاری دارد؟)

الف) اثر تعلیقی بر اجرای حکم: اعاده دادرسی از طرق فوق العاده شکایت از احکام قطعیت یافته است. بنابراین قابلیت اعاده دادرسی و حتی صرف درخواست اعاده دادرسی نسبت به حکم، اجرای آنرا متوقف نمی نماید.^۲ در عین حال با درخواست اعاده دادرسی و پس از صدور قرار قبولی آن، در صورتیکه محکوم به غیر مالی باشد اجرای حکم متوقف خواهد شد اما چنانچه محکوم به مالی باشد و امکان گرفتن تأمین و جبران خسارت احتمالی باشد به تشخیص دادگاه از محکوم له تأمین مناسب گرفته شده و اجرای حکم ادامه می یابد. در عین حال چنانچه محکوم به مالی باشد پس از گرفتن تأمین از محکوم له عملیات اجرایی به درخواست محکوم له از توقیف خارج شده و ادامه می یابد. بهر حال اجرای حکم در صورتی متوقف می شود که:

اولاً) عملیات اجرایی مختومه نشده باشد. توقف عملیات اجرایی مستلزم در جریان بودن آن است.

ثانیاً) محکوم علیه حکم مورد درخواست اعاده دادرسی، درخواست صدور قرار توقیف عملیات اجرایی را بنماید.

مسلم آنکه دادگاه در صورت درخواست محکوم له به ادامه عملیات اجرایی در صورتی می تواند دستور ادامه آن را صادر نماید که از محکوم له تأمین بگیرد اما دادگاه در صورتی دستور ادامه عملیات اجرایی را صادر می نماید که امکان اخذ تأمین و جبران خسارت احتمالی وجود داشته باشد.

منظور از خسارت احتمالی خسارتی است که از ادامه عملیات اجرایی حکم مورد درخواست اعاده دادرسی به محکوم علیه وارد می آید که در صورت فسخ حکم مورد شکایت باید از سوی محکوم له حکم مزبور جبران شود. خسارت احتمالی ناشی از ادامه عملیات اجرایی از تاریخ درخواست ادامه عملیات اجرایی تا اجرای کامل حکم را نیز پوشش می دهد. در مقابل باید پذیرفت که در مواردی که محکوم به مالی است، گرفتن تأمین و جبران خسارت احتمالی در صورت آمادگی محکوم له به دادن آن همواره فراهم است.

ب) اثر انتقالی: اعاده دادرسی در محدوده جهت ادعا شده، دارای اثر انتقالی است. بدین معنا که دادگاه در صورت فسخ حکم مورد شکایت باید دوباره نسبت به امور موضوعی و حکمی رسیدگی و تصمیم گیری نماید. بنابراین صدور قرار تحقیق و معاینه محل، کارشناسی و ... در اعاده دادرسی نیز امکانپذیر است.^۳

منظور از اعاده دادرسی طاری چیست؟ توضیح دهید.

اعاده دادرسی با توجه به نحوه اقامه آن به دو نوع تقسیم می شود:

۱- برابر بند الف ماده ۴۳۲ قانون آیین دادرسی مدنی، اگر متقاضی اعاده دادرسی به طور مستقل آن را درخواست کند، این درخواست، اعاده اصلی محسوب می شود. یعنی چنانچه بدون اینکه دعوایی در جریان رسیدگی باشد، یکی از طرفین حکمی که سابقاً صادر شده است،

^۱ - برای مطالعه بیشتر مراجعه کنید به قربانی لاجوانی، مجید، دعوای مشتق: مطالعه تطبیقی در حقوق آمریکا، انگلیس و ایران، دو فصلنامه حقوق و سیاست: بهار و تابستان ۱۳۸۶، دوره ۹، شماره ۲۲ (ویژه حقوق)؛ از صفحه ۲۲۷ تا صفحه ۲۶۶.

^۲ - به صورت خلاصه می توان گفت که به صرف درخواست اعاده دادرسی نسبت به حکم، اجرای آن متوقف نمی شود. اگر قرار قبولی صادر شود در صورتی که محکوم به، غیر مالی باشد اجرای حکم متوقف خواهد شد اما اگر مالی باشد و امکان اخذ تأمین و جبران خسارات احتمالی باشد به تشخیص دادگاه از محکوم له، تأمین مناسب گرفته می شود و اجرای حکم ادامه می یابد.

^۳ - نکته مهم در این زمینه درباره نظر حقوق فرانسه می باشد که در ماده ۵۹۷ آئین دادرسی مدنی فرانسه آمده است تمام طرفهای رای مورد درخواست اعاده دادرسی باید توسط درخواست کننده در دادرسی اعاده دادرسی مخاطب قرار گیرند والا درخواست قابل پذیرش نخواهد بود. ماده ۹۸ قانون آئین دادرسی مدنی در باب جلسه دادرسی بیان می دارد: " خواهان می تواند خواسته خود را که در دادخواست تصریح کرده در تمام مراحل دادرسی کم کند ولی افزون آن یا تغییر نحوه دعوا یا خواسته یا درخواست در صورتی ممکن است که با دعوای طرح شده مربوط بوده و منشأ واحدی داشته باشد و تا پایان اولین جلسه آنرا به دادگاه اعلام کرده باشد. "

درخواستی را به عنوان اعاده دادرسی مطرح کند، این درخواست، اعاده اصلی بوده که باید ضمن دادخواست به دادگاه صلاحیت‌دار تقدیم شود.

۲- در مقابل اعاده دادرسی اصلی، اعاده دادرسی طاری قرار دارد که در بند ب ماده ۴۳۲ به آن اشاره شده است. اعاده طاری در ضمن دادرسی مطرح می‌شود؛ این در حالی است که در اعاده اصلی پرونده‌ای در حال رسیدگی نیست تا ضمن آن اعاده دادرسی مطرح شود. بنابراین در اعاده دادرسی طاری در اثناء دادرسی، حکمی به عنوان دلیل ارائه شود و کسی که حکم یاد شده علیه او ابراز شده، نسبت به آن درخواست اعاده دادرسی نماید. طرفی که حکم علیه او مورد استناد قرار گرفته برای بی اثر کردن دلیل مزبور باید بطلان آنرا اثبات نماید و یا انتقال مورد حکم به خود یا دیگری را اثبات نماید. دادخواست اعاده دادرسی طاری باید به دادگاهی تقدیم شود که حکم در آنجا به عنوان دلیل ابراز شده ولی مرجع رسیدگی، دادگاه صادر کننده حکم می‌باشد.

در خصوص اعاده دادرسی طاری باید گفت که بدواً بایستی دعوا در دادگاه مطرح شده باشد و در اثنای دادرسی حکمی بعنوان دلیل به دادگاه ارائه شود و حکم نیز در دعوی موثر باشد و یکی از جهات اعاده دادرسی نیز وجود داشته باشد و دادخواست در مهلت تقدیم شده باشد و برخلاف اعاده دادرسی اصلی در اعاده دادرسی طاری ممکن است دادگاهی که به دعوا رسیدگی میکند با دادگاهی که دادخواست را قبول می‌نماید؛ یکسان نباشد. برای مثال الف به خواسته صدور حکم اعلام مالکیت خود نسبت به یک دستگاه خودرو و تحویل آن علیه ب در دادگاه عمومی کرج اقامه دعوی می‌نماید حکم به نفع خواهان صادر شده و قطعیت می‌یابد؛ اما به هر دلیلی اجرا نمی‌شود. مدتی بعد الف دعوی بخواسته مبلغی بابت اجرت المثل ایام تصرف خودروی مزبور علیه ب در دادگاه شهرداری اقامه می‌کند و در اثبات مالکیت خود نسبت به خودرو به حکم مزبور استناد می‌نماید. در اینجا دعوی اصلی مطالبه اجرت المثل است که حکم صادره از دادگاه کرج بعنوان دلیل در آن دعوی مورد استناد قرار گرفته است. در این مثال خواننده باید بطلان حکم صادره را اثبات نماید و یا انتقال مورد حکم به خود یا دیگری را اثبات نماید و چون تنها طریق مجاز اثبات بطلان آرای دادگاهها شکایت از آنها است و آرای دادگاهها نمی‌توانند موضوع دعوی بطلان قرار گیرند خواننده می‌تواند چنانچه شرایط اعاده دادرسی فراهم باشد نسبت به حکم مورد استناد خواهان، درخواست اعاده دادرسی نماید که اعاده دادرسی طاری نامیده می‌شود.

درخواست اعاده دادرسی طاری باید در هر حال به دادگاهی داده شود که حکم در آنجا بعنوان دلیل ابراز شده است و درخواست مزبور می‌تواند بصورت لایحه و یا در جلسه دادرسی به دادگاه تقدیم شود و به موجب تصریح ماده ۴۳۳ دادخواست لازم باید ظرف مدت ۳ روز به دفتر دادگاه تقدیم شود و دادخواست باید دارای تمام شرایط اعاده دادرسی باشد و در صورت ناقص بودن امکان تجدید یا تکمیل آنها در مهلت مقرر وجود دارد. با عنایت به نص ماده ۴۳۴ دادگاهی که دادخواست اعاده دادرسی طاری را دریافت نموده مکلف است آنرا به دادگاه صادرکننده حکم مورد درخواست اعاده دادرسی ارسال نماید و در صورتیکه دلایل دادخواست را قوی بداند و تشخیص دهد حکمی که درخصوص درخواست اعاده دادرسی صادر می‌گردد مؤثر در دعوا می‌باشد رسیدگی به دعوی مطروحه را در قسمتی که حکم راجع به اعاده دادرسی در آن مؤثر است تا صدور حکم نسبت به اعاده دادرسی به تأخیر می‌اندازد و در غیر اینصورت به رسیدگی خود ادامه می‌دهد. در صورتیکه حکم مورد درخواست اعاده دادرسی از دادگاهی صادر شده باشد که به اصل دعوی رسیدگی می‌نماید این دادگاه افزون بر اینکه مرجع درخواست اعاده دادرسی است؛ به درخواست اعاده دادرسی نیز رسیدگی می‌نماید و تا روشن شدن نتیجه رسیدگی به اصل دعوی را به تأخیر می‌اندازد.

با توجه به قید دادگاه در ماده ۵ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، آیا رئیس حوزه قضائی یا معاون ارجاع قانوناً اختیار

معاف نمودن اصحاب دعوی از پرداخت هزینه دادرسی و یا سایر هزینه‌های مقرر در این ماده را دارد یا خیر؟

با عنایت به صراحت ماده ۵ قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱ و با توجه به اینکه عدم تمکن مالی خواهان، شرط اعمال معافیت از هزینه‌های مقرر در ماده مذکور می‌باشد، احراز آن به عهده دادگاهی است که به دعوی مطروحه رسیدگی نموده و با توجه به تحقیقات و احراز شرایط خواهان، مبادرت به اعمال این معافیت می‌نماید و این امر خارج از اختیارات رئیس حوزه قضایی یا معاون ارجاع می‌باشد.

ماده ۵ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱: در صورت عدم تمکن مالی هریک از اصحاب دعوی دادگاه می‌تواند پس از احراز مراتب و با توجه به اوضاع و احوال، وی را از پرداخت هزینه دادرسی، حق الزحمه کارشناسی، حق الزحمه داور و سایر هزینه‌ها معاف یا پرداخت آنها را به زمان اجرای حکم موکول کند. همچنین در صورت اقتضاء ضرورت یا وجود الزام قانونی دایر بر داشتن وکیل، دادگاه حسب مورد رأساً یا به درخواست فرد فاقد تمکن مالی وکیل معاضدتی تعیین می‌کند.

تبصره - افراد تحت پوشش کمیته امداد امام خمینی (ره) و مددجویان سازمان بهزیستی کشور از پرداخت هزینه دادرسی معاف می‌باشند.

در دعوی به استناد بند ۴ ماده ۸۴ قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی دادگاه قرار رد دعوی صادر و این قرار قطعی است آیا خواهان می‌تواند مجدداً همان دعوی را به طرفیت همان خواننده بدون اینکه بعداً تغییری

ایجاد یا امری حادث شده باشد، مطرح کند و آیا اصولاً طرح دعوی مجدد با همان کیفیت و به طرفیت همان خواننده قابل استماع است؟

نظر به این که عدم استماع دعوی به لحاظ اعتبار امر مختومه ناظر به احکام دادگاه ها است و شامل قرارها (به استثنای قرار سقوط دعوی) نمی‌گردد، بنابراین در فرض سؤال که قرار رد دعوی به استناد بند ۴ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ صادر شده است، با تجدید دادخواست و طرح مجدد دعوا، ولو آنکه قرار رد دعوی صادره به مرحله قطعیت رسیده باشد، مرجع رسیدگی مکلف به بررسی و صدور رأی مقتضی می‌باشد. البته، اگر اعتقاد به آن داشته باشد که ایراد کماکان وجود دارد، می‌تواند به همان استناد، قرار رد صادر کند. ضمناً باید توجه داشت که طرح ایراد از حقوق دفاعی خواننده است و خواننده می‌تواند از طرح آن خودداری نماید و در برخی از ایرادات، دادگاه بدون طرح ایراد خواننده، الزامی به ورود ندارد.

ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب (در امور مدنی):

در موارد زیر خواننده می‌تواند ضمن پاسخ نسبت به ماهیت دعوا ایراد کند:

- ۱ - دادگاه صلاحیت نداشته باشد.
- ۲ - دعوا بین همان اشخاص در همان دادگاه یا دادگاه هم عرض دیگری قبلاً اقامه شده و تحت رسیدگی باشد و یا اگر همان دعوا نیست دعوی باشد که با ادعای خواهان ارتباط کامل دارد.
- ۳ - خواهان به جهتی از جهات قانونی از قبیل صغر، عدم رشد، جنون یا ممنوعیت از تصرف در اموال در نتیجه حکم ورشکستگی، اهلیت قانونی برای اقامه دعوا نداشته باشد.
- ۴ - ادعا متوجه شخص خواننده نباشد.
- ۵ - کسی که به عنوان نمایندگی اقامه دعوا کرده از قبیل وکالت یا ولایت یا قیمومت و سمت او محرز نباشد.
- ۶ - دعوی طرح شده سابقاً بین همان اشخاص یا اشخاصی که اصحاب دعوا قائم مقام آنان هستند، رسیدگی شده نسبت به آن حکم قطعی صادر شده باشد.
- ۷ - دعوا بر فرض ثبوت، اثر قانونی نداشته باشد از قبیل وقف و هبه بدون قبض.
- ۸ - مورد دعوا مشروع نباشد.
- ۹ - دعوا جزمی نبوده بلکه ظنی یا احتمالی باشد.
- ۱۰ - خواهان در دعوی مطروحه ذی‌نفع نباشد.
- ۱۱ - دعوا خارج از موعد قانونی اقامه شده باشد.

مطابق قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، چنانچه پرونده نواقصی داشته باشد مدیر دفتر مکلف است قبل از تعیین وقت نسبت به رفع نقص اقدام نماید حال اگر دفتر به وظیفه خود عمل نکرده و دادگاه بعد از چند جلسه متوجه نقص پرونده شود تکلیف چیست؟

مطابق مواد ۶۴ و ۶۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، دادگاه مکلف است در صورتی که پرونده ناقص باشد نسبت به تکمیل پرونده اقدام و سپس رسیدگی نماید. چنانچه به این تکلیف عمل نشده باشد و دادگاه در زمان صدور رأی متوجه نقص پرونده شود و بدون رفع نقص نتواند رأی مقتضی صادر نماید با استفاده از ملاک ماده ۳۵۰ قانون آیین دادرسی مذکور پرونده را جهت صدور اخطار رفع نقص به دفتر اعاده می‌نماید تا چنانچه اقدام به رفع نقص نشود دفتر وفق مقررات اقدام نماید.

در صورتی که امضای خواهان در دادخواست نباشد تکلیف چیست؟

در باره پرسش یاد شده حداقل چهار نظر وجود دارد، الف. صدور اخطار رفع نقص به استناد ب. صدور اخطار استحضاری به جهت رعایت احتیاط ج. صدور قرار رد دعوا به استناد ماده ۲ ق.آ.د.م (در واقع دعوا به شکل قانونی اقامه نشده است). د. صدور دستور بایگانی شدن پرونده به دلیل این که طبق ماده ۲۷۸ ق.ا.ح و ماده ۱۳۰۱ ق.م. دادخواست بدون امضا سند نیست و هیچ اعتباری ندارد. هر یک از این راهکارها دارای استدلال است که به تفصیل در مقاله‌ای بیان شده و نویسنده مقاله راه حل چهارم (صدور دستور بایگانی شدن پرونده) را پذیرفته است.^۱ برخی نیز معتقدند دادخواست بدون امضا نباید ثبت و ارجاع شود اما در صورتی که به هر دلیل آن ثبت شود، باید ارجاع شود و دادگاه

^۱ علی مهاجری، مقاله: معضل دادخواست فاقد امضاء ماهنامه دادرسی، ش ۴۰، مهر و آبان ۱۳۸۲، ص ۵۹ تا ۶۲؛ همو، مبسوط در آیین دادرسی مدنی، ج ۱، ص ۲۳۳ و ۲۳۴. (در همین منبع، نظر نشست قضایی و اداره حقوقی نیز آمده است که تقریباً هر دو بر عدم جریان دادخواست و بایگانی کردن آن معتقدند).

مرجع الیه از طریق دفتر اخطار به خواهان نماید. در صورت امضا شدن، آثار آن از زمان تقدیم خواهد بود.^۱ مصاحبه کننده^۲ نیز بر این باور بود که در محل بحث باید مدیر دفتر طبق ماده ۶۴ ق.آ.د.م پرونده را در اختیار دادگاه قرار دهد تا دادگاه بر اساس ماده ۶۶ ق.آ.د.م جهت نقص را قید کرده و پرونده را به دفتر اعاده دهد تا موارد نقص طی اخطاریه به خواهان ابلاغ شود و در صورت عدم تکمیل ظرف ده روز پس از ابلاغ مدیر دفتر قرار رد دادخواست را صادر می‌کند.

فارغ از بحث‌های علمی مفصل - که از موضوع این نوشتار خارج است - به نظر می‌رسد از نظر عملی با الغای خصوصیت^۳ از مواد ۱۸ و ۲۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ باید پذیرفت که دفتر شعبه ظرف دو روز نقصان دادخواست را طی اخطاریه به خواهان ابلاغ می‌کند در صورتی که وی ظرف ده روز پس از ابلاغ رفع نقص ننماید، دادخواست به موجب قرار مدیر دفتر یا جانشین او رد می‌گردد.

آیا امکان طرح دعاوی طاری توسط دستگاه‌های دولتی در دیوان عدالت اداری وجود دارد؟

مطابق قانون دیوان عدالت اداری (مصوب ۱۳۹۲) واحدهای دولتی حق شکایت در شعب دیوان را ندارند^۴ اما دعاوی مانند ورود ثالث، جلب ثالث، اعتراض ثالث، اعاده دادرسی برای دستگاه‌های دولتی پیش بینی نشده است. طرح دعاوی متقابل توسط دستگاه‌های دولتی «براساس ماده ۱۲۲ قانون جدید» قابل رسیدگی در دیوان عدالت اداری است، اما در عمل رویه دیوان عدالت اداری بر عدم پذیرش دعاوی متقابل است و از دعاوی طاری فقط آن دعاوی که به صراحت در قانون تصریح شده قابل پذیرش است و به نظر می‌رسد که رویه دیوان صحیح است؛ زیرا دعاوی متقابل، علاوه بر دفاع از شکایت مطرح شده، خواسته جدید و ابتدایی نیز مطرح می‌شود.

اثر تأمین خواسته را نسبت به خواننده، خواهان و ثالث چه می‌باشد؟ توضیح دهید.

اثر تأمین خواسته باید نسبت به خواننده، خواهان و ثالث سنجیده شود:

۱- نسبت به خواننده :

الف (اثر حتمی؛ ممنوعیت نقل و انتقال اموال بازداشت شده : مطابق مواد ۵۶ و ۵۷ قانون اجرای احکام ؛ " هر گونه نقل و انتقال اعم از قطعی و شرطی و رهنی نسبت به مال توقیف شده باطل و بلااثر است. بنابراین با اجرای قرار تأمین خواسته ، خواننده قانوناً نمی‌تواند مال بازداشت شده را نقل و انتقال داد. هر گونه قرارداد یا تعهدی که نسبت به مال توقیف شده بعد از توقیف به ضرر محکوم له منعقد شود ، نافذ نخواهد بود مگر اینکه محکوم له کتباً رضایت دهد.

باید دقت داشت که خواننده نه تنها حق نقل و انتقال اموال بازداشت شده و یا بستن هر گونه تعهد یا قرارداد را نسبت به آن از دست می‌دهد بلکه در مورد وجوه نقد و اموال منقول حق بکارگیری و استفاده از آن نیز از بین می‌رود . زیرا بازداشت اموال منقول مستلزم گرفتن آن از محکوم علیه و سپردن آن به حافظ است یا مسدود شدن حساب بانکی . در مورد توقیف اموال غیر منقول مراتب به اداره ثبت محل وقوع ملک اعلام و بازداشت ملک در دفتر املاک اعمال می‌شود . البته ادامه استفاده از اموال غیر منقول بازداشت شده با مانع روبرو نیست.

ب (اثر احتمالی: استحقاق مطالبه خسارت ناشی از اجرای قرار تأمین خواسته .

۲- نسبت به خواهان :

الف (ایجاد حق تقدم : مهمترین اثر تأمین خواسته یعنی بازداشت مال، ایجاد حق تقدم برای خواهانی است که تأمین به نفع او انجام شده است. بنابراین اجرای تأمین خواسته موجب می‌شود خواهان در استیفای طلبش از مال مورد تأمین بر سایر محکوم لهم (بستانکاران) به میزان خواسته (محکوم به) تا حدی که بازداشت نموده حق تقدم پیدا کند. حق تقدم تنها برای کسی به وجود می‌آید که مال پیش از سایرین به نفع او بازداشت شده است. بنابراین نوع برگ لازم الاجرا (اجرائیه دادگاه، اجرائیه ثبت ، قرار تأمین خواسته ...) و مرجع صادر کننده برگ لازم الاجرا، تاریخ صدور برگ لازم الاجرا ، تاریخ معرفی مال، تاریخ صدور دستور بازداشت ... در ایجاد حق تقدم بی اثر می‌باشد.

ب (مصونیت مال از تضييع و تفریط: بازداشت اموال منقول علی القاعده مستلزم گرفتن آن از خواننده و دادن آن به حافظ است و حافظ نیز نباید در مال توقیف شده تعدی و تفریط نماید.

^۱ عبدالله شمس، آیین دادرسی مدنی، ج ۲، ش ۳۲.

^۲ جناب آقای عباس اجتهادیان.

^۳ منظور این است بر حسب فهم عرف، دادخواستی که به دیوان عدالت اداری تقدیم می‌شود، با دادخواستی که به دادگاه‌های دیگر تقدیم می‌شود در فرض محل بحث فرقی ندارد. الغای خصوصیت یک اصطلاح اصولی است. برای مطالعه در این باره ر.ک: فرهنگ فقه، ج ۱، ص ۶۳۹ و ۶۴۰.

^۴ - برای اینکه دیوان عدالت اداری جهت رسیدگی به شکایات مردم از دولت و قدرت تشکیل شده است و این واحدها حق شکایت در شعب دیوان را ندارند و شکایات خود را بایستی در دادگاه های عمومی مطرح کنند. البته در یک صورت حق شکایت در هیات عمومی (نه شعب دیوان) را دارند و آن در صورتی است که خود دولت و دستگاه های اجرایی بخواهند جلو مصوبه ای را که خلاف قانون و شرع بوده و گروه زیادی از مردم در آن ذینفع هستند؛ بگیرند (به بیان دیگر دستگاه های اجرایی بخواهند درخواست ابطال اقدامات و یا مصوبات دولتی را بدهند که خود دولت و دستگاه های اجرایی صادر کرده اند؛).

۳- نسبت به شخص ثالث :

- ثالثی که مال خوانده نزد وی بوده و بازداشت شده حق ندارد آن مال را به خواننده بدهد.
- خود ثالث نمی‌تواند طلبی که از خواننده دارد از مال توقیف شده وصول نماید.
- اگر موضوع دین به نفع شخص ثالثی در نزد مدیون مطابق قانون توقیف شده باشد و مدیون بعد از این توقیف، از داین خود طلبکار شود دیگر نمی‌تواند به استناد تهاتر از تأدیه مال توقیف شده امتناع ورزد.
- پس از بازداشت وجه نزد ثالث، ابراء وی نیز مؤثر نمی‌باشد. زیرا وجه مزبور متعلق حق شخص ثالث قرار گرفته است.

و
و
و
و
و
و
و
و