

بسم الله الرحمن الرحيم

ماهنامه خبری آموزشی مادرسه حقیقی

سال شانزدهم، شماره ۱۵۴، آذر ۱۴۰۰

صاحب امتیاز: کانون وکلای دادگستری اصفهان

مدیر مسئول: دکتر سید محسن قائم‌فرد

شورای سردبیری: دکتر مهدی جلیلی، داریوش سپنتا، سید عبدالرضا علوی حجازی، نفیسه مستقل

طراح گرافیک: مرحوم استاد سید محمد حسن عقیلی

ویراستار: رسول فروغی

امور اجرایی: نادر فهامی

هماهنگی شهرستان‌ها: سید کمال مکاریان چهارسوقی

همکاران این شماره: سعید احمدی، نسیم پرستگاری، فرزاد جوادی نژاد، آرمان زینلی، مینا سالمی،

نغمه فقیهیان، محمد فلاح‌پور، علی اکبر محمدی، فاطمه محسنی

و با تشکر از: مرتضی جنتیان

آرای نویسندگان، دیدگاه مادرسه حقیقی نیست.

نشریه مادرسه حقیقی در وبسایت کانون وکلای دادگستری اصفهان به نشانی زیر در دسترس

است.

www.isfahanbar.org

لیتوگرافی و چاپ: کوثر

نشانی: اصفهان، خیابان کوالالامپور، ساختمان کانون وکلا

کد پستی: ۸۱۳۴۶۳۵۱۹۵

تلفن: ۰۳۱-۳۲۲۰۳۶۹۶

فکس: ۰۳۱-۳۲۲۰۴۷۴۶

پست الکترونیک: madreseyehoghough@isfahanbar.org



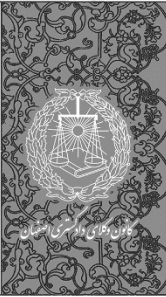
شيوه‌نامه «مادرسه حقوق»

- مطالب ارسالی قبلاً در سایت یا نشریه دیگری منتشر نشده باشد.
- مسئولیت اصالتِ عنوان مطالب ارسالی به عهده‌ی ارسال کننده آن است.
- هیأت تحریریه در نشر، تلخیص و ویرایش مطالب ارسالی آزاد است.
- رعایت نکات زیر در مطالب ارسالی:
 - ذکر نام، نام خانوادگی، سمت یا عنوان علمی، نشانی دقیق پستی، تلفن تماس و نشانی الکترونیک نگارنده.
 - حجم مطالب ارسالی بین ۵ تا ۱۵ صفحه (تا هفت هزار کلمه)
 - ارجاع به منابع در مقالات به صورت درون‌متنی و در قالب (نام خانوادگی نویسنده، تاریخ نشر: شماره صفحه)
 - ذکر معادل لاتین واژگان تخصصی و اسامی خاص در زیرنویس.
 - ذکر فهرست منابع استفاده شده در پایان مقاله به ترتیب حروف الفبایی نام خانوادگی نویسنده به شکل زیر:
 ۱. کتاب: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده. (سال چاپ). نام کتاب. در صورت ترجمه نام و نام خانوادگی مترجم. محل انتشار: ناشر.
 - نمونه: جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۶). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
 ۲. مقاله: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده. (سال چاپ). عنوان مقاله. در صورت ترجمه نام مترجم. نام مجله. شماره مجله. شماره صفحات مقاله در آن مجله.
 - نمونه: هاشمی نژاد، مجید. (۱۳۷۷). نقش سند رسمی در عقد موضوع مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت. مجله کانون. شماره ۷: ص.ص. ۱۴۹-۱۴۵.
 - در صورت استفاده از مطالب سایت‌های خبری یا دارای مطالب موثق، مشخص نمودن قسمت جداگانه، در پایان مقاله و پس از ذکر منابع فارسی و انگلیسی، تحت عنوان سایت‌ها.
 - ارسال مطالب در محیط word 2010 با فونت 2 Mitra 13 تنظیم و به نشانی الکترونیکی: madreseyehoghough@isfahanbar.org
- مطالب ارسالی در دو قالب، قابل نشر است:
 - الف) مقالات که دارای ساختار چکیده (شامل حداقل ۱۰۰ و حداکثر ۱۵۰ کلمه و دارای حداقل ۳ و حداکثر ۵ واژه کلیدی)، مقدمه، متن، نتیجه و منابع است و در بخش نخست منتشر می‌شود.
 - ب) نکات، مطالب، یادداشت‌ها، نظرات و نقدهای حقوقی که لزومی به پیروی از ساختار شکلی مقالات ندارد.
- مقاله ارسالی، داوری و پس از پذیرش ویرایش خواهد شد.
- اولویت چاپ با مقالاتی است که موضوعات کاربردی و مفیدی برای حرفه وکالت دارند یا موضوعاتشان جدید است.
- مفاد و مندرجات مقالات منحصراً مبین نظر شخصی نویسنده است و موضع رسمی کانون وکلا محسوب نمی‌شود.

ماهی سپهر حقوق

ماهنامه خبری آموزشی کانون وکلای دادگستری اصفهان

سال
شانزدهم
شماره
۱۵۴



فهرست مطالب

گزیده سخنرانی ها

اصول پایه قرارداد نویسی ۱۲۰
محمدرضا قنبریان

بایسته‌های حرفه وکالت

آراء وحدت رویه و نظریات مشورتی قوه
قضائیه ۱۳۰
پند استاد؛ یادی از استاد دکتر حسن ستوده
تهرانی ۱۳۴

نادر فهامی

گزیده مقالات کاربردی ۱۳۶

امیر مقدم

معرفی کتاب ۱۴۱

نعمت الله ضیایی جزئی

زنگ تفریح

دفاع ۱۴۴

دکتر علی رادان جبلی

سرمقاله: پیش بینی‌های دیروز، فرداهای
وکالت ۴

مقالات

مقایسه اجمالی ارزش اثباتی اسناد الکترونیک در
حقوق ایران و فرانسه (قسمت اول) ۱۰

دکتر عبدالرسول دینانی / نازنین دوستدار

اختلاف بعد از رفع اختلاف؛ رأی وحدت رویه ۷۸۴
مورخ ۱۳۹۸/۹/۲۶ ۲۷

سید وحید صادقی

تأملی بر توسیع قلمرو اعطای پروانه کارآموزی
وکالت بدون آزمون ۴۰

سهراب نشاسته ریز

استقلال نهاد وکالت و حاکمیت قانون ۴۵

مجتبی اسدیان

تحلیلی از ماده ۴۱۲ قانون تجارت در تعریف
ورشکستگی با نگاهی به رویه قضائی ۴۸

مهدی اکبری

مداخله قضائی در روند مطالبه ضمانت نامه بانکی با
رویکرد قضائی ۷۲

نادر گودرزی

نقش سازمانهای بین المللی غیر دولتی و
توسعه حقوق شهروندی در پرتو حفظ حقوق
محیط زیست ۹۲

محمد علی روح پرور



سرمقاله

پیش‌بینی‌های دیروز،

فرداهای وکالت

« ... یک قسمت از مدرسه بواسطه برافتادن خط، از میان ممکن است برود. یعنی تعلیم ابتدائی بی موضوع شود. اما قسمت دیگر که در هر حال باقی و جزء اهم و اعظم زندگانی مدرسه ایست فکر می‌کنم بعد از آن که تلفون بی سیم کامل و سهل و ارزان شد، چنانکه همه کس بتواند داشته باشد و یقیناً چنین خواهد شد، آنوقت لزوم نخواهد داشت متعلمین برای استماع درس معلمین در جای مخصوص که مدرسه یا محل کنفرانس نامیده می‌شود جمع شوند و برای این مقصود از شهر به شهر و دیار به دیار روند. در خانه خود می‌مانند و در موقع معین با تلفون بیان معلم را می‌شنوند. باین طریق اولاً توفیر وقت و صرفه مال بسیار از رفت و آمد معلمین و متعلمین به خانه و مدرسه و تهیه لوازم مدارس از عمارت و میز و نیمکت و غیرها حاصل می‌شود. ثانیاً صحت و سلامت مزاج متعلمین بهتر خواهد بود؛ چه عده بسیار در یک عمارت جمع نشده و هوای کثیف استنشاق ننموده و امراض به یکدیگر سرایت نمی‌دهند، و از بسی مفاسد دیگر مادی و معنوی و مزاجی و اخلاقی مصون می‌مانند؛ و تا باز اعتراض فرموده‌اید، پیش دستی کرده عرض می‌کنم از عکس تلگرافی یعنی انتقال



صور اشکال بوسیله قوه تلگراف بی سیم که الان اختراع شده و مشغول تکمیل آن می‌باشند نیز غافل نباید بود که در آن صورت معلم نه تنها با تلفون بیانات خود را به متعلمین می‌شنواند، بلکه حرکات و اشارات خود و تصاویر و اشکال را که باید ببینند می‌تواند به ایشان بنماید، و نیز متوجه باید بود که روز بروز وسایل دیگر برای تعلیم و تعلم پیدا می‌شوند مانند سینماتوگراف که هم اکنون یکی از اسباب نشر معلومات میان عامه است و عنقریب همین سینما را بوسیله قوه تلگراف بی سیم خواهند توانست به خانه‌ها برسانند و بنمایند. باری اجتماع جوانان در مدارس لااقل به طور دائم و از صبح تا شام غیرلازم خواهد شد و با این همه اقرار می‌کنم که قوه تخیل من وافی نیست که درست ترتیب تعلیم و تدریس آینده را پیش‌بینی کنم و ممکن است بسی کامل‌تر و بهتر از اینکه به خیال من رسیده است بشود.

... پس فکر کنید که چون اسباب تلفون بی سیم و عکس تلگرافی چنانکه اشاره کردم مکمل و ارزان و آسان شود همه کس همواره آن را همراه خواهد داشت و مردم هرآن از هر مسافتی می‌توانند یکدیگر را ببینند و گفتگو کنند و محتاج نخواهند بود به هم نزدیک شوند ...

... شما که جوان هستید بعضی از این چیزها را در عمر خود خواهید دید اما کلیه آنچه شرح دادم هرچند پیش‌بینی کردن مشکل است گمان می‌کنم تا آخر مائنه (سده) بیستم اگر انجام نگرفته باشد در بیست و یکم البته صورت می‌پذیرد و بسا چیزهای دیگر که به مخیله ما خطور نمی‌کند.

... ناگاه یکی از آقایان سربلند کرده گفت آیا با این همه مردم آن زمان خوشدل‌تر و خرسندتر از امروز خواهند بود؟ گفتم آه که یقین ندارم. زیرا خوشدلی و خرسندی خاطر به جمعیت اسباب ظاهر نیست و امری درونی است.^۱



این عبارات پیش‌بینی یک اصفهانی زاده و از فرزندان این مرز و بوم در حدود یکصد سال پیش نسبت به موضوعی است که در دوران حاضر و به ویژه دو سه سال اخیر و ابتلای جهان به آفت کرونا، ملموس و مشهود جهانیان گردید. استعداد و نبوغ ایرانیان تا آنجا باز نبرد خاص و عام، داخل و خارج و دوست و دشمن قرار گرفت که حتی موجب نوعی خودشیفتگی و عدم پیشرفت از یک سو، و استفاده و سوء استفاده بی‌کفایتان از آن، از سوی دیگر گردید، چنانکه در مورد صاحب عبارات فوق نیز اتفاق افتاد. سخن در این باره بسیار گفته شده و به‌چنان جای عبرت‌آموزی و تحلیل و آسیب‌شناسی جدی برای بهره‌گیری فرزندان امروز ایران عزیز دارد.

اما ذکر این عبارات در مدرسه حقوق برای آن است که بگویم وقتی یکصد سال پیش، وضعیت بخشی از روابط اجتماعی و آموزش و پرورش امروز جهان و ایران پیش‌بینی شده و به وقوع پیوسته است، آیا نهاد وکالت و یکپارگی وکلای دادگستری که به طور عموم از ضریب هوشی درخوری برخوردارند و با توجه به اقتضای شغلی خویش، نیاز به تحلیل جدی و پیش‌بینی روند هر دعوی با توجه به ادله و امارات در پرونده‌های قضائی روزمره خود دارند، نباید و نمی‌توانند نسبت به آینده نهاد وکالت و وضعیت آتی وکلا، تحلیل و پیش‌بینی جدی داشته و بر اساس تحلیل جمعی خویش، مبادت به تهیه لوازم و ملزومات آن نمایند؟ و آیا



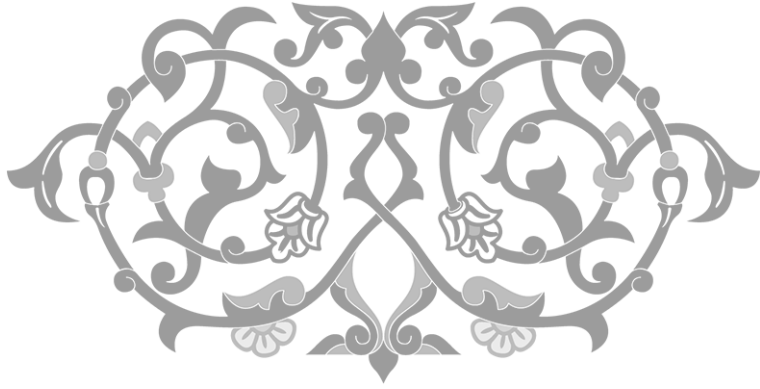
از این نهاد مدنی انتظاری غیر منطقی است که دارای سامان فعلی و برنامه آتی باشد؟ و برنامه‌های آینده خود را از پیش آنچنان مستحکم و استوار ارائه نماید که هر شخص و گروه و هر دولت و مجلس و قوه قضائیه‌ای نتواند به راحتی و بدون تأمل لازم و گاه درک مناسب از فلسفه وجودی این نهاد و وظایف و اختیارات و امکانات و توانایی‌های بالفعل و بالقوه آن، نهاد وکالت را چون نیسانی قلمداد نموده، بازندک نسبی به این سو و آن سو بکشد و متماثل سازد.

هدف از طرح این موضوع، آن نیست که در خصوص نامهربانی‌ها، بی‌تدبیری‌ها و مطالبی که امروزه بر نهاد وکالت و وکلای دادگستری روا داشته شده و دود آن مآلاً در پشیمان ملت فرو خواهد رفت، انگشت اتهام به سوی وکلای دادگستری برده شود و مجریان، مسبان و عاملان آن در حریم از قوای سه‌گانه، بری نگاشته شوند، بلکه هدف آن است که در این نوشتار و صرف نظر از مسوولیت‌های حاکمیت در قبال نهاد وکالت و وکلای دادگستری، و تنها به عنوان اینکه در این مقال طرف خطاب، کانون‌های وکلای همکاران وکیل‌اند، این تذکار و درخواست به طور جدی به نظر مخاطبان گرامی برسد که نهاد قویم وکالت و اعضای فرهیخته آن از یک سو توان و پیش‌بینی و وضعیت آتی این نهاد و اعضای آن را دارند و از سوی دیگر گریز و گزیری از تامل جدی در چنین پیش‌بینی و برنامه‌ریزی براساس آن نیست. سال‌هاست که با دستیابی به تکنولوژی، انواع وسایل ارتباط جمعی، دنیا به دهکده‌ای تبدیل شده و این امر شرایط و ضوابط خود را داراست؛ انواع تعاملات اجتماعی و به تبع آن تعاملات حقوقی و ایجاد انواع



دستگاه‌های قضائی و داورى در این خصوص، تاسیس و سازمان وکالت و انواع خدمات آن را با چالش‌ها و در عین حال فضاهاى بسیار جدید، موثر و متنوع روبرو ساخته است و ما نیز نمی‌توانیم نسبت به این سرعت و تحول بی‌اعتنا باشیم و یا تحولات سریع آن را با اقدامات جزئی و با بطئی پاسخ دهیم. جهان و نیازها و تحولات آن از یک سو و کشورمان با مجموعه ویژگی‌ها و شرایط آن از سوی دیگر، به دستی‌انظار چنین هم‌راهی و تحولی را از نهاد وکالت و وکلای دادکستری دارند و چنین هم‌راهی و تحولی نیازمند اطلاع جدید از شرایط کنونی با تحلیل آن و پیش‌بینی وضع آتی در هر زمینه مرتبط است و ما به عنوان کسانی که آیندگان به تصمیمات و پیش‌بینی‌های صحیح و مطابق با واقع و اصول ما نظاره خواهند کرد و باید مراقب اقدامات کوچک و بزرگ خود به عنوان امامت‌داران این نهاد قویم و مقدس باشیم تا داورى آیندگان از نگاه امروز ما به فردای وکالت تحسین برانگیز باشد، بر عکسرد و پیش‌بینی امروز ما از وضع خود، اظهار نظر خواهند نمود و مباد که این اظهار نظر از نوع تحسین و تکریم نباشد.

مدیر مسؤول



مقالات





مقایسهٔ اجمالی ارزش اثباتی اسناد الکترونیک در حقوق ایران و فرانسه

(قسمت اول)

دکتر عبدالرسول دینانی^۱

نازنین دوستدار^۲

چکیده:

با تصویب قانون تجارت الکترونیک، و پذیرش ادلهٔ الکترونیک و اعتبار بخشی به آن‌ها به‌مثابه ادلهٔ کاغذی، لزوم تبیین بهتر جایگاه این قبیل ادله و ارزش اثباتی آن‌ها در بین ادلهٔ سنتی وجود داشت. مضاف بر این‌که در مقام تعارض با ادلهٔ سنتی ارائهٔ راه‌کارهای قابل اعمال نیز ضروری می‌نمود. در این راستا در این مقاله به‌لزام قابلیت استناد برای اسناد الکترونیک اشاره شده و این‌که تفاوتی میان ارزش اثباتی اسناد کاغذی و الکترونیک وجود ندارد و این اسناد می‌توانند در شکل عادی و یا رسمی تنظیم گردند و اگر به‌صورت داده پیام مطمئن از مقام رسمی صادر گردند ارزشی کاملاً برابر با سند رسمی را پیدا کنند که حتی تاریخ آن‌ها نسبت به ثالث معتبر باشد. همچنین برای این ارزیابی اصالت این اسناد از همان روش‌های سنتی نظیر تطبیق اسناد، و تطبیق امضا که برای اثبات اصالت اسناد کاغذی معمول است، استفاده می‌شود. در حقوق فرانسه نیز اسناد الکترونیک از همان مقررات مربوط به اسناد کاغذی تبعیت می‌کنند.

۱. عضو هیأت علمی دانشگاه پیام نور تهران

۲. کارشناس ارشد حقوق خصوصی از دانشگاه آزاد



اما درحالی که قانون گذار ایران ارزش اثباتی سند الکترونیک و راه کارهای قابل اعمال در موارد تعارض این سند با سایر ادله اثبات دعوا را مشخص ننموده، قانون گذار فرانسوی در اصلاحات سال ۲۰۰۰ برای سند الکترونیک معیارهایی مشخص برای اعتبار آنها قائل شده و برای احراز اصالت آنها استفاده از امضای الکترونیک و یا داده‌های معتبر را مدنظر قرارداده و صرف این که شکل سند الکترونیک است نمی‌توان اعتبار آن را نسبت به اسناد عادی محدودتر دانست. از این رو هیچ یک مقامات رسمی نه در ایران و نه در فرانسه حق ندارند به استناد شکل و قالب سند یا الکترونیکی بودن از پذیرش آن خودداری نمایند.

واژگان کلیدی:

سند، داده پیام، ادله اثبات، امضای الکترونیک، حقوق فرانسه

مقدمه:

دلیل کتبی جایگاه مهمی در بین ادله اثبات دعوا داشته و با پیشرفت تکنولوژی نوین محدود به سند کاغذی نمی‌شود. امروزه حتی اسنادی مثل کارت شناسایی، فیش حقوق، رسیدهای پرداخت، قراردادهای اعلامیه‌ها و اخطارها و اظهارنامه‌ها و اسناد تجارتي در قالب اسناد هوشمند الکترونیکی صادر می‌شود و با توجه به توسعه و جایگزینی روزافزون آنها بر نوشته‌های کاغذی، مسائل حقوقی جدیدی را مطرح ساخته که از آن جمله احراز هویت، اصالت انتساب آنها به مداخله کنندگان در تنظیم و نیز صحت محتوای ذخیره شده است. در این میان ارزیابی قدرت اثباتی ادله الکترونیک و تردیدهایی که در آن وارد شده به- خصوص با فرض پذیرش نظام ادله قانونی به شکل بارزتری رخ می‌نماید؛ اما فقدان تعریف از این اسناد حتی در قانون تجارت الکترونیک به دامنه مشکلات افزوده هرچند البته در قانون اخیرالذکر در کنار اسناد الکترونیک عادی، اسناد معتبر یا اسنادی که صحت آنها با روش‌های خاصی تضمین شده، پیش‌بینی شده‌اند. در خصوص اسناد الکترونیک همیشه این نگرانی وجود دارد که آیا معتبر شدن یک دلیل یا داده پیام الکترونیک در قانون می‌تواند راه را برای طرح ادعاهایی نظیر جعل، انکار و تردید بر این قبیل اسناد سد نماید یا خیر؟

دغدغه دیگر این است که آیا در خصوص اسناد الکترونیک می‌توان از روش‌های سنتی



سند استفاده نمود؛ یا اینکه پیچیدگی تکنولوژیکی آن‌ها در رشد فزاینده کاربرد فناوری ارتباطات و اطلاعات در جهان، قواعد حقوقی جدید و ویژه‌ای را اقتضا مینماید؟
قانون ۱۳ مارس ۲۰۰۰ فرانسه راجع به انطباق حقوق دلائل^۳، با فناوری اطلاعاتی و راجع به امضای الکترونیکی، به تبعیت از چهارچوب قانون شماره CE/93/1999 اتحادیه و شورای اروپا مصوب ۱۹۹۹ ناظر به اصلاح ماده ۱۳۱۶ کدسیویل و قانون تجارت الکترونیک ایران مصوب ۱۳۸۲ و قانون نمونه آنسیترال سازمان ملل مصوب ۱۶ دسامبر^۴ ۱۹۹۶ در جهت تأمین این نیاز فزاینده تصویب شده‌اند.
ضمن بررسی مفهوم و جایگاه سند الکترونیک در حقوق ایران و فرانسه در بخش اول، در بخش دوم به ارزش اثباتی سند الکترونیک در قالب سند عادی پرداخته و در بخش سوم به ارزش اثباتی چنین اسنادی در قالب سند رسمی می‌پردازیم.

بخش اول: مفهوم و جایگاه سند الکترونیکی در حقوق ایران و فرانسه

مطالب این بخش را ضمن همین دو عنوان در دو فصل جداگانه مورد بررسی قرار می‌دهیم.

فصل اول: مفهوم سند الکترونیکی

سند در لغت به معنای تکیه‌گاه^۵ و در اصطلاح به معنای نوشته قابل استناد برای اثبات ادعا یا مفید برای دفاع از ادعاست (ماده ۱۲۸۴ ق.م.ا). برخلاف تصور بعضی^۶، امضا از ارکان سند نیست؛ چرا که در سند آن چه اهمیت دارد قابلیت انتساب است که شیوه آن منحصر در امضا نیست، چه بسا بتوان با شناسایی خط نویسنده قابلیت انتساب را احراز کرد، لذا مسامحه عمدی قانونگذار در بیان رکنیت امضا موجه است.
گاهی به مطلق دلیل اعم از نوشته و یا لفظ نیز سند گفته می‌شود؛ در این صورت، سند

3. Loi n°2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux nouvelles technologies de l'information et relative à la signature électronique

4. UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce

۵. آذرتاش آذرنوش، فرهنگ معاصر عربی-فارسی، نشر نی، تهران، ۱۳۷۹

۶. عباس زراعت و حمیدرضا حاجی‌زاده، ادله اثبات دعوا، انتشارات قانون مدار، ۱۳۹۰ ص ۲۳۶



مترادف مدرک است^۷؛ اما بدیهی است در معنای خاص، سند اخص از مدرک است^۸؛ مثلاً اثر انگشت مدرک اثبات است، اما سند در معنای اصطلاحی نیست.

بحث ما در این مقاله ناظر به دلیل الکترونیک نیست، بلکه مراد سند الکترونیک است که به مفهوم خاص آن یعنی «نوشته‌های تأیید شده قانونی مبنی بر اثبات یک فرضیه ارائه شده در محیط سایبری» است. البته چنین سندی باید اولاً کتبی بوده و ثانياً بیان‌گر ایجاد یک رابطه حقوقی در محیط الکترونیک بوده یا این که سند کاغذی را در قالبی نو بیان دارد. بد نیست بگوییم خود سند اصالتاً دلیل محسوب نمی‌شود، بلکه دلیل حفظ دلیل است که بنابر محتوای آن دلالت پیدا می‌کند. بنابراین، اگر مفاد سند اقرارنامه یا شهادت‌نامه یا یک اماره قضائی مثل گزارش مأمور باشد، ارزش همان اقرار شهادت یا اماره را خواهد داشت یعنی تنظیم یک اماره در ظاهر سند رسمی الکترونیک ارزش اماره را ارتقا نخواهد بخشید.

در فرانسه ارزش اثباتی سند تعریف نشده است البته ماده ۱۳۱۶ کدسیویل دلیل کتبی را نتیجه هر نوشته، کاراکتر، طرح یا هر نشانه یا نمادی که مفهوم قابل درکی داشته باشد، دانسته فارغ از اینکه به چه وسیله و یا راهی منتقل شود^۹. بند سوم این ماده ارزش اثباتی ادله الکترونیک با ادله کاغذی را برابر دانسته است.

گفتار نخست: شرایط سند الکترونیک

سند الکترونیک یا در معنای اعم دلیل الکترونیک، می‌تواند در قالب داده‌پیام موضوع بند الف ماده ۲ (ق.ت.ا.ا.)، قانون تجارت الکترونیک مصوب ۸۲ باشد که ارکان آن را برمی‌شمیریم.

۷. محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، ۱۳۸۸، ص ۳۶۴

۸. عبدالرسول دیانی، ادله اثبات دعوا در امور مدنی و کیفری، نشر میزان، ۱۳۹۵ ص ۱۷۳

9. Art. 1316 du code civil: La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leurs support et leurs modalités de transmission.



بند اول: وضعیت مجازی و نامحسوس داشتن

واژه سایبر Cyber در قانون تجارت الکترونیک به واژه مجازی ترجمه شده، اما باید گفت واژه مجازی در مقابل معنای حقیقی است و نمی‌تواند ترجمه درستی از واژه سایبر باشد؛ زیرا سایبر کاملاً غیرحقیقی نیست، بلکه غیرحقیقی بودن آن به محل درج آن مرتبط است یعنی بر خلاف کاغذ که محل درج سند حقیقی است، محل درج سند سایبری یک چیز دارای ابعاد مادی نیست. به‌هرحال، در معنای سایبر سه امر مستتر است: معنای کامپیوتر، معنای مخابرات و معنای غیرلموس بودن فیزیکی. نتیجه این که منظور از سایبر ارتباطات غیر از طریق ارسال فیزیکی یک مطلب نوشته شده بر روی یک شیء غیرلموس بوده که نمود آن اینترنت است^{۱۰} در همین راستا برخی به صراحت محیط سایبری (Cyberspace) را از موضوعات مجازی (Virtual) و شبکه (Net) جدا نموده، محیط مجازی را مجموعه اطلاعات ذخیره شده در رایانه دانسته که از طریق اینترنت به-یکدیگر متصل هستند^{۱۱}؛ این در حالی است اینترنت مجموعه‌ای بسیار گسترده از رایانه‌های موجود در شبکه‌های رایانه‌ای سراسر جهان است که از طریق خطوط ارتباطی به یکدیگر متصل شده و با استفاده از پروتکل‌های معینی به تبادل اطلاعات می‌پردازند. به-هرحال، منظور اسنادی است که فقط با استفاده از کامپیوتر یا سایر وسایل دیجیتال قابل خواندن باشد^{۱۲} چنین وسیله‌ای متشکل از حافظه موقت (RAM) دیسک‌های مغناطیسی (مثل دیسک سخت یا سی دی و یا فلاپی می‌شود).

بند دوم لزوم ارائه سند الکترونیکی در قالب داده پیام

داده پیام از منظر ماده ۲ (ق.ت.ا.ا.) به هر نمادی از واقعه، اطلاعات، یا مفهوم که با وسایل الکترونیکی، نوری و یا فناوری‌های جدید اطلاعاتی، تولید، ارسال، دریافت، ذخیره

10. Davi D'Agostino, Greg Wilshusen, Defense Department Cyber Efforts: DOD Faces Challenges in Its Cyber Activities, DIANE Publishing, 2011, P. 28

11. Ploug, Thomas, Ethics in Cyberspace: How Cyberspace May Influence Interpersonal Interaction, Ballerup Denmark, Springer pub: 2009, P. 70

۱۲. محمد مولودی و رسول فراهانی، بررسی تطبیقی افشای اسناد و اطلاعات الکترونیکی در ادله اثبات دعوا در حقوق انگلیس، آمریکا و ایران، تهران، فصل نامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی

وابسته به دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۹۴، شماره ۲، ص ۱۴۵



یا پردازش شود اطلاق می‌گردد. ماده ۲(الف) قانون نمونه تجارت الکترونیکی آنسیترا ل نیز داده‌پیام را اطلاعاتی دانسته است که از طریق ابزارهای نوری یا ابزارهای مشابه مانند تبادل الکترونیک داده‌ها، پیام الکترونیک، تلگرام، تلکس، تولید، ارسال، دریافت یا ذخیره می‌شود. کدسیوسل داده‌پیام را تعریف نموده، اما بخش دوم ماده ۴-۱۳۱۶ این کد آن را عبارت از سندی دانسته که با فرآیند قابل اعتمادی که اعتبار آن را تضمین می‌کند، قابل ارزیابی باشد.

از این تعاریف استنباط می‌شود عبارت داده‌پیام تنها برای ارتباطات استفاده نمی‌شود، بلکه سوابقی را که از طریق ابزارهای کامپیوتری تولید شده و برای ارتباط نیست را هم در برمی‌گیرد. به عبارت دیگر، مفهوم داده‌پیام شامل سابقه ثبت نیز هست که در تعریف فوق لحاظ نشده است.

اما ممکن است یک سند الکترونیک با ترکیب دو نوع از داده‌پیام‌ها ایجاد شود؛ به-عنوان مثال، اگرچه امضای الکترونیک آن امضای اثبات شده یا داده‌پیام معتبر باشد، اما محتوی آن بیان‌گر داده‌پیام‌هایی باشد که اعتبار امضاء را ندارند. در ارتباطات الکترونیک آن چه که به‌طور کلی رد و بدل می‌شود، داده‌هایی است که کامپیوتر آن‌ها را به‌زبان قابل فهم تبدیل نموده و به‌مخاطب ارسال می‌کند. به عبارت دیگر، اعلام اراده در محیطی غیرمادی صورت می‌گیرد. به‌طور کلی همان‌طور که قراردادهای عادی و یا اسناد عادی تحت تأثیر شرایط گوناگونی قرار می‌گیرند، اجزای قراردادهای الکترونیک و اسناد الکترونیک نیز داده‌پیام‌های متفاوتی می‌باشد.

به‌هرحال، مهم‌ترین جزء اسناد الکترونیکی را می‌توان امضای آن دانست که به‌طور کلی به‌عنوان یک داده‌پیام معتبر تعریف شده‌اند. وفق بندی ماده ۲(ق.ت.ا.ا.) امضای الکترونیک عبارت از هر نوع علامت منضم شده یا به‌نحو منطقی متصل شده به داده‌پیام است که برای شناسایی امضاکننده داده‌پیام مورد استفاده قرار می‌گیرد. ماده 2a قانون نمونه آنسیترا ل امضای الکترونیکی را داده‌ای در شکل الکترونیکی که به یک داده‌پیام ضمیمه، یا جزء همسان، پیوسته و جدا ناپذیری از آن شده و می‌تواند برای شناسایی امضاکننده آن داده‌پیام و تأیید اطلاعات موجود در داده‌پیام از سوی امضاکننده به کار گرفته شود، تعریف نموده است.



امضاکننده و یا تحت اراده انحصاری وی، و در نهایت این که به نحوی به یک داده پیام متصل شود که هر تغییری در آن داده پیام قابل تشخیص و کشف باشد. امضای مذکور باید قابل استناد محتوای آن به شخص امضاکننده بوده، حاکی از انجام تمام تشریفات مقرر قانونی برای تنظیم آن نیز باشد و کارکردی همانند امضا در اسناد کاغذی داشته باشد^{۱۳}.

قانون ۱۳ مارس ۲۰۰۰، فرانسه و نیز دایرکتیو امضاهای الکترونیکی اروپا که در ماده ۱۳۱۶ کدسیویل وارد شد بیشتر به قواعد ماهوی امضای الکترونیکی می‌پردازد. بند ۳ این ماده اثبات صدور امضا از سوی شخص معین موجب اعتبار قرارداد و اعضای ارزش و اعتباری برابر با معادل کاغذی دانسته است.

گفتار دوم: ویژگی‌های سند الکترونیک

اسناد الکترونیک ویژگی‌هایی دارند که به چند نمونه آنها اشاره می‌کنیم.

بند اول : دقت

یکی از مهم‌ترین ویژگی اسناد، دقت آنها و عدم امکان ایجاد تغییرات در آن به واسطه اعمالی مانند گرفتن رونوشت است. این مهم در مورد اسناد الکترونیکی هم قابل تحقق است و می‌تواند وفق بند ۵ ماده ۲ (ق.ت.ا.ا.) موجودیت کامل و بدون تغییر داشته باشد به گونه‌ای که اعمال ناشی از تصدی سیستم از قبیل ارسال، ذخیره یا نمایش اطلاعات که به طور معمول انجام می‌شود، خدشه‌ای به تمامیت آن (داده پیام) وارد نکند.

شورای دولتی فرانسه در رابطه با بخش دوم بند ۵ ماده ۱۳۱۶ برای اثبات دقت اسناد الکترونیکی دادگاه‌ها معیارهای مندرج در ماده ۲۸۷ آئین دادرسی مدنی فرانسه را لازم می‌شمرد. وفق این ماده اگر یکی از طرفین انتساب یک نوشته به خود را انکار نماید یا انتساب آن به نویسنده اش را مورد تردید قرار دهد، دادرسی نوشته مورد تعرض را بررسی می‌کند؛ مگر این که بتواند بدون توجه به آن رأی صادر نماید. اگر این نوشته صرفاً با برخی عناوین خواسته ارتباط داشته باشد، او می‌تواند نسبت به سایر موارد رأی صادر نماید.

۱۳. مصطفی‌السان، جایگاه امضای دیجیتالی در ثبت اسناد به شیوه الکترونیکی، ماه‌نامه کانون، سال چهل و هفتم، دوره دوم، ۱۳۸۳، شماره ۵۵، ص ۶۸.



چنانچه انکار یا تردید نسبت به یک نوشته یا امضای الکترونیک انجام شود، دادرس تحقق شرایط مقرر در مواد ۱-۱۳۱۶ و ۴-۱۳۱۶ کدسیویل در رابطه با اعتبار نوشته با امضای الکترونیک را بررسی می‌کند.

به‌هرحال، قانون فرانسه بر خلاف ایران احراز دقت و صحت سند و داده‌پیام‌های الکترونیک را در اختیار قاضی رسیدگی‌کننده قرار داده و بخصوص ماده ۱-۲۸۸ آئین دادرسی مدنی فرانسه می‌گوید: «هنگامی که امضای الکترونیک از اماره قابل اتکا بودن بهره می‌برد، دادرس در صورتی که عناصر تحت تصرف وی (منظور سایر ادله است که در کدسیویل مدنی قدرت برابری با اسناد را ندارند) توجیه نماید، خلاف این اماره را بیان می‌دارد. بنابراین، می‌توان پذیرفت که در فرانسه اصالت و دقت اسناد و داده‌پیام‌ها علی‌رغم وجود ماده ۱-۱۳۱۶ کدسیویل در دادگاه و با اختیار کامل دادگاه مشخص می‌شود.

بند دوم: ایمنی اسناد الکترونیک

هرچند امکان جعل در اسناد الکترونیک به‌خصوص به کمک دانش فنی امروزی آسان و امکان اختفای آن را فراهم است، اما برای احراز اعتبار یک دلیل الکترونیک اعم از داده‌های و اطلاعات مختلف و اسناد الکترونیک نسبت به سایر ادله، معیارهای متفاوتی به‌کار گرفته می‌شود. برای ترجیح یک دلیل الکترونیک بر سایر ادله لازم است ابتدا اعتبار آن دلیل مشخص شود. مقررات متعددی جهت جلوگیری از جعل و سوء استفاده از اطلاعات اسناد الکترونیکی محرمانه و تضمین امنیت سیستم‌های کامپیوتری وضع شده است. بند ح ماده ۲ (ق.ت.ا.ا.) «سیستم اطلاعاتی مطمئن» را سیستمی دانسته که «به‌نحوی معقول در برابر سوء استفاده و نفوذ محفوظ باشد، سطح معقولی از قابلیت دسترسی و تصدی صحیح را دارا باشد، به‌نحوی معقول متناسب با اهمیت کاری که انجام می‌دهد پیکربندی و سازماندهی شده باشد و در نهایت این که موافق با رویه ایمن باشد».

بند سوم: قابلیت دوام و ثبات

اسناد الکترونیک به مثابه اسناد کاغذی قابل دوامند. امروزه یکی از مشاغل پر درآمد، ذخیره سازی اطلاعات سایبری (بک آپ) است که روز به روز به شیوه‌های مدرن‌تر در محل‌های امن‌تر اعمال می‌شود که از آن جمله «صفحات وب» است که یکی از روش‌های



خاص ذخیره و ارائه اطلاعات محسوب می‌شود^{۱۴}. برخلاف روش‌های قدیمی ذخیره و ارائه اطلاعات که معمولاً اطلاعات را در قالب متن ذخیره و منتقل می‌کنند، صفحه وب یک صفحه گرافیکی ذخیره اطلاعات است که بر اساس نظام فرارسانه‌ای (Hyper media) کار می‌کند. فرارسانه ترکیبی از فرامتن (text Hyper) و چندرسانه‌ای (Multimedia) می‌باشد ادله الکترونیک در این محیط، مشتمل بر تمام داده‌هایی است که تحت هر عنوان در محیط سایبر ذخیره شده‌اند.

فرامتن (متن حساس) متنی است که از سایر متون در صفحه وب متمایز شده است. بدین نحو که اگر با اشاره گر موس به آن اشاره شود، اشاره گر موس به شکل دست اشاره گر درمی‌آید و اگر روی آن کلیک شود، صفحه دیگری از وب بر روی صفحه نمایش رایانه ظاهر می‌شود. به عبارت دیگر، کاربر از طریق فرامتن می‌تواند به صفحات دیگر وب که مرتبط با آن فرامتن هستند دستیابی پیدا کند. ارتباط یک فرامتن به متن‌های دیگر را لینک (پیوند) گویند.

چندرسانه‌ای (مولتی مدیا) نیز ترکیبی از رسانه‌های مختلف مانند صدا، تصویر، فیلم، تصاویر متحرک و متن می‌باشد. این ترکیب ممکن است در هر یک از صفحات وب برای جذابیت و رساندن مفهوم منابع اطلاعاتی ذخیره شده و به کار رفته باشد. برای طراحی و ساخت صفحات وب از زبان نشانه‌گذاری فرامتن (HTML) استفاده می‌شود. بر این اساس اسنادی که در محیط سایبری ایجاد شده‌اند می‌توانند به اندازه خود اسناد کاغذی دارای دوام تلقی شوند؛

اصل ثبات بیان گر این است که اسناد به طور معمول از دخالت عوامل خارجی مصون هستند و هرگونه تغییر بعدی در آن‌ها می‌تواند جعل تلقی شود؛ درحالی که ثبات در اسناد ملموس مانند کاغذی، چوبی، سنگی و امثال آن‌ها راحت‌تر حاصل می‌شود و معمولاً اعمال هرگونه تغییری در آن‌ها اولاً دشوار است و ثانیاً بهتر قابل کشف است، این امر در داده‌پیام بدون تمهیدات خاص قابل حصول نیست و امکان تغییرات درمندرجات آن‌ها به دفعات و بدون آن که نشانه و اثری از خود باقی بگذارند، وجود دارد. ایمنی سامانه‌ها در برابر تغییرات

۱۴. دیانا هولمز، آشنایی با تکنولوژی اطلاعاتی، ترجمه دکتر مجید آذرخش و دکتر جعفر



از سوی اشخاص بیگانه نیز همواره از مسائل اصلی و نگرانی‌های مطرح در ارائه خدمات به‌ویژه آن‌هایی بوده است که مانند بانک‌داری از حساسیت فراوان برخوردارند. ماده ۱۰ قانون نمونه آنسیترال شرایط نگهداری سند الکترونیک را مشخص کرده که می‌توان شروط مندرج در شقوق a تا c بند یک این ماده را به‌عنوان معیاری برای حقوق داخلی ایران نیز در نظر گرفت. بند یک این ماده می‌گوید هرگاه قانون مقرر داشته باشد که اسناد، سوابق یا اطلاعات خاصی نگهداری شوند، آن امر با نگهداری داده‌پیام محقق می‌شود منوط به آن‌که شرایط زیر حاصل شده باشد:

الف- اطلاعات موجود در داده‌پیام قابل دسترسی باشد به نحوی که در مراجعات بعدی بتوان از آن استفاده کرد.

ب- داده‌پیام به همان صورتی که تولید، ارسال یا دریافت شده یا به‌صورتی که بتواند اطلاعات تولید، ارسال یا دریافت شده را ارائه نماید، نگهداری شده باشد.

ج- اطلاعاتی که احیاناً وجود داشته تا مبدأ و مقصد داده‌پیام و تاریخ و زمان ارسال و دریافت را نشان دهد، نگهداری شده باشد.

بند چهارم: قابلیت احراز انطباق

سند الکترونیک مسلم‌الصدور به مثابه سند کاغذی مسلم‌الصدور می‌تواند اساس تطبیق با سایر ادله قرار بگیرد. به طور کلی سند الکترونیک را می‌توان از دو منظر مورد تطابق قرار داد. نخست سندی که بر اساس یک سند عادی تشکیل شده مثل نقشه‌های کاداستر ثبت اسناد که بر اساس حدود ملکی که در اسناد عادی مالکیت درج شده‌اند تشکیل شده‌اند. حال چنان‌چه سند و نقشه کاداستر کامپیوتری اشکالاتی داشته باشد که مساحت یک ملک را کمتر و یا بیشتر از حد معمول نشان دهد، می‌توان با رجوع به اسناد رسمی مالکیت که حدود املاک در آن‌ها مشخص شده، صحت سند الکترونیک را مشخص نمود.

مورد دوم جایی است که سند الکترونیک بر اساس سند کاغذی تشکیل نشده، بلکه نظیر قرارداد الکترونیک بیع مستقیماً در محیط سایبری ایجاد شده‌است. در مورد چنین سندی نیز امکان تطبیق داده پیام‌ها با رکوردها و بک-آپ‌های قبلی ثبت شده از کامپیوتر جهت بررسی اصالت و صحت آن وجود دارد.



بند پنجم: قابلیت احراز انتساب اسناد الکترونیک

انتساب اسناد الکترونیک نیز از طرق متعدد مثل امضای الکترونیک و نیز کنترل سرورهای خدمات دهنده قابل احراز بوده و در ایران نیز پلیس فتا در این خصوص برای رسیدگی به جرایم اینترنتی نقش مهمی را به عهده دارد.

هر چند ماهیت مجازی این نوع اسناد انتساب آن‌ها را به فرد خاصی مشکل می‌سازد، ولی هم از طریق تطبیق داده پیام‌های کامپیوتری و سند مورد بحث و هم از طریق راه-کارهایی نظیر استفاده از امضای الکترونیک (امضای دیجیتال) می‌توان بر این مشکل فائق آمد.^{۱۵} بند ۳ ماده ۱۳۱۶ کدسیویل نوشته الکترونیکی را دارای ارزش اثباتی مساوی با معادل کاغذی آن می‌داند. وفق بند ۴ این ماده تشخیص هویت امضاء کننده، امضای معتبر، بیان‌گر تنفیذ مدرک از سوی شخص اخیر و اثبات‌گر دخالت ارادی او، در تنظیم محتوای سند است. این ماده تصریح دارد که امضا، اعلام قصد شخص بر التزام به قرارداد، به‌شمار می‌آید. نکته مهم، امکان انتساب امضاء به شخص و فعل ارادی امضاکننده به‌هنگام قبول تعهد است. بنابراین، با لحاظ این بند چنین فرض می‌شود که امضا، شرایط فنی و قانونی مقرر در مقررات خاص را داراست.^{۱۶}

علاوه بر امضا الکترونیک می‌توان از طریق بررسی سوابق کامپیوتر شخصی که سند منتسب به او است، صدور یا عدم صدور سند مذکور را مشخص نمود. به‌طور کلی کامپیوتر به‌گونه‌ای توسعه یافته که اگر یک سند از آن صادر شود، امکان پیگیری داده‌هایی ورودی، خروجی و ثبت شده و اطلاعات موجود قبلی از طریق گرفتن بک‌آپ‌های خاص وجود دارد؛ لذا از طریق کامپیوتر یک فرد به‌سادگی می‌توان بررسی کرد که آیا مثلاً در سوابق قبلی کامپیوتر وی خرید اینترنتی از یک سایت مشخص یا صدور یک ای-میل وجود دارد یا خیر و بدین طریق انتساب سند مذکور به آن فرد را مشخص نمود.

۱۵. جمشید نور شرق، امضای الکترونیک، فصل‌نامه حقوق و سیاست، شماره ۱۲، ۱۳۸۸، ص

۱۷۸.

۱۶. همان ۱۸۳.



بند ششم: قابلیت استناد

نخستین سوالی که در رابطه با سند الکترونیک قابل طرح است، امکان و قابلیت استناد و استفاده و یا خارج نویسی این اسناد در دادگاه‌ها می‌باشد. فرآیند معمول و اصلی اثبات ادعا بدین‌گونه است که مدعی با ابراز دلایلی که خود در اختیار دارد، حق ادعایی را اثبات می‌کند؛ اما گاه دلایل اثبات ادعا در اختیار مدعی‌علیه است و مدعی برای پیش‌برد و اثبات ادعای خود به آن‌ها نیاز پیدا می‌کند. در این اوضاع و احوال، بحث اجبار مدعی‌علیه به -افشای اسناد (Production forcée des preuves) مطرح می‌شود. افشای اسناد سازوکاری است که از طریق آن، مدعی مکلف می‌شود اسناد قابل پذیرش و مرتبطی را که در اختیار دارد ارائه کند. در واقع، این اصل فراملی دادرسی مدنی^{۱۷} ناظر به افشای اسناد و اطلاعات الکترونیکی نیز بوده و در برگزیده انواع اطلاعات ذخیره شده الکترونیکی، از قبیل پست الکترونیکی، فایل‌های واژه‌پرداز، پایگاه‌های داده کامپیوتری، صفحات وب، برنامه‌های صفحه گسترده و تقریباً تمام اطلاعات قابل ذخیره در کامپیوتر یا سایر وسایل الکترونیکی است.

یکی از نویسندگان در این رابطه آورده: «اگرچه آن هنگام که محتوای حافظه به‌رویی صفحه نمایشی کاغذ منتقل می‌شود به‌صورت نوشته می‌باشد، ولی روشن است که آن خروجی‌ها اصالت ندارند و تنها نشان‌گر محتوای اطلاعاتی هستند که در حافظه موقت یا دائم کامپیوتر ذخیره شده، به‌صورت نوشته حافظه رایانه هستند. آنچه در حافظه موقت نیست و صرفاً حاصل تأثیراتی است که اختلاف ولتاژ برق روی مواد نیمه هادی که تراشه‌ها را تشکیل می‌دهند باقی می‌گذارد»^{۱۸}. درست است که هنگام کار با رایانه، علائم و کلمات انسانی وارد ماشین می‌شوند، ولی به‌محض فشار روی کلید، یا هر وسیله دیتاها تحت عنوان داده دیگر، آنچه به داخل دستگاه منتقل می‌شود. جریان‌های متفاوت برق و نحوه قرارگرفتن آثار آن‌ها در کنار هم است که در هر حرف و علامتی با دیگری تفاوت

۱۷. مجید غمامی و سید محمد آذین، نقش متقابل دادرسی و اصحاب دعوا در اثبات و ارزیابی امور موضوعی در دادرسی مدنی، فصلنامه حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۸۸، شماره ۲، ص ۲۶۹.

۱۸. امیر صادقی نشاط، اعتبارسنجی اسناد الکترونیک، فصل‌نامه پژوهش حقوق خصوصی، شماره ۸، ۱۳۹۳، ص ۷۴.



می‌کند؛ لذا آن چه روی تراشه یا دیسکت ذخیره می‌شود، هیچ شباهتی به ورودی‌ها ندارد و قابل درک توسط انسان نیست. در این صورت، روشن است که مادام که اطلاعات به صورت ذخیره‌های الکترونیک باشند، عرفاً نمی‌توانند به‌عنوان سند یا نوشته به حساب بیایند.

بدین ترتیب از یک طرف صفحه چاپ شده یا نمایش‌گر اصالت ندارند و مستقلاً سند محسوب نمی‌شوند و از طرف دیگر کیفیت موجود در تراشه رایانه هیچ شباهتی به نوشته ندارد. برای رفع معضل اعتبار بخشی به این وقایع خارجی، آن‌هم تحت عنوان یا معادل سند، نمی‌توان آن را به تفسیرهای گوناگون علمی و قضائی واگذار کرد.^{۱۹}

فصل دوم: جایگاه و ارزش سند الکترونیک در حقوق ایران و فرانسه

به طور جداگانه این فصل را در دو گفتار مربوط به حقوق ایران و فرانسه پی می‌گیریم.

گفتار اول: جایگاه و ارزش سند در حقوق ایران

قانون مدنی با تقسیم سند به عادی و رسمی شرایط اعتبار هر کدام را بیان کرده است، اما در خصوص اسناد الکترونیک حکمی ندارد. قانون تجارت نیز در این زمینه ساکت است هر چند این قانون برای برخی از این اسناد در قالب اسناد تجاری با شرایط و ویژگی‌هایی اعتبار بیشتری نسبت به سند عادی قایل شده است و ماده ۱۶۰ (ق.م.ا.) اصلاً به آن اشاره نکرده است. در حقوق ایران ادله الکترونیک فقط در قانون تجارت الکترونیک تعریف شده است، که شرح آن گذشت. این قانون هر چند تا حدی ابهامات ارزش اثباتی اسناد الکترونیک مرتفع گردیده، لیکن هنوز ارزش اثباتی اسناد الکترونیک در هاله‌ای از ابهام قرار دارد، ضمن این که به نظر می‌رسد قانون‌گذار ایران قصد مقایسه و تطبیق اسناد الکترونیک را با سایر اسناد نداشته است.

به موجب بند ج ماده ۱ آئین‌نامه جمع‌آوری و استنادپذیری ادله الکترونیکی «ارائه داده‌های الکترونیکی عبارت است از در اختیار قراردادن تمام یا بخشی از داده‌های حفظ یا نگهداری شده توسط ارائه دهندگان خدمات دسترسی یا میزبانی یا اشخاصی که داده‌ها را



تحت تصرف یا کنترل دارند». ماده ۱۲ (ق.ت.ا.ا.) ادله الکترونیکی در قالب داده‌پیام را پذیرفته و تصریح دارد به اینکه «در هیچ محکمه یا اداره دولتی نمی‌توان بر اساس قواعد ادله موجود، ارزش اثباتی داده‌پیام را صرفاً به دلیل شکل و قالب آن رد کرد». ممکن است برخی داده‌پیام‌ها در ایران به واسطه اعتباری که قانون گذار برای آن قائل شده ارزش اثباتی در حد اسناد رسمی داشته باشد. در این موارد به موجب ماده ۱۴ (ق.ت.ا.ا.) «کلیه داده‌پیام‌هایی که به طریق مطمئن ایجاد و نگهداری شده‌اند از حیث محتویات و امضای مندرج در آن، تعهدات طرفین یا طرفی که تعهد کرده و کلیه اشخاصی که قائم مقام قانونی آنان محسوب می‌شوند، اجرای مفاد آن و سایر آثار در حکم اسناد معتبر و قابل استناد در مراجع قضائی و حقوقی است». و به موجب ماده ۱۵ همین قانون نسبت به داده-پیام مطمئن، سوابق الکترونیکی مطمئن و امضای الکترونیکی مطمئن انکار و تردید مسموع نیست و تنها می‌توان ادعای جعلیت به داده‌پیام مزبور وارد و یا ثابت نمود که داده-پیام مزبور به جهتی از جهات قانونی از اعتبار افتاده است.

گفتار دوم: در حقوق فرانسه

تقسیم سند به رسمی و عادی در قانون فرانسه نیز وجود دارد. وفق ماده ۱۳۱۷ کدسیویل سند رسمی سندی است که به وسیله مقام رسمی که اختیار صدور چنین سندی را دارد، مشروط به این که نگاشته شده باشد و با تشریفات لازم صادر شود.^{۲۰} برای تعریف سند رسمی و تعیین ارزش و اعتبار آن در حقوق فرانسه باید ابتدائاً اختیار مقامات عمومی که توانایی صدور سند رسمی را دارند، مورد تحلیل قرار داد زیرا مفهوم مخالف این ماده این است که سندی که از سوی مقام رسمی و با رعایت تشریفات قانونی صادر نشده باشد مورد تردید قرار دارد و به خصوص ماده ۱۳۱۸ کدسیویل^{۲۱} سندی که به واسطه عدم رعایت صلاحیت و یا نداشتن اهلیت مقام قانونی و یا عدم رعایت تشریفات قانونی سند رسمی به حساب نمی‌آید را در صورتی که از سوی طرفین امضاء شده

20. L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises.

21. L'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de forme, vaut comme écriture privée, s'il a été signé des parties.



باشد، سندعادی تلقی نموده است.

در رابطه با قدرت اثباتی اسناد عادی و اسناد رسمی مقرر شده که اسناد رسمی یک مدرک معتبر و قطعی در میان طرفین و قائم مقام و نمایندگان ایشان تلقی می‌شوند^{۲۲}؛ اما در مواردی که شکایت کیفری جعل سند رسمی ارائه می‌شود، قدرت اثباتی سند به‌ظاهر جعلی با صدور کیفرخواست به‌حال تعلیق درخواهد آمد و در موارد تعلیق اسناد رسمی دادگاه ممکن است اجرای آن را نیز به‌حالت تعلیق درآورد.

مرز میان ارزش اثباتی اسناد عادی و رسمی در کدسیویل کم‌رنگ‌تر از قانون ایران ترسیم شده است. ماده ۱۳۲۰ کدسیویل اسناد عادی و رسمی را در صورتی که رابطه مستقیم با موضوع داشته باشند، دارای بار و ارزش اثباتی می‌داند و در مواردی که محتوای سند با موضوعات رابطه مستقیم ندارد، ابراز سند تنها می‌تواند شروع به‌اثبات و نه خود اثبات تلقی شود.

در حقوق فرانسه علاوه بر قانون ۱۳ مارس ۲۰۰۰، در کدسیویل نیز اشاراتی به‌سند الکترونیک شده و اسناد الکترونیک را از اعتباری برابر با اسناد عادی برخوردار دانسته است. البته ماده ۱۳۱۷ کدسیویل امکان صدور اسناد رسمی به شیوه الکترونیک را پذیرفته و همین اقدام موضع قانون‌گذار این کشور را با تطبیق اسناد الکترونیک با اسناد عادی و رسمی مشخص نموده است. شورای دولتی فرانسه نیز در آئین‌نامه شماره ۲۷۲-۲۰۰۱ مورخ ۳۰ مارس ۲۰۰۱ با تعریف امضای الکترونیکی و شرایط امضای الکترونیکی مطمئن، زیرساخت تعریف سند رسمی الکترونیکی را بنا نهاد و در ادامه در آئین‌نامه شماره ۹۷۳-۲۰۰۵ مورخ ۱۰ اوت ۲۰۰۵ به‌طور تخصصی و ویژه، به‌نحوه اجرایی کردن سند رسمی الکترونیکی و شرایط نگهداری آن پرداخت^{۲۳}. با این حساب سند الکترونیک در نظام حقوقی فرانسه به شکل رسمی و عادی وجود دارد، اما موضع قانون‌گذار این کشور نسبت به سایر ادله تعیین نشده است. به‌عبارت دیگر، اعتبار سایر ادله الکترونیک نظیر فایل صوتی بیان‌گر اقرار و یا شهادت افراد مشخص نیست. به‌نظر می‌رسد سایر ادله غیر از سند در

22. L'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause.

۲۳. محمد کی‌نیا و مسعود فاطمیان، مطالعه تطبیقی حقوق اسناد الکترونیک در حقوق ایران،

مقررات آنستیرال و حقوق فرانسه، نشریه کانون سردفتران استان قزوین، ۱۱ شهریور ۱۳۹۴.



حقوق فرانسه باید به صورت عادی ارائه شوند.
(ادامه مقاله در شماره بعدی مدرسه حقوق ارائه می گردد.)

منابع:

- آذرنوش آذرتاش، فرهنگ معاصر عربی- فارسی، نشر نی، تهران، ۱۳۷۹
- السان: مصطفی، جایگاه امضای دیجیتالی در ثبت اسناد به شیوه الکترونیکی، تهران، ماه- نامه کانون، سال چهل و هفتم، دوره دوم، اسفند ۱۳۸۳، شماره ۵۵، ص ۶۸.
- جعفری لنگرودی: محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، چاپ ۲۲ سال ۱۳۸۸
- خزایی: سیدعلی، نگرشی نو بر تعارض سند با شهادت در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در فقه امامیه، حقوق مصر و انگلیس، قم، فصل نامه پژوهش نامه حقوق اسلامی، مقاله ۵، دوره ۹، شماره ۲۷، تابستان و پاییز ۱۳۸۷، ص ۱۳۴.
- دیانی: عبدالرسول، ادله اثبات دعوا در امور مدنی و کیفری، تهران، چاپ ششم، انتشارات میزان، ۱۴۰۰
- دوبلفون: زویه لبنان، حقوق تجارت الکترونیک، ترجمه زرکلام: ستار، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهردانش، ۱۳۸۸
- دیانا: هولمز، آشنایی با تکنولوژی اطلاعاتی، ترجمه دکتر مجید آذرخش و دکتر جعفر مهرداد، انتشارات سمت، تهران، چاپ اول، ۱۳۷۷
- زراعت: عباس، حاجی زاده: حمیدرضا، ادله اثبات دعوا، تهران، انتشارات قانون مدار، ۱۳۹۰
- زرکلام: ستار، امضای الکترونیکی و جایگاه آن در نظام ادله اثبات دعوا، تهران، فصل نامه مدرس علوم انسانی- پژوهش های حقوق تطبیقی، بهار ۱۳۸۲، شماره ۲۸، ص ۳۴.
- ساعی: محمد، باباخانی، رضا، بررسی ارزش اثباتی اسناد الکترونیک در ایران، پژوهش نامه حقوق اسلامی، بهار و تابستان ۱۳۹۱، دوره ۱۳، شماره ۳۵، ص ۱۷۷.
- شهبازی نیا: مرتضی، عبدالمهی: محبوبه، احراز اصالت در اسناد الکترونیکی، تهران، فصل نامه مدرس علوم انسانی، زمستان ۱۳۸۸، شماره ۶۳، ص ۱۳۱.
- صادقی نشاط: امیر، اعتبارسنجی اسناد الکترونیک، تهران، فصل نامه پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۳، شماره ۸، پاییز ۱۳۹۳، ص ۷۴.
- صفری: محسن، تعارض میان سند و شهادت در حقوق مدنی ایران و فقه امامیه، تهران، نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران)، تابستان ۱۳۸۱، ش ۵۶، ص ۱۱۳.
- کی نیا: محمد، و فاطمیان: مسعود، مطالعه تطبیقی حقوق اسناد الکترونیکی در حقوق ایران، مقررات آنسیترا ل و حقوق فرانسه نشریه کانون سردفتران استان



قزوین، ۱۱ شهریور ۱۳۹۴

- عرفانی: محمود، حقوق تجارت، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۸۸
- عمروانی: رحمان، بررسی تعارض سند رسمی با سند عادی، تهران، مجله کانون، خرداد و تیر ۱۳۸۷، ش ۸۱ و ۸۲، ص ۶۰
- غمامی: مجید و آذین: سید محمد، نقش متقابل دادرس و اصحاب دعوا در اثبات و ارزیابی امور موضوعی در دادرسی مدنی، تهران، فصلنامه حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۸۸ دوره ۳۹، شماره ۲، ص ۲۶۹
- مولودی: محمد، و فراهانی: رسول، بررسی تطبیقی افشای اسناد و اطلاعات الکترونیکی در ادله اثبات دعوا در حقوق انگلیس، آمریکا و ایران، تهران، فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی وابسته به دانشگاه تربیت مدرس، تابستان ۱۳۹۴، دوره نوزدهم، شماره ۲، ص ۱۴۵
- موحیدیان عطار: مهدی، جرم جعل اسناد الکترونیکی و سوءاستفاده غیرقانونی از آن، پایان نامه دانشگاه پیام نور تهران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، ۱۳۸۵
- نور شرق: جمشید، امضای الکترونیک، تهران، فصلنامه حقوق و سیاست، شماره ۱۲، پاییز و زمستان ۱۳۸۸، ص ۱۷۸
- Cooke, Elizabeth, Modern Studies in Property Law, Hart Publishing, 2003, Vol 2, p169.
- Davi D'Agostino, Greg Wilshusen, Defense Department Cyber Efforts: DOD Faces Challenges in Its Cyber Activities, DIANE Publishing, 2011
- De Bellefonds, Xavier Linant, Computer law in the millenium perspective, Publibook, 2001
- Donovan, James Michael, Juries and the Transformation of Criminal Justice in France in the Nineteenth & Twentieth Centuries, Carolina, University of North Carolina Press: 2010
- Kinsella, N. Stephan, F. Simpson, Andrew, Online Contract Formation, Oceana Publications, 2004
- Mougenot, Dominique, La prevue, Larcier publishers, 2002
- Ploug, Thomas, Ethics in Cyberspace: How Cyberspace May Influence Interpersonal Interaction, Ballerup Denmark, Springer pub: 2009



اختلاف بعد از رفع اختلاف؛

رای وحدت رویه ۷۸۴ مورخ ۲۶/۹/۹۸

سید وحید صادقی^۱

چکیده

قانون گذار تحت شرایطی این اجازه را به طلبکار داده که با مراجعه به اداره ثبت اقدام به توقیف اموال بدهکار نماید. در این صورت ممکن است اشخاص ثالثی مدعی حق بر مال توقیف شده باشند. برای مثال ادعا کنند که قبل از توقیف مال به موجب مبایعه نامه عادی اقدام به خرید مال از مالک نمودند. حال صلاحیت رسیدگی به این ادعا با کدام مرجع است؟ رئیس اداره ثبت و یا دادگستری به عنوان مرجع عام تظلم خواهی؟ موضوعی که یکبار توسط هیئت عمومی دیوان عالی کشور اتخاذ تصمیم شد و مرجع صالح برای رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی را رئیس ثبت محل تعیین کرده است. ولی در همان رای قید شده است در مواردی که ثالث نسبت به مال توقیف شده ادعای حق نماید این امر مانع از مراجعه او به دادگاه صالح و اقامه دعوی برای اثبات حقانیت خود نیست. بنابراین با توجه به اینکه مطابق رای وحدت رویه طرح شکایت از عملیات اجرایی تحت هر عنوانی در صلاحیت اداره ثبت است، این سوال مطرح است که ثالث تحت چه خواسته ای اقدام به طرح دعوا در محاکم دادگستری نماید؟ این سوالی است که در این مقاله در پی پاسخ به آن هستیم.



مقدمه

ماده ۱۶۹۹ آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی مصوب ۱۳۸۷ این گونه مقرر می‌دارد: «عملیات اجرائی بعد از صدور دستور اجرا (مهر اجرا شود) شروع و هر کس (اعم از متعهد سند و هر شخص ذینفع) که از عملیات اجرائی شکایت داشته باشد می‌تواند شکایت خود را با ذکر دلیل و ارائه مدارک به رئیس ثبت محل تسلیم کند و رئیس ثبت مکلف است فوراً رسیدگی نموده و با ذکر دلیل رأی صادر کند. نظر رئیس ثبت به هر حال برابر مقررات به اشخاص ذینفع ابلاغ می‌شود و اشخاص ذینفع اگر شکایتی از تصمیم رئیس ثبت داشته باشند می‌توانند ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ شکایت خود را به ثبت محل و یا هیئت نظارت صلاحیت دار تسلیم نمایند تا قضیه برابر بند ۸ ماده ۲۵ اصلاحی قانون ثبت در هیئت نظارت طرح و رسیدگی شود.»

حال شخص ثالثی که به موجب سند عادی مدعی مالکیت مال توقیف شده است در کدام مرجع باید طرح دعوا نماید؟ برخی محاکم به استناد ماده ۱۶۹۹ فوق الذکر قائل به صلاحیت رئیس اداره ثبت شدند و در مقابل برخی دادگاه‌ها با توجه به ترافعی بودن موضوع و نیاز بررسی قضائی در این خصوص به صلاحیت دادگستری به عنوان مرجع عام تظلم خواهی نظر دادند. نهایتاً دیوان عالی کشور در سال ۹۸ در مقام حل تعارض بین آرا مبادرت به صدور رای وحدت رویه نمود.

رای وحدت رویه ۷۸۴ مورخ ۹۸/۹/۲۶

با توجه به اهمیت رای وحدت رویه در موضوع مقاله، ابتدا اشاره ای به رای وحدت رویه می‌کنیم:

الف: گزارش پرونده: احتراماً معروض می‌دارد: طبق گزارش رئیس محترم شعبه چهل و سوم دیوان عالی کشور در مورد ابطال عملیات اجرایی در پرونده‌های اجرایی اداره ثبت که با درخواست رفع توقیف همراه می‌باشند از سوی این شعبه و شعبه سوم دیوان عالی کشور آراء متفاوت صادر شده است که جریان امر به شرح زیر است:

الف) حسب محتویات پرونده ۹۵۰۰۰۳ شعبه سوم دیوان عالی کشور، در تاریخ ۱۵/۱۱/۱۳۹۴ یدالله... به وکالت از یونس... علیه وحید... و جواد... در دادگستری مرنده اقامه دعوی و درخواست رسیدگی و صدور حکم به ابطال عملیات اجرایی موضوع پرونده



۹۳۰۰۱۳۷ اداره ثبت مرند و توقیف آن را کرده است و توضیح داده وحید... در قبال طلب خود از جواد... یک دستگاه کانتینر شماره شهربانی ۲۵-۷۳۴ع۱۶ را توقیف نموده در حالی که خودرو مزبور در مورخه ۱۲/۱۲/۸۹ به موکل واگذار شده است و او مالک است. شعبه چهارم دادگاه عمومی مرند به آن رسیدگی و طی دادنامه شماره ۱۳۵۲-۱۵۳۹۰-۹۴۰۹۹۷۴-۹۴/۱۱/۹۴ مستنداً به ماده ۱۶۹ آیین نامه اجرایی مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا مرجع رسیدگی به اعتراض ثالث نسبت به عملیات اجرایی ثبت و ابطال آن را در صلاحیت اداره ثبت مرند دانسته و با صدور قرار عدم صلاحیت پرونده را در اجرای ماده ۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی به دیوان عالی کشور ارسال نموده است.

هیئت شعبه در تاریخ بالا تشکیل گردید پس از قرائت گزارش عضو ممیز و ملاحظه اوراق پرونده مشاوره نموده طبق دادنامه ۱۰۰۰۱۹ - ۲۴/۱/۹۵ چنین رأی می‌دهند: «با توجه به خواسته و توضیحات خواهان در دادخواست تقدیمی قرار صادره از دادگاه منطبق با محتویات پرونده و قوانین موضوعه است و طبق ماده ۸ قانون اصلاح بعضی از قوانین ثبتی و ماده ۱۶۹ آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی رسیدگی به شکایت در صلاحیت رئیس ثبت اسناد و املاک مربوطه است. مستنداً به ماده ۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی قرار صادره نتیجتاً تأیید می‌گردد.»

ب) بر اساس محتویات پرونده ۹۸۰۴۶۵ شعبه چهل و سوم دیوان عالی کشور، شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی مریوان طی دادنامه شماره ۲۰۱۷۵۳-۱۰/۶/۹۸ در خصوص دعوی مطروحه از سوی خواهان به طرفیت خواندگان به خواسته اعتراض به توقیف یک دستگاه اتومبیل پراید و با ادعای مالکیت نسبت به آن که خودرو مذکور از سوی شهرداری مریوان برابر اجرائیه صادره از اداره ثبت مریوان توقیف شده است، با استناد به ماده ۱۶۹ آیین نامه اجرایی مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرای اداره ثبت و... قرار عدم صلاحیت خود را به اعتبار رسیدگی رئیس اداره ثبت مریوان صادر و پرونده را در اجرای ماده ۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی به دیوان عالی کشور ارسال نموده که با ارجاع آن به این شعبه و ثبت و تکمیل پرونده توسط دفتر، پس از بررسی محتویات پرونده و قرائت گزارش عضو ممیز و انجام مشاوره به شرح زیر به صدور دادنامه ۹/۷/۹۸-۴۹۵ مبادرت کرده است: «قرار عدم صلاحیت صادره از شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی مریوان که طی آن به صلاحیت رسیدگی اداره ثبت مریوان اظهار نظر شده است موجه و صحیحاً صادر نشده است زیرا ماده ۱۶۹ آیین نامه اجرایی اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرای اداره ثبت ناظر به پس



از صدور دستور اجرا و در مرحله عملیات اجرایی و نحوه آن است و موضوع منصرف از ادعای خواهان که در واقع درخواست ابطال اجرائیه را نموده و با ادعای مالکیت نسبت به خودرو موضوع دعوی که یک امر ترافیعی است و نیاز به بررسی و تحقیق قضائی دارد با مواد قانون اصلاح بخشی از مواد قانون ثبت منطبق است و افزون بر آن با توجه به صلاحیت عام محاکم دادگستری در رسیدگی به دعاوی مطروحه، لذا قرار عدم صلاحیت صادره را قابل تأیید ندانسته و پرونده را جهت ادامه رسیدگی به شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی مریوان ارجاع می‌نماید.»

چون به ترتیب مذکور در فوق با اختلاف استنباط از ماده ۸ قانون اصلاح بعضی از قوانین ثبتی و ماده ۱۶۹ آئین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا از شعب مختلف دیوان عالی کشور آراء متفاوت صادر شده است لذا در اجرای ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری بررسی موضوع را برای صدور رأی وحدت رویه قضائی درخواست می‌نماید.

معاون قضائی دیوان عالی کشور - حسین مختاری

ب: نظریه نماینده دادستان کل کشور: در خصوص پرونده وحدت رویه قضائی ردیف ۹۸/۵۱ هیئت عمومی دیوان عالی کشور به نمایندگی از دادستان محترم کل کشور به شرح آتی اظهار عقیده می‌گردد:

۱- حسب محتویات پرونده کلاسه ۹۵۰۰۰۳ شعبه سوم دیوان عالی کشور، قرار عدم صلاحیت صادره از شعبه چهارم دادگاه عمومی مرنده نسبت به دعوی ابطال عملیات اجرایی ثبتی و توقیف آن به صلاحیت اداره ثبت مرنده طی دادنامه شماره ۱۰۰۰۱۹ مورخ ۲۴/۱/۹۵ تأیید و حسب محتویات پرونده کلاسه ۹۸۰۴۶۵ شعبه چهل و سوم دیوان عالی کشور قرار عدم صلاحیت صادره از شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی مریوان نسبت به دعوی اعتراض به توقیف یک دستگاه اتومبیل پراید و با ادعای مالکیت نسبت به آن، به صلاحیت رئیس اداره ثبت مریوان طی دادنامه شماره ۴۹۵ مورخ ۹/۷/۹۸ غیرقابل تأیید دانسته و پرونده را جهت ادامه رسیدگی به مرجع صادرکننده اعاده نموده است.

لذا با توجه به عنوان خواسته‌های مطروحه به نظر می‌رسد تشابه موضوعی مورد نیاز جهت طرح در هیئت عمومی دیوان عالی کشور وجود ندارد. در پرونده امر شعبه سوم دیوان عالی کشور خواسته دیگری تحت عنوان توقیف عملیات اجرایی مطرح شده است که در پرونده امر شعبه چهل و سوم چنین خواسته‌ای مطرح نگردیده است، حال آنکه



صرف طرح چنین دعوایی بدون اقامه دعوی ابطال اجراییه مستلزم صدور قرار عدم استماع از ناحیه محاکم است. مضافاً یکی از قرارها به صلاحیت رئیس ثبت و در دیگری اداره ثبت قید شده است و مفاد استدلال منعکس در آراء مؤید اختلاف در موضوعات مطروحه است.

۲- اکنون که نظر اعضای محترم هیئت عمومی دیوان عالی کشور بر مشابه بودن موارد می‌باشد به موجب ماده ۸ قانون اصلاح بعضی از مواد قانون ثبت و قانون دفاتر رسمی مصوب ۲۷/۶/۱۳۲۲ و ماده ۱۶۹ آیین نامه اجرایی آن رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی ثبتی در صلاحیت ابتدایی رئیس ثبت محل می‌باشد و با وجود نص صریح مذکور، استفاده از کلمات دیگری به جای شکایت، اعم از اعتراض یا ابطال، نافی این صلاحیت نیست و به هر علت نباید نظم حقوقی موجود که مبتنی بر قانون می‌باشد، در فرآیند اجرای اسناد لازم‌الاجرا مخدوش گردد.

۳- هم منطق حقوقی و هم منطق مدیریتی، ایجاب می‌کند که به اشکالات ناشی از عملیات اجرایی که عمدتاً ماهیت اجرایی دارند در نهاد اجراکننده رسیدگی شود و آلا هیچ فرآیند اجرایی بدون انسجام لازم به نتیجه نمی‌رسد.

۴- مشکل موجود ناظر بر زمانی است که شخص معترض ثالث به عملیات اجرایی ثبتی فاقد سند رسمی برای اثبات ادعای خویش است و در هر دو پرونده مطروحه این امر محرز است و اصولاً رؤسای ادارات ثبت، چنین اعتراضاتی را رد می‌کنند و معترضان به محاکم مراجعه و جهت جلوگیری از عملیات اجرایی اقامه دعوی می‌کنند. راه حل قضیه این است که در چنین وضعیت‌هایی اشخاص ثالث با اقامه دعوی اصلی مربوط به هر موضوع، از ظرفیت دستور موقت که تأسیسی عام محسوب می‌گردد استفاده نمایند. مثلاً در موضوعات مطروحه می‌توانند دعوی اثبات وقوع بیع و اثبات مالکیت مطرح نمایند.

لذا با عنایت به ضرورت اجرای قانون، می‌توان در رأی وحدت رویه صادره ضمن اهتمام و تأکید بر صلاحیت رئیس ثبت، بر حق معترض ثالث به اقامه دعوی ماهوی لازم در محاکم و استفاده از ظرفیت دستور موقت، بر اختلاف نظرهای سنتی موجود در این زمینه پایان داد. علی‌هذا رأی صادره از شعبه محترم سوم دیوان عالی کشور مبنی بر تأیید صلاحیت رئیس ثبت محل جهت رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی مطابق موازین قانونی صادر گردیده و مورد تأیید است.

ج: رأی وحدت رویه شماره ۱۳۹۸/۹/۲۶-۷۸۴ هیئت عمومی دیوان عالی کشور



نظر به این که طبق ماده ۸ قانون اصلاح بعضی از مواد قانون ثبت و قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۲۲/۶/۲۷ ترتیب شکایت از طرز عمل و اقدامات اجرایی و مرجع رسیدگی به آن و به طور کلی آنچه برای اجرای اسناد رسمی لازم است طبق آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی مصوب ۱۳۸۷/۶/۱۱ ریاست قوه قضائیه است و ماده ۱۶۹ این آیین نامه، مرجع صالح برای رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی را رئیس ثبت محل تعیین کرده است و در مواردی که ثالث نسبت به مال توقیف شده ادعای حق نماید این امر مانع از مراجعه او به دادگاه صالح و اقامه دعوی برای اثبات حقانیت خود نیست، بنابراین، رأی شعبه سوم دیوان عالی کشور که بر این مبنا صادر شده است، به اکثریت آراء اعضای حاضر صحیح و قانونی تشخیص داده می شود و طبق ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاهها و سایر مراجع اعم از قضائی و غیر آن لازم الاتباع است.

خواسته صحیح در مراجعه ثالث به محاکم

طبق رأی وحدت رویه فوق الذکر: «ترتیب شکایت از طرز عمل و اقدامات اجرایی و مرجع رسیدگی به آن و به طور کلی آنچه برای اجرای اسناد رسمی لازم است، طبق آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا و طرز رسیدگی به شکایات از عملیات اجرایی مصوبه ۸۷/۶/۱۱ ریاست قوه قضائیه است و ماده ۱۶۹ این آیین نامه مرجع صالح برای رسیدگی به شکایات از عملیات اجرایی را رئیس ثبت محل تعیین کرده است» فلذا اساساً امکان طرح دعوا اعتراض به عملیات اجرایی ثبت و اعتراض به بازداشت ملک در دادگاه عمومیحقوقی وجود نداشته و طرح چنین دعاوی طبق ماده ۱۶۹ آیین نامه اجرایی مفاد اسناد رسمی صرفاً در صلاحیت رئیس ثبت اسناد و املاک محل ملک می باشد و دادگاه عمومی حقوقی از صلاحیت ذاتی رسیدگی به این نوع دعاوی برخوردار نیست تا بتوان این نوع خواسته در دادگاه عمومی حقوقی مطرح گردد.

علی رغم عدم امکان طرح دعوی اعتراض به عملیات اجرای ثبت در دادگاه عمومی حقوقی، طبق قسمت اخیر رأی وحدت رویه ۷۸۴ «در مواردی که ثالث نسبت به مال توقیف شده ادعای حق نماید این امر مانع از مراجعه او به دادگاه صالح به اقامه دعوی برای اثبات حقانیت خود نیست»



حال سوال اصلی آن است که خواسته شخص ثالث در مراجعه به محاکم تحت چه عنوانی باشد؟

در برخی موارد بعد از صدور رای وحدت رویه خواسته جدیدی تحت عنوان «اعتراض ثالث به عملیات اجرائی در پرونده ثبتی» مطرح می‌گردد که برخی شعب آن را در صلاحیت ادراه ثبت و برخی در صلاحیت دادگاه می‌دانند برای مثال در دو پرونده، دادگاه بدوی در خصوص همین موضوع با صالح دانستن رئیس ادراه ثبت و نفی صلاحیت از خود پرونده را به دیوان عالی کشور ارسال نموده است. شعبه ۲۸ دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۱۴۰۰۶۳۹۰۰۰۵۵۵۵۵۸ مورخ ۱۴۰۰/۷/۲۹ اینگونه مبادرت به انشاء رای نموده است: «با توجه به مراتب فوق نظر به اینکه استدلال شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان.... در صدور قرار عدم صلاحیت صحیح و منطبق با موازین قانونی نمی‌باشد توجهها به ماده ۲۸ و تبصره ذیل ماده ۲۷ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی ضمن نقض قرار مذکور با اعلام صلاحیت همان دادگاه تعیین صلاحیت می‌گردد زیرا موضوع ادعای مالکیت بوده و نیازمند رسیدگی قضائی است.»

در مقابل شعبه هفدهم دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۱۴۰۰۶۳۹۰۰۰۶۱۶۵۱۳ مورخ ۱۴۰۰/۸/۲۶ در این خصوص اینگونه مبادرت به رای نموده است: «در خصوص دادنامه شماره ۱۴۰۰-۰۱۸۴۴۵۹۲ مورخ ۱۲/۷ شعبه ۴ دادگاه عمومی حقوقی شهرستان.... که به موجب آن در خصوص خواسته خواهان، رئیس اداره ثبت اسناد و املاک محل را صالح به رسیدگی دانسته است، مستندا به ماده ۸ قانون اصلاح برخی از مواد قانون ثبت و دفاتر اسناد رسمی و رای وحدت رویه شماره ۷۸۴ مورخ ۹۸/۹/۲۶ هیئت عمومی دیوان عالی کشور و ماده ۱۶۹ آیین نامه اجرا مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرائی و در اجرای ماده ۲۸ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی، ضمن موافقت با اعلام صلاحیت مرجع مزبور قرار صادره تایید می‌شود»

به نظر می‌رسد با توجه به رای وحدت رویه که خواسته‌های «ابطال عملیات اجرایی» و «اعتراض به توقیف یک دستگاه اتومبیل» را در صلاحیت محاکم ندانسته و رای شعبه سوم دیوان در صالح دانستن رئیس اداره ثبت را قانونی تشخیص داده است، دعوی «اعتراض ثالث به عملیات اجرائی در پرونده ثبتی» نیز در صلاحیت محاکم نیست. اما خواسته ای که به نظر صحیح می‌باشد دعوی ثالث تحت عنوان تنفیذ مبیعه



نامه و یا اثبات مالکیت است. همان طور که در نظریه نماینده دادستان کل کشور در رأی وحدت رویه فوق الذکر صراحتاً و دقیقاً آمده است: «مشکل موجود ناظر به زمانی است که شخص معترض ثالث به عملیات اجرایی ثبت، فاقد سند رسمی برای اثبات ادعای خویش است و اصولاً رؤسای ادارات ثبت چنین اعتراضی را ردّ می کنند؛ راه حل قضیه این است که در چنین وضعیت‌هایی اشخاص ثالث با اقامه دعوی اصلی مربوط به هر موضوع از ظرفیت دستور موقت که تاسیس عام محسوب می گردد استفاده نمایند؛ مثلاً در موضوعات مطروحه می توانند دعوی «اثبات وقوع بیع و اثبات مالکیت» مطرح نمایند.»

گزارش یک پرونده

در پرونده ای خواهان مدعی خرید شش دانگ مغازه متعلق به خواننده ردیف اول به موجب سند عادی می شود. همسر خواننده ردیف اول بابت طلب ناشی از مهریه مبادرت به توقیف مغازه در اداره ثبت می نماید. خواننده خواسته‌های ذیل را مطرح می کند: ۱- دستور موقت مبنی بر توقف عملیات اجرایی موضوع پرونده اجرایی شماره.... ۲- اثبات مالکیت ۳- اثبات وقوع بیع مورخ ۹۸/۹/۳۰ ۴- الزام به تنظیم سند

رای بدوی

شعبه ۲۳ حقوقی اصفهان در دادنامه شماره ۸۳۸۲۸۳۸/۰۰۹۳۹۰۰۰۱۴۰۰ مورخ ۱۴۰۰/۸/۴ اینگونه مبادرت به صدور رای نمود: «...نظر به اینکه حسب استعلام واصله ملک موصوف توسط شعبه اول اجرای اسناد رسمی در بازداشت می باشد و خوانسته خواهان ملازم با اعتراض به بازداشت ملک می باشد که به عنوان یک خواسته مستقل درخواست نگردیده است و با لحاظ توقیف بودن ملک خوانسته خواهان قابل اجابت نمی باشد لذا مستند به ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی قرار عدم استماع دعوی خواهان را صادر و اعلام می نماید...»

از این رای تجدیدنظر خواهی گردید و پرونده به شعبه ۲۶ تجدیدنظر استان اصفهان ارجاع گردید. در ذیل ابتدا لایحه ارائه شده در مقام تجدیدنظر خواهی و سپس رای تجدیدنظر آورده خواهد شد.



لایحه تجدیدنظر خواهی

ریاست و مستشاران محترم دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان

با سلام و احترام؛

جهت احقاق حقوق حقه موکل ضمن تجدیدنظر خواهی از رأی صادره از شعبه ۲۳ دادگاه عمومی حقوقی اصفهان که در تاریخ ۰۹/۰۸/۱۴۰۰ ابلاغ گردید مطالب ذیل را به استحضار آن عالی مقامان می‌رساند:

علت صدور قرار عدم استماع دعوا از سوی مرجع محترم بدوی چنین بیان گردیده است که: «نظر به این که حسب استعلام واصله ملک موصوف توسط شعبه اول اجرای اسناد رسمی در بازداشت می‌باشد و خواسته خواهان ملازم با اعتراض به بازداشت ملک می‌باشد که به عنوان یک خواسته مستقل درخواست نگردیده است و با لحاظ توقیف بودن ملک خواسته خواهان قابل اجابت نمی‌باشد.» این در حالی است که این ایراد به دلایل ذیل وارد نیست.

۱ - طبق رأی وحدت رویه ۷۸۴ هیئت عمومی دیوان عالی کشور مصوب ۰۵/۱۱/۱۳۹۸: «ترتیب شکایت از طرز عمل و اقدامات اجرایی و مرجع رسیدگی به آن و به طور کلی آنچه برای اجرای اسناد رسمی لازم است، طبق آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا و طرز رسیدگی به شکایات از عملیات اجرایی مصوبه ۱۱/۰۶/۱۳۷۶ ریاست قوه قضائیه است و ماده ۱۶۹ این آیین نامه مرجع صالح برای رسیدگی به شکایات از عملیات اجرایی را رئیس ثبت محل تعیین کرده است» فلذا اساساً امکان طرح دعوا اعتراض به عملیات اجرایی ثبت و اعتراض به بازداشت ملک در دادگاه عمومی حقوقی وجود نداشته و طرح چنین دعاوی طبق ماده ۱۶۹ آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی صرفاً در صلاحیت رئیس ثبت اسناد و املاک محل ملک می‌باشد و دادگاه عمومی حقوقی از صلاحیت ذاتی رسیدگی به این نوع دعاوی برخوردار نیست تا بتوان این نوع خواسته در دادگاه عمومی حقوقی مطرح گردد.

۲ - علی‌رغم عدم امکان طرح دعاوی اعتراض به عملیات اجرای ثبت در دادگاه عمومی حقوقی، طبق قسمت اخیر رأی وحدت رویه ۷۸۴ «در مواردی که ثالث نسبت به مال توقیف شده ادعای حق نماید این امر مانع از مراجعه او به دادگاه صالح به اقامه دعوی برای اثبات حقانیت خود نیست» همان طور که در نظریه نماینده دادستان کل کشور در رأی وحدت رویه فوق الذکر صراحتاً و دقیقاً آمده است: «مشکل موجود ناظر به زمانی است



که شخص معترض ثالث به عملیات اجرایی ثبت، فاقد سند رسمی برای اثبات ادعای خویش است و اصولاً رؤسای ادارات ثبت چنین اعتراضی را رد می‌کنند؛ راه‌حل قضیه این است که در چنین وضعیت‌هایی اشخاص ثالث با اقامه دعوی اصلی مربوط به هر موضوع از ظرفیت دستور موقت که تاسیس عام محسوب می‌گردد استفاده نمایند؛ مثلاً در موضوعات مطروحه می‌توانند دعوی «اثبات وقوع بیع و اثبات مالکیت» مطرح نمایند و همان گونه که ملاحظه می‌گردد در دعوی مطروحه نیز هم دستور موقت هم اثبات وقوع بیع و هم اثبات مالکیت به‌عنوان خواسته مطرح گردیده است و از این نظر دادخواست مطروحه خالی از ایراد بوده و قابل رسیدگی و صدور رای می‌باشد.

۳ - توقیف بودن ملک نهایتاً می‌تواند دلیلی برای عدم اجابت خواسته الزام به تنظیم سند رسمی باشد و به‌هیچ‌عنوان خللی به خواسته‌های دیگر از جمله اثبات وقوع بیع و اثبات مالکیت وارد نخواهد کرد فلذا نمی‌توان با این استدلال که ملک در توقیف است، از رسیدگی به خواسته اثبات وقوع بیع امتناع ورزید.

البته با توجه به خواننده قراردادن ذینفع بازداشت، خواسته الزام به تنظیم نیز باید رسیدگی شود و دادگاه با صدور حکم در ماهیت امر یعنی اثبات مالکیت و الزام به تنظیم سند رسمی اسباب رفع بازداشت را که دستور اداری هست مهیا می‌کند، در این راستا بعد از صدور حکم اداره ثبت مکلف است از بازداشت رفع اثر کند. لازم به ذکر است اساساً خواسته ای تحت عنوان «اعتراض به بازداشت ملک» بی معنا است، زیرا در دعوی حقوقی، خواسته، اثبات یا ابطال یک واقعه است که مورد اثبات یا نفی دادگاه قرار می‌گیرد. اعتراض به بازداشت ملک که یک تصمیم اداری هست نه می‌تواند خواسته باشد و نه نفی یا اثبات قابلیت صدور حکم دارد به عنوان مثال در دادگاه می‌توان ابطال یک واقعه را خواست، چنانچه ابطال عملیات اجرای ثبت را سابقاً دادگاه‌ها حکم می‌دادند و یا ابطال اجرائیه. ولی خواسته ای تحت عنوان اعتراض به دستور بازداشت خواسته تلقی نمی‌شود و از طرف دیگر از سوی دادگاه نفی یا اثبات قابلیت صدور حکم ندارد. وقتی خواسته الزام به تنظیم سند مطرح می‌شود اداره ثبت مکلف به یک سری مقدمات می‌باشد، برای مثال سند قبلی را باطل کرده و سند جدید صادر کند و... این مقدمات هیچ گاه در یک خواسته جدا مطرح نمی‌شود بلکه از آثار حکم الزام به تنظیم سند رسمی است. در مانحن فیه نیز با صدور حکم به الزام به تنظیم



سند در پرونده ای که انتقال دهنده و ذینع بازداشت طرف هستند، اداره ثبت جهت تنظیم سند مکلف به رفع بازداشت از ملک و لغو دستور اداری خود است. فلذا با توجه به مطالب معنونه و جهت احقاق حقوق حقه موکل و جلوگیری از تضییع حقوق ایشان، از آن مرجع عالی نقض رأی صادرشده و دستور به شروع و ادامه رسیدگی ماهوی به پرونده مورد استدعاست.

رای تجدیدنظر

«...در خصوص تجدیدنظر خواهی آقای... از دادنامه شعبه ۲۳ دادگاه عمومی حقوقی اصفهان که متضمن صدور قرار عدم استماع دعوی تجدیدنظرخواه به اثبات وقوع بیع و مطالبه خسارت دادرسی می باشد دادگاه نظر به اینکه احکام محاکم فصل الخطاب اشخاص بوده و رسیدگی به موضوع عنوان شده دلیل و مقدمه جهت اعتراض نامبرده به طرز رسیدگی از عملیات اجرایی به رئیس اداره ثبت اسناد و املاک می باشد، بنابراین مستندا به ماده ۳۵۳ قانون آیین دادرسی مدنی، دادنامه تجدیدنظر خواسته را نقض و جهت ادامه رسیدگی به دادگاه محترم بدوی اعاده می گردد. تجدیدنظر خواهی نامبرده نسبت به آن قسمت از دادنامه یادشده که متضمن صدور قرار عدم استماع دعوی تجدیدنظر خواه به خواسته اثبات مالکیت و الزام به تنظیم سند رسمی می باشد دادگاه نظر به اینکه ملک ثبت و سند صادر و اثبات مالکیت در مورد ملک ثبت شده قابل پذیرش نبوده و از طرفی انتقال مال توقیف شده ممنوع است و با عنایت به اینکه دادنامه در این قسمت از حیث نتیجه به درستی صادر و تجدیدنظر خواه ایراد و اعتراض موجه و موثر و دلیلی که خللی به دادنامه صادره وارد نماید بعمل نیاورده و از جهت رعایت اصول و تشریفات دادرسی نیز ایرادی وارد نیست بنابراین تجدیدنظر خواهی را وارد ندانسته و با رد تجدیدنظر خواهی مستند به ماده ۳۵۳ قانون آیین دادرسی مدنی دادنامه تجدیدنظر خواسته تایید و استوار می گردد...»

در پایان به یک نشست کمیسیون ماهانه قضائی با موضوع درخواست معترض ثالث به اجرای اسناد لازم الاجرای اداره ثبت اشاره می شود:

سوال - رسیدگی به درخواست معترض ثالث به اجرای اسناد لازم الاجرای اداره ثبت، نسبت به توقیف ملک یا مال دیگر به استناد اسناد عادی، در صلاحیت محاکم دادگستری است یا اداره ثبت؟



پاسخ: نظریه اول (اکثریت):

با توجه به اینکه دادگستری مرجع عام رسیدگی به تظلمات می‌باشد بنابراین در فرض سوال که شخص ثالث به استناد سند عادی نسبت به مالی توقیف شده ادعای حقی می‌نماید اعتراض به توقیف و تقاضای رفع توقیف از آن مال با توجه به مطالب و مواد قانونی که بیان شد از جمله مواد ۸۷ و ۱۶۹ و ۸۸ و ۹۶ آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا و ماده ۸ قانون اصلاح موادی از قانون ثبت موضوع در صلاحیت دادگاه می‌باشد و نظریه شماره ۲۲۰۶/۷ مورخ ۷/۱۱/۱۳۹۱ اداره حقوقی قوه قضائیه نیز موید این نظر می‌باشد.

نظریه دوم (اقلیت):

با توجه به اینکه در وضعیت فعلی در نظام حقوقی ما مواجه با رای وحدت رویه شماره ۷۸۴ مورخ ۹۸/۹/۲۶ دیوان عالی کشور می‌باشیم که مقرر می‌دارد: «مرجع صالح برای رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی را رئیس ثبت محل تعیین کرده است و در مواردی که ثالث نسبت به مال توقیف شده ادعای حق نماید این امر مانع از مراجعه او به دادگاه صالح و اقامه دعوی برای اثبات حقانیت خود نیست.» و چون این رای وحدت رویه به عنوان یکی از منابع حقوقی در کشور ما می‌باشد و آرای وحدت رویه نیز برای دادگاه‌ها لازم‌الاتباع می‌باشند بنابراین در این رای به نوعی برای مرجع ثبتی ایجاد صلاحیت نموده است.

نظریه سوم (سایر):

اگر دعوای اعتراض ثالث نسبت به توقیف مال که مستند به سند عادی می‌باشد مستقیماً در اداره ثبت اقامه شده باشد با توجه به رای وحدت رویه مذکور رئیس اداره ثبت صلاحیت رسیدگی به موضوع را دارد و اگر دعوای مذکور در دادگاه اقامه شده باشد دادگاه نیز با عنایت به اینکه مرجع عام رسیدگی به تظلمات می‌باشد و اصل بر صلاحیت دادگاه‌ها در رسیدگی به دعوای می‌باشد و در رای وحدت رویه شماره ۷۸۴ مورخ ۹۸/۹/۲۶ نیز نفی صلاحیت از دادگاه نشده است؛ به طوری که در قسمتی از رای مذکور آمده است «... و در مواردی که ثالث نسبت به مال توقیف شده ادعای حق نماید این امر مانع از مراجعه او به



دادگاه صالح و اقامه دعوا برای اثبات حقانیت خود نیست.» این ایراد هم که برای موضوع واحد دو مرجع رسیدگی یکی دادگاه و دیگر رئیس اداره ثبت همزمان نمی‌تواند وجود داشته باشد نیز با توجه به اینکه رای وحدت رویه دیوانعالی کشور به عنوان یکی از منابع حقوق در کشور ما چنین صلاحیتی برای مرجع ثبتی ایجاد نموده است وارد نمی‌باشد چنانچه در موارد مشابه از جمله برای وصول وجه چک دارنده چک می‌تواند هم از طریق اجرای ثبت و هم مراجع کیفری و هم از طریق اقامه دعوی حقوقی نسبت به وصول وجه چک اقدام نماید.

نتیجه

به نظر می‌رسد با توجه به رای وحدت رویه ۷۸۴ معترض ثالث باید اقدام به طرح دعوا اثبات وقوع بیع نموده و بعد از اثبات این موضوع در محاکم، اعتراض خود را نسبت به عملیات اجرائی به رئیس اداره ثبت تقدیم نماید و رئیس اداره ثبت به موجب حکم قطعی محاکم مالکیت معترض ثالث را پذیرفته و اقدام به پذیرش خواسته معترض ثالث نماید.



تأملی بر توسیع قلمرو اعطای پروانه کارآموزی و کالت بدون آزمون

سهراب نشاسته ریز^۱

امروزه پذیرفته شدن در آزمون کارآموزی و کالت به عنوان یک قاعده، شرط بنیادین ورود به دوره کارآموزی و سپس اخذ پروانه و کالت پایه یک دادگستری تلقی می‌گردد. با این حال مقنن وقت بنا به دلایلی از جمله کمبود وکیل دادگستری در آن بازه زمانی، با وضع ماده ۸ لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری در سال ۱۳۳۳ و سپس اصلاح آن در سال ۱۳۷۳، استثنائات این قاعده را احصاء نموده است. همچنین به دنبال تصویب طرح تسهیل صدور برخی مجوزهای کسب و کار در مجلس یازدهم، زمزمه‌هایی از لزوم ایجاد اشتغال برای فارغ التحصیلان جوان رشته حقوق و توقف فرآیند اعطای پروانه کارآموزی بدون آزمون به اشخاص مشمول این ماده نیز به گوش می‌رسید. امر مبارکی که در نهایت به دلایلی نامعلوم در تصویب نهایی این طرح و مبدل شدن آن به قانون نادیده گرفته شد! به هر حال، سیل تقاضاهای صدور پروانه بدون آزمون بر مبنای بندهای مختلف ماده ۸ لایحه استقلال به سمت کانون‌های وکلا همچنان جاری است. با توجه به آمار بیشتر کارمندان بازنشسته دارای سمت‌های حقوقی در دستگاه‌های دولتی و وابسته دولت و نیروهای مسلح، طبیعی به نظر می‌رسد که تعداد متقاضیان استفاده از امتیاز مقرر در «بند دال» ماده ۸ لایحه، بیش از متقاضیان استفاده از امتیازات مقرر در سایر بندهای این ماده باشند.

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان، دانشجوی دکتری حقوق کیفری و



ماده ۸ لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری بدین شرح است؛ به اشخاص زیر پروانه وکالت درجه اول از طرف کانون وکلا داده می‌شود:

الف- به کسانی که دارای ده سال متوالی یا پانزده سال متناوب سابقه خدمات قضائی بوده و لااقل پنج سال ریاست یا عضویت دادگاه داشته باشند و سلب صلاحیت قضائی از آنها از طرف دادگاه عالی انتظامی قضات نشده باشد.

ب- کسانی که دارای دانشنامه لیسانس بوده و ۵ سال سابقه خدمات قضائی داشته باشند و سلب صلاحیت قضائی از طرف دادگاه عالی انتظامی از آنها نشده باشد.

ج- نمایندگان مجلس شورای اسلامی با گذراندن یک دوره کامل نمایندگی که دارای لیسانس قضائی یا گواهی پایان تحصیلات سطوح عالی از حوزه علمیه قم و ۵ سال سابقه کار قضائی در محاکم باشند.

د- کلیه کسانی که دارای لیسانس حقوق قضائی یا گواهی پایان تحصیلات سطوح عالی از حوزه علمیه قم با حداقل ۵ سال سابقه کار متوالی یا ۱۰ سال متناوب در سمت‌های حقوقی در دستگاه‌های دولتی و وابسته به دولت و نهادهای و نیروهای مسلح باشند و بعد از اجرای این قانون با داشتن سی سال سابقه خدمت بازنشسته شوند بدون رعایت شرط سن و با انجام نصف مدت مقرر کارآموزی.

تبصره- کسانی که دارای دانشنامه لیسانس بوده و دو سال سابقه خدمت قضائی داشته باشند از انجام دوره کارآموزی معاف می‌باشند ولی در این مورد مدت انتظار خدمت، از لحاظ اخذ پروانه وکالت جزء خدمت محسوب نمی‌شود.

تبصره ۲- کانون ملزم است در مورد تقاضاهای پروانه کارآموزی و وکالت ظرف مدت شش ماه اتخاذ تصمیم نماید.

صرف نظر از تمام انتقادات وارده بر این ماده، موضوعی که در میان است بدین شرح است که طی دهه اخیر در راستای اجرایی شدن قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و فرآیند خصوصی سازی بنگاه‌های اقتصادی و شرکت‌های دولتی و وابسته به دولت، تعدادی از شرکت‌ها و بانک‌های دولتی، به‌طور رسمی و قانونی از سیطره مدیریت دولتی خارج و مشمول این خصوصی سازی قرار گرفته و از آن به بعد، به عنوان شرکت، بانک و... خصوصی شناخته می‌شوند. بدیهی است که شرکت‌ها و بانک‌های مذکور همچون سایر شرکت‌ها و بانک‌ها، دارای کارمندانی با سمت‌های حقوقی بوده‌اند



که بخشی از آن‌ها پس از خصوصی شدن، همچنان به کار خود در آن شرکت، بانک و... ادامه داده و بازنشسته گردیده‌اند و تعدادی از این کارمندان نیز پس از بازنشستگی، متقاضی استفاده از امتیاز مقرر در «بند دال» ماده ۸ لایحه استقلال کانون وکلای دادگستری می‌باشند. در همین رابطه دو فقره دادنامه صادره از دادگاه محترم عالی انتظامی قضات در اختیار نگارنده قرار گرفته که در خصوص این دسته از کارمندان بازنشسته بخش خصوصی استدلال‌های قابل تأملی را مطرح نموده که متعاقب یکی از آن‌ها، کانون وکلای دادگستری اصفهان ملزم به اعطای پروانه کارآموزی به کارمند بازنشسته بخش خصوصی (بانک...) گردیده که از نظر نگارنده و بنابر توضیحات آتی، چنین استدلالی از دادگاه محترم عالی انتظامی قضات به جهت این که قلمرو استثنایی اعطای پروانه بدون آزمون را وسعت بخشیده قابل پذیرش نبوده و درخور بحث می‌باشد.

شعبه محترم دوم دادگاه عالی انتظامی قضات به موجب دادنامه شماره ۵۹۴ مورخه ۱۳۹۶/۰۸/۳۰ در بخشی از دادنامه مذکور مقرر داشته: «... قانوناً الزاماً اینگونه نیست که [شاکی] در اداره دولتی بازنشسته شده باشد و در صورتیکه بانک... خصوصی شده باشد، خصوصی بودن آن مانع از آن نیست که متقاضی از مزایای این ماده استفاده نماید. به عبارت دیگر لازم نیست آن مؤسسه یا نهاد دولتی باشد...»

شعبه مذکور در دادنامه دیگری به شماره ۱۰۹ در مورخه ۱۳۹۸/۰۳/۱۱ در رابطه با متقاضی استفاده از امتیاز مقرر در «بند دال ماده ۸» لایحه استقلال کانون وکلا، چنین استدلال نموده است: «... بند دال ماده ۸ قانون مذکور، ملاک خدمت در سمت قضائی [حقوقی]، ۵ سال متوالی یا ۱۰ سال متناوب در دستگاه دولتی است یعنی خدمت در سمت قضائی [حقوقی] به مدت مذکور در زمانی که بانک دولتی بوده کافی است. اینکه از سال ۱۳۸۸ غیر دولتی شده است شرط نیست و در مورد شاکی، نامبرده، قبل از خصوصی شدن بانک، به مدت لازم، خدمت در سمت قضائی [حقوقی] انجام داده است و از این جهت، نامبرده شرط قانونی را دارا می‌باشد...»

همان‌طور که ملاحظه می‌گردد دادگاه محترم عالی انتظامی قضات در آراء مذکور، با تفسیری موسع و قابل تأمل نسبت به موضوعی که خلاف قاعده بوده و استثناء محسوب می‌گردد، چنین استنباط و استدلال نموده که استفاده از امتیاز مقرر در بند دال ماده ۸ لایحه استقلال ملازمه‌ای با بازنشسته بخش دولتی بودن متقاضی ندارد و صرف ۵ سال خدمت متوالی یا ۱۰ سال متناوب در سمت‌های حقوقی دستگاه‌های دولتی و وابسته به



دولت، برای استفاده از امتیاز دریافت پروانه کارآموزی بدون آزمون موضوع بند دال ماده ۸ لایحه استقلال کفایت می‌نماید!!

به دنبال این استنباط و استدلال، سؤالاتی به ذهن می‌رسد از قبیل این که: آیا هدف مقنن از وضع چنین مقرره‌ای اعطای پروانه کارآموزی وکالت بدون قبولی در آزمون برای بازنشستگان بخش دولتی و غیردولتی بصورت توامان بوده است؟ آیا تنها شرط لازم برای شمول بند دال ماده ۸ لایحه استقلال کانون وکلا، ۵ سال متوالی یا ۱۰ سال متناوب خدمت در سمت‌های حقوقی دستگاه‌های دولتی، وابسته به دولت و نیروهای مسلح و بازنشستگی با سی سال سابقه بوده و این نکته که چنین کارمندانی، سایر ایام خدمت سی ساله خود را در دستگاه‌های دولتی، وابسته به دولت و نیروهای مسلح یا «بخش خصوصی» سپری نموده باشند موضوعیتی ندارد؟!

به نظر نگارنده از لحاظ اصولی نیز، هنگام مواجهه با تردید در موارد خلاف اصل بایستی، از توسیع مصادیق که در این مورد، تسری شمول امتیاز مقرر در بند دال ماده ۸ لایحه استقلال کانون وکلا به بازنشستگان بخش خصوصی می‌باشد، اجتناب و به قدر متیقن که همانا در نظر گرفتن این امتیاز، صرفاً برای کارمندان بازنشسته دولت، وابسته به دولت و نیروهای مسلح که دارای سابقه ۵ سال متوالی یا ۱۰ سال متناوب خدمت در سمت‌های حقوقی می‌باشند، اکتفا نمود. در این خصوص بایستی به این واقعیت اشاره نمود که فلسفه وضع ماده ۸ و بندهای چهارگانه آن، به عنوان استثناء وارد بر اصل لزوم قبولی در آزمون ورودی، برای دریافت پروانه کارآموزی وکالت ایجاد یک امتیاز برای قضات، نمایندگان حقوقدان مجلس با سابقه قضائی، و کارمندان حقوقی بازنشسته دستگاه‌های دولتی، وابسته به دولت و نیروهای مسلح می‌باشد. در مورد دایره شمول متقاضیان بند دال ماده ۸ لایحه استقلال کانون وکلا نیز بایستی به این نکته توجه نمود که اگر مراد مقنن در هنگام تصویب این بند، تجویز اعطای پروانه وکالت به هر لیسانسه حقوقی بود که صرفاً ۵ سال سابقه متوالی یا ۱۰ سال متناوب در سمت‌های حقوقی دستگاه‌های دولتی و وابسته به دولت و حاکمیت داشته باشد چه نیازی به مقید نمودن آن به سی سال سابقه خدمت داشتن و بازنشستگی وجود داشت؟! کما اینکه همین مقنن در سایر بندهای ماده ۸ لایحه مورد بحث و تبصره آن، سخنی از لزوم بازنشستگی متقاضی و سی سال خدمت به میان نیاورده است و شرط برخورداری از این امتیاز را صرفاً سابقه قضائی به میزان مندرج در



این بندها قید نموده است و اگر مقنن در پی چنین‌اندیشه‌ای بود که بازنشسته دولت، وابسته به دولت و نیروهای مسلح بودن متقاضی این بند، ضرورتی ندارد به سبک و سیاق دیگری نسبت به نگارش این بند اقدام نموده بود.

فلذا ظاهراً و با توجه به فرض حکمت در قانون‌گذاری باید این تلقی را داشته باشیم که مقنن با قید عبارت «... حداقل ۵ سال سابقه کار متوالی یا ۱۰ سال متناوب در سمت‌های حقوقی در دستگاه‌های دولتی و وابسته به دولت و نهادهای و نیروهای مسلح باشند و بعد از اجرای این قانون با داشتن سی سال سابقه خدمت بازنشسته شوند.» در مقام بیان بوده و هدفش از وضع بند دال ماده ۸ لایحه مذکور، صرفاً اعطای امتیاز به بازنشستگان دستگاه‌های دولتی، وابسته به دولت و نیروهای مسلحی بوده که سابقه سمت‌های حقوقی را برای ۵ سال متوالی یا ۱۰ سال متناوب داشته‌اند و نه هر شخصی که با لیسانس حقوق، صرفاً سابقه خدمت ۵ سال متوالی یا ۱۰ سال متناوب در دستگاه‌های دولتی را داشته و مابقی دوران خدمتش در بخش خصوصی سپری شده و بازنشسته بخش خصوصی تلقی گردد. در نتیجه بایستی در این مورد که خلاف اصل بوده از توسیع قلمرو اعطای پروانه کارآموزی وکالت بدون آزمون اجتناب و به قدر متیقن که اعطای پروانه کارآموزی به کارمندان بازنشسته دستگاه‌های دولتی، وابسته به دولت و نیروهای مسلح که سابقه مذکور را دارند بسنده نماییم و کارمندانی که در راستای اجرای قانون سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، مشمول خصوصی سازی قرار گرفته و بازنشسته بخش خصوصی محسوب می‌گردند را مشمول بند دال ماده ۸ لایحه استقلال قانون وکلای دادگستری ندانیم. پایان امیدواریم نمایندگان محترم مجلس با واقع بینی، در صدد اصلاح و به روز رسانی قوانین مربوطه برآمده و گام‌های لازم برای اجباری شدن وکالت در مراجع قضائی و نیز کمک به وضعیت اشتغال و افزایش درآمد وکلای جوان را بردارند.



استقلال نهاد و کالت و حاکمیت قانون

مجتبی اسدیان^۱

انسان امروز سیاست و تدبیر مدن را از مسیر اصل حاکمیت قانون میسر می‌داند و ماهیت و کیفیت قانون را به بنا و نظر عقلای جامعه، فرهنگ و عقیده مردم آن در هر زمان سپرده است. گویا حاکمیت قانون به خودی خود از ماهیت آن مهم‌تر و راهبردی اصلی برای اداره جامعه تلقی شده است.

شمول اصل حاکمیت قانون استثنا بردار نبوده و شامل همه شهروندان به هر درجه و مذهب و قومیت می‌شود و دامنه آن مدیران و مسئولین مملکتی را هم فرا می‌گیرد. اجرای این اصل آنجا که به حیطة قدرت و ثروت و نفوذ می‌رسد حساس‌تر شده و رنگ دیگری به خود می‌گیرد به همین جهت در حقوق سیاسی اصل تفکیک قوا بنا نهاده شده تا رکن قانونگذار، مجری و قضائیه از هم مستقل باشند و هر یک از قوا بدون دخالت دیگری وظایف خود را انجام دهند. رکن قضائی بر اجرای قانون در جامعه نظارت دارد و استقلال آن ضرورتی انکار ناپذیر است اما این پایان نظارت بر اجرای قانون نیست و مردم هستند که ناظر بر اجرای قوانین و ناقد مصوبات قوا هستند و این نظارت و نقد لازمه جامعه پویا و توسعه یافته است. با توقف نظارت بر اجرای قانون در دایره قوای دولتی رفته رفته مردم از صحنه نظام حکومتی کنار می‌روند و عملاً مسیری برای مشارکت آحاد جامعه برای نظارت بر اجرای قانون ایجاد نخواهد شد.

نظارت موصوف از طریق تعمیق تشکل‌های مردمی، سازماندهی امر به معروف و نهی از منکر و تشویق سوت زنی و تعمیق مسئولیت‌های اجتماعی امکان پذیر می‌شود. در این میان مردم نیاز به افرادی دارند که بدون هیچ وابستگی مادی و معنوی به دولت در معنای عام کلمه تخصص و دانش لازم را برای نظارت بر اجرای قانون در حقوق فردی و



اجتماعی ایشان داشته باشند، این مهم دلیل وجودی و توجیه کننده نهاد وکالت مستقل است و خود گردانی و خود انتظامی کامل آن ملزوم تفکیک ناپذیر و ضروری برای نیل به این مقصود است.

تاکید بر استقلال نهاد وکالت در چهارچوب قوانین متضمن اجرای اصل حاکمیت قانون است. در رویارویی مردم با اجزای قدرت، در دادرسی عادلانه و در پیگیری حقوق فردی و اجتماعی وکیل دادگستری اعتبار و وجاهت خود را تنها از مردم و قانون کسب می کند و هر گونه وابستگی مادی و معنوی به حاکمیت و سیطره جزئی قدرت بر وکیل بر این فرآیند و در نتیجه بر اجرای قانون در جامعه لطمه وارد می کند.

این مهم به معنای قانون گریزی و رها بودن و تقابل با دولت نیست بلکه نهاد وکالت در سایه اصل حاکمیت قانون به انجام وظیفه خود می پردازد و اصل استقلال نهاد وکالت می بایست مینا و جوهره قوانین مربوط به آن باشد.

رعایت این اصل در قانون گذاری و اجرای قانون یکی از زمینه های توسعه عدالت اجتماعی و مبارزه با فساد و ویژه خواری است و نظارت مردم بر اجرای قوانین تضمین کننده اصل حاکمیت قانون است.

نهاد وکالت در خدمت جامعه است و کمرنگ شدن مفهوم استقلالی آن وکالت دادگستری را تبدیل به کسب و کاری می کند که کسب درآمد و فروش خدمات حقوقی ابتدایی بی هیچ فلسفه و پشتوانه ای تنها کارکرد آن خواهد بود. مفهوم نظارت بر نهاد وکالت در دایره قوانین معنا دارد. مرجع اعلام صلاحیت های عمومی خارج از اتحادیه های صنفی وکلاست و وکیل دادگستری در برابر قانون هیچ امتیازی بر سایر شهروندان ندارد.

تخطی از قوانین در صلاحیت حرفه ای او نیز موثر است و همچنین هرگونه تخلف و جرمی که وکیل دادگستری مرتکب شود قابل تعقیب و مجازات است اما ورود هر قسمت از حاکمیت در مراحل اجرایی یا رسیدگی به تخلفات انتظامی و یا هر گونه تامین مالی خارج از صنف موجب از بین رفتن کارکرد دفاعی و نظارتی نهاد وکالت خواهد شد. تفکیک قوا و استقلال نهاد وکالت ایجاب می کند که وکیل دادگستری بی هیچ وابستگی و بدون هیچ واهمه ای بتواند در جامعه و اختصاصاً در مراجع و محاکم از حقوق مردم دفاع نماید مفهوم استقلال در دادرسی شامل استقلال نهاد قضاوتی، استقلال نهاد تعقیب و دادستانی و استقلال نهاد دفاع است و این ترکیب ضامن حاکمیت قانون و تحقق دادرسی عادلانه است و موجب اعتبار نظام قضائی هر کشور است و هرگاه در تنظیم و تصویب مقررات



به استقلال هریک از آنها توجه نشود تضعیف دادگستری در جامعه را به دنبال خواهد داشت.

استقلال وکیل به دنبال استقلال قوه قضائیه از قوای دیگر مکمل معنای گفته شده است و نظام‌های قضائی کشورهای توسعه یافته هم بر این چهارچوب و شیوه شکل گرفته‌اند و میثاق‌های جهانی نیز بر اصل استقلال نهاد وکالت و نتایج آن تاکید کرده‌اند. نجات و سلامت و سعادت هر جامعه در گرو قانون‌گرایی و اصل حاکمیت قانون است و نظام تقنینی و اداری کشور می‌بایست در جهت توسعه وسائلی که مشارکت مردم را در این مهم افزایش دهد حرکت کرده و از توسعه ورود به حوزه‌های اجرایی مربوط به حقوق شهروندی پرهیز کرده و رفته رفته نقش خود را به ناظر و غربالگر محدود نماید.

ایفاء نقش نظارتی نباید منجر به تصدی‌گرایی اجرایی شود و غربالگری نیز به معنای تسهیل خودگردانی و رفع موانع موجود است، در نتیجه تاکید بر حفظ استقلال نهاد وکالت و نفی هرگونه موازی‌کاری در تربیت وکیل و اعتقاد بر عدم تصدی‌گری اجرایی حاکمیت در امور مربوط به وکالت در راستای تحقق قانون‌گرایی و حاکمیت قانون و اعتدالی دادرسی عادلانه و در جهت نقش‌آفرینی آحاد مردم در این فرآیند است.



تحلیلی از ماده ۴۱۲ قانون تجارت در تعریف ورشکستگی با نگاهی به رویه قضائی

مهدی اکبری^۱

مقدمه

پیشرفت‌های اقتصادی که در قرن‌های اخیر بوجود آمده است، در افراد مؤثر بوده و پیش بینی روابط بین امور اقتصادی را با مشکل مواجه کرده است. تجار امروزه به انواع معاملات مبادرت نموده و اساساً کار آنان را به اعتبار استوار نموده است، در نتیجه عدم دقت یا در نتیجه حوادث و اتفاقات و یا سود جویی و یا زیاده طلبی ممکن است تاجر با وضعی روبرو شود که نتواند به تعهدات خود عمل کند، در این صورت افرادی که به تاجر اعتماد کردند خود به خود دچار عسرت شده و انجام تعهدات آنها مشکل می‌گردد. ورشکستگی یک تاجر مهم ممکن است باعث ورشکستگی عده دیگری که به تاجر اعتماد کرده‌اند گردد که این موضوع در زمان بحران‌های اقتصادی مشکلات زیادی ایجاد می‌کند و قوانین مربوط سعی می‌کنند تا آنجا که امکان دارد راه حل مناسبی برای حل این مشکلات پیدا کنند. اگر ورشکستگی در نتیجه اتفاقاتی باشد که مربوط به شخص تاجر نباشد، بیشتر قوانین با چنین شخصی مدارا می‌کنند، تا از موقعیت سخت و دشوار رهایی یابد ولی اگر ورشکستگی تاجر مبنی بر سوء استفاده و بر اساس تقلب و تقصیر باشد، سخت‌گیری شدیدی نسبت به تاجر اعمال می‌گردد. زیرا وضعیت تاجر با مردم عادی متفاوت است. عدم توانایی پرداخت دین از سوی اشخاص عادی نتایج و عواقب اقتصادی زیادی به همراه ندارد، در صورتی که عدم توانایی تاجر باعث اختلال در نظام اقتصادی یک کشور و تجار دیگر نیز می‌گردد و به این جهت سخت‌گیری که نسبت به تاجر معمول

۱. کارشناس ارشد حقوق خصوصی



است، در مورد افراد عادی معمول نیست و مقامات دولتی نسبت به عدم انجام تعهدات این اشخاص مسؤولیت کمتری دارند. در صورتی که در مورد تاجر خود را مسؤول نظام اجتماعی می‌دانند و در بیشتر کشورها مقررات مربوط به ورشکستگی فقط برای تاجر وضع شده است و برای افراد عادی هر کس باید حافظ منافع خود باشد و پیش بینی‌های لازم برای تأمین منافع خود انجام دهد.

در پایان این مقدمه باید متذکر شد که در قرن اخیر اغلب قوانین سعی کرده اند، نسبت به ورشکستگانی که تقصیری نکرده‌اند و سوء نیتی نداشته‌اند ارفاق‌هایی به عمل آید. این موضوع در کشور انگلستان پیش بینی شده و در کشور فرانسه در سال ۱۸۸۹ تصفیه قضائی در عوض ورشکستگی برای این گونه افراد برقرار گردید. به این معنی که شخصی که مورد تصفیه قضائی قرار می‌گیرد، شخصاً به امور خود رسیدگی می‌کند، منتها دادگاه ناظری برای او تعیین می‌کند و طلبکاران نیز با او قرارداد ارفاقی بسته و با او مدارا می‌کنند.

تعریف و ماهیت حقوقی ورشکستگی:

ماده ۴۱۲ قانون تجارت مقرر می‌دارد: «ورشکستگی تاجر یا شرکت تجاری در نتیجه توقف از تأدیه وجوهی که برعهده اوست حاصل می‌شود». این تعریف ظاهراً تنها توقف تاجر را به لحاظ عدم پرداخت دین، کافی برای ورشکستگی می‌داند، اگر گفته شود منظور از توقف از پرداخت این است که بدهکار در انقضاء مهلت آنچه را که به عهده دارد تأدیه ننماید، می‌توان پاسخ داد که ممکن است مدیون قادر به پرداخت دیون خود باشد، ولی به عللی نتواند آنها را به موقع پرداخت کند.

بدین ترتیب عدم پرداخت دین واحدی حتی به مبلغ ناچیز ممکن است برای تحقق ورشکستگی کافی باشد و لطمه بزرگی به تاجر یا شرکت تجاری وارد گردد. در صورتی که با دادن امکاناتی به تاجر مذکور هم از ورشکستگی آنان جلوگیری می‌شود و هم دوباره راه اندازی می‌گردد. از طرف دیگر اگر توقف از پرداخت دین را ملاک عمل قرار دهیم تاجر یا شرکت تجاری ممکن است با آنکه وضع مالی بسیار وخیم دارد، به ظاهر با اخذ وام و اعتبار فقط دیون سر رسید خود را تأدیه کند و از پرداخت سایر دیون از قبیل مالیات و حقوق بیمه‌های اجتماعی و غیره خودداری نماید.

امروزه صرف عدم پرداخت از پرداخت دو یا چند چک، سفته یا برات از طرف



بازرگان به توقف از پرداخت تعبیر نمی‌شود، بلکه مفهوم اقتصادی پیچیده تری جایگزین تعریف حقوقی قدیم گردیده و تشخیص آن در اختیار دادگاه قرار شده است. به این ترتیب، عناصر تشکیل دهنده ورشکستگی با در نظر گرفتن قوانین جدید بدین شرح است:

۱- تاجر، شرکت تجاری یا شخص حقوقی حقوق خصوصی حتی غیر تاجر از پرداخت دیون خود متوقف باشد.

- ۲- موضوع فعالیت آنان تجاری یا اقتصادی و سود آور باشد.
- ۳- وضع مالی اشخاص فوق ناامید کننده بوده و واقعاً قادر به پرداخت دیون خود نباشند.
- ۴- اشخاص مذکور به طرق متقابلانه مبادرت به پرداخت دیون خود نموده یا بنمایند.

ورشکستگی

عدم قدرت تاجر به پرداخت دیونش، که ورشکستگی یا توقف نامیده می‌شود، ممکن است به سبب وقایعی باشد که در حدوث آنه خود تاجر نقشی نداشته است و حتی ممکن است تمام کوشش خود را به کار برده که در چنین وضعیتی قرار نگیرد؛ چه ورشکستگی هر چه باشد به اعتبار و حیثیت او لطمه وارد می‌کند. اما گاه ورشکستگی تاجر ناشی از اقداماتی است که از یک شخص حرفه ای انتظار نمی‌رود و می‌توان آن را خطای عمدی یا غیر عمدی تاجر در اداره امور تجاری اش تلقی کرد. بدیهی است وضعیت تاجری که در شرایط اول ورشکسته می‌شود با کسی که خطا می‌کند و خطای او موجب حکم ورشکستگی می‌شود متفاوت است.

شرایط اعلام حکم ورشکستگی

ماده ۴۱۲ قانون تجارت مقرر می‌دارد: ورشکستگی تاجر یا شرکت تجاری در نتیجه توقف از تأدیه وجوهی که عهده اوست حاصل می‌شود. حکم ورشکستگی تاجری را که حین الفوت در حال توقف بوده تا یک سال بعد از مرگ او می‌توان صادر کرد. با تعریف بالا، اولاً ورشکستگی مخصوص تجار است، ثانیاً تاجری ورشکسته اعلام می‌شود که در تأدیه وجوهی که برعهده اوست، توقف حاصل شود.



مبحث اول- ورشکستگی مخصوص تاجر است.

ورشکستگی طبق قانون ایران مربوط به حقوق تجارت است و فقط تجار مشمول مقررات ورشکستگی می‌شوند. منظور از تاجر کسی است که طبق قانون تجارت تاجر شناخته شود. اگر قانون تجارت ذکری هم از شرکت‌های تجاری نمی‌کرد، چون شرکت‌های تجاری تاجر محسوب می‌شوند، اگر در تأدیه بدهی آنها توقف حاصل شود مشمول مقررات ورشکستگی می‌شدند، ولی تصریح قانون هر گونه ابهامی را راجع به ورشکستگی شرکت‌های تجاری از بین می‌برد.

بنابراین تصفیه امور تاجری که از عهده پرداخت دیون خود بر نمی‌آید، مطابق مقررات ورشکستگی به عمل می‌آید. تاجری که ورشکسته می‌شود لازم نیست در زمان اعلام ورشکستگی تاجر باشد، ولی اگر توقف از بدهی او در زمان اشتغال به تجارت حاصل شده باشد، ممکن است ورشکستگی او را اعلام کرد.

آنچه از مدلول ماده ۴۱۲ قانون تجارت و ماده ۳۳ قانون اعسار مستفاد می‌شود، تاجری که از تأدیه قروض تجاری معسر باشد باید دادخواست توقف بدهد نه دادخواست اعسار، بنابراین پذیرفتن دادخواست اعسار از کسی که شغل تجاری داشته، ولو موقع تقدیم دادخواست تاجر نباشد، برخلاف قانون است. به همین ترتیب تاجری که فوت کند چنانچه تا یک سال بعد از تاریخ فوت معلوم شود که در موقع حیات از پرداخت بدهی‌های خود عاجز بوده نیز حکم ورشکستگی او صادر خواهد شد.

با توجه به مراتب بالا در مورد حکم ورشکستگی دادگاه باید دقت کند که کسی که در پرداخت بدهی‌های او توقف حاصل شده مشمول تعریف تاجر می‌شود یا نه و تشخیص اینکه شخصی تاجر است یا غیر تاجر از روی قرائن و امارات به عمل می‌آید.

در مورد ورشکستگی تاجر مراتب زیر باید در نظر گرفته شود:

- ۱- هر شخص که تاجر تشخیص داده شود مشمول مقررات ورشکستگی می‌شود. بدیهی است اشخاص صغیر و محجور که اهلیت قانونی برای تجارت ندارند، اگر هم تجارت کنند چون تاجر شناخته نمی‌شوند، مشمول مقررات ورشکستگی نمی‌شوند.
- ۲- تاجری که تجارت خود را ترک کند، در صورتی که توقف از بدهی‌های او مربوط به زمان اشتغال به تجارت گردد، مشمول مقررات ورشکستگی می‌گردد.

۳- تاجری که فوت کند تا یک سال بعد از فوت اگر معلوم شود که در زمان حیات از



عهده بدهی خود بر نمی‌آمده است، مشمول مقررات ورشکستگی می‌گردد و حکم ورشکستگی او صادر می‌شود.

۴- کسانی که بوسیله دیگران تجارت می‌کنند، اغلب نام خود را پنهان کرده و تجارت خود را به نام کسانی که توانایی مالی ندارند، انجام می‌دهند. قانون تجارت ایران نسبت به اینگونه اشخاص هیچ گونه تصریحی ندارد.

۵- نمایندگان و کارمندان تجارتخانه چون به حساب خود تجارتي انجام نمی‌دهند، تاجر شناخته نشده و مشمول مقررات ورشکستگی نمی‌شوند.

۶- شرکت تجاری چون تاجر شناخته می‌شود مشمول مقررات ورشکستگی است، ولی شرکا و مدیران آنها چون اصولاً تاجر نیستند، مشمول مقررات ورشکستگی نمی‌شوند. این موضوع در کلیه کشورها باعث سوءاستفاده‌های زیادی شده و اغلب افراد با تشکیل شرکت‌هایی که تمام سرمایه آنها متعلق به آنهاست، مرتکب سوء استفاده‌هایی شده و در موقع ورشکستگی به عنوان آنکه تاجر نبوده و مشمول مقررات ورشکستگی نمی‌شوند خود را از قید مسئولیت خلاص کرده‌اند. به طور کلی در مورد شرکت‌ها بین مسئولیت شرکت‌های اشخاص که شرکا متضامناً مسئول تعهدات شرکت می‌باشند و شرکاء شرکت‌های سرمایه که شرکاء مسئول تعهدات شرکت نیستند، باید فرق گذاشت. در شرکت‌های تضامنی و نسبی و شرکای ضامن در شرکت‌های مختلط چون شرکاء مسئول تعهدات شرکت می‌باشند، مقررات ورشکستگی شرکت ممکن است، باعث ورشکستگی شرکاء نیز گردد. مخصوصاً که ماده ۴۳۹ ق.ت مقرر می‌دارد: «در صورت ورشکستگی شرکت‌های تضامنی، مختلط یا نسبی اموال شخصی شرکاء ضامن مهر و موم نخواهد شد، مگر اینکه حکم ورشکستگی آنها نیز در ضمن حکم ورشکستگی شرکت جداگانه صادر شده باشد»

در مورد شرکاء شرکت‌های سرمایه یعنی صاحبان سهام و شرکای شرکت‌های با مسئولیت محدود و شرکای با مسئولیت محدود در شرکت‌های مختلط، چون شرکاء اصولاً در اداره امور شرکت دخالتی ندارند و عدم مسئولیت آنها در امور و تعهدات شرکت در قانون پیش بینی شده است، به هیچ وجه تاجر محسوب نمی‌شوند و چون مسئول تعهدات شرکت نیز نمی‌باشند، در موقع ورشکستگی شرکت مشمول مقررات ورشکستگی نمی‌شوند.

مدیران شرکت‌های تجاری اصولاً چون سمت نماینده و وکیل شخص حقوقی را



دارند، طبق قوانین ایران نمی‌توان آنها را از لحاظ سمت مدیریت شرکت، تاجر شناخت. در انتخابات اتاق بازرگانی شرکت می‌کنند و کارت بازرگانی که برای شرکت‌ها صادر می‌گردد، به نام مدیر شرکت می‌باشد. در مورد مدیران شرکت‌های تضامنی و نسبی و مختلط چون غالباً از بین شرکای ضامن انتخاب می‌شوند مدیران اینگونه شرکت‌ها نیز ضامن تعهدات شرکت می‌باشند و همانطوری که در مورد شرکای شرکت‌های تضامنی توضیح داده شد، ممکن است در نتیجه اعلام حکم ورشکستگی شرکت ورشکستگی آنان اعلام شود. ولی در مورد شرکتهای سهامی و شرکت‌های با مسئولیت محدود مسئولیت مدیران لوث خواهد شد و طبق قانون تجارت ایران مدیران شرکت‌های سهامی و با مسئولیت محدود تاجر محسوب نمی‌شوند تا ورشکستگی آنان اعلام شود و علاوه بر آن چون به عنوان نماینده و وکیل عمل می‌کنند، به هیچ وجه خود را مسئول تعهدات شرکت نمی‌دانند.

در مورد شرکت‌های عملی یعنی کسانی که با شرکت یکدیگر عمل تجاری انجام می‌دهند، ولی شرکتی تأسیس ننموده و به ثبت نرسانیده‌اند، اینگونه شرکت‌ها طبق ماده ۲۲۰ قانون تجارت شرکت تضامنی محسوب شده و چون شرکاء متضامناً مسئول عملیات شرکت می‌باشند، بنابراین ممکن است، شرکاء ورشکسته اعلام گردند. در مورد شرکت‌های منحل اگر در موقع تصفیه امور شرکت معلوم شود که شرکت قادر به پرداخت کلیه تعهدات خود نیست، مدیر تصفیه باید تقاضای اعلام ورشکستگی شرکت را بنماید و تصفیه تعهدات شرکت مزبور باید مطابق قانون تصفیه امور ورشکستگی انجام گیرد.

اعلام ورشکستگی به کلیه امور تاجر مربوط می‌شود. بنابراین اگر تجارت‌خانه تاجر دارای شعب متعددی باشد، ورشکستگی تاجر به کلیه امور شعب سرایت می‌کند. این موضوع مخصوصاً در مورد شرکت‌های بزرگ که در نقاط مختلف شعبه دارند، اهمیت دارد. اگر یکی از شعب شرکت نتواند تعهدات خود را انجام دهد و سایر شعب شرکت مشمول ورشکستگی نشده باشند، اگر شرکت وسایل پرداخت تعهدات شعبه را فراهم نکند، مانند این است که خود شرکت در انجام تعهدات خود قصور کرده است و اعلام ورشکستگی خود شرکت بوده و به سایر شعب سرایت خواهد کرد، یعنی اداره تصفیه ورشکستگی اداره کلیه امور شرکت را تحویل خواهد گرفت و دیون و مطالبات را تصفیه خواهد نمود.



در مورد ورشکستگی شعب شرکتهایی که در کشورهای مختلف شعبه دارند، چون ورشکستگی تابع قانون هر کشوری است راجع به اینکه ورشکستگی شعبه در شعب شرکت در سایر کشورها نیز تأثیر دارد یا خیر، بستگی به قوانین داخلی ممکن است فرق کند. زیرا قوانین هر کشوری ناظر به امور کسانی هستند تابع آن کشور بوده یا در آن کشور اقامت دارند. به این جهت ممکن است شعبه شرکتی در کشور ورشکسته اعلام شود، در صورتی که در کشور اصلی شرکت مزبور ورشکسته اعلام نشود، مگر آنکه ورشکستگی علیهمده در کشور اصلی نیز صادر گردد.

مبحث دوم - ورشکستگی در نتیجه توقف از تأدیه بدهی حاصل می‌شود.

یکی از مباحثی که در حقوق ورشکستگی موجب اختلاف عقیده میان علمای حقوق و قضات شده است، مسئله توقف از پرداخت دیون است. این امر ناشی از این است که قانونگذار ما توقف از پرداخت دیون را تعریف نکرده است و در ماده ۴۱۲ قانون تجارت صرفاً به این بسنده کرده است که «ورشکستگی تاجر یا شرکت تجاری در نتیجه توقف از تأدیه وجوهی است که بر عهده است حاصل می‌شود». به همین دلیل، در حقوق ایران اختلاف نظرهایی به وجود آمده که بررسی آنها برای تشخیص مفهوم «توقف از پرداخت دیون» لازم می‌نماید. پس از بررسی این اختلاف نظرها در مورد مفهوم توقف خواهیم گفت توقف از چه دیونی موجب ورشکستگی می‌شود.

الف) مفهوم توقف:

سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا صرف عدم پرداخت به موقع یک یا چند دین، بدون در نظر گرفتن وضع کلی مالی تاجر و اینکه دارایی واقعی او (نقد و غیرنقد) از بدهی‌های او کمتر است برای صدور حکم ورشکستگی اش کافی است یا خیر؛ به عبارتی دیگر، آیا می‌توان تاجری را که مجموعه دارایی اش به خوبی کفایت پرداخت دیونش را می‌کند ولی فعلاً، یعنی زمانی که دین یا دیونی از او حال شده است، قادر به پرداخت آن نیست، متوقف قلمداد کرد، اما بر عکس، تاجری را که دارایی کافی ندارد، ولی از راه استقراض، صدور برات سازشی و حتی وسایل غیر قانونی و متقلبانه از عهده پرداخت دیون فعلی خود بر می‌آید متوقف شناخت و ورشکسته اعلام نکرد؟ در پاسخ به این سؤال حقوقدانان و قضات انفتق نظر ندارند.



(۱) نظریات حقوقدانان:

عده ای از حقوقدانان در این مورد نظر قاطعی ابراز نداشته‌اند؛ برای مثال محمد علی عبادی در عین حال که می‌گوید: لازم نیست که تاجر فاقد دارایی باشد یا اینکه دارایی وی کفایت بدهی‌هایش را ننماید، بلکه زمانی که تاجر نتوانست بدهی‌های خود را بپردازد ورشکسته خواهد شد... اضافه می‌کند که تاجر باید از پرداخت بدهی خود ناتوان باشد.

استعمال لفظ واقعاً علی الاصول به این معناست که دارایی او کفایت بدهی‌هایش را نمی‌کند، که این مطلب خلاف ابتدای کلام مؤلف است. عده ای دیگر صرف پرداخت دیون تاجر را بدون توجه به میزان دارایی واقعی او برای احراز توقف و صدور حکم ورشکستگی کافی می‌دانند. از جمله دکتر اعظمی زنگنه که می‌گوید: «برای اینکه تاجر ورشکسته باشد لازم نیست که مجموع دارایی کمتر از بدهی او باشد، بلکه کافی است که نتواند به طور عادی بدهی‌های خود را پرداخت کند» مع ذالک، او معتقد است در هر موردی نمی‌توان حکم ورشکستگی تاجر متوقف را صادر کرد، بلکه باید دید (آیا پیشامدی که موجب تقاضای ورشکستگی شده آیا واقعاً به قدری شدید است که می‌توان تاجر را عاجز از ادامه عادی تجارت و ورشکسته دانست یا اینکه سختی موقت و قابل رفع است).

دکتر ستوده تهرانی پس از تفکیک افلاس و اعسار در حقوق مدنی از توقف در حقوق تجارت می‌گوید: (توقف از تأدیه بدهی در حقوق تجارت ممکن است ارتباطی به وضع مالی و دارایی و توانایی پرداخت احتمالی تاجر نداشته باشد تاجری که دیون را نمی‌پردازد، گرچه دارایی او کفاف پرداخت دیونش را هم بدهد، مشمول مقررات ورشکستگی می‌گردد).

دکتر علی آبادی در توجیه نظرات دادسرای دیوان کشور - که به رأی شماره ۱۵۵- ۱۳۴۷/۱۲/۱۴ هیئت عمومی (وحدت رویه) منجر شد- از این هم فراتر می‌رود و می‌گوید: (به محض اینکه تاجر قادر به پرداخت دیونی که به عهده اوست نباشد ورشکسته است و لزومی به رسیدگی به بدهی‌ها و اثبات اینکه مجموع بدهی‌های او از مجموع دارایی‌هایش بیشتر است نمی‌باشد)

عده ای دیگر از حقوقدانان با عقاید مذکور موافق نیستند و معتقدند برای تعیین و تشخیص توقف تاجر باید وضع کلی دارایی او را بررسی کرد و نباید صرف عدم پرداخت را دلیل توقف دانست. دکتر آذری ظاهراً با دفاع از رویه قضائی فرانسه، این نظر را تأیید



کرده است. به موجب این نظر، امر مادی توقف، یعنی عدم پرداخت یک یا چند دین، برای اعلام ورشکستگی کافی نیست، بلکه توقف برای اینکه اعلام ورشکستگی را موجب شود می‌بایست حتماً مقارن و همراه با وضعیت مالی پریشان و حتی لاعلاج تاجر باشد. در نتیجه اگر توقف تاجر ناشی از گرفتاری مالی موقت و زود گذر باشد ورشکستگی قابل اعلام نیست.


دکتر عرفانی نیز همین نظر را به صورت دیگری بیان می‌کند و دادگاه رسیدگی به ورشکستگی را محق می‌داند که با توجه به توقف از تأدیه وجوهی که برعهده بدهکار بوده یعنی با احراز عدم پرداخت دیون در سررسید آنها و اظهارات شهود و مطلعین و در صورت لزوم جلب نظر کارشناسی فنی در مورد حسابرسی و رسیدگی به دفاتر بدهکار، حکم صادر نماید و قبل از صدور حکم وضع مالی و اعتبار دیون و سایر اوضاع و احوال قضیه را مورد بررسی قرار دهد.

دکتر محمد حسین قائم مقام فراهانی، قدری از این هم فراتر می‌رود و روح قانون را موافق صدور حکم ورشکستگی به صرف عدم پرداخت دین نمی‌داند، بلکه آنرا متمایل به احراز توقف واقعی تلقی کرده، اضافه می‌کند که حتی اگر در حین رسیدگی به پرونده، ورشکسته قادر به پرداخت دین مورد ادعا نباشد، ولی در زمان صدور حکم ورشکستگی به دلیل وصول مبالغی که جای دیگری طلبکار بوده است بتواند بدهی‌های خود را بپردازد، صدور حکم توقف وی موافق منطق حقوقی و عدالت قضائی نیست. به عبارت دیگر، وی احراز توقف قبل از صدور حکم ورشکستگی تاجر را مؤثر در مقام نمی‌داند، بلکه معتقد است توقف باید در تاریخ صدور حکم محقق باشد تا بتوان حکم ورشکستگی را صادر کرد.

۲) رویه قضائی:

دادگاه و شعب دیوان کشور ما نیز در مورد مسئله مذکور توافق نظر ندارند. در بعضی موارد چنین رأی داده شده است که ورشکستگی تاجر به دارایی او ارتباط ندارد و عجز او از پرداخت برای صدور حکم ورشکستگی کافی است.

رأی شماره ۹۱۰ شعبه ۴ دیوان عالی کشور، مورخ ۱۳۱۷/۰۴/۱۱ مؤید این نظر است «مراد از وقفه در امور تجارت عجز تاجر یا شرکت تجاری از تأدیه دیون و تعهدات خود و بالفرض اگر تاجر یا شرکت تجاری سرمایه او کمتر از دیون وی باشد، ولی بتواند به وسیله



اعتباری که دارد تعهدات خود را ایفا نماید چنین تاجر یا شرکت تجارتي متوقف شناخته نمی‌شود».

از تدقیق در رأی دیوان عالی چنین استنباط می‌شود که دیوان در صدد بیان این نکته است که میزان دارایی تاجر هر چه باشد، چه بیشتر و چه کمتر از دیون او، تا زمانی که در پرداخت دیونش وقفه ای مادی حاصل نشده حکم ورشکستگی او را نمی‌توان صادر کرد و بنابراین اگر وقفه مادی در پرداخت دیون او پیدا شود، حتی اگر سرمایه او بیشتر از دیونش باشد، می‌توان حکم ورشکستگی او را صادر کرد.

به دلیل اختلافاتی که بعدها در میان دادگاه‌ها و شعب دیوان کشور بروز نمود هیئت عمومی دیوان عالی کشور به اتفاق آرا در رأی شماره ۳۵۷۶، مورخ ۱۳۴۲/۱۲/۲۶ اعلام کرد: بر طبق ماده ۴۱۲ قانون تجارت ورشکستگی تاجر یا شرکت تجاری در نتیجه توقف از تأدیه وجوهی که بر عهده دارد حاصل می‌گردد و استدلال دادگاه بر اینکه مزایده و عدم پرداخت وجه سفته‌ها صرفاً دلیل ورشکستگی نیست مخالف ماده ۴۱۲ قانون تجارت می‌باشد.

رأی مزبور که به صورت اصراری صادر شد و بر دادگاه استان مرجوع‌الیه لازم‌الاتباع بود در واقع این نظر دادگاه‌های تالی را نقض می‌کرد که عقیده داشتند تاجر یا شرکت تجارتي باید از تأدیه دیون خود واقعاً عاجز باشد؛ به عبارتی باید وضع کلی دارایی او در نظر گرفته شود و صرف پرداخت نشدن وجه چند سفته که بدهکاران تاجر یا شرکت تجارتي است، دلیلی بر عجز از تأدیه بدهی نخواهد بود.

به نظر ما رأی دیوان عالی کشور قابل تأیید است و با طبیعت امور تجاری و روح حاکم بر قواعد ورشکستگی در کشور ما انطباق دارد. در واقع، ماده ۴۱۲ قانون تجارت بیانگر آن نیست که باید وضع مالی واقعی تاجر بررسی شود - امری که گاه مستلزم تحقیقات پیچیده مالی - تجاری است و با سرعت در رسیدگی که خاص امور تجاری است تناقض دارد - بلکه می‌خواهد بگوید اگر از اوضاع و احوال قضیه چنین بر می‌آید که پرداخت تمام یا قسمتی از دیون حال تاجر از دارایی سهل الوصول او ممکن نیست، باید حکم ورشکستگی اش را صادر کرد. منظور از دارایی سهل الوصول نقدینگی‌های تاجر یا اعتبار قابل استفاده ای است که ممکن است نزد بانکها یا مؤسسات اعتباری داشته باشد. قانونگذار ما همین معنا را در مورد اعسار نیز در نظر گرفته است؛ وقتی که یکی از شقوق اعسار را عجز مدیون از پرداخت دیونش به سبب در دسترس نبودن دارایی او قرار



می‌دهد. به موجب ماده یک قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳/۹/۲۰: «معسر کسی است که به واسطه عدم کفایت دارایی یا عدم دسترسی به مال خود قادر به تأدیه مخارج محاکمه یا دیون خود نباشد».

مفهوم این ماده روشن است: اعسار نه تنها وقتی محقق می‌شود که دارایی مدیون برای پرداخت بدهی هایش کافی نباشد، بلکه اگر دارایی او بیشتر از بدهیهای حال او باشد، ولی نتواند بدهی‌های مزبور را از آن پرداخت کند، باز هم اعسار او محقق است. در مورد ورشکستگی نیز لازم نیست دارایی تاجر از بدهی او کمتر باشد، بلکه کافی است نتواند دیون حال خود را از دارایی موجودش پرداخت کند تا متوقف تلقی شود؛ به همین دلیل، حتی اگر بعد از تقسیم اموال تاجر ورشکسته معلوم شود دارایی او کفاف پرداخت دیونش را می‌داده است، حکم ورشکستگی صادر شده علیه او ملغی الاثر نمی‌شود و تاجر فقط بعد از پرداخت دیونش می‌تواند به حکم ماده ۵۶۱ قانون تجارت از دادگاه صالح تقاضای اعاده اعتبار کند.

ب) ماهیت حقوقی دیون:

سؤال این است که منظور از دیونی که وقفه در پرداخت آن موجب ورشکستگی تاجر می‌شود چه دیونی است؟

در ماده ۴۱۲ قانون تجارت ایران قانونگذار به قید عبارت وجوهی که بر عهده تاجر است اکتفا کرده است؛ به همین دلیل این سؤال پیش آمده است که منظور از دیون چه دیونی است؟ در مورد خصیصه حال بودن دین و اینکه دین باید مسلم باشد تا عدم پرداخت آن وقفه در پرداخت تلقی شود، جای تردید وجود ندارد. بنابراین هر گاه تاجر یا شرکت تجاری برای نفی ادعای طلبکار دلیل قاطع داشته باشد (برای مثال مدعی پرداخت آن باشد) تا صحت و سقم طلب بر دادگاه روشن نشده باشد نباید حکم ورشکستگی را صادر کرد. همچنین هر گاه طلب مشروط باشد و شرط تحقق پیدا نکرده باشد.

برعکس، در مورد لزوم و عدم لزوم تجاری بودن دیون اتفاق نظر وجود ندارد. عده‌ای از حقوقدانان؛ تجاری بودن دیون را برای اعلام حکم ورشکستگی ضروری می‌دانند و استدلال آنان این است که «بدهی غیر تجاری چون عدم پرداخت آن موجب اختلال در امر تجارت نیست موجب ورشکستگی نخواهد بود» بعضی معتقد هستند دیون غیر تجاری



مستلزم توقف نیست، مگر اینکه اختلال در امور تجارتي ایجاد نماید و رفع آن مقدور نباشد. به نظر می‌رسد بر عکس، قانونگذار ایران تفکیک بین دین مدنی و تجاری تاجر را متعسر دانسته است؛ به دلیل اینکه: ۱- ماده ۵ قانون تجارت کلیه

معاملات تاجر را تجاری محسوب کرده است، مگر اینکه غیر تجاری بودن معامله ثابت شود. ۲- به موجب ماده ۷۰۸ قانون آیین دادرسی مدنی؛ دادخواست اعسار از بازرگان پذیرفته نمی‌شود و بازرگانی که مدعی اعسار نیست به هزینه دادرسی است (دینی که جنبه مدنی دارد) باید طبق مقررات قانون تجارت دادخواست ورشکستگی اعلام نماید. ۳- به موجب ماده ۲۷۴ قانون امور حسبی تصفیه ترکه متوفی، در صورتی که متوفی بازرگان باشد، تابع مقررات تصفیه امور ورشکستگی است. بدین ترتیب دادگاه برای احراز ورشکستگی تاجر، تکلیفی به تفکیک میان دیون مدنی و تجاری ندارد.

برخی از دادگاهها نیز همین نظر را داده‌اند؛ از جمله شعبه ۲۶ دادگاه شهرستان تهران که در رأی مورخ ۱۳۵۲/۶/۲۵ به صراحت تفکیک میان دیون مدنی و تجاری تاجر برای احراز ورشکستگی وی مردود اعلام کرده است.

ذکر این نکته لازم است که رویه قضائی فرانسه ابتدا فقط عدم پرداخت دیون تجاری را مجوز حکم ورشکستگی تاجر تلقی می‌کرد. سپس در سال ۱۹۶۷ قانون گذار این تفکیک را مردود اعلام کرد (ماده ۲ قانون ۱۹۶۷ فرانسه) و از آن تاریخ به بعد حکم ورشکستگی تاجر را بدون توجه به ماهیت طلب طلبکار می‌توان صادر نمود.

سرانجام باید اضافه کرد که علی‌الاصول، تعداد دیون پرداخت نشده مؤثر در مقام نیست. گرچه ماده ۴۱۲ قانون تجارت لفظ «وجه» را به کار برده است، مسلم است که عدم پرداخت حتی یک دین نیز، در صورت حاصل بودن شرایط دیگر توقف، برای صدور حکم ورشکستگی تاجر کافی نخواهد بود.

قسمت دوم ماده ۴۱۲ قانون تجارت می‌گوید: «حکم ورشکستگی تاجری را که حین الفوت در حال توقف بوده تا یک سال بعد از مرگ او نیز می‌توان صادر نمود» همین حکم را می‌توان در مورد تاجر متواری نیز جاری ساخت. قانون تجارت ایران توقف از ادای دیون را تعریف ننموده و ظاهراً عدم توانائی پرداخت غیر از دیون است؛ زیرا عدم توانائی پرداخت هنگامی تحقق پیدا می‌کند که دارایی منفی بدهکار از دارایی مثبت او بیشتر باشد و عدم تعادل دو دارایی دقیقاً پس از تصفیه‌ی اموال مشخص می‌گردد.

از طرف دیگر توقف از ادای دیون نیز دارای مفهومی بسیار خشن می‌باشد؛ زیرا



ظاهراً با ملاحظه کلمات مذکور در بدو امر چنین تصور می‌شود که بدهکار با اینکه توانایی پرداخت دیون خود را در انقضای مهلت داشته، ولی از پرداخت آنها خودداری نموده است. با این تعبیر علی‌الاصول باید عدم پرداخت دین واحد برای تحقق توقف کافی باشد. اگر باز هم توقف از ادای دیون را نشانگر ضعف بنیه‌ی مالی تاجر بدانیم، ممکن است تاجری که مشکل مالی دارد، سعی کند برای مدتی کوتاه ظاهراً خود را دارای اعتبار جلوه دهد. به عبارت دیگر تاجر مزبور با اخذ وام موقتاً دیون تجاری خود را پرداخت کند؛ ولی از ادای مالیات و حقوق تأمین اجتماعی خودداری کند. بدین ترتیب توقف از پرداخت، شرط رضایت بخش و کافی برای ورشکستگی تاجر نخواهد بود.


توقف در تأدیه بدهی عنوانی است که در حقوق تجارت به کار برده می‌شود و با افلاس و اعسار فرق دارد. در مورد افلاس و اعسار شخص مفلس یا معسر که بدهی خود را پرداخت نمی‌کند، توانایی پرداخت آن را ندارد، در صورتی که در توقف از تأدیه بدهی در حقوق تجارت ممکن است ارتباطی به وضع مالی و دارایی و توانایی پرداخت احتمالی تاجر نداشته باشد. تاجری که دین خود را نمی‌پردازد، گرچه دارایی او کفاف پرداخت دیونش را هم بدهد، مشمول مقررات ورشکستگی می‌گردد. بنابراین توقف از تأدیه بدهی وقتی حاصل می‌گردد که تاجر از پرداخت بدهی خود خودداری کند.

رأی اصراری شماره ۳۵۷۶ مورخ ۲۶ اسفند ۱۳۴۲ هیأت عمومی دیوان عالی کشور به شرح زیر مؤید این نظر است:

دادگاههای بدوی و پژوهشی استدلال نموده‌اند که مستفاد از مندرجات ماده ۴۱۲ این است که تاجر یا شرکت از تأدیه دیون خود عاجز باشد و صرف پرداخت نشدن وجه چند فقره سفته که بدهکار آن تاجر یا شرکت تجاری باشد، دلیل بر عجز از تأدیه بدهی نمی‌باشد و ممکن است عدم پرداخت، معلول و ناشی از علل دیگری سوای عجز از پرداخت باشد.

هیأت عمومی به اتفاق آرا این نظر را نقض نموده و رأی داده است که بر طبق ماده ۴۱۲ قانون تجارت، ورشکستگی تاجر یا شرکت تجاری در نتیجه از تأدیه وجوهی که بر عهده دارد حاصل می‌گردد و استدلال دادگاه براینکه انجام مزایده و عدم پرداخت وجه سفته‌ها صرفاً دلیل ورشکستگی نیست، مخالف ماده ۴۱۲ قانون تجارت می‌باشد.

بنابراین مراتب بالا تشخیص توقف از بدهی با عدم پرداخت یکی از تعهدات تاجر



حاصل می‌گردد، ولی دینی که پرداخت نشده باید دین مسلم تاجر باشد. یعنی اگر کسی ادعای بی اساسی بر تاجر نماید و دعوی در دادگاه جریان یابد، تا زمانی که محکومیت تاجر اعلام نشده دین او مسلم نیست. ولی اگر تاجری سفته ای را که امضاء کرده است یا براتی را که قبول کرده است، پرداخت نکند، اثبات عدم پرداخت دین مسلم دیگر احتیاج به اقامه دعوی ندارد و دادگاه باید حکم ورشکستگی را صادر کند.

موضوع دیگری که اغلب مورد بحث قرار می‌گیرد این است که چون ورشکستگی مخصوص حقوق تاجر است، آیا اگر بدهی مربوط به امور تجاری تاجر نباشد، باز باید حکم ورشکستگی تاجر صادر گردد یا خیر و بعضی از کشورها عدم پرداخت دیون مدنی یا مالیاتی تاجر را کافی برای اعلام ورشکستگی تاجر نمی‌دانند، ولی در اغلب کشورها و همچنین طبق رویه معمول در ایران چون دارایی مدنی و بازرگانی تاجر قابل تفکیک نیست، به محض آنکه تاجر یکی از دیون خود را چه جنبه مدنی داشته باشد، چه جنبه بازرگانی نپردازد، او را مشمول مقررات ورشکستگی می‌دانند.

به همین طریق در مورد اعلام ورشکستگی اهمیت و میزان بدهی که پرداخت نشده، مطرح نیست. دین هر قدر هم جرئی باشد، اگر پرداخت نشود تاجر ممکن است ورشکسته اعلام شود. بدیهی است در مواردی که بدهی خیلی جزئی باشد و تاجر آن را پرداخت کند، دادگاهها از اعلام ورشکستگی تاجر صرفنظر می‌کنند. حتی در مواردی که حکم ورشکستگی از دادگاه بدوی صادر شده باشد و در فاصله رسیدگی تجدیدنظر تاجر بتواند دیون خود را پرداخت کند، دادگاهها اگر چه حکم ورشکستگی در زمان صدور صحیح بوده، آن را فسخ می‌نمایند. اغلب اوقات تجاری که وضع مالی مرتبی ندارند، ممکن است به وسایل مختلف وضع ظاهری خود را مرتب نموده، قرض هایی با بهره سنگین بکنند یا آنکه مبادرت به صدور بروات سازشی بنمایند. رویه قضائی بر این است که چنین تاجری متوقف تلقی می‌شود و تاریخ توقف از تأدیه بدهی او از موقعی است که عملاً در کار او اختلال حاصل شده و به وسایل غیر عادی وضع خود را مرتب کرده است. زیرا تعیین تاریخ توقف تأثیر زیادی در معاملات تاجر دارد و فاصله بین تاریخ توقف و تاریخ صدور حکم ورشکستگی دوره مشکوک نامیده می‌شود. طبق ماده ۴۲۳ قانون تجارت بعضی از معاملات باطل اعلام می‌شود و طبق ماده ۴۲۴ بعضی از معاملات قابل فسخ است. به این جهت ماده ۴۱۶ قانون تجارت مقرر می‌دارد: «محکمه باید در حکم خود تاریخ توقف تاجر را معین نماید و اگر در حکم معین نشده تاریخ حکم تاریخ توقف محسوب می‌شود» ولی



چون حکم ورشکستگی قابل اعتراض و تجدیدنظر است، معمولاً تاریخ توقف تاجر ورشکسته بعد از رسیدگی به وضع معاملات و دارایی او به موجب حکم جداگانه تعیین می‌شود و اشخاص ذی نفع می‌توانند تغییر تاریخ توقف را از محکمه تقاضا نمایند و دادگاه با در نظر گرفتن وضع تاجر حتی اگر توقفی در تعهدات ایجاد نشده باشد، ولی پرداختها به وسایل غیر عادی انجام گرفته باشد، تاریخ توقف را از تاریخی تعیین می‌کند که وضع مالی تاجر مستلزم تقاضای ورشکستگی بوده است.

برای جلوگیری از عملیات بی رویه که تاجر برای احتراز از حکم ورشکستگی انجام می‌دهند، عده ای پیشنهاد می‌کنند که باید مقرراتی وضع شود که تاجری که در حقیقت ورشکسته است، ولی برای جلوگیری از ورشکستگی دست به اقدامات بی رویه می‌زند، ورشکسته اعلام گردد. یعنی لازم نباشد که وقفه در پرداخت بدهی حاصل شود، بلکه به محض آنکه معلوم شد، وضع تاجر طوری است که منجر به ورشکستگی خواهد شد، دادگاه حق داشته باشد، ورشکستگی او را اعلام نماید. ولی این موضوع هنوز عملی نشده است، زیرا تغییر وضع تاجر بستگی به حوادث و اتفاقاتی دارد که پیش بینی آن ممکن نیست، چه بسا تاجری که در آستانه ورشکستگی است، با تحمل هزینه سنگینی توانسته است برای مدت کوتاهی به امور خود رونق داده و خود را از خطر ورشکستگی نجات دهد. مخصوصاً که تاجر بیش از همه علاقه دارد، وضع او مرتب شود و تمام کوشش خود را برای رفع اختلال امور خود به عمل خواهد آورد. به همین علت در مواقع بحرانی که عدم پرداخت دیون تاجر معلول بحران اقتصادی است، اغلب دولتها مهلت‌های قانونی برای پرداخت در نظر می‌گیرند. بدیهی است تجاری که از این مهلت استفاده می‌کنند و دیون خود را رأس موعد می‌پردازند، چون از مهلت قانونی استفاده کرده‌اند، ورشکسته اعلام نمی‌شوند. به همین ترتیب برای احتراز اعلام ورشکستگی تاجر در بعضی از کشورها به تجاری که در وضع بدی قرار گرفته‌اند، اجازه داده می‌شود، قرارداد ارفاقی دوستانه منعقد نمایند و انعقاد قرارداد ارفاقی دوستانه مستلزم اعلام ورشکستگی قبلی نمی‌باشد.

مبحث سوم- تاجر حقیقی در قید حیات:

این قاعده که ورشکستگی خاص تاجر است از ویژگیهای حقوق ایران است. قانونگذار ما این راه حل را از قانون فرانسه اقتباس کرده است. در حقوق کشورهای انگلوساکسون چنین تفاوتی میان تاجر و غیر تاجر وجود ندارد. حقوق فرانسه نیز بر خلاف حقوق



ایران در این زمینه دگرگونی یافته است بدون آنکه تا آنجا پیش رود که ورشکستگی را به کلیه اشخاص غیر تاجر تسری دهد. در واقع، حقوق فرانسه تا سال ۱۹۶۷، مقررات ورشکستگی را فقط در مورد تاجر و شرکت‌های تجاری اعمال می‌کرد. سپس در این سال، اشخاص حقوقی موضوع حقوق خصوصی را نیز مشمول مقررات مزبور نمود. در حقوق ایران از اشخاص غیر تاجر دادخواست ورشکستگی پذیرفته نمی‌شود و چنین اشخاصی فقط می‌توانند دادخواست اعسار بدهند.

اما باید دید تاجر چه کسی است. ماده یک قانون تجارت، به اقتباس از ماده یک قانون تجارت فرانسه، تاجر را کسی می‌داند که شغل معمولی خود را معاملات تجاری قرار دهد. معاملات تجاری نیز در ماده ۲ همین قانون ذکر شده است.

بنابراین، کسی را که شغل معمولی اش از شمار معاملاتی است که در ماده اخیر معین شده، در صورت توقف از پرداخت دیونش، می‌توان ورشکسته اعلام کرد، مگر آنکه از کسبه جزء باشد که در این صورت، به حکم ماده ۳۲ قانون اعسار و ماده ۵۱۲ قانون آیین دادرسی مدنی، مشمول مقررات ورشکستگی نمی‌شود. با وجود این برای اینکه کسی تاجر تلقی شده، حکم ورشکستگی او صادر شود لازم نیست نام در دفتر ثبت تجاری موضوع ماده ۱۶ قانون تجارت ثبت شده باشد.

احراز تاجر بودن کسی که ورشکستگی او تقاضا شده است، با رعایت مواد ۲ و ۱ قانون تجارت، با دادگاه است که با در نظر گرفتن کلیه دلایل و قرائن و امارات، تشخیص خواهد داد کسی که ورشکستگی او تقاضا شده تاجر است یا خیر. این نظر هم در حقوق فرانسه و هم در ایران مورد قبول رویه قضائی قرار گرفته است؛ با این تفاوت که در فرانسه این رویه، علاوه بر بازرگانان، نسبت به پیشه‌ورانی نیز که نامشان در دفتر ثبت نام پیشه‌وران ثبت شده اعمال می‌شود.

در ایران نیز دادگاه‌ها فرصت یافته‌اند هنگام رسیدگی به تقاضای ورشکستگی درباره نحوه‌ی احراز وصف تاجر اظهار نظر کنند. به نظر دادگاه‌های ایران، همین که وضعیت حرفه‌ای شخص با موارد ذکر شده در ماده ۲ قانون تجارت مطابقت داشته باشد، برای تاجر دانستن وی کافی است و می‌توان حکم ورشکستگی چنین شخصی را صادر کرد؛ مانند رأی شعبه ۲۵ دادگاه شهرستان تهران، مورخ ۱۳۴۰/۹/۱۵ در پرونده کلاسه ۶۰۳ که طبق محتویات پرونده، «صورتجلسات تحقیقات محلی راجع به بازرگان بودن خواننده و حجم معاملات نامبرده» را دلیل مسلم بازرگان بودن او دانسته و حکم ورشکستگی او را



صادر کرده است. همچنین رأی شعبه ۲۶ دادگاه شهرستان تهران، مورخ ۱۳۵۹/۲/۷ که شهادت شهود را مبنی بر اینکه «خواهان به خرید پارچه و فروش لباس دوخته و همچنین به خرید و فروش اتومبیل اشتغال داشته» دلیل تاجر بودن وی تلقی کرده و با حصول وقفه در تأدیه دیون، حکم ورشکستگی مشارالیه را صادر نموده است.

بنابراین، تشخیص و احراز تاجر بودن ورشکسته با دادگاه است و در صورتی که برای دادگاه محرز شود شخصی که ورشکستگی او تقاضا شده، یا خود او اعلام توقف کرده است، واجد وصف تاجر است، حکم ورشکستگی او را صادر خواهد کرد، در غیر این صورت تقاضا را رد خواهد نمود. این تصمیم دادگاه جنبه ماهوی خواهد داشت. بنابراین دادگاه پس از رسیدگی به امر ورشکستگی و رأی به عدم ثبوت تاجر بودن شخصی که در ادای دیونش توقف حاصل شده نباید قرار عدم استماع دعوی صادر کرد، بلکه باید ماهیتاً نظر به رد دعوی بدهد. همان طور که عدم ثبت نام تاجر در دفتر ثبت تجاری مانع آن نیست که در صورت اقتضا حکم ورشکستگی او صادر شود، حذف بعدی نام او از دفتر مزبور نیز مانع آن نخواهد بود که وی ورشکسته اعلام شود. بنابراین، هرگاه تاجری حین اشتغال تجارت، یعنی زمانی که نام او در دفتر ثبت تجاری ثبت است، متوقف باشد نمی‌تواند برای رهایی از محکوم شدن به ورشکستگی و برای فرار از مجازات‌های مقرر شده برای ورشکستگی به تقصیر و تقلب مدعی اعسار گردد. رأی شماره ۱۱۷۰، مورخ ۱۳۱۶/۵/۲۶ شعبه یک دیوان عالی کشور مؤید این نظر است. به موجب این رأی اگر مدعی اعسار سابقاً تاجر بوده و محکوم به نیز ناشی از معامله تجاری باشد، نظر به اینکه از مدلول ماده ۴۱۲ قانون تجارت و ماده ۲۳ قانون اعسار چنین مستفاد می‌شود که تاجری که از تأدیه قروض تجاری معسر باشد باید دادخواست توقف بدهد نه دادخواست اعسار، پذیرفتن دادخواست اعسار از کسی که شغل تجاری داشته است بر خلاف قانون است، حتی اگر موقع تقدیم دادخواست تاجر نباشد.

نظر دیوان عالی کشور عام است و در تمام مواردی که شخص، حین صدور حکم ورشکستگی تاجر نیست، قابل اعمال است؛ اعم از اینکه قبلاً نام او در دفتر ثبت تجاری ثبت و سپس حذف شده باشد یا اینکه اصلاً نام او ثبت نشده، ولی عملاً به شغل تجارت اشتغال داشته باشد. همچنین می‌توان حکم ورشکستگی شخصی را که به طور غیر قانونی به تجارت پرداخته صادر کرد؛ مثل کارمندی را که قانوناً از اشتغال به تجارت محروم بوده است. در فرانسه، رویه قضائی بارها این قاعده را در مورد مأموران ثبت



اسنادی که به طور غیر قانونی به عملیات بانکی پرداخته‌اند، اجرا کرده است. مع ذلک، در مورد محجورین، مانند صغار که آنها نیز قانوناً از مبادرت به تجارت محروم هستند اجرای قاعده مذکور، یعنی صدور حکم ورشکستگی، با توجه به محرومیت آنان از اشتغال به تجارت صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا محرومیت آنان در واقع به دلیل حمایتی است که قانونگذار از آنان در مقابل شخص ثالث به عمل می‌آورد. این حمایت مانع از آن است که اشخاصی با آنان معامله می‌کنند بتوانند صدور حکم ورشکستگی عادی یا احیاناً حکم ورشکستگی به تقصیر یا تقلب آنان را تقاضا نمایند.

حکم ورشکستگی جنبه شخصی دارد و بنابراین کسانی که به وکالت، یعنی به نام و حساب دیگری مبادرت به تجارت می‌کنند، تاجر محسوب نمی‌شوند و نمی‌توان حکم ورشکستگی آنان را صادر کرد. این حکم در مورد نمایندگان و کارمندان و مستخدمان تاجر نیز صادق است. بنابراین کسانی که با این اشخاص معامله می‌کنند فقط می‌توانند ورشکستگی خود تاجر را تقاضا کنند. مع ذلک، هرگاه سمت کسانی که به وکالت از طرف دیگری اقدام به تجارت کرده‌اند برای اشخاص ثالث معلوم نباشد، در صورت احراز شرایط مندرج در مواد ۲ و ۱ قانون تجارت در مورد آنان صدور حکم ورشکستگی آنان بلامانع است. بدیهی است کسانی که به وکالت عمل می‌کنند و در قانون تجارت به عنوان تاجر شناخته می‌شوند (مانند حق العمل کاران و دلالان) می‌توان ورشکسته اعلام کرد.

مبحث چهارم - تاجر متوفی:

گفتیم که به موجب قسمت دوم ماده ۴۱۲ قانون تجارت «حکم ورشکستگی تاجری را که حین الفوت در حال توقف بوده تا یک سال بعد از مرگ او نیز می‌توان صادر کرد» منظور قانونگذار از عبارت «تاجری... را که حین الفوت در حال توقف بوده» این نیست که درست هنگام فوت او امر توقف حاصل شده باشد، بلکه منظور توقف تاجر در زمان حیات اوست. این قسمت ماده ۴۱۲ و راه حلی که در آن پیش بینی شده از قانون تجارت فرانسه اقتباس گردیده است و متضمن اشتباه قانون‌گذار ما در تدوین ماده مزبور است و آن این که به جای پیش بینی یک سال مهلت از تاریخ مرگ برای تقاضای ورشکستگی متوفی، یک سال مهلت از تاریخ مرگ را برای صدور حکم ورشکستگی در نظر گرفته است.



ممکن است این مهلت برای رسیدگی به امر ورشکستگی متوفی کافی نباشد؛ یعنی دادگاه رسیدگی کننده نتواند در مهلت یک سال از تاریخ مرگ تاجر حکم صادر کند. آیا در چنین صورتی دادگاه نخواهد توانست حکم ورشکستگی را صادر کند؟

فرض کنیم تاجری در تاریخ اول خرداد سال ۱۳۷۰ فوت می‌کند و دو یا سه ماه بعد از فوت او معلوم می‌شود که وی در حین حیات ورشکسته بوده است، مسلم است که تقاضای حکم ورشکستگی او را می‌توان تا مدت یک سال (اول خرداد سال ۱۳۷۱) مطرح کرد. اما اگر تا تاریخ اخیر، دادگاه، به علت تأخیر در تقدیم تقاضا یا ادامه جریان رسیدگی، نتواند حکم ورشکستگی را صادر کند، آیا دیگر نخواهد توانست به چنین امری مبادرت ورزد؟ این مشکل قبلاً در حقوق فرانسه نیز وجود داشت، ولی در سال ۱۹۵۵ قانونگذار فرانسه صدور حکم در مهلت یک سال از تاریخ مرگ را به تقدیم تقاضای ورشکستگی در مهلت مزبور تبدیل کرد و دادگاه‌ها نیز به همین نحو عمل کردند؛ البته باید یادآوری کنیم که قانون تجارت ۱۸۰۷ فرانسه اعلام ورشکستگی تاجر متوفی را پیش بینی نکرده بود. ظاهراً قانون ۱۸۳۸ این فرض را به این دلیل پیش بینی کرده است که از جنجال خودکشی برای فرار از مجازات ورشکستگی جلوگیری کند؛ ولی در واقع باید گفت عدم تناسب مقررات راجع به تقسیم ترکه در مورد تاجر متوفی ایجاب می‌کرد که چنین قاعده‌ای وضع شود. به هر حال، قانون جدید ۱۹۸۵ در ماده ۱۶ مقررات ماده ۳ قانون ژوئیه ۱۹۶۷ راجع به ورشکستگی را عیناً برقرار کرده است و ورشکستگی تاجر متوفی را، در صورتی که در حین فوت موقوف بوده است، پیش بینی کرده است، مشروط بر اینکه تقاضا در مهلت یک سال از مرگ او تقدیم دادگاه شده باشد.

در مورد قانون تجارت ایران باید گفت که ماده ۴۱۲ معنایی جز این ندارد که تقاضای ورشکستگی تاجر متوفی باید تا مدت یک سال از تاریخ مرگ وی تقدیم دادگاه صلاحیت‌دار شود؛ چه در غیر این صورت، ممکن است مشکلات مربوط تطویل دادرسی موجب گذشتن یک سال از تاریخ مرگ وی شود و در نتیجه دادگاه با تفسیر لفظی ماده مزبور دعوی را متوقف کند؛ امری که عقل سلیم سازگاری ندارد.

خوشبختانه تقاضای ورشکستگی تاجر متوفی به ندرت مطرح می‌شود و در صورت طرح آن مکتبی نیز پیش نمی‌آید؛ چرا که امر تصفیه در ایران راجع به تاجر متوفی چه متوقف بوده باشد و چه نبوده باشد برابر مقررات راجع به ورشکستگی صورت می‌گیرد.

در واقع به موجب ماده ۲۷۴ قانون امور حسبی: «تصفیه ترکه متوفی در صورتی



که متوفی بازرگان باشد تابع مقررات تصفیه امور بازرگانان متوقف است» و برای تقسیم ترکه تاجر متوفی مطابق مقررات تصفیه لازم نیست حتماً حکم ورشکستگی او صادر شود. رأی شماره ۷۹۸، مورخ ۱۳۳۱/۱۱/۶ دیوان کشور این نکته را به خوبی روشن کرده است: «لزوم رعایت مقررات مربوط به تصفیه امور بازرگانان ورشکسته در مورد ترکه متوفی، حسب اشعار ماده ۲۷۴ قانون امور حسبی، به لحاظ ماده ۳۳۳ قانون مزبور، مستلزم صدور حکم ورشکستگی نسبت به تاجر متوفی نخواهد بود» در ضمن باید اضافه کرد که فایده صدور حکم ورشکستگی تاجر اغلب این است که حکم ورشکستگی به تقصیر و تقلب او نیز صادر گردد و در نتیجه مجازات کیفری شود که در مورد تاجر متوفی چنین مجازاتی منتفی است. مع ذالک صدور حکم ورشکستگی تاجر این فایده را برای طلبکاران یا وراثت دارد که می‌توانند بعضی از معاملات ورشکسته (معاملات دوران مشکوک) را باطل اعلام کنند.

قانون تجارت به صراحت پیش بینی نکرده است که چه کسانی می‌توانند تقاضای ورشکستگی تاجر متوفی را در دادگاه صلاحیت‌دار مطرح کنند. در این مورد مقررات راجع به تقاضای ورشکستگی تاجر در قید حیات قابل اجرا خواهد بود.

آنچه مسلم است این است که طلبکاران و ورثه و رئیس دادگستری به جانشینی دادستان سابق می‌توانند ورشکستگی تاجر متوفی را اعلام کنند. همچنین اگر تاجر حین رسیدگی دادگاه به ورشکستگی اش فوت کند جریان رسیدگی متوقف نخواهد شد و قاعدتاً به طرفیت ورثه او ادامه پیدا خواهد کرد.

مبحث پنجم - شرکت‌های تجاری:

در انگلستان ورشکستگی شرکا و تصفیه آنها تابع قوانین شرکت‌ها است، نه قوانین مربوط به ورشکستگی، ولی هم در فرانسه و هم در ایران صدور حکم ورشکستگی شرکت‌ها و تجار حقیقی تابع قوانین واحد است. قانون تجارت فرانسه مقررات ورشکستگی را علاوه بر شرکت‌های تجاری که قبلاً در این سیستم پذیرفته شده بود به اشخاص حقوقی تابع حقوق خصوصی به طور عام تسری داده است. ماده ۴۱۲ قانون تجارت ایران، از میان اشخاص حقوقی، فقط از شرکت تجاری نام برده است که در کنار تاجر حقیقی، می‌توان او را ورشکسته اعلام کرد. قید عبارت شرکت تجاری در این ماده تأکیدی بیش نیست و گرنه مسلم است که لفظ تاجر، شرکت‌های تجاری را نیز شامل



می‌شود؛ زیرا به موجب بند ۴ ماده ۳ قانون تجارت معاملات شرکت‌های تجاری به اعتبار تاجر بودن این شرکت‌ها، تجاری محسوب می‌شود. اگرچه قانونگذار ما، از میان کلیه اشخاص حقوقی، ورشکستگی را تنها به شرکت‌های تجاری اختصاص داده است، بدیهی است قسمت عمده اشخاص حقوقی را شرکت‌های تجاری تشکیل می‌دهند.

در این مبحث شرکت‌های تجاری مشمول ورشکستگی، تأثیر ورشکستگی این شرکت‌ها در ورشکستگی اعضاء آنها و بالعکس و سرانجام وضعیت مدیران شرکت‌های ورشکسته را که سه موضوع اساسی هستند را بررسی می‌کنیم.

شرکت‌های تجاری مشمول ورشکستگی:

شرکت‌هایی که مشمول ماده ۴۱۲ قانون تجارت می‌شوند همان‌هایی هستند که در ماده ۲۰ قانون مزبور پیش بینی شده‌اند؛ یعنی شرکت‌های سهامی، شرکت با مسئولیت محدود، شرکت تضامنی، شرکت مختلط سهامی و غیرسهامی، شرکت نسبی و شرکت تعانی تولید و مصرف. حکم ورشکستگی این شرکت‌ها را نیز از تاریخ احراز شخصیت حقوقی آنها می‌توان تقاضا و صادر کرد، مشروط بر اینکه طبق قوانین تجارت تشکیل شده باشند (ماده ۵۸۳ قانون تجارت). قبل از تاریخ مزبور حکم ورشکستگی آنها فقط در صورتی صادر می‌شود که مدیران شرکت، پس از تشکیل شرکت، معاملاتی را که مؤسسان انجام داده‌اند تنفیذ کنند که در این صورت می‌توان حکم ورشکستگی شرکت تأسیس شده را به دلیل معاملاتی که مؤسسان به نام او کرده‌اند و در صورت عجز او از پرداخت دیون مربوط به این معاملات، صادر کرد.

حکم ورشکستگی دیگر اشخاص حقوقی را نمی‌توان صادر نمود، چه این اشخاص از اشخاص حقوقی تابع حقوق خصوصی باشند و چه از اشخاص حقوقی تابع حقوق عمومی؛ مانند تشکیلات و مؤسسات غیر تجاری مذکور در ماده ۵۸۴ قانون تجارت که به موجب ماده یک آیین نامه اصلاحی ثبت تشکیلات و مؤسسات غیر تجاری مصوب ۱۳۳۷ به کلیه تشکیلات و مؤسساتی اطلاق می‌شود که برای مقاصد غیر تجاری از قبیل امور علمی یا ادبی یا امور خیریه و امثال آن تشکیل می‌شود، اعم از آنکه مؤسسين و تشکیل دهندگان قصد انتفاع داشته باشند یا نداشته باشند؛ تشکیلات و مؤسساتی از قبیل انجمن‌ها، کانون‌ها و بنگاه‌های غیر تجاری. فرقی نمی‌کند که مؤسسات مزبور به قصد جلب منافع و تقسیم آن بین اعضاء خود تأسیس شده باشند (مانند کانونهای فنی و حقوقی) یا نشده



باشند (مانند اتحادیه‌های حرفه‌ای و انجمن‌های ادبی) (ماده ۲ آییننامه اصلاحی ۱۳۳۷) این امر در مورد مؤسسات و تشکیلات دولتی و بلدی موضوع ماده ۵۸۷ قانون تجارت نیز صادق است که به محض ایجاد و بدون احتیاج به ثبت، شخصیت حقوقی مستقل می‌باشند، ولی به صورت شرکت‌های تجاری اداره نمی‌شوند. در مورد ورشکستگی شرکت‌های تجاری سؤالاتی مطرح می‌شود که باید به آنها پاسخ داد:

سؤال اول این است که شرکت‌هایی که در عمل وجود دارند ولی به ثبت نرسیده‌اند را می‌توان ورشکسته اعلام کرد یا خیر؟

به این شرکت‌ها در کشورهای اروپایی شرکت‌های عملی می‌گویند. در فرانسه این گونه شرکت‌ها را حتی اگر تابع حقوق خصوصی باشند، نمی‌توان ورشکسته اعلام کرد. استدلال حقوقی این قاعده این است که شرکت‌های تجاری شخصیت حقوقی پیدا نمی‌کنند، مگر از تاریخی که نامشان در دفتر ثبت تجاری ثبت شده باشد. بنابراین در صورت لزوم دادگاهها می‌توانند شرکایی را که به طور تضامنی مسئول پرداخت دیون مشترک هستند، ورشکسته اعلام کنند، مشروط بر اینکه معاملات تجاری را شخصاً برای کار مشترک انجام داده باشند و قادر به پرداخت دیون نباشند.

در ایران، ماده ۲۲۰ قانون تجارت شرکت‌هایی را که به امور تجاری اشتغال دارند، ولی خود را به صورت یکی از شرکت‌های مذکور در این قانون در نیاورده و مطابق مقررات مربوط به آن شرکت عمل نکرده‌اند شرکت تضامنی تلقی کرده است. بدیهی است شرکت تضامنی قلمداد کردن چنین شرکت‌هایی به معنای این است که می‌توان آنها را با رعایت مواد و مقررات مربوط به این نوع شرکت ورشکسته اعلام کرد.

سؤال دوم این است که هرگاه شرکت به دلیلی غیر از ورشکستگی (برای مثال با رضایت شرکا) منحل اعلام شود، آیا می‌توان ورشکستگی آن را تقاضا کرد یا خیر؟ از آنجا که شرکت پس از انحلال تا زمان ختم تصفیه، شخصیت حقوقی خود را حفظ می‌کند، در صورتی که معلوم شود قادر به پرداخت کلیه دیون خود نیست، می‌توان حکم ورشکستگی آن را صادر کرد و در چنین حالتی تصفیه تعهدات شرکت مطابق مقررات ورشکستگی صورت خواهد گرفت، چه تاریخ توقف قبل از انحلال باشد و چه بعد از آن. ماده ۱۲۷ قانون تجارت ایران در مورد شرکت تضامنی، صدور حکم ورشکستگی شرکت را مشروط کرده است به اینکه دارایی شرکت تقسیم نشده باشد. به نظر ما، این قاعده منطقی است، ولی منحصر به شرکت تضامنی نیست. در واقع، با تقسیم دارایی شرکت حفظ شخصیت



حقوقی آن که دقیقاً برای تصفیه و تقسیم دارایی آن است دیگر مورد نخواهد داشت. وقتی شرکت شخصیت حقوقی ندارد، تقاضای ورشکستگی آن هم بی‌فایده خواهد بود. سؤال سوم این است هرگاه شرکت دارای شعب باشد، تأثیر ورشکستگی شرکت در شعب آن یا بالعکس چه خواهد بود. نه قانون تجارت این مورد را پیش بینی کرده است و نه قانون اداره تصفیه؛ ولی با توجه به اصل وحدت دارایی اشخاص، از جمله اشخاص حقوقی باید چنین نظر داد که ورشکستگی شرکت به کلیه شعب آن، بر فرض هم که دارای شخصیت حقوقی مستقلی باشند، سرایت می‌کند، مگر اینکه شرکت مادر بتواند وسایل پرداخت دیون شعبه را در فرضی که ورشکستگی شعبه مطرح است، فراهم آورد.

نتیجه گیری:

با توجه به ماده ۴۱۲ قانون تجارت که مقرر می‌دارد: «ورشکستگی تاجر یا شرکت تجاری در نتیجه توقف از تأدیه وجوهی که بر عهده اوست حاصل می‌شود» پس از اعلام دو شرط اساسی، ۱- تاجر بودن ورشکسته ۲- توقف از تأدیه دیون، قانونگذار حالتی را اضافه می‌کند که تاجر ورشکسته، قبل از صدور حکم ورشکستگی فوت می‌کند. در چنین حالتی، همانطور که در قسمت آخر ماده مذکور آمده است، «حکم ورشکستگی تاجر را تا یک سال بعد از مرگ او نیز می‌توان صادر نمود». ورشکستگی مخصوص تاجر است؛ چه تاجر حقیقی و چه شرکت‌های تجاری که به موجب قانون تجارت حتی اگر عملیاتی هم که انجام می‌دهند ذاتاً تجاری نباشد تاجر محسوب می‌شوند. (بند ۴ ماده ۳ قانون تجارت) تشخیص تاجر بودن یا نبودن شخص ورشکسته با دادگاه است در صورتی که ورشکسته تاجر باشد تقاضای او برای اعلام ورشکستگی از طرف دادگاه رد می‌شود.

تاجری که از تأدیه دیون تجاری معسر گردد باید دادخواست توقف بدهد نه دادخواست اعسار، پذیرفتن دادخواست اعسار از کسی که شغل تجاری داشته است بر خلاف قانون است، حتی اگر موقع تقدیم دادخواست تاجر نباشد. منظور قانونگذار از عبارت «تاجری که حین الفوت در حال توقف بوده» توقف در زمان حیات تاجر است نه اینکه هنگام فوت او توقف حاصل شده باشد.

شرکت‌هایی که مشمول حکم ورشکستگی می‌شوند همان شرکت‌هایی هستند که در ماده ۲۰ قانون تجارت عنوان شده است. حکم ورشکستگی این شرکت‌ها را از تاریخ احراز



شخصیت حقوقی مشروط بر اینکه طبق قانون تجارت تشکیل شده باشند می‌توان تقاضا و صادر کرد. حکم ورشکستگی دیگر اشخاص حقوقی را نمی‌توان صادر کرد، مانند تشکیلات و مؤسسات غیر تجاری مذکور در ماده ۵۸۴ قانون تجارت.

در مورد ورشکستگی لازم نیست دارایی تاجر از بدهیهای او کمتر باشد، بلکه کافی است نتواند دیون حال خود را از دارای موجودش پرداخت کند تا متوقف تلقی شود؛ به همین دلیل اگر بعد از تقسیم اموال تاجر ورشکسته معلوم شود دارایی او کفاف پرداخت دیونش را می‌داده است، حکم ورشکستگی صادر شده ملغی الاثر نمی‌شود و تاجر بعد از پرداخت دیونش فقط می‌تواند به حکم ماده ۵۶۱ قانون تجارت از دادگاه صالح تقاضای اعاده اعتبار کند.

منابع:

- اسکینی، ربیعا، (۱۳۷۸) حقوق تجارت، ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته، تهران انتشارات سمت
- خواجوی، محمد، (۱۳۶۲)، اعاده اعتبار شرکت تجاری، مجله حقوق، شماره ۹
- رسائی نیا، ناصر، (۱۳۸۰) تهران انتشارات آوای نور، چاپ اول
- ستوده تهرانی، حسن، (۱۳۷۶) حقوق تجارت، تهران، انتشارات آوای نور، چاپ اول
- قائم مقام فراهانی، محمد حسین، (۱۳۸۰)، ورشکستگی و تصفیه، تهران انتشارات نشر میزان، چاپ اول
- عبادی، محمد علی، (۱۳۷۲) حقوق تجارت، تهران انتشارات گنج دانش، چاپ نهم
- کاتبی، حسینقلی، (۱۳۷۹) حقوق تجارت، تهران انتشارات گنج دانش، چاپ هشتم
- پرتال جامع علوم انسانی، حقوق خصوصی، حقوق تجارت، مقالات ورشکستگی
- نور مگز: www.noormags.ir



مداخله قضائی در روند مطالبه ضمانت نامه

بانکی با رویکرد قضائی

نادر گودرزی^۱

امروزه پوشش ریسک یکی از جنبه‌های مهم تجارت داخلی و بین‌المللی است. غفلت از ریسک و بی‌توجهی به چگونگی پوشش دادن آن، علاوه بر لطمه زدن به سودآوری موسسات تجاری و مالی، در برخی مواقع، اصل سرمایه را نیز با مخاطره جدی مواجه می‌سازد. برای جلوگیری از این پیشامد، سال‌ها است که ابزارهای پوشش ریسک در کنار سایر ابزارهای پولی و مالی، فعالیت‌های مالی را تسهیل کرده و در برابر مخاطرات گوناگون حفظ می‌نماید. ضمانت نامه بانکی از جمله مهمترین این ابزارها است که در تجارت بین‌المللی و همچنین نظام داخلی نقش مهمی در جلوگیری از این پیشامد ایفا کرده است. ضمانت نامه ریسک‌هایی را پوشش می‌دهد که ممکن است بر اثر عدم ایفای تعهدات یکی از طرفین یک رابطه تجاری یا مالی به وقوع بپیوندد.

به طور کلی «ضمانت نامه» قرارداد یا سندی است که به موجب آن صادر کننده (ضامن) حسب درخواست متقاضی (مضمون عنه) در مقابل ذی نفع (مضمون له) تعهد می‌کند بدون هیچ گونه قید و شرط، عندالمطالبه یا در سررسید معین، مبلغ معینی وجه نقد بابت موضوع خاصی که مربوط به مضمون عنه است، به ذی نفع یا به حواله کرد او بپردازد. ضمانت نامه‌ها غالباً توسط بانک‌ها و گاهی هم موسسات اعتباری صادر می‌شود و هدف از صدور آنها جبران خساراتی است که ممکن است از بابت عدم انجام نوع تعهد مندرج در هر یک از آنها متوجه ذی نفع آن گردد.

۱. کارشناس ارشد حقوق خصوصی



در رابطه عادی و معمولی بین طرفین قرارداد در ضمانت نامه‌های بانکی، معمولاً وجه ضمانت نامه هنگامی قابل مطالبه است که حسب مفاد قرارداد، مضمون عنه از اجرا و ایفای مفاد قراردادی خود قصور ورزیده و تخلف کرده باشد ولی همانند هر قرارداد دیگری این امکان وجود دارد که ذی نفع، من غیر حق ایفای تعهدات طرف مقابل را درخواست کند. سهولت دسترسی و وصول وجه ضمانت نامه، ممکن است این وسوسه را در ذی نفع ایجاد کند تا بدون اینکه حقی نسبت به آن داشته باشد، وجه ضمانت نامه را مطالبه کند و مطالبه وجه ضمانت نامه به گونه‌ای غیرمنتظره و غیر منصفانه و ناروا ضرر زیادی را برای مضمون عنه در پی خواهد داشت.

امروزه ضمانت نامه بانکی به عنوان یکی از ابزارهای متداول در قراردادهای داخلی و بین‌المللی است. ضمانت نامه در واقع نوعی وثیقه شخصی است که برای تضمین و امنیت بخشیدن به تعهدات قراردادی صادر می‌شود. این گونه وثائق هنگامی به کار می‌آید که تعهدات مزبور اجرا نمی‌شود یا به طور کامل و مطلوب تحقق نمی‌یابد. با توجه به اینکه ضمانت نامه‌ها، معمولاً به صورت عندالمطالبه هستند و ورود محاکم برای ممانعت از پرداخت نیازمند مبانی حقوقی است.

علیرغم اهمیتی که موضوع مداخله قضائی در روند مطالبه ضمانت نامه بانکی در نظام بانکی و تجاری جامعه‌ی امروز دارد، این بخش مورد توجه مولفان قرار نگرفته است. هر چند تنها در زمینه ضمانت نامه بانکی کتب و مقالاتی به رشته تحریر درآمده، اساتید علم حقوق صرفاً در بخش‌هایی از تالیفات خود به صورت مختصر به این موضوع پرداخته‌اند، ولی تاکنون به طور مستقل، پژوهشی در خصوص این موضوع صورت نگرفته است. در ایران خلا قانون موجب شده است که حقوق دانان برای توجیه این نهاد قانونی دست به دامان عرف تجاری بین‌المللی شوند و گاهی گره کار را در نهادهای سنتی بجویند.

یکی از مسائل برای همه‌ی طرفین ضمانت نامه این است که متن سند مذکور از حیث ماهیت ضمان یعنی استقلال یا تبعی بودن آن، شفافیت لازم را داشته باشد. اشاره به قرارداد پایه در متن ضمانت نامه نیز ایجاب ناپذیر است. نام طرفین قرارداد، شروط مقدم، مدت اعتبار، تمدید مدت و تاریخ خاتمه‌ی آن، مقررات مربوط به مبلغ ضمانت نامه و کاهش تدریجی آن، فورس ماژور، تهاتر، انتقال دادگاه صالح و قانون حاکم نیز از جمله‌ی مفاد مشترک ضمانت نامه‌های بین‌المللی هستند. مقاله (شهبازی نیا، ۱۳۸۲) موارد فوق



را مورد بررسی قرار داده است.

۱) برخی معتقدند که ضمانت نامه بانکی همان گونه که از نام آن پیداست ماهیتا نوعی ضمانت است و لذا از انواع و اقسام عقد ضمان مندرج در قانون مدنی است که احیاناً کارکردهای متفاوتی نیز می‌تواند داشته باشد؛ ۲) برخی دیگر معتقدند که صدور ضمانت نامه عمل یک طرفی و ایقاع است نه عقد؛ ۳) عقیده برخی نیز بر آن است که ضمانت نامه بانکی نهادی نوپاست که هر چند ممکن است برخی آثار و احکام نهادهای دیگر را داشته باشد ولی جای دادن آن در یکی از نهادهای موجود حقوقی به طور کامل امکان پذیر نیست؛ ۴) بالاخره عده ای نیز آن را نوعی تعهد به نفع ثالث می‌دانند. (مسعودی، ۱۳۹۱، ۴۶)

ضمانت نامه‌های بانکی ماهیت قراردادی دارند. صدور آنها به تقاضای متعهد اصلی یا مضمون عنه و بر مبنای قراردادی است که میان او و بانک منعقد می‌گردد. شباهت این قرارداد با ضمان عقدی باعث شده است که برخی دادگاه‌ها آن را تابع قواعد ضمان بدانند. (غمامی، ۱۳۷۸، ۱۲۸)

از میان طرفداران نظریه‌ی عقد بودن ضمانت نامه‌های بانکی، برخی به معنی عام ضمان و برخی دیگر به معنی خاص آن نظر دارند.

طرفداران نظریه ضمان عقدی عمدتاً چنین استدلالی می‌کنند که ضمانت نامه، اعم از بانکی و غیر بانکی، سندی است حاکی از قرارداد ضمان؛ به این معنی که این سند معرف و دلیل وجود قراردادی است که قبلاً منعقد شده و پیرو انعقاد آن، سند ضمانت نامه صدور یافته است.

طرفداران این نظریه معتقدند که در صدور ضمانت نامه، بانک ضامن به صورت یک جانبه و یک طرفی در مقابل مضمون له پرداخت مبلغ معینی وجه نقد را بابت موضوع خاصی به عهده می‌گیرد. در صدور ضمانت نامه، قبولی و رضای مضمون له شرط نیست و تعهد ضامن به تنهایی او را ملتزم می‌سازد. (اخلاقی، ۱۳۶۸، ۱۶۲)

عبارت «صدور ضمانت نامه بانکی» که در عرف بانکی مرسوم و متداول گشته به نوعی این توهم را تقویت می‌کند که صدور ضمانت نامه عملی یک طرفه بوده است که از طرف بانک انجام می‌شود، بدون اینکه نیاز به عمل دیگری از طرف اشخاص دیگر (مضمون له و مضمون عنه) داشته باشد. منتها باید توجه داشت که صدور ضمانت نامه فقط ارائه برگ و گواهی ضمان است ولی روابط قراردادی طرفین در قرارداد دیگری



که مبنای صدور ضمانت نامه می‌گردد، متبلور و متجلی می‌شود، در قرارداد مذکور حقوق و تعهدات طرفین صریحا تعیین و مشخص شده است. (مسعودی، ۱۳۹۱، ۸۶)

ماهیت حقوقی ضمانت نامه بانکی بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی

اکثر حقوقدانان معتقدند ضمانت نامه‌ی بانکی با توجه به اصل حاکمیت اراده در ظرف ماده ۱۰ قانون مدنی می‌گنجد. پس جز در مواردی که قانون مانعی در راه نفوذ قراردادهای ایجاد کرده است، اراده‌ی اشخاص بر سرنوشت پیمان‌های ایشان حاکم است و آزادی اراده را باید به عنوان اصل پذیرفت. (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱: ۱۴۴) طرفداران این نظریه بر این باورند که: «در ضمانت نامه بانکی انتقال دین صورت نمی‌پذیرد و تعهد ضامن ناظر به تادیه آن و تامینی است که به طلبکار احتمالی داده می‌شود ولی ضمان نیست و به این عنوان صحیح و معتبر نمی‌باشد ولی بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی می‌توان آن را نافذ شناخت». (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۲۷۱) در مقابل نیز این نظریه مطرح شده است که اوضاع و احوال و مسائلی که پیرامون ضمانت نامه‌های بانکی است به گونه‌ای می‌باشد که قابلیت گنجایش کامل آن را در ظروف و قالب‌های رایج حقوق مدنی نمی‌دهد؛ اما با توجه به وضع و وجود ماده ۱۰ قانون مدنی، که مبنای آن اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادهای است، ماهیت ضمانت نامه‌های بانکی قابل بررسی بوده و بر این مبنا قابل تحلیل است. (مسعودی، ۱۳۹۱، ۸۸) بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است».

مطالبه وجه ضمانت نامه بانکی

ضمانت نامه اساسا برای این صادر و ارائه می‌گردد که تضمین و تامینی برای ذینفع باشد تا بتواند ضمانت خواه را وادار به اجرای تعهدات قراردادی اش نماید و در صورت عدم اجرا، بتواند خسارت وارده به خود را از محل ضمانت نامه مطالبه و وصول نماید و لذا قاعدتا مطالبه وجه ضمانت نامه موکول به تخلف ضمانت خواه از اجرای تعهدات مورد تضمین است. ضمانت نامه بانکی بر خلاف اعتبار اسنادی، ماهیتی تضمینی دارد و لذا در اغلب اوقات بی آنکه مطالبه‌ای صورت گیرد عمر سند منقضی می‌شود. اما از زمانی که ذینفع تصمیم به دریافت وجه سند می‌گیرد، آثار ضمانت نامه به شکل قابل توجه تری بروز پیدا می‌کند. زمانی که یک ضمانت نامه بانکی مطالبه می‌شود، بانک باید در



صورت صحیح بودن مطالبه، نسبت به پرداخت وجه سند اقدام کند. شناخت قواعد یک مطالبه صحیح به بانک کمک می‌کند تا در صورت عدم رعایت شرایط مقرر، از پرداخت وجه امتناع کند کما اینکه به ذی نفع اجازه می‌دهد تا با تقاضای صحیح پرداخت وجه ضمانت نامه، از حقوق خود محافظت نماید. (مسعودی، ۱۳۹۱، ۱۷۰)

نحوه مطالبه ضمانت نامه

مطالبه باید به نحو روشن و به گونه ای صورت گیرد که قصد منجز ذی نفع در تمایل به دریافت وجه را نشان دهد. این مطالبه باید مطابق قرارداد و به وسیله مناسب به بانک ضامن ابلاغ شود تا منشا اثر باشد. همچنین لازم است مطالبه به شخص صادرکننده ضمانت نامه و در محل صدور سند یا محلی که بین طرفین معین شده ارسال شود.

۱- مطالبه منجز و مفهوم آن

پرداخت ضمانت نامه نیاز به مطالبه دارد و بانک نمی‌تواند بدون این درخواست، وجه آن را بپردازد. مطالبه وجه ضمانت نامه به طور ضمنی بدین معناست که شرایط مقرر در تعهد پایه رعایت نشده است (سلطانی به نقل از استفتل از کتاب تخلف از قرارداد) و اصولاً ضرورتی به بیان علت مطالبه جز در صورت قید موضوع در سند ضمانت نامه وجود ندارد.

۲- وسیله مطالبه

مسلم است که مطالبه باید به طریقی به بانک ابلاغ شود، اگر نه ارزشی ندارد. وقتی در ضمانت نامه وسیله مطالبه ذکر شده باشد استفاده از یک ابزار مشابه فاقد اثر است. به طور مثال اگر در ضمانت نامه پیش بینی شده که مطالبه با ارسال نامه سفارشی صورت گیرد و ذی نفع در خلال مدت اعتبار ضمانت نامه اقدام به ارسال نمابر به بانک نماید، در حالیکه نامه سفارشی حاوی دستور مطالبه پس از خاتمه اعتبار ضمانت نامه به بانک می‌رسد، مطالبه به درستی صورت نگرفته است. در واقع، وقتی وسیله مطالبه در سند ضمانت نامه مشخص شده، این وسیله موضوعیت داشته و استفاده از شیوه‌های دیگر برخلاف قصد و اراده طرفین است و نمی‌توان به آن ترتیب اثر داد.

در فرض سکوت ضمانت نامه در خصوص وسیله مطالبه، درخواست پرداخت وجه به



هر وسیله ای حتی به صورت شفاهی (مسعودی، ۱۳۹۱، ۱۷۵) البته با رعایت قانون حاکم بر ضمانت نامه امکان پذیر است. با وجود این و با توجه به مشکلات اثبات مطالبه غیرکتبی، قاعدتا ذی نفع ترجیح می‌دهد این کار را به صورت مکتوب و مثبت انجام دهد.

۳- مخاطب مطالبه

به عنوان یک قاعده عمومی، تقاضای پرداخت وجه ضمانت نامه از شخصی به عمل می‌آید که آن را صادر نموده است و لذا تقاضا و اسناد پیوست باید در اقامتگاه صادرکننده به وی ارائه شود. در اسناد بین المللی عموماً از «محل صدور ضمانت نامه»، به عنوان محلی که تقاضا باید در آنجا ارائه شود نام برده شده است. مطابق بند ۱ قسمت (الف) ماده ۱۴ «مقررات یکنواخت ضمانت نامه‌های عندالمطالبه» مطالبه باید در محل صدور ضمانت نامه یا هر محل دیگری که در سند معین شده به عمل آید. (تذهیبی، ۱۳۷۸) بند ۲ ماده ۱۵ کنوانسیون آنسیترال نیز همین معنا را بیان می‌کند.

تمامی بانک‌ها دارای شعب مختلف در داخل یک کشور و شهرهای آن هستند. همچنین بسیاری از بانک‌ها شعب یا شرکت‌های فرعی در کشورهای دیگر تاسیس می‌کنند. مقصود از شرکت فرعی شرکتی است که سیاست‌های راهبری آن توسط شرکت مادر تعیین شده و تحت کنترل آن است. گفته شد که تقاضای پرداخت باید به صادرکننده ضمانت نامه ارائه شود. در جایی که صادرکننده ضمانت نامه، شرکتی فرعی با شخصیت حقوقی مجزاست، تردیدی نیست که مطالبه باید نزد همان شرکت به عمل آید و ارسال تقاضا به یکی دیگر از شرکت‌های فرعی گروه کفایت نمی‌کند.

- مهلت مطالبه ضمانت نامه و زمان تحقق آن

ضمانت نامه باید در چارچوب شرایط مقرر در آن مطالبه شود. لذا درخواست پرداخت وجه نمی‌تواند قبل از آغاز اعتبار یا پس از خاتمه اعتبار ضمانت نامه صورت پذیرد. خاطر نشان می‌سازد در برخی ضمانت نامه‌ها، زمان آغاز اعتبار ضمانت نامه همزمان با صدور سند نیست. تعیین زمان مطالبه ضمانت نامه، ارتباط مستقیمی با مدت اعتبار ضمانت نامه دارد و لذا ضروری است؛ ۱- انواع روش‌های تعیین این مدت و متعاقباً مهلت مطالبه بررسی شود شناخت. ۲- تاریخ خاتمه اعتبار ضمانت نامه برای تعیین دقیق مهلت مطالبه کافی نیست؛ باید لحظه تحقق مطالبه را نیز تعیین کرد.



۱- مهلت مطالبه ضمانت نامه

مدت اعتبار ضمانت نامه و در نتیجه مهلت مطالبه بر اساس نحوه تعیین مدت سند، متفاوت است. این مدت عموماً معین است و طبیعی است که مطالبه باید پیش از انقضای اعتبار سند صورت گیرد (الف). اما در مواردی نیز ضمانت نامه در این خصوص ساکت است و در اینجا تعیین مهلت مطالبه ضمانت نامه تامل بیشتری طلب می‌کند (ب)

۲- زمان تحقق مطالبه

ملاک بودن زمان دریافت تقاضای پرداخت توسط بانک هنگامی که ذی نفع یا بانک ضامن تقاضای پرداخت وجه را پیش از انقضا یا اعتبار ضمانت نامه به ضامن مستقیم یا متقابل ارسال می‌کند، اما این تقاضا پس از اتمام مدت اعتبار ضمانت نامه به اشخاص اخیر واصل می‌شود، این پرسش مطرح می‌شود که آیا تقاضای پرداخت وجه را باید داخل در مهلت قلمداد نمود یا خیر. مطابق آنچه در خصوص بحث تشکیل قراردادها در حقوق ایران مطرح است، در مبادله اراده بین طرفین، اعلام یا ارسال - که خود کاشف از تحقق قطعی اعلام است موضوعیت دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ۱۸۴ به بعد). در حوزه حقوق خصوصی، اصل بر آن است که اعلام اراده در مهلت مقرر کفایت می‌کند و لزوم آگاهی طرف مقابل از اعلام اراده ظرف همان مهلت، تنها در صورت اراده صریح یا ضمنی طرفین بر آن قابل دفاع است.

تقلب در ضمانت نامه بانکی

۱- معنای تقلب

تقلب به مفهوم عام طیف وسیعی از موضوعات حقوقی و کیفری را تشکیل می‌دهد. اکنون موضوعات حقوقی مرتبط با تقلب با عناوین خاصی مانند تدلیس، غش در معامله، ورشکستگی به تقلب، تقلب نسبت به قانون، سوء عرضه خطاب می‌شوند و موضوعات کیفری مرتبط با تقلب با عناوینی مانند کلاهبرداری، جعل، استفاده از سند مجعول عنوان می‌شوند.



ولی با این حال، خواه در حقوق اعتبارات اسنادی و خواه در حقوق ضمانت نامه‌های بانکی برای تبیین مفهوم استثناء تقلب به ندرت به حقوق عام تقلب رجوع و استناد می‌شود و استناد به مفهوم عام تقلب در حقوق اعتبارات اسنادی و ضمانت نامه‌های بانکی گمراه کننده و نادرست تلقی می‌گردد زیرا در حقوق عام تقلب، واژه «تقلب» معادل کلاهبرداری یا حداقل مفهومی نزدیک به آن است که جهت احراز وقوع آن نیاز به احراز عنصر روانی یعنی سوء نیت مرتکب است و همین شرط و شرایط دیگر آن نشان می‌دهد که تجانس دقیقی بین این تقلب و استثناء تقلب در ضمانت نامه‌های بانکی و اعتبارات اسنادی وجود ندارد در حالی که تقلب در مطالبه وجه ضمانت نامه‌های بانکی و اعتبارات اسنادی مفهوم مستقل و خاصی در مقابل مفهوم عام تقلب دارد.

تقلب در ضمانت نامه بانکی

در ضمانت نامه مستقل بر خلاف اعتبارات اسنادی، اولاً در خصوص ضمانت نامه‌های قابل وصول به صرف درخواست، از آن جا که این نوع ضمانت نامه سندی به جز درخواست ساده ذی نفع وجود ندارد، تقلب طبیعتاً در قالب تقلب در رابطه با قرارداد مطرح می‌شود؛ ثانیاً در خصوص سایر اشکال ضمانت نامه‌های مستقل و همچنین در اعتبار اسنادی تضمینی نیز به خاطر این که اسناد لازم برای وصول وجه آنها، ارزش ذاتی ندارند لذا عمده بحث تقلب روی رابطه پایه متمرکز است و از این رو گفته می‌شود که در ضمانت نامه‌های بانکی در مقایسه با اعتبار اسنادی، تقلب از طریق اسناد ساختگی یا متقلبانه، اهمیت کمتری دارد.

اثبات تقلب در عمل با سه مشکل برخورد می‌کند:

۱. اولین مشکل به کوچکی و تضییق مفهوم تقلب برمی‌گردد. برای بانک و مشتری (مضمون عنه) مطلوب است که به تقلبی استناد کنند که ناشی از شرایط اجرای قرارداد پایه و اصلی است، ولی اصل استقلال تعهدات بانک از قرارداد پایه و اصلی، چنین ارجاعی را ممنوع می‌کند.
۲. در ضمانت نامه اولین درخواست و عندالمطالبه، تقلب باید آشکار باشد.
۳. تقلب، بانک را از تعهدات خود بری نمی‌سازد مگر در جایی که تقلب از شخصی ناشی و توسط وی اعمال شود که بانک مستقیماً در مقابل وی



متعهد است. بنابراین در ضمانت نامه متقابل، بانک باید تقلب بانک اولیه را ادعا کرده و نشان دهد. (مسعودی، ۱۳۹۱)

سوء استفاده از حق و منع پرداخت ضمانت نامه

مشخص کردن حدود و شرایط عدم اجرای ضمانت نامه به وسیله ضامن واجد اهمیت اساسی برای تضمین کارایی و اثرگذاری آن است. هنگامی که وجه ضمانت نامه مطابق ترتیبات مقرر در آن مطالبه شده تنها دلیلی که می‌تواند عدم پرداخت مبلغ را توجیه کند «مطالبه آشکارا ناروا» است. این قاعده در تمامی کشورهایی که صادرکننده ضمانت نامه هستند پذیرفته شده و نمی‌توان مانع پرداخت ضمانت نامه با دلایلی که ممکن است بعداً اثبات شود گردید. مساله مطالبه آشکارا ناروا، تقریباً مهمترین بحث مطروحه در خصوص ضمانت نامه‌های بین‌المللی است و بر اساس همین قاعده تاکنون پرداخت بسیاری از ضمانت نامه‌هایی که به نفع طرفهای آمریکایی توسط طرف ایرانی بعد از وقوع انقلاب اسلامی و در پی اختلافات عمیقی که بین ایران و آمریکا ایجاد شده بود، سبب شد مساله شرایط و امکان منع پرداخت ضمانت نامه مورد توجه جدی تری قرار گیرد (سلطانی، ۱۳۹۳، ۳۰۳).

ضمانت نامه مستقل اگرچه از قرارداد پایه استقلال دارد اما ماهیت ضمان را نیز به همراه دارد. غایت و هدف نهایی هر ضمانتی، پوشش ریسک موضوع قرارداد است. اینکه اراده طرفین بر جدا کردن و مستقل ساختن ضمانت نامه از قرارداد پایه تعلق گرفته بدلیل اقتضائات اقتصادی است که یک ضمانت نامه کاملاً کارا را طلب می‌کند و گرنه در نظر طرفین نیز تردیدی نیست که هدف این ضمان جبران کردن خسارات ناشی از عدم اجرا یا اجرای نامناسب رابطه فرعی تحت پوشش است. بنابراین، اگرچه ضمانت نامه بانکی از نظر حقوقی نسبت به قرارداد پایه مستقل است اما از نظر اقتصادی هدفی جز تضمین حسن اجرای تعهدات پایه ندارد.

در موارد زیر میتوان مطالبه وجه ضمانت نامه را به عنوان تقلب یا سوء استفاده آشکار، ارزیابی و توصیف نمود:

۱- مطالبه وجه ضمانت نامه توسط ذی نفع مبنی بر و به دلیل عدم اجرای قرارداد پایه و اصلی نباشد بلکه به دلیل صرفاً سیاسی که بین دو کشور متبوع طرفین قرارداد تعارض ایجاد کرده باشد.



۲- مطالبه وجه ضمانت نامه در نتیجه غصب اموال صادر کننده (مضمون عنه) توسط مقامات عمومی کشور خارجی (کشور متبوع ذی نفع ضمانت نامه) باشد. بدین توضیح که با غصب و ضبط اموال مضمون عنه در نتیجه تصمیم مقامات عمومی کشور متبوع ذی نفع، طبعاً صادرکننده قادر به اجرای تعهدات قراردادی خود (به ویژه در قراردادهای بیمانکاری) نخواهد بود.

۳- ذینفع هنگامی وجه ضمانت نامه را مطالبه کند که تعهدات ضمانت شده به طور کامل و خوب اجرا شده، خود وی نیز به این امر اذعان داشته آن را گواهی کند. یا اینکه حسن اجرای تعهدات توسط یک وکیل (نماینده)، متصدی یا حتی با بازرسی اهل خبره گواهی شده باشد و اجرای آن تعهدات مورد تردید و مشکوک نباشد.

۴- هر چند که به دلیل استقلال روابط حقوقی، بطلان قرارداد پایه و اصلی اثری بر روی ضمانت نامه نمی‌گذارد مع هذا در برخی موارد (مطالبه وجه ضمانت نامه در هنگامی که بطلان قرارداد پایه و اصلی توط رای دادگاه یا رای داور یا با توافق و تراضی طرفین اعلام شده باشد) می‌تواند یک تقلب را تشکیل دهد. ولی در عین حال هر نوع مطالبه وجه ضمانت نامه بعد از بطلان قرارداد پایه و اصلی، نشانه ای از مطالبه متقلبانه یا سوءاستفاده نیست. مثلاً قرارداد پایه و اصلی می‌تواند به دلیل نقض تغییرات جدید آیین نامه‌ها و مقررات کشور صادرکننده باطل شود و طبیعی است که وارد کننده (ذی نفع ضمانت نامه) باید بتواند خود را در مقابل تغییر مقرراتی که شناختی از آنها ندارد، حمایت کرده و حقوق خود را حفظ کند.

در حقوق ایران رویه قضائی مرز دقیق بین ضمانت نامه مستقل و تبعی ترسیم نکرده است و برخی دادگاه‌ها حکم به پرداخت فوری ضمانت نامه داده اما برخی دیگر قرارداد پایه را نیز مورد بررسی قرار می‌دهند. به علاوه به محض آن که ضمانت خواه منع پرداخت ضمانت نامه را در قالب دستور موقت درخواست می‌نماید، دادگاه، در صورت جمع شدن شرایط عمومی صدور دستور موقت تردیدی در جلوگیری از پرداخت نمی‌نماید. بنابراین، مساله مطالبه آشکارا ناروای ضمانت نامه هیچگاه در حقوق داخلی ایران مطرح نشده است، زیرا ضمانت نامه بانکی از استقلال کافی برخوردار نبوده و بنابراین راههای ساده تری جهت ممنوع ساخت پرداخت وجه آن وجود داشته است. بی شک، این رویه فاقد مبنای حقوقی مستحکم است و دادگاه نباید تا زمانی که سوءاستفاده ذینفع از حق خویش آشکار نیست، دستور موقت مبنی بر منع پرداخت ضمانت نامه صادر کند.



شعبه ۳۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران در رای شماره ۹۵۰۹۹۷۲۱۶۰۲۰۱۱۰۹ مورخ ۱۳۹۵/۹/۱۶ خود، تقاضای صدور دستور موقت خواهان را مبنی بر عدم ضبط ضمانت نامه توسط خوانده که مربوط الزام ایشان به انجام تعهدات قراردادی است، با این استدلال رد کرده است:

«نظر به این که برابر ماده ۳۱۰ قانون آیین داری مدنی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ در اموری که تعیین و تکلیف آن فوریت دارد، دادگاه به درخواست ذی نفع برابر مواد زیر دستور موقت صادر می‌نماید. در حالی که در این پرونده فوریت مورد نظر قانون گذار احراز نمی‌گردد و صرف ضبط ضمانت نامه بانکی با توجه به داشتن اختیارات قراردادی و با توجه به فلسفه ضمانت نامه‌ها که دارای مدت اعتبار محدود می‌باشند، موجب غیر قابل جبران ماندن ضرر وارده به خواهان «بر فرض حتمی بودن ضرر» نمی‌گردد با رسیدگی تناظری دعوای خواهان قابل اثبات و خسارات احتمالی نیز قابل جبران خواهد بود. بر این اساس دادگاه شرایط پذیرش درخواست دستور موقت را فراهم ندانسته مستندا به مواد ۳۱۰ و بعد از قانون آیین داری مدنی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ قرار رد درخواست دستور موقت صادر و اعلام می‌گردد. قرار صادره مستقلا قابل اعتراض، تجدیدنظر و فرجام نبوده به همراه اصل دعوا قابل تجدیدنظر خواهی در دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران می‌باشد.»

دعوای موضوع رای موصوف بر این مبنا استوار بود که خواهان دادخواستی جهت الزام خوانده به ایفای تعهد (مالی) مبنی بر تقاضای صدور حکم الزام خوانده به انجام تعهدات قراردادی و دستور موقت مبنی بر عدم ضبط یک فقره ضمانت نامه بدین شرح بیان نموده است: حسب اظهارات و مستندات تقدیمی خواهان اقدام به انعقاد قرارداد با موضوع خرید کود شیمیایی نموده و تقریبا ده درصد مبیع را نیز تحویل خریدار نموده ولی از آن به بعد علیرغم آمادگی خواهان جهت تحویل مابقی مبیع و انجام سایر تعهدات قراردادی و مکاتبات عدیده شرکت خواهان با خوانده موید این امر می‌باشد که شرکت خوانده بدون عذر از ایفای تعهدات قراردادی خودداری نموده است، نظر به این که اجرای قرارداد با تحویل ده درصد از مبیع توسط خواهان به خوانده شروع شده است و ضمانت نامه تودیی تاکنون از جانب خوانده تمدید شده است. لذا قرارداد مورد اشاره به قوت خود باقی بوده و طرفین ملزم به اجرای آن می‌باشند. فلذا تقاضای صدور حکم بر الزام خوانده به انجام تعهدات قراردادی از محضر دادگاه مورد استدعاست، بدوا با توجه به وجود یک فقره



ضمانت نامه بانکی در ید خواننده و احتمال ضبط ضمانت نامه از سوی ایشان که این امر موجب خسارت به خواهان خواهد شد، تقاضای صدور دستور موقت مبنی بر عدم ضبط ضمانت نامه تا صدور حکم نهایی را دارد.

– مصادیق مطالبه ناروای ضمانت نامه

مطالبه ناروای ضمانت نامه و سوء استفاده از حق، منبعث از ثبوت قطعی و آشکار عدم ذی حقی ذینفع مطابق قرارداد پایه است. بی حقی ذینفع می تواند اشکال متفاوتی به خود بگیرد و ممکن است به جهت شرایطی همچون اجرای ناقص قرارداد به وسیله ذینفع (الف) یا عدم امکان اجرای قرارداد توسط طرف دیگر- ضمانت خواه- به علت عملکرد ذینفع محقق شود (ب) گاهی نیز قرارداد به طور کامل توسط ضمانت خواه اجرا شده و با این وجود باز هم ضمانت نامه مطالبه می شود (ج) در برخی موارد نیز مطالبه ذینفع هیچ ارتباطی با تعهد پایه ندارد. (د) بر این اساس مناسب است برخی از فروضی که ممکن است نشان دهنده فقدان حق ذینفع نسبت به مطالبه ضمانت نامه باشد را به طور مختصر مورد بررسی قرار دهیم.

۱- اجرای ناقص قرارداد به وسیله ذینفع

ممکن است ضمانت خواه اجرای قرارداد را متوقف کند به طور مثال با این استدلال که ذینفع از واریز پیش پرداخت امتناع نموده یا یکسری از تعهدات اصلی خود را اجرا نکرده است. شکی نیست که چنین ادعاهایی نمی تواند مورد توجه قرار گیرد و الا اصل استقلال زیر پا گذاشته خواهد شد. با این وجود، می توان سوء استفاده از حق ذینفع را حتی در جایی که ضمانت خواه کلیه تعهدات خود را انجام نداده احراز کرد، مشروط بر اینکه فقدان آشکار حق ذینفع به واسطه عدم انجام تعهداتش معلوم باشد.

۲- عدم امکان اجرای قرارداد پایه به علت عملکرد ذینفع

گاهی ممکن است اجرای تعهد نه به جهت قصور ضمانت خواه یا عامل خارجی بلکه در اثر عملکرد شخص ذینفع غیرممکن شده یا به تاخیر افتاده باشد. در این حالت نیز ذینفع مستحق دریافت وجه ضمانت نامه نبوده و در صورت وضوح این امر، مطالبه ضمانت نامه می تواند آشکارا ناروا محسوب گردد.



۳- اجرای کامل مفاد قرارداد پایه توسط ضمانت خواه

در جایی که اجرای کامل و صحیح قرارداد اصلی مشاهده می‌شود دیگر دلیلی برای مطالبه ضمانت نامه وجود ندارد، زیرا خطری که ضمانت نامه قصد پوشاندن آن را داشته دیگر وجود ندارد.

۴- مطالبه غیر مرتبط با تعهد پایه

همان گونه که بارها اشاره شد ضمانت نامه برای پوشش یک خطر خاص و معین است و بنابراین ذینفع نمی‌تواند آن را وسیله ای برای اعمال فشار به ضمانت خواه جهت اجرای قرارداد دیگری قرار دهد. لذا ذینفع نمی‌تواند در حالیکه چند ضمانت نامه از یک پیمانکار به مناسبت قراردادهای مختلف در اختیار دارد، اقدام به مطالبه همه آنها نماید.

ضمانت اجرای مطالبه ناروا

ضمانت اجرا به این معنا است که مجازات یا دیگر مکانیزم‌های اجرایی که نسبت به اطاعت از قانون، قواعد و مقررات ایجاد انگیزه می‌کند و همچنین بخشی از حقوق که به منظور اطمینان از اجرا از طریق وضع مجازات نسبت به نقض یا اعطای پاداش نسبت به رعایت آنها در نظر گرفته شده است.

۱- ابطال ضمانت نامه بانکی

به جهت اصل استقلال و عدم قابلیت استناد به ایرادات، ضمانت خواه یا بانک ضامن نمی‌توانند به بطلان قرارداد پایه استناد کرده و پرداخت وجه را ممنوع سازند. تردیدی نیست در جایی که بطلان قرارداد اصلی ثابت نشده هیچ اثری بر ابطال احتمالی بار نیست. بنابراین ایراداتی مانند بطلان قرارداد پایه، فسخ قرارداد پایه و یا اجرای آن به گونه ای کامل از سوی پیمانکار و نیز ادعای تهاتر و یا انتقال طلب، از سوی بانک صادرکننده ضمانت نامه قابل استناد نخواهد بود (زنگبازی، ۶۹، ۱۳۹۴). این همان اصل برائت است که قانون آیین دادرسی مدنی در ماده ۳۵۶ پذیرفته.



– ضوابط ابطال ضمانت نامه

مدت تعهد بانک بابت ضمانت نامه‌های صادره حداکثر تا سررسید ضمانت نامه می‌باشد و در صورتی که قبل از سررسید ضمانت نامه، درخواستی مبنی بر ابطال ضمانت نامه از طرف ذی نفع و با امضای صاحبان امضای مجاز کتبا به بانک واصل گردد، بانک می‌بایست نسبت به ابطال ضمانت نامه اقدام و مراتب ابطال را به ذی نفع ابلاغ و به ضمانت خواه اطلاع دهد. در «بخشنامه شماره م ب ۲۵۸۸ مورخ ۱۳۸۶/۶/۲۵ بانک مرکزی به مدیران عامل بانکهای دولتی و غیردولتی» آمده است: «ضمانت نامه‌های بانکی از مهمترین ابزارهای جدید مالی در شبکه بانکی کشور محسوب می‌شوند. در این ارتباط عملکرد و رویه مورد عمل سامانه بانکی کشور در خصوص خاتمه و یا ابطال ضمانت نامه بانکی بر مبنای ارائه اصل ضمانت نامه، همواره از موضوعات مورد استعلام و طرح شکایات اشخاص حقیقی و حقوقی (عموماً به عنوان ضمانت خواه) نزد بانک مرکزی بوده است، چرا که چنانچه به هر دلیل اصل ضمانت نامه به بانک ضامن ارائه نشود، بانک ضامن از آزادی سازی و استرداد وثائق توفیقی ضمانت خواه ممانعت به عمل می‌آورد. استرداد وثائق و سپرده نقدی و برگشت حساب‌های مربوطه نیازمند ارائه اصل ضمانت نامه، تقلیل نامه‌ها و تمدیدنامه‌ها (در صورت وجود) به بانک خواهد بود.»

طبق بخشنامه مذکور بانک مرکزی در صورت تحقق هر یک از شرایط ذیل، ضمانت نامه‌های صادره بانکی باطل می‌گردد و آزادسازی وثائق، نیازمند ارائه اصل ضمانت نامه به بانک نخواهد بود:

۱- اعلام کتبی ذی نفع مبنی بر ابطال ضمانت نامه

۲- انقضای سررسید مدت اعتبار ضمانت نامه

۳- ارائه سند یا اسنادی که نشانگر حصول شرایط خاص در متن ضمانت نامه باشد. خاطر نشان می‌نماید بانک در مواجهه با این اسناد تنها مسئول انطباق اسناد با شرایط مندرج در ضمانت نامه است و مسئولیت‌های ناشی از قبیل جعل، اصالت نداشتن و ... را عهده دار نمی‌باشد.

بانک بایستی نسبت به اخذ تعهدنامه از ضمانت خواه با مضمون ذیل به منظور آزادسازی وثائق ضمانت خواه بدون دریافت اصل ضمانت نامه اقدام نماید: «چنانچه در آینده مشخص شود که ضمانت خواه با عدم ارائه اصل ضمانت نامه به هر نحوی از انحاء قصد سوء استفاده از آن را داشته است و منافع این بانک به خطر افتد، ضمانت خواه



عهده دار جبران ضرر و زیان وارده بوده و بانک محق به استیفاء حقوق تزییع شده به هر نحو و کیفیت است.»

ماده ۳۳ دستورالعمل ربالی ناظر بر ضمانت نامه بانکی (جدید) بیان داشته: «چنانچه «خاتمه اعتبار» ضمانت نامه منوط به وقوع رویدادی گردد، لازم است اسناد و مدارک رویداد منجر به «خاتمه اعتبار»، در متن ضمانت نامه مشخص شود». بانک موظف است حداکثر ظرف مدت پنج روز کاری بعد از ارائه اسناد و مدارک، ظاهر اسناد و مدارک ارائه شده را با مفاد ضمانت نامه تطابق داده و در صورتی که ظاهر اسناد و مدارک ارائه شده را مطابق تشخیص دهد، با رعایت مفاد این دستورالعمل، ضمانت نامه را باطل نماید (پورمتین، ۱۳۹۵، ۵۸).

۲- انحلال ضمانت نامه

در مواردی که یک عقد به طور صحیح واقع می‌شود و سپس به دلیل حادث شدن یکی از اسباب قانونی انحلال می‌یابد و آثار حقوقی اش زایل می‌شود، بطلان مصداق نمی‌یابد، زیرا انحلال مزبور یا به واسطه توافق اراده انشایی طرفین عقد ایجاد می‌شود که مصداق بارز آن اقاله است و یا با اعمال اراده یک جانبه یکی از متعاقدين مبنی بر انحلال توافق، که این حق را به موجب خیارات قانونی به دست آورده است و یا آن که انحلال عقد بدون دخالت اراده متعاقدين و در اثر تحقق یکی از سبب‌های قانونی صورت می‌گیرد که «انفساخ» نامیده می‌شود.

آیین دادرسی منع قضائی پرداخت ضمانت نامه بانکی

مضمون عنه در روابط قراردادی خود با بانک و ذی نفع دارای چنان اختیاری نیست که بتواند دستور عدم پرداخت وجه ضمانت نامه را بدهد و در صورت صدور چنین دستوری، بانک ضامن هیچ تکلیفی در مقابل آن ندارد.

همچنین پرداخت وجه ضمانت نامه توسط بانک به ذینفع آن، در مواردی که مطالبه به طور ناروا صورت گیرد، می‌تواند تبعات منفی زیادی برای مضمون عنه در پی داشته باشد، علاوه بر اختلال و آشفتگی امور مالی وی، استرداد آنچه که ناروا پرداخت شده است نیز مستلزم طی یک ساز و کار پیچیده دادرسی خواهد بود که احتمال عدم حصول نتیجه، به



خصوص در ضمانت نامه‌های بانکی بین‌المللی، بر مشکلات موضوع و ریسک آن می‌افزاید. برای مضمون عهه مطلوب‌ترین و ساده‌ترین راه آن است که به محض آگاهی از مطالبه ناروا و متقابله وجه ضمانت نامه، و یا اینکه اگر به خاطر مشکلاتی که در روابط مالی و حقوقی وی با ذینفع ایجاد شده است، چنین امری را از جانب وی محتمل دانست، با توسل به دادگاه صالح صدور قرار منع موقت پرداخت وجه ضمانت نامه را تقاضا کند.

دادرسی فوری

دادرسی فوری یک دادرسی استثنائی است که در موارد خاصی انجام می‌گیرد. در این گونه موارد اگر دادگاه بخواهد از راه دادرسی اختصاری متداول در دادگاه‌ها عمل کند، نه تنها به نتیجه مطلوبی نمی‌رسد بلکه ممکن است خسارت جبران‌ناپذیری نیز متوجه خواهان شود. از این رو خواهان مورد درخواست خود را از راه دادرسی فوری تعقیب می‌کند تا بدون رعایت تشریفات به درخواست او رسیدگی شود و تصمیم عاجلی اتخاذ گردد.

۱- مفهوم و شرایط صدور قرار دستور موقت

دستور موقت نهادی است که به منظور توقیف عملیات اجرایی یا بازداشت خواسته و فراهم نگه داشتن زمینه اجرای حکم نهایی صادره توسط دادگاه، صادر می‌شود. از آنجایی که دستور موقت مربوط به قوانین داخلی کشورها بوده و از کشوری به کشور دیگر متفاوت است، لذا آنچه که مورد بررسی قرار می‌گیرد قوانین و قواعد مربوط به دستور موقت در قانون آیین دادرسی مدنی ایران است. چنانچه در قانون فوق‌الذکر، مواد ۳۱۰ الی ۳۲۵ در پی بیان شرایط و ویژگی‌های این نهاد تنظیم گردیده است.

صدور قرار دستور موقت و اجرای آن، در اغلب موارد برای طرفی که قرار علیه او صادر می‌شود تنگناها و سختی‌های فراوانی را ایجاد می‌نماید و خسارات نسبتاً قابل توجهی را به بار می‌آورد. این در حالی است که تا آن زمان حتی دعوا نیز اقامه نشده است. پس قرار در صورتی باید صادر شود که امر از امور باشد که تعیین تکلیف آن فوریت دارد. از سوی دیگر رد درخواست و صادر نشدن قرار دستور موقت می‌تواند موجب شود که زمینه اجرای حکمی که خواهان پس از مدت‌ها و صرف هزینه‌های قانونی به دست می‌آورد از بین برود. پس در امور که تعیین تکلیف آن فوریت دارد باید قرار دستور موقت، به درخواست ذی نفع صادر شود؛ اما در قانون معیار فوریت مشخص نگردیده است (شمس، ۱۳۸۱، ۱۵۶)



۲- دستور موقت در ضمانت نامه‌های بانکی

از منظر حقوقی ارتباط بین ضمانت نامه و قرارداد، پیچیدگی‌هایی دارد که بررسی آن را مهم جلوه می‌دهد. از یک سو وصف تبعی ضمانت نامه ارتباط و پیوست آن را با یک قرارداد، لازم و ضروری می‌نماید به گونه‌ای که بدون وجود این قرارداد، ضمانت نامه معنا و مفهومی نخواهد داشت و از طرف دیگر وصف استقلالی ضمانت نامه، اقتضای آن را دارد که ضمانت نامه پس از صدور، از سرمنشاء و مبنای اصلی خود جدا شده و حیاتی مستقل داشته باشد. چنانچه در حال حاضر اکثر قوانین موجود نیز بر این امر صحه گذارده‌اند. لذا تعارض میان این دو آشکار به نظر می‌رسد و آنچه مهم است تلاش در جهت ایجاد ارتباط میان این دو به گونه‌ای که تبعیت ضمانت نامه از قرارداد اصلی و پایه، تعارض و منافاتی با استقلال آن از قرارداد نداشته باشد و همه این مفاهیم در جای خود و به درستی تحلیل و بررسی شوند. ضمانت نامه‌ها در قراردادهای مختلفی اعم از قراردادهای فروش کالا یا خدمات امکان حضور دارند و صرف نظر از نوع قراردادهای یاد شده، ضمانت نامه‌ها در یک چیز مشترک هستند و آن عبارت است از اینکه ضمانت نامه برای این صادر و ارائه می‌شود که اجرای تعهدات قراردادی توسط ضمانت خواه را تعهد و تضمین کند.

سازوکار دستور موقت در ممانعت از پرداخت وجه ضمانت نامه بانکی

محاکم قضائی ایران تمایلی به پذیرش اصل استقلال ضمانت نامه از قرارداد پایه و اصلی ندارند و لذا درخواست صدور دستور موقت و قرار منع پرداخت وجه ضمانت نامه را در چارچوب نظام حقوقی حاکم و آیین دادرسی مدنی و قواعد آن و همانند بقیه دعاوی قابل بررسی می‌دانند.

در قانون آیین دادرسی مدنی حسب ماده ۳۱۰، در اموری که تعیین تکلیف آن فوریت دارد، دادگاه به درخواست ذینفع دستور موقت صادر می‌نماید. بدین صورت پس از درخواست متقاضی، دادگاه صالح در خصوص فوری بودن یا فوری نبودن موضوع اظهارنظر نموده (ماده ۳۱۵ همان قانون) با لحاظ اینکه دستور موقت تأثیری در اصل دعوا ندارد (ماده ۳۱۷)، دادگاه با اخذ تأمین مناسبی از خواهان مبادرت به صدور دستور موقت می‌نماید (ماده ۳۱۹)، و چنین دستوری می‌تواند قبل از ابلاغ نیز اجرا شود (ماده ۳۲۰) و



متقاضی دستور موقت در صورتی که قبلا در ماهیت، طرح دعوا ننموده باشد، باید ظرف ۲۰ روز از تاریخ صدور دستور موقت، نسبت به تقدیم دادخواست خود به دادگاه صالح اقدام نماید، در غیر این صورت به درخواست طرف، از دستور موقت رفع اثر می‌شود (ماده ۳۱۸) و نهایت آنکه قبول یا رد درخواست طرف، از دستور موقت رفع اثر می‌شود (ماده ۳۱۸) و نهایت آنکه قبول یا رد درخواست صدور دستور موقت مستقلا قابل اعتراض، تجدیدنظر و فرجام نیست ولی ضمن تقاضای تجدیدنظر نسبت به اصل رای می‌توان نسبت به آن نیز اعتراض نمود (ماده ۳۲۵ همان قانون).

شعبه ۱۹ دیوان عالی کشور در رای شماره ۱۹/۷۳/۴۷۹ مورخ ۷۳/۱۱/۱۰ خود، اعتراض به دستور موقت صادره از شعبه ۳۳ دادگاه حقوقی یک تهران مبنی بر منع خوانده از ضبط ضمانت نامه را با این استدلال رد کرده است:

«اعتراض تجدیدنظر خواه به نحوی نیست که بر اساس استدلال دادگاه صادرکننده دستور موقت مبنی بر منع مشارالیه از ضبط ضمانت نامه‌های صادره مورد نظر خلل وارد آورد و به ویژه که فوریت امر از سوی مرجع رسیدگی محرز و خسارت احتمالی نیز از سوی مدعی تامین شده است».

دعوی موضوع رای موصوف بر این مبنا استوار بود که شرکت خواهان جهت اجرای طرح شبکه جمع آوری گاز با شرکت خوانده قراردادی امضا نمود، ولی شرکت خوانده با فسخ پیمان، درصدد ضبط ضمانت نامه‌های حسن انجام کار برآمد. شرکت خواهان با طرح دعوا ادعا نمود که در صورت اجرای این امر علاوه بر تحمل ضرر جبران ناپذیر مالی، از حیث شهرت و اعتبار نیز به شرکت لطمه وارد می‌گردد و لذا تقاضای صدور حکم به بطلان قرارداد پیمان و صدور دستور موقت مبنی بر منع خوانده از ضبط ضمانت نامه‌ها را نمود. شعبه ۳۳ دادگاه حقوقی یک تهران نیز مبادرت به صدور دستور موقت مبنی بر «منع خوانده از ضبط ضمانت نامه‌های حسن انجام کار نمود» (بازگیر، ۱۳۷۸، ۱۰۰)

ملاحظه می‌گردد که دادگاه به اصل استقلال ضمانت نامه توجهی نداشته و به صرف احراز فوریت امور و آن هم با استناد به اینکه: «با ضبط ضمانت نامه ضرر مالی و حیثیتی به شرکت وارد می‌گردد» ذینفع را از مطالبه وجه ضمانت نامه ممنوع ساخته است و چنین رویه و روشی اشتباه به نظر می‌رسد که باید اصلاح شود. معادل دیدن ضمانت نامه بانکی با یک سند عادی از این جهت که در صدور دستور موقت نسبت به هر دو، فقط فوریت امر باید احراز شود و خسارت احتمالی نیز حسب نظر دادگاه در صندوق دادگستری تودیع



شود نادیده انگاشتن نقش مهم و غیر قابل انکار ضمانت نامه بانکی به عنوان یک سند تجاری مهم است. به نظر می‌رسد که برای صدور دستور موقت یا باید دلایل غیر قابل انکار و غیر قابل ردی برای توجیه ذینفع بودن و حقانیت خواهان در صدور دستور موقت وجود داشته باشد، به این معنا که متقاضی صدور دستور موقت بتواند قصد ذینفع بر مطالبه متقابله و من غیر حق ضمانت نامه را به اثبات برساند. یا اینکه به نحوی اثبات کند تعهداتی که برای تضمین و توثیق آنها ضمانت نامه صادر و تسلیم شده تماما و به خوبی توسط وی انجام شده یا عدم انجام آنها مستند به فعل ذی نفع بوده است، یا اینکه دادگاه برای صدور دستور موقت، خسارت احتمالی سنگینی حداقل تعیین کند تا تقاضاهای واهی صدور دستور موقت کاهش یابد و تنها در صورتی که خواهان خود را محق دانسته و مشروع خود را در معرض خطر و تضییع می‌بیند، چنین درخواستی بنماید و در عین حال حقوق ذینفع نیز در مقابل درخواست واهی صدور قرار دستور موقت، حفظ و رعایت گردد.

نتیجه گیری

ضمانت نامه بانکی یکی از ابزارهای رایج بانکی است که در روابط حقوقی و قراردادی حقوق داخلی و بازرگانی بین المللی به عنوان مهم ترین وسیله برای پوشش ریسک محسوب می‌شود.

در ابتدا نوعی ابهام و پیچیدگی ماهوی در ضمانت نامه‌های بانکی وجود داشت به طوری که اطلاق عنوان ضمانت نامه و واژه‌های مشابه آن در سراسر جهان باعث شده بود ضمانت نامه‌های بانکی، ابرازی با ماهیت تبعی طلقی شوند. اما به تدریج با افزایش روابط قراردادی میان کشورهای مختلف و در پی انعقاد این قراردادها نیاز به ابزار تضمینی که به راحتی و با ارائه اسناد مشخصی قابل نقد شدن باشد، احساس شد و این نیاز، زمینه ساز تولد ابراز جدیدی گردید که امروزه با عنوان ضمانت نامه‌های مستقل بانکی شناخته می‌شوند.

در حقوق ما ضوابط و مقررات حاکم بر ضمانت نامه بانکی توسط قوانین موضوعه تشریح و مقرر نگردیده، بلکه فقط اصل جواز صدور آن توسط بانک‌ها در قانون پولی و بانکی کشور و قانون عملیات بانکی بدون ربا بیان شده است و در فقدان نصوص قانونی، عرف و رویه بانکی، عمده ضوابط حاکم بر این گونه ضمانت نامه‌ها را مشخص و معین کرده است.



منابع

- اخلاقی، ب ۱۳۶۸، بحثی پیرامون ضمانت نامه های بانکی محلی، کانون وکلا.
- الماسی، ن ۱۳۷۰، تعارض قوانین چاپ دوم، تهران، مرکز نشر دانشگاهی.
- امامی، ح ۱۳۷۷، حقوق مدنی، ج پ، چاپ ۲۴، تهران انتشارات اسلامیه.
- تذهیبی، ف ۱۳۷۸، راهنمای تفسیری مقررات متحد الشكل، ضمانت نامه های عند المطالبه.
- جنیدی، ل ۱۳۷۶، قانون حاکم در داوری تجاری بین المللی، چاپ دوم نشر دادگستر.
- جعفری لنگرودی، م ۱۳۷۸ مبسوط در ترمینولوژی حقوق، چاپ هشتم تهران، گنج.
- رنگبازی، ن، حقوق بانکی چاپ اول، تهران، جنگل.
- سلطانی، م ۱۳۹۳، حقوق بانکی چاپ دوم، تهران، میزان.
- شمس، ع ۱۳۸۱، آیین دادرسی مدنی، جلد اول، چاپ دوم، میزان.
- شهبازی،، ینام ۱۳۸۳، ماهیت حقوقی ضمانت نامه های بانکی بین المللی و مقایسه آن با نهادهای سنتی، مجله نامه مفید.
- غمامی، م ۱۳۷۸، بحثی در قواعد حاکم بر ضمانت نامه های بانکی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
- کاتوزیان، ن ۱۳۷۷، فلسفه حقوق تهران، شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ن ۱۳۸۰، قواعد عمومی قراردادها جلد ۴، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- کاتوزیان، ن ۱۳۸۳، قواعد عمومی قراردادها، جلد نخست، چاپ شش، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- کاشانی، م ۱۳۷۵، ضمانت نامه بانکی، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۶ و ۱۷.
- محبی، م ۱۳۸۴، حل و فصل دعاوی ضمانت نامه های بانکی بین المللی مجله پژوهش های حقوقی، شماره ۷.
- مرادی، م، صداقتی محتاری م، موسوی آبگرم ۱۳۹۱، ضمانت نامه مستقل آشنا اما نوین در لایحه جدید.
- مسعودی، ع ۱۳۹۱، ماهیت حقوقی ضمانت نامه های بانکی در حقوق ایران، مجله پژوهش های حقوقی، سال دوم، شماره ۴.
- فرهنگ لغت عمید ۱۳۷۹.



نقش سازمانهای بین المللی غیر دولتی و توسعه حقوق شهروندی در پرتو حفظ حقوق محیط زیست

محمدعلی روح پرور^۱

چکیده:

با تشکیل اجتماعات و مفهوم شهروند و متعاقب آن حقوق شهروندی حقوقی برای این مردمان توصیف می‌شود این شهروندان باید بر مبنای معیارهای عینی و شفاف مورد قضاوت قرار گیرند، از جمله حقوقی که برای همه شهروندان قابل تصور است، حق بر محیط زیست سالم است که دارای استانداردهای لازم برای آنان باشد و از سوی دیگر سازمانهای غیر دولتی نیز بعنوان شخصیت حقوقی بی‌همتا در این خصوص می‌توانند بصورت منفعلانه اقدامات موثری در راستای حفظ و حراست از محیط زیست و حقوق شهروندی از طرق مختلف و از جمله مراجع قضائی داخلی و بین المللی ایفا کنند و این بستر فراهم نمی‌شود مگر در چهارچوب ایجاد یک دولت قانونمدار. در چنین وضعیتی سازمانهای مردم نهاد می‌توانند بخوبی به وظایف خود عمل نموده و از حمایت‌های دولتها نیز برخوردار شوند. در تحقیق حاضر با نگره‌ای به نقش سازمانهای غیردولتی در توسعه حقوق شهروندی به این موضوع پرداخته شده که در سایه یک دولت قانونمدار این سازمانها می‌توانند به خوبی به ایفای نقش خود که همان رسیدن به محیط زیست سالم

۱. کارآموز وکالت کانون وکلای دادگستری اصفهان، دانش پژوه دکتری حقوق عمومی.

و مطلوب هر شهروند باشد، دست یابند.

واژگان کلیدی:

سازمانهای مردم نهاد، حقوق شهروندی، نظام قانونمدار، حقوق محیط زیست، مراجع قضائی

مقدمه:

در دوران قدیم و در جوامع کهن نه تنها از حیث حقوقی مقوله ای به عنوان شهروند یا شهروندی وجود نداشت بلکه مردمان صرفاً به عنوان فرمانبرداران از حاکمان که اختیارات کامل و زمام امور را در دست داشت تلقی می‌شدند. این وضعیت ادامه داشت تا بعد از آنکه اندیشمندانی همچون ژان ژاک روسو در کتاب قرارداد اجتماعی این نظریه را مطرح نمود که «مردم با انتخاب زمامدار قسمتی از قدرت خود را به وی اعطا می‌کنند و او هم به عنوان حاکم جان و مال مردم را از هر گزند و خطری تضمین می‌کند» در اینجا است که هر یک از حاکم و مردمان دارای حقوق و تکالیفی نسبت به همدیگر هستند و مردم دارای حقوق تضمین شده توسط حکام هستند. از این به بعد این آحاد جامعه که دارای حقوقی هستند شهروند تلقی می‌شوند و حاکم و دستگاه عریض و طویلش باید در قبال خواسته‌های شهروندان پاسخگو باشند به عبارت دیگر از نشانه‌های رعایت حقوق شهروندان قانون مداری حاکم و دستگاه حاکمیت است در این صورت شهروندان نه تنها از حقوق و آزادی‌های اساسی برخوردار می‌شوند بلکه حکومت نیز بایستی بدرستی از این حقوق محافظت نموده و سعی خود را به کاربندد تا خدشه ای به آن وارد نشود. از جمله حقوق مهمی که حکومت‌ها و دولت‌ها بایستی برای شهروندان خود به ارمغان آورند «رعایت حقوق شهروندی» است. بدیهی می‌باشد که دولت و دستگاه حاکمیت در مقابل شهروندان و موضوعات مربوط به حقوق شهروندی بایستی پاسخگو باشد و متقابلاً شهروندان نیز به عنوان عضو مهمی از هر جامعه بایستی حقوقی را مدنظر قرار دهند و رعایت کنند که به تبع آن چنین وضعیتی در یک جامعه تحقق نمی‌یابد مگر آنکه اصل حاکمیت قانون و قانونمداری در آن جامعه محقق شده باشد و روابط حکومت با شهروندان بر اساس یک نظام قانونمدار تعریف شده باشد. یعنی حکومت و شهروندان در مقابل هم دارای حق و تکلیف باشند. از سوی دیگر باتوجه به اینکه یکی از مهمترین دست آوردهای حقوق شهروندی رسیدن به محیط زیست سالم و مطلوب جوامع بشری



می‌باشد و از جمله حقوق مهمی که حکومت‌ها و دولت‌ها بایستی برای شهروندان خود به ارمغان آورند «حقوق محیط زیست» است. بدیهی است که دولت و دستگاه حاکمیت در مقابل شهروندان و موضوعات زیست محیطی بایستی پاسخگو باشند و از آنجائی که برخی از دولت‌ها امروزه کمتر به موضوعات مورد انتظار شهروندان و از جمله محیط زیست سالم توجه می‌کنند و اغلب به دنبال سیاست‌ها و خط‌مشی‌های راهبردی مورد نظر خود می‌باشند تا منافع آحاد جامعه نقش سازمان‌های بین‌المللی غیر دولتی پررنگ‌تر شده و ضرورت وجود این سازمان‌ها و جامعه مدنی نمایان می‌شود و در واقع این جامعه مدنی در ورای دولت‌ها است که می‌تواند از منافع همگانی حمایت کند. بنابراین حمایت از حقوقی مانند حفظ محیط زیست با حمایت سازمان‌های غیر دولتی تحقق می‌یابد و این نه تنها یک گام بلکه چندین گام به جلو است در رسیدن به توسعه حقوق شهروندی که نتیجه آن وجود محیط زیست سالم و مطلوب برای هر شهروندی می‌باشد. در تحقیق حاضر که تحت عنوان «نقش سازمان‌های بین‌المللی غیر دولتی و توسعه حقوق شهروندی در پرتو حقوق محیط زیست» به رشته تحریر در آمده به این موضوع خواهیم پرداخت و به این سؤال اصلی تحقیق که چگونه سازمان‌های بین‌المللی غیر دولتی می‌توانند در توسعه حقوق شهروندی در پرتو حقوق محیط زیست ایفای نقش نمایند؟ پاسخ خواهیم داد. امید است این تحقیق مفید فایده واقع گردد.

۱ - حقوق شهروندی :

الف - مفهوم شهروندی و حقوق شهروندی؛

واژه شهروندی ترجمه واژه citizen ship است که از واژه لاتین civis مشتق شده است، civis در لاتین و polis در یونان به معنی شهر می‌باشد، امروزه شهروندی به معنای سیستمی از حقوق برابر توصیف می‌شود که ضد امتیازات موروثی است که بخاطر تولد در طبقه و نژاد و یا گروهی خاص به فرد اعطا می‌گردد و برای اینکه شهروندی دارای مفهوم و جوهره واقعی باشد، شهروندان باید بر مبنای معیارهای عینی و شفاف مورد قضاوت قرار گیرند، بنابراین می‌توان گفت شهروندی موقعیتی است که فرد با برخورداری از آن در یک جامعه سیاسی، اخلاقی شده زندگی خود را بر اساس وابستگی‌های متقابل و بر اساس موازین و تعادل حقوقی و مسئولیت‌های اجتماعی ساماندهی کند و از طرف دیگر حقوق شهروندی شامل مجموعه حقوقی است برای اتباع کشور در رابطه با موسسات



عمومی مانند، حقوق اساسی، حق استخدام شدن، حق انتخاب کردن و انتخاب شدن، حق گواهی دادن در مراجع رسمی، حق داوری و... بنابراین واژه مذکور از حقوق سیاسی است، از یک طرف دیگر می‌توان گفت حق شهروندی به اعتبار تابعیت برقرار می‌شود، لذا حقوق شهروندی یک مفهوم نسبتاً وسیعی است که شامل حقوق سیاسی و غیر سیاسی (حقوق مدنی و بهره‌مندی‌های فردی و اجتماعی که دارای طبقه سیاسی نیستند) نیز می‌باشد، از این رو می‌توان گفت که حقوق شهروندی شامل هر سه نسل حقوق بشری که در سطح دکترین مطرح شده‌اند می‌باشند، این سه نسل شامل، حقوق مدنی و سیاسی، اقتصادی و اجتماعی و حقوق همبستگی می‌باشد، به عبارت دیگر، حقوق شهروندی حقوقی نیست که باید در صدد تاسیس و یا ایجاد آنها باشیم، حقوق شهروندی همان حقوق ثابت شده نزد انسان‌هایی شناخته می‌شود که عنوان شهروندان را با خود دارند^۲ حقوق شهروندی در واقع بیان‌کننده حقوقی است که هر فرد در قالب تابعیت یک کشور از آن برخوردار است، اهمیت حقوق شهروندی به حدی است که رابطه نزدیکی با جایگاه حاکمیت پیدا می‌کند و حتی برخی از کارشناسان بر این باورند که جامعه‌ای که در آن حقوق شهروندی نهادینه نشده باشد، رابطه مردم و حاکمیت دچار تزلزل می‌شود و تضمین حقوق اساسی شهروندان در درجه اول با درج این حقوق در قانون اساسی هر کشور اعمال می‌شود.^۳

بنابراین می‌توان گفت، تفکیک و جدایی عناصر تشکیل‌دهنده مفهوم شهروندی نه تنها برحسب باز شناخت و تمایز تحلیلی میان حق‌ها، بلکه همچنین نظر به این که کاربست‌ها و شیوه‌های اجرایی همراه با هر مجموعه از حقوق، تاثیرات و نتایج کاملاً متفاوتی را بر روابط اجتماعی و سازمان‌های اقتصادی و سیاسی جامعه می‌گذارد دارای اهمیت فراوان است.^۴ حتی امروزه وضعیت در مورد جبران خسارات ناشی از نقض حقوق بنیادین یکسان است، برای نمونه در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، حق ارائه دادخواست

۲. جمال تراز "مقاله حقوق شهروندی

" www .the law portal . persianblog .ir .may 2014. 12

۳. عطیه غفاری انوری "مطالعه تطبیقی جایگاه حقوق شهروندی در ایران و فرانسه" پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، باران‌نمایی روئیا معتمد نژاد، دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۹

۴. جی ام بارنت "مقاله حقوق شهروندی" ترجمه جواد کارگزار .

. www.noormags.com.may .12 2014



فردی، نه تنها برای شهروندان دولتهای عضو بلکه نسبت به هرکس که مدعی قربانی نقض حقوق از سوی یک دولت شده باشد، نیز تضمین شده است.^۵ به هر حال فراموش نکنیم که برای رعایت حقوق بنیادین شهروندان و اداره مناسب امور عمومی سازوکارها و ضمانت‌های متنوع و متعددی پیش بینی می‌شود، ولی آخرین و موثرترین ضمانت‌ها، خود مردم هستند.^۶ در نظام جدید حقوقی ایران مهم ترین سندهای حقوق شهروندی در قالب مفاد قانون اساسی و قبل از آن در فرمان مشروطیت ذکر شده است، قانون مشروطه و قانون اساسی، هر کدام اتباع ایرانی را از وضعیت تبعه ساده و رعیت حکومت به شهروندان ایرانی تبدیل کردند، قانون مشروطه فقط در قالب لفظ ماند اما قانون اساسی یک شهروند کامل را با فصل ممیز کرامت انسانی ارائه داد.^۷ همچنین طبق متمم قانون اساسی مشروطه از حمایت قانونی از تمام شهروندان و به تعبیر اصل هشتم «اهالی مملکت ایران» سخن گفته بود، اصول هجده گانه مندرج در متمم قانون اساسی مشروطه، اصولی مترقی در دفاع از حقوق شهروندی در یک قرن پیش در ایران محسوب می‌شد، در مورد حقوق شهروندان در متمم قانون اساسی دونکته قابل مذاقه و امان نظر است، نکته اول: تاکید بر برخورداری تمام شهروندان ایرانی از حقوق و امتیازات فردی و شهروندی و نکته دوم؛ جامعیت نسبی آن است، در اصول هجده گانه مربوط به حقوق ملت، مهمترین و کلی ترین حقوق شهروندی با رعایت فراگیر بودن و عمومیت مورد ملاحظه واقع شده است و از

۵. استفن سی نف " مقاله بررسی تحلیلی شهروندی جهان شهر " ترجمه حسین شریفی طرازکوهی .

۶. اردشیر امیر ارجمند " مقاله قانون و قانونمداری

www HYPERLINK "http://www.nomos.blog/" HYPERLINK
"http://www.nomos.blog/" HYPERLINK "http://www.nomos.blog/" HYPERLINK "
HYPERLINK "http://www.nomos.blog/"http:// HYPERLINK
"http://www.nomos.blog/"www. HYPERLINK "http://www.nomos.blog/"nomos.
HYPERLINK "http://www.nomos.blog/"blog/"may. 10.2014

۷. سعد الله فغان نژاد " مقاله حقوق شهروندی در وضعیت بحران مطالعه تطبیقی حقوق فرانسه و آمریکا

.www HYPERLINK "http://www.noor/" HYPERLINK "http://www.noor/"
HYPERLINK "http://www.noor/" HYPERLINK " HYPERLINK
"http://www.noor/"http:// HYPERLINK "http://www.noor/"www. HYPERLINK
"http://www.noor/"noor/"mags . com . may.10.2014

برخی حقوق و آزادی‌های مدنی و سیاسی مانند تشکیل انجمن‌ها و اجتماعات (آزادی احزاب) نیز سخن به میان آمده است.^۸

ب - توسعه حقوق شهروندی

از حیث تاریخی، مفهوم شهروندی همانند خیلی از مفاهیم دیگر علوم اجتماعی ریشه در یونان باستان دارد، اثر ارسطو (کتاب سیاست) اولین کوشش سیستماتیک در شکل گرفتن تئوری شهروندی به شمار می‌آید و این در حالی است که نخستین تجلی سازمانی آن در قرن ۴ و ۵ پیش میلاد در شهرهای یونان باستان بویژه آتن دیده می‌شود، تاریخ دانان علم شهروندی معمولاً برای تاکید بیشتر بر تغییرات معنایی واژه شهروندی، دوره رشد این مفهوم را به مراحل مختلف از منشاء اصلی آن یعنی جهان باستان تا مدرنیته و فراتراز آن تفکیک می‌کنند، از جمله برخی از اندیشمندان مانند ریزنبرگ استدلال می‌کنند که مرحله اول شهروندی با یونان باستان آغاز و به شروع مدرنیته که بیش از هر چیز توسط انقلاب ۱۷۸۹ فرانسه مشخص می‌شود خاتمه می‌یابد.^۹

از نظر (ترنر، اندیشمند غربی) رویکردها به شهروندی را به دو گروه (محافظه کارانه و رادیکال) تقسیم کرده است، به اعتقاد وی رویکرد محافظه کارانه مبتنی بر اعطای حقوق شهروندی از بالا به پائین یا از دولت به جامعه است که در این رویکرد دولت نقش اساسی را ایفا می‌کند، در رویکرد رادیکالی تحقق شهروندی و تامین حقوق شهروندان از پائین به بالا یا حاصل تلاش و مشارکت اجتماعی و عرصه عمومی از طریق جنبش اجتماعی و تحمیل آن به دولت است.^{۱۰}

در خصوص رشد و توسعه حقوق شهروندی در جامعه کنونی، همکاری، همراهی دولت

۸. محمد رضا احمدی طباطبایی، مقاله حقوق شهروندی با تاکید بر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

ww.noor mags . com . may.10.2014

۹. کیت فالکس "حقوق شهروندی" ترجمه عبدالعزیز ویسی، انتشارات سیروان، چاپ دوم، ۱۳۸۸، ص ۲۵

۱۰. سعید مدنی قهفرخی، مقاله نقد و ارزیابی پیش نویس منشور حقوق شهروندی

ww.meisami.net.may 10.2014



با قوه مقننه می‌تواند زمینه ساز قوانین شایسته در جهت تامین و تدوین حقوق شهروندی باشد که البته لازمه این قضیه در توسعه سیاسی در جامعه است و اینک دولتمردان در فضای باز با رقابت سیاسی شایسته به ادراه امور بپردازند، در این خصوص یکی از ضرورت‌های جامعه دموکراتیک، کثرت گرایی و تعدد احزاب و وجود گروه‌های سیاسی با افکار و اندیشه‌های متفاوت است، تا زمانی که آزادی احزاب در جامعه نباشد و احزاب در مقابل حکومت امکان ایستادگی و تذکر نداشته باشند حقوق شهروندی مظلوم واقع می‌شود و اینجاست که برای به یک جامعه شایسته اول کاری که باید انجام شود آزادی احزاب و اجتماعات و مطبوعات و غیره است^{۱۱}. بعد از وقوع انقلاب اسلامی، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در سال ۱۳۸۵ به تصویب رسید، در این قانون پس از تشریح اصول کلی در فصل اول و بیان، زبان، خط، تاریخ، پرچم رسمی کشور، در فصل سوم به حقوق ملت پرداخته است، مهمترین حقوق شهروندی بدین شرح می‌باشد؛ اصل برخورداری از حقوق مساوی، اصل امنیت فردی، اصل مصونیت مسکن و آزادی در انتخاب محل سکونت، اصل عدم تعرض به مکاتبات، آزادی رفت و آمد، اصل آزادی در انتخاب شغل، اصل ممنوعیت تفتیش عقاید، حقوق قضائی شهروندی، آزادی آموزش و پرورش، آزادی اخبار و اطلاعات، آزادی سیاسی و اجتماعی، اصل حرمت مالکیت، حق تابعیت و تغییر آن^{۱۲}. از سوی دیگر رعایت حقوق بشر مستلزم رعایت حقوق شهروندی است و شهروند یکی از عوامل مهم تاسیس حکومت و دولت می‌باشد و به همین دلیل در قانون اساسی به حقوق شهروندی پرداخته می‌شود و حاکمیت وظیفه تامین این حقوق را برعهده دارد^{۱۳}. با بررسی جایگاه شهروندی در مجموعه قوانین و مقررات مدیریت شهری و مقایسه آن با حقوق و وظایف دوسویه شهروندان و شهرداری‌ها به خوبی نشانگر فقدان شهروندی و

۱۱. سید محمد هاشمی، مقاله نگاهی به پیش نویس منشور حقوق شهروندی

www.shafaqna.com.may.10.2014

۱۲. محمد رضا احمدی طباطبایی، ماخذ پیشین.

۱۳. علیرضا محمد نژاد داریانی "مقاله حقوق شهروندی در پرتو نظارت قضایی دیوان عدالت



غیبت حقوق شهروندی در نظام حقوقی ایران است.^{۱۴}

۲ - نظام قانونمدار

قانونمداری نماد و نشانه احترام پذیری دولتها در جامعه بین الملل گردیده و هر دولتی هر چند خودکامه برای رانده نشدن از جامعه بین الملل ادعای قانونمداری می کند، در جوامع معاصر قانونمداری یک الزام اخلاقی و ارزش است که مشروعیت سیاسی دولت بدان وابسته است، اعلامیه جهانی حقوق بشر نیز در مقدمه و ماده ۸ خود بر ضرورت حمایت از آزادی های بنیادین افراد و حقوق بشر از طریق استقرار نظام قانونی و همچنین امکان شکایت از نقض حقوق بنیادین مقرر در قوانین اساسی یا قوانین عادی در مقابل دادگاه های ملی تاکید می کند، در حال حاضر، قانونمداری و تفکر حاصل آن از چارچوب ملی فراتر رفته و جزیی از نظام بین الملل گردیده و حمایت بین المللی از حقوق و آزادی های بین المللی را موجب می گردد.^{۱۵} هدف حقوقدانان از پی ریزی مفهوم دولت قانونمدار در اواخر قرن نوزدهم ابتدا در آلمان و سپس در فرانسه، پایه گذاری حقوق عمومی بود.^{۱۶} از سوی دیگر قابل ذکر می داند که شناخت نظری اصل قانونمداری کافی نیست، بلکه باید ضمانت اجرای این اصل نیز کاملاً سازماندهی شود و در این رابطه راه حل دیگری وجود ندارد.^{۱۷}

۱۴. مظفر صرافی "مقاله تحلیل مفهومی شهروندی و ارزیابی جایگاه آن در قوانین

www HYPERLINK

"http://www.noormags.com.may/" HYPERLINK "http://www.noormags.com.may/"

HYPERLINK "http://www.noormags.com.may/" HYPERLINK " HYPERLINK

"http://www.noormags.com.may/" HYPERLINK

"http://www.noormags.com.may/" www. HYPERLINK

"http://www.noormags.com.may/"noormags. HYPERLINK

"http://www.noormags.com.may/"com. HYPERLINK

"http://www.noormags.com.may/"may/10.2014 "

۱۵. اردشیر امیر ارجمند "سیاستهای کلی نظام در پرتو اصل حاکمیت قانون و جمهوریت" مجله

راهبرد شماره ۲۶، ۱۳۸۱، ص ۷۲.

۱۶. اردشیر امیر ارجمند "جزوه درسی حقوق اداری ایران" کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید

بهشتی، ۱۳۸۲، ص ۳.

۱۷. لئون دوگی «دروس حقوق عمومی» ترجمه محمدرضا ویژه، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۸،

ص ۱۹۹.



لذا دولت قانونمدار به مفهوم صوری دولتی است که رابطه آن با شهروندان در قالب یک نظام حقوقی تنظیم می‌گردد به ترتیبی که بدون آن تصور دولت قانونمدار ممکن نیست و در چنین دولتی قدرت تنظیم می‌گردد به ترتیبی که بدون آن تصور دولت قانونمدار ممکن نیست و در چنین دولتی قدرت عمومی تنها از طریق قانون یعنی ترتیبی که نظام حقوقی اجازه داده است اعمال می‌شود، در چنین نظامی رابطه حقوقی بین دولت و شهروندان دوسویه است و تحت حاکمیت قواعد عمومی برقرار می‌شود^{۱۸}. بنابراین در یک دولت مدرن معمولاً اصل بر این است که به شرط فقدان اماره‌های خاص که طبقه اشخاص موضوع قانون را محدود می‌سازد یا گسترش می‌دهند، قوانین عام بر تمامی اشخاصی که در حیطه آن قرار می‌گیرند حاکم است^{۱۹}.

۳ - قانونمداری و توسعه حقوق شهروندی؛

رابطه دولت با مردم بر اساس مدیریت دوگانه سیاسی واداری است، در مدیریت سیاسی دولت متصدی انجام اموری است که مربوط به سیاست کلی دولت و مصالح جمعی ملت می‌باشد، این اعمال که معمولاً در سطح زمامداری صورت می‌گیرد، جنبه نوعی داشته و اصولاً دولت در این خصوص با افراد معینی تماس روزمره اجرایی ندارد، در مدیریت اداری دستگاه‌ها و ماموران دولتی و عمومی، قوانین و سیاست‌های کلی را که جنبه فردی دارد، در تماس روزمره با مردم انجام می‌دهند، اصل حاکمیت قانون اقتضاء می‌کند که انجام امور سیاسی و اداری و اجرایی اعمال دولت بر طبق قوانین و قواعد کلی موضوعه‌ای باشد که برای همگان (و حتی دولت) ایجاد حق و تکلیف نماید و عدم اجرای قانون موجب مسئولیت باشد، بنابر این رعایت و بکارگیری درایت قانونی اصولاً می‌تواند حمایت و تضمین حقوق و آزادیهای اساسی مردم را به همراه داشته باشد، بدین معنی که توسعه سیاسی و فرهنگی مردم سالاری موجود در هر جامعه بر نظام قضایی نیز احاطه می‌یابد و قضات و دستگاه‌های قضایی در مقام رسیدگی و صدور حکم، تحت تاثیر چنین محیط مطلوبی عملاً ضامن احیای حقوق افراد و گسترش آزادی‌های عمومی خواهد بود و بر

۱۸. اردشیر امیر ارجمند، منبع پیشین، ص ۷۵.

۱۹. هربرت هارت "مفهوم قانون" ترجمه محمد راسخ، نشر نی، چاپ دوم، ۱۳۹۰، ص ۶۰.



عکس در صورتی که جامعه با رشد توسعه سیاسی فاصله داشته باشد، دستگاههای قضایی همانند دیگر نهادهای عمومی، به سمت اقتدار گرایی حکومتی طی طریق می‌کنند که حاصل آن، قربانی شدن همان حقوق و آزادیهای اساسی مردم است.^{۲۰} لذا موازنه ای که بدین ترتیب بوجود می‌آید نشانگر آنست که مفهومی نوین از دموکراسی در حال فراگرفتن جوامع امروزمین می‌باشد، دموکراسی دیگر مترادف قدرت تمام و کمال و بدون مشارکت انتخاب شدگان نیست، اینک احترام به کثرت گرایی، مشارکت مستقیم شهروندان درانتخاب‌های جمعی و تضمین حقوق و آزادیها به عنوان فروض دموکراسی مد نظر قرار می‌گیرد، دولت قانونمند به عنصر سازنده یک دموکراسی گسترده تبدیل شده است، این دموکراسی را می‌توان نوعی دموکراسی اساسی دانست که بر شالوده حقوق استقرار یافته است یا از آن به عنوان نوعی دموکراسی قضاوتی یاد کرد که متضمن احترام به برخی قواعد و مقررات از سوی صاحب منصبان عمومی است.^{۲۱}

بنابراین، حاکمیت قانون از ارکان بنیادین حکمرانی خوب است که مطابق آن رفتار برابر وبدون تبعیض با همه آحاد مردم درمقابل قانون و وجود تضمینهای قانون اساسی و واقعی برای حمایت از حقوق بنیادین مردم از لوازم ضروری آن به شمار می‌آید.^{۲۲} لذا، دولت امروزی اگر درآن قانون تسلیم نظارت و کنترل براساس قانون اساسی نباشد، دولت قانونمدار به حساب نمی‌آید، زمانی دولت به عنوان دولت مشروطه وقانونمدار دارای اعتبار است که متون و اصول قانون اساسی مشروطه است وحقوق و آزادیهای اساسی و بنیادین را تأیید کرده وبا وصف احترامی که برای قانونگذار قائل است، اجازه نظارت بر قانون را به مراجع مربوطه داده است، بنابراین آزادیهای عمومی به دولت قانونمدار مربوط است، یعنی به حکم قانون و حاکمیتش^{۲۳}:

۲۰. سید محمد هاشمی، منبع پیشین، ص ۲۱۵.

۲۱. ژاک شوالیه "دولت قانونمند" ترجمه حمید رضا ملک محمدی، نشر دادگستر، چاپ اول، ۱۳۸۷، ص ۱۳۷.

۲۲. محمد حسین زارعی "حکمرانی خوب، حاکمیت و حکومت درایران" مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۰، ۱۳۸۳، ص ۱۶۲.

۲۳. شکر زهیر "مقاله دادرسی اساسی، آزادیها و حقوق عمومی

" HYPERLINK "http://www.noormags.com.may.10.2014/" HYPERLINK





۴ - سازمان‌های غیر دولتی :

سازمانهای غیر دولتی که معادل واژه (Non-governmental Organization)

ترجمه شده است به سازمانهایی اطلاق می‌شود که توسط مردم و برای رفع یک مشکل جمعی شکل می‌گیرند، واژه سازمان مردم نهاد (سمن) از سوی فرهنگستان زبان فارسی و بعد از آغاز دولت نهم به جای واژه سازمان‌های غیر دولتی مورد استفاده قرار گرفت، شناخت سازمانهای مردم نهاد تنها با اکتفا به تعاریف محقق نمی‌شود، بلکه شناخت سمن نیازمند جمع آوری اطلاعات گسترده‌ای در این حوزه می‌باشد، این اطلاعات شامل ویژگیهایی است که یک سازمان مردم نهاد باید از آن برخوردار باشد، این ویژگی‌ها عبارتند از، غیر دولتی، غیر انتفاعی، غیر سیاسی، داوطلبانه، اشتراک هدف، قانونمند، شفافیت، آزادی عضویت و تداوم و استمرار می‌باشد^{۲۴}. امروزه، نقش مؤثر سازمانهای بین المللی غیر دولتی در نظام جهانی پس از جنگ سرد، و فروپاشی بلوک‌بندی‌ها بسیار روشن است. این سازمان‌ها معمولاً وابستگی حاکمیتی ندارند و فرا حاکمیتی عمل می‌کنند. معمولاً در سازمانهای بین المللی غیر دولتی افرادی با ملیت‌های مختلف و مشخصه‌های نژادی متعددی حضور دارند و هدفی جز خدمت به بشریت ندارند؛ و به نوعی می‌توان گفت، نهایت اهداف آنها (پیشبرد صلح جهانی) از طریق اقدامات بشردوستانه است. خصلت و جوهره اصلی تشکیل این نوع سازمانها، همان اخلاق مداری و توسعه‌ی ارزش‌های انسانی است؛ اما، در تعریف این نوع سازمانهای بین المللی غیر دولتی باید گفت، سازمان‌ها از توافقات دولت‌ها به وجود نیامده‌اند؛ دارای جلسات زمان بندی شده بین اعضا، نمایندگان، تصمیم گیران مشخص و یک هیأت مدیره دائمی هستند؛ اعضای آنها معمولاً افراد و

"<http://www.noormags.com.may.10.2014/>"[HYPERLINK](#)
"<http://www.noormags.com.may.10.2014/>"[www. HYPERLINK](#)
"<http://www.noormags.com.may.10.2014/>"[noormags. HYPERLINK](#)
"<http://www.noormags.com.may.10.2014/>"[com. HYPERLINK](#)
"<http://www.noormags.com.may.10.2014/>"[may. HYPERLINK](#)
"<http://www.noormags.com.may.10.2014/>"[10.2014 HYPERLINK](#)
"<http://www.noormags.com.may.10.2014/>"

۲۴. فرشاد رفیعی، منصور صباغ گل، رعنا ابراهیمی؛ مقاله نقش سازمانهای مردم نهاد در

گسترش امنیت انسانی؛ ۱۳۸۸، ص ۴.



مؤسسات خصوصی هستند؛ دارای ارتباطات گسترده ای با دیگر سازمان‌ها می‌باشند؛ و تنوع گسترده ای از لحاظ کارکرد دارند، همانند حل منازعات، کمک‌های بشر دوستانه، فعالان اجتماعی، زیست محیطی حقوق بشر و ... که شاهد آن هستیم. این سازمان‌ها، غیر دولتی محسوب می‌شوند و دارای ویژگی‌هایی هستند؛ از جمله دارا بودن استقلال و شخصیت حقوقی جدا از کشورها، دارا بودن سازمان و تشکیلات منظم بین‌المللی، غیرسیاسی بودن، داشتن ارتباطات گسترده و بسیاری ویژگی‌های دیگر^{۲۵}. در نظام حقوقی ایران علیرغم تصریح اصل ۲۶ قانون اساسی به فعالیت آزادانه احزاب و گروه‌های سیاسی و غیر سیاسی هنوز قانونی جامع پیرامون تاسیس و فعالیت سازمانهای مردم نهاد به تصویب نرسیده و صرفا مواد ۵۸۴ و ۵۸۵ قانون تجارت، آئین نامه اصلاحی ثبت تشکیلات و موسسات غیر تجاری و آئین نامه اجرایی تاسیس و فعالیت سازمان‌های مردم نهاد مصوب هیئت وزیران، بر سازمانهای مردم نهاد حاکم است^{۲۶}.

لازم به ذکر است که، تا قبل از کنفرانس سانفرانسیسکو در ارتباط با سازمان‌ها و موسسات غیر دولتی هیچ قاعده و طبقه بندی مدونی وجود نداشت تا این که مجمع عمومی سازمان ملل با تصویب قطعنامه شماره ۴ در ۴ فوریه ۱۹۶۴ از شورای اقتصادی و اجتماعی درخواست کرد تا یک کمیته کارشناسی جهت طبقه بندی سازمانها و موسسات غیر دولتی تشکیل دهد، کمیته مذکور پس از تشکیل معیارها و ضوابطی برای اعطای مقام مشورتی به یک سازمان غیر دولتی را تعیین کرد که طی قطعنامه شماره (XLIV) ۱۲۹۶ مورخ ۲۳ می ۱۶۹۸ به تصویب شورای اقتصادی و اجتماعی رسید^{۲۷}.

بر اساس تعریف سازمان ملل متحد، سازمانهای غیر دولتی، سازمانهایی هستند که از اصول عام چهار گانه زیر تبعیت کنند؛ عدم وابستگی مستقیم به حکومت، عدم وابستگی سیاسی و عدم وابستگی به احزاب سیاسی، غیر انتفاعی بودن و عدم فعالیت اقتصادی،

۲۵. سید محمد رضا موسوی فرد، نقش سازمانهای غیر دولتی در جهانی شدن اقدامات بشر دوستانه؛ چاپ اول، ۱۳۹۲، ص ۲۰.

۲۶. محمد حسین رمضانی قوام آبادی، جعفر شفیعی سردشت "آسیب شناسی طرح ناظر بر تاسیس، فعالیت و نظارت بر سازمان‌های مردم نهاد" ص ۲.

۲۷. رضا موسی زاده "سازمانهای بین‌المللی" نشر میزان، چاپ نهم، پائیز ۱۳۸۷، ص ۶۶.



نداشتن فعالیت خشونت آمیز و عدم ارتباط با گروه‌های بزهکار. عملکرد این سازمانها همچنین در ابعاد مختلفی از سیاستگذاری تا اجرا و نظارت سازمان می‌یابد که با توجه به گستردگی حوزه‌های صلاحیت آنها طیف وسیعی از مشارکت در سطوح مختلف بین المللی و منطقه ای را شامل می‌شود^{۲۸}. از سوی دیگر، وجود سازمانهای غیر دولتی می‌تواند مجالی برای حفظ صلح و امنیت بشریت باشد و در سایه این سازمانها و نقش مستقیم مردم در سرنوشت خود می‌توانند به محیطی امن دست یابند و وجود جامعه مدنی این روند را توسعه می‌دهد، براساس این دیدگاه، حفظ صلح و امنیت بین الملل، حفظ محیط زیست، مبارزه با فقر و بیکاری و حمایت از حقوق اقشاری مانند زنان و کودکان با حمایت سازمانهای غیر دولتی تحقق می‌یابد^{۲۹}.

از سوی دیگر از مجموع مداخلات سمن‌ها، میزان رضایت و موفقیت در ارتباط با آموزش و ارائه خدمات درمانی، پیگیری و مشاوره ای بیشتر از جنبه‌های مربوط به حاکمیت (کار با دولت و مشارکت در روندهای قانونی و قضائی) بوده است و این نتیجه ضمن این که قابلیت‌های سمن‌ها را در ارائه خدمات آموزشی و مشاوره ای نشان می‌دهد، به تصمیم گیرندگان بخش عمومی (دولت) نیز هشدار می‌دهد که استفاده نکردن حاکمیت از ظرفیت نهفته و پنهان این سامانه‌ها در بهبود فرایند قانونگذاری، استیفای بیش از پیش حقوق گروه‌های آسیب پذیر و تسریع فعالیت‌های اجرایی دولت، روند توسعه را کند می‌کند^{۳۰}.

۵ - حقوق محیط زیست ؛

اهمیت حفظ محیط زیست بر کسی پوشیده نیست و به تبع آن ایجاد و تحول حقوق و

۲۸. محمد شریف شاهی، محمود جلالی "نقش سازمانهای غیر دولتی حقوق بشر در توسعه حقوق بین الملل" ۱۳۹۱، ص ۱۱۶..

۲۹. ماهرخ خادمی با راهنمایی رضا سیمبر "سازمانهای بین المللی غیر دولتی و نقش آنها در تحقق صلح و امنیت جامعه بین الملل" ۱۳۹۳، ص ۳.

۳۰. بهزاد دماری، محمد علی حیدر نیا، مریم رهبری بناب "نقش و عملکرد سازمانهای مردم نهاد در حفظ و ارتقای سلامت جامعه" فصلنامه پایش، سال سیزدهم، شماره پنجم، مهر-آبان ۱۳۹۳، ص ۵۷۴.



تکالیف مربوط به آن چه در حقوق داخلی و چه در حقوق بین الملل از مسائل بسیار مهمی است که در روزگار ما کار شناسان و محققان داخلی و بین المللی را وا داشته است تا در جهت رشد و کمال آن به بحث، بررسی و اقدام بپردازند، امروزه موضوع محیط زیست بسیاری از مسائل را در بر می گیرد، از جمله؛ آب و هوا، گرمای جهان، حفظ گونه های گیاهی و جانوری، آثار فعالیت های صنعتی ناشی از اعمال انسان، تخریب جنگل ها و بسیاری مسائل دیگر مانند آن، حتی آسیبهای خاص محیط زیستی ممکن است باعث شود صلح و امنیت بین المللی به خطر افتد و در نتیجه دخالت و اقدام سازمان ملل و شورای امنیت را در پی داشته باشد^{۳۱}. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز طبق اصل ۵۰ این قانون به موضوع محیط زیست پرداخته شده و ضمن ممنوعیت آلودگی محیط زیست و یا تخریب غیر قابل جبران آن، حفاظت از محیط زیست را وظیفه عمومی می داند^{۳۲}. قدر متیقن این است که بیشتر قوانین اساسی بهره مندی از محیط زیست سالم را مورد شناسایی قرار داده اند، ارتباط نزدیک بین حق حیات و حفاظت از محیط زیست، اساسی بودن حق بر محیط زیست را تقویت کرده و پیوند عمیقی بین بهداشت و سلامت انسانی با مسائل زیست محیطی و ضرورت حفاظت از محیط زیست ایجاد خواهد کرد، پس از این منظر می توان گفت که حق بر محیط زیست سالم حقی بنیادین برای ابنای بشر است و دولت ها در پیدایش آن نقش ندارند، بلکه صرفا آن را مورد شناسایی قرار داده اند^{۳۳}. بنابراین، دولت ها باید از قلمرو خود به نحوی استفاده کنند و یا اجازه استفاده از آن را بدهند که موجب ورود زیان به سایر کشورها نشود، یک دولت حق حاکمه دارد از آب های واقع در قلمروش هرگونه خواست استفاده کند ولی این حق توسط تعهد به عدم ورود خسارت به سایر دول محدود شده است^{۳۴}. از سوی دیگر، طبق اصل پیشگیری حکم می کند تا

۳۱. سید فضل الله موسوی " حقوق بین الملل محیط زیست " نشر میزان، چاپ اول، بهار ۱۳۸۰، ص ۱۳.

۳۲. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، چاپ روزنامه رسمی ۱۳۶۸

۳۳. محمد حسین رضانی قوام آبادی، حفاظت از محیط زیست در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، پایگاه مجلات تخصصی نور، پائیز ۹۳، شماره ۶۳، ص ۱۰۳.

۳۴. محمد حسین رضانی قوام آبادی، نگاهی به اصل استفاده غیر زیان بار (پایدار) از سرزمین





اشخاص اقدامات و تدابیر پیشگیرانه ای جهت پرهیز و کاهش خسارات وارد به محیط زیست را اتخاذ کنند، به طور کلی در اصل پیشگیری، یقین و قطعیت علمی وجود دارد درحالی که بر عکس در اصل احتیاط زیست محیطی چنین یقینی وجود ندارد^{۳۵}. تجربه نشان داده است که ممانعت از خطرات زیست محیطی هم به دلایل اقتصادی و هم به دلایل اکولوژیکی به عنوان یک «قاعده طلایی» محسوب می‌شود، لازم به ذکر است که در صورت قابل جبران بودن خسارات زیست محیطی، اعده وضع به حالت سابق همیشه به طور کامل ممکن نیست و یا اینکه هزینه‌های هنگفت و کمر شکنی را در بر خواهد داشت^{۳۶}.

۶ - توسعه حقوق شهروندی در پرتو حفظ حقوق محیط زیست

سازمان ملل متحد در سپتامبر ۲۰۱۵ مجمع عمومی هفدهمین مجمع عمومی سازمان ملل متحد را تصویب کرد، ایجاد یک جهان با صلح پایدار، یک جهان بدون فقر و یا گرسنگی، که همه آنها دارای سلامتی و تحصیلات باشند، دنیایی که در آن زندگی می‌کنیم (در سرزمین‌های مختلف) دنیایی شامل صلح و عدالت برای همه باید باشد که برای رسیدن به این امر ما باید درک متقابلی از همدیگر داشته باشیم از جمله وابستگی‌های جهانی، تقویت و مراقبت و تعهد ما به جامعه جهانی و نیز نسل‌های بعدی را با آموزش دادن به فراگیری، توانمند نمائیم، که بتوانند چالش‌های جهان را حل کنند، شهروند جهانی نباید ملی‌گرایی را جایگزین کند، بلکه جایی برای ارائه فرصت‌های جدید و سالم برای توسعه صلح آمیز و پایدار است، برای ما شهروندی جهانی بیان نهایی ملی‌گرایی است، زیرا پایه و اساس پایدار برای رفاه و خوشبختی مشترک است^{۳۷}. از جمله مراجعی که

در حقوق بین‌الملل محیط زیست، نشر علوم محیطی، سال چهارم، شماره چهارم، تابستان ۱۳۸۶، ص ۶۶.

۳۵. محمد حسین رضانی قوام آبادی، بررسی آموزش حفاظت از محیط زیست در ایران، ضرورت و تنگناها، پایگاه مجلات تخصصی نور، زمستان ۹۱، شماره ۶۵، ص ۲۳۷.

۳۶. همان ماخذ، ص ۲۳۸.

۳۷. نقش جامعه مدنی در پیشبرد شهروند جهانی.

<https://unchronicle.un.org.28/may/2018>.



در توسعه حقوق شهروندی نقش داشته‌اند سازمان دیده بان حقوق شهروندی (CIW) می‌باشد که یک سازمان مستقل، غیر دولتی، غیر انتفاعی و هدفمند است که حقوق بشر به رسمیت شناخته شده بین المللی را تحت اصول قوانین بین الملل حقوق بشر ارتقاء می‌دهد، دبیر این مرجع می‌گوید ماموریت ما کمک به اقدامات اجتماعی و سیاسی اجتماعی است که منجر به بهبود زندگی مردم و پایان بی عدالتی و نقض حقوق بشر می‌شود، ما بر روی نظارت، تحقیق و تجزیه و تحلیل در زمینه حقوق بشر، ترویج دموکراسی و حاکمیت قانون در سطح ملی و بین المللی تمرکز می‌کنیم^{۳۸}. حقوق عمومی شهروندان در داشتن حیات و اموال و مالکیت در حفاظت محیط زیست نقش قطعی موثری دارند، نه تنها این حقوق فضا و گستره اجتماعی را که فعالیت سیاسی آن صورت می‌گیرد تعیین و تبیین می‌نماید، بلکه حق بر حیات و اموال نیز خود استانداردهای اساسی در خصوص روابط انسانی در دنیای طبیعت هستند^{۳۹}. این یک حقیقت است که ما مدیون مردم آینده هستیم، وجود نسل‌های آینده وابسته به تصمیم حال حاضر ما است، ما توانایی داریم به آنها آسیب بزینم پس باید سیاست‌ها و برنامه‌ها برای جلوگیری از آسیب به آیندگان باشد، در این خصوص توسعه پایدار راهی برای جلوگیری از آسیب به آیندگان است^{۴۰}. بنابراین توسعه پایدار به عنوان امری با فرایند جمعی و جهانی جهت تغییرات اساسی به سوی ارتقای زندگی نوع بشر در بهره‌مند شدن از کیفیت در نوع زندگی در زمینه‌های اجتماعی، اقتصادی و زیست محیطی به شکلی که تغییرات مستمر و دائمی باشد به کار گرفته شود^{۴۱}.

حقوق محیط زیست سالم یکی از حق‌های مورد توجه حقوق بشر است، این حق نه تنها از مصادیق برجسته حقوق همبستگی در نسل سوم حقوق بشر مقوله بندی می‌شود، بلکه همچنین لازمه تحقق بسیاری از حق‌های بشری، مدنی و سیاسی یا اقتصادی اجتماعی و

۳۸. سازمان دیده بان حقوق بشر.

HYPERLINK%20%22http://www.globaleducationmagazine.com.28/may/2018

۳۹. محمد حسین رمضانی قوام آبادی " توسعه پایدار و حق بر محیط زیست سالم، چشم‌انداز نسل‌های آینده، پایگاه مجلات تخصصی نور، بهار ۱۳۹۵، شماره ۱۵، ص ۲۸۵.

۴۰. همان ماخذ، ص ۲۸۷.

۴۱. محمد شمسایی " حقوق بین الملل اقتصادی و اصل توسعه پایدار " ۱۳۸۵، ص ۲۳.



فرهنگی به شمار می‌رود^{۴۲}. از طرف دیگر براساس مبانی فلسفی، حق بر محیط زیست سالم از سه مفهوم ارزش، منفعت و نیاز سرچشمه می‌گیرد، اینکه نیاز انسان به محیط زیست سالم یا منافع جوامع انسانی و یا تنها ارزش مداری فرد انسانی مبنای حق برخورداری از محیط زیست سالم است، دیدگاه‌های متفاوتی را مطرح نموده است این حق به عنوان یکی از مصادیق نسل سوم حقوق بشر مورد شناسایی قرار گرفته است، حقی که در آن جامعه از آن جهت که جامعه است و نه اشخاص به طور منفرد، صاحب حق می‌شوند ولی از آنجائیکه جامعه واقعی متافیزیک است و حقوق بشر به عللی روان شناختی نظیر خود آگاهی و اراده آزاد (مکتبی است، در نهایت این افراد هستند که به دلیل عضویت در جامعه و نه به مناسبت فردیتشان، صاحب حق بر محیط زیست سالم تلقی می‌شوند، آثاری از نظریات فوق را می‌توان در اعلامیه‌های ارزشی زیست محیطی از جمله اعلامیه استکهلم مشاهده نمود^{۴۳}. از دیدگاه قانونگذاران ایران، حقوق شهروندی یک امتیاز است که به اتباع کشور در مرزها داده می‌شود، ولی حقوق شهروندی از دیدگاه محیط زیست را نمی‌توان محدود به مرز نمود، زیرا محیط زیست مرزها را در می‌نوردد، فاعل فعل آلوده کننده را ناقض حقوق زیست محیطی شهروندی می‌نامند، اغلب رفتارهای نقیض حقوق زیست محیطی شهروندی مطابق قانون، در دسته بندی جرائم ارتكابی نسبت به عناصر جاندار، بی جان و یا جرایم غیر مستقیم علیه محیط زیست قرار می‌گیرد، ایجاد آلودگی به هر شکلی از جمله آب، هوا، پسماند و غیره سلامتی روحی و روانی و جسمی شهروندان را با خطر جدی مواجه می‌سازد^{۴۴}. حقوق بین الملل قراردادی محیط زیست به تدریج در حال ایجاد تعهدات رفتاری برای دولت‌ها است که بایستی در قبال افراد یا سازمانها اجرا گردند، ایجاد و توسعه این قواعد مستلزم سازوکارهایی است که پایبندی آنها به تعهدات و

۴۲. گودرزافتخار جهرمی؛ "حقوق بشر، محیط زیست و توسعه پایدار" مجله تحقیقات

حقوقی، دوره پانز و زمستان، شماره ۵۰.

۴۳. علی مشهدی، اسماعیل کشاورز "تاملی بر مبانی فلسفی حق بر محیط زیست سالم

"پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره ۳۶، ۱۳۹۲.

۴۴. مریم پیری، ناصر قاسمی "بررسی حقوقی - قضایی چگونگی نقش اعمال حقوق

شهروندی در محیط زیست" مجله یلوم و تکنولوژی محیط زیست، چاپ مسلسل ۴۲، ۱۳۸۸.



قواعد مذکور را تضمین می‌نماید، یکی از این سازوکارها، رزیمی (حقوقی) است، که مسئولیت مدنی و لزوم پرداخت خسارت در قبال خسارت زیست محیطی را مقرر می‌نماید، در شرایط موجود و کنونی ارزیابی این که آیا رژیمهای مسئولیت مدنی اجرای موثر شرایط موجود و استانداردهای بین‌المللی محیط زیست را به طور موثر تضمین و تامین می‌کند و بنابراین سازوکارهای موجود تضمین پایبندی را تکمیل می‌نمایند یا خیر، امری مشکل است.^{۴۵} ارتقای جایگاه حقوق بشر و به رسمیت شناختن حق انسان بر محیط زیست سالم در چارچوب اسناد و کنوانسیونهای بین‌المللی تحولی اساسی ایجاد کرده است، حق بر محیط زیست سالم از مصادیق حقوق بشر و حفظ منزلت و کرامت انسانی است.^{۴۶}

۷ - سازمانهای مردم نهاد و محیط زیست ؛

اطلاعاتی که سازمانهای غیر دولتی جمع آوری، تأیید و منتشر می‌کنند، هدف اصلی آن در لابی دولت برای تغییر سیاستها در رابطه با حقوق بشر است، سازمان‌های غیر دولتی سعی می‌کنند تا سیاستمداران را برای تصمیم‌گیری در جهت حمایت بهتر و موثرتر حقوق بشر تحت تاثیر قرار دهند، این لابی‌های سازمانهای غیر دولتی در ابعاد داخلی و خارجی فعال هستند.^{۴۷} بیگمان توسعه پایدار لازمه اساسی مدیریت محیط زیست و یکی از اصول پایه توسعه عمومی هر کشور است. هیچ خطمشی جامع و مستقل حفاظت محیط زیست و همین‌طور برنامه ملی توسعه پایدار که راهبردهای کلی حفاظت از محیط زیست، بهره‌برداری از منابع طبیعی و شیوه همساز کردن جریان توسعه اقتصادی و اجتماعی با حفظ محیط زیست برای نسل‌های حال و آینده را برای همه بخش‌ها مشخص کند، تدوین و

۴۵. ولفرم رودریگر، ترجمه نادر ساعد، پیوند حقوق بشر و محیط زیست، یک مسئولیت

اجتماعی در عرصه بین‌الملل

<http://www.hvm.ir/> HYPERLINK "http://www.hvm.ir/" HYPERLINK "http://www.hvm.ir/"
HYPERLINK "http://www.hvm.ir/" HYPERLINK "http://www.hvm.ir/"
"http://www.hvm.ir/" HYPERLINK "http://www.hvm.ir/" www. HYPERLINK
"http://www.hvm.ir/" hvm. HYPERLINK "http://www.hvm.ir/" ir/"28/may/2018

۴۶. ویدا موسوی، "حقوق محیط زیست

org28/may/2018 -Hoogh-hamshahrilinks

۴۷. حقوق و سیاست‌های بالتیک "جلد ۴، شماره ۲، ۲۰۱۱. ص ۵۷

<http://www.versita.com/bjip> 28/may/2018



تصویب نشده است که یک ضعف عمده مدیریتی تلقی میشود، چراکه نبود یا عدم تضمین اجرای چنین برنامه ای در درجه اول مانع ایجاد هماهنگی و اقدام در جهت توسعه با اهداف مشترک که لازمه حفاظت پایدار محیط زیست است میان سازمانهای گوناگون مرتبط با محیط زیست میشود. توسعه پایدار بدون آنکه تعریف و اجرای آن تضمین شود در معدودی از مواد قانونی ذکر شده است. در این راستا میتوان به تبصره 82 قانون برنامه پنج ساله دوم توسعه و آئین نامه اجرایی آن اشاره نمود^{۴۸}. باید به این نکته توجه داشت که توسعه پایدار و مستمر، مستلزم همکاری و معاضدت سه بخش دولتی، خصوصی و بخش سوم است، سازمانهای غیر دولتی به منزله جزیی از بخش سوم، خلاء موجود میان دولت و بازار را پر می کنند و در رابطه ای هم افزا، امکان توسعه را فراهم می آورند، این سازمانها در فرآیند توسعه می توانند شبکه های ارتباطی به وجود آورند که مشارکت در امور دولتی را ممکن و مبنای مشارکت مردم و مردم سالاری را مستحکم سازد^{۴۹}. از سوی دیگر ارتقای جایگاه افراد از تبعه مسئول بی حق به شهروند صاحب حق، مستلزم آموزش و آگاهی همگانی از الزامات شهرنشینی و ترویج عقیده حق طلبی و فرماندهی به جای فرمانبری و بی تفاوتی است، اگرچه قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات زمینه دانایی همگانی را فراهم و گام مهمی به سوی شهروند مداری به شمار می آید، لیکن نقش شهروندان در فرآیند شهر سازی و توسعه نا چیز است، ترویج نظریه ایجاد شهروند اکولوژیک، تقویت جایگاه قانونی سازمانهای مردم نهاد، کوشش برای برقراری حکومت قانون و تعقیب مدیران متخلف، زمینه شکل گیری شهرهای سبز و سازگار با الزامات زیست محیطی را فراهم خواهد ساخت^{۵۰}.

به رغم کوشش های فراوان سازمانهای غیر دولتی در ایران، هنوز این سازمانها

۴۸. محسن عبدالهی، مسعود فریادی "چالش های حقوقی سازمان حفاظت محیط زیست ایران

"علوم محیطی، سال هفتم، شماره چهارم، تابستان ۱۳۸۹، ص ۱۶۳.

۴۹. سید مهدی الوانی " بررسی نقش سازمانهای غیر دولتی بر توسعه " پایگاه مجلات تخصصی

نور، بهار ۱۳۷۸، شماره ۴، ص ۵۱.

۵۰. عباس کریمی، غلامرضا کامیار " محیط زیست شهری در پرتو حقوق شهروندی " فصل نامه

حقوق پزشکی، سال یازدهم، شماره ۴۰، بهار ۱۳۹۱، ص ۱۰۶.



نتوانستند، به نحو شایسته ای جایگاه واقعی خود را بیابند و در بسیج افکار عمومی جهت حفظ محیط زیست و پیشگیری از جرایم زیست محیطی به طور یکپارچه عمل کنند.^{۵۱} از سوی دیگر دسترسی به مراجع قضائی برای سازمانهای غیر دولتی یکی از معیارهایی است که با توجه به آن قادر خواهیم بود به جایگاه و اهمیت اصل مشارکت پی ببریم، این دسترسی نه تنها تضمین کننده حق دسترسی به اطلاعات زیست محیطی است، بلکه در روند نظارت و اجرای مقررات این حوزه نقش زیادی بازی می‌کند، رویکرد کنوانسیون آرهوس نسبت به سازمانهای غیر دولتی در خصوص تضمین حق توسل به مراجع قضائی را می‌توان به سه صورت عنوان نمود: صورت اول، مفروض دانستن نفع سازمانهای غیر دولتی. صورت دوم، تصریح به مورد تعرض قرار گرفتن حقوق سازمانهای غیر دولتی. صورت سوم، رعایت اصل عدم تبعیض در دسترسی به مراجع قضائی^{۵۲}. از طرف دیگر مشارکت شهروندان و سمن‌ها در فرایند تصمیم سازی و تصمیم گیری به شدت در حقوق بین الملل محیط زیست حمایت شده، آنچه در عمل به اجرا در آمده اصل مشارکت را در حقوق محیط زیست تسهیل می‌کند، همان رعایت موثر حقوق شکلی و ماهوی اصل یاد شده است، بررسی محتوای اصل مشارکت بیانگر نقش اساسی و تعیین کننده سه عنصر، حق دسترسی به اطلاعات، مشورت و مشارکت عمومی، و دسترسی به مراجع اداری و قضائی است^{۵۳}. در این خصوص می‌توانیم به نهاد دوستان دادگاه اشاره کنیم، این واژه ای اصالتاً لاتین و پراتیکی و منبعث از حقوق انگلو ساکسون است که کم کم وارد حقوق بین الملل شده، مطابق این پراتیک مراجع قضائی از یک شخصیت دعوت به عمل می‌آورند تا

۵۱. محمد حسین رمضانی قوام آبادی "پیشگیری و سرکوب جرائم زیست محیطی در پرتو اقدامات سازمانهای غیر دولتی در نظام حقوقی ایران" مجله حقوقی دادگستری، پائیز ۱۳۹۰، شماره ۷۵، ص ۲۱۳.

۵۲. محمد حسین رمضانی قوام آبادی "بررسی محتوای اصل مشارکت در حقوق بین الملل محیط زیست" پایگاه مجلات تخصصی نور، تابستان ۱۳۸۹، شماره ۲۹، ص ۱۰۹.

۵۳. محمد حسین رمضانی قوام آبادی "مطالعه تطبیقی وضعیت حقوقی سازمانهای مردم نهاد در ایران و فرانسه از تاسیس تا فعالیت" پایگاه مجلات تخصصی نور، پائیز و تابستان ۱۳۹۴، دوره ششم، شماره ۲، ص ۵۵۶.



اطلاعات و مشاهدات خاص خود را جهت روشن شدن موضوع و یافتن راه حل در اختیار آنها بگذارد، استفاده از نهاد دوستان دادگاه را عموماً برای دفاع از منافع عامه مناسب می‌دانند، از این منظر سازمانهای غیر دولتی دارای یک وضعیت ویژه می‌باشند و قادرند براساس منافع عامه یا دفاع از قربانی نقض حقوق بشر وارد عمل شوند، به عبارتی دیگر مداخله دوستان دادگاه در مراجعی مشاهده می‌شود که افراد دسترسی بیشتر و آسانتری دارند، به طور کلی توسعه حقوق بشر و ایجاد مراجع مختلف منطقه ای یا بین المللی که در آنها دسترسی افراد تجویز شده است، تحول عظیمی در استفاده از نهاد دوستان دادگاه مشاهده می‌کنیم^{۵۴}. بنابر این همانگونه که مشاهده می‌شود این سازمانها از طریق اموری چون مشارکت و همکاری با مراجع قضائی بین المللی یا داخلی موجبات کمک به مسائل زیست محیطی را فراهم می‌آورند و تاثیرات نهایی این امور توسعه یافتن محیط زیست در یک کشور می‌باشد.

۸ - سازمانهای غیر دولتی و مراجع قضائی:

الف - مراجع قضائی داخلی:

درایران یکی از مهمترین حقوق سازمانهای مردم نهاد، حق دادخواهی است، این حق در مواد ۴ و ۱۶ و ۲۲ آئین نامه اجرایی تاسیس و فعالیت سازمانهای مردم نهاد مصوب ۱۳۸۴ و نیز ماده ۶۶ قانون آئین دادرسی کیفری جدید مصوب سال ۱۳۹۲ می‌باشد، متأسفانه در تغییرات بعدی نیز شاهد هستیم که براساس تبصره ۳ ماده ۶۶ آئین دادرسی کیفری به لیست مورد تأیید قوه قضائیه اشاره گردیده که این موضوع در نظام حقوقی ما مغایر با اصل ۳۴ قانون اساسی است که مقرر نموده « دادخواهی حق مسلم اشخاص است و...». از طرف دیگر با عنایت به مراتب، درایران راه حلی که قانون گذار ایران می‌توانست از آن استفاده کند، درج واژه سمن به تنهایی بود، بدون اینکه بخواهد به حوزه کارکرد آنها اعم از حقوق بشر، محیط زیست و... اشاره ای داشته باشد، دراین صورت درج واژه

۵۴. محمد حسین رضائی قوام آبادی " حضور سازمانهای غیر دولتی در پیشگاه مراجع قضائی بین الملل " پایگاه مجلات تخصصی نور، تابستان ۱۳۷۸، سال سی و هشتم، شماره ۲، ص



سمن‌ها بدون تصریح بر کارکردهای آنها دارای دواثر است : ۱- هموار نمودن ورود تمامی سمن‌ها به فرآیند کیفی . ۲ - تجویز و پذیرش حجم انبوهی از پرونده‌ها در مراجع قضائی^{۵۵} . در این خصوص پیشنهاد دیگر این است که در صورت امکان نهاد دوست یا یار دادگاه در نظام حقوقی ایران تقویت گردد، بسترهای مناسبی در مقررات فراتقنینی، تقنینی و فروتقنینی وجود دارد که مقدمات حضور سمن‌ها را در محاکم قضائی فراهم می‌کند، به کارگیری ظرفیت‌های موجود در این مقررات نه تنها می‌تواند سمن‌ها را به عنوان یار و دوست خوبی برای دادگاه معرفی نماید، بلکه می‌تواند برای احیای حقوق عامه و گسترش عدل و آزادی‌های مشروع مندرج در قانون اساسی موثر باشد^{۵۶} .

ب - مراجع قضائی بین المللی:

در این خصوص همان گونه که قبلا عنوان گردید می‌توان به مهمترین نهاد تحت عنوان دوستان دادگاه اشاره نمود که توضیحاتی عنوان گردید، بکارگیری پراتیک دوستان دادگاه واجد دو مزیت عمده، اولاً؛ برای خود دوستان و ثانیاً؛ برای دادرسی خواهد بود^{۵۷} . از موارد دوستان دادگاه در عرصه بین الملل می‌توانیم به دوستان دادگاه و مبنای قانونی آنها در نزد دیوان کیفی بین الملل اشاره نمائیم، در این خصوص می‌توان به «دادگاه‌های بین‌المللی یوگسلاوی سابق و دادگاه بین المللی برای رواندا اشاره نمود» از آنجائی که این نهاد اطلاعات اولیه را در اختیار مراجع قضائی بین المللی قرار می‌دهند، به نظر می‌رسد اطلاعات ابتدایی و اولیه تهیه شده توسط این سازمانها به منظور تحریک کردن دادستان جهت گشودن تحقیق و بازجویی رسمی و تقاضا از شعبه بدوی است. از سوی دیگر دسترسی سازمانهای غیر دولتی به مراجع قضائی منطقه ای حامی حقوق بشر مکانیسم‌های مشابه ای را پیش بینی می‌کنند، مکانیسم‌های اروپایی و آمریکایی حقوق بشر توسعه

۵۵. محمد حسین رضوانی قوام آبادی، منبع پیشین، ص ۵۶۲.

۵۶. محمد حسین رضوانی قوام آبادی " حضور سازمانهای مردم نهاد در فرآیند کیفی در پرتو آئین دادرسی کیفی " مجله حقوقی دادگستری، سال هشتاد و یکم، شماره نود ونهم، پائیز ۱۳۹۶، ص ۱۶۴.

۵۷. محمد حسین قوام آبادی، منبع پیشین، ص ۱۵۸.



زیادی پیدا کرده‌اند و در آنها امکان مداخله سازمانهای غیر دولتی در نظر گرفته شده است.^{۵۸} بنظر می‌رسد که سازمانهای غیر دولتی تا حدودی موفق شده‌اند بر رویه قضائی بین المللی تاثیر گذار باشند.^{۵۹}

نتیجه :

همانگونه که ملاحظه می‌شود، سازمانهای مردم نهاد نقش مهمی در توسعه حقوق شهروندی دارند، این سازمانها با اقدامات متفاوت خود و از جمله، اقدامات قضائی، مشارکت در امور محیط زیست و غیره نقش بسزایی در توسعه حقوق شهروندی ایفا می‌نمایند، با توسعه حقوق شهروندی که در یک جامعه قانونمدار ما شاهد آن خواهیم بود، فرهنگ شهری و سازمانی، همگی در چهارچوب قانون قرار خواهد گرفت و با ایجاد یک دولت قانونمدار موجب می‌شود همه چیز در راستای نیل به قانونمداری حرکت نماید، ارتقای جایگاه افراد از تبعه مسئول بی حق به شهروند صاحب حق مستلزم آموزش و آگاهی همگانی از الزامات شهرنشینی و ترویج عقیده حق طلبی و فرماندهی به جای فرمانبری و بی تفاوتی است، بدیهی است در چنین فضایی که همه در مقابل قانون پاسخگو هستند محیط زیست نیز قابل استثناء از این اصل نیست، یک محیط زیست سالم و توسعه پایدار آن که نیاز ضروری یک جامعه مدرن است، در سایه یک دولت قانونمدار تحقق می‌یابد، در حال حاضر در جامعه ما و نظام حقوقی حاکم بر آن نمی‌توانیم بگوئیم حقوق شهروندی با تمام خصوصیاتش رعایت می‌گردد، لیکن ملاحظه می‌کنیم که این حقوق پیشرفتهایی در ایران داشته است و تاکنون نیز تلاشهای زیادی برای توسعه آن انجام شده، هرچند اقدامات انجام شده توسط دست‌اند رکاران محیط زیست در ایران گامی مثبت در راستای نیل به تحقق این امر می‌باشد، ولی جهت پاسخگویی به معضلات فعلی کفایت نمی‌کند بنابر همین امر پیشنهاداتی بشرح ذیل جهت اصلاح وضعیت و توسعه فعالیت سازمانهای مردم نهاد و در نتیجه آن رشد و بالندگی حقوق محیط زیست در ایران موجود ارائه می‌گردد.

۵۸. همان ماخذ، ص ۱۶۶.

۵۹. همان ماخذ، ص ۱۷۱.



۱ - تلاش دولت و دستگاههای اجرایی برای تمهید و فراهم کردن فضای مناسب جهت رشد و توسعه سازمانهای غیر دولتی موجود در زمینه هایی مانند حفظ حقوق محیط زیست.

۲ - تغذیه مستمراطلاعاتی از جمله برگزاری دورههای آموزشی موقت به منظور آشنا کردن سازمانهای غیر دولتی با تحولات وموضوعات مهم بین المللی جهت به روز نمودن آنها از نظر اطلاعات.

۳ - تقویت و ایجاد دروس و مطالعات دانشگاهی در ارتباط با سازمانهای غیر دولتی و ترغیب دانشجویان به انتخاب پایان نامههای تحصیلی در ارتباط با سازمانهای غیر دولتی .

۴ - حمایت از تالیف و کتب و انتشاراتی که اطلاعات مورد نیاز مردم را در زمینه سازمانهای غیر دولتی تامین کند.

۵ - شناسایی و توسعه روشهای منجر به خود کفایی سازمانهای غیر دولتی.

۶ - ایجاد یا تقویت ادارات مربوط به امور سازمانهای غیر دولتی در دستگاههای دولتی به ویژه در سازمان جنگلها و مراتع کشور، سازمان حفاظت از محیط زیست.

۷ - شناسایی و بسیج منابع مالی با ماهیت داوطلبانه غیر دولتی جهت کمک به سازمانهای غیر دولتی در سطح ملی و بین المللی و عدم وابستگی مالی به دولت.

منابع و ماخذ:

- احمدی طباطبایی، محمد رضا حقوق شهروندی با تاکید بر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
"www HYPERLINK "http://www.noor/" HYPERLINK
"http://www.noor" "http://www.noor/" HYPERLINK "http://www.noor/" .mags . com .
may.10.2014
- ستفن، سی نف، بررسی تحلیلی شهروندی جهان شهر، ترجمه حسین شریفی طرازکوهی
HYPERLINK
"HYPERLINK% 20% 22http://www.noormags.com12.2014/% 22www.noormags.c
om12.2014" HYPERLINK
"HYPERLINK% 20% 22http://www.noormags.com12.2014/% 22www.noormags.c
om12.2014"
- افتخار جهرمی، گودرز؛ حقوق بشر، محیط زیست و توسعه پایدار ، مجله تحقیقات حقوقی، دوره پائیز و زمستان، شماره ۵۰.
- الوانی، سید مهدی ،بررسی نقش سازمانهای غیر دولتی بر توسعه ، پایگاه مجلات تخصصی نور، بهار ۱۳۷۸، شماره ۴ .



- امیر ارجمند، اردشیر، قانون و قانونمداری
- "10.2014 www HYPERLINK "http://www.nomos.blog/" HYPERLINK "http://www.nomos.blog/"may.
- امیر ارجمند، اردشیر، سیاستهای کلی نظام در پرتو اصل حاکمیت قانون و جمهوریت، مجله راهبرد شماره ۲۶، ۱۳۸۱.
- امیر ارجمند، اردشیر، جزوه درسی حقوق اداری ایران، کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۲
- بارنت، جی ام، حقوق شهروندی، ترجمه جواد کارگزار
- www.noormags.com.may.12.2014
- پیری، مریم، قاسمی، ناصر، بررسی حقوقی - قضائی چگونگی نقش اعمال حقوق شهروندی در محیط زیست، مجله یوم و تکنولوژی محیط زیست، چاپ مسلسل ۴۲، ۱۳۸۸.
- تراز، جمال، حقوق شهروندی
- www.the law portal . persianblog .ir .may. 2014. 12
- سایت : سازمان دیده بان حقوق بشر
- ". HYPERLINK "HYPERLINK%20%22http://www.globaleducationmagazine.com.28/may/2018%22 www.globaleducationmagazine.com.28/may/2018" HYPERLINK "HYPERLINK%20%22http://www.globaleducationmagazine.com.28/may/2018%22
- شاهی، محمد شریف، جلالی، محمود، نقش سازمانهای غیر دولتی حقوق بشر در توسعه حقوق بین الملل، ۱۳۹۱
- شمسایی، محمد، حقوق بین الملل اقتصادی و اصل توسعه پایدار، ۱۳۸۵.
- شوالیه، ژاک، دولت قانونمند، ترجمه حمید رضا ملک محمدی، نشر چاپ اول، ۱۳۷۸.
- خادمی، ماهرخ با راهنمایی رضا سیمبر، سازمانهای بین المللی غیر دولتی و نقش آنها در تحقق صلح و امنیت جامعه بین الملل، ۱۳۹۳.
- دوگی، لئون، دروس حقوق عمومی، ترجمه محمدرضا ویژه، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۸.
- دماری، بهزاد، حیدر نیا، محمد علی، رهبری بناب، مریم، نقش و عملکرد سازمانهای مردم نهاد در حفظ و ارتقای سلامت جامعه، فصلنامه پایش، سال سیزدهم، شماره پنجم، مهر، آبان ۱۳۹۳.
- رضانی قوام آبادی، محمد حسین، پیشگیری و سرکوب جرائم زیست محیطی در پرتو اقدامات سازمانهای غیر دولتی در نظام حقوقی ایران، مجله حقوقی دادگستری، پائیز ۱۳۹۰، شماره ۷۵.
- رضانی قوام آبادی، محمد حسین، بررسی محتوای اصل مشارکت در حقوق بین الملل محیط زیست، پایگاه مجلات تخصصی نور، تابستان ۱۳۸۹، شماره ۲۹.
- رضانی قوام آبادی، محمد حسین، مطالعه تطبیقی وضعیت حقوقی سازمانهای مردم نهاد در ایران و فرانسه از تاسیس تا فعالیت، پایگاه مجلات تخصصی نور، پائیز و تابستان ۱۳۹۴، دوره ششم، شماره ۲.



- رضانی قوام آبادی، محمد حسین ،حضورسازمانهای غیر دولتی در پیشگاه مراجع قضائی بین الملل، پایگاه مجلات تخصصی نور، تابستان ۱۳۷۸، سال سی و هشتم، شماره ۲ .
- رضانی قوام آبادی، محمد حسین ، حضور سازمانهای مردم نهاد در فرآیند کیفی در پرتو آئین دادرسی کیفی ، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتادو یکم، شماره نودونهم، پائیز ۱۳۹۸.
- رضانی قوام آبادی، محمد حسین، شفیعی سردشت، جعفر ، آسیب شناسی طرح ناظر بر تاسیس، فعالیت و نظارت بر سازمان های مردم نهاد ، دانشگاه شهید بهشتی .
- رضانی قوام آبادی، محمد حسین، حفاظت از محیط زیست در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، پایگاه مجلات تخصصی نور، پائیز ۹۳، شماره ۶۳ .
- رضانی قوام آبادی، محمد حسین، نگاهی به اصل استفاده غیر زیان بار (پایدار) از سرزمین در حقوق بین الملل محیط زیست، نشر علوم محیطی، سال چهارم، شماره چهارم، تابستان ۱۳۸۶.
- رضانی قوام آبادی، محمد حسین، بررسی آموزش حفاظت از محیط زیست در ایران، ضرورت و تنگناها، پایگاه مجلات تخصصی نور، زمستان ۹۱، شماره ۶۵.
- رضانی قوام آبادی، محمد حسین ، توسعه پایدار و حق بر محیط زیست سالم، چشم انداز نسل های آینده، پایگاه مجلات تخصصی نور، بهار ۱۳۹۵، شماره ۱۵ .
- رفیعی، فرشاد، صباغ گل، منصور، ابراهیمی، رعنا ؛ نقش سازمانهای مردم نهاد در گسترش امنیت انسانی ؛ ۱۳۸۸.
- رودریگر، ولفرم، ترجمه نادر ساعد، پیوند حقوق بشر و محیط زیست، یک مسئولیت اجتماعی در عرصه بین الملل

http HYPERLINK "http://www.hvm.ir/" HYPERLINK "http://www.hvm.ir/"
 HYPERLINK "http://www.hvm.ir/" HYPERLINK " HYPERLINK
 "http://www.hvm.ir/"http:// HYPERLINK "http://www.hvm.ir/"www. HYPERLINK
 "http://www.hvm.ir/"hvm. HYPERLINK "http://www.hvm.ir/"ir. 28/may/2018

- زارعی، محمد حسین ، حکمرانی خوب ، حاکمیت و حکومت در ایران ، مجله تحقیقات حقوقی ، شماره ۴۰ ، ۱۳۸۳ .
- زهیر، شکر ، دادرسی اساسی ، آزادیها و حقوق عمومی

" HYPERLINK
 "HYPERLINK%20%22http://www.noormags.com.may.10.2014/%22www.noormag
 s.com.may.10.2014" "HYPERLINK%://www.noormags.com.may.10.2014"

- صرافی، مظفر ة تحلیل مفهومی شهروندی وارزیابی جایگاه آن در قوانین
 10.2014 www HYPERLINK "http://www.noormags.com.may/" HYPERLINK
 "http://www.noormags.com.may/"
- عبدالهی، محسن، فریادی، مسعود ، چالش های حقوقی سازمان حفاظت محیط زیست ایران ، علوم محیطی، سال هفتم، شماره چهارم، تابستان ۱۳۸۹ .
- غفاری انوری، عطیه ، مطالعه تطبیقی جایگاه حقوق شهروندی در ایران و فرانسه ، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی ، باراهنمایی روئیا معتمد نژاد ، دانشگاه علامه طباطبائی ، ۱۳۸۹ .
- فالکس ، کیث ، حقوق شهروندی ، ترجمه عبدالعزیز ویسی ، انتشارات سیروان ، چاپ دوم ،



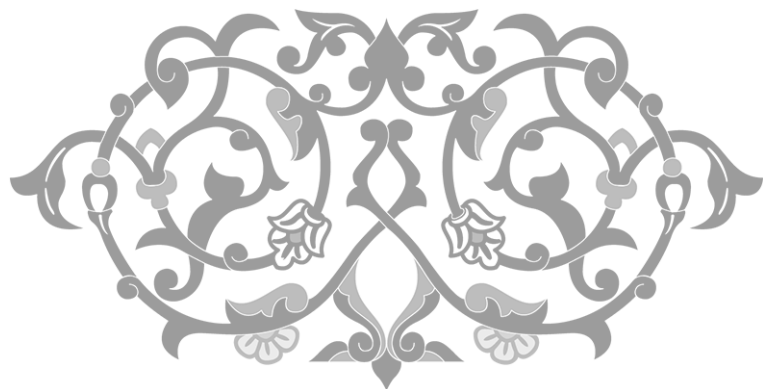
- فغانزاد، سعد الله ، حقو شهروندی در وضعیت بحران مطالعه تطبیقی حقوق فرانسه و آمریکا
- www.noor/ HYPERLINK HYPERLINK
"http://www.noor/"mags . com . may.10.2014
- کریمی، عباس، کامیار، غلامرضا ، محیط زیست شهری در پرتو حقوق شهروندی ، فصل نامه حقوق پزشکی، سال یازدهم، شماره ۴۰، بهار ۱۳۹۱.
- محمد نژاد داریانی، علیرضا ، حقوق شهروندی در پرتو نظارت قضائی دیوان عدالت اداری
www. fa .com. may.. 10 2014
- مدنی قهفوخی، سعید "نقد و ارزیابی پیش نویس منشور حقوق شهروندی
"www HYPERLINK "http://www.meisami.net.may10.2014/" HYPERLINK
"http://www.meisami.net.may10.2014/" HYPERLINK
"http://www.meisami.net.may10.2014/" HYPERLINK
- مشهدی، علی، کشاورز، اسماعیل ، تاملی بر مبانی فلسفی حق بر محیط زیست سالم ، پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره ۳۶، ۱۳۹۲.
- موسوی فرد، سید محمد رضا ؛ نقش سازمانهای غیر دولتی در جهانی شدن اقدامات بشر دوستانه؛ چاپ اول، ۱۳۹۲.
- موسی زاده، رضا ، سازمانهای بین المللی ، نشر میزان، چاپ نهم، پائیز ۱۳۸۷.
- موسوی، سید فضل الله ، حقوق بین الملل محیط زیست ، نشر میزان، چاپ اول، بهار ۱۳۸۰.
- موسوی، ویدا، حقوق محیط زیست
- " -org28/may/2018 -Hoogh-hamshahrilnls
- نقش جامعه مدنی در پیشبرد شهروند جهانی
https://unchronicle.un.org.28/may/2018.
- هارت، هربرت ، مفهوم قانون ، ترجمه محمد راسخ ، نشر نی ، چاپ دادگستر ، دوم ، ۱۳۹۰.
- هاشمی، سید محمد ، نگاهی به پیش نویس منشور حقوق شهروندی
" www. shafaqna. com.may 10.2014.

قوانین:

- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران؛ چاپ روزنامه رسمی، ۱۳۶۸.
- قانون آئین دادرسی کیفری، چاپ روزنامه رسمی، ۱۳۹۲.

منابع خارجی:

- "BALTIC JOURNAL OF LAW & POLITICS" VOLUME 4, NUMBER 2 (2011)
- 28/may/2018 http://www.versita.com/bjip



گزیده سخنرانی‌ها





اصول پایه قرارداد نویسی

اولین جلسه کارگاه آموزشی پیرامون «دوره مجازی داوری»،
به همت کمیسیون داوری با همکاری کمیسیون آموزش کانون
وکلای دادگستری اصفهان

محمد رضا قنبریان^۱

تفاهم نامه:

در فرهنگ لغت دهخدا، قرارداد به معنای دارای پایداری و عهد و پیمان تعبیر و معنی شده است. در فرهنگ عمید تعریفی از قرارداد ارائه شده که نزدیک به تعریفی است که از قرارداد در ماده ۱۸۳ قانون مدنی ارائه شده است. تعهدی معمولاً کتبی که براساس آن دو یا چند شخص حقیقی یا حقوقی وظایف و حقوقی نسبت به هم در نظر می‌گیرند. معانی دیگری در فرهنگ عمید آمده است از جمله عهدنامه و پیمان.

در زبان فارسی مترادف کلمه قرارداد پیمان، پیمان نامه، عهدنامه، قولنامه و کنترات که برگرفته از ریشه‌ی انگلیسی Contract است، تعبیر و تفسیر به قرارداد می‌شود و در حقوق بین الملل ممکن است معاهدات، مقاوله‌نامه و میثاق نیز مترادفاتی در مورد کلمه قرارداد باشد.

برخی عناوین مترادف کلمه‌ی قرارداد است و آثار حقوقی آن نیز موجود است مانند

۱. رئیس کمیسیون داوری کانون وکلای دادگستری استان اصفهان.



تفاهم‌نامه با حروف اختصاری MOI. تفاهم‌نامه، سندی است که طرفین یک قرارداد در نتیجه مذاکرات آن را تنظیم می‌کنند و نشان‌دهنده آن است که طرفین بر موضوعات معینی توافق کرده و تلاش دارند قرارداد را پیش ببرند. عموماً تفاهم‌نامه چارچوب و شاکله اصلی قرارداد و به نوعی توافقات اساسی بر مسأله‌ای که بین طرفین مطرح است را عنوان می‌کند اما سند امضاشده‌ای نیست، چارچوب مباحث را در قالب گفتگو مشخص می‌کند که نهایتاً منتج به توافق‌نامه خواهد شد.

کاربرد تفاهم‌نامه:

- ۱ - تعیین چارچوب برای توافق نهایی
- ۲ - ثبت شروط کلیدی که تا لحظه امضای تفاهم‌نامه مورد توافق طرفین واقع شده است.

توافق‌نامه:

در واقع تفاهم‌نامه نویسی، پیش‌نویس توافق است. معمولاً تفاهم‌نامه‌های تنظیمی بین ادارات و سازمان‌ها یا ارگان‌های رسمی و شخصیت‌های حقوقی بیشتر از اشخاص حقیقی متداول است. بعد از اینکه چارچوب و شروط کلیدی مشخص شد برخی از عناوین قالب عملیاتی به خود می‌گیرد که اگر از مرحله‌ی تعیین چارچوب و تعیین شروط کلیدی بگذریم به توافق‌نامه می‌رسیم. توافق‌نامه ممکن است هنوز قطعیت پیدا نکرده باشد. حروف اختصاری آن MOA یا سند مکتوبی است که حکایت از روابط مشترک طرفین دارد و مبین تراضی طرفین در یک موضوع مشخص است. طی این تراضی، شرایط و جزئیات توافق را طرفین مشخص می‌کنند. توافق‌نامه، سند مکتوبی است قانونی، که ممکن است الزامات را هم در بر داشته باشد.

کاربرد توافق‌نامه:

روش‌های اجرایی را مشخص می‌کند که بیشتر از تفاهم‌نامه به جزئیات توافق طرفین می‌پردازد و اصول پایه‌ای که در قرارداد باید به امضا برسد را تبیین می‌کند. در قرارداد



اصلی به تشریح آن پرداخته می‌شود. معمولاً در هنگام تنظیم قرارداد، تغییر شرایط امکان‌پذیر نیست. البته تا زمان امضای قرارداد طرفین می‌توانند شرایط را تغییر دهند اما آن چیزی که اینجا ملاک نظر است این است که توافق طرفین باشد و تغییر شرایط از ناحیه‌ی یک طرف بدون رضایت دیگری امکان‌پذیر نیست.

اغلب عین متن توافق‌نامه در قرارداد اصلی می‌آید. در یک جمله اگر بخواهیم تفاوت بین تفاهم‌نامه، توافق‌نامه و قرارداد را مشخص کنیم، بایستی بیان کرد که صرفاً در ضمانت‌های اجرایی با هم متفاوت هستند. در زبان انگلیسی چندین اصطلاح برای قرارداد است که حسب مورد، مورد استفاده قرار می‌گیرد مانند *bargain*, *treaty*, *compact*, *agreement* و *contract*. در زبان عربی قرارداد همان عقد است که ما حقوقدانان بیشتر آن را به رسمیت می‌شناسیم و به لحاظ درج عینی عنوان عقد در قوانین، عقود معین و غیر معین داریم و مباحث قانونی ما در این راستا است.

حلیت شرعی در باب قرارداد:

برای حلیت شرعی قرارداد و اهمیت شرعی قرارداد می‌توان به آیه‌تداین اشاره کرد که به قرارداد توجه دارد. اگر آیه را مورد مطالعه قرار دهید متوجه خواهید شد که این آیه صرفاً تداین نیست و در امور قراردادها هم بسیار کارساز است.

آیه ۲۸۲ سوره بقره به موارد متعددی اشاره دارد که برخی قوانین ما بر اساس این آیه است و معادل‌سازی شده است. در معنای تحت‌اللفظی آن چندین مورد از موارد قانونی قراردادنویسی در آن ذکر شده است: ای کسانی که ایمان آورده‌اید هنگامی که دینی را تا مدت معینی به خاطر گرفتن وام یا داد و ستد با یکدیگر بدهکار شدید آن را بنویسید (تاکید بر نوشتن قرارداد است) و باید نویسنده‌ای سند آن را در میان خودتان بنگارد (کلمه‌ی «باید» در شرع دلالت بر وجوب یا وجوب کفایی دارد) و هرگز نباید نویسنده از نوشتن آن همانگونه که خدا به وی آموخته امتناع ورزد (که این تضمین وجوب تکلیف شرعی کسی است که دارای توانایی نوشتن یک قرارداد است. در قرارداد نویسی همواره دقت و تمرکز صرفاً بر مسائل مادی نباشد و به مسائل شرعی هم دقت شود مانند وجوب و تکلیف الهی؛ که در قرآن برای کسی که توانایی نوشتن قرارداد را دارد، به نوعی حتی اگر قائل به



و جوب نباشیم ایجاد تکلیف است)، او باید بنویسد و کسی که حق به گردن اوست (بدهکار) املا کند (در ماده ۲۲۷ قانون مدنی بیان شده اگر مدیونی، دیون متعددی به شخصی داشته باشد و مبلغی بپردازد، تعیین این موضوع که مبلغ پرداخت شده بابت کدام یک از دیون بوده بر عهده مدیون است، شاید برگرفته از فحوای این آیه شریف باشد) و از خداوند که پروردگار اوست پروا نماید و از حق چیزی را کم نگذارد (مدیون را به تقوا فراخوانده) و اگر کسی که حق به گردن اوست سفیه یا ناتوان سنی باشد یا به خاطر آفت زبان قادر به تکلم نباشد، نتواند املا کند ولی او (منظور ولایت یا قیمومت یا در غیبت ولی یا قیم، حاکم است) به علامت املا نماید و دو گواه از مردانتان (مردان مسلمان) را به شهادت بطلبید (الزام گرفتن شاهد در قراردادها) تا اگر یکی از آن دو فراموش نمود آن دیگری او را یادآوری نماید و چون گواهان برای تحمل شهادت یا ادای آن دعوت شوند خودداری نکنند (نوعی تکلیف برای شهادت است) و از نوشتن بدهی که تا مدتی معین مهلت دارد، کوچک باشد یا بزرگ، ملول نشوید. این کار در نزد خدا عادلانه‌تر و برای گواهی استوارتر و به اینکه شک نکنید و نزاعی برنخیزد نزدیک‌تر است مگر آنکه دادوستد نقدی باشد که در میان خود تبادل می‌کنید که بر شما گناهی نیست (مفهوم این است که اگر دین موجل را ننویسید ممکن است گناهی متصور شود، به نوعی دلالت بر تکلیف دارد) و بهتر است که هر زمان دادوستد کنید شاهد بگیرید (از موارد اثبات اصالت سند شهادت شهود است، می‌گوید قراردادی خوب است که شاهد داشته باشد) و نباید نویسنده و گواه به واسطه‌ی زیاد و کم کردن به صاحب حق ضرر بزند (دلالت بر عدالت نویسنده یا کاتب و شاهد دارد) و نباید به نویسنده و شاهد به سبب ندادن حقشان ضرر برسد (دو حلیت را مورد تاکید قرار داده است: ۱. شاهد اگر متحمل ضرر و خسارتی برای ادای شهادت در مرجع اختلاف شد باید جبران شود مثلاً اگر کارگر روزمزد بود برای ادای شهادت حاضر شد، در خصوص مزد آن روز و وسیله ایاب و ذهاب وی، کسی که خواهان ادای شهادت است به دنبال وی برود یا هزینه‌ی آن را در اختیارش قرار دهد که متحمل ضرر و زیان نشود. ۲. اجری را برای نویسنده در همین قسمت در نظر گرفته است) و اگر چنین کنید برای شما فسق و گناه است و از خدا پروا کنید و خداوند به شما می‌آموزد و خداوند به همه چیز آگاه است.



جایگاه قانونی قرارداد در ماده ۱۸۳ قانون مدنی مشخص شده است: «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد.» این ماده شامل عقود عهدی و تملیکی است.

فواید قرارداد نویسی:

۱. پیش‌بینی و پیشگیری از بروز اختلافات احتمالی قراردادی در آینده
۲. افزایش بهره‌وری و ارتقای کیفیت کار
۳. استحکام بخشی و تداوم، تفکیک وظایف و تعهدات و حفظ روابط قراردادی
۴. کاهش اتلاف وقت و جلوگیری از تضییع حقوق طرفین
۵. کاهش ضرر و زیان ناشی از اختلافات حین انجام کار (موضوع قرارداد)
۶. تداوم امر قرارداد و جلوگیری از بروز اختلاف نظر حین اجرای قرارداد
۷. مسدود کردن راه‌های فرار از انجام تعهدات قراردادی
- ۸.

شرایط یک قرارداد خوب

اجزای متشکله یک قرارداد:

بخش نخست: الف) شکل و حالت ظاهری

ب) طرز طبقه بندی و سیاق نگارش متن

بخش دوم: ماهیت نگارش یک قرارداد

بخش نخست

الف) شکل و حالت ظاهری قرارداد (تشخیص):

برای این است که تشخیص دهید که این برگی که ارائه شده، آیا قرارداد است یا خیر؟ و سپس وارد ماهیت قرارداد خواهید شد. باید دقت نمود که عنوان دارد، متن به چه سیاقی است، امضا دارد یا خیر. این سه مورد که در یک سند باشد شما می‌توانید تشخیص دهید که قرارداد است یا خیر.



ب) طرز طبقه‌بندی و سیاق نگارش متن (تدوین):

ابتدا به سیاق نگارش قرارداد می‌پردازیم.

خصوصیات متن و عبارات قرارداد:

الف) عبارات قرارداد باید صریح، روشن، روان و واضح باشد:

صریح بودن: در برگیرنده اصاله‌الظهور باشد و معانی به کارگرفته دارای ابهام نباشد.
روشن بودن: واضح و بدون پرده‌پوشی باشد. به نوعی فراتر از صراحت است و توضیحاتی هم ممکن است علاوه بر تصریح داشته باشد و تأکیدی بر اصاله‌الظهور بودن است.

روان بودن: قابل فهم برای طرفین، نگارنده و مستمع باشد(مستمع: مرجع حل اختلاف، شاهد).

ب) نقش عرف در قرارداد:

همواره عرف می‌تواند جایگزین قوانین تکمیلی شود و طرفین می‌توانند به استناد اصل حاکمیت اراده برخلاف برخی از عرف‌ها توافقاتی داشته باشند. یک قراردادنویس خوب باید به عرف آشکار آگاه باشد. اگر به عرف آگاه نباشد سبب بروز اختلافات می‌شود.

ج) انتخاب زمان متناسب افعال در قرارداد:

قرارداد، اخباری بر توافق طرفین است که التزام طرفین به وسیله‌ی امضا بر محتویات قرارداد مسجل می‌شود، به همین علت می‌گویند افعال به صورت ماضی در اصل قرارداد به کار برود اما این ممکن است فی‌الحال تبادلاتی صورت گیرد که باید به زمان حال نوشته شود (بعد از انعقاد عقد) و نهایتاً ممکن است ناظر به تعهداتی در آینده باشد، باید زمان مستقبل در افعال به کار برود.

د) زیبایی و اختصار کلام نباید سبب ابهام در متن توافق شود:

اطاله‌ی کلام نباید سبب تحت‌الشعاع قرارگرفتن اصل موضوع قرارداد شود، به‌اندازه و در حد نیاز باید به موضوع بپردازید.

ه) ترتیب نگارش در قرارداد (سیاق نگارش در قرارداد)

و) امضای قرارداد (از خصوصیات الزام‌آوری و بیان التزام‌آوری قرارداد نسبت به طرفین

و تسجیل آن به وسیله‌ی امضای طرفین است.)



ز) انتخاب عنوان مناسب:

عناوینی که برای قرارداد داریم منافاتی با ماهیت قراردادی نداشته باشد که از خصلت یک قرارداد خوب خارج شود و الا در تعارض بین عنوان و متن قرارداد آنچه حاکم است توافق طرفین است. الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه و منحصر به عنوان و سرفصل نمی‌شود. نظیر قانونی این قضیه، قانون روابط موجر و مستاجر سال ۱۳۵۶ است که می‌گوید اگر هر عنوانی برای قرارداد اتخاذ گردد لیکن توافقات طرفین دلالت بر اجاره نماید آن عقد اجاره محسوب می‌شود.

ح) نقش الفاظ به کار رفته در قرارداد:

باید در قرارداد نویسی متبادرتین و مصطلح‌ترین لغت را به کار ببریم و از به کار بردن الفاظ دو پهلو که ممکن است معانی مختلفی از آن به ذهن خطور کند پرهیز نماییم تا از اختلافات قراردادی پیشگیری کنیم.

کاتب و نگارنده در توافقات مداخله نمی‌کند و آنچه طرفین توافق کرده‌اند به تشخیص وی منطبق با قوانین موضوعه (ماهیت)، نگارش، تطبیق و نهایتاً تحریر می‌شود. در آیه ۲۸۲ سوره بقره هم بدین امر توجه دارد که حق اراده طرفین بر توافق باید محترم شمرده شود (از حق چیزی کم نگذارد). به عنوان نگارنده و کاتب باید بدین امر توجه نماییم، البته این موضوع مانع از این نیست که اگر ضعفی در توافق طرفین باشد آن را گوشزد نکنیم.

چگونه یک قرارداد را بنویسیم؟

طرز طبقه‌بندی و سیاق نگارش متن ارکان قرارداد را ذکر می‌نماییم و لیکن الزاما قرار نیست تمام سرفصل‌هایی که اشاره می‌شود در یک قرارداد درج شود. اما یک قرارداد نویس باید در طبقه‌بندی فایل‌های ذهنی خود نظری به بیست عنوان مورد اشاره بنماید و یکی را انتخاب و توضیحات را براساس توافق طرفین قرارداد دهد. برخی از آن امور وجودشان در قرارداد اجتناب‌ناپذیر است مانند ذکر عنوان طرفین قرارداد، تا بدین طریق قرارداد از خصیصه الزام‌آوری و التزام‌آوری نسبت به طرفین برخوردار باشد.



تاریخ قرارداد:

اولین موردی که باید مورد توجه باشد تاریخ قرارداد است که در ابتدا و انتهای قرارداد درج می‌شود. تاریخ قرارداد در بردارنده آثار متعددی است چه بسا قراردادی بین طرفین تنظیم و تاریخ اشتباهی درج شود و در تاریخ درج شده یکی از طرفین در قید حیات نباشد یا اگر شخصیت حقوقی دارد ورشکسته یا در حالت انحلال و تصفیه باشد، اینجا آثار مترتب بر قرارداد متفاوت خواهد شد.

پس به عنوان نگارنده یک قرارداد خوب حتما اهمیت ویژه‌ای به تاریخ بدهید. آثار و تبعات حقوقی بسیاری بر این موضوع بار می‌شود به همین علت در ابتدای قرارداد تاریخ را می‌نگارند و در قرارداد پس از توضیح تعداد نسخ، می‌نویسند در ساعت و تاریخ مشخص فی‌المجلس به امضای طرفین در حضور مسجلین رسید. اینگونه تضمینی در متن قرارداد بر تاریخ تحریر شده در صدر قرارداد قرار می‌دهند.

عنوان قرارداد:

دومین مورد عنوان قرارداد است. در قرارداد نویسی ایرادی ندارد که عنوانی اتخاذ نکنیم و قضاوت را به متن بسپاریم و فقط «قرارداد» ذکر کنیم خلی به اساس و ارکان قرارداد وارد نمی‌شود لیکن به عنوان یک قراردادنویس خوب اگر قرار بر ذکر آن است باید ذکر شود. اگر توافقی در خصوص یکی از عقود معین باشد ذکر عنوان بسیار نیکو است. بسیاری از توافقات شاکله‌ی عنوان یک عقد معین را ندارند و ترکیبی هستند. شاخص‌ترین قرارداد در این زمینه، قراردادهای مشارکت در ساخت است. این قراردادهای ظاهر نوعی قرارداد مشارکت است لیکن در نهایت منتهی به بیع و انتقال می‌شود. برخی عقود ممکن است ترکیبی باشند، برای مثال شخص قراردادی مبنی بر بیع تنظیم می‌کند و مبیع را به اجاره بایع می‌دهد. در برخی از این قراردادهای صرف نظر از اینکه عنوان قانونی خاصی هم ندارد نقش عرف این است که براساس آن برای قرارداد یک عنوان مصطلح انتخاب و اتخاذ می‌شود.



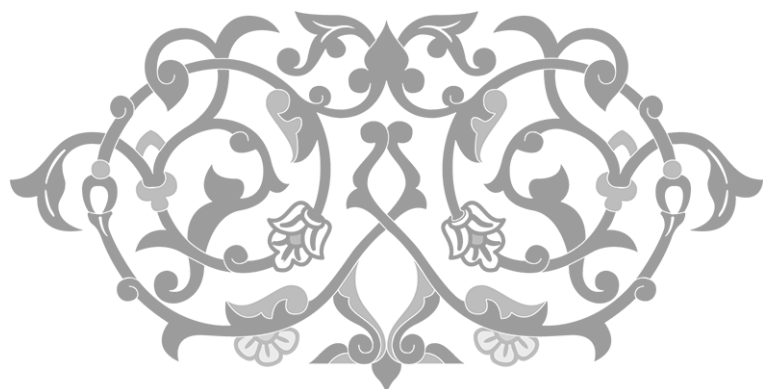
تعریف در قرارداد:

- سومین مورد تعاریف است، وجود تعاریف در قرارداد الزامی نیست لیکن متعارف است.

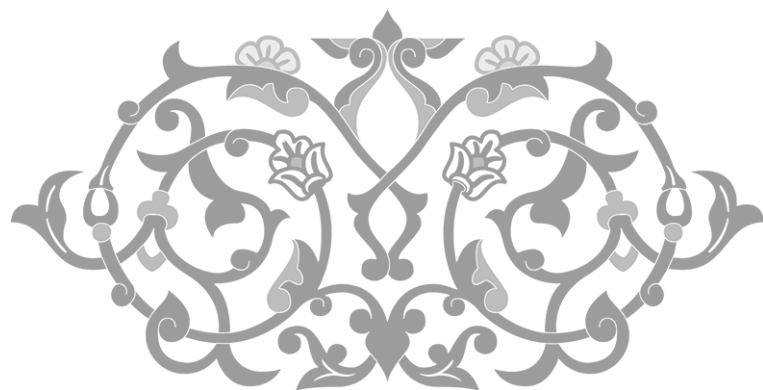
برای مثال موجر: آقای فرزند به شماره ملی که زین پس طرف اول قرارداد خوانده می‌شود.

موجر را با این مشخصات تعریف کرده‌ایم. تعریف در قرارداد نویسی به اختصار نویسی کمک می‌کند. تعاریف معمولاً در عقود بین افراد، درون متنی است یعنی همزمان با اینکه طرفین را معرفی می‌نماید، بیان می‌کند که از این به بعد معرفی می‌شود. در برخی قراردادهای مفصل به خصوص قراردادهای پیمان کاری و تخصصی، تعاریف را به عنوان ماده‌ای جداگانه در ابتدای قرارداد بعد از عنوان قرارداد می‌آورند یا به متنی خاص در انتها ارجاع می‌دهند و تعاریف را در آن ذکر می‌کنند که بیشتر در قراردادهای مناقصه و دولتی و کلان بین اشخاص حقوقی متداول و مرسوم است.

اهمیت تعاریف در قراردادنویسی، رعایت اختصارنویسی است و از تکرار یک مطلب به نحو مفصل جلوگیری می‌کند که موجب قوام ساختار و نوشتار یک قرارداد می‌گردد.



بایسته‌های حرفه وکالت





آراء وحدت رویه و نظریات مشورتی قوه قضائیه

رأی وحدت رویه شماره ۷۹۲ - ۱۳۹۹/۴/۲۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور با توجه به اینکه برابر تبصره ۵ ماده واحده قانون تعیین تکلیف چاه‌های آب فاقد پروانه بهره برداری مصوب ۱۳۸۹/۴/۱۳، آراء کمیسیون رسیدگی به امور آب‌های زیرزمینی به طور مطلق قابل تجدیدنظر در دیوان عدالت اداری دانسته شده است و با عنایت به اطلاق بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲/۳/۲۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام، دولتی بودن شرکت سهامی آب منطقه ای، نافی لزوم رسیدگی به تجدیدنظرخواهی به عمل آمده از سوی این شرکت نسبت به آراء کمیسیون مذکور در دیوان عدالت اداری نیست؛ بنابراین رأی شماره ۱۰۷۶ مورخ ۱۳۹۵/۱۰/۱۹ شعبه هشتم دادگاه تجدیدنظر استان یزد که از لحاظ قابل اعتراض دانستن آراء کمیسیون یاد شده از سوی شرکت آب منطقه ای (در حد مذکور) با این نظر انطباق دارد به اکثریت آراء صحیح و قانونی تشخیص داده می‌شود. این رأی طبق ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و سایر مراجع اعم از قضایی و غیر آن لازم الاتباع است.

هیأت عمومی دیوان عالی کشور

نظریه مشورتی شماره ۷/۱۴۰۰/۵۲۴ شماره پرونده ۵۲۴-۲۵۱-۱۴۰۰ مورخ
۱۴۰۰/۰۶/۰۶

وفق ماده ۹ لایحه قانونی رفع تجاوز از تاسیسات آب، برق کشور مصوب ۱۳۵۹ شورای انقلاب، چنانچه در مسیر و حریم خطوط انتقال و توزیع نیروی برق، حریم کانال‌ها

۱۳۰

ملی
حقوق



و انهار آبیاری، احداث ساختمان یا درختکاری و هر نوع تصرف خلاف مقررات شده یا بشود، سازمان آب و برق حسب مورد با اعطاء مهلت مناسب با حضور نماینده دادستان مستحدمات غیر مجاز را قلع و قمع و رفع تجاوز خواهند کرد چنانچه اشخاص به نظر این سازمان معترض بوده و مدعی می‌باشند که پیش از ایجاد خطوط انتقال و توزیع نیروی برق در این محل و یا مشخص شدن حریم کانال‌ها و انهار آبیاری، مستحدمات ایجاد کرده‌اند آیا دادسرا مجاز به ارجاع موضوع به کارشناس از بابت این موضوع است؟ در صورت مجاز بودن دادسرا، چنانچه نظریه کارشناس مبنی بر این باشد که تصرفات قبل از ایجاد خطوط انتقال و توزیع نیروی برق بوده است، دادسرا چه اقدامی باید انجام دهد؟

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه :

اولاً، اعمال مقررات ماده ۹ لایحه قانونی رفع تجاوز از تأسیسات آب و برق کشور مصوب ۱۳۵۹ شورای انقلاب در مواردی است که تصرفات برخلاف مقررات از سوی اشخاص صورت پذیرفته است و لذا شامل مواردی که پیش از ایجاد حریم، از سوی اشخاص در املاک و اراضی متعلق به خود صورت پذیرفته است، نمی‌شود. ثانیاً، قلع و قمع موضوع ماده ۹ ذکر شده مستلزم دستور دادگاه یا دادستان نبوده و فقط حضور نماینده دادستان ضروری است. ثالثاً، چنانچه دادستان پیش از حضور یا معرفی نماینده و یا متعاقب آن متوجه شود که موضوع از شمول موارد قلع و قمع خارج است، تکلیفی برای موافقت با درخواست قلع و قمع و همکاری در این خصوص ندارد.

نظریه مشورتی شماره ۷/۱۴۰۰/۱۳ پرونده شماره ۱۳۸-۱۲۷-۱۴۰۰ ح مورخ
۱۴۰۰/۰۳/۲۴

نظر به این که افراد جهت ارائه دلیل بر قدمت چاه مورد ترافع با شرکت آب منطقه ای درخواست تامین دلیلی می‌نمایند آیا درخواست مذکور که در جهت تعیین قدمت چاه توسط کارشناس ارائه می‌شود از موارد تامین دلیل است یا آن که نوعی تحصیل دلیل محسوب می‌شود؟



نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه

اولاً بحث تحصیل دلیل در خصوص فرض سوال که درخواست تامین دلیل مطرح شده است به کلی منتفی است. ثانیاً با توجه به ماده ۱۴۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ شرط قبول درخواست تامین دلیل تعذر و تعسر دلایل در آینده و ضرورت حفظ آن جهت دعاوی احتمالی است. لذا پذیرش آن با رعایت شرایط مذکور به تشخیص مقام قضائی است و در مواردی که احتمال دارد بر اثر اقدامات شرکت آب و فاضلاب و طمس چاه انجام کارشناسی در آینده متعذر یا متعسر شود می‌توان به درخواست ذی نفع قرار تامین دلیل جهت جلب نظر کارشناس صادر کرد. اداره کل حقوقی قوه قضائیه

نظر مشورتی ۷/۹۹/۱۱۰۵ مورخ ۱۴۰۰/۰۳/۱۹ اداره کل حقوقی قوه قضائیه - مصوب ۱۴۰۰/۰۳/۱۹

اداره آب دادخواستی به خواسته ابطال سند مالکیت متعلق به خوانده را مطرح و سبب ابطال را چنین بیان کرده است که خوانده اراضی بستر رودخانه را تصرف کرده و برای آن سند اخذ کرده است. با ارجاع مراتب به کارشناس رسمی دادگستری کارشناس منتخب با توجه به نوع خاک و جنس اراضی، ادعای اداره خواهان را تصدیق می‌کند و اذعان می‌دارد که اداره خواهان هنوز نسبت به تعیین پهنای بستر و حریم رودخانه اقدام نکرده است. آیا با این وضعیت می‌توان بر اساس نظریه کارشناسی حکم بر ابطال سند صادر کرد یا با توجه به این که هنوز تکلیف مقرر در تبصره یک ماده ۲ قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱ با اصلاحات و الحاقات بعدی مبنی بر تعیین پهنای بستر عمل نشده است فعلاً امکان ابطال سند میسر نیست؟ ۲- به موجب تبصره ۶ قانون نحوه تقویم ابنیه، املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها جهت تأمین معوض ابنیه، املاک و اراضی شرعی و قانونی مردم که در اختیار شهرداری‌ها قرار می‌گیرد، دولت موظف است ده درصد از اراضی واحدهای مسکونی قابل واگذاری را با قیمت تمام شده به شهرداری‌ها اختصاص دهد تا پس از توافق بین مالکین و شهرداری‌ها به عنوان معوض تحویل شود. آیا این مقررره اراضی طرح مسکن مهر که حسب قانون بودجه سال ۱۳۸۶ به نحو اجاره به تعاونی‌ها و ... واگذار شده است را نیز شامل می‌شود؟ در صورت مثبت بودن پاسخ، نحوه انتقال به شهرداری‌ها در قالب واگذاری قطعی است یا اجاره؟



نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه :

صرف نظر از مصدافی که مطرح شده است، با توجه به تبصره ۱ ماده ۲ قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱ با اصلاحات و الحاقات بعدی که مقرر داشته است: «تعیین پهنای بستر و حریم آن در مورد هر رودخانه و نهر طبیعی و مسیل و مرداب و برکه طبیعی در هر محل با توجه به آمار هیدرولوژی رودخانه‌ها و انهار و داغاب در بستر طبیعی آن‌ها بدون رعایت اثر ساختمان تأسیسات آبی با وزارت نیرو است.» و با عنایت به آیین نامه مربوط به بستر و حریم رودخانه‌ها، انهار، مسیله‌ها، مرداب‌ها، برکه‌های طبیعی و شبکه‌های آب رسانی، آبیاری و زهکشی مصوب ۱۳۷۹/۸/۱۱ با اصلاحات و الحاقات بعدی که در اجرای ماده ۵۱ قانون مذکور به تصویب هیأت وزیران رسیده و بویژه در مواد ۳ تا ۵ این آیین نامه برای تعیین بستر و حریم رودخانه، اطلاع رسانی به اشخاص ذی نفع، مهلت اعتراض، مرجع رسیدگی به اعتراض اشخاص، قطعیت نظر کمیسیون و وظایف شرکت آب منطقه ای و دیگر سازمان‌های ذی ربط پس از اعلام نظر کمیسیون مقرراتی وضع شده است، پیش از اجرای مقررات مذکور در واقع حد بستر رودخانه قانوناً تعیین و تثبیت نشده و شرکت آب منطقه ای زمانی می‌تواند علیه متصرف طرح دعوا کند که قبلاً تکالیف قانونی خود را بر اساس آیین نامه مذکور به انجام رسانده باشد. ۱- به موجب تبصره ۶ ماده واحده قانون نحوه تقویم ابنیه، املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها مصوب ۱۳۷۰/۸/۸ ۲- «جهت تأمین معوض ابنیه، املاک، اراضی شرعی و قانونی مردم که در اختیار شهرداری‌ها قرار می‌گیرد دولت موظف است ۱۰٪ از اراضی و واحدهای مسکونی قابل واگذاری را با قیمت تمام شده به شهرداری‌ها اختصاص دهد تا پس از توافق بین مالکین و شهرداری‌ها به عنوان معوض تحویل گردد»، بنابراین زمین‌های موضوع مسکن مهر که در قالب اجاره نود و نه ساله واگذار می‌شوند، از مشمول ۱۰٪ اراضی قابل واگذاری به شهرداری‌ها توسط دولت موضوع تبصره ۶ ماده واحده یادشده خروج موضوعی دارد.



پند استاد


زندگی نامه استاد دکتر حسن ستوده

تهرانی

نادر فهامی^۱

استاد دانشگاه و صاحب کرسی حقوق تجارت، استاد دکتر حسن ستوده تهرانی در سال ۱۲۸۶ شمسی در تهران به دنیا آمدند. پس از پایان تحصیلات دوره ابتدایی و متوسطه در زادگاه خود، لیسانس قضائی خود را از مدرسه عالی حقوق و علوم سیاسی دریافت نمودند. سپس به خدمت در دادگستری دعوت شدند. مدتی در پست‌های قضائی فعالیت نمودند و برای ادامه تحصیل به فرانسه رفتند و تا اخذ درجه دکترا ادامه تحصیل دادند و نیز موفق به دریافت دیپلم رشته مالی از مدرسه علوم سیاسی پاریس شدند. بعد از بازگشت به ایران در دانشکده حقوق دانشگاه تهران دروس آمار و حقوق اداری تدریس نمودند استاد در سال ۱۳۱۸ پروانه وکالت دادگستری گرفته و در سال ۱۳۱۹ کرسی تاریخ دیپلماسی عمومی و در سال ۱۳۲۰ کرسی حقوق تجارت به استاد محول گردید. علاوه بر داشتن کرسی حقوق تجارت در دانشگاه و صاحب‌نظر بودن در این رشته، از وکلای مبرز دادگستری بودند و با تسلط به زبان‌های فرانسه و انگلیسی وکالت شرکت‌های خارجی را به عهده داشتند. استاد دکتر ستوده تهرانی در سال ۱۳۶۸ هجری شمسی در تهران دار فانی را وداع گفت. چهار جلد حقوق تجارت و سه جلد دوره تاریخ دیپلماسی عمومی از تألیفات این استاد فرزانه می‌باشد و از دیگر آثار ایشان ترجمه قانون مدنی ایران به زبان فرانسه (با همکاری سید

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان.



مصطفی عدل)، مقالات متعدد حقوقی. به زبان‌های فارسی و فرانسه در نشریات حقوقی داخلی و خارجی.

از استاد دکتر حسن ستوده تهرانی

قانون تجارت فعلی که در سال ۱۳۱۱ به تصویب رسیده است، تقریباً ترجمه‌ای است از قانون بلژیک که به نوبه خود از قانون تجارت فرانسه که اصل آن در زمان ناپلئون اول تنظیم شده، اقتباس گردیده است. توسعه اقتصادی و بازرگانی در قرن اخیر لزوم تغییراتی را در قانون تجارت ایجاد نموده و در کشور ایران لزوم اصلاح قانون تجارت از مدت‌ها قبل احساس شده است.

تحولات اقتصادی و توسعه بازرگانی تدوین مقرراتی را ایجاد نمود که از سوءاستفاده‌های بسیار جلوگیری نماید و برای توسعه صنعتی و سرمایه‌گذاری‌های بزرگ شرکت‌های سهامی که دارای شخصیت حقوقی مستقل می‌باشند بیش از پیش ضرورت یافت و وسایل پرداخت اعتباری از قبیل چک و برات و سفته و حواله و اعتبارات بانکی در پرتو معاملات شرکت‌ها و اشخاص گسترش یافت و همچنین خرید و فروش سهام شرکت‌ها و اوراق قرضه و معاملات بورسی توسعه یافته که این امر مستلزم پیش‌بینی مقررات جدیدی به عنوان حقوق تجارت را ایجاب کرد.



گزیده مقالات کاربردی

امیر مقدم^۱

در مجلات علمی متعددی که در سراسر کشور به صورت فصلنامه یا دو فصلنامه به چاپ می‌رسد، معمولاً دو نوع مقاله را می‌توان مشاهده نمود؛ اول، مقالاتی که صرفاً جنبه علمی دارند و معمولاً با نگاهی تطبیقی همراه است. دوم، مقالاتی که هم جنبه علمی دارند و هم جنبه کاربردی. بدون شک بهره‌مندی از همه این مقالات برای جامعه حقوقی مفید و ضروری است. اما مقالات دسته دوم چون حالتی علمی کاربردی دارند، برای وکلا و قضات دارای بهره و فایده بیشتری می‌باشد. از اینرو سعی بر این است که در هر شماره از مدرسه حقوق، فهرستی از این مقالات و چکیده آن به همراه آدرس نشریه، جهت استفاده دوستان گرامی ارائه گردد، مقالاتی به روز و کاربردی که همکاران ارجمند می‌توانند متن کامل آنرا در پایگاه مجلات تخصصی نور یا در سایت مجله مربوطه مشاهده نمایند.

۱- کنکاشی بر قاعده محدود بودن رسیدگی دادگاه در قلمرو خواسته

نویسندگان: نهرینی فریدون، خاکباز محمد

پایگاه مجلات تخصصی نور مجله حقوق خصوصی بهار و تابستان ۱۴۰۰ شماره ۳۸ بی‌تردید یکی از مسائل مهم آیین تنظیم دادخواست و اقامه دعوا قاعده «تعیین قلمرو رسیدگی دادگاه در محدوده خواسته» است. آنچه در این خصوص مهم و بنیادین جلوه

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان.



می‌کند مشروعیت و ماهیت و همچنین حدود این قاعده است تا به دور از هر گونه ابهام روشن شود چه معیار و ضابطه‌ای قلمرو رسیدگی دادگاه را تعیین می‌کند و مشروعیت می‌بخشد یا آن را محدود یا به طور کلی ممنوع می‌کند. قاعده محدود بودن رسیدگی دادگاه در قلمرو خواسته از روح و منطوق مواد مختلف و پراکنده قانون آیین دادرسی مدنی و برخی مبانی فقهی مرتبط با آن قابل استنباط است. یافته‌های تحقیق نشان داد رعایت این قاعده امری و شکلی در همه مراحل دادرسی لازم و دارای ضمانت اجرایی است. هرچند استثنائاتی بر این قاعده وارد است، آن استثنائات باید به طور محدود تفسیر شوند تا حرمت این قاعده و سایر اصول و قواعد حقوقی مرتبط با آن، از جمله اصل بی‌طرفی دادرسی، حفظ شود. از این رو، محققان در تحقیق حاضر با اتخاذ روش توصیفی - تحلیلی به دنبال آن بودند که قاعده یادشده و حدود اختیار دادگاه در افزودن یا کاستن از خواسته و عنوان دعوا را بر اساس اصول حقوقی و برخی مبانی فقهی بررسی کنند و در صورت امکان پیشنهادهایی ارائه دهند.

۲- امکان سنجی بازگشت مجدد دین بر ذمه مدیون

نویسنده: سعیدی، محمدعلی؛ نویسنده مسئول: محمدحسینی، صدیقه؛

پایگاه مجلات تخصصی نور مجله حقوق خصوصی بهار و تابستان ۱۴۰۰ شماره ۳۸ در زمینه امکان بازگشت مجدد دین بر ذمه مدیون چهار نظر عمده فقهی وجود دارد. قائلین به استحاله بازگشت مجدد دین ساقط شده به قاعده «الساقط لا یعود» و اصل عدم عود استدلال می‌کنند. برخی با استناد به ماهیت اعتباری دین، بنای عقلا و صحت فسخ و اقاله عقود با موضوع دین قائل به امکان اعتبار مجدد دین ساقط شده بر ذمه مدیون هستند. برخی بر آن اند که سقوط دین به منزله تلف دین است. اما در صورت وجود سبب اعاده دین مثل دین ساقط شده بازمی‌گردد. برخی نیز قصد طرفین را در حکم مسئله تعیین کننده دانسته‌اند. اگر قصد طرفین تملیک و تملک باشد، بازگشت دین ممکن است. اما، با قصد ایفا و استیفای دین، دین باز نخواهد گشت. طبق بررسی‌ها، سقوط دین در



حکم تلف است و طبق اصل تبعیت امور اعتباری از قواعد عقلی بازگشت آن به حکم قاعدهٔ عقلی «الساقط لا یعود» محال است. اما بازگشت مماثل دین ساقط شده ممکن است. طبق مواد ۸۰۶ و ۷۰۱ و ۷۲۳ ق.م. قانون گذار نیز دیدگاه یادشده را پذیرفته است. از نتایج پذیرش دیدگاه بازگشت مثل دین عدم بازگشت طواری دین از جمله ضمانات و وثایق متعلق به دین، حال بودن دین مُعاد، و عدم اعتبار قرار اقساط در مورد آن است.

۳- انقلاب کانتینر و آثار آن در حقوق حمل و نقل

نویسنده: اشراقی آرانی، مجتبی

فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی بهار ۱۴۰۰ دوره ۵۱ شماره ۱

از دههٔ ۱۹۶۰ میلادی، صنعت حمل و نقل تحولی را به خود دید که به دلیل رقم زدن شرایطی متفاوت از گذشته، از آن به «انقلاب کانتینر» تعبیر می‌شود. کانتینر در عین حال که دستاوردهای فراوانی مانند افزایش سرعت، ایمنی و امنیت حمل کالا و کاهش هزینهٔ حمل به ارمغان آورد، مسائلی را در دنیای حقوق ایجاد کرد که مناقشه بر سر آنها همچنان ادامه دارد. ماهیت حقوقی کانتینر (اینکه از حیث تعیین میزان مسئولیت متصدی حمل دریایی یک «بسته» به‌شمار می‌رود یا خیر)، تبیین روابط حقوقی ناشی از صدور بارنامه‌های متعدد (بارنامهٔ گروپاژ و بارنامهٔ داخلی) برای یک کانتینر و نیز قراردادهای اجارهٔ جایگاه کانتینر (اسلات)، تعیین شخص مسئول در صورت ورود خسارت به بار موجود در کانتینر (درحالی که کانتینر پلمپ شده در اختیار متصدی حمل قرار می‌گیرد) و مسئولیت خسارت ناشی از چیدمان نامناسب بار در کانتینر یا چیدن کانتینر در عرشهٔ کشتی در زمرهٔ مهم‌ترین مسائلی است که در پی انقلاب کانتینری در حقوق حمل و نقل ظهور یافته و در این مقاله بررسی و تحلیل شده است.

۴- نشوز زوج و آثار آن در نظام حقوقی ایران

نویسندگان: مظفری خدیجه، حسینی زینب

۱۳۸

مجله حقوقی

شماره ۱۵۴ / آذر ۱۴۰۰



عدم ایفای برخی وظایف زوج مانند انفاق یا برقراری روابط جنسی (نشوز زوج)، سبب تزلزل رابطه زناشویی شده و موجبات اضرار زوجه را فراهم می‌آورد. با وجود اشارات قرآن، روایات و فقه امامیه، این امر در قوانین موضوعه و رویه قضائی ایران چندان شناخته شده نیست. در صورتی که زوج به موجب عقد نکاح تعهدی در برابر زوجه داشته باشد و با وجود توانایی بر انجام آن از این کار خودداری ورزد، می‌توان او را ناشز دانست. ترک انفاق، خودداری از برقراری رابطه جنسی، سوءمقاربت، بداخلاقی و... مصادیقی از نشوز زوج هستند. در قوانین فعلی برخلاف تعهدات مالی که تخلف از آنها ضمانت‌اجراهای مؤثر و حتی مجازات را در پی دارد، در خصوص تعهدات غیرمالی مانند ترک رابطه جنسی با وجود توانایی زوج، ضمانت‌اجرای مؤثری پیش‌بینی نگردیده است. با تکیه بر مقررات فعلی می‌توان نشوز زوج را از موجبات عسر و حرج زوجه تلقی کرد و حتی پا را فراتر نهاد و زوج ناشز را به دلیل نقض تعهد کلی حسن معاشرت الزام به انجام تکالیف یا طلاق نمود و از بلاتکلیفی زوجه پیشگیری نمود. با شناسایی نهاد نشوز زوج در قانون و تعیین مصادیق و ضمانت‌اجرای آن می‌توان این نهاد را در حقوق موضوعه نیز به رسمیت شناخت.

۵- تأمین هزینه‌های داوری از سوی شخص ثالث

نویسندگان: نژندی منش هیبت الله، بذار وحید

فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی بهار ۱۴۰۰ دوره ۵۱ شماره ۱

تأمین هزینه‌های داوری از سوی شخص ثالث، پدیده‌ای نوظهور در داوری است که براساس آن، شخص ثالث هزینه‌های مربوط به رسیدگی داوری را در قبال سهیم شدن در منافع حاصل از رأی داوری که احتمالاً به نفع طرف مورد حمایت صادر می‌شود، می‌پذیرد. حتی یک طرف اختلاف که مشکلی در پرداخت هزینه‌های داوری ندارد نیز می‌تواند به منظور گریز از عواقب ناشی از شکست در داوری، موافقت‌نامه تأمین هزینه‌های داوری را با یک شخص ثالث منعقد کند. با اینکه شخص ثالث نقش چشمگیری در اجرای حق



طرف‌های اختلاف در دسترسی به دادگاه خواهد داشت، این شخص طرف اختلاف محسوب نمی‌شود و بدیهی است در مواردی از جمله اخذ تأمین برای هزینه‌های رسیدگی طرف مقابل، نمی‌توان تعهدی را بر او بار کرد. علاوه بر ضرورت افشای هویت شخص ثالث از سوی طرف مورد حمایت برای مرجع داور، داوران نیز ملزم‌اند تا هرگونه ارتباط خود با این شخص را آشکار سازند.



معرفی کتاب

نعمت اله ضیایی جزئی^۱

راهنمای حقوقی خرید و فروش پیش خرید و پیش فروش (املاک و مستغلات)

حسین اقدامی

ناشر: قوه قضائیه، مرکز مطبوعات و انتشارات

سال چاپ: ۱۳۹۹

نوبت چاپ: هفتم

درباره نویسنده

جناب آقای حسین اقدامی وکیل پایه یک دادگستری که فعالیت حرفه ای خویش را از سال ۱۳۹۱ در حوزه وکالت در دعاوی ملکی و مستغلات آغاز نموده اند، مؤلف سه کتاب با عناوین:

۱- راهنمای حقوقی خرید و فروش و پیش خرید و پیش فروش ملک

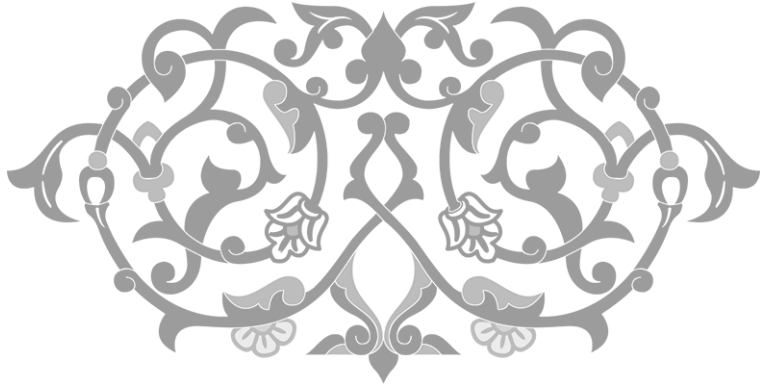
۲- مسئولیت‌های حقوقی مدیران شرکت‌های تجاری

۳- راهنمای تحلیلی، کاربردی دعاوی ملکی در نظام قضایی ایران هستند. از ایشان مقالاتی نیز در حوزه املاک و مستغلات به چاپ رسیده که از میان آنها می‌توان به مقاله «اختلافات قراردادهای مشارکت در ساخت، دلایل، راهکارهای کاهش و روش‌های حل و فصل» اشاره کرد که در شماره ۱۲۷ ماهنامه مدرسه حقوق به چاپ رسیده است.



درباره کتاب

راهنمای حقوقی خرید و فروش پیش خرید و پیش فروش (املاک و مستغلات) یکی از کتب بسیار کاربردی است که مطالب آن در ۳ فصل طبقه بندی شده است. فصل اول با عنوان: دانستنی‌های حقوقی اموال و مالکیت که در آن به اموال، مالکیت، املاک و مستغلات پرداخته شده است. فصل دوم: دانستنی‌های حقوقی قراردادهای و فصل سوم: راهنمای خرید و فروش ملک که پربرترین بخش کتاب است. در این فصل طی ۲۰ مبحث به مطالب کاربردی مهمی از جمله معامله نیابتی، خرید ملک کلنگی برای ساخت و ساز، خرید و انتقال حق کسب و پیشه و سرقفلی، خرید ملک توسط اتباع بیگانه و مسائلی از این دست اشاره شده است. فصل چهارم با عنوان راهنمای پیش خرید و پیش فروش ملک و در نهایت فصل نهایی (پنجم): قوانین ناظر بر خرید و فروش ملک این اثر ویژه را به پایان می‌برد. با توجه به استقبال حقوقدانان از این کتاب، اکنون شاهد چاپ هفتم آن هستیم و توصیه می‌شود که وکلا و قضات عزیز این کتاب کاربردی و فاخر را به گنجینه کتب حقوقی خویش بیافزایند.



زنگ تفريح





دفاع

دکتر علی رادان جبلی^۱

ما وکلا همیشه از دیگران دفاع می‌کنیم، چه موفق شویم و چه ناکام بمانیم، مسرت یا حسرت آن بر دل و روان دیگری می‌ماند اما دفاع از خود، کاری بس سخت است و گاه جانکاه.

رساله‌ی دکتری را با خون دل نوشته و آماده کردم؛ مشکلات کار و زندگی از یک طرف و سیر شبانه‌روزی در کتب و مقالات سخت فرسوده‌ام ساخته بود. بالاخره زحمات نتیجه داد و رساله را تقدیم مدیر گروه کردم. چند سطری را خواند و نگاهی خریدارانه به آن انداخت و گفت: «بد نشده جانم، بد نیست». فهرستی از اسامی هفت استاد بارز حقوق خصوصی را به دستم داد که با آقایان هماهنگی کنم برای روز دفاع. هماهنگی برای دفاع، دمار از روزگارم درآورد. هفت استاد برایم هفت‌سین شدند؛ هر یک با طعم و بوی متفاوت! باید سراغ یک‌یک آن‌ها می‌رفتم.

یکی سالخورده بود و بازنشسته گفت بیا منزل؛ رفتم همین‌طور که رساله را می‌دید، من به دیوار اتاق او که پرشده بود از قاب‌های عکس قدیمی نگاه می‌کردم. رفتم به دهه‌ی سی و چهل شمسی؛ حقوق‌دانان مشهور اما مرده.

با صدای استاد به خود آمدم: «در این باب، تورات هم مطلبی دارد؛ دیده‌ای هرگز

۱. وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای اصفهان، مدرس دانشگاه.



تورات را؟» از نزدیک ندیده بودم و می‌ترسیدم زیارت نکردن آن کتاب مقدس کار دستم دهد! آب گلو قورت داده و گفتم: «هنوز نه» یعنی می‌بینم. استاد با آرامش خودنویس را از جیب درآورد و جلوی اسم خود را امضا کرد. این امضا یعنی موافقم. اشاره کرد «رساله باید جامع باشد، به سلامت». این آخری یعنی این که مزاحم نباش و برو. آدمم خوشحال و سرحال.

استاد بعدی جوان بود، تحصیل کرده فرنگ و وکیل دعاوی و صاحب تألیف. تلفنی گفت که بروم دفترش؛ رفتم. دفتر شلوغ بود و یک ساعت صبر کردم تا نوبت من رسید. استاد جوان سرحال نبود شاید کِشتی یکی از پرونده‌هایش غرق شده یا به گِل نشسته بود. رسانه را ورق زد و گفت: «من تا یک‌ماهه آینده وقت ندارم، کارم زیاد است، فرصت مطالعه پیدا نمی‌کنم». این پاسخ، آب سردی بود بر گرمای درون من.

تقویم دانشگاه می‌گفت که باید قبل از شروع ترم آینده دفاع کنم والا کارم زار می‌شد. توضیح دادم، بی‌فایده بود. اصرار کردم، نتیجه نداد. جوانی و جایگاه علمی خود و شهرت در وکالت و مشتری بسیار، قلب استاد جوان را غرق غرور ساخته بود. چاره‌ای نداشتم؛ کلید خواهش و تمنا را در قفل حاشای وکلای استاد گرداندم، آن قدر به چپ و راست تا قفل باز شد؛ «حالا ببینم، قول نمی‌دهم، تماس بگیر» و سر را درون پرونده‌ای فرو برد.

سراغ دیگران هم رفتم. هر کس داستانی داشت؛ یکی از عزم سفر خارجه داشت، یکی از اشتغالات علمی و نداشتن وقت شکایت می‌کرد، دیگری از بیماری و نداشتن فرصت برای استراحت. سراغ هر یک می‌رفتم باید هر چه دعا و ورد می‌دانستم، بخوانم تا با پاسخ منفی مواجه نشوم. یکی از آن هفت تن که اصرار من برافروخته اش ساخته بود گفت: «چقدر عجله داری بابا! این مدال دکتری را به سینه می‌چسبانی، عجله نکن» و من عجله داشتم. و در آخر به هر زحمتی بود میان آن هفت استاد وفاق برقرار شد و روزی برای دفاع معلوم شد. من طاووس می‌خواستم و باید جور سفر به هندوستان هم به جان



می خریدم. مقدمات کار به سرعت فراهم شد، با هماهنگی با دانشگاه، ایاب و ذهاب اساتید و پذیرایی. زیاد در قید این آخری نبودم. سر راه جعبه ای شیرینی خریدم، تا کام اساتید و همراهان اند کی که داشتم بعد از اعلام نتیجه شیرین گردد. دفاع ساعت یازده صبح بود. زودتر در محل دفاع حضور یافته تا همه چیز مرتب باشد. اضطراب دست از سرم بر نمی داشت. سالن بزرگ برای برگزاری دفاع مهیا شده بود. قبل از من دفاع دیگری در جریان بود. دانشجوی رشته مدیریت صنعتی بود که از رساله‌ی خود که برای من ناآشنا می نمود دفاع می کرد. سالن پس پر از مردان و زنانی بود که نشسته و ایستاده دفاع را نظاره می کردند. تعجب کردم که این همه آدم برای یک دفاع علمی حاضر شده اند. ساعت از یازده گذشت و آثار خستگی و بی حوصلگی در اساتید حقوق آشکار شده بود. چرا جلسه تمام نمی شد؟ خودم هم خسته و بی قرار بودم.

به ناگاه یکی از اساتید زبان به اعتراض باز کرد: «این چه وضعی آقا؟ مگر ما بیکاریم؟ چرا این قدر بی نظم هستید؟» مخاطبش من بودم. دیوار من از همه کوتاه تر بود و حالا باید مسئولیت بی تقصیر را تجربه می کردم! اعتراض استاد بالا گرفت و قصد ترک دانشگاه را داشت. او غرغر کنان می رفت و من با خواهش و التماس سعی در انصراف او داشتم. رفتن او یعنی خوردن مهر بطلان بر اعتبار دفاع. به هر بدبختی بود، استاد را از رفتن بازداشتیم، به شرط آنکه تا پانزده دقیقه دیگر، جلسه‌ی دفاع شروع شود. هول و اضطراب بر وجودم حاکم شده بود. جنگ با حاشیه بدتر از نبرد با متن است. استاد گریز پایی از اسب جبرئیل (خر شیطان سابق) اِجلال نزول کرد و این فرصتی بود تا ببینم چرا جلسه دفاع قبلی این همه طولانی شده است. صدای کف زدن‌های ممتد حضار نشان از پایان موافقت‌آمیز کار داشت. وارد سالن شدم، زنان و مردانی که همراه دانشجو آمده بودند، قصد بیرون رفتن از جلسه را نداشتند. مانند آن که به جشنی دعوت شده اند، از ماکولات و مشروبات که بود می خوردند و خوش و بیش می کردند. معلوم شد که دانشجو، مدیر یک شرکت حمل و نقل دریایی است و آن همه خدم و حشم، کارمندانی هستند که به بهانه تشویق



مدیر، از کار گریخته و مشغول وقت‌گذرانی هستند. چشمم افتاد به میز مملو از میوه‌های الوان فصل و غیر فصل و آن همه شیرینی چشم نواز که بعضی از آن‌ها را در عمر ندیده بودم! یاد آن جعبه شیرینی که گرفته بودم افتادم و تفاوت فرش با عرش را بخوبی دریافتم. جلو رفته و تبریک گفتم. دانشجو، مرد جاافتاده‌ای بود در لباس خوش دوخت که مرتب تبریک‌های کارمندان خود را با روی خوش پاسخ می‌داد. توضیح دادم که جلسه دفاع من با تاخیر مواجه شده است. مستخدمین دانشگاه در حال تخلیه میوه‌های روی میز بودند که من دل به دریا زدم و گفتم: «آقای دکتر! امکان دارد این وسایل پذیرایی را بعد از دفاع بنده جابه‌جا کنند؟» تا فهمید و سخاوتمندانه به مستخدمین دستور داد که با محتویات میز کاری نداشته باشند. خدمه با فرمان وی عقب‌نشینی کرده و با لب‌لولوپه آویزان جلسه را ترک کردند. آن کوه عظیم از خوراکی غنیمتی بود برای تدارکات پذیرایی از اساتید حقوق. همه‌چیز آماده برای دفاع بود. خستگی و اضطراب یک آن رهایم نمی‌کرد. در مقایسه با جلسه‌ی قبل، دفاع زاهدانه‌ای بود. به رسم معمول توضیحاتی دادم و منتظر اظهارنظر اساتید ماندم. استاد پیر، فراموش کرده بود که رساله را با خود بیاورد و این یک امداد غیبی بود! رفت سراغ متون کهن پارسی و پرسید که آیا از موضوع رساله در کتاب «ماتیگان هزار دادستان» هم تفحیصی کرده‌ام؟ با ایهام گویی و یکی به تخته و دیگری به نعل زدن و آسمان ریسمان به هم بافتن، طوری پاسخ دادم که انگار تمام کتب مقدس و نامقدس ادیان و فرق آسمانی و زمینی را دیده‌ام! استاد پیر آفرینی گفت و استاد جوان شروع کرد؛ او که مرتب با سرعت رساله را ورق می‌زد، معلوم بود که فرصت مطالعه نداشته و برای آنکه خود را از تک و تا نیندازد، به دنبال اِشکالی می‌گشت. چیزی به ذهنش رسید و گفت و من هم از آن ایراد نابجا تشکر کردم و قول جبران دادم. شیطنت من مؤثر واقع شد و لبخند رضایت بر لبان استاد جوان نقش بست. اساتید هر یک به فراخور، ایراداتی گرفتند که برخی به‌جا بود و بعضی را پاسخ دادم. جلسه پایان یافت. اساتید به شور نشستند و من غوغایی به شور. دقایق برای من به‌کندی می‌گذشت. آن



همه زحمت و مزارت برای تدوین رساله و بیشتر از آن محنت هایی که در دو دهه تحصیل بر خود هموار کرده بودم، چون نوار یک فیلم از جلوی دیدگانم عبور می کرد؛ زن جوانی دست من را گرفته و برای رفتن به کلاس اول با سرعت به دنبال خود می کشید: «زود باش دلیل شده، دیر شد». مادرم بود و حالا من پس از آن همه سال ذلیلانه به دنبال علم می دویدم. تلاش برای به دست آوردن نام و نان حالا آخرین مرحله خود را طی می کرد. نوعی کرحتی در خود احساس کردم. لختی چشمانم را هم گذاشتم. مرد دستاربندی با دف برایم می خواند: «گفتی که وقت مجلس افروختنی / آیا که چه نکته هاست بر دوختنی» بوسعید ابوالخیر بود. اساتید برخاستند. استاد راهنما چیزی را از روی نوشته ای می خواند. چند دوست همراه دست می زدند. صداها را درست نمی شنیدم. پرده ای از اشک جلوی چشمانم را گرفته بود. تنها صدای رسای بوسعید خراسانی بود که به گوشم می رسید؛ بی خود و سرخوشانه می خواند: «ای بی خبر از سوخته و سوختنی / عشق آمدنی بود، نه آموختنی»



تورات را؟» از نزدیک ندیده بودم و می‌ترسیدم زیارت نکردن آن کتاب مقدس کار دستم دهد! آب گلو قورت داده و گفتم: «هنوز نه» یعنی می‌بینم. استاد با آرامش خودنویس را از جیب درآورد و جلوی اسم خود را امضا کرد. این امضا یعنی موافقم. اشاره کرد «رساله باید جامع باشد، به سلامت». این آخری یعنی این که مزاحم نباش و برو. آدمم خوشحال و سرحال.

استاد بعدی جوان بود، تحصیل کرده فرنگ و وکیل دعاوی و صاحب تألیف. تلفنی گفت که بروم دفترش؛ رفتم. دفتر شلوغ بود و یک ساعت صبر کردم تا نوبت من رسید. استاد جوان سرحال نبود شاید کِشتی یکی از پرونده‌هایش غرق شده یا به گِل نشسته بود. رسانه را ورقی زد و گفت: «من تا یک‌ماهه آینده وقت ندارم، کارم زیاد است، فرصت مطالعه پیدا نمی‌کنم». این پاسخ، آب سردی بود بر گرمای درون من.

تقویم دانشگاه می‌گفت که باید قبل از شروع ترم آینده دفاع کنم والا کارم زار می‌شد. توضیح دادم، بی‌فایده بود. اصرار کردم، نتیجه نداد. جوانی و جایگاه علمی خود و شهرت در وکالت و مشتری بسیار، قلب استاد جوان را غرق غرور ساخته بود. چاره‌ای نداشتم؛ کلید خواهش و تمنا را در قفل حاشای وکلای استاد گرداندم، آن قدر به چپ و راست تا قفل باز شد؛ «حالا ببینم، قول نمی‌دهم، تماس بگیر» و سر را درون پرونده‌ای فرو برد.

سراغ دیگران هم رفتم. هر کس داستانی داشت؛ یکی از عزم سفر خارجه داشت، یکی از اشتغالات علمی و نداشتن وقت شکایت می‌کرد، دیگری از بیماری و نداشتن فرصت برای استراحت. سراغ هر یک می‌رفتم باید هر چه دعا و ورد می‌دانستم، بخوانم تا با پاسخ منفی مواجه نشوم. یکی از آن هفت تن که اصرار من برافروخته اش ساخته بود گفت: «چقدر عجله داری بابا! این مدال دکتری را به سینه می‌چسبانی، عجله نکن» و من عجله داشتم. و در آخر به هر زحمتی بود میان آن هفت استاد وفاق برقرار شد و روزی برای دفاع معلوم شد. من طاووس می‌خواستم و باید جور سفر به هندوستان هم به جان



می خریدم. مقدمات کار به سرعت فراهم شد، با هماهنگی با دانشگاه، ایاب و ذهاب اساتید و پذیرایی. زیاد در قید این آخری نبودم. سر راه جعبه ای شیرینی خریدم، تا کام اساتید و همراهان اند کی که داشتم بعد از اعلام نتیجه شیرین گردد. دفاع ساعت یازده صبح بود. زودتر در محل دفاع حضور یافتم تا همه چیز مرتب باشد. اضطراب دست از سرم بر نمی داشت. سالن بزرگ برای برگزاری دفاع مهیا شده بود. قبل از من دفاع دیگری در جریان بود. دانشجوی رشته مدیریت صنعتی بود که از رساله‌ی خود که برای من ناآشنا می نمود دفاع می کرد. سالن پس پر از مردان و زنانی بود که نشسته و ایستاده دفاع را نظاره می کردند. تعجب کردم که این همه آدم برای یک دفاع علمی حاضر شده اند. ساعت از یازده گذشت و آثار خستگی و بی حوصلگی در اساتید حقوق آشکار شده بود. چرا جلسه تمام نمی شد؟ خودم هم خسته و بی قرار بودم.

به ناگاه یکی از اساتید زبان به اعتراض باز کرد: «این چه وضعی آقا؟ مگر ما بیکاریم؟ چرا این قدر بی نظم هستید؟» مخاطبش من بودم. دیوار من از همه کوتاه تر بود و حالا باید مسئولیت بی تقصیر را تجربه می کردم! اعتراض استاد بالا گرفت و قصد ترک دانشگاه را داشت. او غرغر کنان می رفت و من با خواهش و التماس سعی در انصراف او داشتم. رفتن او یعنی خوردن مهر بطلان بر اعتبار دفاع. به هر بدبختی بود، استاد را از رفتن بازداشتیم، به شرط آنکه تا پانزده دقیقه دیگر، جلسه‌ی دفاع شروع شود. هول و اضطراب بر وجودم حاکم شده بود. جنگ با حاشیه بدتر از نبرد با متن است. استاد گریز پایی از اسب جبرئیل (خر شیطان سابق) اِجلال نزول کرد و این فرصتی بود تا ببینم چرا جلسه دفاع قبلی این همه طولانی شده است. صدای کف زدن‌های ممتد حضار نشان از پایان موافقت‌آمیز کار داشت. وارد سالن شدم، زنان و مردانی که همراه دانشجو آمده بودند، قصد بیرون رفتن از جلسه را نداشتند. مانند آن که به جشنی دعوت شده اند، از ماکولات و مشروبات که بود می خوردند و خوش و بیش می کردند. معلوم شد که دانشجو، مدیر یک شرکت حمل و نقل دریایی است و آن همه خدم و حشم، کارمندانی هستند که به بهانه تشویق



مدیر، از کار گریخته و مشغول وقت‌گذرانی هستند. چشمم افتاد به میز مملو از میوه‌های الوان فصل و غیر فصل و آن همه شیرینی چشم نواز که بعضی از آن‌ها را در عمر ندیده بودم! یاد آن جعبه شیرینی که گرفته بودم افتادم و تفاوت فرش با عرش را بخوبی دریافتم. جلو رفته و تبریک گفتم. دانشجو، مرد جاافتاده‌ای بود در لباس خوش دوخت که مرتب تبریک‌های کارمندان خود را با روی خوش پاسخ می‌داد. توضیح دادم که جلسه دفاع من با تاخیر مواجه شده است. مستخدمین دانشگاه در حال تخلیه میوه‌های روی میز بودند که من دل به دریا زدم و گفتم: «آقای دکتر! امکان دارد این وسایل پذیرایی را بعد از دفاع بنده جابه‌جا کنند؟» تا فهمید و سخاوتمندانه به مستخدمین دستور داد که با محتویات میز کاری نداشته باشند. خدمه با فرمان وی عقب‌نشینی کرده و با لب‌لولوپه آویزان جلسه را ترک کردند. آن کوه عظیم از خوراکی غنیمتی بود برای تدارکات پذیرایی از اساتید حقوق. همه‌چیز آماده برای دفاع بود. خستگی و اضطراب یک آن رهایم نمی‌کرد. در مقایسه با جلسه‌ی قبل، دفاع زاهدانه‌ای بود. به رسم معمول توضیحاتی دادم و منتظر اظهارنظر اساتید ماندم. استاد پیر، فراموش کرده بود که رساله را با خود بیاورد و این یک امداد غیبی بود! رفت سراغ متون کهن پارسی و پرسید که آیا از موضوع رساله در کتاب «ماتیگان هزار دادستان» هم تفحصی کرده‌ام؟ با ایهام گویی و یکی به تخته و دیگری به نعل زدن و آسمان ریسمان به هم بافتن، طوری پاسخ دادم که انگار تمام کتب مقدس و نامقدس ادیان و فرق آسمانی و زمینی را دیده‌ام! استاد پیر آفرینی گفت و استاد جوان شروع کرد؛ او که مرتب با سرعت رساله را ورق می‌زد، معلوم بود که فرصت مطالعه نداشته و برای آنکه خود را از تک و تا نیندازد، به دنبال اِشکالی می‌گشت. چیزی به ذهنش رسید و گفت و من هم از آن ایراد نابجا تشکر کردم و قول جبران دادم. شیطنت من مؤثر واقع شد و لبخند رضایت بر لبان استاد جوان نقش بست. اساتید هر یک به فراخور، ایراداتی گرفتند که برخی به‌جا بود و بعضی را پاسخ دادم. جلسه پایان یافت. اساتید به شور نشستند و من غوغایی به شور. دقایق برای من به‌کندی می‌گذشت. آن



همه زحمت و مزارت برای تدوین رساله و بیشتر از آن محنت هایی که در دو دهه تحصیل بر خود هموار کرده بودم، چون نوار یک فیلم از جلوی دیدگانم عبور می کرد؛ زن جوانی دست من را گرفته و برای رفتن به کلاس اول با سرعت به دنبال خود می کشید: «زود باش دلیل شده، دیر شد». مادرم بود و حالا من پس از آن همه سال ذلیلانه به دنبال علم می دویدم. تلاش برای به دست آوردن نام و نان حالا آخرین مرحله خود را طی می کرد. نوعی کرحتی در خود احساس کردم. لختی چشمانم را هم گذاشتم. مرد دستاربندی با دف برایم می خواند: «گفتی که وقت مجلس افروختنی / آیا که چه نکته هاست بر دوختنی» بوسعید ابوالخیر بود. اساتید برخاستند. استاد راهنما چیزی را از روی نوشته ای می خواند. چند دوست همراه دست می زدند. صداها را درست نمی شنیدم. پرده ای از اشک جلوی چشمانم را گرفته بود. تنها صدای رسای بوسعید خراسانی بود که به گوشم می رسید؛ بی خود و سرخوشانه می خواند: «ای بی خبر از سوخته و سوختنی / عشق آمدنی بود، نه آموختنی»