

# فصلنامه بین المللی قانون یار

License Number: 78864 Article Cod: 2021S4D16SH5M144 ISSN-P: 2538-3701

## نقش و کلاء در صلح و سازش در حقوق و فقه

(تاریخ دریافت ۱۳۹۹/۰۹/۱۵، تاریخ تصویب ۱۴۰۰/۰۱/۱۸)

### کوروش بیات<sup>۱</sup>

عضو مرکز و کلاهی قوه قضائیه

### چکیده

تبیین نقش و کلاء در صلح و سازش با تاکید در دین اسلام و حقوق ایران، هدف این تحقیق است. تحقیق حاضر در پاسخ به این سوال است که آیا و کلاء نقشی در صلح و سازش طرفین دعوا دارند یا خیر؟ که با روش جمع آوری کتابخانه ای و با روش توصیفی و تحلیلی به این نتایج دست یافته است: قانونگذار در قانون اساسی، مقرر داشته است که طرفین دعوا حق دارند برای خود وکیل انتخاب کنند و اگر نداشته باشند، باید برای آنها امکانات تعیین وکیل فراهم شود. این امر باعث شده است که طرفین دعوا برای امور رسیدگی به پرونده خود، نیازمند وکیل شوند که طبق ضرورت دین اسلام و حقوق ایران، وکیل در مرحله ی اول باید سعی در صلح و سازش طرفین دعوا را داشته باشد و اگر اصحاب دعوا با کمک های وکیل، به صلح و سازشی دست نیافتند. در مرحله ی بعد و کلاء از حقوق موکلان خود، باید دفاع کنند.

۵۶۱



واژگان کلیدی: و کلاء، موکل، صلح و سازش، فقه و حقوق

<sup>1</sup>-bayatkorosh@gmail.com

## مقدمه

جایگاه وکالت در اسلام بسیار بالاست تا جایی که کلمه مقدس وکیل از اسماء الله و نیز از صفات ذات ایزدی است و برای وکلاء مایه فخر و مباهات است که نام شغل شان ماخوذ از اسماء الحسنی<sup>۱</sup> است. در دین اسلام وکالت به عنوان وسیله ای برای حل مشکلات مردم و اینکه وکیل به قائم مقامی از موکل سعی در انجام امور و کارهای وی دارد؛ شناخته شده است. (طاهرآبادی، ۱۳۹۳، ص ۵۶). طبق قول مشهور فقهاء امامیه، وکالت یک عقد محسوب می شود. (علامه حلی، ۱۳۹۰، ج ۱۵، صص ۹-۱۰؛ کاشف الغطاء، ۲۰۰۵، ج ۴، ص ۵). قانون مدنی در این امر پیروی از قول مشهور نموده است و در ماده «۶۵۶» ق. م. تصریح می نماید وکالت عقد است، بنابراین مانند عقود دیگر به وسیله ایجاب و قبول که حاکی از توافق قصد و رضای طرفین است منعقد می گردد. (امامی، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۲۱۴). عقد وکالت، وسیله اعطای نیابت به وکیل است که تا در حدود اختیارات تفویض شده به او، اعمال حقوقی معینی را به نام و حساب موکل انجام دهد. بنابراین، عقد وکالت در زمره «عقود اذنی» به حساب می آید؛ یعنی اثر مستقیم آن ایجاد اذن است. و از همین جهت است که عقد وکالت در زمره ی عقود جایزه به شمار آمده و هیچ التزامی برای موکل و وکیل ایجاد نمی کند و با فوت و حجر هر کدام از آنان نیز منفسخ می شود. (طاهری، ۱۴۱۸، ج ۴، ص ۳۹۴). با مراجعه به کتب فقهی و حقوقی و عرف وکالت، معلوم می گردد که موضوع و مورد وکالت باید یک «عمل حقوقی»<sup>۲</sup> از قبیل بیع، اجاره، نکاح و طلاق و امثال اینها باشد که با انجام آن عمل حقوقی، در وضع حقوقی موکل تغییری حاصل شود، نه آنکه هر عمل مادی از قبیل: نقاشی، عمل جراحی و تهیه نقشه یک ساختمان و امثال اینها، قابل وکالت باشد. هر چند ماده ۶۵۶ ق. م. در دید بدوی نشان می دهد که مورد وکالت ممکن است یک عمل حقوقی باشد و یا یک عمل مادی صرف، لکن با توجه به مواد بعدی و دقت در آنها روشن می گردد که مورد وکالت باید یک عمل حقوقی



<sup>۱</sup> «... وَقَالُوا حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ» آل عمران، ۱۷۳؛ و گفتند: «خدا ما را کافی است؛ و او بهترین حامی ماست.»

<sup>۲</sup> عبارت از هر عملی است که از روی قصد و اراده واقع شده و اثر قانونی داشته باشد؛ مانند بیع، اجاره، رهن، نکاح، طلاق و ... در مقابل عمل مادی است که نیازی به قصد انشا و اراده نداشته باشد؛ مانند اتلاف مال غیر یا عمل جراحی و تهیه نقشه ساختمان و امثال اینها.

باشد که از روی قصد واقع شده و دارای اثر قانونی باشد؛ فقهای امامیه<sup>۱</sup> نیز در عین اینکه درباره اختصاص موضوع وکالت به اعمال حقوقی تصریحی ندارند، لکن از تعریفی که برای وکالت کرده‌اند (استنباه در تصرف) چنین برمی‌آید که وکالت باید در امری داده شود که از نظر حقوقی برای موکل آثاری را به بار آورد و در اصطلاح آنان تصرف حقوقی باشد. (همان). پس امری می‌تواند انجام آن مورد وکالت قرار گیرد که دارای دو شرط باشد: (همان، ص ۲۱۶)

الف- موکل بتواند قانوناً آن امر را انجام دهد. <sup>۲</sup> ب- غرض قانون، مباشرت شخص معین در انجام نباشد. <sup>۳</sup> امروزه، وکلاء نقش سازنده ای دیگری دارند و آن این است که در دعوایی خانوادگی، حقوقی و غیره زمینه‌ی صلح و سازش را میان طرف دعوا به کار ببرند. یعنی در مرحله‌ی اول، وکلاء میان اصحاب دعوا، صلح و سازش برقرار کنند. اگر وکلاء، نقش اقتصادی را در شغل خود کم رنگ تر کنند و سعی در صلح و سازش میان اصحاب دعوا برقرار کنند؛ اولاً حجم پرونده‌های حقوقی و قضایی کاسته می‌شود و ثانیاً خیلی از مشکلات جامعه حل می‌شود. از این رو اگر وکلاء تمرکزشان برقراری صلح و سازش میان طرفین دعوا باشد؛ کمکی به حل اختلافات و داوری میان آنها می‌شود. ولی این سوال و ابهام پیش می‌آید که اگر وکلاء، صلح و سازش میان طرفین دعوا که از اصل ترین اهداف آنهاست را کنار بگذارند و به فکر منافع مادی باشند؛ شارع و قانون گذار برای حل این مشکل چه تدابیری را اتخاذ کرده است. لذا ضرورت دارد؛ در این مورد، تحقیق جامع و مفصلی صورت گیرد تا به



<sup>۱</sup> - متعلق وکالت هر نوع امر مشروعی است که غرض شارع به انجام آن صورت می‌پذیرد: شیخ طوسی، المبسوط، ج ۲، ص ۳۶۱؛ ابن ادریس، السرائر، ج ۲، ص ۸۳؛ فاضل مقداد، کنز العرفان، ج ۲، ص ۵۵۴؛ نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۷، ص ۳۳۷؛ امام خمینی، تحریر الوسیله، ج ۳، ص ۶۹.

<sup>۲</sup> - طبق ماده «۶۶۲» ق. م. و: «وکالت باید در امری داده شود که خود موکل بتواند آن را بجا آورد...» امری که موکل خود حق انجام آن را ندارد نمی‌تواند نمایندگی بپذیرد؛ بجز آنکه بجا او بجا آورد زیرا معطی شیئی باید واجد آن باشد.

<sup>۳</sup> - در اموری که غرض قانون مباشرت شخص معین در انجام امری می‌باشد نمی‌توان آن را به وسیله دیگری انجام داد و نیابت در آن باطل خواهد بود، مثلاً کسی که اجیر بقصد مباشرت در امری می‌شود نمی‌تواند دیگری را نماینده در انجام آن امر نماید و از آن قبیل است اموری که انجام آن را قانون از شخص معینی خواسته است مانند قسم، عهد، لعان، شهادت ولی اموری که قانون مباشرت شخص معین را لازم ندانسته وکالت در آن صحیح است مانند اجرای هر یک از عقود بیع، صلح، اجاره، عاریه، نکاح و طلاق و امثال آنها و همچنین است وصیت، وقف، ابراء، اخذ بشفعه و اسقاط آن، فسخ در مورد خیارات و اسقاط آن.



این سوال و ابهام جواب مناسبی داده شود. از این رو، ما در این تحقیق، نقش و کلاء در صلح و سازش را با توجه به نظرات فقها و حقوق دانان، مورد بررسی قرار می دهیم.

### بخش اول: مفهوم وکالت و وکیل

وکالت در کتاب های لغتی و اصطلاحی تقریباً به یک معنی آمده است اما ذکر آن ها برای این است که خواننده معنای گوناگون آن را در کتاب های لغتی و اصطلاحی بداند؛ و معنی اصلی آن را بداند: وکالت با فتح یا کسر «واو» و فتح «لام» مصدر عربی است (دهخدا، ۱۳۴۷، ج ۱۴، ص ۲۰۵۳۹) و به معناهای زیادی به کار رفته است: نیابت، خلافت، جانشینی، واگذاری، اجرای کاری از جانب کسی. (زبیدی، ۱۴۱۴، ج ۵، ص ۱۸۴۵). برخی دیگر گفته اند: وکالت یعنی امری از امور را به او واگذار و تفویض کرد، واگذار کردن امر به دیگری و جانشین کردن وی در تصرف و عمل، به نایب موکل هم گفته می شود. (حسینی، ۱۳۸۹، ج ۱، ص ۵۵۷). التوکیل هم به معنای وکالت است و جمع آن وکلاء است یعنی کسی که اختیار تصرف به او واگذار شود یا کسی که جانشین فرد در تصرف شود. (فیومی، ۱۴۲۰، ج ۲، ص ۶۷۰). برخی دیگر گفته اند: وکالت اسمی از توکیل و ریشه ی آن وکل است و به معنی واگذاری کردن است.<sup>۱</sup> (مشکینی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۵۷۰؛ طریحی، ۱۴۱۶، ج ۵، ص ۴۹۴؛ ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۱۱، ص ۷۳۶). دهخدا در مورد وکیل می فرماید: وکیل با فتح «واو» نامی از نام های خدای تعالی است و به معناهای دیگری مثل: نایب، جانشین، خلیفه، قائم مقام هم به کار می رود. (همان، ص ۲۰۵۴۲). بنابراین وکالت در لغت یعنی کاری یا امری را به دیگری محول کردن است و همچنین به نیابت هم می توان آن را استعمال کرد. وکالت در اصطلاح به طور متنوعی تعریف شده است اما مفهوم و مضمون آنها یکی است و دلیل متنوع، تعریف کردن آن، این است که ذهن خواننده به موضوع جلب توجه شود. که ما چند مورد تعاریف وکالت را ذکر می کنیم و به نقد و بررسی آن می پردازیم. شهید ثانی در تعریف وکالت فرموده است: وکالت عبارت است از آن که انسان کسی را نایب و جانشین خود در تصرف قرار دهد.

<sup>۱</sup> - «الوکاله فتحاً و کسراً: اسم من التوکیل و هی مشتقه من وکل الیه الامر ای فوضه الیه».

۱۳۸۴، ج ۸، ص ۷۹).<sup>۱</sup> باید توجه داشت که وکالت بالذات عبارت از نایب قرار دادن در تصرف است؛ تا نایب قرار دادن عامل در مضاربه، مزارعه و مساقات که در تعریف فوق داخل نمی‌شوند زیرا اگرچه در همه ی این موارد نوعی نیابت و جانشینی وجود دارد چرا که در مضاربه، شخص نایب (عامل) در خرید و فروش و تجارت می‌شود و در مزارعه، نایب در کشت و زرع می‌شود و... اما مضمون مطابقی این عقود نایب قرار دادن نیست. (همان). تعریفی که شهید ثانی از وکالت ارائه داده است به نظر می‌رسد از جامعیت برخوردار است و حتی عقود دیگر مثل وصیت، ودیعه را از آن خارج می‌کند. نجفی می‌فرماید: «وکالت عقدی است که انسان، دیگری را در زمان حیات خویش، در تصرفی که مالکیت دارد، جانشین خود سازد». (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۷، ص ۳۴۷). فقهای اهل سنت هم تعاریف متعددی از وکالت ارائه کرده اند از جمله ی آنها:

ابن حجر می‌فرماید: وکالت یعنی شخصی جایگاه خود (تصرف) را به دیگری مطلقاً (اقامه ی تمام امور) یا مقیداً (اقامه ی بخشی از امور) واگذار کند.<sup>۲</sup> (۱۴۰۸، ج ۴، ص ۳۹۱).  
تعریف فوق یک اشکال جزئی دارد آن است که تعریف اصطلاحی را با اقسام وکالت (وکالت مطلق و مقید) تداخل کرده است بهتر می‌بود که اقسام وکالت را از تعریف خارج می‌کرد.

سرخسی در مورد تعریف وکالت فرموده است: وکالت یعنی شخص تصرف خود را به دیگری به صورت جانشین کردن واگذار کند.<sup>۳</sup> (۲۰۰۲، ج ۱۹، ص ۲).

امام خمینی (ره) در تعریف وکالت فرموده است: وکالت سپردن کاری به دیگری است تا آن را در حال حیاتش، برایش انجام دهد؛ یا راه انداختن امری از امور را برای او در حال حیاتش، برایش انجام دهد؛ یا راه انداختن امری از امور را برای او در حال حیاتش، به او ارجاع

<sup>۱</sup> - «هی استنباه فی التصرف».

<sup>۲</sup> - «اقامه الشخص غیره مقام نفسه مطلقاً او مقیداً».

<sup>۳</sup> - «تفویض التصرف الی غیر بطریق الوکله».



دهد. (۱۳۶۶، ج ۳، ص ۶۷). امام خمینی (ره) با قید حیات، وصیت را از تعریف خارج کرده است یعنی در وصیت، وصی نوعی نایب شدن در تصرف است که بعد از مرگ ایجاد می شود اما وکالت در زمان حیات موکل می باشد. برخی حقوق دانان می فرمایند: «وکالت مصدر و به معنی تفویض کردن و واگذار نمودن می باشد و در اصطلاح چنان که ماده ی ۶۵۶ قانون مدنی می گوید: «وکالت عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می نماید». در نتیجه ی عقد وکالت، وکیل به جای موکل امر مورد وکالت را انجام می دهد و از نظر حقوقی مانند آن است که موکل خود آن امر را انجام داده باشد. در این امر فرقی نمی نماید که انجام امر به نام موکل باشد، چنان که وکیل، در موقع خرید مال به فروشنده اعلام دارد که برای دیگری مال را می خرد و یا آن که سمت خود را پنهان دارد و چنان وانمود کند که برای خود خرید را انجام می دهد چنان که وکیل در موقع خرید مال تظاهر نماید که معامله برای خود اوست و یا صریحاً اعلام دارد که برای خود معامله می کند، زیرا آن چه موجب تحقق معامله به عنوان وکالت است قصد وکیل می باشد و آن در هر دو فرض بالا موجود است». (امامی، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۲۹۲؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۷۵۲). بنابراین با توجه به تعاریف ذکر شده می توان گفت وکالت عبارت است از: واگذاری صلاحیت تصرف از جانب موکل به شخص دیگر (وکیل) را در زمان حیات می باشد. به عبارت دیگر وکالت یعنی اعطای نیابت از موکل به وکیل است در این صورت وکیل نسبت به آثار اموری که انجام می دهد، در حکم واسطه است و آن چه می کند برای موکل است، یعنی تعهدهایی که پذیرفته است بر موکل تحمیل می شود و اگر نفعی در بین باشد برای اوست. به طور معمول تعهدهایی که وکیل انجام می دهد به نام موکل است. از این تعاریف فقط کار و وظیفه ی وکلاء فهمیده می شود ولی هدف و غایت کار و کلاهیچ اشاره ای نشده است. لذا اگر در تعاریف وکالت، هدف و غایت وکالت نیز بیاید، تعریف وکالت کامل می شود. پس می توان تعریف ذیل را پیشنهاد داد: وکالت عبارت است از: اعطای نیابت از موکل به وکیل برای انجام امور واگذار شده و حل و فصل موارد خواسته شده، می باشد.



## بخش دوم: معنا و مفهوم صلح، آشتی و سازش

بیشتر لغت شناسان عرب «صلح» را به «سلم» معنا نموده‌اند. (فیروز آبادی، ۱۴۱۲، ج ۱، ص ۴۷۳؛ ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۷، ص ۳۸۴؛ جرّبی، تا، ص ۷۴۹؛ انیس، بی تا، ج ۱، ص ۵۲۰؛ مسعود، ۱۹۸۶، ج ۲، ص ۹۲۸؛ رضا، ۱۳۷۸، ج ۳، ص ۴۷۹؛ شرتونی، ۱۹۹۲، ج ۱، ص ۶۵۶). و در مقابل «صلح» را به عنوان یکی از معانی «سلم» ذکر کرده‌اند. (جوهری، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۱۹۵۱؛ ابن فارس، ۱۴۰۴، ج ۳، ص ۹۱؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ص ۲۴۶). گویا این دَوْر آشکار به جهت روشنی معنا نزد عرب زبانان بوده است. بدون شک اگر پرسش ما در حقیقی بودن استعمال واژه «صلح» در معامله ابتدایی برای آنان مطرح بود، از پاسخ لازم و توضیح بیشتر دریغ نمی‌نمودند. اما با تتبع بیشتر در باره کلمه «سلم» که به کسر سین و سکون لام، و فتح سین و سکون لام، و فتح سین و فتح لام قرائت شده، می‌توان معنای حقیقی این واژه را که همان معنای «صلح» است دریافت. (جمعی از مولفان، ۱۳۹۰، ج ۳۴، ص ۸۱). بعضی از لغت شناسان عرب در معنای «حرب» گفته‌اند که ضدّ و یا نقیض «سلم» است. (ابن احمد، ۱۴۰۵، ج ۳، ص ۲۱۳؛ جوهری، همان، ج ۱، ص ۱۰۸). از این عبارت اهل لغت فهمیده می‌شود که در معنای «سلم» و به عبارت دیگر در «صلح» ضدیت و تقابل با جنگ نهفته است، تقابلی که به روشنی در زبان فارسی میان «جنگ» و «صلح» برقرار است.<sup>۱</sup> مفسران نیز بیشتر آیاتی را که واژه «سلم» در آنها به کار رفته است؛<sup>۲</sup> به صلح به معنای پایان دادن به جنگ و اختلاف میان مسلمانان معنا کرده‌اند. (طبرسی، ۱۴۱۵، ج ۴، ص ۴۸۸؛ همو، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۳۴؛ فیض کاشانی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۴۴۶؛ طباطبایی، ۱۴۱۴، ج ۱۸، ص ۲۴۸). این دو قرینه می‌تواند معنای اراده شده از «سلم» را که مرادف «صلح» است و آن «پایان دادن به جنگ و اختلافات» است نشان دهد. جمع قابل

<sup>۱</sup> - در زیارت جامعه کبیره و زیارت عاشورا نیز واژه «سلم» و «حرب» در تقابل با یکدیگر قرار دارند: «إِنِّي سَلِمْتُ لِمَنْ سَأَلْتَكُمْ وَ حَرَبْتُ

لِمَنْ حَارَبْتُمْ». ابن قولویه، ۱۳۹۸، ص ۱۷۶؛ شیخ صدوق، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۶۱۴.

<sup>۲</sup> - مانند: الانفال، آیه ۶۱، النساء، آیه ۹۱ و ۹۰، محمد (ص)، آیه ۳۵.





توجهی از اهل لغت تصریح نموده‌اند که «صلح» سازش و توافق بعد از خصومت و نزاع است.<sup>۱</sup> (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ص ۴۸۹). بعضی از فقها معنای لغوی «صلح» را مترادف الفاظی همچون «صفح»، «اعراض»، «تجاوز» و «رفع ید» دانسته‌اند (شیخ الشریعه اصفهانی، ۱۳۹۸، ص ۲۴۸؛ رشتی، ۱۳۹۵، ص ۱۶). مرحوم محقق اصفهانی بهترین و نزدیکترین معنا به واژه «صلح» را معنای «سازش» و «سازگاری» در فارسی می‌داند. (۱۴۰۸، ص ۱۷). لغت شناسان فارسی «صلح» را به «آشتی» معنا کرده‌اند. (داعی الاسلام، ۱۳۶۳، ج ۲، ص ۶۱۰؛ نفیسی، بی تا، ج ۳، ص ۲۱۶۱؛ بهشتی، ۱۳۷۲، ص ۶۴۸؛ صدری، ۱۳۷۵، ص ۷۶۲؛ انصاف پور، ۱۳۷۷، ص ۶۶۹؛ فروتن، ۱۳۷۴، ج ۲، ص ۱۲۰۵؛ عمید، ۱۳۷۳، ص ۸۲۷). بعضی از اهل لغت در کنار واژه «آشتی» کلمه «سازش» را نیز افزوده‌اند. (مشیری، ۱۳۷۴، ص ۶۷۴؛ قریب، ۱۳۷۷، ص ۶۸۹). در فرهنگ فارسی امروز صلح با دقت این گونه معنا شده است: «صلح: ۱- حالتی که بر اثر پایان گرفتن یا نبودن جنگ و نا آرامی پدید آید، آرامش. ۲- عمل یا فرایند پایان بخشیدن به جنگ یا اختلاف، آشتی ۳- (حق) دست کشیدن مدعی یا صاحب حق از حق خود و واگذاشتن آن به دیگری در عوض چیزی یا بدون آن». (صدری، همان، ص ۷۶۲). معین در معنای آشتی چنین گوید: «آشتی: ۱. رنجشی را فراموش کردن، پس از قهر از نو دوستی کردن. ۲. صلح کردن پس از جنگ ۳. جمع میان دو عقیده یا دو رأی که صورت مخالف نمایند ۴. آرامش» (۱۳۷۵، ج ۱، ص ۵۹). پس صلح، آشتی و سازش در لغت به یکی معنی هستند و معمولاً در امور نزاعی استعمال می‌شوند.

<sup>۱</sup> - راغب اصفهانی می‌گوید: «الصلح یختصّ یا زائله التفار بین الناس. طریحی در توضیح حدیث نبوی (ص) «الصلح جائز بین المسلمین» می‌گوید: «أراد بالصلح التراضی بین المتنازعیین» (مجمع البحرین، ج ۲، ص ۳۸۸). در المعجم الوسیط آمده است: «الصلح: إنهاء الخصومة وإنهاء حالة الحرب، و السلم» (انیس، ج ۱، ص ۵۲۰). فرهنگ لاروس می‌گوید: «الصلح: التوافق و المسالمة هم لتناصح»، «إنهاء حالة الحرب و الخصومة السلم» (جُرّ، ص ۷۴۹). الرائد چنین توضیح می‌دهد: «الصلح: السلم بعد الحرب و الخصومة» (مسعود، ج ۲، ص ۹۲۸). در التحقیق فی کلمات القرآن الکریم نیز بعد از ذکر استعمالات گوناگون این ماده آمده است: «التحقیق أنّ الأصل الواحد فی المادة: هو ما سلم من الفساد». (مصطفوی، ۱۳۷۵، ج ۶، ص ۲۶۵).



## بخش سوم: صلح و سازش توسط وکلاء

وقتی ما کتاب های فقهی و حقوقی را باز می کنیم و به بحث و کالت می رسیم؛ می بینیم که ماهیت وکالت، واگذاری برخی امور توسط موکل به وکیل است تا به آنها رسیدگی کند؛ و در مورد صلح و سازش کمتر اشاره شده است. ولی باید گفت: امروزه وقتی به دادسرا و شورای حل اختلاف ها می رویم؛ می بینیم که بیشتر پرونده ها و نزاع ها، با کمی صبر و تحمل و صحبت کردن، منجر به صلح و سازش می شود و این وظیفه صحبت کردن، بیشتر به عهده ی وکلاء طرفین دعوا می باشد. به عبارت دیگر، امروزه وظیفه اصلی وکلاء، حل و فصل خصومت هایی که بین دو شخص ایجاد شده است، می باشد. ولی بیشتر وکلاء غالباً جنبه های مادی را در نظر می گیرند و به فکر دفاع از موکل خود می کنند تا در پرونده محوله پیروز شوند. و از آنجا که وقتی فقه امامیه و حقوق ایران را مورد بررسی قرار می دهیم ادله زیادی مبنی بر این که وظیفه و هدف اصلی وکلاء، صلح و سازش در دعوایی می باشد. که در ذیل به این ادله اشاره می نمایم:

### ۱- کتاب

ماهیت وکالت و وکیل در قرآن کریم مختلف است ولی یکی از آنها، این است که قرآن کریم ماهیت وکیل را بر اساس سازش و صلح میان افراد محسوب کرده است:

۱- قرآن کریم می فرماید: «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا» (نساء، ۳۵).<sup>۱</sup>

خداوند در این آیه فرموده نماینده ای از خانواده زوجه و نماینده ای از خانواده ی زوج انتخاب شوند و مشکل زوجین را حل کنند؛ یعنی زوجین را به صلح و سازش دعوت کنند.

مفسران در ذیل این آیه گفته اند: مرد حکمی از جانب خود معین کند و زن هم کسی از طرف خود معین بکند تا میان آنها به اصلاح و سازش حکم بدهند.

<sup>۱</sup>- و اگر از جدایی و شکاف میان آن دو (همسر) بیم داشته باشید، یک داور از خانواده شوهر، و یک داور از خانواده زن انتخاب کنید(تا به کار آنان رسیدگی کنند). اگر این دو داور، تصمیم به اصلاح داشته باشند، خداوند به توافق آنها کمک می کند؛ زیرا خداوند، دانا و آگاه است(و از نیات همه، با خبر است).





(طبرسی، ۱۳۹۰، ج ۵، ص ۱۳۹؛ جرجانی، ۱۳۶۲، ج ۲، ص ۳۴۵؛ عاملی، ۱۳۶۰، ج ۲، ص ۳۹۶؛ طباطبایی، ۱۳۷۴، ج ۴، ص ۵۴۷). همچنین از آیه فهمیده می شود که: انتخاب حکم و وکیل از دو طرف، به خاطر این است که اگر یک وکیل و حکم انتخاب شود احتمال طرفداری وجود دارد لذا آیه دستور داده است که از هر طرف، یک حکم و وکیل انتخاب شوند و میان زوجین به صلح و سازش پردازند. البته روشن است که حکمین باید از میان افراد پخته و با تدبیر و آگاه دو فامیل انتخاب شوند. (مکارم شیرازی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۳۷۷). مفسران، اصلاح کننده ی نزاع زوجین را با تعابیری چون: حکم، داور، میانجی، مصلح و... به کار برده اند. امروزه نزدیک ترین شخصی که می تواند بین زوجین و یا حتی اختلافات دیگر امور را حل و فصل و به سازش و صلح ختم کند، وکیل است.

۲- قرآن کریم می فرماید: «وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ»<sup>۱</sup>. (شوری، ۴۰).

این آیه نیز، صلح و سازش در نزاع را بهتر از محاکمه و شکایت می داند؛ به عبارت دیگر اگر در نزاع های جزایی یا حقوقی، صلح و سازش میان طرفین دعوا اتفاق بیافتد بهتر است و نزدیک به صواب است. مهمترین کسی که می تواند میان طرفین دعوا صلح و سازش برقرار کند، وکلاء هستند. چنان چه برخی از مفسران فرموده اند: این صلح و گذشت؛ مایه انسجام جامعه و کم شدن کینه‌ها و افزایش محبت و موقوف شدن انتقام‌جویی و آرامش اجتماعی است. (مکارم شیرازی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۴۶۵).

## ۲- مواد قانونی

۱- ماده ۶ قانون استقلال کانون وکلا مصوب ۱۳۳۳ از جمله وظایف کانون را نظارت بر حسن اجرای کار وکلا و اداره امور کانون دانسته و ماده ۲۰ آیین نامه همان قانون این مطلب را به لسان دیگر بیان کرده است.

۲- ماده ۳۱ قانون اصلاح پاره ای از قوانین دادگستری مصوب ۱۳۵۶ یکی از تکالیف و وظایف حرفه ای وکلا را سعی در سازش دادن طرفین می داند. ماده ۳۱ قانون مذکور در این

<sup>۱</sup> - کیفر بدی، مجازاتی است همانند آن؛ و هر کس عفو و اصلاح کند، پاداش او با خداست؛ خداوند ظالمان را دوست ندارد!

مورد دستور صریحی را با لسان تکلیف برای وکلای دادگستری مقرر نموده است: «وکلای دادگستری باید در دعاوی حقوق و یا در دعاوی جزایی که با گذشت شاکی تعقیب قانونی آن موقوف می شود قبل از اقامه دعوا سعی نمایند بین طرفین دعوا سازش دهند و انجام این وظیفه را در دادخواست و یا ضمن دفاع تصریح نمایند همچنین بعد از طرح دعوا و در جریان رسیدگی نیز مساعی خود را در این زمینه معمول دارند.» دستور قانونگذار صریح و خالی از هر گونه شبهه و بی نیاز از تفسیر است. نقش و وظیفه وکیل دادگستری در طرح دعاوی و اعلام شکایت خلاصه نمی شود، بلکه این کار آخرین راه حل و درمان است. قبل از هر چیز وکیل موظف است از شعله ور شدن خصومت جلوگیری کند و با سازش دادن طرفین و ترغیب موکل به انعطاف، سلامت و آسایش و اعتماد را به جامعه برگرداند. پس یکی از راههای پایان دادن به پرونده های خانواده، صلح و سازش می باشد. طرفین پرونده خانواده، در هر مرحله ای از رسیدگی، یا قبل از شروع رسیدگی در دادگاه خانواده، می توانند موضوع اختلاف را با صلح و سازش، خاتمه دهند. قانون اصلاح پاره ای از قوانین دادگستری که در سال ۱۳۵۶ به تصویب رسید، سعی در ایجاد صلح و سازش بین طرفین دعوی را، یکی از وظایف وکلای دادگستری، دانسته و مقرر نمود که وکلای دادگستری، باید در پرونده های حقوقی و کیفری که اعلام گذشت شاکی خصوصی، باعث مختومه شدن آن می شود، قبل از طرح پرونده در دادگاه، سعی در ایجاد صلح و سازش، بین طرفین نمایند. وکلای دادگستری مکلفند عمل به این وظیفه قانونی خود را ضمن طرح دعوی و یا در لوایح حقوقی تقدیمی به دادگاه متذکر شوند. ایجاد صلح و سازش بین طرفین دعوی توسط وکیل دادگستری در جریان رسیدگی پرونده در دادگاه نیز از وظایف وکیل دادگستری است. بنابراین نقش وکیل دادگستری، فقط طرح شکایت و یا تقدیم دادخواست نیست بلکه ابتدایی ترین وظیفه وکیل دادگستری، قبل از طرح هرگونه دعوی حقوقی یا شکایت کیفری، سعی در ایجاد صلح و سازش در اختلافات خانوادگی و لزوم دخالت جدی وکیل دادگستری جهت ایجاد صلح و سازش نیز بر کسی پوشیده نیست.

۳- به گفته برخی از محققان، در بخشی از ماده ۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری نیز آمده است که مقام قضایی می تواند برای حصول سازش بین طرفین، موضوع را با توافق آنان به شورای حل اختلاف یا شخص یا مؤسسه ای برای میانجی گری ارجاع دهد. در تبصره این ماده نیز آمده



است که باز پرس می‌تواند تعلیق تعقیب یا ارجاع به میانجی‌گری را از دادستان تقاضا کند. وی به ماده دیگری از قانون آیین دادرسی کیفری جدید در موضوع میانجی‌گری اشاره کرد و گفت: بر اساس ماده ۸۳ این قانون، نتیجه میانجی‌گری به صورت مشروح و با ذکر ادله آن طی صورت‌مجلسی که به امضای میانجی‌گر و طرفین می‌رسد، برای بررسی و تأیید و اقدامات بعدی حسب مورد نزد مقام قضایی مربوط ارسال می‌شود. در صورت حصول توافق، ذکر تعهدات طرفین و چگونگی انجام آنها در صورت‌مجلس الزامی است. (شبنمی، ۱۳۹۶، ص ۲). همچنین لازم به ذکر است: تعقیب موضوع صلح و سازش از طریق دفاتر اسناد رسمی، شوراهای حل اختلاف و مراجع قضایی امکان‌پذیر است همچنین اشخاص می‌توانند شخصا یا از طریق وکلای خود، با حضور در دستگاه قضایی، مراتب صلح و سازش را اعلام کنند. اساس صلح و سازش، توافق طرفین و جلب رضایت بزه‌دیده است و به این منظور، حتما ضروری نیست که خسارتی در این میان پرداخت شده باشد بلکه ممکن است عذرخواهی، به صلح و سازش منجر شود. (همان).

۴- استقلال نهاد و کالت و وکیل دادگستری، به عنوان اصل بدیهی و پذیرفته شده در نظام بین الملل، یکی از شاخص‌های ارزیابی کارآیی دادگستری تلقی می‌شود. در واقع، نقش وکیل در نظارت بر سیستم قضایی جهت حسن اجرای قانون و دفاع از شهروندان در قبال ادعای مدعی العموم، غیرقابل انکار است. بنابراین اثر ایجابی استقلال وکیل در احساس امنیت شغلی، اعتماد به سیستم قضایی، آگاهی بخشی حقوقی به شهروندان و دفاع شجاعانه از حق احتجاج می‌گردد. همچنین اثر سلبی استقلال نیز جلوگیری از استبداد قضایی و نظارت درون سازمانی می‌تواند باشد. از دیگر شاخص‌های توسعه قضایی، ترویج شیوه‌های حل اختلاف از جمله الگوی داوری می‌باشد. قابل توجه است که یکی از وظایف نهاد های وکالت و وکلای دادگستری، سوق دادن دعاوی به سمت صلح و سازش و داوری است. ملاحظه بند ۹ از سیاست‌های کلی نظام در امور قضایی، بند ۲ قسمت و ماده ۲۱۱ قانون برنامه پنجم توسعه مصوب ۱۳۸۹، عموماً راجع به نقشه جامع علمی کشور در رشته علوم انسانی و برنامه چشم‌انداز بیست ساله توسعه، همگی، تأکید بر نقش پررنگ نهاد داوری در توسعه اجتماعی، حقوقی و اقتصادی دارند. (حبیبی، ۱۳۹۴، ص ۵).

۵- در حالی که یکی از اهم وظایف وکیل دادگستری و یا نهاد وکالت، ارشاد اصحاب دعاوی به صلح و سازش و یا داوری است. ملاحظه بند ۶ ماده ۱۸ از لایحه جامع وکالت ( مصوب ۱۳۹۲ قوه مجریه ) نشان می دهد که از جمله اختیارات هیئت مدیره کانون های وکلای دادگستری، ارجاع دعاوی و اختلافات به داوری و صلح دعاوی است. در بند ۵ از ماده ۲۰ همین لایحه و در مقام احصاء وظایف رئیس هیئت مدیره، مقرر شده است که اقدام به صلح و سازش و ارجاع دعاوی کانون به داوری از وظایف مشارالیه است. ماده ۹۰ از لایحه پا را فراتر گذاشته و وکیل دادگستری را که مانع سازش و یا داوری طرفین گردد، متخلف دانسته و مجازات انتظامی درجه ۱ تا ۵ را استحقاق این رفتار می داند. ترویج شیوه های جایگزین حل اختلاف در اسناد بالادستی نیز مورد توجه قرار گرفته است. بنحوی که قوه قضائیه در قانون برنامه پنجساله پنجم توسعه، مکلف شده است تا لایحه نهاد مستقل داوری را تدوین و به مجلس ارائه نماید.

### نتیجه گیری

ما در این تحقیق به این نتیجه رسیده ایم که: شارع و قانون گذار، یکی از تکالیف و وظایف مهم وکلا را سعی در صلح و سازش دادن طرفین می داند. به عبارت دیگر وکلای دادگستری باید در دعاوی طرفین، قبل از اقامه دعوا سعی نمایند بین طرفین دعوا سازش دهند و انجام این وظیفه را در دادخواست و یا ضمن دفاع تصریح نمایند و بعد از طرح دعوا و در جریان رسیدگی نیز مصلحیت و میانجیت خود را در این زمینه ارائه دهند. و از آن جا که کانون وکلای دادگستری، وظیفه ی نظارت بر حسن اجرای کار وکلاء دارد در مورد وکلایی که بخواهند دعاوی موکل را از طریق سازش با داوری حل و فصل نمایند، نیز باید تدابیر و نظارت های ویژه ای داشته باشند. پس از این رو تکلیف سازش بین طرفین تا پایان رسیدگی به دعوا بر دوش وکلاء می باشد و وکیل موظف است نتیجه اقدامات خود را در مورد سازش دادن طرفین ضمن دادخواست بنویسد و به دادگاه گزارش دهد.



## منابع و مأخذ

۱. ابن احمد، خليل فراهیدی، کتاب العین، دارالهجره، قم، ۱۴۰۵، چاپ اول.
۲. اصفهانی، محمد حسین، حاشیه المکاسب، دارالذخائر، قم، ۱۴۰۸، چاپ دوم.
۳. ابن فارس، احمد، معجم مقاییس اللغة، مکتب الاعلام الاسلامی، تهران، ۱۴۰۴.
۴. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ۶ جلد، انتشارات اسلامیة، تهران - ایران، ۱۳۸۹.
۵. انیس، ابراهیم، المعجم الوسیط، المکتبه الاسلامیه، استانبول، ۱۴۱۴.
۶. انصاف پور، غلامرضا، فرهنگ فارسی، انتشارات زوار، تهران، ۱۳۷۷، چاپ سوم.
۷. بهشتی، محمد، فرهنگ صبا، انتشارات صبا، ۱۳۷۲، تهران.
۸. جر، خلیل، لاروس، مکتبه لاروس، قم، مرکز تحقیقات کامپیوتری، علوم اسلامی، ۱۳۹۰.
۹. جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح، دارالعلم للملایین، بیروت، ۱۴۰۷، چاپ چهارم.
۱۰. حبیبی درگاه، بهنام، نقش استقلال وکیل در توسعه نهاد داوری، سایت گوگل، ۱۳۹۰.
۱۱. حسینی، سید محمد، فرهنگ لغات و اصطلاحات فقهی، تهران، انتشارات سروش، ۱۳۸۹.
۱۲. داعی الاسلام، سید محمد علی، فرهنگ نظام، شرکت دانش، تهران ۱۳۶۳، چاپ دوم.
۱۳. دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، زیر نظر دکتر معین، تهران، شرکت چاپ، ۱۳۴۷ ه.ش.
۱۴. راغب اصفهانی، مفردات الفاظ القرآن، دارالقلم، دمشق، ۱۴۱۲.
۱۵. رشتی، حبیب الله، فقه الامامیه، مطبعه الحیدری، تهران، ۱۳۹۵، چاپ اول.
۱۶. رضا، احمد، معجم متن اللغة، دارمکتبه الحیاء، بیروت، ۱۳۷۸.



۱۷. زبیدی، مرتضی، تاج العروس، قم، مرکز تحقیقات کامپیوتری، علوم اسلامی، ۱۳۹۰.
۱۸. سرخسی، ابی بکر محمد بن احمد، المبسوط، بیروت دارالاحیاء التراث العربی، ۲۰۰۲.
۱۹. شیخ طوسی، محمد حسن، المبسوط، قم، مرکز تحقیقات کامپیوتری، علوم اسلامی، ۱۳۹۰.
۲۰. شرتونی، سعید، اقرب الموارد، مکتبه لبنان، بیروت، ۱۹۹۲، چاپ دوم.
۲۱. شیخ الشریعه اصفهانی، فتح الله بن محمد، نخبه الازهار، المطبعة العلمیه، قم، ۱۳۹۸.
۲۲. شهید ثانی، زین الدین بن علی، شرح لمعه، مترجم علی شیروانی، قم، مؤسسه انتشارات دارالعلم، ۱۳۸۴.
۲۳. صدری، غلامحسین، فرهنگ فارسی امروز، مؤسسه نشر کلمه، تهران، ۱۳۷۵، چاپ دوم.
۲۴. عاملی، ابراهیم، تفسیر عاملی، ۸ جلد، کتابفروشی صدوق - ایران - تهران، چاپ: ۱، ۱۳۶۰ ه. ش.
۲۵. عسقلانی، ابن حجر، فتح الباری شرح صحیح البخاری، بیروت، دارالمعرفه، ۱۴۰۸.
۲۶. علامه حلی، یوسف بن مطهر، تذکره الفقهاء، قم، مرکز تحقیقات کامپیوتری، علوم اسلامی، ۱۳۹۰.
۲۷. عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، انتشارات امیر کبیر، تهران، ۱۳۷۳، چاپ سوم.
۲۸. فروتن، مجید، فرهنگ فارسی دانش، انتشارات مهتاب، تهران ۱۳۷۴، چاپ اول.
۲۹. فیومی، احمد، مصباح المنیر، قم، مرکز تحقیقات کامپیوتری، علوم اسلامی، ۱۳۹۰.





پروفیسر شگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی  
پرتال جامع علوم انسانی



## فصلنامه بین المللی قانون یار

License Number: 78864 Article Cod: 2021S4D16SH5M8854 ISSN-P: 2538-

### تحلیل و واکاوی ثبتي بازداشت و رفع بازداشت اسناد مالکیت

(تاریخ دریافت ۱۳۹۹/۰۹/۱۵، تاریخ تصویب ۱۴۰۰/۰۱/۱۸)

رامیندخت فرییز

#### چکیده

توقیف به معنای بازداشت و بازداشتن و به طور کلی، به معنای سلب آزادی از شخص یا مال او با حالت انتظار ترخیص است، که در صورت نخست، توقیف شخص و در صورت دوم توقیف مال صدق می کند. قانون آیین دادرسی مدنی در ماده ۱۲۶ درباره توقیف اموال مقرر کرده است که «توقیف اموال، اعم از منقول و غیرمنقول و صورت برداری، ارزیابی و حفظ اموال توقیف شده و توقیف حقوق استخدامی خوانده و اموال منقول وی که نزد شخص ثالث موجود است، به ترتیبی است که در قانون اجرای احکام مدنی پیش بینی شده است». بنابراین، توقیف اموال چه منقول و چه غیرمنقول، باید مطابق مقررات قانون اجرای احکام مدنی صورت گیرد. ماده ۱۲ قانون مدنی، مال غیرمنقول را چنین تعریف کرده است: «مال غیر منقول آن است که از محلی به محل دیگر نتوان نقل کرد، اعم از اینکه استقرار آن ذاتی باشد یا به واسطه عمل انسان، به نحوی که نقل آن مستلزم خرابی یا نقص خود مال یا محل آن شود». همچنین بر اساس ماده ۱۹ همین قانون، «اشیایی که نقل آن از محلی به محل دیگر ممکن باشد، بدون این که به خود یا محل آن خرابی وارد آید، منقول است». در این مقاله قصد داریم به بررسی و تحلیل حقوقی بازداشت و رفع بازداشت از املاک را مورد مذاقه و بررسی قرار دهیم و به معایب و مزایای هر کدام از دو مورد مذکور در نظام حقوقی ایران پردازیم.

**واژگان کلیدی:** بازداشت ملک، فک رهن، اسناد رهنی، ملک غیرمنقول، ملک رهنی، توقیف

ملک، رفع توقیف

۵۷۷

