



علی اکبر درخشانی

وکیل دادگستری



## نهادهای حقوقی را با یکدیگر و با مقتضیات زمان هم آهنگ کنیم

۱



قبل از آنکه بتوضیح و تشریح موضوع مقاله پردازم از ذکر دو توضیح

ناگزیرم:

نخست آنکه قلمرو بحث فقط در حوزه حقوق خصوصی سیر میکند و از میان رشته‌ها و شاخه‌های آن فقط حقوق مدنی (آئین دادرسی و قانون مدنی) مورد نظر است و چون دایره بحث موضوع مقاله بسیار وسیع است در قسمت مدنی هم باید اقرار کنم که آنچه باصطلاح از ناهم‌آهنگی بدست آورده‌ام بالنسبه بآنچه ممکن است وجود داشته باشد بسیار جزئی و بعنوان نمونه میباید لذا امید آنرا دارم که نگارش این یادداشت‌ها وسیله‌ای باشد تا اساتید بزرگ و عالیقدر حقوق را وادار به سخن و افاده و افاضه نماید.

دوم آنکه مقصود و منظور اینجانب از هم‌آهنگی کردن نهادها این نیست که هرروز باقتضای تغییر عوامل اقتصادی یا اجتماعی میبایست قانون جدیدی وضع یا قوانین گذشته را اصلاح و ترمیم نمود بلکه مراد و مقصود نگارنده بشرحی که بعداً خواهد آمد آنست که چون در قرن اخیر تحولی عظیم در عوامل اقتصادی و اجتماعی روی داده و این تحول سبب تغییر بسیاری از نهادهای حقوقی گردیده به تعویق آنها را از اصل و قاعده خود و مخصوصاً از عدالت دور نموده لذا به عقیده اینجانب میتوان بجای وضع مکرر قوانین با چند اصلاح مختصر که بخودی خود محتوی یک ترمیم عمیق و اساسی میباید مشکل را حل نموده مانع تغییر و تبدیل هرروزی تأسیسات و نهادهای حقوقی و قوانین گردید.

موضوع مقاله را در چهاربخش بشرح آتی باستحضار خوانندگان عزیز می‌رساند:  
بخش اول - سرعت تحول مقتضیات اقتصادی و اجتماعی عصر ما.

- بخش دوم - تحول حقوق در جهت توسعه اختیار قاضی.
- بخش سوم - موارد ناهم‌آهنگی نهادها با یکدیگر.
- بخش چهارم - هم‌آهنگ کردن نهادها با یکدیگر و با مقتضیات عصر.

### بخش اول

#### سرعت تحول مقتضیات اقتصادی و اجتماعی عصر ما

بطوریکه میدانیم نهادهای حقوقی پیوسته براساس مقتضیات اقتصادی و اجتماعی و یا هر دو آنها بوجود می‌آید پس کاملاً طبیعی است که هر نهادی با از بین رفتن مقتضیات ایجادکننده یا تغییردهنده آن از میان برود و یا تغییر پذیرد، در طول زندگی بشر از این نهادها بسیار بوجود آمده و معدوم گردیده‌است «مساقات» از جمله نهادهائی است که با مقتضیات زمان بوجود آمده و پس از انهدام عوامل بوجود آورنده یا ابقاءکننده از میان رفته‌است، چنین وضع و تربیتی کاملاً طبیعی و منطبق با ضرورت زندگی اجتماعی بوده است، تاریخ حقوق ده‌ها و صدها از این نمونه‌ها را میتواند بدست دهد اما آنچه اکنون وضع جامعه ما و تقریباً همه جوامع بشری را مخصوص گردانیده مختصات عصر و زمانی است که در آن زندگی میکنیم در گذشته چنانکه میدانیم این تغییر و تحول در طول ده‌ها قرن صورت میگرفت ولی در حال حاضر در خلال چند سال چنان مقتضیات مربوط بیک یا چند نهاد حقوقی تغییر میپذیرد که هنوز مرکب قانونی خشک نشده آن قانون اصلاح، ترمیم و یا نسخ میگردد.

البته عوامل این تغییر و تحول مختلف و متعدد است ولی پیدایش مکتب‌های فلسفی و مسلک‌های اجتماعی و از همه مهمتر هوشیاری و بیداری اقوام و ملل و مخصوصاً ارتباط و همبستگی مردمی که مواد اولیه و منابع نیرو و انرژی در کشورشان قرار دارد عامل مؤثر این تغییر و تحول میباشد؛ البته عامل اخیر غیر مستقیم و از مجاری عامل اقتصادی تأثیر مینماید.

زمان چنان مسائل و عوامل این تغییر و تحول را در خود می‌پرورد که قسمت مهمی از جهان متمدن بآن مبتلاء و دچار است و از مختصات دیگر این تحول این است که این تغییرات خاص این کشور یا آن کشور و این رژیم یا آن رژیم نیست بلکه دسته بزرگی از کشورها را دربرمیگیرد و هرگاه تغییر نهادها و قوانین را در کشورهای خارجی دلیل تغییر عوامل اقتصادی و اجتماعی و سیاسی بدانیم ملاحظه میشود که کشورهای سرمایه‌داری و کمونیسم و خود ما تقریباً بیک اندازه دچار این تبدلات بوده‌ایم.

فی‌المثل در کشور اتحاد جماهیر شوروی که سرمایه‌دار فردی و بخش خصوصی در آن نقشی ندارد از سال ۱۹۱۸ تا سال ۱۹۴۶ پنج مرتبه قانون خانواده و مقررات طلاق آن کشور تغییر کرده و هر مرتبه تغییر و تحول اساسی و بنیادی بآن داده شده است

این تغییرات در سنوات ۱۹۱۸ و ۱۹۲۶ و ۱۹۳۶ و ۱۹۴۲ و ۱۹۴۶ صورت گرفته است. و یا کشور فرانسه بعد از جنگ بین‌الملل اول از سال ۱۹۱۸ تا سال ۱۹۴۸ در زمینه قانون رابطه مالك و مستأجر یازده قانون یا آئین‌نامه یا فرمان قانونی و الحاقیه از تصویب گذرانیده است. وضع کشور فرانسه از لحاظ تعدد قانون مالك و مستأجر در فاصله ۱۹۱۸ تا ۱۹۴۸ یعنی مدت ۳۰ سال چنان بوده که تقریباً هر دو سال و هفت ماه يك قانون یا آئین‌نامه یا الحاقیه در زمینه رابطه مالك و مستأجر بتصویب رسانیده است.

تازه بعد از این زمان نیز تأسیسات حقوقی این دو کشور در زمینه قوانین مزبور تغییرات بسیاری پذیرفته که متأسفانه نگارنده نتوانستم بمنابع آن دسترسی پیدا کنم.

در کشور خودمان وضع تغییر و تبدیل قوانین مربوط به نهادها دالی ماشالله است. تنها در مورد دو قانون چك بی‌محل و روابط مالك و مستأجر در این چند سال آن اندازه قانون داریم که امکان یادگیری و تجربه آموختن از آنها مقدور نمیگردد.

در مقابل کشورهای دیگری بوده‌اند که هر چند عوامل اقتصادی و اجتماعی در آنها باندازه کشورهای سابق‌الذکر و حتی بیشتر تغییر پذیرفته و لیکن چون سیستم قضائی و نظام حقوقی متناسب با تحول و تغییر داشته‌اند احتیاج باین اندازه تغییر نهاد حقوقی نداشته‌اند؛ ایندسته از کشورها عبارتند از کشورهای انگلیس - آمریکا و بعضی کشورهای عربی.

خلاصه در مقابل تغییرات و تحولات کنونی که از مختصات زندگی عصر ماست یا میبایست يك سیستم حقوقی متناسب و انعطافی‌پذیر نسبت به تغییرات و تحولات داشت و یا پیوسته آماده قبول تحول و تغییر نهاد حقوقی باقتضای تغییر و تحول عوامل اقتصادی و اجتماعی بود.

## بخش دوم

### تحول حقوق در جهت توسعه اختیار قضات

۱- پیشینه تاریخی - بنا بر آنچه در يك بررسی تاریخی بدست می‌آید قضاوت و یا بزبان شرایع آسمانی «حکومت میان مردم» در آغاز نه فقط ترتیبات و تشریفات امروزی را نداشته بلکه تقریباً هیچگونه تشریفات نداشته است. حکومت یا قضاوت میان مردم فقط يك قاعده لازم‌الرعایه داشته و آن رعایت عدالت و حقیق بوده است. خداوند در کلام مجید خود حدود ۱۸ آیه در خصوص قضاوت برای پیامبر میفرستد این آیات که تماماً مستقیم یا غیرمستقیم به قضاوت بین مردم متوجه است از پیروی عدالت - و یا حق - و عدم متابعت از هوای نفس سخن میگوید. از میان ۱۸ آیه مذکور آیه‌ای را که مفسرین و فقهای اسلامی در صدر کتاب قضاوت قرار

داده‌اند آیه معروف «یا داود...» میباشد این آیه که در سوره (ص) قرآن مجید آمده و شماره ۲۶ از آیات آن سوره را بخود اختصاص داده در اهمیت مقام قضاء عالی-ترین و رساترین بیان و توجیه را دارد؛ بیان این آیه چنین است:

**«یا داود انا جعلناک خلیفه فی الارض فاحکم بین الناس بالحق ولا تتبع الهوی» ۱.**

دقت در آیه شریفه نشان میدهد که اجرای عدالت آن اندازه اهمیت داشته و دارد که خداوند غرض از بعثت حضرت داود یا لا اقل یکی از اغراض خود از مبعوث گردانیدن آن حضرت را اجرای عدالت بین مردم بیان فرموده است ۲.

نتیجه آنکه قضاوت در ابتداء خیلی ساده و بی تشریفات، ولی تکلیف و وظیفه پیامبران و خلفا و جانشینان آنها بوده است. در دوره خلفای راشدین و حتی در زمان حکومت امویها قضاوت همچنان مقام عالی و روحانی خود را داشت و متداعیین با اعتقاد و ایمان مخصوص به قاضی مراجعه میکردند، در این زمان اغلب مراجعه افراد به قاضی مراجعه مظلوم بدستگاه عدالت برای دادخواهی نبود بلکه مراجعه ذونفرتی بود که اختلاف نظر در خصوص حکم شرعی امر مختلفیه داشتند و لذا آراء قضات در این زمان بیشتر جنبه فتوی داشت تا جنبه الزامی که حکم علیه محکوم، به عنف و کره اجراء شود و طرفین رأی قاضی را طوعاً اجراء میکردند. از این رو هیچ ضرورتی برای کتابت رأی نبود.

**نخستین انشاء کتبی رأی که در تاریخ قضاء مصر بوجود آمد به نقل محمد بن یوسف کندی باین جهت بود که اختلافی بین ورثه متوفائی در تقسیم ماترک بروز میکند طرفین اختلاف به سلیم بن عتر که در آن زمان از جانب خلیفه وقت منصب قضا در مصر داشت مراجعه میکنند قاضی مزبور در اختلاف آنها رأی میدهد، پس از خروج از محضر قاضی بعضی آنها رأی معظم له را انکار میکنند وراث مجدداً به سلیم بن عتر مراجعه میکنند مشارالیه ثانیاً بین آنها قضاوت میکند و این بار رأی خود را مینویسد. مدت مدیدی قضاوت بنحو مذکور تکلیف و وظیفه شرعی خلفاء و سپس جانشینان آنها که علمای عصر بودند بود و این تکلیف نه فقط در جوامع اسلامی بمهدده علماء و پیشوایان مذهب بود بلکه در جوامع مسیحی و یهود نیز**

۱) آیات دیگری وجود دارد که در آنها بجای کلمه «حق» از کلمه «عدل» صحبت شده است. مانند آیات ۵۸ و ۱۳۵ سوره نساء و آیه ۱۲ سوره مائده.

۲) حرف «فی» که بر سر «احکم» آمده در ادبیات عرب معنای عطف متصل و ترتیب بدون مهلت را میدهد باین توضیح که حرف «فی» مرقوم جمله «احکم» را عطف میکند به جمله «جعلناک خلیفه فی الارض» و مراد از اتصال و ترتیب بدون مهلت آنست که جمله اول (معلوف علیه) و جمله دوم (معلوف) بنا بر ترتیب زمانی طوری قرار بگیرند که آنچه بر حسب طبیعت و واقعیت امر در عالم خارج مقدم واقع شده در جمله و بیان مقدم و آنچه از جهات مذکور مؤخر بوده مؤخر قرار بگیرد و لذا معنای آیه چنین میشود: «یا داود نخست تو را فرستادیم و حالا که فرستاده ما هستی پس میان مردم بحق قضاوت کن» و حرف «فی» که بمعنای «پس» در مقام استنتاج استعمال گردیده است اینطور باید معنی شود که تو را فرستادیم تا اینچنین قضاوت کنی نتیجه آنکه غرض از بعثت از جمله «قضاوت میان مردم» بوده است.

قضاوت بمعهد کلیسا و کنیسه بود چنانکه در سراسر قرون وسطی عنان قضاوت در اروپا در اختیار کلیساها قرار داشت. در کشورهایی که فاقد آئین واحد خداپرستی بوده و یا امپراتوری‌های متمرکز داشتند مانند امپراتوری روم گاه و بیگاه فرمانداران و پرتورها وظیفه قاضی را انجام میدادند و یا در میان قبایل بدوی و کوچ‌نشین رؤسای قبایل این تکلیف را بمعهد داشتند. و لیکن چون غلبه باقضاوت مقامات دینی بود لذا در بررسی تاریخ قضاء میتوان قضاوت علماء و پیشوایان مذهبی را مبنای تاریخ قضا قرار داد.

اما در کشور ما تا قبل از مشروطیت در شهرها که مراجع دینی وجود داشت قضاوت خاص آنها بود و در بخش‌ها حکام و نواب حکام این وظیفه را بمعهد داشتند. آنها نیز بنوبه خود مسائل مشکل را به علماء مذهبی مراجعه مینمودند هنوز افراد معمر ما بخاطر دارند که قبل از تأسیس دادگستری طرفین، اختلاف خود را بصورت یک مسئله برای یکی از علماء یا مراجع مینوشتند و هرچه آن عالم یا مفتی فتوی میداد با شمع دل اجراء میکردند جامع‌الاشتات مرحوم میرزای قمی از مجموع این سؤال و جوابها تألیف شده است.

خلاصه در سراسر تاریخ ما تا قبل از مشروطیت وظیفه قضاوت چنان اهمیتی داشت که هیچگاه تصور آنکه بدست فرد یا افراد عادی سپرده شود در مخیله کسی خطور نمیکرد؛ شهید اول شمس‌الدین ابو‌عبدالله در کتاب قضاء خود چنین میگوید:

«هو ولاية شرعية على الحكم في المصالح العامة من قبل الامام عليه السلام»

و نیز شهید ثانی چنین میگوید:

«انه ولاية الحكم شرعاً لمن له اهليته الفتوى بجزئيات القوانين الشرعية على-

الاشخاص.....»

بشرحی که ملاحظه میشود قضاوت کار معمولی و عادی مانند کارهای دیگر نبوده بلکه وظیفه و تکلیفی است که شاغل آن از جانب امام انجام میدهد و لذا بهمانگونه که در آغاز بوده و همان اهمیتی را که در ابتداء داشته میباشد اکنون واجد گردد، بنظر اینجانب رمز توفیق و موفقیت سیستم حقوقی انگلوساکسن که مسئله اجرای عدالت را در عصر پر آشوب کنونی حل کرده است یکی همین اهمیتی بوده که به قاضی و مقام قضاء داده‌اند.

۲- دوران محدودیت اختیار قاضی - چنین بنظر میرسد که محدودیت اختیار قاضی نخست از سیستم لاتین شروع شده باشد زیرا در سیستم کامن‌لاو آنطور که ملاحظه میشود اختیارات قاضی تقریباً با همان وسعت اولیه همچنان باقی است و در سیستم حقوق اسلامی در کشور خودمان تا قبل از مشروطیت و قبل از آنکه درس خوانده‌های فرانسه سر بزنند قاضی ما قاضی شرع و اختیاراتش همان بود که در پیشینه تاریخی گفته شد و در کشورهای دیگر اسلامی مانند مصر و عثمانی نیز قاضی شرع با همان توسعه اختیارات بود و لیکن بعد از غلبه غرب و استعمار آنها به اقتباس سیستم حقوقی لاتین پرداختند.



اما این دوره در کشورهای مبداء از چه زمان شروع شده شاید تعیین تاریخ دقیق آن مشکل باشد ولی مسلم این است که بعد از انقلاب فرانسه و مقارن باصنعتی شدن غرب دگرگونی سیستم قضائی شروع میشود و هرگاه عوامل این تغییر در آن کشورها مانند کشور ما باشد آغاز آن چنین بوده که در حین صنعتی شدن آن کشورها و افزایش درآمد و ثروت، اشتهای عده‌ای از افراد که خیلی زود و فوراً میخواستند ثروتمند شوند تحریک میشود، طرق نامسلم ثروتمند شدن را پیشه میکنند طبیعتاً در این حرکت حقوق مردم ساده دل و صحیح‌العامل بوسیله آنها پایمال میگردد به قاضی و محکمه رجوع میکنند، قضات روی فطرت صحیح آدمی رأی صحیح میدهند، چون محاکم و قضات زیاد میشوند در میان آنها استثنائات یک یا چند نفر آدم ناباب پیدا میشود، عقلام آنروز جامعه از نقطه عکس شروع بدرمان مینمایند یعنی بجای آنکه گوش قاضی ناصالح را بگیرند و بارسوائی به جهنم خود ساخته‌اش پرتاب کنند اختیار قضات را محدود میگردانند و از بیم آنکه مبادا یک قاضی لفزشکار چنین یا چنان بکند دست همه قضات را می‌بندند. و چون از این تدبیر نتیجه مطلوب حاصل نمیشود در طریق ناصحیحی که انتخاب کرده بودند سریع‌تر حرکت میکنند و با وضع مقررات خلق‌الساعه هرروز بیشتر از روز قبل قاضی را مسلوب‌الاختیار میگردانند.

بنظر اینجانب هرگاه محدودیت اختیار قاضی فرضاً در آن زمان محتملی میتوانست داشته باشد امروز با تجربیات بدست آمده از مقایسه سطح تربیت و اخلاق و تعداد دعاوی دو سیستم (لاتین و انگلوساکسن یا سیستم اسلامی خودمان) چنان مبتدل و بی‌پایه است که هیچ کشوری و حتی خود فرانسویها نیز دیگر طرفدار بدون قید و شرط آن نمیتوانند باقی بمانند.

۳- بازگشت بدوران توسعه اختیار قاضی - خوشبختانه بعد از جنگ دوم جهانی کشورهای جهان سوم و از جمله کشورهای مسلمان عرب متوجه نقص سیستم محدودیت قاضی شدند و قوانین خود را که تدوین و یا اصلاح نینمودند بجانب توسعه اختیار قاضی سوق دادند البته این تمایل منحصرأ از نقطه نظر تربیتی و اصلاح اخلاقی و نظم صحیح حقوقی نبوده بلکه تأسیسات حقوقی و اقتصادی جدیدی پابرمصه وجود گذاشت. که لازمه آن وسعت اختیار قاضی بود فی‌المثل پیدایش عقود محتمل‌المقدار مانند عقد بیمه و از این قبیل عقود که طرفین بهنگام وقوع عقد نمیدانند و نمیتوانند تعیین کنند که هر یک چه مبلغ باید بدهند و چه مبلغ دریافت دارند. همچنین شکسته شدن چهارچوب عقود معینه و گشودن دایره عقود بهر نوع و شکل و شرایطی که طرفین بخواهند (ماده ۱۰ قانون مدنی) وجود چنین اختیاراتی را لازم و ضرور مینمود؛ زیرا برای آنکه در چنین مواردی سوءاستفاده از دایره باز بودن عقود و باصطلاح از احتمالات عقد نشود چاره‌ای جز آنکه قاضی دارای اختیار وسیع باشد بنظر نمیرسید.

اما امتیازات این سیستم، براهل فن پوشیده نیست که قاضی دست‌وپا بسته

و محصور در کانال آئین دادرسی سیستم لاتین قاهر به کشف هیچ حقیقتی نمیتواند باشد زیرا آنجا که قاضی نتواند بدنبال ادراک خویش برود کشف حقیقت و احقاق حق بشکل مسخره در میآید.

بعلاوه وقتی قاضی حق دارد که از طرفین درخصوص دلایلی که اظهار داشته اند توضیح بخواهد چرا نباید حق داشته باشد ارائه دلیل که نزدیکی از طرفین تشخیص میدهد خواستار شود. هرگاه دلیل موافقین سیستم لاتین در این مورد بیطرفی قاضی باشد باید بگوئیم در اخذ توضیح نیز بیطرفی قاضی بمعنایی که مورد نظر طرفداران این سیستم است نقض میشود. زیرا وقتی قاضی توضیح میگیرد و با آن توضیح دلیل یکطرف دلایلیت خود را علیه طرف دیگر بمنصه ظهور میرساند این امر با موردیکه قاضی ارائه دلیلی را بخواهد ملاحظه کند فرقی ندارد. ممکن است گفته شود اخذ توضیح با راهنمایی بارائه دلیل تفاوت دارد، در آنجا متداعیین توضیحشان در بیان دعوی است و در اینجا راهنمایی بارائه دلیل میشود در پاسخ باید بگوئیم از نظر علمی بین دو عمل تفاوتی وجود ندارد تنها تفاوت در انتزاع و تجرید مفاهیم است زیرا:

الف - حسب صریح ماده ۱۲۸ قانون آئین دادرسی مدنی قاضی میتواند هر قسم توضیحی را که لازم به بیند از اصحاب دعوی بخواهد این اختیار قاضی هیچگونه محدودیتی ندارد اطلاق ماده مرقوم در این قسمت بنحوی است که قاضی حق دارد هرگونه توضیحی در زمینه بیان دعوی و یا دلالت دلایل اخذکند ولذا اغلب دادگاهها پائینوسيله دلایلیت دلیل را احراز میکنند و این امر با آنکه ظاهراً اخذ توضیح میباشد ولی در واقع راهنمایی بتوضیح و تشریح مستند بوده و نحوی اقامه دلیل است.

ب- لوایح اصحاب دعوی در قسمت مهم و حتی نود درصد توضیح دلایل است نه بیان دعوی زیرا بیان دعوی هراندازه هم که دعوی پیچیده و معضل باشد از یکی دو صفحه تجاوز نمیکند و حال آنکه متوسط لوایح آقایان وکلاء حدود هفت هشت صفحه میشود و چون اخذ توضیح معطوف بمندرجات این لوایح میباشد طبعا آنچه بوسیله توضیح روشن میگردد دلایلیت دلیل است. و لذا در نهایت وضوح ملاحظه میشود که بین آنچه طرفداران سیستم لاتین بعنوان اصول خالص منطق خویش اظهار میدارند با آنچه بعنوان نتایج این اصول اجراء میکنند تناقض بین وجود دارد. این تناقض در بطن سیستم آئین دادرسی لاتین از آنجا پیدا شده و بوجود آمده که از یکطرف مبدعان سیستم علاقه به کشف حقیقت داشته اند و از طرف دیگر بنظرشان چنان میآمده که خواستن و ملاحظه فلان دلیل از اصحاب دعوی یا مراجع عمومی اخلاف بیطرفی است. بنظر نگارنده علمای سیستم دادرسی لاتین در معنی و مصداق «بیطرفی» اشتباه کرده اند زیرا منظور از بیطرفی قاضی، بیطرفی در اتخاذ تصمیم و صدور رأی است نه بیطرفی در کشف حقیقت، باضافه وقتی در امور کیفری که اهمیت آن قابل مقایسه با مسائل مدنی نیست دست قاضی باز بوده و

محدودیت امور حقوقی را ندارد، این محدودیت بهیچوجه قابل توجیه نیست و تناقض دیگری است در این سیستم.

با کمال خوشوقتی در این سنوات اخیر ملاحظه شد که حقوقدانان ایرانی دست از متابعت و تقلید نابجا و ناصواب آئین دادرسی لاتین برداشته و به کمک استمداد های خدادادی خویش و با استفاده از میراث فرهنگ حقوقی اسلامی که داریم گامهایی بجانب توسعه اختیارات قاضی در زمینه کشف حقیقت برداشته اند. چنانکه برای نخستین بار در قانون خانواده مصوب تیرماه ۱۳۴۶ ماده ۳ را باین شرح:

«دادگاه میتواند هر نوع تحقیق و اقدامی را که برای روشن شدن موضوع دعوی و احقاق حق لازم بداند از قبیل تحقیق از گواهان و مطلعین و استمداد از مددکاران اجتماعی و غیره بهر طریق مقتضی باشد انجام دهد، گنجانیده اند.

از آنجا که تجربیات بسیار خوبی از قبول این اصل بدست آمده بود و ده سال تجربه ای که دادگاههای خانواده بجا گذاشته بودند و مخصوصاً رضایت عمومی کسانیکه باین دادگاهها مراجعه داشتند فوق العاده جالب مینمود لذا در «قانون اصلاح پاره ای از قوانین دادگستری» (مصوب تیرماه ۲۵۳۶) این مرتبه اصل مذکور بصورت کاملاً کلی و عمومی و ناظر به کلیه اختیارات مدنی بشرح زیر بتصویب رسید:

«ماده ۸- در رسیدگی بکلیه دعاوی حقوقی ارزش و موعد اقامه دلایل برای اصحاب دعوی همان است که در قانون آئین دادرسی مدنی پیش بینی شده ولی دادگاه میتواند هرگونه تحقیق و یا اقدامی را برای کشف واقع بعمل آورد...»

همانطوریکه ملاحظه میشود بنیاد اصل مذکور بصورت یک قاعده کلی و عمومی (در آئین دادرسی ما) بسیار تازه است و هنوز مدتی بر آن نگذشته تا بتوان ثمره این تأسیس و تجربیات حاصله را جمع بندی و ارزیابی نمود و لیکن یادآوری یک واقعه مهم زمان ما میتواند بنحو بارز و روشنی نتایج و ثمرات توسعه اختیار قاضی و نقشی را که معظم له میتواند در تنظیم امور و تربیت و اصلاح جامعه بشری داشته باشد نشان دهد.

بخاطر داریم که چندی پیش در اواخر ریاست جمهوری نیکسون در آمریکا سروصدای زیادی در اطراف واقعه واترگیت بلند شد. واقعه واترگیت عبارت از این بود که بدستور مقامات عالی کاخ سفید دو نفر آقایان ادوارد هنت و لی دی که از کارکنان عالی مقام دولت آمریکا بودند دستور نصب میکروفون مخفی در محلی که کنفرانس حزب دموکرات در آنجا تشکیل میگرددیده صادر و یا شخصاً نصب مینمایند و باین وسیله مذاکرات آن جلسه را بدست آورده باصطلاح شیوای خودمان «استراق سمع» میکنند. این واقعه بوسیله روزنامه نگاران کشف و یا تمقیب میشود، قضیه برای رسیدگی قضائی بعنوان یک جنایت به قاضی بخش محل بنام جسان سریگا ارجاع میشود. اکنون ببینیم این قاضی که در سلسله مراتب قضائی آمریکا درجه و مقام بالائی هم نداشته نقش خود را چگونه ایفاء میکند.

نخست باید بدانیم که این قاضی شریف این انسان والامقام عضو حزب



جمهوریخواه است یعنی هم حزب و هم مسلک آقای نیکسون و لابد هم حزب دونفر آقایان میکرفون گذاران بوده‌اند. متهمان نخست از این تصادف (ارجاع امر باقای جان سریکا) خیلی خوشحال میشوند ولی در برخورد با این انسان شریف که به تنهایی باندازه میلیونها بشر ارزش دارد درمییابند که تصورات خام داشته‌اند. جناب قاضی بآنها تکلیف میکند که حقیقت را بگویند آنها منکرماوقع میشوند قاضی با استفاده از اختیار قانونی خویش هرکدام آنها را به بیست یا سی سال زندان محکوم مینماید، وقتی آنها می‌بینند که چاره‌ای جز بیان حقیقت ندارند و فقط باینوسیله میتوانند از تخفیف و معافیت‌های قانونی استفاده کنند از زندان برای جان سریکا پیغام میفرستند که حاضرند حقیقت را بگویند پس از حضور در محضر قاضی مآوقع را چنانکه بوده بیان میکنند.

اینجانب زاید میدانم که از ثمرات اقدام این قاضی بحث کنم زیرا خوانندگان عزیز بهتر از اینجانب میدانند که دولت نیکسون و مخصوصاً شخص ایشان در نتیجه اقرار دو نفر افراد مذکور به‌چهاروی افتاد و این واقعه چه تأثیری در حکومت آمریکا و حتی دنیا گذاشت؟ حکومت دموکرات‌ها «هرچه باشد خوب یا بد» ثمره کار آن قاضی شریف است زیرا در نتیجه کشف واقعه و ترکیت و اعلام در یک مرجع قضائی جمهوریخواهان چنان آسیب دیدند که دیگر غیرممکن بود در مبارزه با دموکرات‌ها در این دوره پیروز شوند. اهمیت اجتماعی کار این قاضی شریف بدرجه‌ای است که به تنهایی میتواند معادل کلیه نتایج و عواقبی باشد که احیاناً در طول زندگی بشر ممکن است در نتیجه سوءاستفاده قاضی از اختیارات حاصل شده باشد. افتخار بر این قاضی که نتیجه و ثمره کارش باندازه یک انقلاب مؤثر افتاد این افتخار برای جان سریکا و این توفیق برای دموکرات‌ها و جامعه آمریکا از آنجا حاصل شد که قاضی دادگاه مانند قاضی محاکم اسلامی واجد چنان اختیاری بود که میتواند به تشخیص خود متهم را به بیست یا سی سال زندان محکوم و پس از محکومیت آنرا تا هر میزان بخواهد تقلیل دهد.

بخش سوم

### موارد ناهم‌آهنگی نهادها با یکدیگر

بطوریکه میدانیم بیشتر نهادهای حقوقی در درجه اول از تحولات و تطورات اقتصادی پدید می‌آیند و پس از آنکه عامل اساسی و مایه اصلی یک نهاد از قلمرو اقتصاد بحوزه حقوق وارد شد عوامل اخلاقی و مذهبی فقط در تجسم و تشکل آن میتوانند تأثیر کنند، لیکن نهادهای دیگر حقوقی که اجزاء نظام حقوقی حاکم را تشکیل میدهند هرگاه باندازه عامل اقتصادی نقش سازنده نداشته باشند حداقل نقش درجه دوم و بلافاصله بعد از عامل اقتصادی را خواهند داشت زیرا نهادهای حقوقی اجزاء متشکل یک نظام حقوقی بوده و در داخل نظام میبایست تناسب و

تقابل لازم را داشته باشند در صورتیکه بین نهادهای يك نظام حقوقی تناسب و تقابل لازم نباشد آن نظام نمیتواند سرپا بوده و ادامه یابد.

نهادهای بین خود دارای چنان روابط ضروری و بهم پیوسته میباشند که هر تغییر و تحولی در یکی از آنها روی دهد موجب تغییر و تحول دو عنصر متناسب یا متقابل آن نهاد میگردد.

۴- نخستین ناهم آهنگی توسعه یافته‌ای که در طول نیم قرن کم کم بوجود آمده و سپس توسعه یافته است از موارد اجرای ماده ۱۰ قانون مدنی یعنی آزادی قراردادهای یا حاکمیت اراده حاصل شده است؛ البته تأسیس ماده ۱۰ قانون یادشده و ایجاد و خلق عقود نامعین در مقابل عقود معین از ابتکارات جالبی بوده که برآفریننده آن هزاران تحسین میبایست فرستاد و لیکن باتمام این امتیازات و مزایائیکه شکستن مرز و بوم عقود معین داشته، باز شدن این دایره بطور نامحدود و بدون آنکه يك وسیله کنترلی اقلاً به قاضی داده شود کار درستی نبوده است این آزادی و اختیار در «شکل و محتوی عقود» ممکن است در زمان خلق آن بدون اشکال مینموده است چه در آن موقع اوضاع اقتصادی و مذهبی و اخلاقی جامعه ما چنین نبوده است و انصاف و عدالت طبیعی مردم ما تا حدی عامل کنترل کننده‌ای بوده است ولی امروز مسلماً این آزادی و اختیار در «شکل و محتوی عقود» مورد سوء استفاده بسیاری واقمشده و میشود. محتاج بتوضیح میداند که این اختیار و آزادی را مصرحات قانونی و نظم عمومی و اخلاق حسنه محدود میگرداند ولیکن این محدودیتها کلاً باهدف حفظ نظم عمومی تکوین گردیده و مصالح طرفین قرارداد در آن بنحو کامل رعایت نگردیده است و لذا این مقدار محدودیت کافی نیست زیرا به همان علل و جهاتی که هیئت مدیره يك جامعه مکلف و موظف به جلوگیری از آفات طبیعی میباشد و بهمان دلایلی که قمار و گرو بندی را منع میکند در این مورد نیز میبایست تضمینات کافی برای حفظ حقوق فرد در قرارداد و معامله تأسیس مینمود؛ ذکر چند توضیح در اینجا موضوع را روشن میکند:

يك - تا قبل از تدوین قانون مدنی قانون حاکم بر روابط مدنی و معاملاتی مافقه اسلامی بود. عقود معینه یا معنونه قالب‌هائی بودند که فقهاء برای معاملات میشناختند ولیکن باتوسعه فعالیت اقتصادی و گسترش روابط مدنی افراد و جوامع، فقهاء ناچار يك قالب عقد آزاد و بدون شکل که عندالاقضاء بتواند اشکال مناسب بپذیرد یافته و مورد استفاده قرار دادند. این قالب عقد صلح بود که فقهاء با نهایت دقت و درایت آنرا یافته بودند. انتخاب این قالب الحق فوق‌العاده جالب بود زیرا در عین آنکه اراده متعاملین را که باشکال مختلف تکوین مییافت در این قالب متجسم مینمود، عقد آزاد و بی‌شکل نبود تا افراد ناصالح بتوانند از باز بودن دایره عقود سوء استفاده نموده طرف خود را مغبون و یا مغرور گردانند بلکه نهاد و تأسیسی بود مانند سایر عقود و احکامی متناسب با اصول بنیادی خود داشت.

دو - قبل از تدوین قانون مدنی و بعد از آن، عقود ناظر بمعاملات مردم که

از فقه اسلامی اقتباس شده بود مانند عقود بیع، اجاره، هبه و امثال آن بوسیله تأسیس  
خیارات حقوق اصحاب معامله را حفظ و حراست مینمود. باین توضیح که در عین  
آنکه احکام خاصه این عقود در قانون مدنی پیش بینی گردیده و بسیاری از آن حتی باتوافق  
افراد غیر قابل تغییر بود معذک با تأسیس خیارات و در رأس آنها خیار غبن روابط  
سالم معاملاتی میان آحاد جامعه تضمین گردیده بود.

نتیجه آنکه فقهاء در عین آنکه راه آزادی اراده و تشکیل عقود بی نام را گشوده  
بودند بدو طریق و وسیله حقوق اصحاب معامله را صیانت مینمودند. نخست از طریق  
تأسیس و تشکیل عقود معین و انشاء احکام هر یک در باب مخصوص خود، دوم آنکه  
بمنظور جلوگیری از سوءاستفاده از احکام عقود مذکور و برای آنکه طرف آگاه و  
قوی نتواند طرف دیگر را در کادر مقررات آن عقود مغرور نموده تعادل اقتصادی  
عوض و معوض را برهم بزند خیارات را پیش بینی نموده بودند.

اما حالا ببینیم مابعد انان حقوقدانان جدید برای این مردم چه کرده ایم؟ نخست  
ماده ۱۰ قانون مدنی را از حقوق بیگانه اخذ و در ابتدای قانون مدنی قرار داده ایم،  
بشرحی که گفته شد ابتکار خلق این ماده برای آفریننده اش بسیار غرورآمیز است  
ولیکن هرگاه این آزادی، شکل و محتوی بدون منع از سوءاستفاده باشد بی نتیجه  
و زیان بار میگردد. متناسب با این آزادی شکل و محتوی لاجرم احکام قانونی لازم  
است. زیرا وقتی فقها عقود را تحت عناوین معین تدوین مینمودند برای هر عنوان  
احکام و مقررات مخصوصی ایجاد و انشاء میکردند ولی حالا که عقود دایره نامحدود  
ماده ۱۰ قانون مدنی را یافته است و امکان انشاء احکام معین برای موضوع نامعین  
منطقی بنظر نمیرسد، ناگزیر میبایست احکام کلی که بتواند جانشین احکام معین  
بشود وضع کرد.

ممکن است گفته شود که این احکام کلی را میتوان از ماده ۳ آئین دادرسی مدنی  
استنباط کرد<sup>۳</sup> بنظر نگارنده این گفته صحیح نیست. زیرا ماده مرقوم حکم موافقت  
های منطبق بر ماده ۱۰ قانون مدنی را در درجه اول به قانون و سپس بروح قانون

۳) بطوریکه میدانیم ماده ۳ آئین دادرسی مدنی حکم مواردی را که «قوانین موضوعه کشوری  
شریح نبوده و یا متناقض باشد یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد» به روح  
و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم<sup>۴</sup> احاله کرده است.  
این ماده ظاهراً از قانون فرانسه اقتباس شده است و باماده اول قانون مدنی سوئیس يك تفاوت  
اساسی دارد و آن این است که در قانون سوئیس گفته شده که در صورت فقدان امر  
قانونی و همچنین نبودن عرف و عادت قاضی باید «از روی قواعدیکه اگر خود او قانونگذار بود  
وضع میکرد» حکم دهد. و نیز ماده اول قانون مدنی ترکیه مصوب ۱۹۲۶ عیناً مانند ماده اول  
قانون مدنی سوئیس حکم موارد سکوت را به «قواعدیکه اگر قانونگذار بود وضع مینمود» احاله  
کرده است. در صورتیکه در قانون ما و فرانسه اجازه وضع قاعده داده نشده است و در اینکه  
آیا اجازه اجتهاد داده شده یا خیر؟ محل بحث است.  
خوب حالا ببینیم سوابق فقهی و حقوقی خود مایعی کشورهای اسلامی در این زمینه چه تأسیسی  
داشته است.

مطابق آنچه از شریح قاضی نقل شده خلیفه وقت ضمن فرامی بمشارالیه چنین مینویسد:  
«هرگاه امری راجعت قضاوت نزد تو آوردند تو در آن طبق کتاب خدا قضاوت کن و اگر آن ←

و آنگاه به عرف و عادت مسلم احاله کرده است. پس ملاحظه میشود که ماده ۳ آئین دادرسی مدنی حکم و یا احکامی که مانع از مغرور گردانیدن طرف قرارداد باشد انشاء ننموده است. برای روشن شدن بیشتر موضوع چند نمونه بعنوان مثال ذکر میشود:

الف - در حال حاضر يك نوع عقد و قرارداد بصورت قولنامه تحت عنوان ماده ۱۰ بوجود آمده است این قرارداد بسیار معمول و متداول از دایره عرف و عادت مسلم هم فراتر رفته جنبه قانون تعویضی پیدا کرده است.<sup>۴</sup> حسب معمول این قولنامه‌ها، خریدار همیشه مبلغی بعنوان بیعانه میدهد و فروشنده این مبلغ را قبول و طرفین متمهد میشوند که هرکدام تخلف از انجام معامله نمایند مبلغی معادل بیعانه مجاناً بطرف دیگر بدهند و هر دو طرف تمهد میکنند تا فلان روز در دفترخانه اسناد رسمی حاضر شده معامله را انجام دهند.

خریدار برای انجام معامله احتیاج بتدارك هیچ وسیله‌ای جز پول ندارد که علی‌الاصول آنرا هم قبل از تنظیم قولنامه فراهم کرده است ولی فروشنده چندین وسیله و موجب باید فراهم کند تا بتواند معامله بیع را انجام دهد مثلاً عوارض نوسازی - مالیات - استعلام ثبتی و در بعضی موارد نقشه تفکیکی و غیره همه را باید فروشنده حاضر نماید. جهت احراز تخلف بشیوه معمول کافی است که یکی از این نوشته‌ها در موقع معین نرسد وقتی نرسید طبیعتاً فروشنده نمیتواند معامله را انجام دهد، این ناتوانی در انجام معامله را همه محاکم ما «امتناع» از انجام تمهد تلقی میکنند، و فروشنده را بتأدیه وجه التزام محکوم میگردانند!!!

خوب مادام که نقل و انتقال ملك تشریفات کنونی را نداشت و اینهمه مفاصاحساب و پاسخ استعلام لازم نبود ماده ۱۰ و این قراردادها چندان اشکالی بوجود نمیآوردند ولی امروز با اینهمه مقرراتی که دولت برای نقل و انتقال ملك وضع نموده دیگر فروشنده مانند سابق مختار نیست که برود نزد پیشنماز محل و بگوید سند انتقال این ملك را بنویسید، بلکه میبایست همه این اسناد را که مقامات دولتی و مملکتی باید صادرکنند از آن مراجع بگیرد و بدفترخانه معین برود و آنگاه معامله را انجام دهد. و لذا برای تخلف فروشنده و الزام او بپرداخت وجه التزام کافی است که یکی از این اسناد در رأس موعد نرسد یعنی اگر روز انجام معامله اول اسفند تعیین شده مفاصاحساب مالیاتی یا پاسخ استعلام روز دوم اسفند صادر

→ موضوع در کتاب خدا حکم نداشت برطبق سنت رسول الله حکم صادر کن و هرگاه در سنت رسول خدا حکمی برای آن نیامده و هیچکس درباره آن سخن نگفته بود اگر توانستی در آن اجتهاد کنی اقدام کن.

بطوریکه ملاحظه میشود ما دارای چنان گنجینه فرهنگ حقوقی هستیم که در ۱۳۰۰ سال پیش درست همان ترتیبی را کشف و یا خلق کرده‌ایم که امروز کشورهای اروپائی با هزار ادعا آنرا بدست آورده‌اند. نگارنده بیچوجه این عقیده را ندارم که فرانسویها یا سوئیسی‌ها حکم ماده ۳ را از شریعت اسلام گرفته‌اند ولی فکر کنید اگر آنها واجد چنین موقعیتی بودند این ادعا را نمیگردند؟؟

(۴) در حقوق آلمان عرف و عادت حکم قانون تعویضی را دارد.

شود. در اینصورت فروشنده باید معادل بیعانه دریافتی پول نقد مجاناً به خریدار بپردازد.

ب - موجری می‌خواهد در ملك خود که مستاجر دارد نوسازی کند. از مستاجر تقاضا میکند که رقبه تحت استیجار را برای نوسازی باو تحویل دهد در مقابل تعهد مینماید در فلان زمان با فلان مشخصات مستاجر نوساخته را تکمیل و تحویل دهد و برای هرروز تأخیر متعهد میشود مبلغ بالنسبه زیادی بمستاجر بپردازد. بعد از این توافق موجر مستاجر را تحویل میگیرد و شروع به نوسازی میکند ولی بعقل فنی یا اشکال مقررات مملکتی موفق نمیشود که در موعد معین ساختمان را تکمیل کند، مدت طولانی و اتمام ساختمان بتأخیر میافتد. آیا این درست و عادلانه است که برای هرچند روز که تکمیل بنا عقب بیفتد موجر مثلا روزانه ده یا بیست هزار ریال بمستاجر بپردازد؟ آیا واضمین این نهادها هرگز فکر کرده‌اند که چنین الزامات و تعهدات تعدیل ناپذیری با هیچ قاعده‌ای درست درنمیآید باضافه بجایی میرسد که تمام دارائی و هستی یکطرف برای پرداخت آن کفایت نمیکند:

ج - شخصی در مقابل دیگری تعهد مینماید که ارتفاع ساختمان خود را که مجاور زمین او است از فلان متر بالاتر نبرد و بعداً در نتیجه اشتباه یا بی‌توجهی یا عمد ده یا بیست طبقه اضافه از حد مقرر میسازد آیا میبایست همه این بنای عظیم را که میلیونها واحد کار و نیروی این مردم صرف آن شده خراب و دور ریخته شود یا بهتر است قاضی اختیار داشته باشد که خسارت طرف را در حد اعلا و حتی چندبرابر بدهد و یا متخلف را مکلف نماید که ساختمان متمهدله را ببهای خیلی بیش از عادلانه خریداری نماید و خلاصه بوجهی غیر از تخریب و انهدام ثمره کار جامعه اختلاف را حل و فصل نماید.

خلاصه این عقد و قراردادهای مادام که معاملات درحد احتیاج واقع میشود شاید خیلی زیان بار نبود ولی امروز که از یکطرف بورس بازی زمین و املاک قسمت عمده معاملات را فراگرفته و اقلام بیعانه آنها اغلب میلیون و چند میلیون تومان میباشد و از طرف دیگر انواع تعهدات و الزامات مختلف تحت عنوان ماده ۱۰ منمقد میشود، این معاملات باقمار ولاطار فرقی ندارد زیرا ما در توجیه وجه التزام میگوئیم که «وجه التزام» خسارت پیش‌بینی شده است، در اینجا چه خسارتی بر متمهدله وارد شده؟ و اگر خسارتی رسیده آیا معادل چند میلیون تومان است؟

سالها فقهاء و حقوقدانان خسارت را فقط شامل زیان وارده میدانستند و عدم‌النفع را ضرر تلقی نمیکردند، جمله معروف «عدم‌النفع لیس بضرر» مدتها محور کار مراجع محاکماتی ما بوده است. آئین دادرسی مدنی با تأسیس حکم «ضرر ممکن است بواسطه قوت‌شدن منفعت باشد» که در ذیل ماده ۷۲۸ آئین دادرسی مدنی آورده است چنان وضع و موقعی به ماده ۱۰ میدهد که آنرا از هر ماشین پربرد و باختی زیان‌بارتر میگرداند.

بنظر نگارنده موقعیت حقوقی ما و دامنه اجرائی که به قراردادهای منطبق



با ماده ۱۰ داده‌ایم دور از مبانی معاملات و نامعقول بوده و اساساً طرفین قرارداد و قولنامه در نتیجه ناهم‌آهنگی نهادها و تأسیسات حقوقی و اجتماعی دو موقعیت کاملاً نامساوی و نامتعادل پیدا کرده‌اند چه یک سلسله وسایل و موجبات که از اجرای نهادها (تأسیسات): عوارض نوسازی - مالیات براراضی بایر - گواهی شهرداری - پروانه ساختمان و غیره حاصل گردیده وضع و موقع متمهد را بکلی تغییر داده است. پس وقتی مقنن اصحاب معامله را اینچنین در معرض خطر رها میکند در مقابل میبایست بدستگاه اجرای عدالت اختیار تعدیل و تخفیف و حتی معافیت از تمهیدات و مخصوصاً «وجه التزام» را بدهد، چه آزادی نامحدود ماده ۱۰ و حکم ماده ۷۲۸ آئین دادرسی مدنی نهاد و تأسیسی هستند که خارج از اصول حقوقی متداول زمان وضع شده‌اند و لذا لازمه سلامت عمل و حسن اجرای آنها تأسیس اختیار وسیع برای قاضی دادگاه میباید. بنابراین وظیفه عقلاء قوم و هیئت مدیره جامعه است که این ناهم‌آهنگی را که راه ترمیم آن توسعه اختیار قاضی است اصلاح کنند.

۵- قراردادهای تقبلی - دسته دیگر از عقود که از آزادی قراردادهای (ماده ۱۰) بوجود آمده عبارت از عقودی است که حقوقدانان فرانسه نام آنها **عقود الحاقی** و حقوقدانان عرب و اسلامی نام عقود **اذعان** را بر روی آنها گذاشته‌اند. این عقود در فرهنگ حقوقی ما تاکنون نام مشخص و معینی نیافته‌اند. فقط در فرهنگ حقوق سیاسی ما میشود گفت عنوان قرارداد الحاقی بخود گرفته‌اند.

اما نام «قراردادهای الحاقی» در فرهنگ حقوق سیاسی ما از آنجا پدید آمده که وزارت امور خارجه یک تعداد از پیمانهای بین‌المللی را مانند پیمان ضد تبعیض - نژادی و یا تحریم سلاح میکربی تهیه و بهنگام تقدیم به پارلمان بنام «قانون الحاق به...» نامیده است و چون این پیمانها بعد از تصویب پارلمان بهمان اسم نامیده شده لذا میتوان گفت که قرارداد الحاقی تا اندازه‌ای در فرهنگ حقوقی ما جا باز کرده است. البته این عنوان را وزارت امور خارجه عیناً از عناوین فرانسه ترجمه نموده است.

ولیکن بنظر نگارنده اصطلاح **قراردادهای تقبلی** برای ایندسته از عقود مناسب‌تر میباید چه هرگاه در ایندسته از قراردادها، پیشنهادکننده مدل تنظیم شده را، طرف ایجاب فرض کنیم مراجعه‌کننده بآنها قبول‌کننده، میشود و چون در این قراردادها قبول‌کننده از روی رضای کامل قبول خود را اظهار نمیدارد و در قبول مقداری تکلف وجود دارد لذا نام آنها «قراردادهای تقبلی» گذاشتیم و برخواننده عزیز پوشیده نیست که لفظ تقبل محتوی مقداری تکلف میباید.

این عقود باین نحو بوجود می‌آیند که یکطرف که از لحاظ اقتصادی یا اجتماعی قوی‌تر است طرح قراردادی را بمیل و سلیقه خویش و بنحویکه منافع خود یا مؤسسه مربوطه را صد در صد تأمین نماید تهیه نموده و به طرف خود عرضه میدارد. طرف

عقد بدون آنکه حق داشته باشد سخنی در خصوص قیود و شروط قرارداد بگوید و یا پیشنهاد جدید یا طرح اصلاحی درباره تکالیف و وظایف آنها بدهد یا میبایست یکجا و بدون کم و کاست آنها را بپذیرد و یا آنها را رد کرده خویشتن را از امتیاز موضوع این قراردادها محروم سازد.

این قراردادها را بطور کلی میتوان بسه دسته تقسیم کرد:

**الف -** قراردادهائیکه با یکی از مؤسسات صاحب انحصار قانونی منعقد میشود مانند پیمانهای که یک فروشنده مواد دخانیه با شرکت دخانیات امضاء میکند و یا قرارداد آب و یا برق و گاز و حمل و نقل با راه آهن و غیره که آحاد مردم با این مؤسسات منعقد میسازند.

**ب -** قراردادهائیکه افراد با مؤسساتی که انحصار قانونی ندارند ولی در عمل انحصار بوجود آورده و یا اگر مؤسسه آنها موفق بانحصار در تولید یا توزیع کالا و محصول خویش نشده چنان قدرت اقتصادی تحصیل کرده که افراد برای آندسته از محصولات یا خدمات جز آنکه بآن مؤسسه رجوع نمایند چاره ای ندارند.

**ج -** قراردادهائیکه از شکل قرارداد دوجانبی خارج شده و بصورت تعهدنامه درآمده مانند تعهدنامه های که بانکها از مشتریان خود اخذ میکنند.

این قراردادها در هر سه دسته خارج از اصول و مبانی عقود تشکیل میشوند باین معنی که بجای آنکه طرفین براساس تساوی کامل حقوق کنار یکدیگر بنشینند و در خصوص شرایط قرارداد و تعهدات اصلی و فرعی آن توافق نمایند طرف قوی تر که انحصار قانونی و یا عملی بدست آورده مدل قراردادی را که از قبل تهیه نموده به طرف خویش عرضه میدارد. شخص اخیر بدون آنکه حق جزئی تغییر در آن داشته باشد یا باید آنرا کلا قبول و یا از انعقاد قرارداد بالمره منصرف بشود.

در آغاز پیدایش این قراردادها تمایل علماء و حقوقدانان متوجه عدم قبول این عقود بود زیرا آنها اساس تشکیل و تکوین عقود را مبتنی بر رضایت بدون شائبه طرفین میدانستند و در تحقیق این عقود ادراک رضایت کامل نمیکردند و لیکن استعمال روزافزون آنها رفته رفته حقوقدانان را به عقب نشینی واداشته و ناگزیر از فراهم آوردن موجبات توجیه آنها نموده است! در هر صورت اهم از اینکه این سخنان درست یا نادرست باشد این مطلب مسلم است که ایندسته از عقود با همین وضع و هیئتی که بوجود آمده و در حال حاضر در تمام سینتمهای حقوقی موجودیت دارند از احتیاج و نیاز جامعه پدید آمده اند و لزوماً مورد احتیاج میباشند. موجودیت ممتد آنها در جوامع صنعتی و پیشرفته و ایجاد تدریجی آنها در کشورهای در حال توسعه دلیل نیاز جوامع در حال پیشرفت به آنها میباشد و اکنونکه آنها بهر صورت وجود خود را تحمیل کرده اند دیگر سخن از خلاف اصول بودن آنها محل و موقع ندارد بنابراین باتوجه بناهم آهنگی که این عقود با قواعد عدالت و انصاف دارند میبایست راه حل درست و عادلانه و منطبق با انصاف

برای حل مسائلی که در نتیجه اختلاف در الزامات ناشی از آنها پیش می‌آید بدست آورد.

۶- مطابق شق ۳ ماده ۶۴۵ قانون آئین دادرسی مدنی وکیل طرف دعوی را میتوان بتراضی طرفین بعنوان داور مشترك انتخاب کرد. مطابق آنچه میدانیم داورى يعنى قضاوت و از شرائط اساسى قضاوت اجراء عدالت و بیطرف بودن قاضی در اتخاذ تصمیم است. بیطرف بودن داور یا حکم امری است که در هیچیک از ادوار تاریخ و در هیچ مسلک و مذهبی حتی یکنفر، پیدا نشده که مخالف آن باشد.

اکنون ببینیم با این تأسیس آیا بیطرفی وکیل طرف که میبایست تحت نام داور بعنوان قاضی انجام وظیفه نماید، در عمل و عالم خارج مقدور است یا خیر؟ بموجب ماده ۶۵۶ قانون مدنی وکیل نایب موکل است یعنی میبایست مانند خود موکل منافع او را محفوظ و ملحوظ بدارد. پس وکیل با انتخاب بسمت داور مشترك مابین دو وظیفه متناقض و دو امر متضاد گرفتار و سرگردان میشود، چه از یکطرف حسب تعریف قانونی و شرعی و ادراک طبیعی خود نایب موکل و امین وی و بجای اوست و لزوماً میبایست حافظ منافع نامبرده بوده و حتی يك ريال یا يك قدم از حق موکل خویش عدول و نزول ننماید و از طرف دیگر قاضی بوده میبایست بیطرف و عادل باشد و بجانب حق ولو بزیان موکلش باشد گام بردارد.

فکر میکنید جمع بین این دو وظیفه و تکلیف هر قدر انسانی وارسته و عادل و بر احساس و عواطف خویش مسلط باشد امکان دارد؟

بنظر نگارنده، وکیل هر انسانی باشد چون دو وظیفه مرقوم در آن واحد غیر قابل جمع میباشد، نمیتواند دو تکلیف یادشده را بنحو صحیح و دقیق انجام دهد. عبارت بهتر وقتی برای هر يك ریالی که وکیل میخواهد بعنوان قاضی در حق طرف موکلش رای صادر کند میبایست حداقل موقعیت نیابتی و وکالتی خود را فراموش کند و این خلاف امانت و دون شأن وکالت میباشد؟ بنابراین جمع این دو وظیفه امکان ندارد و لذا این دو نهاد: وکالت و داورى مشترك وکیل با یکدیگر ناهم آهنگ میباشد.

محتاج بتوضیح میداند که انتخاب وکیل خودی بعنوان داور اختصاصی که از مواد ۶۳۳ و ۶۳۵ قانون آئین دادرسی مدنی مستفاد میشود بهمان اندازه اشکال دارد زیرا در اینجا نیز وکیل عضو هیئتی میشود که میبایست قضاوت نماید و بشرح آنچه گفته شد جمع بین نیابت يك شخص و قضاوت درباره موضوعی که مورد نیابت بوده امکان پذیر نیست.

۷- اجبار بانجام تعهد، فصل پنجم از باب دهم آئین دادرسی مدنی: در اجبار بانجام تعهد دو ماده ۷۲۹ و ۷۳۰ در قانون آئین دادرسی مدنی آمده است. البته

۶) ماده ۷۲۹ - در مواردیکه موضوع تعهد عملی است که انجام آن جز بوسیله شخص متعهد ممکن نیست دادگاه میتواند بدرخواست متعهدله در حکم راجع باصل دعوی یا پس از صدور حکم مدت و مبلغی را معین نماید که اگر محکومعلیه مدلول حکم قطعی را در آن مدت اجراء ←

تأسیس این دوماده بسیار لازم و ضرور بوده چه گاهی اتفاق میافتد که موضوع مورد تعهد عملی است که جز بوسیله شخص متمهد امکان اجرایی ندارد مانند ترسیم تابلو بوسیله نقاش معروف و یا انجام کنسرت بوسیله خواننده بلند آوازه و از این قبیل، ولیکن آنچه درین تأسیس (دوماده مرقوم که جمعاً نهادی را تشکیل میدهند) آمده است و نااهم آننگ با اصول حقوقی ما و مخصوصاً قاعده لاضرر و لاضرار میباشد این است که ما در این تأسیس وسیله را با هدف اشتباه کرده و وسیله را بجای هدف قرار داده ایم باین توضیح که دوماده مذکور جنبه وسیله اجرا داشته و همینطور هم میباشد باشد یعنی مانند قضیه «جان سریکا» فایده این دوماده باید این باشد که متمهد ممتنع از ترس پرداخت مبلغ مقرر بوسیله دادگاه موضوع تعهد را انجام دهد اما هرگاه باتمام این تهدیدات باز هم متمهد، ممتنع از انجام تعهد باشد این دیگر مطلبی است که باید بنحو دیگری حل شود و این راه حل در بخش چهارم توضیح خواهد شد.

#### ۸- میدانیم که بهنگام امضای یک عقد یا قرارداد متمهد عوامل و وسایل اجرای

آن عقد یا قرارداد را در مغز خود بررسی و از لحاظ اقتصادی ارزیابی میکند، تمام این بررسیها و ارزش گذاریمها در شرایط موجود حین عقد و به نرخ زمان امضای قرارداد و با پورسانتاز تغییر مختصر و عادی انجام میگیرد.

خوب در ادوار گذشته که اوضاع و احوال اقتصادی زمان تقریباً ثابت بود و تغییرات سریع و فوق العاده نداشت احکام مخصوص فورس ماژور برای حفظ حقوق متمهد کافی بود ولی در حال حاضر که دنیای ما دارای چنان مختصاتی شده که بعضی اوقات نرخها از زمان انعقاد عقد تا حین اجرای آن بدون اینکه هیچگونه حادثه طبیعی و قحطی و خلاصه فورس ماژور روی داده باشد چندین برابر میگردد و مقررات ماده ۲۲۷ قانون مدنی هم با مورد تعهد انطباق پیدا نمیکند احکام فورس ماژور دیگر برای صیانت حقوق متمهد کافی نیست؟

بعد از جنگ جهانی حوادث و وقایع صلح آمیز زیادی در دنیا اتفاق افتاد که با آنکه حالت فورس ماژور نداشت ولی قیمتها را بمراتب بیش از زمان جنگ بالا برد؛ همین چند سال پیش بود (۱۳۵۲) که در نتیجه مبارزات «اوپک» نرخ مواد نفتی در دنیا چند برابر شد. با آنکه کشور ما از جمله ممالکی بود که در بحران اضافه قیمت آن زمان نه از میزان تولید خود کاست، نه دچار جنگ و اعتصاب و نه هیچگونه ناراحتی و حادثه دیگری شد و حتی نرخ مصارف داخلی نفت و بنزین و گازوئیل هیچ تغییری ننمود معذک در همین کشور ما نرخ سوخت کشتی در دریاهای ایران افزایش فوق العاده پیدا کرد.

فرض کنیم در یکی از این انواع سوخت، نرخ از ۳۹ دلار به ۲۱۰ دلار رسیده

→ نکند مبلغ مزبور را برای هرروز تأخیر به محکومله بپردازد  
ماده ۲۳۰ - دادگاه قبل یا بعد از اجرای حکم میتواند در مقدار و مبلغی که قبلاً معین کرده تجدید نظر نموده و مبلغ دیگری برای تأخیر اجراء حکم در زمان گذشته یا آینده معین نماید.

باشد هرگاه شخصی تعهد کرده باشد که ده‌ها میلیون تن از این نوع سوخت به فلان کمپانی کشتی‌رانی متوالیاً یا متناوباً تحویل دهد آیا اجرای این تعهد با همان نرخ اولیه، عادلانه و معقول و منطقی است؟ مسلماً نه و هیچ عقل سلیمی با اجرای چنین تعهدی حکم نمی‌کند.

خوب در اینجا ناهم‌آهنگی در چیست و این نهاد با کدام تأسیس و قاعده ناهم‌آهنگ است؟؟ روشن است که در درجه اول ناهم‌آهنگی با قاعده‌ی لاضرر است ولی قاعده لاضرر و این نهاد سالها وجود داشته‌اند و باهم زندگی می‌کرده‌اند، پس چه شده که اکنون این ناهم‌آهنگی بوجود آمده است.

مسئله این است که «اوضاع و احوال اقتصادی معین» یا بزبان ساده‌تر «فضای اقتصادی» فی‌حد ذاته در عصر ما موضوعیت پیدا کرده است.

وقتی ما یک کارخانه‌دار یا بنگاه راه‌آهن را بدون هیچ تقصیری بعلت خلق فضای اقتصادی معین محکوم به خسارت وارده به همسایه و مردم می‌کنم، وقتی ما تئوری ریسک را بجای تقصیر بکار می‌بریم معنای آن جز این نیست که «اوضاع و احوال اقتصادی معین» را علت و مسبب مسئولیت شناخته‌ایم در اینصورت آیا کارخانه‌دار و یا کمپانی راه‌آهن حق ندارد بگوید وقتی شما «فضای اقتصادی معین» را علیه من حجت قرار می‌دهید آنجا هم که این فضای اقتصادی تغییراتی به ضرر من کرده است میبایست مورد توجهتان قرار گیرد؟

درست است که در قسمت اول (تئوری ریسک) «فضای اقتصادی» جنبه مکانی دارد و در قسمت دوم جنبه زمانی ولی بهر صورت در هر دو مورد وقوع خسارت بر حسب تغییر فضای اقتصادی است. پس ملاحظه می‌شود که با تصویب قانون مسئولیت مدنی و قبول تئوری ریسک میبایست تجدید نظر در مقررات عقودیکه تعهدات آنها زماناً بعد از وقوع عقد باید اجرا شود بنمائیم.

۹- بموجب ماده ۴۱۲ و ۴۱۳ قانون تجارت به محض آنکه تاجر از تأدیه دیون خود عاجز بماند عنوان متوقف پیدا میکند و این توقف هرگاه سه‌روز طول بکشد میبایست ورشکستگی خود را بمقامات قضائی اعلام نماید پس از این واقعه تاجر دیگر حق هیچگونه معامله ندارد این حکم قانون تجارت است حالا ببینیم این حکم در عمل چه مسائلی پیش می‌آورد:

مسلماً این است که تاجر متوقف بدستور قانون دست روی دست نمی‌گذارد و نه فقط بمقامات قضائی چنین اعلامی نمینماید بلکه بعکس سعی میکند بعد از توقف با انجام معاملاتی جلو توقف خود را گرفته وجه یا وجوهی بدست آورده و بدهی خود را تأدیه نماید، بنابراین حکم مقنن درست در این قسمت خلاف طبیعت و روح آدمی وضع شده است چه آدم متوقف در این هنگام شایق‌تر، علاقه‌مندتر و مصرت‌تر از هر موقع دیگر بانجام معامله میگردد. و چون هرگونه اظهار و یا ابراز علائم توقف از طرف تاجر موجب از دست رفتن اعتبار و حیثیت او میگردد طبیعتاً بدون هیچگونه تظاهری اقدام به معامله و مخصوصاً فروش اموال خود برای بدست آوردن پول مینماید.



خوب حالا وضع خریدار این اموال را در نظر بگیریم - فردی از همه جا بی خبر به تصور خود با بازرگان صاحب اعتباری معامله میکند فی المثل قطعه زمینی از مشارالیه میخرد و بر روی آن بنای عظیم ده یا بیست طبقه میسازد. بعدها معلوم میشود که در زمان معامله بازرگان فروشنده متوقف بود. هیئت تصفیه یا بستانکاران تقاضای بطلان معامله را مینمایند. دادگاه حکم بابطال معامله و خلعید از خریدار و تخریب متحدات وی میدهد، زیان خریدار در اینجا غیر قابل احصاء است اما مقصود نگارنده در اینجا فقط توضیح و تشریح زیان خریدار نیست بلکه بیش از موضوع ضرر مسئله تقصیری که بر اساس آن حکم ضرری فوق انشاء گردیده از لحاظ علمی مطرح است باین معنی که میخواهیم به بینیم این خریدار بینوا چه تقصیری داشته تا چنین ضرر سنگینی باید بوی تحمیل شود؟

ممکن است گفته شود خریدار کوتاهی کرده و مرتکب تقصیر عدم تحقیق شده است و چنانچه تحقیق مینمود وضع بازرگان را بدست میآورد و در اینصورت معامله نمینمود این کوتاهی و تقصیر ممکن است در بعضی موارد موجه باشد ولیکن موارد زیادی وجود دارد که باوجود تحقیقات خیلی وسیع و عمیق معذک خریدار نمیتواند حقیقت وضع و موقع اقتصادی فروشنده را بدست آورد باین توضیح:

در روزگار گذشته که شهرها کوچک و جمعیت آنها کم بوده تحقیق درباره افراد مشکل نبود ولی در حال حاضر که جمعیت شهرها از میلیون تجاوز میکند و مخصوصاً در شهر بزرگ و چند میلیون نفری مثل تهران بدست آوردن اطلاعات واقعی و حقیقی درباره يك بازرگان تقریباً جنبه عملی ندارد زیرا معمولاً همسایه دیوار بدیوار وضع مالی همسایه اش را نمیدانند تا چه رسد بافرااد دورتر. در اینصورت واضح است که مبنای مسئولیت را بر تقصیر خریدار در عدم تحقیق گذاشتن سخن ناصواب و اگر صحیح تر بگویم تکلیف مالا یطاق است زیرا تحقق توقف بازرگان که بایک روز و يك واقعه مالی فقط صورت میگیرد طوری نیست که کسی جز خود او مستحضر شود تا در نتیجه تحقیق اطلاع بدست بیاید.

باضافه این حکم مربوط بزمانی است که بازرگانان تقریباً در نواحی متمرکز (سراها) و پهلوی یکدیگر حجره داشتند و طبعاً از وضع کسب و کار هم مستحضر میگرددند. ولی در زمان حاضر که يك تاجر حجره و دفترش در خیابان وزراء و دیگری در میدان شهنواز یا شهباد است اطلاع آنها از وضع یکدیگر تقریباً غیر ممکن است. قطع نظر از این فرض میکنیم که چنین تحقیقی ممکن باشد خوب خریدار کاملاً وضع فروشنده را تحقیق نموده دانست که متمکن میباشد و در عمرش متوقف نبوده است اما مواردی پیش میآید که ایادی قبلی که ملك را به بازرگان فروشنده فروخته اند یکی یا چند نفرشان متوقف بوده اند این را دیگر خریدار چگونه میتواند تحقیق کند؟ آیا تحقیق در این قسمت اساساً مقدور است؟ مسلماً نه، پس ملاحظه میشود که تکلیف تحقیق بر خریدار تکلیف مالا یطاق است و چون واجب گردانیدن تکلیف مالا یطاق از طرف مقنن که میبایست ا عقل ناس باشد شایسته نیست لذا این مورد نیز یکی از **ناهم آهنگی**

نهادهایی میباشد که با مقتضیات زمان درست درنیاید.

بعلاوه در همین خصوص، نااهم‌آهنگی‌های دیگری وجود دارد که بآنها مختصر اشاره‌ای میشود باین شرح:

**الف - قانون تجارت بهنگام تدوین و تصویب (۱۳۱۱ خورشیدی) عده‌ای از مشاغل آن زمان را که تجاری فرض مینمود در ماده ۲ احصاء کرده است این ماده البته باکمال دقت و الحاق با توجه به حرف و مشاغلی که در زمان تدوین آن وجود داشته بسیار جامع و مانع تدوین گردیده است ولیکن بعد از آن زمان چنان تحولی در زمینه زندگی بشر پیدا شده و این تحول چنان موضوعات و مسائل را پیش آورده که تصورش در آن هنگام ممکن نبوده است. در آن زمان و حتی تا چند سال پیش هیچکس فکر نمیکرد که یکی از اقسام تولیدات کشاورزی من حیث عناصر تشکیل دهنده آن و بتمام معنی مانند معاملات تجاری بشود فی‌المثل یک فارم بزرگ کشاورزی محض (نه کشت و صنعت) را در نظر بگیریم هرگاه این مؤسسه بزرگ کشاورزی فقط به کار کشت و زرع پرداخته و تولیدات خود را در بازار بفروشد این مؤسسه با آنکه از حیث میزان تولید و فروش و اهمیت اقتصادی از بسیاری از کارخانه‌ها مهمتر میباشد معذک تحت هیچیک از عناوین شقوق ده‌گانه ماده ۲ قانون تجارت قرار نمیگیرد. جالب توجه اینکه هر قسم دلالی و یا تصدی به عملیات حراجی تجارتی محسوب میشود ولی چنین تولیدکننده مهمی که سهم اساسی در حیات جامعه دارد از مزایای قانون تجارت نمیتواند استفاده کند و طبعاً چنین تولیدکننده‌ای مشمول مقررات ورشکستگی نبوده و مانند فرد عادی به حساب می‌آید.**

**ب - هتل‌داری و تصدی مسافرخانه و رستوران و کاباره و امثال آنها هیچیک از اعمال تجاری محسوب نمیشود. با آنکه ظاهر بعضی از شقوق ماده یادشده مانند شق یک و سه آن ماده ممکن است این توهم را بوجود آورد که اعمال مذکور تجاری میباشد معذک با دقت در تفسیر شقوق مذکور مسلم میگردد که این اعمال نیز تحت شمول عناوین فوق‌الذکر قرار نمیگیرد.**

**۱۰ - بدهکاران ناتوان از پرداخت: اساساً تفکیک بدهکاران ناتوان از پرداخت بعنوان تاجر و غیر تاجر نه در آغاز امر درست بوده و نه اکنون درست میباشد. در آغاز درست نبوده زیرا یا ناتوانی در پرداخت دین بدون هیچگونه سوء تدبیر و سوء نیت پیش آمده که در اینصورت هردو فرد مذکور میباشد از ارفاق‌های قانونی و حمایت مؤسسات اجتماعی استفاده کنند و یا آنکه این حادثه در نتیجه سوءنیت و سوءاستفاده و تقلب روی داده که در اینصورت هردو شخص میباشد کیفر ببینند.**

وقتی این تفکیک یا تبعیض در آنزمان درست نبوده امروز بطریق اولی درست نیست زیرا در حال حاضر که حسب قانون منع بازداشت بدهکاران، بدهکار عادی نیز مانند تاجر ورشکسته (و حتی با تسهیلات بیشتر) با تقدیم یک گزارش از دارائی خود میتواند از هرگونه عواقب بدهکاری مصون باشد دیگر وجود تفکیک مرقوم بدون فلسفه و

حکمت میشود و جز ناهم‌آهنگی هیچ ثمره‌ای نخواهد داشت. زیرا تنها عاملی که ممکن بود طرفداران مکتب لاتین جهت توجیه این تفکیک استناد کنند این میتواند باشد که بگویند افراد غیر بازرگان معمولاًشان و منزلت اجتماعی و حیثیت و اعتبار بازرگانان را فاقدند و چون فاقد این حیثیت هستند پس هرآسی از ورشکستگی ندارند و لذا عامل ترساننده و بازدارنده دیگر برای سلامت اندیشه و عمل ایندسته لازم است، و آن ترس از حبس و بازداشت میباشد و اکنون که این عامل باتصویب قانون مذکور از میان رفته وجود این تفکیک بدون منطقی و غیر عقلانی گردیده است.

۱- ماده ۲۱۸ قانون مدنی در خصوص مدیونیکه قصد فرار از دین دارد چنین

میگوید:

«هرگاه معلوم شود که معامله به قصد فرار از دین واقع شده آن معامله نافذ نیست» این قاعده میراث حقوق رم بوده و در حقوق فرانسه دعوی آن بنام مبتکرش که یکی از پرتورهای رومی با نام پولینیوس است معروف میباشد. این ماده تقریباً با همان وضع که در حقوق فرانسه داشته از ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی فرانسه به حقوق ما منتقل گردیده است در خصوص این ماده سخن بر سر ناهم‌آهنگی با نهاد دیگر نیست بلکه اشکال بر سر ناقص بودن و ناتمام بودن تأسیس است زیرا ذکر فقط یک ماده بدون آنکه متعاقب آن اقدامات تأمینی و اجرائی و نحوه اجرای ماده و تأسیس ذکر شود و یا فروضی که در آن فروض دعوی قابل قبول و یا رد باشد توضیح نشود علاوه بر آنکه کار قضاوت و مجریان قانون را دشوار میسازد فایده تأسیس اصلی را نیز از میان میبرد. با اجازه خوانندگان گرامی در اینجا توضیح زیر را اضافه مینماید:

بطوریکه میدانیم تأسیسات حقوقی هر قدر شامل تر و کامل تر انشاء شده باشد برای احقاق حق مفیدتر میباشد فی‌المثل وقتی ماده ۳۷۵ قانون مدنی درباره محل تسلیم بیع میگوید که «بیع باید در محلی تسلیم شود که عقد بیع در آنجا واقع شده است» و یا ماده ۴۷۵ در فصل اجاره اشعار مینماید که «اجاره مال مشاع جائز است لیکن تسلیم عین مستأجره موقوف باذن شریک است» و بهمین نحو سایر احکام تأسیسات حقوقی مقرراتی از این نوع انشاء میکنند این اشعارات هم تکلیف اصحاب معامله را معین میکنند و هم به قاضی دریافتن حکم قضیه کمک مینماید. درست برخلاف نظر طرفداران مکتب لاتین که کوتاه و مختصر بودن احکام تأسیسات حقوقی را مرجع بر احکام تفصیلی میدانند؛ هر اندازه احکام نهادها و تأسیسات حقوقی فروض بیشتری را پیش‌بینی و حکم آنرا انشاء کرده باشد کامل تر و شامل تر است. النهایه این احکام میبایست چنان دقیق و منطقی و منطبق با اصول کلی آن تأسیس انشاء شده باشد که هر جا و بر سر هر حکم از متفرعات آن نهاد اصول کلی آن تأسیس را بگذارند صادق بوده و تطابق منطقی و اصولی داشته باشد.

محتاج بتوضیح میدانند که آنچه میبایست کوتاه و مختصر باشد قوانین آئین دادرسی است که دست قاضی را می‌بندد و الاقوانین ماهیتی که کمک قاضی بوده و مانند متر در دست مساح است هر اندازه شامل تر بوده و فروض بیشتری را پیش‌بینی

کرده باشد مفیدتر است

حالا برگردیم به موضوع اصلی، سخن بر سر این مطلب بود که ماده ۲۱۸ قانون مدنی در توضیح و بیان احکام تأسیس کوتاهی کرده است این کوتاهی و بی‌توجهی در موضوعات زیر بیشتر به چشم می‌خورد:

نخست آنکه چون ماده سخن از قصد فرار می‌گوید و قصد يك امر نفسانی است که فقط در روح فاعل وجود دارد بنابراین لازم بود که مقنن:

اول- بعضی از مظاهر مادی بسیار روشن قصد فرار را بیان مینمود.

دوم- تکلیف ایادی بعدی را که از متعامل معامله اول مورد معامله را خریده‌اند روشن میکرد.

سوم- تعیین اینکه پس از ابطال معامله آیا اقدام کننده با ابطال به تنهایی از معامله باطل شده استفاده میکند یا مال مورد بحث باید بدارائی فروشنده برگردد؟

چهارم- تکلیف خریداریکه معامله او باطل گردیده چیست آیا باید در غرما شرکت کند یا من خود را کامل می‌گیرد.

پنجم- تعیین وضع دارائی مدیون در زمان معامله و بعد از آن از لحاظ توانائی پرداخت.

ششم- هرگاه مورد معامله زمین بوده و متعامل بر روی آن ساختمان یا تأسیساتی کرده باشد تکلیف آن چیست آیا باید همه آنها را تخریب و معدوم نمود؟

هفتم- از همه مهمتر اینکه مرور زمان این دعوی از روز اطلاع و علم داین چه مدت باید باشد و چنانچه داین فی‌المثل تا بیست سال آگاه نگردید آیا باز هم حق دعوی عدم نفوذ خواهد داشت یا خیر؟

بنظر نگارنده اینها رؤس احکامی است که بهنگام تأسیس ماده ۲۱۸ قانون مدنی میبایست تدوین و انشاء میگردد.

**۱۲- مطابق ماده ۵۱۲** «اگر پژوهشخواه شکایت پژوهشی را از قرار یا حکم بدون عذر موجه سه‌ماه متوالی ترك نماید بدرخواست پژوهشخوانده دادگاه قرار سقوط شکایت پژوهشی را میدهد» میدانیم که مورد اجرای این ماده در جایی پیش می‌آید که تکلیفی برعهده پژوهشخواه باشد یعنی پژوهشخواه حسب قانون وظیفه‌ای برگردن داشته و آن وظیفه را انجام ندهد تنها در اینصورت است که ترك شکایت پژوهشی مصداق پیدا میکند والا هرگاه تکلیفی برعهده پژوهشخواه نباشد ترك کردن شکایت» معنی ندارد بنابراین باید ببینیم چه تکالیفی پژوهشخواه میتواند و یا میتواند برعهده داشته باشد.

تأسیس این ماده در زمان تدوین قانون آئین دادرسی مدنی حکمت تشریح و شان نزول داشت زیرا در آن زمان «از نوبت خارج شدن دعوی» یکی از عواقبی بود که مقنن آئین دادرسی پیش‌بینی کرده بود. فلسفه تشریح این ماده علاوه بر تناسب و هم‌آهنگی که با مواد ۱۶۶ و ۱۶۷ و ۱۶۸ و ۱۶۹ مرحله بدوی داشت از آنجهت نیز بود که اولاً هنگام تدوین قانون آئین دادرسی مدنی رسیدگی در مرحله پژوهشی

حتماً محتاج به تعیین جلسه بود. ثانیاً حسب موازین قانونی آن روز هر طرف که میخواست در جلسه رسیدگی حاضر نشود میبایست ضمن لایحه حق حضور خود را اسقاط میکرد. ثالثاً رسیدگی فیایی در مرحله پژوهش از طرف مقنن تجویز گردیده بود و لذا این موضوعات مسائلی را پیش میآورد که حکم ماده ۵۱۲ مورد استعمال مییافت اما در حال حاضر موردی برای اجراء و اعمال آن ماده متصور نیست.

قطع نظر از این اغلب اتفاق میافتاد که در مرحله پژوهشی قرار کارشناس بنظر دادگاه صادر میگردد و پژوهشخواه که میبایست دستمزد کارشناس را تودیع کند از تودیع خودداری میکرد وقتی این تکلیف به گردن پژوهشخواه مسلم میگردد لاجرم تخلف از آن ضمانت اجراء لازم داشت و لذا ماده ۵۱۲ ضمانت اجراء آن بود. اما اکنون با اصلاح ماده ۴۵۹ که میگوید «هرگاه قرار کارشناسی بنظر دادگاه باشد... پرداخت حق کارشناسی در مرحله بدوی بمعده خوانان و در مرحله پژوهشی بمعده پژوهشخواه است و در صورتیکه ظرف موعده مقرر بالا حق کارشناسی تودیع نشود دادخواست بدوی ابطال و اگر در مرحله پژوهش باشد دعوی پژوهشی ساقط میگردد» دیگر ماده ۵۱۲ یاد شده مورد اجراء ندارد و وجود آن در مجموعه قانون آئین دادرسی مدنی زاید بنظر میرسد.

ماده ۵۱۲ یکبار بهنگام اصلاحات سال ۱۳۳۱ حذف گردیده ولیکن بعلمت وجود تکالیف کارشناسی و غیره که در آنموقع ضمانت اجراء نداشت مجدداً ابقاء گردید ولیکن امروز دیگر هیچ موردی برای بقاء آن باقی نیست.

«بقیه دارد»

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
رتال جامع علوم انسانی

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*