

بسم الله الرحمن الرحيم

ماهنامه خبری آموزشی

مادرسه حقیقی

سال پانزدهم، شماره ۱۳۶، خرداد ۱۳۹۹

صاحب امتیاز: کانون وکلای دادگستری اصفهان

مدیر مسئول: دکتر سید محسن قائم‌فرد

سردبیر: دکتر مهدی جلیلی

مشاور تحریریه: سید عبدالرضا علوی حجازی

طراح گرافیک: مرحوم استاد سید محمد حسن عقیلی

ویراستار: رسول فروغی

امور اجرایی: نادر فهامی

دبیر تحریریه این شماره: داریوش سپنتا

هماهنگی شهرستان‌ها: سید کمال مکاریان چهارسوقی

همکاران این شماره: محمد ابراهیمی، محمود بافنده، نسیم پرستگاری، وجیهه جاوید مقدم، فرزاد

جوادی نژاد، مهناز دره شیری، مینا سالمی، داریوش سپنتا، رسول فروغی، محمد فلاح‌پور، دکتر

محسن قجاوند، نفیسه مستقل

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 «ملرسه حقوق»

- مطالب ارسالی قبلاً در سایت یا نشریه دیگری منتشر نشده باشد.
- مسئولیت اصالتِ عنوان مطالب ارسالی به عهده ی 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 درون متنی 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، دوری 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.



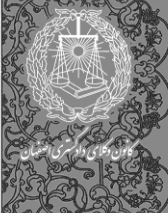
فهرست مطالب

مجله حقوق

ماهنامه خبری آموزشی کانون وکلای دادگستری اصفهان

سال
پانزدهم

شماره
۱۳۶



کانون وکلای دادگستری ایران

سخنرانی ها

وصف تجریدی اسناد تجاری..... ۱۲۶
دکتر ربیعا اسکینی

بایسته‌های حرفه وکالت

شئون وکیل دادگستری..... ۱۳۰
عبدالصمد خرمشاهی
کدام یک از وکلا شایسته ی عضویت در هیأت
مدیره کانون وکلا هستند؟..... ۱۳۴
دکتر امیر ساعد وکیل
انتخابات و گردش نخبگان ۲..... ۱۳۹
سید عبدالرضا علوی حجازی
آراء وحدت رویه و نظریه‌های مشورتی قوه قضاییه ۱۴۱
زندگی نامه و پند استاد..... ۱۴۴
دکتر سید حسین صفایی

گزیده مقالات کاربردی..... ۱۴۹
هاجر قاسمی
معرفی کتاب ۱..... ۱۵۳
نسیم پرستگاری
معرفی کتاب ۲..... ۱۵۴
مینا سالمی

زنگ تفریح

ایگ نوبل و حقوق..... ۱۵۶
دکتر محمدرضا محمدی جرقویه ای

سرمقاله؛ مجلس شورای اسلامی و وکلای
دادگستری ۴

مقالات

مبانی قراردادهای تأمین کیفری کودکان و نوجوانان .. ۸۰
دکتر حسنعلی مؤذن‌زادگان/امیرحسین عابدی نیستانک
وجوه اشتراک و افتراق شرکت تضامنی و
شرکت نسبی..... ۲۱
دکتر محمد عیسائی تفرشی
مسئولیت مدنی کارفرما در سوانح رانندگی در
حقوق ایران با تأکید بر تئوری‌های مسئولیت
ناشی از عمل غیر..... ۳۴
دکتر غلامعلی سیفی زیناب / شیرزاد حیدری شهباز
جایگاه حقوقی وپروس کویید-۱۹..... ۵۴
دکتر محمدجعفر حبیب زاده
دعوی مدنی و شرایط اقامه آن..... ۶۶
دکتر مجید غمامی
تحول و سکون در آیین دادرسی کیفری..... ۸۷
دکتر سید محسن قائم فرد
نظام حقوقی حاکم بر سامانه های پرداخت، تأمین و
انتقال الکترونیکی اعتبار..... ۹۰
دکتر مصطفی السان
روش‌های انصراف از قراردادهای الکترونیکی در
قانون تجارت الکترونیکی ایران..... ۱۰۴
دکتر حیدر باقری اصل/مختار نعم/سعیده باقری اصل
وضعیت عقد بیع مخالف شرط ترک فعل حقوقی ۱۲۰
داریوش سپینتا



سرمقاله

مجلس شورای اسلامی

و وکلای دادگستری

مهمم خرداد، آغاز به کار دوره ی یازدهم مجلس شورای اسلامی بود. امید که نمایندگان این مجلس با شناخت مشکلات و راهکارها، به وظایف نمایندگی همت بکارند و قوانینی درخور به تصویب رسانند.

نگاهی به گذشته ی ترکیب نمایندگان مجلس، از آغاز مشروطیت تاکنون نشانگر برخورداری مجلس از توانایی جمعیت حقوق دانان و از جمله وکلایست. آمار این ترکیب، گویای حضور تقریباً مستمر حقوق دانان و حتی وکلای دادگستری در طول دوران مجالس قانونگذاری ایران است. این طیف نمایندگان، تأثیرات بسزایی در تصویب قوانین مفید و پیشگیری از تصویب قوانینی که به نوعی با استقلال و آزادی و یا حقوق ملت در تعارض بوده است، داشته اند. در دوران نهضت ملی ایران، دکتر مصدق به عنوان نخست وزیر، داعیه ی جدی نمایندگی واقعی ملت را داشت و به نظر خود، در راستای اهداف ملی، اختیار قانونگذاری را در دو مرحله از مجلس گرفت و سپس مجموعه اقداماتی را سرپرستی کرد که به تعطیلی مجلس منتهی گردید. در آن هنگام، عوام و حتی خواص به مدد فشار تبلیغاتی ناشی از رسانه ها- اعم از رادیو و جراید که تقریباً یک صدا زبان گویای مصدق بودند- به چنین توهمی رسیدند که این اقدامات به نفع مردم و آزادی های ملت است.

در این هنگام، اقلیت مجلس و نخبگان، این روش را برناتقند و به صراحت و شدت کامل با آن برخورد کردند. عمده استدلال این گروه که اهلی حقوق در اس آمان بودند و توانستند صدای خود را آن گونه که بایده و شاید به گوش مخاطبین و متخین برسانند، آن بود که اساس ایجاد مشروطیت، مخالفت با استبداد و تصیم گیری یک نفره به جای نمایندگان مردم و عقل جمعی بوده است و اکنون نیز با نام مشروطیت یا ملی گرایی و هواداری از ملت، همان بلای خانمان سوز به جان مردم و ملت افتاده است؛ با این تفاوت که این بار دکتر محمد مصدق یک تنه به جانشینی از شاهان قبل از مشروطیت و



مجلس پس از مشروطیت، زمام قانونگذاری را بر عهده دارد.

به راستی این اقدام دکتر مصدق، چیزی جز زبان حال کوسفند از کرک رهیده ی سده ی چه می توانست باشد؛

شنیدم کوسپندی را بزرگی
رهنمید از دهن و دستِ گرگی
شبانکه کارد بر حلقش بالید
روان کوسپند از وی بنالید:
که از چنگالِ کرگم در بودی
چو دیدم عاقبت خود کرگم بودی

البته ما وکلا بسیار دقیق و نیکو می دانیم که در همین دوران اختیار قانونگذاری یعنی، هفتم اسفند ۱۳۳۱ شمسی بود که قانون استقلال کانون وکلا، توسط دکتر مصدق تصویب و دو سال بعد (یعنی پس از عزل و خانه نشینی وی و ابطال مجموعه مصوباتش با جرح و تعدیل) مجلسین در پنجم اسفند ۱۳۳۳ قانون استقلال کانون وکلا را به تصویب رساندند. چه می دانیم شاید دلیل اینکه تاکنون نیز در قریب به این هفتاد سال، هنوز نهاد وکالت توانسته است آنگونه که باید و شاید از درون و برون، اقتضانات و آثار و احکام استقلال خمیش را یابد، همین منشاء تصویب استقلال و محل تولد این نهاد است، که از زمان حاکمیت نوع جدیدی از استبداد و پشت کردن به نهاد مردم سالاری و خودکامی داخلی، مشروطیت را نشان گرفته است!

باری از این سخن پرورد و جانگداز که خود فصل مشعبی می طلبد بگذریم، ارتباط مجلس با حقوق دانان و از جمله وکلای دادگستری، امروزه نیز می تواند و باید منشاء آثار مثبت و کونماگون باشد که با توجه به شرایط موجود، جلوه هایی از آن چنین اند:

- حضور وکلای دادگستری به عنوان وکلای ملت در مجلس

طبیعی است در بین بسیاری از گروه های فرهیخته، وکلای دادگستری به جهات متعدد - از قبیل داشتن سابقه ی وکالت از اقطار مختلف مردم، آشنا بودن به مسایل حقوقی و قانون، با خبر بودن از نقاط قوت و ضعف قوانین، دست و پنجه نرم کردن علی با مقررات در مقام استناد، استنتاج و اجرا و موارد دیگر - برای نمایندگی مجلس دارای اولویت اند. به علاوه طرح، دفاع و تقنین مقررات حمایتی از وکالت که عمدتاً بر بحث استقلال متمرکز است، ادله دیگری است که می تواند انگیزه ی جدی وکلای دادگستری و نهاد وکالت - اعم از اسکودا و هیأت مدیره ها - در معرفی وکلای شایسته جهت نامزدی و پیروزی در انتخاب مجلس باشد.

- رصد قوانین و ارائه پیشنهاد و راهکارهای مناسب در تصویب قوانین

وکلای دادگستری بنا به صفات پیش گفته، از توانایی کم نظیری نسبت به اقران و امثال خود در رصد قوانین مصوب و



میزان مطلوبیت و کارآیی آنها و نیز در پیشنهاد طرح‌ها و لوایح و ارائه راهکارهای مناسب در اصلاح، تغییر و تعیین قوانین دارند. بر این اساس وکلاید هانگونه که در خصوص حقوق فردی به افراد جامعه خدمت رسانی می‌کنند، در حوزه‌ی حقوق اجتماعی و انجام تکالیف جمعی خود نیز از رصد قوانین چشم‌پوشند و به هنگام، با اطلاع و بررسی طرح‌ها، لوایح، پیشنهادها و قوانین در صحنه طرح در مجلس، به خوبی اندیشه‌کنند و انکار بلند خویش را که می‌تواند موجب حفظ بسیاری از سرمایه‌ها و میکسیری از اتلاف بسیاری از داشته‌های مادی و معنوی کشور در تصویب قوانین کارگشا و از هر جهت مناسب باشد، به ارمغان تقدیم نمایندگان مردم نمایند.

- حفظ و حراست از حقوق صنفی

مرجع اعطای استقلال به وکلا، مجلس شورا بوده است و علی‌القاعده باید هر نوع تبدیل به احسن و اصلاحی در این خصوص نیز از مسیر مجلس بگذرد. همچنین قوانینی وجود دارند که در ظاهر ارتباط با موضوع وکالت و نهاد وکالت ندارد، اما در عمل می‌توانند به استقلال و یا حقوق حرفه‌ای و صنفی وکلا در تعارض یا تضاد باشند و این هر دو می‌طلبد که وکلای دادگستری در این جهت نیز با نمایندگان مجلس شورای اسلامی در ارتباط و تعامل لازم باشند تا از این طریق، حقوق صنفی و حرفه‌ای خویش را حراست نمایند.

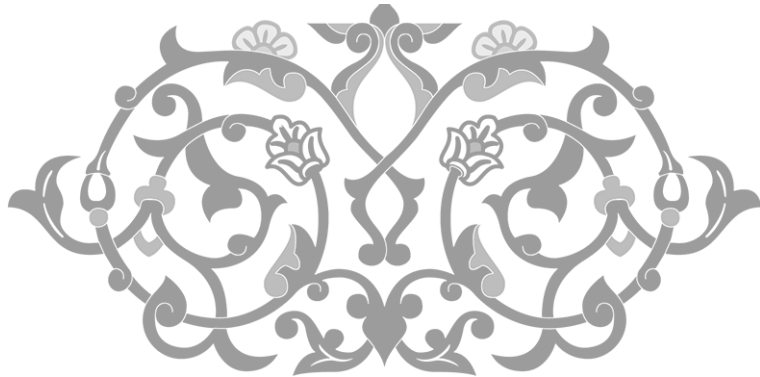
بر این اساس و از آنجا که مجلس در رأس همه امور و نهاد مردم سالاری و عقل جمعی است، لازم است وکلای دادگستری، در ارتباط و تعامل جدی با مجلس باشند و راه آن علاوه بر شرکت در کمیسیون‌ها و محافل رسمی و فرعی مجلس شورای اسلامی، ارتباط صمیمی و متکاتف هر وکیل با نماینده مجلس از حوزه انتخابی و محل سکونت و اشتغال خویش و استفاده از روابط دوستانه و صنفی در این خصوص است.

اکنون نیز که مجلس شورای اسلامی دوره‌ی یازدهم شکل گرفته و نمایندگان غالباً تازه نفس به آن وارد شده‌اند، وکلای دادگستری می‌توانند با این ارتباط صمیمی و وثیق، انواع بهره‌های این ارتباط را فراهم و از آن برای رسیدن به اهداف نهاد وکالت - که حفظ حقوق شهروندان است - بهره‌برند. هانگونه که در خصوص تصمیم‌گیری نهایی در مورد آیین‌نامه پیشنهادی قوه قضائیه نیز، احتمال احاطه‌ی امر به مجلس دور از انتظار نیست و چنانچه این ارتباط از اکنون ایجاد شود، در متکاتف طرح و تصمیم مجلس در این خصوص، هرگونه تلاش و ارتباط، شاید دیر باشد و وکلاراه مقصود نرساند.

مدیر مسؤول



مقالات





مبانی قراردادهای تأمین کیفری کودکان و نوجوانان

دکتر حسنعلی مؤذن زادگان^۱

امیرحسین عابدی نیستانک^۲

چکیده:

رسیدگی عادلانه به جرایم متهمان از عالی‌ترین اهداف هر نظام حقوقی می‌باشد. رسیدگی عادلانه در نظر گرفتن شخصیت خاص بزه‌کار کودک و نوجوان را اقتضاء می‌نماید. در نظر گرفتن شخصیت خاص این گروه از متهمان موجب می‌شود تا رویکردی افتراقی نسبت به ایشان داشته باشیم. یکی از مهم‌ترین جلوه‌های این رسیدگی افتراقی در حوزه قراردادهای تأمین کیفری می‌باشد. در صورت ضروری انگاشتن افتراقی بودن قراردادهای تأمین کیفری باید مبانی و فلسفه‌های ویژه‌ای بر این قرارها حاکم باشد زیرا هر اختلاف رویکردی مبنای خاص خود را می‌طلبد.

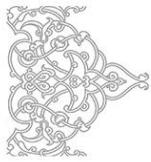
مبانی افتراقی بودن قراردادهای مزبور از حیث علوم جرم‌شناسی ناظر به شناسایی ابعاد شخصیت متهمان این رده سنی است. بر این اساس اصل فردی کردن متهمان برای صدور قراردادهای تأمین کیفری اقتضای تشکیل پرونده شخصیت را داشته است که در خصوص کودکان و نوجوانان متهم قلمرو جرایم مشمول پرونده شخصیت افزایش یافته است و به علاوه قاضی رسیدگی کننده نیز دارای شرایط خاص سابقه کافی، فراگیری دوره‌های آموزشی خاص و تأهل برای شناسایی شخصیت کودکان و یا نوجوان متهم است. موارد مزبور در قانون آیین دادرسی کیفری در مواد ۲۸۶ و ۴۰۹ پیش‌بینی شده است.

مبنای دیگر در افتراقی بودن حقوق بشر است که مطابق اسناد بین‌المللی حقوق کودک ضرورت استفاده گسترده از قراردادهای جایگزین نگهداری موقت و صدور قرار اخیر به عنوان آخرین راه چاره و در کوتاه مدت است. این مبنا نیز تا حد قابل توجهی مورد نظر قانون‌گذار در ماده ۲۸۷ قرار گرفته است اما با این انتقاد مواجه است که قانون‌گذار بر خلاف حقوق فرانسه اصل را بر صدور قرار جایگزین نگهداری موقت قرار نداده است.

واژگان کلیدی:

کودک، نوجوان، قرار تأمین کیفری، التزام به حضور، قرار وثیقه، نگهداری موقت، علوم جرم‌شناسی، حقوق بشر

۱. دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی
۲. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق کیفری اطفال و نوجوانان دانشگاه علامه طباطبایی



مقدمه

بر حسب دستاوردهای علوم زیست‌شناسی، روان‌شناسی و جامعه‌شناسی کودکان و نوجوانان، رفتار معارض با قانون و انحرافات آن‌ها در جوامع، دفعی، زودگذر و ناپایدار است که در جریان رشد طبیعی مرتفع خواهد شد.

برچسب‌زنی رفتارهای معارض با قانون و انحرافات به کودکان و نوجوانان نه تنها امکان رفع و دفع رفتارهای مزبور را در مورد آن‌ها مرتفع نمی‌کند، بلکه موجب وخیم‌تر شدن وضعیت و شرایط نامساعد در سقوط افزون‌تر بزه‌کاری و یا بزه‌دیدگی است.

از اوایل قرن بیستم که سازمان ملل متحد به عنوان مرجعی جهانی با قطعنامه‌ها و پیمان‌های متعدد بین‌المللی که نقطه اوج آن را باید پیمان‌نامه حقوق کودک مصوب ۱۹۸۹ میلادی، یعنی اواخر قرن مزبور، دانست، همواره بر مسئولیت دولت‌ها و جامعه مدنی در خصوص ایجاد محیطی امن و به دور از خشونت برای کودکان و نوجوانان تأکید داشته‌است.

در دیدگاه پیمان‌نامه حقوق کودک که در آن دستاوردهای علوم جنایی و جرم‌شناسی منعکس شده است، نظام‌های حقوقی باید در تدوین قوانین ناظر بر کودکان و نوجوانان به ویژه قوانین کیفری عالی‌ترین منافع آن‌ها را در کلیه اقدامات تقنینی، قضایی و اجرایی مورد توجه قرار دهند (ماده ۳ پیمان‌نامه حقوق کودک). تأمین عالی‌ترین منافع منوط به تضمین بقاء و رشد کودک در تمامی ابعاد زندگی از سوی کشورهای عضو پیمان‌نامه حقوق کودک می‌باشد (ماده ۶ پیمان‌نامه حقوق کودک). دولت ایران پیمان‌نامه حقوق کودک را امضا و مجلس شورای اسلامی آن را در اسفند ماه سال ۱۳۷۲ به تصویب رسانده است (به موجب قانون اجازه الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون حقوق کودک).

از جمله اقدامات تقنینی، قضایی و اجرایی دولت‌ها برای تأمین منافع عالی‌ه کودکان و نوجوانان، تدوین قانون جامع دادرسی ویژه برای رسیدگی به اتهامات آن‌ها می‌باشد. مفاد قانون مزبور باید متضمن بقاء و رشد کودک و یا نوجوان معارض با قانون بوده و در حقیقت دادرسی وسیله‌ای برای اصلاح و تربیت و بازاجتماعی کردن او به شمار آید.

یکی از اقدامات مهم دادرسی منصفانه ویژه کودکان و نوجوانان صدور قرار تأمین کیفری است. قرار تأمین کیفری - که اقدامی ناگزیر معیار با حقوق و آزادی‌های فردی و مشخصاً اصل برائت متهمان است - با هدف کشف جرم و در دسترس قرار گرفتن متهمان در طول فرآیند دادرسی صادر می‌شود. قرار مزبور اصولاً باید مانند سایر اقدامات از مبانی ویژه در خصوص کودکان و نوجوانان معارض با قانون به نسبت بزرگسالان تبعیت کند.

پرسش این مقاله ناظر به چرایی بودن افتراق مبانی صدور قرار تأمین کیفری کودکان و نوجوانان نسبت به قرار تأمین کیفری بزرگسالان می‌باشد. فرضیه مقاله این است که مبانی صدور قرار تأمین کیفری کودکان به لحاظ دستاوردهای علوم جرم‌شناسی و حقوق بشر قابل تبیین بوده



و باید انعکاس آن در نظام دادرسی کودکان و نوجوانان قابل مشاهده باشد. از این رو مقاله حاضر مبانی صدور قرارهای تأمین کیفری کودکان و نوجوانان را از حیث علوم جرم‌شناسی و حقوق بشر و نحوه انعکاس این علوم را در نظام دادرسی کودکان و نوجوانان مطرح خواهد کرد.

الف- مبانی علم جرم‌شناسی

پاسخ دهی به کودکان و نوجوانان متهم در هر یک از مرحله‌های فرآیند کیفری از حساسیت ویژه‌ای برخوردار است. زیرا این دسته از متهمان، از یک سو عمدتاً مسئولیت کیفری یعنی، قابلیت سرزنش پذیری کیفری ندارند و از سوی دیگر، دوره رشد و تکامل شخصیت آنان به طور کامل سپری نشده است (نیازپور، ۱۳۹۶، ۲۰) فلذا ضرورت حمایت از جامعه در قبال متهمان و عدم تخریب شخصیت کودک و نوجوان اقتضا می‌کند که مبانی اساسی و مهمی بر قرارهای تأمین کیفری این رده سنی حاکم باشد.

علوم جنایی به سه گونه «علوم جنایی حقوقی»، «علوم جنایی پیرا حقوقی» و «علوم جنایی بینابین» تقسیم می‌شود (نجفی ابرند ابادی، ۱۳۸۲، ۱۶). علوم جنایی تجربی، یا همان پیرا حقوقی، رفتار مجرمانه را به عنوان واقعیتی انسانی-اجتماعی از زاویه‌های گوناگون روان‌شناختی، جامعه‌شناختی، انسان‌شناختی و غیره مورد مطالعه قرار می‌دهد. به دیگر سخن، این شاخه با «رویکردی به‌هنگار» به اثبات و تحلیل پدیده مجرمانه می‌پردازد. بدین ترتیب، علوم جنایی تجربی یا همان پیرا حقوقی رشته‌ای است که با واقع‌گرایی فرایند انجام جرم را آن گونه که هست تحلیل می‌نماید. این شاخه به طور کلی به دو گونه «علوم جرم‌یابی» و «علوم جرم‌شناختی» دسته بندی می‌شود (نیازپور، ۱۳۸۶، ۹۶). «جرم‌شناسی را باید مجموعه دانش‌هایی تلقی کرد که در بررسی بزهکاری به علل پیدایی، تکوین، فرایند و آثار جرم توجه دارد. بنابراین، قلمرو جرم‌شناسی بسیار گسترده است؛ چه، پدیده بزه‌کاری تاکنون موضوع مطالعه رشته‌های مختلف علمی قرار گرفته و در هر یک از این رشته‌ها رویداد جنایی با روش و مفاهیم خاص سنجیده شده است. ولی کوشش مشترک تمام پژوهشگران صرف‌نظر از رشته علمی، شناختن عوامل و انگیزه‌هایی است که در رفتار بزه‌کاران اثر بخشیده و آن‌ها را به قانون‌شکنی برانگیخته است.» (اردبیلی، ۱۳۹۲، ۷۲) در میان این گستره علوم مختلف به نظر علوم اجتماعی و علوم روان‌شناختی و روان‌پزشکی می‌تواند اهمیت بیشتری در خصوص قرارهای تأمین کیفری داشته باشد.

۱- دستاوردهای مبانی علم جرم‌شناسی

جرم‌شناسی، در یک چشم‌انداز کلی و فارغ از تنوع اجزاء تشکیل دهنده آن، به لحاظ ذاتی، حوزه ای میان‌رشته ای است. در واقع، جستارها و نظریه‌پردازی‌های انجام‌شده در بدنه جرم‌شناسی، با وام گرفتن از انگاره‌های علوم دیگر، به یکی از تأثیرگذارترین و کاربردی‌ترین



اجزاء آن تبدیل گردیده که همواره گزینه‌های جدیدی را در زمینه جرم و عدالت کیفری مطرح می‌نمایند. به عنوان مثال ریشه‌های جرم‌شناسی رشدمدار، در گرایش‌های علوم اجتماعی و اثبات‌گرایی پیکره اصلی جرم‌شناسی قرار داشته و به مطالعه ارتباط میان عوامل زیست‌شناختی، روان‌شناختی و جامعه‌شناختی بزهکاری در طی روند زندگی، از دوران جنینی تا مرگ، می‌پردازد (محسنی، ۱۳۹۳، ۱۵۷). به همین دلیل است که به عقیده برخی از صاحب‌نظران به کاربرد واژه علم برای جرم‌شناسی با مسامحه است و جرم‌شناسی چهارراه علوم مختلف است و نه علمی مستقل.

بازپروری کودکان و نوجوانان متهم و برطرف کردن خلاءهای فرآیند رشد آنان همواره بنیادی‌ترین هدف حقوق کیفری کودکان و نوجوانان بوده است. چه این که، در پرتو این هدف نیازهای فردی و محیطی کودکان و نوجوانان شناسایی شده و در راستای برطرف شدن آنها اقدام‌های مناسب به کار گرفته می‌شود. بدیهی است که یکی از مهم‌ترین راهکارها برای بازپروری، استفاده از تدابیر فردی شده برای کلیه متهمان و علی‌الخصوص این دسته از متهمان می‌باشد. بنابراین ضروری است جهت اعمال این تدابیر در خصوص قرارهای تأمین کیفری توجه ویژه‌ای صورت گیرد. زیرا از یک سو در هنگام صدور قرارهای تأمین به طور قطعی و حتمی جرمی ثابت نشده است و از سوی دیگر نمی‌توان فردی را به صرف اتهام با صدور قرار تأمینی - که در برخی موارد سالب آزادی است - در معرض خطراتی به نسبت سخت، مانند قرار نگهداری موقت در کانون اصلاح و تربیت، قرار داد. یکی از دلایل این اصل آن است که کودکان و نوجوانان دارای احساس قوی عدالت هستند. استفاده بیش از حد از پاسخ‌های محدودکننده به این احساس آنها لطمه می‌زند؛ احساسی که وجود آن هر جامعه‌ای را در نزد جوانانش تقویت می‌کند (زهر، ۱۳۸۶، ۵۳).

یکی از مهمترین لوازم فردی کردن قرارهای تأمین کیفری پیش‌بینی کردن قرارهای پرشمار و گوناگون توسط قانون‌گذار است. تا مقام قضایی بتواند با استفاده از علوم روان‌شناسی، مددکاری اجتماعی و همچنین با بهره‌گیری از پرونده شخصیت، قرار تأمین کیفری مناسب برای متهم کودک و نوجوان با توجه به شخصیت وی صادر نماید. به بیان دیگر، مبنای دیگری که از دستاوردهای علم جرم‌شناسی قابل استخراج است الزام مقام قضایی در استفاده از مزایا و علوم مددکاران اجتماعی، روان‌شناسان و دیگر کارشناسان برای صدور قرار تأمین کیفری مناسب‌تر به حال کودک و نوجوان بزهکار است.

فردی‌سازی قرار تأمین کیفری را می‌توان در پرتو اصل تناسب نیز بازتعریف نمود. طبق اصل تناسب قرار تأمین کیفری مقام قضایی موظف است با نظر به شدت جرم ارتكابی و همچنین سن، شخصیت، وضعیت روحی و روانی متهم قرار تأمینی مناسب صادر نماید. هر چند اصل تناسب بیش‌تر در خصوص سختی یا مبلغ قرار تأمین مورد اشاره قرار می‌گیرد ولی می‌توان این اصل را



در مورد فردی سازی نیز به کار برد.

دستاورد دیگری که علوم جرم‌شناسی در این حوزه در اختیار ما می‌گذارد این است که با توجه به شخصیت خاص و تا حدودی پیچیده کودک و نوجوان معارض با قانون، مقام قضایی رسیدگی کننده به اتهام این رده سنی باید آموزش دیده باشد و تا حد امکان به علوم پیرا حقوقی نظیر روان‌شناسی جنایی، جرم‌شناسی و ... آشنا باشد. تا بتواند با توجه به شخصیت متهم کودک یا نوجوان و با استفاده از کمک‌های مددکاران و روان‌شناسان جنایی قرار تأمین مناسبی با شخصیت متهم صادر نماید.

پس به عنوان جمع‌بندی این قسمت لازم است اشاره نمود که دستاوردهای جرم‌شناسی در حوزه قرارهای تأمین کیفری کودکان و نوجوانان عبارتند از: ۱- پیش‌بینی نمودن قرارهای گوناگون و پرشمار جهت فردی سازی بهتر و رعایت اصل تناسب از جانب قانون‌گذار ۲- استفاده از خدمات روان‌شناسان و مددکاران اجتماعی در راستای صدور قرار از جانب مقام قضایی متخصص و آموزش دیده

۲- کاربرد دستاوردهای جرم‌شناسی در نظام دادرسی کودکان و نوجوانان ایران

در ماده ۱۹^۳ «قانون مربوط به تشکیل دادگاه اطفال بزهدار» مصوب ۲۷ آبان ماه ۱۳۳۸ - که نخستین جلوه توجه به رسیدگی افتراقی به جرایم کودکان و نوجوانان بود- اگرچه از لحاظ شناسایی دو نوع تأمین کیفری «تسلیم به ولی یا سرپرست»، «اعزام به قسمت نگاهداری موقت قانون اصلاح و تربیت» مورد اشاره- که امکان فردی سازی را به خوبی فراهم نمی‌گرداند- از سوی دیگر قانونگذار با بسنده کردن به عبارت «به تشخیص دادگاه» اشاره خاصی به لزوم مداخله سایر کارشناسان و متخصصان علوم جنایی تجربی نداشت. البته نباید ناگفته گذاشت که به موجب ماده ۷ قانون مذکور «چنانچه تحقیقاتی درباره وضع مزاجی یا روحی اطفال یا اوبین او یا وضع خانوادگی طفل و محیط معاشرت او لازم شود دادگاه اطفال می‌تواند تحقیقات مزبور را خود یا به هر وسیله‌ای که مقتضی بداند انجام دهد و یا نظر اشخاص صلاحیتدار را جلب کند. دادگاه اطفال نیز می‌تواند از متخصصین فنی یا افراد مورد اعتمادی که بتوانند تحقیقات مزبور را انجام دهند استفاده نماید. تبصره - برای انجام تحقیقات مزبور و همچنین به منظور اداره امور مربوط به قانون اصلاح و تربیت وزارت دادگستری می‌تواند از مددکاران اجتماعی که دارای گواهینامه آموزشگاه خدمات اجتماعی باشند استفاده نماید...». فلذا لزوم توجه ویژه‌تر نسبت به شخصیت کودکان و نوجوانان مدنظر قانونگذاران آن زمان بوده ولی باید قبول نمود که صراحتاً به ضرورت

۳. ماده ۱۹ - در جریان تحقیقات مقدماتی به تشخیص دادگاه مخصوص اطفال ممکن است طفل به قسمت نگاهداری موقت قانون اصلاح و تربیت اعزام گردد یا به ولی یا سرپرست او تسلیم شود با التزام به این که هر وقت دادگاه اطفال او را خواست معرفی نماید در صورت عدم وجه التزام را بپردازد.



توجه به شخصیت متهم کودک و نوجوان در خصوص قرارهای تأمین کیفری اشاره‌ای نشده بود. در قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۷۸ در ماده ۲۲۴ اشاره ناقصی به مبانی مورد بحث شده بود. زیرا در صدر ماده ۲۲۴ با عنایت عبارت «ضرورتی به نگهداری از طفل نباشد» و همچنین عبارت «با توجه به نوع و اهمیت جرم و دلایل آن» صرفاً به عمل مجرمانه برای صدور قرار تأمین توجه شده بود و نه شخصیت کودک و نوجوان معارض با قانون که باید بر مبنای جرم شناسی نظر به آن می‌داشت.

اما در خصوص تشکیل پرونده شخصیت در مورد کودک و نوجوان معارض با قانون - که از حیث جرم‌شناختی امری ضروری برای اتخاذ تصمیم راجع به اتهام آنان از جمله صدور قرارهای تأمین است - قانون‌گذار تشکیل این پرونده را نه به عنوان یک اجبار بلکه در زمره اختیارات وی قرار داده است. ماده ۲۲۲ مقرر می‌دارد: «چنانچه درباره وضعیت روحی و روانی طفل یا ولی یا سرپرست قانونی او یا خانوادگی و محیط معاشرت طفل تحقیقاتی لازم باشد دادگاه می‌تواند به هر وسیله‌ای که مقتضی بداند آن را انجام دهد و یا نظر اشخاص خبره را جلب نماید». البته مقام قضایی می‌توانست با توجه به مفاد مواد ۲۲۲، ۲۲۴ و همچنین ماده ۱۳۴^۴ - که بیانگر ضرورت اصل تناسب تأمین به صورت عام بود- تا حدود قابل توجهی با در نظر گرفتن دو مؤلفه جرم‌مدار و شخصیت‌مدار به صدور قرار تأمین کیفری مناسب برای کودکان و نوجوانان معارض با قانون اقدام نماید.

در مقررات کنونی قانون‌گذار به منظور افتراقی نمودن صدور قرارهای تأمین کیفری کودکان و نوجوانان نسبت به بزرگسالان ذیل فصل تحقیقات مقدماتی کودکان و نوجوانان در قانون آیین دادرسی کیفری ماده ۲۸۷ را اختصاص به قرارهای تأمین کیفری آنان داده است.^۵ در ماده ۲۸۷ قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۲ نسبت به قانون سال ۱۳۷۸ که پیش‌تر مطرح شد از دو جهت گام‌های قابل توجهی برداشته شده است. به موجب این ماده «در جریان تحقیقات مقدماتی، مرجع قضائی حسب مورد، اطفال و نوجوانان موضوع این قانون را به والدین، اولیاء، یا سرپرست قانونی یا در صورت فقدان یا عدم دسترسی و یا امتناع از پذیرش آنان، به هر شخص حقیقی یا حقوقی که مصلحت بداند، می‌سپارد. اشخاص مذکور ملتزمند هرگاه حضور طفل یا نوجوان لازم باشد او را به مرجع قضائی معرفی نمایند. افراد پانزده تا هجده سال نیز شخصاً ملزم به معرفی خود به دادگاه می‌باشند.

در صورت ضرورت، اخذ کفیل یا وثیقه تنها از متهمان بالای پانزده سال امکان پذیر است. در

۴. ماده ۱۳۴ - تأمین باید با اهمیت جرم و شدت مجازات و دلایل و اسباب اتهام و احتمال فرار متهم و از بین رفتن آثار جرم و سابقه متهم و وضعیت مزاج و سن و حیثیت او متناسب باشد.

۵. مواد ۲۱۷ تا ۲۶۱ به قرارهای تأمین کیفری به طور عام می‌پردازند.



صورت عجز از معرفی کفیل یا ابداع وثیقه و یا در مورد جرائم پیش بینی شده در ماده (۲۳۷) این قانون، دادسرا یا دادگاه می‌تواند با رعایت ماده (۲۳۸) این قانون، قرار نگهداری موقت آنان را در کانون اصلاح و تربیت صادر کند.

تبصره - قرار نگهداری موقت، تابع کلیه آثار و احکام قرار بازداشت موقت است.»
جهت اول از حیث اجباری شدن تشکیل پرونده شخصیت برای کودکان و نوجوانان از درجه تعزیری ۶ به بالاست که باید به عنوان یک مبنای جرم‌شناختی در صدور قرار تأمین کیفری کودکان و نوجوانان مورد استناد قرار گیرد.

جهت دوم از حیث توجه معیار سن در صدور قرار تأمین مناسب است که قانون‌گذار صرفاً صدور قرار تأمین سخت (کفالت، وثیقه و نگهداری موقت) برای نوجوانان ۱۵ تا ۱۸ سال مقرر داشته و صدور این قرارها را برای اشخاص کمتر از ۱۵ سال ممنوع اعلام کرده و فقط به صدور قرار التزام ولی یا سرپرست قانونی برای معرفی طفل به مقام قضایی اکتفا کرده است.

از سوی دیگر طبق ماده ۴۰۹ همان قانون مقام‌های قضایی دادگاه و دادسرای اطفال و نوجوانان باید شرایط ویژه‌ای نسبت به سایر قضات دیگر داشته باشند. این شرایط که نظر ترجمان همان مبنای شخصیت‌شناسی کودک و نوجوان معارض با قانون است به قرار ذیل است: متأهل بودن و ترجیحاً فرزند داشتن، گذراندن دوره آموزشی و پنج‌سال سابقه خدمت قضایی. بدیهی بخشی از دوره‌های آموزشی باید در خصوص شناخت شخصیت کودک و نوجوان متهم جهت تحقق بهتر فردی‌سازی قرار تأمین کیفری باشد.

موضوع مهم دیگر که لازم است در این قسمت مورد اشاره واقع شود ماده ۲۵۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۲ است. این ماده که بیانگر اصل تناسب در خصوص کلیه قرارهای تأمین کیفری است در حقیقت اشاره‌ای نیز به کودکان و نوجوانان دارد؛ هرچند صراحتاً نامی از این رده سنی نبرده است. به موجب این ماده: «قرار تأمین و نظارت قضایی باید مستدل و موجه و با نوع و اهمیت جرم، شدت مجازات، ادله و اسباب اتهام، احتمال فرار یا مخفی شدن متهم و از بین رفتن آثار جرم، سابقه متهم، وضعیت روحی و جسمی، سن، جنسیت و حیثیت او متناسب باشد. تصریح قانون‌گذار به موضوع سن در این ماده باید مورد توجه مقام قضایی صالح واقع شود. تبصره ماده حکایت از اهمیت ویژه اصل تناسب نزد قانون‌گذار دارد؛ چراکه قانون‌گذار با در نظر گرفتن ضمانت اجرا برای مقام قضایی در پی تضمین هرچه بهتر عمل به این اصل اساسی است. به موجب تبصره ماده ۲۵۰: «أخذ تأمین نامتناسب موجب محکومیت انتظامی از درجه چهار به بالا است.»

بنابراین باید اشاره داشت در خصوص مبنای جرم‌شناسانه با توجه به ضرورت توجه ویژه به شخصیت کودک و نوجوان بزهکار در صدور قرار تأمین کیفری، لازم است که مقام قضایی در هنگام صدور اینگونه قرارها با کمک از ابزارهای ذکر شده، از جمله پرونده شخصیت، نسبت به



فردی‌سازی قرار و همچنین جلوگیری از تضييع شخصيت اين دسته از بزهكاران اقدام نمايد.

ب- مبانی حقوق بشری

در بند نخست با استفاده از علوم جرم‌شناسی در عرصه علوم جنایی به تحلیل چند مبانی مهم در خصوص قرارهای تأمین کیفری کودکان و نوجوانان پرداختیم. اکنون در این قسمت با استفاده از دستاوردهای حقوق بشری در معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی و سعی در بررسی مبانی حقوق بشری که باید حاکم بر قرارهای تأمین کیفری کودکان و نوجوانان باشد؛ داریم.

۱- دستاوردهای اسناد بین‌المللی حقوق بشر

برخورداری کودکان و نوجوانان از شرایط حساس دوران رشد و ضرورت برخوردی متفاوت با آن‌ها در صورت ارتکاب رفتارهای مخالف اوامر و نواهی قانون‌گذار، از یک طرف و آثار مخرب و جبران‌ناپذیر ورود این اشخاص به دادرسی کیفری بزرگسالان، موجب شده است تا مسئولان و دست‌اندرکاران عدالت کیفری در این خصوص چاره‌اندیشی کنند و با اتخاذ شیوه‌هایی متفاوت در مقام اصلاح و پیشگیری از فرو غلطیدن آنان در ورطه بزه‌کاری برآمده و با پیش‌بینی نظام دادرسی کیفری افتراقی در راستای باز اجتماعی کردن کودکان و نوجوانان گام بردارند. اسناد بین‌المللی حقوق بشر و رهنمودهای سازمان ملل متحد در اتخاذ این رویه از سوی دولت‌ها تأثیری غیرقابل انکار داشته است (دهقانی، ۱۳۸۸، ۳۷۹).

حمایت اسناد بین‌المللی از حقوق اساسی کودکان و نوجوانان و ارائه تضمین‌های لازم در این زمینه، دربردارنده گستره وسیعی از تمامی امکانات و استانداردهای لازم برای مراقبت‌های قبل و حین تولد، رشد سالم از لحاظ جسمی و روحی، امنیت، برخورداری از محیط‌های سالم اعم از خانواده، مدرسه و سایر محیط‌های آموزشی، گروه‌های هم‌سالان، دسترسی به امکاناتی مانند رسانه‌ها و... می‌باشد که با توجه به ادوار گوناگون روند زندگی کودکان، باید به‌کار گرفته شوند (محسنی، ۱۳۹۳، ۱۵۳).

با نگاهی به این اسناد مهم بین‌المللی حقوق اساسی پرشماری برای کودک و نوجوان قابل برداشت می‌باشد. به مرتبط‌ترین آن‌ها با موضوع این مقاله می‌توان به اصل بی‌گناه بودن، کم‌ترین مداخله حقوق کیفری و حمایتی بودن تدابیر سیاست جنایی اشاره کرد. به لحاظ آثار سوء بازداشت بر کودک و نوجوانان بند ب ماده ۳۷ پیمان نامه حقوق کودک^۶ مقرر نموده است: «دستگیری، بازداشت یا زندانی کردن کودک باید مطابق قانون و تنها به عنوان آخرین راه چاره در کوتاه‌ترین زمان ممکن صورت پذیرد».

قطعنامه حداقل قواعد معیار سازمان ملل متحد برای اجرای عدالت نوجوان مصوب ۲۹ نوامبر سال ۱۹۸۵ میلادی - که با عنوان مقررات پکن شناخته می‌شود - ماده ۱۳ را به این عنوان اختصاص داده است: «بازداشت در انتظار محاکمه». بندهای متعدد این ماده نیز بازداشت



موقت را به عنوان آخرین راه چاره و برای کوتاه‌ترین مدت زمان ممکن مقرر نموده است. مبنای مهم دیگری که در بند ۲ ماده ۱۳ مورد اشاره گرفته است سعی در صدور قرارهای جایگزین نگهداری موقت است. به موجب این بند: «بازداشت در انتظار محاکمه باید با تدابیر بدیل مانند نظارت نزدیک، مراقبت شدید یا سپردن به خانواده یا در یک مرکز آموزشی یا منزل جایگزین شود.»

سند بین‌المللی حقوق بشری دیگر که در کشف مبانی می‌تواند یاری‌گر ما باشد **قواعد سازمان ملل برای حمایت از نوجوانان محروم از آزادی**^۷ است. به موجب ماده ۱۷ این سند از بازداشت پیش از محاکمه باید تا حد امکان اجتناب و به شرایط استثنایی محدود شود. بنابراین، باید از همه تلاش‌ها برای استفاده از روش‌های دیگر استفاده کرد. با وجود این وقتی از بازداشت پیشگیرانه استفاده می‌شود، دادگاه‌های نوجوانان و نهادهای تحقیقاتی باید بیشترین اولویت را برای تسریع رسیدگی به چنین پرونده‌های قائل شوند تا کوتاه‌ترین زمان بازداشت ممکن تضمین شود.

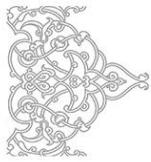
برای تحقق مفاد اسناد بین‌المللی مذکور در صدور قرار تأمین باید اصل بر عدم استفاده از قرار نگهداری موقت در کانون اصلاح و تربیت و استفاده از قرارهای جایگزین نگهداری موقت باشد و قاضی باید به منظور تحقق صدور قرار نگهداری موقت به عنوان آخرین راه چاره و در کوتاه‌ترین مدت به طور مستند و مستدل در پرونده امر استناد کند که قرارهای جایگزین کافی به مقصود نبوده است و به ناچار به لحاظ اهمیت و شدت جرم و نیز شرایط شخصیتی نوجوان، مبادرت به قرار نگهداری موقت کرده است و این موضوع باید در حقوق داخلی کشورها، به خصوص کشورهایی مانند ایران - که به پیمان‌نامه حقوق کودک ملحق شده‌اند - انعکاس یابد.

۲- کاربرست دستاوردهای اسناد بین‌المللی حقوق بشر در نظام دادرسی کودکان و

نوجوانان

اکنون و پس از بررسی مختصر مبانی قابل برداشت از دستاوردهای اسناد بین‌المللی مرتبط با حقوق بشر در حوزه حقوق کیفری کودکان و نوجوانان، در این قسمت در پی این هستیم که کاربرست (اعمال) این مبانی مهم را در قوانین کشور خود در سالیان گوناگون قانون‌گذاری بررسی نماییم. به موجب ماده ۱۹ قانون سال ۱۳۳۸، دادگاه رسیدگی کننده به جرایم کودکان و نوجوانان می‌توانست «در جریان تحقیقات مقدماتی... طفل [را] به قسمت نگاهداری موقت کانون اصلاح و تربیت...» معرفی نماید. طبق ماده ۲۰ نیز در خصوص جنایاتی که مجازات آن اعدام یا حبس دائم بود، نگهداری در کانون الزامی بود. در خصوص ماده ۱۹ به نظر می‌رسید واگذار کردن اختیار صدور قرار نگهداری موقت به مقام قضایی، بدون ارائه هر گونه ملاک عینی و دقیقی، مخالف با اصل کمینه بودن استفاده از پاسخ‌های سالب آزادی در قبال کودکان و نوجوانان متهم باشد زیرا، مطابق این ماده قضات می‌توانستند در خصوص هر

⁷ United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of Their Liberty



یک از رفتارهای مجرمانه و تنها بر پایه برداشت خود این دسته را توقیف نمایند. حتی؛ آن جا که جرم ارتکاب یافته از جمله جرایم دارای کیفر مرگ یا حبس ابد نبود و امکان سپردن کودکان و نوجوانان متهم به اولیاء و سرپرستان هم وجود داشت (نیازپور، ۱۳۹۶، ۵۸). بنابراین در نظام حقوقی آن زمان قرار نگهداری موقت در کانون به دو دسته الزامی (ماده ۲۰) و غیر الزامی (ماده ۱۹) تقسیم می‌شد. بدیهی است که این نحوه نگارش قانون با آنچه که با اسناد حقوق کودک در زمان فعلی مطرح شد مغایرت دارد. این رویکرد در قانون سال ۱۳۷۸ تا حدودی تعدیل گردید زیرا در ماده ۲۲۴ آن قانون از خفیف‌ترین (کفالت) تا شدیدترین در تبصره ۱ آن (یعنی نگهداری موقت در کانون اصلاح و تربیت) بیان گردید و از سوی دیگر با نظر به نحوه نگارش تبصره ۱ ماده ۲۲۴^۸ بازداشت کودک و نوجوان به عنوان آخرین راه چاره با توجه به رویکرد کمینه‌گرایی حقوق کیفری مورد اشاره قرار گرفت. البته لازم به ذکر می‌باشد که اگرچه این کیفیت قانونگذاری نسبت به قانون سال ۱۳۳۸ بسیار مناسب و ستودنی است اما ایرادی که بر آن وارد است این است که ملاک عینی‌ای برای احراز «ضرورت» برای مقام قضایی در نظر گرفته نشده بود و ممکن بود که با رویکردی افراطی توسط مقام قضایی در تفسیر واژه ضرورت آزادی فردی طفل یا نوجوان تا حدود زیادی محدود گردد. این ایراد تا حدود زیادی در قانون سال ۱۳۹۲ رفع گردید. نکته دیگر آنکه علی‌رغم اشارات بسیار به این که قرار نگهداری موقت چه معایب بسیاری برای شخصیت طفل و نوجوان دارد این دو قانون مورد اشاره در این بخش هیچ‌گونه محدودیت سنی برای این اقدام کیفری در نظر نگرفته بود. در حقیقت همانگونه که پیش‌تر اشاره گردید کلیه افراد زیر هجده سال طبق ماده ۱۹ قانون ۱۳۳۸ طفل محسوب می‌شدند و از آن بدتر اینکه کلیه نابالغان شرعی مشمول قانون سال ۱۳۷۸ می‌شدند و در نتیجه به عنوان مثال در خصوص یک پسر ۱۶ ساله قاضی می‌توانست قرار بازداشت موقت (و نه نگهداری موقت در کانون اصلاح و تربیت) صادر کند.

به موجب ماده ۲۸۷ قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۲ همچنان رویکرد پلکانی حفظ گردید و از طرف دیگر با دخیل کردن ضابطه سن کودکان و نوجوانان موجب گردید تا دیگر امکان صدور قرار نگهداری موقت کودکان زیر ۱۵ سال در کانون اصلاح و تربیت به هیچ وجه امکان‌پذیر نباشد. در اقدام شایسته دیگری که در این راستا صورت گرفت این بود که مقام قضایی موظف شد تنها با احراز شرایط مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ آن قانون اقدام به صدور قرار نگهداری موقت نماید. این رویکرد موجب گردید برای نخستین بار ضوابطی عینی و مضیق برای صدور قرارهای تأمین کیفری کودکان و نوجوانان ارائه گردد که تا حدود بسیار زیادی مبانی حقوق بشری مورد اشاره را در این خصوص تضمین می‌نماید. البته ایرادی که می‌توان به این ماده وارد دانست این است که قانون‌گذار به نظر به طور کامل رویکردی افتراقی اتخاذ

۸. تبصره ۱ - در صورتی که نگهداری طفل برای انجام تحقیقات یا جلوگیری از تبانی نظر به اهمیت جرم ضرورت داشته باشد یا طفل ولی یا سرپرست نداشته یا ولی و سرپرست او حاضر به التزام یا دادن وثیقه نباشند و شخص دیگری نیز به نحوی که فوقاً اشاره شده التزام یا وثیقه ندهد، طفل متهم تا صدور رأی و اجرای آن در کانون اصلاح و تربیت به صورت موقت نگهداری خواهد شد.



نموده است زیرا موارد صدور قرار نگهداری موقت را عیناً همان موارد بزرگسالان دانسته است.^۹ به عنوان مثال شایسته بود قانون گذار موارد صدور قرار نگهداری موقت را در خصوص کودکان و نوجوانان در مورد بند ب ماده ۲۳۷ به جرایم تعزیری درجه شش و بالاتر گسترش می‌داد و یا اینکه در مورد بند الف نیز میزان دیه را در خصوص این رده سنی کاهش می‌داد.

در انتهای این مطلب مناسب است که مختصراً اشاره شود با نظر به رویکرد مطالعه تطبیقی قراردادهای تأمین کیفری، «در قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه به خصوص مواد ۱۳۷، ۱۴۳ و ۱۴۴ همچنین آیین دادرسی نیروهای مسلح این کشور، اصل «الزام قضات به استفاده از قراردادهای نظارت قضایی جایگزین بازداشت» مورد تأکید قرار گرفته است.» (مؤذن‌زادگان و یزدانیان، ۱۳۹۷، ۲۴۸). توضیح آنکه طبق این اصل مقام قضایی موظف است قبل از صدور قرار بازداشت موقت استدلال نماید که چرا امکان صدور قراردادهای جایگزین وجود ندارد و در نهایت از سر ناچاری قرار بازداشت موقت را صادر نماید. رویکردی که نه تنها شامل کودکان و نوجوانان می‌گردد بلکه گستره آن سایر متهمان را نیز در بر می‌گیرد.

نتیجه گیری:

با نظر در علوم جرم شناسی دریافتیم که مبانی قراردادهای تأمین کیفری کودکان و نوجوانان عبارت‌اند از: متناسب‌بودن قرار با شخصیت متهم، ضرورت استفاده از خدمات مددکاران اجتماعی و روان‌شناسان در راستای صدور قرار. لازم است که مقام قضایی با کمک از علوم جرم شناسی- که یکی از مصادیق تبلور آن پیش‌بینی پرونده شخصیت در خصوص جرایم بیشتری در خصوص اطفال و نوجوانان است- تا سر حد امکان قرار تأمین کیفری را فردی‌سازی نماید و با توجه به

۹. ماده ۲۳۷ - صدور قرار بازداشت موقت جایز نیست، مگر در مورد جرایم زیر، که دلایل، قرائن و امارات کافی بر توجه اتهام به متهم دلالت کند:

الف- جرائمی که مجازات قانونی آنها سلب حیات، حبس ابد یا قطع عضو و جنایات عمدی علیه تمامیت جسمانی که میزان دیه آنها ثلث دیه کامل ← یا → بیش از آن است.

ب- جرایم تعزیری که درجه چهار و بالاتر است.

پ - جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی کشور که مجازات قانونی آنها درجه پنج و بالاتر است.

ت - ایجاد مزاحمت و آزار و اذیت بانوان و اطفال و تظاهر، قدرت‌نمایی و ایجاد مزاحمت برای اشخاص که به‌وسیله چاقو یا هر نوع اسلحه انجام شود.

ث - سرقت، کلاهبرداری، ارتشاء، اختلاس، خیانت در امانت، جعل یا استفاده از سند مجعول در صورتی که مشمول بند (ب) این ماده نباشد و متهم دارای یک فقره سابقه محکومیت قطعی به علت ارتکاب هر یک از جرایم مذکور باشد.

تبصره - موارد بازداشت موقت الزامی، موضوع قوانین خاص، به جز قوانین ناظر بر جرایم نیروهای مسلح از تاریخ لازم الاجراء شدن این قانون ملغی است."



شخصیت و انگیزه مرتکب قرار تأمین کیفری مناسب صادر نماید.

نه تنها قانون‌گذار تا حدود نسبتاً مناسبی این مبانی را در قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۲ مدنظر قرار داده است بلکه با توجه به حساسیت شخصیت متهم کودک یا نوجوان مقام قضایی نیز باید همواره این مبانی را مورد توجه خویش قرار دهد و تا جایی که ممکن است از خدمات روان‌شناسان و مددکاران اجتماعی در راستای صدور قرار تأمین فردی شده استفاده نماید. توجه قانون‌گذار در خصوص کاهش امکان صدور قرار نگهداری موقت در کانون اصلاح و تربیت نشان می‌دهد که مقامات قضایی نیز باید نهایت توجه را به این دغدغه قانون‌گذار داشته و تا جایی که ممکن است از صدور این قرار سخت و خشن خودداری نماید.

با نگاهی به سوابق تقنینی در عرصه حقوق کیفری اطفال و نوجوانان مشاهده می‌گردد که قانونگذار در بیش‌تر به‌طور مداوم در بحث قرارهای تأمین کیفری نگاهی افتراقی داشته است که این موضوع در نوع خود اتفاقی خوب و مطلوب است ولی اینکه در سالیانی به نسبت طولانی سیاست‌های سخت‌گیرانه‌ای نسبت به کودکان و نوجوانان اعمال می‌شده است اصلاً شایسته نیست.

با نگاهی به اسناد بین‌المللی حقوق بشر مبانی مهمی را که باید در خصوص قرارهای تأمین کیفری کودکان و نوجوانان حاکم باشد را یافتیم. قرار نگهداری موقت در کانون به عنوان آخرین راهکار و استفاده از قرارهای جایگزین نگهداری موقت در کانون است. اگرچه قانون سال ۱۳۹۲ نسبت به قانون‌های گذشته متکامل‌تر و همسوتر با اسناد بین‌المللی نگاشته شده است اما ایرادی که همچنان بر آن وارد است این است که گوناگونی قرارهای تأمین کیفری جایگزین نگهداری موقت به مراتب نسبت به بزرگسالان بیش‌تر باشد. این در حالی است که صرفاً قرارهای التزام به تسلیم، کفالت و وثیقه می‌تواند مورد حکم مقام قضایی واقع شود. ایراد قابل ذکر دیگر نیز این است که در بند اخیر ماده ۲۸۷ قانون آیین دادرسی کیفری واژه «ضرورت» بسیار مبهم و قابل تفسیر موسع است. استفاده از این واژه در خصوص قرارهای تأمین کیفری کودکان و نوجوانان در قانون سال ۱۳۷۸ نیز سابقه داشته. امری که می‌تواند تا حدود زیاد موجب افزایش صدور قرار نگهداری موقت و ورود آثار مخرب بر شخصیت کودک و نوجوان گردد. در نهایت ایراد دیگری که به نظر می‌رسد یکسان فرض کردن جرایم کودکان و نوجوانان با بزرگسالان برای صدور قرار نگهداری موقت است. موضوعی که جا داشت با توجه به ضرورت رسیدگی افتراقی دامنه آن نسبت به کودکان و نوجوانان مضیق‌تر شود تا به دستورات اسناد بین‌المللی مانند کنواسیون حقوق کودک بیش از پیش توجه گردد.



کتابشناسی

الف- کتاب

- اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، جلد نخست، نشر میزان، ویراست چهارم، چاپ پنجاه و چهارم، پاییز ۱۳۹۷.
- زهر، هوارد؛ غلامی، حسین (ترجمه)، نشست‌های گروهی خانوادگی روش نیوزیلندی، انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۸۶
- نیازپور، امیرحسین، حقوق کیفری کودکان و نوجوانان، نشر میزان، چاپ دوم، بهار ۱۳۹۶.

ب- مقاله

- دهقانی، علی، «نقد و بررسی لایحه رسیدگی به جرائم اطفال و نوجوانان در پرتو اسناد بین‌المللی حقوق کودک»، فصلنامه خانواده پژوهی، سال پنجم، شماره ۱۸/۱، تابستان ۱۳۸۸.
- محسنی، فرید، «دستاوردهای نظری و عملی جرم‌شناسی رشدمدار»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۶۶، تابستان ۱۳۹۳
- مؤذن زادگان، حسنعلی و غلامی، نبی‌الله، «واکاوی تحولات قانون آیین دادرسی کیفری در خصوص قرارهای تأمین کیفری اطفال و نوجوانان»، دوفصلنامه علمی فقه و حقوق خانواده، سال بیست و چهارم، شماره ۷۰، بهار و تابستان ۱۳۹۸.
- مؤذن زادگان، حسنعلی، یزدانیان، محمدرضا، «الزام قضات به صدور قرارهای جایگزین بازداشت موقت در ایران و فرانسه»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی قضایی، دوره ۲۳، شماره ۸۳، پاییز ۱۳۹۷
- نیازپور، امیرحسین، «علوم جنایی: مفهوم و گونه‌ها»، فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم، سال دوم، شماره سوم، تابستان ۱۳۸۶.

ج- رساله‌های کارشناسی ارشد و دکتری

- ۱. حلوانی، فرشاد، سیاست کیفری افتراقی ایران در رابطه با قرارهای تأمین کیفری اطفال و نوجوانان، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق کیفری اطفال و نوجوانان، دانشگاه علامه طباطبائی، تابستان ۱۳۹۸.

د- تقریرات

- نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین، تقریرات درس جرم‌شناسی، تهران دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، دوره کارشناسی، ۹۰-۱۳۸۹.



وجوه اشتراک و افتراق شرکت تضامنی و

شرکت نسبی

دکتر محمد عیسائی تفرشی^۱

چکیده

شرکت‌های تجاری موجوداتی اعتباری اند که به منظور گردش و تولید ثروت در قالب‌های متنوع با کارکردهای گوناگون تأسیس شده اند. شرکت تضامنی و شرکت نسبی به عنوان دو قسم از این شرکت‌ها از نظر قواعد حقوقی ناظر بر آنها با یکدیگر نزدیک هستند؛ از این رو شناخت شباهت‌ها و تفاوت‌های این دو نوع شرکت واجد اهمیت است.

در بسیاری موارد قانونگذار در تنظیم قواعد حقوقی شرکت‌های نسبی، به قواعد حقوقی ناظر بر شرکت تضامنی ارجاع می‌دهد؛ بنابراین می‌توان گفت گستره ی وجوه اشتراک این دو شرکت گسترده می‌باشد که مهمترین آن «نامحدود بودن مسئولیت شرکا»ی آنها است. در وجوه افتراق که چندان گسترده نیست، مهمترین وجه «نحوه توزیع مسئولیت» بین شرکا پس از انحلال می‌باشد.

واژگان کلیدی: شرکت تضامنی، شرکت نسبی، شخصیت حقوقی، انحلال شرکت، ورشکستگی شرکت.

مقدمه

با توجه به ساختار جوامع امروزی از نظر روابط اجتماعی و اقتصادی، دیگر نظام سنتی روابط تجاری، نمی‌تواند جوابگوی روابط و تعاملات عصر حاضر باشد. از یک طرف، رقابت شدید حاکم بر بازار اقتصادی سبب آن شده که دیگر با سرمایه محدود نتوان به عرصه رقابت تجاری وارد شد. پس لازم است که سرمایه جمعی افراد مختلف مورد استفاده واقع شود؛ از دیگر سو، ادامه فعالیت اقتصادی فراخور هر رشته، نیاز به تخصص خاصی دارد. با توجه به اینکه جمع همه شرایط فوق در یک شخص، امری بعید است از این رو سرمایه داران و متخصصان سعی کرده اند تا با بهره گیری از امکانات یکدیگر، کسب منفعت اقتصادی نمایند. همچنین از آنجا که

۱. استاد حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس و وکیل پایه یک دادگستری



شرکا ناگزیر از تنظیم روابط اقتصادی و حقوقی یکدیگر و در ارتباط با اشخاص ثالث بودند، قالب شرکت‌های تجاری را برای فعالیت خود ابداع نمودند. به تناسب فعالیت و مسئولیتی که حاضر به تحمل آن بودند، انواع شرکت‌های تجاری در عرصه تجارت و متعاقباً در نظام حقوقی کشورهای مختلف وارد شد و قواعد و قوانین آن مدون گردید. شرکت تجاری در نظام‌های حقوقی مختلف، وسیله تحدید مسئولیت فعالان تجاری است؛ به این معنا که تجار شخصی یعنی تجاری که به صورت انفرادی فعالیت می‌کنند، در مقابل اشخاص ثالث مسئولیت نامحدود دارند و کل دارایی آنها، اعم از سرمایه تجاری و اموال خصوصی، وثیقه پرداخت دیون آنها به طلبکاران است؛ اما اشخاصی که فعالیت تجاری شان از طریق تشکیل شرکت تجاری انجام می‌گیرد، مسئولیتی عمدتاً محدود دارند و البته در شرکت‌های به اصطلاح سرمایه، فقط تا آن بخش از دارایی شان مسئول پرداخت طلب طلبکاران هستند، که در شرکت تجاری گذاشته اند؛ برخلاف شرکت‌های اشخاص (مانند شرکت تضامنی و شرکت نسبی) که مسئولیت شرکای آنها در مقابل اشخاص ثالث، نامحدود است. در این جا ابتدا به تعریف شرکت تجاری، شرکت تضامنی و شرکت نسبی می‌پردازیم، سپس احکام دو شرکت تضامنی و شرکت نسبی را مقایسه می‌کنیم.

۱. تعریف شرکت تجاری

در قوانین تجاری و مدنی ایران تعریفی از «شرکت تجاری» ارائه نشده است. در بند ۵ ماده ۱ قانون اصلاح مواد از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی (مصوب ۱۳۸۶/۱۱/۸ مجلس شورای اسلامی و ۱۳۸۷/۳/۲۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام)، تعریف ناقصی از شرکت تجاری ارائه شده است. به موجب این بند، «شرکت عبارت است از شخص حقوقی که با رعایت قانون تجارت یا قانون خاص، حسب مورد، تشکیل شده باشد». با توجه به تقسیم شرکت به دو نوع شرکت مدنی و شرکت تجاری، شایسته بود که قانونگذار در بند ۵ ماده مذکور به جای واژه مطلق «شرکت» از واژه «شرکت تجاری» استفاده می‌کرد.

بند ۳ ماده ۱ قانون حداکثر استفاده از توان تولیدی و خدماتی در تأمین نیازهای کشور و تقویت آنها در امر صادرات و اصلاح ماده ۱۰۴ قانون مالیات‌های مستقیم (مصوب ۱۳۹۱/۵/۱) مقرر می‌دارد: «۳) شرکت ایرانی: عبارت از شرکت ثبت شده در مراجع قانونی داخل کشور که صد در صد (۱۰۰٪) سهام آن متعلق به اشخاص حقیقی یا حقوقی ایرانی است».

به نظر می‌رسد قانونگذار در بند ۳ ماده یاد شده تعریفی از شرکت تجاری ارائه داده است. زیرا وصف ایرانی مختص شخص (اعم از حقیقی و حقوقی) است و شرکت ایرانی، شرکتی تجاری است که در مرجع ثبت شرکت‌ها به ثبت رسیده و واجد شخصیت حقوقی است و واژه شرکت ایرانی شامل شرکت مدنی که به هیچ وجه شخص حقوقی محسوب نمی‌شود (اعم از این که موضوعش تجاری یا غیرتجاری باشد) نیست. با توجه به تقسیم شرکت به دو نوع شرکت



مدنی و شرکت تجاری، شایسته بود قانونگذار در بند ۳ ماده مذکور به جای عبارت «شرکت ثبت شده» از «شرکت تجاری ثبت شده» استفاده می‌کرد.

به هر حال با توجه به تحلیلی که از ساختار (ارکان) شرکت تجاری کردیم می‌توان شرکت تجاری را - که به اعتقاد نگارنده یک ماهیت حقوقی است - چنین تعریف کرد: «شرکت تجاری عبارت است از ماهیت حقوقی ناشی از اراده یک شخص یا توافق اراده دو یا چند شخص و استمرار اعتباری آن، به منظور سرمایه‌گذاری در یک، دو یا چند عمل تجاری، به قصد استفاده از شخصیت حقوقی مستقل و اعطایی قانونگذار و گذشتن از مالکیت خصوصی خود نسبت به آورده‌های خویش و انتقال آن به ماهیت حقوقی (شخص حقوقی) مورد نظر و تقسیم منافع احتمالی آن بین خود».

اراده یا توافق اراده یاد شده دو اثر مهم دارد: یکی این که اگر شرکا تمامی سرمایه خود را نپرداخته باشند - طبق قانون و اساسنامه شرکت - متعهد به پرداخت قسمت باقی مانده سرمایه‌اند و همچنین متعهد به رعایت مفاد شرکت نامه و اساس نامه شرکت هستند. اثر دیگر که مهم‌تر است، ایجاد شخص حقوقی (شرکت تجاری) به حکم قانون است. بنابراین، اثر اراده یا توافق اراده مذکور، علاوه بر ایجاد تعهد، ایجاد شخص حقوقی است (ماده ۵۸۳ قانون تجارت ۱۳۱۱).

عده ای از حقوقدانان معتقدند در موردی که شرکت مدنی به امور تجاری می‌پردازد، به استناد ماده ۲۲۰ قانون تجارت ۱۳۱۱ در حکم «شرکت تضامنی» محسوب و واجد شخصیت حقوقی می‌شود. به نظر نگارنده، شرکت مدنی که به امور تجاری می‌پردازد، مشمول ماده ۲۲۰ قانون تجارت ۱۳۱۱ نبوده، در حکم «شرکت تضامنی» محسوب نمی‌شود، بلکه مانند شرکت مدنی که به امور غیرتجاری می‌پردازد، در قلمرو حکومت حقوق مدنی قرار دارد و در قلمرو حقوق تجارت وارد نمی‌شود.

به تعریفی که ما از شرکت تجاری ارائه دادیم، در حال حاضر دو استثنا وارد است:

طبق ماده ۲ ل.ا.ق.ت (۱۳۴۷): «شرکت سهامی، شرکت بازرگانی محسوب می‌شود، ولو این که موضوع عملیات آن امور بازرگانی نباشد». پس شرکت سهامی شرکتی است تجاری، خواه موضوع آن اعمال تجاری (امور بازرگانی) باشد و خواه غیرتجاری.

از بند ۶ ماده ۵۴ قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران (مصوب ۱۳۷۰) که ورشکستگی را - که در حقوق ایران مختص تجار (اشخاص حقیقی و شرکت‌های تجاری) است - یکی از علل انحلال شرکت‌های تعاونی دانسته است، استنباط می‌شود که شرکت‌های تعاونی، شرکت‌های تجاری محسوب می‌شوند، گرچه موضوع عملیات نوعی از آن‌ها از امور تجاری نباشد؛ یعنی قانونگذار این شرکت‌ها را تاجر دانسته و آن‌ها را مشمول مقررات ورشکستگی کرده است. این نظر با حکم ماده ۲۰ قانون تجارت ۱۳۱۱ که در بند ۷، شرکت تعاونی تولید و مصرف را شرکت تجاری می‌داند و با پیشینه تاریخی این شرکت‌ها سازگار است. بنابراین به اعتقاد نگارنده، در



قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران (مصوب ۱۳۷۰) شرکت‌های تعاونی به طور ضمنی به لحاظ شکل، شرکت تجاری تلقی شده‌اند. این احتمال وجود دارد که گفته شود شرکت‌های تعاونی مشمول قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران (مصوب ۱۳۷۰) تاجر محسوب نمی‌شوند و قانونگذار آن‌ها را فقط از لحاظ امر ورشکستگی مشمول مقررات ورشکستگی قوانین تجاری قرار داده است.

۲. تعریف شرکت تضامنی

مقررات شرکت تضامنی در مواد ۱۱۶ تا ۱۴۱ قانون تجارت ۱۳۱۱ پیش بینی شده است که در این مقاله مورد بررسی قرار می‌گیرند.

مطابق ماده ۱۱۶ قانون تجارت ۱۳۱۱ شرکت تضامنی شرکتی است که در تحت اسم مخصوص برای امور تجاری بین دو یا چند نفر با مسئولیت تضامنی تشکیل می‌شود. اگر دارایی شرکت برای تأدیه تمام قروض کافی نباشد هر یک از شرکا مسئول پرداخت تمام قروض شرکت است. در واقع در شرکت تضامنی، شخصیت شرکا از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است تا جایی که قانونگذار در بندهای (ه) و (و) ماده ۱۳۶ قانون تجارت، ورشکستگی، فوت یا محجوریت یکی از شرکا را با رعایت شرایطی از موارد انحلال شرکت دانسته است.

شرکت تضامنی، در زمره شرکت‌های اشخاص است که اعتبار آن به اعتبار شرکای آن بستگی دارد. اگر طلبکاران شرکت تضامنی، پس از انحلال شرکت به دلیل کافی نبودن دارایی آن، موفق به استیفای مطالبات خود از شرکت نشوند، حق رجوع به هر یک از شرکا را به طور انفرادی و یا مراجعه به تمام ایشان را به نحو تضامن خواهند داشت. کافی نبودن دارایی شرکت برای پرداخت دیون آن، پس از انحلال و انجام مراحل تصفیه شرکت معلوم می‌شود. نظر به این که طلبکاران شرکت تا پایان تصفیه نمی‌توانند به شرکا رجوع کنند و نیز ورشکستگی شرکت با ورشکستگی شرکا ملازمه ندارد و با توجه به این که صدور حکم ورشکستگی شرکا، ضمن صدور حکم ورشکستگی شرکت به دلایل گوناگون ممکن نیست و هم چنین طبق قانون تجارت مهر و موم اموال شرکا بابت دیون شرکت ممنوع است، شرکای ضامن فرصت کافی دارند تا دارایی خود را به شیوه‌های گوناگون از دسترس طلبکاران شرکت خارج کنند و آنان را با مشکل روبرو سازند.

۳. تعریف شرکت نسبی

مقررات شرکت نسبی در مواد ۱۸۳ تا ۱۹۰ قانون تجارت ۱۳۱۱ و مواد ۱۱۸-۱۱۹-۱۲۰-۱۲۱-۱۲۲-۱۲۳ و ماده ۱۲۶ (جز مسئولیت شرکا که به نسبت سرمایه آن‌ها است) و مواد ۱۲۷ تا ۱۳۶ همان قانون پیش بینی شده است که در این مقاله مورد بررسی قرار می‌گیرند.

مطابق ماده ۱۸۳ قانون تجارت شرکت نسبی شرکتی است که برای امور تجاری در تحت اسم مخصوص بین دو یا چند نفر تشکیل و مسئولیت هر یک از شرکا به نسبت سرمایه‌ای



است که در شرکت گذاشته اند. در واقع در شرکت نسبی، شخصیت شرکا از اهمیت ویژه ای برخوردار است تا جایی که قانونگذار بر اساس ماده ۱۳۸ قانون تجارت و بندهای (ه) و (و) ماده ۱۳۶ این قانون، ورشکستگی، فوت یا محجوریت یکی از شرکا را با رعایت شرایطی از موارد انحلال شرکت دانسته است.

۴. موارد اشتراک دو شرکت

۴-۱. هر دو شرکت برای انجام امور تجاری تشکیل می‌شوند یعنی شرکت تجاری هستند و هر دو شخصیت حقوقی دارند.

۴-۲. هر دو شرکت تحت اسم مخصوص و بین دو یا چند شریک [اعم از حقیقی و حقوقی] تشکیل می‌شوند (مواد ۱۱۶ و ۱۸۳ ق.ت).

۴-۳. در اسم شرکت تضامنی و نسبی، باید اسم یک نفر از شرکا ذکر شود. در صورتی که اسم شرکت مشتمل بر اسامی تمام شرکا نباشد باید بعد از اسم شریک یا شرکایی که ذکر شده است عبارتی از قبیل (و شرکا) یا (و برادران) قید شود (مواد ۱۱۷ و ۱۸۴ ق.ت). موارد ذکر شده در این مواد به خاطر اهمیت مسئولیت شرکای شرکت است که در مقابل اشخاص ثالث به ترتیب تضامنی و نسبی است.

۴-۴. هر دو شرکت به موجب شرکت نامه و اساس نامه تشکیل می‌شوند. در شرکت نامه و اساس نامه شرکت حدود مشارکت اعضا، موضوع شرکت، تعداد مدیر و وظایف و اختیارات آن‌ها، نحوه تقسیم سود، موارد و نحوه انحلال شرکت و انتخاب مدیر تصفیه مشخص می‌شود. تمام شرکا باید شرکت نامه و اساس نامه را امضا کنند. شرکت نامه و اساسنامه باید به ثبت برسد.

۴-۵. هر دو شرکت زمانی تشکیل می‌شوند که تمام سرمایه نقدی پرداخت و تمام سرمایه غیر نقدی تقویم و تسلیم شده باشد (مواد ۱۱۸ و ۱۸۵).

۴-۶. در شرکت نسبی مانند شرکت تضامنی، منافع به نسبت سهم الشرکه بین شرکا تقسیم می‌شود، مگر آن که شرکت نامه، غیر از این ترتیب را مقرر داشته باشد (مواد ۱۱۸ و ۱۸۵).

۴-۷. در هر دو شرکت شرکا باید دست کم یک نفر از میان خود یا از خارج را به سمت مدیر شرکت انتخاب کنند (مواد ۱۲۰ و ۱۸۵).

۴-۸. حدود مسئولیت مدیر یا مدیران در هر دو شرکت، همان است که در ماده ۵۱ قانون تجارت ۱۳۱۱ مقرر شده است (مواد ۱۲۱ و ۱۸۵ ق.ت). ماده ۵۱ قانون تجارت مقرر می‌دارد: مسئولیت مدیر شرکت در مقابل شرکا همان مسئولیتی است که وکیل در مقابل موکل دارد.

وظایف و اختیارات مدیران این شرکت‌ها در قانون تجارت پیش بینی نشده است. حدود وظایف و اختیارات مدیر هر دو شرکت در اساس نامه تصریح می‌شود. مدیر شرکت باید مصالح و منافع شرکت را رعایت کند.

اگر مدیر از حدود اختیارات خود خارج شده باشد، شرکا و شرکت مسئولیتی ندارند و اگر در اثر



چنین عملی خسارتی متوجه شرکت و اشخاص ثالث شود، مسئولیت آن بر عهده شخص مدیر خواهد بود و اشخاص ثالث باید به خود مدیر مراجعه کنند. اما اگر در اثر اقدامات مدیر که در حیطه اختیارات او است شرکت متضرر شود هیچ مسئولیتی متوجه مدیر نخواهد بود.

۴-۹. در شرکت نسبی همچون شرکت تضامنی، اگر سهم الشرکه یک یا چند شریک غیرنقدی باشد، باید سهم الشرکه مزبور قبلاً به تراضی تمام شرکا تقویم شود (مواد ۱۲۲ و ۱۸۵ ق.ت).

۴-۱۰. در شرکت نسبی همچون شرکت تضامنی هیچ یک از شرکا نمی‌تواند سهم خود را به دیگری منتقل کند، مگر به رضایت تمام شرکا (مواد ۱۲۳ و ۱۸۵ ق.ت).

۴-۱۱. مادام که شرکت تضامنی و شرکت نسبی منحل نشده اند، مطالبه قروض آنها باید از خود شرکت به عمل آید و فقط پس از انحلال، طلبکاران شرکت می‌توانند برای وصول مطالبات خود به شرکا [حسب نوع مسئولیت آنان] رجوع کنند (مواد ۱۲۴ و ۱۸۷ ق.ت). در هر حال هیچ یک از شرکا نمی‌تواند به استناد این که میزان قروض شرکت از میزان سهم او در شرکت تجاوز می‌نماید از تأدیه قروض شرکت امتناع ورزد (به موجب ماده ۱۲۴ در مورد شرکت تضامنی و مستنبط از مفاد مواد ۱۸۳ و ۱۸۶ در مورد شرکت نسبی).

۴-۱۲. هر گاه شرکت تضامنی یا شرکت نسبی منحل شود، مادام که قروض شرکت از دارایی آن تأدیه نشده، هیچ یک از طلبکاران شخصی شرکا حقی در آن نخواهد داشت. اگر دارایی شرکت برای پرداخت قروض آن کفایت نکند، طلبکاران شرکت حق دارند بقیه طلب خود را از شرکای ضامن [حسب نوع مسئولیت آنان] مطالبه کنند، ولی در این مورد طلبکاران شرکت بز طلبکاران شخصی شرکا حق تقدم نخواهند داشت (مواد ۱۲۶ و ۱۸۹ ق.ت).

۴-۱۳. به ورشکستگی هر دو شرکت بعد از انحلال نیز می‌توان حکم داد مشروط به اینکه دارایی شرکت تقسیم نشده باشد (مواد ۱۲۷ و ۱۸۹ ق.ت).

۴-۱۴. ورشکستگی شرکت تضامنی و شرکت نسبی ملازمه قانونی با ورشکستگی شرکا و ورشکستگی بعضی از شرکا ملازمه قانونی با ورشکستگی شرکت ندارد (مواد ۱۲۸ و ۱۸۹ ق.ت).

۴-۱۵. در هر دو شرکت طلبکاران شخصی شرکا حق ندارند طلب خود را از دارایی شرکت تأمین یا وصول کنند ولی می‌توانند نسبت به سهمیه مدیون خود از منافع شرکت یا سهمی که در صورت انحلال شرکت ممکن است به مدیون مزبور تعلق گیرد هر اقدام قانونی که مقتضی باشد به عمل آورند.

طلبکاران شخصی شرکا در صورتی که نتوانسته باشند طلب خود را از دارایی شخصی مدیون خود وصول کنند و سهم مدیون از منافع شرکت کافی برای تأدیه طلب آنها نباشد، می‌توانند انحلال شرکت را تقاضا نمایند (اعم از اینکه شرکت برای مدت محدود یا غیر محدود تشکیل شده باشد) مشروط بر اینکه لااقل شش ماه قبل قصد خود را به وسیله اظهارنامه رسمی به اطلاع شرکت رسانیده باشند. در این صورت شرکت یا بعضی از شرکا می‌توانند مادام که حکم نهایی انحلال صادر نشده با تأدیه طلب دائین مزبور تا حد دارایی مدیون در شرکت یا با جلب



رضایت آنان به طریق دیگر از انحلال شرکت جلوگیری کنند (مواد ۱۲۹ و ۱۸۹ ق.ت).

۱۶-۴. در شرکت تضامنی و شرکت نسبی نه مدیون شرکت می‌تواند در مقابل طلبی که ممکن است از یکی از شرکا داشته باشد استناد به تهاتر کند نه خود شریک می‌تواند در مقابل قرضی که ممکن است طلبکار او به شرکت داشته باشد به تهاتر استناد نماید، مع ذلک کسی که طلبکار شرکت و مدیون به یکی از شرکا بوده و پس از انحلال شرکت، طلب او لاوصول مانده در مقابل آن شریک حق استناد به تهاتر خواهد داشت (مواد ۱۳۰ و ۱۸۹ ق.ت).

۱۷-۴. در هر دو شرکت در صورت ورشکستگی یکی از شرکا و همچنین در صورتی که یکی از طلبکاران شخصی یکی از شرکا به موجب ماده ۱۲۹ انحلال شرکت را تقاضا کرد سایر شرکا می‌توانند سهم آن شریک را از دارایی شرکت نقداً تأدیه کرده و او را از شرکت خارج کنند (مواد ۱۳۱ و ۱۸۹ ق.ت).

۱۸-۴. در شرکت تضامنی و شرکت نسبی اگر در نتیجه ضررهای وارده، سهم الشرکه شرکا کم شود مادام که این کمبود جبران نشده تأدیه هر نوع منفعت به شرکا ممنوع است (مواد ۱۳۲ و ۱۸۹ ق.ت).

۱۹-۴. در هر دو شرکت جز در مورد فوق هیچ یک از شرکا را شرکت نمی‌تواند به تکمیل سرمایه ای که به علت ضررهای وارده کم شده ملزم کرده و یا او را مجبور نماید بیش از آنچه که در شرکت نامه مقرر شده است به شرکت سرمایه دهد (مواد ۱۳۳ و ۱۸۹ ق.ت).

۲۰-۴. در شرکت تضامنی و شرکت نسبی هیچ شریکی نمی‌تواند بدون رضایت سایر شرکا (به حساب شخصی خود یا به حساب شخص ثالث) تجارتي از نوع تجارت شرکت نموده و یا به عنوان شریک ضامن یا شریک با مسئولیت محدود در شرکت دیگری که نظیر آن تجارت را دارد داخل شود (مواد ۱۳۴ و ۱۸۹ ق.ت).

۲۱-۴. هر دو شرکت می‌توانند با تصویب تمام شرکا به شرکت سهامی مبدل گردند. در این صورت رعایت تمام مقررات راجعه به شرکت سهامی حتمی است (مواد ۱۳۵ و ۱۸۹ ق.ت).

۲۲-۴. به استناد مواد ۱۳۶ و ۱۸۹ قانون تجارت ۱۳۱۱، شرکت تضامنی و شرکت نسبی در موارد زیر منحل می‌شوند:

الف) در مورد فقرات ۱-۲-۳ ماده ۹۳.

ب) در صورت تراضی تمام شرکا

ج) در صورتی که یکی از شرکا به دلایلی انحلال شرکت را از محکمه تقاضا نماید و محکمه آن دلایل را موجه دانسته و حکم به انحلال دهد.

د) در صورت فسخ یکی از شرکا مطابق ماده ۱۳۷

ه) در صورت ورشکستگی یکی از شرکا مطابق ماده ۱۳۸

و) در صورت فوت یا محجوریت یکی از شرکا مطابق مواد ۱۳۹ و ۱۴۰.



تبصره: در مورد بند(ج) هرگاه دلایل انحلال منحصرأ مربوط به شریک یا شرکای معینی باشد محکمه می‌تواند به تقاضای سایر شرکا به جای انحلال [شرکت] حکم اخراج آن شریک یا شرکای معین را بدهد.

۴-۲۳. فسخ هر دو شرکت در صورتی ممکن است که در اساسنامه این حق از شرکا سلب نشده و ناشی از قصد اضرار نباشد. تقاضای فسخ باید شش ماه قبل از فسخ کتباً به شرکا اعلام شود.

اگر موافق اساسنامه باید سال به سال به حساب شرکت رسیدگی شود فسخ در موقع ختم محاسبه سالیانه به عمل می‌آید (مواد ۱۳۷ و ۱۸۹ ق.ت).

۴-۲۴. در هر دو شرکت در مورد ورشکستگی یکی از شرکا انحلال وقتی صورت می‌گیرد که مدیر تصفیه کتباً تقاضای انحلال شرکت را نموده و از تقاضای مزبور شش ماه گذشته و شرکت مدیر تصفیه را از تقاضای انحلال منصرف نکرده باشد.

۴-۲۵. در شرکت تضامنی و شرکت نسبی ماده ۱۳۶ قانون مذکور در صورت فوت یا محجوریت یکی از شرکا مطابق مواد ۱۳۹ و ۱۴۰ شرکت تضامنی را منحل شده می‌داند ماده ۱۳۹ اشعار می‌دارد که در صورت فوت یکی از شرکا بقای شرکت موقوف به رضایت سایر شرکا و قائم مقام متوفی خواهد بود. اگر سایر شرکا به بقای شرکت تصمیم نموده باشند قائم مقام متوفی باید در مدت یک ماه از تاریخ فوت رضایت یا عدم رضایت خود را راجع به بقای شرکت کتباً اعلام نماید. در صورتی که قائم مقام متوفی رضایت خود را اعلام نمود نسبت به اعمال شرکت در مدت مزبور از نفع و ضرر شریک خواهد بود ولی در صورت اعلام عدم رضایت، در منافع حاصله در مدت مذکور شریک بوده و نسبت به ضرر آن مدت سهیم نخواهد بود. سکوت تا انقضای یک ماه در حکم اعلام رضایت است (مواد ۱۳۹ و ۱۸۹ ق.ت).

در هر دو شرکت در مورد محجوریت یکی از شرکا مطابق مدلول ماده ۱۳۹ ق.ت. عمل خواهد شد (مواد ۱۴۰ و ۱۸۹ ق.ت).

۴-۲۶. طبق ماده ۲۰۰ قانون تجارت ۱۳۱۱، در هر موقع که تصمیماتی برای تغییر اساس نامه شرکت [از جمله شرکت تضامنی و شرکت نسبی] یا تمدید مدت شرکت زائد بر مدت مقرر یا انحلال شرکت (حتی در مواردی که انحلال به واسطه انقضای مدت شرکت صورت می‌گیرد) و تعیین کیفیت تفریغ حساب یا تبدیل شرکا یا خروج بعضی از آنها از شرکت یا تغییر اسم شرکت اتخاذ شود مقررات مواد ۱۹۵ و ۱۹۷ لازم‌الرعایه است... به موجب مواد ۱۹۵ و ۱۹۵ ق.ت. این تصمیمات و تغییرات باید ثبت و اعلان شود.

۴-۲۷. به استناد ماده ۲۰۱ قانون تجارت ۱۳۱۱، در هر گونه اسناد و صورت حسابها و اعلانات و نشریات و غیره که به طور خطی یا چاپی از طرف شرکت‌های مذکور در این قانون به استثنای شرکت‌های تعاونی صادر می‌شود سرمایه شرکت صریحاً باید ذکر گردد و اگر تمام



سرمایه پرداخت نشده قسمتی که پرداخت شده نیز باید صریحاً معین شود. شرکت متخلف به جزای نقدی از دویست تا سه هزار ریال محکوم خواهد شد.

۴-۲۸. طبق ماده ۲۰۳ ق.ت، در شرکتهای تضامنی و نسبی امر تصفیه با مدیر یا مدیران شرکت است مگر آن که شرکای ضامن اشخاص دیگری را از خارج یا از بین خود برای تصفیه معین نمایند.

۴-۲۹. به موجب ماده ۴۱۳ قانون تجارت، تاجر [از جمله شرکت تضامنی و شرکت نسبی] در صورت توقف باید در ظرف سه روز از تاریخ وقفه ای که در تأدیه قروض یا سایر تعهدات نقدی او حاصل شده است توقف خود را به دفتر دادگاه بدایت محل اقامت خود اظهار نموده صورت حساب دارایی و کلیه دفاتر تجاری خود را به دفتر دادگاه مزبور تسلیم نماید. طبق قسمت آخر ماده ۴۱۴ یاد شده، در صورت توقف شرکتهای تضامنی و نسبی اسامی و محل اقامت کلیه شرکای ضامن نیز باید ضمیمه [مدارک تسلیمی به دادگاه] شود.

۴-۳۰. مطابق ماده ۵۰۶ ق.ت، اگر شرکت تضامنی، شرکت نسبی و... ورشکست شوند طلبکارها می‌توانند قرارداد ارفاقی را با شرکت یا منحصراً با یک یا چند نفر از شرکای ضامن منعقد نمایند. در صورت ثانی دارایی شرکت تابع مقررات این مبحث [مواد ۵۰۴ تا ۵۱۴ ق.ت] و به غرما تقسیم می‌شود. ولی دارایی شخصی شرکایی که با آنها قرارداد ارفاقی منعقد شده است به غرما تقسیم نخواهد شد. شریک یا شرکای ضامن که با آنها قرارداد خصوصی منعقد شده نمی‌توانند تعهد حصه ای نمایند، مگر از اموال شخصی خودشان. شریکی که با او قرارداد مخصوص منعقد شده از مسئولیت ضمانتی مبری است.

۴-۳۱. طبق ماده ۵۶۳ ق.ت، برای آنکه شریک ضامن یک شرکت ورشکسته [از جمله شرکت تضامنی و شرکت نسبی] که حکم ورشکستگی او نیز صادر شده بتواند حق اعاده اعتبار حاصل کند باید ثابت نماید که به ترتیب فوق [به شرح مندرج در ماده ۵۶۱ ق.ت] تمام دیون شرکت را پرداخته است، ولو آن که نسبت به شخص او قرارداد ارفاقی مخصوصی وجود داشته باشد.

۵. موارد افتراق دو شرکت

مطابق تعریف قانون تجارت از شرکت تضامنی و شرکت نسبی موارد وجوه افتراق دو شرکت به شرح ذیل است:

۵-۱. افتراق دو شرکت از لحاظ آثار ذکر نام شرکت

قانونگذار به دلیل اهمیت شخصیت شرکا، در ماده ۱۱۷ قانون تجارت در مورد اسم شرکت تضامنی و در ماده ۱۸۴ قانون مذکور در مورد اسم شرکت نسبی، به ترتیب ذکر عبارت (شرکت تضامنی) و عبارت (شرکت نسبی) و دست کم اسم یک نفر از شرکا را الزامی دانسته است. قانونگذار در مورد ضمانت اجرای رعایت مواد ۱۱۷ و ۱۸۴ قانون مذکور سکوت کرده است.



از آنجایی که در شرکت تضامنی مسئولیت شرکا نامحدود و به طور کامل در برابر تمام قروض شرکت قرار می‌گیرد ضمانت عدم رعایت ماده ۱۱۷ قانون مذکور به حقوق اشخاص ثالث خللی وارد نمی‌کند، ولی در صورت عدم رعایت ماده ۱۸۴ قانون تجارت در خصوص شرکت نسبی، این سؤال مطرح می‌شود که آیا چنین شرکتی در مقابل اشخاص ثالث، شرکت تضامنی محسوب می‌شود؟

یکی از حقوقدان‌ها پاسخ را مثبت می‌داند و می‌نویسد: وقتی قانونگذار در مورد شرکت با مسئولیت محدود چنین قاعده‌ای را پیش بینی کرده است باید چنین نتیجه‌گیری کنیم که به طریق اولی، این قاعده در مورد شرکت نسبی که در آن مسئولیت شرکا نامحدود است و بیشتر قواعد و مقررات حاکم بر شرکت تضامنی در موردش اجرا می‌شود نیز صادق است، به ویژه اگر در اسم شرکت عبارتی نظیر "و برادران" یا "و شرکا" آمده باشد. بنابراین، کسانی که یک شرکت نسبی را تشکیل می‌دهند باید در اسم آن حتماً عبارت "شرکت نسبی" را قید کنند و الاً طلبکاران شرکت حق دارند شرکا را شریک تضامنی تلقی کنند.

۲-۵. افتراق در تأدیه قروض دو شرکت

۱-۲-۵. چگونگی تأدیه قروض در شرکت تضامنی

طبق ماده ۱۱۶ ق.ت. اگر دارایی شرکت برای تأدیه تمام قروض کافی نباشد هر یک از شرکا مسئول پرداخت تمام قروض شرکت است.

در شرکت تضامنی مسئولیت هر یک از شرکا زمانی که دارایی شرکت برای تأدیه تمام قروض کافی نباشد نامحدود و هر یک از شرکا مسئول پرداخت تمام قروض شرکت است. همانطور که ماده ۱۲۴ قانون تجارت به صراحت اعلام می‌نماید مادام که شرکت تضامنی منحل نشده مطالبه قروض آن باید از خود شرکت به عمل آید و پس از انحلال، طلبکاران شرکت می‌توانند برای وصول مطالبات خود به هر یک از شرکا که بخواهند و یا به تمام آنها رجوع کنند و در هر حال هیچ یک از شرکا نمی‌تواند به استناد این که میزان قروض شرکت از میزان سهم او در شرکت تجاوز می‌نماید از تأدیه قروض شرکت امتناع ورزد. فقط در روابط بین شرکا، مسئولیت هر یک از آنها در تأدیه قروض شرکت به نسبت سرمایه خواهد بود که در شرکت گذاشته است آن هم در صورتی که در شرکت نامه ترتیب دیگری اتخاذ نشده باشد.

۲-۲-۵. چگونگی تأدیه قروض در شرکت نسبی

به موجب ماده ۱۸۳ قانون تجارت ۱۳۱۱، در شرکت نسبی مسئولیت هر یک از شرکا به نسبت سرمایه‌ای است که در شرکت گذاشته است.

بنابراین، در هر دو شرکت شرکا بیش از اندازه سرمایه خود در شرکت نسبت به قروض شرکت مسئولیت دارند. در هر دو شرکت تضامنی و شرکت نسبی، مسئولیت کلیه شرکا در مقابل طلبکاران شرکت نامحدود است. مسئولیت نامحدود شرکا به این مفهوم است که طلبکاران



این شرکت‌ها می‌توانند طلب خود را علاوه بر دارایی شرکت، از دارایی شخصی شرکا نیز مطالبه کنند. با این تفاوت که در شرکت تضامنی، هر یک از شرکا مسئول پرداخت تمام قروض شرکت است، ولی در شرکت نسبی هریک از شرکا به نسبت سرمایه ای که در شرکت گذاشته مسئول است.

۳-۵. افتراق مسئولیت شریک در صورت ورود به یک شرکت موجود

طبق ماده ۱۲۵ ق.ت. ۱۳۱۱ هر کس به عنوان شریک ضامن در شرکت تضامنی موجود داخل شود متضامناً با سایر شرکا مسئول قروضی هم خواهد بود که شرکت قبل از ورود او داشته اعم از اینکه در اسم شرکت تغییری داده شده یا نشده باشد. در حالی که به موجب ماده ۱۸۸ قانون مذکور هر کس به عنوان شریک ضامن در شرکت نسبی موجودی داخل شود به نسبت سرمایه ای که در شرکت می‌گذارد مسئول قروضی هم خواهد بود که شرکت قبل از ورود او داشته اعم از اینکه در اسم شرکت تغییری داده شده باشد یا نشده باشد.

هر قراری که بین شرکای شرکت تضامنی و شرکت نسبی، به ترتیب بر خلاف مفاد ماده ۱۲۵ و ماده ۱۸۸ ترتیب داده شده باشد نسبت به اشخاص ثالث اثر ندارد.

۴-۵. افتراق دو شرکت از لحاظ امکان تحدید مسئولیت شرکا

وجه افتراق دیگری که میتوان به آن اشاره کرد، عدم پاسخ قانونگذار به این پرسش است که آیا شرکا در شرکت نسبی می‌توانند در مقابل اشخاص ثالث برخلاف مفاد مواد ۱۸۳ و ۱۸۶ قانون تجارت عمل کنند یا خیر؟

ماده ۱۱۶ قانون تجارت مقرر کرده است که مسئولیت شرکای شرکت، تضامنی است و اگر دارایی شرکت برای تأدیه تمام قروض کافی نباشد هر یک از شرکا مسئول پرداخت تمام قروض شرکت است. در ماده مذکور قید شده است هر قراری که بین شرکا برخلاف این ترتیب داده شده باشد در مقابل اشخاص ثالث کان لم یکن خواهد بود. اما در قانون تجارت درباره مسئولیت شرکای شرکت نسبی چنین قیدی وجود ندارد و قانون تجارت در مواد راجع به شرکت نسبی به قابل اجرا بودن قسمت اخیر ماده ۱۱۶ در مورد آن اشاره ندارد. آیا می‌توان گفت که سکوت قانون گذار در این مورد دلیل بر آن است که شرکای شرکت نسبی می‌توانند مسئولیت خود را به گونه‌ای غیر از آنچه در ماده ۱۸۳ آمده است مقرر کنند؟ برای مثال آیا در شرکت نامه می‌توان در مورد یکی از شرکا به جز تا حد آورده اش به شرکت، شرط عدم مسئولیت قرار داد؟

به نظر آقای اسکینی، شرکا نمی‌توانند برخلاف ماده ۱۸۳ قانون تجارت توافق کنند و اگر توافق کنند پیش بینی آنها فقط در بین خودشان معتبر است دلیل ایشان مفاد ماده ۱۱۹ قانون تجارت است که به موجب ماده ۱۸۵ همان قانون در مورد شرکت نسبی نیز لازم الرعایه است. ماده مزبور در مورد شرکت تضامنی چنین اشعار می‌دارد: در شرکت تضامنی منافع به نسبت سهم الشرکه بین شرکا تقسیم می‌شود مگر آن که شرکت نامه غیر از این ترتیب را مقرر داشته باشد.



مفهوم این ماده در مورد شرکت‌های نسبی هم قابل اعمال است. در واقع قانونگذار قرار مخالف میزان سهم شرکا را در سود و تقسیم منافع مجاز دانسته است نه در ضرر و بنابراین هرگاه شرکا مقرر کرده باشند که مسئولیت یکی از شرکا در قبال ضرر به نسبتی کمتر از سهم الشرکه او و یا محدود به سرمایه او در شرکت باشد چنین شرطی باید کان لم یکن تلقی شود. این حقوقدان معتقد است مواد ۱۸۳ و ۱۸۶ قانون تجارت را باید امره محسوب کرد و شرط خلاف آن را نپذیرفت. مطابقت اکثر قواعد شرکت نسبی با شرکت تضامنی و نامحدود بودن مسئولیت شرکا در مقابل اشخاص ثالث و ویژگی تجاری شرکت تضامنی همگی دلالت بر این دارد که مقررات قانون مدنی در مورد تحدید مسئولیت شرکا را نمیتوان به این نوع شرکت تسری داد.

۶- نتیجه گیری

«شرکت تجاری عبارت است از ماهیت حقوقی ناشی از اراده یک شخص یا توافق اراده دو یا چند شخص و استمرار اعتباری آن، به منظور سرمایه‌گذاری در یک، دو یا چند عمل تجاری، به قصد استفاده از شخصیت حقوقی مستقل و اعطایی قانونگذار و گذشتن از مالکیت خصوصی خود نسبت به آورده‌های خویش و انتقال آن به ماهیت حقوقی (شخص حقوقی) مورد نظر و تقسیم منافع احتمالی آن بین خود». بنابراین شرکت تجاری یک ماهیت حقوقی با شخصیت حقوقی است که به موجب قوانین تجاری اساساً برای انجام امور تجاری با سرمایه معین و بردن سود تشکیل می‌شود. از اقسام شرکت‌های تجاری، شرکت تضامنی و شرکت نسبی هستند که یکی ریشه در حقوق غرب و دیگری در حقوق اسلامی دارد. پرسشی که در رابطه با این دو شرکت مطرح می‌شود، وجوه اشتراک و افتراق آنها است.

شرکت تضامنی از جمله شرکت‌های تجاری محسوب می‌شود که برای انجام امور تجاری بین دو یا چند شخص با مسئولیت تضامنی تشکیل می‌شود؛ اما شرکت نسبی شرکتی تجاری است که برای انجام امور تجاری بین دو یا چند شخص با مسئولیت نسبی تشکیل می‌شود.

دو شرکت تضامنی و نسبی وجوه اشتراک گسترده‌ای دارند، از جمله مهمترین وجوه اشتراک این دو شرکت مسئولیت نامحدود شرکای آنها است، اما مادام که این دو شرکت منحل نشده اند، مطالبه قروض آنها باید از خود شرکت به عمل آید و فقط پس از انحلال شرکت، طلبکاران شرکت می‌توانند برای وصول مطالبات خود به شرکا [حسب نوع مسئولیت آنان] رجوع کنند.

اساسی‌ترین وجه افتراق شرکت تضامنی و شرکت نسبی در نحوه توزیع مسئولیت شرکای آنها است. بدین توضیح که در شرکت تضامنی، پس از انحلال شرکت و عدم کفایت دارایی شرکت برای تأدیه دیون، هر یک از شرکا مسئول پرداخت تمام قروض شرکت است، ولی در همین شرایط در شرکت نسبی هریک از شرکا به نسبت سرمایه‌ای که در شرکت گذاشته مسئول است.



منابع و مأخذ

- اسکینی، ربیعا (۱۳۹۳)، حقوق تجارت: شرکتهای تجاری، ج ۱، چ ۱۹، ص ۲۰۹، تهران، انتشارات سمت.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۹۴) ترمینولوژی حقوق، چ ۲۷، تهران، گنج دانش.
- شهیدی، مهدی، (۱۳۹۰)، حقوق مدنی، جلد اول: تشکیل قراردادهای و تعهدات، چ ۸، تهران، مجد.
- صقری، منصور، حقوق تجارت (تقریرات)، بی تا، بی نا.
- عیسائی تفرشی، محمد (۱۳۹۶)، مباحثی تحلیلی از حقوق شرکتهای تجاری، ج ۱، چ ۳، تهران، انتشارات دانشگاه تربیت مدرس.
- عیسی تفرشی، محمد، «مفهوم و قلمرو ماده ۲۲۰ قانون تجارت ۱۳۱۱»، فصلنامه علوم انسانی مدرس، دانشگاه تربیت مدرس، دوره ۴، ش ۱ (پیاپی ۱۴)، بهار ۱۳۷۹.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۱)، حقوق مدنی: عقود معین: جلد دوم - مشارکتها - صلح، چ ۹، تهران، گنج دانش.
- کاشانی، محمود، «شرکت مدنی»، نشریه دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، دوره دوم، ش ۲، فروردین ۱۳۶۵.
- قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاستهای کلی اصل چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی (مصوب ۱۳۸۶/۱۱/۸ مجلس شورای اسلامی و ۱۳۸۷/۳/۲۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام).
- قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران (مصوب ۱۳۷۰).
- قانون تجارت ۱۳۱۱.
- قانون حداکثر استفاده از توان تولیدی و خدماتی در تأمین نیازهای کشور و تقویت آنها در امر صادرات و اصلاح ماده ۱۰۴ قانون مالیاتهای مستقیم (مصوب ۱۳۹۱/۵/۱)
- قانون مدنی ۱۳۰۷.



مسئولیت مدنی کارفرما در سوانح رانندگی در حقوق ایران با تأکید بر تئوری‌های مسئولیت ناشی از عمل غیر

دکتر غلامعلی سیفی زیناب^۱

شیرزاد حیدری شهباز^۲

چکیده:

در برخی از نظام‌های حقوقی، در سوانح رانندگی مسئولیت مدنی کارفرما در قبال اعمال کارگر، بر پایه تئوری‌های ناشی از عمل غیر مورد استناد قرار می‌گیرد. در نظام حقوقی ایران مفاد ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی می‌تواند همین کارکرد را داشته باشد. لکن اداره حقوقی قوه قضاییه در زمان حکومت قوانین بیمه اجباری مصوب ۱۳۴۷ و ۱۳۸۷ به موجب نظریه مشورتی شماره ۷/۱۴۳۸ مورخ ۸۱/۳/۱ به دلیل وجود مقررات خاص در زمینه مسئولیت مدنی و کیفری ناشی از حوادث رانندگی، حاکمیت ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی را در این زمینه غیر قابل استناد اعلام کرده بود. با این حال از مقررات مختلف قانون بیمه اجباری خسارات وارده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه مصوب ۱۳۹۵، می‌توان استنباط کرد که رویکرد مقنن در مورد مسئولیت مدنی ناشی از حوادث رانندگی تغییر کرده است و به این ترتیب مقررات مربوط به کارگر و کارفرما در سوانح رانندگی در ارتباط با مالک و راننده نیز قابل استناد به نظر می‌رسد. مقاله حاضر به دنبال پاسخ به این پرسش است که آیا می‌توان برخلاف نظر اداره حقوقی و با تکیه بر تئوری‌های مطرح در زمینه مسئولیت ناشی از عمل غیر ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی را به‌ویژه در مواردی حاکم دانست که رابطه راننده و مالک از جنس رابطه کارگر و کارفرما باشد؟

واژگان کلیدی: مالک، دارنده، وسایل نقلیه، مسئولیت مدنی، کارفرما، کارگر، مسئولیت مدنی ناشی از عمل غیر.

۱. عضو هیات عملی دانشگاه شهید بهشتی و وکیل پایه یک دادگستری

۲. دانشجوی دوری دکترای حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات

تهران و وکیل پایه یک دادگستری



مقدمه

امروزه شرکت‌ها و متصدیان حمل و نقل کالا یا مسافر یا سایر اشخاص حقیقی یا حقوقی، خواه مالک وسایل نقلیه باشند یا مستأجر، مبادرت به استخدام راننده می‌کنند که تحت نظر آن‌ها وسایل نقلیه را به کار گیرند و در غالب این موارد رابطه کارگری و کارفرمایی بین مالک و راننده برقرار می‌شود. ممکن است مالکین در به‌کارگیری راننده‌های واجد شرایط یا وسایل نقلیه ایمن احتیاط لازم را به عمل نیاورند و به همین سبب نیز حادثه یا سانحه ناشی از رانندگی اتفاق افتد. از آنجا که در حقوق مسئولیت مدنی هدف جبران کامل خسارات می‌باشد^۳ و از سوی دیگر، منطقی است که در حقوق مسئولیت مدنی خسارت متوجه مالک باشد،^۴ این پرسش مطرح می‌شود که آیا می‌توان با استفاده از ظرفیت قانونی مقرر در ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی^{۱۳۳۹}، مسئولیت کارفرمایان را به سایر تضمینات قانونی قانون بیمه اجباری و مسئولیت مالک و دارنده افزود و از این ظرفیت‌ها هم بهره مند شد؟

در حال حاضر مسئولیت مدنی ناشی از حوادث رانندگی در نظام‌های حقوقی مختلف، بر پایه تئوری‌هایی از قبیل «مسئولیت متبوع ناشی از عمل غیر»،^۵ که فرانسه به عنوان نماینده نظام‌های حقوقی نوشته سردمدار آن است و تئوری «مسئولیت نیابتی»^۶ در انگلستان، به عنوان نماینده نظام حقوقی کامن‌لا، مورد توجه قرار گرفته است. مسئولیت مدنی ناشی از عمل غیر^۷ علاوه بر تأمین اهداف حقوق مسئولیت مدنی، یکی از عوامل مؤثر در کاهش حوادث رانندگی و افزایش تضامین مسئولیت مسئولین دخیل در حوادث رانندگی است.

قانون‌گذار از یک سو امکان مسئول شناختن اشخاصی به غیر از افراد حاضر در صحنه سانحه رانندگی را در تبصره ۳ ماده ۱۴ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی^۸ مصوب ۱۳۸۹ و در

۳. بابایی، ایرج، مبنای مسئولیت کارفرمایان در ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی، مجله پژوهش حقوق و سیاست، سال سوم، شماره ۵، ۱۳۸۰، ص ۷۰.

۴. بابایی، ایرج، ۱۳۹۶، حقوق بیمه (ویراست ۳: با تجدیدنظر و اضافات)، تهران: سمت، چاپ چهاردهم، ص ۲۰۱۵.

5. La responsabilité du commettant du fait du son préposé.

6. Vicarious liability.

۷. در خصوص گسترش مسئولیت مدنی ناشی از عمل غیر بنگرید به: صفائی، سید حسین و رحیمی، حبیب‌الله، ۱۳۸۹، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، تهران: سمت، ص ۲۶۳.

۸. تبصره مزبور مقرر می‌نماید: «در صورتی که بر اساس نظر کارشناسان تصادفات نقص راه یا وسیله نقلیه مؤثر در علت تصادفات باشد حسب مورد متصدیان ذی‌ربط، مسئول جبران خسارات وارده بوده و با آنان برابر قانون رفتار خواهد شد.»



ماده ۱۶ قانون بیمه اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه مصوب ۱۳۹۵/۲/۲۰ (از این پس «قانون بیمه اجباری»)^۹ به رسمیت شناخته است. از سوی دیگر، قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹،^{۱۰} قواعد و احکام خاصی را در مورد مسئولیت ناشی از فعل غیر بنا نهاده است. بر اساس ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی، کارفرما تحت شرایطی مسئول جبران خساراتی است که از فعل کارگران و کارمندان او به دیگران وارد می‌شود.^{۱۱} از این روی، به نظر می‌رسد در حال حاضر علاوه بر امکان استناد به این واقعیت که قانون بیمه اجباری منصرف از تعیین احکام عام مسئولیت مدنی می‌باشد، می‌توان مسئولیت مدنی ناشی از حوادث رانندگی را تابع قواعد عمومی مسئولیت مدنی دانست و با استناد به ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی، در صورت وجود رابطه کارگری و کارفرمایی بین راننده و شخصی که وسیله نقلیه موتوری در تصرف و اختیار او قرار گرفته، قصور وی در انجام تکالیف مقرر در ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی را از موارد ایجاد مسئولیت و لزوم جبران خسارت قلمداد کرد. بدین سان، علاوه بر ایجاد حق رجوع زیان دیده، بیمه‌گر هم بعد از پرداخت خسارت می‌تواند طبق قانون بیمه اجباری به قائم‌مقامی از زیان دیده به کارفرمای او مراجعه کند. مقاله حاضر برای بررسی این موضوع ابتدا به تئوری‌ها و شرایط ثبوت مسئولیت مدنی ناشی از عمل غیر اتمام می‌ورزد و بعد از آن ضمن اشاره به نظرات مخالفان و موافقان امکان استناد به ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی به امکان شمول این ماده بر حوادث ناشی از وسایل نقلیه و مسئولیت کارفرما اشاره خواهد شد.

۹. ماده مذکور مقرر می‌دارد: «چنانچه به حکم مرجع قضائی اثبات شود، عواملی نظیر نقص راه، نبودن یا نقص علائم رانندگی و نقص تجهیزات مربوط یا عیب ذاتی وسیله نقلیه، یا ایجاد مانع توسط دستگاه‌های اجرائی یا هر شخص حقیقی یا حقوقی دیگر در وقوع حادثه مؤثر بوده است، بیمه‌گر و صندوق پس از پرداخت خسارت زیان دیده می‌تواند برای بازیافت به نسبت درجه تقصیر که درصد آن در حکم دادگاه مشخص می‌شود به مسببان ذی‌ربط مراجعه کند.»
۱۰. قانون مسئولیت مدنی، روزنامه رسمی شماره ۴۴۶۴ مورخ ۱۳۳۹/۳/۲۲، دوره ۱۹، جلد ۴، ص ۲۲۶۸.

۱۱. ماده مذکور مقرر می‌دارد: «کارفرمایانی که مشمول قانون کار هستند مسئول جبران خساراتی می‌باشند که از طرف کارکنان اداری و یا کارگران آنان در حین انجام کار یا به مناسبت آن وارد شده است مگر اینکه محرز شود تمام احتیاط‌هایی که اوضاع و احوال قضیه ایجاب می‌نموده به عمل آورده و یا اینکه اگر احتیاط‌های مزبور را به عمل می‌آورند باز هم جلوگیری از ورود زیان مقدور نمی‌بود کارفرما می‌تواند به واردکننده خسارت در صورتی که مطابق قانون مسئول شناخته شود مراجعه نماید.»



۱- تئوری‌ها و شرایط ثبوت مسئولیت مدنی ناشی از عمل غیر

در نظام‌های حقوقی مختلف، مسئولیت ناشی از عمل غیر بر اساس تئوری‌هایی توجیه می‌شود که به رغم برخی تفاوت‌ها، شباهت‌هایی نیز دارند. از این رو، در این قسمت تئوری رایج در فرانسه به عنوان نماینده نظام‌های حقوقی مدون و تئوری رایج در نظام حقوقی انگلستان به عنوان نماینده نظام‌های حقوقی مبتنی بر کامن‌لا مورد اشاره قرار می‌گیرد. و با تحلیل هریک از آن‌ها به شرایط تحقق مسئولیت ناشی از فعل غیر بر اساس این تئوری‌ها اشاره خواهد شد تا ضمن آشنایی با این نظریات و شرایط تحقق مسئولیت مبتنی بر آن‌ها، زمینه بحث در مورد ارزیابی اعمال دکتربین مسئولیت ناشی از عمل غیر با استناد به ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی در حوادث رانندگی هم اعمال گردد.

۱-۱- تئوری‌های ناظر بر مسئولیت مدنی ناشی از عمل غیر

در نظام حقوقی فرانسه تئوری «مسئولیت متبوع ناشی از عمل تابع»^{۱۲} و در حقوق انگلستان تئوری «مسئولیت نیابتی»^{۱۳} برای توجیه مسئولیت مدنی ناشی از عمل غیر یا به بیان بهتر برای توجیه مسئولیت مدنی تبعی به معنی مسئولیتی که به تبع مسئولیت دیگران قابل استناد است، مورد استفاده قرار می‌گیرد. به عبارت دیگر، در نظام حقوقی فرانسه به بعضی افراد نوعی اقتدار اعطا شده تا نسبت به فعالیت‌های شخص دیگری امر و نهی نمایند. چنین شخصی که توانایی اقتدار و کنترل فعالیت‌های دیگری را داراست با عنوان «متبوع»^{۱۴} شناخته می‌شود، و در مقابل فردی که از این اوامر و نواهی در خصوص فعالیت خاصی تبعیت می‌کند «تابع»^{۱۵} نامیده می‌شود.^{۱۶} در این حالت، تحت شرایطی متبوع در قبال برخی از اقدامات و اعمال تابع مسئول قلمداد می‌شود که از آن به عنوان مسئولیت متبوع در قبال عمل تابع یاد می‌شود. در حقوق انگلستان نیز این تئوری با عنوان «مسئولیت نیابتی» شناخته شده است.^{۱۷} نظام حقوقی ایران با این تئوری‌ها بیگانه نیست. پذیرش چهره‌ای از این تئوری‌ها در حقوق

12. La responsabilité du commettant du fait du son préposé.

13. Vicarious liability.

14. Commettant.

15. Préposé.

۱۶. یزدانیان، علیرضا، ۱۳۹۱، نظریه عمومی مسئولیت مدنی متبوع ناشی از عمل تابع در حقوق فرانسه و طرح آن در حقوق ایران، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۷، صص ۴۳-۴۲.

۱۷. جهت کسب اطلاعات جامع در خصوص این تئوری و تحولات آن بنگرید به:

Gray A., 2019, Vicarious Liability: Critique and Reform, London: Bloomsbury Publishing.



ایران را می‌توان در مواد ۷، ۱۱ و ۱۲ قانون مسئولیت مدنی،^{۱۸} ماده ۳۳۲ قانون مجازات اسلامی قدیم و ماده ۱۵۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ و ماده ۶۰ قانون تأمین اجتماعی مشاهده کرد. اگرچه در حقوق ایران این تئوری‌ها با عناوین پیش گفته نیامده است، بلکه تحت عنوان مسئولیت ناشی از عمل غیر از آن یاد می‌شود که چهره‌ای از این دو تئوری است.

۲-۱- شرایط ثبوت مسئولیت ناشی از عمل غیر

منظور از شرایط ثبوت مسئولیت مدنی ناشی از عمل غیر، آن شرایطی است که وجود آن‌ها باعث می‌شود شخصی مسئول اعمال دیگران قلمداد شود. در این قسمت با نگاهی تطبیقی به تحلیل این شرایط پرداخته می‌شود تا در جای خود بر مسئولیت مدنی ناشی از عمل غیر در سوانح رانندگی منطبق گردد.

۱-۲-۱- اعمال سلطه و اقتدار نسبت به شخص تحت اختیار

در نظام حقوقی فرانسه «مسئولیت متبوع ناشی از عمل تابع» در فرضی تحقق پیدا می‌کند که شخصی بر روی فعالیت تابع کنترل و نظارت داشته باشد. در حقوق انگلستان نیز وضع به همین منوال است. در حقوق انگلستان احراز اقتدار و سلطه کارفرما بر کارگر یا اصیل بر نماینده شرط تحقق مسئولیت نیابتی است.^{۱۹} در حقوق ایران با استفاده از مواد ۸ و ۱۲ قانون مسئولیت مدنی می‌توان موجبات مسئولیت مدنی شخص دارای اقتدار در قبال عمل شخص تحت اقتدار را فراهم کرد. مسئول دانستن شخصی که نسبت به دیگری اقتدار دارد به دور از منطبق نیست. هرگاه شخصی اقتدار بر فعالیت دیگری و حق کنترل فعالیت او را داشته باشد، باید مسئولیت اعمال شخص تحت کنترل خود را تحمل کند.^{۲۰} با این تفسیر هر کجا که رابطه اقتدار و تبعیت و گماشتگی شکل می‌گیرد، مسئولیت نیز محقق می‌شود.^{۲۱} بنابراین، نه تنها به دلیل ملاحظات پیش گفته در مورد لزوم جبران کامل خسارت و رعایت احتیاط از سوی افراد، بلکه به لحاظ منطقی نیز تحقق مسئولیت مدنی کارفرما در قبال عمل راننده دور از ذهن نیست.

۲-۲-۱- وجود رابطه گماشتگی یا کارگری-کارفرمائی

در نظام حقوقی فرانسه با برقراری رابطه گماشتگی بین متبوع و تابع، متبوع حق و اختیار امر کردن به تابع را دارد. امر کردن و دستور دادن گاهی ناظر بر هدف است و زمانی ناظر بر وسایلی

۱۸. در واقع، قانون‌گذار در این مواد به اعتبار وظیفه مراقبت و نگهداری حکم به مسئولیت وی در مقابل فعل دیگری داده است. بنگرید به: غلامعلی زاده، محمد، ۱۳۹۲، مسئولیت مدنی ناشی از وسایل موتوری زمینی، تهران: شهر دانش، ص ۲۷۷.

19. Hewitt v Bonvin, 1940 & Launchbury v Morgans, 1973.

20. Williatte – Pellitteri, Lina, 2009, Contribution à l'élaboration d'un droit civil des éléments aléatoires dommageables, L.G.D.J lextenso, édition, 1é.éd, p 122.

21. Radé, Christophe, 2007, Droit à Réparation, Responsabilité du fait d'autrui, Domaine: responsabilité des commettants, Responsabilité civile et Assurances, p 1.



است که باید برای رسیدن به هدف به کار گرفته شود.^{۲۲} با اعمال این معیار بر مشاغل مختلف می‌توان تحقق رابطه گماشتگی را در آن‌ها مورد ارزیابی قرار داد، لکن برخی رابطه گماشتگی را شامل دو موضوع می‌دانند. نخست، رابطه اقتداری که با اعمال دو معیار پیش گفته بر یک رابطه قابل احراز است و دوم فعالیت در راستای منافع متبوع، اعم از اینکه با اجرت باشد یا بدون اجرت.^{۲۳} برای مثال، اگر شخصی اتومبیلی را خریداری نموده و شخصی را برای رانندگی به استخدام خود درآورد، مالک مسئول اعمال راننده است. اما چنانچه فردی اتومبیلی را از مالک آن اجاره کند، نمی‌توان مستأجر را تابع و موجر را متبوع قلمداد کرد، زیرا در این فرض اولاً موجر هیچ اقتداری بر فعالیت‌های مستأجر ندارد و دوماً از این فعالیت‌ها منتفع نمی‌شود. در همین ارتباط، در مواردی که پدری اتومبیل خود را در اختیار فرزندش قرار می‌دهد تا فرزند امور شخصی خود را انجام دهد، فرزند را نمی‌توان تابع قلمداد کرد. اما جایی که پدری اتومبیل خود را در اختیار فرزند بالغ خود قرار دهد و فرزند نیز تحت امر و نظارت پدر و در جهت منافع وی رانندگی نماید، فرزند تابع است.^{۲۴}

در حقوق انگلستان نیز احراز رابطه کارفرمائی و کارگری، به‌طور کلی و در موارد مسئولیت مدنی ناشی از سوانح وسایل نقلیه موتوری، پیش‌شرط اعمال تئوری مسئولیت نیابتی است و صرف اجاره وسیله نقلیه به شخص دیگر از موجبات تحقق مسئولیت نیابتی نیست.^{۲۵} زیرا، در این موارد راننده به خواست یا دستور مالک یا کارفرما اقدام به رانندگی با وسیله نقلیه نمی‌کند و به سخن دیگر رابطه کاری بین این دو محقق نشده است تا بتوان قائل به تحقق مسئولیت نیابتی مالک شد.

چنانچه رابطه از نوع رابطه کارگری-کارفرمائی نباشد و راننده مستقل از کارفرما عمل نماید، نمی‌توان قائل به تحقق مسئولیت نیابتی کارفرما در قبال اقدامات راننده شد بلکه در این مورد رابطه می‌تواند ماهیت دیگری نظیر پیمانکاری داشته باشد. بنابراین، احراز این رابطه و تفکیک آن از روابط کارگری-کارفرمائی چندان سهل نیست و مستلزم در نظر گرفتن تمام جوانب آن است. در حقوق انگلستان نکته کلیدی در تفکیک این رابطه ارزیابی این نکته مهم است که راننده به حساب خود عمل می‌کرده یا به حساب کارفرما.^{۲۶} به این ترتیب، در صورتی که شخصی، اعم از اینکه مالک وسیله نقلیه باشد یا نه، وسیله نقلیه را تحت اقتدار دیگری و به نفع وی به کار گیرد،

۲۲. یزدانیان، علیرضا، پیشین، ص ۴۵.

23. Fabre-Magan, Muriel, 2004, Les Obligations, Presses universitaires de France, p 864.

۲۴. یزدانیان، علیرضا، پیشین، ص ۴۶.

25. Launchbury v Morgans, 1972.

26. Ferguson v Dawson, 1976.



رابطه گماشتگی بین این دو شخص پدید می‌آید و متبوع مسئول اعمال تابع خواهد بود. بر همین اساس اگر شرکت حمل و نقل رانندگانی را استخدام و بکار گیرد، مسئول و پاسخ‌گوی اعمال آن‌ها از جمله سوانح رانندگی است که به واسطه عمل آن‌ها به وجود می‌آید. تفسیری جز این امکان افزایش بی‌احتیاطی کارفرما و انجام ندادن تکالیف قانونی از جمله اهتمام در برطرف کردن عیب و نقص وسایل نقلیه را به دنبال خواهد داشت.

۳-۲-۱- اقتدار مؤثر به هنگام وقوع حادثه

یکی از شرایط لازم برای تحقق مسئولیت متبوع این است که به‌طور کلی اقتدار مؤثری بر تابع داشته باشد. این امر در بررسی مسئولیت ناشی از سوانح رانندگی زمانی اهمیت پیدا می‌کند که در بدو امر با تعدد متبوع مواجه باشیم، مانند موردی که متبوع تابع خود را برای مدتی در اختیار شخص ثالثی قرار می‌دهد یا آنکه چند شخص راننده‌ای را اجیر می‌کنند. در این موارد گفته می‌شود که باید شخصی متبوع قلمداد شود که در لحظه ورود زیان اقتدار مؤثر بر شخص تابع داشته است.^{۲۷}

۴-۲-۱- تحقق مسئولیت تابع

شرط دیگر مسئولیت متبوع تحقق مسئولیت تابع است. به تعبیر دیگر مسئولیت تابع فرع بر مسئولیت متبوع است و در صورتی که تابع مرتکب فعل زیان‌بار نشده باشد و مسئولیت او محقق نشود نمی‌توان متبوع را مسئول قلمداد کرد. بر این اساس، ارکان سه‌گانه مسئولیت یعنی ضرر، فعل زیان‌بار و رابطه سببیت باید در خصوص تابع موجود باشد تا بتوان مسئولیت متبوع را مطرح کرد.^{۲۸}

۵-۲-۱- ارتکاب فعل زیان‌بار در هنگام وظیفه یا به سبب آن

شرط دیگر برای تحقق مسئولیت متبوع، این است که ارتکاب فعل زیان‌بار باید در هنگام وظیفه یا به سبب آن باشد. با این تفسیر که برای مسئول دانستن متبوع، باید عمل وی با عمل تابع ارتباط پیدا کند، زیرا منطقی نیست که متبوع مسئول تمام فعالیت‌های زیان‌بار تابع باشد.

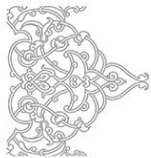
۳-۱- مبنای مسئولیت ناشی از عمل غیر در سوانح رانندگی

مبنا در لغت به معنی پایه و اساس است^{۲۹} و مراد از مبنای مسئولیت در اصطلاح حقوقی علت یا فلسفه ثبوت مسئولیت اشخاص است. بر همین اساس، پرسش اساسی که در این قسمت به دنبال پاسخ آن هستیم این است که ثبوت مسئولیت مدنی ناشی از عمل غیر بر چه مبنایی در نظام‌های حقوقی مختلف توجیه شده است؟ نویسندگان زیادی به موضوع مبنای مسئولیت

۲۷. یزدانیان، پیشین، ص ۵۲.

۲۸. یزدانیان، پیشین، ص ۵۳.

۲۹. معین، محمد، ۱۳۸۱، فرهنگ فارسی معین، تهران: انتشارات معین، چاپ اول، ص ۸۲۴.



پرداخته و آن را در موارد و مصادیق گوناگون تحلیل نموده‌اند^{۳۰} و از دیدگاه فقها نیز قواعدی چون ائتلاف، تسبیب و غضب از جمله منابع مسئولیت تلقی شده‌اند^{۳۱} که هر یک به نحوی در تعیین مبنای آن مؤثر است. در این نوشتار سخن از مبنای مسئولیت فرد در قبال عمل خود نیست بلکه تلاش بر این است تا مبنای مسئولیت شخص در قبال اقدامات دیگران توجیه شود.

تعیین مبنای مسئولیت در این موارد به‌طور کلی یا در سوانح رانندگی به‌طور اخص منوط به تشخیص هدف از برقراری چنین مسئولیتی است. به دیگر سخن باید دید هدف از ایجاد ضمانت اجرای مؤثر در خصوص عمل خود اشخاص است، یا آنکه ایجاد چنین مسئولیت‌هایی به منظور حمایت از زیان دیده می‌باشد؟ مبنای مسئولیت ناشی از عمل غیر را به‌طور تاریخی باید در نظریات کلاسیک تقصیر و خطر جستجو کرد، لکن، از جهت حمایت از زیان دیده و جبران بهتر خسارت، مبنای آن را در نظریات نمایندگی و تضمین حق هم می‌توان دید.

۱-۳-۱ - فرض تقصیر برای شخص در سوانح رانندگی

در نظام حقوقی فرانسه قائلین به دیدگاه فرض تقصیر برای متبوع معتقدند فرض بر این است که متبوع در نظارت بر تابع یا انتخاب وی مرتکب تقصیر شده است. به همین دلیل بدون آنکه زیان دیده ملزم به اثبات تقصیر متبوع باشد،^{۳۲} این متبوع است که برای معافیت از مسئولیت باید اثبات کند که تمام احتیاط‌هایی را که اوضاع و احوال قضیه ایجاب می‌نموده به عمل آورده است یا در فرض انجام احتیاط نیز جلوگیری از ورود زیان مقدور نمی‌بود. این نظریه را می‌توان در قالب دو نظریه جزئی‌تر بررسی کرد. برخی از صاحب‌نظران تقصیر در انتخاب کارگر واجد شرایط را سبب مسئولیت کارفرما دانسته‌اند.^{۳۳} در صورت تسری این نظریه به بحث سوانح رانندگی در واقع کارفرما مکلف است رانندگان واجد شرایط را به کارگیرد و در صورت تخطی از این تکلیف و بروز

۳۰. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۲، الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری، مسئولیت مدنی، غضب و استیفا، تهران: موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چاپ سوم، صص ۱۷۹ الی ۲۴۰؛ امیری قائم‌مقامی، عبدالمجید، ۱۳۸۵، حقوق تعهدات، جلد اول، تهران: نشر میزان، چاپ دوم، ص ۱۵۷ الی ۲۳۶؛ قاسم‌زاده، سید مرتضی، ۱۳۸۷، الزام‌ها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد، تهران: نشر میزان، چاپ دوم، ص ۲۵ الی ۷۳.

۳۱. مشایخی، قدرت ا...، ۱۳۸۷، قاعده‌های فقهی، تهران: سمت، چاپ سوم، ص ۳ و ۱۱۸؛ محمدی، ابوالحسن، ۱۳۸۹، قواعد فقه، تهران: نشر میزان، ویرایش چهارم، چاپ یازدهم، ص ۲۴ و ۷۹؛ محقق داماد، سید مصطفی، ۱۳۸۹، قواعد فقه، بخش مدنی (مالکیت - مسئولیت)، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ ۲۶، ص ۱۰۹، ۱۶۳.

32. Etienne Montero, 1998, La Responsabilité civile du fait des bases de données, Presses universitaires de Namur, p 272.

33. Marc Sauzet, 1883, De la responsabilité des patrons vis-a-vis des ouvriers dans les accidents industriels, Librairie Cotillon, p 72.



حادثه مقصر تلقی می‌شود. ایراد وارد بر این نظریه این است که چنانچه کارفرما صغیر یا مجنون باشد نمی‌توان وی را که فاقد قدرت درک و شعور است به دلیل تقصیر در انتخاب کارگر یا راننده غیر صالح مسئول شناخت. بنابراین، نظریه مذکور مبنای مناسبی برای تعیین مسئولیت کارفرما قلمداد نشده است.^{۳۴} بر اساس، نظریه دیگر که از نظریه فرض تقصیر مشتق شده و به نظریه تقصیر ناشی از سوء مراقبت از عمل کارگر شهرت یافته است، چون کارفرما از حقوق و اختیارات لازم برای مراقبت و اعمال نظارت بر اعمال کارگران خود برخوردار بوده و بر آن‌ها تسلط کامل دارد، مسئول اعمال آن‌ها می‌باشد. ایراد وارد بر نظریه قبلی به این نظریه هم وارد شده است. مضافاً اینکه در این موارد مسئولیت کارفرما شخصی است نه نیابتی و این حق را برای کارفرما ایجاد می‌کند تا به کارگر مقصر مراجعه نماید. در ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی چنین حقی به کارفرما داده شده است.^{۳۵}

۲-۳-۱ - نظریه خطر

برخی نویسندگان مبنای مسئولیت متبوع را تئوری خطر می‌دانند. به عقیده این عده متبوعی که از فعالیت تابع خویش بهره می‌برد مسئول عمل تابع است. در این صورت، متبوع فقط در صورت اثبات فورس مازور از مسئولیت رهایی می‌یابد. این نظریه در حقوق ایران نمی‌تواند مبنای مناسبی جهت ثبوت مسئولیت باشد. برای رهایی از مسئولیت همیشه اثبات فورس مازور لازم نیست. برای مثال، به موجب ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی که یکی از مصادیق مسئولیت متبوع ناشی از عمل تابع است، کارفرما با اثبات انجام احتیاط‌هایی که اوضاع و احوال قضیه ایجاب می‌نموده، از مسئولیت معاف می‌شود.^{۳۶}

۳-۳-۱ - نظریه نمایندگی

برخی از صاحب‌نظران فرانسوی بر این عقیده هستند که مبنای مسئولیت متبوع نمایندگی است. تابع نماینده متبوع بوده و همان‌گونه که وکیل در حدود وکالت خویش موکل را متعهد می‌سازد، در اعمال زیان‌بار مادی نیز می‌تواند متبوع را به جبران خسارت متعهد کند.^{۳۷} این نظریه در حقوق انگلستان نیز به عنوان مبنایی برای مسئولیت مدنی نیابتی مطرح شده است. در همین راستا در حقوق این کشور این نظر ابراز شده است که شاید در این موارد چنین مبنایی از این جهت قابل توجه باشد که در این حوزه نیز می‌توان اصیل را در مقابل اقدامات نماینده مسئول

۳۴. احمدوند، ولی‌الله، ۱۳۸۴، مطالعه تطبیقی مسئولیت مدنی کارفرما در سیستم حقوقی ایران و انگلیس، علوم انسانی (دانشگاه امام حسین)، شماره ۶۱، صص ۱۲-۱۱.

۳۵. همان، ص ۱۳.

۳۶. یزدانیان، پیشین، ص ۵۴.

37. Mazeaud, Henri, Léon, Jean, 1978, Leçons de droit civil. Obligations, T.2, volume premier, par François Chabas, Paris: Montchrestien, 6éd.ed, p. 48.



قلمداد کرد. به لحاظ منطقی بین مسئولیت اصیل در قبال اقدامات نماینده و مسئولیت کارفرما در قبال اقدامات کارگر که هر دو از مظاهر مسئولیت‌های نیابتی هستند به لحاظ منطقی رابطه عموم و خصوص من وجه برقرار است، لکن آنچه در حقوق انگلستان برای تحقق مسئولیت نیابتی اهمیت پیدا می‌کند. اقتدار و سلطه‌ای است که کارفرما بر کارگر یا اصیل بر نماینده دارد و در صورت احراز این دو رابطه فرض بر وجود این اقتدار و سلطه است.^{۳۸}

ایراد وارد بر این نظریه آن است که نمایندگی اعم از نمایندگی قراردادی و قانونی است؛ نمایندگی قانونی نیازمند تصریح قانون‌گذار است. لذا در روابط اجتماعی، شخصی بر دیگری نمایندگی ندارد؛ مگر آنکه قراردادی وجود داشته باشد و یا قانون به آن تصریح کرده باشد. در غیاب چنین تصریحی، استناد به نمایندگی امکان‌پذیر نمی‌باشد.^{۳۹}

۴-۳-۱ - نظریه جانشینی

برخی از صاحب‌نظران قائل بر این هستند که ارتکاب تقصیر از سوی تابع به منزله ارتکاب تقصیر از سوی متبوع است. این نظریه به نظریه جانشینی مشهور شده و به عنوان مبنای مسئولیت متبوع مورد توجه قرار گرفته است. این نظریه با این ایراد مواجه است که گاهی پس از جبران خسارت از ناحیه متبوع، امکان رجوع وی به تابع پیش‌بینی شده است؛ همچنانکه در ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی ایران نیز به آن تصریح شده است؛ در حالی که اگر متبوع و تابع یکی باشند، چنین امری بعید می‌نماید.^{۴۰}

۵-۳-۱ - نظریه تضمین حق

بر اساس این نظریه کارفرما در واقع ضامن پرداخت خسارات ناشی از اقدامات کارگر تلقی گردیده است. بدین توضیح که صرف نظر از چگونگی رفتار تابع، متبوع به طور ضمنی تعهد می‌نماید چنانچه در نتیجه محول ساختن وظیفه‌ای به تابع و در راستای اهداف متبوع خسارتی به بار آید، متبوع مکلف است خسارت را جبران کند.^{۴۱} در مجموع می‌توان گفت نظریه تضمین حق از میان سایر نظریه‌ها سازگاری بیشتری با قانون بیمه اجباری و نیت قانون‌گذار دارد. چراکه قانون‌گذار در قانون بیمه اجباری به دنبال جبران خسارت زیان‌دیده است. اما در خصوص سازگاری این نظریه با ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی باید گفت، رانندگان و کارگران به واسطه فعالیت برای کارفرما در معرض مواجهه با خطرات و به بار آمدن خساراتی هستند که در هر حال باید جبران شود. در برخی موارد نیز خسارت به حدی است که جبران آن از عهده راننده یا کارگر بر نمی‌آید به همین دلیل کارفرما باید تضمین کند که ضامن خسارات مالی ناشی از رانندگی

38. Hewitt v Bonvin, 1940 & Launchbury v Morgans, 1973.

۳۹. یزدانیان، علیرضا، پیشین، ص ۵۸.

۴۰. یزدانیان، علیرضا، پیشین، ص ۵۹.

۴۱. همان.



است که در این صورت اصالت مسئولیت کارگر در قبال خطاهای خود حفظ می‌شود و کارفرما می‌تواند پس از جبران خسارت به راننده خطاکار مراجعه کند. به دیگر سخن، از نظر زبان‌دیده باید قائل به وحدت مالک و راننده شد.

۲- شمول ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی بر حوادث ناشی از وسایل نقلیه

در قانون بیمه اجباری سال ۱۳۴۷ بحث بیمه مسئولیت مدنی دارنده مطرح شده بود و دارنده مکلف شده بود مسئولیت مدنی خود را بیمه کند ولی در قانون اصلاحی سال ۱۳۸۷ بعد از ایراد شورای نگهبان، ماده یک قانون مذکور تنها دارنده را مکلف به بیمه کردن وسیله نقلیه نمود و عبارت «مسئولیت مدنی دارنده» را از متن ماده حذف کرد. بر این اساس، اختلاف نظر پیش آمده بود که آیا قانون‌گذار شرایط مسئولیت مدنی را به قواعد عمومی ارجاع داده و مسئولیت مدنی دارنده در قانون اصلاحی منتفی شده است یا همچنان به قوت خود باقی است؟^{۴۲} نظر به اینکه همین رویکرد در قانون جدید نیز اتخاذ شده و علاوه بر آن توجه بیشتر قانون‌گذار به نظام جبران خسارت از طریق بیمه است و ترجیح آن به تنظیم قواعد خاص مسئولیت در حوزه سوانح رانندگی مشهودتر است، این پرسش در مورد قانون بیمه اجباری ۱۳۹۵^{۴۳} نیز مطرح می‌باشد. پاسخ به این پرسش می‌تواند قابلیت اعمال ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی بر برخی از موارد مسئولیت ناشی از وسایل نقلیه را مورد ارزیابی قرار دهد.

با عنایت به عنوان قانون بیمه اجباری و مطالبی که مقنن درصدد تعیین آن‌هاست، آشکارا مشخص است که مقنن در مقام ایجاد الزام برای دارنده وسیله نقلیه موتوری زمینی به تحصیل بیمه‌نامه این قبیل وسایل است تا بدین وسیله حقوق اشخاص ثالث حفظ گردد.^{۴۴} در تبصره ماده

۴۲. در خصوص این اختلاف نظر بنگرید به: طهماسبی، جواد، ۱۳۸۸، گفتمان دامنه مسئولیت در قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۸۷، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۳، شماره ۶۸، ص ۳۴ و ایزانلو، محسن، ۱۳۸۷، نقد و تحلیل قانون بیمه اجباری، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، شماره ۴، ص ۳۸.

۴۳. احمدی، خلیل، ۱۳۹۶، مهم‌ترین نوع آوری‌های قانون «بیمه اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه سال ۱۳۹۵»، پژوهش‌نامه بیمه، سال سی و دوم، شماره ۳، ص ۱۰۳.

۴۴. ماده دو این قانون مقرر می‌دارد: «کلیه دارندگان وسایل نقلیه موضوع این قانون اعم از اینکه اشخاص حقیقی یا حقوقی باشند مکلف‌اند وسایل نقلیه خود را در قبال خسارت بدنی و مالی که در اثر حوادث وسایل نقلیه مذکور به اشخاص ثالث وارد می‌شود حداقل به مقدار مندرج در ماده (۸) این قانون نزد شرکت بیمه‌ای که مجوز فعالیت در این رشته را از بیمه مرکزی داشته باشد، بیمه کنند.



دو هم تصریح شده است که مسئولیت دارنده وسیله نقلیه در تحصیل بیمه‌نامه موضوع این قانون مانع از مسئولیت شخصی که حادثه منسوب به فعل یا ترک فعل او است نیست. از سوی دیگر مقنن درصدد تعیین روابط بیمه‌گر و بیمه‌گذار در بخش مسئولیت مدنی به دنبال بروز حادثه است. بر این اساس، قانون بیمه اجباری ۱۳۹۵ در این خصوص حکم جدیدی وضع نکرده و اساساً چنین هدفی را نیز دنبال نمی‌کرده است. زیرا همان‌طور که از قسمت پایانی تبصره دو ماده ۲ قانون استنباط می‌شود، هدف قانون‌گذار در هر حال این بوده است که به دنبال حوادث ناشی از وسایل نقلیه خسارت ثالث جبران شود. در نتیجه احراز مسئولیت در حوادث ناشی از وسایل نقلیه مطابق قاعده است.^{۴۵} از این روی، مسئولیت اشخاصی که به نحوی در بروز سانحه رانندگی نقش دارند، تابع قواعد عمومی مسئولیت مدنی از جمله قانون مدنی و به‌طور خاص قانون مسئولیت مدنی است.

برخی این برداشت را محل اشکال دانسته‌اند و در تقویت استدلال خود اظهار داشته‌اند ماده ۱۲ چنین مسئولیتی را صرفاً برای کارفرمایان مشمول قانون کار پیش‌بینی کرده است. این دسته با استناد به بند (د) ماده ۱۰ قانون کار عقیده دارند^{۴۶} «با توجه به اینکه غالباً کارگر در کارگاه اشتغال دارد و در این مکان کارفرما قادر به اعمال نظارت بر کار نامبرده است، بنابراین ظاهراً مقصود ماده مذکور خسارت وارده به اشخاص ثالث در کارگاه و محیط و مکان کار است. همچنین تحمیل مسئولیت ناشی از عمل دیگری، جنبه استثنائی و خلاف قاعده دارد و در موارد مشکوک اصل عدم مسئولیت است. بنابراین تعمیم مسئولیت نیابتی به حوادث رانندگی نیاز به

تبصره ۱- دارنده از نظر این قانون اعم از مالک و یا متصرف وسیله نقلیه است و هرکدام که بیمه‌نامه موضوع این ماده را تحصیل کند تکلیف از دیگری ساقط می‌شود.

تبصره ۲- مسئولیت دارنده وسیله نقلیه در تحصیل بیمه‌نامه موضوع این قانون مانع از مسئولیت شخصی که حادثه منسوب به فعل یا ترک فعل او است نمی‌باشد. در هر حال خسارت وارده از محل بیمه‌نامه وسیله نقلیه مسبب حادثه پرداخت می‌گردد.»

۴۵. عباسلو، بختیار، ۱۳۸۶، مسئولیت مدنی ناشی از سوانح رانندگی، تهران: میزان، چاپ اول، صص ۴۸-۴۳.

۴۶. یکی از شروط قرارداد کار به موجب بند (د) ماده ۱۰ قانون کار تعیین محل انجام کار است و به موجب ماده ۴ این قانون کارگاه محلی است که کارگر به درخواست کارفرما یا نماینده او در آنجا کار می‌کند از قبیل مؤسسات صنعتی، کشاورزی، معدنی، ساختمانی، ترابری، مسافربری، خدماتی، تجاری، تولیدی، اماکن عمومی و امثال آن‌ها کلیه تأسیساتی که به اقتضای کار متعلق به کارگاه‌اند از قبیل نمازخانه، ناهارخوری، تعاونی‌ها، شیرخوارگاه‌ها، مهدکودک، درمانگاه، حمام، آموزشگاه حرفه‌ای، قرائت‌خانه، کلاس‌ها سوادآموزی و سایر مراکز آموزشی و اماکن مربوط به شوراهای و انجمن اسلامی و بسیج کارگران و ایاب و ذهاب و نظایر آن‌ها جزء کارگاه می‌باشند.



تصریح قانون دارد».^{۴۷}

در پاسخ می‌توان گفت، اولاً به رغم تفاوت ظاهری حادثه رانندگی و حادثه ناشی از کار، این دو به لحاظ منطقی می‌توانند رابطه عموم و خصوص من وجه داشته باشند به این معنی که برخی حوادث کار، همزمان نوعی حادثه رانندگی هم محسوب می‌شود. در موارد تردید بین این که آیا حادثه‌ی مشمول حوادث رانندگی است یا ناشی از کار، اگر رابطه تبعیت وجود داشته باشد، اصل بر تحقق حادثه ناشی از کار است مگر این که امر دیگری مانند دخالت وسیله نقلیه احراز شود بنابراین در مورد وسایل مورد تردید (کالسکه، جرثقیل و مانند آن)، قواعد مربوط به حوادث کار و مسئولیت کارفرما اعمال می‌شود.^{۴۸} دوماً، به موجب ماده ۲ قانون کار کارگر کسی است که به هر عنوان در مقابل دریافت حق السعی اعم از مزد، حقوق، سهم، سود و سایر مزایا به درخواست کارفرما کار می‌کند. این ماده حاکی از آن است که کارگر باید تحت نظارت کارفرما کار کند تا رابطه کاری بین او و کارگر محقق شود. سوماً باید به این نکته توجه داشت که آنچه باعث می‌شود کارفرما در قبال عمل کارگر مسئول شناخته شود انتفاع از فعالیت کارگر و اقتداری است که بر فعالیت‌های کارگر دارد.

از سوی دیگر مقصود از مسئولیت متبوع ناشی از عمل تابع این است که در مواردی که حقوق به شخصی اقتدار دهد تا عملی را به دیگری محول نموده و فعالیت مزبور را کنترل نماید، شخص مزبور مسئول خساراتی است که از فعل شخص تحت کنترل وارد شده است، حتی اگر در قانون به عنوان مصداق ذکر نشده باشد و یا نتوان عناوین کارگر و کارفرما بر آن‌ها نهاد.^{۴۹} علاوه بر این، مخالفان در ادامه با اتکای به نظریه شماره ۷/۱۴۳۸ مورخ ۸۱/۳/۱ اداره حقوقی قوه قضاییه^{۵۰} به این نکته اشاره کرده‌اند که «با توجه به اینکه در خصوص مسئولیت

۴۷. عباسلو، بختیار، ۱۳۹۱، مسئولیت مدنی ناشی از سوانح رانندگی، تهران: میزان، چاپ سوم، صص ۲۲۶-۲۲۵.

۴۸. خدابخشی، عبدالله، ۱۳۹۵، جبران خسارت کارگران در نظام مسئولیت مدنی، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، صص ۳۸۷-۳۸۵.

۴۹. یزدانیان، پیشین، ص ۴۳.

۵۰. در این نظریه آمده است: «اگرچه ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی سال ۱۳۳۹ مقرر داشته کارفرمایانی که مشمول قانون کار هستند مسئول جبران خسارات می‌باشند که از طرف کارکنان اداری یا کارگران آنان در حین کار یا به مناسبت آن وارد شده است.» اما با توجه به اینکه در خصوص خسارات ناشی از تصادف وسیله نقلیه موتوری زمینی در ماده ۱ قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل اشخاص ثالث مصوب ۱۳۴۷ و مواد ۳۳۶ و ۷۱۴ به بعد قانون مجازات اسلامی مقررات خاصی وجود دارد که بر اساس این مقررات راننده یا متصدی وسیله نقلیه مقصر در بروز حادثه مسئول پرداخت خسارت و دیه و



مدنی و کیفری ناشی از حوادث رانندگی مقررات خاصی وجود دارد از جمله مقررات مندرج در قانون مجازات اسلامی و ماده ۴ قانون ایمنی راه‌ها و راه‌آهن و تبصره ماده ۸۵ قانون نحوه رسیدگی به تخلفات و اخذ جرائم همواره مسئولیت مدنی و کیفری را متوجه راننده وسیله نقلیه اعلام نموده است. بنابراین، در این خصوص نمی‌توان به ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی استناد نمود.^{۵۱}

در پاسخ باید گفت، نظریه اداره حقوقی قوه قضائیه ناظر به قانون سال ۱۳۴۷ است که منسوخ می‌باشد. بنابراین اگر هم قائل بر این باشیم که قانون گذار در قانون سال ۱۳۴۷ بر قانون مدنی یا قانون مسئولیت مدنی تخصیص زده بود در حال حاضر نمی‌توان این ادعا را مطرح کرد. زیرا با ملاحظه عنوان قانون سال ۱۳۹۵ و مقررات مختلف آن می‌توان استنباط کرد که رویکرد مقنن در مورد مسئولیت مدنی به کلی دگرگون شده است و قطع نظر از تنظیم قواعد مسئولیت در این حوزه، صرفاً به پرداخت خسارت از محل بیمه نظر دوخته است.^{۵۲}

رویه قضائی نیز جبران خسارت را از مجرای سایر اصول و قواعد و مبانی عملی می‌دانست و به قوانین بیمه اجباری به عنوان مبنایی برای تعیین مسئولیت توجه نداشته است.^{۵۳} به دیگر سخن، گرچه قانون سابق ابتدا دارنده را مسئول جبران خسارت می‌دانست و آنگاه برای پوشش آن بیمه را اجباری می‌کرد، اما رویه قضائی مسئولیت مذکور را فی‌الجمله می‌دانست و تفصیل آن مشتمل بر مبنا و شرایط مسئولیت را بر اساس سایر قواعد دنبال می‌کرد زیرا قانون سابق هیچ مبنایی را پیشنهاد نمی‌کرد و با این وضع رویه قضائی به صورت قاطع بر اساس سایر مقررات،

تحمل کیفر می‌باشد. برای اینکه چه کسی مسئولیت جبران خسارات وارده به اشخاص ثالث یا پرداخت دیه را بر عهده دارد باید طبق مقررات اخیر التصویب اقدام شود.

۵۱. عباسلو، بختیار، ۱۳۹۱، مسئولیت مدنی ناشی از سوانح رانندگی، تهران: میزان، چاپ سوم، ص ۲۲۶.

۵۲. در زمان حکومت قانون سابق نیز رویکرد قانون‌گذار به نحوی بوده که قلمرو قانون سابق را بیشتر به قوانین بیمه‌ای نزدیک می‌کرد تا قوانین مسئولیت. در این خصوص بنگرید به: خدابخشی، عبدالله، ۱۳۹۰، مسئولیت مدنی ناشی از حوادث رانندگی و تحولات آن در حقوق ایران، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۵، شماره ۷۴، ص ۱۱۱-۱۱۰.

۵۳. رأی وحدت رویه شماره ۱۳ مورخ ۱۳۶۲/۷/۶ هیات عمومی دیوان عالی کشور. در این رأی که به اتفاق آرا صادر شده آمده است: «چنانچه قتل خطئی باشد و کسی که ارتکاب آن به او نسبت داده شده است هیچ‌گونه خلافی مرتکب نشده باشد و وقوع قتل هم صرفاً به لحاظ تخلف مقتول باشد، راننده مسئول نبوده و بالتبیین رأی شعبه ۲ دادگاه کیفری مشهد به اتفاق آرا تأیید می‌شود.» بر همین اساس این رأی دلالت بر پذیرش نظریه مبتنی بر خطا و تقصیر داشته و از مفاهیمی مانند دارنده سخن به میان نیآورده است. بنگرید به روزنامه رسمی شماره ۱۱۲۷۰ به تاریخ ۱۳۶۲/۸/۱۴.



به‌ویژه قانون مجازات اسلامی و نظریه تقصیر و تسبیب، به تحلیل مسئولیت می‌پرداخت. مخلص کلام اینکه، قانون بیمه اجباری خسارات وارده شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه مصوب ۱۳۹۵ با حذف عبارت «مسئولیت مدنی دارنده» از عنوان قانون و همچنین تکلیف شرکت‌های بیمه و صندوق تأمین خسارت‌های بدنی به پرداخت خسارت به اشخاص زیان‌دیده مسئولیت اشخاص را از قانون بیمه جدا کرده است.^{۵۴}

علاوه بر این، در قانون جدید بیمه اجباری در سوانح رانندگی مسئولیت اشخاصی که به نحوی در سوانح رانندگی دخیل باشند به رسمیت شناخته شده است. ماده ۱۶ این قانون مقرر نموده است:

«چنانچه به حکم مرجع قضائی اثبات شود، عواملی نظیر نقص راه، نبودن یا نقص علائم رانندگی و نقص تجهیزات مربوط یا عیب ذاتی وسیله نقلیه، یا ایجاد مانع توسط دستگاه‌های اجرایی یا هر شخص حقیقی یا حقوقی دیگر در وقوع حادثه مؤثر بوده است، بیمه‌گر و صندوق پس از پرداخت خسارت زیان‌دیده می‌تواند برای بازیافت به نسبت درجه تقصیر که درصد آن در حکم دادگاه مشخص می‌شود به مسیبان ذی‌ربط مراجعه کند...»

از سوی دیگر، قوانین بیمه اجباری دارای عیوب متعددی از جمله عدم تعیین دخالت ثالث هستند به نحوی که نمی‌توان به عنوان یک قانون جامع و کامل ناظر به تعیین قواعد عمومی مسئولیت مدنی ناشی از حوادث وسایل نقلیه زمینی از آن‌ها یاد کرد.^{۵۵} علاوه بر این، بر اساس تبصره دوم ماده دو قانون بیمه اجباری ۱۳۹۵ مسئولیت دارنده در تحصیل بیمه‌نامه موضوع قانون یاد شده مانع از مسئولیت شخصی نیست که حادثه منسوب به فعل یا ترک فعل او است. بر همین اساس می‌توان گفت در قانون جدید قانون‌گذار ترجیح داده است تا در مورد خسارت ناشی از حوادث رانندگی به قواعد عمومی مسئولیت مدنی و مسئولیت واردکنندگان خسارت اکتفا نماید و در کنار نظام مسئولیت مدنی، نظام خاص جبران خسارت از طریق ایجاد بیمه اجباری و صندوق تأمین خسارات جانی را ایجاد نماید.^{۵۶}

برخی دیگر از مخالفان شمول ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی بر سوانح رانندگی در جهت تقویت ادعای خود استدلال کرده‌اند که برابر قانون، حمل و نقل مسافر بین خطوط بین‌شهری

۵۴. احمدی، خلیل، ۱۳۹۶، مهم‌ترین نوع آوری های قانون «بیمه اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه سال ۱۳۹۵»، پژوهش‌نامه بیمه، سال سی و دوم، شماره ۳، ص ۱۰۳.

۵۵. در این خصوص بنگرید به: طهماسبی، جواد، ۱۳۸۸، گفتمان دامنه مسئولیت در قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۸۷، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۳، شماره ۶۸، ص ۳۱-۶۳.

۵۶. بابائی، ایرج، ۱۳۹۶، حقوق بیمه (ویراست ۳: با تجدیدنظر و اضافات)، تهران: سمت، چاپ چهاردهم، صص ۲۱۵-۲۱۴.



باید توسط شرکت‌ها و مؤسساتی صورت گیرد که به ثبت رسیده‌اند. بنابراین، دارندگان اتوبوس‌هایی که در حمل و نقل مسافر بین خطوط بین‌شهری فعالیت می‌کنند مکلف هستند وارد یکی از شرکت‌های حمل و نقل ثبت شده بشوند و حمل و نقل مسافر خارج از این چارچوب غیرقانونی است و رابطه مابین شرکت حمل و نقل و مسافری را به جهت اهمیت مسأله حمل و نقل و خطراتی که از آن ناشی می‌شود مشمول ماده ۳۸۶ قانون تجارت دانسته‌اند.^{۵۷}

در مقابل فارغ از اختلاف‌نظرهایی که در مورد حوزه شمول ماده ۳۸۶ قانون تجارت درباره تسری مسئولیت متصدیان نسبت به جان مسافران وجود دارد^{۵۸} باید یادآور شد، وجود این ماده به هیچ عنوان مانع از قابل اعمال بودن حکم ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی بر سوانح رانندگی نیست. زیرا به فرض حکومت آن بر موارد ناشی از سوانح رانندگی، ماده ۳۸۶ صرفاً می‌تواند در روابط بین سرنشینان و متصدی حمل و نقل حکم فرما باشد. این در حالی است که اعمال ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی بر سوانح ناشی از خودرو قلمرو مسئولیت کارفرما را گسترش می‌دهد و به این ترتیب، ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی در قیاس با ماده ۳۸۶ قانون تجارت از جامعیت بیشتری برخوردار خواهد بود. از سوی دیگر، وجود اختلاف‌نظر در مورد تسری مسئولیت مقرر در ماده ۳۸۶ قانون تجارت به جان مسافران از استحکام آن می‌کاهد. به همین خاطر صواب آن است که در انتخاب بین ماده ۳۸۶ قانون تجارت و ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی به ماده اخیرالذکر متمایل شد که علاوه بر جامعیت بیشتر و حوزه شمول گسترده‌تر، قاعده‌ای است که به حوزه حقوق مسئولیت مدنی تعلق دارد.

برخی از نویسندگان نیز با عنایت به این موضوع، ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی را در برخی موارد مسئولیت مدنی ناشی از وسایل نقلیه جاری دانسته‌اند و در این باره به هنگام ارزیابی مسئولیت متصدی حمل و نقل جاده‌ای مسافر، به عنوان کارفرما، حکم بر این داده‌اند که «اگر شرکت یا موسسه مسافربری دارنده خودرو باشد، راننده و کمک راننده آن کارگر شمرده می‌شوند و متصدی حمل و نقل کارفرمای آنان است. در این صورت در حدود ماده ۱۲ مسئول خساراتی

۵۷. امیری قائم مقامی، عبدالحمید، ۱۳۸۶، حقوق تعهدات، تهران: میزان، چاپ دوم، جلد اول، ص ۳۱۰.

۵۸. برخی بر این عقیده هستند که قانون تجارت در تعریف متصدی حمل و نقل در ماده ۳۷۷ صرفاً به حمل اشیاء اشاره کرده است و لذا تصدی به حمل مسافر از شمول این قانون خارج است. در مقابل برخی بر این باورند که هم حمل مسافر و هم حمل اشیاء هر دو مشمول قانون تجارت هستند. به ترتیب بنگرید به: فخاری، امیرحسین، ۱۳۸۷، لزوم تصویب مقرراتی در مورد حمل و نقل جاده‌ای مسافر، مجله هیات و حقوق، شماره ۲۸، ص ۶۲ و عبادی بشیر، مقصود، ۱۳۹۷، نظام حقوقی جبران خسارات ناشی از حوادث رانندگی، تهران: مجد، صص ۵۶-۵۵.



است که حین کار آنان یا به مناسبت آن به مسافر وارد می‌شود.^{۵۹} به این ترتیب گرچه این نویسندگان به‌طور کلی قابل اعمال بودن ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی را در سوانح رانندگی محرز دانسته‌اند ولی بحث خود را صرفاً محدود به مسئولیت مدنی متصدی حمل و نقل کرده‌اند که نتایج حاصل از آن صرفاً معطوف به روابط ثالث و متصدیان حمل و نقل است. این در حالی است که در صورت احراز رابطه کارگری و کارفرمایی بین هر شخص و راننده و دخالت کارفرما در وقوع حادثه رانندگی، نه تنها در روابط بین سرنشینان بلکه در روابط بین وی و سایر اشخاص ثالث می‌توان قائل به جاری بودن حکم ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی بود.

نتیجه

حوادث رانندگی را نمی‌توان همواره ناشی از فعل یا ترک فعل شخص واحد دانست. عوامل، متعددی در بروز حوادث ناشی از وسایل نقلیه و ورود زیان به زیان‌دیده نقش ایفا می‌کنند. امکان احراز مسئولیت اشخاصی به غیر از افراد حاضر در صحنه حوادث رانندگی و تصور مسئولیت برای کارفرمایان دور از صحنه حوادث نه تنها موجب کاهش سوانح و کاهش حوادث ناشی از وسایل نقلیه می‌شود، بلکه می‌توان اهداف حقوق مسئولیت مدنی را در این موارد تحقق بخشید. در نظام‌های حقوقی مختلف، هم در امر قانون‌گذاری و هم در مرحله اعمال و اجرای قانون، به این مهم توجه شده است. در حقوق ایران قانون خاص یا مقرر صریحی وجود ندارد تا بتواند بر تمام مواردی اعمال شود که در آن عوامل متعددی در بروز سانحه رانندگی و ورود زیان نقش داشته‌اند. با این حال قانون‌گذار در قانون بیمه اجباری این مهم را به‌طور کامل از نظر دور نداشته است و در ماده ۱۶ امکان مسئول شناختن اشخاص متعدد را در سوانح رانندگی به رسمیت شناخته است که می‌توان آن را به مسئولیت کارفرمایان نیز تسری داد. پیش از این به موجب تبصره ۳ ماده ۱۴ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی این امر به رسمیت شناخته شده بود لکن ماده ۱۶ قانون بیمه اجباری با تفصیل بیشتری به این موضوع پرداخته است و از جمله نقص تجهیزات یا عیب ذاتی وسیله نقلیه را از عوامل بروز حوادث رانندگی تلقی کرده است. با استفاده از این دو مقرر و با عنایت به ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی می‌توان مسئولیت مدنی ناشی از فعل غیر را در مسئولیت مدنی ناشی از حوادث رانندگی نیز جاری دانست و در بستری که به واسطه ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی فراهم می‌شود آن را به روابط مالک و راننده هم تسری داد. این امر همچنین زمانی اهمیت می‌یابد که با تفسیر مضیق تحدید مسئولیت موضوع تبصره سوم ماده ۸ قانون بیمه اجباری به تحدید مسئولیت بیمه‌گر و تصور مسئولیت کامل برای بیمه‌گذار، زیان‌دیده

۵۹. اورک بختیاری، حسنعلی، ۱۳۹۱، مبانی و اصول مسئولیت مدنی خودرو: رونمایی از «سامانه مسئولیت مدنی جمعی»، تهران: کالج، ص ۳۵۳.

استحقاق دریافت خسارت مازاد بر سقف مسئولیت تحدید شده را از کارفرما داشته باشد.



منابع و مأخذ

الف - منابع فارسی

کتاب

- امیری قائم‌مقامی، عبدالمجید، ۱۳۸۵، حقوق تعهدات، جلد اول، تهران: نشر میزان، چاپ دوم.
- اورک بختیاری، حسعلی، ۱۳۹۱، مبانی و اصول مسئولیت مدنی خودرو: رونمایی از «سامانه مسئولیت مدنی جمعی»، تهران: کالج.
- بابائی، ایرج، ۱۳۹۶، حقوق بیمه (ویراست ۳: با تجدیدنظر و اضافات)، تهران، سمت، چاپ چهاردهم.
- خدابخشی، عبدالله، ۱۳۹۵، جبران خسارت کارگران در نظام مسئولیت مدنی، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم.
- صفائی، سید حسین و رحیمی، حبیب‌الله، ۱۳۸۹، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، تهران: سمت.
- عبادی بشیر، مقصود، ۱۳۹۷، نظام حقوقی جبران خسارات ناشی از حوادث رانندگی، تهران: مجد.
- عباسلو، بختیار، ۱۳۸۶، مسئولیت مدنی ناشی از سوانح رانندگی، تهران: میزان، چاپ اول.
- عباسلو، بختیار، ۱۳۹۱، مسئولیت مدنی ناشی از سوانح رانندگی، تهران: میزان، چاپ سوم.
- غلامعلی زاده، محمد، ۱۳۹۲، مسئولیت مدنی ناشی از وسایل موتورزی، تهران: شهر دانش.
- قاسم‌زاده، سید مرتضی، ۱۳۸۷، الزام‌ها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد، تهران: نشر میزان، چاپ دوم.
- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۲، الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری، مسئولیت مدنی، غصب و استیفا، تهران: موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چاپ سوم.
- محقق داماد، سید مصطفی، ۱۳۹۸، قواعد فقه، بخش مدنی (مالکیت - مسئولیت)، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ ۲۶.
- محمدی، ابوالحسن، ۱۳۸۹، قواعد فقه، تهران: نشر میزان، ویرایش چهارم، چاپ یازدهم.
- مشایخی، قدرت ا...، ۱۳۸۷، قاعده‌های فقهی، تهران: سمت، چاپ سوم.
- معین، محمد، ۱۳۸۱، فرهنگ فارسی معین، تهران، انتشارات معین، چاپ اول.

مقالات

- احمدوند، ولی‌الله، ۱۳۸۴، مطالعه تطبیقی مسئولیت مدنی کارفرما در سیستم حقوقی ایران و انگلیس، علوم انسانی (دانشگاه امام حسین)، شماره ۶۱.



- احمدی، خلیل، ۱۳۹۶، مهم‌ترین نوع آوری‌های قانون «بیمه اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه سال ۱۳۹۵»، پژوهش‌نامه بیمه، سال سی و دوم، شماره ۳.
- ایزانلو، محسن، ۱۳۸۷، نقد و تحلیل قانون بیمه اجباری، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، شماره ۴.
- بابائی، ایرج، ۱۳۸۰، مبنای مسئولیت کارفرمایان در ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی، مجله پژوهش حقوق و سیاست، سال سوم، شماره ۵.
- خدابخشی، عبدالله، ۱۳۹۰، مسئولیت مدنی ناشی از حوادث رانندگی و تحولات آن در حقوق ایران، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۵، شماره ۷۴.
- طهماسبی، جواد، ۱۳۸۸، گفتمان دامنه مسئولیت در قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۸۷، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۳، شماره ۶۸.
- فخاری، امیرحسین، ۱۳۸۷، لزوم تصویب مقرراتی در مورد حمل و نقل جاده‌ای مسافر، مجله الهیات و حقوق، شماره ۲۸.
- یزدانیان، علیرضا، ۱۳۹۱، نظریه عمومی مسئولیت مدنی متبوع ناشی از عمل تابع در حقوق فرانسه و طرح آن در حقوق ایران، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۶، شماره ۷۷.

قوانین و مقررات

- آیین‌نامه راهنمایی و رانندگی، مصوب ۱۳۸۹.
- قانون اصلاحی قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث، مصوب ۱۳۸۷ مجلس شورای اسلامی.
- قانون بیمه اجباری خسارات واردشده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه، مصوب ۱۳۹۵.
- قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث مصوب ۱۳۴۷.
- قانون تجارت، مصوب ۱۳۱۱.
- قانون کار مصوب ۱۳۶۹.
- قانون مسئولیت مدنی، مصوب ۱۳۳۹.

آراء و نظرات مشورتی

- رأی وحدت رویه شماره ۱۳ مورخ ۱۳۶۲/۷/۶ هیات عمومی دیوان عالی کشور.
- نظریه مشورتی شماره ۷/۱۴۳۸ مورخ ۸۱/۳/۱ اداره حقوقی قوه قضائیه.



Books

- Etienne Montero, 1998, La Responsabilité civile du fait des bases de données, Presses universitaires de Namur.
- Fabre-Magan, Muriel, 2004, Les Obligations, Presses universitaires de France, 1^é.éd.
- Gray A., 2019, Vicarious Liability: Critique and Reform, London: Bloomsbury Publishing.
- Marc Sauzet, 1883, De la responsabilité des patrons vis-a-vis des ouvriers dans les accidents industriels, Librairie Cotillon.

Articles

- Mazeaud, Henri, Léon, Jean, Leçons. 1978, de droit civil. Obligations, T.2, volume premier, par François Chabas, Paris: Montchrestien, 6^é.éd.
- Radé, Christophe, 2007, Droit à Réparation, Responsabilité du fait d'autrui, Domaine: responsabilité des commettants", Responsabilité civile et Assurances.
- Williatte – Pellitteri, Lina, 2009, Contribution à l'élaboration d'un droit civil des éléments aléatoires dommageables, L.G.D.J lextenso édition, 1^é.éd.

Cases

- Hewitt v Bonvin, 1940
- Launchbury v Morgans, 1973.



جایگاه حقوقی ویروس کوید-۱۹

دکتر محمدجعفر حبیب زاده^۱

مقدمه:

ویروس کوید-۱۹ مانند هر ویروس مسری دیگر-خواه ساخته دست بشر یا ناشی از فعل و انفعالات طبیعی باشد-برای خود جایگاه حقوقی ویژه ای دارد که اطلاع از آنها می‌تواند در سیاست‌گذاری‌های اضطراری و فوری که مقامات مسوول در مبارزه با این پدیده اتخاذ می‌کنند و همراهی شهروندان با دولت در اجرای این سیاست‌ها و آگاهی آنان از حقوق و وظایف خود، برای اثر بخشی آنها در نظام اجتماعی و سیاسی مفید و اثرگذار باشد. در این صورت با ایجاد یک رابطه دو جانبه بین دولت و شهروندان، همدلی در اجرای تصمیم‌های مقامات مسئول موجب سرعت در مبارزه موثر با این پدیده خواهد شد و شهروندان به بهانه‌های مختلف مقررات مربوط را نقض نکنند.

در یک نظام اجتماعی سامان یافته، مبارزه با هر پدیده ناهنجار-خواه طبیعی و خواه انسانی- مستلزم شناخت جایگاه آن پدیده است، تا تصمیماتی که در مبارزه با آن و یا اصلاح وضع موجود اخذ می‌کند، بتواند مفید و موثر باشد والا تصمیمات بلااجرا باقی می‌ماند و ناهنجاری یا ویروس یا بیماری حیات خودش را ادامه خواهد داد و در نهایت می‌تواند نظام سیاسی را با فروپاشی و ایجاد نابسامانی در حوزه‌های اقتصادی و اجتماعی مواجه کند.

مقدمتاً لازم به یادآوری است که در حال حاضر مشکلات و تبعات همه جانبه ناشی از انتشار ویروس کرونا به یک دغدغه جهانی تبدیل شده و علاوه بر شهروندان، دولت‌ها و دانشمندان حوزه‌های مختلف علوم را، دل مشغول خود کرده است. بدیهی است علم پزشکی و علوم نزدیک به آن و تلاش‌گران عرصه سلامت، اولین کسانی هستند که در این زمینه نقش آفرین بوده‌اند و در خط مقدم جبهه شهدای بی‌شماری تقدیم بشریت کرده‌اند. در ایران، تلاش طلایه داران جبهه ی سلامت همراه با احساس مسئولیت دینی و ملی، خاطرات ماندگاری بر جای نهاده است که تاریخی ماندگار برای آیندگان، به خصوص جوانان علاقه مند به اعتلای ایران و نسل‌های آینده محسوب می‌شود. در این میان، جایگاه و نقش اساتید و دانش پژوهان رشته‌های مختلف حقوق نیز از اهمیت فراوانی برخوردار است.

حقوقدانان می‌توانند با نگارش گزارش‌های علمی در حوزه‌های مختلف و از منظر ایجاد



جایگاه قانونی برای حمایت از شهروندان در زمینه برخورداری از حمایت‌های قانونی دولت‌ها در شرایط مشابه، تکالیف دولت‌ها و شهروندان در این گونه شرایط برای جلوگیری از توسعه جغرافیای بیماری و ممانعت از ابتلای بیشتر افراد و دیگر موضوع‌ها، به یاری سفیدپوشان عرصه سلامت بشتابند.

در این مقاله به بررسی دو بحث مهم در زمینه ویروس کوئید-۱۹ می‌پردازیم تا زمینه برای بررسی بقیه مسایل مربوط به این موضوع فراهم شود؛ بحث اول راجع به ابعاد حقوقی ویروس کوئید-۱۹ و بحث دوم راجع به جایگاه حقوقی ستاد مبارزه با کرونا است که در حال حاضر که بیش از چهار ماه از حضور این میهمان ناخوانده می‌گذرد، برای طرح و بررسی از اهمیت بیشتری برخوردار هستند.

۱- ابعاد حقوقی بیماری کرونا و ویروس کوئید-۱۹

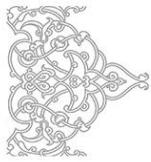
آنچه در حال حاضر در مورد پیشگیری از انتشار و توسعه جغرافیای این ویروس مورد توافق همگان قرار دارد این است که به دلیل قدرت انتقال بالای این ویروس و مدت ماندگاری آن در سطوح مختلف اجسام، عدم خروج از منزل و رعایت فاصله‌های مناسب نسبت به دیگران در جامعه، بهترین راه حل برای سالم سازی محیط است. به همین دلیل در تمامی کشورها تقریباً تمامی اماکنی که محلی برای اجتماع مردم و ایجاد تماس بین آنان است، با تصمیم مقامات مسئول تعطیل شده است. در ایران این تصمیم، البته به طور ناقص، توسط ستاد ملی مبارزه با کرونا اخذ و برای مدت کوتاهی که به نظر می‌رسد کافی نیست، به مرحله اجرا در آمد. لیکن در صورت ادامه حیات ویروس کوئید-۱۹ و اثرگذاری آن بر سلامت مردم، از منظر علم حقوق، در زمینه جلوگیری از انتشار و توسعه بیماری و به منظور تامین اقتدار دولت و مشروعیت تصمیمات متولیان که در این زمینه تصمیم سازی می‌کنند، برای برقراری نظم اجتماعی، همراه با انجام وظایف حاکمیت در مقابل شهروندان و تامین معاش و اشتغال و فعالیت‌های اقتصادی و جلوگیری از بی نظمی و حوادث ناگوار دیگر، موضوع‌ها و سوال‌های دیگری مطرح است که در شاخه‌ها و رشته‌های مختلف حقوق، از جمله حقوق عمومی، حقوق بین الملل، حقوق کیفری و حقوق بشر و نیز حقوق مالکیت فکری می‌تواند مطرح و به آنها پاسخ داده شود. از منظر حقوقی، در مواجهه با بحران کرونا، به منظور حمایت بهینه از افراد، علاوه بر برخورداری افراد از استانداردهای سلامت و مراقبت پزشکی و درمانی، باید تمامی جنبه‌های اجتماعی و اقتصادی مرتبط با بحران از جمله حق برخورداری از آب و غذای سالم، حق کار و اشتغال، حق مسکن نیز مورد توجه و حمایت قرار گیرد. قبل از آن که موضوع‌های خاص و قابل بررسی، مانند مسئولیت مدنی و کیفری انتقال دهندگان ویروس به دیگران، وظیفه دولت در زمینه تامین امنیت غذایی شهروندان برای اعمال قرنطینه و امثال این موضوع‌ها را مورد بررسی قرار دهیم، فهرستی نسبتاً جامع از ابعاد حقوقی و موضوع‌ها و سوال‌هایی که می‌تواند زمینه نگارش مقالات متعدد باشد، ارائه می‌کنیم تا در ادامه



هر یک از آنها توسط متخصصان این حوزه‌ها مورد بحث قرار گیرد و پاسخ شایسته‌ای به آنها داده شود، تا دولت و متولیان امر بتوانند از پیشنهادات مطرح برای اصلاح وضعیت موجود و اخذ تصمیمات لازم و موثر در این زمینه بهره برداری کنند.

الف- در حوزه حقوق بین الملل موضوع‌های متعدد و متنوعی قابل طرح است که به برخی از آنها اشاره می‌کنیم:

- مسئولیت بین المللی دولت‌ها در ایفای تعهد به همکاری‌های بین المللی در ارتقای حق سلامت افراد برای مبارزه با ویروس کرونا.
- مسئولیت دولتهایی که دسترسی به داروی کرونا پیدا کرده‌اند به ایجاد تسهیلات برای سایر دولت‌ها جهت دسترسی به دارو از جمله از طریق ارائه تولیدات دارویی و یا فرآیندهای تولید دارو.
- مسئولیت سازمان‌های بین‌المللی خصوصاً نهادهای پولی و مالی از صندوق بانک جهانی و صندوق بین‌المللی پول در تخصیص بودجه، اعطای وام و حمایت‌های مالی از کشورهای درگیر کرونا خصوصاً کشورهای در حال توسعه و کمتر توسعه یافته.
- وظایف و مسئولیت دولتهایی که با وجود خطر ورود ویروس، اقدامات پیش‌دستانه را اتخاذ نکرده‌اند.
- وظایف و مسئولیت دولت چین به عنوان محل اصلی انتشار ویروس در اعلام به موقع زمان حیات ویروس، صحت آمار مبتلایان و میزان مرگ و میر و چگونگی موفقیت در مبارزه با آن جهت همکاری با سایر کشورها در مبارزه با ویروس.
- وظایف و مسئولیت‌های سازمان‌ها و نهادهای بین‌المللی، از جمله سازمان بهداشت جهانی در ایجاد هماهنگی بین دولت‌ها و کمک‌های علمی و مالی به کشورهای درگیر برای ایجاد هماهنگی در سطح جهان و جلوگیری از توسعه و انتشار ویروس.
- مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی از جمله سازمان ملل متحد و نهادهای زیر مجموعه آن، در قبال تحریم‌های ناقص حقوق بشر افراد در کشورهای هدف که درگیر کرونا می‌باشند، خصوصاً در زمینه‌های دارویی و اقلام حیاتی و ضروری؛ از جمله چگونگی رفع تحریم‌های ظالمانه دولت آمریکا در زمینه‌های مختلف علیه ایران، به خصوص تحریم دارو و لوازم پزشکی و نیازهای ضروری برای تامین معیشت مردم در زمان حیات ویروس.
- ب- در حوزه حقوق عمومی نیز تعداد فراوانی موضوع قابل تحقیق وجود دارد که اهم آنها عبارتند از:
- جایگاه حقوقی ستاد مبارزه با کرونا و مسئولیت مجلس شورای اسلامی در تدوین



یک قانون جامع برای مقابله با حوادث مشابه و در کوتاه مدت، تصویب یک قانون اضطراری برای ایجاد جایگاه قانونی برای ستاد مبارزه با کرونا و مشروعیت بخشی به مصوبات آن.

- مسئولیت قانونگذار در زمینه تصویب قانون مناسب برای تامین امنیت زیستی شهروندان.
- مسئولیت قوای سه گانه، به خصوص دولت، موسسات و نهادهای عمومی که امکانات مالی و اقتصادی مردم در اختیار آنها قرار دارد، مانند شهرداری ها، ستاد اجرایی فرمان امام(ره)، آستان قدس رضوی و امثال آنها در زمینه تامین امنیت زیستی شهروندان و جلوگیری از انتشار و توسعه جغرافیای حیات ویروس و تامین نیازمندی های اساسی شهروندان به منظور رعایت مصوبات ستاد ملی مبارزه با کرونا.
- وظایف و مسئولیت های نیروهای نظامی و انتظامی در زمینه پیش گیری از انتشار ویروس و کمک به دولت برای تامین امکانات درمانی، تامین امنیت، اجرای تصمیمات ستاد ملی مبارزه با کرونا، از جمله منع مسافرت های غیر ضرور، رعایت مصوبات مربوطه توسط اشخاص حقوقی، صنایع، فروشگاه ها و سایر مکان های عمومی که زمینه اجتماع مردم و تماس بین آنها فراهم می شود و بالاخره رعایت مقررات مربوط به قرنطینه توسط شهروندان.
- وظایف و مسئولیت های اشخاص حقوق عمومی و نهادهای و سازمان هایی که در خط مقدم جبهه مبارزه با کرونا قرار دارند، مثل وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و ادارات مسئول بهداشت، بیمارستان ها و اشخاص حقوق خصوصی در جلوگیری از شیوع ویروس و آلوده شدن دیگران و تهیه و تدارک امکانات لازم برای تست شهروندان، تجهیز بیمارستان ها و تامین کادر مورد نیاز و سایر ملزومات و حمایت مادی و معنوی از کادر درمان.
- وظایف سایر سازمان ها و نهادهای مسئول دولتی و عمومی در انجام اقدامات پیش گیرانه موثر برای کاهش خطر انتقال بیماری های عفونی توسط گونه های مهاجم، مانند کوید-۱۹.
- وظایف و مسئولیت شهروندان در زمینه رعایت مقررات و مصوبات نهادهای ذی صلاح در زمینه محدودسازی حضور در اجتماع و رعایت قرنطینه در اماکن عمومی و خصوصی و شخصی.
- وظایف و مسئولیت های افراد مبتلا به ویروس کوید-۱۹ برای معالجه و درمان از طریق اعلام به مراکز تعیین شده و مراجعه به بیمارستان ها و مراکز درمانی.



- وظایف و مسئولیت سازمان ها، ادارات، کارخانجات و صناعی که کارکنان را مجبور به حضور در محل کار می کنند، لیکن تدابیر موثر پیشگیرانه را به اجرا نگذاشته اند.
- ج- در حوزه حقوق کیفری و مسئولیت مدنی نیز موضوعها و سوالهای مشابه زیادی وجود دارد که از جمله می توان به موارد زیر اشاره کرد:
- مسئولیت مدنی و کیفری افرادی که موجب انتقال و توسعه جغرافیای حیات ویروس می شوند.
- مسئولیت مدنی و کیفری سازمان ها و نهادها و افراد در صورت عدم انجام وظایف قانونی و بلا اجرا گذاشتن مصوبات ستاد ملی مبارزه با کرونا.
- مسئولیت مدنی و کیفری بیمارانی که مقررات و مصوبات ستاد ملی را رعایت نمی کنند و با بی توجهی نسبت به توصیه های ستاد مذکور و توصیه های پزشکان مبنی بر عدم خروج از منزل و لزوم رعایت مسایل بهداشتی، جان سایرین را به خطر می اندازند و موجب بیماری دیگران می شوند.
- مسئولیت مدنی و کیفری بیمارانی که در اثر بی احتیاطی یا عمد موجب انتقال ویروس به دیگران می شوند.
- بررسی مسئولیت ناشی از ایراد خسارت های بدنی و قتل های ناشی از عدم رعایت مقررات توسط بیماران.
- مسئولیت مدنی و کیفری کادر درمان، متولیان و مدیران بیمارستان های دولتی و خصوصی در زمینه معالجه بیماران و در مواردی عدم انجام وظایف قانونی و تخصصی در این زمینه.

علاوه بر موضوع هایی که اشاره شد، موضوعها و سوال های فراوان دیگری در زمینه بیماری کرونا و ابعاد حقوقی ویروس کووید-۱۹ قابل طرح است که فرصت مناسبی برای بیان تفصیلی همه آنها لازم است. به این ترتیب ویروس کووید-۱۹ پدیده ای است که برای خود جایگاه حقوقی مشخصی پیدا کرده است و در همه حوزه های حقوقی-از روش های منع گسترش تا وظایف حکومت در این زمینه و در مقابل شهروندان-می توان در مورد آن سخن گفت. از آنجا که در حوزه پزشکی، پیشگیری بر درمان اولویت دارد و در زمینه مورد بحث در جمهوری اسلامی ایران برای رسیدن به هدف مذکور ستاد ملی مبارزه با کرونا تشکیل شده است؛ بررسی جایگاه حقوقی این ستاد نیز یکی از موضوع هایی است که در ادامه به آن خواهیم پرداخت.

۲- جایگاه حقوقی ستاد ملی مبارزه با کرونا و راه حل رفع موانع قانونی

مقابله با شیوع بیماری های مسری و همه گیر یکی از نخستین حقوق شهروندان هر کشور است؛ زیرا گسترش این قبیل بیماری ها نه تنها سلامت، تمامیت جسمانی و حیات بشر را به مخاطره می اندازد، بلکه کلیه ابعاد اقتصادی، سیاسی و اجتماعی زندگی او را نیز متاثر می سازد.



بدین سان، حق بر سلامت به عنوان یکی از حقوق بنیادین بشری در اسناد ملی و بین‌المللی جایگاهی ویژه دارد. ماده ۲۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر و بند ۲ ماده ۱۲ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به عنوان اسناد بین‌المللی و اصل ۲۹ و بند ۱ از اصل ۴۳ ق.ا. ایران به عنوان قانون فرادست، حق بر سلامت را برای شهروندان به رسمیت شناخته است و برای نیل به این مقصود قانونگذار ایران در اسناد راهبردی و برنامه‌هایی نظیر قانون برنامه چهارم و پنجم توسعه تمهیداتی را اندیشیده است. متعاقب اسناد بالادستی که تنها به حقوق و تکالیف دولت‌ها و شهروندان پرداخته اند، بایستی مقرراتی صریح و روشن نیز وضع گردد تا علاوه بر تعیین وظایف شهروندان و مسئولیت‌های متولیان پیشگیری و مقابله با بیماری‌های واگیردار، ضمانت اجرای عدم تبعیت از دستورات قانونی نیز تعیین شوند. بدین سان تبعیت از سلسله مراتب مذکور و وضع قانون در این زمینه، به معنی نهادمند کردن روش‌های مقابله و پیشگیری و نیز مشروعیت بخشیدن به ضمانت اجراهای سخت و مجازات متخلفان خواهد بود.

اصل حاکمیت قانون در اداره حکومت مستلزم آن است که کلیه تصمیماتی که متولیان برای تمشیت امور جاری کشور اخذ می‌کنند و متضمن الزام شهروندان به انجام تکالیفی مشخص است، به تصویب قانونگذار برسد و ضمانت اجرای نقض و سرپیچی از اجرای این تصمیمات به طور واضح و شفاف بیان شود تا شهروندان خود را موظف به اجرای آنها بدانند. در سایه اصل مذکور و تاکید بر حقوق و آزادی‌های شهروندان، اوامر و دستورات مقامات دولتی، اداری، نظامی و انتظامی مشروعیت یافته و به جهت رعایت اصل حاکمیت قانون و انتشار قوانین موضوعه، اعمال مجازات و ضمانت اجراهای مدنی، کیفری و اداری منصفانه و عادلانه خواهد بود.

الف- تاسیس ستاد ملی مبارزه با کرونا

در پی بحران ناشی از انتشار ویروس کوئید-۱۹ در جهان، ورود این بیماری به ایران به طور رسمی در تاریخ ۲۹ بهمن ماه ۱۳۹۸ مورد تایید قرار گرفت. فقدان قوانین و مقررات روشن و شفاف در این شرایط بحرانی، موجب گشت تا در اوایل اسفند سال ۱۳۹۸ با مصوبه شورای عالی امنیت ملی "ستاد ملی مبارزه با کرونا" تشکیل گردد که ریاست آن بر عهده وزیر بهداشت گرفت. سه هفته پس از آن نیز به دلیل عدم وجود اختیارات کافی ستاد مذکور، "شورای پشتیبانی برای حمایت از تصمیمات ستاد ملی مبارزه با کرونا" به تصدی ریاست جمهوری وارد عرصه مدیریت این بحران شد. از آن جا که تصمیمات ستاد مذکور بر ساز و کارهای قانونی و مصوبات قابل انتشار منطبق نبود؛ رئیس مجلس شورای اسلامی به عنوان رئیس قوه قانونگذاری طی یک مصاحبه مطبوعاتی اظهار داشت: «بایستی ستاد مذکور قدرت کافی داشته باشد و تمام بخش‌ها مکلف به تبعیت از دستورات ستاد ملی مبارزه با کرونا می‌باشند». النهایه برای اولین بار در طول تاریخ حقوق ایران با تصویب ستاد مذکور در تاریخ ۱۰ اسفند ۱۳۹۸، مجلس شورای اسلامی به عنوان تنها مرجع قانونگذاری ایران به مدت یکماه به جهت جلوگیری از انتشار



ویروس کوید-۱۹ تعطیل شد. این امر در شرایطی صورت گرفت که در این مقطع حساس و بحرانی، جامعه نیازمند تدبیر و ابتکار عمل نمایندگان خود بود. تدوین قوانین و مقررات مناسب با وضعیت حادث شده برای پیشگیری و مقابله با بیماری خطرناک کرونا و نیز برخورد قاطعانه با متخلفان تنها در حیطه اختیارات مجلسی بود که توسط ستاد ملی مبارزه با کرونا به تعطیلی کشیده شد! و فلسفه وجودی قوه مقننه در قانون اساسی لوث گردید. در واقع دستور تعطیلی مجلس منجر به تعطیلی اصل ۶۳ قانون اساسی گردید. بر اساس اصل مذکور: «دوره نمایندگی مجلس شورای اسلامی چهار سال است. انتخابات هر دوره باید پیش از پایان دور قبل برگزار شود به طوری که کشور در هیچ زمان بدون مجلس نباشد». با تصمیم مذکور در زمان تعطیلی کشور فاقد مجلس گردید و اصل مذکور نقض شد. اهمیت دایر بودن مجلس شورای اسلامی تا آنجاست که در اصل ۶۸ ق.ا. در مورد توقف انتخابات در زمان جنگ و اشغال نظامی مقرر می‌دارد که در صورت عدم تشکیل مجلس جدید، مجلس سابق هم‌چنان به کار خود ادامه خواهد داد. بدین ترتیب ضرورت برگزاری جلسات مجلس شورای اسلامی و عدم تعطیلی آن با وجود امکان برگزاری جلسات با رعایت نکات بهداشتی و یا از طریق ویدیو کنفرانس یا سایر امکانات، امری واضح و روشن است و به هیچ وجه تعطیلی مجلس قابل توجیه نبود و در صورت نیاز، مجلس خود باید در این زمینه تصمیم‌گیری می‌کرد. انفعال نمایندگان مجلس شورای اسلامی درست در زمانی که مردم بیش از هر زمان دیگر نیازمند حضور فعال آنان بودند، تا جایی پیش رفت که به‌رغم تصمیم نمایندگان مجلس به برگزاری جلسه علنی، پس از یک ماه تعطیلی در تاریخ ۱۰ فروردین ۱۳۸۹؛ وزیر بهداشت به عنوان رئیس "ستاد ملی مبارزه با کرونا" طی نامه‌ای از ریاست قوه مقننه خواست که مجلس دو هفته دیگر تعطیل باقی بماند.

ب- ابهام‌های حقوقی در تشکیل ستاد

تصمیم به تشکیل "ستاد ملی مبارزه با کرونا" با مصوبه شورای عالی امنیت ملی صورت گرفت. صرف‌نظر از لزوم رعایت اصل حاکمیت قانون در همه زمان‌ها و در همه شرایط، چنانچه استدلال شود که تشکیل ستاد مذکور با استناد به بند ۸ اصل ۱۱۰ ق.ا. در مواردی که معضلات نظام از طرق عادی قابل حل نیست، از اختیارات رهبری است. پاسخ این است که بر اساس بند مذکور تعیین سیاست‌های کلی نظام از اختیارات رهبری پس از مشورت با مجمع تشخیص مصلحت نظام است که در این زمینه مشورتی صورت نگرفته است و اصولاً پرهیز از ایجاد زمینه‌های غیر ضروری برای استفاده از اصل مذکور ایجاب می‌کند در صورتی که به اضطرار این مشورت صورت نگرفته باشد، در زمان حاضر که حالت اضطرار و ضرورت رفع شده است، تصویب قانون متناسب با وضعیت موجود توسط مجلس شورای اسلامی امری حیاتی است.

پس از طرح ابهام فوق، سوالی که در این‌جا مطرح می‌شود این است که آیا "ستاد ملی مبارزه با کرونا" از لحاظ سلسله مراتب وضع قوانین و مقررات می‌تواند با صدور اطلاعیه و



دستورالعمل اقدام به تعطیلی مجلس، اماکن فرهنگی و هنری و تعطیلی محل کسب و کار اشخاص و صدور دستور برای قرنطینه اجباری افراد و منع آمد و شد افراد و وسایل نقلیه نماید و در مورد اعمال ضمانت اجراهای کیفی و مدنی در مورد متخلفان، از جمله صدور دستور توقیف اتومبیل متخلفان و الزام آنان به پرداخت جریمه پانصد هزار تومانی تصمیم بگیرد؟ به نظر می‌رسد آشفتگی در تصمیم‌گیری جهت مقابله با اپیدمی کرونا و ویروس و اظهارات ضد و نقیض مسولان و از همه مهم تر عدم توجه مردم به اطلاعیه‌ها و مصوبات ستاد مذکور حکایت از آن دارد که دستورات و تصمیمات اتخاذ شده از آنجا که در بستر قانونی شکل نیافته است، نمی‌تواند کارایی لازم داشته باشد؛ زیرا شهروندان به خوبی می‌دانند که جریمه نقدی، توقیف اتومبیل و منع رفت و آمدها نیاز به قانون مصوب مجلس شورای اسلامی دارد و نقض تصمیمات ستاد ملی مبارزه با کرونا، با وضعیت موجود فاقد هرگونه ضمانت اجرای قانونی است.

ج- راه حل‌های موجود برای رفع ابهام

سوالی که در این جا قابل طرح است این که آیا در مجموعه قوانین و مقررات جاری، مستند قانونی لازم برای مبارزه و پیشگیری از بیماری کرونا از طریق اعمال محدودیت‌های مورد اشاره، بدون تشکیل ستاد مذکور وجود دارد تا دولت با نقض قانون اساسی مواجه نشود؟ گرچه قوانین و مقررات موجود کفایت لازم برای حل معضلات حادث شده را ندارد و قطعاً نیازمند تدوین مقررات جامع و مانع در این زمینه هستیم، اما مستندات زیر می‌تواند بخشی از اهداف مذکور را بدون الزام به نقض قانون اساسی و تشکیل یک ستاد با مصوبه شورای امنیت ملی، تامین کند:

اول- به موجب اصل ۱۲۷ ق.ا. رییس جمهور می‌تواند در موارد خاص، بر حسب ضرورت با تصویب هیات وزیران نماینده یا نمایندگانی ویژه با اختیارات مشخص تعیین نماید. در این موارد تصمیمات نماینده یا نمایندگان مذکور در حکم تصمیمات رییس جمهور و هیات وزیران خواهد بود. هم‌چنین به موجب قسمت اخیر اصل ۱۳۸ ق.ا. «...دولت می‌تواند تصویب برخی از امور مربوط به وظایف خود را به کمیسیون‌های متشکل از چند وزیر واگذار نماید. مصوبات این کمیسیون‌ها در محدوده قوانین پس از تایید رئیس جمهور لازم‌الاجرا است. تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولت و مصوبات کمیسیون‌های مذکور در این اصل، ضمن ابلاغ برای اجرا به اطلاع رئیس مجلس شورای اسلامی می‌رسد تا در صورتی که آنها را بر خلاف قوانین بیابد، با ذکر دلیل برای تجدیدنظر به هیات وزیران بفرستند». صرف‌نظر از اختلاف نظرهای موجود در زمینه تفسیر اصول مذکور و این که با وجود اصل ۱۳۸ چرا در بازنگری قانون اساسی اصل ۱۲۷ با محتوای مشابه تصویب شد؛ در حال حاضر برای اداره امور مربوط به مبارزه با بیماری کرونا که جنبه خاص و اضطراری دارد، دولت می‌توانست به روال عادی، از اختیارات ناشی از اصول مذکور استفاده کند و موضوع را به "شورای امنیت ملی" که در موارد ویژه دارای اختیارات تصمیم‌گیری



است و برای اجرای مصوبات آن تایید رهبری نیز لازم است، ارجاع ندهد.

دوم- مجلس شورای اسلامی در تاریخ ۱۳۹۸/۵/۷ به منظور ارتقای توانمندی جامعه در امور پیش‌بینی و پیشگیری، کاهش خطر و آسیب‌پذیری، پاسخ مؤثر در برابر مخاطرات طبیعی، حوادث و بحران‌ها، تأمین ایمنی، تقویت تاب‌آوری با ایجاد مدیریت یکپارچه در امر سیاست‌گذاری، برنامه‌ریزی، ایجاد هماهنگی و انسجام در زمینه‌های اجرایی و پژوهشی اطلاع‌رسانی متمرکز، ساماندهی و بازسازی مناطق آسیب‌دیده و نظارت دقیق بر فعالیت دستگاه‌های ذی‌ربط در حوزه حوادث و سوانح و کمک به توسعه پایدار برای مدیریت بحران کشور، قانون "مدیریت بحران کشور" را تصویب کرد. با توجه به ماده ۲ قانون مذکور: «قوای سه‌گانه جمهوری اسلامی ایران اعم از وزارتخانه‌ها، سازمان‌ها، مؤسسات و شرکتهای دولتی، مؤسسات انتفاعی وابسته به دولت، بانک‌ها و مؤسسات اعتباری دولتی، شرکتهای بیمه دولتی و همچنین مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی، مؤسسات عمومی، بنیادها و نهادهای انقلاب اسلامی، نیروهای نظامی، امنیتی و انتظامی، کلیه نهادها و واحدهای زیر نظر مقام معظم رهبری با اذن معظم‌له و دستگاه‌ها و واحدهایی که شمول قانون بر آنها مستلزم ذکر یا تصریح نام است، اعم از اینکه قانون خاص خود را داشته یا از قوانین و مقررات عام تبعیت کنند و مؤسسات و شرکتهای وابسته یا تابعه آنها مشمول این قانون می‌باشند»، اجرای قانون مذکور می‌توانست دغدغه‌های پنهان دولت را در زمینه هماهنگی بین سازمان‌های نظامی و غیر نظامی مرتفع سازد. به موجب تبصره ماده ۴ قانون مذکور، کلیه سندها و برنامه‌های ذکر شده از زمان لازم‌الاجرا شدن این قانون حداکثر ظرف مدت شش ماه تهیه و مراحل تصویب آن طی می‌شود. شورای عالی مدیریت بحران به ریاست رئیس جمهور یا معاون اول و ترکیبی از اکثر قریب به اتفاق نهادهای نظامی و غیر نظامی و اقتصادی ملی و محلی تشکیل شده است که در موارد اضطراری تصمیمات آنها می‌تواند همه موضوعات را پوشش دهد. با توجه به پیش‌بینی ستادهای استانی و محلی در قانون و اختیارات مبسوط و وسیعی که برای آنها پیش‌بینی شده است، به نظر می‌رسد برای جلوگیری از تشکیل نهادهای موازی و نقض موردی قانون اساسی، بهترین راه حل، اجرای این قانون بود که البته توسط برخی از نمایندگان مجلس شورای اسلامی هم در این زمینه به دولت تذکر داده شد.

سوم- در صورتی که دولت تصمیم بر آن داشت تا وزارت بهداشت را در خط مقدم جبهه سیاست‌گذاری و تصمیم‌گیری قرار دهد، راه حل دیگر استفاده از امکانات ناشی از "قانون اجازه الحاق دولت ایران به سازمان بهداشت جهانی" مصوب سال ۱۳۲۷ بود. بر اساس این قانون که دولت ایران به سازمان مذکور ملحق شد و این الحاق مستلزم همکاری با سازمان مذکور و رعایت دستورالعمل‌های سازمان در شرایطی است که پدیده‌هایی مثل انتشار بیماری‌های واگیردار جهان را با خطرات جدی مواجه می‌کند. بر اساس ماده ۱ اساسنامه سازمان مذکور، هدف سازمان بهداشت جهانی بالا بردن سطح سلامتی تمام افراد بشر است. بر اساس ماده ۲ اساسنامه، این



سازمان برای نیل به هدف خود می‌تواند اقدامات زیر را انجام دهد: الف- اموری را که مربوط به سلامتی است و جنبه بین‌المللی دارد. ب- برقراری و حفظ همکاری عملی با ملل متحد. ج- تهیه معاونت‌های فنی مخصوص و در موارد فوری مساعدت‌های لازم به حکومت‌هایی که درخواست این معاونت‌ها و مساعدت‌ها را بنمایند. د- تقویت و توسعه اقدامات برای مرتفع ساختن امراض ساریه و غیر ساریه و غیره. ه- تقویت و راهنمایی هر نوع تحقیق و پژوهشی که مربوط به سلامتی و بهداشت باشد. و- در صورت ضرورت و در حدود توانایی متحدالشکل نمودن سبک تشخیص امراض. بر اساس ماده ۲۱ اساسنامه فوق مجمع بهداشت اختیار دارد آیین‌نامه‌ها و مقرراتی در باره هر اقدام صحتی و قرنطینه‌ای و یا هر عملی که باعث جلوگیری سرایت مرضی از کشوری به کشور دیگر گردد، تدوین نماید و بر اساس بند ط ماده ۲۸ این اساسنامه، یکی از وظایف رئیس شورای اجرایی سازمان، اخذ تصمیم فوری در مورد هر پیش آمد فوری، در حدود وظایف و توانایی مالی سازمان است و مخصوصاً می‌تواند به مدیر کل اجازه دهد تا اقدامات لازم برای جلوگیری از امراض ساری به عمل آورد. به این ترتیب، با توجه به این که در دستورات سازمان مذکور الزام به انجام قرنطینه توسط دولت‌ها توصیه شده است، دولت می‌توانست با استناد به الزامات مذکور، با پیش بینی برخی محدودیت‌ها و یا دستور قرنطینگی، بدون آن که نیاز به مصوبه شورای امنیت ملی باشد، مبارزه با کرونا را سامان دهد. هم‌چنین بر اساس ماده ۲۵ آیین نامه بهداشت محیط مصوب ۱۳۷۴/۴/۲۴ هیات وزیران: «هر اقدامی که تهدیدی برای بهداشت عمومی شناخته شود، ممنوع می‌باشد. وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی موظف است پس از تشخیص هر مورد از مواردی که در حیطه وظایف این وزارت است، راساً اقدام قانونی معمول و در سایر موارد موضوع را به مراجع ذیربط جهت انجام اقدام‌های قانونی فوری اعلام نماید. متخلفان از مقررات بهداشت عمومی، تحت پیگرد قانونی قرار خواهند گرفت». بر اساس ماده ۹ آیین نامه مذکور: «وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی علاوه بر وظیفه قانونی مبارزه با ناقلین بیماری‌ها عهده دار نظارت بر امر مبارزه با بندپایان، جوندگان و حیوانهای ناقل بیماری‌ها نیز می‌باشد. مراجع ذی‌ربط ملزم به رعایت دستورالعمل‌های بهداشت محیطی این وزارتخانه در این مورد هستند».

از مواد مذکور استنباط می‌شود که افرادی که مبتلا به بیماری کرونا هستند و تهدیدی برای بهداشت عمومی محسوب می‌شوند و تردد آنها در معابر عمومی و سطح شهرها برای بهداشت عمومی خطرناک است، باید تابع مصوبات وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی باشند. در این صورت اگر وزارت مذکور تشخیص دهد برای جلوگیری از انتقال ویروس به دیگران قرنطینه هم لازم است، باید رعایت شود والا متخلف دارای مسئولیت خواهد بود. هرچند عدم رعایت مصوبات مذکور دارای ضمانت اجرای روشن و شفافی نیست و قانون صرفاً به عبارت مبهم



«تحت پیگرد قانونی قراردادن» اکتفاء کرده است. بنظر می‌رسد همان گونه که عدم قرنطینه شهرها توسط دولت، نمی‌تواند مجوزی برای افراد مبتلا به ویروس برای تردد و حضور در اماکن عمومی باشد که لازمه آن اطلاع رسانی صحیح و قاطع دولت در این زمینه است؛ فقدان ضمانت اجرای مناسب برای مصوبات مذکور هم مانع تصمیم‌گیری وزارت بهداشت در زمینه پیش‌بینی راه‌های مناسب مبارزه با بیماری مذکور نیست. از سوی دیگر حسب اصل ۷۹ ق.ا. نیز مجلس شورای اسلامی این امکان قانونی را داشت تا محدودیت‌هایی جهت آمد و شد برقرار سازد. طبق اصل مذکور برقراری حکومت نظامی ممنوع است. در حالت جنگ و در شرایط اضطراری دولت حق دارد با تصویب مجلس شورای اسلامی موقتاً محدودیت‌های ضروری را برقرار نماید، ولی مدت آن به هر حال نمی‌تواند بیش از سی روز باشد و در صورتی که ضرورت همچنان باقی باشد دولت موظف است مجدداً از مجلس کسب مجوز کند.

چهارم- در قانون "طرز جلوگیری از بیماری‌های آمیزشی و بیماری‌های واگیردار" مصوب سال ۱۳۲۰ قانونگذار علاوه بر تعیین شرح وظایف و مسئولیت‌های افراد و نهادهای مختلف اقدام به تعیین ضمانت اجرای کیفری برای متخلفان نیز نموده است که بهره‌مندی از قانون فوق نیز در موقعیت فعلی می‌توانست راهگشا باشد.

پنجم- در سال ۱۳۳۳ قانونگذار با وضع قانون "حمایت از کارمندان مسلول و پیشگیری از سل" به نحوی کاملاً شفاف اقدام به تعیین تکلیف وضعیت کارمندان مبتلا به بیماری سل نموده است. در این میان می‌توان به بند ۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری‌ها (مصوب ۱۳۳۴) پیرامون شرح وظایف شهرداری‌ها جهت جلوگیری از انتقال امراض مسری هم اشاره نمود که جملگی در زمره قوانین و مقرراتی هستند که در شرایط شیوع بیماری‌های واگیر مانند کرونا و حل موقت معضلات پیش رو این امکان وجود داشت که از آنها بهره‌جست.

نتیجه‌گیری:

طرح مسایل و موضوعات حقوقی و آثار اجتماعی بیماری کرونا موجب خواهد شد علاوه بر آگاهی‌های عمومی شهروندان، دولت و سایر نهادهای مسئول نیز بتوانند در این برهه با آرامش بیشتر به وضع مقررات شفاف و صریح و اخذ تصمیمات مناسب برای همراهی مردم در راه مبارزه با این ویروس اقدام کنند و وظایف خود را در تامین امنیت زیستی و روانی جامعه ایران به نحو احسن انجام دهند. در یک نظام حقوقی سامان یافته، لزوم وجود ساختار قانونی منسجم و شفاف امری حیاتی و بدیهی است. عدم رعایت اصل حاکمیت قانون و سلسله مراتب قانونگذاری در فرایند پیشگیری و مقابله با بیماری کرونا منجر به سرگردانی و عدم تبعیت شهروندان از دستورات صادره و دخالت نهادهای غیر تخصصی و نیز آشفتگی در تصمیم‌گیری مسولان گردیده است که نهایتاً منجر به شیوع چشمگیر این بیماری و افزایش درد و رنج ناشی از آن و نیز مرگ هزاران



انسان خواهد شد. با این وصف به نظر می‌رسد وقت آن رسیده که قانونگذار علاوه بر توجه به قوانین موجود که برخی از آن‌ها در سال‌های خیلی دور در مورد بیماری‌های مسری به تصویب رسیده است، اقدام به تدوین قوانین مناسب نماید. تدوین قوانینی از این دست به صورتی کاملاً دقیق و همه جانبه پس از عبور از بحران بیماری کرونا و ویروس، امری ضروری و حیاتی است تا بتوان در سایه آن ضمن حفظ حق حیات و حقوق آزادی‌ها و تمامیت جسمانی شهروندان، بستری مناسب جهت مبارزه با این‌گونه حوادث از طریق اعمال قانون و ضمانت اجرای کیفری و مدنی فراهم ساخت. در وضعیت موجود توصیه می‌شود دولت هرچه سریع‌تر زمینه اجرای قانون "مدیریت بحران کشور" مصوب ۱۳۹۸ را فراهم نماید و یا با ارائه لایحه فوری، ضمن تعیین جایگاه قانونی برای "ستاد ملی مبارزه با کرونا"، شرح وظایف و اختیارات آن و مسئولیت متخلفان از دستورات ستاد را تعیین کند تا مصوبات ستاد مذکور هم جنبه قانونی داشته باشد و هم برای همه سازمان‌ها و نهادها و نیز شهروندان لازم‌الرعایه گردد.



دعوی مدنی و شرایط اقامه آن

دکتر مجید غمامی^۱

مقدمه:

طرح دعوا در دادگاه یک عمل حقوقی تشریفاتی است. اعمال حقوقی به اعمال ارادی گفته می‌شود که دارای آثار حقوقی معینی هستند؛ آثاری که مقصود صاحبان اراده است و قانون نیز همان آثار را بر عمل بار می‌کند. اعمال حقوقی برای آن که به طور صحیح واقع شوند باید شرایطی داشته باشند. برای مثال ماده ۱۹۰ قانون مدنی شرایط اساسی صحت عقد را بر شمرده است و در میان حقوقدانان نیز درباره‌ی مفاد و گستره‌ی معانی این شرایط سخن بسیار است. لیکن درباره‌ی شرایط اساسی عمل حقوقی طرح دعوا کمتر سخن گفته شده است و در قانون آیین دادرسی مدنی مبحث مستقلی به بیان این شرایط اختصاص نیافته است. صرفاً ماده ۴۸ قانون طرح دعوا را مستلزم تقدیم دادخواست می‌داند و ماده ۵۱ شرایط دادخواست را توضیح می‌دهد. در این مقاله تلاش شده است که شرایط اختصاصی طرح دعوا به اختصار صورت بندی شود و درباب معنای هر یک و آثار آن توضیحاتی عرضه گردد.

۱. مفهوم دعوا:

(۱-۱) دعوا در اصطلاح به معنای ادعا کردن، خواستن امری، نزاع و غیره آمده است. در ادبیات حقوقی دعوا «حقی است که به موجب آن اشخاص می‌توانند به دادگاه یا مرجع صالح دیگر مراجعه کنند و از مقام صالح بخواهند که با اجرای قانون از حقوق ایشان در برابر دیگران حمایت شود. به تعبیر دیگر دعوا به معنای درخواست رسمی از مرجع صالح برای شناسایی یا اعمال یکی از حقوق مدنی است». مراجعه به مرجع صالح و اجرای این حق همواره به وسیله عمل حقوقی خاصی انجام می‌پذیرد که «اقامه دعوا» نامیده می‌شود. (کاتوزیان، اعتبار امر قضاوت شده، ش ۷۳).

(۲-۱) اصطلاح دعوا در این معنا به مفهوم «دادخواهی» یا «حق دادخواهی» به کار رفته است. اصل ۳۴ قانون اساسی در این باره مقرر می‌دارد: «دادخواهی حق مسلم هر فرد است و هر کس می‌تواند به منظور دادخواهی به دادگاه‌های صالح رجوع



نماید...». دعا در این تعبیر به مفهوم حق رجوع به محاکم یا حق درخواست رسیدگی به ادعا است؛ حقی منجز و موجود که همه اشخاص به صرف دارا بودن شخصیت حقوقی از آن بهره مندند. به سخن دیگر داشتن اهلیت تمتع یا تملک حق ملازم با دارا بودن حق اقامه دعواست.

دعا را در این معنا نباید با حق موضوع دعوا اشتباه گرفت؛ حق اقامه دعوا حقی است که همگان علی السّوا از آن بهره مند هستند و مضمون و محتوای آن به تفاوت اشخاص یا دعاوی تفاوتی نمی‌کند ولی حق موضوع دعوا آن حقی است که اقامه دعوا برای احقاق آن است. دعاوی به اعتبار حق موضوع دعوا تقسیم می‌شوند و هر کدام ویژگی معینی می‌یابند. برای مثال دعوای مربوط به نام خانوادگی جزء دعاوی ناظر به حقوق شخصیت و غیر مالی است و دعوای پرداخت وجه چک مربوط به حقوق مالی است و در زمره دعاوی مالی قرار می‌گیرد.

دعا در معانی دیگر هم به کار رفته است؛ از جمله این معانی، اختلافی است که هم اکنون در مرجع صالح مطرح شده است و در حال رسیدگی است (مواد ۱، ۴۴، ۵۲ و ۵۷ ق.آ.د.). معنای دیگر دعوا ادعا به مفهوم اعم کلمه است. در این معنا دعوا به مثابه هر گونه ادعایی، مطالبه و درخواست حقی است که کسی علیه دیگری دارد، خواه این مطالبه در جریان دادرسی باشد یا هنوز رسیدگی به آن جریان نیافته باشد (ماده ۱۴۲).

از نظر تحلیلی و با قیاس دعوا با برهان منطقی می‌توان گفت هر دعوا دارای سه رکن است: ۱) قاعده حقوقی که بر رابطه طرفین حاکم است و قاضی باید آن را بیابد و بر موضوع دعوا اعمال نماید (کبرای دعوا)؛ ۲) عمل یا واقعه حقوقی که سبب اجرای قاعده حقوقی بر رابطه طرفین می‌گردد و سبب دعوا را تشکیل می‌دهد (صغرای دعوا) و ۳) نتیجه دعوا که مورد درخواست خواهان است و از تطبیق قاعده حقوقی بر سبب دعوا حاصل می‌آید (کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، ج ۱، ش ۱). این نتیجه از اصل ۱۷۱ قانون اساسی نیز قابل استنباط است؛ این اصل مقرر داشته است: «هر گاه در اثر تقصیر یا اشتباه قاضی در موضوع یا در حکم یا در تطبیق حکم بر مورد خاص ضرر مادی یا معنوی متوجه کسی گردد در صورت تقصیر مقصر طبق موازین اسلامی ضامن است و در غیر این صورت خسارت به وسیله دولت جبران می‌شود و در هر حال از متهم اعاده حیثیت می‌گردد». مفاد این اصل راجع به مسؤولیت قاضی یا قوه قضاییه است ولی می‌توان از آن فهمید که عمل قضاوت در تشخیص حکم (کبرای دعوا) و موضوع (صغرای دعوا) و تطبیق حکم بر مورد خاص (نتیجه دعوا) معنا می‌یابد.



۲- ارتباط حق دادخواهی با حق موضوع دعوا:

۱-۲) چنان که گفته شد باید از اختلاط «حق دادخواهی» و «حق موضوع دعوا» پرهیز کرد؛ حق دادخواهی حقی نوعی است که مضمون آن درباره همگان یکسان است ولی حق موضوع دعوا به تناسب رابطه حقوقی میان طرفین دعوا متنوع و گوناگون است. این دو حق گرچه متفاوت و مستقل از یکدیگرند ولی در یکدیگر تأثیر می‌گذارند و از یکدیگر تأثر می‌پذیرند. نحوه این تأثیر و تأثر را می‌توان در آثار انتقال و زوال دعوا مشاهده و بررسی کرد.

۲-۲) انتقال دعوا به دو صورت قابل تحقق است: انتقال قهری و انتقال ارادی. (۱) در انتقال قهری حق اقامه دعوا یا حق دادخواهی به سبب انتقال قهری حق موضوع دعوا است. مانند آن که به دلیل فوت صاحب حق وارثان جانشین او می‌شوند. مهم آن است که این انتقال نتیجه انتقال قهری حق موضوع دعواست؛ یعنی با انتقال حق موضوع دعوا، حق اقامه دعوا یا دادخواهی نسبت به آن نیز منتقل می‌گردد. برای مثال با فوت موجر محل کسب و پیشه‌ی مشمول قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶، حق او نسبت به محل مورد اجاره به وارثان وی می‌رسد و اگر در زمان حیات او عقد اجاره به سببی از اسباب موضوع ماده ۱۴ قانون یاد شده قابل فسخ شده باشد، حق اقامه دعوی فسخ اجاره و تخلیه مورد اجاره نیز به وارثان منتقل می‌گردد. یا آن که به سبب ادغام یک مؤسسه دولتی یا عمومی در مؤسسه‌ای دیگر یا تغییر شخصیت آن به موجب قانون، شخصیت حقوقی جدید جانشین شخصیت حقوقی قبلی می‌گردد و در اعمال حقوق و تکالیف قائم مقام آن به حساب می‌آید. (۲) اما در انتقال ارادی منتقل شدن دعوا به سبب انتقال حق موضوع دعوا به اراده صاحب حق است. فرض کنیم در مثال پیشین راجع به محل کسب و پیشه، مالک محل حق مالکیت خود را به دیگری واگذار می‌کند و مالک جدید قائم مقام موجر پیشین شده و به قائم مقامی می‌تواند حق فسخ اجاره را اعمال و دعوای مربوط به آن را اقامه کند. شایان ذکر است که برخی دعوای قابل انتقال نیستند. از آن جمله است دعوای غیر مالی یا دعوای که حق موضوع آن خارج از دارایی قرار می‌گیرد؛ مانند دعوای طلاق یا تمکین. یا دعوای ناظر به تعهداتی که موضوع آن به حسب تراضی قابل انتقال به غیر نیست. یا دعوای که بر پایه توافق طرفین باید از طریق داوری حل و فصل گردد. بر این بنیان انتقال حق موضوع دعوا می‌تواند انتقال حق دادخواهی را در پی داشته باشد و از این جهت تصرف در حق موضوع دعوا در حق دادخواهی تأثیر می‌گذارد. اما انتقال حق دادخواهی بدون انتقال حق موضوع دعوا اصولاً جز از



طریق نیابت در طرح دعوا قابل تصور نیست. در نیابت یا وکالت هم در واقع اختیار طرح دعوا به وکیل اعطا می‌شود و حقی جا به جا نمی‌گردد.

(۳-۲)

زوال دعوا نیز نتیجه تصرف در حق موضوع دعوا است. دعوا به طور طبیعی پس از رسیدگی در مرجع صالح و صدور رأی نهایی پایان می‌پذیرد و زائل می‌شود. اما گاه ممکن است دعوا در میانه راه رسیدگی یا حتی قبل از اقامه آن، زوال یابد. زوال دعوا نیز گاه قهری است و گاه ارادی: ۱) زوال قهری به طور معمول در دعاوی رخ می‌دهد که حق موضوع آن غیرمالی یا وابسته به شخصیت طرف دعوا است. مانند دعاوی طلاق که با فوت هر یک از طرفین زائل می‌گردد. یا دعوا علیه نقاشی مشهور یا هنرمندی صاحب شهرت که تعهد به اجرای اثری هنری کرده اند و قبل از انجام تعهد و در حین رسیدگی به دعاوی الزام به آن از دنیا رفته اند. در این موارد نیز زوال حق موضوع دعوا منتهی به زوال حق دادخواهی نسبت به آن می‌گردد. ۲) زوال ارادی دعوا نتیجه تصرف ارادی در حق دادخواهی یا حق موضوع دعواست؛ در این باره می‌توان به ماده ۱۰۷ قانون آیین دادرسی مدنی تمسک جست: «استرداد دعوا و دادخواست به ترتیب زیر صورت می‌گیرد: الف) خواهان می‌تواند تا اولین جلسه دادرسی، دادخواست خود را مسترد کند. در این صورت دادگاه قرار ابطال دادخواست صادر می‌نماید. ب) خواهان می‌تواند مادامی که دادرسی تمام نشده دعاوی خود را استرداد کند. در این صورت دادگاه قرار رد دعوا صادر می‌کند. ج) استرداد دعوا پس از ختم مذاکرات اصحاب دعوا در موردی ممکن است که یا خواننده راضی باشد و یا خواهان از دعاوی خود به طور کلی صرف نظر کند. در این صورت دادگاه قرار سقوط دعوا صادر خواهد کرد». بند «ج» ماده ۱۰۷ از دیدگاه تأثیر تصرف در حق دادخواهی در حق موضوع دعوا و بالعکس در خور توجه است. از این دیدگاه هر گاه خواهان نسبت به دعاوی مطرح شده پس از ختم مذاکرات طرفین، قصد انصراف از دعوا داشته باشد یا باید رضایت خواننده را جلب کند یا آن که از دعوا به طور کلی صرف نظر کند. انصراف از دعوا در این معنا به دو صورت امکان پذیر است: ۱) اسقاط حق دادخواهی نسبت به دعاوی آغاز شده که در این صورت به منزله اسقاط حق مطالبه یک تعهد مدنی است و حق موضوع دعوا را از یک حق مدنی تبدیل به یک حق طبیعی می‌کند (ماده ۲۶۶ قانون مدنی). ۲) اسقاط حق موضوع دعوا از طریق ابراء یا اعراض از حق که در این صورت موجب اسقاط حق دادخواهی می‌گردد. پس می‌بینیم که تصرف در هر کدام از این دو حق یعنی حق دادخواهی یا حق موضوع دعوا چه تأثیری در سرنوشت حق دیگر بر جای می‌نهد.



(۴-۲)

نکته مهمی که باید بدان تفتن داشت و توجه کرد تفاوت نهادن میان زوال حق اقامه دعوا با زوال دعوای فعلی^۲ است. زوال حق اقامه دعوا موجب سقوط حق مطالبه و تبدیل تعهد از تعهد مدنی به تعهد طبیعی است و امکان طرح دعوا را به طور مطلق از میان می‌برد. ولی زوال دعوای فعلی به واسطه آن است که یا خواهان از طرح دعوا در زمان حاضر پشیمان است و دادخواست خود را مسترد می‌دارد، یا آن که دادگاه، به دلیلی دعوا را قابل استماع نمی‌داند؛ مانند عدم صلاحیت، عدم توجه دعوا به خواننده، عدم اهلیت خواهان و ایراداتی از این قبیل (مواد ۱۰۷ و ۸۴ ق.آ.م). در این صورت دعوا مجدداً قابل طرح است زیرا حق دادخواهی بر جای خود استوار است.

۳. شرایط اقامه دعوا:

برای آن که دعوا قابل طرح باشد خواهان که همان صاحب حق است باید شرایطی داشته باشد: او باید دارای اهلیت، جزم، نفع و سمت باشد. شرط اهلیت که یک شرط عمومی برای صحت اعمال حقوقی است و درباره‌ی آن در آثار حقوقی در حد اشباع گفتگو شده است و علاقمندان می‌توانند با آن آثار و منابع رجوع کنند. بر این پایه، در ادامه به بررسی جداگانه شرایط اختصاصی طرح دعوا می‌پردازیم:

الف) جزم در دعوا

۱-۳) جزم خواهان در دعوا: مدعی باید برای طرح دعوا جازم باشد؛ یعنی به طور قطع قصد اعمال حق دادخواهی خود را داشته باشد و نسبت به شناسایی یا اعمال حق موضوع دعوا و موضع خود در این باره یقین داشته باشد. بند ۹ ماده ۸۴ ق.آ.م در این زمینه مقرر داشته است: «در موارد زیر خواننده می‌تواند ضمن پاسخ نسبت به ماهیت دعوا ایراد کند: ... ۹- دعوا جزمی نبوده بلکه ظنی یا احتمالی باشد». جزم در لغت به معنای استوار کردن، قطع کردن یا عزم انجام کاری بدون هر گونه تردید کردن است؛ از این رو همواره با واژه «عزم» هم‌نشین است. برای مثال وقتی گفته می‌شود که عزم خود را جزم کردم مراد آن است که به یقین رسیدم که فلان کار را انجام دهم. در فلسفه جزم به معنای یقین غیر مبتنی بر شک و مرادف دگماتیسم است. جزم اندیشان را کسانی می‌دانند که باورها و معتقداتی دارند که آنها را ثابت و در همه زمان‌ها و مکان‌ها قابل استناد و غیر قابل تغییر می‌پندارند بی آن که چون و چرا درباره آن را روا بدانند.^۳ بر این پایه، جزم صفت



فاعلی است و معمولاً به مفعول نسبت داده نمی‌شود. پس تعبیر بند ۹ ماده ۸۴ از این جهت درخور نقد است زیرا می‌توان گفت که خواهان یا مدعی باید جازم باشد ولی نمی‌توان گفت دعوا باید جازم باشد. اگر هم می‌گوییم دعوا باید جزمی باشد منظور آن است که خواهان از سر جزم دعوا را مطرح کرده باشد. فعل خواهان که طرح دعواست باید از سر جزم و یقین باشد. اگر در فلسفه و سیاست جزم یا دگماتیسم مفهومی مطرود است، در آیین دادرسی مدنی و در طرح دعوا شرط لازم طرح ادعا است. به بیان دیگر خواهان باید خود به آنچه ادعا دارد یقین بورزد و به خود اجازه چون و چرا در آن ندهد. معنای جازم بودن خواهان همین است. این که دادگاه پس از رسیدگی به دعوای خواهان حق را به او خواهد داد یا خیر امری دیگر است و به جزم خواهان کاری ندارد. وقتی می‌گوییم خواهان جازم باشد یعنی درباره حق خود شک و تردید نداشته باشد و کار را به احتمال واگذار نکند. جزم در دعوا نشانه استقرار حق موضوع آن است؛ اگر مدعی وجود حق درباره موضوع آن دچار تردید باشد این تردید حکایت از تزلزل حق در تصور مدعی است و حقی را که صاحب آن درباره وجودش به یقین نرسیده است، نمی‌توان از دادگاه خواست تا به همان صورتی که هست اجرایش کند. یقین یا جزم خواهان باید تک وجهی باشد یعنی خواهان بداند که فلان حق را دارد و لاغیر و همان را از دادگاه بخواهد نه این که خواهان بداند اجمالاً حقی دارد و از دادگاه بخواهد که از میان احتمالات گوناگونی که درباره حق خود می‌دهد یکی را تعیین کند و بر همان مینا رأی دهد. برای مثال خواهان نمی‌داند قرارداد بین او و خواننده صحیح است یا باطل؛ بنا بر این از دادگاه می‌خواهد که خواننده را به انجام تعهد ملزم کند و چنانچه دادگاه قرارداد را صحیح تشخیص نداد، ضمن اعلام بطلان قرارداد، خواننده را به استرداد آنچه دریافت داشته است، محکوم کند. چنین دعوایی قابل شنیدن نیست زیرا خواهان در خواسته خویشتن جازم نیست. همچنین است درخواست الزام به ایفای تعهد یا پرداخت خسارت عدم انجام تعهد قراردادی. گاه ممکن است خواهان در اصل حق خود جازم باشد و به وجود حق یقین داشته باشد ولی حدود یا مضمون حق را نداند. مانند حق مطالبه خسارت که در اصل خواهان به آن اذعان دارد و نسبت به آن جازم است ولی تعیین محتوای حق را که طریقه جبران خسارت است به دادگاه واگذار می‌کند (ماده ۳ قانون مسؤلیت مدنی). یا آن که خواسته خواهان تعدیل تعهد قراردادی مانند تعدیل اجاره بها است ولی میزان آن را به تشخیص دادگاه وا می‌نهد (ماده ۴ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶). در این قبیل موارد دعوا صحیح است زیرا آنچه لازم



است جزم خواهان در تعیین اصل حق مورد درخواست است نه میزان یا مضمون دقیق آن.

ب) نفع خواهان

۲-۳) نفع خواهان: خواهان باید ثابت کند که اگر دادگاه دعوی وی را وارد تشخیص دهد و به پذیرش ادعای او و محکومیت خوانده دعوا رأی دهد، از این رهگذر نفعی عاید او می‌شود؛ خواه این نفع مادی باشد یا معنوی. ماده ۲ قانون آ.د.م در این باره مقرر داشته است: «هیچ دادگاهی نمی‌تواند به دعوایی رسیدگی کند مگر این که شخص یا اشخاص ذینفع یا وکیل یا قائم مقام یا نماینده قانونی آنان رسیدگی به دعوا را برابر قانون درخواست نموده باشند». براین بنیان، کسی که واجد نفع معقولی در دعوا نیست، نمی‌تواند طرح دعوا کند. مقصود از نفع آن است که مدعی یا سودی مادی داشته باشد یا غیر مادی. سود مادی به طور کلی آن است که اگر در دعوا پیروز شد بر ارقام مثبت دارایی اش افزوده شود یا از ارقام منفی آن کسر گردد یا از کاسته شدن ارقام مثبت یا افزایش ارقام منفی جلوگیری شود. مراد از سود معنوی آن است که نفعی خارج از دارایی نصیب خواهان شود؛ مانند آن که خوانده محکوم شود در جراید از خواهان عذرخواهی رسمی کند. به هر حال خواهان باید شخصاً ذینفع باشد. اشخاص نمی‌توانند به دلیل نفعی که عموم از نتیجه دعوا می‌برد، اقدام به طرح دعوا کنند مگر آن که خود نیز به همراه دیگران نفعی ببرند. برای مثال اگر فردی به دلیل این که به مردم یک شهر یا به قومی خاص در یک نمایش تلویزیونی توهین شده است طرح دعوا کند دعوی او شنیده نمی‌شود زیرا برای او نفعی در این دعوا وجود ندارد. ولی اگر خیابان عمومی مسدود شود یا عبور از آن دشوار گردد فردی که ساکن آن خیابان است می‌تواند طرح دعوا کند زیرا گرچه نفع این دعوا عاید عموم می‌شود ولی خواهان نیز در میان عموم شخصاً از نتیجه دعوا منتفع می‌گردد.

دادگاه برای تشخیص این که آیا مدعی در طرح دعوا ذینفع است یا نه باید ابتدا فرض کند که آنچه او از مسائل موضوعی و حکمی ادعا می‌کند درست و مقرون به واقع و صحت است و می‌تواند بر وفق خواسته او رأی دهد، سپس در این باره داوری کند که در این فرض آیا نفعی از رأی دادگاه عاید مدعی می‌شود یا خیر. به دیگر بیان، تعیین ذینفع بودن یا نبودن خواهان نیازمند قضاوتی پیشینی است و در

۴. یک ضرب المثل حقوقی فرانسوی می‌گوید: اگر نفعی نباشد دعوایی نخواهد بود (pas d'intret, pas d'action)



این قضاوت درستی ادعای خواهان امری مفروض انگاشته می‌شود. اگر دادگاه با این روش تشخیص دهد که خواهان ذینفع است وارد رسیدگی به دعوا می‌شود؛ برای مثال در دعوی خلع ید ابتدا دادگاه فرض می‌کند که ادعای خواهان برابر آنچه در دادخواست توضیح داده است صحیح و وارد است و می‌توان به نفع او رأی داد. دادگاه از خود خواهد پرسید که در این صورت آیا خواهان از رأی دادگاه طرفی بر می‌بندد یا خیر و آیا انتزاع ید خوانده از مال نفعی به خواهان می‌رساند یا نه. در نظر بگیرید که خواهان در دعوی خلع ید از دادگاه می‌خواهد که ملکی را که متعلق به پدرش است از تصرف خوانده خارج کند و توضیح می‌دهد که این ملک جزء مایملک پدرم است و به ارث به من خواهد رسید، پس من می‌توانم برای حفظ حقوق آینده خود طرح دعوا کنم زیرا متصرف از دوستان پدرم است و پدر من ملاحظه او را می‌کند. آیا چنین خواهانی نفع کافی برای طرح دعوا دارد؟ برای پاسخ به این پرسش و نظایر آن باید شرایط نفع در طرح دعوا بررسی شود.

(۱) نفع باید محقق باشد:

۳-۳) نفعی که مبنای طرح دعوی خواهان است باید موجود و محقق باشد. نفعی که درباره وجود آن تردید است یا موکول به حصول شرطی در آینده است اکنون موجود فرض نمی‌شود؛ فرض کنیم شما از خوانده طلبی دارید که مربوط به آینده است و هنوز حال نشده است. تا قبل از سر رسید نمی‌توانید طرح دعوا کنید زیرا نفع موجود و فعلیت یافته ای ندارید. ماده ۲۷۹ قانون تجارت که مقرر می‌دارد: «دارنده برات باید روز وعده وجه برات را مطالبه کند» ناظر به همین معناست. ماده ۱۱۴ قانون آ.د.م نیز در فرضی نزدیک به این مثال مقرر داشته است: «نسبت به طلب یا مال معینی که هنوز موعد تسلیم آن نرسیده است، در صورتی که حق مستند به سند رسمی و در معرض تضییع یا تفریط باشد درخواست تأمین نمود». حکم این ماده بیانگر این است که اصولاً نسبت به طلب یا مالی که موعد پرداخت یا تسلیم آن نرسیده است نمی‌توان درخواست تأمین خواسته و به طریق اولی طرح دعوی مطالبه نمود فقط در مواردی که طلب مؤجل مستند به سند رسمی است (و بنا بر این درباره اصل وجود آن تردید جدی نمی‌توان کرد) و به دلیل اقناع کننده ای ثابت شود که طلب در معرض تفریط یا تضییع است صرفاً می‌توان تقاضای تأمین خواسته کرد ولی به هر حال تا قبل از سر رسید نمی‌توان طرح دعوا نمود. مثال دیگر این است که فرض کنیم تعهدی به صورت معلق به نفع خواهان وجود دارد و تنجیز و فعلیت یافتن آن موکول به تحقق شرطی در آینده است. قبل از تحقق شرط معلق علیه



نمی‌توان دعوای الزام به ایفای آن تعهد را مطرح کرد. این که در ادبیات قضایی ما رایج است که می‌گویند دعوا یا خواسته باید مُنَجَز باشد ناظر به همین فرض است و به جزم در دعوا ارتباطی پیدا نمی‌کند. البته اگر ادعای دیگری درباره عقد معلق مطرح باشد که مستند به نفعی موجود برای خواهان است، شنیدن دعوا اشکالی ندارد؛ مانند آن که خواهان دعوای فسخ عقد معلق یا اعلام بطلان آن را به دلیل قانونی موجود در زمان طرح دعوا اقامه نماید. بر این پایه در مثالی که در بند قبل ذکر شد، حق فرزند بر اموال پدر معلق بر فوت و تحقق ارث است که چون واقع نشده نفع قابل مطالبه محقق برای فرزند اثبات نمی‌شود.

(۲) نفع باید مربوط به شخص مدعی باشد

(۳-۴) خواهان باید برای نفع خود طرح دعوا کند. البته ممکن است نفع منظور خواهان به طور کامل متعلق به شخص او نباشد و شریک داشته باشد. مانند آن که شریک مال مشاع علیه متصرف طرح دعوا کند حتی اگر این متصرف شریک وی باشد. در مواردی که دعوا به نمایندگی مطرح می‌شود منوباً عنه باید ذینفع باشد. در اینجا پرسشی که ممکن است مطرح شود این است که اگر شخصی دعوایی مطرح کند و اعلام نکند که برای نفع خود طرح دعوا کرده است یا نفع غیر، تکلیف دادگاه چیست. برای مثال پدری با فرزند صغیر خود در مالی شریک است و دعوایی علیه غاصب مال مطرح می‌کند. در این فرض باید با استفاده از ملاک ماده ۱۹۶ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «کسی که معامله می‌کند آن معامله برای خود آن شخص محسوب است مگر این که در موقع عقد خلاف آن را تصریح نماید یا بعد خلاف آن ثابت شود...» دعوا را مربوط به نفع شخصی خواهان فرض کرد و بر همین مبنا درباره آن قضاوت نمود.

(۳) نفع باید مشروع باشد

(۳-۵) مقصود از مشروعیت نفع آن است که نفع خواهان در نظام حقوق موضوعه مورد شناسایی قرار گیرد. یعنی نفعی باشد که دارای سبب حقوقی معتبر در نظام حقوقی موضوعه است. برای مثال ماده ۶۵۴ قانون مدنی مقرر داشته است: «قمار و گرو بندی باطل و دعوای راجعه به آن مسموع نخواهد بود...» این حکم نشان می‌دهد که از قمار و گرو بندی نفع مشروعی تولید نمی‌شود که قابلیت مطالبه داشته باشد. با وجود این قانونگذار در مثال قمار و گرو بندی توقف نکرده و در ادامه همان ماده به مثابه یک قاعده اعلام می‌دارد: «... همین حکم در مورد کلیه تعهداتی که از معاملات نامشروع تولید شده باشد جاری است». بند ۱۰ ماده ۸۴ ق.آ.د.م نیز ذینفع بودن خواهان در دعوا را مانع رسیدگی می‌داند. مثال دیگر دعوای اثبات نسب طبیعی است. ماده ۸۸۴ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «ولدالزنا از پدر و مادر و اقوام آنان ارث نمی‌برد، لکن اگر حرمت رابطه ای که طفل ثمره آن است نسبت به یکی از ابویین ثابت و نسبت به دیگری به واسطه اکراه یا شبه زنا نباشد، طفل فقط از این طرف و اقوام او ارث می‌برد و بالعکس». دیوان



عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۶۱۷ مورخ ۷۶/۴/۳ اعلام داشته است: «زانی پدر عرفی طفل تلقی و نتیجتاً کلیه تکالیف مربوط به پدر از جمله اخذ شناسنامه بر عهده وی می‌باشد و حسب ماده ۸۸۴ قانون مدنی صرفاً موضوع توارث بین آن‌ها منتفی است...». بنا بر این طفل طبیعی در طرح دعوای الزام به اخذ شناسنامه علیه ابوبین طبیعی خود دارای نفع مشروع تلقی می‌شود.

۳-۶) تشخیص نفع خواهان همواره ساده نیست. ایجاد نفع مشروع پیوندی وثیق با سبب ایجاد تعهد یا تملک حق در نظام حقوقی دارد ولی این دو را نباید مرادف یکدیگر دانست؛ نفع مشروع مفهومی گسترده تر از حق مشروع دارد. حق مشروع حقی است که از سبب معتبر حقوقی ناشی شده است. اسباب ایجاد حق و تکلیف در هر نظام حقوقی معین است. برای نمونه در نظام حقوقی ما ماده ۱۴۰ قانون مدنی درباره اسباب تملک مقرر می‌دارد: «تملک حاصل می‌شود: (۱) به احیای اراضی موات و حیازت اشیای مباحه، (۲) به وسیله عقود و تعهدات، (۳) به وسیله اخذ به شفعه، (۴) به ارث». استادان حقوق مدنی نیز در تحلیلی نهایی از اسباب تملک و منابع تعهد به این نتیجه رسیده اند که حق و تعهد ناشی از اعمال و وقایع حقوقی است (کاتوزیان، نظریه عمومی تعهدات، ش ۷۵). لیکن جایی که سخن از نفع مشروع در دعوا به میان می‌آید مراد سود یا منفعتی است که ممکن است هنوز به حق تبدیل نشده باشد؛ زمینه یا قابلیت برای ایجاد حق یا تعهدی در آینده است. کافی است دادرسی ادعای خواهان را سودمند بداند و احساس کند که رسیدگی به آن در چارچوب نظام حقوقی مفید است و می‌تواند زمینه ایجاد یا اثبات حقی در آینده را برای او فراهم آورد. اگر از مثال‌های شایع برای ذینفعی خواهان در گذریم می‌توان فروضی را تصور کرد که واقعاً تمیز نفع خواهان در آن دشوار است: برای نمونه در فرضی که دعوای خلع ید علیه متصرفان ملکی مطرح می‌شود و دادگاه دعوا را متوجه برخی از خواندگان دانسته و نسبت به پاره ای دیگر به دلیل عدم توجه قرار رد دعوا صادر می‌کند، قرار دادگاه بنا به اصل به ضرر خواهان است و خواننده یا خواندگانی که دعوا متوجه آنان دانسته نشده است، نباید نفعی در شکایت از رأی داشته باشند. ولی فرض کنیم در این مثال یکی از خواندگان که نسبت به او قرار رد دعوا صادر شده است این قرار را به ضرر خود بداند زیرا از فرصت دفاع در ماهیت و اثبات بی حقی خواهان محروم شده است و بر همین پایه نسبت به قرار تقاضای تجدیدنظر کند. تکلیف دادگاه تجدیدنظر چیست؟ باید به استناد ماده ۲ ق.آ.دم قرار رد دادخواست تجدیدنظر را به دلیل ذینفع نبودن تجدیدنظر خواه صادر کند یا آن که باید تقاضا را پذیرفته و وارد رسیدگی شود؟ البته ممکن است ادعا شود که قرار رد دعوای بدوی به ضرر خواننده نیست و اگر او قصد دفاع در ماهیت داشته باشد می‌تواند به عنوان وارد ثالث در دادرسی دخالت کند. ولی همه سخن بر سر این است که وجود نفع برای پذیرفتن دعوا کفایت می‌کند و کافی است که دادگاه احساس کند که خواهان نفع قابل حمایت و مشروعی دارد تا دعوای او را استماع کند حتی اگر شیوه‌های



دیگری برای احقاق حق خود یا اثبات بی حقی خواهان داشته باشد. انتخاب طریقه دفاع از حقوق اشخاص است و به اعتبار وجود طرق متعدد برای طرح یک ادعا نمی‌توان یکی از این طرق را مسدود کرد. اگر خواننده دعوا تشخیص می‌دهد که باید به قرار رد دعوا اعتراض کند و به دادرسی بازگردد و نفع او در این بازگشت از طریق تجدیدنظرخواهی است، باید به او اجازه این کار را داد زیرا این نفع از دیدگاه نظام حقوقی با هیچ یک از قواعد امری منافاتی ندارد. مثال دیگر: خواهان دعوی خود را پس از ختم مذاکرات طرفین مسترد می‌کند بدون آن که رضایت خواننده را جلب کرده باشد. دادگاه نیز بی توجه به مفاد بند «ج» ماده ۱۰۷ ق.آ.د.م قرار رد دعوا صادر می‌کند. این قرار ظاهراً به نفع خواننده است و او نفعی در تجدیدنظرخواهی ندارد، ولی در معنا باید گفت قرار به ضرر خواننده است؛ اگر خواننده در این مرحله از دعوا یعنی ختم مذاکرات طرفین راضی به استرداد دعوا نباشد برای خواهان دو راه بیشتر وجود ندارد: یا باید از خیر استرداد دعوا بگذرد و به ادامه رسیدگی تن در دهد که در این صورت احتمال محکومیت به بی حقی یا بطلان دعوا وجود دارد، یا آن که از حق دادخواهی یا حق موضوع دعوا به طور کلی صرف نظر کند که در این صورت دادگاه قرار سقوط دعوا صادر می‌کند (بند «ج» ماده ۱۰۷ ق.آ.د.م). در هر دو صورت دعوا قابل تجدید نیست ولی در فرض صدور قرار رد دعوا خواهان می‌تواند دوباره دعوا را مطرح سازد. بر این بنیاد، خواننده دارای نفعی مشروع در تجدیدنظرخواهی از این قرار است.

ج) داشتن سمت یا اختیار

۳-۷) در مباحث پیشین به این نکته اشاره شد که بنا به اصل هر کس که طرح دعوا می‌کند، برای خود او محسوب می‌شود. در واقع فرض اصیل بودن طرف معامله که در ماده ۱۹۶ قانون مدنی ذکر گردیده است، در طرح دعوا هم که نوعی عمل حقوقی است قابل اعمال است. اگر خواهان در طرح دعوا به نمایندگی از دیگری عمل می‌کند باید این موضوع را تصریح نماید. در این صورت است که شرط دیگری در طرح دعوا قابل طرح است به نام «داشتن سمت در دعوا». مراد از این شرط آن است که هر گاه شخصی به نیابت طرح دعوا کند باید سمت نمایندگی او، خواه از نوع قراردادی یا قانونی یا قضایی، توسط دادگاه احراز شود (مواد ۸۴، ۱۰۵ و ۳۴۲ ق.آ.د.م). مسأله احراز سمت به این معنا است که دادگاه باید «اختیار» خواهان در طرح دعوا از جانب دیگری را احراز کند.

قائم مقام به معنای نماینده نیست. قائم مقام به شخصی گفته می‌شود که به جانشینی دارای حقوق و تکالیف شخصی دیگر می‌شود. قائم مقام قانونی در هیچ یک از قوانین ما تعریف نشده است، ولی می‌توان از مجموع مقررات حاکم در نظام حقوق موضوعه و روح قانون، معنای آن را چنین استنباط کرد: «کسی است که به واسطه انتقال دارایی یا حقی از شخص دیگر به او واجد حقوق و تکالیف وی نسبت به دارایی یا حق انتقال یافته می‌شود» (برای مطالعه بیشتر رک، کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ۶۲۱ به بعد). قائم مقام یا عام است یا خاص؛ قائم مقام



عام کسی است که تمامی حقوق و تعهدات شخص دیگر به او منتقل می‌شود، مانند وارث یا شرکتی که در نتیجه ادغام دو یا چند شرکت دیگر به وجود می‌آید یا شرکت موجودی که شرکتی دیگر در آن ادغام می‌گردد (موضوع ماده ۴۰ قانون برنامه چهارم توسعه مصوب ۱۳۸۳). قائم مقام خاص نیز کسی است که به واسطه انتقال یک حق، و فقط در محدوده آن، جانشین شخص دیگر می‌شود؛ مانند آن که در عقد اجاره موجر عین مال را به شخص ثالثی منتقل کند و ثالث در رابطه با مستأجر قائم مقام مالک پیشین گردد.

قائم مقام در حکم اصیل است و جای او را می‌گیرد و نباید موقعیت او را با نماینده مقایسه کرد. نماینده به نام و حساب دیگری عمل می‌کند ولی قائم مقام به نام و حساب خود معامله می‌کند و ماده ۲ ق.آ.د.م از جهت اختلاط این دو با یکدیگر قابل انتقاد است.

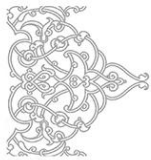
درباره شرط احراز سمت دادگاه باید به دو نکته توجه نماید: ۱) تجویز قانون به پذیرفتن نماینده منتخب اصیل و ۲) مطالبه دلیل سمت نمایندگی؛

۱) درباره شرط نخست مراد آن است که دادگاه باید توجه کند که نماینده انتخاب شده به موجب قانون صلاحیت نمایندگی خواهان را در دعوا دارد؛ بنا بر اصل وکالت در دعوی ویژه وکلای مجاز دادگستری است. ماده ۳۳ ق.آ.د.م مقرر می‌دارد: «وکلائی متداعیین باید دارای شرایطی باشند که به موجب قوانین راجع به وکالت در دادگاه‌ها برای آنان مقرر گردیده است. ماده ۳۲ همان قانون نیز مقرر می‌دارد: «وزارتخانه‌ها، مؤسسات دولتی و وابسته به دولت، شرکت‌های دولتی، نهادهای انقلاب اسلامی و مؤسسات عمومی غیر دولتی، شهرداری‌ها و بانک‌ها می‌توانند علاوه بر استفاده از وکلای دادگستری برای طرح هر گونه دعوا یا دفاع و تعقیب دعوی مربوط از اداره حقوقی خود یا کارمندان رسمی خود با داشتن یکی از شرایط زیر به عنوان نماینده حقوقی استفاده نمایند: ۱. دارا بودن لیسانس در رشته حقوق با دو سال سابقه کارآموزی در دفاتر حقوقی دستگاه‌های مربوط. ۲. دو سال سابقه کار قضایی یا وکالت به شرط عدم محرومیت از اشتغال به مشاغل قضاوت یا وکالت. تشخیص احراز شرایط یاد شده به عهده بالاترین مقام اجرایی سازمان یا قائم مقام قانونی وی خواهد بود. ارائه معرفی نامه نمایندگی حقوقی به مراجع قضایی الزامی است». درباره این ماده باید گفت که گرچه احراز شرایط نماینده حقوقی دستگاه اجرایی به عهده بالاترین مقام سازمان است ولی احراز سمت بالاترین مقام اجرایی سازمان به عهده دادگاه است و اثبات آن بر دوش مدعی است. همچنین نماینده منتخب بالاترین مقام اجرایی حق توکیل به غیر ندارد حتی اگر در حکم انتصاب یا انتخاب او چنین امری ذکر شده باشد زیرا سمت نمایندگی حقوقی سازمان با توجه به شرایط مندرج در ماده ۳۲ قائم به شخص نماینده حقوقی است.



استفاده از وکیل دادگستری در دعوا حق طرفین دعواست نه تکلیف آنان ولی گاه اجرای این حق چهره اجباری پیدا می‌کند و اعمال حق دادخواهی وابسته به آن می‌گردد. اصل ۳۵ قانون اساسی با الهام از ماده ۱۴ میثاق حقوق مدنی و سیاسی مقرر می‌دارد: «در همه دادگاه‌ها طرفین دعوا حق دارند برای خود وکیل انتخاب نمایند و اگر توانایی انتخاب وکیل را نداشته باشند باید برای آن‌ها امکانات تعیین وکیل فراهم گردد». ماده ۳۲ قانون اصلاح پاره ای از قوانین دادگستری مقرر داشته است که ممکن است در نقاطی از کشور طرح دعوا و دفاع از آن با دخالت وکیل دادگستری میسر گردد.^۵ ماده ۱ آیین نامه اجرایی مواد ۳۱ و ۳۲ قانون اصلاح پاره ای از قوانین دادگستری مصوب ۸۴/۳/۵ رئیس قوه قضاییه نیز مقرر می‌دارد: «به حکم ماده ۳۲ قانون اصلاح پاره ای از قوانین دادگستری مصوب ۱۳۵۶ اقامه کلیه دعاوی مدنی و حقوقی و نیز شکایت از آراء و دفاع از آنها در دادگاه‌های دادگستری با دخالت وکیل دادگستری یا مشاوران حقوقی ماده ۱۸۷ قانون برنامه سوم توسعه خواهد بود». هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۷۱۴ مورخ ۸۸/۱۲/۱۱ در واکنش به این حکم قانونی اعلام نمود: «طبق اصل سی و چهارم قانون اساسی: "دادخواهی حق مسلم هر فرد است و هر کس می‌تواند به منظور دادخواهی به دادگاه‌های صالح رجوع نماید و هیچ کس را نمی‌توان از دادگاهی که به موجب قانون حق مراجعه به آن را دارد منع کرد". انتخاب وکیل هم بنا به حکم مقرر در اصل سی و پنجم قانون اساسی از حقوق اصحاب دعوا است و قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی نیز با تأکید بر حق متداعیین در انتخاب وکیل، در ماده ۲ مقرر داشته است: "هیچ دادگاهی نمی‌تواند به دعوایی رسیدگی کند مگر این که شخص یا اشخاص ذینفع یا وکیل یا قائم مقام یا نماینده قانونی آنان رسیدگی به دعوا را برابر قانون درخواست نموده باشند" و در ماده ۳۹ تصریح کرده: "در صورتی که وکیل استعفای خود را به دادگاه اطلاع دهد، دادگاه به موکل اخطار می‌کند که شخصاً یا توسط وکیل جدید، دادرسی را تعقیب نماید...". همچنین

۵. ماده ۳۲ قانون اصلاح پاره ای از قوانین دادگستری: «در نقاطی که وزارت دادگستری اعلام کند اقامه تمام یا بعضی از دعاوی حقوقی و نیز شکایت از آراء و دفاع از آنها در دادگاه‌های دادگستری با دخالت وکیل دادگستری خواهد بود. کانون وکلای دادگستری مکلف به تأمین وکیل معاضدتی برای اشخاص بی بضاعت یا کسانی است که قادر به تادیه حق الوکاله در موقع انتخاب وکیل نیستند. تشخیص عدم بضاعت یا عدم توانایی اشخاص برای تادیه حق الوکاله با دادگاه مرجع رسیدگی به دعوی و در مورد شکایت فرجامی با دادگاهی می‌باشد که رای مورد شکایت فرجامی را صادر کرده است. هر گاه پس از ابلاغ تصمیم وزارت دادگستری به الزامی بودن دخالت وکیل امکان تعیین وکیل معاضدتی در محل محدود گشته و یا به علت افزایش دعاوی امکانات مذکور با میزان احتیاجات محل هماهنگ نباشد وزارت دادگستری می‌تواند تا تأمین امکانات متناسب اجرای تصمیم مزبور را موقوف سازد».



قانون اصلاح پاره ای از قوانین دادگستری مصوب ۱۳۵۶ در فصل هشتم در قسمت اخیر ماده ۳۴ یادآور شده که اجرای مقررات این فصل نباید حق تظلم و مراجعه مستقیم و بدون مانع اشخاص به دادگاهها و دیوان عالی کشور را از آنان سلب نماید. بنا بر این به نظر اکثریت قریب به اتفاق اعضای هیأت عمومی دیوان عالی کشور برای اقامه دعاوی حقوقی، شکایت از آراء و دفاع از آن‌ها دخالت و کیل قانوناً الزامی نیست...». این رأی در خور نقد است. به نظر می‌رسد که رأی هیأت عمومی بیشتر بر ملاحظات عملی مبتنی است تا مبانی علمی. دیوان عالی کشور بدون اشاره مستقیم به آیین نامه اجرایی مواد ۳۱ و ۳۲ قانون اصلاح پاره ای از قوانین دادگستری، در عمل اعمال آن را موقوف کرده است. ایجاد وحدت رویه در مواردی است که محاکم تفاسیر مختلفی از قواعد حقوقی یا قوانین یکسان دارند، ولی ابطال یا نسخ مصوبات قانونی در صلاحیت دیوان عالی کشور نیست. صرف نظر از این که مفاد آیین نامه مصوب قوه قضاییه واقع بینانه هست یا خیر به هر حال یک مصوبه قانونی است که تشریفات وضع را طی کرده است. بنا بر این مراجع قضایی باید به نص آن احترام بگذارند. استدلال‌های هیأت عمومی در رأی بالا با ایراداتی مواجه است که می‌توان به شرح زیر بر شمرد:

اولاً، اصول ۳۴ و ۳۵ قانون اساسی به وجود حق دادخواهی و حق برخورداری از وکیل در دادرسی اشاره کرده است. نحوه اعمال این حقوق به عهده قوانین عادی است و قانون اصلاح پاره ای از قوانین دادگستری گرچه از حیث زمانی مقدم بر قانون اساسی است ولی از حیث مفاد و مدلول مخالفتی با آن ندارد بلکه در جهت تقویت این حق مقرر داشته است که به تشخیص قوه قضاییه در برخی نقاط استفاده از وکیل که جزء حقوق اشخاص است باید الزامی شود تا حقوق افراد بهتر احقاق گردد و زمینه و بستر این الزام نیز در قانون پیش بینی شده که استفاده از وکیل معاضدتی است. ثانیاً، مواد ۲ و ۳۹ ق.آ.د.م به ترتیب درباره اصل ابتکار عمل خصوصی اصحاب دعوا و امکان ادامه دعوا توسط شخص موکل پس از استعفای وکیل است و هیچ یک منافاتی با مصوبه قوه قضاییه ندارند. ماده ۲ ق.آ.د.م ناظر به یکی از اصول مهم دادرسی به نام اصل تسلط اصحاب دعوا بر قلمرو موضوعی آن و یکی از نتایج حاصله از آن به نام اصل ابتکار عمل

۶. ماده ۳۴ قانون اصلاح پاره ای از قوانین دادگستری: «میزان حق الوکاله وکیل معاضدتی و شرایط پرداخت قسمتی از آن به وکلا دادگستری و استیفا حق الوکاله از مال محکوم علیه و نیز میزان حق الوکاله وکیل در مواردی که قبل یا بعد از اقامه دعوی به سازش ختم می‌شود و نیز انواع وسائل تقدیر مادی و معنوی از وکلایی که برای ختم دعوی به سازش مساعی فوق العاده ابراز نمایند و به طور کلی ترتیب اجرای مقررات این فصل به نحوی که حق تظلم و مراجعه مستقیم و بدون مانع اشخاص به دادگاهها و دیوان عالی کشور سلب نشود طبق آیین نامه ای خواهد بود که به تصویب وزارت دادگستری می‌رسد».



خصوصی اصحاب دعوا است.^۷ ماده ۳۹ نیز ارتباطی با ماده ۳۲ قانون اصلاح پاره ای از قوانین دادگستری ندارد زیرا قلمرو این دو حکم هم در مقام وضع و هم در مقام اجرا متفاوت است؛ یعنی رابطه بین دو حکم نه تضاد است نه تعارض. ماده ۳۹ ناظر به چگونگی ادامه رسیدگی به دعوایی است که وکیل یکی از طرفین در آن استعفا داده است نه موارد لزوم استفاده از وکیل در دادرسی؛ در این صورت موکل می‌تواند شخصاً یا از طریق وکیل جدید دعوا را ادامه دهد. این ماده در مقام بیان حکم لزوم یا عدم لزوم استفاده از وکیل نبوده است بلکه به وضعیتی اشاره می‌کند که وکیل در میانه راه از دعوا جدا می‌شود. در این صورت اگر موکل بخواهد شخصاً دعوا را ادامه دهد دادگاه باید به نوع دعوا بنگرد؛ اگر نوع دعوا از اقسامی باشد که موکل می‌تواند دعوا را شخصاً ادامه دهد دادگاه آن را تجویز می‌کند؛ مانند آن که موضوع دعوا مطالبه وجه نقد باشد و ارزش آن کمتر از پنجاه میلیون ریال باشد (موضوع بند و تبصره یک ماده ۱ آیین نامه اجرایی مواد ۳۱ و ۳۲) یا آن که موکل خود دارای تحصیلات در رشته حقوق باشد (ماده ۳۳ قانون اصلاح پاره ای از قوانین دادگستری). لیکن اگر دعوا از آن نوع نباشد که موکل بتواند شخصاً آن را ادامه دهد دادگاه به او تکلیف می‌کند که یا وکیلی معرفی کند یا آن که تقاضای وکیل معاضدتی نماید. از حیث قلمرو مکانی نیز این دو حکم می‌تواند قلمروی متفاوت داشته باشد؛ ماده ۳۹ ق.آ.د.م قلمروی عام دارد ولی ماده ۳۲ قانون اصلاح پاره ای از قوانین دادگستری و آیین نامه آن می‌تواند به تشخیص رئیس قوه قضاییه در برخی از نقاط کشور به اجرا در نیاید.

(۲) کسی که به نمایندگی از خواهان طرح دعوا می‌کند باید سمت خود را نزد دادگاه ثابت نماید. احراز سمت نمایندگی بسته به نوع نمایندگی متفاوت است. نمایندگی در دادگاه اقسامی دارد: نمایندگی قانونی، نمایندگی قضایی و نمایندگی قراردادی. در نمایندگی قانونی سمت نماینده ناشی از حکم قانون است مانند نمایندگی ولی قهری نسبت به مولی علیه خود. در این نمایندگی کافی است نماینده دلیل شمول حکم قانون بر خود را ارائه دهد؛ مانند این که ولی قهری مدرک هویت خود را که نشان دهنده سمت او نسبت به خواهان است به دادگاه ارائه نماید. مثال دیگر نمایندگی بالاترین مقام اجرایی دستگاه دولتی است که نماینده قانونی دستگاه متبوع خود نزد دادگاه و اشخاص ثالث است. نماینده حقوقی موضوع ماده ۳۲ ق.آ.د.م را نیز باید نماینده قانونی به شمار آورد زیرا کارمندی که با سمت نماینده حقوقی در دادگاه حاضر می‌شود در واقع در اجرای وظایف اداری خود به این امر اقدام می‌نماید؛ اختیار او ناشی از قرارداد خاص نیست

۷. برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به: غمامی و محسنی، آیین دادرسی مدنی فراملی، ص ۹۶ به

بعد



بلکه دفاع از دعوا لازمه اجرای وظیفه اداری او است. مدیران شرکت‌های تجارتي را نیز باید نماینده قانونی شخص حقوقی دانست زیرا اختیار آنان نسبت به اداره شرکت ناشی از حکم قانون است. در نمایندگی قضایی، سمت نماینده ناشی از حکم دادگاه است مانند سمت قیم نسبت به مولی علیه یا مدیر تصفیه تاجر ورشکسته (موضوع ماده ۴۴۰ قانون تجارت). دلیل سمت نماینده قضایی حکم دادگاهی است که وی را به عنوان نماینده حسب مورد انتخاب کرده است. در نمایندگی قراردادی، شخص یا اشخاص معینی به موجب قرارداد وکالت نمایندگی خواهان را در طرح دعوا و دفاع از آن بر عهده می‌گیرند. نمایندگی قراردادی در دعاوی، مختص وکلای دادگستری مجاز است و اشخاص دیگر نمی‌توانند به عنوان نماینده قراردادی عهده دار حضور در محاکم از جانب دیگران شوند (ماده ۳۳ ق.ا.د.م).

وکالت وکیل ممکن است به موجب سند رسمی باشد یا عادی. در صورتی که وکالت نامه وکیل عادی باشد و در ایران تنظیم شده باشد وکیل باید ذیل وکالتنامه تأیید کند که وکالتنامه را موکل شخصاً در حضور امضا یا مهر کرده یا انگشت زده است. وکالت نامه‌های تنظیم شده در خارج از کشور باید به گواهی یکی از مأموران سیاسی یا کنسولی ایران برسد. همچنین اگر موکل در زندان باشد رئیس زندان یا معاون او باید امضا یا اثر انگشت موکل را تصدیق نماید (ماده ۳۴ ق.ا.د.م).

۸-۳) قلمرو اختیارات نماینده: قانون آیین دادرسی مدنی درباره قلمرو اختیارات نماینده قانونی و قضایی سخنی نگفته است ولی نسبت به اختیارات نماینده قراردادی احکامی را مقرر کرده است: ماده ۳۵ این قانون درباره اختیار وکیل دادگستری چنین مقرر داشته است: «وکالت در دادگاهها شامل تمام اختیارات راجع به امر دادرسی است جز آنچه را که موکل استثنا کرده یا توکیل در آن خلاف شرع باشد، لکن در امور زیر باید اختیارات وکیل در وکالتنامه تصریح شود:

۱. وکالت راجع به اعتراض به رأی، تجدیدنظر، فرجام خواهی و اعاده دادرسی
۲. وکالت در مصالحه و سازش
۳. وکالت در ادعای جعل یا انکار و تردید نسبت به سند طرف و استرداد سند
۴. وکالت در تعیین جاعل
۵. وکالت در ارجاع دعوا به داوری و تعیین داور
۶. وکالت در توکیل
۷. وکالت در تعیین مصدق و کارشناس
۸. وکالت در دعوی خسارت
۹. وکالت در استرداد دادخواست یا دعوا
۱۰. وکالت در جلب شخص ثالث و دفاع از دعوی ثالث



۱۱. وکالت در ورود شخص ثالث و دفاع از دعوای ورود ثالث

۱۲. وکالت در دعوای متقابل و دفاع در قبال آن

۱۳. وکالت در ادعای اعسار

۱۴. وکالت در قبول یا رد سوگند

تبصره ۱- اشاره به شماره‌های یاد شده در این ماده بدون ذکر موضوع آن، تصریح محسوب نمی‌شود.

تبصره ۲- سوگند، شهادت، اقرار، لعان و ایلا قابل توکیل نمی‌باشد».

به بیان دیگر مقتضی اطلاق وکالت شمول آن بر کلیه اختیارات مربوط به دادرسی است ولی موارد بالا مشمول این اطلاق نیست و باید حتماً در وکالت نامه تصریح گردد. برخی موارد نیز در دادرسی قابلیت توکیل ندارند که در تبصره‌های ماده ۳۵ ذکر شده است. وکالت دادگستری را نباید با وکالت قانون مدنی یکسان دانست. وکالت حسب تعریفی که در فقه و حقوق مدنی از آن به دست داده شده است عقدی است که به موجب آن شخصی برای انجام دادن یک عمل حقوقی به دیگری نیابت می‌دهد و ماهیت آن اذنی و رایگان است یعنی اعطای نیابت و اباحه تصرف در دارایی غیر در مقابل عوض قرار نمی‌گیرد. ولی وکالت دادگستری عقدی عهدی-اذنی است که اثر آن ایجاد تعهدات متقابل و اذن و اباحه است. وکیل در مقابل حق الوکاله مکلف می‌شود که از حقوق موکل خود در دادگاه دفاع کند. از این حیث وکالت دادگستری بیشتر شبیه اجاره اشخاص است تا وکالت مدنی. با وجود این وکیل در مقام ایفای تعهد، امین موکل است و به ملاحظه این وصف امانت تعهداتی را بر دوش دارد؛ باید مصلحت و غبطه موکل را رعایت کند و اسرار او را پبوشد. به دلیل همین غلبه اذن است که وکالت دادگستری مانند عقود اذنی جایز است. بر این پایه می‌توان از ملاک ماده ۶۶۷ قانون مدنی در رابطه میان وکیل دادگستری و موکل وی بهره جست: «وکیل باید در تصرفات و اقدامات خود مصلحت موکل را مراعات نماید و از آنچه موکل بالصراحه به او اختیار داده یا بر حسب قرائن و عرف و عادت داخل در اختیار او است تجاوز نکند». همچنین وکیل در صورتی می‌تواند برای دفاع از موکل خود به وکیلی دیگر تفویض اختیار کند که دارای این اختیار باشد؛ ماده ۶۷۲ قانون مدنی در این زمینه مقرر می‌دارد: «وکیل در امری نمی‌تواند برای آن امر به دیگری وکالت دهد مگر این که صراحتاً یا به دلالت قرائن وکیل در توکیل باشد». فلسفه این حکم آن است که انتخاب وکیل وابسته به دانش، تجربه و امانت او است و موکل به واسطه وجود این اوصاف است که حاضر می‌شود دفاع از دعوای او را به او بسپارد، پس نمی‌توان وکیل را مجاز به توکیل دانست مگر آن که موکل این اختیار ویژه را به او اعطا کرده باشد.

چنان که گفته شد وکالت دادگستری به جهت غلبه و غلظت وصف امانت وکیل، همچون عقود اذنی جایز است. ماده ۳۷ ق.آ.د.م در مقام بیان حق عزل وکیل توسط موکل



مقرر می‌دارد: «اگر موکل وکیل خود را عزل نماید، مراتب را باید به دادگاه و وکیل معزول اطلاع دهد. عزل وکیل مانع از جریان دادرسی نخواهد بود. اظهار شفاهی عزل وکیل باید در صورت جلسه قید و به امضای موکل برسد». ماده ۳۹ قانون نیز در مقام بیان حکم استعفای وکیل است: «در صورتی که وکیل استعفای خود را به دادگاه اطلاع دهد، دادگاه به موکل اخطار میکند که شخصاً یا توسط وکیل جدید، دادرسی را تعقیب نماید و دادرسی تا مراجعه موکل یا معرفی وکیل جدید حداکثر به مدت یکماه متوقف می‌گردد. وکیلی که دادخواست تقدیم کرده در صورت استعفا، مکلف است آن را به اطلاع موکل خود برساند و پس از آن موضوع استعفای وکیل و اخطار رفع نقص توسط دادگاه به موکل ابلاغ می‌شود. رفع نقص بعهدہ موکل است». پس در مقام نتیجه می‌توان گفت که وکالت دادگستری نوعی اجاره شخص یا خدمت است که موجب تعهدات متقابل برای طرفین می‌گردد ولی حساسیت امر وکالت و وابستگی آن به حقوق بنیادین بشر، این قرارداد را وابسته به شخصیت وکیل می‌نماید؛ وکیل دادگستری تاجر نیست بلکه عهده دار ارائه خدمتی انسانی است که بر پایه شخصیت و اعتبار او به وی سپرده می‌شود. هم‌چنان که پزشک برای شفای جسم بیمار می‌کوشد و کرامت ذاتی انسان مانع از آن است که حرفه او تجارت محسوب شود، وکیل دادگستری نیز برای احقاق حقوق اعضای جامعه مدنی تلاش می‌کند و یاور و مدد رسان دادرسی است و نباید او را در زمره بازرگانان قرار داد، پس هر گاه موکل نیازی به ادامه خدمات وکیل نداشته باشد یا وکیل استمرار حضور خود را در دعوا مناسب نداند عقد قابل برهم زدن است. ماده ۳۸ ق.آ.د.م دربارۀ اثر عزل وکیل نسبت به اقداماتی که پس از عزل انجام می‌دهد مقرر می‌دارد: «تا زمانی که عزل وکیل به اطلاع او نرسیده است اقدامات وی در حدود وکالت، هم‌چنین ابلاغ‌هایی که از طرف دادگاه به وکیل می‌شود موثر در حق موکل خواهد بود، ولی پس از اطلاع دادگاه از عزل وکیل، دیگر او را در امور راجع به دادرسی، وکیل نخواهد شناخت». این ماده قابل مقایسه با ماده ۶۸۰ قانون مدنی است: «تمام اموری که وکیل قبل از رسیدن خبر عزل به او در حدود وکالت خود بنماید، نسبت به موکل نافذ است». مفاد هیچ یک از این دو ماده قانونی قاعده عمومی اعلام اراده و اثر آن در نظام حقوقی ایران نیست. در حقوق ایران، بر اساس ماده ۱۹۱ قانون مدنی اراده معتبر پس از اعلام آثار قانونی خود را به بار می‌آورد و تأثیر اراده موکل به اطلاع یافتن مخاطب نیست (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، شماره ۱۹۰ به بعد). بر این پایه، حکم این مواد استثنایی است و باید در قلمرو ویژه خود اعمال و تفسیر گردد. تفاوت ماده ۳۸ ق.آ.د.م با ماده ۶۸۰ قانون مدنی در این است که اگر دادگاه قبل از اطلاع وکیل از عزل وی مطلع گردد، آثار عزل جریان یافته و سمت وکیل از میان می‌رود.



هر شخص می‌تواند برای طرح دعوا یا دفاع از آن بیش از یک نفر وکیل انتخاب کند: ماده ۳۱ ق.آ.د.م مقرر می‌دارد: «هر یک از متداعیین می‌توانند برای خود حداکثر تا دو نفر وکیل انتخاب و معرفی نمایند». ماده ۴۴ ق.آ.د.م نیز در ادامه مقرر داشته است: «در صورتی که یکی از اصحاب دعوا در دادرسی دو نفر وکیل معرفی کرده و به هیچیک از آنها به طور منفرد حق اقدام نداده باشد، ارسال لایحه توسط هر دو یا حضور یکی از آنان با وصول لایحه از وکیل دیگر برای رسیدگی دادگاه کافی است و در صورت عدم وصول لایحه از وکیل غایب، دادگاه بدون توجه به اظهارات وکیل حاضر، رسیدگی را ادامه خواهد داد. چنانچه هر دو وکیل یا یکی از آنان عذر موجهی برای عدم حضور اعلام نموده باشد، در صورت ضرورت، جلسه دادرسی تجدید و علت تجدید جلسه و وقت رسیدگی به موکل نیز اطلاع داده میشود. در این صورت جلسه بعدی دادگاه بعثت عدم حضور وکیل تجدید نخواهد شد». حکم این ماده یادآور قاعده ای است که در ماده ۶۶۹ قانون مدنی ذکر گردیده است: «هر گاه برای انجام یک امر دو یا چند نفر وکیل معین شده باشد، هیچ یک از آنها نمی‌تواند بدون دیگری یا دیگران دخالت در آن امر بنماید، مگر این که هر یک مستقلاً وکالت داشته باشد؛ در این صورت، هر کدام می‌تواند به تنهایی آن امر را بجا آورد». بنا بر این قاعده، در صورت تعدد وکلا اقدام آنان به اجتماع مؤثر است و حالت استقلال و کلاهی متعدد خلاف ظاهر و استثنایی است که باید به دلیلی مستقل احراز شود (کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ذیل ماده ۶۶۹ بند ۱).

پرسشی در اینجا قابل طرح است: آیا قلمرو اختیارات وکیل را باید شامل نمایندگان دیگر یعنی نماینده قانونی و قضایی هم دانست؟ به نظر می‌رسد که دست کم محدودیت‌های موضوع ماده ۳۵ به نمایندگان قانونی و قضایی قابل تسری نیست، زیرا ماده ۳۵ را باید به منزله قانون مکمل اراده طرفین در نظر گرفت و در مقام تفسیر قرارداد وکالت به کار بست. به عبارت دیگر، ماده ۳۵ ناظر به بیان مقتضای اطلاق وکالت در دعاوی و شروط خلاف آن اختصاص دارد و دارای چهره ای کاملاً قراردادی است. در حالی که نیابت نمایندگان قانونی و قضایی ریشه در حکم قانون دارد و اراده طرف دعوا در آن بی تأثیر است. پس، نماینده قانونی و قضایی را باید واجد کلیه اختیارات مربوط به دادرسی، حتی اختیاراتی که به موجب ماده ۳۵ نیاز به تصریح دارد، دانست چه انجام وظیفه نمایندگی ملازمه منطقی با چنین اختیارات وسیعی دارد. بر این پایه می‌توان گفت که قلمرو اختیارات نمایندگان قانونی و قضایی عام است و محدودیت‌های ماده ۳۵ درباره آن اعمال نمی‌شود. برای مثال بالاترین مقام اجرایی دستگاه دولتی که نماینده قانونی در دستگاه در طرح دعوا و دفاع از آن است دارای کلیه اختیارات راجع به دادرسی است و برای اعمال اختیارات مندرج در بندهای ماده ۳۵ نیازی به تفویض اختیار جداگانه ندارد. بر همین قیاس ولی قهری یا قیم که از طرف مولی علیه خود در دعوا حضور دارد تمامی



اختیارات مربوط به آن دادرسی حتی آن دسته از اختیارات که به موجب ماده ۳۵ نیازمند تصریح موکل است را دارا است و برای مثال نمی‌توان ادعا کرد که برای طرح دعوی متقابل در مقام دفاع نیاز به اختیار ویژه از طرف مولی علیه خود دارد. در واقع موقعیت نمایندگان قانونی و قضایی همان موقعیت اصیل یا موکل در دعوا است.

نتیجه و پیشنهاد:

در پایان موارد زیر را می‌توان به مثابه نتایج این مقاله برشمرد:

۱. دعوی مدنی نتیجه حقی است که از حقوق اساسی و بنیادین بشر به شمار می‌آید. نام آن «حق دادخواهی» است که در اصل ۳۴ قانون اساسی ذکر شده است.
۲. مضمون حق دادخواهی نسبت به همه افراد دارای این حق یکسان است. به تعبیر دیگر همگان از حقی مساوی برخوردارند و مفاد حق برای همه یکی است هر چند ممکن است موضوع دادخواهی متفاوت باشد.
۳. حق موضوع دعوا با حق دادخواهی متفاوت است. حقی است که به تعداد و تنوع روابط حقوقی موجود در اجتماع، متکثر و دارای مضامین متنوع است.
۴. حق دادخواهی و حق موضوع دعوا ارتباط متقابلی با یکدیگر دارند و تصرفاتی که در هر یک می‌شود ممکن است تأثیراتی در دیگری بر جای نهد. از یکدیگر تأثیر می‌پذیرند و در یکدیگر تأثیر می‌گذارند.
۵. شرایط اختصاصی طرح دعوا بر اساس آنچه از قانون آیین دادرسی مدنی استنباط می‌شود عبارت است از جزم خواهان، نفع خواهان و سمت خواهان. این شرایط جنبه ماهوی دارند و نبودن آنها را نباید با ایرادات و نقایص آیینی موضوع ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی مخلوط کرد. اختلاط نابجایی که متأسفانه قانون آیین دادرسی مدنی انجام داده است. فقدان شرایط ماهوی نباید منتهی به صدور قرار رد دعوا یا حتی عدم استماع دعوا شود بلکه باید به تفکیک اهمیت هر شرط ضمانت اجرای مؤثری در نظر گرفت. بهترین گزینه اخطار به خواهان برای تدارک شرط و رفع نقیصه است. برای مثال اگر خواهان نفع قابل حمایتی نداشته باشد بهترین ضمانت اجرا عدم قاستماع دعوی نابجای اوست. ولی اگر جزم یا سمت نداشته باشد می‌توان به جای رد آیینی دعوا، از خواهان خواست که نقیصه را برطرف کند. تحلیل اقتصادی حقوق دادرسی و ملاحظه هزینه-منفعت در طرح دعوی اقتضا می‌کند که خواهان کاهلی که منظور خود را به صورت جازم بیان نکرده یا سمت او مخدوش است به از کف دادن هزینه دادرسی محکوم نشود بلکه فرصت تدارک و جبران این کاهلی را دست کم برای یک بار بیابد. این ضمانت اجرا در رفع پاره‌ای



از نقایص دادخواست هم پیش بینی شده است (ماده ۵۴ ق.آ.د.م).
بر این بنیاد قانونگذار باید دست اصلاح در قانون ببرد و متناسب با اهداف ماهوی آیین
دادرسی و فلسفه عدالت آیینی ضمانت اجرای عدم رعایت شرایط ماهوی طرح دعوا را
ساماندهی نماید.



تحول و سکون در آیین دادرسی کیفری

دکتر سید محسن قائم فرد^۱

از آنجا که روش‌های ارتکاب جرم، نحوه‌ی مخفی کردن آثار و علایم جرم، طریقه‌ی کشف جرم و نیز ادله اثبات دعوی در هر دوره و زمانی تغییر می‌یابد، مقررات مربوط به دادرسی کیفری نیز باید با این تغییرات، متحول شود تا اهداف آیین دادرسی کیفری محقق گردد. زیرا در عین اهمیت دیگر شاخه‌های حقوق عمومی و خصوصی و حقوق شکلی و ماهوی، آیین دادرسی کیفری از حیث تقسیم حقوق بین صاحبان آن از اهمیت، دقت و ویژگی‌های منحصری برخوردار است؛ حقوق جامعه، متهم، شاکی، زیان‌دیده از جرم، شاهد، کارشناس و غیره در هر دعوی کیفری در معرض تهدید و خطر است و قانونگذار تیزبین و نکته‌سنج آیین دادرسی کیفری است که باید مقررات خود را به نحوی تدبیر و تدوین نماید که درضمن حفظ حقوق تمامی صاحبان حق، کمترین تضییع حق از آنان به عمل آمده و در عین حال، سیر دادرسی به نحو عادلانه جریان یابد و این مسیر منتهی به کشف جرم، رد یا اثبات اتهام و اجرای حکم کیفری گردد.

به همین خاطر است که آیین دادرسی کیفری، بیش از سایر مقررات به صورت مستمر و دقیق مورد ارزیابی کارشناسان، حقوق دانان، مسئولین قوه قضاییه و قانونگذار هر کشور قرار می‌گیرد تا با توجه به تحولات جامعه، حتی المقدور از حقوق صاحبان حق حراست نماید. بدین ترتیب علاوه بر آنکه تغییر و تحول حتی مستمر قوانین آیین دادرسی کیفری را نمی‌توان و نباید مورد انتقاد قرار داد، این تغییر گاه ضروری و اجتناب‌ناپذیر است زیرا این تغییر است که موجب وصول به اهداف مورد نظر در آیین دادرسی کیفری می‌گردد.

آیین دادرسی کیفری ایران پس از تحولاتی چند که در شماره‌های پیشین *مجله حقوق* (زیر عنوان دادرسی کیفری و بخت سیاه-شماره ۹۱) مورد بررسی قرار گرفت، در سال ۱۳۹۲ به یکباره جامعه‌ی نو پوشید و هنوز این جامه بر قامت او استوار نیامده، دو اصلاح (به شرحی که در همان شماره‌ها گفته شد) نسبت به آن صورت گرفت.

صرفنظر از وجود صلاح یا ضرورت در چنین اصلاحی، رئیس قوه قضاییه طی استجازه‌ای از رهبری در مرداد ۹۷، تقاضای ۱۲ مورد اذن برای تغییر روش رسیدگی نسبت به بخشی از پرونده‌های کلان اقتصادی را نمود. این استجازه به صورت هوشمندانه‌ای توسط



رهبری بدین شرح مورد قبول قرار گرفت:

بسمه تعالی

با پیشنهاد موافقت می شود. مقصود آن است که مجازات مفسدان اقتصادی سریع و عادلانه انجام گیرد. در مورد اتقان احکام دادگاه ها دقت لازم را توصیه فرمایید.

اکنون این استجازه روزهای پایانی خود را می گذراند و معلوم نیست سیاست ریاست محترم جدید قوه، ادامه روش قبل و یا عدول از آن و جری تشریفات عمومی دادرسی کیفری باشد. بررسی و تحلیل استجازه، خود نیازمند طرح مباحث جدی حتی در حد یک رساله یا پایان نامه است که از قضا این اتفاق نیز افتاده است.^۲ ملاحظه موارد استجازه نشان از تغییراتی چند در مقررات عمومی آیین دادرسی دارد و اکنون سخن در این مقال مختصر آن است که آیا این تحول در آیین دادرسی کیفری، شایسته و در خور اوضاع و احوال کشور و موثر در وصول بهتر به اهداف آیین دادرسی کیفری بوده است و یا چنین نیست.

عمده موارد استجازه، تشکیل دادگاه ویژه و در پایتخت، عدم حضور هر وکیل دادگستری حتی در دادگاه، تقلیل مهلت های قانونی حداکثر تا ۵ روز، قطعیت آرای غیر اعدام و عدم تعلق تخفیف در مجازات و مواردی از این دست است، در حالی که به نظر می رسد:

۱. اگر واقعاً رئیس وقت حوزه ی قوه قضاییه را اعتقاد بر آن بوده که چنین تقلیل در مهلت ها (از ۲۰ روز به ۵ روز) از آنچنان کارایی برخوردار است که می تواند حقوق جامعه و ملت را بهتر و با سرعت بیشتر تأمین نماید و لطمه ای به حقوق آنان نمی زند، چگونه این تغییر را در اصل قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۹۲ و دو بار اصلاحات بعدی آن اعمال نمودند؟
۲. در هم نوردیدن مقررات مربوط به صلاحیت ذاتی و نسبی، چگونه قابل توجیه است و چگونه می تواند موجب احقاق حقوق متداعیین و جامعه گردد و اگر چنین است، چگونه این آزادی از قیود صلاحیت ذاتی و نسبی، در دیگر قوانین آیین دادرسی کیفری لحاظ نشده است؟
۳. قطعیت آرای کیفری کمتر از اعدام، چگونه می تواند توجیه شود و اگر چنین است، تشکیلات عریض و طویل تجدیدنظرها در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۹۲ که شعب تجدیدنظر را حتی ملزم به تشکیل جلسه برای رسیدگی در تجدیدنظر می نمود، چگونه توجیه می شود؟

۲. نقیبه بافقی، امیدرضا، تحلیل مبانی و آثار استجازه رییس قوه قضاییه از رهبری مورخ ۱۳۹۷.۵.۲۰، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه اصفهان، دی ماه ۱۳۹۸



۴. عدم حضور وکلای دادگستری و محدود ساختن آنان به وکلای موضوع تبصره ماده ۴۸ آیین دادرسی کیفری حتی در دادگاه، چگونه رئیس محترم وقت قوه را به حصول اطمینان از صحت روند دادرسی و پیشگیری از اطاله رهنمون شده است؟
۵. برخی اختیارات در استجازه، اختیارات عامی است که عیناً در قانون آیین دادرسی کیفری ۹۲ به قاضی اعطاء شده است و کسب اجازه در همین موارد از مقام رهبری مفهومی ندارد.

اینها و مواردی از این قبیل، تغییرات غیر ضروری و غیر مفیدند که جز سردرگمی برای مردم و دستگاه قضایی و دوری از عدالت، دستاوردی ندارد و دست اندرکاران را ملزم به تغییراتی پی در پی و بی فایده سوق دهد. اینگونه است که هرچند تغییر و تحول در آیین دادرسی ضروری است و گاه باید فوری و مقطعی نیز باشد، اما تغییرات و تحولات غیر کارشناسانه، تنها می تواند حقوق ملت را مورد تهدید قرار داده، دادرسی را از منطق و عدالت دور سازد.



نظام حقوقی حاکم بر سامانه‌های پرداخت، تأمین و انتقال الکترونیکی اعتبار

دکتر مصطفی‌السان^۱

چکیده

ظهور اینترنت و گسترش تجارت الکترونیکی منجر به طرح این بحث گردید که آیا می‌توان برای تحقق هر چه بهتر دو هدف عمده تجارت الکترونیک-سرعت و ارزانی-سامانه‌های پرداختی ارایه نمود که به هنگام خرید و فروش در اینترنت کاربرد داشته و نیازی به استفاده از سامانه‌های سنتی برای این امر نباشد؟ در این مقاله به بررسی و تحلیل حقوقی ماهیت، مزایا، معایب و کارکردهای هر یک از این شیوه‌ها خواهیم پرداخت. تحلیل موضوع همواره با لحاظ قوانین و رویه کشورهای پیشگام در این زمینه و رویه عملی و مقررات بین‌المللی انجام خواهد شد.

واژگان کلیدی: سامانه‌های پرداخت- حقوق تطبیقی- ایمنی پرداخت‌ها- قوانین و مقررات- مسئولیت.

۱. مقدمه و طرح بحث

اگرچه استفاده از سامانه‌های الکترونیکی ارتباط، تقریباً از یک قرن پیش شروع شده است، با این حال تنها جهانی شدن اینترنت بود که منجر به تولد «تجارت الکترونیکی» گردید. میزگرد دایمی که در آن هر شخصی از هر جای دنیا حق ارایه نظر و تعامل با دیگران را داشت و از این طریق یک محیط تجاری که در آن انتقال الکترونیکی اطلاعات مربوط به معاملات امکانپذیر بود. شاید به خاطر شایعه ناتوانی دولت‌ها از کنترل ارتباطات الکترونیکی، از همان ابتدا تصوراتی نادرست یا قابل بحث در مورد وسایل ارتباطی - به ویژه اینترنت - به وجود آمد و پژوهشگران رشته‌های مختلف را به چالش فرا خواند. با همه‌گیر شدن ارتباط و تحقق نسبی عنوان «دهکده جهانی»، از یک طرف مسأله تجارت الکترونیکی با هدف ارزانی و سرعت تجارت مطرح بود و از سوی دیگر مسأله امنیت و ضابطه‌مند شدن روابط مطرح گردید.

پرداخت‌های الکترونیکی شاید بدون توجه به این تحولات و تنها با تمایل عده‌ای از تجار



برای راحتی ایجاد شدند و به همین خاطر از همان ابتدا مشکلات عدیده‌ای با محوریت سوء استفاده از وسایل انتقال اعتبار در فضای مجازی مطرح بوده است. صرفنظر از این مسایل که بیشتر جنبه فنی یا اجتماعی دارند، مسأله نبود قانون و استانداردهای لازم و سامانه‌های پرداخت مورد نیاز در زمره مشکلات پرداخت های الکترونیکی به شمار می‌آید. به‌ویژه در کشورمان باید به تجار و مشتریان اینترنتی حق داد که با بی‌اعتمادی و بدبینی به سامانه‌های الکترونیکی پرداخت بنگرند. زیرا، قانون خاصی در این زمینه وجود ندارد. استانداردها و معیارهای مشخصی در دست نیست؛ مهمتر از همه اینکه، در کشورمان سامانه‌های پرداخت و اعتبار الکترونیکی در مقایسه با سایر کشورهای جهان، چندان گسترش نیافته است.

برای بررسی این مسایل نیاز است که نخست مفهوم و انواع سامانه‌های الکترونیکی پرداخت را معرفی و سپس مسایل اجتماعی، اقتصادی و حقوقی ناشی از استفاده از این شیوه‌ها برای پرداخت را تشریح نماییم.

۲. مفهوم و انواع پرداخت های الکترونیکی

۲-۱. مفهوم پرداخت الکترونیکی

اگرچه بحث تأمین و انتقال اعتبار در روابط بین‌بانکی، به‌ویژه در سامانه بانکی بین‌المللی، قبل از رواج تجارت الکترونیکی مطرح شده و روش های علمی، ایمن و دقیقی برای انتقال اعتبار معرفی شده است. با این حال در این مقاله ما تنها بحث از پرداخت و انتقال اعتبار با استفاده از شیوه‌های الکترونیکی را بررسی خواهیم کرد.

گستره پرداخت های الکترونیکی از نظر روش و وسیله، اجازه نمی‌دهد که تعریف واحدی برای تمامی سامانه‌ها ارایه گردد. به طور کلی، همان گونه که از ظاهر عبارت نیز بر می‌آید پرداخت هایی که با استفاده از وسایل الکترونیکی ارتباط انجام می‌شوند را باید پرداخت الکترونیکی نامید. چنانچه یکی از محققان نیز معتقد گردیده، این شیوه پرداخت «روشی نوین برای ایفای تعهدات قدیمی» به شمار می‌آید. [۱] لذا در مفهوم بدهی به عنوان مبنای پرداخت تفاوتی میان فضای مجازی و دنیای واقعی وجود ندارد. نیاز به تنوع روش‌ها و زمان ایفای تعهد، موجب ایجاد روش های مختلفی برای پرداخت شده است. می‌توان بدهی‌های کوچک یا فوری (به هنگام خرید کالاهای مصرفی) را در همان زمان با کارت الکترونیکی تصفیه نمود، یا در معاملات بین‌المللی از سامانه بانکداری الکترونیکی بهره جست.

لذا امکان تصور حالتی وجود دارد که در آن، الف و ب بدون اینکه همدیگر را دیده یا صدای هم را بشنوند، معامله کرده و به داد و ستد کالا و وجه (مبیع و ثمن) با استفاده از وسایل الکترونیکی اقدام نمایند. در چنین معاملاتی، برای مثال نسخه الکترونیکی یک کتاب یا مقاله یا فیلم و... در قبال مبلغ معین که به شیوه الکترونیکی پرداخت می‌گردد، مبادله می‌شود. [۲]



از قانون نمونه آنسیترال در باره انتقال اعتبار، می توان استنباط کرد که انتقال الکترونیکی وجه، انتقال وجهی است که در آن یک یا چند مرحله اقدام برای انجام فرایند پرداخت که در گذشته با استفاده از کاغذ انجام می گرفت، در حال حاضر با روش الکترونیکی محقق می گردد. در قانون متحدالشکل تجاری آمریکا نیز سامانه پرداخت الکترونیکی به «یک شبکه انتقال الکترونیکی، اتاق پایاپای (تهاتر) خودکار، یا سایر شیوه های ارتباطی اتاق تهاتر یا دیگر اتحادیه های بانکی که با استفاده از یک دستور پرداخت به بانک مخاطب مخابره و ارسال می گردد»، تعریف شده است. چنانچه ملاحظه می شود، میان انتقال الکترونیکی اعتبار و وجه الکترونیکی تفاوت وجود دارد، چرا که در پرداخت با اسکناس یا پول الکترونیکی نیاز به تشریفات عریض و طویلی که در بالا ذکر شد، وجود ندارد. به علاوه در پرداخت الکترونیکی دین به طور مستقیم ساقط می شود؛ ولی در انتقال الکترونیکی اعتبار سقوط آن - در فرض مدیون بودن پرداخت کننده - منوط به جمع بودن شرایط تهاتر است. بنابراین ضرورت دارد که انواع روش های پرداخت و انتقال الکترونیکی اعتبار را بررسی نماییم.

۲-۲. شیوه های پرداخت و انتقال الکترونیکی اعتبار

شیوه های الکترونیکی پرداخت آن قدر متعددند که شمارش تمام آنها مشکل است. هر روز شیوه جدیدی ارائه می شود و به جز روش های مقبول جهانی، در اکثر کشورها نظام های خاصی برای پرداخت الکترونیکی پیش بینی شده است. به طور کلی سامانه های الکترونیکی را می توان به دو دسته عمده تقسیم بندی نمود؛

۲-۲-۱. تقسیم بر اساس کارکرد

از این نظر، انتقال سرمایه و اعتبار در معاملات الکترونیکی به چهار شیوه عمده انجام می گیرد:

یک. سامانه کارت های اعتباری با روش کار سنتی، کارت اعتباری با رمزگذاری و در مواردی (همچون Mondex) با امضای دیجیتالی به منظور ایمنی و جلوگیری از سرقت و کلاهبرداری.

دو. پرداخت به وسیله پول الکترونیکی یا مجازی (Cyber Cash = Digital Cash). این روش گمنامی مذکور در بند فوق را به همراه داشته و لذا احتمال تقلب، کلاهبرداری و نفوذ هکرها در آن وجود دارد.

سه. پرداخت با چک الکترونیکی (Electronic Cheque): این روش بیشتر به پرداخت با سند چک در روش قدیمی - چک کاغذی - شباهت دارد که در آن هر چند رابطه صادر کننده با بانک قطع نمی شود، ولی امکان بی محل بودن و در نتیجه عدم پرداخت دین وجود دارد.



چهار. سامانه (بانکی) اعتبار الکترونیکی. این روش اجمالا دارای ویژگی های زیر است:

الف. می توان از آن برای پرداخت هایی با مبلغ بالا بهره گرفت؛ حال آنکه در سامانه کارت اعتباری این امر اغلب غیرممکن یا دشوار است.

ب. شیوه انتقال اعتبار امنیت و اعتماد میان طرفین را تا حد زیادی تضمین می کند: گمنامی شایع در سامانه کارت اعتباری و پول (وجه) الکترونیکی در این روش وجود ندارد و انتقال دهنده و گیرنده وجه یا اعتبار از طریق بانک خود از ایمن بودن این روش اطمینان دارند و در صورت بروز هر نوع کلاهبرداری و تقلب به راحتی می توان از طریق بانک های مربوطه آن را کشف کرد.

ج. شیوه انتقال اعتبار برای معاملات و تهاترهای بین بانکی نیز کاربرد دارد و محدود به معاملات الکترونیکی نیست.

د. انتقال اعتبار را -همانطور که از عبارت آن نیز برمی آید- می توان برای پرداخت های غیر نقدی و گشایش اعتبارهای تضمینی در معاملات سنگین الکترونیکی و صدور ضمانت نامه الکترونیکی به کار گرفت؛ اگرچه این بحث جدید به نظر می رسد، ولی طرح آن در دنیای تجارت الکترونیکی حصول اهداف تجارت مذکور - سرعت و ارزانی - را در پی داشته است.

۲-۲-۲. تقسیم بر اساس میزان ارتباط با بانک

با لحاظ میزان ارتباط مشتری (دارنده کارت یا حساب بانکی الکترونیکی) با بانک یا مؤسسه مالی معین برای انجام پرداخت های الکترونیکی، می توان تقسیم بندی زیر را ارایه کرد:

۱-۲-۲. شیوه های بانکی

شیوه های بانکی پرداخت و انتقال الکترونیکی اعتبار به این مفهوم است که گیرنده و فرستنده (داین و مدیون) برای انجام دریافت و پرداخت نیازمند ارتباط با بانک خود به هنگام انجام فرایند پرداخت و دریافت می باشند. بنابراین این نوع پرداخت، حالتی که بانک یا یک مؤسسه مالی کارت اعتباری صادر و در اختیار هر کس (اعم از مشتری و غیر مشتری) قرار می دهد را، شامل نمی شود. یکی از بهترین روش های موجود در این دسته، مبادله الکترونیکی مالی می باشد که عبارت از انتقال الکترونیکی وجه و مبادله الکترونیکی داده های مربوط به این انتقال می باشد. ارکان اصلی این شیوه را می توان در دو مورد خلاصه نمود: نخست پرداخت مبلغ معینی که به طور الکترونیکی به بانک فروشنده تخصیص می یابد. دوم، ارسال الکترونیکی اطلاعات همراه با پرداخت الکترونیکی که به سامانه اطلاعاتی اختصاص یافته از سوی دریافت کننده (مخاطب) وارد می شود. مشتری در این روش می تواند ارسال اطلاعات مذکور را با دستور پرداخت به گونه ای همراه سازد که همزمان به سامانه بانکی مخاطب وارد شود. [۳] به طور خلاصه، انتقال الکترونیکی وجه از حساب بانکی یک نفر به حساب بانکی دیگری پیرو مذاکرات قبلی صورت می گیرد و بر دو نوع می باشد.



الف. انتقال دین: در این روش مشتری به بانک خود دستور می‌دهد که مبلغی را به حساب بانکی مخاطب منتقل نماید.

ب. انتقال اعتبار: مشتری به بانک خود دستور می‌دهد که با لحاظ اعتبار و ثبت در ستون بدهکار حساب بانکی وی، برای او تحصیل اعتبار نماید. بنابراین انتقال دین به شیوه الکترونیکی دارای اطراف زیر است:

یک. پرداخت کننده اصلی (مدیون)

دو. بانک نخستین (بانک مدیون)

سه. سامانه انتقال وجه به شیوه الکترونیکی

چهار. ذینفع

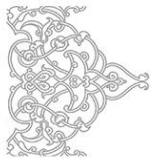
پنج. بانک ذینفع

از حیث تشریفات، پرداخت کننده اصلی، انتقال وجه را با دستور پرداخت به بانک خود آغاز می‌کند و به موجب آن از بانک می‌خواهد تا با انتقال اعتبار به بانک ذینفع، مبلغی را به وی پرداخت نموده یا در حساب بانکی او واریز نماید. [۴] تقریباً تمام نظام‌های بانکی جهان از این شیوه برای مبادله وجه استفاده می‌کنند. برای مثال، در ایالات متحده، مرکز تهاتر (تصفیه حساب) خودکار و سامانه پرداخت‌های بین بانکی مرکز تهاتر هرکدام روشی را اجرا می‌کنند که به الگوی بالا شباهت بسیاری دارد. البته اتحادیه سامانه پرداخت بین بانکی در سطح جهانی اقدام به مبادله دستور و رسید پرداخت بعد از مفاصا حساب نیز می‌نماید. میلیون‌ها تاجر و مصرف کننده از این طریق پرداخت‌های خود را انجام می‌دهند. در مالزی نیز استفاده از سامانه انتقال الکترونیکی وجه تقریباً از همان روش و موازینی پیروی می‌کند که در ایالات متحده پذیرفته شده است (جنبه‌های حقوقی بانکداری الکترونیکی - مالزی ۱۹۹۸). در انگلستان، تصفیه حساب بر اساس شیوه‌ای که برای پرداخت انتخاب می‌شود، تفاوت می‌کند: در بانک الکترونیکی BACS نقل و انتقال سه روز طول می‌کشد، حال آنکه در سامانه بانکی CHAPS فرایند نقل و انتقال در داخل بریتانیا در همان روز انجام می‌شود و در ساختار SWIFT این کار در همان روز یا روز بعد - بر حسب اختلاف زمانی میان کشورها در پرداخت‌های بین‌المللی - انجام می‌گیرد. [۵]

۲-۲-۲-۲. پرداخت‌های رمزگذاری شده

شیوه‌های دیگری برای پرداخت الکترونیکی وجود دارد که به طور کلی باید آن را پرداخت‌های رمزگذاری شده نامید. چرا که در تمامی این روش‌ها، یک نکته مشترک وجود دارد و آن هم استفاده از «رمزگذاری» برای جلوگیری از تقلب، کلاهبرداری و سوء استفاده می‌باشد. از این روش‌ها، به‌ویژه در معاملات الکترونیکی و اینترنتی استفاده می‌شود. اقسام عمده این وسایل پرداخت به شرح زیر است:

یک. کیف الکترونیکی: دارای اعتبار به مبلغ معین می‌باشد. برای استفاده از کیف پول



الکترونیکی وارد نمودن شماره شناسایی شخصی مورد نیاز است. با قرار دادن کارت مذکور در جایه کارتخوان، می‌توان بارها و بارها برداشت نمود.

دو. کارت سِت: این فناوری توسط ویزا و مسترکارت ارائه شده و در آن برای جلوگیری از سرقت شماره حساب یا رمز کارت مشتری به هنگام استفاده از آن در اینترنت، روش رمزگذاری کلید عمومی به کار گرفته شده است. [۶]

سه. پول مجازی: همانند کانال ارتباطی میان تاجر اینترنتی، مصرف کنندگان و شبکه بانکی عمل می‌کند. تجار و مصرف کنندگان در صورت تمایل به استفاده باید نرم افزار آن را تهیه کنند. در این فرایند، مصونیت سفارش کالا و پرداخت پول در مقابل تغییرات ناشی از دسترسی به رمز تضمین شده است. برای اطمینان و جلوگیری از سرقت و کلاهبرداری، اطلاعات مربوط به پرداخت تا زمانی که در سرویس دهنده ثبت نشود، قابل رمزگشایی نیست. [۷]

چهار. کارت اعتباری بین‌المللی ماندکس: یکی از روش‌های پرداخت که کارت نرم افزار آن را می‌توان از شرکت ای.تی.ام تهیه نمود، کارت اعتباری بین‌المللی ماندکس (Mondex) می‌باشد. این کارت که از آن برای پرداخت‌های الکترونیکی در ایالات متحده آمریکا، انگلیس و استرالیا به صورت آزمایشی استفاده شده است. [۸]، با جدیدترین فناوری علمی ساخته شده و مشتری می‌تواند آن را برای خرید از شرکت‌هایی که ماندکس را به عنوان وسیله پرداخت می‌پذیرند، به کار گیرد. برای این منظور مشتری، کارت ماندکس را در جایه کارت خوان رایانه شخصی قرار می‌دهد؛ با این عمل کارت فروشنده در رایانه شخصی او در فرض تأیید الکترونیکی قرارداد، مبلغ قابل پرداخت را از کارت خریدار به کارت فروشنده انتقال می‌دهد. به منظور ایمن بودن این فرایند، ماندکس از یک امضای دیجیتالی بدون مشابه که در مدار کارت مشتری تعبیه شده و برای کارت ماندکس طرف مقابل خواناست، بهره می‌گیرد. این ابداع عملاً از جعل و تزویر در امر انتقال اعتبار جلوگیری می‌کند. روش مذکور یک شیوه امضاء و انتقال الکترونیکی می‌باشد - البته امضایی که یک بار برای همیشه زده می‌شود - زیرا اعتباری که بنابر فرایند ماندکس به کارت فروشنده افزوده می‌شود، از سوی او به همان روش قابل انتقال به دیگران است. [۹]

پنج. پول پرداخت الکترونیکی: در میان روش‌های پرداخت رمزگذاری شده که نیازی به مراجعه مکرر به بانک جهت استفاده از آنها نیست. پول پرداخت الکترونیکی شیوه‌ای بسیار مدرن و ایمن به شمار می‌آید. با این سامانه، بدون داشتن کارت پرداخت یا رایانه، می‌توان از باجه‌های عمومی که برای این منظور ایجاد می‌شوند، پرداخت الکترونیکی را محقق ساخت. هم‌اکنون در ایالات متحده بدین منظور هزار باجه در معابر عمومی راه‌اندازی شده است. [۱۰]

۳-۲-۲. پرداخت‌های الکترونیکی ارتباطی

در این نوع از پرداخت‌ها اگرچه دارنده وسیله پرداخت الکترونیکی، رابطه خود را با بانک یا



مؤسسه مالی ارایه دهنده خدمات، حفظ می‌کند ولی رابطه به مراتب ضعیف‌تر از تعاملات الکترونیکی بین بانکی است. بهترین مثال، چک الکترونیکی می‌باشد که برای انتقال اعتبار وجه به بانک مقصد متصل می‌گردد و ضمن کاهش از حساب مشتری به حساب فروشنده افزوده می‌شود. [۱۱]

۳. حقوق پرداخت های الکترونیکی

هر روشی که برای پرداخت ارایه شود، تنها در صورتی معتبر است که به موجب قانون به رسمیت شناخته شود. از طرف دیگر، حقوق در فرض شناسایی سامانه‌های الکترونیکی پرداخت باید حمایت های لازم را از این شیوه‌ها به عمل آورده و تعدی به حقوق صاحبان حساب و کارت های پرداخت را با وضع قوانین و ضمانت اجراهای متناسب محکوم نماید. پاره‌ای از مسایل حقوقی مربوط به پرداخت‌های الکترونیکی نیز ناشی از مفهوم «مال» و جدال در امکان یا عدم امکان صدق این عنوان بر کارت های اعتباری می‌باشد. به طور کلی بحث نهایی این است که آیا می‌توان قواعد عام حقوق قرارداد و مسئولیت مدنی را در پرداخت های الکترونیکی نیز اجرا نمود.

۳-۱. پرداخت های الکترونیکی و حقوق قرارداد

تمامی سامانه‌های پرداخت و انتقال اعتبار الکترونیکی با «قرارداد» شروع می‌شوند. در شیوه‌های ارتباطی که در آنها رابطه بانک و مشتری به طور دائم - یا حداقل به هنگام استفاده از سامانه الکترونیکی پرداخت - برقرار است، به طور معمول قرارداد استاندارد (نمونه) که از سوی بانک تهیه شده، در اختیار مشتری متقاضی افتتاح حساب بانکی با قابلیت مبادله الکترونیکی قرار داده می‌شود. مشتری برای دریافت مجوز استفاده از امکانات و تضمین‌های مذکور، چاره‌ای جز طی کردن این تشریفات و پذیرش شروط و قیود ندارد. عدم توازن قدرت چانه‌زنی میان طرفین در این موارد آشکار بوده و بدین معنی است که مشتری شانس کمتری در تحمیل شرایط خود دارد.

بانک‌ها البته، مکلف اند که قرارداد مذکور را به طور کتبی، صریح و قابل فهم به مشتری ارایه نمایند. در این قرارداد، شرایط لازم برای افتتاح و استفاده از خدمات حساب مندرج می‌باشد؛ با اینحال بانک با قید یک شرط در متن قرارداد استاندارد دارای این حق خواهد بود که به طور یک طرفه - در صورت تحقق اوضاع و احوال معین - شرایط خود را تغییر دهد. در قرارداد استاندارد مذکور گنجانیدن شرایط زیر ضروری است:

- نوع و میزان مسئولیت مشتری در صورت سوء استفاده از خدمات ارایه شده برای انتقال غیر مجاز وجه.

- تکلیف مشتری به آگاه نمودن بانک یا مؤسسه مالی مربوطه از گم شدن، سرقت، کلاهبرداری، یا افشای اطلاعات محرمانه راجع به حساب بانکی یا کارت اعتباری.
- شماره تماس بانک یا مؤسسه مالی طرف قرارداد برای دریافت پیامهای فوری از مشتری.



- شرایط و تشریفات دستور عدم پرداخت از سوی مشتری به بانک.
- نحوه حل و فصل اختلافات احتمالی و در قراردادهای بین‌المللی، قانون حاکم و مرجع حل اختلافات.

- ارایه راهنمایی‌های لازم برای استفاده از خدمات پرداخت الکترونیکی با برگه یا دفترچه راهنمای ضمیمه سند قرارداد.

- شرایطی که در صورت تحقق آن بانک یا مؤسسه مالی حق خواهد داشت که از ارایه خدمات به مشتری یا مشتری‌نما خودداری کند.

برای مثال قید می‌شود، اگر سه بار رمز عبور یا شماره حساب وارد شده و نادرست باشد، ارایه خدمات منتفی خواهد بود و مشتری باید برای حل مشکل به بانک یا مؤسسه مالی مربوط مراجعه کند. در رابطه بین بانک‌ها نیز، وجود توافقنامه‌ای برای همکاری و مبادله وجوه ضرورت دارد. امروزه تقریباً تمام موارد توثیق و تضمین اعتبار در همه بانک‌های دنیا به شیوه‌ای الکترونیکی و از طریق یک شبکه رایانه‌ای بین بانکی جابجا می‌شود. [۱۲] که مبتنی بر موافقت نامه‌های دقیق در رابطه طرفین می‌باشد. [۱۳] در پرداخت‌های غیر ارتباطی (همچون پول الکترونیکی، کارت اعتباری و...) اقدام به خرید اولیه آنها ضرورت داشته و لازم است نحوه استفاده از این وسایل نیز به مشتری آموزش داده شود. البته مکتوب بودن قرارداد ضرورتی ندارد.

۲-۳. ایمنی پرداخت‌های الکترونیکی

مهمترین مسأله فنی در زمینه پرداخت‌های الکترونیکی که دارای آثار حقوقی می‌باشد، امنیت آنهاست. پرداخت‌های مذکور هنوز از نظر اعتبار و ایمنی دارای ابهام هستند. در اینترنت، به عنوان فضای بازی که اسرار شخصی و تجاری در آن در معرض نفوذ و افشاء هست، پرداخت‌های الکترونیکی به دلیل داشتن جنبه مالی، انگیزه مضاعفی را برای سرقت و کلاهبرداری به وجود می‌آورند. به همین دلیل از روش‌های رمزگذاری، امضای دیجیتالی و کارت‌های ایمن استفاده می‌شود. حتی در فرض رعایت کلیه اصول ایمنی، امکان نفوذ و سوء استفاده از سامانه‌های پرداخت الکترونیکی منتفی نیست. مشتریان با هک‌هایی درگیرند که شماره کارت اعتباری آنها را می‌دزدند. همچنین احتمال این امر وجود دارد که دارنده کارت یا شماره حساب، قربانی کلاهبرداری اینترنتی یا تقلب یا خیانت در امانت شود، زیرا مشتری و تاجر به صورت فیزیکی با همدیگر ملاقات نمی‌کنند. مشکل دیگر این است که شرکت‌های ارایه دهنده کارت اعتباری به دلیل تراکم کاری، شماره اعتباری یک مشتری را به شخص ثالثی نیز اختصاص دهند که این امر تجاوز به حق حریم و موجب زیان مالی است. تعیین تکلیف برای تمامی این مسایل بر عهده علم حقوق خواهد بود.



۱-۲-۳. رمزگذاری پرداخت های الکترونیکی

قانون نمونه آنسیترال درباره امضاهای الکترونیکی مصوب ۲۰۰۱ حاوی مقرراتی برای اعتبار، قابلیت اجرایی و ایمنی امضاهای الکترونیکی می باشد. بنابر گزارش گروه کاری تجارت الکترونیکی ۲۰۰۱ [۱۴]، امضاهای دیجیتالی با استفاده از رمزگذاری ایجاد و غیر قابل نفوذ می شوند. لذا یکی از مهمترین ابزارهای امنیت پرداختهای الکترونیکی استفاده از امضای مذکور است. ماده ۱۰ قانون تجارت الکترونیکی ایران مصوب ۱۳۸۲/۱۰/۱۷ در شمارش شرایط امضای الکترونیکی مطمئن، منحصر به فرد بودن آن نسبت به امضا کننده، معلوم شدن امضا کننده داده پیام به وسیله امضا و اتصال به داده پیام به نحوی که هر تغییری در آن «داده پیام» قابل تشخیص و کشف باشد را از جمله شرایط دانسته است.

سامانه پرداخت الکترونیکی نیز باید در صورت بهره گیری از امضای دیجیتالی دارای این شرایط باشد. از بعد علمی، به طور معمول، رمزگذاری و رمزگشایی به وسیله دو کلید متفاوت انجام می گیرد که به یکی از آنها صرفاً شخص امضا کننده دسترسی دارد و کلید شخصی نامیده می شود و دیگری در دسترس همگان بوده و کلید عمومی نام دارد. لذا، امضای دیجیتالی خصوصی ندارد و رمز گذاری پرداخت های الکترونیکی را به هر طریق علمی که ایمنی آن را بیشتر تضمین نماید، می توان انجام داد. [۱۵] به استنباط از بند ۱ ماده ۷ قانون نمونه آنسیترال درباره تجارت الکترونیکی مصوب ۱۹۹۶ در صورت تحقق رمزگذاری نمی توان ارزش سند و ملک مربوطه را صرفاً به این دلیل که حالت کاغذی ندارد، انکار نمود. دستورالعمل امضاهای الکترونیکی اروپا مصوب ۱۹۹۹، قانون معاملات الکترونیکی سنگاپور مصوب ۱۹۹۸ و قانون امضاهای الکترونیکی در تجارت داخلی و بین المللی ایالات متحده مصوب ۲۰۰۰ نیز بر این امر تصریح دارند. با اینحال با لحاظ قواعد عام حقوق قرارداد، هر شخص می تواند از پذیرش شیوه الکترونیکی به عنوان روش پرداخت در معامله خود با دیگران خودداری نماید؛ امری که علاوه بر مقررات فوق از ماده ۵ و ماده ۹ قانون تجارت الکترونیکی ایران نیز قابل استنباط می باشد.

۲-۲-۳. ایمنی پرداخت های الکترونیکی و مقررات مسئولیت

از آن جهت که بهترین و ایمن ترین سامانه های پرداخت نیز قابل نفوذ هستند، لذا ایمنی پرداخت های الکترونیکی را علاوه بر ضوابط فنی و علمی باید با وضع مقررات قانونی در مجازات یا مسئولیت مدنی متخلفین تضمین کرد. بر همین اساس اکثر کشورها در مقررات داخلی خود، برای سوء استفاده کنندگان از سامانه های پرداخت، مسئولیت و مجازات در نظر گرفته اند. دستورالعمل تجارت الکترونیکی اروپا در ماده ۲۰ دولت های عضو را به تعیین ضمانت اجرا و مسئولیت برای متخلفین ملزم نموده است.

در حقوق مالزی، دسترسی غیر مجاز به سامانه های پرداخت و برنامه های رایانه ای به موجب



بخش ۳ و ۴ قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۱۹۹۷ موجب مسئولیت مدنی و مجازات متخلف خواهد بود. در حقوق انگلیس قانون سوء استفاده رایانه‌ای ۱۹۹۰ و در سنگاپور قانون سوء استفاده رایانه‌ای ۱۹۹۳ به تعیین کیفر برای متخلف حکم داده‌اند. [۱۶] در ایالات متحده، قانون تقلب و سوء استفاده رایانه‌ای و در اتحادیه اروپا کنوانسیون شورای اروپا درباره جرایم (فضای) مجازی نیز موضوع جعل، کلاهبرداری و تقلب در محیط الکترونیکی را مورد توجه قرار داده‌اند.

در حقوق ایران، به موجب ماده ۷ قانون تجارت الکترونیکی: «هر کس در بستر مبادلات الکترونیکی با سوء استفاده و یا استفاده غیر مجاز از «داده‌پیام» ها، برنامه‌ها و سامانه‌های رایانه‌ای و وسایل ارتباط از راه دور و ارتکاب افعالی نظیر ورود، محو، توقف «داده‌پیام»، مداخله در عملکرد برنامه یا سامانه‌های رایانه‌ای و غیره دیگران را بفریبد و یا سبب گمراهی سامانه‌های پردازش خودکار یا نظایر آن شود و از این طریق برای خود یا دیگری وجوه، اموال یا امتیازات مالی تحصیل کند و اموال دیگران را ببرد مجرم محسوب و علاوه بر رد مال به صاحبان اموال به حبس از یک تا سه سال و پرداخت جزای نقدی معادل مال مأخوذه محکوم می‌شود».

البته تعیین کیفر برای سوء استفاده از سامانه‌های پرداخت الکترونیکی، نافی مسئولیت مدنی نیست. لزوم جبران خسارت وارده به صاحب حساب یا دارنده کارت یا مؤسسه مالی قاعده‌ای عام است که تردیدی در اجرای آن در روابط الکترونیکی وجود ندارد. با این وجود، قانونگذار می‌تواند با وضع مقررات مناسب و شفاف ارجاع اختلاف به مراجع تخصصی و حمایت از دارندگان حق در سامانه‌های پرداخت را مورد حکم قرار داده و در جهت ترویج استفاده از این شیوه پرداخت گام بردارد.

۳-۳. تحقق پرداخت های الکترونیکی

تنوع شیوه‌های پرداخت و نحوه عمل متفاوت آنها، موجب طرح سؤال مهمی می‌شود: زمان تحقق پرداخت به شیوه الکترونیکی کی و محل آن کجاست؟ این بحث اگرچه به ندرت مطرح شده، اما آثار عملی آن آشکار است. زیرا برای مثال در صورت عدم وصول به مخاطب - علی‌رغم اقدام بدهکار به استفاده از سامانه الکترونیکی برای پرداخت - اثبات تحقق آن بر حسب اینکه کدام نظریه را بپذیریم، بر عهده مدعی پرداخت یا مخاطب وی خواهد بود. از سوی دیگر تعیین مکان تحقق پرداخت از حیث تعیین دادگاه و قانون صالح - بر فرض عدم توافق مغایر در رابطه طرفین - دارای اهمیت خواهد بود.

پرسش دیگر این است که در اختلاف میان افراد متعدد در زمینه تأدیه و سامانه‌های پرداخت الکترونیکی، ادعای چه کسی تقدم می‌یابد؟ این دو مساله را در فرازهای جداگانه بررسی می‌کنیم.

۳-۳-۱. زمان و مکان تحقق پرداخت های الکترونیکی

تصور عامه مردم این است که برای مثال با قرار دادن کارت در جایه کارت‌خوان و فشار



دکمه «قبول»، یا در نظام بانکی، با انجام تشریفات لازم از سوی بانک نخست (بانک مدیون) انتقال الکترونیکی اعتبار کامل شده و انجام همین تشریفات منجر به وصول اعتبار به ترمینال گیرنده می‌شود. شاید این تصور ناشی از مفهوم سنتی پول و سفته‌های بانکی باشد، با این حال اعمال آن را نمی‌توان به طور مطلق پذیرفت.

دیدگاه دیگر، که با واقعیت‌های علمی تطبیق بیشتری دارد، این است که باید وصول را تنها با ورود اطلاعات مربوط به پرداخت انجام شده و تأیید آن از سوی بانک فرستنده، محقق دانست. در واقع ارسال «داده‌پیام» لزوماً به مفهوم دریافت آن توسط مخاطب نیست و امکان دارد اختلال در شبکه ارتباطی، نفوذ هکرها، اشتباه، کلاهبرداری و تقلب مانع از آن شود. بنابراین تنها باید در صورت صدق مفهوم دریافت «داده‌پیام» مذکور در ماده ۲۷ قانون تجارت الکترونیکی که به تقلید از ماده ۱۵ قانون نمونه آنسیترال درباره تجارت الکترونیکی به تصویب رسیده، انتقال الکترونیکی اعتبار را محقق دانست.

۲-۳-۳. حل و فصل اختلافات

طرفین اغلب در مورد نحوه و شرایط پرداخت‌های الکترونیکی توافق نمی‌کنند. به‌ویژه در پرداخت‌های غیر ارتباطی، که نیازی به ارتباط مستقیم با بانک در آنها وجود ندارد، به دلیل فقدان قرارداد در اغلب موارد، حل و فصل اختلاف طرفین به‌ویژه در صورت ارتباط مساله به چندین کشور - بین‌المللی بودن اختلاف - با اشکال روبرو می‌شود. متأسفانه، رژیم حقوقی معینی برای تعیین تکلیف در این موارد وجود ندارد. با این حال اشخاص دخیل در پرداخت‌های الکترونیکی بین‌المللی (دارنده حساب یا کارت اعتباری، بانک یا مؤسسه مالی و مخاطب (گیرنده) اعتبار) می‌توانند در قرارداد مکتوب بر ارجاع اختلافات احتمالی به داوری تراضی نمایند و قانون قابل اجرا بر رابطه خویش را نیز تعیین کنند.

صرفنظر از نحوه و مرجع حل اختلاف، مسلم است که هر گونه پرداختی به شیوه الکترونیکی در صورت داشتن شرایط، معتبر بوده و با مدارکی که به هنگام پرداخت در اختیار تأدیه کننده قرار داده می‌شود، انجام آن را می‌توان در مقابل هر کس - طرف مقابل و اشخاص ثالث - اثبات نمود. در زمینه قانون قابل اجرا، به نظر می‌رسد که با وجود تفاوت سامانه‌های انتقال اعتبار به شیوه الکترونیکی و اموال به مفهوم عرفی آن، بتوان قواعد راجع به «اموال» را تا حدی که با ماهیت سامانه‌های مذکور در تعارض نیست، در مورد آنها اجرا نمود. بنابراین، و برای مثال، صرف در اختیار داشتن پول الکترونیکی، در صورتی که وجه مشخصه‌ای برای شناسایی مالک آن موجود نباشد، دلیل بر مالکیت دارنده آن است (اماره تصرف) و پرداخت آن از سوی دارنده و دریافت آن توسط طرف مقابل با هیچ مانعی روبرو نیست. در مورد شخص اخیر - در فرض اثبات عدم مالکیت پرداخت کننده - تنها حسن نیت اوست که وی را از استرداد مبلغ دریافتی معاف و پرداخت کننده نابجا را ملزم به دادن عوض آن به مالک واقعی می‌نماید. به همین ترتیب



مدعی مالکیت پول الکترونیکی یا کارت اعتباری فاقد شناسه که در اختیار فرد دیگر قرار دارد، می‌تواند با اثبات مالکیت خود و سرقت یا تحصیل کارت یا پول الکترونیکی از طریق کلاهبرداری یا خیانت در امانت توسط متصرف، علاوه بر استرداد آن خسارات وارده به خود را نیز مطالبه نماید.

نتیجه

پرداخت های الکترونیکی، شیوه‌ای گریز ناپذیر هستند که در صورت تمایل به گسترش تجارت الکترونیکی باید به طور دقیق و فنی به اجرای آنها در سامانه بانکی و پولی کشور اقدام کرد. در این زمینه، بهره‌گیری از استانداردهای علمی و ضوابط دقیق دارای اهمیت فوق‌العاده‌ای بوده و همگام و همسو شدن با تحولات و پیشرفت های جهانی شرط موفقیت است. توجه به خواسته‌های همگان و طراحی سامانه‌های گوناگون که حسب مورد در پرداخت های با حجم کم و سنگین، داخلی و بین‌المللی و روابط اینترنتی کارایی داشته باشند، مؤلفه دیگری است که بی‌توجهی به آن موجب خواهد شد که شیوه‌های الکترونیکی پرداخت و انتقال اعتبار با استقبال روبرو نشوند.

از جنبه حقوقی، تعیین دقیق حقوق و مسئولیت افرادی که سامانه‌های مذکور را ارایه یا از آنها برای پرداخت استفاده می‌کنند، دارای اهمیت است. این مساله و اعمال مجازات برای متخلفین و اخلال‌گران سامانه‌های پرداخت را می‌توان در قانون خاصی - با لحاظ مقررات بین‌المللی - پیش‌بینی نموده و بعد از طی مراحل قانونی در جهت ضابطه‌مند کردن این روند به کار گرفت. در جرم‌انگاری اعمال خرابکارانه نسبت به سامانه‌های پرداخت، نباید حقوق خصوصی دارندگان کارت‌ها یا حساب های الکترونیکی را فدای مسایلی چون منافع عمومی کرد: تنها با این طرز تلقی است که می‌توان خوشبینی نسبت به روش های الکترونیکی پرداخت را جایگزین تصور ابهام در کارکرد، فراهم بودن زمینه سوء استفاده افراد حرفه‌ای و فقدان حمایت قانونی و قضایی نمود. در مقام مقایسه میان روش های سنتی و الکترونیکی باید این نکته مهم را همواره یادآوری کرد که روش های سنتی پرداخت نیز قابل نفوذ، سوء استفاده و تقلب و کلاهبرداری هستند و شایع شدن این ابهام و تردیدها در مورد شیوه‌های الکترونیکی پرداخت، تا حدود زیادی، ناشی از نوظهوری و پایین بودن آگاهی عامه مردم نسبت به کارکرد و ساختار علمی آنهاست.



فهرست منابع

- Loshin , Peter & Vacca, John & Murphy, Paul, Electronic Commerce: Online Ordering and Digital Money , Third Edition, Charles River Media Publication, Hingham, Massachusetts 2001. p. 145.
- Baker & Mc Kenzie [edition], Doing E Commerce in Europe, 2001. Available at: www.bakernet.com/ecommerce/doing%20Ecommerce%20in%20Europe/doing%20E.Commerce%20In%20Europe.pdf . p. 5.
- Smedinghoff, T.J. Online Payment Options, Online Law, The SPA's Legal Guide to Doing Business on the Internet 116, 1996. p. 3-7.
- Dodd, Jeff C. And Hernandez James A., Contracting in Cyberspace, Computer Law Review and Technology Journal, summer 1998. p. 28.
- Reed, Chris & Angel, John. Computer Law, Fifth Edition, Oxford University Press, New York 2003. p. 353.
- Sax Michael M., Buying and Selling Goods over the Internet, January 24, 2000. Available at: www.saxlaw.com/publications/backup%20of%20seminar%2001%2024%5b1%5d.htm. p. 11.
- Loshin and et al, op cit, pp 142-173.
- Id., 124.
- Newman, Simon & Sutter, Gavin, Electronic Payments — the Smart Card, Smart Cards, E-Payments, & Law – Part I, Computer Law and Security Report, Vol. 18, No. 4. 2002.
- Peha Jon M., Khamitov Ildar M., PayCash: a Secure Efficient Internet Payment System, Electronic Commerce Research and Applications 3 (2004) p. 388.
- Spencer, Peter, Regulation of the payments market and the prospect for digital money, Available at: <http://www.bis.org/publ/bispap07g.pdf>. p.73.
- Geoffrey Turk, Money and Currency in the 21st Century 1999. Available at: <http://www.goldmoney.com/futuremoney.html>.
- Electronic Payment Systems in European Countries, Country Synthesis Report, Final Report, Available at: <http://www.itas.fzk.de/deu/PROJEKT/Pez/ESTOCSRfinal991216.pdf>
- UNCITRAL Model Law On Electronic Commerce With Guide to Enactment 1996 , Available At: www.uncitral.org/english/texts/electcom/ecommerceindex.htm. p. 22.
- E-Commerce and Development Report, United Nations, New York & Geneva 2001. p. 160.
- Reed & angel, op cit., pp. 311-313.

سایر منابع:

- السان، مصطفی، حقوق بانکی، چاپ ششم، انتشارات سمت، تهران ۱۳۹۸.
- السان، مصطفی، حقوق فضای مجازی، چاپ سیزدهم، انتشارات شهردانش، تهران ۱۳۹۸.
- قانون تجارت الکترونیکی، مصوب ۱۳۸۲/۱۰/۱۷، روزنامه رسمی ۱۳۸۲/۱۱/۱۱ - سال ۵۹، شماره ۱۷۱۶۷.



- Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce). Available at:
- www.europea.oeu.int/ISPO/ecommerce/legal/documents/200031ec_en.pdf.
- Study on electronic Payment for the committee on Economic and Monetary Affairs and Industrial Policy of the European Parliament, Vol. 1, Main Report. Institute for Prospective Technological Studies (IPTS) European Commission, Joint Research Centre, Seville, Spain, May 1999.
- Electronic Signature in Global and National Commerce Act [E_sign]. Effective October. 1,2000. Available at: http://fwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=106_cong_bills&docid=f:s761enr.txt.pdf.
- Legal Aspects of Electronic Banking, Learning Objectives, (Chapter 2a), Institute Bank-Bank Malaysia. Available at: www.ibbm.org.my/publications/Revised%20Manuals/DP02%20Chapter%20on%20EFT.pdf.
- Report on Electronic Money, European Central Bank, August 1998.
- UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures 2001, Available at: www.uncitral.org/english/texts/electcom/ml_electsig_e.pdf.
- UNCITRAL Model Law On International Credit Transfers, 1992, United Nations (UN), Available at: www.lexmercatoria.org.



روش‌های انصراف از قراردادهای الکترونیکی در

قانون تجارت الکترونیکی ایران

دکتر حیدر باقری اصل^۱

مختار نعم^۲

سعیده باقری اصل^۳

چکیده

یکی از مسائل مهم قراردادهای الکترونیکی به انصراف از قراردادهای الکترونیکی مربوط می‌شود. این مسئله که سؤال اساسی تحقیق نیز محسوب می‌شود، عبارت از این است که با کدام روش‌ها می‌توان از قرارداد الکترونیکی انصراف داد؟ روش این تحقیق در یافتن پاسخ سؤال مذکور کتابخانه‌ای و نیز استنباط از مواد قانونی است. توضیح اینکه مواد کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی مصوب ۲۰۰۵ و قانون تجارت الکترونیکی ایران مصوب ۱۳۸۲ را برای ارائه روش‌های انصراف از قراردادهای الکترونیکی و حل ابهام موجود، مبنای مطالعه تطبیقی خود قرار داده و روش‌های انصراف از قراردادهای الکترونیکی را با استناد به روش تحلیل عقلانی و استنباط حقوقی ارائه کرده است و از آنجایی که این تحقیق هم اولین کار علمی در مسئله و هم یک تحقیق کاربردی است، لذا نتایج آن برای حقوق‌دانان، وکلا دادگستری، قضات دادگاه‌ها و داوران در تفسیر مواد قانون تجارت الکترونیکی ایران نسبت به روش‌های انصراف قراردادهای الکترونیکی کاربرد خواهد داشت.

کلید واژه‌ها

قرارداد، روش انصراف قرارداد الکترونیکی، ارتباطات الکترونیکی، انصراف فیزیکی، انصراف الکترونیکی.

۱. استاد گروه حقوق دانشکده حقوق و علوم اجتماعی دانشگاه تبریز
۲. استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی دانشگاه آزاد اسلامی تبریز
۳. دکترای حقوق خصوصی، مدرس دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی دانشگاه آزاد اسلامی تبریز



مقدمه

هرچند انصراف، یکی از نهادهای حقوق تجارت الکترونیکی است و کاربرد آن نظیر کاربرد نهاد فسخ عقود است و هر دو نهاد مذکور موجب انحلال قرارداد می‌گردند، ولی تفاوت نهاد انصراف با نهاد فسخ در این است که فسخ در قراردادهای لازم (قانون مدنی، ماده ۳۹۶) و خیار (قانون مدنی، ماده ۴۵۶) پیش‌بینی شده است که در محیط فیزیکی تشکیل گردیده است و انصراف از قرارداد تنها به قراردادهای خاص تعلق دارد و از آن به قراردادهای الکترونیکی تعبیر شده است (قانون تجارت الکترونیکی ایران، مواد ۳۷-۳۸). بدین توضیح که قانون تجارت الکترونیکی ایران، حق انصراف قراردادهای الکترونیکی را با عنایت به نیازهای تجارت الکترونیکی پیچیده امروز و کاربردهای موردنظر آن و برای حمایت انحصاری از خریدوفروش در بستر مبادلات الکترونیکی و به تبعیت از قوانین آنسیترال (مقررات نمونه تجارت الکترونیکی آنسیترال ۱۹۹۶ و ۲۰۰۱ م.)^۴ تنظیم نموده و به تصویب رسانده و مواد ۳۷ و ۳۸ این قانون را به حق انصراف قراردادهای الکترونیکی اختصاص داده است؛ همچنین مجمع عمومی سازمان ملل متحد، کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی را در مورخ نوامبر ۲۰۰۵^۵ برای صرفه‌جویی در هزینه‌های تجارت بین‌المللی، اعم از هزینه‌های مالی و زمان و ایجاد بستر مناسب مبادلات الکترونیکی و حمایت از اقدام‌کنندگان آن تصویب کرده و ماده ۱۴ خود را به انصراف از قراردادهای الکترونیکی در صورت بروز خطای الکترونیکی اختصاص داده است. اهمیت مضاعف این کنوانسیون در آن است که ایران به این کنوانسیون ملحق شده است و مواد آن جزوی از مقررات حقوق قراردادهای الکترونیکی ایران محسوب می‌شود (تصویب‌نامه شماره ۳۵۷۸۱ / ۳۶۹۷۵ مورخ ۱۳۸۶/۳/۸ هیات وزیران). به این ترتیب، این کنوانسیون و نیز قانون تجارت الکترونیکی ایران به نهاد حق انصراف در قراردادهای الکترونیکی پرداخته و انصراف از قراردادهای الکترونیکی را بر اساس این نهاد جدید به رسمیت شناخته است. سؤال اساسی در این مورد آن است که: با کدام روش‌ها می‌توان از قراردادهای الکترونیکی در کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی و نیز قانون تجارت الکترونیکی ایران انصراف داد؟

4. UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Wide to Enactment 1996, United Nations Publication, New York, 1997; UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures with Guide to Enactment 2001, United Nations Publication, New York 2002.

5. United Nations Convention in use of electronic communications in international contracts, 2005.



سؤال‌های فرعی این تحقیق عبارت‌اند از:

- ۱: روش‌های انصراف از قراردادهای الکترونیکی در قانون تجارت الکترونیکی ایران چیست؟
- ۲: روش‌های انصراف از قراردادهای الکترونیکی در کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی ۲۰۰۵ چیست؟

اهمیت تحقیق پاسخ این پرسش اساسی و سؤال‌های فرعی آن در این است که: اولاً، حقوق تجار و تکالیف آنان را به‌عنوان اطراف قرارداد الکترونیکی در روش‌های انصراف از قراردادهای الکترونیکی تعیین می‌نماید؛ ثانیاً، تکلیف قضات دادگاه‌ها، وکلای دادگستری و داوران را در پرونده‌های قراردادهای الکترونیکی معلوم می‌سازد.

روش این تحقیق در یافتن پاسخ سؤال‌های اصلی و فرعی مذکور و جهت رسیدن به اهداف فوق، کتابخانه‌ای و نیز استنباط از مواد قانونی است. بدین بیان که مواد کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی مصوب ۲۰۰۵ و قانون تجارت الکترونیکی ایران مصوب ۱۳۸۲ را برای ارائه روش‌های انصراف از قراردادهای الکترونیکی و حل ابهام موجود، مبنای مطالعه تطبیقی خود قرار داده و روش‌های انصراف از قراردادهای الکترونیکی را با استناد به روش تحلیل عقلانی و استنباط حقوقی تحصیل نموده و در دو بخش به شرح ذیل ارائه کرده است:

۱- روش‌های انصراف از قراردادهای الکترونیکی در قانون تجارت الکترونیکی ایران

هرچند روش‌های انصراف از قرارداد الکترونیکی در قانون تجارت الکترونیکی ایران مصوب ۱۳۸۲ ایران گاهی در خدمات و گاهی در کالا می‌باشد و از این جهت باهم فرق دارند و نیز تشریفات انصراف فیزیکی و الکترونیکی باهم متفاوت‌اند (قانون تجارت الکترونیکی ایران، مواد ۳۳، ۳۸، ۴۰ و ۴۱)؛ برای مثال، آثار حقوقی ایقاع در انصراف فیزیکی بلافاصله ایجاد می‌شود (امامی، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۱۶۰؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ص ۵۰۲؛ کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۳۰۲-۳۰۱)، درحالی‌که آثار حقوقی ایقاع در انصراف الکترونیکی بعد از ارسال پیغام انصراف از قرارداد الکترونیکی کالا یا خدمات به مخاطب تحقق می‌یابد (کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، بند ۱ ماده ۲۰؛ معاونت قوه قضاییه، ۱۳۸۹، ص ۹۸؛ سرمد سعیدی، تجارت الکترونیک، ص ۳۹۵-۳۸۷؛ نوری، ۱۳۸۲، ص ۱۲۷-۱۲۵)، ولی از آنجایی که انصراف از قرارداد الکترونیکی یک نوع ایقاع تلقی می‌شود، لذا طبق اصول حاکم بر ایقاعات باید قبول کرد که انصراف از قرارداد الکترونیکی، عمل حقوقی یک‌طرفه است و بدون اعمال اراده طرف دیگر پدید می‌یابد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ص ۵۰۲؛ کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۳۰۲-۳۰۱) ولی در عین حال، بدون اطلاع طرف دیگر پدید نمی‌آید. با لحاظ این شرط، انصراف از قرارداد الکترونیکی باید به مخاطب ابلاغ گردد و روش ابلاغ صحیح و درست قصد انصراف از قرارداد الکترونیکی هم می‌تواند با استفاده از واسطه‌های فیزیکی انجام پذیرد و هم می‌تواند با استفاده از ارتباطات الکترونیکی صورت



پذیرد. این دو روش انصراف را طی دو گفتار ذیل پیگیری می‌کنیم.

۱-۱ روش فیزیکی انصراف از قرارداد الکترونیکی

بند ج ماده ۳۴ قانون تجارت الکترونیکی ایران شرایط فراگرد روش انصراف از معامله الکترونیکی کالا و نیز بند دال این ماده شرایط فراگرد روش انصراف از قراردادهای انجام خدمات را بیان کرده‌اند. بندهای مذکور ماده فوق، تأمین‌کننده کالا و خدمات را ملزم به ارائه اطلاعاتی کرده است که باید به‌طور جداگانه ضمن تأیید اطلاعات مقدماتی، اطلاعات مربوط به شرایط و روش‌های فراگرد انصراف از معامله الکترونیکی کالا و نیز شرایط و روش انصراف در قراردادهای انجام خدمات را به خریدار به‌عنوان مصرف‌کننده ارسال نماید و روش انصراف از قرارداد الکترونیکی کالا و خدمات را طی این اطلاعات به اطلاع مشتری ابلاغ نماید (قانون تجارت الکترونیکی ایران، بندهای ج و د ماده ۳۴). بنابراین، روش انصراف از قرارداد الکترونیکی در اطلاعات مقدماتی مورد پیش‌بینی بوده و مجدداً طی ارسال اطلاعات تکمیلی به اطلاع مشتری می‌رسد.

مطابق ماده ۳۵ همین قانون اطلاعات اعلامی و تأییدی اطلاعات اعلامی به مصرف‌کننده باید در واسطی بادوام، روشن و صریح بوده و در زمان و با وسایل مناسب ارتباطی در مدت معین و بر اساس لزوم حسن نیت در معاملات و از جمله ضرورت رعایت افراد ناتوان و کودکان ارائه شود. تأمین‌کننده مطابق بند و ماده ۳۳ قانون تجارت الکترونیکی ایران ملزم است شرایط و فرایند انصراف از قرارداد الکترونیکی را مانند شرایط و فرایند عقد، نحوه پرداخت ثمن و تحویل کالا و خدمات، نحوه اجرای عقد، نحوه ارجاع کالا و خدمات پس از فروش را به اطلاع خریدار به‌عنوان مصرف‌کننده ابلاغ نماید. بنابراین، اگر مصرف‌کننده بخواهد از قرارداد الکترونیکی ناظر بر کالا یا خدمات اعلام انصراف نماید باید مطابق مفاد ماده ۳۷ قانون مذکور عمل نماید و عملیات فیزیکی ذیل را انجام دهد که در متن ماده مذکور مقرر شده است: «در هر معامله از راه دور مصرف‌کننده باید حداقل هفت روز کاری وقت برای انصراف (حق انصراف) از قبول خود بدون تحمل جریمه و یا ارائه دلیل داشته باشد، تنها هزینه تحمیلی بر مصرف‌کننده هزینه بازپس فرستادن کالا خواهد بود».

بر اساس مفاد این ماده، مصرف‌کننده اگر قصد انصراف از قرارداد الکترونیکی داشته باشد باید:

- اولاً، کالا یا خدمات دریافت‌شده را به فروشنده به‌عنوان تأمین‌کننده پس فرستد؛
- ثانیاً، اعلام انصراف را در داخل هفت روز کاری انجام دهد؛
- ثالثاً، انصراف او حتی می‌تواند بدون تحمل جریمه و یا ارائه دلیل باشد؛
- رابعاً، تنها هزینه تحمیلی بر مصرف‌کننده هزینه بازپس فرستادن کالا خواهد بود؛



خامساً، از آنجایی که صرف بازپس فرستادن کالا و خدمات بر انصراف از قرارداد الکترونیکی دلالت نمی‌کند، لذا باید قصد خود را از انصراف نیز به اطلاع فروشنده ابلاغ فرماید. البته اعلام قصد انصراف از قرارداد الکترونیکی و اعلام انصراف از خرید الکترونیکی مذکور می‌تواند با روش الکترونیکی نیز باشد که آن را در گفتار بعدی شرح خواهیم داد.

۲-۱ روش الکترونیکی انصراف از قرارداد الکترونیکی

تحول در ابزارها و وسایل ارتباطات بشری دنیای دیگری را برای بشریت باز نمود و تنها وسیله ارتباط که همان ارتباط فیزیکی بود به ارتباط الکترونیکی نیز تبدیل کرد، به طوری که امروزه برای انعقاد قرارداد، علاوه بر روش‌های کتبی و شفاهی، روش مجازی نیز مرسوم گشته است (نیاسری، ۱۳۸۵، ص ۴۹). این روش علاوه بر انعقاد قرارداد در انصراف و انحلال از آن نیز مرسوم است.

بنابراین، مصرف‌کننده یا شخصی که در اثر اشتباه داده‌پیام ارسال کرده است می‌تواند در انصراف از قرارداد الکترونیکی با استفاده از پایگاه داده‌پیام و مبادله الکترونیکی داده‌پیام و نیز تلفن، فاکس، تلکس، پست الکترونیکی دست به این کار بزند و به این ترتیب، انصراف شفاهی و کتبی مرسوم سنتی از قرارداد را از طریق تبدیل به فرمت الکترونیکی، یعنی داده‌پیام تولید نماید و به مخاطب خود ارسال نماید. مطابق این روش، «شخص»-اعم از شخص حقیقی و حقوقی و یا سیستم‌های رایانه‌ای تحت کنترل آنان-به‌عنوان اصل‌ساز (ایجادکننده پیام)، منشا اصلی داده‌پیام تلقی می‌شود و داده‌پیام به وسیله او یا از طرف او تولید یا ارسال می‌گردد. (قانون تجارت الکترونیکی ایران، بند ب ماده دوم).

توضیح حقوقی روند مزبور انصراف الکترونیکی چنین است که اصل‌ساز^۶ که عبارت از مصرف‌کننده‌ای است که داده‌پیام با مفاد و محتوای انصراف از قرارداد به وسیله او یا از طرف او تولید و به مخاطب ارسال می‌شود (ق.ت.ا، ماده دوم، بند ب). بنابراین، اصل‌ساز یا مصرف‌کننده می‌تواند قصد انصراف خود از قرارداد الکترونیکی را به صورت «داده‌پیام» تولید و ارسال نماید، زیرا «داده‌پیام»^۷ عبارت از اطلاعات ایجاد، ارسال، دریافت و یا ذخیره‌شده از طریق وسایل الکترونیکی، مغناطیسی، نوری و یا وسایل مشابه از جمله مبادله الکترونیکی داده‌ها، پست الکترونیکی، تلگرام، تلکس یا تله‌کیپی است (کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی، بند دال ماده ۴). این تعریف در ماده دوم قانون تجارت الکترونیکی ایران نیز تصریح شده و مقرر گردیده است: «داده‌پیام» عبارت از هر نمادی از واقعه، اطلاعات یا مفهوم است که با وسایل الکترونیکی، نوری و یا فناوری‌های جدید اطلاعات تولید، ارسال، دریافت، ذخیره یا پردازش می‌شود. این تعریف در بند ج ماده ۴ کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی

6. Originator.
7. Data Message.



در قراردادهای بین‌المللی نیز مورد تصریح واقع شده است؛ همچنین «داده‌پیام» در ماده ۲ قانون نمونه آنسیترال^۸ نیز هرنوع اطلاعاتی دانسته شده است که به وسیله وسایل الکترونیکی، نوری یا مشابه آن از قبیل تبادل الکترونیکی داده، پست الکترونیکی، تلگرام و فاکس تولید، ارسال، دریافت و یا ذخیره می‌شود.

اصل‌ساز داده‌پیام را در قالب «مراسله الکترونیکی» به «مخاطب»^۹ از طریق «سیستم الکترونیکی»^{۱۰} ارسال می‌کند (همان، بند ۴ ماده ۴). «مراسله» عبارت از هرگونه اظهار، اعلام، مطالبه، اختاریه و یا درخواست از جمله ایجاب و قبول آن است که طرفین باید در جریان انعقاد، اجرا و یا انصراف قرارداد، آن را صورت داده یا در رابطه با انجام آن تصمیم‌گیری کنند (همان، بند الف ماده ۴). چنان‌که «مراسله الکترونیکی» عبارت از هرگونه مراسله‌ای است که طرفین داده‌پیام‌ها صورت می‌دهند (همان، بند ۴ ماده ۴؛ نوری، ۱۳۸۵، ص ۵۹). طبق بند (ج) ماده ۲ ق.ت.ا. ایران، مخاطب، شخصی است که اصل‌ساز، داده‌پیام را به قصد ارسال برای او تولید و ارسال می‌نماید. وفق این تعریف، اگر اشخاص دیگری داده‌پیام‌رسانی را دریافت کنند و یا از آن کپی نمایند، چنین دریافت‌کنندگان تحت عنوان مخاطب شناخته نمی‌شوند. بنابراین، مخاطب مراسله الکترونیکی، شخصی است که منشأ داده‌پیام (اصل‌ساز)، قصد دارد وی مراسله الکترونیکی را دریافت نماید (کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی، بند ۴ ماده ۴). مطابق بند ج ماده ۲ قانون تجارت الکترونیکی ایران «مخاطب» در چنین پیام الکترونیکی شخصی است که اصل‌ساز قصد دارد وی داده‌پیام مبنی بر انصراف از قرارداد الکترونیکی را دریافت کند. اصل‌ساز یا منشأ پیام الکترونیکی گاهی «سیستم اطلاعاتی»، یعنی سیستمی که برای ایجاد، ارسال، دریافت، ذخیره و یا هرگونه پردازش دیگر داده‌پیام‌هاست به کار می‌گیرد و پیام خود انصراف خود از قرارداد الکترونیکی را به اطلاع مخاطب، ابلاغ می‌نماید و گاهی نیز او از «سیستم پیام خودکار»، یعنی از برنامه رایانه‌ای، ابزار الکترونیکی و یا دیگر ابزار خودکار جهت ارسال اعلام انصراف استفاده می‌کند (همان، بندهای د و ه ماده چهار). در هر صورت، سیستم الکترونیکی ارسال داده‌پیام معنای عامی دارد و به هر نوع دستگاه یا مجموعه‌ای از دستگاه‌های متصل سخت‌افزاری اطلاق می‌شود که از طریق اجزای برنامه‌های پردازش خودکار «داده‌پیام» عمل می‌کند (ق.ت.ا، ماده ۱، بند و). تنها خصیصه این سیستم آن است که باید «واسط بادوام» باشد «واسط بادوام» دستورالعمل EU/۸۳/۲۰۱۱ پارلمان اروپا و شورا مصوب ۲۵ اکتبر ۲۰۱۱ در مورد حقوق مصرف‌کننده، به «معنای هر وسیله‌ای است که مصرف‌کننده یا تاجر را قادر به ذخیره‌سازی اطلاعاتی که شخصاً به او داده شده می‌سازد، به‌طوری‌که این اطلاعات در مدت زمانی که برای اهداف مدنظر از آن اطلاعات کافی می‌باشد، برای ارجاعات آینده در دسترس



می باشد و همچنین به معنای مجوز تکثیر بدون تغییر اطلاعات ذخیره شده را می دهد»
(Directive 2011/83/EU of the European parliament and of the council, Art 1: 10).

بنابراین، اصل ساز یا منشأ پیام الکترونیکی موظف است که قصد انصراف خود را از طریق «سیستم اطلاعاتی مطمئن» (و نه هر سیستمی) به مخاطب ارسال نماید. «سیستم اطلاعاتی مطمئن» عبارت از سیستمی است که: ۱. به نحوی معقول در برابر سوء استفاده و نفوذ محفوظ باشد؛ ۲. سطح معقولی از قابلیت دسترسی و تصدی صحیح را دارا باشد؛ ۳. به نحوی معقول متناسب با اهمیت کاری که انجام می دهد پیکربندی و سازماندهی شده باشد؛ ۴. موافق با رویه ایمن باشد.

در بند چهارم سیستم اطلاعاتی مطمئن مذکور به «رویه ایمن» تصریح شد و شرط تحقق ارسال پیام در سیستم اطلاعاتی مطمئن به موافق بودن سیستم اطلاعاتی مطمئن با رویه ایمن توصیف گردید و مطلب مزبور این سؤال را پدید آورد که مقصود از ارسال پیام از طریق رویه ایمن چگونه انجام می شود؟

در پاسخ این سؤال باید گفت: «رویه ایمن» عبارت از رویه ای برای تطبیق صحت ثبت داده پیام، منشأ و مقصد آن با تعیین تاریخ و برای یافتن هرگونه خطا یا تغییر در مبادله، محتوا و یا ذخیره سازی داده پیام از یک زمان خاص است. یک رویه ایمن ممکن است با استفاده از الگوریتمها یا کدها، کلمات یا ارقام شناسایی، رمزنگاری، روشهای تصدیق یا پاسخ برگشت و یا طرق ایمنی مشابه انجام شود. قانون تجارت الکترونیکی ایران این گونه وسایل ارتباط الکترونیکی را که بدون حضور فیزیکی همزمان تأمین کننده و مصرف کننده جهت فروش کالا و خدمات و نیز انصراف آن استفاده می شود، به «وسایل ارتباط از راه دور» تعبیر می کند، چنان که ایجاب و قبول راجع به کالاها و خدمات بین تأمین کننده و مصرف کننده و نیز انصراف از آن با استفاده از وسایل ارتباط از راه دور را به «عقد و یا انصراف آن از راه دور» تعبیر می نماید. البته طرفین قرارداد می توانند هرگونه تغییر در تولید، ارسال، دریافت، ذخیره و یا پردازش داده پیام توافق نمایند، زیرا چنین توافق و قرارداد خاص طرفین عقد معتبر است (قانون تجارت الکترونیکی ایران، ماده ۵).

قانون تجارت الکترونیکی ایران مواردی را از حکم مذکور ماده ۵ خود استثنا نموده و تصریح کرده است که انعقاد قرارداد یا انصراف از آن در این موارد از طریق سیستم داده پیام و قرارداد الکترونیکی میسر نمی شود. این مواد عبارتند از: «هرگاه وجود یک نوشته از نظر قانون لازم باشد، داده پیام در حکم نوشته است، مگر در موارد زیر: الف. اسناد مالکیت اموال غیر منقول؛ ب. فروش مواد دارویی به مصرف کنندگان نهایی؛ ج. اعلام، اخطار، هشدار و یا عبارات مشابهی که دستور خاصی برای استفاده کالا صادر می کند و یا از به کارگیری روشهای خاصی به صورت فعل یا ترک فعل منع می کند» (همان، ماده ۶). مطابق این ماده، می توان استنباط نمود و گفت: اجرای انصراف از قرارداد الکترونیکی از طرق الکترونیکی در تمام موارد ممکن و صحیح است، مگر در



موارد استثنای مذکور این ماده که باید از طرق غیر الکترونیکی انجام یابد.

۲- روش انصراف از قرارداد الکترونیکی در کنوانسیون ۲۰۰۵

روش انصراف از قرارداد الکترونیکی در کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی مصوب ۲۰۰۵ با اعلام انصراف از ارتباط الکترونیکی مبنی بر وقوع خطا در ارتباط الکترونیکی صورت می‌گیرد و برای تحقق این کار، خریدار باید وقوع خطا در ارتباط الکترونیکی را به مخاطب اخطار کند و انصراف خود را از ارتباط الکترونیکی در ضمن آن اخطار به مخاطب اعلام بدارد. توضیح این که یکی از مشکلات مرسوم سیستم‌های ارتباطات الکترونیکی وقوع خطا در آن است. این خطا گاهی ناشی از عامل انسانی چون تایپ اشتباه، انتخاب یا لمس اشتباهی کلید کی برد، انتخاب گزینه اشتباه و گاهی نیز ناشی از سیستم عامل الکترونیکی چون عملکرد نامتناسب، اشتباه سیستم پیغام خودکار، نرسیدن نامه الکترونیکی به مقصد، دریافت ناقص پیام، اختلال نرم‌افزای یا سخت‌افزای در سرویس‌های الکترونیکی است (رضایی، ۱۳۸۷، ص ۱۹۰). بروز خطای ارتباط الکترونیکی موجب پیدا شدن حق انصراف از ارتباط الکترونیکی می‌شود و روش انصراف از قرارداد الکترونیکی با استناد به بروز خطای الکترونیکی در دو مرحله و به شرح ذیل است:

۱-۲ روش انصراف با اجرای مقررات حاکم بر آثار اشتباه در کنوانسیون ۲۰۰۵

وظیفه اصل ساز، وفق مقررات کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی مصوب ۲۰۰۵ سازمان ملل متحد این است که اگر در ارتباط الکترونیکی توسط او یا سیستم عامل، خطایی رخ دهد و او خطای مذکور را متوجه گردد، ابتدا و در مرحله نخست، باید خطای مذکور را تصحیح نماید. بنابراین، هر گاه اصل ساز اشتباهی را در یک مراسله الکترونیکی مرتکب شود که با سیستم پیغام خودکار به طرف دیگر مبادله می‌شود و سیستم پیغام خودکار امکان تصحیح اشتباه را به شخص مذکور بدهد، وی یا شخصی که او به نمایندگی از وی عمل می‌نماید، حق ندارد تمام یا بخشی از مراسله الکترونیکی را که اشتباه ورودی در آن رخ داده است، اعلام انصراف نماید.

مستند حکم مذکور مفهوم ماده ۱۴ کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی مصوب ۲۰۰۵ سازمان ملل متحد است، زیرا مطلب مذکور از مفهوم این ماده استنباط می‌شود. به این استدلال که ماده ۱۴ کنوانسیون در موارد بسیار خاصی اعمال می‌گردد و این موارد تنها شامل اشتباهاتی می‌شود که در انتقالات داده‌پیام از طریق سیستم پیام اتوماتیک میان شخص اصل ساز و مخاطب واقع می‌شود و سیستم به گونه‌ای است که امکان تصحیح خطا در



داده پیام به شخص اصل ساز نمی‌دهد^{۱۱}.

بنابراین، در مرحله‌ای که امکان تصحیح اشتباه وجود داشته باشد، انصراف از ارتباط الکترونیکی و در پی آن انحلال قرارداد موجه و قانونی تلقی نمی‌شود؛ اما هر گاه اصل ساز اشتباهی را در یک مراسله الکترونیکی مرتکب شود که با سیستم پیام خودکار به طرف دیگر مبادله می‌شود، ولی سیستم پیام خودکار امکان تصحیح اشتباه را به شخص مذکور ندهد، وی یا شخصی که او به نمایندگی از وی عمل می‌نماید، حق دارد تمام یا بخشی از مراسله الکترونیکی را که اشتباه ورودی در آن رخ داده است، اعلام انصراف نماید؛ در این صورت، روش انصراف از قرارداد مطابق بند الف ماده مذکور چنین خواهد بود: «آن شخص یا شخصی که او به نمایندگی از وی عمل می‌نماید، پس از آگاهی از اشتباه در اولین فرصت ممکن، طرف مقابل را از اشتباه مطلع و اعلام نماید که او در مراسله الکترونیکی مرتکب اشتباه شده است».

ارسال این اطلاعیه و اخطاریه نیز از طریق ارتباط الکترونیکی خواهد بود، لذا اصل ساز می‌تواند از سیستم عامل داده‌پیام استفاده کرده و اشتباه رخ داده را به اطلاع مخاطب ارسال نماید، مشروط بر این که: «آن شخص یا شخصی که او به نمایندگی از وی عمل می‌نماید، کالاها یا خدماتی را که احتمالاً از طرف مقابل دریافت نموده به کار نگرفته یا هیچ‌گونه سود یا ارزش عمده‌ای را به دست نیاورده باشد» (کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی، بند ب ماده ۱۴).

بنابراین، اعلام انصراف از ارتباط الکترونیکی و در نتیجه، انصراف از قرارداد مربوط تابع تشریفات ویژه‌ای است و بخشی از تشریفات به شرح فوق در کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی تصریح شده است و بخش دیگر نیز از سایر مقررات قابل استخراج است؛ برای مثال کنوانسیون بیع بین‌المللی کالای مصوب ۱۹۸۰ سازمان ملل موسوم به CISG^{۱۲} که طبق ماده ۲۰ کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی یکی از منابع و مستندات قانونی تفسیر موارد مبهم و مجهول کنوانسیون اخیر الذکر است. دو ماده ۷۱ و ۷۲ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالای مصوب ۱۹۸۰ سازمان ملل متحد به روش انصراف از ارتباط الکترونیکی و در پی آن به انصراف از قرارداد مربوط پرداخته و ماده ۷۲ این کنوانسیون نیز تشریفات اعمال انصراف را شبیه به تشریفات ماده ۷۱ این کنوانسیون در رابطه با تعلیق قرارداد دانسته و اعلان قصد خود مبنی بر انصراف از قرارداد را به طرف مقابل، لازم تلقی کرده و این دو ماده، اعلام فوری اخطار انصراف از قرارداد به مخاطب را لازم و اجباری شمرده

11. United Nations Convention on the use of Electronic Communications in International Contracts, (2005) United Nations, New York, Art 14; Segovia, Javier, S.Szozepaniak Piotr, Niedzwie Dzinski (2013). Ecommerce & Intelligent Methods, Spain, Springer.

12. United Nations Convention On Contracts for the International sale of Goods, 1980, (CISG), Art 71-72.



است (CISG, Art 71: A)، مگر این که طرف مقابل مخاطب پیشتر اعلام نموده باشد که تعهدات خود را اجرا نخواهد کرد. (Ibid, Art 72: C).

مطابق ماده ۷۲ کنوانسیون مذکور، این اخطار می‌تواند به صورت کتبی یا شفاهی، اعم از فیزیکی و الکترونیکی باشد. از این رو، ماده ۷۲ این کنوانسیون تصریح کرده است: «طرفی که قصد اعلام بطلان دارد، چنانچه وقت اقتضا کند، مکلف است اخطار متعارفی به طرف دیگر بدهد تا برای او این امکان فراهم شود که اطمینان کافی جهت ایفای تعهدش بدهد» (Ibid, Art 72: B). اصطلاح «متعارف» در این ماده به اخطار کتبی و شفاهی ناظر است. هرچند استنباط از این اصطلاح، آن است که اخطار مذکور به صورت فیزیکی خواهد بود (صفایی و همکاران، ۱۳۹۰، ص ۲۱۷)؛ اما این استنباط موجب آن نمی‌شود که اصل ساز نتواند اخطار را از طرق الکترونیکی به مخاطب ارسال نماید.

اطلاق و عموم این ماده شامل قراردادهای فیزیکی مرسوم سنتی و نیز قراردادهای الکترونیکی می‌شود و هر دو قرارداد را دربرمی‌گیرد، آنگاه این گفتار وجهه علمی پیدا می‌کند که بدانیم کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی ۲۰۰۵ در مورد شناسایی قانونی ارتباطات الکترونیکی مقرر نموده است: «اعتبار یا قابلیت اجرای مراسله یا قرارداد را نمی‌توان صرفاً به این دلیل که در قالب مراسله‌ای الکترونیکی است رد نمود» (کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی، بند اول ماده ۸).

ممکن است کسی ایراد و اشکال کند و بگوید: از آنجایی که کشور جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ (CISG) ملحق نشده است، لذا استناد به مواد این کنوانسیون در شرح و تفسیر موارد مبهم و مجهول کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی قانونی تلقی نمی‌شود!

لیکن ایراد و اشکال مذکور موجه نیست و پاسخ علمی دارد. به این توضیح که هر چند کشور جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ (CISG) ملحق نشده، ولی از آنجایی که به کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی ملحق شده است و مواد آن به منزله قانون ملی ایران نیز محسوب می‌شود. تصویب‌نامه شماره ۳۵۷۸۱/ت ۳۶۹۷۵ مورخ ۱۳۸۶/۳/۸ هیات وزیران گواه بر ادعای مذکور است، زیرا این مصوبه در اجرای ماده دو آیین‌نامه چگونگی تنظیم و انعقاد توافقی‌های بین‌المللی مصوب ۱۳۷۱ مبنی بر امضای موقت کنوانسیون سازمان ملل متحد در خصوص استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی مورخ ۲۳ نوامبر ۲۰۰۵ بوده است و طبق ماده ۲۰ این کنوانسیون، استناد به کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ (CISG) را پذیرفته است، لذا قانونی بودن استناد به آن با این واسطه اثبات می‌شود. تنها شرط این تمسک مطابق بند نخست ماده پنجم کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی در تفسیر موارد مبهم و مجمل این



است که به «خصیصه بین‌المللی مقررات کنوانسیون و نیز به ضرورت ارتقای هماهنگی در اجرای آن و رعایت حسن نیت در تجارت بین‌الملل توجه شود». از این رو، بند دوم این ماده مواردی که حکم آنها در این کنوانسیون نیامده بر عهده سایر مقررات بین‌المللی نهاده است، مشروط بر این که «طبق اصول کلی که کنوانسیون بر آن مبتنی است و در صورت فقدان این‌گونه اصول، طبق قانونی که حسب قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی حاکم است، حل و فصل شود». کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ سازمان ملل متحد استفاده از وسایل غیر فیزیکی را در یکی از مواد خود اجازه داده و مقرر نموده است: «قرارداد بیع لازم نیست که به‌طور کتبی منعقد گردد یا اثبات شود و از نظر شکلی محتاج به رعایت هیچ شرط دیگری نیز نمی‌باشد» (CISG, op.cit, Art 11).

همچنین این مطالب علاوه بر مواد ۱۸ تا ۲۰ قانون تجارت الکترونیکی ایران مصوب ۱۳۸۲، از قوانین ملی برخی از کشورها نیز قابل استنباط است؛ برای مثال، بند ب بخش ۲۱۴ یوسیتا (UCITA)^{۱۳} مقرر کرده است: «مصرف‌کننده در معاملات خودکار به پیام الکترونیکی‌ای که قصد آن را نداشته و از طریق خطای الکترونیکی به وجود آمده است، ملتزم نیست، مشروط بر آن که مصرف‌کننده: ۱. بدون معطلی و فوراً در صورت اطلاع از خطا؛ الف. طرف دیگر را از وجود خطا مطلع کند و ب. اطلاعات را به طرف دیگر تسلیم کرده یا بر حسب دستورات معقول و متعارفی که از طرف دیگر دریافت کرده است به طرف دیگر تسلیم یا تمام کپی‌های آن اطلاعات را از بین ببرد و ۲. از آن سابقه استفاده نکرده و یا هیچ نفع و قایده‌ای نبرده باشد و یا موجب شده باشد که آن اطلاعات یا منافع آن به شخص ثالث رسیده باشد» (UCITA, Section 214, b). این مطلب از دستورالعمل تجارت الکترونیکی اروپا نیز مستفاد است، زیرا این دستورالعمل در یکی از مواد خود مقرر کرده است: «سرویس‌دهنده باید وسایل فنی لازم و در دسترس را به‌گونه‌ای فراهم سازد که شخص مربوطه بتواند قبل از اعلام سفارش، خطاهای آن را شناسایی و اعلام نماید» (Council Directive 2000/31/EEC, Art 11: B).

۲-۲ روش انصراف با اجرای سایر مقررات ناظر بر آثار اشتباه

گاهی روش انصراف از قرارداد الکترونیکی به اجرای سایر مقررات ناظر بر آثار اشتباه مربوط می‌شود. به این بیان که گاهی موجب تحقق انصراف از قرارداد الکترونیکی به شرح مباحث پیشین می‌شود و گاهی نیز موجب انتفای انصراف از قرارداد الکترونیکی به دلیل انتفای موضوع قرارداد الکترونیکی می‌گردد. از این رو، قانون تجارت الکترونیکی ایران ابتدا در صدد جلوگیری از بروز اشتباه در ارتباط الکترونیکی برآمده تا قرارداد الکترونیکی با مشکل مواجه نگردد و طی چند ماده خود و به شرح ذیل مقرر نموده است: «اطلاعات اعلامی و تأییدیه اطلاعات اعلامی به



مصرف کننده باید در واسطی با دوام، روشن و صریح بوده و در زمان مناسب و با وسایل مناسب ارتباطی در مدت معین و براساس لزوم حسن نیت در معاملات و از جمله ضرورت رعایت افراد ناتوان و کودکان ارائه شود» (قانون تجارت الکترونیکی ایران، ماده ۳۵) و نیز مقرر کرده است: «در صورت استفاده از ارتباط صوتی، هویت تأمین کننده و قصد وی از ایجاد تماس با مصرف کننده باید به طور روشن و صریح در شروع هر مکالمه بیان شود» (همان، ماده ۳۶). این قانون در بند ح ماده دوم خود سیستم اطلاعاتی مطمئن را تعریف نموده و در بند ط، رویه مطمئن را توصیف کرده است. از این رو، اگر سیستم یا رویه‌ای، یکی از ویژگی‌های بند مربوط را نداشته باشد، آن سیستم و رویه را مطمئن تلقی نکرده است؛ ولیکن علی‌رغم جعل مواد مذکور برای جلوگیری از بروز اشتباه در ارتباط الکترونیکی در صورتی که خطایی در ارتباط الکترونیکی جهت عقد قرارداد رخ دهد و آثار خطای مذکور قابل تصحیح با روش الکترونیکی و یا روش فیزیکی نباشد، برای اصل ساز، علاوه بر تجویز انصراف از قرارداد الکترونیکی، اجرای سایر آثار اشتباه را نیز تجویز نموده است. از این رو، ماده ۱۴ کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی مقرر نموده است: «این ماده به هیچ‌وجه مانع اعمال مقررات حقوقی حاکم بر آثار اشتباه، علاوه بر عواقب مقرر در بند یک نخواهد بود» (همان، بند دو ماده ۱۴).

معنای این ماده آن است که اگر حقوق دیگری بر خطا و اشتباه وجود داشته باشد و طرفین، قرارداد خود را بر اساس سند ملی یا بین‌المللی منعقد کرده باشند، آن قاعده حقوقی نیز بر خطای ارتباط الکترونیکی حاکم خواهد بود؛ برای مثال، اگر یکی از اعضای این کنوانسیون در حقوق ملی خود، بروز اشتباه و خطا را موجب ابطال قرارداد تلقی نماید و طرفین قرارداد، حاکمیت این قانون ملی را به طریقی پذیرفته باشند، قرارداد آنها باطل نیز تلقی خواهد شد؛ برای مثال، در حقوق ایران و نیز کشورهای اسلامی، یکی از شروط تحقق خیار تعدر تسلیم آن است که «بایع در حین عقد خود را قادر بر تسلیم تصور کند». بنابراین، اگر فروشنده در حین قرارداد، مطمئن و عالم باشد که قادر بر تسلیم مورد عقد نیست، قرارداد باطل خواهد بود (قانون مدنی، ماده ۳۴۸). به این دلیل است که ماده ۳۴ در این مورد مقرر می‌دارد: «بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است و یا چیزی که مالیت و یا منفعت عقلایی ندارد، یا چیزی که بایع، قدرت بر تسلیم آن ندارد، باطل است، مگر این که مشتری، خود قادر بر تسلیم باشد».

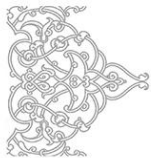
در این صورت، امکان انصراف از قرارداد الکترونیکی به دلیل انتفای موضوع عقد مرتفع خواهد شد. به این دلیل است که حتی بعضی از محققان معتقدند: «چنان که یکی از متعاقدين بر قدرت بر تسلیم ظن و تردید داشته باشد، بیع باطل است» (امامی، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۴۲۷). البته برخی از نویسندگان در اینجا نظر مخالف دارند و معامله یادشده را صحیح دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۳، شماره ۹۴) که طبق نظر اخیر باید محل نزاع را به موارد یقینی بر عدم قدرت تسلیم فروشنده یا تسلیم مشتری معطوف نمود.

انتفای انصراف از قرارداد به دلیل بطلان آن در صورتی پیش می‌آید که فرسنده از ابتدا آگاه



باشد که قدرت تسلیم ندارد، ولی اگر این تسلیم کالا بعد از انعقاد قرارداد پیش آید مطابق ماده ۳۷۲ قانون مدنی، خریدار و مصرف کننده حق فسخ قرارداد طبق شروط این ماده خواهد داشت؛

همچنین طبق ماده ۴۱۶ قانون مدنی ایران، هر یک از متعاملین که در معامله غبن فاحش داشته باشد، بعد از علم به غبن می تواند معامله را فسخ کند. اینجا حقوق دیگری بر آثار خطا و اشتباه وجود دارد که انصراف از قرارداد الکترونیکی با اجرای سایر مقررات ناظر بر آثار اشتباه برای مغبون تجویز می کند. به این استدلال که طرفین قرارداد خود را علاوه بر سند بین المللی کنوانسیون، بر اساس حقوق ملی ایران منعقد کرده اند و قواعد حقوقی داخل ایران نیز بر قرارداد مزبور آنها، علاوه بر مواد کنوانسیون، حاکم است و در نتیجه، روش فسخ قرارداد آنها با خیار فسخ غبن نیز ممکن خواهد بود. علاوه بر بند دوم ماده ۱۴ کنوانسیون، ماده چهارم قانون تجارت الکترونیکی ایران نیز موافق این تفسیر است، زیرا این ماده اخیر، حکم موارد سکوت و ابهام این قانون را چنین بیان کرده است: «در مواقع سکوت و یا ابهام باب نخست این قانون، محاکم قضایی باید بر اساس سایر قوانین موضوعه و رعایت چهارچوب فصول و مواد مندرج در این قانون، قضاوت نمایند». بنابراین، نمی توان ادعا نمود و گفت: قانون تجارت الکترونیکی ایران با جعل حق انصراف، خیار غبن را از قرارداد الکترونیکی مرتفع ساخته است، بلکه مطابق بند دوم ماده ۱۴ کنوانسیون و نیز ماده ۴ قانون تجارت الکترونیکی ایران به انصراف از قرارداد الکترونیکی با اجرای سایر مقررات ناظر بر آثار اشتباه رأی داده اند. به ویژه این که دو منبع مذکور انصراف را به صراحت به جانشینی از خیار غبن وضع نکرده اند و نیز انصراف، تنها غبن را از خریدار و مصرف کننده مرتفع می کند، ولی از فروشنده بر طرف نمی سازد، لذا مناسب است که قانون تجارت الکترونیکی ایران را نسبت به خیار غبن ساکت فرض کنیم و با استناد به ماده ۴ قانون تجارت الکترونیکی و نیز ماده ۱۴ کنوانسیون، در مورد خیار غبن به قانون مدنی رجوع کرده و حکم خیار غبن را در تجارت الکترونیکی نیز جاری سازیم. بنابراین، باید سایر آثار اشتباه بر خطای ارتباط الکترونیکی را مطابق مقررات حقوقی جستجو نمود و بر آن بار کرد و انصراف از قرارداد الکترونیکی را بر این اساس اعمال نمود و یا از آن به دلیل انتفای موضوع معامله صرف نظر کرد. پیش بینی این مقررره برای جلوگیری از عدم هماهنگی کنوانسیون با قوانین ملی بوده است تا هدف متحدالشکل ساختن مقررات بین المللی موجب نادیده گرفتن قواعد ملی نگردد. (رضایی، ۱۳۸۷، ص ۱۹۶).



نتیجه

این تحقیق در پاسخ این سؤال اصلی تحقیق که «روش‌های انصراف از قراردادهای الکترونیکی در کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای الکترونیکی ۲۰۰۵ و نیز قانون تجارت الکترونیکی ایران چیست» به این نتیجه رسید که مطابق قانون تجارت الکترونیکی ایران و کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی دو روش فیزیکی و الکترونیکی برای انصراف از قراردادهای الکترونیکی وجود دارد.

روش فیزیکی انصراف از قراردادهای الکترونیکی مطابق ماده ۳۷ قانون تجارت الکترونیکی ایران چنین است که مصرف‌کننده اگر قصد انصراف از قرارداد الکترونیکی را دارد باید: اولاً، کالا یا خدمات دریافت‌شده را به فروشنده به‌عنوان تأمین‌کننده پس فرستد؛ ثانیاً، انصراف از قرارداد الکترونیکی را در داخل هفت روز کاری انجام دهد؛ ثالثاً، انصراف از قرارداد الکترونیکی حتی می‌تواند بدون تحمل جریمه و یا ارائه دلیل باشد؛ رابعاً، تنها هزینه تحمیلی بر مصرف‌کننده هزینه بازپس فرستادن کالا خواهد بود؛ خامساً، از آنجایی که صرف بازپس فرستادن کالا و خدمات بر انصراف شخص از قرارداد الکترونیکی دلالت نمی‌کند، لذا باید قصد خود مبنی بر انصراف از قرارداد الکترونیکی را نیز با روش اعم روش الکترونیکی یا روش فیزیک به اطلاع فروشنده ابلاغ و اخطار نماید. مطابق قانون تجارت الکترونیکی ایران، روش فیزیکی طبق عرف سنتی و مطابق مقررات محیط فیزیک صورت می‌گیرد، چنان‌که روش انصراف الکترونیکی توسط شخص به‌عنوان اصل ساز به این طریق صورت می‌پذیرد که وی با استفاده از پایگاه داده‌پیام و مبادله الکترونیکی داده‌پیام و نیز تلفن، فاکس، تلکس، پست الکترونیکی قصد خود مبنی بر انصراف از قرارداد الکترونیکی را از طریق تبدیل به قصد مذکور به فرمت الکترونیکی، یعنی داده‌پیام به مخاطب خود ارسال می‌نماید.

روش انصراف از قراردادهای الکترونیکی مطابق کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی با استناد به بروز خطای الکترونیکی در سه مرحله و به این شرح انجام می‌یابد: اولاً، اگر در ارتباط الکترونیکی توسط اصل‌ساز و یا سیستم عامل، خطایی رخ دهد و اصل‌ساز، خطای مذکور را متوجه شده باشد، وظیفه اصل‌ساز این است که خطای مذکور را تصحیح نماید و او نمی‌تواند در این مرحله از قرارداد الکترونیکی اعلام انصراف کند؛ ثانیاً، هر گاه اصل‌ساز اشتباهی را در یک مراسله الکترونیکی مرتکب شود که با سیستم پیغام خودکار به طرف دیگر مبادله می‌شود و سیستم پیغام خودکار امکان تصحیح اشتباه را به شخص مذکور ندهد، وی یا شخصی که او به نمایندگی از وی عمل می‌نماید، حق دارد تمام یا بخشی از مراسله الکترونیکی را که اشتباه ورودی در آن رخ داده است، اعلام انصراف نماید؛ در این صورت، روش انصراف از قرارداد الکترونیکی چنین خواهد بود که آن شخص یا شخصی که او به نمایندگی از وی عمل می‌نماید، پس از آگاهی از اشتباه در اولین فرصت ممکن، طرف مقابل را از اشتباه مطلع



و اعلام نماید که او در مراسم الکترونیکی مرتکب اشتباه شده است. البته ارسال این اطلاعیه نیز از طریق ارتباط الکترونیکی خواهد بود؛ ثالثاً، باید سایر مقررات مربوط را در این مورد رعایت کرد و سایر آثار اشتباه بر خطای ارتباط الکترونیکی را نیز مطابق مقررات حقوقی جستجو نمود و بر آن بار کرد و انصراف از قرارداد الکترونیکی را بر این اساس اعمال نمود و یا از آن، به دلیل انتفای موضوع معامله و بطلان اصل قرارداد، صرف نظر کرد.

منابع:

- امامی، سیدحسن (۱۳۷۱.ش)، حقوق مدنی، کتابفروشی اسلامیة، تهران، چاپ یازدهم.
- تصویب نامه شماره ۳۵۷۸۱/ت۳۶۹۷۵ مورخ ۱۳۸۶/۳/۸ هیات وزیران در اجرای ماده دو آیین نامه چگونگی تنظیم و انعقاد توافقات بین المللی مصوب ۱۳۷۱.ش مبنی بر امضای موقت کنوانسیون سازمان ملل متحد در خصوص استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین المللی مورخ ۲۳ نوامبر ۲۰۰۵.م.
- دستورالعمل تجارت الکترونیکی اتحادیه اروپایی.
- دستورالعمل EU/۸۳/۲۰۱۱ پارلمان اروپا و شورا مصوب ۲۵ اکتبر ۲۰۱۱ در مورد حقوق مصرف کننده.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۲.ش)، ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، تهران، چاپ ششم.
- رضایی، علی (۱۳۸۷.ش)، حقوق تجارت الکترونیک، میزان، تهران، چاپ اول.
- سرمد سعیدی، سهیل و وحیدرضا میرزایی (۱۳۸۳.ش)، تجارت الکترونیک، پرسمان، تهران، چاپ اول.
- صفایی، سیدحسین و مرتضی عادل و محمود کاظمی و اکبر میرزاندژاد (۱۳۹۰.ش)، حقوق بیع بین المللی، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سوم.
- قانون تجارت الکترونیکی ایران، مصوب ۱۳۸۲.ش.
- قانون مدنی ایران.
- مقررات نمونه تجارت الکترونیکی آنسیترا ۱۹۹۶.م.
- مقررات نمونه تجارت الکترونیکی آنسیترا ۲۰۰۱.م.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱.ش)، مقدمه علم حقوق، بهمن برنا، چاپ یازدهم.
- -----، (۱۳۷۳.ش)، عقود معین، ج ۱، شرکت انتشارات، تهران، چاپ هفتم.
- کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین المللی مصوب ۲۳ نوامبر ۲۰۰۵.م. سازمان ملل متحد.
- کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین المللی کالا وین، ۱۱ آوریل ۱۹۸۰.م. سازمان ملل متحد.
- معاونت آموزش و پژوهش قوه قضاییه (۱۳۸۹.ش)، قواعد حقوق تجارت الکترونیک، انتشارات جنگل، چاپ اول.



- نوری، محمدعلی و علی نخجوانی (۱۳۸۲.ش)، حقوق تجارت الکترونیکی، انتشارات گنج دانش، تهران، چاپ اول.
- ----- (۱۳۸۳)، حقوق حمایت داده‌ها، گنج دانش، تهران، چاپ اول.
- نیاسری، ماشاءالله (۱۳۸۵.ش)، تشکیل قرارداد در فضای سایبر، مجله پژوهش‌های حقوقی، تهران، شماره ۹.

- .Council Directive 2000/31/EEC, “On Certain Legal Aspects of Information Society Services, in Particular Electronic Commerce, in the Internal Market (Directive on Electronic Commerce)”
- .Directive 2011/83/EU of the European parliament and of the council of 25 October 2011 on consumer rights.
- .United Nations Commission on International Trade Law.
- .UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Wide to Enactment 1996, United Nations Publication, New York, 1997.
- .UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures with Guide to Enactment 2001, United Nations Publication, New York 2002.
- .Segovia, Javier, S.Szozepaniak Piotr, Niedzwie Dziniski (2013), Ecommerce & Intelligent Methods, Spain, Springer.
- .[UCITA]Uniform Computer Informations Transactions Act, U.S.A, 1999
- .United Nations Convention in use of electronic communications in international contracts, (2005) United Nations, New York.
- .[CISG] United Nations Convention On Contracts for the International sale of Goods, 1980



وضعیت عقد بیع مخالف شرط ترک فعل حقوقی

داریوش سپینتا^۱

چکیده

بررسی وضعیت حقوقی عقد بیع مخالف شرط ترک فعل حقوقی، از آن جهت حائز اهمیت است که به تفکیک، آثار حقوقی خاصی دارد و به لحاظ نداشتن حکم صریحی در قانون مدنی، شایسته بررسی می‌باشد. در این مقاله، ضمن پاسخ به سوالات مطروحه زیر، سرنوشت عمل حقوقی انجام شده در فرض تخلف مشروط علیه را، بررسی می‌نمائیم. فایده‌ی این بررسی؛ این است که با سنجش استدلال‌های مطروحه، از سه نظریه؛ صحت، عدم نفوذ و بطلان، یک نظر را بر می‌گزینیم و اثر آن را بر حق مشروط‌اله و نیز شخص ثالث، مشخص می‌نمائیم.

کلید واژگان: عقد بیع، لزوم شرط، شرط فعل منفی، شرط نتیجه منفی.

مقدمه

انسان موجودی است اجتماعی و رشد و شکوفایی توانایی‌ها و مسئولیت‌پذیری او در پرتو زندگی اجتماعی توسعه می‌یابد و با انجام معاملات و قراردادها برای تأمین نیازهای خود، حقوق و تکالیفی را برای خود و طرف مقابل، بوجود می‌آورد. زیاده‌خواهی در معاملات باعث بروز اختلاف و عهدشکنی و وضع قوانینی برای کاهش این مشکلات گردیده است. تحولات جنبه‌ی اقتصادی نظام اجتماعی، بیش از گذشته، اهمیت و ضرورت گسترش مطالعه درباره‌ی عقد بیع و تعهدات را آشکار می‌نماید. عقد بیع در بین عقود معین در حقوق مدنی، جایگاه و منزلت خاصی داشته و از دیربها مورد توجه حقوقدانان بوده است. موضوع بحث حاضر، وضعیت عقد مخالف شرط ترک فعل حقوقی می‌باشد. در شرط ترک فعل حقوقی؛ انجام ندادن یک عمل حقوقی در ضمن عقد شرط می‌گردد. به عنوان مثال: به خریدار شرط می‌گردد، مبیع را تا دو سال نفروشد. اکنون در فرض صحت شرط، این پرسش مطرح می‌شود، آیا شرط ترک فعل حقوقی بر مشروط‌علیه لازم‌الاتباع و واجب است؟ به فرض وجوب، آیا وجوب تکلیفی است یا وضعی؟ تخلف از شرط

۱۲۰

۱. وکیل پایه یک دادگستری و عضو کانون وکلای اصفهان



ترک فعل حقوقی، چه اثری بر مشروطه می‌گذارد؟ و چه اثری بر طرف مقابل مشروطه‌علیه در عقد دوم (شخص ثالث) خواهد داشت؟ آیا حکم ماده ۴۵۴ ق.م.را می‌توان به عنوان یک قاعده عام و کلی، ملاک عمل قرار داد و به سایر عقود تعمیم و تسری داد؟

۱- اصل مطلب

یکی از مصادیق حاکمیت اراده، شرط است و طرفین برای تکمیل اراده‌ی خود به جعل شرط در ضمن عقد می‌پردازند و ارتباط بین عقد و شرط، مستلزم توجه به قصد طرفین می‌باشد و اصل احترام به حاکمیت اراده اقتضا می‌نماید، به خواست اراده طرفین عمل گردد، پرسش این است، آیا شرط ترک فعل حقوقی بر مشروطه‌علیه واجب است؟ شرط؛ بنا به قاعده‌ی لزوم و مقتضای عمومات، واجب‌الوفا است. هر امر مشروعی که انسان به عهده می‌گیرد، آن تعهد الزام آور خواهد بود. علاوه بر لزوم خود شرط - به پیروی از نظر مشهور فقهی - به لازم بودن شرط به تبع لزوم عقد حکم می‌شود. چرا که به نوعی، رکنی از عقد به شمار می‌آید. تعبیر دیگر این است؛ شرط، التزام مستقلی است که در ضمن التزامی دیگر قرار گرفته می‌شود. پرسش بعدی این است که به فرض وجوب، آیا وجوب تکلیفی است یا وضعی؟ در فقه؛ وجوب ایفای شرط ترک فعل، علاوه بر حکم تکلیفی، متضمن حکم وضعی و حقی برای مشروطه می‌باشد (محقق داماد، ۱۳۸۸؛ ۴۰). شرط همچنان که به لحاظ تکلیفی واجب‌الوفا است، به لحاظ وضعی نیز تکالیفی را برای مشروطه‌علیه بوجود می‌آورد که در صورت تخلف از شرط ترک فعل حقوقی؛ محل اجبار به ایفای شرط منتفی و اعاده به وضع سابق دشوار می‌گردد. علم حقوق برای وفای بر شرط ترک فعل حقوقی به خلاف فقه، قائل به حکم وضعی است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷؛ ۱۷۵۳). پرسش دیگر این است که تخلف از شرط ترک فعل حقوقی، چه اثری بر مشروطه می‌گذارد؟ به این پرسش، به تفکیک نظریه‌ها، پاسخ می‌دهیم. پرسش بعدی این است: تخلف از شرط ترک فعل حقوقی، چه اثری بر طرف مقابل مشروطه‌علیه در عقد دوم (شخص ثالث) خواهد داشت؟ به این پرسش، به تفکیک نظریه‌ها، پاسخ داده شده است. پرسش دیگر این است، آیا حکم ماده ۴۵۴ ق.م.را می‌توان به عنوان یک قاعده عام، ملاک عمل قرار داد و به سایر عقود تعمیم و تسری داد؟ پاسخ این پرسش، در پایان مقاله آمده است. پرسش اصلی این است که اثر مخالفت با مفاد شرط ترک فعل حقوقی چیست؟ سه نظریه؛ صحت، عدم نفوذ و بطلان مطرح است. هر یک از این نظریه‌ها دارای نقاط قوت و ضعفی هستند که مورد سنجش قرار می‌دهیم.

۲- نظریه صحت

فرض این است که عمل حقوقی انجام شده برخلاف شرط، تمام اجزا و شرایط لازم برای صحت را دارد و با موجود نبودن دلیل صریح بر بطلان عمل برخلاف شرط، نظریه صحت قابل دفاع می‌باشد و در این فرض، برای مشروطه، حق فسخ عقد مشروط و حق مطالبه خسارت



در صورت ایراد خسارت ایجاد می‌گردد. (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۲۰۶). موافقین این نظریه معتقدند، اصل تسلیط و اصل لزوم و استواری معاملات، صحت عمل حقوقی مخالف شرط را اقتضا می‌نماید. ایراد این نظریه، این است؛ پذیرش متعلق حق با نفوذ عمل در متعلق همان حق، با هم قابل جمع نیست و با قصد طرفین از وضع شرط ترک فعل حقوقی، سازگار نمی‌باشد.

۳- نظریه عدم نفوذ

انقاد یک عقد به صورت مشروط، حکایت از آن دارد، مشروطه التزام خود نسبت به مفاد عقد را به ایفا شرط از سوی مشروط‌علیه متوقف نموده است. شرط ترک فعل حقوقی ضمن عقد، موجب پیدایش حق برای مشروط‌له نسبت به معامله‌ی دوم می‌شود تا مشروط‌علیه نتواند برخلاف شرط عمل نماید و در صورت تخلف از شرط، عمل وی به دلیل نادیده گرفتن حق مشروط‌له و مخالفت و منافات با آن، غیرنافذ محسوب و با تنفیذ و اجازه‌ی بعدی مشروط‌له، عمل حقوقی انجام گرفته، نافذ و با رد او باطل می‌گردد. (شهیدی، ۱۳۸۶: ۱۳۵). ردّ عقد دوم، موجد حق استرداد ثمن و مطالبه جبران خسارت برای شخص ثالث ناآگاه از وجود شرط ترک فعل حقوقی از مشروط‌علیه می‌باشد. منتقدین نظریه می‌گویند، مشروط‌له نسبت به حق عینی عقد دوم، حق مالکانه ندارد که با تنفیذ وی، عقد دوم نافذ گردد (سلطان احمدی، ۱۳۹۸: ۷۴). اما به نظر می‌رسد آنچه به مشروط‌له حق تنفیذ عقد دوم را می‌دهد، لازم‌الوفا بودن شرط ضمن عقد اول است.

نقطه قوت نظریه عدم نفوذ، این است که شرط ترک فعل حقوقی را، مشمول حاکمیت اراده طرفین می‌داند و برای مشروط‌له اختیار و اراده انشایی قائل است.

۴- نظریه بطلان

موافقین این نظریه عقیده دارند، ادله‌ی وجوب وفا، موجب ثبوت حق برای مشروط‌له می‌شود. به سخن دیگر با لازم‌الوفا بودن شرط ترک فعل حقوقی و ایجاد حق برای مشروط‌له، عمل مشروط‌علیه؛ تجاوز به حق مشروط‌له محسوب و بی‌اثر خواهد بود. عیب این نظریه این است که مفاد شرط ترک فعل حقوقی به اسقاط حق مشروط‌له دلالت ندارد که در برابر تعرض به حق خود، هیچ اختیاری نداشته باشد. عده‌ای دیگر - به اقتضای نهی در معاملات - به بطلان عقد دوم نظر داده‌اند (محقق داماد، ۱۳۷۶: ۴۵). ایراد این نظریه این است، درست است که عمل به شرط واجب است، اما وجوب شرط با نهی خلاف شرط ملازمه ندارد. علاوه بر آن، هر نهی‌ای موجب فساد معامله نیست. نهی‌ای موجب فساد معامله است که به ذات مسبب و به نفس و ارکان معامله تعلق گرفته باشد. نهی در مقام بیان حرمت، موجب رفع حکم وضعی که برای صحت عقد لازم است، نمی‌شود و حرمت تکلیفی به تنهایی نمی‌تواند صحت معامله را بی‌اثر نماید. دیگر استناد موافقین این نظریه، قاعده‌ای است که به موجب آن مشروط‌علیه با التزام



به شرط، ممتنع شرعی شده است و این امتناع شرعی را حمل به بطلان عمل حقوقی نمودند و اعتقاد دارند با نهی تکلیفی شارع و سلب قدرت از مشروط‌علیه، معامله‌ی دوم اصلاً منعقد نمی‌شود. (همان، ۱۳۸۸: ۲۵۶). این نظر در صورتی صحیح است که نهی به سبب تعلق گرفته باشد. در صورتی که در شرط فعل منفی، نهی به سبب تعلق می‌گیرد. در ادامه مستندات، با استنباط خود از عبارت "فروختم به شرط آنکه معامله را فسخ نکنی"، معامله‌ی انجام شده برخلاف شرط ترک فعل حقوقی را باطل می‌دانند. (همان، ۱۳۷۶: ۴۹). این نظر، در صورتی صحیح است که حق خیار فسخ بر مشروط‌علیه ثابت شده باشد و مشروط‌علیه در مخالفت با شرط عدم اعمال فسخ، فسخ نماید. شرط عدم اعمال فسخ از مصادیق شرط نتیجه منفی محسوب و خریدار با ساقط نمودن حق خیار خود، حق فسخ را از خود ساقط نموده است. اما در شرط ترک فعل حقوقی، ترک فسخ (عدم استفاده از حق فسخ) شرط شده است نه عدم اعمال فسخ (سقوط حق خیار). به دیگر سخن، مقتضای شرط، صرفاً تعهد به انجام ندادن عمل حقوقی است و مفاد شرط دلالتی بر اسقاط حق خیار ندارد. با باطل دانستن عقد دوم، منظور مشروطه از وضع شرط حاصل است و شخص ثالث در صورت ناآگاه بودن از وجود شرط ترک فعل حقوقی و عدم تبانی با مشروط‌علیه، از باب مسئولیت مدنی با فرض جمع بودن شرایط تحقق آن، حق مطالبه جبران خسارت از مشروط علیه دارد. از دیگر مستندات موافقین نظریه بطلان عمل مشروط‌علیه، مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی می‌باشد. آنها معتقدند؛ چنانچه مشروط‌علیه تخلف از شرط ترک فعل حقوقی نماید، عمل حقوقی به دلیل اثر وضعی شرط، باطل است. (همان: ۴۹) و ذیل مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ ق.م. صراحت دارد، اگر عدم اجاره و یا عدم رهن شرط شده باشد، اقدام به اجاره یا رهن اثری ندارد و اجاره و رهن انجام گرفته، باطل و بی‌اثر است. (همان: ۲۷) و چنین ادامه می‌دهند؛ بطلان عقد، مستلزم آن است که مشروط‌علیه قدرت بر ترک فعل حقوقی نداشته باشد. (همان، ۱۳۸۸: ۲۵۶). در واقع ایشان معتقدند؛ چنانچه مفاد شرط، انجام ندادن فعل حقوقی باشد، لازمه‌ی تعهد به شرط، عدم انجام هر گونه عمل حقوقی منافی با شرط است و در صورت خروج از این الزام و وقوع تخلف، آنچه انجام شده، محکوم به بطلان است. این نظر قابل تأمل می‌باشد. زیرا مفاد شرط دلالتی بر سلب اختیار از مشروط‌له ندارد. علاوه بر آن، چه ملازمه‌ای بین حق معلول بین شرط و ترک فعل وجود دارد که بطلان عمل حقوقی را بتوان نتیجه گرفت؟ در خصوص نفوذ شرط انتقال منافع در ماده ۴۵۴ ق.م. نظر داده شده است، مشروط‌له می‌تواند در صورت تخلف از شرط، ابطال انتقال منافع را از دادگاه تقاضا نماید. نظر دیگر این است، اگر مستأجر متعهد شده باشد، از مالکیت خود استفاده ننماید و منافع را به دیگری انتقال ندهد، اجاره‌ای که برخلاف شرط انجام شده، باطل نیست. ولی موجر به دلیل تخلف از شرط، حق فسخ دارد. (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۳۷۷). مطابق نظر دیگر، اجاره باطل است را به اجاره باطل می‌شود تعبیر و چون انتقال منافع، منافی با حقوق فروشنده می‌باشد، اعمال فسخ فروشنده را موجب انفساخ عمل



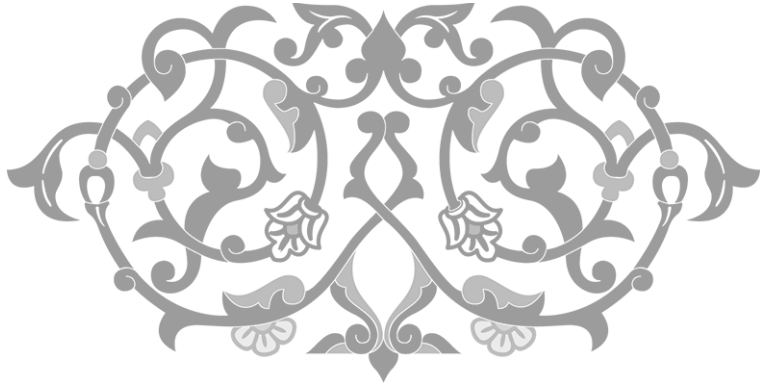
مشروط علیه بدانیم. (حائری، ۱۳۷۶: ۴۵۴). ماده ۴۵۵ ق.م به این دلیل که شرط نتیجه منفی است نه شرط فعل منفی، قابل استناد نمی‌باشد. سوالی که مطرح می‌شود، این است که آیا ماده ۴۵۴ ق.م، به عنوان یک قاعده‌ی عام، قابل تسری به سایر تصرفات ناقله هست یا خیر؟ استخراج ملاک یک حکم استثنایی منصوص یا تنقیح مناط غیرقطعی به عنوان یک قاعده‌ی کلی برای جاری دانستن حکم به سایر موارد مشابه و ترجیح و تعمیم آن به دیگر موارد، به طور مطلق و به آسانی جایز به نظر نمی‌رسد. بنابراین با توجه به ایرادهای وارد بر نظریه‌ی بطلان و تردیدهای موجود — در فرض تخلف از شرط ترک فعل حقوقی — پذیرش بطلان عمل حقوقی مشروط علیه، امکان‌پذیر به نظر نمی‌رسد.

نتیجه

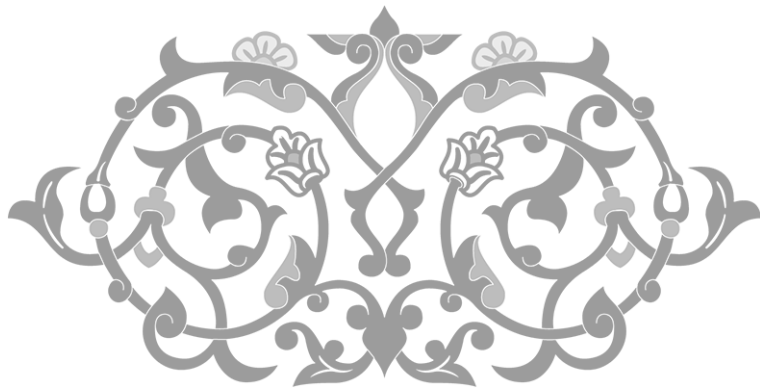
هر نهی‌ای موجب فساد معامله نیست و حرمت تکلیفی مستلزم حرمت وضعی نمی‌باشد. وجوب وفای به شرط، مقتضی وجوب ترک عمل است و این طور نیست که با انتفای اجبار به ایفای شرط، شرط خالی از فایده گردد و اثر خود را از دست بدهد و به طور مطلق نمی‌توان اثر شرط بر ثبات و تزلزل عقد را انکار نمود و اختیار و اراده‌ی برای مشروط‌له قائل نبود. منشأ اختلاف نظر حقوقدانان، عدم تفکیک اسقاط حق با عدم استفاده از حق و در هم آمیختن شرط فعل منفی با شرط نتیجه منفی می‌باشد.

فشرده منابع

- امامی، حسن. (۱۳۶۶)، حقوق مدنی، ج ۱ و ۲، کتابفروشی اسلامیه.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۳، گنج دانش.
- حائری (شاه باغ)، علی. (۱۳۷۶)، شرح قانون مدنی، گنج دانش.
- سکوتی نسیمی، رضا. (۱۳۹۵)، بررسی فقهی و حقوقی ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی، مجله علمی و پژوهشی آموزه‌های فقه مدنی، شماره ۱۳.
- سلطان احمدی و همکاران، جلال. (۱۳۹۸)، صحت معامله با حسن نیت در تعارض با شرط عمل حقوقی، مجله علمی و پژوهشی مطالعات حقوقی، شماره ۲.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۶)، حقوق مدنی، شروط ضمن عقد، مجد.
- _____ (۱۳۷۷)، تشکیل قراردادها و تعهدات، حقوقدان.
- صفایی، حسین. (۱۳۸۲)، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، میزان.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۶)، حقوق مدنی، عقود معین، ج ۱ و ۴، انتشار
- محقق داماد، مصطفی. (۱۳۷۶)، قواعد فقه (بخش مدنی)، سمت.
- _____ (۱۳۸۸)، نظریه عمومی شروط و الزامات در حقوق اسلامی، مرکز نشر اسلامی.



مخترانی ما





وصف تجریدی اسناد تجاری^۱

دکتر ربیعا اسکینی

. ما یک تعهد اصلی داریم و یک تعهد براتی. سوال این است آیا تعهد براتی، مستقل از تعهد اصلی است؟ اینجا بحث تجریدی بودن سند تجاری مطرح است. یک بحث دیگر داریم و آن رابطه میان تعهدات براتی با یکدیگر است؛ سندی صادر شده، سپس دارنده سند را ظهنویسی می‌کند و به شخص دیگری می‌دهد. دارنده ی دیگر هم سند را ظهنویسی می‌کند و سند را به دیگری می‌دهد و الی آخر. در اینجا اگر تعهد صادر کننده یا ظهننویس اولی، بنا به دلایلی باطل باشد، تعهدات بعد از آن صحیح هستند یا صحیح نیستند؟ آیا تعهد اصلی از تعهد براتی استقلال دارد؟ اگر می‌گوییم تعهد براتی از تعهد اصلی استقلال دارد، معنایش این است که اگر تعهد براتی مطرح شد، تعهد اصلی قابل طرح نیست. بنابراین متعهد اگر دارنده سند است، باید وجه سند را بپردازد، بدون توجه به اینکه در خارج از سند، تعهد اصلی باطل بوده یا نه. تعهد اصلی وجود داشته یا وجود نداشته؟ اگر تعهد اصلی بنا به دلایلی قابل اجرا نباشد، تعهد براتی هم قابلیت اجرا پیدا نمی‌کند.

. تعهد براتی که یکی از انواع تعهدات انتزاعی است، در واقع نتیجه‌اش همین منتفی شدن تعهد اصلی ناشی از رابطه اصلی است. نتیجه اینکه کسی که دارنده برات، سفته یا چک است، جز با رجوع به تعهد براتی، نمی‌تواند وجه سند تجاری را بگیرد. این یک اشکال دارد و اشکالش این است که در گردش برات، یکی از امضاکنندگان برات که مالی دریافت کرده و بدین ترتیب دارا شده، به زیان دارنده ی برات که مالی داده و برات را دریافت کرده دارا می‌شود و این قابل قبول نیست. بنابراین تا زمانی که سند تجاری قابل وصول هست، مستقلاً دارنده ی سند می‌تواند به امضاکنندگان سند رجوع کند و از هر یک از آنها که اراده کرد، وجه سند را مطالبه نماید.

. تعهد براتی موجب تبدیل تعهد نمی‌شود، بنابراین تعهد اصلی به حال خود باقی است. دارنده برات می‌تواند از قرارداد اصلی هم استفاده کند و از شخص خارج از برات که با او رابطه قراردادی

۱. تلخیص سخنرانی استاد دکتر ربیعا اسکینی، که در جمع وکلای محترم کانون مرکز در سال ۱۳۹۶ ایراد فرمودند.



دارد، وجه برات را مطالبه نماید. روابط دارنده با امضاکنندگان برات دو نوع است: ۱- رابطه اصلی یا رابطه مستقیم مانند فروشنده ای که کالایی را مستقیماً به خریدار می‌فروشد و از خریدار یک برات دریافت می‌نماید. ۲- رابطه براتی که به موجب آن فروشنده می‌تواند از خریدار، وجه برات را مطالبه نماید. اگر قرارداد اصلی یعنی بیع، وثیقه ای داشته باشد یا ضامنی برای پرداخت ثمن وجود داشته باشد، دارنده که علیه خریدار طرح دعوا می‌کند، می‌تواند از او ضامن هم بگیرد ولی او الزاماً ضامن برات نیست. حالت برعکس هم وجود دارد؛ ضامن برات الزاماً ضامن تعهد اصلی نیست.

دارنده برات چه موقع می‌تواند رجوع کند؟ اگر در زمانی رجوع کند که تعهد براتی موجود است، بر تمام کسانی که سند را امضا کرده‌اند، می‌تواند رجوع نماید؛ چه با کسی که با او رابطه خارج از برات دارد و چه با کسانی که با او رابطه خارج از برات ندارند. مبنای حق رجوع او به شخصی که با او معامله کرده، همواره قرارداد اصلی است. به همین دلیل هم هست که گفته می‌شود کسی که با دارنده سند، رابطه مستقیم دارد می‌تواند همواره ایرادات مربوط به معاملات اصلی در مقابل او طرح کند. علت این امر این است که تعهدات طرفین مبتنی بر قرارداد اصلی است. نقشی که برات در این جا دارد، می‌تواند اثبات کننده ی وجود طلب باشد. دارنده برات به سایر متعهدین فقط در صورتی می‌تواند رجوع نماید که دعوی او به مناسبت تعهد براتی قابل قبول باشد. چه زمانی می‌تواند قابل قبول باشد؟ زمانی که تعهد براتی موجود باشد. چه زمانی تعهد براتی موجود است؟ زمانی که دارنده به موقع اعتراض نموده، اقدامات قانونی که قانون گفته، انجام داده است. دوم اینکه قبل از شروع مرور زمان دعوی براتی، طرح دعوا کرده باشد. بنابراین اگر مهلت رجوع، اعتراض را رعایت نموده باشد، دعوی او ادامه پیدا می‌کند تا به نتیجه برسد. در غیر این صورت چه کار می‌تواند بنماید؟ چون دعوی اصلی راجع به قرارداد از میان نمی‌رود، به موازات تعهد براتی ادامه پیدا می‌کند. اگر دعوی براتی مشمول مرور زمان بشود، او می‌تواند علیه کسی که با او معامله نموده است دعوی مدنی طرح کند. آن شخص هم اگر ظهرنویسی باشد، می‌تواند به ظهرنویس قبل از خودش که با او رابطه اصلی دارد، مراجعه کند به مناسبت قرارداد اصلی تا برسد به صادرکننده اصلی.

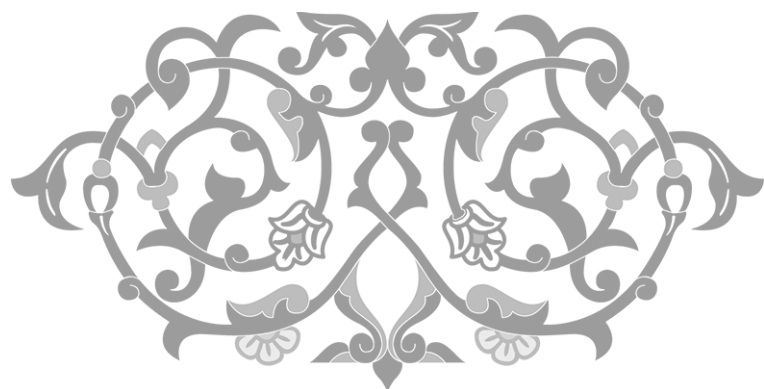
صدور برات، سفته و چک موجب تبدیل تعهد نمی‌شود. دلیل آن این است که اصولاً تبدیل تعهد، نیاز به اثبات دارد و اثبات تبدیل تعهد نیاز به اثبات قصد دارد. قصد هم یک امری انتزاعی است و مفروض هم نیست، بنابراین تبدیل تعهد چون مفروض نیست، باید اثبات بشود و باید احراز بشود و صرف ادعا کافی نیست. از وجود خود برات و صدور برات نمی‌توان اثبات کرد. ولی در برات، سفته و چک، طرفین توافق کرده باشند تبدیل تعهد صورت بگیرد و تبدیل تعهد را ذکر نمایند، می‌شود با قرارداد به تبدیل تعهد رضایت داد.



ایراداتی که در مقابل دارنده قابل طرح هست دو نوع است؛ ایرادات شخصی و ایرادات موضوعی یا عینی. ایرادات شخصی ایراداتی است که مربوط می‌شود به قرارداد اصلی. در رابطه بین فروشنده و خریدار، چنانچه فروشنده به تعهد خود عمل نکند، خریدار می‌تواند در مقابل او ایراد بگیرد و از پرداخت وجه امتناع نماید. ایراد شخصی قابل طرح است به دلیل اینکه تبدیل تعهد صورت نمی‌گیرد. بنابراین صادرکننده همواره می‌تواند در مقابل کسی که با او قرارداد اصلی دارد، مطرح نماید، زیرا قرارداد اصلی همچنان برقرار است. بنابراین ایرادات آن را هم می‌تواند مطرح نماید. ایرادات شخصی در مقابل کسانی که با آنها قرارداد اصلی ندارد، قابل طرح نیست (البته به شرط داشتن حسن نیت و عدم آگاهی از قرارداد اصلی).

. قانونگذار در ماده ۲۹۱ ق.ت. به استقلال امضاها و تعهدات براتی اشاره نموده است. اینکه مقرر نموده دارنده به کسی می‌تواند رجوع کند که وجه را مسترد کرده، یعنی چه؟ در این فرض، دارنده برات به کسی رجوع می‌کند که محل برات نزد اوست، یعنی وجه نزد اوست. مبنای این عبارت، قاعده دارا شدن بلاجهت است. بحث دیگر استقلال تعهد براتی از تعهدات اصلی است. ظهرونویس، براتی را از شخص فاقد اهلیت به نام صادر کننده دریافت کرده، مسؤل است و باید وجه آن را بپردازد. چون تعهد او مستقل از تعهد اصلی است. بحث استقلال و بحث تجریدی بودن زمانی مطرح است که تعهد براتی خود، صحیح باشد.

. از ویژگی‌های تعهد براتی این است که تعهد براتی موجب مسؤلیت تضامنی می‌گردد. امضاکنندگان براتی، همه با هم ارتباط براتی دارند و همه ارتباط مستقیم دارند. هر امضا کننده ای ضامن واقعی بودن امضاهای قبل از خودش است. بنابراین اگر امضایی جعلی باشد، در مقابل دارنده نمی‌تواند بگوید امضاهای قبل از من جعلی بوده است و تعهدی وجود نداشته است و من مسؤل پرداخت نیستم، چون انتقال طلبی صورت نگرفته است. بنابراین در بحث تجریدی بودن تعهد براتی رابطه بین قرارداد براتی مطرح است ولی در بحث استقلال امضاها، رابطه میان تعهدات براتی مطرح است.



بایسته های حرفه وکالت





شئون و کیل دادگستری

عبدالصمد خرمشاهی^۱

مقدمتاً عرض می‌کنم که حرفه ی شریف و کالت از دیرباز مورد احترام جوامع مختلف بوده و وکلا جایگاهی خاص در جامعه داشته‌اند. این حرفه ی خطیر و حساس علی‌رغم دشواری‌های خاص خود، مورد علاقه بسیاری از مشاهیر دنیا بوده؛ رجال مشهور دنیا از جمله گاندی و نهرو و محمدعلی جناح و تعدادی از رؤسای جمهور در پاره ای از کشورها از جمله آمریکا، حقوقدان و وکیل دعاوی بوده‌اند. در کشور خودمان از زنده یاد دکتر محمد مصدق گرفته تا همین جناب دکتر روحانی حقوقدان و وکیل دادگستری بوده‌اند. بنابراین ملاحظه می‌کنید که حرفه وکالت حرفه ای است شاخص و در عین حال حساس، که به لحاظ پتانسیلی که دارد، جذابیت‌های خاص خود را نیز همیشه داشته و دارد، چرا که هیچ چیز مانند گرفتن داد مظلوم از ظالم و ایستادگی در مقابل زورگویی و قانون شکنی، روحیه عدالت خواهی افراد را ارضا نمی‌کند اما متأسفانه این حرفه ی مقدس و ارزشمند، این روزها حال خوشی ندارد. بخاطر دارم اوایل دهه پنجاه یکی از همکلاسی‌های بنده که تازه وارد دوران کارآموزی شده بود، بخاطر وضعیت بد مالی اش و نداشتن پرونده، نزد رئیس وقت کانون «مرحوم جلالی نائینی» رفته بود و با حالت گلایه مندی گفته بود که: آقای جلالی نائینی وضع ما کارآموزها خوب نیست. ایشان پرسیده بود: از چه نظر پسرم؟ دوست ما گفته بود: از لحاظ مالی چون وضعیت مالی ما خیلی بد است! جلالی نائینی در حالی که بسیار ناراحت و متعجب شده، گفته بود: پسرم شما که وضعیت مالی خوبی نداری، چرا دنبال شغل وکالت آمده‌ای؟! وکالت شغل نجبا و اشراف است! شما که وضع مالی ات خراب است اولاً ممکن است هر پرونده ی حق و ناحقی را قبول کنی و ثانیاً احتمال اینکه به همین علت با طرف مقابل سازش کنی و یا خدای ناکرده مرتکب تخلف انتظامی بشوی زیاد است. منظور آنکه قدما ارزش زیادی برای این حرفه قائل بودند.

آنچنان که شاهد هستیم خیلی از رفتارهای ناپسند، ممکن است زیر عنوان خلاف شأن وکالت قرار گرفته و وکیل متخلف به همین عنوان مجازات شود. متأسفانه این روزها همانطوری که عرض کردم، شأن و منزلت و جایگاه اجتماعی وکیل روز به روز کم‌رنگ تر می‌شود. دکتر تنکابنی از وکلای معمر و فاضلی است که هم در فرانسه وکالت می‌کند و هم در ایران. ایشان در سال‌های دور، کارآموز پدر بزرگ مرحوم «شیخ ابوالقاسم خرمشاهی» بوده‌اند. از ایشان بارها شنیده‌ام که می‌گفت: مرحوم ابوالقاسم خرمشاهی وقتی به دادگاه می‌رفت، کیفش را می‌داد



موکلش بیاورد و اصرار هم داشت که حتماً هم پشت سر او باشد. مشابه این کار را هم به نقل از ایشان یکی از وکلای معروف فرانسه به شکل دیگری با موکلان خود انجام می‌داد و آن اینکه ارتفاع میز و صندلی ایشان بالاتر از صندلی موکلان خود بود و در واقع نگاه ایشان به موکلان به لحاظ مقام علمی که داشت، از بالا به پایین بود. قطع نظر از اینکه این کارها تا چه اندازه مورد تأیید همکاران است، باید عرض کنم متأسفانه امروزه کار به جایی رسیده است که می‌شنویم تعدادی از وکلا بخصوص وکلای جوان کانون موازی، با موتور به درب منزل موکل رفته و از او وکالت می‌گیرند! این کار یعنی نهایت سقوط حرمت یک وکیل.

پس از این مقدمه کوتاه که خیلی مختصر و موجز در باب جایگاه وکیل و حرفه‌ی وکالت عرض کردم می‌روم سر اصل مطلب و این که یک وکیل دادگستری چگونه می‌تواند در شئون مختلف فرهنگی و اجتماعی و سیاسی جامعه خود، نقش موثر ایفا کند. نگارنده‌ی این سطور قاطعانه معتقد است که رفتار، کردار، گفتار و حتی ظاهر یک وکیل می‌تواند در جامعه، الگوی دیگران واقع شود که ذیلاً به ترتیب به اهم آن‌ها اشاره می‌کنم:

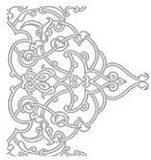
۱. یک وکیل دادگستری بایستی ظاهری آراسته داشته باشد؛ کت و شلوار تمیز و کفش‌های واکس زده‌ی وکیل در نگاه اول می‌بایستی چشم نواز باشد. پدرم که سال‌ها در کسوت قضاوت و وکالت به جامعه خدمت کرده است تعریف می‌کرد که در سال‌های دور، وکیلی که در شهر تبریز با پیژامه در خیابان-ظاهراً به قصد خرید از بقالی سر کوچه-ظاهر شده بود، سر از دادگاه انتظامی وکلا درآورده بود. (خوشبختانه یکی از مواردی که در حال حاضر در وکلای جوان می‌بینم ظاهر آراسته و شیک پوش آنان است). سال‌ها پیش کارآموزی داشتم که بصورت اسپرت و دانشجویی به دفتر می‌آمد و جالب این که بعد از اینکه وکیل پایه یک هم شده بود، همین روش را ادامه می‌داد تا روزی که نصیحتش کردم و عیوب کارش را به او گوشزد نمودم که خوشبختانه بر او تأثیر گذاشته و بعدها طوری شده بود که همراه دو سه دست کت و شلوار خود را عوض می‌کرد و به قول خودش دنبال کت و شلوار برند بود! در همین رابطه خاطره‌ای از دوستی دارم که در حال بازنشسته شدن است. ایشان تعریف می‌کرد که در سال‌های شلوغی اوایل انقلاب با پیراهن آستین کوتاه در حالی که کتش را روی دستش انداخته بود، در جلسه‌ی دادگاه حاضر شده بود. رئیس دادگاه که مرد مسن و محترمی بوده پدرا نه به ایشان نصیحت می‌کند که این نوع حضور در دادگاه خلاف قانون و اخلاق است و حداقل این که اعتبار خود را نزد موکلین خود از دست خواهد داد. دوستم می‌گفت بعدها فهمیدم که آن قاضی معمر، چه تذکر بجایی داده بوده! از همین مجال سوءاستفاده کنم و به یک نکته اشاره کنم که گاهی شاهد هستیم بعضی از کارمندان دادگستری و حتی محدود قضات (البته که در گذشته بیشتر و اکنون خیلی کمتر) با کفش راحتی یعنی دمپایی در دفتر کار خود تردد می‌کنند، که مطلقاً قابل توجیه نیست. ماحصل کلام آن که ظاهر آراسته و شیک بودن یک وکیل دادگستری می‌تواند تأثیر مثبتی در دیگران ایجاد کند.



۲. کارآموزی داشتم که در مقطع دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی تحصیل می‌کرد و دنیا را صرفاً از زاویه و منظر قانون و آراء و صورت رویه و کتب حقوقی و کیفری نظاره می‌کرد و اساساً با دنیای سیاست و ادبیات و علوم دیگر از جمله روانشناسی بیگانه بود. یک روز از او پرسیدم آیا حمید مصدق را می‌شناسی؟ گفت استاد همان که نخست وزیر شاه بود؟! دیدم از مرحله خیلی پرت است پس شروع کردم به سوالات متعدد. از او پرسیدم: آئنده که بود؟ گفت: نمی‌دانم. پرسیدم: شیخ محمد عبده را چی؟ می‌شناسی؟ گفت: خیر استاد. پرسیدم: از کارگردانان معروف سینما چه کسانی را می‌شناسی؟ گفت: استاد محمدعلی فردین و بهمنیار! برایش توضیح دادم که پاسخ سوالاتم چه کسانی بوده و به ایشان توصیه کردم هنگام فراغت و بیکاری، کتاب‌هایی غیر از قانون هم بخواند. به راستی درست است که وکیل دادگستری در وهله اول بخاطر امرار معاش و گذران زندگی، ناچار به مطالعه‌ی متون حقوقی و قوانین مختلف است، اما واقعاً وکیلی که فکر می‌کند رستم فرخ زاد برادر فروغ فرخ زاد است و یا بر این باور است که آل احمد فقط نام خیابانی در تهران است و یا این که نمی‌داند مثلاً ابرقو در کجای ایران است و یا در عالم نقاشی، سبک‌های امپرسیونیسم را با کوبیسم تشخیص نمی‌دهد، از منظر درک و آگاهی دارای نقصان است. حالا ممکن است بگویند ای بابا جناب خرمشاهی چه ضرورتی دارد که وکیل مثلاً سبک‌های نقاشی را تشخیص بدهد و یا بداند که فلان ده کوره در کجای ایران قرار دارد؟! در پاسخ عرض می‌کنم ممکن است ضرورت آن چنانی نداشته باشد، اما واقعاً اگر از یک وکیل بپرسند آنارشسیسم یعنی چه و یا شیخوفرنی چه نوع بیماری روحی است و نداند، عیب تلقی نمی‌شود؟! البته من نمی‌گویم که وکیل بایستی در تمامی مسایل و امور مختلف آگاهی کامل داشته باشد چرا که همه چیز را همگان دانند و هنوز از مادر زاده نشده اند...

اصل بر این است که وکیل دادگستری از قشر فرهیخته و آگاه جامعه است. او می‌بایستی از حقوق ستم دیدگان دفاع کند و وظیفه او صرفاً به گرفتن چند تا رأی تخلیه و گواهی انحصار وراثت و صدور حکم جلب برای طرف موکلش ختم نمی‌شود. حالا ممکن است بگویند خب کار و کلاه همین است. مگر تکلیف دیگری هم بر گردن دارند؟! عرض می‌کنم وکیلی که دنبال اجرای عدالت است، وکیلی که نابسامانی‌های جامعه را تحمل نمی‌کند، وکیلی که قانون شکنی‌ها را می‌بیند و لب فرو می‌بندد، وکیلی که جریده می‌رود که به قول خواجه شیراز گذرگاه عافیت را تنگ می‌بیند، وکیلی که می‌خواهد صرفاً گلیم خود را از آب بیرون بکشد، آهسته نمی‌رود و آهسته نمی‌آید که به قول معروف گربه شاخش نزند، چیزهایی از نقش اصلی وکیل کم دارد.

به خاطر داشته باشیم در حافظه تاریخی ملت نام و یاد وکلایی که سنگ ملت را به سینه زدند و منافع اکثریت را به منافع شخصی خود ترجیح دادند، به یادگار خواهد ماند. در قانون مطبوعات می‌خوانیم که یکی از رسالت‌های مطبوعات و رسانه‌ها، دادن آگاهی به مردم است. بنده بر این اعتقادم که همین رسالت با شدت بیشتر متوجه وکلای دادگستری است؛ یعنی حداقل کاری که یک وکیل دادگستری می‌تواند در کنار مشغله‌ی کاری اش داشته باشد این است که در مقاطع خاص حتی الامکان مردم را با حقوق خود آشنا کند. راقم این سطور قویاً بر این باور است



که دولت در سال‌های اخیر از توان بالقوه و بالفعل و کلا در زمینه‌های مختلف بهره‌ی لازم را نبرده و استفاده نکرده است. از سال‌های پیش بنده که شاهد بودم سریال‌ها و تولیدات صدا و سیما بعضاً از منظر حقوقی قابل تأمل و خلاف واقعیت است، مدام انتقاد می‌کردم که چرا صدا و سیما در تولیدات خود از مشاور حقوقی استفاده نمی‌کند. جالب اینکه در بعضی از سریال‌های صدا و سیما شاهد بودیم که در یک پرونده‌ی خانوادگی ساده، دادستان با ردای قرمز می‌آمد و مثلاً علیه زوج داد سخن می‌داد. خب این‌ها نه تنها دانش حقوقی به بیننده و شنونده نمی‌دهد، بلکه بدآموزی نیز داشت. چه اشکال دارد و کیل دادگستری که آگاهی نسبی از قوانین مختلف دارد، در مقابل تخلفات و قانون شکنی‌های افراد مختلف و صنوف مختلف و قانون گریز بایستد و آنان را افشا کند؟ باز هم ممکن است بگویید که ای بابا و کیل دادگستری آنقدر درگیر پرونده‌ها و امرار معاش خودش هست که دیگر جایی و وقتی برای این گونه فعالیت‌ها پیدا نمی‌کند. باز بنده عرض می‌کنم ایرادی ندارد، اما چنین و کیل یا وکلایی دینی به جامعه دارند که ادا نکرده‌اند. جالب است که تعداد اندکی از نمایندگان مجلس شورای اسلامی تحصیلات حقوقی دارند، در حالی که در اغلب مجالس قانونگذاری در جوامع پیشرفته، نمایندگان مجلس از میان صنف و کلا و حقوقدانان انتخاب می‌شوند. مگر نه این است که آنها وظیفه دارند جهت تنسیق و رتق و فتق امور و تنظیم بهبود روابط شهروندان میان خود و با حکومت قانون و مقررات و قواعدی وضع کنند که به نفع جامعه باشد؟ حال چه کسی لایق تر از نماینده‌ای است که آگاه به قوانین و مقررات است؟ بخاطر دارم دوران دانشجویی از طرف دانشگاه به یک سفر خارجی اعزام شده بودم. هنگام برگشت با تأخیر چند ساعته روبرو شدیم و در حالی که تمامی مسافران گله‌ای از وضعیت موجود نداشتند، بانوی و کیل و شجاعی برخاست و معترضان و متکی بر قوانین، شرکت هواپیمایی مربوطه را وادار کرد که برای مسافران شام و هتل جهت اسکان یک شبه، در نظر بگیرد. هرگز یادم نمی‌رود آن زمان، عمل آن بانوی و کیل روحیه عدالتخواهی و ظلم ناپذیری ام را تسکین داد.

متأسفانه در سالیان اخیر از میان خیل و کلا صرفاً تنی معدود-که به تعداد انگشتان دست هم نمی‌رسند- بوده‌اند که نقش منتقد اجتماعی و سیاسی در جامعه را داشته‌اند و مطالب خود را از طریق رسانه‌ها به گوش مردم و مسئولین رسانده‌اند.

تاکید می‌کنم و کیل دادگستری می‌داند که فرق میان انتقاد سازنده در قالب موازین حقوقی و مطالبی که عنوان مجرمانه از قبیل افترا و تشویش اذهان عمومی دارند چیست.

ماحصل کلام این که در این اوضاع و احوال نه چندان مناسب کانون‌های و کلا که مانند کشتی طوفان زده‌ای نیاز به یک لنگرگاه آرامش و سکون دارد، وظیفه‌ی و کلا است که نگاهی هم در اوقات فراغت، به دنیای پیرامون خود کنند و بدانند که از منفعلانه برخورد کردن با مسایل مهم اجتماعی، اقتصادی و سیاسی جامعه، هیچ نفعی نه عاید خودشان خواهد کرد و نه عاید جامعه.



کدام یک از وکلا شایسته ی عضویت در

هیأت مدیره کانون وکلا هستند؟

دکتر امیرساعد وکیل^۱

چندی پیش در یک ملاقات صمیمانه با یکی از دوستان خود که او نیز اشتغال به حرفه وکالت دارد، زبان درد دل او از مشکلات و گرفتاری های همکاری با یک وکیل دیگری-که از او نیز شناختی داشتم-باز شد. او از وکیلی سخن می گفت که مورد علاقه و محبوب موکلین اش بود و تا به این نکته اشاره کردم، این دوست همکار، بی درنگ تأیید کرد که آن وکیل با موکل های خود خیلی خوب رفتار می کند ولی با همکاران خود بسیار بدخلق و کم حوصله است.

در طول تجربیات کاری خود، این نخستین باری نیست که از کسی در میان همکاران صحبت به میان می آید که نوع روابط او با موکلین، تفاوت فاحشی با رفتار او با سایر وکلای همکارش دارد. وکیلی که با مراجعه کنندگان و موکل های خود رفتاری صمیمانه و توأم با احترام دارد، ولی در مقابل کارکنان دفتر وکالت یا دیگر همکاران خود، به ویژه وکلای جوان تر و کم سابقه تر، بسیار تندخو و شاید حتی بی ادب باشد.

اگر شما یک وکیل تازه کار یا یک وکیل با سابقه هستید، در هر حال نباید فراموش کنید که عامل حیاتی موفقیت در خیلی از پرونده ها و انعقاد خیلی از قراردادهای و نهایی شدن بسیاری از معاملات، مهارت های برقراری رابطه با دیگران است. اهمیت و کارایی برقراری روابط سالم و خوب با وکلا، همان قدر ارزشمند و مفید است، که با موکلین خواهد بود. به تعبیر دیگر، تحقیق ها و مطالعات حکایت از آن می کند که مهارت های بالای برقراری ارتباطات با دیگران، عنصر بنیادین رهبری است. اگر وکیلی هستید که در دفتر وکالت شخصی خود کار می کنید، احتمالاً توانمندی های خود را برای برخورد مناسب با موکل ها به اندازه ای تقویت کرده اید که بتوانید فعالیت های حرفه ای خود را توسعه دهید. اما اگر به دنبال موفقیت های بیشتر و واقعی تر هستید، افزایش کارآمدی یک وکیل برای تضمین توانایی های شما در گرو آن است که یک تیم وفادار آماده کار با شما باشند و بنابراین می بایست با وکلا و همکاران خود، همانند یک موکل ارزشمند رفتار کنید. به عبارت دقیق تر، وکیلی شایسته ی نشستن بر منصب مدیریت کانون

۱۳۴

۱. وکیل دادگستری و عضو هیأت علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران



و کلاست که همان برخورد مناسب و تأثیر گذاری که با موکلین خود دارد، با وکلای همکار خود نیز داشته باشد.

در یک برآورد کلی، شش ویژگی یک وکیل موفق که قابلیت رهبری در جمع همکاران و پذیرش مسوولیت مدیریت حرفه در مقام عضویت در هیأت مدیره کانون و کلا را داشته باشد به ترتیب زیر قابل ذکر است:

۱- در دسترس بودن و پاسخگو بودن:

همان طور که به نیازها و پرسش های موکلین خود به موقع جواب می دهید، به درخواست های همکاران خود نیز همان طور پاسخ دهید و وقت گذاشتن برای آنها را نباید پشت گوش اندازید. این روند، علاوه بر اینکه احترام متقابل بین همکاران ایجاد می کند به این امر نیز کمک خواهد کرد که در خلال همکاری با وکلای دیگر، شرایط و فرایندها روان تر و سهل تری را در پیش بگیرید. هر انسانی وقتی اطلاعات مناسب تر و راهنمایی بیشتری بدون تأخیر دریافت کند، بهتر می تواند قابلیت های خود را در خدمت یک هدف مشترک بکار ببندد. اگر به هر دلیلی به فرصت بیشتری نیاز هست تا بتوانید به همکار خود پاسخ مناسب دهید به او نشان دهید که از خواسته او آگاه هستید و به موضوعی که او دنبال می کند توجه دارید و زمان تقریبی مورد نیازتان را برای اینکه بتوانید پاسخ او را دهید به او اعلام نمایید. اگر در موارد استثنایی نمی توانید به موقع و بطور مناسب، درخواست های و کلا و همکاران خود را پاسخگو باشید، یکی از همکاران مورد اعتماد خود را به عنوان معاون خود در دسترس قرار دهید تا همیشه در دسترس باشد. همچنان این وضعیت، تکالیف شما را برای پاسخگویی و در دسترس سایر همکاران بودن را به کلی منتفی نمی کند.

۲- روابطی واقعی و اصیل با همکاران خود برقرار کنید:

وقتی درصدد شناخت موکل خود و درک شرایط او بر می آید، شاید ناگزیر شوید چیزهایی از زندگی او بدانید که فراتر از مسایل کاری است. همین شناختها هستند که پیوند محکم تری بین شما و موکل شما برای یک رابطه پایدار و طولانی مدت ایجاد می کنند. همین روند در روابط بین یک وکیل با سایر همکاران خود باید حکم فرما باشد. علاقه ی واقعی به وکلای همکار، این فرصت را می دهد تا رابطه بلند مدت ارزشمندی را خلق کنید که هم تنشها را به حداقل می رساند و هم تضمین کننده یک همکاری و تعامل سازنده است. به همکاران خود اجازه دهید بتوانند راحت با شما گفتگو کنند و الزاماً قرار نیست موضوع مکالمات شما با یکدیگر فقط در موضوعات کاری و حقوقی باشد. خود را نسبت به علایق و اهداف کاری همکارانتان بی اعتنا نشان ندهید. اگر همکاران شما باور کنند که آنها برای شما مهم و ارزشمند هستند. علاوه بر اینکه پیوندهای قوی تری در روابط شما با آنها شکل می گیرد درک بهتری از نقاط قوت و علاقه مندی های همکاران خود نیز پیدا خواهید کرد. رابطه واقعی و اصیل، ریشه در صمیمیت و



تفاهم در نگرش‌ها دارد. تلاش کنید در چشمان همکاران خود چیزهایی را ببینید تا رشته‌های علقه واقعی در روابط شما با آنها متولد شود.

۳- ارزش افزوده ایجاد کنید:

کلید موفقیت بلند مدت در این است که یک وکیل بتواند امور موکل خود را به نحو احسن پیش ببرد. به این ترتیب، یک وکیل فقط بدنبال موفقیت در پرونده‌های ثبت شده موکل خود در دادگستری نباید باشد، بلکه باید درصدد حل مشکلات موکل، برقراری ارتباطات کاری برای او، شفاف سازی فرصت‌ها و شرایط موکل و تقدم دادن به نیازهای او برآید. عین همین رویکرد را باید وکلا نسبت به همکاران خود اتخاذ کنند. استعدادها و قابلیت‌های وکلای همکار خود را دریابید و قدرتان باشید، اعتماد و وفاداری در روابط بین همکاران خود را تقویت کنید و اگر شرایطی برای کار تیمی و انجام فعالیت‌های گروهی دست‌داد حتماً این موقعیت را از دست ندهید و نهایت استفاده را ببرید که بتوانید تیم‌های کاری بزرگ‌تر و قوی‌تری داشته باشید. پیش شرط تحقق این شرایط، سعه صدر و در دسترس بودن است تا بتوانید به پرسش‌های وکلای همکار خود پاسخ دهید و نیازهای آنان را حتی الامکان اجابت نمایید.

۴- عالی‌ترین منافع همکار خود را از صمیم قلب دنبال کنید:

موکل شما به این دلیل به شما اعتماد می‌کند، که می‌توانید منافع او را به عالی‌ترین شکل ممکن برآورده سازید. موکل شما تردیدی ندارد که شما همواره از حقوق و منافع او دفاع می‌کنید. اگر وکلای همکاران چنین باوری به شما داشته باشند، آنها به شما وفادار خواهند بود و به همکاران بسیار ارزنده‌ای برای شما تبدیل خواهند شد. اگر همکاران شما مطمئن باشند شما از آنها کاری را نخواهید خواست که خودتان حاضر به انجام آن نیستید فضای صمیمانه صداقت و اعتماد متقابل در سایه روحیه همکاری شکل می‌گیرد. اگر همکاران شما باور داشته باشند که اشتباهات آنها را به نحو سازنده‌ای اصلاح و برطرف خواهید کرد آنها به شما تکیه خواهند نمود و شما را پشتیبان خود می‌یابند. کلید این ارتباطات، توجه توأم با مهربانی و دلسوزی شما است. شما احترام به همکار خود را با توجه به نیازها و خواسته‌های او نشان می‌دهید و این روحیه سخاوتمندانه، جایگاه شما را نزد سایر وکلا ارتقا خواهد داد. این جایگاه، نه تنها از نظر حرفه‌ای و صنفی بالا می‌رود بلکه شما در قلب همکاران خود جا پیدا می‌کنید. هر چه احترام بیشتری به همکاران خود بگذارید وفاداری بیشتری از همکاران خود دریافت خواهید کرد.

۵- گسترش ارتباطات:

وقتی با موکل خود صحبت می‌کنید، بطور صمیمانه به نیازهای او گوش می‌دهید، به اندیشه‌های او توجه می‌کنید و سعی می‌کنید با بهادادن به او رابطه ارزشمندی را بین خود و موکل خود بنا کنید. خودآگاهی، درگیر مشکلات موکل شدن، مشتاق بودن به کمک به موکل، خلاق بودن و مؤدب بودن، شاخصه‌هایی بسیار تعیین‌کننده هستند. این ویژگی‌ها توصیف‌کننده



یک محیط کاری موفق هستند که با همکاران هم نباید متفاوت از این عمل کرد. فراموش نکنید که بیشتر از آنچه صحبت می کنید، گوش دهید.

۶- به نیازهای همکارانتان اعتبار و بها دهید:

وقتی موکل شما از نیازش با شما سخن می گوید، گوش فرا می دهید، مقصود او را درک می کنید و بر ارزش‌هایی که موکل شما برای آنها احترام قایل است صحنه می گذارید. این بستر اعتمادسازی است؛ برای همکاران خود وقت بگذارید و به آنها توضیح دهید که چه برنامه‌هایی در نظر دارید و اهمیت آنها چیست. از پرسش‌های آنها استقبال کنید و برای خواسته‌های آنها ارزش قایل شوید و سهم آنها در موفقیت کارها را یادآوری نمایید تا بتوانید تیمی از وکلایی داشته باشید که در مسیر نیل به اهداف در کنار هم می مانند.

گاهی سختی و اضطراب ناشی از کار باعث می شود ما وکلا فراموش کنیم که باید با همکاران خود خوش برخورد باشیم. بسیاری از وکلای معمر و ارشد بر این تصور هستند که معنا ندارد با وکلای جوان، ارتباط نزدیک برقرار کنند. بنابراین با وکلای همکار خود مانند بهترین موکل‌های خود رفتار کنید:

- ۱- گروهی از افراد را کنار یکدیگر جمع کنید که واقعاً خواستار همکاری با شما هستند.
- ۲- از تشکیل شبکه ارتباطی قوی و گسترده‌ای حمایت کنید که هر وقت به همکاری گروهی از وکلای همکار خود نیاز داشتید بتوانید از ظرفیت‌های اعضای این شبکه ارتباطی بهره ببرید.
- ۳- در عرضه دانش و تجربیات و همچنین خصیصه‌های اخلاق مدار خود در برقراری رابطه با همکارانتان دریغ نورزید.
- ۴- طول دوره فعالیت حرفه‌ای یک وکیل رهبر، به منزله آن است که حیات یک اسطوره را به تصویر می کشید.
- ۵- محیط کاری مطلوب تری را برای خود بسازید تا هم بیشتر از کار خود لذت ببرید و هم موفقیت‌های کاری بیشتری را کسب کنید.

با توجه به آنچه گفته شد باید قایل بر این واقعیت بود کسانی که به عنوان اعضای هیأت مدیره کانون وکلا انتخاب می شوند، کافی نیست مدیران خوبی باشند که بتوانند امور اجرایی روزانه کانون را هدایت کنند و نگذارند عواملی باعث ایجاد خلل در این روند گردد، بلکه اعضای هیأت مدیره در کانون‌های وکلا باید خصوصیات رهبری داشته باشند یعنی بتوانند به طرز الهام بخشی در همکاران خود انگیزه‌هایی را ایجاد کنند تا وکلا در مواقع خاصی اقدامات لازم را صورت دهند.

این رهبری در سه مرحله خودنمایی می کند:

الف- رهبری انتقالی: به این معنا که رهبر باید جسارت و قاطعیت لازم برای تغییرات اساسی



و بنیادین را دارا باشد و در کانون وکلا چنین تحولاتی ممکن است هم در ساختار و سازمان کانون و هم در روش و جهت گیری های سیاستگذاری خود را نشان دهد.

ب- رهبری خدمتگزار: اعضای کانون وکلا، ولی نعمت های اعضای هیأت مدیره هستند و بنابراین وظیفه بی چون و چرای مدیران کانون وکلا این است که نیازهای وکلا را به خوبی شناسایی کنند و برای اجابت درخواستها و توقعات وکلا، راهکارهایی کارآمد و مؤثر را در پیش بگیرند و ارزیابی درستی از درجه پاسخگویی به مدیران به خواسته های وکلا وجود داشته باشد.

ج- رهبری تطبیق دهنده: ثبات مدیریت در کانون وکلا رخ نخواهد داد، مگر زمانی که رهبران حرفه، درک درستی از مجموع قابلیتها و ظرفیت های موجود در کانون وکلا داشته باشند و حتی به نقاط ضعف و حوزه هایی که نیازمند تقویت در این سازمان است نیز آگاهی داشته باشند و به این ترتیب با بکارگیری مناسب و با بازدهی بالا، شرایطی فراهم شود که مدیران بتوانند از یک سو موقعیت سازمانی کانون وکلا را ارتقا دهند و هم کمبودها و مشکلات عمومی این حرفه به اتکالی توانمندی های اعضا برطرف گردد.



انتخابات و گردش نخبگان ۲

سید عبدالرضا علوی حجازی^۱

۲- موانع گردش نخبگان

در قسمت اول این نوشتار به برخی از آثار نامطلوب تکرار مدیران اشاره شد. در این بخش به بعضی از عوامل که باعث می‌شود علی‌رغم محدودیت‌های قانونی، گردش نخبگان به معنای واقعی کلمه اتفاق نیفتد خواهیم پرداخت.

به نظر می‌رسد یکی از عوامل مهم در این زمینه، عدم وجود ابزارهای لازم برای شناسایی نخبگان توسط انتخاب‌کنندگان می‌باشد، با این توضیح که با بررسی راه‌های ارتباطی اعضاء با کانون ملاحظه می‌شود که این تریبون‌ها عموماً به صورت یک طرفه، در اختیار مدیران کانون می‌باشد و این امکان برای سایر اعضاء کمتر فراهم می‌شود تا استعدادهای و توانایی‌های آنها در معرض دید و قضاوت دیگران قرار گیرد. لذا همین عدم شناخت انتخاب‌کنندگان از ظرفیت‌های موجود نخبگان، باعث می‌شود در زمان رأی دادن نهایتاً به همان چهره‌های شناخته شده که بعضاً از دوران کارآموزی با آنها آشنا شده‌اند رأی دهند و به همین جهت ما دچار عارضه‌ی رسوب مدیران می‌شویم.

خوشبختانه از ابتدای تشکیل کانون وکلای اصفهان برخی افراد فعال، خوش فکر و دلسوز اقدام به تاسیس گروه‌هایی با نام‌های مختلف کردند که طی سال‌های اخیر نقش بسزایی در اداره امور کانون و نیز صحنه انتخابات داشته‌اند. این مجموعه‌ها کارکردهای فراوانی دارند و می‌توانند به حل بسیاری از معضلات کمک کنند، لیکن با نگاهی به عملکرد آنها در صحنه انتخابات طی چند سال گذشته، شاهد هستیم که از این ظرفیت بالای خود به نحو شایسته استفاده نکرده‌اند. به عنوان مثال این گروه‌ها در هر دوره عموماً چهره‌های مشخصی را به عنوان کاندیدای خود معرفی کرده و سایر اعضاء این مجموعه‌ها هم با تمام ظرفیت و توان خود به تبلیغ آنها می‌پردازند. این در حالی است که این تشکلهای می‌توانند بستر لازم برای شناسایی و پرورش افراد مستعد و توانمند را فراهم کنند، به گونه‌ای که در زمان انتخابات با معرفی تعدادی کاندیدای جدید و توانا، قدرت انتخاب انتخاب‌کنندگان را بالا برده و از معضل تکرار مدیران قبلی هم جلوگیری نمایند.

۱۳۹

مجله حقوق
حقوق

۱. وکیل پایه یک دادگستری و عضو کانون وکلای اصفهان



موضوع حائز اهمیت دیگر آنکه گردش نخبگان در اداره ی خود این مجموعه‌ها هم به نحو مقتضی رعایت نمی‌شود. به همین دلیل بسیاری از مدیران این تشکل‌ها از ابتدای تأسیس -که بعضاً به بیش از دو دهه می‌رسد- در پست‌های مدیریتی خود رسوب کرده اند و حاضر به ترک این جایگاه نیستند. ضمن آنکه اعضای این تشکل‌ها هم تاکنون اقدام موثری برای شناسایی نیروهای مستعد و انتخاب آنها به عنوان مدیر انجام نداده اند. لذا هم اکنون شاهد نوعی سکون و عدم پویایی در اداره این تشکل‌ها هستیم. نتیجه این عارضه در کارکردهای بیرونی این مجموعه‌ها که همان تأثیرگذاری بر انتخابات و اداره هرچه بهتر کانون می‌باشد به خوبی قابل مشاهده است.

خاطر نشان می‌کند یکی از ابزارهای لازم برای رسیدن به اهداف بلندی همچون کشف و پرورش نیروهای نخبه و نظارت مؤثر بر عملکرد مدیران کانون و ارائه ایده‌های نو و راهکارهای جدید برای حل معضلات و در یک کلام ارتقای وزن انتخاب کنندگان در اداره امور کانون، استفاده هر چه بیشتر از ظرفیت تشکل‌هاست. زیرا با توجه به تعداد کثیر اعضای کانون، عملاً امکان اعمال تمامی حقوق یاد شده به نحو مؤثر مقدور نیست. بنابراین لازم است علاوه بر توسعه ی ظرفیت گروه‌های موجود، تشکل‌های جدیدی با حضور اعضای هم فکر و هم سلیقه در امور صنفی تأسیس گردد تا با این اقدام، شاهد تأثیرگذاری هر چه بیشتر و بهتر اعضا در اداره کانون باشیم.

در پایان این بخش، توجه به این نکته ضروری است که هم اعضا و هم تشکل‌ها، پس از رفع ایرادات ذکر شده نیازمند ابزاری هستند تا به کمک آن، به صورت مستمر و نظام مند، با مدیران در ارتباط باشد، ضمن آنکه مدیران هم برای تبیین و تشریح اقدامات و عملکرد خود به چنین ابزار مفیدی به شدت نیازمندند. به همین جهت خلاً وجود چنین مکانیسمی در اداره ی هرچه بهتر کانون به شدت احساس می‌شود.

در شماره ی بعد، به تشریح و تبیین بیشتر این موضوع خواهیم پرداخت...



آراء وحدت رویه

و نظریه‌های مشورتی قوه قضاییه

رای وحدت رویه شماره ۷۷۳ مورخ ۱۳۹۷/۹/۲۰ هیأت عمومی دیوان عالی کشور هرچند صلاحیت دادگاه خانواده نسبت به دادگاه عمومی حقوقی ذاتی است و در رأی وحدت شماره ۷۶۹-۱۳۹۷/۴/۲۶ هیأت عمومی دیوان عالی کشور بر این امر تاکید شده است، لکن چون طبق بند ج ماده ۹ قانون شوراها حل اختلاف مصوب سال ۱۳۹۴ که از حیث تاریخ تصویب موخر به قانون حمایت خانواده است، پاره ای از دعاوی خانوادگی تا نصاب مقرر در بند الف آن ماده، در صورتی که مشمول ماده ۲۹ قانون حمایت خانواده نباشد، در صلاحیت آن شورا قرار گرفته و ماده ۲۷ همان قانون نیز علی الاطلاق مرجع تجدیدنظر از کلیه آراء قاضی شورا حسب مورد دادگاه عمومی حقوقی یا کیفری همان حوزه قضایی قرار داده و آراء راجع به دعاوی خانوادگی از شمول این حکم مستثنی نگردیده است. بنابراین آراء قاضی شورا در دعاوی خانوادگی نیز قابل تجدیدنظر در دادگاه عمومی و حقوقی است و رأی شعبه ۳۶ دیوان عالی کشور که با این نظر انطباق دارد به اکثریت آراء صحیح و قانونی تشخیص می‌شود. این رأی طبق ماده ۴۷۱ قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها و سایر مراجع اعم از قضایی و غیر آن لازم الاتباع است.

رای شماره ۳۴۳-۳۴۲ مورخ ۱۳۹۹/۲/۳۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

از آنجا که شاکیان از کارگران اقماری حمل و نقل دریایی می‌باشند و ماده ۱۹۰ قانون کار جمهوری اسلامی ایران، مقررات حاکم بر شرایط کاری آنان را از قواعد عمومی مستثنی کرده است، مگر در موارد سکوت و نبود قانون، که در این موقع مقررات قانون کار حاکم خواهد بود، از آنجا که دولت ایران در تاریخ ۱۳۸۹/۳/۲۶ با تصویب مجلس شورای اسلامی به مقوله نامه کار دریایی الحاق شده است و بر اساس مفاد آن مقوله نامه، تعیین شرایط کاری دریانوردان صورت می‌گیرد که به صراحت بند (ب) قسمت ۲/۲/۱ ب، «دستمزد پایه شامل پرداخت برای اضافه کار، مزایا، کمک هزینه، مرخصی استحقاقی یا هرگونه اجرت اضافی دیگر نمی‌باشد،



بنابراین پرداختی‌های ارزی و هر نوع پرداختی که مربوط به کار بر روی شناور می‌باشد، جزو دستمزد پایه محسوب نمی‌شود و قابل احتساب در مزایای پایان کار نیست. با توجه به مراتب رأی شماره ۶۹۷-۱۳۹۶/۳/۲۱-شعبه ۱۹ دیوان عدالت اداری صحیح و موافق مقررات است. این رأی به استناد بند ۲ ماده ۱۲ و ماده ۸۹ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ برای شعب دیوان عدالت اداری و سایر مراجع اداری مربوط در موارد مشابه لازم الاتباع است.

نظریه مشورتی شماره ۷/۹۴/۱۰۶۸ مورخه ۱۳۹۴/۴/۳۱

سوال: آیا جرایم ناشی از بی احتیاطی در امر رانندگی منتهی به صدمه غیرنقدی موضوع مواد ۷۱۶ و ۷۱۷ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی ۱۳۵۷ (تعزیرات)، با عنایت به اجرایی شدن قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و توجهاً به ماده ۳۴۰ این قانون باید مستقیماً در دادگاه ذیصلاح رسیدگی شود یا ابتدائاً در دادسرا مطرح و با طی مراحل تحقیقات و صدور قرار مقتضی به دادگاه ارسال گردد؟ نظر به اینکه به موجب ماده ۳۴۰ قانون آئین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، جرایم تعزیری درجه ۸ و ۷ بطور مستقیم در دادگاه رسیدگی می‌شود و از طرفی درجه بندی مجازات‌ها نیز تنها ناظر به جرایم تعزیری است. لذا به جرم مستوجب دیه، تحت هر شرایطی با کیفرخواست رسیدگی می‌شود. در فرض سوال، یعنی موردی که جرمی مستوجب دیه و مجازات تعزیری درجه ۷ یا ۸ باشد، باید با کیفرخواست رسیدگی شود.

نظریه مشورتی شماره ۷/۹۸/۲۰۵۱ مورخه ۱۳۹۹/۱/۱۹

سوال: مطابق بند ج ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی در جرایم اقتصادی با موضوع جرم بیش از یکصد میلیون ریال امکان صدور حکم تعلیق اجرای مجازات وجود ندارد. حال سوال اینجاست که در پرونده ای، متهم به اتهام فروش مال غیر به دو سال حبس تعزیری و جزای نقدی و رد مبلغ ۷۸.۰۰۰.۰۰۰ تومان در حق شاکی محکوم شده و دادگاه تجدید نظر ضمن تایید مدت حبس و رد مال، به استناد مواد ۵۴ و ۴۶ قانون مجازات اسلامی جزای نقدی را به مدت دو سال تعلیق کرده است. آیا این اقدام دادگاه تجدید نظر صحیح است؟

پاسخ: اولاً منظور از دادگاه مذکور د ماده ۴۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ که می‌تواند قرار تعلیق اجرای مجازات را صادر کند. به قرینه عبارت دادگاه صادرکننده حکم قطعی اعم از دادگاه بدوی و دادگاه تجدید نظر استان است. مستفاد از ماده ۲۵۳ قانون آیین دادرسی



دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ اصولاً دادگاه تجدید نظر استان دارای صلاحیت‌ها و اختیارات دادگاه بدوی در امر رسیدگی و صدور حکم است. مگر اینکه در قانون صراحتاً منعی در این خصوص وجود داشته باشد؛ مانند عدم تشدید مجازات موضوع ماده ۲۵۸ قانون مذکور. بنابراین قرار تعلیق اجرای تمام یا برخی از مجازات‌ها از سوی دادگاه تجدید نظر استان نیز همزمان با صدور حکم محکومیت به تبع نقض رای دادگاه بدوی و یا حتی در مقام تایید رای دادگاه بدوی و یا پس از اجرای یک سوم مجازات (در صورتی که حکم قطعی محکومیت را دادگاه تجدید نظر استان صادر کرده باشد) بلامانع است. ثانیاً در فرض سوال که جرم انتقال مال غیر است که طبق ماده اول قانون مجازات راجع به انتقال مال غیر مصوب ۱۳۰۸ مرتکب بزه انتقال مال غیر، کلاهبردار محسوب می‌شود و کلیه آثار و احکام مربوط به کلاهبرداری به این بزه نیز مترتب است و از حیث تعلیق اجرای مجازات نیز تابع احکام مربوط به کلاهبرداری است. بنابراین با توجه به بند ب ماده ۱۰۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و با لحاظ نصاب مقرر در بند ج ماده ۴۷ همین قانون، بزه انتقال مال غیر با موضوع جرم کمتر از یکصد میلیون ریال قابل تعلیق است. بنا به مراتب فوق و با لحاظ آنکه جزای نقدی معادل رد مال موضوع کلاهبرداری می‌باشد و در فرض سوال، میزان جزای نقدی بیشتر از نصاب مقرر در ماده ۴۷ فوق‌الاشعار می‌باشد، محلی برای اعمال تعلیق وجود ندارد و در هر صورت اظهار نظر در خصوص صحت یا عدم صحت رفتار مقام قضایی، خارج از وظایف اداره کل حقوقی است.



زندگی نامه و پند استاد^۱

دکتر سید حسین صفایی

زندگی‌نامه استاد دکتر سید حسین صفایی

استاد دانشگاه و عضو پیوسته گروه علوم انسانی

فرهنگستان علوم جمهوری اسلامی ایران

سال و محل تولد:

۱۳۱۲، قزوین

مدارک تحصیلی:

- لیسانس منقول، دانشکده الهیات دانشگاه تهران، ۱۳۳۲
- لیسانس حقوق (رشته قضایی)، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۳۷
- شهادت نامه‌های دکتری رشته قضایی، دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۴۰
- دکتری دولتی حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه پاریس، ۱۳۴۴ و برنده جایزه علمی (لورا) از آن دانشکده، ۱۳۴۴
- دیپلم حقوق تطبیقی از دانشکده بین‌المللی آموزش حقوق تطبیقی استراسبورگ، ۱۳۴۳-۱۳۴۲

- دیپلم آکادمی حقوق بین‌الملل لاهه، ۱۳۵۴

- گواهی تخصصی دوره حقوق انگلیس از دانشگاه کمبریج ۱۳۵۶

مسئولیت‌های علمی و اجرایی:

- آسیستان دانشکده حقوق دانشگاه پاریس، ۱۳۴۴
- استادیار دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۴۷-۱۳۴۴

۱۴۴

۱. تهیه کننده: داریوش سپنتا دبیر این شماره

ملی
حقوق

شماره ۱۳۶ / خرداد ۹۹



- دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۵۴-۱۳۴۷
- استاد دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۸۳-۱۳۵۴ (بازنشسته ۱۳۸۳ با پایه ۳۲ استادی)
- استاد دانشگاه آزاد اسلامی، از ۱۳۸۵ تا کنون (پایه ۳۷)
- معاون دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۴۸-۱۳۵۱
- معاون مؤسسه حقوق تطبیقی دانشگاه تهران، ۱۳۵۸-۱۳۵۴
- رئیس دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۶۷-۱۳۷۱
- رئیس مؤسسه حقوق تطبیقی دانشگاه تهران، ۱۳۸۳-۱۳۷۴

فعالیت‌های علمی:

- تدریس حقوق مدنی، حقوق بین‌الملل خصوصی، حقوق تطبیقی، حقوق مالکیت ادبی و هنری و داوریه‌های بین‌المللی در دانشکده حقوق دانشگاه تهران و دیگر دانشکده‌ها و مؤسسات آموزش عالی در مقاطع مختلف
- استاد راهنمای بیش از ۷۰ پایان‌نامه کارشناسی ارشد و ۵۰ رساله دکتری حقوق خصوصی

جوایز و افتخارات:

- استاد نمونه دانشگاه تهران، ۱۳۸۰
- پژوهشگر پیشکسوت نمونه دانشگاه تهران، ۱۳۸۶
- دارای نشان علمی (دانش) از جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۳
- عضو پیوسته فرهنگستان علوم جمهوری اسلامی ایران، از ۱۳۸۶
- عضو شورای عالی ثبت احوال
- برنده جایزه شاگرد اولی کارشناسی دانشکده حقوق (رشته قضایی) دانشگاه تهران، ۱۳۳۷
- برنده جایزه لویی میو Louis Milliot از دانشگاه پاریس برای رساله دکتری ۱۳۴۴
- برنده جایزه کتاب سال دانشگاهی برای کتاب حقوق خانواده ۱۳۷۱
- برنده جایزه کتاب سال برای کتاب حقوق مدنی، اشخاص و محجورین از وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی ۱۳۷۶
- برنده جایزه برای طرح پژوهشی قابل تقدیر از دانشگاه تهران ۱۳۷۸
- برنده جایزه مرحوم علامه طباطبائی، به عنوان استاد نخبه، ۱۳۹۳
- دارای تقدیرنامه‌های متعدد از دانشگاه‌ها و مؤسسات مختلف

سابقه وکالت و مشاوره حقوقی:

- وکیل پایه یک دادگستری از ۱۳۵۳ تا کنون
- سرپرست بخش تحقیقات دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی در لاهه و همکاری در



پرونده‌های مطروحه در دیوان دعاوی ایران - ایالات متحده، از ۱۳۶۱ تا ۱۳۶۵
- مشاور حقوقی سازمانها و مؤسسات دولتی از جمله دفتر خدمات حقوقی بین المللی، وزارت نفت، وزارت دفاع، سازمان صنایع دفاع (ساصد)، دانشگاه علوم پزشکی تهران و ارائه نظریه‌های حقوقی در پرونده‌های بین المللی متعدد

آثار و تالیفات:

۲۲ کتاب تالیفی و ترجمه به زبان فارسی (برخی از آنها با همکاری استادان دیگر) و یک کتاب به زبان فرانسه، ۸۱ مقاله چاپ شده در نشریات معتبر داخلی و ۶مقاله چاپ شده به زبان فرانسه در نشریات خارجی در زمینه‌های حقوق تطبیقی، حقوق مدنی، حقوق بین الملل خصوصی، داوریه‌های بین المللی، مالکیت ادبی و هنری، حقوق خانواده و حقوق بیع بین المللی

طرح های پژوهشی اجرا شده:

۱. «مقایسه قوانین و مقررات طلاق در حقوق کشورهای مختلف با نگاهی به حقوق ایران»، دانشگاه تهران، ۱۳۵۷
۲. «گرایش فعلی حقوق روستایی در ایران»، زیر نظر استاد دکتر حسن افشار، مؤسسه حقوق تطبیقی دانشگاه تهران، ۱۳۵۵
۳. «نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین المللی»، مؤسسه حقوق تطبیقی ۱۳۷۷، پژوهش برگزیده دانشگاه تهران
۴. «تولید مثل مصنوعی با کمک پزشکی در حقوق ایران و فرانسه»، مؤسسه حقوق تطبیقی، ۱۳۸۲
۵. «بررسی کنوانسیون بیع بین المللی با مطالعه تطبیقی» (طرح ملی)، با همکاری دکتر عادل و دیگران، ۱۳۸۳
۶. «بررسی تطبیقی حقوق خانواده» (طرح ملی زیر نظر استاد دکتر گرجی)، ۱۳۸۳
۷. «بررسی لایحه جدید مسئولیت مدنی مؤسسات عمومی با مطالعه تطبیقی»، مؤسسه حقوق تطبیقی، ۱۳۸۴
۸. «بررسی کنوانسیونهای بین المللی راجع به حقوق مؤلف و تاثیر الحاق ایران به آنها بر فعالیت سازمان صدا و سیما»، مؤسسه حقوق تطبیقی، ۱۳۸۳
۹. «بررسی تطبیقی حقوق آب»، مؤسسه حقوق تطبیقی، ۱۳۸۱
۱۰. «سازمانهای غیر دولتی حقوق بشر»، مؤسسه حقوق تطبیقی، ۱۳۸۰
۱۱. «پناهندگی در حقوق اسلام» (زیر نظر استاد دکتر گرجی)، مؤسسه حقوق تطبیقی، ۱۳۷۹
۱۲. «بررسی وضعیت علم حقوق در ایران برای جهت گیری آینده (با همکاری دکتر



- محمود کاظمی)، فرهنگستان علوم جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۷
۱۳. آسیب‌ها و راه کارهای آموزش و پژوهش حقوق (با همکاری دکتر محمود کاظمی)، فرهنگستان علوم جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۹۲
۱۴. اطاله دادرسی در امور مدنی و راهکارهای مقابله با آن (با همکاری دانیال با خدا)، فرهنگستان علوم جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۹۸

عضویت هیات‌های تحریریه مجلات:

- مجله مدرس (حقوق تطبیقی)، دانشگاه تربیت مدرس
- مجله حقوقی مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس نهاد ریاست جمهوری

- نامه مفید (حقوق تطبیقی)، دانشگاه مفید
- مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی
- مجله حقوق تطبیقی، مؤسسه حقوق تطبیقی دانشگاه تهران
- پژوهش نامه حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران
- فصلنامه علمی - پژوهشی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تربیت معلم
- فصلنامه خانواده‌پژوهی، دانشگاه شهید بهشتی، پژوهشکده خانواده
- فصلنامه معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق (ع)
- فصلنامه حقوق و مصلحت، مجمع تشخیص مصلحت نظام
- مجله علمی - پژوهشی مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز

عضویت مجامع علمی داخلی و بین‌المللی:

- آکادمی بین‌المللی حقوق تطبیقی (فرانسه)
- انجمن حقوق تطبیقی (فرانسه)
- انجمن بین‌المللی حقوق مؤلف (آلمان)
- مجمع بین‌المللی علوم قضایی (فرانسه)
- فرهنگستان علوم جمهوری اسلامی ایران
- انجمن علمی حقوق مالکیت فکری (ایران)
- انجمن علمی حقوق خصوصی (ایران)



پند استاد

توصیه به وکلای جوان دادگستری

مخاطب من در این پیام، وکلای جوان دادگستری هستند؛ زیرا این توصیه‌ها برای استادان و وکلای پیش کسوت، زیره به کرمان بردن است. وکلای دادگستری که نقش مهمی در اجرای عدالت و احقاق حق دارند و از شان و مقام والایی برخوردارند، باید دارای صفات زیر باشند؛

۱. اتحاد: با اتحاد می‌توان بر مشکلات فائق آمد. اختلاف و تنازع به مقام و اعتبار وکلا لطمه می‌زند و بهانه‌ای به دست دشمنان می‌دهد. حسنت به اتفاق ملاحظت جهان گرفت/آری به اتفاق جهان می‌توان گرفت...

خداوند متعال در قرآن کریم می‌فرماید: و لا تنازعوا فتفشلوا و تذهب ریحکم. نزاع نکنید که سست می‌شوید و قدرت و شوکت شما از میان می‌رود.

۲. شجاعت: وکیل باید با شجاعت از حق دفاع کند، اگرچه به زیان او باشد. قولوا الحق ولو علی انفسکم.

۳. علم: وکیل باید مجهز به سلاح علم باشد تا بتواند به نحو احسن از حق دفاع کند و در اصلاح قوانین و لغو قوانین ناعادلانه و تحول حقوق موثر باشد.

۴. رعایت اخلاق اسلامی و حرفه‌ای: شان و اعتبار وکیل منوط به رعایت اخلاق اسلامی و حرفه‌ای است.

مردی و آزادگی و دین و مروت/این همه را بنده درم نتوان کرد...

مرحوم استاد دکتر احمد متین دفتری در ضمن سخنرانی خود به هنگام افتتاح اولین کانون وکلای دادگستری به سال ۱۳۱۶ چنین می‌گوید: "آقایان! تصور نکنید که قانون را برای این وضع کرده‌اند که مورد سوءاستفاده واقع شود... آقایان! حق را در موقع قبول دعوی و عدالت را در موقع تنظیم قرارداد حق الوکاله مراعات کنید. شئون و حیثیات شغل شریفی را که بدان مفتخر هستید حفظ کنید. شما محرم اسرار مردم هستید. در حفظ امانت و اسرار موکل ساعی باشید. خداوند را شاهد و ناظر اعمال خود بدانید!"

موفق باشید.



گزیده مقالات کاربردی

هاجر قاسمی^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 دسته‌ی دوم چون حالتی علمی-کاربردی دارند، برای وکلا و قضات دارای بهره و فایده بیشتری هستند. از این رو سعی بر این است که در هر شماره از *مجله حقوقی* 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 آن را در پایگاه مجلات تخصصی نور یا در سایت مجله مربوطه مشاهده نمایند.

۱- ماهیت و اعتبار شرط تعدیل ثمن و پرداخت مابه التفاوت در زمان پرداخت

آخرین قسط

نویسنده مسئول: ساردوئی نسب، محمد؛ نویسنده: آقابابایی دهکردی، پیمان؛

مجله: مجله حقوقی دادگستری، زمستان ۱۳۹۸ - شماره ۱۰۸

چکیده: موضوع این نوشتار، تحلیل ماهیت و اعتبار شرط تعدیل ثمن به وسیله پرداخت مابه التفاوت در زمان پرداخت آخرین قسط ثمن است. تحولات غیرقابل پیش بینی قیمت کالاها در بازار، منتهی به آن شده است که فروشندگان نتوانند در فروش اقساطی، قسطی از ثمن را به این امر اختصاص دهند، لذا ساز و کار فوق را طراحی نموده اند. این نهاد، این نتیجه را در پی دارد که در فروش اقساطی، در آخرین قسط، ثمن تعدیل شده و خریدار ملزم می‌شود که الباقی ثمن و مابه التفاوت قیمت را پرداخت نماید. در این مقاله، با استفاده از روش توصیفی و تحلیلی و رجوع به منابع اصلی، پس از تحلیل اشکال مختلف ساز و کار فوق، ماهیت آن را شناخته و این نتیجه حاصل شده است که اگر درک صحیحی از غرر به دست آید و مفهوم آن را در عنصر اطمینان خلاصه نمود، شروط مذکور صحیح خواهد بود. مضاف بر این، رویه قضایی نیز آن را معتبر می‌داند.

۱۴۹

مجله حقوقی

۱. وکیل پایه یک دادگستری و عضو کانون وکلای اصفهان



۲- نظام حقوقی حاکم بر رسیدگی به آراء خلاف بین شرع و قانون در دیوان عدالت اداری (شرح و تحلیل ماده ۷۹ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری)

نویسنده: مولاییگی، غلامرضا؛ محمدی، حسین؛ نویسنده مسئول: حیدرنازاد، ولی الله؛

مجله: پژوهشنامه حقوق اسلامی، پاییز و زمستان ۱۳۹۸ - شماره ۵۰

چکیده: با تصویب قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ و متعاقب آن حذف شعب تشخیص، رسیدگی دو مرحله ای در شعب دیوان عدالت اداری مجدداً پیش بینی شد، که از جمله صلاحیت های مهم و تأثیرگذار شعب تجدیدنظر رسیدگی به آراء مغایر یا شرع یا قانون است؛ که در راستای اعمال ماده ۷۹ قانون تشکیلات دیوان صورت می پذیرد. مطابق ماده مزبور، صورت استثنایی اختیار ویژه ای در رسیدگی فوق العاده برای ریاست قوه قضاییه و رئیس دیوان عدالت اداری پیش بینی شده است تا آراء قطعی شعب دیوان عدالت اداری را که مغایر قانون یا شرع تشخیص می دهند، جهت رسیدگی مجدد به شعب تجدیدنظر دیوان، ارجاع نمایند. شعبه مرجوع الیه در رسیدگی به پرونده ارجاعی، مکلف به تبعیت از نظر ریاست قوه قضاییه و یا رئیس دیوان عدالت اداری نبوده و ضمن بررسی مجدد پرونده، مطابق نظر قضایی خود نسبت به انشاء رأی اقدام می نماید. در راستای جلوگیری از تزلزل آراء، اعمال ماده ۷۹ نسبت به رأی قطعی، به هر جهت و از سوی کلیه طرفین دعوا صرفاً برای یک مرتبه قابل رسیدگی است. در این پژوهش با مطالعه پیشینه رسیدگی به آراء خلاف بین شرع و قانون در قوانین و مقررات بعد از انقلاب اسلامی به تحلیل رویه قضایی و آراء هیات عمومی دیوان عدالت اداری و بررسی چالش ها، ابهامات و گستره رسیدگی در قالب اعمال ماده ۷۹ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری پرداخته شده است.

۳- تاثیر بازنشستگی کارمند در رسیدگی به تخلفات و اجرای مجازات های اداری

نویسنده: نکویی، محمد؛

مجله: تحقیقات حقوقی، زمستان ۱۳۹۸ - شماره ۸۸

چکیده: اصل بر این است که هیات های رسیدگی به تخلفات اداری به تخلف ارتكابی کارمند در زمان اشتغال رسیدگی و در صورت احراز وقوع تخلف، مجازات مقرر در قانون رسیدگی به تخلفات اداری را در باره او اعمال نمایند. اما در مواردی به واسطه بروز برخی موانع، رسیدگی به تخلف اداری یا اعمال مجازات کارمند محکوم علیه منتفی می شود. بازنشسته شدن کارمند قبل از شروع یا در جریان رسیدگی و پیش از صدور رای، موجب توقف رسیدگی و پس از صدور رای محکومیت نیز مانع اعمال مجازات می شود. با این حال، در مواردی بازنشستگی کارمند، توقف رسیدگی به تخلف یا اجرا نشدن مجازات اداری را در پی ندارد. هم چنین در صورتی که تخلف واجد وصف مجرمانه کارمند، ریشه در زمان اشتغال داشته و کارمند پس از بازنشستگی، در



دادگاه محکومیت کیفری پیدا کند یا اینکه پس از بازنشستگی مرتکب اعمالی شود که به موجب قانون رسیدگی به تخلفات اداری قابل تعقیب باشد. در چنین وضعیتی امکان رسیدگی به تخلفات کارمندان بازنشسته و نیز امکان اجرای مجازات‌های اداری درباره آنان تحت شرایطی وجود دارد و بازنشستگی موجب توقف رسیدگی و اعمال مجازات نیست. در این نوشتار تاثیر بازنشستگی در رسیدگی به تخلفات اداری و اجرای مجازات‌های اداری و موضوعات مرتبط با آنها مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

۴- آثار صدور و ملغی الاثر شدن حکم تخلیه مستاجر در عقد اجاره مشمول قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۵۶

نویسنده: محمدی، پژمان؛

مجله: پژوهش حقوق خصوصی، زمستان ۱۳۹۸ - شماره ۲۹

چکیده: در قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۵۶ احکام ویژه و متفاوت نسبت به قواعد اجاره‌های مشمول قانون مدنی فراوان است. یکی از احکامی که نه تنها اجاره مشمول این قانون را از اجاره‌های مشمول قانون مدنی متمایز می‌کند بلکه فراتر از آن، احکام اجاره مشمول قانون ۵۶ را از قواعد قراردادها در قانون مدنی فاصله می‌دهد، مؤثر دانستن صدور حکم فسخ اجاره توسط دادگاه در پیدایش آثار آن است. ناکافی دانستن اراده ی طرفین به ویژه موجر در انحلال عقد اجاره مشمول این قانون، موجب این پرسش می‌شود که صدور حکم فسخ و تخلیه یا تخلیه مستاجر به تنهایی چه آثاری در عقد اجاره میان موجر و مستاجر بر جای می‌گذارد. همچنین، با پیش بینی احتمال بی‌اثر شدن این حکم قطعی در ماده ۲۸ قانون که در پی کامل نشدن اسباب قطع رابطه استیجاری رخ می‌دهد، جستجوی پاسخ پرسش مذکور در این وضعیت نیز دارای اهمیت خواهد شد. در مجموع، اگرچه صدور حکم تخلیه مستاجر در بسیاری از موارد یکی و شاید مهم‌ترین سبب انحلال اجاره مشمول قانون پیش گفته باشد، ولی موجب قطع رابطه استیجاری نمی‌شود. لذا بی‌اثر شدن این حکم نمی‌تواند موجب قرارداد اجاره محسوب گردد.

۵- بررسی تطبیقی فسخ قراردادهای اداری در حقوق ایران و فرانسه

نویسنده: چهارمیری، ثریا؛ خسروی، حسن؛ نویسنده مسئول: انصاری، ولی‌الله؛

مجله: فصلنامه حقوق اداری، زمستان ۱۳۹۸ - شماره ۲۱

چکیده: فسخ قراردادهای اداری در حقوق ایران و فرانسه به عنوان یکی از طرق اصلی از بین بردن اثرهای قراردادهای مزبور نسبت به آتیه مطرح می‌باشد. در این تحقیق که به روش توصیفی-تحلیلی صورت گرفته است و هدف اصلی از انجام آن، توسعه ادبیات موجود و شناسایی چالش‌ها و خلاءهای مرتبط می‌باشد؛ سوال اصلی این است که تفاوت‌های حاکم بر نظام فسخ



قراردادهای اداری در نظام حقوقی ایران و فرانسه چیست؟ و ثاباً چه چالش‌هایی در زمینه فسخ قراردادهای اداری در نظام حقوقی ایران و فرانسه وجود دارد؟ تفاوت‌های بارزی هم از نظر: مبنایی، قانونی، رویه قضایی و هم از نظر حدود و وسعت فسخ قرارداد در دو نظام حقوقی ایران و فرانسه وجود دارد؛ در حالی که در نظام حقوقی ایران، فسخ قرارداد اداری صرفاً بر اساس اصل منفعت عمومی توجیه می‌شود؛ اما در نظام حقوقی فرانسه، علاوه بر اصل یاد شده، حداقل دو مبنای دیگر یعنی اصل استمرار خدمت عمومی و اصل احترام به حقوق مکتسبه پیمانکاران پیش‌بینی شده است؛ از سوی دیگر، در نظام حقوق فسخ قراردادهای اداری فرانسه، مواردی مانند عدم رعایت حقوق بشر و نیز پرداخت رشوه به بخش خصوصی مرتبط توسط پیمانکار نیز از موارد فسخ قراردادهای اداری تلقی می‌شود، که در حقوق فسخ قراردادهای اداری ایران، سکوت در مورد آنها حاکم است. پرداخت جبران خسارت به پیمانکار در صورت فسخ قرارداد اداری توسط کارفرمای دولتی، یکی دیگر از نقاط ممیزه نظام حقوق فسخ قراردادهای اداری در فرانسه است که در حقوق فسخ قراردادهای اداری ایران کمتر بدان توجه شده است.



معرفی کتاب

معرفی کتاب ۱

نسیم پرستگاری^۱

مباحث نظری و عملی حقوق کار

تالیف دکتر سید محمد هاشمی استاد دانشگاه شهید بهشتی

چاپ اول زمستان ۱۳۹۶-۲۸۸ص، بنیاد حقوقی میزان

از جمله کتاب‌های کاربردی، حقوق کار می‌باشد که به منظور آشنایی با حقوق کارگر، تعهدات کارفرما و مراجع رسیدگی به شکایات که می‌تواند مورد مطالعه و کلا قرار گیرد و به لحاظ نظری شاخه‌ای از حقوق عمومی می‌باشد. نویسنده کتاب؛ استاد برجسته حقوق جناب آقای دکتر سید محمد هاشمی می‌باشند که پس از اخذ درجه دکترای حقوق عمومی از دانشگاه پاریس یک در کشور فرانسه به تدریس عمدتاً دروس حقوق اساسی و حقوق بشر در دانشگاه شهید بهشتی پرداختند و با کسب رتبه استاد تمام، بازنشسته گردیدند و از استادان صاحب‌نظر حقوق به شمار می‌روند. استاد در این کتاب، پس از کلیات، تاریخ و منابع حقوق کار به موضوعات عناصر مشمول قانون کار و تبعیت کارگزار کارفرما و کارگاه و اصول اساسی حاکم بر روابط کار، حقوق و آزادی کار پرداختند. سپس وارد مباحث کاربردی قرارداد کار و انواع آن، شرایط انعقاد، تعلیق و انحلال و خاتمه قرارداد کار، فوت کارگر، بازنشستگی کارگر، از کار افتادگی کارگر و تخلفات و اخراج کارگر شدند و مزد، حقوق و پاداش و مرخصی کارگر و خدمات رفاهی و حفاظت فنی و بهداشت کار، بازرسی کار و مراجع حل اختلاف و نحوه رسیدگی در آنها را به تفصیل شرح دادند. مطالعه این کتاب-به عنوان یک منبع کاربردی-توصیه می‌شود.

۱۵۳

مجله حقوق
حقوق

۱. وکیل دادگستری و کارشناسی ارشد حقوق خصوصی



معرفی کتاب ۲

مینا سالمی^۲

«برای نابود کردن یک فرهنگ، نیازی نیست کتاب‌ها را سوزاند؛ کافی است کاری کنید مردم آنها را نخوانند. ویکتور هوگو»

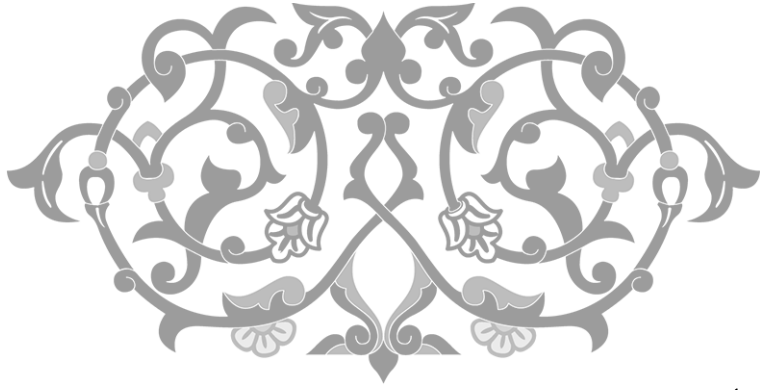
زبان فقه و حقوق

به قلم احمد واعظی

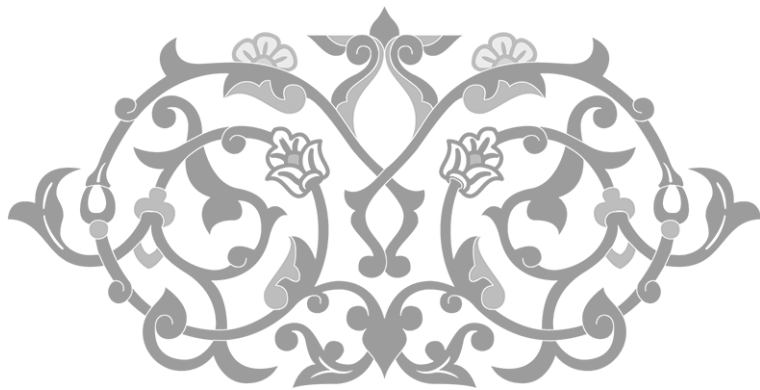
سال نشر ۱۳۹۹، در ۲۰۴ صفحه، ناشر: بوستان کتاب

فقه و حقوق، اگرچه دانشی هنجاری و مربوط به هدایت و تنظیم رفتارها و مناسبات انسانی است، با نگاهی بیرونی به کلیت فقه و حقوق، پرسش‌هایی مطرح می‌شود که به طور طبیعی پاسخ به این پرسش‌ها با اسلوب و روش و منابع معرفتی مرسوم در پاسخگویی به مسائل فقهی و حقوقی میسر نیست و اندیشیدن، فلسفه ورزی و به کارگیری روش‌های تحلیلی و عقلی خاص خود را طلب می‌کند. به همین سبب، در کنار دانش فقه و حقوق، نیازمند شکل‌گیری و فربهری و شکوفایی فلسفه‌ی حقوق و فلسفه‌ی فقه نیز هستیم.

این کتاب شامل ۵ فصل است؛ فصل اول به متن فقهی و چالش‌های زبانی و تأملات انتقادی و چالش‌های نوپدید این عرصه اختصاص دارد. فصل دوم به متن حقوقی به مثابه‌ی گفتمان و چالش زبانی آن و استدلال‌هایی که محدودیت‌های زبانی را دست‌مایه‌ی استدلال قرار داده‌اند، اختصاص داده شده است. قانون به مثابه‌ی فعل‌گفتاری و بررسی نحوه‌ی ارائه موافقان و مخالفان افعال گفتاری بودن قوانین، وجهه همت فصل سوم است. در فصل چهارم زبان و حقوق و ارتباط مطالعات فلسفی زبان با حقوق محل توجه است. بحث کاربردی تر کتاب، فصل پنجم کتاب است، که به صدق‌پذیری و استدلال در فقه و حقوق اختصاص دارد و نویسنده در این فصل از صدق‌پذیری گزاره‌های فقهی و حقوقی، استدلال منطقی، قیاس استنتاجی عقلی در فقه و حقوق می‌گوید. خواندن این کتاب به علاقه‌مندان موضوع استدلال توصیه می‌شود.



زنگ تفريح





ایگ نوبل و حقوق

دکتر محمدرضا محمدی جرقویه ای^۱

به احتمال زیاد شما خواننده عزیز تاکنون اسم نوبل و جایزه اش را شنیده اید و چه بسا مثل بنده یکی از آرزوهای شما گرفتن این جایزه بوده است. اگر اسم جایزه نوبل را شنیده اید می‌دانید که این جایزه توسط دانشمندی با وجدان ناراحت بخاطر اختراع دینامیت در سال ۱۸۹۵ میلادی تاسیس شده و معتبرترین جایزه ای است که در حوزه‌های علمی به یک دانشمند و در رشته‌های فیزیک، فیزیولوژی و پزشکی، ادبیات، اقتصاد و صلح تعلق می‌گیرد.

باز به احتمال زیاد هیچ کدام از شما خوانندگان عزیز، برخلاف جایزه نوبل اسمی از جایزه ایگ نوبل (ig nobel prize) نشنیده اید که اگر چنین است، خودتان را اصلاً ناراحت نکنید و این ندانسته را هم در کنار سایر ندانسته‌هایتان که لاتعد و لاتحصی است گذاشته و این مقاله را تا انتها بخوانید.

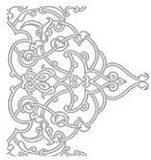
جایزه ایگ نوبل، نظیره ای طنز آمیز از جایزه نوبل است که همه ساله در اوایل اکتبر و تقریباً در زمان اعلام نتایج جایزه نوبل به ده نفر که دارای موفقیت برتری شده اند که اولش باعث خنده و تصور عموم از خل و چل بودن محقق و سپس به فکر فرورفتن مردم می‌شود، اعطاء می‌گردد! به عبارت دیگر پژوهش‌های علمی عجیب یا مضحک جایزه می‌گیرند. این جایزه توسط مجله طنز علمی سالنامه تحقیقات نامحتمل (Annals Of Improbable Research) سازمان دهی می‌شود. مراسم این جایزه در سالن تئاتر ساندرز دانشگاه هاروارد برگزار می‌شود و جایزه هم به دست یکی از برندگان جایزه نوبل اهداء می‌گردد. در این مراسم هر دانشمندی در حد یک دقیقه فرصت صحبت دارد که اگر صحبت هایش طولانی شد، یک دختر نه ساله ناگهان تذکر می‌دهد: «بسه، حوصله ام سر رفت»^۲

فهرست زیر که به معرفی تعدادی از برندگان این جایزه اشاره می‌کند، تا حدود زیادی می‌تواند ما را با ماهیت این جایزه آگاه سازد. فقط قبل از مطالعه این فهرست قول بدهید که به برندگان این جوایز حسودی نکنید!

بله می‌دانم افکار مضحک تر از این‌ها به ذهن من و شما رسیده و باید این جایزه را من و

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

۲. لابد باخودتان می‌گویید جای این دختر بچه چقدر در سخنرانی‌ها و جلسات همیشگی در کشور ما خالی است!



شما می‌بردیم، ولی وقتی تا الان از وجود چنین جایزه ای بی اطلاع بودیم، تقصیر من و شما چیست؟

۱. آیا گربه می‌تواند در آن واحد جامد و مایع باشد؟
 ۲. تاثیر حضور و تماس کروکودیل زنده در تمایل افراد به قمار
 ۳. چرا پیرمردها، گوش‌های بزرگی دارند؟^۳
 ۴. دلیل تنفر برخی از افراد از پنیر^۴
 ۵. بزاز انسان، عامل پاک کننده سطوح کثیف^۵
 ۶. بسیاری از مردم وقتی ابزار یا وسیله ای می‌خرند، دفترچه راهنمای لعنتی آن را نمی‌خوانند.
 ۷. رژیم غذایی آدم خواری در مقایسه با رژیم‌های گوشتی دیگر کالری خیلی کمتری دارد.^۶
 ۸. افرادی که تا دیر وقت بیدارند، به نسبت افراد سحرخیز یا افرادی که صبح‌ها زودتر از خواب بیدار می‌شوند، صادق تر هستند و از صداقت بیشتری در گفتار و اعمال خود برخوردارند.^۷
 ۹. گرده افشانی گل‌ها بر افزایش گرمای کره زمین
 ۱۰. خاراندن قوزک پا، از همه جا بیشتر لذت دارد و بعد پشت و ساعد!^۸
- لازم به ذکر است که در سال ۲۰۱۹ یک ایرانی عضو هیات علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد قوچان به نام دکتر ایمان فرحبخش به دلیل طراحی دستگاه تعویض پوشک، بچه شور و بچه خشک کن برنده این جایزه شد که گام بزرگی در اثبات زن ذلیل بودن ما ایرانی‌ها بود که از این بابت به خود می‌بالیم.^۹

۳. بعد از خواندن این پژوهش فهمیدم اعضای خانواده ما کلاً پیرمرد یا پیرزن به دنیا می‌آیند!

۴. احتمالاً گرانی آن!

۵. خدایی این نتیجه را من از بچگی می‌دانستم و به سختی و با کتک دست و صورتم را می‌شستم!

۶. خدایی نتیجه این تحقیق باعث می‌شود که آرامش به کانون خانواده برگردد! بعنوان مثال من یکی یقین دارم همسر با اطلاع از این تحقیق هیچ گاه قصد خوردن مرا نخواهد داشت و متقابلاً بنده هم همینطور!! البته در مورد دیگران نمی‌توانم قضاوت کنم، چون خیلی از خانم‌ها و آقایان به لحاظ در رژیم بودن نبال غذاهای با کالری کمتری هستند.

۷. علت آن احتمالاً حضور کمتر ایشان در اجتماع است.

۸. این دانشمند کاش حیا را کنار می‌گذاشت و بیشتر تحقیق می‌کرد.

۹. من واقعاً و به نقل از مرحوم مولوی که به نقل از پیامبر اسلام صلی الله علیه انسان عاقل را



لا بد از خودتان می‌پرسید که ایگ نوبل و این همه پرحرفی در مورد آن چه ربطی به حقوق دارد؟ خوب اگر جوابش را بلدید، که خودتان هم جواب دهید! اگر هم بلد نیستید، چرا از من نمی‌پرسید؟! خدمتتان عارضم که هر چند تحقیقات در حوزه ایگ نوبل اگر چه در ابتدا مسخره بنظر می‌رسد ولی نهایتاً عاقبت به خیر می‌شود. در عالم حقوق و بین وکلا نیز گاهی اتفاقاتی می‌افتد و بیشتر در حوزه وکالت گاهی دادخواست‌هایی داده می‌شود و یا دفاعیاتی مطرح می‌شود که خدایی مستحق جایزه ایگ نوبل می‌باشد که اینجانب با طرح این موضوع و به چالش دعوت کردن حقوقدانان می‌خواهم شاخک‌ها را روی اینگونه موارد حساس کنیم، تا هم دقت ایشان بالا رفته و هم ادخال سروری صورت گیرد! بر همین اساس در این شماره به دو مورد از دادخواست و یا دفاع دو تن از وکلای عزیز- که از اتفاق از دوستان خوب شخص نویسنده هستند- اشاره می‌کنم؛

الف. در پرونده مطالبه ای، کل دفاع وکیل خوانده احساسی و در محور این مطلب می‌چرخید که موکل بنده یتیم است و باید به او کمک کنیم! صرفنظر از اینکه در دعوی حقوقی، احساسی کردن موضوع، جالب و به دور از انتظار است، ولی در جلسه دادگاه درحالیکه به لحاظ مواجه بودن با یک یتیم و لزوم دقت در حفظ اموال و پرهیز از آتش جهنم، آماده بودم که با همین حربه ی یتیم بودن خوانده، موضوع را به سازش بکشانم، متوجه شدم یتیم بیچاره ۳۸ سال سن دارد!

ب. سال‌ها قبل که رئیس شعبه ۱۴ دادگاه عمومی حقوقی اصفهان بودم، دادخواستی در شعبه ما به ثبت رسید که مضمون و خواسته آن ابطال عقد نکاح به دلیل تدلیس در ازدواج بود. وکیل زوج استدلال کرده بود که چون در شب مهربران، خانواده ی ما را به خانه ای در محله ی مرداوین اصفهان برده و مهریه نوشتیم و بعد مشخص شد که خانه خودشان نبوده است، چون ما را فریب داده اند درخواست ابطال نکاح را خواسته بود! از زوج پرسیدم در واقع خانه ایشان کجا بوده که شما را به مرداوین برده اند؟ پاسخ داد: توحید!!! (خوانندگان اصفهانی مانند معین و شمعی زاده- بیخشید اشتباه شد!- می‌دانند که توحید و مرداوین در اصفهان از محله‌های گران قیمت و مرفه نشین هستند و عملاً تفاوتی بین این دو محل از اعتبار و پزدادن وجود ندارد). سپس از زوج پرسیدم که شما خودتان کجا ساکن هستید؟ پاسخ داد که در سپاهان شهر ساکن اند. (این شهرک جدید التاسیس از محله‌های خوب اصفهان است ولی از حیث ارزش تجاری و پزدادن به پای توحید نمی‌رسد). از دست وکیل و موکل دلخور شده و ضمن تقبیح عمل وکیل در تقدیم چنین دادخواستی که مغایر شان و کرامت انسانی می‌باشد، به زوج گفتم هرچند شرف و منزلت انسان‌ها را مکان سکونت ایشان تعیین نمی‌کند و خودم ساکن یکی از محله‌های نسبتاً

زن ذلیل می‌داند، من نیز بر این عقیده استوارم و یکی از نشانه های آدم های عاقل را به تاسی از فرمایش پیامبر مطیع زن بودن می‌دانم. البته یقین دارم آدم عاقلی نیستم!



فقیر نشین اصفهان بوده و هستم، ولی اگر استدلال شما را درخصوص شرف انسان ها، وابسته به مکان بدانم، زوجه باید به لحاظ عدم رعایت کفو و همسانی مدعی باشد، نه شما و دادخواست ایشان را با کلی استدلال‌های شبیه به ذم، رد کردم و از اتفاق اعتراضی هم نشد و همه چیز به خیر و خوبی تمام شد و دوست و کیلم هم هیچ گاه دیگر در این مورد صحبت نکرد. البته بعید نبود که اگر صحبت می‌کرد، حسابش با کرام الکاتبین بود! ولی امروز و پس از سال‌ها که از قضاوت کناره گرفته و دستم از دنیا کوتاه هست، به این نتیجه رسیدم که دوست و کیلم مستحق دریافت جایزه ایگ نوبل بود و من در معرفی وی به دانشگاه هاروارد کوتاهی کردم. البته مواردی هم از رفتار خودم سر زده، که اگر بنیاد ایگ نوبل بفهمد بلافاصله به ایران آمده و خارج از نوبت به من جایزه را می‌دهد ولی چون اهل ریا نیستم از ذکر آن خودداری می‌نمایم! بالاخره نویسنده هم اعتقاداتی دارد و دوست ندارد اخلاص او ملکوک شود!



دکتر سید حسین صفایی:

جامعه‌ای سعادت‌مند می‌شود که تابع
معیارها و قواعد حقوقی باشد و قواعد
حقوقی را رعایت کند.

اما میزان پیروی از قانون بستگی به
فرهنگ کشورها دارد.