

۱۳۵۱۴۶۷

حقوق دعاوی

تحلیل منتخب

(دائری، داری، حقوق بانی، حقوق قرارداد)

دکتر عبدالله خدابخشی

عضویت علمی دانشگاه علوم قضایی



سرشناسه،	خدابخشی، عبدالله، ۱۳۵۶.
عنوان قراردادی،	ایران، قوانین و احکام.
عنوان و نام پدیدآور،	حقوق دعاوی: تحلیل منتخب (داوری، دادرسی، حقوق بیمه، حقوق بانکی، حقوق قرارداد) / عبدالله خدابخشی.
مشخصات نشر،	تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴.
مشخصات ظاهری،	۲۹۰ ص.
شابک،	ISBN 978-964-325-417-9
وضعیت فهرست‌نویسی،	فیا
موضوع،	حقوق مدنی -- ایران -- دعاوی
موضوع،	قانون مدنی -- ایران
موضوع،	داوری بین‌المللی خصوصی -- قراردادها
موضوع،	دادرسی عادلانه
موضوع،	حقوق بین‌المللی خصوصی -- قراردادها
رده‌بندی کنگره،	۱۳۹۴ ج ۷ / خ ۴ / KMH۵۰۰
رده‌بندی دیویی،	۳۴۶/۵۵
شماره کتابشناسی ملی،	۳۹۴۰۶۱۰

حقوق دعاوی (تحلیل منتخب)

تألیف: دکتر عبدالله خدابخشی

ناشر: شرکت سهامی انتشار

چاپ اول: ۱۳۹۴

چاپخانه حیدری: ۱۱۰۰ نسخه

۲۱۵۰۰ تومان



دفتر مرکزی: تهران، خیابان جمهوری اسلامی، نرسیده به میدان بهارستان، جنب خیابان ملت، شماره ۹۲

کدپستی: ۱۱۲۳۹۶۵۱۱۸ | تلفن: ۳۳۹۰۴۵۹۲ | دورنگار: ۳۳۹۷۸۸۶۸

WWW.ENTESHARCO.COM | Email: info@entesharco.com

فروشگاه شماره ۱: تهران خیابان جمهوری اسلامی، نبش خیابان ملت، شماره ۹۲، تلفن: ۳۳۱۱۴۰۴۴

فروشگاه شماره ۲: تهران، میدان انقلاب، بازارچه کتاب، تلفن: ۶۶۴۱۳۶۸۴ | دورنگار: ۶۶۹۶۷۱۰۴

فهرست مطالب

۱۳	 مقدمه
۲۱	 دفتر اول - داورى
۲۳	 تعرض به اسناد مربوط به موافقت نامه داوری
۲۳	 مقدمه
۲۴	 ۱- بررسی صلاحیت داور در اعلام اظهارات طرفین
۲۵	 ۲- طرق دفاعی در مقابل اسناد داوری
۲۷	 رسیدگی غیابی در مرجع داوری
۲۷	 مقدمه
۲۸	 گفتار اول - مبنای رسیدگی غیابی در مرجع داوری
۲۸	 ۱- بحثی در لزوم رأی غیابی
۲۹	 ۲- انسداد داوری
۲۹	 ۳- رسیدگی غیابی داور
۳۰	 گفتار دوم - مسئولیت داور و دادگاه در دعوای ابطال
۳۱	 ۱- اعمال قواعد عمومی داوری
۳۲	 ۲- اعمال قواعد عمومی با اثر انتقالی
۳۳	 ۳- رسیدگی غیابی از منظر قواعد فقهی
۳۷	 توسل به سوگند در داوری

۳۷	۱- مقدمه
۳۷	۲- ممنوعیت استناد به سوگند
۳۸	۳- تفکیک بین انواع سوگند
۳۹	۴- تحلیل بحث و نظر مختار
۳۹	۴-۱- الزام قواعد مربوط به ادله اثبات
۴۴	۴-۲- امکان استناد به سوگند
۴۷	داوری و اصل جانشینی برتر
۴۷	۱- مقدمه
۴۸	گفتار اول- برتری در مبانی و بنیان‌های دادرسی عادلانه
۴۸	۱- اهداف داوری
۴۹	۲- صلاحیت برتر
۵۰	۲-۱- صلاحیت برابر
۵۰	۲-۲- اظهار نظر در امور مربوط به صلاحیت
۵۲	۲-۳- داوری پذیری کامل
۵۳	۲-۴- رقابت با رأی دادگاه
۵۵	۲-۴-۱- سرنوشت رأی داور
۵۶	۲-۴-۲- اختیار برگرفته از اراده طرفین در مرحله اجرا
۵۷	۲-۴-۳- اصلاح، تفسیر و تکمیل رأی
۵۸	۳- اصول دادرسی
۶۰	گفتار دوم- برتری از نظر ضمانت اجرا
۶۰	۱- تبعیت از نظام اجرای دادگستری
۶۱	۲- استمرار اجرا
۶۶	۳- بازداشت محکوم علیه
۷۱	حدود پذیرش اظهارات داور
۷۱	مقدمه- تحریر محل نزاع
۷۲	گفتار اول- بررسی نظرات
۷۳	مبحث اول- پذیرش و تقدم اظهارات داور
۷۳	۱- اصول اعتماد، احسان و امانت در مورد داور
۷۴	۲- نقض اراده طرفین و قاعده اقدام

۷۵	۳- قاعده من ملک
۷۸	مبحث دوم- اعمال قواعد عمومی اثبات و عدم پذیرش اظهارات داور
۷۸	۱- شمول قواعد اثبات
۷۹	۲- لزوم بی طرفی داور
۷۹	۳- داور و اراده طرفین
۷۹	مبحث سوم- تفکیک بین انواع داوری و داور
۸۰	۱- تفکیک نوع داوری
۸۰	۲- تفکیک نوع داور
۸۱	گفتار دوم- تحلیل فقهی- حقوقی مسأله و تحلیل نهایی
۸۱	مبحث اول- تحلیل فقهی-حقوقی مسأله
۸۱	۱- قواعد عمومی اثبات در رابطه با امین
۸۳	۲- پاره‌ای از قواعد اثبات در رابطه با قاضی
۸۳	فرع اول- ادعای بطلان رأی قاضی
۸۴	فرع دوم- اختلاف در اصل قضاوت
۸۵	فرع سوم- رعایت مقدمات دادرسی
۸۵	مبحث دوم- تحلیل نهایی مسأله
۸۶	۱- تعیین محل نزاع
۸۶	۲- تحلیل اراده طرفین در انتخاب داور
۸۷	۳- مفهوم تعدی و تفریط در مورد داور
۸۸	۴- لزوم موجه بودن فرایند داوری
۸۹	۵- اُمنّا و تدارک دلیل
۹۰	۶- تدارک دلیل بر مبنای انتظار مشروع
۹۳	دعاوی علیه ارکان و مقدمات داوری
۹۳	۱- مقدمه
۹۴	۲- دعاوی همزمان با جریان داوری یا پیش از آن
۹۵	۳- دعاوی جایگزین ابطال رأی داور
۹۶	۴- دعاوی اضافه بر ابطال رأی داور
۹۶	۴-۱- تأیید رأی داور در ماهیت
۹۸	۴-۲- رد دعاوی ابطال از طریق غیر ماهوی

هیأت داورى و قواعد آن ۹۹

۱- مقدمه ۹۹

۲- مفهوم و تشکیل هیأت داورى ۹۹

۳- ترکیب هیأت داورى ۱۰۰

۴- تشکیل جلسات ۱۰۵

۵- نقش و اختیار داوران ۱۰۶

۶- تصمیم گیرى داوران ۱۰۸

«معامله» و «داورى» براساس «قانون منع مداخله» و «قانون ممنوعیت تصدی بیش از

یک شغل» ۱۱۱

۱- مقدمه ۱۱۱

۲- متن قوانین ۱۱۱

۱-۲- اصل یکصد و چهل و یکم قانون اساسی ۱۱۱

۲-۲- لایحه راجع به منع مداخله وزراء و نمایندگان مجلسین و کارمندان دولت در معاملات

دولتی و کشوری ۱۳۳۷/۱/۲۲ ۱۱۲

۲-۳- قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل مصوب ۱۳۷۳/۱۰/۱۱ ۱۱۴

۳- وضع معاملات ۱۱۵

۳-۱- نگرشی کلی به ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل ۱۱۵

۳-۲- نگرشی کلی به قانون منع مداخله ۱۱۷

۳-۳- نقطه تلاقی قوانین منع مداخله و ممنوعیت بیش از یک شغل ۱۱۹

۴- داورى ۱۲۱

۵- دستاورد ۱۲۴

دقتر دوم- دادرسی ۱۲۷

آثار رأی دادگاه در موضوعات غیر قابل تجزیه ۱۲۹

مقدمه- نسبت روابط حقوقی و حدود آن ۱۲۹

گفتار اول- تحلیل حقوقی تسری رأی دادگاه ۱۳۱

۱- تجزیه ناپذیری رابطه حقوقی و آثار آن ۱۳۱

۲- مستندات قانونی ۱۳۳

۳- تحلیل حقوقی مسأله و رویکرد دکترین ۱۳۴

۱۳۶	۳- شرایط و آثار تسری رأی دادگاه
۱۳۸	گفتار دوم- تجزیه ناپذیری در مورد رأی داور
۱۴۲	گفتار سوم- رویه قضایی و موضوعات غیر قابل تجزیه
۱۴۹	انعکاس پیشگیری از تحقق یا استمرار اختلاف در آرای دادگاه‌های عمومی حقوقی
۱۴۹	مقدمه
۱۵۱	۱- پیشگیری از وقوع یا استمرار «اختلاف» به جای پیشگیری از وقوع «جرم»
۱۵۴	۲- ابعاد متعارف دادگاه مدنی در امر پیشگیری از وقوع یا تحقق اختلاف
۱۵۴	۱-۲- در زمینه پیشگیری از وقوع اختلاف
۱۵۴	۱-۱-۲- تقسیم دادگاه و لزوم آگاهی دادن به مراجع ذیربط
۱۵۵	۲-۱-۲- اعمال ضمانت اجرای تنبیهی
۱۵۶	۲-۱-۲- وحدت رویه و پرهیز از تشتت آرا
۱۵۶	۲-۱-۲-۱-۴- بازخوانی بحث
۱۵۶	۲-۱-۲-۲-۴- ابعاد قضایی وحدت رویه به منظور پیشگیری از وقوع اختلاف
۱۶۱	۲-۱-۲-۳-۴- «انتخاب قانونی» صحیح، مانع از تحقق اختلاف
۱۶۹	۲-۱-۲-۴-۴- ابعاد قانونی: آرایه پیشنهاد
۱۷۳	۲-۲- در زمینه پیشگیری از استمرار اختلاف

۱۷۵	دفتر سوم- حقوق بانکی
۱۷۷	مسئولیت بانک و مؤسسات اعتباری: دعوای ناشی از «کفالت بانکی»
۱۷۷	۱- مفهوم کفالت بانکی
۱۷۹	۲- جایگاه حقوقی «کفالت بانکی» و عناصر آن
۱۸۴	۳- آثار حقوقی کفالت بانکی
۱۸۸	۴- تفاوت توقف و انحلال شخص حقوقی
۲۰۷	دعوای ناشی از حواله‌های مؤسسات غیربانکی و تعاونی‌های اعتباری
۲۰۷	۱- مقدمه
۲۰۷	۲- ماهیت سند تجاری
۲۰۸	۳- نقش اراده طرفین در سند و اوصاف آن
۲۱۰	۴- حقوق بانکی و صدور سند تجاری
۲۱۱	۵- عرف و نگرش رسمی

۲۱۲	۶- موضع رویه قضایی
۲۱۵	۷- نتیجه- چک با اوصاف مدنی- تجاری
۲۱۷	مسئولیت مدنی مؤسسات اعتباری در مورد خروج غیرقانونی وجه از حساب سپرده ..
۲۱۷	در آمدی به بحث
۲۱۹	گفتار اول- نفی یا اثبات مسئولیت بانک: بررسی مبانی
۲۱۹	۱- موجب ضمان
۲۲۱	۲- اصل اعتماد و منطق عرف
۲۲۳	۳- قاعده هشدار
۲۲۴	۴- ماهیت سپرده‌ها و تعهد بانک
۲۲۵	۵- مسئولیت تضامنی شبکه بانکی
۲۲۷	۶- جمع مسئولیت قراردادی و قهری
۲۲۸	۷- جعل کارت
۲۲۹	۸- تعهد بانک به تهیه بیمه سپرده
۲۳۲	گفتار دوم- انعکاس مبانی در رویه قضایی
۲۳۶	دستاورد

۲۳۷	دفتر چهارم- حقوق بیمه
۲۳۹	جنبه‌های حقوقی اخلاق حرفه‌ای با تأکید بر جایگاه آن در بیمه‌های زندگی
۲۳۹	مقدمه
۲۴۰	گفتار اول- مفهوم و مبانی اخلاق حرفه‌ای
۲۴۰	مبحث اول- مفهوم، از اخلاق‌گرایی تا اخلاق حرفه‌ای
۲۴۳	مبحث دوم- جنبه‌های مختلف اخلاق حرفه‌ای
۲۴۴	مبحث سوم- مبانی اخلاق‌گرایی حرفه‌ای
۲۴۴	مبحث چهارم- تأثیر اخلاق حرفه‌ای در صنعت بیمه
۲۴۶	گفتار دوم- جنبه‌های حقوقی اخلاق حرفه‌ای در بیمه‌های زندگی
۲۴۷	مبحث اول- به سوی تدوین اخلاق حرفه‌ای
۲۴۹	مبحث دوم- تعهد به اطلاع‌رسانی و رعایت شفافیت و صداقت
۲۵۲	مبحث سوم- ایفای بی‌تکلف تعهدات
۲۵۴	مبحث چهارم- تعهد به اجرای قانون
۲۵۶	مبحث پنجم- احترام به کرامت انسانی و رعایت حقوق فردی و شهروندی

۲۶۰	 میحث ششم - پرهیز از تجارت ناصحیح و رقابت مکارانه
۲۶۲	 برآمد

۲۶۵	 دفتر پنجم - حقوق قراردادهای
۲۶۷	 پایان یا آغاز نزاع؟ مبانی و آثار رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳-۱۳۹۳/۷/۱۵
۲۶۷	 ۱- مقدمه
۲۶۷	 ۲- متن رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳-۱۳۹۳/۷/۱۵
۲۶۸	 ۳- مبانی مربوط به مسئولیت مدنی بایع
۲۶۸	 ۱-۳- تحریر محل نزاع
۲۶۹	 ۲-۳- موضع رویه قضایی
۲۷۲	 ۳-۳- مفهوم غرامت
۲۷۳	 ۴-۳- تحلیل مسئولیت بایع
۲۷۶	 ۵-۳- راهکار عادلانه: جبران نسبی در مقابل جبران نوعی
۲۷۷	 ۶-۳- رجوع مستقیم و غیرمستقیم
۲۷۸	 ۴- آثار مورد اختلاف رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳-۱۳۹۳/۷/۱۵
۲۸۱	 ۵- نتیجه و پیشنهاد

۲۸۳	 فهرست منابع
-----	-------------------

مقدمه

۱- در ادامه مستندسازی تجربیات و نقد آرای قضایی و یا بررسی موردی برخی از دعاوی، گفتارهایی از مباحث مختلف حقوقی در زمینه داوری، دادرسی، بیمه، حقوق بانکی و حقوق قراردادهای که به صورت مختصر، گاه همراه با نقد آرای قضایی و گاه نیز حاوی تحلیل تازه‌ای از مسائل است عرضه می‌شود.

۲- تحلیل دعاوی جزایی (در اموری مانند جرایم علیه اموال) با بررسی رویه قضایی یا تحلیل تازه‌ای از مسائل، ضرورتی است که به دوستان و علاقمندان این حوزه، توصیه می‌شود. نقد آرای قضایی یا حقوق دعاوی، در حوزه‌های تخصصی دیگر مانند حقوق عمومی یا بین‌الملل نیز نباید مورد غفلت قرار گیرد. می‌توان به سبک کتاب «حقوق دعاوی - قواعد عمومی» ابتدا قواعد عمومی دعاوی جزایی، آداری و ... را برشمرد و تحلیل کرد و به دنبال آن دعاوی و مسائل تازه‌ای را به عنوان دعاوی خاص در این حوزه‌ها مورد توجه ویژه قرار داد. این شیوه، حقوق دعاوی در مفهوم عام را توسعه می‌دهد و به تأمین اهداف اصلی دادرسی کمک مؤثری می‌کند. امید است این توصیه بر ضمایر مستعد مؤثر واقع شود و شاهد تحلیل دعاوی در حوزه‌های مختلف باشیم. ان شاء الله.

۳- کتاب حاضر را با اظهار عبودیت نسبت به خدای متعال، به امام معصوم دانشمند حضرت حسن بن علی علیه السلام تقدیم می‌دارم. امید است مورد رضایت حضرت حق و قبول آن امام همام قرار گیرد.

۴- از همه عزیزان و دوستانی که در تنظیم این کتاب، ما را یاری دادند، تقدیر و تشکر می‌کنم. به ویژه از دوست گرامی‌ام آقای دکتر علی دهقانی که زحمت مطالعه و رفع اشکالات را عهده‌دار شدند.

۵- دیری نمی‌گذرد که، یکی از دانشمندان و معماران برجسته حقوق ایران زمین، به جمع رفتگان پیوست و در جوار رحمت خدای مهربان جای گرفت. قدردانی از استاد گرامی، مرحوم دکتر ناصر کاتوزیان، نویسنده را برآن داشت تا در این مقدمه، یکی از ابتکارات کارشناسانه ایشان را پیوند فقه با حقوق و حفظ استقلال حقوق در کنار آن، مختصراً بازگو نمایم. نمی‌خواهم نوشته‌ای به رسم مآلوف انشا کنیم فقط قلم را از روی احساس و تعلق خاطر لختی به استاد اختصاص دهیم، اما در لابلای نوشته، به مسائلی از فقه و حقوق اشاره می‌شود و از این رو، علاوه بر پاسداشت زحمات استاد گرامی و ادای بخش کوچکی از دین نویسنده به ایشان، جنبه آموزشی نیز داشته باشد. امید است خدای متعال توفیق حق‌گذاری نسبت به عالمان و ادای احترام به اندیشمندان را به همه ارزانی فرماید.

۶- در میان اندیشمندان حقوقی، بی‌گمان دکتر ناصر کاتوزیان، چهره‌ای درخشان دارد و فکر و قلم ایشان راه‌کنای مسائل پیچیده فقه و حقوق است. حقوقدانان و غیرحقوقدانان برای اندیشه‌ها و زحمات ایشان احترام فراوانی قائل هستند و تأثیر افکار عادلانه و منصفانه وی را احساس می‌کنند. بی‌گمان ایشان در بسیاری از محاکم و مراجع قضایی حضور معنوی دارند و کتب و مقالات استاد در غالب نشست‌های قضایی، منبع ذکر نظریات حقوقی است. «معماری» ایشان در قلمرو حقوق از چند جهت ستودنی است، نظم بخشیدن به نظریات حقوقی؛ اعمال عدالت و انصاف در این نظریات؛ اهمیت دادن به رویه قضایی و زنده کردن آن و سرانجام توجه بسیار به فقه اعم از عامه و امامیه که در سرتاسر کتب ایشان قابل مشاهده است. به باور ما با وجود زحمت حقوقدانان و اساتید معظم در مراجعه به فقه، مرحوم دکتر ناصر کاتوزیان در تمام مباحث حقوقی، فقه را برای تقویت و توجیه استناد قوانین و قواعد حقوقی، مورد استفاده قرار داده است. هیچ مقاله یا کتابی از ایشان از نظریات فقهی تهی نیست، بلکه تأثیر ایشان فراتر از مراجعه به فقه می‌باشد و باید آن را «تحلی فقه در نظام حقوقی ایران» نام نهاد. اگر سابقاً به فقه مراجعه می‌شد، حالت فرعی داشت و بدون جمع‌بندی منظم صورت می‌گرفت و نظام حقوقی، هنوز سایه فقه و روح آن را احساس نکرده بود اما ظهور اندیشه‌های استاد، استناد به فقه را در مسائل حقوقی به صورت چشمگیر، تقویت کرد که تأثیر آن را در آرای دادگاه‌ها، پایان‌نامه‌ها، مقالات و کتب حقوقی مشاهده می‌کنیم. نیک پیداست که نظریه‌ای، که با توسل به فقه تحریر و تبیین شود، احساس تعلق به نظام حقوقی ما را تقویت می‌کند و اقناع درونی به دست می‌دهد. زحمات فقهای عظام، پایه‌های استدلالی فقه

را تقویت کرده است و تدوین‌کنندگان قانون اساسی نیز در اصول مختلف آن، بر توجه به فقه تأکید نموده‌اند، اما کسی که فقه را به صورت ملموس و از میان دریایی از مطالب مختلف، نظریات فقهی و فروع بسیار آن، جمع‌بندی و در نظام حقوقی وارد کرد و اندیشه حقوقدانان را به طرف آن هدایت نمود، دکتر ناصر کاتوزیان است. گمان نشود که دیگران زحمت نکشیده‌اند یا فقه برای اجرا ناقص بوده است؛ منظور آن است که نظریات عالمانه استاد، آنگونه پیوند فقه و حقوق را لازم و ملزوم یکدیگر دانسته است که هر حقوقدانی را به اهمیت و لزوم احاطه بر مسائل فقهی یا حداقل استناد به آن در دعاوی خاص یا مقالات و مانند آن، ترغیب می‌کنم و این، کاری است که نقش دیگران در آن کمتر است. جامعه حقوقی از جهت جلب توجه حقوقدانان به فقه، این نظام حقوقی هم سنگ و بلکه برتر از نظام‌های حقوقی دیگر، مدیون ایشان است و این زحمت استاد، قطعاً پاداش اخروی بسیار دارد که نزد خداوند متعال محفوظ است.

۷- یکی از شاهکارهای استاد، آن است که در تألیفات ایشان، صورت جامعی از نظرات و استدلال‌های فقهی به صورت منظم و دسته‌بندی شده آمده به نحوی که خواننده درمی‌یابد کدام مساله را در کدام باب فقهی پیدا کند یا اهم نظرات و استدلال‌های فقهی متعلق به کدام فقیه یا در چه موضوعی است و این، در آثار دیگر اندیشمندان حقوقی کمتر به چشم می‌خورد. در کتب استاد هر منبع فقهی به آسانی قابل استفاده است و راه‌حل‌هایی را که بعضاً به صورت پراکنده در کتب فقهی آمده در جای مناسب یافت می‌شود. خواننده، نیک می‌داند که راه‌حل‌های فقهی اگر با نظم حقوقی همراه نشود، مراجعه‌کننده را به بیراهه می‌برد و تنها کسی که اطلاع کاملی از فقه دارد قادر به یافتن مسیر حرکت صحیح می‌باشد اما اگر با طرحی که توسط استاد تهیه شده است، به فقه مراجعه شود، به آسانی می‌توان راه‌حل مسأله را پیدا کرد و متوجه جوانب مختلف آن شد.

۸- هر چند اجرای عدالت ادعای حقوق و حقوقدانان، است که لباس انصاف را بر قاعده حقوقی بیوشانند اما در عمل آنچه می‌بینیم شعاری بیش نیست و نظریات قضایی و اندیشه‌های حقوقی، بیشتر به دنبال قیاس‌های منطقی و نتیجه‌گیری از جمع چند قاعده کلی و تطبیق بر موضوعی خاص است و همان کسانی که داعیه‌دار عدالت و انصاف هستند، خشک‌ترین و بی‌انطاف‌ترین نظریات حقوقی را در کتب و مقالات و تصمیم‌های قضایی خود بیان می‌دارند.

دکتر ناصر کاتوزیان اینگونه نبود و در سرتاسر اندیشه ایشان عدالت و انصاف آشکارا موج می‌زند و بر این امر تأکید می‌کنند و با کمال رشادت بیان می‌نمایند که این فاعده را به این جهت که خلاف عدالت و انصاف است، نمی‌پذیرد. (کاتوزیان، ۱۳۷۸، مسئولیت مدنی، صص ۱۳ الی ۳۱) یکی از مشکلات فعلی قضایی ما، بی‌توجهی به همین امر است زیرا با شعار عدالت، آنچنان به اعمال قاعده صرف حقوقی اکتفا می‌شود که گویی قاعده حقوقی را برای غیرانسان وضع کرده‌اند در حالی که اگر هدف، عدالت است و اجرای قاعده هم می‌بایست منصفانه صورت پذیرد، باید در هنگام ابراز نظر و تصمیم قضایی مؤثر باشد و از صورت ظاهر بگذرد و به باطن قاعده برسد.

۹- ذکر دو نمونه از اندیشه‌های استاد، موضوع را ملموس‌تر می‌کند. در جلد سوم کتاب قواعد عمومی قراردادها، صفحات ۳۰ و ۳۱، موضوعی مطرح شده است که به جهت جلوگیری از اطاله کلام، خوانندگان را به آن ارجاع می‌دهم. اما بخشی از علت تصمیم‌گیری استاد در آن موضوع که خود ایشان قاضی پرونده بوده‌اند، از زبان ایشان اینگونه است که: «مدتی چند در فکر تصمیم عادلانه‌ای بودم ولی با صراحت شرط ضمن عقد مواجه می‌شدم تا اینکه به کتب فقهیه مراجعه کردم و در آنجا با قاعده ممنوع بودن جمع ثمن و ثمن در یک دارایی مواجه شدم و همین امر، فکر مرا به این سمت سوق داد که این شرط را نباید به نحوی تفسیر کرد که مستلزم جمع عوض و معروض باشد لذا شرط را به تعهد به وسیله تفسیر نمودم نه تعهد به نتیجه و بنابراین، فروشنده توانست ثمن خود را دریافت دارد».^۱ داستان ابرای مهریه زن نیز مثال دیگری از عدالت‌منشی استاد است که علی‌رغم نظریات مخالف فقهی و حقوقی قابل توجه، اعتقاد دارند زن نباید نصف آنچه را که نگرفته است، به جهت طلاق قبل از دخول به مرد بدهد! (کاتوزیان، ۱۳۷۸، صص ۱۶۴، ۱۶۵، ۱۷۹ الی ۱۸۲).

۱۰- فقه، تکیه‌گاه محکمی است برای قاعده‌مند کردن عدالت و پرهیز از خودرایی و استاد گرامی به خوبی بر این امر احاطه دارند و به صورت مستمر از آن بهره می‌برند. رابطه استاد و فقه، تأثیر متقابل است و اگر استاد، سبب تجلی فقه در نظام حقوقی است، فقه نیز سبب گرایش عدالت‌خواهی استاد و تقویت‌کننده آن محسوب می‌شود و رابطه سببیت معقول و متعارفی را می‌توان بین آنها مشاهده کرد. مثال دیگری را که هم مبین نظم‌دهی به فقه و هم عدالت‌خواهی استاد باشد، در قاعده «تلف مبیع قبل از قبض و عدم انتقال ضمان معاوضی» می‌توان ملاحظه کرد. استاد این قاعده را در همه انواع معاوضات جاری می‌داند (کاتوزیان،

۱- نقل به مضمون از تقریرات ایشان در دوره کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه تهران.

۱۳۷۶، قواعد عمومی قراردادها، صص ۴۰۸ الی ۴۱۱؛ همو، ۱۳۷۶، عقود معین ۱، ۲۰۴ الی (۲۱۱) و علت آن را در عدالت معاوضی و اینکه انتظار هر کس آن است که اگر تعهد طرف مقابل منتفی شد، تعهد او هم منتفی شود، می‌داند و توجیهاتی بس دقیق و قانع‌کننده از آن دارند و از نظری که معتقد به «انحلال مالکیت و اعاده آن، یک لحظه قبل از تلف»^۲ می‌باشد، انتقاد می‌کنند. استاد در استفاده از فقه، تابع هیچ شهرتی نیست و اگر احساس کند روح قانون با این شهرت موافق نیست تردیدی در تقدم آن روح، ضمن استفاده از نظرات فقهی دیگر، ندارد. مثال‌هایی که در خصوص ایرای مهریه، قبل از شروع زندگی مشترک و قاعده تلف مبیع قبل از قبض بیان شد، از این موارد است. زیرا استاد در این مثال‌ها، به جهت تحلیل فقهی و حقوقی، نظر مستقلی دارند و تابع شهرت فقهی آن نیستند. برای مثال در خصوص قاعده تلف مبیع قبل از قبض، تحلیل مبتنی بر «سبب تعهد» و هدف متعاملین را بر تحلیل مبتنی بر «انحلال خود به خودی عقد، یک لحظه قبل از تلف»، مقدم می‌داند زیرا چگونه است که یک لحظه قبل از تلف و بدون هیچ تغییری، مالکیت اعاده شود و تلف مبیع عهده فروشنده قرار گیرد. استاد از تأکیدات خود به دانشجویان مبنی بر مطالعه کتب فقهی نظیر جامع الشتات، مسالک الافهام، جواهر الکلام، کتاب البیع امام خمینی (ره)، غافل نبوده و نیست اما همیشه یادآوری می‌کند که هر چه را در این کتب آمده است، بلافاصله قبول نکنید و هر کجا با عدالت و اصول کلی در تضاد دیدید، با استفاده از سایر نظرات فقهی، آن را به نظام حقوقی پیوند زنید. ارزیابی انتقادی ایشان در خصوص مسأله دیه (همو، ۱۳۷۸، مسئولیت مدنی، صص ۵۷ الی ۷۱) رهن دین (همو، ۱۳۷۶، عقود معین ۴، صص ۵۴۳ الی ۵۴۶) و ارث زن (همو، ۱۳۷۶، ارث، صص ۲۰۴ الی ۲۱۰) نیز از موارد دیگری است که خوشبختانه برخی تحولات را در قانون‌گذاری و رویه قضایی سبب شده است و هر چند در این موارد، استاد، نقش انحصاری ندارد اما بی‌گمان تحلیل‌های انتقادی ایشان، بدون تأثیر نبوده است.

۱۱- بی‌گمان مطالعات فلسفی حقوق نقش حیاتی در تبدیل حقوق خوان به حقوق‌دان و سرانجام تبدیل به معمار حقوق دارد. اما اهمیت آن هنوز به قدر کافی شناخته نشده است و برخی، از این مطالعات، تنها مباحثی نظری را تصور می‌کنند که گره از کار عملی باز نمی‌کند.

۲- «و حیثئذ یفقد دخولہ فی ملک البایع قبل التلف آنا ما، و یکون التلف کاشفاً عنه. و مثله دخول الذیہ فی ملک المیت». (شهید ثانی، مسالک الافهام إلی تنقیح شرایع الإسلام، ج ۳، ص ۲۱۶؛ حسینی عاملی، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامة، ج ۱۴، ص ۳۰۹).

۳- در بحث ارث خیار نیز، استاد، بعد از بررسی نظرات فقهی-حقوقی مختلف، تحلیلی دارند که می‌توان آن را در مقابل تحلیل‌های فقهی دیگر، مستقل دانست (همو، ۱۳۷۶، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ۱۱۹ و ۱۲۰).

با این حال، آن عده که عمیق‌تر نگاه می‌کنند و دقیق‌تر می‌شنوند، تصور و تصدیق دیگری دارند، زیرا شناخت قواعد حقوقی را بدون مبانی آن، ممکن یا کامل نمی‌دانند و این امر را نیز تنها در پرتو مطالعات فلسفی حقوق، محقق می‌دانند. دوره سه جلدی فلسفه حقوق،^۴ اثری بس وزین است که استاد در زمانی که منابع اندکی در این زمینه وجود داشت، تدوین نمودند و به واقع، شاهکاری در این مورد عرضه داشتند. این اثر در عین حال نقش روشنگرانه‌ای در خصوص فلسفه فقه دارد و می‌تواند حقوقدان را برای ورود به مباحث دشوار فلسفه فقه آماده کند. استاد هیچ‌گاه مقهور نظام‌های حقوقی خارجی نشده و با اینکه اطلاعات دقیق و عمیقی از این نظام‌ها دارد و مباحث متنوعی از حقوق فرانسه، امریکا، انگلیس و مصر در لابلای مطالب استاد به چشم می‌خورد اما تلاش ایشان بر بومی‌سازی و به ویژه «فقهی‌سازی» این مطالب بوده است. برخی ایراد می‌کنند که کتب ایشان، صرفاً ترجمه‌ای از کتب خارجی است و زحمتی را متقبل نشده‌اند! پاسخ این عده این است که اولاً شما در قبال نظام حقوقی چه کرده‌اید؟ و چند سطر مطلب نگاشته‌اید یا ترجمه کرده‌اید؟ و آیا می‌توانید تصور کنید که چند ده جلد کتاب و چندصد مقاله چه معنایی دارد؟ یکی از دوستان خاطره‌ای را تعریف نموده که ذکر آن با بحث ما مرتبط است: «به یاد دارم در یکی از روزهای دانشجویی، در طبقه هم‌کف دانشکده حقوق دانشگاه تهران بودم که مراجعه‌کننده‌ای سؤال کرد آقای کاتوزیان کجاست؟ کنجکاو شدم و پرسیدم با ایشان چه کار دارید؟ گفت: می‌گویند همه کتاب‌های حقوقی را ایشان نوشته است، می‌خواهم او را به عنوان وکیل دادگستری انتخاب کنم تا در دعاوی از من دفاع کند!» عجیب است که فردی غیرحقوقدان می‌داند استاد کیست و برخی، نمی‌خواهند بدانند استاد چه نقشی دارد! ثانیاً اگر منصفانه و نه مغرضانه به کتب استاد نگاه شود، به آسانی می‌توان شاهکارهای ایشان را مشاهده کرد. استاد در کنار هر مطلبی که از حقوق خارجی نقل می‌کنند، بی‌گمان حقوق بومی را برجسته‌تر نشان داده و نظر فقه را نیز در موارد لازم بیان می‌کنند. آیا کتاب مسؤولیت مدنی ایشان اینگونه نیست و آخرین تحولات در این زمینه را با مسائل فقهی پیوند زده‌اند و آیا برای مطالعه تطبیقی، جز این است که باید به نظرات دیگران توجه داشت و آن را با زبان بومی به خواننده منتقل نمود و به دنبال آن، نتیجه‌گیری بومی داشت؟ چنین بی‌مهری‌هایی به استاد، «تقصیری غیرقابل بخشایش» است و می‌تواند سبب

۴- استاد با تدوین کتاب «مقدمه علم حقوق» و به دنبال آن، کتاب «کلیات حقوق»، راهی نزدیک‌تر و آسان‌تر برای فهم فلسفه حقوق هموار نموده‌اند.

تحقق مسئولیت اخروی شود و اصل جبران کامل خسارت اقتضا دارد که در محضر عدالت به این مسئولیت رسیدگی شود! بنابراین چرا به جای قدرشناسی از آن مرحوم و نیز همه کسانی که عمر خود را مصروف حقوق، عدالت و فقه کرده‌اند، انگشت اتهام را بی‌جهت متوجه آنها کنیم. ثالثاً آیا این عده، در وجدان خود، کتب و نوشته‌های استاد را از اهم منابع محسوب نمی‌کنند و در دعاوی دشوار یا تدریس و مشابه آن، به این کتب مراجعه نمی‌کنند؟

۱۲- در پایان لازم است از مسئولان محترم شرکت سهامی انتشار که با قبول زحمت، انتشار کتاب را عهده‌دار شدند، صمیمانه تشکر نمایم. امید است این حرکت ادامه یابد.