



بانک ملت
bank mellat

حقوق بانکی مقدماتی



اداره کل آموزش

۱۳۸۷

فهرست عناوین

فصل اول.....	۱
کلیات	۱
گفتار اول - تعریف حقوق.....	۱
گفتار دوم - هدف قواعد حقوق	۱
گفتار سوم - شاخه های علم حقوق.....	۳
حقوق مدنی.....	۴
حقوق تجارت	۴
حقوق حمل و نقل.....	۴
حقوق تطبیقی	۴
حقوق اساسی	۵
حقوق اداری.....	۵
حقوق مالیه.....	۵
حقوق جزا.....	۵
حقوق کار.....	۵
گفتار چهارم - منابع حقوق.....	۵
گفتار پنجم - قلمرو اجرای قوانین.....	۷
گفتار ششم - منابع حقوق بانکی	۸
فصل دوم.....	۱۰
مباحثی از قانون مدنی	۱۰
گفتار اول - اموال.....	۱۰
گفتار دوم - عقود و معاملات	۱۱
گفتار سوم - آثار معاملات	۱۸
گفتار چهارم - شرایط ضمن عقد	۲۱
گفتار پنجم - سقوط تعهدات.....	۲۲
گفتار ششم - اسناد.....	۲۵
فصل سوم.....	۳۲
مباحثی از قانون تجارت.....	۳۲
گفتار اول - شخصیت حقوقی.....	۳۲
گفتار دوم - تفاوت های شرکت تجاری و شرکت مدنی.....	۳۳
گفتار سوم - اسناد تجاری.....	۳۴
فصل چهارم.....	۵۰
نحوه استعمال از موجودی ها و بازداشت وجوه مشتریان نزد بانکها.....	۵۰
گفتار اول - ارائه اطلاعات مورد نیاز مراجع ذیصلاح.....	۵۰
گفتار دوم - بازداشت موجودی حساب مشتریان	۵۲
فصل پنجم.....	۵۵
آشنایی مختصر با روند دادرسی های حقوقی و کیفری	۵۵
گفتار اول - روند رسیدگی های کیفری.....	۵۵
گفتار دوم - روند دادرسی های حقوقی	۵۷

پیشگفتار:

دامنه وسیع و گستره فعالیت های اقتصادی امروز مؤید ضرورت حضور بی چون و چرای بانکها در بخش های مختلف اقتصادی و امور تجاری است که به خودی خود اهمیت وجود سازمان حقوقی مطلع و کارآمد و کارکنانی بصیر و توانا در قسمت های مختلف بانک بالاخص در واحدهای صف به عنوان پیشگامان و پیش قراولان تعامل با خیل عظیم مشتریان و مراجعات بانکی را متبـادر به ذهن می نماید. بی تردید ورود و حضور به عرصه های جدید و مواجهه با موقعیتهای مختلف در بدایت امر مستلزم وجود چارچوبی روشن و متضمن قوانین و مقررات جاری و تعیین کننده کم و کیف تعهدات و مسئولیت های طرفین (بانک و مشتری) است چرا که اگر یک قرارداد بصورتی جامع، صحیح و عاری از نقص تنظیم گردد طبعاً ضامن حفظ حقوق عالییه بانک در مواقع بروز مشکل و زمان الزام مراجعه به محاکم قضایی و ادارات اجرایی ثبت خواهد بود .

از اینرو اطلاع و اشراف کامل کارکنان بانک نسبت به مسایل مختلف حقوقی بالاخص چگونگی و نحوه انعقاد قراردادهای مختلف بانکی واجد اهمیتی بسزا بوده و انکار ناپذیر می باشد .

به این اعتبار اداره کل آموزش در راستای وظایف محوله از سوی مدیریت ارشد بانک و در جهت ایفای رسالت ذاتی خود تربیت نیروی انسانی مطلع، متعهد، متخصص و کارآمد را در زمره اهداف اصلی خود قرار داده و مجدانه بنا دارد با استفاده از دانش حقوقی اساتید، مدیران و کارکنان متخصص و توانمند اداره کل حقوقی و از طریق بستر سازی و فراهم نمودن امکانات بیشتر آموزشی همچون برگزاری دوره ها و سمینارهای آموزشی و تولید محتوای آموزشی در قالب های کتاب، سی دی و ... کاستی های موجود در زمینه مسایل حقوقی را تا سرحد امکان برطرف نموده و با اعتلای سطح دانش ، مهارت و توان علمی کارکنان زمینه های ترقی هرچه بیشتر و حفظ و استمرار جایگاه رقابتی بانک در شبکه بانکی کشور را بیش از پیش فراهم سازد .

انشاء ...

جواد عطاران

بهمن ماه ۱۳۸۷

فصل اول

کلیات

در این بخش به منظور آشنائی با تعاریف علم حقوق ، مبانی علم حقوق ، نظامهای حقوقی و همچنین هدف حقوق ، منابع این علم و تقسیماتی که در آن بعمل آمده است ، توضیحات مختصری داده میشود .

گفتار اول - تعریف حقوق

معنای لغوی حقوق : حقوق جمع حق است و حق یک مزیت، یک فرصت و امتیاز قانونی است هر فرد با حقی که دارد یک امتیاز نسبت به دیگری دارد .

در زبان فارسی «حقوق» به معانی گوناگون بکار میرود که از جمله مهمترین آنها موارد زیر میباشد :

- مجموع مقررات حاکم بر اشخاص، از این جهت که در اجتماع زندگی می کنند . انسان موجودی است اجتماعی که باید در میان همگنان خود بسر برد . به حکم طبیعت، انسان میبایست با کمک و همکاری دیگران خواسته ها و نیازهای خود را برآورده سازد. از سوی دیگر بعلت شباهت فطری میان آدمیان ، بین نیازهای آنها نیز شباهت وجود دارد، لذا بر سر جذب منافع بیشتر و زندگی بهتر میان آنها تعارض بوجود خواهد آمد. انسان اندیشمند با علم به اینکه با آشوب و درگیری نمی تواند بقای اجتماع را تضمین نماید، سعی در برقراری و حفظ قواعدی نمود تا بر اشخاص در اجتماعی حکومت کند و مامروز مجموع این قواعد را «حقوق» می نامیم .
- برای تنظیم روابط مردم و حفظ نظم در اجتماع ، حقوق برای هر کس امتیازهایی در برابر دیگران می شناسد و توان خاصی به او می بخشد. این امتیاز و توانائی را « حق » می نامند که جمع آن «حقوق» است و «حقوق فردی» نیز گفته میشود، مثل حق حیات ، حق مالکیت و...
- گاه مقصود از واژه « حقوق» علم حقوق است ، یعنی دانشی که به تحلیل قواعد حقوقی و سیر تحول و زندگی آن می پردازد . مقصود ما در این جزوه بررسی شاخه ها و عناصر مرتبط با حقوق بانکداری بعنوان یک علم میباشد .

گفتار دوم - هدف قواعد حقوق

عوامل گوناگونی در ساختار قواعد حقوقی موثر است و ضرورتهای اقتصادی و سیاسی، آرمانهای اخلاقی و مذهبی هر کدام در اینراه سهم بسزائی دارند. قانونگذار توسط قدرت حاکم می بایست براساس تجربه، مشاهده و بررسی های جامعه شناختی، ضرورت های حقوقی را بشناسد ، ولی حقوق ، مانند علوم تجربی تنها در پی احراز واقعیت نیست . نتیجه این کاوشها در ترازوی عقل سنجیده میشود و قانونگذار میکوشد تا بهترین قاعده را در این میان بیابد و در انتخاب آن نظم عمومی و عدالت راهرچه بیشتر رعایت کند . پس هدفی که حکومت بدنبال آن قاعده وضع میکند ، در ایجاد و چگونگی مفاد آن بسیار موثر است و در واقع رهبر و راهنمای قانونگذار است ، به همین جهت باید اعتراف کرد که شناختن مبانی حقوق جز باتشخیص هدف آن امکان ندارد . درست است که هدف تمام قواعد حقوقی تامین آسایش و نظم عمومی و اجرای عدالت است ولی معلوم نیست این مفاهیم مجرد و کلی را چگونه باید با حقایق خارجی تطبیق داد و معیار تشخیص عدالت چیست؟ هنوز انسان به پاسخ قاطعی در این زمینه دست نیافته است که، آیا هدف از ایجاد قواعد حقوقی باید آسایش و آزادی فرد باشد و

شخص انسان مبنا وهدف آن قرارگیرد، یا غرض اصلی تامین نیازمندیهای اجتماعی است. برای پاسخ به این پرسشها، مکاتب مختلف فکری و فلسفی، نظرات گوناگونی بیان نموده اند که عمدتاً از دونظر اصالت فرد و اصالت اجتماع نشات گرفته است.

نظریه مبتنی بر اصالت فرد در مقابل نظریه اصالت اجتماع: نظریه اول در حوزه علوم نظری ازجمله اقتصاد، جامعه شناسی، علوم سیاسی و حقوق با عنوان مکتب اومانیسیم شناخته میشود. حقوق درمکتب اومانیسیم باهدف تامین آزادی ها و عدالت فردی وضع می گردد، اما در مکتب اصالت جمع یا سوسیالیسم حقوق در معنای اصطلاحی خود به معنای مجموعه قواعد و مقرراتی است که با هدف تضمین دوام و بقای نظم اجتماعی تدوین گردیده است. تمامی مکاتب فرعی حقوق به نوبه خود برگرفته و منبعث از این دو مکتب اساسی است.

مبحث اول - تعریف قاعده حقوقی

باتوجه به اوصافی که برای حقوق شمردیم، در تعریف آن به اجمال میتوان گفت: «قاعده ای کلی والزام آور است که به منظور ایجاد نظم و استقرار عدالت، برزندگی اجتماعی انسان حکومت میکند و اجرای آن از طرف دولت تضمین میشود.»

برای شناختن قواعد حقوق و تمیز آنها از سایر قواعدی که بر فرد و زندگی اجتماعی او حکومت میکند، در مرحله نخست باید عناصری که جوهر حقوق راتشکیل میدهد معین شود، سپس با مقایسه قواعد حقوق با اخلاق، مذهب و عدالت، مقامی که اینگونه قواعد در میان سایر نظام های اجتماعی دارد، روشن گردد.

مبحث دوم - اوصاف قاعده حقوقی

برای قواعد حقوقی اوصاف گوناگونی شمرده اند ولی درباره اساسی بودن هیچیک از آنها اتفاق نظر وجود ندارد. این خصوصیات عبارتند از:

۱- قاعده حقوقی الزام آور است.

۲- رعایت قاعده حقوقی از طرف دولت تضمین شده است.

۳- قاعده حقوقی کلی و عمومی است.

۴- حقوق نظامی است اجتماعی.

الزامی بودن حقوق: برای اینکه حقوق بتواند به هدف نهائی خود، یعنی استقرار نظم و عدالت برسد، باید رعایت قواعد آن اجباری باشد که البته این الزام و اجبار دارای درجاتی میباشد.

حقوق و ضمانت اجرا: قاعده ای را که اجرای آن از طرف دولت تضمین نشده است نباید در شمار قواعد حقوقی آورد. زیرا اگر اشخاص در اجرای آن آزاد باشند ودر برابرتخلف خود هیچ مکافاتی نبینند، چگونه میتوان ادعا کرد که نظمی در جامعه وجود دارد؟

وسائل اجبار قواعد: اجباری که با قواعد حقوق همراه است به صورتهای زیر جلوه می کند:

- مجازات ساده ترین شیوه اجبار قواعد حقوقی میباشد که کیفر قانون ممکن است مربوط به شخص متجاوز

باشد مانند اعدام، حبس و...

- گاه قاعده حقوقی بطور مستقیم بوسیله قوای عمومی اجرای میشود مثل اخراج شخص از مکان غصبی به حکم دادگاه.

- درپاره ای موارد اجبار اشخاص به صورت بطلان اعمال خلاف آنها صورت میگیرد مثل باطل شدن عقدی که شرط باطل دارد.

- گاهی جبران تعدی توسط متجاوز که به حقوق فردی یا اجتماعی تعرض کرده ، بعنوان شیوه اجبار قانون مورد توجه میباشد.

کلی بودن حقوق : مقصود از کلیت داشتن قاعده حقوقی این نیست که همه مردم موضوع حکم آن قرار گیرند . قواعد حقوق باید هنگام وضع ، مقید به فرد یا اشخاص معین نباشد و مفاد آن با یکبار انجام شدن از بین نرود ، هرچند که تنها یک یا چند تن مشمول مقررات آن باشند.

حقوق نظام اجتماعی است : یعنی هدف آن تنظیم روابط اجتماعی است .

گفتار سوم - شاخه های علم حقوق

به همان نسبت که روابط اجتماعی پیچیده و گوناگون است ، قواعد حقوق نیز مختلف و بی شمار به نظر میرسند پس برای فرا گرفتن این قواعد لازم است که اصول مشابه در گروههای مختلف قرار گیرند و طبیعت و نظام ویژه هر گروه جداگانه بررسی شود در زمان ما علم حقوق چنان توسعه یافته است که هیچ انسانی قادر به مطالعه و دقت در تمام اصول آن نیست . بنابراین دسته بندی قواعد و ایجاد رشته های متعدد از ضروریات تحقیق در این علم است . اگرچه از لحاظ علمی اشکالاتی به این تقسیم بندی ها ممکن است وجود داشته باشد ، لیکن در فواید آن تردیدی نیست.

در علم حقوق دو تقسیم بندی اساسی وجود دارد که غالب نویسندگان مبنای آن را پذیرفته اند.

۱- حقوق عمومی و حقوق خصوصی

۲- حقوق داخلی یاملی و حقوق خارجی یا بین المللی

بایستی توجه داشت که این تقسیم بندی ها به معنای مرزبندی مشخص بین قواعد حقوقی نیست ، زیرا در پاره ای موارد این قواعد حقوقی از جنبه خاص جزء حقوق عمومی و از جنبه دیگر جزء حقوق خصوصی قرار میگیرند.

مبحث اول - حقوق عمومی و حقوق خصوصی

تمیز بین حقوق عمومی و خصوصی پیشینه ای طولانی دارد و حتی در میان رومیان نیز مرسوم بوده است هرچند که در اثر دخالت روز افزون دولت در روابط مردم ، مفهوم حقوق خصوصی مورد انتقاد پاره ای از نویسندگان قرار گرفته است ، با این حال در تعریف آن مرسوم است که می گویند حقوق عمومی قواعدی است که بر روابط دولت و ماموران او با مردم حکومت میکند و سازمانهای دولتی را منظم میسازد و حقوق خصوصی مجموع قواعد حاکم بر روابط افراد است. پس تمام مقرراتی که مربوط به قوای سه گانه و طرز اعمال حاکمیت دولت و سازمانهای عمومی است، از قواعد گروه نخست و تمام اصولی که بر روابط تجارتي و خانوادگی و تعهدات اشخاص در برابر هم حکومت میکند ، در زمره قواعد حقوق خصوصی است.

مبحث دوم - اختلاط حقوق عمومی و خصوصی

نفوذ متقابل حقوق عمومی و خصوصی ، تشخیص ماهیت شعبه های علم حقوق را دشوار میسازد . آمیختگی این دو گروه از قواعد به جایی رسیده است که گویی از ابتدا علم حقوق را بدون توجه به ماهیت قواعد آن تقسیم کرده اند. به ویژه

گسترش روز افزون حقوق عمومی و دخالت دولت در امور اقتصادی، حتی قدیمی ترین رشته های حقوق خصوصی را خالص نگذارده است، پس اگر گفته شود که حقوق مدنی یا تجارت از رشته های حقوق خصوصی است یا آئین دادرسی و حقوق جزا در زمره قواعد عمومی بشمار می آید، مقصود این نیست که تمام احکام این رشته جنبه خصوصی یا عمومی دارد. در این طبقه بندی، باید موضوع اصلی هر شعبه را، صرفنظر از پاره ای جهات فرعی مورد توجه قرارداد تا بطور نسبی تعیین نمود که قاعده حقوقی در زمره حقوق عمومی است یا خصوصی.

مبحث سوم - شعبه های حقوق خصوصی

- مدنی
- تجارت
- حمل و نقل
- تطبیقی

حقوق مدنی

حقوق مدنی در آغاز، شامل تمام رشته های حقوق خصوصی بوده است ولی بتدریج در روابط پاره ای از مردم تحولاتی بوجود آمد که ممکن نبود همه آنها را تابع قواعد مدنی قرارداد، یعنی رعایت مصالح عموم ایجاب کرد که برای این روابط قواعدی ویژه وضع شود. در تعریف حقوق مدنی گفته اند: «مجموع قواعد و مقرراتی است که روابط عادی بین مردم را از حیث اینکه عضو جامعه هستند صرفنظر از خصوصیات فردی و موقعیت اجتماعی آنان، تحت نظم مخصوص قرار میدهد.»

حقوق تجارت

کامل شدن وسایل حمل و نقل و توسعه روابط تجاری، ایجاب میکرد که در بین بازرگانان قواعد ساده تری حکمفرما باشد، تا در عین حال که معاملات سریعتر و ساده تر انجام میشود، از ثقل و تزویر بشدت جلوگیری بعمل آید. بطور مسلم قواعد مدنی پاسخگوی این نیاز نبوده، پس رشته دیگری بنام حقوق تجارت بوجود آمد. حقوق تجارت «مجموع قواعدی است که بر روابط بازرگانان و اعمال تجاری حکومت میکند.»

حقوق حمل و نقل

در این رشته از حقوق، بحث از قواعد و مقرراتی است که ناظر بر استفاده از وسایط حمل و نقل مانند هواپیما، کشتی و امثال آنها و مسئولیت متصدیان آن است.

حقوق تطبیقی

حقوق تطبیقی رشته ای از علم حقوق است که به مطالعه نظام های حقوقی مختلف پرداخته و از طریق مقایسه این نظام ها بایکدیگر، وجوه اشتراک و مزایای آنها را معین میکند. این رشته از حقوق در رفع تعارض قوانین و تامین وحدت قواعد و مقررات حقوقی در جهان اهمیت بسزائی دارد.

مبحث چهارم - شعبه های حقوق عمومی

- اساسی
- اداری
- مالیه
- جزا
- کار

حقوق اساسی

حقوق اساسی پایه و مبنای حقوق عمومی است زیرا در آن ساختمان حقوق دولت و رابطه سازمان های آن با یکدیگر مطرح میشود. در این رشته از حقوق شکل حکومت و قوای سازنده آن (مقننه - مجریه - قضائیه) و طرز شرکت افراد در ایجاد قوای سه گانه و حقوق و آزادی های آنان در مقابل دولت مورد گفتگو قرار میگیرد.

حقوق اداری

این رشته از حقوق درباره اشخاص حقوقی و اداری و تشکیلات و وظایف وزارتخانه و ادارات دولتی و شهرداریها و تقسیمهای کشوری و روابط سازمانها با مردم گفتگو میکند.

حقوق مالیه

قواعد مربوط به وضع مالیات ها و عوارضی که ماموران دولت می توانند از افراد مطالبه نمایند و همچنین مقررات ناظر بر بودجه عمومی و وظایف دیوان محاسبات را «حقوق مالیه» می نامند.

حقوق جزا

حقوق جزا یا حقوق جنائی مجموع قواعدی است که برچگونگی مجازات اشخاص از طرف دولت حکومت میکنند. در این رشته از حقوق سخن از اعمالی است که به منافع و نظم عمومی زیان می رساند و اثر آن به اندازه ای شدید است که دولت باید بوسیله اعدام، حبس، غرامت و یا تبعید خطا کار را کیفر دهد.

حقوق کار

به مرور زمان مشخص گردید که اجرای قواعد مربوط به اجاره اشخاص و احترام به اصل حاکمیت اراده در رابطه کارگر و کارفرما ممکن نیست و عدالت اقتضا دارد که قانونگذار از کارگر حمایت کند و مانع از این شود که کارفرما بتواند نظر خود را بر او تحمیل سازد و این ضرورت اجتماعی سبب شد که دولتها مجموعه قواعدی بنام «قانون کار» را فراهم آورند و رشته خاصی بنام «حقوق کار یا صنعتی» از حقوق مدنی جدا شود و جز حقوق عمومی قرار بگیرد.

گفتار چهارم - منابع حقوق

منبع از لحاظ لغوی به معنای مأخذ و سرچشمه است و جمع آن منابع است. منبع حقوقی به معنی سرچشمه و مأخذ قواعد و مقررات حقوقی است. در خصوص چگونگی لزوم رعایت قواعد حقوقی مکاتب مختلف نظراتی را بیان نموده اند که بیان

آنها در این مختصر امکان پذیر نیست و در رابطه با تعداد منابع ، بین حقوقدانان وحدت نظر وجود ندارد. بعضی از علمای حقوق عقیده دارند که حقوق یک منبع بیشتر ندارد و آن اراده جامعه است که به اراده فرد تحمیل میگردد. عده ای دیگر عقیده دارند که در هر کشور ، حقوق ناشی از مقام و قدرتی است که حق وضع قواعد و تحمیل رعایت آن را دارد و همین مقام است که «منبع حقوق» نامیده میشود.

هرچند که در هر حکومتی قوه قانونگذاری با الهام از مکتبی که از آن پیروی میکند سازنده اصلی احکامی که ضرورت‌های اجتماعی را حل و فصل کند نیست ، بنابراین قانونگذار از عرف، عادت و رسوم اجتماعی یاری طلبیده و از طریق این منابع به قواعد حقوقی می پردازد . باتوجه به مطالب فوق عموماً " قانونگذار در کشور از موارد زیر بعنوان منابع حقوقی استفاده مینماید:

- قانون
- عرف
- رویه قضائی
- نظرات و عقاید علمای حقوق

مبحث اول - قانون

وقتی در منابع حقوق از قانون سخن گفته میشود ، مقصود تمام مقرراتی است که از طرف یکی از سازمانهای صالح دولت وضع شده است ، خواه این سازمان قوه مقننه یا رئیس دولت یا یکی از اعضای قوه مجریه باشد . پس در معنای عام ، قانون شامل تمام مصوبات مجلس و تصویبنامه ها و بخشنامه های اداری نیز میشود. در کشور ما قانون مهمترین منبع حقوق است و قدرت آن را با سایر منابع نباید برابر دانست .

مبحث دوم - عرف

گفته میشود که هیچ مرجع قانونگذار بشری قادر به پیش بینی حکم برای کلیه روابط اجتماعی نیست وقانون به تنهایی پاسخگوی نیازهای زندگی بشری نمیباشد از اینرو بعد از قانون ، عرف را بعنوان منبع دوم میتوان بیان نمود . در تعریف عرف میتوان گفت: « قاعده ای است که به تدریج و خود بخود میان همه مردم یا گروهی از آنان بعنوان قاعده ای الزام آور مرسوم شده است. » بدین ترتیب مقصود از واژه عرف در منابع حقوق عاداتی است که چهره الزامی یافته و قاعده حقوقی ایجاد کرده است .

مبحث سوم - رویه قضائی

اصطلاح رویه قضائی اگر بدون قید و بطور مطلق استعمال شود مقصود مجموع آرای قضائی است. ولی به معنی خاص خود درجائی بکار میرود که محاکم یا دسته ای از آنها در باب یکی از مسایل حقوقی روش یکسانی در پیش گیرند و آراء راجع به آن مسئله چندان تکرار شود که بتوان گفت هرگاه آن محاکم با دعوائی روبرو شوند همان تصمیم را خواهند گرفت. رویه قضائی بعنوان منبع رسمی و ظاهری قواعد حقوقی نمیباشد ولیکن در ایجاد قواعد تازه سهم موثر دارد. بگونه ای برخی از مکاتب ان را از منابع حقوق شمرده و آن را میانه عرف و قانون قرار می دهند.

لیکن باید توجه داشت که محاکم مجبور به تبعیت از رویه قضائی نیستند مگر آنکه در راستای ایجاد وحدت رویه، هیئت عمومی دیوان عالی کشور با شرایط مخصوص در باب اجرای درست قوانین اظهار نظر نماید و همه ناگزیرند که در موارد مشابه از تصمیم هیات عمومی پیروی نمایند.

مبحث چهارم - نظریه علما و دانشمندان حقوقی

امروزه این اصل مسلم پذیرفته شده است که حقوق یکی از علوم شناخته شده اجتماعی است و حقوقدانان عبارتند از محققینی که مشغول تحقیق و تتبع در این علم هستند. عالم حقوق ضمن تحقیقات خود و ارزیابی قواعد حقوقی، منافع و مضار آن را میسنجد و با توجه به هدفی که دنبال میکند سرانجام مانند هنرمندی خلاق به بیان نظرات خود میپردازد. مجموعه این نظریات است که دکترین حقوقی یا نظریات دانشمندان حقوقی نامیده میشود.

گفتار پنجم - قلمرو اجرای قوانین

قلمرو اجرای قوانین را میتوان ضمن دو مبحث بیان نمود :

مبحث اول - قلمرو حقوق در مکان :

مطابق ماده ۵ قانون مدنی : « کلیه سکنه ایران، اعم از اتباع خارجه و داخله ، مطیع قوانین ایران خواهند بود، مگر در مواردیکه قانون استثناء کرده باشد. » بنابراین قوانین ایران اصولاً در داخل مرزهای سیاسی کشور اجرا میشود و بر تمام اشخاص و اموال موجود در آن حکومت میکند. این قاعده را اصل محلی یا درون مرزی بودن قانون می نامند. ولی باید توجه داشت که این قاعده استثنای فراوان دارد ، در پاره ای امور خارجیان مقیم ایران تحت حکومت قوانین دولت متبوع خود هستند و بعضی از قوانین داخلی در باره ایرانیان مقیم خارج از کشور نیز اجرا میشود. این دسته از قوانین را که به اعتبار تابعیت اشخاص در خارج از کشور قابل اجرا است، « قوانین شخصی » میگویند.

قوانین هر کشور را به لحاظ قلمرو حکومت آن به چهار دسته اصلی میتوان تقسیم کرد.

۱- **قوانین مربوط به احوال شخصی:** مجموع اوصافی که وضع شخص را در خانواده و جامعه معین میکند و از شخصیت او جدا شدنی نیست ، در اصطلاح « احوال شخصیه » می نامند . مانند نکاح ، طلاق ، قیمومیت و... انسان از جهت احوال شخصیه تابع قانون ملی است و در هر کجا باشد آثار وضع شخصی او را قانون دولت متبوعش تعیین میکند.

۲- **قوانین راجع به اموال و قراردادها:** اموال موجود در خاک هر کشور تابع قوانین و نظامات داخلی است و اتباع خارجی نمی توانند به استناد قوانین کشور خود از اجرای مقررات محل وقوع مال خودداری کنند . ماده ۸ قانون مدنی میگوید : « اموال غیر منقوله که اتباع خارجه در ایران طبق عهود تملک کرده یا میکنند از هر جهت تابع قوانین ایران خواهد . »

۳- **قوانین مربوط به طرز تنظیم اسناد:** مطابق ماده ۹۶۹ قانون مدنی : « اسناد از حیث طرز تنظیم تابع قانون محل تنظیم خود میباشند . » پس برای آنکه سندی از حیث صورت معتبر باشد ، باید به شکلی درآید که قوانین محلی مقرر داشته است .

۴- قوانین مربوط به نظم عمومی و امنیت : مهم ترین وظیفه هر دولت حفظ نظم است و بنابراین هیچ دولتی اجازه نمی دهد که در سرزمین او قانون دیگری در نظم و امنیت عمومی اخلال کند . قواعدی که به این منظور وضع شده برتمام ساکنان کشور حکومت میکند و از مصادیق بارز قوانین درون مرزی است .

مبحث دوم - قلمرو حقوق در زمان :

قانون پدیده ای اجتماعی است که تصویب آن برحسب ضرورت‌های اجتماع صورت میگیرد . این ضرورتها ایجاب میکند که قانون بلافاصله پس از انتشار و انقضای مواعد و مهلت های مقرر به اجرا گذاشته شود . اما این جا چند پرسش مطرح می شود و از جمله این که آغاز اجرای قانون چه زمانی است ؟ و آیا قانون نسبت به وقایع گذشته تاثیری دارد یا خیر ؟ در پاسخگویی به این پرسشها ، علماء و دانشمندان علم حقوق نظریات متنوع و متفاوتی را ابراز داشته اند که بحث در مورد آنها از حوصله این نوشته خارج است . ولی بطور خلاصه میتوان گفت که قوانین عطف به ماسبق نشده و اثر قانون نسبت به آینده است و قانون تاثیری در زمان ماقبل خود ندارد . قاعده عطف به ماسبق نشدن قوانین ، اصلی است که مورد قبول قانون مدنی قرار گرفته است . ماده ۴ قانون مدنی در این باره چنین می گوید : «اثر قانون نسبت به آتیه است و قانون نسبت به ماقبل خود اثر ندارد ، مگر اینکه در خود قانون مقررات خاصی نسبت به این موضوع اتخاذ شده باشد .» مع الوصف، همانطور که قسمت اخیر ماده ۴ قانون مدنی مقرر داشته است ، مانعی برای قوه مقننه در جهت اتخاذ تصمیم مغایر با اصل « عطف به ماسبق نشدن قوانین » وجود ندارد و هر جا که ضرورت‌های اجتماعی ایجاب کند قوه مقننه میتواند آثار قانون را به گذشته تسری دهد ولی بایستی توجه داشت که قانونگذار به لحاظ ایجاد احساس امنیت اجتماعی ومصالح اقتصادی نبایستی به سادگی قاعده عطف بماسبق نشدن قوانین را خدشه دار سازد . لازم بذکر است که درخصوص قوانین تفسیری و قوانین کیفری در صورتیکه خفیف ومساعد تر به حال مجرمین باشند به لحاظ آنکه هدف از اجرای مجازات‌ها تربیت واصلاح مجرمین است ،استثناا" عطف به ماسبق میشوند . نتیجه دیگری که از ماده ۴ قانون مدنی حاصل میشود اینست که اثر قانون نسبت به آینده است و نیز اثر فوری دارد .

گفتار ششم - منابع حقوق بانکی

تاکنون تعریف جامعی از حقوق بانکی ارائه نگردیده است ولی بنظر می رسد مجموعه قواعد و مقرراتی است که بر روابط بانکها با یکدیگر ، بانکها با مشتریان و بانکها با دولت حاکم میباشد و تعریف دیگر نیز: مجموعه ضوابطی است ناظر بر عملیات بانکداری و فعالیتهائی که عملیات بانکداری بر اساس آنها صورت می پذیرد . حقوق بانکی یکی از شاخه های حقوق خصوصی است چرا که فعالیت بانکی یک عمل تجاری است ، حتی اگر دولت متصدی انجام آن باشد بنابراین ماهیتا" جزء قانون تجارت محسوب می شود.

در شرایط موجود مباحث حقوق بانکی منبعث از دودسته ازمنابع میباشد :

منابع اختصاصی :

- قانون پولی و بانکی کشور
- قانون ملی شدن بانکها
- قانون اداره امور بانکها و اصلاحیه های بعدی

- قانون عملیات بانکی بدون ربا با الحاقات و اصلاحات پس از آن

منابع عمومی :

- قانون مدنی

- قانون تجارت

- قانون صدور چک

- قانون ثبت

- قوانین بودجه سالیانه کل کشور

- قوانین برنامه های پنج ساله توسعه اقتصادی ، اجتماعی و فرهنگی

به جهت قلت و کاستی که در منابع اختصاصی حقوق بانکی وجود دارد، عملکرد حقوقی بانکها عمدتاً بر مبنای منابع عمومی حقوق بانکی استوار بوده و در رسیدگی و بررسی عملکرد سیستم بانکی از نگاه عمومی ، استناد به قوانین عمومی اجتناب ناپذیر میباشد . به بیان دیگر با توجه به اینکه قانونگذار در خصوص فعل و انفعالات بانکی به طور اختصاصی محمل قانونی وضع ننموده است ، لذا این فعالیتها بر بستر قوانین عمومی صورت می پذیرد . عمده ترین این قوانین که در کلیه روابط اجتماعی نیز حاکمیت دارد ، قانون مدنی ، قانون تجارت ، قانون صدور چک ، قانون روابط موجر و مستاجر ، قانون ثبت ، قانون مجازات اسلامی ، قوانین برنامه توسعه اقتصادی ، اجتماعی و فرهنگی و قوانین بودجه سالیانه کل کشور از جمله این قوانین میباشد.

فارغ از این قوانین که گستره حاکمیت و شمول آن در روابط اجتماعی از جمله روابط و مناسبات بانکی کاملاً مشهود و ملموس میباشد ، قوانینی با محدودیت شمول نسبی کمتر مانند قانون زمین شهری ، قوانین اراضی ، مقررات حاکم بر اراضی وقفی و ... نیز در مواردی مناسبات بانکی را متأثر از خویش میسازد .

علاوه بر موارد فوق از عرف متداول بانکداری و رویه قضائی در زمینه مسائل بانکی و آراء و نظریات حقوقدانان و علما علم حقوق در این زمینه را میتوان بعنوان منبع استفاده نمود.

ما در این مبحث صرفاً ناگزیریم در هریک از این قوانین به آن بخشی اشاره نمائیم که با فعالیتهای بانکی کاملاً مرتبط است .

فصل دوم

مباحثی از قانون مدنی

گفتار اول - اموال

اموال کلمه ایست عربی و جمع مال میباشد. مال در اصطلاح حقوقی به چیزی گفته میشود که بتواند مورد داد و ستد قرار گیرد و از نظر اقتصادی دارای ارزش مبادله باشد

اموال به اقسام زیر تقسیم میشوند :

- ۱- اموال مادی و اموال غیر مادی
- ۲- اموال مثلی و قیمی
- ۳- اعیان و منافع
- ۴- اموالیکه با انتفاع از آن عین میماند و اموالیکه با انتفاع از آن عین باقی نمیماند.
- ۵- اموال منقول و اموال غیر منقول

در این مبحث به بیان اموال منقول و غیر منقول که مرتبط با فعالیتهای بانکی میباشد می پردازیم.

مبحث اول - اموال غیر منقول

قانون مدنی اموال غیر منقول را به چهار دسته تقسیم نموده است .

الف - اموالیکه ذاتا" غیر منقول هستند .

قسمت اول ماده ۱۲ قانون مدنی میگوید : « مال غیر منقول آنستکه از محلی به محل دیگر نتوان نقل نمود . »

ب - اموالیکه بواسطه عمل انسان غیر منقول هستند.

وفق قسمت اخیر ماده ۱۲ قانون مدنی : « مال غیر منقول آنست که بواسطه عمل انسان ، به نحوی که نقل آن مستلزم خرابی یا نقص خود مال یا محل آن شود . » ماده مزبور تعریف غیر منقولی را نموده که قبلا" منقول بوده و بواسطه عمل انسان غیر منقول شده است . که این اموال دارای سه شرط میباشد .

۱- ذاتا" منقول باشند.

۲- در زمین یا ساختمان بکار رفته باشد .

۳- هرگاه بخواهند آن مال را از زمین یا ساختمان جدا نمایند خراب یا ناقص گردد و یا نقص و خرابی در محل آن پیدا بشود.

ج - اموالیکه در حکم غیر منقول هستند.

دراثر توسعه کشاورزی و تاثیر مهم آن در تولید وسایل زندگی در اوائل قرن نوزدهم حقوقیین به فکر افتادند برای کمک به پیشرفت آن، اموالیکه در امور کشاورزی بکار میرود و ذاتا" منقول هستند مانند : گاو ، خیش ، بذر ، از نظر رابطه نزدیکی که بین آنها و ملک مزروعی موجود است از حیث صلاحیت دادگاهها و بازداشت آنها در حکم غیر منقول شناخته شوند.

د - اموالی که تابع غیر منقول هستند.

قانون مدنی در ماده ۱۸ حقوق عینی که موضوع آن مال غیر منقول میباشد مانند حق انتفاع ، حق ارتفاق و همچنین دعاوی راجعه به اموال غیر منقول را از نظر صلاحیت دادگاهها تابع اموال غیر منقول قرار داده است .

مبحث دوم - اموال منقول

اموال منقول بر دو قسم است :

۱- اموالیکه ذاتاً منقول هستند .

طبق ماده ۱۹ قانون مدنی اشیائیکه نقل آن از محلی به محل دیگر ممکن باشد بدون اینکه بخود یا محل آن خرابی وارد آید منقول است . پس هر مالی که دارای دوشروط عنوان شده باشد منقول است .

۲- اموالیکه در حکم اموال منقول هستند.

در قانون مدنی از اموالیکه در حکم اموال منقول هستند تعریفی ننموده ولیکن ماده ۲. بیان نموده است : «کلیه دیون از قبیل قرض و ثمن مبیع و مال الاجاره عین مستاجر از حیث صلاحیت محاکم در حکم منقول است ولو اینکه مبیع یا عین مستاجر از اموال غیر منقول باشد » که در اینجا منظور از دیون کلیه تعهداتیست که موضوع آن اموالی باشد که ذاتاً منقول است یعنی در نتیجه اجرا آن ، مال منقول بدست بیاید ، اگرچه تعهد ناشی از انتقال مال غیر منقول باشد .

گفتار دوم - عقود و معاملات

حقوق و تکالیفی که اشخاص در مقابل یکدیگر دارند ممکن است ناشی از توافقی باشد که با یکدیگر می نمایند و یا ممکن است که در ایجاد این رابطه حقوقی ، توافقی یا قراردادی در بین نباشد بلکه به سبب ارتکاب عملی ، قانونگذار تکالیفی به عهده مرتکب مستقر ساخته و وی را مسئول و متعهد بشناسد . در فرض نخست که بین طرفین توافق در انجام امری یا خودداری از انجام کاری صورت گرفته باشد ، این توافق ممکن است به شکل یکی از عقود معین باشد و یا در قالب یک قرارداد.

مبحث اول - تعریف عقد

عقد در لغت به معنی گره زدن است و به موجب ماده ۱۸۳ قانون مدنی عبارتست از «اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد . » لیکن تعریف مذکور جامع و مانع نیست زیرا لفظ نفر دلالت بر اشخاص حقیقی دارد و اشخاص حقوقی را شامل نمیشود . علاوه بر این ممکن است موضوع عقد فقط ایجاد تعهد نباشد بلکه انتقال و تملیک مالی ، مورد نظر باشد . پس برای رفع اشکالات مذکور میتوان عقد را بدین شرح بیان نمود : «توافق اراده یک یا چند شخص در مقابل یک یا چند شخص دیگر مبنی بر تعهد به انجام امری و یا تملیک مالی.» بنابر این برای انعقاد هر عقد حداقل اراده دو شخص (حقیقی یا حقوقی) لازم است .

عقود بر دودسته هستند :

عقود معینه - عقود هستند که از قدیم بین افراد متداول و دارای مورد و آثار واحکام مخصوصی (که در قانون مدنی برای آنها پیش بینی شده است) بوده و هریک از آنها به نامی نامیده میشوند. مانند بیع - اجاره - رهن - ودیعه و....

عقود غیر معینه - عقود هستند که در قالب هیچیک از عقود معینه در نمی آیند و طرفین عقد باید مورد و مقتضا و همچنین شروطی را که در نظر دارند در ضمن عقد قرار دهند و دارای نام مخصوصی نمیباشند که آنها را « قرارداد » نیز میگویند.

الزامات

الزام بمعنی اجبار بوده و در قانون مدنی در مفهوم مسئولیت اشخاص در مواردی که توافق قبلی وجود ندارد به کار گرفته شده است. با این توضیح که گاه رابطه حقوقی که بین اشخاص به وجود می آید در نتیجه توافق و تراضی است و مسئولیتی که طرفین در انجام تعهدات خود دارند ریشه عقدی یا قراردادی دارد و سبب ایجاد تعهد اراده و توافق طرفین است. گاهی الزامی که در انجام امری یا خودداری از انجام کاری پیش می آید ریشه قراردادی یا عقدی ندارد بلکه شخص بدون آنکه با دیگری عقد یا قراردادی منعقد کرده باشد به لحاظ ارتکاب عملی مسئول شناخته میشود. این نوع مسئولیت را که مسئولیت غیر قراردادی هم گفته اند منشا ایجاد آن ممکن است شبه عقد، جرم ویاشبه جرم باشد.

تعهدات

تعهد رابطه حقوقی است که به شخصی توانائی میدهد که از شخص دیگری مالی رامطالبه و یا انجام یا امتناع از امری را تقاضا کند. به شخصی که حق مطالبه تعهد را دارد «متعهد له» گویند و طرف مقابل را «متعهد» نامند.

مبحث دوم - ایقاع

عبارتست از اثر حقوقی که به وسیله یک اراده به وجود می آید: مانند طلاق، ابراء، اعراض از مالکیت و... بعبارت دیگر ایقاع عبارت است از اراده فردی که بوسیله آن حقی ایجاد یا ساقط گردد و این امر مداخله دیگری را ایجاب نمیکند و بدین جهت عدم رضایت دیگران در تحقق آن تاثیر نخواهد داشت مثلاً "کسی که پاکت شیرینی در دست دارد، پس از تناول مقداری از آن، چنانچه بقیه را نخواهد به خانه ببرد در گوشه خیابان میگذارد و میرود. مقصود او از این عمل اعراض از مالکیت است. پس از اعراض، آن پاکت شیرینی مالی بلاصاحب میشود و هرکس میتواند آنرا تملک کند. از نظر تحلیل حقوقی ایقاع زائیده شده اراده واحد است و اراده دیگری در آن تاثیری ندارد بر خلاف عقد که زائیده حداقل دو اراده موافق است.

مبحث سوم - اقسام عقود

- **عقد لازم:** مطابق ماده ۱۸۵ قانون مدنی: «عقد لازم آن است که هیچیک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته مگر در موارد معینه.»
بنابراین پس از تحقق عقد لازم هیچیک از طرفین حق فسخ و برهم زدن عقد را ندارد مگر آنکه در موارد معین شده در قانون برای یکی از آنها یا هر دو خیار فسخ به وجود آید. البته در صورتیکه طرفین با توافق درصدد برهم زدن عقد برآیند، این امر را اقاله گویند و از لحاظ تحلیل حقوقی دو اراده ای که عقد رابه وجود آورده اند قدرت برهم زدن آن را هم دارند.
- **عقد جایز:** ماده ۱۸۶ قانون مدنی عقد جائز را چنین تعریف کرده است: «عقد جائز آنستکه هریک از طرفین بتواند هر وقتی بخواهد آن را فسخ کند.»
نتیجه این تعریف این است که هریک از طرفین بدون هیچ علت قانونی و موافقت طرف دیگر، هر وقتی بخواهد میتواند عقد را فسخ کند.

- **عقد خیاری :** در عقد لازم ، ممکن است طرفین شرط کنند که یکی از آنها یا هر دوی آنان و یا شخص ثالثی اختیار داشته باشد عقد را فسخ و منحل نماید. بدین ترتیب طبق شرطی که طرفین نموده اند در صورتیکه هر دو حق فسخ داشته باشند ، اثر عقد جایز به عقد لازم مترتب میشود و اگر یک طرف حق فسخ داشته باشد ، عقد لازم نسبت به آن طرف مانند عقد جایز خواهد بود . از عقود موضوع قانون فوق معاملات قرض الحسنه ، فروش اقساطی ، اجاره به شرط تملیک، لازم و عقود مشارکت ، مضاربه و جعاله جایز میباشند .
- **عقد منجز :** مطابق ماده ۱۸۹ قانون مدنی ، عقد منجز عقدی است که تاثیر آن برحسب انشاء موقوف به امر دیگری نباشد . با این توضیح که طرفین عقد پس از ارزیابی و سنجش آثار و عواقب آن تصمیم به انجام آن میگیرند و با بیان اراده خود مقصود خویش را تفهیم می نمایند . تصمیم به انجام عقد و بیان آن را انشاء می گویند. برای مثال در عقد بیع وقتی طرفین توافق نمودند فروشنده مالک ثمن میگردد و خریدار مالک مبیع و انتقال مالکیت خود را بر ثمن و مبیع متوقف بر امری نمایند ، چنین عقدی بیع منجز میباشد زیرا فوراً آثار بیع بر توافق آنان مترتب میگردد.
- **عقد معلق :** مطابق ماده ۱۸۹ قانون مدنی ، عقد معلق عقدی است که تاثیر آن برحسب انشاء موقوف به امری دیگر باشد. در عقد معلق طرفین یا یکی از آنها نمی خواهد اثر عقد فوراً بر توافق آنان مترتب گردد ، بلکه تاثیر عقد را منوط به انجام امر دیگری میکند، مانند آنکه در وصیت تملیکی کسی که به نفع او وصیت شده است در صورتی مالک مال مورد وصیت میشود که وصیت کننده بمیرد.
- **عقد معوض :** عقد معوض به عقدی گفته میشود که هریک از طرفین در ازاء دریافت مالی یا انجام تعهدی در قبال طرف دیگر، پرداخت مالی یا انجام تعهدی را قبول کند.
- **عقد غیر معوض :** عقد غیر معوض به عقدی اطلاق میگردد که یکی از طرفین پرداخت مالی یا انجام تعهدی را در مقابل طرف دیگر قبول میکند، مانند هبه غیر معوض که شخصی به دلیل علاقه ای که به دیگری دارد ، مالی را به او می بخشد.
- **عقد تملیکی :** عقدی است که نتیجه آن انتقال مالکیت است ، مانند بیع که در نتیجه آن مالکیت فروشنده نسبت به مبیع ، به خریدار منتقل میشود و مالکیت خریدار نسبت به ثمن ، به فروشنده منتقل می گردد .
- **عقد عهدی :** عقدی است که در نتیجه آن حق دینی و تعهدی برای یک طرف در مقابل طرف دیگر و یا برای هریک از طرفین در مقابل یکدیگر به وجود می آید .مانند آنکه یک شرکت باری در مقابل صاحب کالائی تعهد میکند که کالا را به مقصد خاصی برساند و در عوض صاحب کالا تعهد میکند که وجهی را به وی بپردازد .
- **عقد مطلق :** عقدی است که بدون هیچ قید و شرطی منعقد میگردد و آثار عقد فوراً ظاهر میشود مانند کسی که اتومبیل خود را به دیگری می فروشد .
- **عقد مشروط :** به عقدی گفته میشود که ضمن آن یکی از اقسام سه گانه شرط (شرط فعل ، شرط صفت ، شرط نتیجه) گنجانیده شود . شرط به معنی عهد است و آن تعهدیست فرعی که در ضمن عقد اصلی قرار میگیرد.

مبحث چهارم - شرایط اساسی صحت معاملات

هریک از عقود (معینه و یا غیر معینه و قراردادها) وقتی آثار قانونی دارد که شرایط اساسی برای صحت معامله را دارا باشد. این است که ماده ۱۹. قانون مدنی میگوید : « برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است :

۱- قصد طرفین و رضای آنها

۲- اهلیت طرفین

۳- موضوع معین که مورد معامله باشد .

۴- مشروعیت جهت معامله «

کلمه معامله در ماده مزبور در معنی وسیع خود که عقد باشد استعمال شده است و منظور قانون مدنی از اساسی بودن شرایط بالا در عقد، آنستکه هرگاه معامله شرایط چهارگانه بالا را داشته باشد آن معامله صحیح میباشد. با فقدان هریک از شرایط فوق، عقد صحیح بوجود نمی آید و ممکن است عقد ، باطل یا غیر نافذ باشد .

عقد صحیح : عقدی است که شرایط چهار گانه صحت معاملات را داشته باشد .

عقد باطل : عقدی است که فاقد یک یا چند شرط از شرایط اساسی صحت معاملات باشد و به همین دلیل وجوب پیدا نمی کند و هیچ اثر قانونی بر آن مترتب نمی شود .

عقد غیر نافذ : عقدی است که بعلت نقص در شرط اول شرایط اساسی صحت معاملات (قصد طرفین و رضای آنها)

اثر قانونی بر آن مترتب نمی شود ، لیکن این نقص قابل رفع است و پس از رفع نقص مورد حمایت قانونی واقع میشود . نقص مذکور مربوط است به قسمت دوم شرط اول یعنی رضای طرفین ، بدین معنی که یکی از طرفین تحت فشار و اکراه (بطوری که قصد خود را از دست ندهد) راضی به انجام معامله شود. چنین شخصی رامکره گویند ، یعنی کسی که رضایت کامل نداشته است و بدین لحاظ معامله مکره، نافذ نیست . عقد غیر نافذ به مریضی می ماند که قابل علاج است .

۱- قصد و رضای طرفین

انسان زمانی که می خواهد عمل حقوقی انجام دهد به تجزیه و تحلیل منافع ومضار این عمل در ذهن خود می پردازد و پس از آنکه منافع آن را برتر دید، میل واشتیاق به انجام آن پیدا میکند از لحاظ حقوقی، تمایلی که انسان به انجام عمل پیدا میکند «رضای نامیده میشود. بعد از این مرحله است که تصمیم به اجرای میل خود میگیرد و اجرای عمل را « قصد » گویند.

الف - ایجاب و قبول : کسی که قصد خود رامبنی بر انجام عمل حقوقی به طرف خود اعلام میدارد به این اعلام او «ایجاب» گویند و اعلام اراده طرف مقابل مبنی بر پذیرش ایجاب را « قبول» گویند.

ب - اکراه : یکی از شرایط اساسی برای صحت معامله قصد طرفین و رضای آن ها است .رضای وقتی موثر خواهد بود که تحت تاثیر اکراه قرار نگرفته باشد و الا چنین رضائی طبق ماده ۱۹۹ قانون مدنی موجب نفوذ معامله نیست . مجموعه تهدیدات و فشارهای مادی و روانی که بر شخص وارد میشود تا او را مجبور به انجام یک عمل حقوقی نماید « اکراه » گفته میشود . اکراه موجب میشود که شخص نتواند منافع و مضار اعمال خود را بسنجد و رضایت به انجام عمل بدهد، بلکه به منظور رهایی از تهدید و با اکراه حاضر به انجام معامله میشود .

ج - اشتباه : برداشت نادرست انسان از حقایق امور ، « اشتباه » نامیده میشود . اشتباه زمانی موجب بطلان عقد میشود که شخصیت طرف علت عمده عقد باشد.

د - اضطرار : اضطرار موجب عدم نفوذ یا بطلان معامله نمی شود و معامله اضطراری از لحاظ قانون مدنی صحیح است . معامله اضطراری در نتیجه اوضاع و احوالی که برای شخص مضطر به وجود می آید ، صورت میگیرد و هیچگونه اجبار و تهدیدی مستقیماً" شخص مضطر را وادار به انجام معامله نمی کند ، بلکه شخص مضطر با توجه به اوضاع و احوال

موجود در اجتماع تصمیم به انجام معامله میگیرد و در واقع به نوعی انتخاب بین بد و بدتر دست می زند. به این سبب است که مطابق ماده ۲۰۶ قانون مدنی، معامله اضطراری معتبر است و شخص مضطر، مکره محسوب نمی شود.

۲- اهلیت طرفین :

اهلیت شایستگی است که انسان برای دارا شدن حق و اعمال آن پیدا میکند و آن به دو صورت است، یکی اهلیت تمتع و دیگری اهلیت استیفاء.

الف - اهلیت تمتع: قابلیت شخص است برای آنکه بتواند دارای حقوق مدنی گردد، یعنی بتواند دارای حق و تکلیف شود. طبق قسمت اول ماده ۹۵۸ قانون مدنی هر انسان متمتع از حقوق مدنی خواهد بود ... و ماده ۹۵۶ ق مدنی میگوید: «اهلیت برای دارا بودن حقوق بازنده متولد شدن انسان شروع و با مرگ او تمام میشود.» برای آنکه تصور نرود که حمل از حقوق مدنی محروم میباشد ماده ۹۵۷ قانون مدنی میگوید: «حمل از حقوق مدنی متمتع میگردد مشروط بر اینکه زنده متولد شود.»

ب - اهلیت استیفاء: اهلیت استیفاء یا قدرت اعمال حق و آن قابلیت شخص است برای آنکه، بتواند حق خود را استیفاء و اعمال نماید، چنانچه بتواند در اموال و حقوق خود تصرف نماید و یکی از عقود و معاملات را منعقد سازد. برای آنکه انسان بتواند حق خود را استیفاء و اعمال بنماید، داشتن حق تمتع، کافی نیست. این است که برطبق ماده ۹۵۸ قانون مدنی: «هیچ کس نمی تواند حقوق خود را اجرا کند مگر اینکه برای این امر اهلیت قانونی داشته باشد.» برای آنکه متعاملین اهل محسوب بشوند طبق ماده ۲۱۱ قانون مدنی آن ها باید بالغ، عاقل و رشید باشند. قانون مدنی به این مختصر اکتفا نکرده و در ماده ۱۲۰۷ می گوید: «اشخاص ذیل محجور و از تصرف در اموال و حقوق مالی خود ممنوع هستند: ۱- صغار ۲- اشخاص غیر رشید ۳- مجانین»

صغار: منظور ماده از کلمه صغار اشخاص غیر بالغ است و صغیر بردو قسم است: صغیر ممیز و صغیر غیر ممیز. صغیر ممیز کسی است که بتواند بین نفع و ضرر خود فرق گذارد. اعمال صغیر خواه ممیز و خواه غیر ممیز تا حدی که مربوط به اموال و حقوق مالی او باشد باطل و بلا اثر است. لذا قانون مدنی در ماده ۲۱۲ گفته است: معامله غیر بالغ باطل است. اما استثنائاً" با توجه به اینکه هیچ گونه ضرری از تملک بلاعوض متوجه صغیر نمی شود، قانون مدنی اجازه داده است که صغیرممیز تملک بلاعوض بنماید. مانند قبول هبه، صلح بلاعوض

غیر رشید: غیر رشید کسی است که تصرفات او در اموال و حقوق مالی خود عقلانی باشد، یعنی عقل معاش نداشته و هرگاه اداره داراییش به او واگذار شود در اموال خود تعدی و تفریط و اسراف نماید.

مجانین: مجنون کسی است که تعادل عقلی خود را از دست داده باشد. ماده ۱۲۱۳ قانون مدنی مجنون را به دو دسته تقسیم نموده است: مجنون دایمی و مجنون ادواری.

مجنون دایمی کسی است که همه اوقات دچار اختلال اعصاب دماغی و نقص عقل است و **مجنون ادواری** کسی است که در بعضی از اوقات اختلال اعصاب دماغی حکومت عقل را از او سلب مینماید و در بعضی اوقات دیگر حالت عادی دارد و عقلش حکومت میکند. طبق ماده ۱۲۱۳ قانون مدنی: «مجنون دایمی مطلقاً و مجنون ادواری در حال جنون نمی تواند هیچ تصرفی در اموال و حقوق مالی خود بنماید ...» ماده ۲۱۲ قانون مدنی: «معامله غیر عاقل باطل است.»

۳- مورد معامله :

معامله باید دارای موردی باشد که موضوع تعهد یا انتقال قرار گیرد. ماده ۲۱۴ ق مدنی می گوید: «مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هر یک از متعاملین تعهد تسلیم یا ایفاء آن رامیکنند.»

مورد معامله ممکن است مالی باشد که متعهد به تسلیم آن تعهد میکند، مانند بیع نسبه (فروش اقساطی موضوع قانون عملیات بانکی بدون ربا) که در این صورت تعهد بانک تسلیم و انتقال اموال به مشتری است. معاملات معوض دارای دو مورد است که یکی را عوض و دیگری را معوض گویند. هر یک مقابل یکدیگر قرار میگیرند و معاملات غیر معوض دارای یک مورد است که موضوع تعهد یا انتقال است.

آنچه مورد معامله واقع میشود، بایستی دارای شرایط ذیل باشد:

الف - مالیت داشته باشد: بتواند مورد داد و ستد قرار گیرد و در بازار تجارت ارزش معاوضه داشته باشد. در صورتیکه که فاقد ارزش معاوضه باشد مانند هوا، نور خورشید و... نمی تواند مورد معامله واقع شود. (ماده ۲۱۵ قانون مدنی)

ب - متضمن منفعت عقلائی باشد: مورد معامله باید منفعتی داشته باشد که جامعه و عقلاً آن را بپذیرد و لو آنکه آن منفعت ناچیز باشد. چیزی که هیچ گونه نفع مادی، اخلاقی و اجتماعی ندارد نمی تواند مورد معامله قرار گیرد.

ج - منفعت آن مشروع باشد: با توجه به عبارت ماده ۳۴۸ قانون مدنی «بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است و یا چیزی که مالیت و یا منفعت عقلائی ندارد یا چیزی که بایع قدرت بر تسلیم آن ندارد باطل است ...» منظور از منفعت مشروع منفعتی است که انتفاع از آن را قانون منع نکرده است.

د - تسلیم آن مقدور باشد: چیزی که مورد تعهد یا مورد انتقال قرار بگیرد باید متعهد یا ناقل بتواند آن را به منتقل الیه یا متعهد له تسلیم نماید. والا معامله باطل است (ماده ۳۴۸ قانون مدنی)

ه - مورد معامله مبهم نباشد: مورد معامله باید معلوم باشد مگر در مواردیکه علم اجمالی به آن کافی است (ماده ۲۱۶ قانون مدنی) مورد معامله باید نزد طرفین معلوم باشد و کافی نیست که یکی از متعاملین آن را بداند و دیگری به آن جاهل باشد.

و - مورد معامله باید معین باشد: طبق شق ۳ ماده ۱۹. قانون مدنی موضوع معامله باید معین باشد بنابر این مورد معامله نمی تواند یکی از دو یا چند شی معین قرار گیرد.

ز - مورد معامله باید قابل انتقال باشد: معامله ای که مقتضای آن انتقال مال است، مورد آن باید قابلیت انتقال داشته باشد. اموالیکه قابلیت انتقال ندارد عبارتند از: مشترکات عمومی و موقوفات.

ی - مورد معامله باید در حین عقد موجود باشد: مربوط به معاملاتی است که موضوع آن مالی معین است، مانند اتومبیل خاص و معین که موضوع معامله قرار گیرد که در این صورت بایستی این اتومبیل در حین عقد موجود باشد.

۴- مشروعیت جهت معامله :

چهارمین شرط اساسی صحت معامله را ماده ۱۹. قانون مدنی مشروعیت جهت معامله شمرده است. جهت معامله عبارت است از ادعایی که قبل از معامله در هر یک از متعاملین پیدا شود و سبب انجام معامله گردد. مثلاً کسی مقروض است، خانه خود را می فروشد تا قرض خود را اداء نماید. جهت فروش خانه تادیه دین است در این مثال، ماده ۲۱۷ قانون مدنی می گوید: در معامله لازم نیست که جهت آن تصریح شود، ولی اگر تصریح شده باشد، باید مشروع باشد والا معامله باطل

است. منظور از کلمه مشروع در این ماده ، ممنوع نبودن از طرف قانون است . بنابراین هر عملی که از طرف قانون منع نشده باشد مشروع است، مثلاً فروش انگور به کسی که از آن شراب میسازد و به قصد آنکه شراب بسازد باطل است .

مبحث پنجم - ولایت - وصایت - قیمومیت

مفهوم ولایت :

ولایت به معنی عام ، سلطه ای است که شخص بر مال و جان دیگری پیدا میکند و شامل ولایت پدر و جد پدری و پیامبر و حاکم نیز میشود . ولی در روابط خانوادگی ، عبارت از اقتداری است که قانونگذار به منظور اداره امور مالی و گاه تربیت کودک (یا سفیه و مجنونی که حجرشان متصل به زمان صغر است) به پدر و جدپدری اعطا کرده است . گاه وصی منصوب از طرف پدر یا جد پدری را نیز در زمره اولیا می آورند ، چنانچه ماده ۱۱۹۴ قانون مدنی می گوید : «پدر و جد پدری ووصی منصوب از طرف یکی از آنان ولی خاص نامیده میشود .»

قهری بودن ولایت پدر ، از نظر حقوقی و اجتماعی به معنای واقعی خود پابرجاست . زیرا همین که طفل دنیا می آید، خود به خود تحت ولایت پدر قرار می گیرد . لیکن ولایت جد پدری ، هرچند که در دیدگاه قوانین مانند ولایت پدر است، در رسوم اجتماعی ما منوط بر این است که ولایت پدر به دلیلی از بین رفته باشد و کودک در خانواده طبیعی و مرسوم خود زندگی نکند. وانگهی ، ولایت پدر در وضع عادی خود شاخه حضانت را نیز بهمراه دارد ، یعنی پدر کودک هم ولی او در امور مالی است و هم درکنار مادر حضانت را به عهده دارد . در حالیکه حضانت جد پدری زمانی موضوع پیدا میکند که پدر و مادر کودک مرده باشند ، یا بدلیلی توان اجرای این تکلیف را از دست داده باشند.

اشخاص ذیل تحت ولایت پدر و جد پدری قرار می گیرند :

۱- کودک ، پیش از رسیدن به سن بلوغ و رشد

۲- سفیه یا مجنونی که عدم رشد یا جنون او متصل به زمان صغر باشد یعنی عارضه سفه و جنون مانع از این شود که فرزند پس از رسیدن به سن بلوغ رشید شود . پس اگر کودکی به سن بلوغ برسد و رشید باشد ، ولایت پدر و جد پدری ساقط میشود . چنین فرزندى به جامعه تحویل داده شده و ولایت ولی پایان یافته است . بنابراین اگر این شخص محجور شود ، جامعه باتعیین قیم از او حمایت میکند .

مفهوم وصایت :

دیدیم که ولایت بر فرزندان خانواده با پدر و جد پدری است . با اینکه در عادات و رسوم اجتماعی پدر بزرگ از شمار اعضای خانواده حذف شده است از نظر حقوقی هنوز برنواده های خود ولایت دارد.

پدر و جدپدری (اولیای قهری) نه تنها در زمان حیات خود سرپرستی فرزندان خانواده را بعهده دارند بلکه میتوانند برای پس از مرگ نیز شخصی را مامور تربیت فرزندان و اداره دارائی آنان سازند . عمل حقوقی ناظر به تعیین و انتصاب چنین شخصی را « وصایت » یا « وصیت عهدی » و برگزیده او را « وصی » می نامند. بخش اخیر ماده ۸۲۶ قانون مدنی در تعریف وصی می گوید: « ... کسی که بموجب وصیت عهدی ولی بر مورد ثلث یا بر صغیر قراردادده میشود وصی نامیده میشود .»

بنابراین وصی نماینده عهدی ولی قهری است و همه اختیار خود را از او میگیرد. باوجود این وصی را نمیتوان وکیل ولی شمرد. زیرا اختیار وصی از زمانی آغاز میشود که صلاحیت ولی با مرگ او پایان می پذیرد . در نتیجه باید پذیرفت که اختیار

وصی شاخه ای از ولایت قهری است که در نتیجه وصیت عهدی به «وصی» تفویض میشود. بهمین جهت نیز دادستان بر کار وصی نظارت ندارد و قانون مدنی او را همراه با پدر و جد پدری «ولی خاص» نامیده است. (ماده ۱۱۹۴ قانون مدنی) باید افزود که هرگاه کودکی ولی قهری داشته باشد، وصی حق دخالت در کار او را ندارد. برای مثال اگر پدری برای مواظبت از فرزندان خود و اداره دارایی آنان وصی معین میکند و پس از فوت او جد پدری زنده باشد، اداره نواده ها با پدر بزرگ است نه وصی. اگرچه این عبارات با ماده ۱۱۸۹ قانون مدنی مغایر بنظر میرسد زیرا طبق این ماده هیچ یک از پدر و جد پدری نمی تواند با حیات دیگری برای مولی علیه خود وصی معین کند. همچنین چنانچه حق حضانت به حکم قانون با مادر باشد، ولی قهری نمی تواند وظایف او را به وصی واگذار کند زیرا حق مادر بر اختیار شخص پدر یا جد پدری نیز مقدم است و از ماده ۱۱۷. قانون مدنی نیز همین قاعده به خوبی استنباط میشود. در این ماده آمده است: «در صورت فوت یکی از ابویین حضانت طفل با آنکه زنده است خواهد بود، هر چند پدر طفل بوده و برای او قیم معین کرده باشد.» و معلوم است که مقصود از «قیم» در این ماده «وصی» است زیرا قیم را دادگاه معین میکند نه پدر طفل.

مفهوم قیمومیت :

از آنچه تاکنون گفته شد بخوبی بر می آید که کودک در مرحله نخست و به حکم طبیعت به پدر و مادر سپرده میشود. پس از فوت پدر، جد پدری اداره امور را بدست میگیرد و هم از کودک سرپرستی و مواظبت میکند و هم دارائی او را اداره مینماید و نماینده قانونی نواده خود محسوب میشود.

ولی هرگاه فرزند خانواده ولی خاص نداشته باشد، حضانت او همچنان بامادر است، لیکن اداره دارائی رابه «قیم» میسپارند. قیم در واقع نماینده حاکم است و زمانی برسر طفل نهاده میشود که او را محروم از سایه ولایت بیابد. بنابراین قیمومیت نهاد حقوقی است که قانونگذار، بعد از ولایت و حضانت و وصایت، برای سرپرستی و حمایت از فرزند خانواده اندیشیده است.

ماده ۱۲۱۸ قانون مدنی بر مبنای قواعدی که گفته شد، اشخاصی را که به قیمومیت اداره میشوند معین میکند. در این ماده آمده است: «برای اشخاص ذیل نصب قیم میشود: ۱- برای صغار که ولی خاص ندارند ۲- برای مجانین و اشخاص غیر رشید که جنون یا عدم رشد آنها متصل به زمان صغر آنها نباشد.»

بطور کلی می توان بیان نمود که قیمومیت نوعی از ولایت است که به منظور حمایت از کودکان و محجوران آغاز میشود. این ولایت نه قهری و به حکم قانون ایجاد میشود و نه قرارداد در استقرار آن نقشی دارد، سمتی است عمومی و قضائی که در آن شایستگی قیم بیش از هر شرط دیگر اهمیت دارد و قانونگذار اختیار تعیین قیم را به دادگاه سپرده است. شایان ذکر است که قیم نمیتواند اموال غیر منقول مولی علیه را بفروشد یا رهن گذارد مگر با لحاظ غبطه مولی علیه و تصویب مدعی العموم (دادستان) و نمیتواند برای مولی علیه بدون ضرورت و احتیاج قرض کند که آنها هم با تصویب مدعی العموم که این امر در ماده ۱۲۴۱ قانون مدنی تصریح گردیده است.

گفتار سوم - آثار معاملات

مباحث مربوط به این بخش را درسه باب: قواعد عمومی، خسارات ناشی از عدم اجرای تعهد و اثر عقود نسبت به اشخاص ثالث بطور اختصار مورد بحث قرار میدهیم.

مبحث اول - قواعد عمومی

عقود سبب ایجاد تعهدات هستند . پس از وقوع عقد طرفین ملزم هستند به تعهدات ناشی از آن عمل کنند و در صورتیکه به تعهد خود عمل ننمایند ، متعهد له میتواند اجبار و الزام متعهد را به انجام تعهد خود بخواهد . هیچیک از طرفین نمی تواند بصورت یک جانبه و یا بدون دلیل قانونی ، عقد رامنحل و یا از آثار آن جلوگیری کند . به همین دلیل است که ماده ۲۱۹ قانون مدنی می گوید : « عقودی که برطبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است ، مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود.»

عقدی که برطبق قانون واقع شود یعنی دارای شرایط اساسی صحت معامله باشد بین متعاملین لازم الاتباع است و هرگونه تعهدی که بوسیله آن عقد نموده اند باید آنرا ایفاء نمایند. بنابراین هر قرارداد و عقدی را که قانون تصریح به جائز بودن آن ننموده باشد لازم است و هیچیک از طرفین نمی توانند آنرا برهم زنند و آثار الزامی آنرا ملغی نمایند، مگر در موارد معینه. مواردیکه عقد لازم منحل می گردد عبارت است از :

الف- اقاله که عبارت است از برهم زدن عقد به توافق طرفین . طرفین همانگونه که بتوافق یکدیگر عقد را منعقد میسازند، به تراضی یکدیگر میتوانند آنرا برهم زنند و تفاسخ نمایند .

ب - فسخ بعلت قانونی، برسه قسم است :

۱- یکی از طرفین در اثر حقی که قانون به جهتی از جهات به او داده است میتواند عقد را فسخ بنماید .

۲- در ضمن عقد حق فسخ برای طرفین یا یکی از آنها یا شخص ثالث شرط شده است. در اثر داشتن حق مزبور کسیکه این حق به او داده شده میتواند بدون موافقت دیگری عقد را برهم زند که عقد مزبور را عقد خیاری مینامند.

۳- بعلتی که مربوط به متعاملین نیست معامله به خودی خود فسخ و منحل شود.

نظر به اینکه مشکل است طرفین کلیه آثار و نتایج مورد نظر خود را در عقد پیش بینی نمایند، لذا قانونگذار در جهت تکمیل اراده طرفین به کمک آنان شتافته و بموجب ماده ۲۲. قانون مدنی مقرر داشته : « عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می نماید ، بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که بموجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل میشود نیز ملزم میباشند .»

همچنین به منظور رفع ابهام در مقام تفسیر عقد و احراز مقصود طرفین بایستی به مفهوم کلمات و عبارات و جملات ارزشی داده شود که مورنظر عرف باشد .

طبق ماده ۲۲۳ قانون مدنی : هر معامله ای که واقع شده باشد محمول برصحت است مگر اینکه فساد آن معلوم شود. « یعنی طرفین در صورتی ملزم به انجام تعهدات ناشی از عقود هستند که عقد بنحو صحیح منعقد شده باشد.

مبحث دوم - خسارات حاصله از عدم اجرای تعهدات

خسارت در قانون مدنی به دو مفهوم استعمال شده است . در مفهوم اول لغوی خسارت مورد نظر واقع گردیده و آن عبارت است از ضرری که در نتیجه انجام یا امتناع از انجام امری به دیگری وارد شده است که در بیان این مفهوم ماده ۲۲۱ قانون مدنی بدین شرح استعمال شده است : « اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند در صورت تخلف مسئول خسارات طرف مقابل است .»

در مفهوم دوم، خسارت عبارتست از وجه یا مالی که به منظور جبران ضرر به طرف خسارت دیده پرداخت میشود. خساراتی که در نتیجه عدم اجرای تعهد یا تاخیر در انجام آن متوجه یکی از طرفین عقد میگردد، ممکن است ضرر و زیان مستقیمی باشد که در نتیجه آن از میزان دارائی وی کاسته شود و یا اینکه از کسب منافع آتی محروم گردد. در اصطلاح حقوقی به خسارت نوع دوم عدم النفع گویند.

در جبران خسارت نوع اول که کاهش دارائی خسارت دیده است اختلاقی وجود ندارد و متعهد از باب تسبیب، مسئول جبران آن میباشد. لیکن در جبران عدم النفع اختلاف نظر وجود دارد و عده ای عدم النفع را ضرر نمی دانند.

به منظور مطالبه خسارت از متعهد بایستی شرایط ذیل به وجود آید:

اولاً در نتیجه عدم انجام تعهد یا تاخیر در انجام آن خسارتی متوجه متعهد له شده باشد.

ثانیاً متعهد مسبب وارد شدن خسارت باشد یعنی در نتیجه تاخیر یا امتناع متعهد از انجام تعهد خسارت وارد شده باشد. بنابراین در صورتیکه متعهد له به ترتیبی عمل نموده باشد که موجبات تاخیر یا امتناع از انجام تعهد فراهم گردیده باشد، مسئولیتی متوجه متعهد نیست و عقلاً و قانوناً نمی توان کسی را مسئول اعمال دیگری دانست.

ثالثاً جبران خسارت بایستی در عقد تصریح شده باشد و یا آنکه در صورت عدم ذکر در عقد، عرف کسی را که در انجام تعهد خود تاخیر اندازد مسئول خسارت بداند.

رابعاً برای انجام تعهد مدتی معین شده و مدت مذکور منقضی گردیده باشد. به همین دلیل به منظور جبران خسارت وارده شده به متعهد له، ماده ۲۲۶ قانون مدنی مقرر داشته که متعهد له در صورتی میتواند ادعای خسارت کند که برای ایفای تعهد مدت معینی مقرر شده و مدت مذکور منقضی شده باشد.

ممکن است طرفین به منظور جلوگیری از اختلافات، ضمن توافقهایی بعمل آمده، برای جبران خسارت، وجه یا مالی را معین نمایند که در صورت تخلف، این مال یا وجه به طرف مقابل پرداخت شود. وجه یا مال مذکور که جریمه تخلف متخلف است اصطلاحاً « جزای شرط » گفته میشود و در صورتیکه مربوط به تاخیر در انجام تعهد مالی باشد « جریمه تاخیر تادیه » می گویند.

مبحث سوم - اثر عقود نسبت به اشخاص ثالث

نتایج حاصل از عقود فقط در مورد طرفین عقد موثر است و متوجه اشخاص ثالث نمی شود. منظور از اشخاص ثالث هر شخص حقیقی یا حقوقی است که اصالتاً و یا وکالتاً مداخله ای در انعقاد عقد، نداشته است. بنابراین قائم مقام قانونی یا قراردادی طرفین چون وسیله اجرای حقوق طرفین هستند، اشخاص ثالث محسوب نمی شوند.

با وجود اینکه نتیجه و آثار عقود بطور طبیعی به طرفین عقد تسری دارد لیکن مواردی وجود دارد که قانون اجازه داده است که اثر عقد متوجه اشخاصی بشود که اصالتاً یا وکالتاً مداخله ای در عقد نداشته اند.

این مفهوم در ماده ۱۹۶ قانون مدنی صراحتاً قید شده است که میگوید: « کسی که معامله میکند آن معامله برای خود آن شخص محسوب است مگر اینکه در موقع عقد خلاف آن ثابت شود، معذک ممکن است در ضمن معامله ای که شخص برای خود میکند تعهدی هم به نفع شخص ثالث بنماید.» بنابراین اگر طرفین عقد به نفع شخص ثالثی تعهدی بکنند، شخص ثالث از منافع آن برخوردار میشود و از لحاظ حقوقی شرط مذکور صحیح است، ولی شخص ثالث در قبول یا رد آن مختار است.

گفتار چهارم - شرایط ضمن عقد

شرط به معنای عهد والتزام است و اصطلاحاً به تعهدی گفته میشود که در ضمن عقد قرار گیرد. شرط به معنی ملتزم کردن و ملتزم شدن به امری است .

شرط تعهد فرعی است که ضمن تعهد اصلی (عقد) قرار داده میشود . رابطه بین عقد و شرط ، رابطه اصل و فرع محسوب میشود و بقای شرط منوط به بقای عقد است اما بطلان و زوال شرط تاثیری در عقد ندارد. طرفین عقد می توانند هر شرطی را که مورد نظرشان باشد در عقد قید کنند ، اما بایستی توجه نمایند که شرط از شروط باطله و مضر عقد نباشد.

مبحث اول - اقسام شرط

طبق ماده ۲۳۴ قانون مدنی شرط بر سه قسم است .

۱- **شرط صفت:** عبارت از شرطی است که موضوع آن صفتی از صفات مورد معامله که عین خارجی است باشد . بنابراین در شرط صفت دو خصوصیت است . یکی آنکه مورد معامله باید عین خارجی باشد و دیگر اینکه شرط باید راجع به صفتی از صفات مورد معامله باشد . شرط صفت باید راجع به کیفیت یا کمیت مورد معامله باشد، یعنی موضوع شرط دارای اوصاف خاص یا مقدار معینی باشد .

۲- **شرط نتیجه:** عبارت است از اینکه تحقق امری در خارج شرط شده باشد ، یعنی طرفین شرط نمایند که به محض انعقاد عقد امر دیگری هم اتفاق افتد .

۳- **شرط فعل:** طبق ماده ۲۳۴ قانونی مدنی : « ... شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص ثالثی شرط شود .»

شرط فعل بر دو قسم است : مثبت و منفی . شرط فعل مثبت آن است که مشروط علیه در ضمن عقد انجام عملی را بر عهده بگیرد . شرط فعل منفی آن است که مشروط علیه در ضمن عقد تعهد نماید که از انجام عمل معینی خودداری کند .

در ماده ۲۳۲ قانون مدنی شروط باطلی که مفسد عقد نیستند ذکر گردیده اند و ماده ۲۳۳ قانون مدنی شروط باطلی را که موجب بطلان عقد است بیان نموده و بین این دو دسته از شروط فرق گذاشته شده است .

الف - شروط باطلی که مفسد عقد نیستند :

مطابق ماده ۲۳۲ قانون مدنی شرایطی که باطل است ولی تاثیری در صحت عقد ندارد بر سه قسمت است :

۱- **شرطی که انجام آن غیر مقدور باشد .**

چنین شرطی در حکم معدوم است بدین معنی که طرفین تمایلی به انجام و اجرای آن ندارند و به همین دلیل هم بطلان آن تاثیری در عقد ندارد.

۲- **شرطی که نفع و فایده در آن نباشد .**

شرطی که فاقد منفعت برای مشروط له باشد و طرفین با علم به این موضوع مبادرت به قید آن در عقد کرده باشند ، تاثیری در توافق اصلی طرفین ندارد چون آنها به طور ضمنی عدم علاقه خود را به آن اعلام کرده اند و در واقع امری بی فایده است و قابلیت استناد ندارد.

۳- **شرطی که نامشروع باشد .**

باتوجه به اینکه امر غیر مشروع قابلیت اجرا واستناد ندارد هرگونه توافقی در مورد آن قانوناً قابل اجرا و حمایت قضائی نیست، بنابراین طرفین در واقع میل به اجرای آن ندارند، شرط، موجب ترغیب آنان به انعقاد عقد اصلی نبوده است. لذا این گونه شروط باطل بوده و در حکم معدوم است و اثری بر آنها مترتب نیست.

ب - شروط باطلی که مبطل عقد هستند :

بموجب ماده ۲۳۳ قانون مدنی شرایط باطلی که موجب بطلان عقد میگردد بر دو قسم است :

۱- شرط خلاف مقتضای ذات عقد .

طرفین عقد از انعقاد آن هدف و مقصود خاصی دارند که اگر چنین مقصودی از عقد سلب شود، طرفین تمایلی به انعقاد آن ندارند. مثلاً "در عقد بیع هدف و مقصود مشتری تملیک مبیع است و مقصود فروشنده تملک ثمن است، چنین قصد و منظوری که طرفین در انعقاد عقد دارند، مقتضای عقد نامیده میشود. بنابراین هرگونه شرطی که مخالفت با این امور داشته باشد، نه تنها باطل است بلکه موجب بطلان عقد میشود.

۲- شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود.

در شرح شرایط اساسی صحت معاملات گفته شد که مورد معامله بایستی معلوم و معین باشد بطوری که طرفین بر میزان و چگونگی تعهد خود آگاهی داشته باشند. بنابراین قید هرگونه شرطی ضمن عقد که موجب شود تعهد طرفین و یا یکی از آنها مجهول بماند، چنین شرطی نه تنها باطل است بلکه در عقد اصلی هم موثر واقع شده و سبب بطلان آن میشود.

مبحث دوم - اسقاط شرط

در نتیجه شرط حقی برای مشروط له به وجود می آید که می تواند از آن صرف نظر نموده و به عبارت دیگر، حق خود را ساقط کند. اما باید توجه داشت که اسقاط شرط نتیجه امکان پذیر نیست. زیر به محض اشتراط، شرط انجام گرفته و از نتیجه حاصله نمی توان صرف نظر کرد. اسقاط شرط به وسیله ای که دلالت بر قصد مشروط له باشد، خواه بطور صریح و خواه بصورت ضمنی، صورت خواهد گرفت.

در صورتیکه عقد اصلی که شرط ضمن آن مقرر شده است، فسخ یا اقاله گردد، شرط هم به دلیل آن که فرع بر عقد است، خود به خود از میان میرود و دیگر اثری ندارد.

گفتار پنجم - سقوط تعهدات

مقصود طرفین عقد یا قرارداد از انعقاد آن انجام تعهداتی است که قبول کرده اند و با انجام تعهد، مقصود طرفین حاصل میگردد و تعهد برطرف میشود. همین برطرف شدن تعهد است که قانون مدنی از آن بعنوان «سقوط تعهدات» یاد میکند. مطابق ماده ۲۶۴ قانون مدنی، تعهد در موارد ذیل ساقط میشود :

۱- وفای به عهد

۲- اقاله

۳- ابراء

۴- تبدیل تعهد

۵- تهاتر

۶- مالکیت مافی الذمه

البته موارد دیگری هم در قانون مدنی به طور پراکنده دیده میشود که باعث سقوط تعهد میشود مانند فوت یکی از طرفین در عقود جایز.

- وفای به عهد

وفای به عهد ساده ترین وسیله سقوط تعهد است، زیرا متعهد با به جا آوردن تعهد خود، مقصود متعهد له را برآورده میکند و موجب برائت ذمه خود میشود. موضوع تعهد ممکن است تادیه مالی یا انجام عملی یا ترک فعلی باشد. در موردیکه موضوع تعهد تادیه مالی باشد، با تحویل مال، تعهد انجام میگردد و هرکس مالی را به دیگری میدهد، اصل براین است که به تعهد خود وفا کرده و ظاهر در عدم تبرع است. بنابراین اگر کسی بدون اینکه مدیون باشد، چیزی را به دیگری بدهد میتواند آن را مسترد نماید. (مواد ۲۶۷ تا ۲۸۲ قانون مدنی)

- اقاله

اقاله به معنی برهم زدن معامله باتوافق طرفین است. همان دو اراده ای که قادر به ایجاد معامله هستند، میتوانند آن را فسخ و از ادامه آثار آن جلوگیری کنند و وضعیت را به حالت اول در آورند. بنا براین، عنصر اساسی اقاله، تراضی و توافق طرفین است و این امر به صراحت در ماده ۲۸۳ قانون مدنی بدین شرح آمده است: «بعد از معامله طرفین میتوانند به تراضی آن را اقاله و تفاسخ کنند.»

اهم شرایط اقاله املاک تملیکی بانک، کاربری مسکونی و وثایق تملیکی است. طبق صورتجلسات مجمع عمومی بانکها که مقرر میدارد: چنانچه وثایق تملیکی بانکها املاک مسکونی باشد، بانکها موظفند در صورت تقاضای مالک یا قائم مقام وی ملک را به مالک اقاله نمایند، مشروط به آنکه اولاً "عین ملک در مالکیت بانک باشد، ثانیاً" کلیه مطالبات و متفرعات متعلقه تا زمان اقاله وصول شده باشد، ثالثاً "واحد و یا ملک مسکونی مورد اقاله تنها مایملک مسکونی در تصرف متقاضی باشد که اتخاذ تصمیم در خصوص مورد باتوجه به مفاد اساسنامه بانکها در اختیار مدیریت هر بانک میباشد. در رابطه با وثایق تملیکی با کاربرهای غیر مسکونی نیز اتخاذ تصمیم در خصوص درخواست مالکین و وثایق یا قائم مقام قانونی آنها، به صرفه و صلاح بانک واگذار شده است.

- ابراء

مطابق ماده ۲۸۹ قانون مدنی: «ابراء عبارت است از اینکه دائن از حق خود به اختیار صرف نظر نماید» از تعریف مذکور چنین مستفاد میشود که اولاً دائن یا متعهد له بایستی به اختیار از حق خود صرف نظر کند و اجبار و تهدید وی موثر در مقام نیست. ثانیاً در ابراء احتیاجی به موافقت مدیون نیست. ثالثاً ابراء مدیون مجانی است و نمیتواند در مقابل دریافت عوضی باشد.

- تبدیل تعهد

در قانون مدنی تعریفی از تبدیل تعهد نشده است، اما باتوجه به مواد ۲۹۲ و ۲۹۳ قانون مدنی و معنی لغوی «تبدیل تعهد» میتوان گفت: تبدیل تعهد عبارت است از سقوط تعهد سابق در نتیجه ایجاد تعهد جدید، با توجه به این تعریف، معلوم میشود که بین تعهد سابق و تعهد جدید رابطه علیت موجود است. یعنی تعهد جدید موجب سقوط تعهد سابق میگردد و سقوط تعهد سابق موجب تعهد جدید است. بنابراین در صورتیکه هر یک از تعهدات اسبق یا جدید به علتی باطل باشد، تبدیل تعهد صورت نخواهد گرفت.

مطابق ماده ۲۹۲ قانون مدنی، تبدیل تعهد در موارد ذیل حاصل میشود:

وقتی متعهد و متعهد له باتبدیل تعهد اصلی به تعهد جدیدی که قائم مقام آن میشود، به سببی از اسباب تراضی نمایند و در اینصورت متعهد نسبت به تعهد اصلی بری میشود.

وقتی که شخص ثالث با رضایت متعهد له، قبول کند که دین متعهد را اداء نماید. وقتی که متعهد، مافی الذمه متعهد را به کسی دیگر منتقل نماید. بنابر این تبدیل تعهد به سه صورت امکان پذیر است:

الف - تبدیل تعهد در نتیجه تبدیل دین، ب- تبدیل تعهد در نتیجه تبدیل مدیون، ج- تبدیل تعهد در نتیجه تغییر دائن در نتیجه تبدیل تعهد، تعهد اصلی ساقط و ذمه متعهد نسبت به آن بری میشود و با ایجاد تعهد جدید ذمه وی نسبت به آن مشغول میگردد. در صورتیکه ضمن تعهد تضمیناتی بابت حسن انجام کار و یا تخلف از تعهد اخذ شده باشد، چون تضمینات نسبت به تعهد اصلی جزء متفرعات است با سقوط تعهد اصلی و از بین رفتن اصل، فرع هم از بین خواهد رفت. چنان که ماده ۲۹۳ قانون مدنی می گوید: «در تبدیل تعهد تضمینات تعهد سابق به تعهد لاحق تعلق نخواهد گرفت ...» بدیهی است که طرفین می توانند ضمن توافق تبدیل تعهد بقای تضمینات سابق را قید کنند، قسمت آخر ماده ۲۹۳ قانون مدنی در این خصوص چنین است: «مگر اینکه طرفین معامله آن را صراحتاً شرط کرده باشند، البته در این صورت شرط باقی بودن تضمینات، معامله جدیدی محسوب میشود.»

- تهاتر

در قانون مدنی تعریفی راجع به تهاتر وجود ندارد، اما از مجموع موارد به تهاتر، میتوان گفت در صورتیکه دو نفر در مقابل یکدیگر در زمان واحدی هم متعهد و هم متعهد له قرار گیرند به شرطی که هر دو تعهد از یک جنس باشند، هر دو تعهد به میزانی که برابری کنند ساقط میشوند. برای مثال اگر شخصی بابت فروش یک دستگاه اتومبیل مبلغ پانصد هزار تومان از شخص دیگری طلبکار شود و سپس شخص بدهکار معامله دیگری با فروشنده اتومبیل منعقد کند که در نتیجه فروشنده مبلغ پانصد هزار تومان به شخص بدهکار مدیون گردد این دو تعهد در نتیجه تهاتر ساقط میشود.

تهاتر بر سه قسم است:

الف - تهاتر قهری: طبق ماده ۲۹۵ قانون مدنی: تهاتر قهری است و بدون اینکه طرفین قصد سقوط تهاتر را داشته باشند و یا به آن امر تراضی نمایند حاصل میگردد که در بالا به آن اشاره شد.

ب - تهاتر قراردادی: در مواردیکه شرایط لازم برای تهاتر قهری موجود نباشد، چنانچه دو دین از یک جنس نباشد و یا زمان تادیه و یا محل آن مختلف باشد، طرفین می توانند به تراضی خصوصیتی را که مانع تهاتر دو دین است مرتفع نمایند تا بین آن دو دین تهاتر شود، بدین جهت است که آن را تهاتر قراردادی می گویند.

ج - تهاتر قضائی: این تهاتر در موردی است که یکی از دو دین ثابت و محقق است و دین دیگر مورد انکار است، چنانچه مدعی در دادگاه طبق اجاره نامه مطالبه مال الاجاره خانه خود را بنماید و مستاجر باستناد شرط مندرج در آن، مدعی شود که به مقدار خواسته، در خانه تعمیر نموده است و بین آن دو با یکدیگر تهاتر شده است و مدعی، طلبی از او ندارد و یا آنکه مستاجر دادخواست متقابل بدادگاه تقدیم و مطالبه هزینه تعمیرات را بنماید. دادگاه در هر دو صورت پس از رسیدگی بدعوی طرفین، هرگاه دعوی مستاجر را ثابت دید و او را محق دانست رای به تهاتر آن دو دین میدهد و هرگاه اضافه ای باقی ماند مدیون را نسبت به آن مقدار محکوم می نماید.

- مالکیت مافی الذمه :

در صورتیکه یک نفر مالک چیزی گردد که متعهد بوده است به دیگری بدهد به دلیل عدم امکان اجرای حق ، تعهد وی ساقط میگردد. مثلاً اگر پسری مبلغی به پدر خود بدهکار باشد و سپس پدر فوت نماید در صورت قبول ترکه ، بدهی او نسبت به سهم الارث خودش ساقط میشود. ماده ۳۰۰ قانون مدنی میگوید: «اگر مدیون مالک مافی الذمه خود گردد ذمه او بری میشود مثل اینکه اگر کسی به مورث خود مدیون باشد، پس از فوت مورث دین او نسبت به سهم الارث ساقط میشود.»

گفتار ششم - اسناد

هنگامی که یکی از اصحاب دعوی ، ادعایی را مطرح می کند که مورد انکار طرف مقابل قرار می گیرد ، موظف است صحت ادعای خود را ثابت کند تا وجدان قاضی یا مقام صالح دیگر قانع شده و به نفع وی حکم داده یا اقدام نماید. آنچه وجدان قاضی یا مقام صالح دیگر را قانع می کند ، در علم حقوق اصطلاحاً « دلیل » گفته میشود . برخی از ادله ، کتبی بوده و گروهی از آنها سند محسوب می شود .

در میان ادله قانونی، سند دارای بیشترین ارزش و اعتماد نسبت به سایر ادله (اقرار، شهادت، امارات و قسم) است. زیرا متعاملین عمدتاً به منظور حفظ حقوق خود و نظم و امنیت جامعه مبادرت به تنظیم سند می کنند از این رو ، اسناد همیشه مورد حمایت قانونگذار بوده است . دادگاه در ارزیابی سایر ادله ، عملاً آزادی بیشتری دارد به عنوان مثال تشخیص درجه ارزش و تاثیر گواهی (شهادت) با نظر دادگاه است یا چنانچه عقیده کارشناس با اوضاع و احوال محقق و معلوم مسئله ، موافقت نداشته باشد دادگاه می تواند از آن متابعت ننماید . اما در خصوص سند ، وضعیت بدین منوال نیست دادگاه نمیتواند به مفاد اسنادی که صدور آن از کسی که سند به او نسبت داده شده ، محرز باشد ، بدون دلیل ترتیب اثر ندهد .

بحث سند مانند سایر مباحث حقوق بانکی ، دارای حداقل دو قانون حاکم میباشد . قانون مدنی و قانون ثبت در خصوص سند موضوعات و احکامی را مطرح کرده البته تعریف سند صرفاً" در قانون مدنی به رشته تحریر در آمده است و در قانون ثبت از سند ، تعریفی ارائه نشده است .

مبحث اول - تعریف سند

سند در لغت به چیزی گفته میشود که به آن اعتماد می کنند و در اصطلاح طبق تعریفی که در ماده ۱۲۸۴ قانون مدنی ارائه نموده ، عبارت است از : " هر نوشته که در مقام دعوی یا دفاع قابل استناد باشد . " منظور از نوشته ، خط یا علامتی است که در روی صفحه نمایان گردد چه از خطوط متداول باشد چه غیرمتداول .

نوشته باید حاکی از بیان مطلب بوده و در مقام دعوی یا دفاع قابل استناد باشد . یعنی اولاً از سوی یکی از اصحاب دعوی یا از سوی کسانی که اصحاب دعوی حق خود را از آنها بدست آورده اند مانند مورث یا ناقل ؛ صادر شود یا اینکه نوشته از سوی شخص ثالثی که از یکی از متداعیین در قبال طرف مقابل ضمانت کرده صادر شده باشد . ثانیاً نسبت به اصحاب دعوی الزام آور باشد یعنی بموجب آن تعهدی، به نفع طرف مقابل شده باشد در غیراینصورت نمی توان هر نوشته ای را که از سوی اشخاص ثالث صادر میشود ، سند تلقی کرد زیرا ممکن است نوشته ای ارائه شود که صرفاً حاکی از اطلاع نویسنده از امری باشد که البته اینگونه نوشته ها سند محسوب نمی شود بلکه شهادتنامه به حساب می آیند .

مطابق ماده ۱۲۸۶ قانون مدنی سند بر دو نوع است : رسمی و عادی .

مبحث دوم - سند رسمی

سند رسمی از نظر قانون مدنی

مطابق ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی، اسناد رسمی اسنادی هستند که در اداره ثبت اسناد و املاک (مانند اسناد مالکیت، صورتجلسه تفکیکی، افراز نامه) یا دفاتر اسناد رسمی (مانند اسناد نقل و انتقال مالکیت، رهن، مشارکت) یا در نزد سایر مامورین رسمی (مانند مکاتبات دولتی، گواهی پایان کار شهرداری، مفاسد حساب مالیاتی) در حدود صلاحیت آنها و بر طبق مقررات قانون تنظیم شده باشد.

شرایط اسناد رسمی

از تعریف فوق می توان دریافت که سند رسمی باید دارای شرایط ذیل باشد :

۱- سند در صورتی رسمی تلقی میگردد که مستقیماً بوسیله مامور رسمی در مدت ماموریت او تنظیم گردد. مامورین رسمی کسانی هستند که از طرف مقامات صلاحیتدار کشور برای تنظیم سند رسمی تعیین می شوند و مطابق قانون اختیار تنظیم اسناد رسمی را دارند خواه از مستخدمان دولتی باشند خواه غیر آنها مانند سردفتران و دفتریاران، کارمندان اداره ثبت احوال، مامورین سیاسی و کنسولی، مامورین پلیس و غیره.

۲- مامور، صلاحیت تنظیم سند را داشته باشد، بنابراین اگر قانون به هر علتی، مامور رسمی را از تنظیم برخی از اسناد ممنوع کند ولی وی مبادرت به تنظیم آنها ورزد، سند مزبور رسمیت نخواهد داشت مثلاً سردفتران و دفتریاران نمی توانند اسنادی را که مربوط به خود یا کسانی که تحت ولایت یا وصایت یا قیمومت آنها واقع اند یا با آنها قرابت نسبی یا سببی تا درجه دوم از طبقه سوم دارند یا در خدمت او هستند، ثبت کنند. بنابراین اگر وی با وجود ممنوعیت قانونی ثبت اسناد مربوط به اقارب، مبادرت به چنین عملی نماید، سند تنظیم شده رسمی نخواهد بود.

۳- مقررات مربوط به تنظیم سند، رعایت شده باشد. معمولاً اسناد رسمی با رعایت پاره ای تشریفات قانونی تنظیم می شوند. این تشریفات برای هر نوع از اسناد رسمی به وسیله قانون تعیین میشود. بنابراین در صورت عدم رعایت آنها سند رسمیت خود را از دست میدهد. البته عدم رعایت برخی از تشریفات، رسمیت سند را مخدوش نمی کند فقط ممکن است برای مامور تخلف اداری محسوب شود مثلاً اگر مامور تنظیم سند آن را امضاء ننماید سند رسمیت پیدا نمی کند زیرا همین امضاست که به سند رسمیت می دهد. اما اگر مامور، سند تنظیمی را تمبر نزند آن را از رسمیت نینداخته است.

همانطور که قبلاً بیان گردید، اسناد رسمی بوسیله مامورین رسمی و با رعایت مقررات قانونی تنظیم می شود لذا قانونگذار اعتبار خاصی برای آن در نظر گرفته و اصل صحت را نسبت به آن جاری کرده است در حالیکه اسناد عادی فاقد این مزیت است. بدین معنی که هنگام اثبات ادعا، انکار و تردید در مقابل سند رسمی مسموع نیست و مدعی انکار و تردید فقط می تواند ادعای جعلیت نسبت به اسناد مزبور نماید. نتیجه حاصل از اصل صحت، لازم الاجراء بودن مفاد اسناد رسمی است. زیرا وقتی محتویات سندی صحیح باشد و نتوان آن را انکار یا در آن تردید کرد، هیچگونه مانعی برای اجرای آن نباید وجود داشته باشد و صاحب سند باید بتواند آن را به مرحله اجرا گذارد.

سند رسمی از نظر قانون ثبت

همانطور که گفته شد قانون ثبت تعریف خاصی از سند رسمی ارائه نداده است ولی از مطالعه مجموع مواد مربوطه میتوان دریافت که سند رسمی از نظر قانون ثبت، سندی است که مطابق قوانین در دفاتر اسناد رسمی یا در ادارات ثبت اسناد و املاک (سند مالکیت، صورتمجلس تفکیکی و...) ثبت شده باشد. با این توضیح روشن می‌گردد که سند رسمی از نظر قانون ثبت، نسبت به سند رسمی معرفی شده در قانون مدنی اخص است، به عبارت دیگر هر سندی که از نظر قانون ثبت، رسمی است از نظر قانون مدنی نیز رسمی به حساب می‌آید اما ممکن است سندی از نظر مدنی رسمی باشد ولی از نظر قانون ثبت، سند رسمی محسوب نگردد مانند گواهی مفاصا حساب مالیاتی که چون توسط مامور ذیصلاح و مطابق مقررات صادر گردیده است از نظر قانون مدنی سند رسمی محسوب میشود ولی چون در دفتر اسناد رسمی تنظیم نشده است در عرف ثبتی و بنا بر تعریف قانون ثبت، سند رسمی تلقی نمی‌گردد.

تفاوت سند رسمی در قانون مدنی با سند رسمی در قانون ثبت صرفاً به مورد فوق منحصر نمیشود بلکه آنها از حیث سایر آثار نیز با هم متفاوتند. سندی که قانون ثبت آن را رسمی می‌شناسد لازم الاجراست و اگر اختلاف یا اشکال یا اشتباهی در آن باشد حسب مورد در اداره کل امور اسناد سازمان ثبت یا در هیات نظارت و شورای عالی ثبت مطرح میشود لکن در صورتیکه سند رسمی مشمول تعریف قانون مدنی باشد مانند شناسنامه، مفاصاحساب مالیاتی یا گواهی نامه رانندگی لازم الاجرا نبوده و قابل طرح در هیات نظارت نیز نمیشود.

ثبت اختیاری و اجباری اسناد

از قوانین و مقررات موجود و حاکم بر می‌آید که «ثبت اسناد اختیاری است و اشخاص می‌توانند از ثبت معاملات و قراردادهای و تعهدات خود در دفاتر اسناد رسمی خودداری نمایند مگر در مواردی که قانون احصاء نموده و ذیلاً بیان میشود.» ماده ۴۶ قانون ثبت بیان میدارد: ثبت اسناد اختیاری است مگر در موارد ذیل:

- ۱- کلیه عقود و معاملات راجع به عین یا منافع املاکی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده است.
- ۲- کلیه معاملات راجع به حقوقی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده است.

مطابق این ماده، هر عین یا منفعت یا حقی (مانند حق ارتفاق) که در دفتر املاک ثبت شده باشد باید کلیه معاملات و عقود راجعه به آن در دفتر اسناد رسمی تنظیم و ثبت شود زیرا در غیر اینصورت نقل و انتقال در دفتر املاک ثبت نمی‌گردد و منتقل الیه مالک شناخته نمیشود در این خصوص فرقی نمی‌کند که در محل معامله، دفتر اسناد رسمی و اداره ثبت وجود دارد یا آنکه محل معامله فاقد آن است زیرا اگر در محل معامله دفترخانه نباشد، معامله کننده باید به محلی برود که در آنجا دفترخانه وجود دارد و معامله را در دفتر اسناد رسمی انجام دهد و نمی‌تواند به عذر فقدان دفتر اسناد رسمی در محل، از ثبت سند و انجام معامله به طور رسمی خودداری نماید.

البته مواردی وجود دارد که در آن موارد در صورت تحقق شرایطی ثبت سند، الزامی میشود و تبعاً در صورت نبودن تمام یا برخی از آن شرایط، ثبت سند الزامی نخواهد بود. ماده ۴۷ قانون ثبت بیان می‌دارد: "در نقاطی که اداره ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی موجود بوده و وزارت عدلیه مقتضی بداند ثبت اسناد ذیل اجباری است:

- ۱- کلیه عقود و معاملات راجعه به عین یا منافع اموال غیرمنقول که در دفتر املاک ثبت نشده.
- ۲- صلحنامه و هبه نامه و شرکت نامه"

آنچنانکه از ماده فوق بر می آید لزوم ثبت اسناد مذکور در دو بند فوق مشروط به تحقق دو شرط است :
الف) وجود دفتر اسناد رسمی و اداره ثبت اسناد در محل. اگر در محلی اداره ثبت یا دفتر اسناد رسمی موجود نباشد ثبت صلحنامه و هبه نامه و شرکت نامه و همچنین ثبت معاملات مربوط به عین یا منافع اموال غیرمنقول ثبت نشده لزومی ندارد.

ب) وزارت عدلیه ثبت اسناد را در آن محل لازم بداند و آن را آگهی نماید در این صورت ثبت معاملات مذکور از تاریخی که در آگهی ذکر شده است ، لازم و اجباری خواهد بود .

موارد استثناء

هر چند به موجب مادتين ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت ، ثبت معاملات راجع به عین و منافع املاک ثبت شده مطلقاً و املاک ثبت نشده در مناطقی که وزارت دادگستری یا شورایعالی قضائی یا رئیس قوه قضائیه لزوم ثبت آن را آگهی نموده ، اجباری است ولی مواردی وجود دارد که معاملات راجع به آنها ملزم به ثبت رسمی نبوده و در صورتیکه با سند عادی انجام شده باشند ، قانوناً "معتبر شناخته میشوند :

۱- اجاره محل های مسکونی و اداری و کسب و پیشه و تجارت از قاعده فوق مستثنی است و در مورد این اماکن چه دارای سند مالکیت باشند یا نباشند و چه اجباری بودن ثبت معاملات در آن محل آگهی شده باشد یا نباشد ، تنظیم سند رسمی ضرورت نداشته و سند عادی نیز قابل پذیرش میباشد .

۲- طبق قانون امور حسبی ، وصیت نامه اعم از آنکه تملیکی یا عهدی باشد ممکن است به صورت خودنوشت یا سری یا شفاهی باشد که در هر حال غیررسمی محسوب میشود اینگونه وصیت ، چنانچه مطابق قانون امور حسبی تنظیم و واقع شده باشد ، قانونی و معتبر شناخته میشود .

۳- از امعان نظر در ماده ۱۴۷ اصلاحی قانون ثبت مصوب ۶۵/۴/۳۱ و تبصره های ۲ و ۳ آن بر می آید ، معاملاتی که تا تاریخ فوق در مورد املاک مشروحه در ماده ۱۴۷ با سند عادی صورت گرفته ، در صورت تأیید هیات مذکور در ماده ۱۴۸ اصلاحی قانون ثبت مصوب ۱۳۷۰ قابل قبول بوده و در صدور سند مالکیت به نام منتقل الیه موثر میباشد .

۴- تبصره ماده ۷ قانون اراضی شهری مصوب ۶۶/۶/۲۲ ، معاملات انجام شده با اسناد عادی در مورد زمینهای شهری تا قبل از قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری مصوب ۵۸/۴/۵ به شرط تأیید دادگاه ، معتبر شناخته شده است .

ضمانت اجراء اجباری بودن ثبت اسناد

ماده ۴۸ قانون ثبت که به عنوان ضمانت اجراء مقررات مندرج در مادتين ۴۶ و ۴۷ قانون یاد شده محسوب میشود مقرر میدارد : « سندی که مطابق مواد فوق باید به ثبت برسد و به ثبت نرسیده در هیچ یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد . » دادگاهها هنگامی که با اسناد عادی روبرو میشوند قبل از هر امری ، دقت و بررسی لازم کرده تا احراز نمایند مفاد آن اسناد متضمن وقوع معامله درمورد مال غیرمنقول یا حقوق راجع به آن یا هبه یا صلح یا شرکت نباشد زیرا در اینصورت می توانند بدون اصرار بر تنظیم رسمی سند ، صرفاً " به اصالت آن رسیدگی و در صورت احراز صحت و اصالت سند ، آن را معتبر بشناسند . اما اگر مفاد سند حاکی از وقوع معامله ای در مورد عین مال غیرمنقول یا منافع یا حقوق راجع به آن باشد ، باید مشخص گردد مورد معامله در دفتر املاک ثبت شده است یا خیر . در صورت عدم ثبت در دفتر املاک و

فقدان سند مالکیت ، باید مشخص شود ثبت معاملات در آن ناحیه از طرف وزارت دادگستری یا شورایی قضائی یا رئیس قوه قضائیه ، اجباری شده است یا خیر . بنابراین چنانچه ملک در دفتر املاک ، ثبت نشده و وزارت دادگستری یا شورایی قضائی یا رئیس قوه قضائیه ثبت معاملات را در محل وقوع ملک اجباری اعلام نکرده باشند ، دادگاه باید بدون درخواست سند رسمی ، اصالت سند را مورد رسیدگی قرار داده و در صورت احراز صحت و اصالت سند آن را معتبر بداند . لکن در صورتیکه ملک در دفتر املاک ثبت شده یا معامله از معاملاتی باشد که مراجع فوق الذکر ثبت آنها را در آن محل اجباری و لازم اعلام کرده باشند ، دادگاه باید بررسی لازم معمول تا احراز نماید مورد ادعا، جزء مستثنیات مادتين ۴۶ و ۴۷ میباشد یا خیر. اگر مورد ادعا از مستثنیات یاد شده باشد ، دادگاه صرفاً" به صحت سند رسیدگی و در صورت احراز اصالت و صحت آن ، آن را برابر قانون معتبر بشناسد در غیراینصورت دادگاه نباید به آن توجه کند و اصالت و صحت آن را نیز نباید مورد رسیدگی قرار دهد زیرا این عمل مخالف صریح ماده ۴۸ قانون ثبت است . به عبارت دیگر چنانچه مدعی ، در این موارد دارای سند رسمی نباشد ، دادگاه سند غیررسمی را نپذیرفته و حتی اصالت و صحت آن را نیز مورد رسیدگی قرار نمی دهد .

آثار ثبت اسناد

قانون نسبت به اسنادی که مطابق قوانین و مقررات مربوط به تنظیم اسناد ، تنظیم شده باشند ، اعتبار خاصی در نظر گرفته و تا زمانی که خلاف آن احراز نشود ، اعتبار آن را مورد تأیید قرار خواهد داد . اعتباری که قانون برای اسناد ثبت شده در نظر میگیرد در واقع همان آثار ثبت هستند که ذیلاً به اختصار می آید :

۱- اعتبار تمام محتویات سند رسمی

ماده ۷. قانون ثبت مقرر میدارد : « سندی که مطابق قوانین به ثبت رسیده رسمی است و تمام محتویات و امضاهای مندرجه در آن معتبر خواهد بود مگر اینکه مجعولیت آن سند ثابت شود » منظور از محتویات سند ، عبارات و امضاء ها و آثار انگشت و مهری است که در آن نوشته و قید شده است و منظور از معتبر بودن محتویات سند آن است که عبارات و امضاء ها و آثار انگشت و مهر موجود در سند باید به اشخاصی منسوب گردد که سند رسمی آنها را به آنان منسوب کرده است . این انتساب نیز باید صحیح فرض شود . و کسی نمی تواند نسبت به آن تردید یا تکذیب نماید مگر آنکه ادعای جعل کرده و آن را اثبات نماید .

۲- اعتبار مندرجات سند رسمی

ماده ۷. قانون ثبت بیان میدارد : «.....انکار مندرجات اسناد رسمی راجع به اخذ تمام یا قسمتی از وجه یا مال و یا تعهد به تادیه وجه یا تسلیم مال مسموع نیست مامورین قضائی یا اداری که از راه حقوقی یا جزائی انکار فوق را مورد رسیدگی قرار داده و یا به نحوی از انحاء مندرجات سند رسمی را در خصوص رسید وجه یا مال یا تعهد به تادیه وجه یا تسلیم مال معتبر ندانند به شش ماه تا یکسال انفضال موقت محکوم خواهند شد . » منظور از مندرجات سند ، مفاد عباراتی است که در سند قید شده و منظور از اعتبار سند آن است که کسی نمی تواند با قبول اینکه عبارات قید شده در سند متعلق به او و صادره اوست ، منکر واقعیت و تحقق آنها شود .

۳- دعوی مخالف مندرجات سند رسمی

در مقابل سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در محکمه محرز شده دعوی که مخالف با مفاد یا مندرجات آن باشد، به شهادت شهود یا اماره قابل اثبات نیست ولی به وسیله سایر دلایل می تواند اثبات شود .

۴- معتبر بودن سند رسمی در برابر اشخاص

اسناد رسمی نسبت به طرفین یا طرفی که تعهد نموده و کلیه اشخاصی که قائم مقام آنان محسوب می شوند دارای اعتبار می باشد و اگر مفاد آنها مربوط به معامله راجع به مال غیر منقول ثبت شده در دفتر املاک باشد نسبت به اشخاص ثالث هم اعتبار و رسمیت دارد. اسناد به واسطه امضاء و تصدیقاتی که در آنها به عمل می آید، معتبر می گردند و معاملات و تعهدات دارای خصوصیتی که منجر به اعتبار اسناد شود، نمی باشند.

۵- لازم الاجراء بودن سند رسمی

لازم الاجراء بودن سند رسمی یکی دیگر از آثار ثبت اسناد است، بدان معنی که مفاد آنها بدون احتیاج به طرح موضوع و صدور حکم از سوی دادگاه های دادگستری، لازم الاجراء است و عموم ضابطین دادگستری و سایر قوای دولتی مکلف هستند هنگامی که از طرف مأمورین اجراء برای اجرای مفاد سند رسمی، به آنها مراجعه می شود، اقدام مقتضی بنمایند و ادعای مجعولیت سند نیز نمی تواند مانع اجرای آن شود مگر آنکه دادسرا نسبت به متهم به جعل، قرار مجرمیت صادر کرده باشد.

ماده ۹۲ قانون ثبت بیان می نماید: «مدلول کلیه اسناد رسمی راجع به دیون و سایر اموال منقول، بدون احتیاج حکمی از محاکم عدلیه، لازم الاجراء است مگر در مورد تسلیم عین منقولی که شخص ثالثی، متصرف و مدعی مالکیت آن باشد.»
 ماده ۹۳ همان قانون می گوید: «کلیه اسناد رسمی راجع به معاملات املاک ثبت شده مستقلاً» و بدون مراجعه به محاکم، لازم الاجراء است.»

ماده ۹۵ همان قانون نیز مقرر می دارد: «عموم ضابطین عدلیه و سایر قوای دولتی، مکلف هستند که در مواقعی که از طرف مأمورین اجراء به آنها مراجعه می شود، در اجراء مفاد ورقه اجرائیه اقدام کنند.»

ماده ۹۹ قانون یادشده تصریح می کند: «ادعای مجعولیت سند رسمی، عملیات راجع به اجرای آن را موقوف نمی کند، مگر پس از این که مستنطق قرار مجرمیت متهم را صادر و مدعی العموم هم موافقت کرده باشد.»
 از مواد فوق الذکر و سایر مواد قانونی استفاده می شود که چنانچه سند یا حکمی جنبه اجرائی نداشته باشد، نسبت به آن اجرائیه صادر نشده و مأمورین اجراء نیز مفاد آن را اجراء نمی کنند. بنابراین مفاد اسناد رسمی صرفاً زمانی توسط مأمورین اجراء ثبت، به مرحله اجراء در می آید، حاوی تعهد باشد و در صورتیکه مفاد اسناد رسمی، انجام تعهد یا تعهدات نباشد، نسبت به آن اجرائیه صادر نشده و قابل اجراء نمی باشد.

اسناد در حکم اسناد لازم الاجراء

اسنادی وجود دارند که از نظر قانون ثبت، سند رسمی به حساب نمی آیند و قاعداً نباید لازم الاجراء باشند لکن قانونگذار بنا بر رعایت مصالحی آنها را در زمره اسناد رسمی (اسناد رسمی از نظر قانون ثبت) قرار داده و مفاد آن را لازم الاجراء دانسته است.

مورد اول: ماده ۲ قانون صدور چک مصوب ۵۵/۴/۱۶ بیان می کند: «چک های صادره عهده بانک هائی که طبق قوانین ایران در داخل کشور دایر شده یا می شوند همچنین شعب آنها در خارج کشور در حکم اسناد لازم الاجراء است و دارنده چک در صورت مراجعه به بانک و عدم دریافت تمام یا قسمتی از وجه آن به علت نبودن محل و یا به هر علت دیگری که منتهی به برگشت چک و عدم پرداخت گردد می تواند طبق قوانین و آئین نامه های مربوط به اجرای اسناد رسمی، وجه چک یا باقیمانده آن را از صادر کننده وصول نماید...»

مورد دیگر: یکی دیگر از مواردی که در حکم اسناد لازم الاجراء به حساب می آید، قراردادهای بانکی است. قراردادهایی که بین اشخاص و بانکها در اجرای قانون عملیات بانکی بدون ربا منعقد می شود مشروط بر آنکه موضوع قرارداد، معامله مربوط به اموال غیر منقول یا منقولی که ثبت آن قانوناً لازم شناخته شده است؛ نباشد. ماده ۱۵ اصلاحی قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۶۵/۱۲/۲۸ مقرر می دارد: « کلیه قراردادهایی که در اجرای این قانون مبادله می گردد به موجب قراردادی که بین طرفین منعقد می شود در حکم اسناد رسمی بوده و در صورتی که در مفاد آن اختلافی نداشته باشند، لازم الاجراء بوده و تابع مفاد آئین نامه اجرایی اسناد رسمی می باشد. آن دسته از معاملات مربوط به اموال غیر منقول و اموال منقول که طبق قوانین و مقررات موضوعه باید در دفاتر اسناد رسمی انجام شوند، کماکان طبق تشریفات مربوط، انجام خواهد شد.»

بنابراین در صورتی که قراردادهای داخلی اعطای تسهیلات طبق مقررات جاری و بخشنامه های صادره، تنظیم و به امضاء رسیده و ممههور شوند، بانک می تواند به استناد قانون فوق الذکر از امتیازات مصرح در قانون ثبت و سایر قوانین استفاده کرده و با وصول مطالبات حقه خود، از حقوق سپرده گزاران صیانت نماید.

۶- اخذ تأمین خواسته بدون سپردن خسارات احتمالی

اگر شخصی به استناد سند رسمی ثبتی در دادگاهی اقامه دعوی و درخواست صدور قرار تأمین خواسته نماید، دادگاه طبق شق ۱ ماده ۲۲۵ قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب (در امور مدنی)، بدون اینکه از خواهان تودیع خسارات احتمالی را بخواهد، قرار مذکور را صادر می نماید. حکم ماده مذکور به این دلیل است که سند ثبت شده از اعتبار زیادی برخوردار است آنچنان که بدون اقامه دعوی و بدون حکم دادگاه، قدرت اجرایی داشته و لازم الاجراء می باشد، بنابراین مفاد سند رسمی به طریق اولی و بدون سپردن خسارت احتمالی، باید قابل تأمین باشد.

۷- بی اعتباری و بطلان رأی داور در صورت مخالفت با سند رسمی

مطابق بند ۵ ماده ۴۸۹ آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب (در امور مدنی)، چنانچه رأی داور مخالف سند رسمی که بین اصحاب دعوی تنظیم و ثبت شده و دارای اعتبار قانونی است، مخالف باشد؛ از نظر قانون باطل محسوب می گردد.

مبحث سوم - سند عادی

سند عادی سندی است که بوسیله افراد عادی تنظیم می شود و مأمور رسمی در تنظیم آن دخالتی ندارد یا مأمور رسمی، صلاحیت تنظیم آن را ندارد و یا رعایت ترتیبات مقرر قانونی در تنظیم سند معمول نشده باشد. علاوه بر اوصاف مذکور، برای آنکه سند مزبور، سند عادی تلقی شود، لزوماً باید دارای امضاء یا مهر طرف باشد. زیرا امضاء بطور کلی شرط اصلی و لازم سند عادی است و تا نوشته ای امضاء نشود، اعتباری نداشته و سند محسوب نمی شود. سند عادی بر خلاف سند رسمی در روی اوراق مخصوص تنظیم نمی شود بنابراین اثبات جعلیت آن از سند رسمی آسانتر است. چون امضاهای مندرج در سند عادی بر خلاف امضاهای سر دفتر یا مأموران رسمی دیگر شناخته شده نیست از این رو انتساب آن به شخص طرف ادعا، چندان محرز نمی باشد.

فصل سوم

مباحثی از قانون تجارت

گفتار اول - شخصیت حقوقی

در علم حقوق ، بحث از شخصیت حقوقی ، منحصر به شرکتهای تجاری که از جمله اشخاص حقوقی هستند ، نمی باشد بلکه اشخاص حقوقی دیگری اعم از خصوصی و عمومی مورد بحث قرار می گیرند .

مبحث اول - تعریف شخص حقوقی

شخص حقوقی عبارت است از موجودی اعتباری که قانون ، آن را در برخی امور به عنوان یک شخص طبیعی تلقی کرده است . به عبارت دیگر شخص حقوقی یک موجود حقوقی است و قانون بنا به منافع مصالح جامعه ، وجود آنرا به رسمیت شناخته و به او اجازه می دهد تا بتواند دارائی مخصوص داشته و از منافع خود دفاع نموده و طرف حق و تکلیف قرار بگیرد . هر شخص حقوقی دارای اراده مخصوص به خود و مجزا و مستقل از اشخاص به وجود آورنده خود است . همچنین فعالیت اشخاص حقوقی ، مستقل از فعالیت موسسین خود میباشد .

همانگونه که گفته شد اشخاص حقوقی صرفاً در برخی امور مانند اشخاص حقیقی تلقی میگردند . اموری وجود دارند که از خصوصیات ذاتی اشخاص حقیقی بوده و اشخاص حقوقی ذاتاً و ماهیتاً قادر نخواهند بود از آن برخوردار باشند . این امور عبارتند از نکاح ، طلاق ، ارث ، ابوت ، بنوت ، ولایت و مانند آن .

مبحث دوم - اقسام اشخاص حقوقی

اشخاص حقوقی با توجه به ماهیت و تعلق سرمایه و همچنین موسسین آنها به دو دسته اشخاص حقوقی در حقوق عمومی و اشخاص حقوقی در حقوق خصوصی تقسیم می شود .

الف) اشخاص حقوقی در حقوق عمومی :

اشخاص حقوقی در حقوق عمومی طبق قوانین و مقررات ، ایجاد و تاسیس می گردند پس از تشکیل در حدود قوانین و مقررات مربوطه دارای شخصیت حقوقی می گردند و احتیاج به هیچگونه تشریفات نخواهند داشت و در صورتی که طبق قوانین و مقررات منحل اعلام گردند ، شخصیت خود را از دست می دهند . در این خصوص فرقی نمیکند که اشخاص حقوقی حقوق عمومی ، دولتی باشند یا غیردولتی .

ب) اشخاص حقوقی در حقوق خصوصی

اشخاص حقوقی در حقوق خصوصی با توجه به هدف ایجاد آنها دو گونه اند :

- ۱- **موسسات غیرتجاری** : موسساتی هستند که در آن ، دسته ای از اشخاص به منظور انجام عملیات غیر انتفاعی با یکدیگر همکاری می نمایند مانند : موسسات خیریه ، احزاب سیاسی و جمعیتهای عام المنفعه و نظائر آنها . این دسته از اشخاص حقوقی از تاریخ ثبت ، شخصیت حقوقی پیدا می کنند .
- مطابق قانون تجارت، مؤسسات و تشکیلاتی که مقاصد آنها مخالف نظم عمومی یا نامشروع باشد نمی توانند به ثبت برسند و در نتیجه دارای شخصیت حقوقی نخواهند شد.

۲- **شرکتهای تجاری** : موجودات فرضی و اعتباری هستند که در آن ، اشخاص سرمایه خود را با یکدیگر جمع آوری کرده و به منظور بدست آوردن سود ، عملیات انجام می دهند و سود حاصله را نیز بین خود تقسیم می کنند . کلیه شرکتهای تجاری دارای شخصیت حقوقی هستند مشروط بر آنکه مطابق قانون تجارت تشکیل شده باشند .

آغاز شخصیت حقوقی شرکت تجاری اهمیت به سزائی دارد زیرا نقطه آغاز تعهدات شرکت میباشد . در واقع قبل از تحقق شخصیت حقوقی ، نمی توان تعهداتی را که شرکاء شخصا بر عهده گرفته اند بر عهده شرکت گذاشت . پس از ثبت شرکت و تحقق شخصیت حقوقی ، صرفاً آن دسته از تعهدات شرکاء را میتوان به عهده شرکت گذاشت که شرکاء ، آن تعهد را به نام شرکت ایجاد کرده باشند .

طبق ماده ۲. قانون تجارت ، اقسام شرکتهای تجاری به شرح ذیل است :

۱- شرکت سهامی

۲- شرکت با مسئولیت محدود

۳- شرکت تضامنی

۴- شرکت مختلط غیرسهامی

۵- شرکت مختلط سهامی

۶- شرکت نسبی

۷- شرکت تعاونی تولید و مصرف

همانگونه که گفته شد ، شرکتهای پس از ثبت در اداره ثبت شرکتهای ، دارای شخصیت حقوقی میشوند اما شرکتهای سهامی ، تحت شرایطی ، حتی قبل از ثبت در مرجع ثبتی ، به عنوان شرکت تشکیل شده شناخته میشوند .

مبحث سوم - شرکت مدنی

شرکت از منظر قانون مدنی عبارت است از : « اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد به نحو اشاعه » . شریکان شرکت مدنی ، دارای حق مالکیت به صورت مشاع هستند یعنی هر یک از شرکاء در جزء جزء مال مشاع ، حق مالکیت دارند . هیچیک از شرکاء نمی توانند بدون اجازه سایر شرکاء ، در مال مشترک تصرف نمایند زیرا تصرف هر یک از شرکاء در سهم مشاع خود موجب تصرف او در سهام سایر شرکاء و تجاوز به حقوق آنان میباشد . شرکاء همه وقت می توانند از اذن خود رجوع کنند مگر آنکه اذن ، در ضمن عقد لازم داده شده باشد که در اینصورت مادام که شرکت باقی است ، هیچیک از شرکاء حق رجوع از اذن ندارند .

هر یک از شرکاء مال مشاع ، نسبت به سهم خود در نمائات حاصله و همچنین در نقص و ضرر به همان نسبت شریک است . زیرا نمائات و نقص تابع ملک بوده و بر آن تحمیل میشوند خواه آن نماء یا نقص ، تجاری باشند یا طبیعی .

گفتار دوم - تفاوت های شرکت تجاری و شرکت مدنی

۱- شرکت مدنی تابع اراده شرکاء بوده و طبق توافق آنها اداره میشود اما شرکت تجاری دارای شخصیت مستقلی بوده و برابر اراده خودش در قالب اساسنامه ، اداره میشود . نقش اراده شرکاء در شرکتهای تجاری ، عمدتاً در ایجاد شرکت طبق ضوابط قانونی میباشد .

۲- اقداماتی که در شرکت مدنی انجام میشود به نام شرکاء میباشد در حالیکه اقدامات صورت گرفته توسط هیات مدیره در شرکت تجاری ، به نام شرکت خواهد بود .

- ۳- شرکاء شرکت مدنی ، شخصاً در مقابل اشخاص ثالث طبق موازین حقوق مدنی مسئول هستند ، اما در شرکت تجاری ، مسئولیت متوجه شرکت است .
- ۴- آورده شرکاء در شرکت مدنی ، به نسبت سهم الشرکه در مالکیت آنان باقی می ماند در حالیکه آورده شرکاء در شرکت حقوقی، از مالکیت آنان خارج و به تملک شرکت درمی آید .

گفتار سوم - اسناد تجاری

قانون تجارت ایران در باب چهارم خود ، مقررات مربوط به برات ، فته طلب (سفته) و چک را بیان کرده ، اما اسناد مزبور را تحت عنوان کلی « اسناد تجاری » معرفی نکرده است . با این وجود ، اسناد فوق در کتابهای حقوقی ، تحت عنوان اسناد تجاری مورد بحث قرار می گیرند . دنیای تجارت مملو از اسنادی است که دارای چنین عنوانی هستند نظیر : برات ، سفته ، چک ، قبض انبار ، سند در وجه حامل ، اوراق بهادار ، اوراق قرضه ، اوراق سهام ، بارنامه ، اسناد اعتباری و . . . اسناد تجاری در حقوق تجارت که نشان دهنده مطالبات یا مالکیت کالا است ، از تشریفات ساده ای تبعیت می نماید.

مبحث اول - مفهوم سند تجاری

حقوق تجارت به منظور تسهیل در گردش ثروت و رفع مشکلات انتقال طلب ، سند تجاری را به وجود آورده تا تأمین بیشتری به دارنده آن اعطا نماید . این سند به آسانی قابل انتقال بوده و بدین ترتیب اعتبارات به سهولت از یک نفر به دیگری منتقل می شود و تاجر می تواند به جای وجه نقد چنانچه به کالا و یا انجام خدمت نیاز داشته باشد از سند تجاری استفاده نماید و دریافت کننده سند مزبور نیز به نوبه خود می تواند اعتبار منعکس در سند مورد بحث را به آسانی به دیگری انتقال دهد و یا در صورت نیاز به پول نقد به بانک مراجعه کرده و وجه مورد نیاز را دریافت دارد . بنابراین اسناد تجاری اسناد و اوراقی هستند که قابل معامله بوده و معرف طلبی به سررسید مدت کم می باشند .

- خصوصیات اسناد تجاری

اسناد تجاری وسیله سهل و مناسبی برای تحصیل اعتبار هستند ، مثلاً برات برای انتقال وجوه از محلی به محل دیگر و همچنین برای معاملات بازرگانی به کار می رود و سفته برای معاملات استقراری بین تجار. این اسناد به جهت خصوصیتی که دارند مورد اعتماد و استفاده تجار قرار می گیرد . اجمالاً خصوصیات این اسناد عبارت اند از :

الف - انعکاس طلب در سند

ورقه ای که حق طلب به طور مادی در آن منعکس شده ، سند تجاری را تشکیل می دهد و در واقع سند تجاری، مال اصلی نیست که به عنوان کالای خاص مبادله شود ، بلکه برخی از آنها مانند سهم نماینده مال از مصادیق عین معین محسوب و قابل نقل و انتقال و توثیق است .

ب - قابلیت انتقال

قابلیت انتقال موجب می شود که حق طلب مندرج در سند تجاری به سادگی به دیگری انتقال یابد . اگر سند در وجه حامل باشد انتقال می تواند با قبض و اقباض صورت گیرد ، اما اگر سند تجاری در وجه شخص معینی باشد باید شخص مزبور آن را ظهر نویسی نماید .

ج - تمتع دارنده سند از تأمین بیشتر

سند تجاری به دارنده اش تأمین بیشتری می دهد. زیرا شخص اخیر از حق طلب بدون قید و شرط بهره مند می گردد. دارنده سند تجاری و دارنده قبلی از عیوب رضا (اشتباه - اکراه - تدلیس)، عدم اهلیت، و غیره یا ایرادات راجع به فسخ یا پرداخت وجه برات (ارزش قابل پرداخت) و فقدان یا نا مشروع بودن آن، مبری میباشند، از طرف دیگر در صورت عدم توانایی پرداخت بدهکار، آخرین دارنده سند می تواند به همه کسانی که سند تجاری مزبور را امضاء کرده اند مراجعه و اقامه دعوی نماید. زیرا اشخاص موصوف ضامن پرداخت وجه سند هستند.

مزایای اسناد تجاری

اسناد تجاری اعتبار و رسمیت اسناد رسمی را ندارند، اما قوانین تجارت در تمام کشورها مزایایی برای این اسناد قائل شده اند که آن ها را از اسناد عادی متمایز ساخته و اعتبار بیشتری برای آن ها قائل می شوند. ضمناً برای آنکه اسناد تجاری از اسناد عادی مشخص گردند قانونگذار تشریفات برای تنظیم و صدور آن ها پیش بینی نموده است و چنانچه سند دارای شرایط مزبور نباشد سند تجاری تلقی نشده و از مزایای مربوط به این اسناد بهره مند نخواهد بود، مهمترین مزایای اسناد تجاری بر اسناد عادی عبارت است از:

الف - مسئولیت تضامنی

کسانیکه بنحوی از انحاء در برات، سفته یا چک امضاء گذارده اند اعم از صادرکننده یا قبول کننده یا ظهرنویس یا ضامن برای پرداخت مبلغ سند مسئولیت تضامنی دارند و در صورت عدم پرداخت وجه سند در موعد، دارنده میتواند به صادرکننده، قبول کننده (در مورد برات) ظهرنویس و ضامن، هر یک از آنها منفرداً و یا مجتمعاً مراجعه کند، بدون آنکه رعایت تقدم و تاخر تعهدات مسئولان لازم باشد. با توجه به اینکه قانون مدنی ایران بسختی مسئولیت تضامنی را می شناسد، شناختن مسئولیت تضامنی برای امضا کنندگان برات یا سفته یا چک مزیت بزرگی است که قانون برای دارنده این نوع اسناد شناخته است.

ب - عدم تودیع خسارت برای صدور قرار تأمین خواسته

دارنده برات یا سفته یا چک می تواند قبل از تقدیم دادخواست یا ضمن دادخواست راجع به اصل دعوی، تقاضای توقیف اموال بدهکار را بنماید و دادگاه موظف است قرار تأمین خواسته را صادر نماید.

ج - تعهد تجریدی

اسناد تجاری به خودی خود معرف طلب و صاحب آن است و روابط حقوقی که ممکن است بین امضا کنندگان و ظهرنویسان موجود باشد و ادعای هریک از آن ها بر دیگری درباره معامله ای که منجر به صدور سند تجاری شده است، در حقوق دارنده سند تجاری تأثیری ندارد.

دفاتر تجاری

تقریباً در همه کشورهای داشتن دفاتر تجاری برای تجار الزامی است و این الزام در ماده ۶ قانون تجارت ایران نیز وجود دارد، چرا که ماده ۶ قانون تجارت، تجار را به داشتن ۴ دفتر روزنامه، کل، دارایی و دفتر کپی مجبور می نماید. باتوجه به قانون تجارت و قوانین مالیاتی ایران، که درآمد بازرگانان و شرکت ها را براساس ترازنامه و حساب سود و زیان از روی دفاتر آنها محاسبه میکنند، لذا داشتن دفاتر تجاری اجباری است. در دفاتر تجاری عملیات مؤسسه به صورت ارقام وارد شده و حساب ها از روی ارقام مزبور تنظیم می شود.

ماده ۶ قانون تجارت مقرر می دارد: « هر تاجری به استثنای کسبه جزء مکلف اند دفاتر ذیل یا دفاتر دیگری را که وزارت عدلیه به موجب نظامنامه قائم مقام این دفاتر قرار می دهد داشته باشند :

۱-دفتر روزنامه

۲-دفتر کل

۳-دفتر دارایی

۴-دفتر کپی «

نحوه تنظیم دفاتر تجاری

برابر ماده ۱۶ آیین نامه نحوه تنظیم و نگاهداری دفاتر مصوب سوم بهمن ماه ۱۳۵۲ وزارت دارایی ، اعمال زیر در نوشتن دفاتر و روزنامه و کل ممنوع است :

- الف - قلم زدن- تراشیدن- پاک کردن- محو کردن مندرجات دفتر روزنامه و کل و نوشتن بین سطور و حاشیه آن .
- ب - جای سفید گذاشتن در هر صفحه بیش از حد معمول در دفاتر روزنامه یا کل و همچنین سفید ماندن تمام یا یک یا چند صفحه از دفاتر روزنامه در حین عملیات.
- ج - بستانکار شدن حساب های صندوق و نقدی بانکی در صورتی که ناشی از تقدم و تأخر ثبت نباشد جایز نیست .
- د - استفاده از دفاتر سال یا سنوات مالی قبل در سال جدید .

چگونگی قابل استناد بودن دفاتر تجاری

به موجب ماده ۱۴ قانون تجارت : « دفاتر مذکور در ماده ۶ و سایر دفاتری که تجار برای امور تجاری خود به کار میبرند در صورتیکه مطابق مقررات این قانون مرتب شده باشد بین تجار در امور تجاری سندیت خواهد داشت و در غیراینصورت فقط بر علیه صاحب آن معتبر خواهد بود . »

آنچه مسلم است دفاتر قانونی چهارگانه که باید برای امور تجاری به کار گرفته شوند چنانچه طبق مقررات تنظیم شده باشند در امور تجاری سندیت داشته و ممکن است علیه تاجر و یا له او مورد استفاده قرار گیرد .

برابر ماده ۱۲۹۷ قانون مدنی دفاتر تجاری در دعوی تاجر علیه تاجر دیگر ، تحت شرایط زیر دلیل محسوب می شود :

۱-دعوی تاجر علیه تاجر دیگر .

۲-دعوی از محاسبات و مطالبات تجاری حاصل شده باشد .

۳-دفاتر تجاری طبق قانون تجارت تنظیم شده باشد .

بنابراین برای سندیت داشتن دفاتر تجاری باید سه شرط فوق در کنار یکدیگر وجود داشته باشد .

مبحث دوم - ظهرنویسی اسنادتجاری، انواع ونحوه ظهرنویسی

تعریف ظهرنویسی

قانون تجارت، از ظهرنویسی تعریفی ارائه نداده اما میتوان گفت ظهرنویسی عملی حقوقی است که دارنده در ظهرسند تجاری انجام میدهد و بواسطه آن ، سند تجاری را به غیر منتقل مینماید البته ظهرنویسی برای وکالت یا وثیقه نیز صورت می پذیرد.

انواع ظهرنویسی

ظهرنویسی ممکن است به یکی از سه منظور ذیل انجام گیرد: ظهرنویسی برای انتقال، ظهرنویسی برای وصول و ظهرنویسی به عنوان تضمین یا وثیقه.

الف - ظهرنویسی برای انتقال

قسمت اول ماده ۲۴۷ ق.ت. تصریح می کند: " ظهرنویسی حاکی از انتقال برات است." بنابراین ظهرنویسی طریق انتقال حقوقی است که به برات و اسناد تجاری تعلق می گیرد؛ بدون آنکه این انتقال مشمول تشریفات انتقال طلب طبق مقررات قانون مدنی گردد. ظهرنویسی، انتقال مکرر این اسناد را تسهیل می کند و واگذاری سند با واگذاری حقوق توأم است و لزومی به توجیه ندارد.

ب - ظهرنویسی به عنوان وکالت

ظهرنویسی به عنوان وکالت که ظهرنویسی برای وصول نیز نامیده می شود، عبارت است از اینکه دارنده سند بدون اینکه مالکیت آن را بدیگری واگذار کند با نوشتن عباراتی مثل «ارزش برای وصول»، «به منظور اخذ وجه»، «برای وکالت» و یا هر قید دیگری که معنی ساده وکالت را بدهد، شخص دیگری را مأمور کند که وجه آن را در سررسید وصول نماید. مطابق ماده ۲۴۷ ق.ت. ظهرنویسی به عنوان وکالت یکی از انواع ظهرنویسی شناخته شده است و این نوع ظهرنویسی به شدت متداول است. برای اینکه این نوع ظهرنویسی تحقق پیدا کند کافی است که دارنده سند اختیار وصول وجه سند را به وکیل اعطاء نماید. قانون تجارت ما نیز به وکیل عنوان دارنده سند داده است و مقرر می دارد که در صورت عدم وصول دارنده حق اقدام به واخواست را خواهد داشت.

رویه ای که در حال حاضر توسط بانک ها که به عنوان نماینده یا وکلای دارندگان اسناد تجاری اعمال می شود آن است که در صورت وصول وجه سند را به حساب دارنده آن منظور می نماید و اگر سند به حیطة وصول در نیاید تا حد اعتراض یا واخواست پیش می رود.

ج - ظهرنویسی به عنوان تضمین

سومین نوع ظهرنویسی، ظهرنویسی به عنوان تضمین است که در آن ظهرنویس با نوشتن عباراتی مثل " ارزش برای تضمین"، " ارزش برای وثیقه" یا هر قید دیگر که متضمن ارزش ضمانت باشد این نوع از ظهرنویسی را اعمال می کند. یعنی اینکه دارنده، سند را به عنوان تضمین استفاده می کند. این نوع ظهرنویسی در ماده ۱۹ کنوانسیون آنسیترال پیش بینی شده ولیکن ظهرنویسی به عنوان تضمین یا وثیقه در قانون تجارت پیش بینی نشده است و آنچه در حال حاضر راجع به اخذ سفته به عنوان تضمین تسهیلات در بانکها متداول است، صدور سفته توسط وام گیرنده، (به عنوان متعهد) و امضای ظهر آن توسط اشخاص به عنوان ضامن است. به هر حال در قانون ایران فقط ظهرنویسی برای انتقال و وکالت پیش بینی شده است. (مواد ۲۴۵ الی ۲۴۸ قانون تجارت)

معمولاً برای دادن اعتبار یا تسهیلات بانکی از وثایق ملکی استفاده میکنند که این امر چندان با مبادلات بازرگانی سازگاری ندارد. وثیقه گذاشتن مال غیر منقول تشریفات سنگینی دارد و در بسیاری از موارد غیر ممکن است و هزینه بالایی دارد. به وثیقه گذاشتن اموال غیر منقول نیز چندان ساده و بدون تشریفات نیست. اما در صورتیکه یک سند تجاری بعنوان وثیقه ظهرنویسی شود، به وثیقه گذاشتن، تشریفات ندارد و کفایت دارنده سند عبارتی را که دلالت بر وثیقه باشد در پشت سند به کار برد و هم اینکه نگهداری یک برگ سند کاری است بسیار ساده و بدون مشکل. لذا چنانچه امضا کنندگان سند

تجاری از چنان اعتباری برخوردار باشند که اسناد آنان بتواند اطمینان بخش باشد، چه اشکالی دارد که آن اسناد با ظهرونیسی به عنوان تضمین مورد استفاده قرار گیرد. البته از طرف دیگر در نظر گرفتن و اطمینان بخش بودن اینگونه وثایق وجود ثبات اقتصادی در جامعه است که در حال حاضر، بانک ها به جهت جلوگیری از روند صعودی مطالبات معوق ترجیح می دهند، علیرغم مشکلات خاص و سازگار نبودن مقتضیات با ضروریات تجاری از وثایق غیر منقول، استفاده کنند.

مبحث سوم - تأمین بدهی

بستانکار برای دریافت طلب خود با احتمال کوتاهی کردن بدهکار در پرداخت بدهی و نیز خطر اعسار وی مواجه است. در پاره ای از موارد نیز بدهکار با دست زدن به معاملات واقعی یا صوری و یا به قصد فرار از پرداخت بدهی، اموال خود را از دسترس بستانکاران دور می سازد و اقدامات تعقیبی آنان را برای دریافت طلب با ناکامی روبرو می کند. بستانکاران غالباً برای دوری جستن از این خطرات و آسان ساختن دریافت طلب، وثایقی از بدهکار می گیرند. افزون بر این، اشخاصی که بتوانند وثایقی را فراهم کنند و اطمینان وام دهنده را جلب کنند، بهتر می توانند موفق به گرفتن اعتبار از اشخاص و بانکها بشوند. امتیاز دیگری که وثایق برای بستانکاران دارد برتری یافتن بستانکار با وثیقه از سایر بستانکاران است. هنگامی که اموال بدهکار برای پرداخت تمام بدهی او کافی نیست، بستانکاران با یکدیگر رقابت می کنند و به ناچار هر یک فقط بخشی از طلب خود را وصول خواهند کرد. و حال آنکه بستانکار، با داشتن وثیقه، دارای حق انحصاری است و می تواند از محل وثیقه، تمام طلب خود را دریافت کند. این امتیازات موجب شده اند که از زمان های بسیار دور گذشته، وثایق بدهی در روابط حقوقی مردم رایج گردد. وثایق بدهی به عینی و شخصی تقسیم می شوند.

وثایق عینی و شخصی

وثیقه عینی یا رهن، تعیین مالی برای استیفای طلب، از محل فروش آن است. اما وثیقه شخصی، پذیرش تعهد پرداخت، از سوی ضامن است. تضمین شخصی، یک وثیقه کامل نیست. زیرا ضامن نیز در معرض اعسار قرار می گیرد. به همین جهت بستانکار در قبول تعهد ضامن، توانایی او را برای پرداخت بدهی مورد بررسی قرار می دهد تا از خطر اعسار احتمالی او تا جایی که ممکن است در امان بماند. قانون مدنی ضامن و رهن را از عقود معین دانسته است و در حالی که در تعریف عقد رهن به ویژگی وثیقه بودن آن تصریح می کند، ماده ۷۷۱ قانون مدنی درباره عقد ضامن اشاره ای به این ویژگی نکرده است؛ اما در عمل عقد ضامن همیشه در مقام تضمین بدهی به کار می رود. به هر حال امروزه ضامن را همانند رهن از تأمینات بدهی می دانند.

ضمان در قانون مدنی

در عرف حقوقی بمعنی تعهد و مسئولیت است و در فقه از جهت ماهیت حقوقی عقد ضامن دو نظریه مهم وجود دارد.

الف - نظریه ضم ذمه

تعداد بیشتری از فقهای عامه، اعتقاد به ضم ذمه ضامن به بدهکار دارند. به این معنی که با وقوع عقد ضامن ذمه بدهکار بری نمی شود و اثر عقد ضامن این است که ضامن نیز به عنوان یک بدهکار تازه، به بدهکار اصلی ضمیمه می گردد. بدین ترتیب عقد ضامن به منظور ایجاد تضمین برای بستانکار و تأمین دین منعقد میشود.

ب- نظریه نقل ذمه

فقه‌های امامیه و تعداد کمی از فقه‌های اولیه اهل سنت عقیده دارند که ضمان عقدی، موجب نقل ذمه بدهکار به ضامن است. بر اثر عقد ضمان، ذمه بدهکار، بری می‌شود و ذمه ضامن در مقابل بستانکار مشغول می‌گردد.

تعریف عقد ضمان

ماده ۴۸۶ ق.م در تعریف این عقد می‌گوید:

« عقد ضمان، عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد. »

و ماده ۶۹۸ ق.م می‌گوید:

« بعد از اینکه عقد ضمان به طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون عنه، بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می‌شود. به استناد دو ماده مزبور می‌توان گفت قانون مدنی، نظریه نقل ذمه را پذیرفته و اصل کلی در عقد ضمان در قانون مدنی ما، این است که با وقوع ضمان، دین از ذمه بدهکار به ذمه ضامن منتقل می‌شود. »

ضامن تضامنی

ماده ۴۰۳ ق.ت. ضمان ضم ذمه را به گونه تضامنی چنین پیش بینی کرده است: در همه مواردی که به موجب قوانین یا موافق قراردادهای خصوصی، ضمانت تضامنی باشد طلبکار می‌تواند به ضامن و مدیون اصلی مجتمعاً رجوع کرده یا پس از رجوع به یکی از آن‌ها و عدم وصول طلب، برای تمام یا بقیه طلب به دیگری رجوع نماید.

اصولاً ضمان تضامنی به موجب شرط در قرارداد ضمان و یا به موجب قانونی ایجاد می‌شود. در ضمان تضامنی، بستانکار ملزم نیست نخست به بدهکار اصلی رجوع کند. ضامن و بدهکار اصلی در عرض یکدیگرند و بستانکار می‌تواند به هریک از آنان به گزینش خود رجوع کند. همچنین بستانکار می‌تواند از طرح دعوی جداگانه درباره هریک از آنان خودداری کرده و به ضامن و بدهکار با هم رجوع کند. بنابراین این نوع از ضمان امروز رواج یافته و بستانکاران به ویژه بانک‌ها ضمان تضامنی را به ضامن در قرارداد ضمان تحمیل می‌کنند.

ویژگیهای ضامن

ضامن، طرف اصلی در قرارداد ضمان است زیرا متعهد می‌شود در صورت پرداخت نکردن بدهی توسط بدهکار اصلی، بدهی او را بپردازد. بر این پایه، ضامن باید دارای شرایط زیر باشد:

الف- اهلیت

ضامن باید دارای اهلیت و حق تصرف در اموال خود باشد. زیرا ضامن با قبول ضمانت ملتزم به پرداخت بدهی بدهکار می‌شود. در صورتی که بدهکار اصلی غایب یا بی چیز باشد، و یا از پرداخت بدهی خودداری کند در این صورت ضامن در معرض پرداخت بدهی قرار می‌گیرد و بنابراین باید دارای اهلیت تصرف در اموال باشد. ماده ۶۸۶ ق.م نیز تصریح می‌کند:

" ضامن باید برای معامله اهلیت داشته باشد. " بنابراین ضمان شخص صغیر و مجنون و کسی که به علت سفه، حکم حجر او صادر شده است، درست نیست.

ب- مال دار بودن

اگر ضامن به حد کافی دارای مال نباشد، نمی تواند به التزام خود در برابر بستانکار عمل کند و در این صورت ضمان از بدهکار غیر مؤثر می گردد. هنگامی که طرفین در مورد شخص ضامن توافق می کنند، بستانکار معمولاً بررسی های لازم را جهت احراز مالدار بودن و اعتبار ضامن انجام می دهد و شخصی را به عنوان ضامن می پذیرد که داری ملالت کافی برای پرداخت دین باشد، در این موارد، بستانکار، تصمیم گیرنده واقعی راجع به مالدار بودن ضامن است. با این وجود هر چند مالدار بودن ضامن، از نظر بستانکار شرط لازم به حساب نمی آید ولی شرط صحت آن محسوب نمیشود. البته اگر بستانکار در موقع انعقاد عقد ضمان، نسبت به عدم تمکن ضامن جهل داشته باشد حق دارد عقد ضمان را فسخ کند.

موارد بری شدن ضامن

با وقوع عقد ضمان، ضامن در مقابل بستانکار مسئولیت می یابد و همین امر یک تضمین برای بستانکار است. ولی ضامن به دلایل مختلف از این مسئولیت بری می گردد. اوضاع و احوالی که باعث سقوط تعهد بدهکار اصلی شود، روی تعهد ضامن اثر می گذارد. افزون بر آن، وثیقه بودن تعهد ضامن موجب می گردد در موارد مختلفی دین بر ذمه مدیون اصلی باقی بماند ولی ضامن ساقط گردد. با توجه به این ویژگی ها پاره ای از موارد مهم که باعث سقوط ضمانت ضامن می شود مورد بحث قرار می گیرد.

الف - بری شدن بدهکار اصلی به علت اجرای تعهد

هنگامیکه دین توسط بدهکار به بستانکار پرداخت شود ذمه بدهکار بری می شود و دیگر موضوع و هدف از عقد ضمان پایان می پذیرد. بنابراین پرداخت بدهی و هر آنچه در حکم پرداخت یا انجام تعهد باشد باعث بری شدن ضامن نیز می شود.

ب - سقوط بدهی اصلی

اگر دین اصلی به نحوی از انحاء ساقط شود، ضامن نیز بری می شود. همچنین در موردی که بستانکار و بدهکار، تعهد اولیه را تبدیل به تعهد جدیدی می کنند، تعهد قبلی ساقط می گردد. در این مورد نیز ضامن بری می شود، مگر اینکه در قرارداد عدم برائت ضامن تصریح شود. (ماده ۲۹۳ ق.م.)

ج - بری شدن ضامن به علت فسخ قرارداد به وسیله بستانکار

در موردی که، قرارداد مبنای ضمان، فسخ شود، بدهکار اصلی که طرف قرارداد است بری می شود و ضامن نیز براساس قراردادی که فسخ شده است، مسئولیتی در مقابل بستانکار نخواهد داشت.

د - خودداری بستانکار از دریافت طلب از ضامن

بر طبق ماده ۴۰۹ ق.ت. با حال شدن دین، ضامن می تواند بستانکار را به دریافت طلب ملزم سازد، هر چند که ضمان موجد بوده و زمان پرداخت نرسیده باشد. ماده ۴۱ ق.ت. نیز ضمانت اجراء در خصوص خودداری بستانکار از دریافت طلب را مقرر ساخته و خودداری بستانکار از دریافت طلب را فوراً و به خودی خود موجب بری شدن ضامن دانسته است.

ه - خودداری بستانکار از دریافت طلب از ضامن

قبول تعهد از طرف ضامن هر چند به قصد ارفاق و کمک به بدهکار اصلی است، اما رایگان نیست. ضمان عقد معوض است. ضامن با پرداخت دین جانشین بستانکار می شود و باید بتواند به طور مؤثر طلب خود را از بدهکار اصلی دریافت کند. تسلیم وثایق دین به ضامن شرط اصلی فراهم شدن موجبات این جانشینی است. در این صورت هرگاه بستانکار از تسلیم

وثیقه به ضامن خودداری کند ، حق جانشینی ضامن به خطر می افتد ، همین امر باعث شده است که ماده ۴۱.ق.ت. امتناع بستانکار از تسلیم وثیقه به ضامن را در صورتی که دین با وثیقه باشد موجب بری شدن فوری ضامن بداند .

حق ضامن نسبت به وثایق دین

ضامن با پرداخت دین از امتیاز جانشینی بستانکار برخوردار می شود . این جانشینی شامل بهره گیری ضامن از وثایق دین است که به بدهکار اصلی تعلق دارد . بنابراین با پرداخت بدهی ، ضامن حق دارد این وثایق را در اختیار گیرد تا برتری او در استیفای طلب نسبت به سایر بستانکاران بدهکار اصلی حفظ گردد . ماده ۴۱۱.ق.ت. حق ضامن نسبت به وثایق را به طور کل به رسمیت شناخته است .

بر طبق این ماده : « پس از آنکه ضامن دین اصلی را پرداخت ، مضمون له باید تمام اسناد و مدارکی را که برای رجوع ضامن به مضمون عنه لازم و مفید است به او داده و اگر دین اصلی ، با وثیقه باشد آن را به ضامن تسلیم نماید . اگر دین اصلی وثیقه غیر منقول داشته باشد، مضمون عنه مکلف به انجام تشریفات است که برای انتقال وثیقه به ضامن لازم است.

مبحث چهارم - سفته

سفته (به فتح سین) یا فته طلب (سند طلب) از نظر لغوی چیزی است که کسی برحسب آن از دیگری به رسم عاریت یا قرض بگیرد و در شهر دیگر یا مدتی بعد آن را مسترد دارد و سفته (به ضم سین) به معانی تیر و پیکان و همچنین سوغات و ارمغان آورده شده است .

سفته به کسر سین از کلمه سفت به معنی محکم نیز آمده است .

ماده ۳۰۷.ق.ت. ایران سفته را به شکل ذیل تعریف نموده است .

" فته طلب (سفته) سندی است که به موجب آن امضا کننده تعهد می کند مبلغی در موعد معین یا عندالمطالبه در وجه حامل یا شخص معین و یا به حواله کرد آن شخص کارسازی نماید."

نحوه تکمیل مندرجات سفته

ماده ۳۰۸.ق.ت. درج نکات ذیل را در سفته الزامی دانسته و مقرر می دارد : " فته طلب علاوه بر امضاء یا مهر باید دارای تاریخ و متضمن مراتب باشد : ۱- مبلغی که باید تأدیه شود با تمام حروف . ۲- گیرنده وجه . ۳- تاریخ پرداخت ."

رعایت تشریفات مندرج در ماده ۳۰۸.ق.ت. فوق العاده حائز اهمیت است که تخلف از آنها موجبات بی اعتباری سفته را فراهم خواهد ساخت . بنابراین به اختصار شرایط شکلی سفته را نیز مورد بررسی قرار می دهیم .

الف - شرایطی شکلی سفته

۱. قید کلمه " سفته " در ورقه سفته .

قید کلمه سفته در متن آن باید به همان زبانی باشد که سفته تنظیم می شود و نشان دهنده اهمیت تشریفات شکلی است و هدف از رعایت آن جلب توجه اشخاص ذینفع و آگاه ساختن آنان از نوع سند تجاری است .

۲. تاریخ تحریر (روز ، ماه ، سال) و تاریخ صدور : ذکر تاریخ تحریر منشاء آثار حقوقی از لحاظ تعیین وعده سفته، مرور زمان و تضمین صلاحیت صادر کننده سفته بوده و حائز اهمیت است .

۳. اسم شخصی که باید سفته را تادیه کند: شخصی که باید وجه سفته را تادیه کند ، متعهد نامیده می شود .
۴. تعیین مبلغ سفته : به استناد بند ۱ از ماده ۳.۸ ق.ت. تعیین مبلغ سفته اجباری است و تخلف از آن موجب سلب امتیازات مربوط به بروات خواهد بود . ضمناً مبلغ مزبور باید با تمام حروف نوشته شود در صورتی که مبلغ مزبور بیش از یک مرتبه به تمام حروف در سفته نوشته شود و بین آنها اختلاف باشد . مبلغ کمتر مناط اعتبار خواهد بود . اما اگر بین مبلغ با حروف و رقم اختلاف باشد مبلغ با حروف معتبر است (ماده ۲۲۵ ق.ت).
۵. تاریخ پرداخت یا تادیه وجه سفته (سررسید) : برابر بند ۳ ماده ۳.۸ ق.ت تاریخ سررسید پرداخت وجه سفته بایستی قید گردد و در غیر اینصورت فاقد اعتبار خواهد بود .
سررسید سفته ممکن است به رویت یا به وعده از رویت و یا به وعده از تاریخ سفته و یا سررسید به تاریخ معین باشد (ماده ۲۴۱ ق.ت)
عموماً سفته هایی که در بانک مورد استفاده قرار می گیرند دارای سررسید عندالمطالبه و ندرتاً دارای سررسید با تاریخ معین هستند .
۶. مکان تادیه وجه سفته .
مکان تادیه وجه سفته اعم از محل اقامت متعهد و یا محل دیگری است که بنا به بند ۶ ماده ۲۲۳ ق.ت. از شرایط اساسی آن بوده و در صورت تخلف ، سفته مذکور از شمول مقررات راجع به بروات خارج است .
۷. اسم شخصی که سفته در وجه یا حواله کرد او پرداخت می شود .
۸. امضاء یا مهر متعهد: قسمت اول ماده ۳.۸ ق.ت میگوید : " فته طلب (سفته) . . . علاوه بر امضاء یا مهر باید دارای"

ب - ظهرنویسی

سفته که مبین طلب شخصی از شخص دیگر است قابل انتقال می باشد اما برای اینکه حقوق منتقل الیه بهتر تامین شود، در صورتی که این امر مطابق مقررات قانون تجارت صورت گیرد ، مشمول مزایائی است که این سند تجاری برای طلبکار دارد . امضای ظهرنویس به مفهوم رضای او به انتقال سفته است . ظهرنویسی ممکن است به نام شخص دارنده یا به حواله کرد او یا سفید امضاء یا در وجه حامل باشد .

مسئولیت تضامنی متعهد سفته ، ظهرنویسها و ضامنین

با استناد به مواد ۲۴۹ و ۳۰۹ ق.ت متعهد سفته و ظهرنویس یا ظهرنویسان در مقابل دارنده سفته مسئولیت تضامنی دارند به عبارت دیگر دارنده مزبور می تواند به همه امضاکنندگان سفته به طور انفرادی یا جمعی مراجعه و در صورت امتناع اشخاص اخیرالذکر از پرداخت مبلغ مندرج در سفته ، علیه آنان مبادرت به طرح دعوی نماید .
همین حق را هر یک از ظهرنویسان نسبت به متعهد و ظهرنویس های ماقبل خود دارد و اقامه دعوی علیه یک یا چند نفر از مسئولان سفته موجبات اسقاط مراجعه به سایر مسئولان سند مزبور را فراهم نمی سازد .
ضامنی که ضمانت متعهد سفته یا ظهرنویس را نموده، با کسی مسئولیت تضامنی دارد که از او ضمانت نموده است .

حجر و فوت متعهد سفته قبل از سررسید پرداخت سفته

سوالات زیر در رابطه با مسئله فوق مطرح گردیده است :

- آیا بعد از فوت متعهد سفته و قبل از رسیدن موعد پرداخت سفته باید اعتراض عدم تادیه در ظرف مدت مقرر از تاریخ فوت انجام شود و یا آنکه پس از رسیدن موعد پرداخت ، اعتراض مزبور به عمل آید ؟ آیا بر فرض حال شدن دین به دلیل فوت متعهد سفته ، اعتراض عدم تادیه در ظرف مدت ده روز از " لحظه فوت مدیون " به عمل می آید یا " از تاریخ استحضار دائن بر فوت مدیون " سفته ؟
- آیا بر فرض حال شدن دین به جهت فوت متعهد سفته ، مسئولیت تضامنی ظهرنویس نیز به تبع فوت مدیون حال می شود یا مسئولیت تضامنی ظهرنویس پس از سررسید سفته تحقق پیدا میکند؟
- در صورتی که ظهرنویس پیش از موعد پرداخت سفته فوت کند با توجه به مسئولیت تضامنی ظهرنویس و متعهد سفته اعتراض عدم تادیه در چه تاریخی انجام می شود ؟

پاسخ و نظر مشورتی مورخ ۱۳۴۴/۳/۴ اداره حقوقی وزارت دادگستری به شرح زیر اعلام گردیده است .

اولاً- بعد از فوت متعهد سفته و قبل از رسیدن اجل مقرر ، اعتراض عدم تادیه از تاریخ فوت به عمل نمی آید و ماده ۲۳۱ قانون امور حسبی هم که حکم بحال شدن دیون موجب متوفی نموده در حقیقت امتیازی است که قانون در مقام تعیین تکلیف ترکه برای طلبکاران در صورت فوت متعهد شناخته است و استفاده از این حق در اختیار دارنده سفته بوده و تاثیری در سررسید و ضمانت ظهرنویس ها و سایر مقررات مربوط به سفته ندارد. بدین معنی که طلبکاران متعهد سفته می توانند در صورت فوت وی طلب خود را دریافت دارند ، در صورتیکه پس از فوت متعهد، به دریافت وجه سفته نائل نشوند فقط میتوانند در انقضاء سررسید و ظرف موعد مقرر، واخواست عدم تادیه علیه متعهد بنمایند.

ثانیاً - مسئولیت تضامنی ظهرنویس به تبعیت متعهد فوت شده تبدیل به حال نمی شود . اما اگر ظهرنویس فوت نماید دین فقط نسبت به او حال می شود و حال شدن دین ظهرنویس هم تاثیری در مسئولیت متعهد ندارد و در صورتی که دارنده سفته پس از فوت ظهرنویس طلب خود را از ترکه متوفی دریافت نماید فقط در تاریخ سررسید می تواند واخواست عدم تادیه به نام متعهد بنماید.

اسناد در وجه حامل

تعریف سند در وجه حامل

اگرچه قانون تجارت ایران از این نوع سند تعریفی ارائه نداده است، اما میتوان آن را به این شکل معرفی کرد: " سنددر وجه حامل نوشته ای است که به موجب آن امضاکننده متعهد می شود در وعده معین ، مبلغ معینی را به دارنده سند (هر که باشد) پرداخت کند. "

الف - مقررات حاکم بر سند در وجه حامل

در قانون تجارت مقررات خاص برای اسناد در وجه حامل پیش بینی نشده است و فقط مواد ۳۲ و ۳۲۱ ق.ت. دو نکته را درباره این اسناد مقرر می دارد: نکته اول اینکه دارنده هر سند در وجه حامل ، مالک و برای مطالبه وجه آن محق محسوب می شود ، مگر در صورت ثبوت خلاف (ماده ۳۲۱ ق.ت.) .

بنابراین سند در وجه حامل ، جز درباره دو ماده اخیر ، تابع مقررات عام است و سند به شکلی که دارد تابع مقررات ویژه خود خواهد بود . هر گاه سفته باشد ، تابع مقررات سفته و چنانچه چک باشد ، مقررات چک در باره اش اجرا می شود .

نکته دوم اینکه سند در وجه حامل، مانند اسناد تجارتي ديگر، به خودی خود نماینده طلب است و دارنده ای که آن را در دست دارد، نیاز به اثبات وجود طلب به طریق دیگر ندارد و هرگاه شخص دیگری مدعی مالکیت سند باشد، باید خلاف آن را به اثبات برساند. (ماده ۳۲. ق.ت)

سند در وجه حامل با قبض و اقباض منتقل می شود و دارنده این سند حق دارد در سر وعده وجه آن را از متعهد دریافت دارد و متعهد نمی تواند با متوسل شدن به ایراداتی که می توانست آنها را علیه دارنده و یا دارندگان قبلی مطرح کند، از پرداخت وجه سند به دارنده فعلی خودداری ورزد.

ب - اصل غیر قابل استناد بودن ایرادات

این قاعده براین فکر مبتنی است که اسناد تجاری در معاملات و مبادلات بازرگانی به مثابه پول مورد استفاده قرار می گیرد و همان طور که پول بی هیچ اشکال و مانعی مورد نقل و انتقال قرار می گیرد، انتقال گیرنده از هر گونه ایراد و تعرضی، مصون است، دارنده سند تجاری نیز باید از این مصونیت برخوردار باشد و اشخاصی که سند را تحت هر عنوانی از عناوین امضاء کرده اند، نباید بتوانند در قبال دارنده سند به ایراداتی استناد کنند که مبتنی بر روابط قبلی خود باشد مثلاً "برائگیری که برات را قبول کرده نباید حق داشته باشد در قبال دارنده برات به این ایراد استناد کند که قبول برات از ناحیه او مثلاً مبتنی بر اشتباه بوده است و فکر می کرده به برات دهنده بدهکار است، در حالی که بعداً" با بررسی های به عمل آمده معلوم شد بدهکار نیست، این ایرادات در قبال دارنده سندی که از همه جا بی خبر است نباید مورد استناد قرار گیرد. هر کسی که سند تجاری را امضاء کند قطع نظر از علت امضاء و رابطه مبنایی، در قبال دارنده سند تجاری مسئول شناخته می شود و هر کس که سند تجاری را در اختیار دارد و معمولاً به عنوان دارنده آن شناخته می شود می تواند علیه صادرکننده آن، دعوی مبتنی بر سند تجاری طرح کند و حتی در این زمینه مقننین بین المللی به شدت این قاعده را مورد تبعیت قرار داده اند که اسناد تجاری اسنادی مستقل هستند و هیچ گونه ربطی به روابط مبنایی خود ندارند.

در حقوق ایران اصل غیر قابل استناد بودن ایرادات، آشکارا مورد توجه قرار نگرفته است، اما رویه قضائی به موجب مواد ۲۳، ۲۳۱، ۲۴۹ ق.ت این اصل را استنباط کرده است.

مثلاً ایرادات شخصی که ممکن است بین برات دهنده و براتگیر یا یکی از ظهر نویس ها مانند فسخ معامله از طرف یکی از متعاملین که برات بر اساس آن صادر گردیده و یا نامشروع بودن " ارزش قابل پرداخت " در برات (مانند خرید مواد مخدر) مورد استفاده قرار گیرد نمی تواند متوجه دارنده براتی که حسن نیت دارد گردد.

واخواست سفته

در صورتی که برات یا سفته با عدم پرداخت روبرو شود، دارنده آن اقدام به واخواست می کند و واخواستنامه به متعهد پرداخت سفته ابلاغ میشود. در حالیکه غیر از متعهد اشخاص دیگری نیز تحت عنوان های گوناگون سند را امضاء کرده اند و در قبال دارنده سند، مسئولیت تضامنی قبول نموده اند بایستی از مراتب عدم پرداخت وجه سند آگاه گردند تا در صورت مراجعه دارنده سند به آنان غافلگیر نشده و از عهده پرداخت برآیند. بنابراین دارنده برات یا سفته برای اینکه بتواند از همه حقوق خود برخوردار شود، وظایفی به عهده دارد که یکی از آن وظایف، واخواست است که واخواست بر دو گونه است: واخواست نکول و واخواست عدم تادیه.

چنانچه ظرف مدت ۱. روز از سررسید سفته نسبت به پرداخت وجه آن اقدام نگردید، نمونه واخواستنامه از دادگستری محل اخذ و مشخصات متن و ظهر سفته در محل های مربوطه دقیقاً درج گردد.

و به ازای هر برگ سفته ۳ نسخه وخواستنامه لازم است .

بهای هر برگ وخواستنامه ۵. ریال که باید برای وخواست هر برگ سفته ۱... ریالی به حساب مربوط در صندوق دادگستری محل واریز شود هزینه وخواست سفته معادل ۲٪ مبلغ اسمی سفته است که می بایست ۱٪ آن به علاوه ۱... ریال فوق الذکر در یک حساب و ۱٪ دیگر آن به حساب دیگری که از طرف دادگستری محل تعیین می گردد واریز شود . شایان ذکر است در خصوص بدهی هایی که می بایست در سررسید معین پرداخت شوند قید سررسید دقیق در متن الزامی است و بایستی توجه گردد از وخواست سفته بدون تاریخ سررسید جدا خودداری و همچنین از وخواست سفته عندالمطالبه بدون رعایت تشریفات قانونی حتی المقدور خودداری شود ، تا موجبات تضییع حقوق بانک فراهم نگردد .
چنانچه مبلغ اسمی سفته ای تا ارزش ۱/.../... ریال باشد نحوه محاسبه به شکل زیر است :

مبحث پنجم - چک

تعریف چک و انواع آن

ماده ۳۱. قانون تجارت چک را به شرح زیر تعریف می کند :

« چک نوشته ای است که به موجب آن صادرکننده وجوهی را که در نزد محال علیه دارد ، کلا یا بعضا مسترد یا به دیگری واگذار می نماید .» اما ماده ۲ قانون صدور چک ، آن را سندی می داند که عهده بانک های دایر به موجب قانون ایران ، صادر شده باشد . یعنی چک از نظر قانون اخیر نوشته ای است که عهده یک بانک صادر شده باشد و به عبارت دیگر ، نوشته ای است که محال علیه آن یک بانک باشد. به این ترتیب چک از لحاظ شکل به برات شباهت دارد . اما چون اجرای آن فوری است وسیله تحصیل اعتبار تلقی نمی شود .

$$۱/.../... \quad \%۲ = ۲/...$$

به حساب صندوق الف $۱/... + ۱/... = ۱۱/...$

به حساب صندوق ب $۱/...$

جمع $۲۱/...$

انواع چک

قانون تجارت ایران تعریفی از انواع چک نمی کند و برای تعیین انواع چک باید به عرف و عادت و رسوم معمول در بانکها و ماده ۱ قانون صدور چک مصوب ۱۱ آبان ماه سال ۱۳۷۲ مراجعه نمود به طور کلی اقسام مختلف چک عبارتند از :
چک عادی ، چک تأیید شده ، چک تضمین شده و چک مسافرتی .

الف - چک عادی

چک هایی هستند که اشخاص عهده بانک ها به حساب جاری خود صادر می کنند و دارنده آن تضمینی جز اعتبار صادرکننده آن ندارد . چک های مزبور ممکن است در وجه شخص معین یا به حواله کرد شخص معین یا در وجه حامل باشد . بانک در صورتیکه حساب جاری مشتری موجودی داشته باشد وجه آن را به ذینفع آن پرداخت می کند . بند یک ماده الحاقی مصوب ۷۲/۸/۱۱ قانون صدور چک مصوب ۱۳۵۵ مقرر می دارد :

" چک عادی ، چکی است که اشخاص عهده بانک ها به حساب جاری خود صادر و دارنده آن تضمینی جز اعتبار صادرکننده آن ندارد. "

ب - چک تأیید شده

بند دو ماده یک الحاقی مصوب ۷۲/۸/۱۱ مقرر می دارد : چک تأیید شده ، چکی است که اشخاص عهده بانک ها به حساب جاری خود صادر و توسط بانک محال علیه پرداخت وجه آن تأیید می شود.

چک ، دستور بدون قید و شرطی است برای پرداخت مبلغی وجه که بدون داشتن محل نمی توان آن را صادر نمود . بنابراین قبولی در چک مورد ندارد اما اشخاص ممکن است به صادرکننده چک اعتماد کافی نداشته باشند و چک را قبول نکنند ، در این صورت اشخاص چک تأیید شده را مورد استفاده قرار می دهند . تأیید چک ممکن است بر روی هر چکی نوشته شود و بانکی که صادرکننده چک در آنجا حساب دارد موظف است موجود بودن محل چک را در روی چک تأیید کند. بعد از تأیید موجودی چک ، بانک مبلغ چک را در حساب صادرکننده چک مسدود می کند و تا زمانی که چک قابل ارائه است ، بانک موظف است مبلغ آن را مسدود نگاه دارد . زیرا بعد از تأیید چک بانک مسئول پرداخت آن است و مثل براتی است که براتگیر روی آن قبولی نوشته است و به این طریق صادرکننده پولی در اختیار خواهد داشت که هر کس قبول خواهد کرد . چک تأیید شده مانند چک های عادی ممکن است در وجه حامل باشد یا در وجه شخص معین و در این صورت از طریق ظهنویسی قابل انتقال است .

ج - چک تضمین شده

بند ۳ ماده الحاقی مصوب ۷۲/۸/۱۱ مقرر می دارد : " چک تضمین شده چکی است که توسط بانک به عهده همان بانک به درخواست مشتری صادر و پرداخت وجه آن توسط بانک تضمین می شود . "

اصولاً صدور چک از طرف صادر کننده بروی خود او جایز نیست و فقط صدور چک از شعبه بانک بروی شعبه دیگر معمول است و چنانچه بانک بتواند چک تضمین شده بروی خود صادر کند، مانند اینستکه اوراقی شبیه اسکناس در جریان بگذارد. در ایران قانون مصوب ۲۲ تیرماه ۱۳۳۷ صدور چک های تضمین شده را فقط برای بانک ملی ایران اجازه داده است .

ماده ۱ قانون مزبور مقرر می دارد : « به بانک ملی ایران اجازه داده می شود به تقاضای مشتریان چک هایی به نام چک تضمین شده که پرداخت وجه آن ها از طرف بانک تعهد شده باشد در دسترس صاحبان حساب بگذارد . »

ماده ۲ مقرر می دارد : « صادرکننده و پشت نویسان حق ندارند ، پرداخت وجه چک تضمین شده را منع کنند یا تقاضای مسدود کردن آن را بنمایند . »

ماده ۳ اضافه میکند: « فوت وحجر و ورشکستگی صادرکننده چک تضمین شده « خللی بحقوق دارنده چک وارد نخواهد ساخت، طلبکاران حق توقیف وجه این چک را در صورتیکه بنفع دیگری صادر یا پشت نویسی شده باشد، نخواهند داشت.

و ماده ۴ تصریح می کند : « سایر بانک ها حق ندارند چک هایی به ترتیب مذکور در ماده یک به جریان بگذارند . »

د - چک مسافرتی

بند ۴ ماده یک الحاقی ۷۲/۸/۱۱ به قانون صدور چک مقرر می دارد : « چک مسافرتی ، چکی است که توسط بانک صادر و وجه آن در هریک از شعب آن بانک یا توسط نمایندگان و کارگزاران آن پرداخت می گردد . » در چک های مزبور تاریخ صدور به روی آن نوشته می شود و چون از طرف بانک معتبری صادر می شود مورد قبول است .

علاوه بر مقرراتی که درباره این چکها رعایت میشود در قسمت بالا یا پائین این چکها نمونه امضای کسی که چک در وجه او صادر شده است، نوشته میشود و دارنده چک در موقع دریافت وجه یک امضای دیگر در روی چک می کند و بدیهی است بانک در صورتی وجه چک را می پردازد که این دو امضاء با یکدیگر تطبیق کند.

صدور چک

صدور چک مانند صدور برات عملی حقوقیست که متضمن دخالت ۳ شخص است. صادر کننده چک، پرداخت کننده چک و دارنده چک که وضع هر یک از آنها از لحاظ حقوقی شباهت تامی به وضع اشخاصی دارد که در برات دخالت میکنند.

الف - محل چک

صادر کننده چک ضامن وجه چک است و چون چک قابل پرداخت به رویت است محل چک در موقع صدور باید موجود باشد. ماده ۳۱۳ قانون تجارت مقرر میدارد:

« وجه چک باید به محض ارائه کارسازی شود. » ماده ۳ قانون صدور چک نیز تصریح می کند: « صادر کننده چک باید در تاریخ مندرج در آن معادل مبلغ چک در بانک محال علیه محل داشته باشد. »
 موجود بودن محل چک، در موقع صدور، چک را از برات متمایز می سازد. زیرا در برات موجود بودن محل در موقع صدور شرط نیست. اما در چک موجود بودن محل الزامی است. محل چک باید در موقع صدور چک قابل استفاده باشد. یعنی در حساب صادرکننده چک مبلغی نقد موجود باشد.

ب - چک بی محل و چک غیرقابل پرداخت

برای جلوگیری از صدور چک بی محل و چکهایی که به واسطه عمل صادرکننده غیرقابل پرداخت است همه قوانین چنین اعمالی را جرم دانسته و مجازاتهای صدور چک بی محل بر اساس قانون مخصوص پیش بینی شده است.

ج - انتقال چک

چک سندی است قابل انتقال و اگر در متن، غیرقابل انتقال بودن آن تصریح نشده باشد در صورتیکه در وجه شخص معینی باشد با ظهنویسی قابل انتقال است و در صورتیکه در وجه حامل باشد با تسلیم آن به انتقال گیرنده منتقل میشود، ظهنویسی چک در وجه حامل فقط موجب ضمانت ظهننویس برای پرداخت وجه چک میگردد و در انتقال چک تاثیری ندارد. ظهننویسی چک مانند ظهننویسی برات بعمل می آید و دارای همان آثار است. زیرا ماده ۳۱۴ قانون تجارت تصریح میکند که: «مقررات این قانون از ضمانت صادر کننده و ظهننویس ها و اعتراض و اقامه دعوی ضمان و مفقود شدن راجع به بروات، شامل چک نیز خواهد بود. » ولی پس از تصویب قانون صدور چک مفقود شدن چک مشمول ماده ۱۴ قانون مذکور گردید و فقط مواردی که در قانون صدور چک پیش بینی نشده، قابل رجوع به قانون تجارت است.

د - پرداخت وجه چک

پرداخت وجه چک بدون شرط است و هر گونه شرط مخالفی برای معلق نمودن یا مشروط کردن پرداخت وجه چک مانند این است که نوشته نشده باشد. قبل از سال ۸۲ چک وعده دار رسمیت نداشت و می بایست به محض ارائه، کارسازی میشد. ماده ۳۱۳ قانون تجارت تصریح میکند:

« وجه چک باید به محض ارائه کارسازی شود » ولی بعداً ماده ۳ قانون صدور چک ، صدور چک وعده دار را تجویز نمود و چک فقط در تاریخ مندرج در آن ، قابل وصول شناخته شد . با این وجود کماکان چک به عنوان سند اعتباری محسوب نمی شود لیکن مع الاسف امروزه چک به عنوان اسکناس مورد استفاده قرار میگیرد .

هـ - عدم پرداخت وجه چک و وظایف دارنده چک برای حفظ حقوق خود

در صورتی که وجه چک پرداخت نشود ، صادرکننده چک و ظهرنویسان و ضامنین (در صورتیکه وجود داشته باشند) در مقابل دارنده چک مسئولیت تضامنی دارند و ماده ۳۱۴ قانون تجارت مقررات مربوط به بروات را شامل چک نیز دانسته است. اما درباره صادرکننده چک علاوه بر قواعد مربوط به بروات ، مقررات مربوط به قانون صدور چک نیز جاری است و صادرکننده چک تحت شرایطی ممکن است علاوه بر مسئولیت حقوقی مسئولیت جزایی نیز داشته باشد.

مسئولیت بانک در پرداخت وجه

۱- برابر مواد ۱ و ۲ مقررات و شرایط عمومی حساب جاری بانک ملزم به پرداخت چکهایی است که صادرکننده آن وجه کافی داشته باشد و چک نیز طبق مقررات صادرشده باشد والا مسئول جبران خسارت وارده به اشخاص متضرر نخواهد بود . به طور کلی متصدی امور بانکی برای پرداخت وجه چک به نکات زیر توجه می نماید :

- مقررات راجع به تنظیم چک از طرف صادرکننده رعایت شده باشد .
- هویت دارنده چک با ملاحظه کارت شناسایی معتبر وی محرز گردیده و اهلیت وی نسبت به وصول مبلغ چک مشخص شود .
- رسیدگی به مرتب بودن ردیف ظهرنویسی ها یا تسلسل امضات و احراز هویت آورنده چک .
- وجه چک فقط به کسی که نام وی در متن چک نوشته شده باشد و یا کسی که چک به نفع او ظهرنویسی شده باشد یا حامل چک در مورد چکهایی در وجه حامل یا قائم مقام قانونی آنها پرداخت میشود .
- دارنده چک باید در حضور متصدی بانک پشت چک را امضاء نماید .
- متصدی بانک مکلف است امضاء صادرکننده چک را با نمونه امضای وی که در بانک موجود است در حدود عرف بانکداری تطبیق دهد .

۲- ماده ۱۴ قانون اصلاح موادی از قانون صدور چک مصوب ۱۳۷۲ فقط در موارد ذیل دستور عدم پرداخت وجه چک را پیش بینی نموده است :

در صورت جعل چک ، سرقت چک ، مفقود شدن چک و در موارد تحصیل چک از طریق کلاهبرداری یا خیانت در امانت و یا ارتکاب جرائم دیگر .

ضمناً دستور عدم پرداخت وجه چک به بانک باید کتبی بوده و بانک نیز مکلف است بدواً هویت دستور دهنده را احراز نموده ، سپس از پرداخت وجه چک استنکاف کند .

در این صورت بانک باید گواهی عدم پرداخت را با ذکر علت اعلام شده ، صادر و به ارائه دهنده چک تسلیم نماید . دارنده چک ، حق دارد علیه کسی که دستور عدم پرداخت داده طرح دعوی نماید و اگر اثبات کند که دستور دهنده بر خلاف واقع ، موجب عدم پرداخت گردیده دادگاه ، دستور دهنده عدم پرداخت را علاوه بر مجازات مقرر در ماده ۷ قانون صدور چک به پرداخت همه خسارات وارده به دارنده چک محکوم خواهد کرد .

۳- برابر ماده ۲۱ قانون صدور چک بانک ها مکلفند همه حساب های جاری اشخاصی را که بیش از یک بار چک بی محل صادره کرده و تعقیب آنها منتهی به صدور کیفرخواست شده باشد بسته و تا سه سال به نام آنها حساب جاری دیگری باز نمایند .

مسئولین شعب هر بانک که به تکلیف فوق عمل ننمایند حسب مورد با توجه به شرایط و امکانات و دفعات و مراتب جرم به یکی از مجازات های مقرر در ماده ۹ قانون رسیدگی به تخلفات اداری توسط هیأت رسیدگی به تخلفات اداری محکوم خواهند شد .

الف - پرداخت وجه چک بعد از فوت صاحب حساب

ماده ۱۵ مقررات و شرایط عمومی حساب جاری بانک ها می گوید :

چنانچه صاحب حساب و در مورد حساب های مشترک ، یکی از دارندگان حساب فوت نماید مادام که اطلاع کتبی به بانک نرسیده باشد و چک های صادره عهده حساب مزبور پرداخت شود ، هیچگونه مسئولیتی متوجه بانک نخواهد بود . پس از اطلاع از فوت مشتری، بانک چک هایی را که تاریخ مندرج در آن ، مقدم بر تاریخ فوت باشد پرداخت و از پرداخت چکهایی که تاریخ مندرج در آن موخر به تاریخ فوت باشد خودداری خواهد نمود .

ب - در مورد فوت، حجر یا ورشکستگی یکی از شرکاء حساب جاری (حساب جاری مشترک)

درباره فوت یکی از شرکاء حساب جاری این سؤال مطرح می شود که اگر چنانچه دو یا چند نفر ، حساب جاری مشترک نزد بانک افتتاح کنند و هر یک به تنهایی اجازه برداشت از موجودی مشترک را داشته باشند در صورت فوت یکی از آنان وضع حساب چه خواهد شد و به هر یک از شرکاء چه مبلغی از موجودی تعلق خواهد گرفت ؟

به موجب ماده ۱۶ مقررات و شرایط عمومی حساب جاری ، سهم هریک از صاحبان حساب جاری مشترک از موجودی حساب در صورت فوت یا حجر و یا ورشکستگی هر یک از صاحبان حساب به نسبت و میزانی است که در موقع افتتاح حساب تعیین می گردد . همچنین در صورت وصول بازداشتنامه به بانک و علیه هر یک از صاحبان حساب مبنی بر بازداشت موجودی حساب به نسبت و میزانی بازداشت میشود که در موقع افتتاح حساب تعیین شده است .

ج - عدم پرداخت چک و صدور گواهینامه عدم پرداخت چک

طبق ماده ۳۱۴ قانون تجارت اعتراض عدم پرداخت چک از مقررات مربوط به برات (ماده ۲۹۳ تا ۲۹۷) تبعیت مینماید و در مورد چک فقط اعتراض عدم تادیه می تواند مصداق داشته باشد . طبق ماده ۴ قانون اصلاحی صدور چک مصوب بهمن ۱۳۷۲ ، هر گاه چک به علتی از علل مندرج در ماده ۳ پرداخت نگردد بانک مکلف است در برگ مخصوصی که مشخصات چک و هویت و نشانی کامل صادرکننده در آن ذکر شده باشد علت یا علل عدم پرداخت را صریحا " قید و آن را امضاء و مهر نموده و به دارنده چک تسلیم نماید .

در برگ مزبور باید مطابقت امضا صادرکننده با نمونه امضاء موجود در بانک (در حدود عرف بانکداری) یا عدم مطابقت آن از طرف بانک تصدیق شود .

بانک مکلف است به منظور اطلاع صادر کننده چک ، فوراً " نسخه دوم این برگ را به آخرین نشانی صاحب حساب که در بانک موجود است ارسال دارد . در برگ مزبور باید نام و نام خانوادگی و نشانی کامل دارنده چک قید گردد .

فصل چهارم

نحوه استعلام از موجودی ها و بازداشت وجوه مشتریان نزد بانکها

نظر باینکه حسابهای بانکی اشخاص از امور سری است، بدیهی است، ارائه اطلاعات مربوط به آنها فقط به اشخاص صلاحیت دار و سازمانها و مراجع ذیصلاح مجاز است. بنابراین افشای اسرار مشتریان بانک ها توسط هر یک از مسئولین و کارکنان بانکها تخلف اداری محسوب شده و مستوجب مجازات و پیگرد اداری و قضائی خواهد بود.

علیهذا از آنجا که بانکها حافظ اسرار مشتریان مربوط بوده و جلب اعتماد آنان به نظام بانکی از اهمیت ویژه ای برخوردار است، لذا به منظور افزایش و تقویت اعتماد عمومی به نظام بانکی و جهت همکاری با ارگان ها و نهادهای مختلف کشور در چار چوب قوانین و مقررات مربوط به سیستم بانکی لازم است که در ارائه هرگونه آمار و ارقام درخواستی از سوی سازمان های ذیربط در ارتباط با عملکرد بانک و یا حساب اشخاص (شامل سپرده و تسهیلات) به شرح ذیل که مورد تائید بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران و مدیریت نظارت بر امور بانکها است، اقدام نمود :

گفتار اول - ارائه اطلاعات مورد نیاز مراجع ذیصلاح

با توجه به اینکه بانک نبایستی اطلاعات درمورد نحوه و کیفیت و کمیت فعالیتهای تجاری و بانکی مشتریان را در اختیار غیر بگذارد لذا ارائه اطلاعات جز به مراجعی که در بخشنامه های صادره اداره کل حقوقی، احصاء و درذیل به برخی از آن مراجع اشاره میگردد توسط بانک مجاز نمیباشد.

الف - ارائه اطلاعات مورد نیاز مراجع قضائی

برطبق ماده ۲۱۲ آئین دادرسی مدنی دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۲۱ فروردین ماه ۱۳۷۹ « هرگاه سند یا اطلاعات دیگری که مربوط به مورد دعوی است در ادارات دولتی یا بانکها یا شهرداری ها یا موسساتی که با سرمایه دولت تاسیس و اداره میشود موجود باشد و دادگاه آن را موثر در موضوع تشخیص دهد، به درخواست یکی از اصحاب دعوی به طور کتبی به اداره یا سازمان، ارسال رونوشت سند یا اطلاع لازم را با ذکر موعده، مقرر میدارد. اداره یا سازمان مربوطه مکلف است فوری دستور دادگاه را انجام دهد مگر اینکه ابراز سند با مصالح سیاسی کشور یا نظام عمومی منافات داشته باشد که در این صورت باید مراتب با توضیح لازم به دادگاه اعلام شود. در صورت امتناع کسی که مسئولیت عدم ارائه سند متوجه اوست پس از رسیدگی درهمین دادگاه و احراز تخلف به انقصال موقت از خدمات دولتی از شش ماه تا یک سال محکوم خواهد شد.»

مراجع قضائی مذکور عبارتند از: دادسرا و دادگاه های نظامی، دادسرا و دادگاههای عمومی حقوقی و دادگاههای عمومی کیفری و ویژه روحانیت و دادسرا و دادگاههای انقلاب اسلامی.

ب - ارائه اطلاعات مورد نیاز کلانتریها و سایر مراجع انتظامی

به استعلامات و سوالات کلانتریها و سایر مراجع انتظامی و نیز مطالبه اوراق و مدارک و اسناد از طرف مراجع مذکور صرفاً موقعی می توان ترتیب اثر داد که درخواست مستند به دستور یکی از مراجع قضائی مندرج در بند «الف» باشد.

ج - ارائه اطلاعات مورد نیاز کمیسیونهای تعزیرات حکومتی

امار و اطلاعات مورد درخواست کمیسیونهای تعزیرات حکومتی و واحدهای رسیدگی بشکایات قبل از صدور حکم منوط به کسب مجوز لازم از بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران بوده ولیکن طبق ماده ۲۶ قانون تعزیرات حکومتی، بانک بهنگام ابلاغ آراء و احکام قطعی صادره از شعب تعزیرات حکومتی، موظف به همکاری لازم در جهت اجرای احکام مذکور میباشد .

د - ارائه اطلاعات مورد نیاز دیوان محاسبات کشور

با توجه به اصول ۴۴ و ۴۵ و ۵۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و با عنایت به مواد ۲ و ۴۴ قانون دیوان محاسبات کشور در خصوص وظایف و اختیارات دیوان مذکور که حسابرسی یا رسیدگی همه حسابهای درآمد و هزینه و سایر دریافتها و پرداختها و نیز صورت های مالی دستگاهها از نظر مطابقت با قوانین و مقررات مالی و سایر قوانین مربوط را به عهده دارد . در صورت وصول درخواست ، ارائه اطلاعات مورد نیاز مربوط به وزارتخانه ها ، موسسات و شرکتهای دولتی ، سازمانها و موسسات و نهادهای عمومی و غیر دولتی باستثناء اطلاعات و حسابهای مربوط به مشتریان حقیقی و حقوقی غیر دولتی لازم الاجرا میباشد .

ه - ارائه اطلاعات به حوزه مالیاتی

هر گاه اموالی از مشتریان متوفای بانک نزد بانک باشد بانک وفق ماده ۳۴ قانون مالیاتهای مستقیم مکلف است به منظور محاسبه مالیات و صدور گواهی مالیات بر ارث در صورت مراجعه مأموران تشخیص و ممیزین مالیاتی ، دفاتر و اسناد مورد نیاز را برای رسیدگی در اختیار آنها قرار دهد .

و - ارائه اطلاعات مورد نیاز سازمان امور مالیاتی کشور

طبق تبصره اصلاحی ماده ۲۳۱ قانون مالیاتهای مستقیم ، سازمان امور مالیاتی کشور صرفاً" از طریق وزیر امور اقتصادی و دارائی میتواند اطلاعات و اسناد مربوط به درآمد مودی مالیاتی را از بانک مطالبه نماید . بنابر این اجرای خواسته مأمورین تشخیص وزارت امور اقتصادی و دارائی جهت کسب اطلاعات که مستقیماً" با بانک مکاتبه و یا مراجعه مینمایند موکول به درخواست از طریق وزیر امور اقتصادی و دارائی میباشد .

ز - ارائه اطلاعات به کارشناسان رسمی دادگستری

با توجه به ماده ۳۶ قانون کارشناسان رسمی دادگستری مصوب ۸۱/۱/۱۸ و با عنایت به منطوق ماده ۲۱۲ قانون آئین داد رسی مدنی بانک موظف به ارائه اطلاعات صرفاً" در خصوص موضوع ارجاع شده از طرف مرجع قضائی ، به منظور اظهار نظر کارشناس رسمی ، میباشد .

ح - ارائه اطلاعات مورد نیاز بازرسان اعزامی سازمان بازرسی کل کشور.

همکاری بانکها با بازرسان اعزامی سازمان بازرسی کل کشور ، در انجام بازرسی های این سازمان در اجرای اصل ۱۷۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و در چارچوب اهداف و وظایفی که سازمان مذکور به موجب قانون تشکیل سازمان

بازرسی کل کشور مصوب ۶/۹/۱۷. مجلس شورای اسلامی به عهده دارد، از جمله الزامات قانونی است که قلمرو شمول آن سیستم بانکی را نیز شامل میشود. از این رو به موجب مقررات مذکور در ماده ۸ قانون یاد شده بانکها قانوناً و بطور مستقیم مکلف به همکاری و ارائه اطلاعات به سازمان بازرسی کل کشور هستند. لیکن در مورد ارائه اطلاعات مربوط به حسابهای خصوصی افراد نزد بانکها که جزء اطلاعات و دارائی های شخصیه افراد است و در طبقه بندی های رایج در اسناد دولتی (عادی - محرمانه - خیلی محرمانه - سری و به کلی سری) قرار نمی گیرد، حسب مفاد نامه شماره ۶۱/۷۱۵۶/۳.۱۹۱ مورخ ۸/۶/۸۲ وزیر محترم امور اقتصادی و دارایی، اینگونه اطلاعات مربوط به احوال شخصیه افراد، فقط با حکم قضائی و مبانی قانونی قابل ارائه است از این رو سازمان بازرسی کل کشور علیرغم اینکه سازمانی وابسته به قوه قضائیه میباشد لیکن برای گرفتن اینگونه اطلاعات نیاز به حکم دادگاه دارد.

ط - ارائه اطلاعات مورد نیاز وزارت اطلاعات جمهوری اسلامی ایران

بانکها بموجب قانون تاسیس وزارت اطلاعات جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۲/۵/۲۷ مجلس شورای اسلامی موظفند هرگونه اطلاعاتی که مورد نیاز وزارت اطلاعات باشد، مستقیماً در صورت لزوم بصورت محرمانه و بدون فوت وقت در اختیار وزارت اطلاعات قرار دهند.

ی - سازمان حسابرسی

سازمان حسابرسی نیز از جمله مراجعی است که قانوناً حسابرسی بانکها را برعهده دارد و همکاری با کارشناسان این سازمان بی آنکه به حوزه مربوط به اطلاعات مشتریان داخل شود امری الزامی است.

گفتار دوم - بازداشت موجودی حساب مشتریان

بعضی از مراجع صلاحیتدار قانونی برای توقیف وجوه یا احوالاً سایر اموال مشتریان نزد بانک اقدام می نمایند که برحسب تکلیف قانونی بایستی به این قبیل مراجعات با رعایت ضوابط و موازین قانونی و بانکی ترتیب اثر داده شده و بقید فوریت اقدام لازم بعمل آید.

مراجعی که در اجرای قرار تامین و یا اجرائیه و غیره از بانک درخواست بازداشت موجودی حساب مشتری یا سایر اموال وی نزد بانک را مینمایند عبارتند از:

۱- اجرای محاکم دادگستری اعم از مدنی و جزائی مربوط به اجرای قرار تامین و احکام صادره

۲- بازپرس و دادستانها و دادگاههای جزائی

۳- اجرای ثبت

۴- دادرها و دادگاههای انقلاب

۵- اداره تصفیه امور ورشکستگی فقط در مورد ورشکسته

۶- اجرای اداره امور اقتصادی و دارائی بابت بدهی قطعی مالیاتی

۷- سازمان تامین اجتماعی بابت مطالبات سازمان ناشی از حق بیمه و غیره

در خصوص نحوه بازداشت موجودی میبایست طبق بخشنامه های صادره از سوی اداره کل حقوقی اقدامات لازم را معمول نمود و در اینجا بطور اجمال به توضیحاتی در رابطه با برخی از مراجع فوق الاشعار می پردازیم .

الف - واحد اجرائیات سازمان تامین اجتماعی

بازداشت وجوه متعلق به مشتریان نزد بانکها بااستناد ماده ۵. قانون تامین اجتماعی و آئین نامه اجرائی آن براساس اجرائیه های صادره از طرف سازمان تامین اجتماعی در صورتیکه متضمن مشخصات کامل مدیون (مشتری بانک) باشد در حکم اجرائیه احکام دادگستری و لازم الاجرا است .

ب - شعب اجرای احکام مدنی و کیفری

بااستناد مواد ۸۷ الی ۹۸ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶/۸/۱ بانکها مکلف به توقیف موجودی حساب اشخاص بر طبق صدور احکام اجرائی بوده و پس از ابلاغ اخطار توقیف نباید مال یا طلب توقیف شده را به محکوم علیه بدهد و بایستی مطابق دستور مدیراجرا عمل نماید، در صورت تخلف، متخلف مسئول جبران خسارات وارده به محکوم له خواهد بود و چنانچه مسئولان بانک برخلاف واقع ، منکر وجود تمام یا قسمتی از مال یا طلب محکوم علیه نزد خود گردند یا اطلاعاتی که داده اند موافق باواقع نباشد و همچنین چنانچه از تادیه وجه نقد که نزد او توقیف شده امتناع نمایند و موجب خسارت شوند به میزان وجه مزبور از دارایی بانک توقیف خواهد شد .

ج - ادارات و دوایر اجرای ثبت

بموجب مواد ۸۱ الی ۸۵ آئین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی، بانکها مکلف به توقیف موجودی اشخاص بر طبق اجرائیه و بازداشت نامه های صادره از طرف اجرای ثبت بوده و ابلاغ بازداشتنامه به شخص ثالث (بانک) اورا ملزم میکند که وجه یا اموال بازداشت شده را به صاحب آن ندهد والا اجرای ثبت معادل آن وجه یا قیمت آن اموال را از بانک وصول خواهد کرد.

هـ - واحد اجرائیات وزارت امور اقتصادی و دارائی

بازداشت وجوه متعلق به مشتریان نزد بانکها توسط اداره وصول و اجرای مالیات های وزارت اقتصادی و دارایی : بااستناد مواد ۲۷ الی ۳. آئین نامه اجرایی ماده ۲۱۸ قانون مالیات های مستقیم بانکها ملزم هستند پس از ابلاغ توقیف نامه وجه بازداشت شده را به صاحب حساب آن نداده و مبلغ مزبور را در وجه اداره وصول اجرای مالیات ها ارسال نمایند.

در خاتمه لازم به ذکر است طبق قانون نحوه پرداخت محکوم به دولت و عدم تامین و توقیف اموال دولتی ، مصوب سال ۱۳۶۵ مقرر گردید وزارتخانه ها و موسسات دولتی که در آمد و مخارج آنها در بودجه کل کشور منظور میگردد وجوه مربوط به محکوم به دولت در مورد احکام قطعی دادگاهها و اوراق لازم الاجرای ثبتی و دفاتر اسناد رسمی و یا اجرای دادگاهها و سایر مراجع قانونی را از محل اعتبار مربوط به پرداخت تعهدات بودجه مصوب سالهای قبل منظور در قانون بودجه کل کشور و در صورت عدم وجود اعتبار و عدم امکان تامین از محلهای قانونی دیگر ، در بودجه سال بعد خود منظور و پرداخت نمایند و اجرای دادگستری و ادارات ثبت اسناد واملاک و سایر مراجع قانونی دیگر مجاز به توقیف و بازداشت اموال منقول و غیر منقول وزارتخانه و موسسات دولتی که اعتبار و بودجه لازم را جهت پرداخت محکوم به ندارند تا تصویب و ابلاغ بودجه

یکسال و نیم بعد از سال صدور حکم نخواهند بود. در مواردیکه بدون توجه به قانون مذکور دستور توقیف و بازداشت موجودی حسابهای دولتی نزد بانکها داده میشود بانک میتواند ضمن انسداد مبلغ مورد درخواست ، در اجرای احکام قطعی دادگاهها و اوراق لازم الاجرا ثبتی و غیره صرفا توجه مراجع ذیربط را به قانون مزبور معطوف و کسب تکلیف نمایند.

نکته آخر که میتوان در رابطه با بازداشتی موجودی حساب مشتریان به آن اشاره نمود ، بازداشت موجودی حسابهای ویژه افزایش سرمایه شرکت ها میباشد که طبق ماده ۱۸۴ قانون تجارت وجوهی که به حساب افزایش سرمایه تادیه و در حساب سپرده مخصوص نگاهداری میشود تا زمانیکه افزایش سرمایه شرکت به ثبت نرسیده باشد قابل تامین و توقیف و انتقال نمیشود .

فصل پنجم

آشنایی مختصر با روند دادرسی های حقوقی و کیفری

رسیدگی در دادگاه ها دو نوع است . نوع اول رسیدگی به امور کیفری و نوع دیگر رسیدگی به امور حقوقی . رسیدگی به امور کیفری به موجب کیفرخواست و از طریق دادسرا آغاز میشود . دادسرا مرجعی است که وظیفه ی حفظ حقوق عمومی ، نظارت بر حسن اجرای قوانین ، تعقیب جزائی بزهکاران و اقامه دعوی کیفری علیه آنان را بر عهده دارد . شروع رسیدگی به امور حقوقی نیز به موجب ماده ۴۸ قانون آئین دادرسی مدنی از طریق تسلیم دادخواست به دفتر دادگاه صالح صورت میپذیرد که در اینجا به طور اجمالی جهت آشنائی به روند رسیدگی های کیفری و دادرسی های حقوقی می پردازیم .

گفتار اول - روند رسیدگی های کیفری

مبحث اول - صلاحیت های دادسرا

قبلاً دادرسی عمومی جدا از دادرسی انقلاب بود و صلاحیت رسیدگی هر کدام جداگانه مشخص شده بود و در سال ۱۳۷۳ با تصویب قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب، دادسرا ها منحل شده و شکایات مستقیماً در دادگاه رسیدگی می گردید اما بعد از گذشت یک دهه از اجرای این قانون به این نتیجه رسیدند که انحلال دادسرا ها صحیح نبوده است لذا با تقدیم لایحه ای به مجلس شورای اسلامی قانون مزبور اصلاح و متعاقباً بموجب قانون مورخ ۸۱/۷/۲۸ دادسراها مجدداً با نام دادسرای عمومی و انقلاب احیا گردید. مهمترین وظیفه دادسرا رسیدگی های اولیه به شکایات کیفری است، دادسرا پرونده را جهت رسیدگی محاکماتی در دادگاه آماده می کند، اقدامات دادسرا نقش مهم و سازنده دارد فی المثل در خصوص قتل اقدام به موقع بازپرس اعم از حضور در صحنه جرم و تحقیق دقیق و بازجویی از حاضرین در صحنه و جمع آوری مدارک جرم می تواند برای صدور یک حکم عادلانه کار گشا باشد. دادستان هر شهرستان رئیس دادرسی عمومی و انقلاب است، هر دادسرا علاوه بر دادستان به تعداد لازم بازپرس و دادیار دارد.

شروع تحقیقات با استماع شکایت شاکی است . یعنی قاضی دادسرا باید بداند شما از چه کسی شکایت دارید و دلایل شکایت شما چیست. باز پرس بموجب اختیارات قانونی خود (بند د ماده ۳ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب) اقدام به تحقیقات مقدماتی می نماید پس از آنکه تحقیقات پایان یافت باز پرس آخرین دفاع متهم را استماع نموده و با اعلام ختم تحقیقات و اظهار عقیده خود ، پرونده را نزد دادستان می فرستد . در صورتیکه به عقیده بازپرس ، عمل متهم متضمن جرمی نبوده و یا اصولاً جرمی واقع نشده و یا دلایل کافی برای ارتکاب جرم وجود نداشته باشد باز پرس قرار منع تعقیب و در صورت عقیده بازپرس بر تقصیر متهم ، قرار مجرمیت در باره ایشان صادر مینماید . (بند ک ماده ۳ ق. ت . د. ع. ا)

خلاصه مطلب ؛ در هر حوزه قضائی در کنار دادگاههای آن حوزه یک دادسرا تشکیل می گردد که وظیفه دادسرا در واقع کشف (توسط ضابطین قضائی) و تحقیق (توسط بازپرس) جرم ، تعقیب متهم به جرم (توسط قاضی تعقیب / دادستان) ، اقامه دعوی از جنبه حق الهی و حفظ حقوق عمومی و حدود اسلامی (توسط دادستان) ، اجرای حکم است . (رسیدگی و صدور رای و تجدید نظر در دادگاه انجام میشود)

مبحث دوم - قرار منع تعقیب

دادستان مامور اقامه دعوی و تعقیب جرم است ولی در برخی موارد موانعی بر سر راه اقامه دعوی وجود دارد که تا رفع آن نمی توان اقامه دعوی کرد لذا در این قسمت به بررسی موانع تعقیب دعوی عمومی می پردازیم.

در مرحله تحقیقات مقدماتی و تا قبل از صدور کیفرخواست دادسرا می تواند در صورت جرم نبودن عمل ارتكابی یا فقدان دلایل کافی بر وقوع عمل یا عدم احراز انتساب آن به متهم قرار منع تعقیب صادر کند.

– موانع تعقیب دعوی عمومی

۱- سکوت زیان دیده

اقامه برخی دعاوی مستلزم شکایت شاکی خصوصی است و تا وی اقدام نکند امکان تعقیب وجود ندارد ولی این ویژگی در تمام دعاوی وجود ندارد، لذا جرائم از لحاظ تعقیب و اقامه دعوی به چند دسته تقسیم می شود:

الف) جرائمی که تعقیب آنها به عهده رئیس حوزه قضائی است (دادستان) چه شاکی خصوصی شکایت کرده یا نکرده باشد .

ب) جرائمی که با شکایت شاکی تعقیب می شود و باگذشت وی تعقیب موقوف نخواهد شد .

ج) جرائمی که با شکایت شاکی خصوصی تعقیب می شوند و با گذشت وی تعقیب موقوف خواهد شد (جرائم قابل گذشت)

۲-تحصیل اجازه (مصونیتها)

۱-۲) مصونیتهای سیاسی (دیپلماتیک) : الف) مامورین سیاسی ب) مامورین کنسولی

۲-۲) مصونیت ناشی از ایفای وظایف نمایندگی اصل ۱۸۶ قانون اساسی

۳-اناطه

هرگاه ضمن رسیدگی مشخص شود اتخاذتصمیم منوط است به امری که رسیدگی به آن در صلاحیت دادگاه دیگری است و یا ادامه رسیدگی به آن در همان دادگاه مستلزم رعایت تشریفات دیگر آئین دادرسی می باشد قرار اناطه صادر و به طرفین ابلاغ می شود .

۴-جنون متهم

مبحث سوم - قرار موقوفی تعقیب

عللی هستند که در واقع مانع دائمی در راه به جریان افتادن دعوی عمومی، صدور حکم و یا اجرای مجازات محسوب می شوند. یعنی منجر به سقوط دعوی عمومی می شود. (ماده ۶. آ. د. ک)

– موارد موقوفی تعقیب

۱- فوت متهم یا محکوم علیه؛ جریان دعوی عمومی با فوت متهم یا محکوم علیه موقوف می شود. مرجع رسیدگی کننده به جرم مکلف است پس از احراز، نسبت به پیگرد کیفری او، قرار موقوفی تعقیب صادر نماید.

این جهت از جهات سقوط دادرسی در هر یک از مراحل دادرسی حتی قبل از مرحله تعقیب جاری است.

۲- جنون در حین ارتکاب جرم: طبق ماده ۹۵ قانون آئین دادرسی کیفری هرگاه قاضی تحقیق در جریان تحقیقات متوجه شود که متهم هنگام ارتکاب جرم مجنون بوده است، تحقیقات لازم را در اینخصوص بعمل آورده و طبق نظریه پزشک متخصص مراتب به دادگاه منعکس و دادگاه پس از بررسی میتواند قرار موقوفی تعقیب را صادر نماید.

۳- گذشت شاکی یا مدعی خصوصی در جرایم قابل گذشت؛ ممکن است شاکی یا مدعی خصوصی با استرداد شکایت و اعلام گذشت از تعقیب جزایی متهم صرف نظر کند در این صورت چنانچه جرم قابل گذشت باشد به موجب بند دوم ماده ۶ و نیز ماده ۱۷۹ قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری مقام تحقیق مکلف به صدور قرار موقوفی تعقیب است.

۴- مشمولان عفو؛ منظور موقوف کردن تعقیب و دادرسی و اجرای حکم و مجازات و رفع آثار محکومیت کیفری از سجل کیفری مشمولان عفو می باشد، عفو بر دو نوع می باشد:

الف) عفو عمومی که بموجب قانون خاص اعطاء، و تعقیب و دادرسی و اجرای مجازات را موقوف و آثار محکومیت را زائل می نماید.

ب) عفو خصوصی که توسط رئیس نظام سیاسی کشور به مجرمین سیاسی یا عادی اعطاء می شود.

ضمناً مشمولان عفو، مجازات های قانون محکومیت های موثر در قوانین جزائی (مصوب ۱۳۶۶) را نیز در بردارد.

۵- نسخ مجازات قانونی؛ نسخ قانون جزا در واقع همان جرم زدایی است که قانون گذار وصف کیفری را از عملی که سابقاً جرم و قابل مجازات دانسته است برمی دارد.

۶- اعتبار امر مختومه؛ عبارت است از فرض صحت و اعتبار امری که قبلاً در دادگاه صالح به آن رسیدگی و حکم قطعی صادر شده است به موجب این قاعده و به جهت حفظ نظم عمومی و اعتبار بخشیدن به احکام دادگاهها و جلوگیری از طرح دعاوی واهی، درباره یک جرم که دارای وحدت اصحاب و وحدت موضوع و وحدت سبب باشد طرح دعوی عمومی جدید نسبت به آن ممکن نیست و مرجع کیفری دیگر حق استماع شکایت و رسیدگی مجدد به آن موضوع را ندارند و باید قرار موقوفی تعقیب صادر نمایند.

۷- مرور زمان در مجازات های بازدارنده، مرور زمان عبارت از گذشتن مدتی است که به موجب قانون پس از انقضای آن مدت، تعقیب جرم یا اجرای حکم قطعی کیفری موقوف می شود. مرور زمان دارای اقسام سه گانه زیر می باشد.

الف) مرور زمان تعقیب

ب) مرور زمان شکایت

ج) مرور زمان مجازات

تفاوت موانع تعقیب با جهات سقوط دعوا: جهات سقوط دعوا، مانع دائمی از جریان دعوی عمومی هستند اما موانع تعقیب موقتی بوده و پس از رفع، تحقیقات ادامه می یابد.

گفتار دوم - روند دادرسی های حقوقی

مبحث اول - صلاحیت محاکم حقوقی

صلاحیت یکی از مسائل مربوط به نظم قضایی است. دادگاه ها فقط در حوزه قضائی محل خود ایفای وظیفه نموده و در صورت وجود جهات قانونی شروع به تحقیق و رسیدگی میکنند. قضات محاکم می بایست قبل از رسیدگی به هر دعوایی، تشخیص دهند که دعوی و اختلاف عنوان شده داخل در محدوده صلاحیت و توانایی قانونی آنهاست یا خیر. در صورت

داشتن صلاحیت مکلف به رسیدگی و در صورتی که از خود نفی صلاحیت کنند و یا یکی از اصحاب دعوی ایراد به صلاحیت کند و مورد قبول باشد ، با صدور قرار عدم صلاحیت پرونده را به مرجع صلاحیتدار ارسال می نمایند.

اول : صلاحیت ذاتی

صلاحیت ذاتی ، صلاحیتی است که قانونگذار به مراجعی اعطاء مینماید تا به امری رسیدگی کنند . صلاحیت ذاتی مراجع حقوقی حق و تکلیف این مراجع ، با توجه به صنف ، نوع و درجه آنها ، در رسیدگی به دعاوی و صدور رای ، به حکم قانون است . برای تشخیص این امر که دعوا یا امر بخصوصی ، از جهت صلاحیت ذاتی مراجع ، در چه مرجعی باید مطرح شود می بایست صنف ، نوع و درجه مراجع مورد ملاحظه و بررسی قرار گیرد .

- صنف مرجع

باید توجه داشت واحدهای قضائی (مراجع) تشکیل دهنده سازمان قضائی ایران در یک طبقه بندی کلی به دو صنف یعنی مراجع قضائی و مراجع اداری تقسیم می شود بنابر این در تعیین مرجعی که از حیث صنف صالح است باید این موضوع توجه شود که دعوی مورد نظر باید در مراجع اداری مطرح شود و یا در صلاحیت مراجع قضائی است .

- نوع مرجع

مراجع حقوقی به دو نوع مراجع عمومی و مراجع استثنائی تقسیم می شوند . مرجع عمومی ، در هر صنف ، مرجعی است که صلاحیت رسیدگی به کلیه امور ، جز آنهایی که صریحا" در صلاحیت مراجع استثنائی آن صنف قرار گرفته را ، دارا می باشد . مرجع استثنائی ، در هر صنف ، مرجعی است که صلاحیت رسیدگی به هیچ امری را ندارد جز آنهاییکه صریحا" در صلاحیت آن قرار گرفته باشد .

- درجه مرجع

علی الاصول در هر نوع از مراجع (عمومی یا استثنائی) از هر صنفی که باشد (قضائی یا اداری) درجاتی وجود دارد که مرجع قضائی در سلسله مراتب ، در آن قرار دارد و بدین ترتیب مرجع حقوقی بدوی (درجه اول) با مرجع حقوقی تجدید نظر (درجه دوم) که پائین تر در نظر گرفته می شود متمایز است . و یا به عبارت دیگر :

الف) صلاحیت محاکم دادگستری نسبت به مراجع غیر دادگستری :

- ۱- هیأت رسیدگی به اختلافات مالیاتی .
- ۲- هیأت رسیدگی به اختلافات گمرکی .
- ۳- کمیسیون های شهرداری .
- ۴- شورای حل اختلاف

ب) صلاحیت محاکم عمومی دادگستری نسبت به دادگاههای اختصاصی

- ۱- دیوان عدالت اداری .
- ۲- دادگاههای خانواده .
- ۳- دادگاه انتظامی قضات .

۴- دادگاه انقلاب اسلامی .

۵- دادگاههای نظامی .

۶- دادگاه ویژه روحانیت.

دوم: صلاحیت نسبی

پس از اینکه صنف ، نوع و درجه مرجع صالحی که باید به دعوا رسیدگی کند مشخص شد قواعد مربوط به صلاحیت ذاتی اعمال گردیده است . پس از آن باید بررسی شود که از بین تمام مراجع همان صنف ، همان نوع و همان درجه کدامیک باید به دعوا رسیدگی نماید .

بنا براین اگر با اعمال قواعد مربوط به صلاحیت ذاتی ، مشخص شد که دعوا در صلاحیت ، مرجعی از ((صنف)) حقوقی و از ((نوع)) عمومی بوده و از ((درجه)) بدوی می باشد ، که در حال حاضر دادگاه عمومی است ، باید از بین تمام دادگاه های عمومی که در سراسر ایران تشکیل گردیده اند ، با توجه به قواعد مربوط به صلاحیت نسبی ، دادگاهی که صالح است ، مشخص شود .

سوم: صلاحیت محلی

صلاحیتی را که به اعتبار محل استقرار مرجع قضائی تعیین گردد صلاحیت محلی گویند لذا ، دعاوی مربوط به هر حوزه قضایی در مرجع مستقر در همان حوزه مطرح و مورد رسیدگی قرار می گیرد . ماده ۱۱ ق.آ.د.م مقرر می دارد که برای تقدیم دادخواست می بایست با رعایت اولویت های ذیل اقدام نمود :

- محل اقامتگاه خواننده (در ایران) .

- محل سکونت موقت در ایران .

- در دادگاهی که مال غیر منقول در حوزه آن است .

- محل اقامت خواهان .

نسبت به اصل کلی مرقوم در ماده ۱۱ ق.آ.د.م دو استثناء وجود دارد :

۱- استثناء اجباری ماده ۱۲ ق.آ.د.م

۲- استثناء اختیاری ماده ۱۳ ق.آ.د.م

الف - استثناء اجباری : دعوی راجع به مال غیر منقول اعم از دعوی مالکیت ، مزاحمت ، ممانعت از حق ، تصرف عدوانی و سایر حقوق راجع به آن در دادگاهی اقامه می شود که مال غیر منقول در حوزه آن واقع است.

ب - استثناء اختیاری : دعاوی بازرگانی و دعاوی راجع به مال منقول که از عقد و قرارداد ناشی شده باشد خواهان میتواند به دادگاهی رجوع کند که عقد یا قرارداد درحوزه آن واقع شده است یا تعهد باید در آنجا انجام شود و یا طبق قاعده کلی مستفاد از ماده ۱۱ ق.آ.د.م جدید در محل اقامتگاه یا سکونت خواننده ، جاییکه مال غیر منقول از خواننده وجود دارد یا محل اقامت خواهان اقدام نماید . زیرا ، ماده ۱۳ ق.آ.د.م سلب امتیاز و اختیار از ماده ۱۱ ق.آ.د.م نمیکند، بلکه برای خواهان دعاوی بازرگانی و دعاوی راجع بمال غیر منقول ناشی از قرارداد و عقود امتیاز بیشتری قائل شده است.

چهارم : صلاحیت شخصی

ممکن است صلاحیت مرجع قضایی به اعتبار سمت و وضعیت شخص مرتکب تعیین و مشخص گردد مثل رسیدگی به جرایم دارندگان پایه های قضایی که در تهران رسیدگی می شود یا جرایم کارکنان دولت که در مرکز استان رسیدگی می

گردد و صلاحیت دادگاهها به اعتبار شخص و سمت وی تعیین می شود. این یک استثناء بر قاعده کلی صلاحیت محلی است. ضابطه و معیار برای تشخیص صلاحیت شخص تاریخ وقوع جرم است.

بنابراین، استعفاء یا اخراج و بازنشستگی بعد از وقوع جرم تأثیری در صلاحیت ماقبل ندارد.

پنجم: صلاحیت اضافی

علی الاصول متهم در دادگاهی محاکمه میشود که جرم در حوزه قضائی آن مرجع واقع شده است، لیکن جهت تسریع در رسیدگی و جلوگیری از اتخاذ تصمیمهای متعارض و حسن جریان دادرسی، اتهامات متعدد یک متهم در یک دادگاه رسیدگی می شود، هر چند بعضی از آنها در صلاحیت مرجع دیگر باشد.

الف - مثلاً کسی مرتکب دو جرم شده یکی در کرمان و دیگری در شیراز، هر دو جرم هم از یک درجه هستند در این صورت مرجعی که متهم در حوزه آن دستگیر شده باشد صلاحیت رسیدگی به هر دو جرم را دارد.

ب - اگر شخصی مرتکب چند جرم در جاهای مختلف شود دادگاهی که به جرم مهمتر رسیدگی می کند، به بقیه جرایم نیز رسیدگی خواهد کرد و دادگاه صالح به رسیدگی جرم مهمتر دارای صلاحیت اضافی است.

ج - همچنین است رسیدگی به جرایم مباشر و معاونین جرم در یک دادگاه. البته موارد صلاحیت اضافی را قانون معین میکند و محاکم حق ایجاد یا لغو صلاحیت اضافی را ندارند. بالتبع، اشخاص و مقامات دیگری نیز چنین حقی را نخواهند داشت.

مبحث دوم - اظهار نامه

اظهار نامه سندی است که طرف می تواند اظهارات خود را به طور رسمی به اطلاع مخاطب برساند. همچنین می تواند وسیله تسلیم شیء باشد. اظهار نامه برخلاف دادخواست موجب اشتغال دادگاه نمی شود در صورتیکه دادخواست موجب اشتغال دادگاه است. پاسخ به اظهار نامه اجباری نیست ولی اگر اقراری باشد آن اقرار قابل استناد است.

اظهار نامه سندی است که بخشی از آن رسمی و بخشی از آن عادی است.

بخش رسمی اظهار نامه: مسئله ابلاغ اظهار نامه می باشد و بخش عادی آن متن اظهار نامه است که شخص نوشته است.

مبحث سوم - دادخواست

فرم مخصوص چاپی است که دعاوی حقوقی بوسیله آن در دادگستری مطرح میشود بدین معنا که هرکس ادعای حقوقی داشته باشد میبایست دعوی خود را در فرم مزبور بنویسد و تقدیم دادگاه نما ید.

دادخواست غیر از درخواست، خواسته و یا خواهشی است که هر فرد ممکن است از مرجعی داشته باشد در امور حقوقی درخواست همان خواسته ای است که خواهان در دادخواست می آورد درخواست با تقاضا در معنا مترادف هستند و هر خواهشی را شامل میشود.

شروع رسیدگی در دادگاه مستلزم تقدیم دادخواست می باشد و دادخواست می بایست به تعداد خواندگان بعلاوه یک نسخه تهیه و اطلاعات زیر به زبان فارسی در روی آن نوشته و تقدیم دادگاه گردد:

۱- نام، نام خانوادگی، نام پدر، سن، اقامتگاه، و حتی الامکان شغل خواهان. (در صورتیکه دادخواست توسط وکیل

تقدیم شود مشخصات وکیل نیز باید درج شود)

- ۲- نام ، نام خانوادگی ، نام پدر ، سن ، اقامتگاه و شغل خوانده
- ۳- تعیین خواسته و بهای آن مگر آنکه تعیین بها ممکن نبوده و یا خواسته مالی نباشد .
- ۴- تعهدات وجهاتی که به موجب آن خواهان خود را مستحق مطالبه می داند به طوری که مقصود واضح و روشن باشد.
- ۵- آنچه که خواهان از دادگاه درخواست دارد .
- ۶- ذکر ادله و وسایلی که خواهان برای اثبات ادعای خود دارد ، از اسناد و نوشتجات و اطلاع مطلعین و غیره ، ادله مثبت به ترتیب و واضح نوشته می شود و اگر دلیل ، گواه گواهی باشد ، خواهان باید اسامی و مشخصات و محل اقامت آنان را به طور صحیح معین کند.
- ۷- امضای دادخواست دهنده و در صورت عجز از امضاء ، اثر انگشت او .

مبحث چهارم - ابلاغ

ابلاغ در لغت به معنی رسانیدن نامه یا پیام و ایصال آمده است.
ابلاغ را میتوان مطلع ساختن مخاطب از مفاد ورقه قضائی طبق تشریفات قانونی تعریف نمود. ابلاغ از نظر قانون به ابلاغ واقعی و قانونی تقسیم می شود .

ابلاغ واقعی

وقتی محقق می گردد که ورقه موضوع ابلاغ طبق تشریفات قانونی به شخص مخاطب در مورد اشخاص حقیقی و یا به شخصی که صلاحیت وصول ورقه را دارد در مورد اشخاص حقوقی، توسط ماموری که قانونا مسئول اجرای امر ابلاغ باشد تحویل و رسید دریافت و مراتب گزارش شود .
ابلاغ واقعی به اشخاص حقیقی - مامور ابلاغ باید دادخواست و پیوسته های آن را حداکثر ظرف دو روز از تاریخ وصول آن به شخص مخاطب ابلاغ نموده و در نسخه دوم رسید اخذ نماید .
برای ابلاغ در محل کار کارکنان دولت و موسسات مامور به خدمات عمومی و شرکت ها اوراق به کارگزینی قسمت مربوطه یا نزد رئیس کارمند مربوطه ارسال می شود .
اشخاص یاد شده مسئول اجرای ابلاغ میباشند و باید حداکثر بمدت ده روز اوراق را اعاده نمایند در غیر اینصورت به مجازات مقرر در قانون رسیدگی به تخلفات اداری محکوم می گردند .
ابلاغ به اشخاص حقوقی - در دعاوی راجع به ادارات دولتی و سازمان های وابسته به دولت و موسسات مامور خدمات عمومی و شهرداری ها و نیز موسساتی که تمام یا بخشی از سرمایه آن ها متعلق به دولت است اخطاریه و ضمائم آن به رئیس دفتر مرجع مخاطب یا قائم مقام او ابلاغ و در نسخه اول رسید اخذ می شود .

ابلاغ قانونی

در مواردی تحقق می یابد که تسلیم اوراق به اشخاص مزبور میسر نبوده و مطلع نمودن آنها از مفاد ورقه غیر از تحویل به مخاطب و طبق تشریفات دیگری که در قانون پیش بینی گردیده انجام شود .

اگر مامور ابلاغ نتواند اوراق را به شخص خوانده برساند باید در نشانی تعیین شده به یکی از بستگان و خادمان (وضعیت ظاهری آنان برای تمییز اوراق یاد شده کافی باشد) ابلاغ و چنانچه این اشخاص هم نباشند و یا از گرفتن برگ های اختاریه استنکاف کند مامور ابلاغ این موضوع را در نسخ اختاریه قید نموده و نسخه دوم اختاریه را به نشانی تعیین شده الصاق می کند .

- ابلاغ قانونی به اشخاص حقیقی

امتناع مخاطب - در صورتی که مخاطب شخص حقیقی بوده و از گرفتن اوراق امتناع نماید مامور ابلاغ مراتب را ، با ذکر نام و مشخصات خود و تاریخ و محل اقدام در نسخه اول ابلاغ نامه گزارش و اوراق را به دفتر دادگاه عودت می دهد . تاریخ مزبور تاریخ ابلاغ محسوب می شود .

عدم حضور مخاطب - چنانچه مامور نتواند اوراق را به شخص مخاطب برساند باید در نشانی تعیین شده به یکی از بستگان یا خادمان او ابلاغ نماید ، مشروط بر اینکه به نظر مامور سن ظاهری شخصی که اوراق را دریافت می دارد برای تشخیص اهمیت اوراق کافی باشد .

اقامتگاه خواهان و علی الاصول خوانده در دادخواست تعیین شده است پس دادخواست حاوی نشانی اصحاب دعوی در اقامتگاه آنان است که این نشانی ممکن است نشانی محل کار و یا سکونت اصحاب دعوی باشد و ابلاغ ممکن است در هریک از محل سکونت یا کار بعمل آید .

در صورتی که خواهان نتواند نشانی خوانده را معین نماید مفاد دادخواست حسب دستور دادگاه یک نوبت در یکی از روزنامه های کثیرالانتشار آگهی خواهد شد .

مبحث پنجم - قرار تامین خواسته

یعنی در تامین قرارداد آنچه که می خواهیم . حفظ کردن و ایمن کردن .

اثر قرار تامین خواسته : توقیف مال (اعم از منقول و غیر منقول) است .

چه کسی می تواند از دادگاه درخواست تامین خواسته نماید ؟ خواهان می تواند .

چه زمانی می تواند؟ قبل از اقامه دعوی ، ضمن دعوی ، تا قبل از صدور حکم قطعی .

نکته : تامین خواسته بموجب درخواست بعمل می آید لذا اخذ قرار دادخواست نیاز ندارد اما در رویه قضائی چون باید

ثبت و ارجاع شود لازم است روی برگهای چاپی مخصوص باشد که صرفاً "درخواست محسوب می شود نه دادخواست .

در موارد زیر خواهان می تواند از دادگاه درخواست تامین خواسته نماید و دادگاه مکلف به قبول آن است :

الف- دعوا مستند به سند رسمی باشد .

ب- خواسته در معرض تضییع و تفریط باشد .

ج- در مواردی از قبیل اوراق تجاری و اخواست شده که بموجب قانون ، دادگاه مکلف به قبول درخواست تامین باشد .

د- خواهان خساراتی را که ممکن است به طرف مقابل وارد آید ، نقداً به صندوق دادگستری بپردازد .

مبحث ششم - خسارت احتمالی

وجه نقدی است که خواهان خساراتی را که ممکن است به طرف مقابل وارد آید را به صندوق دادگستری می پردازد .

خسارت احتمالی در دو مبحث دستورموقت و تامین خواسته مطرح و بررسی می شود .

- ۱- خسارت احتمالی در مبحث دستورموقت : دستور موقت ممکن است وسیله سوء استفاده قرار گرفته و سبب ایراد خسارت به طرف مقابل شود لذا مقنن ، دادگاه را مکلف نموده است برای جبران خسارت احتمالی که از دستور موقت حاصل می شود از خواهان تامین مناسبی اخذ نماید . در این صورت صدور دستورموقت منوط به سپردن تامین می باشد .
- ۲- خسارت احتمالی در مبحث تامین خواسته : به طور کلی صدور قرار تامین خواسته مشروط به تودیع خسارت احتمالی است مگر اینکه خواهان در معرض تضییع یا تفریط باشد و یا مستند دعوی از مصادیق سند رسمی و اسنادی از قبیل اوراق تجاری وخواست شده باشد که به موجب قانون ، دادگاه بدون تودیع خسارت احتمالی درخواست قرار تامین را بپذیرد .

مبحث هفتم - دستور موقت

دستورموقت یک تدبیر قضائی است که برای حفظ حقوق یک طرف ، موقتا " وضعیت حقوقی خاصی ایجاد میکند و در واقع نوعی دادرسی فوری است یعنی برای رسیدگی به ماهیت دعوی ، دستور موقت وضع نشده بلکه دستور موقت تاسیسی امری است حاشیه ای یا تبعی که بدین عنوان وضع شده است .

چنان که ماده ۳۱۷ میگوید : دستورموقت دادگاه به هیچوجه تاثیری در اصل دعوی نخواهد داشت . (چه بسا خواهانی دستورموقت به نفع وی باشد لیکن در اصل دعوی شکست بخورد) این دستورموقتی است و اصل دعوی از طریق ماهوی رسیدگی خواهد شد . خود اصطلاح دستورموقت نیز بخوبی معنای آن را می رساند ، چه تصمیم دادرسی اگر راجع به اصل دعوی و قاطع آن باشد حکم نامیده می شود .

ویژگیهای دستور موقت :

- ۱- اصل دعوی باید مطرح یا قابل طرح باشد .
 - ۲-خواسته دستور موقت از خواسته دعوی باید متفاوت باشد .
 - ۳- صدور دستور موقت مستلزم اجرای موقت است .
 - ۴- صدور دستور موقت اقدامی است موقتی .
 - ۵- صدور دستور موقت مستلزم اخذ تامین لازم است .
- نکته : در دعوی مستند به سند رسمی برخلاف قرار تامین خواسته صدور دستور موقت منوط به دادن تامین است که می تواند وجه نقد یا غیر نقد باشد. تعیین نوع و میزان تامین با دادگاه است .

نکته : اجرای دستور موقت مستلزم تأیید رئیس حوزه قضائی است .

گفتار سوم - صلاحیت های قضائی

مبحث اول - دادگاه بدوی

هرکس ادعای حقوقی داشته باشد می بایست در مرحله نخستین ادعای خود را با اعمال قواعد مربوط به صلاحیت ذاتی (صنف ، نوع و درجه) ، به مرجع قضائی بدوی که در حال حاضر دادگاه عمومی است ارائه دهد .

رسیدگی نخستین به دعوی ، حسب مورد در صلاحیت دادگاه های عمومی و انقلاب است مگر در مواردی که قانون مرجع دیگری را تعیین کرده باشد . کلیه دعاوی صرفنظر از نوع یا میزان و بهای خواسته در صلاحیت دادگاه عمومی و

انقلاب (دادگاه بدوی) است در تشخیص صلاحیت نسبی دادگاه عمومی می بایست به قواعد مربوط به صلاحیت محلی توجه شود . در حقیقت پس از تشخیص این امر که دعوی مورد نظر در کدامیک از شعب دادگاه عمومی باید اقامه شود بایست مشخص نمود دعوا در دادگاه عمومی کدام یک از نقاط ایران باید مطرح شود .

پس از تقدیم دادخواست مدیر دفتر دادخواست وضمائم آنرا بررسی و در صورت نداشتن نواقص روزی را برای جلسه رسیدگی تعیین و به طرفین ابلاغ مینماید . در روز رسیدگی خواهان بایست آنچه را که برای اثبات حق خود نیاز است ارائه دهد از جمله ارائه اصول اسناد ، حضور شاهد و ...

اثر تقدیم دادخواست به دادگاههای بدوی ایجاد اشتغال دادگاهها و تکلیف به رسیدگی می باشد .

قاضی پس از استماع ادعای خواهان و دفاعیات خوانده و بررسی دلایل ، امارات و قرائن مکلف به رسیدگی و صدور

رای است .

مبحث دوم - دادگاه تجدید نظر

در مرکز هر استان به منظور تجدید نظر در آراء قابل تجدید نظر صادره از دادگاه های عمومی و انقلاب مستقر در آن استان دادگاه تجدید نظر متشکل از یک رئیس و دو مستشار تشکیل می گردد. جلسه دادگاه تجدید نظر با حضور دو عضو رسمیت یافته و پس از رسیدگی ، رای اکثریت انشاء می شود که رای مذکور قطعی و لازم الاجرا خواهد بود .

رئیس دادگاه تجدید نظر استان رئیس دادگستری استان را عهده دار است که به درخواست های تجدید نظر نسبت به

آراء قابل تجدید نظر صادره از دادگاه عمومی و انقلاب رسیدگی می نماید .

مبحث سوم - دیوان عالی کشور

دیوان عالی کشور مرجع عالی قضائی کشور است. که بموجب اصل ۱۶۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، دیوان

عالی کشور به منظور نظارت بر اجرای صحیح قوانین در محاکم و ایجاد وحدت رویه قضائی و انجام مسئولیتهایی که طبق قانون به آن محول می شود بر اساس ضوابطی که رئیس قوه قضائیه تعیین می کند تشکیل گردیده است .

دیوان عالی کشور در تهران مستقر است و رئیس شعبه یک ، رئیس دیوان عالی کشور می باشد و ارجاع پرونده به

شعب مختلف دیوان عالی کشور به دستور او یا رئیس یکی از شعب دیگر به تعیین او ، انجام میگردد .

وظیفه دیوان عالی کشور نظارت قضائی است. این نظارت بصورت:

۱- نظارت بر حسن اجرای صحیح قوانین در محاکم

۲- بررسی آراء صادره از دادگاهها در شعب دیوان عالی کشور و صدور آراء وحدت رویه در هیئت عمومی دیوان عالی

کشور اعمال میشود.

رسیدگی در دیوان عالی کشور

رسیدگی دیوان عالی کشور رسیدگی فرجامی نامیده میشود. فرجام بمعنای انتها و پایان است بنا براین رسیدگی این

مرجع عالی رسیدگی نهائی است و آراء صادره در دیوان عالی قطعی و لازم الاجراء و غیر قابل اعتراض است.

رسیدگی دیوانعالی کشور بصورت شکلی است یعنی احکام دادگاهها از نظر انطباق یا عدم انطباق با مقررات شرعی و قانونی مورد بررسی قرار می گیرد و اگر منطبق با شرع یا قانون تشخیص گردید، تأیید و الا پس از نقض پرونده برای رسیدگی مجدد به شعبه دیگری از دادگاه ها جهت رسیدگی ارجاع می گردد. همچنین اگر رسیدگی دادگاه را از نظر تحقیقات ناقص تشخیص دادند، رای را نقض و پرونده را جهت تکمیل تحقیقات و صدور رای مجدد به همان دادگاه صادر کننده رای قبلی اعاده می دهند.

شعب دیوان عالی کشور اقدام به صدور حکم به صورت ماهیتی نمی کنند یعنی به نحوی که در دادگاه ها اتخاذ تصمیم می شود (مانند محکومیت، برائت، رد دعوی و ...)، حکم نمی دهند هرچند ممکن است نتیجه نظرات و ارشادات دیوان عالی کشور در دادگاهها منتج به محکومیت یا برائت شود.

دیوان عالی کشور به اعتراضات کیفری و حقوقی رسیدگی مینماید احکام کیفری که در دیوان عالی کشور قابل رسیدگی است عبارت است از :

- ۱- جرائمی که مجازات قانونی آنها اعدام یا رجم است.
 - ۲- جرائمی که مجازات قانونی آنها قطع عضو - قصاص نفس یا اطراف باشد.
 - ۳- جرائمی که مجازات قانونی آنها حبس بیش از ده سال باشد.
 - ۴- مصادره اموال.
- در خصوص احکام حقوقی باید گفت که اغلب آن در دادگاههای تجدید نظر قابل رسیدگی است مگر چند مورد که بعد از قطعیت یافتن آن ، قابل فرجامخواهی در دیوان عالی کشور است.
- ۱- احکام راجع به اصل نکاح و طلاق.
 - ۲- حکمی که خواسته آن از بیست میلیون ریال بیشتر باشد.
 - ۳- احکام راجع به نسب - وقف - حبس - تولیت (منصور از حبس مجازات زندان نیست بلکه مراد حبس منافع مالی است برای مدت معین برای مقصودی معین)

مبحث چهارم - دیوان عدالت اداری

تنها مرجع عمومی اداری است که تحت این نام برای اولین بار در اصل ۱۷۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران پیش بینی گردید . بموجب این اصل دیوان عدالت اداری زیر نظر رئیس قوه قضائیه به شکایت ، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مامورین و ادارات و آئین نامه های دولتی خلاف قانون یا شرع یا خارج از حدود اختیارات مقام تصویب کننده رسیدگی می کند .

دیوان عدالت اداری در تهران مستقر می باشد . دارای ۳۴ شعبه می باشد و هر شعبه دیوان دارای یک رئیس و دومستشار است .

صلاحیت دیوان عدالت

رسیدگی در دیوان مستلزم تقدیم دادخواست است که به زبان فارسی و بروی برگه های چاپی مخصوص نوشته می شود. دادخواست و تصویر مصدق کلیه مدارک و مستندات پیوست آن، باید به تعداد طرف دعوی به علاوه یک نسخه باشد.

صلاحیت دیوان را می توان اینگونه تفکیک کرد :

۱- رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از :

الف - تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی اعم از وزارتخانه ها و سازمان ها و موسسات و شرکتهای دولتی و

شهرداری ها و تشکیلات و نهادهای انقلابی و موسسات وابسته به آنها

ب - تصمیمات و اقدامات ماموران واحدهای فوق در امور راجع به وظایف آنها

۲- رسیدگی به اعتراضات و شکایات از آرا و تصمیمات قطعی دادگاه های اداری هیاتهای بازرسی و کمیسیونهایی

مانند کمیسیونهای مالیاتی، شورای کارگاه، هیات حل اختلاف کارگر و کارفرما، کمیسیون موضوع ماده ۱۰ قانون

شهرداری ها و کمیسیون موضوع ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره برداری از جنگلها و منابع طبیعی و اصلاحات بدی

آن منحصرأ از حیث نقص قوانین و مقررات یا مخالفت با آنها .

۳- رسیدگی به شکایات قضات و مشمولین قانون استخدام کشوری و سایر مستخدمان واحدها و مؤسسات مذکور در

بند (۱) و مستخدمان مؤسساتی که شمول این قانون نسبت به آنها محتاج ذکر نام است اعم از لشکری و کشوری از

حیث تزییع حقوق استخدامی.

دادخواست توسط رئیس دیوان به یکی از شعب ارجاع می شود . دفتر شعبه یک نسخه از دادخواست و ضمائم آن را به

طرف شکایت ابلاغ مینماید . طرف شکایت موظف است ظرف یکماه از تاریخ ابلاغ نسبت به ارسال پاسخ اقدام نماید . شعبه

رسیدگی کننده میتواند هرگونه تحقیق یا اقدامی را که لازم بداند انجام دهد ویا انجام تحقیقات و اقدام لازم را از ضابطین

قوه قضائیه و مراجع اداری بخواهد . پس از تکمیل نواقص رئیس شعبه به پرونده رسیدگی مینماید و رای صادر مینماید .

تجدید نظر در دیوان عدالت اداری :

بر طبق ماده قانون سابق کلیه آراء صادره از شعب بدوی قابل تجدید نظر بود لیکن

در حال حاضر طبق ماده ۷ ق . د . ع . آراء صادره توسط شعب دیوان قطعی است و صرفاً" در موارد معینه قابل تجدید

نظر است که به شعب تشخیص ارجاع میگردد.

موارد معینه :

- ماده ۱۶ ق.د.ع.ا: در صورتی که حداقل یکی از دو قاضی یا دوقاضی از سه قاضی صادرکننده رأی، متوجه اشتباه

شکلی یا ماهوی در رسیدگی خود شوند، ضمن اعلام نظر مستند و مستدل مکتوب، پرونده را جهت ارجاع به شعبه تشخیص

به دفتر رئیس دیوان ارسال می نمایند

- ماده ۱۸ ق.د.ع.ا: در صورتی که رئیس دیوان، آراء دیوان را واجد اشتباه بین شرعی یا قانونی تشخیص دهد، موضوع

جهت بررسی به شعبه تشخیص ارجاع می شود.

نحوه اعتراض از آراء دیوان که خلاف بین شرع یا قانون باشد بدین صورت است که متقاضیان می توانند تقاضای خود را

به مراجع زیر تسلیم نمایند :

رئیس دیوان عدالت اداری

رئیس قوه قضائیه

حوزه نظارت قضائی ویژه

دفتر نظارت و پیگیری

نحوه رسیدگی :

حالت اول : چنانچه تقاضا به رئیس دیوان عدالت اداری تسلیم شود رئیس دیوان وفق ماده ۱۸ ق.د.ع.ا به شعبه تشخیص ارجاع می نماید .

حالت دوم : چنانچه به رئیس قوه قضائیه /رئیس حوزه نظارت قضائی ویژه /دفتر نظارت و پیگیری تسلیم نماید :
رئیس قوه قضائیه درخواست را جهت بررسی و تهیه گزارش توأم با اظهار نظر به دیوان عدالت اداری ارجاع مینماید و دیوان بایستی پس از بررسی و تنظیم گزارش ، نتیجه را به همراه گزارش از طریق حوزه نظارت قضائی ویژه برای رئیس قوه قضائیه ارسال نماید . در صورتیکه رئیس قوه قضائی رای دیوان را خلاف بین شرع یا قانون تشخیص داد از طریق رئیس دیوان به شعبه تشخیص دیوان بفرستد .

مهلت تجدید نظر از آراء شعب بدوی طبق ماده ۱۸ سابق ق. د.ع.ا ۲۰ روز برای اشخاص مقیم ایران و ۲ ماه برای اشخاص مقیم خارج از کشور از تاریخ ابلاغ بود .لیکن در حال حاضر که آرا قطعی می باشد مهلتی نیز جهت تجدیدنظر پیش بینی نگردیده است .