

## رسائل

مجله فقهی-حقوقی مجتمع فقه، حقوق و قضای اسلامی

سال نهم- شماره اول- پیاپی یازدهم- پاییز و زمستان ۱۴۰۲

صفحات ۱۵۱ تا ۱۷۵

علیرضا غلامی\*

saeed13gholami@gmail.com

# نشست علمی «موضوع شناسی پژوهش های فقهی- حقوقی دستگاه قضا»

## مقدمه

نشست علمی «موضوع شناسی پژوهشی فقهی- حقوقی دستگاه قضا» با حضور دکتر سید بهزاد پورسید قائم مقام رئیس سابق پژوهشگاه قوه قضائیه، توسط مدرسه عالی قضاوت برگزار شد. دکتر پورسید در ابتدای این نشست به معرفی اجمالی پژوهشگاه قوه قضائیه و بیان وظائف و فعالیت های این مرکز پرداختند. سپس چالش های پژوهشی در عرصه فقهی- حقوقی و قضایی و نیز چالش هایی که نظام حقوقی ایران با آن مواجه است را مورد بررسی قرار دادند. وی در ادامه، موضوع شناسی در مسایل فقهی- حقوقی را به دو نوع پسینی و پیشینی تقسیم کردند و به طور خلاصه به بیان بایسته های تحقیق و پژوهش خصوصاً در مسائلی قضایی پرداختند. دکتر پورسید در بخش پایانی این نشست به معرفی برخی موضوعات پژوهشی در نظام های مختلف حقوقی مانند نظام حقوقی قراردادها، نظام حقوقی خانواده و... پرداختند. در این شماره، به موضوعات فقهی- حقوقی مورد نیاز در دستگاه قضا اشاره شده است.

\* فارغ التحصیل مدرسه عالی قضاوت و طلبه سطح عالی حوزه علمیه قم.

۱. بسیاری از گزارش های پژوهشگاه در سایت پژوهشگاه قوه قضائیه به آدرس [www.ijri.ir](http://www.ijri.ir) موجود است. همچنین می توان حدود چهل هزار رأی را در بانک داده های آرای قضایی در بخش سامانه آراء و رویه های قضایی این سایت جستجو کرده و به آن ها مراجعه کرد. در حال حاضر آراء سال های ۹۱ تا ۹۳ در این سامانه موجود است و به زودی آراء مربوط به سال های ۹۴ و ۹۵ هم در سامانه بارگزاری خواهد شد. این چهل هزار رأی از حدود یک و نیم میلیون رأی قرائت شده، انتخاب شده و چکیده و کلیدواژه های آن نوشته شده است. البته در برخی موارد مستندسازی هم انجام گرفته است. همچنین یک طرح درختواره وجود دارد که می توان آراء را به صورت دسته بندی در آن ملاحظه کرد و در هر موضوع ارتباط بین موضوعات حقوقی، کیفری و غیره را برقرار کرد.

## ۱. محورها و موضوعات

در این بخش به محورها و موضوعات مورد ابتلاء دستگاه قضا که قابلیت تمرکز علمی و انجام کار پژوهشی بر آنها وجود دارد پرداخته می‌شود.

### ۱.۱. محور اول: حقوق و عدالت

این بحث از منظر فلسفه حقوق قابل توجه است که آیا در حوزه تقنین و قضا تکلیفی برای اجرای عدالت داریم یا خیر؟ در این زمینه تئوری‌های متعددی وجود دارد؛ برخی معتقدند تکلیف در حوزه تقنین و قضا حفظ نظم اجتماعی است و هیچ ربطی هم به عدالت ندارد. برخی هم معتقدند که هم در تقنین و هم در قضا وظیفه ما رعایت و حفظ عدالت است. طبق برخی از تئوری‌های افراطی هر آنچه که در قانون آمد، عدالت است. این که کدام یک از این تئوری‌ها مورد پذیرش واقع شود و چه نگاهی باید حاکم باشد، بسیار مهم است.

بسیاری از مباحث ماهوی نظیر مشروعیت قوانین، ماهیت قوانین، نسبت عدالت و قوانین، ارتباط حقوق اسلامی و جهان بینی و... قابل طرح است ولی به بحث از تبیین جایگاه عدالت در نظام حقوقی کشور می‌پردازیم. بحث از این که آیا اصول حقوقی ما باید از عدالت تبعیت کند یا خیر؟ مثلاً در قوانینی مانند حمایت از مصرف کننده و قانون موجر و مستاجر، حمایت از حقوق مؤلفین و مصنفین، آیا به دنبال عدالت هستیم؟ قوانین موجر و مستاجر از قبل از انقلاب گاهی افراطی و گاهی تفریطی تدوین شده است. گاهی اوقات قانون را به نفع موجر نوشته‌ایم و گاهی اوقات به نفع مستاجر. گاهی مشکل این بوده است که مستاجرین و تقاضا زیاد است و لذا موجرین زور می‌گفته‌اند، بنابراین قانونگذار قانون را به نفع مستاجر تنظیم کرده است، در برخی از اوقات نیز برای ترغیب موجر، قانون را به نفع موجر تنظیم کرده است. این روند در قانون‌های سال‌های ۵۶ و ۶۲ و ۷۶ مشخص است. در قانون ۷۶ نظام موجر و مستاجر را به حقوق مدنی و نظام فقه نزدیک کردیم اما مشکل حل نشد.

ضابطه عدالت در قانون چیست؟ چگونه یک قانون عدالت را تضمین کرده است؟ چگونه می‌توان این تضمین عدالت را ارزیابی کرد؟ بحث از عدالت در برخی از موضوعات شکلی هم مطرح

است. مثلاً در قانون آیین دادرسی مدنی که یک قانون شکلی است مواردی نظیر مرور زمان وجود دارد. پرسش اینجا است که آیا مرور زمان به نفع مردم است و موجب تضمین حقوق آنها می‌شود یا خیر؟ پس گاهی اوقات نگاه ماهوی و گاهی نگاه شکلی به عدالت داریم. برای روشن شدن بحث دو مثال مطرح می‌کنیم.

### ۱.۱.۱. مثال اول: اعتبار سند رسمی

در کشور ما چندین سال است که موضوع سند رسمی تبدیل به مشکل نظام حقوقی شده است. این مسئله در مواد ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت<sup>۱</sup> و ۱۳۰۹ قانون مدنی<sup>۲</sup> که شورای نگهبان آن را خلاف شرع اعلام کرد، مطرح شده است. آیا اساساً برای این که کسی را مالک بشناسیم باید سند رسمی داشته باشد و یا این که سند عادی هم کفایت می‌کند؟ در قبل از انقلاب به نظم اجتماعی بها داده شد و ملکیت کسی که سند رسمی ندارد به رسمیت شناخته نشد، اما بعد از انقلاب با این مشکل مواجه شدیم که بسیاری از معاملات مردم قول‌نامه‌ای است. بسیاری از دعاوی که الان در دادگستری مطرح است مبتنی بر همین دعاوی است که مستند آن قول‌نامه است. اگر مواد ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت را مبنا قرار دهیم باید همه این دعاوی را رد کنیم و به دلیل این که سند رسمیت ندارند، قرار عدم استماع صادر کنیم. از سوی دیگر، به دلیل این که بیع واقع شده پس باید ملکیت هم واقع شده باشد و باید همه این دعاوی رسیدگی شود. بحث عالم ثبوت و اثبات است. در واقع باید دید آیا عالم اثبات فقط اثر شکلی دارد و یا اینکه اثر ماهوی هم دارد؟ نیز تاثیر ثبت و تنظیم سند رسمی در حصول مالکیت چیست؟

یکی از چالش‌های ما در نظام بین‌المللی در بحث ارزیابی سهولت کسب و کار، بحث از شاخص‌های حقوق مالکیت است. در دنیا نظام‌های قضایی بر مبنای حمایت از مالکیت مورد سنجش قرار می‌گیرد و ما در ایران به دلیل اینکه دعاوی مالکیت را خارج از سند رسمی می‌پذیریم،

---

۱. ماده ۴۷: در نقاطی که اداره ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی موجود بوده و وزارت عدلیه مقتضی بداند ثبت اسناد ذیل اجباری است: ۱- کلیه عقود و معاملات راجعه به عین یا منافع اموال غیرمنقوله که در دفتر املاک ثبت نشده ۲- صلح‌نامه و هبه‌نامه و شرکت‌نامه.

ماده ۴۸: سندی که مطابق مواد فوق باید به ثبت برسد و به ثبت نرسیده، در هیچ یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد. ۲. ماده ۱۳۰۹: در مقابل سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در محکمه محرز شده دعوی که مخالف با مفاد یا مندرجات آن باشد به شهادت اثبات نمی‌گردد.

در استانداردهای بین المللی رتبه فوق العاده پایینی داریم و در دنیا معتقدند که نظام حقوقی ما تضمین مالکیت نمی کند چرا که دعاوی خلاف سند رسمی را استماع می کنیم.

بعد از بیان این مقدمه به شما به عنوان یک پژوهشگر می گویم که چالش نظام قضایی در این زمینه دو چیز است:

۱. افزایش تعداد پرونده های حقوقی مبتنی بر دعاوی مالکیت.

۲. عدم اعتبار ویژه سند رسمی نسبت به سایر ادله.

عدم اعتبار سند رسمی نسبت به سایر ادله، مطابق نظر شورای نگهبان و در ذیل ماده ۱۳۰۹ است. سابقاً ماده ۱۳۰۹ بیان می داشت که نمی توان با شهادت شهود، امری خلاف سند رسمی را اثبات کرد ولی شورای نگهبان این ماده از قانون مدنی را خلاف شرع اعلام کرده است. پس سند رسمی نسبت به شهادت شهود هیچ ارزش ویژه ای ندارد و هم عرض همه ادله قرار می گیرد. آیا این امر درست است یا خیر؟ آیا عدالت، تضمین مالکیت فرد است و یا این که عدالت ایجاد نظم حقوقی و اعتبار بخشیدن به سند رسمی و کاهش دعاوی مالکیت است؟ رویکرد ما چیست و نظام قضایی ما چه کاری باید انجام دهد؟ بدون تعارف، تکلیف ما در این مسئله روشن نیست. آقای لاریجانی در یک جلسه به صراحت این پرسش را مطرح کردند که تکلیف ما در دعاوی سند رسمی چیست؟ پاسخ به این پرسش به رویکرد ما برمی گردد که عدالت در نظم حقوقی است یا تضمین حقوق مالکیت.

### ۱.۱.۲. مثال دوم: قطعیت احکام

مراحل دادرسی در نظام دادرسی ما عبارتند از: رسیدگی بدوی، رسیدگی تجدیدنظر، و خواهی در دعاوی غیابی، اعاده دادرسی، فرجام خواهی، فرجام خواهی خاص از طریق دادستان و یک اعاده دادرسی خاص که عبارت است از اعتراض به حکم بر اساس عنوان خلاف شرع یا قانون از طریق رئیس قوه قضائیه که ماده ۴۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری به آن اشاره می کند.

معمولاً برای اینکه یک پرونده قطعیت پیدا کند، تمام این موارد در آن طی می شود. به همین دلیل فرآیند رسیدگی طول می کشد و در حال حاضر اطاله دادرسی یکی از مسائل جدی در کشور ما

است. اطاله دادرسی یعنی یک پرونده از صفر تا صد برای اینکه من بتوانم به عنوان صاحب حق، از تضمین حق خودم از طریق اجرای احکام برخوردار بشوم، تمام فرآیندهای تعریف شده را طی کند که بسیار زمان بر است. به عبارت دیگر قبل از اتمام این مراحل، احکام می‌تواند غیر قطعی باشد و مورد اعتراض قرار گرفته و اجرا نشود. در این جا سوال این است که آیا عدالت تسریع در رسیدگی احقاق حقوق مردم است و یا این که عدالت این است که فرد به حق خود برسد ولو این که یک پرونده ده سال به طول انجامد؟ باید بین این دو، یک نظر را انتخاب کنیم؟ آیا عدالت در عدم قطعیت است و یا در امکان اعتراض و یا این که قطعیت و عدم قطعیت دایر مدار قاضی منصوب یا مأذون است؟ بدین صورت که رای قاضی منصوب را قطعی بدانیم اما در مورد قاضی مأذون همیشه می‌توان اعتراض کرد؟ غربی‌ها یک تئوری به نام انتخاب عمومی<sup>۱</sup> دارند. باید دید در مقام انتخاب عمومی، اقتضای عدالت، انتخاب کدام یک از این موارد است؟

رویه قضایی در این مسئله بسیار مختلف است. بسیاری از قضات بر اساس مواد ۴۷ و ۴۸ و بسیاری از قضات بر اساس ۱۳۰۹ رای می‌دهند. این اختلاف آرا به دلیل مخدوش بودن نظام تقنین است. یکی از چالش‌های جدی ما، کمی نقش آفرینی دیوان عالی کشور به عنوان رای وحدت رویه است. به کرات با این تعارض آرا مواجه می‌شوید که نیازمند حضور و تاثیرگذاری جدی دیوان عالی کشور هستیم. در طول ۱۳ سال گذشته دیوان عالی کشور کمتر از ۷۰ رای صادر کرده است در حالی که وظیفه دیوان عالی کشور، ارتقا آراء و ایجاد وحدت رویه است. این میزان بسیار کم است و بدین معناست که دیوان عالی کشور باید جدی‌تر به وظیفه خود عمل کند. با این تعداد رای وحدت رویه مشکل تعارض آرا حل نمی‌شود. این اختلاف و تعدد آراء باعث فساد می‌شود؛ چون وکلا در ارجاع آراء به شعبه‌های خاص نقش آفرینی می‌کنند تا پرونده خود را به شعبه‌ای که رای را مطابق با نظر وکیل است ارجاع دهند. برای این کار قبل از تلاش برای ارجاع پرونده سعی می‌کنند تا از رویه‌ای که قاضی شعبه بر اساس آن رای می‌دهند مطلع شوند و بعد تمام تلاش خود را برای ارجاع پرونده به آن شعبه انجام می‌دهند. این مسئله که یک پرونده در یک شعبه یک رای بگیرد و در شعبه دیگر رأی

---

۱. Public Choice

دیگری بگیرد قطعاً عدالت نیست. قضات انگلیس گاهی به رای یک قاضی در سیصد سال پیش استناد می‌کنند، یعنی خود قضات رویه ایجاد می‌کنند، یعنی قاضی سعی می‌کند نظر خود را با قاضی سابق تطبیق دهد در حالی که قاضی فعلی ما می‌گوید نظر من است و این امر موجب تعدد و تعارض آراء قضایی می‌شود.

در حال حاضر در این مسئله با مشکل تعارض قوانین مواجه هستیم. برخی از قضات مواد ۴۷ و ۴۸ را اجرا می‌کنند و برخی معتقدند این دو ماده منسوخ هستند. این در حالی است که در مجموعه قوانین آمده است که طبق نظریه شورای نگهبان ماده ۱۳۰۹ حذف شده است. دکتر کاتوزیان معتقدند شورای نگهبان صلاحیت اعمال نظر در مورد قوانین قبل از انقلاب را ندارد. قبل از اصلاحات قانون اساسی در سال ۶۸ شورای عالی قضایی بخش نامه‌ای برای قضات ارسال کرد بدین مضمون که اگر شورای نگهبان قانونی را خلاف شرع اعلام کرده باشد، قضات مکلف به تبعیت نیستند مگر این که شورای عالی قضایی به آنها ابلاغ کرده باشد. این امر حاکی از این است که نظریه دکتر کاتوزیان مسبوق به سابقه است و شورای عالی قضایی هم در صلاحیت شورای نگهبان در مورد قوانین قبل از انقلاب تردید داشته‌اند. برخی دیگر معتقدند که این موارد مشروع است تا زمانی که شورای نگهبان اعلام نظر کند. این مورد از جمله مشکلات حقوقی است که باید حل شود.

## ۲.۱. محور دوم: حقوق و اخلاق

یکی دیگر از مشکلات مبنایی ما این است که رابطه حقوق و اخلاق در کشور ما آنطور که شایسته است، مشخص نیست. یکی از بحث‌های جدی ما در این حوزه مربوط به مسئولیت‌های حرفه‌ای است. سوالی که در مورد افرادی نظیر پزشکان، پرستاران، وکلا، خبرنگاران، مشاوران، مهندسی‌ن ناظر و حسابداران مطرح می‌شود این است که آیا وظیفه آنها با وظیفه فرد عادی یکی است؟ مثلاً اگر حال کسی در خیابان بد شود، آیا پزشک هم مانند فرد عادی می‌تواند بدون رسیدگی از کنار این فرد بگذرد؟ در نظام‌های غربی یک سری کدهای رفتاری نوشته‌اند برای این که افراد یک سری الزامات اخلاقی در یک سری حرفه‌ها دارند. مانند این که پزشک، امین اسرار مریض است. آیا ما

تکلیف این مسئولیت‌های حرفه‌ای را در نظامات حقوقی خود روشن کرده‌ایم؟

در زمان خصوصی‌سازی یک شرکت، وزارت اقتصاد به وکلا و حسابداران تکلیف کرده است که اطلاعات مالی این شرکت را شفاف کنند. در این صورت اگر حسابداری اطلاعات غلط بدهد و ما براساس این اطلاعات غلط و تصور اینکه شرکت خیلی سودآور است، اقدام به خرید آن کنیم اما در ادامه مشخص شود که زیان انباشته دارد؛ آیا چنین فردی که مسئولیت حرفه‌ای دارد با کسی که خبر را در روزنامه منتشر می‌کند، از یک مسئولیت برابر برخوردارند؟ در واقع حسابدار اطلاعات مالی شرکت را داشته ولی با این وجود ما را فریب داده است اما فرد دیگر تنها خبر را منتشر کرده است. در حال حاضر بحث مسئولیت‌های حرفه‌ای در دنیا به شدت در حال گسترش است در حالی که ما درباره آن غفلت کرده‌ایم.

بحث کارکردهای اخلاق در حقوق، بسیار مسئله مبنایی و مهمی است، چرا که بسیاری از تعهداتی که امین، وکیل، وصی، ولی، قیم و صاحبان مشاغل و حرفه‌های مختلف دارند، تعهدات اخلاقی است. این مسئله، ضرورت پرداختن به تبیین رابطه بین حقوق و اخلاق و اخذ مبنای صحیح در این مسئله را روشن می‌سازد.

### **تأثیرات اخلاق اجتماعی در قانون‌گذاری**

موضوع تأثیرات اخلاق اجتماعی در قانون‌گذاری یکی از چالش‌های ماست. مثلاً در زمان اصلاح قانون حمایت از خانواده با یک بحث جدی مواجه شدیم. در این قانون بیان شده بود که افراد حق ازدواج با فرزندخوانده را ندارند. شورای نگهبان این موضوع را خلاف شرع اعلام کرد و بیان کرد در این جا رابطه محرمیت وجود ندارد تا مانع ازدواج شود. ممکن است بگوییم این نظر از جهت فقهی درست است اما بحث اخلاقی و اجتماعی هم مطرح است. بر این اساس آیا به مصلحت است که کسی که فرزندی را به فرزندخواندگی می‌گیرد در ادامه با او ازدواج کند؟ در این صورت رابطه‌ای که این دو در طول فرزندخواندگی دارند مبتنی بر چیست؟ آیا امکان دارد فرد به طمع ازدواج آتی، این شخص را به فرزندخواندگی درآورد؟ آیا امکان دارد که نوع رفتارش با شخص را با نگاه‌های دیگری تنظیم کند؟ این نوع از مباحث مربوط به اخلاق اجتماعی است. آیا اخلاق اجتماعی در نظیر این

موارد می‌تواند برای ازدواج با فرزندخوانده محدودیت‌هایی را اقتضا کند؟ این مسئله قابل تاملی است که آیا مالزمامی‌توانیم چنین مواردی را از ادله حقوقی استنباط کنیم؟

به عنوان مثال دیگر، آیا شروطی که در عقدنامه‌ها شرط می‌شود توانسته است نظام حقوقی خانواده را از تزلزل نجات دهد؟ در حالی که دعاوی خانوادگی کم نشده است و روابط زوجین را که بر مبنای اخلاق استوار بود، به صورت حقوقی درآوردیم. بنده فکر می‌کنم یکی از اشتباهاتی که الان هم آن را مرتکب می‌شویم آموزش‌های حقوقی به زوجین است. خانواده بر مبنای قوانین حقوقی درست نمی‌شود. خانواده پایه اخلاقی می‌خواهد. ما هر زمانی که اخلاق را در دل حقوق تعریف کردیم به مشکل برخوردیم. بسیاری از تعهداتی که افراد نسبت به هم دارند را جرم انگاری کردیم؛ نظیر نفقه؛ یعنی شوهر اگر نفقه ندهد می‌توان او را زندانی کرد، در واقع نه تنها رابطه اخلاقی را حقوقی کرده‌ایم، علاوه بر آن جرم انگاری نیز نموده‌ایم. بنده معتقدم قواعد اخلاقی ما به دلیل اینکه مبتنی بر باورهای دینی و فرهنگ‌های اخلاقی است می‌توانست ضمانت اجرای موثرتری نسبت به قواعد حقوقی داشته باشد. اگر اخلاق را حقوقی کنیم مردم از هم طلبکار می‌شوند و نتیجه آن وضعیت فعلی کشور ما است.

بنده در سفر به سمنان از رئیس دادگستری سمنان شنیدم که میزان تحصیلات مردم در این استان به نسبت متوسط کل کشور بالاتر است. همچنین میزان دعاوی این استان نیز زیاد است. آیا احتمال دارد که بین افزایش سطح تحصیلات و رجوع به دادگستری رابطه‌ای وجود داشته باشد؟ در زمانی که سطح تحصیلات مردم افزایش می‌یابد، توقعات آنها از هم بیشتر می‌شود و عفو و گذشتی که قبلاً در جامعه سنتی داشتیم، دیگر نخواهیم داشت. قبلاً افراد گذشت می‌کردند ولی الآن می‌گویند حق من است. این احتمال را برای رئیس دادگستری مطرح کردم و گفتم نیازمند مطالعه است. در یک مطالعه‌ای که در پژوهشگاه انجام دادیم ارتباط بین افزایش دعاوی با سطح سواد و درآمد و اشتغال در پنج جرم اول کشور بررسی شد. این مطالعه در برخی استان‌ها کاملاً معنادار است. این اطلاعات می‌تواند مورد برنامه‌ریزی قرار گیرد و به عنوان مثال در یک استان با افزایش اشتغال و درآمد، جرم‌زدایی نمود. در این صورت چنین فعالیت و عملکردی تنها به قوه قضائیه ارتباط ندارد

چرا که افزایش درآمد و اشتغال زایی وظیفه دولت است.

### ۳.۱. محور سوم: نظام حقوقی قراردادها

یکی دیگر از چالش‌های دستگاه قضایی کشور، چالش‌های موجود در نظام حقوقی قراردادهاست که در ادامه بررسی می‌کنیم.

#### ۱.۳.۱. چالش اول: نیازهای جدید

نیازهای امروز ما در حوزه قراردادها با پیچیدگی‌هایی که به وجود می‌آید با پنجاه سال پیش متفاوت است. گاهی یک قرارداد با حجم یک صفحه نوشته می‌شد ولی الآن در برخی قراردادها متن قرارداد به پنجاه صفحه می‌رسد مانند قراردادهای مشارکت و قراردادهای انتقال تکنولوژی. مثلاً شرکت ایران خودرو در قرارداد با پژو فرانسه یک متن قرارداد، ۱۰۰ صفحه‌ای و یک متن پیوست به حجم پنج هزار صفحه دارد. وقتی قاضی با چنین حجمی از قرارداد روبرو می‌شود کار خیلی پیچیده می‌شود. این مسئله‌ای است که نیاز به کار علمی دقیق دارد.

#### ۲.۳.۱. چالش دوم: عقود مرکب

بسیاری از قراردادهای ما به صورت ساده و نظیر بیع و اجاره صرف نیست، بلکه بسیاری از قراردادهای ما به صورت ترکیبی از قراردادها است. یکی از مباحث مطرح در عقود مرکب، تجزیه آن است. یعنی اگر یک جز از آن باطل شد، آیا روی سایر اجزای هم تاثیر می‌گذارد؟

#### ۳.۳.۱. چالش سوم: ضمانت اجرای جدید

یکی دیگر از چالش‌های نظام حقوقی قراردادها، جوابگو نبودن ضمانت‌های سنتی نسبت به عقود و قراردادهای جدید است. به عنوان مثال وقتی در قانون مدنی از نقض تعهدات قراردادی صحبت می‌شود، فوراً به عنوان ضمانت اجرا از فسخ قرارداد سخن به میان می‌آید در حالی که فسخ، جوابگوی نیازهای ما نیست. در برخی از موارد پایبندی و التزام طرفین به تعهدات قراردادی خود، مناسب‌ترین ضمانت اجرا است. در تغییرات و مشکلات اقتصادی و تحولات اجتماعی باید به دنبال ضمانت‌های جدید بگردیم.

در مواد ۲۳۷ و ۲۳۹ قانون مدنی<sup>۱</sup> در بحث شرط فعل، یک ضمانت اجرای طولی قرار داده شده

۱. ماده ۲۳۷. هر گاه شرط در ضمن عقد شرط فعل باشد اثباتاً یا نفیاً کسی که ملتزم به انجام شرط شده است باید آن را به جا

است. اگر شرطی فعلی قرار داده شد و مشروط علیه این شرط را اجرا نکرد، مشروط له، اول اجبار و الزام مشروط علیه و بعد فسخ قرارداد را مطالبه می‌کند. در هیچ نظام حقوقی این نظام طولی وجود ندارد بلکه در عرض هم هستند. آقای خوبی در فقه المعاملات همین مبنا را پذیرفته‌اند. ایشان معتقدند در شرط فعل فرد می‌تواند یا فسخ کند و یا التزام بخواهد. در این موضوع ما با چالش روبرو هستیم. این ضمانت اجرا جواب نمی‌دهد و موجب اطاله دادرسی می‌شود، چرا که ابتدا باید طرح دعوا کرد و بعد به سراغ فسخ رفت در حالی که اگر من حق انتخاب داشتم ممکن بود ابتدائاً قرارداد را فسخ کنم.

یکی از موارد پر کاربرد در قراردادهای ما وجه التزام است. آیا این وجه التزام فعلی همان وجه التزام سنتی است؟ براساس ماده ۲۳۷ و ۲۳۹ قانون مدنی اگر وجه التزامی در قرارداد تعیین شده باشد، در صورت تخلف، دادگاه مکلف است براساس همان وجه التزام رای دهد، خواه خسارت کمتر از وجه التزام و یا بیشتر باشد. در حال حاضر با وجه التزام شناور در قراردادها مواجه هستیم، مثلاً وجه التزام به میزان ۱۵۰ درصد خسارت. آیا این شرط از لحاظ فقهی درست و قابل پذیرش است و موجب غرر نمی‌شود؟

#### ۴.۳.۱. برخی موضوعات در نظام حقوقی قراردادها

##### ۱.۴.۳.۱. قرارداد پیش فروش ساختمان

ماهیت و آثار این قرارداد در نظام حقوقی ما معلوم نیست. در قانون مربوط به پیش فروش ساختمان مواد عجیبی وجود دارد که نمی‌توان آنها را با بیع سنتی یا قراردادهای تعهد بر بیع تحلیل کرد. آیا قرارداد پیش فروش ساختمان به بیع است و از آثار و احکام آن برخوردار است یا عقد دیگری است یا از عقود مرکب است و یا اصلاً عقد جدیدی است؟

##### ۲.۴.۳.۱. تاثیر شرایط شکلی بر قراردادها

براساس قانون موجر و مستاجر حتماً دو شاهد باید در قرارداد اجاره وجود داشته باشد. در این صورت اگر دو شاهد وجود نداشت، آیا قرارداد باطل است؟ دلیل این شرایط شکلی چیست؟ در قانون

---

بیاورد و در صورت تخلف طرف معامله می‌تواند به حاکم رجوع نموده، تقاضای اجبار به وفاء شرط بنماید. ماده ۲۳۹. هر گاه اجبار مشروط علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد، طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت.

پیش فروش ساختمان ذکر شده که قرارداد حتماً باید در دفترخانه رسمی ثبت شود، دلیل این امر چیست؟ معلوم نیست که این شرایط شکلی مبتنی بر چه چیزی فرض شده است؟ قانونگذار این شرایط را با چه منظوری در نظر گرفته است؟

### ۳.۴.۳.۱. رابطه عقود پایه و قراردادهای ثانوی

فرض کنید یک قرارداد بیع بسته شده و براساس آن چک و یا حواله صادر شده است. اگر قرارداد بیع باطل باشد، قرارداد دوم درست است و یا باطل؟ در این صورت آیا باید چک پرداخت شود یا خیر؟ آیا اصل تجریدی بودن و استقلال، حاکم است؟

دکتر کاتوزیان و دکتر شهیدی معتقد بودند که عقودی به نام عقود تبعی وجود دارد مانند عقد حواله و عقود ضمان که مبتنی بر یک عقد پایه هستند. آیا بین عقود پایه و عقد تبعی رابطه ای وجود دارد تا بطلان و عدم نفوذ عقد پایه در عقد تبعی تأثیر بگذارد؟ وضعیت این رابطه در نظام حقوقی ما روشن نیست.

### ۳.۴.۴.۱. رگولاتوری در قراردادهای (قاعده‌گذاری دولت در نحوه فروش و خدمات شرکت‌ها)

فرض کنید از وزارت ارتباطات برای فروش خدمات اینترنتی مجوز گرفته شده است. وزارت ارتباطات برای قراردادی که شرکت اینترنتی می‌بندد، شرایط می‌گذرد و نباید از آن تخلف کرد. آیا دولت می‌تواند برای نحوه فروش شرکت قاعده‌گذاری کند؟ آیا دولت می‌تواند در صورت تخلف اقدام به جریمه و یا ابطال قرارداد نماید؟ مستند فقهی و حقوقی این عمل چیست؟

### ۳.۴.۵.۱. شروط غیر منصفانه و تأثیر آن بر قراردادهای

با اصطلاحی تحت عنوان شروط غیر منصفانه<sup>۱</sup> در حقوق غرب مواجه هستیم. بر این اساس، شرکت ملزم می‌شود که اگر تصمیم داشت کالایی را به دیگران بفروشد، حق ندارد گران‌تر از یک مبلغی بفروشد، در حالی که قیمت فروش شرکت ممکن است از قیمت خرید کمتر باشد یا این که شرط شود اگر قرار است فلان کالا فروخته شود به من یا شخص خاصی فروخته شود. آیا این شروط درست است؟ در حقوق فرانسه تاسیسی انجام شده و شورایی قرار داده شده و شروط غیر منصفانه که مربوط به قراردادهای خصوصی مردم است، وارد این شورا شده و این شروط ابطال می‌شود. اما در نظام

۱. Unfair conditions

حقوقی ما در بسیاری از قراردادها این شروط غیرمنصفانه اعمال می‌شود. اعتقاد بنده این است که اغلب قراردادهای خودروسازها با مشتری غیرمنصفانه است. مثل پیش خرید ماشین با قیمت روز بازار که معلوم نیست در آن زمان چقدر باشد و یا ماشین دارای چه آپشن‌هایی باشد. در برخی از موارد هم ماشین (الف) را تحویل نمی‌دهند و بالاجبار ماشین (ب) را تحویل مشتری می‌دهند. غیرمنصفانه بودن مفهوم حقوقی دارد؛ یعنی حقوق مشتری در نظر گرفته نشده و محل به حقوق مشتری است و چه بسا موجب غرر می‌شود. مسئله این است که هرکس در جامعه زورش برسد، شروطش را بر ما تحمیل می‌کند.

همچنین در مسئله اخلاص در رقابت که مثلاً کارخانه ماشین توزیع نمی‌کند - تا ماشین را به قیمت روز می‌فروشد و هر چه عرضه کمتر باشد قیمت بالاتر می‌رود؛ یعنی در عمل قیمت را خود خودروساز در بازار تعیین می‌کند - یا مثلاً بانک مرکزی اعلام می‌کند که سکه را ده هزار تومان زیر قیمت روز می‌فروشد - در حالی که قیمت روز سکه به دست خود بانک مرکزی است - قراردادها باید تابع چه قاعده‌ای باشد؟ این مسائل بحث‌های جدیدی است که تا به حال مورد بررسی قرار نگرفته است.

### ۱.۴.۶. شرط جبران خسارت و اخذ ربح مرکب

نظام بانکی در وضعیت حاضر ربح مرکب می‌گیرد؛ یعنی نه تنها خسارت بلکه خسارت بر خسارت می‌گیرد. بر اساس قانون پولی و بانکی، این قراردادها در حکم سند رسمی است. لذا با مراجعه به دادگاه مشتری مکلف به پرداخت می‌شود؛ ولی آیا عدم النفع و خسارت بر خسارت در نظام حقوقی ما پذیرفته شده است که نظام بانکی ما مطالبه چنین خسارتی را می‌نماید؟ سوال ما پیشینی است که آیا بانک‌ها می‌توانند چنین قراردادی را ببندند؟ و اگر چنین دعوایی در محاکم طرح شود تکلیف قاضی چیست؟

### ۱.۴.۷. وجه التزام و تبعات آن و تفکیک خسارت قراردادی و غیر قراردادی

یکی از چالش‌ها در نظام حقوقی کشور این است که اگر در عقود شرط خسارت قراردادی شد، آیا می‌توانیم مازاد بر آن، مطالبه خسارت کنیم یا خیر؟ این بحث هنوز در نظام‌های غربی محل بحث و چالش است. آیا خسارت غیر قراردادی با خسارت قراردادی قابل جمع است یا خیر؟

### ۱. ۳. ۴. ۸. عقود بانکی و وثائق بانکی

بانک‌ها در ازای قراردادهای از مشتری، رهن مطالبه می‌کنند. یکی از دلایل اینکه با وجود عدم پرداخت بدهی افراد، بانک اقدام نمی‌کند، این است که بانک صبر می‌کند تا بدهی به اندازه مال مرهونه برسد تا بتواند کل آن را تملک کند. در واقع بانک از عدم پرداخت بدهی ناراحت نمی‌شود و یکی از دلایل افزایش معوقات بانکی در کشور ما همین امر است. در حالی که در ظاهر بانک‌ها باید از جهت استیفای حقوق مردم زودتر اقدام به وصول مطالبات کند ولی رویه بانک‌ها خلاف این امر است و بانک از نپرداختن معوقات استقبال می‌کند. تکلیف عقود رهنی با نظام بانکی ما غیر شفاف است.

### ۱. ۳. ۴. ۹. قراردادهای تجاری و مدنی

آیا قرارداد بیع تجاری با قرارداد بیع مدنی متفاوت است؟ برخی از حقوقدان‌ها معتقدند که این دو متفاوتند و در نهایت تکلیف آن در نظام حقوقی ما مشخص نیست. در نظام‌های غربی این دو سیستم جدا شده است ولی در کشور ما بلا تکلیف است.

### ۱. ۳. ۴. ۱۰. شرط خسارت و تنوع آن

معمولاً در قراردادهای برای جبران زیان‌های ناشی از عدم اجرای به موقع یا نقض قرارداد، شرطی برای جبران خسارت تعیین می‌شود. این موضوع که قدری در کشور در قالب وجه التزام سابقه دارد، امروزه با تنوع و گستردگی بیشتری روبرو شده است. در هر حال در شرایط کنونی توجه به این بخش از توافقات قراردادی برای تحکیم قراردادها لازم و ضروری به نظر می‌رسد. شناخت این شروط و بررسی فقهی حقوقی آنها هم لازم است.

### ۱. ۳. ۴. ۱۱. پرداخت ارز خارجی در قرارداد

آیا باید ارز خارجی را بپذیریم یا خیر؟ تفاوت این دو در ماده ۵۲۲ آیین دادرسی مدنی است. براساس آن، اگر دعوا در مطالبه وجه براساس ارز خارجی باشد، دادگاه حکم به خسارت نمی‌دهد در حالی که اگر دعوا در مورد حکم به ریال باشد، دادگاه حکم به خسارت می‌دهد. چرا باید بین این دو تفاوت گذاشت و تکلیف ارز خارجی در نظام قراردادی ما مشخص نیست. آیین دادرسی ما چیزی را پذیرفته است که خیلی با منطق و عدالت سازگاری ندارد.

### ۱. ۳. ۴. ۱۲. قرارداد با ثمن شناور<sup>۱</sup>

مانند قراردادهای فروش خودرو که قبلاً اشاره شد و تکلیف صحت و بطلان آن را از نظر فقهی - حقوقی باید بررسی کنیم.

### ۱. ۳. ۴. ۱۳. قراردادهای هوشمند<sup>۲</sup>

این نوع قرارداد، از موضوعات جدید است؛ مانند قراردادهای اینترنتی که در آن کالایی ارائه می‌شود و بدون این‌که شرایط قرارداد را بدانیم، فقط با کلیک قبول و پرداخت مبلغ، قرارداد به صورت اتوماتیک بسته می‌شود، بدون این‌که در سایر شروط توافقی انجام شود. اصل ماهیت این قراردادها و ارکان عقد و نیز وضعیت شروط و نظام حقوقی حاکم بر آنها قابل بررسی است.

### ۱. ۳. ۴. ۱۴. انتقال مالکیت و انتقال خطر<sup>۳</sup> (ریسک)

در دنیا قراردادهایی وجود دارد که در آنها کالا فروخته می‌شود ولی شرط می‌شود که مالکیت منتقل نشود. خیلی از قراردادهایی که تجار در تجارت بین الملل می‌بندند با این قید است. در این صورت اگر دچار اختلال شویم دادگاه باید چنین قراردادی را صحیح بداند یا خیر؟ نظام‌های غربی چنین قراردادی را صحیح دانسته‌اند. برخی از حقوقدان‌های ما هم معتقدند که انتقال مالکیت الزاماً هم زمان با انعقاد قرارداد نیست حتی در بیع؛ چرا که عقود ما الزاماً تملیکی نیست بلکه عقود عهده‌ای هم وجود دارد.

یا مثلاً در تلف مبیع قبل از قبض، اگر هنوز کالا تحویل داده نشده و تلف شود، خسارت از مال بایع است. یعنی تا زمانی که هنوز کالا تحویل داده نشده است ریسک از جانب بایع است، در این صورت آیا می‌توان شرط خلاف نیز نمود؟ آیا می‌توان زمان انتقال ریسک را خود متعاقدین تعیین کنند؟ حتی اصل مفهوم ریسک و خطر محل بحث است چرا که اگر ریسک و خطر متعارف را در معاملات جاری ملاک باشد، بسیاری از معاملات باید باطل تلقی شود. شهید مطهری در اقتصاد اسلامی تعبیری دارند که البته مورد بحث و مناقشه است. ایشان در معاملات بورس می‌فرمایند

۱. Open Price

۲. Smart Contract

۳. Transfer of title & transfer of risk

اساساً معاملات بورسی دارای یک خطر است و معاملات بورسی بدون خطر نداریم. تعبیر ایشان این است که عرف در این معاملات از خطر و ریسک صرف نظر می‌کند و لذا نمی‌توان این نوع غررها را باطل کرده و مشمول «نهی النبی عن بیع الغرر» دانست. بر این اساس، جایگاه خطر در معاملات جدید کجاست و آیا مفهوم غرر در معاملات ما تغییر کرده است؟

#### ۱. ۳. ۴. ۱۵. بلاک چین

بلاک چین معاملاتی است که در یک زنجیره انجام می‌شود. به طور مثال در ۵۰ سیستم کامپیوتری ثبت می‌شود و بر همین اساس در حوزه فناوری بیان می‌شود که معاملات در حوزه بلاک چین تردیدناپذیر و قطعیت‌آور است. با این وجود آیا می‌توان معاملاتی که در حوزه بلاک چین انجام می‌شود نظیر «بیت کوین» را مسلم بدانیم و یا این که ممکن است مشکوک الصدور تلقی شود؟ در حوزه حقوقی وضعیت معاملات در حوزه بلاک چینی مشخص نیست و برخی از نظام‌های حقوقی چنین معاملاتی را رسمیت نمی‌بخشند و این موضوع در دنیا اختلافی است.

#### ۱. ۴. ۴. ۱. محور چهارم: نظام حقوق خانواده

به نظر خانواده در شرایط امروزه به لحاظ مفهومی نیازمند بررسی‌های جدی است؛ مفهوم فرزند، مفهوم اداره خانواده، مفهوم ولایت پدر و شکل‌های جدید خانواده از جمله مواردی هستند که نیاز به تحلیل و موضوع‌شناسی و پژوهش دارد. در ادامه به چند مورد از موضوعاتی که در نظام حقوق خانواده قابل بررسی و تامل است اشاره می‌شود:

#### ۱. ۴. ۱. ۱. باروری‌های پزشکی

در این زمینه ما با پدیده‌های جدیدی همچون انجماد اسپرم مرد و روش‌های جدید باروری و... مواجه هستیم که همه این موارد نیاز به موضوع‌شناسی و پژوهش علمی دارد.

#### ۱. ۴. ۲. ۴. ۱. عیوب جدید در فسخ نکاح

برخی از عیوب در قانون مدنی آمده است که مقتبس از ادله فقهی ما است. ولی با برخی از بیماری‌های جدید مواجه هستیم که در قانون وجود ندارد، آیا می‌توان این موارد را نیز از جمله عیوب دانست؟ نظیر بیماری «ام اس». برای این کار باید ادله فقهی عیوب دیده شود که آیا بیماری‌ها احصا شده است یا خیر؟ بیماری‌ها توقیفی است یا خیر؟

### ۳. ۴. ۱. ترنس‌ها و احکام مرتبط با آن

بحث ترنس‌ها پیرامون افرادی است که گرایش به جنس مخالف دارند و الآن در مورد آنها عمل پزشکی انجام می‌شود. در حال حاضر برای عمل تغییر جنسیت به دادگاه خانواده دادخواست می‌دهند و مجوز می‌گیرند. در یک مورد خانم متاهلی درخواست تغییر جنسیت داده است، در این صورت صرف نظر از حکم تغییر جنسیت آیا دادگاه در مورد انفساخ نکاح هم باید حکم صادر کند یا خیر؟ همچنین وضعیت فرزند این خانواده چه خواهد شد؟ در یکی از پرونده‌های این موضوع فرد تغییر جنسیت داده و نکاح هم منفسخ شده است ولی بعد از مدتی پشیمان شده و تصمیم دارد دوباره به صورت زن تغییر جنسیت بدهد. آیا در این صورت به نکاح قبلی باز می‌گردد؟ از جمله تبعات حقوقی این موضوع ارث، وصیت و محرمیت است.

### ۴. ۴. ۱. بارداری از طریق انتقال اسپرم از مرد اجنبی

این موضوع پیرامون انتقال اسپرم مرد اجنبی به خانمی که در زوجیت مرد دیگری است، مربوط می‌شود؛ یعنی زن و شوهری که باردار نمی‌شوند، اسپرم مرد اجنبی را به این خانم منتقل می‌کنند و در نتیجه این خانم با اسپرم مرد اجنبی باردار می‌شود. حکم این مسئله اختلافی است. مقام معظم رهبری این عمل را جایز می‌دانند ولی بر اساس نظر آیت الله بهجت خلاف شرع است. طفل از جهت نسب به صاحب اسپرم باز می‌گردد اما حکم مسئله در مورد محرمیت و ارث و حضانت چگونه است؟ در این موارد فتاوی نیز مختلف است. در صورتی که زوجین، مقلد مراجع مختلف، با فتاوی متفاوت باشند، حکم مسئله انتقال اسپرم چگونه خواهد بود؟ مستند قانونی انتقال اسپرم از مرد اجنبی بر اساس کدام قانون در حقوق خانواده است؟ انتقال جنین تحت عنوان رحم اجاره‌ای در قانون مشخص شده است ولی در مورد انتقال اسپرم مرد اجنبی بحثی نشده است.

### ۵. ۴. ۱. مسئولیت‌های ناشی از دست‌کاری ژنتیکی

بحث دیگری که می‌تواند مورد مطالعه قرار گیرد موضوع دست‌کاری و مهندسی ژنتیک است. همان‌طور که می‌دانید بر اساس علم ژنتیک می‌توانند در صفات و رفتار انسان‌ها تغییر ایجاد کنند. فرض کنید در موردی با دست‌کاری ژنتیکی در ژن‌های یک فرد، او دچار رفتارهای عصبی خشن شود، آیا چنین شخصی مجرم تلقی می‌شود؟ مسئولیت فردی که این اختلال را ایجاد کرده است، چیست؟

#### ۶. ۴. ۱. نظام مالی خانواده در صورت اشتغال زن و بیکاری شوهر

در بسیاری از خانواده‌ها زن، نان آور است. در این صورت وضعیت نظام مالی خانواده چگونه است؟ آیا وسایلی که زن از محل درآمد خود برای خانواده تهیه می‌کند برای خود اوست و یا این که برای زوجین است؟ آیا با وجود اشتغال زن و بیکاری شوهر، زن تکلیفی به پرداخت نفقه دارد؟ شرایط کنونی جامعه اهمیت نظام مالی خانواده را فوق العاده بالا برده است.

#### ۷. ۴. ۱. پرداخت مهریه به شکل سکه بهار آزادی

با وجود افزایش قیمت سکه، چه تصمیمی در مورد بدهکاران مهریه می‌توان گرفت؟ آیا باید این افراد را حبس نمود و یا این که براساس قیمت درج شده در قرارداد حساب کرد؟ به عبارت دیگر باید قیمت آن را به نرخ روز و یا به نرخ زمان عقد محاسبه نمود؟ صدور بخش نامه از طرف رئیس قوه قضائیه برای آزادی زندانی‌های مهریه راه حل مقطعی است در حالی که ما به دنبال راه حل حقوقی هستیم. نظام سازی براساس ارائه راه حل حقوقی محقق می‌شود.

#### ۸. ۴. ۱. نکاح موقت بلند مدت (صیغه ۹۹ ساله) و طلاق صوری برای استفاده از مستمری

در یک پرونده خانمی برای این که مستمری پدر او قطع نشود، به جای ازدواج از صیغه ۹۹ ساله استفاده می‌کند، آیا چنین قراردادی درست است؟ در شرایط فعلی یکی از چالش‌های نظام تامین اجتماعی طلاق‌های صوری است که برای استفاده زوجه از مستمری پدر محقق می‌شود. آیا طلاق صوری برای چنین هدفی صحیح است؟

#### ۹. ۴. ۱. مراجعه به دستگاه قضا در طلاق توافقی

در طلاق سازشی بسیاری معتقدند رجوع به نظام قضایی لزومی ندارد و نیازی به رأی قاضی نیست. این امر بازگشت به مصلحت سنجی و انتخاب عمومی دارد که آیا دخالت دولت در این موارد درست است یا خیر؟

#### ۵. ۱. محور پنجم: نظام حقوق اموال

#### ۱. ۵. ۱. اموال سایبری

آیا نام دامنه، مال سایبری است؟ آیا شماره تلفن اختصاصی و اطلاعات هویتی مالیت دارد و به واسطه افشای آن می‌توان خسارت گرفت؟ این موارد در دنیا جزو اموال به حساب می‌آید و بدون رضایت فرد، امکان افشای آن وجود ندارد؟

## ۱.۲.۵.۱. اموال جدید و جایگاه آن

به عنوان مثال آیا بیت کوین و توکن که توضیح دادیم، مال به حساب می آید و می توان بر روی آن قرارداد انجام داد؟ برخی معتقدند بیت کوین یکی از راه های دورزدن تحریم ها است. اگر چنین مواردی از نظر ما مالیت دارند، چنان که در دنیا خرید و فروش می شوند، در صورت تصرف، سرقت و سایر دعاوی، چگونه می توان طرح دعوا نمود؟

## ۱.۳.۵.۱. تردید در مال بودن اموال غیر عینی

در حقوق مالکیت فکری اختلاف نظر وجود دارد و برخی فتوا داده اند که حقوق مالکیت فکری قابلیت احترام ندارد و می توان کتاب دیگری را بدون اجازه او منتشر کرد. آیا این مبنا قابل پذیرش است؟ موارد دیگری همچون حریم خصوصی، اعتبار و شهرت، ضرر معنوی، نام تجاری و بسیاری موارد دیگر حول محور نظام حقوقی اموال قابل طرح و بررسی است.

## ۱.۶.۱. محور ششم: نظام حقوق تجارت

### ۱.۶.۱. مفهوم شرکت و شخصیت حقوقی

اساساً تکلیف ما در مورد مفهوم شرکت و شخصیت حقوقی خیلی روشن نیست. تفکیک دارایی، یکی از اثرهای شخصیت حقوقی است؛ یعنی در صورت ورشکستگی شرکتی که دارای اموال است، طلبکار نمی تواند به سایر اموال صاحب شرکت مراجعه کند. آیا چنین مسئله ای در نظام فقهی ما قابل توجیه است؟ برخی از فقها شخصیت حقوقی را بر اساس عموماً مآلات نظیر المؤمن عند شروطهم و آزادی اراده پذیرفته اند. اما باید دید این مفهوم به درستی در نظر فقها فهم شده است یا خیر؟ در موارد این چنینی بحث موضوع شناسی بسیار اهمیت می یابد.

### ۱.۶.۲. حاکمیت شرکتی

حاکمیت شرکتی تئوری جدیدی است که بعد از بحران های مالی در دو دهه اخیر در شرق آسیا و در اروپا و آمریکا بدان پرداخته شده است و موضوع نویی است که باید بدان توجه نمود و حول آن تحقیق کرد.

بحث از مسئولیت شرکا، مسئولیت مدیران و شرکا، مبنا ی قرارداد در شرکت های تجاری و تبعات آن، - یعنی آیا شرکت های تجاری مبتنی بر قرارداد هستند و یا تاسیس مستقل به حساب می آیند؟

و همچنین بحث از اداره شرکت و ترتیبات آن، اسناد تجاری، ورشکستگی، خلق پول و... همه از مواردی است که ذیل نظام حقوق تجارت جای بحث و بررسی دارد و هنوز تکلیف آن در نظام حقوقی و فقه ما روشن نیست. توجه داشته باشید که ممکن است در موضوعات حقوق تجارت ماده قانونی وجود داشته باشد، اما بحث ما در مورد مبنای آن و نظام‌سازی در این حوزه است.

### ۷.۱. محور هفتم: دادرسی عادلانه

#### ۱. ۷. ۱. تفکیک دعاوی خرد و بزرگ

در بسیاری از نظام‌های حقوقی دنیا بین دعاوی خرد و کلان تفکیک شده است. در دعاوی خرد لزومی ندارد قاضی قضاوت کند و به یک نهاد ابلاغ شده است که در مورد دعاوی خرد تصمیم‌گیری کند. در نظام دادرسی ما نیز شورای حل اختلاف برای همین منظور تاسیس شد. اما اکنون در این شورا هم قاضی عضو شورا حکم می‌کند و در واقع شورا نقش قضایی دارد و امر با نحوه رسیدگی به دعاوی خرد در سایر نظام‌های حقوقی متفاوت است. آیا می‌توان صلاحیت‌های قضایی را از شورای حل اختلاف گرفت؟ در این صورت رجوع به شورای حل اختلاف اختیاری خواهد بود در حالی که فعلاً بر اساس قیمت و ارزش مالی دعوی، رجوع به دادگاه یا شورای حل اختلاف مشخص می‌شود و اختیاری در آن وجود ندارد.

#### ۲. ۷. ۱. اثر فتاوی مراجع در احکام قضایی

اگر کسی در یک حکم با استفاده از اختلاف فتاوی مرتکب عملی شود و در دادگاه مورد استناد قرار دهد، در این صورت حکم مسئله چه خواهد بود؟ در پرونده قضایی یک مدیر برای اخذ پورسانت، فتاوی یکی از مراجع مبنی بر این که اخذ پورسانت اشکال شرعی ندارد را در دادگاه به عنوان مجوز فعل خود ارائه داده بودند.

#### ۳. ۷. ۱. معاملات به قصد فرار از دین

بر اساس ماده ۲۱۸ قانون مدنی<sup>۱</sup> معامله به قصد فرار از دین اگر صوری باشد، باطل است. در این صورت حکم مسئله در فرض صوری نبودن چگونه خواهد بود؟ در حال حاضر در محاکم برای چنین مواردی، حکم به عدم نفوذ داده می‌شود، در حالی که به نظر می‌رسد چنین حکمی محل

۱. ماده ۲۱۸: هرگاه معلوم شود که معامله با قصد فرار از دین به طور صوری انجام شده آن معامله باطل است.

تردید است و نمی‌توان به صرف زیان طلبکاران چنین حکمی داد. در هر صورت اگر بخواهیم از این حکم دفاع کنیم باید برای آن مبنای علمی پیدا کنیم.

در قانون اجرای محکومیت‌های مالی، در موضوع معامله به قصد فرار از دین با وجود علم فردی که مال به او منتقل شده، دادگاه باید مال را از شخص بگیرد، اما در قانون مشخص نشده است که در نهایت چه کاری باید با این مال انجام شود؟ آیا باید به صاحبش تحویل داده شود و یا این که به عنوان جریمه به بیت‌المال پرداخت شود؟

#### ۴. ۷. ۱. گواهی پزشک و الزام قاضی بر صدور حکم

آیا پذیرش گواهی پزشک قانونی مبنی بر شرب مسکر برای قاضی الزام‌آور است و یا این که قاضی می‌تواند به آن توجه نکند؟ در حال حاضر رویه اختلافی است و برخی معتقدند در صورتی که گواهی پزشکی قانونی صادر شود، قاضی باید بر اساس آن حکم کند، اما برخی معتقدند که قاضی باید احراز کند و برای او علم آور باشد و به همین دلیل گواهی پزشکی قانونی را به دلیل عدم علم آوری نپذیرفته‌اند. به طور کلی کارشناسان در امر قضا دخالت کرده و خیلی اثرگذار هستند، در حالی که چنین شأنی برای کارشناسی وجود ندارد.

#### ۵. ۷. ۱. حقوق و مسئولیت‌های اجتماعی

فرض کنید یک شرکت مانند شرکت نفت که دارای فعالیت عمومی است را مجبور به انجام فعالیتی به جهت مسئولیت اجتماعی کنیم. مثلاً در سال گذشته در زندان رجایی شهر کرج حدود ۵۰ میلیارد تومان پرونده کلاهبرداری از داخل زندان وجود داشته است. دلیل این امر استفاده غیرقانونی زندانیان از موبایل در داخل زندان و کلاهبرداری از این طریق بوده است. بازپرس پرونده به شرکت‌های مخابراتی گفتند که از باب مسئولیت‌های اجتماعی باید هزینه کنید و جلوی کلاهبرداری را بگیرید، چون خود این شرکت‌ها منفعت ارائه خدمات مخابراتی را می‌برند، خود آنها باید در مورد ساماندهی وضعیت استفاده غیرقانونی از تلفن در زندان هزینه کنند به قول معروف «من له الغنم فعلیه الغرم». در این صورت، این شرکت‌ها باید «بی‌تی‌اس»های اطراف زندان را برای موبایل‌های درون زندان کور کنند. این شرکت‌ها ابتدا مقاومت کردند ولی بازپرس اعلام کرد در صورت عدم اقدام

شرکت‌ها، قوه قضائیه ادعای اختلال مخابراتی را مطرح کرده و جلوی فعالیت‌های آنها را خواهد گرفت. همین امر موجب شد تا این شرکت‌ها هزینه کنند و به تبع آن «بی تی اس»‌های رجایی شهر نسبت به موبایل‌های داخل زندان سرویس نمی‌دهد. این امر سبب شده تا پرونده‌ها تقلیل پیدا کند. این امر مفهوم همان مسئولیت اجتماعی است که شرکت‌ها در قبال منفعتی که می‌برند برای برخی از نیازهای مردم و جامعه باید هزینه کنند.

### ۸.۱. محور هشتم: نظام حقوق کیفری

#### ۱.۸.۱. موجبات ضمان در استناد عرفی

ماده ۴۹۲ قانون مجازات اسلامی<sup>۱</sup> در مورد موجبات ضمان در استناد عرفی مسئولیت، وضعیت روشن و مشخصی ندارد. مسئولیت پزشک در اصلاحات دچار تغییراتی شد که با قانون مجازات قبلی متفاوت است. در شرایط فعلی پزشکان کماکان به دنبال برائت هستند اما تلقی بنده این است که با وجود ماده ۴۹۵ در قانون مجازات جدید<sup>۲</sup>، اخذ برائت بی مورد است. اما در صورتی که حکم برائت گرفته شد و پزشک هم مرتکب تقصیر سنگین حرفه‌ای شد، در چنین شرایطی آیا می‌توان مسئولیت را بر عهده پزشک گذاشت و یا این که به دلیل اخذ برائت، پزشک دیگر مسئولیتی نخواهد داشت؟

#### ۱.۸.۲. سازش دادستان با متهم در دعاوی کیفری

در دنیا دادستان‌ها با مجرمین بر یک مبلغ توافق می‌کنند و از دعاوی عمومی صرف نظر می‌کنند. آیا امکان دارد در نظام حقوقی ما از مجرم خسارت دریافت کنیم و به جای آن برای وی پرونده‌سازی نکنیم؟

#### ۱.۸.۳. چالش تعیین دیه در محاکم کیفری

عموم پرونده‌ها در موضوع تصادفات به دادگاه کیفری می‌رود و شرکت‌های بیمه برای پرداخت دیه رای دادگاه را مطالبه می‌کنند. آیا لزومی دارد که این پرونده‌ها به دادگاه کیفری برود و یا این که اگر پزشکی قانونی دیه را تعیین کند، کفایت می‌کند؟ اساساً آیا تعیین دیه وظیفه حاکم است و یا

۱. ماده ۴۹۲- جنایت در صورتی موجب قصاص یا دیه است که نتیجه حاصله مستند به رفتار مرتکب باشد اعم از آنکه به نحو مباشرت یا به تسبیب یا به اجتماع آنها انجام شود.

۲. ماده ۴۹۵- هرگاه پزشک در معالجاتی که انجام می‌دهد موجب تلف یا صدمه بدنی گردد، ضامن دیه است مگر آنکه عمل او مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی باشد یا این که قبل از معالجه برائت گرفته باشد و مرتکب تقصیری هم نشود و چنانچه اخذ برائت از مریض به دلیل نابالغ یا مجنون بودن او، معتبر نباشد و یا تحصیل برائت از او به دلیل بیهوشی و مانند آن ممکن نگردد، برائت از ولی مریض تحصیل می‌شود.

اینکه می‌توان تعیین دیه را در صلاحیت پزشکی قانونی قرار داد که در این صورت بخش عمده‌ای از دعاوی کیفری کاسته خواهد شد.

#### ۴.۸.۱. مفهوم حقوق عامه و محدوده نقش دادستان در مداخلات

مفهوم حقوق عامه در دنیا هم شفاف نیست؛ به طور مثال دادستانی اعلام می‌کند وزارت راه فلان کار را انجام نداد و در نتیجه ما جاده را بستیم؟ آیا اساساً این اختیار در صلاحیت دادستان قرار دارد یا خیر؟

#### ۵.۸.۱. نقش مدعی العموم در دعاوی حقوقی

در بحث خسارات عمومی در آیین دادرسی کیفری به دادستان اجازه داده شده است که به عنوان مدعی العموم دخالت کند. آیا می‌توان چنین نقشی را برای دادستان در نظر گرفت و اگر امکان دارد چرا تاکنون محقق نشده است؟ اگر امکان ندارد چرا برای آن قانون جعل شده است؟

#### ۶.۸.۱. آثار حقوقی تحصیل مال نامشروع

در صورت تحصیل نامشروع، آیا منافع حاصل از آن باید به دولت پرداخت شود و یا این که باید به صاحبان سهامی که متهم با سرمایه آنها اقدام به تحصیل مال نامشروع کرده است، پرداخت شود؟ آیا ماهیت مال نامشروع جریمه است و یا این که مال یک شخص است که باید به او پرداخت شود؟

#### ۷.۸.۱. سایر موضوعات

از دیگر موضوعاتی که ذیل نظام حقوق کیفری قرار می‌گیرند و باید در مورد آنها کار پژوهشی و علمی صورت گیرد، می‌توان به اثر اخذ برائت توسط طبیب، دیه جراحات، تراحم موجبات دیه در خسارت، مجازات جایگزین حبس - محل بحث در مورد این موضوع پیرامون مبنای مجازات‌های جایگزین حبس است - میانجی‌گری در امر کیفری و... اشاره نمود. در نظام حقوق ما حتی مفهوم فساد اقتصادی و اخلال در نظام اقتصادی تعریف روشنی ندارد و جا دارد در مورد آن کار شود.

#### ۹.۱. محور نهم: قانون برنامه ششم

#### ۱.۹.۱. استفاده از ظرفیت‌های بخش خصوصی

در بند پ ماده ۱۱۳ قانون برنامه ششم<sup>۱</sup> آمده است که سازمان زندان‌ها می‌تواند از سرمایه‌گذاری

۱. سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور مجاز است مشارکت و سرمایه‌گذاری بخش غیردولتی و عمومی را در حوزه بهره‌برداری و یا توسعه زیرساخت‌های لازم در زمینه‌های حرفه‌آموزی، اشتغال حین حبس و پس از آزادی، آموزش، سلامت و

بخش خصوصی استفاده کند. در این صورت بخش خصوصی در چه نوع تعاملی با سازمان زندان‌ها منتفع خواهد شد؟ آیا مراد این است که بخش خصوصی اقدام به تأسیس زندان کند و در قبال آن از زندانی برای اقامت در زندان هزینه دریافت کند که نمونه‌ی آن به صورت زندان‌های بخش خصوصی در غرب وجود دارد؛ یا این که بخش خصوصی اقدام به راه‌اندازی خط تولید و کارخانه در زندان نماید و از این طریق سرمایه‌گذاری کند؟

### ۱.۹.۲. تدوین برنامه جامع پیشگیری از جرم و ارتقای سلامت اجتماعی

قوه قضائیه تا پایان سال اول برنامه ششم مکلف شده است بندت ماده ۱۱۳<sup>۱</sup> این قانون را بنویسد. سال اول برنامه به اتمام رسیده است، اما بنده اطلاع ندارم که چنین برنامه‌ای تنظیم شده است یا خیر؟ از جمله موضوعاتی که می‌توان بر روی آن کار کرد این است که اساساً شاخص‌های برنامه پیشگیری از جرم چیست؟ ارتقای سلامت اجتماعی به چه معناست؟

### ۱.۹.۳. عوامل مؤثر در بروز دعاوی و جنایات به تفکیک حوزه‌های قضایی

بر اساس بندت ماده ۱۱۳ قانون برنامه ششم قوه قضائیه مکلف شده است تا عوامل مؤثر در بروز دعاوی و جنایات را به تفکیک در حوزه‌های قضایی، شناسایی کند. به عنوان مثال در استان قم به مطالعه‌ی اولین جرم ارتكابی به همراه علل آن پرداخته شود تا در راستای پیشگیری مورد استفاده قرار گرفته و راهکارهای پیشنهادی عملیاتی شود. این فضای مطالعاتی را می‌توان به دعاوی حقوقی و کیفری تعمیم داد ولی در حال حاضر انجام نشده است. برداشت بنده این است که نتیجه این مطالعه و برنامه به تناسب فضای فرهنگی و قومیتی استان‌ها متفاوت خواهد بود و هر استان مدل متناسب با خود را خواهد داشت.

---

درمان، طرح‌های حمایتی از خانواده زندانیان و کمک به خودکفایی زندان‌ها در قالب انواع مختلف قراردادهای رسمی جلب و یا توسعه دهد.

۱. بندت: قوه قضائیه مکلف است حداکثر تا پایان سال دوم اجرای قانون برنامه به منظور پیشگیری و کاهش جرم، دعاوی و اختلافات، نسبت به شناسایی عوامل مؤثر در بروز دعاوی و جرائم به تفکیک در حوزه‌های قضایی هر استان اقدام و پس از بررسی جامع پژوهشی، اقدامات لازم را انجام و لوایح مورد نیاز را تهیه و با رعایت اصل هفتاد و چهارم قانون اساسی به مجلس شورای اسلامی تقدیم نماید.

## ۴. ۹. ۱. بازنگری در قوانین جزایی با هدف کاهش عناوین مجرمانه

بند چ ماده ۱۱۳ قانون برنامه<sup>۱</sup> در مورد بازنگری در قوانین جزایی با هدف کاهش عناوین مجرمانه است. در این صورت کدام یک از عناوین مجرمانه را می توان کاهش داد؟ چنین عملی نیازمند یک منطق حقوقی قابل پذیرش است. شاخص لازم برای کاهش عناوین مجرمانه چیست؟

## ۵. ۹. ۱. ارتقای شاخص های توسعه حقوقی قضایی

در بند د ماده ۱۱۳ قانون برنامه<sup>۲</sup> به موضوع ارتقای شاخص های توسعه حقوقی - قضایی اشاره شده است. یک فهرست مفصل در رابطه با شاخص های توسعه قضایی وجود دارد و قوه قضائیه مکلف شده است تا آنها را انجام بدهد. بنده از اینکه این شاخص توسط چه کسی و بر اساس چه منطقی نوشته شده است اطلاع ندارم ولی قطعاً برای تحقق آن نیازمند برنامه هستیم و این برنامه بدون مطالعه امکان اجرا ندارد.

## ۶. ۹. ۱. ساز و کار تامین بودجه مورد نیاز قوه قضائیه

دولت موظف شده است ۲/۹ درصد از منابع بودجه عمومی کشور را به قوه قضائیه اختصاص دهد. البته در طول دو سال گذشته این امر محقق نشده است و به نظر می رسد حدود ۲ درصد اختصاص یافته است. آیا می توان منابع مالی برای قوه قضائیه تامین کرد؟ ممکن است بگوییم قوه قضائیه به صورت خودگردان اداره شود و هزینه های مورد نیاز توسط خود قوه تامین شود. به جای این که برخی از هزینه های دادرسی وارد جیب دولت شود، به مصرف خود قوه قضائیه برسد. این مورد هم در حوزه حقوق عمومی و حقوق مالی است که نیاز به فکر و کار دارد.

---

۱. بند چ: در اجرای سیاست بازنگری در قوانین جزایی و با هدف کاهش عناوین مجرمانه قوه قضائیه مکلف است به منظور بازنگری در مصادیق عناوین مجازات های سالب حیات با توجه به تغییر شرایط، کاهش عناوین مجرمانه و استفاده از ضمانت اجرای انتظامی، انضباطی، مدنی، اداری و ترمیمی و متناسب سازی مجازات ها با جرائم، نسبت به تنقیح، اصلاح و رفع خلأهای قوانین جزایی با رعایت قانون تدوین و تنقیح قوانین و مقررات کشور مصوب ۱۳۸۹/۳/۲۵ و اصلاحات بعدی آن اقدام و حداکثر تا پایان سال دوم اجرای قانون برنامه اقدامات قانونی مورد نیاز را به عمل آورد.

۲. بند د: قوه قضائیه مکلف است نسبت به ارتقاء شاخص های توسعه حقوقی و قضایی در طول اجرای قانون برنامه حداقل به شرح جدول شماره (۱۶) اقدام کند. دولت نیز مکلف است اعتبارات مورد نیاز را بر اساس سیاست های کلی قضائی مبنی بر تأمین بودجه متناسب با مأموریت ها و وظایف قوه قضائیه از جمله موارد مندرج در جدول شماره (۱۷) در بودجه های سنواری پیش بینی و تأمین نماید.

## ۱. ۹. ۷. تدوین سند امنیت قضایی

براساس قانون برنامه ششم قوه قضائیه مکلف به تدوین سند امنیت قضایی است که این کار مستلزم پژوهش و کار علمی است.

### ۱. ۱۰. ۸. منع صدور قرار تأمین منتهی به بازداشت

در بند ۳ ماده ۱۱۳ قانون برنامه آمده است که قضات با لحاظ ظرفیت اعلام شده و تناسب قرار تأمین، از صدور قرارهای تأمین منتهی به بازداشت، در موارد ضروری، به موجب قوانین مربوط باید خودداری کنند. بنده اطلاع ندارم که آیا نگارش احکام قانون برنامه ششم مبتنی بر تحقیق و مطالعه است یا خیر؟ تا جایی که بنده خبر دارم اینگونه نیست و به بررسی نیاز دارد.