

سعید صفیان
کارشناس ارشد حقوق خصوصی

نقدی بر ماده ۱۲۸ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۹۰

مقدمه

در میان اصول و مقررات ناظر بر آیین دادرسی مدنی، تأسیس حقوقی «تأمین خواسته» دارای شأن خاصی است. قانونگذار آیین دادرسی مدنی، به منظور حفظ حقوق خواهان از اینکه خوانده به وسیله اختفای اموال خود و یا با تضييع و تفریط آن، مانع اجرای حکمی شود که با صرف هزینه و تحمل وقت نسبتاً طولانی تحصیل گردیده است، مقرراتی را تدوین و تأسیساتی را جعل نموده که نمونه اعلاء و اجلای آن تأمین خواسته است.

خواهان با تمسک به مبحث تأمین خواسته، علاوه بر آنکه از ممنوعیت نقل و انتقال مال موضوع تأمین اطمینان حاصل می‌کند، هدف بالاتری هم که از طرح درخواست تأمین خواسته تعقیب می‌نماید، در واقع سهولت اجرای حکمی است که در ختم مراحل دادرسی انتظار صدور آن را به نفع خود دارد. به عبارت دیگر، خواهان علاقمند است

مالی که به‌علت دفاع مؤثر او توقیف شده‌است، به‌عنوان وثیقه قضایی، مختصاً محلی برای تأدیه طلب مشارالیه محسوب و در صورت تعدد طلبکاران در صف غرماء داخل نشود. چنین انتظاری را حقاً ماده ۲۶۹ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۱۸ برآورده کرده‌بود. متن ماده مذکور بدین شکل انشاء شده‌بود: «درخواست‌کننده تأمین در استیفای طلبش از مال مورد تأمین بر سایر طلبکاران حق تقدم دارد».

مع الوصف، ماده ۱۲۸ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۷۹، به شرحی که خواهد آمد، چنین حق تقدمی را لغو کرده‌است. الغای که نتیجتاً به انتفای اصل تأسیس حقوقی تأمین خواسته منتهی می‌گردد.

موضوع این مقاله عمدتاً ملاحظات پیرامون ماده ۱۲۸ قانون اخیرالذکر خواهد‌بود، منتها برای تبیین موضوع، مباحثی نیز در مورد حقوق خارجی و فقه امامیه عنوان خواهد‌شد. بدین ترتیب متن اصلی مقاله در قالب چهار بحث زیر مطرح و در خاتمه نیز نتیجه مطالب مطروحه عرضه می‌شود:

بحث نخست - مطالعه سابقه تأمین و آثار آن در حقوق موضوعه

بحث دوم - مطالعه حقوق تطبیقی

بحث سوم - مطالعه ماده ۱۲۸ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب،

در امور مدنی.

بحث چهارم - مطالعه فقه امامیه

بحث نخست - مطالعه سابقه تأمین و آثار آن در حقوق موضوعه

در حقوق موضوعه ایران سابقه تقنینی تأمین خواسته که عمدتاً مأخوذ از حقوق فرانسه است،^۱ به قانون اصول محاکمات حقوقی مصوب ۱۳۲۹ قمری برمی‌گردد. بعد از آن، قانون تأمین مدعی^۲ به مصوب اسفند ماه ۱۳۰۸ تدوین و اصلاحاتی را در قانون اصول محاکمات حقوقی به‌عمل آورد. چون مقررات سابق از جهات مختلفی ناقص بود،

قانون آیین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۱۸، در مقررات مربوط به تأمین خواسته اصلاحات مؤثری به عمل آورده که مهمترین آن ایجاد حق تقدّم در وصول طلب نسبت به سایر بستانکاران، برای درخواست‌کننده تأمین، موضوع ماده ۲۶۹ بود. در واقع با تصویب قانون اخیرالذکر شناسایی قانونی دو اثر مهمّ تأسیس تأمین خواسته تکمیل و بدین ترتیب انتقاداتی که حقّاً به قوانین سابق وارد بود، مرتفع گردید. در ذیل پیرامون هر يك از آثار مذکور توضیحاتی ارائه می‌گردد:

الف - منع نقل و انتقال Non - Trans Ferement

در قوانین سابق اصول محاکمات حقوقی راجع به منع نقل و انتقال مال مورد تأمین خواسته که یکی از آثار مهمّ تأسیس تأمین خواسته است، ذکری به میان نیامده بود. چنین سکوتی به کثرت وضوح و بدیع بودن آن انتساب داده شده بود.^۲ ولیکن چون عدم تصریح در عمل اشکالاتی تولید می‌کرد، قانون تأمین مدعی^۱ به مصوب سال ۱۳۰۸، صراحتاً نقل و انتقال مال توقیف شده را منع و حتّی نقض چنین حکمی را متضمّن رنگ و وصف جزایی دانسته، برای مرتکب مجازات کلاهبرداری تعیین کرد. با تصویب قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸، قانونگذار جنبه کیفری نقل و انتقال مال موضوع تأمین را حذف ولی وصف حقوقی آن را در قالب ماده ۲۴۴ بدین عبارت ابقاء کرد: «هرگونه نقل و انتقال نسبت به عین اعم از منقول یا غیرمنقول و منافع (در صورتی که منافع توقیف شده باشد) ممنوع است و ترتیب اثر بر انتقال مزبور مادام که توقیف باقی است داده نخواهد شد، مگر در صورت اجازه کسی که آن مال یا منافع برای حفظ حق او توقیف شده است».

در عین حال، قانون آیین دادرسی مدنی دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۷۹، درخصوص این موضوع حکم صریحی ندارد. آیا چنین سکوتی به معنای جایز بودن نقل و انتقال مال توقیف شده تعبیر می‌گردد؟ به نظر ما پاسخ منفی است:

زیرا اولاً - بر طبق ماده ۱۲۱ قانون مذکور، تأمین عبارت است از توقیف اموال اعم از منقول یا غیرمنقول، و با وصف حاضر چون توقیف ذاتاً ملازمه با ممنوعیت نقل و انتقال دارد و چنین ممنوعیتی نیز عرفاً منصرف به نقل و انتقال و تصرفات حقوقی است لذا وضوحاً حکم منع نقل و انتقال به قوت و اعتبار خود باقی است. ثانیاً - ماده ۱۲۶ قانون مذکور ترتیب توقیف اموال اعم از منقول و غیرمنقول را به احکام قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ احاله داده است، و چون مطابق مادتين ۵۶ و ۵۷ قانون اخیرالذکر، ممنوعیت نقل و انتقال در مال توقیف شده، قبول گردیده است، لذا قطعاً موجبی برای ارائه پاسخ مثبت به سؤال سابق الطرح وجود ندارد.

به هر حال در صورتی که درخواست تأمین خواسته، به اتکای دلایل موجود در پرونده محاکماتی، منتهی به صدور قرار تأمین گردد، به محض اجرای چنین قراری، مال موضوع تأمین توقیف و خواننده از هرگونه تصرف حقوقی نسبت به آن مال ممنوع می‌شود. بدین ترتیب خواهان می‌تواند اطمینان پیدا کند در صورتی که در ماهیت دعوی مطروحه محکوم‌له محسوب گردد، حکم صادره متعذراً الاجراء نخواهد بود.^۲

ب - حق تقدّم Droit de preference

همان‌طور که سابقاً مذکور افتاد قانونی که برای اولین بار قایل به حق تقدّم درخواست‌کننده تأمین در وصول طلب نسبت به مال مورد تأمین بر سایر بستانکاران گردید، قانون آیین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۱۸ بود. ماده ۲۶۹ قانون مذکور که حاکی از حق تقدّم درخواست‌کننده تأمین بود با عدالت قضایی هم تناسب داشت؛ چه اینکه تسهیم سایر بستانکاران محکوم‌علیه در مالی که خواهان با تهیه دلایل و تحمل بار اثبات دعوی و در پاره‌ای موارد با ابداع خسارت احتمالی، قرار توقیف آن را تحصیل کرده‌بود، غیرمنصفانه و بلکه نوعی تضییع حق می‌نمود. عدالت قضایی اقتضاء

می‌کند در چنین وضعیتی نتیجه حاصل از دعوی نصیب شخصی گردد که نسبت به طرح آن اقدام نموده‌است. بعلاوه اظهارنظری که مبتنی بر این عقیده باشد نه تنها بدین دلیل قابل دفاع است که با عدالت قضایی هماهنگی دارد بلکه با فلسفه تأسیس تأمین خواسته نیز مطابق است. اینکه قانونگذار بدو درخواست‌کننده را ملزم به رعایت شرایطی بنماید و او را به جبران و تدارک خسارات طرف مقابل تحذیر و تهدید کند، ولی در عین حال، هنگام صدور اجرائیه، محکوم‌له قرار تأمین را مجبور به تداخل در صف غرما نماید، عملی لغو است که اسناد آن به قانونگذار جایز نخواهد بود.^۴

در هر صورت، با شناسایی حق تقدّم برای درخواست‌کننده تأمین، نامبرده اجازه می‌یابد، پیش از سایر طلبکاران، مطالبات خود را وصول نماید. هرگاه مال مورد تأمین قیمتاً اضافه بر مطالبات درخواست‌کننده تأمین باشد، در مرحله دوم، مابقی به بستانکاران دیگر تأدیه خواهد شد.^۵ با وجود این، ماده ۱۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی دادگاههای عمومی و انقلاب در ضمن حکم قابل ایرادی حق تقدّم درخواست‌کننده تأمین را سلب کرده‌است. این ماده مقرر می‌دارد: «در ورشکستگی چنانچه مال توقیف شده عین معین و مورد ادعای متقاضی تأمین باشد، درخواست‌کننده تأمین بر سایر طلبکاران حق تقدّم دارد». متن ماده مذکور که در واقع جایگزین ماده ۲۶۹ قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۱۸ گردیده‌است، قطع نظر از آنکه به لحاظ طرز تنظیم و اجد اشکال و ایراد می‌باشد، چنانکه خواهد آمد ماهیتاً مغایر با قواعد مسلم حقوقی بوده و قطعاً تأمین خواسته را در عمل بلااثر خواهد کرد.

بحث دوم - مطالعه حقوق تطبیقی

تأسیساتی نظیر تأمین خواسته در حقوق کشورهای دیگر نیز وارد شده‌است. در این بحث حقوق فرانسه و آمریکا مبنای مطالعه قرار می‌گیرد.

الف - حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه، قانونگذار آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۲ نوامبر ۱۹۵۵ (کتاب دوم - عنوان یکم) مجموعه مقرراتی را در باب سه نوع توقیف احتیاطی یا تأمینی به شرح آتی الذکر وضع کرده است:

1- *Saisie - Consvratore* به موجب مقررات این تأسیس که موضوع مواد ۴۸-۵۸ قرار گرفته است، خواهان می‌تواند قبل از طرح دعوی، با جمع دو شرط ذیل از مرجع قضایی صالح^۶، تقاضای صدور قرار بازداشت تأمینی اموال طرف مقابل را مطرح نماید:

1-1 طلب مورد ادعا در اصل و اساس مسلم باشد (*ue creance fondee en son principe*) بدین ترتیب هر چند طلب معلق و مشروط و محتمل باشد، در صورتی که اساس آن ثابت گردد، با احراز شرط دیگر، قرار تأمین صادر خواهد شد.

2-1 خواهان باید فوریت یا در معرض خطر بودن حق را ثابت نماید، البته در پاره‌ای موارد خود تأمین متضمن فوریت است، چنانکه برای مثال مطابق ماده ۱۵۸ قانون تجارت فرانسه صرف تقدم دادخواست دلالت بر فوریت دارد.

بر طبق ماده ۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه، در اجرای قرار مذکور، منحصرأ اموالی قابل بازداشت است که منقول و در تصرف مدعی علیه باشد، ولیکن رویه قضایی دامنه شمول چنین قرار را به مطالبات و اموال منقولی که مشارالیه نزد شخص ثالث دارد نیز، تعمیم داده است.^۷

2- *Saisie - Arret* بر طبق قواعد این تأسیس که در قالب مواد ۵۸۲ - ۵۵۷ تنظیم گردیده است، صاحب حق مجاز است. در صورتی که دارای سند رسمی و یا عادی باشد، حتی بدون مراجعه به دادگاه اموال و وجوه نقدی طرف مقابل را که نزد شخص ثالث موجود است، بازداشت نماید، در صورت فقد سند، صاحب حق ملزم

به مراجعه به دادگاه و تحصیل قرار بازداشت اموال خواهد بود. حقی که مبنا و مأخذ قرار تأمین واقع می‌گردد، باید دارای سه شرط ذیل باشد:

2- 1 مسلّم باشد یا به عبارت دیگر معلق و مشروط و احتمالی نباشد.

2- 2 وجه نقد بوده و یا در غیر این صورت قابل تسعیر باشد.

2- 3 حال باشد و یا در صورت مؤجل بودن، مدت آن منقضی شده باشد.^۸

3- Hypotheque judiciaire conservative براساس ماده ۵۴ قانون آیین

دادرسی مدنی فرانسه، خواهان می‌تواند از دادگاه تقاضای تأمین اموال غیرمنقول طرف مقابل را بنماید. دادگاه با احراز شرایط لازم که همان شرایط مربوط به تأسیس Saisie - Consetvative یعنی مسلّم بودن اساس طلب و فوریت و در معرض خطر بودن آن می‌باشد، ضمن صدور قرار اعلام می‌کند که خواهان حق دارد برای تأمین خواسته نسبت به اموال غیرمنقول خوانده، رهن قضایی تأمینی در دفتر ثبت رهن برقرار نماید.^۹ مطابق بند (۲) ماده ۵۶ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه: «مدیون نمی‌تواند بعد از ثبت رهن قضایی که برطبق ماده ۵۴ صورت می‌گیرد، بدون رضایت مقام قضایی ملك را به اجاره دهد، یا حق عینی منافعی با حق بستانکار بر روی ملك برقرار کند و یا منافع و ثمرات را برای بیش از يك سال واگذار نماید و الا معامله باطل خواهد بود».^{۱۰}

به موجب رأی مورخ ۱۸ نوامبر ۱۹۶۴ دادگاه مَن پلایه فرانسه، بعد از ثبت رهن

قضایی، خوانده از انتقال مال بازداشتی حتی به صورت معوض هم ممنوع خواهد بود.^{۱۱}

با این وصف و علی‌رغم ایجاد تأسیسات حقوقی مذکور، مطابق ماده ۶۵۶ به بعد قانون

آیین دادرسی مدنی فرانسه (Dalloz, Code de procedure civile - paris)

(69 - 1968) در مورد اموال منقول و ماده ۱۹ به بعد تصویب‌نامه مورخ اول مارس

۱۹۴۷ در مورد اموال غیرمنقول (دکتر جواد واحدی، مقاله نقدی بر ماده ۲۶۹ آیین

دادرسی مدنی) در حین اجرای حکم اموال بدهکار بین طلبکاران به نسبت طلب تقسیم می‌شود.

ب - حقوق آمریکا

در حقوق آمریکا دو تأسیس عمده مشابه آنچه ما تأمین خواسته می‌نامیم به قرار ذیل وجود دارد:

1- Attachement که از حیث وسعت دامنه اموال قابل بازداشت، با تأسیس فرانسوی Saisie - conservative مشابهت دارد، بنا به تعریف فرهنگ حقوقی (black) عبارت از: «تأسیسی است که مطابق آن خواهان می‌تواند با تحصیل دستور قضایی اموال طرف مقابل را به منظور اجرای حکم آتیه‌الصدر بازداشت نماید».^{۱۲}

2- Garnishment که می‌توان آن را معادل تأسیس فرانسوی saisie - Arret دانست: «تأسیسی است که به خواهان طلبکار (تأمین‌کننده) اجازه می‌دهد که به عنوان خواسته، با تحصیل دستور قضایی اموال و وجوه نقدی را که بدهکار نزد شخص ثالث دارد توقیف نماید».^{۱۳}

بحث سوم - مطالعه ماده ۱۲۸ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی.

به نظر ما ایرادات ذیل بر ماده ۱۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی دادگاههای عمومی و انقلاب مشهود است: اولاً - تخصیص حکم مندرج در ماده ۱۲۸ به حالت ورشکستگی به لحاظ آنکه موجب نفی حکم انشایی در غیر موارد ورشکستگی خواهد بود، صحیح نمی‌باشد، به عبارت دیگر چون عین معین ذاتاً و به طور مسلم ملازمه با مالکیت در خواست‌کننده تأمین دارد، مشارالیه حق استرداد آن را داشته و سایر بستانکاران نسبت به عین مذکور هیچ‌گونه حقی نداشته تا اساساً بحث تقدّم و

تأخیری بر دیگری قابل طرح باشد، اعم از اینکه محکوم علیه تاجر ورشکسته یا بدهکار عادی باشد.^{۱۴} در واقع، حق تقدّم موضوعاً در جایی قابل طرح است که بدو آیین اشخاص حداقل مشارکتی نسبت به يك حق وجود داشته تا در مرحله بعدی، با اعمال ضرائب اولویت، تقدّم یکی بر دیگری حاصل آید و حال آنکه بستانکاران محکوم علیهی که به مسترد نمودن عین معینی به نفع یکی از بستانکاران محکوم گردیده است، هیچ‌گونه حقی نسبت به آن عین معین نداشته تا موضوع تقدّم یکی بر دیگری قابل توجیه باشد.^{۱۵} به هر حال چون قانونگذار نمی‌تواند اصل استرداد اموال را به‌عنوان اثر مستقیم مالکیت نادیده انگارد،^{۱۶} لذا به اتکای چنین قاعده مسلمی است که در قسمت اخیر ماده ۵۳۱ قانون تجارت مقرر می‌دارد: «... و به‌طور کلی عین هر مال متعلق به دیگری که در نزد تاجر ورشکسته موجود باشد، قابل استرداد است». ماده ۲۸ قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی مصوّب سال ۱۳۱۸ نیز طریقه اجرایی استرداد عین اموال را مشخص کرده است. در غیر موارد ورشکستگی نیز به واسطه اتحاد مبنا وضعیت مشابهی حاکم است. در واقع هرگاه نسبت به مال توقیف شده، اعم از منقول یا غیرمنقول از جانب شخص ثالث اظهار حقی گردد، چنانچه ادعای مزبور مستند به حکم قطعی یا سند رسمی باشد که تاریخ آن مقدم بر تاریخ توقیف باشد توقیف رفع می‌شود و در غیر این صورت نیز به هر حال مدعی، حقّ مراجعه به دادگاه صالح را داشته و چنانچه ادعای خود را نسبت به مال توقیف شده ثابت نماید، عملیات اجرایی نسبت به آن مال کان لم یکن خواهد بود (ماده ۱۴۶ - ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی مصوّب ۱۳۵۶)^{۱۷} دلیل دیگر بر صحت مطلب اینکه هرگاه رأی دادگاه مبنی بر استرداد عین مال باشد، مشمول مقررات مستثنیات دین نبوده و باید به محکوم له مسترد گردد (ماده ۵۲۷ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب). پس، هدف درخواست‌کننده تأمین از توقیف عین خواسته، تقدّم در وصول نمی‌باشد؛ چه آنکه

تحصیل حاصل خواهد بود، بلکه مراد از تأمین ممنوعیت خواننده از نقل و انتقال خواسته معین و بالمال ممانعت از تضييع آن می‌باشد.^{۱۸}

ثانیاً - ماده ۱۲۸ موجب نسخ جزیی ماده ۱۴۸ قانون اجرای احکام مدنی مصوب سال ۱۳۵۶ گردیده است؛ زیرا مطابق قسمتی از بند ۱ ماده ۱۴۸ اگر مال منقول یا غیرمنقول محکوم علیه نزد محکوم له در توقیف تأمینی باشد، محکوم له نسبت به مال مزبور به میزان محکوم به بر سایر محکوم لهم حق تقدّم خواهد داشت، و حال آنکه بر طبق ماده ۱۲۸ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب، حق تقدّم محکوم له در استیفای طلب خود از مال مورد تأمین منوط به دو شرط است: یکی آنکه محکوم علیه ورشکسته باشد، و دیگر اینکه مال توقیف شده عین معین و مورد ادعای متقاضی تأمین باشد و چون ماده ۱۴۸ قانون اجرای احکام مدنی ناظر بر محکوم علیهم غیر ورشکسته است (ماده ۳۳ قانون اجرای احکام مدنی) و مقررات آن منصرف از عین معین محکوم به می‌باشد (ماده ۴۲ قانون اجرای احکام مدنی)، لذا مقررات آن در مقایسه با احکام ماده ۱۲۸ قانون مؤخر التصویب آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب مغایر تلقی و نتیجتاً نسخ شده محسوب می‌گردد (ماده ۵۲۹ قانون اخیرالذکر).

ثالثاً - ماده ۱۲۸ علاوه بر اینکه فی حد ذاته متضمّن حکم بدیع و فایده خاصی نیست، در عمل تأسیس حقوق تأمین خواسته را نیز ملغی الاثر نموده و با فلسفه وجودی آن نیز معارض است.

در واقع خواهان همچنان که از نام تأسیس مذکور برمی‌آید، بدین جهت اقدام به طرح درخواست تأمین می‌نماید که خواسته مشارالیه علاوه بر آنکه در طول جریان دادرسی مصون از تعرض و نقل و انتقال بماند، به عنوان علت غایی (Caus Finale) در حین اجرای حکم نیز با بستانکاران متعددی مواجه نشده و به‌طور کلی مورد خواسته سهل‌الوصل گردد. در صورتی که خواهان تحت شرایطی مبادرت به طرح و

اثبات دعوی تأمین خواسته بنماید،^{۱۹} و در مواردی نیز مکلف باشد خساراتی را که ممکن است بواسطه توقیف اموال به خواننده وارد آید، به صورت نقدی در صندوق دادگستری ایداع نماید، ولیکن آخر الامر و در موقع اجرای حکم با طلبکار دیگری که چنین هزینه و شرایطی را متحمل نشده است یکسان تلقی شود، چنین وضعیتی نقض غرض و حقاً قابل انتقاد خواهد بود.

البته، سابقاً نیز به موجب رأی وحدت رویه شماره ۳۲۷۱ مورخ ۱۳۴۹/۱۰/۱۹ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، در صورتی که خواهان موفق به اخذ قرار تأمین خواسته به طرفیت تاجری که بعداً حکم ورشکستگی مشارالیه صادر می‌شد، می‌گردید، حق تقدّم (موضوع ماده ۲۶۹ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸) نامبرده ملغی‌الآثر می‌شد. رأی مذکور مشعر است بر اینکه: «چون موافق ماده ۵۸ قانون تصفیه امور ورشکستگی در استفاده از اموال متوقف ترتیب خاصی مقرر داشته که به همان نحو باید خاتمه یابد و موافق مدلول همین ماده حق تقدّم هر طبقه بر طبقه دیگر تصریح و تعیین شده و از بستانکارانی که از اموال متوقف طلب خود را به وسیله دادگاه تأمین کرده‌اند، قیدی دیده نمی‌شود، بنابراین، کلیه دیان به جز کسانی که قانون صریحاً استثناء نموده از اموال متوقف حق استفاده دارند و منطوق ماده ۲۶۹ قانون آیین دادرسی مدنی ناظر به مورد مذکور در فوق نبوده و در این مورد که حکم خاصی موجود است قابل اعمال نمی‌باشد».^{۲۰}

با وجود رأی هیأت عمومی دیوان عالی کشور که به دلایل سابق الذکر تخصصاً منصرف از عین توقیف شده است، ماده ۱۲۸ در حالت ورشکستگی حاوی حکم جدیدی نیست.

بدین ترتیب، ملاحظه می‌شود قانونگذار آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب، ضمن ماده ۱۲۸ اقدام به جعل مقرراتی کرده است که نوعی تناقض ذاتی با

تأسیس تأمین خواسته در آن مشهود است و در واقع باب دعاوی تأمین خواسته را مسدود نموده است.

با توجه به مراتب بالا سنوالات مهمی که مطرح می‌شود آن است که چه دلیلی و یا دلایلی موجب گردیده است که قانونگذار آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب مبادرت به انشاء چنین حکمی نماید؟ حکمی که همچنان که بیان شد حَقاً حاوی ایراد و اشکال اساسی است. به نظر می‌رسد ملاحظات شرعی علت تنظیم چنین متنی بوده است.^{۲۱} ولی بلافاصله مسأله دیگری مطرح می‌گردد و آن اینکه آیا يك چنین ملاحظاتی نسبت به شرع درست است یا خیر؟ به عبارت دیگر، هرگاه قانونگذار ضمن انشای حکمی درخواست‌کننده تأمین را در استیفای طلبش از مال مورد تأمین بر سایر طلبکاران مقدم می‌داشت، مخالف با شرع عمل کرده بود؟

بحث چهارم - مطالعه فقه امامیه

در سیستم حقوقی فقه امامیه اصل تساوی بستانکاران به شدت مورد تأکید قرار گرفته است، مگر اینکه دلایل شرعی و یا عقلی ورود استثناء بر اصل مذکور را تجویز کرده باشد.^{۲۲} فقها، اغلب در بخش مربوط به احکام مفلس، بحثی تحت عنوان اختصاص مطرح می‌نمایند که به موجب آن در صورتی که بستانکاری عین مال خود را در تصرف بدهکار بیابد، در تملك آن نسبت به سایر بستانکاران حق تقدم دارد. مرحوم شیخ طوسی در کتاب خلاف در این زمینه چنین می‌فرماید: «من وجده من غرمائه عین ماله عنده، كان احق به من غيره»^{۲۳} مستند این فتاوی از جمله روایتی است که از حضرت کاظم (ع) بدین صورت نقل شده است: «سألته عن الرجل تركه الديون، فيوجد متاع رجل آخر عنده بعينه قال لا يحاصه الغرماء».^{۲۴}

حکم بالا عموماً در موردی جاری است که بدهکار در قیدحیات باشد و اکثر قریب به اتفاق فقهاء تسری حکم مزبور را به بدهکار متوفی، به تکافوی دارایی مشارالیه جهت

پرداخت مجموعه دیون مشروط کرده‌اند. در توجیه این نظریه عنوان شده‌است هرگاه بستانکار عین مال خود را مطالبه کند و دارایی بدهکار نیز تکافوی تأدیه مجموعه دیون او را ننماید، به واسطه آنکه اکتساب مال به جهتی از جهات، نظیر توارث، ارتفاع قیمت اموال وجود دارد، ضرر قابل ملاحظه‌ای متوجه غرماء نخواهد بود و حال آنکه در صورت فوت بدهکار چنین اکتساباتی قابل تصور نبوده و بالمال توجه ضرر به غرماء حتمی خواهد بود.^{۲۵}

فرض بالا که یا ناظر به فسخ معامله‌ای است که مطابق آن عین معین به مقلّس انتقال داده شده‌است و یا ناظر به محکومیت ناشی از ضمانات قهری است، همان موضوعی است که با قواعد حقوقی نیز تناسب داشته و قانونگذار قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب به قصد خلاص شدن از موضوع، آن را مشخصاً در قالب ماده ۱۲۸ گنجانده‌است. معهداً با ملاحظه در متون فقهی سه ملاک برای تقدّم يك بستانکار بر بستانکاران دیگر مشاهده می‌گردد:

الف - تقدّم به لحاظ نوع ارتباط با اموال بدهکار

۱- علامه حلی قوسی را به ابن جنید منسوب دانسته‌است که مطابق آن هرگاه شخصی قطعه زمینی را اجاره کرده و بذر و آبی را نسیه خریده‌باشد و در موقع برداشت محصول، مقلّس شود، موجر و صاحبان آب و بذر، مجتمعاً برای دریافت مطالبات خود از ثمره محصول بر غرماء مقدّم خواهند بود.^{۲۶}

نظریه منسوب به ابن جنید، هر چند صریحاً مورد قبول علامه حلی واقع نشده‌است، ولیکن می‌توان آن را به عنوان نمونه بارز طلب ممتاز تلقی کرد،^{۲۷} زیرا مالی که عیناً متعلّق به مدیون است، ثمره آن (محصول) وثیقه پرداخت مطالبات موجر، صاحبان آب و بذر قرار داده‌شده و نامبردگان بر سایر بستانکاران اولویت یافته‌اند.^{۲۸}

۲- مرحوم سیدمحمدجواد عاملی در کتاب مفتاح الکرامه، عبارتی را از علامه حلّی نقل کرده‌است دایر بر اینکه هرگاه مستأجر حیوانی که برای حمل کالا اجاره داده شده‌است، هنگامی که در بادیه از آن استیفاء منفعت می‌شود، مفلس گردد، موجر ضمن فسخ عقد اجاره، محموله‌های مربوط را به محل امنی انتقال داده و برای اخذ اجرة المثل نسبت به محموله‌ها بر دیگر طلبکاران مقدّم خواهد بود.^{۲۹}

نظریه مذکور را مرحوم شهید ثانی نیز در مسالك الافهام عنوان کرده^{۳۰} و سیدمحمدجواد عاملی ضمن شرحی آن را قبول کرده‌است.^{۳۱}

۳- مرحوم محقق کرکی در کتاب جامع المقاصد مطلبی را از علامه حلّی نقل کرده‌است که به موجب آن چنانچه شخصی کارگری را برای شستن لباسی که خریده‌است اجیر کند و قبل از ایفای اجرت اجیر، مفلس شود، در این حالت فروشنده نسبت به عین آن تقدّم دارد. ولی هرگاه به واسطه عمل کارگر قیمت لباس افزایش یافته باشد، کارگر نیز برای دریافت اجرت متعلقه به میزان افزوده بر سایر غرماء حق تقدّم خواهد داشت.^{۳۲} این فتوای علامه حلّی از جانب محقق کرکی موجّه تشخیص و ایشان با توضیح و رفع اشکالات وارده از آن دفاع کرده‌اند.^{۳۳}

موارد مذکور که از استقرای در کلمات فقهای امامیه به دست آمده و می‌توان مصادیق دیگری نیز بر آن اضافه کرد، مبنای مناسبی برای تقدّم درخواست‌کننده تأمین بر سایر بستانکاران است، به عبارت دیگر حق تقدّم شخصی که با صرف وقت و هزینه، مالی را توقیف و از تضرع آن ممانعت کرده قابل قیاس با فروض بالا نمی‌تواند باشد؟

ب - تقدّم به لحاظ وضع خاص طلبکار

۱- چنانچه خمس و زکات و کفارات که از آنها به (دیون الله) تعبیر می‌شود، به عین مال مؤدّی تعلق گیرد، بیست‌المال در وصول آن حق تقدّم پیدا می‌کند. مرحوم سیدمحمدکاظم طباطبایی صاحب کتاب عروة الوثقی چنین اظهار عقیده کرده‌است:

«الزكاة الواجبة مقدمة على الدين، سواء كان مطالباً به أولاً، مادامت عينها موجودة، بل لا يصح و فائز به بدفع تمام النصاب».^{۲۴} مرحوم سیدمحسن طباطبایی حکیم، ضمن شرح عبارت عروة الوثقی می نویسد: «بلاخلاف و لاشکال، لتعلقها بالعين».^{۲۵}

۲- فقهای امامیه به اجماع نفقه زوجه را مقدم بر نفقه اقارب محسوب کرده اند،^{۲۶} ولیکن چون نفقه اقارب به صورت دین تبدیل نمی گردد لذا نمی توان چنین تقدّم و تاخّری را مبنای تحقیق قرار داد. در عین حال شهید ثانی در کتاب مسالك الافهام عبارتی دارد که قابل توجه و دقت است. مطابق فتوای شهید ثانی چون نفقه نفس مقدم بر هر نوع حقوق و دیونی است، می توان با الحاق نفقه زوجه به نفقه نفس، آن را مقدم بر هر حق و دینی تلقی کرد: «لأن نفقه مقدّمة على جميع الحقوق من الديون وغيرها من اموال المعاوضات، و غاية نفقه الزوجة الحاقها بذلك».^{۲۷}

شاید ماده ۱۲۰۶ قانون مدنی که به موجب آن نفقه زوجه داخل در مطالبات ممتاز محسوب گردیده است و در اصلاحاتی که بعد از انقلاب اسلامی در قانون مدنی صورت گرفت، مورد ایراد شرعی واقع نشد، به اتکای چنین فتوایی بوده است.

ج - تقدّم به لحاظ وضع خاصّ بدهکار

فقهای امامیه عموماً مطالبات مربوط به تجهیز متوفی را به علت رعایت حرمت مسلمان، متضمّن اولویت در وصول می دانند. عبارت مرحوم سیدمحمدکاظم طباطبایی در این باب چنین است: «القدر الواجب من الكفن يؤخذ من اصل التركة مقدماً على الديون و الوصايا و كذا قدر الواجب من سائر المؤمن من الصدر و الكافور و ماء الغسل و قيمة الارض بل و ما يؤخذ من الدفن المباحة و اجرة الحمال و الحفار و نحوها في صورة الحاجة الى المال».^{۲۸}

مستند چنین فتوایی روایاتی است که از ابی عبدالله (ع) نقل شده است. یکی از آن روایات بدین صورت است: «اول شيء يبدأ به من المال الكفن، ثم الدين، ثم الوصية، ثم

المیراث». مرحوم سیدعلی طباطبایی صاحب کتاب ریاض المسائل ضمن ادعای اجماع بر تقدّم مطالبات ناشی از تجهیز متوفی بر سایر مطالبات، علت آن را علاوه بر روایاتی همچون روایت مذکور، بدین نحو بیان کرده است که حرمت مسلمان متوفی همچون مسلمان زنده است و به این اعتبار باید تجهیز او مقدّم بر هر دینی قلمداد شود.^{۲۹}

نتیجه

از مجموعه مطالبی که فوقاً در این مقاله آورده شد دو نتیجه مهم حاصل می‌گردد: یکی اینکه نحوه انشای ماده ۱۲۸ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب حقاً قابل ایراد است و دیگر اینکه ایجاد حق تقدّم برای درخواست‌کننده تأمین تعارضی با مقررات فقهی ندارد. بدین لحاظ اصلاح ماده ۱۲۸ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب مصوّب ۱۳۷۹ و احیای حکم ماده ۲۶۹ قانون آیین دادرسی مدنی مصوّب ۱۳۱۸ پیشنهاد می‌گردد.

منابع و مأخذ:

- ۱- دکتر احمد متین دفتری، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد دوم، تهران، چاپ مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۷۱۳۷۸ - ص ۲۸۷ - دکتر امیرحسین شیخ‌نیا، آیین دادرسی مدنی (۲) تهران، چاپ ویستار، ۱۳۷۳، ص ۸۳.
- ۲- دکتر احمد متین دفتری، سابق الذکر، ص ۳۱۱.
- ۳- دکتر جواد واحدی، آیین دادرسی مدنی (۲)، جزوه درسی دانشکده حقوق علوم سیاسی دانشگاه تهران، سال تحصیلی ۶۸-۱۳۶۷، ص ۲۲-۲۱ - دکتر سیدمحسن صدرزاده افشار، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد سوم، تهران، چاپ جهاد دانشگاهی، ۱۳۷۲، ص ۳۶۰-۳۵۹ - دکتر سیدجلال الدین مدنی، آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، تهران، چاپ گنج دانش، ۱۳۶۸، ص ۶۲۱-۶۲۰ - دکتر احمد متین دفتری، سابق الذکر، ص ۳۱۲-۳۱۱ - دکتر امیرحسین شیخ‌نیا، سابق الذکر، ص ۹۹-۹۸.
- ۴- آقای دکتر جواد واحدی سابقاً و در زمان حکومت قانون آیین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۱۸، طی مقاله‌ای تحت عنوان «نقدی بر ماده ۲۶۹ آیین دادرسی مدنی» (مجله قضایی و حقوقی دادگستری جمهوری اسلامی ایران، شماره اول، صفحات ۶۴-۵۷) ضمن توجه ایراداتی به ماده ۲۶۹، الغاء آن را مطرح کرده‌بودند. مفاد نظریه ایشان عمدتاً تعارض ماده ۲۶۹ با عدالت و به‌طور خلاصه متکی به دلایل ذیل می‌باشد. اولاً - در صورت تعدد طلبکاران، اشخاصی که به واسطه غفلت، رعایت حال بدهکار یا عدم اطلاع از مقررات، دیرتر اقدام به تقدیم درخواست تأمین نمایند، هرگاه مال طلق دیگری، برای بدهکار وجود نداشته‌باشد، مطالبات آنان لاوصول خواهد ماند و این بی‌عدالتی غیرقابل توجیه است. ثانیاً - بدهکار دارای سوء نیت با تبانی با اشخاص ثالث، ضمن اقدام به ایجاد مطالبات صوری موجبات توقیف اموال بدهکار را فراهم آورده و بالمآل مالی برای طلبکاران حقیقی باقی نمی‌ماند. ثالثاً حتی ایجاد مطالبات صوری نیز در غالب موارد لازم نیست، بلکه بدهکار با سوء نیت می‌تواند به بستانکارانی که با آنان خصوصیتی دارد اطلاع دهد که برای رسیدن به طلبشان و نتیجتاً محروم ساختن سایر بستانکاران، قبل از آنان اقدام به توقیف اموال مشارالیه کنند. و حال آنکه هیچ یک از دلایل مذکور قانع‌کننده نبوده و کلیتاً مخدوش است، زیرا ۱- اولاً اینکه ممکن است اشخاص به واسطه غفلت، رعایت حال بدهکار و عدم اطلاع از مقررات، موفق به اخذ قرار تأمین خواسته نگردند، ملازمه با صدور حکم به بی‌حقی اشخاص که با علم و اطلاع و جهد وافی قرار تأمین خواسته و دستور توقیف اموال بدهکار را تحصیل کرده‌اند، نداشته و حداقل ملازمه مسلم نیست، لذا نباید قائل به تخدیش عدالت قضایی شد و ثانیاً درست برعکس، عدم شناسایی حق تقدم برای شخصی که با طرح دعوی تأمین خواسته و تحمل بار اثبات آن و همچنین تودیع خسارت احتمالی

که حداقل تا مراحل نهایی دادرسی غیرقابل استرداد است و بنا به فرض طی چنین مراحل مورد تأیید صاحب نظریه بالا نیز می‌باشد، حقاً مصداق اعلی و اجلای بی‌عدالتی خواهد بود. ۲- فرض مسأله این است که دادگاه با ملاحظه اوراق و محتویات پرونده و کیفیات منعکس در آن، بدو آهر چند به نحو اجمالی طلب درخواست‌کننده تأمین را احراز و سپس با جمع شرایط دیگر مبادرت به صدور قرار تأمین می‌نماید و به‌طور کلی چون تأمین فرع بر وجود طلب است، چنانچه ثابت شود طلبی واقعاً وجود نداشته است، با انتفاء طلب قرار تأمین نیز ملغی‌الآثر خواهد بود، بدین لحاظ چنین وضعیتی تخصصاً از مبحث تأمین خارج است. ۳- اولاً - علم و اطلاع بدهکار و کلیه طلبکاران از وجود بدهی و امکان درخواست تأمین خواسته، یکسان فرض می‌شود، لذا اظهار اینکه در مورد طلب واقعی، بدهکار ممکن است بستانکارانی را که با آنان خصوصیتی دارد، جهت توقیف اموال هدایت نماید، با قبول اینکه بستانکاران جملگی بر چنین موضوعی واقف می‌باشند مخدوش و فایده خاصی بر آن مترتب نمی‌باشد و ثانیاً - بر فرض که چنین وضعیتی قابل تصور باشد، در مورد عقد رهن حتی به‌صورت سهلتر و با ضریب بالاتری نیز جاری است، چه آنکه بدهکار عادی می‌تواند اموال خود را در رهن طلبکارانی که با آنان به تعبیر استاد دکتر جواد واحدی خصوصیتی دارد قرار داده و نتیجتاً آنان را در وصول مطالباتشان از حق تقدم بهره‌مند سازد (ماده ۷۸۰ ق.م) و حال آنکه رهن و حق تقدم ناشی از آن یکی از تأسیسات کلاسیک حقوق مدنی بوده و بدین طریق نمی‌توان به اعتبار آن خدشه وارد نمود، خاصه آنکه باید در نظر داشته باشیم درخواست‌کننده تأمین هر چند با اولویت به طلب خود نائل می‌گردد ولیکن نامبرده در واقع و نفس‌الامر صاحب حق اضافه‌تری نسبت به حالت عادی نمی‌شود و بلکه موفق به وصول طلبی می‌گردد که دریافت حتی يك ذره آن بلاجهت نیست، شاید به این دلیل است که دیوان عالی کشور به موجب حکم شماره ۱۴۵۸۷ - ۲۳۹ - ۲/۳/۱۳۱۷، احراز حق تقدم بستانکاری از بستانکاران تاجر ورشکسته را در صورتی که اصل طلب مورد انکار طرف نباشد، دعوی مالی دانسته است: دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی دانشنامه حقوقی، جلد سوم، تهران، چاپ امیرکبیر، ۱۳۷۲، ص ۵۱۸.

۵- دکتر جواد واحدی، آیین دادرسی مدنی (۲)، ص ۲۴ - ۲۳ - دکتر سیدمحسن صدرزاده افشار، سابق الذکر، ص ۳۶۱ - ۳۶۰ - دکتر سیدجلال‌الدین مدنی، سابق الذکر، ص ۶۲۰ - دکتر احمد متین دفتری، سابق الذکر، ص ۲۱۶ - ۲۱۵ - دکتر امیرحسین شیخ‌نیا، سابق الذکر، ص ۱۰۱.

۶- مطابق مواد ۴۷ و ۴۱۷ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه. (Dalloz - code de procedure civile an not lodocrine et la turisprudence, paris - 1968 - 69) مرجع قضایی صالحه برای رسیدگی به تقاضای تأمین در امور تجاری دادگاه تجارت و در سایر موارد دادگاه بدوی با رعایت نصاب می‌باشد.

7 - Vincent, (jean), voies dexecution et de procedure de distribution, 18et, Dalloz, 1974 No,74.

8 - Ibid, No 91et's.

9 - Cuch, Pet vincent, j : voided. execution (precis Dalloz) 8e ed paris, 1961, NO 504.

10 - Dalloz - code de procedure civile an not lab octrine et la jurisprudence, paris 1968 - 69.

11 - lbide.

12 - black.H.C: black law dictionary , sixth edetion, west publishing Co, 1990 , P 126-attachement: the legal process of seiziny another's property in accordance with a writ jubicial order? for the purpose of securing sestisfaction of or jubgment get to randered.

13 - lbid - Garnishment, p, 680: A proceeding wherby a plaintiff creditor, l.e, garnishor, seeks to subjest his or her claim the property or money of third, l.e,garnishee owed by sush party to defndant dedetor pincipal de fndant.

۱۴- اینکه اگر خواسته عین معین باشد، دادگاه نمی‌تواند مال دیگری را به عوض آن توقیف کند (ماده ۱۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی دادگاههای عمومی و انقلاب) متخذ از همین ملازمه است. دادگاه عالی انتظامی قضات به موجب حکم شماره ۴۴۸۲ مورخ ۱۳۲۸۴/۵ اظهار نظر کرده است که با امکان توقیف عین، نمی‌توان مال دیگری را توقیف کرد و بنابراین در صورتی که دادگاه با وجود امکان توقیف عین مال دیگری را توقیف کند تخلف کرده است: دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، دانشنامه حقوقی، جلد دوم، ص ۱۴۴.

۱۵- در فرهنگ حقوقی (black) ذیل عنوان (priority) می‌خوانیم:

When two persons have similar right in respect of the same subject - matter, but one is entitled to exercise his right to the exdusion of the other, he is said to have priority: black.H.C. Ibid, P, 1193 - 1194.

16 - G. Riprt - roblot: Droit commercial, T. 2, L.G.D.J, Paris, 1981, NO 3120 0 27.

۱۷- ماده ۴۴ قانون اجرای احکام مدنی مصوب سال ۱۳۵۶ نیز ناظر بر همین موضوع است.
۱۸- درست به این دلیل است که اغلب خواهان، هرگاه خواسته عین معین باشد، به تأسیس حقوقی دستور موقت (Ordonnance de referes) تمسک می‌نماید.
۱۹- درخواست‌کننده تأمین باید مثل هر دعوی دیگری بار دلیل (Actori) را تحمل کند و یا حداقل ادعای خود را تا حدی مستند به دلیل نماید که مفید ظهور در صحت آن باشد (ماده ۱۱۵ قانون آیین دادرسی درسی دادگاههای عمومی و انقلاب). در یک رأی نسبتاً قدیمی (شماره ۳۷۶ مورخ ۱۳۰۸/۳/۲) صادره از دادگاه عالی انتظامی قضات می‌خوانیم: «هرچند اساساً تأمین خواسته و وجود مقتضی آن بسته به نظر دادگاه است، ولی باید در پرونده دلیل و اماره برای صحت نظر محکمه موجود باشد و در صورت فقد دلیل و اماره، صدور قرار تأمین تخلف است»: دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، سابق‌الذکر، ص ۱۴۵.

۲۰- کیهان (آرشیو حقوقی) مجموعه رویه قضایی، جلد دوم آراء مدنی، ۱۳۴۲، ص ۴۲۵. هیأت عمومی دیوان عالی کشور به موجب رأی شماره ۵۱۶ - ۲۸ - ۳ - ۱۳۷۰ با تمسک به اصل تساوی بستانکاران، حتی حکمی را که در تاریخ توقف ورشکسته اجراء شده باشد نیز باطل و بی اعتبار تلقی کرده است. متن رأی چنین است: «ماده ۴۱۷ ق.ت حکم ورشکستگی تاجر را موقتاً اجراء شناخته است. در بند دو و بند سه ماده ۴۲۲ ق.ت هم تصریح شده که تأدیه هر قرض تاجر ورشکسته اعم از حال و

موجب به هر وسیله که به عمل آمده باشد و هر معامله که مالی از اموال منقول و غیرمنقول تاجر را مقید نماید و به ضرر طلبکاران تمام شود باطل و بی اثر است، بنابراین در هر مورد که بعد از تاریخ توقف حکمی مستقیماً در مورد بدهی او به بعضی از بستانکاران وی صادر و اجراء شود کلیه عملیات اجرایی و نقل و انتقالات مربوط که متضمن ضرر سایر طلبکاران ورشکسته می باشد، مشمول ماده ۴۲۲ ق.ت. بوده و باطل و بی اعتبار است: خلیل جایی، مجموعه کامل آراء وحدت رویه قضائی از سال ۱۳۵۶ تا ۱۳۷۵، جلد اول، تبریز، چاپ نوئل، بی تا، ص ۲۶۹ - ۲۹۱. برای ملاحظه بحث پیرامون اصل تساوی بستانکاران مراجعه کنید به:

RIPER et RoBlot, op, cit, No, 3133-2.

۲۱- معمولاً شورای نگهبان مصوباتی را که طی آن بستانکاری بر سایر بستانکاران مقدم داشته شده باشد با اظهار اینکه خلاف مقررات شرعی است، مورد ایراد قرار داده و به مجلس اعاده می دهد. برای مثال در بند چهارم نامه شماره ۹۸۵۵ مورخ ۱۹/۹/۱۳۶۹ آن شورا خطاب به مجلس شورای اسلامی که بموجب آن ایراداتی در هفتاد بند به قانون کار وارد نموده می خوانیم: «ماده ۱۳ تبصره یک، از لحاظ اینکه مطالبات کارگران را بر سایر دیان مقدم داشته شرعی نمی باشد...»: دکتر حسین مهرپور، موقعیت حقوقی مطالبات کارگر، مجله قضایی و حقوقی دادگستری جمهوری اسلامی ایران، شماره چهارم، تابستان ۱۳۷۱، ص ۸۸.

۲۲- ابو جعفر محمد بن الحسن (شیخ طوسی)، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، بیروت دارالکتب العربی، ۱۹۷۰ م، ص ۳۱۰ - حسن بن یوسف بن المطهر (علامه حلی)، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، الجزء الخامس، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۱۶ ق، ص ۴۶۴.

۲۳- شیخ طوسی، کتاب الخلاف، الجزء الثالث، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۵ ق، ص ۲۶۱ - همچنین مراجعه کنید به: ابوالقاسم نجم الدین حلی (محقق حلی)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، الجزء الاول و الثاني، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۷۲، ص ۷۸ - زین الدین جبل عاملی (شهید ثانی)، مسالك الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، الجزء رابع، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیة، ۱۴۱۴ ق، ص ۹۹ - ۹۸ - شیخ عبدالله مقانی، مناهج المتقین، چاپ سنگی ص ۲۶۹.

۲۴- محمد بن علی بن محمد (حرّ عاملی) الوسائل الشیعه، المجلد الثالث عشر، قم، منشورات مکتبه الاسلامیة، ۱۴۰۳ ق، ص ۱۴۶.

۲۵- شهید ثانی، سابق الذکر، ص ۹۹ - دکتر حسین مهرپور، سابق الذکر، ص ۸۹.

۲۶- علامه حلی ۷ سابق الذکر، ص ۴۷۱: «و قال ابن جنید: لو استاجر ارضاً و ابتاع بذراً و ماءً بنسیة و افلس وقت حصاد الزرع، كان الموجر و صاحب الماء و صاحب البذر مبدئین بمالهم من ثمن الزرع علی الغرماء و ان كان معهم اجیر زرع و قام فی الغلة، كان ایضاً شریکهم، و ما فضل عنهم للغرماء».

۲۷- البته تأسیس حقوقی طلب ممتاز با حق تقدّم ناشی از قرار تأمین خواسته ذاتاً متمایز است، چه آنکه در طلب ممتاز، امتیاز مستقیماً از حکم قانون ناشی می شود ولیکن حق تقدّم موضوع تأمین خواسته مَحْذُوز رأی دادگاه است. با وجود این در مطالعات فقهی به لحاظ اینکه قانون به معنای کنونی ملاک نمی باشد و بلکه سخن بر سر استثنائات وارد بر اصل تساوی طلبکاران می باشد، چنین تفاوتی نباید مورد توجه قرار گیرد. برای ملاحظه طلب ممتاز مراجعه کنید به: سعید صفیان، طلب ممتاز، مجله دادرسی، سال چهارم، فروردین و اردیبهشت ۱۳۷۹، ص ۸۱ - ۷۵.

۲۸- در حقوق فرانسه و پاره‌ای از کشورهای عربی نظیر مصر، مشابه چنین فتوایی به عنوان یکی از موارد طلب ممتاز وارد قوانین موضوعه آن کشورها شده است:

Code civil Francas - Dalloz, Paris, 1983 - 84. Art, 2102: 1 :Neanmoins es sommes dres pour les semences pour les engrrais et amendements , pour les produits anicryptogamiyues, pour es produits entines aa destruction des parasies vegeaux et animaux nuisibes a lagricultur, ou pour les Frais de larecote de lannee, seront payees sure pria earecoet et cdles dues pour untensiles, sure lepria de cesustensiles, par preference ou proprietaire, dans l:autre cas.

- بند ۱ ماده ۱۱۴۲ قانون مدنی مصر (القانون المدنی المصری، ۱۹۴۹ م، چاپ وزارة العدل) مشعر است بر اینکه: «المبالغ المنصرفة فى البذر و السماء و غیر ذلك من المواد التحقیب و المواد المقاومة للحشرات، و المبالغ المنصرفة فى اعمال الزراعة و الحصاد، يكون لها امتیاز على المحصول الذى صرفت فى انتاجه و يكون لها جميعاً مرتبة الواحده».

۲۹- السيد محمدجواد الحسينى العاملى، مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة، المجلد الخامس، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۳۲۴ ق، ص ۴۴۶: «ولو حجر عليه و هو فى بادیه ففسخ الموجر نقلت العين الى مأمّن باجرة المثل مقدمة على الحق الغرماء».

۳۰- شهید ثانی، سابق الذکر، ص ۱۰۹: « و ان كان دابة تحمل، نقل الحمل الى مأمّن باجرة المثل لذلك الحمل من لذلك مقدماً بها على الغرماء».

۳۱- مرحوم سيدمحمدجواد عاملى ضمن تشريح و پذيرش نظريه علامه حلى معتقد است كه هرگاه برای محل محافظت و امثال آن نیز اجرتی مترتب باشد، چنین مطالباتی هم مقدم بر مطالبات مادی خواهد بود: مفتاح الكرامة، المجلد الخامس، ص ۴۴۶: «نقله مأمّن باجرة المثل لذلك النقل من ذلك المكان و يقدم به على الغرماء لانه لصيانة المال و حفظه و ايصاله الى الغرماء فاشبه اجرة الكياد و الحمال و اجرة المكان المحفوظ فيه».

۳۲- على بن عبدالعالی (محقق كركی)، جامع المقاصد فى شرح القواعد العلامة، الجزء الثانى، تهران، چاپ سنگی، بی تا، ص ۲۸۲: «و لو افلس قبل ايقاء الاجير اجرة القصاره، فان الحقناها بالاعیان، فان لم تزد قيمة اعلى ما كان فهو فاقد عين ماله، و ان زادت فكل من البائع و الاجير الرجوع الى عين ماله ساوى قبل القصاره عشرة و القصاره خمس و الاجرة الدرهم، قدم الاجير بدرهم و البائع بعشرة و اربعة لغرماء».

۳۳- محقق كركی، سابق الذکر، ص ۲۸۷- دکتر حسين مهرپور، سابق الذکر، ص ۹۵.

۳۴- سيدمحمدكاظم طباطبائى يزدي، عروة الوثقى، چاپ بغداد، ۱۳۱۳ ق، ص ۶۸.

۳۵- سيدمحسن طباطبائى حكيم، مستمسك العروة الوثقى، المجلد التاسع، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعيليان، ۱۳۹۰ ق، ص ۲۰۸.

۳۶- سيدعلى طباطبائى، رياض المسائل فى تحقيق الاحكام بالدلائل، المجلد الاول و الثانى، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۰۴ ق، ص ۱۶۵.

۳۷- شهید ثانی، الروضة البهية فى شرح اللمعة الرمشفیه، الجز الثانى، ص ۴۸۲.

۳۸- سيد محمدكاظم طباطبائى يزدي، سابق الذکر، ص ۳۹.

۳۹- شيخ حرّ عاملى، سابق الذکر، ص ۳۶۱.

۴۰- سيدعلى طباطبائى، سابق الذکر، ص ۶۷. مطابق ماده ۲۲۵ قانون امور حسبی مصوّب

۱۳۱۹ و بند ۱ ماده ۸۶۹ قانون مدنی مطالبات مربوط به تجهیز متوفی قبل از سایر مطالبات تأدیه خواهد شد.



شاعر و قاضی

گویند ظهیر فاریابی به طریق سیاحت به اصفهان رفت. در آن هنگام خواجه صدرالدین عبداللطیف خجندی قاضی القضاات اصفهان بود. روزی ظهیر به سلام خواجه رفت، سلامی کرد و غریب‌وار در به گوشه‌یی نشست اما چنانکه می‌خواست التفاتی ندید، پس این قطعه را بداهه سروده به جای نهاد و از مجلس بیرون رفت:

بزرگوارا دنیا ندارد آن عظمت
 که هیچ کس را زبید بدان سراقرازی
 شرف به فضل و هنر باشد و ترا همه هست
 بدین نعیم مزور چرا همی نازی
 زچیسست کاهل هنر را نمی‌کنی تمیز
 تو نیز چون به هنر از زمانه می‌نازی
 به من نگه تو به بازی مکن از آن که به فضل
 دلم به گیسوی حوران همی کند بازی
 اگرچه نیست خوشت، یک سخن زمن بشنو
 چنان که آن را دستور حال خود سازی
 تو این سپر که زدنی کشیده‌یی بر سر
 به روز عرض مظالم چنان بیندازی
 که از جواب سلامی که خلق را بر تست
 به هیچ مظلّمه دیگری نپردازی!

لطیفه‌های ادبی «بقاء» ص ۱۵۰ به نقل از تذکره دولت‌شاه سمرقندی