



فصلنامه تحقیقات حقوقی آزاد

دانشکده‌ی حقوق دانشگاه آزاد اسلامی

واحد تهران مرکزی

سال هفتم - شماره بیست و هفتم

بهار 1394

مجوز این فصلنامه در تاریخ 1384/10/24 از کمیسیون بررسی و تایید مجلات علمی دانشگاه آزاد اسلامی صادر شده است و برابرنامه شماره 124/329 اداره کل امور مطبوعات خبرگزاریهای داخلی جمهوری اسلامی ایران وزارت ارشاد اسلامی، معاونت امور مطبوعاتی و تبلیغات، پروانه نشر آن صادر گردیده است و این نشریه را علمی - پژوهشی شناخته است..

فصلنامه‌ی شماره بیست و هفتم

بهار 1394

صاحب امتیاز: دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی

مدیر مسئول: دکتر صادق سلیمی

سرمدیر: دکتر بهشید ارفع نیا

مدیر داخلی: دکتر محمدرضا پیرهادی

ویراستار علمی: دکتر بهشید ارفع نیا

ویراستار ادبی: دکتر اعظم عدالت جو

طراحی و صفحه آرایی: انتشارات بهتاب، سحر تصرفی (09356289945-0356289945@sahar.tasarofi63@gmail.com)

ناظر کیفی: رضا قاسمی

چاپ: موسسه چاپ و انتشارات دانشگاه آزاد اسلامی

قیمت: 2000 تومان

اعضای شورای تحریریه (به ترتیب حروف الفبا):

دکتر محمد آشوری: استاد دانشکده حقوق دانشگاه تهران

دکتر محمد علی اردبیلی، استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر بهشید ارفع نیا، دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی

دکتر گودرز افتخار جهرمی، استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر فرهاد پروین، استادیار دانشکده حقوق دانشگاه علامه طباطبایی

دکتر محمدرضا پیرهادی، استادیار، دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی

دکتر صادق سلیمی، استادیار، دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی

دکتر حسین صفایی: استاد دانشکده حقوق دانشگاه تهران

دکتر محمدعلی صلح چی، استادیار دانشکده حقوق دانشگاه علامه طباطبایی

دکتر عباس کریمی: استاد دانشکده حقوق دانشگاه تهران

دکتر جعفر کوشا، دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر جلیل مالکی، استادیار، دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی

دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی، استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر سید محمد هاشمی، استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

داوران این شماره:

دکتر مجید پور استاد، دکتر محمدرضا پیرهادی، دکتر سید محمد حسینی، دکتر یاسمن خواجه نوری، دکتر ولی اله رستمی، دکتر صادق

سلیمی، دکتر محمد شجاعیان، دکتر علیرضا شمشیری، دکتر بختیار عباسلو، دکتر محسن قاسمی، دکتر عبدالعلی محمدی.

• این نشریه در پایگاه اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی به نشانی www.sid.ir نمایه می‌شود.

• مطالب عنوان شده در مقالات بیانگر نظرات نویسنده است و لزوماً نظرات نشریه نیست.

نشانی دفتر مجله: تهران، خیابان انقلاب، نرسیده به میدان فردوسی، کوچه شهید براتی، دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد

تهران مرکزی، طبقه پنجم، کدپستی 1131854113 تلفکس 021-66720218

وب سایت: <http://alr@iauctb.ac.ir> پست الکترونیکی:

* راهنمای تدوین مقاله در مجله "تحقیقات حقوقی آزاد"

هدف از انتشار مجله "تحقیقات حقوقی آزاد" دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، توان افزایشی از طریق پیوند میان خدمات آموزشی و پژوهشی بوده است. از این رو آخرین یافته‌های علمی و پژوهشی در زمینه‌ی حقوق و هر گونه نظریه‌ی نوین در مباحث ذکر شده، مورد استقبال این فصل نامه قرار خواهد گرفت تا پس از مراحل ارزیابی و تأیید نهایی، برای چاپ استفاده گردد.

باید نکات زیر، برای ارسال مقاله‌ها، مورد توجه پژوهش‌گران محترم قرار گیرد:

1- نام، نام خانوادگی، میزان تحصیلات، شغل، نشانی، کد پستی و شماره تلفن خود را قید نمایید. رتبه علمی و نام دانشگاه یا موسسه محل اشتغال اعضای هیأت علمی دقیقاً ذکر شود و به بیان عضو هیأت علمی دانشگاه اکتفا نفرمایید.

2- مقالات را بر روی یک طرف هر برگ، با رعایت فاصله مناسب بین سطرها، به صورت تاییبی در زمینه windows xp همراه با دیسکت (سی دی) ارسال فرمایید.

3- مقالات نباید قبلاً برای چاپ به مجله‌ای دیگر داده شده باشد یا در جایی چاپ شده باشد. هر مقاله بیشتر از 30 صفحه (9000 کلمه) و کمتر از 14 صفحه تاییبی (4200 کلمه) نباشد.

4- هر مقاله باید دارای 4 الی 6 واژه کلیدی و چکیده‌ای به فارسی و نیز انگلیسی در حدود 200 کلمه باشد. در چکیده موضوع، ساختار و نتیجه اصلی مقاله ذکر شده باشد.

5- معادل لاتین واژگان تخصصی و اسامی خاص در زیر هر صفحه آورده شود.

6- مسئولیت صحت و سقم مطالب به لحاظ علمی و حقوقی به عهده‌ی نویسنده است.

7- مقالات ترجمه اصولاً پذیرفته نمی‌شود.

شیوه نگارش برای پاورقی:

8- منابع مورد استفاده برای پژوهش و نگارش مقالات با الگوی زیرارایه شود:
به صورت زیر نویس با آوردن نام و نام خانوادگی نویسنده، عنوان کتاب، جلد، چاپ، ناشر، سال، و ص (صفحه).

در صورتی که منبع استفاده شده ترجمه باشد، نام نویسنده‌ی اصلی، نام مترجم، عنوان کتاب، جلد، چاپ، ناشر، سال، و ص (صفحه).

در صورتی که از بیش از یک منبع از نویسنده‌ای استفاده شده باشد در ابتدا زیر

نویس به طور کامل و در صورتی که استفاده مجدد از همان منبع این نویسنده صورت گیرد از کلمه‌ی همان، ص (صفحه) و در صورتی که با فاصله از منابع متعدد یک نویسنده استفاده شود، در این صورت نام و نام خانوادگی نویسنده، عنوان کتاب، ص (صفحه). و در صورتی که فقط از یک منبع یک نویسنده استفاده شود، در این صورت، در استفاده‌ی اول، پاورقی به صورت کامل و در صورتی که بلافاصله از آن منبع استفاده شود، پاورقی به صورت همان، ص (صفحه) و در صورتی که با فاصله از آن منبع استفاده شود، در این حالت، پاورقی به صورت، نام و نام خانوادگی نویسنده، پیشین، ص (صفحه) تنظیم گردد. در مواردی که از متنی به صورت نقل قول مستقیم استفاده می‌شود علامت نقل قول، به صورت: "....." استفاده شود.

* ذکر منابع و مآخذ در پایان مقاله:

الف- ذکر کتاب‌های منبع، به طور کامل به ترتیب حروف الفبایی، نام خانوادگی، نام نویسنده، عنوان کتاب، جلد، چاپ، سال انتشار کتاب. و در مورد ترجمه‌ها، نام نویسنده‌ی اصلی، عنوان کتاب، نام مترجم، تعداد جلد‌ها، شماره چاپ، ناشر، سال.

ب- ذکر مقاله‌های منبع، به طور کامل به ترتیب نام، نام خانوادگی نویسنده، عنوان مقاله، نام مجله، سال، شماره‌ی مجله.

ج- در صورت استفاده از پایان نامه‌ی کارشناسی ارشد یا رساله دکتری، نام، نام خانوادگی نویسنده، عنوان پایان نامه یا رساله، سال دفاع و نام دانشکده به ترتیب حروف الفبایی ذکر شود.

فهرست

تضامن طلبکاران

- 1.....محمدعلی آقائی.....
اثر اجرای تأمین خواسته نسبت به خواهان و ثالث با مطالعه‌ی تطبیقی
- 27.....عباس پهلوانزاده.....
مسئولیت مدنی ناشی از بی احتیاطی در حقوق ایران و انگلستان
- 57.....محمدرضا پیرهادی، الیاس نوعی.....
مواعد مطالبه، واخواست و اقامه دعوا و آثار عدم رعایت آن‌ها در برات، سفته،
چک با نگاهی تطبیقی به کنوانسیون‌های ژنو
- 127.....حیدر حسن زاده، محمدرضا سلطانیان.....
میانجی‌گری کارآمدترین روش جایگزین حل اختلاف برای تحقق عدالت ترمیمی
- 173.....بابک درویشی، محمدرضا جلیلیان.....
مطالعه‌ی تطبیقی نحوه‌ی اعمال معیار منشور ملل متحد برای عضویت دولت‌ها در
مورد فلسطین و سودان جنوبی
- 207.....علیرضا ظاهری، مریم رضایی تبار.....
بخش انگلیسی:.....خلاصه انگلیسی مقالات

« تضامن طلبکاران »

* محمدعلی آقائی

تاریخ پذیرش: 1393/11/29

تاریخ دریافت: 1393/10/3

چکیده:

طرف متعدّد در تعهد تضامنی، گاه مدیون است که تضامن مدیون‌ها (یا تضامن منفی و سلبی) است و گاه طرف متعدّد، داین است که در اینصورت تضامن داین‌ها (یا تضامن مثبت و ایجابی) خواهد بود که بحث اصلی این نوشتار، مطالعه همین نوع از تضامن است. تضامن به هر دو شکلش، یکی از طرق تضمین دین است که حتی کاربرد تضمینی آن بیش از ضمانت است زیرا در ضمانت، اگر شخص ضامن، متضامن با مدیون باشد، داین ابتدا باید به مدیون اصلی رجوع کند و در صورت عدم استیفای طلبش، به ضامن مراجعه نماید اما در تضامن بدهکاران، داین می‌تواند به هر یک از مدیون‌های تضامنی که بخواهد مراجعه کند و در تضامن طلب کاران نیز هر یک از دیان می‌تواند تمام طلب را از مدیون بستاند و از طرفی مدیون هم بعد از ایفای دین به یکی از دیان تضامنی، ذمه‌اش نسبت به سایر طلب کاران بری می‌شود. بنابراین در هر دو صورت از تضامن، تضمینی نهفته است که مبنا و مقتضای آن همانا مصلحت و اشتراک فیما بین افراد و اطراف متضامن است و همین اثر نافع و مصلحت مسلم است که توجیه کننده احکام تضامن می‌باشد و جوهره این تضامن هم، با تکیه بر «مبنای نمایندگی» تبیین و توجیه گردیده؛ و در راستای این امر، امکان اشتغال ذمه‌ی چند مدیون در قبال یک داین و یا یک مدیون در قبال چند داین را با توسل به همین نظریه‌ی نمایندگی، که نوعی نیابت ضمنی است، در فقه و حقوق ایران و برخی از کشورهای عربی اسلامی مورد مطالعه و مقایسه قرار گرفته است.

واژگان کلیدی: داین، مدیون، تضامن، تضامن طلب کاران، نیابت ضمنی، دین مشترک، طلب مشاع

* عضو هیات علمی دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی (واحد تهران مرکزی)

مقدمه

هرگاه سخن از تضامن پیش می‌آید اغلب و بلافاصله، تضامن بدهکاران به ذهن خطور می‌کند؛ تضامنی که در حقوق تجارت و در بخش اسناد تجارتي جلوه‌ی بارزی دارد و این امر به علت کاربرد فراوان آن است، یعنی تضامنی که ناشی از حکم قانونگذار و یا مولود توافق قراردادی است که طرفین می‌توانند این نوع از تضامن را در روابط خود بر دوش بدهکاران بگذارند ولی این، همه مطلب نیست بلکه چهره دیگر تضامن، همانا تضامن طلب کاران است، یعنی به هریک از آنان این اختیار داده شود که با داشتن نوعی نمایندگی و وکالت ضمنی در وصول از جانب دیگر طلب کاران، بتواند تمام طلب را وصول نماید و سپس عهده‌دار توزیع عادلانه آن فی‌مابین سایر طلب کاران - به نسبت سهم آنان - بشود و کفه مقابل این اختیار، تکلیف بدهکار و یا هر بدهکار به ایفای کامل تعهد در برابر هر طلب کار جزء است که همین امر از یک سو باعث سهولت مطالبه و از سوی دیگر سبب آسانی ایفای دین می‌شود. در خصوص این نوع از تضامن و اشتراک طلب، در قانون مدنی کشورمان هیچ حکم صریحی وجود ندارد و حتی رویه‌ی قضایی هم تاکنون کمک مطلوبی نسبت به رفع این کمبود نکرده است در حالی که در روابط تجاری و اقتصادی امروز، این جنبه از تضامن بعضاً واجد کارایی خوبی خواهد بود، به طوری که این نحوه‌ی تضامن به نوعی در روابط صاحبان حساب‌های مشترک بانکی به چشم می‌خورد که علیرغم برخی بدبینی‌ها نسبت به این نوع حساب مشترک در این مورد خاص، منافع آن بر مضارش می‌چربد و به خصوص در روابط اقارب و خویشاوندان، چهره مفیدش به خوبی مشهود است و این در حالی است که در قانون مدنی فرانسه (موضوع مواد 1197 تا 1199) و به تبع آن در قانون مدنی مصر (موضوع مواد 279 الی 284) این نوع از تضامن فی‌مابین طلب کاران به صراحت پیش‌بینی شده است که در جای خود به تفصیل به آن‌ها پرداخته خواهد شد. بنابراین، جا دارد که مفهوم، جایگاه و کاربرد این نوع از تضامن در حقوق ایران مورد بررسی واقع گردد که در این صورت قطعاً به فقه امامیه - که منبع اصلی قانون مدنی

تضامن طلبکاران.....3

ایران بوده است - باید مراجعه شود و در این مسیر نیز بررسی تطبیقی این موضوع در فقه عامه و حقوق از جمله مصر و المجله (قانون مدنی عثمانی سابق) و برخی دیگر از کشورهای اسلامی و عربی و سپس در حقوق فرانسه می‌تواند کمک شایانی به درک و شناخت این موضوع نماید، لذا این مقاله درصدد آن است که مطالب فوق‌الاشعار را با تکیه بر توضیح «مبنای تضامن»، به شرح فصول سه‌گانه آتی مورد تتبع و مطالعه قرار دهد. به این امید که بتواند نتیجه‌ای ثمربخش را ارایه دهد.

فصل اوّل: مفهوم و جوهر «تضامن»

کلمه‌ی تضامن (مصدر باب تفاعل به معنای مشارکت و اقدام طرفینی) وصف برخی از تعهدات است که گاه در مقابل تقسیم طلب (تضامن بستانکاران) و گاه در مقابل تقسیم دین (تضامن بدهکاران) مطرح می‌گردد البته لغت «تضامن» با ریشه‌ی ضَمَن و کلاً در این معنا در زبان عربی و قرآن کریم و حتی در فقه به صراحت وارد نشده و مورد شناسایی قرار نگرفته و در فقه عامه نیز که این چنین مفهومی به طور غیرمستقیم و در قالب کفاله (تکافل) و برخی عقود از انواع شرکت (همچون مفوضه) مطرح گردیده که در چنین معنایی نیست و تضامن در معنای مشارکت و اقدام طرفین استعمال نشده است. بنابراین به نظر می‌رسد برای پی‌جویی مبنای تضامن در این معنا باید این مطلب را در حقوق فرانسه مورد مطالعه و بررسی قرارداد که به شرح مباحث ذیل به آن خواهیم پرداخت.

مبحث اوّل: بررسی مفهوم و جوهر تضامن (به طور کلی)

واژه‌ی تضامن ترجمه واژه‌ی فرانسوی *solidarité* است که این لغت نیز از واژه‌ی لاتینی *solidum* مأخوذ است که در مفهوم «مجموع یک چیز» و «یک چیز کامل و تقسیم نشده» آمده است که با واژه *solidite* (به معنای دوام و یکپارچگی) خویشاوندی دارد؛ بنابراین هدف اصلی، این بوده است که دین یا طلب، کامل و تقسیم نشده باقی بماند، چراکه تجزیه و تقسیم تعهدات، (بعضاً) زیان‌بار و سبب اضرار به داینین است

4.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و هشتم، زمستان 1393

بنابراین در قوانین و مقرراتی هم که صفت تضامن برای برخی تعهدات پیش‌بینی شده، به همین «وحدت مطلوب» نظر داشته‌اند تا از تجزیه و تقسیم آن جلوگیری به عمل آید،¹ پس تضامن به این معنا، مانع از تجزیه تعهد به اعتبار تعدد اطراف آن می‌شود؛ بنابراین هنگامی که چند نفر در قبال یک داین، متعهد به پرداخت دین او هستند و مسوولیت تضامنی دارند، مصلحت داین در این است که بتواند برای دریافت کل طلب خود به هر کدام از مدیونین متضامن رجوع کند بدون اینکه مرجوع علیه بتواند فقط به سهم خود - که جزیی از بدهی است - استناد نماید، بنابراین و به خصوص در چنین فرضی، تضامن کاملاً به نفع داین است، چرا که مانع انقسام دین به تعداد متعهدین می‌شود. همچنین است هنگامی که چند طلب کار متضامن در برابر یک یا چند مدیون قرار دارند که در چنین صورتی نیز هر کدام از داینین می‌تواند برای دریافت کل طلب به مدیون (یا هر کدام از مدیونین) رجوع نماید.²

مبحث دوم: تضامن بدهکاران و منشأ آن

تضامن بدهکاران (که به آن در حقوق فرانسه تضامن منفی و یا تضامن سلبی یعنی *Solidarité passive* یا *Solidarité entre débiteurs* می‌گویند) در عمل کاربرد فراوان دارد و بسیار پر فایده است و برخلاف تضامن طلبکاران، این نوع تضامن تحت عنوان مسوولیت تضامنی، در حقوق ایران نامی آشناست که وسیله تأمین وصول دین و یک نوع وثیقه شخصی به سود طلب کار است. این نوع تضامن، هم منشأ قراردادی دارد و هم منشأ و منبع قانونی، البته در هنگامی که چند نفر در قبال یک نفر مدیون هستند. اصل بر عدم تضامن است و تضامن (خواه در بین طلبکاران و یا بدهکاران) استثنای واقعی بر این قاعده است که «هیچ کس بیش از طلب خود حق رجوع به بدهکار را ندارد.» و «از هیچ بدهکاری نمی‌توان بیش از دین او را گرفت.» زیرا همان-

1. لعیا جنیدی، مقاله‌ی تضامن، آثار و اوصاف آن، شماره 4 به بعد (مجله‌ی دانشکده‌ی حقوق و علوم

سیاسی دانشگاه تهران، شماره 35)

2. محمدجعفر، جعفری لنگرودی عقد ضمان، ص 282، چاپ اول، 1352.

تضامن طلبکاران.....5

گونه که بیان شد اصل بر عدم تضامن است، اما به جهت اهمیت فراوان و سودمندی آن، قانون‌گذاران ترجیح داده‌اند جهت افزایش اعتبارات اسناد و دیون تجاری، این نوع تضامن را در قوانین پیش‌بینی نمایند، به طوری که امروزه برای این نوع تضامن - به عنوان یکی از بهترین طرق توثیق دین - کاربرد وسیعی منظور شده لذا این تأسیس حقوقی از اعتبار و استقبال خوبی برخوردار گردیده است و واقعیت این است که تضامن بدهکاران، قوی‌ترین شکل ضمانت شخصی است، آن هم به ویژه در فرضی که همه ضامنان و مسؤولان پرداخت، در عرض یکدیگر قرار دارند و الا در تضامن طولی که در ابتدا مسوولیت پرداخت دین به سوی مدیون اصلی هدایت می‌شود و طلب کار در صورت عدم ایفای دین از ناحیه او می‌تواند به ضامن بعدی رجوع نماید، چنین تضمینی، پایین‌ترین مرتبه ضمانت شخصی است. البته در این مقاله از آنجایی که موضوع اصلی تحقیق، بررسی تضامن طلبکاران است، در اینجا در خصوص تضامن بدهکاران به همین مختصر بسنده می‌شود، اما در خصوص منبع این نوع تضامن به اختصار باید گفت تضامن بدهکاران یا منشأ توافقی دارد و یا (اغلب) مستند به نصوص قانونی است که رد پای آشکار این نصوص قانونی را در حقوق تجارت به طور صریح (و یا در حقوق مدنی به طور ضمنی) به خوبی می‌توان یافت.

گفتنی است (به ترتیب بنابر عین عبارات مواد 1222 و 1223 قانون مدنی فرانسه) «هریک از اشخاصی که مشترکاً دین غیرقابل تجزیه را تعهد می‌کنند ضامن کل دین می‌باشد هر چند، تعهد مبتنی بر تضامن نبوده باشد» و «همین وضع در مورد وراثت کسی که تعهد مشابه را پذیرفته باشد نیز برقرار است»¹.

مبحث سوّم: تضامن طلبکاران و منشأ آن

در خصوص تضامن طلبکاران باید گفت: این نوع تضامن که تضامن مثبت و یا تضامن ایجابی است، در حقوق فرانسه تحت عنوان *Solidarité active* یا

1. محمّدعلی نوری، ترجمه مواد 1101 الی 1386 از قانون مدنی فرانسه (در عقود و تعهدات قراردادی و ...) نشر گنج دانش، چاپ اول، 1380.

6.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و ششم، زمستان 1393

کاران حق مطالبه کل طلب داده می‌شود و از سوی دیگر مدیون نیز با پرداخت کل مبلغ دین به یکی از طلب کاران، در مقابل همه طلب کاران برایت حاصل می‌کند زیرا او فقط، یک‌بار تکلیف به پرداخت دین داشته که آن هم در مقابل یکی از طلب کاران ایفا کرده است. گفتنی است به هر حال، اصل بر عدم وجود چنین تضامنی فی‌مابین طلب کاران است مگر اینکه طلب کاران چنین وضعی را فی‌مابین خودشان با توافق ایجاد نمایند (ماده 1197 ق.م.فرانسه و ماده 279 ق.م.مصر) بنابراین منشأ تضامن بین طلب کاران، فقط قرارداد است¹ و صرفاً منبع ارادی دارد (چه در حقوق فرانسه و مصر، چه در فقه و چه در حقوق ایران) و به حکم صریح قانون به وجود نمی‌آید که از نظر عرفی و منطقی، مطلوب هم همین می‌باشد و به علت وجود همین خطرات ناشی از این نوع تضامن است که تحمیل چنین وضعی بر طلب کاران جز به اراده‌ی خودشان و جز در موردی که به مصلحت خود می‌دانند، شایسته نیست² و این وضع، آنچنان از کاربرد این نهاد حقوقی کاسته است که در حال حاضر نهاد مزبور، یک تأسیس حقوقی مرده تلقی می‌شود و به همین علت، استفاده از چنین تضامنی در روابط طلبکاران، در عمل بسیار نادرالوقوع است.³

در فرانسه نیز قبلاً این تأسیس در مورد حساب مشترک بانکی مورد استفاده قرار می‌گرفته ولی بعداً در سال 1903 به موجب قانون خاصی که در این زمینه به تصویب رسید، صاحبان حساب‌های مشترک بانکی، دیگر طلبکاران تضامنی محسوب نمی‌شوند.

1. عبدالرزاق احمد سنه‌وری، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، ج 3، شماره 125 (... فالتضامن بین الدائین لایکون مصدره ألاً الاتفاق اوالوصیه، آی الاراده بوجه عام، و لایکون مصدره القانون).
2. در قانون مدنی ایران درباره تضامن هیچ حکم عام و صریحی وجود ندارد و آن چه هست درباره‌ی مسؤولیت غاصبان متعدّد در برابر مالک است.
3. احمد سنه‌وری، همانجا شماره 126 (والتضامن بین الدائین نادرالوقوع فی العمل). ب: دکتر لعیا جنیدی - همانجا شماره 5. ج: محمدجعفر جعفری لنگرودی، وسیط در ترمینولوژی حقوق، شماره 869، ذیل عنوان «تضامن طلب».

تضامن طلبکاران.....7

چرا که به ابزاری عملی برای فرار از مالیات (بر ارث) تبدیل شده بود؛ به این صورت که دو نفر (مورث و وارث) حساب مشترکی را در بانک افتتاح می‌کردند به گونه‌ای که نسبت به این حساب مشترک (یعنی *comptejoint*) بستانکار متضامن باشند و هرکدام از آن دو بتوانند پس از فوت دیگری به تنهایی تمام مبلغ را برداشت کند.¹ فلذا تضامن طلب کاران معمولاً در امور مدنی کاربردی ندارد ولی در امور تجاری و راجع به اسناد تجاری ممکن است مصادیقی از آن را بتوان فرض نمود که با نهاد حقوقی «تضامن طلب کاران» تطبیق داشته باشد مثلاً در فرضی که دارندگان برات متعدّد باشند، بدین شرح که ممکن است به حواله کرد دو نفر، آن هم با حرف ربط هم‌پایگی (یا) نوشته شود؛ بدین مضمون که «به حواله کرد آقای الف و یا آقای ب!» در این صورت اگر برات گیر وجه برات را به یکی از این دو نفر (به عنوان دارندگان برات) تأدیّه کند، به تعهد خود عمل نموده است، هرچند استفاده از چنین فرضی در عمل و در روابط تجاری کمتر مشاهده می‌شود. بنابراین تضامن طلب کاران، در روابط تجاری هم خلاف اصل است مگر اینکه به وضوح شرط شده باشد.² به دیگر سخن (تضامن) در هر حال، دلیل خاص می‌خواهد و خلاف اصل است و تعهدهای مشترک که برعهده چند شخص قرار می‌گیرد و یا به نفع چند نفر ایجاد می‌شود و تجزیه‌پذیر است باید حکم به تسهیم بین آنان گردد مگر خلاف آن به طور صریح شرط و پیش‌بینی شده باشد.³

1. احمد سنهوری، پیشین، زیرنویس شماره 126

2. البته این بدان معنا نیست که شرط باید صریح باشد بلکه گاه از اوضاع و احوال نیز قابل استنتاج بوده و اراده ضمنی منصرف به آن است. ولی این اشتراط (صریح یا ضمنی) باید به گونه‌ای باشد که هیچ شکی در آن را نیابد و آلا هرگاه دلالت شرط، به طور مشکوک باشد باید چنین شکی را در جهت نفی تضامن تفسیر و تأویل نمود نه اثبات آن و ضمناً لازم نیست حتماً لفظ «تضامن» به کار گرفته شود بلکه هر لفظی که این معنا را افاده کند، کافی است، مثل این که شرط کنند هریک از طلب کاران بتوانند تمام طلب را از مدیون بخواهد و یا مدیون شرط کند که بتواند تمام طلب را به هریک از طلب کاران بپردازد.

3. در حقوق فرانسه در کنار دپان تضامنی فرض دیگری تحت نام دپن تضامنی دیده می‌شود: به این توضیح: در صورتی که داین از مدیون های تضامنی برخوردار باشد و طلبش را به فرد دیگری واگذار

فصل دوم: آثار طلب تضامنی

مهم‌ترین اثر طلب تضامنی همانا امکان رجوع هر طلب کار تضامنی به بدهکار، جهت دریافت تمام طلب است و آن گاه باید سهم سایرین را به هریک از آنان پرداخت نماید و این در وضعی است که سهم هریک از آنان مشخص باشد و آلا در صورت عدم تعیین سهم آنان، تقسیم طلب به طور مساوی بین آنان صورت می‌گیرد (بند 2 ماده 283 قانون مدنی مصر) بنابراین، اثر اصلی تضامن طلب کاران، امکان وصول تمام طلب به وسیله هریک از طلب کاران و در نتیجه برایت ذمه مدیون پس از پرداخت به هر طلب کار است مگر این که مطالبه طلب توسط بعضی از طلب کاران به دلیل شخصی و منتسب به او (مثل حجر و تعلیق یا مشروط بودن رجوع او به مدیون) ممکن نباشد. و اما دیگر آثار طلب تضامنی که در روابط فیما بین طلب کاران با یکدیگر و نیز در رابطه ایشان با بدهکارو یا بدهکاران مطرح است- در مباحث ذیل‌الذکر مورد بررسی قرار می‌گیرد.

مبحث اول: اثر تضامن در روابط طلبکاران تضامنی با یکدیگر

همان‌گونه که در آغاز فصل بالا اشاره شد اثر اصلی تضامن در رابطه فیما بین طلب کاران متضامن، همانا امکان رجوع هریک از طلب کاران به آن طلب کاری است که تمام طلب را وصول کرده است، لذا هر طلبکاری که حق دیگران را دریافت کرده است باید آن را همانند امین حفظ کند و به نسبت سهم بقیه، به ایشان مسترد نماید بدون این که بتواند در مقابل طلب کاران به برخی تصمیمات و توافقات خود با بدهکار استناد نماید (ماده 281 ق.م. مصر) چون (به طوری که در فصل بعد به آن اشاره خواهد شد)

کند و در عین حال، مدیون‌ها را مدیون خود نگه دارد، در چنین فرضی داین اصلی و داین جدید (که انتقال گیرنده طلب است) نسبت به مدیون‌ها، دیان متضامن هستند. به دیان متضامن solidarite به نقل از احمد سنهوری، پیشین، زیرنویس شماره 2 ص 206 (به نقل از سیدمهدی دادمرزی، ترجمه الوسیط، ج 3، ص 214).

تضامن طلبکاران.....9

تضامن طلبکاران بر مبنای نوعی «نمایندگی» در بین ایشان مقرر شده است، این نمایندگی فقط در امکان رجوع یکی از طلب کاران به بدهکار است که فقط شامل امور نافع و مفید برای سایر طلبکاران است، به طوریکه آثار نافع مطالبه، توسط یکی از طلبکاران مثل ارسال اظهارنامه برای دریافت طلب، قطع مرور زمان و آغاز ایجاد حق بر خسارت تأخیر تأدیه و یا اتر اقرار مدیون به نفع یکی از طلبکاران، درباره دیگر طلبکاران هم مؤثر است، برعکس، عمل اضرائی و زیان آور از سوی هریک از طلبکاران در سهم سایرین مؤثر نیست چراکه خارج از قلمرو نمایندگی و در زمره اعمال فضولی است زیرا اثر اصلی نمایندگی مأخوذه از سوی دیگران اینست که هریک از طلب کاران پس از وصول طلب، مکلف به حفظ طلب وصولی هستند ولی نمی توانند کاری انجام دهند که اثر سویی بر وضعیت سایر طلبکاران به جا بگذارد به طوری که صراحتاً در بند 2 ماده 282 ق.م.مصر آمده است «هیچ یک از طلبکاران نمی تواند عملی انجام دهد که سبب اضرار به سایر طلبکاران شود». بنابراین هیچ یک از طلبکاران نمی تواند بدون رضایت دیگران اقدام به تبدیل تعهد و یا صلح و یا ابرای کل دین نماید (پاراگراف 2 از ماده 1198 ق.م. فرانسه) همچنین است اگر یکی از طلبکاران قسم را متوجه مدیون کند و مدیون هم بر عدم اشتغال ذمه‌ی خود سوگند یاد کند این سوگند در مقابل سایر طلبکاران قابل استناد نیست، ولی جالب این که اگر مدیون از سوگند خوردن نکول می‌کرد، همه طلب کاران از این نکول وی منتفع می شدند و همین وضع در هنگام متوجه شدن قسم به یکی از طلبکاران و اقدام او به قسم خوردن و یانکول او، مشاهده می‌شود. همچنین است اعذار داین (یعنی قصد پرداخت دین از سوی مدیون و امتناع داین از دریافت آن) و یا اگر حکمی علیه یکی از طلبکاران و به نفع مدیون صادر شود این‌ها علیه سایر طلبکاران قابل استناد نیست¹ بنابراین، خلاصه و به عنوان قاعده‌ی کلی

1. احمد سنهوری، پیشین، شماره 145 ص 229 - ضمناً مدیون نمی تواند طلبکار را مجبور به وصول بخشی از طلب حتی به اندازه‌ی سهم خود طلبکار نماید و نیز در حقوق فرانسه تأکید شده داین نمی تواند مدیون را مجبور به پرداخت بخشی از طلب، حتی به اندازه سهم خودش از کل طلب نماید

10.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و ششم، زمستان 1393

می‌توان گفت: هر اقدامی که یکی از طلبکاران متضامن برخلاف غبطه و صلاح دیگر طلبکاران انجام دهد نسبت به حقوق آنان نافذ نیست و نیابت و نمایندگی محدود به کارهای مفید است و شامل اقدامات ضرری و اضرائی نخواهد بود.

مبحث دوم: اثر تضامن در روابط طلبکاران تضامنی یا بدهکاران

در این خصوص در بند 1 ماده 1198 ق.م.ف.ا. م فرانسه آمده است: مدیون مختیر است، دین را به یک طلب کار و یا دیگر طلبکاران متضامن تأدیه کند، مادام که طرح دعوی از سوی یکی از اشخاص اخیر، مانع او نباشد. بنابراین مدیون، مادامی که طرف مطالبه قرارنگرفته، خود می‌تواند طلبکاری را که مایل به پرداخت دین خود به اوست انتخاب کند ولی همین که یکی از طلبکاران دریافت طلب را از او مطالبه نمود حق پرداخت به دیگر طلبکاران را ندارد، که این راه حل در حقوق ایران نیز - علی‌رغم فقدان حکم در این خصوص - می‌تواند پذیرفته باشد. زیرا مطابق قاعده، هرگاه چند شخص اختیار اجرای حقی را داشته باشند شخصی که زودتر اقدام می‌کند مقدم بر دیگران است، به طوری که اگر دو نفر برای فروش یک ملک وکالت داشته باشند اراده و کیلی که زودتر می‌فروشد نافذ است و با این اقدام او، موضوع وکالت دیگری از بین می‌رود¹ بنابراین در صورت وقوع اختلاف و با رجوع طلبکار مقدم، تکلیف مدیون به پرداخت طلب به او تحقق می‌یابد و دیگر نمی‌تواند دست به انتخاب بزند و طلب کار دیگری را بر قبلی ترجیح دهد مگر این که قانون و یا قرارداد فی‌مابین طرفین، چنین اختیاری را به او داده باشد و یا جهت ویژه‌ای برای ترجیح یکی از آنان وجود داشته باشد.² بنابراین اگر یکی از

که اگر حتی طلب کار بخشی از طلب را استیفا کند و این بخش به اندازه سهم خودش از طلب باشد این بخش متعلق به سایرین هم هست و سایر طلب کاران می‌توانند هر کدام به نسبت سهم شان به این طلب کار رجوع کنند (احمد سنهوری، پیشین، شماره 132).

1. ناصر کاتوزیان (ره)، نظریه عمومی تعهدات شماره 139.

2. برعکس، در حقوق آلمان به بدهکار این حق داده شده که علی‌رغم رجوع یکی از طلب کاران به او، وی بتواند دین را به طلب کار مورد انتخاب خود بدهد، (به نقل از دکتر کاتوزیان همانجا ص 139).

تضامن طلبکاران.....11

طلبکاران برای دریافت تمام طلب به مدیون مراجعه نماید بدهکار نمی‌تواند از پرداخت به او امتناع ورزد، اگرچه او از این امتناع، عدم پرداخت نباشد، بلکه به علت این باشد که می‌خواهد طلب را به دیگری پرداخت نماید! زیرا هنگامی که یک طلبکار سهم خود را اصالتاً و سهم سایرین را وکالتاً مطالبه می‌کند و نسبت به این کار، سمت قانونی و یا اختیار قراردادی دارد، امتناع از پرداخت در قبال او موجه نخواهد بود¹ و حتی مدیون نمی‌تواند در قبال مطالبه یکی از طلب کاران به دفاع‌های ناشی از رابطه او با سایر طلب کاران استناد کند ولی می‌تواند به دفاع‌های خاص خود در قبال همین داین و یا دفاع‌های مشترک میان سایر دیان استناد کند (بند 2 ماده 281 ق.م.مصر) گفتنی است: بهرحال مدیون پس از پرداخت دین به کسی که باید دین به او پرداخت شود (که غالباً هریک از دیان می‌توانند باشند) در اینصورت در مقابل سایر طلب کاران برایت حاصل می‌کند، زیرا آنچه مدیون مکلف به انجام آن است همانا یکبار پرداخت دین است و نه بیشتر، بنابراین با یکبار پرداخت دین به هر یک از طلبکاران، در مقابل همه طلب کاران بری‌الذمه می‌گردد.

فصل سوم: تحلیل مبنای تضامن طلبکاران با تکیه بر نظریه نمایندگی

فیما بین ایشان

در این فصل به بررسی امکان اشتغال ذمه یک مدیون در قبال چند طلبکار متضامن می‌پردازیم که دارای مبنای اختلافی است، زیرا درباره مبنای «تضامن» در تضامن میان طلبکاران بین علمای فقه و حقوق، پراکندگی و اختلاف نظرهایی مشاهده می‌شود که به نظر می‌رسد اغلب این اختلافات و ایرادات، ناشی از مخاطرات حاصله از این نوع تضامن است که باعث گردیده بحث و مطالعه علمی درباره آن با بدبینی همراه باشد و به نوعی در مقابل اعلام صحت و رواج این نهاد، مقاومت‌هایی صورت گیرد. زیرا

1. لعیا جنیدی، پیشین، شماره 8

12.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و ششم، زمستان 1393

چنانچه در فصل اول به آن اشاره رفت در بسیاری از موارد، هنگامی که یکی از شرکای متضامن تمام وجه طلب را مطالبه و دریافت می‌کند ممکن است با خطر خیانت و یا اعسار او مواجه شوند¹ پس شرط احتیاط آن است که از توسل به نهادهای نامطمئن احتراز شود و از سوی دیگر امکان دارد از تضامن طلبکاران به ویژه در مورد حساب‌های مشترک به عنوان ابزاری برای فرار از مالیات بر ارث استفاده شود، به طوری که حتی در حقوق فرانسه در مقابل این نوع حساب‌های مشترک بانکی مقاومت و سپس ممنوعیت به عمل آمده است. در ادامه این فصل در طی دو مبحث زیرین، مفهوم نمایندگی طلبکاران و سپس امکان اشتغال ذمه یک مدیون در مقابل چند طلبکار متضامن مورد مطالعه و ارزیابی قرار می‌گیرد.

مبحث اول: بررسی نظریه «نمایندگی طلبکاران» در طلب‌های تضامنی

ممکن است گفته شود در تضامن طلبکاران، هریک از ایشان به یکدیگر به طور ضمنی، وکالت وصول کل طلب را ارایه نموده به طوری که برخی از علمای حقوق بر این نظرند که (همانند تضامن بدهکاران) مبنای تضامن فیما بین طلبکاران، نوعی نمایندگی و وکالت ضمنی هر یک از شرکای متضامن در امر مطالبه و وصول طلب است² آنطور که در حساب‌های مشترک بانکی چنین وضعی به وضوح دیده می‌شود بدین نحو که بانک‌ها از افتتاح کنندگان حساب‌های مشترک بانکی و صاحبان سپرده‌های مشترک می‌خواهند که سهم هریک را معین نمایند و اگر مایلند که هر کدام بتوانند تمام مبلغ موجودی حساب را بگیرند در این باره به یکدیگر نمایندگی ضمنی بدهند و در نتیجه، چون وکالت و نمایندگی در این خصوص به فوت و جحر و کیل و

1. برعکس، در تضامن بدهکاران، طلب کار را از زبان‌های اعسار احتمالی و یا بدحسابی بعضی دیگر از بدهکاران مصون می‌دارد.

2. ناصر. کاتوزیان پیشین. شماره‌های 137-138 و هم چنین احمد سنه‌وری پیشین. شماره‌های 131 و 137 (... و قدامنا إن الاصل فی ذلک انه کان کل داین متضامن وکیلاً عن سائر الدائینین فی استیفاء الدین (... و نیز دکتر جعفری لنگرودی، همانجا، شماره 869.

تضامن طلبکاران.....13

یا موکل منحل می‌شود شریکی که باقی مانده و اهلیت تصرف دارد فقط سهم خود را می‌تواند بگیرد و سهم شریک متوفی یا محجور پس از تصفیه حساب مالیاتی به وارث او پرداخت می‌شود.¹

البته نظریه نمایندگی یا وکالت شرکای متضامن از یکدیگر در مورد وصول تمام طلب، با ایرادات و مخالفانی مواجه است. چون آن را «فرض وکالت» می‌دانند که نمی‌تواند آثار وکالت واقعی را در برداشته باشد، به طوری که مثلاً در هنگامی که یکی از شرکا، تمام طلب را دریافت کند در اینصورت وکیل سایرین بوده که معادل سهم خود از طلب را اصالتاً و بقیه را وکالتاً دریافت نموده باشد و تمام طلب و مال دریافتی در دست او با فرض عدم تقصیرش او تلف شود ضرر این تلف باید به همه شرکا تحمیل گردد² در حالیکه این امر منظور شرکا نبوده و نیست زیرا در کشورهایمانند فرانسه و یا برخی کشورهای عربی و اسلامی - که حقوق مدنی آنها به نوعی مقتبس از حقوق فرانسه است از جمله مصر - بالصرح آمده است که اقدام و عملکرد ضرری شریک وصول کننده و قابض طلب در مورد بقیه شرکای متضامن مؤثر نیست، چون وکالت و نیابت، چنین اموری را شامل نیست هرچند که از اقدامات مفید او قطعاً بهره‌مند خواهند شد³ و بالاخره اشکال برخی دیگر، در فقدان قصد صریح شرکا در اعطای وکالت به یکدیگر است. که در داوری بین نظرات و دیدگاه‌های مخالف در خصوص مسأله نمایندگی ضمنی و فرضی فیما بین شرکای متضامن، می‌توان گفت عالم

1. مگر اینکه فوت یا حجر احد از شرکا به بانک اعلام نشود در این صورت است که در قرارداد منعقد بانکها یا مشتریان، ماده و بندی گنجانده شده که در صورت عدم اعلام به بانک، اگر بانک پرداختی به یکی از شرکا نماید هیچ‌گونه مسئولیتی متوجه بانک نخواهد بود.

2. محسن ایزانلو، مقاله نقد مفهوم و آثار طلب مشاع، شماره 2 در ذیل عنوان (مبنای رجوع) چاپ در مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره 39، تابستان 1388.

3. ر.ک به مواد 1198 و 1199 ق.م فرانسه و ماده 282 ق.م مصر، مواد 282 و 280 ق.م سوریه، مواد 269 - 267 ق.م لیبی، 316-318 ق.م عراق و مواد 11-13-19 قانون عقود و تعهدات لبنان (به نقل از احمد سنهوری پیشین، ذیل شماره 130).

14.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و ششم، زمستان 1393

حقوق عالم اعتباریات است و برای توجیه سودمندی یک مکانیسم و نهاد حقوقی در روابط مردم با یکدیگر ضرورت ندارد که یک امر، واجد تمام آثار حقوقی پیش‌بینی شده در قانون باشد به طوری که در بسیاری از موارد، قانون‌گذار در تعریف یک عمل، آن را در حکم فلان عمل قرار می‌دهد که در این صورت واجد تمام آثار و تبعات واقعی آن عمل نیست که در فرض بالا نیز ضرورت ندارد وکالت و یا نمایندگی ضمنی شرکا از یکدیگر واجد تمام آثار و شرایط وکالت باشد و هنگامی که اقدام و عمل حقوقی افراد، مخالف صریح شرع و قانون نباشد باید به توافق اراده‌ها و خواست مشترک آنان احترام گذارده شود که در این زمینه، اصل حاکمیت اراده و دلالت ماده 10 قانون مدنی مؤید این نکته است. بنابراین با پذیرش این نیابت و نمایندگی است که بسیاری از حقوق دانان فرانسوی براین عقیده‌اند که اگر یکی از طلب کاران متضامن، جزئی از طلب را از مدیون استیفا نماید اگر این جزء معادل سهم این شریک قابض باشد سایر طلب کاران می‌توانند هرکدام به نسبت سهمشان به این شریک مراجعه نمایند و دقیقاً همین موضوع در فقه اهل سنت و در روابط شرکای متضامن در عقد مفاوضه دیده می‌شود. ضمناً همان‌گونه که در حقوق فرانسه و مصر نیز چنین اعتقادی است که اگر مدیون قصد پرداخت تمام دین به یکی از طلب کاران تضامنی را بنماید و یکی از طلب کاران به این انتخاب اعتراض کند این بدان معنا نیست که مدیون متعیناً دین را به معترض بپردازد چرا که این طلب کار معترض، هیچ‌گونه اولویتی بر طلب کار انتخابی ندارد و حتی در چنین وضعیتی، داین معترض مفهوم وکالت استتاجی از تضامن را نقض کرده است، همان توکیلی که به مقتضای آن داین منتخب می‌توانست سهم داین معترض را هم قبض کند.¹

گفتنی است که به علت بروز برخی اختلاف نظرها در خصوص وکالت و نیابت

1. احمد سنهوری پیشین. ذیل شماره‌های 132 و 133 (... فی هذه الحالة إن الداین الذی يعترض علی الوفاء لغيره یكون قد نقض الوکاله المستخلصه من التضامن و التی بموجبها کان الداین اختاره المدین أن یقبض نصیب الداین المعترض).

تضامن طلبکاران.....15

ضمنی شرکای متضامن از یکدیگر، در امر مطالبه و وصول تمام طلب از مدیون، بعضی از حقوق دانان به سمت و سوی این نظریه حلی متمایل شده‌اند که اگر وکالت ضمنی هم پذیرفته و استظهار نشود باز می‌توان گفت: قبض تمام مبلغ دین از سوی یکی از طلب کاران، نسبت به حصه خود او، قبض اصیل و در خصوص سهم سایرین، قبض فضولی است و بدین جهت هریک از دئیان دیگر به مقتضای قواعد فضولی می‌تواند سهمش را از داین قبض دریافت نماید و او مکلف به ادای آن است¹ که به نظر می‌رسد این نظر به طور تمام و کمال نمی‌تواند با مفاد قرارداد تضامنی فیما بین طلب کاران که به هر حال در آن، اذن و موافقت هر شریک به شریک دیگر در دریافت کل طلب مندرج و یا مستنبت است. سازگاری داشته باشد و تحلیل و توجیه و ارایه‌ی اذن هر شریک به شریک دیگر در این خصوص بسیار آسان‌تر و حقوقی‌تر از تحلیل نظریه قبض فضولی است و با ساختار عرفی و حقوقی مقررات حاکم بر آن سازگاری و تطبیق بیشتری دارد.

مبحث دوم: بررسی «امکان اشتغال ذمه یک مدیون در قبال چند داین»

با توجه به این که در حقوق مدنی ایران (بر خلاف حقوق مدنی فرانسه و مصر و مواد قانونی المجله)، تضامن طلبکاران به صراحت پیش‌بینی نشده، با وجود این، در فرضی که حقی تجزیه ناپذیر متعلق به مورث بوده باشد که پس از مرگ او به وارثان وی می‌رسد، هریک از این وارثان (در برخی مصداق‌های حق) می‌تواند تمام حق را اعمال کند، برای مثال در فرضی که خیار فسخ به وارثان می‌رسد قانوناً هر وارث به تنهای، حق فسخ قرارداد را دارد و در صورت اختلاف نظر میان وارثان، نظری مقدم است که به فسخ تمایل دارد، همچنین در ارث حق شفعه نیز بر همین عقیده‌اند که چون این حق تجزیه ناپذیر است هریک از وارثان شریک متوقی، حق شفعه نسبت به تمام مبیع را دارد و در فقه هم این مطلب بی‌سابقه نیست،² با این همه، در نفوذ

1. احمد سنهوری پیشین شماره 138 (... فیرجع علی هذا الداین بما دفعه ...).

2. سیدمحمدکاظم طباطبائی یزدی، حاشیه المکاسب، ج 2، صفحه 148، (... و حق الشفعه اذا انتقلت

16.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و ششم، زمستان 1393

قراردادی که طرفین، تضامن طلبکاران را مقرر کرده باشند تردیدی نیست و در این حالت فرض بر اینست که هر طلبکار به دیگر طلبکاران برای وصول تمام طلب، نمایندگی داده است. هر چند در عمل و حتی در روابط تجاری افراد، چنین تضامنی کاربرد چندانی نیافته است و دلیل این عدم شیاع نیز عمدتاً ناشی از دو علت است: یکی این که شرط تضامن علیرغم فوایدی که برای طلب کاران می‌تواند در بر داشته باشد بعضاً خطرناک است، دیگر این که در ادبیات حقوقی، این تردید وجود دارد که بتوان در یک زمان تمام یک حقی را از برای چند شخص دانست و همین تردید باعث شده که در قراردادها از شرط تضامن پرهیز شود و همین جهت است که سبب ایجاد نظریه‌های مختلفی در آثار علما و حقوق دانان گردیده، که شرح مختصر آن در قسمت‌های پیشین آورده شده است، لذا در اینجا از تکرار دوباره‌ی آن‌ها خودداری می‌گردد.

فصل چهارم: مطالعه‌ی تطبیقی¹ (در قوانین مدنی کشورهای فرانسه، مصر و عثمانی سابق در مجله الاحکام العدلیه)

مبحث اول: مطالعه‌ی اختصاری در قانون مدنی فرانسه و مصر در زمینه‌ی تضامن طلب کاران

گفتار اول: (قانون مدنی فرانسه) تضامن طلبکاران در حقوق رومی - ژرمنی و عمدتاً در قانون مدنی فرانسه جایگاه مصرح و تثبیت شده‌ای دارد به طوری که در آغاز مبحث تعهدات تضامنی، ابتدائاً عنوان تضامن طلبکاران (موضوع مواد 1197 تا 1199)

عن المیت إلى متعدد فان لكل منهم حق في نفسه ... و ایشان با ذکر این مورد و انتقال خیار فسخ به وارثان و نظایر این‌ها (مثل انتقال حق قصاص و قذف و رهن)، به امکان تضامن میان طلب کاران نظر دارد، (همانجا، ص 148).

1. برای آشنایی با تعریف و نیز برای مطالعه‌ی ارزش و اهمیت شیوه علمی، تطبیقی ر.ک به کاتوزیان، امیرناصر، مقدمه علم حقوق، ذیل شماره 85.

تضامن طلبکاران.....17

آورده شده و سپس به تضامن بدهکاران (موضوع مواد 1200 الی 1226) اشاره گردیده است و در قانون مدنی مصر که عمدتاً مقتبس از فقه عامه و حقوق فرانسه (و الهام بخش کشورهای عربی و اسلامی بوده است) در آغاز مبحث تضامن، و طی مواد 279 الی 283، تضامن بستانکاران مورد تدوین و تصویب قرار گرفته و در مواد قانونی المجله نیز مواردی از تضامن دیان پیش‌بینی گردیده است و از آنجایی که قانون مدنی فرانسه و مصر وجوه مشترک فراوانی با قانون ایران دارند، لذا مطالعه و مقایسه مواد و نظرات حقوقی مذکور در آن‌ها و حتی بررسی مواد قانونی المجله الاحکام العدلیه - که قانون مدنی دولت عثمانی سابق است - دارای اهمیت فراوانی است و می‌تواند به حل مشکل و رفع ایراد وارد به بحث تضامن طلبکاران در حقوق ایران، کمک شایانی نماید، لذا باید گفت: «در قانون مدنی فرانسه ذیل مبحث «تعهدات تضامنی» در قسمت اول، تضامن طلب کاران در طی مواد 1197 الی 1199 آمده است بدین شرح «ماده 1197»: تعهد وقتی بین چند طلبکار، تضامنی است که صریحاً به هر یک از آن‌ها حق مطالبه کلّ دین داده شده باشد و پرداخت دین به یکی از آن‌ها، موجب بری شدن مدیون می‌شود. هر چند نفع تعهد بین طلب کاران مختلف (نهایتاً) تسهیم و تقسیم می‌گردد».

ماده 1198: مدیون مخیر است دین را به یک طلب کار و یا طلب کار تضامنی دیگر تأدیه کند مادام که طرح دعوا و اعتراض یکی از اشخاص اخیر، مانع او نباشد. با وجود این، ابراء ذمه مدیون از جانب یکی از طلب کاران تضامنی، دین بدهکار را صرفاً نسبت به سهم این طلبکار ساقط می‌کند.

ماده 1199: «هر عملی که موجب قطع مرور زمان نسبت به یکی از طلبکاران تضامنی گردد سایر طلبکاران نیز از آن بهره مند می‌شوند.» که ملاحظه می‌شود قانونگذار فرانسه، گویی به نظریه‌ی نمایندگی نظر داشته که هر یک از طلبکاران تضامنی در اقدامات سود آور و مفیدی که جداگانه انجام می‌دهند سهم هستند (ماده 1199) ولی در اقدامات غیر نافع و اضرائی یکدیگر شریک نیستند (ماده 1198).

18.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و ششم، زمستان 1393

گفتار دوم: (قانون مدنی مصر) البتّه در قانون مدنی مصر، بعد از پیش بینی مسأله‌ای همانند قسمت اخیر ماده 1198 ق.م.فرانسه در بی‌تأثیر بودن ابرای ذمه مدیون از سوی یکی از طلب کاران، در بند 2 ماده 282 آورده است» 1-.....2- هیچ‌یک از طلب کاران تضامنی نمی‌توانند به نحوی عمل کند که به حقوق سایر طلب کاران، ضرر برساند. که این صراحت قانون مدنی مصر، به نحوی دیگر تأیید بر مسأله‌ی نمایندگی و نیابت هر یک از طلب کاران تضامنی از جانب دیگران است. که ردّ پای فقه عامّه (حنفی) و افکار عبدالرزاق احمد سنهوری¹، استاد برجسته‌ی حقوق مصریه خوبی در مواد قانون مدنی مصر در خصوص تضامن (به ویژه تضامن طلب کاران) مشهود است که با مراجعه به مواد قانونی مذکور در المجله الاحکام العدلیه نیز همین افکار (و حتی فراتر از آن) را می‌توان دید که به شرح مبحث ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرد.

مبحث دوم: مطالعه المجله الاحکام العدلیه (قانون مدنی عثمانی سابق)

المجله الاحکام العدلیه قانون مدنی دولت عثمانی سابق است که بر مبنای فقه حنفی تدوین یافته و با شرح‌هایی که توسط برخی استادان حقوق در کشورهای عربی و اسلامی بر آن نگارش یافته، می‌تواند منبع خوبی برای مطالعه تطبیقی فیما بین فقه امامیه و فقه عامّه، در خصوص نهادهای حقوق مدنی از جمله تضامن و به ویژه تضامن طلبکاران باشد. البتّه پیش از ورود به بحث مربوط به تضامن، لازم به ذکر است که در فقه عامّه و به ویژه در مواد قانونی المجله اولاً تضامن به طور کلی تحت عنوان عقد کفالت (بخش کفالت دین «نه کفالت عین یا نفس») آمده و تضامن طلبکاران نیز در قالب شرکت مفروضه مورد شناسایی و تصویب قرار گرفته است. به طوری که در ماده 612 المجله آمده است «الكفاله ضم ذمه الی ذمه فی مطالبه شی یعنی ان یضم احد ذمه آخر و يلتزم ایضاً المطالبة التی لزمت فی حق ذلک» و در تعقیب این ماده و

1. عمده نظریات حقوقی احمد سنهوری را در مجموعه چند جلدی کتاب وی به نام «الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید» می‌توان دید.

البته پس از چندین ماده دیگر، در ماده 645 مقرر گردیده که «لو کفل احد المبالغ التي لزمتم ذمه الكفيل بالمال حسب كفالته فالداين ان يطالب من شاء منهما». که به اختصار می‌توان گفت: این‌ها جلوه‌ای از تضامن در قبال طلب کاران است که یک نفر مدیون واقعی است و دیگری و یا دیگران بدون این که واقعاً مدیون باشند¹ با قبول تعهد به پرداخت دین مزبور به نحو تضامنی، التزام به تأدیه را پذیرفته‌اند تا وسیله‌ای مطمئن برای تأمین وصول و نیز وثیقه‌ای شخصی به نفع طلب کار باشند. که در اینجا به لحاظ این که رویکرد اصلی این مقاله بررسی تضامن طلب کاران است بنا نداریم بطور مفصل به تضامن بدهکاران پردازیم لذا به همین مختصر بسنده می‌شود، ولی در خصوص تضامن طلب کاران، همان‌گونه که قبلاً ذکر شد این عنوان در المجله در قسمت مربوط به عقد شرکت مفروضه آن هم به‌گونه‌ای افراطی مورد شناسایی قرار گرفته که در فقه امامیه و حقوق ایران و فرانسه و حتی در حقوق مصر چنین سابقه‌ای را نمی‌توان یافت، زیرا تعریفی که از عقد مفروضه آمده و تضامنی که در آن در فقه حنفی و مواد قانونی المجله پیش‌بینی شده است نه تنها مورد شناسایی فقه امامیه قرار نگرفته حتی مورد قبول فقه شافعی و حنبلی هم واقع نگردیده و فقه مالکی هم با شرایطی آن‌ها را پذیرفته است.²

1. صرح فی شرح ماده (612) ان المجله قد اختارت القول بعدم لزوم الدين في ذمه الكفيل بل المطالبة فقط (شرح مجلة الاحكام) تأليف علي حيدر ج 1 ص 674
 2. فقهای عامه معمولاً شرکت را به چهار نوع تقسیم می‌کنند 1- شرکت در اموال (عنان) 2 - شرکت اعمال (ابدان) که شرکا در هر چه که از کار همگی آنها بدست می‌آید شریک کنند 3 - شرکت وجوه (مثلاً دونفر آبرومند اموالی را به نسیه می‌خرند و می‌فروشند و سود حاصله برای هر دو نفر است 4- شرکت مفروضه. که در فقه امامیه فقط شرکت نوع اول یعنی شرکت در اموال (یا شرکت عنان) صحیح انگاشته شده است. باری، شرکت مفروضه (تفویض تصرف شرکا در اموال یکدیگر است یعنی کل مفاوض من المفاوضین قایم مقام الآخر فی التصرف) در این شرکت دو نفر با هم قرار می‌گذارند تا در تمام آن چه که به دست می‌آورند (اعم از عایدات ناشی از تجارت و یا ارث و غیر اینها) و یا از دست می‌دهند، حتی ضرر های ناشی از جرم و تقصیر، هرکدام شریک می‌باشند یعنی (هی ان یشتت کافی کلّ منهما و علیهما) بنابراین هر شریک در امور نافع و سود آور وکیل دیگری و در حقوقی که بر ذمه

20.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و ششم، زمستان 1393

به هر حال، در شرکت مفاوضه - که در المجله پیش بینی گردیده - به لحاظ این که تعهدات فراوانی بر دوش شرکای شرکت مفاوضه قرار می‌گیرد، برعکس شرکت اموال (وعنان)، اهلیت شرکای مفاوض، شرط شده است آنجا که در ماده 334 آمده است «تتضمن شرکه المفاوضه الکفاله ایضاً و لذلك فأهلها لمتفاوضین شرط للكفاله ایضاً» و سپس در شرح آن آمده است: همان‌گونه که هر شریکی وکیل دیگری است در پرداخت تمام دیون، لذا هر یک، کفیل همدیگر هستند و اگر (به عنوان مثال) دو نفر شریک باشند، لیست الکفاله منحصره فی النصف. یعنی (الکفاله) هی أن الدین الذی یتربب فی ذمه الشریک (من التجاره و الغصب و الاستهلاك) یضمن جمیعہ الشریک الآخر بحسب الکفاله¹ بنابراین حتی مطابق تصریح در ماده 1356 المجله اگر یکی از شرکا در شرکت مفاوضه اقرار به دینی کند مقله می‌تواند دین اقرار شده را از شریک دیگر مطالبه کند و سپس به صراحت آمده است که: و مهماترتب دین علی احد المفاوضین من ای نوع کان من المعاملات الجاریه فی الشرکه کالبیع و الشراء و الاجاره، یلزم الآخر ایضاً...».

و سپس شارح المجله از مجموع مواد مربوط به مفاوضه، دو قاعده را به این شرح استخراج کرده و آورده است که در مفاوضه دو قاعده وجود دارد.

هرکدام مترتب می‌شود کفیل (و ضامن) دیگری است که ملاحظه می‌شود در چنین شرکتی، زندگی حقوقی و مالی دو نفر با هم مخلوط می‌گردد و در واقع شرکت دو دارایی است که نظر به همین ایرادات متعدده، همه فقیهان امامیه این شرکت را به دلیل غرر باطل دانسته‌اند که در حقوق ایران نیز بنابر اعتقاد اکثر علمای حقوق حتی با اعمال ماده 10 ق.م.م. هم شرکت مفاوضه صحیح نخواهد بود زیرا (و به خصوص آنکه) زیان ناشی از جرایم عمدی هر شخص را باید خود شخص تحمل کند (کاتوزیان مشارکت‌ها، صلح و عطایا ص صفحه 38 و 39) هر چند برخی دیگر را نظر بر این است که اگر قانون مدنی ایران، شرکت ابدان، وجوه و مفوضه را نیاورده نظرش این بوده که با ماده 10 ق.م.م. بتوان آنها را مشمول قراردادهای نافذ قرارداد (محمد عبده، حقوق مدنی صفحه 290) که به نظر می‌رسد نظر اول (نظر مرحوم دکتر کاتوزیان) با مبانی فقهی و حقوقی مندرج در قانون مدنی سازگارتر است زیرا با اعمال ماده 10 ق.م.م. هم مشکل شرکت مفاوضه را نمی‌توان مرتفع نمود.

1. شرح مجله الاحکام، ذیل ماده 1334 المجله. و از طرف دیگر این که «کل واحد منهما وکیل عن صاحبه فی قبض»

تضامن طلبکاران.....21

قاعده‌ی اوّل: هر چه را که یکی از طرفین مفاوضه، به سبب تجارت و غصب و کفالت و غیر این‌ها، ملزم به انجام آن باشد، طرف دیگر نیز ملزم به آن است و این امر که هر شریک ممکن است ضررش را به شریک دیگر تحمیل کند ناشی از این است که هر شریک کفالت شریک دیگر را دارد.

قاعده‌ی دوّم: هر چیزی (و حقی را) که به سبب تجارت و امثال آن برای یکی از شرکای مفاوضه ثابت شود شریک دیگر نیز حق مطالبه و قبض آن را دارد و این امر -که موجب ثبوت منفعت هر شریک برای شریک دیگر است- از وکالت هر شریک نسبت به شریک دیگر ناشی شده است.¹

بنابراین ملاحظه می‌شود اگر یکی از شرکا، مالی را بفروشد هر یک از شرکا می‌تواند کل ثمن را از خریدار مطالبه نماید و یا حتی اگر یکی از شرکا اجیر شود شریک دیگر می‌تواند اجرت او را از اجیر کننده دریافت نماید و یا اگر کسی در قبال طلب یک شریک، کفیل مدیون شود شریک دیگر می‌تواند طلب شریکش را از کفیل مطالبه نماید و بالاخره آنکه: لو غصب أحدٌ مالا من احد المفواضین فللمفواض الآخر مطالبه من الغاصب.

به این ترتیب، دارایی شریکان در یکدیگر ادغام شده و در این امر فقط خوردنی‌های روزانه و لباس و حوائج ضروریه یومیه ایشان از این ترکیب دارایی مستثنی شده‌اند (ماده 1357 جمله)² که ردّ پای غرر و ضرر شرکا در این نحوه از مشارکت در مفاوضه به

1. همان ذیل ماده 1356 (ج 1 ص 392)، (فی‌المفاوضه قاعدتان: القاعده‌الاولی: کل شیء یلزم احدالمفاوضین بسبب کالتجاره و الغضب و الکفاله یلزم الآخر ایضاً و قد نشأت هذه القاعده بسبب کفاله الشریکین بعضهما لبعض و هی تحمل شریکین مضرة القاعده‌الثانیة: کل شیء یثبت لاحد شریک المفواضین من التجاره و امثالها فللشریک المفواض المطالبه بها و قبضها و هذه القاعده تنشأ ایضاً عن کاله الشریکین بعضهما لبعض و توجب منفعة للشریکین).

2. مستثنیات مفاوضه به شرح ماده مذکور به این شرح است «المأكولات و الثیاب و سایر الحوائج الضروریه الّتی يأخذها احدالمفاوضین لنفسه و اهله و عیاله تكون له ولا تكون لشریکه حق فیها...».

22.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و ششم، زمستان 1393

خوبی مشهود است. بنابراین تضامن طلب کاران، به این نحوه اضرائی و غرری آنهم به صورت قانونی! - و نه قراردادی- تنها در المجله پیش‌بینی شده است ولی گونه منطقی و متعارف آن (بدون جنبه‌های غرری آن) که تماماً ناشی از قرارداد طرفین - و نه قانون است- در قانون مدنی فرانسه و مصر آمده است که می‌تواند در حقوق ایران نیز معمول باشد، به طوری که اکنون در مقررات مربوط به حساب‌های مشترک بانکی و در قالب نمایندگی و نیابت طلب کاران متضامن از یکدیگر، کاربرد مفید آن را در کشور می‌توان مشاهده نمود.

نتیجه گیری

در این مقاله تحقیقی، به منظور بررسی موضوع «تضامن طلب کاران» در حقوق ایران -علی‌رغم این که در قانون مدنی کشورمان هیچ حکم صریحی در این خصوص وجود ندارد و در رویه قضایی هم رد پای محکمی از آن دیده نشده و کمکی نسبت به این کمبود نکرده است- بر آن شدیم تا با استفاده از پیشینه‌ی مباحث مربوط به این نوع تضامن در فقه، مثل مسوولیت تضامنی غاصبان، اعمال خیار فسخ توسط هر وراثت به تنهایی، و نیز در ارث حق شفعه، و نیز بعضاً با مطالعه حقوق فرانسه و مصر به نتایجی نایل شویم که در این مورد علی‌رغم تفاوت دیدگاه‌های حقوق کشورمان با کشورهای مذکور، چگونگی صحت و اعتبار و اعمال تضامن طلب کاران در حقوق ایران بویژه در بخش اسناد تجاری و نظام بانکی کشور مورد بحث و تأیید قرارگرفت زیرا این نحو تضامن، در روابط صاحبان حساب‌های مشترک بانکی - به خصوص در روابط اقارب و خویشاوندان- کاربرد مفید و فراوان دارد و اضافه می‌نماید که تطبیق موارد مذکوره در قوانین کشورهای یادشده با نظام حقوقی ایران کاملاً ممکن و شدنی است که در عالم حقوق، که عالم اعتبارات است، می‌تواند بر مبنای نوعی «نماینده‌گی» و یا «وکالت ضمنی» که در بین طلب کاران مقرر می‌شود، توجیه پذیر باشد و در این زمینه حاکمیت اراده و دلالت ماده 10 قانون مدنی نیز مؤید این اقدام طلب کاران خواهد بود. و چنین

تضامن طلبکاران.....23

نمایندگی و وکالت ضمنی سبب ایجاد امور نافع و مفید برای آنان است بدون این که عمل اضرائی نماینده مثل اقدام به تبدیل تعهد و یا ابرای کل دین، در سهم سایرین مؤثر باشد، زیرا این‌ها خارج از قلمرو نمایندگی و در زمره اعمال فضولی تعریف می‌شوند بنابراین نیابت و نمایندگی محدود به کارهای مفید و نافع و نه اقدامات اضرائی خواهد بود. و این‌ها همه، مستند به توافق طرفین و متکی به صرف منبع ارادی افراد بوده و اگر هم در بردارنده‌ی برخی خطرات ناشی از این نوع تضامن، مثل اعسار قبض و نیز تحمیلی بر ذمه طلب کاران باشد جز به اراده‌ی خودشان - در مواردی به مصلحت خویش دانسته‌اند- ایجاد نشده است و به حکم قانون به وجود نمی‌آید. و مطلوب هم چنین است زیرا تحمیل آن بر ذمه طلب کاران فاقد توجیه عرفی و منطقی خواهد بود، مگر این که خودشان به مصلحت بدانند، در این صورت است که با سنجش منافع و مضار آن، در مجموع ملاحظه می‌گردد که منافع آن می‌تواند بیش از ضرر آن باشد زیرا از انقسام دیون و تجزیه تعهدات به تعداد متعهدین می‌کاهد و اثر مفید آن را بویژه در جایی که وحدت مطلوب، مورد نظر است بخوبی می‌توان ملاحظه نمود، لذا در چنین فروضی تضامن به نفع و مصلحت طلب کاران است، چرا که باعث سهولت مطالبه طلب کاران و سبب آسانی ایفای دین بدهکاران می‌شود که در مجموع، به علت همین ویژگی‌ها است که این جنبه از تضامن، در روابط تجاری و اقتصادی امروز واجد منافع مطلوب و کارآیی خوبی خواهد بود.

24.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و ششم، زمستان 1393

فهرست منابع و مآخذ

الف: کتب فارسی

1. بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، نشر کتابفروشی علمی، مهرماه 1329.
2. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، عقد ضمان، شرکت سهامی کتاب‌های جیبی، چاپ اول، سال 1352.
3. " " " "، وسیط در ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، چاپ دوم، سال 1388.
4. کاتوزیان، امیرناصر، نظریه عمومی تعهدات، چاپ میزان، سال 1385.
5. " " " "، مقدمه‌ی علم حقوق، شرکت سهامی انتشار، چاپ 28، سال 1380.
6. " " " "، مشارکت‌ها، صلح و عطایا، گنج دانش، چاپ (ویرایش) اول، سال 1391.

ب: مقالات فارسی

1. ایزانلو، محسن، نقد مفهوم و آثار طلب مشاع، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره 39، تابستان 1388.
2. جنیدی، لعی، تضامن، آثار و اوصاف آن، مجله‌ی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره 35، پاییز 1375.

ج: کتب عربی

1. سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، چاپ دارالاحیاء التراث العربی، بیروت (لبنان)، سال 1958 م.
2. طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه المکاسب، چاپ سربی، در دو مجلد.
3. علی حیدر، شرح مجله الاحکام، ج 1، چاپ شرکت دارالکتب العلمیه «بیروت».

د: ترجمه‌ی فارسی قوانین و کتب خارجی

1. دادمرزی، سید مهدی، ترجمه فارسی کتاب الوسیط فی شرح القانون المدنی

تضامن طلبکاران.....25

- الجدید، ج 3، (تألیف دکتر سنهوری)، چاپ اول، انتشارات دانشگاه قم.
2. نوری، محمدعلی، ترجمه فارسی قانون مدنی فرانسه (در عقود و تعهدات قراردادی و الزامات بدون قرارداد)، موضوع مواد 1101 الی 1386 این قانون، چاپ گنج دانش، سال 1380.
3. نوری، محمدعلی، ترجمه فارسی قانون مدنی مصر (تمام مواد)، چاپ گنج دانش، سال 1388.



اثر اجرای تأمین خواسته نسبت به خواهان و ثالث با مطالعه‌ی تطبیقی

*عباس پهلوان زاده

تاریخ پذیرش: 1393/11/21

تاریخ دریافت: 1393/10/18

چکیده

چه در حقوق ایران و چه در حقوق سایر کشورها، قانونگذار به خواهان اجازه داده تا نسبت به توقیف اموال خوانده، بدون آن که حکمی در این خصوص به سود وی، صادر شده باشد، اقدام نماید. اگرچه قانون‌گذار در جهت حمایت از موقعیت و حفظ حقوق خواهان، تأسیس‌هایی از جمله قرار تأمین خواسته را پیش‌بینی نموده تا در فاصله زمانی شروع دادرسی تا زمان صدور حکم، خواسته خواهان یا معادل آن در توقیف باقی ماند، لکن اجرای این قرار، علاوه بر اثر مذکور، آثار دیگری نیز به همراه خواهد داشت. آن‌چه در این مقاله سعی در بررسی آن وجود داشته، اثر اجرای قرار تأمین خواسته نسبت به خواهان و ثالث می‌باشد؛ چه آن که، اجرای قرار مذکور، نه تنها آثار خطیری در این زمینه به همراه داشته بلکه در برخی موارد، با حقوق ایجاد شده برای سایر اشخاص در تعارض بوده و حتی در خصوص برخی موضوعات با نواقص قانونی روبرو می‌باشیم؛ بدین معنا که اجرای چنین حقی در برخی موارد، با موانعی برخورد می‌نماید که حتی از دیدگان قانون‌گذار پوشیده مانده است. لذا، با توجه به مراتب مذکور، در اینجا سعی بر آن است که تا آنجا که امکان پذیر باشد، با بررسی تطبیقی حقوق سایر کشورها، تمامی موارد مذکور، بررسی و پاسخی روشن با عنایت به اصول و قواعد حقوقی بدان داد.

واژگان کلیدی: تأمین خواسته، حق تقدم، تهاتر، شخص ثالث

* دانشجوی دکتری رشته حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات، تهران،

مقدمه

هدف اصلی از دادرسی، فصل خصومت بین طرفین دعوی است. لازمه فصل خصومت، احقاق حق و رسیدگی مبتنی بر عدل و انصاف است. نه تنها قضات در رسیدگی به پرونده می‌بایست از دادرسی غیر عادلانه استنکاف نموده بلکه قانون‌گذار نیز باید در تصویب قوانین، با رعایت اصول و قواعد دادرسی، این هدف را دنبال نماید. از آن جا که منبع اصلی قواعد حقوقی ما، قانون بوده، پس به واقع می‌بایست استخوان بندی دادرسی منصفانه را تصویب قوانین مبتنی بر انصاف دانست که می‌تواند چارچوبی مستحکم در جهت نیل به دادرسی عادلانه و جلوگیری از تزلزل افکار عمومی که خواهان ابراز رفتار معقول از سوی قانون‌گذار بوده، تشکیل دهد.

از زمان طرح دعوی تا زمان صدور حکم لازم الاجرا، مدت زمان طولانی سپری می‌گردد و خوانده بدون حسن نیت، ممکن است اقداماتی انجام دهد تا خواهان به خواسته خویش نرسد. از آن جا که مهم‌ترین و نخستین هدف مقررات دادرسی، رفع تجاوز و تأمین حقوق تضمین شده افراد جامعه بر اساس عدل و انصاف است لذا مقنن، تأسیس تأمین خواسته را در اختیار خواهان قرار داده تا حقوق وی حفظ گردد.

اگرچه در قوانین مربوط به تأسیس تأمین خواسته، کاستی‌هایی وجود دارد و در برخی موارد، موجب سردرگمی در تفسیر مقررات در این زمینه می‌گردد لکن نفس وجود این تأسیس در مجموعه حقوقی ما، گامی بلند در راستای اجرای عدالت و دادرسی منصفانه محسوب می‌شود.

در سایر نظام‌های حقوقی نیز، بر این اساس و در راستای تضمین و اجرای حکمی که خواهان ممکن است در آینده تحصیل نماید، توقیف اموال به عنوان اهرمی در جهت حمایت از وی، مورد امعان نظر واقع گردیده است.

با توجه به اینکه توقیف اموال خوانده در جهت حفظ حقوق خواهان بوده لذا اجرای چنین قراری، همراه با ایجاد آثار برای خواهان دعوی خواهد بود؛ آثاری که در

29.....اثر اجرای تأمین خواسته نسبت به خواهان و ثالث با مطالعه‌ی تطبیقی.....

برخی موارد با حقوق سایر اشخاص در تعارض می‌باشد. از سوی دیگر، از آن جا که وجود اموال خوانده نزد شخص ثالث دور از ذهن نبوده، لذا قانون گذار به خواهان، اجازه توقیف اموال خوانده نزد ثالث را اعطا نموده است. از این رو، مبحث نخست مقاله حاضر به آثار اجرای قرار تأمین خواسته نسبت به خواهان و مبحث دوم، به اثر این اجرا، نسبت به ثالث اختصاص یافته است.

مبحث نخست - نسبت به خواهان

اجرای قرار تأمین خواسته نسبت به خواهان دارای دو اثر می‌باشد: از یک سو، موجب ایجاد حق تقدم برای خواهان بوده و از سوی دیگر، موجب جلوگیری از تضییع و تفریط اموال خوانده می‌گردد.

گفتار نخست - ایجاد حق تقدم

در قانون، تعریفی از حق تقدم ارایه نشده است. در فقه نیز تعریضی ارایه نگردیده است. لکن در حقوق فرانسه، حق تقدم را چنین تعریف نموده‌اند: «حقی است که به موجب آن، متعهدله در قیمت مال یا اموال معین متعهد نسبت به بستان کاران عادی متعهد، مقدم در استیفای طلب باشد یعنی از ارزش و ثمن مال متعهد نخست باید طلب صاحب حق تقدم را بدهند و اگر چیزی بماند به دیگران بدهند. دارنده حق تقدم، آن حق را ممکن است از راه انعقاد عقد به دست آورده باشد یا به حکم قانون»¹. در حقوق امریکا، حق تقدم، به وضعیتی اطلاق می‌شود که از حیث زمانی زودتر باشد یا از حیث درجه یا مقام یا رتبه، عالی تر باشد؛ و از جنبه حقوق تجارت، به معنی حق ثابت شده برای رجحان و اولویت داشتن در اموری نظیر حقوق طلب کار برای داشتن یک ادعا، قبل از حقوق سایر طلب کاران همان بدهکار، از حیث دریافت و

1. محمد جعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی، چاپ اول، کتابخانه گنج دانش، سال 1378، جلد سوم، ص 1694

30.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و ششم، زمستان 1393

استیفاء طلب تلقی شده است.¹

اصلی ترین هدف درخواست کننده قرار تامین خواسته، آن است که بدان وسیله (توقیف اموال)، تا زمانی که حکم قطعی لازم الاجرا، صادر شود، طلب وی، در امان باقی ماند؛ به همین علت بود که مقنن در ماده 269 ق.آ.د.م، مقرر می‌داشت: «درخواست کننده تامین در استیفاء طلبش از مال مورد تامین بر سایر طلبکاران حق تقدم دارد».

اگرچه حکم این ماده، در قانون جدید، منصوص نگردیده، لکن ماده 148 ق.ا.ا.م، مقرر می‌دارد: «در هر مورد که اجراییه‌های متعدد به قسمت اجرا رسیده باشد، دادورز، باید حق تقدم هر یک از محکوم لهم را به ترتیب زیر رعایت نماید: 1- اگر مال منقول یا غیر منقول محکوم علیه نزد محکوم له رهن و یا وثیقه یا مورد معامله شرطی و امثال آن یا در توقیف تامینی یا اجرایی باشد محکوم له نسبت به مال مزبور به میزان محکوم به بر سایر محکوم له محق تقدم خواهد داشت 2- خدمه‌ی خانه و کارگر و مستخدم محل کار محکوم علیه نسبت به حقوق و دستمزد شش ماه خود 3- نفقه زن و هزینه‌ی نگهداری اولاد صغیر محکوم علیه برای مدت شش ماه و مهریه تا میزان دویست هزار ریال 4- بستانکاران طبقات مذکور در بندهای دوم و سوم نسبت به بقیه طلب خود و سایر طلب کاران».

بر مبنای ماده مذکور، درخواست کننده تامین، با توقیف اموال، نسبت به مال مورد تامین، به میزان محکوم به (خواسته)، بر سایر محکوم لهم، حق تقدم خواهد داشت. این حق تقدم، همان طور که بیان شده، بدان علت است که در دعاوی مدنی، تامین قضایی، در حکم وثیقه قراردادی است.²

بنابراین، هرگاه نسبت به مال متعلق به بدهکار، دستورهای بازداشت متعددی صادر

1. Brayan A. Garner , Blacks law Dictionary, Eight Edition, west publishing co, printed in the united states of America, 2004 , p. 1231

2. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، چاپ سوم، شرکت سهامی انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، سال 1380، جلد چهارم، ص 132

اثر اجرای تأمین خواسته نسبت به خواهان و ثالث با مطالعه تطبیقی.....31

شده باشد، بازداشتهای مزبور، به ترتیب تاریخی که اعمال می‌شوند، نسبت به یکدیگر، تقدم پیدا می‌کنند. بر مبنای نص مزبور، نه تنها نوع برگ لازم الاجرا (اجرائیه ثبت، قرار تأمین خواسته و...) در ایجاد حق تقدم تأثیری ندارد بلکه مرجع صادر کننده برگ، تاریخ معرفی مال، تاریخ صدور دستور بازداشت و... بی اثر است و «حق تقدم» تنها برای شخصی بوجود می‌آید که مال، پیش از سایرین، به نفع او بازداشت شده باشد.¹ البته، در حقوق برخی کشورها از جمله کبک کانادا، چنین موضوعی صدق نمی‌کند. بر مبنای ماده 640 ق.آ.د.م کبک، اگر توقیف‌های متعددی توسط بستان کاران بدون وثیقه، در مورد اموال شخص مدیون، وجود داشته باشد، در این صورت، هر طلب کار توقیف کننده اموال، بر طلب کاران توقیف کننده بعدی، «بر مبنای تاریخ ابلاغ دستور توقیف» اولویت خواهد داشت مگر در خصوص ورشکستگی.

همان طور که ملاحظه می‌شود، در حقوق کبک کانادا، به عکس حقوق ما، اولویت بر اساس تاریخ بازداشت نبوده بلکه بر مبنای تاریخ ابلاغ دستور توقیف، حاصل می‌گردد و در نتیجه، اولویت برای بستان کارانی خواهد بود که قبل از دیگران، دستور توقیف را ابلاغ نموده باشد.

به هر حال، مراد از حق تقدم، آن است که از حاصل فروش مال توقیف شده، ابتدا طلب درخواست کننده تأمین پرداخت می‌گردد و اگر مازادی وجود داشت به دیگر طلب کاران می‌رسد. به عبارت دیگر، با توقیف مال به سود درخواست کننده تأمین، یک رهن قضایی حاصل می‌گردد که بر مبنای آن، نمی‌توان در آن مال، به نفع شخص دیگری، تصرفی منافی با رهن و در واقع، حق تقدم حاصل شده، نمود.

پرسشی که در این جا قابل طرح بوده، راجع به تعارض فی مابین این حق تقدم با مقررات راجع به ورشکستگی می‌باشد؛ بدین توضیح که آیا توقیف اموال تاجری که حکم ورشکستگی او صادر شده است، برای درخواست کننده تأمین، در برابر سایر طلب کاران، حق تقدم ایجاد می‌کند یا خیر؟

1. عبدالله شمس، آیین دادرسی مدنی، چاپ دوم، انتشارات دراک، سال 1384، جلد سوم، ص 479

32.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و ششم، زمستان 1393

در حقوق انگلیس، عنوان شده، اگرچه هدف از قرار توقیف اموال آن است که از بی عدالتی ناشی از اقدام خواننده به نحوی که خواهان را از نتایج حکمی که ممکن است در آینده تحصیل نماید، جلوگیری به عمل آید¹ لکن آنگونه که قاضی اکثر در پرونده A.J. Bekhor and co.ltdv.Bilton مطرح نموده، صلاحیت دادگاه به صدور قرار توقیف اموال و منع خواننده از نقل و انتقال اموال، قانون ورشکستگی را متأثر نکرده و چنان چه خواننده دعوی، ورشکسته شود، تحصیل چنین قراری، هیچ گونه حق اولویت یا حق تقدمی به خواهان نمی‌دهد² بنابراین، در حقوق این کشور، توقیف اموال خواننده تاجری که حکم ورشکستگی او صادر شده باشد، حق تقدمی برای خواهان، در برابر سایر طلب کاران، ایجاد نمی‌کند.

در حقوق کبک کانادا نیز، بر مبنای ماده 640 ق.آ.د.م³، اگرچه با توقیف اموال، خواهان نسبت به اموال خواننده، حق تقدم پیدا می‌کند لکن چنین حقی در فرض ورشکستگی خواننده، اعمال نشده و تابع مقررات ورشکستگی خواهد بود.

در حقوق ایران، هیات عمومی دیوان عالی کشور در رای وحدت رویه شماره 3271 مورخ 1339¹/10/19⁴، صراحتاً، در خصوص ماده 269 ق.آ.د.م، اعلام نمود، درخواست کننده تامین، بر سایر بستان کاران، حق تقدم ندارد.

1. Stephen M . Gerlis and paulaloughlin , civil procedure, first Edition, published in Great Britian, 2001 , p . 437

2. code of civil procedure – quebec , article 640

3. Rose , William, stuartsim and Derek French, civil practice , sixth Edition , oxford university press. 2005,p.412

4. چون موافق ماده 58 قانون تصفیه امور ورشکستگی از اموال متوقف برای دیان ترتیب خاصی مقرر داشته که به همان نحو باید خاتمه یابد و موافق مدلول همین ماده، حق تقدم هر طبقه بر طبقه دیگر، تصریح و تعیین شده و از بستانکارانی که از اموال متوقف طلب خود را به وسیله دادگاه تأمین کرده‌اند قیدی دیده نمی‌شود بنابراین، کلیه دیان به جز کسانی که قانون صریحاً استثنا نموده از اموال متوقف حق استفاده دارند و منطوق ماده 269 ق. آ . د. م ناظر به مورد مذکور در فوق نبوده و در این مورد که حکم خاصی موجود است قابل اعمال نمی‌باشد بنابراین، رأی شعبه دوم دیوان عالی کشور صحیحاً صادر شده و طبق قانون وحدت رویه قضایی مصوب تیرماه 1328 برای دادگاهها لازم الاتباع است.. رأی وحدت رویه شماره 3271-39/10/19 هیأت عمومی دیوان عالی کشور

33.....اثر اجرای تأمین خواسته نسبت به خواهان و ثالث با مطالعه تطبیقی

قانون جدید آیین دادرسی مدنی در ماده 128، اعلام می‌دارد: «در ورشکستگی چنان چه مال توقیف شده عین معین و مورد ادعای متقاضی تأمین باشد درخواست کننده تأمین بر سایر طلب کاران حق تقدم دارد».

بنابراین، بر خلاف رای وحدت رویه مذکور، حسب ماده 128، در ورشکستگی، برای درخواست کننده تأمین، حق تقدم ایجاد می‌گردد. لکن این حق تقدم در صورتی حاصل می‌گردد که اولاً، مال بازداشت شده، عین معین بوده و ثانیاً، عین بازداشت شده، مورد ادعای متقاضی تأمین باشد. با جمع شدن این دو شرط و با فرض پیروزی خواهان در دعوای مطروح، حق تقدم ایجاد خواهد شد.

از سوی دیگر، در صورت عدم تحقق یکی از دو شرط یا به طریق اولی، هر دو شرط، درخواست کننده تأمین، حق تقدم نداشته و اموال متوقف به ترتیب مقرر در ماده 58 قانون تصفیه امور ورشکستگی، بین دیان تقسیم می‌گردد.

پرسش دیگری که در این جا مطرح می‌شود آن است که اگر طلب کاران تاجر ورشکسته، حکم محکومیت او را گرفته و در زمان توقف، قصد اجرای حکم را داشته باشند، آیا حق تقدمی ایجاد می‌گردد؟

عده‌ای از حقوق دانان¹ بر مبنای رای وحدت رویه شماره 561 مورخ 1370/3/28 هیات عمومی دیوان عالی کشور² و بند 2 ماده 423 ق.ت. اعلام نموده، حتی اگر قبل از توقف، اموال تاجر را به وسیله قرار تأمین خواسته، بازداشت کرده و با اقامه دعوا، حکم

1. عبدالله شمس، پیشین، ص 480

2. در ماده 417 قانون تجارت حکم ورشکستگی تاجر را موقتاً قابل اجرا شناخته است - در بند 2 و 3 ماده 423 قانون تجارت هم تصریح شده که تأدیه هر قرض تاجر ورشکسته اعم از حال یا موجد به هر وسیله که به عمل آمده باشد و هر معامله‌ای که مالی از اموال منقول و غیرمنقول تاجر را مقید نماید و به ضرر طلبکاران تمام شود و بی اثر است. بنابراین در هر مورد که بعد از تاریخ توقف، حکمی مستقیماً علیه تاجر متوقف در مورد بدهی او به بعضی از بستانکاران وی صادر و اجرا شود کلیه عملیات اجرایی و نقل و انتقالات مربوط که متضمن ضرر سایر طلبکاران تاجر ورشکسته می‌باشد مشمول ماده 423 قانون تجارت بوده و باطل و بی اعتبار است. رأی وحدت رویه شماره 561-1370/3/28 هیات عمومی دیوان عالی کشور

34.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و ششم، زمستان 1393

قطعی محکومیت تاجر را گرفته و اجرا کرده باشند اما حکم ورشکستگی تاجر، صادر شده و تاریخ توقف، قبل از ختم عملیات اجرایی حکم پرداخت وجه، تعیین شده باشد، آن قسمت از عملیات اجرایی که بعد از تاریخ توقف انجام شده باشد، باطل می‌باشد.

در خصوص صحت این نظریه و این که آیا، اساساً، رای وحدت رویه مذکور، بر مبنای قانون، صادر شده یا خیر، می‌بایست مدلول ماده 423 ق.ت، مورد توجه قرار گیرد. بر اساس این ماده: «هرگاه تاجر بعد از توقف معاملات ذیل بنماید باطل و بلااثر خواهد بود: 1- هر صلح محاباتی یا هبه و بطور کلی هر نقل و انتقال بلاعوض اعم از این که راجع به منقول یا غیرمنقول باشد 2- تادیه هر قرض اعم از حال یا موجدل به هر وسیله که به عمل آمده باشد 3- هر معامله‌ای که مالی از اموال منقول یا غیر منقول تاجر را مقید نماید و به ضرر طلب کاران تمام شود.»

بر اساس ماده مذکور، هر معامله یا مداخله‌ای که بعد از تاریخ توقف، توسط تاجر، صورت گیرد که مشمول هر یک از بندهای فوق باشد، آن عمل، باطل و بلااثر خواهد بود.

هم چنان که از صدر این ماده و تمامی بندهای آن، مشخص و معین است، دو شرط، همیشه می‌بایست، توأمان، وجود داشته باشد؛ اول این که، اعمال مندرج در هر سه بند، باید توسط «تاجر» صورت گرفته باشد، چه آن که، صدر ماده، به صراحت اعلام می‌دارد، هرگاه «تاجر» معاملات زیر را بنماید، باطل و بلااثر خواهد بود. دوم آن که، اعمالی که توسط تاجر صورت می‌گیرد می‌بایست در قالب «معاملات» انجام پذیرفته باشد و همان طور که می‌دانیم، در معاملات، اصلی که همیشه حاکم می‌باشد، اصل حاکمیت اراده است.

بنابراین، با تحقق دو شرط فوق، در صورتی که عمل، در قالب هر یک از بندهای ماده 423 قانون تجارت، صورت گرفته باشد، باطل خواهد بود.

حال پرسش این است، چنان چه «تادیه قرض» بنا به «حکم دادگاه» بوده باشد و این عمل، در دوره توقف و قبل از صدور حکم ورشکستگی صورت گرفته باشد، چرا باید

35.....اثر اجرای تأمین خواسته نسبت به خواهان و ثالث با مطالعه‌ی تطبیقی

چنین عملی، باطل تلقی شود؟ از سوی دیگر، اگر «مقید شدن» اموال تاجر در دوره توقف، ناشی از رای دادگاه باشد و نه «معامله»، آن چنان که بند سوم ماده مذکور بدان اشاره می‌کند، چرا باید آنرا بلااثر دانست؟ و این که آیا به راستی، توقف این اموال ناشی از «معامله‌ای» بوده که «تاجر» منعقد نموده است؟ و نهایتاً آن که آیا در این زمینه، اصل حاکمیت اراده، حکمفرما می‌باشد؟

به هر حال، اگرچه رای وحدت رویه مذکور، به زعم ما، بر خلاف قانون، صادر گردیده، لکن، با وجود آن، چاره‌ای جز تبعیت از آن نیست. اما، با این وجود، می‌بایست، رای وحدت رویه فوق را، در محدوده آن چه منصوص گردیده، تفسیر نمود؛ چه آن که حتی اگر استدلال پیش گفته را نپذیریم، چون ماده 423 ق.ت، خلاف اصل بوده و رای وحدت رویه نیز در ارتباط با آن صادر گردیده است لذا اصول تفسیر، اقتضاء دارد این رای، به صورت کاملاً مضیق تفسیر شود.

از آن جایی که بر مبنای این رای، چنان چه «بعد از تاریخ توقف» حکمی علیه تاجر «صادر و اجرا» شود، باطل می‌باشد، لذا اگر حکم «قبل از تاریخ توقف» صادر و بعد از تاریخ توقف اجرا گردد، مشمول رای مذکور نبوده و چون ارتباطی با ماده 423 ق.ت، نداشته، برای محکوم له آن حکم، حق تقدم ایجاد میکند.

ایراد نشود، بر مبنای ماده 128 ق.آ.د.م، صرفاً، چنان چه مال توقیف شده، عین معین بوده و مورد ادعای متقاضی باشد، حق تقدم ایجاد می‌گردد چرا که فرض ماده مذکور، توقیف اموال «قبل از صدور حکم» بوده و حال آن که فرض رای وحدت رویه، «بعد از صدور حکم» است. دلیل مثبت این ادعا، قید عبارت «حکم» در رای وحدت رویه از یک سو و قید عبارت «درخواست کننده تأمین» بجای محکوم له در ماده 128 از سوی دیگر، می‌باشد.

نهایتاً، آخرین پرسش آن است که آیا بر مبنای ماده 128، ایجاد حق تقدم، منوط به توقیف مال، قبل از تاریخ توقف می‌باشد یا خیر؟

پاسخ، در این خصوص، منفی است، چه آن که، پاسخ مثبت، به علت تفسیر

36.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و ششم، زمستان 1393

نادرستی بوده که از ماده 423 ق.ت صورت گرفته است. با تفسیر ارایه شده، هیچ گونه تعارضی بین ماده 423 از یک سو و ماده 128 آ.د.م از سوی دیگر، ایجاد نمی‌گردد. بنابراین، بر خلاف آن چه اظهار نظر گردیده¹، این موضوع، اساساً ارتباطی با ماده 423 (همان طور که بیان شد) و ماده 528 به بعد قانون تجارت و خصوصاً، بخش پایانی ماده 531 ندارد چراکه حکم ماده 128 آ.د.م، راجع به توقیف اموال «خود» تاجر مدیون بوده، حال آن که مواد 528 به بعد قانون تجارت، راجع به اموال «دیگران» نزد تاجر می‌باشد و فی الواقع، ارتباطی بین مواد مذکور وجود ندارد. به عبارت دیگر، موضوع مواد 528 به بعد قانون تجارت، اموال خود تاجر نبوده بلکه اموالی است که «به رسم امانت» نزد تاجر گذاشته شده است در حالیکه، موضوع ماده 128 ق.آ.د.م، در خصوص توقیف اموال شخص تاجر می‌باشد.

گفتار دوم - جلوگیری از تضييع و تفریط اموال

علی‌الاصول شخص خوانده مغرض، در صورت اطلاع از این موضوع که خواهان، پیروز دعوا خواهد گردید، ممکن است، حداقل، از باب اضرار خواهان، نسبت به اموال خویش، تعدی و تفریط نماید.

در این راستا، مقنن، این حق را به خواهان داده تا با توقیف اموال خوانده، این اموال، از تعدی و تفریط، مصون مانده و خوانده مغرض، به اهداف خویش نرسد. اگر قانون‌گذار چنین تدبیری نمی‌اندیشید، خواهان که با وجود تمام مشکلات، اقدام به طرح دعوا نموده و طولانی بودن دادرسی را به تن خریده و نهایتاً حکمی از دادگاه، تحصیل کرده، بر اثر تعدی و تفریط طرف دعوا، به خواسته خویش نمی‌رسید.

در حقوق امریکا، چنین اقدامی از سوی خوانده، مشکل را صد چندان می‌کند و همه، مخلوق قوانین ایالتی بوده و علت آن، رویه خاص هر ایالت است. چنان چه خواهان، حکمی از دادگاه ایالتی تحصیل نموده و بر مبنای آن، قصد توقیف اموال خوانده، در

1. عبدالله شمس، پیشین، ص 481

37.....اثر اجرای تأمین خواسته نسبت به خواهان و ثالث با مطالعه تطبیقی.....

همان ایالت داشته باشد، صرف ارایه‌ی رونوشت مصدق رای صادره کفایت می‌کند. لکن چنان چه حکمی در ایالتی تحصیل و خواهان (محکوم له)، در جستجوی اموال محکوم علیه، در ایالت دیگر باشد، اگر چه هر ایالت، می‌بایست، احکام صادره از سایر ایالت‌ها را «اعتبار کامل» دهد لکن ممکن است ملزم به انجام تشریفات اضافی در راستای اهداف آن ایالت، جهت پذیرش حکم، گردد.¹

حال تصور نمایید، خواهان، پس از انجام تشریفات طاقت فرسای مذکور، با خواننده‌ای مواجه گردد که پس از صدور حکم و قبل از رعایت تشریفات، به ضرر خواهان، اقدام به تضييع و تفریط اموال خویش نموده است. چنان چه وسیله‌ای جهت جلوگیری از اقدام خواننده نباشد، خوش خیالی خواهد بود که تصور شود خواهان، هم چنان انگیزه‌ای جهت طرح دعوا و رسیدن به خواسته خود داشته باشد. بنابراین، عدالت، حکم میکند، اسبابی جهت ممانعت از اقدامات خواننده مغرض در نظر گرفته شود.

هدف خواهان از طرح دعوا، اجبار خواننده به پرداخت یا اجرای خواسته است. صرف پیروزی در دعوا، باعث پرداخت پول در جیب خواهان، به طور خودکار، نمی‌گردد. لذا بایستی رویه‌ها و آیین‌هایی را به کار برد که بدان وسیله، خواهان بتواند، خواننده را به پرداخت محکوم به، مجبور و ملزم نماید. ابزارهای مختلفی برای خواهان وجود دارد تا بر مبنای آن، تلاش کند آن چه را که در دعوی برنده شده، تحصیل نماید؛ از جمله این ابزارها، می‌توان به تأمین خواسته و توقیف اموال و سلب حق مالکیت اشاره کرد. در واقع، تمامی این مجموعه‌ها، شامل استفاده از نیروی پلیس دولتی، برای توقیف دارایی خواننده و استفاده از آن‌ها، جهت پرداخت به خواهان، صورت می‌گیرد.² توقیف اموال خواننده، اگرچه ممکن است در ظاهر، امری ساده به نظر برسد لکن

1. Jaks , Emery , Linda L . Edwards, j. Stanley Edwards, civil procedure and litigation, 8Th Edition, printed in the united states of America , 2000 , p. 201

2. op. cit , p . 581

در واقع، آثار و نتایج بسیار مهمی، به همراه خواهد داشت. از آن جا که تعدی و تفریط اموال، می تواند سبب از بین رفتن اموال خواننده گردد و او بر این مبنا که مالک بوده و حق هر نوع دخل و تصرف در اموال خویش داشته، بدینوسیله از بارمسئولیت، شانه خالی نماید. این اقدام که تمام کوشش های خواهان را به یکباره، از بین می برد، نه تنها با حقوق خواهان در تعارض بوده، بلکه اساساً، بر خلاف عدل و انصاف است. همین موضوع مقنن را وادار نمود، حق توقیف اموال را به خواهان داده تا بر مبنای آن، از تعدی و تفریط خواننده دعوی، نسبت به اموال، جلوگیری نماید.

در حقوق امریکا، در اکثر ایالت ها، تحصیل حکم رهن در خصوص اموال غیر منقول معمول می باشد و این حکم، محکوم له را در جایگاه رهن قرار داده و حق به فروش رساندن دارایی (تحت شرایط خاص) برای پرداخت بدهی (محکوم علیه)، به وی می دهد.¹ لذا، از آن جا که توقیف اموال خواننده، در واقع، نوعی رهن قضایی محسوب و بدان علت، اموال متعلق حق دیگری واقع می گردد، خواننده دعوی، نمی بایست اقدامی انجام دهد که منافی با این حق باشد؛ اعم از این که اقدام وی، جنبه مثبت یا منفی داشته باشد. به عبارت دیگر خواننده، حق تعدی و تفریط، نسبت به اموال را نداشته، اگرچه حق مالکیت وی، همچنان پابرجاست.

مبحث دوم - نسبت به ثالث

آرای که دادگاه صادر می نماید، اعم از حکم یا قرار، علی الاصول، نسبت به طرفین دعوی، اثرگذار است. اما از آن جا که قانون گذار به خواهان، اجازه توقیف اموال خواننده نزد ثالث از طریق تأمین خواسته، اعطا نموده بر این اساس تکالیفی برای ثالث در نظر گرفته است، از این رو، ابتدا به اصل نسبی بودن اثر تأمین خواسته خواهیم پرداخت. در گفتار دوم، توقیف اموال خواننده نزد ثالث مورد بررسی واقع و نهایتاً گفتار سوم به توقیف طلب خواننده از ثالث اختصاص یافته است.

1. op.cit, p . 199

اثر اجرای تأمین خواسته نسبت به خواهان و ثالث با مطالعه‌ی تطبیقی.....39

گفتار نخست - اصل نسبی بودن اثر اجرای قرار تأمین خواسته

قرار تأمین خواسته، همان طور که می‌دانیم، صرفاً علیه خواننده دعوی درخواست و توسط دادگاه صادر می‌گردد. اصولاً قرار مذکور، نمی‌تواند نسبت به اشخاص ثالث یعنی اشخاصی که طرف درخواست نبوده، تأثیری داشته باشد. این موضوع، مستخرج از اصلی است که اصل نسبی بودن آرای محاکم نام دارد. علت این محدودیت در اثر حکم، آن است که حقیقت قضایی ناشی از حکم، حقیقی نسبی است.¹ اصل نسبی بودن آراء محاکم، اگرچه صریحاً در قانون پیش بینی نشده لکن از مفاد برخی مواد مربوط به قانون آیین دادرسی مدنی از جمله مواد 296، 302، 417، 418 قابل استنباط است؛ چه آن که، این مواد، به نحوی حکایت از تأثیر نسبی آراء نسبت به اصحاب دعوا (یعنی خواهان و خوانده) دارد. بویژه آن که مقررات راجع به اعتراض شخص ثالث نیز مؤید این مطلب است که هرگاه در خصوص دعوایی، رای صادر شود که به حقوق شخص ثالث خلل وارد آورد، وی حق خواهد داشت نسبت به رای اعتراض نماید. در حقوق انگلیس نیز، اصل مذکور، به نحوی با لحاظ مصادیق موضوعی، مورد پذیرش واقع و قرار توقیف اموال، نسبت به طرفین دعوی اثر گذار می‌باشد. به عنوان مثال قرار توقیف اموال یا انسداد حساب، قراردایی بر علیه شخص خوانده محسوب که خوانده را مجبور و وادار می‌نماید تا از معامله و انتقال املاک و اموال، خودداری نماید. به همین جهت، هیچ شخص یا طرف دیگری مانند بانک خوانده را ممنوع و محدود نمی‌کند. به عبارت دیگر، قرار توقیف اموالی که علیه خوانده صادر می‌گردد، تأثیری بر بانکی که خوانده، مشتری آن است نمی‌گذارد و ممنوعیتی را برای بانک ایجاد نمی‌کند.² در واقع، چنین امری مورد تأکید قرار گرفته که قرار توقیف اموال، نسبت به اشخاصی که طرف دعوی

1. Thomas E. W, the judicial process, Realism, pragmatism, practical Reasoning and principles, united states of America by Cambridge university press, New york , first published, 2005, p.77

2. Briks, peter, English private law , Two vol-oxford university press , first published , December 2000,p.942.

نیستند اثر ندارد. با این وجود، به مانند احکام دادگاه، که در برخی موارد می تواند اثری نسبت به شخص ثالث داشته باشد، به همان نحو، اجرای قرار تأمین خواسته، می تواند، در برخی موارد، نسبت به ثالث، اثر گذار باشد. به عنوان مثال، چنان چه خواننده، نزد ثالث، مشغول به کار بوده و در عوض، حقوقی را دریافت می کند، اگرچه آن چه توقیف می گردد حقوق خواننده بوده لکن تکالیفی برای ثالث ایجاد می نماید؛ یا در مواردی که اموال خواننده، نزد ثالث بوده، با اجرای قرار تأمین خواسته، تکلیف به عدم تسلیم مال به خواننده از سوی ثالث ایجاد می گردد.¹

گفتار دوم - توقیف اموال خواننده نزد ثالث

خواهان با صدور قرار تأمین خواسته، نه تنها می تواند اموالی را که نزد خواننده بوده، توقیف نماید بلکه این اختیار را دارد، اموالی را که متعلق به خواننده بوده و نزد ثالث می باشد، توقیف نماید.²

در صورت معرفی اموال خواننده نزد ثالث، دادگاه، بر مبنای قرار تأمین صادره، اقدام به توقیف آن می نماید. در واقع، مقنن، در راستای حمایت از خواهان، نه تنها به وی اجازه داده اموال خواننده را که نزد وی بوده، توقیف نماید بلکه، از آن جا که امکان نقل و انتقال اموال را دور از ذهن ندانسته، خصوصاً از این حیث که انتقال آن با قبض و اقباض، امکان پذیر می باشد، لذا به خواهان این اختیار را داده تا با ارایه دلایل، اموال خواننده را که نزد ثالث بوده، توقیف نماید.

از آن جا که با بازداشت اموال خواننده، آن اموال، متعلق حق دیگری می گردد، لذا شخص ثالثی که این اموال، نزد وی توقیف شده، تکالیفی به عهده خواهد داشت. این مسئولیت، راجع به ثالثی است که طلب یا مال متعلق به خواننده یا محکوم علیه، نزد وی توقیف بوده و بموجب قرار صادره از دادگاه، مکلف به پرداخت طلب یا تسلیم مال

1. stephen M Gerlis and paulaloghlin, op. cit , p. 480

2. X.E. Kramer . C. H. van Rhee, civil litigation in a Globalising word , published by T.M.C. Asser press , springer, 2012, p. 285

اثر اجرای تأمین خواسته نسبت به خواهان و ثالث با مطالعه‌ی تطبیقی.....41

توقیف شده گردیده است و چنان چه تخلف نماید، مسئولیت خواهد داشت. ماده 88 ق.ا.ا.م، در همین راستا، اشعار می‌دارد: «شخص ثالث پس از ابلاغ اخطار توقیف نباید مال یا طلب توقیف شده را به محکوم علیه بدهد و مکلف است طبق دستور مدیر اجرا عمل نماید، در صورت تخلف، مسئول جبران خسارت وارده به محکوم له خواهد بود».

در حقوق انگلیس، علاوه بر این که، شخص ثالث، از تسلیم مال به محکوم علیه ممنوع گردیده است، چنان چه وی، مدعی بوده که اموال توقیفی باید به محکوم علیه تسلیم شود، در این صورت، دادگاه، این موضوع را در جلسه رسیدگی یا در جلسه دیگری که ممکن است قبل از جلسه اصلی باشد (جلسه فوق العاده)، مشخص می‌نماید. چنین موضوعی، اگر در مرحله دیوان عالی کشور رخ دهد، به همان ترتیب، مرجع مذکور، جلسه‌ای را جهت رسیدگی به ادعا تشکیل داده یا موضوع را جهت رسیدگی، نزد قاضی بخش، ارسال خواهد نمود.¹

از سوی دیگر، بر مبنای قانون آیین دادرسی مدنی کبک کانادا، شخص ثالثی که اموال نزد وی توقیف شده، باید مقدار، علت و شرایط بدهکاری‌اش به خواننده را در زمان ابلاغ دستور توقیف اعلام نماید (ماده 630 قانون مذکور). اگرچه در حقوق ایران، این خواهان یا محکوم له است که می‌بایست اموال خواننده یا محکوم علیه را معرفی نماید لکن طبق قانون آیین دادرسی مدنی کبک کانادا، شخص ثالثی که اموال نزد وی توقیف شده، مکلف است، گزارش «مابقی» اموال منقول خواننده، که نزد وی می‌باشد را به مرجعی که دستور توقیف داده، ارائه نماید (ماده 630).

با توقیف اموال خواننده نزد ثالث، بحث راجع به تعیین حافظ پیش خواهد آمد. به موجب مواد 77 و 78 ق.ا.ا.م، اموال توقیفی، در محل توقیف، برای حفاظت، «به شخص مسئولی» سپرده می‌شود و اگر اموال نزد شخص ثالث بوده، اصولاً، وی، به عنوان حافظ منصوب می‌گردد. به علاوه، حافظ می‌تواند با توافق طرفین تعیین شده یا در صورت

1. Stephen M Gerlis and paulaloughlin, op, cit, p. 480

عدم توافق، توسط مامور اجرا، معین شود.

در حقوق امریکا، این که شخص ثالث، به عنوان حافظ تعیین گردد، مصداق ندارد. اگرچه در بادی امر، حسب مواد 668 و 667 ق.آ.د.م تگزاس،¹ ممکن است چنین استنباط گردد چنان چه اموال خواننده، نزد ثالث باشد، در این حالت، حفاظت و نگهداری از آن، با شخص ثالث است، لکن با توجه به صراحت ماده 670 و مفاد ماده 708 همان قانون، امر دیگری استنباط می‌گردد. بر مبنای ماده 670 قانون مذکور: «اگر شخصی که اموال خواننده نزد وی توقیف شده از تحویل آن وسایل به کلانتر یا پلیس امتناع نماید مأمور، فوراً، چنین امتناعی را گزارش می‌کند...».

این عبارت، به روشنی، دلالت بر آن داشته که با معرفی اموال خواننده نزد ثالث توسط خواهان، دادگاه به ثالث، موضوع توقیف را ابلاغ می‌نماید و ثالث پس از دستور دادگاه مبنی بر توقیف اموال، مکلف به تحویل اموال به کلانتر یا پلیس، جهت نگهداری و حفاظت می‌گردد و بر اساس همان ماده، نتیجه عدم تحویل اموال، جریمه و زندانی شدن ثالث تا زمان تحویل اموال خواننده می‌باشد.

به علاوه، حسب ماده 593 قانون مارالذکر، قرار توقیف اموال «باید» به «کلانتر یا پلیس» در ایالت تگزاس، تسلیم شود. این ماده در ادامه بیان می‌دارد، کلانتر یا پلیس، به میزان مورد نظر، از اموال خواننده را که در آن ناحیه وجود دارد، «توقیف و نگهداری» می‌کنند. بنابراین، به نظر می‌رسد، مسئول نگهداری از اموال توقیف شده، در این ایالت، با کلانتر یا پلیس محل باشد. قید عبارت «ماموری که دارایی را نگه داشته است» در ماده 708 نیز مؤید این ادعا می‌باشد.

در حقوق برخی کشورها، به مانند حقوق ایران، شخص ثالثی که اموال نزد وی توقیف شده، به عنوان حافظ محسوب گردیده است. به عنوان مثال، طبق ماده 626 قانون آیین دادرسی مدنی کبک کانادا، شخص ثالث، به عنوان حافظ، تلقی شده است. از سوی دیگر، اگرچه حسب ماده 61 ق.ا.ا.م ایران، چنان چه اموال منقول در

1. Texas Rules of civil procedure , Rules 667 and 668

43.....اثر اجرای تأمین خواسته نسبت به خواهان و ثالث با مطالعه‌ی تطبیقی.....

تصرف شخصی غیر از محکوم علیه باشد و متصرف نسبت به آن ادعای مالکیت نماید یا آنرا متعلق به دیگری بداند، مال مذکور، توقیف نخواهد شد. لکن آن چه از مواد قانون آیین دادرسی مدنی تگزاس، خصوصاً مواد 608 و 614، استنباط می‌گردد آن است که حتی اگر شخص ثالث، ادعایی نسبت به اموال خوانده داشته باشد، مال معرفی شده، توقیف می‌گردد و چنان چه سپس ادعای ثالث، ثابت گردد، از مال توقیفی، رفع اثر می‌شود.

ایراد نشود چنین اقدامی، حقوق اشخاص ثالث را پایمال می‌نماید چه آن که خواهان، در زمان درخواست توقیف اموال، صرفنظر از رایه دلایل مثبت ادعا، پرداخت خسارت وارده از جمله خسارات ناشی از توقیف نابجا را با سپردن وجه الضمان، تضمین نموده است و ثالث، در این صورت می‌تواند از آن محل، خسارت وارده را مطالبه کند.

از ماده 666 قانون آیین دادرسی مدنی تگزاس نیز استنباط می‌شود که در هر حال، اموال، نزد ثالث، توقیف می‌گردند. بر اساس این ماده، اگر از پاسخ شخص ثالثی که اموال خوانده نزد وی توقیف شده است مشخص شود که به خواننده بدهکار نیست و در زمانی که دستور توقیف اموال برای او صادر شده نیز بدهکار نبوده و او در دارایی اش از اموال خوانده ندارد و در زمان صدور دستور نیز نداشته است، در این صورت، دادگاه، بری الذمه بودن شخص ثالث و باطل اعلام شدن قرار توقیف اموال را صادر می‌نماید. صدور حکم مبنی بر بری الذمه شدن ثالث، دلالت بر آن دارد که اموال در ابتدا، توقیف شده و سپس به ادعای ثالث رسیدگی می‌گردد. عبارت شخصی که اموال نزد وی «توقیف شده» در صدر ماده نیز گویای همین موضوع است. بنابراین، به نظر می‌رسد در حقوق ایالت تگزاس، بعکس حقوق ما، اموال، ابتدائاً، توقیف می‌گردند.

گفتار سوم - توقیف طلب خوانده از ثالث

حسب قانون اجرای احکام مدنی، خواهان، در راستای تضمین اجرای حکمی که ممکن است در آینده حاصل شود، این اختیار را دارد تا چنان چه خوانده از شخص

44.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و ششم، زمستان 1393

ثالثی طلب کار بوده و یا نزد ثالثی مشغول به کار بوده و حقوقی دریافت می‌دارد، نسبت به توقیف آن طلب یا حقوق اقدام نماید. بنابراین، خواهان می‌تواند در راستای اجرای قرار تأمین خواسته، نسبت به توقیف موارد مذکور اقدام و بر این مبنا، شخص ثالث، حق پرداخت طلب یا حقوق به خواننده دعوی، نخواهد داشت.

پرسشی که در این جا قابل طرح بوده، راجع به تهاتر دین است؛ بدین توضیح که چنان چه قصد توقیف طلب، نزد ثالثی وجود داشته که خود نیز از صاحب اموال (یعنی خواننده)، طلب کار باشد آیا در این صورت، ثالث می‌تواند به تهاتر استناد نماید؟ تهاتر عبارت است از تساقط دو دین بین دو کس. تهاتر از سنخ ایفای تعهدات است خواه قانونی باشد خواه قراردادی یا قضایی. مهم‌ترین قسم از اقسام تهاتر، تهاتر قانونی است¹ بنابراین، همان طور که بیان شده، تهاتر وسیله‌ای برای ساده کردن دو پرداخت متقابل از طرف دو مدیون و در زمره وقایع حقوقی است.²

در حقوق انگلیس، چنان چه شخص ثالثی که اموال نزد وی توقیف شده، مدعی محق بودن خود بجای محکوم له، نسبت به مبلغی باشد که نزد وی توقیف شده، در این صورت، دادگاه، فوراً، دستور به احضار شخص، جهت روشن شدن موضوع، خواهد داد یا دستور می‌دهد که موضوع، در جلسه‌ای جداگانه، که ممکن است قبل از جلسه اصلی بوده یا نزد قاضی بخش باشد، بررسی شود. در هر حال، شخص ثالثی که اموال نزد وی توقیف شده، چنان چه از پرداخت مبلغ موضوع قرار توقیف، به محکوم له، قصور یا خودداری نماید، به همان نحوی که هر محکوم علیه می‌توان اجبار کرد، می‌توان او را ملزم به پرداخت مبلغ نمود.³

بنابراین، در حقوق این کشور، چنان چه ثالث، خود را محق در اموال توقیفی بداند

1. محمد جعفر جعفری لنگرودی، الفارق، دائرة المعارف عمومی حقوق، چاپ دوم، کتابخانه گنج دانش، سال 1388، جلد دوم، ص 223

2. ناصر کاتوزیان، نظریه عمومی تعهدات، چاپ دوم، نشر میزان، سال 1382، ص 414

3. Stephen M Gerlis and paulaloughlin , op , cit , p. 480

اثر اجرای تأمین خواسته نسبت به خواهان و ثالث با مطالعه‌ی تطبیقی.....45

و از پرداخت مبلغ توقیف شده، خودداری نماید، حتی اگر مبنای خودداری وی، طلب وی از خوانده‌ای باشد که اموال او، نزد ثالث توقیف شده باشد، این امر، مانع از پرداخت مبلغ، به درخواست کننده توقیف نمی‌گردد و در صورت ممانعت شخص ثالث از پرداخت، وی «مجبور» به پرداخت می‌شود.

البته، دادگاه نه تنها، اختیار داشته به شخص ثالثی که اموال نزد وی توقیف شده، دستور به تسلیم اموال توقیفی به میزان محکوم به را صادر نماید، بلکه حتی می‌تواند وی را ملزم به پرداخت هزینه دعای راجع به توقیف اموال به درخواست کننده تأمین نیز بنماید.¹

در حقوق ایران نیز، اکثر حقوق دانان²، عنوان داشته‌اند، شخص ثالث حق ندارد، حتی اگر خود، طلبی از مدعی علیه یا محکوم علیه داشته باشد، به تهاتر استناد و از تادیه مال بازداشت شده، امتناع نماید.

چنین برداشتی که اساساً از ماده 299 ق.م. صورت گرفته، به نظر صحیح نمی‌باشد؛ کما این که در حقوق انگلیس نیز، برداشت مذکور، نمی‌تواند مورد پذیرش قرار گیرد. حسب ماده 295 ق.م، تهاتر قهری بوده و بدون آن که طرفین، در این خصوص، تراضی نمایند حاصل می‌گردد. در صورت تحقق شرایط تهاتر، تعهدات طرفین ساقط می‌شود. تنها در صورتی تهاتر موثر نخواهد بود (با فرض وجود شرایط) و تعهدات طرفین، ساقط نمی‌گردد که «قانون گذار»، صراحتاً، به عدم تحقق آن، اشاره نموده باشد؛ از جمله این موارد، می‌توان به ماده 299 ق.م، اشاره نمود. بموجب این ماده: «در مقابل حقوق ثابتة اشخاص ثالث، تهاتر موثر نخواهد بود و بنابر این، اگر موضوع دین، به نفع شخص ثالثی، در نزد مدیون، مطابق قانون، توقیف شده باشد و مدیون، بعد از این توقیف از داین خود طلبکار گردد، دیگر نمی‌تواند به استناد تهاتر از تأدیه‌ی مال توقیف

1. op. cit , p . 47

2. عبدالله شمس، منبع پیشین، ص 800 - دکتر احمد متین دفتری، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، چاپ اول، مجمع علمی و فرهنگی مجد، سال 1378، جلد دوم، ص 315- محمدجعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی، چاپ اول، کتابخانه گنج دانش، سال 1378، جلد دوم، ص 147

شده، امتناع کند».

بر مبنای ماده مذکور اولاً، تهاتر در مقابل اشخاص ثالث در صورتی مورد پذیرش واقع نمی‌گردد که با «حقوق ثابت» آن‌ها در تعارض باشد. بنابراین، بر اساس مفهوم مخالف این ماده، تهاتر، چنان چه با حقوق «غیر ثابت» اشخاص ثالث در تعارض باشد، موثر خواهد بود. ثانیاً، حسب صراحت ماده، تهاتر، در صورتی پذیرفته نمی‌شود که مدیون، «بعد از توقیف» از داین خود، طلبکار گردد. لذا، چنان چه مدیون، «قبل از توقیف»، از داین خود، طلب کار بوده، حق استناد به تهاتر را خواهد داشت.

از سوی دیگر، بر خلاف آن چه بیان شده¹، حتی اگر مدیون، قبل از توقیف اموال، از داین خود طلب کار بوده و «پس از توقیف»، شرایط تهاتر حاصل گردد، حق استناد به تهاتر را خواهد داشت چرا که ماده 299 ق.م. اعلام می‌دارد اگر مدیون، «بعد از توقیف» از داین خود «طلب کار» گردد نمی‌تواند به تهاتر استناد نماید. بنابراین، اگر طلب کار شدن وی، قبل از توقیف بوده و تحقق شرایط، پس از ایجاد طلب، امکان استناد به تهاتر، وجود خواهد داشت.

به علاوه، ظاهر ادبی ماده 299 ق.م. حداقل، بیانگر آن است چنان چه، توقیف اموال، در نتیجه قرار تامین خواسته، صورت گرفته باشد، مشمول ماده فوق نمی‌گردد، چرا که، تهاتر در صورتی پذیرفته نمی‌شود که با «حقوق ثابت» اشخاص ثالث در تعارض باشد. صرف صدور قرار تامین خواسته، دلالتی بر حقوق ثابت در خواست کننده تامین، بر اموال خوانده ندارد. چه بسا، خواهان، در دعوی مطروحه، پیروز نشود و یا اساساً، قرار تامین، قبل از اقامه دعوی، بر مبنای درخواست خواهان، صادر اما وی، به هر دلیل، دعوی اصلی را مطرح ننموده باشد. حال با این وجود، حقوقی را که برای خواهان، نسبت به اموال خوانده، حاصل شده را می‌توان «حقوق ثابت» دانست؟ از سوی دیگر، اگرچه، با توقیف اموال خوانده، آن اموال، بر مبنای دستور دادگاه،

47.....اثر اجرای تأمین خواسته نسبت به خواهان و ثالث با مطالعه‌ی تطبیقی

متعلق حق درخواست کننده تأمین می‌گردد اما، این حق، جزء حقوق احتمالی است نه قطعی و ثابت. این حق احتمالی، در صورتی قطعی می‌گردد که خواهان، در دعوا، پیروز شود. هر نوع تفسیری جز آن چه بیان گردید، آثاری خواهد داشت که حتی کسانی که مخالف این نظر بوده، موافق آن نمی‌باشند؛ بدین توضیح که چنان چه توقیف اموال خواننده در نتیجه قرار تأمین را جزو حقوق ثابت خواهان بدانیم، در این صورت، نیازی به رسیدگی دادگاه در خصوص موضوع و صدور حکم نخواهد بود چه آن که، حق خواهان، سابقاً، در نتیجه قرار تأمین، از سوی دادگاه، «ثابت» تشخیص داده شده است. از سوی دیگر، اگر رسیدگی به دعوا را لازم بدانیم، چاره‌ای جز صدور حکم به سود خواهان نخواهد بود، چراکه حق وی، سابقاً، به عنوان حقی ثابت شده، مورد شناسایی واقع و صدور حکم به ضرر خواهان، تعارض آشکار، به همراه خواهد داشت.

در حقوق انگلیس نیز، دستور توقیف اموال نزد ثالث، اعم از این که در دادگاه بخش صادر شده باشد یا دیوان عالی کشور، در هر دو حالت، به عنوان دستور «غیر قطعی» یا مشروط، مورد شناسایی قرار گرفته است.¹ از این حیث، همان طور که سابقاً اشاره گردید، عدم پذیرش تهاتر در حقوق انگلیس، صحیح به نظر نمی‌رسد، چه آن که، از یک سو، دستور توقیف اموال را دستوری «غیر قطعی» محسوب دانسته و از سوی دیگر، شخص ثالثی را که مدعی تهاتر بوده، «مجبور» به پرداخت مبلغ، به سود توقیف کننده اموال کرده است!!

در حقوق امریکا، اعلام شده، چنان چه شخص ثالث، نسبت به اموال توقیف شده، مدعی حقی بوده، در این صورت، می‌بایست دلایل مثبت ادعای خویش را به دادگاه، ارائه نماید و این مرجع، در خصوص ادعا، رسیدگی می‌نماید. بر مبنای مواد 608 و 614 قانون آیین دادرسی مدنی تگزاس، شخص ثالثی که مدعی حقی نسبت به اموال توقیفی باشد، می‌تواند از دادگاهی که قرار توقیف اموال را صادر نموده، درخواست لغو یا اصلاح توقیف نماید.

1. op. cit . p.478

به هر حال، از آن جا که توقیف اموال نزد ثالث، می تواند نسبت به طلب نیز صورت گیرد، لذا چنان چه خواهان تامین خواسته، طلب خوانده را نزد ثالث توقیف نماید، در این صورت، چون طلب مذکور، بر مبنای قرار دادگاه، متعلق حق دیگری قرار گرفته، بنابراین، طلب کار دین (خوانده)، نمی تواند ابراء ذمه نماید؛ چه آن که، منافی حقوق خواهان، خواهد بود و به همان علت، تبدیل تعهد نیز، امکان پذیر نمی باشد.

پرسش قابل طرح آن است که چنان چه شخص ثالث به خوانده دعوی، مدیون بوده و بدهی وی از دیون موجد یا معلق یا مشروط باشد آیا در این صورت، خواهان می تواند، آن را توقیف نماید؟ به عبارت دیگر، آیا طلب موجد یا معلق یا مشروط خوانده، از ثالث، قابل توقیف توسط خواهان می باشد یا خیر؟

آن چه مربوط به طلب معلق یا مشروط باشد، به نظر پاسخ منفی باشد چه آن که در عقد معلق تحقق دین که از آثار عقد محسوب می گردد معلوم نبوده و موکول به حادثه خارجی می باشد و در عقد مشروط، آثار به وجود آمده از عقد، می تواند، بعلت عدم اجرای شرط از سوی متعهد، از بین برود¹ و این، حقی است که قانون گذار به متعهدله داده است. بنابراین، چون از حقوق قطعی متعهدله، محسوب نمی گردد (چراکه احتمال از بین رفتن آثار می رود)، به نظر، قابل توقیف نباشد.

اما در خصوص دیون موجد، صرفنظر از این که نظر قانون گذار تا حدودی و رویه قضایی بطور قطع، منفی می باشد اما باید پاسخ مثبت را، با توجه به اصول و قواعد حقوقی پذیرفت. اگرچه قانون گذار، در قانون اجرای احکام مدنی، به صراحت، توقیف طلب موجد را منع نکرده است اما، از عبارت مقنن در برخی مواد، نظر مخالف استنباط می گردد. به موجب ماده 89 ق.ا.ا.م: «هر گاه مالی که نزد شخص ثالث توقیف شده عین معین یا وجه نقد یا طلب حال باشد شخص ثالث باید در صورت مطالبه آنرا به دادورز

1- ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، چاپ پنجم، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، سال 1380، جلد اول، ص 51 به بعد - دکتر مهدی شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ دوم، انتشارات مجد، سال 1380، ص 65 به بعد

49.....اثر اجرای تأمین خواسته نسبت به خواهان و ثالث با مطالعه‌ی تطبیقی.....

(مامور اجرا) بدهد و رسید دریافت دارد...» و بر اساس ماده 94 همان قانون: «هرگاه شخص ثالث از تأدیه‌ی وجه نقد یا طلب حال که نزد او توقیف شده امتناع نماید به میزان مزبور از دارایی او توقیف خواهد شد». در این دو ماده، اگرچه مقنن، در مقام بیان امکان توقیف «طلب موجل» نیز بوده لکن چنین مجوزی را صادر ننموده و سکوت قانون گذار در مقام بیان، دلالت بر عدم پذیرش توقیف طلب موجل دارد. رویه قضایی ما نیز، چنین درخواستی را از سوی خواهان، بعلت عدم وجود نص قانونی، پذیرا نمی‌باشد. مقام بیان، دلالت بر عدم پذیرش توقیف طلب موجل دارد. رویه قضایی ما نیز، چنین درخواستی را از سوی خواهان، به علت عدم وجود نص قانونی، پذیرا نمی‌باشد. بنابراین، همان طور که اشاره گردید، قانون و رویه قضایی، چنین مجوزی برای خواهان صادر ننموده است.

به نظر می‌رسد، اعطای این مجوز، به خواهان، با توجه به اصول حقوقی، امکان پذیر باشد. اگرچه در عقد معلق، «تحقق دین» که از آثار عقد محسوب می‌شود، معلق به امر دیگری بوده و در عقد مشروط، آثار به وجود آمده، ممکن است، به علت عدم تحقق شرط، «از بین برود» لکن، در عقد موجل، چنین پیش آمدهایی وجود ندارد. در واقع، در عقد موجل، طلب یا دین بوجود آمده، قطعی بوده و به درستی می‌توان آن را از «حقوق ثابت» اشخاص، دانست. تقاضای طلب به وجود آمده، صرفاً منوط به یک امر می‌باشد و آن، «گذشت زمان» است که «بطور قطع» حاصل خواهد شد. بنابراین، تردیدی در آن باقی نمی‌ماند تا آن که، امکان توقیف طلب موجل را نپذیرفت. به همین علت است که در قانون آیین دادرسی مدنی کبک کانادا، اعلام شده، چنان چه شخص ثالثی که اموال، نزد وی توقیف می‌گردد، طلب کار خوانده دعوی بوده و این طلب در آینده قابل پرداخت باشد (طلب موجل)، امکان توقیف آن، وجود دارد (ماده 639). حتی بر مبنای این ماده، امکان توقیف طلب مشروط نیز وجود داشته و اعلام گردیده، توقیف طلب مشروط، امکان پذیر است تا زمانی که چنین شرطی حاصل شده یا تعهد به اجرا درآید. البته، در حقوق ما، نشانه‌هایی از گرایش قانون گذار، به این سو، که دلالت بر تغییر

50.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و ششم، زمستان 1393

دیدگاه وی نسبت به طلب موجب می‌نماید، در قوانین، مشاهده می‌گردد؛ چنان که در ماده 114 ق.آ.د.م، امکان درخواست تامین خواسته، نسبت به طلب موجب را، تحت شرایط خاص، پذیرفته است.

لذا، پیشنهاد می‌گردد، مقنن، در قانون اجرای احکام مدنی، در خصوص امکان توقیف طلب موجب، اصطلاحاتی را که مطابق با اصول و قواعد حقوقی و منطبق با قوانین سایر کشورها بوده، انجام دهد.

شایان ذکر است، توقیف اموال، علاوه بر این که می‌تواند نزد شخص حقیقی صورت گیرد، می‌تواند نزد شخص حقوقی نیز انجام پذیرد. به عبارت دیگر، منظور از شخص ثالث، اعم از حقیقی یا حقوقی، می‌باشد. چنان که، صدر ماده 87 ق.ا.ا.م، صراحتاً به این موضوع اشاره می‌کند. به موجب ماده 96 ق.ا.ا.م: «از حقوق و مزایای کارکنان سازمان‌ها و موسسات دولتی یا وابسته به دولت و شرکتهای دولتی و شهرداری‌ها و بانک‌ها و شرکت‌ها و بنگاههای خصوصی و نظایر آن در صورتی که دارای زن یا فرزند باشند ربع و الا ثلث توقیف می‌شود».

به همان ترتیب مقرر در حقوق ایران، در حقوق انگلیس نیز، دادگاه می‌تواند قرار توقیف اموال، نزد ثالث را صادر نماید. به موجب این قرار، دادگاه، دستوری به شخص ثالث صادر می‌نماید که بر اساس آن، شخص ثالث بدهکار، می‌بایست از پرداخت بدهی به بستان کارخویش، خودداری می‌نماید تا زمانی که دادگاه، تکلیف را مشخص نماید. مثال بارز آن، دستوری است که دادگاه به کارفرما صادر می‌کند که بر مبنای آن، کارفرما از پرداخت تمام یا بخشی از حقوق کارگر منع می‌گردد و در مقابل، ملزم گردد، مبلغ مورد توقیف را به دادگاه یا مستقیماً به کسی که کارگر به وی بدهکار است، پرداخت نماید¹.

1. James, Hazard and Leubsdorf, civil procedure, 10 Edition, littleBrown and company Boston, Toronto and London, 2006 , p. 279- paulaloughlin and Stephen Gerlis , civi procedure, second Edition, published in Great Britian , 2004 p. 646

اثر اجرای تأمین خواسته نسبت به خواهان و ثالث با مطالعه تطبیقی.....51

از سوی دیگر، با ابلاغ دستور دادگاه به کارفرما، وی مکلف است کل بدهی کارگر را پرداخت نماید. در صورت عدم پرداخت بدهی از سوی کارفرما، از آن جا که هیچ قانونی مبنی بر این که دادگاه، باید، راساً، در این خصوص (علت عدم پرداخت)، اقدام نماید، وجود نداشته و دادگاه به خودی خود، هیچ گونه ابتکاری در این مورد، ندارد، لذا این طلب کار است که باید این موضوع را از دادگاه، درخواست نماید. پس از درخواست طلب کار، دادگاه، علت عدم پرداخت بدهی را از کارفرما، خواستار می‌گردد¹ همچنین باید توجه داشت، توقیف حقوق خوانده، نزد ثالث، مستلزم درخواست بوده و این درخواست می‌بایست حاوی مندرجاتی از جمله تعیین میزان بدهی و حقوق بدهکار نزد کارفرما باشد² با پرداخت تمام بدهی، دادگاه به کارفرما اطلاع می‌دهد که پرداخت دیگری لازم نیست.³

لکن، موضوعی که نه در حقوق ایران بدان توجه شده و نه در حقوق انگلیس و امریکا، آن است که چنان چه شخص ثالث، اعلام نماید که خواننده دعوی، «بدون اجرت» برای وی، کار میکند، تکلیف چیست؟

در حقوق ایران، شاید بتوان با توجه به مواد 87 الی 95 قانون اجرای احکام مدنی، اظهار داشت صرف اعلام این موضوع، از سوی ثالث، وی را بری الذمه نموده و هیچ نوع، تکلیف و مسئولیتی نخواهد داشت، مگر آن که طبق ماده 92 همان قانون اظهارات ثالث «بر خلاف واقع» باشد.

اما در حقوق برخی کشورها، در خصوص چنین موضوعی، تعیین تکلیف شده است. به موجب ماده 649 قانون آیین دادرسی مدنی کبک کانادا، اگر بدهکار (خواننده)، نزد ثالثی مشغول به کار بوده و دستوری دال بر توقیف حقوق و دستمزد صادر گردد، در این صورت، ادعای ثالث، مبنی بر این که خواننده، بدون اجرت، برای وی کار می‌کند پذیرفته نیست. در واقع، با اعلام ثالث مبنی بر عدم پرداخت دستمزد، قاضی دادگاه

1. Stephen M Gerlis and paulaloughlin, op .cit, p .492

2. op.cit,p.487

3. paulaloughlin and Stephen Gerlis , op, cit, p.651

(قاضی صادر کننده قرار توقیف)، «اجرت عمل» خوانده دعوی را «تعیین» می‌نماید و اجرت تعیینی، در دادگاه، ثبت شده و ثالث، مکلف است بر مبنای اجرت تعیین شده، اقدام به تودیع دستمزد نماید و نهایتاً آن که، تصمیم دادگاه، در این خصوص، غیر قابل تجدید نظر است.

بنابراین، بر مبنای حقوق کبک، چه خوانده، در مقابل عمل خویش، اجرتی دریافت می‌دارد و چه به صورت مجانی برای ثالث، مشغول بکار باشد، در هر دو حالت، خواهان می‌تواند، از دادگاه، درخواست توقیف دستمزد خوانده، نماید.

از سوی دیگر، با قرار دادگاه مبنی بر توقیف حقوق یا دستمزد، ثالث مکلف به عدم پرداخت میزان توقیفی به خوانده می‌گردد. چنان چه خوانده یا محکوم علیه، پس از دستور دادگاه، از کار خویش «استعفا» دهد، موضوع توقیف، منتفی خواهد بود. اما آن چه محل بحث می‌باشد آن است که چنان چه کارفرما یا سایر اشخاص ذکر شده در ماده 96 ق.ا.ا.م، اقدام به «خراج» خوانده نماید، آیا در این صورت، مسئولیتی دارند؟ پاسخ به این پرسش، در حقوق ایران، منفی است چرا که مقنن، ضمانت اجرایی برای این اقدام تعیین ننموده و اساساً، چنین موضوعی، به مانند سایر مسایل، پیش بینی، نکرده است.

در حقوق امریکا و انگلیس و نیز، چنین موضوعی، تا آن جا که مورد مطالعه واقع گردید، پیش بینی نشده است. شاید علت آن باشد که با استعفا یا اخراج خوانده، پرداخت حقوق یا دستمزد منتفی می‌گردد و موضوعی جهت توقیف باقی نمی‌ماند و در واقع، اتفاق مذکور، از پیش آمدهای معمول مرحله اجرا بوده که خواهان، می‌بایست، آنرا بپذیرد.

اما چنین پاسخی، نمی‌تواند قانع کننده باشد. از آن جا که کارفرما ممکن است عمداً و با انگیزه اضرار به خواهان، اقدام به اخراج خوانده نماید لذا عدم پیش بینی مسئولیت برای وی، ناعادلانه و غیر منصفانه به نظر می‌رسد. به همین علت است که ماده 650 قانون آیین دادرسی مدنی کبک کانادا، صراحتاً، اعلام داشته، چنان چه پس از صدور

53.....اثر اجرای تأمین خواسته نسبت به خواهان و ثالث با مطالعه‌ی تطبیقی.....

قرار توقیف، کارفرما اقدام به اخراج کارگر (خواننده) نماید یا کار وی را به حالت تعلیق درآورد، در این صورت، «فرض» بر آن می‌شود که کارفرما به علت توقیف اموال کارگر (که بر مبنای قرار توقیف دادگاه صادر شده)، وی را اخراج یا موقتاً از کار برکنار نموده است. در این حالت، کارفرما، مسئولیت خواهد داشت مگر این که ثابت نماید کارگر را به دلایل کافی و منصفانه، اخراج یا به حال تعلیق درآوردیده است.

بنابراین، اگر پس از توقیف حقوق یا دستمزد، کارفرما، بدان علت که نسبت به یکی از کارگران شرکت وی، قرار توقیف دستمزد صادر شده و از این حیث، اعتبار و حیثیت شرکت، خدشه دار گردیده، اقدام به اخراج کارگر نماید، چنین استدلالی، نمی‌بایست مورد قبول واقع گردد. ضمن این که، اخراج کارگر از این حیث، برخلاف عدالت و انصاف می‌باشد. اما در حالتی که اخراج کارگر به علت شرط ضمن عقد فی مابین کارگر و کارفرما بوده یا ناشی از اتمام قرارداد و عدم تمدید آن از سوی کارفرما باشد، در این صورت، مسئولیتی برای کارفرما، قابل تصور نخواهد بود چرا که «دلایل کافی» برای اخراج، وجود داشته است.

البته، در حقوق انگلیس، پیش بینی شده است چنان چه بدهکار در استخدام کارفرما نباشد یا مدت استخدام وی به اتمام رسیده باشد، کارفرما می‌بایست، عدم وجود رابطه کارگری و کارفرمایی و یا اتمام مدت قرارداد را به دادگاه اطلاع دهد.¹

به هر حال، اگرچه در حقوق ما، چنین موضوعی، پیش بینی نشده، لکن به نظر می‌رسد چنان چه اشخاص مذکور در ماده 96 ق.ا.ا.م، پس از توقیف، اقدام به اخراج یا تعلیق کارگر یا کارکنان خود نمایند، از آن جا که چنین اقدامی، می‌تواند با فرض اضرار به طلب کار صورت گرفته باشد، لذا می‌بایست از عهده مسئولیت ناشی از عمل خویش برآیند. اما باید توجه داشت، بعکس حقوق کبک کانادا که قانون گذار، فرض اضرار را پیش بینی نموده، در حقوق ایران، این خواهان است که باید برای مطالبه خسارت ناشی از این عمل، ادعای خود و ارکان مسئولیت از جمله تقصیر را اثبات نماید.

1. op.cit,p.649

نتیجه گیری

نفس و وجود آدمی تشنه‌ی عدالت است و هنگامی این فضیلت به منصفه ظهور می‌رسد که مقنن، در همان چارچوب پیش گفته، در جامعه، به جستجوی عدالت بوده و تناسب و اعتدال را پیشه خود قرار دهد. از آن جا که نوید پرداخت محکوم به از سوی خواننده در آینده، پس از صدور حکم لازم الاجرا، تصویری خام بوده که دل بدان نشاید بست، لذا این امر سبب شد تا مقنن، در جهت حفظ حقوق خواهان، تأسیس تأمین خواسته را ایجاد نماید.

چه در حقوق ایران و چه در سایر نظام‌های حقوقی، در راستای اجرای قرار تأمین خواسته، مقرراتی به تصویب رسیده است. لکن در این زمینه در حقوق ایران نواقصی وجود داشته که در حقوق سایر کشورها، ملاحظه نمی‌گردد؛ در مواردی که مقنن، مقرراتی راجع به موضوع تصویب نموده، به لحاظ پراکندگی، به روشنی پاسخگویی مسایل نبوده و به همین علت، منجر به صدور آرای وحدت رویه و ارایه نظرات مختلف از سوی حقوق دانان گردیده است. اگرچه بی انصافی محض خواهد بود که تمامی اقدامات مقنن را مورد سرزنش قرار داد لکن نمی‌توان طبیعت آدمی را درباره ارزش و خوبی و بدی قوانین از او گرفت و چنین قضاوت‌هایی از سوی اشخاص، اگرچه به یکباره باعث ایجاد مدینه فاضله نمی‌گردد اما قدر متیقن، اهرم فشاری است که کلام قانون گذار را به مرور زمان به سوی تصویب قوانین در خصوص تمام موضوعات در چارچوب عدالت و رسیدن به دادرسی منصفانه، سوق می‌دهد.

بنابراین، پیشنهاد می‌گردد مقنن، در قوانین مربوطه، اصلاحاتی انجام داده تا نه تنها از بروز نظرات مختلف که گاهاً مبتنی بر اصول و قواعد حقوقی نبوده، جلوگیری به عمل آید بلکه مسیر رسیدن به هدف، که همانا اجرای عدالت بوده، هموارتر گردد. همچنین لزوم تصویب قانون، در خصوص موضوعاتی که نص قانونی وجود نداشته و چه بسا موجب سردرگمی قضات در رسیدگی به پرونده می‌شود، احساس می‌گردد.

اثر اجرای تأمین خواسته نسبت به خواهان و ثالث با مطالعه‌ی تطبیقی.....55

منابع

به زبان فارسی

1. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی، چاپ اول، کتابخانه گنج دانش، سال 1378، جلد سوم
2. الفارق، دایره المعارف عمومی حقوقی، چاپ دوم، کتابخانه گنج دانش، سال 1388، جلد دوم
3. مبسوط در ترمینولوژی، چاپ اول، کتابخانه گنج دانش، سال 1378، جلد دوم
4. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، چاپ سوم، شرکت سهامی انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، سال 1380، جلد چهارم
5. نظریه عمومی تعهدات، چاپ دوم، نشر میزان، سال 1382
6. قواعد عمومی قراردادها، چاپ پنجم، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، سال 1380 جلد اول
7. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، چاپ دوم، انتشارات دراک، سال 1384، جلد سوم
8. متین دفتری، مرحوم دکتر احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، چاپ اول، مجمع علمی و فرهنگی مجد، سال 1378، جلد دوم
9. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ دوم، انتشارات مجد، سال 1380

به زبان انگلیسی

الف - کتب

1. Brayan A. Garner, Blacks Law Dictionary, Eight Edition, west publishing co, printed in the united states of America, 2004
2. Rose, William, stuartime and Derek French, civil practice, sixth Edition, oxford university press, 2005

3. Stuart sime , Barrister , A practical Approach to civil procedure , 10 edition , published in the united state by oxford university press Inc. , New York , 2007

4. Jacks.Emery , Linda L.Edwards , j.stanley Edwards , civil procedure and Litigation , 8 Th Edition , printed in the united states of America , 2000

5. Thomas E.W , The Judicial process , Realism , pragmatism , practical Reasoning and principles , united states of America by combridge university press , New York , first published , 2005

6. Stephen M Gerlis and paulaLoughlin , civil procedure , first Edition , published in Great Britian , London , 2001

7. Birks , peter , English private Law , Two vol-oxford university press , first published , December 2000

8. X.E. Kramer.C.H. van Rhee , civil Litigation in a Globalising word , published by T.M.C Asser Press , springer , 2012

9. James , Hazard and Leubsdorf , civil procedure , 10 Edition , Little Brown and company Boston , Toronto and London , 2006

10. Paula Loughlin and Stephen Gerlis , civil procedure , second Edition , published in Great Britian , 2004

ب - قوانین

Code of civil procedure – quebec
Texas Rules of civil procedure



مسئولیت مدنی ناشی از بی احتیاطی در حقوق ایران و انگلستان

* محمد رضا پیرهادی ** الیاس نوعی

تاریخ پذیرش: 1393/11/25

تاریخ دریافت: 1393/11/4

چکیده

یکی از تقسیمات مسئولیت مدنی در نظام کامن لا مسئولیت ناشی از بی احتیاطی است. بی احتیاطی در صورت توأم شدن با شرایطی، موجب مسئولیت مدنی است. این شرایط عبارتند از 1- وجود تکلیف احتیاط و مراقبت 2- نقض تکلیف یا الگوی احتیاط و مراقبت 3- ورود خسارت و شرایط آن. با فقدان هر یک از این شرایط مسئولیت مدنی منتفی می‌گردد. رویه قضایی در نظام حقوقی کامن لا در صدد ضابطه مند نمودن شرایطی بوده است که موجب مسئولیت مدنی شخص بی احتیاط می‌شود. در حقوق ایران بحث خاصی با عنوان مسئولیت مدنی ناشی از بی احتیاطی و شرایط لازم برای مسئولیت ناشی از بی احتیاطی نشده است. با وجود این، صاحب نظران در ذیل عنوان تقصیر و مسئولیت ناشی از تقصیر به قواعدی عمومی و چهره‌های خاص تقصیر و نقش تقصیر در مسئولیتهای گوناگون پرداخته‌اند. در خصوص تحقق مسئولیت مدنی ناشی از بی احتیاطی دو دیدگاه مطرح است. مطابق دیدگاه اول، صرف ارتکاب بی احتیاطی (به عنوان عمل زیان بار) و وجود شرایط عام مسئولیت مدنی، یعنی ورود ضرر و وجود رابطه‌ی سببیت بین این دو، موجب مسئولیت است. اما بر اساس دیدگاه دوم، عملی که از روی بی احتیاطی صورت می‌گیرد، در صورتی موجب مسئولیت مدنی است که علاوه بر شرایط عام مسئولیت مدنی، شرایط خاصی نیز وجود داشته باشد.

واژگان کلیدی: بی احتیاطی، مسئولیت مدنی، الگوی مراقبت، نقض تکلیف، عامل زیان

* استادیار و عضو هیات علمی دانشکده حقوق دانشگاه آزاد واحد تهران مرکزی (نویسنده اصلی)

** کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد واحد تهران مرکزی (مسئول مکاتبات)

مقدمه

مسئولیت مدنی ممکن است ناشی از نقض قرارداد و یا خارج از قرارداد و ضمان قهری باشد. تحقق مسئولیت قراردادی منوط به وجود قرارداد، نقض آن و ورود خسارت و رابطه سببیت بین این دو است. در مسئولیت خارج از قرارداد نیز ورود خسارت و قابلیت استناد عرفی بین فعل عامل زیان و خسارت وارده لازم است. در حقوق ایران به تبع فقه امامیه و منابع اقتباس مقررات موضوعی آن، قاعده‌های اتلاف به مباشرت یا به تسبیب، لاضرر، ضمان ید، غرور و قاعده‌ی ضمان ناشی از تعدی و تفریط، از منابع مسئولیت قراردادی و غیر قراردادی محسوب می‌گردد. تقصیر از مبانی مسئولیت مدنی است ولی تنها مبنای مسئولیت نیست. امروزه مسئولیت بدون تقصیر و بر مبنای نظریه‌ی خطر نیز پذیرفته شده است. آنان که تلاش نموده‌اند تا مبنای مسئولیت را منحصر به یکی از این دو یا نظریه‌ی تضمین حق یعنی تضمین قانونی از حقوق اشخاص قرار دهند به افراط گراییده‌اند. از این رو امروزه از تمامی این مبانی در توجیه انواع مسئولیت مدنی استفاده می‌شود. در تحقق مسئولیت مدنی وجود ضرر مالی اعم از ضرر به عین متعلق به زیان دیده یا منفعت متعلق به او یا ضرر به جسم و جان زیان دیده در حقوق ایران پذیرفته شده است. در تحقق مسئولیت مدنی ناشی از ضرر معنوی اختلاف نظر در نحوه‌ی جبران ضرر است. جبران ضررهای موسوم به ضررهای اقتصادی محض از مباحث نو در مسئولیت مدنی است. ضرر قابل جبران باید مسلم، مستقیم، جبران نشده و قابل پیش بینی باشد. فقدان هر یک از این شرایط موجب عدم مسئولیت مدنی تلقی می‌گردد. یکی از تقسیمات مسئولیت مدنی در نظام کامن لا مسئولیت ناشی از بی احتیاطی است. اما در این نظام حقوقی هر بی احتیاطی موجب مسئولیت مدنی نیست. به سخن دیگر اگر بی احتیاطی توأم با شرایطی باشد، موجب مسئولیت مدنی است این شرایط به اختصار عبارتند از 1- وجود تکلیف احتیاط و مراقبت، 2- نقض تکلیف یا الگوی مراقبت و 3- ورود خسارت و با فقدان هر یک از این شرایط مسئولیت مدنی منتفی می‌گردد. رویه قضایی در این نظام حقوقی در

83.....حق بر صلح در نظام حقوق بین الملل در پرتو رویه دیوان‌های کیفری.....

پرونده‌های مختلفی در صدد ضابطه مند نمودن شرایطی بوده است که موجب مسئولیت مدنی شخص بی احتیاط می‌شود. در حقوق ایران بحث خاصی با عنوان مسئولیت مدنی ناشی از بی احتیاطی و شرایط لازم برای مسئولیت ناشی از بی احتیاطی نشده است. با وجود این صاحب نظران در ذیل عنوان تقصیر و مسئولیت ناشی از تقصیر به قواعدی عمومی و چهره‌های خاص تقصیر و نقش تقصیر در مسئولیتهای گوناگون (تحت عناوین تقصیر ناشی از فعل شخص، تقصیر ناشی از فعل غیر و تقصیر ناشی از حفاظت اتومبیل) مباحثی را مطرح نموده‌اند. با توجه به مباحث مطرح در این زمینه، شاید بتوان گفت که در خصوص مسئولیت مدنی ناشی از بی احتیاطی دو دیدگاه قابل طرح است. مطابق دیدگاه اول، صرف ارتکاب بی احتیاطی (به عنوان فعل زیان بار) و وجود شرایط عام مسئولیت مدنی، یعنی ورود ضرر و وجود رابطه‌ی سببیت بین این دو، موجب مسئولیت است. اما بر اساس دیدگاه دیگر، عملی که از روی بی احتیاطی صورت می‌گیرد، در صورتی موجب مسئولیت مدنی است که علاوه بر شرایط عام مسئولیت مدنی، شرایط خاصی نیز داشته باشد. در حقوق انگلستان و آمریکا طبق دیدگاه غالب، صرف بی احتیاطی باعث ایجاد مسئولیت نیست و برای تحقق آن شرایط خاصی نیز لازم است.¹ این مقاله در صدد بررسی شرایط مذکور برای تحقق مسئولیت مدنی ناشی از بی احتیاطی است.

گفتار اول: مشروط نمودن تحقق مسئولیت ناشی از بی احتیاطی

سوال این است که آیا هر شخص بی احتیاطی مسئول جبران خسارت وارده‌ای در فرضی است که رابطه سببیت بین بی احتیاطی او و خسارات وارده وجود دارد یا بی احتیاطی تحت شرایط خاصی، مسئولیت به بار می‌آورد و فقدان آن شرایط، باعث بری شدن شخص بی احتیاط می‌گردد؟

1. برای ملاحظه‌ی نظر مخالف ر. ک.:

Andrews test (World-at-large test), cited in: Lisa Schaffer, Torts for Paralegals, p.74

84.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و هفتم، بهار 1394

برای پاسخ به این سوال در دو مبحث ضمن بررسی مصادیقی که در حقوق کامن لا باعث گرایش به دیدگاه مشروط نمودن تحقق مسئولیت ناشی از بی احتیاطی شده است (مبحث اول)، علل این رویکرد را تحلیل (مبحث دوم) و حتی المقدور این مباحث را در سیستم حقوقی ایران مرور می‌نماییم.

مبحث اول: مصادیق مشروط نمودن تحقق مسئولیت ناشی از بی احتیاطی

در این مبحث به روش حقوقدانان انگلیسی به ذکر مصادیقی از بی احتیاطی در حقوق انگلستان که به نظر آنها علی رغم ارتکاب بی احتیاطی، مسئولیتی برای مرتکبین در نظر گرفته نشده است، و تحلیل آنها خواهیم پرداخت.

الف: بی احتیاطی پلیس در اجرای قرارداد

در پرونده‌ای که در سال 1993 مطرح شد، پلیس محلی با خواهان (مالک فروشگاه) توافق نمود که ضمن دریافت مبلغی، در صورت ورود غیر مجاز دیگران به ملک خواهان و به صدا در آمدن سیستم امنیتی فروشگاه، سریعاً نیروهای خود را به محل اعزام کند. در روز حادثه و پس از به صدا در آمدن آژیر، پلیس محل را به خوبی بررسی نکرد و در نتیجه‌ی سرقت، خساراتی به خواهان وارد شد. مالک فروشگاه علیه پلیس اقامه‌ی دعوا نمود، اما دادگاه با بیان این که تحمیل تکلیف و مسئولیت به پلیس، عادلانه، منصفانه و متعارف نبوده و باعث عملکرد تدافعی پلیس و در نتیجه صرف زمان و هزینه‌ی بیشتر نیروهای پلیس می‌شود و چنین امری به زیان اجتماع است و در نتیجه دعوای خواهان را نپذیرفت.¹

در این دعوا، قراردادی بین خواهان و پلیس منعقد شده است و از نظر خواهان، پلیس در انجام تعهدات قراردادی و تکالیف عام ناشی از شغل پلیس، قصور ورزیده و

1. Alexander v. Oxford [1993] 4 All ER 328

برای مشاهده‌ی موارد مشابه ر. ک.:

Elgouzouli-Daf v. Comr. Of Police of the Metropolis and Another [1995] 1 All ER 833 / McBreaty v. Ministry of Defense and Others [1994] The Times, 23 November

حق بر صلح در نظام حقوق بین الملل در پرتو رویه دیوان‌های کیفری.....85

بی احتیاطی نموده است. بی تردید اگر چنین تکلیفی متوجه پلیس بوده و پلیس آن را نقض نموده باشد، بی احتیاطی او موجب مسئولیت است. اما به نظر دادگاه، اگر چنین تکلیفی به پلیس تحمیل شود؛ خواه به صورت اثر ناشی از تعهدات ضمنی قراردادی یا التزامات قانونی و تبعاً گفته شود که پلیس نقض تکلیف نموده است، در آن صورت باید بی احتیاطی پلیس را موجب مسئولیت او بدانیم. ولی از نظر دادگاه، تحمیل چنین تکلیفی به پلیس و ادعای نقض آن غیر عادلانه و نامتعارف است و موجب آثار منفی در عملکرد پلیس و افزایش هزینه‌های آن خواهد شد. بنابراین، به نظر دادگاه، پلیس چنین تکلیفی و تا این حد از مراقبت را ندارد. و هر چند که پلیس در این خصوص بی احتیاطی نموده است؛ اما از آنجا که تکلیفی در بررسی کامل محل وجود ندارد و به طور متعارف نمی‌توان از پلیس انتظار داشت که به طور صد در صد مانع هر خلاف و جرمی گردد؛ بنابراین حتی با فرض بی احتیاطی، به جهت عدم تکلیف (تا این حد از مراقبت) باید گفت که پلیس در این موارد مسئولیتی ندارد. به نظر می‌رسد این استدلال و این مصلحت‌اندیشی‌ها مختص جامعه‌ی خاصی نیست و از این رو، در حقوق ایران نیز بعید است در چنین مواردی بتوان عملاً پلیس را مسئول جبران خسارات وارده به چنین مغازه‌داری تلقی کرد. البته ممکن است استدلال و توجیه حقوق‌دان ایرانی به گونه‌ی دیگری باشد و عدم مسئولیت پلیس را به شکل دیگری توجیه کند. مثلاً منکر رابطه سببیت شود یا عمل سارق را مباشرت و عمل پلیس را تسبیب و با وجود مباشرت، سبب را مسئول نداند یا حتی رابطه بین تقصیر پلیس یا بی احتیاطی او با خسارات وارده را غیر مستقیم تلقی و عدم مسئولیت را توجیه کند. در هر حال با چنین توجیهاتی نتیجه‌ی دو روش یکسان خواهد شد.

ب: بی احتیاطی ناشی از فعل غیر

در دعوایی که در سال 1996 اقامه شد، یک سرباز (خواهان)، در جریان جنگ، به دلیل بی احتیاطی یکی از هم‌رزمان خویش، مصدوم شد. او علیه وزارت دفاع، اقامه‌ی دعوا نمود و خسارات ناشی از بی احتیاطی مذکور را مطالبه کرد. دادگاه تجدیدنظر با

86.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و هفتم، بهار 1394

این استدلال که جبران خسارت در این موارد، غیرعادلانه و غیرمتعارف است، چنین رأی داد که نمیتوان از سربازان انتظار داشت که در بحبوحه‌ی جنگ، هوشیاری کامل خود را حفظ کرده و مرتکب هیچ خطایی نشوند. دادگاه با اعتقاد به این که صدور رأی به نفع خواهان، عملکرد نیروهای نظامی را به شدت تحت تاثیر منفی قرار خواهد داد، دعوا را نپذیرفت.¹

بی تردید خدمت سربازی، رابطه‌ای حقوقی بین سرباز و وزارت دفاع است؛ ولی ماهیت و آثار دقیق این رابطه‌ی حقوقی و تعهدات طرفین آن فعلاً محل بحث نیست. از طرفی خسارت ناشی از عمل یکی از هم‌زمان به معنی مباشرت آن هم‌رزم در ایراد خسارت است. در صورتی که وزارت دفاع مسئول خسارات ناشی از اعمال سایر سربازان نسبت به هر سربازی باشد، این مسئولیت مصداق مسئولیت ناشی از فعل غیر است. در این دعوا سوالاتی قابل طرح و بحث است. اولاً آیا وزارت دفاع بی احتیاطی نموده است. ثانیاً آیا وزارت دفاع تکلیفی دارد که تدابیری ببیند تا کلیه سربازان در بحبوحه جنگ هشیاری کامل خود را حفظ نمایند و مرتکب هیچ خطایی نسبت به هم‌زمان خود نشوند تا با توجه به این تکلیف و تبعاً نقض آن وزارت دفاع متحمل مسئولیت ناشی از بی احتیاطی گردد؟ از نظر دادگاه، تحمیل چنین تکلیفی به وزارت دفاع و انجام چنین تدابیری؛ عملکرد نیروهای نظامی را مختل و موجب آثار منفی در عملکرد آن‌ها خواهد بود. شاید به ظاهر از نظر دادگاه انگلیسی در این پرونده یکی از شرایط مسئولیت ناشی از بی احتیاطی یعنی عدم وجود تکلیف و تبعاً عدم نقض تکلیف، مانع از مسئول تلقی نمودن وزارت دفاع است. در حقوق ایران بی تردید شخص مباشر در ایراد خسارت به هم‌رزم خود، مسئول خسارات ناشی از خطا و فعل خود خواهد بود. ولی نصی بر تکلیف وزارت دفاع در این خصوص و مسئولیت جبران خسارت از سوی این وزارت خانه در چنین مواردی در اختیار ما نیست. و اگر مصالحی نظیر استدلال و مبنای دادگاه یاد شده در نظر سایر جوامع و قانونگذاران باشد،

1. Mulcahy v. Ministry of Defence (1996)

حق بر صلح در نظام حقوق بین الملل در پرتو رویه دیوان‌های کیفری.....87

تحمیل چنین تکلیف و مسئولیتی بعید خواهد بود. با وجود این، در نظام حقوقی ایران وقوع هر جنگی علیه ایران اقدامی تحمیلی تلقی و دفاع در چنین جنگی عملی مقدس محسوب می‌گردد و در نتیجه از مجروحین و جانبازان ایرانی حمایت‌های خاصی صورت می‌گیرد. در عین حال این سوال همچنان باقی خواهد بود که آیا فرد مجروحی که در اثر بی احتیاطی هم‌رزم خود صدمه دیده است، حق طرح دعوا و مطالبه دیه و خسارات بدنی را علیه وزارت دفاع (به عنوان مسئول فعل غیر) خواهد داشت یا فقط حق مطالبه خسارت را از مباشر خسارت دارد؟ در پاسخ باید توجه داشت که مسئولیت ناشی از فعل غیر مبانی خاص خود را داشته و مستلزم وجود نص قانونی است. اگر در حقوق ایران پاسخ به این سوال را در مسئولیت وزرات دفاع با هر توجیهی منفی تلقی کنیم نتیجه دو سیستم در عدم مسئولیت وزرات دفاع یکسان خواهد بود.

ج: بی احتیاطی آتش نشانان در پاسخگویی به تماسها

در یکی از دعاوی مطروحه در سال 1997، دادگاه برای حمایت از آتشنشانان و بخشیدن آزادی عمل بیشتر به آنان، در موردی که عدم پاسخگویی و تأخیر آنان باعث خسارات عمده‌ای شده بود، بیان داشت که ماموران آتشنشانی، تکلیفی برای پاسخ‌گویی به تماس‌های اضطراری نداشته و پاسخ‌گویی به تماس‌های صورت گرفته نیز به معنای ایجاد مسئولیت برای آنان نخواهد بود، زیرا در غیر اینصورت از استقلال و آزادی عمل آنها در انجام وظایف کاسته خواهد شد.¹

در این دعوا به نظر دادگاه، تکلیفی برای پاسخ‌گویی به تماس‌های اضطراری وجود ندارد. به سخن دیگر اگر چه عمل آتش نشانان مصداق بی احتیاطی است، اما از آنجا که تکلیفی به پاسخ‌گویی به تماس‌های اضطراری ندارند و حتی در مواردی نیز که

1. John Munroe (Acrylics) Ltd. V. London Fire and Civil Defense Authority and Others [1997] 2 All ER 865

برای مشاهده‌ی آراء مشابه در این زمینه رجوع شود به:

Church of Jesus Christ of Latter Day Saints 9Great Britain) v. West Yorkshire fire and Civil Defense Authority [1997]

88.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و هفتم، بهار 1394

اقدام به پاسخ گویی به تماس می نمایند، در این حالت نیز صرف پاسخ گویی مساوی ایجاد تکلیف نیست. بنا بر این، اگر چه عمل آتش نشانان در پاسخ نگفتن به تماس های تلفنی و یا عدم اقدام بر مبنای تماس های تلفنی، عرفاً بی احتیاطی تلقی می شود، ولی به جهت فقدان تکلیف صریح در پاسخ گویی به هر تماسی، مسئولیتی از این حیث نخواهند داشت. بدیهی است اگر در تکالیف شغلی آتش نشانی به صراحت قید گردد که آتش نشانان مکلف اند به هر تلفنی پاسخ بگویند و بر مبنای آن وارد عمل گردند، در چنین حالتی وجود تکلیف و نقض آن معیار روشنی خواهد داشت و نقض تکلیف موجب مسئولیت خواهد بود.¹

د: بی احتیاطی بیمارستان در اطلاع رسانی به بیمار

در 1997 چند خواهان (بیمار) دعوایی علیه یک بیمارستان مطرح نمودند. ماجرا از این قرار بود که بیماران مذکور، توسط پرستاری مورد معالجه قرار گرفته بودند که بعداً مشخص شد که آن پرستار مبتلا به ایدز بوده است. بیمارستان، این امر را از طریق

1. می توان در تایید این دیدگاه به حادثه ناگواری که در سال 1392 در ساختمان شماره 117 خیابان جمهوری تهران اتفاق افتاد اشاره کرد. در حال حاضر تمامی زوایای پنهان این حادثه روشن نشده است. از طرفی بی توجهی مالک ساختمان نسبت به انجام اقدامات تامینی و از طرف دیگر کوتاهی ماموران آتش نشانی و نقص فنی ادواتی که برای نجات جان باختگان مورد استفاده قرار گرفت و ... مطرح است. حتی اگر بی احتیاطی ماموران آتش نشانی را علت وقوع حادثه بدانیم، ممکن است گفته شود که مصلحت عمومی بر آن است که مسئولیتی برای این ماموران در نظر گرفته نشود و راه برای محکومیت های آتی آنها باز نگردد. زیرا بی توجهی به این قبیل از مصلحت اندیشی ها، باعث دلسردی و بی انگیزگی آنان در اشتغال به این نوع از مشاغل سخت و پرخطر که هر شخصی جرات و جسارت انتخاب آن را ندارد، خواهد شد؛ امری که نمونه ای از آن در درخواست استعفای برخی از نیروهای آتش نشانی (پس از وقوع حادثه و بحث های پیرامون آن) مشاهده می شود. البته نباید زیان دیدگان را نیز از جبران خسارت محروم نمود، بنابر این شاید بتوان گفت که در مواردی که بی احتیاطی ماموران آتش نشانی از عوامل موثر در ورود خسارت است، با وضع قوانین مشابه ماده 10 قانون اصلاح قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسیله نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث یا حتی تبصره ماده 551 قانون مجازات اسلامی، خسارات زیان دیدگان از محل صندوق تامین خسارات بدنی پرداخت شود.

حق بر صلح در نظام حقوق بین الملل در پرتو رویه دیوان‌های کیفری.....89

ارسال نامه به اطلاع آنان رساند. بیماران بر این عقیده بودند که این امر می‌بایست از طریق ملاقات حضوری و به صورت رو در رو و نه از طریق ارسال نامه، به اطلاع آنان می‌رسید. به همین دلیل خسارات معنوی ناشی از اضطراب و فشار وارده پس از خواندن نامه را مطالبه نمودند که البته دادگاه این دعوی را نپذیرفت و عملکرد بیمارستان را در آن شرایط کاملاً معقول دانست.¹

در این دعوا خواسته‌ی خواهان‌ها خسارت معنوی ناشی از اضطراب و فشار وارده در اثر خواندن نامه بوده است. به عبارت دیگر خواهان‌ها قبول داشته‌اند که اگر این موضوع به صورت حضوری به آن‌ها اعلام می‌شد، خسارت معنوی نیز وارد نمی‌گردید. حال سوال این است که آیا بیمارستان در اعلام چنین مواردی به بیماران بی احتیاطی نموده و تکلیف به اعلام حضوری دارد تا در اثر نقض آن مسئول جبران خسارات معنوی بیماران تلقی گردد. حتی در فرضی که عرفاً عمل بیمارستان بی احتیاطی باشد، از نظر دادگاه، تکلیفی بر اعلام حضوری وجود ندارد و در نتیجه نقض تکلیفی صورت نگرفته است و مسئولیتی از این حیث متوجه بیمارستان نیست. در حقوق ایران در شرایط کنونی ادعای خسارت معنوی در این موارد اساساً مبنایی ندارد و نتیجه دو سیستم در عدم مسئولیت بیمارستان در اعلام کتبی موضوع یکسان خواهد بود.

ه: بی احتیاطی در وازکتومی و تاثیر آن در رابطه‌ی غیر مشروع

در سال 1996 دعوایی علیه کلینیکی که عمل وازکتومی ناموفقی را بر روی مردی صورت داده و در نتیجه باعث بارداری ناخواسته‌ی معشوقه‌ی او شده بود، اقامه گردید. دادگاه، با استناد به اینکه تعداد افرادی که ممکن است در آینده، با خواهان (معشوقه‌ی مرد تحت جراحی) رابطه‌ی جنسی برقرار کنند، نامشخص و شاید حتی نامحدود است، و نمی‌توان کلینیک را در برابر گروه نامعین و نامحدودی از افراد جامعه مسئول و مکلف به رعایت احتیاط دانست، دعوا را رد کرد. در این دعوا رابطه‌ی زوجیتی بین

1. BA v. Tameside & Glossop HA (1997) 35 BMLR 79

والدین طبیعی طفل وجود نداشت.¹

بی تردید رابطه غیر قانونی یا غیر شرعی در نظامهای مختلف حقوقی از حمایت جدی برخوردار نیست. در مواردی مثل پرداخت نفقه اطفال متولد از رابطه نامشروع یا حضانت چنین اطفالی بنا به مصالحی پذیرفته می‌شود. در حقوق ایران نیز اگر چنین دعوایی اساساً قابل طرح تلقی گردد (که محل تردید بسیار جدی است) جهت چنین توافق نامشروعی و چنین عقود باطل است و هیچ گونه مسئولیتی قراردادی و ناشی از نقض قرارداد با کلینیک ایجاد نخواهد شد.

و: بی احتیاطی در وازکتومی و تاثیر آن در رابطه‌ی مشروع

در دعوایی² که در سال 1999 مطرح شد، زن و شوهری که پس از انجام عمل ناموفق وازکتومی، صاحب فرزند ناخواسته‌ای شدند، علیه کلینیکی که عمل مذکور را روی زوج انجام داده بود، دعوایی برای مطالبه‌ی هزینه‌های نگهداری و پرورش طفل، اقامه نمودند.

مجلس اعیان انگلستان، دعوای مذکور را رد نمود، زیرا قضات رسیدگی کننده، تولد فرزند سالم را موهبتی الهی میدانستند که منافع زیادی را برای والدین به ارمغان می‌آورد. آنان از این امر واهمه داشتند که صدور حکم به نفع خواهان، باعث می‌شود تولد فرزند سالم، بیش از آن که ارزشمند شناخته شود، زیانبار و دردسر آفرین محسوب گردد.

همانطور که ملاحظه می‌شود، علیرغم شباهت ظاهری وقایع این دو دعوا، و با وجود بی احتیاطی از سوی کلینیک‌ها، استدلال قضات این پرونده‌ها متفاوت است، ولی عملاً نتیجه‌ی هر دو دعوا رأی به رد دعوا و عدم مسئولیت خواندگان است. در دعوای اخیر، با آنکه رابطه‌ی زوجیت ناشی از نکاح وجود دارد، و بی احتیاطی از سوی کلینیک مسلم است ولی این بی احتیاطی موجب مسئولیت تلقی نگردیده است. ظاهراً در دعوای

1. Goodwill v. British Pregnancy Advisory Service [1996] 2 All ER 161
2. McFarlane v. Tayside Health Board [1999] 3 WLR 1301

حق بر صلح در نظام حقوق بین الملل در پرتو رویه دیوان‌های کیفری.....91

اخیر نیز دادگاه تکلیفی برای دقت کامل در موفقیت عمل وازکتومی قایل نیست و تضمین نتیجه‌ی قطعی از عمل وازکتومی را به جهت مصالح اجتماعی و موهبت الهی تلقی نمودن تولد فرزند از تکالیف ناشی از این عمل نمی‌داند و در نتیجه با آن که عرفاً بی احتیاطی در عمل وازکتومی صورت گرفته است اما به جهت فقدان تکلیف و در نتیجه، عدم تحقق نقض تکلیف، مسئولیتی متوجه کلینیک نشده است. امروزه در همه نظام‌های حقوقی خصوصاً با کاهش رشد جمعیت، چنین مصالحی وجود دارد و چنین تکالیفی برای دقت کامل در این قبیل از اعمال جراحی مصرح و مسلم نیست. مضافاً این که ممکن است استدلال شود که هزینه نگهداری فرزند و تبعات آن خسارت نیست یا خسارت غیر مستقیم است و از این رو، بی تردید در حقوق ایران نیز چنین ادعایی منتج به صدور رای به ذیحقی خواهان‌ها در مطالبه خسارت نخواهد شد.

ز: بی احتیاطی در رعایت حریم شخصی افراد

در پرونده‌ای که در سال 2003 مطرح شد، خواهان‌ها برای ملاقات یکی از بستگان خود وارد زندان شدند. نیروهای امنیتی زندان به آنان مشکوک شده و به گمان این که خواهان‌ها قصد وارد کردن مواد مخدر به زندان را دارند، آنان را برهنه نموده و به بازرسی بدنی پرداختند، اما چیزی نیافتند. خواهان‌ها بابت تجاوز به حریم شخصی¹ و خسارات معنوی ناشی از آن، علیه مسئولین زندان اقامه‌ی دعوای نمودند، اما دادگاه دعوای آنان را رد کرد.²

در این پرونده ادعای تجاوز به حریم شخصی و خسارت معنوی مطرح شده است. عدم تجاوز به حریم شخصی می‌تواند به عنوان تکلیف عام تلقی و در نتیجه موجب مسئولیت این قبیل از نیروهای امنیتی در زندان‌ها نیز باشد. علاوه بر آن ممکن است گفته شود که در مورد رعایت حریم شخصی باید احتیاط لازم نیز صورت گیرد و به عبارت دیگر ممکن است که در این پرونده، وجود تکلیف و بی احتیاطی و تبعاً

1. Privacy

2. Secretary of State for the Home Department v. Wainright [2003] UKHL

مسئولیت آن‌ها را به نوعی توجیه نمود. با وجود این، ظاهراً مصالح اجتماعی و تکالیف خاص نیروهای امنیتی و رعایت احتیاط در مورد تکالیف امنیتی، از نظر حکومتها مانع از آن است که در تعارض این تکالیف با تکلیف به رعایت حریم شخصی، حقوق اشخاص را بر منافع امنیتی ترجیح دهند. در حقوق ایران نیز بسیار بعید است که چنین دعوایی قابل استماع باشد و توجیهات مختلفی برای عدم مسئولیت این قبیل اشخاص قابل طرح و بحث است.

ح: بی احتیاطی در تجاوز به حریم خصوصی خانواده

در پرونده‌ای که در سال 2006 مطرح شد، «سرویس سلامت ملی انگلستان»¹ یکی از والدین را به سوء استفاده از فرزندان خود متهم نمود. در نتیجه‌ی این امر و جدایی کودک از والدین، هر دوی آن‌ها متحمل خسارات معنوی شدند. پس از اثبات بی اساسی اتهامات وارده، والدین علیه سازمان مذکور، اقامه دعوا نمودند، اما دادگاه حکمی به نفع خواهان‌ها صادر نکرد زیرا معتقد بود مسأله‌ی سوء استفاده از کودکان دارای چنان اهمیتی است که نباید مسئولین امر در موقعیتی قرار بگیرند که از تحقیق، ارابه‌ی نظرات و انجام اقدامات حمایتی، دلسرد شده و واهمه داشته باشند.

در این پرونده نیز به نوعی ادعای تجاوز به حریم خصوصی خانواده و خسارت معنوی ناشی از آن مطرح شده است. عدم تجاوز به حریم خصوصی خانواده‌ها می‌تواند به عنوان تکلیف عام سرویس سلامت ملی انگلستان تلقی و بی احتیاطی در رعایت این حریم موجب مسئولیت باشد. به عبارت دیگر شاید بتوان گفت که در این پرونده نیز، وجود تکلیف عام و بی احتیاطی در رعایت آن و تبعاً مسئولیت سرویس سلامت ملی به نوعی قابل توجیه و قابل تصور است. با وجود این، ظاهراً مصالح عام و ملی و تکالیف خاص سرویس سلامت ملی در این خصوص، موجب می‌شود که در تعارض این تکالیف خاص با تکلیف به رعایت حریم خصوصی خانواده‌ها، رعایت احتیاط در این موارد، جانب مصالح ملی ترجیح داده شده است و با وجود بی احتیاطی، به جهت

1. NHS

حق بر صلح در نظام حقوق بین الملل در پرتو رویه دیوان‌های کیفری.....93

فقدان برخی از شرایط، عملاً مسئولیت مدنی سرویس سلامت ملی منتفی گردیده است.

ط: بی احتیاطی نسبت به زیان دیدگان نامعین و نامحدود

در مواردی نظیر بی احتیاطی و عدم رعایت مقررات راهنمایی و رانندگی که موجب راه‌بندان و تفویض منفعت مسلم و مستقیم به سایر رانندگان می‌گردد؛ مثلاً در اثر بی احتیاطی راننده و واژگونی یک تریلی، جاده‌ی باریکی یا پل کوچکی مسدود و در نتیجه آن، چندین راننده‌ی تاکسی یا کامیون برای ساعتها در راه‌بندان معطل گردند و تفویض منفعت اشخاص و اتومبیل‌های آن‌ها به طور مسلم و مستقیم و قابل استناد به عمل راننده بی احتیاط صورت گیرد؛ سوال این است که آیا این قبیل بی احتیاطی سبب مسولیت مدنی راننده بی احتیاط خواهد شد یا چنین مسؤلیتی به جهات و توجیهاات خاصی از جمله نامعین و نامحدود بودن تعداد زیان دیدگان، منتفی خواهد بود. به عنوان مثال دیگر اگر در اثر بی احتیاطی راننده‌ای برق یک منطقه‌ی صنعتی از کار افتد، باید میزان هنگفتی از غرامات به کارخانه‌های تولیدی که به طور مستقیم متحمل خسارات ناشی از بی احتیاطی راننده شده‌اند پرداخت شود. در این موارد نیز محاکم تمایلی به استماع این قبیل دعاوی از سوی زیان دیدگان ندارند. به همین دلیل دادگاه‌های انگلیس ترجیح می‌دهند جبران خساراتی از این قبیل از طریق بیمه صورت گیرد.¹

در عمل بنا به برخی مصالح اجتماعی و بر مبنای توجیهاات متفاوتی، در چنین مواردی گرایش به سوی عدم مسولیت غلبه دارد.

مبحث دوم: علل مشروط نمودن تحقق مسولیت ناشی از بی احتیاطی

با توجه به مصادیق مذکور در مبحث پیشین، به نظر برخی، دادگاههای انگلستان با لحاظ دخالت عوامل و مصالحی، هر عمل ناشی از بی احتیاطی را موجب مسولیت

1. Spartan Steel & Alloys Ltd. V. Martin & Co Ltd [1973] QB 27:

94.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و هفتم، بهار 1394

نمی‌دانند. و با لحاظ این عوامل و مصالح اجتماعی، تحقق مسئولیت مدنی ناشی از بی احتیاطی در انگلستان مشروط شده است. اهم این عوامل و مصالح عبارتند از: 1- وجود راه‌های دیگری برای جبران خسارات (مثل انواع بیمه یا منابع دولتی)، 2- موهبت دانستن تولد فرزند ناخواسته‌ای که حاصل ناموفقیت عمل وازکتومی است، 3- نو و بی سابقه بودن دعاوی مطروحه (و نگرانی قضات از هجوم ناگهانی دعاوی به دادگاه‌ها، در صورت پذیرش جبران خسارت در یک مورد خاص)، 4- نامعین و نامحدود بودن تعداد زیان دیدگان (خواهان‌های) احتمالی، 5- ناشی از ترک فعل بودن خسارت، و 6- ضرورت حمایت از صاحبان برخی مشاغل حساس مثل پلیس، نیروهای مسلح و سربازان در حال جنگ، سازمان‌های عمومی و تامین اجتماعی، ماموران آتش نشانی و قضات. رویه‌ی عملی دادگاه‌های انگلستان هنوز هم معتقد به نوعی مصونیت برای این نیروهاست؛ این در حالی است که کانادا رویه‌ی روشنی را در این مورد در پیش نگرفته و آمریکا گام در راه گسترش اینگونه مسئولیتها، که باعث کاهش اقتدار دولت می‌شود، گذاشته است.¹ در حقوق کامن لا از مثالهای فوق الذکر این نتیجه گرفته شده است که تحقق مسئولیت ناشی از بی احتیاطی، مشروط به وجود تکلیف احتیاط و مراقبت، نقض این تکلیف و ورود خسارت بوده و هر بی احتیاطی صورت گرفته در اجتماع، مسئولیت به بار نمی‌آورد.

شاید بتوان گفت در حقوق ایران نیز برخی مصالح خاص یا عام، موجبات غیر قابل جبران دانستن برخی از خسارات ناشی از بی احتیاطی افراد است. به عنوان مثال در فرضی که بی احتیاطی در وازکتومی تولد فرزند یا فرزندان چند قلو را خسارت بر

1. Melanie Randall , "private Law , the State and the Duty to protect Tort Actions for police failures in Gendered violence cases" , supreme court Law Review, 44 S.C.L.R (2d) , 2009 - Vivienne Harpwood, Modern Tort Law p. 4,31/ Richard Owen Essential Tort Law, p. 131/Catherine Elliott & Frances Quinn , Tort Law , P.72/ Ian S. Speir, "pulling Back the covers : Saleh v. Titan Corporation and (Near...)/ Graham Stephenson, Source book on Tort, pp.40, 58-9/ Dow A. Waisman , "Negligence , Responsibility , and the clumsy Samaritans: Is there a fairness Rationale for the Good Samaritan Immunity /Georgia state university Law Review)forth coming) , 2011 , P.6/

حق بر صلح در نظام حقوق بین الملل در پرتوی دیوان‌های کیفری.....95

والدیت تلقی کنیم، در جامعه‌ی امروزی ایران، رشد جمعیت رو به کاهش است و برای حل این مشکل، افزایش زاد و ولد از ضروریاتی محسوب می‌شود که سازمان‌های دولتی بر آن تاکید داشته و در پی تدابیری برای افزایش رغبت مردم به تولد بیش از یک فرزند هستند. بنابراین تولد فرزند بیشتر، از مصالح عمومی و ضروری کشور محسوب می‌شود. حال فرض کنیم زن و شوهری که با مشکلاتی در باروری مواجهند، به یک کلینیک درمان نازایی مراجعه کنند و پس از پایان عملیات پزشکی و بارداری زوجه، صاحب فرزندی شش قلو می‌شوند و بدلیل مشکلات و هزینه‌های سنگین در نگهداری از فرزندان، علیه کلینیک طرح دعوا نمایند، به نظر می‌رسد والدین نمی‌توانند با استناد به این امر که طبق گفته‌ی پزشکان، تعداد فرزندان ناشی از این نوع باروری معمولاً بیش از دو یا سه مورد نخواهد بود، علیه کلینیک اقامه‌ی دعوی نموده و هزینه‌ی نگهداری و پرورش سه یا چهار فرزند دیگر را از آنان مطالبه نمایند. زیرا با توجه به این مصلحت که جامعه‌ی کنونی نیازمند افزایش آمار توالد است و زوجین از احتمال تولد بیش از یک فرزند آگاه بوده‌اند، حتی در صورت بی احتیاطی مسئولان کلینیک مذکور نیز مسئولیتی برای آنان به بار نمی‌آید. لازم به ذکر است، اگر چه در زمان حاضر معمول نیست، ولی اگر پزشک یا کلینیک در وازکتومی تعهد خاصی به انجام درمان و با تعداد معینی از فرزند باشد یا برای خطای در عمل وازکتومی ضمانت اجرای قراردادی مثل وجه التزام ناشی از خطای در عمل تعیین گردد؛ بی تردید نتیجه تحلیل رابطه‌ی حقوقی متفاوت خواهد بود.

از مصالح خاص دیگر می‌توان به حمایت از نیروهای برقرار کننده‌ی نظم در اجتماع اشاره کرد. از دیدگاه حکومتها مصالح اجتماعی اقتضای آن را دارد که دادگاه‌ها در عمل، برای نیروهای انتظامی و پلیس، نوعی مصونیت از مسئولیت را در نظر بگیرند، زیرا مشاغل مذکور نقش مهمی در تامین امنیت اجتماع یا برقراری نظم ایفا می‌کنند. بنابراین لازم است اشخاص مذکور از آرامش و آسودگی در اجرای وظایف بهره‌مند بوده و نگران دعاوی احتمالی که ممکن است علیه آنان اقامه شود نباشند، و از این

96.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و هفتم، بهار 1394

طریق بتوانند با شجاعت و خلاقیت بیشتری به فعالیت‌های خود در چارچوب قانون بپردازند. برای مثال فرض کنیم ماموران پلیس اقدام به تعقیب سارقین مسلح یک بانک یا اشخاص مسلح محاربی که مسافران را در جاده‌ای مورد تعرض قرار داده و اموال آن‌ها را به غارت برده‌اند نموده و در حین تعقیب و گریز به اموال عمومی با خصوصی در مسیر جاده خساراتی وارد نموده باشند. علی‌القاعده مأمور پلیس در برابر مالکان زیان‌دیده مسئول جبران خسارات است اما ممکن است گفته شود که مصالح اجتماعی در شرایط خاص ایجاب می‌کند که از چنین مأمور فداکاری حمایت گردد و مسئولیت مدنی ناشی از خسارات وارده متوجه شخص او نگردد و جبران خسارت از سوی حکومتها صورت گیرد. البته ایجاد چنین مصونیتی می‌بایست محدود به وجود مصالح و شرایط خاصی باشد که اثبات آن بر عهده‌ی عامل ورود زیان قرار می‌گیرد تا از این طریق راهی برای سوء استفاده از این مصونیت باز نشده و قصور تنها در شرایطی خاص قابل استناد باشد.

گاه چنین حمایتی از قضات نیز از ضرورت‌ها و مصالح اجتماعی تلقی می‌گردد. در برخی از کشورها¹ نیز نمونه‌هایی از مصونیت قانونی یا عملی قضات به چشم می‌خورد.² قاضی مجری عدالت است و باید در صدور رای از استقلال کافی برخوردار بوده و نگران آن نباشد که روزی خوانده‌ی دعوی قرار می‌گیرد.³

1. برای مثال در حقوق آمریکا و فرانسه، قضاتی که از روی بی احتیاطی (نه عمد یا خطای نابخشودنی او) خسارتی به بار می‌آورند، مسئولیت مدنی نخواهند داشت. البته برخی کشورها مثل یونان، در این مورد قاضی را به تنهایی مسئول می‌شناسند، و برخی دیگر نیز همچون آلمان مسئولیت تضامنی برای قاضی و دولت قایل شده‌اند. ر. ک.:

Tsaoussi, Aspasia and Zervogianni, Eleni, "Judges as Satisficers: A Law and Economics Perspective on Judicial Liability" (December 1, 2007). *European Journal of Law and Economics* Vol. 29, pp. 14-16

2. به نظر می‌رسد با توجه به قانون نظارت بر رفتار قضات، رویکرد حمایتی از قضات در کشور ما در حال تغییر است.

3. اصل 171 قانون اساسی ایران مقرر می‌دارد: هرگاه در اثر تقصیر یا اشتباه قاضی در موضوع یا در حکم یا در تطبیق حکم بر مورد خاص، ضرر مادی یا معنوی متوجه کسی گردد، در صورت تقصیر،

حق بر صلح در نظام حقوق بین الملل در پرتو رویه دیوان‌های کیفری.....97

البته باید در نظر داشت که علاوه بر مصالح خاص، که به نمونه‌هایی از آن اشاره شد، یک مصلحت عام نیز اقتضای مشروط شدن مسئولیت ناشی از بی احتیاطی را دارد و آن مصلحت، عدم گسترش دامنه‌ی تکالیف (به رعایت احتیاط و مراقبت) و ناروایی جبران تمامی خسارات جزئی و کلی در جوامع پیچیده‌ی امروزی است، ظاهراً مصلحت مذکور در حقوق انگلستان بدیهی بوده و مصادیق مصالح خاص در این کشور چنان گسترش یافته است، که عملاً ذکر صریح مصلحت عام مزبور ضرورت پیدا نمی‌کند. اما در حقوق ایران که مسئولیت ناشی از بی احتیاطی به صورت مستقل از سایر اسباب مسئولیت مورد بحث و بررسی قرار نگرفته است، اشاره به مصلحت عام مذکور، در کنار سایر مصالح خاص، ضروری می‌نماید.

با این وجود نباید از ذکر نکته‌ای غافل بود: در جامعه‌ای که مردم به حقوق و تکالیف خود آگاه و مطالبات آن‌ها از حاکمیتها رو به گسترش است، برخی از مصالح فوق الذکر، مثل مصونیت عملی قضات، نیروهای مسلح و پلیس و سازمان‌ها و ادارات

مقصر طبق موازین اسلامی ضامن است و در غیر این صورت خسارت به وسیله دولت جبران می‌شود و در هر حال از متهم اعاده حیثیت می‌گردد.

ماده‌ی 30 قانون نظارت بر رفتار قضات مصوب مهر 1390 مقرر می‌دارد: رسیدگی به دعوای جبران خسارت ناشی از اشتباه یا تقصیر قاضی موضوع اصل یکصد و هفتاد و یکم (171) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در صلاحیت دادگاه عمومی تهران است. رسیدگی به دعوای مذکور در دادگاه عمومی منوط به احراز تقصیر یا اشتباه قاضی در دادگاه عالی است.

تبصره - تعلیق تعقیب یا موقوفی تعقیب انتظامی یا عدم تشکیل پرونده مانع از رسیدگی دادگاه عالی به اصل وقوع تقصیر یا اشتباه قاضی نیست.

ماده‌ی 24 آیین نامه این قانون مقرر می‌دارد: هر شخص نسبت به اشتباه یا تقصیر قاضی منجر به خسارت ادعایی داشته باشد باید بدو حسب مورد به دادرسی یا دادگاه عالی مراجعه نماید. در صورت احراز اشتباه یا تقصیر قاضی در دادگاه عالی مدعی می‌تواند برای جبران خسارت ناشی از تقصیر یا اشتباه قاضی به دادگاه عمومی تهران مراجعه و طرح دعوی نماید. و ماده‌ی 25 آیین نامه این قانون نیز مقرر می‌دارد: دادگستری تهران مکلف است یکی از شعب دادگاههای عمومی حقوقی را که قاضی آن از تجربه و تخصص لازم برخوردار باشد جهت رسیدگی به دعوای موضوع ماده 30 قانون اختصاص دهد.

عمومی رفته رفته رنگ می‌بازد و اهمیت خود را از دست می‌دهد. در حال حاضر با وجود این که میزان مطالبات جامعه از حاکمیت‌ها رو به رشد است، در عمل این قبیل مصالح در جوامع مختلف همچنان مطرح و رعایت می‌گردد اما ممکن است در آینده‌ای نه چندان دور کمتر شاهد توجه به مصالحی از این قبیل باشیم. علاوه بر این، برخی از مصالح گفته شده نیز نیاز مقطعی جامعه محسوب است و ممکن است در جوامع مختلف یا در زمان‌های مختلف متغیر باشد. برای نمونه می‌توان به تولد فرزندان به عنوان یک موهبت الهی (که در جامعه‌ای بسیار پرجمعیت و دارای نسل جوان، اهمیت خاصی نخواهد داشت) و مسئولیت نیروهای مسلح در زمان صلح اشاره کرد.

گفتار دوم: شرایط تحقق مسئولیت ناشی از بی احتیاطی

در حقوق ایران اگر خساراتی مادی (اعم از خسارات به عین یا منفعت) یا خسارات بدنی به شخصی وارد شود و قابلیت استناد وجود داشته باشد، شخص عامل زیان مسئول جبران خسارت است. در مورد خسارات معنوی و قلمرو آن و نحوه‌ی جبران ضرر، اختلاف نظر وجود دارد. خسارات اقتصادی محض (که در ارتباطی تنگاتنگ با عدم النفع و منافع ممکن الحصول است)¹ از مباحث جدید و محل بحث و بررسی

1. ضرر اقتصادی محض به اموال یا جسم وارد نمی‌شود ولی زیانیده به نوعی متحمل ضرر می‌گردد. در حقوق ایران برخی ضرر اقتصادی محض را تحت قلمرو تئوری از دست دادن فرصت و برخی به مفهوم عدم النفع مسلم تلقی کرده‌اند. به اختصار لازم به ذکر است که در ضرر اقتصادی محض تقسیماتی را بیان کرده‌اند که برخی از مصادیق آن با پرونده‌های بحث حاضر قابل انطباق و محل تأمل است. به عنوان مثال در یک قسم از ضررهای اقتصادی محض، خسارت مادی به دارایی یا جسم و جان شخصی وارد می‌شود ولی در عین حال سبب زیان به حقوق شخص مدعی ضرر اقتصادی محض می‌گردد. نظیر این که عامل زیان کابل برق متعلق به تأسیسات عمومی را از بین می‌برد و تبعاً به کارخانجات تولیدی ضرر وارد و مدعی ضرر اقتصادی محض می‌شوند. چون ظاهراً ضرر وارده به این اشخاص ضرر به اموال اعم از عین یا منفعت یا ضرر جسمانی نیست. یا نظیر این که در اثر بی احتیاطی و تقصیر شخصی، بازیکنان موفق تیم فوتبالی در سانحه‌ی رانندگی صدمه می‌بینند و تیم آنها در رده بندی مسابقات سقوط می‌کند. علاوه بر زیان وارده به ج به تیم وارد نشده است و ضرر مورد ادعای

حق بر صلح در نظام حقوق بین الملل در پرتو رویه دیوان‌های کیفری.....99

است. بی تردید اگر زیان وارده ناشی از بی احتیاطی شخص زیان زننده باشد، عرفاً قابلیت استناد وجود دارد. با وجود این، در برخی از نظام‌های حقوقی علی‌رغم ورود خسارات مادی یا معنوی، از سویی، رعایت مصالح خاص یا عام مانع از مسئول دانستن شخص بی احتیاط می‌گردد و از سوی دیگر برای ضابطه مند نمودن مسئولیت یا عدم مسئولیت شخص بی احتیاط، وجود شرایطی را لازم دانسته‌اند که عبارتند از 1- وجود تکلیف، 2- نقض تکلیف و 3- ورود خسارت که به هر یک در مبحثی جداگانه پرداخته خواهد شد.

مبحث اول: وجود تکلیف احتیاط و مراقبت

در نظام‌هایی که برای تحقق مسئولیت مدنی ناشی از بی احتیاطی شرایطی را لازم دانسته‌اند، اولین شرط تحقق مسئولیت ناشی از بی احتیاطی، وجود تکلیفی برای رعایت

این تیم، ضرر اقتصادی محض است. لازم به ذکر است که ممکن است تیم را به سبب عقد اجاره اشخاص (بازیکنان) مالک منفعت آنها تلقی و آن را مدعی ضرر ناشی از تفویض منفعت بدانیم. در مورد مثال اول نیز شاید بتوان گفت که توجیهی برای تفویض منفعت مسلم وجود دارد. قسم دیگری از ضرر اقتصادی محض مربوط به زیان به خدمات عمومی و زیر بنایی است که در نتیجه‌ی آن مثلاً فعل زیانبار موجب انسداد معبر عمومی و تبعاً موجب ضرر اقتصادی به اشخاص می‌شود که تولید و کار آنها وابسته به استفاده از این معبر عمومی است. همچنین قسمی از ضرر اقتصادی محض را تحت عنوان دعاوی ناشی از مشاوره‌ی حرفه‌ای ناقص آورده‌اند و در این قسم، اشخاص مدعی ضرر اقتصادی محض در واقع اشخاص ثالثی هستند که به مشاوره‌ی شخصی حرفه‌ای تکیه می‌کنند و متضرر می‌گردند. نظیر این که مشاور حقوقی در تنظیم یک وصیت نامه بی دقتی می‌نماید و در نتیجه وصیت تنظیمی بی اعتبار محسوب و موصی له متضرر می‌شود. در این حالت نیز اموال یا جسم موصی له زیان ندیده است ولی متحمل ضرر می‌گردد. برای توجیه قابلیت جبران ضررهای اقتصادی محض، نظریه‌هایی تحت عنوان وظیفه‌گرا و ابزارگرا مطرح شده است و بسته به این که ضرر خصوصی در عین حال ضرر اجتماعی نیز محسوب گردد؛ قابلیت یا عدم قابلیت جبران ضرر اقتصادی محض را توجیه می‌نمایند. برای ملاحظه نظرات مختلف در این خصوص ر.ک.: دکتر محمد جعفری مجد، سیدج حسینی، جبران ضرر اقتصادی محض، پژوهشنامه‌ی اندیشه‌های حقوقی، تابستان 1391، ص 108 -

احتیاط و مراقبت معقول و متعارف است.¹ و برآنند که تکلیف احتیاط و مراقبت، رابطه‌ای حقوقی و مبتنی بر «الگوی احتیاط و مراقبت»² است³ و کارکرد اصلی آن تحدید مرزهای مسئولیت ناشی از بی احتیاطی است.⁴ به تعبیر دیگر تکلیف مذکور رابطه‌ای است حقوقی در به کارگیری احتیاطی معقول و برای اجتناب از ورود خسارت به دیگران.⁵ به نظر برخی تکلیف به رعایت احتیاط، تعهد به وسیله نیست، ازین رو تلاش متعارف برای انطباق با الگوی احتیاط و مراقبت، کافی نیست. این تکلیف بر پایه‌ی عمل و رفتار معقول و منطقی وضع شده و تعهدی است به نتیجه که صرف تلاش خواننده در این راه او را از مسئولیت بری نخواهد کرد.⁶

الف: معیار تکلیف به رعایت احتیاط و مراقبت از سوی عامل زیان

قضات انگلستان در این حوزه از حقوق، با توجه به مصالح اجتماعی و قضایی، آرای صادر نموده‌اند⁷ که به تدریج به گستره‌ی تکالیف به رعایت احتیاط و مراقبت در رویه قضایی شکل می‌بخشد. به تعبیر برخی، بر خلاف حقوق فرانسه (ماده‌ی 1382 قانون مدنی)، در حقوق انگلیس اصلی کلی و فراگیر در این خصوص وجود ندارد و رویه قضایی در این زمینه، همچون دیگر شاخه‌های کامن لا به صورت موردی پیش می‌رود.⁸ تا پیش از سال 1932، موارد متعددی از مسئولیت ناشی از بی احتیاطی در رویه قضایی انگلستان وجود داشت که تحت هیچ قاعده عام الشمولی قرار نمی‌گرفت.⁹ حقوق و رویه قضایی در این زمینه به صورت عملی، تجربی و موردی پیش می‌رفت؛

1. KonardZweigert& Hein Kotz , An Introduction to Comparative Law, P.609 / David Barker & Colin Padfield , Law Made Simple, PP.203-204

2. standard of care

3. Black's Law Dictionary

4. Peter Cane, Atiyah's Accidents, compensation and the Law, P.669

5. Oxford Dictionary of Law

6. برای ملاحظه‌ی بحث تفصیلی ر. ک.:

Ori J. Herstein, "Responsibility in Negligence: Why the Duty of care is not a Duty to try, p. 411

7. Graham Stephenson, op.cit. , P.15

8. John Cooke, Law of Tort , P.63

9. Richard Owen, Essential Tort Law, P.2

حق بر صلح در نظام حقوق بین الملل در پرتو رویه دیوان‌های کیفری.....101

گاه تکلیفی را موجود می‌دانست و گاه نمی‌دانست.¹ اما به تدریج تلاش‌هایی برای قاعده‌مند نمودن ایجاد تکالیف احتیاط و مراقبت شکل گرفت. و به تبع آن قضات انگلیس تلاش نمودند تا در راستای قاعده‌مند نمودن ایجاد تکالیف، با انسجام طولی (همسویی تکالیف نوظهور با تکالیف از پیش موجود) و عرضی (سازگاری با سایر حوزه‌های مسئولیت مدنی و حقوق به طور کلی) رویه قضایی را نیز حفظ کنند.² صاحب نظران بر آنند که علی‌رغم کوشش‌های لرد آتکین و سایر قضات انگلستان برای انسجام بخشیدن و قاعده‌مند نمودن این عرصه از حقوق، قرن بیستم شاهد سیر قهقراپی و بازگشت رویه قضایی این کشور به بی‌انسجامی‌های گذشته بوده است.

به نظر برخی، امروزه در حقوق انگلیس نه تنها معیاری در تشخیص انواع تکالیف، برپایه‌ی قواعدی عام و سازمان یافته شکل نگرفته است بلکه این امر بر اساس انواع خسارات و صدمات (به صورت موردی و خاص) ایجاد شده است.³ بنابراین نمی‌توان تمامی تکالیف مطروحه را به صورت موضوعی دسته‌بندی کرد و باید تکالیف احتیاط و مراقبت در انگلستان را بر اساس رویکرد قضات (در مکلف شناختن یا نشناختن خواننده)، بررسی نمود. از نظر رویه‌ی قضایی، گاه بنا به مصالح و منافع اجتماعی، برخی اشخاص هیچ تکلیفی برای رعایت احتیاط و مراقبت متعارف نسبت به دیگران ندارند.⁴

1. Graham Stephenson, Sourcebook on Torts, P.16

2. Alan Calnan, Duty and Integrity in Tort Law, P.98

3. M. Stuart Madden, Exploring Tort Law, PP. 212-214/Vivienne Harpwood, Harpwood, Modern Tort Law., P.232

4. البته برخی قوانین و مقررات «قانون حقوق بشر 1998» (Human Rights ACT 1998) و «کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق و آزادی‌های بشر» (European convention for the protection of Human Rights and fundamental freedoms) یا آراء بعضی دادگاه‌های بین‌المللی («دادگاه حقوق بشر اروپا» (European Court of Human Rights)) تأثیراتی بر رویه‌ی مذکور در حقوق انگلستان گذاشته‌اند، با این وجود هنوز رویه کلی دادگاه‌ها به سوی عدم پذیرش تکلیف است.

John cooke, Op.cit, P.49/ Peter Cane, Op.cit, P.70/ Jane Wright, Tort law and Human rights, Pp.83-85: Bici v Ministry of Defence (2004) / Van Colle v Chief constable of Hertfordshire (2008)/ Osman v. UK (1998)/ Z v. UK (2002): (www.Supremecourt.Gov.UK)

102.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و هفتم، بهار 1394

(مثل نیروهای مسلح¹ و پلیس² و اشخاصی مثل نیروهای امنیتی زندان در برهنه نمودن اشخاص مشکوک برای بازرسی بدنی که نسبت به حریم خصوصی دیگران بی توجه اند³)، گاه اشخاص دارای تکلیف احتیاط و مراقبت هستند اما این تکلیف محدود است و در موارد معدودی ایجاد می شود (مثل آتش نشانان⁴، سازمان ها و ادارات عمومی، وارد کنندگان خسارات معنوی⁵ یا عدم النفع⁶ و موارد ترک فعل¹). در سایر

1. Ministry of Defence v AB and Others [2012] UKSC
2. R v. Commissioner of Police of the Metropolis [2009] UKSC/ Brooks v. Metropolitan Police Commissioner [2005] 2 All ER 489
3. Wainwright v. Home Office [2003] 4 All ER 969
4. Stovin v. Wise [1996] 3 All ER
5. Pierce v. Doncaster MBC [2007] EWHC 2968 (QB):

خواهان (شخصی مذکر و متولد 1976) دعوایی علیه سازمان محلی حمایت از کودکان اقامه نمود. او مدعی شد سازمان مذکور، تکلیف خود برای حمایت از او به عنوان کودکی در معرض خطر، را نقض کرده است. این سازمان از مشکلات خانواده ی خواهان آگاه بود و بر همین اساس به محض تولد او را به پرورشگاه سپرد. اما پس از یکسال خواهان دوباره به خانواده ی خود سپرده شد و به دلیل سوء استفاده و بی توجهی جسمی و روحی در خانواده، در 15 سالگی منزل را ترک گفت و برای کسب درآمد به روسپی گری روی آورد. او توانست با اثبات ضربه های روحی وارده (که از کوتاهی کارمندان سازمان ناشی شده بود) در این پرونده به موفقیت برسد.

AB v. Thameside&Glossop Health Authority [1997] 8 Med LR 91

یکی از کارکنان بیمارستانی مبتلا به ویروس HIV شناخته شد. بیمارستان به بیمارانی که با فرد مذکور در ارتباط بودند، اطلاع داد که ممکن است خطر ویروس HIV آنان را نیز تهدید کند. بیماران با ادعای اینکه نحوه ی اطلاع رسانی بیمارستان در مورد این خبر ناگوار، صحیح نبوده و می بایست بجای اطلاع رسانی از طریق نامه، با دعوت حضوری، آنان را در جریان امر قرار می داد؛ به همین جهت اقدام به اقامه دعوی علیه بیمارستان نمودند. اما دادگاه تجدید نظر نحوه اطلاع رسانی را ناصحیح و از روی بی احتیاطی نشناخت و در نتیجه حکم را به نفع خواهان (بیماران) صادر نکرد.

6. Spartan Steel & Alloys Ltd. V. Martin & Co Ltd [1973] QB 27:

در این پرونده خواندگان دعوی از روی بی احتیاطی یک کابل برق را قطع نمودند و در نتیجه فعالیت تولیدی خواهان به طور موقت متوقف شد. خواهان خساراتی را بدین شرح مطالبه نمود. الف) خسارت وارده به کالاهای در حین تولید ب) از دست دادن سود حاصل از تولید و فروش کالاهای مذکور در بند اول ج) خسارت بابت کالاهایی که در زمان قطع برق، تولید نشد (عدم النفع). دادگاه تجدید نظر، با رای اکثریت، تنها خسارات بند اول و دوم را پذیرفت و خواسته ی بند سوم را با این استدلال که پذیرش آن، باعث می شود میزان غرامت تا حد بسیار زیادی افزایش یابد، مردود اعلام کرد. قضات

حق بر صلح در نظام حقوق بین الملل در پرتو رویه دیوان‌های کیفری.....103

موارد اصولاً محدودیتی برای شناخت تکلیف احتیاط و مراقبت نسبت به دیگران وجود ندارد و تکلیف اشخاص نسبت به دیگران همگانی است، هر چند ممکن است بدلیل عدم نقض تکلیف احتیاط و مراقبت یا غیر قابل جبران بودن خسارات وارده به زیان دیده، مسئولیتی برای آنان در نظر گرفته نشود (مثل وکلا - که در گذشته برخلاف امروزه، دارای مصونیت کامل بودند²، مدیران شرکت‌های تجاری³،....).

در حقوق ایران رویه‌ی قضایی نقش موثری در ایجاد معیار تکالیف اشخاص در رعایت احتیاط و مراقبت ندارد و ظاهراً معیار این تکالیف با قواعد فقهی و حقوقی و یا

مذکور بر این عقیده بودند که اگرچه در این پرونده، قطع برق تنها فعالیت یک کارخانه را متوقف نموده است، اما اگر برای مثال برق یک منطقه‌ی صنعتی از کار می‌افتاد، میزان هنگفتی از غرامات می‌بایست مورد تایید قرار می‌گرفت. به همین دلیل دادگاه ترجیح داد جبران خساراتی از قبیل بندج از طریق بیمه صورت بگیرد.

1. White v. Jones (1995):

پدری پس از مشاجره با دو دختر خویش، به وکلای خود (خوانندگان دعوی) دستور تنظیم وصیت نامه‌ای را داد که در آن دختران وی از ارث محروم شدند. پس از برقراری صلح و آشتی، پدر به وکیل مذکور دستور تنظیم وصیت نامه‌ای جدید بادر نظر گرفتن 9000 پوند برای هر یک از دختران را صادر کرد. وکلا تا یک ماه هیچ اقدامی صورت ندادند تا اینکه سرانجام موکل آنها (پدر)، سه روز پیش از قرار ملاقاتی که با وکلای خود برای تنظیم وصیت نامه جدید تعیین نموده بود، فوت کرد. مجلس اعیان بیان داشت: از آنجا که وکلای مذکور تنظیم وصیت نامه‌ی جدید برای موکل را پذیرفته بودند و به طور معقول، قابل پیش بینی بود که بی احتیاطی در این زمینه باعث زیان ذینفعان وصیت نامه‌ی مذکور خواهد شد، در نتیجه این وکلا، مسئول و محکوم هستند.

Ross v Caunters (1980):

در نتیجه‌ی بی احتیاطی وکیل، خواهان نتوانسته بود که از میراث سهمی ببرد. از طرفی مشکلی وجود داشت که بین موصی و وکیل متخلف قراردادی منعقد شده بود، اما بین خواهان (ذینفع) و وکیل یاد شده قراردادی وجود نداشت. با وجود این، دادگاه حکم را به نفع خواهان صادر کرد و وکیل را محکوم به جبران میراث از دست رفته‌ی خواهان نمود.

2. Gary A. Munneke & Theresa E. Loscalzo, "The lawyers Duty to keep clients informed", PP.394-396

3. TomoZwinger, "An Analysis of the duty of care in the U.K in comparison to the German duty of care, PP.7-12, 16-21

مقررات موضوعه صورت می‌گیرد. از این رو وضعیت یاد شده در رویه قضایی انگلستان، در نظام حقوقی ایران مطرح نیست.

نظام حقوقی ایران ظاهراً رویکردی با معیارهای کلی نسبت به تکالیف اشخاص، در رعایت احتیاط و مراقبت نسبت به دیگران دارد و بر خلاف انگلستان نگاهی موردی به تکالیف مزبور ندارد. بنابراین اگرچه می‌توان تکالیف اشخاص برای رعایت احتیاط و مراقبت متعارف را بر مبنای موضع آن در قالب تکالیف احتیاط ناشی از شغل (پلیس، قاضی، وکیل، پزشک، روزنامه نگار و سردفتر اسناد رسمی...)، ناشی از محافظت و دارندگی اموال (تکالیف ناشی از دارندگی اشیاء بیجان، حیوانات، مجاورت املاک و وسایل نقلیه موتوری...)، ناشی از فعل غیر (تکالیف محافظت نسبت به صغیر و مجنون، دولت نسبت به کارکنان، کارفرما نسبت به کارگر و متصدی حمل و نقل...) و ... تقسیم کرد، اما تقسیم بندی مزبور تاثیری در کلی بودن (و موردی نبودن) تکالیف به رعایت احتیاط معقول و متعارف در ایران نیست.

ب: معیار تکالیف به رعایت احتیاط نسبت به زیان دیده (همگان یا گروه

خاص)

برخی برآنند که مجلس اعیان انگلستان زمان زیادی را صرف موضوع تکالیف احتیاط و مراقبت نموده است. با این حال هنوز هم راه درازی در پیش است. در انگلستان، هر شخص، مکلف به رعایت احتیاط و مراقبت متعارف و معقول در برابر کل اجتماع نیست، بلکه تنها در صورت تحقق شروطی سه گانه، تکالیفی برای رعایت احتیاط و مراقبت متعارف نسبت به گروهی خاص از افراد جامعه ایجاد می‌شود.¹ به بیان دیگر هرگاه 1- قابلیت پیش بینی معقول زیان² وجود داشته باشد و 2- نوعی رابطه‌ی خاص³ غیر قراردادی¹ بین خواهان و خوانده موجود باشد که آنان را به هم

1. Vivien Harpwood, Modern Tort Law p. 22 ff. / John Cooke, Law of Tort p. 31

2. Reasonable Foreseeability

3. Special Relationship or Proximity

حق بر صلح در نظام حقوق بین الملل در پرتوی دیوان‌های کیفری.....105

نزدیک یا مرتبط کند و 3- ایجاد تکلیف، منصفانه، عادلانه و معقول² باشد، تکلیفی برای رعایت احتیاط و مراقبت بوجود می‌آید؛ تکلیفی که از روابط قراردادی نشأت نمی‌گیرد و ناشی از مقررات موضوعه نیست، ریشه در رویه‌ی قضایی و عرف (عرفی) که توسط دادگاه‌ها به رسمیت و دارای اعتبار شناخته شود) دارد. بنابراین در حقوق انگلستان هر شخص تنها در برابر آنانی مکلف به رعایت احتیاط است که با آن‌ها به نوعی در ارتباط بوده، قابل پیش بینی باشد که از عمل او خسارتی به آنان وارد خواهد آمد و تحمیل چنین تکلیفی بر عامل زیان نیز مطابق با عدل و انصاف باشد (یعنی ایجاد چنین تکلیفی با منافع و مصالح اجتماعی در تعارض نباشد)؛ به عبارت دیگر هر شخصی تنها نسبت به اشخاصی مکلف به رعایت احتیاط و مراقبت است که در «محدوده خطر»³ قرار گرفته‌اند. لازم به ذکر است که در این مورد نظر مخالف نیز وجود دارد⁴ اما دیدگاه غالب و رایج، خاص بودن (و همگانی نبودن) تکلیف است. در حقوق ایران، دو دیدگاه در مورد ایجاد تکلیف احتیاط و مراقبت مطرح است. طبق دیدگاه اول یعنی همگانی بودن تکلیف، «اشخاص در برابر همگان مکلف به رعایت احتیاط و مراقبت هستند و دلیلی بر محدود کردن مسئولیت در این موارد وجود ندارد»⁵ زیرا «در حقوق مسئولیت مدنی معین می‌شود [که] ... چه قواعدی بر همگان تحمیل می‌شود تا [مردم] از اضرار ناروا به همگان پرهیز کنند»⁶. عدالت اقتضا دارد که هر فرد نسبت به تمامی افراد جامعه مکلف به رعایت احتیاط باشد زیرا مسئولیت در

1. روابط قراردادی مثل واکتومی که با قرارداد پزشک و زوج ایجاد شده است و علی رغم بی احتیاطی پزشک، به جهت فقدان سایر شرایط لازم، یا به جهت مصالح اجتماعی، مسئولیتی برای او در نظر گرفته نمی‌شود نیز در واقع نقض تعهد قراردادی است که اگر چه ریشه قراردادی دارد ولی خود نقض عهد عملی خارج از قرارداد است.

2. Fair, Just and Reasonable

3. Zone of danger

4. Schaffer, Lisa, Torts for paralegals, p. 74

5. سیدحسین صفایی و حبیب الله رحیمی، پیشین، ص 116

6. ناصر کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرارداد، ج 1، ص 26

برابر همگان او را موظف به رعایت احتیاط معقول و اجتناب از ورود زیان به دیگران می‌نماید و واهمه از محکومیت به جبران خسارت وارده به دیگران، او را موظف می‌سازد، در هر لحظه از زندگی، همچون شخصی محتاط و مراقب رفتار کند. مسئولیت در برابر همگان، شخص را آگاه و هوشیار می‌نماید تا حتی غافل از غیرقابل پیش بینی ترین افراد و زیان‌ها نباشد و هر لحظه محکومیت و مسئولیت را پیش روی خود ببیند. ایرادی ندارد که شخص نسبت به همگان دارای تکلیف باشد (اولین شرط تحقق بی احتیاطی)، اما در مراحل بعدی از روند اثبات مسئولیت ناشی از بی احتیاطی،¹ پله پله از دامنه‌ی مسئولیت او کاسته شود. مثلاً در مرحله‌ی نقض تکلیف، تنها نسبت به آنانی مسئول شناخته شود که در برابرشان متعارف و معقول عمل ننموده یا در مرحله‌ی ورود خسارت تنها نسبت به اشخاصی مسئول محسوب گردد که ضرری قابل پیش بینی، مستقیم و بلاواسطه به آن‌ها وارد نموده است. به بیان دیگر، مسئولیت ناشی از بی احتیاطی بواسطه‌ی محدود شدن دامنه‌ی تکلیف، محدود نمی‌شود، بلکه از دامنه‌ی مسئولیت، با شرایطی که برای نحوه‌ی ورود ضرر و شرایط ضرر در نظر گرفته می‌شود، کاسته می‌شود.

در اثبات دیدگاه فوق سه دلیل مطرح است. اولین دلیل عمومیت قاعده‌ی لاضرر (به عنوان یکی از مبانی قاعده‌ی مسئولیت مدنی) است. این قاعده از لحاظ مفهوم ضرر و ضرار² (صرفنظر از آن که چه کسی یا به چه طریقی ضرر را وارد نموده باشد) و از لحاظ محتوا³ محدودیتی ندارد. بنابراین می‌توان گفت آنچه در نظر شرع و قانونگذار

1. عنی نقض تکلیف (دومین شرط تحقق بی احتیاطی: موضوع بخش دوم مقاله) و ورود خسارت (سومین شرط تحقق بی احتیاطی)

2. ناصر کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرارداد، ج 1، ص 61؛ سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه (بخش مدنی 1)، ص 139؛ حمید بهرامی احمدی، قواعد فقه، ج 2، ص 65

3. برای بررسی دیدگاه‌های موجود در فقه در مورد قاعده لاضرر رجوع شود به: سید مصطفی محقق داماد، پیشین، ص 142 به بعد؛ سیدعباس موسویان، ابزارهای مالی اسلامی، ص 105 به بعد؛ محمود حکمت نیا، مسئولیت مدنی در فقه امامیه، ص 112؛ ابوالحسن محمدی، قواعد فقه، ص 146؛ حمید

حق بر صلح در نظام حقوق بین الملل در پرتوی دیوان‌های کیفری.....107

اهمیت دارد ممنوعیت مطلق ورود زیان نارواست و لازم نیست اشخاص مکلف، تعیین شوند، زیرا عمومیت لاضرر همگان را در بر گرفته و تکلیف را محدود به گروهی خاص از افراد نمی‌کند. دومین دلیل، جواز تفسیر موسع قوانین در حقوق مدنی است. یعنی می‌توان تکالیفی را که به صراحت در قوانین، برای اشخاص در نظر گرفته شده (تکالیف ناشی از دارندگی و مالکیت، ناشی از شغل و ناشی از فعل غیر) گسترش داد و دامنه‌ی آن‌ها را محدود به موارد مصرحه ندانست. سومین دلیل، برای همگانی بودن تکلیف، نص ماده 1 قانون مسئولیت مدنی است، که بیان می‌دارد: «هرکس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه بی احتیاطی موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد.» یعنی قانون‌گذار اولین مرحله از مراحل سه‌گانه برای ایجاد مسئولیت ناشی از بی احتیاطی یعنی وجود تکلیف را با به کار بردن عبارات «هرکس» و «موجب ضرر دیگری شود»، نسبت به همگان موجود می‌داند و سپس به مراحل دوم (نقض تکلیف) و سوم (ورود خسارت) می‌پردازد.

دیدگاه فوق قابل تامل است زیرا اولاً؛ نمی‌توان از قاعده‌ی لاضرر، همگانی بودن تکلیف احتیاط و مراقبت را نتیجه گرفت. لاضرر تنها در مقام بیان ممنوعیت ورود زیان است و اشاره‌ای به خاص یا همگانی بودن تکلیف احتیاط و مراقبت نمی‌نماید؛ به عبارت دیگر در مقام بیان خاص یا همگانی بودن تکلیف نیست. ثانیاً؛ گسترش بخشیدن به دامنه‌ی تکالیف با تکیه بر تفسیر موسع، تمایل به پیشرفت و ترقی را از افراد اجتماع ربوده و مانع نوآوری‌های مثبت آنان می‌شود؛ اگرچه در حقوق مدنی توسل به تفسیر موسع ممنوع نیست، اما استناد به این نوع تفسیر، نباید بی حد و مرز باشد؛ ثالثاً؛ همیشه ملاک واحدی در موضوعات مختلف مربوط به مسئولیت‌های ناشی از بی احتیاطی وجود ندارد، که اقتضای یکسان بودن حکم آنان را داشته باشد و صرف این امر که همه‌ی آن‌ها ناشی از بی احتیاطی و مسامحه‌ی وارد کننده‌ی زیان هستند، دلیلی بر واحد بودن احکام آنان نخواهد بود. شاید بتوان گفت عبارت «هرکس» (در ماده 1 قانون

مسئولیت مدنی) نشان از عمومیت بدون قید و شرط تکلیف ندارد، بلکه مقصود قانون گذار این است که «هر کس که تکلیفی بر عهده دارد» مسئول خسارات ناشی از تقصیر خود خواهد بود نه «هرکس که در اجتماع حضور دارد هر چند تکلیفی ندارد». از این رو، قبول دیدگاه اول در حقوق ایران محل تأمل است. در مواردی که تکالیف قانونی (برای رعایت احتیاط و مراقبت) وجود دارد، شرایط آن نیز مطرح است و جای بحثی باقی نمی‌ماند. اما در سایر مواردی که قانون گذار حکمی ندارد، می‌توان گفت اصل برایت و رعایت حریم آزادی اشخاص اقتضا دارد که با تفسیر موسع مسئولیت ایجاد نشود.

به نظر برخی در حقوق آمریکا نیز وقتی تکلیفی نباشد، مسوولیتی (ناشی از بی احتیاطی) به وجود نخواهد آمد.¹ تکلیف احتیاط و مراقبت خوانده نسبت به خواهان بدین معناست که خوانده موظف است در مقابل خواهان با چنان درجه‌ای از احتیاط و مراقبت رفتار کند که هر شخص متعارف در شرایط یکسان یا مشابه عمل خواهد کرد. در حقوق آمریکا دو دیدگاه برای وجود تکلیف مطرح شده است:² دیدگاه اول و رایج (موسوم به معیار کاردوزو) تکلیف را نسبت به افراد خاصی موجود می‌داند که به نوعی در ارتباط با خوانده یا در محدوده‌ی خطر باشند و دیدگاه دیگر (موسوم به معیار اندروز) هر فرد را مکلف به رعایت احتیاط و مراقبت لازم در برابر همگان³ می‌داند. می‌توان گفت در مورد این موضوع اختلافات بسیار جزئی بین حقوق آمریکا و انگلستان وجود دارد و تقریباً تمامی مباحث مطروحه در حقوق انگلستان، عیناً در حقوق آمریکا نیز قابل طرح است.

اما «تکلیف احتیاط و مراقبت» برای حقوقدانان آلمان نیز ناشناخته نیست و ماده‌ی 823 قانون مدنی این کشور⁴ نیز از «تکلیف احتیاط و مراقبت» سخن گفته است. در این

1. Lisa Schaffer, Torts for paralegals , P.74

2. Ibid., Pp.74-75/ Alan Calnan, Op.cit, PP.90-92

3. World at Large

4. Section 823 Liability in damages (1) A person who, intentionally or negligently, unlawfully injures the life, body, health, freedom, property or

حق بر صلح در نظام حقوق بین الملل در پرتو رویه دیوان‌های کیفری.....109

ماده حقوق اشخاص در اجتماع دسته بندی شده و در قالب حقوق مربوط به حیات، جسم، سلامت، آزادی، اموال و غیره قرار گرفته است. اشخاص مکلفند از تعدی و تفریط و لطمه زدن به این حقوق و منافع پرهیز کنند، در غیر این صورت مسئول خسارات وارده خواهند بود. به نظر برخی، مواردی که در حقوق آلمان به عنوان تکالیف احتیاط و مراقبت در نظر گرفته شده، در مقایسه با انگلستان از نظم و انسجام بیشتری برخوردار است به طوریکه می‌توان تکالیف مزبور را براساس نوع روابط (مثلاً تجاری، خانوادگی، بدون رابطه [مثل مسوولیت مدنی ناشی از عیب کالاها]) تفکیک نمود.¹ دلیل اصلی این امر، ریشه در تفاوت منبایی نظام‌های مبتنی بر کامن لا (که بر رویه قضایی و گسترش مصادیق تکیه دارند) و نظام‌های سیویل لا (که بر طرح قواعد عام الشمول در قوانین متکی هستند) دارد.

مبحث دوم: نقض تکلیف یا الگوی مراقبت²

در حقوق کامن لا، دومین شرط تحقق بی احتیاطی، نقض تکلیفی است که شخص برای احتیاط و مراقبت نسبت به دیگران بر عهده داشته است. الگوی احتیاط و مراقبت مبتنی بر عملکرد انسان معقول است و این الگوی معیار، برای تعیین مرز بین «آزادی عمل خواهان» و «امنیت خواننده» به کار می‌رود. الگوی مذکور، نوعی بوده و مطابق با رویه اکثریت مردم است.³ این الگو مشخص می‌کند که خواننده در چه مواردی، تکلیف خود به رعایت احتیاط و مراقبت را نقض کرده است. با تکیه بر این الگو،

another right of another person is liable to make compensation to the other party for the damage arising from this.

(2)The same duty is held by a person who commits a breach of a statute that is intended to protect another person. If, according to the contents of the statute, it may also be breached without fault, then liability to compensation only exists in the case of fault.

1. Christian von Bar, Ulrich Drobnig, the Interaction of contract law and Tort and property Law ,P.302

2. Standard of Care

3. Peter cane, Op.cit., PP.48-9

110.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و هفتم، بهار 1394

متعارف بودن اعمال اشخاص بررسی شده¹ و مشخص می‌شود که اشخاص چه اعمالی را باید انجام می‌دادند. بنابراین اصولاً، اینکه انجام چه عملی در توان آنان بوده و می‌توانستند انجام دهند، از اهمیت برخوردار نیست.² نوعی بودن (و شخصی نبودن) الگوی احتیاط و مراقبت، از آن جهت است که تعیین آن برای هر شخص به صورت جداگانه و با توجه به توانایی‌ها و صلاحیت‌های او امری بس دشوار و زمان بر خواهد بود.³ البته نوعی بودن معیار و الگوی مذکور بدان معنا نیست که یک معیار ثابت برای همگان وجود دارد، زیرا مقتضیات عدالت ماهوی و تفاوت‌هایی که به دلایل عینی و برون ذاتی، قابل ارزیابی است، اقتضا دارد در مواردی این معیار تغییراتی کند.⁴ بنابراین، اگر چه معیار و الگوی اصلی، عملکرد شخصی متعارف است، اما برای تطبیق آن با عدالت لازم است، برخی شرایط و اوضاع و احوال حادثه نیز مد نظر قرار گیرد و الگوی احتیاط و مراقبت عملکرد «شخصی معقول و متعارف در اوضاع و شرایط حادثه»⁵ باشد و صرف رفتار «شخص معقول و متعارف»، بدون در نظر گرفتن اوضاع و احوال آن حادثه، معیار قضاوت قرار نگیرد.

در حقوق ایران از عملکرد «انسان متعارف» به عنوان الگوی احتیاط و مراقبت یاد شده، نه عملکرد «انسانی معقول» (مواد 951 تا 953 و 132 قانون مدنی)⁶. با این وصف باید گفت صرف متعارف بودن رفتار خواننده یا همخوانی رفتار او با عرف اجتماع، مانع از مسئولیت او نمی‌شود زیرا اگر چه هر پدیده‌ی رایج میان مردم صرفنظر از پسندیده یا ناپسند بودن آن، عرف یا عادت محسوب می‌شود، اما هر عرف یا عادتی مورد قبول حقوقدانان نیست و عرف بر اساس موضع گیری قانون گذار به «معتبر و صحیح» یا

1. Lisa schaffer, Op.cit, P.2

2. Gerald J. postema, Philosophy and the Law of Torts , P.43

3. David Barker & Colin Padfield , Op.cit, P.207/ W.J.Brown, GCSE Law, P.186

4. حسن بادینی، پیشین، ص 90

5. ناصرکاتوزیان، الزامهای خارج از قرارداد، ج 1، ص 353 به بعد

6. ناصر کاتوزیان، الزامهای خارج از قرارداد، ج 1، ص 349 به بعد/حسن بادینی، پیشین، ص 77

حق بر صلح در نظام حقوق بین الملل در پرتوی دیوان‌های کیفری.....111

«غیر معتبر و فاسد» تقسیم می‌شود.¹ بعضی از عرف‌ها بر مبنای اندیشه و نیاز جامعه شکل گرفته‌اند، در نتیجه صحیح و عقلایی‌اند² و می‌توان آن‌ها را عرف صحیح یا بنای عقلا (عرف عقلا و معمول بین خردمندان³) نامید.⁴ این عرف در پرتو راهنمایی عقل استقرار یافته و مخالفتی با قانون و دلیل شرعی ندارد.⁵ به همین دلیل پیروی از چنین عرفی که عرف معقول محل وقوع حادثه است، لازمه احتیاط بوده⁶ و با متابعت از آن نه نه مصلحتی فوت می‌شود و نه مفسده‌ای جلب می‌گردد.⁷ اما در مقابل آن، عرف‌ها، یا بهتر است گفته شود عاداتی وجود دارند که هر چند بین مردم رواج یافته‌اند، اما مورد تایید قانون گذار نیستند، مثل رباخواری. این قبیل عادات معیار و ضابطه‌ی حقوقی محسوب نمی‌شوند و آنچه در تعیین شخص متعارف و معقول نقش دارد، مطابقت رفتار خواننده با عرف عقلا یا عرف صحیح است، که معیاری نوعی⁸ بوده و بیشتر به «حق امنیت زیان دیدگان» توجه دارد تا «حق آزادی و فعالیت واردکنندگان زیان».⁹

در حقوق انگلستان با وضوح بیشتری به مفهوم نقض تکلیف احتیاط و مراقبت، و

1. ابوالقاسم علی دوست، فقه و عرف، ص 69

2. علیرضا فیض، عرف و اجتهاد، ص 55

3. محمدجعفر جعفری لنگرودی، مسوط در ترمینولوژی حقوق، ص 2527، ش 9420

4. ابوالقاسم علی دوست، فقه و عرف، ص 119

5. محمدابراهیم جناتی، منابع اجتهاد، ص 396

6. ناصر کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرارداد، ج 1، ص 358

7. سید علی جبار گلباغی ماسوله، پیشین، ص 170/ سیدمحمد واسعی، جایگاه عرف در فقه، ص

48

8. در این بین برخی معیار نوعی را تقسیم نموده اند به معیار نوعی با نگاه اجتماعی (آنچه شخص متعارف در اجتماع بدان عمل می‌کند) و معیار نوعی با نگاه قضایی (آنچه قاضی با در نظر گرفتن اوضاع، متعارف می‌بیند):

David K. Kessler, "What does the Reasonable man believe?" , Harvard Law Review, , August 3, 2010 , P. 1

9. حق آزادی و فعالیت وارد کنندگان زیان همان معیار شخصی است. ر.ک: ناصر کاتوزیان الزام‌های خارج از قرارداد، ج 1، ص 184/ سید مرتضی قاسم زاده، مبانی مسئولیت مدنی، ص 147/ حسینقلی حسینی نژاد، پیشین، ص 43

112.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و هفتم، بهار 1394

الگوی احتیاط و مراقبت، پرداخته شده است. نقض تکلیف زمانی صورت می‌گیرد که درجه‌ای از احتیاط و مراقبت که، «انسانی معقول و منطقی»¹ به کار می‌گیرد، رعایت نشود.² بنابراین عقلایی بودن عملکرد اشخاص، مانع از آن است که بی احتیاطی صورت گرفته، مسئولیت به بار بیاورد، زیرا در واقع بی احتیاطی و غفلی که از عقلای جامعه بعید نیست، بی احتیاطی محسوب نمی‌شود. در طول تاریخ کامن لا به شخص معقول، القاب دیگری چون «شخص عادی در خیابان»، «شخصی در اتوبوس تقاطع کلافام»³، «مسافر معمول متروی لندن» و ... نیز داده‌اند که از نظر محتوا تفاوتی میان آنان وجود ندارد و همگی در صدد بیان مفهومی واحد هستند.⁴

الف: نقض تکلیف و معیار عملکرد شخص عامل زیان

اصولاً در شناخت عملکرد شخص متعارف در حقوق ایران به شرایط، اوضاع و احوال داخلی خواننده یعنی اموری که به خود شخص متجاوز مربوط می‌شود یا با او پیوند و ارتباط داشته و به طبیعت او باز می‌گردد، توجه نمی‌شود و فقط شرایط خارجی و عمومی یا اوضاع و احوال و پوششهای خارجی موجود در هنگام حدوث و وقوع فعل زیانبار است که مورد توجه قرار می‌گیرد.⁵ خارجی بودن این شرایط و اوضاع، اقتضا دارد که کار کودک، دیوانه، مست، عصبانی، معلول و ... نیز با کار انسانی متعارف، سالم و محتاط مقایسه شود نه با توجه به اوضاع روانی خواننده.⁶ در حقوق ایران بر خلاف انگلستان، اصولاً ناتوانی اشخاص باعث نمی‌شود که الگو و معیار متفاوتی از احتیاط و مراقبت برای آنان در نظر گرفته شود. با این وجود قانون مسئولیت مدنی در مواردی

1. Reasonable Person

2. Black's law Dictionary

3. تقاطعی پرازدحام در جنوب غربی لندن

4. Vivienne Harpwood , Op.cit, PP.129-130

5. سید مرتضی قاسم زاده، «مفهوم غیر قانونی بودن یا ناهنجاری فعل زیانبار در مسئولیت مدنی» ص 109

6. برای مشاهده نظر مخالف رجوع شود به، بادینی، پیشین، ص 90

حق بر صلح در نظام حقوق بین الملل در پرتو رویه دیوان‌های کیفری.....113

سرپرست را مسئول می‌شمارد، تا مسئولیت کامل دیوانه و کودک با انصاف منطبق شود (امری که در ماده 829 قانون مدنی آلمان¹ و ماده 45 قانون تعهدات سوئیس هم قابل مشاهده است).²

اما در حقوق انگلستان برای تعیین الگوی مراقبت و تطبیق عملکرد خواننده با عملکرد شخصی متعارف، فاکتورهایی به کار گرفته می‌شود که گاه مربوط به عمل خواننده (مثل احتمال ورود ضرر، میزان خسارات محتمل الوقوع، امکان احتراز از خطر، منافع اجتماعی عمل و مطابقت رفتار خواننده با رویه‌ی عمومی)³ و گاه مربوط به شخص او می‌شوند. ناتوانی اشخاص نیز گاه بر تعیین الگوی احتیاط و مراقبت تاثیر می‌گذارد. مثلاً عملکرد طفل وارد کننده‌ی زیان را با رفتار طفلی متعارف در وضعیت او می‌سنجند و در واقع شرایط درونی و داخلی شخص را در تبیین معیار نوعی «شخص معقول» دخیل می‌دانند⁴ و در مورد بیمارانی که از بیماری خود آگاه نبوده و در اثر بیماری، ناگهان باعث ورود خسارت به دیگران می‌شوند، شرایط درونی و داخلی شخص را در میزان مسئولیت دخیل می‌دانند.⁵ با این وصف رویه قضایی انگلستان در مورد معلولان، سالمندان، مجانین⁶ و بیمارانی که سابقه بیماری داشته و از آن آگاهند

1. Section 829 Liability in damages for reasons of equity A person who, for reasons cited in sections 827 and 828, is not responsible for damage he caused in the instances specified in sections 823 to 826 must nonetheless make compensation for the damage, unless damage compensation can be obtained from a third party with a duty of supervision, to the extent that in the circumstances, including without limitation the circumstances of the parties involved, equity requires indemnification and he is not deprived of the resources needed for reasonable maintenance and to discharge his statutory maintenance duties.

2. ناصرکاتوزیان، الزامهای خارج از قرارداد، ج 1، ص 362 به بعد

3. Richard Owen ,Op.cit, P.32/ Graham Stephenson , Op.cit, P.97/ John Cooke, Op.cit , P.149/ VivienneHarpwood, Op.cit, P.135/ Catherine Elliott and frances Quinn, Op.cit , P.84.

4. Graham Stephenson, Op.cit., Pp.126-127

5. Richard Owen , Op.cit., PP.37-38/ Catherine Elliott& Frances Quinn, Op.cit., P.84

6. Morris v. Marsden (1980) Ali ER 321

114.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و هفتم، بهار 1394

نرمش کمتری به خرج داده و عملکرد آنان را با شخصی معقول و سالم در اجتماع مقایسه می‌کند، زیرا به گفته‌ی هولمز (حقوقدان برجسته آمریکایی)، «رویکرد حقوق نسبت به مردم، همچون نگاه پروردگار بدان‌ها نیست».¹

ب: نقض تکلیف و اشخاص متخصص

به نظر برخی از حقوقدانان ایران، در مورد اشخاص متخصص، الگوی احتیاط و مراقبت با توجه به شرایط، تغییر می‌کند و ثابت نمی‌ماند این شرایط بیشتر با توجه به زمینه‌ی کاری و شغلی اشخاص تعیین می‌شود. بنابراین برای شناخت الگوی مذکور باید دید مرتکب فعل زیانبار در کدامیک از گروههای اجتماعی قرار می‌گیرد و شخصی متعارف در آن اوضاع و احوال و دارای آن تخصص، چگونه عمل می‌کند. مثلاً کار قاضی با قاضی محتاط و عالم، رفتار پزشک با پزشکی محتاط و آگاه، یا بازیکن فوتبال با بازیکنی متعارف مقایسه می‌شود.²

در کامن لای نیز عملکرد اشخاص دارای تخصص و آنان که آموزش‌های خاص دیده‌اند با عملکرد «شخص معقول» تطبیق داده نمی‌شود بلکه این گروه با همسانان خود، یعنی «شخصی معقول در همان حرفه» مقایسه می‌شوند. از این رو، متخصصین مکلفند آن درجه از مهارت و تخصصی را به کار گیرند که شخصی معقول در آن سطح به کار می‌گیرد. البته در بین همکاران و همسانان نیز باید قایل به درجات مختلف شد. مثلاً احتیاطی که از یک پزشک متخصص، یک بازیکن حرفه‌ای، یک نجار ماهر، یک وکیل مجرب در شهری بزرگ، انتظار می‌رود با احتیاط یک پزشک عمومی، بازیکن مبتدی، یک نجار معمولی و وکیل یک شهر کوچک یکی نخواهد بود.³ در مورد جواهر فروشان، برگزار کنندگان مسابقات ورزشی و ... نیز وضع به همین منوال است. این نوع درجه بندی در حقوق ایران به تفصیل مورد بحث قرار نگرفته است.

1. Cited in Vivienne Harpwood, Op.cit., p 139

2. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص 359

3. Vivienne Harpwood, Op.cit, P.142

حق بر صلح در نظام حقوق بین الملل در پرتوی دیوان‌های کیفری.....115

به نظر برخی دقت و ریزبینی بیش از حد در معیار شخص متعارف و درجه بندی آن حتی در میان متخصصین یک امر، راه را برای تشتت آرا باز می‌نماید و بیشتر با نظام‌های مبتنی بر کامن لا که به صورت موردی عمل می‌کنند سازگار است. نوعی بودن معیار، اقتضا دارد که تفاوتی بین رفتار فردی که در حال تعلیم است یا در اولین روز کاری خود به سر می‌برد¹، با رفتار یک فرد متعارف وجود نداشته باشد.

با تامل در مفهوم الگوی احتیاط یا معیار نقض تکلیف در نظام‌های حقوقی یاد شده، می‌توان به دو نکته‌ی مهم رسید. اول: اصولاً از معیار و الگوی نقض تکلیف در آرای قضایی انگلستان، با عنوان «شخص معقول» یاد می‌شود و پیداست که شخص معقول در معنای خاص، شخصی است که عقل سلیم و منطق را راهنما و الگوی خود قرار می‌دهد. در قوانین ایران از عبارت «شخص متعارف» استفاده می‌شود و شخص متعارف در معنای خاص، شخصی است که همگام با رفتارهای اکثریت افراد جامعه پیش می‌رود. با وجود این تفاوت ظاهری، شاید بتوان گفت که منظور قضات انگلیس از «شخص معقول»، رفتار شخصی نیست که چنان عقلانی عمل می‌کند که هیچ‌گاه خطا نکرده و نمی‌کند یا از هر گونه اشتباه و غفلت قابل اغماض، به دور است، بلکه عقل و منطق شخص متعارف و محتاطی مدنظر قرار می‌گیرد که حتی گاه ممکن است مرتکب خطاهایی قابل گذشت شود. به بیان دیگر در حقوق انگلستان رفتار شخصی معقول که متعارف هم باشد مدنظر است و در حقوق ایران نیز رفتار شخصی متعارف که معقول و بااندیشه و تفکری منطقی باشد، مورد نظر است. از این رو شاید بتوان گفت عبارت «معقول و متعارف بودن» در هر دو نظام حقوقی قابل استفاده است و تفاوت در واژگان به کار رفته در دو نظام مذکور به معنای تفاوت چشم‌گیری در مفهوم آنان نیست.

دوم اینکه امروزه کمتر نظام حقوقی است که صرفاً بر یکی از معیارهای شخصی یا نوعی تکیه کند؛ اغلب نظام‌ها یا این معیارها را تعدیل می‌نمایند و یا تلفیقی از آن دو را به کار می‌بندند. نظام‌های حقوقی ایران و انگلستان نیز از این قاعده مستثنی نبوده و

1. John cooke, Op.cit., P.145

116.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و هفتم، بهار 1394

همین رویه را در پیش گرفته‌اند. هرچند در حقوق این دو کشور، مبنای اصلی تعیین الگوی احتیاط و مراقبت، معیاری نوعی، یعنی عملکرد شخصی متعارف و معقول در اجتماع است، اما برخی عوامل برون ذاتی یا حتی درون ذاتی، الگوی مذکور را کم و بیش تحت تاثیر قرار داده و تعدیل نموده‌اند. از این رو با کمی اغماض شاید بتوان گفت که معیار مذکور در هر دو نظام، عملکرد شخصی متعارف در اوضاع و احوال مشابه است؛ و این اوضاع و احوال، ممکن است شامل اوضاع و احوال حادثه یا اوضاع و احوال عامل زیان و یا هر باشد.

مبحث سوم: ورود خسارت

سومین شرط تحقق مسئولیت ناشی از بی احتیاطی آن است که پس از اثبات وجود تکلیف و نقض تکلیف، لازم است ثابت شود که از بی احتیاطی، خساراتی به بار آمده است. در بررسی ورود خسارت دو بحث مهم مطرح می‌شود: اول) دخالت مسئولین حادثه و انتساب مسئولیت به آنان. دوم) شرایط زیان قابل جبران که با توجه به این که در نوشته‌های حقوقی به حد کافی به این مطالب پرداخته‌اند در اینجا به اختصار بررسی می‌شود.

الف: دخالت مسئولین حادثه و انتساب مسئولیت به آنان

در حقوق ایران در صورتی اشخاص مسئول خسارات وارده‌اند که رابطه‌ی سببیت عرفی بین آن عامل و زیان‌های وارده برقرار باشد.¹ حقوق انگلستان در این موارد از معیار خاصی موسوم به BUT-FOR TEST (جز با دخالت...) استفاده می‌کند. از این معیار و تست برای تعیین سبب واقعی زیان استفاده می‌شود. و در این تست سوال ساده‌ای می‌شود که آیا وجود X سبب وقوع Y بوده است؟ و تبعاً پاسخ این سوال باید این باشد که خسارت «جز با دخالت» عمل خوانده وارد نمی‌شد. اگر چنین باشد، عامل

1. نا صر کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرارداد، ج 1، ص 435

حق بر صلح در نظام حقوق بین الملل در پرتو رویه دیوان‌های کیفری.....117

مذکور، سبب مقصر شناخته خواهد شد و مسئول خساراتی می‌شود که ناشی از عدم رعایت احتیاط متعارف و معقول او است.¹ علی‌رغم انتقاداتی که به این معیار وارد است،² هنوز هم در بسیاری موارد این معیار را به کار می‌بندند.³ حقوق آمریکا نیز در این موارد معیار «جز با دخالت» را برای تشخیص رابطه‌ی سببیت به کار می‌برد. با این که بعضی ایالات آمریکا همچون ماساچوست این معیار را رها کرده‌اند،⁴ اما این معیار منسوخ تلقی نمی‌شود.⁵ در حقوق آلمان نیز همین معیار با عناوین مشابه‌ای به کار می‌رود⁶ و عمل سبب زیان باید به صورتی بوده باشد که بتوان گفت حادثه بجز با دخالت عمل مسئول واحد بوقوع نمی‌پیوست.⁷

ب: شرایط خسارت قابل جبران ناشی از بی احتیاطی

زیان وارده باید قابل جبران باشد. «زیان قابل جبران» زبانی است که «مسلم»⁸ «مستقیم»⁹ و «قابل پیش بینی»¹⁰ باشد.

در حقوق کنونی انگلستان «مسلم بودن» از شرایط ضرر قابل جبران محسوب نمی‌شود و به جای این شرط، لازم است «نوع خسارت» قابل پیش بینی باشد؛ زمانی که نوع خسارت قابل پیش بینی باشد، اصولاً نحوه‌ی ورود خسارت و میزان آن از اهمیت

1. Graham Stephenson, Op.cit, p137; Cooke, Op.cit, p159

2. Vivienne Harpwood, Op.cit, p162; Chester v. AFshar [2004] UKHL 41

3. Carter v. Basildon & Thurrock University Hospital NHS Foundation Trust [2007] EWHC 1882 (QB)

4. Lambton v. Mellish [1849] 3 ch 163; Corey v. Havener 65 Ne 69 (Mass SJC 1902)

5. Allan Beever, Rediscovering the Law of Negligence, p. 416

6. Aquivalenztheorie: Condition sine qua non

7. Basil Markisinis, Hannes Unberath, German Law of Torts, p. 103

8. علیرضا باریکلو، پیشین، ص 73 - علیرضا یزدانیا، پیشین، ص 97 - سید حسین صفایی و حبیب الله رحیمی، پیشین، ص 102

9. مهرباب داراب پور، مسئولیت‌های خارج از قرارداد، ص 80؛ ناصر کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرارداد، ج 1، ص 287 - سید حسین صفایی و حبیب الله رحیمی، پیشین، ص 107 - علیرضا باریکلو،

پیشین، ص 80 - مهرباب داراب پور، مسئولیت‌های خارج از قرارداد، ص 129

10. سید مرتضی قاسم زاده، مسئولیت مدنی، ص 85

118.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و هفتم، بهار 1394

خاصی برخوردار نخواهد بود.¹ حقوق آلمان نیز از این جهت، بی شباهت به حقوق انگلستان نیست.²

در حقوق انگلستان، تا سال 1961 میلادی «مستقیم بودن»، شرط اصلی ضرر قابل جبران بود و براساس آن، عامل زیان مسوول تمامی خساراتی محسوب می شد که نتیجه‌ی مستقیم عمل او بود. بر این اساس تفاوتی نمی کرد که نوع و گستره‌ی خسارات تا کجا پیش می رود. اما در حقوق کنونی انگلستان، مستقیم بودن از شروط زیان قابل جبران شناخته نمی شود.³ حقوق آمریکا نیز از این جهت رویه‌ای مشابه انگلستان را طی نموده است.⁴

در حقوق انگلستان نیز طبق رأی که هیأت مشاورین سلطنتی در سال 1961 صادر نمود،⁵ قابلیت پیش بینی متعارف، به عنوان مهم ترین شرط ضرر قابل جبران شناخته

1. Pearson Education Ltd v. Charter Partnership Ltd [2007] EWCA Civ 130; Richard Owen, Op.cit, p.46, Catherine Elliotte, Francis Quinn, Op.cit, p. 111

• برای بررسی دیدگاه مخالف ر. ک

Doughty v. Turner Manufacturing Co [1964] 1 QB 518

2. Basil S. Markesinis, Hannes Unberath, Op.cit, pp 108-111

3. Harpwood, Op.cit, p.170; Samuel, Law, Obligations and Legal Remedies, p.67 / Cooke, Op.cit, p.180

4. Lisa Schaffer, Op.cit, p. 91

5. Overseas Tankship (UK) Ltd v. Marts Kock & Engineering Co (The Wagon Mound No 1) AC 388:

خوانندگان در اثر بی احتیاطی، سوخت کشتی را در بندر سیدنی تخلیه کردند. سوخت مذکور (بنزین) به باراندازی که محل جوشکاری خواهانها بود، سرایت کرد. به خواهانها اطمینان داده شد که خطر احتراق بنزین روی آب وجود ندارد. در نتیجه آنان به جوشکاری خود ادامه دادند. دو روز بعد، در نتیجه احتراق بنزین، بارانداز و کشتی های در حال تعمیر طعمه‌ی حریق شد. علاوه بر آن، در اثر نفوذ بنزین به بارانداز خساراتی به آن وارد گردید. قاضی بدوی به این نتیجه رسید که احتراق بنزین روی آب قابل پیش بینی نبوده است، اما خسارات ناشی از نفوذ بنزین به بارانداز قابل پیش بینی بوده و به عقیده‌ی او همین امر برای اثبات وجود تکلیف به رعایت احتیاط و مراقبت کافی بوده است و از آنجا که آتش سوزی نتیجه‌ی مستقیم نقض تکلیف (احتیاط و مراقبت) خوانندگان محسوب می شد، مسئولیت جبران خسارات نیز بر عهده‌ی آنان قرار گرفت. در پژوهش خواهی از این حکم، هیات مشاورین سلطنتی (The Privy Council) با تکیه بر این امر که شرط قابل جبران بودن زیان، قابلیت پیش بینی متعارف (معقول) آن در زمان نقض تکلیف است، خوانندگان دعوی را مسئول شناخت.

حق بر صلح در نظام حقوق بین الملل در پرتورویه دیوان‌های کیفری.....119

شد¹ و کمی بعد این رویه مورد پیروی دادگاههای استرالیا هم قرار گرفت.² حقوق آمریکا نیز در این مورد تفاوتی با حقوق انگلستان ندارد.³

نتیجه گیری

از بررسی شرایط تحقق مسئولیت ناشی از بی احتیاطی در حقوق کامن لا مشخص شد که اولاً: در مرحله‌ی وجود تکلیف، در حقوق کامن لا، رویه‌ی قضایی، شرایط تحقق این مسئولیت (وجود تکلیف احتیاط و مراقبت، نقض تکلیف یا الگوی مراقبت و ورود خسارت و شرایط خسارت قابل جبران) را شکل داده است. اما در حقوق ایران معیار تحقق مسئولیت مدنی ناشی از بی احتیاطی مبتنی بر قواعد کلی مسئولیت مدنی است. ثانیاً: در معیار تشخیص نقض تکلیف، نظام کامن لا و ایران، همانند بسیاری دیگر از نظام‌های حقوقی، الگویی مشابه را به کار بسته‌اند: انسان معقول در انگلستان و آمریکا، انسان متعارف در قوانین ایران، پدر خوب خانواده در فرانسه، انسان معمولی در آلمان و پدر صالح (مرد عاقل یا مرد عادی) در کشورهای عربی⁴، که تقریباً همگی یک مفهوم را در نظر دارند و آن مفهوم چیزی نیست جز «انسانی معقول و متعارف در همان اوضاع و احوال». ثالثاً: در بحث ورود خسارت هر چند تفاوت‌هایی در شیوه بیان مطالب و طرق تشخیص رابطه‌ی سببیت و شرایط زیان قابل جبران وجود دارد، اما دیدگاه‌های مطروحه از شباهت‌های قابل توجهی برخوردارند.

با توجه به مصادیق بی احتیاطی و تشخیص و توجیه مسئولیت یا عدم مسئولیت شخص بی احتیاط شاید بتوان گفت که اگر چه در بسیاری موارد تفاوت‌هایی بین سیستم کامن لا و سیویل لا مشاهده می‌شود، اما نتیجه‌ی تحلیل مصادیق بی احتیاطی و

1. Catherine Elliott, Frances Quinn, Op.cit, p.110; Malcom Khan, michelle Robson, kristina Swift, Clinical Negligence, p.231

2. Allan Beever, Op.cit, pp 129-132

3. برای مشاهده دیدگاه متفاوت در حقوق آلمان ر. ک.:

Basil S. Markesinis, HannesUnberath, Op.cit, p 107

4. حسن بادینی، پیشین، ص 74

120.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و هفتم، بهار 1394

تحمیل مسئولیت یا عدم تحمیل آن، صرف نظر از توجیهاتی که در این زمینه در نظامهای مختلف حقوقی مطرح می‌گردد؛ خیلی از یکدیگر دور نیست. با وجود این که مسئولیت ناشی از بی احتیاطی و شرایط آن در حقوق ایران، برخلاف حقوق کامن لا، به صورتی مستقل مورد بررسی و تامل قرار نگرفته است، اما استقلال بخشیدن بدان و بیان شرایط آن، نه تنها با حقوق ایران سازگار است بلکه باعث دقت بیشتر در تعیین ضوابطی خواهد بود که برخاسته از مصادیق و بطن حیات واقعی مسئولیت مدنی است.

حق بر صلح در نظام حقوق بین الملل در پرتو رویه دیوان‌های کیفری.....121

منابع و ماخذ:

فارسی:

1. سید حسن، حقوق مدنی، جلد اول، چاپ بیست و ششم، 1385، تهران، اسلامیه
2. امیری قایم مقام، عبدالمجید، حقوق تعهدات، جلد اول، چاپ سوم، 1385، تهران، میزان
3. بابایی، ایرج، «نقد اصل قابلیت جبران کلیه خسارات در حقوق مسئولیت مدنی ایران»، فصلنامه پژوهش حقوق و سیاست، ش 15 و 16، پاییز و زمستان 84
4. بادینی، حسن، «نگرش انتقادی به معیار انسان معقول و متعارف»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره 40، ش 1، بهار 1389
5. باریکلو، علیرضا، مسئولیت مدنی، چاپ سوم، 1389، تهران، میزان
6. بهرامی احمدی، حمید، مسئولیت مدنی، چاپ اول، 1388، تهران، میزان
7. جبار گلباغی ماسوله، سید علی، درآمدی بر عرف، چاپ اول، 1378، قم، تبلیغات اسلامی
8. جعفری تبار، حسن، مسئولیت مدنی کالاهای، چاپ اول، 1389، تهران، نشر دادگستر
9. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج 4، چاپ پنجم، 1390، تهران، گنج دانش
10. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مجموعه محشای قانون مدنی، چاپ دوم، 1391، تهران، گنج دانش
11. جناتی، محمد ابراهیم، منابع اجتهاد، چاپ اول، 1370، تهران، انتشارات کیهان
12. حسینی نژاد، حسینقلی، مسئولیت مدنی، چاپ اول، 1389، تهران، مجد
13. حکمت نیا، محمود، مسوولیت مدنی در فقه، چاپ اول، 1386، قم، پژوهشگاه علم و فرهنگ اسلامی

122.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و هفتم، بهار 1394

14. خدا بخشی، عبدالله، بیمه و حقوق مسئولیت مدنی، چاپ اول، 1388، تهران، معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضائیه

15. داراب پور، مهرباب، قاعده مقابله با خسارت، چاپ اول، 1377، تهران، گنج دانش

16. داراب پور، مهرباب، مسئولیتهای خارج از قرارداد، چاپ دوم، 1390، تهران، مجد

17. شعاریان، ابراهیم و جباری، منصور، مسئولیت مدنی پلیس، چاپ اول، 1388، تبریز، انتشارات فروزش

18. شمس، عبدالله، آئین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)، جلد اول، چاپ هفتم، 1384، تهران، دراک

19. صدر زاده افشار، سید محسن، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، چاپ هشتم، 1384، تهران، انتشارات جهاد دانشگاهی

20. صفایی، سیدحسین، حبیب الله رحیمی، مسئولیت مدنی، چاپ دوم، 1390، تهران، سمت

21. عباسلو، بختیار، «تقسیم مسئولیت مدنی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی آزاد، شماره 8-10، تابستان-زمستان، 1389، صص 187-205

22. عباسلو، بختیار، مسوولیت مدنی، چاپ اول، 1390، تهران، میزان

23. علیدوست، ابوالقاسم، فقه و عرف، چاپ چهارم، 1388، تهران، پژوهشکده فرهنگ و اندیشه اسلامی

24. فیض، علیرضا، عرف و اجتهاد، چاپ دوم، 1388، تهران، مجد

25. قاسم زاده، سیدمرتضی، مبانی مسئولیت مدنی، چاپ پنجم، 1387، تهران، میزان

26. قاسم زاده، سید مرتضی، مسئولیت مدنی، چاپ هفتم، 1388، تهران، میزان

27. قاسم زاده، رسیدمرتضی، «مفهوم غیرقانونی بودن یا ناهنجاری فعل زیانبار در

مسئولیت مدنی»، مجله‌ی دیدگاههای حقوقی، شماره 13 و 14، بهار و تابستان 1378

28. قاضی شریعت پناهی، سید ابوالفضل، بایسته‌های حقوق اساسی، چاپ بیست و

حق بر صلح در نظام حقوق بین الملل در پرتو رویه دیوان‌های کیفری.....123

دوم، 1384، تهران، میزان

29. کاتوزیان، ناصر، الزامهای خارج از قرارداد، جلد اول، چاپ هشتم، 1387، تهران، انتشارات دانشگاه تهران

30. کاتوزیان، ناصر، الزامهای خارج از قرارداد، جلد دوم، چاپ هشتم، 1387، تهران، انتشارات دانشگاه تهران

31. کاتوزیان، ناصر، مسئولیت ناشی از عیب تولید، چاپ سوم، 1390، تهران، انتشارات دانشگاه تهران

32. کاتوزیان، ناصر، لعیا جنیدی، و مجید غمامی، مسئولیت مدنی ناشی از حوادث رانندگی، چاپ سوم، 1386، تهران، انتشارات دانشگاه تهران

33. کریمیان راوندی، مهدی، مسئولیت مدنی روزنامه نگاران، چاپ اول، 1387، تهران، نشر دادگستر

35. واحدی، قدرت الله، بایسته‌های آئین دادرسی مدنی، چاپ پنجم، 1384، تهران، میزان

36. واسعی، سید محمد، جایگاه عرف در فقه، چاپ دوم، 1387، تهران، کانون اندیشه جوان

37. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی، جلد دوم، چاپ نهم، 1383، تهران، میزان

38. یزدانیان، علیرضا، قلمرو مسئولیت مدنی، چاپ اول، 1379، تهران، ادبستان

انگلیسی:

39. Barker, David & Padfield, Colin, Law Made Simple, 10th edn., New York, Made Simple Books, 1998

40. Beever, Allan, Rediscovering the law of Negligence, 1st edn., Cornwall, Hart Publishing, 2007

41. Brown, W. J., GCSE Law, 7th edn., New York, Sweet & Maxwell, 1999

42. Cooke, John, Law of Tort, 9th edn., Edinburgh, Pearson Longman, 2009

43. Calnan, Alan, Duty and Integrity in Tort Law, 1st edn.,

North Carolina, Carolina Academic Press, 2009

44. Cane, Peter, Atiyah's Accidents, compensation and the Law, 7th edn., Cambridge, Cambridge University Press, 2006

45. Elliott, Catherine, & Quinn, Frances, Tort Law, 7th edn., Edinburgh, Pearson Longman, 2009

46. Garner, Bryan A., Black's Law Dictionary, 8th edn., New York, Thomas West, 2004

47. Harpwood, Vivienne, Modern Tort Law, 7th edn., New York, Rutledge-Cavendish, 2009

48. Herstein, Ori J., "Responsibility in Negligence: Why the Duty of care is not a Duty to try", Canadian Journal of Law and Jurisprudence", Vol., XXIII, No.2, 2010 (July)

49. Kessler, David K., "What does the Reasonable man believe?", Harvard Law Review, 2010 (August)

50. Khan, Malcolm, Robson, Michelle & Swift, Kristina, Clinical Negligence, 2nd edn., London, Cavendish, 2002

51. Madden, M. Stuart, Exploring Tort Law, 1st edn., Cambridge, Cambridge University Press, 2005

52. Markesinis, Basil S. & Unbearth, Hannes, The German Law of Torts, 4th edn., Oxford, Hart Publication, 2002

53. Munneke, Gary A. & Loscalzo, Theresa E., "The lawyers' Duty to keep clients informed", Pace Law Review, Vol.9, 1989

54. Owen, Richard, Essential Tort Law, 3rd edn., London, Cavendish, 2000

55. Postema, Gerald J., philosophy and the law of Torts, 1st edn., Cambridge, Cambridge university press, 2002

56. Randall, Melanie, "private Law, the State and the Duty to protect: Tort Actions for police failures in Gendered violence cases", Supreme Court Law Review, 44 S.C.L.R (2d), 2009

57. Samuel, Geoffrey, Law, Obligations and legal Remedies, 2nd edn., London, Cavendish, 2001

58. Schaffer, Lisa, Torts for paralegals, 1st edn., New York, McGraw Hill, 2009

59. Speir, Ian S. "Pulling Back the Covers: Saleh v. Titan Corporation and (Near-) Blanket Immunity for Military

Contractors in War Zones", University of Miami national security and Armed conflict law Review, [vo1.1] , 2010-2011

60. Stephenson, Graham, Sourcebook on Tort, 2ndedn., London, Cavendish,2000

61. Tsaoussi, Aspasia and Zervogianni, Eleni, Judges as Satisficers: A Law and Economics Perspective on Judicial Liability (December 1, 2007). European Journal of Law and Economics Vol. 29, pp. 333-357.

62. Von Bar, Christian &Drobnig, Ulrich,The Interaction of contract law and Tort and Property Law in Europe (A comparative Study), 1stedn., Munchen, Sellier (European Law Publishers), 2004

63. Waisman, Dow A., "Negligence, Responsibility, and the clumsy Samaritans: Is there a fairness Rationale for the Good Samaritan Immunity" Georgia state university Law Review (forth coming), 2011 Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2009473> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2009473> available at ssrn.com

64. Wright,Jane, Tort law and Human Rights ,1stedn, Oxford, Hart publishing , 2001

65. Zweigert, Konard&kötz, Hein, An Introduction to Comparative Law, (translated by Tony Weir), 3rdedn., Oxford, Oxford University press, 1998

66. Zwinger, Tomo, "An Analysis of the duty of care in the U.K in comparison to the German duty of care", 2009 (Oct), available at www.SSRN.Com



مواعد مطالبه، واخواست و اقامه دعوا و آثار عدم رعایت آن‌ها در برات، سفته و چک با نگاهی تطبیقی به کنوانسیون نهایی ژنو

* حیدر حسن زاده ** محمدرضا سلطانیان

تاریخ پذیرش: 1393/12/11

تاریخ دریافت: 1393/11/11

چکیده

در قانون تجارت کشورمان و کنوانسیون‌های ژنو مصوب 7 ژوئن 1930 درخصوص برات و سفته و 19 مارس 1931 درخصوص چک، برای مطالبه عادی و رسمی برات، سفته و چک در سررسید، تشریفات ویژه‌ای پیش بینی شده است و دارنده این اسناد بایستی برای برخورداری از امتیازات اسناد تجاری از جمله حق مراجعه به تمامی امضاکنندگان به صورت تضامنی، در سر وعده وجه اسناد را مطالبه و در صورت عدم پرداخت، واخواست نماید و واخواست مزبور بایستی در مواعد قانونی انجام شود. در حقوق ایران موعده واخواست در برات و سفته ظرف ده روز از تاریخ سررسید می‌باشد (ماده 280 ق.ت) و در چک اعتراض در قالب گواهی نامه عدم پرداخت بوده و بایستی ظرف مواعد 15 روز و 45 روز و چهار ماه از تاریخ صدور چک به عمل آید (مواد 315 و 317 ق.ت) از سوی دیگر در برات و سفته و چک برای مراجعه به تمامی امضاکنندگان از جمله مدیون اصلی و ضامن وی و سایر ضامنین از جمله برات دهنده و ظهرنویسان و ضامنین آن‌ها مواعدی برای اقامه دعوا پیش بینی شده است که در صورت عدم رعایت آن‌ها طبق مواد 286 و 287 و 288 و 289 و 290 و 291 و 318 و 319 ق.ت و مواد 70 و 77 کنوانسیون ژنو درخصوص برات و سفته و مواد 29 و 52 کنوانسیون ژنو درخصوص چک، حق مراجعه به مسئولین اسناد تجاری ساقط می‌شود. مقررات کشورمان درخصوص شیوه مطالبه قدیمی و در مورد مواعد واخواست و اقامه دعوی طولانی بوده و بایستی اصلاح شود و مقررات کنوانسیون‌های ژنو و آنستیرال می‌تواند به عنوان نمونه در این خصوص راهگشا باشد.

واژگان کلیدی: اسناد تجاری، واخواست، گواهی نامه عدم پرداخت، مسئولیت تضامنی، پرداخت، مواعد اقامه دعوا.

* استادیار دانشکده حقوق، عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، نویسنده اصلی
** دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد لبنان، مسئول مکاتبات

مقدمه

از آنجاکه موضوع اسناد تجاری مورد مطالعه (برات و سفته و چک) پرداخت بدون قید و شرط مبلغی معین در سر رسید به دارنده است و از سوی دیگر قانون گذار در قانون تجارت طی مواد 223 الی 319 برای مطالبه وجه اسناد تجاری و واخواست آن‌ها و اقامه دعوا مواعدی مقرر نموده است بدین صورت که دارنده طبق ماده 279 ق.ت. بایستی در سر وعده وجه برات را مطالبه نماید و اگر برات گیر پرداخت ننمود بایستی طبق ماده 280 قانون تجارت آن را ظرف ده روز از تاریخ سر رسید واخواست نماید و از آنجا که واخواست نوعی مطالبه رسمی می‌باشد لذا دارنده بایستی طبق مواد 279 و 280 و 315 و 317 ق.ت. وجه اسناد را مطالبه نماید و طبق مواد 286 الی 290 ق.ت. بایستی دارنده ظرف مواعد قانونی مندرج در آن مواد، ظرف یک سال یا دو سال از تاریخ اعتراض یا ظرف یک سال یا دو سال از تاریخ فرادای روز پرداخت یا فرادای روز ابلاغ احضاریه، علیه مسئولین تضامنی اقامه دعوا نماید. از سوی دیگر طبق مواد 318 و 319 ق.ت. مقررات مرور زمان برای مراجعه به مدیون اصلی اسناد تجاری پیش بینی شده است البته این مواعد در مواد 38-44-34-76-77 کنوانسیون ژنو در خصوص برات و سفته و مواد 29-30-31-40-41-52 کنوانسیون ژنو در خصوص چک نیز پیش بینی شده است که به طور مفصل در مباحث بعدی به این مواعد اشاره خواهد شد.

فصل اول: مواعد مطالبه، واخواست و اقامه دعوا در برات، سفته و

چک در حقوق ایران و کنوانسیون‌های ژنو

در این فصل در دو بخش مجزا، مطالبه و واخواست سند تجاری و مواعد قانونی آن (بخش اول) و مواعد قانونی اقامه دعوا (بخش دوم) را در حقوق ایران مورد بررسی قرار می‌دهیم و در کنار آن کنوانسیون‌های ژنو در خصوص برات و سفته و چک نیز مورد اشاره قرار خواهند گرفت.

مواعد مطالبه، واقامه دعوای آثار عدم رعایت در برات، سفته، چک بانگه تطبیقی.....129

بخش اول: مطالبه سند تجاری و مواعد قانونی آن

در این بخش مطالبه و واخواست سند تجاری و مواعد قانونی آن در حقوق ایران با مقایسه تطبیقی با کنوانسیون‌های ژنو در خصوص برات و سفته و چک طی سه مبحث ذیل مورد بررسی قرار خواهند گرفت.

مبحث اول: برات

در این مبحث طی دو گفتار مجزا شیوه مطالبه برات و موعد مطالبه آن مورد بررسی قرار می‌گیرد و مطالبی که در خصوص شیوه مطالبه برات و موعد مطالبه آن در این مبحث مورد اشاره قرار می‌گیرد، اغلب در خصوص سفته و چک نیز لازم‌الرعايه است مگر در مواردی که خلاف آن ذکر شود. حتی در عنوان حساب‌های بانک، لفظ سفته و برات با کلمه بروات به کار رفته که شامل هر دو مورد می‌باشد و بروات وصولی از لحاظ مقررات بانکی شامل سفته و براتی هستند که مشتریان با پشت نویسی برای وصول وجه آن به بانک واگذار می‌نمایند و مشتریانی که سفته و بروات خود را با پشت نویسی برای وصول وجه آن به بانک می‌سپارند، اصطلاحاً واگذارنده نامیده می‌شوند.¹

گفتار اول: شیوه مطالبه و واخواست برات

قانونگذار تشریفات خاصی را جهت مطالبه اسناد تجاری خاص (برات و سفته و چک) در قانون تجارت پیش بینی نموده است که در سایر اسناد این تشریفات ملاحظه نمی‌شود به طوریکه قانونگذار یک نوع مطالبه عادی را در ماده 279 ق.ت بیان نموده و بلافاصله در صورتی که مدیون اصلی از پرداخت برات در سر وعده خودداری نماید، دارنده برات برای حفظ حق مراجعه خود جهت مراجعه به مسئولین تضامنی، بایستی برات را به طور رسمی نیز مطالبه نماید که این امر به وسیله اعتراض عدم تأدیه

1. بانکداری داخلی - 1 (تجهیز منابع)، اداره کل آموزش بانک ملی ایران، چاپ 12، اردیبهشت ماه 90، ص 245.

130.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و پنجم، پاییز 1393

(واخواست) انجام می‌شود (ماده 280 ق.ت).

بند اول: مطالبه عادی (موضوع ماده 279 ق.ت)

مطالبه عادی در برات در ماده 279 ق.ت با عبارات ذیل بیان شده است «دارنده برات باید روز وعده وجه برات را مطالبه کند» بنابراین دارنده باید ابتدا به طوعادی (غیررسمی) اعم از تلفنی و شفاهی یا مراجعه به محل پرداخت برات، وجه برات را مطالبه نماید و این مطالبه از مدیون اصلی به عمل می‌آید و این مدیون اصلی در حالتی که برات قبول شده است، برات گیر می‌باشد و در صورت مراجعه به برات گیر دو حالت قابل تصور است، حالت اول: این است که برات گیر وجه سند را پرداخت می‌نماید که در این صورت سند لاشه شده و مسئولیت سایر امضاءکنندگان از جمله برات دهنده ساقط می‌شود و مطالبه‌ی رسمی منتفی به انتفای موضوع است و حالت دوم این است که برات گیر وجه برات را پرداخت نمی‌نماید که در این صورت دارنده برای مراجعه به مسئولین تضامنی بایستی مطالبه رسمی را انجام دهد (واخواست).

مطالبه عادی در برات در کنوانسیون ژنو مصوب 1930 در ماده 38 مورد اشاره قرار گرفته است. این ماده مقرر می‌دارد: «دارنده براتی که وجه آن به تاریخ معین یا به وعده از تاریخ صدور یا به وعده از تاریخ رؤیت قابل پرداخت است، بایستی برات را در روز سررسید یا یکی از دو روز غیر تعطیل بعدی جهت پرداخت ارایه نماید. ارایه برات به اتاق پایاپای به منزله ارایه آن جهت پرداخت است.¹

با ملاحظه ماده 38 مشخص می‌شود که در کنوانسیون ژنو نیز برات بایستی ابتدا به صورت عادی مطالبه شود و در کنوانسیون برخلاف حقوق ایران مطالبه عادی از طریق اتاق پایاپای نیز پیش بینی شده است.

1. حسن زاده، حیدر، جزوه درس حقوق تجارت تطبیقی، مقطع کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، ص 76.

مواعد مطالبه، واقامه دعوا و آثار عدم رعایت در برات، سفته، چک بانگاہ تطبیقی.....131

بند دوم: مطالبه رسمی (اعتراض یا واخواست)

در صورتی که برات گیر از پرداخت وجه برات در سر رسید خودداری نماید، دارنده برای این که حق مراجعه خود را علیه برات دهنده و سایر مسئولین تضامنی حفظ نماید و به عقیده برخی از امتیازات مترتب بر سند تجاری بهره مند شود¹ بایستی وجه برات را به طور رسمی نیز مطالبه نماید و این مطالبه رسمی اعتراض عدم تأدیه یا واخواست نامیده می شود. ماده 280 ق.ت ایران در این خصوص مقرر می دارد: «امتناع از تأدیه وجه برات باید در ظرف ده روز از تاریخ وعده به وسیله نوشته ای که اعتراض عدم تأیه نامیده می شود معلوم گردد.»

طبق ماده 280 ق.ت با اعتراض عدم تأدیه امتناع از تأدیه وجه برات معلوم و اثبات می گردد. چون ماده 280 ق.ت مقرر می دارد: «امتناع از تأدیه وجه برات باید در ظرف ده روز از تاریخ وعده به وسیله نوشته ای که اعتراض عدم تأدیه نامیده می شود معلوم گردد. پس در واقع اعتراض معلوم کننده، تصدیق کننده، محقق کننده و اثبات کننده عدم تأدیه است. ولی غیر از اثر فوق اعتراض کارکرد دیگری نیز دارد و آن امر به تأدیه وجه برات است. به عبارت دیگر اعتراض بیانگر این است که دارنده در سروعه وجه برات را مطالبه نموده ولی برات گیر آن را پرداخت ننموده است و دارنده با اعتراض عدم تأدیه هم عدم تأدیه را اثبات می نماید هم به برات گیر دستور و امر می نماید که وجه برات را پرداخت نماید و این امر از بند 2 ماده 294 ق.ت برمی آید: «اعتراضنامه باید مراتب ذیل را دارا باشد:

1- سواد کامل برات با کلیه ی محتویات آن اعم از قبولی و ظهرنویسی و غیره.

2- امر به تأدیه وجه برات²»

واخواست معمولاً در سه نسخه نوشته می شود که یکی در دفتر دادگاه باقی می ماند و دیگری به شخصی که باید ابلاغ شود داده می شود و نسخه ی دیگر به دهنده

1. بهرامی، بهرام، حقوق تجارت کاربردی، چاپ سوم، زمستان 1387، نشر نگاه بینه، ص 189.

2. حسن زاده، پیشین، ص 153-154.

132.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و پنجم، پاییز 1393

واخواست داده می‌شود. در ماده 294 قانون تجارت قید شده که اعتراض باید در یک نسخه به عمل آید ولی عملاً در سه نسخه تهیه می‌شود زیرا قانون نسخه‌ای که در دفتر دادگاه باقی می‌ماند اصل فرض کرده و دو نسخه دیگر را سواد آن می‌داند و در ماده 296 مقرر داشته که مأمور اجرا سواد صحیح اعتراض نامه را به محل اقامت اشخاصی که باید واخواست به آن‌ها ابلاغ شود بدهد.¹

مطالبه رسمی یا همان واخواست و اعتراض عدم تأدیه در کنوانسیون ژنو درخصوص برات نیز لازم و ضروری می‌باشد و این امر در ماده 44 کنوانسیون ژنو مورد تأکید قرار گرفته است «نکول یا عدم تأدیه بایستی از طریق رسمی اثبات گردد (اعتراض نکول یا عدم تأدیه) ...»² بنابراین در این خصوص حقوق ایران با کنوانسیون ژنو تفاوت خاصی نداشته و ندارد.

گفتار دوم: مواعد مطالبه و واخواست

در این گفتار مواعد قانونی مطالبه عادی و رسمی در حقوق ایران و کنوانسیون ژنو در دو بند مجزا مورد بررسی قرار می‌گیرند.

بند اول: موعده مطالبه عادی

از آنجا که موعده مطالبه در برات به رؤیت با سایر برات‌ها فرق دارد لذا موعده مطالبه عادی را در دو قسمت مجزا مورد بررسی قرار می‌دهیم.

1- برات به رؤیت: به نظر می‌رسد که ماده 279 ق.ت. درخصوص موعده مطالبه عادی در مورد برات به رؤیت حاکمیت ندارد و در مورد برات به رؤیت طبق نص صریح 274 ق.ت. مهلت مطالبه یک سال از تاریخ صدور برات است و طبق ماده 275 و 276 ق.ت. برات دهنده و ظهرنویسان می‌توانند این مهلت یک ساله را کاهش یا افزایش دهند.

1. عبادی، محمدعلی، حقوق تجارت، چاپ 24، 1385، نشر گنج دانش، ص 256.

2. حسن زاده، جزوه حقوق تجارت تطبیقی، پیشین، ص 83.

مواعد مطالبه، واقامه دعوا و آثار عدم رعایت در برات، سفته، چک بانگاہ تطبیقی.....133

همچنانکه قبلاً نیز گفته شد در کنوانسیون ژنو در خصوص برات به رؤیت ماده 34 حاکم است و طبق این ماده برات به رؤیت به محض ارایه قابل پرداخت است و چنین براتی بایستی ظرف یک سال از تاریخ صدور برای پرداخت ارایه شود و این مدت می تواند توسط برات دهنده کاهش یا افزایش یابد ولی ظهرنویسان فقط می توانند این مدت را کاهش دهند.

2- برات به وعده از رؤیت، به وعده از تاریخ صدور، برات به سر رسید روز

معین

در خصوص برات فوق ماده 279 ق.ت.ت تکلیف را مشخص نموده است و آن اینکه دارنده باید روز وعده (سر رسید) وجه برات را مطالبه کند.

طبق ماده 38 کنوانسیون ژنو در خصوص برات، دارنده بایستی وجه برات را در روز سر رسید یا یکی از دو روز غیر تعطیل (تجاری) بعدی از برات گیر مطالبه نماید.

بند دوم: موعده مطالبه رسمی (واخواست و اعتراض)

از آنجا که موعده مطالبه رسمی در برات به رؤیت با سایر برات ها شامل برات به وعده از رؤیت، به وعده از تاریخ صدور برات، برات به سر رسید معین متفاوت است لذا در دو قسمت مجزا مواعد آنها مورد اشاره قرار می گیرد.

1- برات به رؤیت

به عقیده ی بعضی ماده 280 ق.ت.ت ربطی به برات به رؤیت ندارد¹ ولی بایستی گفت این نظر صائب نمی باشد چون ماده 280 در تمامی برات ها حاکم است ولی موعده شروع ده روز در برات به رویت و به وعده از رویت متفاوت با سایر برات ها است. در برات به رویت چون رویت و پرداخت همزمان است نیازی به اخذ قبولی نیست و در نتیجه تکلیفی برای انجام اعتراض نکول ندارد و طبق ماده 274 ق.ت.ت در برات به رویت دارنده مکلف است: «..... پرداخت آن را در ظرف یک سال از تاریخ برات مطالبه نماید

1. صقری، محمد، حقوق بازرگانی «اسناد»، چاپ اول، سال 1380، شرکت سهامی انتشار -ص 277.

134.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و پنجم، پاییز 1393

..... « بنابراین در برات به رویت دارنده می تواند از زمان صدور پرداخت آن را مطالبه کند و در صورت عدم پرداخت آن را واخواست عدم تادیه نماید و حداکثر مهلت مطالبه یک سال از تاریخ صدور است و از آن جا که ده روز نیز مهلت واخواست دارد پس در برات به رویت دارنده از تاریخ صدور یک سال مهلت مطالبه دارد و یک سال و ده روز مهلت واخواست دارد . پس مهلت واخواست در برات به رویت طبق ماده 274 ق.ت از تاریخ صدور حداکثر تا یک سال و ده روز است¹.

در کنوانسیون ژنو درخصوص موعده مطالبه در برات به رویت ماده 34 مقرر می دارد:

«برات به رویت به محض ارایه قابل پرداخت است؛ چنین براتی بایستی ظرف یک سال از تاریخ صدور برای پرداخت ارایه شود. برات دهنده می تواند این مدت را کاهش یا افزایش دهد. این مدت می تواند توسط ظهرنویسان کوتاه گردد. برات دهنده می تواند قید نماید که برات به رویت قبل از تاریخ معینی جهت پرداخت ارایه نشود، در این حالت مدت زمان ارایه برات از تاریخ ذکر شده فوق شروع می شود.»²

لذا طبق ماده 34 کنوانسیون ژنو دارنده بایستی ظرف یک سال از تاریخ صدور وجه برات را مطالبه نماید و در حقوق ایران نیز طبق ماده 274 همین وضعیت برقرار است البته طبق ماده 34 برات دهنده می تواند با درج شرطی در برات این موعده را کاهش یا افزایش دهد ولی ظهرنویسان فقط حق کاهش این موعده را دارند. در حقوق ایران طبق ماده 275 و 276 برات دهنده و ظهرنویسان هر دو می توانند موعده یک ساله مطالبه را افزایش یا کاهش دهند.

2- برات به وعده از رویت، برات به وعده از تاریخ صدور، برات به سررسید

روز معین

1. حسن زاده، حیدر، حقوق تجارت، اسناد تجاری (برات، سفته، چک، اسناد در وجه حامل)، انتشارات مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ اول، 1393، ص 157.

2. حسن زاده، جزوه حقوق تجارت تطبیقی، پیشین، ص 72.

مواعد مطالبه، واقامه دعوای آثار عدم رعایت در برات، سفته، چک بانگاہ تطبیقی.....135

در حقوق ایران ماده 280 در خصوص موعد اعتراض و واخواست در خصوص هر سه نوع پرداخت فوق حاکم بوده و مقرر می‌دارد که موعد اعتراض ده روز از تاریخ وعده (سر رسید) می‌باشد.

به نظر برخی در ماده 280 روز وعده که قانوناً موعد انجام تعهد است نباید جزو ده روز مقرر برای اعتراض عدم تادیه باشد و مهلت اعتراض بعد از روز وعده تا ده روز است. نظریه مشورتی شماره 7/1189 مورخه 1349/2/21 اداره حقوقی این موضوع را تجویز می‌نماید: «طبق ماده 254 ق.ت. که مقرر می‌دارد برات به وعده باید روز آخر وعده پرداخته شود. متعهد تا آخرین فرصت روز سر رسید حق پرداخت وجه سفته یا برات را دارد و به موجب مستفاد از مواد 280 و 281 و 288 ق.ت. اعتراض عدم تادیه بعد از روز وعده تا ده روز به عمل آید. بنابراین روز وعده یا سر رسید که قانوناً موعد اقدام متعهد است نباید جزء ده روز مقرر برای اعتراض عدم تادیه محسوب گردد.¹

همچنین بنظر برخی روز اقدام به واخواست جزء مدت ده روز محسوب نمی‌شود² ولی به نظر می‌رسد که با توجه به مفهوم ماده 281 قانون تجارت که مقرر می‌دارد: اگر روز دهم تعطیل باشد اعتراض روز بعد آن به عمل خواهد آمد» لذا اگر روز دهم تعطیل نباشد اعتراض روز بعد به عمل نمی‌آید، لذا روز اقدام جزء مهلت حساب نمی‌شود.³

در کنوانسیون ژنو در خصوص مهلت اعتراض عدم تادیه ماده 44 مقرر می‌دارد: «اعتراض عدم تادیه برات به سر رسید روز معین یا به وعده از تاریخ صدور یا بوعده از تاریخ رویت باید در یکی از دو روز غیر تعطیل (تجاری) بعد از سر رسید انجام شود. در برات به رویت، اعتراض عدم تادیه بر طبق شرایط معین شده در پاراگراف پیشین در خصوص اعتراض نکول انجام می‌شود.⁴»

1. صفری، پیشین، ص 277.

2. فخاری، امیرحسین، اندیشه های حقوقی³، انتشارات مجد، چاپ اول، 1387. ص 61، به مواد 614 ق.آ.د.م سابق و ماده 445 ق.آ.د.م فعلی مراجعه شود.

3. حسن زاده، حقوق تجارت، پیشین، ص 191.

4. حسن زاده، جزوه حقوق تجارت تطبیقی، همان پیشین، ص 84.

مبحث دوم: سفته

همچنان که در مبحث اول (برات) نیز گفتیم اکثر مطالبی که درخصوص شیوه مطالبه برات و موعد مطالبه آن گفتیم طبق ماده 309 ق.ت. درخصوص سفته نیز حاکم است لذا از تکرار آن‌ها در این مبحث خودداری می‌شود. بنابراین مواد 279 و 280 ق.ت. طبق ماده 309 ق.ت. درخصوص سفته نیز حاکم است.

گفتار اول: شیوهی مطالبه و واخواست

همانند برات در سفته نیز دارنده برای حفظ حق مراجعه خود به مسئولین تضامنی (غیر از مدیون اصلی) بایستی مطالبه عادی و رسمی انجام دهد.

بند اول: مطالبه عادی

از آنجاکه طبق ماده 309 ق.ت. تمام مقررات راجع به بروات تجارتنی (از مبحث چهارم الی آخر فصل اول این باب) در مورد فته طلب نیز لازم‌الرعايه است. لذا مواد 274 و 279 ق.ت. درخصوص سفته نیز لازم‌الرعايه است. لذا دارنده بایستی وجه سفته را به صورت عادی در سفته به رؤیت (عندالمطالبه) ظرف یک سال از تاریخ صدور مطالبه نماید. (ماده 274) و در مورد سایر سفته‌ها دارنده بایستی وجه سفته را در سر وعده مطالبه نماید. (ماده 279 ق.ت.)

از آنجاکه طبق ماده 76 کنوانسیون ژنو مصوب 7 ژوئن 1930 ژنو اغلب مقررات برات مخصوصاً پرداخت و رجوع در صورت عدم پرداخت موضوع مواد 38 تا 42 - ماده 43 تا 50) عیناً در سفته نیز حاکم است¹. لذا تمامی مطالبی که درخصوص مطالبه عادی برات گفته شد، عیناً درخصوص سفته نیز حاکم است.

بند دوم: مطالبه رسمی (اعتراض یا واخواست)

از آنجاکه طبق ماده 309 ق.ت. مقررات برات درخصوص واخواست شامل ماده 280

1. اسکینی، ربیعا، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره 12، ص 307.

مواعد مطالبه، واقامه دعوای آثار عدم رعایت در برات، سفته، چک بانگاہ تطبیقی.....137

به بعد قانون تجارت در خصوص سفته نیز حاکم است لذا مطالبه‌ی رسمی یا همان واخواست و اعتراض عدم تأدیه طبق ماده 280 ق.ت عیناً در سفته نیز حاکم است و مطالبه رسمی در کنوانسیون ژنو در خصوص برات طبق ماده 76 در سفته نیز لازم الرعایه است.

در خصوص اینکه واخواستنامه یا اعتراضنامه علاوه بر متعهد سفته بایستی به ظهنویس نیز ابلاغ شود یا خیر، قضات دادگاه‌های صلح و حقوقی 2 سابق تهران به اتفاق آرای نظر داده‌اند که «با التفات به ماده 293 قانون تجارت ابلاغ واخواست به متعهد کفایت می‌کند و ابلاغ به ظهنویس لزومی ندارد»¹

گفتار دوم: مواعد مطالبه و واخواست

از آنجاکه طبق ماده 309 ق.ت ماده 274 و 279 و 280 ق.ت در خصوص سفته نیز لازم الرعایه است لذا تمامی مطالبی که در خصوص موعده مطالبه در برات بیان شد در خصوص سفته نیز لازم الرعایه است و همچنین تمامی مقررات برات در خصوص موعده مطالبه در برات در کنوانسیون ژنو مواد 34-38-44 طبق ماده 76 کنوانسیون در خصوص سفته نیز لازم الرعایه است.

بند اول - مطالبه عادی: از آنجاکه طبق ماده 307 ق.ت سفته دارای سررسید موعده معین و یا عندالمطالبه است لذا طی مباحث ذیل موعده مطالبه آن‌ها ذکر می‌شود.

1- سفته دارای سررسید موعده معین: در این حالت سررسید سفته معین است لذا طبق ماده 309 و 279 قانون تجارت دارنده بایستی سر وعده وجه سفته را مطالبه نماید.

2- سفته عندالمطالبه: در خصوص موعده مطالبه سفته عندالمطالبه بایستی گفت از آنجاکه ماده 274 قانون تجارت در خصوص سفته نیز حاکم است. بنابراین در صورتی که سررسید سفته عندالمطالبه باشد، باید دارنده ظرف مدت یک سال از تاریخ صدور

1. نوبخت، یوسف، اندیشه‌های قضایی، چاپ اول، پاییز 1385، انتشارات تولید کتاب (نک)، ص 149.

138.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و پنجم، پاییز 1393

نسبت به مطالبه وجه از صادرکننده اقدام کند¹. بنابراین طبق مواد 274 و 309 دارندۀ سفته یک سال مهلت مطالبه دارد و تاریخ شروع این مهلت، تاریخ صدور سفته است.

بند دوم: مطالبه رسمی (واخواست و اعتراض عدم تأدیه)

1- سفته دارای سررسید موعد معین: همچنانکه فوقاً نیز گفتیم از آنجاکه طبق ماده 309 ق.ت، ماده 280 و به بعد آن درخصوص سفته نیز حاکم است لذا موعد واخواست در سفته دارای سررسید معین ده روز از تاریخ وعده و سررسید است و روز سررسید و روز اقدام به واخواست جزء مدت ده روز محاسبه نمی‌شود و تمامی مطالبی که درخصوص برات گفته شد در سفته نیز حاکم است.

2- سفته عندالمطالبه: درخصوص تعیین مهلت واخواست در سفته‌ی عندالمطالبه مسأله قدری مشکل بنظر می‌رسد. لذا درخصوص این سؤال که در سفته عندالمطالبه موعد واخواست چه زمانی است؟ در جواب باید گفت که اصطلاح عندالمطالبه با اصطلاح «بی وعده» و «برویت» مترادف است². و طبق نظریه مشورتی شماره 7/ 3142 مورخه 62/8/12 اداره حقوقی دادگستری که مقرر میدارد «مطالبه وجه سفته در سفته‌های عندالمطالبه زمانی تحقق می‌یابد که متعهد از نیت متعهد له برای مطالبه سفته مستحضر شود و این آگاهی وقتی قانوناً محقق می‌شود که مراتب طبق ملاک ماده 709 قانون آیین دادرسی مدنی از طریق اظهار نامه رسمی به بدهکار ابلاغ شده باشد، بنابراین این در سفته‌های مذکور نحوه مطالبه وجه سفته ارسال اظهارنامه رسمی و زمان محاسبه واخواست، تاریخ ابلاغ این اظهارنامه به بدهکار خواهد بود³» در خصوص نظریه مزبور بایستی گفت نظریه مزبور به فرض صحت بعلت روند کند ابلاغ اظهار نامه و اعاده آن به دایره اظهار نامه (معمولاً بین یک تا دو ماه طول میکشد) موجب تضییع حقوق

1. فخاری، امیرحسین، پیشین، ص 61.

2. همان، ص 159.

3. شهری غلامرضا، حسین آبادی امیر، مجموعه نظریه‌های مشورتی در مسایل مدنی (اداره حقوقی دادگستری جمهوری اسلامی ایران از سال 58 به بعد) نشر روزنامه‌ی رسمی، صص 324-323.

مواعد مطالبه، واقامه دعوا و آثار عدم رعایت در برات، سفته، چک بانگه تطبیقی.....139

دارندگان سفته‌های عندالمطالبه خواهد گردید چون در زمان ابلاغ اظهارنامه مطمئنا دارنده حضور ندارد و زمانی از ابلاغ مطلع می‌گردد که اظهارنامه ابلاغ شده به دایره اظهار نامه عودت شده باشد. که در وضعیت فعلی عودت اظهارنامه پس از گذشت مهلت ده روزه و اخواست است. لذا دارنده زمانی از ابلاغ مطلع میشود که فرصت ده روزه و اخواست منقضی شده است و اگر نظریه مزبور صحیح هم باشد (که مطمئنا نیست) بایستی زمان شروع مهلت و اخواست، زمان اطلاع دارنده از ابلاغ اظهار نامه باشد نه زمان ابلاغ. ایراد اساسی نظریه اداره حقوقی این است که دارنده سفته هر موقع که خواست می‌تواند وجه سفته را مطالبه کند مثلا ده سال پس از صدور سفته وجه آن را مطالبه کند در حالی که در اسناد تجاری نمیتوان مسئولین تضامنی را بیش از یکسال یا دو سال بر حسب مورد مسئول تلقی نمود (مواد 274 و 286 و 287) حال اگر فرض کنیم که سفته مزبور ظهر نویس داشته باشد ظهر نویس مزبور تا زمان نامعینی بایستی مسئولیت تضامنی داشته باشد که این امر مطمئنا با روح حاکم بر مقررات تجاری سازگار نیست.

جواب صحیح به سوال فوق این است که سفته عندالمطالبه همان برات به رویت است و از آنجا که ماده 274 در خصوص سفته نیز حاکمیت دارد (ماده 309) لذا دارنده مکلف است اولاً: وجه سفته را ظرف یکسال از تاریخ صدور سفته مطالبه نماید ثانیاً اگر پرداخت ننمود آن را ظرف ده روز و اخواست نماید. لذا دارنده سفته عندالمطالبه از تاریخ صدور سفته تا یکسال و ده روز حق مطالبه و اخواست دارد و برای مطالبه وجه سفته و اخواست نیازی به ارسال اظهار نامه رسمی نیست. چون همچنان که قبلاً نیز گفتیم و اخواست نامه نوعی اظهار نامه و مطالبه رسمی است و برای مطالبه یک طلب ارسال دو اظهار نامه معقول نیست البته عدم لزوم ارسال اظهار نامه مورد تایید برخی از حقوقدانان معتبر کشورمان نیز قرار گرفته است.¹

1. حسن زاده، حقوق تجارت، پیشین، صص 233-234.

مبحث سوم: چک

به نظر می‌رسد که طبق ماده 314 ق.ت مقررات برات درخصوص اعتراض و اقامه دعوی عیناً درخصوص چک نیز الزم الرعایه است ولی همچنانکه ذیلاً بیان خواهد گردید، چک از لحاظ مهلت اعتراض و شیوه آن دارای مقررات خاصی است که با برات و سفته متفاوت می‌باشد.

گفتار اول: شیوهی مطالبه و واخواست چک

چک همانند برات و سفته به دو نوع عادی و رسمی قابل مطالبه است و از این لحاظ فرقی بین چک با برات و سفته وجود ندارد.

بند اول: مطالبه عادی

در چک، دارنده آن بایستی وجه آن را در تاریخ صدور مطالبه نماید و ماده 315 و 317 ق.ت در این خصوص مقرر می‌دارند که: ماده 315- «اگر چک در همان مکانی که صادر شده است باید تأدیه گردد، دارنده چک باید در ظرف 15 روز از تاریخ صدور وجه آن را مطالبه کند و اگر از یک نقطه به نقطه دیگر ایران صادر شده باشد، باید در ظرف 45 روز از تاریخ صدور چک مطالبه شود....»

ماده 317- «مقررات راجع به چک‌هایی که در ایران صادر شده است در مورد چک‌هایی که از خارجه صادر شده است و باید در ایران پرداخته شود نیز رعایت خواهد شد لیکن مهلتی که در ظرف آن دارنده چک می‌تواند وجه چک را مطالبه کند چهار ماه از تاریخ صدور است...»

با ملاحظه مواد 315 و 317 ق.ت مشخص می‌شود که برخلاف برات و سفته که طبق مواد 279 و 280 مهلت مطالبه از سررسید شروع شده تا ده روز از تاریخ سررسید مهلت مطالبه و اعتراض می‌باشد ولی در چک اولاً: مهلت مطالبه از تاریخ صدور چک شروع می‌شود نه سررسید. ثانیاً: مهلت مطالبه از تاریخ صدور تا حداکثر 15 روز و 45 روز و چهار ماه است و علت این که در چک مهلت مطالبه از تاریخ صدور شروع

مواعد مطالبه، واقامه دعوا و آثار عدم رعایت در برات، سفته، چک بانگه تطبیقی.....141

می شود این است که در قانون تجارت طبق مواد 311 و 313 پرداخت وجه نباید وعده داشته باشد و چک به محض ارایه باید کارسازی شود. لذا چک فقط دارای یک تاریخ است و آن تاریخ صدور می باشد و در تاریخ صدور نیز بایستی پرداخت شود. در واقع در چک تاریخ صدور و سررسید یکی است. ولی متأسفانه از همان ابتدای تصویب قانون تجارت، چک وعده دار رواج یافته و مورد معامله قرار گرفته و می گیرد و در حقوق ما در وضعیت فعلی با توجه به پذیرش رویه قضایی و مفهوم مخالف بنده ماده 13 و ماده 3 مکرر قانون صدور چک و ماده 192 آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی چک وعده دار نیز به رسمیت شناخته شده است.

بنابراین در چک اعم از اینکه وعده دار باشد یا بی وعده طبق ماده 3 مکرر قانون صدور چک و ماده 315 و 317 ق.ت. چک از تاریخ صدور مندرج در متن چک تا 15 روز و 45 و چهار ماه قابل مطالبه می باشد.

فرق عمده ای که چک با برات و سفته دارد در این است که در چک مطالبه باید از محال علیه که معمولاً بانک است صورت گیرد در حالی که در برات و سفته مطالبه از مدیون اصلی صورت می گیرد و البته بدیهی است که در صورت عدم موجودی در نزد محال علیه، دارنده می تواند به صادرکننده (مدیون اصلی) مراجعه نماید.

بند دوم: مطالبه رسمی (گواهینامه عدم پرداخت)

هرچند که طبق ماده 314 ق.ت. مقررات اعتراض در برات عیناً در چک نیز لازم الرعایه است لذا بایستی اعتراض عدم تادیه در چک طبق مواد 293 الی 297 ق.ت. به عمل آید و در چک همانند سفته فقط و اخواست عدم تادیه موضوعیت دارد و اخواست نکول به علت عدم وجود قبولی منتفی است ولی در چک از آنجا که طبق ماده 4 قانون صدور چک مصوب 1355/4/16 که مقرر می دارد: «هرگاه وجه چک به علتی از علل مندرج در ماده 2 پرداخت نگردد، بانک مکلف است در برگ مخصوصی که مشخصات چک و هویت و نشانی کامل صادر کننده در آن ذکر شده باشد علت یا علل عدم پرداخت را صریحاً قید و آن را امضاء یا مهر نموده، به دارنده تسلیم نماید و

142.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و پنجم، پاییز 1393

در برگ مزبور باید مطابقت امضای صادر کننده با نمونه امضای موجود در بانک (در حدود عرف بانکداری) و یا عدم مطابقت آن از طرف بانک تصدیق شود بانک مکلف است به منظور اطلاع صادرکننده چک فوراً نسخه دوم این برگ را به آخرین نشانی صاحب که در بانک موجود است ارسال دارد. در برگ مزبور باید نام و نام خانوادگی و نشانی کامل دارنده چک نیز قید گردد....» گواهینامه عدم پرداخت پیش بینی شده که همان کارکردهای اعتراض نامه را دارد بدون اینکه بابت صدور و ابلاغ آن هزینه از دارنده اخذ شود. و در ماده 2 قانون صدور چک به این برگ عنوان گواهینامه اطلاق شده است و در مواد 8 و 14 قانون صدور چک نیز عنوان گواهی عدم پرداخت ذکر شده است.

لذا محاکم ما سالها در خصوص حاکمیت مقررات اعتراض در برات در مورد چک یا عدم حاکمیت آن اختلاف داشتند که نهایتاً طبق رای وحدت رویه شماره 536 مورخه 69/7/10 دیگر نیازی به اعمال مقررات اعتراض برات در خصوص چک نیست و گواهینامه عدم پرداخت جایگزین و اخواستنامه شده است» «.....، و اخواست برات و سفته به ترتیبی که در ماده 280 ق.ت. قید شده ارتباطی با چک پیدا نمی کند بنابراین گواهی بانک محال علیه دایر بر عدم تأدیه وجه چک که در مدت 15 روز به بانک مراجعه شده به منزله و اخواست میباشد و رای شعبه ششم دیوانعالی کشور که هیات عمومی حقوقی دیوانعالی کشور هم با آن موافقت دارند صحیح و منطبق با موازین قانونی است.» لذا واضح و مبرهن است با صدور رای وحدت رویه شماره 536 گواهینامه عدم پرداخت جایگزین و اخواست شده است.

گفتار دوم: مواعد مطالبه و اخواست چک

بند اول - موعده مطالبه عادی: همچنانکه فوقاً نیز گفتیم طبق مواد 315 و 317 قانون تجارت دارنده بایستی ظرف 15 و 45 روز و چهار ماه از تاریخ صدور مندرج در متن چک وجه آن را از محال علیه که معمولاً بانک یا مؤسسه مالی و اعتباری بانکی می باشد، مطالبه نماید اعم از چک وعده دار یا بی وعده باشد.

مواعد مطالبه، واقامه دعوا و آثار عدم رعایت در برات، سفته، چک بانگاہ تطبیقی.....143

بند دوم: موعد مطالبه رسمی (گواهینامه عدم پرداخت)

همچنانکه فوقاً گفتیم طبق رأی وحدت رویه شماره 536 مورخه 69/7/10 در چک گواهینامه عدم پرداخت جایگزین و اخواست نامه شده است و طبق نص صریح رای وحدت رویه فوق مهلت ده روزه مندرج در ماده 280 ق.ت در مورد چک موضوعیت ندارد، لذا مهلت مطالبه و اعتراض در چک از تاریخ صدور چک اگر محل صدور و پرداخت یکی باشد 15 روز و اگر محل صدور و پرداخت در دو نقطه ایران باشد 45 روز (ماده 315 ق.ت) و اگر محل صدور خارج و محل پرداخت ایران باشد چهار ماه از تاریخ صدور است (ماده 317 ق.ت) در واقع رای وحدت رویه شماره 536 و مواد 315 و 317 ق.ت ماده 280 را در خصوص چک تخصیص داده است چون در چک برات دهنده وجود ندارد و صادر کننده نیز همیشه مسئول است لذا ظهر نویس و ضامن ظهر نویس باقی می ماند که در مورد آنها نیز رای وحدت رویه 536 و مواد 315 و 317 حاکم است.¹

بنابراین دارنده چک بایستی در مواعد مندرج در مواد 315 و 317 ق.ت وجه چک را از بانک محال علیه مطالبه و در صورت عدم موجودی یا کسر موجودی گواهینامه عدم پرداخت را اخذ نماید و از آنجا که چک وعده دار در حقوق ما چک محسوب است و از تمامی مزایای قانون تجارت برخوردار است و از آن جا که طبق ماده 3 مکرر مطالبه وجه چک از بانک قبل از تاریخ مندرج در متن چک امکان پذیر نیست لذا اگر ما معتقد شویم که در چک اگر دارنده با حسن نیت نباشد یعنی از تاریخ واقعی مطلع باشد و در این صورت، تاریخ چک، تاریخ واقعی است بنابراین حقوق دارندگان در مراجعه به ظهرنویسان تضییع خواهد شد. لذا طبق ماده 3 و ماده 3 مکرر ق.ت و ماده 192 آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی تاریخ چک تاریخ مندرج در متن چک است و بایستی مواعد مندرج در مواد 315 و 317 ق.ت از تاریخ مندرج در متن چک محاسبه شوند

حتی اگر دارنده از تاریخ واقعی نیز مطلع باشد.¹
در پایان بایستی گفت که برخی معتقدند که امروزه به علت سیستم الکترونیکی پرداخت و آنلاین بودن چک‌های صادره، چک نه تنها در شعبه محال علیه بلکه در تمامی شعب آن بانک یا مؤسسه نیز قابل پرداخت است و از سوی دیگر با این وضعیت بین محل صدور و محل پرداخت فاصله‌ای نیست و چکدر همان محل صدور قابل پرداخت می‌باشد لذا مهلت‌های 45 روزه و 4 ماهه مندرج در مواد 315 و 317 درخصوص این نوع چک موضوعیت نداشته لذا مهلت مطالبه آن‌ها در هر صورت 15 روز از تاریخ صدور چک است.²

گفتار سوم: شیوه‌ی مطالبه، وخواست و مواعد آن در کنوانسیون ژنو درخصوص

چک

همچنانکه درخصوص شیوه مطالبه چک و موعد آن در حقوق ایران نیز گفتیم در کنوانسیون ژنو درخصوص چک مصوب 19 مارس 1931 نیز مطالبه به دو نوع عادی و رسمی انجام می‌گیرد و برای مطالبه عادی و رسمی توسط کنوانسیون ژنو مواعیدی تعیین شده است که این مواعد با حقوق ایران یکسان نمی‌باشد.

طبق ماده 29 کنوانسیون ژنو «چک قابل پرداخت در کشور محل صدور، باید ظرف هشت روز جهت پرداخت ارایه گردد.

چک صادره در کشوری غیر از کشوری که در آن قابل پرداخت می‌باشد باید ظرف بیست یا هفتاد روز، بسته به این که محل صدور و محل پرداخت هر دو در یک قاره یا یکی در قاره دیگری از جهان واقع شده است، ارایه گردد.

در این مورد چک‌های صادره در یک کشور اروپایی قابل پرداخت در یک کشور ساحلی مدیترانه یا برعکس به عنوان چک‌های صادره قابل پرداخت در یک قاره

1. همان، صص 265-266.

2. همان، صص 257-258.

مواعد مطالبه، واقامه دعوای آثار عدم رعایت در برات، سفته، چک بانگاہ تطبیقی.....145

محسوب می‌شوند.

مبدأ مهلت‌های فوق، در روز مذکور در چک به عنوان تاریخ صدور می‌باشد¹.
لذا واضح و مبرهن است که طبق ماده 29 کنوانسیون ژنو مطالبه از تاریخ صدور چک شروع می‌شود و موعد آن اگر در یک کشور صادر و در همان کشور پرداخت شود، 8 روز است و اگر در یک کشور صادر و در کشور دیگری پرداخت شود در صورتی که هر دو کشور در یک قاره باشند، موعد 20 روز، ولی اگر دو کشور در دو قاره متفاوت باشند موعد مطالبه 70 روزه است و استثنائاً اگر چک در یک کشور اروپایی مثل فرانسه صادر و در یکی از کشورهای مدیترانه مثل الجزایر یا سوریه قابل پرداخت باشد به منزله چکی است که در یک قاره صادر و پرداخت شده است هر چند در عمل کشور محل صدور در یک قاره و کشور محل پرداخت در قاره دیگری باشد.
تسلیم چک به اتاق پایاپای به منزله رایحه آن جهت پرداخت است (ماده 31 کنوانسیون) و در صورتی که محل صدور و پرداخت چک دارای تقویم‌های متفاوت هستند، زمان صدور چک با تقویم محل پرداخت محاسبه می‌شود (ماده 30 کنوانسیون ژنو).

در کنوانسیون ژنو در صورتی که وجه چک در هنگام رایحه آن در موعد مقرر در ماده 29 کنوانسیون پرداخت نگردد، عدم پرداخت به یکی از سه طریق زیر می‌تواند تصدیق و اثبات شود:

1- از طریق یک سند رسمی (اعتراض نامه) یا

2- به وسیله اعلامیه محال علیه، تحریر شده با تاریخ در روی چک به اضافه ذکر روز رایحه یا

3- توسط اعلامیه تاریخ دار اتاق پایاپای حاکی از تسلیم چک در مهلت مقرر عدم پرداخت آن (ماده 40 کنوانسیون ژنو).

لذا طبق ماده 40 کنوانسیون ژنو غیر از اعتراض نامه، اثبات عدم پرداخت وجه

1. اسکینی، ربیعا، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی، شماره 13، ص 376-377.

146.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و پنجم، پاییز 1393

چک توسط اعلامیه محال علیه و اعلامیه اتاق پایاپای نیز قابل انجام است درحالی که در حقوق ایران گواهی نامه عدم پرداخت که توسط محال علیه صادر می شود کافی می باشد.

درخصوص موعد اعتراض یا اعلامیه مندرج در ماده 40 کنوانسیون ژنو بایستی گفت اعتراض نامه یا گواهی معادل آن باید پیش از انقضای مهلت ارایه ی چک در ماده 29 تنظیم شده باشد و در صورتی که چک در آخرین روز مهلت ارایه شود، اعتراض نامه یا گواهی معادل آن می تواند در اولین روز کاری بعد نیز تنظیم شود (ماده 41 کنوانسیون ژنو)

بخش دوم: مواعد قانونی اقامه دعوا

در این بخش درصددیم که مواعد قانونی اقامه دعوا دربرات، سفته و چک مورد بررسی قرار دهیم چون در صورت عدم رعایت مواعد قانونی برای اقامه دعوا، حق مراجعه دارنده به امضاکنندگان زایل می شود.

مبحث اول: در برات

ابتدا مواعد قانونی اقامه دعوا در برات را طی پنج گفتار جداگانه مورد بررسی قرار می دهیم و مواعد مندرج در برات عیناً در سفته و چک نیز لازم الرعایه است.

گفتار اول: برات دهنده

از آنجاکه برات دهنده ممکن است وجه برات را به محال علیه نرساند، بایستی وضعیت برات دهنده در حالتی که برات را دارای محل است با حالتی که برات دارای محل نیست به طور مجزا بررسی نمود.

بند اول: برات دارای محل

اگر برات دهنده با صدور برات، طلبی را که از برات گیر دارد به دارنده منتقل

مواعد مطالبه، واقامه دعوا و آثار عدم رعایت در برات، سفته، چک بانگه تطبیقی.....147

نماید، برات دارای محل محسوب خواهد شد و در این صورت مدیون اصلی برات، برات گیر قبول کننده است و برات دهنده صرفاً ضامن محسوب می شود. مهلت اقامه دعوی علیه برات دهنده مزبور در مواد 286 و 287 ق.ت بیان شده است:

ماده 286: «اگر دارنده براتی که بایستی در ایران تادیه شود و به علت عدم پرداخت اعتراض شده بخواهد از حقی که ماده 249 برای او مقرر داشته استفاده کند باید در ظرف یکسال از تاریخ اعتراض اقامه دعوی نماید. تبصره- هرگاه محل اقامت مدعی علیه خارج از محلی باشد که وجه برات باید در آنجا پرداخته شود

برای هر شش فرسخ یک روز اضافه خواهد شد.» بنابر این طبق ماده 286 دارنده برای برخورداری از مسئولیت تضامنی امضا کنندگان اعم از برات دهنده و ظهر نویس و غیره اگر محل پرداخت ایران باشد بایستی ظرف یکسال از تاریخ اعتراض اقامه دعوی نماید و طبق ماده 287 این مدت در مورد براتهایی که بایستی در خارجه پرداخت شود دو سال میباشد- ماده 287: «در مورد برواتی که باید در خارجه تادیه شود، اقامه دعوی بر علیه برات دهنده و یا ظهر نویسهای مقیم ایران در ظرف دو سال از تاریخ اعتراض باید به عمل آید.» بنابراین از آنجا که در مواد 286 و 287 مهلت اقامه دعوی از تاریخ اعتراض شروع می شود لذا بدیهی است که اعتراض در موعد مقرر شرط اقامه دعوا می باشد.

بند دوم: برات فاقد محل

در صورتی که برات دارای محل نباشد و سازشی باشد هرچند برات گیر برات را قبول نموده است ولی در واقع مدیون اصلی سند برات دهنده است و برای مراجعه به مدیون اصلی نیازی به و اخواست و اقامه دعوی طبق مواد 280 و 286 و 287 نیست لذا در این حالت دارنده در هر صورت حق مراجعه به برات دهنده را خواهند داشت اعم از این که تشریفات مقرر (واخواست و اقامه دعوی در موعد مقرر) را رعایت نموده یا

148.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و پنجم، پاییز 1393

نموده باشد (مفهوم مخالف 274 و 290 ق.ت) و در این حالت اگر برات دهنده وجه سند را به دارنده پرداخت نماید، حق مراجعه به هیچ مسئولی را نخواهد داشت چون خود مدیون واقعی است.

گفتار دوم: ظهرنویس

مواعد اقامه دعوا علیه ظهرنویس همانند برات دهنده‌ای است که وجه برات را به محال علیه رسانیده است لذا مواعد اقامه دعوا یک سال یا دو سال از تاریخ وخواست است که در مواد 286 و 287 ق.ت بیان شده است.

البته بدیهی است که اگر ظهرنویس سندی، وجه سند را به دارنده پرداخت نماید خود دارنده محسوب شده و می‌تواند به ایادی ماقبل خود به صورت تضامنی مراجعه نماید و در این حالت نیز مهلت اقامه دعوا توسط ظهرنویس نیز همان مهلت‌های مندرج در مواد 286 و 287 می‌باشد و مبدأ شروع این مهلت‌ها در ماده 288 به صراحت بیان شده است.

«هریک از ظهرنویس‌ها بخواهد از حقی که در ماده 249 به او داده شده استفاده نماید باید در مواعدی که به موجب مواد 286 و 287 مقرر است اقامه دعوا کند و نسبت به او موعد از فردای ابلاغ احضاریه محکمه محسوب است و اگر وجه برات را بدون این که بر علیه او اقامه دعوا شده باشد تأدیه نماید از فردای روز تأدیه محسوب خواهد شد»

گفتار سوم: ضامن خاص

در خصوص ضامن به معنای خاص بایستی گفت که معمولاً شخص ثالثی است که در صدور و ظهرنویسی و قبولی آن نقشی نداشته و صرفاً از مسئولین برات ضمانت می‌نماید و در قسمت اخیر ماده 249 ق.ت به ضامن به معنای خاص اشاره شده است و فرق آن با سایر مسئولین این است که ضامن خاص در صورت مسئولیت مضمون عنه

مواعد مطالبه، واقامه دعوای آثار عدم رعایت در برات، سفته، چک بانگاہ تطبیقی.....149

خود مسئولیت دارد¹.

لذا از آنجا که ضامن به معنای خاص طبق قسمت اخیر ماده 249 با مضمون عنه خود مسئولیت تضامنی دارد لذا مسئولیت وی تبعی و مشروط است و اگر نامبرده ضامن مدیون اصلی باشد، موعد اقامه دعوا علیه وی همانند مدیون اصلی است که در گفتار چهارم خواهیم گفت ولی اگر نامبرده ضامن غیر مدیون اصلی مثل ظهرنویس باشد موعد اقامه دعوا علیه وی همان مواعد مندرج در ماده 286 و 287 ق.ت. می باشد.

در حالتی که ضامن خاص از مدیون اصلی ضمانت نماید مواعد مندرج در مواد 286 و 287 حکومت ندارد و دارنده می تواند علی رغم عدم رعایت مواعد مندرج در ماده 286 و 287 علیه ضامن اقامه دعوا نماید و رای وحدت رویه شماره 597 مورخه 1374/2/12 هیات عمومی دیوان عالی کشور نیز بر این امر صحه می گذارد: «مهلت یکسال مقرر در ماده (286) قانون تجارت، جهت استفاده از حقی که ماده 249 این قانون برای دارنده برات یا سفته منظور نموده است در مورد "ظهر نویس" به معنای مصطلح کلمه بوده و ناظر به شخصی که ظهر سفته را به عنوان "ضامن امضا نموده است نمی باشد زیرا با توجه به طبع ضمان و مسئولیت ضامن در هر صورت (بنا بر قول ضم ذمه به ذمه یا نقل آن) در قبال دارنده سفته یا برات، محدودیت مذکور در ماده 289 قانون تجارت در باره ضامن مورد نداشته و بنا بر این رای شعبه 23 دیوان عالی کشور که بر این اساس صادر گردیده، صحیح و منطبق با موازین قانونی است»²

گفتار چهارم: برات گیر

برات گیر یا محال علیه اگر برات را قبول ننماید، هیچ گونه مسئولیتی برای او متصور نیست ولی اگر برات را قبول نماید ملزم است در سر وعده وجه برات را پرداخت نماید (ماده 230 ق.ت) و در مقررات قانون تجارت برای مراجعه دارنده به

1. حسن زاده، پیشین، ص 144.

2. شهری غلامرضا و غیره، مجموعه تنقیح شده قوانین و مقررات حقوقی، انتشارات روزنامه رسمی کشور، چاپ اول، 1384، پاورقی ص 1344.

150.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و پنجم، پاییز 1393

برات گیر قبول کننده تشریفات و مواعیدی مقرر نشده است و نیازی به درخواست در موعد مقرر (مواد 280 و 315 و 317 ق.ت) و اقامه دعوی در مهلت‌های مقرر در مواد 286 و 287 نیست چون در مواد فوق فقط مواعد برای مراجعه ضامنین به معنای عام از قبیل برات دهنده و ظهرنویسان و ضامن خاص ضروری می‌باشد. رأی وحدت رویه شماره 597 مورخه 74/2/12 نیز بر این امر تأکید دارد و فقط مواعد مرور زمان مندرج در مواد 318 و 319 ق.ت در خصوص برات گیر و ضامن وی حاکم است (مواعد 5 ساله و 10 ساله) و در واقع مقررات مرور زمان مندرج در مواد 318 و 319 ق.ت در خصوص مدیون اصلی سند تجاری اعم از برات گیر قبول کننده، برات دهنده‌ای که براتش قبول نشده، صادرکننده سفته و چک و ضامن آن‌ها می‌باشد.

مبحث دوم: سفته

از آنجاکه طبق ماده 309 ق.ت اغلب مقررات برات از مبحث چهارم الی آخر در مورد سفته نیز لازم الرعایه است لذا اغلب مطالبی که در خصوص موعد اقامه دعوا در برات گفته شد در خصوص سفته نیز لازم الرعایه است لذا طی سه گفتار ذیل به طور مختصر موعد اقامه دعوی در سفته را نیز بیان می‌نماییم.

گفتار اول: صادرکننده سفته

مدیون اصلی سفته صادرکننده سفته است، شخص مزبور با سایر مسئولین سفته تفاوت اساسی دارد و آن اینکه برای مراجعه به متعهد سفته نیازی به تنظیم درخواست نامه نیست و مواعد اقامه دعوا در مواد 286 و 287 نیز در خصوص متعهد سفته حاکم نمی‌باشد و صرفاً رعایت مواعد مندرج در ماده 318 و 319 ق.ت برای مراجعه به صادرکننده سفته کافی می‌باشد و تمامی مطالبی که در خصوص برات گیر در برات بیان شد، عیناً در خصوص صادرکننده سفته نیز جاری است.

مواعد مطالبه، واقامه دعوا و آثار عدم رعایت در برات، سفته، چک بانگاہ تطبیقی.....151

گفتار دوم: ظہرنویس

مواعد اقامه دعوا جهت مراجعہ بہ ظہرنویس سفته همان مواعدی است کہ جهت مراجعہ بہ

ظہرنویس برات لازم می باشد لذا دارنده بایستی مواعد اقامه دعوی در مواد 286 و 287 و 288 ق.ت را رعایت نماید و تمامی مطالبی کہ در خصوص ظہرنویس برات ذکر گردید، در خصوص ظہرنویس سفته نیز حاکم می باشد.

گفتار سوم: ضامن خاص

از آنجاکہ طبق قسمت اخیر مادہ 249 ق.ت مسئولیت ضامن خاص تبعی است و در صورتی مسئولیت تضامنی دارد کہ مضمون عنہ او مسئولیت داشته باشد لذا ضامن خاص بہ دو نوع تقسیم می شود: ضامن صادرکننده سفته، ضامن ظہرنویس.

بنابراین در صورتی کہ شخصی ضامن صادرکننده سفته باشد، مواعد اقامه همان مواعد مندرج در مواد 318 و 319 ق.ت می باشد و در صورتی کہ شخصی ضامن ظہرنویس باشد، مواعد اقامه دعوی همان مواعدی است کہ در خصوص ظہرنویس ها حاکم است کہ همان مواعد مندرج در مواد 286 و 287 ق.ت می باشد.

لذا رعایت مهلت های مقرر در مواد 286 و 287 برای مراجعہ بہ ظہر نویس ها و برات دهنده در خصوص برات گیر و صادر کننده سفته و چک حاکم نبوده و در خارج از مواعد فوق نیز دارنده می تواند بہ مدیون اصلی اسناد تجاری مراجعہ نماید و از آنجا کہ ضامن مدیون اصلی نیز دارای مسئولیت تبعی است لذا برای مراجعہ بہ ضامن آنها نیز رعایت مواعد 286 و 287 الزامی نیست و این امر بدیہی بنظر میرسد ولی با این حال بعلت حدوث اختلاف بین شعب دیوان عالی کشور رای وحدت رویه ای بہ شماره 597 مورخہ 74/2/12 در راستای تایید نظر فوق صادر شده است کہ در مبحث برات بہ آن اشارہ گردید.

مبحث سوم: چک

در این مبحث طی چهار گفتار مواعد قانونی اقامه دعوا را مورد بررسی قرار می‌دهیم و از آنجا که طبق ماده 314 ق.ت. مقررات برات از ضمانت صادرکننده و ظهرنویس‌ها و اعتراض و اقامه دعوی ضمان درخصوص چک نیز حاکم خواهد بود لذا اغلب مطالبی که در مبحث برات گفته شد در این چک نیز مراعات می‌شود.

گفتار اول: صادرکننده چک

صادرکننده چک مدیون اصلی بوده و همانند برات گیر قبول کننده و متعهد سفته می‌باشد لذا رعایت مواعد قانونی مندرج در مواد 286 و 287 ق.ت. درخصوص این شخص لازم نیست و فقط رعایت مواعد قانونی مندرج در مواد 318 و 319 ق.ت. ضروری می‌باشد.

شاید با توجه به نظریه شماره 7257 مورخه 61/11/27 شورای محترم نگهبان که مقرر می‌دارد: «مواد 731 ق.آ.د.م. به بعد در مورد مرور زمان در جلسه فقهای شورای نگهبان مطرح و مورد بحث و بررسی قرار گرفت و به نظر اکثریت فقهای شورا مواد مزبور که مقرر می‌دارد پس از گذشتن مدتی (10 سال، 20 سال، 3 سال و یک سال و غیره) دعوی در دادگاه شنیده نمی‌شود مخالف با موازین شرع تشخیص داده شد¹ و عدم ذکر مقررات مرور زمان در قانون آیین دادرسی مدنی جدید شاید در ابتدا به نظر رسد که مقررات مرور زمان در ق.ت. من جمله مواد 318 و 319 ق.ت. نیز نسخ ضمنی شده‌اند و به نظر برخی نیز قاعدتا با توجه به نظریه شورای نگهبان مرور زمان‌های قانون تجارت نیز نسخ ضمنی شده‌اند² البته همین عده در ادامه بیان نموده‌اند که از باب مصلحت، دکتین و رویه قضایی مدافع این قواعد بوده و حتی الامکان در اجرای آن

1. قربانی، فرج اله، مجموعه کامل قوانین و مقررات آیین دادرسی مدنی، چاپ سوم، 1375، انتشارات

فردوسی، زیرنویس ص 168

2. صقری، پیشین، ص 314

مواعد مطالبه، واقامه دعوای آثار عدم رعایت در برات، سفته، چک بانگاہ تطبیقی.....153
کوشیده اند¹.

برخی دیگر از حقوقدانان تجارت معتقد به عدم نسخ مواد 318 و 319 بوده و معتقدند که نظریه شورای محترم نگهبان نمی تواند نسخ مواد مزبور باشد لذا ایراد مرور زمان موضوع قانون تجارت باید در دادگاهها مورد توجه قرار گیرد² و این نظر صائب بوده و بایستی ما نیز با نظر آن دسته از حقوقدانانی که معتقد به بقای مقررات مرور زمان در قانون تجارت می باشند، هم داستان شویم.

بنابراین می توان گفت که مقررات مرور زمان در فصل چهارم باب چهارم قانون تجارت تحت عنوان «در مرور زمان» طی مواد 318 و تبصره آن و 319 و تبصره آن بیان شده است و این مقررات فقط در خصوص مدیون اصلی چک یعنی صادرکننده چک و ضامن وی حکومت دارد.

گفتار دوم: محال علیه

اصولاً در چک مطابق ماده 315 ق.ت مطالبه در تاریخ صدور چک از محال علیه به عمل می آید و محال علیه اصولاً مسئولیتی در برابر دارنده ندارد و فقط در یک حالت استثنایی محال علیه در برابر دارنده مسئولیت دارد و آن حالتی است که وجه چک به سببی که مربوط به محال علیه است از بین برود که در این صورت طبق قسمت اخیر ماده 315 ق.ت اصولاً محال علیه مدیون اصلی محسوب شده و همانند صادرکننده چک مسئولیت دارد و موعد اقامه دعوا علیه وی همانند مواعد اقامه دعوا علیه صادرکننده است. (مواد 318 و 319)

گفتار سوم: ظهرنویس

مواعد اقامه دعوا علیه ظهرنویس همان مواعدی است که در خصوص ظهرنویس

1. همان، ص 314

2. اسکینی ربیعا، حقوق تجارت (برات، سفته، قبض انبار، اسناد در وجه حامل و چک)، انتشارات سمت، چاپ دوم، تألیف 1374، ص 161.

154.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و پنجم، پاییز 1393

برات و سفته گفته شد (مواعد یک سال و دو سال مندرج در مواد 286 و 287 ق.ت)

گفتار چهارم: ضامن خاص

مواعد قانونی دعوی جهت مراجعه به ضامن خاص همان مواعدی است که در خصوص ضامن خاص برات گیر و متعهد سفته گفته شد (مواد 286 و 287 و 318 و 319 ق.ت حسب مورد) و اگر نامبرده ضامن خاص صادرکننده چک باشد، موعد اقامه دعوی همان مواعد مندرج در مواد 318 و 319 ق.ت می باشد و اگر نامبرده ضامن ظهنویس چک باشد، موعد اقامه دعوی مواعد مندرج در مواد 286 و 287 ق.ت می باشد.

مبحث چهارم: مواعد قانونی اقامه دعوا در کنوانسیون های ژنو

گفتار اول: برات و سفته

در خصوص مواعد قانونی اقامه دعوا علیه امضاکنندگان برات کنوانسیون ژنو مصوب 1930 مطالبی بیان شده است. ماده 70 در خصوص مواعد اقامه دعوا در برات می باشد و طبق 77 کنوانسیون ژنو ماده 70 در خصوص سفته نیز لازم الرعایه است. طبق پاراگراف اول ماده 70 کنوانسیون ژنو مهلت اقامه دعوا علیه برات گیر قبول کننده سه سال از تاریخ سررسید می باشد. «کلیه ی حق رجوع های ناشی از برات نسبت به قبول کننده پس از گذشت سه سال از تاریخ سررسید ساقط می شود»¹ در حالی که مواعد اقامه دعوا جهت مراجعه به ظهنویسان و برات دهنده یک سال می باشد و شروع مهلت یک ساله از تاریخ تنظیم اعتراض نامه در مهلت مقرر یا از تاریخ سررسید در مورد قید «بازگشت بدون هزینه» می باشد. (ماده 70 کنوانسیون ژنو) مهلت اقامه دعوی در حالی که ظهنویسان وجه سند را پرداخت نمایند و دارنده سند شوند شش ماه می باشد و مبدأ شروع مهلت شش ماهه از تاریخ روزی است که

1. اسکینی، مجله حقوقی، شماره 12، ص 305.

مواعد مطالبه، واقامه دعوا و آثار عدم رعایت در برات، سفته، چک بانگاہ تطبیقی.....155
ظہرنویس مبلغ سند را تأدیہ نمودہ یا روزی کہ علیہ او اقامہ دعوا شدہ است می باشد.
(مادہ 70 کنوانسیون ژنو)

گفتار دوم: چک

در خصوص مواعد قانونی اقامہ دعوا در چک در کنوانسیون ژنو مصوب 1931
بایستی گفت کہ طبق مادہ 52 کنوانسیون مزبور مهلت اقامہ دعوا علیہ ظہرنویسان و
صادرکنندہ و دیگر مسئولان چک شش ماہ است و مبدأ شروع مهلت شش ماہہ از
تاریخ انقضای مهلت ارایہسند مندرج در مادہ 29 خواهد بود.
در صورتی کہ وجہ سند توسط یکی از مسئولان پرداخت شود مهلت اقامہ دعوا
توسط نامبرده علیہ مسئولین شش ماہ خواهد بود و مبدأ شروع مهلت روزی است کہ
مسئول پرداخت چک را تأدیہ نمودہ یا روزی کہ بہ وی مراجعہ شدہ است¹.
مادہ 52 کنوانسیون ژنو در خصوص چک مقرر می دارد: «دعاوی مبتنی بر حق
رجوع دارندہ علیہ ظہرنویسان، صادرکنندہ و دیگر مسئولان چک پس از گذشت شش
ماہ از تاریخ انقضای مهلت ارایہ سند، مشمول مرور زمان خواهد بود.»

فصل دوم: آثار مطالبہ، واخواست و اقامہ دعوا در خارج از مواعد قانونی در حقوق ایران و کنوانسیون های ژنو

در این فصل بہ طور مفصل آثار مطالبہ، واخواست و اقامہ دعوا در خارج از مواعد
قانونی در حقوق ایران و کنوانسیون های ژنو در خصوص برات و سفته و چک را در دو
بخش مجزا مورد بررسی قرار خواهیم داد.

1. اسکینی، مجلہ حقوقی، شماره 13، ص 386.

156.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و پنجم، پاییز 1393

بخش اول: آثار مطالبه، واخواست و اقامه دعوا در خارج از مواعد

قانونی در حقوق ایران

در واقع مسأله‌ی اصلی در این قسمت این است که اگر مطالبه سند تجاری اعم از عادی یا رسمی یا هر دو و اقامه دعوا در خارج از مواعد قانونی انجام گیرد چه آثاری بر مسئولیت امضاکنندگان و دارنده سند دارد و این امر طی سه گفتار مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

در صورتی که دارنده در مواعد قانونی وجه برات را مطالبه نموده (مواد 279 و 280 ق.ت) و در مواعد قانونی علیه امضا کنندگان سند اقامه دعوا نماید (مواد 286 و 287 و 288 و 318 و 319) حق مراجعه به تمامی امضا کنندگان را به صورت تضامنی دارا می‌باشد و این حق مراجعه در مواد 249 و 286 و 287 و 288 و 318 و 319 مورد تصریح قرار گرفته است. لذا در صورت رعایت مواعد مطالبه (عادی و رسمی) و مواعد اقامه دعوا، کلیه امضا کنندگان در برابر دارنده سند مسئولیت تضامنی دارند. و این امر مورد قبول اکثر حقوقدانان کشورمان نیز قرار گرفته و معتقدند که در صورتی که دارنده در موعد مقرر اعتراض نموده و در ظرف مدت معین اقامه دعوا نماید حق مراجعه به تمامی امضا کنندگان را به صورت تضامنی دارا می‌باشد.¹

مبحث اول: برات

در اسناد تجاری امضا کنندگان و مسئولین به دو گروه متفاوت تقسیم می‌شوند، گروه اول: مدیون اصلی اسناد تجاری که در برات، برات گیری که برات را قبول نموده یا برات دهنده‌ای که براتش قبول نشده، مدیون اصلی برات محسوب می‌شوند و از آنجا که ضامن آن‌ها نیز همانند مضمون عنه مسئولیت دارند لذا مسئولیت ضامن آن‌ها نیز

1. اعظمی زنگنه، عبدالحمید، حقوق بازرگانی (به اهتمام دکتر سهراب امینیان) چاپ چهارم، سال 1351، ص 249. خلعتبری، امیرارسلان خان، حقوق تجارت، مطبوعه اطلاعات، سال 1312، صص 348 و 349

مواعد مطالبه، واقامه دعوا و آثار عدم رعایت در برات، سفته، چک بانگاہ تطبیقی.....157

همانند مدیون اصلی است. گروه دوم: امضاء کنندگانی که صرفاً ضامن محسوب می‌شوند و مدیون اصلی نیستند لذا این دو گروه به صورت مجزا مورد بررسی قرار می‌گیرند.

گفتار اول: مدیون اصلی و ضامن او

ابتدا در خصوص برات دهنده‌ای که براتش قبول نشده بایستی گفت که در این صورت مدیون اصلی برات برات دهنده است. از سوی دیگر اگر برات دهنده وجه برات را به محال علیه نرسانیده باشد و در واقع برات سازشی باشد در این صورت برات دهنده مدیون اصلی است حتی اگر برات گیر برات را قبول نیز نموده باشد و از آنجاکه برای مراجعه به مدیون اصلی نیازی به وخواست و اقامه دعوی طبق مواد 280 و 286 و 287 نیست لذا در این حالت نیز دارنده در هر صورت حق مراجعه به برات دهنده را خواهند داشت اعم از این که تشریفات مقرر (وخواست و اقامه دعوی در موعد مقرر) را رعایت نموده یا ننموده باشد (مفهوم مخالف 274 و 290 ق.ت) و در این حالت اگر برات دهنده وجه سند را به دارنده پرداخت نماید، حق مراجعه به هیچ مسئولی را نخواهد داشت چون خود مدیون واقعی است.

در خصوص برات گیر یا محال علیه اگر برات را قبول ننماید و نکول نماید اصولاً هیچ گونه مسئولیتی در برابر دارنده سند نداشته و ندارد ولی اگر برات را قبول نماید، حق نکول بعدی را نداشته (ماده 231) و ملزم است در سر وعده وجه برات را پرداخت نماید (ماده 230) در مقررات قانون تجارت برای مراجعه دارنده به برات گیر قبول کننده تشریفات مقرر نشده است و نیازی به وخواست و اقامه دعوی در مهلت‌های مقرر در مواد 286 و 287 نیست و تنها محدودیت در مراجعه به برات گیر مقررات مرور زمان در مواد 318 و 319 ق.ت است، مراتب فوق در صادر کننده سفته نیز طبق ماده 309 عیناً لازم الرعایه است و در خصوص چک نیز رعایت مهلت‌های مواد 286 و

158.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و پنجم، پاییز 1393

287 در خصوص صادر کننده چک نیز لازم و ضروری نیست¹.

به عقیده برخی متعاقب حصول مرور زمان 5 ساله مندرج در ماده 318 ق.ت، دعوی دارنده دیگر به موجب برات پذیرفته نیست بلکه تابع قواعد عام است و فقط در صورتی می تواند از یکی از مسئولین مطالبه کند که او به ضرر دارنده بلاجهت دارا شده باشد این دعوی نیز به موجب ماده 319 تابع مقررات راجع به مرور زمان اموال منقوله است ولی چون این مرور زمان به موجب نظریه شورای نگهبان غیرشرعی تلقی شده است لذا چنین دعوی هرگز مشمول مرور زمان نمی شود².

لذا واضح و بدیهی است که برای مراجعه به مدیون اصلی و ضامن او در برات رعایت مواعد مطالبه و اقامه دعوا مندرج در مواد 279-280-286-287-288 ق.ت لازم و ضروری نیست و صرفاً دارنده بایستی مواعد مندرج در مواد 318 و 319 ق.ت را رعایت نماید و در صورتی که در مواعد قانونی مندرج در مواد 318 و 319 علیه مدیون اصلی اقامه دعوا ننماید، حق مراجعه به مدیون اصلی و ضامن او نیز ساقط می شود. البته بدیهی است که در صورتی که در طی مرور زمان مندرج در ماده 318 ق.ت (پنج سال) علیه مدیون اصلی و ضامن او اقامه دعوا نشود، اقامه دعوا علیه ضامن دیگر امکانپذیر نبوده و فقط صرفاً به کسی که از وجه سند استفاده بلاجهت نموده می توان طبق ماده 319 ق.ت مراجعه نمود.

غیر از عدم نیاز به واخواست جهت مراجعه به برات گیر و صادر کننده سفته، نیازی به رعایت مواعد مندرج در مواد 286 و 287 نمی باشد و از مفهوم رای وحدت رویه 597 مورخه 74/2/12 و قسمت اخیر ماده 290 و مفهوم مخالف مواد 286 الی 290 و همچنین منطوق ماده 291 میتوان به این نتیجه رسید که برای مراجعه به مدیون اصلی نیازی به رعایت مواعد اقامه ی دعوی مندرج در مواد 286 و 287 نیست.

1. حسن زاده، حقوق تجارت، پیشین، ص 198.

2. اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت تطبیقی، چاپ اول، مهر 1373، انتشارات مجد، صص 157-158.

مواعد مطالبه، واقامه دعوا و آثار عدم رعایت در برات، سفته، چک بانگاہ تطبیقی.....159

گفتار دوم: ضامنین به معنای عام

در اسناد تجاری غیر از مدیون اصلی بقیه ضامن محسوب می‌شوند مانند ظهرنویسان - ضامن به معنای خاص - برات دهنده.

در خصوص اثر مطالبه دعوا خارج از موعد مقرر بایستی گفت که طبق نظر دکتر فخاری از آنجایی که مطابق ماده 280 ق.ت. دارنده برات یا سفته‌ای که با عدم پرداخت روبرو شده باشد باید ظرف مدت 10 روز از تاریخ سر رسید، اقدام به واخواست عدم تادیه نماید در عمل اگر دارنده سند ظرف مدت مقرر جهت واخواست، سند را برای مطالبه وجه آن به متعهد ارایه کند، مشکلی برای وی بوجود نخواهد آمد.¹

در جواب به سوال فوق بایستی گفت عدم رعایت تکلیف مقرر در ماده 279 ق.ت. (مطالبه در سر وعده) همانند تکالیف مقرر در مواد 284 و 285 ق.ت. نمی‌تواند مسقط حق رجوع دارنده به مسئولین تضامنی باشد. چون اولاً: اگر دارنده در موعد مقرر در ماده 280 مبادرت به اعتراض عدم تادیه نماید در واقع وجه برات را به طور رسمی مطالبه نموده است و لذا این تکلیف انجام شده محسوب است و برات گیر پس از ابلاغ اعتراض نامه میتواند وجه برات را پرداخت نماید ثانیاً: در مواد 249 و 286 الی 291 برای مراجعه به برات دهنده و ظهرنویسها غیر از اعتراض عدم تادیه و اقامه دعوی در مهلت‌های مقرر شرط دیگری (مطالبه در سر وعده طبق ماده 279 ق.ت.) مقرر نشده است. ثالثاً: مطالبه وجه سند طبق ماده 279 فقط وظیفه دارنده نیست بلکه برات گیر قبول کننده نیز طبق ماده 230 قانون تجارت ملزم است وجه آن را در سر وعده تأدیه نماید. لذا به نظر می‌رسد که با توجه به تکلیف برات گیر به پرداخت وجه برات در سر وعده، عدم مطالبه دارنده مسقط حق مراجعه به امضاءکنندگان سند نباشد.² بنابراین بایستی گفت که وقتی دارنده در سر وعده اعتراض عدم تادیه مینماید اصل بر این است که دارنده قبل از آن در سر وعده وجه برات را مطالبه نیز نموده است مگر این که خلاف

1. فخاری، پیشین، ص 61.

2. حسن زاده، پیشین، ص 190.

160.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و پنجم، پاییز 1393

آن ثابت شود حتی در صورت عدم مطالبه در سر وعده، حق مراجعه به مسئولین تضامنی باقی است. این مقررات عینا در مورد سفته نیز صادق است و در چک نیز صرف اخذ گواهی عدم پرداخت در ظرف مواعد مندرج در مواد 315 و 317 ق.ت. برای مراجعه به مسئولین چک کفایت می نماید و حتی ماده 279 ق.ت. در چک حکومت ندارد، موارد فوق عینا در خصوص مسئولیت ظهر نویس و سایر مسئولین تضامنی نیز جاری است.

هر چند گفتیم که عدم رعایت ماده 279 مسقط حق رجوع به مسئولین تضامنی نیست ولی انجام یا عدم انجام این تکلیف بدون آثار قانونی نیست و اثر آن این است که اگر ثابت شود که دارنده بدون مطالبه در سر وعده و علیرغم آمادگی برات گیر برای پرداخت مبادرت به واخواست نموده است اولاً هزینه های واخواست از طرف دارنده قابل مطالبه نیست ثانياً دارنده نمیتواند در فاصله بین ثبت واخواست و ابلاغ واخواست از مسئولین تضامنی خسارت تاخیر تادیه در خواست نماید. مگر این که برات گیر همچنان قادر به پرداخت وجه سند نباشد.

همچنانکه در بحث اعتراض عدم تادیه نیز گفتیم در صورت عدم اعتراض یا اعتراض خارج از موعد دارنده اغلب امتیازات اسناد تجاری از جمله مسئولیت تضامنی امضاکنندگان و گرفتن تامین خواسته بدون تودیع خسارات احتمالی و امتیازات مقرر در مواد 110 و 145 قانون آیین دادرسی مدنی جهت مراجعه به مسئولین تضامنی (غیر از مدیون اصلی) از بین می رود و سند مزبور با سند مدنی فرق چندانی نخواهد داشت. در خصوص عدم رعایت مهلت های اقامه دعوی مندرج در مواد 286 و 287 و 288 ق.ت. بایستی گفت که ضمانت اجرای عدم اقامه دعوی در مواعد مقرر در مواد 286 و 287 در مواد 289 و 290 بیان شده است. طبق ماده 289 اگر دارنده در مواعد مقرر اقامه دعوی ننماید دعوی دارنده بر ظهر نویس ها در محکمه پذیرفته نخواهد شد و طبق ماده 290 ق.ت. در صورت عدم اقامه دعوی در موعد مقرر، دعوی دارنده بر علیه برات دهنده ای که وجه برات را در سر وعده به محال علیه رسانیده است پذیرفته

مواعد مطالبه، واقامه دعوا و آثار عدم رعایت در برات، سفته، چک بانگاہ تطبیقی.....161

نخواهد شد.

ماده 289: «پس از انقضا مواعد مقررہ در مواد فوق دعوی دارنده برات بر ظهر نویس‌ها و همچنین دعوی هر یک از ظهر نویس‌ها بر ید سابق خود در محکمہ پذیرفته نخواهد شد».

ماده 290: (پس از انقضا مواعد فوق دعوی دارنده و ظهر نویس‌های برات بر علیہ برات دهنده نیز پذیرفته نمی‌شود مشروط بر این کہ برات دهنده ثابت نماید در سر وعده وجہ برات را به محال علیہ رسانیده و در اینصورت دارنده برات فقط حق مراجعہ به محال علیہ را خواهد داشت).

بنابراین در صورتی کہ برات در مواعد قانونی و اخواست نگردد (ماده 280) و در صورت و اخواست در موعده مقرر در مواد قانونی اقامه دعوا صورت نگیرد (مواد 286 و 288) حق مراجعہ به برات دهنده، ظهرنویسان و ضامنین آن‌ها ساقط می‌شود و رأی وحدت رویه شماره 597 مورخه 74/2/12 و مواد 289 و 290 نیز بر این امر صحه می‌گذارد. البته این نتیجه مورد قبول اکثر حقوقدانان می‌باشد و معتقدند کہ اگر دارنده برات پس از انقضای مواعد مذکور در مواد 280 و 286 و 287 ق.ت مبادرت به طرح دعوی نماید دعوی دارنده علیہ ظهرنویسان و برات دهنده‌ای کہ ثابت کند وجہ برات را به محال علیہ رسانیده است پذیرفته نخواهد شد¹.

هرچند ما گفتیم کہ در صورت عدم اعتراض عدم تادیبه و اقامه دعوی در موعده مقرر حق مراجعہ به ظهر نویس و برات دهنده‌ای کہ وجہ برات را به محال علیہ رسانیده است از بین می‌ود ولی این امر به شرطی است کہ برات دهنده یا هر یک از ظهر نویس‌ها به طریق محاسبه یا عنوان دیگر وجہی را کہ برای تادیبه برات به محال علیہ رسانیده است مسترد ننماید و الا در صورت استرداد وجہ مزبور چون طبق ماده 291 ق.ت دارنده بر خلاف مقررات مواد 289 و 290 حق خواهند داشت علیہ دریافت کننده وجہ اقامه دعوی نماید.

1. عرفانی، محمود، حقوق تجارت، جلد اول، چاپ پنجم، نشر جهاد دانشگاهی، ص 233.

162.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و پنجم، پاییز 1393

به نظر می‌رسد که طبق ماده 291 ق.ت. اصل بر این است که برات دهنده قبلاً وجه برات را به محال علیه رسانیده است ولی بعداً ممکن است این وجه به خود برات دهنده به طریق محاسبه یا عنوان دیگر مسترد شده باشد و از سوی دیگر از ماده 291 برمی‌آید که اصولاً پس از انقضای مواعد اعتراض و اقامه دعوا حق مراجعه به مسئولین تضامنی (غیر از مدیون اصلی) نیست و فقط در یک حالت استثنایی می‌شود به ضامنین مراجعه نمود و آن حالتی است که ضامنین به علت پرداخت وجه توسط مدیون اصلی به آن‌ها، خود مدیون اصلی شوند که در این حالت از آنجا که حق مراجعه به مدیون اصلی منوط به رعایت مواعد اعتراض و اقامه دعوی در مواد 280 و 286 الی 288 نیست لذا در این راستا در ماده 291 به دارنده حق مراجعه به اشخاص مزبور اعطا شده است مثل این که صادرکننده سفته به علت عدم مراجعه و اعتراض و اقامه دعوی دارنده سفته، وجه سفته را به ظهرنویس اول پرداخت نماید که در این صورت ظهرنویس اول، مدیون اصلی شده لذا حق مراجعه به وی علی‌رغم انقضای مواعد اعتراض و اقامه دعوی امکان پذیر است.

مبحث دوم: سفته

گفتار اول: مدیون اصلی و ضامن وی

در سفته صادرکننده سفته مدیون اصلی می‌باشد و وضعیت وی همانند برات‌گیری است که برات را قبول نموده است و تمامی مطالبی که در خصوص برات‌گیر گفته شد، عیناً در اینجا نیز صادق است. چون طبق مواد 309 ق.ت. تمامی مقررات برات از مبحث چهارم الی آخر در سفته نیز لازم‌الرعايه است و ضامن صادرکننده نیز همانند متعهد سفته می‌باشد لذا حتی در صورتی که در موعد مقرر و اخواست به عمل نیامده (ماده 280) و اقامه دعوا نشده باشد (مواد 286 و 287) باز هم حق مراجعه به صادرکننده سفته و ضامن وی می‌باشد مگر این که دارنده در ظرف مواعد قانونی مندرج در مواد 318 و 319 ق.ت. اقامه دعوا ننماید که در این صورت دیگر دعوای دارنده علیه مدیون

مواعد مطالبه، واقامه دعوا و آثار عدم رعایت در برات، سفته، چک بانگاہ تطبیقی.....163

اصلی و ضامن وی مسموع نخواهد بود.

گفتار دوم: ضامن به معنای عام

در سفته ظهنویس و ضامن وی هردو مسئولیت تضامنی دارند ولی شرط مراجعه به آن‌ها و اخواست در موعد مقرر (ماده 280) و اقامه دعوا در مواعد قانونی مندرج در مواد 286 و 287 ق.ت می‌باشد و إلا حق مراجعه به آن‌ها ساقط خواهد شد (مواد 290 و 289 و 309) و تمامی مطالبی که در برات گفته شد عیناً در سفته نیز حاکم است.

مبحث سوم: چک

گفتار اول: مدیون اصلی و ضامن وی

در چک اصولاً صادرکننده چک مدیون اصلی می‌باشد مگر این که وجه چک به سببی مربوط به محال علیه است از بین برود (قسمت اخیر ماده 315) لذا در این حالت محال علیه مدیون اصلی است.

برای مراجعه به مدیون اصلی و ضامن وی همانند برات گیر قبول کننده و صادرکننده سفته نیازی به رعایت مواعد قانونی برای مطالبه و گواهینامه عدم پرداخت در مواد 315 و 317 ق.ت و مواعد اقامه دعوی در مواد 286 و 287 نیست و صرفاً دارنده بایستی مواعد اقامه دعوا را در مواد 318 و 319 ق.ت رعایت نماید و إلا حق مراجعه دارنده به مدیون اصلی و ضامن وی ساقط می‌شود.

گفتار دوم: ضامنین به معنای عام

در چک ظهنویس و ضامن وی در برابر دارنده مسئولیت تضامنی دارند ولی شرط برقراری مسئولیت تضامنی آن‌ها اخذ گواهینامه عدم پرداخت در مواعد قانونی مندرج در مواد 315 و 317 و اقامه دعوی در مواعد مندرج در مواد 286 و 287 و 288 ق.ت می‌باشد و در صورتی که نامبرده از انجام تکالیف فوق در موعد مقرر خودداری نماید طبق مواد 289 و 290 و 314 حق مراجعه دارنده به ظهنویسان و ضامن آن‌ها ساقط

خواهد شد.

بخش دوم: آثار مطالبه، واخواست و اقامه دعوا در خارج از مواعد قانونی در کنوانسیون‌های ژنو

مبحث اول: در کنوانسیون ژنو در خصوص برات و سفته

در خصوص اثر مطالبه خارج از موعد در برات و سفته در کنوانسیون ژنو مصوب 1930 بایستی گفت اگر دارنده برات و سفته را در مواعد قانونی مطالبه و واخواست ننماید (ماده 44 کنوانسیون ژنو)، طبق ماده 53 کنوانسیون ژنو حق مراجعه خود را علیه کلیه ی امضا کنندگان غیر از برات گیر قبول کننده از دست خواهد داد. بنابراین طبق ماده 53 برای مراجعه به مدیون اصلی نیازی به رعایت مواعد مطالبه و واخواست نیست.

ماده 53 با عبارات ذیل مطالب فوق را مقرر می‌دارد:

«پس از انقضای مهلت‌های زمانی معین برای ارایه برات به رؤیت یا به وعده از رؤیت برای تنظیم اعتراض به جهت نکول یا عدم تأدیه برای ارایه برات جهت پرداخت در حالتی که واجد شرط «بازگشت بدون مخارج» می‌باشد، دارنده حق مراجعه خود علیه ظهرنویسان و برات‌دهنده و سایر اشخاص مسئول را به استثنا قبول‌کننده سند از دست می‌دهد.

در صورت عدم ارایه برات جهت قبولی در محدوده زمانی شرط شده توسط برات‌دهنده، دارنده حق مراجعه خود را به جهت عدم تأدیه به‌علاوه به جهت عدم قبولی از دست می‌دهد مگر اینکه از عبارات شرط چنین استناد شود که مقصود برات‌دهنده فقط این بوده که خودش را از تضمین قبولی معاف نماید.

اگر شرط ارایه سند در مهلت زمانی معین جهت قبولی در ظهرنویسی گنجانده شود

مواعد مطالبه، واقامه دعوای آثار عدم رعایت در برات، سفته، چک بانگاہ تطبیقی.....165

فقط ظهرنویس حق استناد به این شرط را خواهد داشت¹»

در خصوص اثر اقامه دعوا در خارج از مواعد قانونی بایستی گفت که طبق ماده 70 کنوانسیون ژنو قانونگذار مواعدی را جهت مراجعه به مدیون اصلی و ضامنین پیش بینی نموده و طبق نص صریح ماده مذکور اگر اقامه دعوا خارج از مواعد مندرج در ماده مزبور صورت گیرد، حق مراجعه به مسئولین ساقط خواهد شد.

ماده 70 کنوانسیون ژنو مقرر می‌دارد: «کلیه حق رجوع عای ناشی از برات نسبت به قبول کننده پس از گذشت سه سال از تاریخ سررسید ساقط می‌شود.

حق رجوع‌های دارنده علیه ظهرنویسان و برات کش پس از یک سال از تاریخ تنظیم اعتراض نامه در مهلت مقرر یا از تاریخ سررسید در مورد قید «بازگشت بدون هزینه» (در برات) سلب می‌گردد.

حق رجوع‌های پشت نویسان نسبت به یکدیگر و علیه برات کش بعد از گذشت شش ماه از تاریخ روزی که ظهرنویس مبلغ سند را تأدیه نموده یا روزی که علیه او اقامه دعوی شده است، ساقط می‌شود.

مبحث دوم: کنوانسیون ژنو در خصوص چک

در خصوص اثر مطالبه و اقامه دعوا در خارج از مواعد در کنوانسیون ژنو در خصوص چک مصوب 1931 بایستی گفت که اگر دارنده در ظرف مواعد قانونی مندرج در مواد 29 و 30 و 31 و 41 چک را مطالبه و واخواست ننماید، حق مراجعه علیه ظهرنویسان و صادرکننده از بین می‌رود و ماده 40 بیانگر این امر است که شرط مراجعه به مسئولین چک مطالبه در مواعد قانونی است. اگر دارنده در مواعد قانونی مندرج در ماده 52 کنوانسیون ژنو مبادرت به اقامه دعوا ننماید، دیگر حق اقامه دعوا علیه امضاکنندگان را از دست می‌دهد و دعوای وی مشمول مرور زمان خواهد گردید.

ماده 52 مقرر می‌دارد: «دعوای مبتنی بر حق رجوع دارنده علیه ظهرنویسان،

1. حسن زاده، جزوه حقوق تجارت تطبیقی، پیشین، ص 85.

166.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و پنجم، پاییز 1393

صادرکننده و دیگر مسئولان چک پس از گذشت شش ماه از تاریخ انقضای مهلت ارایه سند، مشمول مرور زمان خواهد بود.»

«دعای مبتنی بر حق رجوع مسئولان مختلف پرداخت چک نسبت به یکدیگر پس از شش ماه از روزی که مسئول پرداخت چک را تأدیه نموده یا روزی که به وی مراجعه شده است، مشمول مرور زمان خواهد گردید.»

نتیجه گیری

در صورتی که مدیون اصلی از پرداخت وجه سند در سررسید خودداری نماید و در واقع مطالبه عادی منتهی به پرداخت وجه سند نشود، دارنده برای برخورداری از امتیازات اسناد تجاری و حفظ حق مراجعه خود به سایر امضاکنندگان به صورت تضامنی بایستی مطالبه رسمی را نیز انجام دهد که این مطالبه رسمی در برات و سفته طبق ماده 280 و 309 ق.ت. اعتراض عدم تأدیه یا واخواست نامیده می شود و در چک طبق مواد 314 و 315 و 317 ق.ت. و رأی وحدت رویه شماره 536، واخواست ضرورت نداشته و گواهینامه عدم پرداخت جایگزین واخواست شده است. البته مطالبه رسمی یا همان واخواست عدم تأدیه طبق ماده 44 کنوانسیون ژنو درخصوص برات و سفته نیز لازم و ضروری می باشد.

درخصوص موعد مطالبه رسمی برات و سفته بایستی گفت که موعد مطالبه در تمامی برات ها و سفته ها طبق ماده 280 ق.ت. ده روز از تاریخ سررسید است و روز وعده جزء مدت ده روز محسوب نبوده و روز اقدام جزء مدت ده روز حساب می شود البته باتوجه به وضعیت خاص برات به رؤیت و سفته عندالمطالبه بایستی گفت که دارنده در این نوع برات و سفته از تاریخ صدور آن ها تا یک سال و ده روز حق مطالبه و واخواست دارد و در ماده 44 کنوانسیون ژنو مهلت اعتراض عدم تأدیه در برات به سررسید روز معین یا به وعده از تاریخ صدور یا به وعده از تاریخ رؤیت حداکثر دو روز غیر تعطیل از تاریخ سررسید می باشد و این مواعد طبق ماده 76 کنوانسیون ژنو در

مواعد مطالبه، واقامه دعوا و آثار عدم رعایت در برات، سفته، چک بانگاہ تطبیقی.....167

سفته نیز لازم الرعایه است.

در خصوص چک از آنجا که وضعیت خاصی دارا می باشد بنابراین موعد مطالبه عادی و رسمی طبق مواد 315 و 317 ق.ت و 15 و 45 روز و چهار ماه از تاریخ صدور مندرج در متن چک می باشد اعم از این که چک وعده دار یا بی وعده باشد البته در صورتی که چک در محل صدور نیز قابل پرداخت باشد موعد مطالبه در هر صورت 15 روز می باشد که این امر در خصوص چک های آنلاین مصداق دارد و طبق ماده 29 کنوانسیون ژنو در خصوص چک، موعد مطالبه 8 روز و 20 روز و 70 روز می باشد.

در خصوص مواعد قانونی اقامه دعوا در برات بایستی گفت موعد اقامه دعوا علیه برات دهنده در حالتی که دارای محل است (در واقع برات دهنده مدیون اصلی محسوب نبوده و صرفاً ضامن است) طبق مواد 286 و 287 ق.ت بر حسب مورد یک سال یا دو سال از تاریخ اعتراض عدم تأدیه است و در حالتی که برات دارای محل نمی باشد و در واقع در این حالت برات دهنده مدیون اصلی محسوب خواهد شد، طبق مفهوم مخالف مواد 274 و 290 ق.ت موعد مطالبه مندرج در مواد 286 و 287 ق.ت در خصوص برات دهنده مزبور حاکم نبوده و صرفاً مواعد مندرج در مواد 318 و 319 ق.ت (مواعد مرور زمان 5 سال و 10 سال) حاکم است.

در خصوص مواعد اقامه دعوا در برات علیه ظهرنویس بایستی گفت که مواعد اقامه همان مواعد مندرج در مواد 286 و 287 ق.ت می باشد و در صورتی که خود ظهرنویس وجه سند را پرداخت نماید طبق ماده 288 ق.ت نامبرده نیز جهت مراجعه به ایادی قبلی خود بایستی ظرف مواعد مندرج در مواد 286 و 287 ق.ت اقامه دعوا نماید.

در خصوص مهلت اقامه دعوا علیه ضامن خاص در برات بایستی گفت که موعد اقامه دعوا علیه نامبرده همانند مضمون عنه وی می باشد و اگر ضامن خاص از مدیون اصلی ضمانت نماید، موعد اقامه دعوا علیه نامبرده مواعد 5 سال و 10 سال مندرج در مواد 318 و 319 ق.ت می باشد و رأی وحدت رویه شماره 597 مورخه 74/3/12 بر

168.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و پنجم، پاییز 1393

این امر صحه می‌گذارد و در صورتی که ضامن خاص، ضامن سایر امضا کنندگان باشد (همانند برات دهنده و ظهرنویسان) موعد اقامه علیه وی یک سال یا دو سال بر حسب مورد از تاریخ اعتراض می‌باشد. (مواد 286 و 287 ق.ت)

درخصوص موعد اقامه دعوا درخصوص برات گیری که برات را قبول نموده بایستی گفت که نامبرده مدیون اصلی بوده و برای مراجعه به مدیون اصلی نیازی به رعایت مواعد مطالبه و واخواست و اقامه دعوی در مواد 279 و 280 و 286 و 287 ق.ت نمی‌باشد بلکه صرفاً بایستی مواعد اقامه در ماده 318 ق.ت (پنج سال از تاریخ اعتراض) و ماده 319 ق.ت (ده سال) را رعایت نماید و رأی وحدت رویه شماره 597 مورخه 74/2/12 نیز مؤید این ادعا است.

تمامی مواعیدی که درخصوص اقامه دعوا در برات گفته شد طبق ماده 309 ق.ت درخصوص مسوولین سفته نیز حاکم است. لذا اقامه دعوا علیه صادرکننده سفته و ضامن وی در مواعد مندرج در 318 و 319 ق.ت و سایر امضاء کنندگان سفته مواعد مندرج در مواد 286 و 287 و 288 ق.ت می‌باشد.

مواعد اقامه دعوا در برات طبق ماده 314 ق.ت درخصوص چک نیز لازم الرعایه است لذا موعد اقامه دعوا علیه صادرکننده و ضامن وی همان مواعد مندرج در مواد 318 و 319 ق.ت است و مواعد اقامه دعوا علیه سایر امضا کنندگان همان مواعد مندرج در مواد 286 و 287 و 288 می‌باشد البته در چک اگر طبق ماده 315 ق.ت محال علیه مسوولیت داشته باشد، از آنجاکه در این حالت مدیون اصلی تلقی می‌شود لذا موعد اقامه دعوی علیه وی همانند صادرکننده چک است (مواد 318 و 319 ق.ت)

مواعد اقامه دعوا در برات و سفته در کنوانسیون ژنو طبق مواد 70 و 77 کنوانسیون ژنو تعیین شده است که بر حسب مورد سه سال درخصوص مراجعه به برات گیر قبول کننده، یک سال جهت مراجعه به برات دهنده و ظهرنویسان و در حالتی که ظهرنویس وجه سند را پرداخت نماید، مهلت مراجعه ظهرنویس به ایادی ماقبل خود شش ماه می‌باشد.

مواعد مطالبه، واقامه دعوا و آثار عدم رعایت در برات، سفته، چک بانگاہ تطبیقی.....169

در خصوص موعد اقامه دعوا در خصوص چک در کنوانسیون ژنو، ماده 52 آن تعیین تکلیف نموده و مهلت اقامه دعوا جهت مراجعه به کلیه امضاءکنندگان شش ماه است و مبدأ شروع مهلت شش ماهه فوق از تاریخ انقضای مهلت ارایه سند مندرج در ماده 29 می باشد.

برای مراجعه به مدیون اصلی در برات و سفته و چک و ضامن آنها طبق مفهوم مخالف ماده 274 و مفهوم مخالف مواد 286 الی 290 ق.ت. و رأی وحدت رویه شماره 597 مورخه 74/2/12 و منطوق ماده 291 ق.ت، نیازی به واخواست و رعایت مواعد قانونی اقامه دعوا مندرج در مواد 286 و 287 ق.ت نمی باشد می توان حتی بدون واخواست در برات و سفته نیز علیه مدیون اصلی و ضامن وی اقامه دعوی نمود و مفهوم ماده 318 ق.ت. و سایر مواد قانونی نیز بر این امر صحه می گذارد.

ولی برای مراجعه به ضامنین به معنای عام (غیر از مدیون اصلی و ضامن وی) اولاً: بایستی اعتراض و واخواست در مواعد قانونی انجام گیرد چون در مواد 249 و 280 و 282 و 286 و 287 ق.ت شرط مسوولیت تضامنی برات دهنده و ظهرنویسان و ضامن آنها و اقامه دعوا علیه آنها، اعتراض عدم تأدیه در موعد مقرر است لذا در صورت عدم اعتراض و اعتراض خارج از موعد تمامی امتیازات اسناد تجاری از بین می رود و سند مزبور با سند ذمه مدنی فرق چندانی نخواهد داشت. البته اثبات نمودیم که عدم مطالبه عادی در موعد مقرر مسقط حق مراجعه به مسوولین نمی باشد. ثانیاً: در صورت عدم رعایت مهلت های اقامه دعوا در مواد 286 و 287 و 288 ق.ت، دعوی دارنده علیه ظهرنویس ها و برات دهنده و ضامن آنها نیز در محکمه پذیرفته نخواهد شد و مواد 289 و 290 ق.ت بر این امر صحه می گذارد و البته تمامی مطالبی که در خصوص برات بیان می شود عیناً طبق مواد 309 و 314 ق.ت به خصوص مسوولین سفته و چک نیز لازم الرعایه است.

در پایان در خصوص اثر عدم رعایت مواعد قانونی مطالبه رسمی و اقامه دعوا در کنوانسیون های ژنو بایستی گفت که همانند حقوق ایران، عدم رعایت مواعد قانونی

170.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و پنجم، پاییز 1393

مطالبه و اقامه دعوا یا هردو در کنوانسیون‌های ژنو حقوق دارنده را در خصوص مراجعه به مسوولین تضامنی از بین می‌برد و دارنده فقط حق مراجعه به مدیون اصلی و ضامن او را خواهد داشت. در این راستا در برات و سفته اگر دارنده طبق ماده 44 کنوانسیون ژنو وجه برات و سفته را در مواعد قانونی مطالبه و واخواست ننماید طبق ماده 53 کنوانسیون، دارنده حق مراجعه خود را علیه کلیه امضاءکنندگان به غیر از برات گیر قبول کننده از دست خواهد داد و طبق ماده 70 کنوانسیون در صورتی که دارنده مواعد قانونی مندرج در ماده مزبور را جهت اقامه دعوا رعایت ننماید حق مراجعه به تمامی امضاءکنندگان را از دست می‌دهد.

در خصوص چک در کنوانسیون ژنو نیز وضعیت همانند برات و سفته است و اگر دارنده چک در ظرف مواعد قانونی مندرج در مواد 29 و 30 و 31 و 41 وجه چک را مطالبه و واخواست ننماید حق مراجعه دارنده چک علیه ظهرنویسان و صادرکننده از بین خواهد رفت. (ماده 40 کنوانسیون ژنو) و طبق ماده 52 کنوانسیون ژنو اگر دارنده چک در ظرف مواعد قانونی مندرج در ماده 52 اقامه دعوا ننماید، حق اقامه دعوا علیه امضاءکنندگان ساقط گردیده و دعوی وی مشمول مرور زمان خواهد گردید.

مواعد مطالبه، واقامه دعوا و آثار عدم رعایت در برات، سفته، چک بانگه تطبیقی.....171

فهرست منابع

1. اسکینی ربیعا، حقوق تجارت (برات، سفته، قبض انبار، اسناد در وجه حامل و چک)، انتشارات سمت، چاپ دوم، تألیف 1374.
2. اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت تطبیقی، چاپ اول، مهر 1373، انتشارات مجد.
3. اسکینی، ربیعا، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی، شماره 12.
4. اسکینی، ربیعا، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی، شماره 13.
5. اعظمی زنگنه، عبدالحمید، حقوق بازرگانی (به اهتمام دکتر سهراب امینیان) چاپ چهارم، سال 1351.
6. بانکداری داخلی - 1 (تجهیز منابع)، اداره کل آموزش بانک ملی ایران، چاپ 12، اردیبهشت ماه 90.
7. بهرامی، بهرام، حقوق تجارت کاربردی، چاپ سوم، زمستان 1387، نشر نگاه بینه.
8. حسن زاده، حیدر، حقوق تجارت، اسناد تجارتي (برات، سفته، چک، اسناد در وجه حامل)، انتشارات مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ اول، 1393.
9. حسن زاده، حیدر، جزوه درس حقوق تجارت تطبیقی، مقطع کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی.
10. خلعتبری، امیرارسلان خان، حقوق تجارت، مطبوعه اطلاعات، سال 1312.
11. عبادی، محمدعلی، حقوق تجارت، چاپ 24، 1385، نشر گنج دانش.
12. عرفانی، محمود، حقوق تجارت، جلد اول، چاپ پنجم، نشر جهاد دانشگاهی.
13. شهری غلامرضا، حسین آبادی امیر، مجموعه نظریه‌های مشورتی در مسائل مدنی (اداره حقوقی دادگستری جمهوری اسلامی ایران از سال 58 به بعد) نشر روزنامه رسمی.
14. شهری غلامرضا و غیره، مجموعه تنقیح شده قوانین و مقررات حقوقی، جلد دوم، انتشارات روزنامه رسمی کشور، چاپ اول، 1384.
15. صقری محمد، حقوق بازرگانی «اسناد»، چاپ اول، سال 1380، شرکت

172.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و پنجم، پاییز 1393

سهامی انتشار.

16. فخاری، امیرحسین، اندیشه‌های حقوقی 3، انتشارات مجد، چاپ اول، 1387.

17. قربانی، فرج اله، مجموعه کامل قوانین و مقررات آیین دادرسی مدنی، چاپ

سوم، 1375، انتشارات فردوسی.

18. نوبخت، یوسف، اندیشه‌های قضائی، چاپ اول، پاییز 1385، انتشارات تولید

کتاب (تک).



میانجی‌گری کارآمدترین روش جایگزین حل اختلاف برای تحقق عدالت ترمیمی

* دکتر بابک درویشی ** محمدرضا جلیلیان

تاریخ دریافت: 1393/11/15

تاریخ پذیرش: 1393/12/6

چکیده

شیوه‌های جایگزین حل اختلاف از دیرباز برای رفع خصومت و حل و فصل دعاوی حقوقی و کیفری بین اشخاص و جوامع مورد استفاده قرار گرفته است. گرچه از شیوه‌های جایگزین حل اختلاف بیشتر برای حل و فصل دعاوی حقوقی استفاده می‌گردد مع الوصف میانجی‌گری که از روش‌های شناخته شده موثر و مشترک بین شیوه‌های جایگزین حل اختلاف و روش متداول در تحقق عدالت کیفری است نقش تعیین کننده‌ای در حل و فصل دعاوی کیفری در خارج از دادگاه‌ها داشته است. در پی ناکارآمدی سیستم عدالت کیفری سنتی و دیدگاه‌های سزا دهنده و باز پروانه در حل مشکلات بزه کاری، عدالت ترمیمی با بهره‌گیری از روش‌هایی از قبیل میانجی‌گری موجب گردیده است سهام‌داران پدیده مجرمانه در رفع خصومت و حل مشکل فی مابین حضور فعال داشته و جنبه‌ی حمایت از بزه دیده مورد توجه ویژه قرار گیرد. لذا این نوشتار به تبیین نقش میانجی‌گری در تحقق عدالت ترمیمی می‌پردازد.

واژگان کلیدی: روش‌های جایگزین، حل اختلاف، عدالت ترمیمی، بزه دیده، بزه‌کار

* عضو هیات علمی دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز

** کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی

مبحث اول: روش‌های جایگزین حل اختلاف

گفتار اول: مفاهیم و انواع روش‌های جایگزین حل و فصل اختلاف (ADR)

اصطلاح ADR که مخفف عبارت انگلیسی Alternative Dispute Resolution است به تازگی وارد ادبیات حقوقی ما شده است. ترجمه‌ی نزدیک و جامع این اصطلاح «شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف» است.¹ نویسندگان حقوقی در تعریف ADR عناصر کم و بیش مشابهی را بیان کرده‌اند که در این میان عنصر اصلی و تأکید این تعاریف بر حل و فصل اختلافات در خارج از دادگاه‌های دولتی است یعنی طرف‌های اختلاف خودشان و اغلب با کمک اشخاص ثالث بی‌طرف، اختلافات را بدون مراجعه به دادگاه‌های دولتی حل و فصل می‌کنند. به عبارت دیگر شیوه‌های جایگزین حل اختلاف عنوان عامی است که به راهکارهای حل و فصل خصوصی اختلاف از سوی افراد اشاره دارد مقصود از این شیوه‌ها، طرق و راهکارهایی است که طرفین به جای توسل به دادگاه‌های دادگستری بر می‌گزینند تا دعوی خود را به گونه‌ای که مناسب می‌دانند فیصله دهند. این شیوه‌ها با همه تنوع و اقسامی که دارند در یک امر مشترک بوده و آن ماهیت غیر قضایی و غیردولتی آنهاست و وصف «جایگزین» گویای همین ماهیت است.² مهم‌ترین این روشها عبارتند از: داوری، سازش، میانجی‌گری، مذاکره و حکم کارشناسی.

1. درویشی هویدا، یوسف، شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف، 1388، تهران، نشر میزان.

2. توسلی جهرمی، منوچهر، نگاهی به شیوه‌های جایگزین حل اختلاف در مقررات جدید اتاق بازرگانی بین‌المللی، 1380، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوق بین‌المللی جمهوری اسلامی، شماره 26-27، صص 365-366.

میانجی‌گری کارآمدترین روش حل اختلاف برای تحقق عدالت ترمیمی.....175

بند اول: قضاوت خصوصی¹

قضاوت در فرهنگ عمومی به معنی فصل خصومت در میان مردم است و معنی دیگر قضاوت حکم کردن است.² برخی به جای قضاوت لغت قضاء را به کار می‌برند که در فقه آن را چنین تعریف کرده‌اند: «ولایت صدور حکم از کسی که صلاحیت افتاء دارد و در مورد جزییات قوانین شرعی و بین اشخاص معین به منظور اثبات حقوق و استیفای آنها به نفع ذینفع به همین معنی است.»³ برخی دیگر نیز قضاوت را رسیدگی به مرافعات مدنی و جزایی و صدور حکم تعریف کرده‌اند.⁴

در قرآن کریم آیات بسیاری درباره قضاوت وجود دارد و از قراین موجود در آنها، مشخص است که منظور همان قضاوت‌های معمول انسان‌هاست نه فقط قضاوت‌های خاص. حتی از نظر برخی از مفسران منظور از قضاوت در بعضی از آیات قرآن که در مورد دیگران می‌باشد، کلیه رفتارهای انسان با مردم است که نتیجه فکر و قضاوت اوست.

در قرآن کریم کلمات مختلفی همچون قضاء در رابطه با مفهوم قضاوت به کار رفته است. قضاء یعنی حکم کردن و فیصله دادن و فیصله دادن به امری خواه با گفتار باشد یا به صورت عملی.⁵

قضاوت انواع مختلفی دارد که از نظر انجام این عمل توسط دولت و حکومت و یا توسط اشخاص حقیقی و یا حقوقی غیردولتی به قضاوت دولتی و قضاوت خصوصی

1. Private judgment

2. فرهنگ معین

3. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، 1385، چاپ شانزدهم، کتابخانه گنج دانش، ص 547.

4. مقالات قزوینی، جلد 1، ص 220.

5. برومند، محمدحسین، قضاوت‌های انسان از دیدگاه قرآن کریم، 1384، نشریه پژوهش‌های دینی، ص 175-197.

176.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و پنجم، پاییز 1393

تقسیم می‌گردد و منظور از قضاوت خصوصی عبارتست از طرق و راهکارهایی که طرفین یک اختلاف به جای توسل به دادگاه‌ها و محاکم دولتی، برمی‌گزینند تا دعوی خود را به گونه‌ای که خود مناسب می‌بینند در نزد افراد امین و مورد اعتماد خود حل و فصل نمایند.¹ به عبارت دیگر هر آیین و روشی جهت حل و فصل دعوی میان اشخاص به استثنای دادرسی قضایی قضاوت خصوصی نامیده می‌شود.

بند دوم: داوری²

داوری در لغت به معنی قضاوت کردن است.³

داوری عبارتست از فصل خصومت بتوسط یک یا چند نفر نه به طریق فصل خصومت دادگاه‌های رسمی یا فصل خصومت بتوسط غیرقضایی و بدون رعایت تشریفات رسمی رسیدگی دعوی.⁴

به تعبیر دیگر داوری، قضاوتی خصوصی بر اساس اصول حقوقی است و علی القاعده، منشأ قراردادی دارد و بر اساس آن طرفین اختلاف با رابطه حقوقی، تراضی می‌کنند که قضاوت در مورد اختلاف خود را به جای این که در دادگاه دولتی مطرح کنند به شخص یا اشخاص غیردولتی که خودشان قبول دارند و یا در مورد آن‌ها توافق نموده‌اند محول کنند.⁵

داوری عبارتست از رفع اختلاف بین متداعیین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی مرضی الطرفین یا انتسابی.⁶

1. توسلی جهرمی، منوچهر، همان منبع، صص 365-366.

2. Arbitration

3. فرهنگ معین.

4. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، همان منبع، ص 284.

5. یوسف‌زاده، مرتضی، حقوق کارشناسی، 1378، تهران، نشر یادآوران، ص 278.

6. بند الف ماده یک قانون داوری تجاری بین‌المللی.

بند سوم: سازش¹

سازش در لغت به معنی: توافق، سازگاری، صلح و خوش رفتاری است.² سازش به این معنی است که طرفین با ارجاع اختلاف به شخص یا اشخاص مورد اعتماد و منتخب خود از آن‌ها می‌خواهند که بین آن‌ها سازش برقرار کند و یا راه حلی برای سازش پیشنهاد نماید بدون این که وارد رسیدگی حقوقی و قضایی بشود و سپس یا پیشنهاد آن شخص را می‌پذیرند و اجراء می‌کنند و یا به راه و روش دیگر رو می‌آورند.³

هم چنین سازش عبارتست از تراضی طرفین دعوی بر فیصله نزاع معین در دادگاه و با دخالت دادرس دادگاه سازشنامه‌ای که به این ترتیب تنظیم می‌شود ماهیت یک سند رسمی صلح را دارد و مانند هر عقدی فقط بین طرفین و قایم مقام آنان لازم‌الاتباع است نه نسبت به ثالث.⁴

بند چهارم: میانجی‌گری⁵

در لغت به معنی وساطت و پادرمیانی کردن است.⁶ یکی از روش‌های غیرالزام‌آور حل و فصل اختلافات است که طی آن شخص ثالث بی‌طرف به طرفین دعوا کمک می‌کند تا به یک راه‌حل توافق شده و دوجانبه دست یابند. باید توجه داشت که صرفاً مذاکره میان طرفین را تسهیل می‌کند تا در خصوص یک راه‌حل قابل پذیرش به تفاهم برسند مع الوصف این آیین برای طرفین الزام‌آور نخواهد بود.

یکی از معروف‌ترین شیوه‌های مدیریت اختلاف می‌باشد که به قدمت پیدایش

1. Conciliation

2. فرهنگ فارسی معین.

3. یوسف‌زاده، مرتضی، همان منبع، ص 276.

4. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، همان منبع، ص 348.

5. Mediation

6. لغت‌نامه دهخدا.

اختلاف می‌رسد. به تعبیر دیگر فرایندی است که به وسیله آن طرف‌های اختلاف با کمک فرد یا افراد بی‌طرف، به طور نظام‌مند مسایل مورد اختلاف را تجزیه و تحلیل می‌نمایند تا راه حل‌هایی بیابند، بدیل‌هایی را بررسی نمایند و به یک توافق اجتماعی که نیازهای آن‌ها را تأمین می‌کند دست یابند.¹

بند پنجم: مذاکره²

مذاکره در لغت به معنی گفتگو کردن درباره کاری یا امری است.³ در تعریف مذاکره به عنوان روش حل اختلاف می‌توان گفت مذاکره روشی است که از طریق آن طرفین اختلاف در صدد حل اختلاف خود بدون مداخله شخص ثالث به عنوان تسهیل کننده حل اختلاف هستند و این فرایند از طریق گفتگو و تماس‌های مستقیم صورت می‌گیرد.⁴

بند ششم: حکم کارشناسی⁵

کارشناسی در لغت به معنی شناسایی کار و خبرگی است.⁶ در تعریف این روش حل اختلاف گفته شده است که «حکم کارشناسی عبارت است از ارجاع اختلاف به شخص ثالث بی‌طرف جهت حل و فصل اختلاف از طریق استفاده از تخصص وی»⁷

حکم کارشناسی نیز هم‌چون سایر شیوه‌های ای.دی.آر اصولاً مستلزم توافق طرفین است. یکی از دلایل مهم در کلیه دادرسی‌ها کارشناسی است. کارشناسی به معنی

1. گرشاسبی، اصغر، هنر و فن میانجیگری، 1388، تهران، نشر مهاجر.

2. Negotiation

3. فرهنگ فارسی معین.

4. درویشی هویدا، یوسف، همان منبع، ص 83.

5. Expert determination

6. فرهنگ فارسی معین.

7. درویشی هویدا، یوسف، همان منبع، ص 54.

میانجی‌گری کارآمدترین روش حل اختلاف برای تحقق عدالت ترمیمی.....179

اعلام نظر تخصصی و فنی در خصوص موضوع مورد نظر است.¹ گفته شده کارشناس عبارت است از شخصی که به مناسبت علم یا شغل یا کسب، دارای معلومات و تشخیص لازم باشد. کارشناس مترادف اهل خبره شناخته شده و اهل خبره کسانی هستند که در موضوع مادی یا معنوی دارای بصیرت و اطلاعات خاص که از ممارست متمادی آن‌ها حاصل شده است باشند.² برخی نیز در تعریف کارشناسی گفته‌اند «تحقیقی است که دادگاه به منظور تمیز حق یا تمهید مقدمات آن، به عهده شخص صلاحیت‌داری به نام کارشناس می‌نهد و از او می‌خواهد که اطلاعات فنی و حرفه‌ای را که در دسترس دادگاه نیست در اختیار دادرس قرار دهد یا اعتقاد و استنباط خود را از قراین فنی و علمی بیان کند.³ هم چنین از مجموع آنچه در فقه بیان شده، معلوم می‌شود که مهم‌ترین دلیل اعتبار نظر اهل خبره، سیره عقلا بر رجوع به اهل خبره و قاعده رجوع جاهل به عالم است، علاوه بر این، گاهی بر لزوم حصول و شوق و اطمینان و اعتبار آن در مورد نظر اهل خبره تأکید شده و برخی، حتی شرایط شهادت را لازم دانسته‌اند.⁴ روش‌های جایگزین حل اختلاف (ADR)⁵ که به منظور حل اختلاف در خارج از دادگاه مورد استفاده قرار می‌گیرند، در اکثر کشورهای دنیا مورد استقبال قرار گرفته و به عنوان ابزاری مؤثر و کارآمد برای حل و فصل اختلافات میان اشخاص به کار می‌رود. مزایای این روش‌ها که جای قضاوت حکمی را گرفته و خصومت فی‌مابین اشخاص را از طریق مراجع غیرقضایی حل و فصل و رفع می‌نماید به حدی است که امروزه نه تنها

1. یوسف‌زاده، مرتضی، همان منبع، ص 247.

2. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، همان منبع، صص 97، 563.

3. کاتوزیان، ناصر، مقاله کارشناسی، علم و تجربه در خدمت عدالت، 1382، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره 62، صص 317-318.

4- حسن‌زاده، مهدی، بررسی فقهی و حقوق کارشناسی و ارزش اثباتی آن، 1388، انتشارات دانشگاه قم، ص 14.

طرفین دعوا بلکه حقوق دانان و صاحب نظران، صاحب منصبان و دولت‌ها را متقاعد نموده تا به عنوان ابزاری مؤثر و گره‌گشا و تضمین‌کننده اجرای عدالت واقعی از آن بهره‌ها ببرند. معایب پرشمار مراجعه به دستگاه قضایی و سازمان‌های دولتی از قبیل اطاله‌ی دادرسی و دیوان‌سالاری، پرهزینه بودن و غیرقابل انعطاف بودن دادرسی قضایی و نگرانی صاحبان حق از احتمال تضییع حقوق آنان در مراجع قضایی و دادگاه‌های دولتی باعث گردیده مردم به جای مراجعه به مراکز مذکور تمایل داشته باشند اجرای عدالت و احقاق حقوق حقه خود را از نهاد جایگزین دادگاه‌ها انتظار داشته و به آنجا مراجعه نمایند.

گفتار دوم: محاسن روش‌های جایگزین حل و فصل اختلاف

بند اول: سرعت و انعطاف‌پذیری

در دادرسی قضایی، دادگاه‌های دولتی که معمولاً با تراکم کار روبه‌رو هستند ملزم به پیروی از تشریفات قانونی و آیین دادرسی هستند گرچه این قوانین برای صیانت از حقوق اشخاص وضع شده‌اند و برای تضمین عدالت دارای اهمیت شایان توجه است، مع الوصف آن‌قدر طولانی، بی‌روح و غیرقابل انعطاف است که یا خواهان از خواسته خود صرف‌نظر می‌کند و یا این که حکم صادره به دلیل تطویل دادرسی نقش نوشداروی پس از مرگ سهراب را دارد در همین رابطه نقل می‌کنند. فردی از همسایه خود که در بهمن ماه برف پشت‌بام خود را به داخل منزل وی ریخته و باعث سد‌معبور شده بود، شکایت نمود. دادگاه در تیرماه به موضوع رسیدگی و حکم صادر کرده بود همسایه متخلف بایستی برفی را که داخل منزل او ریخته است خارج نماید.

ولی در روش‌های جایگزین طرفین و کسانی که به فصل خصومت می‌پردازند ملزم به رعایت تشریفات خاصی غیر از آنچه که خود تعیین می‌کنند نیستند و در حداقل

میانجی‌گری کارآمدترین روش حل اختلاف برای تحقق عدالت ترمیمی.....181

زمان ممکن و احتمالاً در همان جلسه اول اختلاف موجود را حل و فصل می‌نمایند.¹

بند دوم: کم‌هزینه بودن

دادرسی دولتی برای طرفین پرهزینه است خصوصاً زمانی که حق‌الوکاله وکیل، هزینه‌های کارشناسی، هزینه اجرای قرارها، هزینه اجرا و غیره مطرح گردد. علاوه بر هزینه‌های مستقیم موجب تحمیل هزینه‌های غیرمستقیم بر عموم مردم است. لذا هزینه در روش‌های جایگزین در مقایسه با دادگاه‌های دولتی بسیار کمتر می‌باشد.

بند سوم: اعتماد

در این روش‌ها طرفین روش و شخص یا اشخاصی را برای حل و فصل دعوی فی‌مابین انتخاب می‌نمایند در حالی که در دادگاه‌های دولتی گرچه اصل بر اعتماد به قضات است، قاضی به انتخاب اصحاب دعوا تعیین نمی‌شود در حالی که اگر طرفین قاضی را انتخاب کنند طبیعتاً به وی اعتماد خواهند داشت و بعد از فصل خصومت انگشت اتهام به سوی وی دراز نخواهند کرد.

بند چهارم: حفظ رابطه حسنه

هنگامی که طرفین با رضایت و علاقه برای حل اختلافشان به یکی از روش‌ها متمسک می‌شوند به رابطه آن‌ها آسیبی وارد نمی‌شود.

بند پنجم: غیرعلنی بودن و حفظ اسرار

دادگاه‌ها قانوناً به صورت علنی برگزار می‌شوند (به استثنای موارد مصرح در قانون) و بالتبع آن هر کس می‌تواند به عنوان تماشاگر در دادگاه حاضر شود ولی در روش‌های جایگزین جلسات رسیدگی به اختلافات می‌تواند به صورت غیرعلنی باشد و اسرار طرفین حفظ گردد، خصوصاً وقتی که طرفین بخواهند در رابطه با مسایل تجاری مهم با هم به توافق برسند.

1. جلیلیان، محمدرضا، جایگاه قضاوت خصوصی در ایران و راههای توسعه آن، 1391، تهران، پایان نامه، ص 20.

بند ششم: وحدت قاضی

در دادرسی‌های دولتی علاوه بر این که تشکیلات دادگستری در معرض تغییرات مکرر قرار داشته و دارد، قضات دادگاه‌ها هم در معرض تغییر و جابجایی هستند. به نحوی که ممکن است پرونده‌ای ماه‌ها در اختیار یک قاضی باشد و مُعد رسیدگی و صدور رأی گردد بنا به دلایلی آن قاضی جابجا می‌شود و قاضی جدیدی جای وی را بگیرد ولی در روش‌های جایگزین این اشکال وجود ندارد و وحدت قاضی تا پایان مرحله دادرسی و فصل خصومت رعایت می‌گردد.

بند هفتم: کارآیی و مطمئن بودن با توجه به اقتضا و ماهیت دعاوی

بعضی از دعاوی به گونه‌ای هستند که رسیدن به یک قدر متیقن درباره آن‌ها مشکل است. مانند دعاوی مالی بین زن و شوهر و یا اقربای نزدیک. لذا تعیین روش حل اختلاف توسط طرفین و انتخاب فرد یا افراد مورد وثوق آن‌ها برای فصل خصومت و در مجموع نقش فعال طرفین از ابتدا تا انتهای این پروسه رغبت بیشتری را برای پذیرش و اجرای نتیجه حاصله به وجود خواهد آورد.

مبحث دوم: اهداف عدالت ترمیمی و میانجی‌گری

گفتار اول: عناصر و اهداف عدالت ترمیمی

عدالت ترمیمی با ویژگی‌های خاص خود دارای عناصری است که با توجه به این ویژگی‌ها و عناصر درصدد نیل به اهداف پیش‌بینی شده می‌باشد لذا ابتدا مهم‌ترین عناصر و قطعاتی که باید دست به دست هم داد تا یک مدل ترمیمی را به ارمغان بیاورند مورد بررسی قرار داده سپس به اهداف آن می‌پردازیم.

بند اول: عناصر تشکیل‌دهنده عدالت ترمیمی

ابتدا باید ببینیم عدالت ترمیمی به دنبال چه چیزی است؟! آیا همان عناصری که

میانجی‌گری کارآمدترین روش حل اختلاف برای تحقق عدالت ترمیمی.....183

تشکیل دهنده عدالت سزادهنده هستند، در عدالت ترمیمی هم به عنوان عناصر اصلی ایفای نقش می‌نمایند یا اینکه، عناصر تشکیل دهنده عدالت ترمیمی دارای تفاوت‌های اساسی و آشکار با عناصر عدالت سزادهنده و حتی گاه در تقابل با آن‌ها می‌باشد آن چه که می‌توان ادعا نمود و بر آن پافشاری کرد اینست که این عناصر در تقابل با عناصر عدالت سزادهنده، به جای تکیه بر اجباری بودن بر داوطلبانه بودن و ارادی بودن تأکید می‌کند و در تقابل با دشمنی، کتمان حقیقت، تحمیلی بودن، علنی بودن، نادیده گرفتن و عدم اظهار حقیقت مواردی از قبیل رودروئی توافق، حمایت و غیرعلنی بودن را مطرح می‌سازد.¹ لذا می‌توان گفت مهم ترین عناصر عدالت ترمیمی عبارتند از:

1- داوطلبانه بودن

شرکت بزه‌دیده و بزه کار بایستی بدون اجبار و اکراه و تهدید و ارباب باشد و طرفین بایستی داوطلبانه و با رضایت خاطر در این فرآیند شرکت نمایند البته با توجه به اینکه طرفین با اختیار خود در این فرآیند مشارکت می‌نمایند می‌توان با تسامح عبارات اختیاری بودن و داوطلبانه بودن را در یک سطح معنا کرد و یا این که این فرآیند ساده را هم اختیاری و هم داوطلبانه ذکر نمود مع الوصف این مشارکت ساختگی و تشریفاتی نمی‌باشد.

در فرآیند عدالت سزادهنده، بزه کار داوطلبانه و ارادی در دادگاه حاضر نمی‌شود، بلکه مجبور است تن به محاکمه دهد. بزه‌دیده نیز یک نقش تشریفاتی و ساختگی دارد. بنابراین وقتی سخن از شرکت داوطلبانه و ارادی در یک فرآیند عدالت ترمیمی می‌شود، منظور یک مشارکت واقعی و فعال است.

فرآیندهای عدالت ترمیمی را تنها در مواردی می‌توان استفاده کرد که شواهد کافی در متهم کردن بزه کار وجود دارد و بزه‌دیده و بزه‌کار به صورت آزاد و داوطلبانه خواهان شرکت در این فرآیند هستند. بزه‌دیده و بزه کار به صورت آزاد و داوطلبانه خواهان

1. شیرینی، عباس، پارادایم‌های عدالت کیفری، عدالت سزادهنده و عدالت ترمیمی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره 74 صص 213 تا 246.

184.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و پنجم، پاییز 1393

شرکت در این فرآیند هستند. بزه دیده و بزه کار می‌بایست در هر برهه از فرایند به توافق برسند. این توافق به صورت داوطلبی به دست می‌آید و تنها در برگزیده‌ی تعهدات منطقی و متناسب است و در عین حال در هر مرحله از فرآیند نیز می‌توانند از ادامه مسیر منصرف گردند.

«نه بزه کار و نه بزه دیده، هیچ کدام نمی‌بایست به اجبار در فرآیند شرکت کنند یا با ابزار ناعادلانه تشویق شوند در فرآیندهای ترمیمی شرکت کنند و یا پیامدهای ترمیمی را بپذیرند.» در تمامی فرآیندهای عدالت ترمیمی بر این موضوع تأکید می‌شود. مثلاً در بند II توصیه‌ی کمیته وزرای اروپا در خصوص میانجی‌گری در مسایل کیفی تأکید گردیده است که میانجی‌گری کیفی تنها باید زمانی اتفاق بیفتد که طرفین آزادانه رضایت دارند، طرفین باید قادر باشند تا در هر زمانی در اثنای میانجی‌گری از چنین رضایتی صرف‌نظر نمایند.

2- محرمانه و غیرعلنی بودن

منافع اشخاص درگیر و مشارکت‌کننده ایجاب می‌نماید اصل محرمانه بودن رعایت گردد در واقع محرمانه و غیرعلنی بودن تضمین‌کننده اصل احترام به حق خدمت اشخاص و رعایت حریم خصوصی آنها است این اصل موجب می‌گردد ملاقات‌ها و مذاکرات به عمل آمده بین طرفین افشا نشود در این صورت بیم سوء استفاده مغرضین و دشمنان و رقبای طرفین درگیر در جرم نیز منتفی می‌گردد این موضوع بیشتر در جرایم مربوط به اطفال و نوجوانان هم چنین مسایل ناموسی و تجاوزات بیشتر حایز اهمیت است زیرا یکی از موانع و مشکلات مهم در مسیر بازپذیری بزه کار و بازگشت وی به اجتماع از بین رفتن اعتبار و ابروی وی و اطرافیان‌ش است و چنان چه همه چیز خود را از دست رفته تلقی کند و به قول معروف احساس کند چیزی برای از دست دادن ندارد تلاشی برای بازپذیری و اصلاح از خود نشان نمی‌دهد به خاطر اهمیت موضوع در اصل 14 قطعنامه یا اصول پایه در به کارگیری برنامه‌های عدالت ترمیمی در قلمروی کیفی که در تاریخ 24 ژوئیه سال 2002 به تصویب شورای اقتصادی و

میانجی‌گری کارآمدترین روش حل اختلاف برای تحقق عدالت ترمیمی.....185

اجتماعی سازمان ملل متحد رسیده است: «گفتگوهای (بحث) فرآیندهای ترمیمی که در حضور عموم اجرا نمی‌شود می‌بایست محرمانه باقی بماند و پس از آن نباید افشا شود، به جز در مواردی که طرفین توافق کرده باشند و یا قانون ملی آن را لازم بداند.»

پیامدهای منفی ناشی از افشا بر مذاکرات نه تنها بر بزه کار و خانواده او تأثیر منفی می‌گذارد بلکه بزه‌دیده و خانواده وی را هم مجدداً در معرض بزه‌دیده‌گی قرار می‌دهد به عنوان مثال پسر یا دختری که به زور مورد تجاوز قرار گرفته باشد و یا فردی که مورد اذیت و آزار جنسی و یا رفتار تحقیرآمیز قرار گرفته باشد تمایلی برای علنی شدن مذاکرات و محاکمه نداشته و حتی گاهی تاب تحمل آن را ندارند.

این تکلیف، شامل بزه کار، بزه‌دیده و حتی اعضای جامعه‌ی محلی اعم از شهود، مطلعان و غیره می‌باشد.

3- رودرویی¹

یکی دیگر از عناصر سازنده‌ی یک فرآیند ترمیمی، رو در رویی بین سهام‌داران عدالت ترمیمی با یکدیگر است. بزه‌دیده و بزه کار رو در روی یکدیگر و با کمک و مساعدت میانجی، تسهیل‌کننده، اعضای خانواده، مشاوران حقوقی و... به نقل ماجرا می‌پردازند. نظرات خود را مطرح می‌سازند و دیدگاه‌های طرف مقابل را می‌شنوند. این عنصر را رو در رویی یا رویارویی یا ملاقات اسم‌گذاری می‌کنیم.²

هدف از این عنصر، یافتن راهی جهت رسیدن به جبران و ترمیم آسیب‌های وارده است. هدف از فرآیندهای ترمیمی، ترمیم روابط است.

از این مرحله به بعد اصلاح روابط بین بزه‌دیده و بزه کار آغاز می‌شود و می‌تواند در صورت توافق، به جبران، التیام و آشتی منجر شود. البته پیش از توافق برای شرکت در یک فرآیند ترمیمی و رویارویی طرف‌ها باید به طور کامل از حقوق‌شان، ماهیت آن

1. meeting / face to face / encounter.

فرآیند و پیامدهای ممکن تصمیم‌شان آگاه کردند.

4- بیان حقیقت و مسئولیت‌پذیری بزه کار

اصولاً بیان حقیقت و پرهیز از دروغ و برخورد‌های غیرصادقانه در جلب اعتماد طرفین بسیار مؤثر و کارساز است. بر خلاف عدالت سزادهنده که بزه کار سعی می‌کند با انکار و تکذیب ارتکاب بزه انتسابی از کیفر رهایی یابد در عدالت ترمیمی بر پذیرش ارتکاب بزه و اظهار ندامت و پشیمانی و تلاش برای جبران تأکید می‌گردد. در این فرآیند بزه کار بدون کم و کاست با صراحت و صداقت کامل واقعیت‌ها را عیناً بازگو می‌کند او با این کار ضمن اثبات صداقت خود در بیان حقیقت علل و عواملی را هم که موجب شده به بزه ارتکابی مبادرت ورزد را بیان می‌کند و در مقابل بزه‌دیده و نمایندگان جامعه محلی هم به بیان حقیقت‌های پیرامون موضوع می‌پردازند البته نکته‌ی حایز اهمیت این است که به موجب قسمت اخیر اصل هشتم قطعنامه اصول پایه: «مشارکت بزه کار را نباید به منزله دلیل بر پذیرش تقصیر و رسیدگی‌های قضایی آینده به کار گرفت» بدین ترتیب طرفین حقایق را فارغ از فشار و الزام و بدون نگرانی از ضمانت‌های کیفری و عواقب آن بیان می‌کنند و با رسیدن به راه حل مرضی‌الطرفینی زمینه ندامت و اصلاح بزه کار و بازپذیری اجتماعی او مهیا می‌گردد.

5- توافق¹

یکی دیگر از عناصر اصلی فرآیندهای ترمیمی، توافق بزه‌دیده و بزه کار بر سر نحوه‌ی جبران آسیب و پاسخ به بزه می‌باشد. در فرآیندهای کیفری، پاسخ به عمل بزه، یعنی کیفر، از طریق توافق با بزه کار و بزه‌دیده تعیین نمی‌شود، کیفر براساس قوانین کیفری و به وسیله قاضی صادرکننده‌ی حکم و بدون توجه به خواست و توافق بزه‌دیده و بزه کار تعیین می‌شود. هر چند ممکن است این کیفر مورد تقاضای بزه‌دیده بوده و یا حتی برای بزه کار نیز در مواردی خوشایند باشد چون منتظر کیفر سنگین‌تری بوده است. ولی آن چه مهم است، کیفر در نتیجه یک فرآیند توافقی به دست نمی‌آید. اما

1. agreement

میانجی‌گری کارآمدترین روش حل اختلاف برای تحقق عدالت ترمیمی.....187

پاسخ به عمل بزه در یک فرآیند ترمیمی، باید از طریق توافق بین بزه‌دیده و بزه‌کار حاصل شود. توافق موجب می‌شود که فرآیند ترمیمی را یک فرآیند سازشی بدانیم نه یک فرآیند تحمیلی و اجباری.¹ البته باید خاطر نشان ساخت که توافق به عمل آمده بایستی دارای ماهیت ترمیمی بوده و با قوانین موضوعه و هنجارهای حاکم بر جامعه در تعارض نباشد.

6- حمایت²

با توجه به این که در یک فرآیند ترمیمی ممکن است بزه‌دیده و بزه‌کار دارای قدرت مساوی نبوده و از ابزارهای برابر برخوردار نباشند و این عدم تعادل و توازن مانع از تحقق و اجرای عدالت گردد لذا در فرآیند عدالت ترمیمی علاوه بر حمایت از بزه‌دیده، حمایت از بزه‌کار، حمایت از جامعه و اشخاص آسیب‌پذیر مانند نسوان، سالخورده‌گان، بیماران و کودکان مورد توجه قرار می‌گیرد. البته نکته‌ای که باید مدنظر قرار داد این است که ایجاد تعادل و توازن به معنی نادیده گرفتن حقوق هر کدام از طرفین و یا تبعیض بین آنها نمی‌باشد. ارایه خدمات مشاوره‌ای به بزه‌کار، معرفی به روانشناس و روانپزشک، کمک به حل مشکلات شغلی و خانوادگی و در مجموع تلاش برای پذیرش وی توسط جامعه با رعایت کرامت و شأن بزه‌کار و پرهیز و اجتناب از تحقیر او می‌تواند از جنبه‌های حمایتی موضوع باشد.

حتی در مواردی که بزه‌کار قادر به پرداخت دیه، ارش، غرامت و جبران خسارت‌های وارده نباشد می‌توان با کمک گرفتن از جامعه محلی به جبران خسارت بزه‌دیده پرداخت خاطر نشان می‌سازد در ایران مواردی از قبیل گلریزان، جمع‌آوری اعانه، کمک ستاد دیه، کمیته امداد و یا پرداخت دیه از بیت‌المال انجام می‌شود که می‌توان آنها را از این قبیل اقدامات حمایتی به شمار آورد. همچنین گروه‌های میانجی‌گر و تسهیل‌کننده، بزرگان و ریش‌سفیدان و اعضای خانواده‌های بزه‌کار بزه‌دیده

1. شیری، عباس، پیشین، ص 235

نیز می‌توانند در جهت تصمیم‌سازی و حتی تعدیل خواسته‌های طرفین نقش کلیدی و سازنده داشته باشند.

بند دوم: اهداف عدالت ترمیمی

نویسندگان و اندیشمندان مختلفی در خصوص اهداف عدالت ترمیمی نظریه‌پردازی کرده و از دیدگاه خود و متناسب با شرایط اجتماعی حاکم بر محیط زندگی، اهداف مختلفی را برای عدالت ترمیمی مطرح کرده‌اند و گاهی هم اهداف پیش‌بینی شده برای یک روش از روش‌های عدالت ترمیمی را به سایر روش‌ها تعمیم داده‌اند مع الوصف جهت نیل به اهداف برنامه‌های عدالت ترمیمی لزوماً بایستی مقدماتی فراهم کرد و تمهیداتی اندیشید که به عنوان مثال «سوزان شارپ»¹ در کتابی تحت عنوان «عدالت ترمیمی: بینشی برای التیام و تغییر» اهداف عدالت ترمیمی را به‌طور خلاصه ذکر کرده است:² به نظر او اهداف برنامه‌های عدالت ترمیمی عبارت است از:

1- واگذاری امکان اخذ مهم‌ترین تصمیمات توسط کسانی که از جرم متأثر شده‌اند.
2- اجرای عدالتی بیشتر التیام‌بخش و به نحو آرمانی بیشتر دگرگون‌ساز و متحول‌کننده.

3- کاهش احتمال وقوع جرایم بعدی.

پس اعلام می‌نماید حصول به چنین اهدافی مستلزم آن است که:

1- بزه‌دیدگان در فرایند رسیدگی مشارکت داده شده و نتیجه حاصله برای آن‌ها رضایت‌بخش باشد.

2- بزه‌کاران درک کنند که چگونه اقدامات آن‌ها دیگران را متأثر نموده، [و سپس] مسئولیت اعمال ارتكابی خود را بپذیرند.

1. Susan Sharp, Restorative justice: A vision for healing and change, Published by: mediation and restorative justice center, # 430, 9810-111 st., Edmonton, AB, Canada, T5K. 1K1. www.edmontonmediation.com.

2. زهر، هوارد، کتاب کوچک عدالت ترمیمی، 1388، ترجمه حسین غلامی، چاپ دوم، انتشارات مجد، تهران، صص 75، 76.

میانجی‌گری کارآمدترین روش حل اختلاف برای تحقق عدالت ترمیمی.....189

3- نتایج حاصله در راستای جبران ضرر و زیان ایجاد شده و ناظر به علل و دلایل وقوع جرم (برنامه خاص برای نیازهای بزه‌دیده و بزه کار باید تنظیم شود) باشند.
4- هم بزه‌دیده و هم بزه کار احساس خاتمه و کفایت موضوع پیدا کرده و در جامعه بازپذیری [ادغام] شوند.

آلن مکرای و هوارد زهر در کتاب کوچک نشست‌های گروهی خانوادگی برای نظام عدالت کیفری نیوزیلند هفت هدف اولیه در نظر گرفته‌اند¹ این اهداف عبارتند از:
1- قضازدایی 2- پاسخگو نمودن بزه کاران 3- مشارکت دادن بزه‌دیده 4- درگیر نمودن و تقویت خانواده بزه کاران 5- تصمیم‌گیری مبتنی بر اتفاق نظر و اجماع 6- در نظر گرفتن تناسب فرهنگی شرکت‌کنندگان 7- فرآیند عادلانه و منصفانه
هم چنین آقای دکتر حسین غلامی در کتاب عدالت ترمیمی اعلام می‌نماید عدالت ترمیمی دارای چهار هدف عمده است² او چهار هدف عمده عدالت ترمیمی را به شرح زیر معرفی می‌نماید:

1- اصالت روابط شخصی

2- جبران

3- بازپذیری

4- مشارکت

در توضیح موارد مذکور می‌توان گفت:

1- اصالت روابط شخصی

جرم، تعدی و تجاوز یک فرد به فرد دیگر، فرد به افراد دیگر و یا افراد به افراد دیگر است در عدالت کیفری که مبتنی بر سزادهی است به روابط شخصی توجه نمی‌شود زیرا عدالت کیفری سنتی، بزه‌دیده اصلی را دولت می‌داند نه فرد ولی در

1. مکرای، آلن و هوارد زهر، کتاب کوچک نشست‌های گروهی خانوادگی، 1386، ترجمه، حسین

غلامی، چاپ اول انتشارات مجد، تهران، صفحات 47 تا 49.

2. غلامی، حسین، همان منبع، صص 14 و 15.

عدالت ترمیمی ویژگی شخصی بودن اصل است.

2- جبران

در عدالت ترمیمی مجازات هدف نیست بلکه جبران مدنظر است در این روش نه تنها ضررهای مادی مورد توجه قرار می‌گیرد بلکه تلاش می‌شود آسیب‌های روحی و روانی تا حد ممکن جبران شده و فرد یا افرادی که شخصیت و کرامت آن‌ها هتک شده مورد استمالت و دلجویی قرار گیرند. در واقع در این روش سعی می‌شود آن چه را که تخریب شده است دوباره ساخت.

3- بازپذیری

بازپذیری و اقدامات بازپرورانه دارای اهداف متعددی می‌باشند می‌توان گفت مهم‌ترین هدف نظام بازپذیری و بازپروری کمک به بزه کار و بازسازگار کردن وی و نهایتاً آشتی او با جامعه است. یکی دیگر از اهداف بازپذیری پیشگیری از ارتکاب مجدد جرم است. عدالت ترمیمی همانگونه که در صدد جبران زیان‌های مادی و معنوی بزه‌دیده است به دنبال بازپذیری بزه کار نیز می‌باشد زیرا در صورتیکه بزه کار قبول کند مرتکب جرم شده و تلاش نماید زمینه‌ی بازپذیری خویش را فراهم کرده و رضایت بزه‌دیده و جامعه را کسب نماید بزه‌دیده و جامعه هم نه تنها وی را طرد نخواهند کرد بلکه با آغوش باز او را خواهند پذیرفت در این صورت است که نه تنها منزوی نمی‌گردد بلکه مجدداً به عنوان عنصر فعال جامعه مبدل به شهروندی مطیع قانون و هنجارپذیر خواهد شد.

4- مشارکت

عدالت ترمیمی در برخورد با پدیده مجرمانه به دنبال یک سیاست جنایی مشارکتی است تا با توسل به آن مشارکت بزه‌دیده، بزه کار و جامعه محلی را برای حل مشکل فراهم سازد مشارکت محوری‌ترین موضوع در اهداف، فرایند و برآیند عدالت ترمیمی است. در روش‌های مختلف اجرای عدالت ترمیمی از قبیل میانجی‌گری، نشست‌های گروهی و خانوادگی، هیأت‌های جبران خسارت و برنامه‌های ترمیمی مشارکت سهم

میانجی‌گری کارآمدترین روش حل اختلاف برای تحقق عدالت ترمیمی.....191

عمده و تعیین‌کننده‌ای دارد. در خلال این برنامه‌ها طرفین درگیر و کلیه سهام‌داران عدالت ترمیمی به مشارکت خوانده می‌شوند تا از خرد جمعی و توان مشارکتی آن‌ها حداکثر استفاده برده شود. این مشارکت به صورت آزادانه و با قصد حل مشکل انجام می‌شود لذا با توجه به این ویژگی‌ها در اکثر موارد نتایج مشارکت مثبت و گره‌گشا می‌باشد.

بند سوم: آثار و نتایج عدالت ترمیمی

فرآیند عدالت ترمیمی دارای آثار و نتایجی برای سهام‌داران اصلی خود یعنی بزه‌دیده، بزه‌کار و جامعه می‌باشد. تأمین حقوق و نیازهای بزه‌دیده، جبران صدمات وارده، بازپذیری بزه‌کار ایجاد هم‌افزایی بین بزه‌کار و بزه‌دیده و جامعه و مشارکت سهام‌داران اصلی در حل مشکل فی مابین و قضا‌زدایی و کمرنگ‌تر شدن نقش دولت‌ها در زندگی و مراودات خصوصی مردم از مهم‌ترین آثار و نتایج عدالت ترمیمی می‌باشد. عدالت ترمیمی علاوه بر آثار و نتایج کلی که در بردارد تأثیر ویژه خود را به طور اختصاصی بر بزه‌دیده، بزه‌کار و جامعه محلی می‌گذارد. لذا آثار و نتایجی که عدالت ترمیمی برای این 3 سهام‌دار اصلی خود دارد به اختصار و به شرح زیر مطرح می‌گردند.

1- آثار و نتایج عدالت ترمیمی برای بزه‌دیده

گاهی اوقات ممکن است سؤال شود که آیا عدالت ترمیمی کارکرد مثبتی برای بزه‌دیده داشته است یا خیر؟! با توجه به این که نظام‌های عدالت اعم از نظام عدالت کیفری سزادهنده، نظام عدالت کیفری بازپرورانه و نظام عدالت ترمیمی هر کدام رویکرد ویژه و خاصی نسبت به بزه‌دیده دارند لذا عدالت ترمیمی جهت جبران خسارت بزه‌دیده و برگرداندن اوضاع و احوال به شرایط قبل از ورود آسیب به بزه‌دیده به دنبال کسب نتیجه مثبت در این رابطه می‌باشد در رویکرد ترمیمی نیاز بزه‌دیدگان به اطلاعات تأمین می‌گردد، جایگاه آنان و اظهارات مؤثری که در روند رسیدگی پیرامون چگونگی موضوع و راه‌حل‌های آن بیان می‌دارند رعایت می‌شود و با استیفای حقوق از دست‌رفته و جبران خسارات وارده، امنیت روانی و آرامش خاطر آنان فراهم می‌گردد. بزه‌دیدگان

192.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و پنجم، پاییز 1393

در فرآیند ترمیمی که خود داوطلبانه در آن شرکت کرده‌اند در یک مشارکت داوطلبانه، آزادانه و ارادی با گفتگو و مذاکره با بزه کار پیامدهای مخربی را که ارتکاب جرم برای وی به دنبال داشته است بیان می‌کند در بستر این گفتگو و مذاکره بین بزه‌دیده و بزه کار و در طی روندی ترمیمی‌نیازها و مطالبات بزه‌دیده مطرح و بزه کار نیز در صدد رفع مشکلات به وجود آمده و تأمین نیازهای بزه‌دیده برمی‌آید این عمل علاوه بر جبران خسارت باعث تشفی خاطر بزه‌دیده نیز می‌گردد.

تدوین رییس مؤسسه‌ی بین‌المللی رویه‌های ترمیمی بیان می‌کند که مهم‌ترین کارکرد رویه‌های ترمیمی‌اعاده‌ی وضع سابق برای بزه‌دیده و بازسازی مجدد روابط مخدوش شده‌ی بین اطراف درگیر در جرم است زیرا رویه‌های ترمیمی‌امکان بیان تأثیرها و عواقب زیانبار جرم ارتكابی یا ابراز احساسات و ناگفته‌ها را برای بزه‌دیده فراهم کرده و روابط عاطفی و انسانی بین اطراف ذی‌سهم در جرم را تقویت می‌کند.¹ فرآیند ترمیمی برای بزه‌دیده نتایج و آثار مثبتی به دنبال دارد که مهم‌ترین آن‌ها عبارتند از این که: پاسخ پرسش‌های خود در رابطه با علت واقعی ارتکاب جرم توسط بزه کار علیه خودش را بدون واسطه و از زبان بزه کار می‌شنود. این اقرار معمولاً همراه با ابراز ندامت و پشیمانی و پذیرش مسئولیت عمل خلاف توسط بزه کار و قبول او برای جبران و تأمین خسارت و ضرر و زیان همراه است.

3- آثار و نتایج عدالت ترمیمی برای بزه کار

بزه کار به عنوان یکی از سهام داران اصلی و بی‌واسطه بایستی در فرآیند عدالت ترمیمی مورد توجه قرار بگیرد پاسخگویی، مسئولیت‌پذیری، شرمساری بازپذیرنده و عذرخواهی بزه کار و تلاش برای برگرداندن اوضاع و احوال به حالت قبل از وقوع بزه از آثار عدالت ترمیمی است و در نهایت آرمان عدالت ترمیمی تغییر و تبدیل روابط بین بزه کار و بزه‌دیده و در پایان روابط محلی است که در پی ارتکاب جرم، خصومت‌آمیز

1. تونی، مارشال، پیشین، ص 84

میانجی‌گری کارآمدترین روش حل اختلاف برای تحقق عدالت ترمیمی.....193

و تنش‌دار شده است.¹

بررسی‌ها و مطالعات بیانگر این هستند که تعداد زیادی از بزه‌کاران، خود ابتدا بزه‌دیده بوده‌اند. در این رابطه جیمز گیلیگانز² استاد دانشگاه‌هاروارد و روان‌شناس سابق زندان معتقد است که ارتکاب تمام خشونت‌ها، تلاشی برای تحصیل عدالت و یا حذف زمینه‌های بی‌عدالتی است. به بیان دیگر، بسیاری از جرایم ممکن است پاسخ یا کوششی برای غلبه بر نوعی احساس بزه‌دیدگی باشند.³

شرکت بزه‌کار در فرآیند عدالت ترمیمی و اعطای فرصت بیان روابط وی با بزه‌دیده و طرح مشکلات و گرفتاری‌هایش به او کمک می‌کند تا با بیان صادقانه‌ی واقعیت‌ها بدون ترس از تعقیب قضایی و کیفری به نوعی از نظر روانی تخلیه‌گردیده و با استماع تظلمات و خواسته‌های بزه‌دیده به تقصیر خود پی می‌برد و در عین حال به‌طور داوطلبانه و بدون اجبار و اکراه دستگاه قضایی و پلیس درصدد جبران خسارت برمی‌آید در این حالت بزه‌دیده و جامعه محلی هم دوباره برای بزه‌کار احترام قایل می‌شوند و بزه‌کار در نهایت خود را عضوی از جامعه و فردی از نظر اجتماعی بازسازگار احساس می‌نماید و بدین ترتیب تلاش می‌نماید تا از تکرار جرم و بزه‌دیده کردن فرد یا افراد دیگری خودداری نماید.

3- تأثیر عدالت ترمیمی بر جامعه

عده‌ای معتقدند جامعه محلی از سهام داران اصلی عدالت ترمیمی هستند و چنانچه اعضای جامعه محلی مستقیماً از وقوع جرم متأثر شده باشند به عنوان سهام داران بی‌واسطه تلقی می‌شوند. جوامع محلی متعاقب وقوع جرم، تحت تأثیر قرار گرفته و در بسیاری از جرایم به عنوان بزه‌دیده ولو بزه‌دیده ثانویه صاحب حق و تکلیف و نفع و سهم می‌شوند اعضای جامعه محلی در فرآیند ترمیمی توانایی ایجاد نقش‌های مهمی را

1. نجفی ابرنآبادی، علی حسین، همان منبع، ص 24.

2. James Giligans

3. زهر، هوارد، همان منبع، ص 66.

194.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و پنجم، پاییز 1393

دارند و در این پروسه نسبت به بزه‌دیده، بزه‌کار و افراد جامعه محلی مسئولیت‌هایی را هم تقبل می‌کنند.

به دنبال ارتکاب جرم نظم جامعه محلی دچار اختلال شده و به دلیل بروز تنش در روابط و مناسبات انسانی اعضای جامعه، احساس ناامنی و خوف در بین اعضای آن به وجود می‌آید و به همین دلیل است که عده‌ای جامعه محلی را بزه‌دیده‌ی ثانویه قلمداد می‌کنند. گرچه راجع به معنی جامعه محلی و جایگاه آن در مشارکت و فعالیت در فرآیند عدالت ترمیمی اختلاف نظرهایی وجود دارد مع الوصف گرایش عدالت ترمیمی به تمرکز بر جامعه‌ی کوچک محل سکونت و یا روابط خویشاوندی است که به طور مستقیم تحت تأثیر جرم قرار گرفته است. هنگامی که بزه‌دیده و بزه‌کار در فرآیند ترمیمی و با حضور جامعه محلی به بیان مشکلات، شرح مآقع و نقطه‌نظرات خود می‌پردازند این احساس جمعی در اعضاء جامعه محلی به وجود می‌آید تا تلاش نمایند بستری را در جامعه فراهم نمایند که برای بزه‌کار جرم‌زا نباشد، تلاش می‌نمایند ضررهای زیان‌دیده جبران شود و زمینه بازپذیری بزه‌کار نیز فراهم شود.

گفتار دوم: نقش میانجی‌گری در تحقق عدالت ترمیمی

اولین و بارزترین جلوه عدالت ترمیمی، برنامه میانجی‌گری بزه‌دیده - بزه‌کار است که نخستین بار در سال 1977 به ابتکار یکی از مأموران تعلیق مراقبتی در کشور کانادا به وجود آمد و سپس به شهرهای مختلف کانادا و نیز به آمریکا منتقل شد¹ از آن زمان تاکنون میانجی‌گری به عنوان قدیمی‌ترین و شایع‌ترین روش اجرای عدالت ترمیمی‌رشد آرامی داشته است، علیرغم تفاوت‌های موجود در اهداف و روش‌های اجرای برنامه‌های میانجی‌گری، عنصر مشترک در همه آن‌ها مشارکت آزادانه و ملاقات چهره به چهره بزه‌دیده و بزه‌کار است. به طور کلی میانجی‌گری روش یا آیین حل اختلاف است

1. کاپتین، هنریکومارچ، مارک، جرم، بزه‌دیدگان و عدالت، 1384، ترجمه امیر سماواتی پیروز، چاپ نخست، انتشارات خلیلیان، ص 125

میانجی‌گری کارآمدترین روش حل اختلاف برای تحقق عدالت ترمیمی.....195

فرآیندی است که طی آن بر ضرورت مذاکره شرکت‌کنندگان با یکدیگر جهت حصول به یک توافق در خصوص دعوی مطروح تأکید و بر مبنای تصمیم‌سازی آزادانه و توأم با مشارکت طرفین، نسبت به حل و فصل خصومت اقدام می‌شود در این تصمیم‌سازی اولاً تسهیل‌کننده یا میانجی در برنامه میانجی‌گری هیچ برتری و مزیتی بر سایر شرکت‌کنندگان در حل و فصل خصومت ندارد، ثانیاً میانجی نمی‌تواند هیچ تصمیمی را بر دیگران تحمیل کند و ثالثاً طرفین هرگز به توافق کامل جهت حل و فصل خصومت نخواهند رسید مگر آنکه هر کدام از آن‌ها کاملاً راه‌حل پیشنهادی را پذیرفته باشد.¹ با وجود تفاوت‌های میان برنامه‌های مختلف میانجی‌گری و روش‌های مدیریت آن‌ها باید خاطر نشان کرد که اصولاً برنامه‌های میانجی‌گری اهداف و مقاصد مشترکی دارند که عبارتند از:²

1- مساعدت در روند التیام و بهبودی و تسلاهی بزه‌دیده از طرفین فراهم نمودن شرایط امن برای وی و نیز ایجاد شرایط لازم جهت ملاقات با بزه‌کاران و بیان تجربه خود از تحمل جرم به صورت آزادانه.

2- ایجاد شرایط لازم برای بزه‌کاران جهت کسب اطلاعات و آگاهی لازم از نتایج وخامت‌بار جرم و تأثیر آن بر سایر افراد و نیز پذیرش آزادانه مسئولیت‌های ناشی از آن.

3- ایجاد فرصت لازم برای بزه‌دیده و بزه‌کار جهت تدوین و تنظیم برنامه‌ای برای جبران آثار و نتایج جرم با توافق یکدیگر.

البته لازم به ذکر است که ممکن است فرایند میانجی‌گری لزوماً منجر به حل و فصل خصومت و حصول به توافق نشود، لیکن موجبات التیام و تسلاهی خاطر بزه‌دیده را فراهم نماید. در چنین صورتی حداقل یکی از اهداف میانجی‌گری (عدالت ترمیمی) تأمین شده است.

1. غلامی، حسین، پیشین، ص 116

2. همان، 120

بند اول: فرایند حاکم بر میانجی‌گری

میانجی‌گری یکی از فرایندهایی است که در نظام عدالت ترمیمی اطراف ذی‌سهم در جریان به منظور نیل به تفاهمی ترمیمی به آن توسل پیدا می‌کنند.¹ میانجی‌گری فرایندی سه جانبه یا سه طرفه است که فارغ از تشریفات معمول در فرایند کیفری، بر اساس توافق قبلی شاکی (بزه‌دیده) و متهم (بزه‌کار) با حضور شخصی ثالث به نام میانجی‌گر یا میانجی، به منظور حل و فصل اختلاف‌ها و مسائل مختلف ناشی از ارتکاب جرم، آغاز می‌شود. میانجی‌گر که معمولاً عضوی از جامعه‌ی مدنی است، در قالب «فرایند میانجی‌گری» سعی می‌کند که بزه‌کار و بزه‌دیده را در ارتباط با هم قرار دهد، زمینه‌ی دیدار و گفتگو، مذاکره و طرح مطالبات و خواسته‌های متقابل آنان را فراهم کند، دیدگاه‌ها و مشکلات آنان را به زبان دیگری برای آنان بازگو و شفاف کند و بدین‌سان، به آنان کمک کند تا مکثات قلبی خود را بیان کرده و تسلی روحی پیدا کنند، خسارت‌های مادی، عاطفی و روانی بزه‌دیده ترمیم شود و تکالیف و تعهدات بزه‌کار نسبت به بزه‌دیده، جامعه و خود او در آینده مشخص شود و میزان مسئولیت‌های طرفین در وقوع جرم تعیین شود. بنابراین، در فرایند میانجی‌گری، خود بزه‌دیده و بزه‌کار طی جلسه‌های متعدد، با دیدار و گفتگوی مستقیم یا در صورت لزوم غیرمستقیم، به راه حل مرضی‌الطرفینی در مورد اختلاف کیفری خود دست می‌یابند، بدون این که میانجی نظر یا رأی خود را به آنان تحمیل کند.²

در واقع، میانجی‌گری الگوبرداری از داوری است. از دیرباز، داوری در حقوق مدنی معمول بوده است. نهاد میانجی‌گری منجر به ملاقات و جمع شدن بزه‌کار و بزه‌دیده می‌شود که با کمک پیش‌برنده، تسهیل‌کننده یا میانجی،³ در مقام حل و فصل

1. کاپتین، هنریکومارچ، مارک، جرم، بزه‌دیدگان و عدالت، 1384، ترجمه امیر سماواتی پیروز، چاپ نخست، انتشارات خلیلیان، ص 126

2. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، میانجی‌گری کیفری جلوه‌ای از عدالت ترمیمی، 1382، چاپ نخست، تهران، انتشارات دانشور، ص 15.

197.....میانجی‌گری کارآمدترین روش حل اختلاف برای تحقق عدالت ترمیمی.....

اختلاف‌هایشان برمی‌آیند. از آنجا که میانجی‌گری فرایندی سه جانبه است و معمولاً شاکی، متهم و میانجی‌گر در آن شرکت می‌کنند، به طرفین اجازه می‌دهد تا احساسات خود و استنباطشان از جرم را بیان کنند و در ضمن، از بیان مطالبشان هم بیم نداشته باشند. میانجی‌گری به بزه‌کار و بزه‌دیده فرصت می‌دهد تا با یکدیگر روبه‌رو شده و در موارد ذیل با هم گفتگو کنند: زیان‌های ناشی از جرم، شناخت بیشتر یکدیگر، آشتی و سازش، تعیین و توافق در مورد روش‌هایی به منظور جبران ضرر و زیان وارد به بزه‌دیده و جامعه که معمولاً در قالب ضمانت اجرای کیفری به مورد اجرا گذاشته می‌شود. میانجی‌گری مطلوب، مستلزم ملاقات چهره به چهره میان بزه‌دیده و بزه‌کار است.¹ کارکنان و مجریان عدالت کیفری و برخی داوطلبان آموزش دیده از اجتماع نیز ممکن است به عنوان تسهیل‌کنندگان میانجی‌گری وارد عمل شوند.

همان‌طور که بیان شد، اصل، بر مشارکت اختیاری بزه‌دیده و بزه‌کار در میانجی‌گری است. البته باید دقت کرد که هم بزه‌دیده و هم بزه‌کار به نحوی مناسب آماده‌سازی برخوردارند و عاقلانه با یکدیگر را پیدا کرده و به بیان دیگر، رویارویی آنان با هم، منجر به بروز اختلاف‌های بیشتر نشود. برنامه‌های میانجی‌گری، بارزترین نماد عدالت ترمیمی است.

نقطه‌ی اصلی تمایز بین داوری و میانجی‌گری این است که در داوری وقتی طرفین با رضایت یا با کمک دادگاه، داور را تعیین کردند، نظر داور، همچون نظر قاضی برای طرفین لازم‌الاتباع است و نمی‌توانند تاز آن عدول کنند، حال آن‌که میانجی‌گری فرایندی سه جانبه است. در واقع میانجی یا پیش‌برنده زمینه را برای تصمیم‌گیری طرفین جرم در مورد جرم ارتكابی و عواقب و الزامات آن در آینده آماده می‌کند و در صدد نزدیک کردن برآیند نظرهای آنان است و هیچ‌گاه تصمیم و نظر خود را به طرفین تحمیل نمی‌کند. از آنجا که قطع دعوا، امری مرتبط با نظم عمومی است، تعویض چنین

1. معزی، افروز، جلوه‌های عدالت ترمیمی در دادرسی اطفال، 1383، پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده‌ی علوم اجتماعی دانشگاه مازندران، صص 42 - 45.

اختیاری به میانجی‌گری، برخلاف مصلحت عمومی است.¹
میانجی‌گری مستلزم درگیر شدن و مشارکت فعال بزه‌کار و بزه‌دیده است و فرصتی است که طرفین ذی‌سهم و ذی‌حق در جرم به دور از بیم و وحشت، مکنونات قلبی خویش و خواسته‌های درونی خود را بازگو کنند. اصل داوطلبانه بودن میانجی‌گری که در واقع، بر تمامی جلوه‌های عدالت ترمیمی حاکم است، اقتضا می‌کند که در صورت شکست این فرایند، حق مراجعه به عدالت کیفری همچنان محفوظ باشد عمده‌ترین فایده میانجی‌گری این است که باعث جبران خسارت بزه‌دیده و اصلاح و تنبیه بزه‌کار می‌شود.

بند دوم: مهم‌ترین اصول حاکم بر میانجی‌گری عبارتند از:

1- اصل استقلال

فرایند میانجی‌گری بایستی به منظور مشارکت دهی فعال و کارآمد افراد در نیل به عدالتی توافقی، از استقلال ویژه‌ای برخوردار باشد. البته، بدیهی است که چنین استقلالی نظام‌مند و قاعده‌مند بوده و بی‌حد و مرز نیست. اعمال میانجی‌گری هیچ‌گاه حق تعقیب بزه‌کاران را از دولت سلب نمی‌کند. بنابراین، باید اذعان کرد که اصل استقلال میانجی‌گری اصلی مشروط و موقت است و محدود به مدل‌های خاصی از آن به ویژه میانجی‌گری جامعوی است. و با وجود کنترل دستگاه عدالت کیفری، قواعد و ضوابط حاکم بر فرایند میانجی‌گری مستقلاً اعمال می‌شوند.

2- اصل اختیاری بودن

اصلی که در همه‌ی مدل‌های میانجی‌گری نقطه‌ای مشترک است اصل مشارکت اختیاری طرفین درگیر در جرم در فرایند میانجی‌گری است. مطابق این اصل، تصمیم‌گیری در مورد شکرت در میانجی‌گری در اختیار بزه‌دیده و بزه‌کار است. ادامه‌ی فرایند میانجی‌گری هم اختیاری و داوطلبانه است و در روند میانجی‌گری، هر زمانی که

1. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، تقریرات درس جرم‌شناسی، دروه دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، نیمسال نخست تحصیلی 83 - 1382 دانشکده‌ی علوم انسانی دانشگاه تربیت مدرس.

میانجی‌گری کارآمدترین روش حل اختلاف برای تحقق عدالت ترمیمی.....199

بزه‌دیده و بزه‌کار احساس عدم رضایت کنند، می‌توانند از ادامه دادن این فرایند منصرف شوند.

3- اصل محرمانه بودن

یکی دیگر از اصول بنیادی و فراگیری که حاکم بر همه‌ی مدل‌های میانجی‌گری است، اصل محرمانه بودن این فرایند است. توجه به این اصل، منافع اشخاص مشارکت‌کننده را تضمین کرده و از این که گفتگوها و ملاقات‌های صورت گرفته بین طرفین جرم در میانجی‌گری افشا شده و موجبات متضرر شدن و مورد سوءاستفاده قرار گرفتن مشارکت‌کنندگان فراهم شود، جلوگیری می‌کند.

بند سوم: انواع میانجی‌گری

در طبقه‌بندی کلی که مبتنی بر تجربه‌های عملی نهاد میانجی‌گری و نیز چگونگی دریافت این نهاد از سوی قانون‌گذار است، امروزه می‌توان سه نوع میانجی‌گری را در سیاست جنایی از هم تفکیک کرد.

1- میانجی‌گری جامعوی (برون سیستمی)

این گونه میانجی‌گری‌ها همان حالت کدخدامنشی و ریش‌سفیدی دارد که در برخی از قبایل و اقوام طرفین درگیر در جرم، بدون رجوع به دادگستری رسمی بر اساس عرف و آداب و رسوم شبه قضایی محلی، اختلاف‌های ناشی از جرم را حل و فصل می‌کردند.¹

2- میانجی‌گری جامعوی همراه با نظارت مقام قضایی

این شکل از میانجی‌گری دارای همان ویژگی‌های میانجی‌گری جامعوی است با این تفاوت که مقام قضایی طی دو مرحله یعنی انتخاب و نصب میانجی در شروع فرآیند و بررسی نتایج در آخر فرآیند نظارت می‌کند.

1. دانا، امیررضا، جلوه‌های عدالت ترمیمی در نظام کیفری ایران، 1384، پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران (پردیس قم)، صص 154 - 152.

3- میانجی‌گری قضایی - پلیسی (درون سیستمی)

در این مدل از میانجی‌گری، میانجی متعلق به جامعه‌ی مدنی نیست، بلکه دارای مقام رسمی (دولتی) است. در واقع، شخص ثالثی که در طی این فرایند به عنوان پیش‌برنده انتخاب می‌شود، به نوعی دارای وابستگی به نهادهای رسمی و دولتی است. میانجی‌گری قضایی تحت مداخله‌ی میانجی‌گر متخصص و تحت ضوابط از پیش تعیین شده و به شکل قاعده‌مند، در خارج از فرایند معمول رسیدگی است که در آن پیش‌برنده اقدام به حل و فصل مسائل ناشی از جرم، بین بزه‌دیده و بزه کار می‌کند.

نتیجه گیری

توجه روز افزون صاحب‌نظران، حقوقدانان و دانشگاهیان به استفاده از روش‌های جایگزین حل اختلاف و الگوی عدالت ترمیمی و استقبال مسئولان قضایی و اندیشمندان علم حقوق از مباحثی مانند (فضا زدایی)، (کیفرزدایی) و (رعایت حقوق سهام داران عدالت ترمیمی) هم چنین جامعیت برنامه اصلاح ذات البین از منظر فقه اسلامی و قابلیت تطبیق برنامه‌ها و شیوه‌های عدالت ترمیمی با آن، زمینه را برای به عنوان کارآمدترین روش جایگزین حل اختلاف به منظور تحقق اهداف عدالت ترمیمی فراهم نموده است. کارآمدی بعنوان یکی از قدیمی‌ترین روش‌های جایگزین حل اختلاف باعث گردیده نه تنها مردم بلکه قانونگذاران و دولتمردان نیز این راه حل کلیدی حل فصل دعاوی را مورد توجه ویژه قرار دهند. به نحوی که علاوه بر پذیرش میانجی‌گری در ماده یک قانون آیین دادرسی کیفری ایران مصوب سال 1392 به عنوان یکی از اصول و قواعد مطرح در دادرسی‌های کیفری، مواد 82 تا 84 این قانون را در تمام جرایم قابل گذشت و جرایمی که گذشت شاکی یا مدعی خصوصی موثر در تخفیف مجازات است، بطور جدی مورد توجه قرار داده‌اند. در این قانون تمهیداتی اندیشیده شده تا بزه‌کارانی که برای اولین بار مرتکب جرم می‌شوند بتوانند از برچسب مجرمانه‌ی رهایی یابند، موضوع به دادگاه کشیده نشود و زمینه برای برگشت

میانجی‌گری کارآمدترین روش حل اختلاف برای تحقق عدالت ترمیمی.....201

آن‌ها به جامعه فراهم شود. از طرف دیگر با پرداخت خسارت‌های وارده به بزه دیده رضایت وی تحصیل، موجبات تشفی خاطرش فراهم گردد و با کاهش قابل توجه حجم پرونده‌های ورودی به محاکم، هزینه کمتری به جامعه تحمیل گردد.

پیشنهادات

با توجه به وجود زمینه‌های فراوان و جلوه‌هایی از روش‌های حل اختلاف جایگزین و عدالت ترمیمی در نظام کشور و ظرفیت‌های بالقوه‌ای که در فقه اسلامی جهت استفاده از ساز و کارهای مورد توصیه‌ی عدالت ترمیمی و حل و فصل دعاوی و اختلافات در خارج از محاکم رسمی دولتی و نهایتاً نهاد قضاوت خصوصی وجود دارد، با تمسک جستن به تجربیات مکتسبه داخلی هم چنین برنامه‌ها و اسناد منطقه‌ای و بین‌المللی می‌توان فرایندهای جامعوی و غیر رسمی‌رسیدگی به اختلافات را به عنوان بدیل و جایگزین فرایندهای رسمی و دولتی به کار گرفت و از ظرفیت‌های موجود در فرهنگ عامه‌ی شبه حقوقی یا روش‌های بومی شبه قضائی جوامع، برای تسهیل سازش و مصالحه میان اطراف درگیر در جرم یعنی بزه‌دیده، بزه کار و جامعه محلی و ترمیم خسارت‌ها و آسیب‌های بزه‌دیدگان استفاده نمود جهت نهادینه کردن روش‌های جایگزین و برنامه‌های عدالت ترمیمی در کشور بایستی با اقدامات کارشناسی شده و وضع قوانین و مقررات جدید و رفع معایب و ایرادات قوانین موجود زمینه‌ی اجراء عملی اهداف مذکور را فراهم نمود در صورت تحقق این برنامه‌ها انقلابی در جریان رسیدگی به دعاوی و اختلافات مردم به وقوع خواهد پیوست که کاهش چشمگیر حجم پرونده‌های ورودی به محاکم دادگستری و کاهش مداخله دولت در دعاوی مردم از ابتدایی‌ترین دستاوردهای این مهم خواهد بود. بخشی از پیشنهادات قابل اجراء جهت نیل به اهداف مذکور به شرح زیر است:

1) اصلاح قوانین و مقررات موجود موجود نظیر:

1-1) ماده 6 قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب سال 1373

202.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و پنجم، پاییز 1393

- 1-2) باب هفتم آیین دادرسی مدنی مصوب سال 1379
- 1-3) ماده 10 قانون مدنی
- 1-4) قانون داوری تجارت بین‌المللی مصوب سال 1376
- 1-5) تبصره 12 قانون بودجه سال 1376 در رابطه با داوری اجباری دولتی
- 1-6) سیاست‌های کلی قضایی 5 ساله مصوب 1388/9/2 خصوصاً بند 10 آن.
- 1-7) قانون آیین دادرسی کیفری
- 1-8) قانون مجازات اسلامی
- 2) فرهنگ‌سازی عمومی و مشارکت دادن بزه‌دیده، بزه کار و جامعه محلی در حل و فصل دعاوی و اختلافات.
- 3) تمرکز کلیه اموری که به وسیله قضاوت خصوصی قابل حل و فصل هستند در مراجع قضاوت خصوصی.
- 4) اتخاذ تمهیدات لازم برای فراگیر کردن استفاده از نهاد قضاوت خصوصی، به کارگیری، روش‌های حل اختلافات جایگزین و عدالت ترمیمی.
- 5) ایجاد ساز و کار لازم و مناسب برای اجراء آراء و تصمیمات مراجع قضاوت خصوصی، داوران و میانجیگران.
- 6) درج شرایط داوری و سازش در کلیه قراردادها اعم از کشاورزی، صنعت، خدمات، تهیه، توزیع، خرید و فروش و ساخت و ساز.
- 7) شناسایی و حمایت از برنامه‌های اجرای عدالت کیفری و روش‌های جایگزین حل اختلاف که در مناطق مختلف کشور مورد استفاده مردم است.
- 8) استفاده از تجارب سایر کشورها و برنامه و اسناد منطقه‌ای و بین‌المللی برای تحقق و توسعه عدالت ترمیمی.

میانجی‌گری کارآمدترین روش حل اختلاف برای تحقق عدالت ترمیمی.....203

فهرست منابع

قرآن کریم

الف) کتاب‌ها

1. پرادل، ژان، تاریخ‌اندیشه‌های کیفری، 1393، ترجمه‌ی علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ هشتم، تهران، سمت.
2. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط ترمینولوژی حقوقی، 1378، جلد چهارم، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش.
3. جلیلیان، محمدرضا، رسیدگی به شکایات مردم تلاشی در جهت تحقق شعار مردم‌سالاری دینی، 1382، چاپ اول، تهران، معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات ریاست جمهوری.
4. درویشی هویدا، یوسف، شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف، 1388، چاپ اول، تهران، نشر میزان.
5. دلماس مارتی، مری، نظام‌های بزرگ سیاست جنایی، 1380، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ نخست، تهران، چاپ میزان.
6. زهر، هوارد و آلن مک‌رای، کتاب کوچک نشست‌های گروهی خانوادگی، 1386، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد.
7. زهر، هوارد، کتاب کوچک عدالت ترمیمی، 1388، چاپ دوم، تهران، انتشارات مجد.
8. سماواتی پیروز، امیر، عدالت ترمیمی، تعدیل تدریجی عدالت کیفری یا تغییر آن، 1385، چاپ اول، تهران، انتشارات نگاه بینه.
9. شامبیاتی، هوشنگ، حقوق جزای عمومی، 1389، جلد اول، چاپ شانزدهم، تهران، انتشارات مجد.
10. غلامی، حسین، عدالت ترمیمی، 1392، چاپ چهارم، تهران، سمت.
11. فروزش، روح‌الله، جایگاه عدالت ترمیمی در فقه اسلامی و حقوق ایران، 1385،

204.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و پنجم، پاییز 1393

چاپ اول، تهران، انتشارات خرسندی.

12. کاپتین، هنریک و مارچ، مارک، جرم، بزه‌دیدگان و عدالت، 1384، ترجمه امیر سماواتی پیروز، چاپ نخست، انتشارات خلیلیان.

13. کاتوزیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات، 1380، ج 1، چاپ اول، نشر میزان.

14. لایمن، مارین، عدالت ترمیمی از نظریه تا عملکرد، 1393، چاپ اول، تهران، انتشارات جنگل.

15. نجفی ابرندآبادی، علی حسین و هاشم بیگی، حمید، دانشنامه‌ی جرم‌شناسی، 1384، چاپ نخست، تهران، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی.

16. یوسف‌زاده، مرتضی، حقوق کارشناسی، 1387، چاپ اول، تهران، انتشارات یادآوران.

ب) مقالات

1. اسکندری، امیرمحمد، بررسی نقش تکمیلی روش‌های حل اختلاف جایگزین در حل و فصل دعاوی (ADR)، 1384، کانون وکلا شماره 191.

2. افتخار جهرمی، گودرز، تحولات نهاد داوری در قوانین موضوعه ایران، 1378، نشریه حقوق، تحقیقات حقوقی، شماره 27 و 28.

3. درویشی هویدا، یوسف، شیوه‌های جایگزین یا غیرقضایی حل و فصل اختلافات، 1384، نشریه حقوق قضاوت، شماره 32.

4. رستمی، ولی، مشارکت مردم در فرآیند کیفری، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران.

5. شبیری، عباس، پارادایم‌های عدالت کیفری، عدالت سزا دهنده و عدالت ترمیمی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره 74

6. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، از عدالت کیفری کلاسیک تا عدالت ترمیمی، 1382، مجله‌ی تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره‌های نهم و دهم، پاییز و زمستان.

میانجی‌گری کارآمدترین روش حل اختلاف برای تحقق عدالت ترمیمی.....205

ج) پایان‌نامه‌ها

1. جلیلیان، محمدرضا، جایگاه قضاوت خصوصی در ایران و راه‌های توسعه آن، 1391، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه پیام نور تهران.
2. دانا، امیر رضا، جلوه‌های عدالت ترمیمی در نظام کیفری ایران، 1384، پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران (پردیس قم)، بهار.

د) منابع انگلیسی

1. Bonta, J. S. W. Capretta and J. Rooner, Restorative justice: An evaluation of the restorative resolutions project, solicitor general. Canada. 1998.
2. Davies, Pamela & Francis, Peter, Victimization, First edition, Palgrave, 2003.
3. Herring, Jonathan, Criminal Law, third edition, Palgrave, 2002.
4. Strang, H & Braithwaite, J. Restorative Justice and Civil Society. United Kingdom. Cambridge University Press. 2001
5. Tony, Michel. The hand book of crime and Punishment. Edited by Michel tony. Oxford University. Newyork. 2002.



مطالعه‌ی تطبیقی نحوه‌ی اعمال معیار منشور ملل متحد برای عضویت دولت‌ها در مورد فلسطین و سودان جنوبی

* علیرضا ظاهری ** مریم رضایی تبار

تاریخ دریافت: 1393/10/3 تاریخ پذیرش: 1393/11/12

چکیده

یکی از مهم‌ترین بحران‌هایی که از بدو حیات سازمان ملل متحد همواره صلح و امنیت بین‌المللی را مختل نموده، موضوع فلسطین است. متأسفانه به رغم گذشت بیش از 60 سال از این بحران، به نظر می‌رسد هنوز اراده جدی‌ای در سازمان ملل متحد برای حل و فصل این موضوع وجود ندارد. نتیجه تداوم وضعیت نامشخص دولت فلسطین، آوارگی و از دست رفتن جان میلیون‌ها نفر انسان مظلوم بوده است که به رغم گذشت دهه‌های متمادی نتوانسته‌اند با تشکیل یک دولت مستقل، از حقوق خود در مجامع بین‌المللی دفاع کنند. موضوع عضویت فلسطین در ملل متحد، مساله‌ای است که پس از درخواست فلسطین برای عضویت در ملل متحد، از زاویه‌ی حقوق بین‌الملل مورد نقد محافل بین‌المللی قرار می‌گیرد. لذا برای بررسی موضوع، در این مقاله ابتدا معیارهای مندرج در منشور برای پذیرش عضویت یک دولت در سازمان ملل متحد بررسی شده و سپس با توجه به اهمیت بحث دولت شدن، به عنوان پیش شرط و مقدمه عضویت در ملل متحد، شرایط دولت شدن فلسطین بر اساس قواعد حقوق بین‌الملل و صلاحیت آن برای عضویت در سازمان ملل متحد مورد ارزیابی قرار گرفته است. در بخش پایانی مقاله، موضوع عضویت فلسطین در سازمان ملل متحد با مورد سودان جنوبی و عضویت آن در سازمان ملل متحد، بدون مخالفت دولتهای بزرگ و به فاصله کوتاهی پس از اعلام استقلال، مورد مقایسه قرار گرفته و عملکرد دو گانه سازمان ملل متحد در بوطه نقد قرار داده شده است. ماحصل مباحث مطرح شده در این مقاله این است که با توجه به نقش اصلی شورای امنیت در پذیرش اعضای جدید، دولتهای برخوردار از حق وتو، معیارهای حقوق بین‌الملل را آنگونه که به نفع منافع ملی خودشان است تفسیر و اجرا می‌کنند. این مساله ضرورت اصلاح ساختار سازمان ملل متحد و ایجاد ساز و کاری برای اجرای هر چه بیشتر مقررات منشور بدون در نظر گرفتن منافع ملی دولتهای بزرگ را مشخص می‌سازد.

واژگان کلیدی: دولت شدن فلسطین، سودان جنوبی، عضویت در سازمان ملل متحد، معیار دولت شدن.

* استادیار دانشکده حقوق دانشگاه آزاد واحد تهران مرکز.

** کارشناس ارشد حقوق بین‌الملل

مقدمه

پس از پایان جنگ دوم جهانی مجمع عمومی ملل متحد در اولین نشست ویژه خود که با موضوع فلسطین برگزار شد، کمیته‌ای ویژه متشکل از کشورهای استرالیا، کانادا، چکسلواکی، گواتمالا، هند، ایران، هلند، پرو، سوئد، اروگوئه و یوگسلاوی، برای تعیین وضعیت فلسطین تشکیل داد.¹ کمیته ویژه ملل متحد در مورد فلسطین²، پس از انجام تحقیقات مفصل پیشنهاد کرد تا سرزمین فلسطین به دو دولت عربی و یهودی تقسیم شود و بیت المقدس تحت نظارت یک رژیم بین المللی اداره گردد.³ در سال 1947 که قطعنامه⁴ 181 موسوم به قطعنامه تقسیم بر اساس پیشنهاد کمیته ویژه به تصویب رسید، دولت ملی یهود تمایل و موافقت خود را نسبت به آن ابراز داشت و بلافاصله درخواست عضویت در سازمان ملل متحد به عنوان یک دولت را اریه کرد. این درخواست در 11 می 1949 به تصویب مجمع عمومی ملل متحد رسید⁵ و اسرائیل به عنوان دولتی صلح جو که قادر به ایفای تعهدات منشور و آثار آن است به عضویت ملل متحد درآمد.

اما در همان دوران اعراب که قطعنامه تقسیم را نمی پذیرفتند، درگیر منازعات متعدد با اسرائیل شدند. این درگیری‌ها تا سال 1973 به صورت پراکنده ادامه داشت و به این ترتیب اعراب فرصت عضویت فلسطین در سازمان ملل متحد را در آن مقطع از دست دادند.

وقوع درگیری‌های اخیر در غزه که با تجاوز آشکار رژیم اسرائیل به وقوع پیوست و موجب پایمال شدن حقوق ملت فلسطین گردید، زمینه را فراهم آورد تا محمود عباس،

1. A/RES/106(S-I), 15 May 1947.

2. United Nations Special Committee on Palestine (UNSCOP)

3. A/364, 3 September 1947 available at:

<http://unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/07175DE9FA2DE563852568D3006E10F3>

4. A/RES/181 (II), 29 November 1947.

5. A/RES/273(III), 11 May 1949.

مطالعه‌ی اعمال معیار ملل متحد برای عضویت دولت‌ها در مورد فلسطین.....209

رییس تشکیلات خودگردان فلسطین در سپتامبر 2011 درخواست عضویت فلسطین در سازمان ملل متحد را تسلیم بان کی مون دبیر کل سازمان ملل متحد کند.¹ اما دولت ایالات متحده با توصیه پذیرش عضویت فلسطین در سازمان ملل توسط شورای امنیت به مجمع عمومی مخالفت نمود. متعاقب این اقدام فلسطین به فاصله یک سال این بار درخواست ارتقای وضعیت خود به عنوان دولت ناظر غیر عضو را مطرح کرد. از آنجایی که این ارتقای وضعیت نیازی به نظر مثبت شورای امنیت نداشت، فلسطین توانست با رای مثبت اکثریت اعضای مجمع عمومی سازمان ملل متحد به وضعیت دولت ناظر غیر عضو سازمان ملل متحد ارتقا یابد.²

از آن جایی که اولین لازمه عضویت یک موجودیت سیاسی در سازمان ملل متحد بر اساس منشور، دولت بودن آن موجودیت است، ضروری است معیارهای دولت بودن از منظر حقوق بین الملل را در مورد فلسطین بررسی کنیم تا ببینیم آیا فلسطین به عنوان یک دولت می‌تواند به عضویت ملل متحد پذیرفته شود یا خیر. بررسی معیارها و رویه‌های سازمان ملل متحد در پذیرش اعضا نشان می‌دهد که دولت‌هایی مختلف از جمله رژیم اسرائیل و سودان جنوبی با وجود اینکه صلاحیت عضویت در سازمان ملل متحد به عنوان یک دولت مستقل را نداشتند بدون هیچگونه مخالفتی به عضویت این سازمان پذیرفته شدند، اما علیرغم این که فلسطین شرایط لازم جهت دولت شدن را داراست، تا به امروز نتوانسته به عنوان دولتی مستقل به عضویت سازمان ملل متحد درآید.

معیار عضویت دولت‌ها در ملل متحد از نظر منشور

به موجب بند 1 ماده 4 منشور ملل متحد «دولت‌هایی صلح جویی که تعهدات مندرج در منشور را بپذیرند و به تشخیص سازمان قادر یا مایل به اجرای آن‌ها باشند».

1. A/66/371-S/2011/592, 23 September 2011.

2. A/RES/67/19, 4 December 2012.

210.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و پنجم، پاییز 1393

می‌توانند به عضویت سازمان ملل متحد در آیند. بند 2 همین ماده، پذیرش اعضای جدید را منوط به تصمیم مجمع عمومی ساخته است که بنابر توصیه شورای امنیت اتخاذ می‌شود.¹ بنابراین پذیرش یک واحد سیاسی در سازمان ملل متحد مستلزم دارا بودن استانداردهایی است که توسط منشور تعیین شده است. آن شرایط عبارتند از «دولت بودن»، «صلح جو بودن»، «پذیرش تعهدات مندرج در منشور» و «قادر و مایل بودن به اجرای آن تعهدات». از آن جا که اجرای شرایط مندرج در منشور در این خصوص بدون ابهام و اشکال نبود، در سال 1947 از دیوان بین‌المللی دادگستری خواسته شد تا در این باره نظر مشورتی خود را ارایه کند.² دیوان در رای 28 می 1948 شرایطی را بر مبنای منشور برای داوطلبان عضویت در سازمان در نظر گرفت که به قرار ذیل می‌باشد:

1- عضو، دولت مستقل باشد؛

2- صلح جو باشد؛

3- تعهدات مندرج در منشور را بپذیرد؛

4- قادر به انجام آن تعهدات باشد؛

5- تمایل به انجام آن تعهدات داشته باشد.³

رویه ی سازمان ملل متحد در پذیرش اعضا

ساختار مدیریت در سازمان ملل متحد، به گونه‌ای طراحی شده که همواره تصمیمات حساس و سرنوشت ساز با مجوز شورای امنیت اتخاذ می‌شود. به بیان دیگر هیچ تصمیم‌گیری مهمی نباید بدون اعمال نظر 5 عضو دائم شورا به تصویب برسند. این

1. ماده 4-1- سایر کشورهای شیفته‌ی صلح که تعهدات مندرج در این منشور را بپذیرند و به نظر و تشخیص سازمان قادر و مایل به اجرای آن باشند می‌توانند به عضویت ملل متحد درآیند.

2- قبول هرکشوری که واجد شرایط مذکور باشد به عضویت ملل متحد منوط به تصمیمی است که مجمع عمومی بنا بر توصیه شورای امنیت اتخاذ می‌نماید.

2. A/RES/113(II), 17 November 1947.

3. Conditions of admission of a state to membership in the United Nations (Article 4 of Charter), 28 May 1948, P. 1, para. 6.

مطالعه‌ی اعمال معیار ملل متحد برای عضویت دولت‌ها در مورد فلسطین.....211

قاعده در مورد پذیرش اعضا نیز کاملاً رعایت شده و شورا نقشی اساسی و محوری را در احراز شرایط عضویت در سازمان ملل متحد ایفا می‌کند. از سوی دیگر، بررسی عملکرد مجمع عمومی در تمامی این سال‌ها نشان می‌دهد که هیچ‌گاه، مجمع عمومی با توصیه پذیرش شورای امنیت برای پذیرش یک عضو جدید مخالفت نکرده است. از همین جا می‌توان نتیجه گرفت که موضوع پذیرش عضویت از همان ابتدا به عنوان یکی از موضوعات مهم مطرح در سازمان ملل متحد شناخته شده است.

بررسی درخواست عضویت فلسطین

شورای امنیت درخواست فلسطین برای عضویت در سازمان ملل متحد را در 27¹ و 28 سپتامبر سال 2011² مورد بررسی قرار داد. بر اساس ماده 59 قواعد موقت آیین رسیدگی، شورا از کمیته دائمی پذیرش اعضای جدید خواست تا درخواست فلسطین را مورد بررسی قرار داده و در این مورد گزارشی را تهیه کند.³ بر اساس گزارش کمیته، اولین جلسه در 30 سپتامبر 2011 تشکیل شد و در ماه اکتبر ضوابط عضویت را در مورد فلسطین در 5 نشست غیر رسمی با حضور کارشناسان مورد بررسی قرار گرفت.⁴ کمیته در آخرین نشست رسمی خود در سوم نوامبر گزارشی را در خصوص درخواست عضویت فلسطین آماده کرده و به شورای امنیت ارایه نمود. در فاصله نوامبر 2011 تا ژانویه 2012، شورای امنیت هر ماه یکبار در مورد درخواست فلسطین تشکیل جلسه داد، اما اقدام خاصی را در این زمینه انجام نداد.⁵ در آخرین نشست در 24 ژانویه 2012، مشخص شد که در خصوص این درخواست در درون شورا اختلاف نظر وجود

1. S/PV.6623, 27 September 2011.

2. SPV.6624, 28 September 2011.

3. S/2011/705, 11 November 2011, para 2-3, available at: <http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/IP%20s%202011%20705.pdf>

4. Ibid

5. S/PV.6662, 21 November 2011, S/PV.6692, 20 December 2011, S/PV.6706, 24 January 2012.

دارد و هنوز در این مورد رای گیری به عمل نیامده است.¹ همان گونه که در گزارش نهایی اشاره شده بود، کمیته پذیرش اعضای جدید بالاتفاق معتقد بود که دولت بودن فلسطین یک مسئله‌ی محل اختلاف است، نه به این دلیل که فلسطین جمعیت دائمی ندارد یا مرزهای آن محل اختلاف است، بلکه به این دلیل که دولت فلسطین «کنترل موثری» بر سرزمین فلسطین ندارد. یکی از استدلال‌ها در این زمینه آن بود که حماس، به صورت عملی کنترل کاملی بر نوار غزه دارد، نه تشکیلات خود گردان، در حالی که سازمان آزادی بخش فلسطین نماینده قانونی مردم فلسطین است. استدلال دیگر این بود که رژیم اسرائیل به عنوان یک «نیروی اشغال گر» عملاً کنترل اکثر مناطق کرانه باختری را در اختیار دارد.² کمیته هم چنین اظهار داشت که تشکیلات خودگردان به دلیل محدودیت‌های ناشی از موافقت نامه اسلو نمی‌تواند با دیگر دولت‌ها روابط خارجی داشته باشد.³ با این حال، نظر دیگری که در کمیته مطرح شد این بود که هر چند ممکن است اشغال بر دولت بودن تاثیر بگذارد، اما بدان معنا نخواهد بود که حاکمیت سرزمین اشغال شده باید به قدرت اشغال گر واگذار شود.⁴

در مباحث مطروحه در کمیته به گزارش‌های بانک جهانی، صندوق بین المللی پول و کمیته ارتباط ویژه برای هماهنگی کمک‌های بین المللی به فلسطین، اشاره شد مبنی بر این که فلسطین برای دولت شدن آمادگی دارد.⁵ بطور مثال، در گزارش کمیته ویژه به تاریخ آوریل 2011 خاطر نشان شده که، در زمینه حاکمیت قانون و حقوق بشر، معیشت، آموزش و فرهنگ، بهداشت، مراقبت‌های ویژه و زیرساخت‌ها و تامین آب،

1. S/PV.6706, 24 January 2012.

2. S/2011/705, 11 November 2011, para 12, available at: <http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/IP%20s%202011%20705.pdf>

3. Ibid, para 14.

4. Ibid, para 11.

5. Ibid, para. 13.

مطالعه‌ی اعمال معیار ملل متحد برای عضویت دولت‌ها در مورد فلسطین.....213

«اقدامات دولتی (تشکیلات خود گردان فلسطین) در حال حاضر برای محسوب شدن به عنوان عملکرد یک دولت مستقل کافی به نظر می‌رسد.»¹

هم چنین همان‌گونه که نماینده اکوادور در نشست شورای امنیت در ژانویه سال 2012 اظهار داشت، سازماندهی انتخابات پارلمان و ریاست جمهوری در فلسطین شاهد دیگری است که اثبات می‌کند دولت فلسطین قادر به اداره خود به عنوان یک دولت مستقل است.² نمایندگان دولت‌هایی مختلف در شورای امنیت این نظر را مطرح کردند که در واقع این اشغال کرانه باختری توسط رژیم اسرائیل است که مقامات فلسطینی را از ارایه و توسعه خدمات عمومی باز می‌دارد.³ نماینده اکوادور در این باره گفت: «ساخت دیوار حایل توسط رژیم اسرائیل در بیت المقدس فلسطینی‌ها را از دسترسی به بیمارستان‌ها، مدارس و محل‌های کارشان باز می‌دارد.» نماینده نروژ نیز گفت: «مانع اصلی برای یک دولت موثر فلسطینی و ایجاد موسسات لازم، اشغالگری و تداوم شهرک سازی‌های اسرائیل در سرزمین اشغالی است.»⁴ «در رابطه با روابط دیپلماتیک نیز، علی‌رغم محدودیت‌های ناشی از موافقتنامه اسلو،⁵ کمیته پذیرش تنها موظف است اهلیت برقراری روابط با سایر دولت‌ها را بررسی کند که این موضوع نیز با توجه به شناسایی فلسطین از سوی 130 دولت جهان به عنوان کشور دولت مستقل، شرطی محقق شده به نظر می‌رسد.»⁶

در مورد این که آیا فلسطین کشوری صلح جو است یا نه، این ادعا مطرح شد که

1. Office of the U.N. Special Coordinator for the Middle East Peace Process, Ad Hoc

Liaison Committee Meeting, Palestine State-Building: A Decisive Period (April 13, 2011),

[http://www.un.org/depts/dpa/qpal/docs/2011%20Helsinki/UNs%20Report%](http://www.un.org/depts/dpa/qpal/docs/2011%20Helsinki/UNs%20Report%20to%20the)

[%20AHLC%202013_April_2011.pdf](http://www.un.org/depts/dpa/qpal/docs/2011%20Helsinki/UNs%20Report%20to%20the%20AHLC%202013_April_2011.pdf).

2. S/PV.6706, 24 January 2012.

3. S/PV.6636, 24 October 2011.

4. Ibid.

5. Oslo Accord

6. Wachlich (2012), p. 239.

214.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و پنجم، پاییز 1393

«حماس حاضر به کنار گذاشتن اقدامات خشونت آمیز و تروریستی نشده و هدف خود را نابودی اسرائیل اعلام کرده است.» اما اعضای کمیته از سوی دیگر به نظریه مشورتی دیوان بین المللی دادگستری در قضیه نامیبیا در سال 1971 اشاره کردند که دیوان اظهار داشته بود، تنها اقداماتی را می توان قابل انتصاب به یک دولت دانست که از سوی مقامات به رسمیت شناخته شده آن دولت انجام شده باشد.¹ هم چنین گفته شد که دولت فلسطین تعهد خود به قطعنامه های سازمان ملل متحد در زمینه حل مناقشه اسرائیلی - فلسطینی را اجرا کرده که نشان دهنده حمایت آن از «قطعنامه های سازمان ملل متحد، اصول مادرید، ابتکارات صلح عربی و نقشه راه ارایه شده توسط گروه چهار جانبه (سازمان ملل متحد، اتحادیه اروپا، آمریکا و روسیه)» است.² گام دیگر به سمت صلح را می توان تبادل اسرای فلسطینی و اسرائیلی دانست که منجر به آزادی گیلعاد شالیط³، سرباز اسرائیلی و 477 اسیر فلسطینی شد.⁴ ماریا لوئیزا ریبریو ویوتی⁵ سفیر برزیل در شورای امنیت در اکتبر 2011 اظهار داشت: «نمایش نهایی ای که نشان داد فلسطین یک دولت صلح جو است، تصمیم دقیق آن در مورد روی آوردن به حقوق بین الملل و سازمان ملل متحد برای شناسایی حق مشروعش در مورد تعیین سرنوشت خود بود.»⁶ در نهایت، تشخیص این که آیا خواهان (فلسطین) دولتی صلح دوست است یا نه، بر عهده شورای امنیت و مجمع عمومی سازمان ملل متحد گذاشته شد. ناگفته نماند که در مورد پذیرش رژیم اسرائیل به عضویت سازمان ملل متحد، بر اساس رویه سازمان ملل متحد، تعهد به صلح جو بودن، مقارن با ترک مخاصمه منطقه ای و البته بدون حل و فصل نهایی مناقشه اسرائیل و فلسطین، کافی تلقی شد.⁷

پس از رد درخواست عضویت فلسطین در سازمان ملل متحد در سال 2011، به

1. S/2011/705, 11 November 2011, para. 16.

2. Ibid, para. 15.

3. Gilad Shalit

4. S/PV.6706, 24 January 2012, p.14.

5. Maria Luiza Ribeiro Viotti

6. S/PV.6636, 24 October 2011, p.17.

7. Wachlich (2012), p.241.

مطالعه‌ی اعمال معیار ملل متحد برای عضویت دولت‌ها در مورد فلسطین.....215

فاصله یک سال محمود عباس، رییس تشکیلات خودگردان فلسطین در 29 نوامبر 2012 و همزمان با شصت و پنجمین سالگرد تصویب قطعنامه 181، معروف به قطعنامه تقسیم، با حضور در مقر سازمان ملل متحد این بار درخواست ارتقای وضعیت فلسطین در سازمان ملل متحد به «دولت ناظر غیر عضو» را مطرح کرد.

عباس در نشست مجمع عمومی سازمان ملل متحد خطاب به نمایندگان دولت‌هایی عضو گفت: تجاوز و حمله به غزه نشان داد که فلسطینیان به آزادی نیاز دارند و نیز نشان داد که اسرائیل سیاست تجاوز را دنبال می‌کند و جامعه بین‌الملل بایستی با رای مثبت امروز خود به ارتقای جایگاه فلسطین، بدنبال صلح باشد. پس از سخنان محمود عباس، 193 عضو مجمع عمومی سازمان ملل متحد با 138 رای مثبت در قبال 9 رای منفی و 41 رای ممتنع به قطعنامه 67¹/19 در مورد ارتقای وضعیت فلسطین رای مثبت دادند. 9 دولت از جمله کانادا، امریکا و اسرائیل به این قطعنامه رای مخالف دادند.²

وضعیتی که اکنون فلسطین به عنوان یک «دولت ناظر غیر عضو» کسب کرده، وضعیتی است شبیه آن چه که سوئیس قبل از عضویت کامل در سازمان ملل متحد داشت، یا موقعیتی که اکنون واتیکان در سازمان ملل متحد داراست.

عضویت فلسطین در سازمان ملل متحد به عنوان یک «دولت ناظر غیر عضو» هرچند به مطالبات فلسطینیان در مجامع و سازمان‌های بین‌المللی و جاهت قانونی و مشروعیت سیاسی خواهد بخشید و راه عضویت کامل فلسطین در سازمان ملل متحد و ارکان آن را هموار خواهد نمود، اما نمونه بارزی از تفسیر خودمحمور و منفعت طلبانه آمریکا و اسرائیل از موازین حقوق بین‌الملل برای محروم کردن ملت فلسطین از حق خود برای حضور کامل و موثر در جامعه بین‌المللی است.

تصویب درخواست عضویت فلسطین در سازمان ملل متحد و تبدیل موقعیت آن از

1. A/RES/67/19, 4 December 2012.

2. یورو نیوز، فلسطین دولت ناظر غیر عضو سازمان ملل متحد شد، قابل دسترسی در آدرس زیر:
<http://persian.euronews.com/2012/11/29/un-votes-to-give-palestine-non-member-status/>

216.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و پنجم، پاییز 1393

یک «موجودیت» ناظر به یک «دولت» ناظر ولو غیر عضو، به معنای صحه گذاردن 138 دولت عضو سازمان ملل متحد بر دولت بودن فلسطین است. با به اهتزاز درآمدن پرچم فلسطین در مقر سازمان ملل متحد در کنار پرچم سایر کشورها، این امر ظهور و بروز بیشتری یافته است.

هم چنین می توان به پذیرش عضویت فلسطین در دیوان بین المللی کیفری در آوریل سال 2015 اشاره کرد¹ که بار دیگر مهر تاییدی بر دولت تلقی شدن فلسطین از سوی مجامع بین المللی است. عضویت فلسطین در دیوان بین المللی کیفری می تواند راه را برای رسیدگی به جنایات ارتكابی توسط مقامات سیاسی و فرماندهان رژیم اسرائیل در جریان تجاوزات اخیر به نوار غزه هموار سازد.

با توجه به این که اولین و مهم ترین معیار پذیرش عضویت در سازمان ملل متحد بر اساس نص صریح منشور، دولت بودن است، ضروری است معیار دولت بودن را از منظر حقوق بین الملل بررسی نمائیم.

معیار سنتی دولت شدن

معیار سنتی پذیرش یک مجموعه سرزمینی به عنوان دولت در حقوق بین الملل در ماده یک کنوانسیون 1933 مونته ویدئو² درباره حقوق و تکالیف دولت ها برشمرده شده است. اگرچه این کنوانسیون توسط برخی از کشورهای امریکای لاتین و ایالات متحده امریکا به تصویب رسیده است و دیگر کشورها ملزم به رعایت این کنوانسیون نیستند، اما عناصر ذکر شده در این سند برای تاسیس یک کشور، دارای ماهیت حقوق عرفی بوده و در بسیاری از اسناد دیگری که در آنها دولت تعریف شده است، مورد تایید و

1. Palestinian Authority becomes member of International criminal court, The Guardian, Peter Beaumont, available at: <http://www.theguardian.com/law/2015/apr/01/palestinian-authority-becomes-member-of-international-criminal-court>

مطالعه‌ی اعمال معیار ملل متحد برای عضویت دولت‌ها در مورد فلسطین.....217

تاکید قرار گرفته است.¹ شروط دولت شدن از منظر کنوانسیون 1933 مونته ویدئو² عبارت است از: داشتن سرزمین معین، دارا بودن جمعیت دایمی، برخورداری از دولت و اهلیت برقراری روابط با سایر دولت‌ها.

برخلاف مقررات جامعه ملل در پذیرش اعضای جدید که سرزمین‌های مستعمره و دولت‌هایی خود مختار را به عضویت می‌پذیرفت، سازمان ملل متحد صرفاً با تکیه بر «دولت بودن» اعضای خود بنیان نهاده شده است. با توجه به این معیار، در جریان پذیرش برخی از دولت‌هایی متقاضی عضویت در سازمان ملل متحد، درخواست آن‌ها به دلیل عدم برخورداری از شرایط یک دولت مستقل رد شد. مانند درخواست کره به دلیل اشغال خارجی، اتریش به دلیل اشغال نظامی ناشی از جنگ دوم جهانی، سیلان به دلیل داشتن روابط خاص با حکومت استعمارگر پیشین، آنگولا به جهت فقدان استقلال.³

با توجه به شروط مصرح در کنوانسیون مونته ویدئو شرایط دولت شدن فلسطین را ذیلاً بررسی می‌کنیم:

جمعیت فلسطین

در خصوص شرط وجود جمعیت دایمی، مشکل خاصی وجود ندارد و با توجه به سکونت دایمی فلسطینیان در سرزمین‌های فلسطینی، این شرط مورد چالش قرار نگرفته است. تنها این موضوع ممکن است مطرح شود که پس از جنگ 6 روزه 1967، اکثریت مردم فلسطین در خارج از این سرزمین زندگی می‌کنند. به بیان دیگر از 11 میلیون فلسطینی، تنها 3.8 میلیون نفر آن‌ها در سرزمین‌های فلسطینی زندگی می‌کنند. «اصولا معیار کمی یا تعداد افرادی که جمعیت یک کشور را تشکیل می‌دهند، چندان مهم

1. طباطبایی، 1393، ص 139.

2. Montevideo Convention On The Rights And Duties Of States (1933)

3. موسی زاده، 1387، ص 274.

نیست و این مفهوم عددی کاملاً نسبی است، اما مجموع تعداد افراد باید در حدی باشد که بتوان تاسیس یک نظام عالی حقوقی مانند کشور را توجیه نمود.¹ بنابراین این مسئله که اکثریت فلسطینیان در خارج از سرزمین‌های فلسطینی سکونت دارند، هیچ خللی بر معیار دولت بودن فلسطین وارد نمی‌کند. در مباحث مطروحه در کمیته ویژه شورای امنیت نیز در مورد معیار داشتن جمعیت دائمی و سرزمین تعریف شده، این نظر ابراز شد که فلسطین از این دو معیار بهره مند است.²

سرزمین فلسطین

در خصوص شرط دارا بودن سرزمین، ایرادی که مطرح می‌شود این است که وضعیت سرزمین فلسطین به گونه‌ای نیست که بتوان آن را «سرزمین مشخص و معین» توصیف کرد. در پاسخ به این ایراد باید گفت، بر اساس طرح تقسیم، سرزمین‌های فلسطینی متشکل از کرانه باختری، نوار غزه و قدس شرقی هستند. تمامیت سرزمینی فلسطین در قطعنامه‌های شورای امنیت، مجمع عمومی و احکام صادره از سوی دیوان بین‌المللی دادگستری مورد شناسایی و تایید قرار گرفته است.³

به علاوه، این مساله که مرزهای فلسطین به طور کامل مشخص نشده‌اند، امکان دولت شدن فلسطین را منتفی نمی‌سازد. دولت بودن مستلزم داشتن کنترل موثر و انحصاری بر بخشی از سرزمین است، چه آن بخش کوچک باشد یا بزرگ. سرزمین نباید لزوماً به صورت دقیق توسط مرزهای قطعی مشخص شده باشد، همان گونه که رژیم اسراییل نیز به رغم مشخص نبودن قطعی مرزهایش به عنوان یک دولت شناخته شده است. در نشست کمیته ویژه شورای امنیت نیز بر این نکته تاکید شد که نبود

1. ضیایی بیگدلی، 1385، ص 202.

2. S/2011/705, 11 November 2011, para 10, available at: <http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/IP%20s%202011%20705.pdf>

3. Palestinian Statehood According to International law, Ilona-Margarita Stettner, available at: <http://www.kas.de/palaestinensische-gebiete/en/pages/11510/>

مرزهای مشخص و دقیق مانعی برای دولت شدن به شمار نمی‌رود.¹

دولت فلسطین

شاید بحث برانگیزترین معیار در زمینه دولت شدن فلسطین، معیار وجود دولت مستقل در محدوده سرزمینی فلسطین باشد. در خصوص معیار وجود دولت، شورای ملی فلسطین، در سال 1988 در الجزایر با انتشار بیانیه استقلال ملی فلسطین، اعلام کرد که دولت فلسطین در سرزمین‌های فلسطینی با پایتختی قدس شریف تشکیل می‌شود. در خصوص اعتبار حقوقی بیانیه‌های استقلال، می‌توان به رویه اخیر دیوان بین‌المللی دادگستری در خصوص اشاره کرد. به دنبال اعلان استقلال کوزوو از صربستان در 17 فوریه‌ی 2008 و به دنبال آن، به رسمیت شناختن آن توسط تعداد زیادی از کشورها؛ جمهوری صربستان از طریق ساز و کارهای حقوقی مجمع عمومی سعی داشت که این اقدام کوزوو و شناسایی آن را توسط تعدادی از کشورها غیر قانونی جلوه دهد. از این رو مجمع عمومی سازمان ملل متحد در تاریخ 8 اکتبر 2008 طی قطعنامه‌ای² از دیوان بین‌المللی دادگستری در خواست نمود که براساس ماده 96 منشور ملل متحد و ماده 65 اساس‌نامه دیوان، نظریه مشورتی را در خصوص این سؤال که؛ «آیا اعلام یک‌جانبه استقلال از سوی ترتیبات موقت منطقه خود مختار کوزوو با حقوق بین‌الملل هم‌خوانی دارد؟» ارایه کند.

از نظر دیوان، در هیچ موردی رویه دولت‌ها در کل، صدور اعلامیه استقلال را مخالف با حقوق بین‌الملل ندانسته است. بلکه آشکارا رویه دولت‌ها در طی چند قرن اخیر نشان می‌دهد که حقوق بین‌الملل در بردارنده هیچ ممنوعیتی راجع به اعلامیه استقلال نیست. در نیمه دوم قرن بیست و یکم، حقوق بین‌الملل حق تعیین سرنوشت

1. S/2011/705, 11 November 2011, para 10, available at: <http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/IP%20s%202011%20705.pdf>
2. A/RES/63/3, 8 October 2008.

گسترش یافت که بر اساس آن به مردم سرزمین‌های غیر خودگردان و مردمی که تحت سلطه و استعمار خارجی هستند، حق استقلال داده می‌شود. مواردی یافت می‌شود که اعلامیه‌های استقلال خارج از چارچوب پیش‌گفته صادر شده‌اند و رویه دولت‌ها نشان نمی‌دهد که در این موارد یک قاعده جدید حقوق بین‌الملل وجود دارد که اعلامیه استقلال را منع کند.¹

مجمع عمومی سازمان ملل متحد با پذیرش طرح تقسیم فلسطین در سال 1947، در حقیقت تلویحا به تشکیل دولت فلسطین رای داده است. در قطعنامه تقسیم، پذیرش عضویت در سازمان ملل متحد مشروط به این موضوع شده که «استقلال دولت عربی یا یهودی، همان گونه که در این طرح لحاظ شده، به نحو موثری به اجرا در آید» و اعلامیه‌ای توسط «یکی از این دولت‌ها امضا شود».

در مجموع می‌توان گفت که امروزه موجودیتی به نام فلسطین تا حدود زیادی عنصر قدرت سیاسی را برای تشکیل یک کشور مستقل دارد، هرچند چالش‌هایی در خصوص اعمال مؤثر قدرت سیاسی خودگردان، قاطعیت قدرت تصمیم‌گیری آن، اصالت قدرت تصمیم‌گیری و سلطه واقعی و یکپارچه در کل سرزمین‌های آزاد شده وجود دارد، که آن هم از یک سو به دلیل مداخلات سیاسی - نظامی مستمر اسرائیل در آن سرزمین‌ها و از سوی دیگر انشقاق و انشعاب اقتدار سیاسی در همان سرزمین‌هاست.² اخیرا از سوی هر دو گروه فلسطینی یعنی فتح و حماس تلاش‌هایی برای حل اختلافات و دستیابی به اتحاد حول آرمان دولت فلسطینی شکل گرفته است. دو گروه فلسطینی حماس و فتح سرانجام پس از حدود 6 سال جدال و رویارویی که بعضا وارد مرحله نظامی نیز شده بود در آوریل 2011 پس از 18 ماه مذاکره، نهایتا در قاهره اعلام کردند که بر سر دستورالعملی برای تشکیل دولت وفاق ملی و برگزاری انتخابات تشکیلات خودگردان فلسطین به توافق رسیده‌اند. آشتی دو

1. ICJ Advisory Opinion on Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, Para.79.

2. باقی، 1390.

گروه اصلی فلسطینی با موافقت و استقبال بسیاری از بازیگران بین‌المللی مواجه شد، اما به مذاق رژیم اسرائیل و ایالات متحده که همواره مخالف تشکیل دولت مستقل فلسطینی بوده‌اند، خوش نیامد. یکی از نمودهای هماهنگی در مواضع دو گروه فلسطینی حضور یک نماینده مشترک از سوی فلسطین در شانزدهمین نشست جنبش عدم تعهد در تهران (اوت 2012) بود. علی‌رغم این که دولت ایران از اسماعیل هنیه، نخست‌وزیر دولت حماس و محمود عباس رییس تشکیلات خودگردان فلسطین برای شرکت در نشست سران جنبش عدم تعهد در تهران دعوت کرده بود، اسماعیل هنیه از شرکت در این اجلاس خودداری کرد و به حضور محمود عباس به عنوان تنها نماینده دولت فلسطین در این اجلاس رضایت داد. پیشتر «ریاض المالکی» وزیر امور خارجه تشکیلات خودگردان فلسطین نیز گفته بود در صورتی که «اسماعیل هنیه» در نشست سران جنبش عدم تعهد در تهران حضور یابد، «محمود عباس» در این نشست حضور نخواهد یافت.¹

استدلال دیگری که میتوان مطرح کرد این است که در پرتو توسعه حقوق بین‌الملل از سال 1945 به این سو، نهادهای مهم بین‌المللی مانند سازمان ملل متحد یا دیوان بین‌المللی کیفری در جهت خاصی از اختیار را دارا شده‌اند که به آن‌ها اجازه می‌دهد در راستای نیل به اهداف آن سازمان، حتی به رغم عدم برخورداری یک موجودیت از تمامی ضوابط سنتی دولت شدن، در مورد دولت شدن آن موجودیت به صورت دو ژوره، اعلام نظر کنند. جیمز کرافورد، از اساتید به نام حقوق بین‌الملل در این باره می‌گوید: «توسعه حقوق بین‌الملل از 1945 به این سو... به صورت مستدلی مفهوم دولت شدن را نسبت به فرمول مورد اشاره در کنوانسیون مونته‌ویدئو، دستخوش تعدیل نموده است. حتی در مواردی از تعریف دولت به مثابه یک اجتماع سرزمینی موثر و مستقل از سایر دولت‌ها عدول شده است. درمقابل، مفاهیمی چون استحقاق یا

1. آخرین اخبار و تحلیل‌های بین‌المللی از نشست غیر متعهدها، قابل مشاهده در آدرس زیر:
<http://yon.ir/5uDE>

222.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و پنجم، پاییز 1393

عدم استحقاق برای دولت تلقی کردن یک موجودیت، دست کم در برخی موارد خاص مورد توجه قرار گرفته است.¹

از 1945 به این سو، اصل حق تعیین سرنوشت نیز به عنوان یک حق قابل اجرا تبلور یافته است. این که فلسطینیان مردمی هستند که بر اساس حقوق بین‌الملل از حق تعیین سرنوشت برخوردارند، موضوعی غیر قابل انکار است. اما فاصله بین ایجاد و به رسمیت شناختن این حق خصوصا در مورد ملت فلسطین بدون در دسر طی نشده است. به رغم این که فلسطینی‌ها به صورت گسترده‌ای به عنوان یک دولت شناخته شده‌اند، عوامل سیاسی از ایجاد یک دولت مستقل فلسطینی جلوگیری کرده‌اند.²

در حالی که سابقه محدودی در خصوص این نوع از معیار دولت شدن وجود دارد، اما توسل به آن غیر ممکن نیست. نگرش‌های موسع نسبت به مقوله دولت شدن در این روش به کار گرفته شده‌اند. بطور مثال در مورد گینه بیسائو، مجمع عمومی سازمان در شرایطی از «کسب استقلال مردم گینه بیسائو و در نتیجه ایجاد دولت مستقل جمهوری گینه بیسائو استقبال کرد که «اشغال بخش‌های معینی از جمهوری گینه بیسائو توسط نیروهای پرتغالی و اقدامات تجاوز کارانه آن‌ها علیه این دولت» همچنان ادامه داشت. گینه بیسائو حتی قبل از انعقاد هرگونه موافقت نامه‌ی اعطای استقلال بین گینه و پرتغال و پیش از آن که ضابطه‌ی سستی استقلال و کنترل موثر محقق شود، به صورت گسترده‌ای به عنوان یک دولت شناخته می‌شد. این نشان می‌دهد، در مواردی که یک جنبش آزادی بخش ملی از سوی مردم و دولت مورد حمایت قرار می‌گیرد و قسمت‌های قابل توجهی از سرزمین مربوطه را در کنترل خود دارد، اصل حق تعیین سرنوشت می‌تواند مجوزی برای مشروعیت بخشی به دولت شدن یک موجودیت در شرایطی باشد که شناسایی آن به عنوان یک دولت از نظر معیارهای سستی حقوق بین‌الملل هنوز قابل تایید نیست.

1. Crawford, 1990, p.310.

2. Reynolds, 2009, p.12.

مطالعه‌ی اعمال معیار ملل متحد برای عضویت دولت‌ها در مورد فلسطین.....223

مثال قابل توجه دیگر، مورد جمهوری دموکراتیک کنگو است که در سال 1960 استقلال خود را در شرایطی کسب کرد که هیچ‌گونه آمادگی موثری برای استقلال نداشت، نیروهای نظامی بلژیکی به رغم قطعنامه‌های سازمان ملل متحد هم‌چنان در این کشور حضور داشتند و دولت مرکزی کنگو به دو گروه تقسیم شده بود که هر دو مدعی بودند که تنها دولت قانونی کنگو هستند. به گفته کرافورد: «وضعیت به هر چیزی بیش از یک دولت موثر شبیه بود. اما علی‌رغم این شرایط، شک زیادی وجود نداشت که کنگوی سال 1960 یک دولت به معنای حقیقی کلمه است. کنگو به صورت گسترده‌ای مورد شناسایی قرار گرفته بود. بنابراین تقاضای عضویت آن در سازمان ملل متحد بدون هیچ‌گونه مخالفتی پذیرفته شد.»¹

4- روابط دیپلماتیک فلسطین با دیگر دولت‌ها

در رابطه با روابط دیپلماتیک نیز، با توجه به شناسایی فلسطین از سوی 120 کشور جهان به عنوان دولت مستقل، شرط برقراری روابط با سایر دولت‌ها، شرطی محقق شده به نظر می‌رسد.² این مسئله غیر قابل انکار است که اکثریت قابل توجهی از دولت‌ها به صورت رسمی سازمان آزادی بخش فلسطین یا تشکیلات خودگردان فلسطین را به عنوان نماینده مردم فلسطین به رسمیت شناخته‌اند و با آن روابط دو جانبه برقرار نموده‌اند که در برخی موارد این روابط به سطح روابط دیپلماتیک نیز می‌رسد. (روابط ایران و فلسطین)

موضوع سودان

در 14 جولای سال 2011، سودان جنوبی با تصویب مجمع عمومی ملل متحد، به عنوان جدیدترین دولت عضو سازمان ملل شناخته شد.³ از زمان استعمار انگلیس که از

1. Reynolds, 2009, p.13.

2. طباطبایی، 1393، ص 155.

3. A/RES/65/308, 14 July 2011.

224.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و پنجم، پاییز 1393

اواخر قرن نوزدهم تا اواسط قرن بیستم میلادی ادامه داشت، گروه‌های مختلف قومی سودان، از نابرابری گسترده در دسترسی به قدرت سیاسی و منابع اقتصادی رنج می‌بردند. کشور انگلیس بر اساس سیاست دیرینه «تفرقه بیانداز و حکومت کن» دولت مجزا، که یکی پیشرفته و فعال در امور تجاری (شمال) و دیگری ابتدایی و ناکارآمد (جنوب) بودند، ایجاد کرد. انگلیسی‌ها از ابتدای در اختیار گرفتن جنوب سودان، کار خود را با رشد و گسترش مسیحیت آغاز کردند و سپس زبان انگلیسی را در این بخش ترویج دادند. در مرحله بعد کوشیدند تا با توجه به تفاوت نژادی مردم شمال و جنوب سودان، اهالی جنوب را نسبت به عربها و مسلمانان بدبین¹ کنند. تسلط دولت شمالی بر منابع ثروت سودان پس از اعلام استقلال این کشور از انگلیس در سال 1956 نیز ادامه یافت و حتی تشدید شد، که نتیجه‌ای جز افزایش شکاف طبقاتی بین مردم شمال و جنوب در پی نداشت.

به دنبال عمیق‌تر شدن اختلاف که ریشه در اقدامات تحریک آمیز انگلیس داشت، جنبشی برای مبارزه مسلحانه علیه دولت مرکزی تحت عنوان ارتش آزادی بخش مردم سودان شکل گرفت و بدین ترتیب این کشور پهناور آفریقایی به مدت 17 سال، یعنی تا زمان انعقاد موافقتنامه آدیس آبابا در سال 1972، درگیر جنگ داخلی شد. این موافقتنامه خودمختاری محدودی را به جنوب اعطا کرد.² پس از ده سال برقراری صلح نسبی، در دوران زمامداری جعفر نمیری به بهانه نقض مکرر خودمختاری جنوب توسط دولت مرکزی مجدداً آتش جنگ داخلی در سودان شعله ور شد. اما این بار جنوبی‌ها دیگر خواهان پایان تبعیض نبودند، بلکه آن‌ها خواهان استقلال کامل بودند. دومین جنگ داخلی سودان تا سال 2005 ادامه داشت و در نهایت منجر به انعقاد موافقتنامه جامع

1. خدایی، 1389.

2. Addis Ababa Agreement on the Problem of South Sudan (1972), available at: http://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/SD_720312_Addis%20Ababa%20Agreement%20on%20the%20Problem%20of%20South%20Sudan.pdf

مطالعه‌ی اعمال معیار ملل متحد برای عضویت دولت‌ها در مورد فلسطین.....225

صلح شد که خودمختاری جنوب را تا زمان برگزاری رفراندوم استقلال در 11 سال بعد مجدداً برقرار کرد. در ژانویه 2011، پس از سالها اختلاف و جنگ و خونریزی بین شورشیان جنوب سودان و دولت خارطوم، مردم جنوب سودان در یک همه‌پرسی درباره استقلال از بخش شمالی شرکت کردند که نتیجه آن رای 99 درصدی به تشکیل کشور سودان جنوبی بود. تاریخ از پیش تعیین شده برای ایجاد دولت مستقل سودان جنوبی روز 9 جولای 2011 بود.¹ به فاصله 5 روز، عضویت سودان جنوبی در سازمان ملل متحد نیز پذیرفته شد و این کشور به عنوان یکصد و نود و سومین دولت عضو سازمان ملل متحد شناخته شد.

مقایسه پذیرش سریع عضویت سودان جنوبی در سازمان ملل متحد با بحث‌های جنجالی حول درخواست عضویت فلسطین در ملل متحد سوالات مختلفی را به ذهن متبادر می‌سازد. در یک سو، سودان جنوبی قرار دارد که از نظر توسعه نیافتگی زیر ساخت‌ها، وضعیت بفرنج اقتصادی، دارا بودن یک دولت بی ثبات، کافی نبودن خدمات اولیه شده، نرخ 48 درصدی بیسوادی و رقم بالای سوء تغذیه و مرگ و میر کودکان جزو عقب افتاده‌ترین مناطق جهان است.² بیش از نیمی از جمعیت سودان جنوبی زیر خط فقر زندگی می‌کنند و نزاع‌های قومی بین گروه‌های قبیله‌ای مختلف این کشور در جریان است.³ در حقیقت، جدایی جنوب سودان نه تنها نتوانسته صلح را برای مردم این منطقه به ارمغان بیاورد، بلکه دشمنی در میان بسیاری از گروه‌های قومی جنوب را تشدید کرده و موجب افزایش بی ثباتی در این منطقه شده است. نیازی به یادآوری

1. South Sudanese independence referendum, 2011, available at: https://en.wikipedia.org/wiki/South_Sudanese_independence_referendum,_2011

2. Allen, Paddy. "Development in north and south Sudan," The Guardian, July 7, 2011. available at: <http://www.guardian.co.uk/globaldevelopment/interactive/2011/jul/07/north-south-sudan-development-indicators-interactive>.

3. "Sudan: Fight for the heart of the South," Aljazeera Special Programmes, July 9, 2011. <http://www.aljazeera.com/programmes/sudanthebrea/2011/06/201162311444468410.html>.

نیست که در این کشور سنت حکومت دموکراتیک وجود ندارد و مکانیزم‌های رقابت و گردش قدرت سیاسی بسیار ضعیف و ابتدایی هستند.¹ سودان جنوبی در سالهای 2014 و 2015 از نظر شاخص دولت‌های آسیب پذیر به عنوان آسیب پذیرترین دولت جهان لقب گرفته است. این شاخص یک گزارش سالانه است که از سال 2005 توسط اندیشکده آمریکایی صندوق صلح و مجله فارین پالیسی منتشر می‌شود. کشورهای مختلف جهان در این شاخص بر اساس 12 فاکتور رتبه بندی می‌شوند که از جمله این فاکتورها می‌توان به حرکت دسته جمعی مهاجران و افراد آواره داخلی، فرار مغزها، خروج افراد نخبه و مخالفان سیاسی از کشور و مهاجرت داوطلبانه طبقه متوسط جامعه آن کشور اشاره کرد.² وضعیت متزلزل سودان جنوبی به عنوان آسیب پذیرترین و شکننده‌ترین کشور جهان از منظر این شاخص و حجم بالای مهاجران و آوارگان داخلی به دلیل وضعیت نامناسب اقتصادی و امنیتی سودان جنوبی، می‌تواند معیار دارا بودن جمعیت دایمی در مورد این کشور تازه تاسیس را زیر سوال ببرد.

از سوی دیگر، اگرچه سودان شمالی در مقابل درخواست جدایی جنوب تسلیم شده است، اما دو دولت هنوز باید در مورد مرزهای معینی که آنان را از یکدیگر جدا می‌کند به توافق برسند. یکی از بخشهای بزرگ مورد اختلاف در مرز دو کشور، منطقه «ابیه» است؛ منطقه‌ای نفت خیز که قرار است طی فراندومی مشخص شود که آیا به جنوب خواهد پیوست یا با شمال باقی خواهد ماند. به دلیل عدم توافق میان رهبران شمال و جنوب سودان، فراندوم ابیه تا زمان نامعلومی به تعویق افتاده است. در طرف جنوب، پاگاناموم، دبیر کل حزب حاکم (جنبش آزادی بخش خلق جنوب) اظهار داشته است در صورتی که فراندوم برگزار نشود، تنها گزینه باقیمانده برای ابیه این است که با فرمان ریاست جمهوری به جنوب ملحق شود. در طرف شمال، عمر البشیر می‌گوید

1. Olaizola, 2012, p.61.

2. Fragile States Index, available at:

https://en.wikipedia.org/wiki/Fragile_States_Index#cite_note-6

مطالعه‌ی اعمال معیار ملل متحد برای عضویت دولت‌ها در مورد فلسطین.....227

پیوستن ابیه به جنوب را نخواهد پذیرفت.¹ با توجه به جمیع جهات، به نظر می‌رسد سودان جنوبی که شکل‌گیری و عضویتش در سازمان ملل متحد را مدیون آمریکا و اسرائیل است، فاقد ملزومات مورد نیاز برای یک دولت مستقل است و بعید نیست که در آینده اینه چندان دور شاهد پیوستن این دولت نوظهور به فهرست دولت‌هایی ورشکسته باشیم. دولت‌هایی غربی و به خصوص آمریکا و اسرائیل در حالی با حمایت خود این کشور را سمت جدایی سوق دادند که این منطقه به هیچ عنوان آمادگی جدایی و داشتن دولتی مستقل را نداشت. طبیعتاً این موضوع راه را برای ورود قدرتهای فرامنطقه‌ای به بهانه کمک به توسعه کشور جدیدالتاسیس هموار می‌سازد. علل حمایت و زمینه سازی آمریکا و اسرائیل برای جدایی جنوب مبحثی مفصل و پیچیده است که در حوصله نوشته حاضر نمی‌گنجد.

امادر سوی دیگر، همان گونه که قبلاً به تفصیل شرح داده شد، سازمان‌های بین‌المللی نظیر سازمان ملل متحد، یونسکو، بانک جهانی و صندوق بین‌المللی پول گزارش‌هایی را در تمجید از تقویت نهادهای فلسطینی در سالهای اخیر منتشر کرده‌اند و خاطر نشان ساخته‌اند که «در 6 حوزه‌ای که سازمان ملل متحد بیشترین پیگیری را داشته است، (شامل حکمرانی، حاکمیت قانون و حقوق بشر، مسایل معیشتی و تولیدی، آموزش و فرهنگ، بهداشت، مراقبتهای ویژه و زیر ساخت‌ها و تامین آب) عملکرد دولت فلسطین برای محسوب شدن به عنوان عملکرد دولت یک دولت مستقل کافی بوده است.»

در پرتو این ارزیابی‌ها، طبیعتاً این سوال مطرح می‌شود که چرا سودان جنوبی به رغم تمامی مشکلات، تنگناها و کمبودها، به فاصله کوتاهی از اعلام استقلال، بدون هیچ‌گونه مخالفتی به عنوان یک دولت مستقل به عضویت سازمان ملل متحد پذیرفته شده، اما فلسطین اجازه عضویت در سازمان ملل متحد به عنوان یک دولت مستقل را نمی‌یابد؟

نتیجه گیری

برخلاف دوره جنگ سرد که پذیرش به عضویت در ملل متحد عملاً در تقابل بین قوای موجود به کار می‌رفت، با از بین رفتن نظام دو قطبی در جامعه بین‌المللی به نظر می‌رسد که امروزه پذیرش عضویت دولت‌ها در سازمان ملل متحد به فرصتی برای قدرت‌های بزرگ و خصوصاً ایالات متحده آمریکا تبدیل شده است تا از این طریق، موافقت یا مخالفت خود را با یک موجودیت سیاسی ابراز دارند. در نظام بین‌الملل امروز که منطق قدرت بر قدرت منطبق غلبه کرده است، 5 دولت قدرتمند بهره‌مند از حق وتو در سازمان ملل متحد با استفاده ابزاری از حق غیرعادلانه وتو، حقوق بین‌الملل را آنگونه که خود می‌پسندند تفسیر و اجرا می‌کنند.

موضوع فلسطین یکی از بارزترین نمونه‌های استفاده ابزاری قدرتهای بزرگ از سازمان ملل متحد و ممانعت از دستیابی یک ملت به حقوق خود در جامعه بین‌المللی است. ملت فلسطین که به اعتقاد اکثر حقوق دانان معیارهای دولت شدن را داراست و از صلاحیت لازم برای عضویت در سازمان ملل متحد برخوردار است، به دلیل مخالفت و کارشکنی آمریکا، رژیم اسرائیل و برخی دیگر از کشورهای غربی از عضویت در سازمان ملل متحد به عنوان یک دولت مستقل منع می‌شود، اما در مقابل سودان جنوبی که طبق شواهد آشکار با دخالت مستقیم آمریکا و اسرائیل از پیکره کشور پهناور سودان جدا شده، به فاصله کمتر از یک هفته از اعلام استقلال به عضویت سازمان ملل متحد در می‌آید. بررسی شرایط دولت جدید التاسیس سودان جنوبی نشان می‌دهد که این کشور از نظر زیر ساخت‌های لازم برای ایجاد یک دولت فراگیر و مقتدر، واجد شرایط دولت شدن نبوده و فاصله زیادی با معیارهای لازم برای تبدیل شدن به یک دولت مستقل دارد.

عملکرد دو گانه سازمان ملل متحد در پذیرش عضویت اعضای جدید نه تنها با روح منشور در تعارض است، بلکه حس اعتماد به کارایی قواعد منشور برای ایجاد نظامی منطبق بر عدالت و حقوق بین‌الملل را به چالش می‌کشد.

مطالعه‌ی اعمال معیار ملل متحد برای عضویت دولت‌ها در مورد فلسطین.....229

آن چه مسلم است این که ساختار کنونی سازمان ملل متحد توان مقابله مستقیم و سریع با رویه‌های دوگانه‌ای که قدرتهای بزرگ در برخورد با دولت‌هایی مستقل در پیش گرفته‌اند را ندارد. ساختار فعلی سازمان ملل متحد بستر مناسبی برای تخطی قدرتهای بزرگ از اصول منشور و پایمال شدن حقوق ملت‌های ضعیف پدید می‌آورد. همین مساله لزوم تدبیر در ساختار سازمان ملل متحد را به منظور رفع هر چه بیشتر معایب ساختاری آن و نیل به اهداف منشور ضروری می‌سازد.

230.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و پنجم، پاییز 1393

منابع فارسی

1. آخرین اخبار و تحلیل‌های بین‌المللی از نشست غیر متعهدها، قابل مشاهده در آدرس زیر:

<http://yon.ir/5uDE>

2. المشرف، "آیا سودان جنوبی نیز دولتی ورشکسته خواهد شد؟"، گزارش، شماره 230، (شهریور 1390)، ص 28.

3. باقی، ملت بی دولت، چگونگی تشکیل دولت فلسطین در گفتگو با دکتر محمدرضا ضیایی بیگدلی استاد حقوق بین‌الملل، مهرنامه، شماره 16، (آبان 1390).
(تاریخ آخرین بازدید: 30 آبان 1392)

Website: <http://www.mehrnameh.ir/article/2749/>

4. خدایی، "همه چیز درباره یک تجزیه شوم"، پایگاه اینترنتی خبر آنلاین. (تاریخ آخرین بازدید: 30 آبان 1392)

Website: <http://khabaronline.ir/detail/119031/>

5. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، حقوق بین‌الملل عمومی، تهران، 1385، کتابخانه گنج دانش.

6. طباطبایی و محبی انجدانی، "حقوق بین‌الملل و تشکیل کشور مستقل فلسطینی"، پژوهش‌های روابط بین‌الملل، دوره نخست، شماره یازدهم، بهار 1393، صص 163-129.

7. موسی زاده، "پذیرش اعضای جدید در پرتوی حقوق و رویه سازمان ملل متحد"، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره 38، شماره 3، (1387)، 271-295.

8. فلسطین دولت ناظر غیر عضو سازمان ملل متحد شد، یورو نیوز، قابل دسترسی در آدرس زیر:

<http://persian.euronews.com/2012/11/29/un-votes-to-give-palestine-non-member-status>

References

1. Addis Ababa Agreement on the Problem of South Sudan (1972)
2. Allen, Paddy. "Development in north and south Sudan," The Guardian, July 7, 2011. available at: <http://www.guardian.co.uk/globaldevelopment/interactive/2011/jul/07/north-south-sudan-development-indicators-interactive>. A/RES/106(S-I), 15 May 1947.
3. A/364, 3 September 1947 available at: <http://unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/07175DE9FA2DE563852568D3006E10F3> A/RES/181 (II), 29 November 1947. A/RES/273(III), 11 May 1949. A/RES/67/19, 4 December 2012. A/RES/113(II), 17 November 1947. A/RES/67/19, 4 December 2012. A/RES/65/308, 14 July 2011. A/66/371-S/2011/592, 23 September 2011.
4. Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter), 1948 I.C.J. Rep. at 57.
5. Crawford, "The Creation of the State of Palestine: Too much too soon?", 1 European Journal of International Law, (1990), p.307-313. Fragile States Index, available at: https://en.wikipedia.org/wiki/Fragile_States_Index#cite_note-6
6. Office of the U.N. Special Coordinator for the Middle East Peace Process, Ad Hoc Liaison Committee Meeting, Palestine State-Building: A Decisive Period (April 13, 2011), available at: http://www.un.org/depts/dpa/qpal/docs/2011%20Helsinki/UNs%20Report%20to%20the%20AHLC%2013_April_2011.pdf.
7. Montevideo Convention On The Rights And Duties Of States (1933)

9. Olaizola, "Secession, Statehood, and Recognition: Normative Bases for International Law", Penn State Journal of International Affairs, Princeton University, Issue 2, Volume 1, (2012). p.60-73.

10. Palestinian Authority becomes member of International criminal court, The Guardian, Peter Beaumont, available at:

<http://www.theguardian.com/law/2015/apr/01/palestinian-authority-becomes-member-of-international-criminal-court>

11. Palestinian Statehood According to International law, Ilona-Margarita Stettner, available at:

<http://www.kas.de/palaestinensische-gebiete/en/pages/11510>

12. Reynolds, "Sovereignty, Colonialism and the 'State' of Palestine under International Law", National University of Ireland, Galway - Irish Centre for Human Rights, June 13, 2009. Available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1682636

13. South Sudanese independence referendum, 2011, available at:

https://en.wikipedia.org/wiki/South_Sudanese_independence_referendum,_2011

14. Sudan: Fight for the heart of the South," Aljazeera Special Programmes, July 9, 2011. <http://www.aljazeera.com/programmes/sudanthebrea>

[kup/2011/06/201162311444468410.html](http://www.aljazeera.com/programmes/sudanthebrea/kup/2011/06/201162311444468410.html).

S/PV.6623, 27 September 2011.

SPV.6624, 28 September 2011.

S/2011/705, 11 November 2011, para 2-3, available at:

<http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3->

[CF6E4FF96FF9%7D/IP%20s%202011%20705.pdf](http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/IP%20s%202011%20705.pdf)

S/PV.6662, 21 November 2011

S/PV.6692, 20 December 2011

S/PV.6706, 24 January 2012.

S/PV.6636, 24 October 2011.

S/2011/705, 11 November 2011,

233.....مطالعه‌ی اعمال معیار ملل متحد برای عضویت دولت‌ها در مورد فلسطین

S/PV.6636, 24 October 2011.

16. Waehlich, Martin, (2012)., “Beyond a Seat in the United Nations: Palestine’s U.N. Membership and International Law”, Harward International Law Journal, Vol.53, (June 2012). p.226-267.

Comparative study on applying UN charter's criteria for membership at UN about Palestine and South Sudan

Alireza Zaheri* **Maryam Rezaitabar****

(Received:24/Dec/2014 ; Accepted:1//feb/2015:)

Abstract

The question of statehood of Palestine has been on the international agenda since the 1920s. It was the first major territorial issue to confront the United Nations when the organization came into being. Israel took control of the Gaza Strip and West Bank in 1967, resulting in a long-term occupation that has proved destructive. The result of continuation of ambiguous status for Palestinian state, is forceful displacement and death of millions of Palestinians that despite passing several decades they could not form a sovereign state to defend their rights in international community. In this essay after examination of statehood criteria about Palestine, we would explore criteria of charter for membership in the United Nations and then consider whether Palestine met the criteria for statehood. At the second part of this essay we would compare the case of Palestine membership in UN with South Sudan's membership in UN. Finally we will conclude that considering the role of United Nations Security Council in accepting membership of states, permanent members that enjoy the privilege of veto power, apply international law norms in line with their national interests. We see that while South Sudan does not meet criteria for statehood has been accepted as member state in UN, but Palestine despite enjoying all of criteria for statehood and membership could not become a member state of UN and this is applying double standard regarding membership by this organization.

Key words: Palestinian statehood, South Sudan, Membership at UN, Statehood criteria.

* Assistant professor at law faculty of Islamic Azad University of Tehran (central branch)

** International law graduated

Mediation as the Efficient Process of Alternative Dispute Resolution (ADR) for Realizing Restorative Justice

Dr. Babak Darvishi*

Mohamad Reza Jalilian**

(Received: 4/feb/2015 ; Accepted: 25/feb/2015:)

Abstract

The increasingly amount of cases, the variety and complexity of claims and the shortage of judicial personnel as well as professional office staff in state courts inefficiency of criminal justice system in appropriate protection of victims and vulnerable groups of society and the advantages of setting disputes out of governmental courts, for the beneficiaries of restorative justice and even the government itself, lead the people to settle their disputes in an amicable, private, confidential, less expensive manner and in a minimum of time before trustee having enough expertise. So that in the light of potential of negotiation and dialogues for settling criminal disputes, new perspective restorative justice will appear.

The procedures such as negotiation, arbitration, mediation, conciliation, expert opinion and other methods of settlement which makes it unnecessary for the parties to have recourse to domestic courts have been traditionally practiced in Iran. However, the function of these methods to actualize and to develop the restorative justice has been neglected. Hence, according to the efficiency and decisive role of these methods, it is possible to refer a huge amount of these cases to the amicable dispute settlement methods. Consequently, the interest of beneficiaries of compensatory justice will be protected by concentrating on the victim, the offender and the society in a compensatory process.

Keywords: Alternative disputes resolution, restorative Justice, Negotiation, Arbitration, Mediation, conciliation, Victim, Session, Offender, Localcommunity

*Assistant Professor, Faculty of Law, Islamic Azad University, Tehran Central Branch

**M.A. of Criminal Law and Criminology, Islamic Azad University, Tehran Central Branch

The deadlines demand and protest and litigation and consequences of non compliance in drafts, promissory notes and checks with a comparative to the Geneva conventions .

Heidar hasanzadeh * **Mohammad reza soltanian****

(Received:31/jan/2015 ; Accepted:2/march/2015:)

Abstract

Our business law and Geneva Convention on drafts, promissory notes and checks provide for special arrangements concerning how to demand privately and officially trade notes due at maturity. Holder of such notes has to demand for payment of the notes at due dates in order to be able to take advantage of typical options of trade notes including the option to refer to all signatories collectively. In case of no payment, he ought to protest within period having legally been set for this purpose. This period, for draft and promissory note, is ten days as of the date such notes are matured(article 280); while in case of checks, it is required that a 'no-pay certificate' be issued within fifteen days and forty-five days and four months from the date the check had been issued. Additionally, it has set legal deadline to help referring to all those who have undersigned the draft /check/promissory note including the main debtor or his guarantor (s) and other involved parties such as drafter and endorsers or their guarantors. In case of failure to take advantage of such an option, it will be missed in accordance with articles 286,288,289,291,318 and 319 of business law and articles 70 and 77 of Geneva convention on drafts and promissory notes as well as articles 29 and 52 of Geneva convention on checks. Generally our regulations concerning mechanism of demand remains outdated: it is a too long procedure when it comes to appealing option or filing suit Which needs to be corrected for which. Geneva and UNCITRAL Conventions can be helpful.

Keywords:commercial paperes, protest, no-pay certificate, joint liability, payment,deadlinesforfilingsuit.

* Assistant professor, Islamic Azaduniversity, central Tehran Branch, author.

** M.A. student private law, Islamic Azad university Lebanon branch, corresponding.

Negligence Liability in Tort Law of Iran and England

Mohammad Reza Pirhadi * Elyas Noee**
(Received: 24/Jan/2015 ; Accepted: 14/feb/2015)

Abstract

Negligence is a tort in Common Law, but not every negligent act/omission amounts to liability. In other words, to succeed in a negligence action, the claimant must prove three elements: first, that a legal duty of care is owed to the claimant by the defendant (whether world-at-large or specific); secondly, a breach of that duty (that may sometimes be affected by some specific characteristics of the defendant such as childhood or illness); thirdly, a causative link between the breach of duty and the injury or loss (considering causation and remoteness of damage). When the claimant is unable to prove any of above mentioned elements, damage is denied. Iran's legal system has not focused on negligence liability and its elements explicitly, but general rules of fault, its specific aspects and role played by it (in liability arising from act/omission of the defendant, third parties or possession of things) has been considered implicitly under the title of fault and fault-based liability. Thus from negligence liability vantage point, two different views exist. Based on the first one, the mere committing of negligent act/omission (as damaging act/omission) and proof of other general conditions i.e. inflict of damage and causation, brings about liability. According to the second one, negligent act/omission causes liability if in addition to general conditions; there are other special conditions too.

KEYWORDS: Negligence, Liability, Standard of Care, Breach of Duty, Damaging factor

* Assistant Professor, Department of Law, IAU CTB (First Author)
** LL.M. in Private Law, IAU CTB (Corresponding Author)

Comparative study of the effect of enforcement of security for the relief sought to the planiff and the third party

Abbas pahlavanzade*

(Received:8/jan/2015 ; Accepted: 10/feb/2015:)

Abstract

Whether in the laws of Iran or the laws of other countries , the legislator gives the plaintiff the authority to attach the defendant's property , even though the judge hasn't issued any order in favor of him . Although the , legislator , in order to support the plaintiff and to protect his rights , has predicted attachment decree from the beginning of the legal procedure until the order issue time , the plaintiff's claim or its equivalent will remain under attachment, So , carrying out this decree , has not only these effects , but also it has other effects .In this paper , it is tried to study the effect of carrying out attachment decree on the plaintiff and the third party . Carrying out the mentioned decree , has not only significant effects in this regard , but also it is contrary to the other peoples rights , and in some cases , we are facing legal defects . It means that carrying out such a right , in some cases , faces some impediments that is even not viewed by the lawmaker .

Therefore , according to the abovementioned points , here , it is tried to study all the mentioned points by the comparative examination of the other countries' laws , and according to the law principles , respond to it as much as possible .

Key words :attachment , priority , set – off , third party

* student in PhD program , Department of private Law , science and Research Branch , Islamic AZAD university , Tehran , Iran

Solidarity entre Creanciers (Solidarity of Creditors)

Mohammad Ali Aghaei*

(Received: 24/dec/2014 ; Accepted: 18/feb/2015)

Abstract

Sometimes the multiple party in solidarity liability is indebted that the solidarity of indebted parties (or negative solidarity), and sometimes the multiple party is creditor, in which case the solidarity of the creditors (or positive solidarity), while the main objective in this article is to study this certain type of solidarity. In both of its forms, solidarity is considered as one of the methods to guarantee the debt, in a way that even its guaranteed application is more frequent than the guaranty, as in the latter case, in case the guarantor is the solidary with the indebted party, then first of all the creditor shall refer to the main indebted party and in case of any failure to vindicate his credit, then (s)he shall refer to the guarantor. However, in debtors' solidarity, the creditor may refer to any of the solidarity indebted parties of his/her choice and also in creditors' solidarity any of the creditors may collect the entire credit from the indebted party. And on the other hand, after paying the debt to any of the solidarity creditors, the indebted party is cleared from obligation with respect to other creditors. Therefore, in both of the aforementioned types of solidarity, there is an embedded guaranty of which its basis and exigency is the same as the discretion and common sense between the solidary individuals and parties and the same effect is deemed as useful and vested interest, which explains the orders of solidarity, while the root of such solidarity has been clarified and explained through relying on "agency basis", and in this regard, the possibility of applying the obligation of several indebted parties against one creditor, and/or one indebted party against multiple creditors have been studied and compared through taking benefit from the same agency theory, which is a certain type of implicit representation, in the jurisprudence and law of Iran some of the Arabic-Islamic countries.

Keywords: creditor, indebted party, solidarity of creditors, implicit representation, joint debt, joint credit

* Member of faculty of law, Islamic Azad university, central Tehran branch.

Abstracts

Title _____ **Page**

Solidarity entre Creanciers (Solidarity of Creditors)
Mohammad Ali Aghaei 3

Comparative study of the effect of enforcement of security for the relief sought to the planiff and the third party
Abbas pahlavanzade 4

Negligence Liability in Tort Law of Iran and England
Mohammad Reza Pirhadi
ElyasNoee 5

The deadlines demand and protest and litigation and consequences of non compliance in drafts, promissory notes and checks with a comparative to the Geneva conventions .
Heidar hasanzadeh
Mohammad reza soltanian 6

Mediation as the Efficient Process of Alternative Dispute Resolution (ADR) for Realizing Restorative Justice
Babak Darvishi
Mohamad Reza Jalilian 7

Comparative study on applying UN charter's criteria for membership at UN about Palestine and South Sudan
Alireza Zaheri
Maryam Rezaitabar 8

Azad Legal Researches Quarterly of Law Faculty Islamic Azad University Central Tehran Branch

April 2015 Volume ۷, No. 2۷

Executive Director: Dr. Sadegh Salimi

Editor-in-Chief: Dr. Behshid Arfania

Managing Director: Dr. Mohammad reza Pirhadi

Editors: Dr. Behshid Arfania

Editorial Board: Dr. Azam Edalatjoo

Dr. M. Ashoori
Prof. Of Law Tehran University

Dr. M.a. Ardebili
Prof. Of Law Shahid Beheshti University

Dr. B. Arfania
Associate Prof. Of Law Islamic Azad University-Central Tehran Branch

Dr. G. Eftekhari Jahromi
Prof. Of Law Shahid Beheshti University

Dr. F. Parvin
Assistant Prof. Of Law Allameh Tabataba'i University

Dr. M.R Pirhadi
Assistant Prof. Of Law Islamic Azad University-Central Tehran Branch

Dr. S. Salimi
Assistant Prof. Of Law Islamic Azad University-Central Tehran Branch

Dr. H. Safaei
Prof. Of Law Tehran University

Dr. M.A. Solhchi
Assistant Prof. Of Law Allameh Tabataba'i University

Dr. A. Karimi
Prof. Of Law Tehran University

Dr. J. Koosha
Associate Prof. Of Law Shahid Beheshti University

Dr. J. Maaleki
Assistant Prof. Of Law Islamic Azad University-Central Tehran Branch

Dr. A.H. Najafi Aband Abadi
Prof. Of Law Shahid Beheshti University

Dr. M. Haashemi
Prof. Of Law Shahid Beheshti University

Opinions Expressed In This Quarterly Do Not Necessarily Reflect The Views Of The Journal And University.

Address: Law Faculty Of Central Tehran Branch, Islamic Azad University, No. 12, 5 Th Floor, Barati Alley, Enghelab St. Tehran, Iran.

Postal Cod: ir 1131854113

Tel & Fax +982166720218 Web: [http:// alr@iauctb.ac](http://alr@iauctb.ac).

Azad Legal Researches

**Quarterly of Law Faculty
Islamic Azad University
Central Tehran Branch**

* شرایط اشتراک فصلنامه تحقیقاتی حقوقی آزاد

در صورت تمایل به اشتراک فصلنامه، مشخصات کامل خود را مطابق فرم زیر پر کنید.

مبلغ پنجاه هزار ریال به حساب شماره 72396353 بانک ملت شعبه دکتر قریب مربوط به دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی به عنوان هزینه اشتراک یکساله (شامل هزینه ارسال) واریز کنید و فرم تکمیلی را به انضمام اصل فیش پرداختی 2 برگ تصویر فیش واریزی به دفتر مجله ارسال فرمایید.

الف: برای اشخاص حقیقی

نام.....نام خانوادگی.....
نام پدر.....تاریخ تولد.....
شماره شناسنامه.....محل صدور.....
میزان تحصیلات.....شغل.....
نشانی کامل پستی.....
نشانی پست الکترونیک.....
تلفن تماس.....فکس.....

ب: برای اشخاص حقوقی

نام.....شماره ثبت.....
نشانی کامل پستی.....
کد پستی.....
نشانی پست الکترونیک.....
شماره تلفن.....فکس.....