



کانون وکلای دادگستری مرکز

کانون وکلای

مجله علمی، حقوقی و انتقادی کانون وکلای دادگستری مرکز

اعتبار قانونی تبصره ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی | دکتر امیر حسین آبادی
به بهانه رونمایی از منشور حقوق شهروندی: مسئولیت وکلا در احیای حقوق شهروندی | دکتر نصرالله قهرمانی
بررسی حقوقی حادثه پلاسکو: حلقه مفقوده مسئولیت | دکتر یحیی جلیلووند، دکتر حمیدرضا پرتو
جایگاه کانون وکلا در نظام قانونگذاری کشور | سعید دهقان

اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران و حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی | دکتر سجاد سلطان زاده، علی درزی نفت‌چالی

بررسی حقوقی تعامل ایران با FATF در پیشگیری از پولشویی | دکتر بهروز جوانمرد
مسئولیت مدنی وکیل دادگستری: از دست دادن شانس در رویه دیوان عالی کشور فرانسه | اسماعیل شایگان
نماینده‌گی در صدور اسناد تجاری در پرتو کنوانسیون‌ها و اسناد بین‌المللی | دکتر محمود حبیبی
بررسی تطبیقی حقوق اختراع مشترک | شیوا حکیم شفائی

حقوق بین‌الملل محیط زیست: اصل مشارکت و حق دسترسی آزاد به اطلاعات | لیلا فیروزمند
حقوق بنیادین: اصل اول در جایگاه بنیان قانون اساسی | دکتر علیرضا دبیرنیا
نظام دادرسی دعاوی راجع به حق بیمه‌ی قراردادهای بیمه‌انکاری | دکتر حمیدرضا پرتو، دکتر اسدالله صحرانورد

مسئولیت فروشنده در مورد مبیع مستحق للغیر و کاهش ارزش ثمن | فرامرز زمانی سلیمی
غرابت از منظر افزایش قیمت ناشی از تورم اقتصادی | دکتر یحیی جلیلووند

حق تجدیدنظرخواهی وکیل تسخیری: مستقل یا وابسته به موکل؟ | دکتر نصرالله قهرمانی
نگاهی به فیلم دادگاهی «انکار»: تخصص وکیل - احساسات موکل | دکتر عباس ایمانی

تازه‌های نشر حقوقی

سال شصت و هشتم

شماره پیاپی ۲۳۵

زمستان ۱۳۹۵





مجله کانون وکلای دادگستری مرکز



سال شصت و هشتم | شماره پیاپی ۲۳۵ | زمستان ۱۳۹۵

www.icbar.ir

www.didad.ir





کانون وکلای دادگستری مرکز

فراخوان کمیسیون انتشارات

چاپ کتاب‌های نفیس حقوقی وکلای دادگستری

با توجه به تمهید مقدمات لازم جهت چاپ کتاب‌های حقوقی همکاران در کمیسیون انتشارات کانون وکلای دادگستری مرکز، آن دسته از همکارانی که تمایل دارند کتاب‌های تالیفی خود را توسط کانون وکلا منتشر نمایند، می‌توانند به کمیسیون انتشارات مراجعه نمایند و یا از طریق ایمیل magazine@icbar.org با این کمیسیون در ارتباط باشند.

مجله کانون وکلا

صاحب امتیاز و مدیر مسئول: کانون وکلای دادگستری مرکز
شورای سردبیری: احمد بشیری، سعید دهقان، ابراهیم یوسفی محله

ناظر چاپ: مرتضی شیخ الاسلامی

صفحه آرای: احمد شکری

شمارگان: ۶۰۰۰ نسخه

بها: ۴۰۰۰ ریال

تلفن تماس: ۰۲۱-۸۴۰۰

فکس: ۰۲۱-۸۸۷۷۱۳۴۰

روابط عمومی: ۰۲۱-۸۴۰۰۱۱۳۳

دبیرخانه کانون: ۰۲۱-۸۴۰۰۱۱۱۵-۱۶

صندوق پستی: ۳۱۴۶-۱۵۸۷۵

ایمیل: k.entesharat@gmail.com | magazine@icbar.org

نشانی: تهران، میدان آرژانتین، خیابان زاگرس، شماره ۳، ساختمان کانون وکلا، اتاق ۲۰

اعضای کمیسیون انتشارات

دکتر عباس ایمانی، احمد بشیری، دکتر یحیی جلیلود، دکتر مهراب داراب پور، سعید دهقان

لیلا فیروزمند، دکتر نصرالله قهرمانی، دکتر سید محمود مصطفوی کاشانی

محمد علی مقبلی، ابراهیم یوسفی محله

پژوهشگران گرامی لطفاً توجه فرمایند

- ۱- نوشته‌های فرستاده شده، بر یک روی کاغذ تایپ و میان سطرها، فاصله مناسب برای ویراستاری و تحت نرم افزار «word» در نظر گرفته شود.
- ۲- دارای نام و نام خانوادگی، عنوان، نشانی و شماره تلفن نویسنده باشد.
- ۳- عنوان مقاله به زبان انگلیسی نیز ترجمه و در کنار عنوان فارسی قید شود.
- ۴- نسخه فرستاده شده تنها نسخه نویسنده نباشد، زیرا نسخه دریافتی پس داده نخواهد شد.
- ۵- نوشته فرستاده شده در جای دیگری از جمله نشریه و سایت منتشر نشده باشد و هم زمان نیز برای آن‌ها فرستاده نشود.
- ۶- نقل قول‌ها، دقیقاً در علامت «» مشخص شده و متن مربوطه نیز همچون متن داخل پرانتز، بدون فاصله با این علامت ها درج شود. همچنین، ویرگول بلافاصله بعد از کلمه مربوطه و نقطه بلافاصله بعد از پایان هر جمله و بدون فاصله درج شود.
- ۷- ارجاعات هر صفحه به پایین همان صفحه منتقل شود.
- ۸- هرگونه برگردان به فارسی از زبان‌های دیگر، باید همراه با متن به زبان اصلی و در صورت امکان، با شرح کوتاهی در شناخت نویسنده و معرفی مآخذ باشد.
- ۹- کمیسیون انتشارات در رد یا قبول، ویراستاری، اصلاح و حذف مطالب آزاد است.
- ۱۰- چاپ نوشته‌های پژوهشگران و نویسندگان محترم، نشانه پذیرش دیدگاه آنان از سوی کمیسیون انتشارات یا کانون وکلای دادگستری مرکز نخواهد بود.

با سپاس

کمیسیون انتشارات کانون وکلای دادگستری مرکز

تصحیح و پوزش

در صفحه هفتم از مجله شماره ۲۳۴ کانون وکلا، منتشرشده در پاییز ۱۳۹۵، واژه «فتور»، به اشتباه «فتور» تایپ شده بود که بدین وسیله ضمن اصلاح آن، از مخاطبان مجله پوزش می‌طلبیم.

فهرست مطالب

سر مقاله

جایگاه کانون وکلا در نظام قانونگذاری کشور | سعید دهقان | ۷

بخش ویژه

دو اتفاق فراموش نشدنی با دو طعم متفاوت | ۱۳

به بهانه رونمایی از منشور حقوق شهروندی؛ مسئولیت وکلا در احیای حقوق شهروندی | دکتر نصرالله قهرمانی | ۱۵

بررسی برخی از جنبه‌های حقوقی حادثه پلاسکو؛ حلقه مفقوده مسئولیت | دکتر یحیی جلیوند، دکتر حمیدرضا پرتو | ۲۵

مقالات اصلی

اعتبار قانونی تبصره ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی | دکتر امیر حسین آبادی | ۳۹

اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران و حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی | دکتر سجاد سلطان‌زاده، علی درزی نفت چالی | ۴۵

بررسی حقوقی تعامل ایران با FATF در پیشگیری از پولشویی | دکتر بهروز جوانمرد | ۵۳

مسئولیت مدنی وکیل دادگستری؛ از دست دادن شانس در رویه دیوان عالی کشور فرانسه | اسماعیل شایگان | ۶۳

نماینده‌گی در صدور اسناد تجاری در پرتو کنوانسیون‌ها و اسناد بین‌المللی | دکتر محمود حبیبی | ۷۵

بررسی تطبیقی حقوق اختراع مشترک | شیوا حکیم شفائی | ۹۳

حقوق بین‌الملل محیط زیست؛ اصل مشارکت و حق دسترسی آزاد به اطلاعات | لیلا فیروزمند | ۱۰۳

تحلیلی بر حقوق بنیادین؛ اصل اول در جایگاه بنیان قانون اساسی ایران | دکتر علیرضا دبیرنیا | ۱۲۳

نظام دادرسی دعاوی راجع به حق بیمه قراردادهای پیمانکاری | دکتر حمیدرضا پرتو، دکتر اسدالله صحرانورد | ۱۳۷

نقد و توجیه رویه قضایی

مسئولیت فروشنده در مورد مبیع مستحق للغير و کاهش ارزش ثمن | فرامرز زمانی سلیمی | ۱۴۷

غرامت از منظر افزایش قیمت ناشی از تورم اقتصادی | دکتر یحیی جلیوند | ۱۵۷

حق تجدیدنظرخواهی وکیل تسخیری؛ مستقل یا وابسته به موکل؟ | دکتر نصرالله قهرمانی | ۱۶۷

نقد حقوقی فیلم

نگاهی به فیلم دادگاهی «انکار»؛ تخصّص وکیل - احساسات موکل | دکتر عباس ایمانی | ۱۷۱

سایر مطالب

تازه‌های نشر حقوقی | ۱۸۳

اسامی محکومان انتظامی به توبیخ با درج در مجله کانون | ۱۸۷

سرمقاله

جایگاه کانون و کلا در نظام قانونگذاری کشور

سعید دهقان *

رویداد

دهمین دوره مجلس شورای اسلامی، هشتم خردادماه امسال آغاز به کار کرده است. مجلس علاوه بر چند کمیسیون خاص نظیر اصل نود و تدوین آیین نامه داخلی، دارای سیزده کمیسیون تخصصی است که در این میان، مهمترین کمیسیون تخصصی در نهاد پارلمان از نگاه جامعه حقوقی کشور، کمیسیون قضایی و حقوقی است. ورود تعداد قابل توجهی از حقوقدانان به مجلس و نشستن ایشان بر صندلی های سبز بهارستان، در نگاه اول این نوید را می دهد که این دوره از مجلس برای نظام قانونگذاری در کشور، دوره ای خاص با دستاوردهای ویژه به منظور تثبیت قواعد نوین حاکم بر قانونگذاری شایسته است. به ویژه اینکه آمارها^۱ نشان می دهد، از میان ۲۸۸ نماینده مجلس دهم، ۱۷۷ نفر از آنها فارغ التحصیل رشته های علوم انسانی هستند که در بین ایشان، فارغ التحصیلان رشته حقوق با ۳۵ نفر، سهم قابل توجهی از کرسی های پارلمان را به خود اختصاص داده اند. به عبارت دیگر، از بین ۱۲ رشته از تخصص های مختلف در شاخه علوم انسانی، رشته حقوق به تنهایی حائز ۱۹/۸ درصد از نمایندگان این دوره از مجلس شورای اسلامی است.

در چنین شرایطی، علی الاصول نگرانی اولیه باید رقابت شدید ۳۵ نماینده حقوقدان این دوره از مجلس برای تصدی ۲۳ کرسی کمیسیون قضایی و حقوقی می بود. لیکن در عمل، عدم اشتیاق اکثریت قابل توجهی از نمایندگان حقوقدان برای عضویت در کمیسیون قضایی و حقوقی و به تبع آن، به نصاب نرسیدن این کمیسیون تخصصی حقوقی (با عضویت فقط ۱۳ نفر)، این نگرانی اولیه را منتفی و نگرانی دیگری ایجاد کرده است که در جای خود می تواند رویدادی مهم و قابل تأمل باشد. این موضوع، زمانی بیشتر اهمیت می یابد که بدانیم مسأله نصاب و آثار حقوقی ناشی از آن، با وجود گذشت بیش از شش ماه از آغاز به

* وکیل دادگستری

۱. منبع آمار: خبرگزاری صدا و سیما؛ کد خبر ۱۱۵۴۲۲۹

کار مجلس دهم، در جلسه علنی روز سه شنبه مورخ ۱۶ آذر ۱۳۹۵ در دستور کار پارلمان قرار گرفت تا با اصلاح ماده ۴۲ آیین نامه داخلی مجلس شورای اسلامی و با الحاق یک تبصره به این ماده، این کمیسیون تخصصی با وجود عدم نصاب، رسمیت خود را از دست ندهد.^۱ هر چند احترام به حق انتخاب نمایندگان منتخب در خانه ملت امری ضروری است، لیکن توجه به این ضرورت، مانع از تحلیل این رویداد مهم و ارائه راهکار به منظور تامین اهداف تخصصی و کلان نهاد پارلمان و نیز تثبیت قواعد نوین حاکم بر قانونگذاری شایسته نیست.

تحلیل

هر چند رعایت قانون از سوی شهروندان، امری بدیهی است و در ضرورت حاکمیت قانون نیز ظاهراً اختلافی وجود ندارد، لیکن توجه واقع بینانه و همه جانبه به اصل حاکمیت قانون - به عنوان سنگ بنای اولیه روابط میان دولت و ملت - خود نیازمند توجه ویژه به قانونگذاری شایسته است. با توجه به وظیفه ذاتی نهاد پارلمان در هر کشور و ضرورت توجه به قانونگذاری شایسته، بدیهی است که برنامه‌های لازم برای تدوین و تصویب قوانین مطلوب در جامعه، باید در اولویت قرار داشته باشد. یکی از مهمترین عناصر این برنامه، نگاه تخصصی در امر قانونگذاری است که با توجه به اهمیت فنِ قانون نویسی، این موضوع نباید در حاشیه و زیر سایه سیاست قرار گیرد.

بنابراین، دو پرسش در این مقطع قابلیت طرح خواهد داشت؛ نخست آنکه چرا نمایندگان حقوقدان، اقبالی به عضویت در کمیسیون قضایی و حقوقی نشان نداده‌اند؟ این پرسش را شاید بتوان از یک منظر خاص و با توجه به متغیرهای موجود در سطح جامعه و در سه مرحله‌ی «پیش از کارزار انتخابات»، «حین برگزاری انتخابات» و «بعد از موفقیت در انتخابات» ارزیابی کرد، لیکن در یک تحلیل واقع بینانه باید توجه داشته باشیم که اولاً، برخی از نمایندگان حقوقدان، به دلیل فعالیت مستمر در حوزه آموزشی و سمت استادی در دانشگاه، عضویت در کمیسیون آموزش را ترجیح می‌دهند. ثانیاً،

۱. قانون اصلاح موادی از قانون آیین نامه داخلی مجلس شورای اسلامی (روزنامه رسمی شماره ۲۰۹۲۱/ مورخ ۱۴/۱۰/۱۳۹۵): ماده ۴۲- مجلس دارای کمیسیون‌های تخصصی و کمیسیون‌های خاص با محدوده وظایف مشخص به شرح مذکور در آیین نامه داخلی مجلس می‌باشد. تعداد اعضای کمیسیون‌های تخصصی، حداقل نوزده و حداکثر بیست و سه نفر است و تعداد اعضای کمیسیون‌های خاص طبق مواد (۴۳) تا (۴۸) آیین نامه داخلی تعیین می‌شود. / تبصره ۱- در دوره دهم مجلس هر کمیسیون که به حد نصاب مقرر در این ماده نرسیده است و کمیسیونی که نماینده متقاضی حائز شرایط مازاد بر سقف دارد، هیأت مشترک رؤسای شعب و هیأت رئیسه مجلس تا پانزده روز پس از تصویب نهائی این قانون می‌تواند حداقل و حداکثر تعداد مقرر در این ماده را، حداکثر برای سه کمیسیون و فقط یکبار تعیین و تغییر دهد.

عده‌ای از این نمایندگان، به دلیل استمرار در فعالیت‌های غیرحقوقی (پیش از ورود به مجلس)، اصراری بر تمرکز روی مباحث تخصصی حقوقی در مجلس ندارند. ثالثاً، وجود جذابیت و قدرت بیشتر در برخی از کمیسیون‌های خاص در مجلس، انگیزه‌ی برخی دیگر از نمایندگان حقوقدان را برای عضویت در یک کمیسیون تخصصی مانند «کمیسیون قضایی و حقوقی» کم می‌کند. با این همه، نباید از نظر دور داشت که آنچه به عنوان هدف پیرامون اهمیت فن قانون‌نویسی و نگاه تخصصی در امر مهم قانونگذاری در کشور بیان شده است، علی‌الاصول با حضور کارآمد و موثر حقوقدانان متخصص در این زمینه تامین می‌شود، نه صرف عضویت در یک کمیسیون.

پرسش دوم اینکه چرا اساساً حضور موثر حقوقدانان در امر قانونگذاری ضروری است؟ آنچه مسلم است اینکه با توجه به وظایف ذاتی مجلس شورای اسلامی در دو حوزه مهم «وضع قانون» و «نظارت بر اجرای قوانین» و اساساً اختیارات وسیع و نیز حقی که این نهاد در مقام تحقیق و تفحص در تمام امور کشور دارد (اصل هفتاد و ششم قانون اساسی)، باید پذیرفت که تسلط به مبانی حقوقی، نظم عمومی، فلسفه قانونگذاری و جایگاه حقوق ملت، برای نمایندگان مجلس قانونگذاری کشور، اهمیت به سزایی دارد. البته، مجلس شورای اسلامی به عنوان یکی از قوای سه‌گانه در ایران، نهادی سیاسی است و نمی‌توان و نباید توقع داشت که تمامی نمایندگان آن الزاماً «حقوقدان» باشند، اما چنانچه ممکن نباشد که اکثریت بالای نمایندگان مجلس، «حقوقدان» باشند - که ظاهراً ممکن نیست - لیکن پذیرش یک واقعیت به مثابه یک مسأله و ارائه راهکار برای آن، اجتناب‌ناپذیر است و آن، ضرورت ورود و تاثیرگذاری حقوقدانان متخصص و کارآمد در نظام قانونگذاری کشور است.

باری، برای درک بهتر از نقش پارلمان در فرایند وضع قانون، غالباً به سه مؤلفه توجه می‌شود: «توانایی و مسئولیت پارلمان در فرایند وضع قانون»، «فرایند رسیدگی به قوانین پیشنهادی» و «قدرت موثر پارلمان در قانونگذاری». توجه به این مؤلفه‌ها از آن رو اهمیت دارد که بدانیم قوه مقننه چگونه یکی از وظایف اصلی خود مبنی بر وضع قانون را انجام می‌دهد؟ از قضا، این پرسش محوری را مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی در قالب سوالات جزئی تر دنبال کرده است؛ سوالاتی نظیر اینکه «آیا قانونگذاران برای

ارائه پیش‌نویس قانون آمادگی دارند و آیا این کار را انجام می‌دهند؟ آیا قوه مقننه از کارکنان حرفه‌ای (هواداران یا غیرهواداران) برای کمک به نمایندگان در تنظیم پیش‌نویس برخوردار است؟ آیا کارکنان به اندازه کافی آموزش دیده‌اند؟ آیا کمیته‌ها، جلسات استماع نظرات عمومی را برای دریافت داده‌ها و اطلاعات شهروندان درباره قوانین پیشنهادی برگزار می‌کنند؟ (این مسأله برای انتخاب مجدد نماینده، اهمیت دارد). آیا قوه مقننه از اطلاعات کافی برای تصمیم‌گیری برخوردار است؟ آیا بانک‌های اطلاعاتی (رایانه‌ای) برای کمک به انجام وظیفه قانونگذاران کفایت می‌کنند؟^۱

صرف‌نظر از اینکه پاسخ به این پرسش‌ها چه باشد و یا بر عهده که باشد، شایان ذکر است که در همین پژوهش و در یک مطالعه موردی، از میان مؤلفه‌های موثری که پارلمان‌های کشورهای عضو «سازمان همکاری و توسعه اقتصادی»^۲ را از ایجاد ارتباط مستقیم با جامعه مدنی ناگزیر ساخته است، به دو مورد مهم اشاره شده است: نخست، «کاهش حضور رای‌دهندگان در بیشتر کشورهای عضو OECD»؛ و دوم، «افزایش تعداد بازیگران دولتی با ادعای نمایندگی در بخش‌های خاص جامعه مدنی». حال آنکه همواره تاکید شده است که از پیش شرط‌های کلیدی مشاوره مطلوب با شهروندان و جامعه مدنی، «اطلاعات» و «شفافیت» در فرایند تصمیم‌گیری است.^۳ گو اینکه زمانی «وودرو ویلسون» رئیس‌جمهوری آمریکا (۱۹۲۱-۱۹۱۳) گفته بود: «من، نه تنها از همه‌ی فکرم استفاده می‌کنم، بلکه از همه فکرهايي که بتوانم به کار گیرم، استفاده می‌کنم».

پیشنهادهای

پیش از طرح ایده پیشنهادی، بازخوانی این واقعیت خالی از فایده نیست که به طور معمول، فارغ التحصیلان حقوق یا به عرصه قضاوت روی می‌آورند که در آن صورت نظرشان به عنوان قاضی دادگستری درباره لوایح قضایی مربوط از طریق قوه قضاییه، اخذ و حسب

۱. جلالی، رضا، راهنمای تحلیل نیاز قانونگذاری، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ص ۱۲۴، سال ۱۳۸۷

2. (Organization for Economic Co-operation and Development / OECD)

۳. در همان منبع و در راستای ضرورت تقویت ارتباط میان قانونگذاران و جامعه مدنی، به چند کشور اشاره شده است که به عنوان نمونه؛ در «غنا»، تشکل‌های غیر دولتی بر عملکرد پارلمان نظارت دارند و عامه مردم نیز به شرکت در فرایند قانونگذاری با حضور در مباحث و همایش‌های سازماندهی شده دعوت می‌شوند. در «فلسطین»، گروه‌های مدنی نیروی محرک تغییرات هستند که ایده‌ها و نظرات آنان در شورای قانونگذاری فلسطین مطرح می‌شود. و یا در آلمان، علاوه بر امکان ثبت نام برای سازمان‌های جامعه مدنی به منظور نقش آفرینی در پارلمان آن کشور، حتی امکان گفت و گو و همکاری با انجمن‌های ثبت نام نکرده نیز وجود دارد و تنها شرط موجود آن است که مسأله مورد نظر آنها به نفع پارلمان باشد.

مورد اعمال می‌شود؛ یا به عنوان سردفتر اسناد رسمی کشور مشغول خدمت می‌شوند که در این صورت نظراتشان در حوزه تقنینی از طریق سازمان ثبت اسناد و املاک کشور (به عنوان یکی از سازمان‌های تابعه قوه قضاییه) قابلیت اخذ و اعمال دارد؛ و یا به عنوان کارشناس حقوقی در دستگاه‌های اجرایی کشور مشغول به کار هستند که در این صورت، خود بخود موظف به ارائه نظر کارشناسی در خصوص پیش‌نویس لوایح ارجاعی دولت از طریق سازمان یا وزارتخانه ذیربط خواهند بود. با این وصف، نظراتی که این دسته از حقوقدانان در مقام مشورت به سازمان یا دستگاه متبوع شان ارائه می‌دهند، واجد یک ویژگی عمده است که به نظر نمی‌رسد بتواند جامع تمام افراد و وافی به مقصود باشد؛ چرا که مشورت‌هایی از این دست در سلسله مراتب سازمانی یا اداری، غالباً در راستای تامین اهداف و مأموریت‌های اختصاصی آن سازمان یا دستگاه ذیربط صورت می‌گیرد. حال آنکه، مسأله اساسی این است که اولاً، برای قانونگذاری شایسته در کشور، نگاه مقام مشورتی باید به کلان موضوع باشد. ثانیاً، نظرات مشورتی ترجیحاً باید از سوی نهادهای مستقل با اعضای متخصص ارائه شود که مستقیماً با جامعه و شهروندان در تماس باشند و بیشتر با مصالح اجتماعی سر و کار داشته باشند.

از این منظر، نقش و جایگاه کانون وکلا که تک تک اعضای آن در نقش‌های متعدد -نظیر وکیل خواهان، وکیل خوانده، وکیل شاکی، وکیل مشتکی‌عنه، وکیل کارگر، وکیل کارفرما، وکیل زوجه، وکیل زوج و غیره- در بطن جامعه مسئولیت می‌پذیرند و با شهروندان در تمامی حوزه‌ها مستقیماً در ارتباط هستند، برای اعطای مقام مشورتی از سوی نهاد پارلمان، قابل تأمل، بررسی و تصمیم‌گیری است. به ویژه آنکه بدانیم مقتضای حرفه و نوع فعالیت اعضای جامعه وکالت و در رأس آن «کانون وکلا» به عنوان قدیمی‌ترین نهاد مدنی کشور، به گونه‌ای است که تامین هدف اساسی پارلمان به عنوان نهادی مردم‌سالار، به نوعی با آن گره خورده و می‌تواند خلاء ناشی از عدم ورود موثر حقوقدانان در عرصه قانونگذاری را پر کند. آنچه مسلم است اینکه قدرت قانونگذاری در اختیار پارلمان است و اخذ مشورت به نحو قانونی و سیستماتیک از یک نهاد مستقل و متخصص، نه تنها خللی به وظایف ذاتی مجلس (وضع قانون و نظارت بر اجرای قوانین) وارد نمی‌کند، بلکه می‌تواند ضمن جلوگیری از تراکم

قوانین عادی و تکرر قوانین آزمایشی، از وضع قوانین مبهم، مجمل، متناقض و متعارض، بیشتر فاصله گرفته و در نهایت، قانونگذاری شایسته در کشور را با استفاده از مبانی تخصصی علم حقوق و فن قانون نویسی، تثبیت و تحکیم نماید. در نگاه نخست، شاید اجرای این ایده در شرایط کنونی سخت به نظر برسد، لیکن آنچه مسلم است اینکه اولاً، مزایای مستقل بودن یک نهاد به عنوان مشاور و امتیازات ورود متخصصان در امر قانونگذاری، تضمین کننده اعتماد عمومی و مصالح اجتماعی خواهد بود. ثانیاً، از یاد نبریم که در باب اهمیت و ضرورت اخذ مشاوره از متخصصان، گفته شده است که «مشاوره با کارشناسان اهمیت بیشتری دارد، حتی اگر این کار باعث هزینه بیشتر شود... قانون نیازمند مشاوره عمومی است و دولت به طور رسمی نیازمند توصیه است و این مهم است که مشاوره صرفاً محدود به سلیقه‌ها، تمایلات و ... نباشد. به علاوه، مشاوره نباید صرفاً شامل سازمان‌ها و گروه‌های منتخب باشد (شیوه سنتی پرسش از اتحادیه‌های بازرگانی و کارفرمایان)، بلکه باید همه گروه‌های علاقه‌مند و وابسته به قانون پیشنهادی را در بر گیرد. مهم است که از نظرات گروه‌های ذینفع به طور شفاف استفاده شود؛ باید از این خطر جلوگیری شود که منافع گروهی خاص، بدون توجه به منافع دیگران، مورد توجه قرار گیرد.»^۱

راهکار پیشنهادی در این نوشتار، زمانی اهمیت می‌یابد که در نظر داشته باشیم، صرف نظر از دلایل عدم امکان ورود بخشی از حقوقدانان و وکلا به مجلس (که در جای خود قابل بررسی، آسیب شناسی و تحلیل است)، باید توجه ویژه‌ای داشت به رویداد پیش گفته مبنی بر اینکه تعداد قابل توجهی از حقوقدانانی که وارد مجلس شورای اسلامی شده‌اند نیز، ظاهراً تمایلی به فعالیت در حوزه تخصصی خود نداشته‌اند و به همین سبب، کمیسیون قضایی و حقوقی، اساساً به نصاب قانونی نرسیده بود. در چنین شرایطی، بدیهی است که طرح این مسأله و ارائه این راهکار، صرفاً برای رفع دغدغه وکلای دادگستری به منظور جلوگیری از تکرار وقایعی نظیر ایجاد نهادی موازی با تصویب ماده ۱۸۷ قانون برنامه سوم توسعه نیست؛ چرا که با وجود «مهم» بودن این موضوع، آنچه «اهم» است، تاثیرگذاری در عرصه ملی با وضع قوانین کارآمدتر و موثرتر در سپهر حقوقی کشور است که تبعاً آن امور «مهم» را نیز در بر خواهد گرفت.

۱. زرشکن عابد، لیلا، ارزیابی تأثیرات قانون (ابزاری برای قانونگذاری بهتر)، مرکز پژوهش‌های مجلس، ص ۹۳ و ۹۷، سال ۱۳۸۷

بخش ویژه

دو اتفاق فراموش نشدنی با دو طعم متفاوت

در نیمه دوم سال ۱۳۹۵ دو رخداد مهم، توجه افکار عمومی را در ایران به خود معطوف کرد. یکی، رونمایی از منشور حقوق شهروندی توسط رییس قوه مجریه و دیگری به فاصله کوتاهی از آن، حادثه اسفبار آتش سوزی ساختمان پلاسکو که در نهایت منجر به فروریختن آن و جان باختن تعدادی از آتش‌نشانان شجاع این آب و خاک و کسبه محل شد. رخداد مربوط به حقوق شهروندی، اتفاق مبارکی بود که در راستای تثبیت و تاکید دوباره بر حقوق و آزادی‌های فردی مصرّح در قانون اساسی صورت می‌گرفت؛ حقوقی که هویت انسانی هر فرد ایرانی را آن گونه که در اعلامیه جهانی حقوق بشر و معاهدات بین‌المللی توصیف شده است، یادآوری می‌کند. خاطره چنین روزی باید در اذهان عمومی جاودانه شود و این وظیفه به عهده جامعه حقوقدان کشور، به عنوان پیش قراولان حفظ حقوق و آزادی‌های فردی است که با طرح تفصیلی مباحث مربوط به حقوق افراد ملت موضوع فصل سوم قانون اساسی، در مطبوعات و گزارش موارد نقض آنها توسط نهادهای حکومتی، سطح آگاهی عمومی را ارتقاء بخشند و زمینه را برای مطالبه‌گری آنان فراهم کنند. کمیسیون انتشارات کانون وکلای دادگستری مرکز ضمن دعوت از همه همکاران برای انجام این رسالت اجتماعی، آمادگی خود را برای چاپ این قبیل مقالات در مجله کانون یا ویژه نامه‌ای که به این منظور اختصاص خواهد داد، اعلام می‌کند.

حادثه ساختمان پلاسکو نیز فراموش نشدنی است؛ حادثه‌ای که در آن روحیه رشادت و جوانمردی ایرانی این بار در لباس آتش‌نشانی به تصویر کشیده شد و نه تنها افکار ایرانیان بلکه جهانیان را در حیرت تحسین‌آمیز آمیخته با تأثر فرو برد. کمیسیون

انتشارات، در سوگ این عزیزان با خانواده آنان ابراز همدردی کرده و خاطره جانبازی این قهرمانان را گرامی می‌دارد و در راستای رسالت اجتماعی خود در انعکاس تبعات حقوقی این حادثه، صفحاتی از مجله کانون وکلا را برای بررسی مسایل حقوقی مرتبط با موضوع اختصاص می‌دهد و محورهای زیر را برای بحث و انعکاس نظرات حقوقی همکاران در این زمینه به ارباب قلم پیشنهاد می‌کند:

۱- مسئولیت بنیاد مستضعفان به عنوان مالک ساختمان در برابر مستأجرین مجموعه پلاسکو.

۲- حدود مسئولیت شورای مدیریت مجموعه پلاسکو که وظیفه نگهداری و انجام تعمیرات را در قبال اشخاص ثالث زیان دیده بعهدہ داشته‌اند.

۳- تاثیر نقش شهرداری در بروز حادثه.

۴- تاثیر نقش نظارتی اداره کار در کارگاه‌های موجود در ساختمان پلاسکو.

۵- میزان مسئولیت هر یک از مستأجرین واحدهای ساختمان پلاسکو با تاکید بر مسئولیت واحدی که آتش‌سوزی از آنجا شروع شده است.

۶- اقدامات قانونی که هر یک از عوامل دخیل در بروز این حادثه می‌بایست قبل از وقوع آن، انجام می‌دادند.

با احترام

کمیسیون انتشارات کانون وکلای دادگستری مرکز

به بهانه رونمایی از منشور حقوق شهروندی

مسئولیت و کلا در احیای حقوق شهروندی

دکتر نصرالله قهرمانی *

هر که بر این باب مقرب تر است / جام بلا بیشترش می دهند (مولوی)

مراسم رونمایی از منشور حقوق شهروندی با حضور پررنگ وکلای دادگستری و غیبت معنادار مخاطبین اصلی این منشور، یعنی نهادهای قضایی و بازرسی و اطلاعاتی، با امضای منشور توسط بالاترین مقام اجرایی کشور، برگزار شد.

مطالبی که توسط سخنرانان حقوقدان این مراسم ایراد شد، عموماً حول نگرانی آنان از نادیده گرفته شدن حقوق و آزادی‌های ملت ایران، موضوع فصل سوم قانون اساسی توسط نهادهای ذیربط و در بسیاری موارد، تعرض نهاد قانونگذاری به این حقوق از طریق وضع قوانین عادی، متمرکز شده بود. به همین دلیل، با وجود اینکه همه می دانستند محتوای این منشور جز تاکید دوباره بر حقوق مصرح در قانون اساسی، اثر تقنینی دیگری ندارد، از اینکه بالاترین مقام اجرایی کشور، خود را به احیاء و اجرای این حقوق متعهد کرده است، این مراسم با اقبال جامعه حقوقی کشور مواجه شده بود.

اما آنچه جای تأسف دارد این است که با گذشت بیش از ۳۸ سال از تصویب قانون اساسی که در حکم میثاق دو جانبه ملت از یک سو و حاکمیت برگزیده اش از سوی دیگر است، صاحبان اصلی حاکمیت که قوای سه گانه، منبعث از اراده آنان است، دغدغه اجرای تعهداتی را دارد که طرف مقابل در این رابطه دو جانبه نسبت به آنان پذیرفته است و نمایندگان هر سه قوه در مقاطع مختلف زمانی به اسم جلاله سوگند یاد کرده اند که بدان پای بند باشند.

بدون تردید تهیه و اعلام چنین منشوری توسط بالاترین مقام اجرایی کشور - که

* وکیل دادگستری و دادستان انتظامی اسبق کانون وکلای دادگستری مرکز

یکی از وعده‌های انتخاباتی وی نیز بوده است - بهترین دلیل بر نقض حقوق شهروندی توسط حاکمیت، از بدو تاسیس تاکنون است. زیرا اگر این حقوق در جامعه از طرف حاکمیت به رسمیت شناخته و نهادینه می‌شد، شعار تهیه و تدوین حقوق شهروندی، برای رای‌دهندگان جاذبه‌ای نداشت تا با این شعار، بتوانند افراد ملت را پای صندوق‌های رأی بکشند. به عبارت دیگر برگزاری این مراسم، حاوی این پیام غیرملفوظ است که حقوق و آزادی‌های فردی در جامعه مورد تهدید و حتی تعرض قرار گرفته است و مقامی که طبق اصل ۱۱۳ قانون اساسی برای صیانت از این حقوق سوگند یاد کرده است، پرچم مبارزه با نهادهای متعرض به این حقوق به دست گرفته است.

اما پرسش اصلی این است که آیا رئیس جمهوری ابزار قانونی لازم برای این مبارزه را در اختیار دارد؟ واقعیت این است که رئیس جمهور بر نهادهای حکومتی که حقوق شهروندی عمدتاً توسط آنها نقض می‌شود، هیچ گونه اشرافی ندارد و این نهادها، با انتساب خود به مراکز قدرت فراقانون، برای خود حاشیه امن قائل هستند. این مراکز که به صورت شبکه‌های سازمان یافته ولی نامرئی عمل می‌کنند، با وجود آنکه در هیچ متن قانونی نوشته شده‌ای به رسمیت شناخته نشده‌اند، ولی در کلیه مراکز تصمیم ساز و تصمیم گیرنده با اختیارات ویژه حضور فعال پیدا می‌کنند و هر زمان که حاکمیت بخواهد از زیر بار مسئولیت اقدامات خود سرانه آنها شانه خالی کند، از آنها به عنوان «نیروهای خودسر» یاد می‌کند، اما در خفا از حمایت آنها دست بر نمی‌دارد.

این نیروها، با «گروه‌های فشار» که در جوامع دموکراسی در موارد مقتضی با برگزاری تظاهرات و راهپیمایی، مخالفت خود را با پاره‌ای تصمیمات دولت‌ها ابراز می‌دارند، قابل مقایسه نیستند؛ زیرا نیروهای خودسر از یک منبع وابسته به مراکز فراقانون تغذیه ایدئولوژیک می‌شوند و اقدامات ایدئائی و تعرض خود را در زیر چتر حمایت این مراکز قدرت انجام می‌دهند. جریان‌ات مربوط به برهم زدن برخی سخنرانی‌های افراد طرفدار دولت و وقایع مربوط به حمله به سفارتخانه‌ها و جلوگیری از برگزاری کنسرت‌ها و غیره، چند نمونه از فعالیت‌های مخل آزادی‌های فردی و سیاسی و اجتماعی است که چنانچه تحت فشار افکار عمومی، مورد تعقیب قرار گیرند، نام مسببین اصلی هرگز

افشاء نمی‌شود و عاملین اجرایی آنها نیز با فروکش شدن هیجانات اولیه افکار عمومی، خود را برای اجرای سناریوهای بعدی آماده می‌کنند.

نتیجه آنکه، آنچه جامعه ایرانی از آن رنج می‌برد، عدم اجرای حقوق شهروندی است که علیرغم پیش بینی آنها در نصوص قانونی، زمینه‌های اجرایی آن در سطح جامعه فراهم نشده‌است. از باب نمونه می‌توان به قانون نظارت بر رفتار قضات (مصوب ۹۰/۷/۱۷) و نیز تبصره ۳ ماده واحده قانون انتخاب وکیل توسط اصحاب دعوی که به موجب آن، وکیل در موضع دفاع از احترام و تأمینات شغل قضا برخوردار می‌باشد (مصوب ۷۷/۷/۱۱) و همچنین قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی (مصوب ۸۳/۲/۱۵) اشاره کرد. تصویب این مقررات حکایت از این دارد که جامعه ایرانی، از جهت رعایت حقوق شهروندی، حتی در مراجع قضایی که باید تجلی‌گاه رعایت حقوق اشخاص و اجرای عدالت قضایی باشد، با کاستی مواجه است و نارضایتی‌های عمومی ناشی از این کمبود، موجب شده‌است که در مقاطع مختلف زمانی، حاکمیت با تصویب این مقررات از خود واکنش نشان دهد، اما به گواهی مراجعان اصلی نهادهای قضایی یعنی وکلای دادگستری، به دلیل فقدان اراده سیاسی در احترام به حقوق شهروندی، این مصوبات بر رفتار کارگزاران نهادهای قضایی و انتظامی، تاثیر خاصی نداشته است. شاید تصمیم اخیر مبنی بر مجهز کردن مراجع انتظامی به دوربین‌های مدار بسته، ریشه در عدم کارکرد این مصوبات داشته باشد. بی‌تاثیر بودن این تلاش‌های پراکنده در جهت رعایت حقوق شهروندی، ما را در برابر این پرسش اصلی قرار می‌دهد که به راستی چرا در فرهنگ سیاسی و اجتماعی ما، تاکنون حقوق شهروندی نتوانسته است جایگاه خود را پیدا کند و ریشه‌های این آسیب اجتماعی در کجاست؟

عوامل فرهنگی موثر در رعایت حقوق شهروندی

«آگاهی» از حقوق شهروندی و «داشتن روحیه مطالبه‌گری» و در نهایت «وجود عزم و اراده سیاسی در حاکمیت» برای احترام به این حقوق، مجموعه عواملی است که می‌تواند در یک جامعه، حقوق فردی و آزادی‌های سیاسی را تضمین کند.

الف: آگاهی

وظیفه آگاهی بخشی اشخاص درباره حقوق شهروندی، در وهله نخست به عهده حاکمیت و در مراحل بعدی به عهده رسانه های جمعی است. اما از آنجایی که حکومت ها، ترویج این قبیل آزادی ها را برای ادامه حیات سیاسی خود، مزاحم می دانند، تقریباً در اغلب جوامع، این مسئولیت را به حاشیه می رانند. اما موضع گیری آنها در برخورد با حقوق شهروندی، وقتی خود را نشان می دهند که افراد ملت در مقام مطالبه یا اعمال این حقوق برمی آیند.

در جوامعی که دموکراسی در آن حاکم است، برخورد حاکمیت در مقابل مطالبه گران، برخوردی ملایم و منطقی و منطبق بر موازین قانونی است. اما در حکومت های غیردموکراسی، این برخوردها با خشونت و یا سرکوبگرانه است؛ به گونه ای که گویا قصد زهر چشم گرفتن از افراد را دارند. با وجود آنکه در این قبیل حکومت ها، قوانین و مقررات مربوط به حقوق شهروندی در کتاب های مجموعه قوانین محبوس هستند اما در عرصه بین المللی، آنجا که این حکومت ها، متهم به نقض حقوق بشر می شوند، تبدیل به چماق انکار می شوند. بنابراین، امید داشتن به حاکمیت در ترویج حقوق و آزادی های فردی، نوعی خیال پردازی است، اما رسانه های جمعی که رسالت آنها عمدتاً اطلاع رسانی و بالابردن سطح شعور و آگاهی های سیاسی و اجتماعی و علمی است، چنانچه به این مسوولیت خود عمل نکنند، شایستگی خود را در جامعه به عنوان مطبوعات و رسانه از دست می دهند. خوشبختانه این حس مسئولیت در اکثر رسانه های نوشتاری ما، کاملاً مشهود است. بدیهی است انفجار اطلاعاتی که از ویژگی های عصر حاضر است، در زنده نگه داشتن این حس مسئولیت بی تاثیر نبوده است.

مسئولیت و کلاهی دادگستری در این راستا، به مقتضای حرفه ای که دارند، بیش از سایر اشخاص است.

جامعه حقوقی به ویژه و کلاهی دادگستری که قانون در حکم ابزار کار آنان است، موارد نقض قانون مربوط به حقوق شهروندی را زودتر و بیشتر از سایر گروه های اجتماعی تشخیص می دهند و همین آگاهی به مصداق «هل یستوی الذین یعلمون والذین

لا یعلمون»، مسئولیت اطلاع‌رسانی و آگاهی‌بخشی به افشار جامعه را از نقض حقوق شهروندی بیشتر می‌نماید. از طرف دیگر، بیشترین موارد نقض حقوق و آزادی‌های فردی در ارتباط با مراجع قضایی و انتظامی و امنیتی رخ می‌دهد و وکلا که به حکم ضرورت‌های شغلی، از مراجعان اصلی این نهادها هستند، از موارد عملی نقض حقوق شهروندی، بیش از دیگران آگاهی می‌یابند. از این رو در همه جوامع، یکی از منابع کسب خبر از موارد نقض حقوق بشر توسط گزارشگران سازمان ملل، وکلای هر کشور است. تحلیل‌های حقوقی جامعه حقوقدان کشور از قوانین مخالف حقوق شهروندی و نیز مشهودات و گزارش‌های آنان از موارد عملی نقض حقوق و آزادی‌های فردی در مراجع قضایی، امنیتی، انتظامی و سایر ادارات و ارگان‌ها باید در مطبوعات کشور انعکاس یابد تا اولاً سطح آگاهی‌های مردم از حقوق شهروندی ارتقاء یابد. ثانیاً نهادهای مسئول چنانچه واقعاً خود را متعهد به احترام به حقوق شهروندی مردم می‌دانند، از تحلیل‌ها و بیان موارد نقض عملی این حقوق توسط وکلا، برای اصلاح سیستم حکومتی و اعمال نظارت بیشتر بر عوامل اجرایی خود استفاده کنند.

بدون تردید، بی تفاوتی وکلای دادگستری نسبت به موارد نقض حقوق شهروندی، گناهی است نابخشودنی؛ زیرا وکلا علاوه بر مسئولیت صنفی خود در قبال موکل و دستگاه قضایی و اشخاص ثالث، به حکم وظیفه پاسداری از حکومت قانون - که در سوگند و کالتی بدان تصریح شده است - باید نسبت به موارد نقض قانون در جامعه توسط نهادهای قضایی و انتظامی و امنیتی، حساسیت نشان دهند؛ به خصوص اگر این موارد، مربوط به نقض قانون اساسی باشد. نازلترین سطح از نشان دادن این حساسیت، از یک طرف گزارش آن به مراجع ذیربط و از سوی دیگر انعکاس آن در وسایل ارتباط جمعی مکتوب، یعنی مطبوعات کشور است. باید خاضعانه اقرار کنیم که جامعه وکالت در این زمینه بسیار کم کار بوده است و وظیفه خود را در قبال موکلین اجتماعی خود تاکنون به طور کامل انجام نداده است.

موکلین، تنها مراجعان به دفتر وکیل نیستند، بلکه گروه‌های مختلف اجتماعی به حکم تخصص و آگاهی‌های حقوقی وکلا، از آنان انتظار دارند نسبت به نقض حقوق شهروندی در جامعه بیش از دیگران حساس باشند و نسبت به آنها موضع‌گیری کنند.

انجام این رسالت علاوه بر تامین آزادی‌های فردی، پایه‌های دموکراسی را در جامعه استوار ساخته و جایگاه اجتماعی نهاد وکالت و وکلای دادگستری را در میان مردم ارتقاء می‌بخشد.

ب- مطالبه‌گری

دومین شرط تامین حقوق شهروندی بعد از آگاهی داشتن از این قبیل حقوق، داشتن روحیه مطالبه‌گری است. آگاهی از حقوق فردی، خود مطالبه‌گری را به دنبال دارد و این دو عامل، در یک رابطه کنش و واکنش، باعث بالارفتن سطح آگاهی‌های جامعه در زمینه حقوق شهروندی می‌شود. منظور از مطالبه‌گری، این است که افراد جامعه، قانون اساسی را یک رابطه یک سویه بین خود و حاکمیت ندانند، بلکه آن را میثاقی دو جانبه تلقی کنند و بدانند که حاکمیت نیز در برابر ملت تکالیفی دارد که تخطی از آن در حکم نقض این میثاق است. اصل دوسویه بودن این رابطه حقوقی، در خطبه‌های ۳۴ و ۲۰۷ حضرت علی علیه السلام هم به صراحت مورد تاکید قرار گرفته است.

متأسفانه روحیه مطالبه‌گری که باید در خانواده نهادینه شود، به دلیل روش تربیتی سنتی خانواده‌ها، در جامعه ما بسیار کمرنگ است. هر چند امروزه به ویژه در شهرهای بزرگ، به برکت شبکه‌های اجتماعی و وسایل ارتباط جمعی، نسل جدید ما روحیه پرسشگری پیدا می‌کند و با بازتاب این روحیه در سطح جامعه، امید می‌رود نسل جوان، به نسلی مطالبه‌گر تبدیل شود، اما هنوز بدنه جامعه ایران، فاقد روحیه مطالبه‌گری در سطح ملی است.

برای تقویت این روحیه در جامعه، علاوه بر آگاهی‌های سیاسی، وکلا باید نقش پیشقراول را بازی کنند. در همه جوامع سیاسی، تحولات اجتماعی، با پیشقراولی نخبگان مخصوصاً دارندگان تخصص حقوقی آغاز شده‌است و اجرای عملی این تکلیف، استفاده از ابزار نقد نسبت به عملکرد قانونی نهادهای حاکمیتی است. مطالبه‌گر بودن در تصمیمات مذهبی ما معادل «امر به معروف و نهی از منکر» است. بنابراین، هیچ حکومتی نمی‌تواند این روحیه را به تقابل با حاکمیت و بغی تعبیر نماید؛ خاصه آنکه در قانون اساسی نیز، طبق اصل هشتم، امر به معروف و نهی از منکر یکی از حقوق و

وظایف اشخاص شمرده شده است.

آگاهی از حقوق شهروندی بدون مطالبه آن، علاوه بر آسیب‌های روحی و روانی که برای افراد جامعه به دنبال دارد، در درازمدت تبدیل به عصیان و پرخاشگری می‌شود که مطلوب هیچ حاکمیتی نیست. به همین دلیل، نهادهای حکومتی خود باید راه‌های پرسشگری را هموار سازند.

حافظه تاریخی نسل انقلاب جامعه ایرانی، گواه صحت این ادعاست که آنچه زمینه‌های انقلاب را در سال ۵۷ فراهم ساخت، روحیه استبدادی حاکمیت و مسدود شدن فضای تنفس سیاسی در جامعه بود که سرانجام تبدیل به خشم انقلابی گردید. متأسفانه با وجود این سابقه در تاریخ سیاسی ایران، در شرایط فعلی با جرم‌پنداری برخی پرسشگری‌های نخبگان و ایجاد ممنوعیت در ابراز خواسته‌های قانونی آنان، جوانه‌های این روحیه در حال خشک شدن است و ادامه این روش در بلندمدت، برای حاکمیت خطرناک خواهد بود. شاید چنانچه روحیه پرسشگری ایجاد شده در جامعه در بدو انقلاب، ادامه پیدا می‌کرد، در این مدت، مرحله دشوار گذار به مرحله دموکراسی را طی کرده بودیم و شاهد بسیاری از فسادهای مالی و اقتصادی و سوء استفاده از قدرت نمی‌بودیم.

پ- عزم سیاسی حاکمیت به رعایت حقوق شهروندی

آگاهی از حقوق شهروندی توأم با روحیه مطالبه‌گری، چنانچه با اقبال حاکمیت مواجه نشود، ایده تأمین حقوق و آزادی‌های فردی در جامعه، به بار نخواهد نشست. منظور از عزم سیاسی حاکمیت این است که نهادهای حکومتی، حقوق فردی مصرح در قانون اساسی را در عمل به رسمیت بشناسند. در واقع جنبه اجرایی شدن حقوق شهروندی، به رعایت آن توسط نهادهای قضایی و انتظامی و امنیتی مربوط می‌شود. به همین دلیل، آموزش حقوق شهروندی به کارگزاران حاکمیت هم ضرورت پیدا می‌کند. واقعیت این است که در این ارتباط تاکنون تلاش خاصی صورت نگرفته است. به همین دلیل، برخورد این نهادها با اشخاص، عمدتاً پرخاشگرانه، ترهیبی و ترذیلی است و شأن و کرامت انسان‌ها در پس ذهنیتی که مأمورین از اشخاص گرفتار در دست خود دارند، به کلی رنگ می‌بازد، در حالی که آموزش حقوق شهروندی علاوه بر بالا

بردن آستانه تحمل کارگزاران این بخش در مواجهه با پرسشگری‌های مردم، باعث تلطیف احساسات و عواطف آنان و خودداری از اعمال خشونت می‌شود.

یکی از اتهاماتی که همواره در مجامع حقوق بشری علیه ایران مطرح می‌شود، نقض حقوق شهروندی است. هرچند در بسیاری از موارد، این اتهامات جنبه سیاسی هم دارد اما واقعیت این است که موضع نهادهای حاکمیتی ما، در مورد این حقوق، شفاف نیست و عدم شفافیت و اعلام موضع نکردن دولت نسبت به این حقوق و نیز برنداشتن گام‌های عملی برای تحقق آن در جامعه، در عرصه بین‌المللی، نسبت به عملکرد حاکمیت ایجاد ابهام می‌کند. و کلا می‌توانند در شفاف سازی عملکرد نهادهای مرتبط با حقوق شهروندی، به حاکمیت کمک کنند. زیرا آنان به اقتضای شغل خود و ارتباط داشتن با نهادهای قضایی و انتظامی، می‌توانند موارد سوء استفاده از قدرت و اعمال محدودیت‌های حقوق شهروندی را توسط این نهادها، به مسئولان گزارش دهند.

تجربه تاریخی ثابت کرده‌است که تشکیلات عریض و طویل بازرسی‌های درون سازمانی، در کشف فساد و اعلام موارد تخطی از قوانین توسط مامورین دولت، توفیق چندانی نداشته‌اند. زیرا کشف این موارد نیاز به یک شبکه وسیع مردمی دارد که حسن جریان امور را در نهادهای حکومتی همواره رصد نماید. و کلا که در سطح جامعه با اقشار گوناگون در تماس هستند بیشتر از هر گروه اجتماعی دیگر، در جریان فسادهای قضایی، اداری و مالی قرار می‌گیرند و از همین رو، تشکل‌های درونی کانون‌های و کلا، می‌توانند مطمئن‌ترین کانال‌های اطلاع‌رسانی از مفاسد قضایی و اقتصادی و اداری به مسئولان باشند.

متأسفانه جامعه و کالت، به دلیل عدم اقبال حاکمیت به استفاده از پتانسیل‌های آنان در کشف تخلفات، در این مورد از خود علاقه‌ای ابراز نکرده‌است. شاهد این مدعا، این که علیرغم نارضایتی اکثریت قریب به اتفاق آنان از عملکرد مسئولان قضایی، از حقوق قانونی خود که در قانون نظارت بر رفتار قضات برای آنان پیش‌بینی شده‌است، استفاده نمی‌کنند. به همین دلیل است که حتی با تصویب و ابلاغ این قانون، هیچ تحولی در زمینه بهبود رفتار قضات و کارکنان با ارباب رجوع صورت نگرفته‌است و این در، همچنان بر پاشنه سابق خود می‌چرخد.

امید است کارگزاران نظام، که روزی شهروند معمولی بوده‌اند و با سپری شدن دوران مدیریتی آنان، بازهم به شهروند عادی تبدیل خواهند شد، در شرایط فعلی که در موقعیت حاکمیتی قرار گرفته‌اند، از این شانس برای احیای حقوق متروک شهروندی و توسعه آن استفاده کنند، تا در پایان دوران مدیریتی خود، به آن، به عنوان باقیات و صالحات خود نگاه کنند و از امتیازات مربوط به توسعه حقوق شهروندی، خود نیز بهره‌مند شوند؛ زیرا سیر تحولات سیاسی و اجتماعی در همه جوامع نشان داده است، هرگونه تأخیر در ایجاد این فضای تنفسی سیاسی، فرصت اقدامات پیشگیرانه از عوارض ناشی از محدودیت آزادی‌ها را از بین خواهد برد و زیان‌های جبران‌ناپذیری برای جامعه در پی خواهد داشت. و کلام آخر آنکه «الیس الصبح بقرب»؟

بررسی برخی از جنبه‌های حقوقی حادثه پلاسکو

حلقه مفقوده مسئولیت

دکتر یحیی جلیلود *

دکتر حمیدرضا پرتو **

چکیده

حادثه آتش سوزی و متعاقب آن ریزش ساختمان پلاسکو تهران از منظر حقوقی قابل بررسی است. در این راستا، وضعیت حقوقی اشخاص متعددی مورد نظر است: ۱- مالک ساختمان. ۲- مستاجرین ساختمان (واحد‌ها) ۳- شهرداری تهران. ۴- وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی. همچنان که روابط مالک و مستاجر بعد از تخریب واحد تجاری و مسئولیت مدنی مبنی بر جبران خسارات وارده نیز مباحث حقوقی خاصی را به دنبال دارد. سکوت مقررات قانونی در خصوص روابط موجر و مستاجر بعد از تخریب واحد تجاری در کنار تعدد اشخاص دخیل در موضوع، موجب ایجاد ابهام در برخی مسایل شده است. بدین توضیح که روابط مستاجرین ساختمان پلاسکو و مالک آن مشمول قانون روابط موجر و مستاجر ۱۳۵۶ است. در این قانون، اساساً فرض تخریب مورد اجاره (اعم از عمدی یا سهوی) مورد توجه قانونگذار قرار نگرفته است. رویه قضایی نیز در این خصوص متشکک است. در این نوشتار، به روابط مالک و مستاجر -در فرض تخریب واحد تجاری- و نیز به روابط شهرداری و اشخاص دیگر با مالک ساختمان خواهیم پرداخت.

واژگان کلیدی: ساختمان پلاسکو، حق کسب یا پیشه یا تجارت،

تخریب واحد تجاری، قانون روابط موجر و مستاجر، مسئولیت مدنی.

* وکیل دادگستری

** وکیل دادگستری

مقدمه

مطابق اطلاعات موجود، ظاهراً در زمان آتش سوزی و خرابی کامل ساختمان پلاسکو، مالک ساختمان «بنیاد مستضعفان» بوده است. بنیاد از طریق قراردادهای اجاره (به شیوه قائم مقامی) حق کسب یا پیشه یا تجارت املاک را به مستاجرین واگذار کرده است. بدین توضیح که با تنظیم سند اجاره طبق قانون سال ۱۳۵۶ تبعاً حق کسب یا پیشه یا تجارت به مستاجرین واگذار شده و در زمان حادثه، بنیاد «قائم مقام واگذارنده» بوده است. به هر تقدیر یکی از مسایل بحث انگیز به روابط مستاجرین و مالک، در فرض تخریب واحد تجاری باز می گردد.

قانون حاکم بر روابط این دو دسته، قانون روابط موجر و مستاجر ۱۳۵۶ است. در این قانون چگونگی استحقاق مستاجر نسبت به کل یا نیمی از ارزش حق کسب یا پیشه یا تجارت به طور حصری ذکر شده است. قانونگذار متعرض تخریب واحد تجاری نشده و با وجود اهمیت بحث، حکم صریحی در این خصوص پیش بینی نکرده^۱ و مطابق ظاهر ماده ۴۸۳ قانون مدنی، باید حکم به از بین رفتن حق کسب یا پیشه داد. رویه قضایی نیز بر ابهام کار افزوده است. برخی از محاکم، به این ظاهر اکتفا کرده و حکم به از بین رفتن حق یادشده در فرض تخریب واحد تجاری داده اند. مطابق یک نظر، باید بین فرض تخریب عمدی و تخریب بدون تقصیر تفاوت قائل شد. در حالت نخست، مستاجر می تواند از باب مسئولیت مدنی کلیه خسارات خود را از مسبب یا مسببان حادثه مطالبه کند. بر طبق نظر دیگر، باید حق مستاجر را در هر حال پابرجا دانست؛ زیرا اگر بپذیریم که حق مستاجر در مطالبه حق کسب یا پیشه یا تجارت^۲ با تخریب واحد تجاری از بین می رود، در این حالت «مالک» استفاده بلاجهت کرده و بدون اینکه مالی داده باشد، از مزایای تخلیه بدون پرداخت حق کسب یا پیشه یا تجارت منتفع شده است.

صرف نظر از قوت و ضعف هر یک از نظریات فوق، حادثه پلاسکو بهانه ای شد

۱. محمد مهدی الشریف، حق کسب و پیشه و تجارت در فرض تخریب واحد تجاری (تحلیل و نقد رویه قضایی)، مجله حقوقی

دادگستری، ۱۳۹۴، شماره ۹۲، صص ۷-۳۲.

۲. قانونگذار در قانون سال ۱۳۵۶، از عبارت حق کسب یا پیشه یا تجارت استفاده کرده است. بنابراین باید با همین ترتیب استعمال شود.

تا قانونگذار برای این حالت خاص یعنی تخریب واحد تجاری - اعم از اینکه بر اثر تقصیر باشد یا بدون آن و نیز اعم از اینکه توسط ثالث باشد یا موجر - صراحتاً تعیین تکلیف کند.

نکته دیگر به رابطه شهرداری با مالک و مستاجرین بر می گردد. آیا شهرداری به تکلیف قانونی خود - مقرر در ماده ۵۵ قانون شهرداری ها - عمل کرده است؟ در هر دو حالت پاسخ منفی و یا مثبت به این پرسش، مسئولیت مدنی ناظر به جبران خسارات وارده، بر عهده چه شخصی است؟ آیا ملاحظه وضعیت مالی متصرفین واحدهای تجاری و آثار ناشی از تعطیلی و پلمپ واحد تجاری می تواند عذر موجهی برای شهرداری در عدم پلمپ واحد تجاری محسوب شود؟

اداره کار (بازرسین کار) نیز دارای تکالیفی در خصوص ایمن بودن و رعایت مقررات حفاظت فنی در کارگاه ها هستند. آیا به این مقررات عمل شده است؟ در هر دو حالت پاسخ منفی و یا مثبت به این پرسش، مسئولیت مدنی ناظر به جبران خسارات وارده بر عهده چه شخصی است؟

پاسخ به سوالات و موارد یادشده، موضوع این نوشته را تشکیل می دهد. در بند نخست، به رابطه حقوقی مستاجر و موجر در فرض تخریب واحد تجاری پرداخته می شود. روشن است که در این بند، تمرکز اصلی بر تفسیر قوانین و رفع ابهام است. در بند دوم، به تکالیف شهرداری و مسئولیت مدنی ناشی از عدم اجرای آن خواهیم پرداخت و بالاخره در بند سوم، به تکالیف بازرسین کار پرداخته می شود.

بند نخست: رابطه حقوقی مستاجر و موجر در فرض خرابی کامل واحد تجاری

الف: متون قانونی

گفته شده است که حق مستاجرین واحدهای تجاری ساختمان پلاکو بر ملک مورد تصرف، ناشی از حق سرقتی یا به تعبیر دقیق تر ناشی از حق کسب یا پیشه یا تجارت است. این حق در قانون روابط موجر و مستاجر سال ۱۳۵۶ به رسمیت شناخته شد. در واقع، رابطه بین مستاجرین و مالک ساختمان، مشمول قانون یادشده می باشد. در این قانون، صرف انقضای مدت موجب انحلال قرارداد اجاره و استحقاق موجر در

تقاضای تخلیه مورد اجاره نمی شود. قانونگذار در این قانون، موارد انحلال رابطه حقوقی فی مابین موجر و مستاجر را بر شمرده است. این موارد می تواند ناشی از فسخ رابطه باشد که ضرورتاً نتیجه انقضای مدت نیست. به هر حال قانونگذار در مواد ۱۴ و ۱۵ و ۱۹ قانون مزبور، متعرض موضوع شده است. با نگاهی به قانون یادشده روشن می شود که قانونگذار فرض تخریب واحد تجاری را مورد حکم قرار نداده است. گرچه مطابق بند ۲ و ۵ از ماده ۱۲ حدوث عیبی که ملک را از قابلیت انتفاع خارج نماید یا حدوث حالتی که مورد اجاره کلاً یا جزئاً در معرض خرابی بوده و قابل تعمیر نباشد و یا فرضی که برای بهداشت و سلامت مضر بوده و باید خراب شود، در زمره مواردی قلمداد شده که مستاجر حق درخواست قسح قرارداد را دارد. مواد ۴۸۳، ۴۸۸ و ۴۹۶ قانون مدنی نیز به این فرض توجه دارد.

در عین حال، وضعیتی که واحد تجاری بر اثر حادثه، علل قهری، عمل مالک یا ثالث تخریب می شود، صراحتاً مورد حکم قرار نگرفته است. در این خصوص، باید بین حالات مختلف قائل به تفکیک شد. با این حال، قبل از ورود به بحث باید در خصوص ماهیت حق کسب یا پیشه یا تجارت بررسی اجمالی داشته باشیم.

ب: ماهیت کسب یا پیشه یا تجارت

حق کسب یا پیشه یا تجارت، حقی است برای مستاجر مبنی بر اینکه به صرف انقضای مدت ملزم به تخلیه نباشد و تحت شرایطی در مقابل تخلیه، مستحق دریافت مبلغی تحت عنوان حق کسب یا پیشه یا تجارت باشد (اعم از اینکه ملک را به تصرف موجر دهد یا مستاجر بعدی).

در خصوص ماهیت حق کسب یا پیشه یا تجارت از جهت عینی یا دینی بودن، می توان دو احتمال را مطرح کرد؛ مطابق نظری قابل تأمل، حق کسب یا پیشه یا تجارت، حقی است عینی و قائم به وجود واحد تجاری. پس به هر علتی که واحد تجاری از بین برود، این حق نیز زایل می شود. گرچه ممکن است تحت شرایطی، خرابی واحد تجاری برای مستاجر، حق مطالبه جبران خسارت از باب مسئولیت مدنی ایجاد نماید. مطابق نظری دیگر، صرف تخریب واحد تجاری، موجب زوال حق یادشده نمی شود. و بالاخره بر اساس نظر سوم - که برگرفته از قانون مدنی است - تخریب

عمدی واحد تجاری (توأم با تقصیر) موجب زوال حق نمی‌شود، ولی تخریب بر اثر علل قهری، به انفساخ عقد و زوال حق پیش گفته منجر می‌شود.

هر کدام از این نظریات از برخی جهات دارای پایگاه حقوقی است. بدین توضیح که در خصوص نظر نخست (زوال حق بر اثر تخریب) می‌توان گفت وجود حق کسب یا پیشه یا تجارت - به معنای حقی که به مستاجر حق تقدم در تصرف می‌دهد - موکول به وجود واحد تجاری است و با از بین رفتن واحد تجاری اساساً موضوع قرارداد وجود خارجی ندارد و اجاره معدوم نیز درخور پذیرش نیست. به علاوه، قانون روابط موجر و مستاجر سال ۱۳۵۶ با اینکه در مقام بیان بوده است، اساساً متعرض فرض خرابی کامل نشده و مسایلی چون روابط طرفین بعد از تخریب و ساخت مجدد را مورد حکم قرار نداده است. به علاوه، با اینکه در ماده ۱۲ فرض آسیب کلی و یا جزیی واحد تجاری مد نظر قانونگذار بوده، ولی هیچ اشاره‌ای به فرد اعلای آسیب یعنی «تخریب» نشده است. پس مطابق قاعده، یا باید به قانون مدنی مراجعه کرد که بر این اساس نیز قرارداد اجاره منفسخ است و یا اینکه از سکوت قانون سال ۱۳۵۶ انحلال قرارداد را برداشت کرد. در ادامه باید گفت موارد استحقاق مستاجر در مطالبه کل یا نیمی از حق کسب یا پیشه یا تجارت از موجر تصریحاً تعیین شده است و فرض خرابی کامل در زمره این موارد نیست.

مطابق نظر دوم، صرف تخریب موجب زوال حق کسب یا پیشه یا تجارت نمی‌شود؛ زیرا مستاجر همانند کسی است که در اعیان و عرصه ملک حق دارد و حق وی تقدم در تصرف است. پس در هر حال باید موجبات اجرای این حق را فراهم کرد. در حالت تخریب، مستاجر همچنان در عرصه نیز دارای حق است، پس در برابر پرداخت اجاره بها به نسبت عرصه موجود، همچنان حق کسب یا پیشه یا تجارت وی محفوظ می‌ماند و این وضعیت تا زمان تجدید بنا توسط مالک یا رضایت مستاجر به تخلیه ادامه پیدا می‌کند. ایراد اصلی نظر فوق این است که اساساً در فرض تخریب، واحدی وجود ندارد که مستاجر در آن حق تقدم در تصرف داشته باشد. پس باید به الزام موجر به احداث مجدد

بنا اندیشید. این راه حل با ظاهر قانون سال ۱۳۵۶ در تعارض است؛ زیرا وقتی قانونگذار در حالت خرابی نسبی ملک، حداکثر حقی که به مستاجر می دهد فسخ قرارداد یا انجام تعمیرات و کسر هزینه آن حداکثر به میزان شش ماه اجاره بها است، از نظر منطقی نمی توان گفت در فرض تخریب کامل واحد تجاری، مستاجر می تواند ملک را بسازد و همچنان مالک حق کسب یا پیشه یا تجارت باشد. به علاوه، علت تجویز انجام تعمیرات توسط مستاجر، نص قانونی است (ماده ۲۱ قانون سال ۱۳۵۶)، در حالی که در خصوص تجویز احداث بنا در فرض تخریب، چنین نصی دیده نمی شود. در مقابل، می توان گفت حق مستاجر با صرف تخریب زایل نمی شود و به محض احداث بنای جدید، همان حق سابق برای مستاجر استصحاب می شود؛ زیرا عدم پذیرش این نظر موجب دارا شدن بلاجهت مالک خواهد شد.

در خصوص نظر سوم (تفکیک بین تخریب توام با تقصیر و غیر آن) نیز باید گفت این نظر بیشتر مبتنی بر مواد ۴۸۳، ۴۸۸ و ۴۹۶ قانون مدنی^۱ است. ایراد عمده این نظر، به عدم قابلیت اجرای قانون مدنی در خصوص اجاره های مشمول قانون ۱۳۵۶ بر می گردد. زیرا فرض قانون مدنی انحلال قرارداد با انقضای مدت است، حال آنکه چنین فرضی در قانون سال ۱۳۵۶ پذیرفته نشده است. به ویژه که حق کسب یا پیشه یا تجارت حقی است مالی و مانند حقوق مالی دیگر قابل اسقاط، انصراف و تحت شرایطی قابل انتقال و حتی قابل بازداشت است.

در مقام نتیجه گیری این قسمت باید گفت که ظاهر مواد قانونی مربوط بیانگر انحلال رابطه استیجاری در فرض خرابی کامل واحدهای غیر تجاری است.

بند دوم: تکالیف قانونی در خصوص حفظ ایمنی ساختمان پلاسکو

۱. ماده ۴۸۳ - اگر در مدت اجاره عین مستأجره به واسطه حادثه کلاً یا بعضاً تلف شود از زمان تلف نسبت به مقدار تلف شده منفسخ می شود و در صورت تلف بعض آن مستأجر حق دارد اجاره را نسبت به بقیه فسخ کند یا فقط مطالبه تقبیل نسبی مال الاجاره نماید. ماده ۴۸۸ - اگر شخص ثالثی بدون ادعای حقی در عین مستأجره یا منافع آن مزاحم مستأجر گردد در صورتی که قبل از قبض باشد مستأجر حق فسخ دارد و اگر فسخ ننمود می تواند برای رفع مزاحمت و مطالبه اجرت المثل به خود مزاحم رجوع کند و اگر مزاحمت بعد از قبض واقع شود حق فسخ ندارد و فقط می تواند به مزاحم رجوع کند. ماده ۴۹۶ - عقد اجاره بواسطه تلف شدن عین مستأجره از تاریخ تلف باطل می شود و نسبت به تخلف از شرایطی که بین مؤجر و مستأجر مقرر است خیار فسخ از تاریخ تخلف ثابت می گردد.

در این بند به تکالیف قانونی مالک، شهرداری تهران و وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی در خصوص خرابی ساختمان می پردازیم.

الف: تکالیف قانونی مالک در حفظ ایمنی ساختمان پلاسکو

مطابق ماده ۲۰ قانون روابط موجر و مستاجر سال ۱۳۵۶: «تعمیرات کلی و اساسی مورد اجاره که مربوط به اصل بنا یا تأسیسات عمده منصوبه در آن از قبیل دستگاههای حرارت مرکزی و تهویه و آسانسور باشد به عهده موجر است و تعمیرات جزئی و همچنین تزیین و تعمیری که مربوط به استفاده بهتر از مورد اجاره باشد یا مستاجر خواهد بود.» چنانچه در این خصوص اختلافی بین طرفین حادث شود، موضوع مشمول ماده ۲۱ خواهد بود. بر این اساس: «... در صورتی که موجر تعمیرات کلی مورد حکم دادگاه را در مهلتی که از طرف دادگاه تعیین می شود انجام ندهد مستاجر می تواند برای فسخ اجاره به دادگاه مراجعه کند یا از دادگاه درخواست کند به او اجازه داده شود تعمیرات مزبور را با نظارت دایره اجرا انجام داده مخارج آن را حداکثر تا معادل ششماه اجاره بها به حساب موجر بگذارد».

بر طبق مواد یادشده، مالک در خصوص تعمیرات کلی و اساسی مربوط به اصل بنا دارای تکالیفی می باشد. طبیعتاً در صورت عدم انجام این تکالیف و ورود خسارت، مالک می تواند با جمع سایر شرایط، مسئول جبران خسارت تلقی شود.

ب: تکالیف قانونی شهرداری در حفظ ایمنی ساختمان پلاسکو

در قضیه پلاسکو نمی توان ریزش ساختمان را بر اثر علل قهری دانست؛ زیرا درست است که عامل ظاهری ریزش، آتش سوزی بوده، ولی باید به این نکته توجه داشت که یک آتش سوزی معمولی در طبقات فوقانی عادتاً منجر به ریزش کل ساختمان نمی شود. به نظر در این خصوص باید از نظریه کارشناس استفاده کرد. اگر عامل ریزش ساختمان، عدم رعایت موارد ایمنی و قدمت ساختمان باشد، بی شک باید شهرداری را بر مبنای عدم اجرای حکم ماده ۵۵ خصوصاً بند ۱۴ قانون اصلاح پاره ای از مواد و الحاق مواد جدید به قانون شهرداری مصوب سال ۱۳۳۴ و مصوب ۱۳۴۵، ۱۱، ۲۷ مسئول دانست یا حداقل می توان این نهاد

را به عنوان یکی از مسئولین تلقی کرد. حکم مقرر در بند ۱۴ موصوف، صرفاً برای حفظ حقوق مالک یا متصرف ملک نیست، بلکه موضوع نفع عمومی و لزوم حفاظت از شهر و ساکنان آن مطرح است. بنابراین، صرف نظر از عکس العمل مالک یا متصرف، شهرداری حسب مورد مکلف به تعطیلی واحد است و عدم انجام این تکلیف می تواند از اسباب ایجاد مسئولیت باشد.

ادعا و اقدام شهرداری مبنی بر اینکه چندین بارخطاریه ارسال کرده امری لازم بوده لکن برای برائت از مسئولیت کافی نیست. تبصره بند ۱۴، شهرداری را مکلف کرده است که در کلیه موارد مربوط به رفع خطر از بناها، به مالکان یا صاحبان اماکن اخطار دهد و اگر دستور شهرداری در مهلت معین اجرا نشود، آنگاه شهرداری رأساً و به هر طریق لازم اقدام به رفع خطر بکند. حکم این ماده «تکلیف» است، نه اختیار. طبق همین تبصره، همه اماکن عمومی مانند پاساژها و مجتمع های تجاری نیز مشمول همین مقررات هستند.

اجرای این تکلیف به درجه ای از اهمیت بوده که قانونگذار مقرر کرده است که شهرداری برای اجرای تکالیف بند ۱۴ و تبصره آن نیاز به اخذ مجوز از مراجع قضائی یا حضور نماینده قضائی ندارد. به موجب نظریه مورخ ۷۶/۱۱/۲۷ اداره حقوقی قوه قضائیه؛ بند ۱۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری و تبصره ذیل آن به نحوی صریح و خالی از ابهام شهرداری را موظف به رفع خطر ... موضوع بند یاد شده نموده است... تشخیص و رفع خطر... رأساً با شهرداری است. رفع خطر ممکن است به طرق مختلف انجام پذیرد. سیاق عبارات بند ۱۴ و تبصره آن به معنای آن است که تشخیص شیوه جلوگیری

۱. «اتخاذ تدابیر مؤثر و اقدام لازم برای حفظ شهر از خطر سیل و حریق و همچنین رفع خطر از بناها و دیوارهای شکسته و خطرناک واقع در معابر عمومی و کوچه ها و مساکن عمومی و دالانهای عمومی و خصوصی و پر کردن و پوشاندن چاهها و چاله های واقع در معابر و جلوگیری از گذاشتن هر نوع اشیاء در بالکنها و ایوانهای مشرف و مجاور به معابر عمومی که افتادن آنها موجب خطر برای عابرین است و جلوگیری از ناودانها و دودکشهای ساختمانها که باعث زحمت و خسارت ساکنین شهرها باشد. تبصره: در کلیه موارد مربوط به رفع خطر از بناها و غیره و رفع مزاحمت های مندرج در ماده فوق شهرداری پس از کسب نظر مأمور فنی خود به مالکین یا صاحبان اماکن یا صاحبان ادوات منصوب ابلاغ مهلت دار متناسبی صادر می نماید و اگر دستور شهرداری در مهلت معین بموقع اجرا گذاشته نشود، شهرداری رأساً با مراقبت مأمورین خود اقدام به رفع خطر یا مزاحمت خواهد نمود و هزینه مصروف را به اضافه صدی پانزده خسارت از طرف دریافت خواهد کرد. مقررات فوق شامل کلیه اماکن عمومی مانند سینماها و گرمابه ها، مهمانخانه ها، دکاکین، قهوه خانه ها، رستورانها، پاساژها و امثال آن که محل رفت و آمد و مراجعه عمومی است نیز می باشد».

از خطر بر عهده شهرداری است. این شیوه می‌تواند حسب مورد شامل جلوگیری از فعالیت یا تخریب یا اقدامات ترمیمی یا هر اقدام مناسب دیگر باشد.

نظریه شماره ۷/۱۱۳۱ مورخ ۶۲/۶/۳ اداره حقوقی قوه قضاییه نیز تایید دیگری بر صحت این نظر است: «در مورد تخریب ساختمان مشرف به خرابی دو شق قابل تصور است. شق اول حالتی است که ساختمان مذکور در مجاورت معابر عمومی و کوچه و یا اماکن عمومی و دالانهای عمومی و خصوصی قرار گرفته باشد که در این صورت برابر ملاک بند ۱۴ اصلاحی و تبصره الحاقی ماده ۵۵ قانون شهرداری با تودیع بهای عادلانه سهم شریک از اعیانی و اخذ گواهی از شهرداری مبتنی بر خطرناک بودن بنا با وجود مخالفت مالک مزبور تخریب ساختمان مشرف به خرابی امکان پذیر است. شق دوم حالتی است که ساختمان در مجاورت معابر عمومی و کوچه و اماکن عمومی و دالانهای عمومی و خصوصی قرار نرفته باشد که در این صورت برای خراب کردن آن باید به دادگاه صالح مراجعه شود».

ج: تکالیف قانونی وزارت تعاون کار و رفاه اجتماعی در حفظ ایمنی ساختمان پلاسکو

به نظر می‌رسد فروشگاه‌ها و مراکز توزیع و پخش لباس، کارگاه محسوب می‌شوند. مطابق ماده ۴ قانون کار سال ۱۳۶۹: «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، شیرخوارگاه، مهد کودک، درمانگاه، حمام، آموزشگاه حرفه‌ای، قرائت‌خانه، کلاسهای سوادآموزی و سایر مراکز آموزشی و اماکن مربوط به شورا و انجمن اسلامی و بسیج کارگران، ورزشگاه و وسایل ایاب وذهاب و نظایر آن‌ها جزء کارگاه می‌باشند». از دیدگاه حقوق کار - که مستند به مواد قانونی و رویه عملی است - مغازه لباس فروشی برای کارگر یا فروشنده می‌تواند کارگاه محسوب شود. همچنانکه دفتر وکالت برای مسئول دفتر یا منشی دفتر یک کارگاه محسوب می‌شود. در این راستا باید دانست بسیاری از کارگران و فروشندگان ساختمان پلاسکو، کارگر محسوب می‌شده و دارای

سالها سابقه بیمه پردازی هستند. نتیجه اینکه از دید بازرسین کار و سازمان تامین اجتماعی نیز هر مغازه یک کارگاه محسوب می شود.

حال باید دانست اگر مغازه های یادشده کارگاه محسوب می شوند، این کارگاهها مشمول بازرسی و به ویژه بازرسی ایمنی هستند. بر اساس ماده ۸۵ قانون کار: «برای صیانت نیروی انسانی و منابع مادی کشور رعایت دستورالعمل هایی که از طریق شورای عالی حفاظت فنی (جهت تأمین حفاظت فنی) و وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی (جهت جلوگیری از بیماری حرفه ای و تأمین بهداشت کار و کارگر و محیط کار) تدوین می شود، برای کلیه کارگاهها، کارفرمایان، کارگران و کارآموزان الزامی است. تبصره: کارگاههای خانوادگی نیز مشمول مقررات این فصل بوده و مکلف به رعایت اصول فنی و بهداشت کار می باشند». با توجه به ماده ۹۸ و ۱۷۶ و ۱۷۷ قانون کار^۱ به نظر می رسد فروشگاه ها و مغازه های ساختمان پلاسکو نیز مشمول مقررات ایمنی و بازرسی بوده است.

نکته دیگر اینکه بازرسان کار، علاوه بر بازرسی خود کارگاه، باید مجتمع و ساختمان کارگاه هایی که در آن قرار دارند را نیز بازرسی کنند؛ زیرا ایمنی کارگر حایز درجه ای از اهمیت بوده که عدم رعایت آن مقید به ضمانت اجرای کیفری می باشد.

ماده ۱۰۵ قانون کار در این خصوص مقرر می دارد: «هرگاه در حین بازرسی، به تشخیص بازرس کار یا کارشناس بهداشت حرفه ای احتمال وقوع حادثه و یا بروز

۱. ماده ۹۸: بازرسان کار و کارشناسان بهداشت کار در حدود وظایف خویش حق دارند بدون اطلاع قبلی در هر موقع از شبانه روز به موسسات مشمول ماده (۸۵) این قانون وارد شده و به بازرسی بپردازند و نیز می توانند به دفاتر و مدارک مربوطه در موسسه مراجعه و در صورت لزوم یا قسمتی از آنها رونوشت تحصیل نمایند. تبصره - ورود بازرسان کار به کارگاه های خانوادگی منوط به اجازه کتبی دادستان محل خواهد بود. ماده ۹۱- کارفرمایان و مسوولان کلیه واحدهای موضوع ماده ۸۵ این قانون مکلفند بر اساس مصوبات شورای عالی حفاظت فنی برای تأمین حفاظت و سلامت و بهداشت کارگران در محیط کار، وسایل و امکانات لازم را تهیه و در اختیار آنان قرار داده و چگونگی کاربرد وسایل فوق الذکر را به آنان بیاموزند و در خصوص رعایت مقررات حفاظتی و بهداشتی نظارت نمایند. افراد مذکور نیز ملزم به استفاده و نگهداری از وسایل حفاظتی و بهداشتی فردی و اجرای دستورالعملهای مربوطه کارگاه می باشند. ماده ۱۷۶- متخلفان از هر یک از موارد مذکور در مواد ۵۲-۶۱-۷۵-۷۷-۷۹-۸۳-۸۴ و ۹۱ برای هر مورد تخلف حسب مورد علاوه بر رفع تخلف با تأدیه حقوق کارگر یا هر دو در مهلتی که دادگاه با کسب نظر نماینده وزارت کار و امور اجتماعی تعیین خواهد کرد، به ازای هر کارگر به ترتیب ذیل محکوم خواهند شد: ۱- برای تا ۱۰ نفر، ۲۰۰ تا ۵۰۰ برابر حداقل مزد روزانه یک کارگر. ۲- برای تا ۱۰۰ نفر نسبت به مازاد ۱۰ نفر، ۲۰ تا ۵۰ برابر حداقل مزد روزانه یک کارگر. ۳- برای بالاتر از ۱۰۰ نفر نسبت به مازاد ۱۰۰ نفر، ۱۰ تا ۲۰ برابر حداقل مزد روزانه یک کارگر. در صورت تکرار تخلف، متخلفان مذکور به حبس از ۹۱ روز تا ۱۸۰ روز محکوم خواهند شد.

خطر در کارگاه داده شود، بازرس کار یا کارشناس بهداشت حرفه‌ای مکلف هستند مراتب را فوراً و کتباً به کارفرما یا نماینده او و نیز به رئیس مستقیم خود اطلاع دهند. تبصره ۱- وزارت کار و امور اجتماعی و وزارت بهداشت و درمان آموزش پزشکی، حسب مورد گزارش بازرسان کار و کارشناسان بهداشت حرفه‌ای از دادسرای عمومی محل و در صورت عدم تشکیل دادسرا از دادگاه عمومی محل تقاضا خواهند کرد فوراً قرار تعطیل و لاک و مهر تمام یا قسمتی از کارگاه را صادر نماید. دادستان بلافاصله نسبت به صدور قرار اقدام و قرار مذکور پس از ابلاغ قابل اجرا است. دستور رفع تعطیل توسط مرجع مزبور در صورتی صادر خواهد شد که بازرس کار یا کارشناس بهداشت حرفه‌ای و یا کارشناسان ذیربط دادگستری رفع نواقص و معایب موجود را تأیید نموده باشند...». متن ماده ۱۰۵ موید لزوم بازرسی کارگاهها به جهت حفظ ایمنی و سلامت کارگر است. به علاوه اینکه اساساً ایمنی و حفاظت فنی کارگاه، مستلزم رعایت مواردی چون بررسی کل بنا است. در این خصوص آیین نامه پیشگیری از آتش سوزی کارگاهها مصوب سال ۱۳۹۱ از صراحت کامل برخوردار است.

بنابر مطالب این بند، می‌توان اداره کار را نیز در خصوص عدم بازرسی به موقع و قانونی و عدم انجام تکالیف قانونی در زمره مسئولین دانست؛ به ویژه آنکه موارد مندرج در آیین نامه پیشگیری از آتش سوزی کارگاهها مصوب سال ۱۳۹۱ نیز رعایت نشده است.

نتیجه‌گیری

با توجه به آنچه در حد ضرورت و اختصار تشریح شد، می‌توان گفت: اولاً، حادثه ریزش ساختمان پلاسکو، معلول علل قهری نظیر سیل، زلزله، جنگ، ناخواسته و عواملی از این قبیل که اراده و اختیار و اقتدار مسئولین مربوط ناتوان از کنترل و پیشگیری آنها باشد، نبوده است.

ثانیاً، حادثه مزبور قابل پیش بینی، پیشگیری و کنترل بوده است؛ کما اینکه صدور و ارسال اظهارهای متعدد ایمنی نیز نشان از قابلیت پیش بینی حادثه داشته است. بنابراین، چنانچه مسئولین ذیربط به موقع و به نحو مطلوب به تکالیف قانونی خود

مبادرت می کردند، فاجعه مورد بحث رخ نمی داد.

ثالثاً، علل عمده و اساسی ریزش ساختمان عبارت است از: ۱- بی توجهی و کوتاهی مالک ساختمان در انجام به موقع تعمیرات اساسی و رفع خرابی های اصولی و عدم ایفای تکالیف قانونی مربوط در این خصوص. ۲- عدم انجام تکالیف مقرر در بند ۱۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری و سایر ضوابط مربوط از طرف شهرداری تهران مبنی بر تعطیلی ساختمان در فرض حصول شرایط قانونی. ۳- کوتاهی اداره کار در انجام بازرسی به موقع و عدم اجرای آیین نامه پیشگیری از آتش سوزی کارگاه ها مصوب سال ۱۳۹۱ و سایر مقررات مربوط به موضوع.

رابعاً، نسبت سهم و درصد مسئولیت هر یک از اشخاص یادشده در وقوع حادثه، با توجه به قاعده حقوقی مقایسه خطاها^۱ که در مسئولیت های چندجانبه با استفاده از ماده ۳۳۵ قانون مدنی^۲ و عموماً مقررات مسئولیت مدنی قابل اعمال است، از طریق جلب نظر کارشناسان واجد صلاحیت در رشته های مربوط قابل تعیین و احراز است. از این رو، مالکین سرقفلی می توانند کلیه خسارات خود از جمله ارزش سرقفلی تلف شده به نسبت سهمی که در بروز حادثه داشته اند از این اشخاص مطالبه کنند. در عین حال و با در نظر گرفتن اینکه کامل ترین طریق و وسیله جبران خسارت، اعاده وضعیت زیان دیده به حالت قبل از ورود خسارت است، ممکن است با توجه به مقررات حاکم بر قضیه به ویژه عموماً قانونی مسئولیت مدنی، در صورت طرح دعوا و درخواست عموم صاحبان حق کسب یا پیشه یا تجارت، دادگاه بتواند در مقام جبران خسارت، مسئولین حادثه را در حدود سهم و میزان مسئولیت، به تجدید بنای ساختمان پلاسکو (مشابه ساختمان تخریب شده) ملزم کند؛ لیکن چنین حکمی بر فرض صدور، با مشکلات اجرایی و عملی مواجه است.

بنابراین، به نظر می رسد با توجه به اینکه حقوق مستاجرین در زمینه حق کسب یا پیشه یا تجارت، ناظر به کل ملک - اعم از عرصه و اعیان - است و با تخریب اعیان، حقوق مستاجرین بر عرصه کماکان مستقر و پابرجا است و بر این مبنا، ضمن اینکه

1. comparative negligence

۲. «در صورت تصادم بین دو کشتی یا دو قطار راه آهن یا دو اتومبیل و امثال آنها مسئولیت متوجه طرفی خواهد بود که تصادم در نتیجه عمد یا مسامحه او حاصل شده باشد و اگر طرفین تقصیر یا مسامحه کرده باشند هر دو مسئول خواهند بود».

مستاجرین مکلف به پرداخت اجاره بها به نسبت عرصه می باشند، موجر قبل از تجدید بنا و اعاده وضعیت مستاجرین یا جبران خسارت آنان به نحوی دیگر و یا جلب رضایت آنان در قبال پرداخت حق کسب یا پیشه یا تجارت، مجاز به دخل و تصرفی در ملک که معارض حقوق مستاجرین باشد، نخواهد بود.

فهرست منابع:

- ۱- محمد مهدی الشریف، حق کسب و پیشه و تجارت در فرض تخریب واحد تجاری (تحلیل و نقد رویه قضایی)، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۹۴، شماره ۹۲.
- ۲- قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۵۶.
- ۳- قانون مدنی.
- ۴- قانون شهرداری ها مصوب ۱۳۴۵ و اصلاحات بعدی.
- ۵- قانون کار مصوب ۱۳۶۹.
- ۶- قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹.

اعتبار قانونی تبصره ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی

دکتر امیر حسین آبادی *

مقدمه

قبل از ورود به اصل بحث، بیان مقدمه ای در اهمیت اجرای احکام ضروری به نظر می‌رسد. هدف نهایی و غایی از دادرسی، این است که صاحب حق بتواند به حق خود برسد؛ این مهم فراهم نمی‌شود، مگر اینکه حکمی که به نفع او صادر شده است به درستی اجرا شود. بنابراین، اگر گفته شود «اجرای احکام» یکی از مهمترین و حساس‌ترین مراحل احقاق حق است، سخنی به گزاف گفته نشده است.

اجرای احکام دادگاه‌ها اعم از مدنی و کیفری، هر کدام قوانین و مقررات ویژه‌ای دارد که قانونگذار، تمهیدات لازم برای آن را پیش‌بینی کرده است. اعتبار رأی دادگاه بستگی تام به قدرت اجرای آن دارد. اگر حکمی صادر شود که قابلیت اجرا نداشته باشد، در واقع اقدام قضایی بیهوده‌ای صورت گرفته است. به همین دلیل، حکمی که امکان اجرای آن وجود ندارد، از ابتدا نباید به دعوی مربوط به آن رسیدگی شود و دادگاه باید قرار عدم استماع آن را صادر کند؛ در غیر این صورت، عملی لغو صورت گرفته و شایسته دادگاه نیست که کار لغو و بیهوده انجام دهد.

* رییس کانون وکلای دادگستری مرکز و استاد دانشگاه

الف: در مواردی که «محکوم علیه» حکم دادگاه را اجرا می‌کند.

هر گاه «محکوم علیه» قبل از صدور اجرائیه، حکم صادره را طوعاً اجرا کند، موجبی برای دخالت دادگاه و مأمور اجرا برای الزام وی به اجرای حکم وجود ندارد و چنانچه پس از صدور و ابلاغ اجرائیه حاضر به اجرا شود، دادورز «محکوم به» را تحویل گرفته و به «محکوم له» تسلیم کرده و رسید دریافت می‌کند و بدین ترتیب پرونده اجرایی مختومه می‌شود. اگر این اقدام ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ اجرائیه باشد، حق اجرا هم به آن تعلق نمی‌گیرد؛ و اگر بعد از انقضای ده روز، طرفین سازش کنند و یا برای اجرای حکم، میان خود ترتیبی اتخاذ کنند، نصف حق اجرا دریافت خواهد شد.

ب: در مواردی که «محکوم علیه» حکم را اجرا نمی‌کند.

در اینگونه مواقع، بحث اجرای اجباری مطرح می‌شود و در این صورت، اگر «محکوم به» دادن مبلغی پول باشد، دادورز با راهنمایی «محکوم له» اموال «محکوم علیه» را توقیف و با فروش آن، حکم را اجرا می‌کند؛ لیکن اگر موضوع رأی دادن مال منقول معین باشد، در مورد اموال مثلی، مثل آن و در خصوص اموال قیمی، قیمت آن را با هزینه «محکوم علیه» تهیه و تحویل «محکوم له» می‌دهد.

ج: در مواردی که موضوع رأی، انجام کار باشد.

چنانچه موضوع رأی انجام کاری باشد، دو حالت متصور است:
حالت اول) انجام کار توسط شخص دیگری غیر از «محکوم علیه» امکان‌پذیر باشد؛ در این صورت، طبق ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی، موضوع رأی با هزینه «محکوم علیه» توسط شخص ثالث زیر نظر دادورز، اجرا می‌شود. همین روال در مورد شرط ضمن عقد در مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ و ۲۳۹ قانون مدنی پیش‌بینی شده است.
حالت دوم) اجرای رأی توسط دیگری امکان‌پذیر نیست و فقط شخص «محکوم علیه» می‌تواند آن را انجام دهد و او هم حاضر به اجرای آن نباشد؛ در این صورت، بحث ماده ۷۲۹ آئین دادرسی مدنی سابق (سال ۱۳۱۸) و تبصره ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی مطرح می‌شود که موضوع اصلی این نوشتار است.

گذری بر موضوع در حقوق فرانسه

قبل از ورود به بحث اصلی بی‌مناسبت نیست بررسی مختصری در حقوق فرانسه در

زمینه "astreinte" (آسترننت) داشته باشیم، زیرا به احتمال قوی مواد ۷۲۹ و ۷۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی سابق و تبصره ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی، از حقوق آن کشور اقتباس شده است. در حقوق رم و قانون سابق فرانسه، بازداشت محکوم علیه برای اجرای تعهدات مدنی تجویز شده بود، به همین دلیل ترس از زندان وسیله‌ای بود تا متعهد هرچه سریع تر نسبت به اجرای رأی محکومیت خود اقدام نماید. لیکن به تدریج و بنا به ملاحظات بشر دوستانه، این طریقه اجرای حکم (بازداشت به لحاظ عدم انجام تعهد) جای خود را به جریمه نقدی معروف به جریمه اجبار یا همان "astreinte" داد. این اقدام، ابتدا از رویه قضایی به ویژه دیوان عالی کشور شروع شد و سپس به قانون تبدیل گردید و در قوانین مختلف از جمله قانون آیین دادرسی مدنی^۱، قانون آیین رسیدگی اجرای احکام مدنی^۲ و قانون کار^۳ مورد تصویب قرار گرفت.

شایان ذکر است، در حقوق فرانسه اگر موضوع حکم پرداخت مبلغی پول باشد، اجرای آن به طور سنتی از طریق توقیف اموال محکوم علیه به طور مستقیم صورت می‌گیرد، لیکن اگر مورد حکم، تحویل مال منقول معین یا انجام کار باشد، در صورت امتناع محکوم علیه، طریق مستقیم برای وادار کردن او به اجرا وجود ندارد؛ به همین دلیل بعد از لغو بازداشت متعهد، رویه قضایی متوسل به جریمه اجبار یا آسترننت گردید.

جریمه اجبار ممکن است موقتی یا دائمی باشد. این جریمه از طرف قاضی به طور معمول برای هر روز تأخیر تعیین می‌شود و باید تصریح شود که موقتی است یا دائمی؟ (منظور از دائمی تا اجرای رأی است، نه برای همیشه) در صورت عدم تصریح، اصل بر موقتی بودن است. در این صورت، «متعهد له» می‌تواند از قاضی درخواست کند مبلغی که به عنوان جریمه تأخیر تودیع شده، به او پرداخت شود. جریمه قطعی (دائمی) در ضمن حکم راجع به اصل دعوا تعیین می‌شود و در صورتی منتفی می‌گردد که ثابت شود عدم اجرای رأی ناشی از یک سبب خارجی است که نمی‌توان به محکوم علیه مربوط نمود.

اثر جریمه اجبار (astreinte) از روزی شروع می‌شود که قاضی تعیین می‌کند و این

1. Code de procédure civile

2. Code des procédures civiles d'exécution

3. Code du travail

تاریخ، نمی‌تواند قبل از لازم‌الاجرا شدن رأی باشد که جریمه برای آن تعیین می‌شود. جریمه اجبار از جانب قاضی به دو منظور ممکن است برقرار شود، یا ماهیت تنبیهی دارد یا تهدیدی. هدف از جریمه تنبیهی، مجازات متعهد متخلف است و معمولاً وقتی تعیین می‌شود که حکم دادگاه قطعی شده باشد و محکوم علیه از اجرای آن امتناع کند و امکان اجرای مستقیم هم وجود نداشته باشد. این جریمه به موجب تصمیم جداگانه و به منظور مجازات محکوم علیه که در مقابل اجرای حکم سرسختی نشان می‌دهد، برای در هم شکستن مقاومت او اتخاذ می‌شود. جریمه تهدیدی ضمن صدور حکم راجع به اصل دعوا تعیین می‌شود و هدف از آن، وادار کردن متعهد به اجرای رأی پس از قطعیت آن است. چنانچه رأی را اجرا کند، جریمه موضوعاً منتفی می‌شود.

بحث اصلی

قانون آیین دادرسی مدنی سابق در باب دهم از ماده ۷۰۹ به بعد تحت عنوان «در خسارت و اجبار به انجام تعهد» دارای پنج فصل بود که فصل اول تا چهارم آن در کلیات و خسارات وارده بود و در فصل پنجم، مواد ۷۲۹ و ۷۳۰ اختصاص به اجبار به انجام تعهد داشت. در ماده ۷۲۹ آمده بود: «در مواردی که موضوع تعهد عملی است که انجام آن جز به وسیله شخص متعهد ممکن نیست دادگاه می‌تواند به درخواست متعهد له در حکم راجع به اصل دعوا یا پس از صدور حکم، مدت و مبلغی را معین کند که اگر محکوم علیه مدلول حکم قطعی را در آن مدت اجرا نکند مبلغ مزبور را برای هر روز تأخیر به محکوم له بپردازد.»

تعیین این مبلغ توسط دادگاه که می‌توان آن را اجبار غیرمستقیم به اجرای رأی دانست -همان گونه که بیان شد- در حقوق فرانسه "astreinte" نامیده می‌شود و چنین تعریف شده است: نوعی محکومیت نقدی یا پولی است که توسط قاضی در ضمن حکم محکومیت اصلی یا به موجب تصمیم جداگانه به منظور فشار بر محکوم علیه تعیین می‌شود تا او را به اجرای تصمیم قضایی که علیه وی اتخاذ شده، وادار نماید.^۱ ماهیت این جریمه با خسارت تأخیر در انجام تعهد متفاوت است، به همین دلیل هم در قانون سابق آیین دادرسی مدنی، در دو فصل جداگانه و مواد مختلف آمده بود.

1. Reger perrot/ philippe therv- procedure civile d'exécution/ dalloz/ no 73

خسارت تأخیر در انجام تعهد در ماده ۷۱۲ قانون قدیم آیین دادرسی مدنی مطرح شده بود. در صورتی که جریمه اجبار در ماده ۷۲۹ عنوان شده بود. در مورد خسارت تأخیر در انجام تعهد دادگاه باید با رسیدگی قضایی و در صورت لزوم جلب نظر کارشناسان میزان خسارتی را که از تأخیر در اجرای تعهد به متعهد له وارد می‌شود تعیین کند و تصمیم دادگاه علی‌الاصول قابل تغییر نیست. در صورتی که میزان و مقدار جریمه اجبار با توجه به نحوه تأثیر آن بر محکوم علیه برای وادار کردن او به اجرای حکم با نظر قاضی تعیین می‌شود نیازی به جلب نظر کارشناس ندارد و امکان کم یا زیاد شدن وجود ندارد (ماده ۷۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی سابق).

با تغییر آیین دادرسی مدنی در سال ۱۳۷۹ و نسخ قانون سابق و ملغی شدن مواد ۷۲۹ و ۷۳۰ در خصوص امکان یا عدم امکان تعیین جریمه اجبار برای اجرای تعهد مورد حکم، بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد.

قانون اجرای احکام مدنی مصوب سال ۱۳۵۶ در ماده ۴۷ مقرر داشته: «هر گاه محکوم به انجام عمل معینی باشد و محکوم علیه از انجام آن امتناع ورزد و انجام عمل به توسط شخص دیگری ممکن باشد محکوم له می‌تواند تحت نظر دادورز (مأمور اجرا) آن عمل را به وسیله دیگری انجام دهد و هزینه آن را مطالبه کند و ...

تبصره: در صورتی که انجام عمل توسط شخص دیگری ممکن نباشد مطابق ماده ۷۲۹ آئین دادرسی مدنی انجام خواهد شد.»

حال، با توجه به اینکه ماده ۷۲۹ دیگر وجود ندارد، تکلیف تبصره ماده ۴۷ چیست؟ ممکن است چنین اظهار نظر شود که چون تبصره ماده ۴۷ به ماده ۷۲۹ ارجاع داده و این ماده نسخ شده است، تبصره ماده ۴۷ هم موضوعاً منتفی است. این نظر نمی‌تواند قابل قبول باشد؛ زیرا قانونگذار به طور صریح یا حتی ضمنی جریمه اجبار به انجام تعهد را منع نکرده، بلکه در هنگام تصویب قانون جدید آن را به سکوت برگزار کرده است. به نظر می‌رسد که این سکوت ناشی از اشتباه یا غفلت تهیه‌کنندگان آن بوده است، به این دلیل که عنوان باب نهم (ماده ۵۱۵ به بعد) قانون جدید «مطالبه خسارت و اجبار به انجام تعهد» است؛ عیناً همان عنوانی که در باب دهم قانون قدیم (ماده ۷۰۹ به بعد) وجود داشت. با این تفاوت که در قانون جدید از خسارت و انواع آن به تفصیل بحث شده،

ولی از اجبار به انجام تعهد سخنی به میان نیامده است. اگر هدف این بود که جرمه اجبار به انجام تعهد حذف شود، عنوان کردن آن در سرفصل باب نهم کاری بیهوده بوده است. این باب (ماده ۵۱۵ به بعد) مشتمل بر سه فصل است؛ فصل اول کلیات، فصل دوم خسارات و فصل سوم مستثنیات دین. حق این بود که فصل چهارمی به اجبار به انجام تعهد اختصاص می یافت یا اینکه این عنوان از سرفصل باب نهم حذف می شد. مسکوت ماندن این موضوع به غیر از اشتباه یا غفلت تهیه کنندگان لایحه، توجیه دیگری ندارد و الا حذف آگاهانه آن، معقول و منطقی به نظر نمی رسد.

نتیجه گیری

به نظر نگارنده، تبصره ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی کماکان به اعتبار خود باقی است. زیرا ارجاع این تبصره به ماده ۷۲۹ قانون آئین دادرسی مدنی به منزله ذکر این ماده در متن آن تبصره است. اگر چنین وضعیتی پیش می آمد و متن ماده ۷۲۹ قانون سابق عیناً در تبصره ماده ۴۷ بیان می شد، بعید بود کسی ادعا کند که با حذف ماده ۷۲۹، تبصره ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی هم نسخ شده است.

از لحاظ عملی نیز پذیرش نظر اول (یعنی نسخ تبصره ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی) با مشکلاتی مواجه می شود و اجرای برخی از احکام قطعی را دچار اختلال می کند.

فرض کنید کسی به موجب حکم قطعی دادگاه به ارائه وصیت نامه خودنوشته که از متوفی نزد اوست محکوم شده است و حاضر به اجرای حکم نیست. مورد وصیت هم تا وقتی که وصیت نامه ارائه نشود مشخص و معلوم نمی شود تا بر اساس آن بتوان «موصی به» را تعیین نمود. در چنین حالتی جز تبصره ماده ۴۷ هیچ وسیله ای برای اجبار محکوم علیه به اجرای حکم وجود ندارد.

جرمه اجبار، برای در هم شکستن مقاومت کسی است که در برابر حکم دادگاه ایستادگی کرده و با آن معارضه می کند و ماهیت آن به کلی با خسارت تأخیر در انجام تعهد متفاوت است. اعتقاد به حذف تبصره ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی، نه از لحاظ نظری توجیه پذیر است و نه از لحاظ عملی به مصلحت است. درست این است که دادگاه ها برای حفظ اعتبار خود، این تبصره را معتبر بدانند و به آن عمل کنند.

اصل ۱۳۹ و حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری خارجی

دکتر سجاد سلطان زاده *

علی درزی نفت چالی **

مقدمه

دولت جمهوری اسلامی ایران به منظور تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی و حل و فصل اختلافات ناشی از آن، علاوه بر قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی (فیپا)، تاکنون بیش از ۶۰ معاهده سرمایه‌گذاری که اختلافات سرمایه‌گذاری را با تحقق شرایط خاصی به داوری ارجاع می‌دهد، امضا کرده است. این در حالی است که اصل ۱۳۹ قانون اساسی، ارجاع اختلافات مربوط به اموال دولتی و عمومی (شامل سرمایه‌گذاری خارجی) را مشروط به تأیید هیأت وزیران و تصویب مجلس شورای اسلامی ایران نموده است. این قواعد ظاهراً متعارض، فضای حقوقی غیرمطمئنی برای سرمایه‌گذاری خارجی به نمایش می‌گذارد.

در نتیجه امضای برنامه جامع اقدام مشترک (برجام) میان ایران و کشورهای ۱+۵ و برداشته شدن تحریم‌های وضع شده علیه ایران، فرصت‌های بسیاری برای سرمایه‌گذاری خارجی ایجاد شده است. در فضای جدید و به عنوان اولین گام برای زمینه سازی ورود سرمایه‌گذاران خارجی به بازار ایران، توجه زیادی به مطالعه جوانب مختلف سرمایه‌گذاری خارجی از جمله فضای حقوقی ایران جلب

* متخصص حقوق سرمایه‌گذاری و مدرس دانشگاه

** مشاور حقوقی در قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی

شده است. در این میان، با عنایت به وجود دیدگاه‌ها و رویه‌های عملی متفاوت در خصوص اثرات اصل ۱۳۹ قانون اساسی در استفاده از مواد حل و فصل اختلاف سرمایه‌گذاری خارجی مندرج در فیپا و معاهدات سرمایه‌گذاری خارجی ایران، یکی از ابهامات پیش روی سرمایه‌گذاران خارجی که فضای نامطمئنی را از منظر حل و فصل اختلافات محتمل آتی با دولت ایران ایجاد کرده است، چگونگی اعمال و آثار این اصل قانون اساسی است. این نوشتار می‌کوشد با بررسی رویه‌های عملی موجود، حتی‌المقدور این ابهامات را برطرف کرده و مسیر روشنی برای حل اختلافات احتمالی در خصوص سرمایه‌گذاری خارجی در ایران ارائه دهد.

الف) اصل ۱۳۹ قانون اساسی، فیپا و معاهدات سرمایه‌گذاری خارجی

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که از سال ۱۳۵۸ لازم‌الاجراست، مقرر می‌کند که در خصوص حل و فصل اختلافات مربوط به اموال عمومی و دولتی وضع کرده است. اصل ۱۳۹ قانون اساسی مذکور به شرح ذیل مقرر می‌دارد:

«صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد موکول به تصویب هیأت وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوی خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می‌کند.»

مطابق با این اصل، صلح یا ارجاع به داوری اختلافات میان ایران و اتباع خارجی، از جمله اختلافات میان دولت یا نهاد دولتی ایران با سرمایه‌گذاران خارجی، باید به وسیله هیأت وزیران و مجلس شورای اسلامی مورد تصویب قرار گیرد. باید توجه شود که اختلافات میان طرفین باید در خصوص اموال عمومی و دولتی باشد. به عبارت دیگر، هدف از اصل ۱۳۹، حمایت از اموال عمومی و دولتی است و در سایر موارد چنین محدودیتی وجود ندارد.

در بدو امر، با در نظر داشتن اصل ۱۳۹ قانون اساسی از یک سو و ماده ۱۹ قانون

تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی (فیپا)^۱ و مواد حل و فصل اختلافات موجود در معاهدات سرمایه‌گذاری ایران که به داوری به عنوان شیوه‌ای برای حل و فصل اختلافات میان دولت ایران و سرمایه‌گذار خارجی اشاره دارند، از سوی دیگر؛ این پرسش مطرح می‌شود که آیا محدودیت اصل ۱۳۹ می‌تواند قبل از ارجاع اختلاف به داوری یا حتی پس از آن به عنوان مبنایی برای تصمیم‌گیری در جهت احراز یا رد صلاحیت دیوان داوری مورد استناد قرار گیرد؟

در پاسخ به این پرسش، در ابتدا باید متن معاهدات سرمایه‌گذاری خارجی میان دولت متبوع سرمایه‌گذار خارجی و ایران یا متن قراردادهای سرمایه‌گذاری میان ایران و سرمایه‌گذاری خارجی مد نظر قرار گیرد. اگر هر گونه مقرره‌ای در اسناد مذکور، ارجاع اختلاف به داوری را به صورت مستقیم یا غیر مستقیم مشروط به رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی نماید، تصویب هیأت وزیران و مجلس ایران باید اخذ شود. در غیر این صورت، با توجه به اصل ۱۳۹ قانون اساسی، ماده ۱۹ فیپا و مواد حل و فصل اختلافات (سازش و داوری) در معاهدات سرمایه‌گذاری خارجی، چهار حالت به شرحی که در ادامه خواهد آمد، متصور است:

حالت اول) قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی حاوی شرط داوری یا سازش میان دولت ایران یا نهاد یا شرکت متعلق به آن و سرمایه‌گذار خارجی منعقد شده است، اما هیچ گونه معاهده سرمایه‌گذاری خارجی حاوی شرط حل اختلاف مذکور میان دولت متبوع سرمایه‌گذار و دولت ایران وجود ندارد.

در این حالت، اصل ۱۳۹ قانون اساسی باید رعایت شود. برخی شاید استدلال نمایند که ماده ۱۹ فیپا در صورتی اختلافات را به داوری ارجاع می‌دهد که اختلاف ناشی از سرمایه‌گذاری، در معاهده سرمایه‌گذاری مربوطه نیز به داوری ارجاع شده باشد. به عبارت دیگر، درج شرط داوری در قرارداد سرمایه‌گذاری میان دولت میزبان و سرمایه‌گذار خارجی به تنهایی کافی و معتبر نیست. در پاسخ به این ابهام می‌توان گفت توافق ارجاع اختلاف به داوری میان دولت و سرمایه‌گذار خارجی هنگامی که

۱. ماده ۱۹ فیپا: «اختلافات بین دولت و سرمایه‌گذاران خارجی در خصوص سرمایه‌گذاری‌های موضوع این قانون چنانچه از طریق مذاکره حل و فصل نگردد در دادگاه‌های داخلی مورد رسیدگی قرار می‌گیرد، مگر آنکه در قانون موافقتنامه دو جانبه سرمایه‌گذاری با دولت متبوع سرمایه‌گذار خارجی در مورد شیوه دیگری از حل و فصل اختلافات توافق شده باشد.»

به وسیله هیأت وزیران و مجلس مورد تصویب قرار می گیرد، به منزله قانون معتبر مشابه فیپا می باشد. رویه عملی ارجاع اختلافات به داوری در مواردی که طرف اختلاف، خارجی بوده و معاهده ای بین دولتین وجود نداشته نیز مؤید همین تفسیر است.

حالت دوم) علاوه بر وجود شرط داوری یا سازش در قرارداد سرمایه گذاری خارجی، معاهده سرمایه گذاری خارجی حاوی شرط مذکور نیز میان دولت ایران و دولت متبوع سرمایه گذار وجود دارد.

این حالت تحت شرایط ماده ۱۹ فیپا قرار می گیرد و نیاز به تصویب هیأت وزیران و مجلس به موجب اصل ۱۳۹ ندارد. زیرا فیپا و معاهده سرمایه گذاری خارجی حاوی شرط داوری قبلاً توسط مجلس تصویب و به تأیید شورای نگهبان رسیده و در نتیجه هدف اصل ۱۳۹ قبلاً حاصل شده است و تصویب مجدد آن محلی از اعراب ندارد. بنابراین، در چنین مواردی، با توجه به اینکه تعهد بین المللی برای دولت ایران وجود دارد، به نظر نمی رسد دولت ایران بتواند تعهد خویش را با توسل به اصل ۱۳۹ قانون اساسی نقض کند.

حالت سوم) با وجود اینکه شرط حل و فصل اختلافات از طریق داوری یا سازش در قرارداد سرمایه گذاری خارجی وجود ندارد، معاهده سرمایه گذاری خارجی میان دولت ایران و دولت متبوع سرمایه گذار خارجی چنین شرطی را به نفع سرمایه گذار خارجی مقرر نموده است که با قبولی کتبی سرمایه گذار یا ارجاع به داوری از سوی وی، توافق داوری انجام می گیرد.

این حالت نیز تحت ماده ۱۹ فیپا قرار می گیرد و همچون حالت قبلی نیازمند تصویب تحت اصل ۱۳۹ نیست. در خصوص حالت های «دوم» و «سوم»، ممکن است استدلال شود که اصل ۱۳۹ باید در مورد هر اختلاف به صورت موردی رعایت شود. این بدین معناست که برای هر اختلاف یک اجازه جداگانه باید اخذ شود. در مقابل، به نظر نمی رسد اصل ۱۳۹ با این هدف نوشته شده باشد؛ زیرا عبارت «اختلاف» به صورت عام نوشته شده است و براساس آن یک اجازه کلی می تواند صادر شود. این اجازه کلی می تواند به وسیله قوانینی همچون فیپا یا یک معاهده

سرمایه‌گذاری داده شود. باید توجه شود این تفسیر با اصل حمایت از سرمایه‌گذار خارجی، هماهنگی بیشتری دارد.

حالت چهارم) قرارداد سرمایه‌گذاری شرط داوری یا سازش ندارد و معاهده سرمایه‌گذاری میان ایران و دولت متبوع سرمایه‌گذار خارجی نیز منعقد نشده است. این حالت تحت ماده ۱۹ فیپا قرار می‌گیرد که به موجب آن، ابتداءً برای حل اختلاف مذاکره خواهد شد و در صورت عدم دستیابی به توافق، اختلاف به دادگاه داخلی ایران ارجاع می‌شود و اصل ۱۳۹ که ناظر بر داوری و سازش در ارتباط با اموال عمومی و دولتی است، موضوعیت نخواهد داشت.

ب) مناطق آزاد تجاری و ویژه اقتصادی و اصل ۱۳۹ قانون اساسی

به دلیل مزایایی که برای مناطق آزاد تجاری و ویژه اقتصادی مقرر شده، این مناطق فرصت خوبی برای ورود به بازار بزرگ و جذاب سرمایه‌گذاری ایران تلقی می‌شوند. در این بین، اشاره به مقررات مربوط به حل و فصل اختلاف در مناطق آزاد تجاری و ویژه اقتصادی، چگونگی اعمال اصل ۱۳۹ قانون اساسی می‌تواند مفید باشد. ماده ۸ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی ایران نحوه حل و فصل اختلافات را به شرح ذیل مقرر می‌دارد:

«سازمان و شرکت‌های تابع آن مجاز هستند قراردادهای لازم را با اشخاص حقیقی و حقوقی داخلی و خارجی منعقد نمایند و با سرمایه‌گذاران داخلی و خارجی با رعایت اصول قانون اساسی برای انجام طرح‌های عمرانی و تولیدی مشارکت کنند. اختلاف‌ها و دعاوی ناشی از قراردادهای منعقد شده بر حسب توافق‌ها و تعهدهای قراردادی دو طرف، رسیدگی و حل و فصل می‌شود.»

بر مبنای قسمت اخیر ماده ۸ فوق‌الذکر، توافق طرفین برای ارجاع اختلاف‌های ناشی از قراردادهای منعقد شده به نهادهای حل و فصل اختلاف همچون داوری، معتبر است. این ماده در بخش نخست اجازه انعقاد قرارداد را منوط به رعایت قوانین اساسی می‌داند. مطابق این نگارش، این پرسش مطرح می‌شود که کدام یک از اصول قانون اساسی باید رعایت شوند؟ در پاسخ می‌توان گفت اصولی از قانون اساسی مورد توجه است که به مشارکت میان طرفین تحت بخش نخست ماده ۸ ارتباط پیدا

می‌کند و به معنای اصول مربوطه در قانون اساسی از جمله اصل ۸۱ قانون اساسی^۱ می‌باشد. ولی از آنجا که بخش دوم ماده ۸ صریحاً توافق میان طرفین را معتبر می‌داند، بنابراین اصل ۱۳۹ نمی‌تواند مد نظر باشد.

ماده ۱۶ تصویب‌نامه هیأت وزیران در سال ۱۳۷۳ با عنوان «مقررات سرمایه‌گذاری در مناطق آزاد تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی ایران» نیز مطلب فوق را تأیید می‌کند و صریحاً مقرر می‌کند «موارد اختلاف بین سرمایه‌گذار خارجی و طرف ایرانی بر اساس قراردادهای و توافق‌های کتبی حل خواهد شد». از این‌رو، در حل و فصل اختلافات، ماده ۸ قانون مناطق آزاد همچون ماده ۱۹ فیفا اجازه کلی صادر می‌کند که مخالف با اصل ۱۳۹ قانون اساسی نیست، زیرا در اصل ۱۳۹، اطلاع و تصویب مجلس ضروری است که ماده ۸ قانون مناطق آزاد نیز با اطلاع مجلس به تصویب رسیده است.

علیرغم مطالب فوق و اعتبار توافق برای حل و فصل اختلاف تحت ماده ۸، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در سال ۱۳۹۱ در یک پرونده رأیی به شرح زیر صادر کرده است:

«مستفاد از اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که مقرر می‌دارد: «... علی‌الاصول مأموران دولت در زمان انعقاد قرارداد داورى مکلف هستند حسب مورد مصوبه هیأت وزیران یا مصوبه مجلس شورای اسلامی را اخذ کنند. نظر به اینکه مصوبه معترض عنه پس از تنظیم قرارداد داورى صادره شده است و مفاد اصل ۱۳۹ قانون اساسی در آن رعایت نشده است خلاف قانون تشخیص داده می‌شود و با استناد به بند یک ماده ۱۹ و ماده ۴۲ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌شود»^۲. با توجه به سوابق و مستندات رأی فوق، نه تنها اخذ مجوزهای اصل ۱۳۹ قانون اساسی در خصوص ارجاع اختلاف‌های ناشی از قرارداد منعقد تحت ماده ۸ قانون مناطق آزاد به داورى لازم دانسته شده، بلکه باید در زمان انعقاد قرارداد واحد شرط

۱. اصل ۸۱ قانون اساسی: «دادن امتیاز تشکیل شرکت‌ها و موسسات در امور تجارتی و صنعتی و کشاورزی و معادن و خدمات به خارجیان مطلقاً ممنوع است.»

۲. رای شماره ه-۶۴۵/۹۰ مورخ ۱۳۹۱/۴/۱۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، قابل دسترسی در پایگاه اطلاع رسانی روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران.

داوری مجوزهای تحت اصل ۱۳۹ اخذ شود. با توجه به نص صریح ماده ۸ قانون مناطق آزاد که توافق طرفین را معتبر می‌داند و همچنین برخی رویه‌های عملی موجود در ارتباط با تفسیر و اعمال اصل ۱۳۹، به نظر نمی‌رسد این رأی از مبنای صحیحی برخوردار باشد.

مناطق ویژه اقتصادی در ایران به وسیله قانون خاصی به نام «قانون تشکیل و اداره مناطق ویژه اقتصادی جمهوری اسلامی ایران» مصوب ۱۳۸۴ اداره می‌شوند. در این قانون، ماده خاصی به حل و فصل اختلافات در مناطق ویژه اقتصادی اختصاص داده نشده است. با این وجود، ماده ۲۱ قانون مذکور مقرر می‌دارد: «فعالیت درون هر منطقه به استثنای مواردی که در این قانون به آن اشاره شده است، تابع سایر قوانین و مقررات جمهوری اسلامی ایران است.» بنابراین برخلاف مناطق آزاد، اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی در مناطق ویژه اقتصادی مشمول قوانین سرزمین اصلی و به صورت جزئی‌تر ماده ۱۹ فیپا و در نتیجه تابع تفسیر مربوط به آن در این مقاله می‌باشد.

سخن پایانی

علی‌الاصول، در مواردی که در معاهدات سرمایه‌گذاری خارجی یا قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی به صورت مستقیم یا غیرمستقیم به اجرای اصل ۱۳۹ اشاره می‌شود، در ارجاع اختلاف‌های ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی به داوری، اصل ۱۳۹ قانون اساسی باید رعایت شود. در غیر این صورت، با توجه به اینکه قوانین خاص (نظیر فیپا و قانون مناطق آزاد) و معاهدات سرمایه‌گذاری از سوی مجلس شورای اسلامی، با علم به وجود اصل ۱۳۹ به تصویب رسیده‌اند، طی تشریفات مزبور، ضروری به نظر نمی‌رسد. در رویه‌های داوری بین‌المللی و از جمله آن دسته از دعاوی که تاکنون ایران در آن مشارکت داشته و در آن‌ها به اصل ۱۳۹ قانون اساسی استناد شده، دیوان‌های داوری غالباً صلاحیت خویش را بر مبنای شرط داوری در قراردادهای سرمایه‌گذاری و معاهدات مربوطه احراز کرده و به ادعای لزوم اخذ رضایت مطابق با اصل ۱۳۹ قانون اساسی توجهی نکرده‌اند.

دیوان‌های داوری معمولاً در رد توسل به شروط موجود در مقررات داخلی همچون اصل ۱۳۹ قانون اساسی برای ارجاع اختلاف به داوری به دلایلی همچون نظم عمومی بین‌المللی، اصل حسن نیت، اصل لزوم وفای به عهد، اصل منع تناقض‌گویی یا قاعده استاپل و نیز اصل لزوم ارائه اطلاعات و رفع ابهام از اختیارات قانونی استناد می‌کنند.

در پایان، تاکید بر این نکته ضروری است که در فضای جدید حاکم بر مناسبات خارجی کشور پس از برجام و اقبال شایان توجه سرمایه‌گذاران خارجی به بازار ایران، بازنگری و اصلاح قوانین و مقررات مربوط به این حوزه اهمیت اساسی دارد. چنانچه در طول این بحث نیز شاهد بوده ایم، ابهام در خصوص اصل ۱۳۹ قانون اساسی و فقدان تفسیر قانونی از این اصل و مشکلات ناشی از آن، یکی از مواردی است که توجه جدی و عاجل می‌طلبد. زیرا علیرغم رویه‌های تفسیری موسع در عمل، همچنان شاهد نظرات و آرای متعارض در این باره هستیم و تداوم این وضعیت می‌تواند باعث سردرگمی و انگیزه‌زدایی از سرمایه‌گذاران خارجی شده و سرمایه‌های آنها را به محیط‌های شفاف‌تر رقیب گسیل دارد.

بررسی حقوقی تعامل ایران با FATF

در پیشگیری از پولشویی

دکتر بهروز جوانمرد *

چکیده

گروه ضربت اقدام مالی (FATF)^۱ از سال ۲۰۰۸ با توسل به موضوع ارتباط نظام مالی و بانکی ایران با برخی دسته جاتی که از نظر این کمیته حامی تروریسم یا خود تروریست خوانده می‌شوند، ایران را در لیست سیاه کشورهایی که خطر بالای پولشویی و تامین مالی تروریسم در نظام بانکی آنها وجود دارد، قرار داد و به بانک‌ها و موسسات مالی دنیا توصیه کرد از انجام معاملات بانکی با ایران خودداری کنند. در وب سایت رسمی این گروه، نام ایران در کنار کشورهایی چون بوسنی و هرزگوین، عراق، لائوس، کره شمالی، سوریه، گویان و یمن به عنوان کشورهای دارای ریسک بالا برای پولشویی و تامین مالی تروریسم قرار گرفته است. این نوشتار به بررسی کیفیت رابطه ایران با این کارگروه در پرتو آرمانهای قانون اساسی می‌پردازد. پرسشی که این نوشتار به دنبال پاسخ دهی به آن است، این است که آیا تن دادن به توصیه های گروه ضربت اقدام مالی، به معنای پشت پا زدن به آرمان های انقلاب اسلامی خواهد بود؟

واژگان کلیدی: گروه ضربت اقدام مالی، پولشویی، تامین مالی تروریسم، واحد اطلاعات مالی.

* وکیل دادگستری و عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی

1. <http://www.fatf-gafi.org/>

بیان مساله

گروه ضربت اقدام مالی (FATF) یک نهاد مستقل بین دولتی است^۱ که در سال ۱۹۸۹ توسط کشورهای گروه هفت^۲ شکل گرفت و هدف از تشکیل آن، توسعه و ترویج سیاست‌هایی برای حفاظت از نظام مالی-اقتصادی جهانی علیه پولشویی و (از سال ۲۰۰۱) تأمین مالی تروریستی و تأمین مالی گسترش سلاح‌های هسته‌ای و سلاح‌های کشتار جمعی است. توصیه‌های FATF به عنوان معیارها و استانداردهای ضد پولشویی^۳ جهانی (AML) و تأمین مالی مبارزه با تروریسم^۴ (CFT) به رسمیت شناخته شده است.^۵

بدین‌سان، گروه ضربت اقدام مالی یک مجموعه سیاست‌گذار است که کارشناسان حقوقی، مالی و امنیتی را گرد هم آورده تا در قوانین و مقررات ملی کشورها اصلاحات لازم پدید آید. در حال حاضر، ۳۳ حوزه قضایی (کشور و سرزمین) و ۲ سازمان منطقه‌ای عضو گروه مذکور می‌باشند.^۶ این ۳۵ عضو، هسته اصلی تلاش‌های جهانی مبارزه با پولشویی و تأمین مالی تروریسم را تشکیل می‌دهند. همچنین ۲۷ سازمان بین‌المللی و منطقه‌ای به عنوان اعضای وابسته و ناظر با گروه ضربت اقدام مالی همکاری دارند؛ این سازمان‌ها حق رأی ندارند، اما در جلسات و گروه‌های کاری به‌طور کامل شرکت می‌کنند.^۷

سه وظیفه اصلی گروه ضربت اقدام مالی در ارتباط با پولشویی به شرح ذیل است:

(۱) نظارت بر پیشرفت اعضا در اجرای تدابیر مقابله با پولشویی؛

1. Independent inter-governmental body

۲. کشورهای گروه هفت عبارتند از کانادا، فرانسه، آلمان، ایتالیا، ژاپن، بریتانیا و ایالات متحده.

3. Anti-money laundering

4. Counter-terrorist financing

۵. گزارش طرح مطالعاتی مبارزه با جرم پولشویی؛ پیشنهادهای گروه اقدام مالی برای مبارزه با پولشویی و تأمین مالی تروریسم.

مرکز پژوهش‌های مجلس، معاونت پژوهشی، دفتر مطالعات اقتصادی، ۱۳۸۲، ص ۵۴

۶. این ۳۳ کشور و سرزمین عبارتند از: آرژانتین، استرالیا، اتریش، بلژیک، برزیل، کانادا، چین، دانمارک، فنلاند، فرانسه،

آلمان، یونان، هنگ-کنگ، چین، ایسلند، ایرلند، ایتالیا، ژاپن، لوگزامبورگ، مکزیک، پادشاهی هلند، زلاندنو، نروژ، پرتغال، جمهوری

کره، فدراسیون روسیه، سنگاپور، آفریقای جنوبی، اسپانیا، سوئد، سوئیس، ترکیه، بریتانیا، و ایالات متحده. دو سازمان منطقه‌ای

کمیسیون اروپا و شورای همکاری خلیج فارس هستند.

۷. جوانمرد، بهروز، آیین دادرسی کیفری در جرایم سازمان یافته فراملی، انتشارات جاودانه، چاپ اول، ۱۳۹۳، ص ۲۱۷

۲) تجدیدنظر و گزارش روندها، تکنیک‌ها و اقدامات متقابل؛

۳) توسعه، اتخاذ و اجرای استانداردهای مبارزه با پولشویی در سطح جهان از طریق ارائه شیوه‌نامه‌ها^۱ و توصیه‌های ویژه^۲.

کشورها برای عضویت در گروه ضربت اقدام مالی، باید دارای شرایط و معیارهای خاصی در مواردی از قبیل: میزان تولید ناخالص ملی کشور، میزان گستردگی بخش بانکی و ارتباط متقابل آن کشور با بازارهای مالی جهانی و کوشش‌ها و اقداماتی که در آن کشور برای مبارزه با پولشویی انجام شده است، باشند.

گروه ضربت اقدام مالی در سال ۱۹۹۰ برای نخستین بار در توصیه‌های چهل‌گانه خود به کشورها، تأسیس یک مرکز ملی جمع‌آوری و مبادله اطلاعات تحت عنوان واحد اطلاعات مالی^۳ را توصیه کرد. آمریکا و بلژیک از جمله کشورهای پیشگام در ایجاد واحد اطلاعات مالی بودند. این گروه از جمله از دولت‌های عضو درخواست کرده ضمن جرم‌نگاری و مجازات پولشویی، ترتیبی اتخاذ نمایند تا بانک‌ها و مؤسسات مالی نسبت به تعیین هویت دقیق مشتریان، حفظ اسناد و مدارک مربوطه و ارائه آنها در صورت درخواست مراجع صلاحیت‌دار و اعلام موارد مشکوک اقدام کنند. از طرفی مقرر کرده که باید پیش‌بینی‌های لازم برای حمایت از مؤسسات مذکور و کارکنان‌شان به عمل آید تا در رابطه با گزارش‌هایی که با حسن نیت ارائه می‌کنند مسئولیت حقوقی نداشته

۱. به عنوان نمونه، نگاه کنید به: راهنمای شیوه ریسک محور برای مبارزه با پولشویی و تأمین مالی تروریسم، ۲۰۰۷. برای مطالعه بیشتر، نگاه کنید به:

FATF, 2007, Guidance on the Risk-Based Approach to Combating Money Laundering and Terrorist Financing, Paris

۲. به عنوان نمونه می‌توان به یادداشت تفسیری گروه اقدام مالی در خصوص توصیه ویژه شماره ۷: انتقال الکترونیکی، انتشار یافته در تاریخ ۲۹ فوریه ۲۰۰۸، برای مطالعه بیشتر نگاه کنید به:

<http://www.mefa.ir/portal/File/ShowFile.aspx?ID=1b9afa03-b1f3-464e-97d0-7f3e40b8be2c>

3. Financial intelligence unit

۴. در توصیه شماره ۱۷ این گروه آمده که «کشورها باید اقدامات لازم را به عمل آورند تا مؤسسات مالی آنها، شامل مؤسسات پرداخت پول، درباره منشأ پول کلیه اطلاعات صحیح و قابل درک شامل اسم، نشانی، شماره حساب را در جریان نقل و انتقال منابع پولی و نیز پیامهایی که درباره آنها مبادله می‌شود بگنجانند و این اطلاعات باید در تمام زنجیره پرداخت همراه حواله یا پیامها باقی بماند. همچنین کشورها باید اقدامات لازم را به عمل آورند تا مطمئن شوند که مؤسسات مالی آنها، شامل مؤسسات پرداخت، نسبت به فعالیت مشکوک منابع حواله پولی که شامل اطلاعات درباره منشأ آن نیست، نظام امنیتی و نظارتی پیشرفته‌ای اعمال می‌کنند.»

باشند. گروه مذکور همچنین تقویت همکاری‌های بین‌المللی برای مبارزه با پدیده پولشویی را نیز توصیه کرده است.^۱ توصیه‌نامه شماره ۱۶ این گروه مقرر می‌دارد که «مؤسسات مالی‌ای که گمان می‌کنند وجوه وارد شده به حساب بانکی از یک فعالیت مجرمانه ناشی می‌شوند باید مجاز یا مکلف به اعلام سریع سوءظن خود به مقام‌های صالح باشند.»^۲ بنابراین، نهادهای مالی، باید بتوانند قید مجرمانه بودن اسرار بانکی را نادیده انگارند، بدون اینکه مسئولیتی در این خصوص داشته باشند. این امر، حتی زمانی که این نهادها ماهیت عمل مجرمانه مورد نظر را دقیقاً نمی‌دانسته‌اند یا فعالیت غیرقانونی مظنون واقعاً وجود نداشته است نیز باید صادق باشد. در مواد ۱۳ و ۱۴ قانون مبارزه با تأمین مالی تروریسم مصوب ۱۳۹۴ تکالیفی برای کنشگران عملیات مالی دیده می‌شود. به موجب این دو ماده تمامی اشخاص و نهادها و دستگاه‌های مشمول قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۸۶/۱۱/۲ موظفند به منظور پیشگیری از تأمین مالی تروریسم اقدامات زیر را انجام دهند:

الف: شناسایی مراجعان هنگام ارائه تمام خدمات و انجام عملیات پولی و مالی از قبیل انجام هرگونه دریافت و پرداخت، حواله وجه، صدور و پرداخت چک، ارائه تسهیلات، صدور انواع کارت دریافت و پرداخت، صدور ضمانتنامه، خرید و فروش ارز و اوراق گواهی سپرده، اوراق مشارکت، قبول ضمانت و تعهد ضامنان به هر شکل از قبیل امضای سفته، برات و اعتبارات اسنادی و خرید و فروش سهام

ب: نگهداری مدارک مربوط به سوابق معاملات و عملیات مالی اعم از فعال و غیرفعال و نیز مدارک مربوط به سوابق شناسایی مراجعان، حداقل به مدت پنج‌سال بعد از پایان عملیات

کلیه اشخاص مشمول قانون مبارزه با پولشویی موظفند گزارش عملیات مشکوک به تأمین مالی تروریسم را به شورای عالی مبارزه با پولشویی موضوع ماده (۴) قانون مذکور ارسال کنند. اشخاصی که در راستای اجرای این ماده مبادرت به ارسال گزارش

۱. خمایی‌زاده، فرهاد؛ مبارزه با پولشویی در بانکها و موسسات مالی با نگاهی به قانون ضد تروریسم آمریکا، مجله حقوقی

بین‌المللی، شماره ۲۹، ۱۳۸۲، ص ۱۱

۲. شایان ذکر است که کنوانسیون وین ۱۹۸۸ شالوده‌های اولیه را در این زمینه، با محدود کردن موضوع خود به جرم قاچاق مواد مخدر، به وجود آورد.

به مراجع ذیربط می‌کنند، مشمول مجازات‌های مربوط به افشای اسرار اشخاص نمی‌باشند.» در ماده ۵ آیین نامه اجرایی قانون مبارزه با پولشویی نیز آمده که «چنانچه ارباب رجوع مدارک شناسایی مذکور در مواد فوق را ارائه ننماید و یا ظن به انجام فعالیت‌های پولشویی یا سایر جرایم مرتبط وجود داشته باشد، اشخاص مشمول باید از ارائه خدمت به وی خودداری و مراتب را به واحد اطلاعات مالی گزارش نمایند.» همچنین به موجب ماده ۲۴ این مقرر «به منظور تسریع در دسترسی به اطلاعات لازم، در صورت درخواست واحد اطلاعات مالی از اشخاص مشمول، یکی از اعضای کارگروه مبارزه با پولشویی شخص مشمول، با اختیار دسترسی به تمام اطلاعات شخص مشمول، در واحد اطلاعات مالی مستقر خواهد شد تا نیازهای اولیه واحد اطلاعات مالی را تأمین نماید. فرد یاد شده به هیچ عنوان به اطلاعات واحد اطلاعات مالی دسترسی نخواهد داشت.» کارکنان تحت امر اشخاص مشمول موظفند تمامی معاملات بیش از سقف مقرر را که ارباب رجوع وجه آن را به صورت نقدی پرداخت می‌نماید، ثبت و همراه با توضیحات ارباب رجوع به واحدهای مسئول مبارزه با پولشویی در هر دستگاه و در صورت عدم وجود این واحد، به بالاترین مقام شخص مشمول اطلاع دهند. واحدهای مسئول مبارزه با پولشویی در هر دستگاه و یا بالاترین مقام شخص مشمول (در صورت عدم وجود واحد) موظفند خلاصه فرم‌های مذکور را در پایان هر هفته به نحوی که واحد اطلاعات مالی مشخص می‌سازد ارسال و اصل آن را به نحو کاملاً حفاظت شده، نگهداری نمایند (ماده ۲۶).

گزارش معاملات مشکوک و نیز سایر گزارش‌هایی که اشخاص مشمول موظف به ارسال آن هستند، بیانگر هیچ گونه اتهامی به افراد نبوده و اعلام آن به واحد اطلاعات مالی افشای اسرار شخصی محسوب نمی‌گردد و در نتیجه هیچ اتهامی از این بابت متوجه گزارش‌دهندگان مجری این آیین‌نامه نخواهد بود (ماده ۲۷). تمامی اشخاص مشمول موظفند اطلاعات مورد درخواست واحد اطلاعات مالی در موضوع مبارزه با پولشویی را به نحوی که آن واحد تعیین کند جهت انجام وظایف محول شده تأمین نمایند (ماده ۴۷).

با توجه به اینکه آیین نامه مقرر داشته تمامی پست‌های دبیرخانه، واحد اطلاعات

مالی و واحدهای زیرمجموعه، مشاغل حساس محسوب می‌شود لذا انتخاب و انتصاب کارکنان این واحدها باید فرآیندی مجزا و شفاف برای عامه مردم داشته باشد تا اولاً فرآیند انتخاب این کارمندان برای همگان مشخص باشد و ثانیاً علت انتخاب و توجیه شایستگی آنها برای این پست‌های حساس به نحوی شفاف و منطقی برای همگان تشریح شود. کما اینکه در وب سایت گروه ضربت اقدام مالی افراد شاغل در پست های حساس نظیر ریاست و معاونان و دبیرخانه، رزومه کامل و چرایی و فرآیند انتخاب آنها در دسترس عموم قرار داده شده است.

به دنبال وقوع حادثه یازده سپتامبر در سال ۲۰۰۱، گروه ضربت اقدام مالی، توصیه‌های خود را در خصوص مبارزه با تأمین مالی تروریسم و گسترش سلاح‌های هسته‌ای ارائه داد. یکی از اساسی‌ترین اهداف گروه فوق، اجرای کلیه توصیه‌های مذکور در تمام کشورها است. درواقع توصیه‌های FATF به عنوان استانداردهای بین‌المللی و شاخص‌هایی برای ارزیابی و مؤثربودن برنامه ضد پولشویی، مبارزه با تأمین مالی تروریسم و گسترش سلاح‌های هسته‌ای کشورها شناخته شده است؛ به‌طوری که این گروه هر سال برای بررسی برنامه‌های مبارزاتی کشورهای مختلف در زمینه‌های مذکور، اقدام به تطبیق این برنامه‌ها با توصیه‌های منتشره توسط خود می‌کند.

از اقدامات اخیر این گروه می‌توان به انتشار دو کتاب «توصیه‌های سال ۲۰۱۲ گروه ضربت اقدام مالی؛ استانداردهای بین‌المللی در مبارزه با پولشویی و تأمین مالی تروریسم و گسترش سلاح‌های هسته‌ای»^۱ و «روش‌شناسی جهت ارزیابی انطباق فنی با توصیه‌های FATF و اثربخشی سیستم AML / CFT» در فوریه ۲۰۱۳ اشاره کرد.^۲ در توصیه شماره ۳ این کتاب راهنما به کشورهای عضو «کنوانسیون پالمو» توصیه

1. International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of T Terrorism & Proliferation; the FATF Recommendations, 2012, see:

http://www.eurasiangroup.org/FATF_docs_eng_1.php

2. Methodology for Assessing Technical Compliance With the Fatfrecommendations and the Effectiveness of AML/CFT System, February 2013, See:

[http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/methodology/FATF %20Methodology%2022%20Feb%202013.pdf](http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/methodology/FATF%20Methodology%2022%20Feb%202013.pdf)

شده که در مبارزه با پولشویی عواید حاصل از جرایم منشأ^۱ باید به گونه‌ای اقدام کنند که طیف وسیعی از جرایم سازمان‌یافته را در زمره جرم منشأ محسوب نمایند. در این راستا گروه ضربت اقدام مالی، کشورها را ملزم به تبیین یک جرم مجزا و مستقل تحت عنوان «مشارکت در یک گروه مجرمانه سازمان‌یافته و یا شیادانه و توطئه‌آمیز»^۲ نمی‌داند، بلکه همین میزان که دو یا چند معیار مد نظر کنوانسیون پالرمو نظیر جرایم مبتنی بر توطئه و تبانی^۳ را برگزینند یا جرم‌انگاری به نحو احصاء مطابق با کنوانسیون مذکور انجام دهند، کفایت می‌نماید. جمهوری اسلامی ایران در همین راستا دو قانون مهم در سپهر سیاست جنایی تقنینی ایران به تصویب رسانده است؛ نخست، قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۸۶ و آیین نامه اجرایی آن مصوب ۱۳۸۸ و دوم، قانون مبارزه با تامین مالی تروریسم مصوب ۱۳۹۴. در هر دو قانون مذکور، مقنن تلاش کرده تا حد امکان توصیه‌های گروه ضربت اقدام مالی را اجابت نماید. با وجود این، نام ایران همچنان در لیست کشورهای دارای ریسک بالا از نظر پولشویی و تامین مالی تروریسم در وب سایت رسمی این گروه مشاهده می‌شود.

بحث

بعد از توافق ایران با گروه پنج به علاوه یک موسوم به «برجام»، این کارگروه نیز در قبال تعهداتی که ایران در برجام پذیرفته است، به مدت ۱۲ ماه محدودیت‌های مالی خود را به حالت تعلیق درآورد؛ با این شرط که بانک‌های ایران به فهرست منتشره از سوی این کارگروه برای عدم ارتباط مالی با آنها متعهد باشند تا موانع ورود ایران به دروازه تجارت جهانی برداشته شود.

برخی معتقدند توافق انجام گرفته با FATF یعنی دست کشیدن جمهوری اسلامی ایران از حمایت از گروه‌های مقاومت اسلامی که خلاف آرمان‌های مقرر در مقدمه قانون اساسی است که مقرر شده «قانون اساسی با توجه به محتوای اسلامی انقلاب ایران که حرکتی برای پیروزی تمامی مستضعفین بر مستکبرین بود زمینه تداوم

1. Predicate offences

2. Participation in an organised criminal group and/or racketeering

3. Offence based on conspiracy

این انقلاب را در داخل و خارج کشور فراهم می‌کند؛ به ویژه در گسترش روابط بین‌المللی، با دیگر جنبش‌های اسلامی و مردمی می‌کوشد تا راه تشکیل امت واحد جهانی را هموار کند.» همچنین بند ۱۵ از اصل سوم این قانون، یکی از وظایف دولت را تنظیم سیاست خارجی کشور بر اساس معیارهای اسلام، تعهد برادرانه نسبت به همه مسلمانان و حمایت بی‌دریغ از مستضعفان جهان اعلام داشته است. «افزون بر این، در اصل ۱۵۴ آمده است: «جمهوری اسلامی ایران سعادت انسان در کل جامعه بشری را آرمان خود می‌داند و استقلال و آزادی و حکومت حق و عدل را حق‌همه مردم جهان می‌شناسد. بنابراین در عین خودداری کامل از هر گونه دخالت در امور داخلی ملت‌های دیگر، از مبارزه حق‌طلبانه مستضعفین در برابر مستکبرین در هر نقطه از جهان حمایت می‌کند.»

نتیجه‌گیری

در پاسخ به پرسش اصلی این نوشتار باید گفت شرایط کشور به گونه‌ای است که برای حل بعضی از مشکلات داخلی خود باید با قدرتهای سیاسی دنیا یا به عبارتی دول پیروز جنگ جهانی دوم، تعامل داشته باشیم. هرچند بسیاری از مشکلات داخلی عمدتاً مسائل اقتصادی است، اما واقعیت این است که امروزه اقتصاد جهانی با روابط سیاسی گره خورده است و چون منطق حاکم بر روابط سیاسی به نحوی نیست که رویدادها قابل پیش‌بینی باشند و هر لحظه امکان قطع یا برقراری مجدد رابطه با کشورهای دنیا به دلایل مختلف سیاسی وجود دارد، از این رو باید به گونه‌ای عمل کرد که در آسمان سیاسی کشور به لحاظ راهبردی ضمن حمایت از مستضعفین جهان و صیانت از حریم خصوصی شهروندان ایران - که به عنوان اصول بنیادین جمهوری اسلامی ایران است - امیدوار بود که شگردهای متخذه در تعامل با کشورهای غربی که لزوماً با آرمان‌های انقلاب اسلامی همسو نیستند، روند سیاست‌گذاری‌های کلان را بر هم نزنند. اینکه این مهم را چگونه عملیاتی کنیم، سازوکارها و تدابیر گوناگونی را طلب می‌کند که یکی از ابزارهای آن، شفافیت حداکثری در امور اداری و اقتصادی است. صرف نظر از تصویب مقررات متجددانه نظیر قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۸۶ و

قانون مبارزه با تامین مالی تروریسم مصوب ۱۳۹۴ که تلاش تصمیم گیران سیاست جنایی را برای همگرایی و همنوایی با جامعه جهانی نشان می دهد، بایستی بنیان های اقتصاد کشور نیز تغییر اساسی داشته باشد و دولت به معنای واقعی کلمه از حضور و مداخله در فعالیت های اقتصادی کنار کشیده و فقط به عنوان عضو ناظر، سلامت اقتصاد کشور را رصد نماید. در این میان، شفافیت در اعلام مناقصه های طرح های بزرگ عمرانی کشور و برندگان آن از نظر زدودن شبهه وابستگی مدیران شرکت های به اصطلاح خصوصی با مدیران رده بالا و میانی حاکمیت، نقش موثری در حذف نام ایران از فهرست کشورهای دارای ریسک بالا برای پولشویی و تامین مالی تروریسم خواهد داشت.

فهرست منابع:

- ۱- جوانمرد، بهروز، آیین دادرسی کیفری در جرایم سازمان یافته فراملی، انتشارات جاودانه، چاپ اول، ۱۳۹۳
- ۲- خمامی زاده، فرهاد؛ مبارزه با پولشویی در بانکها و موسسات مالی با نگاهی به قانون ضد تروریسم آمریکا، مجله حقوقی بین المللی، شماره ۲۹، ۱۳۸۲
- ۳- گزارش طرح مطالعاتی مبارزه با جرم پولشویی؛ پیشنهاد های گروه اقدام مالی برای مبارزه با پولشویی و تأمین مالی تروریسم، مرکز پژوهش های مجلس، معاونت پژوهشی، دفتر مطالعات اقتصادی، ۱۳۸۲

مسئولیت مدنی وکیل دادگستری در یک موضوع

از دست دادن شانس در رویه دیوان عالی کشور فرانسه

اسماعیل شایگان *

مقدمه

از دست دادن شانس و امکان یا عدم امکان جبران خسارت ناشی از آن، یکی از مباحث مهم حقوق مسئولیت مدنی است که بین نویسندگان حقوقی درباره تحقق ارکان مسئولیت مدنی و شیوه جبران خسارت آن اتفاق نظر وجود ندارد. با این همه، تحولات اجتماعی و اقتصادی، اغلب صاحب نظران و نیز مراجع قضایی بسیاری از کشورها را به سوی پذیرش شانس به عنوان یک ارزش حقوقی هدایت کرده است. دیوان عالی کشور فرانسه در رأیی که اخیراً صادر کرده است، سهل انگاری وکیل در ارائه درخواست رسیدگی به دعوای موکل در دادگاه تجدیدنظر را از دست دادن شانس برنده شدن موکل در دادرسی تلقی و خسارت ناشی از آن را قابل جبران دانسته است. در این نوشتار با بررسی اجمالی پیشینه مسئولیت مدنی از دست دادن فرصت در رویه دیوان عالی کشور فرانسه، به شرح پرونده مورد بحث پرداخته و برگردان فارسی رأی صادر شده از سوی دیوان عالی کشور در این زمینه، در ادامه می آید.

* وکیل دادگستری و دانشجوی دوره دکترای حقوق خصوصی دانشگاه پاریس ۲

۱. تحولات مربوط به از دست دادن شانس در رویه دیوان عالی کشور فرانسه

دیوان عالی کشور فرانسه در آرای متعددی که صادر کرده، درباره مسئولیت مدنی مربوط به از دست دادن شانس و خسارت ناشی از آن اظهار نظر کرده است. این مرجع قضایی به منظور اجتناب از نظریه سنتی قابلیت جبران خسارت مسلم و غیر قابل جبران بودن خسارات احتمالی، مفهوم از دست دادن شانس یا فرصت را وارد حقوق موضوعه کرده است. دیوان عالی کشور فرانسه، از دست دادن شانس را به از دست رفتن مسلم یک رویداد مطلوب تعریف کرده و خسارت زیان دیده را نیز بر اساس منفعتی که در صورت از دست رفتن شانس برای زیان دیده به دست می آمد، قابل جبران اعلام کرده است.^۱ مطالعه تحولات رویه قضایی فرانسه در این باره نشان می دهد که دیوان عالی کشور فرانسه، بی آنکه منتظر اقدام قانونگذار بماند، با در دست گرفتن ابتکار عمل، مهمترین نقش را در شناسایی حقوقی و تحول مفهوم «از دست دادن فرصت» در حقوق مسئولیت مدنی ایفا کرده است.

دیوان عالی کشور فرانسه برای نخستین بار در سال ۱۸۸۹ مسئولیت مدنی از دست دادن فرصت را پذیرفته است. به موجب رأی دیوان، مامور ابلاغ و اجرای دادگستری به دلیل عدم اقدام به موقع در تبادل درخواست و مدارک اعتراض به رأی و در نتیجه انقضای مهلت اعتراض، شانس پیروزی یکی از طرفین دعوا را از بین برده و به همین جهت، به پرداخت خسارت محکوم شده است.^۲

از نظر دیوان، از دست دادن شانس، زمانی مصداق دارد که وقوع یک فعل زیانبار جریان عادی یک امر را مختل و از تحقق آن جلوگیری نماید و یا منجر به وقوع رویدادی شود که زیان دیده از آن اجتناب می کرده است.^۳ عالی ترین مرجع قضایی دادگستری

۱. برای نمونه نگاه کنید به:

Cass. 1re Civ., 21 novembre 2006, pourvoi n° 05-15.674, Bull. 2006, I, n° 498 ; 4 juin 2007, pourvoi n° 05-20.213, Bull. 2007, I, n° 217 ; 8 mars 2012, pourvoi n° 11-14.234, Bull. 2012, I, n° 47.

2. Req., 17 juillet 1889, S. 1891, 1, 399.

۳. خانم وینه، استاد برجسته حقوق مدنی فرانسه، نیز هر دو فرض جلوگیری از تحقق رویداد مورد انتظار و تحقق رویدادی که از وقوع آن اجتناب می شده است را از دست دادن شانس و موجب مسئولیت دانسته اند:

G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, sous la direction de J. Ghestin, LGDJ, 4e éd., 2013, n° 278.

فرانسه به منظور از بین بردن تردیدها درباره فقدان برخی از ارکان مسئولیت به ویژه رابطه سببیت بین خسارت مربوط به از دست دادن شانس و فعل عامل زیان، چنین اظهار نظر کرده است که صرف از دست دادن شانس و امکان تحقق یک رویداد مطلوب، برای مطالبه خسارت ناشی از آن که به خودی خود مستقیم و مسلم است، کفایت می‌نماید.^۱ این عقیده دیوان عالی کشور فرانسه، در واقع تایید نظر پاره‌ای از حقوقدانان است که به موجب آن، شانس به خودی خود «ارزش» حقوقی محسوب و خسارت ناشی از از دست دادن آن، با وجود سایر شرایط، قابل جبران می‌باشد.^۲

مطالعه آرای دیوان عالی کشور فرانسه نشان می‌دهد که این مرجع قضایی در زمینه مسئولیت مدنی مربوط به از دست دادن شانس، از یک طرف به احتمالی بودن تحقق رویداد مورد نظر و از طرف دیگر، بر قطعی، واقعی و جدی بودن شانس احتمالی تاکید کرده است.^۳ در عین حال، خسارتی قابل جبران است که ناشی از «از دست دادن یک شانس معقول»^۴ باشد.^۵

در همین راستا، دیوان عالی کشور فرانسه در آرای خود، خسارت مربوط به از دست دادن شانس انعقاد قرارداد، از دست دادن فرصت پیروزی در مسابقه اسب سواری به دلیل تقصیر متصدی حمل و نقل در رساندن به موقع اسب و نیز از دست دادن شانس قبولی در کنکور به دلیل وقوع تصادف را قابل جبران دانسته است.^۶ افزون بر این، شعبه اول دیوان عالی کشور در رأیی که در تاریخ ۱۶ ژانویه ۲۰۱۳ صادر کرده است،^۷ خسارت مربوط به از دست

1. . Crim., 6 juin 1990, Bull. crim. n° 224.

2. Mireille, Bacache-Gibeili, Traité de droit civil, Tome 5, Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle, 3e édition, 2016, Economica, p. 435 et suivant.

۳. برای نمونه به آراء زیر نگاه کنید:

Cass. 2e Civ., 23 juin 1993, pourvoi no 91-20.728, Bull. 1993, II, no 233 ;

Cass. 1re Civ., 9 décembre 2010, pourvoi no 09-16.531, Bull. 2010, I, no 254.

همچنین:

A. Bénabent, Droit des obligations, LGDJ, 14e éd., 2014, n° 679.

4. La perte d'une chance raisonnable.

5. Cass. 1re Civ., 30 avril 2014, pourvois n° 13-16.380 et n° 12-22.567, Bull. 2014, I, n° 76 et 78.

6. . Mireille, Bacache-Gibeili, Traité de droit civil, op.cit., p. 437.

7. . N° 12-14.439, D. 2013. 243, obs.I. Gallmeister.

دادن شانس پیروزی موکل در دادرسی را به دلیل عدم تجدیدنظرخواهی از رأی نخستین، قابل جبران دانسته است: «از دست دادن قطعی شانس، هر چند شانس ناچیز، قابل جبران است». در مقابل، همین شعبه در دو رأیی که در تاریخ ۳۰ آوریل ۲۰۱۴ صادر کرده، با این استدلال که چون از دست دادن یک شانس «معقول» از سوی فرجامخواه اثبات نشده است، ضمن تایید رأی دادگاه تجدیدنظر، درخواست فرجامی را رد کرده است.^۱

شعب مدنی دیوان عالی کشور فرانسه در آرای متعددی که صادر کرده، درباره چگونگی محاسبه خسارت مربوط به از دست دادن شانس به صراحت اظهارنظر کرده‌اند. از نظر این مرجع قضایی، خسارت مربوط به از دست دادن شانس باید بر اساس شانس یا فرصت از دست رفته محاسبه شود و میزان آن نمی‌تواند عیناً معادل منفعتی باشد که در صورت تحقق شانس به دست می‌آمد.^۲

افزون بر دیوان عالی کشور، شورای دولتی فرانسه نیز در یکی از آرای خود، سهل‌انگاری وکیل در ارائه برخی از مدارک موکل به مرجع رسیدگی کننده را تقصیر دانسته و به دلیل از دست دادن شانس برنده شدن موکل در دادرسی، وکیل را به جبران خسارت محکوم کرده است.^۳

دیوان عالی کشور فرانسه در رأیی که اخیراً صادر کرده است، مجدداً بر قابل جبران بودن خسارت مربوط به از دست دادن شانس تاکید نموده است. به منظور مطالعه این رای دیوان عالی کشور، ابتدا به صورت اجمالی به شرح پرونده منتهی به رای پیش گفته پرداخته می‌شود و سپس، ترجمه رای صادر شده از نظر خواهد گذشت.

1. Cass. 1re civ., 30 avr. 2014, n° 12-22.567, FS P+B+I : JurisData, n° 2014-008546; Cass. 1re civ., 30 avr. 2014, n° 13-16.380, F P+B+I : JurisData, n° 2014-008545

2. Cass. 1re Civ., 16 juillet 1998, pourvoi n° 96-15.380, Bull. 1998, I, n° 260 ; Cass. Com., 3 mai 2012, pourvoi n° 11-16.979 ; Cass. 1re Civ., 26 septembre 2012, pourvoi n° 11-19. 464 ; Cass. 1re Civ., 27 février 2013, pourvoi n° 12-15.483 ; Cass. 1re Civ., 11 décembre 2013, pourvoi n° 12-23.068 ; Cass. 2e Civ., 11 septembre 2014, pourvoi n° 13-10.414

3. Conseil d'Etat, 5 juillet 2006, JCP, 2006, Actu. 350

۳. شرح پرونده

رای مورخ ۱۲ اکتبر سال ۲۰۱۶ شعبه اول مدنی دیوان عالی کشور فرانسه که ترجمه آن در ادامه می آید، ناظر به دعوای بین بانک و وام گیرنده است. بر اساس رأی و محتویات پرونده مرحله تجدیدنظر،^۱ بانک اعطا کننده وام که در متن رای از آن با عنوان صندوق مالی نیز نام برده شده است، دعوایی با عنوان بازپرداخت وام علیه ورثه وام گیرنده طرح می نماید. خواننده دعوی در دفاع بیان داشته که بانک به تکلیف خود در مقابل وام گیرنده مبنی بر ارائه مشاوره درباره جوانب مختلف وام دریافت شده عمل نکرده و به همین جهت خواستار محکومیت بانک به پرداخت خسارت شده است. دادگاه تجدیدنظر خواسته هر دو طرف دعوی را وارد دانسته و از یک طرف، خواننده را به بازپرداخت وام دریافتی و از طرف دیگر، خواهان (بانک) را به پرداخت خسارتی معادل اصل وام محکوم می نماید. بانک نسبت به رأی دادگاه تجدیدنظر فرجام خواهی می کند و دیوان عالی کشور فرانسه ضمن وارد دانستن درخواست فرجامی، رأی دادگاه تجدیدنظر را نقض و جهت رسیدگی مجدد به شعبه هم عرض ارجاع می کند. دادگاه هم عرض نیز ضمن تایید رأی پیشین دادگاه تجدیدنظر مبنی بر مسئولیت بانک به دلیل عدم انجام تکلیف خود در ارائه مشاوره، بانک را به پرداخت خسارتی معادل نیمی از اصل وام محکوم می نماید. بانک مجدداً نسبت به رأی صادر شده فرجام خواهی می کند و دیوان عالی کشور این بار نیز رأی دادگاه تجدیدنظر را نقض و جهت رسیدگی به مرجع تجدیدنظر ارجاع می نماید. پس از نقض رای در دیوان عالی کشور، وکیل وام گیرنده در مهلت قانونی نسبت به ارائه درخواست لازم برای رسیدگی به

1. Cour d'appel d'Aix en Provence, Première chambre B, 4 juin 2015, n° 14/10341

۲. بر خلاف حقوق ایران، در حقوق فرانسه، پس از نقض رای در دیوان عالی کشور، رسیدگی شعبه هم عرض نیازمند تقدیم مجدد درخواست رسیدگی از سوی اصحاب دعوا است. درخواست مزبور با رعایت نکاتی که برای تقدیم دادخواست به این مرجع قضایی ضروری است، به همراه یک نسخه از رای دیوان عالی کشور به شعبه مزبور ارائه می شود. این درخواست باید ظرف مهلت ۴ ماه از تاریخ ابلاغ رای نقض دیوان عالی کشور به مرجع تجدیدنظر تقدیم شود و الادعای مربوط رد خواهد شد. با رد شدن دعوا در دادگاه تجدیدنظر به شرح پیش گفته، رای صادر شده از مرجع قضایی نخستین قطعی و لازم الاجرا می شود (مواد ۱۰۳۲ تا ۱۰۳۷ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه). به منظور مطالعه بیش تر درباره آیین رسیدگی پس از نقض رای در دیوان عالی کشور فرانسه نگاه کنید به: Jacques Héron, Thierry Le Bars, Droit judiciaire privé, 6e édition, L.G.D.J, 2015, p. 713 et suivant

خواسته‌ی موکلش توسط شعبه هم عرض اقدام نمی‌کند.^۲ بدین ترتیب، رأی پیشین دادگاه تجدیدنظر مبنی بر محکومیت بانک به پرداخت خسارت که توسط دیوان عالی کشور نقض شده بود، فاقد اعتبار شده و با قطعی شدن رأی مرجع نخستین مبنی بر ردّ درخواست وام گیرنده، شانس احتمالی وی در پیروزی در دعوی و دریافت خسارت، به دلیل عدم رسیدگی سومین شعبه هم عرض، از بین می‌رود.

به همین دلیل، وام‌گیرنده این بار دعوایی را با عنوان مسئولیت مدنی علیه وکیل خود به دلیل ارتکاب تقصیر در دعوای پیش گفته، اقامه می‌کند. دادگاه تجدیدنظر با وارد دانستن دعوای خواهان، وکیل نامبرده را به پرداخت خسارت ناشی از «از دست دادن شانس» به مبلغ ده هزار یورو محکوم می‌نماید. دادگاه تجدیدنظر در رأی صادره از جمله چنین اظهار کرده است: «با توجه به وجود احتمال قضایی، وکیل شانس موکل خود، هر چند شانس اندک، را در رد شدن ادعاهای وام‌دهنده از بین برده است.» هر دو طرف دعوی نسبت به رای دادگاه تجدیدنظر فرجام خواهی می‌کنند. دادبرده (موکل) در درخواست فرجامی خود اعلام داشته که دادگاه تجدیدنظر نسبت به همه ادعاهای طرح شده درباره میزان شانس موفقیت وی در دعوای طرح شده علیه بانک، در فرض رسیدگی توسط شعبه سوم هم عرض، رسیدگی نکرده و محکوم به موضوع حکم دادگاه تجدیدنظر متناسب با خسارت وارده نمی‌باشد. در مقابل، دادباخته (وکیل) در درخواست فرجامی خود چنین استدلال کرده است که موکل وی، در فرض رسیدگی توسط شعبه سوم هم عرض، هیچ گونه شانس موفقیت جدی در دعوای طرح شده علیه بانک نداشته است و بدین ترتیب، نقض حکم صادر شده را درخواست می‌نماید. شعبه اول دیوان عالی کشور فرانسه که نسبت به درخواست فرجامخواهی هر دو طرف دعوی در یک رأی اظهارنظر کرده است -چنانکه خواهیم دید- از یک طرف، با این استدلال که بررسی و ارزیابی اهمیت و میزان خسارت مربوط به از دست دادن شانس جزو اختیارات انحصاری قضات ماهوی است، درخواست فرجامی زیان دیده (موکل) را رد می‌کند. از طرف دیگر، با ردّ درخواست فرجامی وکیل، رای دادگاه تجدیدنظر را تایید نموده است: هر چند آرای دادگاه تجدیدنظر مبنی بر محکومیت بانک (در دعوای بین بانک

و وام گیرنده) از سوی دیوان عالی کشور نقض شده است، با این همه «احتمال قضایی»^۱ که در فرض رسیدگی سومین شعبه هم عرض وجود داشته، می توانست این شعبه را به صدور رأی به نفع وام گیرنده هدایت نماید. به بیان روشن تر، از نظر شعبه اول دیوان، سهل انگاری وکیل در ارائه درخواست به شعبه هم عرض جهت رسیدگی، شانس موکل وی را در برنده شدن در دادرسی از بین برده و این شانس، هر چند اندک، به دلیل وجود «احتمال قضایی» که طبیعت رسیدگی های قضایی است، ضرورت جبران خسارت موکل را ایجاب می نماید. رأی مزبور از آن جهت حایز اهمیت است که دیوان عالی کشور فرانسه، قاعده جبران خسارت مربوط به از دست دادن شانس را به صراحت بیان کرده است: «هر گونه از دست دادن شانس، حق جبران خسارت را به همراه دارد». اشاره دیوان عالی کشور به «هر گونه» شانس بدین معناست که صرف وجود شانس - هر چند ناچیز - در صورت معقول و منطقی بودن آن،^۲ برای مطالبه خسارت کافی است؛ هر چند بررسی میزان تحقق شانس و خسارت متناسب با آن در زمره اختیارات قضات رسیدگی کننده به ماهیت دعوی بوده و از کنترل دیوان عالی کشور خارج است. رأی شعبه نخست دیوان عالی کشور فرانسه مورخ ۱۲ اکتبر ۲۰۱۶، از یک طرف، رویه دیوان عالی کشور فرانسه درباره مسئولیت مدنی وکیل در برابر موکل را اعلام می دارد و از طرف دیگر، مسئولیت مدنی مربوط به از دست دادن شانس را که یکی از مفاهیم مهم حقوق مسئولیت مدنی است، تبیین می نماید. ارزش حقوقی و کاربردی هر دو موضوع پیش گفته بر کسی پوشیده نیست. به همین جهت ترجمه رأی مزبور می تواند نه تنها از نظر آموزشی و پژوهشی مفید باشد، که مورد توجه رویه قضایی نیز قرار گیرد.

۴. رأی دیوان عالی کشور فرانسه

۴-۱. مشخصات رأی:

شماره و تاریخ دادنامه: ۱۱۰۴ مورخ ۱۲ اکتبر ۲۰۱۶

مرجع صادر کننده رأی: شعبه اول مدنی دیوان عالی کشور فرانسه

1. Aléa judiciaire

2. Julie. Traullé, La réparation de la perte de chance, entre clarification et interrogations persistantes, Recueil Dalloz, 2017, p. 46

پرونده‌های موضوع فرجام خواهی:

۱. پرونده شماره ۲۳،۲۳۰-۱۵؛ فرجام خواه: خانم میری ایکس، فرجام خوانده: آقای

پاتریک وای

۲. پرونده شماره ۲۶،۱۴۷-۱۵؛ فرجام خواه: آقای پاتریک وای، فرجام خوانده: خانم

میری ایکس

(Arrêt n° 1104 du 12 octobre 2016 (15-23.230 ; 15-26.147

Cour de cassation - Première chambre civile

Pourvoi : n° 15-23.230

Demandeur(s) : Mme Mireille X

Défendeur(s) : M. Patrick Y

Pourvoi : n° 15-26.147

Demandeur(s) : M. Patrick Y

Défendeur(s) : Mme Mireille X

۴-۲. برگردان رای دیوان عالی کشور فرانسه^۱

«مطابق رأی موضوع فرجام خواهی (رای دادگاه تجدیدنظر ایکس آن پرووانس، ۴ ژوئن ۲۰۱۵)، آقای م. ژ به خانم ر. ه (وکیل دادگستری) وکالت داده تا در دعوایی که صندوق مالی منطقه ای اعتبارات کشاورزی (سود رن آلپ) به عنوان وام دهنده علیه مشارالیه اقامه کرده است، از حقوق وی دفاع نماید. سپس، آقای م. ژ با اقامه دعوای مسئولیت مدنی علیه وکیل خود، با این استدلال که وکیل مزبور پس از نقض رأی در دیوان عالی کشور از ارائه درخواست به دادگاه تجدیدنظر هم عرض در مهلت قانونی خودداری نموده است، خسارت ناشی از تقصیر شغلی وی را مطالبه می نماید. در رابطه با جهت نقض استنادی در پرونده فرجامی شماره ف ۱۵-۲۶،۱۴۷ [فرجام خواهی آقای م. ژ]

۱. به نقل از : Recueil Dalloz, 2017, p.46.

آقای م. ژ [فرجام خواه] نسبت به رأی دادگاه تجدیدنظر مبنی بر محکومیت وکیل [فرجام خوانده] به پرداخت ۱۰۰۰۰ یورو به عنوان خسارت در حق فرجام خواه، به این شرح اعتراض کرده است:

۱. دادگاه باید در رأی خود نسبت به همه ادعاهای طرفین در لوایح ارائه شده اظهار نظر نماید: فرجام خواه به منظور اثبات ادعای خود مبنی بر شانس مسلم وی در رد شدن ادعاهای صندوق مالی چنین دفاع نموده است که دیوان عالی کشور تنها با در نظر گرفتن آن دسته از امور موضوعی که از سوی دادگاه تجدیدنظر رسیدگی شده، اعلام نظر کرده است. بنابراین، دادگاه تجدیدنظر هم عرض [در فرض اقدام به موقع وکیل] می‌توانست، در ارزیابی وجود یا عدم وجود تکلیف وام دهنده در ارائه اطلاعات به وام گیرنده، به سایر امور موضوعی [که پیش تر از سوی دادگاه تجدیدنظر بررسی نشده بود] نیز رسیدگی نماید. دادگاه تجدیدنظر با محدود کردن خسارت قابل پرداخت به آقای م. ژ به مبلغ ۱۰۰۰۰ یورو، تنها به بیان این استدلال بسنده کرده است که وکیل، شانس موکل خود، هر چند اندک، در رد شدن ادعاهای صندوق مالی را از بین برده است. بر این مبنا، دادگاه تجدیدنظر نسبت به ادعای فرجام خواه مبنی بر اینکه دادگاه تجدیدنظر هم عرض می‌توانست به سایر امور موضوعی نیز رسیدگی نماید، اظهار نظر نکرده و به بدین ترتیب، ماده ۴۴۵ قانون آیین دادرسی مدنی^۱ را نقض نموده است.

۲. رای مرجع قضایی باید مستدل باشد: هر چند خسارت مربوط به از دست دادن شانس باید بر اساس [میزان تحقق] شانس از دست رفته مورد ارزیابی قرار گیرد، اما دادگاه تجدیدنظر بدون ارزیابی میزان تحقق شانس از دست رفته و نیز بدون در نظر گرفتن منافع قابل حصول در فرض تحقق شانس از دست رفته، تنها به بیان این امر اکتفا نموده است که خسارت وارده به آقای م. ژ بابت از دست دادن شانس پیروزی در دادرسی به دلیل تقصیر وکیل، با پرداخت مبلغ ۱۰۰۰۰ یورو به طور کامل جبران خواهد شد. بدین ترتیب، رأی دادگاه تجدید نظر به اندازه کافی مستدل نبوده و ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی را نقض کرده است.

۱. ماده ۴۴۵ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه دادگاهها را مکلف کرده تا در آرای صادره به صورت اجمالی به شرح ادعاها و جهات قانونی مورد استناد طرفین بپردازند. مقررات این ماده، همچنین، مراجع قضایی را مجاز نموده است که از شرح ادعاها و جهات مورد استناد اصحاب دعوی در آرای صادره خودداری و صرفاً به رئوس ادعاهای طرفین با ارجاع به تاریخ لایحه مربوط اشاره نمایند.

اما از نظر این شعبه، اعتراض فرجام خواه مبنی بر مستدل نبودن رای صادره و ادعای عدم اظهار نظر دادگاه تجدیدنظر نسبت به لوایح ارائه شده وارد نمی‌باشد. افزون بر این، جهت نقض استناد شده از سوی فرجام خواه، از یک سو ناظر به ارزش و دامنه ادله اثباتی ارائه شده است و از سوی دیگر، درباره اهمیت خسارت ناشی از شانس از دست رفته می‌باشد که اظهار نظر نسبت به این موارد در صلاحیت انحصاری دادگاه تجدیدنظر است. بر این اساس، جهت نقض استناد شده قابل پذیرش در دیوان عالی کشور نمی‌باشد.

در رابطه با جهت نقض استنادی در پرونده فرجامی شماره ک ۱۵-۲۳۰،۲۳۱ [فرجام خواهی خانم وکیل]

وکیل نسبت به رای دادگاه تجدیدنظر مبنی بر محکومیت وی به پرداخت مبلغ ۱۰۰۰۰ یورو به عنوان خسارت در حق آقای م. ژ به این شرح اعتراض کرده است:

۱. برای تعیین میزان شانس موفقیت در یک دعوایی که اقامه نشده یا نسبت به شکایت از رأیی که اعمال نشده است، قاضی باید به دعوای مزبور به صورت فرضی رسیدگی نماید. اما دادگاه تجدیدنظر بدون اعلام اینکه در فرض اقدام وکیل، مرجع رسیدگی کننده به دعوی بر اساس کدام دلایل می‌توانست مسئولیت بانک را احراز نماید، صرفاً با استناد به مسئولیت مرجع اعطا کننده وام چنین نتیجه گرفته است که آقای م. ژ از شانس عدم محکومیت در برابر صندوق مالی نسبت به بازپرداخت وام اعطا شده به آقای ژوزف ژ [پدر فرجام خوانده] بهره‌مند بوده است. در حالی که دیوان عالی کشور در دو رأیی که صادر و به موجب آنها آرای دادگاه تجدید نظر مبنی بر مسئولیت صندوق مالی را نقض کرده است، به ویژه بر این نکته تصریح نموده که امور موضوعی بررسی شده دلالت بر عدم تقصیر صندوق مالی داشته است. بر این اساس، رأی دادگاه تجدیدنظر مطابق ماده ۱۱۴۷ قانون مدنی،^۱ فاقد مبنای قانونی است.

۲. از آنجا که تنها وجود یک شانس جدی می‌تواند مبنای جبران خسارت قرار گیرد، بنابراین دادگاه تجدید نظر با پذیرش دعوای جبران خسارت آقای م. ژ به دلیل از

۱. بر اساس ماده ۱۱۴۷ پیشین (ماده ۱-۲۳۱ کنونی) قانون مدنی فرانسه، متعهد، جز در مواردی که وجود یک علت خارجی و غیرقابل استناد به خود را اثبات نماید، به دلیل عدم اجرا یا تاخیر در اجرای تعهد به پرداخت خسارت محکوم می‌شود.

دست دادن «شانس، هر چند اندک» در ردّ ادعاهای صندوق مالی مبنی بر محکومیت نامبرده به بازپرداخت وام اخذ شده توسط مورث وی، ماده ۱۱۴۷ قانون مدنی را نقض نموده است.

اما به نظر این شعبه؛

اولاً؛ هر چند دیوان عالی کشور با این استدلال که وام دهنده در شیوه استفاده آقای م. ژ از وام دریافتی نقشی نداشته و تکلیفی نیز در ارائه مشاوره به وی نداشته، آرای دادگاه تجدیدنظر مبنی بر مسئولیت وام دهنده را نقض نموده است. با این همه، رأی دادگاه تجدیدنظر مبنی بر وجود احتمال قضایی که می‌توانسته است دادگاه تجدیدنظر هم عرض را به صدور رأیی متفاوت [با نظر دیوان عالی کشور] رهنمون نماید، در این باره از نظر قانونی به صورت موجه صادر شده است.

ثانیاً؛ هر گونه از دست دادن شانس، حق جبران خسارت را به همراه دارد. بنابراین، تصمیم دادگاه تجدیدنظر مبنی بر پذیرش دعوای جبران خسارت فرجام خوانده با این استدلال که تقصیر وکیل شانس آقای م. ژ، هر چند اندک، در رد شدن ادعاهای وام‌دهنده را از بین برده است، فاقد هر گونه اشکال قانونی است و بر این مبنا، جهت نقض استناد شده از سوی فرجام خواه وارد نمی‌باشد.

بر این اساس، رای به ردّ درخواست فرجام‌خواهان صادر می‌شود و هر یک از اصحاب دعوا به استناد ماده ۷۰۰ قانون آیین دادرسی مدنی، عهده‌دار هزینه‌های انجام شده خواهد بود».

نمایندگی در صدور اسناد تجاری

در پرتو کنوانسیون‌ها و اسناد بین‌المللی

دکتر محمود حبیبی*

مقدمه

امروزه سرعت فوق‌العاده در امر مبادلات تجاری و اقتصادی و همچنین پدید آمدن نیازهای متنوع در زندگی بشر سبب شده تا از اقدام مستقیم و مباشرت افراد جهت انجام اعمال حقوقی کاسته شود. این مسأله ضرورت اقبال و توجه جوامع بشری به موضوع نمایندگی را قوت بخشیده است، به گونه‌ای که در حال حاضر تعداد معاملات و قراردادهایی که به نمایندگی منعقد می‌شود، به مراتب بیشتر از معاملات و قراردادهایی هستند که افراد اصالتاً منعقد می‌کنند. در گذشته‌های دور مباشرت اشخاص در انجام اعمال حقوقی و معاملات بیشتر بود اما با پیشرفت روزافزون دانش، فناوری و تکنولوژی، روابط اجتماعی اشخاص پیچیده‌تر شده و نیازمند ساز و کارهای جدیدی است. استفاده از نهاد «نمایندگی» می‌تواند در بسیاری از موارد مؤثر باشد. در زمان‌های گذشته روابط مالی و معاملاتی اشخاص در سطح ساده و ابتدایی انجام می‌شد، لیکن دگرگونی‌های مستمر از گذشته تاکنون در پرتو

* وکیل دادگستری و عضو هیات علمی دانشگاه آزاد واحد تهران شمال

فعالیت‌های فکری در همه شئون تحقق یافته و در عصر حاضر شتاب اعجاب‌انگیزی به خود گرفته است.

از این منظر، علم حقوق نیز باید همگام با نوسانات و در راستای تعمیق مسائل روز بشری در چهره‌ها و ابعاد گوناگون آن، ناگزیر و به حکم ضرورت به ظرافت و ژرفای متناسب با محیط خود دست یابد و از نفوذ و توان شکافندگی بیشتری برخوردار شود. با این توصیف، تردیدی نیست که در زمینه مبادلات تجاری، دیگر مفاهیم سنتی و اینکه اشخاص مباشرتاً مبادرت به صدور، تکمیل مندرجات، ظهرنویسی و ضمانت اسناد تجاری نمایند وجود ندارد؛ از این رو، بررسی و تحلیل موضوع نمایندگی در اسناد تجاری اهمیت زیادی دارد. یکی از مسائل مهم در حوزه نمایندگی در اسناد تجاری، موضوع «نمایندگی در صدور اسناد تجاری» است که در این مقاله به آن پرداخته می‌شود. بدیهی است مسائل دیگر نمایندگی در اسناد تجاری مانند نمایندگی در تکمیل مندرجات، نمایندگی در ظهرنویسی، ضمانت و قبولی برات، از موضوع این نوشتار خارج است. هدف اصلی این نوشتار، تحلیل و بررسی این موضوع است که اگر یک سند تجاری توسط شخصی غیر از اصیل امضا شود، دارنده سند باید به اصیل مراجعه کند یا به شخصی که سند را امضاء کرده و یا به هر دوی آنها؟

مطالب مورد نظر در دو بخش مجزا مطرح می‌شود. در بخش اول، ضرورت نمایندگی در اسناد تجاری، مفهوم نمایندگی در صدور و تمیز آن از نمایندگی در تکمیل مندرجات سند بررسی می‌شود که مشتمل بر دو فصل است. فصل اول به ضرورت نمایندگی در اسناد تجاری اختصاص دارد و فصل دوم به مفهوم نمایندگی در صدور و تمیز آن از نمایندگی در تکمیل مندرجات سند می‌پردازد. بخش دوم با عنوان جایگاه نمایندگی در صدور

اسناد تجاری در کنوانسیون ها و اسناد بین المللی مشتمل بر دو فصل است: فصل اول به بررسی منابع حقوق فراملی و فصل دوم به تحلیل موضوع نمایندگی و حدود مسئولیت اصیل و نماینده در کنوانسیون ها و اسناد بین المللی می پردازد. لازم به ذکر است، بررسی تحلیلی نمایندگی در صدور اسناد تجاری در نظام های حقوقی رومی- ژرمنی مانند فرانسه و ایران و همچنین نظام حقوقی کامن لا مانند انگلیس و آمریکا از موضوع این نوشتار خارج است و در مقاله جداگانه ای بررسی می شود.

بخش اول: ضرورت نمایندگی در اسناد تجاری، مفهوم نمایندگی در صدور و تمیز آن از نمایندگی در تکمیل مندرجات سند (فصل اول) ضرورت نمایندگی در اسناد تجاری

گسترش و پیچیدگی روابط تجاری موجب شد یک تاجر نتواند تمام امور تجاری خود را مباشرةً انجام دهد. در واقع با اعطای نمایندگی، همان صلاحیتی که در اراده صاحب حقوق و اموال وجود دارد، در اراده دیگری نیز ایجاد می شود. بدون شک، سرعت در روابط اقتصادی و مالی موجب گردش سریع ثروت در جامعه می شود و این سرعت در نهاد «نمایندگی» تجلی می یابد. به خصوص اینکه، امروزه بزرگترین تجار و بازرگانان را شرکت های تجاری تشکیل می دهند که برخی از این شرکت ها حتی در سطح جهانی فعالیت دارند و انجام و ادامه فعالیت آن ها جز از طریق نمایندگان دارای اختیار، امکان پذیر نیست. این مسأله درخصوص اسناد تجاری اهمیت فراوانی دارد، چرا که اسناد تجاری در کشورهای مختلف و در سطح بین المللی نقش عمده ای را ایفاء می کنند.

در حقیقت، امروزه پول جای خود را به اسناد تجاری داده است.^۱ بدین ترتیب، شخصی که درصدد صدور، ظهورنویسی، ضمانت و قبولی یک سند تجاری است، لزومی ندارد که به مباشرت خود وارد عمل شود و می تواند با اعطای نمایندگی

۱. فخاری، دکتر امیرحسین، جزوه حقوق تجارت دوره کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۸.

مبادرت به انجام این کار نماید.

فصل دوم) مفهوم نمایندگی در صدور و تمییز آن از نمایندگی در تکمیل مندرجات سند

نمایندگی در صدور سند تجاری را باید از نمایندگی در تکمیل مندرجات سند بازشناخت. منظور از نمایندگی در صدور سند این است که نماینده به جای اصیل، مندرجات الزامی سند را تکمیل و آن را حسب مورد امضاء یا مهر نماید. آنچه در صدور سند و نمایندگی در صدور موضوعیت دارد امضا یا مهر سند است و تکمیل مندرجات آن از این حیث چندان اهمیتی ندارد. لذا اگر مندرجات سند به وسیله صاحب حساب یا اصیل قبلاً تکمیل شده و شخص نماینده آن را امضاء نموده و در اختیار دارنده قرار دهد، موضوع نمایندگی در صدور محقق می‌شود. در عین حال ممکن است اصیل یا صاحب حساب خود مبادرت به امضای سند تجاری نماید ولی شخصاً اقدام به تکمیل مندرجات سند تجاری نکند و تکمیل آن را به دارنده سند واگذار نماید. در این موارد بحث نمایندگی در تکمیل مندرجات سند مطرح می‌شود. در تحلیل موضوع می‌توان آن را مشمول مواد ۱۶۵۶، ۱۶۵۸ و ۲۶۷۴ قانون مدنی تلقی کرد. در واقع هر شخصی می‌تواند امور خود را از طریق وکیل انجام دهد. بنابراین صادرکننده سند تجاری می‌تواند شخص دیگری را در تکمیل مندرجات سند وکیل خود قرار دهد. این وکالت ممکن است لفظی یا فعلی باشد و تمامی اعمال وکیل متوجه موکل خواهد بود. با وجود این، در مواردی که صادرکننده، سندی را صادر کرده و طبق توافق، تکمیل تمام یا برخی از مندرجات سند را به دارنده واگذار می‌کند، در واقع، وکالت فعلی به دارنده جهت تکمیل مندرجات سند اعطا کرده است. مانند موردی که براتکش بدون درج مبلغ برات، آن را امضاء کرده و بابت بدهی خود به دارنده سند تسلیم می‌کند. دارنده نیز به هنگام ارائه آن

۱. ماده ۶۵۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «وکالت عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین، طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می‌نماید.»

۲. ماده ۶۵۸ قانون مدنی بیان می‌دارد: «وکالت ایجاباً و قبولاً به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن کند واقع می‌شود.»

۳. ماده ۶۷۴ قانون مدنی بیان می‌دارد: «موکل باید تمام تعهداتی را که وکیل در حدود وکالت خود کرده است انجام دهد. در مورد آنچه که خارج از حدود وکالت انجام داده است موکل هیچ گونه تعهدی نخواهد داشت، مگر اینکه اعمال فضولی وکیل را صراحتاً یا ضمناً اجازه کند.»

به براتگیر یا به هنگام ظهرنویسی، مبلغی را در سند می نویسد. در این موارد اگر صادرکننده ادعا کند که مبلغ به وسیله دارنده درج شده، خللی به اعتبار سند وارد نمی‌شود. همچنین اگر صادرکننده ادعا کند که دارنده اولیه سند، از حدود اختیارات خود تجاوز کرده و مبلغی بیشتر از مورد توافق در سند درج کرده است، با توجه به اصل عدم توجه ایرادات، در مقابل دارنده با حسن نیت چنین ایرادی مسموع نیست. بنابراین، صادرکننده باید وجه را به دارنده با حسن نیت پرداخت کرده، سپس علیه دارنده اولیه که از حدود اختیارات خود تجاوز نموده اقامه دعوی کند.

در قانون تجارت مصوب سال ۱۳۱۱ در مورد نمایندگی در تکمیل مندرجات سند، تصریحی وجود ندارد. ماده ۲۲۷ قانون تجارت نیز در مورد نمایندگی در صدور است. در عین حال، از بند الف ماده ۱۳ قانون صدور چک مصوب ۱۳۷۲^۱ در مورد چک سفید امضاء استفاده می‌شود که اگر چک به وسیله صادرکننده به صورت سفید امضاء صادر و سپس به وسیله دارنده تکمیل و به گردش افتاده و در محاکم مورد استناد واقع شود، چنین چکی فاقد جنبه کیفری بوده و صادرکننده آن را در صورت اثبات سفیدامضاء بودن، نمی‌توان تحت تعقیب کیفری قرار داد. ولی بدون تردید چنین چکی از احکام دیگر چک مانند قابلیت صدور اجرائیه علیه صادرکننده و اقامه دعوای حقوقی به طرفیت صادرکننده و دیگر مسئولان برخوردار خواهد بود.^۲ اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه شماره ۷/۲۱-۱۳۸۱/۱/۱۵ اعلام کرده است: «دادن چک های سفیدامضاء ظهور در تفویض اختیار پر کردن آن به دارنده چک دارد. بنابراین وقتی کسی چکی را بدون تاریخ و سفید به کسی می‌دهد، عرفاً به معنای آن است که صادرکننده چک، اختیار درج تاریخ را به دارنده داده است که هر وقت مایل به وصول وجه آن بود، تاریخ گذاشته و به بانک مراجعه و وجه آن را دریافت نماید، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود و لذا گذاشتن تاریخ از ناحیه دارنده، جعل و الحاق به شمار نمی‌آید و جرم نیست.»

۱. در ماده ۱۳ قانون صدور چک اصلاحی ۱۳۸۲/۶/۲ مقرر شده است که در موارد ذیل صادرکننده چک قابل تعقیب کیفری نیست و در بند الف این ماده آمده است: «در صورتی که ثابت شود چک سفیدامضاء داده شده باشد»

۲. دکتر سکوتی نسیمی، رضا، مباحثی تحلیلی از حقوق اسناد تجاری، انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۹۳، ص ۵۲.

در لایحه جدید قانون تجارت، درخصوص بحث «نمایندگی در تکمیل مندرجات سند تجاری» به صورت مستقل پرداخته شده است. همچنانکه در مواد ۷۰۷^۱، ۷۸۵^۲ و ۷۹۰^۳ این لایحه به اعتبار سندی که بعداً تکمیل می‌شود تصریح و پیش بینی شده است که صادرکننده نمی‌تواند در برابر دارنده ناآگاه به فقدان اختیار تکمیل کننده سند یا خروج از حدود اختیارات استناد کند. البته در اینکه در روابط مستقیم ایرادات قابل پذیرش است، تردیدی وجود ندارد.

ماده ۱۰ کنوانسیون ۱۹۳۰ ژنو نیز به بحث نمایندگی در تکمیل مندرجات اختصاص دارد. در این ماده آمده است: «اگر براتی که در زمان صدور کامل نبوده، به نحوی غیر از توافق قبلی کامل شود، عدم رعایت چنین توافقی علیه دارنده سند مسموع نیست. مگر اینکه شخص اخیر مالکیت برات را با سوءنیت تحصیل نموده و یا در به دست آوردن آن، تقصیر عمده ای مرتکب شده باشد».^۴

تدوین کنندگان کنوانسیون، با تکیه بر اصل غیرقابل استناد بودن ایرادات، فرض را بر این گذاشته اند که دارنده ثالث باید مصون از ایرادات و توافقات کتبی یا شفاهی صادرکننده با دارنده اولیه سند قرار گیرد. لیکن در دو صورت اصل مذکور کارایی خود را از دست می‌دهد: ۱- ثابت شود که دارنده با سوءنیت، سند تجاری را تحصیل نموده است. در این فرض دارنده سند از حدود توافقات، مطلع و آگاه بوده و با ادعای

۱. ماده ۷۰۷ مقرر می‌دارد: «اگر برات به هنگام صدور، فاقد شرایط مذکور در ماده (۷۰۳) این قانون باشد و سپس به وسیله دارنده برات تکمیل شود، اعتبار برات را دارد. در این صورت هیچیک از مسئولان برات نمی‌توانند در برابر دارنده ناآگاه به فقدان اختیار تکمیل کننده سند یا خروج او از حدود اختیارات اعطایی استناد کنند.»

۲. ماده ۷۸۵ بیان می‌دارد: «اگر سفته به هنگام صدور فاقد شرایط مذکور در ماده (۷۸۳) این قانون باشد و سپس به وسیله دارنده تکمیل شود، اعتبار سفته را دارد. در این صورت هیچیک از مسئولان سند نمی‌توانند در برابر دارنده ناآگاه به فقدان اختیار تکمیل کننده سند یا خروج او از حدود اختیارات اعطایی استناد کنند.»

۳. اگر چک به هنگام صدور فاقد شرایط مذکور در ماده (۷۸۸) این قانون باشد و سپس به وسیله دارنده تکمیل شود، اعتبار چک را دارد. در این صورت، صادرکننده چک نمی‌تواند در برابر دارنده ناآگاه به فقدان اختیار تکمیل کننده سند یا خروج او از حدود اختیارات اعطایی استناد کند.

4. Article 10 «if a bill of exchange, which was incomplete when is sued, has been completed otherwise than in accordance with the agreements entered into, the non-observance of such agreements may not be set up against the holder unless he has acquired the bill of exchange in bad faith or, in acquiring it, has been guilty of gross negligence.»

عدم اطلاع از اینکه سند برخلاف توافقات قبلی تنظیم شده، موفق به دریافت سند شده است. سوءنیت دارنده دو حالت دارد: یکی اینکه تکمیل کننده غیرقانونی سند، خود دارنده بوده است. دیگر اینکه تکمیل کننده، شخص دیگری بوده و دارنده مزبور اعم از دارنده اول یا بعدی، از عدم رعایت توافقات مطلع و آگاه بوده است. ۲-دارنده در تحصیل سند سوءنیت نداشته اما در به دست آوردن آن تقصیر عمده ای مرتکب شده است، مانند اینکه دارنده، سند تجاری پنجاه میلیون تومانی را با مبلغ ده میلیون تومان مالک شود. در اینجا درست است که از عدم رعایت توافقات نخستین علم و اطلاعی ندارد اما با این اقدام خود، مرتکب تقصیر سنگین شده است و دیگر در پناه اصل غیر قابل استناد بودن ایرادات قرار نمی گیرد. چون بنای قانونگذار این است که اسناد تجاری در معاملات صحیح و قانونی مورد مبادله قرار گرفته و این اسناد نباید توسط سوداگران، دلالان و سودجویان در بازار معامله شود.

بخش دوم: جایگاه نمایندگی در صدور اسناد تجاری در کنوانسیون ها و اسناد بین المللی

فصل اول) منابع حقوق فراملی

مراد از کنوانسیون ها و اسناد بین المللی مجموعه مقررات متحدالشکل و اصول یکنواختی است که دو یا چند کشور در سطح بین المللی آن را پذیرفته اند. در این بخش ابتدا با کنوانسیون ها و اسناد بین المللی در زمینه اسناد تجاری آشنا می شویم و سپس جایگاه نمایندگی در صدور اسناد تجاری در کنوانسیون ها و اسناد بین المللی را بررسی می کنیم. مهمترین کنوانسیون ها و مقررات متحد الشکل به شرح ذیل است:

۱-کنوانسیون ۱۹۳۰ ژنو^۱

یکی از مهمترین مقررات متحدالشکل در زمینه اسناد تجاری، کنوانسیون ۱۹۳۰ ژنو است. موضوع بحث ما کنوانسیون اول درخصوص قانون متحدالشکل راجع به بروات و سفته ها است که توسط جامعه ملل در ۷ ژوئن ۱۹۳۰ به تصویب رسیده است. این کنوانسیون که مشتمل بر ۷۸ ماده می باشد دارای دو ضمیمه است. ضمیمه اول: قانون متحدالشکل بروات و سفته ها است که مقررات شکلی و ماهوی

1. Convention Providing a Uniform Law for Bills of Exchange and Promissory Notes.

را بیان کرده و شامل دو فصل است. فصل اول مقررات شکلی و ماهوی برات است که از ماده ۱ الی ۷۴ بوده و جمعاً ۱۲ بخش است. فصل دوم درخصوص مقررات ماهوی و شکلی سفته بوده و از ماده ۷۵ الی ۷۸ است.

ضمیمه دوم نیز شامل رزروها است که متضمن ۲۳ ماده است. قسمت سوم ماده ۳ و ماده ۸ کنوانسیون که در ضمیمه اول قرار دارد، ناظر به نمایندگی در صدور است. در بند سوم ماده ۳ آمده است: «برات ممکن است به حساب شخص ثالثی صادر شود.^۱» بیان ماده ۳ در تبیین نمایندگی در صدور رسا نیست. صرف اینکه یک سند تجاری به حساب شخص ثالثی صادر شود، مبین تمامی آثار و احکام نمایندگی در صدور نیست. مضافاً اینکه از حیث تحلیلی، اصیل یا دستور دهنده را نمی‌توان «ثالث» تلقی کرد، چون اگر نماینده در حدود اختیارات اعطایی عمل کند و در سند، تصریح به نمایندگی شود مسئولیت متوجه اصیل و منوب عنه است و تعهدات ناشی از این سند دامنگیر او خواهد بود و او را نمی‌توان ثالث تلقی کرد.^۲ ماده ۸ این کنوانسیون نیز به بحث نمایندگی در صدور اختصاص دارد. در این ماده آمده است: «هر کس امضای خود را به عنوان نماینده

1. Article 3: "..... It may be drawn for account of a third person."

۲- در ماده ۲۲۷ قانون تجارت ایران نیز عبارت «دیگری» به کار رفته که مراد همان «شخص ثالث» است. در این ماده آمده است «برات ممکن است به دستور و به حساب شخص دیگری صادر شود» در حقوق ایران بحثی وجود دارد تحت عنوان «طرف قرارداد» طرف حقیقی قرارداد، شخصی است که مال یا عمل یا شخص او مورد قرارداد است و یا شخصی است که ایجاب عقد را قبول می‌کند. بر مبنای این تعریف باید گفت طرف حقیقی قرارداد شخصی است که اعتبار و نفوذ عقد وابسته به رضای اوست، اما انشای عقد منحصرأ وابسته به قصد انشای او نیست. (شهیدی، دکتر مهدی، آثار قراردادها و تعهدات، انتشارات مجد، صص ۹۴-۱۳۹۳) با این توصیف، نماینده یا ماذون در انشای عقد و همچنین شخص فصول در عقد فصولی به هیچ وجه طرف حقیقی قرارداد نیست هر چند عقد با قصد انشای نماینده و یا فصول محقق می‌گردد. عده ای از حقوقدانان، معامله فصولی را از آثار عقد نسبت به اشخاص ثالث تلقی نموده اند. (کاتوزیان، دکتر ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، ص ۳۶۲) در حالی که فصل پنجم قانون مدنی تحت عنوان «در معاملاتی که موضوع مال غیر است یا معامله فصولی» که مشتمل بر مواد ۲۴۷ تا ۲۶۴ قانون مدنی است تنظیم گردیده و فصل مستقلی است و به هیچ وجه نمی‌توان معامله فصولی را از آثار عقد نسبت به اشخاص ثالث تلقی کرد. به دلیل اینکه در معامله فصولی، شخص مالک، خود طرف حقیقی قرارداد است و فصول، ثالث محسوب می‌شود. آنچه این تحلیل را تقویت می‌کند مبحث سوم قانون مدنی با عنوان «اثر عقود نسبت به اشخاص ثالث» است. در این مبحث هیچ اشاره ای به معامله فصولی نگردیده است و همانطور که بیان شد معامله فصولی در فصل مستقلی بیان شده است. لذا در نظام حقوقی ایران، ثالث، شخصی است که رضایت او در نفوذ و اعتبار عقد تأثیر نداشته باشد هر چند ممکن است رضایت یا قصد او در تحقق مفاد عقد موثر باشد، مانند ذینفع از شرط ضمن عقد یا ذینفع در عقد صلحی که یکی از دو مورد عقد به سود او قرار داده می‌شود و با قبول او موضوع حق او قرار می‌گیرد (ماده ۷۶۸ قانون مدنی). نتیجه اینکه دست کم در نظام حقوقی ایران «اصیل» یا «دستور دهنده» در اسناد تجاری به هیچ وجه «ثالث» تلقی نمی‌شود و اگر نماینده در حدود اختیارات عمل نماید و در سند هم تصریح به نمایندگی نماید، دستور دهنده و اصیل مسئول اصلی پرداخت وجه سند در برابر دارنده است.

شخصی در برات درج نماید بدون اینکه اختیار چنین عملی را از جانب او داشته باشد، مثل دیگر متعهدان سند مسئول است و اگر وجه سند را پرداخت نماید دارای حقوق همان شخصی است که از جانب او مدعی نمایندگی بوده است. همین قاعده در مورد نماینده ای که از حدود اختیارات خود تجاوز نموده نیز جاری است.^۱

۲- کنوانسیون ۱۹۳۱ ژنو در مورد چک

در ۱۹ مارس ۱۹۳۱ میلادی در ژنو، سه کنوانسیون دیگر مانند برات و سفته به تصویب رسید. در این کنوانسیون هر چند به صراحت در مورد نمایندگی در صدور چک و آثار و احکام آن مقررہ ای وجود ندارد، لیکن در ماده ۱۱ از ضمیمه اول این کنوانسیون آمده است: «هر کس بدون داشتن اختیار، چکی را به عنوان نماینده امضاء نماید، به عنوان طرف چک مسئول است و اگر وجه چک را پرداخت کند دارای حقوق همان شخصی است که از جانب او مدعی نمایندگی بوده است. همین قاعده در مورد نماینده ای که از حدود اختیارات خود تجاوز نموده جاری است.^۲

۳- کنوانسیون ۱۹۸۸ آنسیترا^۳ در مورد برات و سفته بین المللی^۴

1. Article 8: "Whosoever puts his signature on a bill of exchange as representing a person for whom he had no power to act is bound himself as a party to the bill and, if he pays, has the same rights as the person for whom he purported to act. The same rule applies to a representative who has exceeded his powers."

2. Article 11: "Who ever puts his signature on a cheque as representing a person for whom he had no power to act is bound himself as a party to the cheque and, if he pays, has the same rights as the person for whom he purported to act. The same rule applies to a representative who has exceeded powers."

۳. قریب به چهل سال بعد از تأسیس مؤسسه بین المللی یکنواخت سازی حقوق خصوصی (unidroit) سازمان ملل متحد تصمیم گرفت امکاناتی را در زمینه یکنواخت نمودن قواعد و مقررات در خصوص روابط تجاری بین المللی انجام دهد. به همین دلیل در سال ۱۹۶۶، کمیسیون حقوق تجارت بین الملل سازمان ملل متحد معروف به آنسیترا^۳ تشکیل گردید و فعالیت خود را به صورت رسمی از اول ژانویه ۱۹۶۸ آغاز نمود. مقررات کمیسیون که یک مؤسسه بین دولتی محسوب می شود در وین قرار دارد. انتخاب کشورهای مزبور بر اساس تقسیم بندی منطقه ای بوده است تا صلاحیت کمیسیون جهت نمایندگی تمام نظام های حقوقی مهم جهان تضمین گردد. اعضای این کمیسیون دائمی به وسیله مجمع عمومی سازمان ملل متحد انتخاب شده اند. این کمیسیون تا به حال با تشکیل کمیته های تخصصی و اجلاس های متعدد، در یک اقدام مؤثر و فراگیر، گام های بلندی در جهت ارتقا و متحدالشکل نمودن قوانین و مقررات حاکم بر داد و ستدهای تجاری بین المللی برداشته است. همچنانکه بسیاری از کنوانسیون ها و اسناد مهم بین المللی توسط همین کمیسیون آنسیترا^۳ تنظیم و تدوین یافته اند. مهمترین آن ها عبارتند از: کنوانسیون ۱۹۷۴ نیویورک در مورد مرور زمان در بیع بین المللی کالا، کنوانسیون ۱۹۷۸ هامبورگ در مورد حمل و نقل کالا از طریق دریا، کنوانسیون ۱۹۸۰ وین در مورد بیع بین المللی کالا، قواعد داوری و سازش آنسیترا^۳، کنوانسیون ۱۹۸۸ در مورد برات و سفته بین المللی. برای مطالعه بیشتر ر.ک دکتر حبیبی-محمود-تفسیر قراردادهای تجاری بین المللی-چاپ دوم-۱۳۹۲-ص ۱۳۴.

4. United Nations Convention on International Bills of Exchange and International Promissory Notes.

این کنوانسیون که مشتمل بر نود ماده است؛ اولاً صرفاً ناظر به برات و سفته است و مقررات مربوط به چک را در برنمی‌گیرد. ثانیاً، به نحو بارزی متأثر از نظام حقوقی انگلوساکسون است و مقایسه آن با قانون متحدالشکل تجاری آمریکا شباهت‌های زیاد از حیث محتوی و نحوه تدوین را نشان می‌دهد.^۱ ماده ۱۲ آن با عنوان تکمیل یک سند غیر کامل^۲ در خصوص نمایندگی در تکمیل مندرجات است. ماده ۲۶ هم در خصوص مسئولیت شخصی است که بدون داشتن سمت نمایندگی یک سند تجاری را ظهرنویسی کرده است. در صدر این ماده آمده است: «اگر ظهرنویسی توسط نماینده بدون اختیار صورت پذیرد با این هدف که اصل را متعهد نماید، هر امضاءکننده ای که سند را قبل از ظهرنویسی مزبور امضاء نموده است، حق دارد تقاضای جبران زیان ناشی از ظهرنویسی را از اشخاص ذیل بنماید: الف- نماینده. ب- کسی که سند به طور مستقیم توسط نماینده به او انتقال داده شده است. ج- از امضاءکننده یا براتگیری که مستقیماً وجه سند را به نماینده پرداخته یا از یک یا چند ذینفع ظهرنویسی که سند جهت وصول به نام آنان ظهرنویسی شده است.^۳ تدوین کنندگان این سند در ماده ۳۶ نیز به تفصیل در ۵ بند به بحث نمایندگی در صدور پرداخته‌اند.^۴ در این ماده آمده است: ۱- یک سند ممکن است به وسیله

۱. دکتر کاویانی - کوروش - حقوق اسناد تجاری - انتشارات میزان - ص ۴۳.

2. completion of an incomplete instruments.

3. Article 26: if an endorsement is made by an agent without authority or power to bind his principal, or a party who signed the instrument before such endorsement, has the right to recover compensation for any damage that he may have suffered because of such endorsement against.

4. Article 36:

- An instrument may be signed by an agent.

- The signature of an agent placed by him on an instrument with the authority of his principal and showing on the instrument that he is signing in a representative capacity for that named principal, or the signature of a principal placed on the instrument by an agent with his authority, imposes liability on the principal and not on the agent.

- A signature placed on an instrument by a person as agent but who lacks authority to sign or exceeds his authority, or by an agent who has authority to sign but who does not show on the instrument that he is signing in a

نماینده صادر شود. ۲- امضای نماینده ای که با اختیار از جانب اصیل بر روی سند منعکس گردیده و نشانگر آن باشد که سند با داشتن سمت نمایندگی از طرف اصیل امضاء شده یا امضاء اصیل که توسط نماینده صاحب اختیار بر روی سند قید شده باشد، مسئولیت را متوجه اصیل خواهد نمود. ۳- امضایی که توسط شخصی به عنوان نماینده اما «بدون اختیار»^۱ یا «متجاوز از اختیار»^۲ بر روی سند منعکس گردد، یا شخص مزبور با حق امضاء بدون قید سمت نمایندگی خود از جانب شخص معینی سند را امضاء نماید یا نامبرده سند را با سمت نمایندگی امضاء کرده لیکن نام شخصی که نمایندگی را به او تفویض نموده قید نکند، همگی مسئولیت را متوجه شخص امضاءکننده خواهد نمود (نه شخصی که ادعای اعطای نمایندگی از جانب او شده است). ۴- این سوال که امضای منعکس در سند به عنوان نمایندگی است یا خیر فقط با ملاحظه قیود مندرج در سند پاسخ داده می شود. ۵- کسی که به موجب پاراگراف ۳ این ماده الزاماً مبلغ سند را پرداخت نماید، دارای همان حقوقی است که به اصیل در صورت پرداخت سند تعلق می گیرد.»

فصل دوم) تحلیل موضوع نمایندگی و حدود مسئولیت اصیل و نماینده در کنوانسیون ها و اسناد بین المللی

آنچه از مواد کنوانسیون ها و اسناد بین المللی به شرح پیش گفته استنباط می شود این است که در بحث نمایندگی، مسئولیت هر یک از نماینده و اصیل در

representative capacity for a named person, or who shows on the instrument that he is signing in a representative capacity but does not name the person whom he represents, imposes liability on the person signing and not on the person whom he purports to represent.

- The question whether a signature was placed on the instrument in a representative capacity may be determined only by reference to what appears on the instrument.

- A person who is liable pursuant to paragraph 3 of this article and who pays the instrument has the same rights as the person for whom he purported to act would have had if that person had paid the instrument».

1. Lacks authority
2. exceed authority

پرداخت سند تجاری حسب مورد متفاوت است. با مطالعه ماده ۸ کنوانسیون ۱۹۳۰ ژنو و ماده ۱۱ کنوانسیون ۱۹۳۱ ژنو و ماده ۳۶ کنوانسیون آنسیترا، فروض ذیل قابل تصور است:

گفتار اول: نماینده در حدود اختیارات عمل نموده و در سند هم تصریح به نمایندگی از طرف اصیل شده است

برای مثال: «الف» به «ب» نمایندگی داده سفته ای تا مبلغ پانصد میلیون ریال صادر کند. شخص «ب» سفته ای به همین مبلغ صادر و در سند هم نمایندگی خود را از اصیل تصریح می نماید. شخص اصیل مسئول پرداخت سند است یا نماینده یا هر دو؟ در کنوانسیون ۱۹۳۰ ژنو در مورد برات و سفته و همچنین کنوانسیون ۱۹۳۱ ژنو در مورد چک، پاسخ صریحی در مورد این سوال وجود ندارد. لیکن پاراگراف ۲ ماده ۳۶ کنوانسیون ۱۹۸۸ آنسیترا در مورد برات و سفته بین‌المللی صراحتاً مسئولیت را بر عهده اصیل و منوب عنه تحمیل کرده است. در این ماده آمده است: «امضای نماینده بر روی سند با دارا بودن اختیار از طرف اصیل و ظاهر ساختن این امر در سند که به عنوان نماینده اصیل، سند را امضاء می‌کند، اصیل را متعهد می‌سازد نه نماینده را»^۱.

مسئولیت اصیل در این فرض مطابق با قواعد و اصول است، چون هیچ دلیلی بر توجه مسئولیت به نماینده وجود ندارد. در واقع طرف قرارداد آمر و منوب عنه است و نماینده نقش یک واسطه و وکیل را دارد. لذا درست است که سند توسط نماینده مهر یا امضاء شده است اما متعهد و صادرکننده اصلی شخص اصیل است و عنوان «براتکش» «متعهد» یا «صادرکننده» به شخص نماینده اطلاق نمی‌شود. همچنانکه ماده ۹ کنوانسیون ۱۹۳۰ ژنو بیان می‌دارد. برات دهنده ضامن قبول و پرداخت برات می‌شود. در ماده ۱۲ کنوانسیون ۱۹۳۱ ژنو در مورد چک هم آمده

1. Article 36(2) The signature of an agent placed by him on an instrument with the authority of his principal and showing on the instrument that he is signing in a representative capacity for that named principal, or the signature of a principal placed on the instrument by an agent with his authority, imposes liability on the principal and not on the agent.

است: «صادرکننده چک، ضامن پرداخت آن است و هر شرطی که صادرکننده را بری الذمه نماید کان لم یکن است»^۱.

لذا متبادر از اصطلاح «برات دهنده» و «صادرکننده»، اصیل است؛ خواه مباشرت در صدور سند داشته یا اینکه دیگری به نیابت از او اقدام به صدور سند کند. در این فرض تفاوتی نمی‌کند که دارنده سند مستقیماً مبادرت به طرح دعوی کرده یا اینکه سند تجاری به ایشان منتقل شده و شخص ثالث با حسن نیت تلقی شود.

گفتار دوم: نماینده در حدود اختیارات عمل نکرده و تصریح به نمایندگی هم نکند

شخص «الف» که قصد مسافرت را دارد به شخص «ب» وکالت می‌دهد که پس از انجام حسابرسی و تعیین میزان بدهی او به طلبکار به نمایندگی از او براتی را تا مبلغ یکصد میلیون ریال صادر کرده و به طلبکار تسلیم کند. شخص «ب» برخلاف نیابت اعطایی، براتی را به مبلغ یکصد و پنجاه میلیون تومان صادر کرده و بدون تصریح به نمایندگی به شخصی که مدعی طلب از شخص «الف» است تسلیم کند. در این فرض، نماینده نه در حدود اختیارات اعطایی عمل کرده و نه در سند تجاری به نمایندگی خود از اصیل تصریح کرده است. در اینجا مطابق تئوری عمل به ظاهر^۲ که حقوقدانان ایتالیایی مبدع آن هستند، نماینده در مقابل دارنده سند مثل دیگر متعهدان سند مسئول است. تدوین کنندگان ماده ۸ کنوانسیون ۱۹۳۰ ژنو و ماده ۱۱ کنوانسیون ۱۹۳۱ ژنو در مورد چک با عبارت «بدون اینکه قانوناً اختیار چنین عملی را از جانب اصیل داشته باشد» به بیان مسأله پرداخته و مسئولیت را به نماینده فضولی بار کرده است. در پاراگراف ۳ ماده ۳۶ کنوانسیون آنسیترا^۳ نیز عبارت «فقدان اختیار برای امضای سند تجاری» به کار رفته که مبین تحمیل مسئولیت بر نماینده است. در بند ۱ ماده ۱۴ کنوانسیون نمایندگی در بیع بین المللی کالا^۴ مصوب ۱۹۸۳ ژنو نیز آمده است: «هرگاه نماینده بدون اختیار یا

1. Article 12: The drawer guarantees payment. Any stipulation by which the drawer releases himself from this guarantee shall be disregarded.

2. La theorie de l'apparence

3. Convention on Agency in the International Sale of Goods (1983).

خارج از حدود اختیار عمل کند، اعمال ایشان اصیل و ثالث را نسبت به یکدیگر ملتزم نمی‌کند؛ لیکن نماینده و ثالث به طور مستقیم طرفین رابطه حقوقی قرار می‌گیرند.^۱

بدیهی است نماینده فاقد اختیار چنانچه وجه سند را پرداخت کند، دارای حقوق و امتیازات همان شخصی خواهد شد که از جانب او مدعی نمایندگی بوده است.^۲ برای مثال اگر براتگیر، برات را قبول کند لیکن با وجود اینکه براتکش وجه برات را به ایشان رسانده است در سررسید از پرداخت آن امتناع نماید و دارنده وجه برات را از براتکش مطالبه کند، براتکش ملزم به پرداخت است. لیکن پس از پرداخت، براتکش می‌تواند به مدیون اصلی یعنی براتگیر مراجعه کند. همچنانکه در ماده ۲۸ کنوانسیون ۱۹۳۰ ژنو آمده است: «با قبولی برات، براتگیر متعهد می‌شود مبلغ برات را در سررسید پرداخت کند. در صورت عدم پرداخت، دارنده ولو اینکه براتکش باشد دارای حق اقامه دعوی ناشی از برات علیه براتگیر و آنچه که مطابق مواد ۴۸ و ۴۹ قابل مطالبه است، می‌باشد. نماینده نیز در صورت پرداخت سند، همین حقوق و مزایا را خواهد داشت.^۳ نکته حائز اهمیت اینکه طبق تئوری عمل به ظاهر، درخصوص مسئولیت نماینده در پرداخت سند تجاری، تفاوتی بین دارنده مستقیم و بلافاصل و دارنده غیرمستقیم و ثالث با حسن نیت وجود ندارد.

گفتار سوم: نماینده از اصیل اختیار امضای سند تجاری را دارد اما تصریح به نمایندگی نمی‌کند

برای مثال «الف» به موجب یک وکالتنامه رسمی، اختیار صدور سفته تا مبلغ پنجاه میلیون تومان را به شخص «ب» می‌دهد. شخص «ب» سفته‌ای به مبلغ پنجاه میلیون تومان صادر نموده لیکن در سند، نمایندگی خود را از اصیل تصریح

1. Article 14 (1): "where an agent acts without or acts outside the scope of his authority, his acts do not bind the principal and the third party to each other..."

۲. ماده ۸ کنوانسیون ۱۹۳۰ ژنو، ماده ۱۱ کنوانسیون ۱۹۳۱ ژنو در مورد چک و پاراگراف ۵ ماده ۳۶ کنوانسیون ۱۹۸۸

آنسیترال در مورد برات و سفته بین‌المللی در همین خصوص تنظیم شده است.

۳. البته باید توجه داشت علاوه بر موارد فوق، نماینده حق اقامه دعوی علیه منوب عنه، نسبت به مبلغی که از طرف ایشان اختیار داشته را دارد.

نمی‌کند. حال پرسش این است که در برابر دارنده مستقیم یا شخص ثالث با حسن نیت، اصیل مسئول پرداخت سند است یا نماینده یا هر دو؟ در کنوانسیون ۱۹۳۰ ژنو در مورد برات و سفته و همچنین کنوانسیون ۱۹۳۱ ژنو در خصوص چک، پاسخ صریحی در این خصوص وجود ندارد، اما در پاراگراف ۳ ماده ۳۶ کنوانسیون آنسیترا^۱ در مقام بیان یکی از موارد مسئولیت نماینده سند تجاری آمده است: «... یا اینکه نماینده، اختیار امضای سند تجاری را داشته باشد اما در متن سند به نمایندگی خود از اصیل تصریح نکند که در این صورت مسئولیت بر نماینده بار می‌شود»^۱ مطابق ظاهر پاراگراف ۳ ماده ۳۶ کنوانسیون آنسیترا^۱، همین که نماینده اختیار امضای سند تجاری را از ناحیه منوب عنه داشته و در متن سند به نمایندگی خود از اصیل تصریح نمی‌کند، شخصاً مسئول پرداخت وجه سند است و اصیل مسئولیتی در برابر دارنده سند ندارد؛ چه نماینده در حدود اختیارات عمل کرده و چه نکرده باشد. اما با تحلیل درست موضوع می‌توان گفت باید از ظاهر ماده دست کشید و آن را صرفاً ناظر به مواردی دانست که نماینده اختیار امضای سند تجاری را از ناحیه اصیل داشته اما بدون توجه به حدود اختیارات، سند را صادر کرده و در متن سند به نمایندگی خود از اصیل تصریح نمی‌کند. در این موارد، صرفاً نماینده مسئول است و اصیل مسئولیتی ندارد؛ لیکن در مواردی که نماینده در حدود اختیارات اعطایی عمل می‌کند ولی در سند، نمایندگی خود را از اصیل بیان نمی‌کند، دیگر نمی‌توان تنها نماینده را در برابر دارنده مسئول شناخت. از این رو، در این موارد می‌توان یک مسئولیت تضامنی برای اصیل و نماینده در برابر دارنده تصور کرد. منشأ التزام اصیل در برابر دارنده محرز است، به جهت اینکه نماینده در حدود اختیارات اعطایی عمل کرده است و از طرفی نماینده هم مطابق تئوری عمل به ظاهر مسئول است، چون تمام حقوق و تکالیف دارنده سند در خود سند تجلی می‌یابد و ظاهر سند، حکایت از امضای او به عنوان صادرکننده دارد.

1. Article 36 (3) "or by an agent who has authority to sign but who does not show on the instrument that he is signing in a representative capacity for a named person..... imposes liability on the person signing and not on the person whom he purports to represent.

گفتار چهارم: نماینده خارج از حدود اختیار عمل کند اما در سند تصریح به نمایندگی از اصیل بنماید

برای مثال «الف» به موجب یک وکالتنامه رسمی، اختیار صدور برات تا مبلغ یکصد میلیون تومان را به «ب» اعطا می‌کند. شخص «ب» براتی به مبلغ یکصد و پنجاه میلیون تومان صادر و در متن سند، نمایندگی خود را از اصیل تصریح می‌کند. حال سوال این است که چه کسی مسئول پرداخت سند تجاری است؛ اصیل، نماینده یا هر دو؟

پاسخ به این پرسش‌ها در کنوانسیون‌ها و مقررات متحدالشکل به روشنی بیان نشده است. در ماده ۸ کنوانسیون ۱۹۳۰ ژنو پس از بیان مسئولیت نماینده فاقد اختیار در پرداخت وجه سند مقرر شده است: «همین حکم در مورد نماینده ای که از حدود اختیارات خود تجاوز نموده جاری است.» در واقع از نظر تدوین‌کنندگان این کنوانسیون، حکم نماینده فاقد اختیار با نماینده ای که از حدود اختیارات اعطایی تجاوز کرده از حیث تحمیل مسئولیت دقیقاً یکسان است. مشابه این حکم در ماده ۱۱ کنوانسیون ۱۹۳۱ ژنو در مورد چک نیز وجود دارد. همچنین ماده ۳۶ کنوانسیون آنسیترال با صراحت بیشتری این موضوع را بیان کرده است. همچنانکه در پاراگراف ۳ مقرر فوق، عبارت «تجاوز از حدود اختیار» در کنار «فقدان اختیار» قرار گرفته و مبین این است که اگر نماینده از حدود اختیارات اعطایی توسط منوب عنه تخطی و تجاوز نماید، مانند نماینده ای است که اساساً اختیاری از جانب اصیل نداشته و در این فرض همگی مسئولیت متوجه نماینده امضاءکننده است.

گفتار پنجم: نماینده در حدود اختیارات عمل کند، اما ضمن تصریح به نمایندگی، نام منوب عنه را در سند قید نکند

یکی از فروض مهم این است که نماینده، خواسته یا ناخواسته نام اصیل را در متن سند تجاری درج نمی‌کند، هر چند تصریح به نمایندگی می‌کند. در حقوق کامن لا بحثی وجود دارد تحت عنوان نمایندگی افشا شده^۱ و نمایندگی افشا نشده^۲ که

1. Disclosed Agency
2. Undisclosed Agency

بی ارتباط با بحث حاضر نیست. در نمایندگی افشا شده، شخص نماینده در برابر طرف قرارداد، نمایندگی خود را اظهار و اعلام می‌کند که معامله را برای اصیل انجام می‌دهد اما در نمایندگی افشا نشده، شخص نماینده با وجود اقدام به اعتبار اصیل، هیچ صحبتی از منوب عنه نمی‌نماید و وجود اصیل را افشا نمی‌کند.

امروزه تقریباً در تمامی نظام های حقوق خارجی به ویژه حقوق کامن لا پذیرفته شده است که در نمایندگی افشا نشده، روابط قراردادی بین نماینده و شخص ثالث ایجاد می‌شود و شخص نماینده نمی‌تواند از زیر بار تعهدات قراردادی شانه خالی کند. قسمت «a» از بند ۱ ماده ۱۳ کنوانسیون نمایندگی در بیع بین المللی کالا مصوب ۱۹۸۳ نیز در همین زمینه بیان می‌دارد: «هرگاه شخص ثالث نداند یا نمی‌بایست بداند که نماینده در سمت نمایندگی عمل کرده است، مسئولیت متوجه شخص نماینده می‌شود»^۱ در اسناد تجاری بحث از این هم فراتر است و آن اینکه اگر نماینده در متن سند، به نمایندگی خود تصریح نماید، اما نام اصیل را ذکر نکند در برابر دارنده، چه شخصی مسئول پرداخت سند است؛ نماینده، اصیل یا هر دو؟

در کنوانسیون ۱۹۳۰ ژنو در مورد برات و سفته و کنوانسیون ۱۹۳۱ ژنو در مورد چک، پاسخ صریحی در این خصوص وجود ندارد اما تدوین کنندگان کنوانسیون ۱۹۸۸ آنسیترال، به زیبایی تکلیف موضوع را مشخص نموده و در صورت عدم ذکر نام اصیل و منوب عنه در سند تجاری، مسئولیت را متوجه نماینده دانسته‌اند. همچنین در قسمت چهارم از پاراگراف سوم ماده ۳۶ این کنوانسیون، امضای سند تجاری توسط نماینده با قید سمت نمایندگی اما بدون تصریح و قید نام اصیل را به عنوان یکی از ایرادات قابل استناد در برابر دارنده سند و در واقع یکی از موارد سلب مسئولیت اصیل و تحمیل مسئولیت به نماینده تلقی نموده است.^۲

1. Article 13 (a) The third party neither knew or nor ought to have known that the agent was acting as an agent ... his act shall bind only the agent.

2. "Article 36 (3)..... or who shows on the instrument that he is signing in a representative capacity but dose not name the person whom he represents, imposes liability on the person signing and not on the person whom he purports to represent.

نتیجه‌گیری

با تحلیل و بررسی نمایندگی در صدور اسناد تجاری در کنوانسیون ها و اسناد بین المللی نتایج ذیل به دست می آید:

اولاً: مواد کنوانسیون های ۱۹۳۰ و ۱۹۳۱ ژنو در بیان موضوع «نمایندگی در صدور اسناد تجاری» رسا و کامل نیست و این مواد، تنها فرضی را بیان کرده‌اند که نماینده فاقد اختیار بوده یا اینکه از اختیار خود تجاوز کرده است. در عین حال ماده ۳۶ کنوانسیون آنسیترا ل از این جهت که تا حدود زیادی به تمام زوایای نمایندگی در صدور سند تجاری پرداخته ستودنی است و می‌تواند الگویی برای حقوق داخلی کشورها باشد. ثانیاً: کنوانسیون ها و مقررات متحدالشکل به شرح پیش گفته، از یک جهت دارای ایراد اساسی هستند و آن اینکه برای نماینده «فاقد اختیار» با نماینده «متجاوز از حدود اختیار» حکم واحدی مقرر داشته است، در حالی که منطق حقوقی که با اصول حاکم بر اسناد تجاری نیز همخوانی دارد ایجاب می‌کند که در صورت نمایندگی و وجود سایر شرایط، منوب عنه در مقابل دارنده نسبت به مبلغی که اختیار داده مسئول پرداخت سند باشد، نه اینکه تمام مسئولیت متوجه نماینده‌ای باشد که از حدود اختیارات خود تجاوز کرده است. ثالثاً: بین کنوانسیون های ۱۹۳۰ و ۱۹۳۱ ژنو از یک طرف و کنوانسیون ۱۹۸۸ آنسیترا ل از طرف دیگر یک تفاوت مهم وجود دارد و آن اینکه در کنوانسیون های ژنو ظاهراً تصریح به سمت نمایندگی در سند و دارا بودن اختیار برای سلب مسئولیت نماینده کافی است، هر چند نام اصیل در سند قید نشده باشد اما در کنوانسیون آنسیترا ل تصریح به سمت نمایندگی و صدور سند در حدود اختیار، کافی برای عدم مسئولیت نماینده نیست، بلکه حتماً باید نماینده، نام منوب عنه و اصیل را هم در سند قید کند.

بررسی تطبیقی حقوق اختراع مشترک

شیوا حکیم شفائی *

مقدمه

یکی از موارد چالش برانگیز در حقوق اختراعات که در بسیاری از کشورها مورد بحث و بررسی قرار گرفته، حقوق شرکا در اختراع مشترک است. از آنجا که نحوه تقسیم و استفاده از حقوق مشترک به ویژه در کشورهایی که قوانین آن به صراحت مرزهای حقوق شرکای اختراع را مشخص نکرده، موجبات اختلاف نظر میان حقوقدانان و صدور احکام متفاوت در دادگاه‌ها شده است، مقاله حاضر این موضوع را با تاکید بر قانون اختراعات ایران - که از این جهت دارای خلاء می‌باشد - مورد تامل و بررسی قرار داده است.

«اختراع مشترک» اختراعی است که گواهینامه ثبت آن مشترکاً به دو یا چند نفر داده شده و حقوق ناشی از آن به تمامی آن‌ها تعلق داشته باشد. مالکیت مشترک در اختراع می‌تواند به شکل‌های مختلفی واقع شود. حالت نخست در صدور گواهینامه مشترک ثبت اختراع، انجام اختراع توسط بیش از یک نفر می‌باشد. حالت دوم این است که یکی از دارندگان گواهینامه، شخصی (معمولاً شرکت سفارش دهنده اختراع) است که مخترع طی قراردادی تعهد کرده قسمتی از حقوق مالی ناشی از گواهینامه اختراعی را که در آینده

* وکیل دادگستری و کارشناس ارشد حقوق مالکیت فکری دانشگاه تهران

ثبت می‌شود به وی واگذار نماید و بدین صورت، گواهینامه اختراع مشترک صادر می‌شود. حالت سوم، زمانی است که اختراعی که توسط یک مخترع به ثبت رسیده، طی انتقال قهری یا قراردادی به وراثت یا اشخاص ثالث منتقل می‌شود.

غالب چالش‌ها و مسائل مورد اختلاف شرکای یک اختراع، پس از اخذ گواهینامه اختراع آغاز می‌شود. اختلافات میان شرکا در خصوص نحوه اجرای حقوق ناشی از اختراع، ممکن است طرفین را برای یافتن راه حلی قضایی و تعیین تکلیف به دادگاه هدایت کند. در این میان، پرسش‌های اصلی مطرح شده این است که آیا برای بهره‌برداری از اختراع مشترک یا دادن اجازه بهره‌برداری به شخص ثالث و طرح دعوی نقض علیه ثالث، رضایت و اجازه کلیه شرکای اختراع لازم است؟ آیا هریک از شرکا می‌توانند به تنهایی و بدون رضایت دیگری از حقوق اختراع بهره‌برداری نمایند، یا این امر نیازمند توافق تمام شرکا است؟ ارائه پاسخ به این پرسش‌ها مستلزم بررسی قوانین ایران و سایر کشورها در این موضوع است که تحلیل بیشتر آن در دو بخش ارائه می‌شود. در بخش اول به قوانین بعضی از کشورهای خارجی پرداخته شده و در بخش دوم، این موضوع در قوانین ایران مورد بررسی قرار داده شده است.

بخش اول: قوانین خارجی

قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری ایران مصوب ۱۳۸۶ و آیین نامه آن، با اینکه حقوق ناشی از اختراع مشترک را مورد شناسایی قرار داده است، لیکن ماده ای در مورد نحوه اعمال حقوق ناشی از اختراع مشترک در نظر نگرفته است. عدم تعیین نحوه تعلق حقوق ناشی از اختراع مشترک به شرکا می‌تواند موجب بروز مشکلاتی در اجرای قوانین مربوط به تقسیم و بهره‌برداری از حقوق در دادگاه‌ها شده و از آنجایی که قانون در این باره تعیین تکلیف نکرده، این سکوت موجبات صدور

آرای متفاوت و چه بسا متناقض می‌شود. بنابراین، پاسخ به آن می‌تواند برخی ابهامات را برطرف کند.

در قانون برخی کشورها این موضوع به روشنی تعیین تکلیف شده و در برخی دیگر، بخشی از حقوق شرکا به صراحت مشخص شده و حقوق دیگر به سکوت برگزار شده است. در موارد سکوت قانون، رویه قضایی دادگاه‌ها و قوانین کلی این کشورها وارد عمل شده و نسبت به رفع اختلاف حکم داده اند. جهت بررسی موضوع، قوانین و رویه برخی کشورها مرور می‌شود.

الف) آمریکا: قانون آمریکا قائل به استقلال مخترعان در استفاده از حقوق گواهینامه اختراع می‌باشد. وفق ماده ۲۶۲ U.S.C. از بخش ۳۵ مجموعه قوانین ایالات متحده آمریکا در صورتی که شرط مخالفی طبق توافق شرکای اختراع وجود نداشته باشد، هر یک از آنها می‌توانند به تنهایی از حقوق اعطا شده از قبیل خرید و فروش در داخل ایالات متحده آمریکا و واردات اختراع به داخل کشور استفاده کنند. همچنین هر یک از آنها می‌توانند حتی بدون رضایت شریک یا شرکای خود به شخص ثالث مجوز بهره‌برداری بدهند. تنها محدودیتی که بر استقلال شرکای اختراع وارد شده، در مورد طرح دعوای نقض علیه ثالث است که طبق تصمیم دادگاه فدرال آمریکا در مورد اختراع (اتخاذ شده در ۱۹۹۸) نیازمند پیوستن تمام شرکای اختراع به دعوا می‌باشد. از این رو، مطابق قانون این کشور هر یک از شرکای اختراع از حقوق کامل برای اجرای حقوق اختراع بهره‌مند است، به جز در مورد دعوای نقض حق علیه ثالث که توافق تمام آنها لازم است. بنابراین در حقوق آمریکا هر شریکی می‌تواند بدون اجازه شریک دیگر به شخص ثالث مجوز بهره‌برداری بدهد، ولی اگر یکی از شرکا بخواهد علیه اقدامات ثالث، دعوای نقض طرح کند، شریک دیگر می‌تواند با عدم پیوستن به فرایند دعوا، مانع رسیدگی به دعوای نقض شده و دعوا را خاتمه دهد. این موضوع، اخیراً با چالشی قضایی روبرو شد که پرونده مورد اختلاف در ششم ژوئن سال ۲۰۱۴ منجر به صدور یک رای در دادگاه تجدیدنظر آمریکا گردید که به موجب آن، حکم دادگاه فدرال بخش نیو مکزیکو را مورد تایید قرار داد. در این پرونده در یک دعوای نقض اختراع، شریک دیگر اختراع از پیوستن به دعوا امتناع کرده بود و خوانده با بیان اینکه در دعوای نقض،

همه شرکای اختراع باید خواهان دعوا باشند، از دادگاه تقاضای رد دعوا را مطرح کرد. دادگاه با بررسی موضوع و قبول ایراد خوانده، دعوای خواهان را رد کرد؛ اما خواهان ضمن تجدیدنظرخواهی استدلال کرد که مورد، تحت شمول بند 19(a) مقررات آیین دادرسی مدنی فدرال بوده و دادگاه می‌بایستی شریک دیگر را ملزم به پیوستن به دعوا به عنوان خواهان غیر اختیاری نماید. دادگاه تجدید نظر تایید کرد که حکم دادگاه بخش به درستی صادر شده و از آنجایی که حق نپیوستن به جریان دادرسی به عنوان خواهان دیگر در دعوای نقض علیه ثالث، جزو حقوق ماهوی و ذاتی شریک اختراع است، لذا وی می‌تواند با امتناع از پیوستن به دعوا به عنوان خواهان، جریان دادرسی را متوقف نماید و دادگاه نمی‌تواند حکم الزام وی به پیوستن به دعوا به صورت غیر اختیاری را به عنوان خواهان صادر کند، مگر در دو حالت که الزام ممتنع به الحاق غیراختیاری به دعوا امکان پذیر است:

حالت اول: اگر دارنده حق اختراع، مجوز بهره‌برداری انحصاری داده باشد، در دعوای نقض مجوز گیرنده علیه ثالث ملزم به پیوستن به دعوا می‌شود.

حالت دوم: وقتی مطابق قرارداد، شرکا توافق کرده باشند که در صورت امتناع دیگری از پیوستن به دعوای نقض اختراع، شریک دیگر حق الزام وی را داشته باشد. **ب) کانادا:** در کانادا حقوق اختراع مشترک به طور سختگیرانه تری مطرح شده است. در قانون اختراعات کانادا تکلیف حقوق اختراع مشترک پیش بینی نشده و به همین دلیل رویه قضایی در این باره تصمیم‌گیری کرده است. در پرونده *Georgina Forget v. Specialty Tools of Canada Inc.* (1993), 48 C.P.R. (3d.) دادگاه چنین حکم داد که هریک از شرکا می‌توانند به طور مستقل اختراع را در کشور کانادا ساخته و به فروش برسانند و در این باره، اجازه شریک دیگر لازم نیست. اما اعطای مجوز بهره‌برداری توسط یک نفر باید با رضایت همه شرکای اختراع انجام شود و همچنین طرح دعوای نقض علیه ثالث، مستلزم پیوستن تمام شرکا در دعوا است. از سوی دیگر هر یک از شرکا می‌توانند به شرطی که انتقال موجب تضعیف حقوق شریک دیگر نشود، بدون رضایت شریک در اختراع، سهم خود را به دیگری به طور کامل انتقال دهند. تضعیف حقوق شریک دیگر

در شرایط مختلفی می‌تواند ایجاد شود؛ مثلاً در صورتی که یک شریک سهم خود را به چند نفر انتقال دهد، این افزایش تعداد شرکا در یک اختراع می‌تواند موجب تضعیف حقوق شریک دیگر قلمداد شود.

پ) انگلیس: در قانون اختراعات انگلیس هریک از شرکا یا نمایندگی‌های آن در استفاده از اختراع برای شخص خود مستقل اند ولی توافق تمام شرکا به منظور اعطای مجوز بهره‌برداری از اختراع لازم است. وفق بخش ۳۶ قانون اختراعات انگلستان که به حقوق اختراعات مشترک پرداخته در بند ۳، شرکای اختراع را از اعطای مجوز بهره‌برداری یا انتقال یا رهن گذاشتن سهم خود از اختراع بدون اجازه شریک دیگر منع کرده است. در مورد طرح دعوای نقض اختراع علیه ثالث طبق بند ۲ ماده ۶۶ این قانون، هر یک از مالکان می‌توانند بدون توافق به دیگران این دعوا را مطرح کنند ولی باید نام شریک خود را به عنوان طرف دعوا قرار دهند، لیکن شریکی که نامش در دعوا مطرح شده ولی در دعوا حضور نداشته یا در دادرسی شرکت نکرده، مسئول پرداخت هیچ گونه هزینه‌ای نمی‌باشد.

ت) فرانسه: ماده ۶۱۳-۲۹ L از قانون مالکیت فکری فرانسه مقرر می‌کند، در صورتی که شرط مخالف یا قراردادی بین طرفین نباشد، هر شریک به تنهایی اختیار بهره‌برداری از اختراع و طرح دعوای نقض علیه ثالث را دارد و باید شریک دیگر را از طرح دعوا مطلع نماید. همچنین هر یک می‌توانند سهم خود را به دیگری انتقال دهند، اما شریک دیگر حق دارد تا سه ماه از زمان اطلاع از فروش سهم، حقی مانند «حق شفعه» در حقوق ایران اعمال کرده و با پرداخت مبلغ توافق شده، سهم شریک را به خود انتقال دهد.

ث) آلمان: قانون اختراعات آلمان به روشنی تکلیف حقوق شرکای اختراع مشترک را تعیین نکرده، لذا در موارد اختلاف، به قانون مدنی این کشور مراجعه می‌شود. طبق بخش ۶ از قانون اختراعات آلمان اگر دو یا چند نفر اختراعی را مشترکاً انجام داده باشند، حقوق گواهی‌نامه ثبت اختراع مشترکاً به آنها تعلق خواهد داشت. حقوق دارندگان مشترک در ماده ۷۴۱ قانون مدنی این کشور تعیین شده که مطابق آن هر یک از شرکا می‌توانند سهم خود را مورد استفاده قرار دهند. انتقال سهم نیز نیازی

به رضایت شریک دیگر ندارد. اما با توجه به اینکه قانون آلمان و رویه قضایی تکلیف مجوز به دیگری را مشخص نکرده، در این خصوص اختلاف وجود دارد. دیدگاه غالب این است که دادن مجوز بهره‌برداری مستلزم رضایت تمامی شرکاست، ولی کسانی که سهم را دارند می‌توانند دارنده سهم کمتر را الزام کنند. در هر حال، قانون مدنی آلمان در ماده ۷۴۹ به شرکا اختیار پایان دادن به شراکت از طریق فروش یا تقسیم سهام را داده است.

قبل از سال ۲۰۰۵، دیدگاه عمومی و رویه دادگاه‌ها این بود که در صورت استفاده یکی از شرکا از اختراع، وی می‌بایست از منافع حاصل از اختراع، مبلغی به عنوان خسارت به شریکی که از اختراع استفاده نمی‌کرده می‌پرداخت، اما در تاریخ ۲۲ مارچ ۲۰۰۵ دیوان عالی آلمان در پرونده ای چنین حکم داد که در صورت نبود توافق یا قراردادی میان شرکا، مادامی که استفاده یکی از شرکا از اختراع به استفاده واقعی شریک دیگر لطمه ای نزند، استفاده کننده الزامی به جبران مالی سهم شریکی که از اختراع استفاده نمی‌کند، ندارد.

با توجه به قانون آلمان که بهره‌برداری هر یک از شرکا از اختراع را مجاز می‌داند، دیدگاه اصلی قائل به امکان اقامه دعوای نقض علیه ثالث توسط هریک از شرکاست که امکان طرح دعوا توسط هر یک از شرکا را جایز می‌داند.

ج) ژاپن: وفق ماده ۷۳ قانون اختراعات ژاپن هیچ یک نمی‌توانند بدون رضایت سایر شرکا مجوز بهره‌برداری به ثالث داده یا نسبت به فروش و رهن اختراع اقدام نمایند، ولی هر یک از شرکا حق استفاده خود از اختراع را بدون توافق با دیگر شرکا دارند مگر اینکه طبق قرارداد طور دیگری توافق شده باشد. درمورد امکان طرح دعوای نقض علیه اقدام ثالث، قانون اختراعات ژاپن ساکت است؛ لذا این خلاء با مراجعه به ماده ۲۵۲ قانون مدنی این کشور حل شده که طبق آن استنباط می‌شود که هر یک از شرکا حق دارند به تنهایی درمورد اقدامات ثالث درخصوص نقض حقوق اختراع به طور جداگانه طرح دعوا نمایند. به علاوه، هر شریک اختیار دارد نسبت به مطالبه خسارات یا استفاده غیرمنصفانه از سهم خود در اختراع اقدام کند.

با بررسی قوانین کشورهای فوق نتیجه‌ای که حاصل می‌شود این است که در تمام

آنها استفاده هر یک از شرکا برای منافع فردی خود و بهره‌برداری شخصی از اختراع «مجاز» است. در غالب این کشورها به جز امریکا، دادن مجوز بهره‌برداری منوط به رضایت شریک یا شرکای دیگر شده یا همانند فرانسه برای هر یک از شرکا حق اولویت برای خرید سهم دیگری ایجاد می‌شود. اقامه دعوی نقض از کشوری به کشور دیگر متفاوت است و در مواردی بسته به نظام حقوقی آن کشور (رومی-ژرمنی یا کامن لا) با مراجعه به سایر قوانین موضوعه آن کشور، از جمله قانون مدنی یا رویه قضایی دادگاه‌ها مشخص شده است.

بخش دوم: حقوق ایران

در حقوق ایران از مواد ذکر شده در قانون ثبت اختراعات به خصوص ماده ۳۴ آیین نامه و فحوای مواد ۶۰ و بند الف ماده ۱۵ آن چنین بر می‌آید که بهره‌برداری از اختراع مشترک به تنهایی توسط هر یک از شرکا مستلزم رضایت شریک یا شرکای دیگر نمی‌باشد و هر یک به طور مساوی از حقوق اعطا شده برخوردار هستند. بنابراین، هر یک از مخترعان می‌توانند ساخت، صادرات و واردات، عرضه برای فروش، فروش، ذخیره به قصد فروش را انجام دهند، بدون اینکه رضایت شریک دیگر لازم باشد؛ مگر اینکه خلاف این میان شرکا توافق شده باشد.

درمورد اختراع مشترک در بند (ب) ماده ۵ قانون ایران مقرر شده است: «اگر افرادی به صورت مشترک اختراعی کرده باشند حقوق ناشی از اختراع، مشترکاً به آنها تعلق می‌گیرد.» همچنین ماده ۳۴ آیین نامه اجرایی این قانون، حقوق ناشی از اختراع را در صورت عدم تعیین سهم هر یک از شرکای اختراع، مساوی می‌داند. ولی قانون، نحوه اجرای حقوق مشترک را سکوت گذاشته است. برای حل مسائلی که قانون خاص به طور روشن تعیین تکلیف نکرده، طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی باید به قوانین و مقررات مدون عمومی کشور یعنی قانون مدنی، منابع و اصول کلی حقوق ایران مراجعه کرد. با توجه به عدم تصریح در قانون درمورد اجازه بهره‌برداری یا انتقال به دیگری، دو راه حل حقوقی قابل ارائه است:

راه حل اول: با توجه به سکوت قانون اختراعات و عدم ممنوعیت انتقال سهم و

اعطای مجوز، اصل را بر اباحه و جواز قرار دهیم و چنین استدلال کنیم که قانونگذار اعطای مجوز بهره‌برداری به ثالث توسط هر یک از شرکای اختراع را مجاز دانسته و کسب رضایت و اجازه از شریک را امری غیرلازم تلقی کرده است. اعطای حقوق مساوی به شرکا در قانون ثبت اختراعات (بند «ب» ماده ۵ قانون ثبت اختراعات و ماده ۳۴ آیین نامه) به معنای برخورداری هر یک از آنها از حقوق به طور مستقل است. منع هر عملی نیازمند تصریح قانون است و چون تصریح نشده، اصل بر جواز است و با این استدلال، شریک اختراع نمی‌تواند به جهت عدم رضایت وی در اعطای مجوز بهره‌برداری توسط شریک دیگر، طرح دعوا کند. در ادامه بسط این نظر مجوز بهره‌برداری باید به طور غیرانحصاری باشد تا با حقوق شریک در تعارض قرار نگیرد، در غیر این صورت شریک دیگر اختیار قانونی برای ابطال مجوز را داشته باشد.

راه حل دوم: با توجه به سکوت قانون اختراعات، به مقررات قانون مدنی در خصوص اموال مشترک رجوع کنیم. در مقررات حاکم بر شرکت در قانون مدنی مقرر در فصل هشتم این قانون، شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد به نحو اشاعه (ماده ۵۷۱). ماده ۵۸۳ قانون مدنی بیان می‌کند: «هر یک از شرکا می‌تواند بدون رضایت شرکای دیگر سهم خود را جزئاً یا کلاً به شخص ثالثی منتقل کند.» اگر اختراع به عنوان مال مشترک در نظر گرفته شود، با استفاده از اصل وحدت ملاک می‌توان گفت که انتقال (فروش) اختراع مشترک نسبت به سهم، مستلزم رضایت شریک دیگر نیست.

اما در مورد اعطای مجوز به ثالث بدون رضایت شریک اختراع می‌توان به ماده ۵۸۱ قانون مدنی رجوع کرد که مقرر کرده: «تصرفات هر یک از شرکا در صورتی که بدون اذن یا خارج از حدود اذن باشد فضولی بوده و تابع مقررات فضولی خواهد بود.» مفاد این ماده ناظر به تصرفات حقوقی در مال مشترک از قبیل اجاره دادن است که می‌توان آن را با اعطای مجوز در اختراع یکسان دانست. با توجه به اینکه دادن مجوز اختراع به ثالث، تصرفی است که مستلزم این است که شخص ثالث اختراع را به طور کامل و نه فقط نسبت به سهم مورد استفاده قرار دهد، سهم شریک دیگر در اختراع نیز خودبخود مورد استفاده قرار می‌گیرد و با ورود ثالث به جمع تولیدکنندگان آن اختراع، رقیب

دیگری در بازار ایجاد می‌شود که می‌تواند حقوق شریک دیگر را تضعیف کند. بنابراین، نظر نگارنده این است که دادن مجوز بهره‌برداری به ثالث، مستلزم اجازه شریک است. در غیر این صورت، قرارداد بهره‌برداری «فضولی» بوده و وی می‌تواند آن را باطل یا تنفیذ کند.

برخی ممکن است این پرسش را مطرح نمایند که لزوم کسب اجازه و رضایت شریک ممکن است سوء استفاده آن شریک را از حق خود به دنبال داشته باشد، به نحوی که امتناع از دادن اجازه و رضایت، منتهی به ضرر شریک دیگر شود و تا زمان انقضای اعتبار اختراع نتواند از آن بهره‌برداری کند یا بدین منظور به دیگری مجوز دهد. راه‌حلی که به نظر می‌رسد، این است که در موارد استثناء در صورتی که شریک از دادن اجازه به دلایل غیر معقول امتناع کرد، بتوان با توجه به اصل چهارم قانون اساسی که می‌گوید: «هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خود را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد»، شریک بتواند از دادگاه، الزام شریک به دادن اجازه با پرداخت مبلغی متناسب با سهم وی را بخواهد.

نتیجه‌گیری

نظر به دلایل زیر، به نظر می‌رسد قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم ایران و آیین نامه آن باید به منظور رفع ابهامات و پرسش‌های مطروحه اصلاح شده و موادی درباره حقوق ناشی از اختراع مشترک به آن اضافه شود؛ دلیل اول اینکه نظام حقوقی ایران به قانون موضوعه متکی است و نسبت به سایر منابع حقوق دارای اهمیت اساسی است و استدلال‌ها و استنادها بر اساس قوانین و مقررات صورت می‌گیرد. دلیل دوم اینکه حقوق مالکیت فکری در ایران، حقوق جدیدی است که بومی‌سازی نشده و هنوز پرسش‌های بسیاری را در عمل بی پاسخ گذاشته و در آینده نیز پرسش‌های دیگری را مطرح می‌سازد و خلاء قانون در این زمینه می‌تواند به تلاطم‌های اشخاص و مرجع ثبت اختراع و حقوق‌دان‌ها را در پی داشته باشد و چه بسا اعمال نظر شخصی و سلیقه را جایگزین قانون نماید که این نیز از یک سو پراکندگی آرا و سردرگمی را در پی دارد و از سوی دیگر موجب تضییع حقوق افراد و عدم اجرای عدالت می‌شود. دلیل

سوم اینکه با لحاظ آزمایشی بودن قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری و تمديد آن، هدف از آزمایشی قرار دادن هر قانونی، مشخص شدن نقاط ضعف و قوت قانون در اجرای آن در نهادهای مجری قانون و دادگاه‌ها می‌باشد.

از این رو، مناسب است قانونگذار و پژوهشگران این حوزه با بررسی دقیق‌تر به این موضوع مهم و مطالعه خلاهای قانونی و ملاحظه قوانین سایر کشورها که فقط قسمتی از آن در مقاله حاضر مورد تحقیق قرار گرفت، نسبت به تعیین تکلیف حقوق ناشی از اختراع مشترک و نحوه اجرای آن اقدام کنند.

فهرست منابع:

الف) فارسی

- ۱- قانون اساسی جمهور اسلامی ایران
- ۲- قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری (مصوب ۱۳۸۶) و آیین نامه اجرایی آن
- ۳- قانون مدنی ایران

B: English

- 1- Civil Code of Japan, 1896.
- 2- Case study: Georgina Forget v. Specialty Tools of Canada Inc. (1993), 48 C.P.R. (3d.) 323 (D.S.C.S. per Rowan J.)
- 3- Case Study: German Supreme Court (Bundesgerichtshof{BGH} 22 March 2005{ X ZR 152/03}, BGHZ 162, 342 (=GRUR 2005, 663) Gummielastische Masse II.
- 4- Federal Circuit. (June 6, 2014). Available on Website: <http://us.practicallaw.com/0-570-6710>
- 5- Federal Circuit. 1998. (135 F.3d 1456) Available on Website: <https://law.resource.org>
- 6- German Civil Code, 1896.
- 7- Intellectual Property Code of France, 1992.
- 8-Joint Ownership of Patents, Copyrights and Trade secrets In the United States, John M.Neclerio and Urmika Devi, 2011.
- 9- Patent Act of Japan, 1959.
- 10- Patent Law of Germany, 1936
- 11- UK Patent Act, 1977.
- 12- United States Code, Title 35: Patents.

حقوق بین الملل محیط زیست

اصل مشارکت و حق دسترسی آزاد به اطلاعات

لیلا فیروزمند

چکیده

جهانی شدن از جمله عواملی است که به طور کلی بر مفاهیم و پدیده‌های اطراف خود اثری بسیار مهم گذاشته است. یکی از این مسائل «محیط زیست» است. شناسایی حق بر محیط زیست به منزله یکی از مصادیق حقوق بشر در اسناد مختلف بین‌المللی و در قوانین اساسی بسیاری از کشورها، بیانگر تحولات بنیادینی است که در این عرصه ایجاد شده است. در کنار این تحولات باید به ظهور اصولی چون اصل پیشگیری، اصل احتیاط، اصل آلوده‌ساز-پرداخت‌کننده (پرداخت خسارت به وسیله آلوده کننده) اصل مشارکت و غیره اشاره کرد که مفاهیم این رشته را تشکیل می‌دهد. آنچه در این میان بطور خاص به آن پرداخته شده است، بررسی مفهوم مشارکت در محیط زیست با تکیه بر قوانین بین‌الملل است. تحقق اصل مشارکت، مستلزم تصمیم‌گیری و دسترسی و توسل به مراجع اداری و قضایی در حوزه محیط زیست است. یافته‌های این پژوهش نشان می‌دهد که یکی از وجوه ممیزه «حقوق بین‌الملل محیط زیست» از دیگر رشته‌های حقوق بین‌الملل، وجود اصول گوناگون و غیرالزام‌آور در این شاخه از حقوق است. مشارکت یکی از اصول مهم «حقوق بین‌الملل محیط زیست» است که در اعلامیه ریو ۱۹۹۲ پیش‌بینی شده است. توسعه حق دسترسی

شهروندان به اطلاعات و مشارکت ایشان در اتخاذ تصمیمات مربوط به مسایل زیست محیطی، اهمیت بسیاری دارد، زیرا دسترسی به داده‌های زیست محیطی و مشارکت آنها در فرایند تصمیم‌سازی و تصمیم‌گیری، متضمن آثاری مستقیم بر آنان خواهد بود.

واژگان کلیدی: محیط زیست، حق مشارکت عمومی، کنوانسیون آرهوس، حقوق بین‌الملل

۱- مقدمه و بیان مساله

امروزه حفاظت از محیط زیست، یکی از مهمترین دغدغه‌های جامعه بین‌المللی محسوب می‌شود. اغراق نیست اگر مسأله آب و محیط زیست و گرمای زمین را سه مسأله عمده جهانی بدانیم که دغدغه همه جوامع را شامل می‌شود. در کشور ما نیز این سه مسأله در وضعیت بحرانی هستند. تنوع اسناد زیست محیطی در سطح ملی، منطقه‌ای و بین‌المللی گویای اهمیت حفاظت از آن است.

چگونه می‌توان از محیط زیست حفاظت مؤثرتری به عمل آورد؟ نقش حقوق بین‌الملل محیط زیست چیست؟ آیا مقررات این رشته از حقوق بین‌الملل، قادر به پاسخگویی به مشکلات کنونی محیط زیست است؟ آیا افراد و نهادهای جامعه مدنی را باید در حاشیه حقوق بین‌الملل قرار داد، یا برعکس، باید به آنها نقشی موثر داد و از مشارکت آنها در حل مشکلات جامعه بین‌المللی استفاده کرد؟ آیا برای حفاظت از محیط زیست می‌توان از مشارکت بازیگران غیردولتی در «حقوق بین‌الملل محیط زیست» بهره برد؟ تمام این پرسش‌ها به سبب ماهیت بین‌الدولی بودن حقوق بین‌الملل است؛ زیرا حقوق بین‌الملل از آغاز پیدایش، همواره بر مدار اراده دولت‌ها بوده است. در حقوق بین‌الملل سنتی و مدرن، دموکراسی سهم درخوری در شکل‌گیری و نظارت بر اجرای قواعد نداشته و این حقوق بسیار کم‌رنگ در مباحث منشور ملل متحد گام برداشته است. در واقع، این منشور ضمن پرهیز از به کار بردن واژه «طرفین متعاقد» که در غالب معاهدات بین‌المللی مرسوم است، واژه «ما، مردم ملل متحد...» را برگزیده است.

ماهیت این حقوق به گونه‌ای است که آن را از حقوق داخلی جدا می‌سازد. حقوق داخلی مبتنی بر رابطه تبعیت است؛ یعنی اینکه در این نظام، واضعان و تابعان مقررات، در صورت وضع یک قانون توسط پارلمان که در جامعه به مرحله اجرا گذاشته می‌شود، می‌بایست از مقررات وضع شده تبعیت کنند و هیچ کس نمی‌تواند از آن سرپیچی کند. اما در حقوق بین‌الملل به این صورت نیست، زیرا در این نظام، واضعان و تابعان مقررات، مشترک هستند و اجرای مؤثر مقررات بین‌المللی منوط به همکاری میان دولت‌هاست. چرا که در این حقوق، اصل بر برابری دولت‌هاست و رضایت آنها نقشی تعیین‌کننده در متعهد شدن آنان نسبت به اسناد بین‌المللی دارد. جهانی شدن از جمله عواملی است که به‌طور کلی بر مفاهیم و پدیده‌های اطراف خود بسیار موثر بوده است. در این میان، انحصاری بودن حاکمیت سنتی دولت‌ها - که به معنای یکی از مفاهیم کلیدی حقوق بین‌الملل است - از این امر مستثنا نبوده و به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم در قالب تحولات اخیر جامعه بین‌المللی، تحت الشعاع جهانی شدن قرار گرفته است. علاوه بر پدیده فوق، باید از توسعه و ارتقای موازین حقوق بشر در جهان یاد کرد که رشد این پدیده در صدد ایجاد بستری مناسب برای رعایت حقوق اساسی و آزادی‌های بنیادین بشر و تقویت حکومت قانون است. حال با توجه به جوان بودن «حقوق بین‌الملل محیط زیست» باید دید که چقدر این رشته از حقوق بین‌الملل تحت تأثیر تحولات اخیر قرار گرفته است. شناسایی حق بر محیط زیست به منزله یکی از مصادیق حقوق بشر در اسناد مختلف بین‌المللی و در قوانین اساسی بسیاری از کشورها، بیانگر تحولات بنیادینی است که در این عرصه ایجاد شده است. در کنار این تحولات، باید به ظهور اصولی چون اصل پیشگیری، اصل احتیاط، اصل آلوده‌ساز-پرداخت‌کننده، اصل مشارکت و غیره اشاره کرد که مفاهیم این رشته را تشکیل می‌دهد. در میان این اصول، اصل مشارکت جایگاه والایی دارد و نقشی مهم در مردم‌سالاری مشارکتی در زمینه محیط زیست بازی می‌کند. از آنجا که ماهیت محیط زیست به گونه‌ای است که اجرا و نظارت بر مقررات آن، مستلزم مشارکت همه بازیگران است، ما در این رشته از حقوق بین‌الملل شاهد تنوع متولیان حفظ محیط زیست در قالب اصل مشارکت

هستیم. اعلامیه ریو و دستور کار ۲۱ بیش از دیگر اسناد، متضمن عناصری است که سبب تحکیم نقش گروه‌های عمده اجتماعی در تحقق اهداف، سیاست‌ها و راهکارهای اجرایی درمورد محیط زیست می‌شود. تحقق اصل مشارکت، مستلزم تصمیم‌گیری و دسترسی و توسل به مراجع اداری و قضایی در حوزه محیط زیست است.

۲- شناسایی و توصیف اصل مشارکت

این اصول در حقوق بین‌الملل محیط زیست جایگاهی ویژه و کثرت و تنوع بیشماری دارد. یکی از وجوه ممیزه حقوق بین‌الملل محیط زیست از دیگر رشته‌های حقوق بین‌الملل، وجود اصول عدیده مبهم و غیرالزام‌آور در این شاخه از حقوق است و احصاء کامل تمامی اصول جدید که با توسعه اخیر حقوق بین‌الملل محیط زیست ایجاد شده، بسیار مشکل خواهد بود. شاید علت این امر از ماهیت خود حقوق بین‌الملل محیط زیست ناشی می‌شود، چرا که این رشته به‌طور کلی فاقد یک ضمانت اجرای قوی است و به همین دلیل، مکانی مناسب برای ظهور و بروز اصول گوناگون است. در عالم حقوق، ایجاد یک هنجار تابع عواملی مختلف است که هر یک از این عوامل نقشی مهم در تعیین اقتدار آن هنجار بازی می‌کنند. روش و قالب ایجاد هنجار و مرجع ایجادکننده آن می‌تواند قدرت الزام‌آور هنجار مزبور را نسبت به مخاطبانش معین کند.

با این اوصاف، باید به چند موضوع توجه کرد: نخست اینکه اصل مشارکت به وسیله چه مرجعی تنظیم شده است؟ و دوم اینکه این اصل به چه شیوه‌ای و در چه قالبی شکل گرفته است؟ آنچه از این منظر مهم می‌نماید، این است که باید بین شکل و صورت و محتوا تفکیک قائل شد؛ زیرا مطابق این تفکیک، تنها اصول مندرج در کنوانسیون‌ها، هنجار حقوقی بوده و قدرت الزام‌آور برای ایجاد کنندگان آن دارد و اصولی که در اعلامیه‌ها آمده، به‌طور عموم فاقد ارزش حقوقی است.

مشارکت یکی از اصول مهم حقوق بین‌الملل محیط زیست است که در اعلامیه ریو ۱۹۹۲ پیش‌بینی شده است. این اصل به‌طور صریح در اعلامیه استکهلم پیش‌بینی نشده است، ولی در مقابل، اعلامیه مزبور به حق بر محیط زیست سالم می‌پردازد که به نظر اغلب حقوقدانان، این اصل وسیله‌ای برای اجرای حق بر محیط زیست

سالم است، اما اعلامیه ریو، اصل مشارکت را بدین صورت در اصل ۱۰ خود پیش‌بینی کرده است: بهتر است مسائل مربوط به محیط زیست با مشارکت همه شهروندان ذیربط در سطحی مطلوب بررسی گردد. در سطح ملی هر فرد باید کاملاً به اطلاعاتی که مقامات عمومی درمورد محیط زیست در اختیار دارند از جمله اطلاعات مربوط به مواد و فعالیت‌های خطرناک در منطقه، دسترسی داشته باشد و در روند اتخاذ تصمیمات مشارکت نماید. دولت‌ها باید با دادن اطلاعات به مردم، حساسیت و مشارکت عموم را تسهیل و تشویق نمایند. دستیازی و دسترسی مؤثر به اقدامات و مراجع قضایی و اداری، از جمله مجازات و جبران خسارت، باید تضمین گردد. به همین دلیل در کشورهای بسته که اصل مشارکت مردمی به رسمیت شناخته نمی‌شود، مسأله محیط زیست از منظر حقوق بین‌الملل با مشکلات فراوانی مواجه می‌شود.

همان‌طور که از نامش پیداست، این اصل در قالب یک اعلامیه و در پایان کنفرانس بین‌المللی ریو به تصویب رسید که زیرنظر مجمع عمومی سازمان ملل متحد تشکیل شد. اولین چیزی که در این زمینه به ذهن می‌رسد این است که اسناد مصوب مجمع عمومی سازمان ملل متحد به‌طور عموم ضمانت اجرای لازم ندارند و بیشتر جنبه توصیه داشته و ناظر به اعلام وجود آن اصل یا اصول است. توصیف این اسناد با عنوان اعلامیه توسط مجمع عمومی به منظور تأکید بر اهمیت سیاسی و هنجاری مسائل مهم جهانی است. اساساً محتوای اعلامیه‌ها آثار حقوقی الزام‌آور همانند دیگر اسناد بین‌المللی ندارد. هرچند که اعلامیه‌های استکهلم و ریو جملگی جزء اسناد حقوقی الزام‌آور محسوب نمی‌شوند، ولی مبین ظهور اصولی هستند که در عملکرد دولت‌ها به آن توجه شده است و مبنای شکل‌گیری دیگر کنوانسیون‌های بین‌المللی زیست محیطی را شکل می‌دهند. مسأله الزام‌آور نبودن این قوانین، زمینه‌ی اجرای آنها را در عمل بسیار کمرنگ می‌کند. به همین دلیل، اصل مشارکت را باید دارای جنبه اعلامی دانست، زیرا قالب حقوقی که این اصل در آن شکل گرفته است، دربردارنده حقوق اعلامی است. تدوین مقررات در قالب اعلامیه و دیگر اسناد غیرالزام‌آور، بستری مناسب برای بروز حقوق قوام‌نیافته ایجاد می‌کند و در درازمدت، سبب توسعه حقوق بین‌الملل می‌شود. بیشتر اصول حقوق بین‌الملل محیط زیست

که از آن جمله اصل مشارکت است، در قالب اعلامیه شکل گرفته‌اند و به همین دلیل این رشته از حقوق بین‌الملل زمینه‌ای مناسب برای حقوق قوام‌نیافته فراهم می‌کند. حقوق قوام‌نیافته شرایطی برای توسعه حقوق قوام یافته یا در قلمروهایی که این حقوق پیشرفتی نداشته، فراهم کرده است و سبب توسعه حقوق بین‌الملل محیط زیست نیز می‌شود. اصولی مختلف چون اصل پیشگیری، اصل احتیاط، اصل آلوده‌ساز-پرداخت‌کننده و اصل استفاده غیرزیانبار از سرزمین و غیره در حقوق بین‌الملل محیط زیست وجود دارد (امیر ارجمند، ۱۳۸۶: ۱۴).

بعضی از اصول چون اصل استفاده غیرزیانبار، جنبه عرفی پیدا کرده است که در این صورت دیگر نمی‌توان این اصل را با اصول دیگر حقوق بین‌الملل محیط زیست مقایسه کرد (قوام آبادی، ۱۳۸۴: ۷۴).

بعد از بررسی اجمالی اصل مشارکت، شناخت مؤلفه‌های این اصل و شناسایی آنها در اسناد بین‌المللی محیط زیست، مهم و اساسی است. مؤلفه‌های اصل مشارکت به حق دسترسی به اطلاعات زیست محیطی و مشارکت عموم در فرایند تصمیم‌سازی و تصمیم‌گیری و دسترسی و توسل به مراجع اداری و قضایی در حوزه محیط زیست تقسیم می‌شود. به دلیل اهمیت این مؤلفه‌ها برای تحقق اصل مشارکت زیست محیطی، در ادامه به‌طور مبسوط به تحلیل هر یک از این مؤلفه‌ها می‌پردازیم.

۳- حق دسترسی به اطلاعات زیست محیطی

دسترسی عموم به اطلاعات و مشارکت آنها تنها مختص به وضع مقررات در حوزه محیط زیست نیست، بلکه این حق، قبل از هر چیز موضوعی مربوط به دولت و شهروندان است که در کل نظام‌های دموکراتیک وجود دارد. در اینجا موضوع اطلاع‌رسانی و مشارکت شهروندان بیش از هر چیز اهمیت دارد. رعایت این حق برای شهروندان مبین توجه دولتمردان به کثرت‌گرایی و اشتراک مساعی مردم در اداره امور کشور و حق تعیین سرنوشت‌شان است (مولایی، ۱۳۸۵: ۲۱).

توسعه حق دسترسی شهروندان به اطلاعات و مشارکت ایشان در اتخاذ تصمیمات مربوط به مسایل زیست محیطی اهمیت بسیاری دارد، زیرا دسترسی به داده‌های زیست محیطی و مشارکت آنها در فرایند تصمیم‌سازی و تصمیم‌گیری، متضمن

آثاری مستقیم بر آنان خواهد بود. حق دسترسی به اطلاعات زیست‌محیطی به معنای آزادی جستجوی اطلاعات است. مطابق این تفسیر مقامات صالح، اطلاعات درخواست‌شده را بنا به تقاضای اشخاص حقیقی یا حقوقی در اختیارشان قرار می‌دهند. در واقع این نوع اطلاع‌رسانی جنبه انفعالی دارد زیرا مقامات عمومی ذیربط با توجه به درخواست ارائه شده توسط اشخاص حقیقی یا حقوقی اقدام به اطلاع‌رسانی می‌کنند. به عبارت دیگر، این مقامات در ابتدا هیچ‌گونه اطلاعاتی در اختیار افراد قرار نمی‌دهند، مگر اینکه درخواست قبلی و اولیه‌ای وجود داشته باشد. در حالی که هر شهروند حق دریافت اطلاعات مربوط به محیط زیست خود را دارد، بدون اینکه نیاز به درخواست قبلی و اولیه داشته باشد. برای مثال اطلاع‌رسانی به شناگران توسط مقامات ذیصلاح در خصوص کیفیت آب فلان دریاچه.

در اروپا، حق دسترسی به اطلاعات رشد بسیار زیادی داشته است و در زمینه ماده ۱۰ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر چنین مقرر می‌دارد: «هر شخصی حق آزادی بیان دارد. این حق شامل آزادی دریافت یا ارسال اطلاعات یا عقاید بدون مداخله مقامات عمومی و بدون ملاحظات مرزی اعمال می‌شود.» بنابراین، ماده ۱۰ با به کارگیری واژه کلی «آزادی بیان»، آزادی عقیده و آزادی اطلاعات را تضمین و موجبات تحقق یکی از حقوق بنیادین فرد را فراهم می‌سازد و دیوان اروپایی حقوق بشر با تفاسیر پویای خود از این ماده در قضایای مختلف به حق بر محیط زیست توجه و از آن حمایت کرده است (ویژه، ۷۷۱۳۸۵، ۸۶-).

به‌طور کلی در حوزه محیط زیست اقداماتی گوناگون برای تحقق اهداف مربوط به مشارکت شهروندان در دسترسی به اطلاعات زیست‌محیطی صورت گرفته است که می‌توان به اصل ۱۰ اعلامیه ریو، دستورالعمل‌های صادرشده در چهارچوب اتحادیه اروپا و کنوانسیون آرهوس اشاره کرد. البته لازم به ذکر است که اعلامیه استکهلم نیز در اصل ۲۰ خود به‌طور کلی به موضوع تشویق و تسهیل و جریان آزادانه تازه‌ترین اطلاعات و انتقال تجربیات برای حل مسائل محیط زیست توجه کرده است (مولایی، ۱۳۸۵: ۱۴).

اصل ۱۰ اعلامیه ریو زیربنای حق دسترسی به اطلاعات زیست‌محیطی و مشارکت

سبز شهروندان

در صدر اصل ۱۰ اعلامیه ریو علاوه بر تأکید بر بحث مشارکت همه شهروندان، به حق دسترسی‌شان به اطلاعات زیست محیطی اشاره می‌شود. این اصل اشعار می‌دارد که در سطح ملی هر فرد باید کاملاً به اطلاعاتی که مقامات عمومی در مورد محیط زیست در اختیار دارند دسترسی داشته و در روند اتخاذ تصمیمات مشارکت نمایند. دولت‌ها باید با دادن اطلاعات به مردم، حساسیت و مشارکت عموم را تسهیل و تشویق کنند (قوام آبادی، ۱۳۸۵: ۱۹).

این اصل با اشعار مشارکت به سطح ملی آن، حق بر اطلاعات برای عموم و تکلیف دولت و مقامات عمومی به دادن اطلاعات را پیش‌بینی می‌کند. با مطالعه اصل ۱۰ متوجه خواهیم شد در کشورهایی که مشارکت و حق دسترسی آزادانه اطلاعات به رسمیت شناخته نشده است، مشکلات زیست محیطی صد چندان است. ضرورت دسترسی به اطلاعات زیست محیطی به شکل‌های گوناگون در اسناد بین‌المللی دیگر نیز تأکید شده است که از آن جمله می‌توان به کنوانسیون لوگانو ۱۹۹۳ و کنوانسیون پاریس ۱۹۹۲ اشاره کرد (نقیب زاده، ۱۳۸۵: ۱۳۵). کنوانسیون پاریس که مربوط به حفاظت از مناطق دریایی آتلانتیک شمال شرقی است در این خصوص تصریح بیشتری دارد و ماده ۹ خود را به حق دسترسی به اطلاعات اختصاص داده است (همان).

۴- حق دسترسی به اطلاعات زیست محیطی در حقوق اروپایی

در خصوص حق بر اطلاعات، حقوق اتحادیه اروپا نقش مؤثری را ایفا کرده است. بنابراین به این منظور به طور مفصل به تشریح مقررات اروپایی در حوزه دسترسی به اطلاعات به طور کلی و دسترسی به اطلاعات زیست محیطی می‌پردازیم. معاهده آمستردام در دوم اکتبر ۱۹۹۷ به امضای دولت‌های عضو رسیده و از اول می ۱۹۹۹ اجرایی شده است. هدف اصلی از ایجاد این معاهده، فراهم کردن شرایط و نهادهای لازم برای مقابله با مشکلات پیش روی اتحادیه اروپاست. معاهده آمستردام مقرر می‌دارد: «هر شهروند اتحادیه و هر شخص حقیقی یا حقوقی مقیم یا دارای اقامتگاه در یکی از دولت‌های عضو، با توجه به اصول و شرایط مندرج

در بندهای ۲ و ۳، حق دسترسی به اسناد پارلمان اروپا، شورا و کمیسیون را دارد.» (احمدی، ۱۳۸۹: ۱۸)

حق دسترسی به اسناد مندرج در این ماده به هیچ‌وجه محدود به شهروندان نمی‌شود، این حق به اشخاص مقیم و دارای اقامتگاه نیز تسری داده شده است، اما در حقوق اروپایی حق بر اطلاعات و دسترسی به آن به این سند محدود نمی‌شود، بلکه اسناد متعدد دیگری نیز وجود دارد که به آن در چهارچوب آن موضوع اطلاعات زیست محیطی و دسترسی به آن به‌طور خاص توجه شده است (توفیقی، ۱۳۸۹: ۳۶). شکل‌گیری حق دسترسی به اطلاعات در قالب یک دستورالعمل بی‌علت نبوده است، زیرا بعضی از کشورهای عضو مانند فرانسه قبل از این دستورالعمل، مقرراتی را در این خصوص در حقوق داخلی خود وضع کرده بودند و به این علت اجرای دستورالعمل مزبور اساساً مشکلات خاصی برای این کشورها ایجاد نمی‌کرد. دولت‌های عضو به تلاش در رسیدن به اهداف تعیین شده در دستورالعمل مکلف هستند و در انتخاب شکل و وسایل دسترسی به اهداف، آزادی کامل دارند (همان).

۵- نوآوری‌های کنوانسیون آرهوس در مورد حق دسترسی به اطلاعات زیست محیطی

کنوانسیون مربوط به دسترسی به اطلاعات، مشارکت عموم در فرایند تصمیم‌گیری و دسترسی به دادرسی مربوط به محیط زیست زیر نظر کمیسیون اقتصادی منطقه‌ای ملل متحد برای اروپا در تاریخ ۲۵ ژوئن ۱۹۹۸ به تصویب رسید. اهمیت کنوانسیون مزبور در این است که در پی تحقق مفاد اصل ۱۰ اطلاعیه ریو متبلور شده است. این کنوانسیون در صدد تحقق حق بر محیط زیست سالم از طریق فراهم آوردن بستری مناسب برای اعمال مؤلفه‌های حق مزبور است، زیرا نام و مفاد ماده اول کنوانسیون که به تعیین هدف سند فوق اختصاص یافته، مبین این امر است. کنوانسیون آرهوس می‌تواند به عنوان نمونه‌ای مهم در خصوص دسترسی به اطلاعات به حساب آید، کما اینکه کنوانسیون آفریقایی مربوط به منابع طبیعی، محیط زیست و توسعه، مصوب ۲۰۰۳ در ماده ۱۶ خود دولت‌های متعاهد را به اتخاذ تدابیر قانونی لازم برای تضمین به موقع و مناسب در دسترسی عموم به اطلاعات مربوط به محیط زیست

فرامی خواند (مولایی، ۱۳۸۶: ۱۹).

کنوانسیون آرهوس برخلاف دیگر اسناد بین المللی به تفصیل به موضوع حق دسترسی به اطلاعات در زمینه محیط زیست می پردازد. آنچه که این سند را از سایر اسناد بین المللی دیگر ممتاز می سازد، همان نوآوری هایی است که با بررسی سند مزبور مشخص می شود. حق دسترسی به اطلاعات در قلمروی محیط زیست، یکی از اصول بنیادین کنوانسیون آرهوس محسوب شده که در عین حال در کنار این حق نیز استثنائاتی وضع شده است که اعمال این حق را محدود می سازد. آنچه از محتوای این سند برمی آید این است که کنوانسیون پیش گفته بر دو محور که یکی حق فردی در دسترسی به اطلاعات و دوم تکلیف به داشتن سیاست عمومی فعال برای در اختیار قرار دادن اطلاعات درخواست شده از سوی مقام عمومی است، بنا شده است. کنوانسیون سعی کرده است مفاهیم «مقام عمومی» و «عموم» را تعیین کند. بدین منظور مقام عمومی را مقامی می داند که به وسیله اداره های عمومی به استثنای ارگان های مجری قوای قانونگذاری یا قضایی در سطح ملی یا منطقه ای یا دیگر سطوح نمایندگی می شود. منظور از عموم در کنوانسیون، به تمامی اشخاص حقیقی و حقوقی، انجمن ها، سازمان ها و گروه ها اطلاق می شود.

با این اوصاف، حق دسترسی به اطلاعات در قلمرو محیط زیست برای همه اشخاص حقیقی و حقوقی، انجمن ها، سازمان ها و گروه ها به رسمیت شناخته شده است. شناسایی این چنین حقی در کنوانسیون وضوح بیشتری نسبت به اعلامیه ریو دارد، زیرا اصل ۱۰ اعلامیه یاد شده تنها به واژه «فرد» اشاره می کند، ولی در مقابل کنوانسیون فوق، به طور صریح و روشن دامنه شمول متقاضیان درخواست اطلاعات مربوط به محیط زیست را افزایش می دهد. به عبارت دیگر، حق دسترسی به اطلاعات در کنوانسیون معنا و مفهوم وسیعی دارد و بدین منظور درخواست دسترسی به اطلاعات مربوط به محیط زیست را به وسیله سازمان های غیردولتی نیز ممکن می سازد. وجه مشترک بین اعلامیه ریو و کنوانسیون آرهوس در این است که در هر دو سند به نحوی برابری حق دسترسی بدون تبعیض به اطلاعات را پیش بینی کرده اند، ولی در اعلامیه ریو تنها به این موضوع اشاره می شود که هر فرد

باید کاملاً به اطلاعات مربوط به محیط زیست دسترسی داشته باشد، بدون اینکه به تابعیت یا اقامتگاه وی اشاره کند. در حالی که کنوانسیون مذکور در این خصوص تصریح بیشتری دارد و در بند ۹ ماده ۳ به برابری دسترسی به اطلاعات زیست محیطی اشاره می‌کند و آن را تحت تأثیر عواملی چون تابعیت و اقامت نمی‌داند. از این رو، برای مثال یک سازمان غیردولتی در یک کشوری می‌تواند در کشور دیگر تقاضای دسترسی به اطلاعات مربوط به محیط زیست کند و از حقوقی برابر، همانند سازمان‌های غیردولتی کشور دیگر برخوردار شود، زیرا در قسمت اخیر بند ۹ ماده فوق در مورد اشخاص حقوقی به این موضوع اشاره می‌کند که مقرر رسمی یا مرکز واقعی فعالیت‌های شخص حقوقی موجب تبعیض در دسترسی به اطلاعات نمی‌شود (نظری، ۱۳۹۰: ۶).

دومین مشخصه کنوانسیون همان احتیاج نداشتن به وجود نفع متقاضی اطلاعات است. وجود این اصل در کنوانسیون، نقشی کلیدی و تعیین‌کننده در اعمال واقعی حق بر دسترسی به اطلاعات دارد. بنابر اصل یاد شده، مقامات عمومی باید بدون اثبات وجود یا نبود نفع مستقیم توسط متقاضی یا متقاضیان اطلاعات زیست محیطی (اعم از اشخاص حقیقی یا حقوقی)، اطلاعات مزبور را در اختیار آنها بگذارند. بررسی مقررات کنوانسیون مبین شناسایی و تسهیل هرچه بیشتر اجرای حقوق فردی نسبت به دسترسی به تمامی اشکال اطلاعات از جمله اطلاعات کتبی، شفاهی، دیداری و الکترونیک در زمینه محیط زیست است، زیرا نه تنها این حق دامنۀ شمول وسیع و گسترده‌ای دارد، بلکه آیین دسترسی به اطلاعات زیست محیطی به نحوی تنظیم شده است که تا حد امکان دسترسی به اطلاعات زیست محیطی را با کمترین مانع و محدودیتی روبه‌رو سازد. برای مثال می‌توان به تعهد مقامات عمومی به تقدیم عین اطلاعات درخواست شده متقاضیان در اسرع وقت، حد اکثر ظرف یک ماه از تاریخ درخواست و در صورت پیچیده و زیاد بودن اسناد ظرف دو ماه اشاره کرد. البته لازم به ذکر است که در ازای ارائه خدمات، مقامات عمومی می‌توانند مبالغ معقولی را از متقاضیان اطلاعات درخواست کنند.

۶- مشارکت عمومی در فرایند تصمیم سازی و تصمیم گیری زیست محیطی

به طور کلی مشارکت عمومی به این معناست که هر صدایی شنیده شود. به عبارت دیگر در مشارکت، اشخاص قادرند در اموری مختلف مداخله کنند که با سرنوشت ایشان مرتبط است. در سایه مشارکت مسئولانه تمامی بازیگران می توانند مقدمات مسئولیت فردی و جمعی را سامان دهند و گامی مؤثر در حوزه موردنظر مشارکت عمومی بردارند. پس مشارکت عمومی در حوزه هایی گوناگون متصور است و به همین سبب اسنادی متعددی در این خصوص تدوین شده است. اگر بخواهیم شناسه مشارکت عمومی را در اسناد بین المللی بررسی کنیم، بیشترین مشارکت عمومی را در اسناد حقوق بشری و اسناد محیط زیستی خواهیم دید.

۷- مشارکت عمومی در اسناد حقوق بشری

مفهوم مشارکت عمومی دربردارنده حقی است که هر یک از افراد براساس آن آزادانه در اداره امور عمومی و مدیریت سیاسی شرکت می کنند. اعلامیه جهانی حقوق بشر به همراه میثاقین، منشور بین المللی حقوق بشر را تشکیل می دهند و به عنوان مهمترین اسناد بین المللی حقوق بشری محسوب می شوند. این اسناد مشتمل بر مجموعه ای از حقوق و آزادی های مدنی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی است که افراد و دولت ها را مورد توجه و خطاب قرار می دهد (ویژه، ۱۳۸۵: ۱۶).

منشور بین المللی حقوق بشر (اعلامیه جهانی حقوق بشر - ماده ۲۱)، میثاق حقوق مدنی و سیاسی (ماده ۲۵) و میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (ماده ۱)، به طور مستقیم موضوع مشارکت عمومی را پیش بینی کرده است، ولی در میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی بر خلاف دو سند دیگر به صورت عام تری به این مهم توجه می کند و آن را در قالب حق تعیین سرنوشت مطرح می کند. مطابق ماده ۲۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر «هرکس حق دارد که در اداره امور عمومی کشور خود، خواه مستقیم و خواه با واسطه نمایندگانی که آزادانه انتخاب شده باشند شرکت جوید.» این ماده زیربنای مشارکت عمومی در اسناد حقوق بشری را تشکیل می دهد و به همین دلیل در دیگر اسناد بین المللی منطقه ای در زمینه حقوق بشر مثل اعلامیه آمریکایی حقوق و تکالیف بشر (ماده ۲۰) و همچنین

منشور آفریقایی حقوق بشر و مردم (ماده ۱۳) به صورت مشابهی پیش‌بینی شده است (قوام آبادی، ۱۳۸۶: ۲۵). با پیش‌بینی مشارکت عمومی در اسناد مزبور باید به مطالعه و بازتاب آن در دیگر اسناد بین‌المللی به خصوص در حوزه محیط زیست پرداخت تا بدین وسیله از رویکرد جامعه بین‌المللی نسبت به مشارکت عموم در صیانت از محیط زیست آگاه شد.

۸- مشارکت عمومی در اسناد زیست محیطی

بررسی مشارکت عمومی در اسناد زیست محیطی گواه وجود دو گونه سند است: نخست اسنادی که به طور عام و کلی به موضوع مشارکت عمومی در حفظ محیط زیست توجه دارند. دوم اسنادی که به طور خاص موضوع مشارکت عمومی را لحاظ می‌کنند. گروه اول بیشترین اسناد زیست محیطی را به خود اختصاص می‌دهند، زیرا ماهیت محیط زیست به گونه‌ای است که در غالب معاهدات چندجانبه زیست محیطی معمولاً ماده‌ای برای مشارکت عمومی و نقش بازیگران مختلف برای حفاظت از محیط زیست پیش‌بینی می‌شود (حسینی، ۱۳۸۷: ۳).

سازمان‌های غیردولتی و گروه‌هایی مختلف چون سندیکاها و انجمن‌ها اغلب وسایل و ابزارهای به نسبت سازمان‌یافته‌ای در اختیار دارند که با توسل به آن می‌توانند در فرایند تصمیم‌سازی مداخله کنند و به همین دلیل است در اسناد چندجانبه زیست محیطی به نقش آنها توجهی خاص می‌شود. بنابراین به سبب تعداد انبوه اسناد پیش‌بینی‌کننده نقش مشارکت عمومی در فرآیند تصمیم‌سازی و تصمیم‌گیری در زمینه محیط زیست، تنها به بخشی از آنها اشاره می‌شود. همان‌طور که پیش از این ذکر شد به‌طور کلی اصل ۱۰ اعلامیه ریو موضوع اصل مشارکت را مطرح می‌کند که در آن به‌طور روشن بر ضرورت مشارکت عموم تأکید شده است.

علاوه بر اسناد فوق سند دیگری که به‌طور خاص موضوع مشارکت عمومی را لحاظ کرده است همان کنوانسیون آرهوس است. این کنوانسیون به دلیل اهمیتی که دارد به طور مجزا به سه مولفه اصل مشارکت در حوزه محیط زیست می‌پردازد، در حالی که در دیگر اسناد زیست محیطی بی‌سابقه است. کنوانسیون آرهوس موضوع مشارکت عموم در فرآیند تصمیم‌سازی را به سه بخش تقسیم کرده است:

الف) مشارکت در تصمیم‌سازی مربوط به فعالیت ویژه؛

ب) مشارکت برای تهیه طرح‌ها و تدوین برنامه‌ها یا سیاست‌های مربوط به محیط زیست؛

ج) مشارکت در تهیه هنجارهای الزام‌آور.

درباره جنبه اول تقسیم‌بندی فوق، کنوانسیون در ضمیمه نخست خود اقدام به احصای فعالیت‌های ویژه‌ای می‌کند که مشمول مشارکت عموم است. مطابق ضمیمه اول کنوانسیون، عموم افراد حق دارند در بخش‌های انرژی، صنعت، مواد شیمیایی و مدیریت پسماند و غیره مشارکت کنند. در زمان انجام یکی از فعالیت‌های مذکور در این ضمیمه، باید این موضوع به اطلاع عموم برسد تا بدین وسیله از موضوع فعالیت مطلع شوند. در ضمن باید آیین‌های مشارکت عمومی طوری سازمان داده شوند که زمان کافی برای اطلاع عموم و مشارکت مؤثر آنها در فرآیند تصمیم‌سازی وجود داشته باشد و همچنین تصمیمات اتخاذ شده توسط مقامات عمومی باید متضمن نتایج مشارکت عمومی باشد. به عبارت دیگر، این تصمیمات نه تنها باید به نتایج مشارکت عمومی را توجه کنند، بلکه عموم افراد به دلایل و ملاحظات دسترسی داشته باشند که بر آن اساس تصمیم اتخاذ شده است.

در مورد جنبه دوم، کنوانسیون وارد جزئیات نمی‌شود و در مورد آیین تصمیم تنها به سه اصل مشارکت عموم افراد از بالا در فرآیند تصمیم‌سازی، موعد معقول برای هریک از مراحل مشورت با عموم و توجه به مواضع بیان شده در تصمیم‌نهایی اشاره می‌کند. در واقع، آنچه بیش از هر چیز در این مرحله بر آن تأکید می‌شود، مشارکت عموم افراد با مقامات عمومی در زمان تهیه و تنظیم برنامه‌ها و سیاست‌های مربوط به محیط زیست به صورت شفاف است.

در نهایت بخش سوم مشارکت عمومی در فرآیند تصمیم‌سازی، مربوط می‌شود به مشارکت افراد در تهیه هنجارهای الزام‌آور. همکاری و مشارکت مستقیم در تهیه هنجارها، گامی مهم در مشارکت عمومی در تصمیمات زیست محیطی تلقی می‌شود که در این باره کنوانسیون مذکور اقدام به تثبیت تعهدات خاصی نمی‌کند، ولی با وجود این، مشارکت مؤثر عموم را از طریق مشورت و در مواعد کافی با امکان

تنظیم اطلاعات مستقیم یا با واسطه ارگان‌های مشورتی فراهم می‌کند. آنچه که در عمل به اجرا درآمدن اصل مشارکت را در حقوق محیط زیست تسهیل می‌کند، همان رعایت مؤثر حقوق شکلی و ماهوی اصل مزبور است. بررسی محتوای اصل مشارکت مبین نقش اساسی و تعیین‌کننده سه عنصر حق دسترسی به اطلاعات، مشورت و مشارکت عمومی و دسترسی به مراجع اداری و قضایی است. بین این مؤلفه‌ها ارتباط نزدیکی وجود دارد و هرگونه عدم تعادل بین آنها موجب خدشه‌دار شدن به اصل مزبور شده و در نهایت اجرای مقررات زیست محیطی را به مخاطره می‌اندازد. تنوع کنوانسیون‌های چندجانبه زیست محیطی گویای این واقعیت است که این اسناد به نوعی به اصل مشارکت پرداخته‌اند، ولی مورد توجه قرار دادن مؤلفه‌های سه‌گانه اصل مذکور در این کنوانسیون‌ها به یک شکل و سیاق نیست.

۹- حق دسترسی و توسل به مراجع اداری و قضائی در حوزه محیط

زیست

اصل دسترسی آزاد به اطلاعات زیست محیطی و مشارکت شهروندان در فرآیند تصمیم‌سازی باید متضمن سازوکارهایی باشد که اعمال حق بر محیط زیست سالم را برای شهروندان تضمین کند. شناسایی حق توسل به مراجع ذی صلاح نتیجه منطقی حق بهره‌مندی هر شخص از محیط زیست سالم است تا بدین وسیله بتوان از راه‌ها و مبادی قانونی از تخریب و آلودگی محیط زیست پیشگیری کرد (مولایی ۱۳۸۶: ۱۵).

در این بخش به شناسایی حق دسترسی به مراجع و موضوع نفع و ذی‌نفع خواهیم پرداخت. حق دسترسی به مراجع اداری و قضایی در حوزه محیط زیست بیشتر در اسناد سازمان‌های بین‌المللی شکل گرفته‌اند که به اختصار آنها را بیان می‌کنیم. یکی از اسنادی که این حق را پیش‌بینی می‌کند، پیش‌طرح سومین میثاق بین‌المللی مربوط به حقوق همبستگی سازمان ملل متحد است. این پیش‌طرح در سال ۱۹۸۲ به تصویب رسید و حقوق همبستگی را به چهار دسته تقسیم کرد: حق بر صلح، حق بر توسعه، حق بر محیط زیست و حق بر میراث مشترک. حق بر محیط زیست سالم یکی از مصادیق مهم مقوله سوم حقوق بشر یا حقوق همبستگی

است که تحقق آن مستلزم کار و کوشش همه افراد، دولت‌ها، واحدهای عمومی و خصوصی و تمام جامعه بین‌المللی است (رفیعی، ۱۳۸۴: ۲۱).

این حق بر مشارکت جمعی تمامی بازیگران ملی و بین‌المللی و حق و تکلیف ایشان دلالت دارد و قابل مطالبه و اقامه در برابر دولت بوده و دسترسی به آن بدون همکاری و مشارکت بازیگران فوق‌مقدور نیست. در مقدمه پیش‌طرح مزبور، محیط زیست به‌طور آشکار به منزله یکی از ارزش‌های جهانی معرفی شده و بر حقوق مربوط به آن به عنوان حقوق بشر تأکید می‌شود. در قسمت اخیر مقدمه پیش‌طرح ضمن تأکید بر این حقوق، تحقق آن را به همکاری بین‌المللی و مساعی مشترک کلیه بازیگران عرصه بین‌المللی منوط می‌داند. پیش‌طرح فوق به‌طور کلی به حق بر محیط زیست متناسب با توسعه اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، سیاسی و حقوقی (ماده ۱۴) اشاره می‌کند و در مواد ۱۵ و ۱۶ به ترتیب به تعهد دولت در قبال تعرض نکردن به محیط زیست و سلامت انسان و اتخاذ تدابیر مفید در این خصوص اختصاص یافته است. در مواد بعدی به نوعی مؤلفه‌های مهم حق بر محیط زیست را پیش‌بینی و به حق شخص و امکان مداخله و مشارکت وی به صورت مستقیم و غیرمستقیم در تعیین سیاست‌ها و تدابیر مربوط به محیط زیست در سطح ملی (ماده ۱۷)، توسل مؤثر به مراجع ملی و حضور در پیشگاه مرجع مزبور (ماده ۱۸) و حق قربانی نسبت به درخواست جبران خسارت (ماده ۱۹) اشاره می‌کند (همان).

توسل به مراجع قضایی و اداری شامل روش‌هایی است که شخص حقیقی و حقوقی بتواند به سبب آسیب‌های ناشی از یک مسأله زیست محیطی متحمل شده یا احتمالاً متحمل شود، دسترسی داشته باشد. بنابراین علاوه بر دسترسی به مراجع صلاحیتدار، شخص می‌تواند خواستار جبران خسارت‌های وارد شده ناشی از اقدامات زیانبار شود. شخص می‌تواند با طرح دعوی در مراجع مربوط، عدم رضایت خود را نسبت به اقدامات انجام شده در حوزه محیط زیست ابراز دارد و از این طریق از ادامه آن اقداماتی که موجب بروز خسارت‌ها می‌شود، جلوگیری کند و در صورت امکان، خواستار بازگشت به وضع سابق و جبران خسارت‌های وارده شود. بررسی اسناد بین‌المللی در زمینه حقوق محیط زیست دربردارنده تمامی عناصر نیست،

زیرا بعضی از آنها تنها به دو مؤلفه اولیه اجرای اصل مشارکت بسنده می‌کنند و نسبت به مؤلفه سوم ساکت هستند و در همین حال بعضی دیگر از این اسناد به هر سه مؤلفه پرداخته‌اند (صدقی، ۱۳۹۰: ۲۱).

ماده ۱۸ پیش‌طرح سومین میثاق بین‌المللی حقوق همبستگی اشعار می‌دارد: «هر فردی که حق او برای داشتن محیطی سالم و از نظر زیست محیطی متعادل مورد تجاوز قرار گیرد، یا تهدید واقعی مبنی بر چنین تجاوزی وجود داشته باشد، حق خواهد داشت به‌طور مؤثر به مرجع ملی صالحه شکایت کند، حتی در مواردی صادق است که عامل تجاوز یا تهدید به تجاوز شخصی باشد که در حال انجام وظایف قانونی خود می‌باشد.» ماده ۱۹ پیش‌طرح سومین میثاق بین‌المللی حقوق همبستگی مقرر می‌کند: «فردی که به او حق برای داشتن محیط زیستی سالم و از نظر زیست محیطی متعادل برخلاف مقررات مواد ۱۴ تا ۱۸ تجاوز شود، حق درخواست جبران خسارات را دارد»

علاوه بر پیش‌طرح سومین میثاق بین‌المللی مربوط به حقوق همبستگی باید به دو اعلامیه استکهلم و ریو اشاره کرد که به موضوع جبران خسارات ناشی از تخریب و آلودگی محیط زیست توجه کرده‌اند. اعلامیه استکهلم در اصل ۲۲ خود مقرر می‌دارد: «دولت‌ها باید در توسعه بیشتر حقوق بین‌الملل در مورد مسئولیت و جبران خسارت قربانیان آلودگی و دیگر خسارات محیط زیستی، ناشی از فعالیت‌های انجام شده در مناطق واقع در حیطه صلاحیت یا نظارت آنها و در مناطق خارج از محدوده صلاحیت ملی آنها، همکاری کنند.» همین اصل با قدری تغییر در اصل ۱۳ اعلامیه ریو بدین صورت پیش‌بینی می‌شود: «دولت‌ها باید قوانین ملی در خصوص مسئولیت ناشی از صدمات آلودگی و دیگر صدمات وارد شده به محیط زیست و پرداخت غرامت به قربانیان این خسارات را تدوین کنند. به علاوه دولت‌ها باید برای تدوین مقررات بین‌المللی جدید در مورد مسئولیت و پرداخت غرامت در قبال خسارت‌هایی که در اثر فعالیت‌های انجام شده در تحت صلاحیت و اقتدار آنها به مناطق واقع در خارج از قلمروی ملی ایشان وارد می‌آید با دقت و قاطعیت تمام با یکدیگر همکاری نمایند. کامل‌ترین سند بین‌المللی در این زمینه همان کنوانسیون آرهوس است که به تمام

عناصر اصل مشارکت به تفکیک اشاره می‌کند. کنوانسیون آرهوس، موضوع توسل به مراجع اداری و قضایی را در ماده ۹ پیش‌بینی کرده است. در صدر این ماده توجه دولت‌های عضو به این موضوع جلب می‌شود که در مقررات ملی خود امکان توسل به یک مرجع قضایی یا یک مرجع مستقل و بی‌طرف به وسیله قانون پیش‌بینی شود تا بدین وسیله متقاضی دسترسی به اطلاعات در صورت بی‌توجهی به درخواست وی یا رد درخواست مداوم به صورت کلی یا جزئی یا بررسی نشدن درخواست وی، مطابق با مقررات بتواند به مراجع فوق‌متوسل شود. اصول ژوهانسبورگ درباره نقش حقوق و توسعه پایدار مصوب سال ۲۰۰۲ اعلام می‌دارد که برای به اجرا در آوردن اصول مزبور باید برنامه کاری دربردارنده عناصر زیر باشد: تسهیل مشارکت عموم در اتخاذ تصمیمات مربوط به محیط زیست، دسترسی به مراجع به منظور حل و فصل اختلافات زیست محیطی و دفاع و رعایت حقوق مربوط به محیط زیست و همچنین دسترسی عموم به اطلاعات مرتبط. و همچنین اعلامیه مالمو ۲۰۰۰ در بند ۶۱ خود تحت عنوان جامعه مدنی و محیط زیست اعلام می‌کند که «نقش جامعه مدنی در تمام سطوح باید به لطف آزادی دسترسی به تمام اطلاعات مربوط به محیط زیست، مشارکت گسترده در تصمیم‌گیری مربوط به محیط زیست و دسترسی به مراجع برای دعاوی مربوط به محیط زیست تقویت شود. دولت‌ها باید شرایطی برای امکان تسهیل ظرفیت بخش‌های جامعه و شنیده شدن صدا و نقش فعال آنها را در ساخت آینده‌ای پایدار فراهم کنند. یکی از مشخصه‌های بارز کنوانسیون آرهوس احتیاج نداشتن به اثبات وجود نفع متقاضی دسترسی به اطلاعات است. وجود این اصل نقشی مؤثر در اعمال واقعی حق دسترسی آزاد به اطلاعات زیست محیطی بازی می‌کند (اکبری، ۱۳۸۹: ۳۴).

۱۰- نفع و ذی نفع در چهارچوب کنوانسیون آرهوس

به طور کلی نفع، امتیاز مادی یا معنوی مشروعی است که می‌تواند ادعا شود. یکی از شرایط اساسی و همچنین برای شروع و ادامه دعا در مرحله دادرسی وجود منفعت است. در واقع به لطف این نفع است که اشخاص اجازه پیدا می‌کنند تا از حقوق خود دفاع کنند. در اصل، حق مورد ادعا باید منجز باشد؛ یعنی اینکه

وجود این حق یا نفع مشروط به وقوع یا عدم وقوع حادثه‌ای در آینده نباشد. پس در اساس وجود حق یا منفعت برای خواهان دعوایی متصور است که نفع مورد ادعایش محتمل نباشد.

به‌طور کلی دسترسی به مراجع قضایی برای سازمان‌های غیردولتی یکی از معیارهایی است که با توجه به آن قادر خواهیم بود به جایگاه و اهمیت اصل مشارکت پی‌ببریم. این دسترسی نه تنها تضمین‌کننده حق دسترسی به اطلاعات زیست محیطی است، بلکه در روند نظارت و اجرای مقررات این حوزه نقش زیادی بازی می‌کند (همان).

نتیجه‌گیری

با توجه به وجود دغدغه‌های زیست محیطی از منظر حقوق بین‌الملل و ضرورت وجود اصل مشارکت در این عرصه، کشور ایران از جمله کشورهایی است که بی‌تردید می‌توان بحران محیط زیستی آن را مهمترین مشکل این کشور در حال و آینده بسیار نزدیک دانست. خطر زیست محیطی ایران به طور جدی حیات آینده کشور را با تهدیدات گوناگون مواجه می‌سازد. بحران آب و خشکسالی و و آلودگی هوا و خطرات ناشی از آن مهمترین دغدغه امروز و فردای ایران است که اگر به همین شکل و شیوه فعلی با آن برخورد شود، خسارت غیر قابل جبرانی آینده کشور ایران را تهدید خواهد کرد. بررسی اصل مشارکت در محیط زیست و تحقق اصل مشارکت که در حقوق بین‌الملل به رسمیت شناخته شده است و امکان دسترسی آزاد به اطلاعات در این خصوص می‌تواند به واقع گره‌گشا باشد. شناسایی اصل مشارکت در محیط زیست به عنوان یکی از مصادیق حقوق بشر بر آن تاکید فراوان شده است.

در اعلامیه ریو در سال ۱۹۹۲ به اصل مشارکت تاکید خاص شده است. این مشارکت در سه حوزه می‌تواند خود را موثر نشان دهد؛ اول در تصمیم‌گیری‌های کلان که شامل طرح‌ها و تدوین برنامه‌های کشور است. دوم در تصمیم‌گیری درباره فعالیت‌های خاص زیست محیطی و سوم تهیه هنجارهای الزام‌آور. اصل مشارکت در محیط زیست نیازمند سازمان‌ها و نهادهای غیر دولتی است که بتواند میزان مشارکت

شهروندان و اطلاعات عموم افراد را در حوزه زیست محیطی بالا ببرد و این امر در کشورهای دموکراتیک که نهادهای مدنی و سازمان‌های غیر دولتی را کاملاً به رسمیت می‌شناسند، ساده تر است و به همین دلیل مشکلات زیست محیطی در کشورهای با نظام‌های بسته، تبدیل به بحران می‌شود. بنابراین باید تاکید کرد که دو اصل بسیار مهم که می‌تواند بار مشکلات زیست محیطی ایران را در آینده کمتر کند، در ابتدا تاکید بر حق مشارکت عمومی است که لازمه آن بها دادن به نهادهای مردم نهاد و غیر دولتی است و دیگری دسترسی آزاد شهروندان به اطلاعات در حوزه زیست محیطی.

فهرست منابع

۱. امیر ارجمند، اردشیر (۱۳۷۴)، «حفاظت از محیط زیست و همبستگی بین‌المللی»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۵
۲. رضانی قوام‌آبادی، محمد حسین (۱۳۸۶)، «نگاهی به اصل استفاده غیرزیانبار از سرزمین در حقوق بین‌الملل محیط زیست»، علوم محیطی، شماره چهارم
۳. رضانی قوام‌آبادی، محمد حسین (۱۳۸۷)، «تأملی بر نقش و جایگاه سازمان‌های غیردولتی در دعاوی کیفری زیست محیطی»، نامه حقوقی، شماره ۱، ص ۹۱-۱۱۰
۴. مولایی، یوسف (۱۳۸۶)، «نسل سوم حقوق بشر و حق به محیط زیست سالم»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۴ ص ۲۷۳-۲۹۶
۵. ویژه، محمد رضا (۱۳۸۵)، «حق دسترسی به اطلاعات محیط زیست-بررسی حقوق بشر اروپایی»، محیط‌شناسی، شماره ۴۰
۶. اکبری، سارا، حق دسترسی به اطلاعات آزاد، مجله اقتصادی سیاسی، شماره ۸۴
۷. رفیعی، مریم، حقوق محیط زیست از منظر قوانین بین‌الملل، پایان نامه ارشد
۸. نظری، نوید، تحلیلی بر کنوانسیون آرهوس، مجله فصلنامه حقوق شماره ۷
۹. صدقی، رسول، حقوق زیست محیطی و حق مشارکت عمومی، تحقیقات حقوقی، شماره ۱۸

تحلیلی بر حقوق بنیادین در قانون اساسی ایران (۲)

اصل اول در جایگاه بنیان قانون اساسی

دکتر علیرضا دبیرنیا *

چکیده

در یک نظام دموکراتیک، قانون اساسی از بالاترین جایگاه در سلسله مراتب نظام سیاسی - حقوقی برخوردار است اما این شأن و جایگاه را نه اصالتاً بلکه با آرای مردم کسب کرده است. بر همین اساس، قانون اساسی مستقلاً از ارزش ذاتی برخوردار نیست، بلکه ابزاری است که تصویری از جایگاه مردم به عنوان سازندگان قدرت سیاسی مشروع را به نمایش می‌گذارد.

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز به عنوان محصول اراده مردم، شأن و اعتبارش را از آرای مردم کسب کرده است. بر همین مبنا برخی از اصول آن به دلیل جایگاه بنیادین در تأسیس نظام جمهوری اسلامی ایران و یا تعیین روشی معین در اعمال هر گونه قدرت سیاسی می‌تواند به عنوان معیار و شاخص در اعتبار بخشی به تمامی اصول قانون اساسی تلقی شود. بر همین اساس، اصل اول به عنوان حلقه اتصال مجموعه قانون اساسی در نظر گرفته شده و می‌تواند در جایگاه بنیان قانون اساسی قرار گیرد و از این منظر، برتری و حاکمیت دارد.

واژگان کلیدی: حاکمیت، قانون اساسی، حقوق طبیعی، حکمرانی، بنیان.

مقدمه

در کشورهایی که نسل فعلی به تأسیس نظام سیاسی نپرداخته‌اند، ظاهر در این است که قانون اساسی به عنوان محصول اراده نسل اول تلقی می‌شود و نسل‌های بعدی نقشی در تصویب آن نداشته‌اند. در این فرض، اراده نسل اول به نسل‌های بعدی تحمیل می‌شود. قوانین اساسی ایالات متحده آمریکا و فرانسه در زمره این دسته از قوانین قرار می‌گیرند که نسل فعلی در این کشورها فاقد نقش ابتکاری در ایجاد قانون اساسی بوده‌اند. بدین ترتیب با گسست میان نسل مؤسس و نسل‌های بعدی، این پرسش مطرح می‌شود که آیا حق بر تصویب قانون اساسی محدود به نسل مؤسس است؟ پس از تصویب قانون اساسی، مردم چگونه می‌توانند از نقش ابتکاری در بهره‌مندی از حق تعیین سرنوشت خود برخوردار شوند؟

قوانین اساسی و رویه نظام‌های حقوقی در کشورهای مختلف، راهکارهایی را برای برون رفت از این مسأله در نظر گرفته‌اند. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز که منصرف از مباحث گسست میان نسل‌هاست، تمهیداتی را اندیشیده است. بدیهی است قوانین اساسی از جمله قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، روش‌هایی را برای پاسخ به ابهامات مطرح شده در نظر گرفته است. در این نوشتار، ضمن بررسی رابطه میان قانون اساسی و حقوق بنیادین، با اتخاذ یک راهکار نوین مبتنی بر مبانی و اصول قانون اساسی، به مسائل مطروحه پاسخ خواهیم داد.

۱- ماهیت حقوق بنیادین و تأثیر آن بر مفهوم حکمرانی

از یک سو ماهیت حقوق بنیادین به نحوی است که بسیاری از فلاسفه و اندیشمندان با مفروض دانستن آزادی انسان به عنوان یک حق فطری و طبیعی که نفی آن به معنی نفی بشریت است، مظهر این آزادی را حکومت مردم توسط مردم دانسته‌اند. جوهره دیدگاه اندیشمندان سیاسی در باره آزادی این است که انسان به دلیل انسان بودن دارای یک دسته از حقوق بنیادین است که به هیچ وجه نمی‌توان آن را نقض کرد. در این فرض، مظهر حقوق بنیادین، آزادی و خودمختاری است.^۱

۱. امیدی، علی (۱۳۸۷)، مقاله: گسترش مفهومی حق تعیین سرنوشت: از استقلال ملل تحت سلطه تا حق دموکراسی برای همه.

فصلنامه حقوق، شماره ۲، دوره ۳۸، ص ۳.

بنابراین در مکتب موسوم به حقوق طبیعی این عقیده وجود دارد که یک نوع نظام دقیق مربوط به روابط انسانی وجود دارد که متفاوت با قوانین ساخته دست بشر است و در مدارج عالی قرار دارد. این حقوق معتبر و عادلانه است زیرا از طبیعت، عقل انسانی و یا اراده خداوند صادر شده است.^۱ بر همین اساس، بخشی از ماهیت حقوق، قلمرو طبیعت را در بر گرفته و دارای وجودی کاملاً طبیعی است.^۲ به عبارت دیگر، این حقوق به طور طبیعی و دائمی وجود دارد و جزو حقوق فطری انسان‌ها تلقی می‌شود؛ مانند آزادی، حق تعیین سرنوشت، حق دفاع و وفای به عهد.^۳

از سوی دیگر، در یک رویکرد مدرن به مفهوم حکمرانی و مطابق تعریف بانک جهانی، حکمرانی نظام پیچیده‌ای از تعاملات بین ساختارها، سنت‌ها، مسئولیت‌ها و عملکردها است که به وسیله ارزش‌های کلیدی یعنی پاسخگویی، شفافیت و مشارکت مشخص می‌شود.^۴ بر همین اساس، این مکان وجود ندارد که جامعه‌ای تحت نظام مکانیکی درآید زیرا نظم اجباری در طول تاریخ هرگز ایجاد نشده و مستبدترین حکومت‌ها هم نمی‌توانند جامعه‌ای را تحت انقیاد و تسلط کامل خود درآورند. در همه جوامع دموکراتیک و استبدادی، کشمکش و تضاد وجود دارد و این امکان وجود ندارد که یک گروه بر همه زمینه‌ها حاکم شود. بنابراین اقتدار زورمندانه برای وحدت جامعه کافی نیست و انسجام به عوامل دیگری نیاز دارد تا روح جمعی به حیات خویش ادامه دهد. بدیهی است جامعه بدون حکومت امکانپذیر نیست اما رابطه حکومت و جامعه شگفت‌انگیز است؛ در حالی که استیلاي کامل حکومت بر جامعه ممکن نیست، جامعه نیز بدون حکومت نمی‌تواند به حیات خود ادامه دهد. لذا یک رابطه مکمل - تضاد میان آن دو وجود دارد. از یک سو جامعه به جبر نیاز دارد تا نظم را مستقر کند و از سوی دیگر برای ادامه حیات نیاز به آزادی دارد.^۵ بنابراین قدرت سیاسی ضمن این که ضامن نظم و امنیت اجتماعی است، اعمال آن مستلزم پذیرش حکومت از سوی مردم است.^۶

۱. کلسن، هانس (۱۳۹۴)، نظریه محض حقوق و دولت، ترجمه محمد حسین تمدن جهرمی، چاپ اول، نشر سمت، ص ۱۹.

۲. کلسن، هانس (۱۳۹۱)، نظریه حقوقی ناب، ترجمه اسماعیل نعمت‌اللهی، چاپ دوم، نشر سمت، ص ۵۰.

۳. پروین، خیرالله (۱۳۹۳)، مبانی حقوق عمومی، چاپ دوم، نشر سمت، ص ۱۲.

۴. دباغ، سروش و نفری، ندا (۱۳۸۸)، مقاله: تبیین مفهوم خوبی در حکمرانی خوب، دوره ۱، ش ۳، نشریه مدیریت دولتی، ص ۴.

۵. مورن، ادگار (۱۳۹۳)، اخلاق، ترجمه امیر نیک پی، چاپ اول، نشر نگاه معاصر، ص ۸.

۶. ریویر، کلود (۱۳۸۶)، انسان‌شناسی سیاسی، ترجمه ناصر فکوهی، چاپ سوم، نشر نی، ص ۳۱.

با توجه به موارد مطروحه می‌توان این گونه نتیجه گرفت که حقوق بنیادین مردم از جمله حقوقی است که ریشه در شأن و کرامت ذاتی انسان دارد، مقوم ذات انسان است و بدون وجود آن نمی‌توان انسان را از سایر موجودات تمییز داد. آزادی و حق تعیین سرنوشت به عنوان یکی از مهم ترین حقوق بنیادین انسان است که با آدمی متولد می‌شود و به همین جهت این حقوق را در زمره حقوق طبیعی و الهی قرار می‌دهند. در این فرض، مهمترین غایت حکومت، تضمین حقوق بنیادین مردم است و نمی‌تواند ادعایی بیش از این داشته باشد. بر همین اساس، یک رابطه دو سویه میان حقوق بنیادین و مفهوم حکمرانی برقرار می‌شود؛ تضمین حقوق بنیادین به عنوان غایت و اساس حکومت تلقی می‌شود. در این رویکرد، حقوق بنیادین در جایگاه اصل و جوهر قرار دارد و حکمرانی به عنوان یک فرع و ابزار مورد نظر است. بدین ترتیب، حقوق بنیادین انسان به عنوان محور و غایت اصلی حکومت در نظر گرفته می‌شود و حکومت نیز در جایگاه یک وسیله در نظر گرفته می‌شود. به عبارت دیگر، نه تنها تشکیل حکومت نمی‌تواند به عنوان یک غایت تلقی شود، بلکه شأن و جایگاه حکومت صرفاً در ارتباط با وظیفه اصلی اش یعنی تضمین حقوق بنیادین انسان مورد شناسایی قرار می‌گیرد. بر همین مبنا تمامی قوانین و ساختارها در حکومت باید به نحوی تعریف شوند که همواره تضمین حقوق بنیادین انسان در هسته اصلی و محور حکومت قرار گیرد. در این وضعیت، سنجش مشروعیت هر حکومت به میزان شناسایی و تضمین حقوق بنیادین مردم وابسته است.

۲- حقوق بنیادین و رابطه آن با قانون اساسی

مطابق آنچه در بند قبل مطرح شد، حق‌هایی وجود دارند که استحقاق انسان‌ها به حقوق مذکور فراتر از اراده حاکمیتی کشورها است، یعنی این حق‌ها جهانشمول است.^۱ در این رویکرد، قانونگذاری به دلیل وجود نظریه‌های مدرن حقوق طبیعی معتبر تلقی می‌شود و بر اساس آن، قانون موضوعه اگر به درستی از حقوق طبیعی استنتاج شده باشد، مشروع تلقی می‌شود. بنابراین قانون مشروع مبتنی بر معرفت به حقوق طبیعی است.^۲

۱. قاری سیدفاطمی، سید محمد (۱۳۸۱)، مقاله؛ قلمرو حق‌ها در حقوق بشر معاصر: جهانشمولی در مقابل مطلق گرایی، شماره ۳۳، نامه مفید، ص ۷.

۲. وکیلان، حسن (۱۳۹۰)، گفتارهایی در قانون و قانونگذاری (مجموعه مقالات)، چاپ اول، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ص ۴۲.

وقتی سخن از حقوق طبیعی مطرح می‌شود، آنچه به ذهن متبادر می‌شود این است که این حقوق مقدم بر تشکیل دولت است. به عبارت دیگر، نه تنها این حقوق قبل از تشکیل دولت وجود داشته است، بلکه مهمترین هدف از تأسیس دولت در نظام‌های دموکراتیک، تضمین حقوق بنیادین انسان است. بر همین مبنا، وقتی آزادی و حق تعیین سرنوشت به عنوان مهمترین مصادیق حقوق بنیادین در نظر گرفته می‌شوند، ضرورت دارد ابتدا رابطه میان حقوق بنیادین و قانون اساسی تبیین شود.

در یک رویکرد هنجاری به حقوق بنیادین، این حقوق از اهمیت بالایی برخوردار است، زیرا در سند عالی حقوقی به آن پرداخته شده است. در نقد این رویکرد می‌توان گفت، در صورتی که قوانین و مقررات به حقوق بنیادین نپردازند، می‌توان نتیجه گرفت که درجه اهمیت حقوق بنیادین با توجه به جایگاه قانونی آنها مورد سنجش قرار می‌گیرد، در حالی که به نظر می‌رسد حقوق بنیادین از جنس نوشتنی نیست و نمی‌تواند محصور در حقوق مدون باشد تا به استناد قانونیت، از اعتبار برخوردار شود. به تعبیر دیگر، اگر برای تشخیص استحقاق برخورداری انسان از حقوق طبیعی لزوماً یک متن مدون و قانونی را به عنوان معیار در نظر بگیریم، نام این حقوق دیگر نمی‌تواند بنیادین باشد، زیرا اساس آن ناشی از اشخاصی است که به وضع و تدوین آن حقوق پرداخته‌اند.

در رویکرد دوم، حقوق بنیادین وجود دارد؛ چه در قوانین به آن بپردازند و چه از آن غفلت کنند، زیرا قانون اساسی نه تنها در جایگاه خالق حقوق بنیادین قرار ندارد، بلکه صرفاً ابزاری است که در مقام بیان و تضمین حقوق بنیادین مورد استفاده قرار می‌گیرد. در این تعبیر، نه تنها وجود و اعتبار حقوق بنیادین از قانونیت قابل تفکیک است، بلکه مردم نیز در جایگاه پدیدآورندگان قانون اساسی نمی‌توانند در مقام خالق حقوق بنیادین تلقی شوند، زیرا حقوق بنیادین با فرد متولد می‌شود و غیر قابل تفکیک از انسان است. بر همین مبنا در نظام‌هایی که این حقوق مورد شناسایی قرار نگرفته است، یک فرض عمده قابل تصور است؛ مردم درک صحیحی از حقوق بنیادین ندارند و نظام‌های سیاسی نیز برآمده از باورهای جمعیت کثیری از چنین مردمی است. بدیهی است جایگاه و اهمیت قانون اساسی در نظام‌های سیاسی به عنوان یک اصل

ضروری تلقی می‌شود، اما این جایگاه نه به واسطه اوراقی است که در یک مجموعه مدوّن گردآوری شده است، بلکه به دلیل جایگاه خالق آن است که به عنوان یک اثر ارزشمند تلقی می‌شود. بنابراین حکومت و قانون اساسی که جملگی محصول اراده سیاسی مردم است و در جایگاه مخلوق مردم قرار می‌گیرند، شأنی بیش از یک ابزار در مقابل خالق خود ندارند و مهمترین کارویژه آنها، تضمین حقوق بنیادین انسان است. بنابراین اعتبار هر نوع قانونگذاری منحصرأ با محوریت تضمین حقوق بنیادین مورد سنجش قرار می‌گیرد و در این فرض، یک قانون اساسی دموکراتیک قانونی است که همواره در خدمت حقوق بنیادین انسان باشد.

۳- شناسایی حق بر تصویب قانون اساسی برای تمامی نسل‌ها

مفهوم و نهاد حق ابتدا بر پایه اصل کرامت ذاتی انسان موجه شدنی است و بر همین مبنا، انسان از آن جهت که انسان است از چنان ارزش و جایگاهی برخوردار است که به هیچ وجه نباید به آن تجاوز کرد و حق‌ها برای حفاظت از کرامت ذاتی انسان معنا می‌یابند.^۱

از نظر ارسطو، ارضا ناپذیری طبع انسان، ریشه اصلی در تحولات اجتماعی را تشکیل می‌دهد و این ویژگی به منازعه‌ای دائمی میان برابری و نابرابری می‌انجامد.^۲ ظاهر در این است که بعضی از نسل‌ها برای ایجاد تمدن پا به عرصه حیات گذاشته‌اند و برخی دیگر صرفاً برای حفظ تمدنی که نسل مؤسس ایجاد کرده است، به حیات خود ادامه داده‌اند. نسل‌هایی که موج تحول تاریخی را به راه انداختند به اقتضای شرایط از خلاقیت برخوردار بودند و آنها بودند که سرنوشت خود را از نو خلق کردند و قالب‌های سیاسی را ابداع کردند که هنوز مورد پذیرش مردم است.^۳ با گذر از کشمکش‌های تاریخی در حوزه حقوق و آزادی‌های انسان، سرانجام در عصر پس از رنسانس شرایطی فراهم شد که عقل به عنوان مرجع اصلی شناخت تلقی و به دنبال آن، تحولات اجتماعی و سیاسی شکل گرفت. به عبارت دیگر، این عقل است که می‌شناسد، می‌فهمد و همه چیز را می‌تواند تحت تأثیر خود قرار دهد و تمدنی مبتنی

۱. راسخ، محمد (۱۳۸۸)، مقاله: نظریه حق، دوره ۱۰، ش ۴، فصلنامه باروری و ناباروری، ص ۳۰۱.

۲. بشیریه، حسین (۱۳۸۷)، انقلاب و بسیج سیاسی، چاپ هفتم، نشر دانشگاه تهران، ص ۲۴.

۳. تافلر، الوین (۱۳۹۳)، موج سوم، ترجمه شهیندخت خوارزمی، چاپ بیست و یکم، نشر فرهنگ نشر نو، ص ۶۰۶.

بر عقلانیت را ایجاد کند.^۱ از این پس حوزه حاکمیت دولت به صلاحیت تغییر می‌یابد و دولت تنها با اجازه مردم و از طریق یک نظام نمایندگی صلاحیت می‌یابد تا امور جامعه را مدیریت کند.

از این عصر به بعد است که قانونگذاری نیز به عنوان یک حق برای حکومت تلقی نمی‌شود، بلکه صلاحیت از سوی قانونگذار اساسی یا عادی به کارگزاران تفویض می‌شود، به نحوی که هیچ مقامی حق ندارد مدعی شود که صلاحیتش از اوصاف تفویضی برخوردار نیست.^۲ از یک سو، حق قانونگذاری چه در مفهوم اساسی یا عادی متعلق به صاحبان حق یعنی مردم است و مردم این حق را موقتاً به کارگزاران تفویض می‌کنند تا مطابق اراده اصیل به وضع قانون بپردازند. از سوی دیگر، وقتی این حق به دولت اختصاص ندارد بلکه از حقوق طبیعی انسان سرچشمه گرفته است و متعلق به انسان است، اصل بر این است که هر نسل و هر دوره تاریخی این حق را آن گونه که مایل است می‌تواند اعمال کند. بنابراین شناسایی حق قانونگذاری برای حکومت به عنوان شخصیتی که صلاحیت دارد تا حقوق بنیادین را آنگونه که صلاح می‌داند تعریف و تبیین کند و یا شناسایی حق بر قانونگذاری صرفاً برای یک نسل و دوره - نسل مؤسس - به نحوی که این حق عملاً قابل تسری به نسل‌های بعدی نباشد، قطعاً به تحدید حق تعیین سرنوشت مردم منجر خواهد شد. بدیهی است عملاً این امکان وجود ندارد که مردم در هر نسل اقدام به ایجاد قانون اساسی جدید و مورد نظر خود نمایند و حداقل تبعات آن این است که ثبات نظام سیاسی و امنیت مردم دچار خدشه خواهد شد و به همین واسطه، حکومت که برای تضمین حقوق بنیادین مردم تأسیس شده است، قادر به تضمین آن نخواهد بود و به دنبال آن، حقوق و آزادی‌های مشروع مردم در اثر بی‌نظمی و فقدان امنیت، در معرض آسیب جدی قرار خواهد گرفت. از سوی دیگر، مردم در هر نسل از اختیاراتی همانند نسل مؤسس در اعمال حق تعیین سرنوشت خویش برخوردارند و هیچ نسلی نمی‌تواند اراده خود را بر نسل‌های دیگر تحمیل کند.

۱. موسی زاده، ابراهیم و براری، اکبر (۱۳۹۵)، مبانی، کلیات و تحولات تاریخ حقوق عمومی، چاپ اول، نشر میزان، ص ۳۱.
 ۲. زارعی، محمد حسین (۱۳۹۴)، گفتارهایی در حقوق عمومی مدرن؛ حاکمیت قانون و دموکراسی، چاپ اول، نشر خرسندی، ص ۲۴۳.

برای برون رفت از این دوگانگی ظاهراً متعارض، می‌توان الگویی را ارائه داد که هر دو رویکرد با یکدیگر قابل جمع باشند. یعنی ضمن شناسایی حق تعیین سرنوشت برای تمامی نسل‌ها از جمله حق تصویب قانون اساسی، برای حفظ حقوق بنیادین مردم ضرورت دارد تا قانون اساسی از ثبات بیشتری نسبت به قوانین عادی برخوردار باشد. بر همین اساس، قطعاً ایجاد قانون اساسی نمی‌تواند همانند تصویب قوانین عادی باشد و برای حل این مسأله، معمولاً شرایط شکلی و فرآیند متفاوتی برای تغییر یا اصلاح قانون اساسی از سوی مقنن اساسی پیش‌بینی می‌شود. مکانیزم‌هایی مانند اصلاح یا تفسیر قانون اساسی از جمله روش‌هایی است که تا حدودی جایگاه نسل فعلی را به مرتبه نسل مؤسس ارتقا می‌دهد. به عبارت دیگر، همین که هر نسل به صورت مؤثر و ابتکاری از حق بر فرزندوم برخوردار شوند و یا نمایندگان مردم صلاحیت یابند تا تفسیری از قانون اساسی ارائه دهند که با اراده نسل فعلی منطبق باشد، می‌توان گفت نسل فعلی، نه دقیقاً بلکه تا حدود قابل توجهی از اختیارات نسل مؤسس برخوردار است. پرداختن به این دو روش یعنی اصلاح یا تفسیر قانون اساسی، موضوع این نوشتار نیست بلکه می‌توان به روش‌های دیگری نیز توسل جست که به بررسی آن می‌پردازیم.

۴- تعیین اصولی از قانون اساسی به عنوان اصول معیار و برتر

با توجه به این که قوانین اساسی از اصول متعددی تشکیل می‌شود و حجم گسترده‌ای از عبارت‌های مختلف در آن گنجانده شده است، معمولاً پس از گذر از نسل مؤسس، تعبیر و تفاسیر مختلفی از آن قابل برداشت است. این نکته حداقل از لحاظ نظری صحیح است که قانون اساسی یک سیستم پیوسته است و ضرورت دارد تمامی اصول آن در رابطه با یکدیگر تفسیر شوند اما در حوزه عمل و به خصوص در مورد قوانین اساسی مانند امریکا و فرانسه که با گسست نسل فعلی از نسل مؤسس همراه است، نمی‌توان به سهولت اراده نسل مؤسس را با نسل فعلی منطبق دانست. از یک سو، حق بر تعیین سرنوشت که مهمترین ابزار آن، بهره‌مندی از حق بر تصویب قانون اساسی است، معمولاً در گسست میان نسل اول با سایر دوران به فراموشی سپرده می‌شود و دیگر به عنوان دغدغه یک ملت تلقی نمی‌شود. از سوی دیگر، با پیش‌بینی شرایط

پیچیده در اصلاح یا تغییر قانون اساسی از سوی بسیاری از کشورها، این حق عملاً محدود به نسل مؤسس می‌شود، به نحوی که کیفیت تحقق حق بر تعیین سرنوشت با ابهام مواجه است.

معمولاً در قوانین اساسی، اصول مندرج در آن از یک شرایط و اعتبار برابر برخوردار نیستند. مجالس مؤسسان معمولاً در زمان تأسیس نظام سیاسی به نحوی قانون اساسی را طراحی می‌کنند تا برخی از اصول در جایگاه ممتازتری نسبت به سایر اصول قرار گیرند و یا ممنوعیت‌هایی برای اصلاح برخی از اصول در نظر می‌گیرند، به نحوی که عملاً یک نوع سلسله مراتبی میان اصول قانون اساسی برقرار می‌شود. به طور مثال در قانون اساسی فرانسه، جمهوریت نظام غیر قابل اصلاح اعلام شده است و به همین دلیل عملاً توسط مقنن اساسی، جایگاه خاصی برای این اصل نسبت به سایر اصول مورد شناسایی قرار می‌گیرد.

بدیهی است برای مقنن اساسی اولیه این ابتکار عمل وجود دارد تا برخی از اصول قانون اساسی را در درجه عالی نسبت به سایر اصول قرار دهد و ظاهر در این است که این برتری می‌تواند به معنای توجه خاص نسل مؤسس نسبت به برخی از اصول مهم قانون اساسی تلقی شود. صرف‌نظر از اینکه این ابتکار عمل برای نسل‌های بعدی پیش‌بینی نشده است، رفتار نسل مؤسس در تعیین سلسله مراتب برای اصول قانون اساسی لزوماً نمی‌تواند به معنای پذیرش آن توسط نسل‌های بعدی تلقی گردد. بر همین اساس، برای برون رفت از این مسأله ضرورت دارد در مرحله نخست، مجموعه قانون اساسی به عنوان ابزاری برای انعکاس اراده مردم در نظر گرفته شود.

قدر متیقن این است که چنین رویکردی به قانون اساسی می‌تواند به شناسایی اراده مردم به عنوان منبع عالی قدرت سیاسی منتهی شود. در مرحله بعد، لازم است اصولی از قانون اساسی که جایگاه مردم را به عنوان «سازندگان قدرت سیاسی مشروع»، «حاکمیت مطلق مردم بر سرنوشت خویش»، «جمهوریت و نظام نمایندگی» و «شناسایی مجموعه قوا، نهادها و کارگزاران در جایگاه نمایندگان مردم» معرفی کرده است، جملگی به عنوان اصول معیار، شاخص و برتر مورد توجه قرار گیرد. انتخاب این اصول بر این اساس صورت می‌گیرد که مهمترین موضوع مشترک میان مردم

در تمامی نسل‌ها، تضمین حقوق بنیادین است. بنابراین انتخاب اصول معیار باید به نحوی باشد که همواره جایگاه مردم را به عنوان خالق مجموعه نظام سیاسی - حقوقی به نمایش درآورد.

در این فرض هر گونه استنباط از اصول مختلف قانون اساسی لزوماً باید در تطبیق با اصول معیار و در راستای تضمین اصول خودحاکمیتی و خودآیینی مردم صورت گیرد. به عبارت دیگر، اصول شاخص در قانون اساسی از اصل حاکمیت مردم بر سرنوشت خویش محافظت می‌کند، به نحوی که حتی سند مهمی مانند قانون اساسی هم نمی‌تواند به نحوی تعبیر یا اجرا شود که محدودیتی را بر حقوق بنیادین تحمیل کند.

۵- معیارهای تعیین اصول برتر در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

همچنان که در بندهای پیشین، معیارهای تعیین اصول برتر در قوانین اساسی مورد بررسی قرار گرفت، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز از ویژگی‌های ممتازی برخوردار است و این قابلیت را دارد که برخی از اصول برتر آن استخراج گردد تا به عنوان مبنا و شاخص برای سایر اصول در نظر گرفته شود. انتخاب اصول برتر در قانون اساسی ایران، از یک سو با یک رویکرد سیاسی صورت می‌گیرد که مهمترین موضوع و دغدغه مردم در تصویب قانون اساسی، بهره‌مندی از حق تعیین سرنوشت است. در این رویکرد، پرداختن به مباحث دینی، فرهنگی و اجتماعی به عنوان ریشه‌های انقلاب، خارج از موضوع مقاله است. بنابراین پرداختن به این دسته از عوامل به معنای کم اهمیت قلمداد کردن آنها نیست، چه اینکه اجرای شریعت مقدس می‌تواند به عنوان مهمترین دغدغه مردم در تأسیس نظام جمهوری اسلامی ایران تلقی شود. بنابراین در این رویکرد، بررسی زوایای مختلف رابطه سیاسی میان مردم و حکومت که مبتنی بر میثاقی تحت عنوان قانون اساسی است، موضوع این نوشتار را تشکیل می‌دهد.

از سوی دیگر انتخاب این رویکرد بر این اساس استوار است که اراده سیاسی مردم در تصویب قانون اساسی به نحوی مورد توجه قرار می‌گیرد که آن را در جایگاه عالی از نظر سلسله مراتب سیاسی - حقوقی قرار می‌دهد. بدین ترتیب، در برابر چنین منبع و مرجع عالی قدرت سیاسی - حقوقی، هیچ سندی حتی قانون اساسی قابل استناد نیست، زیرا قانون اساسی به عنوان محصول اراده سیاسی مردم است و شأنی بیش

از آن برای این میثاق ملی متصور نیست. به عبارت دیگر، سند قانون اساسی یکی از ابزارهای انعکاس اراده مردم است و نمی‌تواند از جایگاه و اهمیتی فراتر از خالق خود در نظر گرفته شود.

۶- استقرار حاکمیت مردم مستلزم شناسایی اصول بنیادین در قانون اساسی

با رویکردی که در بند پیشین نسبت به نحوه تعیین اصول بنیادین پرداخته شد، به بررسی و تحلیل اصول مورد نظر در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران می‌پردازیم. در مرتبه نخست؛ اصل اول قانون اساسی ایران، مهمترین اصلی است که می‌تواند به عنوان یک بنیان و معیار در نظر گرفته شود. در این اصل آمده است؛ حکومت ایران جمهوری اسلامی است که ملت ایران در یک همه پرسی به آن رأی مثبت داد و بر همین اساس، موجودیت و بنیان جمهوری اسلامی ایران مستند به آرای مردم اعلام شده است. به عبارت دیگر، مهمترین عامل اعتبار و مشروعیت بخشی در تأسیس نظام جمهوری اسلامی ایران، آرای مردم است.

بدین ترتیب، حلقه اتصال مجموعه قانون اساسی ناشی از بنیانی بنام قدرت مؤسس است که در اصل اول تجلی یافته است. هر چند مجموعه قانون اساسی به عنوان ظهوری از اراده سیاسی مردم است اما به دلیل اهمیت می‌توان اصل اول را به عنوان عینیت قدرت مؤسس در نظر گرفت. زمانی اهمیت اصل اول بیشتر هویدا می‌شود که بتوان آن را با ۱۷۶ اصل دیگر قانون اساسی مقایسه کرد. با این معیار، می‌توان اصل اول را به عنوان یک اصل برتر و بنیادین مورد شناسایی قرار داد، به نحوی که هر گونه تعبیری از سایر اصول قانون اساسی باید با توجه به جایگاه اصل اول مورد بررسی قرار گیرد. این اصل بنیادین به قدری حائز اهمیت است که اجازه نمی‌دهد تا هیچ یک از اصول دیگر قانون اساسی به نحوی اجرا شود که در تعارض با صلاحیت‌های خالق قانون اساسی باشد و یا اختیارات قدرت مؤسس را محدود کند. این اصل از ویژگی‌های منحصر بفرد قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تلقی می‌شود.

در مرتبه دوم؛ اصل ۵۶ قانون اساسی است که حاکمیت مطلق بر سرنوشت انسان را به هیچ فرد یا نهادی غیر از انسان واگذار نکرده است. به عبارت دیگر، اصل عدم حاکمیت احدی بر دیگری به وضوح از مفاد اصل ۵۶ قانون اساسی ایران قابل استنباط

است. در این اصل تأکید شده است که هیچ فردی نمی‌تواند این حق را از انسان سلب کند و یا در خدمت منافع دیگران قرار دهد. از این اصل به روشنی استنباط می‌شود که ملت در جایگاه اصیل و تمامی کارگزاران در مرتبه نمایندگان ملت قرار دارند. این اصل نیز پس از اصل اول از جایگاه ویژه‌ای نسبت به سایر اصول برخوردار است. به عبارت دیگر، هیچ یک از اصول قانون اساسی نمی‌توانند به گونه‌ای تفسیر یا اجرا شوند که در تعارض با حق حاکمیت مطلق مردم باشد. شناسایی حق حاکمیت مردم با قید مطلق بودن آن، این اصل را در جایگاهی متفاوت از سایر اصول قرار می‌دهد. اصول دیگری هم در قانون اساسی قابل مشاهده است که از ویژگی خاصی نسبت به سایر اصول برخوردار است که پرداختن به آن‌ها خارج از چهارچوب این مقاله است.

نتیجه‌گیری

حقوق سیاسی از جمله حق بر تصویب قانون اساسی به عنوان یک حق طبیعی در تعیین سرنوشت انسان تلقی می‌شود. با گسست میان نسل‌ها، این مسأله مطرح می‌شود که صلاحیت‌های مؤسس اولیه چگونه قابل تسری به نسل‌های بعدی است. قوانین اساسی روش‌های مختلفی را برای برون رفت از این مسأله مورد توجه قرار داده‌اند. از یک سو، تحقق اصل حاکمیت مردم به صورت مؤثر مستلزم این است که اولاً قانون اساسی را به عنوان محصول اراده سیاسی مردم تلقی کنیم و بر همین اساس، قانون اساسی نمی‌تواند در مرتبه‌ای بالاتر از خالق خود قرار گیرد. این تأکید به این دلیل است که همواره جایگاه مردم در سلسله مراتب قدرت سیاسی، در جایگاه عالی قرار گرفته و قانون اساسی تنها به عنوان یکی از ابزارهای انعکاس صدای ملت در نظر گرفته می‌شود. از سوی دیگر، به منظور شناسایی تمامی نسل‌ها در جایگاه سازندگان قانون اساسی مشروع، شیوه‌های مختلفی در قوانین اساسی پیش‌بینی شده است. در این مقاله، یک روش نوین مورد مطالعه قرار گرفت که بر مبنای آن، ضرورت دارد برخی از اصول قانون اساسی به عنوان اصول بنیادین و برتر در نظر گرفته شود تا حق حاکمیت مردم تا حدود قابل توجهی تضمین شود.

بر همین اساس و با یک رویکرد سیاسی، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

مورد بررسی قرار گرفت؛ در مرتبه نخست، اصل اول به عنوان معیار و بنیان قانون اساسی ایران مورد تحلیل قرار گرفت و این نتیجه حاصل شد که به اعتبار اصل اول، سایر اصول قانون اساسی می‌توانند به حیات خود ادامه دهند و بدین ترتیب این اصل بر سایر اصول قانون اساسی حاکمیت دارد. در مرتبه دوم، می‌توان از اصل ۵۶ قانون اساسی به عنوان یک معیار سخن گفت؛ به نحوی که هیچ یک از اصول قانون اساسی نمی‌توانند به نحوی اجرا شوند که در تعارض با این اصل باشد. به عبارت دیگر، این دو اصل را باید به عنوان «اصول معیار» قانون اساسی شناخت و سایر اصول را نیز باید بر پایه این اصول معیار ارزیابی کرد.

فهرست منابع:

- ۱- امید، علی (۱۳۸۷)، مقاله؛ گسترش مفهومی حق تعیین سرنوشت: از استقلال ملل تحت سلطه تا حق دموکراسی برای همه، فصلنامه حقوق، شماره ۲، دوره ۳۸.
- ۲- بشیریه، حسین (۱۳۸۷)، انقلاب و بسیج سیاسی، چاپ هفتم، نشر دانشگاه تهران.
- ۳- پروین، خیرالله (۱۳۹۳)، مبانی حقوق عمومی، چاپ دوم، نشر سمت.
- ۴- تافلر، الوین (۱۳۹۳)، موج سوم، ترجمه شهیندخت خوارزمی، چاپ بیست و یکم، نشر فرهنگ نشر نو.
- ۵- دباغ، سروش و نفری، ندا (۱۳۸۸)، مقاله؛ تبیین مفهوم خوبی در حکمرانی خوب، دوره ۱، ش ۳، نشریه مدیریت دولتی.
- ۶- راسخ، محمد (۱۳۸۸)، مقاله؛ نظریه حق، دوره ۱۰، ش ۴، فصلنامه باروری و ناباروری.
- ۷- ریویر، کلود (۱۳۸۶)، انسان شناسی سیاسی، ترجمه ناصر فکوهی، چاپ سوم، نشر نی.
- ۸- زارعی، محمد حسین (۱۳۹۴)، گفتارهایی در حقوق عمومی مدرن؛ حاکمیت قانون و دموکراسی، چاپ اول، نشر خرسندی.
- ۹- قاری سیدفاطمی، سید محمد (۱۳۸۱)، مقاله؛ قلمرو حق‌ها در حقوق بشر معاصر: جهانشمولی در مقابل مطلق گرایی، شماره ۳۳، نامه مفید.
- ۱۰- کلسن، هانس (۱۳۹۱)، نظریه حقوقی ناب، ترجمه اسماعیل نعمت‌اللهی، چاپ دوم، نشر سمت.
- ۱۱- کلسن، هانس (۱۳۹۴)، نظریه محض حقوق و دولت، ترجمه محمد حسین تمدن جهرمی، چاپ اول، نشر سمت.
- ۱۲- مورن، ادگار (۱۳۹۳)، اخلاق، ترجمه امیر نیک پی، چاپ اول، نشر نگاه معاصر.
- ۱۳- موسی زاده، ابراهیم و براری، اکبر (۱۳۹۵)، مبانی، کلیات و تحولات تاریخ حقوق عمومی، چاپ اول، نشر میزان.
- ۱۴- وکیلان، حسن (۱۳۹۰)، گفتارهایی در قانون و قانونگذاری (مجموعه مقالات)، چاپ اول، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.

نظام دادرسی دعاوی راجع به:

حق بیمه‌ی قرار دادهای پیمانکاری

دکتر حمیدرضا پرتو*

دکتر اسدالله صحرانورد**

چکیده

در شماره قبلی این نوشته نحوه محاسبه حق بیمه تامین اجتماعی در انواع مختلف قراردادهای پیمانکاری بررسی شد. ممکن است پیمانکاران به نحوه محاسبه حق بیمه معترض باشند. در این فرض قانونگذار راهکارهایی برای رسیدگی به این اعتراضات پیش کرده است که مطالعه آن، موضوع این تحقیق را تشکیل می‌دهد. مطابق مواد ۴۲ به بعد قانون تامین اجتماعی ۱۳۵۴ پس از اعلام بدهی حق بیمه، پیمانکار به عنوان کارفرما می‌تواند اعتراض خود را به هیأت بدوی تشخیص مطالبات تقدیم کند. رای این مرجع قابل اعتراض در هیأت تجدیدنظر تشخیص مطالبات است. علی رغم قطعیت رای این مرجع، پیمانکار می‌تواند به رای هیأت تجدیدنظر در دیوان عدالت اداری نیز اعتراض نماید.

واژگان کلیدی: پیمانکار، کارفرما، حق بیمه، دادرسی، اعتراض، هیأت تشخیص مطالبات، سازمان تامین اجتماعی.

* وکیل دادگستری

** قاضی دادگستری

مقدمه

مطابق مواد ۲۸ و ۳۶ قانون تامین اجتماعی و ۱۴۸ قانون کار، حق بیمه درصدی از مزد یا حقوق کارگر است. مسئولیت پرداخت حق بیمه با کارفرما است. پیمانکارانی که جهت انجام موضوع پیمان از کارگر استفاده می کنند، در رابطه با کارگران خود کارفرما محسوب می شوند. پس باید توجه داشت که این رویه عملی که به هر قرارداد پیمان حق بیمه تعلق می گیرد، از اساس اشتباه است.

مطابق بخشنامه ۱۴ جدید اداره درآمد سازمان تامین اجتماعی و اصلاحات و الحاقات بعدی آن و در پرتو حکم مبهم و کلی ماده ۴۱ قانون تامین اجتماعی، تعیین حق بیمه قراردادهای پیمانکاری توسط سازمان تامین اجتماعی صورت می پذیرد. اگرچه به نظر نگارندگان در هیچ متن قانونی به سازمان یاد شده اجازه تعیین حق بیمه بر اساس بخشنامه - آن هم برای همه قراردادهای پیمانکاری - داده نشده است، ولی ابهام موجود در مقررات قانونی به ویژه ماده ۴۱ یاد شده و رد تقاضای ابطال بخشنامه شماره ۱۴ در آرای متعدد هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، سازمان یادشده را به این رویه ناعادلانه رسانده است که حق بیمه همه قراردادهای پیمانکاری را - صرف نظر از قابلیت بازرسی کارگاه - بر اساس درصدی از مبلغ قرارداد پیمان و نه بر اساس حق بیمه واقعی محاسبه کند.

به هر تقدیر، ممکن است پیمانکاران به حق بیمه تعیینی معترض باشند. عمده اعتراضات کارفرما به غیرواقعی بودن حق بیمه تعیینی و در واقع محاسبه آن به بیش از میزان حق بیمه واقعی بر می گردد. با این توضیح که حق بیمه ای که بر اساس درصدی از مبلغ پیمان تعیین می شود، معمولاً بسیار بیشتر از حق بیمه واقعی (موضوع ماده ۲۸ قانون تامین اجتماعی) است. در این فرض، مطابق مواد ۴۲ الی ۴۵ قانون تامین اجتماعی، آیین نامه هیأت های تشخیص مطالبات مصوب ۱۳۷۳ و بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، قانونگذار مراجعی را جهت رسیدگی به اعتراضات کارفرمایان (پیمانکاران) پیش بینی کرده است.

نگاهی به تعداد پرونده های مطرح در هیأت های تشخیص مطالبات و دیوان عدالت اداری، موید ضرورت بازنگری در مقررات مربوط است؛ گرچه اعتراضات کارفرمایان

موجب واکنش قانونگذار شده و در همین خصوص برخی مقررات به تصویب رسیده است.

مقاله حاضر در سه قسمت تنظیم شده است. در گفتار نخست اعتراض به حق بیمه در هیأت بدوی تشخیص مطالبات مورد مطالعه قرار می‌گیرد. گفتار دوم به اعتراض در هیأت تجدیدنظر اختصاص یافته است و بالاخره در گفتار سوم به طرح شکایت در دیوان عدالت اداری پرداخته می‌شود.

گفتار نخست: اعتراض به حق بیمه اعلامی در هیأت بدوی تشخیص مطالبات

در رویه عملی سازمان تامین اجتماعی، حق بیمه قراردادهای پیمانکاری به دو روش اصلی محاسبه و اعلام می‌شود: ۱- محاسبه به وسیله واحد درآمد شعبه تامین اجتماعی ۲- محاسبه حق بیمه بر اساس گزارش حسابرسی. در هر دو حالت پس از محاسبه، اعلامیه بدهی حق بیمه صادر و ابلاغ می‌شود.

الف: مرجع تقدیم اعتراض

بر اساس ماده ۴۲ قانون تامین اجتماعی و بند ۱ ماده ۱ آیین نامه هیأت‌های تشخیص مطالبات مصوب ۱۳۷۳ پس از ابلاغ مبلغ بدهی، کارفرما (پیمانکار) می‌تواند ظرف یک ماه اعتراض خود را به شعبه تامین اجتماعی مربوط تقدیم کند. اگرچه تحویل فرم اعتراض به ادارات کل استان و یا اداره کل درآمد مستقر در ستاد مرکزی نیز منع قانونی نداشته و باید معتبر تلقی شود. مطابق ماده ۲ آیین نامه هیأت‌های تشخیص مطالبات مصوب ۱۳۷۳: «کارفرما می‌تواند اعتراض خود را به وسیله تلگراف یا پست سفارشی دو قبضه به واحد مربوطه سازمان ارسال دارد. در این صورت، تاریخ قبض پستی یا تاریخ قبض مخابره تلگراف، تاریخ اعتراض به مورد مطالبه سازمان محسوب می‌شود.»

مطابق ماده ۴۳ قانون تامین اجتماعی اعضای هیأت بدوی تشخیص مطالبات به قرار ذیل است: ۱- نماینده وزیر تعاون کار و رفاه اجتماعی ۲- نماینده کارفرمایان ۳- نماینده کارگران ۴- نماینده شورای عالی تامین اجتماعی. رای صادره از هیأت بدوی تشخیص مطالبات در هیأت تجدیدنظر و رای صادره از مرجع تجدیدنظر در دیوان عدالت اداری قابل اعتراض است. با این حال، در عمل دیده می‌شد که سازمان تعزیرات حکومتی

تحت عنوان مقابله با گرانفروشی حق بیمه به موضوع اعتراض به حق بیمه تعیینی ورود می‌کرد. تا اینکه این رویه مورد اعتراض سازمان تامین اجتماعی قرار گرفت. مجمع تشخیص مصلحت نظام به عنوان مرجع وضع مقررات راجع به تعزیرات حکومتی طی نامه شماره ۹۴۵۴/۶۳۵۱۴ مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۱۵ اعلام کرد: «با توجه به اینکه در قانون برای رسیدگی، مراجعی تعیین شده است و صرفاً این مراجع صالح به رسیدگی می‌باشند و سازمان تامین اجتماعی هیأت‌های متعدد بدوی و تجدیدنظر و عالی جهت رسیدگی دارد و در این موضوع خاص، هیأت‌ها صالح به رسیدگی هستند، به موجب مواد ۴۲ و ۴۴ قانون تامین اجتماعی این اختیار به هیأت‌های مذکور داده شده است. از این رو، سازمان تعزیرات حکومتی صالح به رسیدگی نمی‌باشد و همچنین قانون مربوطه آن قدر صریح است که نیاز به تفسیر ندارد».

ب: اسناد و مدارک لازم جهت تقدیم اعتراض

اعتراض به حق بیمه تعیینی در قالب تکمیل فرم چایی مخصوصی است که در آن مشخصات بیمانکار، مبنای اعتراض، شماره اعلامیه بدهی و غیره می‌آید. سایر اسناد لازم شامل مدارک مثبت سمت اعتراض کننده شامل نامه نمایندگی، مهر و امضای شرکت (و در خصوص بیمانکار حقیقی، مهر و امضای وی)، اعلامیه بدهی، مدارک مثبت ادعا و غیره می‌باشد.

پ: اثر اعتراض بر تکالیف بیمانکار

اعتراض به موقع به نظر شعبه سازمان در تعیین حق بیمه پیمان، اثر تعلیقی و انتقالی دارد. بدین معنی که مانع از قطعی شدن رای شعبه سازمان می‌شود. لذا بیمانکار می‌تواند تا زمان مشخص شدن نتیجه اعتراض، از پرداخت حق بیمه موضوع اعلامیه خودداری ورزد. در حقیقت، شرط مراجعه سازمان به مدیون و صدور اجراییه موضوع ماده ۵۰ قانون تامین اجتماعی، قطعیت بدهی است.

ت: شرایط شکلی رای هیأت بدوی تشخیص مطالبات

مطابق ماده ۱۲ آیین‌نامه هیأت‌های تشخیص مطالبات رای این هیأت باید دارای شرایط شکلی ذیل باشد: «آراء صادره توسط هیأت‌ها باید دارای خصوصیات زیر باشد:

- ۱- رأی هیأت‌ها باید موجه و مدلل بوده و قاطع اختلاف باشد. ۲- در مواردی که رأی

هیأت‌ها مبهم تشخیص داده شود، مراتب به هیأت‌های صادرکننده رأی منعکس و هیأت‌ها مکلفند به موضوع رسیدگی نمایند. ۳- هرگاه در تنظیم رأی اشتباه در حساب یا سهو قلم و یا سایر اشتباهات بین رخ دهد، هیأت می‌بایست رأی را اصلاح نماید.»

بر اساس ماده ۱۳ همان آیین‌نامه: «رأی هیأت‌ها باید شامل نکات و موارد زیر باشد: ۱- شماره و تاریخ صدور رأی. ۲- نام و نشانی و مشخصات کامل کارفرما یا کارفرمایان. ۳- نام وکیل یا نماینده کارفرما (در صورت ارائه برگ وکالت یا نمایندگی). ۴- نام و مشخصات کامل کارگاه با ذکر نوع فعالیت آن. ۵- نام واحد سازمانی ارجاع کننده پرونده به هیأت. ۶- مشخصات هیأت صادرکننده رأی. ۷- خلاصه جریان پرونده و مفاد اعتراض کارفرما یا سازمان. ۸- شماره و تاریخ صدور برگ اعلام بدهی و تاریخ ابلاغ آن به کارفرما و تاریخ ثبت فرم اعتراض کارفرما یا سازمان در دفترنامه‌های وارده واحد اجرایی. ب تصمیم هیأت: تصمیم هیأت که در قسمت آخر نوشته می‌شود باید حاوی نکات زیر باشد: ۱- تصمیم قطعی در مورد حق بیمه. ۲- تصمیم قطعی در مورد جرائم و خسارات تأخیر.»

ث: حقوق پیمانکار در فرض تایید تصمیم شعبه سازمان تامین اجتماعی

مطابق بند ۲ ماده ۱ هیأت بدوی می‌بایست جلسه رسیدگی تشکیل داده و به اعتراض رسیدگی نماید. بنابراین به نظر می‌رسد عدم تشکیل جلسه رسیدگی و اخذ امضاهای بعدی اعضای هیأت، موجب بی اعتباری رأی هیأت بدوی خواهد بود. در واقع قانونگذار به رسیدگی و صدور رأی در جلسه رسیدگی موضوعیت بخشیده است. دادنامه شماره ۲۸۰ مورخ ۱۳۷۸/۷/۱۱ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری درباره ابطال بند ماده ۵ آیین‌نامه هیأت‌های تشخیص مطالبات نیز موید این امر است. پیمانکار یا وکیل وی می‌توانند در جلسه رسیدگی حاضر و از خود دفاع نمایند. چنانچه این هیأت، نظر شعبه را تایید کند، پیمانکار می‌تواند به این تصمیم اعتراض کند. در واقع مطابق قسمت پایانی ماده ۴۳ قانون تامین اجتماعی: «آراء هیأت‌های بدوی در صورتی که مبلغ مورد مطالبه سازمان اعم از اصل حق بیمه و خسارات یک میلیون و پانصد هزار ریال یا کمتر باشد و یا اینکه در موعد مقرر مورد اعتراض واقع نشود قطعی و لازم‌الاجرا خواهد بود. در صورتی که مبلغ مورد مطالبه بیش از یک میلیون و پانصد

هزار ریال باشد کارفرما و سازمان ظرف ۲۰ روز از تاریخ ابلاغ واقعی یا قانونی رأی هیأت بدوی حق تقاضای تجدیدنظر خواهند داشت.»

ماده ۷ آیین‌نامه هیأت‌های تشخیص مطالبات به حقوق و تکالیف هیأت بدوی می‌پردازد. وفق این ماده: «وظایف و اختیارات و ترتیب رسیدگی هیأت بدوی به شرح زیر است: ۱- هیأت بدوی از وظایف و اختیارات مصرحه در مواد ۴۳ و ۴۵ قانون تأمین اجتماعی تبعیت می‌نماید. ۲- هیأت بدوی با توجه به اعتراض کارفرما و بررسی و مطالعه محتویات پرونده و در صورت حضور کارفرما پس از استماع توضیحات وی مبادرت به صدور رأی یا قرار خواهد نمود. ۳- شعبه یا نمایندگی موظف است حداکثر ظرف یک ماه با توجه به قرار صادره به پرونده رسیدگی و نتیجه امر را کتباً به همراه پرونده مربوطه به هیأت بدوی ارسال نماید. ۴- هنگام ابلاغ رأی هیأت بدوی بایستی در ورقه ابلاغ رأی، مراتب قطعیت یا امکان اعتراض صراحتاً ذکر شود.»

گفتار دوم: اعتراض به رأی هیأت بدوی تشخیص مطالبات

تقاضای تجدیدنظر به رأی هیأت بدوی، می‌باید با تقدیم کردن فرم‌های چاپی مخصوص به عمل آید و رأی بدوی به همراه جهات اعتراض نیز در آن قید شود. با وجود این، از نظر قانونی هیچ منعی در تقدیم اعتراض در روی برگ‌های معمولی وجود ندارد، ولی ظاهر آیین‌نامه و رویه سازمان از پذیرفتن چنین اوراقی خودداری می‌کند. مطابق ماده ۹ آیین‌نامه هیأت‌های تشخیص مطالبات «نحوه تسلیم اعتراض کارفرمایان و سازمان به رأی هیأت بدوی جهت رسیدگی در هیأت تجدیدنظر به شرح زیر خواهد بود: ۱- پس از ابلاغ رأی هیأت بدوی در صورتی که مورد مطالبه بیش از ۱/۵۰۰/۰۰۰ ریال بوده و کارفرما، سازمان و یا هر دو به میزان مورد مطالبه معترض باشند بایستی ظرف ۲۰ روز از تاریخ ابلاغ رأی، فرم اعتراض به رأی هیأت بدوی را تکمیل و به واحد ابلاغ‌کننده رأی تسلیم نمایند. ۲- در صورتی که اعتراض به رأی هیأت بدوی از سوی کارفرما صورت گرفته باشد، کارفرما بایستی ۱۲/۰۰۰ ریال بابت «هزینه رسیدگی» در هیأت تجدیدنظر به واحد اجرایی پرداخته و رسید آن را همراه با تکمیل قسمت (الف و ب) فرم شماره ۲ به واحد مزبور تسلیم نماید

{البته این بند ابطال شده است} ۳- در صورتی که اعتراض به رأی هیأت بدوی از سوی سازمان صورت گیرد، سازمان مکلف است دلایل خود را مشروحاً در قسمت (ب) فرم شماره «۲» ذکر و قسمت (الف) فرم را نیز تکمیل نماید. سازمان مکلف است با دعوت از کارفرما نسبت به طرح اعتراض سازمان در هیأت تجدیدنظر اقدام نماید. ۴- در صورتی که هم کارفرما و هم سازمان به رأی هیأت بدوی معترض باشند، هر یک فرم شماره «۲» را جداگانه تکمیل خواهند نمود. ۵- تاریخ اعتراض کارفرما و یا سازمان، تاریخ ثبت «فرم اعتراض به رأی هیأت بدوی» در سازمان با رعایت تبصره ماده (۱) خواهد بود. ۶- تاریخ ابلاغ رأی به سازمان، همان تاریخ صدور فرم اعلام رأی هیأت بدوی خواهد بود».

هیأت تجدیدنظر در مراکز استان ها مستقر است و از اعضای ذیل تشکیل می شود:

۱- نماینده وزارت تعاون کار و رفاه اجتماعی ۲- یک نفر قاضی دادگستری ۳- یک نفر به انتخاب شورای عالی تأمین اجتماعی ۴- نماینده سازمان به انتخاب رئیس هیأت مدیره و مدیرعامل سازمان ۵- یک نفر به عنوان نماینده کارفرما. گرچه آیین نامه ۱۳۷۳ در این خصوص ساکت است، ولی بر طبق یک قاعده کلی اشخاصی که به عنوان عضو هیأت بدوی رسیدگی، در مورد پرونده ای رأی داده باشند حق شرکت در هیأت تجدیدنظر و رأی دادن درباره همان پرونده را ندارند. نکته دیگر اینکه قانونگذار حضور کلیه اعضای هیأت تجدیدنظر (۵ نفر) را برای رسمیت جلسه الزامی می داند و صرف حضور اکثریت یا امضای آنان را کافی نمی داند.^۱

رای هیأت تجدیدنظر تشخیص مطالبات قطعی و لازم الاجراست. در عین حال پیمانکار می تواند به رای مرجع تجدید نظر نیز در دیوان عدالت اداری اعتراض نماید و چنانچه به صلاح بداند جهت توقف اجرای رای هیأت تجدیدنظر مطالبات (از دیوان) درخواست دستور موقت نماید. در عین حال باید دانست اعتراض به رای قطعی هیأت تشخیص مطالبات در دیوان عدالت اداری فاقد وصف تعلیقی بر اجرای حکم هیأت است؛ بدین معنا که صرف اعتراض یا درخواست نقض رای موجب توقف اجرای رای هیأت نخواهد شد. لازم به ذکر است چنانچه پیمانکار یا کلا مدیون

۱. رای شماره ۲۸۰ مورخ ۱۳۸۷/۷/۱۱ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری.

سازمان از اشخاص حقوق عمومی باشد، می‌باید جهت ابطال رای هیأت تشخیص مطالبات به محاکم دادگستری مراجعه نماید.^۲

گفتار سوم: رسیدگی به اعتراض پیمانکاران در دیوان عدالت اداری

پس از صدور رای از هیأت تجدیدنظر تشخیص مطالبات، سازمان تامین اجتماعی اقدامات اجرایی خود اعم از مطالبه حق بیمه، توقیف اموال شامل حسابهای بانکی و غیره را آغاز می‌کند. در عین حال، مطابق بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، رای قطعی هیأت تجدیدنظر تشخیص مطالبات، قابل اعتراض در دیوان عدالت اداری است. مطابق نظری قابل تامل رای هیأت بدوی نیز در فرضی که قطعی شده باشد از چنین قابلیت بر خوردار است. بدین توضیح که برخی از شعب دیوان عدالت اداری با استفاده از وحدت ملاک برخی متون قانونی از جمله تبصره ۴ ماده ۲۴۷ قانون اصلاح قانون مالیاتهای مستقیم ۱۳۹۴ بر این عقیده‌اند که آرای هیأت‌های بدوی که به علت عدم اعتراض قطعی می‌شوند، قابل طرح در دیوان عدالت اداری نیست. مطابق این تبصره: «آراء قطعی هیأت‌های حل اختلاف مالیاتی به استثناء مواردی که رأی هیأت حل اختلاف مالیاتی بدوی با عدم اعتراض مؤدی یا مأمور مالیاتی مربوط قطعیت می‌یابد، برابر مقررات ماده (۲۵۱) این قانون قابل شکایت و رسیدگی در شورای عالی مالیاتی خواهد بود.» استدلال دیگر این دسته از حقوقدانان این است که در بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، به آرای قطعی و نه آرای قطعی شده اشاره شده است. به هر روی، در این زمینه اختلاف نظر جدی وجود دارد و پیشنهاد می‌شود طی یک متن قانونی در این خصوص تعیین تکلیف شود. در هر حال، پیمانکاران معترض به رای هیأت تشخیص مطالبات باید ظرف مدت ۳ ماه در دادخواست لازم را در دیوان عدالت اداری ثبت کنند. همچنین می‌توانند به

۱. رأی شماره ۱۳۸۶/۳/۲۲-۶۹۹ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری: «قانونگذار برای آراء صادره از مراجع غیر دادگستری نوعاً مرجعی را برای رسیدگی به اعتراضات و رفع اشتباهات احتمالی تعیین نموده است. در حالی که برای رسیدگی به اعتراض نسبت به آراء کمیسیون ماده ۷۷ قانون شهرداری که ابتدائاً رسیدگی می‌نماید چنین مرجعی پیش‌بینی نشده است. بنابه مراتب، همانطور که به موجب اصل یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی و ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری مردم می‌توانند اعتراضات خود را در دیوان عدالت اداری مطرح نمایند، سازمان‌های دولتی نیز می‌توانند برای رفع هر نوع تخلف احتمالی از قانون، در صدور آراء کمیسیون ماده ۷۷ از حیث نقض قوانین یا مقررات و مخالفت با آنها، به مراجع دادگستری که مرجع نظلم عمومی است مراجعه نمایند...».

استناد مواد ۳۴ و ۳۵ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان، تقاضای دستور موقت جهت توقف عملیات اجرایی سازمان تامین اجتماعی داشته باشند. البته اگر کارفرما در زمره دستگاه های عمومی باشد، باید به محاکم عمومی مراجعه کند. به هر تقدیر بر اساس ماده ۶۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، دیوان مجاز است علاوه بر مسایل شکلی و قانونی، به مسایل ماهوی پرونده نیز ورود کند.

شایان ذکر است عدم اعتراض به موقع به تصمیم شعبه یا هیأت بدوی تشخیص مطالبات، موجب قطعی شدن رای خواهد شد. به عبارتی، در این فرض پیمانکار موظف است تا حق بیمه تعیینی را پرداخت نماید. همچنین رای هیأت تجدیدنظر تشخیص مطالبات قطعی و لازم الاجراست. مضافاً اینکه ممکن است دیوان عدالت اداری، اعتراض پیمانکار به تصمیمات مراجع مزبور را رد کند. در هر یک از حالت فوق، پیمانکار می تواند تقاضای تقسیط حق بیمه نماید. تقاضای تقسیط از شعبه مربوطه یا اداره کل متبوع به عمل می آید. مطابق ماده ۴۶ قانون تامین اجتماعی: «سازمان می تواند به درخواست کارفرما بدهی او را حداکثر تا سی و شش قسط ماهانه تقسیط نماید و در این صورت کارفرما باید معادل دوازده درصد در سال نسبت به مانده بدهی خود بهره به سازمان بپردازد. در صورتی که کارفرما هر یک از اقساط مقرر را در رأس موعد مقرر پرداخت نکند، بقیه اقساط تبدیل به حال شده و طبق ماده ۵۰ این قانون وصول خواهد شد».

نتیجه گیری

نظام دادرسی در بحث حق بیمه قراردادهای پیمانکاری، دارای ایرادات متعدد است. از جمله اینکه معمولاً اعضای هیأت های تشخیص مطالبات به ویژه اعضای که خارج از سازمان معرفی می شوند، به جهت جنبه فنی و تخصصی موضوع عملاً حضور تشریفاتی داشته و در بسیاری از موارد همان رای شعبه تامین اجتماعی با اندکی تغییر، تایید می شود. بدین منظور پیشنهاد می شود اعضای هیأت از بین اشخاصی که دارای دانش لازم در زمینه حقوق تامین اجتماعی و به ویژه بحث حق بیمه هستند، انتخاب شوند.

نکته دیگر اینکه حجم بسیار بالای دعاوی و اعتراضات مطروحه نشان از عملکرد خلاف قانون سازمان تامین اجتماعی یا دست کم از وجود مقررات و قوانین ناعادلانه حکایت دارد. برای نمونه با وجود فقدان هر گونه نص مبنی بر محاسبه حق بیمه همه انواع پیمانکاری ها بر اساس ضریب، سازمان یادشده به استناد بخشنامه شماره ۱۴ جدید درآمد و اصلاحات و الحاقات بعدی، همچنان حق بیمه همه انواع پیمانکاری ها را بر اساس ضریب محاسبه می کند. این ترتیب باعث می شود تا پیمانکاران به پرداخت چند برابر حق بیمه ای که باید بر اساس تعداد واقعی کارگران محاسبه شود، محکوم گردند. ترتیبی که در کنار وضعیت نابسامان اقتصادی موجب فشار مضاعف و گاهی تعطیلی و ورشکستگی فعالیت پیمانکاران شده که نتیجه آن در نهایت به زیان خود سازمان تامین اجتماعی نیز منجر خواهد شد.

در این زمینه (تحدید موارد اعمال ضریب) مقررات متعددی به تصویب رسیده است. منتها در عمل با وضع انواع و اقسام بخشنامه ها، موارد اجرای قوانین یادشده بسیار اندک است و سازمان یاد شده همچنان طبق رویه قدیمی خود عمل می کند.

فهرست منابع:

۱. نعیمی، عمران و پرتو، حمیدرضا، حقوق تامین اجتماعی، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۹۳.
۲. نعیمی، عمران و پرتو، حمیدرضا، حقوق تامین اجتماعی در قراردادهای پیمانکاری، تهران، دادگستر، ۱۳۹۲.
۳. نعیمی، عمران و دیگران، قانون تامین اجتماعی در نظم حقوقی کنونی، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۸۹.
۴. کاویانی، کوروش، «ضمانت اجرای عدم پرداخت حق بیمه در سازمان تامین اجتماعی و راهکارهای اصلاحی»، فصلنامه تامین اجتماعی، سال نهم، شماره سی ام.
۵. عراقی، عزت الله، «حقوق تامین اجتماعی، حقوق کار و حقوق بین المللی کار»، دیدگاههایی در حقوق تامین اجتماعی (مجموعه مقالات)، (تهران: موسسه آهنگ آتیه، ۱۳۸۴).

نقد رأی

مسئولیت فروشنده در مورد مبيع مستحق للغير و کاهش ارزش ثمن

فرامرز زمانی سلیمی *

مقدمه

نقد آرای صادره در دادگاه‌های تجدیدنظر در مورد مستحق للغير بودن مبيع موضوع ماده ۳۹۱ قانون مدنی؛ با تاکید بر رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ مورخ ۹۳/۷/۱۵ هیأت عمومی دیوان عالی کشور. در مورد غرامتی که در صورت مستحق للغير بودن مبيع، فروشنده باید طبق مواد ۳۹۱ و ۳۹۰ قانون مدنی بپردازد و نیز در خصوص قالبی که این قبیل دعاوی باید مطرح شود، بین شعب مختلف دادگاه‌های بدوی و تجدیدنظر، وحدت نظر وجود ندارد. به همین دلیل، آرای که در این ارتباط از مراجع قضایی صادر شده است متعارض و گاهی متهافت است. ابهاماتی که در این زمینه برای دادگاه‌ها وجود دارد، حول این دو محور می‌چرخد که آیا اولاً، در طرح دعوی به خواسته غرامت ناشی از ضمان درک، باید ابطال یا اعلام بطلان معامله هم بخشی از خواسته باشد و در صورتی که چنین خواسته‌ای توأم با خواسته اصلی نباشد، دعوی مطالبه غرامت، قابلیت استماع ندارد؟ ثانیاً، منظور از غرامت موضوع ماده ۳۹۱ قانون مدنی که در صورت مستحق للغير بودن مبيع، فروشنده محکوم به پرداخت آن می‌شود، چیست؟

هرچند صدور احکام متهاافت در مورد سوال دوم منجر به صدور رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ مورخ ۹۳/۷/۱۵ از هیات عمومی دیوان عالی کشور شده است، لیکن به نظر می رسد در این رأی نیز برخی از زوایای نیمه تاریک قضیه مغفول مانده است. خاصه آنکه در مورد پرسش اول، اختلاف نظر دادگاه‌های تالی، همچنان حل نشده باقی است و اهمیت موضوع ایجاب می کند آرای صادره در این زمینه در بوته نقد قرار گیرد. به همین دلیل، در این نوشتار آرای صادره در سه بخش جداگانه مورد نقد و بررسی قرار می گیرد.

بخش نخست: نقد احکامی که در خصوص لزوم یا عدم لزوم طرح دعوی بطلان معامله، به عنوان شرط لازم برای مطالبه غرامت ناشی از مستحق للغير بودن مبیع صادر شده است.

۱- شعبه ۵۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به شرح دادنامه شماره ۰۰۰۰۷۱۴ مورخ ۱۳۹۲/۶/۲۴، دادنامه شماره ۱۵۶-۹۲/۳/۸ صادره از شعبه ۸۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران را که به موجب آن دعوی خریدار به خواسته مطالبه قیمت روز ثمن معامله آپارتمانی که مستحق للغير در آمده است، به جهت عدم ارائه دلیل بطلان معامله منتهی به صدور قرار عدم استماع دعوی شده، تایید کرده است.

۲- شعبه ۱۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در تاریخ ۱۳۹۳/۵/۵ طی دادنامه شماره ۵۱۸، رأی شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی ورامین را به شماره ۲۴۶ مبنی بر پذیرش خواسته خریدار و صدور حکم به بطلان مبیعه نامه عادی به لحاظ مستحق للغير در آمدن مبیع و استرداد ثمن پرداختی به مبلغ ... ریال با احتساب هزینه های دادرسی تایید کرده است، ولی با این استدلال که با احراز مستحق للغير بودن مبیع، نیازی به درخواست ابطال یا اعلام بطلان معامله نیست، در این قسمت قرار عدم استماع دعوی خواهان بدوی را صادر کرده است.

همانطور که ملاحظه می شود، دادنامه های شعب ۵۲ و ۱۶ دادگاه تجدیدنظر تهران با هم متهاافت است؛ با این حال، در تحلیل خواسته های دعوی، مسأله از چند نظر

قابل تامل به نظر می‌رسد:

اولاً، دادنامه شعبه ۵۲ دادگاه تجدیدنظر دایر بر تایید رأی شعبه ۸۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران مبنی بر لزوم احراز و ثبوت بطلان همزمان با طرح دعوی مطالبه ثمن مبیعی که مستحق للغیر در آمده است و صدور قرار عدم استماع دعوی به جهت طرح نشدن چنین خواسته‌ای از طرف خواهان، از نظر حقوقی به جهات زیر غیر موجه است و منطبق با موازین قانونی نیست:

الف) در موقعیتی که ثابت شود مبيع مستحق للغیر بوده است، اساساً ارکان معامله به طور صحیح تحقق نیافته است تا ضرورت داشته باشد در دعوی مطالبه ثمن و غرامت، بدواً بطلان معامله هم بخشی از خواسته دعوی قرار گیرد.

ب) مطابق ماده ۳۶۵ قانون مدنی، بیع فاسد اثری در تملک ندارد و با ثبوت مستحق للغیر بودن مبيع، اساساً بیع انجام شده فاسد بوده و برای خریدار مالکیتی ایجاد نشده تا اعلام بطلان معامله ضرورت داشته باشد.

ج) مواد ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مدنی علی‌الاطلاق در صورت مستحق للغیر در آمدن کل یا بعض مبيع، بایع را ضامن استرداد ثمن دانسته و در صورت جهل مشتری به وجود فساد، بایع باید از عهده غرامات وارده به مشتری برآید؛ انشای قانون بدین نحو، لزوم مقدمه دیگر یعنی ضرورت طرح دعوی بطلان معامله را به ذهن متبادر نمی‌کند. با توجه به موارد مذکور و کلیت اطلاق ماده ۳۹۱ قانون مدنی و ضمان قهری و قانونی فروشنده در استرداد ثمن، به اعتقاد نویسنده، برای مطالبه ثمن و غرامات مبیعی که مستحق للغیر در آمده است، ضرورتی به طرح دعوی بطلان معامله نیست. ثانیاً، تصمیم شعبه ۱۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران دایر بر صدور قرار عدم استماع دعوی در آن قسمت از دادنامه شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان ورامین که به موجب آن دادگاه طبق خواسته مشتری، حکم به ابطال مبیاعه نامه عادی به علت مستحق للغیر در آمدن مبيع صادر کرده است، بدلیل عدم نیاز به درخواست ابطال یا اعلام بطلان معامله، صحیح و منطقی نبوده و اظهار نظر قضایی غیر ضروری است. به عبارت دقیق‌تر، خواسته بطلان معامله یا ابطال قرارداد بیعی که مبيع آن مستحق للغیر در آمده است، مقدم بر مطالبه ثمن و غرامات هرچند ضروری نیست،

لیکن اقدام اشتباهی نبوده و بلکه موجب تقویت دعوی می‌شود. به اعتقاد نگارنده، در صورت درخواست اعلام بطلان معامله، دادگاه نمی‌توانست از رسیدگی به آن و صدور حکم، قانوناً استنکاف کند.

بخش دوم: این بخش ناظر به احکامی است که در خصوص مصادیق خسارت ناشی از مستحق للغیر در آمدن مبیع و ماهیت غرامات مذکور در ماده ۳۹۱ قانون مدنی صادر شده است.

۱- شعبه ۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به شرح دادنامه شماره ۰۰۰۰۷۱۴ مورخ ۱۳۹۲/۶/۱۶، دادنامه شعبه ۱۸۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران را به شماره ۸۳ مورخ ۹۲/۲/۲ که به موجب آن تجدیدنظرخواندگان بابت مستحق للغیر در آمدن یک دانگ مشاع از شش‌دانگ عین و حق سرقفلی موضوع قرارداد عادی طبق نظر هیأت پنج نفره کارشناسی به مبلغ ۳۷۸/۵۰۰/۰۰۰ ریال بابت غرامات وارده به تجدیدنظر خوانده با احتساب خسارت دادرسی محکوم شده‌اند، با این استدلال که غرامات مذکور در ماده ۳۹۱ قانون مدنی، شامل مخارجی است که مشتری در معامله متحمل شده باشد، مانند مخارج دلالی و تعمیرات و امثال آن و شامل افزایش قیمت سرقفلی مورد معامله نمی‌شود، واجد اشکال قانونی دانسته و با نقض آن، دعوی خواهان نخستین را محکوم به بطلان کرده است.

۲- شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به موجب دادنامه شماره ۰۰۰۰۴۰۷ مورخ ۹۲/۴/۲۳، دادنامه شماره ۱۱۶۰ مورخ ۹۱/۹/۲۸ شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی پاکدشت را که به موجب آن، دعوی خواهان به خواسته ارزش زمینی که خریداری کرده و مستحق للغیر درآمده است به قیمت روز با نظر کارشناس، با اشاره به نظریه مشورتی شماره ۷/۱۱۷۲۴-۷۹/۱۱/۳۰ اداره حقوقی قوه قضاییه که غرامات وارده را خسارات و مخارج دانسته که مشتری در معامله متحمل شده است نظیر مخارج دلالی و باربری و تعمیرات و امثال آن، ولی افزایش قیمت را مطابق نظر مشهور فقها قابل مطالبه ندانسته و محکوم به بی‌حقی شده، تایید کرده است.

۳- شعبه ۳۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران مطابق دادنامه شماره ۰۰۰۵۶۲ مورخ ۹۲/۴/۳۱، دادنامه شماره ۷۶۷-۹۱/۴/۳۱ شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی دادگستری

شهرستان رباط کریم را که به موجب آن دادگاه با توجه به تغییر شاخص سالانه اعلامی از سوی بانک مرکزی جمهوری اسلامی، فروشندگان ملکی را که متعلق به غیر بوده به پرداخت مبلغ ریال بابت ثمن معامله و مابه‌التفاوت ارزش آن از تاریخ ۸۳/۱۲/۱۷ که خواندگان مبادرت به فروش آن کرده‌اند تا استیفای کامل محکوم کرده، مورد تایید قرار داده است. این نظر، به اعتقاد نگارنده به قانون و مقررات ماده ۳۹۱ قانون مدنی نزدیک تر بوده و با واقعیت رابطه حقوقی ناشی از معامله بیع هم انطباق دارد، زیرا با مستحق للغير در آمدن مبیع، ثمن پرداختی خریدار است که با تقلیل قدرت خرید مواجه شده و قانوناً فروشنده ضامن جبران آن است، در حالی که افزایش ارزش معاملاتی مبیع در صورت مستحق للغير در آمدن آن، ارتباطی به خریدار ندارد؛ زیرا در بیع فاسد، مالکیتی برای او ایجاد نشده تا خواستار تفاوت ارزش آن باشد. همچنانکه رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور که متعاقباً مورد نقد قرار خواهد گرفت نیز همین برداشت را از غرامات موضوع ماده ۳۹۱ قانون مدنی داشته است. لیکن اشکال وارد به این رای، محاسبه تقلیل ارزش ثمن است که با خسارت موضوع ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی، یکسان انگاشته شده است.

اینک با توضیحات داده شده، به نقد آرای شعب دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران که در سطور قبل آمده، می پردازیم:

الف) رأی شعبه ششم دادگاه تجدیدنظر استان تهران به شماره ۰۰۰۷۰۶ مورخ ۹۲/۶/۱۶ در آن حد که غرامت موضوع ماده ۳۹۱ قانون مدنی را شامل افزایش قیمت حق سر قفلی در معامله‌ای که مبیع مستحق للغير بوده ندانسته، بلااشکال است، لیکن با توضیحاتی که فوقاً داده شد، آنچه را که به عنوان مصادیق غرامت ذکر کرده، مانند مخارج دلالی و باربری و تعمیرات و غیره، کافی نبوده و نظریه ای قدیمی است که نوسانات و تورم اقتصادی در آن ملحوظ نشده است.

ب) دادنامه شماره ۰۰۰۴۰۷ مورخ ۹۲/۴/۲۳ شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران که در تایید دادنامه شماره ۱۱۶۰-۹۱/۹/۲۸ شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی پاکدشت صادر شده و مفاداً دلالت بر بی حقی خواهان در مطالبه قیمت روز ملکی که مورد معامله مستحق للغير در آمده است دارد، مستنداً به نظر مشهور فقها که افزایش

قیمت را به عنوان غرامت قابل مطالبه نمی‌داند، با آنچه در بند الف در نقد رأی شعبه ۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران گفته شد، منطبق است و اضافه می‌کند نظر مشهور فقها دایر بر غیر قابل مطالبه بودن افزایش قیمت مبيع در معامله‌ای که مورد معامله مستحق للغیر درآمده باشد، فی حد ذاته با آنچه در مورد احتساب تقلیل ارزش پول به عنوان غرامت، مورد بحث قرار گرفت، مغایرتی نداشته بلکه با تغییرات بنیادی در معاملات و تورم حاصل از آن، باید دامنه غرامات وارده بر مشتری را بیش از آنچه در نظریه سنتی لحاظ می‌داده است، توسعه داد.

پ) و اما دادنامه شعبه ۳۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران که به شماره ۰۰۵۶۲ مورخ ۹۲/۴/۳۱ در تایید دادنامه شماره ۷۶۷-۹۱/۴/۳۱ شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی دادگستری شهرستان رباط کریم صادر شده، در واقع تصمیمی است که دادگاه رباط کریم در مقام رسیدگی به دعوی خریداری اتخاذ کرده است که بموجب آن محاسبه غرامت بر اساس مابه‌التفاوت ثمن تا زمان استیفای کامل آن بر مبنای تغییر شاخص سالانه اعلامی از سوی بانک مرکزی جمهوری اسلامی صورت گرفته که مورد تایید دادگاه تجدیدنظر هم واقع شده است. همانطور که قبلاً هم گفته شد، این رأی از جهت محاسبه تقلیل ارزش ثمن به عنوان غرامت، تصمیم شایسته و مناسبی است که بعداً هیأت عمومی دیوانعالی کشور هم در مقام وحدت رویه قضایی آن را مبنای غرامات موضوع ماده ۳۹۱ قرار داده -که به آن در بخش آتی پرداخته خواهد شد- لیکن نقطه ضعف این نظر، این است که نحوه احتساب غرامت با محاسبه خسارت تاخیر تادیه مذکور در ماده ۵۲۳ ق آیین دادرسی مدنی، یکسان تلقی شده است.

رای وحدت رویه شماره ۷۳۳-۱۳۹۳/۷/۱۵

«به موجب ماده ۳۶۵ قانون مدنی «بیع فاسد اثری در تملک ندارد.» یعنی مبيع و ثمن کماکان در مالکیت بایع و مشتری باقی می‌ماند و حسب مواد ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مرقوم، اگر بعد از قبض ثمن، مبيع کلاً یا جزئاً مستحق للغیر درآید، بایع ضامن است و باید ثمن را مسترد دارد و در صورت جهل مشتری به وجود فساد، از عهده غرامات وارد شده بر مشتری نیز برآید و چون ثمن در اختیار بایع بوده است، در صورت کاهش

ارزش ثمن و اثبات آن، با توجه به اطلاق عنوان غرامات در ماده ۳۹۱ قانون مدنی، بایع قانوناً ملزم به جبران آن است و بنابراین دادنامه شماره ۳۶۰ مورخ ۸۹/۳/۱۳ شعبه یازدهم دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان غربی، در آن قسمت که با این نظر انطباق دارد به اکثریت صحیح تشخیص می‌گردد. این رأی طبق ماده ۲۷۰ قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها لازم‌الاتباع است.»

بخش سوم: نقد رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳-۱۳۹۳/۷/۱۵

نکته در خور توجه در رأی وحدت رویه مذکور این است که به موجب آن، کاهش ارزش ثمن معامله که در ید فروشنده بوده است، در صورت اثبات، با توجه به اطلاق عنوان غرامات در ماده ۳۹۱ قانون مدنی، از موجبات الزام فروشنده به جبران آن تشخیص داده شده است. در واقع، اعضای هیأت عمومی دیوان عالی کشور به افزایش قیمت مبیعی که مستحق للغیر در آمده و تفاوت آن با ثمن معامله (یعنی آن تصمیمی که مورد تایید شعبه ۱۱ دادگاه تجدید نظر استان آذربایجان غربی قرار گرفته بود) توجهی نکرده و مطلبی را مبنای رأی خود قرار داده‌اند که اولاً به طور مستقیم مربوط به ثمن مورد معامله است. ثانیاً با نظر مشهور فقها هم مغایر نیست؛ یعنی عدم قابلیت وصول افزایش قیمت سوقیه مبیع در صورت مستحق للغیر درآمدن آن. لیکن باید گفت، هر چند کاهش ارزش ثمن معامله به عنوان غرامت به ماده ۳۹۱ قانون مدنی نزدیکتر است، اما در عمل معلوم نیست این کاهش بتواند قدرت خرید خریداری را که مبیع مورد معامله او مستحق للغیر درآمده، جبران کند. به همین دلیل، باید در مفهوم کاهش ارزش ثمن معامله به عنوان غرامت که در رأی وحدت رویه مورد تایید قرار گرفته است، قایل به تفسیر شد و از این عبارت مندرج در رأی وحدت رویه برای استیفای کامل غرامت خریدار، نهایت استفاده را کرد. در این مورد، می‌توان از یکی از دو راه حل زیر استفاده کرد:

الف) کاهش ارزش ثمن را در رابطه با مبیع مشابه مورد لحاظ قرار داد؛ توضیح اینکه آنچه بانک مرکزی به عنوان شاخص تغییرات ارزش پول به طور سالیانه انتشار

می‌دهد، میانگین چندین قلم کالا و خدمات مورد نیاز مردم است که از آن به عنوان «سبد کالا و خدمات» یاد می‌شود، لیکن پر واضح است که میزان رشد قیمت در تمام این اقلام به یک اندازه نیست. از باب مثال، شاخص مربوط به تغییرات بهای مسکن در مقطعی از زمان ممکن است سالیانه به ۳۰ تا ۴۰ درصد افزایش نشان دهد، در حالی که این افزایش در مورد سایر اقلام سبد کالا به مراتب کمتر است. حال، چنانچه میانگین شاخص تغییرات ارزش پول نسبت به این اقلام ۱۵ درصد باشد و خریدار ملکی که طبق ماده ۳۹۰ قانون مدنی مستحق دریافت غرامت است، ثمن معامله را فقط با ۱۵ درصد افزایش بتواند مطالبه کند، آیا می‌توان گفت غرامت وی در این معامله جبران شده است؟ به طور قطع، پاسخ این پرسش منفی است، زیرا او در این مورد از ۳۰ درصد افزایش سالیانه بهای مسکن فقط ۱۵ درصد آن را دریافت کرده است و زیان ناشی از معامله - که به وی وارد شده - جبران نشده باقی مانده است. لیکن اگر در این مثال، کاهش ارزش پول نسبت به افزایش بهای مسکن - که مورد معامله از جنس آن بوده است - مورد لحاظ قرار گیرد، می‌توان گفت از چنین خریداری، به صورت کامل زیان وارده جبران شده است، زیرا او می‌تواند با استرداد ثمن و ۳۰ درصد کاهش ارزش آن در بازار مسکن، ملکی را که مشابه مبيع مستحق للغیر بوده است، خریداری نماید و بدین ترتیب غرامت وی که از مستحق للغیر بودن بودن مبيع ناشی شده، جبران می‌شود.

چنین به نظر میرسد که رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور، تاب چنین تفسیری را دارد؛ زیرا در رأی موصوف، برای محاسبه کاهش ارزش ثمن به شاخص های بانک مرکزی، اشاره نشده است بلکه آنچه مورد تاکید واقع شده «کاهش ارزش ثمن است»، نه «کاهش ارزش پول». به عبارت دیگر، کاهش ارزش پول را باید در ارتباط با افزایش بهای مبيع مورد معامله مورد محاسبه قرارداد، نه مطلق شاخص تغییرات کاهش ارزش پول که میانگین شاخص تغییرات ارزش پول در سبد کالا و خدمات می‌باشد.

ب) راه حل دیگر این است که در مورد اجزای غرامت وارده به خریدار قایل به تفصیل شویم و آن را به ثمن و منافع ممکن‌الحصول - که در نظام قانونی ما در جبران

خسارت، به رسمیت شناخته شده است - تقسیم کنیم. منظور از منافع ممکن الحصول، در واقع فرصتی بوده است که خریدار در زمان انجام معامله در اختیار داشته است تا با همان مقدار ثمنی که به فروشنده داده است، مال مشابهی را در همان زمان خریداری کند، لیکن معامله‌ای که انجام شده این فرصت را از او گرفته است. به بیان دیگر، فروشنده‌ای که به مستحق للغير بودن مبیع آگاهی داشته و تبعات این معامله را می‌دانسته، با کتمان آن از خریدار، مرتکب یک جرم شده است که ضرر و زیان ناشی از این جرم را به عنوان منافع ممکن الحصول باید بپردازد و قدر متیقن این خسارت این است که خریدار از فرصتی که در زمان انجام معامله برای خرید کالای مشابهی با همان قیمت داشته است، بر اثر اقدام اضرار آمیز فروشنده محروم شده است. با این توجیه نیز راه جبران غرامت وارده به خریدار با استظهار از رأی وحدت رویه، به نحو کامل هموار می‌شود، زیرا هرچند طبق استدلال هیأت عمومی، افزایش بهای مبیع به دلیل باطل بودن بیع در مالکیت خریدار مستقر نمی‌شود، اما چنانچه علاوه بر ثمن، معادل کاهش ارزش پول که خریدار می‌تواند با آن کالای مشابهی را خریداری کند دریافت نماید، غرامت وی به طور کامل جبران می‌شود. در پاسخ به این پرسش مقدر که این راه حل در مواردی که فروشنده در زمان معامله فاقد سوء نیت باشد از توجیه قضایی برخوردار نیست، باید گفت که قانونگذار ایران در جبران غرامت خریدار، عنصر سوء نیت فروشنده را لازم نمی‌داند، به همین دلیل در ماده ۲۶۳ قانون مدنی که ناظر به لزوم جبران غرامت خریدار در معاملات فضولی است، تعمداً از اصطلاح غرامت استفاده کرده است و تفاوتی بین معاملات موضوع مواد ۳۹۱ و ۲۶۳ قائل نشده است؛ در حالی که در معاملات موضوع ماده ۲۶۳ قانون مدنی، با وجود اینکه امکان دارد فروشنده با حسن نیت کامل و در جهت مصلحت مالک اقدام به فروش مال او کرده باشد، مع الوصف قانونگذار با محور قرار دادن لزوم جبران زیان‌های وارده به خریدار، حسن نیت فروشنده را در مسئولیت وی موثر ندانسته و او را ملزم به جبران غرامت وارده به خریدار - به میزانی که توضیح داده شد - دانسته است.

نقد دورای قضایی

غرامت از منظر افزایش قیمت ناشی از تورم اقتصادی

دکتر یحیی جلیلود *

مقدمه

در این نقد، دو رأی شماره ۹۲۰۲۷۶-۹۲/۰۳/۲۲ شعبه ۱۲ تجدید نظر استان تهران و رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳-۹۳/۰۷/۱۵ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، مورد بررسی قرار خواهد گرفت. شعبه ۱۲ دادگاه تجدید نظر استان تهران طی دادنامه ۹۲۰۲۷۶-۹۲/۰۳/۲۲ در ارتباط با موردی که مشخص شده بایع هنگام معامله به علت جنون، «محمجور» بوده، دعوی خریدار و ایادی بعدی بر یکدیگر به خواسته استرداد ثمن و مطالبه غرامات -طبق نظر کارشناس- را در حدود استرداد ثمن و پرداخت خسارت تأخیر تأدیه براساس نرخ تورم، ثابت دانسته و نسبت به زاید از مبالغ مزبور، با نقض حکم بدوی، به بطلان دعوی خواهان ها اظهار نظر کرده است.

هیأت عمومی دیوان عالی کشور نیز به موجب رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ مورخ ۹۳/۰۷/۱۵ در مقام تعیین تکلیف پیرامون برداشت های متفاوت شعب سوم و یازدهم دادگاه های تجدید نظر استان آذربایجان غربی از ماده ۳۹۱ قانون مدنی که طی آرای صادره، شعبه سوم، تورم موجود در جامعه را غرامت تلقی نکرده و رأی شعبه دوم دادگاه عمومی ماکو در این زمینه را نقض و حکم به بی حقی

خواهان بدوی صادر کرده، ولی شعبه یازدهم، افزایش قیمت ناشی از تورم را گرامت تلقی و دادنامه شعبه دوم دادگاه ماکو در این خصوص را تأیید کرده، نظر شعبه یازدهم را صحیح دانسته است. به نحوی که تشریح خواهد شد، آرای مزبور با روح مواد ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مدنی، در خصوص جبران غرامات وارده به مشتری سازگاری ندارد.

الف- جریان پرونده‌های منتهی به رأی شعبه ۱۲ دادگاه تجدید نظر استان تهران:
 آقای «ش» شش‌دانگ عرصه و اعیان پلاک ۳۴۶ از ۶۷۵ از ۴۵/۴۴ اصلی به مساحت ۵۲۵ مترمربع واقع در شمس آباد بخش ۱۱ تهران را طی مبیعه نامه ۶۶/۰۵/۲۸ و سند رسمی ۵۸۱۳۴ مورخ ۶۶/۰۶/۲۰ به مبلغ ۵۰,۰۰۰,۰۰۰ ریال به آقای «ر» واگذار کرده است. طبق نظر کارشناس منتخب دادگاه، این انتقال در شرایطی صورت گرفته که مورد معامله به موجب برگ عدم خلاف شماره ۳۵۹۴۱-۶۶/۰۷/۱۲ به صورت اسکلت فلزی با طاق ضربی و در مرحله گچ و خاک (سفت کاری) بوده است. متعاقباً آقای «ر» به موجب مبیعه نامه شماره ۵۶-۶۶/۱۱/۰۶ و سند قطعی شماره ۲۰۳۲۶ مورخ ۶۶/۱۲/۲۵، مورد معامله را که به موجب گواهی عدم خلاف ۶۵۸۶۱-۶۶/۱۲/۲۳ در همان وضعیت سابق (گچ و خاک) بوده است، به مبلغ ۷۷,۰۰۰,۰۰۰ ریال به آقای «ه» منتقل کرده است. آقای «ه» پس از خرید مورد معامله، با مراجعه به شهرداری مربوطه و به موجب پروانه شماره ۵۱۳/۷ مورخ ۶۷/۰۲/۱۷، مجوز افزایش تراکم به شرح زیر اخذ کرده است:

- طبقه زیر زمین ۱۳۲ مترمربع بوده که تغییر نکرده است.
 - طبقه همکف ۱۸۲ مترمربع بوده که به ۳۱۵ مترمربع افزایش یافته.
 - طبقه اول نیز ۱۶۷ مترمربع بوده که به ۳۱۵ مترمربع افزایش یافته.
- آقای «ه» بر اساس پروانه صادره، نسبت به تکمیل بنا و اخذ پایان کار شماره ۴۵۲۲۹ مورخ ۶۸/۰۹/۱۲ از شهرداری منطقه ۴ تهران، اقدام و سپس مورد معامله را به موجب سند قطعی شماره ۹۷۷۷۷ مورخ ۷۲/۰۶/۱۵ دفترخانه ۱۰۹ تهران به مبلغ ۳۳۰,۰۰۰,۰۰۰ ریال به آقای «ن» واگذار می‌کند. با این توضیح که افزایش

مستحدثات توسط آقای «ه» شامل ۵۰ مترمربع مغازه نیز بوده که بعدها توسط آقای «ن» پروانه کسب به شماره ۶۴ مورخ ۸۷/۰۸/۲۵ از اتحادیه بنکداران مواد غذایی برای آن اخذ شده بود. بنابراین، آنچه در ابتدا از طرف آقای «ش» به آقای «ر» واگذار شده بود، با آنچه نهایتاً از طرف آقای «ه» به آقای «ن» منتقل شده، از جهت مقدار و نوع مستحدثات، تفاوت فاحش داشته است.

براساس رأی صادره در پرونده کلاسه ۱۱۷/۲۸/۵۹ شعبه ۲۸ دادگاه حقوقی تهران، روشن می‌شود که قبل از اولین معامله، حکم حجر آقای «ش» به علت جنون صادر شده است. قیم شخص محجور، به استناد حکم مزبور با تقدیم دادخواست در مقام ابطال اسناد انتقال بر می‌آید. وکیل آقای «ن» نسبت به حکم حجر آقای «ش» دعوی اعتراض ثالث طاری مطرح می‌کند، لیکن دعوی مزبور به موجب آرای صادره از شعبه ۱۲ دادگاه تجدید نظر استان تهران و شعبه ۳۶ دیوان عالی کشور و نهایتاً شعبه ششم تشخیص دیوان عالی کشور، رد می‌شود.

با صدور حکم به ابطال اسناد مالکیت و اجرای آن، آقای «ن» با تقدیم دادخواست به طرفیت آقای «ه» (وراث آقای «ه») با تقدیم دادخواست به طرفیت آقای «ر» فروشنده و «ص» واسطه معامله و نیز آقای «ر» با تقدیم دادخواست به طرفیت آقای «ش» به ترتیب در مقام مطالبه ثمن پرداختی و غرامات وارده معادل بهای روز مورد معامله بر می‌آیند.

پرونده‌ها به شعبه ۱۲۰ دادگاه حقوقی ارجاع و دادگاه با استماع توضیحات و مدافعات وکلای طرفین و ارجاع امر به کارشناس به منظور احراز غرامات وارده به خریداران و طی مراحل مربوط، نتیجتاً به موجب دادنامه شماره ۸۹/۰۷/۱۳ - ۸۹/۰۸/۲۹ چنین رأی داده است: «... دادگاه برای تعیین خسارت وارده به خواهان‌ها، موضوع را به کارشناس ارجاع که برابر نظریه وارده مثبت به شماره ۱۱۴۱ مورخ ۸۷/۰۴/۱۸ و ۲۶۹۷ مورخ ۸۸/۰۴/۲۰ خسارت وارده به هر یک از خواهان‌ها را برآورد که اعتراض مؤثری معمول نشده و از نظر دادگاه نیز نظریه مذکور، مابینتی با اوضاع و احوال معلوم و مسلم قضیه ندارد. علیهذا دادگاه نظر به مراتب مذکور و اینکه مبیع مستحق الغیر بوده و فروشندگان نسبت به خریداران مسئول جبران خسارت وارده می‌باشند،

مستنداً به مواد ۳۰۱-۳۹۱-۳۹۲-۱۲۱۶ قانون مدنی و مواد ۱۹۸-۵۱۹ قانون آئین دادرسی مدنی، دعوای خواهان ها را ثابت تشخیص و اولاً خوانده دعوی اصلی «ه» را به پرداخت مبلغ ۲۵,۵۰۰,۰۰۰,۰۰۰ ریال معادل دومیلیارد و پانصد و پنجاه میلیون تومان در حق «ن» بابت اصل خواسته و مبلغ ۳۷۱,۰۰۰ ریال بابت هزینه دادرسی و به علاوه پرداخت حق الوکاله طبق تعرفه قانونی محکوم می نماید. ثانیاً، خواندگان ۱- «ر» ۲- «ص» را متعاقباً به پرداخت مبلغ دومیلیارد و پانصد و پنجاه میلیون تومان بابت اصل خواسته و مبلغ ۳۷۱,۰۰۰ ریال بابت هزینه دادرسی و به علاوه پرداخت هزینه حق الوکاله طبق تعرفه قانونی در حق وراث «ه» محکوم می نماید. و در خصوص دعوی «ر» به طرفیت «ش» با قیمومت «ع-ش» و «ه» و «ن» نظر به مراتب مذکور و اینکه در حال حاضر ملک مذکور حسب نظریه کارشناس به مبلغ دومیلیارد و پانصد و پنجاه میلیون تومان ارزش داشته که در تصرف و اختیار قیم محجور «ش» بوده و صرف نظر از اینکه قیم، مسئول نگهداری محجور می باشد، عدم مسئولیت وی در قبال دعوی مطروحه، دارا شدن ناعادلانه را متضمن بوده و مسئول جبران خسارت وارده می باشد، علیهذا خوانده مذکور با قیمومت «ع-ش» را نیز به پرداخت دومیلیارد و پانصد و پنجاه میلیون تومان از اموال محجور پیش گفته، بابت اصل خواسته و مبلغ ۳۷۱,۰۰۰ ریال بابت هزینه دادرسی و نیز حق الوکاله طبق تعرفه قانونی محکوم می نماید. رأی حضوری و ظرف بیست روز پس از ابلاغ قابل اعتراض در دادگاه محترم تجدید نظر مرکز استان تهران است. / رئیس شعبه ۱۲۰ دادگاه حقوقی تهران - غفوری»

در ادامه، آقای «ش» فروشنده اولیه و آقای «ص» واسطه معامله، از این رای تجدید نظر خواهی کرده‌اند. شعبه ۱۲ دادگاه تجدید نظر استان تهران، پس از شرح جریان دعوای به موجب دادنامه ۹۲۰۲۷۶-۹۲/۰۳/۲۲ ضمن نقض رأی بدوی در مورد واسطه معامله و صدور قرار رد دعوی به لحاظ عدم توجه دعوی به وی، در ماهیت قضیه چنین رأی داده است: «... نظر به اینکه مجنون به لحاظ اینکه فاقد قدرت تمییز و قصد انشاء است، قادر به انشاء معامله نمی باشد و به عبارت دیگر معامله قابل استناد به وی نمی باشد و در واقع چنین شخصی اقدام به تشکیل معامله نمی کند تا آثار عقد

هر چند فاسد، به وی نسبت داده شود بر این پایه عدم ضمان محجور، استثنائی بر قاعده اصل (ضمان درک) است. اما از آنجائی که در پرونده امر دلیلی که نشان دهد محجور ثمن اخذ شده را تلف کرده باشد وجود ندارد بنابراین قیم وی مسئول استرداد ثمن و خسارت تأخیر تأدیه آن بر مبنای شاخص تورم است (از محل اموال محجور) بنا به مراتب مذکور دادنامه تجدید نظر خواسته که متضمن محکومیت تجدید نظر خواه به قیمت روز ملک (معادل ثمن قرارداد) به مبلغ پنج میلیون تومان با احتساب خسارت تأخیر تأدیه از تاریخ ۶۶/۰۵/۲۸ لغایت اجرای حکم بر مبنای شاخص تورم، موافق موازین قانونی صادر شده است به تجویز ماده ۳۵۸ قانون آئین دادرسی مدنی با رد تجدید نظر خواهی، تأیید می گردد. تجدید نظر خواهی نسبت به مازاد بر مبلغ مذکور با توجه به استدلال پیش گفته وارد تشخیص داده می شود و مستنداً به ماده ۳۵۸ قانون مرقوم این قسمت از دادنامه تجدید نظر خواسته نقض و حکم به بیحقی آقای «ر» صادر می گردد. این رأی قطعی است. / رییس شعبه دوازدهم دادگاه تجدید نظر استان تهران / مستشار دادگاه - رسول دوبحری / مجتبی نورزاد»

ب- خلاصه جریان پرونده‌های موضوع رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور:

براساس گزارش رییس حوزه قضایی شهرستان ماکو از شعب سوم و یازدهم دادگاه‌های تجدید نظر استان آذربایجان غربی، در مورد غرامات موضوع ماده ۳۹۱ قانون مدنی طبق پرونده‌های کلاسه ۵۲۰۰۲۹۶ و ۸۹/۸۹۰۰۸۶ آرای مختلفی صادر شده است؛ بدین توضیح که شعبه سوم دادگاه تجدید نظر، رأی شماره ۹۱۴۸۸ شعبه دوم دادگاه حقوقی ماکو مبنی بر محکومیت خوانده به استرداد ثمن و پرداخت غرامات (افزایش قیمت) در حدود نرخ تورم طبق نظر کارشناس، به علت مستحق الغیر در آمدنِ مبیع را در بخش غرامات، با این استدلال که «تورم موجود در جامعه که موجب افزایش قیمت می شود نمی تواند داخل در غرامات تلقی گردد»، نقض و حکم به بی حقی خواهان صادر کرده است. لیکن، شعبه یازدهم دادگاه تجدیدنظر رأی شماره ۹۵۰/۸۸ شعبه دوم دادگاه حقوقی ماکو مبنی بر محکومیت بایع به استرداد ثمن و پرداخت غرامات (افزایش قیمت ناشی از تورم) به علت مستحق الغیر در آمدنِ مبیع را تأیید کرده است. لذا برای جلوگیری از صدور آرای متهافت، طرح قضیه را برای صدور

رای وحدت رویه قضایی موضوع ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، تقاضا نموده است.

پس از طرح موضوع در هیأت عمومی دیوان عالی کشور، دادستان کل کشور در مقام اظهار نظر یادآور شده اند که «مستفاد از مواد ۳۹۱ و ۳۹۲ قانون مدنی و فتاوی غالب مراجع عظام این است که خسارت وارده بر مشتری نباید بلاجبران بماند و حتی در صورت کسر قیمت ملک، بایع مکلف شده اصل ثمن را استرداد نماید، لذا حمل لفظ غرامات فقط بر هزینه های مشتری در ملک مورد معامله خلاف ظاهر و اطلاق آن است ... علیهذا با توجه به مراتب فوق نتیجتاً رأی شعبه یازدهم دادگاه تجدید نظر استان آذربایجان غربی مبنی بر اینکه غرامات شامل افزایش قیمت با توجه به تورم اقتصادی می شود را صائب دانسته و تأیید می نمایم.»

سرانجام، هیأت عمومی دیوان عالی به موجب رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ - ۱۳۹۳/۰۷/۱۵ چنین اظهار نظر نموده است: «به موجب ماده ۳۶۵ قانون مدنی بیع فاسد اثری در تملک ندارد یعنی مبیع و ثمن کماکان در مالکیت بایع و مشتری باقی می ماند و حسب مواد ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مرقوم اگر بعد از قبض ثمن، مبیع کلاً یا جزئاً مستحق الغیر در آید، بایع ضامن است و باید ثمن را مسترد دارد و در صورت جهل مشتری به وجود فساد، از عهده غرامات وارد شده بر مشتری نیز برآید. و چون ثمن در اختیار بایع بوده است در صورت کاهش ارزش ثمن و اثبات آن، با توجه به اطلاق عنوان غرامات در ماده ۳۹۱ قانون مدنی، بایع قانوناً ملزم به جبران آن است. بنابراین دادنامه شماره ۳۶۰ - مورخ ۱۳۸۹/۰۳/۳۱ شعبه یازدهم دادگاه تجدید نظر استان آذربایجان غربی در حدی که با این نظر انطباق دارد به اکثریت آراء صحیح و قانونی تشخیص می گردد. این رأی طبق ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری در موارد مشابه برای شعب دیوانعالی کشور و دادگاهها لازم الاتباع است.»

ج- بررسی و نقد آراء:

۱- در قضیه حجر آقای «ش» که بعد از بیع، حکم راجع به آن صادر و تاریخ حجر به قبل از تنظیم بیع نامه تسری داده شده، ما در حقیقت با ضمان درک مواجه نیستیم

زیرا محجور، ملک خود را مورد معامله قرار داده و مستحق الغیر نیست، بلکه صدور حکم حجر مؤخر و تسری تاریخ آن به قبل از معامله، کاشف از این معناست که بیع صحیحاً واقع نشده و خریداران در حقیقت با استناد به ماده ۳۶۵ و استفاده از ملاک ماده ۳۹۱ قانون مدنی در مقام استرداد ثمن و مطالبه غرامات وارده، معادل ارزش ملک مورد معامله برآمده اند لذا استدلال دادگاه محترم تجدید نظر در باب اینکه: ... عدم ضمان محجور استثنائی بر قاعده اصل ضمان درک است، مورد نداشته و تحصیل حاصل است.

۲- به موجب ماده ۱۲۱۶ قانون مدنی: هرگاه صغیر یا مجنون یا غیر رشید باعث ضرر شود ضامن است. لذا مسئولیت موضوع ماده مزبور در خصوص محجور از جمله مسئولیت های بدون تقصیر است و صرفاً سببیت محجور (اعم از مجنون، صغیر ...) برای حصول مسئولیت وی به پرداخت غرامت کافی است که در این پرونده ها موجب ضرر بودن محجور و سببیت وی، محل تردید نیست. در عین حال، همانگونه که ذکر شد در تاریخ انجام معاملات، حکم حجرى در بین نبوده، بلکه سال ها بعد حکم حجر صادر و شروع آن به چند سال قبل تسری داده شده، لذا جهل خریداران به فساد معامله نیز مفروغ عنه است و فروشنده بر اساس ملاک ماده ۳۹۱ قانون مدنی، باید از عهده غرامات وارده بر خریداران بر آید.

۳- در تعریف غرامت گفته شده: غرامت یعنی خسارت، ضرر و زیان مالی، آنچه که بابت جبران خسارت دهند.^۱ هر جا نقصی در اموال ایجاد شود یا منفعت مسلمی از دست برود، می گویند ضرری به بار آمده است. لذا کاستن از دارایی شخص و پیشگیری از فرونی آن به هر عنوانی که باشد اضرار به اوست. به عبارت دیگر، هر گاه آنچه از دست رفته، قابل ارزیابی به پول باشد و صدمه به حقوق مالی شخص برسد، ضرر مالی است و میزان ضرر، تفاوت میان دارایی کنونی زیان دیده و دارایی او، در صورتی است که عامل زیان پیش نمی آمد.

لذا عادلانه ترین طریق جبران خسارت یا غرامت زیان دیده، اعاده وضعیت و موقعیت

۱. جعفری لنگرودی، دکتر محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی، جلد ۴ شماره ۱۰۱۴۳

منابع این تعریف عبارت است از: تذکره علامه شماره ۹۲۲، جواهر ۱۰۸/۶، ردالمختار ۱۲۹/۴، دانشنامه حقوقی ۴/۱۵۸/۴ وصیت

۱۷۸- عقد ضمان ۱۶۷، نفائس الفنون ۱۱/۵۵۳/۱

مالی وی به حالت قبل از توجه ضرر و غرامت است.^۱

۴- در فرضی که خریدار، مورد معامله را ملک فروشنده می‌پندارد، اگر در نتیجه رجوع مالک به خریدار زیان‌هایی به او برسد، همه این زیان‌ها را فروشنده سبب شده است و باید جبران کند و علم یا جهل فروشنده اثری در این مسئولیت ندارد و ضمانی که قانون برای فروشنده مقرر داشته، منوط و موکول به تقصیر او نیست (مسئولیت بدون تقصیر). خریدار، نه تنها بابت خریدن مورد معامله، پولی به فروشنده پرداخته است، بلکه امکان دارد برای تنظیم سند رسمی و دستمزد دلال و نگهداری مبیع و تهیه ثمن معامله و هزینه دادرسی و غیره خساراتی را تحمل کرده یا منافع مسلمی را از دست داده باشد که باید به وسیله مسبب جبران شود.^۲

۵- مستفاد از توضیحات دادستان کل کشور در جلسه هیأت عمومی و مستندات رأی بدوی دادگاه حقوقی ماکو نیز این است که حسب فتاوی غالب مراجع عظام، خسارات وارده بر مشتری نباید بلا جبران بماند.

۶- حکم مقرر در ماده ۳۹۱ قانون مدنی در باب غرامت و نحوه جبران آن، ریشه در قاعده جامع و عام الشمول «لاضرر» و حدیث مسلم نبوی در قضیه «سمره بن جندب» دارد که طی آن، رسول گرامی اسلام (ص) با دستور قلع ماده نزاع و عامل ضرر (درخت خرما) و اعاده امنیت و آرامش به خانواده انصاری، بلا جبران ماندن هر نوع ضرر و زیانی را نهی فرمودند. از این رو، نویسندگان ماده ۳۹۱ آگاهانه مقرر داشته‌اند که: در صورت جهل مشتری به وجود فساد، «بایع باید» از عهده غرامات وارده بر مشتری نیز بر آید. به عبارت واضح‌تر، تأکید بر کلمه «غرامات» به صورت جمع، مبتنی بر این قصد بوده است که جمیع زیان‌های وارده بر مشتری جبران شود و هیچ ضرری جبران نشده باقی نماند؛ به نحوی که وضعیت مشتری به منزله اعاده به حالت قبل از اعلام بطلان معامله شود. بنابراین، محدود کردن غرامات مشتری در پرونده موضوع رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور و پرونده‌های مربوط به شعبه ۱۲ دادگاه تجدید نظر استان تهران، به نرخ تورم، به هیچ وجه با مقصود واضعان ماده ۳۹۱ قانون مدنی و

۱. کاتوزیان، دکتر امیر ناصر، ضمان قهری مسئولیت مدنی شماره ۹۰ ص ۲۲۴

۲. کاتوزیان، دکتر امیر ناصر، عقود معین ۱ شماره ۱۲۷ ص ۱۹۴

مبنای ماده مرقوم و فتاوی و نظریه های حقوقی که اجمالاً تشریح شده و عدالت قضایی که علی القاعده باید با اصول مزبور هماهنگ باشد، سازگاری ندارد.

۷- ممکن است گفته شود در پرونده های مورد بحث، آنچه به مشتریان تعلق داشته ثمن پرداختی بوده است، لذا با اعلام بطلان معاملات، استحقاق استرداد ثمن معاملات و غرامات حاصله در حدود نرخ تورم را داشته اند، نه بیشتر؛ معیاری که مورد توجه و رأی هیأت عمومی دیوان عالی کشور و شعبه ۱۲ دادگاه تجدید نظر استان قرار گرفته است. باید گفت صحیح است که ثمن متعلق به مشتری بوده و با اعلام بطلان باید به وی مسترد شود، لیکن با توجه به عموم و اطلاق عبارت: «غرامات وارده» در ماده ۳۹۱ قانون مدنی، در مقام اجرای مقصود مقنن و رعایت اصول مربوط به جبران خسارت -به شرحی که ذکر شد- و احراز میزان غرامات وارده به مشتری، باید دید در هر مورد، مشتری قبل از اعلام بطلان معامله، از نظر مالی چه وضعیتی داشته و با اعلام بطلان، چه مالی و با چه ارزش ریالی از دست داده؟ و طبعاً برای آنکه وضعیت مالی وی به منزله حالت قبل از معامله برگردد، چه وجهی از طرف بایع مسبب باید به وی پرداخت شود؟

بدون تردید، غرامات وارده به مشتری معادل ارزش روز مورد معامله است که با اعلام بطلان، از ید وی خارج شده و با ارزیابی آن از طریق جلب نظر کارشناس به سادگی قابل احراز و اثبات است. معیار اصولی که در شعبه ۱۲۰ دادگاه حقوقی تهران مورد عمل و مبنای صدور رأی بدوی قرار گرفته و براساس آن غرامات وارده به هریک از مشتریان معادل بیست و پنج میلیارد و پانصد میلیون ریال، بر آورد شده است. لیکن شعبه محترم ۱۲ دادگاه تجدید نظر، بدون توجه به مبنای و مفهوم غرامات مندرج در ماده ۳۹۱ قانون مدنی -به شرحی که گفته شد- و بدون رعایت اصول و روشی که قانوناً برای تقویم و برآورد غرامات باید به کار گرفته شود، و حتی بدون ملحوظ داشتن حقوق خریداران در مورد مستحذاتی که پس از معامله اولیه، با مجوز قانونی به بنای موجود اضافه شده بود. مسئولیت و تعهد قانونی بایع به پرداخت غرامات وارده را به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه ثمن، از زمان معامله لغایت اجرای حکم براساس نرخ تورم (مبلغی به مراتب کمتر از یک چهارم غرامات واقعی) محدود و منحصر کرده است!

در رأی مورد تأیید هیأت عمومی دیوان عالی کشور نیز، پرداخت روزِ ثمن بر اساس نرخ تورم، ملاک و مبنا بوده است.

۸- اصولاً، پرداخت خسارت تأخیر تأدیه بر اساس نرخ تورم مطابق شاخص بانک مرکزی از ابداعات قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ است و در زمان تدوین ماده ۳۹۱ قانون مدنی، چنین مفهومی از غرامات مصداق نداشته است. خسارت تأخیر تأدیه موضوع ماده ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی سابق، به میزان ثابت دوازده درصد نیز علاوه از اینکه مؤخر از قانون مدنی و ناظر به دعاوی بوده که موضوع آنها وجه نقد است، اساساً منصرف از حکم ماده ۳۹۱ قانون مدنی است که به جبران مطلق غرامات وارده به مشتری نظر دارد. لذا حمل حکم ماده مرقوم به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه بر اساس نرخ تورم مطابق شاخص بانک مرکزی، به هیچ روی با مقصود مقنن در باب «غرامات وارده» و اصول تفسیر سازگاری ندارد.

بنابراین، رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور و نیز رأی شعبه محترم ۱۲ دادگاه تجدید نظر استان تهران، به جهات و عللی که تشریح و توجیه شد، در خور نقد است.

نقد رأی^۱

حق تجدیدنظر خواهی وکیل تسخیری

مستقل یا وابسته به موکل؟

دکتر نصرالله قهرمانی *

مقدمه

شعبه ۳۲ دیوان عالی کشور در یک مورد که وکیل تسخیری از رأی دادگاه کیفری استان به وکالت از موکل درخواست تجدیدنظر کرده، چنین رأی داده است: «هرچند طبق رأی وحدت رویه شماره ۵۹۸ مورخ ۷۴/۲/۱۲ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، وکیل تسخیری حق تجدیدنظر خواهی دارد، لیکن اعمال این حق نباید با حق تجدیدنظر خواهی یا عدم تجدیدنظر خواهی محکوم علیه تعارض پیدا کند. در این پرونده، علیرغم عدم اعتراض محکوم علیه، وکیل تسخیری وی که هیچ گونه نمایندگی از ناحیه وی نداشته است و صرفاً جهت اجرای قانونی مداخله وکیل در این پرونده از طرف دادگاه تعیین شده، لذا این موضوع با توجه به این جهات قابلیت طرح در دیوان عالی کشور را ندارد.»

متن رأی وحدت رویه شماره ۵۹۸ هیأت عمومی دیوان عالی کشور که شعبه ۳۲ دیوان عالی کشور به آن اشاره کرده چنین است: «چون به صراحت قسمت اخیر ماده ۱۲ قانون تشکیل محاکم جنایی، در مواردی که رییس دادگاه، در اجرای ماده ۹ قانون مرقوم،

۱. نقد رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۱۵۰۰۸۰۵ مورخ ۹۱/۱۱/۴ شعبه ۳۲ دیوان عالی کشور در مورد وکالت تسخیری

* وکیل دادگستری

برای متهم وکیل تسخیری تعیین می نماید، مدت اعتراض در هر حال اعم از اینکه متهم بعداً وکیل دیگری تعیین کند یا نه، از همان تاریخ ابلاغ به وکیل تسخیری مذکور احتساب خواهد شد و به این ترتیب قانونگذار برای وکیل تسخیری حق تجدیدنظرخواهی قائل شده است. لذا به نظر اکثریت اعضای هیأت عمومی رای شعبه ۴ دیوان عالی کشور که متضمن این معناست صحیح تشخیص می گردد ...»

هرچند شعبه ۳۲ دیوان عالی کشور به تبعیت از رای وحدت رویه هیأت عمومی نوعاً درخواست تجدیدنظر وکلای تسخیری را قابل پذیرش دانسته است، لیکن اعمال این حق را مشروط به عدم تعارض آن با نظر متهم نموده است. به عبارت دیگر، به نظر قضات شعبه ۳۲ دیوان عالی کشور، چنانچه متهم شخصاً از حق تجدیدنظرخواهی استفاده نکند و یا از این حق صریحاً صرفنظر کند، تجدید نظرخواهی وکیل تسخیری قابل پذیرش نخواهد بود و در توجیه این نظر، چنین استدلال کرده اند: وکیل تسخیری هیچ گونه نمایندگی از ناحیه متهم ندارد و صرفاً از نظر اجرای قانون توسط دادگاه به عنوان وکیل متهم تعیین می شوند.

رای شعبه ۳۲ دیوان عالی کشور در مورد وکالت تسخیری، از دو جهت قابل بررسی است:

الف: آیا آنگونه که قضات شعبه ۳۲ دیوان عالی کشور در توجیه عدم پذیرش تجدید نظرخواهی وکیل تسخیری اعلام داشته اند، وکیل تسخیری هیچ گونه نمایندگی از ناحیه موکل خود ندارد، یا برعکس، علیرغم انتخاب او توسط دادگاه، او از کلیه اختیارات مربوط به مداخله در امر دادرسی و حق تجدیدنظرخواهی برخوردار است؟
ب: آیا آنگونه که قضات شعبه ۳۲ دیوان عالی کشور استدلال کرده اند، پذیرش تجدیدنظرخواهی وکیل تسخیری، مشروط به تجدیدنظرخواهی همزمان موکل وی

است و در صورت عدم تجدیدنظر خواهی موکل، درخواست تجدیدنظر وکیل تسخیری پذیرفته نمی‌شود؟

در پاسخ باید گفت، هر چند وکیل تسخیری با موکل خود وکالتنامه ای تنظیم نمی‌کند، لیکن با اخطاری که دادگاه برای تعیین وکیل به متهم می‌نماید، چنانچه متهم به هر دلیلی - اعم از نداشتن توان مالی و یا جهات شخصی - به این اخطار دادگاه، پاسخ مثبت ندهد، سکوت وی در این قبیل موارد، تلویحاً به معنای تفویض حق انتخاب وکیل به دادگاه است؛ به ویژه آنکه در پرونده‌های مطرح در دادگاه کیفری یک به لحاظ اهمیت بزه و ضرورت رعایت حق دفاع متهم، قانونگذار دخالت وکیل را اجباری دانسته است. اهمیت دخالت وکیل در این قبیل پرونده‌ها به قدری است که متهم نمی‌تواند مانع دفاع وکیل از خود شود و فقط می‌تواند به جای او، وکیل دیگری را به عنوان وکیل تعیینی انتخاب کند. به بیان دیگر، اعلام متهم مبنی بر اینکه او شخصاً از خود دفاع می‌کند و نیازی به تعیین وکیل تسخیری ندارد، دادگاه را از تعیین وکیل تسخیری معاف نمی‌کند. بنابراین، به طریق اولی در مواردی که دادگاه به حکم قاعده «الحاکم ولی الممتنع» برای متهم، وکیل تسخیری تعیین می‌کند، چنین وکیلی تمامی اختیارات مربوط به مداخله در امر دادرسی را که در دادگاه تعیین کننده وکیل تسخیری قابل اعمال است، از جمله «حق تجدیدنظر خواهی از حکم دادگاه» را دارا می‌باشد. به عبارتی، او نماینده و وکیل متهم در جریان دادرسی تا ختم آن خواهد بود.

ضرورت مداخله وکیل تسخیری در تجدید نظر خواهی، از این جهت است که جریان رسیدگی به پرونده در مرحله دیوان عالی کشور، فنی تر و دقیق تر بوده و لزوم دخالت وکیل در این مرحله بسیار محسوس است و قانونگذار که مداخله وکیل را در دادگاه کیفری یک برای حفظ حقوق متهم لازم تشخیص داده، بعید است در مرحله تجدید نظر خواهی، حق انجام یک محاکمه عادلانه و منطبق بر اصول قانونی را از وی دریغ کرده باشد.

هر چند پرونده محاکماتی شعبه ۳۲ دیوان عالی کشور حاکی از آن است که متهم در جریان ابلاغ رای دادگاه کیفری استان، به وی اعلام داشته است که نسبت به آن

اعتراضی ندارد، اما این بیان وی، مانند آن است که وی در جریان محاکمه در دادگاه استان از خود دفاع نکند و یا اقرار به بزه کند.

آیا در چنین حالتی می‌توان گفت که وظیفه دفاع وکیل تسخیری ساقط می‌شود؟ بدون تردید، پاسخ به این پرسش، منفی است؛ زیرا تعیین وکیل تسخیری توسط دادگاه یک برای این قبیل متهمان به منظور انجام دفاع تام و تمام از آنها در راستای اجرای عدالت قضایی به دلیل سنگینی اتهام و ایجاد قناعت وجدانی در جامعه است که اتهام شخص متهم در یک محاکمه عادلانه مورد رسیدگی واقع شده است. از این رو، حتی در مواردی که متهم صریحاً اعلام کند نسبت به رای دادگاه کیفری یک اعتراضی ندارد، وکیل تسخیری وی با این اعتبار که از طرف دادگاه کیفری یک برای تضمین حقوق دادرسی متهم به این سمت انتخاب شده است، باید از حق تجدیدنظرخواهی خود استفاده کند و نپذیرفتن درخواست تجدیدنظر وکیل تسخیری حتی در این مورد هم منطبق بر موازین نیست.

نگاهی به فیلم دادگاهی «انکار»

تخصّص وکیل – احساسات موکل

دکتر عباس ایمانی *

مقدمه

روایت است که شب دهم ماه مه سال ۱۹۳۳، نازی‌ها در سراسر آلمان جشن کتاب‌سوزی بر پا کردند. آنها کتاب‌هایی را که یهودیان، مدرنیست‌ها، بلشویک‌های هنری و سایر نویسندگانِ مظنون به داشتنِ «روح غیرآلمانی» نوشته بودند، سوزاندند. در برلین ده‌ها هزار نفر در این کتاب‌سوزان گرد هم آمدند تا به سخنان وزیر تبلیغات آلمان «یوزف گوبلس» گوش دهند که فریاد می‌کشید «نه به انحطاط اخلاقی!... آری به حرمت و اخلاق در خانواده و دولت! من آثار هاینریش مان، برتولت برشت، و... را به شعله‌های آتش می‌سپارم.» نازی‌ها اقدام به سوزاندن دسته‌جمعی کتاب‌های به گمانِ خودشان «ضالّه» کردند، تا در مقابل سوزاندن آدم‌های واقعی، مانعی نباشند. در میان کتاب‌هایی که در آن شب سال ۱۹۳۳ سوزانده شدند، یکی هم نمایشنامه‌ی المنصور (۱۸۲۱)، به قلم نویسنده یهودی آلمانی هاینریش هایینه بود. این نمایشنامه حاوی یک پیشگویی معروف است: «جایی که کتاب‌ها را می‌سوزانند، سرانجام آدم‌ها را هم خواهند سوزاند.»^۲

پیشگوییِ هایینه درست از آب در آمد. نازی‌ها با برپایی کوره‌های

1. DENIAL

* وکیل دادگستری

۲. با استفاده از: جاناتان کاتشال، حیوان قصه گو، ترجمه عباس مخبر، نشر مرکز، چاپ دوم، ۱۳۹۵، ص ۱۵۴.

آدم‌سوزی، فاجعه هولوکاست^۱ را به تاریخ بشریت ارزانی داشتند و به پاکسازی نژادی جامه عمل پوشاندند و دهه‌ها پس از آن، درباره آن اتفاق سیاه (دور از چشم گوبلس!) کتاب‌های بسیاری نوشته شد، از جمله کتاب انکار هولوکاست: یورش روزافزون به حقیقت و خاطره^۲ به قلم دبورا لیپستاد،^۳ کارشناس هولوکاست و استاد تاریخ در آمریکا، که در سال ۱۹۹۳ توسط انتشارات پنگوئن منتشر می‌شود.

نازی‌های آلمان رفتند، اما فکر و ماهیت نژادپرستانه نازیسم، در قالب نئونازیسم و دیگر شکل‌های افراطی و به شیوه‌های مختلف بازتولید شد؛ چه، ستیز انسان‌گرایی با نژادپرستی، کمابیش، همیشه بوده و هست و تاریخ بی‌خردی و سبعت پایان ندارد. در این میان، دیوید ایروینگ،^۴ مورخ آماتور انگلیسی و پژوهشگر آلمان نازی، تمام قد هولوکاست را انکار می‌کند و از این راه پول و شهرتی به هم زده^۵ و خواب مورخان هولوکاست را آشفته می‌سازد؛ تا حدی که لیپستاد در کتاب خود، وی را «یکی از خطرناک‌ترین

1. Holocaust

- اصطلاحی برساخته از واژه‌های یونانی هولو (همه) و کاوستوس (سوخته). به معنای «همه‌سوزی». این اصطلاح در اصل به سوزاندن نذور و قربانی‌ها برای خدایان اطلاق می‌شد. اما از جنگ جهانی دوم به بعد مجموعه اقداماتی که آلمان نازی به قصد از بین بردن یهودیان عمل کرد، هولوکاست نامیده شد. درباره هولوکاست دو نظر وجود دارد: نظر اول که نظر رسمی و پذیرفته شده در محافل رسمی غربی است از آن کسانی است که ادعا می‌کنند در هولوکاست دو سوم یهودیان اروپا در ۲۲ اردوگاه کار اجباری جان سپرده و مجموعاً ۵ تا ۶ میلیون نفر جان خود را از دست دادند. به گفته آنها در حدود ۲ میلیون از این عده در اتاق‌های گاز آشویتس در لهستان کشته شده و شماری دیگر نیز تیرباران شدند یا بر اثر گرسنگی، کارهای شاق و بیماری از بین رفتند. نظر دوم متعلق به کسانی است که این اظهارات درباره هولوکاست، به ویژه تلفات یهودیان، را ترفند صهیونیست‌ها و حامیان آنها برای مظلوم‌نمایی و توجیه اشغال سرزمین فلسطین می‌دانند. به باور این عده، هولوکاست به گونه‌ای که طرفداران آن ترسیم می‌کنند حقیقت نداشته و تعداد واقعی تلفات و قربانیان بسیار کمتر از آن بوده است که ادعا می‌شود. (نقل از: دانش‌نامه دانش‌گستر، زیر نظر کامران فانی و دیگران، جلد ۱۸، مؤسسه دانش‌گستر روز، چاپ اول، ۱۳۸۹، ص ۲۶۰)

2. Denying the Holocaust: The Growing Assault on Truth and Memory

3. Deborah Lipstadt

4. David Irving

۵. هیچکس تاکنون نگفته که انکار هولوکاست سودآور نیست. به یاد آوریم موضع‌گیری‌های تند و پرسش‌برانگیز رییس جمهور سابق کشورمان در باب هولوکاست را که نخست وزیر اسرائیل را بر آن داشت تا در صحن سازمان ملل در اثبات آن واقعه تاریخی دست به نمایشی هیجان‌انگیز و پُراحساس بزند...! به قول نیچه، در روزگار صلح مرد جنگی به جان خود می‌افتد!

سخنگویان انکار هولوکاست» می‌خواند و ابروینگ این حرف را توهین و افترا به خود دانسته و در سال ۱۹۹۶ علیه لیپستاد و ناشر کتابش (کتاب‌های پنگوئن^۱) با این ادعا که گفته لیپستاد به وجهه پژوهشی او به عنوان یک مورخ آسیب بسیار وارد کرده، در انگلستان اقامه دعوا می‌کند.

فیلم انگلیسی - آمریکایی «انکار» ساخته مایک جکسون^۲ در سال ۲۰۱۶ که فیلم‌نامه آن توسط دیوید هر^۳ و بر اساس کتاب تاریخ در دادگاه: روزهای من در دادگاه با یک انکارکننده هولوکاست^۴ نوشته شده، داستان تصویری این دعوای تاریخی است. جریان اصلی فیلم، فرایند یک دادرسی پرهیاهوی انگلیسی را به تصویر کشیده و مشحون از صحنه‌های دادگاهی - وکالتی می‌باشد و در نقش‌های اصلی فیلم، وکیل و قاضی و شاهد و شاکی و متهم حضور دارند. در ادامه این نوشتار، به نقد و بررسی حقوقی این فیلم مهم دادگاهی می‌پردازیم.

۱- تاریخ در دادگاه

در این فیلم جالب، تاریخ و ترفندهای تفسیر تاریخ در صحن علنی دادگاه به محک تجربه قضایی درمی‌آید و نظام قضایی ناخواسته به قضاوت تاریخ می‌نشیند.^۵ تاریخ را چیستان بزرگی خوانده‌اند که بسیاری از کلیدهایش در دست نیست. تاریخ که معمولاً به دست فاتحان نوشته می‌شود و دوغ و دوشاب را به جای هم به خورد معاصران می‌دهد^۶ و ملغمه‌ای است از مفروضات، خبرها، برداشت‌های ذهنی و اعتقادی، مقدس‌شماری،

1. Penguin Books

2. Mick Jackson

3. David Hare

4. History on trial: my Days in court with a Holocaust Denier

۵. در صحنه‌ای از فیلم که قاضی آماده می‌شود برای رسیدگی به صحن دادگاه برود در حال مطالعه کتاب قطور جنگِ هیتلر (تألیف شاکی پرونده) است!

۶. «تاریخ‌نویس... ناگزیر در ضمن بیان مطالب پیش می‌آید... اصرار بورزد که دوغ را دوشاب و دوشاب را دوغ کند.» (عبدالله مستوفی، شرح زندگانی من یا تاریخ اجتماعی و اداری دوره قاجاریه، نشر زوآر، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۵۲۵)

تعصبات، قهرمان گرایی، اسطوره سازی و مملو از مغالطات،^۱ در داستان واقعی این فیلم مبه مغاک «استدلال و استناد» امر قضا می افتد. مسأله اصلی فیلم این است که آیا تیم حقوقی متهم خواهد توانست با موفقیت ثابت کند که آنچه بیشتر مردمان جهان از قبل در باب هولوکاست می دانسته و در آن باره به باور تاریخی رسیده، حقیقت دارد یا خیر؟ گرچه در نگاه نخست ممکن است بیننده بنا بر اطلاعات تثبیت شده تاریخی بتواند حدس بزند که چه کسی بحق است و چه کسی نابحق، اما این از دلهره و حالت تعلیق روند دادرسی نمی کاهد. گرچه در غرب این گونه جا افتاده است که هیچ مورخ واقع نگر، بی طرف و منصف، دلیل مهمی برای شک کردن در هولوکاست ندارد، اما «قضات که تاریخدان نیستند» و ادله اثبات دعوا برخلاف عمده شواهد تاریخی، تحصّلی و عینی هستند تا ذهنی و مبتنی بر تفسیر شخصی. در دادگاه، جمله های خبری - فرضی تاریخ راه به جایی نمی برد. ممکن است در تاریخ، عقاید آزاد و وقایع و اشخاص مقدس باشند، لیکن در امر قضا، واقعیات مقدس هستند! به ویژه حقوق پوزیتیویستی و متکی بر «اصالت تجربه» که خاستگاه انگلیسی دارد، قائل به جدایی کامل عین از ذهن است. در همین جهت، وکیل مدافع متهم در حین تحقیق و بازدید از مخروبه های به جامانده از کوره های آدم سوزی، خطاب به مورخ راهنما، به طور جدی و قاطع می گوید: «برای ادعای خودت دلیل بیاور. ما نمی توانیم بدون دلیل چیزی را بپذیریم. باور عموم درباره هولوکاست هیچ ربطی به دلایل و مستندات آن ندارد.»

۲- بار اثبات ادعا

این دعوا در دادگاه عالی انگلستان طرح می شود، جایی که در دعوای افترا^۲، برخلاف حقوق آمریکا، بار ارائه دلایل و اثبات ادعا بر دوش متهم است. در حقوق آمریکا به

۱. پیربیل، دانشمند و نویسنده قرن شانزدهم فرانسه می گوید: تاریخ چیزی جز خیال باطل و منافع شخصی و حزبی ... نیست. تاریخ حقه بازی ای بیش نیست که می توان آن را به کمک یادگارهای تاریخی انجام داد. و دکارت در کتاب بحث درباره روش ها (۱۶۳۹) نوشته است که مورخان به طور کلی هیچ وقت راست نمی گویند. (نقل از: ن. آ. یروفه یف، تاریخ چیست؟، ترجمه محمد تقی زاد، نشر جوان، چاپ اول، ۱۳۶۰، ص ۲۱). همچنین جورج کلارک، مورخ بنام انگلیسی، می گوید: «در تمام قضاوت های تاریخی پای افراد و عقاید شخصی در میان است، اعتبار همه یکسان است و حقیقت تاریخی «عینی» وجود ندارد.» (نقل از: ئی. ایچ. کار، تاریخ چیست؟ ترجمه حسن کامشاد، انتشارات خوارزمی، چاپ ششم، ۱۳۸۷، ص ۳۲).

2. libel

جهت اهمیتی که «آزادی بیان» دارد، شاکی جرم افترا باید ثابت کند که آنچه درباره او گفته یا نوشته شده دروغ است. اما در بریتانیا، به جهت اهمیتی که «حیثیت» افراد (بیش از آزادی بیان) دارد، بار اثبات افترا نبودن موضوع بر عهده متهم گذارده شده. لیپستاد در نخستین ملاقات با وکیل انگلیسی خود، با استناد به اصل بنیادین برائت، این وضعیت حقوقی در انگلستان را برخلاف «عدالت طبیعی» می‌خواند. به هر تقدیر، متهم و تیم وکلای او (با هدایت آنتونی جولوس^۱ به عنوان مشاور حقوقی^۲ و ریچارد رمپتون^۳ به عنوان وکیل دعاوی^۴) باید اثبات کنند که ابروینگ در انکار هولوکاست دروغ گفته است و بیش از یک میلیون انسان در اردوگاه آشویتس^۵ واقعاً با گاز کشته شده‌اند. همچنین باید ثابت کنند که ابروینگ عامدانه و آگاهانه حقیقت را انکار کرده است تا عقاید و افکار نژادپرستانه و یهودستیزانه خود را ترویج دهد. از این رو، صحنه دادگاه تبدیل می‌شود به محل اثبات اتفاق پُرحديث و پُرخون هولوکاست. اتفاقی که یهودیان، به عنوان قربانیان نسل‌کشی و نژادپرستی، پس از جنگ جهانی دوم از کنار آن نان خورده‌اند و مظلوم‌نمایی کرده‌اند و به‌موجب آن، صاحب‌کشوری مستقل شده‌اند. متهم و وکلایش کار سختی در پیش دارند، چون طرف آنها دیوید ابروینگ است، انکارکننده سرسخت هولوکاست که سال‌ها در این باره تحقیق کرده و هواخواه گریبان‌چاک آدولف هیتلر است. او شخصی است گزافه‌گو و لاف‌زن، جسور و بی‌پروا (که گاهی به مرز وقاحت می‌رسد)، سفسطه‌گر و استاد شلوغ‌کاری و تعزیه‌گردانی و حاذق در استفاده از مغالطات کلامی و مفهومی. آن طور که از رفتار و گفتار و کارهایش برمی‌آید، فردی است اهل مرافعه، انتقادناپذیر و سرشار از بدگمانی و کج‌خیالی و توهم توطئه. در ظاهر اصرار دارد که نژادپرست نیست و فقط وطن‌پرستی مردم‌دوست و حقیقت‌خواه است که می‌خواهد دروغ‌های تاریخی را بر ملا کند و موج‌سواران هولوکاست را بشناساند و به همین دلایل، محبوبِ قلوبِ راست‌گرایانِ افراطیِ نوپدید واقع شده و در کشورهای مختلف طرفدارانی برای خود دست و پا کرده است. لیپستاد

1. Anthony Julius

2. solicitor

3. Richard Rampton

4. barrister

5. Auschwitz

می‌گوید ایروینگ در زمره کسانی است که «غلط می‌گویند، به غلط نقل قول می‌کنند، آمارها را دست‌کاری می‌کنند و درباره منابع معتبر به دروغ نتیجه‌گیری می‌کنند تا قتل عام شش میلیون یهودی را انکار کنند».

۳- وکلای دعوا

در نظام حقوقی انگلیس با آن کلاه‌گیس‌ها و لباس‌های رسمی عجیب و غریب، برای دفاع از دعوی در دادگاه‌های عالی، هم داشتن یک مشاور حقوقی^۱ (solicitor) لازم است و هم یک وکیل مدافع^۲ (barrister). ایروینگ که آثار خودشیفتگی و خودبرتربینی در چهره و رفتارش آشکارا نمایان است، به عنوان شاکی برای خود وکیل نمی‌گیرد و شخصاً در دادگاه از حقوق خود دفاع می‌کند و دعوا را پیش می‌برد،^۳ اما برای لیپستاد به عنوان متهم، داشتن وکیل متخصص در دعوای «افترا» مهم است و از این رو، دفاع از اتهام را با تیم حقوقی کارکشته دنبال می‌کند؛ تیم حقوقی متشکل از چند وکیل جوان و پُرکار و خستگی‌ناپذیر با هدایت و مدیریت آنتونی جولپوس (مشاور حقوقی) برای جمع‌آوری ادله و تهیه مدارک و مستندات دفاع (از جمله مطالعه دقیق میلیون‌ها صفحه از خاطرات مکتوب ایروینگ) و وکالت ریچارد رمپتون به عنوان وکیل مدافع و برای دفاع در دادگاه. گرچه رمپتون هم برخی تحقیقات را شخصاً انجام می‌دهد، بالاخص بازدید از اردوگاه کار اجباری آشویتس در لهستان برای جمع‌آوری ادله و مستندات عینی.

کار وکلای فیلم، نمونه جالب و کاملی است از کار وکلا در انگلستان: تقسیم کار هوشمندانه و پیش‌برنده؛ تفکیک کارهای مقدماتی و تحقیقی از مرحله سخت و حساس دفاع در دادگاه؛ استفاده خوب و مؤثر از نوباوگان پُرشور و پُرانرژی حرفه وکالت در مراحل مقدماتی و ارزش دادن به تجربه و کار گروهی. لیپستاد در نشست مطبوعاتی

۱. این نوع وکلا حق وکالت در دادگاه‌های تالی را دارند و در کنار ارائه مشاوره حقوقی، وظایف دفاتر اسناد رسمی را نیز برعهده دارند و در پرونده‌هایی که در دادگاه‌های عالی رسیدگی می‌شوند می‌توانند در مرحله تشکیل پرونده و مراحل مقدماتی دخالت کنند منتها برای دفاع در دادگاه باید از وکیل مدافع درخواست همکاری کنند.

۲. این نوع وکیل حق وکالت در کلیه دعوای در کلیه دادگاه‌های عالی و تالی را دارد. به استثنای موارد خاص، این نوع وکلا فقط به درخواست مشاوران حقوقی وارد عمل می‌شوند.

۳. از آنجایی که برخی وکیل نمی‌گیرند تا در روند دادرسی خود را تنها و مظلوم جلوه دهند، شاید ایروینگ هم می‌خواهد با این کار، در مقابل تیم حقوقی پُرهزینه و پُرطمراق لیپستاد، دلسوزی و همدردی دیگران را به خود جلب کند!

پایان فیلم، با چشمانی اشک‌آلود و خندان و چهره‌ای حاکی از تمجید و قدرشناسی، به گروه وکلای خود که در انتهای سالن کنار هم ایستاده‌اند خیره می‌شود و می‌گوید: «در ابتدا شک داشتم که دادگاه جای خوبی برای قضاوت درباره واقعیت‌های تاریخی باشد، اما من ارزش یک تیم را دست کم گرفته بودم، یک کار گروهی واقعی را، و بعد فهمیدم که دادگاه اصلاً هم جای بدی نیست مادامی که وکلای عالی با احساسات عالی داشته باشی.»

مهارت حرفه‌ای و کیل رمپتون در فیلم، جالب توجه است. در نخستین برخورد با موکلش می‌گوید برای دفاع از او اشتیاق درونی خاصی دارد و از این رو، زحمت مسافرت به لهستان را به جان می‌خرد تا از نزدیک محل وقوع هولوکاست را معاینه و در آن باره تحقیق کند. دفاعش در دادگاه محشر است: قوی و تأثیرگذار، آرام و آشتی‌ناپذیر، سنجیده و دقیق، مسلط به موضوع و جوانب آن، متکی به فن و هنر خطابه و سخنوری، با استفاده از ترفندهای روانشناختی (به ویژه در حین پرسش از ابروینگ به صورت و چشم‌های او نگاه نمی‌کند و بعداً به موکلش می‌گوید می‌خواسته با این روش به شاکی بفهماند که نظر خوبی به او ندارد و با این کار او را به هم بریزد). بی‌خود نبوده که همکاری جولوس او را ماهرترین وکیل مدافع در انگلیس می‌خواند. شخصیت فردی جالبی هم دارد: برخورد محترمانه و دلسوزانه و صبورانه با موکل احساساتی و بعضاً عصبی و بدبین و مدعی (که به قول خودش از بچگی عادت نداشته به کسی اعتماد کند و وجدانش را به کسی بسپارد)، خوش‌مشرَب و خودآگاه، سخت‌کوش و حساس، عاشق آهنگ‌های موتسارت، در آشتی با خود و زندگی (آنجا که می‌گوید: من عادت دارم خودم را تشویق کنم. چرا باید همیشه آدم‌های بد چیزهای خوب را در زندگی داشته باشند).

۴- دفاع هوشمندانه

ژانر فیلم‌های دادگاهی در بریتانیا و آمریکا، سابقه غنی و سرشاری دارد،^۱ به ویژه چون رسیدگی به شکایات با حضور هیأت منصفه در حقوق آنگلو-آمریکایی دادگاه را به

۱. در این خصوص رجوع کنید به: اشتفان ماخورا و پیتر رابسن، حقوق و سینما، ترجمه عباس ایمانی، انتشارات نامه هستی،

نوعی صحنه تئاتر تبدیل می‌سازد و نقش و کلایی که باید با نمایش‌های خوب و جذاب، شهروندان عادی را مجذوب و متقاعد کنند. اما صحنه‌های دادگاهی فیلم «انکار» از این حیث نامعمول است، زیرا تیم وکلای متهم تصمیم می‌گیرند از چنین وضعیت تئاترگونه صرف‌نظر کنند. آنها که از تأثیرگذاری ایلروینگ حراف و دروغزن بر عوام و اعضای هیأت منصفه بیمناک بودند، راهبردهای دفاعی و حقوقی خود را طوری تنظیم می‌کنند که حتی‌الامکان فضای جولان و تعزیه‌گردانی وی را ببندند، یعنی ترجیح می‌دهند دادرسی، بدون حضور هیأت منصفه و فقط با یک قاضی، و بدون صحنه‌های هیجانی - احساساتی در جایگاه شهود برگزار شود. ایلروینگ که خود را آماده کرده بود شهود متهم را ماهرانه لجن‌مال کند و حتی خود متهم را به باد تمسخر بگیرد، با راهبردهای هوشمندانه وکلای متهم آچمز می‌شود؛ آنها سوژه‌های شوم دادگاه را از او گرفتند؛ به دیگر سخن، او را در واقعیت‌های خشک و انتزاعی خفه کردند! جالب‌تر اینکه، وکلای متهم، او را نیز از عرض اندام سخنورانه در دادگاه منع می‌کنند تا تمرکز و توجه دادگاه فقط معطوف بر خود ایلروینگ باشد. لیپستاد پُراحساس که سال‌ها برای قربانیان هولوکاست اشک ریخته بود، می‌خواست برای خوش‌آمد مردم، خودش نیز در دادگاه با ایلروینگ تیزمغز زبان‌باز مجادله تاریخی بکند و حتی به بازماندگان زجر دیده و پریشان‌حواس هولوکاست برای ادای شهادت در دادگاه تریبون بدهد. گرچه لیپستاد می‌توانست با دقت و قاطعیت و با استفاده از داده‌ها و روش‌های تاریخی درباره دروغ‌های تاریخی ایلروینگ توضیحات مفید و آکادمیک ارائه کند، اما تیم وکلا او را از معرض مجادله تاریخی با ایلروینگ دور نگه داشتند زیرا نه ایلروینگ اهل «جدل منطقی» بود و نه دادگاه محل این گونه مجادلات است. دادگاه محل استدلال قضایی و قانونی است و این نوع استدلالات کار هر سخندانی نیست، بلکه کار وکلاست. در نتیجه، وکلای عاقبت‌اندیش لیپستاد مانع رفتارهای غیر حرفه‌ای او شدند. او نهایتاً به سختی و با ترشروی پذیرفت که دهانش را در طول دادرسی بسته نگاه دارد و خودش و بازماندگان هولوکاست را سوژه تهدیدهای ایلروینگ قرار ندهد. وکلایش کارها را در دست گرفتند. او فقط باید به آنها اعتماد می‌کرد. وکلای لیپستاد بهترین راهبرد را برای پیروزی در دعوا یافته بودند: توسل کامل و حساب‌شده به استدلال قضایی

و استفاده آگاهانه از کارشناسانِ تاریخِ هولوکاست و تمرکز بر مفاهیم و اصطلاحات حقوقی و جلوگیری از بیان عوامانه و کشمکش‌های سطحی قضایا بین طرفین دعوا و شهود آنان. وکلای لیپستاد را باید تحسین کرد، چون به خوبی می‌دانند که در دادگاه خیلی زود باید از مهملات بگذرند و یگراست بروند سر اصل مطلب.

بنابراین، لوازم، مقتضیات و تکنیک‌ها و تاکتیک‌های دفاع دادگاهی از دفاع تاریخی تمایز می‌یابد و بیننده درمی‌یابد که دفاع دادگاهی، کاری کارستان است. وقتی لیپستاد از وکیل جولپوس می‌خواهد اجازه دهد تا بازماندگان هولوکاست در جایگاه شهود از درد و رنج‌هایشان بگویند، جولپوس در جواب او محکم و استوار می‌گوید: «دادگاه جای روان‌درمانی نیست!».

۵ - تخصّص وکیل - احساساتِ موکل

«انکار» نه تنها تعارض بین دو مورخ احساساتی بلکه تنش بین وکیل و موکل را هم ماهرانه به تصویر کشیده است. بهترین نکته داستانِ فیلم برای وکلا آنجاست که کار تخصّصی وکیل را در مقابل عوام‌گراییِ موکل قرار می‌دهد. در صحنه‌ای که وکیل رمپتون با موکل خود لیپستاد در محلِ مخروبه‌های اردوگاه کار اجباری (آشویتس) حاضر می‌شوند، می‌بینیم که لیپستاد در مقابل ویرانی‌های اتاق گاز ایستاده و برای قربانیان هولوکاست دعا می‌خواند در حالی که وکیل رمپتون با تفحص و مذاقه در آثار به جا مانده در آن منطقه، یادداشت‌های دقیق و موشکافانه برمی‌دارد و پرسش‌های سخت و آزارنده و شک‌برانگیز درباره جزئیات روند قتل عام یهودیان از پژوهشگر و راهنمای محلی می‌پرسد. لیپستاد برای مردگان دعا می‌خواند، وکیل وی دلایل محکمه‌پسند جمع می‌کند. لیپستاد احساساتِ درونی خود را نسبت به واقعه هولوکاست بروز می‌دهد و وکیل وی، به تحلیل دقیق و غیراحساسی و قضایی موضوع مشغول است. گرچه پرسش‌های وکیل لمپتون درباره محل آشویتس موجب عکس‌العمل عصبی و احساسی موکلش علیه او می‌شود (تو گویی به احساس و اعتقاد نمی‌توان تسلط داشت) اما بعداً این دو در جلسه‌ای دوستانه به تفاهم می‌رسند: از یک طرف وکیل لمپتون می‌پذیرد که وکلا بی‌شک باید موضوعات پرونده را با موکلشان

در میان بگذارند و در صورت لزوم توضیح هم بدهند، از طرف دیگر، لیپستاد می‌پذیرد که «هر آنچه خوب و اخلاقی به نظر می‌آید، لزوماً طرح آن در دادگاه خوب و مؤثر نخواهد بود.»

نتیجه‌گیری

فیلم «انکار» برای کسانی که به ژانر فیلم‌های دادگاهی - وکالتی علاقه دارند مطالب زیادی دارد. بیشتر دیالوگ‌های فیلم مستقیماً از صورتجلسات دادگاه برداشته شده. در این فیلم معلوم می‌شود که در نظام حقوقی بریتانیا (برخلاف نظام حقوقی آمریکا) به حیثیت افراد بیش از آزادی بیان اهمیت داده می‌شود و چون جرم «افترا» با آبرو و حیثیت عمومی و اخلاقی و انسانی افراد در جامعه رابطه وثیق دارد، در زمره جرایم مهم قلمداد شده و برای برائت یافتن از آن اتهام، شرایط دفاعی سخت و پیچیده‌ای وجود دارد. همچنین در این فیلم بر اهمیت و هیبت و ضرورت بی‌بدیل کار وکیل در نظام حقوقی انگلستان انگشت تأکید نهاده شده و مسئولیت شغلی و اجتماعی وکیل را سخت و سنگین نشان می‌دهد.

فیلم که برچیدن روشمند و حساب‌شده یک مشیت دروغ را به نمایش می‌گذارد، تحسین سلامت عقل و تجلیل از راهکار منطقی است در مقابل مغلطه‌بازی و پُرگویی؛ به دیگر سخن، خرد در برابر حرفِ مفت! فیلم نشان می‌دهد تاکتیک مغلطه‌گران مبنی بر این که تکرار مداوم یک دروغ و آن را در بوق و کرنا دمیدن با این تصور که بالاخره همه آن را باور خواهند کرد، دیگر منسوخ و نخ‌نما شده است. گرچه دیدن رسوایی فردی حقه‌باز که از بازی با تاریخ، پول و شهرت فراوان به هم زده، خوب و خوشایند است و به طرز شگفت‌آوری هیجانات روحی و تاریخی را تخلیه می‌کند، اما به قول مونتینی، فیلسوف فرانسوی، «اگر دروغ فقط یک چهره داشت، روزگارمان به از این بود. زیرا خلاف آنچه را دروغگو می‌گفت یقین می‌شمردیم. اما خلاف حقیقت، صد هزار چهره و گستره‌ای بی‌نهایت دارد».^۱ بدین سان، اگر علت بروز هولوکاست قدرت‌طلبی و

۱. نقل از: سیسلا باک، دروغ‌گویی - انتخاب اخلاقی در زندگی عمومی و خصوصی، ترجمه احمد علیقلیان، نشر نو، چاپ اول.

برتری جویی بود، دعوای تاریخی بر سر آن نیز «خواستِ قدرت» را می‌نمایاند، به قول نیچه: «اگر جهان را از درون بنگریم، اگر جهان را بر حسب وجه دریافتنی آن بنگریم و توضیح دهیم - چیزی نخواهد بود مگر خواستِ قدرت».^۱

اینکه یک واقعه تاریخی که دروغ تلقی می‌شده، در فرایند قضایی به حقیقت تاریخی تبدیل می‌شود، نشان می‌دهد که استدلال قضایی برای رسیدن به حقیقت مطمئناً بهتر از اخبار و رسانه‌هاست. در عصری که واقعیت‌ها به اطلاعات تقلیل یافته‌اند، این فیلم به جست و جوی قضایی در واقعیت تاریخی می‌پردازد و نمایشی نیروبخش از حقیقت‌خواهی ارائه می‌دهد و اثر و قدرت پُرابهت حقوق و قانون را در حل و فصل بغرنج‌ترین اختلافات بشری می‌نمایاند.

دیدن این فیلم اهمیت این جمله انگلس، فیلسوف انگلیسی را بیش از پیش نمایان می‌کند: «تاریخ کمابیش ظالم‌ترین همه الهه‌هاست، و گردونه پیروز خود را، نه تنها در جنگ، بلکه در حین رشد صلح‌آمیز نیز، بر فراز پشته‌های اجساد می‌تازاند...»^۲

صحنه‌های دادگاهی فیلم مسحورکننده است. روند دادرسی ترافعی و چالش‌برانگیز است و تا رسیدن به حقیقت، بدون محدودیت زمانی، ادامه می‌یابد. طراحی و معماری ساختمان دادگستری و فضای داخلی دادگاه خیره‌کننده است: چیدمان هنرمندانه و فکرشده جایگاه‌ها برای قاضی و وکلا و شهود و طرفین دعوا و منشی‌های دادگاه و خبرنگاران و تماشاچیان، تجهیزات سمعی و بصری و جدا بودن اتاق کار قاضی از مسند قضاوت، ابهت غریبی به محاکمه داده است و البته جلال و جبروت «عدالتِ قضایی» را جز این نباید و نشاید.

۱. فریدریش نیچه، فراسوی نیک و بد، ترجمه داریوش آشوری، انتشارات خوارزمی، چاپ دوم، ۱۳۷۳، ص ۷۸.

نقل از: ئی. ایچ. کار، همان اثر، ص ۱۲۰.

تازه‌های نشر حقوقی

به کوشش دکتر عباس ایمانی

حقوق دعاوی (جلد پنجم)

تحلیل حقوقی روایات

دکتر عبدالله خدابخشی | شرکت سهامی انتشار | چاپ اول | ۱۳۹۵ | ۳۰۴ صفحه | ۲۱۵۰۰ تومان

این کتاب که به تازگی به بازار نشر آمده، جلد پنجم از سلسله کتاب‌های «حقوق دعاوی» این نویسنده است. جلدهای اول تا چهارم از حقوق دعاوی با عنوان‌های فرعی «قواعد عمومی دعاوی»، «تحلیل فقهی - حقوقی»، «تحلیل و نقد رویه قضایی»، و «تحلیل منتخب» به تدریج از سال ۱۳۹۲ تا سال ۱۳۹۴ توسط همان ناشر، چاپ و توزیع شده است.

جلد پنجم که موضوع معرفی ماست، حاوی گفتارهای مختلف و متنوع می‌باشد: نقش وکیل در دعاوی از منظر پیامبر اعظم (ص)؛ عدالت، مفهومی برتر از اراده طرفین؛ جایگاه اصول دادرسی در داوری: آیا جلسه داوری الزامی است؟؛ اسقاط حق اعتراض نسبت به رأی داور؛ داوری با اختیار صلح، انصاف و کدخدامنشی؛ زوال داوری در نتیجه اعسار از پرداخت هزینه آن؛ تأثیر اراده طرفین در تغییر قواعد اثبات و دلیل اثبات؛ یک روایت و یک تحلیل از عدم‌النفع در مضاربه؛ تحلیلی دیگر از داوری با حق صلح و سازش؛ شرط نقصان اجاره‌بها؛ اجرای آرای مدنی نسبت به اموال مشاع؛ مفهوم و آثار کفالت حکمی؛ شبهه و تردید در اطلاق «اثر ادبی»؛ استنباط فقیه در «موضوعات مستنبطه قضایی»؛ تحلیلی بر دعاوی مطالبه کاهش قیمت اتومبیل؛ و شمول قاعده جزایی نسبت به حق، مال و ملک.

مؤلف در مقدمه می‌گوید در کتاب خود برخی از دعاوی مطروح در دادگاه‌ها را با

تحلیل روایات معصومین (ع) مورد بررسی قرار داده است. در نظر مؤلف، رویه قضایی حق و تکلیف دارد که در جهت استناد به منابع معتبر اسلامی (حکم مقرر در اصل ۱۶۷ قانون اساسی)، گاه با مراجعه به اصل روایات، سخنان راهگشای ائمه اطهار را در آرای خود منعکس نماید. بدین سان، محور اصلی پژوهش این کتاب، نقش مؤثر علمی روایات در دعاوی و آرای قضایی است که فایده عملی آن گشودن باب «مراجعه مستقیم قاضی به روایات و استفاده از آنها با نگاه حقوقی و نه صرفاً فقهی» می باشد. نگاهی به گفتار نخست کتاب برای وکلا خوب خواهد بود، زیرا مؤلف با مرور و تحلیل روایتی از پیامبر اسلام (ص)، نقش مثبت و منفی وکیل در دعاوی را از منظر آن روایت بررسی و بیان می کند که در نوع خود مبحثی جدید و جالب است. گرچه مؤلف اذعان دارد (ص ۱۸) که در این روایت، از وکیل هیچ سخنی به میان نیامده، لیکن با طرح برخی دلایل و مفاهیم، نگاه آن روایت به نقش مثبت و منفی وکیل در دعاوی را مدلل می نماید.

از ویژگی های بارز آثار پنج جلدی فوق الذکر، ارائه نمونه آرای قضایی مرتبط با مباحث و موضوعات مطروح در آنهاست. همچنین در باب معضلات کاربردی در فرایند داوری و مباحث قضایی آن، نکات خوب و راهگشای بسیاری در آنها می توان یافت؛ به ویژه برای وکلا و حقوقدانانی که کارهای «داوری» را دوست می دارند و «داور» شدن را وجهه همت خود ساخته اند.

حقوق جزا (جلد دوازدهم)

دفاع

دکتر جعفر بوشهری | شرکت سهامی انتشار | چاپ اول | ۱۳۹۵ | ۲۳۸ صفحه | ۱۵۰۰۰ تومان

این کتاب که به تازگی به بازار نشر آمده، جلد دوازدهم از سلسله کتاب های «حقوق جزا»ی این نویسنده است. جلدهای اول تا یازدهم حقوق جزا با عنوان های فرعی «اصول و مسائل»، «دعاوی جزایی»، «جبران خسارت»، «آرا و رویه های قضایی»، «حقوق جزای تطبیقی»، «آیین دادرسی کیفری تطبیقی»، «حقوق جزای فرانسه»، «کشف جرم»، «مسئولیت جزایی»، «زندان» و «جرم شناسی»، به تدریج از سال

۱۳۷۹ به بعد توسط همان ناشر، چاپ و توزیع شده است.

جلد دوازدهم که موضوع معرفی ماست، حاوی دو بخش است که در بخش نخست، شرایط دفاع طی دو مبحث «دفاع در مرحله پیش از دادرسی» و «آمادگی برای دفاع» بررسی و بیان شده و در بخش دوم «نمونه‌هایی از دفاع» ارائه شده. در گفتارهای زیربخش نخست، فرایند و تکنیک‌ها و روش‌های دفاع کیفری توسط وکیل مدافع در مرحله پیش از دادرسی، بیان شده که در آنها با روش بازجویی، هدف از دفاع، وظایف قانونی و حرفه‌ای وکیل، منحرف کردن مسیر اجرای عدالت، به دست آوردن اطلاعات اساسی، کارگردانی دعوی، موکل در بازداشتگاه و نیازهای او، آشنا می‌شویم. در قسمت دوم از بخش نخست، آمادگی وکیل برای دفاع دادرسی در چند گفتار بیان شده که در آن، روند تهیه مقدمات دادرسی، کشف جرم و حضور مؤثر در دادرسی بررسی شده است. در بخش دوم، اطلاعات کامل شش پرونده کیفری به عنوان نمونه‌های کاربردی ارائه شده است تا ارزش عملیاتی نکته‌ها و مطالب بخش‌های قبلی کتاب را نشان دهد. مؤلف در مقدمه کتاب، این نمونه‌ها را «حاوی پیکار مداوم وکلای دادگستری» می‌داند که «حقوق بشر را از مرحله مفروضات و آرمان‌های حقوقی به آزادی انسان از سلطه و تحکم، به ویژه در روابط دستگاه‌های حکومت با افراد، امکانپذیر ساخته‌اند.» در نظر او، «بدون این کوشش‌ها، نمی‌توان مطمئن بود که جامعه به آرزوهای خود در اجرای عدالت دست یابد.»

مؤلف در دیباچه کتاب ضمن اشاره به وظایف و مسئولیت‌های حرفه‌ای و تکالیف اخلاقی وکیل، هدف خود از تألیف کتاب را نشان دادن اهمیت کار وکیل در فرایند دفاع کیفری دانسته و لازمه دفاع خوب و مؤثر از موکل را طرح‌ریزی درست و شایسته مراحل دفاع و بهره‌برداری وکیل از همه وسایل قانونی می‌داند. بدین سان، محور اصلی پژوهش این کتاب، نقش مؤثر وکیل در دفاع کیفری است که فایده عملی آن، دادرسی مقرون به حق و عدالت می‌باشد.

از این رو، مطالعه این کتاب برای وکلا خوب خواهد بود، زیرا نکته‌های ارزنده و آموزنده‌ای پیش رو نهاده و فراتر از آموزه‌های نظری محض و انتزاعی، نمونه‌های عملی جالب توجهی ارائه کرده است.

تفسیر اصولی قانون مدنی بر اساس آرا و اندیشه‌های بزرگان حقوق ایران

دکتر سعید بیگدلی و سید مجتبی حسینی‌الموسوی | انتشارات مهرسا | چاپ اول | ۱۳۹۵ | ۷۹۰ صفحه | ۳۹۰۰۰ تومان

این کتاب که به تازگی به بازار نشر آمده، محشای جدیدی است بر مواد قانون مدنی بر اساس اصول استنباط فقهی که در این زمینه به تفسیرهای اندیشمندان حقوق مدنی ایران ابتدا دارد.

در مقدمه کتاب به این نکته اشاره شده است که هدف از پژوهش حاضر، تفسیر قانون مدنی نبوده، بلکه بررسی جایگاه، نقش و رعایت اصول و قواعد استنباطی در تفاسیر مهم قانون مدنی بوده که بدین منظور به نوشته‌های حقوقدانان بزرگ و طراز اول کشور مراجعه شده و از کتاب‌های اصولی، تنها در مطالبی اندک مثل تعاریف و مفاهیم اصولی استفاده شده است. به عبارت دیگر، مؤلفان کتاب، تفسیر «اصولی» قانون مدنی را در آثار مفسران بنام قانون مدنی به دست آورده و به ذیل ماده قانونی مربوطه حاشیه زده‌اند. همچنین دیگر قوانین مرتبط با برخی ماده‌های قانون مدنی (مثلاً مواد ۹۱ و ۱۲۹ و ۱۳۹ و ۱۴۵ و ۱۶۰ و ۱۶۱ و ۱۷۸ و ۱۸۲ و ۲۱۸ مکرر و ۲۳۰ و ۳۳۷ و ۳۹۵ و...)، ذیل ماده مربوطه گنجاده شده است که البته با عنوان و هدف کار، مناسبت ندارد.

بدین ترتیب، مؤلفان کوشیده‌اند اولاً، فارغ از شرح و بسط معنای مواد قانون مدنی، اجتهادهای صورت گرفته در باب یکان یکان آن مواد را از میان نوشته‌های مختلف حقوقی استخراج و به صورت منظم و منقح در ذیل آنها درج نمایند؛ ثانیاً، ابزار استدلالی استفاده شده در تفسیر را کشف و جایگاه و وزن استدلال صورت گرفته را بر اساس اصول استنباط فقه اسلامی نشان دهند؛ ثالثاً، ضمن بیان اختلاف‌نظرهای موجود در میان مفسران قانون مدنی، با تبیین دیدگاه آنان از جهت ابزار استنباطی استفاده شده در تفسیر، نظر منطبق بر سیستم استنباطی نظام حقوقی را بیان کنند.

اسامی محکومان انتظامی به توبیخ با درج در مجله کانون

ردیف	خانم‌ها و آقایان - شماره پروانه	کلاس پرونده	شماره حکم	تاریخ حکم	نوع محکومیت
۱	محمدرضا صالح زاده زارع-۱۴۲۳۷	۹۵۰۰۳۹	۹۵۱۱۰۰۱۱۹۹-شعبه ۷ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۵/۸/۱۹	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۲	حسین علیرزاده بالف - ۱۴۲۲۳	۹۴۰۰۸۹۵	۹۵۱۱۰۰۱۲۷۹-شعبه ۳ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۵/۸/۱۶	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۳	حمیدرضا غلامرضا ۱۹۶۵۷	۹۳۰۰۵۶۹	۹۴۱۱۰۰۱۳۱۰-شعبه ۳ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۴/۹/۸	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۴	بهروز حیدرزاده-۱۳۷۲۲	۹۵۰۰۲۶۲	۹۵۱۱۰۰۱۳۸۶-شعبه ۵ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۵/۹/۳	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۵	حبیب اله ملکی نیا-۱۷۳۶۳	۸۹۰۰۱۷۰	۹۱۱۱۰۰۰۷۶-شعبه ۶ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۰/۴/۱۲	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۶	اصغر سرشوق - ۲۰۶۴۵	۹۲۰۱۰۷۷	۹۵۱۱۰۰۱۴۰۵-شعبه ۸ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۵/۹/۲۲	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۷	محمد فروتن- ۲۰۱۳۵	۹۴۰۰۷۵۸	۹۵۱۱۰۰۱۳۰۷-شعبه ۵ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۵/۸/۲۶	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۸	محمدرضا صغری نژاد میبدی-۱۳۴۹۱	۹۴۰۰۳۴۴	۹۵۱۱۰۰۱۳۰۶-شعبه ۵ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۵/۸/۱۹	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۹	حسین محمدپور عباس آبادی-۲۴۹۲۷	۹۵۰۰۳۶۶	۹۵۱۱۰۰۱۲۶۹-شعبه ۸ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۵/۹/۱	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۱۰	حمیده محمودی-۱۶۵۰۲	۹۴۰۱۱۴۰	۹۵۱۱۰۰۱۳۰۳-شعبه ۷ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۵/۹/۳	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۱۱	قربانعلی سلطانی نژاد-۱۸۴۷۵	۹۴۰۱۰۲۲	۹۵۱۱۰۰۱۲۹۳-شعبه ۳ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۵/۸/۲۳	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۱۲	امیر کاهه- ۱۱۸۱۲	۹۴۰۱۰۱۱	۹۵۱۱۰۰۱۳۰۰-شعبه ۶ دادگاه انتظامی کانون وکلای مرکز	۹۵/۸/۲۵	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۱۳	حمید فاتح نیا راویز-۱۰۷۷۰	۹۲۰۰۴۶۱	۱۳۰-شعبه ۵ دادگاه عالی انتظامی قضات	۹۵/۷/۱۰	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۱۴	حسین مهراندیش ۱۶۹۱۸-	-	۵۴۱-شعبه چهارم دادگاه عالی انتظامی قضات	۹۵/۹/۱۵	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۱۵	حسن شرقی گورابی ۱۱۷۶۹-	-	۹۵۱۱۰۰۱۶۴۷-شعبه سوم دادگاه انتظامی کانون وکلای دادگستری مرکز	۹۵/۱۰/۲۶	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۱۶	داود رحیمی عضو کانون وکلای دادگستری فارس	-	۹۵۱۱۰۰۰۹۱۹-شعبه چهارم دادگاه انتظامی کانون وکلای دادگستری مرکز	۹۵/۷/۳	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۱۷	سیدهادی حسینی ۱۸۵۱۹-	-	۹۵۱۱۰۰۱۵۸۳-شعبه اول دادگاه انتظامی کانون وکلای دادگستری مرکز	۹۵/۹/۲۸	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۱۸	مریم ظاهری - ۱۶۴۱۲	-	۹۳۱۱۰۰۱۰۳۲-شعبه هشتم دادگاه انتظامی کانون وکلای دادگستری مرکز	۹۳/۷/۱۴	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۱۹	الهام رضایی مرند - ۱۹۴۲۹	-	۹۵۱۱۰۰۱۵۷۵-شعبه سوم دادگاه انتظامی کانون وکلای دادگستری مرکز	۹۵/۱۰/۱۲	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون

۲۰	زهر احسانی سرخ آبادی - ۱۸۴۱۰	-	۹۵۱۱۰۰۱۴۱۴ - شعبه هفتم دادگاه انتظامی کانون وکلای دادگستری مرکز	۹۵/۹/۱۷	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۲۱	لیلا رضایی به شماره پروانه وکالت ۱۶۰۶۲	-	۹۵۱۱۰۰۱۹۲۳ - شعبه دوم دادگاه انتظامی کانون وکلای دادگستری مرکز	۹۰/۹/۲	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۲۲	داود احسنی فیروزآباد عضو کانون وکلای دادگستری یزد	-	۹۵۱۱۰۰۱۴۸۸ - شعبه سوم دادگاه انتظامی کانون وکلای دادگستری مرکز	۹۵/۹/۲۸	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۲۳	مهدی عباس زاده عضو کانون وکلای دادگستری مازندران	-	۹۵۱۱۰۰۱۵۷۸ - شعبه سوم دادگاه انتظامی کانون وکلای دادگستری مرکز	۹۵/۱۰/۱۹	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۲۴	ستاره اسماعیلی حسن کندی - ۲۰۶۱۸	-	۹۵۱۱۰۰۱۶۱۱ - شعبه ششم دادگاه انتظامی کانون وکلای دادگستری مرکز	۹۵/۱۰/۷	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۲۵	جواد کاظمی - ۶۷۳۰	-	۹۲۱۱۰۰۰۹۷۲ - شعبه دوم دادگاه انتظامی کانون وکلای دادگستری مرکز	۹۲/۷/۹	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۲۶	کامران احمدی - ۱۵۰۵۰	-	۹۲۱۱۰۰۰۹۷۲ - شعبه دوم دادگاه انتظامی کانون وکلای دادگستری مرکز	۹۲/۷/۹	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۲۷	مهدی حبیب وند عضو کانون وکلای دادگستری قم	-	۹۲۱۱۰۰۱۵۰۹ - شعبه ششم دادگاه انتظامی کانون وکلای دادگستری مرکز	۹۲/۱۱/۸	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۲۸	رویا نادری - ۱۵۴۵۷	۹۱۰۰۵۹۴	۵۹۰ - شعبه ۳ دادگاه عالی انتظامی قضات	۹۵/۸/۱۶	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۲۹	سمیرا کریمی - ۱۹۳۷۰	۹۳۰۰۳۵۷	۹۴۱۱۰۰۰۸۱۷ - شعبه ۱ دادگاه انتظامی کانون مرکز	۹۴/۶/۲۹	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۳۰	رحیم صمدی کلخورانی - ۱۹۸۹۵	۹۱۰۱۱۶۶	۲۷۹ - شعبه ۱ دادگاه عالی انتظامی قضات	۹۵/۴/۳۰	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون
۳۱	علی قلیچ خانی - عضو کانون آذربایجان غربی	۹۳۰۰۲۱۹	۹۵۱۱۰۰۰۱۸۲ - شعبه ۵ دادگاه انتظامی کانون مکر	۹۵/۲/۱۵	توبیخ با درج در روزنامه رسمی و مجله کانون



**IRANIAN CENTRAL
BAR ASSOCIATION**

LAW REVIEW

Scientific, Legal and Critical | Iranian Central Bar Association

VOL. 68

NO. 235

Winter 2016