



خبرنامه کلون وکلای دادگستری استان اصفهان

عناوین مقالات:

- سخن نخست
- شاگردان حق (تأملی اندر باب نقش وکلای عدلیه در رشد و تعالی جامعه بشری)
- چرا و به چه دلیل صندوق تشکیل حمایت وکلا باید منحل و وکلا اختیاراً تحت پوشش سازمان تأمین اجتماعی درآیند
- از ماست که بر ماست
- شناسایی ارکان مسوولیت مدنی هسته‌ای
- آشنایی با نهاد حقوقی تایم شرینگ
- تأثیر تحریم‌های هسته‌ای بر روش‌های پرداخت بین‌الملل
- شمول قانون کار و استثنائات آن
- دیوان بین‌المللی دادگستری و مسأله مرور زمان در طرح دعاوی بین‌المللی
- بررسی ابعاد وکالت توکیلی زوج به زوجه برای طلاق
- نحوه حل و فصل اختلافات اسامی دامنه
- مسوولیت مدنی وکیل سرپرست
- بر حدیث مکرر عزل وکیل از منظری دیگر
- نقد و بررسی یک رأی
- نظریه حقوق بشر اسلامی، بایسته‌ها و چالش‌ها
- وکیل دادگستری در جایگاه وکیل سرپرست
- خبرها و حاشیه‌ها
- نامه کانون‌های وکلای دادگستری به ریاست محترم قوه قضاییه
- نامه به ریاست محترم مجلس شورای اسلامی

با آثاری از:

- عباس آل احمدی
- محسن اسدی
- شاپور اسماعیلیان
- حمیدرضا اشراقی
- یعقوب باتمانی
- سیدمحمد جندقی کرمانی پور
- محمدحسین چریگو
- هدیه حبیبیان
- سید محمدعلی دادخواه
- دکتر لپلا رئیسی
- غلامرضا شفیعی یاری
- احمد سعید شیخی
- دکتر غلامرضا طیرانیان
- احد غلامی رضایی
- حمید فروخی
- رسول کاظمی
- زینب کریمی
- سینا گلستانی
- دکتر کاظم ماهیار
- علی محمدپور
- محمدرضا محمدی جرقویه‌ای
- صادق مطلبی
- عباس میرشکاری
- احمد نصر اصفهانی
- مریم نصر اصفهانی

فهرست مطالب

- ۲ سید محمدعلی نادخواه
سخن نخست
- ۵ سیالستانی
شاگردان حق (تأملی اندر باب نقش و کلاهی
عذلیه در رشد و تعالی جامعه بشری)
- ۸ حمید فروغی
چرا و به چه دلیل صندوق تشکیل حمایت
و کلا باید منحل و وکلا اختیاراً تحت پوشش
سازمان تأمین اجتماعی درآیند
- ۱۶ علی مشهور
از دست که بر ماست
- ۱۸ هدیه حبیبیان
شناسایی ارکان مسئولیت مدنی هسته‌ای
- ۳۷ مریم نصر اسفهبانی
آشنایی با نهاد حقوقی نایم شریعت
- ۳۱ محسن اسدی
تأثیر تحریم‌های هسته‌ای بر روش‌های
پرداخت بین‌المللی
- ۴۰ عباس میرنگاری
شسول قانون کار و استثنائات آن
- ۵۰ یعقوب بالمانی / زینب گرمی
دیوان بین‌المللی دادگستری و مسأله مرور زمان در
طرح دعوی بین‌المللی
- ۵۹ حمیدرضا اشرفی
بررسی ابعاد و تکالیف توکلی زوج به زوجه برای طلاق
- ۶۶ دکتر فلارنسی
نحوه حل و فصل اختلافات اسلامی دامنه
- ۷۸ رسول کاظمی / صادق عطایی
مسئولیت مدنی وکیل سرپرست
- ۸۲ محمد حسین چریکو
بر حدیث مکرر عزل وکیل از منظری دیگر
- ۸۵ غلامرضا منبعی یاری
تقد و بررسی یک رأی
- ۸۷ احمد نصر اسفهبانی
نظریه حقوق بشر اسلامی، بایسته‌ها و چالش‌ها
- ۹۴ عباس آل احمدی
وکیل دادگستری در جایگاه وکیل سرپرست
- ۱۰۳ شایسته اسماعیلیان
خبرها و حقیقه‌ها

طنز

- ۱۰۸ مصدوم صاحب‌مدعی جرقوبی‌ای
مشاوره بافتی حقوقی

نقل مطالب «مدرسه حقوق» بلا مانع است. حتی بدون
ذکر مأخذ. فقط تلفظ کنید و اسم نویسنده را از قلم
نیندازید. ممنون



صاحب امتیاز: کانون وکلای دادگستری منطقه اصفهان
مدیر مسؤول: مصطفی انوری زاده
روش: خبری - آموزشی
ترتیب انتشار: ماهانه
امور اداری: سید مهدی خاتون آبادی
گرافیک و صفحه آرایی: گروه هنری سارنگ
لیتوگرافی: سروش
مجری چاپ: شرکت انتشارات فرزندگان زاینده رود
سایر همکاران: هیوا احمدی، الهام پورغلامحسین،
سدا عباسیان، محبویه فیاض،
روح‌الله محمدی، محمدنیک آبادی
نشانی: اصفهان، خیابان ۲۲ بهمن، مجتمع اداری امیرکبیر
کد پستی: ۸۱۵۸۷۱۴۱۳۹
تلفن: ۲۶۸۳۱۹۰ فکس: ۲۶۸۳۱۹۶

آراء نویسندگان، دیدگاه «مدرسه حقوق» نیست.

زیر نظر:

دکتر بهروز تقی خانی

b.taghikhani@yahoo.com

سخن نخست

سیدمحمدعلی دادخواه

اندیشمندان و پژوهندگان از گذشته‌های دور کوشیده‌اند چگونگی فردای روشن مردمان و سرزمین‌شان را باز گویند و راه‌های گوناگون دستیابی به این آرمان را فراروی آنان بگذارند. خواست و آرزوی آنان چنین بوده است که در کوتاه‌ترین برنامه، فراگیرترین پیامد را پی‌ریزند و آن را به دست آورند. آنان به ناگزیر به کند و کاو توانایی‌ها و کمبودهای پیرامون خود می‌پرداخته و با ریزینی و زرق‌اندیشی، برنامه درست و روشنی را نگاشته‌اند. پاره‌ای از این فرزندگان پله‌های گوناگونی را یادآور شده و آرایش گام نهادن بر آن‌ها را به مردمان آموخته‌اند.

برای نمونه، گروهی بر این گمان بوده‌اند که رویکرد به آموزش و پرورش، برترین آرمانی است که می‌تواند هر جامعه‌ای را از بنیاد دگرگون سازد زیرا آموزش، برنامه آگاهی است و آگاهی زیربنای خودآگاهی را به همراه می‌آورد و در رهگذر این شناخت و دریافت پیاپی، رشد و بالندگی جامعه پدیدار خواهد شد. این نگرش، نوعی جهان‌بینی است که بر پایه دانش آدمی از کنرگاه آموذگی و پژوهش به دست آمده است. در این میان بخشی از دانش آموختگان برای دستیابی به آینده همراه با آسایش و بهزیستی و خوشبختی جامعه، باور مردم را پاس داشته‌اند که اگر باور درونی نیرو گیرد، دل و جان جامعه برنا و توانمند گردد و از پذیرش این باور، جامعه در راه بالندگی گام خواهد برداشت.



این جهان‌بینی درونی نیز باورمندان و خرده‌گیران داشته است که زشتی‌ها و زیبایی‌های چنین پیشنهادی را بررسی و برانداز کرده‌اند. این گروه بر این داستان یا فشاری کرده‌اند که جهان هستی از آن پروردگار است و همه کیتی تابشی از اراده اوست پس با پیوند آدمی به افق‌های ناپیدا که هیچ‌کس مگر خداوند بر آن دانش و آگاهی ندارد توان برداختن و ساختن پیرامون انسان، ساده و آسان می‌گردد. آنان این باور به نادیده‌ها را تنها چراغ روشنایی و مشعل روشنگر پنداشته‌اند. شماری از این اندیشمندان به نگرش اندک اندک گذشته‌های زندگی گروهی پرداخته و بانگ برآورده‌اند که برای گام نو، کار نو و آینده نو، باید راه نو ساخت و ابزارهای جایجایی تند و ایمن را در کمترین دم و بیشترین جای فراهم ساخت. آنان پنداشته‌اند، انسانی که توان ساده راهیابی از چهارگوشه سرزمین‌اش را دارد و جایجایی بار و بنه برایش به کمترین هزینه شدنی است، به سادگی درهای کامیابی را به سوی خود می‌گشاید و از این پردازش، گذشته و آینده در هم تنیده می‌شوند و کوچک و بزرگ به راه، پای می‌گذارند و با دستیابی به راه‌های گوناگون نخست کمبودها را می‌شناسند و دو دیگر آنان را از پیش رو بر می‌دارند. از دیدگاه آنان گرفتاری‌های آدمی در آغاز آسایش و ایمنی است و پس از آن بهداشت و تندرستی و سپس فرهنگ که باید پای در این رکاب نهاد و بر این پایه آگاهی

می‌کنند گرفتاری‌های آدمی که به ناکامی او انجامیده است همواره به چنبره راه بسته، گذر ناهموار و پایگاه نرفته است. در این میان خردورزانی بوده‌اند که تنها پس‌انداز (اقتصاد) را ترازوی برتر شلن و بالانشینی جامعه دانسته‌اند و از این دست گفتگو در فلسفه و جامعه‌شناسی فراوان است.

اما شاید هیچ یک از این‌ها شاه‌کنید نتشایش در پیروزی انسان در آلودگه نبرد با بر و بوع از یک سو و به اندیشه دکارت «با جنگ ابلیس درون و بیرون کارآمدتر و کارسازتر از یک پایه درست و خردورزانه نباشد» که دانشوران سرد و گرم چشیده جهان بدان نگاه ژرف داشته‌اند این نویسندگان بر این باورند که گریزگاه راهیابی به فردای روشن، یعنی بالش پایدار تنها در گرو یک سخن است و آن نگرش همسان و به دور از برتری انسان‌ها در زیستگاه آنان است. برابری در برابر قانون را کارسازترین و شایسته‌ترین ابزار یاد کرده‌اند.

اگر صد سال پیش، کسی راه گشایش در راه‌های تنگ و تارهای تاریک راه را در (یک واژه) دانسته است که در پرتو آن بالندگی پایدار بدین گونه پدیدار می‌شود. امروز هم سوگمندها بید گفت هنوز بر همان آوردگاهیم که باز هم راه دشوار زدایی ایرانی برای نلسامانی‌های امروز و هنجار ناهنجاری‌ها و در پایان دستیابی به فردای روشن تنها یک سخن است و آن پذیرش و گردن نهادن به قانون است. این قانون باید از بالاترین تا پایین‌ترین پایه‌های اندیشه و روش و منش و کنش ما رخنه یابد و جای گیرد و به گونه بدون جدابندی به کار گرفته شود. این یک شعله خانمان سوز است که تنها در سخنرانی‌های پرشور یا دفترهای پربرگ یا شمارگان فزون دفترهای قانون ما به باید‌ها و نباید‌های گریز ناپذیر به نام قانون برخورد کنیم.

اگر به راستی، دلسوزتر و روشن‌بین‌تر باشیم باید به این یک سخن دل نهیم. نخست، نادوران در جایگاه ویژه خود، به خود آیند و بیش از دلدادگی و دلستانگی به بیگانه و خویش، دل خود را به قانون و تنها به قانون بسپارند. آن‌گاه از شمار بسیاری از سرگشتگی‌ها و فراقکتی‌ها راهی می‌یابیم و این کامیابی به دست نخواهد آمد مگر پایبندی استوار و پیوسته داوران و دادوران به قانون نه دلیستگی آنان به خوشامد و ناخوشامد افراد.

اگر این اندیشه ژرف، جان‌مایه داوران شد که کار و رأی‌شان تنها قانون باشد و در هر رخدادی به چشم‌انداز قانون بنگرند آن جان شادی‌انگیز کار و آرامش و آسایش بر همگان سایه گستر خواهد شد.

دو دیگر حقوق‌بانان این سرسپردگی دادوران به قانون را سخت پاسدار و پایدار شمردند و در پاسداری از حقوق مردم در جایگاه حقوق‌بانی و دادبانی آن‌ها بر همان شیوه نگرش داوران کمر بستند زیرا آنان در جایگاه همسان و استواری قرار خواهند گرفت که قانون را همانا دست مایه اندیشه و خرد فرزندان را در هنگام داوروی بر هر چیز، برتر بدانند و این پذیرش را چون شعله روشنی بخشی، در همه کارهای پیش رو، ارجمند و بایسته بشمارند.

سه دیگر، دادورزانی که در جایگاه کنش ایستاده‌اند و در این گیر و دار و بده و بستان باید کار و بار خود را در گزینش و پذیرش و دوستی و دشمنی، همان شایستگی همسانی و همراهی قانون بدانند و بخوانند. اگر گزینش قانون‌سازان هم‌جای با دادگری و در جایگاه رهپویی از حقوق همگان بی‌ریزی و به جای آورده شود و اگر برنامه دادگران چنان پایه‌ریزی شود که جز قانون کارفرمایی نیابیم بی‌گمان داوران هنگام داوروی و پایان هر گفتگو قانون را از یاد نخواهند برد و چنان‌چه حقوق‌بانان به هنگام دادبانی و دستیاری تنها به قانون بنگرند و هرگاه دادورزان در ستجش کارها تنها پاسدار قانون باشند و پیمان خود را در پیشگاه مردم آن دانند که قانون را بی‌کاستی و افزونی به جا آورند فردای روشن به پیشواز ما می‌آید. نیاز به کام نهادن ما به سوی آن نیست. آن چه گریز ناپذیر است گریز پارهای از آدمیان از گفته‌های قانون و دست‌درازی خودسرانه در باید‌ها و نباید‌های آن است. اما به یاد داشته باشیم این درد به سادگی درمان خواهد شد اگر دیگر گزینه‌ها فراهم آید، زیرا در پی سه گروه بالا قانون‌شناسان و حقوقدانان، چنان مرزداران سوگند خورده که اجازه پای نهادن بیگانه را به سرزمین خود نمی‌دهند هر گام نادرست و ناموزون را بی‌ترس

و لرز و ناگواری‌های پس از بررسی و سخن گفتن برای مردم بازگو می‌کنند و در این رخداد خجسته، سرمایه‌گران سنگ آگاهی همگانی و آموزش گسترده یکایک هم میهنان خودبخود کسب خواهد شد و راه‌ها نخست هموار و ساخته می‌شود و کژی‌ها پرداخته و پاسداری از حقوق و شکوه انسان یک باید گریزناپذیر و ستون استوار خواهد بود که در سایه آن مهر و عشق و تندرستی رخ می‌نماید. آسیب این بنیاد باز هم قانون‌گریزی و پیدایش بزهکاران و قانون‌شکنان‌اند. در آمد و شد و داد و ستد زندگی و زیستگاه آدمی تنها گروه‌هایی سربلند زیستند و بیروز گشته‌اند که از تلبس خورشید قانون به گونه‌ای پیوسته بهره‌برداری کرده‌اند. کژی در آن بزنگاهی پدیدار می‌شود که کارورزان و کارآمدان و کارآگاهان از قانون به سود خویش و دودمان خود برداشت دارند و سخن گویند و یا در ورطه هولناکی سکوت اختیار کنند. هیچ سوگی از این غم‌بارتر نیست که دادوران، حقوق‌یاتان، دادورزان و قانون‌شناسان نادرستی را ببینند و بر زبان نیاورند. نخستین چک‌های سیلاب ویرانی همین جاست که حقوق‌دانان به دار و دسته‌تن‌پروران بپیوندند. آن گاه هر روز تلخ‌تر و مخاطرآمیزتر می‌شود.

در کشاکش شب و روز، دوران‌های گذشته، گویندگان فراوانی در سرزمین ایران زیسته‌اند اما تنها به تنی اندک نام دانشور داده‌اند. شاید به جا باشد در سال نو، ماه نو، روز نو (نوروز) پند دانشوران‌های از سخنان سخن‌سرای توس را که به زیبایی قانون‌گريزان را شناسانده است از بن جا بشنویم.

سپاهی نباید که با پیشه ور

به یک روی جویند هر دو هنر

یکی کارورز است و یک‌گزرزدار

سزاوار هر یک پدیدست کار

چو این کار آن جوید، آن کار این

سراسر پر آشوب گردد زمین

هیچ گمان بیهوده مبرید، آن‌چه سزاست و هرچه رواست در قانون روشن خواهد شد که گام نخست، گزینش درست جایگاه قانون‌سازان است. در پی بنیاد این اندیشه راه و روش چنان پی‌افکنده می‌شود که تنها قانون فرمانروایی کند و هر که بر آن گردن نهادن از میدان به‌در شود. چراغ خانه ما هنگامی روشن می‌شود که پاسداری از قانون سر رشته کارها باشد و پاسبانی از هر باید و نیایدی گرانگاه دریچه پذیرش ورد آن قانون باشد.

(نه دستور و زور تن وی) تنها از منزل قانون باید به ترازوی سنجش و درخواست و پذیرش آدم‌های جامعه نگریست. تنها یک سخن و آن هم قانون، در این چارچوب هیچ فزونی و کاستی میان فرمانده و فرماندار و فرمانبر به چشم نمی‌خورد و در این رفت و آمد پیش رو و پشت سر همگان به نیکی آگاهند که بر پایه قانون داد و بیاد سنجیده می‌شود و ارزش‌گذاری می‌گردد. در این جلوه‌گاه همه پهنه کشور دادگستری است و هر کس ناگزیر است دادگرنه گام نهد و دیگر دادخواهی برای شکوه از بیدادگری به مبارزه بر نخواهد خاست. ■

شاگردان حق

تأملی اندر باب نقش و کلای عدلیه در رشد و تعالی جامعه بشری

سینا گلستانی

«...محمد عبده یکی از درس گفتارهای سید جمال را به شکل مقاله در آورده و از قول او نوشته است: دانشمندان پرکاری که به امور تربیت و راهنمایی برخاسته‌اند و بیان مفاسد اخلاق و منافع آن را می‌نمایند تا روان را از حالت نقص به تکامل می‌کشانند و مانند پزشکان هستند همان طوری که لازمه طبیب است که عالم به تاریخ طبیعی و نباتات و حیوانات و علل امراض و اسباب و درجات آن‌ها باشد، طبیب روحانی باید همین قسم باشد. طبیب نفوس و ارواح که به راهنمایی جامعه برمی‌خیزد، سزاوار است که آشنا به تاریخ ملت بوده تا بتواند فرزندان خود را راهنمایی کند و از تاریخ دیگران آشنا شوند تا بدانند که سر تقدم و انحطاط ملل در تمام ادوار تاریخی در چه عواملی نهفته است...»^۱ و در جای دیگر می‌گوید: «... این میل است که عقول ادراکات جمیع امم ماضیه را در عقل شخصی واحد جمع می‌کند و این میل است که انسان را به جایی می‌رساند که از حواس ظاهره و باطنه گذشتگان فایده می‌گیرد و به چشم‌های ایشان نظر می‌کند و به گوش‌های ایشان می‌شنود و اگر این میل در شخص نباشد و خواهش اطلاع بر احوال و حوادث امم نداشته باشد آن بیچاره درین عالم چون کوری خواهد بود بی دست و پا که در بیابان بی آب و گیاه، وحید و تنها و بی زاد و و توشه مانده باشد...»^۲ هم او می‌گوید: «... اگر فلسفه در امتی نبوده باشد و همه احاد آن امت، عالم بوده باشد به آن علوم که موضوعات آن‌ها خاص است، ممکن نیست که آن علوم در آن امت مدت یک قرن یعنی صد سال بماند و ممکن نیست که آن امت بدون روح فلسفه استنتاج نتایج از آن علوم کند... هر امتی که روی به تنزل نهاده است، اول نقصی که در آن‌ها حاصل شده است، در روح فلسفی حاصل شده است، پس از آن، نقص در سایر علوم و آداب و معاشرت آن‌ها سرایت کرده است...»^۳



و بالاخره باز سید است که می‌گوید: «علم حکمت آن علمی است که بحث از احوال موجودات خارجی می‌کند و علل اسباب و لوازم و ملزومات آن‌ها را بیان می‌کند و عجیب آن است که علمای ما صدری و شمس البارعه می‌خوانند و از روی فخر، خود را حکیم می‌نامند و با وجود این، دست چپ خود را از دست راست نمی‌شناسند و نمی‌پرسند که ما کیستیم و چیستیم و ما را چه باید و چه شاید و هیچ‌گاه از اسباب این تار برقی و آگنیوت‌ها و ریل‌گاراها سؤال نمی‌کنند، عجیب‌تر آن است که یک لمپنی در پیش خود نهاده از اول شب تا صبح، شمس البارعه را مطالعه می‌کنند و یک بار در این معنی فکر نمی‌کنند که چرا اگر شیشه او را برداریم دود بسیار از آن حاصل می‌شود و چون شیشه را بگذاریم هیچ دودی از او پیدا نمی‌شود، خاک بر سر این گونه حکیم و خاک بر سر این گونه حکیم آن است که جمیع حوادث و اجزای عالم، ذهن او را حرکت بدهد نه آن که مانند کورها در یک راهی راه برود که هیچ نداند که استیش و پایان آن کجاست.»^۴

در نقل این مطالب از مرحوم سید جمال دو منظور داشتیم: نخست آن که اهمیت فلسفه و تاریخ را در معرفت

■ وکیل قوه قضاییه - تهران.

۱- ۳، ۲، ۱- رحمانیان (دکتر)، داریوش، سید جمال‌الدین اسدآبادی، انتشارات مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، چاپ دوم، تهران، ۱۳۸۷، صص ۱۸-۲۰، ۱۱۶، ۱۲۰-۱۲۱. منابع اصلی یک یک مطالب را در منبع مذکور می‌توان دید. به جهت اختصار از طولانی شدن باورقی از اشاره به منابع استغناء نمودیم.

بشری بنمایانم آن هم نه به جهت این که از شخص سید صادر شده است بل از آن رو که سخنان منطقی و درستی است. دو دیگر آن که خاطرنشان سازم یک نفر عالم سید جلیل معمم شرقی است که به نشر چنین افکار و اندیشه‌هایی آن هم متجاوز از یک سده پیش از این همت گماشته است نه به قول حضرات، یک غریزه بی‌مایه دل به دو جای هرهری معلوم الحال!

و اما عرض کردم مطالب منقول به لحاظ صحت و اهمیت خود، طرف مراجعه راقم این سطور واقع شده‌اند نه به اعتبار نام و شهرت صاحبشان. پس بایسته است در تذکار راستی و درستی آن‌ها که انطباق کامل با موضوع این سیاهه نیز دارد، چند کلمه معروض افتد.

آن چه در کلام سید نکته اساسی به نظر می‌رسد توجه به اصل علیت است. علت‌یابی قضایا همان چیزی است که او از آن تحت عنوان روح فلسفی یاد کرده است و این از برای فیلسوف، مورخ و حقوقدان هر سه بایسته است. چه، اینان در پی کشف حقیقت هستند یعنی آن چه که واقعاً هست نه آن چه که باید باشد.

فیلسوف، فارغ از علایق شخصی و معتقدات دینی و منه‌بی و حتی اخلاقی باید در پی کشف حقیقت امور عالم باشد که اگر جز این رفتار کند، دیگر نمی‌توان بدو فیلسوف گفت. او در باب همه امور، مشتاق معرفت است نه آن چنان که برخی گمان کرده‌اند فیلسوف را فی‌المثل یا خداوند یا دین و امر قدسی سر و کاری نیست؛ فیلسوف با همه چیز سرو کار دارد. اتفاقاً این مقولات ذهن یک نفر فیلسوف را سخت درگیر خود می‌سازند چیزی که هست فیلسوف اگر واقعاً فیلسوف است از منظر دین خاص و با اعتقاداتی ویژه نمی‌تواند و نباید سراغ این امور رود که اگر چنین کند دیگر فیلسوف نیست بلکه متکلم یا حداکثر یک حکیم متأله است.

مورخ نیز به نحوی کار فیلسوف را می‌کند منتهی در عرصه‌ای محدودتر. او را علی‌الوالم سرو کار با عوامل و نتایج حوادث و وقایع جهان پیرامون است. عناصر متشکل تاریخ عبارت‌اند از: انسان، زمان و مکان. آن گاه که این سه یکجا جمع شدند گردونه تاریخ نیز به حرکت درآمد و این حرکت کماکان ادامه دارد. غرض از مطالعه تاریخ، نیل به عوامل وقایع و نتایج حاصل از آن‌ها و الهامیه کشف قوانین حاکم بر این همه می‌باشد. لذا مورخ باید از حب و بغض بری بوده، در ورطه احساسات و هیجانات و تخیلات در نفلتد و از برای کشف حقیقت امور، آشد مساعی خویش را به کار بندد. پس مورخ نیز چون فیلسوف در پی کشف حقیقت امور عالم است.

دانش حقوق را پیوندی است با فلسفه و تاریخ. چه، حقوق آن چنان که مرسوم است به عنوان علم به حق و تکلیف اشخاص در اجتماع و مقررات و ضوابط حاکم بر آن نباید تعریف شود هر چند این‌ها هم جزئی از این دانش می‌باشند لیکن حقوق عرصه والائری را به خود اختصاص می‌دهد و آن پی‌بردن به رابطه علیت موجود میان احکام و قواعد از یک سو و اشیا و اشخاص از سوی دیگر است و این همان تعریف قانون است که شامل قانون طبیعی و قانون اجتماعی هر دو می‌شود. با این تفاوت که در قانون طبیعی رابطه میان شیء و قاعده جنبه طبیعی دارد مثل این که می‌گوییم: آب در صفر درجه یخ می‌زند یا در صد درجه حرارت به جوش می‌آید. اما در قوانین اجتماعی این رابطه جنبه وضعی دارد. یعنی اعتباری است و بسته به وضع وضع است. اما همان وضع واضح هم معلول علتی است که معمولاً جنبه تاریخی دارد یعنی علت احکام امروز یک جامعه را عموماً باید در دل تاریخ آن جامعه جست و جو نمود. از پس مقدماتی که گذشت باز می‌گردیم به سرآغاز سخن که از طبیب روحانی یاد کردیم. اگر به فراخور گفتار خویش، این طبیب روحانی را وکیل دلاگستری بینگاریم، ملاحظه خواهیم کرد که مکانت این شغل تا چه حد منبع است و مع‌الاسف امروز کثیری از ما و کلای عدلیه تا چه حد از آن مکان و موقع والا دوریم. اگر بپذیریم که: فرد و جامعه را علاوه بر مادیات، معنویاتی باید و این معنویات بایسته را چونان مادیات، نگه‌بان و پرستاری باید به اهمیت آن چه گذشت بیش از پیش واقف خواهیم شد. اما این کنامین معنویات است که نگاهبان‌اش و کلای عدلیه‌اند؟

بنده را در این مقام بنا بر ملاحظاتی چند قصد پرداختن به مباحثی همچون: عدالت‌خواهی، قانون‌گرایی، مراعات

اخلاق حرفه‌ای و امثالهم که همگی حائز اهمیت بسزا هستند، نمی‌باشد به هیچ روی. بل ما بلم تا از منظری دیگر به خویشکاری و کلا در جوامع بشری پردازم که شوربختانه در این سوی جهان که ما هستیم کمتر محل اعتنا و توجه واقع شده است و به زعم منخلص یکی از عوامل جدی عقب ماندگی و انحطاط ما نیز در آن نهفته است. و کلا نادگستری از یک سو به مناسبت طبیعت و کالت که از زمره مشاغل آزاد محسوب می‌شود و وابستگی به دولت ندارد و از سوی دیگر به سائنه اشرافی که بر قانون و نانش تفسیر آن دارند چنانچه خود را با معرفت فلسفی و تاریخی چنان که گذشت نیز مجهز سازند تبدیل به بزرگترین پرورندگان معنویات بایسته جامعه بشری یعنی خرد جمعی^۱ و نحوه راهبری آن حتی در دشوارترین کوره راههای تاریخ خواهند شد.

تاریخ بشر خود مؤید این مدعی است که برجسته‌ترین رهبران اجتماعی که منشأ تحولات شگرفی در پهنه گیتی گردیدند نظیر: پیشوایان انقلاب استقلال آمریکا، رهبران انقلاب کبیر فرانسه، رهبران انقلاب استقلال هندوستان و امثالهم همگی بلااستثنا از طایفه و کلا نادگستری بوده‌اند.

شگفتا که ما جمعیت و کلا چنین خویشکاری تاریخی را به طاق تسیان سپرده و شغل شریف خود را به عرصه حقیر امرار معاش روزانه محدود ساخته ایم! بنده قبول دارم که از برای این مهم برقراری حداقل نسبت و تناسب فی ملین مداخل و مخارج زندگانی بایسته است لیکن آیا همین فقدان چنین تنلسی و ملاحظه خشکسالی اقتصادی در جامعه‌ای غنی و ثروتمند، خود نباید محرک ما در احیای موهبت پاد شده که گرفتن فاصله از آن موجب این نابسامانی است، باشد؟

و کبلی این چنین می‌تواند به همان طیب نفوس و ارواح که در مقدمه کلام از زبان سید نقل کردیم بدل شود که به سر تقدم و انحطاط جامعه واقف گردد که از چشم دیگران بنگرد و با گوش ایشان بنبوشد که چون کوری بی دست و پای در بیابان بی آب و علف در نماند که از روح فلسفی برخوردار باشد که دست راست و چپ خویش را از یکدیگر باز شناسد و فی‌الجمله جمیع حوادث و اجزای عالم ذهن او را حرکت دهد تا بپرسد که ما کیستیم و چیستیم و ما را چه باید و چه شاید نه آن که چون کوران در راهی رود که خود نداند پایان آن کجاست.

اکنون متجاوز از یک سده از آغاز آموزش حقوق در ایران به سبک جدید می‌گذرد و صد سالی است که نهاد و کالت عدلیه در این کشور برقرار است و هشتاد سال از بنیاد دادگستری نوین سپری شده است. با این همه و کلا نادگستری و حقوقدانان کشور تا چه اندازه در رشد و اعتلای جامعه شریک و سهیم بوده‌اند و هستند؟

متأسفانه به نظر می‌رسد در طول زمان نهاد و کالت متدرجاً بیش از پیش عافیت طلب و به شدت محافظه کار شده و و کلا حد و حدود نقش خود را در جامعه به عرصه تنگ رتق و فتق اختلافات زناشویی و مالک و مستأجر و... مقصور و منحصر ساخته‌اند یا شاید برایشان چنین رقم خورده است و ایشان نیز به حکم محتوم مرد افکن «غیر تسلیم و رضا کو چاره‌ای؟» از آن تمکین نموده‌اند و یا هر دو نمی‌دانم. اما می‌بینم که در بهترین شرایط و جمع جمیع قابلیت‌ها تازه حکم همان حکیم شمس‌البارعه خوان سید را داریم با همان عوارض و اوصاف که گذشت.

حقیر عرض عارضه نمودم و چاره‌اش را هم فقط و فقط احیای همان روح فلسفی می‌دانم که در آغاز سخن، ذکرش در میان آمد. این مهم مقدور نخواهد بود مگر با اقبال حقوقدانان ما به فلسفه و تاریخ.

«در تاریخ نوع بشر، روزگاری هست که جوهر جان آدمی را ابدینه می‌سازد»^۲ اکنون ما در چنین روزگاری به سر می‌بریم پس بکوشیم آن را بدرستی دریابیم. ■

1- Public Reasoning.
2- from: Thomas Paine

چرا و به چه دلیل صندوق تشکیل حمایت و کلا باید منحل و وکلا اختیاراً تحت پوشش سازمان تأمین اجتماعی در آیند

حمید فروچی ■

بر اساس نامه شماره ۳۷۸۶ مورخ ۱۳۸۹/۹/۷ که با امضای مدیرعامل و رئیس هیأت مدیره صندوق حمایت و کلا به وزارت دادگستری ارسال شده، وکلای واجد شرایط برای دریافت مستمری (به شرط خرید سنوات ۲۰ ساله) ۴۰۰۰ نفر ذکر شده اند که پرداخت سال اول صندوق به مستمری بگیران ۳۸۴،۰۰۰،۰۰۰،۰۰۰ ریال خواهد بود. صندوق در این نامه اعلام و اقرار نموده است که فقط در سال اول قادر به تأمین مستمری مستمری بگیران خواهد بود و اگر این روند ادامه یابد با بحران مالی و ورشکستگی روبرو خواهد شد و از سال دوم به بعد قادر به پرداخت حقوق بازنشستگی و یا مستمری‌های از کار افتادگان و بازماندگان نخواهد بود.

نامه اخیر صندوق به وزارت دادگستری را می‌توان یک نقطه عطف و ورشکستگی حتمی و قطعی صندوق در آینده نزدیک و یا نه خیلی دور دانست. زیرا به هر حال و در هر صورت و در یک مقطع عمر و در نهایت در زمان کهولت و ناتوانی هر وکیل دادگستری که خود را جسماً و یا روحاً قادر به کار نبیند، اراده خواهد نمود که از مستمری صندوق استفاده نماید در این صورت نه این که صندوق قادر به پرداخت حتی یک سال حقوق مستمری بگیران نخواهد شد، بلکه بالکل توانایی پرداخت مستمری حتی ده درصد از مستمری بگیران و از کار افتادگان را نخواهد داشت.



— آیا با به اجرا درآمدن قانون تشکیل صندوق حمایت و کلا و تنظیم آیین نامه مربوطه، به وکلای حرفه‌ای «خیانت» شده است؟

برای پاسخ دادن به این سؤال باید به سیر قانونی «تشکیل صندوق حمایت و کلا مراجعه نمود. این قانون قبل از انقلاب و در سال ۱۳۵۵ و در تعقیب تلاش و کوشش جمعی از وکلا به تصویب قوه مقننه آن زمان رسید اگرچه کوشندگان تصویب این قانون بهره‌ای از آن نبردند ولی در عمل این قانون با توجه به تضادها و تعارض‌های بسیار (که متعاقباً به شرح و بسط آن خواهیم پرداخت) و مخصوصاً اصطکاک با قانون مدنی و حقوق اولیه و کلا عقیم ماند و اجرا نگردید.

بعد از انقلاب نیز به مدت ۱۷ سال و مجموعاً ۱۹ سال این قانون به محتاج تعطیلی افتاد در این سال آیین نامه مربوطه تهیه و به تصویب هیأت وزیران (نولت) رسید و به مرحله اجرا درآمد.

— وکلای دادگستری جزء صاحبان حرف و مشاغل آزاد هستند و نمی‌توان آن‌ها را اجباراً تحت پوشش صندوقی که با حق بیمه‌های پرداختی خودشان تشکیل شده قرار داد

سؤالی که در این جا مطرح می‌شود این است که وکلای دادگستری دارای چه نوع «شغلی» هستند و شغل آن‌ها از

■ وکیل دادگستری - تهران

نقطه نظر حقوقی و عرفی در چه رده و رسته و یا صنفی قرار دارد؟ و اگر ثابت شود که ولا جزء «صاحبان حرف و مشاغل آزاد» هستند می‌توان آن‌ها با حق بیمه‌های خودشان (توسط قانونگذار) و به صورت اجباری تحت پوشش صندوق حمایتی و تأمین‌ی قرار داد؟^۱

جواب: این است که به تعبیر دانشمندان علم بیمه^۲ افراد ذیل در ردیف و جزء دارندگان حرف و مشاغل آزاد هستند

- ۱- پیشه‌وران
- ۲- یزشکان
- ۳- رکلای دادگستری
- ۴- بازرگانان
- ۵- کسبه

البته از دارندگان حرف و مشاغل آزاد در قانون تأمین اجتماعی تعریفی نشده ولی طبق شق ۹ ماده ۱ قانون شرکت‌های تعاونی، صاحبان مشاغل آزاد کسانی هستند که بدون وسایل یا وسائل لازم، خدمت یا خدماتی را عرضه می‌دارند و بدین وسیله کسب درآمد می‌کنند.

به علاوه طبق بخشنامه شماره ۵۹۸/۱۱/۱۰ مورخ ۱۳۶۸/۱۱/۱۰ سازمان تأمین اجتماعی به طور کلی خویش‌فرمایان، همچنین کارفرمایان در شرکت‌های مدنی و یا تجاری، پیمانکاران، اعضای اصلی هیأت مدیره شرکت‌ها، سهامداران شرکت‌های سهامی خاص، روحانیون، خادمان مساجد، کارگزاران دفاتر ائمه جمعه، کارگزاران دفاتر نمایندگان مجلس شورای اسلامی، هنرمندان، بنیایان و کارگران ساختمانی و اخیراً خانم‌های خانه‌دار، از جمله دارندگان مشاغل آزاد هستند.^۳

بنابراین و با توجه به توضیحات مذکور جواب سؤال قاطعانه منفی است، یعنی نمی‌توان صاحبان حرف و مشاغل آزاد از جمله «رکلای دادگستری» را به صورت اجباری آن‌هم با تشکیل صندوقی که با حق بیمه‌های خود آن‌ها تشکیل شده اجبر به عضویت نمود و از این نظر اگر نگوییم که به و کلا با به اجرا در آمدن قانون تشکیل صندوق حمایت «خیانت» شده ولی به جرأت می‌توان گفت که با درج ماده ۱۴ در حقیقت حیثیت و آبرو و شأن اجتماعی و حقوق معنوی و کلا به تاراج رفته و هم به استقلال کانون‌های و کلای دادگستری لطمات جبران‌ناپذیری وارد خواهد شد.^۴

چرا قانون تشکیل صندوق حمایت برای وکلا تصویب شده و چرا پس از تصویب به مدت ۱۹ سال اجرا نشد.

جواب این است که در زمان تصویب قانون تشکیل صندوق حمایت وکلا- نحوه پرداخت حق بیمه برای

۱- صندوق حمایت وکلا نه صندوق بازنشستگی و نه صندوق حمایتی است. تفصیل قضیه را در صفحات آتی توضیح خواهیم داد.

۲- جوهریان، محمد ولی، بیمه برای همه و به زبان همه، انتشارات شرکت بیمه ایران، سال ۱۳۵۰، صفحه ۲۰۶.

۳- بررسی‌های برای پوشش قرار دادن صاحبان حرف و مشاغل آزاد و خویش‌فرمایان در اجرای تحقق اصل ۲۲ قانون اساسی بوده است که مقرر می‌گردد: برخورداری از تأمین اجتماعی از نظر بازنشستگی، بیکاری، بیری، از کارافتادگی، بی‌سرپرستی، در راه ماندگی، حوادث و سوانح و نیاز به خدمات بهداشتی و درمانی و مراقبت‌های پزشکی به صورت بیمه و غیره حق است. نوبت مکلف است طبق قوانین از محل درآمدهای عمومی و درآمدهای حاصل از مشارکت مردم، خدمات و حمایت‌های مالی فوق را برای یک یک افراد کشور تأمین نماید.

۴- وکلای حرفه‌ای یعنی وکلای که از اوایل جوانی شغل و کالت را حرفه زندگی خود قرار دادند، پایه‌ها و ستون‌های اصلی کانون‌های وکلای دادگستری هستند- تصور این که ۴۰۰۰ نفر از وکلا (فقط در یک سال) بعد از دریافت مستمری مجبور به خلع‌نشینگی و از دست دادن عنوان و حقوق معنوی و افتخارات زندگی و افراج اجباری از کانون‌های خود شوند، تصویر تیره و تاری را برای کانون‌های وکلای دادگستری ترسیم می‌نماید.

صاحبان حرف و مشاغل آزاد وجود نداشت و بر این اساس اصولاً این گونه افراد از جمله «وکلا» نمی‌توانستند خود را در سازمان تأمین اجتماعی بیمه نمایند.

در ۳۰ شهریور سال ۱۳۶۵ بند «ب» و تبصره ۳ ماده ۳ قانون تأمین اجتماعی به شرح ذیل اصلاح گردید:

ماده واحده: سازمان تأمین اجتماعی مکلف است با استفاده از مقررات عام قانون تأمین اجتماعی صاحبان حرف و مشاغل آزاد را به صورت اختیاری در برابر تمام یا قسمتی از مزایای قانون تأمین اجتماعی بیمه نماید. چگونگی انجام بیمه و نرخ بیمه ...

تبصره: از تاریخ تصویب این قانون مفاد بند «ب» و تبصره ۲ ماده قانون و همچنین آیین‌نامه مربوطه ملغی می‌گردد.

این مقرر قانونی نیز مدتی اجرا نگردید ولی در زمان تنظیم آیین‌نامه اجرایی قانون تشکیل صندوق حمایت در سال ۱۳۷۷ مقرر فوق اجرا می‌شد و با این حال جایی برای تنظیم آیین‌نامه قانون تشکیل صندوق حمایت وجود نداشت و وکلا با توجه به مقررات عام قانون تأمین اجتماعی قادر بودند اختیاراً تحت پوشش سازمان تأمین اجتماعی قرار گیرند!

لازم به ذکر است که به دلیل عدم اجرای قانون صندوق حمایت تا سال ۱۳۷۷ بسیاری از وکلای دادگستری که به عنوان مشاغل حقوقی در اشخاص حقوقی عمومی و یا حقوق خصوصی انجام وظیفه می‌کردند و مقداری از حقوق آن‌ها طبق ماده ۳۰ نظر به بند ۵ ماده ۲ قانون تأمین اجتماعی کسر و به سازمان تأمین اجتماعی واریز می‌گردید و در آن سازمان سابقه بیمه داشتند، با اجرای قانون صندوق حمایت و کلا و تفسیری که متعاقباً از تبصره ماده ۳ قانون فوق‌الذکر توسط صندوق حمایت با استعلام از سازمان تأمین اجتماعی^۱ به عمل آمد، این گونه وکلا را هم اجباراً تحت پوشش صندوق درآوردند^۲ و سنوات بیمه این گونه وکلا را در تأمین اجتماعی نادیده گرفتند و به تنش‌ها و درگیری‌ها بین وکلا و صندوق افزودند.

از طرف دیگر این گونه وکلا را مجبور کردند که هم به صندوق حمایت وکلا و هم به سازمان تأمین اجتماعی حق بیمه بپردازند و در دو سازمان دارای سابقه بیمه شوند!

۱- همانک وکلای اختصاراً موصوف به «ماده ۱۸۷» که از قوه قضاییه پروانه وکالت دریافت نمودند اختیاراً و بدون این که از مزایای بیمه بیکاری استفاده نمایند، می‌توانند خود را تحت بیمه تأمین سازمان تأمین اجتماعی قرار دهند. بیهی است پروانه وکالت این گونه وکلا در زمان دریافت مستمری از طرف سازمان تأمین اجتماعی همانند سایر صاحبان حرف و مشاغل آزاد ضبط و یا ابطال نخواهد گردید.

۲- ماده ۳۰ قانون تأمین اجتماعی؛ کارفرمایان موظفند از کلیه وجوه و مزایای مذکور در بند ۵ ماده ۲ این قانون حق بیمه مقرر را کسر و به اضافه سهم خود به سازمان پرداخت نمایند.

۳- بند ۵ ماده ۲ قانون تأمین اجتماعی؛ مزد یا حقوق یا کارمزد در این قانون شامل هر گونه وجوه و مزایای نقدی یا غیرنقدی مستمر است که در مقابل کار به بیمه شده داده می‌شود.

۴- تبصره ماده ۱ قانون تشکیل صندوق حمایت وکلا و کارگشایان که مشمول مقررات قانون استخدام کشوری یا قانون استخدام نیروهای مسلح یا قانون تأمین اجتماعی یا مقررات بازنشستگی دیگری هستند از مشمول مقررات حمایتی این قانون مستثنی می‌باشند.

۵- تبصره فوق‌الذکر صراحتاً مشمولین قانون تأمین اجتماعی و سایر مشمولین مذکور را از مشمول مقررات صندوق حمایت وکلا مستثنی نموده و متذکر حاکمیت در زمان اجرای قانون که در سال ۱۳۷۷ بوده نمی‌باشستی وکلایی را که طبق یکی از قوانین گفته شده سابقه بیمه داشتند به اجبار آن‌ها را تحت پوشش قرار داده و سابقه بیمه آن‌ها را نادیده بگیرد. حتی در همان زمان اجرا در سال ۱۳۷۷ ابتدا فرم‌هایی در اختیار وکلا قرار دادند و پرستش‌های را مطرح کردند. یکی از پرستش‌ها مربوط به سابقه بیمه وکلا در سازمان‌های مذکور بود که بدین ترتیب قصد داشتند آن‌ها را از مشمول مقررات صندوق حمایت وکلا خارج سازند، ولی متعاقباً بدون در نظر گرفتن این سلبی همه را تحت پوشش صندوق قرار دادند و تمدید پروانه وکلا را منوط به دریافت مقاصحاسب از صندوق نمودند و در اعتراضات ۱۵۷۶ برخی وکلا به استعلام به عمل آمده از سازمان تأمین اجتماعی استناد کردند!

علل بحران مالی و ورشکستگی صندوق حمایت و کلا

هم اینک صندوق حمایت و کلا مانند کشتی است که (با اندکی سرزنشین جنود ۴۲۰ نفر) به آرامی در دل اقیانوس می‌راند که با افزودن ۴۰۰۰ نفر دیگر به آن به طور حتم غرق خواهد شد.
ماده ۱۲ قانون صندوق حمایت و کلا که معایرت آن با قواعد حقوقی توسط ناوبران منتخب وزارت دادگستری اعلام شده، مانع دریافت مستمری بیش از ۴۰۰۰ نفر از وکلای حرفه‌ای گردیده است.
کانون‌های وکلای دادگستری نیز بدون هیچ حکم قانونی، صبا درت به ضبط پروانه وکلای مستمری‌بگیران نموده است، ولی اصل و اساس و بنیاد این بحران مالی ورشکستگی در کجاست؟
ما قبلاً ثابت نموده‌ایم که صندوق آمیزه‌ای از مقررات «بیمه عمر» و قوانین تأمین اجتماعی است که وکلای نه از مزایای بیمه عمر و نه از مزایای قانون تأمین اجتماعی، بهره‌ای نمی‌برند.
ژنی این موضوع، سه مشکلات نیست؛ موضوع اصلی در این است که اصولاً تشکیل صندوق‌های تأمین در حد توان و قدرت اشخاص حقیقی و یا تجمیع حق بیمه‌ها و پرداخت‌های آن‌ها امکان ندارد و صندوق حمایت

- ۱- ماده ۱۴ قانون تشکیل صندوق حمایت و کلا و کارگشایان دادگستری که از مستمری بازنشستگی یا از کارکردگی موضوع این قانون استفاده می‌کنند خدایگر حق وکالت ندارند، البته این مقرره قانونی، تمام افرادی که به آن وارد است تصفیات اضافی دیگری مانند عدم حق مشوره حقوقی و یا نفع عنوان وکالت و یا حذف نام آن‌ها از کانون‌های وکلای را اضافه نموده است و بر این اساس به نظر می‌رسد اقدامات کانون‌های وکلای در خصوص ضبط پروانه مستمری‌بگیران صندوق برخلاف موازین قانونی است. البته کانون‌های وکلای با مهور نمودن پروانه‌ها و یا صدور پروانه‌های جدید برای این گونه وکلای می‌توانند موضوع را حل نمایند.
- ۲- در اعتراض جمعی از وکلای به ماده ۱۴ قانون مارا ذکر بنا به دستور وزیر محترم دادگستری در تاریخ ۱۳۸۸/۱۲/۱۲ جاسفای در وزارت دادگستری تشکیل و آقایان محمد جواد شهسوار و علی اکبر همتیان (وکلای محترم دادگستری با سابقه مستند قضایی) به شرح ذیل اظهار نظر نمودند:
 - ۱- ماده ۱۴ قانون تشکیل صندوق حمایت و کلا برخلاف حق وکالت است؛ زیرا قانونگذار باید در هنگام وضع قانون درستی و راستی و حق و مطابقت قانون را با ملاک و معیارهای شناخته شده قانونی در نظر داشته باشد.
 - ۲- صندوق حمایت و کلا امین و وکیل وکلا بوده و چون منابع مالی آن بدون کمک اشخاص است؛ زجولت و فقط با پرداخت‌های قانونی وکلا تأمین می‌گردد، صندوق موظف است مستمری مقرر در قانون را به صاحبان آن‌ها (وکلای) بدون هر گونه سلب امتیازی (عدم اشتغال به وکالت) پرداخت نماید.
 - ۳- برای جبران کسر بودجه و یا کمبود احتمالی منابع مالی صندوق (در آینده) عدم اشتغال به وکالت وکلای حاضر شرایط دریافت مقرری را نمی‌توان مستمسکی برای عدم مراجعه وکلا به صندوق قرار داد.
 - ۴- ضبط پروانه وکالت و سلب حق اشتغال وکلا پس از پرداخت مستمری توسط صندوق برخلاف قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و تعین است.
 - ۵- باید ماده ۱۴ قانون فوق‌الذکر به شرح ذیل اصلاح گردد: دریافت مستمری بازنشستگی از صندوق حمایت و کلا و کارگشایان دادگستری مانع ادامه وکالت آن‌ها نیست.

۳- شخصیت حقوقی صندوق حمایت و کلا مبهم است زیرا:

- الف- شخصیت حقوقی حقوق عمومی که اعمال حاکمیت نماید مانند استانیاری‌ها و شهرداری‌ها نیست.
 - ب- شخصیت حقوقی حقوق عمومی که عمل تصدی انجام دهد مانند بانک‌ها و شرکت‌های دولتی نیست.
 - ج- شخصیت حقوقی حقوق خصوصی انتفاعی مانند شرکت‌های تجاری و تعاونی نیست زیرا این گونه شخصیت‌ها با تجمع افراد و تحت اساننامه مطلق با قانون تجارت تشکیل و باید در اداره ثبت شرکت‌ها به ثبت برسند.
 - د- شخصیت حقوقی حقوق خصوصی غیر انتفاعی نیست مانند باشگاه‌ها و آموزشگاه‌ها و مؤسسات خدماتی و غیره زیرا این گونه شخصیت‌ها با تجمع افراد، تحت اساننامه تنظیمی خودشان که مغایر قانون نباشد تشکیل و باید در اداره ثبت شرکت‌ها به ثبت برسند.
 - ه- کانون‌های حرفه‌ای ملی مانند کانون وکلای دادگستری - سازمان نظام پزشکی و یا سازمان نظام مهندسی نیست زیرا این گونه کانون‌ها و سازمان‌ها با تصویب قوه مقننه به وجود آمده و طبق ماده ۵۸۷ قانون تجارت، احتیاج به ثبت آن‌ها در اداره ثبت شرکت‌ها نیست. این گونه کانون‌ها و سازمان‌ها از طرف قوه مقننه (قانونگذار) نیابت در اعمال قسمتی (برابر قانون) از حق حاکمیت را دارند.
 - و- صندوق حمایت و کلا با تصویب قوه مقننه و یا توسط قانونگذار ولی با عضویت وکلا با حق بیمه و پرداختی‌های آن‌ها و توسط خود آن‌ها اداره می‌شود (دولت در مجامع صندوق نمایندگانی دارد و ناظر بر اعمال صندوق است) ولی منابع مالی صندوق طبق ماده ۱۲ قانون تشکیل صندوق حمایت در حکم اموال دولتی است و کانون‌های وکلا و یا مدیران شرکت به دبیری از منابع این صندوق سبقره و تسلط ندارند و غیر از دریافت حق بیمه و پرداختی‌های قانونی وکلا و توزیع آن در بانک‌ها و یا خرید اوراق مشارکت و پرداخت مستمری از کارافتادگان و مستمری‌بگیران وظیفه دیگری ندارند.
- این نوع شخصیت حقوقی در حقوق ایران و جهان شناخته شده نیست؛ انهایی می‌توان نتیجه گرفت که این صندوق توسط قانونگذار با عضویت وکلا تشکیل و منابع مالی آن توسط خود آن‌ها تأمین ولی اموال آن در حکم اموال دولتی و دولت سرپرستی و قیمومت آن را بر عهده دارد.

و کلا اگر حتی چندین برابر منابع مالی فعلی را در دست داشته باشد باز هم قادر به تأمین حقوق مستمری‌بگیران و از کارافتادگان و بازماندگان آن‌ها نیست.

بر این اساس فقط دولت‌ها از نظر مالی قادر به تشکیل سازمان‌ها و یا صندوق‌های تأمین هستند. حتی در ایالات متحده آمریکا که سرمایه‌دارترین کشور جهان است سال‌ها قبل به این مسأله توجه شده و برای تأمین نیازهای اجتماعی مردم، اقدام به تأسیس سازمان عظیم و گسترده تأمین اجتماعی^۱ می‌نمودند و اساس قانون تأمین اجتماعی ایران نیز ظاهراً از قانون تأمین اجتماعی آمریکا اقتباس گردیده است.

سازمان‌ها و صندوق‌های تأمین اجتماعی با توجه به گسترده شدن دولت‌ها و صنعتی شدن کشورها و مدرن شدن شیوه زندگی به وجود آمده‌اند. این نهادها ویژه دنیای معاصر هستند و خدمات گوناگونی به مردم ارائه می‌دارند. در ایران خود ما، سازمان تأمین اجتماعی خدمات ذیل را به بیمه شدگان ارائه می‌دهد:

- ۱- غرامت و خدمات پزشکی در صورت بروز حوادث و بیماری‌ها و بارداری.
- ۲- بیمه بیکاری.
- ۳- بیمه از کار افتادگی.
- ۴- بیمه بازنشستگی.
- ۵- بیمه فوت (پرداخت مستمری به بازماندگان) و هزینه کفن و دفن.
- ۶- کمک ازدواج و عائله مندی.
- ۷- خدمات پزشکی به تمامی بیمه‌شدگان تحت عنوان بیمه تندرستی.

- در صورت بحران مالی و یا ورشکستگی صندوق حمایت، مستمری‌بگیران و از کارافتادگان و بازماندگان آن‌ها چه باید بکنند و یا به چه کسی مراجعه و به کجا شکوه و شکایت و دادخواست بدهند.

در صورت حدوث وضعیت فوق مستمری‌بگیران و از کارافتادگان و بازماندگان آن‌ها باید چه بکنند و به چه شخصی مراجعه کنند و یا به کجا شکوه و شکایت نموده و دادخواست بدهند. تمامی سؤالات مذکور در پرده ابهام است و در هیچ قانون و آیین‌نامه و یا اساسنامه صندوق وضعیت بعد از ورشکستگی صندوق معلوم و مشخص نشده است.

تنها امید و راه فرار صندوق حمایت و کلا از ورشکستگی فقط ماده ۱۴ قانون تشکیل صندوق حمایت است که و کلا برای استفاده از منابع مالی صندوق تقاضای دریافت مستمری نمایند و این موضوع را دست‌اندرکاران حتی آشکارا در مکاتبات رسمی خود بدان اشاره می‌نمایند. مثلاً در قسمتی از نامه شماره ۳۷۸۶ مورخ ۸۹/۹/۷ صندوق به وزارت دادگستری آمده است:

... در صورت اصلاح ماده ۱۴ قانون تشکیل صندوق حمایت یا دریافت فعلی ۸۰۰۰۰۰۰۰ ریال ضمن ادامه به اشتغال در عینا مستمری‌بگیران بازنشسته صندوق قرار گیرند که بدیهی است هر سال به این تعداد افزوده خواهد شد.

$$۸۰۰۰۰۰۰۰ \times ۴۰۰۰ = ۳۲۰۰۰۰۰۰۰۰۰۰$$

$$۳۲۰۰۰۰۰۰۰۰۰ \times ۱۲ = ۳۸۴۰۰۰۰۰۰۰۰۰۰$$

باتوجه به مراتب فوق، می‌بایستی چهارصد میلیارد ریال فقط در سال اول حقوق بازنشستگی پرداخت گردد که این روند در همان ابتدا، صندوق را با بحران مالی و ورشستگی روبرو خواهد ساخت و از سال دوم به بعد حتی قادر به پرداخت حقوق بازنشستگی و یا مستمری‌های از کارافتادگی بازماندگان فعلی نخواهد بود.

علیهذا و با جمع‌بندی تمامی مطالب و اظهارنظرها و نظریه‌های ابرازی به عقیده نویسنده برای رفع معضلات صندوق باید امکانات انحلال صندوق را از طریق قانونی فراهم و وکلا را به طور اختیاری تحت پوشش تأمین اجتماعی قرار داد و تمامی تعهدات و وظایف و حقوق صندوق را به سازمان تأمین اجتماعی منتقل نمود.

- انحلال صندوق حمایت و انتقال حقوق و تعهدات و وظایف صندوق به سازمان تأمین اجتماعی و تحت پوشش قرار گرفتن وکلا به طور اختیاری در آن سازمان تنها راه برون رفت از بحران مالی و ورشستگی صندوق حمایت وکلاست.

وقتی که خود صندوق اعلام و اقرار به بحران مالی و ورشستگی در آینده نزدیک و یا نه خیلی دور به شرمه درخواست همه وکلای حائز شرایط دریافت مستمری می‌نماید و برای عدم ورشستگی ماهه ۱۴ قانون تشکیل صندوق حمایت را مستمسکی برای عدم درخواست مستمری و کلا قرار می‌دهد و یا به طریقی از آن استنباط نادرست می‌نماید^۱ و یا وکلا را به عدم استفاده از منابع مالی صندوق ترغیب می‌نماید و آن‌ها را از استفاده از منابع صندوق می‌پرهیزاند و به طور دائمی و مستمر، شفاها و کتبا اعلام می‌نماید که قادر به پرداخت مستمری همه مستمری بگیران حائز شرایط حتی برای دو سال نیست، در این وضعیت چه باید کرد؟

البته ورشستگی، یکی از علل «انحلال» هر شخص حقوقی است ولی این وضعیت (حدوث) نه در قانون تشکیل صندوق حمایت و نه در آیین‌نامه و نه در اساسنامه صندوق، پیش‌بینی نشده است و پیش‌بینی نشده که در صورت ورشستگی، صندوق باید چه بکند، به هر حال به نظر می‌رسد راهکارهای ذیل صندوق حمایت وکلا را از شرایط بحرانی و ورشستگی‌ای که در انتظار اوست برهاند:

۱- صندوق محل اعلام و تمامی حقوق و تعهدات و وظایف و نقود و ذخایر و پرسنل آن به سازمان تأمین اجتماعی منتقل گردد.

۲- حقوق و مزایای تمامی مستمری‌گیران و از کارافتادگان و بازماندگان (فعلی) صندوق حمایت وکلا در صورت انتقال به تأمین اجتماعی از تعهدات آن سازمان بوده و قابل پرداخت خواهد بود.

۳- در صورتی که وکیل دادگستری مستمری‌گیر صندوق است و سابقه پرداخت بیمه به سازمان تأمین اجتماعی را

۱- برخی از دستاورد کاران که تنها راه نجات صندوق را در ماده ۱۴ استفاده نکردن وکلا از منابع مالی آن می‌دانند، قصد دارند با سلیسی کردن قضیه و این که منابع مالی صندوق متعلق به وکلایست و با انتقال صندوق آن منابع از دست وکلا خارج می‌گردد و استدلالاتی از این دست به تئیت وضعیت فعلی اذمه دهند و این امر در حالی است که اولاً- صندوق دیر با زود ورشکسته خواهد شد لایحه- بنابر استدلالاتی گفته شده دیناری از منابع مالی صندوق بر اختیار کانون‌های وکلای دادگستری نیست. ثانیاً- به دلیل ماده ۱۴ تا این تاریخ ۴۰۰۰ نفر از بیمه‌مهای وکیل از منابع مالی صندوق استفاده نکرده‌اند رأیاً- قرار گرفتن تحت پوشش سازمان تأمین اجتماعی که متعلق به همه مردم ایران است نوعی امتیاز است و اصولاً این موضوع نه سیاسی است و نه لطمه‌ای به استقلال کانون‌های وکلا وارد خواهد ساخت.

۲- برائت نادرست و منقلبانه نسبت به قانون یعنی محروم کردن افراد از حقوق جزئی و یا کلی خود به استناد قانون و یا تعبیر و تفسیر قانون به نحوی که افراد از حقوق جزئی و یا کلی خود محروم شوند.

هم دارد، سابقه سنواتی وکیل (از نقطه نظر پرداخت بیمه) به سابقه او در صندوق حمایت و کلا اضافه و با نرخ و جدول و مقررات تأمین اجتماعی تطبیق و محاسبه و پرداخت گردد.

۴- در صورتی که وکیل دادگستری هم‌اینک مستمری بگیر صندوق حمایت نیست ولی الان هم به صندوق حمایت و هم به سازمان تأمین اجتماعی حق بیمه می‌پردازد (مانند مشاورین اشخاص حقوقی حقوق عمومی و خصوصی و حق‌التدریس بگیرهای وکیل) کد و شماره بیمه او در صندوق حمایت و کلا باطل و تمامی سنوات خدمت او به صندوق حمایت و کلا با نرخ حق بیمه‌های پرداختی در قانون تأمین اجتماعی مطابقت و منتقل و با مقررات و ضوابط آن قانون هماهنگ و با کد و شماره بیمه سازمان تأمین اجتماعی استمرار داشته باشد.

۵- در صورتی که وکیل مستمری بگیر صندوق حمایت و کلا نیست، ولی فقط به صندوق حمایت و کلا حق بیمه می‌پردازد، کد و شماره بیمه او در صندوق حمایت و کلا ابطال و سنوات خدمت وکیل عیناً به سازمان تأمین اجتماعی منتقل و با کد و شماره بیمه وکیل (که سازمان تأمین اجتماعی به او اعطا می‌کند) مطابقت و طبق ضوابط و مقررات آن سازمان محاسبه و در صورت تمایل (اختیاراً) استمرار و عمل و اقدام گردد.

۶- سنوات خدمت و کلائی که توسط دادگاه‌های ذیصلاح حکم بر ابطال پروانه آنان داده شده و یا مستعفی از حرفه و کالت شده و با ارائه پروانه خود به کانون‌های مربوطه به شغل و حرفه دیگری روی آورده‌اند، حق بیمه‌های آن‌ها به سازمان تأمین اجتماعی منتقل و در صورت تطابق قانونی، ادامه بیمه ذی‌نفع (اجباراً یا اختیاریاً) طبق ضوابط و مقررات قانون تأمین اجتماعی استمرار یابد.

مزایا و آسودگی خیال بیمه شده تحت قانون تأمین اجتماعی

۱- و کلا جزء صاحبان حرف و مشاغل آزاد هستند و غیر از موارد اجباری که از حقوق آن‌ها طبق ماده ۳۰ قانون تأمین اجتماعی کسر و به سازمان منتقل می‌گردد، می‌توانند اختیاریاً خود را بیمه نمایند در این وضعیت اختیاری، وکیل دادگستری می‌تواند طبق تبصره ۱ ماده واحده (اصلاح بند «ب» و تبصره ۳ ماده ۴ قانون تأمین اجتماعی) سطح درآمد ماهیانه خود را مبنای پرداخت حق بیمه قرار داده بین حداقل و حداکثر دستمزد قانونی را انتخاب نماید. (حداقل و حداکثری حق بیمه به میل وکیل دادگستری خواهد بود)

۲- از تمامی مزایای قانونی تأمین اجتماعی (غیر از بیمه بیکاری) منتفع خواهند شد.

۳- پروانه و کالت خود را در زمان استفاده از مستمری بازنشستگی همانند تمامی صاحبان حرف و مشاغل آزاد حفظ و در صورت تمایل به ادامه کار و اشتغال به و کالت ادامه خواهند داد. زیرا مشاهده نشده است که سازمان تأمین اجتماعی در برابر پرداخت مستمری بازنشستگی جواز کسب و یا پروانه پزشکی و یا پروانه مهندسی و یا پروانه داروسازان را ابطال و آن‌ها را به طور کلی از ادامه اشتغال محروم سازد. بدین ترتیب یکی از مهمترین معایب و نقایص قانون صندوق حمایت مرتفع و به طریق اولی تبعیض ناروایی که بین وکلای حرفه‌ای با قضات و افسران بازنشسته دارند، لیسانس حقوق و دارندگان لیسانس حقوق بازنشسته متقاضی پروانه و کالت و اعضای هیأت‌های علمی دانشگاه‌های دارنده پروانه و کالت وجود دارد برطرف و مرتفع خواهد شد.

۴- با انحلال صندوق حمایت و کلا، و کلائی مستمری بگیر مجدداً پروانه و کالت خود را دریافت و در صورت تمایل

به حرفه و کالت ادامه خواهند داد.

۵- ورشکستگی در تأمین اجتماعی و لاجرم دلوپسی برای دریافت مستمری مستمری‌بگیران و از کارافتادگان و یا بازماندگان وجود نخواهد داشت.

- آیا سازمان تأمین اجتماعی می‌تواند شق ۱۵ از ماده ۲ قانون تأمین اجتماعی را ابزاری برای ضبط و ابطال پروانه وکلای بیمه شده (اختیاری) قرار داده و همانند ماده ۱۴ قانون صندوق حمایت پرداخت مستمری را به عدم اشتغال و کالت تعبیر و تفسیر نماید؟

ممکن است برخی از زعمای قوم این و تفسیر را بکنند و این‌گونه استدلال نمایند که تحلیل صندوق حمایت وکلا و انتقال آن به سازمان تأمین اجتماعی از چاه به چاله افتادن است. بنابه دلایل ذیل به نظر می‌رسد که دلوپسی این عده نمی‌تواند صحیح باشد:

اولاً- منظور از «عدم اشتغال به کار» مطروحه در بند ۱۵ ماده ۲ قانون تأمین اجتماعی مربوط به بیمه‌شده اجباری است و عرفاً بیمه‌شده اجباری حق کار در کارگاهی را که از آن تقاضای بازنشستگی کرده است را ندارد. بر این اساس چنان‌چه بیمه‌شده تغییر شغل داده و یا با همان تخصص خویش در جای دیگری مشغول به کار گردد، سازمان تأمین اجتماعی نه معترض امر خواهد شد و نه قادر به جلوگیری وی از کار و اشتغال خواهد بود.

ثانیاً- دیده و شنیده نشده که سازمان تأمین اجتماعی پرداخت مستمری بازنشستگی را منوط به ضبط و یا ابطال جواز کسب کسبه و یا پروانه کار بازرگانان و یا پروانه پزشکان و داروسازان و مهندسان نماید و در مورد وکلا نیز باید همین رویه را اتخاذ نماید.

ثالثاً- در یک کشور نمی‌توان از یک کلمه چندین معنا و مفهوم استنباط نمود و به بعضی از مشاغل صریحاً اجازه اشتغال داد و برخی را نداد، مانند اشتغال به وکالت قضات بازنشسته - دارندگان لیسانس حقوق بازنشسته و افسران بازنشسته لیسانس حقوق. بر این اساس و برای رفع تبعیض سازمان تأمین اجتماعی نیز نباید هنگام پرداخت مستمری پروانه وکالت وکیل را مضبوط نماید.

رابعاً- از آنجایی که وکیل بدون پروانه به منزله پرنده بدون پر و انسان بدون دست و پا است و وکیل بدون پروانه وکالت قادر به انجام هیچ‌گونه خدمات وکالتی و مشاوره‌ای نیست. باید این موضوع مورد مناقه کافی قرار گرفته و مخصوصاً (حتی با یک مقرر خاص قانونی) موضوع عدم ابطال پروانه وکالت آن‌ها هنگام دریافت مستمری صریحاً قید گردید. ■

۱- بند ۱۵ از ماده ۲ قانون تأمین اجتماعی: بازنشستگی عبارت است از عدم اشتغال بیمه‌شده به کار به سبب رسیدن به سن بازنشستگی سرد این قانون.

از ماست که بر ماست

علی محمدپور ■

خبرنامه کانون وکلای دادگستری اصفهان در حال حاضر تنها نشریه صنفی داخلی است که همکاران از نقاط دور و نزدیک نظرات حقوقی و مشکلات صنفی و هرازگاهی نیز گلایه‌هایی را بازگو می‌کنند. در چند شماره پیشین این نشریه مطالبی در زمینه قانون صندوق حمایت و کالا منتشر گردید که پاسخ موضع‌گیرانه هیأت مدیره محترم صندوق در شماره ۵۵ خبرنامه با عنوان «یکی بر سر شاخ و بن می‌پرید» حاکی است که گویا تصور کرده‌اند مخاطب گفته‌های پیشین، اعضای محترم هیأت مدیره بوده‌اند. به همین جهت فکر را بهانه دیگری پیش آمد تا «با پار آشنا سخن آشنا» گفته آید.

۱- آن‌چه در شماره‌های پیشین خبرنامه آمده، خطاب به اشخاص یا اعضای محترم هیأت مدیره صندوق نبوده که موجبات مقبله آنان را فراهم ساخته است، بلکه شکوه از قانونگذاری و اجرای آن پس از گذشت چند دهه و عدم تلاش متصدیان امور در جهت رفع تبعیضات نژادی ممنوع در قانون اساسی و چاره‌اندیشی در مورد اصلاح ماده ۱۴ و سایر مقررات تبعیض‌آمیز از مجاری قانونی بوده‌است و گرنه همه واقف‌اند که تغییر و اصلاح قانون در حیطه وظایف و اختیارات کانون و کالا یا صندوق حمایت نمی‌باشد. جای شگفتی است که هیأت مدیره صندوق به جای حمایت از همکاران خود حناقل از طریق انعکاس خواسته آنان، ظاهراً در مقابله با آنان بر آمده‌اند.



۲- حاج عباسعلی بقال، ۷۰ ساله، خیابان عدالت نبش کوچه حق جو، روزگار جوانی در یک شرکت خصوصی و سپس در یک تعمیرگاه مشغول به کار شد و مدتی هم به رانندگی تاکسی اشتغال داشت. چون هیچ یک از کارفرمایان برای وی حق بیمه‌ای منظور نکردند او به صورت خویش فرما یا به هر صورت دیگر حق بیمه در سازمان تأمین اجتماعی ولریز کرد و پس از ۲۵ سال بازنشسته شد و اکنون به کار بقالی مشغول و از حقوق بازنشستگی نیز برخوردار است. پزشک بازنشسته مجدداً به همان شغل طبابت مشغول است و بسیاری از متصدیان مشاور و بنگاه‌های املاک، افراد بازنشسته به ویژه نظامیان بازنشسته می‌باشند که با اخذ مجوز به کار آزاد نیز اشتغال دارند. آیا پزشک پس از بازنشستگی به شغل دیگری روی آورده است؟!

۳- گفته‌اند که صندوق حمایت «تنها مرجع حمایت از وکلای دادگستری در پیری و از کار افتادگی است». اگر این‌طور است از حاج عباسعلی چه کسی حمایت می‌کند؟ پس نهادهای دیگری همچون سازمان تأمین اجتماعی وجود دارد که هر کس با شرایطی می‌تواند در زمان کهولت و از کار افتادگی از حمایت آن برخوردار شود و وکلای

■ وکیل دادگستری - همدان

دادگستری چنانچه مواجه با همان موانع قانونی مورد اعتراض نباشند مستثنا از قواعد عمومی نخواهند بود. گفته‌اند «براد در اشتغال سایر بازنشستگان به امور و کالت است». دقیقاً در راستای وجود همین تبعیضات نارواست که در یک نهاد مدنی گروهی یا وجود بازنشستگی به کار و کالت مشغول و عده‌ای در صورت بازنشستگی با ممنوعیت ادامه کار مواجه هستند و این تعدی است که در شریان قانون جاری شده است. وقتی کانون‌های محترم و اتحادیه سراسری با هر تصویری اعم از اجباری شدن و کالت یا رقابت با گزینش و کلاسی ماده ۱۸۷ از طریق قوه قضاییه در شهری که ظرفیت ۲۰ نفر وکیل دارد یکباره و دفعتاً ۲۰۰ نفر گزینش می‌کنند، بدیهی است که به جای اشتغال زایی ایجاد بیکاری خواهد نمود. جوانی که تازه به حرفه و کالت در آمده و توان تأمین هزینه دفترش را هم نخواهد داشت تنها راه رساندن مشکلات را در این می‌بیند که به‌وسیله خبرنگارانه ملتسم حضرات شود که شاید قلمی، قدمی، تلاشی بهر نوع متصور در جهت رفع مشکلات بردارند.

۴- از معضلات دیگر، تفاوت فاحش در میزان دریافتی بعد از بازنشستگی بین وکلا و قضات است. همه آگاهیم که عده‌ای از همکاران، مدرسین دانشگاه‌ها می‌باشند و بسیاری از دانشجویان آنان پس از فراغت از تحصیل در کسوت قضا مشغول و گاه بازنشسته هم شده‌اند لیکن میزان دریافتی بازنشستگان متعلم چندین برابر میزان دریافتی معلم است که از صندوق حمایت بازنشسته شده است.

سؤال این است که بین وکیل و قاضی بازنشسته که هر دو در یک راستا ۳۰ سال خدمت کرده و شرایط یکسان دارند این همه تفاوت در میزان بازنشستگی قابل توجیه است؟

«پیش چشم‌داشتی شیشه‌ی کبود زان سبب عالم کبودت می‌نمود»

چشم بصیر این موارد را می‌بیند و عقل سلیم می‌پرسد چرا این همه تفاوت؟! حال چنانچه از اتحادیه یا کانون‌ها یا صندوق حمایت خواسته شود که در جهت همطرازسازی حقوق بازنشستگی قضات و وکلا یا در جهت رفع موانع قانونی دیگر اقدامی معمول دارند سزاوار انتقاد و مؤاخذه هم خواهند بود؟! لابد خواهید گفت که در صورت همطرازسازی، و کلاسی زیادی بازنشسته می‌شوند و بودجه صندوق کفاف پرداخت را نخواهد داشت. نکته همین جاست حاج عباسعلی در طول اشتغال قبل از بازنشستگی ماهیانه ۱۰، ۱۵ یا ۲۰ هزار تومان بابت بیمه بازنشستگی پرداخته و اکنون حدود ۳۰ سال است که ماهیانه حقوق بازنشستگی نسبتاً قابل توجهی دریافت می‌کند. چه کسی بار مالی این مابه‌التفاوت را تأمین می‌نماید؟

مسئلاً سازمان تأمین اجتماعی که از بودجه عمومی برخوردار است پس بگونه‌ای مثل واگذاری بازنشستگی و کلا به تأمین اجتماعی یا بهر نحو دیگری می‌توان اقداماتی معمول تاهمانند سایر اقشار از بودجه عمومی استفاده نمود یا بار مالی، ناشی از آن را جبران کرد و دمیدن سرنا از سر دیگر آن و هدایت به بیراهه نخواهد بود. در اولین کنگره ملی وکلا، یکی از مسائل، به عدالت خواهی اختصاص دارد، چنانچه قادر به اجرای عدالت نسبت به خود نبوده باشیم و یا حداقل خواستار آن نشویم چگونه می‌توانیم از عدالت خواهی و تعمیم عدالت سخن بگوییم؟ گفته‌اند: «چراغی که به خانه رواست به مسجد حرام است» پس خواستن حق و اجرای عدالت و رفع تبعیض از مراکز تشکل صنفی بر سر شاخ ایستادن و بن بریدن نیست مگر تصور شود که خداوند بستان نگران سقوط طالب حق نبوده بلکه نگران شاخ درختش بوده است:

«آن او می‌دید و آن خویش نی حال و کار ما همه زین بیش نی»

شناسایی ارکان مسؤولیت مدنی هسته‌ای

هدیه حبیبیان

مقدمه

در قرن اخیر مسؤولیت مدنی به عنوان یکی از شعب حقوق مدنی اهمیت قابل ملاحظه‌ای یافته است علت این اهمیت و پیشرفت را می‌بایست در گسترش روز افزون خسارات ناشی از ماشینی شدن جوامع صنعتی جستجو کرد. مصرف تولیدات صنعتی و برخورداری از فناوری و اختراعات جدید به موازات تسهیل زندگی انسان، خسارات و زیان‌هایی بر وی تحمیل می‌نماید، که به تبع آن مسأله تشخیص ارکان مسؤولیت مدنی و شناسایی مسؤول و چگونگی جبران این خسارات مطرح می‌شود لذا می‌بایست از پیشرفت صنعت و فناوری به عنوان عوامل مؤثر در تکامل و ترقی حقوق مسؤولیت مدنی یاد کرد. پیدایش فناوری هسته‌ای نیز در زمره همین عوامل مؤثر تلقی می‌شود به نحوی که قرن بیستم را می‌بایست به یک تعبیر قرن اتم نامگذاری نمود و این امر مبین جایگاه ویژه علوم و فناوری اتمی در این قرن می‌باشد. در ابتدا کاربرد فناوری مزبور در قالب استفاده‌های غیر صلح‌جویانه و در راستای تحقق اهداف نظامی بود لیکن با گذر زمان و آشکار شدن اهمیت انرژی هسته‌ای در زمینه‌های مختلف خصوصاً تولید الکتریسیته، روند استفاده صلح‌آمیز از انرژی هسته‌ای در زندگی بشر ریشه دواند و دولت‌ها را در مسیر ساخت راکتورهای اتمی و نیروگاهها و تأسیسات هسته‌ای، سوق داد. لیکن توسعه و پیشرفت علوم و صنایع همواره به موازات آثار مثبت و اجد تبعات منفی نیز می‌باشد و فناوری اتمی نیز از این تبعات در امان نمانده زیرا خسارات حاصل از وقوع حوادث اتمی در نتیجه فعالیت‌های تأسیسات نامبرده و یا در جریان حمل و نقل مواد رادیو اکتیو از چنان گستردگی زمانی برخوردار است که نه تنها زیان‌دیدگان فعلی را شامل می‌شود بلکه دامن‌گیر نسل‌های پس از آنان نیز خواهد بود لذا دولت‌ها در راستای کاهش نگرانی‌های مزبور به تدوین قواعد ملی خاص و تشکیل کنوانسیون‌های بین‌المللی مسؤولیت مدنی هسته‌ای مبادرت ورزیده‌اند که این امر به نوبه خود در تکامل و تحول مسؤولیت مدنی متناسب با نیازها و مقتضیات اجتماعی روز، نقش قابل توجهی ایفاء نموده و منجر به شکل‌گیری نظام مسؤولیت مدنی هسته‌ای شده است به نحوی که از کنوانسیون‌های بین‌المللی مسؤولیت مدنی هسته‌ای با عنوان منابع نظام مزبور یاد می‌شود و عمده این اسناد عبارت‌اند از:



۱- کنوانسیون پاریس در مورد مسؤولیت شخص ثالث در زمینه انرژی اتمی - ۱۹۶۰.

۲- کنوانسیون وین در مورد مسؤولیت مدنی برای خسارت اتمی - ۱۹۶۳.

کژشناس ارشد حقوق خصوصی

1- The Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy (1960).
2- Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage (1963).

- ۳- کنوانسیون بروکسل در تکمیل کنوانسیون پاریس ۱۹۶۳^۱
- ۴- پروتکل مشترک مربوط به اعمال کنوانسیون وین و کنوانسیون پاریس ۱۹۸۸^۲
- ۵- کنوانسیون مربوط به تکمیل جبران خسارت اتمی ۱۹۹۷^۳
- ۶- پروتکل اصلاح کنوانسیون وین ۱۹۹۷^۴

نخستین نکته حائز اهمیت در خصوص نظام مسؤولیت مدنی هسته‌ای، شناسایی ارکان لازم جهت تحقق مسؤولیت مدنی هسته‌ای می‌باشد. بر مبنای قواعد عام، ضرر، فعل زیان‌بار و رابطه سببیت میان آن دو به عنوان عناصر تحقق مسؤولیت (اعم از قهری و قراردادی) به رسمیت شناخته شده‌اند. لزوم وجود ارکان نام برده از دید قانونگذار ایران پنهان نمانده و در ماده ۱ قانون مسؤولیت مدنی به این ارکان اشاره می‌نماید: «هر کس بدون مجوز قانونی لطمه‌ای وارد نماید که موجب ضرر مادی و معنوی دیگری شود مسؤول جبران خسارات ناشی از عمل خود می‌گردد»^۵

مسؤولیت مدنی اتمی نیز از این قاعده مستثنی نمی‌باشد و به صرف وقوع حادثه اتمی و تحمیل زیان به شخص ثالث و احراز رابطه سببیت میان ضرر وارده و حادثه واقع شده، مسؤولیت مدنی بهره‌بردار تأسیسات اتمی محقق می‌گردد و شخص ثالثی که از حادثه اتمی متضرر گشته بدون این‌که لزومی به اثبات خطای عامل یا کارکنان وی باشد حق مطالبه خسارت از بهره‌بردار را خواهد داشت. بنابراین به مجرد اجتماع شرایط سه‌گانه فوق، متضرر می‌بایستی به حق غرامت خود عینیت ببخشد.

۱- وقوع حادثه هسته‌ای

قوانین داخلی اتمی و کنوانسیون‌های بین‌المللی مسؤولیت هسته‌ای در زمینه ارائه تعریف جامع و مانع از حوادث هسته‌ای، دقت فراوانی مبدول داشته‌اند.

کنوانسیون پاریس در ماده ۱(a)(i) در تعریف حادثه اتمی مقرر می‌دارد: «حادثه اتمی یعنی هر واقعه یا یک سری وقایع دارای منشأ واحد که باعث خسارت می‌شوند، به شرط این‌که این واقعه یا مجموعه وقایع یا هر خسارت وارده شده، از مواد رادیواکتیو یا از ترکیبی از مواد رادیواکتیو یا مواد سمی، قابل انفجار یا مواد خطرناک دیگر از سوخت اتمی یا تولیدات یا زباله‌های اتمی یا با هر کدام از آن‌ها یا از پرتو یونساز که منشأ پرتو در داخل تأسیسات اتمی، می‌باشد ناشی می‌شود.»

بنابراین مفهوم حادثه هسته‌ای عبارت است از حادثه‌ای که به علت رادیواکتیویته یا ترکیب رادیواکتیویته با سایر مواد و کالاهای خطرناک و یا پرتو یونساز رخ می‌دهد. بر مبنای کنوانسیون مزبور چه در فرضی که حادثه ناشی از رادیواکتیویته باعث خسارت معمولی و چه در فرضی که حادثه‌ای با منشأ غیر اتمی منجر به خسارت اتمی شود، مسؤولیت اتمی محقق می‌شود. (پاراگراف ۸ از مقدمه توجیهی کنوانسیون پاریس)^۶

بر مبنای ماده ۱(۱) از کنوانسیون وین حادثه هسته‌ای موجد مسؤولیت عبارت است از هر حادثه یا سری حوادث

1- Brussels Convention Supplementary to the Paris Convention (1963).
 2- Joint Protocol Relating to the Application of the Vienna Convention and the Paris Convention (1988).
 3- Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damag (1987).
 4- Protocol to Amend the 1963 Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damag (1997).
 5- بزنگیان، علیرضا، حقوق مدنی- فامرو مسؤولیت مدنی، چاپ اول، تهران، نشر ادبستان، ۱۳۳۶، صفحه ۸۸.
 6- Expose des Motifs of the Paris Convention on Naclear Third Party Liability in the field of Naclear Energy (Revised text) Approved by the OECD Council on 26th Novemer 1982 Para6.

دارای منشأ واحد که سبب خسارت اتمی می‌شود. شایان ذکر است که بر کنوانسیون وین ایراداتی وارد بود از جمله ارائه تعریف بسیار محدود از خسارات اتمی لذا در راستای رفع این نواقص و ایرادات، در سال ۱۹۹۷ نمایندگانی از ۸۰ کشور، پروتکل اصلاح کنوانسیون وین را تصویب نمودند. از جمله اصلاحات قابل ملاحظه در پروتکل مزبور، بسط و توسعه مفهوم خسارت هسته‌ای بود به نحوی که ماده (۲)(VII) پروتکل، هزینه‌های مربوط به اقدامات پیشگیرانه را نیز جزء خسارات هسته‌ای محسوب نموده‌اند لذا به تبع گسترش مفهوم خسارت اتمی، مفهوم حادثه اتمی نیز توسعه یافت به نحوی که بر مبنای تعریف ارائه شده در پروتکل اصلاحی، هرگونه حادثه‌ای که منجر به تهدید قریب‌الوقوع ایجاد خسارت می‌شود، در قلمرو حوادث اتمی قرار می‌گیرد.

در ماده (۱)(۳) از پروتکل اصلاحی تصریح شده است: «حادثه هسته‌ای به معنای هرگونه واقعه یا مجموعه‌ای از وقایع است که منشأ یکسانی داشته و موجب خسارت هسته‌ای می‌شوند و یا در صورت عدم اتخاذ تدابیر پیشگیرانه، خطر شدید و قریب‌الوقوع ایجاد خسارات هسته‌ای ایجاد می‌گردد»^۱

کنوانسیون جبران خسارت تکمیلی ۱۹۹۷، عملکردی نظیر پروتکل اصلاحی وین دارد بدین معنا که، ضمن ارائه تعریف گسترده‌ای از مفهوم خسارت اتمی، مقرر می‌دارد که حادثه اتمی موقعیتی را شامل می‌شود که اقدامات پیشگیرانه به منظور پاسخ به تهدید شدید و قریب‌الوقوع آژاسازی رادیواکتیو، صورت گرفته حتی اگر چه هیچ‌گونه آژاسازی واقعی رخ نداده باشد.^۲

به بیان دیگر صرف وجود ظن و گمان مبنی بر خروج پرتو و ورود خسارت، برای انجام اقدامات پیشگیرانه کافی نیست بلکه بایستی دلایل و قرائن موثق مبنی بر این که خروج پرتو یا نتایج شدید، در آینده نزدیک اتفاق می‌افتد وجود داشته باشد.^۳

بر مبنای تعریف مزبور، چنانچه حادثه‌ای منجر به خسارت گردد، مسؤلیت هسته‌ای محقق می‌شود اعم از این که حادثه مذکور به شکل انفجار باشد یا یک نشت و انتشار ساده مواد رادیواکتیو و اعم از این که عمدی یا سهوی و یا در اثر وقوع حادثه تروریستی رخ داده باشد. (شایان ذکر است در فرضی که حادثه اتمی ناشی از عملیات تروریستی باشد، مشمول قواعد و اصول حاکم بر کنوانسیون‌ها نمی‌شود)

با عنایت به تعریف مفهوم حادثه هسته‌ای در کنوانسیون‌های بین‌المللی مسؤلیت هسته‌ای، این نکته استنباط می‌شود که مسؤلیت مدنی هسته‌ای تنها حوادثی را شامل می‌شود که متضمن ایجاد خطرات مهم و استثنایی و زیان‌های سنگین باشد و در کلیه کنوانسیون‌های مذکور حوادثی که در تأسیسات هسته‌ای ذیل رخ دهند تحت عنوان حوادث موجد مسؤلیت قرار می‌گیرند:

- ۱- راکتورهای اتمی.
- ۲- کارخانه‌های آماده‌سازی یا تولید مواد هسته‌ای.
- ۳- کارخانه‌های جداسازی ایزوتوپ‌ها.
- ۴- کارخانه‌های غنی‌سازی سوخت‌های هسته‌ای حاوی اشعه.
- ۵- تأسیسات نگهداری مواد هسته‌ای.

1- Lamm Yarda.1988.The protocol amending the Vienna convention .Journal of Nuclear Law Bulletin, 61.p11.

2- McRae Ben.2007.The convention supplementary compensation for nuclear damage :catalyef for a global nuclear liability regime .Journal of Nuclear Law Bulletin,79:p.20.

3- McRae Ben.1998.The compensation convention :path to a global regime for dealing with legal liability and compensation for nuclear damage .Journal of Nuclear Law Bulletin,61:p.12.

بر مبنای مفاد مندرج در مقدمه توجیهی کنوانسیون پاریس، انواع تأسیسات که وضع مخاطره‌آمیزی نداشته و خطر حوادث ناشی در آن‌ها بسیار محدود و جزئی است نظیر معادن، کارخانه‌های آماده‌سازی، تولید یا نگهداری اورانیوم طبیعی یا غنی نشده، رادیو ایزوتوپ‌هایی که برای استفاده‌های صنعتی، تجاری، کشاورزی، طبی یا علمی به کار برده می‌شود تحت عنوان حوادث موجد مسؤولیت نبوده و از حوزه عمس کنوانسیون‌ها خارج می‌باشند^۱

پرسش قابل طرح در محث مزبور، اشاره به این نکته است، که آیا حوادث واقع شده در تأسیسات هسته‌ای نظامی تحت شمول نظاه کنوانسیون‌های بین‌المللی مسؤولیت هسته‌ای قرار می‌گیرند؟ به عبارت دیگر آیا جبران خسارت اتمی ناشی از تأسیسات هسته‌ای نظامی با استناد به کنوانسیون‌های نام برده، مقدور است یا خیر؟

بلخ به بررسی مطروحه،^۱ تباط نزدیکی با قلمرو جغرافیایی اعمال کنوانسیون‌های یاد شده دارد. بر مبنای ماده ۲ کنوانسیون پاریس، کنوانسیون مزبور نسبت به خسارات وارده در کشورهای غیرعضو اعمال نمی‌شود مگر این‌که دولت عضو در قانون داخلی خود چنین امری را قید نماید، لذا با عنایت به مفاد ماده مزبور، تدوین کنندگان کنوانسیون پاریس، میان خسارات ناشی از تأسیسات نظامی و تأسیسات غیرنظامی قابل به تفکیک نشده و این سکوت به معنای اعمال مقررات کنوانسیون یاد شده در مورد خسارات ناشی از تأسیسات هسته‌ای نظامی است.

کنوانسیون ۱۹۶۳ وین در باب قلمرو و محدوده سرزمینی اعمال خود سکوت است لیکن بروتکل اصطلاح کنوانسیون وین (۱۹۹۷) ماده جدیدی در مورد قلمرو جغرافیایی کنوانسیون یاد شده (ماده I.A) ارائه نموده است که به موجب آن از یک طرف مقررات مرتبط با محدوده سرزمینی اعمال کنوانسیون وین معین گشته و از طرف دیگر قلمرو جغرافیایی اعمال آن را گسترش داده و صراحتاً محدوده خود را به جبران خسارات هسته‌ای ناشی از اهداف صلح‌آمیز محدود می‌نماید^۲

شایان ذکر است که بر مبنای ماده ۲ کنوانسیون جبران خسارت تکمیلی (۱۹۹۷) و ماده ۲ کنوانسیون بروکسل (۱۹۶۳) مفاد کنوانسیون‌های مزبور نسبت به خساراتی اعمال می‌شود که بهره‌بردار تأسیسات اتمی که برای مقاصد صلح‌آمیز استفاده می‌شود و در محدوده سرزمینی کشور عضو قرار دارد، مسؤول آن‌هاست لذا تأسیسات اتمی نظامی از شمول کنوانسیون‌های نام برده خارج است.

رژیم بین‌المللی مسؤولیت هسته‌ای که بر طبق کنوانسیون‌ها و قوانین داخلی مربوطه، تدوین شده است در صورتی اعمال خواهد شد که زیان دیده در مقام خواهان دعوی مسؤولیت مدنی، وقوع حادثه اتمی موجد مسؤولیت مدنی و زیان‌های مادی، جسمی و روانی ناشی از حادثه مزبور و تشعشع رادیو اکتیو حاصل از آن را اثبات نماید لذا به صرف وقوع حادثه اتمی، مسؤولیت مدنی بهره‌بردار تأسیسات اتمی محقق نمی‌شود.

اثبات بروز حادثه اتمی و وجود رابطه علیت میان حادثه و ضرر و زیان وارده به متضرر با دشواری‌هایی مواجهه است از جمله این‌که تاکنون در هیچ یک از قوانین داخلی و کنوانسیون‌های بین‌المللی مسؤولیت هسته‌ای به کیفیت خاصی راجع به خسارات ناشی از وقایع اتمی و شرایط و اوضاع و احوالی که به تبع آن به متضرر امکان مطالبه ضرر مادی و معنوی داده شود، اشاره‌ای نشده به عبارت دیگر قوانین داخلی و کنوانسیون‌ها در ارتباط با نحوه اثبات حادثه اتمی توسط زیان‌دیده مسکوت بوده و بیانی ندارند از طرف دیگر نهنفتگی و بروز آثار زیان‌بار حادثه اتمی پس از گذشت مدت مدید، خصوصاً در سیستم بیولوژیک متضرر، بر دشواری‌های اثبات می‌افزاید زیرا چه بسا در زمان ظهور

۱- اسکینی، ریما، مباحثی از حقوق تجارت بین‌الملل، چاپ اول، تهران، نشر دانش آموز ولسته به مؤسسه نشرات امیر کبیر، ۱۳۳۱، صفحه ۲۳۲.
2- Lamm Vanda, 1998. The protocol amending the Vienna convention. Journal of Nuclear Law Bulletin, 61:p10.

عواقب حادثه، وسایل اثبات آن مختل شده باشد. دشواری قابل توجه دیگر مربوط به مخفیانه بودن فعالیت‌های اتمی و عدم دسترسی افراد عادی به مراکز هسته‌ای می‌باشد که مانع از آگاهی افراد از وقوع حوادث اتمی است. معذک نمی‌توان اثبات حادثه اتمی را تابع قاعده خاص از پیش تعیین شده‌ای قرار داد به همین سبب است که اثبات حادثه مزبور با هر دلیلی که حاکمی از وقوع حادثه هسته‌ای باشد، در دلاگاه قابل قبول است.^۱

۲- ورود خسارت هسته‌ای

یکی از ارکان مسؤولیت مدنی وجود خسارت یا ضرر است زیرا موضوع مسؤولیت مدنی، جبران ضرر نارواست و مادامی که ضرر محقق نشود، موضوعی برای جبران وجود نخواهد داشت و در نتیجه مسؤولیت مدنی منتفی به لنتقاء موضوع است. بنابراین وجود ضرر یا خسارت شرط موضوعی و رکن اصلی مسؤولیت مدنی و وجه تمایز این قسم مسؤولیت از مسؤولیت کیفری و اخلاقی می‌باشد.^۲

مطالعه کنوانسیون‌های بین‌المللی مسؤولیت هسته‌ای و قوانین اتمی داخلی کشورها به عنوان مهمترین منابع بین‌المللی در زمینه جبران زیان‌های ناشی از فعالیت‌های هسته‌ای صلح‌آمیز مؤید تلاش دولت‌ها و تنوین‌کنندگان کنوانسیون‌های مذکور، جهت ارائه تعریف خسارت هسته‌ای و تعیین مورد شمول تعریف می‌باشد البته می‌بایست کنوانسیون پاریس را از این مورد مستثنی کرد.

کنوانسیون (۱۹۶۰) پاریس در مورد مسؤولیت شخص ثالث در زمینه انرژی اتمی، مفهوم خسارت هسته‌ای را تعریف نموده و صرفاً تصریح کرده است که بهره‌بردار مسؤول جبران خسارت جسمانی اعم از مرگ، آسیب شخصی و خسارت یا تلف اموال غیر از تأسیسات هسته‌ای خواهد بود (ماده III(a) کنوانسیون پاریس) کنوانسیون (۱۹۶۳) وین در تعریف خسارت هسته‌ای مقرر می‌دارد، خسارت هسته‌ای عبارت است از:

۱- تلفات جانی یا هرگونه صدمات جسمی یا هرگونه ضرر مالی که از مواد رادیو اکتیو یا مجموعه‌ای از عناصر رادیو اکتیو به همراه سایر عناصر مخاطره‌آمیز سمی و قابل انفجار سوخت هسته‌ای یا تولیدات رادیو اکتیو یا زیاله یا مواد اتمی به وجود آمده یا فرستاده شده از تأسیسات هسته‌ای، نشأت گرفته است.

۲- سایر ضررها و خسارات نشأت گرفته تا حدی که قانون دادگاه صلاحیتدار مقرر نموده باشد.

۳- در صورتی که قانون کشور دارای تأسیسات اتمی، مرگ، آسیب شخصی یا هرگونه خسارت مالی نشأت گرفته از سایر مواد رادیواکتیو یونیزه شده که به وسیله سایر منابع رادیواکتیو داخل تأسیسات خارج و منتشر شده است را، مقرر نموده باشد. (ماده k(I) کنوانسیون وین) یکی از نواقص و ایرادات وارد بر دو کنوانسیون مزبور، ارائه تعریف ناقص و محدود از خسارت اتمی است زیرا لفظ خسارت در این اسناد صرفاً خسارات مالی و جسمانی (هرگونه خسارتی که براساس قانون دادگاه صالح قابل جبران است) را شامل می‌شود و سایر اقسام خسارات از دامنه شمول آن خارج‌اند.^۳

۱- لسکینی، ریبا، مباحثی از حقوق تجارت بین‌الملل، چاپ اول، تهران، نشر دانش آموز وابسته به مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ۱۳۷۱، صفحه ۲۲۷.

۲- کاترزیان، حقوق مدنی: الزامات خارج از قرارداد (ضمنان قهوی)، جلد اول، چاپ هفتم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۶، صفحه ۲۲۲.

3- McRae Ben. 2007. The convention supplementary compensation for nuclear damage: catalyst for a global nuclear liability regime. Journal of Nuclear Law Bulletin, 79: p. 25.

لذا به منظور رفع نواقص مذکور و به تبع وقوع حادثه چرنوبیل، در سال ۱۹۹۷ پروتکل اصلاح کنوانسیون وین با ارائه تعریف جامعی از خسارت هسته‌ای، قلمرو خسارت هسته‌ای را وسعت بخشید. پروتکل مزبور در ماده (k)(۲) مقرر می‌دارد: «خسارت هسته‌ای عبارت است از تلفات جانی و صدمات جسمی و تلف یا خسارت به اموال و هر یک از موارد ذیل البته با حدودی که قانون عام دادگاه صالح رسیدگی کننده تعیین نموده باشد:

- ۱- خسارت اقتصادی ناشی از زیان حاصل از مرگ یا آسیب جسمانی یا اتلاف مال یا خسارت به آن، تا آن جایی که جزء دو خسارت فوق نباشد.
- ۲- هزینه‌های اقدامات بازسازی محیط زیست تخریب شده، مگر این که چنین تخریبی جزئی باشد، چنانچه چنین اقداماتی در عمل اتخاذ شد، یا قرار است اتخاذ شود و تا آن جایی که جزء خسارات جانی و مالی قید نشده باشد.
- ۳- هزینه‌های عدم النفع ناشی از نفع اقتصادی در هرگونه استفاده یا بهره‌مندی از محیط زیست، که در نتیجه تخریب قابل ملاحظه محیط به وجود آمده و تا آن جایی که جز خسارات جانی و مالی نشده باشد.
- ۴- هزینه‌های اقدامات پیشگیرانه و خسارات و آسیب‌هایی که در نتیجه این پیشگیری به وجود آمده است.
- ۵- هر نوع خسارت اقتصادی دیگر، غیر از مواردی که به جهت تخریب محیط زیست به وجود آمده است.»

بر اساس تعریف مذکور پروتکل اصلاح کنوانسیون وین به دول عضو اجازه داده است که زیان‌های وارده بر محیط زیست، خسارت‌های ناشی از اقدامات پیشگیرانه و اقداماتی که برای ترمیم خسارت‌های محیط زیست صورت می‌گیرد، خسارات اقتصادی ناشی از خسارت شخصی و خسارت مالی و خسارت عدم‌النفع ناشی از عدم امکان استفاده و بهره‌برداری از محیط زیست را نیز در قلمرو خسارت قابل جبران، تلقی نمایند.^۱

در کنوانسیون جبران تکمیلی خسارت (۱۹۹۷) نیز عیناً همان تعریف مندرج در پروتکل اصلاح کنوانسیون وین (۱۹۹۷) تکرار شده است در حقیقت کنوانسیون جبران تکمیلی خسارات به واسطه برشمردن پنج قسم خسارت که مرتبط با آسیب محیط زیست و اقدامات پیشگیرانه و زیان‌های اقتصادی که می‌بایست توسط قانون دادگاه صالح تخمین زده شود، تعریف خسارت اتمی را بهبود بخشیده است.

در سال ۲۰۰۴ پروتکل اصلاح کنوانسیون پاریس نیز مفهوم خسارت هسته‌ای را به موارد خسارات محیط زیست و خسارات اقتصادی توسعه داد. منتها تعریف مذکور از دو جنبه با تعریف خسارت هسته‌ای در کنوانسیون جبران خسارت تکمیلی و پروتکل اصلاح کنوانسیون وین متفاوت است:

نخستین تفاوت عبارت است از این که تعریف خسارت اتمی ماده (۵)(vii) از کنوانسیون اصلاحی پاریس واژه «مستقیم» را شامل می‌شود که هدف از تصریح واژه مذکور، مشخص و محدود نمودن نفع اقتصادی است که تحت تأثیر تخریب محیط زیست واقع شده است. واژه مذکور در تعریف ارائه شده در کنوانسیون جبران خسارت تکمیلی وجود ندارد و به آن اشارهای نشده است. در حقیقت به کار بردن لفظ مستقیم در تعریف خسارت هسته‌ای، تلاشی

1- Dussart Desart Roland. 2005. The reform of the Paris convention on third party liability in the field of nuclear energy of the Brussels supplementary convention an overview of the main features of the modernization of the two convention. Journal of Nuclear Law Bulletin 75 : 13.

است جهت فراهم نمودن راهنمایی، که دادگاه با عنایت به آن حدود و شمول خساراتی که می‌بایست تحت پوشش قرار گیرد راه بررسی می‌نماید به عبارت دیگر اتخاذ تصمیم در مورد این پرسش که آیا خسارت هسته‌ای وارده به زیان دیده، قابل جبران است یا دورتر است از آن چه که تحت پوشش قرار گیرد، برعهده دادگاه است. اختلاف دیگر که از حیث تعریف خسارت اتمی میان کنوانسیون‌های نامبرده موجود است عبارت است از این که تعریف ارائه شده در کنوانسیون جبران خسارت تکمیلی صراحتاً قسم دیگری از خسارات را نیز داخل در قلمرو تعریف خسارت هسته‌ای می‌نماید:

«هر گونه خسارت اقتصادی دیگر به غیر از آن چه به سبب تخریب محیط زیست به وجود آمده در صورتی که توسط قانون عام در حوزه مسؤلیت مدنی دادگاه صالح اجازه داده شود» در حالی که تعریف خسارت اتمی در پروتکل اصلاح کنوانسیون پاریس این قسم از خسارت‌ها را شامل نمی‌شود و این عدم شمول می‌تواند قلمرو خسارت‌ها و زیان‌ها که احتمال رسیدگی به آن‌ها به وسیله دادگاه صالح وجود دارد را محدود نماید.

بنابر توضیحات فوق، تعریف خسارت هسته‌ای در کنوانسیون جبران خسارت تکمیلی و پروتکل اصلاح کنوانسیون وین، کامل‌تر بوده و برای دادگاه عرصه وسیع‌تری را جهت ارزیابی و محاسبه خسارت اقتصادی فراهم می‌نماید.

کشورهای عضو کنوانسیون جبران خسارت تکمیلی ملزم به رعایت تعریف خسارت هسته‌ای در کنوانسیون مذکور می‌باشند حتی در مواردی که به کنوانسیون‌های پاریس، وین و پروتکل اصلاح کنوانسیون پاریس نیز متعهد باشند.^۱

۳- وجود رابطه سببیت

سومین رکن از ارکان مسؤلیت مدنی، وجود رابطه سببیت میان فعل زیانبار و زیان وارده به متضرر است. اثبات رابطه علیت از یک قاعده عقلی و منطقی نشأت می‌گیرد که بر مبنای آن هر شیء نیازمند علتی است که مقدم بر معلول، وجود داشته است.^۲

لذا صرف ارتکاب فعل نامشروع، مسؤلیت به جبران خسارت را متوجه مرتکب نمی‌نماید. زیرا عرف و سیره عقلا، شخص را فقط مسؤول جبران خسارتی می‌داند که ناشی از فعل اوست. در حقوق ایران، مقنن ضرورت برقراری رابطه علیت میان فعل زیانبار و زیان‌های وارده را که از مواد یکم و دوم قانون مسؤلیت مدنی مستفاد می‌شود به عنوان یک قاعده کلی پذیرفته و موارد عصب و در حکم عصب را به عنوان استثنائاتی بر قاعده مزبور معرفی می‌نماید. (مواد ۳۱۰، ۳۱۱، ۳۱۵ و ۳۳۱ قانون مدنی).

مسؤولیت مدنی هسته‌ای از قاعده فوق مستثنی نبوده و صرف اثبات وقوع حادثه اتمی و ورود خسارت هسته‌ای به متضرر برای توجیه دعوی مسؤولیت هسته‌ای کفایت نمی‌کند بلکه بایستی وجود رابطه سببیت میان حادثه هسته‌ای مربوط به تأسیسات اتمی و ورود ضرر احراز گردد.

در کنوانسیون‌های بین‌المللی مسؤولیت هسته‌ای بر ضرورت وجود رابطه سببیت به منظور تحقق مسؤولیت بهره‌بردار تأسیسات اتمی است تأکید شده است. چنان که کنوانسیون پاریس، مقرر می‌دارد: «پس از اثبات این که آسیب یا از دست دادن (که از آن تحت عنوان خسارت یاد می‌شود) به وسیله حادثه اتمی در تأسیسات اتمی یا آمدن

1- McRae Ben, 2007. The convention supplementary compensation for nuclear damage: catalyst for a global nuclear liability regime. Journal of Nuclear Law Bulletin, 79 p.25.

۲- یزدانیان، علیرضا، حقوق مدنی - قلمرو مسؤولیت مدنی، چاپ اول، تهران، نشر آریستون، ۱۳۷۹، صفحه ۱۴۲.

مواد هسته‌ای از چنین تأسیسات اتمی، به وجود آمده است، به جز مورد مندرج در ماده ۴ بهره‌بردار تأسیسات اتمی مسؤؤل خواهد بود.» (ماده (۲)(ii)(a) کنوانسیون پاریس)

و نیز در کنوانسیون ۱۹۶۳ وین تصریح شده است: «بهره‌بردار تأسیسات اتمی بایستی بری خسارت هسته‌ای مسؤؤل باشد البته پس از اثبات این که چنین خسارتی به وسیله حادثه اتمی در تأسیسات اتمی بهره‌بردار یا حادثه‌ای اتمی در جریان آمدن مواد هسته‌ای از تأسیسات خاص و یا حادثه‌ای اتمی که متشکل آن در تأسیسات اتمی بهره‌بردار می‌باشد رخ داده باشد.» (ماده II-a).

بر مبنای مفاد اسناد فوق بایستی میان تأسیسات هسته‌ای خاص و حادثه معین و خسارت وارنده، رابطه علیت موجود باشد. اثبات رابطه سببیت بر عهده مدعی غرامت است لیکن کنوانسیون‌های مسؤولیت هسته‌ای، این مسأله را به قانون دادگاه ذی صلاح احاله کرده‌اند لذا دول بایستی در راستای احراز رابطه سببیت قانون داخلی را ملاک عمل قرار دهند.^۱

چنانچه در بحث از حادثه اتمی مطرح شده، اثبات حادثه هسته‌ای موجب مسؤولیت مدنی با دشواری‌هایی همراه است که این دشواری‌ها در باب اثبات رابطه سببیت به نحو برجسته‌تری عیان می‌شود این امر را بایستی در ویژگی‌های خاص خسارات هسته‌ای که عبارت‌اند از نوع خسارات و گستردگی بعد آن، جستجو کرد. به عنوان مثال، خسارات جسمی که در نتیجه تابش اورانیوم یا ترکیبات اورانیوم به بدن انسان به وجود می‌آیند، ممکن است در مدت کوتاهی ظاهر شوند یا ممکن است ظهور آن تا چندین سال به تأخیر افتد که در حالت دوم، اثبات رابطه سببیت توسط زیان‌دیده دشوار به نظر می‌رسد زیرا وی از یک سو منظم به اثبات رابطه علی و معلولی میان خسارت و حادثه اتمی است و از سوی دیگر بایستی ثابت کند که حادثه اتمی ناشی از تأسیسات اتمی خاص بوده است و تحقق این امر در گرو آگاهی علمی و فنی زیان‌دیده نسبت به مسائل اتمی است در حالی که اکثر زیان‌دیدگان از چنین اطلاعاتی بی‌بهره بوده و لذا با مشکلات اثبات رابطه علیت مواجه هستند و این مشکلات در مسأله تعدد اسباب در موضوعات اتمی مشهودتر می‌گردد زیرا در پارهای موارد چند حادثه اتمی منجر به وقوع یک خسارت اتمی می‌شوند لیکن تعیین این که خسارت از کدام حادثه ناشی شده دشوار می‌نماید و این دشواری زمانی تشدید می‌شود که یک حادثه اتمی و یک حادثه غیر اتمی سبب بروز خسارت شوند و این پرسش به ذهن متبادر می‌شود که آیا فرض اخیر تابع نظریات عمومی در باب تعدد اسباب است (نظریه برابری اسباب، نظریه آخرین سبب، نظریه سبب مقدم در تأثیر، نظریه سبب متعارف و نظریه تشخیص میزان تأثیر هر یک از اسباب) یا حل آن مستلزم راهکار خاصی می‌باشد؟^۲

در پاسخ به این پرسش کنوانسیون ۱۹۶۰ پاریس در مقام معرفی یک قاعده استثنایی مقرر می‌نماید: «در مواردی که خسارت یا تلف مشترکاً به وسیله یک حادثه هسته‌ای و یک حادثه غیر هسته‌ای، محقق شود، آن قسمت از خسارت یا تلف که توسط حادثه غیر هسته‌ای به وجود می‌آید، بایستی به اندازه و میزانی که به طور معقول، قابل تفکیک از خسارت یا تلف ناشی از حادثه اتمی نیست، به عنوان خسارت ناشی از حوادث هسته‌ای در نظر گرفته شود.» (b) کنوانسیون پاریس) مفاد ماده فوق در ماده ۴ کنوانسیون وین در خصوص مسؤولیت مدنی در قبال

1- Stober Carlton, Bear Alec, Pelzer N orbert, Tonhauser Wolfram. 2803. Handbook on Nuclear law. first edition, Vienna: International Atomic Energy Agency, P111.

۲- اسکپنی، ریسا، مباحث از حقوق تجارت بین الملل، چاپ اول، تهران، نشر دانش آموز ولسته به مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ۱۳۳۱، صفحه ۲۵۰.

خسارات هسته‌ای انعکاس یافته است: «زمانی که هر دو خسارت اتمی و غیر اتمی به وسیله یک حادثه اتمی یا مشترکاً به وسیله یک حادثه اتمی و یک یا چند واقعه دیگر، محقق شود، چنین خساراتی بایستی به میزانی که به طور معقول قابل تفکیک از خسارت اتمی نیستند، به عنوان خسارت اتمی که از حادثه اتمی ناشی شده در نظر گرفته شود.» (۴) (IV کنوانسیون وین)

بر مبنای کنوانسیون‌های یاد شده، هر گاه علل اتمی و غیر اتمی، متفقاً سبب ورود خسارت شده باشند و تفکیک علل اتمی از غیر اتمی مقدور و میسر نباشد، تمام خسارت وارده، ناشی از اسباب اتمی فرض می‌شود. قاعده مزبور به علت سادگی و تسهیل وظیفه دادرس در تعیین سبب مسؤول، مورد حمایت و استقبال برخی دول واقع شده و قوانین داخلی برخی از دولت‌ها این روش تعیین سبب زیان را از کنوانسیون‌های نام برده، اقتباس نموده‌اند.

برخی نیز صرفاً به لازم‌الاجرا بودن قوانین اتمی داخلی در خصوص خسارات ناشی از حوادث اتمی، اشاره نموده‌اند. در حالت اخیر، دادرس می‌بایست تأثیر سبب اتمی در بروز خسارت را تعیین نماید و تحقق این امر با توسل به نظریات مطروحه در باب تعدد اسباب، میسر خواهد بود.

نظر به این که بر مبنای حقوق سنتی اثبات سهم هر یک از اسباب در تحقق زیان، بر عهده زیان‌دیده است لذا کنوانسیون‌های بین‌المللی مسؤولیت هسته‌ای با معرفی قاعده یاد شده، متضرر را از این دشواری‌ها رها کرده و راه حل نوینی در زمینه تعیین سبب مسؤول از میان اسباب متعدد، در اختیار دادرس قرار می‌دهند.

لیکن از آن‌جا که بر مبنای قاعده یاد شده، هیچ‌گونه مسؤولیتی متوجه علت غیر اتمی نخواهد بود بایستی آن را به عنوان یک استثناء بر قواعد عمومی مسؤولیت مدنی معرفی نمود و با عنایت به استثنایی بودن ماهیت آن، به تفسیر مضیق و اجرای آن در موارد محدود، اقدام نمود تا علت غیر اتمی بیپرده از جبران خساراتی که به بار آورده، معاف نگردد، شایان ذکر است که قاعده مزبور فاقد هر گونه توجیه حقوقی است شاید بتوان آن را به دلیل خصایص ویژه و گاه خطرناک انرژی هسته‌ای توجیه نمود.^۱

از دیگر قواعد کنوانسیون‌های بین‌المللی مسؤولیت هسته‌ای در خصوص تعدد اسباب فرضی است که یک حادثه اتمی تحت شمول کنوانسیون و انتشار (خروج) پرتوهای یونساز خارج از شمول کنوانسیون، مشترکاً منجر به بروز خسارت اتمی گردند که در این صورت بر مبنای کنوانسیون پاریس (ماده ۳(b)) و کنوانسیون وین، (ماده ۴) (IV) مقررات و مفاد مندرج در کنوانسیون‌های نامبرده بر مسؤولیت شخصی که مسؤول خروج پرتو یونساز می‌باشد، تأثیری نخواهد داشت لذا شخص نامبرده بر مبنای قواعد عام مسؤولیت مدنی، مسؤول تدرک و ترمیم زیان‌های وارده خواهد بود و میزان مسؤولیت وی صرف‌نظر از میزان مسؤولیت بهره‌بردار که تابع کنوانسیون‌هاست، تعیین می‌گردد و در فرض مزبور شناسایی بهره‌بردار به عنوان مسؤول جبران خسارات ناشی از حادثه اتمی، سبب معافیت شخص مسؤول خروج پرتو یونساز از مسؤولیت، نخواهد شد. ■

۱- اسکینی، ربیعا، مباحثی از حقوق تجارت بین‌الملل، چاپ اول، تهران، نشر دانش آموز وابسته به مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ۱۳۴۱، صفحه ۲۵۱.

آشنایی با نهاد حقوقی تایم شرینگ

مریم نصر اصفهانی

درآمد

یکی از نهادهای حقوقی که در سال‌های اخیر در حقوق ایران مطرح گشته و به خصوص در صنعت توریسم و فعالیت‌های هتلداری، مورد استفاده قرار می‌گیرد: **Timesharing** است. استفاده از این تأسیس، تنها منحصر به اماکن تفریحی نیست و از آن می‌توان در مورد زمین‌های کشاورزی و یا حتی اموال منقول چون کشتی‌ها، قایق‌ها و خودروهای تفریحی، یا برخی تجهیزات گران قیمت بهره‌مند شد. (۱) این اصطلاح را به فارسی «مالکیت زمانی»، «مشارکت زمانی»، «استفاده ادواری» و «بیع زمانی» نیز ترجمه نموده‌اند.

پیشینه

تایم شرینگ، در اواسط دهه ۱۹۶۰ در اروپا به وجود آمد و در سال ۱۹۶۹ در آمریکا مطرح شد. عده‌ای معتقدند که فکر مشارکت زمانی را یک مقاطعه‌کار انگلیسی در اسپانیا مطرح کرده است اما برخی دیگر بر این باورند که نخستین بار مشارکت زمانی در سال ۱۹۶۵ در یک پایگاه ورزش زمستانی، واقع در کوه‌های آلپ فرانسه آغاز شد. در آن‌جا شعارهایی مطرح می‌شد که ترجمه آزاد آن این است: چرا یک اتاق رزرو می‌کنید؟ اگر هتل را بخرید ارزانتر است. (۲، ۳، ص ۱۵۴) هم‌اکنون کشور اسپانیا در صدر کشورهای قرار دارد که در آن، از این قرارداد به وفور استفاده می‌شود. (۳، ص ۱۵۴) بنابراین برخلاف نظر گروهی که ادعا می‌کنند تایم‌شرینگ یا مالکیت زمانی از قدیم‌الایام در ایران مرسوم بوده است و نمونه آن را تقسیم کردن آب در مزارع، براساس ساعات شبانه روز می‌دانند؛ (۴، ص ۱۵۸، ۵، ص ۱۲۵) تایم‌شرینگ، پدیده‌ای نوظهور است که سابقه آن به بیش از چند دهه نمی‌رسد. در واقع، تقسیم آب در زمین‌های کشاورزی، براساس ساعات شبانه روز، که ممکن است برای هر زمین مزروعی، حق استفاده روزانه یک ساعت از آب، در نظر گرفته شود، نمونه‌ای روشن از مهیایات زمانی^۱ می‌باشد که همواره در کتب فقها و حقوقدانان، به عنوان مثالی برای این گونه از مهیایات یاد شده است.

کارشناس ارشد حقوق خصوصی و وکیل دادگستری.

۱- تقسیم منافع مشاع و به عبارت صحیح‌تر، تقسیم انتفاع از اموال مشترک در اصطلاح فقهی، مهیایات نامیده می‌شود. مهیایات، بر اساس ملاحظه عوامل زمن و مکان به دو صورت انجام می‌پذیرد؛ گاهی منافع مشاع به حسب زمان انتفاع، تقسیم می‌شوند که به آن «مهیایات زمانی» می‌گویند. مانند این‌که، وسیله نقلیه موضوع انتفاع را هر روز یکی از شرکا استفاده کند و گاهی، تقسیم منافع بنا بر مکان و بر اساس اجزای مال مشاع صورت می‌پذیرد که در این صورت آن را «مهیایات مکانی» می‌نامند. مثل این‌که، هر شریک، در یکی از اتاق‌های خانه به طور مستقل ساکن شود.

در فرهنگ حقوقی Black در ذیل این واژه آمده است: «تایم‌شرینگ، عموماً در املاک مشاعی که مخصوص گذران اوقات فراغت هستند؛ متداول است و بر طبق آن، چند مالک مستحقاق می‌یابند که برای مدت معین در هر سال، از آن مال استفاده کنند (مثلاً یک هفته در هر سال)». (۶ ص ۲۱۱) تعاریف دیگری نیز از قرارداد تایم‌شرینگ ارائه شده است:

- ۱- تایم‌شرینگ، نهاد حقوقی است که به موجب آن اشخاص می‌توانند از عین یا منفعت مالی به طور ادواری و در زمان‌های معینی برای مدتی نامحدود یا برای مدتی تعیین شده و طولانی استفاده کنند. (۱)
- ۲- قانون ایرلند، تایم‌شرینگ را قراردادی می‌داند که برای حداقل سه سال منعقد شود و براساس آن، در مقابل پرداخت مبلغی مقطوع، حق مالکیت و حقوق مرتبط با استفاده از مالی غیرمنقول، برای دوره‌ای مشخص از سال مستقر شود. (۳ ص ۱۶۱)

ملاحظه می‌شود که تایم‌شرینگ بر طبق تعریف فرهنگ حقوقی Black، چیزی جز مهیایات به نحو زمانی نیست. یعنی؛ چند مالک که به صورت مشاع، در ملکی شراکت دارند؛ به دلیل آن که نمی‌توانند یا نمی‌خواهند به طور هم‌زمان، از آن استفاده کنند؛ منافع را به صورت زمان‌بندی شده، بین خود تقسیم می‌کنند. مثلاً هر یک از آنان، به مدت یک ماه یا یک فصل در سال، ملک موضوع اشاعه را در اختیار گرفته و آن را مورد استفاده شخصی قرار داده یا به اجاره غیر واگذار می‌کند. بنابراین، در این صورت، مالکیت مالکان، به صورت مشاع بوده و تنها حق انتفاع از ملک، به صورت زمان‌بندی شده تقسیم شده است. ویلاهای فروخته شده توسط بعضی شرکت‌های ساختمانی، به همین روش واگذار شده‌اند. (۷) ناگفته نماند که این برداشت، با یکی از اقسام شناخته شده تایم‌شرینگ، در حقوق انگلستان، (که در واقع خاستگاه این نهاد حقوقی نیز به شمار می‌رود) مطابقت دارد. زیرا در حقوق این کشور، تایم‌شرینگ، می‌تواند به صورت دارا شدن منفعت برای دوره یا زمان معین، همراه با دارا شدن عین بدون محدودیت زمانی باشد. به عبارت واضح‌تر، در این نوع، مالکان به عنوان شرکای مشاع شناخته می‌شوند و هر کدام بر کل مال، مالکیت دارند. لذا، برای استفاده از این مال مشاع، مالکان توافق می‌نمایند که هر کدام، برای زمان مشخصی از منافع مال بهره‌برند. البته در این حالت، افراد برای تصرفات مادی در مال، نیاز به اذن سایر شرکا دارند. به همین جهت، در قراردادهای انتقال، شرط می‌شود که هر یک از مالکان، به سایرین، اذن تصرف مادی در مال را، در مدت زمان اختصاصی معینی که حق استفاده از منافع را دارد، اعطا کند. (۸ ص ۴۶)

اما اگر تایم‌شرینگ را به این مفهوم تصور کنیم، که هر کدام از مالکان، در مدت مشخصی از سال، مالک تمام عین باشند و با اتمام آن مدت، مالکیت عین به دیگری منتقل شود و این ترتیب، هر ساله یا چند ساله تکرار شود؛ ماهیت آن با مهیایات تمایز می‌یابد. (۹) در واقع، در این فرض، مالکیت افراد به صورت موقت و زمانی است. یعنی مالکیت عین بر اساس زمان، تقسیم شده است؛ نه حق انتفاع از آن. مثلاً، مالکیت یک آپارتمان، برای مدت ۱۵ روز در سال، الی‌الابد به شخصی واگذار می‌شود و هر کدام از مالکان دوره‌ای، در زمان اختصاصی یافته به خود، مالک عین سوئیت به طور اختصاصی، می‌شوند. این نوع با تعریف قانون مدنی ایرلند از مهیایات منطبق است. گاهی نیز منفعت محل سکونت مورد بحث، با همان دوره زمانی ۱۵ روز، فرضاً به مدت ۳۰ سال به شخص واگذار می‌شود. حالت اخیر در حقوق ایران، بدون شک به عنوان عقد اجاره تحلیل می‌شود. (۱)

زمان مالکیت و استفاده هر مالک در قرارداد تایم شرینگ به سه روش انجام می‌پذیرد: هفته ثابت، هفته شناور و هفته چرخشی. در مشارکت زمانی به روش هفته ثابت، زمان مالکیت هر مالک در طول سال، ثابت بوده و هر سال تکرار می‌گردد. مثلاً هفته دوم ماه فروردین هر سال، متعلق به یک مالک می‌باشد و وی تنها در طول این مدت، حق استفاده از مال را داراست. در روش هفته ثابت، محدودیت زمانی برای خریدار و فروشنده ایجاد می‌گردد. روش هفته چرخشی، در واقع نوع اصلاح شده روش هفته ثابت است. بدین صورت که برای رفع مشکل ارزش متفاوت هفته‌ها در سال، هر مالک در هر سال، چهار هفته (۲۸ روز) مشخص را استفاده می‌کند. مثلاً اگر امسال، هفته دوم ماه فروردین معین شود، سال بعد، به هفته دوم اردیبهشت تبدیل می‌شود. در واقع خریدار در طول مشارکت خود همه هفته‌های ماه‌های سال با ارزش‌های مختلف را تجربه می‌کند. در روش «هفته شناور» هر شخص، حق استفاده از یک چهار هفته (۲۸ روز) را در سال دارا می‌باشد. زمان این هفته‌ها، به صورت آزادانه، در یک برهه زمانی خاص قبل از استفاده معین می‌شود. (۲)

نهادهای حقوقی مشابه

از آن جا که بسیاری از فقهاء مالکیت موقت را امری نامشروع و نادرست دانسته^۱ و تحدید و تقیید مالکیت به زمان را نپذیرفته‌اند، (ع ۶ ص ۲۶۰) برخی شرکت‌های ایرانی برای انطباق مشارکت زمانی در فعالیت‌های توریستی از شیوه‌های مشابهی استفاده نموده‌اند که اگرچه از نظر عنوان و قالب قرارداد، تفاوت بسیاری با قرارداد تایم شرینگ دارند، اما در عمل، نتایج و آثار مشابهی را به دنبال دارند. (ع ۶ ص ۲۵۳ تا ۲۵۵)

بیع مشاع به شرط مهیایات

از جمله شرکت‌هایی که در سال‌های اخیر از این شیوه برای تقسیم منافع املاک خود بهره گرفته‌اند؛ شرکت «مجمع‌های توریستی و رفاهی آبادگران ایران» و «شرکت نگین سامان زاینده رود» (۷) می‌باشند. این شرکت‌ها، ویلاهای متعلق به خود را به صورت بیع مشاع مشروط به مهیایات به مشتریان خود به فروش رسانده‌اند. شرکت مجمع‌های توریستی و رفاهی آبادگران، هریک از ویلاهای خود را به صورت مشاع به پنجاه و دو نفر به تعداد هفته‌های سال به فروش رسانده و در ضمن عقد بیع، شرط نموده است که هریک از مالکان مشاع، در هفته مشخصی از سال، حق انتفاع از ویلا را داشته باشند. در قرارداد شرکت مزبور، پس از ذکر نام خریدار و فروشنده چنین آمده است: «مورد معامله، یک پنجاه و دو مشاع از کل شش دانگ ویلای شماره... از مجموعه ۲۲ ویلای مجمع آبادگران واقع در ساحل جزیره کیش به پلاک ثبتی... که موقعیت دقیق آن روی نقشه تعیین و به رویت خریدار و امضای طرفین رسیده است». در همین قرارداد، به عنوان یکی از شرایط ضمن عقد آمده است: «خریدار با آزادی کامل و با آگاهی از شرایط و ضوابط زمانی و مکانی و با توجه به تفاوت قیمت ویلا در هفته‌های سال، هفته... سال را جهت استفاده از ویلا انتخاب نمود. خریدار، حق استفاده از بقیه ایام سال را از خود سلب نمود و هیچ‌گونه حقی در بقیه ایام سال در استفاده از این ویلا نخواهد داشت».

۱- فقهایی چون، آیت‌الله محمد یزدی، بیع زمانی و محدود نمودن مالکیت اعیان به مدت معینی در سال را یک معامله صحیح عقلایی دانسته‌اند.

یکی از شیوه‌های دیگر که در آن، منافع عین به صورت زمان‌بندی شده مورد استفاده قرار می‌گیرد؛ قرارداد صلح منافع است. طبق این قرارداد، شخصی که مالک عین است مالکیت عین را به مشتریان منتقل نمی‌کند، بلکه صرفاً منافع عین مورد نظر را به چند نفر از طریق عقد صلح، انتقال می‌دهد.

به عنوان مثال شخصی که مالک ویلا یا آپارتمان است منافع ملک خود را به دوازده نفر به صورت صلح معوض منتقل می‌کند، به گونه‌ای که هر یک از آن‌ها در برابر وجهی، منافع یک ماه در سال آن ملک را مالک می‌شود. چنین صلحی در واقع، نتیجه عقد اجاره را به دنبال دارد؛ یعنی همان گونه که در اجاره، عین در مالکیت موجر باقی مانده و منافع آن در مدت معین به مستأجر تملیک می‌شود؛ در عقد صلح مورد نظر نیز، منافع عین به صورت زمان‌بندی شده به صلح‌کنندگان انتقال می‌یابد. بدین ترتیب، آنان سهم و بهره‌ای از عین مال ندارند و تنها در مدت زمان معین، مالک منافع آن می‌شوند.

این شیوه، در سال‌های اخیر مورد عمل بعضی شرکت‌ها قرار گرفته است که از آن جمله می‌توان از «شرکت نارنجستان زیبای شمال» نام برد. شرکت مزبور در عوض این که منافع هر اتاق یا سوئیت را به صورت روزانه به افراد واگذار و مال الاجاره دریافت کند، منافع اتاق‌ها و سوئیت‌ها را به صورت قطعی و برای مدت یک ماه در سال با انعقاد عقد صلح منافع منتقل کرده است. متصالحان در مدتی که مالک منافع هستند؛ می‌توانند شخصاً از آن منتفع گردند یا به دستور آنان، منافع به دیگران واگذار و مال الاجاره دریافتی به متصالحان پرداخت شود. ■

منابع

- ۱- مالکیت اجاری نیازمند قانون و آیین‌نامه است. قابل دسترسی در: [online]<<http://www.islamdatory.net>>[1385/5/21]
- ۲- مالکیت زمانی در گردشگری، قابل دسترسی در: <http://www.iranbaharestan.com>[online]
- ۳- تقی زاده انصاری، مصطفی، قرارداد بیع زمانی، اندیشه‌های حقوقی، شماره نهم، بهار و تابستان ۱۳۸۵.
- ۴- بینایی، ابیاصلت، «تایم شرینگ»، مجله کانون وکلای مرکز، شماره ۱۸۸ و ۱۸۹، بهار و تابستان ۱۳۸۴.
- ۵- قدس گویا، فرید، «مالکیت زمانی»، مجله کانون وکلای مرکز، شماره پیاپی ۱۷۷، تابستان ۱۳۸۱.
- ۶- شریعتی، سعید، «بیع زمانی»، مجله فقه اهل بیت، شماره ۲۶، ۱۳۸۴.
- ۷- مالکیت زمانی، قابل دسترسی در: [online]<<http://www.neginsa.com/images/vila09>>
- ۸- انصاری، اعظم، «بررسی تطبیقی تایم شرینگ در حقوق ایران و انگلیس»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شیراز، ۱۳۸۳.
- ۹- نظریه شماره ۷/۵۰۳۲۰ اداره حقوقی دادگستری مورخ ۱۳۷۵.

تأثیر تحریم‌های هسته‌ای بر روش‌های پرداخت بین‌الملل

محسن اسدی

چکیده

امروزه در حوزه تجارت اشخاص هنگام خرید کالا برای پرداخت ثمن آن از روش‌های متفاوتی استفاده می‌نمایند. ز جمله این روش‌ها در حوزه تجارت داخلی می‌توان به پرداخت نقدی، پیش‌پرداخت و... اشاره کرد. همانند تجارت داخلی در تجارت بین‌الملل برای پرداخت‌ها روش‌هایی ز جمله پیش‌پرداخته پرداخت بر روی حساب باز، اعتبارات اسنادی و... وجود دارد. اما در کشور ما پس از افزایش تحریم‌ها شیوه‌های پرداخت ثمن در رولپت بین‌المللی دچار مشکلات عدیده‌ای گردید. از جمله این که تجار مجبور به پرداخت پول بیشتری به عنوان پیش‌حتم تا ۷۰ درصد کل مبلغ قرارداد هستند و یا از شیوه‌های دیگری همچون حواله استفاده می‌نمایند که متضمن ریسک و خطرات بالایی برای فعالیت‌های اقتصادی کشور می‌باشد.

واژگان کلیدی: تحریم، بین‌الملل، ثمن، تجارت

مقدمه

به‌طور کلی در حوزه تجارت بین‌الملل همچون تجارت داخلی روش‌های مختلفی به منظور پرداخت ثمن یک کالا وجود دارد. طرفین در یک قرارداد غالباً به دنبال منافع خود هستند و هر کدام در پی آنند که زودتر به آنچه مطلوب ایشان است، برسند. در نتیجه هر کدام از طرفین در قرارداد فی‌مابین در پی تصریح و گنجانیدن مواد و تبصره‌هایی هستند تا بتوانند اهداف آن‌ها را محقق سازد. با این حال در تجارت داخلی مشکلات و پیچیدگی‌های کمتری نسبت به تجارت بین‌المللی وجود دارد؛ زیرا در تجارت داخلی طرفین طبق یک قانون داخلی رفتار می‌کنند و اساساً بر قواعدی که در این حوزه اعمال می‌شود تا حدودی آگاهی دارند. البته بیشتر منظور تجار هستند نه افراد عادی، در حالی که در حوزه تجارت بین‌الملل افراد غالباً در معاملات خود با خطرهای مختلفی روبه‌رو هستند. این خطرات عبارت‌اند از:

- زمان و بعد مسافت: یکی از مشکلات اساسی در حوزه تجارت بین‌الملل طولانی بودن مسافت و مشکلات زمانی است؛ زیرا غالباً تا وصول کالا به دست مشتری، ایشان معمولاً اقدام به پرداخت قیمت کالا نخواهد کرد و از این جهت فروشنده باید مدت زمانی را صبر کند. البته امکان پرداخت قیمت از سوی مشتری هست، ولی ایشان باید اطمینان از دریافت و وصول کالا داشته باشد.^۱

کرامرز و کلت و کارشناس ارشد حقوق خصوصی

۱- سماوانی، حشمت‌الله، حقوق معاملات بین‌المللی، چاپ اول، انتشارات ققنوس، تهران، ۱۳۷۷، ص ۹۷.

- **اقدامات دولت:** مشکل دیگر، بحث کارکردهای دولت‌ها در حوزه تجارت بین‌الملل است؛ زیرا دولت‌ها غالباً بر اساس سیاست‌های بین‌المللی و اقتصادی خود، در پاره‌ای اوقات اقدام به اعمال محدودیت‌های مختلف در حوزه صادرات و واردات خواهند کرد که این می‌تواند برای طرفین مشکل‌آفرین باشد.^۱

- **فقدان آشنایی نسبت به حقوق، عادات و رسوم:** یکی دیگر از مشکلات در این حوزه فقدان آشنایی طرفین به قواعد حقوقی و عادات و رسوم است که غالباً وجود دارد. باید گفت اگر مقرر قانونی در این زمینه وجود نداشته باشد می‌تواند مشکلات بیشتری ایجاد کند.

پس از بیان فوق ما قصد داریم بحث را در دوگفتار مورد بررسی قرار دهیم. در ابتدا روش‌های کنونی پرداخت ثمن را که در تجارت بین‌الملل امروزی رایج است، مورد بررسی قرار دهیم و سپس روش‌های پرداخت ثمن را در تجارت بین‌الملل ایران پس از تحریم‌ها بررسی می‌کنیم.

گفتار اول - بررسی روش‌های پرداخت ثمن در تجارت بین‌الملل

به‌طور کلی روش‌های پرداخت ثمن در حوزه تجارت بین‌الملل عبارت‌اند از:

- ۱- پرداخت قیمت کالا از پیش.^۲
- ۲- پرداخت از روی حساب باز.^۳
- ۳- اعتبارات اسنادی.^۴
- ۴- وصول.^۵

۱- روش پرداخت قیمت کالا از پیش یا پیش پرداخت

این روش بدین صورت است که ابتدا خریدار پول کالا را به‌طور کامل و نقداً به فروشنده می‌پردازد و سپس وی اقدام به ارسال کالا می‌نماید. این روش غالباً میان افرادی رایج است که دارای سوابق معاملاتی بسیاری هستند و نوعی اطمینان در روابط آن‌ها موجود است و بر اساس چنین اطمینانی اقدام به استفاده از این شیوه می‌کنند. البته باید گفت که این روش زیاد در حوزه تجارت بین‌الملل رایج نیست به دلیل این که استفاده از آن خطرات زیادی برای خریدار دارد؛ یعنی این که با توجه به پرداخت قیمت کامل کالا از سوی خریدار، ایشان همواره با این خطر مواجه است که فروشنده در ارسال کالا تخلفی کند؛ زیرا ایشان پول را کاملاً داده در حالی که هنوز کالایی برای ایشان فرستاده نشده است. برای استفاده از این روش شرایطی وجود دارد که عبارت‌اند از:

- اطمینان کامل خریدار به فروشنده با توجه به پرداخت کامل ثمن؛
- قواعد مربوط به کنترل ارز، اجازه استفاده از چنین روشی داده باشد؛

۱- همان منبع، ص ۹۷؛ طرم سری، مسعود، حقوق بازرگانی بین‌المللی، چاپ هفتم، شرکت چاپ و نشر بازرگانی، تهران، ۱۳۸۵، ص ۱۲۳؛ نادخواه، محمد رضا، حقوق بازرگانی بین‌المللی، چاپ دوم، انتشارات شهر آفتاب، تهران، ۱۳۸۲، ص ۶۷

2- Payment in advance.
3- Payment on open account.
4- Documentary credits.
5- Collection.

- طرفین معامله باید از قواعد مربوط به صادرات و واردات و این که محدودیتی در این زمینه نیست، آسودگی خیال داشته باشند؛
- بالا بودن قدرت و توان مالی خریدار؛
- دیگر این که پرداخت نباید خیلی بالا باشد؛ زیرا در صورت بالا بودن میزان ثمن خطرات بیشتری خریدار را تهدید خواهد کرد.

۲- روش پرداخت روی حساب باز^۱

این روش کاملاً برعکس روش پیش‌پرداخت است. در این روش فروشنده است که در ابتدا و بدون دریافت ثمن از خریدار کالا را برای وی می‌فرستد و این در حالی است که خریدار بابت ارسال کالا از سوی فروشنده پولی را به وی پرداخت نمی‌کند و خریدار پس از دریافت کالا پول را می‌فرستد. این روش غالباً میان کسانی رایج است که روابط تجاری قدیمی یا هم‌درنده؛ زیرا نیازمند اطمینان بالایی است. پس معامله حساب باز عبارت است از فروش کالا بر روی اعتبار خریدار بدون آن که تأمین خاصی اخذ شود. استفاده از این روش در بردارنده شرایط خاصی از جمله: وجود روابط طولانی و اطمینان کافی بین طرفین و عدم وجود محدودیت‌های بین دو کشور می‌باشد.

۲- اعتبارات اسنادی^۲

در حوزه تجارت بین‌الملل، طرفین قرارداد همواره دنبال استفاده از روشی هستند که بتواند حقوق آن‌ها را بهتر تأمین کند؛ یعنی هم منافع فروشنده از جهت اطمینان از حصول قیمت کالا پس از ارسال آن و نیز اطمینان خریدار از دریافت کالا به واسطه پرداخت پول. روشی که می‌تواند حقوق طرفین را تا حدود زیادی تأمین کند، اعتبارات اسنادی است؛ زیرا در رابطه با فروشنده یا صادرکننده خارجی:

اولاً- خطر اندکی برای وی در رابطه با عدم پرداخت بهای کالا دارد، مشروط بر این که به شرایط اعتبار اسنادی عمل کند؛

ثانیاً- پرداخت توسط بانک کشور خودش صورت می‌گیرد؛

ثالثاً- ایشان توانایی وصول پول را پس از بازگیری کالا دارد. از طرفی در رابطه با خریدار یا واردکننده داخلی:

اولاً- توانایی بررسی تطبیق کالا بر اساس قرارداد و این که آیا کالا مطابق با توافق انجام شده است یا خیر را دارد.

ثانیاً- وقتی که صادرکننده پرداخت فوری بعد از بازگیری را تحصیل می‌کند، می‌تواند از بانک اعتبار بگیرد.

ثالثاً- توانایی بر این که ارسال کالا باید در یک مدت زمان معقول صورت گیرد با توجه به زمانی که برای اعتبارنامه بانکی تعیین شده است.

اساساً چرخه اعتبارات اسنادی بدین صورت است که در ابتدا یک خریدار اقدام به سفارش کالا به یک فروشنده

۱- سماواتی، حشمت‌الله منبع پیشین، ص ۱۰۰.

۲- خزایی، حسین، حقوق تجارت بین‌الملل، جلد پنجم، نشر لقون، تهران، ۱۳۸۶، ص ۱۶۶.

خارجی می‌کند. فروشنده خارجی اقدام به ارسال یک پیش‌فاکتور می‌نماید. پس از توافق طرفین مبنی بر انعقاد قرارداد، خریدار از بانک داخلی خود تقاضای گشایش اعتبار برای فروشنده خارجی می‌کند. این بانک که اقدام به گشایش اعتبار کرده است، بانک گشایش‌کننده اعتبار نام دارد. سپس همین بانک به بانک خارجی فروشنده اعلام می‌کند که اعتبار برای فروشنده گشایش یافته است. اگر بانک خارجی صرفاً وظیفه ابلاغ داشته باشد، بانک ابلاغ‌کننده نام دارد ولی چنانچه مثل بانک گشایش‌کننده اعتبار، تضمین مشروط مبنی بر پرداخت بدهد، بانک تأییدکننده نام دارد. پس از این اقدام فروشنده کالای درخواستی خریدار را ارسال می‌کند و پس از ارسال کالا می‌تواند به بانک محل کشور خود رجوع و با ارائه اسناد لازم که باید منطبق با اعتبارنامه باشد می‌تواند ثمن کالا را وصول کند. عدم انطباق اسناد لازم در اعتبارنامه می‌تواند منجر به عدم پرداخت از سوی بانک شود. اعتبارات اسنادی بر دو اصل اساسی استوار است:

- استقلال قرارداد: زمانی که طرفین معامله اقدام به انعقاد قرارداد می‌کنند، شرایط خود را در آن بیان می‌دارند. در این قرارداد شروطی در خصوص زمان گشایش اعتبار، مبلغ مورد نظر، انقضای آن و... درج می‌گردد و بدین وسیله اعتبارنامه با قرارداد اصلی پیوند می‌خورد. با این حال قرارداد اصلی دارای موجودیت مستقل از گشایش اعتبار است و استقلال وجودی خود را حفظ می‌کند. از طرفی در خصوص انقضای مدت اعتبار اسنادی، جنبه استقلالی اعتبارنامه وضوح بیشتری دارد؛ زیرا پس از انقضای مدت بانک ابلاغ‌کننده اعتبار، از قبول اسنادی که توسط فروشنده ارائه می‌شود امتناع خواهد کرد. در این حالت اگرچه کالا تحویل داده شده است و قرارداد بیع پایان یافته، ولی همچنان مندرجات اعتبارنامه بر آن اعمال می‌شود. در این رابطه بند «الف» ماده ۴۶ مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی مقرر می‌دارد: «کلیه اعتبارات اسنادی باید دارای تاریخ سررسید جهت ارائه اسناد به منظور پرداخت، قبولی یا معامله باشد» و نیز ماده ۳ مقرر می‌دارد: «اعتبارات ماهیتاً معاملاتی جدا از قراردادهای فروش و یا سایر قراردادهایی هستند که این اعتبارات مبتنی بر آن‌هاست و قراردادهای مبنای اعتبار به هیچ وجه ارتباطی به بانک‌ها نداشته، تعهدی برای آن‌ها ایجاد نمی‌کند، ولو این که در اعتبار به گونه‌ای اشاره به این قراردادهای شده باشد.» ماده ۴ می‌گوید: «در عملیات اعتبار طرف‌های ذی‌ربط اسناد را معامله می‌کنند نه کالا، خدمات و سایر اعمالی که مرتبط به آن‌ها است».

- اصل انطباق اسناد: تطبیق اسناد لازم با اعتبارنامه یکی دیگر از اصول اعتبارات اسنادی است. اساساً در هنگام گشایش اعتبار در اعتبارنامه قید می‌شود که فروشنده مکلف است اسناد لازم را که در اعتبارنامه قید شده به بانک ارائه و در صورت انطباق کامل با آن، بانک مکلف به پرداخت است در غیر این صورت بانک از پرداخت خودداری خواهد کرد و در صورت تخلف بانک در این زمینه، بانک مسؤول خواهد بود. با این حال بررسی بانک صرفاً یک بررسی ظاهری است و در مورد صحت، جعلی بودن اسناد یا سایر شرایط شکلی غالباً مسؤول نخواهد بود. از طرفی باید گفت که اعتبارات اسنادی انواع مختلفی به قرار ذیل دارد:

۱-۳- اعتبارات برگشت‌پذیر و برگشت‌ناپذیر^۲

الف- اعتبارات برگشت‌پذیر: اعتباراتی است که به خریدار خارجی این امکان را می‌دهد که اعتبار را بدون اجازه فروشنده خارجی اصلاح و یا حتی لغو کند. ماده 60 Ucp بیان می‌دارد که ۱- اعتبارات ممکن است: قابل

۱- شمشیتوفه کلادیوم، حقوق تجارت بین‌الملل، ترجمه بهروز اخلاقی و دیگران، جلد دوم، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۷۸، ص ۱۶۲ ذوقی، محمدصالح، منبع پیشین، صص ۱۹۰ و ۲۰۷.

2- Revocable and irrevocable.

۳- طارم سری، مسعود، منبع پیشین، ص ۱۴۹؛ دالخواه، محمد رضا، منبع پیشین، ص ۱۶۸ ذوقی، محمد صالح، منبع پیشین، صص ۱۹۰ و ۲۰۶؛ شمشیتوفه، کلادیوم، منبع پیشین، ص ۶۰۶.

برگشت یا غیرقابل برگشت باشد بر این اساس کلیه اعتبارات باید به‌طور واضح نمایانگر این باشد که آیا قابل برگشت است یا غیرقابل برگشت، در صورت عدم چنین تصریحی، اعتبار غیرقابل برگشت است. این ماده صراحتاً اصل را بر غیرقابل برگشت بودن اعتبار دانسته است و در صورتی که خریدار بخواهد اعتبار را اصلاح یا لغو کند چنین اختیاری باید در اعتبارنامه به صراحت به وی داده شده باشد. همچنین ماده ۸ ICG بیان می‌دارد: «اعتبار قابل برگشت ممکن است در هر موقع و بدون اطلاع قبلی به ذی نفع، توسط بانک صادرکننده اعتبار، اصلاح یا باطل گردد».

ب- اعتبارات غیرقابل برگشت: این اعتبارات را نمی‌توان اصلاح یا لغو کرد مگر با توافق خریدار، بانک گشایش‌کننده اعتبار، ابلاغ‌کننده/ تأییدکننده و فروشنده. ماده ۹ UCP بیان می‌دارد: اعتبار غیرقابل برگشت موجب تعهد قطعی بر بانک صادرکننده اعتبار می‌باشد. چنین تعهدی بدون توافق با بانک صادرکننده اعتبار، بانک تأییدکننده (در صورت وجود) و ذی نفع قابل تغییر و ابطال نیست. قبول قسمتی از اصلاحات که در یک ابلاغیه واحد آمده است بدون توافق کلیه طرفهای فوق‌الذکر قابل اعمال نمی‌باشد این نوع اعتبارنامه تضمین بیشتری را برای صادرکننده دارد؛ زیرا اگر خریدار تغییر عقیده دهد نمی‌تواند بدون رضایت وی اقدام به تغییر یا لغو اعتبارنامه کند.

۲-۳- اعتبارات دیداری و اعتبارات قبولی^۱

این نوع اعتبارات درگیر استفاده از برتی هستند که عهده بانک صادرکننده ابلاغ‌کننده یا بانک دیگری کشیده شده است. اعتبارات دیداری اعتباراتی است که به‌سنخورد پرداخت برات به رویت یا دیداری بر عهده بانک گشایش‌کننده ابلاغ‌کننده یا بانک دیگری که غالباً به همراه اسناد دیگری که لازم است، تهیه می‌شود. اما اعتبارات قبولی اعتباراتی است که نیازمند صدور برات مدت‌داری از سوی ذی نفع برعهده بانک مشخصی است تا آن را به بانک گشایش‌کننده یا ابلاغ‌کننده بدهد تا پس از قبولی از سوی بانک برانگیر در زمان سررسید مبلغ آن را دریافت کند. اگر اعتبار ابلاغ شده توسط بانک به تأیید بانک برسد، معمولاً این بانک برات را که غالباً به عهده خریدار کشیده می‌شود قبول و مبلغ آن را در سررسید پرداخت خواهد کرد و در نتیجه بانک گشایش‌کننده را به میزان مبلغ پرداختی همراه با کارمزد بلهکار می‌کند.

۳-۳- اعتبارات غیرقابل معامله و اعتبارات معامله‌ای^۲

اعتبارنامه بی‌نفسه قابل معامله نیست؛ زیرا تعهدی که بانک کرده است صرفاً در مقابل ذی نفع یعنی فروشنده می‌باشد. با این حال در صورتی که شخص براتی را تحت یک اعتبار صادر کرده باشد، می‌تواند آن را مورد نقل و انتقال قرار دهد ولی ممکن است بانک گشایش‌کننده با ابلاغ‌کننده از پرداخت چنین براتی به دارنده بعدی که در پی انتقال برات ذی نفع شده است خودداری کند. در این وضعیت ذی نفع دیگر نمی‌تواند علیه بانک اقدامی انجام دهد مگر این که صراحتاً چنین اجازه‌ای داده شده باشد به چنین اعتباری، اعتبار غیرقابل معامله گویند. اما چنانچه تعهدات موضوع اعتبار اسنادی نه فقط شامل ذی نفع، بلکه شامل اشخاصی که برات را معامله می‌کنند نیز بشود چنین اعتباری را اعتبار قابل معامله گویند. اثر چنین اعتباری این است که هرکسی برات را خریداری کرده باشد و دارنده با حسن نیت باشد می‌تواند به بانک گشایش‌کننده یا ابلاغ‌کننده رجوع و تقاضای پرداخت برات را کند.^۳

1- Sight credits and acceptance credits.

۲- خزایی، حسین، منبع پیشین، ص ۱۶۸؛ طارم سری، مسعود، منبع پیشین، ص ۱۲۵.

3- Sight credits and negotiation credits

۴- داخواه، محمد رضا، منبع پیشین، ص ۲۰؛ ذوقی، محمد صالح، منبع پیشین، ص ۲۱۶؛ سلووانی، حشمت‌الله، منبع پیشین، ص ۱۲۲.

۳-۴- اعتبارات قابل انتقال^۱

ماده 49 ICC بیان می‌دارد: «این که در اعتبارنامه ذکر نشده که اعتبار قابل انتقال است بر حق ذی‌نفع در واگذاری هرگونه عواید حاصل از محل اعتبار که ذی‌حق بوده یا خواهد بود، بر طبق مقررات قابل اعمال تأثیری نخواهد داشت». اساساً زمانی که یک اعتبار انتقال داده می‌شود، ذی‌نفع دوم قایم مقام ذی‌نفع اول می‌گردد. لذا ذی‌حق می‌گردد و تکلیف پیدا می‌کند که وظایف ذی‌نفع اول را اجرا کند لکن با استفاده از اسناد حمل و نقل خودش باید این کار را انجام دهد و نه اسناد حمل و نقل ذی‌نفع اول.

قسمت «ب» ماده 48 Ucp مقرر می‌دارد: «یک اعتبار اسنادی فقط وقتی می‌تواند قابل انتقال باشد که بانک گشایش‌کننده صراحتاً آن را ذکر کرده باشد. پس واضح است که در باب انتقال خود اعتبار اسنادی اصل بر عدم انتقال است و تنها در صورتی که انتقال اعتبار در آن قید شده باشد می‌توان آن را انتقال داد. باید گفت که معامله و قابل انتقال بودن اعتبارات با هم متفاوت است: اعتبارات قابل انتقال، اعتباری است که ذی‌نفع اصلی ممکن است درخواست کند که اعتبار فقط برای یک‌بار به ذی‌نفع دوم به‌طور کلی یا جزئی تبدیل شود. اعتبار معامله‌ای شامل و حاوی انتقال حقوق ذی‌نفع یا تبدیل اعتبار توسط دیگری نمی‌شود، بلکه تکلیفی است که بانک گشایش‌کننده بر روی برات کشیده شده تحت معامله هنگامی که در دست دارنده با حسن نیت است و با رعایت اعتبار به‌موقع ارایه می‌شود، پرداخت می‌کند.^۲

۳-۵- اعتبارات اتکایی یا پشت به پشت^۳

این اعتبارات را فروشنده‌ای به کار می‌گیرد که ترجیح می‌دهد این حقیقت را که اساساً کالا توسط چه کسی عرضه یا تولید شده است پنهان نگه‌دارد. این نوع اعتبارات زمانی استفاده می‌شود که یک سلسله قرارداد مربوط به تهیه و عرضه کالایی که برای مشتری قطعی است، میان فروشنده و مشتری بسته شود. در این گونه موارد نمی‌توان از اعتبارات قابل انتقال استفاده کرد؛ زیرا فقط برای یک بار می‌شود آن را به دیگری انتقال داد.^۴

۳-۶- اعتبارات با قید قرمز^۵

اعتبار با قید قرمز اعتباری است که به بانک گشایش‌کننده اعتبار یا بانک ابلاغ‌کننده اعتبار اجازه می‌دهد، قبل از ارائه اسناد توسط فروشنده مبلغ اعتبار را به وی بپردازد. در واقع چنین اعتباری دارای این ویژگی است که فروشنده پیش از این که کالا را برای خریدار حمل کند، قیمت کالا را دریافت کند. با این حال استفاده از این روش برای خریدار مشکلات و ریسک‌هایی دارد، از جمله قصور فروشنده، این روش زمانی مورد استفاده قرار می‌گیرد که غالباً فروشنده خارجی برای تهیه کالاهای مورد سفارش خریدار توانایی مالی کافی ندارد. لذا از خریدار تقاضای پرداخت قسمتی از پول را دارد تا بتواند به‌واسطه آن خود را جهت تولید سفارشات و تهیه مواد اولیه تأمین مالی کند. در این نوع اعتبار اسنادی در پارهای از مواقع امکان دارد که کل مبلغ اعتبار اسنادی پرداخت شود یا صرفاً درصدی از آن پرداخت شود و این بسته به قرارداد فی‌مابین دارد.^۶

۳-۷- اعتبارات گردان^۷

اعتباراتی است که اجازه می‌دهد مبلغ اعتبار تجدید یا دوباره تعیین شود بدون این که نیازمند این باشد که خود

1- Transferable credits.

۲- همان منبع، ص ۱۲۴.

3- Back to back credits.

۴- انتم پرتوف، گلابوم، منبع پیشین، ص ۱۶۶۲؛ داخواه، محمدرضا، منبع پیشین، ص ۱۲.

5- Red clause credits.

۶- خزایی، حسین، منبع پیشین، ص ۱۷۰.

7- Revolving credits.

برات تغییر کند. اعتبارات گردان دارای انواع مختلفی است: برگشت‌پذیر و یا برگشت‌ناپذیر. اعتبارات گردان ممکن است تراکمی یا غیر تراکمی باشد. اعتبار گردان تراکمی، اعتباری است که اجازه می‌دهد مبلغی که در ماه پیش استفاده نشده است روی ماه آینده جمع شود. در حالی که اعتبار گردان غیر تراکمی، اعتباری است که در هر ماه فقط بالاترین مبلغ قابل پرداخت را، تعیین می‌کند.^۱

۸-۳- اعتبارات ضمانتی^۲

اعتباراتی است که به شخص صادرکننده تضمین پرداخت قبولی یا مبادله توسط بانک را نمی‌دهد، اما تضمین پرداخت را در صورت تخلف خریدار به صادرکننده می‌دهد. اعتبارنامه ضمانتی همچون ضمانتنامه‌های بانکی عمل می‌کنند.^۲

۹-۳- اعتبارات مدت‌دار^۳

اساساً یک اعتبار برای بانک امکان پرداخت به یک صادرکننده یا پرداخت کننده، قبول کردن یا مورد معامله قرار دادن برات توسط خودش را فراهم می‌سازد. وقتی اعتبار برای پرداخت تأمین شد، صادرکننده باید مدارک مربوطه را در زمانی که کالاها پارگیری می‌شود، ارائه دهد و بانک که مدارک به آن ارائه شده است باید؛ اولاً سریعاً مبلغ را به صادرکننده پرداخت کند، مشروط بر آن که اعتبارنامه پرداخت فوری را خواسته باشد. ثانیاً پرداخت باید مطابق با تاریخی که روی اعتبارنامه است و بر طبق شرایط موجود اعتبارنامه باشد، بدون این که بانک خود را درگیر قبول کردن شرایط برات کند. در صورتی که بر روی اعتبارنامه قید شده باشد که پرداخت در تاریخ دیرتری یا با تأخیر صورت گیرد به‌عنوان اعتبارنامه مدت‌دار خوانده می‌شود.^۴ بند ۲ ماده ۹ Ucp 9 مقرر می‌دارد: «اگر در اعتبارنامه پرداخت مدت‌دار قید شده باشد، باید مبلغ قابل پرداخت در تاریخ یا در تاریخ‌هایی که مطابق با تصریحات اعتبار قابل تعیین است، پرداخته شود یا وسیله پرداخت آن فراهم گردد.»

۴- روش وصولی

یکی از روش‌های پرداخت قیمت کالا در حوزه تجارت بین‌الملل، صدور سفته و برات است. در این جا صادرکننده از بانک خود می‌خواهد که مبلغ مندرج در سند را برای وی وصول کند. وصول عبارت است از اقدام بانک بر اساس دستور واصله بر روی اسناد، (مالی یا تجاری) به منظور: ۱- تحویل قبولی یا پرداخت. ۲- تحویل اسناد تجاری در مقابل قبولی یا پرداخت. ۳- تحویل اسناد بر روی شرایط و قیودات دیگر. وصول در لغت و در امر پرداخت عبارت است از رسید انتقال و ارائه برات، چک بانکی، چک و یا دیگر وسایل پرداخت که توسط بانک وصول کننده برای مشتری صورت می‌گیرد که متعاقباً وجوه وصول شده را به حساب او واریز می‌کند. زمانی که بانک قبول می‌کند وصول را از جانب مشتری صورت دهد دو نوع اسناد ممکن است در این رابطه وجود داشته باشد:

الف- اسناد مالی: که عبارت است از برات، چک، سفته یا سایر وسایلی که برای تحویل پرداخت

پول مورد استفاده قرار می‌گیرد.

۱- سمواتی، حنمت‌الله، منبع پیشین، صص ۱۳۶ و ۱۳۲.

2- Standby credits.

۳- خزایی، حسین، منبع پیشین، صص ۱۷۰.

4- Deferred payment credits.

۵- نوکی، محمد صالح، منبع پیشین، صص ۲۶.

ب- اسناد تجاری: این اسناد عبارت‌اند از صورت حساب‌ها، اسناد حمل و نقل کالا، اسناد مالکیت یا دیگر اسناد مشابه یا هر نوع سندی که سند مالی محسوب نمی‌شود.^۱

گفتار دوم- بررسی روش‌های پرداخت ثمن پس از تحریم‌های هسته‌ای^۲

به‌طور کلی پس از تحریم‌هایی که از سوی شورای امنیت علیه ایران صورت گرفت، تغییرات زیادی در حوزه‌های مختلف تجارت ایران رخ داد. یکی از حوزه‌هایی که تأثیر عمده‌ای از این تحریم‌ها گرفت، حوزه تجارت بین‌الملل ایران است. با توجه به رشد و توسعه‌ای که امروزه در حوزه روابط کشورها در عرصه بین‌الملل صورت گرفته است، محدودیت‌ها در این زمینه برای کشورها، می‌تواند تأثیرات منفی بر رشد و توسعه یک کشور داشته باشد. لذا کشورها همواره در عرصه بین‌الملل، سعی در برقراری هرچه بهتر روابط با سایر کشورها دارند.

از طرفی نیازمندی بیشتر در دنیای امروزی به همدیگر، گسترش روابط را در عرصه بین‌الملل لازم می‌داند. تا قبل از تحریم‌های هسته‌ای علیه کشور ما روابط تجاری هرچند با ممانعت‌های همیشگی درگیر بود، اما پس از تحریم‌ها دامنه این محدودیت‌ها بسیار گسترش یافت؛ به‌گونه‌ای که امروزه در بعضی از امور ما با مشکلات عدیده‌ای روبه‌رو هستیم. یکی از این مشکلات در حوزه روابط تجاری با سایر کشورها می‌باشد.

در حوزه روابط تجاری، ما در گذشته از شیوه‌هایی که غالباً در عرصه بین‌الملل رایج بود استفاده می‌کردیم اما امروزه به‌دلیل تحریم‌ها مجبور به استفاده از روش‌هایی شده‌ایم که می‌تواند تجارت بین‌الملل ما را با خطرات متفاوتی روبه‌رو سازد. یکی از این خطرات در حوزه مربوط به پرداخت‌های ما است که به‌دلیل تحریم‌ها در وضعیت مناسبی به‌سر نمی‌برد. تغییراتی که به‌دنبال تحریم‌ها در روش‌های پرداخت ما صورت گرفته به‌شرح ذیل می‌باشد:

بر اساس اطلاعات به‌دست آمده روش‌های پرداخت سابق کماکن در تجارت ما رایج می‌باشند، ولی در بعضی از آن‌ها تفاوت‌هایی وجود دارد که قابل تأمل می‌باشد:

۱- روش پیش پرداخت

همچنان که در گذشته توضیح دادیم، یکی از روش‌های پرداخت، روش پیش پرداخت می‌باشد. این روش برای خریداران همواره در بردارنده خطرات مختلفی است. با این حال در روابط عادی میان تجار، میزان پرداختی که در حالت عادی به‌عنوان پیش‌پرداخت می‌شود معمولاً بین ۲۰-۱۵ درصد کل مبلغ قرارداد می‌باشد. اما در اثر تحریم‌های وارد بر ایران این میزان در بعضی از مواقع به ۷۰-۶۰ درصد کل مبلغ قرارداد می‌رسد که از اجازت ریسک درصد بالایی را به خود اختصاص می‌دهد. لذا در صورتی که فروشنده خارجی کالا را تسلیم ننماید، مشکلات زیادی برای خریدار داخلی ایجاد می‌شود که حل آن‌ها با توجه به شرایط حاکم بر وضعیت ما در عرصه بین‌الملل گاه غیرممکن به‌نظر می‌رسد. البته بر اساس گزارشات تاکنون در این زمینه مشکل خاصی بروز نکرده و دلیل آن وجود روابطی است که از گذشته میان تجار داخلی و خارجی وجود داشته است.

۲- استفاده از روش Free of payment

این روش بیشتر از طریق حواله مستقیم در وجه فروشنده می‌باشد. در این روش غالباً فروشنده خود اسناد را دیگر

۱- خزایی، حسین، روش‌های پرداخت در تجارت بین‌الملل، «مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی»، شماره ۲۳، بهمن ۱۳۷۳، ص ۹.
۲- منابع این فصل نتیجه تحقیقات میدانی محقق می‌باشد.

به بانک کار گزار تحویل نمی‌دهند؛ زیرا بسیاری از بانک‌های خارجی با ما رابطه برقرار نمی‌کنند. پرداخت پول به صورت حواله مستقیم در وجه فروشنده خارجی است و وی پس از دریافت پول اسناد را دیگر تحویل بانک کار گزار نمی‌دهد بلکه مستقیم اسناد را با برای بانک گشایش‌کننده می‌فرستد و یا برای خود خریدار. امروزه بعضی از کشورها با ما رابطه بانکی برقرار نمی‌کنند مثل آلمان، انگلیس، چین. البته باید گفت که این امر به صورت مطلق نیست. تا به حال استفاده از این روش مشکلی به لحاظ عدم تطابق کالا با عدم ارسال کالا گزارش نشده است.

۳- استفاده از حواله

روش دیگر در این زمینه که بیشتر میان تجار رایج است استفاده از حواله از طریق دلالتان است. این روش بدین صورت است که فرض کنید یک ایرانی که در دبی کار می‌کند قصد دارد که مبلغی را از آنجا برای پدرش در تهران بفرستد این شخص پول خود را به یک دلال به علاوه حق‌العمل می‌پردازد سپس این دلال یک کدی را به این شخص می‌دهد تا آن را به پدرش در تهران دهد. این دلال از دلالتی که در تهران است می‌خواهد که مبلغ مورد نظر را در تهران به پدر آن شخص پرداخت کند و دلال در تهران مبلغ مورد نظر را پرداخت می‌کند. بنابراین دلال دبی حالا به دلال تهران به میزان مبلغ مورد نظر مدیون است. سپس سه ماه بعد یک واردکننده ایرانی مبلغی را به دلال در تهران می‌پردازد تا آن را به فروشنده در دبی پرداخت کند. سپس دلال تهران از دلال دبی که قبلاً با او رابطه داشته دستور می‌دهد که مبلغ مورد نظر را به شخص تعیین شده در دبی پرداخت کند و با پرداخت مبلغ مورد نظر بدهی وی نیز تصفیه خواهد شد.^۱

نتیجه گیری

از آنجا که در حوزه روابط تجاری نیازمند توسعه روابط با سایر کشورها هستیم، محدودیت‌های اعمال شده بر حوزه‌های مختلف به خصوص بخش تجارت بین‌الملل ما تأثیرات منفی بر رشد و توسعه در کشور ما گذاشته است. از طرفی استفاده از روش‌های ذکر شده در حوزه پرداخت‌ها هرچند بر اساس گزارش‌ها تاکنون مشکلی را ایجاد نکرده اما همین افزایش میزان ریسک و خطرپذیری در بخش پرداخت‌ها می‌تواند ما را با مشکلاتی روبه‌رو سازد. اول این که می‌تواند منجر به کاهش سطح تجارت به دلیل افزایش ریسک شود. در واقع درست است که تجارت همواره در برگرفته ریسک و خطر است و تجارت بدون خطر در دنیای امروز شاید معنایی نداشته باشد ولی به نظر می‌رسد این محدودیت‌ها دیگر در حوزه خطرات عادی تجارت قرار نگیرد بلکه نوعی دیوانگی در عرصه تجارت باشد؛ زیرا فرد عاقل حاضر به تحمل چنین ریسک بالایی نیست و ادامه آن می‌تواند با توجه به وابستگی بسیاری از صنایع ما عملاً رکودی را در عرصه‌های مختلف در پی داشته باشد. دوم این که منجر به بالا رفتن قیمت‌های تمام شده خواهد شد؛ زیرا داخل شدن دلالتان به عنوان واسطه برقراری این روابط، افزایش بی‌رویه قیمت‌ها را در پی خواهد داشت. ■

1. A. Fiffeld, How Iranians are avoiding sanctions, 2008.

شمول قانون کار و استثنائات آن

عباس میرشکاری ■

یکی از لوازم حتمی حمایت از حقوق کارگر، گستردن دایره شمول حقوق کار به کلیه افرادی است که عنوان کارگر بر آن‌ها صادق می‌باشد. با این حال، گاه، وجود برخی مصلحت‌ها، مانع تمامیت این نتیجه و سبب ایجاد استثناء است. در این مقاله، به یکی از همین استثنائات خواهیم پرداخت.

۱- مقدمه

قانون کار در جهت حفظ حقوق کارگران وضع شده است؛ بنابراین طبیعی است که در این مسیر توجه به دو امر از اهمیت برخوردار باشد:

اولین نکته (که امری ماهوی محسوب می‌شود) این است که در قانون کار حداکثر حقوق ممکن برای کارگران لحاظ شود؛

دومین امر حائز اهمیت (به عنوان امری شکلی) این است که هر فردی که بتواند او را کارگر محسوب کرد تحت شمول قانون کار قرار بگیرد و در این راه هیچ امری نتواند مانع برخورداری کارگرانی خاص از حقوق مذکور در قانون کار شود.



بررسی این نکته که امر اول در قانون کار فعلی به شکل کامل آن تحقق یافته یا خیر از موضوع این مقاله خارج است؛ ولی آن چه در این مقاله به آن خواهیم پرداخت بررسی تلاش قانونگذاران در جهت خارج کردن برخی از کارگاه‌ها از شمول قانون کار و نتیجتاً محروم کردن کارگران از برخی از حقوق است.

همان‌طور که در ادامه مقاله خواهیم دید (شماره ۲) قانونگذاران از شیوه‌های مختلفی برای خارج کردن کارگران از شمول قانون کار استفاده می‌کنند اما در این مقاله آن چه بیشتر مورد توجه است بررسی خروج کارگاه‌های کمتر از ۱۰ نفر از شمول قانون کار است.

۲- احصاء استنهاها

قانون کار در مواد ابتدایی فصل دوازدهم تحت عنوان «مقررات متفرقه» به بیان استثنائات قانون کار پرداخته است. با مذاقه در این مواد در می‌یابیم که مستثنی شدن کارگران از قانون کار بر اساس عوامل مختلفی تنظیم می‌شود که عبارت‌اند از:

- **نوع کارفرما:** ماده ۱۸۸ قانون کار در این مورد بیان می‌دارد: «اشخاص مشمول قانون استخدام کشوری یا سایر قوانین و مقررات خاص استخدامی... مشمول مقررات این قانون نخواهند بود»
 - **نوع کارگاه:** ماده ۱۸۸ قانون کار کارگران کارگاه‌های خانوادگی که انجام کار آن‌ها منحصرأ توسط صاحب کار و همسر و خویشاوندان نسبی درجه یک از طبقه اول وی انجام می‌شود، را مشمول قانون کار ندانسته است. البته نکته قابل ذکر تفاوت این استثنا با موارد دیگر می‌باشد؛ چه در نظری دقیق «رابطه کارگر و کارفرما در چنین کارگاه‌هایی وجود ندارد.»^۱ بنابراین مستثنی شدن کارگاه‌های خانوادگی از شمول مقررات قانون کار به دلیل عدم صدق عنوان کارگر و کارفرما است؛ پس خروج این قبیل کارگاه‌ها از شمول مقررات قانون کار، خروج موضوعی است نه حکمی.^۲

- **نوع مزد و ساعات کاری:** ماده ۱۹۰ قانون کار به این دو عامل اشاره دارد.

- **نوع کار:** که در ماده ۱۸۹ همان قانون مذکور اقتاده است.

- **تعداد کارگران:** این استثنا که موضوع اصلی این مقاله را تشکیل می‌دهد در ماده ۱۹۱ به شرح زیر مذکور افتاده است:

«کارگاه‌های کوچک کمتر از ده نفر را می‌توان برحسب مصلحت موقتاً از شمول بعضی از مقررات این قانون مستثنی نمود. تشخیص مصلحت و موارد استثنا به موجب آیین‌نامه‌ای خواهد بود که با پیشنهاد شورای عالی کار به تصویب هیأت وزیران خواهد رسید.»^۳

۳- تفسیر مضیق موارد استثنا شده از قانون کار

باتوجه به ماده ۱ قانون کار اصل بر این است که کلیه کارفرمایان، کارگران، کارگاه‌ها، مؤسسات تولیدی، صنعتی، خدماتی و کشاورزی مکلف به تبعیت از این قانون می‌باشند.^۴ بنابراین «در مواردی که شمول مقررات استخدامی خاص نسبت به فردی مورد تردید باشد در صورتی که عنوان کارگر در مورد او درست باشد مشمول قانون کار خواهد بود؛ زیرا شمول قانون کار نسبت به تمام کسانی که تعریف کارگر و کارفرما در مورد آن‌ها درست است و رابطه‌شان از مصدق‌های رابطه کارگر و کارفرما به شمار می‌آید اصل محسوب می‌شود.»^۵ به دلیل ماهیت استثنایی موارد خارج شده از شمول قانون کار است که این موارد را باید به طور مضیق تفسیر کرد و سعی بر آن داشت که از گسترش ابعاد آن جلوگیری نمود.

۱- عراقی، دکتر عزت‌الله حقوق کار، ص ۱۲۵.

۲- برای دین تعریف این دو اصطلاح: بروجردی، حشبه علی الکفایه الاصول ج ۱، ص ۵۲۰؛ مظفر، اصول فقه، ج ۲، ص ۱۴۸.

۳- تبصره ۱ ماده ۶ قانون کار مصوب ۱۳۳۷ متضمن این نکته بود که وزارت کار می‌تواند کارگاه‌هایی که دارای کمتر از ۱۰ نفر کارگر هستند را موقتاً از شمول قسمتی از مواد قانون کار معاف نماید.

۴- در مطالعه تطبیقی مشخص شد که اصل حکومت قانون کار بر روابط کارگر و کارفرما و استثنایی بودن موارد معافیت از آن در قوانین کشورهای مختلف به صراحت دیده می‌شود برای مثال، ماده ۴ قانون کار عمان مقرر می‌دارد: «به جز در مواردی که به طور ویژه معین شده است مقررات این قانون باید در مورد همه کارگران و کارفرمایان اعمال شود.» ماده ۲ نیز به عدم اعمال مقررات قانون کار در مواردی نظیر شغلین در نیروهای نظامی، سازمان‌های امنیت عمومی، سازمان‌های ایاری دولت و اعضای خانواده کارفرما اشاره دارد. ماده ۲ قانون کار سرستان و بخش دو قانون کار لیبانی نیز اصل را بر اجرای حکومت قانون کار در مورد روابط کار می‌نهد ماده ۳ قانون کار امارات متحده هم ضمن بیان اصل حکومت قانون کار، به معافیت کارمندان دولت و نیروهای نظامی، خدمتکاران خانگی و کارگران کشاورزی می‌پردازد. بخش یک قانون قراردادهای کار فلانند (آخرین اصلاح ۲۰۰۶) اصل حکومت قانون کار را لحاظ دانسته و در بخش دو استخدام در حقوق عمومی و فعالیت‌های سرگرم کننده و قراردادهای خاص را به عنوان استثنا پذیرفته است. قانون کار ترکیه مصوب ۲۰۰۳/۵/۲۳ نیز در ماده ۱ مقرر می‌دارد: «به استثنای موارد ذکر شده در ماده ۴ این قانون باید بر همه کارگاه‌ها و کارفرماها و نمایندگان کارفرما و کارگران نشان اعمال شود صرف‌نظر از موضوع فعالیت آن‌ها.» در ماده ۴ نیز از جمله استثنائات آمده است: «حمل و نقل دریایی و هوایی، کارگاه‌هایی با کمتر از ۵۰ نفر کارگر در جایی که کار کشاورزی یا جنگلی انجام می‌شود.»

۵- عراقی، دکتر عزت‌الله، پیشین، ص ۱۱۳؛ این بیان از لحاظ اصولی نیز قابل توجه است؛ چه استناد به عام در شبهات مصدق‌ه مجاز است. رکنبند عراقی، آقا حیدر، مقالات الاصول ج ۱، ص ۴۴۹.

۴- ماده ۱۹۱ قانون کار

در تفسیر ماده فوق می‌توان به نکات زیر دست یافت:

نکته اول - فلسفه وضع این حکم

شاید در مقام بیان فلسفه وضع ماده فوق بتوان گفت که مقررات قانون کار عمدتاً حاوی تکالیف عمده مالی و غیرمالی برای کارفرما است؛ انجام این تکالیف توسط کارفرمایی که از امکانات مالی مناسب برخوردار است امکانپذیر است اما کارفرمایی که فاقد امکانات کافی است از عهده اجرای این تکالیف بر نخواهد آمد و ناچار به ترک صحنه کار خواهد شد. از طرف دیگر غالباً کارفرمایانی که دارای کارگاههایی با تعداد نفرات کم هستند از توان اقتصادی بالایی برخوردار نیستند؛ پس قانونگذار کمی کارگران شاغل در یک کارگاه را فرض ناتوانی اقتصادی کارفرما قرار داده و با ترجیح مصلحت حفظ این گونه از کارگاهها بر حفظ حقوق کارگران، او را معاف نموده است.

اندیشه کمک به کارفرمایان کارگاههای کوچک در مقررات مختلف نمود دارد. برای مثال، در ماده واحده «لایحه قانونی بخشودگی قسمتی از حق بیمه بیمه‌شدگان و کارفرمایان کارگاههای کوچک صنفی مشمول قانون تأمین اجتماعی» مصوب ۱۳۵۸/۹/۲۴ شورای انقلاب می‌خوانیم: «به منظور کمک به بهبود وضع مالی بیمه‌شدگان و کارفرمایان کارگاههای کوچک صنفی و بالابردن توانایی آنان در پرداخت حق بیمه موضوع ماده ۲۸ قانون تأمین اجتماعی از تاریخ ۱۳۵۸/۱/۱ تا تاریخ تصویب اصلاحیه قانون تأمین اجتماعی موضوع ماده ۶ لایحه قانونی اصلاح قانون تشکیل سازمان تأمین اجتماعی ۹٪ از حق بیمه مقرر در ماده مذکور به ترتیب ۲٪ سهم بیمه شده و ۷٪ سهم کارفرما بخشوده می‌شود.» ماده واحده قانون «معافیت از پرداخت سهم کارفرمایانی که حداکثر ۵ نفر کارگر دارند» (مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۱۶) نیز مقرر می‌دارد: «از آغاز سال ۱۳۶۲ کارفرمایان کلیه کارگاههای تولیدی و صنعتی و فنی که از خدمات دولتی (از قبیل برق، آب، تلفن، راه) استفاده می‌نمایند تا میزان ۵ نفر کارگر از پرداخت حق بیمه سهم کارفرما معاف بوده و از ۵ نفر به بالا نسبت به مازاد ۵ نفر حق بیمه را خواهند پرداخت.» همچنین بختنامه درباره دستمزد کارگران کارگاههایی که کمتر از ۱۰ نفر کارگر دارند (به تاریخ ۱۳۶۱/۳/۵ به شماره ۵۲۸۶۲) به طور ضمنی به ناتوانی کارفرمایان با کارگاههایی کمتر از ۱۰ نفر کارگر اشاره دارد.

اما اندیشه فوق دور از نقد نیست؛ چه اولاً؛ به نظر نگارنده هیچ‌گونه رابطه عقلایی و منطقی میان فرض ناتوانی کارفرما و قلت عدد کارگران شاغل در کارگاه وی وجود ندارد؛ چه تصور کنید کارگاهی را که به دلیل فراوانی استفاده از ماشین آلات نیازی به استفاده از کارگران زیاد ندارد؛ در حالی که در واقع چنین کارفرمایی توانایی اقتصادی هم دارد پس آیا منطقی هست که از شمول قانون کار خارج باشد؟

ثانیاً؛ اگر هدف حفظ حقوق کارگر است باید به این مهم پرداخت؛ پس وقتی عنوان کارگر و کارفرما بدون توجه به تعداد نفرات اطلاق می‌شود، چه فرقی می‌کند که محل اشتغال وی از لحاظ نفرات چگونه باشد؟ در واقع چه فرقی میان کارگری است که در کارگاه بیش از ۱۰ نفر به کار سخت و زیان‌آور اشتغال دارد با کارگری که به همان کار در کارگاهی با کمتر از ۱۰ نفر اشتغال دارد که اولی باید بر طبق ماده ۶۵ قانون کار مرخصی بیش از ۵ هفته داشته باشد و دومی باید بر اساس بند ۱۲ آیین‌نامه‌ای که در ادامه به آن خواهیم پرداخت، ۲۴ روز کاری مرخصی استحقاقی سالانه داشته باشد.

۱- مجموعه قوانین ۱۳۵۸، ص ۳۸ به بعد.
۲- مجموعه قوانین ۱۳۶۱، ص ۱۹۴.

نالتا؛ حتی اگر در نظر داشتن چنین فلسفه وضعی در نظر قانونگذار مؤثر در حکم ماده ۱۹۱ باشد، به نظر می‌رسد حق بود که قانونگذار دو مورد را در ماده ۱۹۱ مقرر می‌داشت:

- به هر حال در قانون کثر موادی وجود دارد که آن قدر اساسی تلقی می‌گردند که عدم اجرای آن‌ها بر هم زدن حقوق انسانی یک فرد محسوب می‌شود؛ بنابراین لازم بود که مقنن با نورتدیشی تعدادی از مواد قانون کار را آن قدر مهیم می‌دانست که اجازه مستثنی شدن هیچ کارگاهی را از آن نمی‌داد.
مقنن اجازه تصویب مقررات جایگزین را به دولت می‌داد تا با حذف حقوق حداکثری، حداقلی از حقوق برای کارگران لحاظ می‌شد نه این که تنها اجازه تعیین موضوعات مورد استثناء را به دولت بدهد.^۱

نکته دوم- تعدیل حکم ماده

باتوجه به نقدهای فوق، به نظر می‌رسد تعدیل حکم ماده مورد بحث ضروری باشد. در همین راستا، می‌گوییم که مقنن در ابتدای ماده ۱۹۱ بیان داشته است: «کارگاه‌های کوچک کمتر از ده نفر»؛ به نظر نگارنده، الفاظ کوچک و کمتر از ۱۰ نفر مترادف نمی‌باشند؛ چه بدیهی است که ممکن است کارگاهی کمتر از ۱۰ نفر کارگر داشته باشد اما کوچک هم محسوب نشود، از همین رو است که گفته می‌شود: باید کارگاهی را از شمول قانون کار خارج کرد که هم کوچک باشد و هم کمتر از ۱۰ نفر.
این تفسیر از لحاظ اصول تفسیر نیز پذیرفته شده است؛ چه همان طور که می‌دانیم: اصل بر این است که قانونگذار از به کارگیری الفاظ مترادف خودداری می‌کند؛ چه به کاربردن الفاظ مترادف کاری است بی‌هدف و نتیجه‌که از عقلا چنین انتظاری نمی‌رود باتوجه به این که اصل بر این است که مقنن کار غیرعقلایی نمی‌کند بنابراین باید در تفسیر مقنن را از امور غیرعقلایی بر کنار دانست؛ لذا در برخورد با الفاظ باید آن‌ها را بر معانی غیر مترادف حمل کرد.^۲
در برخی از قوانین نظیر ماده واحده «لایحه قانونی بخشودگی قسمتی از حق بیمه بیمه‌شدگان و کارفرمایان کارگاه‌های کوچک صنفی مشمول قانون تأمین اجتماعی» مصوب ۱۳۵۷/۹/۲۴، ضوابطی را برای تمییز کارگاه‌های کوچک ارائه شده است. قانون اخیرالذکر مقرر می‌دارد:

«تمییز و تشخیص کارگاه‌های مشمول این ماده از کارگاه‌های بزرگ یا کارخانه‌ها علاوه بر شمول قانون نظام صنفی نسبت به آن‌ها بر اساس ضوابط زیر:

الف- سطح زیر بنا

ب- تعداد کارکنان

ج- نحوه کمی و کیفی تولید و ارائه خدمات...»

۱- هیات وزیران به استناد ماده ۱۹۱ ملی آیین‌نامه مصوب ۱۳۳۳/۱۱/۲۶ ختم و کارکنان بنای مینر که، مسلط، حسینی‌ها، تکلیف، مدارس علوم دینی موقوفه و موقوفات عام غیرتولیدی را در موردی که ساکن مزبور سه نفر یا کمتر خادم دارند به مدت ۵ سال از شمول مواد ۲۵، ۲۶، ۲۷، ۲۸، ۲۹، ۳۰، ۳۱، ۳۲، ۳۳، ۳۴، ۳۵، ۳۶، ۳۷، ۳۸، ۳۹، ۴۰، ۴۱، ۴۲، ۴۳، ۴۴، ۴۵، ۴۶، ۴۷، ۴۸، ۴۹، ۵۰، ۵۱، ۵۲، ۵۳، ۵۴، ۵۵، ۵۶، ۵۷، ۵۸، ۵۹، ۶۰، ۶۱، ۶۲، ۶۳، ۶۴، ۶۵، ۶۶، ۶۷، ۶۸، ۶۹، ۷۰، ۷۱، ۷۲، ۷۳، ۷۴، ۷۵، ۷۶، ۷۷، ۷۸، ۷۹، ۸۰، ۸۱، ۸۲، ۸۳، ۸۴، ۸۵، ۸۶، ۸۷، ۸۸، ۸۹، ۹۰، ۹۱، ۹۲، ۹۳، ۹۴، ۹۵، ۹۶، ۹۷، ۹۸، ۹۹، ۱۰۰، ۱۰۱، ۱۰۲، ۱۰۳، ۱۰۴، ۱۰۵، ۱۰۶، ۱۰۷، ۱۰۸، ۱۰۹، ۱۱۰، ۱۱۱، ۱۱۲، ۱۱۳، ۱۱۴، ۱۱۵، ۱۱۶، ۱۱۷، ۱۱۸، ۱۱۹، ۱۲۰، ۱۲۱، ۱۲۲، ۱۲۳، ۱۲۴، ۱۲۵، ۱۲۶، ۱۲۷، ۱۲۸، ۱۲۹، ۱۳۰، ۱۳۱، ۱۳۲، ۱۳۳، ۱۳۴، ۱۳۵، ۱۳۶، ۱۳۷، ۱۳۸، ۱۳۹، ۱۴۰، ۱۴۱، ۱۴۲، ۱۴۳، ۱۴۴، ۱۴۵، ۱۴۶، ۱۴۷، ۱۴۸، ۱۴۹، ۱۵۰، ۱۵۱، ۱۵۲، ۱۵۳، ۱۵۴، ۱۵۵، ۱۵۶، ۱۵۷، ۱۵۸، ۱۵۹، ۱۶۰، ۱۶۱، ۱۶۲، ۱۶۳، ۱۶۴، ۱۶۵، ۱۶۶، ۱۶۷، ۱۶۸، ۱۶۹، ۱۷۰، ۱۷۱، ۱۷۲، ۱۷۳، ۱۷۴، ۱۷۵، ۱۷۶، ۱۷۷، ۱۷۸، ۱۷۹، ۱۸۰، ۱۸۱، ۱۸۲، ۱۸۳، ۱۸۴، ۱۸۵، ۱۸۶، ۱۸۷، ۱۸۸، ۱۸۹، ۱۹۰، ۱۹۱، ۱۹۲، ۱۹۳، ۱۹۴، ۱۹۵، ۱۹۶، ۱۹۷، ۱۹۸، ۱۹۹، ۲۰۰، ۲۰۱، ۲۰۲، ۲۰۳، ۲۰۴، ۲۰۵، ۲۰۶، ۲۰۷، ۲۰۸، ۲۰۹، ۲۱۰، ۲۱۱، ۲۱۲، ۲۱۳، ۲۱۴، ۲۱۵، ۲۱۶، ۲۱۷، ۲۱۸، ۲۱۹، ۲۲۰، ۲۲۱، ۲۲۲، ۲۲۳، ۲۲۴، ۲۲۵، ۲۲۶، ۲۲۷، ۲۲۸، ۲۲۹، ۲۳۰، ۲۳۱، ۲۳۲، ۲۳۳، ۲۳۴، ۲۳۵، ۲۳۶، ۲۳۷، ۲۳۸، ۲۳۹، ۲۴۰، ۲۴۱، ۲۴۲، ۲۴۳، ۲۴۴، ۲۴۵، ۲۴۶، ۲۴۷، ۲۴۸، ۲۴۹، ۲۵۰، ۲۵۱، ۲۵۲، ۲۵۳، ۲۵۴، ۲۵۵، ۲۵۶، ۲۵۷، ۲۵۸، ۲۵۹، ۲۶۰، ۲۶۱، ۲۶۲، ۲۶۳، ۲۶۴، ۲۶۵، ۲۶۶، ۲۶۷، ۲۶۸، ۲۶۹، ۲۷۰، ۲۷۱، ۲۷۲، ۲۷۳، ۲۷۴، ۲۷۵، ۲۷۶، ۲۷۷، ۲۷۸، ۲۷۹، ۲۸۰، ۲۸۱، ۲۸۲، ۲۸۳، ۲۸۴، ۲۸۵، ۲۸۶، ۲۸۷، ۲۸۸، ۲۸۹، ۲۹۰، ۲۹۱، ۲۹۲، ۲۹۳، ۲۹۴، ۲۹۵، ۲۹۶، ۲۹۷، ۲۹۸، ۲۹۹، ۳۰۰، ۳۰۱، ۳۰۲، ۳۰۳، ۳۰۴، ۳۰۵، ۳۰۶، ۳۰۷، ۳۰۸، ۳۰۹، ۳۱۰، ۳۱۱، ۳۱۲، ۳۱۳، ۳۱۴، ۳۱۵، ۳۱۶، ۳۱۷، ۳۱۸، ۳۱۹، ۳۲۰، ۳۲۱، ۳۲۲، ۳۲۳، ۳۲۴، ۳۲۵، ۳۲۶، ۳۲۷، ۳۲۸، ۳۲۹، ۳۳۰، ۳۳۱، ۳۳۲، ۳۳۳، ۳۳۴، ۳۳۵، ۳۳۶، ۳۳۷، ۳۳۸، ۳۳۹، ۳۴۰، ۳۴۱، ۳۴۲، ۳۴۳، ۳۴۴، ۳۴۵، ۳۴۶، ۳۴۷، ۳۴۸، ۳۴۹، ۳۵۰، ۳۵۱، ۳۵۲، ۳۵۳، ۳۵۴، ۳۵۵، ۳۵۶، ۳۵۷، ۳۵۸، ۳۵۹، ۳۶۰، ۳۶۱، ۳۶۲، ۳۶۳، ۳۶۴، ۳۶۵، ۳۶۶، ۳۶۷، ۳۶۸، ۳۶۹، ۳۷۰، ۳۷۱، ۳۷۲، ۳۷۳، ۳۷۴، ۳۷۵، ۳۷۶، ۳۷۷، ۳۷۸، ۳۷۹، ۳۸۰، ۳۸۱، ۳۸۲، ۳۸۳، ۳۸۴، ۳۸۵، ۳۸۶، ۳۸۷، ۳۸۸، ۳۸۹، ۳۹۰، ۳۹۱، ۳۹۲، ۳۹۳، ۳۹۴، ۳۹۵، ۳۹۶، ۳۹۷، ۳۹۸، ۳۹۹، ۴۰۰، ۴۰۱، ۴۰۲، ۴۰۳، ۴۰۴، ۴۰۵، ۴۰۶، ۴۰۷، ۴۰۸، ۴۰۹، ۴۱۰، ۴۱۱، ۴۱۲، ۴۱۳، ۴۱۴، ۴۱۵، ۴۱۶، ۴۱۷، ۴۱۸، ۴۱۹، ۴۲۰، ۴۲۱، ۴۲۲، ۴۲۳، ۴۲۴، ۴۲۵، ۴۲۶، ۴۲۷، ۴۲۸، ۴۲۹، ۴۳۰، ۴۳۱، ۴۳۲، ۴۳۳، ۴۳۴، ۴۳۵، ۴۳۶، ۴۳۷، ۴۳۸، ۴۳۹، ۴۴۰، ۴۴۱، ۴۴۲، ۴۴۳، ۴۴۴، ۴۴۵، ۴۴۶، ۴۴۷، ۴۴۸، ۴۴۹، ۴۵۰، ۴۵۱، ۴۵۲، ۴۵۳، ۴۵۴، ۴۵۵، ۴۵۶، ۴۵۷، ۴۵۸، ۴۵۹، ۴۶۰، ۴۶۱، ۴۶۲، ۴۶۳، ۴۶۴، ۴۶۵، ۴۶۶، ۴۶۷، ۴۶۸، ۴۶۹، ۴۷۰، ۴۷۱، ۴۷۲، ۴۷۳، ۴۷۴، ۴۷۵، ۴۷۶، ۴۷۷، ۴۷۸، ۴۷۹، ۴۸۰، ۴۸۱، ۴۸۲، ۴۸۳، ۴۸۴، ۴۸۵، ۴۸۶، ۴۸۷، ۴۸۸، ۴۸۹، ۴۹۰، ۴۹۱، ۴۹۲، ۴۹۳، ۴۹۴، ۴۹۵، ۴۹۶، ۴۹۷، ۴۹۸، ۴۹۹، ۵۰۰، ۵۰۱، ۵۰۲، ۵۰۳، ۵۰۴، ۵۰۵، ۵۰۶، ۵۰۷، ۵۰۸، ۵۰۹، ۵۱۰، ۵۱۱، ۵۱۲، ۵۱۳، ۵۱۴، ۵۱۵، ۵۱۶، ۵۱۷، ۵۱۸، ۵۱۹، ۵۲۰، ۵۲۱، ۵۲۲، ۵۲۳، ۵۲۴، ۵۲۵، ۵۲۶، ۵۲۷، ۵۲۸، ۵۲۹، ۵۳۰، ۵۳۱، ۵۳۲، ۵۳۳، ۵۳۴، ۵۳۵، ۵۳۶، ۵۳۷، ۵۳۸، ۵۳۹، ۵۴۰، ۵۴۱، ۵۴۲، ۵۴۳، ۵۴۴، ۵۴۵، ۵۴۶، ۵۴۷، ۵۴۸، ۵۴۹، ۵۵۰، ۵۵۱، ۵۵۲، ۵۵۳، ۵۵۴، ۵۵۵، ۵۵۶، ۵۵۷، ۵۵۸، ۵۵۹، ۵۶۰، ۵۶۱، ۵۶۲، ۵۶۳، ۵۶۴، ۵۶۵، ۵۶۶، ۵۶۷، ۵۶۸، ۵۶۹، ۵۷۰، ۵۷۱، ۵۷۲، ۵۷۳، ۵۷۴، ۵۷۵، ۵۷۶، ۵۷۷، ۵۷۸، ۵۷۹، ۵۸۰، ۵۸۱، ۵۸۲، ۵۸۳، ۵۸۴، ۵۸۵، ۵۸۶، ۵۸۷، ۵۸۸، ۵۸۹، ۵۹۰، ۵۹۱، ۵۹۲، ۵۹۳، ۵۹۴، ۵۹۵، ۵۹۶، ۵۹۷، ۵۹۸، ۵۹۹، ۶۰۰، ۶۰۱، ۶۰۲، ۶۰۳، ۶۰۴، ۶۰۵، ۶۰۶، ۶۰۷، ۶۰۸، ۶۰۹، ۶۱۰، ۶۱۱، ۶۱۲، ۶۱۳، ۶۱۴، ۶۱۵، ۶۱۶، ۶۱۷، ۶۱۸، ۶۱۹، ۶۲۰، ۶۲۱، ۶۲۲، ۶۲۳، ۶۲۴، ۶۲۵، ۶۲۶، ۶۲۷، ۶۲۸، ۶۲۹، ۶۳۰، ۶۳۱، ۶۳۲، ۶۳۳، ۶۳۴، ۶۳۵، ۶۳۶، ۶۳۷، ۶۳۸، ۶۳۹، ۶۴۰، ۶۴۱، ۶۴۲، ۶۴۳، ۶۴۴، ۶۴۵، ۶۴۶، ۶۴۷، ۶۴۸، ۶۴۹، ۶۵۰، ۶۵۱، ۶۵۲، ۶۵۳، ۶۵۴، ۶۵۵، ۶۵۶، ۶۵۷، ۶۵۸، ۶۵۹، ۶۶۰، ۶۶۱، ۶۶۲، ۶۶۳، ۶۶۴، ۶۶۵، ۶۶۶، ۶۶۷، ۶۶۸، ۶۶۹، ۶۷۰، ۶۷۱، ۶۷۲، ۶۷۳، ۶۷۴، ۶۷۵، ۶۷۶، ۶۷۷، ۶۷۸، ۶۷۹، ۶۸۰، ۶۸۱، ۶۸۲، ۶۸۳، ۶۸۴، ۶۸۵، ۶۸۶، ۶۸۷، ۶۸۸، ۶۸۹، ۶۹۰، ۶۹۱، ۶۹۲، ۶۹۳، ۶۹۴، ۶۹۵، ۶۹۶، ۶۹۷، ۶۹۸، ۶۹۹، ۷۰۰، ۷۰۱، ۷۰۲، ۷۰۳، ۷۰۴، ۷۰۵، ۷۰۶، ۷۰۷، ۷۰۸، ۷۰۹، ۷۱۰، ۷۱۱، ۷۱۲، ۷۱۳، ۷۱۴، ۷۱۵، ۷۱۶، ۷۱۷، ۷۱۸، ۷۱۹، ۷۲۰، ۷۲۱، ۷۲۲، ۷۲۳، ۷۲۴، ۷۲۵، ۷۲۶، ۷۲۷، ۷۲۸، ۷۲۹، ۷۳۰، ۷۳۱، ۷۳۲، ۷۳۳، ۷۳۴، ۷۳۵، ۷۳۶، ۷۳۷، ۷۳۸، ۷۳۹، ۷۴۰، ۷۴۱، ۷۴۲، ۷۴۳، ۷۴۴، ۷۴۵، ۷۴۶، ۷۴۷، ۷۴۸، ۷۴۹، ۷۵۰، ۷۵۱، ۷۵۲، ۷۵۳، ۷۵۴، ۷۵۵، ۷۵۶، ۷۵۷، ۷۵۸، ۷۵۹، ۷۶۰، ۷۶۱، ۷۶۲، ۷۶۳، ۷۶۴، ۷۶۵، ۷۶۶، ۷۶۷، ۷۶۸، ۷۶۹، ۷۷۰، ۷۷۱، ۷۷۲، ۷۷۳، ۷۷۴، ۷۷۵، ۷۷۶، ۷۷۷، ۷۷۸، ۷۷۹، ۷۸۰، ۷۸۱، ۷۸۲، ۷۸۳، ۷۸۴، ۷۸۵، ۷۸۶، ۷۸۷، ۷۸۸، ۷۸۹، ۷۹۰، ۷۹۱، ۷۹۲، ۷۹۳، ۷۹۴، ۷۹۵، ۷۹۶، ۷۹۷، ۷۹۸، ۷۹۹، ۸۰۰، ۸۰۱، ۸۰۲، ۸۰۳، ۸۰۴، ۸۰۵، ۸۰۶، ۸۰۷، ۸۰۸، ۸۰۹، ۸۱۰، ۸۱۱، ۸۱۲، ۸۱۳، ۸۱۴، ۸۱۵، ۸۱۶، ۸۱۷، ۸۱۸، ۸۱۹، ۸۲۰، ۸۲۱، ۸۲۲، ۸۲۳، ۸۲۴، ۸۲۵، ۸۲۶، ۸۲۷، ۸۲۸، ۸۲۹، ۸۳۰، ۸۳۱، ۸۳۲، ۸۳۳، ۸۳۴، ۸۳۵، ۸۳۶، ۸۳۷، ۸۳۸، ۸۳۹، ۸۴۰، ۸۴۱، ۸۴۲، ۸۴۳، ۸۴۴، ۸۴۵، ۸۴۶، ۸۴۷، ۸۴۸، ۸۴۹، ۸۵۰، ۸۵۱، ۸۵۲، ۸۵۳، ۸۵۴، ۸۵۵، ۸۵۶، ۸۵۷، ۸۵۸، ۸۵۹، ۸۶۰، ۸۶۱، ۸۶۲، ۸۶۳، ۸۶۴، ۸۶۵، ۸۶۶، ۸۶۷، ۸۶۸، ۸۶۹، ۸۷۰، ۸۷۱، ۸۷۲، ۸۷۳، ۸۷۴، ۸۷۵، ۸۷۶، ۸۷۷، ۸۷۸، ۸۷۹، ۸۸۰، ۸۸۱، ۸۸۲، ۸۸۳، ۸۸۴، ۸۸۵، ۸۸۶، ۸۸۷، ۸۸۸، ۸۸۹، ۸۹۰، ۸۹۱، ۸۹۲، ۸۹۳، ۸۹۴، ۸۹۵، ۸۹۶، ۸۹۷، ۸۹۸، ۸۹۹، ۹۰۰، ۹۰۱، ۹۰۲، ۹۰۳، ۹۰۴، ۹۰۵، ۹۰۶، ۹۰۷، ۹۰۸، ۹۰۹، ۹۱۰، ۹۱۱، ۹۱۲، ۹۱۳، ۹۱۴، ۹۱۵، ۹۱۶، ۹۱۷، ۹۱۸، ۹۱۹، ۹۲۰، ۹۲۱، ۹۲۲، ۹۲۳، ۹۲۴، ۹۲۵، ۹۲۶، ۹۲۷، ۹۲۸، ۹۲۹، ۹۳۰، ۹۳۱، ۹۳۲، ۹۳۳، ۹۳۴، ۹۳۵، ۹۳۶، ۹۳۷، ۹۳۸، ۹۳۹، ۹۴۰، ۹۴۱، ۹۴۲، ۹۴۳، ۹۴۴، ۹۴۵، ۹۴۶، ۹۴۷، ۹۴۸، ۹۴۹، ۹۵۰، ۹۵۱، ۹۵۲، ۹۵۳، ۹۵۴، ۹۵۵، ۹۵۶، ۹۵۷، ۹۵۸، ۹۵۹، ۹۶۰، ۹۶۱، ۹۶۲، ۹۶۳، ۹۶۴، ۹۶۵، ۹۶۶، ۹۶۷، ۹۶۸، ۹۶۹، ۹۷۰، ۹۷۱، ۹۷۲، ۹۷۳، ۹۷۴، ۹۷۵، ۹۷۶، ۹۷۷، ۹۷۸، ۹۷۹، ۹۸۰، ۹۸۱، ۹۸۲، ۹۸۳، ۹۸۴، ۹۸۵، ۹۸۶، ۹۸۷، ۹۸۸، ۹۸۹، ۹۹۰، ۹۹۱، ۹۹۲، ۹۹۳، ۹۹۴، ۹۹۵، ۹۹۶، ۹۹۷، ۹۹۸، ۹۹۹، ۱۰۰۰، ۱۰۰۱، ۱۰۰۲، ۱۰۰۳، ۱۰۰۴، ۱۰۰۵، ۱۰۰۶، ۱۰۰۷، ۱۰۰۸، ۱۰۰۹، ۱۰۱۰، ۱۰۱۱، ۱۰۱۲، ۱۰۱۳، ۱۰۱۴، ۱۰۱۵، ۱۰۱۶، ۱۰۱۷، ۱۰۱۸، ۱۰۱۹، ۱۰۲۰، ۱۰۲۱، ۱۰۲۲، ۱۰۲۳، ۱۰۲۴، ۱۰۲۵، ۱۰۲۶، ۱۰۲۷، ۱۰۲۸، ۱۰۲۹، ۱۰۳۰، ۱۰۳۱، ۱۰۳۲، ۱۰۳۳، ۱۰۳۴، ۱۰۳۵، ۱۰۳۶، ۱۰۳۷، ۱۰۳۸، ۱۰۳۹، ۱۰۴۰، ۱۰۴۱، ۱۰۴۲، ۱۰۴۳، ۱۰۴۴، ۱۰۴۵، ۱۰۴۶، ۱۰۴۷، ۱۰۴۸، ۱۰۴۹، ۱۰۵۰، ۱۰۵۱، ۱۰۵۲، ۱۰۵۳، ۱۰۵۴، ۱۰۵۵، ۱۰۵۶، ۱۰۵۷، ۱۰۵۸، ۱۰۵۹، ۱۰۶۰، ۱۰۶۱، ۱۰۶۲، ۱۰۶۳، ۱۰۶۴، ۱۰۶۵، ۱۰۶۶، ۱۰۶۷، ۱۰۶۸، ۱۰۶۹، ۱۰۷۰، ۱۰۷۱، ۱۰۷۲، ۱۰۷۳، ۱۰۷۴، ۱۰۷۵، ۱۰۷۶، ۱۰۷۷، ۱۰۷۸، ۱۰۷۹، ۱۰۸۰، ۱۰۸۱، ۱۰۸۲، ۱۰۸۳، ۱۰۸۴، ۱۰۸۵، ۱۰۸۶، ۱۰۸۷، ۱۰۸۸، ۱۰۸۹، ۱۰۹۰، ۱۰۹۱، ۱۰۹۲، ۱۰۹۳، ۱۰۹۴، ۱۰۹۵، ۱۰۹۶، ۱۰۹۷، ۱۰۹۸، ۱۰۹۹، ۱۱۰۰، ۱۱۰۱، ۱۱۰۲، ۱۱۰۳، ۱۱۰۴، ۱۱۰۵، ۱۱۰۶، ۱۱۰۷، ۱۱۰۸، ۱۱۰۹، ۱۱۱۰، ۱۱۱۱، ۱۱۱۲، ۱۱۱۳، ۱۱۱۴، ۱۱۱۵، ۱۱۱۶، ۱۱۱۷، ۱۱۱۸، ۱۱۱۹، ۱۱۲۰، ۱۱۲۱، ۱۱۲۲، ۱۱۲۳، ۱۱۲۴، ۱۱۲۵، ۱۱۲۶، ۱۱۲۷، ۱۱۲۸، ۱۱۲۹، ۱۱۳۰، ۱۱۳۱، ۱۱۳۲، ۱۱۳۳، ۱۱۳۴، ۱۱۳۵، ۱۱۳۶، ۱۱۳۷، ۱۱۳۸، ۱۱۳۹، ۱۱۴۰، ۱۱۴۱، ۱۱۴۲، ۱۱۴۳، ۱۱۴۴، ۱۱۴۵، ۱۱۴۶، ۱۱۴۷، ۱۱۴۸، ۱۱۴۹، ۱۱۵۰، ۱۱۵۱، ۱۱۵۲، ۱۱۵۳، ۱۱۵۴، ۱۱۵۵، ۱۱۵۶، ۱۱۵۷، ۱۱۵۸، ۱۱۵۹، ۱۱۶۰، ۱۱۶۱، ۱۱۶۲، ۱۱۶۳، ۱۱۶۴، ۱۱۶۵، ۱۱۶۶، ۱۱۶۷، ۱۱۶۸، ۱۱۶۹، ۱۱۷۰، ۱۱۷۱، ۱۱۷۲، ۱۱۷۳، ۱۱۷۴، ۱۱۷۵، ۱۱۷۶، ۱۱۷۷، ۱۱۷۸، ۱۱۷۹، ۱۱۸۰، ۱۱۸۱، ۱۱۸۲، ۱۱۸۳، ۱۱۸۴، ۱۱۸۵، ۱۱۸۶، ۱۱۸۷، ۱۱۸۸، ۱۱۸۹، ۱۱۹۰، ۱۱۹۱، ۱۱۹۲، ۱۱۹۳، ۱۱۹۴، ۱۱۹۵، ۱۱۹۶، ۱۱۹۷، ۱۱۹۸، ۱۱۹۹، ۱۲۰۰، ۱۲۰۱، ۱۲۰۲، ۱۲۰۳، ۱۲۰۴، ۱۲۰۵، ۱۲۰۶، ۱۲۰۷، ۱۲۰۸، ۱۲۰۹، ۱۲۱۰، ۱۲۱۱، ۱۲۱۲، ۱۲۱۳، ۱۲۱۴، ۱۲۱۵، ۱۲۱۶، ۱۲۱۷، ۱۲۱۸، ۱۲۱۹، ۱۲۲۰، ۱۲۲۱، ۱۲۲۲، ۱۲۲۳، ۱۲۲۴، ۱۲۲۵، ۱۲۲۶، ۱۲۲۷، ۱۲۲۸، ۱۲۲۹، ۱۲۳۰، ۱۲۳۱، ۱۲۳۲، ۱۲۳۳، ۱۲۳۴، ۱۲۳۵، ۱۲۳۶، ۱۲۳۷، ۱۲۳۸، ۱۲۳۹، ۱۲۴۰، ۱۲۴۱، ۱۲۴۲، ۱۲۴۳، ۱۲۴۴، ۱۲۴۵، ۱۲۴۶، ۱۲۴۷، ۱۲۴۸، ۱۲۴۹، ۱۲۵۰، ۱۲۵۱، ۱۲۵۲، ۱۲۵۳، ۱۲۵۴، ۱۲۵۵، ۱۲۵۶، ۱۲۵۷، ۱۲۵۸، ۱۲۵۹، ۱۲۶۰، ۱۲۶۱، ۱۲۶۲، ۱۲۶۳، ۱۲۶۴، ۱۲۶۵، ۱۲۶۶، ۱۲۶۷، ۱۲۶۸، ۱۲۶۹، ۱۲۷۰، ۱۲۷۱، ۱۲۷۲، ۱۲۷۳، ۱۲۷۴، ۱۲۷۵، ۱۲۷۶، ۱۲۷۷، ۱۲۷۸، ۱۲۷۹، ۱۲۸۰، ۱۲۸۱، ۱۲۸۲، ۱۲۸۳، ۱۲۸۴، ۱۲۸۵، ۱۲۸۶، ۱۲۸۷، ۱۲۸۸، ۱۲۸۹، ۱۲۹۰، ۱۲۹۱، ۱۲۹۲، ۱۲۹۳، ۱۲۹۴، ۱۲۹۵، ۱۲۹۶، ۱۲۹۷، ۱۲۹۸، ۱۲۹۹، ۱۳۰۰، ۱۳۰۱، ۱۳۰۲، ۱۳۰۳، ۱۳۰۴، ۱۳۰۵، ۱۳۰۶، ۱۳۰۷، ۱۳۰۸، ۱۳۰۹، ۱۳۱۰، ۱۳۱۱، ۱۳۱۲، ۱۳۱۳، ۱۳۱۴، ۱۳۱۵، ۱۳۱۶، ۱۳۱۷، ۱۳۱۸، ۱۳۱۹، ۱۳۲۰، ۱۳۲۱، ۱۳۲۲، ۱۳۲۳، ۱۳۲۴، ۱۳۲۵، ۱۳۲۶، ۱۳۲۷، ۱۳۲۸، ۱۳۲۹، ۱۳۳۰، ۱۳۳۱، ۱۳۳۲، ۱۳۳۳، ۱۳۳۴، ۱۳۳۵، ۱۳۳۶، ۱۳۳۷، ۱۳۳۸، ۱۳۳۹، ۱۳۴۰، ۱۳۴۱، ۱۳۴۲، ۱۳۴۳، ۱۳۴۴، ۱۳۴۵، ۱۳۴۶، ۱۳۴۷، ۱۳۴۸، ۱۳

البته بدیهی است که از قانون فوق نمی‌توان برای تعریف کارگاه‌های کوچک استفاده کرد اما آن قانون می‌تواند نشان‌دهنده این نکته باشد که تعداد کارگران تنها می‌تواند یکی از ضابطه‌های تشخیص کارگاه کوچک باشد نه تنها ضابطه.

این نکته که تعداد کم کارگران موجه خروج آن‌ها از قانون کار نیست و نیاز به عوامل دیگری نیز می‌باشد در طرح اصلاحیه قانون کار نیز مورد توجه قرار گرفته است:

«متن زیر به عنوان تبصره ماده ۱۹۱ قانون اضافه می‌شود.

تبصره: تغییر در تعریف کارگاه‌های کوچک مشمول حکم ماده فوق از لحاظ تعداد کارگران و یا میزان سرمایه‌گذاری و گردش مالی سالانه با توجه به شرایط اقتصادی و اجتماعی با پیشنهاد شورای عالی کار و تصویب وزیر کار و امور اجتماعی انجام خواهد شد.»^۱

اما در نبود نص قانونی، ضابطه «کوچک» محسوب شدن یک کارگاه چیست؟ دو جواب به نظر می‌رسد:^۲

- مفهوم «کوچک» به آیین‌نامه واگذار شود که این امر با توجه به این که در محدوده

ماده ۱۹۱ اختیار تشخیص این امر به آیین‌نامه تفویض نشده، از صحت حقوقی برخوردار نمی‌باشد.

- تشخیص «کوچک بودن کارگاه» به عنوان یک امر موضوعی به نظر مقام‌های قضائتی تفویض شود.

نکته سوم - استثنای بودن ماده

استثنای بودن موارد خارج شده از قانون کار از ماده فوق قابل برداشت است؛ چه ماده با دو قید مهم «موقتاً» و «از شمول بعضی از مقررات این قانون» تلافی کرده که خروج کارگاه‌های کوچک کمتر از ۱۰ نفر از قانون کار سبب نشود که این قبیل کارگاه‌ها برای همیشه تحت حکومت قانون مدنی و روابط اجاره قرار بگیرند.

نکته چهارم - آیین‌نامه

قانونگذار اجازه «تشخیص مصلحت و مورد استثناء» را به عهده آیین‌نامه‌ای قرار داده که با پیشنهاد شورای عالی کار به تصویب هیأت وزیران خواهد رسید.

۵- قانون معافیت کارگاه‌ها و مشاغل دارای ۵ نفر کارگر و کمتر از شمول قانون کار تا پایان برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران

گویا با توجه به تأخیر حاصله در تصویب آیین‌نامه ماده ۱۹۱، مجلس شورای اسلامی این امر را خود به عهده گرفته و اقدام به تصویب قانون فوق در تاریخ ۱۳۷۸/۱۲/۸ نمود. این ماده سقّر می‌دارد:

1- <http://www.lranber.org/ph/1911.pl#p#104>.

۲- در بند «الف» ماده ۲ تصویب‌نامه هیأت وزیران برای بنگاه‌های کوچک اقتصادی، زودبازده و کارآفرین به تاریخ ۱۳۸۲/۸/۱۹ در تعریف بنگاه‌های کوچک آمده است: «بنگاه‌های کوچک: به واحدهای تولیدی (کالا و خدمات) گفته می‌شود که میزان اشتغال آن‌ها کمتر از ۵۰ نفر باشد»

«ماده واحده- از تاریخ تصویب این قانون تا پایان برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران کلیه کارگاه‌ها و مشاغل دارای ۵ نفر کارگر و کمتر از شمول قانون کار معاف می‌باشد.

تبصره ۱- هر یک از کارگران و کارفرمایان نسبت به پرداخت حق بیمه کارگری مخیرند با توافق همدیگر اقدام نمایند.

تبصره ۲- این ماده واحده شامل کارگاه‌هایی می‌شود که پس از تصویب این قانون ایجاد می‌شود.»

هرچند اعتبار ماده فوق به پایان رسیده است اما از جهت تاریخ حقوق مطالعه ابعاد این قانون مفید به نظر می‌رسد.

نکته اول- از عبارت نخستین صدر ماده- از تاریخ تصویب این قانون- می‌توان دو برداشت داشت:^۱

برداشت اول- اجرای قانون موکول به بعد تصویب آن شده است، یعنی قانون عطف به ماسبق

نمی‌شود پس تنها کارگاه‌های ایجاد شده بعد از تصویب قانون مشمول آن هستند.

برداشت دوم- اجرای قانون از تاریخ تصویب آن خواهد بود نه از تاریخ انتشار آن.^۲ ماده ۲ ق.م.

قوانین را ۱۵ روز بعد از انتشار لازم‌الاجرا می‌نماید اما در مقام بیان استثناء مقرر

می‌دارد مگر آن که در خود قانون ترتیب خاصی برای اجرا مقرر شده باشد. در واقع

هدف مقنن استفاده از بخش دوم (استثناء) ماده ۲ قانون مدنی بوده است. با این

حال به نظر نمی‌رسد دلیل خاصی بتوان برای اجرای قانون از تاریخ تصویب و قبل

از انتشار تصور کرد و بلکه می‌توان گفت که عبارت «از تاریخ تصویب» مسامحتاً

به کار رفته و در واقع قصد مقنن اجرای قانون از تاریخ انتشار بوده است، منتها

لفظی را به کار برده که در سائنس این مضمون توانا نیست.

نکته دوم- به هر حال صرف نظر از تفاوت این برداشتها در این نکته تردیدی نیست که قانون فوق در جهت

حفظ حقوق مکتسبه کارگرنی که در کارگاه‌های کمتر از ۵ نفر کار می‌کنند و از مزایای قانون کار برخوردارند، عطف

به ماسبق نمی‌گردد. بنابراین کارگاه‌های کمتر از ۵ نفر که از قبل ایجاد شده‌اند همچنان مشمول قانون کار خواهند

بود و کارفرما نمی‌تواند با استناد به این قانون مانع اجرای قانون کار در کارگاه خود شود. اما کارگاه‌هایی که بعد از

تصویب این قانون ایجاد می‌شوند از شمول قانون کار خارج‌اند.

نکته سوم- مدت اعتبار قانون فوق محدود بوده و تنها از ۱۳۲۸/۱۲/۸ (تاریخ تصویب قانون) تا پایان برنامه

سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران اعتبار دارد. گذشته از این که دلیل محدودیت

اعتبار این قانون بر نگارنده روشن نیست؛ سوالی که مطرح می‌شود این است که آیا پس از پایان اعتبار قانون معافیت،

۱- چنین بخشی را در تفسیر ماده واحده‌ای تحت عنوان «قانون حفظ اعتبار اسناد سجلی و جلوگیری از تزلزل آن‌ها» دهمین میرشکای عباس، تفسیر تاریخ تولد، فصلنامه قوانین و مقررات تأمین اجتماعی، سال سوم، ش ۷، تابستان ۱۳۸۶.

۲- مجلس نمایان خود را در اجرای بعضی از قوانین از زمان تصویب و نه انتشار نشان داده است؛ مشروح مذاکرات مجلس روز ۱۳۸۶/۵/۱۷ چاپ شده در ضمیمه روزنامه رسمی ۱۳۸۶/۵/۱۷ ص ۲۲ و ۲۳ در مورد تصویب لایحه تمدید مهلت اجرای آزمایشی قانون مجازات اسلامی.

کارگاه‌های مشمول آن، تحت شمول قانون کار قرار می‌گیرند یا آن که همچنان بر اساس قانون معافیت از شمول قانون کار خارج خواهند بود؟

نظر به این که قانون معافیت، حکمی استثنایی است و قانون کار، حکم اصل و نظر به این که روش تفسیر در مورد این نوع از احکام استثنایی، تفسیر مضیق می‌باشد، به نظر نگارنده در مقام تردید در ادامه جریان حکم استثنایی، باید رجوع به قانون اصل نمود و قانون کار را اجرا نمود. به استصحاب اجرای قانون معافیت نسبت به کارگاه‌های مشمول آن نیز نمی‌توان استناد کرد؛ زیرا برای استصحاب بقای یک موضوع، باید آن موضوع قابلیت بقا را داشته باشد، از آن جا که مدت اعتبار این قانون محدود است لذا شک در مورد بقای این قانون از نوع شک در مقتضی می‌باشد و می‌دانیم با شک در مقتضی استصحاب از صحت برخوردار نمی‌باشد.

نکته چهارم - قانون فوق، کلیه کارگاه‌ها و مشاغل^۲ دارای ۵ نفر کارگر و کمتر از ۵ نفر را از شمول قانون کار خارج ساخته است. در این نکته که کلیه کارگاه‌ها و مشاغل دارای ۵ نفر کارگر و کمتر از ۵ نفر، کارگاه محسوب می‌شوند و تنها احکام موجود در قانون کار بر این کارگاه‌ها تسری ندارد، تردیدی نیست، لذا خروج این کارگاه‌ها از قانون کار، خروج حکمی است نه موضوعی. با توجه به این که خود قانون تصریح به کلیه کارگاه‌ها و مشاغل دارای ۵ نفر کارگر و کمتر از ۵ نفر دارد در این که کارگاه‌های دارای ۵ نفر هم از شمول قانون کار خارج‌اند تردیدی نیست لذا مجالی برای بحث غایت و معیا پیش نمی‌آید.

نکته پنجم - تبصره یک ماده واحده فوق مقرر می‌دارد:

«هریک از کارگران و کارفرمایان نسبت به پرداخت حق بیمه کارگری مخیرند با توافق همدیگر اقدام نمایند»

عام به کار رفته در تبصره فوق، عام افرادی است، پس ممکن است کارفرما با یک تعداد از کارگران موجود در کارگاه خود اقدام به انعقاد قرارداد بیمه بنماید و برای عده‌ای دیگر حق بیمه‌ای را نپردازد. چنین امری که می‌تواند تبعیضی عمده در محیط کار به وجود آورد به نظر می‌رسد مجوزی قانونی در راه برقراری تبعیض و ایجاد تنش در کارگاه باشد.

همچنین به نظر می‌رسد تبصره فوق با اصل ۲۹ قانون اساسی نیز ناسازگار باشد. این اصل مقرر می‌دارد:

«برخورداری از تأمین اجتماعی از نظر بازنشستگی، بیکاری، پیری، از کارافتادگی، بی‌سرپرستی، در راه ماندگی، حوادث و سوانح نیاز به خدمات بهداشتی و درمانی و مراقبت‌های پزشکی به صورت بیمه و غیره حقی است همگانی. دولت مکلف است طبق قوانین از محل درآمدهای عمومی و درآمدهای حاصل از مشارکت مردم خدمات حمایت‌های مالی فوق را برای یک یک افراد کشور تأمین کند.»

نکته ششم - کارگاه‌های مورد بحث در ماده واحده فوق از شمول تمام مقررات قانون کار خارج می‌باشند. این

۱- صدر، سید محمد باقر، دروس فی علم الاصول، ج ۱، ص ۱۲۹.

۲- منظور از واژه «مشاغل» مشخص نمی‌باشد، با این حال می‌توان آن را مترادف «کارگاه» دانست.

قسمت از ماده قابل انتقاد است؛ چه به معنای خارج کردن کارگران از شمول قانون کار و تبعیت آن‌ها از قانون مدنی (بند اجاره) است و این یعنی بازگشت به ابتدای حقوق کار.

۶- آیین‌نامه معافیت کارگاه‌های کوچک دارای کمتر از ده نفر کارگر از شمول برخی از مقررات قانون کار، موضوع ماده ۱۹۱ قانون کار^۱

هیأت وزیران در جلسه مورخ ۱۳۸۷/۱۰/۲۹ بنا به پیشنهاد شورای عالی کار، موضوع نامه شماره ۷۶۱۷۴ مورخ ۱۳۸۱/۱۰/۱۴ وزارتخانه‌های کار و امور اجتماعی، امور اقتصادی و دارایی، بازرگانی، صنایع و معادن و سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور و به استناد ماده ۱۹۱ قانون کار، آیین‌نامه معافیت کارگاه‌های کوچک دارای کمتر از ده نفر کارگر از شمول برخی از مقررات قانون کار، موضوع ماده ۱۹۱ قانون کار را تصویب نمود. در مورد آیین‌نامه نکات زیر قابل ذکر است:

نکته اول- مدت معافیت: براساس ماده ۲ آیین‌نامه فوق، مدت معافیت از شمول مواد

یاد شده سه سال تعیین شده است، البته هیأت وزیران در جلسه مورخ ۸۴/۱۰/۱۸ بنا به پیشنهاد شماره ۹۷۹۵۹ مورخ ۸۴/۱۰/۱۷ وزارت کار و امور اجتماعی و به استناد ماده ۱۹۱ قانون کار جمهوری اسلامی ایران، تصویب‌نامه فوق را برای مدت سه سال دیگر تمدید نمود، البته از آن‌جا که ماده ۱۹۱ قانون کار اجازه تعیین مدت اجرای آیین‌نامه را به هیأت وزیران نداده است لذا تعیین و سپس تمدید مدت قابل مناقشه به نظر می‌رسد.

نکته دوم- برخلاف قانون معافیت کارگاه‌ها و مشاغل دارای ۵ نفر کارگر و کمتر

از شمول قانون کار که کارگاه‌های ۵ و کمتر از ۵ نفر را از شمول تمام مقررات خارج ساخته است، آیین‌نامه فوق کارگاه‌های کمتر از ۱۰ نفر را از شمول برخی مواد خارج ساخته و در آن موارد استثنا شده نیز مقرراتی در جهت تعیین جایگزین مشخص کرده است.

۷- رأی دیوان به شماره ۲۴۸ الی ۲۵۰ به تاریخ ۱۳۸۶/۴/۱۷ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص ابطال قسمت‌هایی از تصویب‌نامه شماره ۵۶۳۹۲/ت/۲۷۹۲۹-هـ مورخ ۱۳۸۱/۱۱/۷ هیأت وزیران^۲

در مقام درخواست ابطال آیین‌نامه فوق، دعوایی در دیوان عدالت اداری مطرح شد؛ خواهان پرونده در شرح دادخواست خود، معتقد بود که ماده یک، ماده ۲ و بند یک و قسمتی از بند ۴ و قسمت آخر بند ۶ و بندهای ۹ و ۱۳ و ۱۴ ماده ۳ آیین‌نامه مورد بحث، خلاف اصول مصرح قانون کار است. برای مثال در بند ۱ ماده ۳ تصویب‌نامه اذعان شده: قرارداد کتبی کار در سه نسخه تنظیم خواهد شد که این امر برخلاف تبصره ماده ۱۱ قانون کار که تنظیم قراردادها را در ۴ نسخه مورد تأکید قرار داده است، می‌باشد. همچنین به موجب بند ۴ ماده ۳ آیین‌نامه مقرر شده

۱- روزنامه رسمی شماره ۱۶۸۸۷ به تاریخ ۱۳۸۱/۱۱/۲۴.

۲- روزنامه رسمی به شماره ۱۸۲۱۰ به تاریخ ۱۳۸۶/۱۱/۱۵.

است؛ چنانچه توقیف کارگر به سبب شکایت کارفرما باشد و در مورد میزان مزایای پایان کار بین کارگر و کارفرما توافقی حاصل نشود، مراجع حل اختلاف پیش‌بینی شده در قانون کار می‌توانند با توجه به اوضاع و احوال طرفین به نسبت هر سال سابقه کار، حقوقی معادل ۴۵ تا ۷۵ روز تحت عنوان مزایای پایان کار تعیین و به نفع کارگر اقدام به صدور رأی نمایند. در حالی که طبق دو اصل ۵۸ و ۷۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران وضع قانون و قواعد آمره موجد حق و تکلیف و الزامات اشخاص در عموم مسائل به قوه مقننه و یا مآذون از قبل قانونگذار اختصاص دارد البته اضافه نمودن ۷۵ روز برخلاف نص صریح ماده ۲۵ قانون کار که حداکثر ۴۵ روز را مورد تأکید قرار داده است، صحیح نمی‌باشد.

در لایحه شماره ۱۱۵۸۳۹ مورخ ۱۳۸۴/۱۲/۱ وزارت کار و امور اجتماعی آمده بود:

«در اجرای ماده ۱۹۱ پیش‌نویس آیین‌نامه اجرایی تهیه و به منظور جلب‌نظر و تأمین مشارکت و لحاظ داشتن نقطه نظرات کارگران و کارفرمایان از مجامع کارگری و کارفرمایی در سطح کشور دعوت به عمل آمده و مفاد آیین‌نامه در جلسات متعدد و مستمر کارشناسی مورد بررسی قرار گرفت و به تأیید و امضای کنفدراسیون صنعت ایران، انجمن مدیران صنایع، مجتمع امور صنفی توزیعی خدماتی تهران، خانه صنعت و معدن، خانه صنوف و معادن ایران، کانون عالی شورای اسلامی کار سراسر کشور، کانون انجمن‌های صنفی کارگری ایران و کانون عالی انجمن‌های صنفی کارفرمایی سطح کشور رسیده است و پس از تأیید شورای عالی کار که از اجتماع مساوی نمایندگان کارگران و کارفرمایان و دولت تشکیل می‌شود در تاریخ ۱۳۸۱/۱۰/۲۹ به تصویب هیأت محترم وزیران رسیده است. امعان نظر در مطالب بیان شده نشان از این واقعیت دارد که سازمان‌های کارگری و کارفرمایی و سایر مجامع روابط کار کشور به نمایندگی از سوی کارگران و کارفرمایان در تمام مراحل تهیه و تنظیم، بررسی و تأیید آیین‌نامه مشارکت همه‌جانبه و مؤثر داشته و با همکاری گروه نمایندگان دولت آیین‌نامه اجرایی کارگاه‌های کوچک کمتر از ده نفر پس از ۱۲ سال به تصویب هیأت محترم وزیران رسیده است.»

نکته مورد استناد از طرف شاکی، وضع قاعده موجد حق و تکلیف توسط نهادی غیر از قانونگذار و بدون اجازه از طرف وی است و این ایراد با این جواب که «نمایندگان کارگر و کارفرما در تصویب آیین‌نامه دخالت داشته‌اند»، قابل دفع نمی‌باشد؛ البته این سخن، از این لحاظ که با در نظر داشتن نظرات کارگران منافع آن‌ها لحاظ شده است سخن موجهی است اما این امر عمل به تکلیف مقرر در ماده ۱۹۱ است نه چیزی بیش از آن.

به هر روی، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به شرح زیر مبادرت به صدور رأی نمود:

«طبق ماده ۱۹۱ قانون کار مصوب ۱۳۶۹، کارگاه‌های کوچک کمتر از ده نفر را می‌توان برحسب مصلحت موقتاً از شمول بعضی از مقررات این قانون مستثنی نمود. تشخیص مصلحت و موارد استثنا به موجب آیین‌نامه‌ای خواهد بود که با پیشنهاد شورای عالی کار به تصویب هیأت‌وزیران خواهد رسید. نظر به این که حکم مقنن مفید حصر اختیار هیأت‌وزیران در مستثنی کردن کارگاه‌های کوچک کمتر از ۱۰ نفر کارگر از شمول بعضی از مقررات قانون کار به مدت موقت و برحسب مصلحت است و دلالتی بر وضع قاعده آمره خاص نسبت به این قبیل کارگاه‌های کوچک و کارگران آن‌ها که علی‌القاعده تابع شرایط قرارداد کار براساس تراضی و توافق طرفین (کارگر و کارفرما) است، ندارد. بنابراین مواد ۲ و ۳ در قسمت مورد اعتراض خارج از حدود اختیارات قوه مجریه در وضع مقررات دولتی تشخیص

داده می‌شود و مستنداً به اصل ۱۷۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و بند یک ماده ۱۹ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵ ابطال می‌گردد.»

در مقام بررسی رأی فوق قابل ذکر است که به نظر دیوان از لحاظ منطبق حقوقی صرف، خدش‌های وارد نیست؛ چه ماده ۱۹۱ تنها به هیأت وزیران اجازه تعیین دو امر را داده است؛ تشخیص مصلحت و موارد استثنا. تعیین مقررات جایگزین و حتی تعیین مدت از جمله اختیارات تفویضی قانونگذار نمی‌باشد. اما از لحاظی دیگر این نقد وارد است که هیأت وزیران به این امید که حقوقی در سطح حداقل برای کارگران با وضع مقررات جانشین در نظر گرفته است اقدام به ذکر موارد استثنا شده کرده و کارگران را از حداکثر حقوق پیش‌بینی شده در قانون کار محروم کرده است. حال آن حداقل حقوق هم با رأی دیوان نادیده گرفته شده و این نتیجه‌ای نخواهد داشت جز این که کارگران کارگاه‌های کمتر از ۱۰ نفر در موارد استثنا شده تابع قانون مدنی باشند.

۸- نتیجه‌گیری و پیشنهاد

همان‌طور که در مقدمه مقاله اشاره شد، هدف از وضع قانون کار حمایت از هر فردی است که عنوان کارگر بر او صدق نماید؛ در این مسیر خارج کردن برخی از افرادی که مصداق عنوان کارگر هستند از شمول قانون کار باید با دوراندیشی خاص و با تدابیر ویژه به همراه باشد. به نظر نگارنده خارج کردن کارگران کارگاه‌های کمتر از ۱۰ نفر از شمول قانون کار، ولو به هدف حمایت از چنین کارگاه‌هایی با تدابیری خاص پشتیبانی نشده است. پیشنهاداتی که به نظر نگارنده می‌رسد از قرار زیر است:

- ۱- مستثنی کردن یک کارگاه از مقررات قانون کار فقط به صرف این که تعداد نفرات آن کم می‌باشد منطقی نیست. اگر هدف حمایت از کارگاهی کوچک و ناتوان از لحاظ اقتصادی است باید علاوه بر تعداد کم نفرات از ملاک‌های دیگر نیز استفاده کرد.
- ۲- برخی از مقررات قانون کار به جهت حفظ حقوق انسانی کارگر وضع گردیده است، نباید کارگر را از شمول حمایتی این مقررات بی‌بهره ساخت.
- ۳- بایستی بهره ساختن کارگر از حمایت حداکثری مقررات قانون کار، باید مقرراتی که جنبه حداقلی دارند وضع کرد یا اجازه وضع آن را به واضعین آیین‌نامه داد.

منابع فارسی

- ۱- عراقی، دکتر عزت‌الله، حقوق کار، انتشارات سمت.
- ۲- عراقی، دکتر عزت‌الله، مقاله تغییر کارفرما و آثار آن در رابطه کارگری و کارفرمایی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۲۸، سال ۱۳۷۱.

دیوان بین‌المللی دادگستری و مسأله مرور زمان در طرح دعاوی بین‌المللی^۱

زینب کرمی

یعقوب باتمانی

چکیده:

در جامعه بین‌المللی وجود تعهداتی که فاقد ضمانت اجراهای مناسب باشد، عادی می‌نماید. نظم بین‌المللی سبب می‌گردد که حمایت از وضعیت‌های استقرار یافته به صورت یک اصل حقوقی تجلی نماید. لذا دولت‌های متضرر از نقض‌های حقوق بین‌الملل نمی‌توانند هر زمان که خود تشخیص دهند اقدام به طرح دعوی بین‌المللی بر علیه دولت یا دولت‌های مسؤول نمایند. حقوق بین‌الملل در راستای حفظ نظم و امنیت روابط میان تابعان اصلی خود موانعی را در جهت طرح دعاوی بر علیه دولت متخلف پیش‌بینی نموده است. مرور زمان یکی از این موانع محسوب می‌گردد. شکی نیست که اصولاً در امور حقوقی - برخلاف امور کیفری - پذیرش مرور زمان به عنوان یکی از موانع طرح دعاوی چندان خالی از انتقاد نمی‌باشد. به طور کلی جز در موارد خاصی که مرور زمان بر طبق مقررات معاهدات بین‌المللی پذیرفته شده‌اند، این مانع در حقوق موجود امری صلاحدیدنی تلقی گردیده است که محاکم بین‌المللی در هر مورد عهده دار احراز آن می‌باشند.



۱- کلیات

مرور زمان، گذشتن مدتی است که به موجب قانون پس از انقضای آن مدت، دعوی قابل استماع نیست و چون مقررات راجع به آن علی‌الاصول مخالف قواعد موجد حق است و جنبه استثنایی بر آن قواعد را دارد، در صورت شک در سعه و ضیق مقررات مرور زمان باید از این مقررات تفسیر مضیق نمود.^۲

با دقت در تعریف فوق چند نکته مقدماتی راجع به مرور زمان^۳ روشن می‌گردد:



۱- این وجیره ناچیز به استاد مسلم حقوق بین‌الملل جناب آقای دکتر محمدرضا غیبایی بگدلی تقدیم می‌گردد.
 عضو کانون وکلای دادگستری کرمانشاه و ایلام، کارشناس ارشد حقوق بین‌الملل از دانشگاه علامه طباطبائی، مدرس دانشگاه، دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل.

۲- جعفری لنگرودی، دکتر محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، چاپ دهم، ۱۳۷۸، صفحه ۶۳۸.

3- Passage of Time or Undue Delay or Prescription.

لازم به ذکر است که در قضیه برخی سرزمین‌های فاسقات، دیوان بین‌المللی دادگستری از ولز اول استفاده نموده است در حالی که در قضیه آستیلوس از ولز ناخبر غیر معقول (نازوا) استفاده نموده است. در همان حال کمیسیون‌های ناواری در بیشتر آرای خود عبارت اخیر را استعمال نمودند. ماده ۳۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر در بیان حق مراجعه اشخاص به دیوان اروپایی حقوق بشر اعلام می‌دارد که افراد باید ابتدا نا به محاکم داخلی مراجعه نمایند. طبق یک قاعده حقوق بین‌الملل عرفی و رویه قضایی بین‌المللی در دو مورد مراجعه مقدماتی به محاکم داخلی لازم نیست: اول در جایی که مراجعه فاقد تأثیر باشد؛ از جمله رأی دولتی جنگل روبروب مرکزی ۱۹۳۳ و رأی دیوان دومی دادگستری بین‌المللی در قضیه راه آهن یانه ویزیس - سالفوتیکیس و آرای دیوان بین‌المللی دادگستری در قضایای آباتیوس و اینتر هنتل) و دوم در جایی که فرآیند دفرسی دارای تأخیر غیرموجهی باشد، تأکید بر مورد دوم است زیرا در بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر حق افراد برای رسیدگی به شکایات آن‌ها در یک دادرسی مستقله و بدون تأخیر به رسمیت شناخته شده است. دیوان برای بررسی ادعای تأخیر

اولاً- مقررات راجع به مرور زمان مقرراتی اصیل و طبیعی نیستند. بنابراین این مقررات اصولاً مخالف با مقررات ماهوی حقوق تلقی می‌گردند. به عبارت دیگر براساس حقوق طبیعی و بنیادین بشر در حالت اولیه و صرف حقوقی مقررات راجع به مرور زمان امری خلاف اصل ابتدایی لزوم احقاق حق تلقی می‌گردد و اگر معنی به دلایلی مرور زمان را در جایی می‌پذیرد، مبانی جامعه شناختی و فلسفی خاصی باعث وضع مقرراتی دال بر پذیرش مرور زمان گشته‌اند^۱

ثانیاً- مرور زمان در ماهیت و بقا اصل دعوی تأثیری ندارد^۲ «زیرا ماده ۱۲۱ قانون آیین دادرسی سابق مقرر می‌داشت که اگر مدیونی، دینی را که مشمول مرور زمان شده است به اختیار یفا کند نمی‌تواند به استناد مرور زمان آن را از داین پس بگیرد»^۳. چنین دیونی را دیون طبیعی می‌نامند.

می‌دانیم مرور زمان هم در امور جزایی و هم در امور حقوقی مطرح گردیده است. در امور کیفری «تمام مکاتب با سقوط دعوی عمومی یا مجازات بر اثر گذشت زمان موافق نیستند»^۴. برخلاف امور حقوقی که در آن مرور زمان پس از استقرار از سوی خواننده دعوی قابل اسقاط است و محکمه باید به دعوی خصوصی رسیدگی نماید^۵، در امور کیفری چون مرور زمان از قواعد آمره و ناظر به نظم عمومی است، از سوی ذی‌نفع قابل اسقاط نیست^۶. دیوان بین‌المللی ویژه برای یوگسلاوی سابق، رواندا، سیرالئون و لبنان که براساس قطعنامه‌های شورای امنیت تأسیس گردیده‌اند بسیاری از اصول بنیادین حقوق بین‌الملل کیفری را در اساسنامه مبتنی کار خود قرار داده‌اند. اما در خصوص مرور زمان مقرر خاصی در متن اساسنامه این دادگاهها دیده نمی‌شود. این در حالی است که عسائله مرور زمان یکی از مهمترین مسائل پیش روی هر محکمه در مورد امور صلاحیتی و در مواردی در امور ماهوی می‌باشد. اما برخلاف این استاد اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی در ماده ۲۹ به طور صریح مقرر می‌دارد در جرایم داخل

غیرموجه در رسیدگی ابتدا این امر را مورد ارزیابی قرار می‌دهد که آیا مورد مطروحه یک حق مدنی است یا خیر. بنگرید به رای دیوان اروپایی حقوق بشر در: *Darnell v UK* 150158/88, 1004/91
Dinjen, Els Henning, Warda: undue delay in the case-law of the European Court of Human Rights, Amsterdam International Law Clinic

باید دانست مرور زمان متفاوت از تأخیر دولت در رسیدگی‌های قضایی است: چرا که در «مرور زمان» تأخیر در طرح ادعا مطرح است نه تأخیر نهاد رسیدگی در فرایند احراز واقعیت. به عبارت دیگر مرور زمان مبتنی بر نوعی اعراض از حق است در حالی که تعهد دولت‌ها در رسیدگی سریع به دعاوی امری است که مبتنی بر منافع بسیار است و دولت‌ها باید حداکثر تلاش خود را در انجام رسیدگی سریع به دعاوی به کار گیرند به طور طبیعی در کشورهایی که سازمان قضایی آن‌ها هنوز مراحل سنتی سیر تکاملی خود را می‌پیماید عواملی همچون کثرت مراجعات به دادگستری، عدم توانایی حقوقی و علمی قضات و وکلا، سازوکارهای ضعیف در اجرای احکام، نقش جوامع محلی در ایجاد تأخیر صلاح‌دیدی به بهانه حل و فصل کدخدانشانه دعاوی و... عواملی است که حق افراد را در کسب حقوق خود از طریق فرایند قضایی با تأخیر و چالش مواجه می‌نمایند.

۱- برای مطالعه تفصیلی راجع به مبانی فلسفی و جامعه‌شناختی مرور زمان بنگرید به: شهیدی، دکتر مهدی، سقوط تعهدات، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ۱۳۶۸، صفحه ۱۲۰ به بعد.

۲- برای مطالعه بی‌امون وضیعت حقوقی مرور زمان در حقوق داخلی ایران بنگرید به: حاتمی، علی‌نصیر و ذاکری، محمد وحید تجدید اعتبار مرور زمان در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، قابل دسترسی در سایت معاونت آموزش دادگستری تهران.

۳- شریفی، مجتبی، قلمرو مرور زمان در فقه و حقوق اسلامی، قابل دسترسی در سایت معاونت آموزش دادگستری تهران.

۴- به عنوان مثال مکتب ایتالیایی و مکتب عدالت «مطلقاً با مرور زمان مخالف است» زیرا «باز نیز از مخالفین مرور زمان بوده است». در انگلستان مرور زمان در امور کیفری پذیرفته نشده است. در فقه امامیه نیز ظاهراً قول مشهور بر عدم پذیرش مرور زمان است. بنگرید به: آموزی، دکتر محمد آیین دادرسی کیفری، جلد ۲، چاپ ششم ۱۳۸۰، انتشارات سمت، صفحه ۱۸۲ به بعد.

۵- البته ممکن است که در مواردی قانونگذار توافق طرفین اختلافی را که مشمول مرور زمان شده است نپذیرد. این امر بر برتو خصلت امرانه قواعد آیین دادرسی مدنی می‌تواند توجیه گردد.

۶- برای مطالعه بیشتر بنگرید به: ذاکری، مسعود، مرور زمان کیفری در حقوق کنونی ایران، ایهامات، کاستی‌ها، چاره‌جویی‌ها، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۸، تابستان ۱۳۸۴، صفحات ۴۹-۶۴.

در صلاحیت دیوان، مرور زمان سبب عدم تعقیب و مجازات متهمین این جرایم نخواهد شد. آن‌چه در این نوشتار درصدد تبیین آن هستیم بررسی مرور زمان در امور حقوقی بین‌المللی است. مرور زمان همان‌طور که بیان شد، در مرحله اثباتی ادعاهای حقوقی مطرح می‌گردد نه در عالم ثبوت. بنابراین بیهوده نیست که کمیسیون حقوق بین‌الملل در طرح مواد راجع به مسؤلیت بین‌المللی دولت‌ها به این مسأله در قسمت استناد به مسؤلیت بین‌المللی اشاراتی نموده است.

۲- مرور زمان در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری

در زمان طرح یک ادعای بین‌المللی علیه دولت دیگر، خواهان درصدد است که شرایط و قیود طرح دعوی را اثبات نماید و همچنین بقای مستمر اصل ادعا را قبل از این‌که مسأله ماهیت دعوا مطرح شود، را نیز اثبات نماید. در مواردی که ادعایی در نزد یک محکمه مطرح می‌شود، ایرادات مقدماتی ممکن است این‌گونه تقسیم‌بندی شوند:

- اول- ایراد به صلاحیت که اگر موفقیت‌آمیز باشد، تمام مراحل دادرسی در آن قضیه را متوقف خواهد نمود زیرا این ایرادات در صلاحیت دیوان برای بیان قواعد در خصوص صلاحیت یا پذیرش آن ادعا را مخدوش می‌نماید.
- دوم- ایراد به قابلیت پذیرش بنیادین یک ادعا محکمه را برای رد ادعا در زمینه‌ای متمایز از ماهیت دعوی فرا می‌خواند. مثال این ایراد ادعای تأخیر ناروا در طرح یک ادعا می‌باشد.

همان‌گونه که برخی از صاحب‌نظران حقوق بین‌الملل گفته‌اند، مسأله قابلیت پذیرش یک ادعا فقط وقتی که مسأله صلاحیت محکمه مفروض باشد محقق می‌گردد و مسائل راجع به قابلیت پذیرش دعوی به ویژه مسائل راجع به تابعیت مدعی و توسل مقدماتی به مراجع داخلی ممکن است به نحو خاصی مرتبط با مرحله ماهیت دعوی باشد. بنابراین اگر ادعایی براساس فقدان صلاحیت یا غیرقابل پذیرش بودن دعوی رد نگردد، محکمه بین‌المللی ممکن است براساس مصلحت قضایی^۱ صلاحیت خود را به اجرا نگذارد. این امر از نتایج قضیه کامرون شمالی^۲ بود.^۳ در این مقاله عملکرد دیوان را در رابطه با ایراد مرور زمان مورد توجه قرار می‌دهیم. این آرا به ترتیب زمانی صدور رأی از سوی دیوان عبارت‌اند از:

- ۱- قضیه آمباتیلوس؛ اختلاف یونان و انگلیس (۱۹ می ۱۹۵۳).
- ۲- قضیه برخی سرزمین‌های فسفات در نائرو؛ اختلاف نائرو و استرالیا (۲۶ ژوئن ۱۹۹۲).
- ۳- قضیه لاگرنند؛ اختلاف بین آلمان و ایالات متحده آمریکا (۲۷ ژوئن ۲۰۰۱).
- ۴- قضیه آونا و دیگر اتباع مکزیکی؛ اختلاف بین مکزیک و ایالات متحده آمریکا (۳۱ مارس ۲۰۰۴).

1- Judicial Propriety.

2- Cameroons case. ICJ Reports 1963 P 473.

3- Brownlie, Ian: Principles of Public International Law, Clarendon Press, Oxford 1998.p 479.

ما در این جا به دلیل امتناع از اکتساب بیش از حد کلام تنها به معرفی دو پرونده قناعت نموده و مطالعه کامل سایر موارد و همچنین طرح کمیسیون حقوق بین الملل راجع به مسؤلیت دولت‌ها را به جایی دیگر واگذار می‌نماییم.

۲-۱- قضیه برخی سرزمین‌های فسفات در نائرو^۱

بعد از حدود چهل سال از صدور رأی آمباتیلوس بار دیگر فرصتی دست داد تا دیوان نسبت به وضعیت مرور زمان در حقوق بین الملل اظهارنظر نماید. رأی حاضر به مرثب اهمیت بیش از سایر آنرا داشته است. زیرا برخلاف رأی آمباتیلوس که در آن دیوان هیچ اظهارنظر صریحی در مورد وضعیت مرور زمان در حقوق بین الملل ننمود، در این قضیه دیوان روشنگری بیشتری در این خصوص بیان کرد.

دولت نائرو در ۱۹ می ۱۹۸۹ دادخواستی را بر علیه دولت استرالیا تسلیم دیوان نمود که صلاحیت دیوان را مبتنی بر بند ۲ ماده ۲۶ اساسنامه دیوان براساس موافقت‌نامه متعقد فی مابین دو دولت قرار داده بود.^۲ در ۱۶ ژانویه ۱۹۹۱ خواننده در مقام ایرادات مقدماتی اعلام نمود که دادخواست قابلیت پذیرش ندارد و دیوان فاقد صلاحیت رسیدگی به این دادخواست می‌باشد. دیوان نیز در ۸ فوریه ۱۹۹۱ با صدور دستوری اعلام نمود که رسیدگی در ماهیت دعوا را براساس پاراگراف ۳ ماده ۷۹ آیین دادرسی دیوان متوقف می‌نماید. در جلسات استماع عمومی دادخواست در دیوان دولت نائرو مدعی بود که استرالیا تعهدات حقوقی زیر را نقض نموده است:

- تعهدات مندرج در ماده ۷۶ منشور و مواد ۳ و ۵ موافقتنامه قیمومت نائرو مورخه اول نوامبر ۱۹۴۷
- نقض حق تعیین سرنوشت که یک استاندارد عموماً شناخته شده بین المللی است و نقض حق مردم نائرو در خصوص حاکمیت دایمی بر منابع طبیعی آن‌ها.
- نقض تعهدات راجع به عدم اجرای قدرت اداره که سبب انکار عدالت گردد.^۳

برطبق این مبانی خواهان از دیوان می‌خواست که اعلام و قضاوت نماید که نائرو از لحاظ حقوقی استحقاق دارد که از میزان سهم اختصاصی استرالیا از اموال بین المللی کمیسیونرهای فسفات انگلیس که براساس موافقت‌نامه تنظیمی ۹ فوریه ۱۹۸۷ مشخص گردیده است (متمتع گردد) و بنابراین خواننده متعهد است که در ارتباط با ضررهای وارده به نائرو به جهت نقض تعهداتش و قصور او در شناسایی منافع نائرو در اموال ماورای بحار کمیسیونرهای فسفات غرامت مناسبی به خواهان پرداخت نماید.^۴

استرالیا ایراد چهارم مقدماتی خود را مرور زمان می‌داند. خواننده تأکید می‌نمود که استقلال نائرو در ۳۱ ژانویه ۱۹۶۸ محقق گردیده است و این در حالی است که در خصوص تجدید سرزمین‌های فسفات، نائرو تا دسامبر ۱۹۸۸ هیچ گونه اعلام نظری ننموده است. بر این اساس استرالیا مدعی بود که دادخواست خواهان غیر قابل پذیرش می‌باشد زیرا در طرح دعوی تأخیری غیر معقول ملاحظه می‌شود. این دولت استدلال می‌نمود که تأخیر خواهان در

1- Case Concerning Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia), 26 June 1992.

2- Icj Reports, 1992, P 242, Para 1.

3- Ibid. pp 243-244, Para 5.

4- Ibid. p244, Para 5.

طرح دعوی بیشترین خسارت را به خواننده وارد می‌نماید زیرا استاد راجع به قیومت و سرپرستی ممکن است که در طول زمان مقنود یا پخش شده باشند و به دلیل تحولات و پیشرفت‌ها در حقوق در طول زمان، تعیین تعهدات حقوقی واجب قدرت‌های اداره کننده در زمان نقض‌های آن تعهدات ادعایی مشکل‌تر می‌گردد.^۱

با دقت در استدلال‌ات ارائه شده از سوی استرالیا مشخص می‌شود که این دولت مبنای غیرقابل استماع بودن ادعای نائرو را ملاحظات عملی می‌داند. استرالیا می‌پذیرد که اصل ادعای نائرو قابل طرح است اما با پذیرش این ادعا در شرایط موجود ابزار دفاعی خواننده تضعیف می‌گردد. حال این سؤال مطرح می‌گردد که آیا هر دولتی می‌تواند با استناد به شرایط خاص خود پس از طی مدت زمانی نسبتاً طولانی مدعی گردد که طرح دعوی از سوی خواهان به این دلیل باید رد گردد که خواننده در موقعیت ضعیف‌تر قرار گرفته است؟ آیا این نحوه استدلال حقوقی باعث نمی‌گردد که نظم دادرسی‌های بین‌المللی جدا مخدوش گردد؟

دیوان در مقابل دلایل استرالیا اظهار می‌دارد که «دیوان می‌پذیرد که حتی در فقدان هر مقررره معاهدای قابل اعمالی، تأخیر از جانب دولت مدعی - خواهان - ممکن است که سبب غیرقابل پذیرش شدن دادخواست گردد. با این حال دیوان یادآوری می‌نماید که در حقوق بین‌الملل هیچ محدوده زمانی خاصی در این ارتباط مقرر نگردیده است. بنابراین این امر برعهده دیوان قرار می‌گیرد تا در پرتو اوضاع و احوال هر قضیه تعیین نماید که آیا مرور زمان دادخواست را غیرقابل پذیرش می‌نماید یا خیر.»

بنابراین دیوان مرور زمان در طرح دعاوی بین‌المللی را علی‌الاصول یکی از موانع طرح دعوی می‌داند و اعلام می‌نماید که در مواردی که برطبق یک معاهده بین‌المللی مدت زمانی خاص برای طرح ادعای نقض حقوق بین‌الملل یا مطالبه غرامت مشخص شده باشد، تعیین این که آیا فلان ادعا مشمول مرور زمان شده است یا خیر، تابع مقررات آن معاهده می‌باشد و در صورت بروز اختلاف راجع به مفاد چنین معاهدای، اصول حاکم بر تفسیر معاهده روشن‌کننده معنا و حدود آن مقررره خواهد بود.^۲

برجسته‌ترین دیدگاه دیوان در جایی بیان شده که مقرر می‌دارد حتی در صورت فقدان هر مقررره معاهدای قابل اعمالی، تأخیر از جانب دولت مدعی - خواهان - ممکن است سبب غیرقابل پذیرش شدن دادخواست گردد. نحوه بیان این مطلب یادآور رأی دیوان دایمی در قضیه کارخانه کوروزوف می‌باشد که در آن جا دیوان گفته بود که لزوم تعهد به پرداخت غرامت حتی اگر در معاهده نیز مقرر نشده باشد یک اصل کلی حقوقی است.^۳

دیوان بر این باور است که تأخیر در طرح دعوی از جانب خواهان در اوضاع و احوال خاصی سبب از دست رفتن حق استناد به مسؤولیت می‌شود. حال ببینیم که در قضیه مطروحه این اوضاع و احوال سبب شده است تا حق نائرو در طرح مسؤولیت استرالیا از بین رفته باشد یا خیر؟^۴

دیوان در ادامه رأی اعلام می‌نماید که «در مورد حاضر این امر به خوبی شناخته شده که در زمانی که نائرو استقلال خود را کسب نمود، مسأله تجدید مجدد سرزمین‌های فسقات هنوز مسأله‌ای حل نشده بود در ۳۱ ژانویه ۱۹۶۸، یعنی روز اعلام استقلال نائرو، رئیس دولت نائرو - آقای دی روبرت - براساس گزارشات رسانه‌ها اعلام نموده که:

«ما (حق استناد به) مسؤولیت دولت‌های انگلیس، استرالیا و نیوزیلند را در خصوص مسؤولیت آن‌ها برای اعاده

1- Ibid, p253, Para 31.

2- Ibid, pp 253-254, Para 32.

3- Chorozow factory Case, Germany and Poland, ICJ Reports, Series A, No17(1928).

4- DeRoburt.

یک سوم از جزیره را برای خود محفوظ می‌داریم.»^۱

دیوان سپس اقدامات ناترو و پاسخ‌های استرالیا را از ۵ دسامبر ۱۹۶۸ تا تاریخ طرح دعوی در نزد خود مورد توجه قرار می‌دهد که از حمله نامه ۴ فوریه ۱۹۶۹ وزیر امور خارجه استرالیا به ناترو و گفتگوهای بی‌نتیجه طرفین در سال ۱۹۷۴ و همچنین نامه ۶ اکتبر ۱۹۸۳ رئیس جمهور ناترو به نخست وزیر استرالیا و در نهایت تشکیل کمیسیون تحقیق پیرامون این مسأله و اطلاع دادن به دولت‌های سابقا قبیله می‌باشد. در نهایت آخرین اقدام ناترو در خصوص طرح دعوی در دیوان زینداور می‌گردد.^۲

دیوان در نهایت پیرامون ابراد چهارده مقدماتی استراليا اظهار می‌دارد که:

«باتوجه به این که در ملاقات‌هایی که حداقل دو بار رئیس جمهور ناترو با مقامات صلاحیت‌دار استرالیایی داشته است، موضوع سرزمین‌های فسقات مطرح شده است. بنابراین دیوان نتیجه می‌گیرد که دادخواست ناترو باتوجه به ماهیت روابط دو کشور، به علت مرور زمان غیر قابل پذیرش نیست.^۳ البته دیوان تأکید می‌کند که تأخیر ناترو در تصرف زمین‌ها هیچ اطمینانی به استرالیا در خصوص تثبیت حقایق و تعیین محتوای حقوق قابل اعمال وارد نکرده است و دیوان این امر را تضمین می‌نماید»^۴

همان‌طور که ملاحظه شد دیوان در این رأی دیدگاه خود را درباره مرور زمان طرح دعاوی بین‌المللی روشن نموده است. دیوان می‌پذیرد که معاهدات بین‌المللی در راستای حفظ روابط معاهده‌های دولت‌ها می‌توانند مدت زمان خاصی را که مبنای مطرح دعوی باشد معین نمایند. این که چرا معاهدات می‌توانند چنین کارکردی داشته باشند به این دلیل می‌باشد که توافق مکتوب بین دولت‌ها بهترین شیوه کسب نظر موفق دولت‌ها در مورد مسأله‌های خاص می‌باشد و از سوی دیگر عرف بین‌المللی به دلیل خصلت بعضاً مبهم خود و مشکلات اثباتی آن نمی‌تواند به عنوان منبعی که قواعد حقوقی در آن روشن باشد مورد توجه قرار گیرد. از سوی دیگر اصول کلی حقوقی بیش از آن که بتوانند حل‌کننده این معضل را باشند بر مشکلات راجع به مدت زمان طرح دعوا می‌افزایند؛ به این معنا که در میان نظام‌های حقوقی بزرگ جهان حتی در باب اصل مسأله مرور زمان وحدت مشاهده نمی‌گردد چه رسد به این که برای طرح دعاوی حقوقی در سطح بین‌المللی مدت زمانی خاص در نظر گرفته شده باشد!

دیوان علی‌رغم پذیرش اصولی مرور زمان به عنوان مانع طرح دعوا بر خصلت صلاح‌دیدگی مراجع قضایی در این باره تأکید نموده است و نتوانسته است مدت زمان خاصی را به طور کلی برای طرح دعاوی بین‌المللی از سوی دولت‌ها مشخص نماید. چنین اختیاری خارج از حدود صلاحیت^۵ دیوان می‌باشد چرا که در غیر این صورت دیوان به مرجعی قانونگذار و نه مفسر تبدیل خواهد گشت.

1- Ibid.

2- Ibid, p254, para 33-35

۳- البته دیوان در نهایت رأی به غیر قابل پذیرش بودن دادخواست ناترو داد. دیوان با اشاره به رأی دیوان دائمی دادگستری در قضیه مورمانیس (۲۰ اگوست ۱۹۳۲ ص ۲۲) و رأی خود در قضیه کمرون شمالی (۱۹۶۳ ص ۲۸) اعلام نمود که ناترو ادعاهای جدیدی را در مراحل شفاهی رسیدگی مطرح نموده است. بنابراین این مسأله که آیا طرح ادعاهای جدید همان دعوی داخل در صلاحیت دیوان می‌باشد یا خیر یک دعوی منقولات از دعوی اولیه است.

Ibid, pp265-266, Para 65-66

۴- این بند با ۱۲ رأی در مقابل تنها یک رأی مخالف نایب رئیس دیوان، قاضی ادا پذیرفته شد.

Ibid, p 31۰, Para 12-13
5- Ultra Vires.

۲-۲- قضیه لاگراندا^۱

دولت آلمان در دوم مارس ۱۹۹۹ دادخواستی را بر علیه ایالات متحده آمریکا به دیوان بین‌المللی دادگستری تقدیم نمود و درخواست نمود دیوان اعلام نماید که خواننده تعهدات خود بر اساس کنوانسیون حقوق دیپلماتیک وین ۱۹۶۱ را نقض نموده است.^۲ آلمان صلاحیت دیوان را بر اساس بند ۱ ماده ۲۶ اساسنامه و ماده ۱ پروتکل اختیاری صلاحیت اجباری دیوان که ضمیمه کنوانسیون وین بود، محرز می‌دانست.^۳

آمریکا علی‌رغم قبول این که دیوان بر اساس مواد یاد شده صالح به رسیدگی می‌باشد، درخواست‌های آلمان را غیرقابل پذیرش می‌دانست و برای این ایرادات دلایلی را ذکر می‌نمود.^۴

آمریکا در ایراد چهارم خود ادعا می‌نمود آلمان در طرح دعوی و در مقام حمایت دیپلماتیک از اتباع خود تأخیر غیرموجهی داشته است و بنابراین دعوی غیرقابل استماع است. آمریکا معتقد بود که مقامات کنسولی آلمان در سال ۱۹۹۲ در خصوص وضعیت لاگراندا مطلع بوده‌اند اما دولت آلمان نگرانی یا اعتراض رسمی خود به این موضوع را به مقامات صلاحیت‌دار آمریکایی تا شش و نیم سال بعد صریحاً ابراز ننموده است.

درست دو روز مانده به جنول زمانی اجرای حکم کارل لاگراندا بود که مقامات آلمانی در ۲۲ فوریه ۱۹۹۹ طی یادداشت دیپلماتیکی به آمریکا مواضع و درخواست‌های خود را منعکس نمودند. این اعتراض درست ۲۷ ساعت قبل از اجرای حکم و همزمان با ثبت دادخواست و تقاضای اقدامات موقت از دیوان صورت گرفت و به اطلاع مقامات صلاحیت‌دار آمریکایی رسید.^۵

آمریکا ادعای آلمان را که مدعی بود درست هفت روز قبل از ثبت دادخواست از قضیه مطلع شده بود را رد می‌نمود و اظهار می‌داشت که در گزارش پیش از محاکمه در سال ۱۹۸۴ که باید مقام رسمی کنسولی آلمان با آن آشنا بوده باشد، مدت بسیاری قبل از ۱۹۹۹ تابعیت آلمانی محکومین مشخص بوده است. بر اساس ادعای آمریکا ثبت با تأخیر دادخواست آلمان و تقاضای این کشور برای اتخاذ تدابیر موقت، دیوان را مجبور به پاسخگویی به خواسته بدون اطلاعات کامل^۶ پیرامون این قضیه نموده است.

آمریکا معتقد بود که تأخیر آلمان در این وضعیت با اصل برابری طرفین^۷ ناسازگار است و به یکی از طرفین دعوی فرصت مناسبی داده می‌شود که (دادخواست او) استماع شود.^۸

در مقابل آلمان معتقد بود که تأخیر در ارائه یک دادخواست، ممکن است که باعث غیرقابل پذیرش شدن

1- La Grand Case (Germany v. United States) 27 June 2001.

۲- آلمان درخواست نموده بود که دیوان اعلام نماید که آمریکا در بازداشت، رسیدگی و محکومیت دو تن از اتباع آلمان - کارل و ولتر لاگراندا - تعهدات حقوقی خود در قبال آلمان که مبتنی بر مواد ۵ و ۲۶ عهدنامه وین در خصوص حق حمایت دیپلماتیک، از اتباع هستند، را نقض نموده است (با این توضیح که بر اساس این مواد اتباع دولت فرستنده در قلمرو دولت پذیرنده در هنگام بازداشت حق حمایت از معاضدات دولت خویش را دارند حال آن که آمریکا این افراد را از این حق مطلع نساخته بود) و بنابراین آلمان مستحق جبران خسارت می‌باشد و از سوی دیگر به دلیل نقض مقررات مذکور آمریکا باید با اتخاذ تدابیر مناسب، مقامات صلاحیت‌دار خود را وادار به هماهنگی با این مقررات نماید. نوع جبران خسارات نیز از سوی آلمان این گونه درخواست شده بود که آمریکا علاوه بر پرداخت غرامات ناشی از اسام کارل لاگراندا در ۲۳ فوریه ۱۹۹۹ برای ترضیه خاطر خواهان باید تلاش خود را انجام دهد.

IcJ Reports.2001, pp 472-473. Para 11

۳- آمریکا قبول داشت که حق تماس اتباع آلمان با مسؤولین سفارت آلمان (حتی پس از اطلاع مقامات آمریکایی از تابعیت آلمانی آن‌ها) رعایت نگردیده است و از این باب معذرت‌خواهی می‌نماید. اما سایر درخواست‌های آلمان غیرقابل پذیرش می‌باشد. Ibid, p 474, Para 12.

۴- آلمان در همان روز دادخواست دیگری به دیوان تسلیم نمود و تقاضا نمود که دیوان بر اساس ماده ۴۱ اساسنامه و مواد ۲۳، ۲۴ و ۲۵ مقررات داخلی دیوان درباره اتخاذ تدابیر موقتی رأی مقتضی صادر نماید (همان، بند ۳).

Ibid, pp 483-489. Para 43-63.

5- Ibid, p 486. Para 53.

6- Ex parte.

7- equality of the Parties.

8- Ibid, p 487. Para 55.

دادخواست شود اما در عین حال از این دیدگاه حمایت می‌نمود که حقوق بین‌الملل هیچ محدوده زمانی خاصی را برای طرح دعوی مطرح ننموده است. آلمان اظهار می‌داشت که علی‌رغم اطلاع مقامات ایالت آریزونا از تابعیت آلمانی برنرمان لاگرانژ، درست هفت روز قبل از اجرای حکم از این مسأله مطلع شده است و در خصوص ادعای آمریکا بیرامون گزارش پیش از محاکمه، قصوری متوجه مقامات آلمانی نیست. آلمان مدعی بود که از سال ۱۹۹۲ که از مسأله برانرمان لاگرانژ مطلع گشته بود، در سطح دیپلماتیک و کنسولی درگیر این مسأله بوده است و اطمینان زیادی حاصل کرده است که آمریکا در جهت اصلاح نقض حقوق بین‌الملل در این زمینه اقدام خواهد نمود.^۱

اما دیوان در مقام قضاوت اعلام نمود که:

«قبول دارد که شاید رفتار آلمان در نحوه و زمان طرح دعوی مورد انتقاد قرار داشته باشد، اما با این حال، در موضع اعلام نظر بیرامون این ایراد و یا آگاهی از نتایج تأخیر در طرح دعوی، اعلام می‌نماید که در حال حاضر آلمان مستحق است که نقض تعهدات آمریکا در مورد عدم اطاعت از دستور موقت دیوان را به چالش بکشد. بنابه ملاحظات مذکور، دیوان ایراد آمریکا را رد می‌نماید و اعلام می‌کند که درخواست سوم آلمان (صنور حکم به پرداخت غرامت و الزام خواننده به کسب ترضیه خاطر خواهان) قابل استماع است.^۲

حاصل کلام

تاکنون در رویه قضایی بین‌المللی اعم از آرای دیوان دائمی دادگستری و دیوان بین‌المللی دادگستری و همچنین آرای محاکم داوری به موردی برخورد نشده است که در آن محکمه ایراد مرور زمان را در مانحن فیه و اوضاع و احوال قضیه مطروحه مورد پذیرش قرار داده باشد. در بررسی رویه قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری در هیچ موردی ایرادات مقدماتی خواننده دعوی در این راستا پذیرفته نشده است.

آنچه که از مطالعه قضایای مطروحه در دیوان ملاحظه می‌گردد این است که سیر حوادث و اقدامات دیپلماتیک دولت‌ها در پذیرش یا رد ایراد مرور زمان از اهمیت بسیار برخوردار است. دیوان در کلیت امر پذیرفته است که مرور زمان می‌تواند مسقط حق اقامه دعوی گردد. دیوان به ویژه در قضیه «برخی سرزمین‌های فسفات در نائرو» روابط خاص دولت‌ها را در برهه‌های زمانی یادآور گردید و حتی به اظهارات رئیس جمهور نائرو در روز استقلال این کشور استناد نمود و از بیانات این مقام که در مناسبت‌های دیگر نیز تکرار گردیده بود، استنباط نمود که اعراض ضمنی از ادعاهای نائرو قابل استنباط نمی‌باشد و گویا می‌پذیرد که در صورت شک در شمول مرور زمان، باید از این قاعده تفسیر مضیق نمود و اصل را بر قابلیت طرح ادعای مسؤولیت بنا نهاد.

در آرای داوری نیز این نکته مورد تأیید قرار گرفته است که اگر خواهان در راستای احقاق حقوق خود مسأله مسؤولیت دولت خاطی را یادآوری نموده باشد و یا این که در مسیر مراجعه به محاکم داخلی دولت خاطی به موفقیتی دست نیافته باشد، دعوی مشمول مرور زمان نگردیده است. البته این مسأله که دولتی در طی درخواست تبعه خود در زمان گذشته، از اعمال حمایت دیپلماتیک به نفع فرد زیان دیده خودداری نموده باشد، شاید بتواند دلیلی بر انصراف

1- Ibid. para 56

2- Ibid. p487. Para 57.

دولت از دعوی تبعه خود تلقی گردد.^۱

مسأله مرور زمان در طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل راجع به مسؤلیت دولتها نیز مورد توجه قرار گرفته است. کمیسیون در این زمینه با استناد به رأی داور و به ویژه آرای دیوان در دو قضیه سرزمین‌های فسفات و لاگران، اعلام می‌نماید که دولت متضرر از نقض حقوق بین‌الملل باید مسأله مسؤلیت دولت مسؤل را به او ابلاغ نماید^۲ و نباید به نحوی معتبر یا ضمنی از ادعای خود اعراض نماید. کمیسیون لزوم ابلاغ مسؤلیت‌های دولتها مسؤل از سوی دولت زیان‌دیده را دارای نتایجی می‌داند اگر دولت زیان‌دیده این وظیفه را انجام ندهد ممکن است که حق استناد به مسؤلیت دولت مسؤل را از دست بدهد.^۳

به طور کلی تأخیر در طرح دعوی باعث غیرقابل استماع شدن آن نمی‌شود الا در جایی که اوضاع و احوال به نحوی باشد که این گونه تلقی شود که دولت زیان‌دیده به طور ضمنی یا صریح از ادعای خود اعراض نموده باشد یا این که دولت خواننده در وضعیتی بسیار نامناسب قرار گیرد... عامل تعیین کننده این است که آیا خواننده در اثر تأخیر- در طرح دعوی از سوی خواهان- متحمل ضرر و زیان شده است یا خیر.

به نظر می‌رسد که با توجه به اهمیت موضوع، مسأله مرور زمان یک امر صلاح‌حیددی است و قضاوت پیرامون این ایراد برعهده نهاد رسیدگی کننده می‌باشد. در این اوضاع و احوال به نظر می‌رسد که خلأ یک معاهده جامع در این زمینه احساس می‌شود^۴ البته می‌توان با اندکی تسامح اظهار نمود که کمیسیون حقوق بین‌الملل می‌تواند در قالب طرح مسؤلیت بین‌المللی دولتها مدت زمان خاصی را در پاره طرح دعاوی معلوم نماید و با تعیین قاعده کلی، استثنائات وارده بر آن را مشخص نماید. طبیعتاً عرفی بودن مسأله مرور زمان علاوه بر این که در مواردی ممکن است مفید باشد، اما در عمل اثبات این که فلان ادعا مشمول مرور زمان شده یا خیر، مسأله‌ای است که بار اثباتی آن مشکلات خاصی را ایجاد خواهد نمود.^۵ معاهداتی که بتوانند ابعا مبهم این مسأله را از زوایای گوناگون مورد بررسی قرار دهند، به بسیاری از تردیدها در این زمینه خاتمه خواهد داد. در فضای کنونی حقوق بین‌الملل که گرایش به سمت و سوی کنوانسیون شدن حقوق عیان است، تعیین مدت زمانی که دولتها بتوانند نسبت به ادعاهای سابق و قدیمی خود طرح دعوی نمایند، مسأله‌ای واجب به نظر می‌رسد. ■

۱- در تقویت این نظر باید گفت که در رویه قضایی دیوان دائمی و دیوان بین‌المللی دادگستری با آرای زیادی مواجه هستیم که دیوان اعلام نموده حمایت دیپلماتیک حق دولت متبوع است، نه حق تبعه. از جمله بنگرید به رأی دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در قضیه امتیارات ملورسائیس در فلسطین به تاریخ ۳۰ اگوست ۱۹۲۴ (پاراگراف ۱۲) و قضیه راه آهن پانه وریس-سلاوویسکیس (پای ۲۸ فوریه ۱۹۳۹) و رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه بارسلونا تراکشن (ایرادات مقدماتی مورخ ۲۴ ژوئیه ۱۹۶۴، پاراگرافهای ۳۳-۳۲).

۲- ماده ۳۳ طرح سال ۲۰۰۱ کمیسیون حقوق بین‌الملل.

۳- 3-YILC, 2001, vol II, P 119, Para 2-3.

۴- لازم به ذکر است که معضل ایراد مرور زمان در برخی زمینهها از طریق معاهده حل گردیده است و مقررات متحدالشکلی در این زمینه پذیرفته شده است؛ از جمله در کنوانسیون راجع به مرور زمان در بیع بین‌المللی کالا (۱۹۷۳) که از سوی دولتها تصویب گردیده است. توضیح این که مسأله مرور زمان در استیترال (کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد) حتی قبل از تصویب کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰) مورد توافق دولتها قرار گرفته بود. این که چرا کمیسیون ابتدا معاهده مذکور را مورد مطالعه قرار داده ناشی از این واقعیت بود که قوانین داخلی دولتها در زمینه شمول مرور زمان با تفاوت‌هایی فاحش مواجه بودند که در بحث تعارض قوانین مشکلاتی را باعث می‌گردیدند. یکی دیگر از این مشکلات در تلقی مسأله مرور زمان در قوانین برخی کشورها به عنوان مسأله‌ای ماهوی و در برخی دیگر به عنوان مسأله‌ای شکلی بود که طبیعتاً برحسب این که قانون حاکم بر قرارداد کدام قانون باشد و نیز برحسب این که آن قانون جزو قوانین ماهوی یا شکلی باشد، تعیین قانون مربوط به مرور زمان در یک معامله بین‌المللی متفاوت است. این کنوانسیون در سال ۱۹۸۰ به صورت پروتکلی در ۱۴ ماده به کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ضمیمه گردید. مدت مرور زمان در این معاهده ۴ سال تعیین گردیده است (مواد ۷، ۱۱، ۱۲) البته به تشریح ماده ۴ این کنوانسیون در جایی که بر عدم کسری آن توافق شده باشد، مگری نخواهد بود.

۵- راجع به بار اثبات ادعای مرور زمان باید اذعان داشت که بنابر قاعده حقوقی، اثبات ادعای شمول مرور زمان بر دعوی، برعهده مدعی مرور زمان یعنی دولت خواننده است. کما این که در تمام موارد مورد بررسی، دیوان در مقام طرح ایراد مرور زمان، از دولت مدعی مرور زمان اثبات ادعایش را خواسته است.

بررسی ابعاد و کالت توکیلی زوج به زوجه برای طلاق

حمید رضا اشراقی

اعمال مهریه و داشتن وکالت در طلاق دو مسأله جداگانه هستند و ارتباطی با هم ندارند هرچند در سال‌های اخیر گرایش به داشتن وکالت در طلاق در میان دختران جوان افزایش زیادی پیدا کرده و باعث شده است آن‌ها در ازای صرف‌نظر نمودن از مهریه این وکالت را دریافت کنند. دختران جوان با این استدلال که مهریه تنها یک پشتوانه اقتصادی است و فقط زمان طلاق به صحنه می‌آید نسبت به اهمیت آن غافل شده‌اند.

در سال‌های اخیر تعداد زنانی که برای داشتن وکالت در طلاق یا حق طلاق در ازای گذشتن از مهریه برای مشاوره حقوقی مراجعه می‌کنند روز به روز در حال افزایش است که این مسأله حکایت از رویکردی جدید در زندگی زناشویی زنان و مردان ایرانی دارد. فلسفه مهریه در حقیقت قرر بود راهی باشد برای سپاسگزاری و قدردانی از زن اما به دلیل ضعف قانونی به حربه‌ای برای مقابله با طلاق تبدیل شده است.

اهمیت داشتن «وکالت در طلاق»

مرد می‌تواند هر زمان که اراده کند زن خود را طلاق دهد با وجود چنین شرایطی مسأله داشتن وکالت در طلاق برای زنان، لازم و ضروری است و اگر مردی این حق را برای زن خود قائل نشود، هیچ حق و حقوق دیگری هم برای او قائل نیست.

این برداشت اشتباه در جامعه وجود دارد که وقتی زنی درخواست وکالت در طلاق دارد الزاماً قصد طلاق گرفتن دارد، اما چرا وقتی مرد این حق را تنها در اختیار خود دارد این تصور به وجود نمی‌آید؟ مطمئناً هیچ زنی مایل نیست به خاطر مسائل مالی بنیان زندگی زناشویی خود را از هم بگسلاند و در صورت داشتن وکالت در طلاق در برابر ناملايمات زندگی احساس برابری خواهد کرد.

امیدوار هستم هیچ زوجی به سمت طلاق کشیده نشوند و حتی الامکان از بروز پدیده خانمانسوز طلاق جلوگیری شود، برای حل کردن این مسأله باید بیش از همه ضعف‌های قانونی موجود بنا بر واقعیت‌های زندگی امروز مرتفع شود.

با نگاهی به جامعه متوجه می‌شویم که نقش‌آفرینی زنان در اجتماع تغییر زیادی با گذشته کرده است و قانونگذاران هم باید با در نظر گرفتن این مسائل تلاش کنند موانع موجود را برطرف کنند. آمار زنانی که به جای

وکیل دادگستری - مدرس دانشگاه و فوق‌لیسانس حقوق عمومی از دانشگاه تهران



دریافت مهریه به دنبال گرفتن وکالت در طلاق هستند در پنج سال گذشته به میزان قابل توجهی افزایش داشته است. در سال‌های اخیر تعداد زنانی که برای داشتن وکالت در طلاق یا حق طلاق در ازای گذشتن از مهریه برای مشاوره حقوقی مراجعه می‌کنند روز به روز در حال افزایش است. فلسفه مهریه برای زنان در واقع داشتن یک پشتوانه و تکیه گاه است تا در صورتی که مرد تمایل به جدا شدن از او داشت در چرخه زندگی بی‌پناه و سرگردان نماند و با توجه به این که در دوران جدید تعداد زنانی که دارای شغل و درآمد هستند افزایش پیدا کرده مهریه که یک مسأله مالی است به درجه دوم اهمیت رفته است، وکالت داشتن در طلاق برای یک زن حس و روحیه استقلال را به او منتقل می‌کند که این مسأله موجب احساس امنیت بیش از پیش زنان خواهد شد چرا که در رابطه با تصمیم برای ادامه یا جدایی در زندگی مشترک احساس برابری خواهد کرد. سعی در برپایی جوامع دموکراتیک و اعمال قواعد حقوق بشر در قاصی نقاط چهلن بر ضرورت هرچه بیشتر آگاهی افراد جوامع از حقوق و تکالیف خود می‌افزاید. پربراه نیست اگر بگوییم آگاهی زنان جامعه ما از حقوق شان به عنوان قشری که کمتر به آن‌ها پرداخته شده نقش به‌سزایی در تحقق چنین آرمانی (جامعه توسعه یافته) داشته و خواهد داشت. به راستی زنان جامعه ما تا چه میزان از قواعد حاکم بر طلاق آگاهند؟

طلاق در معنای «روال قید» یکی از موجبات انحلال ازدواج است، گاهی از طلاق در مقام آخرین راه حل ممکن گریزی نیست.

اگرچه طبق ماده (۱۱۳۳ قانون مدنی) اختیار طلاق دادن به مرد (شوهر) داده شده لیکن از گریز راه‌هایی که برای متعادل ساختن نابرابری حقوق مرد و زن در مورد طلاق وجود دارد نباید غافل شد؛ راه حلی که کمتر مورد شناخت و آگاهی مردم جامعه بوده است. شاید بتوان مهریه‌های سنگین رواج یافته در جامعه را (چه در میان قشر تحصیلکرده و چه عوام) جدای از ریشه آن در آموزه‌های نادرست فرهنگی، عاملی در جهت تحت فشار قرار دادن (مرد) برای طلاق گرفتن زن (زوجه) ذکر کرد. راه حل ممکن در تعدیل حقوق طرفین قید شرط وکالت زوجه از جانب زوج برای مطلقه ساختن خود (در ضمن عقد ازدواج یا هر عقد لازم دیگری فی‌المثل عقد بیع) است. شرطی که طبق ماده (۱۱۱۹) قانون مدنی) خلاف مقتضای عقد ازدواج نیست. وکالت مذکور به دو طریق قابلیت قید دارد:

الف- وکالت مشروط که مقید به تحقق شرطی در خارج است و ماده (۱۱۱۹) قانون مدنی) مؤید همین امر است. یعنی به وقوع پیوستن شروط مندرج در ماده (۱۱۱۹) قانون مدنی) و قبایلهای نکاحیه (مثلاً اختیار کردن زن دیگر توسط شوهر، ترک اتفاق و سوءرفتار و...) و یا هر شرطی که خلاف مقتضای ذات عقد ازدواج نباشد زن از جانب شوهر وکیل در مطلقه ساختن خویش خواهد بود. تشخیص تحقق این شروط می‌تواند برعهده شخص زوجه (زن) یا دادگاه یا شخص ثالثی باشد. اما مبرهن است همان گونه که اصیل (سرد) برای طلاق دادن باید به دادگاه مراجعه کرده و گواهی عدم امکان سازش را دریافت دارد وکیل (زن) هم باید این روال قانونی را طی کند محققاً تشخیص دادگاه مبنی بر اثبات تحقق شرط، عاملی مؤثر و غیرقابل انکار است.

ب- وکالت مطلق (بدون قید شرط): در این نوع وکالت زوجه می‌تواند بدون هیچ عذری و یا تحقق شرطی در علم خارج خود را مطلقه سازد. اما عدم رعایت نکات ظریفی در این مورد موانعی را در جهت رسیدن زوجه (زن) به مقصود خویش در برخورداری از اختیار مطلقه ساختن فراهم خواهد آورد. این نکات عبارت‌اند از:

۱- وکالت مطروحه (چه مقید و چه مطلق آن) باید در ضمن عقد ازدواج که عقدی لازم

است یا هر عقد لازم دیگری مثلاً عقد بیع، شرط شود تا زوج (مرد) حق عزل زوجه (زن) را نداشته باشد. عقد لازم تضمین کننده بلاعزل بودن این وکالت خواهد بود.

۲- قید چنین وکالتی باید به صورت «شرط نتیجه» باشد. (بند دو ماده ۲۳۴ قانون مدنی) شرط نتیجه آن است که تحقق امری در خارج شرط شود. هرگاه تحقق این امر نیاز به فراهم آمدن مقدماتی نداشته باشد به محض عقد قرارداد (عقد ازدواج) موضوع شرط نتیجه (عقد وکالت) هم محقق می‌شود. اما اگر به صورت شرط فعل آورده شود زوج (مرد) بعد انعقاد عقد اصلی (ازدواج) است که مکلف می‌شود عقد وکالتی با زوجه خود ببندد و چنانچه این عقد وکالت در ضمن عقد لازم دیگری شرط نشده باشد (از آنجایی که عقد وکالت ماهیتاً عقدی است جایز و نه لازم) شوهر بلافاصله بعد انعقاد عقد وکالت حق عزل همسرش را از وکالت خواهد داشت و در واقع شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود. (ماده ۲۳۴ قانون مدنی) به زبان ساده‌تر تحقق شرط نتیجه (شرط وکالت) با قید چنین عبارتی ممکن است: «از جانب شوهر به زن برای مطلقه ساختن خویش وکالت داده شد.» و شرط فعل هم با قید چنین عبارتی «از جانب شوهر به زن برای مطلقه کردن خویش وکالت داده می‌شود یا وکالت داده خواهد شد.» با اندکی دقت می‌توان دریافت تفاوت ظاهر عبارات فوق‌الذکر (صرف‌نظر از آثار و نتایج حقوقی آن) در فعال این عبارت‌ها است.

۳- رجوع مرد در مدت عله به همسرش اگر طلاق صورت گرفته از نوع رجعی می‌باشد. (ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی) در طلاق بائن برای شوهر حق رجوع نیست. (ماده ۱۱۴۴ قانون مدنی) ماده (۱۱۴۵ قانون مدنی) شرایطی را که موجبات بائن شدن طلاق را فراهم می‌کند ذکر کرده پس اگر این شرایط مهیا نبود طلاق رجعی است. در چنین حالتی بعد از این که زن وکالتاً از جانب شوهر خود را مطلقه کرد اگر شوهر به او رجوع کند زن می‌تواند مجدداً از وکالت داده شده از جانب شوهر، برای طلاق استفاده کند چرا که با رجوع، رجعت به همان عقد ازدواج قبلی با همان شروط مندرج در آن را خواهیم داشت. رجوع شوهر فقط تا دو بار امکان خواهد داشت و در طلاق سوم (اگر زن از وکالت داده شده تا سه مرحله برای طلاق استفاده کرده باشد) دیگر طلاق صورت گرفته رجعی نیست بلکه بائن و غیرقابل رجوع است. راه دیگر برای بائن ساختن طلاق در همان مرحله اول بذل بخشی از مهریه یا دادن عوضی از سوی زن به شوهر است. (میزان بذل یا عوض مهم نیست) نکته مهم این جاست که شوهر، بذل (یا عوض) زن را قبول کرده و بپذیرد وگرنه رجعی بودن طلاق به قوت خود باقی است. (۱۱۴۶ قانون مدنی) بدیهی است اگر زن بخواهد وکالت در طلاق را از طریق وکیل پیگیری باشد باید برای این کار، وکالت در توکیل (مجوز وکالت دادن به دیگری) را نیز از جانب شوهر داشته باشد. منظور از وکالت در توکیل این که زن از طریق وکیل مبادرت به اجرای صیغه طلاق کند.

وکالت در طلاق و مهریه نافی یکدیگر نیست

داشتن وکالت در طلاق و مهریه هیچ گاه نافی یکدیگر نیستند و نباید این طور تصور شود که زنان با داشتن یکی از این دو باید از دیگری صرف نظر کنند. صاحبان اختیار طلاق، اختیار مطلق ندارند و هر یک به نحوی، کم یا بیش با محدودیت‌هایی در امر طلاق و توابع آن مواجه‌اند:

۱- محدودیت به مرزهای اختیار دیگران: چنین نیست که اختیار انحلال یک نکاح در هر زمان تنها به دست یک نفر باشد. مثلاً در مواردی دادگاه به تقاضای زوج، و با اجتماع شرایط لازم، حکم طلاق را صادر می‌کند. در چنین مواردی اقلیم اختیار هر یک از صاحبان ولایت تا آن جا امتداد پیدا می‌کند که سرزمین اختیار دیگران از آن جا آغاز می‌شود.

۲- محدودیت به موجبات طلاق: صاحبان اختیار طلاق در هر شرایطی صاحب چنین اختیاری نیستند، بلکه تنها در بعضی شرایط، اختیار طلاق دارند حتی ولی فرد مجنون نیز در همه حال، اختیار طلاق دادن ندارد. او در شرایطی می‌تواند اقدام به طلاق کند که جنون دائمی باشد و طلاق دادن همسر مقرون به مصلحت باشد.

۳- محدودیت به شرایط صحت: شرایط صحت طلاق دو دسته‌اند: برخی شرایط عمومی صحت و نفوذ هر نوع ایقاعی هستند و برخی شرایط خاص طلاق هستند که شامل شرایطی در طلاق‌دهنده و طلاق‌گیرنده و ایقاع طلاق می‌شوند.

۴- محدودیت به احکام تکلیفی شرعی و قانونی: محدودیت‌هایی که ذکر کردیم محدودیت‌هایی وضعی بودند که موجب می‌شدند در شرایطی امکان اقدام به طلاق صحیح از شخص سلب شود. محدودیت‌های مورد نظر در این بند مربوط به برخی اوامر و نواهی هستند که صرف نظر از مسأله بطلان یا صحت، در مواردی طلاق را واجب و لازم‌الاجرا و در مواردی دیگر آن را حرام و ممنوع می‌کنند. این نوع محدودیت و اجبار و بازدارندگی از طلاق، هم از ناحیه شارع و هم از ناحیه قانونگذار صادر شده است. در طول دوره قانونگذاری مقررات متعددی ابداع شده‌اند که شامل نهی مردان از وقوع ساختن برخی صور خاص طلاق بوده‌اند.

طلاق‌های ظالمانه و غیرموجه

آیا در حقوق اسلامی اختیار زوج برای طلاق، مطلق و نامحدود است و حتی در مواردی که زندگی زوجین، روال عادی و مطلوب خود را طی می‌کند زوج حق طلاق دارد؟

روایات بسیاری در بردارنده مذمت و انذار مردانی است که بی‌هیچ ضرورت و مصلحتی و در حالتی که هیچ موجبی برای ناسطوب شدن زندگی مشترک وجود ندارد اقدام به طلاق کنند برخی از این روایات تعبیر تکان دهنده‌ای در مورد چنین طلاق‌هایی به کار برده‌اند.

تعبیری از این قبیل که از چنین طلاق‌هایی عرش به لرزه می‌افتد یا چنین طلاق‌هایی شخص را گرفتار لعنت یا دشمنی خدا می‌کند، در مطلق بودن اختیار مرد در طلاق تردید ایجاد می‌کنند:

در روایاتی از این دست، پیامبر اکرم (ص) به وضوح، مردانی را که صرفاً برای لذت جنسی، تنوع طلبی کرده و طلاق می‌دهند، ملعون و نفرین شده می‌نامند.

در این زمینه پاسخ به دو سؤال ضروری است:

۱- آیا تعابیری مانند «یلعن» و «بیغض» که در روایات در مورد چنین طلاق‌هایی مورد استفاده قرار گرفته‌اند دلالت بر حرمت دارند یا خیر؟

۲- در صورتی که چنین طلاق‌هایی حرام باشند آیا این حکم موجب بطلان این طلاق‌ها خواهد شد تا بگوییم که زوج صلاحیت قانونی ایقاع چنین طلاق‌هایی را ندارد؟

اگر روایاتی که چنین تعابیری دارند تنها منابع قابل استناد در موضوع باشند می‌توان از آن‌ها حرمت چنین طلاق‌هایی را استنباط کرد. اما روایات دیگری نیز هست که به بیچیدگی مسأله اشاره می‌کنند و آن که نمی‌توان زندگی با زنی را بر مردی که او را نمی‌خواهد تحمیل کرد.

بررسی اختیار زن در طلاق

برخی فقها حتی با امکان و کالت زوج در طلاق خویش از سوی شوهر مخالف بوده‌اند و در توجیه عدم اختیار زنان و مضرات سپردن اختیار طلاق به آن‌ها، سخن‌ها گفته و مصادیقی از شتابزدگی و اشتباهات فاحش زنان در انحلال نکاح را نقل کرده‌اند.

اسلام شأن و منزلت زن را برتر از مرد دانسته که این دین راضی نیست زن در هر محضر و دادگاهی حاضر شود و وظیفه طلاق را بر نوش بگیرد. نیز اسلام، زن را از وارد شدن در ابغض الحلال دور داشته است با این همه زنان در عرصه طلاق، صرفاً منفعل و پذیرنده اثر نیستند زنان هم در راستای پیشگیری از وقوع طلاق، آن‌جا که مرد قصد طلاق دارد و هم در جهت انحلال نکاح از طریق طلاق، نقش دارند با تصمیم زوج در شرایط خاص و با درخواست او از دادگاه، مکانیسمی فعال می‌شود که نتیجه آن می‌تواند اجبار زوج به طلاق یا مبادرت به طلاق از سوی حاکم باشد. حتی زوج می‌تواند به و کالت از طرف شوهر در صورت تحقق برخی شرایط و یا به صورت مطلق و هر وقت که بخواهد اقدام به طلاق کند.

این در حالی است که اختیار زن در انحلال نکاح و رهایی از رنج زندگی نامطلوب و پرهیز از گرفتار شدن در موقعیت ناخواسته به جز در زمینه طلاق، با اختیار مرد قابل مقایسه است و حتی در برخی موارد از اختیار مرد بالاتر است. زن نیز همانند مرد در ورود به نکاح، آزاد و مختار است و هرگاه نکاحی بدون موافقت و اراده زن واقع شده باشد وی در موارد زیر اختیار رد نکاح را خواهد داشت: همچون وقتی که در ایام صغر به ازدواج غیر کفو و کسی که قدرت بر انفاق ندارد درآمده باشند، هرگاه ولی او در ایام صغارت، او را به پایین‌تر از مهرالمثل به ازدواج درآورده باشد. در نکاح فضولی، در نکاح تحت تأثیر اکراه.

همچنین زن، نکاح دائم نافذ را نیز می‌تواند از طرق زیر منحل سازد یا موجب انحلال آن را فراهم کند:

از طریق اختیارات فی‌الجمله در امر طلاق از جمله به واسطه موارد زیر:

امکان تقاضای طلاق از حاکم در موارد خاص، امکان و کالت از سوی شوهر در امر طلاق، امکان انتقال اختیار

طلاق از شوهر به زن طبق عقیده فقهای اهل سنت، امکان تخییر زن در انتخاب خود یا شوهر طبق عقیده برخی از فقهای امامیه، امکان تعلیق طلاق به فعل ارادی زن از نظر فقهای اهل سنت، فراهم کردن موجبات انفساخ نکاح و پایان یافتن مورد آن، فسخ در موارد تخلف از وصف، تخلف از شرط فعل به اعتقاد حنابله، تدلیس، در صورت عدم تمکن مرد از پرداخت نفقه زن بنا به برخی از اقوال، همچنین در صورت وجود عیوب موجب فسخ؛ همچون عیوبی که فقط در صورت وجود در زمان عقد نکاح اختیار فسخ به زوجه می‌دهند، خصاء، مقطوع بودن آلت تناسلی و عیوبی که اگر بعد از عقد نکاح حاصل شوند نیز حق فسخ برای زوجه ایجاد می‌کنند همچون: جنون، عنن، خصاء بنابه نظر غیرمشهور، مقطوع بودن آلت تناسلی بنا به یکی از اقوال.

در فقه امامیه و حقوق مدنی ایران زنان می‌توانند با اخذ وکالت از شوهر یا با جلب موافقت او با اخذ حکم دادگاه مطلقه شوند. مطالعه در تاریخ حقوق ایران این نتیجه را به دست می‌دهد که اختیارات زنان در امر طلاق در عین داشتن برخی افت و خیزها، حرکتی روبه فزونی و افزایش داشته است.

طلاق خلع و مبارات

«خلع» به ضم خا و سکون لام، اسم است و مشتق از خلع به فتح خا می‌باشد که به معنی کندن است. ادبیات عرب و قرآن چون زن و شوهر را تشبیه به لباس برای یکدیگر کرده‌اند، خلع را کنایه از طلاق قرار داده‌اند. «مبارات» نیز به معنی مفارقت می‌باشد.

منظور از طلاق خلع، آن است که زن به واسطه کراهتی که از شوهر خود دارد در مقابل مالی که به شوهر می‌دهد طلاق بگیرد. در چنین طلاق مرد به تنهایی در مورد طلاق تصمیم نمی‌گیرد بلکه در جریان تحقق آن مانند عقود دو اراده دخالت دارند: اراده زن در جهت بخشیدن مالی به شوهر به انگیزه رها شدن از علقه زوجیت و در مقابل، اراده مرد در جهت قبول مال بذل شده و انحلال نکاح.

طلاق مبارات نیز از لحاظ ساختمان حقوقی با خلع یکسان است. جز این که در مبارات کراهت تنها از جانب زن نیست بلکه زن و شوهر از یکدیگر منزجر شده‌اند. میزان فدیة در طلاق مبارات نباید بیشتر از مقدار مهر باشد. فقها طلاق مبارات را نوع خاصی از طلاق خلع شمرده‌اند.

لزوم دخالت اراده طرفین در جریان طلاق خلع و مبارات این بحث را به وجود می‌آورد که در تحقق این نوع طلاق‌ها اراده زن چقدر مؤثر است و به این ترتیب در فقه امامیه و حقوق مدنی ایران مواردی وجود دارند که زنان برای خود و نه به وکالت از شوهر، دارای اختیار در امر طلاق هستند؟ هر چند اراده آن‌ها همراه اراده شوهر موجب انحلال نکاح می‌شود.

آیا خلع و مبارات از اقسام طلاق هستند؟ آیا طلاق در چنین حالتی از عقود است یا از ایقاعات؟ و آیا می‌توان ادعا کرد که در طلاق خلع و مبارات، فدیة در برابر طلاق قرار می‌گیرد و رابطه آن دو مانند عوض و معوض در سایر قراردادهای مالی است یا آن که طلاق، ماهیت اصلی خود را به طور مستقل حفظ می‌کند؟

فقها در چگونگی انجام طلاق خلع، اختلاف دارند. از نظر گروهی، خلع دو مرحله دارد. این گروه از فقها، بی‌تردید خلع را از اقسام طلاق می‌شمارند ولی کسانی که اجرای صیغه طلاق در خلع را ضروری نمی‌دانند، در مورد طلاق یا فسخ بودن خلع، اختلاف نظر دارند. مشهور فقها با استناد به برخی روایات، آن را طلاق دانسته‌اند و حتی در این خصوص ادعای اجماع نقل شده است.

در مورد مبارات، فقها امامیه اتفاق نظر دارند که انحلال نکاح، متوقف به اجرای صیغه طلاق است. براساس نظر اکثر فقها که خلع را از مقوله طلاق می‌دانند بحث به میزان اختیار زنان در طلاق، مرتبط می‌باشد. به‌ویژه اگر خلع

و مبارات را معاوضه حقیقی به‌شمار آوریم چنان‌چه برخی فقها چنین نظری دارند گرچه راقم این سطور، این نظر را قبول ندارد و دیدگاه فقهای را که آن را معاوضه حقیقی نمی‌دانند، نزدیک‌تر به صواب می‌داند و حتی بر این مبنی نیز زن با اتمام به بذل، عملاً به نوعی زمینه‌سازی برای طلاق و برانگیختن مرد بدان، اقدام می‌کند گرچه نمی‌تواند مرد را مجبور کند.

ب‌توجه به اختیار مرد در امر طلاق در حقوق اسلام، فقها همواره در صدد بوده‌اند در کنار ذکر حکمت‌ها و فواید احکام اونی در خصوص طلاق، راه‌هایی حقوقی و شرعی برای جلوگیری از طلاق‌های ظالمانه زنان از سوی مردان بیابند. آن‌ها همچنین در جستجوی راه‌هایی بوده‌اند تا در زمانی که مردان، زنان را در موقعیت نامطلوب نگه می‌دارند و در عین حال از طلاق آن‌ها خودداری می‌کنند، زنان بتوانند از رنج زندگی نامطلوب، رهایی یابند. گسترش چنین گروايندگی از سویی باعث تشدید محدودیت‌های مردان در طلاق و از سوی دیگر موجب گسترش اختیارات زنان بوده است.

فقها و حقوقدانان آن‌جا که در صدد ارائه راه‌هایی برای تحلل نکاح از سوی زنان بوده‌اند، عمدتاً بر شیوه و کالت آن‌ها در طلاق از سوی مردان تأکید کرده‌اند. علاوه بر آن، راه رجوع به حاکم و تقاضای صدور حکم طلاق نیز مورد غفلت قرار نگرفته است. نکته قابل توجه و الهام‌بخش در رابطه با وکالت این است که وکالت مطلق زنان از سوی مردان در امر طلاق علی‌رغم این‌که از نظر فقهی و حقوقی با اشکال خاصی مواجه نیست مورد عنایت و توصیه قرار نگرفته است. گویا مضار عمومیت یافتن اعطای چنین اختیاری مورد تردید نبوده است.

در زمینه محدود کردن اختیار مردان در طلاق نیز، اجبار قانونی آن‌ها به مراجعه به دادگاه مورد توجه قرار گرفته است. همچنین تلاش شده است از محدودیت‌های قراردادی برای کنترل اختیار مردان در امر طلاق بهره‌برداری شود.

امروزه در حقوق ایران، آثار گسترش اختیار زنان در هر دو جهت مشهود است. در قانون مدنی، مواردی که زن می‌تواند با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق کند مشخص شده است. همچنین اجبار مرد به مراجعه به دادگاه برای طلاق، در مواردی که زن رضایت به طلاق ندارد مانع قابل توجهی برای تحقق طلاق است. شروط ضمن عقد راه برخورداری از حقوق مساوی‌تر تا اصلاح قوانین به نفع زنان است. مردان با تکیه بر موادی از قانون مدنی از حقوقی برخوردار شده‌اند که به واسطه آن می‌توانند به راحتی از تحصیل، اشتغال و... زنان، جلوگیری کنند یا حتی بدون ارائه دلیل و علت مشخص، زن خود را طلاق دهند؛ بنابراین از آن‌جا که اصلاح برخی قوانین به نفع زنان، راه درازی در پیش دارد، بهتر است اختیاراتی را که قانونگذار به‌طور مستقیم برای آن‌ها پیش‌بینی نکرده، با استفاده از شروط ضمن عقد به دست آورند.

ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی، اجازه لازم برای تعیین شروط ضمن عقد را به زنان داده و بر اساس آن طرفین ازدواج می‌توانند در ضمن عقد، شروطی را لحاظ کنند. این شروط در مواردی می‌تواند برای زنان پشتوانه نسبتاً محکمی باشد که از مهمترین آن‌ها، حق تحصیل، اشتغال، تعیین محل اقامت، وکالت در طلاق، تقسیم دارایی‌های مشترک بعد از طلاق، حضانت فرزندان پس از طلاق و... است. برای جاری شدن صیغه طلاق، زنان باید راه درازی را بپیمایند و در مواردی چون اعتیاد همسر و یا خشونت‌های خانگی و درخواست طلاق، لازم است این موارد را اثبات کنند؛ اما از آن‌جا که اثبات این موارد کاری دشوار است، زنان ناچار می‌شوند مهریه خود را ببخشند تا از شرایط نابسامان زندگی خود رهایی یابند. ■

نحوه حل و فصل اختلافات اسامی دامنه

دکتر لیلا رئیسی ■

خلاصه مقاله

معمولاً اینترنت و موضوعات پیرامون آن از جمله اسامی دامنه محدود به مرزبندی‌های جغرافیایی نمی‌باشند. در نتیجه اختلافات مربوط به آن‌ها نیز موجب طرح دعوی چندگانه در حوزه‌های قضایی مختلف می‌گردد. مثلاً یک دامین با اعتبار بین‌المللی که به هیچ وجه امکان محدود نمودن آن به یک قلمرو مشخصی وجود نداشته و به عبارت دیگر جنبه جهانی دارد، اگر مورد سوءاستفاده قرار گیرد ممکن است دعوی تخلف و نقض حقوق صاحب آن در چندین حوزه قضایی مطرح شده که علاوه بر اتلاف وقت و تحمیل هزینه‌های سنگین، ممکن است منجر به صدور آرای متفاوتی در مورد آن نیز بشود. در نتیجه تلاش زیادی صورت گرفته است تا برای حل این‌گونه اختلافات از روش‌هایی استفاده شود که هم سرعت عمل لازم را داشته و هم مشکل پراکندگی حوزه‌های قضایی را در این‌گونه اختلافات حل نماید بهترین روشی که تاکنون بدین منظور مورد استفاده قرار گرفته است، روش معروف به یو، دی، آر، پی است که از مزایای زیادی برخوردار می‌باشد، اما در عین حال ایراداتی نیز به آن وارد است.

اصطلاحات کلیدی: اینترنت، نام دامنه، اختلافات، روش یو، دی، آر، پی

مقدمه

امروزه تجار برای تبلیغ کالاها و خدمات خود به جای استفاده از آگهی‌های سنتی سعی نمایند از اینترنت کمک گرفته و با معرفی کالاها و خدمات خود از طریق آن به تجارت‌شان رونق ببخشند. کاربرد اینترنت در این مورد مباحث زیادی را به دنبال داشته، از جمله مهمترین آن‌ها استفاده تجار و شرکت‌های تجاری از علائم تجاری به‌عنوان یک نام دامنه برای معرفی کالاها و خدمات خود از طریق اینترنت و اختلافاتی است، که در این مورد ممکن است بین آن‌ها بروز نماید.

استفاده از اینترنت برای جلب و جذب مشتری و فروش کالاها و خدمات، امروزه امری معمول و متداول گردیده است. مخصوصاً کمپانی‌های تجاری بزرگ از اینترنت به عنوان یک ابزار تبلیغاتی مهم و مؤثر استفاده می‌کنند. (Donna L. Howard, 2001: p1)

بیشتر کمپانی‌ها برای خود وب سایت اختصاصی داشته که به منزله یک قسمت مهم و حیاتی از طرح تجارت

■ تایب رئیس کانون وکلای دادگستری اسفهان.

۱- در سال ۱۹۶۵ اولین شبکه کامپیوتری در کشور آمریکا ایجاد گردید. در این سال برای نخستین بار بین دو کامپیوتر در دو ایالت Massachusetts و California به وسیله یک خط تلفن ارتباط برقرار گردید. چندی بعد وزارت دفاع آمریکا از این طریق چند مؤسسه خود را به یکدیگر وصل نمود و سپس به چند دانشگاه و مرکز تحقیقاتی نیز متصل گردید و به تدریج اینترنت در سراسر قلمرو جهان توسعه یافته برای کسب اصلاحات بیشتر در این مورد به منبع زیر ن. کد Barry M. Leiner et al, A Brief History of the Internet, Internet Society, at <http://www.isoc.org/internet/brief.shtml>.



و توانایی آن‌ها برای چرخاندن کمرشان محسوب می‌گردد. یک قسمت مهم یک وب سایت نام دامنه آن می‌باشد، که برای دستیابی به وب سایت مورد استفاده قرار می‌گیرد و اختلافات زیادی در مورد آن میان افراد و شرکت‌های تجاری بروز می‌کند. پیچیدگی و گستردگی این اختلافات از یک سوی و نحوه حل و فصل آن‌ها از سوی دیگر مباحث حقوقی زیادی را به دنبال داشته است که در این تحقیق سعی می‌گردد در حد امکان به آن پرداخته شده و روش‌های متداول برای حل آن‌ها مورد مطالعه قرار گیرد.

نام دامنه و تاریخچه آن

در تعریف یک نام دامنه معمولاً گفته می‌شود نام دامنه عبارتی است که بعد از ملخص «www» به کار برده می‌شود و به دنبال آن ملخص‌هایی همانند: COM, ORG, NET, MIL, INT, EDU, GOV آورده می‌شود. (Jeffrey J. Look, p21)

همان‌گونه که گفته شد اهمیت این اسامی از این جهت می‌باشد که به وسیله آن‌ها مشتریان خیلی سریع و راحت می‌توانند به وب سایت یک کمپانی یا یک تاجر دست یافته و اطلاعات لازم در مورد کالاها و خدمات مورد تجارت آن‌ها را بدست آورند.

افرادی که از اینترنت استفاده می‌کنند، برای دستیابی به سایت مورد نظر از دو روش می‌توانند استفاده کنند، یکی وارد کردن نام دامنه سایت مورد نظر و دیگری استفاده از موتور جستجوگر، که مسلماً روش اول بسیار سریع‌تر و راحت‌تر آن‌ها را به سایت مورد نظرشان می‌رساند.

در حوزه تجارت، انتخاب یک دامین بسیار حائز اهمیت است. کمپانی‌ها و تجار سعی می‌کنند، دامین خود را به گونه‌ای انتخاب کنند که هم از یک سوی مشهوریت و معروفیت آن‌ها را افزایش دهد و هم از سوی دیگر بر مطلوبیت و جذابیت کالاها و خدمات‌شان نزد مشتریان بیفزاید. به همین علت بین اسامی دامنه و علائم تجاری ارتباط زیادی وجود دارد (David J. Loundy: 1997)

کمپانی‌ها و تجار سعی می‌نمایند در انتخاب اسامی دامنه از علائم تجاری و خدماتی معروف و مشهور استفاده کنند، که ممکن است این علائم متعلق به خودشان باشد و در بسیاری از موارد نیز ممکن است، این گونه علائم را که متعلق به دیگر کمپانی‌ها و تجار می‌باشد را مورد سوءاستفاده قرار داده و به عنوان یک نام دامنه برای خود ثبت کرده و مورد استفاده قرار دهند.

به جهت اهمیت علائم تجاری در اسامی دامنه، برخی از افراد نیز سعی می‌کنند با ثبت علامت تجاری یک فرد ثالث و سپس فروختن آن به مالک همان علامت، سود کلانی را به جیب بزنند. (Donna L. Howard, p:3)

این گونه افراد با استفاده از علامت تجاری یک شرکت یا تاجر معروف، به عنوان نام دامنه سایت خود موجب افزایش مراجعات به سایت خود و جلوگیری از دسترسی مشتریان به سایت صاحب علامت می‌گردند و از این طریق موجب ورود خسارات مالی فراوانی به او می‌شوند.

صاحبان این گونه علائم تجاری مجبور هستند، برای جلوگیری از ضرر مالی بیشتر با پرداخت مبلغ هنگفت به ثبت کننده علامت تجاری، آن را با قیمت بالایی از ثبت کننده خریداری کنند.

به دلیل سوءاستفاده‌های زیادی که در حوزه اسامی دامنه اتفاق می‌افتد، امروزه اکثر کشورها سعی نمودند مقررات شفاف و روشنی در زمینه اسامی دامنه و نحوه کاربرد آن‌ها و نیز در مورد نحوه حل و فصل اختلافات مربوط به آن‌ها ایجاد نمایند.

در کشور آمریکا علی‌رغم آن که مبدأ ایجاد اینترنت و اسامی دامنه بوده است تا سال ۱۹۹۹ قانون خاصی در مورد

نحوه حل و فصل اختلافات مربوط به این گونه موضوعات وجود نداشته و این گونه دعاوی تحت حاکمیت همان مقررات مربوط به علائم تجاری مورد رسیدگی قرار می‌گرفت که چندان مفید نبود (I bid, p: 5) در سال ۱۹۹۹ برای شفاف نمودن نظام حقوقی حاکم بر اسامی دامنه و نحوه حل و فصل اختلافات مربوط به آن، شیوه جدیدی برای حل و فصل اختلافات مربوط به اسامی دامنه ایجاد گردید، که به سرعت به شیوه‌ای متداول در سطح جهان تبدیل شد و حتی سازمان وایبو نیز با استفاده از آن، این گونه اختلافات را حل و فصل می‌کند. تحت مقررات مذکور، اگر فردی از علامت تجاری دیگری به عنوان یک نام دامنه استفاده کرده باشد و در این استفاده دارای سوءنیت باشد مسؤول بوده و باید علاوه بر ممنوعیت ادامه استفاده، تمام خسارات وارده به صاحب علامت تجاری را جبران کند. در این قانون برای احراز سوءنیت استفاده کننده عوامل مختلفی در نظر گرفته شده است.^۲

در کشور چین نیز اختلافات مربوط به اسامی دامنه دارای سابقه زیادی نمی‌باشد. در این کشور اولین اختلاف در سال ۱۹۹۶ مطرح گردید. علت این امر را باید در این موضوع دانست که در سال‌های گذشته بسیاری از علائم تجاری شرکت‌های بزرگ از جمله Haier و Tongrentang به وسیله کمپانی‌های بزرگ آمریکایی به عنوان نام دامنه ثبت گردیده بود و حتی برخی از این ثبت کنندگان برخی از این علائم تجاری را به مالکان چینی‌شان می‌فروختند. برخی از کمپانی‌های چینی برای احقاق حق خود بهتر دیدند نزد محاکم آمریکایی طرح دعوی نمایند. لذا تعداد زیادی از اینگونه دعاوی به وسیله تجار و کمپانی‌های چینی در این سال‌ها نزد محاکم آمریکا مطرح می‌گردید. (Xue Hong, p: 2)

در سال ۱۹۹۰ تلاش‌هایی در این کشور جهت ایجاد یک شبکه ثبت اسامی دامنه صورت گرفت که چندان توأم با موفقیت نبود. در سال ۱۹۹۶ شورای دولتی چین مؤسسه LWIP را تأسیس کرده و آن را مأمور سر و سامان دادن به امور اینترنتی از جمله اسامی دامنه و مسائل گوناگون آن نمود، که مؤسسه مذکور نیز نهایتاً در سال ۱۹۹۷ مقررات نسبتاً جامعی در مورد ثبت اسامی اینترنتی و مدیریت آن‌ها تصویب نمود.^۳ در سه ژوئن ۱۹۹۷ مرکز اطلاعات شبکه کامپیوتری CNNIC تأسیس گردید که وظیفه ثبت اسامی دامنه را بر عهده دارد و در ۲۲ دسامبر CNNIC سیاست‌های جدیدی را در راستای انجام وظایف‌اش اعلام داشته است. در این کشور اکنون تعداد زیادی نام دامنه ثبت گردیده و اختلافات زیادی هم در این مورد وجود دارد که شیوه معمول حل آن‌ها توسل به محاکم تخصصی و نیز شیوه‌های جایگزین می‌باشد. البته در این کشور سیاست جلوگیری از بروز اختلافات نیز مورد توجه بوده و در این راستا شرایط خاصی برای جلوگیری از ثبت اسامی که قبلاً به وسیله دیگران مورد استفاده قرار گرفته وضع و اجرا می‌گردد.^۴

در کشور ایران تا سال ۱۳۸۲ هیچ گونه مقرراتی در رابطه با دامین‌ها وجود نداشت. در این سال اولین قانون تجارت الکترونیکی تصویب گردید که در آن به طور بسیار اجمال طی ماده ۶۶ به دامین‌ها پرداخته شده است.^۵

در سطح نظام بین‌الملل نیز تلاش‌هایی جهت قاعده‌مند نمودن دامین‌ها صورت گرفته است. البته در هیچ‌یک از کنوانسیون‌های مهم همانند برن یا پاریس به مسأله دامین‌ها پرداخته نشده است و این مسأله به دلیل تازگی این گونه

1- Anticybersquatting Consumer Protection Act (1999), (ACPA).

2- See 1125(d) (1) (b) (i), ACPA.

3- See Provisional Administrative Rules for Regulation of Domain Names in China/ available at <http://www.cnnic.net.cn/htm/Dir/2003/11/1520.htm>.

4- See Provisional Administrative Rules for Regulation of Domain Names in China/ available at <http://www.cnnic.net.cn/htm/Dir/2003/11/1520.htm>.

۵- ماده ۶۶ قانون مذکور در مورد اسامی دامنه چنین مقرر می‌دارد: «به منظور حمایت از مصرف کنندگان و تشویق رقابت‌های مشروع در بستر مبادلات الکترونیکی، استفاده از علائم تجاری به صورت نام دامنه (Domain Name) و یا هر نوع نمایش بر خط (Online) علائم تجاری که موجب فریب یا اشتباه شدن طرف به اساست کالا و خدمات شود، ممنوع و متخلف به مجازات مقرر در این قانون خواهد رسید.

موضوعات نسبت به دیگر موضوعات مالکیت معنوی بوده است. اما در سال‌های اخیر واپس در این رابطه تلاش‌های چشمگیری انجام داده است که در قسمت‌های بعدی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

اختلافات مربوط به اسامی دامنه

اینترنت، برنامه‌های کامپیوتری و اسامی دامنه بدون تردید امروزه از ابزار مهم و اصلی روابط تجارت بین‌الملل محسوب می‌گردند. معمولاً در روابط تجاری شهرت و اعتبار افراد بسیار مهم و اساسی است و این حسن اعتبار ممکن است به راحتی در کشمکش طرح دعوا در مراجع قضایی از بین برود. لذا حل این گونه اختلافات شوه‌های را می‌طلبد که معمولاً نوام یا نوعی روابط دوستانه و حسن نیت باشد و شهرت و حسن اعتبار افراد و کمپانی‌ها را خدشه‌دار نسازد. در حالی که بیشتر این‌های محاکم ملی جنبه عمومی داشته و به همین علت نمی‌تواند جنبه خصوصی و بعضاً محرمانه این گونه موضوعات را پاسخ دهد. معمولاً تخصص و دانش فنی لازم مربوط به این گونه موضوعات نیز در محاکم ملی وجود ندارد.

از سوی دیگر اساساً امکان طرح برخی از دعاوی مذکور نیز در مراجع ملی وجود ندارد. مثلاً در بعضی از دعاوی مربوط به تخلفات اینترنتی، تعیین دقیق محل وقوع تخلف به راحتی امکان پذیر نمی‌باشد و چه بسا متضرر مجبور گردد به طور همزمان در چندین حوزه قضایی طرح دعوا نماید. مسلماً این امر صرف‌نظر از آن که بری همه افراد امکان پذیر نمی‌باشد، ممکن است موجب بروز نتایج متفاوت و بعضاً متعارض نیز بگردد.

به ویژه در برخی از موضوعات این مشکل بسیار جدی است. مثلاً ثبت یک نام دامنه برای یک فرد متخلف، هزینه چندانی ندارد. در حالی که صاحب همان نام دامنه برای جلوگیری از سوءاستفاده فرد متخلف، ممکن است مجبور به طرح دعوا در چند حوزه قضایی شده و سپس مدت زیادی هم تا رسیدگی و صدور رأی و اجرای آن باید صبر نماید که گذشت این مدت می‌تواند موجب ورود خسارات اقتصادی بسیار سنگینی به نامبرده شود. یا در مورد علانم تجاری معمولاً پیگیری تخلفات، باید در چندین حوزه قضایی انجام شود که بدون تردید اگر محال نباشد، اما بسیار سخت است. (G. Dinwoodie, 2001: p 18)

بهترین روشی که تاکنون برای حل اختلافات مذکور پیشنهاد گردیده و مورد استفاده نیز قرار گرفته است شیوه‌های جایگزین یا ای، دی، آر است که دارای ماهیت خصوصی بوده و اصولاً به رضایت افراد بستگی دارند. همین ویژگی، انعطاف پذیری زیادی به آن‌ها بخشیده و باعث می‌گردد تا جنبه محرمانه و خصوصی این دعاوی را به خوبی تأمین کنند. توسل به شیوه‌های مذکور به طرفین اختلافات اجازه می‌دهد تا با بهره گرفتن از کارشناسان متخصص جنبه‌های علمی و تکنیکی موضوعات مورد اختلاف نیز رعایت گردد.

البته روش‌های جایگزین نیز چون اختیاری و غیر اجباری می‌باشند، مصون از ایراد نبوده و نتوانسته‌اند از بروز برخی مشکلات فوق‌الذکر جلوگیری کنند.

علی‌رغم مزایای زیادی که شیوه‌های جایگزین دارند، اما موانع جدی در راه توسل به آن‌ها وجود دارد. برخلاف محاکم ملی، که دارای اقتدار و صلاحیت اجباری می‌باشند، در توسل به شیوه‌های ای، دی، آر، هیچ گونه اجباری وجود ندارد. شیوه‌های مذکور اصولاً اختیاری بوده و جز در صورت توافق طرفین اختلاف امکان توسل به آن‌ها فراهم نیست.

بنابراین توسل به شیوه‌های مذکور اصولاً در روابط قراردادی امکان پذیر است، ولی در تخلفات ناشی از روابط غیر قراردادی توسل به آن‌ها بسیار بعید می‌باشد (Ibid, p183). در حالی که اصولاً تخلفات مربوط به اسامی دامنه از نوع تخلفات غیر قراردادی می‌باشد.

تلاش‌های جدی صورت گرفته است که این ایراد مهم نیز رفع گردد. این تلاش‌ها منجر به ایجاد یو، آر، پی گردیده است. در این روش از مرحله ثبت اسامی دامنه کمک گرفته می‌شود. بدین شکل که در زمان ثبت یک نام دامنه، ثبت‌کننده مکلف می‌گردد در صورت بروز هرگونه اختلاف، اختلاف را از راه توسل به یکی از روش‌های مذکور حل و فصل کند. در این روش در واقع باید به طور دقیق و سازمان‌بندی شده از قبل نحوه توسل به روش‌های مذکور و مراکزی که افراد بتوانند به آن‌ها مراجعه نمایند، مشخص گردد.

در واقع در این روش یک ویژگی اجباری به شیوه‌های جایگزین داده می‌شود، به نحوی که حتی اگر فردی که علیه او شکایت شده حاضر به حضور و همکاری در فرآیند حل اختلاف نباشد، تصمیم اتخاذ شده، نسبت به او لازم‌الاجرا خواهد بود.

شناخت شیوه، یو، آر، پی

در سال ۱۹۹۸ «شرکت اینترنتی نام‌ها و ارقام ثبت شده»^۱ در کالیفرنیا ایجاد گردید.^۲ این سازمان به وسیله تعدادی متخصص و کارمند اداره می‌شود و دارای تعدادی کمیته می‌باشد، که آن را در انجام وظایفش یاری می‌دهند. هدف و مقصود اصلی مؤسسين این شرکت، ایجاد و تنظیم سیستمی برای کنترل و مدیریت اسامی دامنه در سراسر دنیا بوده است. (Kan Maerch, 2001: p2)

در راستای همین هدف شرکت مذکور، مکانیزم معروف یو، آر، پی را برای حل و فصل اختلافات مربوط به اسامی دامنه ایجاد کرد.^۳

شرکت نام‌ها و شماره‌ها، یک سیستم متمرکز و منحصر به فردی برای ثبت و نقل و انتقال اسامی دامنه پیش‌بینی نموده است، که بر اساس این سیستم تمام افراد باید نام دامنه خود را ثبت نموده و خرید و فروش اسامی دامنه نیز باید با اطلاع شرکت مذکور انجام گردد. تمام افرادی که نام دامنه آن‌ها نزد این شرکت، ثبت گردیده است، بالاچار باید اختلافات مربوط به آن را نیز از طریق شیوه یو، آر، پی، حل و فصل نمایند.

اهداف اصلی ایجادکنندگان شیوه یو، آر، پی، در واقع، حذف صلاحیت‌های گوناگون و پراکنده در مورد حل و فصل اختلافات مربوط به اسامی دامنه و ایجاد یک سیستم واحد و متمرکز و اعمال قوانین یکسان، کاهش هزینه‌ها و صرفه جویی در وقت و حل این‌گونه اختلافات، با کمترین هزینه و زمان، کاهش و رفع موانع موجود در سیستم‌های حقوقی ملی و فراهم نمودن زمینه ایجاد یک سیستم حقوقی جهانی واحد بوده است.^۴

وایبو استفاده از این روش را علاوه بر اسامی دامنه در مورد اختلافات مربوط به علائم تجاری و نشانه‌های جغرافیایی نیز به تمام نظام‌های ملی پیشنهاد نموده است. (Wipo, 1999: p 1)

از امتیازات جالب روش مورد پیشنهاد وایبو امکان اجرای مستقیم تصمیمات اتخاذ شده است. در این روش تصمیمات بدون نیاز به تأیید یا اجرا از سوی محاکم ملی مستقیماً از طریق اداره‌کنندگان مرکز حل و فصل اختلافات در پایگاه اطلاعاتی مخصوصی منتشر شده و نسبت به اجرای آن‌ها اقدام می‌گردد. (Ibid, p 8)

در طرح پیشنهادی وایبو به سرعت عمل توجه زیادی شده، به نحوی که حداکثر مدت در پرونده‌های معمولی یک ماه و در پرونده‌های پیچیده حداکثر دو ماه می‌باشد. در مورد هزینه‌ها نیز تأکید شده است که هزینه‌ها باید حتماً

1- The Internet Corporation For Assigned Names and Numbers (ICANN).

2- The statutes of ICANN, and also information on its various meetings and activities, are to be found at <http://www.icann.org>.

3- The Domain Name System: A non-technical Explanation—Why Universal Resolvability Is Important. Inter NIC, at <http://www.internic.org/Faqs/authoritative-dns.html>.

4- See Independent Review at: <http://www.icann.org/committees/indreview/index.htm>. 1.

کمتر از هزینه طرح دعوا در محاکم ملی باشد.

متأسفانه علی‌رغم تأکید وایبو در استفاده گسترده از این روش در سطح ملی و بین‌المللی، در نظام‌های ملی جز چند کشور خاص، سایر کشورها اختلافات مربوط به اسامی دامنه را با استفاده از همان شیوه‌های متداول در خصوص سایر موضوعات مالکیت معنوی، حل و فصل می‌نمایند و روش خاصی را برای حل و فصل اختلافات مربوط به اسامی دامنه پیش‌بینی ننموده‌اند.

انواع اختلافات و نحوه حل آن‌ها بر اساس شیوه یو، دی، آر، بی

معمولاً اختلافات مربوط به اسامی دامنه را می‌توان به دو دسته کلی تقسیم کرد: دسته اول اختلافاتی که از تعارض میان حقوق علائم تجاری و منتهای ایجاد و کاربرد اسامی دامنه ایجاد می‌گردد. (Rebecca W, 1999: p 14) در این گونه اختلافات معمولاً یک علامت تجاری، به قصد سناذی از صاحب آن، به‌عنوان یک نام دامنه ثبت می‌گردد. سپس با قیمت بالایی به صاحب آن فروخته می‌شود.

دسته دوم اختلافاتی که در آن‌ها یک نام تجاری مشهور به‌عنوان یک نام دامنه ثبت می‌گردد اما نه به قصد فروش آن، بلکه به قصد استفاده از آن برای تبلیغ یا فروش محصولات یا خدمات رقیب، (Ibid: p 15) در این گونه موارد با توجه به آن که سوءاستفاده از یک علامت تجاری معروف می‌تواند زمینه بازاریابی و عرضه کالاها و خدمات غیرمرغوب را فراهم سازد، علاوه بر آن که به حقوق بخش خصوصی آسیب وارد می‌کند، موجب نگرانی سیاست‌گذاران اقتصادی و عکس‌العمل آن‌ها نیز می‌گردد.

اختلافات در شیوه یو، دی، آر، بی به وسیله داوری حل و فصل می‌گردد. بر اساس شیوه مذکور، دارندگان اسامی دامنه که اسامی دامنه خود را بر اساس مقررات شرکت نام‌ها و ارقام ثبت شده، ثبت کرده‌اند، مکلف‌اند تا چنان‌چه علیه نام ثبت شده آن‌ها هرگونه دعوایی مطرح گردید حل دعوا را از طریق شیوه یو، دی، آر، بی بپذیرند. پاتل داوری باید قبل از شروع اقدامات خود، به اقدامات حقوقی که از سوی شاکی انجام شده است توجه نماید همانند طرح دعوا در محاکم محلی یا منطقه‌ای^۱. البته اگر شاکی این امر را اطلاع دهد در غیر این صورت تکلیفی برای پاتل وجود ندارد.

خواننده باید به موقع پاسخ خود را به دیوان بدهد. اگر خواننده پاسخ ندهد یا به موقع پاسخ ندهد، این امر مانع از انجام وظیفه دیوان نیست و دیوان ممکن است با توجه به کوتاهی خواننده از پاسخ نتایجی را که مقتضی می‌داند استنباط نماید.^۲

البته تأکید زیادی شده است که حتماً خواننده از ابلاغ مربوطه با خبر شده باشد. در جریان پرونده Storck KG v. Organ Firmware پاتل داوری به این نتیجه رسیده است که عدم پاسخگویی خواننده ناشی از این است که ابلاغیه مربوطه به موقع به خواننده در مالزی نرسیده است. لازم به یادآوری است که در این گونه موارد ابلاغ و آگاهی از طریق فاکس یا امیل ارسال می‌گردد و در مواردی که دسترسی خواننده به این موارد قابل فرض منطقی می‌باشد، دیوان دست‌یابی و آگاهی خواننده را مفروض و مسلم تلقی کرده است. در همین پرونده دیوان تأکید کرده است که در مواردی که به‌طور معقول و مقتضی خواننده امکان دریافت ابلاغ را از طریق امیل داشته، فرض بر این است که عدم دریافت ابلاغیه به‌طور عمدی بوده و این قصور و کوتاهی موجب اتخاذ تصمیم مقتضی از سوی دیوان می‌گردد.^۳

1- Rules for the Uniform Domain Name Disput Resolution Policy 5(a)(oct.24/1999) at <http://www.icann.org/udrp/udrp-rules-24oct99.htm> [herein after- UDRP Rules.] Art, 18, part a.

2- Art, 14, part b

3- Wipo Arbitration and mediation center, Administrative panel Decision August 1, 2000, Storck KG v. Organ Firmware Case No D2000-0576, p.3.

شکایت مربوط به یک نام دامنه باید الزاماً دارای شرایطی باشد تا قابل رسیدگی و حل و فصل از طریق شیوه یو، دی، آر، پی باشد. از جمله این شرایط می‌توان به موارد زیر اشاره نمود:

نام دامنه ثبت شده به وسیله خواننده باید همان نام دامنه یا مشابه نام دامنه‌ای باشد که شاکی نسبت به آن دارای حق اولویت است. خواننده هیچ‌گونه حق یا منافع مشروعی نسبت به نام دامنه نداشته باشد.

نام دامنه ثبت شده به وسیله خواننده باید توأم با سوءنیت ثبت شده و مورد سوءاستفاده قرار گرفته باشد. در پرونده فوق‌الذکر شاکی نشان داده است که او مالک یک علامت تجاری ثبت شده (nimm2) بوده است که قبلاً آن را به‌عنوان یک علامت تجاری به ثبت بین‌المللی رسانده و نام دامنه مورد شکایت عیناً همان علامت تجاری شاکی است.

پاتل داوری متقاعد گردیده است که نام دامنه دقیقاً همان علامت تجاری مورد شکایت است. مسأله قلمروی جغرافیایی به‌کارگیری یک علامت تجاری و این که آیا ثبت آن به‌عنوان یک نام دامنه در خارج از آن قلمرو تخلف محسوب می‌گردد یا خیر محل اختلاف نظر است.

در این پرونده این مسأله مطرح گردید که آیا علامت تجاری که صرفاً در حوزه کشور آلمان مورد استفاده قرار می‌گرفته است، می‌تواند به‌عنوان یک نام دامنه در حوزه‌ای جغرافیایی دیگر ثبت بشود؟ پاتل داوری این تردید را رفع کرده و گفته است محدود بودن حوزه استفاده یک علامت تجاری ثبت شده نمی‌تواند ممنوع بودن استفاده از آن را به‌عنوان یک نام دامنه از بین برده و به‌کارگیری آن را به‌عنوان یک نام دامنه مجاز سازد.^۱

نکته بسیار مهم در شیوه یو، دی، آر، پی، که مورد تأکید مؤسسين این مکانیزم بوده است، داشتن سوءنیت و احراز آن می‌باشد. شاید علت این امر را بتوان در این موضوع دانست که در بحث از اسامی دامنه، همواره منافع دو گروه درگیر و محور بحث می‌باشد. از سویی حمایت از حقوق دارندگان علامت تجاری و خدماتی و از سویی دیگر حقوق دارندگان اسامی دامنه. (Rebecca W.Gole, p 11)

عدم توجه به هر یک از این نو می‌تواند پیامدهای منفی حادّی در حوزه تجارت به‌دنبال داشته باشد. محور قرار دادن سوءنیت و احراز آن در ثبت و استفاده از یک نام دامنه، در واقع می‌تواند از منافع هر دو گروه مذکور به‌خوبی حمایت کند و از قربانی شدن متدفع یکی در قبال دیگری جلوگیری کند. در شیوه مذکور شاخص‌هایی برای احراز سوءنیت افراد بیان گردیده است. از جمله:

- زمانی که یک فرد قصد فروش یک نام دامنه با قیمتی بالاتر از قیمت متعارف نام مذکور را دارد.^۲
- زمانی که محرز گردد که قصد واقعی ثبت‌کننده نام دامنه، جلوگیری از ثبت آن به‌وسیله دارندنده علامت تجاری بوده است.^۳
- زمانی که ثبت‌کننده با هدف و منظور از بین بردن توان تجاری رقیب خود، اقدام به ثبت نام دامنه کرده باشد.^۴
- زمانی که هدف اصلی ثبت‌کننده نام دامنه، جلوگیری از دسترسی کاربران اینترنتی به وب سایت دارندنده علامت تجاری بوده است.^۵

در پرونده Storck kG v. Origan Fimware دیوان داوری اظهار داشته است که اگرچه علامت تجاری

1- Ibid, p. 4.

۲- قواعد یو، دی، آر، پی، ماده ۴، قسمت ج، بند (ا).

۳- همان منبع، همان ماده، بند (ا).

۴- همان منبع، همان ماده همان قسمت، همان بند.

۵- همان منبع، همان ماده بند (ا).

در آلمان و کشورهای آلمانی زبان مورد استفاده قرار گرفته و نام دامنه مورد شکایت در کشور مالزی مورد استفاده قرار گرفته است، لذا با این وجود ارتباط قوی بین آن‌ها وجود ندارد.

علاوه بر آن نام دامنه در یک سایت آلمانی (Isunensever.de) به کار گرفته شده است. زبان سایت آلمانی است و خطوط آن به چند سایت آلمانی منتهی می‌گردد. نهایتاً این که شرکت فراهم‌کننده خدمات اینترنتی نام دامنه مذکور نیز یک شرکت آلمانی است. با این دلایل کاملاً محرز می‌گردد که خواننده در هنگام ثبت نام دامنه مورد شکایت کاملاً آگاه بوده است که آن یک علامت تجاری شناخته شده و معروف در آلمان می‌باشد، بنابراین انتخاب آن نمی‌تواند به‌طور اتفاقی و شانسی باشد.

علاوه بر آن ثبت یک علامت تجاری به‌عنوان یک نام دامنه برای فروش آن به قیمت بالا به دارنده آن، دلیل بر سوءنیت است و در این پرونده ثبت‌کننده نیز بعد از شکایت پیشنهاد فروش آن را به مبلغ بالایی به شاکی مطرح نموده است و این نیز دلیل دیگری بر سوءنیت او می‌باشد.

همین‌طور این که خواننده به دعوا پاسخ نداده و حاضر به دفاع از خود در مقابل شکایت شاکی نگردیده است، نیز بر نظر دیوان برداشتن سوءنیت از سوی خواننده در جریان ثبت و استفاده از نام دامنه مورد شکایت صحنه بیشتری گذاشته است.

سرانجام دیوان متقاعد گردید که نام دامنه ثبت شده به‌وسیله خواننده دقیقاً همان علامت تجاری شاکی است؛ که خواننده هیچ‌گونه حق یا منفعت مشروعی نسبت به آن نداشته و آن را به‌عنوان نام دامنه با سوءنیت ثبت کرده و مورد استفاده قرار داده است، لذا دیوان نظر داد که خواننده باید متعاقب ماده ۴ (بند ۱) و نیز ماده ۱۵ قواعد یودی، آرپی آن را به شاکی منتقل نماید.

رویه نشان می‌دهد حتی پاتل‌های داوری یکی بودن نوع فعالیت مربوط به علامت تجاری و نام دامنه را شرط احراز تخلف نناسته‌اند. در جریان پرونده Fadesa Inmobiliaria, S.A.V. Flemming Madsen خواننده اقدام به ثبت یک علامت تجاری به‌عنوان نام دامنه برای سایت خود که یک سایت غیرتجاری بوده و عمدتاً جنبه انتقادی داشت، کرده بود پاتل صراحتاً دفاع خواننده را در این مورد رد نموده و او را محکوم به انتقال نام دامنه به صاحب علامت تجاری نمود. (Wipo, 2001: p 2)

اگر خواننده با ثبت یک علامت تجاری به‌عنوان نام دامنه به‌طور غیرمستقیم موجب ورود ضرر به شاکی شده باشد، نیز پاتل تخلف را محرز دانسته و خواننده را محکوم به انتقال آن می‌نماید. در پرونده فوق‌الذکر خواننده در سایت خود که نام دامنه آن علامت تجاری متعلق به شاکی بود، با زیر سؤال بردن شاکی علیه فعالیت‌های تجاری او تبلیغ کرده و سعی می‌نمود او را کلاهبردار و غیرقابل اعتماد معرفی نماید. استدلال خواننده این بود که یک نام تجاری، صاحب آن را از نقد و انتقاد مستثنا نمی‌کند و حق بر نقد به وسیله قانون اساسی آمریکا و اعلامیه حقوق بشر برای هر فردی تصدیق شده است. (Ibid, p4)

همین‌طور خواننده استدلال می‌نمود که نام دامنه ثبت شده صرفاً برای نقد و انتقاد و نه برای بردن منفعت مادی و فروش آن به صاحب نام تجاری به کار گرفته شده است.

اما پاتل داوری نپذیرفته و تأکید ورزید که خواننده در واقع از این طریق و با سوءنیت سعی در ورود آسیب به منافع اقتصادی شاکی کرده است. (Ibid, p 5)

پاتل در تصمیم شماره D2000-467 خود اعلام نمود که حق آزادی بیان و نظر و انتقاد محترم بوده و قابل انکار نیست، اما در عین حال نمی‌تواند دلیلی برای استفاده از یک سایت تحت یک علامت تجاری متعلق به دیگری باشد.

استدلال پاتل و تصمیم‌نهایی آن در مورد احراز سوءنیت خواننده کاملاً قابل توجیه به نظر می‌رسد بدون تردید

حق آزادی بیان مورد استناد خواننده، مستلزم استفاده او از علامت تجاری شاکی، برای این منظور نمی‌باشد. یک نام دامنه صرفاً یک آدرس نیست و بلکه وسیله‌ای برای شناسایی و تشخیص هم می‌باشد و استفاده خواننده از این علامت تجاری برای سایت انتقادی خود، مسلماً موجب گمراهی مشتریان و ورود آسیب فراوان به صاحب علامت تجاری می‌گردیده است.

مسئله صلاحیت پائل‌ها و ایراد عدم صلاحیت، به‌ویژه در مواردی که به‌طور همزمان موضوع نزد مراجع ملی نیز مطرح گردیده است، از جمله مسائل قابل توجه و مورد اختلاف، می‌باشد.

مکرراً پائل‌های رسیدگی کننده اعلام داشته‌اند که بر اساس مقررات یویدی، آرپی پائل خودش واجد صلاحیت تصمیم‌گیری در این مورد است و همانند هر دادگاه دیگری با توجه به حقایق و مطالب ارائه شده به آن می‌تواند در این مورد تصمیم‌گیری کند.

در جریان پرونده Stephen Products co. V. Armitage Hardware که شاکی مدعی سوهنیت خواننده در ثبت و استفاده از علامت تجاری خود گردیده، اما نتوانست سوهنیت خواننده را ثابت کند، پائل اظهار داشت که چون اصولاً صلاحیت پائل محدود به فراهم کردن راه جبران خسارت برای ثبت و استفاده توأم با سوهنیت از نام‌های دامنه می‌باشد و در این شکایت شاکی نتوانسته سوهنیت خواننده را ثابت کند، فاقد صلاحیت می‌باشد، اما در عین حال تأکید می‌ورزد که اتخاذ تصمیم به عدم صلاحیت، صرفاً در صلاحیت خودش می‌باشد. (Wipo, 2000: p 3)

باتوجه به آن که قاعده صلاحیت در تعیین صلاحیت مراجع دادرسی، یک اصل و قاعده مسلم و پذیرفته شده می‌باشد، اختیار پائل‌های داوری در احراز صلاحیت خود، کاملاً منطقی و ضروری است.

رسیدگی بر اساس شیوه یویدی، آرپی مانع از مراجعه طرفین دعوا به محاکم ملی، یا توسل به روش‌های دیگری در سطح بین‌المللی نمی‌شود. حتی پیش‌بینی گردیده است که در صورت ضرورت پائل داوری ممکن است رسیدگی خود را تا اتخاذ تصمیم به‌وسیله دیگر مراجع معلق نماید (Ibid, p 4) اما در عین حال این امر مانع از صلاحیت پائل در رسیدگی به دعوا نمی‌باشد.

در پرونده Fadesa Inmobiliaria, S.A.V . Flemming Madsen دادگاه‌های اسپانیا نیز مطرح گردیده بود، مرکز داوری به این مسئله توجهی نکرده و اظهار داشت، این امر مانع از صلاحیت پائل نمی‌باشد، مخصوصاً که جنبه کیفری تخلف به دادگاه اسپانیا ارجاع گردیده و در پائل صرفاً در مورد بین که آیا نام دامنه باید به صاحب علامت تجاری منتقل گردد یا خیر تصمیم‌گیری می‌شود. (Fadesa Inmo-biliaria, S.A.V . Flemming Madsen case, p,4)

همین‌طور در قضیه Weber-Stephen Products co.V. Armitage Hardware نیز پائل به ایراد خواننده مبنی بر این که موضوع نزد دادگاه بخش آمریکا در حال بررسی است توجهی ننمود و خود را واجد صلاحیت دانست.^۱

رسیدگی پائل داوری غیر حضوری است و موضوع بر اساس استناد و مدارک ارائه شده در شکایت و دفاعیه خواننده، بررسی شده و در مورد آن تصمیم‌گیری می‌شود. در برخی موارد ممکن است به‌طور استثنایی رسیدگی حضوری ضروری تشخیص داده شود که در آن صورت طرفین جهت حضور دعوت می‌گردند.^۲

شیوه یو، دی، آر، پی، دلرای مزایا و محاسن زیادی می‌باشد. امکان توسل قهری به آن و الزام طرف محکوم‌علیه به اجرای رأی، بدون ضرورت تأیید یا تصدیق رأی به‌وسیله یک مرجع قضایی، از مهمترین امتیازات شیوه مذکور

1- Wipo Arbitration and mediation center Administrative panel Weber-Stephen Products co.V. Armitage Hardware Case NO. U2000- U187, (May, 11, 2000).

۲- همان منبع، مواد ۱۳ و ۱۵.

می‌باشد^۱

فرآیند اداری دقیق و زمانبندی شده مکانیزم مذکور، کار حل و فصل اختلافات مربوط به اسامی دامنه را آسان‌تر، ارزان‌تر و سریع‌تر^۲ کرده و از گرفتار شدن طرفین این‌گونه اختلافات در دست‌انداز محاکم قضایی ملی جلوگیری می‌نماید. (Milto Mueller, p 2)

در انتخاب داوران رسیدگی‌کننده، معیارهای گوناگونی همانند تجربه، تخصص و میزان آشنایی آن‌ها به قوانین مربوط به علائم تجاری و اسامی دامنه دخیل می‌باشد که خود باعث افزایش دقت و تخصص در حل و فصل اختلافات مربوط به این‌گونه موضوعات می‌گردد (Chemin des Colombettes, p, 181)، که بدون تردید در رسیدگی به وسیله محاکم قضایی چنین مزایایی وجود نخواهد داشت. در اختلافات فراملی که معمولاً افراد از نظام‌های قضایی کشورهای ثالث آگاهی لازم را ندارند، استفاده از این شیوه بهتر می‌تواند منافع افراد را تأمین نماید و به همین علت امروزه حل اختلافات اسامی دامنه به وسیله آن مورد استقبال زیادی قرار گرفته است. (F Gurry, 1999: p 385)

همان‌گونه که قبلاً بررسی گردید، وایبو نیز از جمله چهار مرکزی است^۳ که رسماً داوری تحت مقررات شیوه مذکور را پذیرفته و انجام می‌دهد^۴ و در این ارتباط همکاری نزدیکی با شرکت نام‌ها و ارقام ثبت شده، به‌عنوان خالق این شیوه دارد و حتی در سال ۲۰۰۰ نوزده کشور از دبیرکل وایبو تقاضا نمودند تا امکان استفاده از شیوه مذکور در مورد علائم و نشانه‌های جغرافیایی، اسامی سازمان‌های دولتی و اسامی کشورهای نیز فراهم گردد.^۵ وایبو نیز در این ارتباط اقداماتی را در سال ۲۰۰۱ انجام داده است.^۶

تاکنون پرونده‌های زیادی از بیش از ۱۲۰ کشور به وسیله مرکز داوری وایبو بر اساس مکانیزم یو، دی، آر، پی حل و فصل گردیده است. بیش از پنجاه درصد دعوی مذکور در مورد اختلافات افراد از ملیت‌های متفاوت بوده است.^۷ وایبو مکرراً از تمام سیستم‌های ثبت ملی خواسته است تا با به‌کارگیری شیوه یو، دی، آر، پی موجبات حل و فصل اجباری اختلافات اسامی دامنه را فراهم سازند تاکنون تعداد زیادی از کشورهای توصیه‌های وایبو را به‌کار بسته و مراکزی را برای حل اختلاف اسامی دامنه بر اساس شیوه مذکور ایجاد کرده‌اند.^۸

اما در یک نگاه دقیق به دستاوردهای شیوه مذکور و نحوه عملکرد وایبو در این مورد می‌توان ابراداتی نیز به آن وارد نمود که باید در جهت رفع آن‌ها تلاش گردد.

یکی از این ایرادات به شرکت خالق شیوه مذکور وارد گردیده است. (Katherine Meyers, p.2) در واقع شرکت نام‌ها و شماره‌ها، یک مؤسسه خصوصی است و مقررات و قواعد آن از جمله مکانیزم حل و فصل دعاوی،

۱- البته طرف محکوم علیه می‌تواند طرف داور از تاریخ دریافت رأی نزد یک دادگاه صالح طرح دعوا نماید و بدین‌وسیله جلوی اجرای رأی را بگیرد.
۲- معمولاً به‌طور متوسط برای حل یک اختلاف براساس مکانیزم UDRP 1000 دلار هزینه شده و ۴۵ روز نیز وقت صرف می‌شود که بدون تردید در مقایسه با هزینه‌ها و مدت زمان لازم برای طرح دعوا در مراجع قضایی ملی غیرقابل مقایسه می‌باشد. (Milto Mueller, op.cit, p.2)

3- See WIPO Arbitration and Mediation Center's Frequently Asked Questions on Domain Names, at <http://arbitrator.wipo.int/center/faq/domains.html#5>.

۴- مراکز دیگری که تحت مقررات UDRP داوری انجام می‌دهند عبارتند از:

The National Arbitration Forum (NAF) Minneapolis, Minnesota, U.S.A.
The Disputes.org /e Resolutions Consortium (e Res) Montreal, Canada.
The CPR Institute (CPR) California and New York, U.S.A. available at <http://www.icann.org/udrp/ approved-providers.htm>.

5- The request was formulated in a letter from the Secretary of Communications, Information Technology and the Arts of the Australian Government, and was endorsed by Argentina, Australia, Canada, Denmark, France, the United States of America and the European Union. The text of the letter is to be found at <http://wpo2.wipo.int/process2/rfo/letter.html>.

6- WIPO documents WO/GA/26/3 and WO/GA/26/10. WIPO/INT/02, p. 99.

7- A statistical analysis of the cases filed with the WIPO Arbitration and Mediation Center under the UDRP is available at the Center's site, at <http://www.arbitrator.wipo.int/domains/statistics/index.html>.

۸- از جمله این کشورها می‌توان از انگلیس، فرانسه، بریتانیا، اسپانیا، آلمان، چین و ژاپن نام برد (Chemin des Colombettes, op, cit, p 188)

به‌عنوان یک رکن عمومی و بین‌المللی حل و فصل دعاوی، فاقد مشروعیت می‌باشد. واضعان این‌گونه قواعد و مقررات همانند واضعان قواعد و مقررات بخش عمومی اقتدار و قدرت خود را از اراده کشورهای حاکم نمی‌گیرند. (Jonathan Weinberg, 2000: p 218) بنابراین اعمالی که به‌وسیله شرکت مذکور و ارکان آن انجام می‌شود، ممکن است با نوعی سوءاستفاده بخش خصوصی همراه باشد، در حالی که این شرکت قدرت و اقتدار لازم برای جلوگیری از این‌گونه سوءاستفاده‌ها را ندارد. (Michael Froomkin, 2000: p 45) برای رفع این ایراد پیشنهاد گردیده است، تصمیمات اتخاذ شده بر اساس شیوه یو، آر، دی، پی، نزد محاکم قضایی قابل تجدیدنظر باشد، تا بدین‌وسیله از موارد سوءاستفاده کاسته شود. (Katherine Meyers, p.2)

ایراد دیگری که به شیوه مذکور وارد است، به مقررات ماهوی حاکم بر این مکانیزم مربوط می‌گردد. همان‌طور که قبلاً گفته شد شرط اساسی رسیدگی در این شیوه، سوهنیت ثبت‌کننده نام دامنه و احراز آن می‌باشد. در حالی که ارائه یک تعریف واحد و مشترک از سوهنیت، در میان همه نظام‌های حقوقی، کار آسان و ممکن نمی‌باشد. (Milton Mueller, p 45)

علاوه بر آن احراز سوهنیت همیشه کار آسانی نیست و در بیشتر موارد هزینه‌های سنگینی را به دارندگان علائم تجاری تحمیل می‌سازد و در بسیاری از موارد همین امر مانع از طرح شکایت از سوی آن‌ها می‌گردد. (Rebecca W, p 6)

در این شیوه با توجه به آن که رسیدگی‌ها عمدتاً غیرحضوری انجام می‌شود، فرصت کافی برای دفاع داده نمی‌شود، صرفاً از روش داوری استفاده شده و از روش‌هایی همانند میانجی‌گری که در اختلافات تجاری در مقایسه با روش داوری از قابلیت انعطاف بیشتر و صرف وقت و هزینه کمتری برخوردار است استفاده نمی‌شود. کاربرد شیوه یو، آر، دی، پی به وسیله وایبو اگرچه بسیار مثبت و قابل توجه می‌باشد، اما قابل نقد نیز است. در واقع وایبو برخلاف شیوه معمول قانون‌سازی در حقوق بین‌الملل عمومی، از یک شیوه‌ای که کاملاً جنبه ملی داشته و صرفاً بر اساس خواست و صلاحدید یکی از اعضایش (آمریکا) ایجاد شده است، تبعیت می‌کند. هر چند شیوه مذکور در حل اختلافات اسامی دامنه بسیار مؤثر بوده است، اما وایبو باید با تبدیل آن به یک استاندارد بین‌المللی از لایحه این بدعت جلوگیری کند. (Helfer & Dinwoodie, p 8)

استرالیا با تسلیم اظهاریه‌ای به شورای تریبس، ضمن تأکید بر اهمیت شیوه یو، آر، پی و تأثیر مثبت آن در حل اختلافات اینترنتی، خواستار تبدیل شیوه مذکور به یک استاندارد بین‌المللی شده است.^۱ علاوه بر آن این خطر نیز وجود دارد که با توجه به این که نتایج به‌دست آمده از این‌گونه رسیدگی‌ها بر اساس هیچ مبنای بین‌المللی برای کشورهای الزام‌آور نیست، محاکم ملی از پذیرش تصمیمات دیوان‌های داوری که بر اساس این شیوه ایجاد و تصمیم‌گیری می‌نمایند، خوداری کنند.

در برخی از موارد طرف شکست خورده، با استناد به همین امر موجب طرح مجدد دعوا می‌گردد و عملاً شیوه مذکور موجب افزایش طرح دعاوی چندگانه و طولانی شدن فرآیند دادرسی در اختلافات مربوط به اسامی دامنه می‌گردد در حالی که در این‌گونه اختلافات، حل هرچه سریع‌تر دعوا، از نظر اقتصادی بسیار حیاتی و اساسی می‌باشد.

1- See Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Prop. Rights, WTO, Electronic Commerce Work Programme: Submission from Australia. I/PICW/233, 44 (Dec. 7, 2000) (suggesting that the UDRP has "arguably become a de facto international standard" for the resolution of cybersquatting disputes), at <http://docsonline.wto.org/DDF/Documents/I/PICW/233.doc>.

اهداف اصلی ایجاد کنندگان شیوه یویدی، آر، پی، در واقع، حذف صلاحیت‌های گوناگون و پراکنده در مورد حل و فصل اختلافات مربوط به اسامی دامنه و ایجاد یک سیستم واحد و متمرکز و اعمال قوانین یکسان، کاهش هزینه‌ها و صرفه جویی در وقت و حل این گونه اختلافات، با کمترین هزینه و زمان، کاهش و رفع موانع موجود در سیستم‌های حقوقی ملی و فراهم نمودن زمینه ایجاد یک سیستم حقوقی جهانی واحد بوده است. اما به نظر می‌رسد با توجه به ایراد جدی که به مبنای حقوقی این شیوه حل و فصل اختلافات اینترنتی وجود دارد، نتوان به همه اهداف مذکور دست یافت، مگر آن که هرچه سریع‌تر شیوه مذکور از طریق شیوه‌های قانون‌سازی بین‌المللی به یک مکانیزم بین‌المللی تبدیل گردد و نواقص و معایب آن رفع گردد.

در مجموع می‌توان گفت رویه بین‌المللی حاکم از این است که، افراد معمولاً به جای تقاضای کشور متبوع‌شان برای طرح دعوا در رکن حل اختلاف سازمان تجارت یا طرح دعوا در محاکم ملی، تمایل بیشتری دارند تا خود دعوی‌شان را از طریق توسل به شیوه‌های جایگزین، حل و فصل نمایند. به دلیل این که از این طریق هم کنترل بیشتری بر دعوا دارند و هم ز اعمال عوامل و فاکتورهای سیاسی که معمولاً در اختلافات بین کشورها مطرح می‌گردد و ممکن است بر آینده تجاری آن‌ها تأثیر سویی به‌جای بگذارد، جلوگیری می‌کنند. حفظ اسرار تجاری و محرمانه بودن مسائل حرفه‌ای نیز از جمله دیگر دلایل این تمایل است. لذا لازم است تا کشورها با به‌کارگیری توصیه‌های وایو زمینه بهره‌مندی هرچه بیشتر افراد را از این شیوه، جهت حل و فصل دعوی‌شان فراهم سازند. *

فهرست منابع

- 1- David J. Lundy, Primer on Trademark Law and Internet Addresses, 15 J. Marshall J. Computer Info. L. 465/466 (1997).
- 2- Donna L. Howard, Trademarks and Service Marks and Internet "Domain Names" Arizona State Law Journal, summer, 2001, 33 Anz. st. L. J. 637.
- 3- F. Gurry, The Dispute Resolution services of the WIPO, in: Journal of International Economic Law, 1999.
- 4- G. Dinwoodie, "Private International Aspects of the Protection of Trademarks," January 2001, pp. 18-26, available at <http://www.wipo.int/ipil-forum/en>.
- 5- Michael Froomkin Erong Turn in Cybers Face: Using ICNN to Route Around the APA and the Constitution 50 DUKE L. J. 17, 29 (2000).
- 6- Milton Mueller "Rough Justice -An Analysis of ICANNs Uniform Dispute Resolution Policy: (Section 5), p. 45. Interpret and Applying the UDRP" <http://dcc.syr.edu/roughjustice.htm>.
- 7- Jeffrey J. Look, Intellectual Property Issues in Cyberspace- Trademarks Service Marks, Copyrights, and Domain Names, 22 U. Ark. Little Rock L. Rev. 49.
- 8- Jonathan Weinberg ICANN a-nd the Problem of Legitimacy, 50 DUKE L. J. 187, 250 (2000).
- 9- Kan Maerch, ICANN T Use my Domain Name? The Real World Application of ICANNs Uniform Domain- name Dispute Resolution Policy, 34 J. Marshall L. Rev. 1027, Summer, 2001.
- 10- Rebecca W. Gole Playing the Name Game: A Glimpse at the Future of the Internet Domain Name System 51 fed. Comm. L. J. (1999).
- 11- Xue Hong, Domain name Dispute Resolution in China: A Comprehensive review, 18 Temp. Int'l & Comp. L. J. I.
- 12- WIPO Seeking Comments on Intl Dispute Process Proposal Multimedia & Web Strategist, July 1999.
- 13- Wipo Arbitration and mediation center, Administative panel Facesa Immbiliaria, S.A.V. Flemming Madsen Case NO. D2001-0570 (Dated. July, 9, 2001).
- 14- Wipo Arbitration and mediation center, Administative panel Weber- Stephen Product co.V. Armitage Hardware Case NO. D2000- 0187, (May, 11, 2000).

مسئولیت مدنی وکیل سرپرست

صادق مطلبی

رسول کاظمی

تعریف وکالت

وکالت مصدر و به معنای واگذار نمودن است و در اصطلاح چنان که ماده ۶۵۶ قانون مدنی گوید (وکالت عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود نمایند) حقوق مدنی جلد ۲، تألیف دکتر سیدحسن امامی، چاپ ۱۴، مهر ۷۷، ص ۲۹۲) در نتیجه عقد وکیل به نیابت موکل مورد وکالت را انجام داده و از دیدگاه حقوقی گویی موکل خود آن امر را انجام داده باشد. ماده مذکور به پیروی از نظر مشهور فقها وکالت را در زمره عقود معینه بر شمرده که علاوه بر شرایط عمومی مصرح در ماده ۱۹۰ قانون مدنی دارای شرایط مخصوصه دیگری است که به نحو تعیین با اجتماع آن عقد وکالت محقق می‌گردد.

وکالت دادگستری

اگرچه وکالت عقدی است که بین دو نفر با قید اراده آزاد و تراضی بر شرایط مقرر بسته می‌شود اما گاه قانون به جهت مقید یا خاص بودن امری و لزوم رعایت غبطه فردی و جمعی، مباشرت شخص معینی که دارای صلاحیت‌ها و مجوزات لازم برای انجام آن امر مقید یا خاص است را شرط می‌نماید در نتیجه انجام آن عمل به وسیله اشخاص معمول امکان قانونی نداشته و نیابت در آن باطل خواهد بود. وکالت دادگستری که در ماده ۶۶۴ قانون مدنی از آن با نام وکالت در محاکمه نام برده شده از این قسم است. وکیل در محاکمه شخصی است که دارای معلومات کفای و پروانه قانونی جهت دخالت در امر اقله دعوی و دفاع از آن است و نظر به تخصص و معاونت با محاکم در تمیز حق از باطل، اجرای عدالت و صدور حکم مقرون به واقع مشمول قوانین خاصی از حیث حقوق و تکالیف می‌باشد.



ماهیت قرارداد وکالت کارآموز

اگرچه طی دوره کارآموزی برای آشنایی بیشتر کارآموز به امور وکالت دادگستری بوده و انجام تکالیف کارآموزی مجانی و افتخاری است اما بدیهی است قبول وکالت اشخاص با انجام تکالیف متفاوت است و البته صریح ماده ۳۸ آیین‌نامه لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری اجازه می‌دهد کارآموز نسبت به قبول وکالت اشخاص و دریافت حق‌الزحمه اقدام کند که قبول وکالت مستلزم دخالت در امر محاکمه و تعقیب پرونده است لکن کارآموز در قبول کار با محدودیت‌هایی مواجه است. محدودیت نوع اول که شاید بتوان آن را محدودیت قبلی استصوابی نامید ناظر بر ضرورت جلب موافقت و تصویب وکیل سرپرست قبل از قبول کار است که به‌عنوان شرط کار در ماده ۳۸ مذکور مندرج بوده و البته دارای مفهوم مخالف نیز تواند بود با این عبارت که هرگاه وکیل سرپرست، کارآموز را از کاری منع نماید حق قبول نخواهد



وکیل دادگستری - اصفهان.

دانشجوی کارشناسی ارشد «حقوق خصوصی» دانشگاه اصفهان.

داشت. محدودیت نوع دوم که باید آن را محدودیت صلاحیتی به حکم قانون دانست ناظر بر عدم قبول وکالت در دعاوی است که مرجع تجدیدنظر از آن‌ها دیوان عالی کشور می‌باشد (تبصره ۳ ماده ۶ قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت دادگستری). بنابراین قرارداد وکالت کارآموز را نباید قراردادی مطلق در امر محاکمه خواند بلکه حدود آن محدود به مقیدات قانونی فوق بوده و روشن است که در رابطه کارآموز و موکل باید حدود نمایندگی معلوم گردد زیرا اهلیت وکیل (توانایی قانونی) مصرح در قسمت اخیر ماده ۶۶۲ قانون مدنی که شرط اساسی است به نحو کلی وجود ندارد و تخطی و تجاوز کارآموز از حدود محدودیت‌های آورده که موافقتی باصلاحیت او ندارد موجب مسئولیت وی خواهد بود.

صرف قرارداد وکالت؟

نکته بسیار مهمی که نباید از نظر دور داشت آن که طرف قرارداد موکل و وکیل قانونی او هم کارآموز بوده و قرارداد برای او می‌باشد زیرا به صراحت ماده ۳۸ بازگفت در مقابل ایجاب موکل، رکن دیگر انعقاد عقد وکالت که قبول است توسط کارآموز وکالت اراده، انشاء و ابراز می‌شود.

ماهیت نظارت وکیل سرپرست

از آن جا که انجام مورد وکالت در مراجع قضایی مستلزم داشتن تجربه و اطلاعات لازم در مورد نحوه طرح دعاوی کیفری و حقوقی، نحوه تنظیم دادخواست و لوائح دفاعی، تبیین خواسته دعوی، آشنایی با دعاوی مالی و غیرمالی، اطلاع از نحوه تکمیل پرونده و رفع نقص، نیاندن لوائح، شناسایی مراجع مختلفه رسیدگی، نحوه اجرای احکام و بسیاری از مسائل دیگر است که معمولاً پذیرفته‌شدگان در آزمون کارآموزی وکالت با این مسائل در ارتباط نبوده و گاهی چندانی از اقاماتی که وکیل برحسب وظیفه خود برای حفظ حقوق موکل الزاماً باید انجام دهد ندارند و عدم اطلاع از این گونه امور چه بسا حقوق مشروع و قانونی موکل را تضییع کرده و موجبات اعطای دادرسی و اتلاف وقت دادگاه‌ها را فراهم می‌آورد. (نظریه مشورتی ۷۷/۵/۲۷-۷/۴۹۹۳، ح.ق به نقل از مجموعه قوانین وکالت، معاونت پژوهش تدوین و تفسیح قوانین ریاست جمهوری، چاپ ۳، تابستان ۸۳) لذا قانونگذار کسانی را مایل به اشتغال به وکالت دادگستری هستند را مکلف به اخذ پروانه کارآموزی و طی دوره کارآموزی زیرنظر وکیل سرپرست نموده است. به نظر می‌رسد با توجه به اهمیت امر وکالت در محاکم لازم است نظرات مختلف درباره نوع نظارت وکیل سرپرست را مرور کنیم.

نظریه نظارت استصوابی

این نظریه که ظاهراً نزدیک‌تر به واقع و مورد اختیار نگارنده نیز هست به شرح استدلالات ذیل قابل امعان نظر بیشتر است.

اولاً- هرگاه رابطه کارآموز و سرپرست را تابع رابطه‌ای فرض کنیم آن رابطه نزوی طولی خواهد بود بدین معنا که قبول کارآموز در طول نظر سرپرست و تابعی از آن است در واقع اجازه سرپرست سبب نفوذ قبول کارآموز بوده و نفاذ آثار را در پی دارد حتی اگر تحقق وکالت را البته منوط به اعلام کارآموز بدانیم.

ثانیاً- نظر به این که کارآموز قبل از اقدام به هر قبول برابر حکم تکلیفی مصرح در ماده ۳۸ ل.ق.ا.ک.ب.د باید جلب نظر سرپرست را بنماید و در صورت تصویب و موافقت اقدام به قبول خواهد کرد و بدون تصویب نمی‌تواند قبول وکالت کند لذا نظارت استصوابی است و ناظر در اتخاذ تصمیم با کارآموز شریک بوده لکن اجرای آن تصمیمات منحصرأ با کارآموز می‌باشد.

ثالثاً- چون نظارت مقید به تمام مراحل دادرسی و کامل بوده و کامل‌ترین قسم نظارت نظارت استصوابی است شاید که گفت نظر مقنن به مصداق بارز و کامل موضوع بوده است.

البته پوشیده نماند تصویب و نظارت سرپرست ناظر بر کارهایی است که در حدود موازین و مقررات قانونی قبول شده‌اند و در غیر موارد مجاز و مشروع فاقد اعتبار است.

یکی از نتایجی که از پذیرش نظریه نظارت استصوابی سرپرست حاصل می‌شود آن‌که هرگاه وکیل سرپرست هریک از شرایط قانونی که وی را جهت داشتن پروانه و انجام وکالت رسمی محق می‌سازد از دست بدهد و در معرض مجازات انتظامی مانند ممنوعیت یا محرومیت قرار گیرد موافقت او فاقد ارزش قانونی بوده و کارآموز باید از طریق کانون وکلای دادگستری تعیین تکلیف کند.

نظریه نظارت اطلاعاتی

از دیدگاه دیگر شاید بتوان گفت به دلیل آن‌که نظارت، مستلزم دخالت در امر محاکمه، امضای دادخواست و حضور در جلسات رسیدگی نیست و همین قدر که وکیل سرپرست صرف نظارت بر دعوی‌ای را قبول کند کفایت نموده مضافاً که کارآموز قانوناً تکلیفی در خصوص اتخاذ تصمیم مشترک یا جلب نظر وی در مراحل رسیدگی ندارد ماهیت نظارت اطلاعاتی است.

نظریه نظارت تطابقی

ساده‌انگارانه‌ترین نظر آن است که تکلیف وکیل سرپرست را فقط نظارت بر اصل انعقاد قرارداد وکالت از حیث مطابقت یا مغایرت با مقررات قانونی مربوطه و النهایه تأیید صحت محتوای قرارداد و رعایت موازین قانونی بدانیم آن هنگام از بررسی و مطالعه مسؤلیت سرپرست در مراحل بعد معاف خواهیم شد.

ماهیت مسؤلیت مدنی وکیل دادگستری

باتوجه به این‌که وکیل دادگستری اتمام به انعقاد قرارداد وکالت با موکل کرده، به موجب آن متعهد به انجام مورد وکالت است و در صورت تخلف، تأخیر یا عدم اقدام، ضامن خواهد بود باید مسؤلیت وکیل را ماهیتاً مسؤلیتی قراردادی دانست که از آثار تعهدات مقرر بین طرفین تلقی می‌شود. خاصه آن‌که شرایط تحقق مسؤلیت قراردادی یعنی وجود قرارداد (وکالتنامه - ماده ۳۲ قانون وکالت مصوب ۱۳۱۵) بین موکل (متضرر) و وکیل (مسبب) و خسارات ناشی از نقض قرارداد فراهم است. به‌طور خاص در مواردی که وکیل سرپرست را دارای مسؤلیت مدنی می‌شماریم نوع مسؤلیت قراردادی او، با تسامح نظر به مسؤلیت ناشی از عمل غیر قابل قلمداد است.

مبنای مسؤلیت مدنی وکیل دادگستری

مطابق ماده ۶۶۶ قانون مدنی هرگاه از تقصیر وکیل در امر وکالت، خسارتی به موکل متوجه شود که عرفاً وکیل مسبب آن محسوب گردد مسؤول خواهد بود زیرا وکیل نسبت به موکل در این امر مانند اشخاص ثالث بوده و طبق مقررات مربوط به تسبیب ضامن می‌باشد و اجازه در انجام مورد وکالت رفع مسؤلیت از او نمی‌کند تقصیر چنان‌که ماده ۹۵۳ ق.م. می‌گوید اعم از تعدی و تفریط است بنابراین هرگاه وکیل تکالیفی را که باید انجام دهد به جا نیاورد و یا از حدود اذن و متعارف تجاوز کند (مواد ۶۶۳ و ۶۶۷ ق.م) ضامن خسارت وارده بر موکل خواهد بود. همان‌طور که مشاهده می‌شود قانون مدنی به عنوان قانون عام مبنای مسؤلیت مدنی وکیل را بر تقصیر نهاده و سایر قوانین خاص نیز بر همین سیل مشی کرده و تصریح خلاف یا تلویح مغایری نپرداخته‌اند. ماده ۲۵ قانون وکالت مصوب ۱۳۱۵ وکلای دادگستری را مکلف به متابعت از نظاماتی که عدلیه برای آن‌ها تعیین می‌کند می‌داند و بدیهی است در صورتی که وکیل در انجام امر وکالت نظامات مقرر را رعایت و در حدود اختیارات و متعارف عمل نماید مرتکب تقصیر نشده و اگر با این وجود خسارتی متوجه موکل گردد مسؤول نمی‌باشد.

الف- نص قانونی

اولین بار ماده ۸ قانون وکالت مصوب ۱۳۱۵ هـ.ش شرط تحصیل پروانه وکالت را گذراندن دوره‌ای یک‌ساله در کانون وکلا با نام دوره آزمایش، ضمن مداخله در محاکمات و تمرینات امور قضایی دانسته که این موضوع در قوانین بعدی با اصلاحاتی پیش‌بینی و مصوب گردید. تبصره ۲ ماده مذکور به صراحت مسئولیت اعمال وکیل در دوره آزمایش را در صورتی که طبق نظامنامه از طرف یکی از وکلا در محاکمات دخالت نماید متوجه و کیلی که او را تعیین نموده دانسته حال آن‌که در مقررات بعدی چنین صراحتی به چشم نمی‌خورد. به نظر می‌رسد با توجه به این‌که تبصره یاد شده به نحو مطلق از توجه مسئولیت به وکیل سرپرست سخن به میان آورده، مغایرتی با مواد سایر قوانین آتی که راجع به وکالت تصویب گردیده نداشته و صریحاً نیز مورد تعرض قرار نگرفته، همچنان معتبر و قابل اعمال باشد. ناگفته نماند تبصره مذکور فصل تمایزی بین اعمال کارآموز که دخالت در محاکمه محسوب می‌شود و تکالیف شخصی دوره کارآموزی قائل شده است.

ب- نظریه نظارت استصوابی

اگر نظریه نظارت استصوابی سرپرست پذیرفته شود، باید افزود اقتضای سرپرستی و نظارت، صدور دستورات لازم و تشخیص قانونی بودن آن است کارآموز مطیع اوامر سرپرست بوده و مسئول خسارت ناشی از عمل زیانبار خود نیست.

درحقیقت مادام که کارآموز پروانه مستقل وکالت دریافت نکرده فرض قانونی عدم صلاحیت مطلق وی در اعمال وکالتی و عدم اطلاق عنوان تامه قانونی وکیل بر اوست (ماده ۹ لایحه قانونی استقلال کانون وکلا و ماده ۴۶ آیین‌نامه آن) لذا ابعادی ندارد که سرپرست را سبب اقوی از مباشر و مسئول دانست.

ج- نظریه نظارت اطلاعی

طبق این نظریه کارآموز موظف است اقدامات خود در امر محاکمه را به اطلاع سرپرست خود برساند ولی لازم نیست از تصمیم او تبعیت کند لکن هرگاه سرپرست، اقدامات کارآموز را بر خلاف نظامات و مقررات جاری یا خارج از حدود اختیارات و متعارف و مغایر مصلحت موکل تشخیص دهد باید آن را اعلام کرده و در صورت عدم قبول کارآموز، وکیل سرپرست می‌تواند مراتب را به کانون وکلای دادگستری و موکل ابلاغ کند. در صورتی که سرپرست به این وظیفه خود مبنی بر نظارت، تشخیص، اعلام و نهایتاً ابلاغ مراتب عمل نماید می‌توان او را معاف از مسئولیت برشمرد و در صورت ورود خسارت به موکل، کارآموز را مسبب نامید.

د- اجتماع اسباب

عده‌ای نیز امضای وکیل سرپرست ذیل وکالت‌نامه را از باب تعدد وکیل دانسته و چون اعمال کارآموز با نظارت سرپرست انجام می‌شود آن را تلقی از اجتماع کرده و در مورد اعمال وکالتی قائل به مسئولیت مشترک هستند که این گفته از چندان استواری نظر بهره نمی‌برد.

در پایان متذکر می‌شود پرداخت خسارت به شخص متضرر منوط به صدور حکم نهایی مبنی بر اثبات تخلف و تقصیر وکیل سرپرست یا کارآموز از ناحیه دادگاه انتظامی وکلا بوده که مستند دعوی مطالبه خسارت خواهان در مراجعه به دادگاه عمومی قرار می‌گیرد.

مواد قانونی مورد اشاره در مقاله از کتاب مجموعه قوانین و مقررات وکالت، معاونت پژوهش تدوین و تنقیح قوانین و مقررات ریاست جمهوری، چاپ سوم، تابستان ۸۳، نقل شده است. ■

بر حدیث مکرر عزل و کیل از منظری دیگر

محمد حسین چریگو ■

۱- گمان ما بر این است که اصطلاح (تسوید اوراق) مناسب بحث‌ها و مجادلات علمی و اندیشه‌ای نیست تا تضييع وقت تلقی گردد، بلکه به معنی واقع کند و کاو در اندیشه‌های دیگران و استفاده از آن‌ها است و حقیقتاً برای خوانندگان مدرسه حقوق یا حداقل برای کسانی که مقالات مربوط به عزل و کیل را مطالعه کرده‌اند از جهات مختلف نافع و سودمند بوده است، لذا بدون مقدمه به سراغ اصل بحث می‌رویم.

۲- در میث چهارم از فصل سیزدهم قانون مدنی قانونگذار که در پی احصای طرق انقضای وکالت است در ماده ۶۷۸ مقرر می‌دارد: وکالت به طریق ذیل مرتفع می‌شود:

۱-۲- به عزل موکل^۱

۲-۲- به استعفای وکیل

۳-۲- به موت یا جنون وکیل یا موکل

۳- اما آن‌چه مورد بحث ما می‌باشد این مسأله است که، آیا مراد و مقصود مقنن از عبارت «در ضمن عقد لازم» در ماده ۶۷۹ ق.م. ایجاد شکل صوری آن یعنی صرفاً نوشتن عبارت مذکور مثلاً در سنتی وکالتی است؟ یا این که مقصود مقنن این است که واقعاً عقد لازمی منعقد و در ضمن آن، شرط عدم عزل وکیل انجام شود؟ به عبارت دیگر منظور قانونگذار تنها یک اقدام صوری است یا این که حقیقتاً به ماهیت عقد لازم توجه داشته، لذا بیان می‌دارد که عدم عزل در ضمن آن صورت پذیرد تا از آن کسب لزوم نماید؟

۴- از محتوی و سیاق عبارات مواد قانونی مصوب در این خصوص، این مفهوم به ذهن متبادر می‌شود که قانونگذار در پی حل ماهوی مشکلات است نه به شکل صوری آن‌ها، برای تبیین بیشتر موضوع با مطالعه در آثار حقوقدانان به بررسی بیشتر سؤال می‌پردازیم.

۵- آقای دکتر سید حسن امامی در جلد دوم از دوره حقوق مدنی به هنگام بحث از طرق انقضای وکالت چنین

■ کاراموز وکالت.

۱- همان‌طور که خواننده گرامی دقت می‌فرماید مفهوم این بند کاملاً واضح است و موکل هر زمان لراده نماید می‌تواند وکیل را عزل کند بنابراین نیازی به تکرار مفهوم بند مذکور در ماده ۶۷۹ وجود ندارد، به این جهت اکثر حقوقدانان اظهار می‌دارند که نظر مقنن در ماده ۶۷۹ عدم عزل وکیل می‌باشد، نه عزل وی.

الف- وکالت وکیل به صورت شرط نتیجه در ضمن عقد لازم قرار داده شود، که به نفس اشتراط، وکالت محقق می‌گردد. (لطفاً دقت فرمایید) در این صورت عقد وکالت جزء عقد لازم شده و از آن کسب لزوم می‌نماید و مادام که عقد اصلی باقی است شرط ضمن آن را نمی‌توان بر هم زد.

مثال - چنان که کسی خانه خود را بفروشد و در ضمن آن وکالت خود را برای سه سال شرط نماید که، محصولات دهات مشتری (خریدار) را جمع‌آوری کرده و آن چه عاید شود از بابت ثمن برداشت کند و... (جلد دوم، صفحه ۲۳۱)

ب- عدم عزل وکیل در ضمن عقد لازمی شرط شود، چنان که عقد وکالت مستقلاً واقع شود و سپس موکل عقد لازم دیگری مانند بیع یا اجاره و... منعقد نماید و عدم عزل وکیل را ضمن عقد مذکور شرط کند - در این صورت شرط عدم عزل، جزء عقد لازم قرار می‌گیرد و لازم‌الاتباع خواهد بود. (جلد دوم، صفحه ۲۳۲)

۶- استاد دکتر ناصر کاتوزیان به هنگام بحث از امکان اسقاط یا محدود کردن حق فسخ و شرط وکالت ضمن عقد لازم و ذکر نظریات مخالفین و موافقین چنین می‌نویسد:

اگر قرینه خاصی بر قصد طرفین نسبت به حفظ وکالت وجود نداشته باشد، نظر دوم که می‌گوید، که شرط تنها وکالت دادن بوده نه حفظ آن، قابل تأیید است، زیرا آن چه ضمن عقد لازم شرط شده و از آن کسب لزوم می‌نماید اعطای نیابت است نه ابقای آن. (عقود معین، جلد چهارم، صفحه ۲۰۵)

۷- دقت در عبارتهای نقل شده در فوق این موضوع را مبرهن می‌سازد که شرط در ضمن عقد لازم که مقنن مقرر داشته برای کسب لزوم از عقد لازم و مستحکم و غیرقابل عزل شدن است، نه چیز دیگری، بنابراین هرگاه موضوع غیرقابل عزل بودن وکیل مد نظر است باید عدم عزل در ضمن عقد لازم دیگری انجام شود تا برابر قسمت اخیر ماده ۶۷۹ آثار قانونی خود را داشته باشد، اما این که دفترخانه اسناد رسمی وکالت نامه‌های تنظیم و نام آن را وکالت بلاعزل بگذارد و یا به صورت عبارت در سند وکالتی بنویسد که ضمن عقد خارج لازم وکالت بلاعزل می‌دهم و...،

به نظر می‌رسد با توجه به ماده ۱۲۸۸ ق.م. که مقرر می‌دارد «مفاد اسناد در صورتی معتبر است که مخالف قوانین نباشد» قید این گونه عبارت‌ها در اسناد، به لحاظ معایر بودن یا منظور و مراد مقنن و این که تنظیم اسناد را در جهت خلاف قوانین سوق می‌دهد فاقد وجهت بوده و آثار قانونی لازم را نداشته باشند.

۸- آقای دکتر کاتوزیان به هنگام بحث از تعارض عرف و قانون ضمن اشاره به مبنای هر یک از آنها نهایتاً می‌نویسد: درست است که عرف را از نظر ماهوی باید یکی از منابع مهم حقوق به شمار آورد، ولی قدرت آن هیچ‌گاه با قانون برابر نیست و دادرس نیز وقتی می‌تواند به عرف استناد کند که قانون مجاز شناخته باشد و هیچ قانونی اقتدار نسخ قانون را به عرف نمی‌دهد. (مقدمه علم حقوق، صفحه ۱۱۵)

۹- آقایی دکتر جعفری لنگرودی به هنگام بحث از عرف می‌نویسد: برای اعتبار هر عرفی سه شرط وجود دارد:

- ۱- عرف باید کلی یا غالب باشد.
- ۲- عرفی که بر یک واقعه حاکم می‌شود باید قبل از آن وجود داشته باشد.
- ۳- از طرف شخصی صلاحیت‌دار تصریحی برخلاف آن نشده باشد.

مثال: ماده ۳۷۵ ق.م. «هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا تابع مبیع شمرده نشود داخل در مبیع شمرده نمی‌شود مگر این که صریحاً در عقد ذکر شده باشد» تصریح از طرف متعاقدين، تصریحی برخلاف عرف بوده و آن را از اعتبار می‌اندازد. (مقدمه عمومی علم حقوق، شماره ۱۱۰)

وقتی که تصریح خلاف عرف متعاقدين در عقدي اعتبار عرف را از بين ببرد، چگونه و به چه دليل بايد بپذيريم که برخلاف تصریح قانونگذار عرفی ایجاد شود.

۱۰- سؤال دیگری که در این جا مطرح می‌شود این که آیا حقوقدانان باید به گونه‌ای عمل نمایند که مردم برای راهکارهای قانونی حل مشکل خود به آن‌ها رجوع نمایند یا این که بعضی از افراد خلاف قوانین رفتار کرده و برای تأیید عمل خویش از نظریات آنان استفاده نمایند؟

بائوجه به مراتب فوق و این که حقوقدانان متخصصین واقعی در علم حقوق بوده و از هر گروه دیگری بیشتر با فلسفه قانونگذاری و خود قوانین آشنایی دارند، از آنان انتظار می‌رود که پیشتر از دفاع از اجرای صحیح قوانین در تمامی عرصه‌ها باشند (که غالباً چنین نیز هست) و دیگران توجه به اجرای قوانین را از آنان بیاموزند. لذا به نظر می‌رسد که در شأن و شایسته هیچ نخیه و حقوقدانی نیست از رفتارهای خلاف بین قوانین که زیاد نیز تکرار می‌شوند، تحت عنوان مشکلات مردم، دفاع یا آن‌ها را توجیح نمایند.

صد البته توجه به مشکلات حقوقی جامعه از سوی حقوقدانان گرامی امری پسندیده و تیکو است اما حل این مشکلات از وظایف دولت بوده و اوست که باید با استفاده از نظرات حقوقدانان راهکارهای قانونی مناسب و مفید را یافته و به کار گیرد تا مردم به استفاده از روش‌های قانون‌گريزانه تمایل نیابند.

حتماً خواننده این سطور تصدیق می‌فرمایند که اولاً- قانون‌گریزی و قانون‌شکنی امری ناپسند، مذموم و مورد تقبیح است. ثانیاً- این بلیه اجتماعی با موارد اندک و به قصد حل برخی مشکلات در جامعه شروع می‌شود و به جایی می‌رسد که باید با کمال تأسف بگوییم: بنیان فرهنگ قانونگرایی و احترام به قوانین را بهم ریخته و فرهنگ بی‌قانونی، هرج و مرج و عمل کردن به نظرات شخصی به جای قانون را جایگزین آن می‌کند و این مقدمه‌ای است برای گرایش‌ها و عملکردهای خودمخوره و استبدادی در جامعه.

در پایان با ذکر مجدد ماده ۱۲۸۸ قانون مدنی که مقرر می‌دارد «مفاد اسناد در صورتی معتبر است که مخالف قوانین نباشد» شما را به خدای بزرگ می‌سپاریم. ■

نقد و بررسی یک رأی

غلامرضا شفیعی یاری ■

ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب آبان‌ماه ۱۳۷۷ اگرچه وسیله نسبتاً مؤثری برای وصول طلب بسیاری از طلبکاران شده و طلبکار بعد از طی مراحل دادرسی و توفیق اخذ رأی قطعی و صدور برگ اجرائیه ترجیح می‌دهد که محکوم‌علیه مالی نداشته باشد تا بتواند با درخواست اعمال ماده ۲، محکوم‌علیه را روانه زندان کند تا بدین وسیله هم محکوم‌علیه را مجبور به پرداخت بدهی کند و هم از این که حکم جلب و حبس او را گرفته و او را دستبند به دست و تحت‌الحفظ مأمورین مشاهده می‌کند خستگی طی دوران دادرسی را از تن به‌در کند، لیکن از طرفی دیگر زندانی شدن اشخاص صرفاً به لحاظ عجز از ایفای تعهدات قراردادی و پرداخت دیون به‌ویژه زندانی شدن مردانی که در پی درخواست مهریه از سوی همسران‌شان که عمدتاً قادر به پرداخت نیستند، زندانی می‌شوند امری پسندیده و خوشایند نیست.

مضافاً این که به‌نظر می‌رسد مقررات ماده مذکور مخالف ماده ۱۱ میناق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی می‌باشد که دولت ایران به‌موجب ماده واحده مصوب سال ۱۳۵۴ به آن ملحق گردیده است. شایسته نیست قوه مقننه، مقرراتی را برخلاف مقررات بین‌المللی که قبلاً مورد پذیرش ایران قرار گرفته وضع نماید.

در هر حال جای شکرش باقی است که در آخر ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی؛ محکوم‌علیه معسر را از زندان معاف و تصریح نموده... (دادگاه محکوم‌علیه) ممتنع را در صورتی که معسر نباشد تا زمان تأدیه حبس خواهد نمود در همین رابطه اخیراً از یکی از شعب دادگاه تجدیدنظر استان همدان دادنامه صادر شده که به‌نظرم نقد و بررسی آن برای همکاران محترم خالی از قایده نباشد.

موضوع از این قرار است که آقای «ب» به پرداخت مبلغ ۶۸,۰۰۰,۰۰۰ ریال وجه چند ققره سفته به نفع آقای «ق» محکوم شده و با تأیید دادگاه تجدیدنظر حکم قطعی و لازم‌الاجرا شده، آقای «ب» به عنوان محکوم‌علیه از دادگاه بدوی درخواست صدور حکم بر اعسار از پرداخت محکوم به و تقسیط آن را نموده، که دادگاه به درخواست وی رسیدگی و بالاخره با صدور دادنامه مقرر داشته «... با احراز اعسار خواهان (محکوم‌علیه) حکم به تقسیط محکوم‌به صادر می‌شود»

آقای «ق» از دادنامه مذکور تجدیدنظر خواهی نموده و پرونده به دادگاه تجدیدنظر ارسال و دادگاه تجدیدنظر بعد از رسیدگی و با این استدلال که (.... طبق مواد ۲۶۹ و ۳۰۹ قانون تجارت دادگاه نمی‌تواند بدون رضایت صاحب سفته برای تأدیه وجه سفته مهلت بدهد و نظر به این که محکومیت تجدیدنظر خوانده به خاطر صدور سفته بوده است و تجدیدنظر خواه راضی به دادن مهلت برای پرداخت وجه سفته نمی‌باشد از این رو دادگاه، تجدیدنظر خواهی را وارد تشخیص می‌دهد و مستنداً به ماده ۲۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی ضمن نقض دادنامه تجدیدنظر خواسته حکم بر بطلان دعوی خواهان بدوی صادر و اعلام می‌گردد.)

ملاحظه می‌شود دادگاه بدوی به موجب دادنامه صادره با احراز اعسار محکوم‌علیه، با تقسیط محکوم به موافقت نموده و دادگاه تجدیدنظر بدون این که متعرض اعسار محکوم‌علیه شود صرفاً با استناد به مواد ۲۶۹ و ۳۰۹ قانون تجارت و با این استدلال که محکوم به وجه سفته می‌باشد و تقسیط آن را مغایر با مواد مذکور دانسته، حکم بر نقض دادنامه بدوی صادر کرده است.

متعاقباً دادگاه بدوی با توجه به نقض دادنامه در دادگاه تجدیدنظر، درخواست محکوم‌له را برای اعمال ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی پذیرفته و حکم جلب وی را صادر کرده است.

حالا صرف‌نظر از این که به موجب ماده ۷ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی کلیه قوانین و مقررات مغایر با آن قانون از جمله مواد ۲۶۹ و ۳۰۹ قانون تجارت نسخ گردیده یا خیر؟ تردیدی نیست که اعسار محکوم‌علیه در دادگاه بدوی اثبات شده و دادگاه تجدیدنظر نیز استناد یا استدلالی برای رد اعسار وی به عمل نیاورده، طبق اصل ۱۶۶ قانون اساسی، احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده، ملاحظه می‌شود در حکم دادگاه تجدیدنظر هیچ استناد یا استدلالی برای رد اعسار محکوم‌علیه ارائه نشده و به نظر می‌رسد اعسار محکوم‌علیه به قوت خود باقی مانده و به فرض این که تقسیط محکوم‌به، منع قانونی داشته باشد این بدان معنی نیست که محکوم‌علیه معسر نیست به عبارت دیگر معسر بودن محکوم‌علیه و عدم امکان اعطای مهلت برای پرداخت، با هم مانع‌الجمع نیستند.

و قسمت آخر ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی فقط حیس محکوم‌علیهی را تجویز کرده که معسر نباشد. بنابراین حتی اگر تقسیط محکوم به امکان نداشته باشد به فرض اثبات اعسار محکوم‌علیه، اعمال مقررات ماده ۲ و زندانی کردن محکوم‌علیه صحیح به نظر نمی‌رسد. ■

نظریه حقوق بشر اسلامی بایسته‌ها و چالش‌ها

احمد نصر اصفهانی

در میان رویکردهای اسلامی به پدیده حقوق بشر، دیدگاه مرسوم از رویکرد معتقد به اجتهاد در فروع، مدعی نظریه حقوق بشر اسلامی است و نظریه خود را رقیبی برای نظام بین‌الملل حقوق بشر می‌داند. تلاش‌های عالمان این دیدگاه در جریان کنفرانس کشورهای اسلامی در تهران در سال ۱۳۴۸ منجر به تهیه سندی در زمینه حقوق بشر از دیدگاه اسلام شد که سرانجام این سند در سال ۱۹۹۰ در کنفرانس قاهره پس از برخی تغییرات در متن آن، به نام اعلامیه حقوق بشر اسلامی یا اعلامیه قاهره یا به تعبیر بهتر «اعلامیه قاهره در مورد حقوق بشر در اسلام» مورد تصویب قرار گرفت.

در ادامه تلاش می‌شود تا ضمن معرفی اصول و مبانی این نظریه و آشنایی با مفاهیم مطرح در آن، چالش‌های بنیادینی که این نظریه در جهان معاصر با آن روبروست را مورد ارزیابی قرار دهیم.



خلاصه‌ای از این نظریه

بر اساس این نظریه، اسلام واجد و متضمن حقوقی برای بشر است. پیروان این نظر پس از تعریف از متافیزیک انسان و بررسی ابعاد مادی و معنوی او و توجه به این که انسان دارای مبدأ فعلی و غایی است و تذکر این نکته که برای تعیین حقوق واقعی بشر باید به این امور توجه نمود و هیچ‌کس نیز بهتر از خداوند به این امور آگاه و بدین کار توانا نیست، نهایتاً حق تعیین و وضع این حقوق را از آن خداوند و در صلاحیت او می‌دانند. مطابق این رویکرد تنها حق محض می‌تواند حق را تعیین و اعطا کند و خداوند حق محض است و حق تعیین حقوق بشر نیز تنها از آن اوست و جز خداوند هیچ‌کس حق قانونگذاری ندارد.^۱ مطابق این دیدگاه خداوند حقوق ذاتی انسان‌ها را متناسب با ذات، فطرت و طبیعت انسان برای همیشه در کتاب و سنت وضع و بیان نموده که فقیهان با مراجعه به آن‌ها این حقوق را استنباط و به آن فتوا می‌دهند و مؤمنان به موجب مسؤولیت دینی آن را می‌پذیرند.^۲

در واقع مطابق این رویکرد منبع کشف این حقوق کتاب و سنت است که با مراجعه به آن‌ها و با انجام اجتهاد (اجتهاد در فروع) می‌توان نظام حقوق بشر اسلامی را معین کرده و آن را مبنای زندگی اجتماعی و سیاسی در جهان امروز ساخت. آن چه در نهایت از این نظریه می‌توان فهمید این نکته است که حقوق بشری پذیرفتنی و مورد تایید است که با بکارگیری اجتهاد از متن کتاب و سنت دریافت و ارائه شده باشد.^۳ در نتیجه حقوق بین‌المللی بشر فی‌نفسه

وکیل دادگستری - اصفهان.

۱- جولای املی، عبدالله، فلسفه حقوق بشر، صص ۸۹ تا ۱۲۵. همچنین بنگرید به: مصباح بزدی، محمد تقی، نگاهی گذرا به حقوق بشر از دیدگاه اسلام، صص ۵۲ تا ۷۰.

۲- جولای املی، عبدالله، پیشین، صص ۳۹ تا ۲۴. همچنین بنگرید به: همو، زن در آینه جلال و جمال، ص ۳۳۱ به بعد.

۳- مصباح بزدی، محمد تقی، پیشین، صص ۴۰ تا ۴۳. جعفری، محمد تقی، حقوق جهانی بشر، ص ۸۷.

جایی برای حضور در عرصه اجتماع و سیاست یک جامعه مسلمان نخواهد داشت. این دیدگاه امروزه تقریباً دیدگاه غالب و مرسوم در میان فقهای شیعه است. نهایت این که این نظریه تلاش می‌نماید حقوق و تکالیف اسلامی بشر را به نام حقوق بشر اسلامی معرفی و ارائه کند.

۱- مبانی توجیهی

از حیث مبانی توجیهی، نظریه حقوق بشر اسلامی ریشه در اخلاق و حیانی و نظام اخلاقی فرمان‌مدار دارد. در نظام اخلاقی فرمان‌مدار، حسن و قبح اعمال و عادلانه بودن یا نبودن امور ریشه در اراده و خواست خداوند دارد. در همین راستا حقوقی برای انسان متصور و قابل قبول است که خداوند عالم آن را برای انسان در نظر گرفته و بدان فرمان داده باشد. در همین راستا نیز پیروان این نظریه معتقدند که خداوند حقوق ذاتی انسان‌ها را متناسب با ذات، فطرت و طبیعت انسان در کتاب و سنت برای همیشه بیان کرده و فقیهان این حقوق را استنباط و به آن فتوا می‌دهند.^۱ نظریه حقوق بشر اسلامی دارای یک نگرش عمیقاً دینی است و استدلال‌های توجیهی آن مبتنی بر دلایل درون‌گروهی و مشهورات و مقبولات اسلامی است و از این رو از نقطه نظر منطقی، استدلال‌های توجیهی آن، از نوع استدلال‌های جدلی می‌باشد.

۲- مفاهیم کلیدی

در مباحث حقوق بشری یک سری مفاهیم کلیدی وجود دارند مانند کرامت انسانی، آزادی، برابری و... که آشنایی با آن‌ها لازم‌تر است. در یک نظریه حقوق بشری یا یک نظام حقوق بشری می‌باشد. در نظریه حقوق بشر اسلامی نیز این مفاهیم مورد کاربرد هستند که در ادامه به تعریف آن‌ها از دیدگاه این نظریه می‌پردازیم.

کرامت انسانی

در آیات فراوانی از قرآن کریم، از کرامت داشتن، ارزشمند بودن و برتر بودن انسان نسبت به سایر موجودات سخن به میان آمده است.

مانند این آیه که «لقد کَرَّمنا بنی آدم... و فضلناهم علی کثیر ممن خلقنا نفضیلاً»^۲ و یا این آیه که پس از آفرینش انسان توسط خداوند بیان شده: «فتبارک الله احسن الخالقین»^۳

همه این آیات و بسیاری از روایت برجای مانده، دلیل بر ارزشمند بودن جایگاه انسان از نظر شارع اسلام دارد. با این حال نکته مهمی که وجود دارد این است که از دیدگاه اسلامی (لااقل دیدگاه باورمندان به نظریه حقوق بشر اسلامی) این کرامت یک امر متغیر و در حال تکامل است. در واقع در اسلام کرامت انسانی امری تعالی پذیر است. به این معنا که انسان‌ها در صورت داشتن عقیده صحیح (اسلام) و انجام فرایض و تکالیف دینی و عمل به توصیه‌های اخلاقی مطرح شده در دین، در طی مسیر تکامل خود، در مرحله و رده بالاتری قرار می‌گیرند و در نتیجه با کرامت‌تر می‌شوند: «ان اکرمکم عند الله اتقاکم»^۴. یا بالعکس با انجام گناهان و آلوده شدن به رذائل اخلاقی، به درجه حیوانات

۱- جوانی املی، عبدالله، پیشین، صص ۳۹ و ۴۴.

۲- سوره نساء، آیه ۷۰.

۳- سوره مؤمنون، آیه ۱۳.

۴- سوره حجرات، آیه ۱۲.

و حتی بدتر از آن‌ها سقوط می‌کند: «اولئک کالانعام بل هم اضل»^۱. و یا با سرپیچی از اطاعت خداوند، کرامت خویش را از دست می‌دهد: «و من ینهن الله فما له من مکرّم»^۲. این چند آیه و آیات و روایت مشابه دیگر به خوبی بیانگر آن هستند که در نظریه حقوق بشر اسلامی، انسان‌ها در امر کرامت دارای سلسله مراتب هستند و کرامت از منظر این دیدگاه یک امر پایدار و مطلق نیست. در ماده اول اعلامیه قاهره نیز بیان شده که عقیده صحیح یعنی اسلام تنها تضمین برای رشد کرامت انسانی است. یعنی بر تکامل پذیر بودن شرافت و کرامت انسانی تأکید گذارده شده است.

آزادی

آزادی از جمله مفاهیمی است که معنایی گوناگونی برای آن وجود دارد. در آزادی به معنای آزادی اراده و آزادی انتخاب، نظریه حقوق بشر اسلامی آن را به عنوان یک حق برای انسان در نظر می‌گیرند. در این دیدگاه اساساً ارزشمند بودن اعمال انسان منوط به داشتن اراده آزاد دانسته شده است. انسان‌ها در انتخاب نیک و بد و راه سعادت و شقاوت مختارند؛ نهایت این که در آخرت نتیجه اعمال خویش را می‌بینند مطابق این نظریه اعمالی که تحت اجبار و اکراه واقع شوند، فاقد ارزش اخلاقی و حقوقی دانسته تسلطاند. یکی دیگر از معانی آزادی، استقلال در شخصیت حقوقی است که در مقابل بردگی مطرح می‌شود. از دیدگاه برخی پیشوایان اسلامی، آزادی به این معنا به عنوان یک اصل و به صورت بالذات مورد پذیرش است^۳؛ لیکن برخی از بزرگان نظریه حقوق بشر اسلامی معتقدند که این آزادی به‌طور بالقوه قابل سلب شدن است مثلاً همان گونه که کشتن دشمنان اسلام در جنگ جایز است، می‌توان برخی از انسان‌هایی را که عمل مجرمانه‌ای علیه نظام اسلامی انجام داده‌اند و در جنگ با مسلمانان شرکت کردند به بردگی گرفت و آزادی آن‌ها را به این معنا سلب کرد^۴. از دیگر معانی آزادی، استقلال وجودی و عدم مسؤولیت است. در نظریه اسلامی، این معنا از آزادی مورد پذیرش نیست چرا که به اعتقاد ایشان انسان موجودی است که در مقابل خداوند مکلف و مسؤول است و با همین تکلیف و مسؤولیت نیز به دنیا می‌آید. اساس این تکلیف و مسؤولیت در مملوکیت انسان نسبت به خداوند است. در مجموع از منظر نظریه حقوق بشر اسلامی، علاوه بر آزادی انتخاب یا همان اراده آزاد، آزادی تا آن جایی که به معنای آزادی از شرک و طاغوت و آزادی از بردگی مشرکان و کافران باشد مورد پذیرش است.

برابری

برابری انسان‌ها در حیثیت انسانی و در خلقت مورد شناسایی و تأکید شارع اسلام و برخی پیشوایان اسلامی قرار گرفته است.^۵ با این حال در نظریه حقوق بشر اسلامی، «مذهب» و «جنسیت» از جمله عواملی است که می‌تواند توجیه‌گر نابرابری شود. برای نمونه داشتن عقیده صحیح (اسلام) و تقوی از مسائلی است که موجب برتر شدن برخی بر برخی دیگر می‌گردد. از این روی المثل افرادی که مسلمان هستند با غیرمسلمانان برابر نیستند و در جامعه اسلامی مسلمانان از حقوق و امتیازات بیشتری بهره‌مند می‌گردند و مساوات و برابری حقوقی اگر هست صرفاً میان مسلمانان و افراد هم‌کیش است و لا غیر. همچنین در این نظریه علی‌رغم این که تساوی زنان و مردان در حیثیت

۱- سوره اعراف، آیه ۱۷۶.

۲- سوره حج، آیه ۱۸.

۳- لا تکن عهد غیرک، قد جعلک الله حراً... نهج البلاغه، نامه امام علی به ابان حسن.

۴- مصباح یزدی، محمد تقی، پیشین، صص ۱۳۲ و ۱۳۵. همچنین بنگرید به حسن دهریور، نظام بین‌المللی حقوق بشر، صص ۳۱۱ تا ۳۱۴.

۵- ... إنا أخلق فی الذین أو ننظیر لک فی الخلق... نهج البلاغه، نامه امام علی به مالک اشتر.

انسانی و در ایمان و کفر و در تکالیف شرعی مورد پذیرش قرار گرفته شده است، اما بهره‌مندی برابر از حقوق انسانی در همه حوزه‌ها مورد پذیرش نیست با این استدلال که تفاوت‌های انسانی میان زنان و مردان موجب تفاوت در حقوق آن‌ها نیز می‌گردد. این دیدگاه میان دو سطح برابری، یعنی برابری در تمتع و برابری در استیفا تفکیک نمی‌گذارد^۱ و به صرف متفاوت بودن انسان‌ها - خواه از نظر جنسیت و خواه از نظر عقیده - ممکن است حکم به متفاوت بودن حقوق یا به تعبیر بهتر حکم به داشتن یا نداشتن حقوق دهد.

۳- محتوای برخی حقوق

حق حیات

اصل حیات و زیستن، در آیات قرآنی و روایات اسلامی به‌طور جدی مورد حمایت قرار گرفته است مانند این دو آیه: «وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ»^۲ و «مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا»^۳

تعبیری که شارع اسلام در آیه اخیر برای حرمت قتل انسان به کار برده بسیار قابل تأمل است و قتل انسان را جز در مواردی که استثنا می‌کند (در مقام قصاص و مقام مجازات مفسد فی الارض) به مثابه قتل همه مردم می‌داند حتی در بحث قصاص نیز در آیه «وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاتٌ يَا أُولِي الْأَبْصَارِ»^۴ به دنبال پاسداری از حیات و زندگی انسان‌ها است و قصاص را منحصر به شخص قاتل و نه خانواده و قبیله و... او می‌نماید. امری که ظاهراً پیش از اسلام در میان اعراب رواج نداشته است. ضمن این که همین قصاص را نیز حقی قابل گذشت می‌داند.

در ماده دوم اعلامیه قاهره نیز در مورد حیات اعلام شده که: «زندگی موهبتی الهی است و حقی است که برای هر انسانی تضمین شده است و بر همه افراد و جوامع و حکومت‌ها واجب است که از این حق حمایت نموده و در مقابل هر تجاوزی علیه آن ایستادگی کنند و جایز نیست کشتن هیچ کس بدون مجوز شرعی...»

از دیدگاه پیروان حقوق بشر اسلامی، حق حیات بالذات مورد حمایت و احترام است اما بالعرض قابل سلب شدن است. با این حال همین استثنائاتی که برای سلب حق حیات تجویز شده بسیار جای بحث دارد و بحث‌انگیزترین این موارد بحث ارتداد است.

حق آزادی دین

بر اساس نظریه حقوق بشر اسلامی، انسان‌ها آزاد و مختارند تا به عقیده صحیح یعنی اسلام بگردند اما پس از

۱- جعفری، محمد تقی، حقوق جهانی بشر، صص ۷۷ تا ۸۲ و مصباح یزدی، محمد تقی، پیشین، صص ۲۰۳ تا ۲۲۰ و مطهری، مرتضی، نظام حقوق زن در اسلام، صص ۱۱۳ تا ۱۲۶. نویسنده اخیر معتقد است که زنان و مردان در بهره‌مندی از حقوق مساوی‌اند اما مشابه نیستند. این دیدگاه قابل نقد است. تفکیک میان دو مفهوم «تساوی حقوق» و «تساوی حقوق» اگرچه پذیرفتنی و صحیح است اما نتایجی که مرحوم مطهری از آن می‌گیرد صحیح نیست. چرا که تبعیضات حقوقی و نابرابری‌ها و تفاوت‌گذاری‌های موجود در احکام اسلام را به نام منع تشابه حقوقی توجیه می‌نماید. در واقع مرحوم مطهری با بیش‌کشدن بحث «تساوی آری» و «تشابه نه» در عمل تساوی حقوق را انکار می‌کند و توجیه‌گر تبعیض‌ها و نابرابری‌ها می‌شود.

۲- برای مشاهده تفاوت میان برابری در تمتع و برابری در استیفا بتگرید به مقاله نگارنده با عنوان «تفاوت‌های انسانی و مفهوم برابری حقوق» خیرنامه کانون وکلای دادگستری اسفهان، شماره ۲۷.

۳- سوره انفال، آیه ۱۵۱.

۴- سوره مائده، آیه ۳۲.

۵- سوره بقره، آیه ۱۷۶.

ورود به اسلام (اعم از این که این اسلام وراثتی باشد یا آزادی) حق خروج و یا انکار اصول و ضروریات دین از ایشان سلب می‌شود و در قالب ارتداد، محروم از بسیاری از حقوق از جمله حق حیات می‌گردند. در واقع این آزادی (یعنی آزادی دین) منحصر برای کسانی است که معتقد به دینی غیر از اسلام باشند. در این رابطه مقدمه اعلامیه قاهره، اسلام را برترین امت و تملن و دین معرفی می‌کند و در ماده ۱۰ نیز اشعار می‌دارد که: «اسلام دین فطرت است و به کار گرفتن هر گونه اکراه نسبت به انسان یا بهره‌برداری از فقر یا جهل انسان جهت تغییر این دین به دینی دیگر یا به الحاد، جایز نمی‌باشد».

چالش‌های پیش روی این نظریه

پانوجه به مطالبه، گفته شده این نظریه با چند چالش عمده روبروست. یکی این که استدلال‌های آن از نوع برهان‌های عقلی و جهانشمول و مبتنی بر دلایل فرا گروهی نیست. در واقع شرط پذیرش این نظریه، ایمان اولیه به یک سری اصول و باورها و داشتن پیش‌انگاره‌های دینی و پذیرش مجموعه‌ای از دلایل به عنوان مقبولات و مشهورات می‌باشد تا از این طریق نظریه مذکور قابل توجیه گردد.^۱ دیگر این که نگاه و نگرش این نظریه به مفهوم عدالت و حسن و قبح اعمال در نهایت یک نگرش اشاعری یا نزدیک به اشاعره است به این معنا که حسن و قبح‌های اخلاقی (و به تبع آن حق‌های اخلاقی) دارای اعتبار ذاتی و مستقل از شرع نیست. ضمن این که به نظر می‌رسد این نظریه علی‌رغم تفاوت‌های بنیادینی که با رویکرد اخباریان و اهل حدیث دارد اما در تعیین حسن و قبح اعمال و عادلانه بودن و نبودن امور و، برخلاف دیدگاه عدلیه و دیدگاه اندیشمندان حقوق‌بشر معاصر، در عمل برای عقل و استدلال‌های عقلی جایگاه مستقل و ارزشمندی قائل نیست. بلکه نهایتاً عقل را به عنوان وسیله‌ای برای کشف اراده الهی و تأیید منقولات به کار می‌برد که البته حدود اعتبار آن را نیز همین منقولات تعیین می‌کنند.^۲

مسئله دیگری که وجود دارد این است که این نظریه در تعریف انسان و تعیین جایگاه و حقوق بنیادین وی، بر روی خود انسان و نیازمندی‌های اساسی و ضروری او تمرکز نمی‌کند، بلکه امور و عوامل دیگری را در این رابطه دخالت می‌دهد که بیشتر جنبه ذهنی و اعتقادی دارند. این موضوع باعث می‌شود که کرامت و حیثیت انسانی به یک امر ناپایدار و متغیر تبدیل شود و برابری انسان‌ها در حقوق انسانی به لحاظ داشتن عقیده‌های متفاوت نادیده گرفته شود و برخی از حقوق بنیادین انسان همچون حق حیات و حق آزادی عقیده و مذهب با خدشه مواجه گردد و این برای نظریه‌ای که خود را مدعی حقوق جهانی برای بشر می‌داند یک چالش بزرگ است. حقیقت آن است که «انسان» پیش از آن که در آینه پندارها و ذهنیات ادیان و مذاهب نگریسته شود و باورهای دینی و مذهبی تعیین‌کننده نقش و جایگاه و همچنین حقوق و تکالیف او شود، واقعیتی غیرقابل انکار در جهان خارج از ذهن ماست. واقعیتی که می‌اندیشد و زندگی و حیات شرافتمندانه می‌خواهد و از همین رو نیز به ضرورت عقلی و عملی، برخوردار از کرامت و شأن ذاتی و دارای حقوق و آزادی‌هایی برای تأمین نیازهای اساسی و ضروری حیات و زندگی شرافتمندانه خویش

۱- مقدمه اعلامیه قاهره صراحتاً «ایمان به الله»، «تصدیق رسالت پیامبر اسلام»، «اعتقاد به توحید ناب»، «باور به برتری امت اسلامی و تملن آن» و، را به عنوان مقدمات و اصول و پیش‌فرض‌های تعیین حقوق بشر مورد تأکید قرار می‌دهد.
 ۲- از دیدگاه اشاعره «حسن و قبح انشاء تابع لوازم و نواهی شرع است و اگر شرع امر و نهی نمی‌کرد حسن و قبح در عالم تحقق نمی‌یافت» در مقابل این دیدگاه، منتزعیان «عقل را بر نقل مقدم دانسته و از شریعت عقل سخن به میان می‌آورند... بر اساس دیدگاه معتزله «عقل به حسن و قبح انشاء واقف است» برای انسانی با اختلاف، اشاعره و معتزله در باب تقدم عقل و نقل و همچنین در باب حسن و قبح اعمال، بنگرید به: ابراهیمی، دینانی، غلامحسین، ماجرایی فکر فلسفی در جهان اسلام، جلد اول، صص ۲۲۸، ۲۲۹ و ۲۴۴ و ۲۴۵. همچنین بنگرید به همان کتاب (جلد دوم) صص ۵۸ الی ۹۰.

است. هیچ واقعیتی، حقیقی‌تر از انسان و هیچ حقیقتی، واقعی‌تر از انسان در حوزه حقوق بشر وجود ندارد. دیگر این که این نظریه به دلیل همین چالش‌های نظری، در عمل نیز نتوانسته است کارآمد باشد. واقعیت آن است که نظریه حقوق بشر اسلامی علی‌رغم نالیفاتی که در چند دهه اخیر در حوزه آن نگاشته شده، طرح نویی نیست و ادعاهای مطرح شده در آن سابقه‌ای به درازای تاریخ اسلام دارد و یک نگاه اجمالی به تاریخ جوامع اسلامی به خوبی نشان می‌دهد که عدالت مورد نظر این گروه نتوانسته استقرار یابد و بساط ظلم و ستم و تبعیض و بی‌عدالتی برچیده نشده است. فی‌المثل «بردگی» علی‌رغم این که از دید صاحبان این نظریه، بالذات مورد پذیرش نیست و برای محدود ساختن آن احکام فراوانی صادره شده است، اما واقعیت این است که نظام بردگی تنها پس از ظهور و بروز اندیشه‌های حقوق بشر معاصر منسوخ گردید و به عنوان یک جنایت علیه بشریت در سطح بین‌المللی قابل تعقیب کیفری شناخته شد. یا مثلاً دو مفهوم «رواداری» و «دگر پذیری» که لازمه و همچنین نتیجه احترام به شأن انسان و حقوق ذاتی اوست، همگام با گسترش اندیشه‌ها و هنجارهای حقوق بشر معاصر، با همه کمبودها و کاستی‌ها، در بسیاری از جوامع گسترش یافته و یا در حال گسترش است در حالی که پیش از آن این دو مفهوم تنها آرزویی برای برخی از حکیمان بود و در جوامع اسلامی جنگ‌های مذهبی و فرقه‌ای میان برادران دینی و یا میان مسلمانان یا کفار همواره یک امر معمول و رایج بود. نمونه‌های دیگری نیز وجود دارد مانند «صنوعیت به کارگیری مجازات‌های غیر انسانی و رنج‌آور» و یا «منع تبعیض مذهبی» یا «منع هوا داری از تنفر» و... که همگی آن‌ها همراه و همگام با پیدایش اندیشه‌های حقوق بشر معاصر محقق شده یا در حال تحقق و پدیدار شدن هستند.

این واقعیت‌ها ریشه در این امر دارد که نظریه حقوق بشر اسلامی به جای تکیه بر پذیرش جمعی و توافق همگانی (همه بشریت)، تکیه بر حقانیت ماورایی دارد. امری که - صرف‌نظر از درستی یا نادرستی - امکان فراگیر شدن و پذیرش همگانی آن را مسدود نموده است.

این چالش‌ها با این نقطه ضعف‌ها، عملاً امکان عرض اندام نظریه حقوق بشر اسلامی را در حوزه‌ای خارج از حوزه باورمندان به این نظریه مشکل ساخته است. از یک سو دلایل درون گروهی است و به جای برهان به جدل می‌پردازد و از سوی دیگر مفهوم عدالت و عادلانه بودن و به تبع آن حقوق و تکالیف را در مقولات و در یک متن و یک سنت خاص جستجو می‌کند و از سوی دیگر نیز انسان و نیازمندی‌های اساسی او را، فارغ از مباحث عقیدتی، به عنوان یک واقعیت عینی، محور بحث قرار نمی‌دهد و در نهایت نیز به دلیل عدم پذیرش همگانی (همه بشریت) در طول تاریخ نتوانسته است توفیقات چندانی به دست آورد و اگر توفیقی نیز بوده مربوط به همان دوران نخستین ظهور اسلام در جزیره‌العرب است.

برای ایجاد و تحقق یک نظام کارا و مؤثر در زمینه حقوق بشر، توجیه‌ها و استدلال‌هایی مورد پذیرش است که ریشه در هنجارهای اخلاق عقلانی داشته باشد. به این معنا که حق‌های بشری و ارزش‌های پیرامون آن از نظر عقلی (یعنی عقل انسانی) قابل توجیه باشند و به امور ماوراءالطبیعه ارجح نشوند. مراد از عقل نیز همین عقل انسانی است که فارغ از تمایلات نفسانی و باورهای مذهبی و ایدئولوژیک و روابط اجتماعی دست به توجیه و خردورزی بزند و «انسان» و ضرورت‌های حیات او را مد نظر قرار دهد.^۱

همچنین یک نظام حقوق بشری زمانی پایدار و دارای ضمانت اجرای مؤثر خواهد بود که تکیه‌اش بر وجدان جمعی و توافق عمومی انسان‌ها باشد و اساساً دارای یک نگرش فراگیر یعنی فراتر از نگرش‌های گروهی و مذهبی، به حیات فردی و اجتماعی باشد.

۱- در این رابطه، مثلاً مکتب اخلاقی گفته که یکی از بنیادهای نظری حقوق بشر معاصر است تمهد و تکلیف به احترام به حیثیت انسانی و آزادی را بر اساس اصول کاملاً عقلانی یعنی اصولی که انسان‌های عاقل فارغ از روابط اجتماعی و یا تمایلات نفسانی به آن‌ها پایبند می‌باشند، توجه می‌کند. از جمله اصول مهم مبنایی که گانت در این راستا ارائه می‌کند، «اصل غایت بودن انسان» است. بر طبق این اصل همه انسان‌ها دارای حیثیت انسانی برابر هستند و حق دارند از کلیه حقوقی که لازمه محترم شمردن انسان‌ها است به‌طور برابر بهره‌مند شوند و از کلیه اعمالی که غایت بودن انسان را نادیده می‌انگارد منصرف بمانند.

در میان عالمان اسلامی رویکرد دیگری نیز وجود دارد که برخلاف رویکرد اخیر، تکبیه و بنیادش را بر هنجارهای اخلاقی عقلانی می‌گذارد. این رویکرد که با نام رویکرد «تومعتزلی» یا تجدیدکنندگان تجربه معتزله یا معتقدین به اجتهاد در اصول خود را معرفی می‌کند، دارای همخوانی و هماهنگی با عقلانیت مدرن و مفاهیم مطرح در آن است و دادن صبغه دینی به حقوق بشر و یا یافتن ریشه و مبنایی روایی برای آن و یا ارائه نظریه‌ای اسلامی از آن، همه و همه را امری فرا دینی است که ریشه در تأملات عقلی و اخلاقی عقلانی دارد و وظیفه دینداران در مواجهه با آن، تصحیح و تازه کردن درک و دریافت دینی خود می‌باشد.^۱

پی‌نوشت‌ها

کتب

- ۱- ایراهیمی دینانی، غلامحسین، ماجرای فکر فلسفی در جهان اسلام (جلد اول و سوم)، انتشارات طرح نو، چاپ اول، ۱۳۷۶.
- ۲- جعفری، محمد تقی، حقوق جهانی بشر (مقایسه و تطبیق دو نظام)، مؤسسه تدوین و نشر آثار علامه جعفری، چاپ چهارم، ۱۳۸۱.
- ۳- جواد آملی، عبدالله، زن در آینه جلال و جمال، مرکز نشر اسراء، چاپ هفتم، مرداد ۱۳۸۲.
- ۴-، فلسفه حقوق بشر، مرکز نشر اسراء، چاپ سوم، آذر ۱۳۸۱.
- ۵- سروش، عبدالکریم، سنت و سکولاریسم، مؤسسه فرهنگی صراط، چاپ اول، تابستان ۱۳۸۱.
- ۶-، قبض و بسط تئوریک شریعت، مؤسسه فرهنگی صراط، چاپ ششم، بهار ۱۳۷۷.
- ۷-، مدارا و مدیریت، مؤسسه فرهنگی صراط، چاپ اول، فروردین ۱۳۷۶.
- ۸- قاری سید فاطمی، سید محمد، حقوق بشر در جهان معاصر، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، چاپ اول ۱۳۸۲.
- ۹-، حقوق بشر در جهان معاصر، جلد دوم، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوق شهر دانش، چاپ اول، ۱۳۸۸.
- ۱۰- گرچی، ابوالقاسم، تاریخ فقه و فقه، سمت، چاپ سوم، تابستان ۱۳۳۹.
- ۱۱- مجتهد شبستری، محمد، تأملاتی در قرأت انسانی از دین، انتشارات طرح نو، چاپ اول، ۱۳۸۲.
- ۱۲-، نقدی بر قرأت رسمی از دین، انتشارات طرح نو، چاپ دوم، ۱۳۸۱.
- ۱۳-، هرمنوتیک، کتاب و سنت، انتشارات طرح نو، چاپ پنجم، ۱۳۸۱.
- ۱۴- مصباح یزدی، محمد تقی، نگاهی گذرا به حقوق بشر از دیدگاه اسلام، [تدوین و نگارش عبدالجکیم سلیمی]، انتشارات مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، چاپ اول، ۱۳۸۸.
- ۱۵- مطهری، مرتضی، نظام حقوق زن در اسلام، انتشارات صدرا، چاپ پنجم، و دوم، ۱۳۸۸.
- ۱۶- موحّد، محمد علی، در هوای حق و عدالت، نشر کارنامه، چاپ دوم، تابستان ۱۳۸۱.
- ۱۷- مهر پور، حسین، نظام بین‌المللی حقوق بشر، انتشارات اطلاعات، چاپ اول، ۱۳۷۷.
- ۱۸- هاشمی، سید محمد، حقوق بشر و آزادی‌های اساسی، نشر میزان، چاپ اول، پاییز ۱۳۸۴.

مقالات

- ۱- سروش، عبدالکریم، «مفهوم عقل اعتزالی»، قابل دسترس در: www.drseroush.com همچنین بتکرید به تجدید تجربه اعتزال، مجموعه عرفانها (سی دی)، مؤسسه صراط.
- ۲- قاری سید فاطمی، سید محمد، «بشر حق دارد بر حق نباشد»، مصادحه با روزنامه ایران، ۱۳۹۰/۱۷.
- ۳- نصر اصفهانی، احمد، «رویکردهای اسلامی در ایران به حقوق بشر»، خبرنامه کانون وکلای دادگستری اصفهان، شماره ۳۳.
- ۴-، «تفاوت‌های انسانی و مفهوم برابری حقوق»، خبرنامه کانون وکلای دادگستری اصفهان، شماره ۳۷.

۱- برای آشنایی با این نظریه بنگرید به مقاله نگارنده با عنوان «رویکردهای اسلامی در ایران به حقوق بشر» منتشر شده در خبرنامه کانون وکلای دادگستری اصفهان، شماره ۲۳ و یا مراجعه کنید به: <http://niknameh.com>.

وکیل دادگستری در جایگاه وکیل سرپرست

عباس آل احمدی

همان‌طور که همکاران محترم اطلاع دارند همه وکلای پس از قبولی در آزمون ورودی کارآموزی وکالت و تشریفات ثبت نام جهت شروع به کارآموزی وکالت، الزاماً می‌بایست یکی از وکلای باتجربه را به عنوان وکیل سرپرست خود انتخاب و به وکلای متبوعه معرفی نماییم و پس از تأیید وکیل سرپرست و کانون وکلا، کارآموزی را شروع می‌نمایند بعضی از وکلای سرپرست به دلایل و عذرهای مختلف از پذیرش کارآموز در دفتر وکالت خود و آموزش عملی حرفه وکالت از جمله نحوه پذیرش و مطالعه پرونده و تنظیم وکالتنامه و سایر آموزش‌های عملی لازم، امتناع می‌نمایند و یک دانش‌آموخته حقوق که قبل از ورود به حرفه وکالت عملاً امکان کارآموزی قضایی و شرکت در جلسات زنده دادرسی برای وی مقدور نبوده است، آیا برای وی صرفاً امضا و مهر نمودن برگ سفید وکالتنامه به تعداد زیاد و تحویل آن به کارآموز و درج عبارت «مورد تأیید اینجانب می‌باشد» به منزله ارشاد و آموزش عملی حرفه وکالت است؟! پس نقش و جایگاه وکیل سرپرست چیست؟

اصولاً وکیل سرپرست با پذیرش کارآموز و اعلام آن به کانون وکلا، از نظر قانونی و اخلاقی متعهد می‌گردد که همه اعمال و رفتارهای کارآموز را در دوران کارآموزی تحت نظر داشته باشد و تمام پرونده‌هایی را که کارآموز در آن قصد قبول وکالت دارد، را باید با دقت و با بررسی اسناد و مدارک و ادله ارائه شده در خصوص آن دعوی بررسی نماید و به نظر اینجانب از پذیرش مراجعین و نحوه مشاوره و نحوه مطالعه و تشکیل پرونده و نحوه برخورد با مراجعین و چگونگی ایجاد نظم و نظارت و مدیریت بر دفتر وکالت و حتی نحوه آموزش مدیر دفتر (منشی دفتر وکالت) و ... را به کارآموز خود آموزش دهد. رویه جاری و عملی بعضی از وکلای سرپرست این است که پس از پذیرش کارآموزی و اعلام آن به کانون، در پایان با تأیید تکالیف کارآموزی به نظر خویش تعهدش را انجام داده در حالی که تشریفات را رعایت نموده است.



اخلاق حرفه‌ای وکالت، وکیل سرپرست را ملزم می‌نماید که کارآموز را عملاً در پرونده‌هایی که خودش نیز وکالت آن‌ها را پذیرفته است مشارکت دهد (متظور جنبه مالی نیست) و در زمان تشکیل جلسات دادگاه حضور وی را در آن جلسه لازم بداند و خلاصه این که تمام آموزش‌های عملی حرفه وکالت را به کارآموز یاد دهد. به نظر می‌رسد ضرورت دارد کانون وکلای دادگستری ایران درخصوص چگونگی پذیرش کارآموزان وکالت و نحوه آموزش عملی آنان و جهت اطمینان از آموزش عملی و شرکت در جلسات دادرسی زنده، آیین‌نامه‌ای تهیه و تنظیم نماید و رعایت آن را برای کلیه وکلای سرپرست الزامی نماید و رعایت نمودن آن را نیز موجبات تخلقات انتظامی به حساب آورد.

در پایان کارآموزی، به صورت محرمانه نظر واقعی کارآموز را در خصوص پذیرش و آموزش وکیل سرپرست در دوران کارآموزی به صورت مکتوب جویا شود تا هم کانون از رعایت آیین‌نامه اطمینان حاصل نماید و هم از آموزش عملی وکالت توسط وکیل سرپرست.

به امید آن روز که کمیسیون کارآموزی وکالت در هر یک از کانون‌های وکلای سراسر کشور با داشتن آیین‌نامه‌ای مدون و یکسان، نظارت مستمر و شایسته‌ای بر کارآموزان وکالت و وکلای سرپرست‌شان داشته باشند.

■ وکیل دادگستری - سمنجان

مکاتبات

اشاره



با پیشنهاد مورخه ۱۳۸۹/۱/۱۲ وزیر محترم دادگستری بخشنامه‌ای از سوی ریاست محترم قوه قضاییه به شماره ۹۰۰۰/۱۴۰۲/۱۰۰ به تاریخ ۱۳۸۹/۱/۱۸ به استناد تغییرات متفرقه اعمال شده در بودجه سال ۱۳۸۹ کل کشور صادر گردید که به موجب بند ۱۰ آن تعرفه صلور و تمذید سالانه پروانه وکالت دادگستری از ۱۰۰ هزار ریال به ۲ میلیون ریال افزایش یافت.

در اجلاس اتحادیه کانون‌های وکلای دادگستری که در تاریخ ۲۰ آبان‌ماه ۱۳۸۹ در مازندران برگزار گردید آقای دکتر محمود کاشانی عضو هیأت مدیره کانون وکلای دادگستری مرکز خواستار بررسی مابقی قانونی این بخشنامه و در صورت لزوم انجام اقدامات لازم برای توقف اجرای آن گردیدند. در مصوبه هیأت عمومی اتحادیه در همین تاریخ مقرر گردید ایشان کمیته‌ای را برای بررسی انطباق بخشنامه مزبور با قوانین مستند آن تشکیل و با توجه به نتایج حاصله اقدامات لازم برای ابطال این بخشنامه را انجام دهند. چنین کمیته‌ای تشکیل گردید و پس از بررسی‌های لازم و کسب اطلاعات از اداره قوانین مجلس شورای اسلامی و اداره روزنامه رسمی کشور متن نامه‌ای برای ریاست محترم قوه قضاییه مبنی بر درخواست تجدیدنظر و صدور دستور توقف بخشنامه مزبور تدوین گردید. متن این نامه در جلسه هیأت مدیره کانون وکلای دادگستری مرکز خوانده شد و پس از ارائه پیشنهادهایی متن نهایی آن برای همه کانون‌های وکلا ارسال گردید. این نامه سرانجام در اسفند ماه سال جاری برای ریاست محترم قوه قضاییه و رونوشتی از آن برای وزیر محترم دادگستری ارسال شده است.

رئیس کانون وکلای دادگستری مرکز
سید محمد جندقی کرمانی بوم

حضرت آیت الله آقای آملی لاریجانی ریاست محترم قوه قضاییه

باسلام

به موجب پیشنهاد شماره ۸۷۰۱/۱۳۷۰ مورخه ۸۹/۱/۱۶ وزیر محترم دادگستری بخشنامه‌ای به شماره ۹۰۰۰/۴۰۲/۱۰۰ در تاریخ ۱۳۸۹/۱/۱۸ به امضای جنابعالی رسیده که به استناد «بند ششم تغییرات متفرقه اعمال شده در بودجه سال ۱۳۸۹ کل کشور» با افزایش میزان تعرفه خدمات قضایی مندرج در ماده ۳ قانون وصول برخی

از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین مصوب سال ۱۳۷۳ موافقت کرد. ماده ۳ قانون مزبور دارای ۲۲ بند است که از قام دقیق و روشن هریک از تعرفه های قضایی را پیش بینی و در بند ۱۰ آن هزینه صدور یا تمدید پروانه و کالت پایه یک دادگستری را ۱۰۰ هزار ریال تعیین کرده است ولی در این بخشنامه این رقم به ۲۰۰۰۰،۰۰۰ ریال و به ۲۰ برابر افزایش یافته است. کانون های وکلای دادگستری نسبت به مبنای قانونی بخشنامه مزبور و افزایش بی رویه هزینه صدور و تمدید پروانه و کالت معترض هستند. از آن جا که قوه قضاییه بر پایه اصل ۱۵۶ قانون اساسی پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و مسؤول تحقق بخشیدن به عدالت است و دستیابی به این هدف ها لزوماً و تنها با احترام به اصول قانون اساسی و برقراری حکومت قانون در کشور میسر است انتظار می رود با تشریح دلایل غیرقانونی بودن این بخشنامه درباره آن تجدیدنظر فرمائید. بیش از تشریح دلایل بی اعتباری این بخشنامه نکاتی را در زمینه اصول قانونگذاری در زمینه هزینه های دادرسی و چگونگی تدوین و تصویب قانون بودجه سالانه کل کشور را یادآور می شویم:

بخش یکم - اصول کلی

۱- هزینه دادرسی اصولاً باید در چارچوب قانون آیین دادرسی مدنی پیش بینی شود. مانند باب نهم قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۱۸ که در فصل یکم مواد ۶۸۱ تا ۶۹۰ هزینه دادرسی و در فصل دوم مواد ۶۹۱ تا ۶۹۲ هزینه دفتر و فصل سوم مواد ۶۹۳ تا ۷۰۸ ناظر به اعسار از هزینه دادرسی است. بنابراین قانونگذاری در زمینه هزینه دادرسی در یک قانون دیگر و در ذیل یک عنوان کلی و بی ارتباطی چون «قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین» برخلاف ماده ۱۳۴ آیین نامه داخلی مجلس می باشد از سوی دیگر ماده ۲۳ این قانون که اجازه داده بود ۵۰ درصد از وجوهی که بر پایه ماده ۳ این قانون از باب هزینه دادرسی دریافت می شود در اختیار قوه قضاییه قرار گیرد تا در موارد معینی هزینه نماید برخلاف اصل ۵۳ قانون اساسی بوده است که بر پایه آن:

«کلیه دریافت های دولت در حساب های خزانه داری کل متمرکز می شود و همه پرداخت ها در حدود اعتبارات مصوب به موجب قانون انجام می گیرد».

از همین رو سرانجام با تصویب ماده واحده قانون لغو موارد مصرف قانون مزبور در ۲۳ آذر ۱۳۷۶ این بخش از ایراد اصولی این قانون برطرف گردید.

۲- قانون وصول برخی از درآمدهای دولت مصوب ۱۳۷۳ که در روزنامه رسمی کشور مورخ ۱۳۷۴/۱/۲۹ و برگ های ۱۰۶۲ تا ۱۰۹۶ مجموعه قوانین روزنامه رسمی سال ۱۳۷۳ به چاپ رسیده است به رغم نسخ و حذف موارد مصرف آن، یک قانون معتبر و لازم الاجراست. افزون بر آن، ماده ۵۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه های عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۷۹ میزان هزینه دادرسی و هزینه و کالت نامه و برگ های اجرایی و غیره را به موجب ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین دانسته است. این مقررات تا زمانی که نسخ نشده اند در سراسر کشور و برای قوه قضاییه دارای اعتبار و لازم الاجرا هستند. از سوی دیگر این قانون که دارای طبیعت مالیاتی است بر پایه اصل ۵۱ قانون اساسی تصویب شده و از هنگام تصویب آن به عنوان یک قانون مستقل، خودکفا و بدون نیاز به صدور بخشنامه مانند دیگر قوانین مربوط به هزینه های دادرسی و غیره از سوی مراجع قضایی

و اتاری به مورد اجرا گذارده شده است.

۳- لایحه بودجه سالانه کل کشور یک سند مالی است که بر پایه اصل‌های ۵۲ و ۵۳ قانون اساسی باید از سوی دولت تهیه و برای رسیدگی و تصویب تقدیم مجلس شود. منظور از ترتیباتی که در قانون مقرر می‌شود، مقررات قانون برنامه و بودجه سال ۱۳۵۱ و قانون محاسبات عمومی سال ۱۳۶۶ است. این لایحه، برنامه مالی دولت برای یک سال مرکب از دو ستون درآمدها و هزینه‌هاست که بر پایه قوانین از پیش تصویب شده و دائمی و به‌گونه ماده واحده از سوی دولت تهیه و برای تصویب به مجلس تقدیم می‌گردد. این ماده واحده در برگیرنده سقف بودجه و عوامل تشکیل دهنده آن و جدول‌های درآمدها و هزینه‌ها بدون هرگونه متن اضافی باید تهیه و تقدیم مجلس گردد بنابراین بودجه دولت باید برپایه قوانین عادی مصوب باشد که اجازه اجرای آن‌ها از سوی مجلس به دولت داده می‌شود تا درآمدها و هزینه‌های دولت متوازن و از هر جهت قانونی باشد. نه در خلال لایحه بودجه که از سوی دولت ارائه می‌شود و نه در روند رسیدگی و تصویب این لایحه در مجلس نمی‌توان یک جمله و حتی یک کلمه در قلب ماده، بند یا تبصره قانونگذاری انجام داد.

۴- از سوی دیگر بندهای یک تا ۳ از ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت مصوب ۱۳۷۳ ناظر به کیفی‌های حبس و مجازات‌های تعزیری و تبدیل آن‌ها از سوی دادگاه‌ها به جزای نقدی است. این بندها که دارای وصف کیفر و جزای نقدی هستند در راستای اصل ۳۶ قانون اساسی به موجب قانون وضع و تصویب شده‌اند. بندهای ۴ تا ۲۲ این ماده نیز در زمینه هزینه‌های دادرسی که جنبه مالیات دارند بر پایه اصل ۵۱ قانون اساسی نیازمند تصویب قانون بوده‌اند و قانون وصول برخی از درآمدهای دولت در همین راستا تصویب و به مورد اجرا گذارده شده و از تاریخ تصویب، این‌گونه هزینه‌های دادرسی از دادخواهان در دادرسی‌ها و از وکلای دادگستری به هنگام صدور یا تمدید پروانه وکالت وصول شده‌اند.

بخش دوم- ایرادات بخشنامه مورخ ۱۳۸۹/۱/۱۸

با در نظر گرفتن اصول کلی مربوط به وضع و تصویب قوانین مالیاتی و کیفری و قانون بودجه سالانه کل کشور یادآور می‌شوم که بخشنامه مورخ ۱۳۸۹/۱/۱۸ قوه قضاییه که در خلال آن تعرفه‌های خنثات قضایی مذکور در ماده ۳ قانون وصول درآمدهای دولت مصوب سال ۱۳۷۳ را به استناد بند ۳۶ بخش تغییرات متفرقه اعمال شده در بودجه سال ۱۳۸۹ افزایش داده به دلایل زیر خلاف قانون اساسی و به ویژه خلاف قانون بودجه سال ۱۳۸۹ کل کشور است:

۱- صرف‌نظر از این‌که در قانون بودجه سالانه نمی‌توان قانونگذاری یا قانونی را نسخ کرد اصولاً در قانون بودجه سال ۱۳۸۹ کل کشور هیچ نص صریح و یا حتی ضمنی بر نسخ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت مصوب سال ۱۳۷۳ و یا ماده ۵۰۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب سال ۱۳۸۹ که میزان و تعرفه هزینه‌های دادرسی و هزینه وکالتنامه را به ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت ارجاع داده

۱- ماده یک قانون محاسبات عمومی کشور مصوب سال ۱۳۶۶ در تعریف بودجه مقرر می‌دارد: «بودجه کل کشور، برنامه مالی دولت است که برای یک سال مالی تهیه و جاری پیش‌بینی درآمدها و سایر منابع تأمین اعتبار و برآورد هزینه‌ها برای انجام عملیاتی که منجر به نیل سیاست‌ها و هدف‌های قانونی می‌شود بوده و از سه قسمت به شرح زیر تشکیل می‌شود».

است وجود ندارد و این قوانین به قوت و اعتبار خود باقی و لازم‌الاجرا هستند. قانون وصول برخی از درآمدهای دولت مصوب سال ۱۳۷۳ به عنوان یک قانون مستقل و دائمی به تصویب رسیده و از هنگام تصویب آن همه‌ساله درآمدهای ناشی از آن به حساب درآمدهای عمومی کشور واریز شده است. بنابراین بدون تصویب یک قانون مؤخر در این زمینه قابل نسخ نیست. چنان‌که بخش مصرف آن در موارد معین به موجب ماده واحده قانون ۲۳ آذر ۱۳۷۶ نسخ و از آن‌پس بودجه‌هایی که در این قانون تخصیص یافته بودند حذف و اصل ۵۳ قانون اساسی از جهت این‌که همه پرداخت‌ها در حدود اعتبارات مصوب به موجب قانون انجام گیرند احیا گردید.

۲- نه تنها در قانون بودجه سال ۱۳۸۹ کل کشور هیچ درآمدی از محل هزینه‌های دادرسی و هزینه صدور و تمدید پروانه و کالت دادگستری پیش‌بینی نشده است اصولاً حتی اگر درآمدی در قانون بودجه کل کشور پیش‌بینی شود بدون یک مجوز قانونی قابل وصول نیست. در این زمینه هیچ مستندی گویاتر از ماده ۲۷ قانون محاسبات عمومی کشور نیست که مقرر می‌دارد:

«پیش‌بینی درآمد و یا سایر منابع تأمین اعتبار در بودجه کل کشور مجوزی برای وصول از اشخاص تلقی نمی‌گردد و در هر مورد احتیاج به مجوز قانونی دارد. مسؤلیت حصول صحیح و به موقع درآمدها به عهده رؤسای دستگاه‌های اجرایی مربوط می‌باشد».

بند «ب» از شماره ۱۶ قانون بودجه سال ۱۳۸۹ نیز در راستای ماده ۲۷ قانون محاسبات عمومی کشور در قانون بودجه درج شده و مقرر داشته است:

«کلیه مقامات، مسؤولین و رؤسای دستگاه‌های اجرایی موضوع ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری و بالاترین مقام دارندگان ردیف موضوع این قانون ملزم به رعایت احکام مندرج در بندها و ردیف‌ها و جداول این قانون هستند». قانون بودجه سال ۱۳۸۹ در برگیرنده ۱۹ شماره و هر شماره دارای تعدادی بند است. همان‌گونه که گفته شد در این شماره‌ها و بندها هیچ قانونگذاری در زمینه نسخ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و ماده ۵۰۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی سال ۱۳۷۹ وجود ندارد. در جدول‌های بودجه سال ۱۳۸۹ نیز تنها ارقام درآمدها و هزینه‌ها آمده‌اند. این جدول‌ها هم طبعاً دارای وصف قانونگذاری نیستند و اعتبار و مشروعیت آن‌ها مستند به قوانینی است که بودجه سالانه برپایه آن‌ها تهیه و برای تصویب به مجلس ارائه می‌شود. بنابراین در جداول قانون بودجه هیچ‌گونه ایجاد حق یا تکلیف برای شهروندان کشور بیرون از مندرجات قوانین لازم‌الاجرا کشور امکان‌پذیر نیست.

۳- در حالی که در متن و بندهای بودجه سال ۱۳۸۹ هیچ مستندی برای نسخ ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت وجود ندارد با این حال در مجموعه‌ای که زیر عنوان «قانون بودجه سال ۱۳۸۹ کل کشور» از سوی معاونت حقوقی ریاست جمهوری در تیر ماه سال ۱۳۸۹ چاپ و منتشر گردیده است اوراقی زیر نام «ضمایم و جداول قانون بودجه کل کشور» چاپ شده و در برگ ۱۴۴ از این مجموعه زیر عنوان «بخش ششم: تغییرات متفرقه» در بند ۲۶ چنین آمده است:

«تغییر تعرفه‌های خدمات قضایی برای حصول درآمد مندرج در ردیف ۱۰۱-۱۴۰ جدول شماره ۵ با پیشنهاد وزیر

دادگستری و تصویب رئیس قوه قضاییه انجام خواهد گرفت».

به روشنی می‌توان گفت مندرجات «بند ۳۶ تغییرات متفرقه» نیز قانونگذاری شمرده نمی‌شود و نمی‌تواند مجوز قانونی برای نسخ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و ماده ۵۰۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و افزایش تعرفه هزینه‌های دادرسی و صدور و تمدید پروانه و کالت دادگستری باشد. زیرا:

الف- لایحه بودجه در جلسه علنی روز دوشنبه ۲۴ اسفند ۱۳۸۸ مجلس به تصویب نهایی رسیده و مصوبه مجلس در ۲۵ اسفند ۱۳۸۸ به تأیید شورای نگهبان رسیده است و امضای رئیس مجلس بر تأیید این مراتب در ذیل آن قرار گرفته است. (پیوست یک) این مصوبه بر پایه ماده یک قانون ملتی پس از صدور دستور اجرا از سوی رئیس جمهور در روزنامه رسمی انتشار یافته و دربرگه‌های ۳۹۳ تا ۵۲۳ مجموعه قوانین روزنامه رسمی سال ۱۳۸۸ به چاپ رسیده است. قانون بودجه سال ۱۳۸۹ که بر حسب ضیعت و تعریف آن برنامه مالی دولت برای یک سال است در برگیرنده ماده واحده و ۱۹ شماره و بندهای گوناگون است و قهراً دارای هیچ نصی در زمینه نسخ مقررات مربوط به تعرفه خدمات قضایی نیست.

ب- آن چه زیر نام «بخش ششم: تغییرات متفرقه» در مجموعه انتشار یافته از سوی معاونت ریاست جمهوری چاپ شده و بند ۳۶ آن در باره «تغییر تعرفه‌های خدمات قضایی» هرگز در مجلس به تصویب نرسیده و مورد تأیید شورای نگهبان قرار نگرفته و دستور اجرای آن نیز از سوی رئیس جمهور صادر نگردیده است. از همین رو در روزنامه رسمی کشور هم انتشار نیافته و دارای وصف قانون نیست. قانونگذاری در باره یک لایحه یا طرح، تابع تشریفات و ترتیبات مقرر در اصل ۷۴ قانون اساسی و مواد آیین‌نامه داخلی مجلس و انجام شور و رأی‌گیری در کمیسیون تخصصی و جلسه علنی و تصویب روشن و قطعی آن و اعلام مغایرت نداشتن آن با قانون اساسی از سوی شورای نگهبان به موجب اصل ۹۴ است. ولی آن چه در مجموعه معاونت ریاست جمهوری چاپ شده است هرگز چنین روندی را دنبال نکرده و دارای ارزش و اعتبار قانونگذاری نیست.

پ- از سوی دیگر، مرجع تصمیم‌گیرنده در مورد بند ۳۶ تغییرات متفرقه و نیز تاریخ آن در مجموعه‌ای که معاونت حقوقی ریاست جمهوری به چاپ رسانیده مشخص نشده است. ولی با درخواست از اداره قوانین مجلس یک برگ برای کانون مرکز فکس گردید که نام امضای «عبداللہی» در زیر آن به چشم می‌خورد و البته ایشان رئیس کمیسیون تلفیق بودجه سال ۱۳۸۹ بوده‌اند بدیهی است نه شخص رئیس و نه اعضای این کمیسیون، قوه قانونگذاری نیستند. کمیسیون‌های مجلس صرفاً لایحه دولت یا طرح تقدیمی نمایندگان را بررسی و تنها در باره رد یا قبول آن می‌توانند به مجلس گزارش بدهند. از سوی دیگر در ذیل این برگ، تاریخ ۸۷/۱۲/۲۶ به چشم می‌خورد که دور روز پس از تصویب لایحه بودجه در جلسه علنی مجلس و یک روز پس از تأیید مصوبه مجلس در شورای نگهبان امضا شده است. (پیوست ۲) بنابراین به هیچ عنوان نمی‌توان این نوشته را بخشی از قانون بودجه سال ۱۳۸۹ برشمرد چه رسد به این که آن را نسخ ماده ۳ قانون وصول برخی از

درآمدهای دولت و یا ماده ۵۰۳ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی سال ۱۳۷۹ تلقی کرد.

ت- ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت ارقام دقیق و انواع تعرفه‌های قضایی و از جمله هزینه صدور و تمدید پروانه و کالت دادگستری را پیش‌بینی کرده و از آن هنگام تا کنون این تعرفه‌ها اجرا شده‌اند. ولی در بند ۳۶ تغییرات متفرقه، میزان و ارقام این تعرفه‌های قضایی ادعایی پیش‌بینی نشده و صرفاً گفته است «برای حصول درآمد مندرج در ردیف ۱۴۰۱۰۱ جدول شماره ۵». از آنجا که هزینه‌های دادرسی و هزینه صدور و تمدید پروانه و کالت دادگستری در ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت به نام مالیات و بر پایه اصل ۵۱ قانون اساسی به تصویب مجلس رسیده و از شهروندان کشور وصول شده‌اند و از آنجا که بندهای ۱ تا ۳ ماده ۳ این قانون که جزای نقدی را مقرر کرده است دارای وصف مجازات هستند و بر پایه اصل ۳۶ قانون اساسی به تصویب مجلس رسیده و در مراجع کیفری مورد حکم دادگاه قرار می‌گیرند بنابراین بدون تصویب قانون جدید در مجلس نمی‌توان چنین مالیات‌هایی را از شهروندان وصول و یا چنین کیفرهایی به نام جزای نقدی به آنان تحمیل کرد. بنابراین اعتبار ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت مصوب ۱۳۷۳ و اعتبار ماده ۵۰۳ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی سال ۱۳۷۹ همچنان به قوت خود باقی است و بند ۳۶ تغییرات متفرقه که جایگاهی از نظر اصول قانونگذاری و روند تصویب لایحه بودجه ندارد و از سوی رئیس کمیسیون تلفیق پس از تصویب قانون بودجه در مجلس امضا شده است دارای ارزش قانونی نیست و از همین رو در روزنامه رسمی کشور انتشار نیافته است.

بنابه مراتب مزبور پیشنهاد شماره ۸۷/۰۱/۱۳۷۰ مورخ ۱۳۸۹/۱/۱۶ آقای وزیر محترم دادگستری دارای مبنای قانونی نیست و از روی اشتباه ارائه شده است. به ویژه آن که قوانین مالیاتی از جمله قانون وصول برخی از درآمدهای دولت خودکفا هستند و در روند اجرا نیازی به صدور بخشنامه ندارند. از آنجا که حقوق ملت ایران بر پایه اصول قانون اساسی به ویژه اصل تفکیک قوا و اصول مربوط به وضع مالیات‌ها و تعیین مجازات‌ها و حق قانونگذاری مجلس تضمین شده است و شهروندان کشور به ویژه وکلای دادگستری ایران که بر پایه حرفه خود مدافع قانون هستند شایستگی دارند از حقوق مقرر در قانون اساسی برخوردار باشند از جناب عالی درخواست می‌کنیم دستور توقف اجرای بخشنامه شماره ۹۰۰/۱۴۰۲/۱۰۰ مورخ ۱۳۸۹/۱/۱۸ در زمینه افزایش تعرفه صدور و تمدید پروانه و کالت دادگستری را که فاقد مبنای قانونی است ضمن برطرف کردن آثار اجرایی آن صادر فرمایید.

با احترام

کانون وکلای دادگستری مرکز
و کانون‌های وکلای دادگستری فارس، آذربایجان شرقی،
آذربایجان غربی، اصفهان، مازندران، خراسان، گیلان،
قزوین، کرمانشاه و ایلام، خوزستان، همدان، قم،
کردستان، گلستان، اردبیل، مرکزی، بوشهر، زنجان و لرستان.

گیرنده: جناب آقای سیدمر تفضلی بختیاری وزیر محترم دادگستری

ریاست محترم مجلس شورای اسلامی با تقدیر سلام و عرض ادب

۱۰۱

مجله حقوقی شماره ۱۰۱، دوره دوم، ۱۳۹۰

اینجانب دکتر غلامرضا طیرانیان با سابقه‌ای قریب پنجاه سال قضاوت و وکالت دادگستری و آشنایی با انواع اعتراضات به حق و آگاهی از لزوم آزادی دفاع از آن، طرح پیش‌نویس قانون جامع وکالت مطالعه و بررسی و به شرح زیر نقطه نظرهای خود را راجع به این طرح تقدیم و استدعای بذل عنایت دارم:

۱- وکالت دادگستری نهادی است تأسیس یافته در ذات و جوهره خود با هدف عالی به منظور تضمین حق آزادی افراد ملت در دفاع از حقوق اساسی و انسانی، آن‌گاه که حقوق مزبور مورد تعرض قرار گیرند لذا هر نوع وابستگی این نهاد به قوای عمومی با طبع آن در تناقض و مصادق بارز نقض غرض است. لایحه استقلال کانون وکلای دادگستری به عنوان قانونی مترقی در سال ۱۳۲۳ شمسی، هدف از تأسیس وکالت دادگستری را به شایستگی تأمین نمود.



استقلال کانون وکلای دادگستری در ماده یک و استقلال هیأت مدیره کانون در ماده چهار و استقلال وکیل دادگستری در ماده هفده این قانون تضمین شده و تصویب هر قانونی که به استحکام مواد مزبور خدشه وارد کند مستقیماً سبب محرومیت افراد ملت از حقوق انسانی خود مقرر در قانون اساسی خواهد شد.

ماده چهار لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری با تصویب قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت دادگستری مصوب سال ۱۳۷۶ نسخ و در نتیجه استقلال از جامعه وکالت در مورد انتخاب آزاد مدیران کانون‌ها سلب گردید که احیای مجدد آن ضرورت دارد. زیرا هر وکیل دادگستری پس از احراز شرایط سنی و سابقه وکالت و طبعاً و قانوناً واجد صلاحیت برای تصدی مدیریت کانون نیز می‌باشد، مگر این‌که قبلاً صلاحیت خود در شغل وکالت را از دست داده که در این صورت حق ندارد برای مدیریت کانون نامزد شود.

۲- تهیه‌کنندگان طرح پیش‌نویس قانون جامع وکالت برخلاف مصالح جامعه ایرانی و حتی با نادیده گرفتن مصلحت خود که ممکن است روزی در معرض اتهام قرار گیرند و برای دفاع از حقوق خود در دعاوی به وجود وکیل شجاع و مستقل نیاز داشته باشند، زیرکانه و با ظرافت و به‌کارگیری الفاظ: «مستقل» و یا «استقلال» و یا «استقلال کامل» در غیر معنای موضوعه به گونه‌ای طرح مزبور را تدوین نموده‌اند که به سادگی نمی‌توان به غرض پنهان ایشان که سلب استقلال از جامعه وکالت است پی‌برد.

مندرجات طرح، آن‌چنان شجاعت و استقلال را از جامعه وکالت دادگستری باز پس گرفته که وکیل دادگستری برای صیانت از زندگی شخصی و آینده شغلی خود ناگزیر باید حقوق موکل خویش را فدا کند و از تنزل شأن خود در مقابل موکل شرمسار گردد و حتی بدون نیاز به تهدید مستقیم، از جانب قوای «مرئی و نامرئی»، هیچ‌گاه صاحبان اقتدار را علیه خود به خشم نیاورد، ضعفی که در نهایت به زیان حقوق اساسی موکلین او و ملت ایران خواهد بود.

ظرافت‌های ماهرانه در تدوین طرح

- در لایحه استقلال مصوب ۱۳۲۳، کلمه «مستقل» پس از عبارت لایحه «کانون وکلای دادگستری مؤسسه‌ای است» به‌کار رفته، به معنای استقلال کانون در برابر قوای غیر خود، ولی در طرح قانون جامع وکالت از لفظ «استقلال» زیرکانه و با غرض خاص این‌گونه استفاده شده «کانون مؤسسه‌ای است، دارای شخصیت حقوقی مستقل...» به عبارت دیگر تنها با یک جابجایی لفظ «مستقل» استقلال را از کانون سلب و به صورت توضیحات واضح اشاره کرده‌اند که کانون دارای شخصیت حقوقی است، اما مستقل، یعنی جدا از شخصیت حقیقی اعضای

کانون و کلاهی دادگستری که مطلقاً به این توضیح نیازی نیست.

- طبق ماده ۱۷ لایحه استقلال کانون و کلاهی دادگستری مصوب ۱۳۳۳ از تاریخ اجرای این قانون هیچ و کیلی را نمی‌توان از شغل و کالت معلق یا ممنوع نمود، مگر به موجب حکم قطعی دادگاه انتظامی، مفهوم این ماده و مرجعی که حق داشت و کیلی دادگستری را از شغل خود معلق یا ممنوع کند، یعنی دادگاه انتظامی و کلا، کاملاً صریح، واضح و معین بود و قانونی است مخصوص در برابر عمومات سایر قوانین و به و کیلی دادگستری اطمینان و امنیت عطا می‌کرد که تحت هیچ شرایطی سایر قوا به خود اجازه ندهند برای تنبیه و کیلی شجاع و ستمم در حفظ حقوق موکل و تنبیه سایر و کلاهی دادگستری آنان را به علت انتخاب موکل و نحوه دفاع از شغل و کالت محروم و عمری سرمایه و زندگی مادی و معنوی او را ضایع نمایند.

حال ملاحظه فرمایید ماده ۷۰ طرح قانون جامع و کالت را که با حفظ ظاهر و تقلید عبارتی از لایحه استقلال کانون و کلاهی دادگستری، مقرر می‌دارد: «هیچ و کیلی را نمی‌توان از شغل و کالت معلق یا به محرومیت از اشتغال به و کالت محکوم کرد، مگر به موجب رأی قطعی مراجع صالح مطابق این قانون» و چون مراجع صالح معین نشده، قانوناً مراجع قضایی قوه قضاییه صالح‌اند، به عبارت دیگر این امکان به قوه قضاییه داده شده تا بنابه مصلحت دولت بتوانند هر و کیلی را برای همیشه از زندگی ساقط نمایند، اگرچه وی طبق ضوابط جامعه و کالت، شجاع و وظیفه‌شناس‌ترین و کیلی در دفاع از موکل خود باشد!

- در این طرح عمداً و با نیت خاص تعریفی از بسیاری کلمات مؤثر در وظایف و کیلی و حدود آن ارائه نشده و سرنوشت و کیلی در اختیار کسانی قرار می‌گیرد که مفهوم مورد تمایل خود را به عنوان معنای عرفی الفاظ بر و کیلی تحمیل نمایند.

از جمله تعریف نشده است:

- همکاری و مشارکت با قوه قضاییه در ماده یک طرح قانون جامع و کالت، خصوصاً در مواردی که و کیلی حسب‌الوظیفه ناگزیر است برای حفظ آزادی مشروع و حق موکل در مقابل قوه قضاییه ایستادگی کند و مشارکت و همکاری مقبور نباشد.

- غیردولتی در مواد ۴ و ۲۱ طرح قانون جامع و کالت، در حالی که طبق مواد ۱۹ و ۲۰ این طرح دولت یعنی دادسرا و دادگاه انتظامی قضات وابسته به قوه قضاییه و دولت به معنی عام با عنوان نظارت، مستقیماً در تعیین اعضای هیأت مدیره کانون‌های و کلاهی دادگستری دخالت و کانون را به مرکزی انتصابی و دلتی تبدیل می‌نمایند.

از این الفاظ مبهم که ناقض استقلال جامعه و کالت دادگستری است در طرح قانون جامع و کالت فراوان گنجانده شده و به سهولت می‌توان دریافت که هدف پنهان نویسندگان طرح در ضمن به کارگیری کلمات «مستقل» و «استقلال کامل»، سلب کامل استقلال از جامعه و کالت و انقیاد و کلاهی دادگستری در برابر قوای دیگر بوده است. در صورت لزوم توضیحات روشن‌تر در جهت مغایرت اکثر موارد این طرح با حق آزادی دفاع ملت ایران و استقلال و کالت دادگستری در کمیسیون‌های مربوطه مجلس شورای اسلامی تقدیم خواهد شد.

البته اینک که در اجرای خلاف قانون و بی‌رویه ماده ۱۸۷ قانون توسعه سوم اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، تعدد کثیری از جوانان فارغ‌التحصیل کشور در کسوت و کالت دولتی به کار و زندگی اشتغال دارند، به عنوان ضرورتی ناگوار لازم است با تصویب ماده واحده‌ای و کلاهی مزبور به عضویت کانون‌های و کلاهی دادگستری پذیرفته شوند.

مصلحت ملت ایران در رابطه با و کالت دادگستری ابقای لایحه استقلال کانون و کلاهی دادگستری مصوب ۱۳۳۳ و احیای موادی از آن است که در جهت نقض استقلال جامعه و کالت نسخ گردیده است، و الاً صریحاً اعلام کنند که و کالت دادگستری نباید مستقل باشد.

دکتر غلامرضا طبرانیان

خبرها و حاشیه‌ها

بازخوانی خبرها و رویدادهای سال گذشته

شاپور اسماعیلیان

اشاره

به روال برخی از نشریات، خبرها و حاشیه‌های نخستین شماره نشریه را در سال جدید، به بازخوانی برخی اخبار و رویدادهای سال گذشته در حوزه حقوقی، اختصاص می‌دهیم. با توجه به محدودیت صفحات نشریه، این بازخوانی شامل خلاصه مهم‌ترین آن‌ها در بخش قضاوت و وکالت و رویکردهای تفهینی مرتبط خواهد بود:

باید جلو اعمال نفوذها در قوه قضاییه گرفته شود

در نخستین روزهای سال ۸۹، آیت‌الله لاریجانی، رئیس قوه قضاییه با چند تن از مراجع تقلید در قم دیدار و گفت و گو کرد. شاید رئیس دستگاه قضایی، پیش‌بینی کرده بود که سال جدید، «سال حجمه‌های فراوان» علیه قوه قضاییه است زیرا با درگیر شدن قوه قضاییه با چندین پرونده کلان امانتد پرونده فساد مالی در بیمه ابران یا قضایای بازداشتگاه کهریزک و جریان‌های سیاسی، فشارها به قضات فزونی یافت. آیت‌الله مکارم شیرازی در این دیدار تأکید کرد «باید جلو اعمال نفوذها در قوه قضاییه گرفته شود... برخی می‌خواهند استقلال قوه قضاییه را زیر سؤال ببرند. حتی گاهی این کار از سوی برخی دولتمردان و گاه از سوی افراد متمکن صورت می‌گیرد... بی‌دلیل نبود که در سال گذشته، رئیس قوه قضاییه، مکرراً از تسلیم نشدن در برابر حجمه‌ها و جوسازی‌ها به زیرمجموعه خود هشدار داد و دفاع از شان و اعتبار و اقتدار دستگاه قضایی را ضروری دانست.



افزایش تعرفه‌های قضایی

در اوایل سال گذشته، بر اساس اختیار تفویضی به رئیس قوه قضاییه و مطابق بخشنامه صادره از طرف ایشان، تعرفه‌های خدمات قضایی مندرج در ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین، مصوب ۱۳۷۳ از جمله مجازات تعزیری موضوع تخلفات رانندگی و جزای نقدی بدل از حبس کمتر از نود و یک روز افزایش فاحشی کرد. هر چند این رویکرد خلاف اصل ۸۵ قانون اساسی و معایر ب‌دیگر اصول مربوط به تفکیک قوا و وظایف رئیس قوه قضاییه بود و از همین رو، مورد انتقاد برخی از حقوقدانان قرار گرفت اما این انتقادات به نتیجه‌ای نرسید و با وجود این که برخی از تعرفه‌ها تا ۵۰ یا ۱۰۰ برابر افزایش یافت اما این بخشنامه همچنان اجرا می‌شود. اگرچه «هدم‌اند کردن یارانه‌ها در عدلیه!» زود هنگام و شوک‌آور بود، اما اینک با اجرای قانون هدم‌اند کردن یارانه‌ها چه بسا افزایش بهای مواد سوختی، گاز خانگی و برق و تورم ناشی از آن، اقدام زود هنگام عدلیه را توجیه نماید!

■ وکیل دادگستری، عضو هیات علمی دانشگاه - ارومیه.

تعليق دادستان سابق تهران و دو قاضی متهم پرونده کهريزک

به دنبال تعليق دادستان سابق تهران و دو مقام قضايی متهم در جنایت بازداشتگاه کهريزک که نتیجه پيگيري های مستمر خانواده قربانیان بود، این رویکرد سبب گردید، ۲۱۶ نماینده مجلس در اوایل شهریور ۸۹، طی بيانيه خود، از اقدامات قوه قضاييه تشکر نمایند. در بخشی از این بيانيه آمده است: «... رسیدگی به پرونده متهمان در دادگاه نظامی و دادگاه انتظامی و حکم تعليق دادستان سابق تهران و دو قاضی متهم پرونده، نسیم التيامبخشی است که از سوی قوه قضاييه به کشور وزیده است. برخورد قاطع و بی طرفانه قوه قضاييه در این مسأله، امید را در دل مردم زنده ساخت.» آخرين خبر به نقل از سخنگوی قوه قضاييه (در مورخ ۸۹/۱۲/۹) درباره متهمان کهريزک حاکی است: ظاهراً پرونده متهمان در مرحله تحقیقات است و «هنوز پاسخ اسعلامها نیامده است.» (روزنامه شرق، ۸۹/۱۲/۱۰)

بيان مواضع رئيس قوه قضاييه درباره وكلا و انتقادات از قوه قضاييه

در طول سال گذشته، ایت الله صادق لایجانی، رئيس قوه قضاييه به مناسبت های گوناگون و در قبال رویدادهای مرتبط با وكلا و قضات، همواره مواضع خود را بيان داشته است. وی در دیدار آبان ماه ۸۹ اعضای هیأت مدیره کانون وكلاي دادگستری مرکز گفت: کانون وكلا نهادی است که باید تعامل منطقی و صحیح با قوه قضاييه داشته باشد و دستگاه قضايی از اصلاح و تقویت سازوکارهای کانون وكلا حمایت می کند. وی افزود: متأسفانه اقدامات برخی افراد سودجو و تعدادی از واسطه گرها، چهره وكالت را مخدوش کرده است.

رئيس قوه قضاييه، برخی از اظهارنظرهای وكلا در خصوص اقدامات دستگاه قضايی و نیز مصاحبه با رسانه های بيگانه را، موجب وهن جامعه وكالت دانست. برخی از حقوقدانان به آن چه رئيس قوه قضاييه آن را «مخدوش کردن چهره وكالت از سوی تعدادی از وكلاي واسطه گر» خواند، طی مصاحبه ها و يا مقالاتی واکنش نشان دادند و رئيس اسكودا نیز اعلام کرد اگر مصاحبه وكلا در بردارنده وصف مجرمانه باشد شخصاً پاسخگو هستند و وصف مجرمانه را به فرض وجود، نمی توان به آحاد صنف تشری داد (ر.ک به خبرها و حاشیه ها، همین نشریه، شماره ۵۴) به هر حال، بيان مواضع رئيس قوه قضاييه درباره برخی وكلا، در حالی بود که انتقادات که از قوه قضاييه بالا گرفت، زیرا محمدمتقی رهبر، نماینده اصفهان و رئيس فراکسیون روحانیون مجلس، در گفت و گویی مدعی شده بود که «خبرهای رسیده حاکی از این است که رشوه گیری در سطح قضات افزایش یافته و مردم بارها با مراجعه به او اعلام کرده اند که فلان قاضی يا فلان رئيس مجتمع، از ما درخواست رشوه کرده و قضات حاضرند با گرفتن پول، رأی خود را تغییر دهند.» جمعی از قضات تهران در شکواییه ای به دادستان دادگاه ویژه روحانیت، با ابراز نگرانی از طرح چنین مسأله ای، خواستار پیگرد قانونی و قضايی این نماینده مجلس شدند (روزنامه ملت ما، ۸۹/۹/۸)، رئيس قوه قضاييه نیز با واکنش به این گونه اظهارات، گفت رسانه ها و برخی افراد در اظهار نظر خود نسبت به قوه قضاييه، طوری سخن نگویند که هیبت و قدرت قوه قضاييه زیر سؤال برود. وی در عین حال تأکید کرد به شدت در پی نظارت بر کار قضات هستیم و نمی خواهیم ادعا کنیم که وضع دستگاه قضايی صد در صد مطلوب است.» (همان منبع)

تصویب ماده ۱۸۷ مکرر به قانون برنامه پنجم توسعه و فرجام آن

شامگاه روز دوشنبه ۸۹/۹/۸ مجلس شورای اسلامی در بررسی مواد برنامه پنجم توسعه، ماده ۱۸۷ مکرر را به تصویب رساند که در کمیسیون تلفیق اضافه شده بود. به موجب این ماده به مؤسسات حقوقی دارای مجوز از کانون وكلا یا قوه قضاييه اجازه داده می شد تا از خدمات فارغ التحصیلان رشته حقوق بعد از طی دوره یک ساله کارآموزی در مؤسسات مذکور برای طرح و پيگيري دعای دولتی استفاده نمایند (!) و یا سازمان ثبت اسناد و املاک،

امور مالیاتی، تأمین اجتماعی و صندوق‌های بازنشستگی، از خدمات این نوع فارغ‌التحصیلان به عنوان مأمورین غیردولتی (!) اجرای احکام و اسناد بهره‌مند شوند این یعنی واگذاری بیت‌المال و حقوق مردم به افراد فاقد تجربه و یا زمینه دخالت بخش خصوصی در امور مالی بیت‌المال و مردم و تضییع آن که با ایراد به جای شورای نگهبان، این مصوبه حذف و به جای آن قوه قضاییه موظف شد ظرف سال اول برنامه توسعه پنجم، لایحه جامع وکالت و مشاوره حقوقی را تدوین و برای تصویب، مجاس تفهیم نماید اما معنوم نیست وکلا در تدوین این لایحه تا چه حد دخالت خواهند کرد. تصویب این مقرره در حالی است که اول آذرماه ۸۹ (طرح وکالت) که گفته می‌شود تا حدودی طرح قابل فیولی است، با امضای ۱۵۱ نماینده به مجلس تقدیم و در کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس اعلام وصول شده است.

تمدید مکرر تعلیق اجرای اصلاح آیین‌نامه اجرایی لایحه قانونی استقلال کانون وکلا

تصویب اصلاح آیین‌نامه اجرایی لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری مصوب ۱۳۳۴، توسط رئیس سابق قوه قضاییه از جنجالی‌ترین و سنگین‌انگیزترین اقدام‌های قوه قضاییه بود که در ۲۷ خرداد ۱۳۸۸ در اوج التهابات سیاسی و اجتماعی بعد از انتخابات ریاست جمهوری رخ داد. اعتراض‌های گسترده جامعه و کلا به این مصوبه خلاف اصول متعدد قانون اساسی و قوانین عادی، در حالی بود که «عوقب‌شناسی» و «شوعی شهر»، از نظر مترجمان و بدخواهان استقلال کانون وکلا، تصویب - بگوییم به - امضا رساندن - آن را، به وسیله رئیس سابق قوه قضاییه، توجیه می‌کرد. اما برخلاف این تصور باطل، واکنش‌های مستمر و کلا و بیانیه کانون‌های نوزده‌گانه مبنی بر این که «این آیین‌نامه از اساس قابلیت اجرایی ندارد» و روشنگری‌های دیگر، باعث گردید توقف اجرای این به اصطلاح آیین‌نامه، چندین بار تمدید شود که آخرین بار آن برای یک سال و در ۲ اسفند ۱۳۸۹ بود. به نظر می‌رسد با تمدید مکرر تعلیق این آیین‌نامه دیگر فوه قضاییه، نیز تمیزی برای اجرا به‌خاطر تحمل هزینه‌های ناشی از اجرا آن ندارد.

قوه قضاییه در برابر هجمه ناشی از جنجال پرونده روزنامه ایران

خبرهای مربوط به پرونده مدیر مسؤول روزنامه دولتی «ایران» از زمانی جنجالی شد که دادستان تهران پس از پایان دادگاه کاوه اشتهاوردی مدیر مسؤول این روزنامه، از عموم مطبوعات و سایت‌ها خواست تا انتشار لایحه دفاعیه مدیر مسؤول خودداری کنند اطلاعیه دادستانی که به استناد ماده ۱۸۸ قانون آیین دادرسی کیفری دادگاه‌های عمومی و انقلاب بود، از آن‌جا که انتشار لایحه دفاعیه اشتهاوردی را متضمن توهین به افراد و تخلف از مقررات ماده مرقوم می‌دانست. از مدیران رسانه‌ها خواست از لایحه دفاعیه مربوط به پرونده‌ای که شاکی آن، مهدی هاشمی بود، خبری منتشر نکنند. این رویکرد مورد اعتراض برخی از مدیران رسانه‌های اصولگرا یا دولتیان، چون غلامحسین الهام مشاور حقوقی رئیس جمهور واقع شد. از این رو، ایشان و دادستان عمومی تهران در ضمن انتشار مقالاتی به این روند واکنش‌های شدیدی نشان دادند. غلامحسین الهام در مورخ ۸۹/۷/۲۰ در سرمقاله روزنامه ایران با عنوان «حفظ حرمت اصحاب فتنه!» به دفاع از اشتهاوردی پرداخت و از دستور جلوگیری از انتشار لایحه دفاعیه، انتقاد کرد. دکتر عباس جعفری دولت‌آبادی، دادستان عمومی و انقلاب تهران نیز با نگارش و مقالات مفصل و مستندی، انتشار لایحه دفاعیه مدیر مسؤول روزنامه ایران را خلاف قانون اعلام کرد. این جنجال وقتی بالا گرفت که به موجب دادنامه صادره، اشتهاوردی به اتهام افترا و نشر اکاذیب به تحمل شش ماه حبس تعزیری و ۱۰ ضربه شلاق محکوم شد و این در حالی بود که مجازات حبس و شلاق (برخلاف صراحت ماده ۳۶ قانون مجازات اسلامی راجع به عدم قابل اجرا بودن مقررات تعلیق مجازات به علت تعدد جرم عمدی) به مدت سه سال به حالت تعلیق درآمده

بود. دکتر الهام مشاور حقوقی رئیس جمهور، حکم صادره برای مدیر مسؤؤل روزنامه ایران را، اشتباه بزرگ قانونی و سیاسی خواند. روزنامه‌های کیهان و جام جم نیز به این حکم واکنش نشان دادند و همین‌طور اشخاص دیگر، که سخنگوی قوه قضاییه به این انتقادات پاسخ داد. (برای اطلاع از تفصیل موضوع و بحث‌های حقوقی مرتبط با آن، رک به شماره ۵۵ مدرسه حقوق).

تصویب لایحه نظارت بر رفتار قضات

در ماه‌های آخر سال ۸۹، نمایندگان مجلس شورای اسلامی به تصویب لایحه‌ای پرداختند که در صورت تأیید نهایی آن، نظارت بر نحوه عملکرد رفتار قضات، رسیدگی به تخلفات انتظامی و صلاحیت قضایی آنان، مطابق این قانون می‌باشد. همین‌طور اظهار نظر در خصوص اشتباه، تقصیر قاضی، موضوع اصل ۱۷۱ قانون اساسی در صلاحیت دادگاه عالی انتظامی قضات است. اما این که برخی از مقررات این مصوبه تا چه حد با استقلال قاضی و قضا تعارض دارد، مستلزم ملاحظه متن اصلی قانون پس از نهایی شدن آن می‌باشد.

آغاز رسیدگی به پرونده بیمه ایران

نخستین جلسه رسیدگی به مهم‌ترین پرونده فساد مالی معروف به پرونده بیمه، در ۸ اسفند سال گذشته در شعبه ۷۶ دادگاه کیفری استان تهران برگزار شد. این پرونده پرحاشیه (فعالاً) ۵۴ متهم دارد که اتهام آن‌ها بر اساس کیفرخواست صادره از سوی دادسرای عمومی و انقلاب تهران، مشارکت و معاونت در اختلاس با تشکیل شبکه چند نفره به واسطه همکاری با کارمندان بیمه، وصول وجه چک‌های ناشی از اختلاس شرکت بیمه و تحصیل نامشروع از محل وجوه چک‌های مذکور است. براساس متن کیفرخواست، چند نفر از مدیران بیمه ایران در شعبه‌های کرج و فاطمی تهران با به کار بردن ترفندهای گوناگون مانند صدور دو چک بابت خسارت و دیه در یک پرونده، یکی برای زیان دیده و دیگری برای خود، تشکیل پرونده‌های خسارت واهی و صدور چک‌هایی به نام بستگان و آشنایان خود به عنوان زیان‌دیده اقدام نموده و از حساب شرکت بیمه وجوه برداشت نموده‌اند.

رئیس قوه قضاییه، در سال ۱۳۸۸ از شناسایی و دستگیری یک باند بزرگ مفسد اقتصادی، در یکی از شرکت‌های دولتی خبر داده بود که به گفته لاریجانی «فرد این باند توانسته‌اند با جعل اسناد دولتی و قضایی، میلیاردها تومان به حقوق مردم و بیت‌المال خسارت وارد کنند که فقط اختلاس یک نفر از آنان، شش میلیارد تومان است.» این خبر فردای آن روز به تیر نخست بسیاری از روزنامه‌ها بدل شد و به طور سرپسته اعلام شد یک مقام ارشد دولتی در رأس این شبکه اختلاس بزرگ میلیاردی قرار دارد. هر چند بعدها نام این مقام ارشد دولتی در نشست خبری سخنگوی قوه قضاییه و در پی پرسش خبرنگاران، فاش شد اما به گفته محسنی‌اژه‌ای، تحقیقات در مورد این شخص ادامه دارد.

از این جهت که دستگاه قضایی مقتدرانه توانسته است این باند را شناسایی و بدون ملاحظات شخصی و جانبدارانه با رعایت قانون به اتهامات آنان رسیدگی کند، قابل قدر دانی و مسرت‌بخش است، اما از این جهت که در نظام جمهوری اسلامی ایران، بسترهای سوءاستفاده از موقعیت اداری و ارتکاب چنین جرایمی وجود دارد، تأسف برانگیز و ناراحت‌کننده است. (منبع خبر - روزنامه شرق، ۸۹/۱۲/۹)

گفتنی است دو روز بعد، مصطفی پورمحمدی، رئیس سازمان بازرسی کل کشور در همایش دادستان‌های سراسر کشور که در آن مسؤؤلان قوه قضاییه به انتقاد از مشکلاتی که فراروی این قوه قرار دارد، پرداختند به‌طور مصداقی پرونده بیمه را مورد اشاره قرار داد و تأکید کرد که نمی‌توان به راحتی حریف آقایان در پرونده بیمه ایران شد. این



طنین

مشاوره حقوقی تلفنی

محمد رضا محمدی جرقویه‌ای

س: من خانم ... هستم. پسرم و دامادم هر کدام جداگانه پرونده ای را می‌خواهند تشکیل بدهند، من پیشنهاد دادم که به شما مراجعه کنند، خواستم خواهش کنم که وکالت ایشان را بپذیرید. مشاور: مشکل ایشان چیست؟

س: پسرم، خدا نصیب نکند، زن تنبل و وارفته‌ای دارد. ابتدا دست به سیاه و سفید نمی‌زند، اصرار دارد که صبحانه را در رختخواب بخورد. بعد از ظهرها هم تا غروب می‌خوابد، بعد هم از خانه بیرون رفته و تا نصف شب مشغول گردش و خوشگذرانی است و پسرم مجبور است غذا بپزد، لباس بشوید و در یک کلام پسرم خیلی بدبخت است، من پیشنهاد طلاق داده‌ام و می‌خواهم طلاق عروسم را بگیرم.

مشاور: دخترتان هم همین‌طور بدبخت شده است؟
س: خیر دخترم خوشبخت است، همان‌که می‌خواستم شده است. ابتدا دست به سیاه و سفید نمی‌زند، صبحانه را در رختخواب می‌خورد، بعد از ظهرها هم تا غروب می‌خوابد و بعد هم به گردش می‌رود و تمام کارهای خانه را شوهر مهریانش انجام می‌دهد. هم دخترم و هم شوهرش هر دو واقعا خوشبخت هستند.

مشاور: پس مشکل ایشان چیست؟

س: در محل کارش با کسی مشکل دارد و می‌خواهد به شما وکالت بدهد تا مطالباتش را وصول کنید.

■ ■ ■ ■

س: سلام، من قصد دارم از دست پسرم به خاطر دزدی شکایت کنم، خواستم به شما وکالت بدهم که موضوع را پیگیری کنید.

مشاور: شما مطمئن هستید که پسران از شما دزدی کرده است؟

س: بله.

مشاور: خودتان دیده‌اید؟

س: خیر.

مشاور: پس چگونه مطمئن هستید؟

س: امروز وقتی سر جیب‌هایم رفتم دیدم مقداری از آن نیست. مطمئن شدم که کار کار پسرم است.

مشاور: شما با پسران دو نفری در یک خانه زندگی می‌کنید؟

س: خیر همسرم هم هست.

مشاور: شاید کار همسران باشد.

س: خیر، اگر همسرم سر جیب‌ام رفته بود چیزی برای من باقی نمی‌گذاشت در حالی که سارق مقداری از آن را باقی گذاشته است.

- بوق، بوق، بوق.

■ ■ ■ ■

س: من موکل شما در پرونده مطالبه چک به مبلغ ۵۰ میلیون تومان هستم.

مشاور: همان‌که در مرحله اجرایی می‌باشد و حکم جلب محکوم علیه را داریم؟

س: بله، خواستم بگویم شما بروید در اجرا اعلام رضایت کنید

مشاور: پولتان را گرفتید؟

س: خیر.

مشاور: پس چرا قصد گذشت دارید، نکند شما را تهدید کرده‌اند؟

س: بله، به خانم زنگ زده‌اند و همسرم را تهدید کرده‌اند.

مشاور: نگران نباشید، هیچ غلطی نمی‌تواند بکند، نمی‌خواهد رضایت بدهید.

س: ولی من فکر می‌کنم اگر رضایت ندهم ناشکری کرده‌ام.

مشاور: چرا؟

س: چون در اثر تهدید ایشان همسرم یک هفته‌ای است که منزل را ترک کرده است و گفته دیگر به

خانه نمی‌آید. ■



ویژہ

کنسکرہ وکلا

۵



برگزار کننده: کاروان وکلای دادگستری اسفهان و چهارمجلس دانشجویی
 زمان: پانزدهم اردیبهشت هزار و سیصد و نود
 مکان: خیابان امامزاده، هتل عباسی اسفهان
 نشانی: دبیرخانه دائمی: اسفهان، خیابان چهارباغ عباسی
 خیابان گوادانصورت، کانون وکلای دادگستری اسفهان
 مهلت ارسال مقالات: پانزدهم اسفند هزار و سیصد و هشتاد و نه
 تلفن: ۰۲۱-۳۲۱۰۲۲۰۰-۳۲۱۰۲۲۰۰
 فکس: ۰۲۱-۳۲۱۰۲۲۰۰-۳۲۱۰۲۲۰۰
 وبسایت: www.komevo.ir
 پست الکترونیک: info@komevo.ir

مسائل و مشکلات حرفه وکالت از منظر رعایت استاندارد های جهانی
 حقوق شهروندی، عدالت خواهی، قانون گرایی از تبادله با قوه قضائیه
 اخلاق حرفه ای، نحوه ارتباط با مردم و ...



کنشگره وکلای

مسائل و مشکلات حرفه وکالت
 نخستین اجلاس سالانه





رأی صاحب‌نظران:

جناب آقای دکتر بهروز تقی‌خانی
باسلام،



برگزاری کنگره ملی وکلای دادگستری با هدف «بررسی مسائل و مشکلات حرفه وکالت» چنان‌که قبلاً گفته‌ام اقمای است ضروری. همکاران ارجمند بسیاری به زوایای متفاوت موضوع اشاره نموده، از تکرار آن اجتناب جسته و از سه منظر چند نکته را برجسته تا مورد توجه قرار گیرد:

۱- به نظر می‌رسد برای «بررسی مسائل و مشکلات حرفه وکالت» وکیل دادگستری و کانون وکلای دادگستری باید به این سوالات پاسخ دهد الف- وکالت دادگستری و نهاد کانون وکلا چگونه پدیدهای است و ارتباط آن با دنیای مدرن چگونه است و چه اقتضانات و التزاماتی دارد؟

ب- از وکالت دادگستری به مانند سایر پدیده‌های اجتماعی که در بستر تاریخ حیات و دوام یافته قرآنی تاریخی داریم یا نه، از آن قرآنی ثابت و حزمی داریم؟ ج- تعریف وکلای دادگستری از نهاد مننی کانون وکلا و جایگاه آن چیست یا چه خواهد بود، نقش و رسالتی در جامعه برایش قائل هستیم یا نه؟

۲- تحقق عنوان «ملی» بودن این کنگره، مستلزم همراهی همه وکلای سراسر ایران و پذیرش این همکاری از سوی جنابعالی و سایر همراهان در کانون اصفهان است بی‌هیچ بهانه‌ای، حتی اگر همراهی خود قدم پیش نهاد آن جناب و گرداندگان کنگره باید با تقسیم کار و سپردن بعضی از امور به همکاران وکیل در همه کانون‌ها، کوتاهی مثل چون بنده را جبران فرمایید.

۳- هر کنگره، همایش، سمینار و یا نشست علمی و صنفی و مندی در پایان باید دستورها، توصیه‌ها یا سفارشات داشته باشد از هم‌اکنون و بر اساس مقالات رسیده، نقطه نظرات اعلام شده و نهایتاً مباحثات کنگره باید در فکر تنظیم این توصیه‌ها و سفارش‌ها بود پس در سازمان اداره کنگره جایی برای این مهم در نظر گرفته شود.

وکیل دادگستری و کانون‌های وکلای راهی در پیش دارند ناگزیر از رفتن‌اند و از آن گریزی ندارند در امثال و حکم کردستان مشهور است که «درمان راه، رفتن است».

جنابعالی و کانون اصفهان گام اول را برداشته و همه می‌دانیم و باید بدانیم که درمان راه، رفتن است، پس تردید و درنگ به خود راه ندهیم.

با تشکر

احمد سعید شیخی*

* رئیس کانون وکلای دادگستری کردستان.

جناب آقای دکتر بهروز تقی‌خانی
دبیر محترم کنگره ملی وکلا



با سلام، احتراماً ضمن تقدیر و تشکر از جنابعالی و اعضای محترم کانون اصفهان در برابری اولین کنگره ملی وکلا در جهت اعتلای حرفه وکالت و آسیب‌شناسی درونی و بیرونی آن با موضوع مسائل و مشکلات حرفه وکالت، بدین‌وسیله از درگاه خنود متعال آرزوی توفیق و سربلندی برای جنابعالی و تمامی مسئولین محترم برگزارکننده کنگره را مسئلت داشته و امیدوارم که با چاره‌اندیشی و بررسی مسائل و مشکلات وکلا، موجب ارتفاع جایگاه این شغل شریف را مهیا نماییم، ضمناً مبلغ ۱۲،۰۰۰،۰۰۰ ریال به عنوان هدیه به حساب آن کانون محترم تودیع گردیده است و فتوکپی قبض به پیوست تقدیم می‌گردد.

احمد غلامی رضایی*

* رئیس کانون وکلای دادگستری آذربایجان، غربی.



جناب آقای دکتر بهروز تقی خانی دبیر محترم کنگره ملی و کلا



خبر شادای بخش تشکیل کنگره ملی و کلا، موجب خوشحالی و مباحثات کلیه و کلاهای دادگستری کشور از جمله و کلاهای دادگستری کانون و کلاهای دادگستری آذربایجان شرقی گردیده است و خاطره سخنرانی دلنشین جنابعالی را که تحت عنوان «بحران در هویت و کالت» در اولین همایش و کلاهای دادگستری محترم کشور در شهر شیراز برگزار گردید در خاطرهها زنده می کند. هیأت مدیره این کانون به نمایندگی از طرف قاطبه و کلاهای حوزه خود توفیق جنابعالی و همکاران محترم و معزز کانون و کلاهای دادگستری اصفهان در برگزاری هرچه پر بارتر و هرچه باشکوهتر کنگره ملی و کلا را از درگاه ایند مناسبت می دارد و مطمئن است که تلاش پیگیر و مستمر آن جناب همکاران بزرگوار در کانون و کلاهای دادگستری اصفهان دستاوردهای یا ارزشی به دنبال خواهد داشت این کانون به منظور ارج نهادن به این اقدام غرور انگیز و افتخار آمیز آن بزرگواران، برگ سبزی که تحفه درویش است حواله کرده است با این امید که مقبول برگزار کنندگان آن کنگره ملی و کلا باشد.

با آرزوی توفیق شما همکاران گرامی در کانون و کلا دادگستری اصفهان
کاظم ماهیار*

* رئیس کانون و کلاهای دادگستری آذربایجان شرقی.

اهدایی اشخاص به کنگره ملی و کلا

ردیف	شرح	مبلغ بر ریال
۱	اتحادیه سراسری کانون های و کلاهای دادگستری ایران (اسکودا)	۱۰۰,۰۰۰,۰۰۰
۲	کانون و کلاهای دادگستری مرکز تهران	۵۰,۰۰۰,۰۰۰
۳	کانون و کلاهای دادگستری کرمانشاه و ایلام	۵۰,۰۰۰,۰۰۰
۴	کانون و کلاهای دادگستری فارس و کهگیلویه و بویر احمد	۳۰,۰۰۰,۰۰۰
۵	کانون و کلاهای دادگستری آذربایجان شرقی	۳۰,۰۰۰,۰۰۰
۶	کانون و کلاهای دادگستری آذربایجان غربی	۱۲,۰۰۰,۰۰۰
۷	کانون و کلاهای دادگستری همدان	۱۰,۰۰۰,۰۰۰
۸	کانون و کلاهای دادگستری استان مرکزی (آراک)	۱۰,۰۰۰,۰۰۰
۹	کانون و کلاهای دادگستری مازندران	۱۰,۰۰۰,۰۰۰
۱۰	کانون و کلاهای دادگستری خوزستان	۱۰,۰۰۰,۰۰۰
۱۱	کانون و کلاهای دادگستری کردستان	۱۰,۰۰۰,۰۰۰
۱۲	حسن رستگار	۵,۰۰۰,۰۰۰
	جمع کل - ریال	۳۲۷,۰۰۰,۰۰۰



اتحادیه سراسری کانون های
و کلاهای دادگستری ایران (اسکودا)



دانشگاه تهران
دانشگاه تهران



مرکز ملی
و صنایع و معادن ایران



دانشگاه حقوق و علوم سیاسی
دانشگاه علامه طباطبائی



دانشگاه حقوق و علوم سیاسی
دانشگاه تهران



دانشگاه تربیت مدرس



واحد علوم و تحقیقات
دانشگاه آزاد اسلامی