



دوفصلنامه

فقه و حقوق خصوصی

ع

علمی - تخصصی
دانشگاه شهید مطهری
سال دوم / پاییز و زمستان ۱۳۹۸



بسم الله الرحمن الرحيم

صاحب امتیاز: دانشگاه شهید مطهری
مدیر مسئول: سید علیرضا فروغی
سر دبیر: سید ابوالقاسم نقیبی
هیأت تحریریه:

- ❖ محمد امامی کاشانی: تولیت مدرسه عالی و ریاست دانشگاه شهید مطهری
- ❖ سید مصطفی محقق داماد: استاد دانشگاه شهید بهشتی
- ❖ سید محمد موسوی بجنوردی: استاد دانشگاه خوارزمی
- ❖ سید حسین صفایی: استاد دانشگاه تهران
- ❖ سید محمد صادق موسوی: دانشیار دانشگاه شهید مطهری
- ❖ سید ابوالقاسم نقیبی: دانشیار دانشگاه شهید مطهری
- ❖ محمد بهرامی: دانشیار دانشگاه شهید مطهری
- ❖ محسن اسماعیلی: دانشیار دانشگاه تهران
- ❖ محمد روشن: دانشیار دانشگاه شهید بهشتی

مدیر اجرایی: عطیه زندیه
ویراستار: عطیه زندیه
نمونه خوان: اعظم سلیمانی
مترجم انگلیسی: سید صدرالدین موسوی جشنی
طراح جلد و صفحه آرا: امیر رجبی نژاد

نشانی: تهران، میدان بهارستان، دانشگاه شهید مطهری، دفتر دوفصلنامه فقه و حقوق خصوصی.

صندوق پستی: ۱۱۳۶۵-۴۷۸۵

کد پستی: ۱۱۵۷۶۱۳۱۱۷

تلفن و دورنگار: ۰۲۱-۳۳۵۶۳۱۳۱

وب سایت اینترنتی: www.motahari.ac.ir

پست الکترونیکی: jurisp.priv.law@gmail.com

بهای تک شماره: ۱۲۰۰۰۰ ریال

- ❖ دوفصلنامه فقه و حقوق خصوصی در ویرایش، تلخیص و اصلاح مطالب آزاد است.
- ❖ مطالب مندرج در دوفصلنامه فقه و حقوق خصوصی لزوماً بیانگر دیدگاه‌های دانشگاه شهید مطهری نیست.
- ❖ نقل مطالب با ذکر مأخذ آزاد است.

راهنمای نگارش مقالات

❖ مشخصات کلی مقاله

۱. مقاله علمی، پژوهشی، تحقیقی، مستند و در مورد فقه و حقوق خصوصی باشد.
۲. مقاله در هیچ نشریه داخلی و خارجی به چاپ نرسیده یا به طور هم زمان به مجلات دیگر ارسال نشده باشد.
۳. نقل قول‌های مستقیم و غیر مستقیم به زبان فارسی باشد، مگر آنکه آوردن نقل قول به زبان‌های دیگر موضوعیت داشته باشد.
۴. حجم مقاله حداقل ۱۶ صفحه (حدود ۵/۰۰۰ واژه) و حداکثر ۲۶ صفحه (حدود ۱۰/۰۰۰ واژه) باشد.
۵. مقاله به صورت تایپ شده و در محیط Word 2010، با قلم B zar 14 حروف چینی گردد.
۶. چکیده مقاله حداکثر ۲۰۰ کلمه باشد.
۷. مقاله دارای ۵ تا ۱۰ کلید واژه باشد.

❖ شیوه ارجاع به منابع

۱. منابع فارسی و عربی همراه با هم و منابع لاتین به طور جداگانه در پایان مقاله قرار گیرد و هر یک به صورت الفبایی در پایان مقاله تنظیم گردد.
۲. باورقی‌های توضیحی به صورت پی‌نوشت، آخر مقاله، قبل از منابع قرار گیرد.
۳. ارجاعات به صورت درون متنی، با ترتیب تبیین شده، ارائه شود: نام خانوادگی نویسنده، سال انتشار، شماره جلد: صفحه. مثال: (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ج ۳: ۴۳۴).
۴. منابع پایان مقاله به ترتیب زیر ارائه شود:
کتاب: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده (تاریخ انتشار) *عنوان کتاب*، نام مترجم، محل انتشار: نام ناشر، نوبت چاپ، تعداد مجلدات.
مقاله: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده (تاریخ انتشار) «عنوان مقاله»، نام مترجم، نام نشریه، شماره نشریه. (همین ترتیب در مورد کتاب‌ها و مقالات لاتین نیز رعایت گردد).

❖ مشخصات نویسنده

شناسه نویسنده/ نویسندگان شامل این موارد می‌شود: نام و نام خانوادگی، مدرک تحصیلی، مرتبه علمی، سمت کنونی، محل کار و نشانی دقیق آن، پست الکترونیکی، شماره تماس.

فهرست مطالب

- ❖ یادداشت سردبیر..... ۱
- ❖ تحلیل فقهی حقوقی خیاربیع الشرط در نسبت با معاملات با حق استرداد ۳
سعید کرمی
- ❖ وضعیت حقوقی قراردادهای معارض با عقد معلق ۲۷
محمد بهرامی خوشکار
عباس عسگری
- ❖ تبیین قاعده فقهی «كُلُّ شَيْءٍ لَا يُعْلَمُ إِلَّا مِنْ قَبْلِ مُدْعِيهِ يُسْمَعُ قَوْلُهُ فِيهِ»
و کاربرد آن در حقوق ایران ۴۹
سید محمد صادق موسوی
سید امید موسوی
- ❖ ماهیت و شرایط اعتبار قرارداد انتقال بازیکن حرفه‌ای ۷۱
سید حمیدرضا موسوی پور
- ❖ بررسی فرآیند تصفیۀ بانک‌های ورشکسته
(مطالعه تطبیقی در حقوق امریکا و ایران) ۱۰۱
محمد عیسائی تفرشی
خدیجه شیروانی
- ❖ حق تقدم در پذیره‌نویسی سهام جدید شرکت‌های سهامی در حقوق
ایران و امریکا ۱۲۹
عبدالرضا اسدی آق‌بلاغی
- ❖ چکیده مقالات به زبان انگلیسی ۱۶۶

یادداشت سردبیر

«حقوق خصوصی» از شاخه‌های «علم حقوق» است. «حقوق مدنی» و «حقوق تجارت» از مهم‌ترین شعبه‌های «حقوق خصوصی» به‌شمار می‌آیند. مسائل «حقوق مدنی» را می‌توان به‌بخش‌های ذیل تقسیم کرد: ۱. اشخاص و خانواده؛ ۲. مالکیت؛ ۳. قراردادها و مسئولیت مدنی؛ ۴. ارث. مسائل «حقوق تجارت» نیز در سه بخش عمده مورد مطالعه قرار می‌گیرد: ۱. تاجر و شرکت‌های بازرگانی؛ ۲. اسناد و معاملات تجاری؛ ۳. ورشکستگی.

مسائلی چون «خيار بيع الشرط و نسبت با معاملات با حق استرداد»، «وضعیت حقوقی قراردادهای معارض با عقد معلق»، «ماهیت و شرایط اعتبار قرارداد انتقال بازیکن حرفه‌ای» از جمله مسائل مربوط به بخش قراردادهای حقوق مدنی است.

مسئله «بررسی فرآیند تصفیه بانک‌های ورشکسته (مطالعه تطبیقی در حقوق امریکا و ایران)» و مسئله «حق تقدم در پذیره‌نویسی سهام جدید شرکت‌های سهامی» از جمله مسائل مربوط به بخش شرکت‌های بازرگانی است که در این شماره مجله فقه و حقوق خصوصی مورد پژوهش قرار گرفته‌اند.

تبیین برخی قواعد مهم فقهی و به دست دادن کاربردهای آن در حقوق ایران از دیگر رویکردهایی است که در این مجله، مورد توجه قرار گرفته است. گزاره فقهی «كُلُّ شَيْءٍ لَا يُعْلَمُ إِلَّا مِنْ قَبْلِ مُدْعِيهِ يُسَمَّعُ قَوْلُهُ فِيهِ» از جمله این قواعد فقهی است. براساس این قاعده، اگر در رسیدگی به برخی از دعاوی، موضوع آن به علت مخفی بودن، برای کسی جز شخص مدعی قابل اطلاع نباشد؛ یعنی ارائه دلیل برای آن در دادگاه ممکن نباشد، سخن مدعی بدون درخواست دلیل پذیرفته می‌شود.

مسائل و قواعد فقه مدنی از مهم‌ترین مباحث فقهی به‌شمار می‌آیند که با حقوق خصوصی پیوندی ناگسستنی دارند. علاوه بر اشتراک موضوعات، مسائل و مصادیق، روشی را که پژوهشگر در هر یک از دو دانش فقه و حقوق در تجزیه و تحلیل اطلاعات به کار می‌گیرد، در دانش دیگر

نیز به کار می‌آید و پذیرش نتایج پژوهش‌ها را موجه می‌سازد. به این جهت است که نظریات حقوق‌دانان در زمینه بسیاری از مسائل حقوقی که در فقه مورد بررسی قرار گرفته است متأثر از آرای فقیهان است و مباحث حقوقی در مسائل نوپدید که از ناحیه حقوق‌دانان ارائه می‌شود، مورد توجه فقیهان قرار می‌گیرد. تعامل سازنده بین پژوهش‌های فقیهان و حقوق‌دانان در زمینه مسائل حقوق خصوصی، علاوه بر اینکه، دو دانش فقه و حقوق را توسعه می‌بخشد به غنای حقوق کنونی حاکم بر کشور می‌انجامد. نشریه فقه و حقوق خصوصی در راستای این هدف بزرگ، پژوهش‌های فقهی و حقوقی پژوهش‌گران را در زمینه فقه و حقوق خصوصی در قالب مقالات علمی منعکس می‌نماید.

تحلیل فقهی حقوقی خیار بیع الشرط در نسبت با معاملات با حق استرداد

سعید کرمی^۱

چکیده: در بیع یا رهن بودن بیع الخیار اختلاف نظر است. فقهای امامیه آن را صحیح و ماهیت آن را بیع دانسته‌اند. فقهای اهل تسنن از بیع الخیار به بیع الوفا یاد کرده و آن را رهن تلقی کرده‌اند. بیع شرط به دو صورت قابل تحلیل است: نخست بیع شرطی که در روابط بدهکار و طلبکار جاری است (ماده ۳۴ قانون ثبت) و دیگری بیع شرطی که حاکم بر روابط بدهکار و طلبکار نیست، بلکه یک بیع واقعی است و مشمول مواد ۴۵۸ تا ۴۶۲ ق.م. می‌شود. بیع شرطی که حاکم بر روابط بدهکار و طلبکار است مصداق معامله با حق استرداد است (ماده ۳۳ قانون ثبت) و به همین جهت است که تقاضای ثبت ملک مورد بیع شرط را حق بدهکار دانسته‌اند، زیرا در این قسم از بیع شرط قصد بایع در حقیقت انعقاد و تشکیل عقد بیع نیست. هرگاه به این ملاک توجه نشود ابهاماتی به وجود می‌آید: اولاً اینکه هر بیع شرط معامله با حق استرداد تلقی می‌گردد، درحالی که اینگونه نیست. ثانیاً، خیار در بیع شرط واقعی مصداق ماده ۳۹۹ قانون مدنی است، پس باید تمام بیع‌های موضوع ماده ۳۹۹ قانون مدنی را معامله با حق استرداد دانست و روشن است که صرف وجود خیار در یک بیع، آن را مصداق معامله با حق استرداد نمی‌کند. مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت مخصص ماده ۴۵۹ ق.م. نیست، زیرا ماده ۴۵۹ ق.م. بیع شرط حاکم بر روابط بدهکار و بستانکار نیست، اما موضوع مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت بیع شرطی است که حاکم بر روابط بدهکار و طلبکار است.

کلیدواژه‌ها: خیار بیع شرط، اصاله‌الصحة، العقود تابعة للقصد، بیع الوفا، بیع، رهن، قانون مدنی، قانون ثبت.

مقدمه

در خصوص بیع‌الخیار در فقه امامیه و اهل سنت اختلاف نظر است. در فقه امامیه واژه خیار بیع‌الشرط در مبحث خیارات و در ذیل موضوع بیع‌الشرط مورد بحث و بررسی قرار گرفته است. فقیهان اهل سنت از واژگان دیگری نظیر «بیع‌الامانه» «الرهن‌المعاد» و «بیع‌الوفا» برای بیع‌الخیار استفاده کرده‌اند. در بین فقه‌های امامیه اولین بار علامه حلی اصطلاح «بیع‌الخیار» را به کار برده است. وی در تذکرة الفقهاء آورده است:

بیع‌الخیار در نزد ما - امامیه - جایز است و آن عبارت از این است که انسان زمین یا غیر زمین را بفروشد و برای خودش شرط خیار تا یکسال یا بیش‌تر یا کم‌تر نماید، بدین صورت که اگر ثمنی را که از مشتری گرفته به او برگرداند حق پس گرفتن مبیع را داشته باشد و اگر مدت تعیین شده بگذرد و ثمن را بازنگرداند خیارش ساقط و بیع برای مشتری واجب شود (حلی، ۱۴۱۰، ج ۱: ۵۲۱).

در بین علمای امامیه از زمان شیخ طوسی تا شیخ انصاری و فقه‌های پس از ایشان ادعای اجماع بر صحت خیار بیع شرط شده است و کسی در آن تردید نداشته است (شیخ انصاری، ۱۴۲۰، ج ۵: ۱۲۷). به طور مثال محقق کرکی می‌فرماید اصل در آن - صحت شرط خیار در رد ثمن - قبل از آنکه اجماع باشد اخبار صحیحیه از ائمه معصومین^(ع) است شیخ طوسی در کتاب الخلاف تصریح به اجماع مبنی بر صحت این عقد نموده است (طوسی، ۱۴۱۷، ج ۳: ۱۹).

فقه‌های اهل تسنن در بیان تعریف بیع‌الوفا اختلاف نظر داشته و تعاریف متعددی ارائه کرده‌اند: «بایع به مشتری بگوید این کالا را به تو فروختم در مقابل دینی که برای تو بر عهده من است، با این شرط که هرگاه دین خود را ادا کردم این کالا به خودم برگردد» (ابن نجیم مصری، ۱۴۱۸، ج ۶: ۱۱). در جای دیگر اظهار شده است: «این کالا را به تو فروختم به شرط اینکه هرگاه ثمن را به تو برگردانم آن را به من بفروشی» (ابن عابدین، ۱۴۱۵، ج ۵: ۴۰۸) و در جای دیگر آمده است: «انسان کالایی را بفروشد به این شرط که اگر ثمن را به او برگرداند مشتری کالا را به او برگرداند» (ابن عابدین، ۱۴۱۵: ۳۸۴).

فقه‌های امامیه خیار بیع شرط یا همان بیع‌الخیار را مستحدث ندانسته و روایاتی را از امام صادق^(ع) و امام باقر^(ع) بیان داشته‌اند که دال بر وجود این عقد در آن زمان (مدت‌ها قبل از قرن چهارم) بوده است (حرعاملی، ۱۴۱۴، ج ۱۸، باب ۷۸). پرسش اصلی ما در این نوشتار معطوف به این است که

ماهیت عقد خیار بیع شرط چیست و چه نسبتی با معاملات با حق استرداد در قانون ثبت دارد.

۱. ماهیت خیار بیع الشرط

فقه‌های اهل تسنن در خصوص ماهیت خیار بیع الشرط اختلاف نظر دارند. در این مورد، سه دیدگاه بدین شرح وجود دارد:

۱. بیع الخیار، بیع است (ابن نجیم مصری، ۱۴۱۸، ج ۶: ۱۱).
 ۲. برخی از فقه‌های حنفیه و مالکیه بر این باورند که بیع الخیار رهن است (ابن عابدین، ۱۴۱۵، ج ۵: ۴۰۸).
 ۳. دیدگاه سوم قائل به تفصیل است بدین صورت که به طور مثال اگر شرط در بیع ذکر نشود در حق مشتری بیع است و در حق بایع رهن است.
- حال پرسش این است که چرا باید این عقد را رهن بدانیم. در کتب فقهی اهل تسنن قاعده‌ای وجود دارد به نام «هل العبرة بصیغ العقود أو بمعانیها» و «العبرة فی العقود للمقاصد و المعانی لالفاظ و المبانی». هم‌چنین در جای دیگر آمده است: «الاصل فی العقود بناؤها علی قول اربابها» (سیوطی، ۱۴۱۱: ۲۱۲؛ زحیلی، ۲۰۰۴: ۳۶۶). بنابراین آنها با استناد به این قواعد مقصود را رهن می‌دانند نه بیع؛ اما واقعاً باید دید این قاعده نسبت به بیع الوفا چه اقتضایی دارد. آنان اظهار داشته‌اند که مقصود از لفظ، لفظی است که با آن عقد انشاء می‌شود و مقصود از معنا، مفهومی است که مقصود متکلم از این لفظ است و بر مقصود او نیز قرینه لفظیه یا غیرلفظیه وجود دارد. برای نمونه، اگر گفته شود: «بعثک بلائمن» قرینه وجود دارد که او حقیقت هبه را قصد کرده، ولی در مقام انشاء لفظ بیع را به کار برده است. در این مورد اگر بگوییم معنی مقدم است باید حکم کنیم که این عقد هبه صحیح است، ولی اگر لفظ را مقدم بدانیم باید گفت این عقد بیع فاسد است (بازاللبانی، ۱۴۰۶: ۱۹، ماده ۳). هم‌چنین در کتاب مقاصد الشرعیه الاسلامیه تألیف محمد طاهر ابن عاشور درباره اینکه احکام شرعیه دایر مدار معانی و اوصاف است نه اسماء و اشکال، آمده است: «مراد از عقود در این قاعده عقود است که مبنی بر اغراض و مقاصد است، نه مبنی بر الفاظ». به همین دلیل با وجود اینکه بیع الوفا به لفظ بیع منعقد شده است، حکم رهن بر آن جاری می‌شود «زیرا بایع با این بیع قصد تملیک مبیع به مشتری را نکرده است، بلکه قصد او دادن وثیقه برای دین خود است.» حال پرسش این است که قصد بایع چگونه احراز می‌شود تا حمل بر رهن

گردد؟ چرا که بر اساس ظهورات الفاظی که با بایع با آنها بیع الوفا را انشاء می کند بایع قصد تملیک میباید را به مشتری نموده و فرض بر این است که قرینه‌ای دیگر نیز موجود نیست. با تحلیل موارد مزبور می توان اظهار نمود که:

۱. زمانی که طرفین حقیقتاً قصد بیع دارند و قرائن نیز حاکی از آن است، همگان این عقد را بیع می دانند.

۲. زمانی که طرفین قصد بیع ندارند، بلکه به طور مثال قصد وثیقه دارند و قرینه‌ای نیز حاکی از این قصد است ولیکن قصد خود را با الفاظ بیع بیان می دارند، در این صورت نیز باید گفت عقد، عقد رهن است نه بیع.

۳. اما زمانی که قصد متعاقدين برای ما روشن نیست و قرینه‌ای نیز جز ظهورات الفاظ بیع به شرط رد ثمن وجود ندارد، در این صورت باید گفت که ماهیت چنین عقدی بیع است؛ زیرا آنچه حقیقت عقد را بیان می کند همان ظهورات الفاظ است.

در فقه امامیه در بین متأخرین برای اولین بار فخرالمحققین در کتاب *ایضاح الفوائد* قاعدة «العقود تابعة للقصد» را طرح می کند. مرحوم نراقی و میر عبدالفتاح مراغی به تفصیل به این قاعده پرداخته اند و زوایای آن را از حیث دلالت و تطبیق بر فروع بیان کرده اند (محقق نراقی، ۱۴۰۸: ۵۴؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۳: ۳۶۷). یکی از معانی قاعدة «العقود تابعة للقصد» آن است که وقوع عقد بر کیفیات خاص، متوقف به قصد آنها در عقد می باشد. در نتیجه، اگر قصد کیفیات مقصود به خاطر اینکه عقد برطبق آنها واقع شود، لازم است، پس به ناگزیر باید اماره‌ای دال بر هر کدام از کیفیات مقصود در متن عقد آورده شود، زیرا قصد خالی و بدون اماره دال بر آن اعتبار ندارد.

حال اگر عاقد یکی از کیفیات را قصد کند و اماره‌ای را که بر آن دلالت نماید نیاورد، مانند آنکه با لفظی که مطلق است و می تواند قابل حمل بر هر دو معنا باشد قصد لزوم یا قصد جواز کند؛ یا به عکس لفظی را که دلالت بر تزلزل دارد ذکر کند ولی قصد لزوم نماید و لفظ دال بر لزوم را ذکر کند و قصد جواز عقد کند؛ در این صورت آیا باید بر بطلان حکم کرد؟ در فرض اول، اماره و دالی وجود ندارد و بنابراین یا باید حکم بر صحت هر دو مورد کرد، زیرا به یکی از دو شرط قصد یا لفظ می توان اکتفا کرد، لذا اصل قصد به معامله حاصل می باشد. بنابراین باید در هر دو فرض تابع لفظ شد، یا تابع قصد بود.

به نظر می رسد قصد عاری از لفظ، اعتباری ندارد. اگر شخص قصد نوع و کیفیت خاصی

داشته و وقوع آن را اراده کرده باشد که فرضاً عقد جایز باشد، هرچند در صورت ظهور لفظ و حکایت آن از لزوم، باید از حکم ظاهر لفظ پیروی کرد لیکن مجرد قصد تأثیری در عقد و نوع آن نخواهد داشت. آنچه فی الجمله مقصود بوده، اصل معامله است و نوع آن از ظهور لفظ استفاده نمی‌شود. در حقیقت قصد نوع در کیفیت از هیچ اماره و اصلی استکشاف نشده است. این مانند آن است که کسی در زمان قصد بیع بگوید «وهبت». بی‌گمان لفظ وقتی معتبر است که حکایت از مقصود نماید. در چنین صورتی مقصود او «هبه» نبوده است و بنابراین نه بیع واقع می‌شود و نه هبه، زیرا اولی لفظ دالّ نداشته و دومی مقصود نبوده است. البته می‌توان گفت که برای استکشاف قصد دو راه وجود دارد: لفظی که بر قصد دلالت کند یا اصلی که از آن حکایت نماید. در فرض مسئله اصل تطابق اراده واقعی با اراده ظاهری نشان می‌دهد که مقصود عاقد، معنی ظاهری لفظ است. بنابر اظهار یکی از فقهای متأخر می‌توان در مسئله قائل به تفصیل شد. به این معنا که هرگاه با عدم علم به قصد واقعی عاقد، بتوان براساس یک اصل عقلایی قصد واقعی را از ظاهر لفظ استکشاف کرد، باید حکم بر صحت براساس ظهور لفظ نمود؛ اما در صورت علم به قصد یا اقرار عاقد به قصد کیفیت خاص، میان قصد و ظاهر لفظ تعارض وجود خواهد داشت. اعتبار اقرار عاقد از باب صحت اقرار نیست بلکه از باب «ما لا یعمل لا من قبله» می‌باشد، لکن اثبات قصد به تنهایی کافی نیست؛ قصد ثابت شده لفظ دال ندارد و لفظ دال موجود مقصود نمی‌باشد (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳: ۱۱۶).

۱-۱. مفاد قاعده تبعیت عقد از قصد

این قاعده را به اعتبار کثرت فروع و وسعت دامنه کاربردی آن می‌توان از قواعد مهم در فقه و حقوق به شمار آورد. نقش تعیین‌کننده اراده در عقد، نکته اساسی در این قاعده است که از مباحث مهم حقوقی نیز به شمار می‌رود. نه تنها فقهای امامیه مکرراً به این قاعده در ابواب مختلف استناد کرده‌اند، بلکه فقهای اهل سنت نیز همواره به این قاعده تمسک کرده و گاهی از آن به قاعده «الامور بقاصدها» تعبیر کرده‌اند و برای اثبات آن به آیات نیز استدلال نموده‌اند (جوزی، ۱۴۱۱، ج ۳: ۹۵).

اراده و قصد، نقش اساسی در انشاء و تکوین عقد دارد و ایجاد التزامات ناشی از عقد در حقیقت از اراده عقدی نشئت می‌گیرد. قاعده «العقود تابعة للقصود» نزد فقهای امامیه، بیانگر این

حقیقت است و فقهای اهل سنت نیز با تعبیرهای مختلف، این اصل را به طور اجمال پذیرفته‌اند (ابوزهره، ۱۳۷۵: ۲۵۰؛ ابن تیمیه، ۱۴۰۸، ج ۳: ۲۳۶).

فقها و حقوق‌دانان اراده عقدی را به دو نوع باطنی و ظاهری تقسیم کرده‌اند: اراده باطنی حالتی است که از آن به نیت تعبیر می‌شود. نیت یا اراده باطنی دارای دو عنصر اساسی است: اختیار و رضا. اختیار عبارت از قصدی است که به یک امر مقدور که ممکن‌الوجود و العدم است، تعلق می‌گیرد و شخص مختار می‌تواند یکی از آن دو را برگزیند. اختیار در عقد، به مجرد اراده اجرای لفظی عقد یا چیزی که می‌تواند جایگزین لفظ باشد، حاصل می‌شود. به همین دلیل است که اختیار با هزل منافات ندارد، ولی با اکراه جمع نمی‌شود. رضایت به حالتی از اختیار گفته می‌شود که اشباع شده و به نهایت خود رسیده باشد و به آن حالت، میل و رغبت نیز می‌گویند. حالت رضایت همواره شامل اختیار می‌شود اما البته عکس آن نیز صادق نیست؛ بنابراین رضایت با هزل سازگار نیست و با اکراه و خطا نیز جمع نمی‌شود (بزودی، ۱۴۱۸، ج ۴: ۱۰۵۰۳).

فقهای حنفی انعقاد عقد را منوط به اختیار دانسته و رضایت را شرط صحت آن شمرده‌اند (ابن تیمیه، ۱۴۰۸، ج ۲: ۱۴۹؛ ابن قدامه، ۱۳۸۸، ج ۲: ۲۳۷). فقهای شافعی، مالکی و حنبلی اختیار و رضایت را متلازم شمرده‌اند و تحقق یکی از آن دو را بدون دیگری ممکن ندانسته‌اند. بنابراین نظریه، عبارت و لفظ عقد باید به گونه‌ای ادا شود که حاکی از اختیار و رضایت باشد تا بیان‌کننده اراده باطنی عاقد محسوب گردد (محمصانی، ۱۹۸۳، ج ۲: ۳۰).

اراده ظاهری عقد در حقیقت همان مفاد ظاهری لفظ است که بیان‌کننده قصد عاقد می‌باشد. از آنجا که اراده ظاهری با لفظ عقد کشف می‌شود، می‌توان گفت که امری بسیط است و اختیار و رضایت در آن قابل تفکیک نیست. می‌توان از اراده باطنی به قصد و از اراده ظاهری به لفظ تعبیر کرد؛ اما در مقایسه آن دو و تشخیص اینکه کدام بر دیگری حاکم و غالب است، اختلاف نظر وجود دارد. برخی از فقهای اهل سنت اراده ظاهری (لفظ) را بر اراده باطنی (قصد) حاکم شمرده‌اند و در نتیجه حکم به صحت تصرفات ناشی از عقد کرده و آن را مقتضای ظاهر لفظ عقد دانسته‌اند (سنهوری، ۱۹۵۳، ج ۱: ۸۴). برخی دیگر به دنبال دلیلی گشته‌اند تا مطمئن شوند اراده باطنی عاقد، همان مفاد ظاهری عقد است. براساس این نظریه در حقیقت اراده باطنی، حاکم محسوب می‌شود (محمصانی، ۱۹۸۳، ج ۲: ۳۰).

فقهای حنبلی در مواردی که از قراین، عمل بایع به قصد مشتری از خرید اشیائی مانند انگور،

برای ساختن شراب به دست می‌آید، خرید و فروش انگور را حرام دانسته و به بطلان آن رأی داده‌اند (ابن تیمیه، ۱۴۰۸، ج ۲: ۱۴۹؛ ابن قدامه، ۱۳۸۸، ج ۲: ۲۳۷). فقهای حنبلی و مالکی نیز خرید و فروش زمینی را که به قصد ایجاد کارگاه شراب‌سازی انجام می‌گیرد، حرام و باطل شمرده‌اند. بیش‌تر فقهای شافعی و حنفی به اراده‌ی ظاهری (لفظ) اعتماد کرده و حتی معاملات صوری را نیز صحیح دانسته‌اند و حکم به جواز معاملاتی که در باطن آن، نیت ربا وجود دارد، صادر کرده‌اند (ابو زهره، ۱۳۷۵: ۲۴۹). محمد ابو زهره در کتاب *الملکیّة و نظریة العقد سعی کرده که مبنای فقهای حنفی را با مفاد قاعده «العبرة» وفق دهد. وی در این زمینه می‌گوید: مراد از «قاعده العبرة بالمعانی...» آن نوع اراده‌ی باطنی است که لفظ، دلالتی صریح بر آن نداشته باشد و مقصود از اراده‌ی باطنی در نظریه تطابق آن است که لفظ عقد بر آن دلالت ظاهری دارد. تردیدی نیست که هرگاه تطابق دو اراده‌ی ظاهری و باطنی احراز شود، تمامی آثار شرعی عقد بر آن مترتب می‌گردد، اما اگر چنین احرازی حاصل نگردد ممکن است دو حالت به وجود آید:*

الف. اراده‌ی حقیقی و باطنی بر عقد وجود نداشته باشد که عقد صرفاً حالت صوری و غیر انشائی پیدا می‌کند، مانند عقد مجنون و صبی غیر ممیز.
ب. وجود اراده‌ی حقیقی و باطنی مشکوک باشد که این حالت در مواردی پیش می‌آید که از آن به عیوب اراده یا عیوب عقد تعبیر می‌شود:

در عقد صوری ممکن است قرارداد به سه صورت زیر منعقد شود:

۱. حالت تباین که ملاک آن توافق متعاقدين بر ظاهر عقد، بدون توجه به حقیقت عقد و مفاد واقعی آن است. مانند موردی که تظاهر به عقد یا اقرار صوری به آن می‌کنند یا با توسل به عقد ظاهری، اموال خود را از ظالم و سارق نجات می‌دهند. عقد صوری گاه در مقدار ثمن یا مهر تحقق می‌یابد، درحالی که اصل عقد کاملاً حقیقی و با اراده‌ی باطنی صورت گرفته است؛ مانند مواردی که قصد تظاهر به مهر زیاد یا ثمن در میان است.

۲. عقد هازل که از الفاظ عقد معانی دیگر منظور می‌شود و حتی ظاهراً نیز قصد برخورد معنی، وجود ندارد (ابن عابدین، ۱۴۱۵، ج ۵: ۱۰۹). فقهای حنبلی و مالکی، هزل را در عقود که قابل نقض و فسخ می‌باشند و احکام آنها بر اسبابشان با تأخیر مترتب می‌شوند، باطل دانسته ولی در مواردی چون نکاح و طلاق نافذ شمرده‌اند؛ اما فقهای شافعی، عقد هازل را به‌طور مطلق صحیح دانسته و در صورتی که هازل راضی شود، عقد او را لازم تلقی کرده‌اند.

۳. عقد مجنون و مغمی علیه و صبی غیر ممیز که عبارت و لفظ عقد به نحوی باشد که قصدی بر آن تعلق نگرفته و لفظ بیانگر معنی مقصود نباشد. در هیچ کدام از اینها اراده حقیقی و باطنی عقد وجود ندارد. نظیر عقد کسی که به خطا لفظ عقد را به کار می‌گیرد یا از روی فراموشی آن را بر زبان می‌راند.

برخی از فقهای اهل سنت به استناد حدیث «ثلاث جدهن و هزلهن جد: النکاح و الطلاق و العتق» در موارد فوق حکم به صحت عقد داده‌اند، ولی اکثر فقها، حکم به بطلان داده‌اند (ابن عابدین، ۱۴۱۵، ج ۴: ۴۴؛ ابن نجیم مصری، ۱۴۱۸: ۱۷۶).

این مدعا می‌تواند با صور ذیل قابل تحلیل باشد:

اول: عقد بدون اراده تحقق نمی‌یابد، همان‌گونه که فقها در شرایط عمومی عقود به آن تصریح کرده‌اند که تابع بدون متبوع وجود نمی‌یابد. بر این اساس، عقد غافل، نائم، ناسی، هازل، غالط و مست که قصد بر انشاء عقد ندارند، باطل است. قاعده «العقود تابعة للمقصد» به این معنا، دارای کلیتی است که شامل همه عقود می‌شود و معنی آن شرطیت اراده و قصد در عقود و عدم تحقق عقد بدون قصد است. مفاد قاعده براساس این تفسیر شامل ملازمه وجودی بین تحقق قصد و تحقق عقد نمی‌گردد. این ملازمه را می‌توان به دو صورت مورد بحث قرار داد:

الف. ماهیت قصد ملزم تحقق عقد است که یقیناً این ملازمه باطل است.

ب. قصد هنگامی که در عقد متعلق به چیزی می‌شود، معنایش این است که عقد تحقق یافته و عقد در این قصد مؤثر است و بر این اساس مفاد قاعده چنین می‌شود: «هر چیزی که در عقد قصد شده است»، بنابراین عقد تابع آن معنای قصد شده است.

دوم: عقد تابع قصد است. به این معنا که عقد از اموری است که احتیاج به دو طرف ایجاب و قبول دارد و دو شیء که عوض و معوض قرار گیرد. بعد از آنکه عقد با این ارکان به وجود آمد، هر عقدی دارای اثر خاص است؛ مانند تملیک عین یا تملیک منفعت یا توکیل و امثال آن. هم‌چنین هر عقدی دارای اثر خاصی است؛ مانند فوریت، تراضی، لزوم، جواز، تنجیز و تعلیق. نهایت اینکه عقد دلالت و ماهیتش را مشخص می‌کند. مفاد عقد در این خصوصیات (اصول و فروع) تابع نوع قصد است. بنابراین هنگامی که عاقد یکی از این امور را قصد می‌کند، عقد هم بر آن امور دلالت خواهد کرد.

سوم: نوع هر عقدی با قصد مشخص می‌گردد. اگر شخص قصد بیع داشت عقد بیع، و اگر

قصد عاریه داشت، عقد عاریه واقع می‌شود و در صورت قصد هبه، عقد هبه تحقق می‌یابد. بر اساس این مفاد، قاعده «العقود تابعة للقصد» به عقود اختصاص نداشته و شامل ایقاعات نیز می‌گردد و مفهوم آن دارای عقد ایجابی به معنی «ما قصد یقع» و عقد سلبی به معنی «ما لم یقصد لایقع» می‌باشد (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳: ۱۱۸).

۲-۱. کاربرد قاعده «العقود تابعة للقصد»

با توجه به مفاد قاعده «العقود تابعة للقصد» که می‌توان آن را در سه معنای زیر خلاصه کرد، موارد کاربرد قاعده را در قوانین و مقررات مورد ارزیابی قرار می‌دهیم:

مفاد این قاعده در چند معنا قابل بحث است:

مفاد اول: برای تحقق عقد وجود اراده ضروری و مسلم است.

مفاد دوم: عقد، تابع قصد است به این معنی که عقد از اموری است که با قصد مشخص می‌شود. هر عقدی احتیاج به دو طرف ایجاب و قبول دارد و دو شیء که عوض و معوض قرار گیرند.

مفاد سوم: نوع هر عقدی با قصد مشخص می‌گردد. اگر شخص قصد بیع داشت، عقد بیع واقع می‌شود و اگر قصد عاریه، عاریه تحقق می‌یابد. براساس این مفاد، قاعده «العقود تابعة للقصد» اختصاص به عقود نداشته و شامل ایقاعات نیز می‌گردد و مفهوم آن دارای عقد ایجابی به معنی «ما قصد یقع» و عقد سلبی به معنی «ما لم یقصد لایقع» است (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۱۸ و ۱۱۹).

در ماده ۱۹۱ قانون مدنی آمده است: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند». شرط اساسی برای تحقق عقد، بلکه تمام اعمال حقوقی، وجود قصد است. قصد همان اراده است که به اراده باطنی و ظاهری تقسیم شده است. اراده باطنی به تنهایی برای تحقق عقد کافی نیست بلکه لازم است به نحوی ظهور خارجی بیابد. برای تشخیص اینکه آیا عمل حقوقی از روی قصد تحقق یافته است یا خیر، باید به شرایط اساسی صحت عمل شخص توجه کرد. از جمله اینکه شخص عاقل و بالغ و رشید باشد و عمل را در حال مستی، بیهوشی، خواب و سایر اموری که محل صحت اراده است، انجام نداده باشد. بدین ترتیب می‌توان گفت آنچه را که قصد کرده تحقق می‌یابد.

ماده ۱۹۵ قانون مدنی می‌گوید: «اگر کسی در حال مستی یا بیهوشی یا در خواب معامله نماید،

آن معامله به واسطه فقدان قصد باطل است.» عقد بودن اراده در این خصوص تحقق نمی‌یابد همان‌گونه که فقها در شرایط عمومی عقود به آن تصریح کرده‌اند که تابع بدون متبوع وجود نمی‌یابد. کما اینکه در ماده ۱۹۹ قانون مدنی: «رضای حاصل در نتیجه اشتباه یا اکراه موجب نفوذ معامله نیست.» در ماده ۲۰۳ قانون مدنی: «اکراه موجب عدم نفوذ معامله است اگرچه از طرف شخص خارجی غیر از دو طرف معامله واقع شود» نیز بدان تصریح شده است.

بنابر فتوای مشهور فقهای امامیه هرگاه رضایت و طیب نفس برای مکره حاصل شود و پس از عمل اکراه شده به آن رضا دهد عقد یا ایقاع صادر شده از روی اکراه صحیح خواهد بود. لذا به همین دلیل است که معامله مکره غیر نافذ است نه باطل. ماده ۲۱۸ قانون مدنی بیان نموده که: «هرگاه معلوم شود که معامله با قصد فرار از دین که به‌طور صوری انجام شده آن معامله باطل است.» در مورد این ماده به نظر می‌رسد که باید گفت هرگاه معلوم شود معامله به‌طور صوری انجام شده، آن معامله باطل است خواه با قصد فرار از دین باشد یا به دلایل دیگر و درواقع صوری بودن علت اصلی بطلان است نه «قصد فرار از دین»؛ چون اگر با قصد فرار از دین معامله صحیحی انجام گیرد نباید حکم به بطلان آن داد. البته برخی معتقدند که این ماده، مفهوم مخالف ندارد؛ یعنی نمی‌توان گفت معامله‌ای که بدون قصد فرار از دین به‌طور صوری یا با قصد فرار از دین به‌طور غیر صوری انجام شود صحیح و نافذ است.

در ماده ۳۴۶ قانون مدنی آمده است: «عقد بیع باید مقرون به رضای طرفین باشد و عقد مکره نافذ نیست.» می‌توان حکم ماده ۳۴۶ ق.م. را به سایر موارد تسری داد، مثلاً اجاره و ودیعه و امثال آن. در عقدی که از روی اکراه واقع شده است باید گفت آنچه واقع شده مورد قصد قرار نگرفته است، یعنی «ما وقع لم يقصد». به عبارت دیگر، اراده و قصد معیوب بوده و صلاحیت خلق آثار حقوقی تمام و کامل را ندارد، اما رضای بعدی عاقد می‌تواند آن را کامل کند.

مطابق ماده ۴۴۸ قانون مدنی: «سقوط تمام یا بعضی از اختیارات را می‌توان در ضمن عقد شرط کرد.» شروط جزء عقد هستند و حیات خود را از عقد می‌گیرند. اصل آزادی اراده به متعاقدين این اختیار را می‌دهد تا در ضمن عقد شروطی را مقرر دارند. خیار حقی است که ممکن است در شرایط خاصی برای هر یک از طرفین یا هردوی آنها و یا حتی شخص ثالث به وجود آید. هر کس می‌تواند حق خود را در مورد یا مواردی اسقاط کند. البته طبق ماده ۹۵۰ ق.م، هیچ‌کس نمی‌تواند به‌طور کلی حق تمتع یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند؛ اما این

حکم منافاتی با اسقاط جزئی حق در امری جزئی ندارد. کسی نمی‌تواند بگوید برای من هرگز خیار بیع وجود نمی‌آید، هرچند می‌تواند خیار بیع خود را در یک معامله خاص اسقاط کند. پس آنچه در عقد متعلق قصد طرفین واقع شود، در صورتی که منافاتی با اصول و حقوق مسلم نداشته باشد و به عبارت دیگر مخالف قانون نباشد قابلیت اجرا داشته و محترم است.

مواد دیگری از قانون مدنی که می‌توانند به عنوان مصادیق قاعده «العقود تابعة للقصد» تلقی گردند عبارتند از ماده ۴۵۸ قانون مدنی:

در عقد بیع، متعاملین می‌توانند شرط نمایند که هرگاه بایع در مدت معینی تمام مثل ثمن را به مشتری رد کند خیار فسخ معامله را نسبت به تمام مبیع داشته باشد و... .

هم‌چنین در ماده ۴۵۹ قانون مدنی آمده است:

در بیع شرط، به مجرد عقد، مبیع ملک مشتری می‌شود با قید خیار برای بایع؛ بنابراین اگر بایع به شرایطی که بین او و مشتری برای استرداد مبیع مقرر شده است عمل ننماید، بیع قطعی شده و مشتری مالک قطعی مبیع می‌گردد و اگر بالعکس بایع به شرایط مزبوره عمل نماید و مبیع را استرداد کند، از حین فسخ، مبیع مال بایع خواهد شد... .

بنابراین با انجام معاملات شرطی به شرح مذکور مبیع به صورت معلق و مشروط در مالکیت مشتری قرار می‌گیرد و به محض انقضای مدت مندرج در سند شرطی و عدم رد ثمن از طرف بایع، بیع قطعی گردیده و مبیع مال مشتری می‌گردد.

۲. اقتضای اصل عملی در خیار بیع شرط

اقتضای اصل عملیه در شبهات حکمیه فساد در معاملات است. مرحوم خوانساری می‌فرماید: «ان الاصل فی المعاملة عندهم الفساد» (خوانساری، ۱۳۵۵، ج ۳: ۳۴۵). هم‌چنین در جای دیگر اظهار شده است که ساری و جاری بودن این اصل در شبهات حکمیه در عقود و ایقاعات اجماعی است از این رو برای اثبات صحت بیع الخیار نیازمند استفاده از ادله معتبر هستیم که ذیلاً مورد بررسی قرار می‌گیرد.

بسیاری از متقدمین و متأخرین از فقهای بزرگ امامیه بر صحت خیار بیع الشرط ادعای اجماع نموده‌اند؛ اما با توجه به ادله و استنادات ادله مزبور، واقعیت آن است که اجماع مذکور مدرکی است و اجماعی معتبر است که کاشف از رأی و نظر معصوم^(ع) باشد. از این رو به نظر می‌رسد،

توجه به ادله عامه و بیانات عام در قرآن و روایت، ما را به اصالة الصحة و اثبات صحت این نوع از بیع رهنمون می سازند.

۱-۲. اصالة الصحة

شیخ انصاری آورده است که فقها تا زمان محقق کرکی اصل فساد را در عقود حاکم می دانسته اند، اما از زمان محقق به بعد اصل صحت را جاری می کنند. در اینکه قلمرو اصل صحت چه مواردی را شامل می شود اختلاف نظر است. محقق کرکی بر این باور است که بعد از کامل شدن عقد اگر در شرطی از شروط عقد تردید شود اصل صحت جاری می شود. وی این اصل را در عقود و ایقاعات جاری می داند. از نظر شیخ انصاری نظر قوی تر آن است که با توجه به اصل صحت، مثل سیره قطعی و حکم عقل به لزوم اختلال نظام، اصل صحت در همه موارد جاری می شود و فرقی بین قبل از استکمال و بعد از استکمال نیست. شیخ در شک مشتری در اهلیت بایع به دلیل صغر حکم به صحت عقد بیع می دهد. در واقع از نظر شیخ انصاری تحقق و وقوع عرفی معامله تنها شرط اجرای اصل صحت است و هیچ تمایزی بین شروط عقد، شروط متعاقدين و شروط عوضین وجود ندارد. در دیدگاه محقق نائینی به دلیل اینکه مستند اصل صحت در عقود اجماع بوده و برای اجماع اطلاقی نیست تا همه موارد شک در صحت و فساد را شامل شود، لذا بر قدر متیقن اکتفا شده و آن جایی است که شک در ناحیه سبب باشد. بدین معنا که هرگاه شک شود عقد واجد شرایط معتبر باشد اصل جاری می شود اما اگر شک مربوط به اهلیت متعاقدين یا عوضین باشد باید به سایر اصول عملیه حسب اقتضای مورد مراجعه نمود (فروغی، ۱۳۹۶: ۹۲-۹۰).

محقق بجنوردی برای اصالة الصحة سه معنا ذکر نموده اند:

معنی اول آن است که چنانچه فعل از غیر صادر شده باشد و حرمت و حلیت آن فعل شک شود، بنا را بر جواز و حلیت می گذارند.

معنای دیگر ترتب آثار صحت وضعی است در هر مورد چنانچه فعلی از غیر صادر شود و صحت و فساد آن عملی برای دیگر آن منشأ اثر باشد بنا را بر صحت آن عمل می گذارند.

معنای سوم که به نظر می رسد در ما نحن فیه، عمده دلیل بنای عقلا در تمامی اعصار و امصار و نیز فحوای روایت حفص بن غیاث است که: «لولم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق». در اینجا از

عموم علت استفاده می‌شود که هرچه موجب تعطیل شدن بازار و تجارت مسلمین باشد مورد نفی شارع مقدس قرار گرفته است.

ادله عامه عقود نظیر «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود» و «احل الله البیع» که در سوره مائده آمده است و همچنین روایاتی نظیر «المؤمنون عند شروطهم» و «الناس مسلطون علی اموالهم» موجب می‌شوند که در صورت شک در اشتراط یا مانعیت چیزی برای عقد و معاملات اصل اصابة الفساد دچار تحول و انقلاب گردد و به اصل ثانوی و عقلانی که صحت معاملات مقتضای آن است، تغییر یابد. از این رو، بنای عقلا در تمام عصرها و نسل‌ها و در همه جوامع، اعم از جامعه دینی یا عرفی، این است که اصل را بر صحت دانسته‌اند.

این اصل اکنون یکی از اصول مسلم حقوقی در دنیا به‌شمار می‌رود و از آن به آرای محموده یاد می‌شود. از دیگر سو، حمل صحت در عقود و معاملات مبتنی بر صحت واقعی است، نه صحت الفاعل، زیرا اگر حمل بر صحت مبتنی بر صحت عندالفاعل باشد این حمل نیست و لغویت پیش می‌آید و نزد عرف عقلا معتبر نخواهد بود. بنابراین جریان اصل صحت مبتنی بر دو شرط است: شرط اول درباره جریان قاعده که منوط به احراز عنوان عمل باشد. هرگاه معامله و فعلی از شخصی صادر شود و آن عقد و معامله معنون به یکی از عناوین باشد و اگر در صحت و فساد آن عنوان شک شود بنای عقلا حمل بر صحت آن عنوان است، ولی اگر اصل عنوان مشکوک و غیرمحرز باشد، اصل صحت دچار تزلزل می‌شود، زیرا قصد عنوان از برای این قاعده به منزله موضوع است. از دیگر سو، آیات و روایات مذکور بر صحت شروط به نحو کلی و عام دلالت دارند (طوسی، ۱۴۱۷، ج ۳: ۱۹).

امام خمینی^(ره) در کتاب البیع در صحت بیع‌الخیار آورده اند که: «تقدم ما بدل علیه و هو عموم ادله الشرط عدم المانع عقلاً و شرعاً» (امام خمینی، ۱۴۱۰: ۴۰۱).

متقدمین از فقها به عموم این دلیل بر اثبات صحت شرط در ابواب مختلف استفاده کرده‌اند و دلالت آن را بر صحت شرط امری مسلم پنداشته‌اند. برخی فقهای متأخر نیز که درباره مفاد این دلیل بحث کرده‌اند همه پذیرفته‌اند که «المؤمنون عند شروطهم» یا بالمطابقه و یا بالالتزام دلالت بر صحت جمیع شروط می‌نماید مگر در مواردی خاص که استثنا شده است.

به نظر می‌رسد دلالت روایت بر صحت شروط به نحو عام امری مسلم و پذیرفته شده است، زیرا مدلول مطابقی این روایت یا صحت شروط است و یا وجوب تکلیفی و یا وضعی و یا مفهومی

است که هر سه را در برمی گیرد. افزون بر این «الشرط جائز بین المسلمین» که صریحاً دلالت بر صحت شرط می نماید نیز مؤید همین دیدگاه است. دیگر اینکه هرگاه جریان قاعده متوقف بر وقوع عمل در خارج است، در صورتی که عمل در خارج واقع شود و شک در صحت و فساد آن به اعتبار فقدان جزء و یا شرط و یا وجود مانع باشد این عمل حمل بر صحت می شود؛ اما اگر هنوز عملی در خارج واقع نشده باشد نمی توان عملی را که هنوز واقع نشده و در آینده واقع می شود حمل بر صحت نمود (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۱: ۲۶۳).

شرط دوم اینکه اصاله الصحه در کلیه معاملات جاری است. اصل صحت در کلیه معاملات، اعم از عقود و ایقاعات، جاری است و بر اصاله الفساد در معاملات مقدم است. بنای عقلا نیز بر این استوار است که هر جا احتمال اخلال در معامله برود اصل صحت بر آن معامله حاکم است. محقق بجنوردی در این زمینه بیان نموده اند: مدرک قاعده منحصر به اجماع نیست، بلکه عمده دلیل آن بنای عقلا است و این بناء و سیره اختصاص به شرایط عقد ندارد، بلکه در هر جا که احتمال اختلال معامله برود - چه از ناحیه شرایط عقد، چه از ناحیه شرایط متعاقدين یا عوضین - اصل صحت محکم است، زیرا موضوع قاعده نزد عقلا عبارت است از احراز عنوان معامله و شک در صحت و فساد آن مطلقاً. هم چنین، گرچه اجماع دلیلی گبی است و بنابراین اطلاق ندارد و باید به مقدار قدر متیقن اخذ شود، لکن اگر اجماع بر عنوانی قائم باشد که معقد آن اطلاق داشته باشد حکم دلیل لفظی پیدا می کند (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۱: ۲۳۶).

امام خمینی^(ره) مستثنیات ادله صحت شرط را تحت عنوان شروط صحت مورد بحث قرار داده اند. این شروط عبارتند از: شرط فی نفسه جایز باشد، باید در نزد عقلا دارای غرض قابل توجه باشد، مخالف کتاب و سنت نباشد، منافاتی با مقتضای عقد نداشته باشد، شرط مجهولی که موجب غرر شود نباشد، شرط مقدور و قابل انجام باشد، شرط محال نباشد، شرط منجز باشد و در متن عقد مورد التزام قرار گیرد.

امام خمینی در مبحث صور بیع الخيار ابتدا در صورتی که خيار معلق یا موقت به باشد اشکال کرده اند که اگر چنین شرطی باشد که مستلزم غرر و جهالت در مشروط و بیع است، زیرا مشتری نمی داند که در چه زمانی رد ثمن تحقق می یابد، در نتیجه نمی داند که از چه زمانی بایع خيار دارد (امام خمینی، ۱۴۱۰، ج ۴: ۲۲۳). ایشان پس از آنکه صور متعدد بیع الخيار را مطرح می کنند در خاتمه می فرمایند اشکال غرر و جهالت در اکثر صورت بندی ها وارد است. بنابراین صورت هایی که در

آنها غرر وجود دارد بر اساس قواعد عام باطل است و برای اثبات آنها باید به ادله خاصه و اجماع استناد نمود (امام خمینی، ۱۴۱۰، ج ۵: ۳۱۴-۳۱۳).

۳. اقسام بیع الخیار

شیخ انصاری در کتاب مکاسب در خصوص اقسام بیع الخیار صورت‌های مختلفی را ذکر کرده‌اند که بدین شرح است:

۱. از جهت انواع ثمن: ثمنی که شرط رد آن می‌شود یا عین خارجی است و یا کلی فی‌الذمه یا مثلی یا قیمی یا پول، و یا کالا است. همگان معتقدند که خیار بیع الشرط در همه این صورت‌بندی‌ها صحیح است، زیرا ادله صحت عقد و بیع و شرط شامل آن می‌شود.
۲. از جهت رد ثمن: رد عین یا بدل ثمن ممکن است مشروط در بیع الخیار شده باشد و یا ممکن است رد کل یا بعض الثمن شرط شده باشد. در این صورت‌ها ممکن است مشروط رد ثمن به مشتری یا ولی یا وکیل او باشد. هریک از این صورت‌بندی‌ها اگر مشکل ثبوتی یا اثباتی نداشته باشد بر اساس ادله عامه و جوب و فایده شرط، باید بر طبق آن عمل کرد (شیخ انصاری، ۱۳۷۴، ج ۵: ۱۳۲).

امام خمینی در دو صورت فوق اشکال وارد نموده‌اند: یکم در صورت شرط رد بدل ثمن با فرض وجود عین ثمن و دوم شرط رد ثمن به صورت مطلق و بدون تعیین جهت. هم‌چنین طرح سؤال شده است که آیا در صورت وجود عین ثمن رد بدل آن کافی است یا نه؟ (امام خمینی، ۱۴۱۰، ج ۴: ۲۳۳).

به نظر می‌رسد در صورتی که با بیع شرط کند که با رد بدل، بیع فسخ شود و ثمن به ملک مشتری و مبیع به بایع برگردد؛ سپس بعد از فسخ، یک معامله و قرارداد جدید منعقد گردد که در آن ثمن با بدلش معاوضه گردد، اشکال ثبوتی و اثباتی پیش نخواهد آمد. هم‌چنین است اگر رد بدل ثمن به مشتری مقدمه تحقق خیار یا فسخ یا اقاله باشد، بدین نحو که اگر بایع شرط کند هرگاه بدل ثمن را آورد، مبیع از آن مشتری شود اشکالی پیش نخواهد آمد.

ایراد زمانی تحقق پیدا می‌کند که با یک شرط دو مطلب به دست آید: اول آنکه رد بدل، فسخ فعلی یا مقدمه فسخ یا اقاله باشد. دوم آنکه بدل ثمن معاوضه شود. در این صورت اشکال ثبوتی و اثباتی حضرت امام وارد است.

صاحب‌جواهر بر فرضی که خیار معلق بر رد ثمن باشد، اشکال می‌کند. از دیدگاه ایشان تعلیق در بیع و مانند آنچه در نفس عقد باشد و چه در متعلق عقد باشد ممنوع است. امام خمینی به این اشکال پاسخ داده‌اند که اگر خیار معلق بر، یا موقت به رد ثمن در رأس سال باشد، گرچه جهالت منتفی است ولی خارج از محل بحث است. محل بحث جایی است که خیار معلق بر، یا موقت به رد ثمن در ظرف یک سال باشد و در چنین فرضی جهالت وجود دارد، زیرا معلوم نیست که بایع در چه زمانی در ظرف یک سال آینده ثمن را رد خواهد کرد (امام خمینی، ۱۴۱۰، ج ۴: ۳۳۳).

دیدگاه شیخ اصفهانی در پاسخ به غرر آن است که «جهالت با تعیین مدت دفع می‌شود و متعارف نیز چنین است که شرط می‌شود که ثمن در سر سال تا یک یا دو روز یا بیش‌تر رد می‌شود» (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۴: ۱۸۹). بنابراین اگر رد ثمن در ظرف یک سال انجام شود، امام خمینی بیان می‌دارد که مستلزم غرر است و فرقی هم بین توقیت و تعلیق نیست.

امام خمینی در صورتی که رد ثمن شرط فسخ باشد اشکالی را طرح کرده‌اند. ایشان می‌فرمایند: اگر «تقیید فسخ به رد ثمن» به این معنی باشد که «بدون رد ثمن حق فسخ ندارد» این شرط باطل است، زیرا خیار همان حق فسخ است و اطلاق خیار با تقیید فسخ به رد ثمن تنافی دارد؛ اما اگر این شرط، به شرط ترک اعمال خیار برگردد اشکالی ندارد، ولی اگر تخلف کرد و قبل از رد فسخ نمود نفوذ و عدم نفوذ فسخش بر این امر مبتنی است که آیا می‌توان از این شرط استفاده حکم وضعی کرد یا نه، و این محل بحث و چالش است (امام خمینی، ۱۴۱۰، ج ۴: ۳۳۴).

امام خمینی در فرض اینکه رد ثمن فسخ فعل در بیع‌الخیار باشد قائل به تفصیل شده‌اند: اگر شرط انشای فسخ به سبب رد باشد همانند معاطات در بیع اشکال ندارد، ولی باید در حین رد ثمن، انشای فسخ را قصد نماید؛ اما اگر شرط وقوع فسخ به سبب رد ثمن به گونه‌ای که رد ثمن حتی بدون قصد انشای فسخ نیز سبب فسخ باشد در این صورت صحت چنین شرطی مبتنی بر آن است که دلیل شرط در اثبات سببیت چیزی که سبب عرفی یا شرعی نیست کافی باشد (امام خمینی، ۱۴۱۰، ج ۴: ۲۲۴).

به نظر می‌رسد که این تفصیل چندان ضرورتی نداشته باشد، زیرا اگر شرط عبارت باشد از وقوع فسخ به سبب رد ثمن بدون قصد انشای فسخ بلکه به قصد رهن یا از روی غفلت، در این صورت برای اشتراط چنین شرطی غرض عقلایی وجود ندارد و عقلاً چنین چیزی را شرط نمی‌کنند (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۴: ۱۹۶).

صورت دیگر از صور خیار بیع الشرط، رد ثمن قید انفساخ عقد بودن است. نسبت به این صورت گفته شده است که شرط نتیجه نافذ نیست و ادله حاکی از وجوب تکلیفی‌اند و جمع بین حکم تکلیفی و وضعی به لفظ واحد میسر نیست. حضرت امام خمینی در پاسخ فرموده‌اند: قول به امتناع جمع بین حکم تکلیفی و وضعی بی‌اساس است. جمع بین این دو بدین شکل که بگوید: «اوفو بالشرط» امکان‌پذیر است، زیرا وفا همان عمل به مقتضای شرط است، لذا اگر وفا شرط فعل باشد که لزوم عمل انجام آن فعل است و اگر شرط نتیجه باشد وفا به آن با ترتیب و ترتب آثار نتیجه تحقق می‌یابد. بنابراین جمع بین این دو به نحو ایجاب انفاذ ممکن است. در ادامه حضرت امام به روایات متعدد و مستفیضه‌ای استناد می‌کنند که در آنها ائمه^(ع) بر صحت شرط نتیجه به قول پیامبر^(ص) که فرمود: «المومنون عند شروطهم» استناد کرده‌اند (امام خمینی، ۱۴۱۰، ج ۴: ۱۰۶).

هم‌چنین، امام خمینی در پاسخ به انفساخ عقد از حین رد ثمن و انفساخ عقد بدون سبب می‌فرماید: سبب فسخ همان شرط است کما اینکه در سایر شروط نتیجه نیز چنین و انفساخ دارای سبب خاصی نیست تا شرط نتواند جایگزین آن شود. انفساخ عقد بعد از تحقق آن شرط اقتضا می‌کند نه عقد (امام خمینی، ۱۴۱۰، ج ۴: ۱۰۷).

امام خمینی در پاسخ به ایراد شیخ انصاری که می‌فرماید: انفساخ بیع را نمی‌توان با شرط محقق ساخت، بیان داشته‌اند که تحقق عنوان بیع نیز به سبب اشتراط مانعی ندارد، زیرا ماهیت بیع عبارت است از مبادله مال با مال، و الفاظ و اسباب فعلی عقود، اسباب تحقق این مبادله‌اند و جزء ماهیت بیع نیستند. بنابراین شخص می‌تواند تبادل بین مال خود را با مال دیگری در ضمن یک عقد شرط نماید. در این صورت اگر مشروط‌علیه قبول کند تبادل تحقق یافته و عنوان بیع به آن صدق می‌کند و سبب همان شرط است و تعاقب با شرط و قبول آن حاصل شده است. افزون بر این قیاس انفساخ عقد با عقد، قیاس مع‌الفارق است، زیرا انفساخ نظیر سقوط خیار است نه نظیر تعاقب (امام خمینی، ۱۴۱۰، ج ۴: ۲۲۵).

۴. خیار بیع الشرط و مقتضای عقد

برخی از فقهای اهل تسنن خیار بیع الشرط - بیع الوفا- را فاسد می‌دانند. آنان اظهار داشته‌اند که بیع الوفا شرط مخالف مقتضای عقد است. دبیر کل مجمع فقه اسلامی در جده می‌گوید: شرط در بیع الوفا مخالف مقتضای عقد است. شیخ محی‌الدین المیس، یکی از اعضای مجمع فقه اسلامی،

می‌گوید: مالکيه، حنابله و متقدمين از علمای حنفی و شافعی بیع‌الوفا را فاسد می‌دانند. وجه فساد این است که در این شرط اگر ثمن را بایع رد نماید مشتری باید بیع را به بایع تسلیم کند، مخالف با مقتضای بیع و حکم آن است. مقتضای بیع آن است که مشتری ملکیت مستقر و دائم نسبت به بیع داشته باشد، ولیکن در بیع‌الوفا مشتری نگران است و این شرط به نفع بایع است و دلیل معینی که دلالت بر جواز نماید وجود ندارد. در نتیجه چنین شرطی فاسد است که موجب فساد بیع می‌شود.

عدم مخالفت شرط با مقتضای عقد نیز مورد اتفاق فقهای امامیه است. مراد آنها از شرط مخالف مقتضای عقد آن شرطی است که جمع آن با عقد عقلا یا عرفا ممکن نباشد؛ یا به این دلیل که با آثار عرفی ذات عقد منافات دارد و یا به این دلیل که شرط با مضمون حقیقی و مقومات حقیقت عقد تنافی دارد. از این رو قدر مشترک همه آنها را می‌توان در این دانست که شرط مخالف مقتضای ذات عقد آن است که جمع چنین شرطی با عقد عقلا یا عرفا ممکن نباشد. البته شرط بیع‌الخیار این چنین نیست که مخالف مقتضای عقد باشد، چراکه با ذات عقد و آثار و لوازم عقلی و عرفی آن منافات ندارد. اینکه بیان شد که با ملکیت مستقر و دائم منافات دارد صحیح نیست، چراکه ملکیت مستقر از آثار اطلاق عقد است نه از آثار ذات عقد. اصل ملکیت از آثار ذات بیع است بدین نحو که بیع به شرط عدم ملکیت مشتری نسبت به مثنی و عدم ملکیت بیع نیست. بنابراین شروطی که با ذات عقد منافات ندارند و تنها با اطلاق عقد منافات دارند مخالف مقتضای عقد نیستند و در صورتی که منعی از جهات دیگر در آنها موجود نباشد نافذ و معتبرند. صورت‌بندی صحیح و جایز در خصوص خیار بیع‌الشرط از دیدگاه امام خمینی را می‌توان اینگونه بیان کرد: خیار مقید به رد ثمن شرط بیع است، اعمال فسخ مقید به رد ثمن است، رد ثمن فسخ فعلی باشد، رد ثمن قید انفساخ عقد باشد، رد ثمن شرط وجوب اقاله بر مشتری باشد، خیار معلق بر یا موقت به رد ثمن در رأس سال باشد به گونه‌ای که موجب جهالت و غرر نشود، بایع بر مشتری شرط کند که اگر ثمن را رد کرد مشتری مبیع را به او تملیک کند و بایع شرط کند که با رد ثمن مبیع ملک او شود.

۵. ماده ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت و بیع شرط

ماده ۳۴ قانون ثبت که در خصوص معاملات رهنی و شرطی و به‌طور کلی معاملات با حق استرداد بحث و گفت‌وگو می‌کند در سال ۱۳۵۱ ش. مورد تصویب قرار گرفته است. در ماده ۴۵۸ ق.م.

آمده است: «در عقد بیع، متعاملین می‌توانند شرط نمایند که هرگاه بایع در مدت معینی تمام مثل ثمن را به مشتری رد کند خیار فسخ معامله را نسبت به تمام مبیع داشته باشد و...» و هم‌چنین در ماده ۴۵۹ ق.م.آ آمده است:

در بیع شرط، به مجرد عقد، مبیع ملک مشتری می‌شود با قید خیار برای بایع. بنابراین اگر بایع به شرایطی که بین او و مشتری برای استرداد مبیع مقرر شده است عمل ننماید، بیع قطعی شده و مشتری مالک قطعی مبیع می‌گردد و اگر بالعکس بایع به شرایط مزبوره عمل نماید و مبیع را استرداد کند، از حین فسخ، مبیع مال بایع خواهد شد....

بنابراین با انجام معاملات شرطی به شرح مذکور مبیع به صورت معلق و مشروط در مالکیت مشتری قرار می‌گیرد و به محض انقضای مدت مندرج در سند شرطی و عدم رد ثمن از طرف بایع، بیع قطعی گردیده و مبیع مال مشتری می‌گردد.

پیش از تصویب ماده ۳۴ و ۳۴ مکرر قانون ثبت در سال ۱۳۵۱، برخی از این مواد قانون مدنی نهایت سوءاستفاده را نموده و با دادن وام به افراد نیازمند با سودهای کلان و کمرشکن، املاک باارزش آنها را در قبال ثمن بخش به بیع شرطی خریداری می‌نمودند و چون افراد مذکور پس از انقضای مدت قادر به بازپرداخت ثمن معامله و سود و بهره کلان آن نبودند ملک از آن مشتری (اعطاکننده وام) می‌گردید و از این طریق بسیاری از رباخواران صاحب مال و اموال باارزش و گران‌قیمت در مقابل پرداخت مبلغی ناچیز می‌شدند.

در سال ۱۳۵۱ قانون‌گذار برای جلوگیری از سوء استفاده کنندگان از فرصت‌های قانونی و برای نظارت و حاکمیت قانون بر معاملات شرطی و از طرفی نظم و انسجام بخشیدن به معاملات رهنی که بین بانک‌ها و مشتری آن منعقد می‌گردید اقدام به تصویب ماده ۳۴ و ۳۴ مکرر قانون ثبت نمود.

در ماده ۳۴ (اصلاحی ۱۳۵۱/۱۰/۱۸) آمده بود: «در مورد معاملات مذکور در ماده ۳۳ و کلیه معاملات شرطی و رهنی راجع به اموال غیرمنقول، در صورتی که بدهکار ظرف مدت مقرر در سند، بدهی خود را نپردازد، بستانکار می‌تواند وصول طلب خود را توسط دفترخانه تنظیم‌کننده سند درخواست کند...» که در اجرای قانون مذکور بدهکار می‌توانست ظرف ۶ ماه از تاریخ ابلاغ اجرائیه درخواست حراج ملک خود را بنماید که در این صورت ملک مذکور را از طریق برگزاری حراج (که مبلغ آن از کل طلب و خسارت قانونی و حقوق و عوارض و هزینه‌های قانونی

آن شروع و به کم‌تر از آن داده نمی‌شد) فروخته و ثمن معامله به بستانکار تحویل می‌گردید و مقرر شده بود که در صورت نبودن خریدار و همچنین در صورتی که بدهکار ظرف مدت ۶ ماه مذکور تقاضای حراج نکند در آن صورت پس از انقضای مدت هشت ماه از تاریخ ابلاغ، ملک با اخذ کلیه حقوق و عوارض قانونی به بستانکار واگذار گردد.

در صورتی که تقاضای حراج از طرف بدهکار به اداره ثبت واصل می‌گردید، اداره مذکور مکلف بود نسبت به اجرای عملیات حراج اقدام نماید و اگر مورد رهن بیش از مبلغ کل طلب و خسارت و عوارض قانونی آن به فروش می‌رسید مازاد بر طلب باید به بدهکار مسترد می‌گردید، هر چند که در عمل چنین اتفاقی رخ نمی‌داد، زیرا بدهکاران بنا به دلایل مختلف عمدتاً از این فرصت قانونی جهت تقاضای حراج استفاده نمی‌نمودند و در نتیجه با گذشت زمان، ارزش املاکی که در رهن بانک‌ها قرار داشت روز به روز افزایش می‌یافت، به طوری که هیچ‌گونه تعادل اقتصادی و ارزش مالی بین وام دریافتی بدهکار و خسارات متعلقه با ارزش ملک وجود نداشت و به عبارتی ارزش ملک بسیار بیش‌تر و افزون‌تر از میزان بدهی بود و در نتیجه با عدم تقاضای حراج و یا در صورت برگزاری عملیات حراج و نبودن خریدار تمامی ملک مورد وثیقه در قبال مبلغ مورد رهن به بستانکار منتقل می‌گردید.

از طرفی ماده ۷۸۱ ق.م. تصریح دارد: «اگر مال مرهون به قیمتی بیش از طلب مرتهن فروخته شود، مازاد مال مالک آن است؛ و اگر برعکس حاصل فروش کم‌تر باشد، مرتهن باید برای نقیصه به راهن رجوع کند.»

هر چند در ماده ۳۴ سابق در مواردی که مورد رهن به مرتهن واگذار می‌گردید، بستانکار موظف بود هرگاه قسمتی از طلب خود را که دریافت کرده بود به راهن مسترد نماید، اما در مورد ارزیابی رهنه و ایجاد تعادل بین میزان بدهی و ارزش مورد رهن سخنی به میان نیامده بود جز در مواردی که عملیات حراج انجام می‌گردید که در آن صورت هم مبلغ پایه حراج از مبلغ طلب و خسارات قانونی آن شروع می‌شد و نه از مبلغ و ارزش روز مورد وثیقه. برعکس، اگر مورد وثیقه به هر دلیلی تکاپوی طلب طلبکار را نمی‌نمود مرتهن حق رجوع به راهن را نداشت جز در مورد تبصره ۶ ماده ۳۴ که آن‌هم از طریق اعراض از رهن و تبدیل سند وثیقه‌ای به سند ذمه‌ای، که در آن صورت می‌توانست معادل طلب خود از اموال دیگر بدهکار نیز استیفا نماید. ماده ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت به دلیل شیوع این مدل از بیع، معاملاتی را پیش‌بینی کرد که از آن به معاملات با حق

استرداد یاد می‌شد. از جمله احکام معاملات با حق استرداد این است که این معاملات شبیه معاملات رهنی هستند. به عبارت دیگر، این معاملات موجب انتقال مال نمی‌شوند. بیع شرط نیز از معاملات این نوع از حق استرداد شناخته شد و حق تقاضای ثبت تنها از طرف شخص انتقال‌دهنده مورد پذیرش قرار گرفت، هر چند اصلاح دو ماده ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت بیش‌تر بر فرایند تشریفات انجام اینگونه معاملات تکیه دارد و در جهت جلوگیری از سوءاستفاده از اینگونه معاملات ارزیابی می‌شود، ولیکن رویه جاری در معاملات همانند گذشته روال خود را طی می‌نماید.

بعد از اصلاح این ماده عده‌ای بر این باورند که چیزی به نام بیع شرط در قانون مدنی ایران وجود ندارد و احکام آن نسخ شده است. لذا بیع شرط تابع قانون معاملات با حق استرداد است. بیع شرط به دو صورت قابل تحلیل است: نخست بیع شرطی که در روابط بدهکار و طلبکار جاری است (ماده ۳۴ قانون ثبت) و دیگری بیع شرطی که حاکم بر روابط بدهکار و طلبکار نیست، بلکه یک بیع واقعی است و مشمول مواد ۴۵۸ تا ۴۶۲ قانون مدنی می‌شود. بیع شرطی که حاکم بر روابط بدهکار و طلبکار است مصداق معامله با حق استرداد است (ماده ۳۳ قانون ثبت) و به همین جهت است که تقاضای ثبت ملک مورد بیع شرط را حق بدهکار دانسته‌اند، زیرا در این قسم از بیع شرط قصد بایع در حقیقت انعقاد و تشکیل عقد بیع نیست اگر به این ملاک توجه نشود ابهاماتی به وجود می‌آید: اولاً، اینکه هر بیع شرط، معامله با حق استرداد تلقی گردد، درحالی که اینگونه نیست. ثانیاً، خیار در بیع شرط واقعی مصداق ماده ۳۹۹ قانون مدنی است. پس بایع باید تمام بیه‌های موضوع ماده ۳۹۹ قانون مدنی را معامله با حق استرداد بداند و روشن است که صرف وجود خیار در یک بیع آن بیع را مصداق معامله با حق استرداد نمی‌کند.

مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت مخصص ماده ۴۵۹ قانون مدنی نیست، زیرا ماده ۴۵۹ قانون مدنی بیع شرط حاکم بر روابط بدهکار و بستانکار نیست، اما موضوع مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت بیع شرطی است که حاکم بر روابط بدهکار و طلبکار است.

در واقع بیع شرط قسم خاصی از بیع خیاری است، زیرا در بیع شرط اولاً، خیار شرط اختصاص به فروشنده دارد درحالی که در بیع خیاری ممکن است علاوه بر فروشنده خیار برای خریدار یا ثالث شرط شده باشد (ماده ۳۹۹ ق.م). ثانیاً، اعمال خیار در بیع شرط منوط به پرداخت ثمن است. به عبارت دیگر، صرف اعلام فسخ در بیع شرط برای انحلال کافی نیست و انشای فسخ باید همراه با رد ثمن باشد (مانند اخذ به شفعه)، درحالی که در سایر بیه‌های خیاری صرف ابراز اراده صاحب

خيار مبنی بر فسخ برای انحلال بيع کافی است (کاتوزیان، ج ۵: ۱۵۰). معامله با حق استرداد نسبت به بيع از یک جهت عام تراست، زیرا فقط به بيع محدود نمی شود و عنوان صلح را نیز دربرمی گیرد و از جهت دیگر خاص تر است زیرا موضوع آن به املاک محدود است (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۵۰).

باید بين بيع شرط با معامله رهنی تفاوت قائل شد. در بيع شرط قبض شرط صحت نیست اما در رهن چنین است. در بيع شرط منافع متعلق به خریدار است اما در معامله رهنی، مرتهن مالک منافع نیست (ماده ۷۷۲ ق.م). مورد معامله در بيع شرط ممکن است کلی باشد، اما مرهونه باید عين معين باشد (ماده ۷۷۴ ق.م). مقصود از عبارت معامله با حق استرداد، استرداد و وثيقه و آزاد کردن وثيقه است نه استرداد مالکیت. از همین رو، در تبصره دوم ماده ۳۳ قانون ثبت، حق تقاضای ثبت را به وثيقه دهنده داده است نه به طلبکار. عبارت انتقال دهنده و انتقال گیرنده در تبصره ماده ۳۳ قانون ثبت نظر به ظاهر الفاظ معامله با حق استرداد دارد که صوری است و گر نه اگر مقصود انتقال مالکیت بوده باشد دیگر بيع شرط صوری نبوده، بلکه حقیقی است و مطابق قاعده مالکیت باید از انتقال گیرنده تقاضای ثبت پذیرفته می شد. از همان روست که برابر ماده ۴۶۳ قانون مدنی تقاضای ثبت از مدیون (ناقل ظاهری به طرف) پذیرفته می شود و وصول طلب بستانکار (منتقل الیه ظاهری) تابع مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت است.

نتیجه گیری

خيار بيع شرط یا بيع الخيار از دیدگاه امامیه بر اساس ادله و عموماً آن صحیح دانسته شده است و ماهیت آن را بيع دانسته اند. فقهای اهل تسنن از بيع الخيار به بيع الوفا یاد کرده اند. آنها بر این باورند که بيع الوفا دارای ماهیت بيع واقعی نیست، بلکه ماهیت آن به رهن شبیه است. آنان این معامله را صحیح ندانسته و اظهار داشته اند که این معامله ربوی است و حیلۀ ربا در آن وجود دارد. هم چنین این شرط را خلاف مقتضای عقد دانسته و عقد را باطل شمرده اند. امامیه بر این باور است که خيار بيع الشرط خلاف مقتضای ذات عقد نیست، خلاف مقتضای ذات عقد، یعنی عقلاً و عرفاً جمع آن شرط، با عقد ممکن نباشد. دلیل دیگر که امامیه برای صحت خيار بيع شرط بیان نموده، قاعده اصالة الصحة است. این قاعده بر کلیه معاملات، اعم از عقود و ایقاعات، حاکم است. بيع شرط به دو صورت قابل تحلیل است: نخست بيع شرطی که در روابط بدهکار و طلبکار

جاری است (ماده ۳۴ قانون ثبت) و دیگری بیع شرطی که حاکم بر روابط بدهکار و طلبکار نیست، بلکه یک بیع واقعی است و مشمول مواد ۴۵۸ تا ۴۶۲ قانون مدنی می‌شود. بیع شرطی که حاکم بر روابط بدهکار و طلبکار است مصداق معامله با حق استرداد است (ماده ۳۳ قانون ثبت) و به همین جهت است که تقاضای ثبت ملک مورد بیع شرط را حق بدهکار دانسته‌اند؛ زیرا در این قسم از بیع شرط قصد باع در حقیقت انعقاد و تشکیل عقد بیع نیست. هرگاه به این ملاک توجه نشود ابهاماتی به وجود می‌آید. اولاً، اینکه هر بیع شرط معامله با حق استرداد تلقی می‌گردد، درحالی که اینگونه نیست. ثانیاً، خیار در بیع شرط واقعی مصداق ماده ۳۹۹ قانون مدنی است پس باید تمام بیع‌های موضوع ماده ۳۹۹ قانون مدنی را معامله با حق استرداد دانست. روشن است که صرف وجود خیار در یک بیع، آن بیع را مصداق معامله با حق استرداد نمی‌کند. مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت مخصص ماده ۴۵۹ قانون مدنی نیست، زیرا ماده ۴۵۹ قانون مدنی بیع شرط حاکم بر روابط بدهکار و بستانکار نیست، اما موضوع مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت بیع شرطی است که حاکم بر روابط بدهکار و طلبکار است. با توجه به مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت و اصلاحیه آن در اسفند ۱۳۸۶ مواد قانون مدنی موصوف و تحلیل حقوقی صورت گرفته و با توجه به مبانی عقلی و شرعی آن نباید مواد ۴۵۸ و ۴۵۹ قانون مدنی را نسخ شده تصور نمود.

منابع

- ابن تیمیه. (۱۴۰۸ق.). *الفتاوی الکبری*، لبنان: دار الکتب العلمیه.
- ابن عابدین. (۱۴۱۵ق.). *حاشیه رد المختار*، قم: دارالفکر.
- ابن قدامه، محمد. (۱۳۸۸ق.). *المغنی*، قاهره: دارالفکر العربی.
- ابن نجیم مصری، زین الدین. (۱۴۱۸ق.). *البحر الرائق فی شرح کنز الدقائق*، بیروت: دار کوب العلمیه.
- ابو زهره، محمد. (۱۳۷۵ق.). *الملکیه و نظریه العقد*، قاهره: دارالفکر.
- اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۱۸ق.). *حاشیه مکاسب*، تحقیق شیخ عباس محمد آل سیاب، الناشر المحقق المطبعه، العلمیه، الطبعة الاولى.
- امام خمینی، سید روح الله. (۱۴۱۰ق.). *کتاب البیع*، قم: مؤسسه اسماعیلیان، الطبعة الرابعة.
- بازالبنانی، سلیم رستم. (۱۴۰۶ق.). *شرح المجله*، بیروت: داراحیاء التراث العربی.
- بجنوردی، سید حسن. (۱۴۱۹ق.). *القواعد الفقهیه*، تحقیق مهدی مهریزی و محمدحسین دارینی، قم: نشر الهادی.

- بزودی، علی. (۱۴۱۸ق.) کشف الاسرار عن اصول فخر الاسلام، بیروت.
- جوزی، ابن قیم. (۱۴۱۱ق.) /علام الموقعین، لبنان.
- حرعاملی، محمد بن حسن. (۱۴۱۴ق.) تفصیل وسائل الشیعه، قم: مؤسسه آل البيت.
- حسینی مراغی، میر عبدالفتاح. (۱۴۱۷ق.) /العناوین الفقہیہ، قم: مؤسسه نشر جامعه مدرسین.
- حلّی، یوسف بن مطهر. (۱۴۱۰ق.) تذکره الفقهاء، مکتبه الرضویه لاحیاء الآثار الحجویه المؤسس الشیخ عبدالکریم التبریزی.
- زحیلی، د. محمد. (۲۰۰۴م.) القواعد الفقہیة علی المذهب الحنفی و الشافعی، کویت: مجلس النشر العلمی جامعه الکویت، الطبعة الثانية.
- سنهوری، احمد. (۱۹۵۳) مصادر الحق فی فقه الاسلامی، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
- سیوطی، عبدالرحمن بن ابی بکر. (۱۴۱۱ق.) الاشباه والنظائر، بیروت: دارالفکر.
- شیخ انصاری، مرتضی بن محمد. (۱۴۲۰ق.) کتاب المکاسب، تحقیق لجنه التحقيق تراث الشیخ الاعظم، قم: مجمع الفکر الاسلامی، الطبعة الاولى.
- _____. (۱۳۷۴) /المکاسب، قم: دهاقانی، چاپ سوم.
- طوسی، محمدحسن. (۱۴۱۷ق.) الخلاف، تحقیق سید علی خراسانی، مؤسسه النشر الاسلامی، الطبعة الاولى.
- فروغی، سید علیرضا. (۱۳۹۶) منطق استنباط (اصول فقه)، تهران: انتشارات مجد، چاپ اول.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۶) حقوق مدنی نظریه عمومی تعهدات، تهران: نشر یلدا، چاپ اول.
- محقق نراقی، احمد. (۱۴۰۸ق.) عوائد الايام، قم: مکتبه بصیرتی.
- مراغی، عبدالفتاح بن علی. (۱۴۱۷ق.) عناوین، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ممحصانی، صبحی. (۱۹۸۳م.) النظرية العامة للموجبات والعقود، بیروت.

وضعیت حقوقی قراردادهای معارض با عقد معلق

محمد بهرامی خوشکار^۱

عباس عسگری^۲

چکیده: هر چند در عقد معلق، آثار عقد تنها بعد از حصول شرط تعلیقی ظاهر می‌گردد، اما این مطلب هرگز به این معنا نیست که عقد معلق قبل از حصول شرط تعلیقی فاقد اثر است، بلکه اثر عقد معلق قبل از حصول شرط در عقود تملیکی را می‌توان ایجاد نوعی مالکیت تعلیقی برای خریدار دانست. شاید به دلیل وجود چنین حقی برای متعهدله در عقد معلق (قبل از حصول شرط) بتوان قرارداد معارض با آن را غیرنافذ یا باطل دانست، اما با بررسی ادله هریک از سه قول بطلان، عدم نفوذ و صحت چنین قراردادهایی می‌توان گفت قرارداد معارض با عقد معلق صحیح می‌باشد. این به معنای نادیده گرفتن حق متعهدله در عقد معلق نیست بلکه به موجب قرارداد معارض مورد معامله به همراه حق عینی خریدار در عقد معلق به متعهدله قرارداد معارض منتقل خواهد شد. البته برای تعیین سرنوشت نهایی قرارداد معارض باید منتظر وضعیت نهایی شرط تعلیقی ماند. در صورت عدم حصول آن حق عینی خریدار در عقد معلق بر روی مورد معامله از بین می‌رود و در صورت حصول آن باید دید آثار عقد معلق از چه زمانی بر آن بار می‌شود و میان ناقلیت و کاشفیت حصول معلق علیه تمایز قائل شد.

کلیدواژه‌ها: عقد معلق، وضعیت حقوقی، قرارداد معارض، شرط تعلیقی.

E-mail: m1.khoshkar@gmail.com

۱. دانشیار دانشگاه شهید مطهری.

۲. دانش‌آموخته رشته فقه و حقوق خصوصی دانشگاه شهید مطهری (نویسنده مسئول)

E-mail: abbas.asgari1370@gmail.com

دریافت مقاله: ۱۳۹۸/۶/۳۰ تأیید مقاله: ۱۳۹۸/۹/۲۴

مقدمه

عقد معلق که در ماده ۱۸۹ قانون مدنی مورد پذیرش قرار گرفته است، حتی قبل از حصول شرط تعلیقی میان طرفین آن و قائم مقام آنها لازم الاتباع می‌باشد. لذا در صورتی که قبل از روشن شدن حصول یا عدم حصول شرط تعلیقی، متعهد در عقد معلق مورد معامله را به وسیله قراردادی معارض به غیر منتقل نماید، باید دید چنین قرارداد معارضی با توجه به لازم الاتباع بودن عقد معلق قبل از حصول شرط تعلیقی، چه وضعیتی دارد. لذا یکی از مسائل مهم در مورد قراردادهای معارض با عقود معلق، مشخص کردن وضعیت حقوقی این رابطه است که اگر عقد معلق قبل از حصول معلق علیه آن با قرار داد معارض خود روبه‌روبه شود، معامله معارض چه وضعیتی خواهد داشت؟ آیا می‌توان چنین معامله‌ای را باطل دانست یا چنین معامله‌ای غیرنافذ است و با اجازه مشتری در عقد معلق ناقد می‌شود؟

بالاتر از این آیا می‌توان قائل به صحت معاملات معارض با عقود معلق شد؟ اگر قائل به صحت چنین معاملاتی بشویم در صورت تحقق معلق علیه سرنوشت قرارداد معارض چگونه است؟ برای مثال شخصی خانه خود را معلق بر قبولی فرزندش در کنکور به او هبه می‌کند. سپس قبل از معلوم شدن نتایج کنکور همان خانه را به شخص ثالثی منتقل می‌نماید و بعد از معامله ثانی، قبولی فرزند در کنکور محرز می‌شود. حال قرارداد دوم که در واقع معارض با عقد معلق است چه وضعیتی پیدا می‌کند؟ در صورتی که چنین قراردادی را صحیح بدانیم تکلیف متعهدله در عقد معلق چیست؟

شاید بتوان گفت هیچ‌یک از فقها صراحتاً به این مسئله نپرداخته‌اند و وضعیت قراردادهای معارض با عقود معلق را مورد مذاقه قرار نداده‌اند، اما برخی از حقوق‌دانان به صراحت به بررسی حکم چنین معاملاتی پرداخته و حکم معاملات معارض با عقود معلق را روشن ساخته‌اند.

البته در کلام برخی از فقها می‌توان حکم معامله‌های معارض با حقوق عینی را پیدا کرد و با توجه به اینکه اثر عقد معلق را قبل حصول معلق علیه ایجاد حق عینی دانستیم، می‌توان حکم فقها در مورد معاملات معارض با حقوق عینی را با حکم قراردادهای معارض با عقود معلق یکی دانست. به هر حال، وضعیت حقوقی قراردادهای معارض با عقود معلق از سه حال خارج نیست: ۱. بطلان؛ ۲. عدم نفوذ؛ ۳. صحت.

۱. بطلان قرارداد معارض با عقد معلق

در مورد بطلان قراردادهای معارض می‌توان به دلایلی تمسک نمود که در ذیل به برخی از آنها اشاره می‌شود:

۱-۱. تصرف در متعلق حق عینی و عدم بطلان معامله

هرچند در صورت وجود حق عینی اکثر فقها و حقوق‌دانان اتفاق نظر دارند که معامله معارض با آن غیر نافذ است، چرا که در این صورت متعهد تصرف در مال غیر کرده و تصرف در مال غیر، غیر نافذ است؛ اما در این میان برخی از فقهای بزرگ همچون محقق یزدی قائل به بطلان معامله معارض با حق عینی شده‌اند. ایشان از میان وجوه ثلاثه وضعیت حقوقی قراردادهای معارض، بطلان را انتخاب نموده و چنین مقرر داشته‌اند:

اگر مشروط‌علیه در متعلق شرط تصرف منافی و معارض با وفای به شرط بنماید، در مورد وضعیت حقوقی این تصرفات وجوهی است؛ بطلان مطلقاً ولو اینکه مشروط‌له اجازه نماید، بطلان تصرف مگر اینکه مشروط‌له اجازه نماید و صحت مطلق، خواه مشروط‌له اجازه کند یا اجازه ننماید. اقوی از این وجوه ثلاثه بطلان است. بطلان به این علت نیست که گفته شود امر به شیء اقتضای نهی از ضد آن را دارد و در این صورت نهی به این معامله معارض و منافی تعلق گرفته و نهی قانونگذار باعث بطلان معامله می‌شود، دلیل ما این نیست، زیرا که نهی به معامله بما هی تعلق نگرفته است، بلکه بما هی معارض و منافی تعلق گرفته است و در صورت غفلت از شرط و انجام معامله این نهی معامله را نمی‌گیرد و در این صورت معامله نافذ است، بلکه دلیل بطلان عبارت از تعلق حق مشروط‌له به مورد شرط می‌باشد و تصرف مشروط‌علیه، تصرف در متعلق حق غیر است. مانند بیع عین مرهونه که حق رهن مانع از نفوذ بیع می‌باشد. وجه عدم نفوذ این است که ملک از طلقت خارج شده است، در این صورت نمی‌توان گفت، مفروض این است که مشروط‌علیه در ملک خود تصرف نموده است. پس وجهی برای نفوذ تصرفات مالک نیست، زیرا وقتی حق غیر به آن عین تعلق پیدا کرد، مشروط‌له و صاحب حق بر این عین سلطنت و حق دارد، الا اینکه مرتبه حق او ضعیف‌تر از مرتبه حق مالکیت مالک است (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ج ۲: ۱۳۲).

ایشان بعد از ذکر این مطلب اشکالی نقل کرده و به آن پاسخ می‌دهند. مستشکل می‌گوید که مشروط‌له به عین مورد شرط هیچ‌گونه حق عینی ندارد و تنها حقی که برای مشروط‌له به وجود

می‌آید حق الزام متعهد به معامله است. خلاصه کلام این است که معترض می‌گوید آنچه در اثر عقد به وجود آمده حق دینی است و حق عینی را ما قبول نداریم و بر این ادعا، شاهد مثالی می‌آورد. وی می‌گوید عین مورد شرط مانند عین مورد نذر است. همان‌طور که در عین مورد نذر بر اثر نذر برای منذور له حق عینی ایجاد نمی‌گردد، در اینجا نیز برای متعهد له حق عینی ایجاد نمی‌شود.

مرحوم صاحب عروه به این اشکال دو پاسخ می‌دهند: در پاسخ اول می‌فرمایند که ناذر هم حق تصرفات معارض و منافی را ندارد و در صورت تصرف آن معامله نفوذ ندارد. در جواب دوم می‌گویند فرق است بین نذر و قرارداد تعهدی، در نذر تکلیف ناذر به انجام مورد نذر تعبدی است، ولی در موضوع مورد بحث، تکلیف تعبدی نیست، بلکه ناشی از تراضی و قرارداد طرفین است و در این مورد حق مالی است. فقیر یا منذور له نمی‌تواند حق خود را ساقط نماید، ولی در موضوع مورد بحث مشروط له می‌تواند حق خود را ساقط نماید.

در این میان معترض دیگری به صاحب عروه اشکال می‌کند. خلاصه اشکال او این است که ما قبول داریم که حق به وجود آمده در اینجا حق مالی است ولی حق مالی غیر از حق عینی است، و بین این دو فرق است، حق به وجود آمده حق مالی، دینی است و آنچه شما فرمودید حق عینی را اثبات نمی‌کند چون صحت اسقاط دال بر عینی بودن حق نیست و حق دینی هم قابل اسقاط است. مرحوم صاحب عروه در پاسخ می‌فرمایند: «در آنچه از کلام متعاقدين استفاده می‌شود که می‌گویند این را باید بفروشی این است که عین متعلق حق است» (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ج ۲: ۱۳۲). همان‌طور که مشخص شد مرحوم محقق یزدی قائل به بطلان معامله معارض با حق عینی می‌باشند و معتقدند به دلیل اینکه مشروط له به مورد شرط حق عینی پیدا می‌کند؛ تصرف مشروط علیه در مورد شرط، تصرف در متعلق حق غیر است؛ مانند بیع عین مرهونه که حق رهن مانع از نفوذ بیع می‌شود و چون ملک از طلقت خارج شده است نمی‌توان تصرف مشروط علیه در مورد شرط را تصرف در ملک خود دانست.

با توجه به مبنای ایشان در مورد بطلان معامله معارض با شرط ضمن عقد می‌توان گفت از آنجا که در عقد معلق نیز قبل از حصول معلق علیه برای مشتری نوعی حق عینی ایجاد می‌شود، پس معامله معارض با آن موجب تصرف در متعلق حق غیر می‌باشد و در نتیجه طبق مبنایی که مرحوم صاحب عروه در مورد معاملات معارض با شرط ضمن عقد داشتند، چنین معاملات معارضی نیز

باطل می‌باشند.

علاوه بر سید یزدی برخی دیگر از فقها معتقدند وجود حق عینی موجب می‌شود که سلطنت مالک بر مال خود محدود شود و قانوناً قدرت بر تصرفات معارض و منافی نداشته باشد، پس نقل چنین موردی را باطل دانسته و قائلند که متعهد له می‌تواند عین را از کسی که به او واگذار شده است استرداد نماید و متعهد را ملزم به وفای به عهد نماید (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۱، ج ۳: ۲۷۴).

۱-۲. اقتضای نهی بر بطلان معامله

دلیل دیگری که برای بطلان قراردادهای معارض با عقود معلق می‌توان ارائه کرد دلیل مزبور است، چرا که اگر قائل به این مطلب شویم که امر به وجوب وفای به عقد در عقد معلق اقتضای نهی از معامله معارض با آن را دارد و این نهی دال بر فساد است می‌توان معامله را باطل دانست. مرحوم امام خمینی^(ره) به نقل از برخی محققین دلیل مذکور را اینگونه بیان می‌نماید:

این تصرف اعتباری (قرارداد معارض) متعلق نهی قرار گرفته است، بنابراینکه امر به انجام تعهد و وفای به عهد اقتضای نهی از تصرفات معارض را دارد و مقتضای نهی از معامله معارض بطلان آن است، حال این بطلان را می‌شود از دو طریق بیان کرد یا اینکه نهی ارشادی است ولو اینکه نهی یک نهی تبعی است و نهی ارشادی ارشاد به بطلان معامله دارد و اینکه نافذ بودن معامله معارض با نهی فعلی تعارض دارد و چون اینجا تعارض بین یک عمل حقوقی و نهی قانونی وجود دارد، لامحاله عمل حقوقی نمی‌تواند در مقابل نهی مقاومت کند و در نتیجه با حاکمیت نهی، معامله معارض باطل می‌گردد (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵: ۲۳۳-۲۳۲).

حضرت امام^(ره) این استدلال را نمی‌پذیرد و می‌فرماید: «اصل این مبنا باطل است که نهی اقتضای بطلان داشته باشد و ما آن را در جای خود ثابت کردیم». بعد می‌فرماید:

بر فرض قبول مبنا، باید دید دلیل شرط برای کدامین عنوان امر درست می‌کند. معقول نیست که قاعده شروط برای عنوان بیع و وقف (در بحث ما بیع معلق) و غیر اینها که متعلق تعهد هستند امر ثابت نماید، زیرا که موضوع لزوم در این دلیل وفای به شرط است و معقول نیست که تکلیف از عنوانی به عنوان دیگری تجاوز نماید و از عنوان به مصادیق عنوان دیگری تسری نمی‌نماید. مثلاً در وجوب اطاعت پدر، آنچه متعلق امر است، عنوان اطاعت است. اما اگر پدر امر به دوختن لباس کند معقول نیست که عنوان اطاعت حاکی و آیینۀ دوختن لباس باشد و نه مصادیق ذاتی آن. امری که متعلق به آن است، متعلق به عنوان دیگر با مصادیق آن نیست، پس

با دلیل شرط معقول نیست که بتوانیم متعلق شرط را و وجوب مصادیق آن را اثبات نماییم؛ بلکه با دلیل شرط، عنوان شرط و مصادیق ذاتی آن که منظور ملتزمات به عنوان ملتزم هستند را می‌شود اثبات کرد نه عنوان دیگر را (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵: ۲۳۳).

در پاسخ به این ادعا باید گفت که به نظر ما، هر نهی ظهور در بطلان ندارد، بلکه به نظر می‌رسد که اگر متعلق نهی قبح ذاتی داشته باشد، مثل معاملاتی که جهت آن نامشروع است، در این صورت معامله منهی عنه باطل است، ولی اگر متعلق نهی، قبح عارضی داشته باشد مثل معامله معارض است که فی نفسه قبح و مفسده ندارد، بلکه چون معارض است و تعارض با عقد معلق سابق دارد، قبح و مفسده دارد. در این صورت بطلان تا زمان وجود تعارض باقی است و بعد از تعارض دیگر قبحی و مفسده‌ای نیست. با اجازه متعهد له (مشتري)، در واقع عقد معلق اقاله می‌گردد و در نتیجه معامله معارض با آن نافذ می‌شود و اگر در قانون استقرا کنیم، می‌بینیم در هر معامله‌ای که جامع شرایط است ولی به جهتی به مانع برخورد است قانون‌گذار آن را غیر نافذ اعلام کرده است و این استقرا تفصیل مذکور را تأیید می‌کند. خلاصه اینکه در دلیل مذکور بر فرض قبولی، نهی به معامله از لحاظ وجود مانع تعلق گرفته است و با رفع مانع دیگر دلیلی برای بطلان باقی نمی‌ماند، پس اقوی این نیست که اقتضای نهی بر بطلان معامله را نمی‌توان دلیلی برای بطلان معاملات معارض با عقود معلق دانست.

۲. عدم نفوذ قرارداد معارض با عقد معلق

برخلاف نظریه بطلان قرارداد معارض با عقد معلق که به صراحت مورد توجه فقها و حقوق‌دانان قرار نگرفته بود، برخی از حقوق‌دانان تصریح به عدم نفوذ قراردادهای معارض با عقد معلق (ناقل عین معین) نموده‌اند.

۲-۱. غیرنافذ بودن عقد معلق به دلیل وجود حق عینی غیر و فقدان رضایت صاحب آن

مرحوم استاد شهیدی استدلال خود را مبنی بر غیر نافذ بودن قراردادهای معارض با عقد معلق اینگونه بیان کرده‌اند:

پس از انشای عقد معلق ناقل مربوط به عین معین، و پیش از وقوع معلق علیه، وضعیت حقوقی

نهایی هر نوع معامله موجب انتقال عین یا منفعت یا حق مربوط به عین مزبور، که به وسیله مالک منعقد شود، نامعلوم است. اگر معلق علیه تحقیق پیدا کند، ماهیت عقد معلق نیز محقق می شود و مورد معامله به مالکیت طرف عقد معلق درخواهد آمد و در نتیجه عقد دوم باید غیر نافذ دانسته شود که با تنفیذ مالک فعلی نافذ می گردد و هرگاه معلق علیه واقع نشود، عقد معلق نیز تحقق پیدا نمی کند و عقد دوم در این صورت، نافذ است، اما صرف نظر از سرنوشت نهایی عقد دوم باید دید عقد دوم پیش از حصول معلق علیه عقد اول از نظر حقوقی چه وضعیتی دارد. ناپیدا بودن وضعیت نهایی عقد معلق ملازمه با مجهول بودن وضعیت فعلی عقد دوم ندارد. تحقق ماهیت عقد معلق را به علت وابسته بودن تحقق آن به امر دیگر، باید پیش از وقوع معلق علیه، منتفی دانست که بر این اساس نمی توان آن را نافذ یا غیر نافذ تلقی کرد. اما عقد دوم که به طور منجز انشاء شده است، در هر حال باید، از نظر حقوقی وضعیتی داشته و صحیح، نافذ یا باطل باشد. روشن است که آن را نمی توان باطل دانست زیرا در صورت بطلان، حتی پس از معلوم شدن عدم حصول معلق علیه عقد معلق نخست نیز عقد دوم کان لم یکن خواهد بود و نمی تواند اعتبار پیدا کند. هم چنین بی تردید عقد مزبور نافذ هم نمی تواند باشد چون پس از حصول معلق علیه عقد اول، مورد عقد متعلق به منتقل الیه آن عقد معلق خواهد بود که بر اساس قول کشف نسبت به منافع و نمائات مورد معامله در فاصله بین انشاء تا تحقق معلق علیه، هیچ قسمت از منافع مورد معامله را نمی توان متعلق به خریدار دوم دانست. بنابراین، عقد دوم را در حالت پیش از تحقق معلق علیه عقد نخست، باید غیر نافذ تلقی کرد، زیرا عدم نفوذ وضعیت هر عقدی است که فاقد رضای شخص مالک و دارنده حق نسبت به مورد عقد باشد (شهیدی، ۱۳۸۸، ج ۱: ۱۰۱-۱۰۲).

بنابراین استاد شهیدی قرارداد معارض با عقود معلق را به دلیل وجود حق عینی غیر در عقد معلق و فقدان رضایت صاحب آن حق غیرنافذ می داند. در اشکال به این نظریه می توان گفت این مطلب که عدم نفوذ وضعیت هر عقدی را که فاقد رضای شخص مالک و دارنده حق نسبت به مورد عقد باشد، قبول نداریم؛ زیرا مواردی در فقه اسلامی و حقوق داریم که هر چند متعلق حق عینی غیر قرار گرفته اند ولی اگر عقدی نسبت به آنها واقع شود صحیح است نه غیر نافذ، از جمله ملکی که دیگری نسبت به آن حق ارتفاق دارد اگر مورد معامله واقع شود آن معامله با وجود آنکه حق عینی غیر در آن نهفته است صحیح می باشد. برای دفاع از نظریه عدم نفوذ قراردادهای معارض با عقود معلق به دلایل دیگری می توان تمسک نمود که در ادامه به آنها می پردازیم.

۲-۲. عدم مالکیت متعهد در عقد معلق در زمان وقوع شرط تعلیقی

دلیل دیگری که در میان برخی نگاشته‌های حقوقی جهت غیر نافذ دانستن قرارداد معارض با عقد معلق آمده است دلیل مزبور می‌باشد.

تصرفات ناقل عین، چه در قالب بیع، مصالحه، معاوضه و ... در حقیقت تجاوز به حق (عینی) متعهد له می‌باشد، چرا که یکی از شروط صحت عقد به معنی ااعم (نفوذ عقد به معنی الاخص) این است که شخص مالک مالی باشد که مورد انتقال قرار می‌گیرد، و اگر ناقل یا متعهد، مال موضوع عقد معلق را به دیگری انتقال دهد زمان وقوع شرط تعلیقی، دیگر مال موضوع عقد در مالکیت متعهد نیست چرا که قبلاً به دیگری منتقل شده است. زمانی که بحث از یک عمل حقوقی غیرنافذ می‌شود، در مقابل، فردی که به حشش تجاوز شده است، صلاحیت قانونی خواهد داشت که چنین تصرف یا عمل حقوقی متضمن تجاوز را اجازه یا رد نماید. زمان کسب چنین صلاحیتی، یا به عبارت دیگر، زمان پیدایش حق اعلام رضایت یا عدم رضایت در محل بحث ما مهم است. با توجه به اینکه حق برای متعهد له یا منتقل الیه در عقد معلق از زمان انشاء پدیدار شده است پس حق متعهد له در اجازه یا رد چنین معامله غیرنافذ، از زمان انشاء می‌باشد (قربانپور، ۱۳۸۲، ش ۴۴: ۱۵۹).

بعد از اندکی تأمل، وهن و سستی دلیل مذکور بر دلالت این دلیل بر مدعایش برای هر کسی که آشنا به مبانی فقهی و حقوقی باشد روشن می‌گردد، چرا که در زمان انعقاد قرارداد معارض با عقد معلق، متعهد در عقد معلق مالک منجز مال بوده و شرایط اساسی معامله وجود دارد و به صرف اینکه در زمان وقوع شرط تعلیقی، مال از ملکیت متعهد عقد معلق خارج خواهد شد نمی‌تواند دلیلی بر عدم نفوذ قرارداد معارض باشد، زیرا مالکیت در زمان انعقاد قرارداد معارض شرط است که موجود است. در ثانی، این احتمال همواره وجود دارد که معلق علیه و شرط تعلیقی هیچ‌گاه حاصل نشود و به صرف امکان حصول شرط تعلیقی نمی‌توان بر غیرنافذ بودن قرارداد معارض با آن استدلال کرد چرا که «اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال».

۲-۳. اولویت نسبت به معامله فضولی

دلیل دیگری که می‌توان برای غیرنافذ دانستن قرارداد معارض با عقود معلق مطرح کرد، اولویت اینگونه قراردادها نسبت به بیع فضولی است. وجه اولویت در این است که در معامله فضولی

شخص اقدام به معامله نسبت به مالی می‌کند که هیچ‌گونه حقی، اعم از دینی و عینی، در آن برای فصول وجود ندارد و طبق نظر مشهور فقها و حقوق‌دانان چنین معاملاتی غیرنافذ تلقی شده‌اند، اما در قراردادهای معارض با عقود معلق، متعهد در عقد معلق مالک مال بوده و تنها برای متعهد له عقد معلق، نوعی حق عینی (مالکیت تعلیقی و یا حق عینی ابتدایی) وجود داشته است متعهد عقد معلق با وجود محدودیت سلطه‌اش بر مورد معامله اقدام به معامله نسبت به آن می‌کند. بنابراین وقتی معامله فضولی را که هیچ حقی نسبت به مال مورد معامله ندارد غیر نافذ دانستیم و نه باطل، پس می‌توان معامله‌ای را که شخص حق مالکیت (البته محدود) بر مال خود دارد نیز غیرنافذ دانست، البته اگر قائل به صحت چنین معامله‌ای نشویم.

۴-۲. استناد به قاعده لا ضرر

یکی از قواعد فقهی که به وسیله آن می‌شود عدم نفوذ معاملات معارض را نتیجه گرفت قاعده مشهور «لا ضرر» می‌باشد.

اگر بگوییم مثلاً در عقد معلق ناقل عین فروشنده به صورت غیرمستقیم تعهد نموده است که مورد معامله را به شخص دیگری واگذار نماید، در صورت انتقال عین مورد معامله در معامله معارض، فروشنده معامله نخست با این انتقال باعث شده است که متعهد له عقد معلق از حق خود محروم بماند و این ضرر است و قاعده «لا ضرر» معامله را غیرنافذ می‌گرداند. به این بیان که قاعده «لا ضرر» در مقام تشریع است و می‌گوید که در حقوق ما هیچ‌گونه حکم ضرری وجود ندارد و در معامله معارض از آنجایی که نفوذ معامله معارض باعث ضرر می‌شود این دلیل و قاعده بر ادله صحت و نفوذ عقد حاکم و اثر نفوذ را از قرار داد مرتفع می‌گرداند.

با توجه به اینکه نفوذ و لزوم از احکام وضعی است، قاعده لا ضرر مانع ایجاد آن می‌شود برخلاف حکم تکلیفی که قاعده مذکور آن را در مقام عمل رفع می‌نماید. محقق بجنوردی در این باره اینگونه می‌فرماید:

قاعده لا ضرر رفع حکمی می‌کند که از آن ضرر ناشی شود. فرقی نمی‌کند که حکم مرفوع تکلیفی یا وضعی باشد بلکه حکم وضعی، اولی در شمول حکم قاعده از تکلیفی است چون حکم تکلیفی به محض وضع آن موجب ضرر در خارج نمی‌شود، بلکه در مقام امتثال و عمل موجب ضرر می‌شود و لکن حکم وضعی در مقام جعل و وضع باعث ضرر می‌شود، بدون

اینکه مکلف در آن اختیار داشته باشد. بنابراین دلیل قاعده همان طور که گذشت، حاکم بر اطلاق ادله اولیه است (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۱، ج ۱: ۱۹۹).

پس با توجه به اینکه حکم نفوذ و عدم نفوذ حکم وضعی است و متعهد در آن دخالتی ندارد، این معامله غیر نافذ است و تا زمانی که عنوان ضرری باقی است، این معامله نمی تواند نافذ گردد، زیرا که با انعقاد معامله معارض، حق متعهد له سابق از بین نمی رود، بلکه به اعتراف خود قائلین به نفوذ معامله این حق باقی است. پس معامله تعارض و تراحم با حق متعهد له دارد و ضرری بوده و غیر نافذ می باشد.

۲-۵. اصول و مواد قانونی

اصول و موادی از قانون اساسی و قانون مدنی که بر عدم نفوذ معاملات معارض دلالت دارند در واقع انعکاسی از قاعده «لاضرر» می باشند. این موارد عبارتند از:

۲-۵-۱. اصل چهارم قانون اساسی

یکی از دلایلی که می شود عدم نفوذ معامله معارض را اثبات کرد، اصلی است که مقرر می دارد: «هیچ کس نمی تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد.» به نظر می رسد که این اصل، صرفاً بیانگر یک نهی نیست تا این بحث مطرح شود که آیا نهی قانون گذار اقتضای بطلان معامله را دارد یا خیر؟ اصلاً این اصل در مقام انشاء و نهی نیست بلکه در مقام اخبار است. اخبار از اینکه هیچ کس حق تمتع ندارد که استیفای حق خود را وسیله اضرار به غیر قرار دهد. از آنجایی که این اصل به صورت جمله اخباریه است و از اصول قانون اساسی می باشد، اقوی این است که «نمی تواند» مساوی و مترادف با عدم اهلیت باشد، زیرا «توان» در این اصل، توان و قوه تکوینی و فکر نیست، بلکه توان تشریعی و اعتباری است. قانون گذار در مقام وضع و اعتبار، خود را خالق و ایجاد کننده فرض نموده و اعمال حقوقی را مخلوق خود فرض کرده و توافق طرفین را سبب ایجاد آن می داند و در این مقام می گوید «هیچ کس نمی تواند» یعنی هیچ کس حق و اهلیت تمتع اضرار به غیر را ندارد (باریکلو، ۱۳۷۵: ۱۱۶).

۲-۵-۲. ماده ۱۳۲ قانون مدنی

ماده دیگری که می‌شود از آن عدم نفوذ معاملات معارض را استنباط کرد ماده ۱۳۲ قانون مدنی است که مقرر می‌دارد: «کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود، مگر تصرفی که به‌قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد». در این ماده کلمه «نمی‌تواند» به کار برده شده و همان‌طور که قبلاً بیان شد «نمی‌تواند» در عالم اعتبار مساوی با «حق ندارد» می‌باشد. پس در این ماده قانون‌گذار حق هرگونه تصرف اضرائی را از متصرف سلب کرده است، مگر در جایی که تصرف اولاً، متعارف باشد و ثانیاً، این تصرف متعارف برای رفع حاجت یا رفع ضرر باشد. معاملات معارض از آنجایی که عرفاً یک معامله و تصرف غیرمتعارف است نمی‌تواند تحت شمول استثنا این ماده درآید پس در تحت حاکمیت اصل عدم صحت تصرفات اضرائی بیان شده در ماده مذکور باقی می‌ماند. بنابراین طبق ماده ۱۳۲ قانون مدنی معامله معارض غیر نافذ است. قید کلمه «همسایه» در ماده مذکور بیان موارد غالب است و همسایه خصوصیتی ندارد که تنها در آن به حکم عدم صحت اکتفا نماییم، بلکه آنچه خصوصیت دارد اضرائی بودن معامله می‌باشد که در معامله معارض موجود است (باریکلو، ۱۳۷۵: ۱۱۹).

وجه عدم پذیرش این ماده و اصل چهلم قانون اساسی مبنی بر دلالت آنها بر غیرنافذبودن قراردادهای معارض با عقود معلق همان است که در قاعده «لاضرر» به آن پرداخته شد.

۲-۵-۳. ماده ۶۵ قانون مدنی

ماده دیگری که می‌توان به استناد آن غیرنافذ بودن معامله معارض را ثابت نمود ماده ۶۵ قانون مدنی است که بیان می‌دارد: «صحت وقفی که به علت اضرار دیان واقف واقع شده باشد منوط به اجازه دیان است». از این ماده می‌توان الغای خصوصیت نمود و استدلال کرد که علت ضرورت اجازه دیان و طلب کاران، ضرری بودن معامله نسبت به آنهاست و در هر جا که معامله‌ای ضرری باشد، اجازه متضرر شرط نفوذ معامله است.

این دلیل نیز مانند دلایل دیگر انعکاسی از قاعده «لاضرر» می‌باشد و همان وجهی که مبنی بر عدم دلالت قاعده «لاضرر» در غیرنافذ دانستن قراردادهای معارض با عقود معلق بیان شد در این مقام نیز جاری است.

۳. نظریه صحت قراردادهای معارض با عقود معلق

بعد از آنکه بطلان و عدم نفوذ قراردادهای معارض با عقود معلق را مورد بررسی قرار دادیم و ادله دال بر هر یک از نظریات ارائه شده را برای اثبات مدعا کافی ندانستیم، حال نوبت به بررسی نظریه صحت قراردادهای معارض با عقود معلق است.

در مورد صحت قراردادهای معارض، البته به طور مطلق (نه تنها قراردادهای معارض با عقود معلق) دلایلی ارائه شده است که شاید بتوان قراردادهای معارض با عقود معلق را نیز تحت شمول آنها دانست. این دلایل عبارتند از: اصل تسلیط، اصل صحت قراردادی و استناد به نظریه حسن نیت شخص ثالث. در ادامه به بررسی هر یک از آنها می‌پردازیم و در نهایت نظر خود را در زمینه وضعیت حقوقی قراردادهای معارض بیان خواهیم کرد.

۳-۱. اصل تسلیط یا قاعده سلطنت

یکی از قواعد مسلم فقهی که در ماده ۳۰ قانون مدنی ایران نیز منعکس شده، این است که «هر مالک نسبت به مایملک خود حق همه‌گونه تصرف و انتفاع دارد، مگر مواردی که قانون استثناء کرده باشد». گاهی از این قاعده فقهی به قاعده «تسلط» یا قاعده «تسلیط» تعبیر می‌شود. این قاعده در عبارات فقها به قاعده «سلطنت» نیز معروف است. نحوه استدلال به قاعده سلطنت در فقه، به این شرح است: با توجه به اینکه مبیع در عقد معلق در مالکیت منجز مالک تا زمان حصول معلق علیه باقی می‌ماند و فروشنده تا زمان تحقق شرط تعلیقی، مالک مال محسوب می‌شود، بنابراین بر طبق قاعده سلطنت و ماده ۳۰ ق.م. که انعکاسی از قاعده مذکور می‌باشد فروشنده تا زمان تحقق شرط تعلیقی حق دارد هر تصرفی که می‌خواهد در ملک خود داشته باشد، و علی‌الاصول تصرف وی از آنجایی که مالک مال محسوب می‌شود نمی‌تواند باطل یا غیرنافذ باشد.

این مطلب خالی از اشکال به نظر نمی‌رسد، چرا که از یک طرف می‌توان گفت قاعده «لاضرر» بر اصل «تسلیط» حکومت دارد و درجایی که تصرف مالک در مال خود موجب اضرار دیگران شود قاعده «لاضرر» مالک را از اجرای حق مالکیت خویش محروم می‌سازد و به جای حکم اولی می‌نشیند. اما در پاسخ به این اشکال می‌توان گفت - همان‌گونه که پیش‌تر بیان شد - اگر قائل به این شویم که حق عینی متعهد له عقد معلق با وجود قرارداد معارض هم‌چنان بر روی مورد معامله باقی می‌ماند، ضرر منتفی است و محلی برای اجرای قاعده لاضرر باقی نمی‌ماند.

اشکال دیگری که می‌توان مطرح کرد این است که گفته شود تا قبل از انعقاد عقد معلق، مالک حق هرگونه تصرف در مال خود را داشت، اما بعد از انعقاد این قرارداد معلق، حق او بر طبق قاعده «سلطه» محدود می‌گردد؛ چون این قاعده می‌خواهد به مالک حق تصرف بدهد و مالک با تصرف در ملک خود، هرچند که ملکیت منتقل نگردد، سلطه خود را بر آن ملک محدود کرده است. به عبارت دیگر، قبل از انعقاد عقد معلق، مالک سلطه مطلق داشت که این مال را به هر کس می‌خواهد بفروشد یا حق داشت اصلاً نفروشد، ولی بعد از انعقاد عقد معلق، دیگر او سلطه‌ای مطلق بر مالش نخواهد داشت.

شاید گفته شود که این محدودیت در سلطنت ممکن است موجب ضرر مالک شود، چرا که شاید معلق علیه هیچ‌گاه حاصل نشود؛ اما باید گفت این ضرری است که مالک خود بر آن اقدام کرده است. به هر حال، این اشکال یعنی محدودیت سلطنت مالک بر مورد معامله برای انعقاد قرارداد معارض، هرچند خالی از قوت نیست، اما می‌توان قائل شد که مالک می‌تواند همین حق محدود خود را با قرارداد معارض به ثالث منتقل نماید. به این نحو که حق عینی متعهد له عقد معلق هم‌چنان بعد از قرارداد معارض نیز بر روی موضوع معامله باقی بماند.

۲-۳. اصل صحت

یکی دیگر از قواعد فقهی و اصولی که می‌توان آن را متمسکی برای صحت قراردادهای معارض با عقود معلق دانست اصل صحت می‌باشد. با توجه به اینکه دلیل صریح بر بطلان یا عدم نفوذ چنین قراردادی (قرارداد معارض با عقد معلق) در قانون مدنی موجود نیست و طبعاً مورد از مصادیق تردید میان صحت یا عدم صحت به شمار می‌رود، لذا اصل صحت را در آن جاری کرده و برابر قواعد در صورت مردد بودن میان ضمانت اجرای خفیف و شدید، باید ضمانت اجرای خفیف‌تر را انتخاب کرد، لذا باید از نظریه صحت قرارداد معارض و امکان مطالبه خسارت از سوی متعهد له دفاع نمود.

۳-۳. استناد به نظریه حسن نیت

یکی از مستندات طرفداران صحت قرارداد معارض، حسن نیت داشتن شخص ثالث است. آنان در مواردی که طرفین قرارداد معارض دارای حسن نیت باشند، ابطال قرارداد مزبور را جایز نمی‌دانند.

کاتوزیان نظریه بطلان قرارداد معارض با وعده بیع را به نویسندگان و دادرسانان اروپایی نسبت می‌دهد و معتقد است آنان بطلان معامله را محدود به موردی می‌کنند که خریدار از وجود وعده آگاه باشد یا در خدعه مالک شرکت داشته باشد. وی سپس می‌گوید: «این نظر، با لزوم اشتراکی بودن جهت نامشروع هماهنگی و تناسب دارد و به نظم در معاملات کمک می‌کند و خریدار با حسن نیت را از خطر بطلان معامله مصون می‌دارد» (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱: ۳۹۰).

به نظر می‌رسد این دلیل نمی‌تواند از چنان کارآیی برخوردار باشد که بتوان به استناد آن حق طرف قرارداد و تعهد را نادیده گرفت و متعهد له را از حقوقش محروم ساخت. برای رد این دلیل می‌توان به دو مطلب اکتفا کرد:

۱-۳-۳. تعارض حسن نیت متعهدله و شخص ثالث

یکی از دلایلی که در رد حسن نیت می‌توان اقامه کرد این است که همان‌گونه که شخص ثالث در انجام قرارداد معارض دارای حسن نیت بوده و به خاطر عدم آگاهی از وجود حق عینی غیر اقدام به تشکیل قرارداد معارض نموده است و بدون اینکه در سوء نیت و رفتار نامتعارف متعهد شرکت داشته باشد قرارداد را منعقد کرده است. متعهدله نیز در قرارداد خود حسن نیت داشته و به دنبال یک رفتار معقول و عقلایی و عرفی اقدام به انعقاد و تشکیل عقد معلق نموده است، و هیچ دلیلی وجود ندارد که حسن نیت شخص ثالث را بر حسن نیت متعهدله ترجیح دهد، بلکه باید گفت می‌توان حسن نیت متعهدله را ترجیح داد، زیرا او در انعقاد قرارداد مقدم بوده است. این عادلانه نیست که تعهد به وجود آمده در زمان سابق را درحالی که با کمال حسن نیت همراه بوده است، به وسیله قرارداد مؤخر و لاحق صرفاً به دلیل حسن نیت طرف قرارداد دوم، قابل پیگیری و اجبار ندانست.

برخلاف نظر برخی حقوق‌دانان در بحث قرارداد معارض با قولنامه که معتقدند به صرف تقدم حق طرف عقد وعده از نظر زمانی، با وجود سوء استفاده مالک و تجاوز او به حق طرف قرارداد، نباید ضرر پیش آمده را با ضرر شخص ثالث دارای حسن نیت جبران کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱: ۳۹۰).

به نظر می‌رسد به دلیل تعارض حسن نیت هر دو طرف، استناد به این دلیل برای طرفین منتفی است و آنچه باقی می‌ماند تقدم زمانی و در پی آن ترجیح حق متعهدله بر حق شخص ثالث است.

آنچه هست این است که متعهد، مسئول جبران خسارت وارده بر شخص ثالث می‌باشد، زیرا «انتقال مالی که وعده فروش آن به دیگری داده شده، بی‌گمان نوعی تقصیر قراردادی است. این تقصیر ضمان‌آور است و سبب ایجاد مسئولیت در جبران خسارت ناشی از آن می‌شود» (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱: ۳۸۸).

۲-۳-۳. جایگاه ضعیف اصل حسن نیت در حقوق ایران

دلیل دیگری که استناد به حسن نیت شخص ثالث را برای جلوگیری از ابطال معامله معارض سست می‌نماید، آن است که حسن نیت در حقوق ایران به صورت مستقل جایگاهی ندارد.

قانون‌گذار در ایران با اتکا به مطالعات عمیق چند صدساله فقهای بزرگ و درک صحیح از شرایط معاصر، برای هر یک از این عناوین، ضابطه و حتی تعریف دقیقی بیان نموده و احکام و آثار آن را تشریح کرده است. احکام مربوط به غبن را در خیار غبن و احکام مربوط به تدلیس را در خیار تدلیس بیان داشته است. حتی می‌توان ادعا کرد به جز در برخی اختیارات همچون خیار مجلس، حیوان و شرط، سایر اختیارات مرتبط و هم‌سو با حسن نیت در قرارداد می‌باشند. به عنوان مثال در اختیارات غبن، عیب، رؤیت و تبعض صفقه به این جهت که شخص زیان‌دیده تنها در صورت جهل به واقع، حق استفاده از مزایای قانونی را دارد، تأثیر حسن نیت قابل ملاحظه می‌باشد. درباره سوء استفاده از حق به استناد قاعده «لاضرر» در مقررات مختلفی نظیر اصل ۴۰ قانون اساسی و ماده ۱۳۲ ق.م.س.خن به میان آورده و اکراه را به موجب ماده ۱۹۹ و ۲۰۳ ق.م.س.ببب عدم نفوذ معامله می‌شمارد.

قانون‌گذار ایران مسئله «اشتباه» را که یکی از مهم‌ترین جنبه‌های اصل حسن نیت است، با یک نگاه ننگریسته و از قانون‌گذار خارجی تبعیت ننموده است. در ماده ۱۹۹ ق.م.تصریح می‌کند: «رضای حاصل در نتیجه اشتباه یا اکراه موجب نفوذ معامله نیست» و در مسئله وطی به شبهه حمایت‌هایی از اشتباه‌کننده به عمل می‌آورد.

از سوی دیگر، قانون‌گذار در ماده ۳۰۱ ق.م.می‌گوید: «کسی که عمداً یا اشتباهاً چیزی را که مستحق نبوده است دریافت کند ملزم است که آن را به مالک تسلیم کند». در ماده ۳۰۳ نیز تأکید شده است: «کسی که مالی را من غیر حق دریافت کرده است ضامن عین و منافع آن است اعم از اینکه به عدم استحقاق خود عالم باشد یا جاهل». تا جایی که وجود این مواد قانونی و عدم حمایت

قانون‌گذار از فرد مشتبه در آنها موجب آن شده است که برخی اساتید بگویند: «حسن نیت در حقوق ایران قبول نشده است و ضمانت اجرای مواد ۳۰۱ به بعد قانون مدنی ایران با فقه امامیه متناسب بوده و با فرانسه مطابقت ندارد» (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۱: ۲۵).

با وجود این شواهد به نظر می‌رسد اگر بخواهیم در حقوق ایران برای اصل حسن نیت در قرارداد معنی و مفهوم مستقلی که با عناوین پیش‌گفته تداخل نداشته باشد، بیابیم، تنها بتوان از مفهوم «عرف و عادت» کمک گرفت. مرحوم شهیدی در این باره می‌گوید:

در حقوق ایران اصلی به عنوان حسن نیت در قرارداد پیش‌بینی نشده است، لکن با مطالعه موارد لزوم حسن نیت در حقوق بیگانه می‌توان عرف و عادت را که ضابطه‌ای برای تعیین روابط قراردادی طرفین در حقوق ایران است، جز در موارد استثنایی وارد در برخی از آرای قضایی، جانشین حسن نیت دانست (شهیدی، ۱۳۷۹، ج ۲: ۷۴).

ایشان همچون حقوق‌دانان دیگر برای بیان مصادیقی از حسن نیت به مواد زیر استشهد می‌کند: ماده ۲۲۰ ق.م: «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم می‌باشند». ماده ۲۲۱ ق.م: «اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند در صورت تخلف مسئول خسارت طرف مقابل است مشروط بر اینکه جبران خسارت تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا برحسب قانون موجب ضمان باشد». ماده ۲۲۵ ق.م: «متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف آن باشد به منزله ذکر در عقد است».

پیش از وی نیز حقوق‌دانان دیگری نظیر مصطفی عدل مواد مزبور را براساس حسن نیت تفسیر کرده و لزوم اجرای آن را بر پایه این اصل دانسته‌اند. ایشان می‌گویند: «گرچه این نکته در قانون مدنی ذکر نشده، ولی از مفاد ماده ۲۲۰ کاملاً استنباط می‌شود که مقصود مقنن همین بوده است. سپس معلوم است که مقنن خواسته است اجرای عقود از روی حسن نیت و برطبق قصد طرفین باشد والا متعاملین را به تحمل کلیه نتایج آن، حتی نتایجی که به موجب عرف و عادت حاصل می‌شود و در عقد تصریح نشده است، ملزم نمی‌نمود» (عدل، ۱۳۷۸: ۱۱۱).

صفایی نیز با تأکید بر ابهام اصل حسن نیت می‌گوید: «اگر چنین نهادی که معنی دقیق و روشنی ندارد در اختیار دادرسان ناشایسته گذارده شود، چه بسا به سوء استفاده و تبعیض منجر

گردد و از این رو کارآیی و سودمندی قبول چنین اصلی در وضع کنونی حقوق ایران محل تردید است». وی سپس برخی تعاریف مطرح درباره حسن نیت را بیان می‌کند و می‌افزاید:

پروفسور Schlechtreim که یکی از مفسران کنوانسیون می‌باشد، پیشنهاد می‌کند که حسن نیت در بازرگانی بین‌المللی با مراجعه به استانداردهای «معقولیت» تفسیر گردد و اضافه می‌کند که «معقول» چیزی است که در تجارت ذریبط «متعارف» و «قابل قبول» باشد. با توجه به این تعریف به نظر می‌رسد که حسن نیت به «عرف» نزدیک است و رفتار با حسن نیت معمولاً همان رفتار معقول و متعارف است و شاید با مراجعه به عرف در اغلب موارد بتوان به همان نتیجه‌ای رسید که اصل حسن نیت اقتضا می‌کند. (صفایی و جمعی از نویسندگان، ۱۳۸۷: ۴۵-۴۷).

نتیجه آنچه در این قسمت بیان شد آن است که حسن نیت در حقوق ایران به صورت مستقل جایگاهی ندارد و با این وصف باید گفت که این راه‌حل برای ابطال قرارداد معارض، بیش‌تر هم‌سو با نظام حقوقی فرانسه است که با مفهوم و نهاد حسن نیت کاملاً آشنا است و در اجرای آن تا آن حد پیش می‌رود که معامله منعقدۀ نسبت به مال منقول متعلق به دیگری را نیز در صورت با حسن نیت بودن خریدار صحیح تلقی می‌کند، چنانکه در مواد ۵۵۰ و ۲۲۷۹ ق.م. فرانسه مشهود است. از همین جهت است که نویسندگان و دادرسانان اروپایی در تعهد قولنامه، بطلان معامله معارض را محدود به موردی می‌کنند که خریدار از وجود وعده آگاه باشد یا در خدعه مالک شرکت داشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱: ۳۹۰).

البته باید اذعان داشت که ابطال قرارداد معارض، حق شخص ثالث دارای حسن نیت را تضییع می‌کند و چه بسا خسارت‌هایی را نیز بر او وارد نماید که باید توسط بایع جبران شود، به‌ویژه در معاملاتی که موضوع آنها اموال و املاکی است که بر اساس قانون، می‌بایست سند رسمی داشته باشند و معاملات آنها باید در مراجع ذی‌صلاح ثبت گردند، مشکل دو چندان خواهد بود؛ زیرا در این موارد شخص ثالث - طبق عرف متداول - برای دفع مشکلات بعدی، به مراجع قانونی مراجعه می‌کند و از صحت سند مورد معامله اطمینان حاصل می‌نماید. حال اگر به‌رغم تمام پیشگیری‌ها، باز هم پس از انجام معامله سند مزبور در یک تعهد سابق، متعلق حق دیگری قرار گرفته و ذوالحق امکان ابطال قرارداد معارض را داشته باشد، عملاً در نظم قراردادی اجتماع و اعتبار و اعتماد مراجع قانونی اختلال ایجاد می‌شود. با وجود این، نمی‌توان از مبنای امکان ابطال قرارداد معارض که با ادله

محکم مذکور قابل اثبات است، به سبب برخی مشکلات اجرایی و شکلی، به سادگی صرف نظر نمود. چنان که همین اشکال در جایی که ملک مورد معامله در رهن قرار گرفته و مرتهن شرط عدم فروش کرده باشد، نیز بروز می نماید؛ زیرا در این مورد نیز ممکن است فردی علی رغم مراجعه به مراجع قانونی و اطمینان خاطر از صحت سند و عدم مشکل برای نقل و انتقال قانونی، ملک منتقل شده را در رهن بیابد، ولی هیچ حقوق دانی نمی گوید که برای رفع این مشکل اجرایی، باید حق شخص ثالث بر حق مرتهن ترجیح داده شود. پس راه حل صحیح برای رفع مشکل، وضع ضوابط و مقررات متناسب با مبانی فقهی حقوقی و دارای توجیه علمی است، نه دست برداشتن از اصول و مبانی. لذا تأکید می کنیم که به نظر می رسد شهری که در حقوق ایران در ارتباط با معامله معارض شکل گرفته است، تا حد زیادی متأثر از نظریه حسن نیت در حقوق فرانسه است و تطبیق آن با مبانی نظام حقوقی ایران به ویژه سابقه فقهی آن دشوار است.

نتیجه گیری

پس از بررسی صور مختلف وضعیت حقوقی قراردادهای معارض با عقود معلق به نظر می رسد نظریه ای که قابل دفاع می باشد همان نظریه صحت اینگونه قراردادها است. البته با تفصیلی که در ذیل به آن اشاره خواهد شد.

هرچند مورد معامله در عقد معلق قبل از حصول معلق علیه متعلق حق عینی خریدار واقع می شود زمانی که عقد معلق با قرارداد معارض خود روبه رو می شود - همان طور که ذکر شد - نمی توان قرارداد معارض را باطل دانست، چرا که علاوه بر دلایلی که قبلاً به آن اشاره نمودیم ممکن است معلق علیه هیچ گاه حاصل نشود و در این صورت با باطل قلمداد کردن قرارداد معارض منافع متعهد در عقد معلق بیش از بیش در خطر می افتد، هرچند که این امر به تنهایی نمی تواند دلیل خوبی برای پذیرش عدم بطلان اینگونه قراردادها باشد.

نظریه عدم نفوذ نیز در جای خود بررسی گردید و دلایل قائلین به آن در جای خود مورد نقد و بررسی قرار گرفت، اما نظریه ای که به نظر نگارنده از قوت بیش تری برخوردار است نظریه صحت قراردادهای معارض با عقد معلق می باشد. ممکن است در ذهن مخاطب این سوال پیش آید که در صورت صحت قرارداد معارض با عقود معلق تکلیف حق عینی متعهد له در عقد معلق چه می شود؟ چرا که در عقد معلق قبل از حصول معلق علیه خود قائل به وجود حق عینی برای متعهد له شدیم،

حال اگر بگوییم متعهد در عقد معلق حق انعقاد قرارداد معارض با عقد معلق را دارد تکلیف حق عینی غیر موجود در موضوع معامله معارض چه می‌شود؟ این سؤال اساسی‌ترین پرسشی است که در محل بحث قابل طرح می‌باشد. آنچه در پاسخ می‌توان گفت این است که موضوع معامله به همراه همان حق عینی غیر بر روی آن به متعهد له قرارداد معارض منتقل می‌شود و لذا معامله ثانیه را با وجود حق عینی غیر صحیح تلقی می‌نماییم. به عبارت دیگر، فروشنده در عقد معلق پس از آنکه حق مالکیت خود را با عقد معلق محدود نموده است با انعقاد قرارداد معارض همین حق محدود خود را می‌تواند به دیگران منتقل نماید. منتقل الیه نیز اگر دانسته اقدام به انعقاد معامله نماید که علیه خود اقدام نموده است و اگر ندانسته اقدام به انعقاد معامله نموده باشد دارای خیار می‌باشد و خیارش دفعاً لاضرر بوده و از شعب خیار عیب می‌باشد، چرا که می‌توان وجود حق عینی غیر بر مال را نوعی عیب دانست. البته این عیب واقعی نیست، چرا که عیب واقعی نقص در خلقت بوده و وجود اینگونه حق عینی نقص در خلقت نمی‌باشد، بلکه نقصی است که خودمان به وجود آورده‌ایم. کما اینکه چنانچه مالی به دیگری فروخته شود و شخص ثالث نسبت به آن، حق عینی اصلی مانند حق انتفاع داشته باشد معامله صحیح بوده و در صورتی که خریدار از این موضوع آگاه نباشد، دارای حق فسخ بوده و می‌تواند قرارداد را فسخ نماید (خویی، ۱۳۶۵، ج ۵: ۲۳۹؛ حسینی روحانی، ۱۴۲۹، ج ۴: ۴۴۹).

در مورد بیعی که متعلق حق عینی تبعی باشد نیز همین گونه است. برای مثال در فروش عین مرهونه اگر راهن میبعی را که در رهن است بدون اذن یا اجازه مرتهن به غیر منتقل نماید، حق الرهانه هم با آن مال حسب برخی مبانی (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹، ج ۲: ۵۸۲؛ خویی، ۱۳۶۵: ۱۱۵؛ طوسی، ۱۴۱۱، ج ۲: ۴۹۹) منتقل خواهد شد و منتقل الیه در صورت جهل، خیار فسخ خواهد داشت، یا اگر شخصی مبیع مسلوب المنفعه شد (چه از باب اینکه آن را اجاره داده باشد یا اینکه حق انتفاعی روی مال باشد) به دیگران بفروشد، این فروش سبب نخواهد شد که آن حق عینی پیشین از بین برود و سبب نخواهد شد که این فروش بعدی نیز باطل شود، بلکه تنها خریدار در صورت جهل حق فسخ خواهد داشت و می‌توان گفت این امر یک قاعده است و به صورت یک قاعده کلی می‌توان گفت: چنانچه یک عینی متعلق حق عینی دیگری قرار گرفته باشد و مورد معامله واقع شود هم معامله صحیح است و هم حق عینی با برجاست و اینها با هم تعارضی ندارند و منتقل الیه در صورت جهل دارای خیار می‌باشد، و خیارش دفعاً لاضرر بوده و از شعب خیار عیب می‌باشد.

این قاعده اختصاصی به محل بحث ما (قرار دادهای معارض، عقود معلق) ندارد، بلکه در هر جایی که مبیع متعلق حق عینی غیر بوده جریان دارد. برای مثال این قاعده در «فروش عین مرهونه، فروش عینی از اعیان مفلس، فروش عینی که حبس شده و منافعش در اختیار دیگری قرار گرفته» از این قبیل موارد جریان دارد. تنها موردی را که می‌توان از این قاعده مستثنا دانست فروش عین موقوفه است که عینش محبوس است و منافعش تسبیل شده است. آنجا فروش عین موقوفه باطل دانسته شده است که دلیل آن هم بیش‌تر روایات بوده‌اند. البته یک دلیل عقلایی هم می‌توان برای آن برشمرد و آن اینکه برای عین موقوفه هیچ استفاده‌ای متصور نیست چون خروجش از حبس ممکن نیست اما در موارد قبل، خروج عین از حبس کاملاً ممکن است یا راهی برای اخراجش از حبس وجود دارد.

البته ممکن است گفته شود در برخی از مبانی، بیع رهینه را غیر نافذ می‌دانند و هم‌چنین طبق برخی مبانی، بیع مفلس غیر نافذ تلقی شده است. پاسخ آن است که ما آن مبانی را اساساً قبول نداریم.

بنابراین در محل بحث نیز می‌توانیم بگوییم معامله معارض با عقود معلق صحیح می‌باشد و مالکیت تعلیقی خریدار در عقد معلق، پس از انعقاد معامله معارض، هم‌چنان بر مورد معامله باقی خواهد ماند و خریدار معامله معارض در صورت جهل به وجود چنین مالکیت تعلیقی برای دیگران، حق فسخ معامله خود را دارد و اگر هم از این امر اطلاع داشته باشد که خود اقدام به چنین معامله‌ای نموده است. برای مثال شخصی خانه خود را معلق بر قبولی فرزندش در کنکور با قیمت ارزان‌تر به او می‌فروشد و پس از آن اقدام به انعقاد یک معامله معارض با قرارداد معلق می‌نماید و به موجب قرارداد معارض خانه‌اش را به شخص «ب» می‌فروشد. در اینجا معامله معارض صحیح بوده و هم‌چنان مالکیت تعلیقی «فرزند» به روی خانه، حتی پس از انتقال آن به شخص «ب»، باقی خواهد ماند. این حق معلق تا زمان معلوم شدن نتیجه کنکور بر روی خانه فروخته شده باقی خواهد ماند و در صورتی که شخص «ب» از وجود این حق معلق برای فرزند بی‌خبر بوده باشد حق فسخ قرارداد خود را دارد و اگر هم که مطلع بوده باشد علیه خود اقدام نموده است.

البته برای تعیین سرنوشت نهایی قرارداد معارض باید منتظر وضعیت نهایی حصول یا عدم حصول معلق علیه ماند. در صورت عدم حصول معلق علیه حق عینی خریدار عقد معلق بر روی مورد معامله از بین می‌رود و در صورت حصول معلق علیه باید دید آثار عقد معلق از چه زمانی بر

آن بار می‌شود، و میان ناقلیت و کاشفیت حصول معلق علیه تمایز قائل شد.

منابع

- باریکلو، علیرضا. (۱۳۷۵) «وضعیت حقوقی اعمال حقوقی معارض با تعهدات سابق متعهد و حق ثالث»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه تربیت مدرس.
- حسینی روحانی، محمد صادق. (۱۴۲۹ق.) *منهاج الفقهاء*، قم: انوار الهدی، چاپ پنجم.
- خویی، سید ابوالقاسم. (۱۳۶۵ق.) *کتاب الاجاره*، قم: مدرسه دارالعلم.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۷۹) *حقوق مدنی (اصول قراردادها و تعهدات)*، تهران: عصر حقوق.
- _____. (۱۳۸۸) *تشکیل قراردادها و تعهدات*، تهران: انتشارات مجد، چاپ هفتم.
- صفایی، سید حسین و جمعی از نویسندگان. (۱۳۸۷) *حقوق بیع بین‌المللی با مطالعه تطبیقی*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- _____. (۱۳۷۸) *حاشیه المکاسب*، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
- طباطبایی یزدی، محمد کاظم. (۱۴۱۹ق.) *العروة الوثقی*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. (۱۴۱۱ق.) *الخلاص*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- عدل، مصطفی. (۱۳۷۸) *حقوق مدنی*، تهران: طه.
- قربانپور، امیرمهدی. (پاییز ۱۳۸۲) «تعلیق در عقود، اعتبار آثار آن»، *مجله عمومی دادگستری*، شماره ۴۴.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۸) *قواعد عمومی قراردادها*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دوازدهم.
- موسوی بجنوردی، میرزا حسن. (۱۳۹۱) *القواعد الفقهیه*، تهران: مکتبه صدر.
- موسوی خمینی، روح الله. (۱۴۲۱ق.) *کتاب البیع*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی^(ره).

تبیین قاعده فقهی «كُلُّ شَيْءٍ لَا يُعْلَمُ إِلَّا مِنْ قَبْلِ مُدَّعِيهِ يُسْمَعُ قَوْلُهُ فِيهِ» و کاربرد آن در حقوق ایران

سید محمد صادق موسوی^۱

سید امید موسوی^۲

چکیده: قاعده «كُلُّ شَيْءٍ لَا يُعْلَمُ إِلَّا مِنْ قَبْلِ مُدَّعِيهِ قَوْلُهُ فِيهِ» که به اختصار قاعده «ما لا يعلم» گفته می‌شود، از جمله قواعد فقهی است که در هنگام طرح بعضی دعاوی با شرایط خاص به کار می‌آید و باعث حل دعاوی مختص به خود می‌شود.

موضوع برخی از دعاوی به علت مخفی بودن، برای کسی جز شخص مدعی قابل اطلاع نیست، لذا ارائه دلیل در دادگاه برای این موضوعات ممکن نیست. قاعده مذکور در اینگونه دعاوی به کار آمده و راه حل این دعاوی را در پذیرش سخن مدعی بدون درخواست دلیل از او می‌داند. این قاعده بنابر مستندات مختلفی که دارد، قاعده‌ای است ثابت شده که مورد استناد اهل بیت – علیهم السلام – و فقهای اسلام بوده و در کتب مختلف فقهی به آن اشاره شده است.

کاربردهای مختلف این قاعده را می‌توان در ابواب مختلف حقوق مدنی و کیفری مشاهده کرد. به عنوان مثال، قاعده مذکور در حقوق مدنی در باب نکاح، امور مختص به زنان مثل عادت ماهانه، در بحث پرداخت دیون متعدد، و در حقوق کیفری، و در بحث عدم اثبات زنا، تاثیرگذار می‌باشد.

کلیدواژه‌ها: قاعده، قاعده فقهی، دعوی، لا يعلم، پذیرش سخن مدعی، دلیل.

مقدمه

قضا از مهم‌ترین امور انتظام بخش زندگی انسان‌هاست که تا پایان زندگی بشر ادامه خواهد داشت. قضاوت و فصل خصومت در روابط بشری و اختلافات ایشان همواره جاری است. قضا بایست بر

۱. دانشیار دانشگاه شهید مطهری
E-mail:mousavi4535@gmail

۲. دانش آموخته کارشناسی ارشد فقه و حقوق اسلامی دانشگاه شهید مطهری (نویسنده مسئول)

E-mail:omtb1371@gmail.com

پایه رعایت قاعده صورت گیرد. قضاوت، حکم در واقعه و اختلاف است و نمی‌تواند باری به هرجهت و از روی میل و خواست و احساس باشد، بلکه باید بر یک یا چند مبنای محکم و استوار تکیه داشته باشد، تا حالت اقناع را که همان فصل و پایان دادن و حتمیت بخشیدن است به وجود آورد.

قاعده اولی در باب قضا و در مسیر اثبات دعوا، آوردن شهود و ادله در مورد دعوا می‌باشد و شرع مقدس هم به این شهادت شهود با احتساب شرایطی اثر قضایی بار کرده و آن را مثبت حق برای مدعی آن می‌داند.

با توجه این مطلب، ماهیت دعوا گاه به گونه‌ای است که راهی برای اثبات آن وجود ندارد و دلیل بر نمی‌دارد، چراکه مطلب بیان شده در آن دعوا، درونی و قائم به مدعی است و با طرق اثبات معمول در باب قضاوت راهی برای اثباتش نیست؛ لذا قاضی جز با سخن و ادعای مدعی با چیز دیگری روبه‌رو نمی‌شود. در اینگونه دعاوی، قاضی با استناد به قاعده «ما لایعلم» سخن شخص مدعی را پذیرفته و فصل خصومت می‌کند.

در این مقاله به توضیح ویژگی‌ها و شرایط اجرای قاعده «ما لایعلم»، ادله قاعده و کاربردهای آن در ابواب مختلف فقهی و حقوقی خواهیم پرداخت.

۱. شرایط پذیرش دعوا بدون دلیل

قرار گرفتن دعاوی، تحت حکم قاعده «ما لایعلم» و شمولیت قاعده نسبت به یک دعوا به ماهیت آن دعوا بستگی دارد. برای این منظور، لازم است شرایطی وجود داشته باشد تا یک دعوا از موارد قاعده «ما لایعلم» شمرده شود که در ذیل این شرایط برای دعاوی طرح می‌گردد.

الف) ماهیت دعوا باید از مواردی باشد که بر دیگران پوشیده است، یعنی کسی جز فرد ادعاکننده از آن خبر نداشته باشد. مرحوم بحرانی در این باره می‌فرماید: «هرآن چیزی که بین بنده و خدای او باشد و جز از طریق آن فرد دانسته نشود، بدون وجود بین و سوگند خوردن از مدعی پذیرفته می‌شود» (بحرانی، ۱۴۱۲، ج ۱۴: ۱۳۹).

ب) شخص مدعی در موضع دروغ نباشد و مطلبی را نگوید که درستی آن مورد اشکال باشد.
ج) مدعی پس از بیان ادعای خودش، مطلبی برخلاف یا منافی ادعای خود ذکر نکرده باشد.
در این صورت ادعای او اگرچه از موارد قاعده «ما لایعلم» باشد، ولی به خاطر وجود قرینه‌ای که

حاصل شده، پذیرفته نمی شود چرا که وجود آن قرینه مخالف، ادعای او را تکذیب می کند. مرحوم بجنوردی در این خصوص می فرماید: «پذیرش دعوائی که جز از طریق ادعا کننده آن راهی برای دانستن آن نیست فقط در صورتی محقق می شود که شخص مدعی خلاف آنچه را که ادعا کرده بیان نکند و یا منافی ادعای خودش را در کلامش ظاهر نسازد» (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳: ۱۳۰). هم چنین مرحوم مغنیه بیان می دارند: «گفتاری که خلاف ادعای مدعی پس از بیان ادعایش باشد، باعث عدم پذیرش آن سخن از طرف او خواهد شد» (مغنیه، ۱۴۲۱، ج ۲: ۴۵۰).

د) مدعی در موضوع مورد ادعایش متخصص نباشد، چرا که در این صورت به علت تبحر و آگاهی در موضوع ادعا شده، نمی توان پوشیده بودن و مخفی بودن امر را از او پذیرفت که در این صورت ادعای او پذیرفته نمی شود. در کلام یکی از فقها آمده است: «داشتن تبحر و تخصص مانع از پذیرش سخن مدعی تحت قاعده "ما لا يعلم الا من قبله" می شود» (مامقانی، ۱۳۱۶، ج ۳: ۴۹۹). مرحوم صاحب جوهر هم بیان می دارند: «اگر شخص مدعی ادعایی کند و او در آن امر ممارست داشته باشد و از لحاظ زمان و مکان با آن کار محشور باشد (آن امر را بشناسد) سخنش در نداشتن علم پذیرفته نمی شود» (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۳: ۴۳).

ه) دعوا باید براساس امور حسی و یا نزدیک به آن باشد تا بتوان آن را قبول کرد، در مقابل اگر از مواردی باشد که بر مبنای حدس گفته شده، قابل قبول نیست. یکی از فقها بدینگونه به این مطلب اشاره کرده اند: «ضابطه در پذیرش سخن مدعی بدون بینه، حسی بودن عرفی ادعا و یا اموری نزدیک به حس می باشد» (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۵، ج ۲: ۴۲۱).

۲. تفصیل در چگونگی پذیرش دعوا

آیا در پذیرش سخن مدعی به هیچ چیزی جز ادعای بدون دلیل او نیاز نیست، یعنی همین که ادعا از مواردی بود که آوردن دلیل برایش متعذر است یا ممکن نیست، در قبول سخن مدعی کافی است یا در بعضی موارد علاوه بر بودن چنین ادعایی، احتیاج به سوگند خوردن توسط او نیز می باشد و بعد از سوگند مدعی، سخن او پذیرفته می شود و برای او حکم می گردد؟ هنگامی که در مصادیق این قاعده در ابواب گوناگون فقهی جست و جو می شود، می بینیم که در بعضی موارد از قاعده در کنار قبول سخن مدعی، از او خواسته اند که سوگند یاد کند.

مرحوم بجنوردی در این باره می‌فرماید: «هرکس که ادعایی داشته باشد که جز از طرف خودش دانسته نشود، سخنش بدون درخواست ارائه دلیل پذیرفته می‌شود. البته بعد از آن که او قسم یاد کند» (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳: ۱۲۴).

جعفری لنگرودی نیز بیان می‌کنند: «اگر بخواهند محکم کاری شود، مدعی را سوگند می‌دهند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۷۸۵).

مرحوم میرفتاح مراغی هم می‌فرماید: «موارد زیادی از مصادیق قاعده "کل شی لایعلم الا من قبل مدعیه..." وجود دارد که در آن سخن مدعی به همراه سوگند او پذیرفته می‌شود» (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۶۱۸).

با در نظر گرفتن مصادیقی از قاعده که در کتب فقهی برای قبول آنها، سوگند یاد کردن لازم دانسته شده و با توجه به میزان اهمیت و حساسیت موضوع مورد ادعا، می‌توان ضابطه‌هایی را در این باب برای تشخیص جایگاه سوگند بیان کرد، لذا ما ابتدا ضابطه‌هایی را برای تشخیص دعاوی‌ای که در پذیرش آنها، سوگند یاد کردن ضرورتی ندارد، بیان خواهیم کرد و سپس ضابطه‌هایی هم برای بیان مواردی که سوگند خوردن در آنها ضروری می‌باشد، بیان خواهد شد.

۱-۲. بیان ضابطه برای پذیرش دعوا به صورت مطلق

الف) هنگامی که مدعی، ادعایی داشته باشد که نتیجه آن باعث ایجاد ضرر برای شخص یا اشخاص دیگر نمی‌شود، در این باره گفته شده است: «اگر ادعایی باشد که ضرری برای غیر مدعی نداشته باشد، پذیرفته می‌شود» (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۳: ۵۰۳).

ب) هنگامی که مدعی در یک مصداق خاص، مورد اتهامی است که اگر ثابت شود به دنبال آن حد یا تعزیر شرعی برایش در پی خواهد داشت و او با ادعای خود که تحت قاعده «ما لایعلم» قرار می‌گیرد، از آن حد و یا تعزیر شرعی خلاص می‌گردد که بدون سوگند از او پذیرفته می‌شود. ماده ۲۲۳ قانون م.ا.ه.م.ن.م. فرض را در مورد جرم زنا و خارج بودن وطی به شبهه از حکم آن بیان داشته و می‌فرماید: «هرگاه متهم به زنا، مدعی زوجیت یا وطی به شبهه باشد، ادعای وی بدون بینه یا سوگند پذیرفته می‌شود، مگر آنکه خلاف آن با حجت شرعی لازم ثابت شود» (وطی به شبهه از مصادیق قاعده است).

۲-۲. بیان ضابطه برای پذیرش دعوا همراه سوگند

الف) هنگامی که مدعی، بسته به شرایط خاص ادعایش، در موضعی قرار داشته باشد که دادگاه برای پذیرش سخن او بدون ارائه دلیل، در آن موضع خاص و به خاطر برخوردار بودن از ماهیت ویژه دعوی مطرح شده از جانب او، نیاز به حصول اطمینان بیش تری برای پذیرش ادعای او داشته باشد، لذا از او می خواهد که سوگند یاد کند، مثل اینکه با ادعای خود قرار است نفع کثیری به دست آورد. در مثال زیر به این ملاک اشاره شده است:

اگر دو کودک را به صورت فضولی به ازدواج هم دریاورند، سپس قبل بلوغ یکی از آنها، کودک دیگر بمیرد، باید صبر کنند تا آن کودک دیگر بالغ شود و از او پرسند که آن نکاح را امضا می کند یا نه؟ اگر بخواهد امضا کند، چون ارث خواهد برد، لذا از او می خواهند سوگند هم یاد کند که امضای ازدواج برای به دست آوردن میراث متوفی نبوده است (عاملی، ۱۴۱۰، ج ۵: ۱۴۵).

ب) هنگامی که احتمال آن برود که شخص دیگری هم غیر از مدعی از نیت و قصد او باخبر است، زیرا موضع اجرای قاعده در جایی بوده که مطلب ادعا شده از طرف مدعی بر دیگران پوشیده باشد و لذا چون گاهی به دلیلی احتمال این می رود که برای شخص دیگری هم نسبت به موضوع اطلاعی باشد، از شخص مدعی می خواهند که سوگند یاد کند.

در مورد این ملاک گفته شده است: «سخن مدعی چون از موارد "لا يعلم الا من قبله" است، پذیرفته می شود اما به خاطر وجود احتمال اطلاع شخص دیگری از موضوع، سوگند هم داده شود» (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۰: ۲۸۳).

۳. تبیین ادله قاعده

در این قسمت به بررسی ادله و مستندات آن که بر وجود قاعده «ما لا يعلم» بیان شده است، می پردازیم تا برای این قاعده، از نظر تکیه بر مبانی قابل اعتماد، به نتیجه مطلوب رسیده و به این مهم دست یابیم که محتوای قاعده «كُلُّ شَيْءٍ لَا يُعْلَمُ إِلَّا مِنْ قَبْلِ مُدْعِيهِ يُسْمَعُ قَوْلُهُ فِيهِ» در شرع مقدس اثبات شده است.

۱-۳. روایات

روایاتی از اهل بیت عصمت و طهارت - علیهم السلام - وجود دارد که از کلام آن حضرات، استناد به مضمون قاعده «ما لایعلم» مشخص می‌گردد و دیده می‌شود که حضرات معصومین - علیهم السلام - در دادن پاسخ و حکمی که ارائه می‌دهند به محتوای این قاعده اشاره کرده‌اند. اگرچه در متن این روایات ممکن است شاهد عین مضمون قاعده نباشیم، اما از بیان مسئله مورد بحث در روایت و نوع استدلال اهل بیت - علیهم السلام - می‌توان به وضوح جریان این قاعده را مشاهده کرد.

نکته‌ای که باید مورد توجه قرار گیرد این است که تعداد قابل توجهی از روایاتی که برای پذیرش سخن مدعی بدون بینه می‌توان به آن استناد کرد، در مورد مسائلی است که اختصاص به زنان دارد و در کتب روایی مهم شیعه، تحت باب‌های مخصوصی مطرح شده که بیان می‌کنند زنان در امور مربوط به خودشان تصدیق می‌شوند و سخنان بدون درخواست آوردن دلیل از ایشان پذیرفته می‌شود. البته در غیر باب مربوط به زنان هم روایاتی وجود دارد، اما تعداد روایات مربوط به امور اختصاصی زنان، مثل ایام عده و حیض، بیش‌تر می‌باشد که در این قسمت از این روایات، نمونه‌هایی آورده می‌شود.

الف) روایاتی که در خصوص عادت ماهانه زنان و قرار داشتن یا نداشتن در آن و همچنین در مورد ایام عده زنان و سپری شدن و یا نشدن آن عده می‌باشد.

امام صادق^(ع) در این باره می‌فرماید: «عده و حیض مربوط به زنان است. هنگامی که ادعایی (درباره آن دو) داشته باشند تصدیق می‌شوند» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۶: ۱۰۱).

در مورد حدیث ذکر شده بیان شده است که: «مشخص است که تفویض و واگذاری این دسته از امور به زنان به این خاطر است که جز از طریق خودشان دانسته نمی‌شوند» (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳: ۱۲۶).

ب) روایاتی که علاوه بر مسئله عادت ماهانه و ایام عده، بحث باردار بودن و نبودن زنان را مطرح کرده و سخن زنان را در این مورد نیز تصدیق می‌کند.

امام صادق^(ع) در تفسیر آیه ۲۲۸ سوره مبارکه بقره بیان می‌دارند: «خداوند سه چیز را به زنان تفویض و واگذار کرده است. حیض و طهر و حامله بودن» (حر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۱۵: ۴۴۱).

ابان بن تغلب نقل می‌کند که به امام صادق^(ع) عرض کردم: «در بعضی راه‌ها هستم (در حال

مسافرت هستم) و زن زیبایی را می بینم و ایمن نیستم (اطمینان ندارم) که شوهر دارد و یا از زنان فاسد است (آیا باید در این موارد تحقیق و جست و جو کنم)؟ امام فرمودند: وظیفه تو نیست که جست و جو داشته باشی، بلکه وظیفه تو در این موارد این است که آن زن را در کلامش تصدیق کنی» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵: ۴۶۲).

به عنوان کلام پایانی در مورد احادیث مربوط به زنان، به مطلب مرحوم بجنوردی اشاره می کنیم که در مورد حدیث ابان ابن تغلب بیان می دارند:

از ظاهر این روایت برداشت می شود که اموری مثل عده، عادت ماهانه، باردار بودن و طهر و پاکی از مواردی هستند که غالباً از طرف زنان دانسته شده و سخن ایشان در این امور مورد پذیرش قرار می گیرد و لذا بنابر این حدیث یک کبرای کلی برای ما به دست می آید و آن مضمون روایت است که در اموری که دلیل آوردن متعذر و یا دشوار است سخن مدعی پذیرفته می شود (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳: ۱۲۷).

همان طور که گفتیم احادیث دیگری هم در غیر باب امور مختص به زنان وجود دارد که در اینجا به عنوان نمونه، به حدیثی اشاره می کنیم. مردی می گوید:

به امام هادی^(ع) نوشتم فدایت شوم، زنی فوت کرده است و میراثی به جا گذاشته است اما پدر آن زن ادعا می کند که بعضی از این اجناس که در نزد زن بوده است، برای اوست و به صورت عاریه ای در نزد دخترش بوده است. آیا ادعایش بدون نیاز به دلیل قبول می شود و یا دلیل می خواهد؟ امام^(ع) فرمودند: ادعایش بدون دلیل پذیرفته می شود (صدوق قمی، ۱۴۱۳، ج ۳: ۱۱۰).

۲-۳. اجماع

اجماع، دلیل دیگری است که بر اثبات مضمون این قاعده آورده شده است. در واقع به دلیل ماهیتی که دعاوی مشمول قاعده «ما لایعلم» دارد که همانا دلیل بردار نبودن آن است، کسی در پذیرش سخن مدعی اشکالی نکرده است و همه در این مطلب متفق هستند.

مرحوم بجنوردی به این اجماع به عنوان یک دلیل اشاره می کنند و می فرمایند: «اجماع است بر این مطلب که اگر کسی ادعایی کرد که جز از طرف خودش دانسته نمی شود، ادعایش پذیرفته می شود» (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳: ۱۲۴).

مرحوم میرفتاح می‌فرمایند: «بر این قاعده، اجماع دانسته می‌شود، زیرا احدی از فقها بر این مطلب اشکالی نکرده است و مضمون قاعده از امور مسلمی است که منکری از فقها بر آن نیست» (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۶۱۹).

مرحوم سبزواری هم بیان می‌دارند: «این مطلب سیره قطعی خلفای سلف ما بوده است و ردعی از این مطلب در اخبار مشاهده نشده است» (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۱: ۱۸۱).

۳-۳. بنای عقلا

با توجه به ویژگی‌ها و شرایطی که مضمون قاعده «ما لایعلم» دارد که اقامه دلیل برای مدعی ممکن نیست و یا عادتاً و عرفاً متعذر است و برای او چاره‌ای جز صرف طرح ادعا نمی‌ماند، پذیرش سخن او امری معقول است و عقلا در بین خودشان چنین مطلبی را می‌پذیرند و بر این روش عمل می‌کنند. در همین رابطه گفته شده است که این قاعده یک قاعده عقلایی است و اگر پذیرفته نشود باعث اختلال در امور جاری بین انسان‌ها و گرفتاری ایشان خواهد شد (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱: ۳۳۶).

۳-۴. مناط واحد در مصادیق قاعده

با دقت در احادیثی که برای جریان قاعده «ما لایعلم» وارد شده است، می‌توان به این نکته رسید که در همه این روایات، یک مورد مشابه وجود دارد و آن این است که موضوع دعوا، از امور پنهانی است که فقط با سخن شخص ادعا کننده فهمیده می‌شود؛ لذا به تنقیح مناط می‌توان سایر موارد و مصادیق را هم که در حدیث وارد نشده است، تحت حکم قاعده قرار داد. در این باره گفته شده است:

با نگاه به احادیث می‌فهمیم که علت در آنها برای پذیرش سخن مدعی چیزی جز نبودن اطلاع و علم نسبت به مورد ادعا نیست و این علت در غیر مواردی که در احادیث آمده هم جریان دارد، پس فرقی بین این دعاوی از لحاظ عدم اطلاع به موضوع مورد ادعا وجود ندارد (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۶۲۰).

۴. کاربرد قاعده در حقوق ایران

هدف اصلی از تبیین قاعده «ما لایعلم» مشخص شدن جایگاه استفاده از آن و میزان تأثیری است

که می‌تواند در رفع خصومت و حل دعاوی داشته باشد و مهم این است که حیطه عملیاتی این قاعده در موارد متعدد فقهی و حقوقی خود، روشن شود تا اثر قاعده بر مصادیقی که منطبق بر محتوای آن است، نشان داده شود.

در این قسمت، با توجه به دو شاخه مهم حقوق مدنی و حقوق کیفری، جایگاه قاعده مورد بحثمان را در این دو بخش بررسی می‌کنیم.

۱-۴. کاربرد قاعده در حقوق مدنی

با توجه به گستردگی حقوق مدنی نسبت به حقوق کیفری، ابتدا جایگاه قاعده «ما لایعلم» را در حقوق مدنی مورد مطالعه قرار می‌دهیم و در برخی زیرشاخه‌های این حقوق به تتبع در مصادیق حضور قاعده می‌پردازیم و سعی داریم، تأثیر قاعده «ما لایعلم» را در متن مواد ق.م.ن نشان دهیم. با توجه به شکل‌گیری ق.م. و تأثیر انکار ناپذیر این قانون از فقه اسلامی به صورت طبیعی با بررسی زیرشاخه‌های مختلف این حقوق، در واقع بررسی مصادیق قاعده در فقه اسلامی هم صورت خواهد گرفت و لذا تلاش فقها نقش مهمی در روشن شدن موارد کاربرد قاعده خواهد داشت.

۱-۱-۴. کاربرد قاعده در نکاح

الف) در ماده ۱۰۵۰ ق.م. بیان می‌شود: «هرکس زن شوهردار را با علم به وجود علقه زوجیت و حرمت نکاح و یا زنی را که در عدّه طلاق یا عدّه وفات است با علم به عدّه و حرمت نکاح برای خود عقد کند، عقد باطل و ...».

همان‌طور که پیش‌تر آورده شده از متن قانون مشاهده می‌شود که تأکید قانون‌گذار در این ماده بر کلمه علم و داشتن اطلاع بوده، و باطل بودن عقد نکاح، نتیجه داشتن علم از طرف زوج بیان شده است. لذا قانون‌گذار بیان می‌دارد در بحث زوجیت زن، و شوهردار بودن او و هم‌چنین در بحث در عدّه بودن زن، چه عدّه وفات و چه عدّه طلاق، علم داشتن و اطلاع داشتن بر عدم وجود این موارد در زن توسط شخصی که می‌خواهد عقد نکاح را با آن زن داشته باشد، باعث جواز آن عقد نکاح برای او می‌شود و اگر علم به وجود این موارد داشته باشد مانعی بر سر ازدواج

او خواهد بود و اساساً طبق ماده ۱۰۳۴ ق.م، اگر این موارد نباشد می‌تواند آن زن را خواستگاری کند، در غیر این صورت اجازه اقدام بر این امر را هم نخواهد داشت.

واضح است که وقتی تأکید قانون‌گذار بر بودن علم و اطلاع نسبت به وجود علقه زوجیت و در عدّه بودن زن قرار گرفته است، هنگامی که موردی پیش بیاید که این علم و اطلاع وجود نداشته باشد و زنی ادعا کند که در زوجیت کسی نیست و یا در عادت ماهانه قرار ندارد، بنابر مفاد قاعده «ما لایعلم» امکان خواستگاری و ایجاد علقه زوجیت به وجود خواهد آمد، زیرا اشکال اصلی در عدم جواز خواستگاری و باطل بودن عقد نکاح، داشتن علم به وجود موانع بود و وقتی علم در میان نباشد، تأثیر موانع هم اگر ادعایی برخلافشان صورت گیرد - که این ادعا طبیعتاً از طرف زن خواهد بود چون این امور مختص به زنان است - باطل و امکان ایجاد علقه زوجیت فراهم می‌شود. این فرض، پیش از این در حدیثی که ابان ابن تغلب از امام صادق^(ع) نقل کرد هم بیان شده بود.

ب) قانون مدنی در ماده ۱۱۲۲ خود در ذیل عنوان «عیوب زیر در مرد موجب حق فسخ برای زن خواهد بود» به شمارش عیوبی می‌پردازد که برای زن حق فسخ نکاح ایجاد می‌کند. در مورد دومی که در متن این ماده ذکر شده، آمده است: «۲- عنن، به شرط اینکه ولو یکبار عمل زناشویی را انجام نداده باشد».

همان‌طور که از متن ماده مشخص است، عنن که به معنای ناتوانی مرد در ایفای وظایف زناشویی است، یکی از عیوب مجوز فسخ نکاح برای زن در نظر گرفته شده است، اما نکته‌ای که در ماده مورد اهمیت است این است که در آن بیان شده حتی یکبار هم عمل زناشویی نباید صورت گرفته باشد تا زن بتواند عقد نکاح را فسخ کند. همان‌طور که مشخص است، عمل زناشویی و وطی از امور پنهانی است که برای آن شاهی وجود ندارد و صرفاً از طریق سخن شخص ادعاکننده فهمیده می‌شود. حال اگر مرد پس از ثبوت عنن در او که عامل فسخ نکاح برای زن خواهد بود، ادعای داشتن وطی کند، با توجه به اینکه این عمل از امور مخفی است، سخنش مورد پذیرش قرار گرفته و با توجه به قید ماده ۱۱۲۲ ق.م که گفته بود حتی یکبار هم عمل زناشویی نداشته باشند، باعث می‌شود که زن نتواند اعمال حق فسخ داشته باشد.

در این باره بیان شده است: «اگرچه مرد در این فرض (ادعای وطی بعد از ثبوت عنن در او) مدعی است، اما سخن و ادعایش (بدون داشتن دلیل) پذیرفته می‌شود، زیرا ادعایش از مواردی است که جز از طریق خود او دانسته نمی‌شود» (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۸: ۱۱۳).

۲-۱-۴. کاربرد قاعده در بیع

یکی از مباحثی که می‌توان تأثیر قاعده مورد بحث را در باب بیع مشاهده کرد، موضوع خيار غبن است. قانون مدنی در ماده ۴۱۶ بیان می‌دارد: «هر یک از متعاملین که در معامله غبن فاحش داشته باشد، بعد از علم به غبن می‌تواند معامله را فسخ کند.» همان‌طور که از ظاهر متن قانون مشخص است، داشتن علم و آگاهی به غبن صورت گرفته در موضوع مورد معامله لازم است تا شخص مغبون بتواند خيار غبن داشته باشد و آن را اعمال کند.

قانون مدنی در ادامه بحث خيار غبن در ذیل ماده ۴۱۸ بیان می‌دارد: «اگر مغبون در حین معامله عالم به قیمت عادلانه بوده است خيار فسخ نخواهد داشت.» منظور قانون‌گذار از قیمت عادلانه همان قیمت اصلی و بازاری جنس است که در عرف، کالا با آن قیمت مورد خرید و فروش واقع می‌شود.

نکته بسیار مهمی که در تحلیل متن ماده وجود دارد آن است که در ماده ۴۱۸، عبارت قانون‌گذار این است که اگر شخص مغبون در حین معامله عالم به قیمت عادلانه باشد خيار غبن نخواهد داشت. لذا مشخص است که از عبارت «حین معامله» فهمیده می‌شود، ملاک ثبوت خيار غبن برای مغبون، زمانی است که معامله در حال انجام است و بیع صورت می‌گیرد.

با توجه به نکته بیان شده، باید گفت که اگر شخصی نسبت به قیمت اصلی و واقعی کالای مورد معامله پیش از انجام بیع (نه در هنگام انجام معامله) علم داشته است و سپس عقد بیع را به قیمتی انجام دهد که مورد غبن واقع شده باشد اما ادعا کند که هنگام انجام معامله، قیمت واقعی و اصلی را فراموش کرده است، با توجه به متن ماده ۴۱۸ که ملاک عدم ثبوت خيار غبن را علم مغبون به قیمت واقعی در زمان انجام معامله می‌داندست و با توجه به ادعای فراموشی که از امور پنهان و غیر قابل اثبات است، بنابر قاعده «ما لا یعلم» حکم به مغبون بودن او خواهد شد و خيار غبن برای فسخ بیع برای او ثابت می‌گردد. یکی از فقها در این باره می‌فرمایند:

اگر مغبون و غابن قبول دارند که مغبون، قیمت اصلی را پیش از معامله می‌دانسته است و مغبون ادعا کند هنگام انجام معامله، قیمت اصلی را فراموش کرده است، چون فراموشی از اموری است که جز از طرف او دانسته نمی‌شود سخنش پذیرفته می‌شود (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۸۴).

۳-۱-۴. کاربرد قاعده در پراخت دیون متعدد

قانون مدنی در ماده ۲۸۲ بیان می‌دارد: «اگر کسی به یک نفر دیون متعدده داشته باشد، تشخیص اینکه تأدیه از بابت کدام دین است با مدیون می‌باشد.»

قانون‌گذار مطلب را اینگونه بیان داشته است که در مقام تشخیص و اثبات، اینکه پرداخت مدیون (وقتی تمام دیونش را شامل نمی‌شود و کم‌تر از آن است) از بابت کدام یک از دیون خود بوده است، براساس سخن مدیون می‌باشد. این اختیار، واضح است که به این دلیل است که شخص پرداخت‌کننده (مدیون)، تنها فرد آگاه نسبت به نیت پرداخت خود است و نسبت به قصدش علم دارد. چنین علمی برای شخص دیگر وجود ندارد و لذا نظر قانون‌گذار در این ماده، تکیه بر قاعده «ما لایعلم» دارد. یکی از فقها در این مورد بیان می‌دارند:

اگر برای شخصی دو دین وجود داشته باشد و او مالی را در قبال یکی از دیون بدهد، سپس شخص مدیون و شخص دائن با هم اختلاف پیدا کنند (اختلاف بر سر اینکه پرداخت مدیون بابت کدام دین بوده است دعوا ایجاد شود و هر کدام از دو نفر ادعایی داشته باشد و ادعای دیگری را نفی کند) در اینجا، سخن شخص پرداخت‌کننده پذیرفته می‌شود، زیرا او به نیت خودش آگاه‌تر است (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲: ۷۶).

۴-۱-۴. کاربرد قاعده در مضاربه

طبق ماده ۵۴۶ ق.م، مضاربه وقتی اتفاق می‌افتد که یکی از دو طرف این عقد سرمایه می‌آورد و با طرف دیگر قید می‌کند که با سرمایه او تجارت داشته باشد و هر دو در سود این تجارت شریک باشند. لذا طبق ماده مذکور، برای شخصی که با سرمایه دیگری تجارت می‌کند، یک جایگاه و عنوانی درست می‌شود که با جنبه فردی و معاملات شخصی او تفاوت دارد و این فرد که در متن قانون به عنوان عامل شناخته می‌شود، در واقع، از طرف خودش و شریکش اقدام به معامله می‌کند و نماینده شریک هم محسوب می‌شود. حال اگر شخص عامل پس از انجام معامله‌ای، ادعا داشته باشد که این معامله را خارج از فضای مضاربه انجام داده و قصدش خرید و فروش شخصی به عنوان یک مشتری مستقل برای خودش بوده است و از آن طرف صاحب سرمایه بگوید که این معامله در ضمن عقد مضاربه بوده است و سودش باید برای هر دو نفر آنها باشد، در این مورد بر طبق قاعده «ما لایعلم» عمل می‌شود، چون از قصد درونی شخص معامله‌کننده آگاهی نداریم و او

نسبت به نیتش در انجام معامله از دیگران (از جمله صاحب سرمایه) آگاه تر می باشد. لذا سخن شخص عامل پذیرفته شده و این خرید و فروش به صورت اقدامی مستقل برای خود او محسوب می شود نه جزئی از شراکت او و صاحب سرمایه در عقد مضاربه (البته اگر قرینه ای برخلاف سخن عامل وجود نداشته باشد). یکی از فقها در این مورد می فرمایند:

وقتی عاملی ادعا می کند که فلان کالا را برای خودم به صورت خصوصی خریداری کرده ام و در مقابلش صاحب سرمایه بیان می دارد که این کالا را برای مضاربه (قرارداد مشترک مضاربه) برای من و خودت خریداری کرده ای، سخن شخص عامل پذیرفته می شود، زیرا او نسبت به نیتش در انجام معامله آگاه تر است (مغنیه، ۱۴۲۱، ج ۲: ۴۴۸).

۵-۱-۴. کاربرد قاعده در وکالت

از مواردی که می توان به سخن یک شخص بنابر قاعده «ما لایعلم» استناد کرد در باب وکالت است که تأثیر قاعده در آن دیده می شود. برای روشن شدن مطلب به توضیح چگونگی تأثیر قاعده «ما لایعلم» می پردازیم.

در بخشی از متن ماده ۶۷۴ ق.م، قانون گذار بیان می دارد: «در مورد آنچه که در خارج از حدود وکالت انجام شده است، موکل هیچ گونه تعهدی نخواهد داشت...». مشخص می گردد که با توجه به امین بودن وکیل، فرض بر این است که تصرفات او در حدود اختیاراتش است مگر در موردی که خلاف آن ثابت شود و چون این تصرفات مربوط به او و عمل اوست، لذا سخن او نسبت به آن پذیرفته است زیرا وکیل نسبت به آن تصرفات آگاه تر است.

مرحوم شهید ثانی نیز به این مطلب اشاره کرده و می فرماید:

اگر وکیل و موکل بر سر تصرفات وکیل اختلاف پیدا کنند (دچار دعوا شوند و وکیل بگوید از محدوده تصرفاتش خارج نشده است و عمل غیر مجازی انجام نداده که بخواهد ضرری به موکلش زده باشد، اما موکل ادعای او را نفی کند و بگوید که تصرفات وکیلش غیر قانونی و خارج از اجازه او بوده است و موجب ایجاد ضرر برای او شده است) سخن وکیل به همراه سوگند خوردن او پذیرفته خواهد شد، زیرا وکیل امین محسوب می شود و هم چنین مرجع این تصرفات به افعال وکیل برمی گردد و او نسبت به اعمالش آگاه تر است (نسبت به موکل) (عاملی، ۱۴۱۰، ج ۴: ۳۹۰).

۶-۱-۴. کاربرد قاعده در شرکت

طبق ماده ۵۷۱ ق.م «شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شی واحد به نحو اشاعه». پس طبق متن ماده، با اموالی روبه‌رو هستیم که بین چندین مالک مشترک است و هر کدام نسبت به آن اموال دارای حق می‌باشند. سپس در ماده ۵۷۷ ق.م می‌خوانیم «شریکی که در ضمن عقد به اداره کردن اموال مشترک مأذون شده است، می‌تواند هر عملی را که لازمه اداره کردن است انجام دهد و به هیچ وجه مسئول خسارات حاصله از اعمال خود نخواهد بود...». بر طبق این ماده وقتی یکی از شرکا توسط دیگران در ضمن عقد نسبت به تصرفات در اموال مشترک، مجاز شود تصرفاتش مورد تصدیق خواهد بود.

مرحوم کاتوزیان در توضیح این ماده می‌فرماید: «رابطه حقوقی شریکی که مأذون در اداره مال مشاع می‌شود با دیگر شریکان، تابع احکام رابطه وکیل و موکل است» (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۴۰۸). یکی دیگر از فقها نیز اشاره دارند: «اجماع است که شرکت در معنای وکالت است» (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸، ج ۹: ۳۲۹).

لذا وقتی دعوی به این صورت به وجود آید که شریکان ادعا داشته باشند تصرف شریک مجاز، برای شرکت و مجموع شریکان بوده است و در مقابل شریک مجاز بگوید که فلان تصرف خاص، برای شخص خودم بوده نه برای شرکت، با توجه به اینکه قصد و نیت او در انجام تصرفاتش محدود به خود اوست و او نسبت به آن علم دارد، لذا سخنش بر طبق قاعده «ما لایعلم» پذیرفته خواهد شد.

مرحوم حائری در این باره بیان می‌دارند: «اگر شریک ادعا کند که معامله برای خودش بوده از او پذیرفته می‌شود، زیرا برگشت این ادعا به نیت اوست که خودش نسبت به آن آگاه‌تر است» (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸، ج ۹: ۳۲۹).

یکی از اساتید در این خصوص بیان می‌دارند:

اگر مشتری (شخصی که خرید و فروش را انجام داده است)، که از همان افراد شرکا می‌باشد که دارای اذن در تصرفات است، ادعا کند که معامله را برای خودش انجام داده است و بر این مطلب سوگند بخورد، سخنش پذیرفته می‌شود، زیرا برگشت این سخن به قصد او می‌باشد که خود او به آن آگاه‌تر است (وجدانی، ۱۴۲۶، ج ۹: ۱۰۳).

۷-۱-۴. کاربرد قاعده در اخذ به شفعه

قانون مدنی در ماده ۸۰۸ خود، اخذ به شفعه را اینگونه بیان می‌دارد: «هرگاه مال غیرمنقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک حصه خود را به قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند، شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه مبیع را تملک کند. این حق را حق شفعه و صاحب آن را شفیع می‌گویند».

همان‌طور که مشخص است در این ماده از حق و اختیار شریک برای اعمال حق شفعه و تملک قسمت دیگر مبیع که برای شریک دیگر بوده است سخن گفته شده است، اما در مورد زمان اعمال این حق صحبتی نشده است، زیرا که قانون‌گذار در ماده دیگری به بحث زمان اعمال حق شفعه پرداخته است. قانون‌گذار در ماده ۸۲۱ ق.م بیان می‌دارد که «حق شفعه فوری است». در توضیح فوریت حق شفعه بیان شده است: «رعایت فوریت، عرفی است. مهلت عرفی اجرای حق از تاریخ آگاه شدن از وقوع معامله رعایت می‌شود» (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۵۱۱).

از این توضیح مشخص می‌شود که فوریت در اعمال حق شفعه، مربوط به زمان آگاهی یافتن و دانستن شریک نسبت به معامله‌ای است که صورت پذیرفته است.

در قسمت دیگر بیان شده است: «اشتباه در میزان ثمن و کیفیت معامله، اگر اساسی و سبب انصراف از اجرای حق شده باشد، در حکم جهل به وقوع معامله است و درنگ شفیع را توجیه می‌کند» (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۵۱۲).

همان‌طور که مشخص است و از انضمام این دو قسمت می‌توان فهمید، مطلب اساسی، اطلاع یافتن و آگاهی داشتن شریک نسبت به معامله است و پس از اطلاع است که اساساً حق شفعه قابلیت اعمال پیدا می‌نماید.

حال باید گفت در صورت قرار گرفتن ادعای شفیع مبنی بر اینکه از وقوع معامله بی‌خبر بوده است، در مقابل ادعای خریدار (شخص ثالث) مبنی بر اینکه شفیع از معامله اطلاع داشته و خودش نسبت به اجرای حق شفعه مبادرت نداشته است (چون این مطلب به یک امر پوشیده برمی‌گردد که جز از طرف شفیع دانسته نمی‌شود) بر اساس قاعده «ما لا یعلم» سخن شفیع پذیرفته شده و حق شفعه برایش ثابت می‌ماند. هم‌چنین همان‌طور که در توضیح بالا آمد، اشتباه باعث توجیه تأخیر اعمال حق شفعه می‌گردد و اگر شفیع ادعای اشتباه داشته باشد مبنی بر اینکه در قیمت دچار اشتباه شده و به این خاطر نتوانسته حصه شریکش را تملک کند و در مقابل خریدار منکر این مطلب باشد، چون

اشتباه شفیع از مطالب پوشیده است و منوط به خود او است، لذا حق شفعه برایش باقی می‌ماند؛ البته اگر قرینه‌ای برخلاف ادعایش نباشد که باعث اسقاط حق شود.

۴-۲. کاربرد قاعده در حقوق کیفری

در این قسمت به بررسی قاعده «ما لایعلم» در حقوق کیفری و نحوه تأثیرگذاری آن در مصادیق این حقوق خواهیم پرداخت و با ذکر مواردی از زیرشاخه‌های مرتبط با حقوق کیفری و متون مواد ق.م.ا به تبیین بحث در این شاخه حقوقی می‌پردازیم.

۴-۲-۱. کاربرد قاعده در ادعای وطی به شبهه

ماده ۲۲۱ ق.م.ا در تعریف زنا بیان می‌دارد: «زنا عبارت است از جماع مرد و زنی که علقه زوجیت بین آنها نبوده و از موارد وطی به شبهه نیز نباشد.» همان‌طور که از متن ماده فهمیده می‌شود، عمل وطی به شبهه در مقابل عمل زنا قرار گرفته و لذا از موارد زنا شناخته نمی‌شود. زنا از جمله جرایمی است که برای آن در ق.م.ا حد شناخته شده است و لذا داخل نبودن وطی به شبهه در موارد زنا، باعث می‌شود که این عمل دارای حد زنا نباشد. حال اگر کسی که در عمل جماعی که مرتکب شده است متهم به انجام زنا باشد (که به تبع باید برای این جرمش حد ثابت شود) اما ادعای وطی به شبهه داشته باشد (یعنی ادعا داشته باشد که هنگام انجام عمل جماع فکر می‌کرده که با زنی در حال جماع است که در علقه زوجیت او قرار دارد و در واقع ادعا داشته باشد که نمی‌دانسته که زنی که با او در حال جماع است هیچ علقه زوجیتی با او نداشته است و این عمل را از روی جهل انجام داده است) در اینجا سخن او بدون درخواست آوردن دلیل پذیرفته خواهد شد، زیرا مطلبی که بیان می‌کند به قصد او برمی‌گردد که نسبت به آن آگاه‌تر از سایر افراد است.

ماده ۲۲۳ ق.م.ا همین مطلب را بدین صورت بیان داشته است: «هرگاه متهم به زنا، مدعی زوجیت یا وطی به شبهه باشد، ادعای وی بدون بینه یا سوگند پذیرفته می‌شود، مگر آنکه خلاف آن با حجت شرعی لازم ثابت شود.»

به صراحت از متن این ماده دانسته می‌شود که تکیه قانون‌گذار برای پذیرفتن ادعای شخص بدون درخواست آوردن دلیل در مورد وطی به شبهه، قاعده «ما لایعلم» است، زیرا قصد و نیت او در هنگام ارتکاب عمل جز از طریق خود او دانسته نمی‌شود. لذا او در ادعایش تصدیق شده و

اتهام زنا و به تبع حد زنا از وی برداشته می‌شود.

۲-۲-۴. کاربرد قاعده در جرایم عمدی

ماده ۱۴۴ ق.م.ا بیان می‌دارد: «در تحقق جرایم عمدی علاوه بر علم مرتکب به موضوع جرم، باید قصد او در ارتکاب رفتار مجرمانه احراز گردد...».

چنانکه از متن ماده دانسته می‌شود، طبق نظر قانون‌گذار، برای اینکه یک جرم عمدی به حساب بیاید، باید از طرف مرتکب آن عمل، قصد و نیت او در انجام و ارتکاب عمل احراز شود و اگر خدشه‌ای در این قصد حاصل شود، آن عمل از تحت بحث جرایم عمدی خارج خواهد شد. همان‌طور که مشخص است، این قصد و نیت از اموری است که پنهان می‌باشد و تنها خود شخص بر آن احاطه و علم دارد. لذا اگر فردی ادعا کند که قصد ارتکاب فلان عمل را نداشته است، بنابر قاعده «ما لایعلم» از او پذیرفته خواهد شد و عمل او از موارد جرایم عمدی شناخته نخواهد شد. البته در صورتی که قرینه‌ای برخلاف گفته او وجود نداشته باشد که احراز قصد را برای عمل او در پی داشته باشد.

۲-۲-۳. کاربرد قاعده در جرایم دارای حد

قانون‌گذار در متن ماده ۲۱۷ ق.م.ا راه ایجاد مسئولیت برای شخص مرتکب را اینگونه بیان می‌دارد: «در جرایم موجب حد، مرتکب در صورتی مسئول است که علاوه بر داشتن علم، قصد و شرایط مسئولیت کیفری به حرمت شرعی رفتار ارتكابی نیز آگاه باشد.»

چنانکه از متن ماده برداشت می‌شود، مسئولیت شخص به داشتن قصد و نیت در ارتکاب عمل منوط شده است که بارها بر آن تأکید شد. دانستن قصد و نیت اعمال به خود افراد بر می‌گردد و امری است مخفی و پنهان. سپس قانون‌گذار در ماده ۲۱۸ ق.م.ا به طور صریح بیان می‌دارد:

در جرایم موجب حد، هرگاه متهم ادعای فقدان علم یا قصد یا وجود یکی از موانع مسئولیت کیفری را در زمان ارتکاب جرم نماید، در صورتی که احتمال صدق گفتار وی داده شود ... ادعای مذکور بدون نیاز به بینه و سوگند پذیرفته می‌شود.

همان‌طور که قانون‌گذار هم به صراحت بیان کرده است، تأثیر قاعده «ما لایعلم» را می‌توان در این ماده مشاهده کرد که اگر متهم ادعای فقدان قصد برای زمان ارتکاب جرم داشته باشد و

قرینه‌ای برخلاف گفته‌ی او نباشد، ادعایش پذیرفته می‌شود.

۴-۲-۴. کاربرد قاعده در توبه مجرم

در باب توبه مجرم بحث است که آیا پس از ارتکاب جرم، به وسیله توبه شخص مجرم می‌توان به صرف ادعای او نسبت به انجام توبه و ایجاد اصلاح، ادعایش را پذیرفت و او را تبرئه کرد یا خیر، بلکه حتماً باید ادعای او احراز شود و این از مواردی نیست که بتوان به صرف ادعا آن را پذیرفت. مطلبی که در این بحث مهم است و بنابر آن لازم است به عنوان روشن شدن ماهیت بحث توبه در حقوق کیفری مورد مطالعه قرار گیرد و اساساً باعث ایجاد شک در این بحث می‌شود این است که ماهیت توبه از اموری است که کاملاً پنهان و مخفی است و جز شخصی که ادعا دارد نسبت به اعمال گذشته‌اش توبه داشته و اصلاح شده است، شخص دیگری نمی‌تواند به آن راه پیدا کند و از آن به صورت قطعی خبری دهد، ضمناً ارائه دلیل برای این امر هم متعذر و یا غیر ممکن است. لذا این سؤال پیش می‌آید که آیا توبه مجرم هم به موارد قاعده «ما لایعلم» الحاق می‌شود و مفاد قاعده با توجه به ماهیت امر توبه این مورد را هم دربرمی‌گیرد که نتیجه آن باعث سقوط یا تخفیف و کم شدن مجازات شخص مجرم شود یا اینکه این مطلب خارج از محدوده قاعده است و نمی‌توان از قاعده برای آن استفاده کرد.

مرحوم استاد مرعشی در این مورد می‌فرماید: «اگر متهمی ادعای توبه نماید و حاکم در توبه کردن او تردید داشته باشد، در این صورت توبه او پذیرفته است مگر اینکه یقین به کذب وی وجود داشته باشد» (مرعشی شوشتری، ۱۴۲۷، ج ۲: ۱۱۹).

همان‌طور که مشخص است از نظر ایشان توبه به صرف ادعای متهم و بدون درخواست آوردن دلیل و احراز آن پذیرفته خواهد شد و طبیعتاً برگشت این مطلب به قاعده «ما لایعلم» خواهد بود، زیرا توبه امری مخفی است و کسی از آن جز مدعی آن اطلاعی ندارد؛ اما در مقابل این نظر که قائل به پذیرش توبه به صورت مطلق است باید گفت که به نظر می‌رسد قانون‌گذار در این مورد اکتفا به صرف ادعای متهم نکرده است و بدون بودن دلیل و احراز توبه، این ادعا را از متهم قبول نمی‌کند. قانون‌گذار در متن ماده ۱۱۷ ق.م.ا بیان می‌دارد:

در مواردی که توبه مرتکب، موجب سقوط یا تخفیف مجازات می‌گردد، توبه، اصلاح و ندامت وی باید احراز گردد و به ادعای مرتکب اکتفا نمی‌شود. چنانچه پس از اعمال مقررات

راجع به توبه، ثابت شود که مرتکب تظاهر به توبه کرده است، سقوط مجازات و تخفیفات در نظر گرفته شده ملغی و مجازات اجرا می‌گردد.

همان‌طور که ملاحظه می‌گردد نظر قانون‌گذار به صراحت بر این مطلب است که به ادعای توبه از طرف متهم اکتفا نمی‌شود و صرف ادعای او که در واقع ماهیت قاعده «ما لایعلم» می‌باشد قابل قبول نیست و باید حتماً احراز توبه شود و این مطلب برای دادگاه ثابت گردد. به نظر می‌رسد با توجه به اهمیتی که ذات موضوع دارد، قانون‌گذار در بحث توبه، مورد نظرش توبه واقعی و اصلاح حقیقی مرتکب است، لذا به صرف گفته او اکتفا نکرده و احتمال تظاهر در انجام توبه را داده است و شاید خواست قانون‌گذار این بوده است که راه توبه دستاویزی برای فرار از مجازات توسط مجرمین نباشد تا به صرف ادعای توبه‌ای بتوانند مجازات خود را لغو کنند.

نتیجه‌گیری

۱. یک دعوا وقتی مشمول قاعده «ما لایعلم» می‌گردد که امری مخفی و پنهان از دیگران باشد و برای هر شخصی غیر از مدعی، راهی برای دست‌یابی به آن نباشد.
۲. برای دعاوی مورد بحث در ضمن قاعده «ما لایعلم» یا امکان ارائه دلیل برای مدعی وجود ندارد و یا امکان دارد، اما امری است که عادتاً و عرفاً متعذر است و به صورت عرفی دلیل برایش ارائه نمی‌شود.
۳. دعوایی که مشمول قاعده «ما لایعلم» قرار بگیرد، توسط دادگاه بدون درخواست ارائه دلیل از مدعی از او پذیرفته می‌شود که قبول دعوا یا به صورت مطلق است و یا از مدعی درخواست سوگند خوردن می‌کنند.
۴. درخواست سوگند در بعضی موارد به دلیل اهمیت بالای موضوع مورد ادعا توسط مدعی و یا وضعیت خاص او می‌باشد که دادگاه احتیاج به اطمینان بیش‌تری دارد تا سخن او را بدون دلیل بپذیرد.

۵. قاعده «ما لایعلم» دارای مستندات مختلف است که به اثبات محتوای آن می‌انجامد. روایات مختلفی که شامل مضمون قاعده «ما لایعلم» می‌باشد، در باب نکاح و امور مختص به زنان وارد شده است و دلایل دیگر مثل بنای عقلا و مناط واحد در مصادیق قاعده از جمله مستندات قاعده می‌باشد که با جمع‌بندی همه ادله وارد شده در این بحث، اثبات مضمون قاعده «ما لایعلم» صورت

می پذیرد.

۶. تأثیر قاعده «ما لایعلم» را می توان در ابواب مختلف فقهی و حقوقی مشاهده کرد. در متون حقوق مدنی و حقوق کیفری، مواد مختلفی وجود دارد که حکم داخل آنها تکیه بر قاعده «ما لایعلم» دارد.

از جمله ابوابی که در حقوق مدنی مورد تأثیر قاعده است، باب نکاح، بیع، و ... می باشد. در بعضی مواد ق.م.هم می توان، تأثیر قاعده «ما لایعلم» را در نظر قانون گذار مشاهده نمود. از ابوابی که در حقوق کیفری می توان قاعده را مؤثر دید، باب جرایم عمدی، باب ادعای وطئ به شبهه و ... می باشد و هم چنین در متن برخی مواد ق.م.ا هم می توان مضمون قاعده را مشاهده کرد.

۷. به عنوان کلام پایانی باید گفت که قاعده «ما لایعلم» یک قاعده کاملاً مستقل است که مبانی مشخصی دارد و دعاوی مخصوص به خود را تحت حکم خود قرار داده و به فصل خصومت می انجامد.

منابع

- بحرانی آل عصفور، حسین بن محمد. (۱۴۱۲ق.). *الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع*، قم: مجمع البحوث العلمیه، چاپ اول.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۷۰) *ترمینولوژی حقوق تهران: انتشارات گلشن*، چاپ پنجم.
- حرعاملی، محمد بن حسن. (۱۴۱۴ق.). *وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، قم: مؤسسه آل البیت، چاپ دوم.
- حسینی مراغی، سید میر عبد الفتاح بن علی. (۱۴۱۷ق.). *العناوین الفقهیه*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول.
- سبزواری، سید عبد الأعلى. (۱۴۱۳ق.). *مهذب الأحکام*، قم: مؤسسه المنار، چاپ چهارم.
- صدوق قمی، محمد بن علی بن بابویه. (۱۴۱۳ق.). *من لا یحضره الفقیه*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم.
- طباطبائی حائری، سید علی بن محمد. (۱۴۱۸ق.). *ریاض المسائل*، قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام، چاپ اول.
- عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی. (۱۴۱۰ق.). *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم:

- کتاب فروشی داوری، چاپ اول.
- _____ . (۱۴۱۳ق.) مسالك الأفهام الى تنقيح شرائع الاسلام، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية، چاپ اول.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۷) قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، تهران: انتشارات دادگستر، چاپ دوم.
- کاشف الغطاء، حسن بن خضر. (۱۴۲۲ق.) انوار الفقاهه: کتاب القضاء، نجف: مؤسسه کاشف الغطاء، چاپ اول.
- کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق.) الکافی، تهران: دار الکتب الاسلامیه، چاپ چهارم.
- مامقانی، محمد حسن بن ملا عبدالله. (۱۳۱۶ق.) غایة الآمال فی شرح کتاب المکاسب، قم: مجمع الذخائر الاسلامیه، چاپ اول.
- محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق.) شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.
- مرعشی شوشتری، محمد حسن. (۱۴۲۷ق.) دیدگاه‌های نو در حقوق، تهران: نشر میزان، چاپ دوم.
- مغنیه، محمد جواد. (۱۴۲۱ق.) الفقه على المذاهب الخمسة، بیروت: دار التیار الجدید، دارالجواد، چاپ دهم.
- موسوی اردبیلی، سید عبد الکریم. (۱۴۲۱ق.) فقه المضاربه، قم: مؤسسه النشر لجامعة المفید رحمه الله، چاپ اول.
- موسوی بجنوردی، سید حسن بن آقا بزرگ. (۱۴۱۹ق.) القواعد الفقهیه، قم: نشر الهادی، چاپ اول.
- نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ق.) جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت: دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم.
- وجدانی، قدرت الله. (۱۴۲۶ق.) الجواهر الفخریة فی شرح الروضة البهیة، قم: انتشارات سما قلم، چاپ دوم.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۴۲۵ق.) کتاب الخمس، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، چاپ دوم.

ماهیت و شرایط اعتبار قرارداد انتقال بازیکن حرفه‌ای

سید حمیدرضا موسوی پور^۱

چکیده: قرارداد انتقال بازیکن حرفه‌ای مهم‌ترین قرارداد در حوزه ورزش فوتبال است. به موجب این قرارداد بازیکن متعهد است در مدت معین برای باشگاه معین در مقابل مبلغ مشخص بازی کند. انعقاد و انحلال این قرارداد تابع مقررات بین‌المللی و داخلی ویژه‌ای است که متمایز از شرایط عمومی سایر قراردادهاست. این قرارداد مانند قرارداد اجاره اشخاص، قرارداد عهدي است و پس از امضای طرفین لازم می‌شود. طرفین قرارداد، بازیکن حرفه‌ای و باشگاه ورزشی فوتبال هستند که مطابق قواعد عمومی باید دارای اهلیت قانونی برای تنظیم قرارداد باشند. این قرارداد الزام آور است و جز با توافق دو طرف یا به موجب دلیل موجه قابل فسخ نیست. همچنین طرفین می‌بایست در اجرای قرارداد حسن نیت داشته باشند. در این نوشته ابتدا ماهیت قرارداد در حقوق ایران و سپس شرایط اعتبار این قرارداد در مقررات داخلی و بین‌المللی بررسی خواهد شد.

کلیدواژه‌ها: قرارداد انتقال بازیکن حرفه‌ای، قرارداد خصوصی، لزوم قرارداد، مقررات فیفا، شرایط اعتبار قرارداد.

مقدمه

قرارداد ورزشی قراردادی است که موضوع آن به طور مستقیم یا غیرمستقیم به امور ورزشی مرتبط است؛ خواه موضوع قرارداد مستقیماً انجام فعالیت ورزشی باشد یا اموری باشد که برای انجام فعالیت ورزشی اجتناب‌ناپذیر است. یکی از قراردادهای در حوزه ورزش حرفه‌ای، قرارداد انتقال بازیکن حرفه‌ای است. تشکیل و انحلال این قرارداد تابع مقررات نقل و انتقال بازیکن در فدراسیون

۱. عضو هیأت علمی گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی سبزوار.

بین‌المللی فیفا و مقررات فدراسیون فوتبال ایران است. این قرارداد در تمام کشورها از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است به نحوی که در سایر ورزش‌ها چنین مقرراتی مشاهده نمی‌شود. این قرارداد مانند سایر قراردادها به محض امضای طرفین معتبر و الزام‌آور می‌شود. منتها استفاده از بازیکن مستلزم ثبت قرارداد در مرجع صلاحیت‌دار و صدور گواهی بین‌المللی بازی (ITC) است. برابر بند ۱۰ ماده ۱۹ مقررات نقل و انتقال فدراسیون فوتبال ایران مصوب ۱۳۹۶: «قرارداد به محض امضای طرفین معتبر و الزام‌آور است، اما استفاده از بازیکن مستلزم ثبت قرارداد می‌باشد.» ثبت قرارداد بازیکن ممکن است در دو بازه زمانی ابتدای فصل و نیم فصل صورت گیرد. نقل و انتقال بازیکن فقط در این زمان‌ها امکان‌پذیر است، زیرا ثبت قرارداد بازیکن در خارج از این دو بازه زمانی امکان‌پذیر نیست، مگر فقط برای بازیکنان آزاد که در طول فصل می‌توانند ثبت قرارداد نمایند. برابر ماده ۱۳ مقررات نقل و انتقال بازیکن (فیفا) و مقررات فدراسیون فوتبال ایران، بازیکن حرفه‌ای و باشگاه باید به مفاد قرارداد احترام بگذارند، و حق فسخ یک‌طرفه آنرا ندارند. در این نوشته به دو موضوع پرداخته می‌شود: ابتدا ماهیت قرارداد مذکور در حقوق ایران مورد بررسی قرار می‌گیرد و سپس به مقررات راجع به شرایط اعتبار این قرارداد پرداخته می‌شود.

۱. ماهیت قرارداد انتقال بازیکن حرفه‌ای

سؤال این است که قرارداد انتقال بازیکن حرفه‌ای از نظر قوانین ایران تابع کدام یک از نهادهای حقوقی است؟ شرایط و آثار قرارداد مذکور تابع ماهیت این قرارداد می‌باشد. مسلم است که قرارداد انتقال بازیکن حرفه‌ای مشمول ماده ۱۸۳ قانون مدنی ایران است. برابر این ماده «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد.»

از نظر حقوقی نیز قرارداد عبارتند از توافق دو اراده جهت تشکیل یک رابطه حقوقی معین، از این جهت در قرارداد انتقال، اراده بازیکن به عنوان شخص حقیقی و اراده نماینده باشگاه به عنوان شخص حقوقی در تشکیل قرارداد نقش اساسی دارد. بنابراین این قرارداد نیز مانند هر قرارداد دیگر از توافق دو اراده تشکیل می‌شود. در حقوق ایران در خصوص ماهیت این قرارداد دو احتمال وجود دارد: احتمال اول آن است که این قرارداد همان قرارداد اجاره شخص (اجیر) و تابع مقررات عقد اجاره است، احتمال دوم آن است که قرارداد خصوصی ماده ۱۰ قانون مدنی است.

۱-۱. قرارداد اجاره اجیر خاص

عقد اجاره یکی از عقود معین قانون مدنی است و قراردادی است مستمر و معوض که به موجب آن شخصی در برابر اجرت معین متعهد می‌شود کاری را انجام دهد (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ج ۱: ۵۵۷). قانون مدنی ایران تعریفی از اجاره انسان نکرده و احکام آن را نیز بیان نکرده است و به ذکر احکام اجاره اشیاء و حیوانات اکتفا کرده است و از نظر وحدت ملاک بسیاری از احکام در مبحث اجاره اشیاء بین تمامی اقسام اجاره (اشیاء، حیوانات و انسان) مشترک می‌باشد (امامی، ۱۳۷۵، ج ۲: ۱۳۷۸).

در قانون مدنی فرانسه اجاره انسان تحت عنوان اجاره خدمات مورد توجه قرار گرفته است. برابر ماده ۱۷۱۰ ق.م. فرانسه، اجاره انسان قراردادی است که به موجب آن یکی از دو طرف ملتزم به انجام کاری برای دیگری در برابر مبلغ مورد توافق می‌شود. در فقه نیز عقد اجاره اعمال یکی از انواع اجاره است که به موجب آن اجیر تمام منافع خود یا منفعت خاصی را برای مدت معین به مستأجر تملیک می‌کند یا در برابر اجرت معین انجام دادن کاری را به عهده می‌گیرد. در قانون مدنی نیز در ماده ۴۶۷ پذیرفته شده است که انسان مانند حیوان می‌تواند مورد اجاره قرار گیرد. برابر ماده ۵۱۲ همین قانون در اجاره اعمال کسی که اجاره می‌کند «مستأجر» و کسی که مورد اجاره واقع می‌شود «اجیر» و مال‌الاجاره «اجرت» نامیده می‌شود. ماده ۵۱۳ همین قانون نیز اقسام اجاره انسان را معین کرده است: ۱- اجاره خدمه و کارگران؛ ۲- اجاره متصدیان حمل و نقل اشخاص یا کالا، اعم از خشکی یا آب و هوا. قرارداد انتقال بازیکن با قرارداد اجاره از چند جهت تشابه و از چند جهت متفاوت است:

۱-۱-۱. وجوه تشابه قرارداد اجاره و قرارداد انتقال بازیکن حرفه‌ای

۱- هر دو قرارداد می‌بایست شرایط اساسی صحت معاملات مندرج در ماده ۱۹۰ قانون مدنی را دارا باشند، از جمله قصد و رضایت، اهلیت طرفین، معین بودن موضوع و مشروعیت جهت قرارداد. یکی از شرایط صحت قرارداد اجاره آن است که منفعت مورد اجاره باید مباح باشد. بنابراین حرام بودن اجرت مستلزم باطل بودن اجاره است، زیرا در این مورد نهی به عینی تعلق گرفته است که صلاحیت انتفاع و انتقال ندارد و هدف از این انتفاع امر جایز نیست، بنابراین صلاحیت ندارد که اجرت قرار گیرد و از مالک‌ش انتقال نمی‌یابد (حسینی عاملی، بی‌تا، ج ۱۵: ۱۱۶). در قرارداد انتقال بازیکن حرفه‌ای نیز موضوع قرارداد باید امر مباح شرعی باشد. بنابراین در ورزش‌هایی که برابر

موازين فقهی شرکت در آنها حرام است، مسلماً قرارداد در مورد آنها نیز باطل است، زیرا حرام بودن اجرت مستلزم بطلان قرارداد است.

۲- موضوع در قرارداد انتقال بازیکن عبارت است از بکارگیری مهارت، تکنیک، قدرت جسمی و فکری بازیکن در تمرین و مسابقه در برابر پرداخت دستمزد معین. موضوع در قرارداد اجاره انسان عبارت است از انجام عمل معین یا بهره‌مندی از منافع یا منفعت معین اجیر با پرداخت دستمزد. با این وصف در هر دو قرارداد یکی از طرفین عملی را برای دیگری در قبال دستمزد انجام می‌دهد. موضوع قرارداد انجام عمل توسط انسان است. در واقع، نیروی کار و فعالیت انسان در خدمت یک طرف قرار می‌گیرد. بنابراین موضوع قرارداد اجاره و قرارداد انتقال بازیکن استفاده از منفعت شخص معین است.

۳- هر دو قرارداد جزء عقود مستمر و معوض می‌باشند. ماده ۵۱۲ قانون مدنی تعیین اجرت را از ارکان عقد اجاره برشمرده است. به عبارت دیگر، در برابر فعالیت اجیر عوض قراردادی یا اجرت پرداخت می‌شود. در قرارداد انتقال بازیکن نیز در برابر فعالیت بازیکن اجرت پرداخت می‌شود. در این قرارداد نیز تعیین دستمزد بازیکن اعم از نقدی و غیر نقدی باید مشخص باشد. در تمامی فرم‌های قرارداد باشگاه با بازیکن یکی از مواردی که مورد توافق است، مبلغ قرارداد است.

۴- هر دو قرارداد جزء قراردادهای موقت هستند. موقت بودن بدین معنا است که تعهدات قراردادی باید در مدت معین انجام شود. برابر ماده ۵۱۴ قانون مدنی «خادم یا کارگر نمی‌تواند اجیر شود مگر برای مدت معین یا برای انجام امر معینی». در خصوص قرارداد انتقال بازیکن حرفه‌ای مقررات امری وجود دارد که تعیین مدت برای قرارداد با ذکر تاریخ شروع و پایان آن الزامی است. حداکثر و حداقل مدت قرارداد با توجه به سن بازیکن توسط مقررات الزامی تعیین شده است.

۵- باملاحظه مقررات، اجاره انسان بر دو قسم است: اجیر خاص و اجیر عام. اجیر خاص نیز بر دو نوع است:

اول) کسی خود را اجاره می‌دهد به نحوی که تمام منافع او در مدت معین متعلق به مستأجر می‌شود، و یا آنکه منفعت مخصوصی در مدت معین از آن مستأجر می‌گردد. در نتیجه عقد مزبور طبق ماده ۴۶۶ ق.م. مستأجر در فرض اول مالک تمامی منافع اجیر می‌گردد و در فرض دوم مالک منفعت خاص در مدت معین می‌شود. در این دو فرض منافع یا منفعت خاص مورد اجاره در اثر

اجاره ملک مستأجر می‌شود و اجیر نمی‌تواند عملی که منافات با آن دارد برای خود یا دیگری انجام دهد، ولی انجام عملی که منافات با منافع یا منفعت خاص مورد اجاره نداشته باشد، مانعی ندارد.

دوم) در صورتی که کسی اجیر شود شخصاً عمل معینی را در مدت معینی انجام دهد، و یا آنکه اجیر شود عمل معینی را انجام دهد و مباشرت خود و یا انجام عمل مزبور در مدت معین یکی به نحو قید و دیگری به نحو شرط و یا هر دو به نحو شرط ضمن عقد قرار داده شود، مستأجر مالک منفعت اجیر در مدت معین نمی‌شود، زیرا اجیر تعهد به انجام عمل نموده است. بدین نحو که در صورت اول انجام عمل مقید به مباشرت در مدت معین، مورد تعهد است و در صورت دوم عمل مطلق، مورد تعهد می‌باشد ولی مباشرت و یا انجام آن در مدت معین یکی به نحو قید و دیگری به نحو شرط و یا هر دو آنها به صورت شرط ضمن عقد قرار داده شده است. اجیر عام کسی است که تعهد به انجام عملی به عنوان اجاره می‌نماید. اجیر عام می‌تواند عمل مورد تعهد را خود انجام دهد و یا به شخص دیگر واگذار کند که از طرف او انجام دهد، زیرا منظور مستأجر انجام عمل معین می‌باشد از هر کس به وجود آید و خصوصیت اجیر موردنظر او نیست (امامی، ۱۳۷۵، ج ۲).^۱ با توجه به مراتب می‌توان نتیجه گرفت که از نظر عرف قراردادی، بازیکن حرفه‌ای مانند اجیر خاصی است که تعهد می‌کند تمام منافع خود را در مدت معین در باشگاه معین بکار بگیرد. از این جهت قرارداد انتقال بازیکن حرفه‌ای همانند قرارداد اجاره اجیر خاص است.

۲-۱-۱. وجوه افتراق قرارداد اجاره و قرارداد انتقال بازیکن حرفه‌ای

۱- قرارداد اجاره برابر نظر مشهور فقها «عقد تملیکی» است که به موجب آن منافع اجیر در مدت معین در مقابل عوض معین به مستأجر تملیک می‌شود.^۲ اما قرارداد انتقال بازیکن در مقررات بین‌المللی «عقد عهدی» است و اثر قرارداد صرفاً ایجاد تعهد و التزام برای بازیکن و باشگاه است. البته برخی تفکیک بین عقد تملیکی و عهدی را پذیرفته و معتقدند نظریه تملیک از فقه اهل سنت، وارد فقه امامیه شده است، مثل عقد اجاره که یکی از تعهدات است و نام تملیک منافع گرفته است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۲۰۴). به نظر می‌رسد نظر اخیر به واقع نزدیک‌تر است، زیرا در اجاره، تعهد اجیر صرفاً تعهد فعلی با اخذ عوض است و ابداً مفهوم تملیک در اینجا دیده نمی‌شود. به صرف تعویض و معاوضه نمی‌توان هر عقد معوض را عقد تملیکی شمرد. طبایع، در تملیک اعیان

و در تعهد فعل و ترک به قدری متفاوتند که چاره‌ای جز جداسازی آنها از یکدیگر نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۱۹۲).

۲- اغلب مقررات حاکم بر قراردادهای ورزشی امری است، چه اینکه عمده این مقررات از سوی فدراسیون‌های ورزشی تعیین و طرفین تنها می‌توانند خود را در قالب این مقررات از پیش تعیین شده قرار داده تا اثر حقوقی بر توافق آنها مترتب گردد. این مقررات ناظر به نحوه تنظیم قرارداد در فرم مخصوص، تعیین حداقل و حداکثر مدت قرارداد، ثبت قرارداد در هیأت‌های ورزشی و سازمان لیگ، زمان انعقاد قرارداد و غیره می‌باشد. طرفین قرارداد حق توافق برخلاف این مقررات را ندارند، اما مقررات حاکم بر عقد اجاره تکمیلی است و طرفین می‌توانند برخلاف آنها توافق کنند.

۳- در قرارداد اجاره، معمولاً قرارداد مقید به مباشرت اجیر نیست و تعهد اجیر قائم به شخص نیست، مگر در اجیر خاص که قصد طرفین مباشرت اجیر باشد. بنابراین اجیر می‌تواند تعهد خود را به وسیله شخصی که طرف قرارداد نیست، انجام دهد، اما تعهدات بازیکن قائم به شخص اوست و باشگاه با ملاحظه تکنیک و مهارت‌های بازیکن اقدام به عقد قرارداد با او می‌کند، بنابراین بازیکن نمی‌تواند اجرای تعهد خود را به شخص دیگر واگذار نماید.

۴- عقد اجاره جزء عقود رضایی است که با توافق اجیر و مستأجر منعقد می‌شود، اما قرارداد انتقال بازیکن، قرارداد تشریفاتی است. برابر مقررات نفوذ و اعتبار این قرارداد متوقف بر ثبت قرارداد در هیأت فوتبال استان و سازمان لیگ است. هم‌چنین بازی کردن بازیکن در تیم باشگاهی (اجرای تعهد قراردادی) متوقف بر صدور گواهی بین‌المللی بازی (ITC) است و بدون این گواهی امکان بازی و انجام تعهد برای بازیکن وجود ندارد.

۵- در اجاره در صورتی که کسی برای عملی اجیر شود، بدون شرط مباشرت اگرچه تعیین مدت شده باشد و یا بدون تعیین مدت اگرچه شرط مباشرت شده باشد، اجیر قبل از انجام عملی که برای آن اجاره شده است می‌تواند اجیر دیگری شود، زیرا این عمل منافاتی با تعهد اجیر ندارد و فرض بر آن است که شرط مباشرت یا تعیین مدت نشده است.^۳ اما در قرارداد انتقال بازیکن، بازیکنی که با باشگاهی قرارداد امضا می‌کند نمی‌تواند برای باشگاه دیگر بازی کند. از این جهت مانند اجیر خاصی است که نمی‌تواند اجیر شخص دیگر شود.

۶- در اجاره، مستأجر به موجب عقد اجاره مالک منافع اجیر می‌شود. اجیر نیز به موجب عقد

اجاره مالک اجرت می‌شود، اما مالکیت او به‌صورت غیرمستقر است که با استیفا از منافع مستقر خواهد شد.^۴ اما در قرارداد انتقال بازیکن، اجرت بازیکن به دو صورت تعیین می‌شود: مقداری از اجرت قطعی است که به‌صرف امضای قرارداد بازیکن مالک آن می‌شود. مقداری نیز ممکن است در صورت حصول شرایطی بازیکن مستحق آن گردد. بنابراین ملکیت اجرت در عقد اجاره با قرارداد انتقال بازیکن متفاوت است.

۷- در صورتی که شخصی خودش را برای انجام کاری در روز معین برای شخص معین اجیر کرده باشد، سپس برای کاری در همان روز برای شخص دیگر اجیر شده باشد، در این صورت اجاره دوم صحیح نیست (باطل است) و اگر قبل از رسیدن روز معین، اجاره اول را به سبب خیار یا اقاله فسخ کند، در این صورت اجاره دوم صحیح نمی‌شود.^۵ اما در قرارداد انتقال بازیکن در صورتی که بازیکن که با باشگاهی قرارداد دارد، در زمان قرارداد اول با باشگاه دیگری قرارداد امضا نماید، مرتکب نقض اساسی قرارداد شده و برابر مقررات عمل او موجب فسخ و خسارت قراردادی برای باشگاه و محرومیت ورزشی برای بازیکن خواهد شد، اما قرارداد دوم به اعتبار خود باقی است.

۸- در عقد اجاره، اگر اجیر یا مستأجر فوت شود، اجاره از لحظه فوت منحل می‌شود، مگر اینکه اجیر عمل مورد اجاره را در ذمه پذیرفته باشد که در این صورت با فوت اجیر به میزان عمل از اموال او استیفا می‌شود.^۶ اما در قرارداد انتقال بازیکن به جهت خصوصیت شخصی بودن تعهد قراردادی، بلافاصله پس از فوت بازیکن قرارداد منحل می‌شود.

۹- در قرارداد اجاره تعادل معاوضی بین اجرت و عمل مورد اجاره شرط است. بنابراین در صورتی که یکی از دو عوض در قرارداد اجاره به مقدار فاحش ارزش بیش‌تری از دیگری داشته باشد، طرف مقابل حق فسخ قرارداد را به دلیل غبن دارد. مانند اینکه شخصی برای انجام کار تخصصی که ۱۰۰ هزار تومان ارزش دارد، با اجرت ۵۰ هزار تومان اجیر شود، سپس متوجه شود که ارزش کار او بیش از اجرت تعیینی است می‌تواند قرارداد اجاره را فسخ و اجرت واقعی را مطالبه کند. اما قرارداد انتقال بازیکن پس از امضا توسط بازیکن و باشگاه هیچ‌یک از ایشان نمی‌تواند به دلیل غبن قرارداد را یک‌طرفه فسخ نماید، و در مقررات بین‌المللی و داخلی این مورد جزء موارد فسخ تعیین نشده است. بنابراین اگر باشگاهی بازیکنی را که قیمت دو فصل آن ۱۰۰ میلیون تومان است به ۲۰۰ میلیون تومان خریداری نماید، در این صورت باشگاه حق فسخ قرارداد

را ندارد و اگر قرارداد را فسخ نماید، فسخ او غیرموجه و موجب خسارت خواهد بود.

۱۰- برابر ماده ۵۱۵ قانون مدنی:

اگر کسی بدون تعیین انتهای مدت اجیر شود، مدت اجاره محدود خواهد بود به مدتی که مزد از قرار آن معین شده است. بنابراین اگر مزد اجیر از قرار روز یا هفته یا ماه یا سالی فلان مبلغ معین شده باشد مدت اجاره محدود به یک روز یا یک هفته یا یک ماه یا یک سال خواهد بود و پس از انقضای مدت مزبور اجاره برطرف می شود ولی اگر پس از انقضای مدت اجیر به خدمت خود دوام دهد و موجر او را نگاه دارد اجیر نیز بمراضات حاصله به همان طوری که در زمان اجاره بین او و موجر مقرر بود مستحق اجرت خواهد شد.

بنابراین اجیر پس از پایان مدت در صورت عدم مخالفت مستأجر می تواند با توجه به رضایت طرفین به کار خود ادامه دهد و در این صورت مستحق اجرتی معادل اجرت قراردادی خواهد بود. اما در قرارداد انتقال بازیکن با پایان مدت، رابطه قراردادی قطع شده و باشگاه حق بکارگیری بازیکن را مگر با انعقاد قرارداد جدید ندارد و بازیکن نیز در صورت ادامه بازی مستحق هیچ اجرتی نخواهد بود.

۱۱- در قرارداد اجاره، مستأجر تکلیفی به پرداخت هزینه درمان اجیر ندارد در حالی که در قرارداد انتقال بازیکن باشگاه متعهد به پرداخت هزینه درمان و معالجه بازیکن می باشد. به همین جهت تمامی باشگاه ها مکلف به بیمه کردن بازیکن در قبال حوادث ورزشی می باشند. برابر بند ۲ ماده ۳۴ آیین نامه لیگ قهرمانی تکراندو باشگاه موظف است بازیکن را در برابر فوت، سوانح، صدمات، نقص عضو و هر گونه بیماری ناشی از مسابقات یا تمرینات یا به هنگام مسافرت داخل و خارج از کشور بیمه نموده و بیمه نامه را ضمیمه قرارداد نماید.

۱۲- در اجاره چنانچه اجیر به علتی مانند بیماری از انجام تعهد قراردادی به طور موقت ناتوان شود، مستأجر الزامی به پرداخت اجرت نخواهد داشت. بنابراین اگر حادثه خارجی و اجتناب ناپذیری مانع از انجام کار اجیر شود، همبستگی بین منفعت موضوع قرارداد و اجرت اجیر ایجاب می کند که تلف منفعت، تعهد مستأجر به پرداخت اجرت را از بین ببرد. پس اگر به دلیل بیماری یکی از هنرمندان نمایشی قابل اجرا نباشد، کسانی که برای دیدن آن نمایش بلیط خریده اند می توانند پول خود را پس بگیرند (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۵۸۶) اما در قرارداد انتقال بازیکن ناتوانی موقت بازیکن، باشگاه را از پرداخت دستمزد بازیکن معاف نمی کند (حسینی، ۱۳۸۷: ۱۳۸).

۱۳- تعهد اجیر در قرارداد اجاره بسته به نوع کاری که به عهده او گذاشته می‌شود، ممکن است (از نظر عرفی) تعهد به وسیله یا تعهد به نتیجه باشد. به عنوان مثال تعهد چاه کن برای کندن چاه عرفاً تعهد به وسیله است. بنابراین او مستحق اجرت عمل خود می‌باشد اگرچه چاه به آب نرسد، اما تعهد خیاط به دوخت لباس عرفاً تعهد به نتیجه است و در صورت نرسیدن به نتیجه علاوه بر عدم استحقاق اجرت، ضامن قیمت پارچه نیز می‌باشد. هم چنین تعهد متصدی حمل و نقل تعهد به نتیجه است و در صورتی مستحق اجرت است که کالا را سالم به مقصد برساند، اما در قرارداد انتقال بازیکن، تعهد بازیکن یا مربی در مقابل باشگاه تعهد به وسیله است. بنابراین او در صورتی مسئولیت دارد که باشگاه بتواند با دلایل کافی ثابت کند که بازیکن تعهد خود را مبنی بر بکاربردن تمام سعی خود در بازی انجام نداده است.

۲-۱. قرارداد خصوصی ماده ۱۰ قانون مدنی

برابر ماده ۱۰ قانون مدنی «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آنرا منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.» این ماده بیان‌کننده اصل آزادی قراردادی است. مبنای این اصل در هر کشوری، بسته به فلسفه حاکم بر حقوق آن کشور، متفاوت است. در حقوق فرانسه (ماده ۱۱۳۴ ق.م. فرانسه) اصل حاکمیت اراده مبنای اصل آزادی قراردادی بوده و اراده شخص محترم و مورد حمایت قانون است (شهیدی، ۱۳۸۲: ۵۸). در حقوق ایران مبنای اصل آزادی قراردادی قانون است. آنچه باید دانست این است که هر قراردادی در مرحله تشکیل از شرایط اساسی صحت قراردادها پیروی می‌کند و اصل آزادی قراردادی به معنای تجویز تمام محصولات اراده، صرف نظر از رعایت یا عدم رعایت شرایط عمومی و اختصاصی صحت معامله نمی‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۸۶). بنابراین با اصلی که در ماده ۱۰ پذیرفته شده است آنچه اشخاص را در پیمان‌های خصوصی پایبند می‌کند، توافق آنان است نه شکل پیمان. محتوای قرارداد و احترام به خواسته مشترک طرفین قرارداد، عامل ایجاد الزام است نه قالب و صورت خارجی اراده. برابر موازین فقهی عموم و اطلاق دلایلی مانند آیه «اوفوا بالعقود»^۷ یا آیه «یا ایها الذین آمنوا لاتاکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تکون تجارة عن تراضٍ منکم»^۸ ناظر به همه قراردادها (چه عقود معین و چه عقودی که بنا به نیاز مسلمین به وجود آمده) می‌باشد. به بیان دیگر، تنها تراضی طرفین را حتی اگر در قالب هیچ عقدی از عقود معین نباشد، به شرطی که مخالف کتاب و سنت نباشد،

کافی می‌دانند و به صرف اینکه عقد سابقه‌ای در شرع نداشته آن‌را باطل نمی‌دانند.

مفهوم آیه وفای به عهد این است که هر تراضی که در عرف صدق عنوان عقد را داشته باشد، لازم الوفاء می‌باشد.^۹ به دیگر سخن، عموم این آیه، همه قراردادهای معین و غیرمعین را دربرمی‌گیرد. بنابراین هر تراضی که عرفاً اطلاق قرارداد بر آن ممکن باشد و مخالفتی با احکام شرع نداشته باشد، صحیح و لازم الوفاست. هم‌چنین قاعده فقهی «العقود تابعة للقصود» و «المؤمنون عند شروطهم» کلیه التزامات و تعهدات را به‌عنوان یک اصل اساسی پذیرفته است. نظام حقوق خصوصی تمام کشورها نیز اصل حاکمیت اراده را به‌عنوان یکی از اصول بنیایی در انعقاد قراردادها و التزامات خصوصی به رسمیت شناخته است. به‌هرحال، پشتوانه فقهی ماده ۱۰ قاعده لزوم شروط است (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۶). با وجود جهات افتراق بین قرارداد اجاره و قرارداد انتقال بازیکن آیا می‌توان ماهیت قرارداد انتقال بازیکن را قرارداد اجاره اجیر خاص دانست؟ آیا می‌توان ادعا کرد که قرارداد مزبور به عنوان شعبه‌ای از عقد اجاره انسان همانند قرارداد کار تأسیس گردیده یا اینکه ماهیت این دو قرارداد از یکدیگر متفاوت است؟

با ملاحظه تفاوت‌ها و شباهت‌ها می‌توان نتیجه گرفت، عمده مقررات حاکم بر قرارداد انتقال بازیکن، مقررات فدراسیون‌های بین‌المللی و داخلی فوتبال می‌باشد، حال آنکه بر قرارداد اجاره قوانین عادی هر کشوری حاکم است. با توجه به امری بودن بخشی از مقررات قرارداد انتقال بازیکن و اینکه وجوه افتراق این قرارداد با قرارداد اجاره بسیار زیاد است، نمی‌توان ادعا کرد که ماهیت قرارداد مزبور، عقد اجاره است. بنابراین ماهیت این قرارداد، در حقوق ایران، قرارداد خصوصی ماده ۱۰ قانون مدنی و تابع احکام و آثار مخصوص به خود می‌باشد. برای درک ماهیت قرارداد انتقال بازیکن در حقوق ایران باید به چند نکته توجه کرد. یکی از آنها ساختار قراردادی و دیگری مفاد تراضی طرفین است.

برابر ماده ۲۱۹ قانون مدنی «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم‌الاتباع است، مگر اینکه به رضای طرفین اقاله و یا به علت قانونی فسخ شود.» هدف طرفین از ورود به قرارداد، خصوصاً در قراردادهای ورزشی، به گونه‌ای است که با جواز آن منافات دارد. بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که در قرارداد انتقال بازیکن، که قرارداد خصوصی می‌باشد، تراضی طرفین برای لزوم و صحت این قرارداد کافی است؛ چرا که برای هر یک از طرفین تعهداتی به وجود می‌آید که لازم‌الوفا می‌باشد. بنابراین هر قراردادی که شرایط اساسی صحت معاملات را

داشته باشد و مخالف صریح قوانین امری، نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد، نافذ و معتبر است. قرارداد انتقال بازیکن از جهت ماهیت عمل حقوقی دوطرفه و قرارداد مالی معوض و مستمر است که دو طرف دارای منافع متقابل می‌باشند، و به محض امضا توسط نماینده باشگاه و بازیکن معتبر و لازم شناخته می‌شود، و دو طرف متعهد به اجرای مفاد آن می‌شوند. بنابراین قرارداد انتقال بازیکن، قرارداد خصوصی و عهدی است. اثر مستقیم آن ایجاد تعهد و التزام باشگاه به پرداخت اجرت معین، در مقابل تعهد بازیکن به شرکت در تمرین و مسابقه است.

۲. شرایط اعتبار قرارداد انتقال بازیکن حرفه‌ای

مقررات نقل و انتقال بازیکن (فیفا) مقررات الزامی را برای تعیین وضعیت بازیکنان، مجاز بودن آنها به شرکت در فوتبال سازماندهی شده و انتقال آنها بین باشگاه‌های متعلق به فدراسیون‌های مختلف، وضع می‌کند. بنابراین انتقال بازیکن میان باشگاه‌های متعلق به یک فدراسیون براساس مقررات خاصی انجام می‌شود که باید توسط فدراسیون داخلی تصویب و توسط فیفا تأیید شود، اما انتقال بازیکنان میان باشگاه‌های متعلق به فدراسیون‌های مختلف تابع مقررات بین‌المللی نقل و انتقال بازیکن (فیفا) است. بنابراین اگر انتقال بازیکن از باشگاه ایرانی به باشگاه ایرانی دیگر باشد، قرارداد و تعهدات قراردادی تابع مقررات نقل و انتقال بازیکن ایران است و در صورتی که انتقال بازیکن از باشگاه ایرانی به باشگاه غیر ایرانی باشد تابع مقررات نقل و انتقال فیفا می‌باشد. برای اعتبار قرارداد انتقال بازیکن حرفه‌ای (فوتبال) برابر بند ۸ ماده ۱۹ مقررات نقل و انتقال بازیکن ایران مصوب ۱۳۹۶ قید مشخصات کامل طرفین، تصریح به موضوع قرارداد، مدت اعتبار قرارداد (روز، ماه، سال) قید مبلغ قرارداد و توافق در خصوص نحوه پرداخت و امضای طرفین قرارداد لازم و کافی است. باید دقت داشت که مقررات نقل و انتقال بازیکن، خاص قرارداد بازیکنان حرفه‌ای با باشگاه‌ها می‌باشد و توافق باشگاه با سایر اشخاص مرتبط با باشگاه مانند پزشکان، تابع این مقررات نیست. برابر ماده ۱ ضمیمه دو این مقررات: قرارداد سایر اشخاص به غیر از بازیکنان، اعم از مربیان و کادر پزشکی، کادر سرپرستی (مدیریت)، خدمات، مترجم، مدیر رسانه‌ای و یا سایر اعضای که مجاز هستند از روی نیمکت تیم خود را در حین مسابقه همراهی نمایند تابع مقررات نقل و انتقالات بازیکنان نمی‌باشد و فقط قرارداد بازیکنان تابع مقررات نقل و انتقالات می‌باشد. برابر ماده ۴ همین ضمیمه ثبت قرارداد اشخاص فوق‌الذکر در هر زمانی حتی خارج از دوره‌های

مجاز نقل و انتقال بازیکنان امکان پذیر است، و برابر ماده ۳ همین ضمیمه: هر شرطی که با مقررات آمره کشور، اساسنامه و سایر مقررات آمره فیفا، کنفدراسیون فوتبال آسیا و فدراسیون فوتبال مغایرت نداشته باشد قابل درج در این قرارداد و لازم الاجرا می باشد. از این جهت شرایط انعقاد قرارداد انتقال بازیکن با لحاظ ماده ۱۰ و ۱۹۰ قانون مدنی و مقررات نقل و انتقال بازیکن به قرار ذیل است:

۲-۱. اراده و رضایت دو طرف

شرط اساسی قرارداد آن است که طرفین در زمان تشکیل قرارداد باید اراده ایجاد عمل حقوقی و آثار حقوقی آن و همچنین رضایت و میل باطنی نسبت به قرارداد داشته باشند. ممکن است رضای حاصل از قرارداد در نتیجه اشتباه یا اکراه باشد. به عنوان مثال طرف قرارداد قصد شرکت صرفاً در لیگ برتر را داشته است و بازیکن عرفاً سطح اول کشور محسوب می گردد، لیکن به اشتباه اقدام به عقد قراردادی نماید که نتیجه آن حضور در یک باشگاه دسته دومی است و یا اینکه طرف قرارداد با استفاده از تهدید نسبت به جان یا آبروی او که عادتاً قابل تحمل نباشد اقدام به امضای قرارداد نماید. طرفین قرارداد از یک طرف باشگاه ورزشی فوتبال و از طرف دیگر بازیکن حرفه ای می باشد.

۲-۱-۱. باشگاه ورزشی

طرف مهم قرارداد انتقال بازیکن حرفه ای باشگاه ورزشی فوتبال است. باشگاه شخصیت حقوقی است که وظیفه آن فراهم ساختن امکانات و تجهیزات لازم جهت تمرین بازیکن توسط مربی و بالا بردن سطح آمادگی تیم است. برابر مقررات نقل و انتقال فدراسیون فوتبال ایران، باشگاه تشکیلاتی است که براساس قوانین جاری کشور تأسیس و در اداره ثبت شرکت ها به ثبت رسیده است. به منظور حضور در رقابت های رسمی فوتبال باشگاه باید دارای پروانه معتبر فعالیت بوده و در عضویت فدراسیون و سازمان لیگ فوتبال باشد. در قراردادهای ورزشی از جمله قراردادهای ساخت اماکن و وسایل ورزشی خرید وسایل و حمل و نقل آنها، پخش تلویزیونی و رادیویی مسابقات، استخدام کادر فنی و اداری باشگاه و قرارداد با بازیکنان و مربیان، باشگاه به عنوان یکی از طرفین ثابت قرارداد می باشد. بنابراین می توان ادعا کرد که باشگاه یکی از ارکان سازنده ورزش

حرفه‌ای است که از یک طرف به عنوان کارفرما با بازیکنان و مربیان قرارداد منعقد می‌کند، و فعالیت ورزشی آنها را کنترل می‌کند، و از طرف دیگر با انعقاد قراردادهای مختلف زمینه انجام مسابقات را فراهم می‌آورد. امروزه اغلب باشگاه‌های ورزشی به صورت شرکت سهامی تأسیس و اداره می‌شوند و مشمول قانون تجارت می‌باشند (الهی، ۱۳۸۳: ۷۵-۳۶). در ایران اگرچه باشگاه‌ها باید به صورت شرکت در اداره ثبت شرکت‌ها به ثبت برسند، اما لزوماً شرکت سهامی نیستند، با وجود این باشگاه‌ها صرف نظر از شکل‌شان، مشمول قانون تجارت می‌باشند. برابر بند ۱۵ ماده ۹ آیین‌نامه رابطه باشگاه‌ها با لیگ: «کلیه باشگاه‌ها از نظر ضوابط داخلی تابع قانون تجارت هستند و کلیه باشگاه‌های لیگ برتر باید علاوه بر مجوز سازمان تربیت بدنی در ثبت شرکت‌ها نیز ثبت شده و مدارک خود را به سازمان لیگ ارائه دهند.»

۲-۱-۲. بازیکن حرفه‌ای

در قرارداد انتقال بازیکن، موضوع قرارداد اجرای تعهد توسط بازیکن حرفه‌ای است. برابر بند ۱ و ۲ ماده ۲ مقررات نقل و انتقال بازیکن (فیفا) بازیکنانی که در فوتبال سازماندهی شده بازی می‌کنند یا آماتور هستند یا حرفه‌ای. بازیکن حرفه‌ای، بازیکنی است که دارای قرارداد کتبی با یک باشگاه است و برای فعالیت فوتبالی خود بیش از هزینه‌هایی که عملاً بر او تحمیل می‌شود، دستمزد می‌گیرد.^{۱۰} به عبارت دیگر، بازیکن حرفه‌ای شخصی است که برای فعالیت خود دستمزد دریافت می‌کند و در برابر باشگاه و تیم خود متعهد به انجام فعالیت خاصی است به طوری که همه وقت و استعداد خود را به تمرین و آموزش در رشته خاصی اختصاص داده و ورزش را به عنوان شغل اصلی خود برگزیده است. براساس این قرارداد بازیکن بابت شرکت در تمرین‌ها، اردوها، مسابقات آماده‌سازی، حفظ شرایط بدنی و سرانجام شرکت در مسابقه‌ها مبلغی دریافت می‌کند. در ورزش حرفه‌ای مهارت‌ها و قدرت جسمی و فکری هر بازیکن در نوع خود منحصر به فرد است، و باشگاه‌ها برای بهره‌مندی از توانایی‌های ورزشی بازیکنان آنان را به خدمت می‌گیرند، معیارهای ارائه شده که سازنده شخصیت ورزشی بازیکن است، مهم‌ترین ملاک انتخاب می‌باشد. به همین جهت قرارداد انتقال بازیکن حرفه‌ای جزء قراردادهایی است که شخصیت بازیکن در آن نقش اساسی دارد، زیرا در قراردادهایی که اعتبار و مهارت و حسن رفتار طرف تعهد در اجرای تعهد اهمیت دارد شخصیت طرف علت عمده قرارداد محسوب می‌شود.

۲-۲. اهلیت طرفین

عقد قرارداد با بازیکنان کم‌تر از سن قانونی غیر نافذ و نفوذ آن در حقوق ایران مشروط به تنفیذ نماینده قانونی آنهاست. برابر بند ۱۳ و ۱۴ ماده ۱۹ مقررات نقل و انتقال بازیکن فوتبال ایران «قرارداد با افراد زیر ۱۸ سال می‌بایست با رضایت اولیای بازیکن منعقد گردد. باشگاه‌ها باید اطمینان حاصل نمایند که بازیکنان زیر ۱۸ سال هنگام عقد قرارداد در حال تحصیل می‌باشند.» در بند ۱۳ و ۱۴ ضمانت عدم رعایت این مقررات مشخص نشده است. از طرف دیگر، اصطلاح (اولیای بازیکن) مبهم است و بهتر است از اصطلاح حقوقی (نماینده قانونی) استفاده می‌شد. در هر صورت به نظر می‌رسد افراد پس از رسیدن به سن بلوغ، اهلیت قانونی برای انعقاد قرارداد دارند، مگر اینکه ثابت شود دارای رشد معاملی نبوده‌اند. از این جهت باشگاه‌ها می‌توانند با افراد بالغ شرعی (پسر ۱۵ سال قمری) قرارداد منعقد نمایند، و این قرارداد صحیح و معتبر می‌باشد، مگر اینکه ثابت شود شخص در زمان قرارداد رشید نبوده است. در این صورت نماینده قانونی او می‌تواند قرارداد را ابطال نماید، زیرا قرارداد شخص بالغ غیررشید با باشگاه تصرف در حقوق مالی محسوب نمی‌شود که بگوییم متوقف بر اذن نماینده قانونی است. در هر حال تصرف در اموال و حقوق مالی از جمله مبلغ قرارداد برابر تبصره ۲ ماده ۱۲۱۰ ق.م. متوقف بر اثبات رشد او است. مستفاد از ماده ۹۶۲ ق.م. در صورتی که بازیکن خارجی که با باشگاه ایرانی قرارداد امضا می‌کند، می‌بایست مطابق مقررات دولت متبوع خود دارای اهلیت قانونی باشد و اگر مطابق مقررات قانون دولت متبوع خود فاقد اهلیت باشد اما مطابق مقررات ایران دارای اهلیت باشد واجد اهلیت فرض می‌شود.^{۱۱} در نهایت می‌توان نتیجه گرفت که اهلیت اشخاص نسبت به قراردادهای مختلف، متفاوت است. یک شخص ممکن است نسبت به قراردادی اهلیت داشته باشد، اما نسبت به قرارداد دیگر اهلیت نداشته باشد. در مقررات فیفا در این خصوص مقررات خاصی وجود ندارد، اما برابر ماده ۱۹ مقررات نقل و انتقال بازیکن، انتقال بین‌المللی بازیکن فقط در صورتی مجاز است که آن بازیکن بیش‌تر از ۱۸ سال سن داشته باشد، مگر اینکه والدین بازیکن بنا به دلایل غیر فوتبالی به کشوری نقل مکان کنند که باشگاه جدید در آن مستقر است.^{۱۲}

۲-۳. مدت قرارداد

قرارداد اجاره قراردادی است معوض که در آن منافع اجیر و عوض باید معلوم و معین باشد. تعیین

منفعت به دو صورت امکان دارد: ۱- تعیین مدتی که اجیر باید کار کند؛ ۲- تعیین کاری که اجیر باید انجام دهد.

۱- در فرض نخست، مدت اجاره باید معین باشد، والا قرارداد به علت مجهول بودن مدت باطل است. اجیر شدن دائم نوعی سلب آزادی است و هیچ کس نمی‌تواند خود را برای همه عمر در اختیار دیگری قرار دهد. برابر ماده ۵۱۴ قانون مدنی: «خادم یا کارگر نمی‌تواند اجیر شود مگر برای مدت معین یا برای انجام امر معین.»

۲- در فرض دوم، نیز کاری که به عهده اجیر گذارده شده باید معین باشد، ولی چون زمان انجام کار در بیش‌تر موارد اهمیت دارد ممکن است در اجاره شرط کنند که اگر موضوع قرارداد در زمان معین انجام شود مقدار معینی از عوض کم شود. برای مثال، اگر موضوع قرارداد حمل کالایی از تهران به مشهد باشد، دو طرف می‌توانند اجرت را یک میلیون ریال معین سازند و در اجاره شرط کنند که هرگاه کالا ظرف یک هفته به مشهد نرسد کرایه آن نصف باشد. ماده ۵۰۹ ق.م. مقرر می‌دارد: «در اجاره حیوان ممکن است شرط شود که اگر ماجر در وقت معین محمول را به مقصد نرساند مقدار معینی از مال الاجاره کم شود». در قرارداد انتقال بازیکن حرفه‌ای تعیین منفعت هم از راه تعیین مدت و هم از راه تعیین کاری که بر عهده بازیکن است، به عمل می‌آید. بنابراین بازیکنی که نقش آن بازی در دفاع است باشگاه او را برای پست دفاع استخدام می‌کند منتها در مدت معین. در صورتی که بازیکن در اثنای قرارداد بخواهد با باشگاه دیگر قرارداد ببندد، برابر بند ۳ ماده ۱۸ قانون نقل و انتقال بازیکن (فیفا) هر باشگاه که قصد امضای قرارداد با یک بازیکن حرفه‌ای را دارد باید باشگاه فعلی بازیکن را به صورت کتبی پیش از ورود به مذاکره با او در جریان قرار دهد. بازیکن حرفه‌ای فقط در صورتی می‌تواند با یک باشگاه دیگر قرارداد امضا کند که قرارداد او با باشگاه فعلی‌اش خاتمه یافته باشد، یا ظرف شش ماه به پایان برسد. هرگونه تخلف از این بند جریمه‌های مقتضی را به دنبال خواهد داشت.^{۱۳} مدت قرارداد باید منطبق با محدودیت‌های مندرج در مقررات نقل و انتقال بازیکن باشد. برابر مقررات نقل و انتقال بازیکن فیفا:

حداقل طول مدت قرارداد از تاریخ اجرا تا پایان فصل است و حداکثر طول مدت قرارداد پنج سال است. قراردادهایی با طول مدت متفاوت در صورتی مجاز است که مطابق مقررات داخلی (فدراسیون) باشد. بازیکنان زیر ۱۸ سال نمی‌توانند برای مدت بیش از سه سال قرارداد

حرفه‌ای امضا کنند. هرگونه شرط و ماده‌ای که به مدتی طولانی‌تر از این اشاره کند معتبر نخواهد بود.^{۱۴}

بنابراین هر بازیکن حرفه‌ای قرارداد مکتوبی با باشگاهی دارد که او را استخدام کرده است. حداقل مدت قرارداد یک فصل و حداکثر آن پنج سال است. البته حداکثر مدت قرارداد با بررسی تعادل علایق بین باشگاه و بازیکنان معین می‌شود. این مدت از یک طرف با میانگین زمان مورد نیاز باشگاه جهت ایجاد فضای رقابتی ارتباط دارد و از طرف دیگر مدت زمان کافی را در اختیار بازیکن قرار می‌دهد تا به باشگاهی متعهد شود که جلوی پیشرفت حرفه‌ای او را نمی‌گیرد. قراردادهای بیش‌تر از پنج سال تنها در صورتی مجاز است که مطابق با مقررات داخلی فدراسیون باشد. با این حال، بخش ۱ ماده ۱۷ مقررات نقل و انتقال فیفا، به این مطلب اشاره دارد که حداکثر دوره قرارداد برای محاسبه خسارت فسخ قرارداد بدون دلیل موجه پنج سال است. هم‌چنین برابر بند ۲ و ۴ و ۵ ماده مقررات نقل و انتقال بازیکن ایران: حداقل مدت قرارداد از تاریخ اجرایی شدن آن تا انتهای فصل است و حداکثر طول مدت قرارداد پنج سال می‌باشد. (فصول ورزشی ممکن است در فوتبال، فوتسال و فوتبال ساحلی متفاوت باشد).

۳- انعقاد قرارداد حرفه‌ای با مدت بیش‌تر از سه سال برای افراد زیر ۱۸ سال ممنوع است و هر شرط خلاف این قاعده معتبر نمی‌باشد.

۴- باشگاهی که قصد انعقاد قرارداد با بازیکن حرفه‌ای را دارد، پیش از آغاز مذاکره با بازیکن باید باشگاه فعلی بازیکن را کتباً مطلع نماید.

۵- یک بازیکن حرفه‌ای تنها در صورتی مجاز به عقد قرارداد با باشگاه دیگر است که قرارداد او پایان یافته و یا کم‌تر از شش ماه به پایان آن مانده باشد هرگونه تخلف از این قاعده مشمول مجازات متناسب است.

۴-۲. مبلغ قراردادی^{۱۵}

عوض به معنای ارزشی است که طرفین براساس قرارداد مبادله می‌کنند. در نظام حقوق عرفی مفهوم اصلی عوض تقابل است، بدین معنا که متعهدله قادر به اجرای تعهد نخواهد بود، مگر اینکه او چیزی در مقابل آن بدهد (یا تعهد به دادن آن کند) و یا اینکه متعهد چیزی در قبال آن دریافت کرده باشد (یا قول دریافت آن را گرفته باشد). عوض برای طول مدت قرارداد است و قراردادی

که بدون در نظر گرفتن توافق در مبلغ از ابتدا برای سال‌های بعد تمدید گردد فاقد ارکان اساسی قرارداد بوده و غیرنافذ می‌باشد. به عنوان یک اصل کلی مطابق شق ب از کد ۱ فصل اول مقررات نقل و انتقال فیفا ۲۰۱۴ هر فدراسیون باید در مقررات خود راه‌های مناسبی به منظور حفظ ثبات قراردادی را پیش‌بینی کرده باشد. بر همین اساس برابر بند ۸ ماده ۱۹ مقررات نقل و انتقال فدراسیون مصوب ۱۳۹۶ قید مبلغ قرارداد و نحوه پرداخت آن در قرارداد الزامی است. نباید از خاطر برد که حقوق بازیکن با دستمزد آموزش متفاوت است. حقوق، متعلق به خود بازیکن است که قسمتی از آن قطعی و قسمتی غیر قطعی تعیین می‌شود اما دستمزد آموزش متعلق به باشگاهی است که بازیکن را در فاصله ۱۲ تا ۲۳ سالگی در اختیار گرفته و آموزش داده است و در صورت انتقال بازیکن به باشگاه دیگر از باشگاه دوم قابل مطالبه است.

۳. لزوم و استحکام قرارداد

زمانی که قرارداد تکمیل شود، قوانین گوناگون امری، تکمیلی و عرف و عادات قراردادی با آنچه تراضی به وجود آورده است، مخلوط می‌شود و گاه بر آن غلبه می‌کند. این ضمیمه‌ها به زندگی اجتماعی می‌پیوندند و راه ویژه خود را می‌پیمایند. در تفسیر این عوامل دیگر سخنی از قصد مشترک و اراده واقعی نیست، مصالح اجتماعی و اراده قانون‌گذار است که حکومت دارد. بنابراین نیروی الزام آور قرارداد در واقع به این مجموعه نظارت دارد و نباید آن‌را تنها به نیروی اراده تعبیر کرد و از حاکمیت آن سخن گفت. التزام به مفاد قرارداد را با لزوم آن نباید مخلوط کرد. به طور معمول این دو مفهوم همراه با یکدیگر است؛ یعنی دو طرف ملتزم به مفاد قرارداد هستند و حق برهم زدن آن‌را ندارند، ولی از لحاظ نظری بین لزوم قرارداد و التزام به مفاد آن تفاوت است. لزوم قرارداد آنها را از فسخ قرارداد باز می‌دارد و ملزم می‌کند تا آنچه را به وجود آورده‌اند نگاه دارند و پایبند به عهد خود باشند، لیکن التزام به مفاد قرارداد و رعایت احترام آن بدین معنی است که تا پیمانی هست از آن اطاعت شود.

قانون مدنی ایران قراردادها را به «جایز» و «لازم» تقسیم می‌کند (ماده ۱۸۶ ق.م.ا): در قرارداد لازم ممکن است یکی از دو طرف به حکم قانون، حق فسخ آن را داشته باشد و گاه نیز قرارداد برای هر دو طرف تا مدتی قابل فسخ است، پس لزوم قرارداد قاعده‌ای است شکننده و انعطاف‌پذیر که تنها به عنوان اصل پذیرفته می‌شود، یعنی هر قراردادی لازم است مگر اینکه جواز قرارداد به طور

کلی با امکان فسخ آن در موارد خاص احراز شود. برعکس التزام به مفاد قرارداد قاعدهٔ عمومی است که در قرارداد لازم و جایز وجود دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳: ۲۲۴-۲۱۸). در نظام حقوق عرفی، در خصوص لازم و جایز بودن قراردادها بحث زیادی نشده است، اما این نکته مهم است که مفهوم عوض^{۱۶} در لزوم و جواز تعهد تأثیر بسزایی دارد. به عبارت دیگر، در نظام حقوق عرفی تعهد یک جنبه تنها زمانی غیر قابل استرداد و به عبارتی لازم است که: ۱- طرف تعهد نیز تعهدی را تقبل کرده باشد و یا اگر عوض اینطور نیست، ۲- شخصی که تعهد یک جنبه نموده بایستی ضمن عقد دیگری لزوم تعهد یک جنبه را شرط کرده باشد. هر کدام از این دو مورد محقق نشود ما با یک قرارداد جایز و قابل فسخ روبرو هستیم.

۴. شرایط الزامی اجرای تعهد قراردادی

برای الزام متعهد به انجام تعهد قراردادی، اجتماع شرایطی لازم است که در صورت فقدان هر یک از آنها الزام متعهد ناممکن خواهد بود. برخی از شرایط مربوط به امکان مادی و برخی دیگر مربوط به امکان حقوقی الزام متعهد است. این شرایط عبارتند از: بقای قرارداد، امکان اجرای تعهد مثبت یا منفی، امکان الزام متعهد، مستقل بودن، فرا رسیدن زمان اجرای تعهد، انقضای مدت و نیز تعدیل قرارداد، عدم استناد به حق حبس موجود، خودداری طرف دیگر از اجرای تعهد. روشن است که الزام متعهد به انجام تعهد در صورتی ممکن است که قرارداد موجد تعهد به اعتبار خود باقی باشد، و به علتی منحل نشده باشد، در غیر این صورت همراه قرارداد زایل می شود و ماهیتی باقی نمی ماند، تا بتوان متعهد را به اجرای آن ملزم ساخت. این شرط در حقیقت شرط به معنای اصطلاحی نیست و حقیقتی مبنایی دارد (شهیدی، ۱۳۹۱، ج ۳: ۳۱). اما در قرارداد انتقال بازیکن، پس از فسخ قرارداد توسط بازیکن یا باشگاه با دلیل موجه یا بدون دلیل موجه دیگر امکان الزام به اجرای عین تعهد وجود ندارد، بلکه صرفاً الزام به پرداخت خسارت مطرح است. یکی از اصول پذیرفته شده در مقررات فدراسیون جهانی فیفا و تمام فدراسیون ها، الزام آور بودن قرارداد است. یک قرارداد چه به ثبت فدراسیون رسیده و یا نرسیده باشد، بین طرفین دارای اعتبار و لازم الاجراست و یک قرارداد تنها در صورت اتمام مدت آن پایان می پذیرد.

در فصل اول آیین نامه نقل و انتقالات فیفا، فدراسیون ها مکلف گردیده اند در مقررات خود راه های مناسبی به منظور حفظ ثبات قراردادی و احترام به قواعد الزام آور پیش بینی نمایند

(طباطبایی، ۱۳۹۶: ۱۱). در ماده ۱۳ این مقررات بیان شده است که قرارداد بین بازیکن حرفه‌ای و باشگاه فقط می‌تواند پس از پایان مدت قرارداد و یا با توافق دو طرف خاتمه یابد. سپس در ماده ۱۴ و ۱۵ موارد جواز فسخ قرارداد با دلیل موجه و فسخ قرارداد با دلیل موجه ورزشی بیان شده است. سپس در ماده ۱۶ بیان شده است که در طول یک فصل قرارداد نمی‌تواند به صورت یک طرفه فسخ شود، و در ماده ۱۷ ضمانت ناشی از فسخ و نقض قرارداد بیان شده است. در نهایت می‌توان نتیجه گرفت که دو تفاوت عمده بین قرارداد انتقال بازیکن با سایر قراردادهای مالی معوض وجود دارد:

اول اینکه در ماده ۲۱۹ قانون مدنی ایران قانون‌گذار علاوه بر اقاله (فسخ توافقی) مقرر کرده است که قرارداد می‌تواند توسط فسخ به موجب قانون نیز منحل شود و حال اینکه به دلیل ماهیت قرارداد انتقال بازیکن، که قرارداد خصوصی ماده ۱۰ می‌باشد، موارد فسخ محدود است. بنابراین از نظر مقررات بین‌المللی قرارداد انتقال بازیکن نه قرارداد لازم به معنای غیر قابل فسخ است و نه قرارداد جایز (قابل فسخ). البته برخی معتقدند که قرارداد انتقال بازیکن حرفه‌ای قرارداد لازمی است که توسط اقاله یا به موجب فسخ در موارد خاص قانونی قابل انحلال است. اما سؤال اصلی این است که قراردادهای معوض مالی مانند بیع و اجاره فقط در موارد مصرح قانونی قابل فسخ می‌باشند و در سایر موارد غیر قابل فسخ هستند و دو طرف قرارداد ملزم به اجرای مفاد قرارداد و اجرای عین تعهدات قراردادی می‌باشند، اما در قرارداد انتقال بازیکن در مواردی که فسخ قرارداد به موجب قانون موجه نباشد نیز باشگاه یا بازیکن می‌تواند با پرداخت خسارت قرارداد را فسخ کند و هیچ نهادی نیست که بازیکن یا باشگاه را ملزم به اجرای مفاد قرارداد نماید. هر چند برابر بند ۱۰ ماده ۱۹ مقررات نقل و انتقال بازیکن ایران ۱۳۹۶: «قرارداد به محض امضای طرفین معتبر و الزام‌آور است، اما استفاده از بازیکن مستلزم ثبت قرارداد می‌باشد».

دوم اینکه در ماده ۲۱۹ قانون مدنی، قانون‌گذار نیروی الزام‌آوری قرارداد را علاوه بر طرفین شامل قائم مقام قانونی آنها نیز می‌داند. بنابراین قرارداد بیع و اجاره که جزء قراردادهای لازم هستند، نسبت به قائم مقام قانونی^{۱۷} نافذ می‌باشد. اما با توجه به اینکه قرارداد انتقال بازیکن، از نظر ماهیت جزء قراردادهای شخصی است که شخصیت بازیکن علت عمده قرارداد محسوب می‌گردد، لذا تعهدات قراردادی دامنگیر قائم مقام قانونی بازیکن نخواهد شد، اما قائم مقام بازیکن می‌تواند حقوق ناشی از قرارداد را مطالبه کند. بنابراین در صورتی که در طول فصل بازیکن فوت

شود، قائم مقام قانونی او ملزم به اجرای مفاد قرارداد نمی‌باشد و به دلیل انحلال قرارداد قائم مقام فقط حق مطالبه مبلغ قراردادی را دارد.

۵. وسایل تضمین قدرت الزامی قرارداد

در قوانین با دو وسیله از عهدشکنی جلوگیری شده است:

۱- اگر متعهد به میل خود وفای به عهد نکند، متعهدله می‌تواند اجرای عین قرارداد را از دادگاه بخواهد.

۲- در صورتی که نتوان از راه اجبار مستقیم به نتیجه رسید، می‌توان از عهدشکن مطالبه خسارت کرد.

مسئولیت قراردادی از نظر منطقی در شمار فروع مربوط به تضمین الزام‌آور قرارداد و چهره‌ای خاص از صورت خارجی آن نیروست، زیرا هر اندازه در ارتباط ضمان ناشی از نقض عهد اصرار شود، این نکته را نمی‌توان انکار کرد که ضمان را تخلف از اجرای قرارداد به وجود می‌آورد، و هدف قانون‌گذار این است که بدین وسیله بدلی برای تعهد قراردادی فراهم آورد.

گذشته از این دو وسیله، در قراردادهای معوض هر یک از دو طرف پیمان می‌تواند اجرای تعهد خود را موکول به اجرای تعهد طرف مقابل کند. این اختیار که در اصطلاح حق حبس نامیده می‌شود در قواعد عمومی قراردادها نیامده است، ولی در بارزترین قرارداد معوض یعنی بیع بیان شده است.^{۱۸} بنابراین حق حبس را نیز باید یکی از وسایل تضمین نیروی الزام‌آور قراردادهای معوض شمرد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳: ۲۲۳).

سؤال این است که در قرارداد انتقال بازیکن حرفه‌ای که جزء قراردادهای مالی معوض و شخصی می‌باشد، آیا طرفین حق حبس بدین معنا را دارند یا خیر؟ از مقررات بین‌المللی چنین به دست می‌آید که به صرف امضای قرارداد و ثبت آن در فدراسیون فوتبال و صدور گواهی بین‌المللی بازی از طرف باشگاه، بازیکن و باشگاه ملزم به اجرای مفاد قرارداد می‌باشند که از جمله آن شرکت در مسابقه و پرداخت مبلغ قراردادی است. منتها در صورتی که بازیکن یا باشگاه به تعهدات قراردادی خود پایبند نباشند، ضمانت ناشی از نقض قرارداد در همان مقررات پیش‌بینی شده است که در بین آنها حق حبس نیامده است. هرچند عملاً بازیکنی که مبلغ قرارداد خود را دریافت نکرده است، بنا به شرایطی فقط حق فسخ قرارداد و مطالبه خسارت را دارد.

۱-۵. حسن نیت در اجرای قرارداد

طرفین باید قرارداد را با حسن نیت اجرا نمایند. یکی از شرایطی که قانون در تمام قراردادها بر آن تصریح می‌کند، الزام به رفتار با حسن نیت^{۱۹} است. این یک قانون آمره است که طرفین نمی‌توانند از آن اعراض کنند. منظور از اجرای با حسن نیت، اجرای قرارداد با صداقت و امانت و شیوه مطلوب در عرف است. حسن نیت مستلزم این است که شخص در اجرای قرارداد هم صادق باشد و هم استانداردهای منطقی را رعایت کند (اسکات جی، ۱۳۹۴: ۱۹۳). در حقوق ایران اصلی به‌عنوان حسن نیت در اجرای قرارداد پیش‌بینی نشده است، لیکن با مطالعه موارد لزوم حسن نیت در حقوق بیگانه می‌توان عرف و عادت را که ضابطه‌ای برای تعیین روابط قراردادی طرفین در حقوق ایران است جز در موارد استثنایی وارد در برخی از آرای قضایی جانشین حسن نیت دانست (شهیدی، ۱۳۹۱، ج ۳: ۱۱۲)، اما در برخی قوانین حسن نیت در اجرای قرارداد کم‌رنگ شده است. برابر ماده ۲۷۹ قانون مدنی «اگر موضوع تعهد عین شخصی نبوده و کلی باشد متعهد مجبور نیست که از فرد اعلای آن ایفاء کند لیکن از فردی هم که عرفاً معیوب محسوب است، نمی‌تواند بدهد».

در قرارداد انتقال بازیکن نیز هر چند این اصل در متن مقررات نقل و انتقال بازیکن فیفا به صراحت بیان نشده است، اما مورد پذیرش قرار گرفته است. به‌طوری که بازیکن در اجرای قرارداد که همان شرکت در تمرینات و مسابقات رسمی تیم باشگاهی می‌باشد، می‌بایست بهترین عملکرد را از خود نشان دهد، و در حد توان خود در موفقیت تیم کوشا باشد. نظم گروهی تیم را بالا برده و در هر زمان تابع دستور مربی باشد. همچنین باشگاه باید حقوق مالی و غیرمالی بازیکن (از جمله حق شرکت در مسابقه) را رعایت کرده و در حد امکان موجب ارتقای کیفیت و موجب افزایش ارزش تجاری او گردد.

۲-۵. عدم پذیرش دلیل شفاهی

تا به حال هیچ قراردادی تمامی مواردی را که طرفین توافق کرده‌اند، دربرنگرفته است و هیچ قراردادی نمی‌تواند تمام اتفاقات احتمالی آینده که بتوانند ایفا یا قصور در ایفاء تعهدات طرفین را متأثر سازند، پیش‌بینی کند. بنابراین اغلب در زمان توافق برخی شرایطی که دو طرف در موردشان بحث کرده‌اند در توافقنامه نوشته نمی‌شود. بعدها ممکن است یکی از طرفین ادعا کند در خصوص شرطی توافق کرده‌اند که کتبی نیست. او می‌تواند بگوید «درست قبل از اینکه قرارداد را

امضا کنم شما به من گفتید که فلان کار را انجام خواهید داد». او بر این باور است که قرارداد حوزه‌ای فراتر از نوشته را پوشش می‌دهد، و در واقع شامل تمامی شرایط قرارداد کتبی و هم‌چنین سایر شرایط مورد توافق که در قرارداد کتبی به رؤیت نمی‌رسند نیز می‌شود. طرف مقابل نیز با نگاه به قرارداد می‌گوید که «من چنین شرطی را در قرارداد نمی‌بینم». به عبارت دیگر وی بر این باور است که این عبارات جزئی از توافقنامه نیستند و نباید اجرا شوند زیرا در قرارداد کتبی وجود ندارند.

این موقعیت همان است که قاعده عدم پذیرش دلیل شفاهی در خصوص آن به کار می‌رود، برای تعیین اینکه دلایل ارائه شده برای افزودن شرطی به قرارداد کتبی و امضا شده قابل پذیرش است یا خیر، دادگاه از قاعده مذکور استفاده می‌کند. این موضوع که آیا بخشی از توافقنامه بین طرفین شامل شرطی است که در قرارداد کتبی وجود ندارد توسط قاعده مذکور حل می‌شود. این قاعده می‌گوید زمانی که طرفین توافقنامه خود را با این قصد که توافقنامه مزبور در برگیرنده عبارات نهایی و کامل از توافقاتشان باشد مکتوب می‌سازد پس از آن سندی که مبین شرطی باشد که توافقنامه را تکمیل یا آن را نقض کند قابل قبول نخواهد بود.

در نگاه اول از این قاعده چنین بر می‌آید شرطی که در قرارداد کتبی نیست جزئی از توافقنامه محسوب نمی‌شود، اما این قاعده تا این اندازه هم ساده نیست اگر با دقت بیش‌تری خوانده شود اطلاعاتی را به دست خواهد داد که در دادگاه مورد مناقشه واقع می‌شود (اسکات جی، ۱۳۹۴: ۱۷۳-۱۷۱).

در قرارداد انتقال بازیکن هنگامی که قرارداد نهایی و مکتوب گردید و طرفین آن را امضا کردند، توافق نهایی شکل گرفته است. معمولاً در قراردادها بندی وجود دارد مبنی بر اینکه قرارداد مکتوب نشان‌دهنده توافق کلی و کامل بین طرفین است. قاعده عدم پذیرش دلیل شفاهی^{۲۰} از ورود هرگونه دلیل شفاهی، توافقات جانبی، یا سایر نوشته‌هایی که قبل یا در حین امضای قرارداد نگاشته شده و نیز هرگونه تغییر مفهوم و محتوای قرارداد مکتوب جلوگیری می‌کند. ممکن است برخی مدارک اضافی تنها برای نشان دادن قصد طرفین مورد استفاده قرار گیرد، و این فقط در شرایطی اتفاق می‌افتد که اهداف قرارداد به‌خوبی از ظاهر آن مشخص نباشد، ولی هنگامی که مفهوم و محتوای قرارداد واضح و روشن است، قرارداد به محض تشکیل لازم‌الاجراست، و براساس قاعده مذکور ارائه هرگونه مدرک دیگر توسط هر یک از طرفین قابل قبول نخواهد بود. برای مثال در

موقع مذاکره برای قرارداد یک بازیکن حرفه‌ای، ممکن است صحبت‌هایی میان بازیکن و مسئولان باشگاه در خصوص پرداخت مبلغ اضافی صورت گرفته باشد، و مسئولان باشگاه قول‌های مساعدی در این زمینه داده باشند. براساس قاعده عدم پذیرش دلیل شفاهی بازیکن نمی‌تواند از این صحبت‌ها به‌عنوان مدرکی جهت دریافت آن مبلغ استفاده کند. با این حال، در صورتی که بازیکن عقیده دارد که تعهدات شفاهی مبنی بر چنین پرداختی به او داده شده، ولی به طور غیرعمدی از قرارداد حذف شده است، بازیکن می‌تواند شکایت خود را پیگیری کند. هم‌چنین در صورتی که قصد طرفین از متن قرارداد به‌خوبی قابل تشخیص نباشد، مثل اینکه در قرارداد به پرداخت مبلغ اضافی اشاره شده باشد، ولی مقدار آن مشخص نیست، دلیل شفاهی ممکن است در دادگاه در نظر گرفته شود (شعبانی مقدم، ۱۳۹۳: ۱۲۵). برابر بند ۱۱ ماده ۱۹ مقررات نقل و انتقال بازیکن ایران این مسئله بیان شده است:

علاوه بر قرارداد اولیه هرگونه توافقنامه دیگر یا الحاقیه یا متمم قرارداد که طرفین در مورد آن به توافق برسند و مکتوب شود در صورتی که اصالت آن به تأیید کمیته تعیین وضعیت بازیکنان برسد و با این مقررات انطباق داشته باشد، معتبر تلقی می‌شود و کمیته وضعیت بازیکنان به منظور حفظ سلامت ورزشی رقابت‌ها باید در این خصوص دقت کافی را اعمال نماید. کمیته وضعیت بازیکنان در اینگونه رسیدگی‌ها مبنا را بر اصالت اسناد ابرازی قرار می‌دهد مگر آنکه خلاف آن به صورت مستند احراز گردد.

بنابراین شرط اعتبار توافقنامه بین باشگاه با بازیکن، مکتوب بودن توافق و تأیید آن توسط کمیته تعیین وضعیت بازیکنان است. خواه این توافق قبل از امضای قرارداد باشد یا بعد از امضای آن. بنابراین مقررات این بند با آنچه در قاعده عدم پذیرش دلیل شفاهی بیان شد به‌طور جزئی در تعارض می‌باشد.

۳-۵. الزام‌ها و محرومیت‌های ورزشی

در حقوق ایران تخلف از اجرای تعهدات قراردادی ضمانت اجراهای مشابهی دارد. از الزام متعهد توسط دادگاه به اجرای تعهد گرفته تا در نهایت فسخ قرارداد و مطالبه خسارت قراردادی را شامل می‌شود. سؤال این است که در مورد خسارت ناشی از نقض قرارداد باید تقصیر نقض‌کننده قرارداد احراز شود یا خیر؟ در حقوق ایران در مسئولیت قراردادی نظریه تقصیر پذیرفته شده است. لازمه

پذیرش نظریه تقصیر آن است که در صورت نقض قرارداد، طرف در صورتی ملزم به پرداخت خسارت است که سه امر ثابت شود:

- ۱- ورود ضرر و خسارت؛
- ۲- تقصیر طرف نقض کننده؛
- ۳- رابطه سببیت بین ضرر و تقصیر.

در قرارداد انتقال بازیکن، تخلف هر یک از دو طرف از تعهدات قراردادی موجب نقض قرارداد و در نهایت موجب پرداخت خسارت به طرف مقابل خواهد شد. ماده ۱۷ مقررات نقل و انتقال بازیکن (فیفا) آثار فسخ قرارداد بدون دلیل موجه را بیان نموده است: «۱ - طرف نقض کننده قرارداد در تمام موارد باید خسارت بپردازد. خسارت نقض قرارداد با توجه به ماده ۲۰ و ضمیمه ۴ در رابطه با حق آموزش بازیکن می باشد، مگر اینکه خلاف آن در قرارداد تصریح شده باشد. جبران خسارت با ملاحظه قانون کشور مرتبط و ویژگی خاص ورزش و معیارهای عینی دیگر محاسبه خواهد شد.^{۲۱} در صورت عدم اجرای تعهدات قراردادی نسبت به رأی قطعی مراجع داخلی و بین المللی بازیکن یا باشگاه متخلف برای اعمال مجازات و محدودیت های قانونی به کمیته انضباطی همان مرجع ارجاع داده می شود و این کمیته بسته به مورد و نوع تخلف هر مجازاتی را اعمال خواهد کرد. بنابراین به نظر می رسد توجه نویسندگان این مقررات سازمانی بیش تر ناظر به «نظریه تضمین حق» بوده است.^{۲۲} به همین جهت در بند ۱ ماده ۱۷ به طور مطلق نقض کننده قرارداد را مسئول جبران خسارت قرار داده است. بنابراین می توان نتیجه گرفت که در صورت فسخ قرارداد و یا نقض تعهدات قراردادی، طرف نقض کننده و فسخ کننده مسئول پرداخت خسارت و مشمول محرومیت های ورزشی قرار می گیرد مگر اینکه او بتواند ثابت کند که فسخ با دلیل موجه بوده است، زیرا قانون گذار در این قسم از قراردادها حقوق زیان دیده را تضمین کرده است.

نتیجه گیری

قرارداد انتقال بازیکن حرفه ای یک قرارداد عهده ای، مالی، مستمر و معوض و شخصی و ماهیت حقوقی آن، قرارداد خصوصی ماده ۱۰ قانون مدنی است که می بایست دارای شرایط اساسی صحت معاملات در ماده ۱۹۰ قانون مدنی و سایر مقررات الزام آور بین المللی باشد. این قرارداد بین بازیکن حرفه ای و نماینده باشگاه فوتبالی منعقد می شود. از جمله شرایط الزامی این قرارداد شامل

رضایت طرفین، مدت معین و مبلغ معین می باشد. موضوع قرارداد استفاده از منافع بازیکن توسط باشگاه معین در مدت معین در مقابل مبلغ معین است. قرارداد با بازیکن غیر حرفه‌ای (آماتور) و سایر اشخاص دخیل در باشگاه مانند پزشکان و مربیان مشمول مقررات عمومی قراردادها است و مقررات نقل و انتقال بازیکن نسبت به آنها اعمال نمی‌شود. در صورتی که بازیکن حرفه‌ای با باشگاهی قرارداد نداشته باشد، می‌تواند در هر زمان با باشگاه مورد علاقه خود قرارداد امضا کند، اما ثبت قرارداد می‌بایست در ابتدا یا وسط فصل نقل و انتقالات صورت گیرد و انجام تعهد بازیکن مشروط به ثبت قرارداد او در سازمان های مربوط و صدور گواهی بین‌المللی بازی (ITC) می‌باشد، اما در صورتی که بازیکن با باشگاهی در مدت معین قرارداد امضا کرده باشد، نمی‌تواند با باشگاه دیگر وارد قرارداد شود. حداقل مدت قرارداد بازیکن یک فصل و حداکثر آن پنج سال است. این قرارداد پس از امضای طرفین لازم می‌شود و دو طرف بدون دلیل موجه حق فسخ آن را ندارند و باید در اجرای آن حسن نیت داشته باشند.

پی‌نوشت‌ها

۱. سید محمد کاظم طباطبایی نیز اجیر خاص را چنین تعریف کرده است: «الاجیر الخاصّ و هو من آجر نفسه علی وجه یکون جمیع منافعه للمستأجر فی مدّة معیّنة او علی وجه تكون منفعتة الخاصة كالخیاطة مثلاً له، او آجر نفسه لعمل مباشرة مدّة معیّنة او کان اعتبار المباشرة او کونها فی تلك المدة او کلیهما علی وجه الشرطیة لا القیدیة، لایجوز له ان یعمل فی تلك المدة لنفسه او لغيره بالاجارة او الجعالة او التبرّع عملاً ینافی حق المستأجر الا باذنه» (طباطبایی یزدی، ۱۳۹۰، ج ۲: ۵۱۲).

۲. شهید اول به تبعیت از مشهور فقها در تعریف عقد اجاره می‌فرماید: «هی العقد علی تملک المنفعة المعلومه بعوض معلوم» به‌طوری که پس از تحقق اجاره مستأجر مالک منافع اجیر در مدت معین و در مقابل اجیر مالک اجرت معین در ذمه مستأجر می‌گردد، و به تبع متعهد به انجام عمل مورد اجاره است. البته برخی نیز حقیقت اجاره را تسلیط بر عین برای انتفاع از آن در مقابل عوض معلوم تعریف کرده‌اند که این تعریف به علت اینکه شامل اجاره انسان نمی‌شود، ناقص است؛ زیرا انسان آزاد تحت سلطه کسی قرار نمی‌گیرد، اما تملیک منافع انسان آزاد منعی ندارد. هر چند شهید ثانی در کتاب *مسالك الافهام* نسبت به تملیکی بودن قرارداد اجاره اجیر (کارگر) تردید کرده است. عبارت ایشان چنین است: «بنی بعضهم الحكم علی ان الاجاره الحر نفسه هل هی تملیک المنافع او

- التزام عمل؟» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۲۰۴).
۳. «إذا آجر نفسه لعمل غير اعتبار المباشرة و لو مع تعيين المدة او من غير تعيين المدة و لو مع اعتبار المباشرة، جاز عمله للغير و لو على وجه الاجارة قبل اتيان العمل بالمستأجر عليه، لعدم منافاته له من حيث امكان تحصيله لابلالمباشرة او بعد العمل للغير، لأن المفروض عدم تعيين المباشرة او عدم تعيين المدة» (طباطبایی يزدي، ۱۳۹۰، ج ۲: ۵۱۵).
۴. «و كيف كان فقد عرفت انّ المستأجر يملك المنفعة بالعقد كما انّ المؤجر يملك الاجرة به الاّ أنّه ملك غير مستقرّ و انما يستقرّ بالاستيفاء بلاخلاف و لا اشكال او بما في حكمه، كما اذا سلّم العين المستأجره للمستأجر و قبضها، و مضت مدة الاجارة لو كانت مقدّرة بها، او مدة يمكن فيه استيفاء المنفعة لو كانت مقدّرة بالعمل، سواء استوفى ام لا، لعذر ام لا، فأنّه اذا كان كذلك لزمته الاجرة بلاخلاف معتدّ به، حتى لو كانت الاجارة فاسدة و ان كان اللازم فيها اجرة المثل» (نجفی، ۱۳۹۲، ج ۲۷: ۲۷۱).
۵. مسئله ۱۲: «لو آجر نفسه لصوم يوم معيّن عن زيد مثلاً ثمّ آجر نفسه لصوم ذلك اليوم عن عمرو، لم تصحّ الاجارة الثانية و لو فسخ الاولى بخيار او اقالة قبل ذلك اليوم لم ينفع في صحتها بل ولو اجازها ثانياً بل لابدّ له من تجديد الاجارة» (طباطبایی يزدي، ۱۳۹۰، ج ۲: ۵۱۸).
۶. «و كذا تبطل اذا آجر نفسه للعمل بنفسه من خدمة او غيرها، فأنّه اذا مات لا يبقى محلّ للاجارة و كذا اذا مات المستأجر الذي هو محلّ العمل، من خدمة او عمل آخر متعلّق به بنفسه، و لو جعل العمل في ذمته لا تبطل الاجارة بموته، بل يستوفى من تركته، و كذا بالنسبة الى المستأجر اذا لم يكن محلّ للعمل بل كان مالکاً له على المؤجر، كما اذا آجره للخدمة من غير تقييد بكونها له، فأنّه اذا مات تنتقل الى وارثه فهم يملكون عليه ذلك العمل» (طباطبایی يزدي، ۱۳۹۰، ج ۲: ۴۸۵).
۷. ای اهل ایمان به عهد و پیمان خود وفا کنید (مانده ۱).
۸. ای اهل ایمان مال یکدیگر را به ناحق مخورید مگر آنکه تجارتی از روی رضا و رغبت شما بوده باشد (نساء: ۲۹).
۹. «فمفاد الآیه انه يجب الوفاء بكل ما صدق عليه عنوان العقد عرفاً».
10. “1-Players participating in organised football are either amateurs or Professionals; 2- A professional is a player who has a written contract with a club and is paid more for his footballing activity than the expenses he effectively incurs. All other players are considered to be amateurs”.
۱۱. ماده ۹۶۲- «تشخیص اهلیت هر کس برای معامله کردن بر حسب قانون دولت متبوع او خواهد بود، مع ذلك اگر یک نفر تبعه خارجه در ایران عمل حقوقی انجام دهد در صورتی که مطابق قانون

دولت متبوع خود برای انجام آن عمل واجد اهلیت نبوده و یا اهلیت ناقصی داشته است آن شخص برای انجام آن عمل واجد اهلیت محسوب خواهد شد. در صورتی که قطع نظر از تابعیت خارجی او مطابق قانون ایران نیز بتوان او را برای انجام آن عمل دارای اهلیت تشخیص داد. حکم اخیر نسبت به اعمال حقوقی که مربوط به حقوق خانوادگی و یا حقوق ارثی بوده و یا مربوط به نقل و انتقال اموال غیر منقول واقع در خارج ایران می‌باشد شامل نخواهد بود.

12. "International transfers of players are only permitted if the player is over the age of 18. The following three exceptions to this rule apply: a) The player's parents move to the country in which the new club is located for reasons not linked to football".
13. "A club intending to conclude a contract with a Professional must inform his current club in writing before entering into negotiations with that Professional. A Professional shall only be free to conclude a contract with another club if his contract with his present club has expired or will expire within six months. Any breach of this provision shall be subject to appropriate sanctions".
14. "The minimum length of a contract shall be from the date of its entry into force to the end of the Season, while the maximum length of a contract shall be five years. Contracts of any other length shall only be permitted if consistent with national laws. Players under the age of 18 may not sign a professional contract for a term longer than three years. Any clause referring to a longer period shall not be recognized".
15. Remuneration
16. Consideration

۱۷. قائم مقام قانونی کسی است که به‌طور مستقیم یا به واسطه نماینده خود در تراضی شرکت نداشته ولی در نتیجه انتقال تمام یا بخشی از دارایی یکی از دو طرف به او جانشین طرف قرارداد و متعهد و بهره‌مند از اجرای آن شده است و به دو قسم قائم مقام عام و خاص تقسیم می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۴۶).

۱۸. ماده ۳۷۷ ق.م. ایران: «هر یک از بایع و مشتری حق دارد از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود، مگر اینکه مبیع یا ثمن موجد باشد در این صورت هر کدام از مبیع یا ثمن که حال باشد باید تسلیم شود.»

19. Duty of good faith
20. Parol Evidence Rule
21. "In all cases, the party in breach shall pay compensation. Subject to the provisions of article 20 and annex 4 in relation to training compensation, and unless otherwise provided for in the contract, compensation for the breach shall be calculated with due

consideration for the law of the country concerned...".

۲۲. بوریس استارک، استاد دانشگاه پاریس، نظریه تضمین حق را مبنای مسئولیت مدنی دانسته است. به نظر این دانشمند، مبنای مسئولیت مدنی محدود و منحصر به نظریه تقصیر یا نظریه خطر نیست و اشتباه است که تنها به آثار و ارزیابی عمل عامل زیان توجه کنیم و حقوق زیان دیده و تضمین قانون گذار را فراموش کنیم. هر کس حق دارد در جامعه خود سالم و ایمن زندگی کند و حقوق او تضمین شود. هیچ کس حق ندارد حقوق، سلامتی و ایمنی دیگران را به خطر اندازد. پس به محض اینکه حقی از بین رفت و زبانی وارد شد، عامل زیان باید آن را جبران کند و همین الزام به جبران زیان، مسئولیت مدنی نامیده می شود. ایشان به تفکیک خسارت های بدنی و مالی از خسارت های معنوی و اقتصادی معتقد است. خسارت های بدنی به هر حال باید جبران شود، ولی جبران خسارت های اقتصادی و معنوی موکول به اثبات تقصیر عامل زیان است. همان طور که ناصر کاتوزیان نوشته است، گرچه نظریه تضمین حق نیز در ایجاد مسئولیت مدنی نقش مؤثری دارد، ولی هیچ یک از نظریه های ابراز شده نمی توانند به تنهایی و به طور انحصاری مبنای مسئولیت مدنی قرار گیرند. در هر یک از این نظریه ها حقیقتی انکارناپذیر وجود دارد. به نظر ایشان آنچه اهمیت دارد رسیدن به عدالت است و این ابزارهای منطقی تنها وسایل راه گشایی به این هدف هستند (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ۱۲۸).

منابع

- قرآن کریم.
- اسکات جی، برنهام، جو کرایناک. (۱۳۹۴) حقوق قراردادها، ترجمه مهدی سعادت فرد، تهران: آوند دانش، چاپ اول.
- امامی، سید حسن. (۱۳۷۵) حقوق مدنی، تهران، انتشارات اسلامی، چاپ بیست و سوم.
- الهی، علیرضا. (۱۳۸۳) «بررسی عملکرد سازمان لیگ حرفه ای فوتبال جمهوری اسلامی ایران و مقایسه آن با سازمان لیگ ژاپن»، پایان نامه کارشناسی ارشد تربیت بدنی دانشکده تربیت بدنی دانشگاه تهران.
- حسینی عاملی، سید محمد جواد. (بی تا) مفتاح الکرامه، بیروت، دار التراث، کتاب الاجاره.
- حسینی، سید احمد. (۱۳۸۷) «ماهیت و آثار حقوقی قراردادهای میان ورزشکار و باشگاه ورزشی»، دانشگاه قم.

- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۲) مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، تهران: گنج دانش، چاپ سوم.
- _____ (۱۳۸۲) فلسفه اعلی در علم حقوق، تهران: گنج دانش، چاپ اول.
- شعبانی مقدم، کیوان (۱۳۹۳) مبانی حقوق ورزشی، تهران: شهر دانش، چاپ اول.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۲) تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران: چاپ سوم، انتشارات مجد.
- _____ (۱۳۹۱) حقوق مدنی، (آثار قراردادها و تعهدات)، تهران: انتشارات مجد، چاپ پنجم.
- طباطبایی یزدی، محمد کاظم. (۱۳۹۰) العروة الوثقی، تهران: انتشارات علی بن ابی طالب^(ع)، چاپ سوم.
- طباطبایی، سید مجتبی. (۱۳۹۶) مبانی و نظم حقوقی مقررات فدراسیون فوتبال، نشر اصفهان.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۶۹) حقوق مدنی، ضمان قهری، مسئولیت مدنی، تهران: دانشگاه تهران.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۷) قواعد عمومی قراردادها، (آثار قرارداد)، تهران: سهامی انتشار، چاپ پنجم.
- _____ (۱۳۹۱) دوره حقوق مدنی عقود معین، تهران: سهامی انتشار، چاپ یازدهم.
- محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۹۰) نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، نشر علوم اسلامی، چاپ دوم.
- نجفی، محمد حسن. (۱۳۹۲) جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- مقررات نقل و انتقالات و تعیین وضعیت بازیکنان فدراسیون فوتبال ایران مصوب ۱۳۹۶.
- Regulations for the Status and Transfer of Players (FIFA)
- Commentary on the Regulations for the Status and Transfer of Players

بررسی فرآیند تصفیه بانک‌های ورشکسته (مطالعه تطبیقی در حقوق امریکا و ایران)

محمد عیسائی تفرشی^۱

خدیجه شبروانی^۲

چکیده: توجه به ورشکستگی بانک‌ها و تأثیرات بسیار منفی آن در اقتصاد کشور، از بحران بزرگ اقتصادی که در سال ۱۹۲۹ در امریکا شروع شد و پس از آن به تمام دنیا سرایت کرد، آغاز شد و قانون‌گذاران به این نتیجه رسیدند که مقررات عام ورشکستگی شرکت‌های تجاری برای رسیدگی به ورشکستگی بانک‌ها — که شرکت تجاری محسوب می‌شوند — کفایت نمی‌کند. بر این اساس، در ایالات متحده امریکا سعی شده است با توجه به نقش بانک‌ها در اقتصاد کشور و تفاوت‌هایی که با سایر شرکت‌های تجاری دارند، مقررات خاصی برای ورشکستگی آنها در نظر بگیرند. در این کشور نظام حقوقی حاکم بر ورشکستگی بانک‌ها به «Resolution Regime» معروف است که به «گزیر یا حل و فصل» ترجمه شده است. مهم‌ترین اهداف این نظام عبارتند از پیشگیری از اختلال‌های زنجیره‌ای در نظام مالی کشور، ادامه یافتن خدمات کلیدی بانک‌ها و عدم تحمیل عواقب ورشکستگی این نگاه‌ها بر دولت و مؤدیان مالیاتی.

در حقوق ایران نظام ورشکستگی بانک‌ها به طور کامل از نظام ورشکستگی شرکت‌ها جدا نیست و در صورتی که بانکی ورشکست گردد، مقررات قانون تجارت در زمینه ورشکستگی مقررات عام، و سایر مقررات پولی و بانکی خاص محسوب می‌شوند. و در نتیجه، در صورت سکوت مقررات خاص، مقررات عام قانون تجارت در زمینه ورشکستگی اعمال می‌گردند. در حقوق امریکا تصفیه، آخرین روش برخورد با بانک ورشکسته است، در حالی که در حقوق فعلی ایران با توجه به اینکه روش جایگزینی برای تصفیه وجود ندارد، به محض صدور حکم ورشکستگی، بانک وارد فرآیند تصفیه می‌شود.

کلیدواژه‌ها: بانک، ورشکستگی، نظام گزیر، تصفیه، حقوق امریکا، حقوق ایران.

E-mail: tafreshi@modares.ac.ir

۱. استاد دانشگاه تربیت مدرس

۱. دانش‌آموخته دوره دکتری فقه و حقوق خصوصی دانشگاه شهید مطهری (نویسنده مسئول).

E-mail: Khadije.shirvani@yahoo.com

دریافت مقاله: ۱۳۹۸/۸/۲۲ تأیید مقاله: ۱۳۹۸/۱۰/۱۷

مقدمه

بانک‌ها و مؤسسه‌های مالی در اقتصاد کشورها نقش بسیار مهمی ایفا می‌کنند؛ چنانکه انتشار اسکناس، نگهداری وجوه اقشار متفاوت جامعه در حجم گوناگون، توزیع و گردش پول، وساطت برای عرضه و تقاضای سرمایه و به کار انداختن سرمایه‌های راکد جامعه، ارائه تسهیلات، امکانات و خدمات رفاهی — مالی بخشی از خدمات بانک‌ها در جامعه محسوب می‌شود. ورشکستگی بانک‌ها تأثیر قابل توجهی بر قشر گسترده‌ای از اشخاص از جمله سپرده‌گذاران، سهام‌داران، مدیران و ... دارد به نحوی که می‌تواند تأثیرات غیر قابل انکاری بر اقتصاد کشور داشته باشد. به همین دلیل، در بیش‌تر نظام‌های حقوقی دنیا سعی شده است با توجه به نقش بانک‌ها در اقتصاد کشور و تفاوت‌هایی که با سایر شرکت‌های تجاری دارند، مقررات خاصی برای ورشکستگی آنها در نظر گرفته شود. برای مثال، در حقوق آمریکا اگر شرکتی ورشکست گردد به موجب قانون ورشکستگی^۱ در دادگاه‌های ورشکستگی به آن رسیدگی می‌شود، اما رسیدگی به امور بانک ورشکسته مطابق قانون بیمه سپرده فدرال^۲ با شرکت بیمه سپرده فدرال^۳ است و برخلاف شرکت‌ها دادگاه در فرآیند ورشکستگی‌شان نقشی ندارد. در این نظام، تنظیم‌گران بانک‌ها — اشخاصی که طبق قانون مجوز تأسیس بانک را صادر کرده‌اند — از زمانی که بانک با بحران مواجه می‌گردد تا زمانی که اقدامات نهایی مربوط به بانک با توجه به ابزارهای گزیر انجام شود، دخالت دارند و دادگاه نقش محدودی در خصوص تجدید نظر در برخی از تصمیمات این تنظیم‌گران دارد. در این نظام در صورتی که تنظیم‌گران تشخیص دهند بانک با توجه به معیارهای ورشکستگی ویژه‌ای که دارند، وضعیت مطلوبی ندارد، ابتدا به مدیران بانک اخطار می‌دهند و اگر مدیران در مدت زمان تعیین شده برای پیشگیری از ادامه این وضعیت اقدامی به عمل نیاورند، به شرکت بیمه سپرده فدرال به عنوان مدیر تصفیه اطلاع می‌دهند و شرکت مذکور بانک را وارد فرآیند گزیر می‌کند. فرآیند گزیر، ابزارهای متعددی را در اختیار شرکت بیمه سپرده فدرال قرار می‌دهد که مهم‌ترین آنها ابزار خرید و پذیرش تعهد است. اگر به هر دلیلی استفاده از این روش‌ها ممکن نبود، شرکت بیمه سپرده فدرال، اموال و دارایی‌های بانک را نقد می‌کند و دیونش را تصفیه می‌کند و در نهایت بانک منحل می‌گردد.

هدف نهاد تصفیه خاتمه فعالیت بانک و نقد کردن دارایی‌های آن است. به همین علت هدف مدیر تصفیه به حداکثر رساندن ارزش دارایی‌های بانک به نفع تمامی طلبکاران از جمله دولت (در

صورتی که حمایت مالی از بانک از سوی دولت انجام شده باشد) و صندوق بیمه سپرده‌ها است. در ایالات متحده آمریکا، روش و زمینه برای نصب مدیر تصفیه عموماً شبیه انتصاب محافظ اموال است. مدیر تصفیه جهت انحلال بانک ورشکسته، شرکت بیمه سپرده فدرال است. اختیارات مدیر تصفیه مانند اختیارات محافظ اموال است، جز اینکه دریافت کننده مطالبات این اختیار را دارد که بانک را وارد مرحله تصفیه نماید، اما محافظ اموال این اختیار را ندارد. در حقوق ایران، امر تصفیه شرکت‌ها در دو صورت انجام می‌شود: یکم، انحلال شرکت به روشی غیر از ورشکستگی و دوم، انحلال شرکت در نتیجه ورشکستگی. در مورد ورشکسته، منظور از تصفیه، جمع‌آوری و تعیین میزان اموال ورشکسته و تقسیم دارایی وی پس از نقد کردن آن میان طلبکاران است (اسکینی، ۱۳۸۸: ۱۰۵).

در ادامه در خصوص چگونگی تصفیه بانک ورشکسته بحث می‌شود. لازم است ذکر شود که قانون پولی و بانکی کشور (مصوب ۱۳۵۱/۴/۱۸) در خصوص نحوه تصفیه امور بانک ورشکسته مقررات چندانی ندارد و بنابراین، مقررات قانون تجارت در باب ورشکستگی و قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی (مصوب ۱۳۱۸/۴/۲۴) اجرا می‌شود. این روش همان روش پرداخت کامل سپرده‌ها^۴ است که به تشریح آن خواهیم پرداخت. روش مذکور در حقوق آمریکا به ندرت مورد استفاده قرار می‌گیرد، زیرا روند نقد کردن اموال بانک بسیار گران و پرهزینه است و علاوه بر این، شرکت بیمه سپرده فدرال باید از پیش برای پرداخت‌های سریع به سپرده‌گذاران بیمه شده اقدام کند که این امر بسیار وقت گیر است.

۱. حفظ و نگهداری دارایی بانک ورشکسته

۱-۱. حقوق آمریکا

به منظور بسته شدن بانک، شرکت بیمه سپرده فدرال فوراً اموال، مدارک و محوطه بانک را توقیف و تأمین می‌کند. پول‌ها شمارش می‌شوند و قفل‌های بیرونی تعویض می‌شوند. شرکت بیمه سپرده فدرال همه حساب‌ها را بر اساس تاریخ بسته شده بانک مسدود می‌کند و تمام موارد ثبت شده لازم را به دفتر کل بانک ورشکسته وارد می‌کند. شرکت بیمه سپرده فدرال روند «متعادل‌سازی مؤسسه» را که در آن صورت حساب نهایی برای بانک ورشکسته تشکیل می‌شود، آغاز می‌کند. مجموعه دفاتر و دستگاه‌های نگهداری اطلاعات که نشان‌دهنده وضعیت اموال و دیون بانک ورشکسته

است، همگی آماده می‌شوند. شرکت بیمه سپرده فدرال به عنوان مدیر تصفیه فهرستی شامل اطلاعات، اموال و دیون بانک ورشکسته تهیه می‌کند. توافق‌نامه‌ها و فهرست صندوق‌داران بانک ورشکسته چک می‌شوند و حساب‌های آن بسته می‌شوند. تمامی موارد تبلیغاتی بانک ورشکسته نابود می‌شوند. اوراق اعتباری، یادداشت‌ها، تضمین‌ها و وثیقه‌های غیر املاک و مستغلات که برای اعطای وام‌ها از مشتریان گرفته شده‌اند، فهرست و تأمین می‌شوند. هم‌چنین، تحقیقات مربوط به مؤسسه‌های وابسته‌ای که ممکن است مسئول ورشکستگی بانک محسوب شوند و ادعاهای علیه آنها آغاز می‌شود (Ragalevsky & Ricardi, 2009: 885).

۲-۱. حقوق ایران

به موجب ماده ۸ قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی (مصوب ۱۳۱۸/۴/۲۴) «همین که حکم ورشکستگی قابل اجرا شد، رونوشت حکم به اداره تصفیه و اداره ثبت محل فرستاده می‌شود». علاوه بر این، ماده ۱۳ قانون مذکور بیان می‌کند: «همین که حکم ورشکستگی قابل اجرا شد و رونوشت آن به اداره تصفیه رسید، اداره تصفیه صورتی از اموال ورشکسته برداشته، اقدامات لازم از قبیل مهر و موم برای حفظ آنها به عمل می‌آورد».

۲. تشخیص مطالبات بانک ورشکسته

۲-۱. حقوق امریکا

پس از اینکه شرکت بیمه سپرده فدرال به عنوان مدیر تصفیه منصوب شد، باید فوراً خطاریه‌ای را برای طلبکاران بانک ورشکسته ارسال کند تا ادعاهای خود را ظرف مدت تعیین شده که نباید بیش‌تر از ۹۰ روز از تاریخ ارسال خطاریه باشد، به شرکت مذکور اعلام کنند. این خطار باید یک ماه و دو ماه پس از نخستین خطار مجدداً چاپ و برای طلبکاران ارسال شود. هم‌چنین، شرکت بیمه سپرده فدرال باید همان خطار را به طور مستقیم به هر یک از طلبکارانی که نامشان در دفترهای بانک وجود دارد بفرستد. اگر شرکت بیمه سپرده فدرال به این نتیجه برسد که طلبکاری وجود دارد که نامش در دفترهای بانک نیامده است، باید ظرف ۳۰ روز از زمان کشف خطار مربوط به تصفیه را برای طلبکار بفرستد (Ragalevsky & Ricardi, 2009: 886).

مطابق ماده ۱۸۲۱ قانون بانک‌ها و بانکداری ایالات متحده امریکا، شرکت بیمه سپرده فدرال

به عنوان مدیر تصفیه بانک ورشکسته در خصوص ادعاهای مطرح شده علیه بانک، با توجه به دلایل ابرازی مدعیان تصمیم‌گیری می‌کند. دلایل اثبات ادعاها باید توسط خواهان‌ها ظرف مدت ۹۰ روز پس از تاریخ انتشار اطلاعیه تصفیه به شرکت بیمه سپرده فدرال تسلیم شود. تمام طلبکاران عادی از جمله اشخاصی که ممکن است علیه بانک ورشکسته در مدت زمان تصفیه در دادگاه اقامه دعوا کرده باشند، باید در شرکت بیمه سپرده فدرال تشکیل پرونده دهند. شرکت بیمه سپرده فدرال ۱۸۰ روز فرصت دارد که این ادعاها را رد یا تأیید کند. اگر ادعایی رد شود، طلبکاران برای رسیدگی به پرونده یا تجدیدنظر اداری ۶۰ روز فرصت دارند. اگر به ادعایی توسط شرکت بیمه سپرده فدرال در ظرف ۱۸۰ روز از تاریخ ثبت آن اثر داده نشود، این ادعا خود به خود رد می‌شود. ادعاهایی پذیرفته شده هستند که به موقع ثبت شوند و شرکت بیمه سپرده فدرال به عنوان مدیر تصفیه آنها را تأیید و قبول کرده باشد. قدرت قانونی زیادی به شرکت بیمه سپرده فدرال به عنوان مدیر تصفیه بانک ورشکسته اعطا شده است، که در ادامه بیش‌تر روشن می‌شود.

به موجب مواد ۱۸۲۱ و ۱۸۲۳ قانون بانک‌ها و بانکداری امریکا، برای اینکه یک ادعا که منشأ آن قرارداد است بتواند علیه شرکت بیمه سپرده فدرال به عنوان مدیر تصفیه بانک ورشکسته یا در حدود صلاحیت شرکتی آن با موفقیت طرح گردد، لازم است که قرارداد شرایط زیر را داشته باشد:

الف) کتبی باشد.

ب) به وسیله بانک ورشکسته و شخصی که به موجب آن قرارداد منافع متقابلی را ادعا می‌کند هم‌زمان با تحصیل اموال اجرا شده باشد (برای مثال در آن زمان وامی گرفته باشد).

ج) به وسیله هیأت داوران و یا کمیته وام بانک ورشکسته تأیید شده باشد که این تأیید باید در صورت جلسه‌ای که توسط بانک ورشکسته نگهداری می‌شود منعکس شده باشد.

بنابراین، یک ادعا برای نقض یک قرارداد شفاهی که ممکن بود پیش از ورشکستگی بانک علیه آن بانک قابل اجرا باشد، پس از ورشکستگی‌اش علیه شرکت بیمه سپرده فدرال در مقام مدیریت تصفیه بانک ورشکسته قابل طرح نیست و در صورت طرح، شرکت به آن توجه نمی‌کند. ادعاهای مسئولیت مدنی بر مبنای نقض قرارداد از جمله فریب، ارائه اطلاعات نادرست، توطئه، دخالت‌های نابجا به همین ترتیب رد می‌شوند. ادعای جبران خسارت علیه شرکت بیمه سپرده

فدرال به عنوان مدیر تصفیه به موجب قاعده قطعی و ثبات^۵ که در ماده ۱۸۲۱ مطرح شده است از تاریخ تصفیه رد می شود. تنها خساراتی را می توان علیه شرکت بیمه سپرده فدرال مطرح کرد که خسارات واقعی یا مستقیم باشند. خسارات غیرمستقیم همچون از دست دادن منافع یا خسارات ناشی از درد و آسیب های روانی علیه شرکت مذکور مسموع نیستند. شخصی که ادعا می کند ضرر فاحش و جدی به او وارد شده، نمی تواند ادعای خسارات تنبیهی کند؛ چرا که این خسارات علیه شرکت بیمه سپرده فدرال قابل طرح نیستند (Ragalevsky & Ricardi, 2009: 888).

۲-۲. حقوق ایران

اداره تصفیه باید صورتی از طلبکاران احتمالی تاجر ورشکسته تهیه کند. مطابق ماده ۴۴۹ قانون تجارت این صورت با استفاده از دفاتر و اسناد تاجر و اطلاعات دیگری که اداره تصفیه تحصیل می کند، تنظیم می شود (ماده ۳ نظام نامه امور ورشکستگی قانون تجارت). اداره تصفیه پس از تنظیم صورتی از طلبکاران، از طریق آگهی در روزنامه رسمی و یکی از روزنامه های کثیرالانتشار، از آنان دعوت می کند. آگهی مزبور باید بر اساس بند ۱ ماده ۲۴ قانون اداره تصفیه متضمن نام، مشخصات، محل اقامت و تاریخ توقف ورشکسته باشد. هم چنین، باید در آن به بستانکاران و کسانی که ادعایی دارند اخطار داده شود ادعای خود را ظرف دو ماه به اداره تصفیه اعلام کنند و مدارک خود را به اداره تصفیه ارائه دهند (بند ۲ ماده ۲۴ قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی). مطابق ماده ۴ نظام نامه امور ورشکستگی قانون تجارت این مدت برای طلبکاران مقیم خارج سه ماه از تاریخ نشر آخرین آگهی تعیین شده است.

ماده ۴۶۲ قانون تجارت مقرر می دارد: «پس از صدور حکم ورشکستگی، طلبکارها مکلفند، در مدتی که به موجب اخطار مدیر تصفیه در حدود نظام نامه وزارت عدلیه معین شده، اسناد طلب خود یا سواد مصدق آن را به انضمام فهرستی که کلیه مطالبات آنها را معین می نماید، به دفتردار محکمه تسلیم کرده قبض دریافت دارند». به محض اینکه حکم توقف شخص ورشکسته صادر شود، بستانکاران قانوناً هیأت واحدی را تشکیل می دهند و اگر بخواهند از حقوق خود نسبت به تاجر ورشکسته استفاده نمایند، باید بر اساس ماده ۴۶۲ قانون تجارت، اسناد طلب خود را با منضمات آن تسلیم کرده، قبض دریافت کنند. بنابراین، وحدت مشکله آنها قانونی و اجباری است (ستوده تهرانی، ۱۳۹۳، ج ۴: ۱۵۲). طلبکاران بانک ورشکسته عبارتند از: (الف) سپرده گذاران؛ (ب)

طلبکارانی که منشأ طلبشان غیر از سپرده است و (ج) سهامداران.

۳. نقد کردن اموال بانک ورشکسته و کسر هزینه‌های ورشکستگی

۳-۱. حقوق امریکا

۳-۱-۱. نقد کردن اموال

پس از انتصاب رسمی شرکت بیمه سپرده فدرال به عنوان مدیر تصفیه بانک ورشکسته توسط مقام تنظیم‌گر اصلی‌اش، شرکت مذکور فوراً فرآیند تعیین اموال و دیون بانک ورشکسته را تعیین می‌کند، اموال آن را نقد می‌کند، تمامی دیون و ادعاهای علیه بانک ورشکسته را حل و فصل می‌کند و قیمت اموال نقد شده را بین طلبکاران بانک ورشکسته تقسیم می‌کند. کنگره اختیارات وسیع و مهمی را به شرکت بیمه سپرده فدرال جهت اعمال این وظایف داده است. شرکت بیمه سپرده فدرال به عنوان مدیر تصفیه بانک ورشکسته، برای اجرای حقوق و اختیارات و امتیازات بانک ورشکسته جانشین سهام‌داران، مسئولین و مدیران آن می‌شود. شرکت بیمه سپرده فدرال بدون نظارت دادگاه یا تنظیم‌گران دیگر اموال بانک ورشکسته را به فروش می‌رساند. البته در این زمینه باید در نظر داشت که شرکت بیمه سپرده فدرال اموال بانک ورشکسته را باید به بیش‌ترین قیمت به فروش برساند و نیز هرگونه آسیبی به صندوق بیمه شرکت مذکور را در حد توان به حداقل برساند.

۳-۱-۲. کسر هزینه‌های ورشکستگی

پس از اینکه اموال بانک نقد شد، هزینه‌هایی که شرکت بیمه سپرده فدرال به عنوان مدیر تصفیه در فرآیند تصفیه کرده است، از منابع مالی بانک در حال تصفیه کسر می‌گردند.

۳-۲. حقوق ایران

۳-۲-۱. نقد کردن اموال بانک ورشکسته

قائم مقام قانونی شخص ورشکسته در فروش اموال وی دارای اختیار قانونی است. به این لحاظ اگر مدیر تصفیه و عضو ناظر عمل کنند، بر اساس مواد ۴۵۷ و ۵۱۰ قانون تجارت (مصوب

۱۳/۲/۱۳۱۱) و نظام‌نامه تصفیه امور ورشکستگان مصوب ۱۳۱۱ عمل می‌شود. در مقابل، اگر اداره تصفیه اقدام کند، فروش اموال تابع ماده ۴۰ قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی است. اداره تصفیه یک حساب بلند مدت برای ورشکسته با حق انحصاری برداشت اداره تصفیه در بانک افتتاح می‌کند تا وجوه حاصل از فروش اموال به آن واریز گردد. به مبلغ این حساب‌ها به عنوان سپرده‌های غیردولتی سود تعلق می‌گیرد که هنگام پرداخت مطالبات بستانکاران ملحوظ می‌گردد (صقری، ۱۳۸۸: ۳۷۰-۳۶۹).

اگر هدف این باشد که فرآیند حل و فصل (گزیر) بومی و وارد مقررات کشور گردد، باید همانند ایالات متحده آمریکا، ارزیابی اموال پیش از تصمیم به تصفیه انجام شود. به بیان دیگر، یکی از مقدمات حل و فصل (گزیر) این است که اموال بانک ارزیابی شوند تا تعیین گردد کدام روند به نفع بانک است و هم‌چنین، پیشنهاد فروش بانک به سایر بانک‌ها هم مقدور باشد. این ارزیابی توسط کارشناسان خبره و با جلب نظر کارشناس رسمی دادگستری انجام می‌شود که با توجه به اینکه بانک‌ها دارایی‌های زیادی دارند، این کار ممکن است کمی زمان‌بر باشد. در ادامه در خصوص روش‌های فروش دارایی‌های بانک بر اساس قانون تجارت به اختصار توضیح داده می‌شود.

۱) فروش‌های ابتدایی

به نظر می‌رسد دارایی‌های بانک به گونه‌ای است که اشیای فاسد شدنی در بین آنها وجود ندارد، اما اگر در بین اموال بانک اموالی وجود داشته باشد که نگهداری آنها غیر ضروری یا مشکل باشد یا با توجه به تغییرات نرخ تورم بازار با مشکل افت قیمت مواجه شوند، یا اموال موضوع بند ۲ ماده ۴۰ قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی، یعنی اموالی که در بورس یا بازار قیمت معینی دارند، مانند اوراق بهادار، اداره تصفیه از آغاز صدور حکم ورشکستگی بانک می‌تواند آنها را بفروشد.

۲) فروش‌های اصلی

اداره تصفیه امور ورشکستگی به عنوان قائم مقام قانونی بانک ورشکسته پس از قطعیت حکم ورشکستگی بانک و احراز اینکه هیچ‌یک از روش‌های حل و فصل (گزیر) در مورد بانک کارایی ندارند، سایر اموال بانک ورشکسته را به فروش می‌رساند. اموال بانک را می‌توان به سه دسته تقسیم

کرد: اموال منقول، اموال غیر منقول و اشیای مورد وثیقه. با توجه به اینکه فروش این اموال مطابق قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی است و در مورد بانک خصوصیتی ندارند که بحث متمایزی را ایجاد کند، در ادامه به اختصار در خصوص فروش هر یک از اموال مذکور توضیح داده می‌شود. اموال منقول این اموال شامل کالا، لوازم دفتری، تلفن، اتومبیل و ... بانک ورشکسته است. در مورد این اموال شرایط فروش حداقل ۱۰ روز پیش از مزایده در دفتر اداره در دسترس عموم قرار می‌گیرد و هر کس می‌تواند اطلاعات لازم را در این خصوص کسب کند. آگهی فروش شامل مکان، روز و ساعت مزایده است. در روز مزایده اموال منقول بعد از سه مرتبه به صدای بلند حراج‌چی به کسی که حداکثر قیمت را پیشنهاد کرده است، واگذار می‌شود. (ستوده تهرانی، ۱۳۹۳، ج ۴: ۲۶۹).^۶

اموال غیر منقول بانک ورشکسته هم باید به روش مزایده به فروش برسند. اما مطابق قانون آگهی فروش شامل مکان، روز و ساعت مزایده باید یک ماه پیش از اقدام به فروش به عمل بیاید^۷ و برای طلبکارانی که حق وثیقه غیر منقول دارند، نسخه‌ای از آگهی فرستاده می‌شود و ارزیابی که به عمل آمده به آنها اعلام می‌شود.

۲-۲-۳. کسر هزینه‌های ورشکستگی

ماده ۴۶ قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی، به منظور تقسیم وجوه میان طلبکاران، مقرر می‌دارد: وقتی که پول حاصله از فروش در دسترس اداره قرار گرفت و صورت بستانکاران قطعی گردید، اداره صورتی از حاصل دارایی‌ها و حساب نهایی تنظیم خواهد نمود. هزینه توقف که به موجب آیین‌نامه تعیین می‌شود و هزینه تصفیه قبلاً موضوع می‌شود. صورت تقسیم و حساب نهایی در مدت ۱۰ روز در دسترس بستانکاران قرار گرفته و مراتب به اطلاع آنان خواهد رسید. به علاوه خلاصه‌ای از صورت مربوط به سهم هر یک برای آنها فرستاده خواهد شد.

همان‌طور که گفته شده است (کاویانی، ۱۳۹۱: ۱۰۹-۱۰۸)، قانون‌گذار از مطالبات اداره تصفیه عبارت‌های مبهمی از جمله «مخارج اداره امور ورشکستگی در ماده ۵۲۲ قانون تجارت»، «حق‌الزحمه مدیر تصفیه در ماده ۴۴۲ قانون تجارت»، «هزینه توقف و هزینه تصفیه در ماده ۴۶ قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی»، «هزینه ورشکستگی در ماده ۲۳ قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی» و «هزینه امور ورشکستگی در ماده ۵۲ قانون اخیر» از هزینه‌هایی سخن می‌گوید که

در طبقه مادون مطالبات دارای وثیقه و مافوق مطالبات با حق رجحان و عادی قرار می گیرند. هزینه های مربوط به تصفیه عبارتند: از هزینه آگهی ها در روزنامه رسمی و کثیرالانتشار، هزینه های مربوط به انعقاد قراردادها، اقامه دعوا، پرداخت مالیات ها و اداره اموال. بر اساس ماده ۲ تصویب نامه (شماره ۱۷۰۳ مورخ ۱۳۹۹/۲/۱۴ هیأت وزیران، با اصلاحات بعدی)، «هزینه امور ورشکستگی به حاصل ویژه دارایی ورشکسته تعلق گرفته و هزینه های مربوط به اقامه دعاوی و انعقاد معاملات و پرداخت مالیات ها و عوارض و اداره کردن اموال و مطبوعات و غیره مشمول هزینه امور ورشکستگی نبوده و پیش از تقسیم وجوه حاصله از دارایی ناویژه کسر خواهد شد». مطابق ماده ۱ همین تصویب نامه:

پس از آنکه حاصل دارایی ورشکسته اعم از آنچه که در موقع برداشتن صورت اموال موجود بوده یا آنچه که بعداً مشخص شده معلوم گردیده و قبل از تقسیم وجوه حاصله بین صاحبان سهام، اداره تصفیه مبلغی به عنوان هزینه امور ورشکستگی به شرح زیر احتساب و برداشت خواهد نمود: تا مبلغ ده میلیون ریال صدی ۹ و نسبت به مازاد آن تا بیست میلیون صدی ۸ و نسبت به مازاد آن صدی ۷ دریافت می شود.

حد نصاب های مذکور در بند ۷ ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت مصوب ۱۳۷۴، مجدد به این نحو افزایش یافتند: تا مبلغ ۱۰ میلیون ریال (۹ درصد) و نسبت به مازاد آن تا بیست میلیون ریال (۸ درصد) و مازاد آن (۷ درصد) تعیین شده است.

مطابق ماده ۲۳ قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی «اگر به نظر اداره حاصل فروش اموالی که صورت آنها برداشته شده کافی برای پرداخت هزینه ورشکستگی نباشد، اداره اقدام به تصفیه اختصاری می نماید...».

۴. توزیع عایدات و ختم عملیات تصفیه

۴-۱. حقوق امریکا

۴-۱-۱. در بانک های بیمه شده

هنگام ورشکستگی بانک، اموال و مسئولیت های بانک به مدیر تصفیه منتقل می شود. مسئولیت مدیر تصفیه این است که ارزش خالص دارایی های بانک را برای پاسخ گویی به طلبکاران به

بیش‌ترین میزان خود برساند. مدیر تصفیه عواید حاصل از فروش اموال بانک را میان طلبکاران بانک مطابق اولویت‌های قانونی تقسیم می‌کند و سپس ختم عملیات تصفیه را اعلام می‌کند. در ایالات متحده امریکا، قانون به طور سنتی، بالاترین اولویت را به هزینه‌های اداری فرآیند تصفیه اختصاص می‌داد، اما نسبت به سپرده‌گذاران و سایر طلبکاران در طول زمان به شیوه‌های متفاوت عمل می‌شد.

بر اساس قانون بانکداری (مصوب ۱۹۳۳) سپرده‌گذاران بیمه‌شده بر سپرده‌گذاران بیمه نشده و سایر طلبکاران اولویت داشتند. قانون بانکداری (مصوب ۱۹۳۵) حق تقدیمی مشابه قانون اخیر را به تمام سپرده‌گذاران [بدون تفکیک سپرده‌های بیمه‌شده و بیمه نشده] و سایر طلبکاران می‌داد. آخرین قانون جامعی که اولویت‌ها را تغییر داد، قانون اولویت سپرده‌گذاران ملی (مصوب ۱۹۹۳) است که اولویت ادعاها علیه بانک را به شرح ذیل اعلام کرده است:

(الف) هزینه‌های اداری تصفیه؛^۸

(ب) ادعاهای دارای حق وثیقه؛^۹

(ج) سپرده‌های داخلی (ملی) اعم از بیمه‌شده و بیمه نشده؛^{۱۰}

(د) سپرده‌های خارجی و ادعاهای طلبکاران عادی؛^{۱۱}

(ه) ادعاهای طلبکاران وابسته؛^{۱۲}

(و) سهام‌داران^{۱۳} (Marino & Bennett, 1990: 20).

در ادامه به شرح این طبقه‌بندی پرداخته می‌شود:

۱) طلبکاران دارای حق وثیقه

تعیین تکلیف برای ادعاهای موثق در فرآیند تصفیه شرکت بیمه سپرده فدرال همانند ادعاهای موثق در فرآیند ورشکستگی است. طلبکار با حق وثیقه طلبکاری است که در مقابل خدمتی که به بانک ارائه داده است، مالی را از بانک به عنوان وثیقه دریافت می‌کند. بنابراین، این طلبکار در برابر بانک ورشکسته برای مطالبه طلبش می‌تواند به وثیقه‌ای که بانک برایش فراهم کرده است، استناد کند. لازم است ذکر شود که اولویت طلبکاران دارای حق وثیقه نسبت به سایر طلبکاران فقط تا میزان ارزش مال مورد وثیقه است^{۱۴} و در نتیجه اگر ارزش مال مورد وثیقه کم‌تر از مقدار طلب طلبکار باشد، طلبکار برای باقیمانده طلبش طلبکار عادی محسوب می‌شود (Ragalevsky & Ricardi, 2009: 889).

۲) سپرده‌های داخلی (بیمه‌شده و بیمه‌نشده)

بین سال‌های ۱۸۶۵ تا ۱۹۳۳، با سپرده‌گذاران بانک‌های ملی و بانک‌های ایالتی همانند سایر طلبکاران رفتار می‌شد؛ به این بیان که پس از اینکه اموال بانک نقد می‌شد سپرده‌گذاران مثل سایر طلبکاران وارد هیأت طلبکاران می‌شدند. به طور متوسط در سطح فدرال حدود شش سال طول می‌کشید تا اموال بانک ورشکسته نقد می‌شدند، پول حاصل بین سپرده‌گذاران و سایر طلبکاران تقسیم می‌شد و صورت حساب‌های بانک بسته می‌شد. حتی زمانی که سپرده‌گذاران از حاصل تقسیم اموال، وجوه خود را دریافت می‌کردند، این مبلغ به طور قابل توجهی کم‌تر از مبلغی بود که به بانک سپرده بودند. بین سال‌های ۱۹۲۱ تا ۱۹۳۰ بیش از ۱۲۰۰ بانک ورشکست و تصفیه شدند. هنگام تصفیه بانک‌های ورشکسته، سپرده‌گذاران بانک‌های ایالتی حدود ۶۲٪ از سپرده‌هایشان را دریافت کردند و سپرده‌گذاران بانک‌های فدرال حدود ۵۸ درصد از سپرده‌هایشان را دریافت کردند. با موج ورشکستگی بانک‌ها در ایالات متحده آمریکا که از سال ۱۹۲۹ آغاز شد، این امر به اثبات رسید که فقدان نقدینگی که در نتیجه روند حل و فصل ورشکستگی‌های بانکی بود، باعث بی‌ثباتی و رکود اقتصادی ایالات متحده آمریکا شد (Barmer, 1935: Ch. IV and V).

در پی این تحولات، در ۱۰ آگوست سال ۱۹۹۳ قانون اولویت سپرده‌گذاران ملی مقرر داشت: در ایفای تعهدات بانک‌های ورشکسته، سپرده‌های داخلی^{۱۵} نسبت به سایر سپرده‌ها و دیگر طلبکاران اولویت دارند (Thomson, 1994: 1-4). منظور از سپرده‌های داخلی که بر سایر سپرده‌ها و مطالبات مقدم هستند، سپرده‌های سپرده‌گذاران مقیم ایالت‌های امریکاست و در مقابل سپرده‌های خارجی، یعنی سپرده سپرده‌گذارانی که در خارج از ایالات متحده امریکا هستند، به کار می‌رود.

نتیجه اعمال این قانون این است که سپرده سپرده‌گذاران داخلی (سپرده‌های بیمه‌شده و بیمه‌نشده) باید پیش از سایر طلبکاران پرداخت شود. این امر به این معنی است که شرکت بیمه سپرده فدرال به عنوان بیمه‌گر سپرده‌گذاران، سپرده‌های بیمه‌شده را تا سقف ۲۵۰ هزار دلار از محل ذخیره‌های صندوق بیمه سپرده فدرال، پرداخت می‌کند (Kaufman, 2004: 237-249). شرکت مذکور در این زمینه سه شیوه مرسوم را پیگیری می‌کند که در ادامه به توضیح هر یک می‌پردازیم:

الف) پرداخت مستقیم سپرده:^{۱۶} در این شیوه شرکت بیمه سپرده فدرال میزان سپرده‌های

بیمه‌شده را تعیین می‌کند و به طور مستقیم به سپرده‌گذاران پرداخت می‌کند. به محض تعیین سپرده‌های بیمه‌شده بانک، شرکت مذکور برای هر سپرده‌گذار یک چک ارسال می‌کند. شرکت بیمه سپرده فدرال به عنوان مدیر تصفیه تمام دارایی‌ها و تعهدات بانک متوقف را در اختیار دارد (Federal deposit insurance corporation, 2016: 16).

ب) انتقال سپرده بیمه‌شده:^{۱۷} در این شیوه سپرده‌های بیمه‌شده بانک متوقف به یک مؤسسه با عنوان «مؤسسه عامل»^{۱۸} انتقال پیدا می‌کند و اجازه پرداخت جبرانی به سپرده‌گذاران بانک مذکور از طریق مؤسسه عامل صادر می‌شود. مشتریان می‌توانند درخواست استرداد سپرده یا افتتاح حساب جدید در مؤسسه عامل را داشته باشند. البته از این شیوه به ندرت استفاده می‌شود. در این روش، شرکت بیمه سپرده فدرال مبلغی را که باید به هر یک از سپرده‌گذاران بیمه‌شده پرداخته شود، تعیین می‌کند. سپس شرکت مذکور توافقی با یک بانک سالم ترتیب می‌دهد که طی آن بانک مذکور موظف می‌شود سپرده‌های بیمه‌شده مشتریان بانک ورشکسته را پرداخت کند و این بانک یکی از طلبکاران بانک ورشکسته می‌شود. بانک مذکور این پیشنهاد را به این انگیزه قبول می‌کند که بسیاری از سپرده‌گذاران بانک ورشکسته به مالکیت او منتقل شود. شرکت بیمه سپرده فدرال از این روش به ندرت استفاده می‌کند (Ragalevsky & Ricardi, 2009: 881).

ج) بانک ملی برخوردار از بیمه سپرده:^{۱۹} بانک ملی برخوردار از بیمه سپرده یک بانک موقت است که مجاز به افزایش سرمایه نیست. به منظور حمایت از سپرده‌گذاران، شرکت بیمه سپرده فدرال بانک مذکور را جهت اطمینان بخشی به سپرده‌گذاران ایجاد می‌کند. هدف این است که تا زمانی که بانک‌های دیگر از پذیرش تعهدات بانک متوقف خودداری می‌کنند، با ایجاد این بانک موقت، مشتریان بانک متوقف به سپرده‌های بیمه‌شده دسترسی داشته و نیز زمان کافی برای بازکردن حساب جدید در مؤسسه‌های تضمین‌شده دیگر هم در اختیار مشتریان بانک ورشکسته قرار گیرد. با استفاده از این روش انتظار می‌رود که انتقال حساب‌ها به صورت منظم‌تر برای جامعه محلی رخ دهد. قانون به شرکت بیمه سپرده فدرال اجازه داده است که بانک ملی مربوطه را با دوره فعالیت حداکثر دو سال تأسیس کند، اما بیش‌تر بانک‌های ملی که در سال‌های اخیر به این منظور افتتاح شده‌اند، بیش‌تر از سی روز فعالیت نداشته‌اند. شرکت بیمه سپرده فدرال با مجوز «اداره حسابرسی ارز» این بانک را تأسیس می‌کند. هدف از ایجاد این بانک فراهم کردن امکان دسترسی سپرده‌گذاران به سپرده‌های خود است. تمام دارایی‌های بانک متوقف در روند تصفیه

قرار می گیرند (20: Federal deposit insurance corporation, 2016).

لازم است اشاره شود کنگره در توجیه تصمیم خود مبنی بر اولویت سپرده گذاران داخلی بر سپرده گذاران خارجی و سایر طلبکاران معتقد بود که ترجیح سپرده گذاران داخلی بر سایر سپرده گذاران و طلبکاران بانک ورشکسته موجب می شود هزینه های شرکت بیمه سپرده فدرال به شکل قابل توجهی کاهش یابد. در نقد این عقیده گفته شده است هر چند اولویت سپرده گذاران داخلی ممکن است موجب صرفه جویی در هزینه های شرکت بیمه سپرده فدرال گردد، اما این امکان هم وجود دارد که ترجیح سپرده گذاران ملی بر سپرده گذاران خارجی موجب شود که دولت های خارجی به نحوی عمل کنند که موجب شود شرکت بیمه سپرده فدرال، برخی از کنترل های خود را نسبت به فرآیند حل و فصل از دست دهد (Marino & Bennet 1999: 19).

پس از اینکه شرکت بیمه سپرده فدرال سپرده های بیمه شده را از محل صندوق بیمه پرداخت کرد، باید حاصل فروش اموال بانک را بین خودش و سایر سپرده گذاران بیمه نشده تقسیم کند. به بیان دیگر، پس از اینکه ورشکستگی بانک اعلام شد، شرکت بیمه سپرده فدرال از محل ذخیره های صندوق بیمه سپرده فدرال، سپرده های بیمه شده را تا سقف ۲۵۰ هزار دلار پرداخت می کند و در این مرحله، شرکت مذکور جانشین طلبکاران بیمه شده می شود^{۲۰} و به میزانی که به سپرده گذاران بیمه شده پرداخت کرده است، از حاصل فروش اموال بانک استیفا می کند. برای مثال، اگر میزان سپرده های بیمه شده ۷۵ درصد از تمام سپرده ها باشد، شرکت بیمه سپرده فدرال ۷۵٪ از عواید نهایی اموال جمع آوری شده بانک را دریافت می کند و ۲۵٪ باقیمانده بین سپرده گذاران بیمه نشده تقسیم می شود (Ambrasas, 2015: 59).

اگر ارزش اموال بیش تر از کل سپرده اعم از بیمه شده و بیمه نشده شوند، در این صورت است که طلبکاران عادی بانک هم در ردیف کسانی قرار می گیرند که می توانند طلبشان را دریافت کنند. پس از آن اگر چیزی هم باقی ماند به سهام داران بانک پرداخت خواهد شد (Ambrasas, 2015: 58-59).

۳) سپرده های خارجی و طلبکاران عادی

الف) سپرده های خارجی: سپرده های خارجی عبارت است از تعهدات سپرده ای مؤسسه های سپرده پذیر ایالات متحده آمریکا که در اداره هایی که خارج از ایالت های ایالات متحده، ناحیه

کلمبیا و یا قلمرو ایالات متحده آمریکا قابل پرداخت هستند.^{۲۱} بنابر اصولی که قانون شرکت بیمه سپرده فدرال، مطابق آنها «سپرده» را تعریف می‌کند، سپرده‌های خارجی از مزیت اولویت سپرده‌های داخلی برخوردار نیستند و بنابراین، سپرده‌های مذکور همراه با طلب طلبکاران عادی پرداخت می‌شوند (Ambrasas, 2015: 58-59).

ب) طلبکاران عادی: در ایالات متحده آمریکا، بر اساس فصل هفتم قانون ورشکستگی، طلبکار عادی کسی است که هیچ‌گونه حقی نسبت به اموال ورشکسته ندارد و برای اثبات طلبش از ورشکسته باید مدارکی را که ادعایش را ثابت می‌کنند، به دادگاه ورشکستگی ارائه دهد.^{۲۲} طلبکاران عادی بدون وثیقه شامل فروشندگان، ارائه دهندگان خدمات، عرضه کنندگان، معامله کنندگان با بانک ورشکسته، ادعاهای ناشی از اجاره‌ها و ادعاهای جبران خسارات ناشی از تصمیمات تجاری بانک ورشکسته یا شرکت بیمه سپرده فدرال به عنوان مدیر تصفیه هستند. شرکت بیمه سپرده فدرال یک اخطار فوری مبنی بر بسته شدن بانک به تمام طلبکاران تجاری، کارکنان، نهادهای مالیاتی، و دیگر طلبکارانی که ممکن است از بانک وجهی طلبی داشته باشند، ارسال می‌کنند. علاوه بر این، شرکت بیمه سپرده فدرال چند ماه پس از ورشکستگی در روزنامه‌های محلی اطلاعیه‌ای مبنی بر ورشکستگی بانک منتشر می‌کند. اخطاری که برای طلبکاران بانک توسط شرکت صادر می‌شود باید شامل دستورالعمل‌ها و فرم‌های مناسب برای گنجاندن ادعا در آن علیه مدیر تصفیه باشد. ادعاها باید مستند باشند و لازم است این اسناد به موقع ارائه شوند. این اخطار باید مهلتی را تعیین کند که طی آن ادعاهای طلبکاران باید جمع‌آوری شود. ادعاهای طلبکاران عادی باید در مدت ۱۸۰ روز توسط شرکت بیمه سپرده فدرال تأیید یا رد شود. طلبکار تأییدیه مدیر تصفیه^{۲۳} بر ادعایش را دریافت می‌کند و ممکن است تمام یا بخشی از طلبش را دریافت کند. به موجب قانون، پس از اینکه سپرده‌های بیمه شده پرداخت شدند، سپرده‌های بیمه نشده پرداخت می‌شوند و پس از آن طلب طلبکاران عادی پرداخت می‌شود و پس از آن هم طلب صاحبان سهام پرداخت می‌شود. در بسیاری از موارد طلبکاران عادی و صاحبان سهام یا چیزی از طلبشان دریافت نمی‌کنند یا آنچه دریافت می‌کنند بسیار ناچیز است.^{۲۴}

۴) طلبکاران تبعی

در ایالات متحده آمریکا، واژه Subordination فرآیندی است که به موجب آن طلبکار برای وصول مطالبات خود از دارایی‌های بدهکار، در اولویت‌های پایین‌تر قرار می‌گیرد defining

(Black, 1999: "subordinate").

۵) سهام‌داران

سهام‌داران بانک آخرین گروه در طبقه‌بندی طلبکاران بانک ورشکسته محسوب می‌شوند. پس از پرداخت‌های فوق، اگر از حاصل فروش دارایی‌های بانک ورشکسته چیزی اضافه آمد، به سهام‌داران می‌رسد.

۲-۱-۴. توزیع عایدات و ختم عملیات تصفیه در مؤسسه‌های مهم مالی زنجیره‌ای

بخش دوم قانون داد - فرانک، وال استریت (مصوب ۲۰۱۰) فرآیندی از ادعاها علیه شرکت مالی ضعیف فراهم کرده است و قواعدی را برای تصفیه اموال، پرداخت ادعاها پیش‌بینی کرده است.^{۲۵} ادعاها به شیوه زیر پرداخت می‌شوند:

الف) هزینه‌های اداری؛

ب) هزینه‌های دولت؛

ج) دستمزد، حقوق یا حق‌العمل کارکنان؛

د) مشارکت در برنامه مزایای کارکنان؛

ه) هرگونه مسئولیت عمومی یا خاص شرکت؛

و) هرگونه تعهد دیگر شرکت؛

ز) حقوق هیأت رئیسه و مدیران شرکت؛

ح) ایفای تعهدات سهام‌داران، اعضای شرکت، شرکای عمومی و سایر صاحبان سهام.^{۲۶}

با چشم‌پوشی از اینکه شرکت بیمه سپرده فدرال چگونه در این زمینه به‌عنوان مدیر تصفیه عمل می‌کند، مقررات اساسی خاصی را باید رعایت کند. تمام اقدامات مذکور در بخش دوم قانون داد - فرانک باید رعایت شوند تا ثبات مالی در اقتصاد کل کشور تأمین شود، نه اینکه صرفاً مصالح یک شرکت خاص [شرکت ضعیف] رعایت گردد. سهام‌داران شرکت نمی‌توانند تا زمانی که به تمام ادعاها علیه شرکت و صندوق تصفیه موقت پاسخ داده نشده است، سهم خود را دریافت کنند. طلبکاران تضمین نشده سهم خود را بر اساس فهرست اولویت‌ها دریافت می‌کنند و پس از آن هم هیأت رئیسه و سهام‌داران به مراتب پس از سایر طلبکاران از باقیمانده اموال شرکت سهم خود را دریافت می‌کنند. مدیران و اعضای هیأت مدیره که مسئول به وجود آمدن شرایط نامساعد شرکت

هستند باید حذف شوند.^{۲۷}

۴-۲. حقوق ایران

۴-۲-۱. طبقه‌بندی طلبکاران بانک ورشکسته

قانون‌گذار به منظور تقسیم حاصل فروش اموال ورشکسته طلبکاران را بر مبنای اولویت به سه دسته تقسیم کرده است که عبارتند از: طلبکاران با حق رهن، طلبکاران با حقوق ممتاز، طلبکاران عادی و طلبکاران مذکور در بند (۱) ماده ۵ دستورالعمل محاسبه سرمایه نظارتی و کفایت سرمایه مؤسسات اعتباری، مصوب یکهزار و دویست و سی و سومین جلسه مورخ ۱۳۹۶/۳/۲۳ شورای پول و اعتبار.

۴-۲-۲. تقسیم‌داری بین طلبکاران بانک ورشکسته

(۱) طلبکاران با حق رهن

اگر طلبکار بانک، دارای حق وثیقه، خواه منقول یا غیر منقول باشد، از حاصل فروش مال مورد وثیقه توسط اداره تصفیه طلبش را استیفا می‌کند و در صورتی که حاصل فروش مال برای پرداخت طلبش کافی نباشد، داخل غرما می‌شود. ماده ۵۸ قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی در این زمینه مقرر می‌دارد: «بستانکارانی که دارای وثیقه‌اند، نسبت به حاصل فروش مال مورد وثیقه در برگ تقسیم حاصل فروش مقدم بر سایر بستانکاران قرار داده می‌شوند».^{۲۸}

برای اینکه طلبکار بتواند از حق ترجیح نسبت به دیگر طلبکاران بهره‌مند شود، باید وجود رهن را ثابت کند. در مورد اموال غیر منقول رهن در صورتی صحیح است که مطابق مواد ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت به ثبت رسیده باشد. در مورد اموال منقول هم رهن در صورتی درست است که مطابق ماده ۷۷۲ قانون مدنی مال مرهون به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می‌گردد، داده شود، ولی استمرار در قبض شرط نیست. هم‌چنین رهن در صورتی مورد قبول اداره تصفیه خواهد بود که در زمان توقف تاجر یا پس از آن واقع نشده باشد و در صورتی که ثابت شود پس از توقف تاجر برقرار گردیده، مشروط بر اینکه به ضرر طلبکاران تمام شود، به حکم بند ۳ ماده ۴۲۳ قانون تجارت باطل خواهد بود (اسکینی، ۱۳۸۸: ۲۰۷-۲۰۶).

۲) طلبکاران با حق ممتاز

بر اساس ماده ۵۸ قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی:

... طلب‌هایی که دارای وثیقه نیستند و هم‌چنین باقیمانده طلب‌هایی که دارای وثیقه بوده و تمام آن از فروش وثیقه پرداخت نشده، به ترتیب طبقات زیر بر یکدیگر مقدمند و در تقسیم‌نامه حاصل فروش اموال متوقف این تقدم رعایت و قید می‌گردد:

طبقه اول:

الف) حقوق خدمه خانه برای مدت سال آخر قبل از توقف؛

ب) حقوق خدمتگزاران بنگاه ورشکسته برای مدت شش ماه قبل از توقف؛

ج) دستمزد کارگرانی که روزانه یا هفتگی مزد می‌گیرند برای مدت سه ماه قبل از توقف.

طبقه دوم:

طلب اشخاصی که مال آنها به عنوان ولایت یا قیمومت تحت اداره ورشکسته بوده نسبت به میزانی که ورشکسته از جهت ولایت و یا قیمومت مدیون شده است. این نوع طلب در صورتی دارای حق تقدم خواهد بود که توقف در دوره قیمومت یا ولایت و یا در ظرف یک سال پس از انقضای آن اعلام شده باشد.

طبقه سوم:

طلب پزشک یا داروفروش و مطالباتی که به مصرف مداوای مدیون و خانواده‌اش در ظرف یک سال قبل از توقف رسیده است.

طبقه چهارم:

الف) نفقه زن مطابق ماده ۱۲۰۶ قانون مدنی؛

ب) مهریه زن تا میزان ده هزار ریال به شرط آنکه ازدواج اقلاً پنج سال قبل از توقف واقع شده باشد و نسبت به مازاد جزء سایر دیون محسوب می‌شود.

طبقه پنجم:

سایر بستانکاران.

به نظر می‌رسد در بین طبقه‌هایی که قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی در ماده ۵۸ ذکر کرده است، تنها بند الف) و ب) طبقه نخست نسبت به بانک ورشکسته قابلیت اجرا دارد و بنابراین، باید قائل به این امر بود که حقوق کارکنان بانک ورشکسته برای مدت شش ماه قبل از توقف بر سایر طلبکاران اولویت دارد.

به جز مقررات مذکور در ماده ۵۸ قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی، به موجب بند د) ماده

۴۱ قانون پولی و بانکی کشور (مصوب ۱۳۵۱/۴/۱۸) «استرداد سپرده‌های پس انداز^{۲۹} یا سپرده‌های مشابه تا میزان ۵۰ هزار ریال در درجه اول و سپرده‌های حساب جاری و سپرده‌های ثابت تا همان مبلغ در درجه دوم بر کلیه تعهدات دیگر بانک‌های منحل شده یا ورشکسته و سایر حقوق ممتاز مقدم است».

بنابراین، از نظر قانون‌گذار سپرده‌گذاران طلبکار عادی محسوب نمی‌شوند و قانون‌گذار برای آنها امتیازی نسبت به سایر طلبکاران عادی قائل شده است و بیان حکم خاص در مورد آنها نشان‌دهنده جایگاه ویژه سپرده‌گذاران بانک ورشکسته نسبت به سایر طلبکاران است و می‌توان بیان کرد سپرده‌گذاران طلبکار ممتاز محسوب می‌شوند. به هر حال، همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، مبلغی که قانون‌گذار برای تقدم سپرده‌گذاران بر سایر طلبکاران بانک ورشکسته پیش‌بینی کرده است، در حال حاضر بسیار ناچیز است.

۳) طلبکاران عادی

به جز طلبکارانی که به عنوان طلبکار با حق وثیقه و حق رجحان گفته شد، طلبکاران دیگر طلبکار عادی تلقی می‌شوند که در ماده ۵۸ قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی در طبقه پنجم قرار گرفته‌اند. هم‌چنین، طلبکارانی که دارای حق وثیقه هستند، ولی حاصل فروش مال مورد وثیقه برای ادای طلب آنها کافی نیست هم به نسبت آنچه از طلب آنها باقی مانده است، جزء طلبکاران عادی قرار می‌گیرند (اسکینی، ۱۳۸۸: ۲۰۱۵). پس از تأدیه دیون متعلق به بستانکاران با حق وثیقه و بستانکاران با حق تقدم، اگر چیزی از اموال ورشکسته باقی ماند به طلبکاران عادی می‌رسد.

در این مرحله طلبکاران بانک ورشکسته عبارتند از:

الف) صندوق ضمانت سپرده‌ها به میزانی که بابت سپرده‌های بیمه شده به سپرده‌گذاران پرداخته است؛

ب) سپرده‌گذاران نسبت به مازاد مقدار بیمه شده سپرده‌ها (۱۰۰ میلیون تومان)؛

ج) طلبکارانی که منشأ طلبشان غیر از سپرده است؛

د) سهام‌داران.

در ادامه به توضیح نحوه تقسیم وجوه میان طلبکاران عادی می‌پردازیم.

الف) مطالبات صندوق ضمانت سپرده‌ها بابت پرداخت سپرده‌های ضمانت‌شده

تفاوتی که طلبکاران بانک ورشکسته با طلبکاران تاجران دیگر دارند این است که قسمت عمده‌ای

از طلبکاران بانک ورشکسته سپرده گذاران هستند که مطابق ماده ۹۵ قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران (۱۳۹۴-۱۳۹۰ مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۱۵) بخشی از این سپرده‌ها بیمه می‌شوند. هرچند سپرده سپرده گذاران تا سقف تضمین توسط صندوق ضمانت سپرده‌ها پرداخت می‌شود، اما صندوق پس از پرداخت به عنوان یکی از طلبکاران بانک ورشکسته داخل در غرما می‌شود.

بر اساس ماده ۲۵ اساسنامه صندوق ضمانت سپرده‌ها:

صندوق به میزان پرداخت سپرده‌های ضمانت شده، جزء بستانکاران مؤسسه اعتباری ذی‌ربط قرار می‌گیرد. به این منظور صندوق پیش از اقدام به پرداخت سپرده‌های مشمول ضمانت سپرده گذاران مؤسسه اعتباری، سازوکاری را اتخاذ می‌نماید تا با موافقت مکتوب مؤسسه اعتباری و هر یک از سپرده گذاران، تمامی حقوق مربوط به مطالبات سپرده گذاران از مؤسسه اعتباری ذی‌ربط، تا سقف‌های پرداخت شده به آنها، به صندوق انتقال یابد.

بنابراین، صندوق به میزانی که سپرده‌های ضمانت شده را پرداخت کند، در ردیف طلبکاران مؤسسه اعتباری ورشکسته قرار می‌گیرد. ماده ۱۷ دستورالعمل اجرایی نحوه ایفای تعهدات صندوق ضمانت سپرده‌ها در بازپرداخت سپرده‌های سپرده گذاران مؤسسه اعتباری ورشکسته (مصوب جلسه مورخ ۱۳۹۶/۵/۱۸ دوازدهمین جلسه هیأت امنای صندوق) مقرر می‌دارد: «صندوق در اجرای ماده ۲۵ اساسنامه موظف است دو فرم و رسید به شرح زیر تنظیم نماید:

۱. فرم (الف) برای انتقال حقوق قانونی مربوط به بازپرداخت سپرده‌های تحت تضمین سپرده گذاران مؤسسات اعتباری هرگاه ورشکست شوند.

تبصره- به منظور تمهید اجرای مفاد ماده ۲۵ «اساسنامه صندوق ضمانت سپرده‌ها» هیأت مدیره و مدیر عامل کلیه مؤسسات اعتباری موظفند نسبت به تکمیل و امضای فرم شماره الف اقدام و فرم مذکور را به صندوق ارائه نمایند.

۲. فرم (ب) مؤسسه اعتباری عامل موظف است به هنگام بازپرداخت سپرده‌های تحت تضمین به سپرده گذاران آن را به امضا و اثر انگشت سپرده گذار رسانده پس از پایان بازپرداخت سپرده‌ها آنها را به صندوق تحویل نمایند.

۳. مؤسسه اعتباری عامل موظف است رسید پرداخت را با هماهنگی صندوق، ناظر بر دریافت سپرده تضمین شده توسط سپرده گذار تهیه و به هنگام پرداخت به امضا و اثر انگشت سپرده گذار

برسانند.

ب) سپرده‌گذاران نسبت به مازاد مقدار بیمه شده سپرده‌ها (۱۰۰ میلیون تومان)

با تصویب ماده ۹۵ قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه و تشکیل صندوق ضمانت سپرده‌ها تصمیم‌گیری در خصوص مقدار مازاد سپرده‌های بیمه‌شده و سایر سپرده‌های بیمه‌نشده در حاله‌ای از ابهام رفته است. مبلغ پیش‌بینی شده در بند «د» ماده ۴۱ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱ که مقرر می‌دارد: «استرداد سپرده‌های پس‌انداز یا سپرده‌های مشابه تا میزان پنجاه هزار ریال در درجه اول و سپرده‌های حساب جاری و ثابت تا همان مبلغ در درجه دوم بر کلیه تعهدات دیگر بانک منحل شده یا ورشکسته و سایر حقوق ممتازه مقدم است» که به نظر می‌رسد هم اکنون بسیار ناچیز است.

همان‌طور که پیش‌تر هم گفته شد، ماده ۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا (مصوب ۱۳۶۲/۶/۸) انواع سپرده‌ها را به دو گروه تقسیم کرده است:

الف) سپرده‌های قرض‌الحسنه: پیش‌تر هم گفته شد که ماهیت سپرده‌های قرض‌الحسنه قرض است و بانک به سپرده‌گذار مدیون است، همچنان که در عمل، در ترازنامه بانک‌ها سپرده‌های قرض‌الحسنه در ستون بدهی‌های بانک نشان داده می‌شوند. بنابراین، چون سپرده‌های پس‌انداز به مالکیت بانک درمی‌آیند، زمانی که بانک ورشکست شد، سپرده‌گذار که جزء طلبکاران بانک محسوب می‌شود، نسبت به مقدار مازاد بر سپرده بیمه شده‌اش داخل در غرمای بانک ورشکسته می‌شود.

ب) سپرده سرمایه‌گذاری مدت‌دار: نکته‌ای که لازم است در اینجا اشاره شود، این است که بند (د) ماده ۴۱ قانون پولی و بانکی کشور (مصوب ۱۳۵۱/۴/۱۸) که صاحبان سپرده‌ها را در دریافت سپرده‌شان به میزان مقرر شده بر سایر بستانکاران بانک ورشکسته مقدم کرده است، پیش از تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره) بوده است و بنابراین، در خصوص ماهیت این دسته از سپرده‌ها تردیدی وجود نداشت و مانند سپرده‌های پس‌انداز به مالکیت بانک درمی‌آمدند و سپرده‌گذار به همان میزان از بانک طلبکار می‌شد؛ اما با تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا در سال ۱۳۶۲، قانون‌گذار به منظور جمع دو هدف که عبارتند از: تشویق اشخاص به سپرده‌گذاری بلند مدت از طریق پرداخت سود به ایشان و پرهیز از ورود ایراد شرعی عنوان ربا بر سودهای مذکور، طی تبصره ماده ۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا (مصوب ۱۳۶۲/۶/۸) مجلس شورای

اسلامی)^{۳۱} بیان کرد که بانک به عنوان وکیل سپرده‌گذار این اختیار را پیدا می‌کند که وجوه سپرده‌گذاران را صرفاً در قالب عقود معین در چرخه اقتصاد به گردش درآورد. مفاد تبصره بیان‌کننده این است که سپرده‌های مدت‌دار به مالکیت بانک در نمی‌آیند و بنابراین، جزء بدهی‌های بانک محسوب نمی‌شوند، بلکه جزء اموالی هستند که از سوی دیگران به بانک امانت سپرده شده‌اند. در نتیجه، مطابق مقررات قانون تجارت ممکن است در ابتدا به این امر قائل شویم که صاحبان سپرده‌های سرمایه‌گذاری با توجه به ماده ۵۲۹ قانون تجارت (مصوب ۱۳۱۱/۲/۱۳) که مقرر می‌دارد: «مال‌التجاره‌هایی که در نزد تاجر ورشکسته امانت بوده یا به مشارالیه داده شده است که به حساب صاحب مال‌التجاره به فروش برساند، مادام که عین آنها کلاً یا جزئاً نزد ورشکسته موجود یا نزد شخص دیگری از طرف تاجر مزبور امانت یا برای فروش گزاریده شده و موجود باشد، قابل استرداد است»، چون پولشان در بانک امانت است، به میزان مبلغی که در بانک موجود است پیش از سایر طلبکاران طلب خود را اخذ می‌کنند و داخل در غرما نمی‌شوند و نسبت به میزان مازاد از سپرده‌ها داخل در غرما می‌شوند؛ اما همان‌طور که پیش‌تر هم ذکر کردیم (ر.ک. شیروانی، ۱۳۹۸: ۱۶۱-۱۵۸). قرارداد بین بانک و سپرده‌گذار سرمایه‌گذاری عقد غیر معینی است که مطابق قانون رابطه امانی بین طرفین تشکیل می‌شود و نحوه شکل‌گیری امانت در این عقد غیر معین را به این صورت می‌توان توجیه کرد که این امانت، امانت عین مال نیست، بلکه امانت «ارزش و مالیت مال» است. بنابراین، باید گفت که هر چند سپرده‌های سرمایه‌گذاری نزد بانک امانت هستند، اما امانت عین خارجی نیستند و در نتیجه سپرده‌گذاران سرمایه‌گذاری نمی‌توانند با استناد به ماده ۵۲۹ قانون تجارت، مدعی شوند که پول آنها باید پیش از سایر سپرده‌گذاران پرداخته شود و سپرده‌گذاران مذکور مانند سایر سپرده‌گذاران باید وارد غرما شوند.

ج) طبکارانی که منشأ طلبشان غیر از سپرده است و سهام‌داران

در مورد طبکارانی که منشأ طلبشان به غیر از سپرده‌گذاری نزد بانک ورشکسته باشد، همان مقررات ورشکستگی مندرج در قانون تجارت (مصوب ۱۳۱۱) و قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی مصوب ۱۳۱۸ قابل اجرا است. سهام‌داران طلبکار بانک محسوب می‌شوند ولی در غرما وارد نمی‌شوند.

۴) طلبکاران مذکور در بند (۱) ماده ۵ دستورالعمل محاسبه سرمایه نظارتی و کفایت سرمایه مؤسسات اعتباری

مطابق بند (۱) ماده ۵ دستورالعمل محاسبه سرمایه نظارتی و کفایت سرمایه مؤسسات اعتباری، مصوب یک هزار و دویست و سی و سومین جلسه مورخ ۱۳۹۶/۳/۲۳ شورای پول و اعتبار: «سرمایه لایه (۲) به شرح زیر می‌باشد:

۵-۱. بدهی ایجاد شده ناشی از انتشار اوراق بدهی توسط مؤسسه اعتباری و صرف هر یک از آنها و همچنین سایر بدهی‌های مؤسسه اعتباری، مشروط به برخورداری از معیارهای زیر است: ۵-۱-۱. مدت زمان باقیمانده تا سررسید آن حداقل پنج سال باشد.

۵-۱-۲. تماماً پرداخت شده باشد.

۵-۱-۳. دارندگان آن تحت هیچ شرایطی حق دریافت سود اوراق مذکور را زودتر از موعد تعیین شده نداشته باشند.

۵-۱-۴. در صورت تصفیه و ورشکستگی مؤسسه اعتباری، مطالبات دارندگان این اوراق، پس از مطالبات سپرده‌گذاران و سایر بستانکاران مؤسسه اعتباری پرداخت شود و همچنین مشمول هیچ گونه ترتیبات دیگری که موجب ایجاد حق تقدم نسبت به سایر بستانکاران مؤسسه اعتباری شود، قرار نگیرد.

۵-۱-۵. توسط مؤسسه اعتباری و یا اشخاص مرتبط با آن تضمین نشده باشد.

۵-۱-۶. بازخرید اوراق حداقل تا پنج سال پس از انتشار تحت هیچ شرایطی امکان‌پذیر نباشد. بازخرید آن پس از مدت مذکور و با اخذ تأییدیه مکتوب بانک مرکزی امکان‌پذیر خواهد بود؛ مشروط بر اینکه پس از بازخرید، حدود تعیین شده در ماده ۶ این دستورالعمل، کماکان توسط مؤسسه اعتباری رعایت گردد.

۵-۱-۷. توسط اشخاص حقوقی مرتبط با مؤسسه اعتباری خریداری نشده باشد.

۵-۱-۸. منابع مالی لازم برای خرید آن توسط مؤسسه اعتباری تأمین نشده باشد.

نتیجه‌گیری

در حقوق امریکا، ناظران بانکی به ندرت بانک ورشکسته را تصفیه می‌کنند و دلیل آن هم این است که تصفیه روشی زمان‌بر و پرهزینه است و تنها زمانی از این روش استفاده می‌کنند که هیچ یک از روش‌های حل و فصل (گزیر) برای بانک ورشکسته قابل اعمال نباشد. اما در حقوق ایران،

با توجه به سکوت قوانین پولی و بانکی، در صورتی که بانکی از سوی دادگاه صالح ورشکست اعلام گردد، وارد فرآیند تصفیه می‌شود و به ناچار باید تصفیه گردد. فرآیند تصفیه بانک در حقوق امریکا و ایران شباهت‌های زیادی دارند.

تفاوت عمده این دو نظام حقوقی در مرجع تصفیه است. به این بیان که در حقوق امریکا شرکت بیمه سپرده فدرال علاوه بر اینکه ناظر نظام بانکی و مرجع بیمه‌گر سپرده‌ها است، مدیر تصفیه بانک ورشکسته هم محسوب می‌شود و دادگاه در این زمینه نقش چندانی ندارد.

تفاوت مهم دیگر در فرآیند تصفیه در حقوق امریکا و ایران در اولویت‌های سپرده‌گذاران است. همان‌طور که ملاحظه شد، در حقوق امریکا، شرکت بیمه سپرده فدرال ابتدا هزینه‌های تصفیه و طلب‌های با وثیقه را پرداخت می‌کند و پس از آن ابتدا مازاد سپرده‌های بیمه شده و سپس سپرده‌های بیمه نشده داخلی را به طور کامل پرداخت می‌کند. اما در حقوق ایران با توجه به اینکه میزان پیش‌بینی شده در بند (د) ماده ۴۱ قانون پولی و بانکی کشور برای مقدم کردن سپرده سپرده‌گذاران بر سایر تعهدات بانک ورشکسته بسیار ناچیز است، سپرده‌گذارانی که سپرده‌هایشان که از سقف تضمین تجاوز می‌کنند، در ردیف سایر طلبکاران عادی قرار می‌گیرند.

نکته‌ای که در خصوص بانک‌های ورشکسته‌ای که وارد فرآیند تصفیه می‌شوند باید در نظر داشت این است که تفاوت بانک با سایر تاجران در این است که در این مرحله نمی‌توان از طلبکارها به عنوان یک مجموعه با منافع مشابه یاد کرد. چرا که در مورد بانک‌های ورشکسته دولت، بانک مرکزی، صندوق ضمانت سپرده‌ها، سپرده‌گذاران و ... وجود دارند که به لحاظ مصالح اقتصادی کشور با طلبکاران سایر شرکت‌های تجاری متفاوت هستند. به بیان دیگر، اگر قانون‌گذار نخواهد به نحوی متفاوت با هیأت طلبکاران بانک ورشکسته رفتار کند، ممکن است منافع اقتصادی کشور آسیب ببیند. برای مثال، مطابق اساسنامه صندوق ضمانت سپرده‌ها، صندوق پس از پرداخت سپرده‌ها تا میزان مقرر شده، بدون هیچ اولویتی در ردیف طلبکاران بانک ورشکسته قرار می‌گیرد. حال اگر برای پرداخت بدهی صندوق ضمانت سپرده‌ها اولویتی وجود نداشته باشد، ممکن است بدهی صندوق پرداخت نشده بماند و در این صورت دولت مجبور به جبران این کسری است. چنان‌که تبصره ماده ۵ اساسنامه صندوق ضمانت سپرده‌ها بیان می‌کند که بانک مرکزی در صورت عدم تکافوی منابع صندوق برای ایفای تعهدات می‌تواند پس از تأیید هیأت عامل بانک مرکزی و تصویب هیأت وزیران، بخشی از منابع مالی صندوق را به صورت

تسهیلات تأمین کند. هم‌چنین، اگر بانک مرکزی به عنوان آخرین وام‌دهنده به بانک ورشکسته کمکی کرده است، پرداخت بدهی بانک مرکزی به عنوان بدهی ناشی از توانمندسازی بانک باید بر سایر بدهی‌های بانک مقدم باشد.

هم‌چنین، با توجه به اهمیت بازپرداخت سپرده‌ها در جلوگیری از پدیده هجوم بانکی و در نتیجه پیشگیری از ورشکستگی نظام بانکی کل کشور، قانون‌گذار پس از پرداخت بدهی صندوق ضمانت سپرده‌ها بابت پرداخت سپرده‌های بیمه شده، ابتدا سپرده‌های پس‌انداز مازاد بر سقف تضمین صندوق ضمانت سپرده‌ها را پرداخت کند. همان‌طور که پیش‌تر هم گفته شد، ماهیت این سپرده‌ها قرض است و به مالکیت بانک در می‌آیند که قانون‌گذار می‌تواند بنا بر مصالح نظام بانکی پرداخت این سپرده‌ها را در اولویت قرار دهد. پس از پرداخت سپرده‌های پس‌انداز مازاد بر سقف تضمین صندوق ضمانت سپرده‌ها، لازم است که سپرده‌های سرمایه‌گذاری مازاد بر سقف تضمین صندوق ضمانت سپرده‌ها پرداخت شوند. پس از آن اگر از اموال بانک چیزی باقی ماند، بدهی سایر طلبکاران پرداخت گردد.

پی‌نوشت‌ها

1. USC 11, Bankruptcy
2. Federal Deposit Insurance Act
3. Federal Deposit Insurance Corporation
4. Deposit Payoff
5. Fixed and Certain Rule

۶. ماده ۴۲ قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی مقرر می‌دارد: «اموال منقول پس از سه مرتبه به صدای بلند حراج‌چی به کسی که حداکثر را پیشنهاد کرده است واگذار می‌شود. همین ترتیب نسبت به اموال غیرمنقول رعایت می‌گردد مشروط بر اینکه به پیشنهاد بهای ارزیابی شده برسد و در صورت نبودن پیشنهاد مکفی فروش متوقف می‌ماند و وقت دیگری برای مزایده معین می‌شود. در مرتبه دوم که باید لااقل دو ماه پس از مزایده اول به عمل آید اموال غیر منقول به کسی که بالاترین قیمت را پیشنهاد می‌نماید واگذار خواهد شد».

۷. ماده ۴۱ قانون اداره تصفیه مقرر می‌دارد: «شرایط فروش لااقل ده روز قبل از مزایده در دفتر اداره در دسترس عموم گذارده خواهد شد و هر کس می‌تواند اطلاعات لازمه را کسب نماید. آگهی فروش شامل مکان، روز و ساعت مزایده خواهد بود و در مورد اموال غیر منقوله این آگهی یک

ماه قبل از اقدام به فروش به عمل می‌آید. برای بستن کارانی که حق وثیقه غیر منقول دارند نسخه از آگهی فرستاده شده و ارزیابی که به عمل آمده به آنها اعلام خواهد گردید».

8. Administrative expenses of the receiver
9. Secured claims
10. Domestic deposits, both insured and uninsured
11. Foreign deposits and other general creditor claims
12. Subordinated creditor claims
13. Shareholders
14. Value of the collateral securing the claim
15. Domestic deposit
16. Straight Deposit Payoff
17. Insured deposit transfer
18. Agent Institution or Transferee
19. Deposit Insurance National Bank (DINB)
20. FDIC (as subrogee for insured depositors)
21. The wording in the Federal Deposit Insurance Act, Sections (3)(1)(3), (3)(1)(5)(A), is the basis of this definition. The legislation specifically mentions the following territories of the United States: Puerto Rico, Guam, American Samoa, the Trust Territory of the Pacific Islands, the Virgin Islands, and the Northern Mariana Islands.
22. USC 11
23. Receiver's Certificate
24. <https://www.fdic.gov/deposit/deposits/index.html>.
25. Cf: 12 U.S.C. § 5389, 12 U.S.C. § 5390 (Dodd-Frank Act §§ 210(a)(2), 209(b))
26. Cf: 12 U.S.C. § 5389 (Dodd-Frank Act § 209(b))
27. Cf: 12 U.S.C. § 5386 (Dodd-Frank Act § 206)

۲۸. ماده ۵۱۴ قانون تجارت مقرر می‌دارد: «طلبکارهایی که رهنه در دست دارند فقط در صورت غرما برای یادداشت قید می‌شوند».

۲۹. به موجب ماده ۵ آیین‌نامه فصل دوم قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره) تحت عنوان آیین‌نامه تجهیز منابع پولی (مصوب ۱۳۶۲/۹/۲۷ هیأت وزیران) از تاریخ اجرای قانون قبول هر گونه وجه به حساب‌های پس‌انداز موجود مجاز نمی‌باشد. بانک‌ها با موافقت صاحبان حساب‌های پس‌انداز موجود به تدریج تا پایان سال ۱۳۶۳ نسبت به تبدیل این حساب‌ها به یکی از انواع سپرده‌های موضوع ماده ۳ قانون اقدام خواهند نمود. با انقضای مدت مذکور، سپرده‌های پس‌انداز موجود که تبدیل به عناوین جدید نشده باشند، حساب پس‌انداز قرض‌الحسنه تلقی می‌شوند.

۳۰. مطابق ماده ۶ آیین‌نامه فصل دوم قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره) تحت عنوان آیین‌نامه تجهیز

منابع پولی (مصوب ۱۳۶۲/۹/۲۷ هیأت وزیران) بانک‌ها سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار را به صورت سپرده سرمایه‌گذاری کوتاه‌مدت و بلندمدت قبول می‌کنند.
 ۳۱. مجموعه قوانین ۱۳۶۲، ص ۳۴۱-۳۳۶.

منابع

- اسکینی، ربیعا. (۱۳۸۸) *حقوق تجارت: ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته*، تهران: انتشارات سمت.
- ستوده تهرانی، حسن. (۱۳۹۳) *حقوق تجارت*، تهران: انتشارات دادگستر.
- شیروانی، خدیجه. (۱۳۹۸) «بررسی نظام حقوقی حاکم بر ورشکستگی بانک‌ها (مطالعه تطبیقی در حقوق امریکا، ایران، با تأکید بر موازین فقه امامیه)»، رساله دکتری، دانشگاه شهید مطهری.
- صقری، محمد. (۱۳۸۸) *حقوق بازرگانی «ورشکستگی»*، تهران: شرکت سهامی انتشار،
- کاویانی، کوروش. (۱۳۹۱) *حقوق ورشکستگی*، تهران: نشر میزان.
- Ambrasas, Tomas. (2015) *Bank Resolution Regime. Balancing Private and Public Interests, A Comparative Analysis*, Doctoral Dissertation, Vilnius, Basel.
- Black, H.C. (1999) *Black's Law Dictionary*, Editor: Bryan A. Garner, 7th ed., West Publishing Company.
- Bremer, C.D. (1935) *American Bank Failures*, New York: Columbia University Press.
- Federal Deposit Insurance Corporation. (2016) *Financial Institution Employee's Guide to Deposit Insurance*.
- <https://www.fdic.gov/deposit/deposits/index.html>.
- Kaufman, George. (2004) "Depositor Liquidity and Loss Sharing in Bank Failure Resolutions", *Contemporary Economic Policy*.
- Marino, James A, & Rosalind L. Bennett. (1999) "The Consequences of National Depositor Preference, *FDIC Banking Review*, Volume 12, No. 2.
- Ragalevsky, Stanly V. & Sarah J. Ricardi, (December 2009) "Anatomy of a Bank Failure", *Banking Law Journal*.
- Thomson, James B. (1994) "The National Depositor Preference Law," *Federal Reserve Bank of Cleveland Economic Commentary*.

حق تقدم در پذیره‌نویسی سهام جدید شرکت‌های سهامی در حقوق ایران و امریکا

عبدالرضا اسدی آقبلاغی^۱

چکیده: حق تقدم در پذیره‌نویسی سهام جدید شرکت همان حق اولویت سهام‌داران قبلی است که واجد ماهیت حقوقی خاص است. منبع حق تقدم در حقوق ایران، قانون و در حقوق امریکا، اساسنامه است. در حقوق این دو کشور حق تقدم، حق مالی قابل نقل و انتقال است. انتقال این حق در بورس یا خارج از آن صورت می‌گیرد و تابع محدودیت‌های سهام‌داران در انتقال سهم خود است. حق تقدم مشابه اموال منقول نزد ثالث توقیف می‌گردد و بدون تشریفات توقیف و مزایده فوراً و با تصویب دادگاه به فروش می‌رسد. در حقوق ایران حق تقدم از قواعد آمره و از حقوق غیر قابل الغای شرکای سابق است و مطابق اساسنامه نمی‌توان آنان را از این حق محروم کرد بلکه سلب حق تقدم تنها در اختیار صلاحیت مجمع عمومی فوق‌العاده می‌باشد که باید مستدل و موجه و از موارد حادث و غیرقابل پیش‌بینی از قبل باشد و در گزارش هیأت مدیره و بازرسان شرکت علل و جهات اتخاذ تصمیم منعکس شود. اما در حقوق امریکا، حق تقدم یک قاعده تکمیلی است و سهام‌داران در صورتی حق تقدم خواهند داشت که در اساسنامه لحاظ شده باشد. چنانچه در اساسنامه چنین حقی برای سهام‌داران در نظر گرفته نشده باشد آنها به موقع افزایش سرمایه و صدور سهام جدید حق تقدم نخواهند داشت مگر اینکه اساسنامه اصلاح شود.

کلیدواژه‌ها: حق تقدم، مالیت، توقیف، انتقال، سلب، موقتی.

مقدمه

امروزه رشد و گسترش فعالیت‌های اقتصادی به ویژه از طریق گسترش و توسعه شرکت‌های تجاری و تعاملات این شرکت‌ها با اشخاص حقوقی و حقیقی، نقش انکارناپذیری در پیشرفت همه جانبه

۱. قاضی دادگستری و مدرس دانشگاه.

کشورها داراست. در همین راستاست که اکنون در زمینه‌های اقتصاد، از مباحث مختلفی از قبیل خصوصی‌سازی و کاهش حجم تصدی‌گری دولت و واگذار کردن فعالیت‌های بازرگانی و اقتصادی و دیگر امور به بخش خصوصی باهدف تقویت بازار رقابتی و شکوفایی اقتصاد سخن رانده می‌شود. یکی از شرکت‌های تجاری که در این زمینه نقش مهمی ایفا می‌کند، شرکت‌های سهامی هستند که نقش بسزایی در جذب سرمایه‌های کوچک و به‌کارگیری آنها در فعالیت‌های اقتصادی کلان دارند.

قدرت اقتصادی و نفوذ مالی شرکت سهامی بستگی به میزان سرمایه آن دارد. هراندازه که میزان سرمایه بیش‌تر باشد، اعتماد اشخاص طرف معامله با شرکت از استحکام و اعتبار بیش‌تری برخوردار خواهد بود. سهام‌داران این شرکت‌ها علاوه بر حق دریافت سود سهام و حق رأی دادن، حق دیگری به نام حق تقدم در پذیره‌نویسی سهام جدید شرکت را دارند. هدف از اعطای این حق در ابتدا حفظ درصد مالکیت سهام‌داران در شرکت و کنترل سهام‌داران موجود بر اداره شرکت و هم‌چنین حفظ حقوق آنان در مقابل مدیران و کاهش بهای اسمی در نتیجه انتشار سهام جدید است. حق تقدم به سهام‌داران اقلیت اجازه می‌دهد تا از سهام سرمایه‌گذاری خود محافظت کنند و مانع سهام‌داران کنترلی در به دست آوردن سهام اضافی از بنگاه با قیمت پایین می‌شود (Kraakman & Armour, 2017: 182).

این حق، همه سهام‌داران شرکت را مجاز می‌نماید تا نسبت به مالکیت در سهام و پذیره‌نویسی آن اقدام کنند. سهام منتشره قبل از عرضه برای عموم مردم به سهام‌داران شرکت عرضه می‌شود تا در صورت تمایل از حق اولویت خود استفاده کنند. بنابراین، حق تقدم در پذیره‌نویسی سهام جدید شرکت، همان حق اولویت^۱ یا به تعبیر برخی از نویسندگان «حق خریدن قبل از دیگران» است (Frey, 1928, Vol. 38: 563).

امروزه حق تقدم موردتوجه اغلب قانون‌گذاران قرار گرفته و صورت قانونی پیدا کرده است، به طوری که در قوانین بیش‌تر کشورها، از جمله امریکا، صریحاً پیش‌بینی شده است. تفاوت‌های عمده‌ای در نظام حقوقی حاکم بر شرکت‌های سهامی، شیوه افزایش سرمایه شرکت‌های سهامی و حق تقدم ناشی از افزایش سرمایه در دو نظام حقوقی ایران و امریکا وجود دارد. برخلاف حقوق ایران، نظام حقوقی امریکا، در زمینه تشکیل و اداره شرکت‌ها، قانون واحد ندارد و هر ایالتی به صورت مستقل به تنظیم امور شرکت‌های خود می‌پردازد. در این میان، قانون نمونه شرکت‌های

تجاری^۲ امريکا و قانون متحدالشکل تجاری^۳، نیز برای ساير ایالات الزام آور نیستند. قانون نمونه، ماده خاصی را به بحث افزايش سرمايه اختصاص نداده است و تنها در ماده ۲۱، ۶ به تعريف و نحوه تعيين سرمايه شرکت و افزايش آن پرداخته است. طبق اين ماده، صلاحيت تصميم گيری در خصوص افزايش سرمايه اصولاً بر عهده هیأت مدیره است؛ مگر اینکه در اساسنامه شرکت برخلاف اين امر توافق شود.^۴

درحالی که در حقوق ايران، صلاحيت تصميم گيری در خصوص افزايش سرمايه منحصرأ برعهده مجمع عمومی فوق العاده است (ماده ۸۳ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت). منابع تأمین مالی سهام جديد، طبق اين ماده، می توانند اموال منقول و غیرمنقول و سودی که به شرکت می رسد، پول نقد، اسناد عندالمطالبه، اوراق بهادار، سهام و قرارداد ارائه خدمات به شرکت، در حال حاضر و یا در آینده باشد.^۵ در حالی که در حقوق ايران، افزايش سرمايه شرکت های سهامی عام، به دو روش عمده افزايش مبلغ اسمی سهام و صدور سهام جديد صورت می پذیرد (ماده ۱۵۷ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت).

منابع تأمین سرمايه سهام جديد ناشی از افزايش سرمايه نیز عبارتند از: پرداخت مبلغ اسمی سهم به نقد، تبديل مطالبات نقدي حاصل شده اشخاص از شرکت به سهام جديد، انتقال سود تقسيم نشده یا اندوخته و عواید حاصل از اضافه ارزش سهام جديد به سرمايه شرکت و تبديل اوراق قرضه به سهام (ماده ۱۵۸ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت) که در حال حاضر به دليل ربوی شناخته شدن اين اوراق، اوراق مشارکت جایگزین آن شده است.

در حقوق ايران، فقط شرکت های سهامی خاص اجازه دارند که مبلغ اسمی سهام جديد را به صورت غير نقد تأمین کنند (تبصره ۱ ماده ۱۸۵ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت). درحالی که نظام حقوقی امريکا از اين جهت تفاوتی میان انواع شرکت های سهامی نگذاشته است و حتی الامکان تأمین سرمايه سهام جديد از طريق قرارداد ارائه خدمت به شرکت در آینده نیز ممکن است (بند ب ماده ۲۱، ۶ قانون نمونه شرکت های تجاری امريکا).

با توجه به اهميت موضوع و با عنایت به محجور ماندن مباحث علمی و نظری حق تقدم، بر آن شدیم تا خصوص ماهيت حقوقی و خصوصيات اين حق در شرکت های سهامی را با کمک گرفتن از نظام حقوقی امريکا مورد بحث و تحليل قرار دهيم.

۱. شناخت حق تقدم در پذیره‌نویسی سهام جدید شرکت در حقوق ایران و امریکا

تشکیل شرکت‌های سهامی باعث به وجود آمدن مفاهیمی مانند سهام و حق تقدم در پذیره‌نویسی سهام جدید شرکت شده است که دارای پیچیدگی‌های خاص هستند. بررسی مالیت، قابلیت انتقال، توقیف و سلب حق تقدم، متفرع بر داشتن شناختی از چندوچون این حق است و اینکه حق تقدم دارای چه مفهوم و معنایی است؟ ماهیت حقوقی آن چیست؟ منبع این حق در نظام حقوقی ایران و امریکا چیست؟ آیا قانون، عرف، بنای عقلا، اساسنامه، تصمیم مجمع عمومی فوق‌العاده است، یا ترکیبی از آنهاست؟ یا اینکه آیا اساساً جزء اموال قرار می‌گیرد یا خیر؟ از طرفی، در تقسیم‌بندی اموال منقول و غیرمنقول جزء کدام است؟ اصولاً در صورت توقیف آن، آیا طلبکار یا محکوم له می‌تواند طلب خود را از محل آن بدون رعایت تشریفات مزایده، وصول کند؟

بدون داشتن شناختی از این حق، بررسی خصوصیات و ویژگی‌های آن ممکن نیست. بر همین اساس در این قسمت، به سه مبحث پرداخته‌ایم: در مبحث‌های اول و دوم مفهوم و ماهیت حق تقدم را بررسی می‌کنیم و در مبحث سوم به بررسی منبع این حق در نظام حقوقی ایران و امریکا می‌پردازیم.

۱-۱. مفهوم حق تقدم

ریشه لغوی حق به معنای ثبوت است (دهخدا، ۱۳۷۳: ۹۱۴۲). حق، برای ذوالحق ثابت است^۶ و منظور از آن اختیاری است که قانون برای فرد شناخته تا بتواند عملی را انجام دهد یا آن را ترک نماید (امامی، ۱۳۷۴: ج ۴: ۵). آنچه در این مبحث از آن سخن به میان می‌آید همان معنای منطقی مفهوم^۷ حق تقدم است؛ یعنی کلیه صفات و مشخصات مادی و غیرمادی‌ای که در معنی حق تقدم وجود داشته و به آنها موصوف و منتسب می‌باشد. حق تقدم در پذیره‌نویسی سهام جدید شرکت، دارای دو مفهوم است:

۱- مفهوم شکلی حق تقدم که سند قابل معامله‌ای است که حکایت از حق سهام‌دار نسبت به آن می‌باشد و به نام گواهینامه حق تقدم در مواد ۱۷۰ و ۱۷۱ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت، از آن نام برده شده است. بند «ج» ماده یک دستورالعمل مراحل زمانی افزایش سرمایه شرکت‌های ثبت‌شده نزد سازمان بورس و اوراق بهادار، گواهینامه حق تقدم را چنین تعریف

می‌کند: «گواهینامه‌ای است که در آن میزان حق تقدم در خرید سهم، وجوه قابل واریز و مطالبات سهام‌دار در صورتی که وجود داشته باشد قید شده است». طبق این برداشت، این گواهینامه «سندی» محسوب می‌شود که حاکی از مال بوده، ولی اصالتاً مال محسوب نمی‌گردد. با توجه به اهمیت گواهینامه حق تقدم، نمی‌توان به‌طور کلی مفهوم شکلی آن را نادیده گرفت. به خصوص که برابر ماده ۵۸ دستورالعمل اجرایی نحوه انجام معاملات در بورس اوراق بهادار تهران:

دارنده گواهی حق تقدم خرید سهام که مایل به فروش حق تقدم خود است، در دوره پذیرش نويسي به شرکت‌های کارگزاری مراجعه و نسبت به تکمیل درخواست فروش و تحویل گواهی حق تقدم خرید سهام به کارگزاری اقدام می‌نماید. فرم‌های خرید و فروش به همراه وکالت‌نامه تنظیم می‌گردد و به کارگزار تحویل می‌شود. خرید سهام جدید فقط با ارائه گواهینامه حق خرید سهام و ارائه آن به مسئولان بانکی که باید تأدیه مبلغ سهام جدید در آنها به عمل آید، امکان پذیر است.

هم چنین یکی از راه‌های مطمئن جهت توقیف حق تقدم، اخذ گواهینامه از سهام‌دار و سپردن آن به حافظ است.

۲- مفهوم ماهوی حق تقدم، که همان حق اولویت سهام‌داران قبلی در پذیرش نويسي سهام جدید است که به صورت مال ملموس و عینی وجود خارجی ندارد. مفهوم ماهوی حق تقدم را می‌توان به جنبه غیرمادی این حق تعبیر نمود. چراکه آنچه از نظر اقتصادی ارزش دارد و به این حق مالیت بخشیده است، همین جنبه و مفهوم است. در انتقال و توقیف نیز آنچه در حقیقت انتقال می‌یابد و یا توقیف می‌گردد، همین جنبه غیرمادی است. ماده ۱۶۶ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت^۸ این حق را که از جمله حقوق مالی وابسته به سهم می‌باشد، به رسمیت شناخته است. این حق دارای خصوصیات و ویژگی‌هایی است که در ادامه به آن خواهیم پرداخت. بنابراین حق تقدم امتیاز و اختیاری است که قانون‌گذار برای سهام‌داران مقرر نموده است.

شایسته ذکر است که سه نوع حق تقدم وجود دارد:

۱- حق تقدم برای خرید سهام عادی جدید (اضافی): رایج‌ترین شکل حق تقدم از نوع حق خرید سهام عادی جدید است. از دیدگاه بلاک اینگونه سهام عادی که به نسبت مالکیت برای سهام‌داران فروخته می‌شود معادل با سهم جایزه است.

۲- حق تقدم برای خرید اوراق بهادار قابل تبدیل به سهام: حق تقدم برای خرید اوراق قرضه و

هر نوع اوراق بهادار به غیر از سهام عادی قابل تبدیل به سهام عادی نوعی دیگر از حق تقدم است که شرکت‌ها می‌توانند منتشر کنند.

۳- حق تقدم برای خرید سایر اوراق بهادار یا دارایی‌ها: این حق تقدم‌ها برای خرید اوراق قرضه سهام ممتاز، سهام شرکت‌های فرعی و غیره با تقسیم سود یا توزیع سرمایه در مقایسه با حق تقدم برای خرید سهام عادی ارتباط نزدیکی دارد. اعلامیه حق تقدم نیز اطلاعیه‌ای است که برای سهام‌داران فعلی یک واحد اقتصادی فرستاده می‌شود و طی آن اختیار خرید از سهام جدید انتشار را متذکر می‌گردند. گیرنده این اطلاعیه چنانچه خود مایل به خرد سهام جدید نباشد، این اطلاعیه را به دیگران واگذار می‌کند (الله‌یاری، ۱۳۷۹: ۱۱-۹).

۱-۲. ماهیت حقوقی حق تقدم

تعیین ماهیت حقوقی حق تقدم در پذیره‌نویسی سهام جدید شرکت از حیث اینکه در دسته‌بندی اصطلاحات حقوقی جزء کدام دسته قرار می‌گیرد و آیا در زمره حقوق مالی یا غیرمالی است و در صورت قرار گرفتن در دسته حقوق مالی، ماهیت حقوقی دینی یا عینی دارد، یا اینکه واجد ماهیت حقوقی خاص می‌باشد، حائز اهمیت است.

حقوق مالی در یک تقسیم‌بندی سنتی به حق عینی و حق دینی تقسیم می‌گردد: «حق عینی، حقی است که شخص به‌طور مستقیم و بی‌واسطه نسبت به چیزی پیدا می‌کند و می‌تواند از آن استفاده کند» (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۶). از طرفی «حق دینی، حقی است که شخص نسبت به دیگری پیدا می‌کند و به موجب آن می‌تواند انجام دادن کاری را از او بخواهد. صاحب این حق را طلبکار و کسی را که ملزم است، مدیون یا بدهکار گویند» (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۸). «موضوع حق عینی، یک شیء مادی است و باید در خارج معین باشد ولی حق دینی ممکن است ناظر بر انجام دادن کار یا برخورداری از آن نیز باشد و اختصاص به اشیاء ندارد» (امامی، ۱۳۷۴، ج ۴: ۵).

با توجه به تعریف و ویژگی‌های حقوق عینی و دینی و مقایسه آن دو حق با حق تقدم در پذیره‌نویسی سهام جدید شرکت به نظر ماهیت حق تقدم با هیچ‌کدام از حقوق عینی و دینی منطبق نیست، زیرا حق تقدم به صورت وجه نقد نبوده، لذا یک حق مالی ویژه محسوب می‌شود که قابل نقل و انتقال می‌باشد و در ازای آن وجه نقد قرار می‌گیرد. لذا مسلماً مانند منافع متعلق به سهام، حق دینی تلقی نمی‌شود، چون حق دینی از ناحیه مدیون قابل سلب نیست، درحالی که حق تقدم ممکن

است توسط مجمع عمومی فوق‌العاده سلب شود. البته خصوص منافع متعلق به سهام نیز سهام‌دار طلبکار به معنای خاص کلمه نیست و فی‌الواقع شریک شرکت است. هم‌چنین با توجه به اینکه موضوع حق عینی یک شیء مادی است و باید در خارج معین باشد، حق تقدم در زمره حقوق عینی نیز قرار نمی‌گیرد، چراکه این یک حق مالی ویژه بوده و در خارج معین نمی‌باشد. از طرفی، حق عینی نیز قابل سلب نبوده و اگر نسبت به مالی حق عینی برای شخصی ایجاد گردید قابل سلب کردن نیست، درحالی‌که حق تقدم توسط مجمع عمومی فوق‌العاده قابل سلب است. لذا به نظر حق تقدم در پذیره‌نویسی سهام جدید شرکت مانند خود سهم، حق خاصی است که به سهام‌داران قبلی شرکت تعلق می‌گیرد. نظریه مشورتی کمیسیون آیین دادرسی مدنی اداره کل حقوقی قوه قضاییه به شماره ۹۷/۱۱/۱۵ - ۷/۹۷/۳۱۱۰ «حق تقدم شرکا در خرید سهام جدید، حق ویژه‌ای است که به موجب قانون ایجاد شده است و در قالب حق دینی یا عینی قرار نمی‌گیرد» مؤید این برداشت است.

۳-۱. منبع حق تقدم

منبع حق تقدم در پذیره‌نویسی سهام جدید شرکت در کشورهای مختلف متفاوت است. قانون، عرف، اساسنامه و تصمیم مجمع عمومی منبع حق مزبور است. اولین کشوری که حق تقدم را پیش‌بینی نمود، کشور آلمان بود و سپس در قوانین سایر کشورها وارد شد. در برخی کشورها مانند هلند تصمیم مجمع عمومی، منبع اصلی حق مزبور است. به این ترتیب که مجمع عمومی ضمن اجازه افزایش سرمایه، تعیین تکلیف می‌کند (اعظمی، ۱۳۵۳: ۱۹۴). در نظام حقوقی امریکا، سهام‌داران در صورتی حق تقدم خواهند داشت که در اساسنامه این حق برای آنها لحاظ شده باشد؛ و چنانچه در اساسنامه شرکت چنین حقی برای سهام‌داران در نظر گرفته نشده باشد، آنها به موقع افزایش سرمایه و صدور سهام جدید حق تقدم نخواهند داشت، مگر اینکه اساسنامه شرکت اصلاح شود. بند الف ماده ۳۰، ۶ قانون نمونه شرکت‌های تجاری امریکا، در این خصوص مقرر می‌دارد: «سهام‌داران شرکت برای کسب سهام صادر نشده شرکت حق تقدم ندارند، مگر در حیطه اساسنامه شرکت». بنابراین سهام‌داران اصولاً حق تقدم ندارند، مگر اینکه مؤسسان هنگام تأسیس شرکت برخلاف این ماده تراضی کرده و حق تقدم را در اساسنامه با شرایط دلخواه خود بگنجانند. لذا منبع حق تقدم در پذیره‌نویسی سهام جدید شرکت در نظام حقوقی امریکا، اساسنامه است.

بند ب ماده ۶۳۰، قانون نمونه در بیان عباراتی که حاکی از درج حق تقدم در اساسنامه شرکت است، مقرر می‌دارد: «عبارت درج شده در اساسنامه شرکت عبارت است از: شرکت تصمیم گرفته حق تقدم داشته باشد یا هر عبارت یا نقل قول مشابهی که به معنی اعمال قاعده حق تقدم باشد». درواقع قانون نمونه در جهت تسهیل تدوین اساسنامه برای مؤسسان شرکت، عباراتی را که حاکی از درج حق تقدم در اساسنامه است، ذکر می‌کند. این در حالی است که این عبارات موضوعیت ندارند و حصری نیستند، بلکه هر عبارت مشابهی که به‌طور صریح حاکی از قصد مؤسسان شرکت برای درج حق تقدم در اساسنامه باشد، معتبر است.

حق تقدم در خرید سهام در نظام حقوقی امریکا یک قاعده تکمیلی است و شرکت در زمینه تعیین شرایط آن اختیارات وسیعی دارد و سهام‌داران می‌توانند برخلاف اراده قانون‌گذار در اساسنامه، حق تقدم را سلب کنند. به نظر می‌رسد در نظام حقوقی ایران منبع این حق، قانون باشد چراکه اولاً، مقنن صراحتاً در ماده ۱۶۶ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت، حق تقدم را به عنوان یکی از حقوق مالی وابسته به سهام به رسمیت شناخته است و اگر مقنن چنین تصریحی نداشت نمی‌توانستیم چنین حقی را برای سهام‌دار قائل باشیم. سلب این حق به وسیله مجمع عمومی فوق‌العاده نیز به لحاظ تجویز قانون‌گذار است و اگر مقنن سلب آن را تجویز نمی‌کرد، مجمع عمومی فوق‌العاده چنین اختیاری نداشت.

ثانیاً، «حق تقدم سهام‌داران قدیم در پذیره‌نویسی سهام جدید که در ماده ۱۶۶ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مقرر شده است جنبه آمره دارد و نمی‌توان در اساسنامه خلاف آن را پیش‌بینی کرد» (اسکینی، ۱۳۸۵: ۲۵۵). «اصل حق تقدم سهام‌داران جدید به موجب اساسنامه قابل اسقاط نیست» (صقری، ۱۳۹۳: ۶۵۹). بنابراین حق تقدم، قاعده امری در جهت حفظ حقوق سهام‌داران قدیم است. بدین معنا که مؤسسان شرکت نمی‌توانند موقع تدوین اساسنامه شرکت چنین حقی را از سهام‌داران سلب کنند.

۲. خصوصیات حق تقدم در حقوق ایران و امریکا

حق تقدم در پذیره‌نویسی سهام جدید شرکت اوصاف سهامی را دارد که از آن ناشی شده است و انتقال حق تقدم تابع محدودیت‌های صاحبان سهام در انتقال سهم خود می‌باشد. هرگاه انتقال سهم موکول به موافقت مجمع عمومی یا مدیران شرکت باشد، انتقال حق تقدم نیز موکول به موافقت

همان مرجع خواهد بود (اسکینی، ۱۳۸۵، ج ۲: ۲۱۱).

در نظام حقوقی ایران و امریکا حق تقدم در پذیره نویسی سهام جدید شرکت با توجه به دارا بودن ماهیت خاص، دارای خصوصیات متعددی است که بر بعضی از این خصایص از نظر حقوقی، آثار مهمی مترتب است که بررسی آنها ضروری است. لذا در این نوشتار از شش خصوصیت حق تقدم صحبت به میان می آید. بنابراین، مالی بودن، انتقال پذیر بودن، قابلیت توقیف، قابل سلب بودن، امری بودن و ضرورت وجود گواهی حق تقدم، از ویژگی های بارز حق تقدم می باشد که آنها را مورد بررسی قرار خواهیم داد.

۱-۲. مالی بودن حق تقدم

در یک تقسیم بندی کلی حق را به مالی و غیرمالی تقسیم می کنند: حق غیرمالی امتیازی است که هدف از آن رفع نیازهای عاطفی و اخلاقی انسان است (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۳). موضوع این حق روابط غیرمالی اشخاص است و ارزش دادوستد نداشته و قابل ارزیابی با پول نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۱۰۱)، مانند حق بنوت و حق زوجیت. حق مالی، امتیازی است که نظام حقوقی هر کشور به منظور تأمین نیازهای مادی اشخاصی به آنها می دهد (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۵). این حقوق به اموال و منافع تعلق می گیرد و محل آنها مال یا منفعت است؛ مثل حق فروشنده در ثمن، و حق مشتری در مبیع. این دسته از حقوق قابل مبادله و تقویم به پول هستند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۱۰۱).

حقوق مالی دو ویژگی اساسی دارند: نخست اینکه قابل مبادله و انتقال به غیراست، و دوم اینکه قابلیت تقویم به پول و ارزش گذاری دارد. قابلیت مبادله حقوق مالی با پول سبب می شود که حق مالی اصولاً قابل انتقال بوده و طلبکاران بتوانند با توقیف و فروش حق بدهکار به طلب خود برسند. حق تقدم به عنوان یک حق مالی هر دو ویژگی را داراست. به این صورت که هم قابل نقل و انتقال است و هم قابل تقویم و ارزش گذاری. ازاین رو به عنوان یکی از مصادیق حق مالی به شمار می آید، چون قابل مبادله با پول در بازار سرمایه بوده و بر اساس آن ارزیابی می گردد. لذا، حق تقدم در پذیره نویسی سهام شرکت یک حق مالی معینی با ویژگی های خاص و قابل تملک می باشد که به موجب گواهینامه حق تقدم به نسبت مالکیت سهام تعیین و معامله می شود. بنابراین مالی تلقی شدن حق تقدم در خرید سهام جدید در نتیجه قابلیت واگذاری آن به عنوان حق مالی است (پاسبان،

۱۳۹۴: ۲۷۴). حق تقدم با وجود وابستگی که به سهام دارد و یکی از حقوق وابسته به آن است، فی نفسه ارزشمند و دارای منفعت عقلایی است و به عنوان یک مکانیسم کنترلی و ضدتقلیلی عمل می‌کند و مانع رقیق شدن درصد مالکیت متناسب سهام‌داران می‌شود. از طرفی موجب درآمدهای برای سهام‌داران و ایجاد پویایی و گردش مالی در بازار سرمایه می‌گردد. فواید و کاربردهای یادشده موجب می‌شود که حق تقدم به عنوان حق مالی و منفعت منفصل ناشی از سهام شناخته شود.

۲-۲. قابل نقل و انتقال بودن حق تقدم

اصل قابلیت نقل و انتقال حق تقدم در ماده ۱۶۶ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت آمده است. لذا انتقال حق تقدم وقتی صورت می‌پذیرد که صاحبان حق مزبور برای پذیره‌نویسی جدید، سرمایه کافی ندارند یا اصولاً به خرید سهام جدید تمایلی نشان نمی‌دهند (افتخاری، ۱۳۸۴: ۱۶۸). قانون‌گذار در خصوص نحوه انتقال این حق مطلبی بیان نکرده است، لذا لازم نیست انتقال آن در قالب یکی از عقود معین مانند صلح باشد. بنابراین ممکن است در قالب قرارداد موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی صورت پذیرد. انتقال حق تقدم ممکن است در بورس^۹ (اسکینی، ۱۳۸۵، ج ۲: ۲۱۱) یا خارج از آن صورت گیرد. در صورتی که انتقال در بورس انجام گیرد، روش انتقال حق تقدم سهام‌داران مانند روش انتقال سهام است و از این جهت شکل خاصی برای انتقال آن در نظر گرفته نشده است.

بنابراین در این مورد نیز فرم‌های خرید و فروش به همراه وکالت‌نامه تنظیم می‌گردد و به کارگزار تحویل می‌شود. خرید سهام جدید فقط با ارائه گواهینامه حق خرید سهام و ارائه آن به مسئولین بانکی که باید تأدیه مبلغ سهام جدید در آنها به عمل آید، امکان‌پذیر می‌باشد. لذا برای تعیین اینگونه سهام‌داران و ارائه گواهینامه خرید سهام جدید به آنها در اطلاعیه پذیره‌نویسی باید به اینگونه سهام‌داران اطلاع داده شود که ظرف مدت حداقل ۲۰ روز به شرکت مراجعه و گواهینامه خرید سهام جدید را از مسئولین شرکت دریافت دارند (فروچی، ۱۳۷۲: ۱۲۷). برای صاحبان سهام با نام، گواهینامه خرید باید توسط پست سفارشی ارسال گردد (حسنی، ۱۳۷۸: ۱۸۳). نکته قابل توجه در واگذاری حق تقدم این است که در این مورد بورس اوراق بهادار مبادرت به صدور گواهی نقل و انتقال و سپرده سهام نمی‌نماید، بلکه شرکت خود نسبت به صدور ورقه سهام جدید به نام خریدار

اقدام می‌کند. انتقال حق تقدم در شرکت‌های پذیرفته‌شده در بورس و فرابورس از ویژگی‌های اوراق بهادار برخوردار است. بنابراین معامله حق تقدم سهام چنین شرکت‌هایی نیز باید در بازار پایه فرا بورس انجام گیرد (صفی‌نیا، ۱۳۸۱: ۱۴۲).

صدور سهام جدید ممکن است چند ماه طول بکشد، زیرا بدو شرکت می‌بایست افزایش سرمایه داده و آن را ثبت کند و سپس مبادرت به صدور اوراق سهام جدید نماید. شیوه معمول این است که بعد از صدور سهام جدید در مورد انتقال حق تقدم، خریدار خود باید به شرکت مراجعه و سهام را دریافت دارد. شایان ذکر است برابر ماده ۴۰ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت، مادام که انتقال با شرایط آن در دفتر ثبت سهام شرکت به ثبت نرسیده باشد، انتقال در برابر شرکت و اشخاص ثالث معتبر نیست، لذا معامله بر روی گواهی نقل و انتقال و سپرده سهام قبل از نقل و انتقال قانونی آن عملاً غیرممکن است. بنابراین معمولاً سهام‌داران قبل از ثبت آن در دفتر سهام، مبادرت به انتقال مجدد آن نمی‌نمایند. هرچند اگر معامله‌ای نیز صورت یافته باشد، بین طرفین معتبر است. در این وضعیت و مثلاً موقعی که گواهی مزبور پنج مرتبه بدون ثبت انتقال، موضوع معامله قرار می‌گیرد، اداره پایاپای وجوه و سهام، کلیه سوابق را از کارگزاران مربوطه در هر مورد تحویل گرفته و نسبت به تهاجر معاملات واسطه اقدام می‌نماید. بنابراین معامله واقع بین خریدار دوم، سوم و چهارم تهاجر می‌شود و تنها فروشنده اولی سهم، تعهد تسلیم گواهی و حق دریافت وجه آن را خواهد داشت و آخرین خریدار نیز متعهد به پرداخت ثمن معامله می‌باشد (صادقی، ۱۳۷۷: ۱۲۳).

بدیهی است اشخاص واسطه به همان مقدار که سهم خریده‌اند به همان مقدار هم فروخته‌اند ولی لزوماً جهت خرید و فروش آنها یکسان نیست، لذا درست است که گواهی نقل و انتقال و سپرده سهم را رد و بدل نمی‌کند ولی وجوه پرداختی و دریافتی آنها مشمول مابه‌التفاوت است که بنا به مورد باید دریافت یا پرداخت کنند. در مورد مالیات انتقال سهام و حق تقدم سهام در بورس اوراق بهادار، دولت معمولاً با اعمال معافیت‌هایی درصدد جلب مردم به سمت بورس اوراق بهادار می‌باشد. اعمال این معافیت‌ها صرفاً در مورد خریدار و فروشنده سهام نبوده بلکه شرکت‌های پذیرفته‌شده در بورس نیز از معافیت‌های مالیاتی در این خصوص برخوردار می‌باشند (زرننگ، ۱۳۷۷: ۱۲۰). انتقال حق تقدم تابع محدودیت‌های صاحبان سهم در انتقال سهم خود است (عرفانی، ۱۳۷۱، ج ۲: ۱۱۵). بنابراین در شرکت‌های سهامی عام، انتقال سهم نمی‌تواند مقید یا مشروط باشد و

به طور مطلق آزاد است. لذا حق تقدم نیز مانند سهم، علی الاطلاق قابل نقل و انتقال می باشد، اما در مورد شرکت های سهامی خاص، نقل و انتقال سهم ممکن است مشروط به موافقت مدیران یا مجامع عمومی باشد. در نتیجه نقل و انتقال حق تقدم نیز تابع قیودی است که برای انتقال سهم مقرر گردیده است (صفی نیا، ۱۳۸۱: ۱۴۲) و اگر چنین نباشد فلسفه وجودی شرایط و محدودیت های نقل و انتقال سهام در شرکت های سهامی خاص در زمان افزایش سرمایه شرکت خودبه خود منتفی می گردد.

فایده دیگر قابلیت انتقال حق تقدم این است که به شرکایی که توان مالی جهت پذیره نویسی و خرید سهام جدید ندارند و یا تعداد لازم سهم برای پذیره نویسی سهام جدید شرکت ندارند، امکان می دهد حق تقدم خود را به دیگری واگذار کنند و از این طریق کسب درآمد کنند و قسمتی از تقلیل درصد مالکیت سهام ناشی از افزایش سرمایه را جبران نمایند، و یا تعداد لازم حق تقدم برای پذیره نویسی سهام جدید اتباع کنند (اعظمی، ۱۳۵۳: ۱۹۷). برابر قانون نمونه شرکت های تجاری امریکا، قابلیت معامله و درآمدزایی حق تقدم برای سهام داران از ویژگی های آن است.

لازم است ذکر شود با توجه به آمره بودن قواعد مربوط به حق تقدم نمی توان سهام داران را وادار کرد قبل از موعد ۶۰ روز، از حق تقدم خود اعراض کنند یا آن را به دیگری منتقل کنند (اسکینی، ۱۳۸۵: ۲۵۷)؛ اما با توجه به تکمیلی بودن قواعد مربوط به حق تقدم در نظام حقوقی امریکا، برابر بخش دوم از بند ب ماده ۳۰، ۶ قانون نمونه شرکت های تجاری امریکا «سهام داران ممکن است از حق خود صرف نظر کنند. اسقاط حقی که به صورت کتبی مستند شده باشد غیر قابل انکار است حتی در صورتی که عوضی در قبال اسقاط حق خود اخذ نکرده باشد». با توجه به ماده فوق، سهام داران می توانند قبل از گذشتن موعد مقرر برای اعمال حق تقدم از حق خود صرف نظر کرده و آن را ساقط کنند.

شایسته است متذکر گردیم در خصوص نحوه محاسبه بهای حق تقدم قانون گذار ساکت است اما برخی از حقوق دانان عقیده دارند میزان حق تقدم از طریق مقایسه مبلغ سرمایه و سهام اولیه با مبلغ افزایش سرمایه و سهام جدید و بالاخره تعداد سهام هر سهام دار محاسبه می شود. مثلاً اگر شرکتی دارای ۲۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال سرمایه شامل ۲۰/۰۰۰ سهم ۱/۰۰۰ ریالی باشد و بخواهد مبلغ ۱۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال از طریق انتشار ۱۰/۰۰۰ سهم جدید ۱/۰۰۰ ریالی افزایش سرمایه بدهد، میزان حق تقدم هر سهام دار در پذیره نویسی عبارت است از یک سهم جدید در قبال دو سهم قدیم. به

عبارتی سهام‌دار قدیم درازای دارا بودن دو سهم که سابقاً داشته، می‌تواند یک سهم جدید با قیمت رسمی ۱/۰۰۰ ریال بدون پرداخت مبلغ اضافه (اضافه ارزش سهم) پذیره‌نویسی نماید که در این صورت بهای حق تقدم برابر نصف اضافه ارزش سهام است (اسکینی، ۱۳۸۵: ۲۱۱).

$$\frac{\text{تعداد سهام قدیم}}{\text{تعداد سهام جدید}} = \text{میزان حق تقدم} \Rightarrow \frac{20000}{10000} = \frac{2}{1}$$

$$\frac{\text{مبلغ سرمایه موجود}}{\text{مبلغ افزایش سرمایه}} = \text{میزان حق تقدم} \Rightarrow \frac{20000000}{10000000} = \frac{2}{1}$$

شایان‌ذکر است تفاوت بین ارزش واقعی سهم و ارزش رسمی سهم، اضافه ارزش سهام نامیده می‌شود (اسکینی، ۱۳۸۵: ۲۱۱)، اما برخی دیگر بر این عقیده‌اند که بهای حق تقدم تابع قانون عرضه و تقاضاست و این خود تابع عواملی از قبیل قیمت سهام منتشره جدید و ارزش سهم به‌طور کلی پس از عملی شدن افزایش سرمایه است و هر قدر بین قیمت تجاری سهم و ارزش انتشار سهام جدید اختلاف وجود داشته باشد به همان نسبت نیز بر ارزش حق تقدم اضافه می‌گردد (اعظمی، ۱۳۵۳: ۱۹۷). از میان این دو عقیده به نظر می‌رسد که نظر اول نزدیک‌تر به صواب بوده و در راستای حفظ حقوق سهام‌داران قدیمی است چون در محاسبه آن، ارزش واقعی سهم مدنظر قرار می‌گیرد.

لازم است متذکر گردیم در نظام حقوق ایران، نوع سهام منتشره جدید و هم‌چنین نوع سهام سابق در استفاده از حق تقدم صاحبان سهام بی‌تأثیر است. صاحبان سهام عادی و ممتاز در استفاده از حق مذکور، از حقوق مساوی و برابر برخوردارند. هم‌چنین نوع سهام جدید در استفاده از حق مذکور دخالت ندارد و در نتیجه سهام جدید خواه عادی باشد یا ممتاز، شرکای سابق اعم از صاحبان سهام عادی و ممتاز برای دیدن نظر موافق، حق تقدم دارند (ر.ک. اعظمی، ۱۳۵۳: ۲۰۲).

۳-۲. قابل توقیف بودن حق تقدم

حق تقدم در زمره حقوق مالی وابسته به سهام بوده و قابل نقل و انتقال است به گونه‌ای که ما به عوض مالی دارد و سهام‌دار می‌تواند آن را به غیر منتقل کند، ولی اعمال این حق موکول به مهلت زمانی خواهد بود. از این رو سهام‌دار در این مهلت که کم‌تر از شصت روز نخواهد بود، باید نسبت به اعمال آن اقدام کند. مقنن در خصوص توقیف این حق مالی راه سکوت را در پیش گرفته و دکترین و رویه قضایی نیز این خلأ را جبران ننموده‌اند. لذا با این وجود می‌خواهیم ببینیم که آیا در

نظام حقوقی ایران و امریکا، حق تقدم در پذیره نویسی سهام جدید شرکت قابلیت توقیف دارد؟ و اینکه نحوه توقیف آن چگونه است؟

حقوق مالی که قابل نقل و انتقال ارادی باشند در قبال طلب طلبکار اجرایی قابل توقیف می باشند و حق تقدم نیز از این قاعده مستثنا نیست؛ زیرا در زمره حقوق مالی قابل نقل و انتقال قرار گرفته و شرایط مال قابل توقیف را داراست. ماده ۸۷ قانون اجرای احکام مدنی نیز مؤید این نظر است. هرچند ماده مزبور به صراحت قابلیت توقیف حق تقدم را بیان ننموده است، اما کلیه اموال متعلق به محکوم علیه نزد ثالث را قابل توقیف دانسته که حق تقدم یکی از مصادیق آن است (اسدی آقبلاغی، ۱۳۸۱: ۹۷).

در خصوص نحوه توقیف این حق به نظر می رسد مقررات حاکم بر نحوه توقیف اموال منقول نزد ثالث بر آن جاری خواهد بود. چه آنکه این حق مانند اموال منقول مادی نبوده که نزد مدیون باقی باشد، بلکه یک مال اعتباری است که سهام دار باید برای اعمال آن به ناچار از طریق شرکت اقدام کند. بنابراین در صورتی که محکوم له تقاضای توقیف حق تقدم را نمود، واحد اجرای احکام مدنی مطابق ماده ۸۷ قانون اجرای احکام مدنی اختطاری در خصوص توقیف حق مزبور به همراه یک برگ اجرائیه به شرکت ارسال می دارد و از شرکت می خواهد در قبال محکوم به و هزینه های اجرایی، حق تقدم را توقیف و مراتب را به واحد اجرا اعلام کند. شرکت نیز پس از وصول اختطاریه، مطابق دستور مدیر اجرا حق مزبور را توقیف و مراتب را به واحد اجرا اعلام می کند. شایان ذکر است که آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی مصوب ۱۳۸۷/۶/۱۱ رئیس قوه قضائیه با اصلاحات بعدی، چگونگی توقیف حق تقدم را بیان نکرده است و نظری از دکترین نیز در این رابطه وجود ندارد. اما باید گفت شیوه توقیف حق تقدم همانند توقیف اموال منقول نزد ثالث (شرکت) خواهد بود. بدین ترتیب توقیف نامه به درخواست طلبکار اجرایی تهیه و پس از امضای مسئول دایره اجرا، جهت ابلاغ به مأمور اجرا تسلیم می شود و وی پس از مراجعه به مرکز اصلی شرکت یک برگ توقیف نامه را به رؤیت مدیرعامل خواهد رساند و یک برگ را نیز به مدیون ابلاغ می کند. مدیرعامل به میزان بدهی و هزینه های اجرایی که اعلام شده حق تقدم را توقیف و به دایره اجرا اعلام خواهد نمود (اسدی آقبلاغی، ۱۳۸۱: ۹۸).

مطابق برنامه متحدالشکل تجاری امریکا (U.C.C.)، اسناد تجاری قابل توثیق هستند.^{۱۰} مقصود

از اسناد تجاري: چك،^{۱۱} سفته،^{۱۲} برات،^{۱۳} گواهي سپرده^{۱۴} و وثايق سرمايه‌اي^{۱۵} يعني سهام^{۱۶} و اوراق قرضه^{۱۷} مي‌باشند. اين اوراق، مابين تعهدي پولی بوده و به صرف تسليم و بدون نياز به ظهنريسي، انتقال مي‌يابد.^{۱۸} اين قسم از اموال موضوع وثيقه، اموال سرمايه‌اي و اعتبارات اسنادي را در برنمي‌گيرد.

به موجب بخش ۹ سابق قانون متحدالشكل تجاري امريكا، تكميل و استقرار^{۱۹} حق وثيقه در اسناد يادشده، صرفاً به شيوة تصرف آنها صورت مي‌گرفت؛^{۲۰} از آنجايكه اعمال اين حكم در مواردی كه موضوع وثيقه، مشتمل بر مجموعه‌اي از اسناد است، منجر به بروز برخي مشكلات عملي مي‌گرديد، قانون‌گذار در مقام اصلاح اين حكم برآمده و در سال ۱۹۹۸، تكميل و استقرار حق وثيقه در اسناد را به شيوة ثبت اين حق به رسميت شناخت (Sepinuck, 2008: 955).^{۲۱} با وجود اين، براي قسمت از بخش ۹ اصلاحي چنين خدشه شده است كه استقرار اين حق به شيوة ثبت آن، مانع از تقدم خريداران و متصرفان آنها نيست؛ زيرا به موجب قانون يادشده، اشخاصي كه اسناد مزبور را خريداري كرده، عوض را پرداخته و با حسن نيت آنها را در تصرف خود دارند، بر دارندگان حق وثيقه‌اي كه حق خود را به شيوة غير از تصرف اين اسناد، مستقر نموده‌اند، تقدم دارند،^{۲۲} مگر آنكه از وجود حق مستقر سابق آگاه باشند (www. jackscamp.com).

برابر U.C.C. 9-203 شرايط لازم براي صحت قرارداد توثيقي و يا به عبارت ديگر شرايط لازم براي تشكيل حق وثيقه بستانكار در اموال موضوع وثيقه مقرر شده است كه در صورت رعايت اين شرايط از جانب طرفين معامله وثيقه‌اي، مال موضوع وثيقه، متعلق حق بستانكار قرار مي‌گيرد.

۱- توافق براي انعقاد معامله؛

۲- كتبي بودن بخش‌هاي خاصي از مفاد قرارداد و امضاي آن از طرف مديون و يا تصرف مال موضوع وثيقه از سوي دارنده حق وثيقه؛

۳- وجود حق مديون در مال موضوع وثيقه؛

۴- اعطاي ارزش^{۲۳} از طرف بستانكار به مديون در قبال تحصيل حق وثيقه در مال مديون.

نويسندگان U.C.C. تحقق حق وثيقه بستانكار در اين مرحله را Attachment of Security Interest ناميده‌اند كه مي‌توان آن را مسامحتاً به تعلق حق وثيقه بستانكار بر مال موضوع وثيقه تعبير كرد. حقي كه در اين مرحله يعني بعد از رعايت شرايط مذكور در بخش U.C.C. 9-203 براي بستانكار حاصل مي‌شود از ديد مقررات U.C.C. حقي ناقص است؛

بدین معنی که این حق صرفاً در مقابل مدیون و برخی از اشخاص ثالث که مال موضوع وثیقه بعد از تعلق حق بستانکار به آن، متعلق حق آنها نیز واقع شده است، قابل استناد می‌باشد.

برای روشن شدن موضوع مثالی می‌آوریم. فرض کنیم (ب) با انعقاد یک معامله وثیقه‌ای با (الف) حق وثیقه‌ای نسبت به اتومبیل (الف) تحصیل می‌کند. وی بعد از انعقاد معامله با رعایت شرایط مندرج در بخش ۲۰۳-۹ مقررات راجع به تکمیل حق وثیقه را اجرا نمی‌کنند. از نظر مقررات U.C.C. حق وثیقه او در این مرحله ناقص است. حال اگر (الف) مجدداً با انعقاد معامله دیگری با (ج) همان اتومبیل را نزد وی به وثیقه بگذارد و برخلاف (ب)، (ج) تمام مقررات راجع به تکمیل حق وثیقه را رعایت کرده و حق خود را کامل نماید، در صورت قصور مدیون از پرداخت دین، (ج) برای استیفا طلب خود از محل مال موضوع وثیقه بر (ب) مقدم خواهد بود. این بدان معنی نیست که (ب) هیچ حقی در مال موضوع وثیقه ندارد، بلکه حق وی ناقص است و اگر در فرض مورد بحث، مال مزبور متعلق حق اشخاصی که مقررات U.C.C. حقوق آنها را مقدم بر حق دارنده وثیقه ناقص قرار داده است، واقع نشود، او می‌تواند حق خود را همانند یک حق کامل شده به اجرا بگذارد. بر مبنای مقررات U.C.C. یک شخص با انعقاد معامله وثیقه‌ای با مدیون دوگونه حق وثیقه می‌تواند تحصیل کند: در وهله اول، بعد از انعقاد معامله در چهارچوب شرایط مقرر برای آن، حق او ناقص خواهد بود، بدان معنی که در بالا اشاره شد. حال اگر وی خواهان حمایت بیش‌تری در قبال ادعاهای اشخاص ثالث باشد، باید قواعد دیگری مانند ثبت را که بسته به نوع مال دارد نیز غیر از شرایط لازم برای صحت معامله وثیقه‌ای رعایت کند که در صورت رعایت و اجرای این مقررات حق ناقص وی تبدیل به حقی کامل می‌گردد.

شایان ذکر است در نظام حقوقی ایران هرچند صرف توقیف، موجب خروج مال از مایملک مدیون نخواهد شد، لیکن دایره استیلاي مدیون بر اموال خود را تحت نظام خاصی قرار می‌دهد و مدیون نخواهد توانست در مال، تصرفاتی که مضر به حقوق طلبکار اجرایی باشد، بنماید. بارزترین این محدودیت‌ها، ممنوعیت در نقل و انتقال است؛ زیرا نقل و انتقال قطعاً مضر به حقوق طلبکار اجرایی بوده و با این کار طلبکار نخواهد توانست از محل مال توقیف شده به طلب خود برسد. لذا مقنن برای حمایت از طلبکار، چنین انتقالی را غیر نافذ دانسته است، خواه توقیف در دایره اجرای دادگستری یا ثبت اسناد و املاک به عمل آمده باشد؛ اما در نظام حقوقی معاملات وثیقه‌ای U.C.C. برخلاف حقوق ایران هیچ حکمی در زمینه محدود کردن دامنه تصرفات مالک مقرر

نشده است. نویسندگان U.C.C. در بخش‌های ۳۱۴-۹ و ۳۱۵-۹ این مقررات، صرفاً به تبیین پیامدهای تصرفات مالک پرداخته‌اند. به بیان دیگر، آنچه در مقررات U.C.C. مورد توجه نویسندگان آن بوده، نتایج تصرفات مالک و تعیین وضعیت حقوقی حق بستانکار بعد از انجام این تصرفات از جانب مالک است. البته این بدان معنی نیست که در این نظام، مالک از انجام هر تصرفی حتی اگر به زیان دارنده حق وثیقه نیز باشد، آزاد است، بلکه عدم ذکر محدودیت مزبور بدین جهت است که قواعد عام خارج از مقررات U.C.C. مالک را از انجام این تصرفات منع می‌کند،^{۲۴} کماینکه در حقوق ایران نیز قواعد عمومی، اشخاص را از اضرار به یکدیگر منع می‌کنند.

ویژگی‌های نظامی را که نویسندگان U.C.C. برای حمایت از حق وثیقه بستانکار در قبال تصرفات مالک در مال موضوع وثیقه برگزیده‌اند، می‌توان برشمرد:

۱- تعلق حق بستانکار بر مال موضوع وثیقه، مالک را از انجام تصرفات در این اموال در راستای فعالیت‌های تولیدی خود برای تولید محصول جدید یا الحاق یا ترکیب آنها با کالای دیگر، محروم نمی‌کند، و صرف توثیق، مانع انتقال حق مدیون به دیگری از طریق قرارداد فروش یا معاوضه نیست، هرچند منافعی کم‌تر را به وجود می‌آورد.

۲- هرچند انتقال‌پذیری حقوق مدیون در مال موضوع وثیقه،^{۲۵} قاعده‌ای است که در قانون متحدالشکل تجاری امریکا به رسمیت شناخته شده است، به گونه‌ای که توافق خلاف آن نیز از سوی طرفین قرارداد فاقد اثر است،^{۲۶} اما در هر حال حق دارنده وثیقه را در مال مزبور زایل نمی‌کند، بلکه خریدار، مال را با تعلق حق بستانکار به آن، تملک می‌کند. تداوم حق دارنده وثیقه در مال موضوع وثیقه در صورتی است که وی رضایت به انتقال حق مدیون نداشته باشد در غیر این صورت خریدار مال موضوع وثیقه را به صورت طلق تملک خواهد کرد.^{۲۷} بنابراین انتقال اموال مزبور بدون رضایت دارنده حق وثیقه، موجب می‌شود که به رغم انتقال حقوق مدیون در آن اموال به خریدار، حق دارنده وثیقه در مال موضوع وثیقه و نیز عواید ناشی از آن^{۲۸} هم‌چنان به قوت خود باقی باشد.^{۲۹} طبق مفاد قسمت پایانی بخش ۳۰۶(۲)-۹ U.C.C. علاوه بر تداوم حق وثیقه و حق تقدم بستانکار در مال مورد وثیقه بعد از انتقال توسط مدیون، دارنده وثیقه، تضمینی اضافه‌ای نیز تحصیل می‌کند که عبارت از تحقق حق وثیقه وی در عوض قابل تعیینی است که مدیون در قبال انتقال حق خود تحصیل کرده است. هدف از ایجاد وثیقه زاید برای بستانکار این است که در

صورت تلف یا ناقص شدن مال مورد وثیقه در دست منتقل‌الیه، طلب طلبکار بدون وثیقه باقی نماند و حقوق دارنده وثیقه حفظ گردد و این درواقع ایجاد وثیقه برای او در عوض دریافتی مدیون می‌باشد. در هر صورت چه دارنده حق وثیقه رضایت به انتقال حق مدیون داشته باشد و خواه نداشته باشد نسبت به عوضی که مدیون در قبال حق خود دریافت کرده است حق وثیقه خواهد داشت. به عبارت دیگر، عوض مال موضوع معامله، رهنه و وثیقه قرار می‌گیرد.

بنابراین در نظام حقوقی امریکا، اصل بر بقای حق دارنده وثیقه، در عوض ناشی از انتقال موضوع وثیقه است؛ مگر آنکه عوض و عواید ناشی از این انتقال، قابل تعیین و یا شناسایی نباشد. پذیرش اصل انتقال‌پذیری حقوق مدیون در مال موضوع وثیقه بدون نیاز به رضایت دارنده وثیقه مقتضی آن است که از حقوق اشخاص ثالث که بدون آگاهی از وجود حق وثیقه بر مال مزبور، اقدام به خرید آن نموده‌اند، حمایت شود؛^{۳۰} همچنان که از دارنده حق وثیقه از طریق حکم به تداوم حق وی در مال مزبور پس از انتقال آن و نیز تحقق حق وثیقه برای او در عوض دریافت شده، حمایت می‌شود. مقررات U.C.C. برخلاف حقوق ایران در این مورد نیز ملاحظات اقتصادی را مدنظر قرار داده و با تدوین مقرراتی منسجم، امکان تعارض میان اصل انتقال‌پذیری حقوق مدیون و حق وثیقه بستانکار و حقوق اشخاص ثالث را از بین برده است. ازاین‌رو باوجوداینکه در هر دو نظام این قاعده پذیرفته شده است که تصرفات مدیون نباید به زیان دارنده وثیقه و ثالث باشد، ولی در حقوق ایران به جهت وجود خلأ قانونی درباره تبیین وضعیت بستانکار بعد از انجام تصرفات حقوقی از سوی راهن در مال موضوع معامله، دامنه تصرفات مجاز وی بسیار محدود تر از مقررات U.C.C. می‌باشد.

۴-۲. موقتی بودن حق تقدم

حق تقدم در پذیرهنویسی سهام جدید شرکت حقی موقتی^{۳۱} و مقید به زمان است. به عبارت دیگر، جزء آن نوع حقوق مالی است که اگر سهام‌دار در مدت تعیین‌شده آن را اعمال یا منتقل نکند، پس از انقضای مدت، مالیت خود را از دست داده و ارزش اقتصادی نخواهد داشت؛ زیرا هدف از وضع چنین حقی رعایت عدالت بین سهام‌داران قبلی و جدید شرکت است و از طرفی این حق هنگامی متصور است که شرکت قصد ترمیم سرمایه خود را داشته باشد. لذا اگر سهام‌داران قبلی تمایلی جهت ترمیم سرمایه از خود نشان ندهند سرمایه موردنظر باید توسط سهام‌داران جدید تأمین

گردد و در صورتی که اعمال حق مزبور نامحدود باشد و سهام‌داران قبلی قصد انتقال حق خود را نداشته باشند، شرکت به هدف خود نائل نمی‌گردد و چه‌بسا موجبات اضرار و حتی انحلال شرکت فراهم گردد. بنابراین اعمال این حق باید مقید به زمان باشد تا چنانچه در مهلت معینه سهام‌داران قبلی حق خود را اعمال نکردند، شرکت بتواند توسط سهام‌داران جدید سرمایه خود را ترمیم کند. برابر ماده ۱۶۶ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت: «... مهلتی که طی آن سهام‌داران می‌توانند حق تقدم مذکور را اعمال کنند کم‌تر از ۶۰ روز نخواهد بود. این مهلت از روزی که برای پذیره‌نویسی تعیین می‌گردد شروع می‌شود.» مجمع عمومی یا هیأت مدیره مجاز است مدتی بیش از ۶۰ روز را برای اعراض یا انتقال حق تقدم تعیین کند. هرچند در عمل کم‌تر دیده شده است که شرکتی برای اعمال حق اعراض مدتی بیش‌تر از مهلت قانونی مقرر کند (اسکینی، ۱۳۸۵: ۲۵).

در نظام حقوقی امریکا نیز حق تقدم جزء حقوق موقت و مدت‌دار سهام‌داران محسوب می‌شود. بدین صورت که طبق قسمت اول بند ب ماده ۳۰، ۶ قانون نمونه شرکت‌های تجاری: «سهام‌داران شرکت تحت شرایط و ضوابط یکسان تجویز شده توسط هیأت مدیره، در یک فرصت معقول و منصفانه جهت اعمال حق تقدم که از طرف هیأت مدیره مشخص می‌شود، حق تقدم دارند تا مقدار متناسب از سهام صادر نشده شرکت را که هیأت مدیره قصد صدور آن را دارد کسب کنند.» این قانون مدت مشخصی جهت اعمال حق تقدم مقرر نکرده است و تعیین این مدت را بر عهده هیأت مدیره گذاشته است؛ و این رکن شرکت می‌تواند بنا به مصالح شرکت و سهام‌داران مدت زمانی را تعیین کند. البته مدت تعیین شده باید معقول و منصفانه باشد تا سهام‌داران بتوانند اقدام به اعمال حق خود بنمایند.

حال مسئله‌ای که مطرح می‌گردد این است که آیا می‌توان بر پایه این خصوصیات حق تقدم را در زمره مال ضایع‌شدنی یا مالی که ادامه توقیف آن موجبات کسر فاحش قیمت است، دانست و آن را پس از ارزیابی و با تصویب دادگاه بدون رعایت تشریفات بازداشت و مزایده، به فروش رساند و طلب طلبکار اجرایی را وصول نمود؟ در پاسخ باید گفت چون پس از انقضای مهلت، حق تقدم فاقد ارزش و مالیت خواهد شد و از طرفی مهلت مقید و محدود بوده و ممکن است انجام تشریفات توقیف و مزایده به طول بینجامد و چه‌بسا قبل از انقضای مهلت امکان مزایده فراهم نگردد، به نظر می‌رسد بتوان این حق را در حکم مالی دانست که ادامه توقیف و انجام تشریفات بازداشت و مزایده نه تنها باعث کسر فاحش قیمت بلکه موجب از بین رفتن ارزش آن می‌شود.

بنابراین این حق مشمول ماده ۶۶ قانون اجرای احکام مدنی بوده و باید بدون تشریفات توقیف و مزایده، با تصویب دادگاه فوراً به فروش برسد تا از محل فروش آن هم طلب طلبکار اجرایی وصول گردد و هم خریدار فرصت کافی برای اعمال این حق را داشته باشد (اسدی آقبلاغی، ۱۳۸۱: ۱۲۴).

لازم است ذکر گردد که توقیف حق تقدم در پذیره نویسی سهام جدید شرکت مستلزم توقیف سهام نیست و سهام دار می تواند هر نوع تصرفاتی در سهام خود بنماید، لیکن انتقال سهام مستلزم انتقال حقوق وابسته به آن نیز می باشد. این انتقال خللی به حقوق طلبکار اجرایی وارد نخواهد آورد اما سهام دار باید هنگام انتقال سهام، خریدار را از بازداشت بودن حق تقدم مطلع کند و گرنه خریدار در صورت عدم اطلاع، خواهد توانست معامله را فسخ کند. این برداشت از ملاک ماده ۵۳ قانون مدنی قابل استنباط است که مقرر می دارد: «انتقال عین از طرف مالک به غیر موجب بطلان حق انتفاع نمی شود ولی اگر منتقل الیه جاهل باشد که حق انتفاع متعلق به دیگری است، اختیار فسخ معامله را خواهد داشت.»

۵-۲. قابل سلب بودن حق تقدم

حمایت از شرکای سابق و حفظ حقوق آنان، علت ایجاد حق تقدم به نفع کلیه سهام داران در پذیره نویسی سهام جدید شرکت است. حقوق سهام داران قبلی به مناسبت ورود سهام داران جدید از چند جهت ممکن است در معرض تضییع و تهدید قرار گیرد (اعظمی، ۱۳۵۳: ۱۱۳-۱۱۲). اول آنکه، قدرت آرایه که قبل از ازدیاد سرمایه به صاحبان سهام تعلق داشت، تقلیل پیدا می کند. در این صورت رفع آن مقدور نخواهد بود، زیرا مطابق قانون، ایجاد سهم فاقد حق رأی جایز نیست. درحالی که رأی یکی از مهم ترین حقوق وابسته به سهم است.

دوم اینکه، ورود شرکای جدید موجب تقلیل حصة شرکای سابق در ذخایر شرکت می شود و در نتیجه از ارزش حقیقی سهام آنان کاسته می گردد. کاهش درصدی حقوق سهام داران با صرف صدور سهام جدید رخ می دهد و بر درصد مالکیت دارایی های سهام داران سابق اثر می گذارد. در این میان بیش از همه حق رأی و حق دریافت سود سهام داران سابق و حق دریافت باقیمانده اموال شرکت به موقع انحلال شرکت تحت تأثیر قرار می گیرد، زیرا شرکای جدید نیز با ورود در شرکت در کلیه دارایی و در نتیجه ذخایر شرکت شریک می شوند و به نسبت درصد مالکیت سهام منتفع

می‌شوند. در حالی که در تشکیل و ایجاد منافع مالی مذکور دخالتی نداشته‌اند.

سوم آنکه، صاحبان سهام اگر مالک درصد معینی از سهام باشند، می‌توانند از بعضی حقوق استفاده کنند و به همین جهت برای حفظ و حراست حقوق خود و تأمین وضع سابق، علاقه‌مند هستند درصد حصه آنان در سرمایه شرکت حفظ شود. مثلاً به موجب ماده ۲۷۶ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت «شخص یا اشخاصی که مجموع سهام آنها حداقل یک‌پنجم مجموع سهام شرکت باشد می‌توانند در صورت تخلف یا تقصیر رئیس و اعضای هیأت‌مدیره و یا مدیرعامل بنام و از طرف شرکت و به هزینه خود علیه آنان اقامه دعوا نموده و جبران کلیه خسارات وارده به شرکت را مطالبه کنند».

حال اگر با ازدیاد سرمایه شرکت و صدور سهام جدید، اشخاص جدیدی وارد شرکت شوند درصد سابق که به شرکای قبلی تعلق داشت تقلیل پیدا می‌کند و به حقوق آنان لطمه وارد می‌شود، زیرا برای اقامه دعوی مسئولیت، مالکیت یک‌پنجم سهام کافی است و هر قدر بر سرمایه و تعداد سهام اضافه شود به همان نسبت درصد لازم برای اقامه دعوا از طرف شرکای سابق تقلیل پیدا می‌کند. لذا برای جلوگیری از تقلیل حقوق و حمایت از سهام‌داران قبلی در مقابل خسارات و ضرری که از ورود شرکای جدید متحمل می‌شوند، تنها وسیله کافی و مطمئن، شناسایی حق تقدم در پذیره‌نویسی سهام جدید برای شرکای سابق است. عرضه حق تقدم مزایایی را برای سهام‌داران فعلی به دنبال دارد، از جمله اینکه حق تقدم، خاصیت ضدتقلیلی داشته و باعث حفظ تناسب حقوق سهام‌داران فعلی و کنترل آنان بر روی شرکت می‌شود. چراکه با ورود سرمایه‌گذاران جدید قدرت رأی‌گیری در میان صاحبان سهام جدید و قدیم توزیع می‌شود. فلذا، قدرت سهام‌داران فعلی برای انتخاب ارکان مختلف شرکت کاهش یافته و نمی‌توانند آن‌چنان که مایل هستند اهداف مختلف خود را به پیش ببرند. اگر مدیران موقعیت خود را نزد سهام‌داران فعلی مستحکم ببینند، عرضه سهام به صورت حق تقدم را ترجیح می‌دهند؛ اما اگر این موقعیت را سست ببینند با انتشار سهام جدید و فروش آن به سایر سرمایه‌گذاران، میزان کنترل سهام‌داران فعلی را کم‌رنگ می‌کنند تا توان برکناری مدیریت فعلی را از دست بدهند. البته از آنجایی که در نظام حقوقی ایران تصمیم‌گیری در خصوص افزایش سرمایه بر عهده مجمع عمومی فوق‌العاده است این مسئله صادق نیست؛ اما در نظام حقوقی امریکا برابر بند (الف) ماده ۲۱، ۳۶ قانون نمونه شرکت‌های تجاری، مدیران قدرت تصمیم‌گیری در مورد افزایش سرمایه از طریق صدور سهام جدید را دارند؛ در صورتی که موقعیت

خود را در میان سهام‌داران مستحکم ببینند، به عرضه سهام با حق تقدم اقدام می‌کنند. درغیراین صورت سهام جدید را بدون اعمال چنین حقی صادر می‌کنند تا با ورود سرمایه‌گذاران جدید امکان برکناری خود را کاهش دهند.

شایسته ذکر است انتشار سهام جدید به بهای کم‌تر، قیمت بازار سهام را کاهش می‌دهد. وقتی سهام‌داران حق تقدم خود را اعمال نکنند و آن را انتقال دهند، این کاهش به زیان آنها خواهد بود؛ اما اگر سهام‌داران از حق خرید خود استفاده کنند زیانی از این بابت به آنها تحمیل نمی‌شود. به همین علت این حق در کلیه کشورهای برای شرکای سابق شناخته شده است.

برای مثال، در نظام حقوقی لبنان (دویدار، ۱۹۹۵: ۷۸۹؛ الحمصی، ۲۰۰۳: ۲۱) واردن (المکیلی، ۲۰۰۲، ج ۴: ۲۵۸) سهام‌داران قبلی در خرید سهام جدید حق اولویت و تقدم دارند. دخالت سهام‌داران جدید در شرکت به ضرر سهام‌داران قدیمی است، زیرا در صورت افزایش سهام میزان سودی که به سهام سهام‌داران قدیمی تعلق می‌گیرد کاهش می‌یابد و از جهت دیگر ممکن است دخالت سهام‌داران جدید، اکثریت در مجامع عمومی را دستخوش تغییر نماید. به همین دلیل قانون برای سهام‌داران قدیمی در خرید سهام به نسبت سهامشان حق اولویت مقرر نموده است. بنابراین سلب این حق موقعی جایز است که علل و جهاتی آن را اقتضا کند. مثلاً، اگر یکی از طلبکاران مهم شرکت قبول کند که طلبش به سهام تبدیل شود یا گروه بانفوذی بپذیرد که به شرکت وارد شود (اسکینی، ۱۳۸۵: ۲۱۲) یا سهام جدید شرکت به شخصی که دارای تخصص و تجربه کافی بوده و از شریک شدن وی استفاده زیادی عاید شرکت شود یا اگر سرمایه‌گذاران بزرگ و عمده برای خرید سهام به قیمتی بیش از قیمت پذیرهنویسی مایل باشند عرضه حق تقدم چنین فرصتی را از دست شرکت خارج می‌کند، زیرا سهام جدید بایستی با قیمت پذیرهنویسی به سهام‌داران معینی عرضه شود. این جهات باید از جهات حادث و غیرقابل پیش‌بینی از قبل باشد؛ لذا این حق را طبق مندرجات اساسنامه نمی‌توان از صاحبان سهام سلب کرد و یا به نفع بعضی از آنان ایجاد کرد (اعظمی، ۱۳۵۳: ۱۱۴). سلب حق تقدم در پذیرهنویسی باید درباره تمام صاحبان سهام یکسان و بدون تبعیض باشد. چنانچه حق تقدم در پذیرهنویسی سهام جدید از بعضی سهام‌داران به نفع بعض دیگر سلب شود، سهام‌دارانی که سهام جدید به آنها اختصاص داده شده است در اخذ رأی مربوط به سلب حق تقدم سایر صاحبان سهام حق شرکت ندارند (ستوده تهرانی، ۱۳۷۸، ج ۲: ۲۳۲). بنابراین مطابق مواد ۱۶۶ به بعد لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت، نظر مقنن بر این است که

حق تقدم از قواعد آمره و حقوق غیرقابل الغای شرکای سابق است و مطابق اساسنامه نمی‌توان آنان را از این حق محروم کرد، بلکه سلب حق تقدم تنها در اختیار و صلاحیت مجمع عمومی فوق‌العاده می‌باشد که علت سلب این حق باید مستدل و موجه باشد و در گزارش هیأت‌مدیره و بازرسان شرکت، علل و جهات اتخاذ این تصمیم منعکس شود (فروچی، ۱۳۷۲: ۱۲۱). قانون در مورد محتوای توجیه هیأت‌مدیره ساکت است، اما برخی از نویسندگان معتقدند که «این توجیه باید در رابطه با عملیات مالی شرکت باشد. مثلاً طلبکاران حائز اهمیت شرکت می‌خواهند به عوض مطالبات خود از سهام جدید شرکت، پذیرهنویسی نمایند ولی تمایل ندارند اضافه ارزش سهام جدید را به شرکت پرداخت کنند» (عرفانی، ۱۳۷۱، ج ۲: ۱۳۰)، اما با توجه به اینکه در نظام حقوقی امریکا، حق تقدم در خرید سهام یک قاعده تکمیلی است، امکان سلب آن در اساسنامه یا توسط مدیران وجود دارد.

شایان‌ذکر است مطابق ماده ۲۶۳ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت، دادن اطلاعات نادرست به مجمع عمومی از جانب هیأت‌مدیره برای سلب حق تقدم صاحبان سهام، متضمن مسئولیت کیفری آنان نیز خواهد بود، اما در خصوص مسئولیت مدنی هیأت‌مدیره قانون‌گذار ساکت است.

حال مسئله‌ای که مطرح می‌گردد این است که آیا در این صورت مدیران، در قبال سهام‌داران قبلی که حق تقدم آنان سلب شده مسئولیت مدنی دارند؟ به نظر می‌رسد هرچند که مقنن مسئولیت مدنی مدیران را بیان نکرده، اما با عنایت به اینکه مدیران بایست مطابق مواد ۱۶۷ و ۲۶۳ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت، اطلاعات درست در توجیه سلب حق تقدم به مجمع عمومی فوق‌العاده بدهند و فی‌الواقع متعهد به دادن اطلاعات صحیح هستند. در صورت تخلف، تعهد قانونی خود را نقض نموده‌اند، لذا مطابق ماده ۲۷۳ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت و مواد ۲۲۱ و ۲۲۷ قانون مدنی ملزم به جبران خسارت وارده به سهام‌داران قبلی هستند.

سؤال دیگری که به ذهن متبادر می‌گردد این است که آیا سهام‌داران قبلی می‌توانند از دادگاه صالح، بطلان مصوبه مجمع عمومی فوق‌العاده در خصوص سلب حق تقدم را بخواهند؟ ماده ۲۷۰ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مقرر نموده «هرگاه مقررات قانونی در مورد تشکیل شرکت سهامی یا عملیات آن یا تصمیماتی که توسط هر یک از ارکان شرکت اتخاذ می‌گردد رعایت نشود بر حسب مورد بنا بر درخواست هر ذی‌نفع بطلان... تصمیمات مذکور به حکم دادگاه

اعلان خواهد شد لیکن ... صاحبان سهام شرکت نمی‌توانند در مقابل اشخاص ثالث به این بطلان استناد نمایند». با توجه به اینکه سلب حق تقدم در فرض سؤال برخلاف قانون و حق قانونی سهام‌داران قبلی می‌باشد، لذا مطابق ماده مزبور سهام‌داران قبلی می‌توانند از دادگاه صالح بطلان مصوبه مجمع عمومی فوق‌العاده را بخواهند؛ اما اگر عملیات پذیره‌نویسی سهام جدید تمام شده و اشخاص جدید سهام را پذیره‌نویسی نموده باشند، با توجه به اینکه اشخاص ثالث اصولاً از تصمیمات شرکت بی‌اطلاع هستند، این بطلان تأثیری در پذیره‌نویسی آنان نداشته و سهام‌دار جدید شرکت محسوب می‌شوند و همان‌طور که بیان شد سهام‌داران قبلی حق مراجعه به مدیران جهت دریافت خسارت را خواهند داشت.

قانون‌گذار ایران مطابق تبصره ماده ۱۶۷ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت، اجازه سلب حق تقدم سهام‌داران به نفع اشخاص غیرمعین را نداده است، خواه شرکت در بورس حضور داشته باشد خواه نداشته باشد. مدت سلب حق تقدم صاحبان سهام به مدتی بستگی دارد که مجمع عمومی برای افزایش سرمایه شرکت معین کرده است. به موجب ماده ۱۶۴ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت، مدت مزبور نباید از پنج سال از تاریخ تصمیم مجمع عمومی تجاوز کند. به همین دلیل سلب حق تقدم تا مدت مزبور مجاز است، ولی هرگاه این مدت منقضی شود هم افزایش سرمایه باید دوباره در مجمع عمومی تصویب شود و هم سلب حق تقدم صاحبان سهم (اسکینی، ۱۳۸۵: ۲۱۴-۲۱۳). شایان‌ذکر است سهام‌داران نسبت به شرکت سهامی تعهداتی دارند که می‌باید مطابق مواد ۳۵ الی ۳۸ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت، انجام دهند. اگر در مهلتی که برای تأدیه مبلغ اسمی سهام معین گردیده، تعهد را انجام دهند، صاحب سهم، وظیفه و تکلیف دیگری ندارد و از کلیه حقوق وابسته به سهم بهره‌مند می‌شود، اما اگر موعد منقضی گردید و صاحب سهم به تعهد خود عمل نکرد ملزم به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه است و پس از اخطار از طرف شرکت و گذشتن یک‌ماه از تاریخ اخطار اگر مبلغ مورد مطالبه و خسارت تأخیر تماماً تأدیه نشود، شرکت می‌تواند با رعایت تشریفات مقرر اینگونه سهام را در بورس یا در مزایده به معرض فروش بگذارد. پس از انتشار آگهی فروش هرگاه قبل از تاریخی که برای فروش معین شده است، کلیه بدهی‌های مربوط به سهم را پرداخت کند، شرکت از فروش سهم خودداری می‌کند.

صاحب سهمی که در مهلت مقرر بقیه مبلغ اسمی سهام را پرداخت نکند، حق حضور و رأی

در مجامع عمومی را از دست می‌دهد. هم‌چنین حق دریافت سهام جدید شرکت نسبت به اینگونه سهام معلق خواهد ماند و ممکن است تعلیق حق تقدم موجب گردد که مهلت استفاده از حق مزبور به حدی کم شود که احتمال خروج از مالیت برود. بنابراین با توجه به ماده ۶۶ قانون اجرای احکام مدنی و مواد ۳۵ تا ۳۸ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت، شرکت بدون رعایت تشریفات مزایده می‌تواند حق تقدم را از طریق بورس یا مزایده واگذار و بقیه مبلغ اسمی سهام را از محل انتقال این حق برداشت کند.

سؤال دیگری که در این زمینه می‌توان مطرح نمود آن است که اگر شخصی با استفاده از حق تقدم احد از شرکا در افزایش سرمایه شرکت سهامی، مشارکت نمود و سهام جدید به نام او ثبت شد، آیا مالک سهام جدید می‌شود؟ یا به تعبیر دیگر، «چنانچه در مورد تعدادی از سهام و در زمان تصرف مالکانه به صورت ظاهری (الف) افزایش سرمایه صورت گیرد و (الف) نسبت به پرداخت مبلغ اسمی سهام جدید اقدام نموده و مالک شود، سپس در دعوایی (ب) ثابت کند که سهام اولیه آقای (الف) متعلق به وی بوده است و سهام مذکور به وی بازگشت نماید حال در مورد سهام جدید مالک آنچه کسی است؟ آیا به صرف استفاده از حق اولویت مذکور توسط (الف) و تضییع حق (ب) از این لحاظ، (ب) مالک سهام مذکور می‌شود؛ و یا اینکه (ب) می‌تواند خسارت خود را بگیرد؟» کمیسیون آیین دادرسی مدنی اداره کل حقوقی قوه قضاییه در نظریه مشورتی به شماره ۹۷/۱۱/۱۵-۷/۹۷/۳۱۱۰ به این سؤال چنین پاسخ داده است:

در فرض سؤال که «الف» به لحاظ تصرف مالکانه تعدادی سهام در زمان افزایش سرمایه شرکت با پرداخت مبلغ اسمی سهام جدید، آن را خریداری نموده و متعاقباً با طرح دعوای «ب» با حکم دادگاه معلوم می‌شود که سهام اولیه متعلق به وی (ب) بوده است و مسترد می‌شود، به نظر می‌رسد چون واگذاری سهام جدید به اعتبار حق تقدم دارنده سهام اولیه بوده و این سهام از حیث مالکیت تابع سهام اولیه است و در این خصوص اشتباه شده است، با عنایت به مواد ۳۱۰ و ۳۰۳ قانون مدنی، طرح دعوای استرداد سهام جدید و صدور حکم برابر آن بلاشکال است.

۲-۶. ضرورت وجود گواهی حق تقدم

در ماده ۱۷۰ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت، در مورد آگهی افزایش سرمایه در شرکت‌های سهامی عام به گواهینامه حق تقدم خرید سهام اشاره شده و ویژگی‌های آن در ماده

۱۷۱ لایحه قانونی یادشده آمده است. با توجه به اینکه از چنین گواهینامه‌ای، نامی در ماده ۱۶۹ لایحه قانونی مذکور برای شرکت‌های سهامی خاص نیامده است، این سؤال مطرح می‌شود که آیا در شرکت مزبور صدور گواهینامه‌های حق تقدم ضروری است؟

در این خصوص برخی از حقوق‌دانان معتقدند: استفاده از تشریفات مذکور به جهت عدم ذکر قانون‌گذار ضروری نمی‌باشد (ستوده تهرانی، ۱۳۷۸، ج ۲: ۲۳۵). با این حال، به چند دلیل به نظر می‌رسد در شرکت‌های سهامی خاص نیز همانند شرکت سهامی عام، صدور گواهینامه‌های حق تقدم ضروری باشد: نخست آنکه، گواهی مورد بحث با فرض وجود حق تقدم سهام‌داران به خرید سهام جدید، موضوعیت می‌یابد و شاید تنها مدرک آن به شمار رود. بنابراین اگرچه در ماده ۱۶۹ لایحه قانونی مذکور راجع به شرکت سهامی خاص، نامی از گواهینامه مزبور به میان نیامده است، اما صدور آن ضرورت دارد. به همین جهت در هر حال بر وجود حق تقدم برای سهام‌داران شرکت سهامی خاص باید سندی تعریف شود (پاسبان، ۱۳۹۴: ۲۷۸). دوم اینکه، وقتی قانون‌گذار در ماده ۱۷۰ لایحه قانونی مذکور برای پذیره‌نویسی شرکت سهامی عام که سهام‌داران آن گاهی به چند هزار عضو هم می‌رسند، گواهی حق تقدم را لازم دانسته است، به‌طریق اولی در شرکت سهامی خاص که سهام‌داران آن محدود هستند، نیز چنین امری را باید لازم دانست. سوم آنکه، ماده ۱۶۶ لایحه قانونی یادشده به قابلیت نقل و انتقال حق تقدم سهام اشاره می‌نماید، اما ساز و کار انتقال این حق را مشخص نمی‌کند؛ از این رو، با استقرا از مواد ۱۷۰ و ۱۷۱ لایحه قانونی یادشده و مواد ۵۸ تا ۶۰ دستورالعمل اجرایی نحوه انجام معاملات در بورس اوراق بهادار تهران مصوب ۱۳۸۹ (که در فصل دوازدهم آن، شرط انتقال حق تقدم، داشتن گواهی حق تقدم دانسته شده است) می‌توان به ضرورت لزوم گواهی حق تقدم جهت پذیره‌نویسی سهام جدید پی برد.

نتیجه‌گیری

حق تقدم در پذیره‌نویسی سهام جدید شرکت همان حق اولویت سهام‌داران قبلی در پذیره‌نویسی سهام جدید است که بر اثر افزایش سرمایه شرکت به وجود می‌آید. از آنجاکه سهام‌داران یک شرکت خواهان حفظ حقوق و موقعیت خود در شرکت هستند، انتظار دارند در هنگام افزایش سرمایه و انتشار سهام جدید از سوی شرکت، نسبت به سایر خریداران اولویت داشته باشند. به همین دلیل، ابتدا شرکت به سهام‌داران قبلی خود سهام جدید را برای پذیره‌نویسی عرضه می‌کند.

آنها نیز در استفاده و یا صرف نظر کردن از این حق، مختارند؛ اما از آنجا که مبلغ پذیره نویسی سهام جدید شرکت، با مبلغ واقعی سهام متفاوت است، سهامداران معمولاً از این حق تقدم استفاده می‌کنند. مطابق لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت، حق تقدم برای صاحبان سهام قدیمی پیش‌بینی شده و صاحبان سهام به نسبت سهامی که مالکند حق تقدم دارند و این حق قابل نقل و انتقال می‌باشد. مهلتی که طی آن سهامداران می‌توانند حق تقدم مذکور را استفاده کنند کم‌تر از ۶۰ روز نخواهد بود. این مهلت از روزی که برای پذیره نویسی تعیین می‌گردد، شروع می‌شود. وجود چنین حقی به سهامداران شرکت این امکان را می‌دهد که درصد مالکیت خود را در مقایسه با وضعیت قبل از افزایش سرمایه ثابت نگه‌دارند. در نظام حقوقی امریکا نیز حق تقدم جزء حقوق موقت و مدت‌دار سهامداران محسوب می‌شود. تعیین این مدت بر عهده هیأت مدیره است؛ و این رکن شرکت می‌تواند بنا به مصالح شرکت و سهامداران مدت زمانی را تعیین کند. البته مدت تعیین شده باید معقول و منصفانه باشد تا سهامداران بتوانند اقدام به اعمال حق خود بنمایند.

منع حق تقدم در نظام حقوقی ایران، قانون بوده و نیز در زمره حقوق مالی به شمار می‌رود و حق تقدم قابل نقل و انتقال می‌باشد که تابع محدودیت‌های سهامداران در انتقال سهم خود است. بنابراین در شرکت‌های سهامی عام، انتقال سهام نمی‌تواند مقید یا مشروط باشد. حق تقدم مشابه اموال منقول نزد ثالث توقیف می‌گردد. منع حق تقدم در پذیره نویسی سهام جدید شرکت در نظام حقوقی امریکا، اساسنامه است، و قابلیت معامله و توثیق و درآمدزایی حق تقدم برای سهامداران از ویژگی‌های آن است. هم‌چنین، در نظام حقوقی ایران حق تقدم از قواعد آمره و حقوق غیرقابل الغای شرکای سابق است و مطابق اساسنامه نمی‌توان آنان را از این حق محروم کرد، بلکه سلب حق تقدم تنها در اختیار و صلاحیت مجمع عمومی فوق‌العاده می‌باشد که می‌بایست مستدل و موجه و از موارد حادث و غیرقابل پیش‌بینی از قبل باشد و در گزارش هیأت مدیره و بازرسان شرکت علل و جهات اتخاذ تصمیم منعکس شود. چنانچه سلب حق تقدم ناشی از اطلاعات نادرست مدیران به مجمع عمومی فوق‌العاده باشد علاوه بر مسئولیت کیفری، مسئولیت مدنی جبران خسارت وارده به سهامداران قبلی را نیز در پی خواهد داشت. در نظام حقوقی امریکا، حق تقدم در خرید سهام یک قاعده تکمیلی است و امکان سلب آن در اساسنامه یا توسط مدیران وجود دارد.

پی‌نوشت‌ها

۱. حق اولویت، یک نوع حق عینی است که از جهت سبقت شخص نسبت به آن عین که در معرض حیات جمعیتی معین قرار گرفته است، پیدا می‌شود؛ مانند حق اولویت ناشی از تحجیر در اراضی موات (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۲۱۸).
2. Model Business Corporation Act
3. Uniform Commercial Code
4. 6.21: "Issuance of Shares: (a) The powers granted in this section to the board of directors may be reserved to the shareholders by the articles of incorporation."
5. 6.21: "(b) The board of directors may authorize shares to be issued for consideration consisting of any tangible or intangible property or benefit to the corporation, including cash, promissory notes, services performed, contracts for services to be performed, or other securities of the corporation."
۶. «الحق وقوع الشيء في موضعه الذي هو له».
۷. «مفهوم» در لغت به معنای «دانسته‌شده، به دل دریافته‌شده و شناخته‌شده» آمده است، اما از نظر اصطلاح منطقیان عبارت است از «مجموعه صفات مشترکی که معنی کلی از آنها مستفاد می‌گردد؛ مانند جسم نامی، حساس و ناطق که روی هم رفته مفهوم انسان را دربرمی گیرند» (دهخدا، ۱۳۷۳: ۱۷۷۹۲). این کلمه در علم اصول فقه به دو معنای (عبارت گوینده و هر معنایی که متفرع بر منطوق باشد) آمده است و منطوق نیز عبارت است از معنایی که بی‌تلاش ذهن و در نخستین برخورد ذهن به عبارت دانسته می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۳۴۵۶).
۸. ماده ۱۶۶ لایحه قانونی مقرر می‌دارد: «در خرید سهام جدید صاحبان سهام شرکت به نسبت سهامی که مالکند حق تقدم دارند و این حق قابل نقل و انتقال است. مهلتی که طی آن سهام‌داران می‌توانند حق تقدم مذکور را اعمال کنند کم‌تر از شصت روز نخواهد بود. این مهلت از روزی که برای پذیره‌نویسی تعیین می‌گردد، شروع می‌شود».
۹. همانند بورس پاریس که روش فروش حق تقدم سهام‌داران مانند فروش سهام است؛ یا خارج از آن. در صورت اخیر، پذیره‌نویسی خریدار حق تقدم ممکن نیست، مگر با ارائه دلیل انتقال حق تقدم؛ یعنی قراردادی که به موجب آن سهام‌دار دارای حق، آن را به پذیره‌نویس انتقال داده است (اسکینی، ۱۳۸۵، ج ۲: ۲۱۱). در حقوق ما نیز فصل دوازدهم دستورالعمل اجرایی نحوه انجام معاملات در بورس اوراق بهادار تهران مصوب ۱۳۸۹ شرایط و نحوه انتقال حق تقدم در بورس را مورد بررسی قرار داده است.

۱۰. الزامات راجع به اسناد بهادار در بخش (۱) ۱۰۴-۳ قانون متحدالشکل تجاری آمریکا آمده است.

11. Check
12. Note
13. Draft
14. Certificate of Deposit
15. Investment Securities; Article 8 Of Uniform Commercial Code, (U.C.C.)
16. Stocks
17. Bonds
18. 9-102-(a)(47)

۱۹. تکمیل و تثبیت (استقرار) توثیق عبارت است از روشی که حق وثیقه گیر و مرتهن را در مقابل شخص ثالثی که ادعایی در مورد مال موضوع وثیقه دارد، محافظت و تأمین می‌کند. ضمانت اجرایی که نویسندگان U.C.C. برای عدم رعایت مقررات مربوط به تکمیل و استقرار حق وثیقه برگزیده‌اند، عدم قابلیت استناد این حق در قبال اشخاصی است که بعد از تعلق حق بستانکار با وثیقه به مال مورد وثیقه، حقی را در آن مال تحصیل کرده‌اند. درواقع، حق دارنده وثیقه (بستانکار)، ناقص و فرع بر حق آنها قرار می‌گیرد. بدین معنی که فرضاً در صورت انتقال مال موضوع وثیقه از طرف مدیون، خریدار ثالث مال مزبور آن را به دلیل ناقص بودن حق بستانکار به صورت طلق تملک خواهد کرد. بنابراین اگر حق بستانکار در مال موضوع وثیقه، تکمیل نگردد، وثیقه گیر و مرتهن ممکن است حقوق خود در ارتباط با چنین دارایی‌هایی در برابر اشخاص ثالثی که ادعای مشابه دارند، مانند سایر تأمین‌کنندگان اعتبار (مرتھنین) و یا مدیر تصفیه ورشکسته از دست بدهد. اتخاذ چنین ضمانت اجرایی درواقع عادلانه‌ترین راه‌حل را فراوی جامعه می‌گذارد. تکمیل توثیق عموماً با ثبت اظهارنامه سرمایه‌گذاری U.C.C. در دفتر محلی یا ایالتی مناسب انجام می‌گیرد.

20. 9-304(1);9-305
21. 9-312(a)
22. 9-330(d)
23. Value
24. Commission Regulation (EC) No. 772/2004 on the Application of article 81(3) of the Treaty to Categories of Technology Transfer Agreements; Available at: (http://www.europa.eu/eur-lex/pri/en/oj/dat/2004/c_101/c_10120040427en00020042.pdf, Art. 1 (b)).
25. Alienability of Debtor's Rights
26. 401- 9 (b)

۲۷. شایسته ذکر است انتقال این اموال با رضایت دارنده حق وثیقه سبب می‌شود که حق شخص مزبور،

در موضوع وثیقه خاتمه یافته و این حق، صرفاً در عواید قابل شناسایی ناشی از چنین انتقالی، اعم از نقدی و غیرنقدی، باقی باشد.

2(a)(315-9f); 203- 92.

۲۸. در بخش ۹ قانون متحدالشکل تجاری امریکا، اصطلاح عواید (Proceeds) شامل هر آن چیزی دانسته شده است که در نتیجهٔ بیع، معاوضه یا دیگر انتقال‌های موضوع وثیقه حاصل می‌شود. هم‌چنین حق بیمه‌ای که در نتیجه تلف و یا ورود عیب بر موضوع وثیقه، قابل پرداخت است، در این تعریف جای می‌گیرد؛ مگر مبالغی که به موجب قرارداد بیمه، باید به شخصی غیر از دارنده حق وثیقه، پرداخت شود. این قسم از اموال غیرمادی موضوع بخش ۹ مزبور، مشتمل بر عواید نقدی مانند پول، چک، حساب‌های سپرده و نیز عواید غیرنقدی است. هم‌چنین به موجب قانون مزبور هرگاه به موجب قرارداد وثیقه، عواید موضوع وثیقه نیز مشمول قرارداد مزبور باشد، زمان ثبت و تکمیل حق وثیقه در موضوع وثیقه اصلی، زمان تکمیل این حق در عواید آن نیز می‌باشد.

29. 9-315(a)(1).

30. 320-9 U.C.C.

۳۱. «حق موقت حقی است که دارای مدت باشد، مانند حق مستأجر نسبت به منافع عین مستأجره که تا زمان انقضا مدت اجاره است» (امامی، ۱۳۷۴: ۷)؛ و «حق موقت حقی است که وجود آن پس از مدتی از بین می‌رود» (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۷۷).

32. 6.21: “ (a) The powers granted in this section to the board of directors may be reserved to the shareholders by the articles of incorporation.”

منابع

- اسدی آقبلاغی، عبدالرضا. (۱۳۸۱) «بازداشت سهام و سهم‌الشرکه شرکت‌های تجارتی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه شهید بهشتی.
- اسکینی، ربیعا. (۱۳۸۵) حقوق تجارت (شرکت‌های تجاری)، تهران: انتشارات سمت، چاپ نهم.
- اعظمی، غلامعلی. (۱۳۵۳) «سهم در شرکت‌های سهامی»، رسالهٔ دکتری دانشگاه تهران.
- افتخاری، جواد. (۱۳۸۴) شرکت‌های تجاری، تهران: انتشارات ققنوس چاپ دوم.
- الله‌یاری، شیدا. (۱۳۷۹) امکان‌سنجی دادوستد دست دوم گواهی‌نامه حق خرید (حق تقدم) سهام، گزارش دولتی، سازمان بورس و اوراق بهادار، تهران: ادارهٔ مطالعات و بررسی‌های اقتصادی.

- امامی، حسن. (۱۳۷۴) حقوق مدنی، تهران: انتشارات اسلامی، چاپ دوازدهم.
- پاسبان، محمدرضا. (۱۳۹۴) حقوق شرکت‌های تجاری، تهران: سمت، چاپ یازدهم.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۸) ترمینولوژی حقوق، تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ هفتم.
- _____. (۱۳۸۰) حقوق اموال، انتشارات گنج دانش، چاپ هفتم.
- حسنی، حسن. (۱۳۷۸) حقوق تجارت، تهران: انتشارات میزان، چاپ اول.
- الحمصی، علی ندیم. (۲۰۰۳) الشركات المساهمة فی ضوء القانون الوضعی و الفقه الاسلامی، انتشارات مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، چاپ اول.
- دويدار، هانی محمد. (۱۹۹۵) القانون التجارى اللبنانى، انتشارات دارالنهضة العربية لطباعة و النشر، چاپ اول.
- دهخدا، علی اکبر. (۱۳۷۳) لغت‌نامه، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول از دوره جدید.
- زرنگ، محمد. (۱۳۷۷) «انتقال سهام شرکت‌های سهامی در حقوق ایران و انگلیس»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه تربیت مدرس.
- ستوده تهرانی، حسن. (۱۳۷۸) حقوق تجارت، تهران: نشر دادگستر، چاپ سوم.
- صادقی، محمد. (۱۳۷۷) «انتقال سهام و سهم‌الشرکه در حقوق شرکت‌های ایران و انگلیس»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه شهید بهشتی.
- صفی‌نیا، نورالدین. (۱۳۸۱) درآمدی بر قانون شرکت‌های تجاری در ایران، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم.
- صقری، محمد. (۱۳۹۳) حقوق بازرگانی، شرکت‌ها، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول.
- عرفانی، محمود. (۱۳۷۱) حقوق تجارت، تهران: انتشارات جهاد دانشگاهی، چاپ پنجم.
- العکيلي، عزيز. (۲۰۰۲) شرح القانون التجارى فی شركات التجارىه، انتشارات الدار العلميه و دارالثقافه للنشر و التوزيع، چاپ اول.
- فروحی، حمید. (۱۳۷۲) حقوق تجارت، تهران: انتشارات دیبا، چاپ اول.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۴) حقوق مدنی (اموال و مالکیت)، تهران: نشر یلدا، چاپ اول.

- Frey, Alexander Hamilton. (1928) "Shareholders' Pre-emptive Rights", *Yale LJ*, Vol. 38,
- Kraakman, Reinier & John Armour. (2017), *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, Oxford University Press.
- *Model Business Corporation Act*.
- Sepinuck, Stefen L. (2008), "Practice under Article 9 of the UCC", American Bar Association, UCC Committee Staff, Second Edition.
- *Uniform Commercial Code*.
- www.jacksamp.com/news/UCCFilings-Article9-042202. Pdf.
- www.europa.eu.

نحوه اشتراک دوفصلنامه فقه و حقوق خصوصی

❖ مبلغ ۲۴۰/۰۰۰ ریال بابت حق اشتراک دو شماره از دوفصلنامه فقه و حقوق خصوصی، برای مدت یک سال، به شماره حساب ۰۱۰۲۴۴۵۴۳۳۰۰۰ به نام انتشارات مدرسه عالی شهید مطهری نزد بانک صادرات شعبه سرچشمه کد ۰۰۶۲ واریز گردد.

❖ اصل فیش بانکی، به همراه فرم اشتراک تکمیل شده از طریق پست یا نمابر یا ایمیل به دفتر دوفصلنامه فقه و حقوق خصوصی ارسال گردد:

نشانی: تهران، میدان بهارستان، دانشگاه شهید مطهری، کد پستی ۱۱۵۷۶۱۳۱۱۷، صندوق پستی ۴۱۷۹-۱۱۳۶۵، دفتر دوفصلنامه فقه و حقوق خصوصی.

پست الکترونیکی: jurisp.priv.law@gmail.com

تلفن و دورنگار: ۰۲۱-۳۳۵۶۳۱۳۱

مشترکین گرامی در صورت تغییر آدرس، نشانی جدید را سریعاً به دفتر دو فصلنامه اطلاع دهند.

(فرم اشتراک پشت صفحه)



فرم اشتراک
دوفصلنامه فقه و حقوق خصوصی

نام و نام خانوادگی:

نام مؤسسه / نهاد:

شغل:

تحصیلات:

تاریخ شروع اشتراک:

متقاضی شماره‌های:

آدرس دقیق پستی:

کد پستی:

تلفن تماس:

نشانی پست الکترونیکی:

امضا و تاریخ

توضیحات:

Priority in Subscription of New Shares in Joint Stock Companies in Iranian and American Legal Codes

Abduolreza Asadi Aqboaghi¹

Abstract: The priority in subscription of new shares is the same as priority given to the previous shareholders that is under certain legal procedures and nature. The source of priority in Iranian law is law and articles of association in American law. In both legal systems, priority is a transactable right. The transfer of this right is carried out in the stock market or outside the market and based on restrictions the shareholders face in transfer of their shares. Like movable properties, priority can be attached by the third party and it can be sold on tender without formalities and immediately after the approval of the court. In Iranian law, priority is a peremptory norm and a non-abrogatable right of the former business partners. According to the articles of association, their rights cannot be denied although denying their priority is within the discretion and authority of extraordinary general assembly, which should be well-justified and non-forceable. The procedures must be brought in the reports of the board of directors and the official inspectors for proper decision making. In the United States of America's law, however, the priority is a complementary principle and the shareholders will enjoy priority in case it has already been mentioned in the articles of association of the bank or financial institutions, otherwise, they will have no priority in subscription for new shares or for capital increase unless the articles of association is amended.

Keywords: priority, ownership, attachment of property, transfer, dispossession, ad hoc.

1. Judge of the Ministry of Justice and University Lecturer.
Email address:abdolrezaasadi.1356@yahoo.com

A Study of the Procedures for Liquidating Bankrupt Banks (A Comparative Study of American and Iranian Legal Codes)

Mohammad Isai Tafreshi¹

Khadijeh Shirvani²

Abstract: It was after the 1929 Great Recession in the United States that the world economy suffered heavy losses and Iranian officials began paying attention to the bankruptcy of the banks and its highly negative impacts on the national economy. Consequently, the lawmakers came to the conclusion that rules and regulations on bankruptcy of the commercial corporations are not sufficient for verifying bankruptcy of the banks – which are considered commercial corporations in kind. On this basis, the United States has tried to consider certain rules and regulations for bankruptcy of banks, thanks to their role in national economy and their differences from the commercial corporations. The bankruptcy code for banks and financial institutions in the United States is called Resolution Regime. It is the government's legal framework that resolves a failed bank in an orderly way to prevent the collapse of financial markets and the country's financial system, to continue key services by the banks and to prevent the burden of bankruptcy on the government and taxpayers. In Iranian law, the bankruptcy regime of the banks is not a hundred percent apart from the bankruptcy of the corporations. In case of the bankruptcy of a bank, the Trade Law rules and regulations on bankruptcy will be considered as general rules and other monetary and banking rules and regulations will be particular ones. In case of the silence of the particular laws, the general rules and regulations will be applicable in case of the bankruptcy of the banks. In U.S. law, liquidation is the last step to deal with a bankrupt bank, while in Iranian law - since there is no substitute method for liquidation - the bankrupt bank starts liquidation immediately after receiving the order of bankruptcy.

Keywords: bank, bankruptcy, non-systemic, liquidation, American law, Iranian law.

1. Professor, Tarbiat Modares University.

Email address: tafreshi@modares.ac.ir

2. MA (Jurisprudence and Private Law) Shahid Motahari University, (Corresponding Author), Email address: Khadije.shirvani@yahoo.com

The Nature and Conditions for Transfer of Professional Soccer Players

Seyed Hamid Reza Mousavipour ¹

Abstract: The transfer contract of professional soccer player is the most important contract in this sport. According to this contract, the player is committed to play for a certain club within a certain period of time for a specified sum of money. Conclusion and termination of this contract are subject to special international and domestic rules and regulations that are quite distinctive from other contracts. Like a person's hiring contract, this contract is a binding obligation that will be enforceable after signing of the two parties. The contract parties are the professional player and the sports club that must possess capacity to sign a contract. This contract is of binding obligation, thus it shall be only null and void with the consent of the parties or upon a justifiable excuse. Meanwhile, the contract parties should act based on bona fide. In this research work, we will first review the nature of contracts in Iranian law and then proceed with studying conditions for validity of the contract according to the international and domestic rules and regulations.

Keywords: transfer contract, professional player, private contract, contract obligations, FIFA rules and regulations.

1. Faculty Member, Department of Law, Islamic Azad University , Sabzevar.
Email address:mousavipour@iaus.ac.ir

Explanation of Legal Principle of “Everything that is known only by claimant will be heard”¹ and Its Application in Iranian Legal Code

Seyed Mohammad Sadeq Mousavi ²

Seyed Omid Mousavi ³

Abstract: The legal principle of “Everything that is known only by claimant will be heard”, briefly known as the “*maa laa ya’lam*” is among legal principles that helps settlement of certain legal claims. Some cases are known only to the claimant due to confidentiality. Therefore, it is impossible to present evidence at the court for such claims. The legal principle of *maa laa ya’lam* (transliterated as what he does not know) is used to help resolving the case and the only solution is accepting the claimant’s claim without evidence. According to the related exhibits and evidences, this is a well-proven legal principle that has been invoked by the Infallible Household of the Prophet (pbuh) and Muslim jurists have made frequent mentions of it in their books. Instances of this legal principle’s effectuality can be found in various civil rights and penal codes. For instance, in civil rights, the principle is used in such claims on marriage, menstruation and payment of various dues, and also in penal code, it is used in case of presenting proof of no adultery.

Keywords: principle, legal principle, claim, laa ya’lam, accepting claimant’s claim, evidence.

1. كُلُّ شَيْءٍ لَا يُعْلَمُ إِلَّا مِنْ قَبْلِ مُدْعِيهِ يُسْمَعُ قَوْلُهُ فِيهِ

2. Associate Professor, Shahid Motahari University.

Email address:mousavi4535@gmail.com

3. MA (Jurisprudence and Islamic Law), Shahid Motahari University, (Corresponding Author), Email address:omtb1371@gmail.com

Legal Status of Contracts Contradicting Conditional Agreements

Mohammad Baramai Khoshkar¹

Abbas Asgari²

Abstract: Although in conditional contracts the effects of contract appear after realization of the conditionality of the contract, that does not mean the conditional contract lacks its effects before realization of the conditionality. Therefore, in alienative contracts, the effect of conditional contract before meeting its conditions shall be attributed to the buyer as a sort of conditional ownership. Perhaps it is because of such right for the promisee in the conditional contract (before meeting the conditions) that any contract contradicting with it may be pronounced non-effective or void. However, a review of the statements of evidence of each one of the three reasons for nullity, ineffectuality and authenticity of such contracts it can be claimed that any contract contradicting conditional contract is sound and valid. This, however, does not mean ignoring the promisee's rights in conditional contract; rather, by virtue of the conditional contract, the object of transaction along with the buyer's legitimate right in conditional contract will be transferred to the promisee as is. Of course, for final decision on the conditional contract, the parties should wait for the final status of the conditionality in the contract. In case of failure to meet the conditions, the real right of the buyer in conditional contract over the object of transaction will be null and void and when the conditions are met, one should see when the effects of the conditional contract will be valid. In the meantime, there should be a distinction between formation and validity of the contract vis-à-vis the promisee of the conditional contract.

Keywords: conditional contract, legal status, contradictory contract, suspensive condition.

1. Associate Professor, Shahid Motahari University.

Email address: m1.khoshkar@gmail.com

2. MA (Jurisprudence and Private Law), Shahid Motahari University, (Corresponding Author), Email address: abbas.asgari1370@gmail.com

English Abstracts Essays

Legal-Jurisprudential Analysis of Conditional Sale Option in Relation to Transactions with Right of Restitution

Saeed Karami¹

Abstract: There is divergence of opinions on contracting or pledging in optional sale. Imamiyah jurists endorse the act and consider it as an instance of sale in nature. Sunni jurists identify optional sale as *bay' al-Wafa* or buyback sale, associating it with a pledge (*rahn*) contract. The conditional sale can be analyzed in two ways: First, the conditional sale involving the contractual relationship between mortgagor (seller) and mortgagee (buyer) stipulated in Article 34 of the Law on Registration of Deeds; Second, the conditional sale that does not govern the contractual relationship between the seller and buyer, and it is a real sale under articles 485-462 of the Law. The conditional sale governing the contractual relationship between the mortgagor and mortgagee is an instance of transaction with the right of restitution (Article 33 of the Law). This is why the law has considered the request for registration of the property in conditional sale as a right for the debtor, because in this type of conditional sale the buyer does not intend to conclude a contract of sale. Any negligence of this criterion will raise ambiguities: First, any conditional sale will be taken as the one with the right of restitution, whereas it is otherwise. Second, the real conditional sale has been well stipulated in Article 399 of the Civil Code; therefore, all sales stipulated in Article 399 of the Civil Code must be considered as the transactions with the right of restitution. It is clear that the existence of the element of option in a sale contract does not mean it is an instance of transaction with the right of restitution. Articles 33 and 34 of the Law on Registration of Deeds are not exclusive to provisions of Article 459, because this article is not about the conditional sale governing the contractual relationship between the mortgagor and mortgagee, whereas articles 33 and 34 of the Law govern such relationship.

Keywords: conditional sale, presumption of validity of contracts, rules of contracts, bay' al-wafa, sale, pledge, civil code, Law on Registration of Deeds.

1. Assistant Professor, Payam Nour University.
Email address: karami.t54@gmail.com

Table of Contents

❖	Editorial	1
❖	Legal-Jurisprudential Analysis of Conditional Sale Option in Relation to Transactions with Right of Restitution	3
	Saeed Karami	
❖	Legal Status of Contracts Contradicting Conditional Agreements	27
	Mohammad Baramai Khoshkari	
	Abbas Asgari	
❖	Explanation of Legal Principle of “Everything that is known only by claimant will be heard” and Its Application in Iranian Legal Code	49
	Seyed Mohammad Sadeq Mousavi	
	Seyed Omid Mousavi	
❖	The Nature and Conditions for Transfer of Professional Soccer Players	71
	Seyed Hamid Reza Mousavipour	
❖	A Study of the Procedures for Liquidating Bankrupt Banks (A Comparative Study of Iranian and American Legal Codes).....	101
	Mohammad Isai Tafreshi	
	Khadijeh Shirvani	
❖	Priority in Subscription of New Shares in Joint Stock Companies in Iranian and American Legal Codes	129
	Abduolreza Asadi Aqboaghi	
❖	English Abstracts Essays.....	166



BIANNUL JOURNAL



JURISPRUDENCE AND PRIVATE LAW

4

SPECIALIZED-ACADEMIC
SHAHID MOTAHHARI UNIVERSITY
SECOND YEAR/ FALL AND WINTER 1398/ 2019/ 2020

In The Name of God

Proprietor: Shahid Motahhari University

Managing Editor: Seyed Alireza Foroughi

Editor-in-Chief: Seyed Abulqasem Naqibi

Editorial Board Members:

- ❖ Mohammad Imami Kashani: Custodian and President of Shahid Motahhari School and University
- ❖ Seyed Mostafa Mohaqeq Damad: Professor, Shahid Beheshti University
- ❖ Seyed Mohammad Moosavi Bojnourdi: Professor, Khawrazmi University
- ❖ Seyed Hossien Safai: Professor, the University of Tehran
- ❖ Seyed Mohammad Sadeq Moosavi: Associate Professor, Shahid Motahhari University
- ❖ Seyed Abulqasem Naqibi: Associate Professor, Shahid Motahhari University
- ❖ Mohammad Bahrami: Associate Professor, Shahid Motahhari University
- ❖ Mohsen Ismaili: Associate Professor, the University of Tehran
- ❖ Mohammad Roshan: Associate Professor, Shahid Beheshti University

Managing Director: Atiyeh Zandiyeh

Editor: Atiyeh Zandiyeh

Proofreader: Azam Suleimani

English Translator: Seyed Sadroddin Moosavi Jashni

Cover Design and Layout: Amir Rajabinejad

Mailing Address: Office of *Biannual Journal of Jurisprudence and Private Law*,
Shahid Motahhari University Baharestan Square, Tehran, Iran

P.O. Box 11365-4785

Postal Code: 1157613117

Tel & Fax: +98 – 21 33563131

Website Address: www.motahari.ac.ir

Email Address: jurisp.priv.law@gmail.com

- ❖ *Biannual Journal of Jurisprudence and Private Law* reserves the right to edit, correct or summarize the received articles.
- ❖ Materials included in *Biannual Journal of Jurisprudence and Private Law* fail to necessarily express the viewpoints of the Shahid Motahhari University.
- ❖ Quotation of contents has no legal prohibition provided the source is cited.