



دانشگاه مازندران

# پژوهشنامه حقوق تطبیقی

عنوان مقاله ها:



- \* بافروش مبیع در کنوانسیون بیع بین المللی کالا (۱۹۸۰) و حقوق ایران با تأکید بر قوانین حمل و نقل  
:: میثم اکبری دهنو؛ هانی حاجیان ::
- \* توافق کیفری سازوکار جایگزین تعقیب عمومی (مطالعه تطبیقی حقوق ایران، بلژیک و فرانسه)  
:: عرفان باباخانی ::
- \* استقلال دادگاه عالی قانون اساسی مصر  
:: وحید باکویی کنتریمی؛ جواد تقی زاده؛ مرتضی نجابت خواه ::
- \* تطبیق مبانی و شرایط دفاع مشروع در حقوق کیفری ایران و اسکاتلند  
:: محمد حسن حسنی؛ حمید علیزاده؛ سید قاسم سلمان نجاتی ::
- \* امکان سنجی تلقی مسابقات ورزشی حرفه‌ای به عنوان اثر ادبی و هنری  
:: محمود حکمت نیا؛ رحیم بیلوار؛ مسعود زنگنه ::
- \* دعاوی غیر مستقیم سهامداران در مراجع بین المللی علیه دولت میزبان، با نگاهی بر حقوق ایران و انگلیس  
:: فرناز زبردست؛ محمد جعفر قنبری جهرمی ::
- \* نگاهی تطبیقی به مفهوم و مصداق ایرادات آیین دادرسی در حقوق ایران و فرانسه  
:: حسن محسنی؛ هادی ملک تبار فیروزجایی ::
- \* مطالعه تطبیقی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در ایران و شورای اروپا  
:: محمد مرادی؛ آزاده صادقی؛ اسماعیل هادی تبار ::
- \* مطالعه تطبیقی موانع اجرای ارای داوری و سازش نامه ها در حقوق ایران و مقررات بین المللی  
:: رضا معبودی نیشابوری؛ سیدعلیرضا رضائی ::
- \* بررسی مقایسه‌ای دادرسی اساسی در نظام حقوقی افغانستان و ایالات متحده آمریکا  
:: آیت مولائی؛ محمد رفیع دولتی ::
- \* بررسی تطبیقی ارجاع به شرط داوری قرارداد اجاره کشتی در بارنامه دریایی (کشورهای انگلستان، چین، آلمان و ایران)  
:: اسماعیل یعقوبی؛ مسعود دادخواه ::
- \* تحلیلی بر رویکردهای مبتنی بر حضری یا تمثیلی بودن ماده ۲ قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸  
با نگاهی اجمالی به کنوانسیون برن  
:: احسان نعمتی؛ محمدرضا پروین؛ مهدی طالقان غفاری ::



دوفصلنامه علمی پژوهشنامه حقوق تطبیقی

دوره پنجم، شماره یکم، بهار و تابستان ۱۴۰۰



پژوهشنامه علمی

حقوق تطبیقی

رتبه «ب»

دوره ۵ / شماره ۱ / پیاپی ۷

بهار و تابستان ۱۴۰۰

## پژوهشنامه‌ی حقوق تطبیقی

صاحب امتیاز و ناشر: دانشگاه مازندران

انجمن علمی همکار: انجمن علوم قضایی ایران

مدیر مسئول: دکتر جواد تقی زاده

سر دبیر: دکتر حمید ابهری

مدیر اجرایی: دکتر سیدحسن حسینی مقدم

کارشناس: احسان نعمتی

### اعضای هیأت تحریریه

استاد دانشگاه مازندران	دکتر حمید ابهری
دانشیار دانشگاه تهران	دکتر محسن ایزانلو
دانشیار دانشگاه فردوسی	دکتر عبدالرضا جوان جعفری
استاد دانشگاه شهید بهشتی	دکتر مهرباب داراب پور
استاد دانشگاه مازندران	دکتر ابوالحسن شاکری
استاد دانشگاه تبریز	دکتر ابراهیم شعاریان ستاری
دانشیار دانشگاه تهران	دکتر بیژن عباسی
دانشیار دانشگاه شهید بهشتی	دکتر محسن عبدالهی
استاد دانشگاه بوعلی سینا	دکتر ستار عزیزی
استاد دانشگاه مازندران	دکتر کیومرث کلانتری
استاد دانشگاه علوم قضایی	دکتر همایون مافی
استاد دانشگاه مازندران	دکتر سام محمدی
استاد دانشگاه تربیت مدرس	دکتر پژمان محمدی
دانشیار دانشگاه قم	دکتر علی مشهدی
دانشیار دانشگاه اصفهان	دکتر علیرضا یزدانیان

ویراستار فارسی: احسان نعمتی ویراستار انگلیسی: دکتر ابراهیم فخری

حروفچینی و صفحه آرایی: فرهاد فیروزی تبار

شمارگان: ۵۰ نسخه

چاپ و صحافی: انتشارات کتیبه

شاپا چاپی: ۷۵۶۶-۲۴۲۳

نشانی: بابلسر، پردیس دانشگاه مازندران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی.

تلفکس: ۰۱۱۳۵۳۰۲۱۰۴    شماره: ۰۱۱۳۵۳۰۲۱۰۲

پست الکترونیکی: [pajohesh.l-p@umz.ac.ir](mailto:pajohesh.l-p@umz.ac.ir)    نشانی اینترنتی: [www.lps.umz.ac.ir](http://www.lps.umz.ac.ir)

• پژوهشنامه حقوق تطبیقی، مسئول آرا و نظریات مندرج در مقالات نیست و در ویرایش مطالب آزاد است.

اسامی داوران محترمی که در این شماره با پژوهشنامه‌ی حقوق تطبیقی همکاری داشته اند:

سیدابراهیم قدسی / سیدحسن حسینی مقدم / حسن محسنی / مصطفی‌السان / محمد عالم زاده /  
همایون مافی / حسین کاویار / آزاده صادقی / جواد تقی زاده / حمید ابهری / کیومرث کلانتری / جواد  
صالحی / آیت مولائی / زهرا عامری / مهدی مرادی برلیان / مهدی عاشوری / محمدحسین تقی پور درزی  
نقیبی / حمید میری / محمدرضا پروین / محمد شکری / احسان شهسواری / حسین رضازاده / صالح غفاری  
چراتی / زهرا وطنی / سمیه ظهوری / پیمان نامامیان / علیرضا یزدانیان / عباس زراعت / مجتبی اصغریان /

انتشار این نشریه بر اساس موافقتنامه‌ی شماره‌ی ۹۱/۲۸۴۴۶ مورخ ۹۱/۱۲/۲۰ هیات  
نظارت بر مطبوعات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی است و بر اساس آیین نامه  
نشریات علمی مصوب ۱۳۹۸/۰۲/۰۹ موفق به کسب رتبه « پ » در فرآیند  
ارزیابی کمیسیون نشریات علمی وزارت علوم در سال ۱۴۰۰ شده است.

به نام خداوند جان و خرد

سخن سردبیر

خداوند بزرگ را سپاسگزاریم که با همدلی و همکاری پویندگان علم حقوق، شماره پیاپی هفتم پژوهشنامه حقوق تطبیقی با رتبه «ب» وزارت علوم، تحقیقات و فناوری منتشر شده است. انتشار پژوهشنامه حقوق تطبیقی در واقع تداوم فعالیت علمی پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران است که پس از انتشار ۳۱ شماره با مجوز وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی تغییر نام داده است. با تقدیم این شماره از مجله از همه فرهیختگان، دانشوران و اندیشمندان و فعالان عرصه‌ی علم و پژوهش حقوق انتظار می‌رود با ارسال مقالات ارزشمند خویش بر غنای علمی دو فصلنامه بیفزایند و زمینه ارتقای سطح علمی مجله را فراهم نمایند. همچنین از همکاران ارجمند که عضویت در گروه دبیران مجله را پذیرفتند، کمال تشکر و قدردانی را دارم.

دکتر حمید ابهری

سردبیر پژوهشنامه حقوق تطبیقی دانشگاه مازندران

## راهنمای نگارش و تدوین مقالات پژوهشنامه حقوق تطبیقی

از مؤلفان گرامی تقاضا می‌شود جهت تسریع در فرایند بررسی مقاله و جلوگیری از تاخیر در داوری، هنگام ارسال مقاله به نکات زیر توجه فرمایند:

### \* نکات بسیار مهم

- با توجه به آن که طبق آیین نامه ابلاغی معاونت پژوهشی دانشگاه مازندران، داشتن کد ارکید به عنوان یک شناسه منحصر به فرد برای کلیه نویسندگان الزامات می باشد، با مراجعه به سایت [www.orcid.org](http://www.orcid.org) نسبت به اخذ کد ارکید خود اقدام فرمایید. لطفاً در درج صحیح کد ارکید هر نویسنده دقت فرمایید.
- ارسال مقاله به پژوهشنامه حقوق تطبیقی و تمام فرآیندهای رسیدگی به مقاله از جمله (داوری، ویراستاری، صفحه آرایی و ...) «رایگان» بوده و نویسنده/نویسندگان متحمل هزینه ای نخواهند شد.

- چنانچه مقاله حامی مالی دارد، ذکر آن در بخش تقدیر و تشکر الزامی است.
- مقالات صرفاً باید به صورت یک فایل word (ورژن ۲۰۰۳ به بعد) و بدون هرگونه صفحه آرایی، پاورقی، شماره گذاری صفحه یا درج Page Break ارسال شوند.
- در مجموع، صرفاً بایستی چهار فایل شامل (۱) فایل با نام (صرفاً در جایگاه اصلی فایل بانام)، (۲) فایل بی نام (صرفاً در جایگاه اصلی فایل بی نام)، (۳) نامه همراه مقاله (Cover Letter) و (۴) فایل مربوط به چکیده مبسوط انگلیسی ارسال گردد.
- اخذ و درج کد اخلاق و یا کد IRCT (مرکز ثبت کارآزمایی بالینی) برای مقالات حوزه زیست پزشکی الزامی می باشد. در این مقالات، رعایت ملاحظات اخلاقی، ذکر اخذ رضایت نامه و محرمانگی اطلاعات ضروری است.

### اصول راهنما

- ۱- آیین نگارش زبان فارسی رعایت شده و از به کار بردن کلمات خارجی و تخصصی تا حد امکان خودداری گردد.
- ۲- ثبت مقاله فقط از طریق سایت مجله امکان پذیر است.

۳- مقاله به طور هم‌زمان برای سایر مجلات ارسال نگردیده باشد. به این منظور نیاز است که این نکته در نامه همراه مقاله (Cover Letter) ذکر گردد.

۴- برای تایپ عنوان فارسی از قلم BTitr با اندازه فونت ۱۴، چکیده فارسی از قلم BNazanin با اندازه فونت ۱۱ و برای حروف انگلیسی در متن مقاله از قلم Times Roman New با اندازه فونت ۱۱، برای عنوان انگلیسی از قلم Arial با اندازه فونت ۱۱ و برای چکیده انگلیسی و چکیده مبسوط انگلیسی از قلم Arial با اندازه فونت ۹ در قالب فایل WORD سال ۲۰۰۳ به بعد، با حاشیه ۲/۵ سانتی‌متر از تمام جهات و فاصله بین خطوط ۱/۵ سانتی‌متر استفاده گردد.

۵- تمام واژه‌ها و اصطلاحات علمی انگلیسی که در مقاله به صورت اختصار درج می‌شوند، باید برای بار اول به صورت عبارت کامل در متن ذکر گردیده و اختصار آن در داخل پرانتز آورده شود و واحدهای اندازه‌گیری بایستی از سیستم استاندارد بین‌المللی واحدها (SI) پیروی کند.

۶- حق هیأت تحریریه مجله، در قبول یا رد مقاله و یا اصلاح نوشتاری و ادبی محفوظ است. عقاید بیان شده و خط مشی‌های اعمال شده توسط نویسندگان، الزاماً بیانگر عقاید و خط مشی‌های هیأت تحریریه نمی‌باشد.

۷- مقالاتی مورد بررسی اولیه قرار خواهند گرفت که تعداد واژگان آن، مابین ۷۰۰۰ و ۸۰۰۰ باشد.

## اصول تنظیم مقاله

### صفحه اول

#### چکیده انگلیسی

صفحه اول شامل عنوان مقاله، نام و نام خانوادگی نویسندگان، وابستگی‌های سازمانی یا affiliation (به ترتیب به صورت: مرتبه علمی، گروه، دانشکده، دانشگاه، شهر و کشور به زبان انگلیسی و پست الکترونیک)، چکیده و واژگان کلیدی به انگلیسی است.

نویسنده مسئول بایستی باید با علامت ستاره (\*) مشخص شود و جزئیات اطلاعات نویسنده مسئول شامل شماره دورنگار، آدرس پستی و پست الکترونیک در زیرنویس صفحه اول ذکر گردد. عنوان مقاله باید مختصر، مفید و جامع باشد (حتی‌المقدور بیش از ۱۵ کلمه نباشد و از به کار بردن کلمات اختصار در عنوان پرهیز گردد).

عنوان مکرر (Running title) که خلاصه‌ای از عنوان اصلی است و با لحاظ نمودن فاصله‌ها، نباید بیشتر از ۵۰ حرف باشد.

چکیده انگلیسی باید مطابق با چکیده فارسی تنظیم گردد. چکیده انگلیسی در مقالات پژوهشی باید دارای بخش‌های زیر باشد:

Objectives, Methods, Results, Conclusion, and Keywords.

## چکیده مبسوط انگلیسی

نویسنده ملزم است چکیده ای حاوی ۷۰۰ تا ۱۰۰۰ واژه از مقاله خود به صورت فایل پیوست در پروفایل تحت عنوان "چکیده مبسوط" تهیه و برای مجله ارسال نماید.

ساختار چکیده مذکور باید به شکل زیر باشد:

- ۱- مقدمه (Introduction)
- ۲- روش مطالعه (Methods)
- ۳- یافته ها (Results)
- ۴- نتیجه گیری (Conclusion)
- ۵- منابع مالی (Funding)
- ۶- سهم نویسندگان (Authors' contribution)
- ۷- تعارض منافع (Conflict of interest)
- ۸- تقدیر و تشکر (Acknowledgments)

لازم به ذکر است که حداکثر یک جدول و یا نمودار می تواند در قسمت چکیده مبسوط وجود داشته باشد. تعداد کل کلمات موجود در چکیده مبسوط نباید از ۱۰۰۰ کلمه تجاوز کند. البته کلید واژه ها، منابع و نمودار و جدول مشمول این ۱۰۰۰ کلمه نمی شود. منابع مرتبط با بخش های «مقدمه»، «مواد و روش ها» و «نتیجه گیری» با فرمت APA در متن مورد اشاره و استناد قرار گیرند و در انتهای مقاله نیز در لیست منابع آورده شوند.

**نکته:** در صورت عدم وجود منابع مالی برای یک مقاله، بایستی عبارت "There is no funding support" در مقابل آیتم شماره ۵، ذکر گردد. همچنین در صورت عدم وجود تعارض منافع، بایستی عبارت "Authors declared no conflict of interest" در مقابل آیتم شماره ۷ ذکر گردد.

## صفحه دوم

### چکیده فارسی

صفحه دوم شامل عنوان مقاله، نام و نام خانوادگی نویسندگان، وابستگی های سازمانی یا affiliation (به ترتیب به صورت: مرتبه علمی، گروه، دانشکده، دانشگاه، شهر و کشور و پست الکترونیک)، چکیده و واژگان کلیدی به فارسی است.



نویسنده مسئول بایستی باید با علامت ستاره (\*) مشخص شود و جزییات اطلاعات نویسنده مسئول شامل شماره فکس، آدرس پستی و پست الکترونیک در زیرنویس صفحه دوم ذکر گردد. عنوان مقاله باید مختصر، مفید و جامع باشد (حتی‌المقدور بیش از ۱۵ کلمه نباشد و از به کار بردن کلمات اختصار در عنوان پرهیز گردد).

عنوان مکرر که خلاصه ای از عنوان اصلی است و با لحاظ نمودن فاصله ها، نباید بیشتر از ۵۰ حرف باشد. چکیده فارسی باید بین ۲۵۰ تا ۳۰۰ کلمه بوده و در پنج پاراگراف و به صورت ساختارمند شامل: اهداف، روش مطالعه، یافته ها، نتیجه گیری و واژگان کلیدی (۵ تا ۷ واژه) تنظیم شود..

### متن اصلی مقاله

فایل متن اصلی مقاله بایستی بر اساس دستورالعمل‌های استاندارد نگارش و آماده‌سازی مقالات مختلف آماده شوند.

علاوه بر این، بخش ضمیمه شامل تشکر و قدردانی، محل تامین بودجه، تضاد منافع و سهم نویسنده در نگارش مقاله باید در انتهای متن مقالات برای تمام انواع مطالعات ذکر گردد.

### مقاله اصیل / تحقیقاتی (Original Article)

در این نوع مقالات نتایج یک تحقیق ارائه می گردد.

#### مقاله پژوهشی اصیل به ترتیب شامل بخش‌های زیر است:

**مقدمه:** این بخش شامل موارد زیر است:

مشکل چیست، آنچه که تاکنون در این باره شناخته شده است و دلایل اهمیت موضوع، سؤالات بدون پاسخی که این تحقیق به آن پاسخ می گوید و شرح این که چگونه نتایج این تحقیق می تواند به رفع ابهامات کمک کند، هدف و یا فرضیه پژوهش (متناسب با نوع پژوهش).

**روش مطالعه:** به نحوی باید نوشته شود که هر خواننده‌ای بتواند با آن، تجربه نویسنده مقاله را تکرار کند، (نوع مطالعه، شرکت کنندگان و زمینه‌ای که پژوهش در آن اجرا شده است و چگونگی انجام آن). در این بخش باید ابزار جمع‌آوری اطلاعات ذکر شود. در صورتی که مقاله دارای پرسشنامه یا چک لیست است، ضمیمه کردن آن الزامی است. در مورد پرسشنامه‌های استاندارد، ذکر مرجع و مشخصات آن کافی است.

**ملاحظات اخلاقی:** در این بخش که مربوط به تحقیقات زیست پزشکی می باشد، می بایست کد تاییدیه کمیته اخلاق دانشگاه یا سازمان مربوطه و ملاحظات اخلاقی رعایت شده درج گردد.

**یافته ها:** در این بخش خلاصه ای از یافته های کلیدی و یا نتایج مرتبط با اهداف پژوهش ارائه می گردد. گزارش یافته های پژوهش به زبان گذشته صورت گرفته و از مقایسه و تفسیر یافته ها در این بخش خودداری

گردد.

از جدول و نمودار با حداقل تعداد ممکن استفاده شود. عنوان جدول، بالای آن و در نمودار، زیر آن قرار گیرد (با ذکر شماره). با توجه به محدودیت صفحات مجله، بدیهی است از تکرار ارایه مطالبی که در متن آورده شده‌اند در جدول و بالعکس باید پرهیز نمود. جداول و نمودارها فارسی باشند. عکس‌ها، نمودارها و جداول مربوط به مقاله به‌همراه توضیحات آن بایستی جداگانه و در دنباله متن اصلی مقاله آورده شده و شماره‌گذاری گردد. کیفیت تصاویر ارسالی مطلوب باشد و با حجم ۲۵۰ dpi در قسمت مربوطه بارگذاری گردد.

**بحث:** در این بخش چگونگی ارتباط یافته‌های این مطالعه با یافته‌های سایر پژوهش‌ها و نظریه‌های موجود بیان می‌گردد؛ پاراگراف اول می‌بایست با پاسخ به سوال اصلی پژوهش شروع شده و مهمترین یافته مطالعه را بیان نماید. سپس یافته‌های اصلی به‌دست آمده در یک تا دو پاراگراف با نتایج سایر تحقیقات و مطالعات داخلی و خارجی مقایسه و بحث و تفسیر گردد. در پاراگراف بعدی، موارد کاربرد عملی و قابلیت تعمیم‌پذیری نتایج، نقاط قوت و محدودیت‌های پژوهش، پیشنهاد یا توصیه برای تحقیقات آتی و در مجموع ارایه آن‌چه که در نتیجه انجام این تحقیق به علم اضافه شده است به‌طور خلاصه شرح داده می‌شود.

**نتیجه‌گیری:** مقاله باید با یک نتیجه‌گیری روشن و مختصر در ارتباط با سوال یا اهداف پژوهش، به طوری که از حد نتایج مطالعه فراتر نرود، خاتمه یابد.

**تقدیر و تشکر:** این قسمت باید حامی مالی مقاله و منبع تأمین حمایت مالی را نیز در برگیرد.

## تضاد منافع

## سهم نویسندگان (میزان مشارکت)

## منابع

هر مقاله پژوهشی اصیل معمولاً حداقل و حداکثر بین ۱۵ تا ۴۰ رفرنس باید داشته باشد (همه رفرنس‌ها باید با فرمت انگلیسی تنظیم شوند).

\* لازم به ذکر است، در مقالات اصیل به فراخور حیطه تحقیقاتی، بخشهای مذکور قابلیت تغییر دارد. برای مثال در مقالات حیطه علوم انسانی، عمدتاً بخش‌های اصلی شامل مقدمه، مبانی نظری و پیشینه تحقیق، فرضیه‌ها، روش تحقیق، نتایج و یافته‌ها و نتیجه‌گیری می‌باشد. یا مقالات حیطه مهندسی شامل مقدمه، ساختار پیشنهادی، نتایج و شبیه‌سازی و در نهایت جمع‌بندی می‌باشد.

## مقاله مروری (Review Article)

مقالات مروری در مجلات دانشگاه مازندران شامل سه نوع ذیل می‌باشند:

۱. مرور نظام‌مند و متاآنالیز (Systematic Review and Meta-Analysis)

۲. مرور نظام مند بدون انجام متآنالیز (Systematic Review)

۳. مقالات مروری بدون انجام مرور نظام مند (Narrative Review)

**الف) اگر مقاله شما مرور نظام مند و متآنالیز یا مرور نظام مند بدون انجام متآنالیز می باشد می بایست:**

۱. برای نگارش مقاله از راهنمای PRISMA استفاده نمایید و تمامی بخش های منطبق با این راهنما را در مقاله خود گزارش نمایید.

۲. حداکثر تعداد کلمات ۴۰۰۰ کلمه می باشد.

۳. می توان از شکل، جداول و نمودار استفاده کرد.

### **مقاله باید شامل بخش های زیر باشد:**

۱. عنوان (در عنوان کلمه Systematic Review یا Systematic Review and Meta-Analysis

قید شود)

۲. چکیده ساختارمند داشته باشد (زمینه و هدف، مواد و روش ها، یافته ها، نتیجه گیری، واژگان کلیدی)

۳. مقدمه

۴. مواد و روش ها (بر اساس راهنمای PRISMA فلوچارت تهیه شود). استراتژی جستجو، کلمات کلیدی مورد استفاده، پایگاه های مورد جستجو و ... مشخص شوند.

۵. یافته ها (بیان مفاهیم و مطالب اصلی با استفاده از عناوین مورد نیاز (Heading and subheading) یا همان تیتربندی مطالب می تواند انجام شود).

۶. بحث

۷. نتیجه گیری

۸. تشکر و قدردانی

۹. سهم نویسندگان

۱۰. تضاد منافع

۱۱. منابع (تعداد منابع مورد استفاده سقف ندارد ولی ترجیحا بیش از ۱۰۰ رفرنس نباشد و همه رفرنس ها باید با فرمت انگلیسی تنظیم شوند).

**ب) اگر مقاله شما مروری و بدون انجام مرور نظام مند می باشد یعنی Narrative Review می باشد،**

مقاله می بایست:

۱. حداکثر تعداد کلمات ۶۰۰۰ کلمه می باشد.

۲. می توان از شکل، جداول و نمودار استفاده کرد.

## مقاله باید شامل بخش های زیر باشد:

۱. عنوان
۲. چکیده بدون ساختار
۳. مقدمه
۴. بیان مفاهیم و مطالب اصلی با استفاده از عنوان مورد نیاز (Heading and subheading) یا همان تیتربندی مطالب
۵. نتیجه گیری
۶. تشکر و قدردانی
۷. سهم نویسندگان
۸. تضاد منافع
۹. منابع (تعداد منابع مورد استفاده سقف ندارد ولی ترجیحا بیش از ۱۰۰ رفرنس نباشد و همه رفرنس ها باید با فرمت انگلیسی تنظیم شوند).

## ج) گزارشات کوتاه

مقالات تحقیقاتی می توانند با فرمت گزارش کوتاه منتشر شوند. چکیده بدون ساختار در این بخش نباید بیشتر از ۱۵۰ کلمه باشد. ساختار نسخه اصلی بایستی حاوی حداکثر ۱۵۰۰ کلمه باشد. جداول و اشکال باید محدود به ۲ مورد شود و منابع نباید بیش از ۱۵ مورد باشند).

## د) نامه به سردبیر (Letter to Editor)

در این نوع از مقالات، تمام مراسلات برای چاپ در نظر گرفته خواهد شد و اگر شامل انتقاد سازنده در مورد مقالات قبلی چاپ شده در مجلات دانشگاه مازندران باشند، در تمامی موارد حق پاسخ‌دهی برای نویسندگان محفوظ خواهد بود. همچنین گزارشات تحقیقات محدود می‌توانند در قالب یک نامه ارسال گردند. نامه به سردبیر معمولا در رابطه با یک موضوع خاص و یا در مورد موضوعی که در شماره های قبلی مجله چاپ شده است نوشته می‌شود. نامه به سردبیر شامل عنوان، متن مقاله، تضاد منافع و رفرنس است و فاقد چکیده، جدول، شکل یا نمودار می‌باشد. طول نامه باید بین ۷۰۰ تا ۱۰۰۰ کلمه باشد. حداکثر تعداد رفرنس ها باید ۲۰ مورد باشد.

## (و) دیدگاه (Commentary)

جهت بحث و اظهار نظر درباره یک موضوع خاص در نظر گرفته شده است که اگر اصل مقاله به زبان فارسی باشد فقط خلاصه مقاله انگلیسی ضروری است. لازم است تعداد کلمات آن بدون احتساب منابع ۲۵۰۰-۱۰۰۰ باشد.

### تعارض منافع

از نویسندگان انتظار می رود که هر گونه منبع پشتیبانی یا ارتباطات تجاری که ممکن است تعارض منافع را در ارتباط با مقاله ارسالی در بر داشته باشد شفاف سازی نماید. تمام منابع مالی حمایت کننده کار بایستی در بخش پیوست انتهای نسخه اصلی بیان شوند. مشارکت های مالی سازمان ها یا نهادهای مختلف در تمامی مسائل مربوط به تحقیق (به طور مثال استخدام، مشاوره، مالکیت استخدام و بهره های دیگر سهامی، ترتیب بندی ثبت اختراع در صدور مجوز) باید به عنوان تعارض منافع در انتهای فایل متن نسخه اصلی ذکر شود.

### مشارکت نویسندگان

احراز سمت نویسندگی مقالات علمی به طور خلاصه منوط به داشتن شروط چهار گانه ذیل به طور هم زمان می باشد:

- کمک قابل توجه در طراحی مطالعه و تحلیل یا تفسیر داده های آن
- تهیه پیش نویس مقاله یا اصلاح نمودن آن
- تصویب نهایی نسخه آماده شده برای چاپ
- پاسخ گو بودن در تمام جنبه های پژوهش

### تقدیر و تشکر

در این بخش نویسندگان می توانند از تامین کنندگان نیازهای مالی و امکانات تحقیق و یا افراد دیگری که در انجام تحقیق کمک یا مشارکت نموده اند، تشکر و قدردانی نمایند. در انتهای متن مقاله تحقیقی، می بایست نام موسسه ای که مطالعه در آن انجام شده و یا حمایت مالی نموده است، ذکر گردد.

### شیوه تنظیم منابع

- سبک رفرنس نویسی انجمن روانشناسی آمریکا (APA)، در این جزوه ارائه شده است.
- قالب استناد APA به جای نوشتن یادداشت یا پاورقی به استناد در متن نیاز دارد.

- استنادهای درون متنی معمولاً شامل نام نویسنده و تاریخ انتشار است تا خواننده را به لیست موجود در بخش "منابع" که در انتهای مقاله قرار دارد، هدایت کند.
- اطلاعات کامل در مورد هر منبع ذکر شده در متن در لیست "منابع" ارائه شده است.

### استناد در مقاله (استناد در متن)

- در متن یک مقاله، اگر نام نویسنده بخشی از رفرنس باشد، فقط سال انتشار در پرانتز باشد.  
مثال:

بر طبق نظر Smith (۱۹۹۸)، فرمت APA یک قالب استنادی آسان برای زبان آموزان است.  
فرمت APA یک قالب نقل قول آسان برای زبان آموزان می باشد (Smith, 1998).

- در صورت استناد به صفحه یا فصل خاصی از یک سند، این اطلاعات را در پرانتز قرار دهید.  
مثال:

فرمت APA یک قالب نقل قول آسان برای زبان آموزان می باشد (Smith, 1998, p. 203).

**در انتهای مقاله، در بخشی به نام "منابع"، نقل قول های کامل به ترتیب حروف الفبا و به شکل زیر ذکر می شود:**

Smith, P. (1998). Learning to cite using APA Style. Journal of College Writing, 6, 60513.

- نحوه استناد به انواع مختلف مقالات بر اساس تعداد نویسنده آنها در جدول ۱ به صورت خلاصه ذکر شده است.

جدول ۱. نحوه استناد به انواع مختلف مقالات بر اساس تعداد نویسنده آنها

### نقل قول ها در متن بدون شماره صفحه:

اگر بخش خاصی از یک سند را که شماره صفحه ندارد ذکر کردید، پاراگراف (para) یا عنوان بخشی را با شماره پاراگراف اضافه کنید.

از شماره پاراگراف یا عنوان بخش با شماره پاراگراف استفاده کنید:

(Myers, 2000, para. 5)

(Beutler, 2000, Conclusion section, para.1)

## ایجاد لیست مرجع در انتهای مقاله

**نکته:** همه مراجع در لیست شما باید دارای فاصله دوگانه (double space) باشند، هم بین منابع و هم در داخل منابع، و دارای یک تورفتگی (hanging indent) برابر با ۰٫۵ اینچ برای منابع با بیش از یک خط باشد.

### کتاب و کتاب های الکترونیک

#### کتاب های غیرالکترونیکی

- با یک نویسنده:

- با دو نویسنده یا بیشتر

DiFonzo, N., & Bordia, P. (2007). *Rumor psychology: Social and organizational approaches*. American Psychological Association.

- با نویسندگان گروهی یا یک انجمن

American Sociological Association. (1975). *Approaches to the study of social structure*. Free Press.

- بدون نویسنده

*The universal declaration of human rights*. (1974). U.S. Catholic Conference, Division of Latin America.

- کتاب ویرایش شده

Rhodewalt, F. (Ed.). (2008). *Personality and social behavior*. Psychology Press.

#### کتاب های الکترونیکی (eBooks)

- با شناسه دیجیتال doi

Gillam, T. (2018). *Creativity, wellbeing and mental health practice*. Wiley Blackwell.

<https://doi.org/10.1007/978-3-319-74884-9>

- بدون شناسه doi (شبه کتاب چاپی رفرنس داده می شود)

Lauwers, J., Opsomer, J. & Schwall, H. (Eds.). (2018). Psychology and the classics: a dialogue of disciplines. De Gruyter.

۱- کتاب موجود در یک وب سایت

Sanger, M. (2000). Woman and the new race. Bartleby.com. <http://www.bartleby.com/1013/> (Original work published 1920).

- فصل های یک کتاب

Levi-Strauss, C. (1971). Totem and caste. In F. E. Katz (Ed.), Contemporary sociological theory (pp. 82-89). Random House.

مقاله یا یک فصل از کتاب مرجع آنلاین (دائرة المعارف، فرهنگ لغت، کتاب راهنما):

- آنلاین و با doi

Watkins, M. (2013). Mind-body problem. In H. Pashler (Ed.), Encyclopedia of the mind. SAGE. <http://dx.doi.org/10.4135/9781452257044.n191>

- آنلاین و بدون doi

Shevell, S. K. (2000). Color vision. In A. E. Kasdin (Ed.), Encyclopedia of psychology (Vol.2, pp.182-186). Oxford University Press.

## مقالات

- مقاله بدون doi:

Scroggins, W. A., Thomas, S. L., & Morris, J. A. (2008). Psychological testing in personnel selection, Part II: The refinement of methods and standards in employee selection. *Public Personnel Management*, 37(2), 185-199.

- مقالات با دو نویسنده یا بیشتر (تا ۲۰ نویسنده)

Klimonske, R., & Palmer, S. (1993). The ADA and the hiring process in organizations. *Consulting*



*Psychology Journal: Practice and Research*, 45(2), 10-36. doi:10.1037/1061-4087.45.2.10.

**توجه:** اگر مقاله ای دارای ۲۱ نویسنده یا بیشتر است، ۱۹ نویسنده اول را لیست کنید، سپس یک جاخالی (...) و سپس نام خانوادگی و اولین حروف اول نویسنده آخر را وارد کنید.

Wolchik, S. A., West, S. G., Sandler, I. N., Tein, J., Coatsworth, D., Lengua, L., Johnson, A., Ito, H., Ramirez, J., Jones, H., Anderson, P., Winkle, S., Short, A., Bergen, W., Wentworth, J., Ramos, P., Woo, L., Martin, B., Josephs, M., ... Brown, Z. (2005). Study of the brain. *Psychology Journal* 32(1), 1-15. doi:10.1037/1061-4087.45.1.11

مقالات روزنامه

آنلاین:

از یک پایگاه داده (توجه داشته باشید: نشانی اینترنتی یا نام پایگاه داده را وارد نکنید).

از یک وب سایت، بدون نویسنده:

It's subpoena time. (2007, June 8). New York Times. <https://www.nytimes.com/2007/06/08/opinion/08fri1.html>

نسخه چاپی

Jones, S. (1997, October 19). Hit-and-run suspect commits suicide. New York Times, p. 17.

وب سایت

نام سازمان به عنوان نویسنده:

National Institutes of Mental Health. (2015, May). Anxiety disorders. <http://www.nimh.nih.gov/health/topics/anxiety-disorders/index.s>

**توجه:** وقتی نویسنده و نام وب سایت یکی است، نیازی نیست که آن را به عنوان نام وب سایت لیست کنید.

بدون نویسنده، بدون تاریخ:

What is psychology? (n.d). BestPsychologyDegrees.com.  
<https://www.bestpsychologydegrees.com/what-ispsychology/>

### نکته ها

\* فقط در صورتی تاریخ بازیابی را وارد کنید که اطلاعات صفحه برای تغییر در طول زمان طراحی شده باشد.

\* اگر چندین صفحه وب را از یک وب سایت ذکر می کنید، باید یک مرجع جداگانه برای هر صفحه وب ایجاد کنید. اگر می خواهید وب سایت را به طور کامل ذکر کنید، فقط آن را در متن با URL داخل پرانتز ذکر کنید. آن را در منابع خود وارد نکنید.

- در صورت استفاده از نرم افزار اندنوت، می توانید آخرین نسخه APA را از تارنمای ذیل دریافت دارید:

[https://endnote.com/style\\_download/apa-7th-american-psychological-association-7th-edition/](https://endnote.com/style_download/apa-7th-american-psychological-association-7th-edition/)

### \* نکته مهم:

همه مطالب فوق در مورد منابع فارسی هم صدق می کند و فقط در لیست منابع و بعد از عنوان منبع موردنظر، بایستی عبارت [In Persian] ذکر گردد.

برگه مربوط به "[تعهدنامه و واگذاری حق انتشار مقاله](#)" در "پژوهشنامه حقوق تطبیقی" توسط نویسنده مسئول مکاتبات تکمیل و پس از اسکن به همراه مقاله بارگذاری گردد. (تبعاً نویسنده مسئول مکاتبات عضو هیات علمی با مرتبه حداقل استادیاری خواهد بود).


برگه مربوط به "[فرم تعارض منافع](#)" در "پژوهشنامه حقوق تطبیقی" توسط نویسنده مسئول مکاتبات تکمیل و پس از اسکن به همراه مقاله بارگذاری گردد.

--- توجه داشته باشید که فقط نویسنده مسئول مکاتبات قادر به بارگذاری فایل ها و اعمال هرگونه تغییر خواسته شده می باشد. نویسندگان همکار فقط و فقط می توانند تغییرات را مشاهده نمایند.

معاونت پژوهشی دانشگاه مازندران

## Research Paper

# Voluntary and compulsory resale of goods (self-help and emergency sales) in the Convention on Contracts for International Sale of Goods (1980) and Iranian law with an emphasis on Iranian transportation laws

Meysam Akbari<sup>1</sup>, Hani Hajian\*<sup>2</sup> 

<sup>1</sup> PhD in Private Law, Faculty of Law, College of Farabi, University of Tehran, Qom, Iran.

<sup>2</sup> PhD Student in Private Law, Islamic Azad University, North Tehran Branch, Tehran, Iran.



10.22080/LPS.2021.22051.1248

**Received:**

July 31, 2021

**Accepted:**

November 8, 2021

**Available online:**

November 27, 2021

**Main Subjects:**

CIVIL LAW

**Keywords:**

Resale, Voluntary sales (Self-help), Compulsory sales (emergency), Preservation of goods, Trustee, Unauthorized management of other people's property

## Abstract

dissolved for any reason and the goods are in the hands of the buyer, he is obliged to return the goods; But if the other party refuses to receive the goods, in Iranian law, the solution that has been considered is to refer to the ruler to oblige the owner of the goods to receive. If the owner of the goods is not required to do so, the only thing that happens is the change of iodine to a safe deposit. In some legal systems, the solution is to resell the goods. One of the most important legal texts in this regard is the Convention on the International Sale of Goods. The study of the possibility of replay in Iranian law is the main question of this research, which has been addressed in a descriptive-analytical manner and with library tools. From the available data, it has been obtained that, firstly, in transportation contracts in Iranian law, this issue has been explicitly accepted without any shortcomings. Secondly, regarding compulsory resale, it is a matter of common sense that the trustee should resell.

\*Corresponding Author: Hani Hajian

Address: PhD Student in Private Law, Islamic Azad University, North Tehran Branch, Tehran, Iran.

Email: hanihajian@gmail.com



## Extended abstract

### 1. Introduction

After the sale, the seller has to deliver the goods, and if the purchase agreement is dissolved for any reason, the buyer is obliged to return the goods. However, if the other party refuses to retake the goods, in Iranian law, he must be forced to do so. Otherwise, he must change the possession under a defective title to a possession in trust and provide a safe deposit. In some legal systems, the solution is to resell the goods. One of the most important legal texts in this regard is the Convention on the Contracts for International Sale of Goods. The possibility of resale in the Iranian law is the main question of this research. The available data analysis has shown that, first, in transportation contracts in the Iranian law, this issue has been explicitly accepted. Second, regarding the compulsory resale, it is a matter of common sense that the trustee should resell the goods.

### 2. Methods

The present research has been done using library data and receipts and classifying them according to the subject matter.

### 3. Conclusion

Resale of goods is accepted in various legal systems, especially Kamnola legal systems, as a solution to prevent damage or corruption of goods in a situation where the parties of the contract have a dispute and are not willing to receive their goods. Since it is not possible to expect and impose an obligation on one of the parties to keep the goods for an indefinite period of time, the issue of voluntarily and compulsorily resale has been proposed by the law. According to the philosophy of resale, determining the voluntary resale is

the right of the preserver of the goods and compulsory resale is his duty.

In the Iranian law, the issue of whether the resale should be voluntary or compulsory is a matter of dispute among jurists. However, it should be noted that a review of the law on transportation reveals whether voluntary resale or compulsory resale is acceptable to the legislature. Due to the fact that transportation contracts are rooted in the lease contract and the lease contract is one of the exchange contracts, by inducing the nature of resale rules, they can be extended to other exchange contracts, including the sale contract. Considering the compulsory resale, it should be noted that the resale rules have been accepted in cases where possession under a defective title is changes to a possession in trust and that there is no difference between the obligations arising from lawful possession to possession caused by contracts. As a result, it can be said that this is a general rule in all trust contracts and is supported by rational and customary certainties. Thus, when the goods are subject to corruption, the trustee must resell the goods. This can be deduced from Article 612 of the Civil Code, which considers the customers in preservation of the goods. Therefore, it can be said that in case of non-resale, the depositor has the right to claim damages.

### Funding

There is no funding support.

### Authors' contribution

Authors contributed equally to the conceptualization and writing of the article. All of the authors approved the content of the manuscript and agreed on all aspects of the work.

### Conflict of interest

Authors declared no conflict of interest.



## **Acknowledgments**

We are grateful to all the scientific consultants of this paper. The present article was written at the suggestion of Dr. Seyed Hossein Safaei as a research card of the advanced civil law course of the doctoral program and after its completion, it has been fully reviewed by him. The authors of this article dedicate it to dear Dr. Safaei.



علمی

# بازفروش مبیع (فروش خودیار و اضطراری) در کنوانسیون بیع بین المللی کالا (۱۹۸۰) و حقوق ایران با تأکید بر قوانین حمل و نقل

میثم اکبری دهنو<sup>۱</sup>، هانی حاجیان<sup>۲\*</sup> ID

<sup>۱</sup> دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران  
<sup>۲</sup> دانشجوی مقطع دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران شمال، تهران، ایران

doi 10.22080/LPS.2021.22051.1248

## چکیده

پس از انجام بیع فروشنده موظف به تسلیم مبیع بوده، همچنین در صورتی که بیع به هر دلیل منحل گردد و کالا در دست خریدار باشد موظف است اقدام به استرداد کالا نماید؛ اما اگر طرف مقابل حاضر به دریافت کالا نگردد در حقوق ایران راهکاری که اندیشیده شده مراجعه به حاکم جهت الزام صاحب کالا به دریافت می‌باشد. در صورتی که صاحب کالا ملزم به این امر نگردد تنها اتفاقی که واقع می‌گردد تغییر ید ضمانی به امانی است. در برخی از نظام‌های حقوقی راهکاری که در این خصوص پیش‌بینی شده بازفروش کالا می‌باشد. از مهم‌ترین متون قانونی که در این خصوص وجود دارد کنوانسیون بیع بین المللی کالا می‌باشد. بررسی امکان بازفروش در حقوق ایران سؤال اساسی این تحقیق است که با شیوه توصیفی تحلیلی و با ابزار کتابخانه‌ای به آن پرداخته شده است. از داده‌های موجود این مطلب بدست آمده که اولاً در قراردادهای حمل و نقل در حقوق ایران این موضوع به صراحت و بدون هیچ کم و کاستی مورد پذیرش قرار گرفته است. ثانیاً در خصوص بازفروش اجباری این مطلب از مسلمات عقلی قواعد امانت است که امین باید اقدام به بازفروش نماید.

تاریخ دریافت:

۰۹ مرداد ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۱۷ آبان ۱۴۰۰

تاریخ انتشار:

۰۶ آذر ۱۴۰۰

موضوعات:

حقوق خصوصی

کلیدواژه‌ها:

بازفروش کالا، فروش اختیاری

(خودیاری)، فروش

اجباری(اضطراری)، حفظ کالا،

امین، اداره فضولی مال غیر،

\* نویسنده مسئول: هانی حاجیان

آدرس: دانشجوی مقطع دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد ایمیل: hanihajian@gmail.com

اسلامی، واحد تهران شمال، تهران، ایران

## ۱ مقدمه

بیان داشته‌اند به دلیل عدم وجود ماده‌ای مبنی بر حق بازفروش این حق با قواعد حقوقی ایران سازگار نمی‌باشد. تمامی اساتیدی که در این زمینه تحقیق نموده‌اند بیان داشته‌اند در حقوق ایران ماده‌ای که به صراحت حق بازفروش را مورد قانونگذاری قرار داده باشد، وجود ندارد. در خلال بررسی‌های که در این مقاله انجام می‌گردد مشخص می‌شود برخلاف نظر مذکور در حوزه حقوق حمل و نقل موادی وجود دارد که حق بازفروش را مورد شناسایی قرار داده‌اند.

با توجه به اینکه نهاد بازفروش برخی راهکارهای تازه در زمینه‌ی بیع و مخصوصاً تعهدات فروشنده و خریدار را ارائه می‌نماید می‌بایست به صورت دقیق مورد بررسی قرار گیرد، در این مقاله ابتدا قواعد بازفروش در حقوق کشورهای انگلیس و آمریکا و سپس در کنوانسیون بیع بین المللی کالا (۱۹۸۰) مورد بررسی قرار می‌گیرد، سپس موضع حقوق ایران و آراء موافقین و مخالفین مورد بررسی قرار گرفته و پس از آن به بررسی قوانین موجود پرداخته می‌شود و در آخر بر مبنای قوانین حوزه حمل و نقل نتیجه گیری می‌شود. بدواً باید اعلام شود نهاد باز فروش مبیع در صورت درج به صورت شرط ضمن عقد با توجه به اینکه شرطی مخالف کتاب و سنت نبوده و مخالفتی با مقتضای ذات عقد بیع نداشته، می‌تواند راهکار مناسبی برای تکمیل تعهدات بایع و مشتری باشد؛ اما این موضوع به دلیل بدهت امر خارج از موضوع این مقاله بوده و به آن پرداخته نمی‌شود.

## ۲ سابقه تقنینی در خصوص باز فروش کالا

در خصوص نهاد باز فروش کالا گفته شده است که سابقه تاریخی این نهاد را باید در کشورهای اسکانداویجی جستجو کرد (امیر معزی، موسوی، ۱۳۹۳: ۳۱). اما صرف نظر از کشورهای اسکانداویجی، در خصوص حق باز فروش کالا می‌شود قوانین کشورهای ذیل و کنوانسیون بیع بین المللی کالا را بررسی نمود.

پس از انجام معامله ممکن است خریدار از قبض مبیع خوداری نماید و یا در صورتی که به هر دلیل قرارداد فسخ گردد مبیع در دست خریدار باقی مانده و فروشنده حاضر به تحویل کالا نباشد؛ در این صورت ید حافظ کالا امانی بوده و قواعد امین در این حالت جاری می‌گردد. بر طبق قاعده کلی مورد پذیرش در قانون مدنی ایران مذکور در ماده ۲۷۳ حافظ کالا با تحویل کالا به حاکم بری می‌گردد و دیگر مسئولیتی نخواهد داشت اما تحویل به حاکم اولاً- راهکار ساده‌ای نمی‌باشد چراکه در وضعیت موجود مستلزم روند دادرسی می‌باشد که شاید حداقل یک سال به طول انجامد، ثانیاً- در این مدت ممکن است کالا در معرض فساد قرار گیرد و یا در بردارنده هزینه‌ای گزاف برای حافظ کالا باشد. در حقوق برخی از کشورهای دنیا از جمله آمریکا و انگلیس و همچنین در کنوانسیون بیع بین المللی کالا در ماده ۸۸ حقی مورد شناسایی قرار گرفته است که به باز فروش کالا مشهور گردیده است. بر طبق قواعد این نظام‌های حقوقی حافظ کالا در برخی از موارد این حق را داشته است، و در برخی موارد مکلف است برای جلوگیری از زیان به صاحب کالا اقدام به فروش کالا نموده و حاصل آن را پس از کسر مخارج نگهداری نماید.

این موضوع که آیا این حق بازفروش کالا بر طبق قواعد حقوقی ایران قابل پذیرش می‌باشد امری اختلافی می‌باشد و نظرات متفاوتی از سوی اساتید حقوق در این خصوص ارائه گردیده است. اولین استادی که در این خصوص اقدام به تحقیق پرداخته استاد فرزانه دکتر صفایی می‌باشد. ایشان بر مبنای نظریه تقاص امکان شناسایی حق بازفروش در حقوق ایران را متصور دانسته است. پس از ایشان دکتر حسن محسنی نیز در مقاله خود این موضوع را مورد بررسی قرار داده و با نظریه دکتر صفایی همسو گردیده است؛ اما در مقابل اساتیدی همچون دکتر آق‌مشهدی با استدلالاتی حق بازفروش اختیاری (خودپاری) را در حقوق ایران به رسمیت نشناخته و



## ۲،۱ انگلیس

در حقوق انگلیس طبق کامن لو و قانون فروش کالا مصوب ۱۹۸۲ و همچنین قانون فروش کالا که در تاریخ ۱۹۷۹ میلادی به تصویب رسیده حق باز فروش کالا به شرح ذیل پذیرفته شده است:

- ۱- در موردی که حق بازفروش در صورت نقض قرارداد از سوی خریدار صریحاً برای بایع شناخته شده باشد (ماده ۴-۴۸)
- ۲- هرگاه خریدار از پرداخت قیمت خودداری کند و کالا ضایع شدنی باشد (ماده ۳-۴۸)
- ۳- هرگاه قیمت پراخت نشده و فروشنده قصد خود را به باز فروش به خریدار اعلام کند و با وجود آن، خریدار در یک مدت معقول از پرداخت قیمت خودداری نماید (۳-۴۸)
- ۴- هنگامی که خریدار از اجرای تعهدات ناشی از قرارداد سر باز زده و مرتکب نقض اساسی<sup>۱</sup> شده باشد. در این صورت به موجب کامن لو بایع می‌تواند قرارداد را فسخ و مورد معامله را مانند مال خود بفروشد.

۵- هنگامی که مورد معامله یک مال کلی یا کالای آینده باشد ولی هنوز بایع تعهدی به تعیین آن نداشته باشد، در این صورت بایع ذیحق است هریک از کالائی را که واجد اوصاف مورد معامله باشد بعنوان مالک بفروشد (صفایی، ۱۳۹۲: ۴۵۶-۵۳۹). (Benjamin, 1974, 539).

در قانون فروش کالا مصوب ۱۹۷۹ میلادی در ماده ۴۸ موارد باز فروش کالا را در چهار مورد مجاز شمرده است که در ذیل بیان می‌گردد:

- ۱- زمانی که هنوز تعهد فروشنده در مورد تسلیم کالا به شکل التزام به تسلیم کالای معینی تحقق نیافته باشد. روشن است که در این حالت اگر فروشنده اقدام به فروش

کالا کند، هیچ‌گونه مسئولیتی در مقابل مشتری نخواهد داشت؛ زیرا نمی‌توان گفت تسلیم کدامیک از کالا به مشتری اول بر او لازم است

۲- زمانی که مشتری اقدام به فسخ عقد بیع کند. در این حالت فروشنده می‌تواند فسخ را قبول کند، و در این صورت می‌تواند اقدام به بازفروش کالا کند.

۳- زمانی که در عقد بیع تصریح شده باشد که در صورت اخلال مشتری به تعهدات خود، فروشنده حق بازفروش کالا را خواهد داشت.

۴- زمانی که کالا در معرض تلف باشد و یا فروشنده به مشتری اخطاری داده باشد که به زودی اقدام به بازفروش کالا خواهد کرد، ولی با این حال مشتری قیمت را پرداخت نکرده باشد (ارسطا، ۱۳۸۱: ۱۰۸). از بند ۳ چنین بر می‌آید که در این فرض عقد فسخ گردیده اما از بند ۴ چنین بر می‌آید که مبنای بازفروش فسخ نمی‌باشد بلکه فروشنده برای مشتری و پایبندی به عقد اول اقدام به باز فروش مبیع می‌نماید.

## ۲،۲ ایالات متحده آمریکا

در حقوق ایالات متحده آمریکا به موجب قانون متحده الشکل تجاری (U.C.C)<sup>۲</sup> که در ۴۹ ایالت از مجموع ۵۰ ایالت مورد پذیرش قرار گرفته و به مورد اجرا گذاشته می‌شود یکی از راه‌های حمایت از فروشنده در برابر خریدار که مرتکب نقض تعهدات قراردادی گردیده اجازه باز فروش کالا می‌باشد. به موجب ماده ۷۰۳-۲ قانون مذکور هرگاه خریدار بدون دلیل موجه از پذیرفتن کالا خودداری نماید یا پذیرش آن را لغو نماید یا از پرداختن ثمن معامله یا اجرای قرارداد کلاً یا جزئاً امتناع کند، فروشنده می‌تواند یکی از اقدامات زیر را انجام دهد:

<sup>2</sup> Uniform Commercial cod

<sup>1</sup> fundamental breach



اما فقدان شرایط قانونی و شروط مذکور خللی به حقوقی که خریدار با حسن نیت دارا می‌گردد، وارد نمی‌آورد (Stone, 1981, p265- صفایی، ۱۳۹۲: ۴۴۷-۴۴۹؛ اصغری آقمشهدی، زارعی، ۱۳۸۹: ۱۸۵-۱۸۷).

## ۲،۲،۱ کنوانسیون بیع بین المللی کالا ۱۹۸۰

### وین

در کنوانسیون بیع بین المللی کالا در دو ماده به باز فروش کالا پرداخت شده است یکی در ماده ۷۵ که عنوان می‌شود: «چنانچه قرارداد فسخ شود و اگر به طریق معقول و ظرف مدت معقولی پس از فسخ خریدار کالای جایگزین خریداری نموده باشد یا فروشنده کالا را باز فروش کند، طرفی که مدعی خسارت است می‌تواند تفاوت بین قیمت قرارداد و معامله جایگزین را به علاوه سایر خسارت قابل مطالبه طبق ماده ۷۴ را وصول نماید». و دیگری در ماده ۸۸ که بیان می‌شود: «۱- چنانچه طرف دیگر در تصرف کالا یا پس گرفتن آن یا در پرداخت ثمن یا هزینه های حفظ کالا به نحو غیرمتعارف تأخیر ورزد، طرفی که طبق مواد ۸۵ یا ۸۶ ملزم به حفظ کالا است، می‌تواند آن را به طرق متناسب بفروشد، مشروط بر اینکه اخطار متعارفی مبنی بر قصد فروش، جهت طرف دیگر ارسال کرده باشد.

۲- هرگاه کالا در معرض فساد سریع باشد یا نگهداری آن مستلزم هزینه غیر متعارف باشد، طرفی که مطابق مواد ۸۵ یا ۸۶ ملزم به حفظ آن است، مکلف است جهت فروش آن، اقدامات متعارفی معمول دارد. مشاراًلیه حتی الامکان مکلف است اخطاری مبنی بر قصد فروش جهت طرف دیگر ارسال نماید.

۳- طرفی که اقدام به فروش کالا می‌کند حق دارد از محل فروش، مبلغی معادل مخارج فروش و هزینه‌های متعارف نگهداری کالا برای خود منظور نماید. مشاراًلیه مکلف است حساب باقیمانده را به طرف دیگر بدهد.» (مترجمین، ۱۳۶۷: ۳۰۰)

۱- از تسلیم مورد معامله خودداری کند.

۲- تحویل کالا را که به منظور تسلیم به مشتری، به متصدی حمل و نقل یا شخص دیگر سپرده شده، متوقف کند.

۳- مورد معامله را بازفروش کند و خسارات ناشی از آن را نیز مطالبه نماید.

۴- برای امتناع خریدار از تحویل گرفتن کالا، خسارت بخواهد یا عند الاقتضاء ثمن معامله را مطالبه کند.

۵- قرارداد را به علت عدم اجرای آن از سوی خریدار، فسخ نماید.

۶- به غیر از فسخ و باز فروش کالا که به دلالت بند ۳ و ۵ چنین به نظر می‌رسد قابل جمع نمی‌باشد سایر طرق مذکور در فوق قابل جمع می‌باشد و استفاده یکی از آنها با بایع را از استفاده از راه‌های دیگر محروم نمی‌کند.

شرایط تفصیلی بازفروش در ماده ۷۰۶-۲ قانون مذکور بیان گردیده است. در این ماده بیان شده است فروشنده متضرر از تخلف خریدار می‌تواند مال مورد معامله را بازفروش کند و وفق شرایط ماده ۷۰۳-۲ در صورتی که قیمت بازفروش کمتر از قیمت قراردادی باشد، تفاوت قیمت و نیز خسارات تبعی وارده را مطالبه کند. البته بازفروش الزامی نیست و بایع می‌تواند پرداخت ثمن و خسارات را مطالبه نماید. بازفروش وفق ماده مذکور می‌تواند به صورت عمومی و خصوصی باشد. دو شرط اساسی بازفروش در تمام انواع آن باید از سوی بازفروش کننده رعایت گردد: ۱- انجام بازفروش با «حسن نیت»؛ ۲- انجام بازفروش کالا به طریقی که «از لحاظ بازرگانی معقول» باشد؛ این شروط از بند ۵ ماده ۷۰۶-۲ به خوبی قابل برداشت می‌باشد.

عدم رعایت ترتیبات قانونی و عدم وجود دو شرط مذکور در فوق، وفق ماده ۷۰۸-۲ باعث محروم شدن بازفروش کننده از مطالبه برخی خسارات می‌باشد.

<sup>1</sup> Commercially Reasonable



بازفروش اجباری (اضطراری). اینکه چرا یک نوع از بازفروش کالا اختیاری و دیگری اجباری نام گرفته است به این دیدگاه مربوط می‌شود که ما باز فروش کالا را حق بدانیم یا تکلیف؛ چراکه حق دانستن آن باعث می‌شود که فرد ذی حق با گذشت از حق خود مواجه با تکلیفی نباشد اما اگر بازفروش کالا را تکلیف بدانیم عدم انجام تکلیف ممکن است ایجاد مسئولیت حقوقی را به همراه داشته باشد. با دقت در ماده ۸۸ کنوانسیون مشاهده می‌شود که در بند ۱ واژه «می‌تواند» و در بند ۲ واژه «باید» از سوی نویسندگان کنوانسیون مورد استفاده قرار گرفته است؛ لذا باعث می‌شود این برداشت بدست آید در بند ۱ بازفروش حق و در بند ۲ تکلیف طرفین می‌باشد که وظیفه حفظ کالا را بر عهده دارند (شعاریان، رحیمی، ۱۳۹۴: ۱۰۴۲).

در ذیل به احکام این دو مورد از بازفروش کالا می‌پردازیم:

### ۲،۲،۲ بازفروش اختیاری (خودیاری):

فلسفه وضع بند ۱ ماده ۸۸ کنوانسیون که به باز فروش اختیاری (خودیاری) معروف است از بابت قاعده کاهش خسارت بوده تا با این اقدام از ورود ضرر بیشتر به طرفی که مسئولیت حفاظت کالا را بر عهده دارد، جلوگیری گردد. بازفروش کالا مشروط می‌باشد به ارسال اخطاری متعارف مبنی بر قصد بازفروش کالا برای طرف دیگر معامله که تأخیر غیر متعارفی در فروض چهارگانه ذیل داشته است:

۱- تصرف کالا ۲- باز پس‌گیری کالا ۳- پرداخت ثمن ۴- پرداخت هزینه‌های محافظت از کالا (Honnold, 1991: 583)

لذا با توجه به این موارد شرایطی برای بازفروش اختیاری وجود دارد که با مذاقه در مواد کنوانسیون و با لحاظ عرف‌های موجود می‌توان به شرح ذیل عنوان نمود:

در ماده ۷۵ کنوانسیون که به صراحت حق بازفروش کالا مورد پذیرش قرار گرفته، باید عنوان شود این حق در واقع بر مبنای روشی برای محاسبه خسارت می‌باشد و حق ویژه‌ای نیست که برای مالک شناسایی شده باشد، چرا که با فسخ بیع، مبیع از آن فروشنده می‌باشد و مالک حق هرگونه تصرف در مایملک خود را دارد. در واقع همانگونه که برخی از حقوق‌دانان به آن اشاره نموده‌اند حق باز فروش مذکور در ماده ۷۵ با حق باز فروش مصطلح که با عدم فسخ بیع برای طرفین در شرایطی ایجاد می‌شود و در قوانین برخی کشورها همچون ایالات متحده آمریکا و کویت وجود دارد متفاوت است (شعاریان، رحیمی، ۱۳۹۴: ۸۸۸).

ماده ۸۸ کنوانسیون بیع بین المللی که حق بازفروش کالا را مورد شناسایی قرار داده است در واقع همان حکم بند ۲ ماده ۸۸ و مواد ۹۴ و ۹۵ کنوانسیون ۱۹۶۴ (که به مشتمل بر قانون یکنواخت راجع به بیع بین المللی اشیاء منقول مادی<sup>۱</sup>) و بند ۲ ماده ۷۷ پیش نویس آنسیترال را بیان می‌کند؛ لذا این مواد ریشه تاریخی بازفروش کالا می‌باشد (جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۴، ج ۳: ۱۹۵)، البته تغییراتی نیز در احکام بازفروش ایجاد شده است. ماده ۸۸ کنوانسیون در ذیل بخش ششم از کنوانسیون و در وظایف حفظ و نگهداری کالا، به حق بازفروش کالا برای طرفین یک بیع بین المللی پرداخته است. در واقع علت و فلسفه وضع این ماده از دو جهت قابل توجه است:

- جهت جلوگیری از ورود ضرر یا فساد کالا در فرضی می‌باشد که مابین طرفین قرارداد اختلاف ایجاد گردیده است.
  - از لحاظ این امر که تعهد به نگهداری کالا نمی‌تواند به طور نامحدود بر یک طرف و به حساب دیگری بار شود (Audit, 1990: 189)
- لذا ماده ۸۸ دارای دو حکم در خصوص بازفروش کالا می‌باشد؛ ۱- بازفروش اختیاری (خودیاری)؛ ۲-

<sup>1</sup> ULIS

### تأخیر غیر متعارف:

از متن کنوانسیون بر می‌آید ایجاد حق بازفروش منوط به تأخیر غیرمتعارف از سوی طرفی است که از اجرای تعهدات قراردادی خود کوتاهی نموده باشد. اما اینکه تأخیر غیر متعارف چه نوع تأخیری می‌باشد، و چه مدت زمانی طرفی که از کالا محافظت می‌کند باید منتظر انجام تعهدات طرف مقابل باشد، کنوانسیون ضابطه‌ای را ارائه نمی‌دهد؛ لذا برخی از شرح‌کنندگان کنوانسیون بیان نموده‌اند مقصود از تأخیر غیرمتعارف یعنی طرف دیگر از انجام عمل متناسب با موقعیت بیع امتناع کند (Honnold, 1991: 583). تعیین یک معیار کلی برای تأخیر غیرمتعارف امری مشکل است و بستگی به اوضاع و احوال خاص همان مورد دارد؛ و تنها امتناع صریح یکی از طرفین در خصوص اجرای قرارداد، به عنوان تأخیر غیرمتعارف امری روشن تلقی می‌گردد) (Schlechtriem, 1998: 681).

### ارسال اخطاریه

یکی از مواردی که قبل از انجام بازفروش اختیاری می‌بایست از سوی فردی که قصد بازفروش کالا را دارد انجام شود، (و در بند ۱ ماده ۸۸ به عنوان شرط بازفروش بیان شده)، ارسال اخطار متعارف به طرفی می‌باشد که تأخیر غیرمتعارف در تعهدات خود داشته است. در خصوص اینکه این اخطار متعارف به چه نوع اخطاری گفته می‌شود و یا باید به چه نحو باشد آیا کتبی بودن آن الزامی است یا خیر؟ نحوه ارسال چگونه است، آیا باید به صورت رسمی باشد یا غیر رسمی؟ آیا نظریه ارسال اخطار به طرف مقابل در کنوانسیون شرط می‌باشد یا نظرات وصول یا اطلاع؟ از ماده ۸۸ کنوانسیون به صورت صریح چیزی قابل برداشت نمی‌باشد.

فلسفه دادن اخطار به طرف مقابل، اعطاء فرصت به متخلف جهت اجرای تعهداتش و در نتیجه جلوگیری از وقوع بازفروش کالا (Schlechtriem, 1998: 68)، و یا حضور در جلسه بازفروش و اطمینان از فروش کالا به بالاترین قیمت می‌باشد (جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۴، ج ۳: ۱۹۴)؛

چراکه همانگونه که به درستی برخی گفته‌اند: «فروشنده (یعنی کسی که قصد بازفروش کالا را دارد)، مالک کالا نیست تا مجاز به انجام هرگونه تصرفی در آن باشد، بلکه فقط مکلف به حفظ کالا است. اکنون که مالک کالا به نحوی در انجام تعهدات خود، تأخیر غیر متعارفی را انجام داده، بدون شک کالا از مالکیت او خارج نمی‌شود؛ از این رو، کنوانسیون اخطار به طرف مقابل را به نحو متعارف لازم دانسته است، تا بدین وسیله از قصد بازفروشنده اطلاع یابد و بتواند تصمیم مقتضی را اتخاذ کند (ارسطا، ۱۳۸۱: ۱۰۸).

در خصوص چگونگی اخطاریه که آیا باید کتبی باشد یا شفاهی با توجه به اطلاق ارسال اخطاریه به نحوه متعارف و فلسفه مذکور در فوق چنین برداشت می‌گردد که اخطار می‌تواند به صورت کتبی باشد یا شفاهی (جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۴، ج ۳: ۱۹۴)؛ برخی نیز عنوان نموده‌اند از اطلاق ماده ۲۷ کنوانسیون می‌توان بدست آورد هر نوع اخطاریه امم از کتبی و شفاهی همین قدر که با وسیله مقتضی و با مراعات اوضاع و احوال باشد، پذیرفته است (ارسطا، ۱۳۸۱: ۱۰۰). از بیان این موضع می‌توان نتیجه گرفت که همانگونه برخی نیز اشاره نموده‌اند (Felemegas, 2007, 522)، ارسال اخطاریه به شکل خاصی لازم نیست چرا که ابلاغ به صورت شفاهی نیز پذیرفته شده، در نتیجه ارسال اخطاریه به شکل رسمی لازم نبوده و به شکل غیررسمی نیز مورد پذیرش می‌باشد؛ حتی گفته شده است ارسال اخطاریه به شکل پیام‌های الکترونیکی نیز با توجه به ماده ۸۸ کنوانسیون در صورتی که صریحاً یا ضمناً مورد موافقت قرار گرفته باشد و نوع، شکل و آدرس مشخص شده باشد، فاقد ایراد است (Christina, 2003: 130). با بیان این مقدمات از ارسال اخطاریه می‌شود معنی درست اخطاریه متعارف را بدست آورد چراکه همانگونه که بیان شده است ارسال اخطاریه به شکل شفاهی و غیررسمی نیز پذیرفته شده است در نتیجه متعارف ناظر به محتوا و زمان اخطار می‌باشد (Enderlien & Maskow, 1992: 108).



ملاک باشد و قبل از وصول امکان بازفروش کالا نمی‌باشد.

در خصوص زمان ارسال اخطاریه این سؤال مطرح است که چه زمانی باید این اخطاریه ارسال شود و در چند مرحله؟ آیا بعد از تأخیر غیرمتعارف یا قبل از آن نیز دادن اخطار مبنی بر تذکر به انجام تعهدات قراردادی به عنوان اخطاریه باز فروش قابل پذیرش است؛ در این خصوص برخی از مفسرین کنوانسیون عنوان داشته‌اند: «به سختی می‌توان از طرفی که متعهد به نگهداری کالا شده است انتظار داشت که در دو نوبت، منتظر عکس العمل طرف مقابل بماند» (Schlechtriem, 1998: 682). برخی نیز در تبعیت از این نظریه عنوان داشته‌اند: نظریه غالب در کنوانسیون وین این بوده است که اخطاریه ممکن است قبل از اینکه «تأخیر غیرمتعارف» وجود داشته باشد، داده شود. یعنی، چنین اخطاری اگرچه قبل از تأخیر غیرمتعارف طرف مقابل هم باشد، برای اجرای بازفروش کافی بوده و در نتیجه، لزومی به اخطار مجدد در این خصوص نیست (اصغری آقمشهدی، زارعی، ۱۳۸۹: ۱۹۳). اما به نظر می‌آید با توجه به فلسفه مذکور در خصوص بازفروش اختیاری و لحاظ اینکه بیان شد ارسال اخطاریه متعارف ناظر به زمان و محتوا می‌باشد، لذا ارسال اخطاریه بازفروش قبل از تأخیر غیرمتعارف، شیوه‌ای متعارف به حساب نمی‌آید و ارسال اخطاریه با مضمون انجام تعهد، بعد از تأخیری که متعارف بوده بدون اشاره به حق و قصد بازفروش که در صورت تأخیر غیرمتعارف ممکن است به اجراء در آید ایجاد حق بازفروش را نمی‌نماید؛ اما اگر در متن اخطاریه‌ای که با تأخیر غیرمتعارف صادر گردیده و در آن تقاضای الزام به تعهدات قراردادی مطالبه شده است به حق بازفروش اشاره شود این موضوع شیوه‌ای متعارف به حساب می‌آید. لذا به نظریه ارئه گردیده مبنی بر اینکه بین شرط اول و دوم بند اول (لزوم وجود تأخیر و لزوم دادن اخطار) ترتیبی وجود ندارد و آنچه

(361)، در نتیجه می‌شود بیان نمود که اخطاریه متعارف امری شخصی است که در هر مورد ویژگی خاص خود را دارد.

در خصوص اینکه اخطاریه باید به اطلاع مخاطب برسد یا خیر یعنی اینکه کنوانسیون کدام یک از نظرات رایج در حقوق شامل ارسال، وصول یا اطلاع را مورد پذیرش قرار داده است بین مفسران کنوانسیون اختلاف می‌باشد؛ برخی عنوان داشته‌اند که صرف ارسال اخطاریه برای شروع به بازفروش کالا کافی می‌باشد (Enderlein & Maskow, 1992: 682 - Schlechtriem, 1998: 362)، و طرفداران آنها در اثبات این نظریه اعلام نموده‌اند: «برخلاف ایجاب و قبول که مطابق مواد (۱) ۱۵، (۲) ۱۸، ۲۲ و (۴) ۴۸ نظریه وصول شرط در خصوص آنها پذیرفته گردیده است، در مورد اخطاریه، نظر ارسال ملاک عمل خواهد بود و در نتیجه، وصول اخطاریه از این جهت نباید منشأ اثر دانسته شود؛ برخی نیز اعلام نموده‌اند اخطاریه باید به اطلاع مخاطب برسد اما اطلاع به نحوه بالقوه کافی است و لزومی ندارد بالفعل باشد (ارسط، ۱۳۸۱: ۹۹). اما همانگونه که برخی گفته‌اند (محسنی، ۱۳۹۰: ۱۵۱) با توجه به فلسفه ارسال اخطار در تبصره ۱ ماده ۸۸ کنوانسیون که معیار اطلاع مخاطب اخطاریه از بازفروش کالا می‌باشد، چراکه او در تعهدات خود کوتاهی کرده و با اطلاع ممکن است به تعهدات خود عمل نماید و مانع از بازفروش کالای خود شود؛ یا اینکه در مجلس فروش جهت اطلاع از اینکه آیا کالا به بالاترین مبلغ فروخته می‌شود یا خیر، حضور پیدا کند و فلسفه بند ۲ ماده ۸۸ که جلوگیری از ضرر عمده و فاحش می‌باشد و احتیاج به اقدام سریع و عاجل جهت بازفروش دارد، و موارد بند ۱ لزومی بر اقدام عاجل و سریع ندارد، پس اگر قائل به نظریه ارسال باشیم با فلسفه بند ۱ ماده ۸۸ تضاد پیدا می‌شود، در نتیجه بنظر می‌آید در بازفروش اختیاری نظریه وصول

<sup>۱</sup> احتمالاً منظور این نویسنده از نظریه اطلاع بالقوه همان نظریه وصول می‌باشد.

ملاحظات و مربوط به نوع کالا و عملکرد و رسوم بازرگانی است (صفایی، ۱۳۹۲: ۴۴۹). اما کنوانسیون بدون اینکه راهکاری ارائه دهد عنوان طریق مقتضی را برگزیده که این موضوع احتیاج به تفسیر دارد. در این خصوص بر اساس تفسیر دبیر کل، یعنی تفسیر دبیرخانه سازمان ملل اعلام شده که کنوانسیون شیوه مقتضی را ترسیم نمی‌کند، زیرا شرایط در کشورهای مختلف متفاوت است. برای تعیین اینکه آیا روش اعمال شده متناسب است یا خیر، باید به طریقی ارجاع داد که در اوضاع احوال مشابه در چهارچوب قانون کشوری که فروش در آنجا صورت می‌پذیرد مطلوب باشد (Graf, 1987: 628 - جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۴، ج ۳: ۱۹۳). از این تفسیر چند نتیجه بدست می‌آید: اولاً همانطور که برخی بیان نموده‌اند (Enderlein & Maskow, 1992: 359) منظور از معیار نوعی طریق مقتضی بوده که در شرایط مشابه افرادی که اقدام به بافروش انجام می‌دهند. ثانیاً وفق این نظریه باید به قانون محل انعقاد قرارداد جهت ارزیابی طریق مقتضی مراجعه نمود؛ لذا برخی از مفسیرین کنوانسیون عنوان نموده‌اند فروشنده باید این عمل را به شیوه‌ای انجام دهد که در قانون ملی قابل اعمال در مکان فروش به رسمیت شناخته شده است و طرفی که کالا را می‌فروشد آن روش را نه تنها در رابطه با ماهیت کالا سهل و بسنده بداند، بلکه آن نحوه فروش را به نفع حقوق طرفین قرداد محسوب کند. از این رو، اگر در محل بافروش روش خاصی همچون حراج پیش بینی شده باشد باید مطابق آن عمل شود (Schlechtriem, 2008: 295 - محسنی، ۱۳۹۰: ۱۵۱) بر این نظر انتقاد وارد شده که رعایت هرگونه شرایط خاص در حقوق داخلی مانند بافروش توسط ثالث یا انجام آن با رعایت فرایند خاص در کنوانسیون موضوعیت ندارد. آنچه که منظور ماده بوده عبارت است از اینکه شخصی معقول و هم صنف فردی که متعهد به حفظ

اهمیت دارد، وقوع هر دو شرط است؛ انتقاد وارد بوده و با بیانی که ذکر گردید قابل پذیرش نمی‌باشد.

مطلبی که پس از بیان مطالب فوق باید بدان پرداخت ضمانت اجرای عدم ارسال اخطاریه مذکور در ماده ۸۸ می‌باشد. در پیش‌نویس کنوانسیون، ضمانت عدم ارسال اخطاریه، بطلان بافروش انجام گرفته اعلام شده، اما در متن نهایی این ضمانت اجرایی مورد تصویب قرار نگرفته در نتیجه بیان شده دادن اخطار صرفاً یک تعهد فرعی بوده و عدم ارسال اخطاریه نقض همین تعهد فرعی است؛ در نتیجه بافروش انجام شده صحیح می‌باشد چراکه با لحاظ ماده ۷ کنوانسیون که به قوانین داخلی و قواعد حل تعارض ارجاع داده در صورت سکوت کنوانسیون، قوانین داخلی حاکم گردیده و قوانین بیشتر کشورها تمایل به حفظ حقوق شخص ثالث با حسن نیت دارد (اصغری آقمشهدی، زارعی، ۱۳۸۹: ۱۹۳ - Felemegas, 2007, 522 - Schlechtriem, 1998: 683).

### نحوه فروش:

پس از تأخیر غیر متعارف و ارسال اخطاریه از سوی فردی که وظیفه حفظ کالا را بر عهده دارد حق بافروش ایجاد می‌گردد. در کنوانسیون عنوان شده که فروش باید به «طریق مقتضی» انجام پذیرد. این سؤال مطرح می‌باشد که فروش از طریق مقتضی به چه معنا می‌باشد؟ آیا این طریق مقتضی نوعی می‌باشد یا شخصی و طریق مقتضی کدام محل ملاک عمل است؟

در برخی از نظام‌هایی که حق بافروش را مورد شناسایی قرار داده‌اند<sup>۲</sup> در خصوص نحوه انجام بافروش دو شیوه وجود دارد ۱- بافروش از طریق خصوصی که معادل مذاکرات مستقیم و استفاده از دلال‌ها برای فروش می‌باشد؛ ۲- بافروش از طریق عمومی که معادل حراج است. در خصوص چگونگی انتخاب نحوه فروش عمومی یا خصوصی این امر تابع

<sup>۱</sup> حمایت از دارنده یا حسن نیت در حقوق ایران جز در اسناد تجاری جنبه‌ی استثنایی دارد.

<sup>۲</sup> نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا

<sup>۱</sup> به نظر می‌رسد در صورت قائل شدن به بافروش در حقوق ایران با پیش شرط ارسال اخطاریه باید قائل به بطلان بافروش گردیم چرا که



تغییرات در بازار موجود باشد(جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۴، ج ۳: ۱۹۵). اما هنگامی که این بند از ماده ۸۸ در کنوانسیون ۱۹۸۰ به بحث گذاشته شد ارجاع به واژه تلف حذف گردید و فقط مفهوم فساد سریع<sup>۲</sup> باقی ماند. با تفسیر موسع از فساد سریع می‌توان چنین استنباط کرد که بند ۲ ماده ۸۸ در مورد تلف هم اعمال می‌شود. (Dimatteo, 2004: 429) - جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۴، ج ۳: ۱۹۵ - ارسطا، ۱۳۸۱: ۱۰۲). اما در مقابل بیان شده با توجه به اینکه تعمداً تدوین کنندگان کنوانسیون اقدام به حذف واژه تلف نموده‌اند، لذا تنها فساد مادی مورد حکم قرار گرفته و فساد اقتصادی یا همان کاهش قیمت مورد حکم قرار نگرفته است (Schlechtriem, 1998: 683) - Enderlein & Keritzer, 1989: 564 - Maskow, 1992: 361 - محسنی، ۱۳۹۰: ۱۵۲ - امیر معزی، موسوی، ۱۳۹۳: ۳۲).

موضوع فوق بستگی دارد به اینکه بازرش کالاهای سریع الفساد را امری استثنایی بدانیم یا یک قاعده عمومی که در صورت اول همانطور که برخی نیز اشاره کرده اند نمی‌توانیم قائل به حکم بازرش کالای که در فرض کاهش ارزش اقتصادی شود، چرا که استثناء باید در محدوده نص تفسیر شود. اما اگر این موضوع را یک قاعده عمومی جهت جلوگیری از ضرر بیشتر به طرف مقابل بدانیم و همچنین آن را تنها مختص به بیع ندانسته بلکه در تمام عقود معاوضی که یکی از طرفین عقد به هر دلیل وظیفه محافظت از کالا را بر عهده دارد جاری بدانیم باید قائل به این مطلب شود که در فرض کاهش ارزش اقتصادی نیز مسئول حفظ کالا وظیفه بازرش کالا را دارد. در حقوق ایران با توجه به اینکه هنوز به کنوانسیون بیع بین المللی کالا ۱۹۸۰ ملحق نگردیده اگر بخواهیم بازرش کالا در فرض فساد سریع کالا را بپذیریم باید به دنبال یک قاعده عمومی باشیم که اجازه دهد کاهش ارزش اقتصادی کالا را نیز در حکم فساد کالا دانسته و حق بازرش را به رسمیت شناسد. در خصوص کاهش ارزش اقتصادی در رأی

کالاست، در شرایط و اوضاع احوال مشابه نحوه فروش را مناسب و معقول تلقی کند. بنابراین صرف مقتضی و معقول بودن بازرش کافی بوده است (Enderlein & Maskow, 1992: 359) - شعاریان، ۱۳۹۴: ۱۰۴۳). لذا به نظر می‌رسد مراجعه به طریق فروشی که قانون داخلی قابل اعمال می‌دانند همچون فروش از طریق حراج لازم نیست بلکه فروش معقول و متعارف با توجه به شرایط و نوع کالا ملاک است.

### ۲،۲،۳ بازرش اجباری(اضطراری):

بند ۲ ماده ۸۸ به بازرش الزامی کالا پرداخته است. بازرش در این بند اجباری بوده لذا قصور در این تکلیف ایجاد مسئولیت مدنی می‌نماید. فلسفه این ماده جهت جلوگیری از ورود ضرر بیشتر بر فردی می‌باشد که کالا به او باید استرداد گردد لذا هدف کاهش خسارت می‌باشد. در واقع در وضعیت تبصره ۲ ماده ۸۸ وضعیت اضطراری حادث شده است که فردی که محافظت کالا را برعهده دارد باید در سریع ترین فرصت عرفی اقدام به فروش کالا نماید. برخی به جای انتخاب واژه فروش الزامی یا اجباری کالا واژه « فروش اضطراری» را برگزیده‌اند (Felemegas, 2007, 522).

حکم بازرش الزامی شامل دو فرض می‌باشد: ۱- بازرش کالای سریع الفساد؛ ۲- بازرش کالایی که نگهداری آن مستلزم مخارج غیر متعارف است. در ذیل به توضیح هر یک از این موارد می‌پردازیم.

### بازرش کالای سریع الفساد:

در خصوص این مورد سوالی مهم این است که آیا منظور از فساد، فساد فیزیکی بوده یا فساد اقتصادی را شامل می‌شود؟ در کنوانسیون وین تمایل بر این بود تا تمایزی بین تلف و فساد سریع کالا وجود نداشته باشد، لذا دبیر کل انسیترال بیان نموده: مفهوم تلف<sup>۱</sup> محدود به فساد فیزیکی یا از دست رفتن کالا نیست بلکه شامل مواقعی هم می‌شود که تهدید کاهش سریع قیمت کالا بخاطر

<sup>2</sup> Rapid Deterioration

<sup>1</sup> Loss

حفظ کالا نماید. در ماده ۸۷ به فردی که وظیفه نگهداری کالا بر عهده دارد این حق داده شده که به هزینه طرف دیگر کالا را به انبار شخص ثالث بسپارد به شرط اینکه هزینه‌ها متعارف باشد. در واقع همانگونه که بیان شد حکم اولیه الزام به استرداد کالا وفق ماده ۶۲ کنوانسیون می‌باشد اما کنوانسیون استثنایی بر این حکم در بند ۲ ماده ۸۸ مقرر نموده که همان حق بازفروش می‌باشد (Honnold, 1991, 584). این حکم استثنایی در جایی جریان پیدا می‌کند که هزینه نگهداری کالا چه نزد خود فردی که وظیفه حفظ کالا را برعهده دارد و چه در انبار فرد ثالث، چه ابتدأً و چه استدامتاً غیرمتعارف باشد. در این صورت چون حفظ کالا باعث ضرر می‌شود کنوانسیون بر فردی که وظیفه حفظ کالا را دارد، الزام به بازفروش کالا نموده است. در صورتی که حافظ از وظیفه خود در بازفروش کالا قصور نماید ناگزیر باید به تحمل مخارج گزاف و هزینه‌های غیر متعارف حفظ کالا رضایت دهد و این مخارج را شخصاً تقبل نماید و طرف دیگر تعهدی در پرداخت هزینه‌های انجام شده ندارد (ارسطا، ۱۳۸۱: ۱۰۳). اما هزینه‌هایی را می‌شود غیر متعارف دانست که با توجه به وضعیت کالا، نوع جنس، موقعیت زمانی و مکانی باعث شود هزینه‌های نگهداری از مقداری که به طور عادی صرف می‌شود فراتر رود یا باعث شود برابر و یا متجاوز از ارزش کالا شود (امیر معزی، موسوی، ۱۳۹۳: ۳۲) در رأیی که در این خصوص وجود دارد دادگاه حق بازفروش فردی که اقدام به بازفروش گوشت گوزن نموده است و اعلام نموده است خریدار از قبض کالا امتناع نموده است را پذیرفته است و اعلام نموده است که گوشت گوزن را می‌شود فریز نمود و هزینه این کار از ۱۰ درصد ارزش کالا تجاوز نخواهد کرد (UNCITRAL, Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 2012, 426)؛ در

که در این خصوص صادر شده است کاهش قیمت گوشت آهو پس از کریسمس از مصادیق فساد اعلام نگردیده و باز فروش آن شامل بند ۲ ماده ۸۸ ندانسته‌اند (A/CN.9Ser.C/Digest/CISG/75, 86, 88, Digest of CISG, available at: <http://uncitral.org>).

در خصوص بازفروش کالای سریع الفساد نکته مهم این است که تنها زمانی این حق ایجاد می‌گردد که کالا در حال نزدیکی به فساد باشد و راه دیگری برای نگهداری آن وجود نداشته باشد (محسنی، ۱۳۹۰: ۱۵۲). به طور مثال در بیع میوه‌هایی که به صورت عادی در حال نزدیکی به فساد است چون می‌شود میوه را در سردخانه نگه داشت به استناد سریع الفسادی نمی‌شود برای فردی که کالا را محافظت می‌کند حق بازفروش قائل شد، بلکه باید فردی که کالا را در اختیار دارد آن را به سردخانه بسپارد و از این طریق مانع فساد میوه شود.

### دربرداشتن هزینه‌های غیرمتعارف در نگهداری کالا:

در خصوص نگهداری کالا کنوانسیون در مواد ۸۵ حفظ کالا را در فروضی بر عهده بایع قرار می‌دهد. در تمام موارد خریدار در انجام تعهدات خود قصور نموده و بایع در اکثر موارد اقدام به حبس کالا می‌نماید. البته فرضی نیز در همین ماده قابل تصور است که خریدار اقدام به پرداخت ثمن می‌نماید اما تنها در قبض کالا قصور می‌کند که باز کنوانسیون فروشنده را تا قبض کالا عهده‌دار محافظت از کالا می‌داند. در این موارد راهکار ماده ۶۲ کنوانسیون یعنی الزام خریدار به قبض راهکار اولیه و موافق با اصل تملیکی بودن بیع می‌باشد. ماده ۸۶ کنوانسیون بیانگر این تکلیف است که اگر خریدار حق داشته باشد تا کالاهای خریداری شده را در چهار چوب حقوق بدست آمده به فروشنده به هر علتی رد نماید<sup>۱</sup> در مقابل مکلف است تا زمان رد اقدام به

<sup>۱</sup> به طور مثال خریدار اقدام به فسخ معامله نماید و یا در صورت معامله به صورت کلی کالا بر طبق قرارداد نبوده و فروشنده قصد استرداد کالا جهت تعویض نماید.



بند ۱ بیان شد، (و برخی از اساتید نیز تأکید نموده‌اند) صرف متعارف بودن اقدامات برای بازفروش کالا کافی می‌باشد و لزومی نیست که این اقدامات بر اساس قانون حاکم کشور محل فروش همچون لزوم فروش از طریق دلال یا حراجی انجام گیرد (اصغری آقمشهدی، زارعی، ۱۳۸۹: ۱۹۶). لذا اقدامات متعارف باید در هر شرایط و با توجه به خصوصیات کالا و زمان و مکان بررسی شود در همین مورد می‌توان به دعوایی که مابین یک شرکت چینی و شرکت هلندی طرح گردیده اشاره نمود. در این دعوا خواهان که شرکت چینی بود به بازفروش خوانده که شرکت هلندی بود اعتراض نموده که چرا کالا از قیمت بازار کمتر بفروش رسیده و اقدامات متعارف جهت فروش قیمت بازار و حفظ حقوق صاحب کالا رعایت نشده است؛ خوانده در دفاع عنوان نموده است امکان فروش کالا به قیمت بازار، در محل کالا وجود نداشته و انتقال کالا نیز به محل فروش با قیمت بازار، دارای هزینه جانبی زیادی بوده، و این عمل غیر اقتصادی و امکانش فراهم نبوده است. دیوان بین‌المللی داوری اقتصادی - تجاری چین نیز استدلال خواهان دعوی را پذیرفته و بازفروش انجام گرفته را دارای شرایط لازم دانسته و دعوی خواهان را مردود دانسته است (at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960308c1.htm1>).

### ارسال اخطاریه:

در خصوص بند ۲ ماده ۸۸ همانگونه که مشخص است ارسال اخطاریه در شرایطی الزامی دانسته نشده و بستگی به شرایط موجود دارد چراکه از واژه «حتی الامکان» استفاده شده است؛ لذا بیان شده است ارسال اخطاریه‌ای حاکی از تصمیم به بازفروش کالا از سوی فردی که وظیفه حفظ کالا را بر عهده دارد، از انعطاف بالای برخوردار است (Flechtner, 2008: 501). در خصوص فلسفه تفاوت بند ۲ ماده ۸۸ که در یکی الزامی و در دیگری اختیاری است، بیان شده که به لحاظ اینکه کالا در معرض فساد یا افزایش هزینه‌های نامتعارف، حفظ کننده کالا را ملزم به بازفروش می‌کند، و این اقدام باید در

واقع دادگاه در این پرونده هزینه نگهداری در سردخانه را در مقابل قیمت گوشت متعارف دانسته است.

### ۲،۲،۴ شرایط باز فروش:

پس از اینکه به دلیل سریع‌الفساد یا داشتن هزینه غیر متعارف حق بازفروش کالا ایجاد گردید برای اعمال این حق باید شرایط خاصی را طبق کنوانسیون رعایت کرد که به شرح ذیل است:

### انجام اقدامات متعارف برای فروش:

در خصوص اقدامات متعارف در کنوانسیون تعریفی به عمل نیامده است لذا دست‌طرفی که اقدام به حفظ کالا می‌کند در انتخاب تدابیری که به نظر متناسب می‌داند کاملاً در انتخاب باز است. تنها باید در نظر داشت تدابیر متناسب باید در جهتی باشد که در راستای فروش کالا و حفظ حقوق صاحب کالا در عدم ورود ضرر باشد؛ لذا برخی از حقوقدانان بیان کرده‌اند: «انجام اقدامات متعارف برای بازفروش از جمله مستلزم آن است که نگهدارنده تا قبل از بازفروش کالا آن‌ها را در مکانی مناسب نگهداری و تلاش کند با بازاریابی شایسته آن را به خریداران عرضه کند. او به طور کلی مکلف است بازفروش مبیع را در زمان و مکان مناسبی انجام دهد، به نحوی که کم‌ترین زیان را به کالا و طرف دیگر وارد کند» (محسنی، ۱۳۹۰: ۱۵۳). برخی در خصوص قید مذکور اظهار عقیده نموده‌اند که کنوانسیون در این مورد خواسته است فروش به روشی انجام گردد که قانون داخلی حاکم در محل فروش مقرر نموده و به رسمیت شناخته است و باید در هر مورد خاص با توجه به نوع کالا، وضعیت کالا و اوضاع احوال حاکم، بر اساس قانون حاکم کشور محل فروش بررسی لازم به عمل آید (http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-88.html - امیر معزی، موسوی، ۱۳۹۳: ۳۵).

به نظر می‌رسد انجام اقدامات متعارف برای فروش معادل فروش از طریق مقتضی در بند ۱ ماده ۸۸ می‌باشد و همانگونه که در شرح فروش مقتضی



محمول بر استناد افراد متعارف همان صنف در اوضاع و احوال مشابه است»، لذا می‌شود گفت متعارف بودن اعمال در کنوانسیون یک اصل می‌باشد، پس به قرینه بند ۲ ماده ۸ و بند ۱ ماده ۸۸ می‌شود گفت متعارف بودن ابلاغ در بند ۲ ماده ۸۸ نیز پذیرفته شده است. برخی نیز عنوان نمود «اگر خطاری ولو غیرمتعارف را کافی بدانیم، نقض غرض لازم خواهد آمد؛ زیرا هدف از اخطار، آگاه ساختن طرف مقابل است تا از فرصت کافی برای نشان دادن عکس العمل برخوردار باشد. واضح است که این هدف با اخطار به سبک غیر متعارف در بسیاری از موارد، تأمین نخواهد شد و بدین صورت غرض از اخطار نقض خواهد شد» (ارسطا، ۱۳۸۱: ۱۰۴-۱۰۳).

### ۲،۲،۵ آثار بازفروش:

از بند ۳ ماده ۸۸ کنوانسیون به خوبی این نظر قابل برداشت است که بازفروش کالا در کنوانسیون بر مبنای حق فسخ قرارداد اولیه نیست و بازفروش کننده به نمایندگی از صاحب کالا اقدام به بازفروش می‌نماید (Schlechtriem, 1998 : 680)، چه آنکه کنوانسیون بازفروش کننده را مکلف نموده حساب باقیمانده فعالیت تجاری ناشی از بازفروش کالا را به صاحب کالا پس دهد. همانطور که در متن ماده ذکر شده و از بندهای ۱ و ۲ مشخص می‌باشد و شرح آن در فوق بیان گردید، بازفروش کننده می‌تواند اقدامات و هزینه‌های متعارف که جهت نگهداری و بازفروش را انجام داده‌است در حساب صاحب کالا منظور نماید و از ثمن کالا کسر و اگر اقداماتی به صورت غیر متعارف انجام شده باشد قابلیت احتساب در حساب صاحب کالا را ندارد. منظور از این هزینه‌های متعارف هزینه‌هایی است که به طور مثال در خصوص انبار داری، هزینه‌های حمل نقل، هزینه‌های دلالی، هزینه‌های حراج و غیره از سوی حافظ کالا انجام شده است.

در خصوص سود حاصل از فروش همانگونه که بیان شده برای بازفروش کننده این حق وجود دارد که از محل عایدات، میزان خساراتی که از حفظ کالا

اسرع وقت به وقوع بپیوندد تا از هزینه‌های بیشتر یا خسارت بر کالا جلوگیری شود، پس باید هرگونه مانعی که پروسه بازفروش را به تأخیر می‌اندازد کنار گذارده شود (Schlechtriem, 2008: 451). لذا اگر این مانع اخطاریه باشد باید این اخطار را کنار گذارد یا مقررات ارسال آن را با شرایط کالا تطبیق داد و این همان معنی انعطاف مذکور در فوق می‌باشد.

با توجه به فلسفه مذکور در فوق دبیر کل در تفسیر خود در خصوص این موضوع بیان می‌کند: «وظیفه دادن اخطار راجع به قصد فروش فقط تا حدودی وجود دارد که دادن چنان اخطاری ممکن باشد. اگر کالا به سرعت در حال فساد باشد ممکن است قبل از فروش فرصت کافی برای دادن اخطار نباشد (جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۴، ج ۳: ۱۹۷). پس از این مطالب فهمیده می‌شود که وظیفه فردی که کالا را در اختیار دارد مبنی بر ارسال اخطاریه در تمام موارد ساقط نمی‌باشد بلکه در صورتی که مانع در بازفروش سریع کالا باشد باید آن را کنار گذارد اما اگر در بازفروش الزامی ارسال اخطاریه مانع بازفروش نباشد و فرصت کافی وجود داشته باشد، وظیفه ارسال ساقط نمی‌گردد. با توجه به اینکه ارسال اخطاریه در هر دو بند ماده ۸۸ الزاماً کتبی نمی‌باشد بلکه همانطور که گفته شد اخطار شفاهی و غیر رسمی و اخطار از طریق پیام الکترونیکی نیز قابل قبول است، لذا لزوم ارسال اخطاریه یا مانع بودن ارسال برای بازفروش با توجه به نوع وسایلی که در ارسال اخطاریه می‌تواند بکار گرفته شود و شرایط فردی که موظف به ارسال اخطاریه است باید مورد لحاظ قرار گیرد.

مورد دیگری که تفاوت دو بند ۱ و ۲ ماده ۸۸ در خصوص ارسال اخطاریه می‌باشد عدم ذکر قید متعارف در خصوص ارسال اخطاریه می‌باشد و این سؤال را ایجاد می‌کند که آیا ارسال اخطاریه غیر متعارف نیز امکان دارد؟ در پاسخ به این سؤال باید عنوان نمود که باتوجه به اینکه طبق تصریح بند ۲ ماده ۸ که بیان می‌کند: «در صورت عدم شمول بند پیشین، الفاظ و سایر اعمال هر يك از طرفین



از فروش کالا باید به طرفی که به نمایندگی او اقدام می‌نماید حساب تصدی گری خود را بدهد. اما در صورتی که صاحب کالا بخواهد مبلغ بافروش شده را با کسر خسارات دریافت کند این موضوع مطرح است که بافروش کننده در کدام محل باید مبلغ را رد نماید؟ به درستی بیان شده که بافروش کننده باید این مبلغ را در محلی پرداخت کند که اجرای اصل تعهد باید در آنجا انجام می‌گردد (Schwenzer & Fountoulakis, 2007 : 610)

### ۳ حق بافروش مبیع در حقوق ایران

در خصوص بافروش کالا در فرض ماده ۷۵ کنوانسیون بیع بین المللی کالا تفاوتی با حقوق ایران وجود ندارد؛ چراکه در هر دو مورد پس از فسخ، مالکیت به مالک قبلی باز می‌گردد و اگر بافروشی انجام می‌شود بافروش کننده در مایملک خود تصرف می‌کند.

در مورد بافروش موضوع ماده ۸۸ کنوانسیون بیع بین المللی کالا میان حقوق دانان در خصوص امکان بافروش اختلاف باشد. در ذیل به استدلال هر دو گروه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

#### ۳،۱ نظر مخالفان بافروش کالا:

برخی از حقوق دانان با تفکیک میان باز فروش اختیاری و بافروش اجباری، و پس از ذکر مشابهت‌های موجود در حقوق ایران در خصوص بافروش اختیاری عنوان نموده‌اند: «در حقوق ایران متنی که به صورت یک قاعده کلی به فروش خودیاری [ بافروش اختیاری ] اشاره کرده باشد وجود ندارد، اما نمونه‌هایی از آن را می‌توان در حق فروش کالا از سوی حق العمل کار، حق فروش کالا از سوی متصدی حمل نقل و حق فروش سهام سهامدار بدهکار از سوی شرکت سهامی، ملاحظه کرد. از آنجا که این عمل فروش مال غیر محسوب شده، صحت آن خلاف اصل کلی غیر نافذ بودن فروش مال غیر است و باید استثناء شمرده شود و

وارد آمده را محاسبه کند؛ لذا برخی از اساتید حقوق بیان نموده‌اند: «در مورد سود حاصل از بافروش به نظر می‌رسد طبق اصولی که در قراردادهای بین المللی پذیرفته شده است، این سود باید در تعیین خسارت منظور گردد. جمله اخیر بند ۳ ماده ۸۸ مؤید این نظر است. چه بموجب آن فروشنده باید حساب مابه التفاوت قیمت را به طرف دیگر بدهد» (صفایی، ۱۳۹۲: ۲۶۱). بدین وصف موضع کنوانسیون با حقوق انگلیس مشابه می‌باشد. در مقابل در نظام حقوقی آمریکا سود حاصل از بافروش متعلق به بافروش کننده است و اگر بهای بافروش بیشتر از قیمت قرارداد باشد مازاد از آن بافروش کننده است (صفایی، ۱۳۹۲: ۴۵۲). در خصوص مابقی عواید که باید از سوی بافروش کننده به صاحب کالا حساب آن داده شود برخی از مفسرین عنوان نموده‌اند که تا زمانی که ادعایی مابین طرفین وجود دارد که حل نگردیده است این تکالیف به تعویق می‌افتد (Sarcevic & Volken, 1986: 261). به غیر از خسارت قابل مطالبه از سوی بافروش کننده که در عواید حاصل از بافروش منظور می‌گردد، در خصوص مطالباتی که مابین طرفین قرارداد وجود دارد (یعنی عدم پراخت ثمن از سوی خریدار که یکی از علت‌های عمده ایجاد حق بافروش برای فروشنده می‌باشد)، بافروش باعث می‌شود تا مبلغ ثمن حاصل از بافروش با طلب فروشنده از خریدار اولیه کالا قابلیت تهاتر را پیدا کند (Warenkaufs, 1989, : 9-82) (Schlechtriem, 1998: 684)

در بند ۲ ماده ۹۴ کنوانسیون قانون متحد الشكل بیع بین المللی بافروش کننده وظیفه داشت تا عواید حاصل را به صاحب کالا رد نماید اما در کنوانسیون بیع ۱۹۸۰ این تکلیف از بافروش کننده ساقط گردیده و او موظف است تنها حساب باقی مانده عوائد را به صاحب کالا رد نماید (جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۴، ج ۳: ۱۹۲). علت این موضوع نیز واضح است چرا که همانگونه که بیان گردید بافروش کننده به نمایندگی اقدام می‌نماید و پس

۳۲۶). برخی نیز در بعضی فروض به تقاص استناده کرده‌اند و در برخی از فروض قاعده احسان را به عنوان مجرای بازفروش عنوان نموده‌اند (ارسطا، ۱۳۸۱: ۱۱۳-۱۱۲). برخی نیز عنوان داشته‌اند: «شاید بتوان با الغاء خصوصیت از مواد ۳۷۱ و ۳۷۲ قانون تجارت و استخراج یک قاعده عام از آن دو، حکم به جواز فروش مال متعهد قراردادی توسط متعهدله به عنوان وثیقه مطالبات و ابزار جبران خسارت و پرداخت سایر دیون خود حکم داد» (قاسمی، ۱۳۸۴: ۲۱۱)

### ۳٫۳ نظریه مختار

در حقوق ایران باید دو اقدام را جهت بررسی بازفروش به عمل آورد، اولاً- جستجو و بررسی مواد و قواعدی که از ملاک آنها می‌توان در استناد به بازفروش استفاده کرد. ثانیاً- بررسی این مطلب که آیا قانونی وجود دارد که در آن دقیقاً قواعد بازفروش مورد پذیرش قرار گرفته باشد.

### ۳٫۳٫۱ کالای سریع الفساد و کالاهای با هزینه غیرمتعارف در نگهداری:

در خصوص کالای سریع الفساد و کالای که هزینه نگهداری آن نامتعارف می‌باشد، می‌شود به مواد ذیل اشاره کرد:

۱- ماده ۳۶۲ قانون تجارت بیان می‌کند: «اگر بیم فساد سریع مال‌التجاره رود که نزد حق‌العمل‌کار برای فروش ارسال شده حق‌العمل‌کار می‌تواند و حتی در صورتی که منافع آمرایجاب کند مکلف است مال‌التجاره را با اطلاع مدعی‌العموم محلی که مال‌التجاره در آنجا است یا نماینده او به فروش برساند.»

۲- ماده ۳۸۵ قانون تجارت که عنوان می‌نماید: «اگر مال‌التجاره در معرض تضییع سریع باشد و یا قیمتی که می‌توان برای آن فرض کرد با مخارجی که برای آن شده تکافو ننماید متصدی حمل و نقل باید فوراً مراتب را به اطلاع مدعی‌العموم بدایت محل یا

نمی‌توان از آن یک قاعده کلی استنباط کرد و مقرر داشت که در شرایطی که مال فردی در دست دیگری باشد، آن شخص می‌تواند برای دفع ضرر از خود، آن مال را بفروشد. از طرف دیگر، قانونگذار در خیار تأخیر ثمن که مبیع در دست فروشنده باقی مانده صرفاً به خیار تأخیر اشاره کرده و بازفروش را برای او مطرح نکرده است (موسوی، آقمشهدی، ۱۳۹۴: ۳۷-۳۸). همچنین در خصوص بازفروش اجباری بیان کرده‌اند: «در حقوق ایران نصی که به صورت یک قاعده کلی به فروش اضطراری اشاره کرده باشد وجود ندارد؛ اما مواردی از آن را می‌توان در فروش اضطراری کالا از سوی حق‌العمل‌کار و فروش اضطراری کالا توسط متصدی حمل و نقل ملاحظه کرد. از آنجا این مورد فروش مال غیر است باید استثناء محسوب شوند و نمی‌توان آن‌ها یک قاعده کلی را استنباط کرد.»

برخی از حقوق‌دانان نیز بدون تفکیک بازفروش اختیاری و اجباری پس از ذکر موارد شباهت‌های موجود در قوانین ایران با بازفروش کالای در کنوانسیون، در پایان نتیجه گرفته‌اند که بازفروش مبیع در ایران امکان پذیر نمی‌باشد؛ چراکه «بازفروش کالا در معنی اخص خود، در حقوق ایران جایگاهی ندارد و در نتیجه اگر بایع قبل از انحلال بیع به یکی از طرق قانونی یا قراردادی، به دلیل تخلف خریدار در پرداخت ثمن یا قبض مبیع اقدام به بازفروش کالا نماید، معامله اخیر تصرف در مال غیر محسوب و در نتیجه تابع احکام معاملات فضولی می‌باشد» (اصغری آقمشهدی، زارعی، ۱۳۸۹: ۲۰۱).

### ۳٫۲ نظریه موافقان بازفروش کالا

در خصوص بازفروش کالا برخی از حقوق‌دانان نظریه تقاص را مورد پذیرش قرار داده و عنوان نموده‌اند: «پذیرش حق بازفروش برای بایع قبل از فسخ قرارداد بیع، در حقوق ایران پذیرفته نشده، زیرا در این فرض در واقع به تصرف در مال غیر حکم داده‌ایم مگر اینکه این عمل را از باب تقاص که در فقه پذیرفته شده است مجاز بدانیم» (صفایی، ۱۳۹۲: ۱۳۹۲).



ضبط شده سریع الفساد و کالایی که نگهداری آن ایجاد هزینه اضافی یا خطر نماید اعم از این که ضبط، قطعی شده یا نشده باشد و همچنین کالایی که از تاریخ ضبط آن شش ماه گذشته ولی از طرف مرجع قضائی تعیین تکلیف نهائی نشده باشد طبق مقررات به فروش می رسد و وجوه حاصل از فروش آن تا تعیین تکلیف نهایی به عنوان سپرده نگهداری می شود مگر آن که مرجع مزبور ادامه نگهداری عین کالا را تا تعیین تکلیف نهائی لازم بداند.

۷- ماده ۱۹۳ قانون امور حسبی در مبحث مهر و موم ترکه بیان می کند: «اشیاء ضایع شدنی یا اشیائی که نگهداری آنها مستلزم هزینه بی تناسب است یا اموال کم قیمتی که حمل و نقل و نگهداری آنها مستلزم زحمت و اشغال مکان وسیعی است ممکن است مهر و موم نشود و در اینصورت اگر اشیاء نامبرده مورد احتیاج اشخاص واجب النفقه نباشد فروخته شده و پول آن در صندوق دادگستری یا یکی از بانک های معتبر تودیع می شود.»

از مجموع مواد فوق مشخص می شود در تمام مواردی که شخصی به عنوان امین و وظیفه حفظ و نگهداری کالا را به عهده دارد، در صورتی که کالا در معرض فساد بوده یا هزینه نامتعارفی داشته باشد، می تواند اقدام به فروش مال نموده و وجه آن را به عنوان امانت تا تعیین تکلیف نهایی نگهداری کند. رابطه مذکور در این مواد غالباً غیر قراردادی می باشد به غیر از ماده ۳۶۲ و ماده ۳۸۵ قانون تجارت که برای مبنای رابطه قراردادی ایجاد گردیده است. از آنچه از جمیع مواد فوق مشخص می شود این است که در صدد بیان حکمی واحد می باشد و از لحاظ قانونگذار تفاوتی نمی کند رابطه منشاء قراردادی، قضایی یا غیرقراردادی باشد. همچنین تفاوتی بین اینکه طرفین شخص حقیقی، حقوقی یا حتی دولت باشد نیز وجود ندارد، بلکه در مقام بیان یک قاعده

نماینده او رسانیده و با نظارت او مال را به فروش رساند. حتی المقدور ارسال کننده و مرسل الیه را باید از اینکه مال التجاره به فروش خواهد رسید مسبوق نمود.»

۳- قانون آیین دادرسی مدنی در تبصره ماده ۱۲۷ در مبحث تأمین خواسته بیان می کند: «...تبصره - محصولاتی که در معرض تضییع باشد فوراً ارزیابی و بدون رعایت تشریفات با تصمیم و نظارت دادگاه فروخته شده، وجه حاصل در حساب سپرده دادگستری تودیع می گردد.»

۴- تبصره ۲ ماده ۲۱۵ قانون مجازات اسلامی بیان می کند: «مالي که نگهداري آن مستلزم هزینه نامتناسب برای دولت است یا موجب خرابی یا کسر فاحش قیمت آن می گردد و حفظ مال هم برای دادرسی لازم نیست و همچنین اموال ضایع شدنی و سریع الفساد حسب مورد به دستور دادستان یا دادگاه به قیمت روز فروخته می شود و وجه حاصل تا تعیین تکلیف نهایی در صندوق دادگستری به عنوان امانت نگهداری می گردد.»

۵- ماده ۱۴۹ قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ که عنوان می نماید: «مالي که نگهداری آن مستلزم هزینه نامتناسب است و یا موجب خرابی یا کسر فاحش قیمت آن شود و حفظ مال هم برای دادرسی لازم نباشد و همچنین اموال ضایع شدنی و سریع الفساد، در صورت عدم دسترسی به مالک حسب مورد، به تقاضای بازپرس و موافقت دادستان و یا دستور دادگاه به قیمت روز فروخته میشود. وجه حاصل تا تعیین تکلیف نهائی در صندوق دادگستری به عنوان امانت نگهداری می شود.»

۶- تبصره ماده ۳۵ قانون امور گمرکی مصوب ۱۳۹۰ که بیان می نماید: «تبصره - کالاي

### ۳،۳،۳ پرداخت ثمن و پرداخت هزینه‌های محافظت از کالا

این دو مورد که از موارد بازفروش اختیاری در بند ۱ ماده ۸۸ کنوانسیون می‌باشد و در حقوق ایران با مواد ۳۷۲ قانون تجارت در مبحث حق العمل کار و ماده ۳۸۴ همان قانون در مبحث متصدی حمل نقل داری شباهت بسیاری می‌باشد را می‌شود همسو با برخی استاتید از باب تقاص قائل به تجویز گردید (صفایی، ۱۳۹۲: ۳۲۶- ارسطا، ۱۳۸۱: ۱۱۲). برخی بر این نظریه ایراد وارده آورده‌اند تقاص در قانون مدنی ذکر نشده و جایگاهی با توجه به سایر قواعد باب عقود ندارد و امکان توسل به اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی وجود ندارد زیرا با بودن حکم لزوم قراردادهای و احکام فسخ حکمی ساکت یا مبهم وجود ندارد و در صورت وجود احکام این باب را بیهوده خواهد نمود (اصغری آقمشهدی، زارعی، ۱۳۸۹: ۲۰۲-۲۰۳) اما این سخن قابل نقد است چرا که اولاً- تقاص ربطی به باب معاملات به تنهای ندارد و در ابواب مختلف فقهی مورد بحث قرار گرفته است و در واقع یکی از طرق استیفای دین می‌باشد نه نفی لزوم عقد و یا سببی در جهت انفساخ قرارداد؛ پس قائل شدن به وجود آن سایر احکام باب عقود را بیهوده نمی‌کند. ثانیاً- خود تقاص به عنوان روش استیفای دین در قانون ساکت است پس می‌توان با لحاظ اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی این ماهیت حقوقی را در نظام حقوق ایران که ریشه در فقه دارد شناسایی نمود، و از آن به عنوان راهکاری برای بازفروش اختیاری مبیع استفاده کرد.

### ۳،۳،۴ قوانینی که بازفروش را مورد پذیرش قرارداده (قوانین حمل و نقل):

در این مرحله باید به جستجوی قوانینی پرداخت که دقیقاً قواعد بازفروش را مورد قبول قرارداد باشد. همانگونه که در فوق نیز اشاره شد مخالفین بازفروش عنوان داشته‌اند در حقوق ایران قوانینی که دقیقاً قواعد بازفروش را دربرگیرد وجود ندارد و دلایل و موادی را که موافقین ذکر کرده‌اند مورد مناقشه قرار

عقلی می‌باشد به این بیان: «در صورتی که کالا در دست فردی امانت باشد و آن کالا در معرض تضییع بوده یا هزینه نگهداری آن نامتعارف باشد جهت جلوگیری از ضرر صاحب کالا حق فروش آن برای فردی که وظیفه حفظ کالا را دارد وجود دارد»، لذا از منطوق مواد فوق این موضوع بر می‌آید حافظ کالا الزاماً باید اقدام به فروش کالا نماید. در واقع می‌شود این حکم عقلی را از قسمت انتهایی ماده ۶۱۲ قانون مدنی که عنوان می‌نماید: «امین... اگر ترتیبی تعیین نشده باشد، آن را [مال را] به طوری که نسبت به آن متعارف است حفظ کند، و الا ضامن است»، برداشت نموده، چراکه متعارف این است اگر مال در حال تضییع باشد به هر نحو ممکن مودع باید آن را حفظ کند؛ لذا در صورتی که هیچ راهی جز فروش آن نباشد آخرین راه فروش آن جهت جلوگیری از ضرر صاحب مال می‌باشد. این حکم در سایر عقود که ایجاد امانت به هر نحوی می‌کند وفق حکم ماده ۶۳۱ قانون مدنی تسری پیدا می‌کند.

### ۳،۳،۲ تصرف کالا و باز پس‌گیری کالا:

در خصوص تصرف کالا و باز پس‌گیری کالا که از موارد بازفروش اختیاری در کنوانسیون بیع بین المللی کالا می‌باشد، می‌شود بر مبنای قاعده اداره فضولی مال غیر در حقوق ایران حکم به بازفروش کالا را تجویز نمود. برخی بر این نظریه نقد وارد آورده‌اند که بازفروش کالا موضوع ماده ۸۸ کنوانسیون بر مبنای قراردادی ایجاد گردیده است و اداره فضولی مال غیر بر مبنای غیر قراردادی (اصغری آقمشهدی، زارعی، ۱۳۸۹: ۲۰۲-۲۰۳)، اما همانگونه که بیان شده است: «تفاوتهای مطرح شده در خصوص تفکیک مسئولیت قراردادی و قهری یا غیر واقعی است و قابل بحث و یا مورد اختلاف جزئی و غیر اساسی‌اند. بنابراین، می‌توان قائل به وحدت بنیادی مسئولیت قراردادی و مسئولیت قهری در حقوق ایران شد» (صفایی، رحیمی، ۱۳۹۲: ۹۲)



اینکه منتظر کسب تکلیف از طرف شخص ذیحق باشد اقدام به فروش کالا نماید چنانچه ماهیت فاسد شدنی یا وضعیت کالا، چنین اقدامی را توجیه نماید یا چنانچه هزینه‌های نگهداری کالا بیش از ارزش کالا باشد. همچنین وی در مواردی دیگری هم ممکن است بتواند اقدام به فروش کالا کند چنانچه وی طی یک مدت زمانی معقول، از شخص ذیحق دستوراتی مغایر با آنچه وی به طور منطقی ملزم به انجام آنهاست، دریافت ننماید. بند ۴- در صورتیکه کالا فروخته شده باشد، باید درآمد حاصله پس از کسر هزینه‌های مترتب بر کالاها، در اختیار شخص ذیحق قرار داده شود. اگر درآمد حاصله از فروش، کمتر از هزینه‌های مذکور باشد، باید ارسال کننده مابه‌التفاوت را بپردازد. بند ۵- نحوه فروش برحسب دستورالعمل‌ها و قوانین لازم الاجرا در محل که کالا در آن قرار دارد یا برحسب عرف آن محل، تعیین خواهد شد.

این کنوانسیون‌ها مورد تصویب قانونگذار قرار گرفته و حسب ماده ۹ قانون مدنی به منزله قانون می‌باشد. باتوجه به این قوانین و مواد ۳۶۲ و ۳۸۵ قانون تجارت، مسلم است در قراردادهای حمل نقل از هر شکل بافروش در نظام حقوقی ایران مورد پذیرش قرار گرفته است. قرارداد حمل و نقل از جمله قراردادهای اشخاص است. مابین اجاره اشخاص، حیوان و اشخاص هیچ تفاوتی وجود ندارد و همگی ایجاد ید امانی می‌نماید. قواعد عمومی امانت حسب ماده ۶۳۱ ق.م. یکی می‌باشد و مسلماً بافروش اجباری از قواعد عمومی ید امانی بوده و بافروش اختیاری نیز با توجه به قواعد موجود همچون کاهش خسارت، اداره فضولی مال غیر و تقاص از احکام عقلی بوده که در حکم قواعد عمومی ید امانی می‌باشد و نباید در پذیرش آن تردیدی کرد.

#### ۴ نتیجه گیری:

فلسفه بافروش کالا که در نظام‌های حقوقی مختلف و مخصوصاً نظام‌های حقوقی کامن‌لا پذیرفته شده است از جهت جلوگیری از ورود ضرر

داده‌اند. این افراد حتی در خصوص مواد ۳۶۲ و ۳۸۵ قانون تجارت عنوان نموده‌اند این مواد با بافروش در کنوانسیون متفاوت است چراکه اجازه دادستان محل را نیاز دارد. اما باید عنوان شود که چه موافقین و چه مخالفین استقرائی تام در قوانین انجام نداده‌اند و باید برای اولین بار اعلام گردد که ما موادی را در حوزه حقوق حمل و نقل داریم که دقیقاً متضمن قواعد بافروش کنوانسیون می‌باشد که در ذیل به آنها پرداخته می‌شود.

#### قوانین حمل و نقل جاده‌ای (کنوانسیون سی ام آر)

در کنوانسیون سی ام آر (SMR) مصوب ۱۳۷۶/۴/۲۹ در بند ۳، ۴، و ۵ ماده ۱۶ بیان شده: «۳- در صورتی که کالا فاسد شدنی باشد حمل کننده می‌تواند بدون اینکه منتظر وصول دستور شخصی که حق در اختیار گرفتن کالا را دارد بشود، آن را به فروش رساند، همچنین در صورتی که وضع کالا چنین اقدامی را ایجاب نماید یا هزینه‌های انبارداری کالا در مقایسه با قیمت آن نامتناسب باشد حمل کننده می‌تواند دست به چنین کاری بزند. علاوه بر موارد یاد شده در صورتی که حمل کننده پس از پایان مدتی معقول دستوری مخالف با آنچه که به طور منطقی باید صادر کند از طرف شخصی که حق در اختیار گرفتن کالا را دارد دریافت ندارد اقدام به فروش کالا خواهد نمود. ۴- چنانچه کالا به استناد این ماده فروخته شود، حاصل فروش پس از کسر هزینه‌های متعلقه در اختیار شخصی که حق در اختیار گرفتن کالا را دارد گذاشته خواهد شد. در صورتی که این هزینه‌ها مازاد بر حاصل فروش کالا باشد حمل کننده مستحق دریافت ما به‌التفاوت خواهد بود. ۵- ترتیب فروش کالا در چنین مواردی به وسیله قانون یا عرف محلی که کالا در آن قرار دارد، تعیین خواهد شد.»

#### قوانین حمل و نقل ریلی (کنوانسیون کوتیف)

در کنوانسیون کوتیف (COTIF) در پیوست B کنوانسیون در قواعد یکسان در خصوص قواعد حمل و نقل بین المللی ریلی کالا (CMI) در ماده ۲۲ در بند ۳، ۴ و ۵ بیان شده: «کاربر خود می‌تواند بدون

قرار گرفته است. با توجه به اینکه قراردادهای حمل و نقل ریشه در عقد اجاره داشته و عقد اجاره از جمله عقود معاوضه‌ای می‌باشد در نتیجه می‌توان با الغاء خصوصیت قواعد بافروش را نسبت به سایر عقود معاوضه‌ای از جمله عقد بیع تسری داد. همچنین در خصوص بافروش اجباری باید عنوان نمود با توجه به اینکه قواعد بافروش در مواردی که ید حافظ، ید امانی قانونی است در مواد متعددی همچون ماده ۳۶۲ و ۳۸۵ قانون تجارت، ماده ۱۲۷ قانون آیین دادرسی مدنی، ماده ۱۴۹ قانون آیین دادرسی کیفری، ماده ۱۹۳ قانون امور حسبی و ... مورد پذیرش قانونگذار قرار گرفته است و اینکه مابین تعهدات حاصل از ید امانی قانونی و ید امانی قراردادی تفاوت نمی‌باشد در نتیجه می‌توان گفت این یک قاعده عمومی در کلیه عقود بوده که حافظ کالا مسئولیت نگهداری و رد کالا را به صاحب آن برعهده داشته است و تفاوتی مابین عقود مبادله‌ای و امانی در این مورد وجود ندارد. این مطلب از ماده ۶۱۲ قانون مدنی که نحوه حفاظت را امری عرفی دانسته به خوبی قابل برداشت می‌باشد چراکه عدم بافروش حفاظت نبوده بلکه تضییع مال می‌باشد؛ لذا می‌توان گفت پشتوانه این مطلب مسلمات عقلی و عرفی می‌باشد. باتوجه به این مطلب باید گفت در زمانی که کالا در معرض فساد می‌باشد حافظ می‌بایست اقدام به فروش کالا نماید، پس در صورت عدم بافروش و ورود خسارت همچون تضییع به دلیل سریع الفساد بودن کالا، صاحب کالا حق داشته اقدام به مطالبه خسارت نماید.

در آخر پیشنهاد می‌شود در صورتی که اصلاحاتی در قانون مدنی ایران انجام پذیرد متن ماده ۲۷۳ مورد اصلاح قرار گرفته و بافروش اختیاری و اجباری به عنوان راهکاری که هیچ مخالفتی با مبانی فقهی، شرعی و نظام حقوقی ایران ندارد، مورد قانونگذاری قرار گیرد.

به طرفین قرارداد می‌باشد، چراکه پیش می‌آید طرفین قرارداد اختلافی داشته و حاضر به دریافت کالای خود نباشند، در این حالت ممکن است خریدار از قبض مبیع خوداری نماید و یا در صورتی که به هر دلیل قرارداد فسخ گردد مبیع در دست خریدار باقی مانده و فروشنده حاضر به تحویل کالا نباشد، از سوی نمی‌توان انتظار داشت تعهد بر حافظ کالا تا زمانی نامشخص بر عهده حافظ کالا باقی بماند. از طرفی این انتظار که حافظ کالا می‌بایست اقدام به تحویل کالا به حاکم نماید با توجه به زمان بر بودن این موضوع در مراجعه به دادگاه و با عنایت به اینکه در تجارت اصل سرعت را باید مورد لحاظ قرارداد با واقعیت‌های حال حاضر در تناسب نبوده و ممکن است این مطلب باعث ورود ضرر به حافظ کالا یا مالک کالا گردد.

در قوانینی که بافروش مورد پیش‌بینی قرار گرفته این امر به دوشکل اختیاری و اجباری مورد شناسایی قرار گرفته است. در کنوانسیون بیع بین المللی کالا (۱۹۸۰) حق بافروش به صراحت در ماده ۸۸ مورد شناسایی قرار گرفته و بند اول به بافروش اختیاری (خودپاری) و بند دوم به بافروش اجباری (اضطراری) پرداخته است. باتوجه به فلسفه و احکام بافروش مشخص می‌شود بافروش اختیاری حق و بافروش اجباری تکلیف حافظ کالا می‌باشد.

این موضوع که آیا حق بافروش در حقوق ایران قابل شناسایی می‌باشد (مخصوصاً بافروش اختیاری) مابین حقوقدانان امری اختلافی بوده اما باید عنوان شود از مذاقه در قوانین موجود در زمینه حمل و نقل این موضوع مشخص می‌شود که در ماده ۲۲ کنوانسیون کوتیف (COTIF) در پیوست B کنوانسیون در قواعد یکسان در خصوص قواعد حمل و نقل بین المللی ریلی کالا (CMI)، و در کنوانسیون سی ام آر (SMR) در ماده ۱۶ به صراحت بافروش اختیاری و بافروش اجباری مورد پذیرش قانونگذار



## منابع

- Arista, Mohammad Javad (2002), Resale of Goods, Journal of Islamic Wisdom and Philosophy, No. 3 and 4
- Asghari Agha Mashhadi, Fakhreddin, Zarei, Reza (2010), The right to resell goods (comparative study), Quarterly Journal of Business Research, No. 57
- Aqamshahdi, Asghar, Mousavi, Seyed Mehdi (2015), Sales of Self-Help in the Convention on International Trade in Goods (Vienna 1980) and Iranian Law, Journal of Comparative Law Studies, Volume 6 Number 1
- Amir Moezzi, Ahmad, Mousavi, Seyed Mehdi (2014), Emergency Sale of Goods in the Convention on International Trade in Goods (1980 Vienna) and Iranian Law, Journal of Comparative Law Research, Volume 18, Number 3
- Shaarian, Ebrahim, Rahimi, Farshad (2015), International Sale Law - Description of the Convention on the International Sale of Goods in the Light of Doctrine and Judicial Procedure - A Comparative Study with International Documents and Iranian Law, Shahr-e-Danesh Publications
- Safaei, Seyed Hossein, Kazemi, Mahmoud, Adel, Morteza, Mirzanjad, Akbar (2013), International Sale Law Review of International Sale Law 1980, with a Comparative Study of the Laws of Iran, France, Britain and the United States, University Press Tehran, fourth edition.
- Safaei, Seyed Hossein (2013), Civil Law and Comparative Law (collection of articles), resale of the traded goods by the seller in case of buyer breach of obligation, Mizan Publications, third edition
- Safaei, Seyed Hossein, Rahimi, Habibollah (2013), Civil Liability, (Non-Contractual Requirements), Fifth Edition, Samat Publications
- Ghasemi, Mohsen (2005), Compensation for breach of contract in the Convention on the International Sale of Goods Law of Iran, France, Egypt and Lebanon, International Law Journal, No. 32
- Translators of the Office of International Legal Services (1988), United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (dated 1980), Journal of the Office of International Legal Services of the Islamic Republic of Iran, No. 9, pp. 236-313
- Mohseni, Hassan (2011), Resale of Goods in the International Convention on the Sale of Goods (1980) and the Study of Its Possibility in Iranian Law, Journal of Comparative Law Research, Volume 15, Number 1
- Eighteen law scholars of prestigious universities in the world, translated by Darbpour, Mehrab (1374), a commentary





- on international sales law, vol. 3, Ganj-e-Danesh Publications, Tehran
- A/CN.9Ser.C/Digest/CISG/75, 86, 88, Digest of CISG, available at: <http://uncitral.org>
- Audit, Bernard(1990), La vente internationale de marchndises, L.G.D.J., Paris,
- Benjamin's (1974) Sale of goods, London
- B. Stone (1981), Uniform Commercial Code, Nutshell Series of W.P.C.
- Christina Ramberg,(2003), CISG-Advisory Council Opinion No1, Electronic Communications under CISG, Rapporteur, 15 August 2003. Available at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISGACop1.html>
- Dimatteo Larry A. & et al (2004), The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence", Northwestern Journal of International Law & Business, Volume 24, Issue 2 winter
- Enderlien, Fritz, Maskow, Dietrich (1992), International Sales Law, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods, N.Y., Oceanan Pub .,
- Felemagas, Johan(2007), An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law, (1ed) Cambridge University Press,
- Flechtner Harry M. & et al, Drafting Contracts under the CISG, OxfordUniversity Press, 2008
- Graf, J B( 1987), in Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, Giuffre'Milan .
- Germany v. Belgium , 2U27/99, 1999, Provincial Court of Appea Braunschweig.Cited by: UNCITRAL, Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. New York, 2012
- Honnold, John(1991), Uniform Low for International Sales, Boston, Kluwer ,
- Kritzer. Albert.H.,(1998), Guide to Practical Applications of the United NationsConvention on Contracts for the International Sale of Good., Kluwer, Boston
- Netherlandsv. People's Republic of China, 1996/12, China International Economic&Trade Arbitration Commission.Available at:[http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960308c1.htm1\(2014/1/16.PM1:39.\)](http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960308c1.htm1(2014/1/16.PM1:39.))
- Schlechtriem, Peter, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods, translated by G. Thomas, Oxford University Press, 1998
- Schlechtriem, Peter et Witz, Claude, Convention de Vienne sur les



contrats de vent international  
de marchandises, Paris, Dalloz,  
2008

Secretariat Commentary (Closest  
Counterpart to an Official  
Commentary), Guide to CISG  
Article88. Available at: [http://  
www.cisg.law.pace.edu  
/cisg/text  
/secomm/secomm-88.html](http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-88.html).  
(2012/11/12. PM.06:50).

Sarcevic & Volken, Petar & Paul, (1986),  
International Sale of Goods:  
(Provisions Common to the  
Obligations of the Seller and  
the Buyer), Oceana  
Publications

Schwenzer, I & Fountoulakis, C, (2007)  
International Sales Law,  
Routledge Cavendish

WarenKaufs Rabel(1989), Vol 2,  
Czerwenka.,

## Original Article

# Penal transaction as an alternative mechanism to public prosecution (a comparative study of Iranian, Belgian and French legal system)

Erfan Babakhani\*<sup>1</sup> 

<sup>1</sup> Ph.D. student in criminal law and criminology and member of the research academy of Law, Paris-Nanterre University, France.



10.22080/LPS.2021.20368.1211

**Received:**

November 27, 2020

**Accepted:**

June 2, 2021

**Available online:**

November 27, 2021

**Main Subjects:**

Criminal law and criminology

**Keywords:**

Penal transaction, alternative to public prosecution, transactional of prosecution, judicial inflation, civil law.

## Abstract

Over the last three decades, various forms of negotiated-consensual criminal justice have been developed in common law and civil law. All of these consensual mechanisms simplify and speed up criminal proceedings in response to criminal act. The emergence of these mechanisms guarantees the rights of the parties to the criminal act and it leads to the contractualization of public prosecution. Execution of prosecution alternatives, first by eliminating the stage of discussion on proving guilt, allows it to be done with the least cost and speed of the stage of investigation, which subsequently reduces the overcrowding of judicial authorities and prison. Then, beyond a purely managerial logic, it guarantees the predictable outcome of the trial, which is the goal pursued by both the accused and the victim and the prosecutor. Eventually, a more acceptable response is achieved and a better procedure is implemented that will be of a nature that tends to prevent recidivism. Among these mechanisms are the institution of penal transaction in French and Belgian legal system and the alternative institution for pursuing public litigation in Iranian law. In this regard, the present study with a descriptive-analytical approach has examined the alternative position of public prosecution of penal transaction in the three legal systems of Iran, Belgium and France. In the end, it was concluded that the Iranian legislature would have more confidence in prosecutors in considering the principle of the necessity of prosecution, and that the prosecuting authority would have taken a more flexible approach to pursuing alternatives.

\*Corresponding Author: Erfan Babakhani

Address: Ph.D. student in criminal law and criminology and member of the research academy of Law, Paris-Nanterre University, France.

Email: babakhani\_erfan@yahoo.com



## Extended abstract

### 1. Introduction

The present research seeks to evaluate the problems and challenges in the way of penal transaction and increasing the alternatives to the criminal prosecution by taking the three legal systems of Iran, Belgium and France into consideration. The alternatives to the criminal prosecution are an intermediate approach that are substituted for criminal prosecution and filing the criminal record away unconditionally. In this way, the aim of the punishments is achieved without imposing the punishment. The alternatives to the criminal prosecutions are based on the criminological and practical principles .

Procurators can divert certain offenders from the court process. Alternatives to prosecution which divert people from the criminal justice system and have been shown to be cost-effective, reduce courts' caseload and reduce reconviction, leading to fewer victims of crime. well-designed alternatives to prosecution should aim to change an individual's offending behavior, thereby reducing crime and the impact of crime on our communities. When successful, they should keep people from entering the criminal justice in the first instance and divert consistent low-level offenders from returning to the criminal justice system .

### 2. Research Methodology

The current study aims to examine ways to improve the alternatives to the criminal prosecution and provide practical implication for future development of negotiated-consensual justice in Iran, using a documentary comparative study.

This paper with a descriptive-analytical approach has examined the alternative position of public prosecution of penal transaction in the three legal systems of Iran, Belgium and France. These data were obtained from different academic source in French and Persian. This research is based on library resources with consulting books, articles and Thesis's. This research study has two main purposes and they are listed as follow:

- 1 .To compare and contrast the implementation of penal transaction in Belgium, France and Iran.
- 2 .To identify the present challenges of penal transaction provision in Iran.

### 3. Findings

In some less serious cases, although the procurator may consider that it is in the public interest to take action, prosecution may not be the most appropriate course of action. In those cases, there are a number of direct measures available. This way, the accused does not have a criminal conviction recorded against their name, members of the public are spared the inconvenience of attending as witnesses, and courts are freed up to spend time dealing with more serious cases. In less serious cases where there is an identifiable victim, a conflict between two parties, or where the offender is able to make amends for his conduct, 'reparation and penal transaction can be an effective alternative, in those areas where there is a scheme available. The accused can choose not to accept the penal transaction in which case the procurator may prosecute the case in the normal way. The results show that the alternatives provision in Iran is still immature when compared to the Belgian

and French system which has adopted the alternatives to the criminal prosecution measures into the mainstream of criminal justice system.

#### **4. Conclusion**

Prosecutors have previously used diversion. Rather than go through the entire formal judicial process, and with due considerations, prosecutors are encouraged to wave prosecution or discontinue proceedings either conditionally or unconditionally. Diversion enhances quick conclusion of criminal matters while offering the accused, who accepts responsibility, a second chance to correct their mistakes and/or reform.

Through reviewing literatures, an overview of the global development and the implementation of penal transaction in Belgium, France and Iran were explored. Comparison and contrast between the penal transaction provision in the targeted places have been made in the areas of implementation, management of the program, referral procedure as well as the challenges and improvement related to the current provision.

#### **Funding**

There is no funding support.

#### **Conflict of interest**

Author declared no conflict of interest.

#### **Acknowledgments**

I'm grateful to all the persons specially Mr. Hamed SAFAEI for scientific consulting in this paper.



علمی پژوهشی

# توافق کیفری سازوکار جایگزین تعقیب عمومی (مطالعه تطبیقی حقوق ایران، بلژیک و فرانسه)

عرفان باباخانی\*<sup>۱</sup> ID

<sup>۱</sup> دانشجوی مقطع دکتری حقوق کیفری و جرم شناسی و عضو مرکز مطالعات حقوقی دانشگاه پاریس نانتر، پاریس، فرانسه.

doi 10.22080/LPS.2021.20368.1211

## چکیده

طی سه دهه اخیر شکل های مختلف عدالت کیفری مذاکره ای-توافقی در نظام حقوقی نوشته گسترش یافته است. تمام این سازوکارهای توافقی موجب ساده سازی و سرعت رسیدگی کیفری در پاسخ به عمل مجرمانه می شوند. ظهور این سازوکارها تضمین حقوق طرفین عمل مجرمانه را فراهم می کند و تعقیب عمومی را به سمت قراردادی شدن می برد. اجرای رسیدگی ها جایگزین تعقیب ابتدا با حذف مرحله بحث بر اثبات مجرمیت این امکان را فراهم می آورد تا با حداقل هزینه و با سرعت مرحله رسیدگی انجام شود که متعاقباً موجب تعدیل ازدحام مراجع قضایی و همچنین زندان می شود. سپس فراتر از یک منطبق کاملاً مدیریتی، حل و فصل اختلاف را تضمین می کند که همان هدفی است که متهم و دادستان به دنبال آن هستند. سرانجام موجب دستیابی به پاسخی قابل قبول تر و اجرای بهتر رویه ای کارآمد شده که ماهیتی متمایل به پیش گیری از تکرار جرم و ترمیم بزه دیده خواهد داشت. از این سازوکارها می توان به نهاد توافق کیفری در حقوق فرانسه و بلژیک و نهاد تعلیق تعقیب در حقوق ایران اشاره کرد. در این راستا، تحقیق پیش رو با رویکرد توصیفی- تحلیلی جایگاه این سازوکار را در سه نظام حقوقی ایران، بلژیک و فرانسه مورد بررسی قرار داده است. در پایان این نتیجه حاصل شد که قانونگذار ایرانی با در نظر گرفتن اصل اقتضای تعقیب، اختیار قانونی بیشتری به دادستان ها بدهد تا این مقام تعقیب در اعمال جایگزین های تعقیب عمومی در خصوص جرایم خرد-کوچک رویکرد انعطاف پذیری پیش گیرد.

تاریخ دریافت:

۱۳۹۹ آذر ۰۷

تاریخ پذیرش:

۱۴۰۰ خرداد ۱۲

تاریخ انتشار:

۱۴۰۰ آذر ۰۶

موضوعات:

حقوق کیفری و جرم شناسی

کلیدواژه ها:

توافق کیفری، جایگزین تعقیب

عمومی، معامله ای شدن

تعقیب، تورم قضایی، نظام

حقوقی

\* نویسنده مسئول: عرفان باباخانی

آدرس: دانشجوی مقطع دکتری حقوق کیفری و جرم شناسی و ایمیل: babakhani\_erfan@yahoo.com

عضو مرکز مطالعات حقوقی دانشگاه پاریس نانتر، پاریس،

فرانسه.

## ۱ مقدمه

رد شده و صرفاً برای جرایم سنگین تر فرآیند دادرسی کیفری اعمال می شود.

نهاد توافق کیفری یکی از مهمترین جایگزین تعقیب عمومی در فرانسه و بلژیک می باشد که دادستان در راستای اصل اقتضاء فردی کردن تعقیب برای مرتکب جرم در مقابل پذیرش ارتکاب عمل مجرمانه اجرا می کند که یک «منطق معامله ای»<sup>۱</sup> در زمینه تعقیب عمومی را به ذهن متبادر می کند. این اقدام که برای اشخاص حقیقی و حقوقی پیش بینی شده است. مطابق اهداف مذکور در ماده ۱-۴۱ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه و ماده ۲۱۶ قانون رسیدگی کیفری بلژیک این جایگزین ها سعی در پایان دادن به آشفتگی های ایجاد شده در نظم عمومی، جبران خسارات بزه دیده و بازاجتماعی شدن مرتکب جرم را دارند (Jeanpierre, 2018, p. 59).

قانونگذار ایرانی نیز نمی توانست در مواجهه با بحران کیفری، تورم قضایی و وضعیت خاص بزه دیده بی تفاوت باشد. از این رو، به دنبال ناکارآمدی و بحران نظام عدالت کیفری در حصول اهداف خود از جمله اصلاح، بازپروری و برقراری امنیت در جامعه و انتقاد جدی بر رویکرد حداکثری شیوه های سنتی تعقیب دعوای عمومی، سعی کرد ایده ترمیم و جایگزین های تعقیب را در سال ۱۳۹۲ با هدف تعدیل ازدحام کیفری و توسعه اختیارات دادستان گسترش دهد (ساقیان، ۱۳۹۸: ۱۹۲). در حقوق ایران نهادی همشکل و همسان با توافق کیفری که در حقوق کشورهای فرانسه و بلژیک رایج است؛ وجود ندارد. اما می توان در گستره حقوق کیفری داخلی، به نهاد تعلیق تعقیب اشاره کرد که از جهاتی به این نهاد شبیه بوده و قابل مقایسه با آن می باشد هر چند که عنوان این نهاد، توافق کیفری محسوب نشده و از نظر آثار نیز ممکن است دارای آثار متفاوتی از نظر حقوقی باشد. پژوهش حاضر با رویکردی تطبیقی به دنبال مطالعه یکی از جایگزین های تعقیب عمومی یعنی توافق کیفری در حقوق

با مواجهه با تورم قضایی، ناکارآمدی عدالت کیفری و با افزایش ضرورت واقعی در نظر گرفتن احتیاجات و لوازم عدالت برای برقراری نظم اجتماعی به شکل کلی و بزه دیده به شکل خاص قانونگذاران-سیاستگذاران جنایی کشورهای مختلف نمی توانستند نسبت به این رویکرد اقدامی نکنند. لذا اقتضای عدالت، حل و فصل اخلاص عمومی ناشی از ارتکاب جرم در مدت زمان معقول می باشد. در این راستا برای تعدیل ازدحام قضایی و تسریع در رسیدگی کیفری به جرایم، ایده جایگزین های تعقیب عمومی ظهور پیدا کرد (Aubert, 2010, p. 18). دادستان با در اختیار داشتن این ابزار برای جرایم خرد و احترام به اصل اقتضای تعقیب می تواند این جایگزین ها را اعمال کرده و پرونده را در همان مرحله تعقیب-دادسرا مختومه کند.

دادستان در فرانسه و دادستان شاهی در بلژیک نقشی کلیدی و برجسته ای در موارد تعقیب عمومی در نظام عدالت کیفری ایفا می کند. در رویه، دادستان هر بار وظیفه تعقیب جرمی که به اطلاع وی می رسد را دارد. در واقع، وی قدرت تعقیب عمومی، اجرای جایگزین تعقیب و یا اجرای بایگانی پرونده را دارا می باشد و در این میان مخیر است.

قانونگذار بلژیکی و فرانسوی سازوکار توافق کیفری را از یک طرف، برای تعدیل ازدحام وظایف کاری محاکم قضایی-پلیسی و از طرف دیگر، تلاش برای جبران بحران-موثر نبودن عدالت کیفری و سرعت در واکنش قانونی به اجرا در آورده است. بنابراین اصولاً با هدف یک تمایل تسریع و ساده سازی رسیدگی کیفری و منافع اقتصادی دولت، رسیدگی های جایگزین تعقیب یا توافقی به پهنه کیفری این کشورها وارد شده است (Babakhani, 2017, pp. 87-89). بدین سان این نهادهای جایگزین به شکل فیلتری برای پرونده های کیفری عمل می کنند که جرایم کوچک-سبک از این فیلتر

<sup>1</sup> Logique transactionnelle.



بود اما با قانون سال ۲۰۰۴ یک ملاک عمومی تعیین کرد که امکان استفاده از توافق کیفری را مشخص می کند (کوشکی، ۱۳۸۹: ۳۴۳). با توجه به مواد ۲-۴۱ و ۳-۴۱ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه اجرای توافق کیفری، مشروط به رضایت مرتکب جرم به مجازاتی است که توسط دادستان پیشنهاد شده و سپس با تایید قاضی اعتبار می یابد. در صورت عدم تحقق این امر، دادستان ممکن است تعقیب عمومی را مطابق ماده ۴۰ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه و اصل اقتضا تعقیب آغاز کند. اجرای توافق کیفری همچنین ملزم به قبول ارتکاب جرم از طرف مرتکب آن به صورت صادقانه و آزاد است. بنابراین مطابق ماده ۲-۴۱ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه نهاد توافق کیفری برای پاسخ به جرایم قابل مجازات با جریمه نقدی یا جرم جنحه ای کمتر از پنج سال حبس و همچنین جرایم خلاف قابل اجراست.<sup>۳</sup> در نتیجه توافق کیفری در موارد بزهکاری های کوچک و متوسط قابل اعمال می باشد. جایگزین مذکور از جمله در مورد جرائم مربوط به استفاده از مواد مخدر پیش بینی شده است<sup>۴</sup> و همچنین یکی دیگر از زمینه های اجرای توافق کیفری جرایم راهنمایی و رانندگی مانند رانندگی تحت تأثیر الکل است.<sup>۵</sup> دامنه اعمال توافق کیفری در حقوق فرانسه بسیار گسترده است اما قانونگذار صراحتاً با حذف این جایگزین تعقیب کیفری برای جرائم مطبوعاتی، جرایم سیاسی و قتل غیر عمد دامنه آن را محدود می کند (Milburn et. al., op.cit., p. 159). بدین ترتیب در سال ۲۰۱۷ دادسراها برای بیش از ۷۰۰۰۰ پرونده ارجاعی، توافق کیفری صادر کردند.<sup>۶</sup>

در ماده ۳۶ قانون ۹ سپتامبر ۲۰۰۲ مقرر شده است که توافق کیفری انجام شده در پرونده کیفری مرتکب به مدت ۳ سال ثبت می شود که این امر

سه کشور ایران، فرانسه و بلژیک می باشد. برای درک این نهاد به عنوان مهمترین جایگزین تعقیب عمومی لازم است که ابتدا به مفهوم و تفاوت آن با معامله اتهام در کشورهای با سیستم حقوقی نوشته پرداخته شود (۱)، سپس بازیگران قضایی صالح برای اعمال این سازوکار جایگزینی (۲) و نهایتاً نحوه اجرا-اعمال این نهاد مورد بررسی قرار گیرد (۳).

## ۲ مفهوم و خاستگاه توافق کیفری

قانونگذار فرانسوی جهت پاسخ کیفری مؤثر به عمل مجرمانه ابزارهای جدیدی را همچون توافق کیفری در اختیار دادستان قرار داد که در مواد ۲-۴۱ و ۳-۴۱ قانون آیین دادرسی کیفری پیش بینی شده است<sup>۱</sup> و اجرای توافق کیفری<sup>۲</sup> به معنای خاتمه دادن به تعقیب عمومی است. اعمال این جایگزین مطابق اهداف مذکور در ماده ۱-۴۱ قانون آیین دادرسی کیفری منتج به جبران خسارات بزه دیده، پایان دادن به اختلال های ایجاد شده در نظم عمومی و افزایش آگاهی مجرم از شدید بودن عمل مجرمانه وی می شود و از این طریق باز اجتماعی شدن مجرم را ارتقا می بخشد (باباخانی و همکاران، ۱۳۹۷: ۶).

در پیش نویس اولیه این نهاد برای حدود پانزده جرم مربوط به آنچه معمولاً به عنوان جرایم شهری شناخته می شود قابل اعمال بود. اما قانون ۹ مارس ۲۰۰۴ فرانسه، این سازوکار را به کلیه خلاف ها و جنحه ها با مجازات تا پنج سال حبس گسترش داد (Milburn et al., 2005, p. 158). در حالی که پیش از قانون مذکور قانونگذار دامنه اجرایی این سازوکار را با عناوین مجرمانه مشخص تعیین کرده

<sup>۱</sup> توسط قانون شماره ۹۹-۵۱۵-۲۳ پیش بینی شده است و در سال ۱۹۹۹ به تصویب رسید.

<sup>۲</sup> La composition pénale.

<sup>۳</sup> ماده ۲-۴۱ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه تصریح می کند که توافق کیفری ممکن است به «شخصی که ارتکاب به یک یا چند جرم را تصدیق کرده که مجازات اصلی آن جریمه نقدی یا

حبس کمتر از پنج سال یا برابر آن» پیشنهاد شود. و ماده ۳-۴۱ قانون آیین دادرسی کیفری قابلیت اعمال رویه توافق کیفری را به جرایم خلاف تسریع می دهد.

<sup>۴</sup> Article L.3421-1 du code de la santé publique.

<sup>۵</sup> Article L. 234-1 du code de la route.

<sup>۶</sup> Les chiffres-clés de la Justice 2017.



مبلغی پول از طرف متهم، توسط دادسرا تعیین می شد که تفکر عدالت توافقی را به ذهن متبادر می کرد. این اقدام جایگزینی اگر چه با توافق کیفری فرانسوی متفاوت می باشد اما در اهداف (توافق بر عدم تعقیب عمومی) مشترک می باشند.

قانون ۲۸ ژون ۱۹۸۴ بلژیک بر امکان توافق کیفری برای تمام جنبه ها تاکید کرد که شرط لازم در آن، پرداخت مبلغ مشخصی از وجه نقد تعیین شده بود (Fortemps de Loneux, 2017, p. 16). این رویکرد موجب می شد که شهروندان احساس کنند که ثروت از محکومیت کیفری جلوگیری می کند. تا حدودی این نهاد ارفاقی در این کشور آشفتگی ایجاد کرد تا جایی که افکار عمومی به سرعت از سیستم کیفری به عنوان "عدالتی برای ثروتمندان" یاد کردند. این چهره نامطلوب توسط اطلاعات منتقل شده در رسانه ها به وجود آمد و پرداخت پول برای جلوگیری از تعقیب قانونی است را مخابره می کرد. اما قانون ۱۰ فوریه ۱۹۹۴ شرایط اعمال این سازوکار را با اجرای توافق کیفری بدون جبران کامل و قبلی خسارات توسط مرتکب جرم در جرایم خرد تکمیل کرد. از این به بعد تصدیق مرتکب به مسئولیتش و جبران خسارت های ناشی از جرم کتبا کافی بود (Michiels & Falque, 2018, p. 26).

در حقوق بلژیک آخرین اصلاحات قانونی توافق کیفری مربوط به اصلاحات قانونی ۱۸ مارس ۲۰۱۸ می باشد.<sup>۵</sup> در واقع فعل مجرمانه بایستی مجازات «حبس قضایی» بیش از دو سال یا مجازات سنگین تر نداشته باشد و یا رفتار مجرمانه شامل هیچ گونه نقض جدی علیه تمامیت جسمانی نباشد، در این صورت دادستان شاهی می تواند متهم را به واریز مبلغ پول مشخص به حساب خدمات مالی عمومی دعوت کند.<sup>۶</sup> بنابراین توافق کیفری بلژیکی جز برای جرایم طبقه بندی خلاف و جنبه قابل دسترس

حاکمی بر جنبه سزادهی این سازوکار جایگزینی است. همچنین بزه دیده در اجرای این سازوکار نقش فعال داشته و بایستی از حق درخواست معاضدت وکیل مطلع شود.<sup>۱</sup> دادستان تا زمانی که تعقیب عمومی در این خصوص به جریان نیفتاده باشد از جمله در حین نظر میتواند توافق کیفری را به متهمی پیشنهاد کند که به ارتکاب یک یا چند جنبه یا یک یا چند خلاف اقرار کند. با قانون ۲۳ مارس ۲۰۱۹ فرانسه رسیدگی توافق کیفری « برای اشخاص حقوقی نیز قابل اجرا است که نماینده قانونی وی یا هر شخص دیگری که مطابق با قانون یا اساسنامه آن از اختیار نمایندگی برای این منظور بهره مند می شود بایستی مسئولیت کیفری آنها را در قبال اعمال مجرمانه به رسمیت بشناسد. حداکثر مقدار جریمه توافق کیفری که می تواند پیشنهاد کند پنج برابر جریمه ای است که می توان علیه اشخاص حقیقی اعمال کرد»<sup>۲</sup>. این اقدام توسط دیوان عالی کشور فرانسه مطابق با اصول قانون اساسی شناخته شده و مورد تایید قرار گرفته است.<sup>۳</sup>

« معرفی توافق کیفری در بلژیک به سال ۱۸۹۰ برمیگردد که آقای لیپنس، نماینده وقت مجلس این کشور، به وزیر دادگستری امکانی را برای مرتکبین جرایم کوچک پیشنهاد داد که تا با پرداخت حداکثر جریمه نقدی مقرر در قانون، خود را از دادرسی کیفری احتمالی مبری کنند» (Formanoir, 2012, pp. 246-247). در حقوق بلژیک سازوکار توافق کیفری<sup>۴</sup> در ۱۰ ژانویه ۱۹۳۵ با حکم پادشاهی بلژیک با هدف تعدیل رسیدگی های پرونده های کیفری کم اهمیت و منافع مالی-اقتصادی دولت وارد عرصه زرادخانه کیفری بلژیک شد و اصلاحات متعددی در طول قرن اخیر بر آن وارد شده است (Jacobs, 2012, p. 73). توافق کیفری بلژیکی یکی از شیوه های قطع تعقیب عمومی است که از طریق پرداخت

<sup>4</sup> Transaction pénale .

<sup>5</sup> La loi du 18 Mars 2018 belge.

<sup>6</sup> L'article 216bis du code d'instruction criminelle belge.

<sup>1</sup> Article R15-33-45 du Code de procédure pénale français.

<sup>2</sup> Article 41-3-1 A du Code de procédure pénale français.

<sup>3</sup> Cons. Const. 21 Mars 2019, n 2019-778 DC, p 273.



نشده باشند، دادستان شاهی می تواند مرتکب را به تحویل آنها در مکان و زمان مشخص ملزم کند.<sup>۳</sup>

در کنار سازوکار توافق کیفری فرانسوی و بلژیکی، ابزار معامله اتهام نیز در اختیار دادستان در حقوق این دو کشور قرار دارد. توافق کیفری از نظر فنی و شکلی با معامله اتهام دارای شباهت هایی است چراکه موجب پذیرش اتهام زود هنگام مرتکب می شود. رسیدگی معامله اتهام با هدف سرعت در رسیدگی و کاستن هزینه های اقتصادی و تراکم قضایی در سال ۲۰۰۴ وارد حقوق فرانسه شده است که خود موجب الهام دادن به قانونگذار همسایه شمالی یعنی بلژیک شد و این کشور نیز رسیدگی معامله اتهام را در راستای اصل اقتضای تعقیب در سال ۲۰۱۶ وارد زرادخانه قانونی خود کرد. این رسیدگی در حقوق فرانسه بر تمام جنحه ها (تا پنج سال حبس) قابل اعمال می باشد که عمدتاً جرایم نیمه سنگین و خرد را شامل می شود (Pradel, 2005, p. 481). در حقوق بلژیک معامله اتهام میتواند برای جرایمی که ماهیتاً مجازات حبس اصلاحی تا پنج سال دارد مورد پیشنهاد قرار گیرد یعنی مجازاتی است که به طور قطع پس از پذیرش اوضاع و احوال مخففه و عوامل توجیه کننده مقرر می شود (مجازات قضایی) و نه مجازاتی که در متن قانون پیش بینی شده است (مجازات قانونی) (Fernandez-Bertier & vGiacometti, 2016, p. 270). بنابراین معامله اتهام با حوزه اجرایی گسترده بر جرایم سنگین تر قابل اعمال است. این در حالی است که در کشورهای کامن لایی معامله اتهام برای تمام اتهامات قابل اجرا می باشد.

در فرانسه اعمال معامله اتهام می تواند با یک سال حبس مرتکب همراه باشد (البته مجازات حبس در مورد اشخاص حقوقی منتفی است) در حالی که در توافق کیفری دادستان صرفاً می تواند اقدامات

نیست و دادستان شاهی نمی تواند برای جنایات و همچنین « جرایم شدید علیه تمامیت جسمانی» آن را به اجرا درآورد.<sup>۱</sup> این ماده کلی به طور مؤثر تصریح می کند که دادستان در صورت اعمال این جایگزین تعقیب، بزه دیده را مطلع می کند (Ibid). بنابراین «این سازوکار یک رسیدگی غیرقضایی است که دادستان به متهم پیشنهاد می دهد تا مبلغی مشخص را بپردازد و احتمالاً برخی دارایی های خود را برای مصادره تسلیم کند و در واقع هدفی که این نهاد به دنبال آن است جلوگیری از شروع فرایند طولانی-پرهزینه رسیدگی کیفری با توافق مرتکب جرم است» (Colette-Basecqz & Blaise, 2013, p. 95).

توافق کیفری بلژیکی نمی تواند یک قرارداد معامله مدنی محسوب شود زیرا از امکان مذاکره-چانه زنی در معامله محروم است. همچنین نمی تواند مجازات قلمداد شود زیرا مطابق با قانون اساسی بلژیک فقط دادگاه ها می توانند مجازات را صادر کنند. در عوض می توان آن را به عنوان یک سازوکار اداری مختلط (کیفری-مدنی) برای خاتمه دادرسی های کیفری مورد تجزیه و تحلیل قرار داد (Michiels & Falque, op.cit., p. 27). در حقوق بلژیک زمانی که جرم ارتكابی موجب هزینه های تجزیه و تحلیل یا هزینه های تخصصی شده، این مبلغ به میزان مبلغ کل پرداختی اضافه می شود. بنابراین سازوکار معامله کیفری نمی تواند اعمال شود مگر مرتکب هزینه های مربوطه را در مدت معین شده توسط دادستان شاهی پرداخت کند. همچنین میزان مبلغ نمی تواند بیشتر از حداکثر جزای نقدی آن جرم باشد و بایستی با شدت جرم ارتكابی تناسب داشته باشد.<sup>۲</sup> دادستان می تواند مرتکب جرم را به ترک اشیاء مصادره شده متعلق به وی در مدت معین ملزم کند. اگر این اشیاء مصادره

<sup>2</sup> L'article 216bis, § 1er, alinéa 6 du Code d'instruction criminelle belge.

<sup>3</sup> L'article 216bis al 1 du code d'instruction criminelle belge.

<sup>1</sup> برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به باباخانی، عرفان، پرسته، مهران، مدیریت جمعیت کیفری از طریق جایگزین های رسیدگی کیفری در حقوق ایران و بلژیک، دانشنامه مدیریت جمعیت کیفری، ۱۳۹۸.

خواهد داشت و تعقیب کیفری در همان بدو امر متوقف خواهد شد.

در واقع توافق کیفری بلژیکی از یک سو موجب پر کردن سریع و کارآمد صندوق های خزانه عمومی و متضمن نفع حتمی دولت می شود و از سوی دیگر مانع اجرای فرآیند کیفری و طولانی با نتیجه نامشخص می شود. بنابراین تفاوت تعلیق تعقیب با توافق کیفری بلژیکی این است که یکی از اهداف مهم نهاد اخیرالذکر، نفع عمومی و پرداخت مبلغی به حساب خزانه داری است، در حالی که در تعلیق تعقیب با توجه به شرایط صدور آن، نیل به چنین هدفی امکان پذیر نیست، بلکه بیشتر خارج کردن متهم از دادگستری و بایگانی کردن پرونده مدنظر است. برای نمونه، هیچ یک از دستورات تعیین شده در ماده ۸۱ ق.آ.د.ک ۱۳۹۲ متضمن پرداخت مبلغی به دولت نیست.

### ۳ کنش گران اجرایی توافق کیفری

هنگامی که توافق کیفری تایید شد دادستان می تواند نماینده یا میانجیگر را با هدف اجرای اقدامات مقرر و شرایط اجرای آنها مامور کند. به محض تایید توافق کیفری، اقدامات آن بایستی به موقع اجرا گذاشته شود. اما این اجرا بستگی به رغبت کافی مرتکب جرم دارد زیرا در واقع این اقدام جایگزینی به هیچ وجه محکومیت کیفری نیست که وی را ملزم به متابعت کند. بنابراین اگر مرتکب اقدامات توافق کیفری را رد کند یا انجام ندهد در این صورت دادستان می تواند تعقیب عمومی را به عنوان اهرم فشار در دستور کار خود قرار دهد و اگر شخص این اقدامات را به موقع اجرا نکند دادستان تصمیم می گیرد که تعقیب عمومی علیه وی را آغاز کند (Perrocheau, 2010, p. 60).

مقرر در ماده ۲-۴۱ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه<sup>۱</sup> را مورد حکم قرار دهد و مجاز به محکومیت حبس نمی باشد. مضافاً معامله اتهام برای اطفال قابل دسترسی نیست در حالی که اجرای نهاد توافق کیفری، اطفال زیر ۱۳ سال را نیز مشمول می شود. باری همانطور که ملاحظه شد در حقوق فرانسه و بلژیک توافق کیفری و معامله اتهام منجر به توقف تعقیب عمومی در مرحله دادرسی می شود و جالب آنکه قانونگذار این دو کشور، نه تنها به عنوان یک رویکرد، این جایگزین ها را برای اشخاص حقیقی مقرر نموده، بلکه در راستای برابری اشخاص مذکور با اشخاص حقوقی، دایره شمول این جایگزین ها را نسبت به اشخاص اخیرالذکر نیز توسعه داده است.

در حقوق ایران می توان به تعلیق تعقیب به عنوان نهاد مشابه توافق کیفری اشاره کرد. در راستای اصل الزامی بودن تعقیب، دادستان به عنوان مدعی العموم و به نمایندگی از جامعه وظیفه تعقیب جرایم ارتكابی را به عهده دارد. اما در برخی موارد مصلحت اقتضاء می کند که وی منوط به وجود شرایطی از تعقیب عمومی صرف نظر نماید. به عبارتی، قانونگذار ایرانی برای تعدیل قاعده قانونی بودن تعقیب کیفری، نهاد قرار تعلیق تعقیب را نهادینه کرد و اختیارات دادستان را در مرحله پیش دادرسی افزایش داده است.

ماده ۸۱ ق.آ.د.ک ۱۳۹۲ ایران برای صدور قرار تعلیق تعقیب شرایطی مانند فقدان سابقه کیفری مؤثر، فقدان شاکه یا گذشت یا موافقت وی، تعزیری و خفیف بودن جرم، تشخیص و اختیار دادستان و در نهایت موافقت متهم را مقرر کرده است. با توجه به شروط اخیر باید گفت که تعلیق تعقیب مشابهت بسیاری با توافق کیفری دارد، زیرا هر دو نهاد ضمن یک قرارداد یا گفتگوی حین تحقیقات، صورت می گیرند و متهم با رضایتی که می دهد نقش فعالی در تعیین سرنوشت پرونده خود

<sup>۱</sup> شرح این ماده در گفتار سوم بررسی می شود.



به مرتکب جرم پیشنهاد می دهد. به عنوان مثال خیلی از پرونده ها در رویه مربوط به جرایم جاده ای هستند: نداشتن گواهی نامه، نداشتن بیمه ... در این حالت نماینده دادستانی رسیدگی ارائه و ابطال گواهینامه رانندگی را اعمال می کند و میزان جریمه ای را که باید فرد پرداخت کند به وی اعلام می دارد.

### ۳،۲ میانجی گران کیفری

در رابطه با میانجیگر کیفری در واقع وی یک شخص حقیقی یا یک انجمن مجاز از طرف دادستان است با شرایط یکسان که نماینده دادستان برای تسهیل در حل و فصل دوستانه یک جرم کیفری خرد دارد. میانجیگر در یک دادگاه، انجمن یا یک خانه دادگستری و قانون فعالیت می کند و هدف تأمین حضور قضایی نزدیک در مناطق مسکونی بزرگ است. در امور کیفری خانه های عدالت و قانون با هدف ترویج اقدامات برای پیش گیری از بزهکاری و اجرای پاسخی متناسب به جرایم خرد از طریق استفاده از گزینه های جایگزین تعقیب عمومی، سازمان دهی شده اند. اگرچه نقش آن عمدتاً در چارچوب میانجیگری کیفری اعمال می شود یعنی روش دیگر جایگزین تعقیب عمومی اما میانجیگر کیفری همچنین می تواند با درخواست دادستان برای پیشنهاد توافق کیفری به مرتکب جرم مداخله کند.

### ۳،۳ افسران پلیس قضایی

پیشنهاد توافق کیفری ممکن است از طریق مأمور پلیس قضایی نیز به مرتکب داده شود. در این حالت موضوع تصمیم کتبی و امضا شده دادستان را که ماهیت و میزان اقدامات پیشنهادی را مشخص می کند به مورد اجرا می گذارد. از سال ۲۰۰۲ دادستان می تواند از طریق مداخله گری یک افسر پلیس قضایی به شخصی که تحت نظر قرار دارد سازوکار توافق کیفری را پیشنهاد دهد. (Milburn et. al., op.cit. p. 154). به نظر می رسد این روش در رویه خیلی اجرا نمی شود. نمایندگان وکلا فرانسوی با انتقاد از این امکان بر آسیب پذیری حقوق متهم در این زمان و خطر اعمال فشار برای بدست آوردن اقرار

هنگامی که اقدامات تصمیم گیری شده به طور کامل اجرا شود دادستان یا شخص تعیین شده از جانب وی اجرای توافق کیفری را اعلام می کند. اجرای این اقدامات تأثیر بسیار مهمی برای مرتکب جرم دارد زیرا این امر موجب سقوط تعقیب عمومی می شود (Bureau, 2005, p. 140). به عبارت دیگر امکان تعقیب قانونی برای مرتکب در مورد جرایم ارتكابی دیگر وجود ندارد. با این حال این سقوط تعقیب عمومی مانع از حق شخص ثالث برای احضار مستقیم مرتکب در دادگاه نمی شود که فقط در مورد منافع مدنی محاکمه صورت می گیرد. (Ibid, p. 132).

در فرانسه بنابراین اولین قدم با پیشنهاد توافق کیفری دادستان شروع می شود. این پیشنهاد ممکن است به طور مستقیم در دادسرا به مرتکب جرم اطلاع داده شود یا به نمایندگی از طرف دادستان، نماینده وی، یک میانجیگر که در خانه عدالت و قانون است یا توسط یک افسر پلیس قضایی انجام گیرد.

### ۳،۱ نمایندگان دادستان

در رویه اجرای این سازوکار عمدتاً بر عهده نمایندگان دادستان است و دادستان اغلب آنها را به مدیریت پیشنهاد توافق کیفری تا مختومه شدن پرونده مأمور می کند. مأموریت آنها تحت نظارت دادسرا پیاده سازی اقدامات جایگزین تعقیب عمومی است که برای جرائم کوچک اجرا می شود (میانجی گری کیفری، توافق کیفری و...). پس از یک دوره آزمایشی یک ساله نمایندگان دادستان مجاز به انجام وظایف خود به مدت ۵ سال برای دادستان هستند. بیشتر نمایندگان مستقیماً توسط دادسرا ها آموزش داده می شوند. در این راستا آنها تحت آموزش های خاصی قرار می گیرند که کاملاً توسط دانشکده ملی قضات پشتیبانی و اجرا می شود.

در این رابطه در رویه از مرتکب سؤال می کنند که آیا او ارتكاب واقعه مجرمانه را به عهده می گیرید یا خیر، در صورت پذیرش مسئولیت، این سازوکار را

## ۴،۱ چگونگی اعمال در حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه دادستان موظف است زمانی که تصمیم به اجرای توافق کیفری می‌گیرد قبل از توقف تعقیب عمومی، یک یا چند اقدام متناسب با شخصیت متهم و جرمی که به وی منتسب شده است انتخاب کند. این پیشنهاد یک تصمیم کتبی و امضا شده از طرف دادستان است که ماهیت و میزان اقدامات پیشنهادی را مشخص می‌کند. بنابراین وی ممکن است با اجرای توافق کیفری یک یا چند اقدام پیش بینی شده در ماده ۲-۴۱ قانون آیین دادرسی کیفری را علیه مرتکب اعمال کند. مطابق ماده مذکور ۱۹ نوع اقدام ممکن است در قالب توافق کیفری توسط دادستان صادر شود (Troiani, 2015, p. 38). بنابراین برای موفقیت توافق کیفری مرتکب جرم ممکن است به انجام اعمال-تدابیر ذیل با تصمیم دادستان ملزم شود:

۱. «به یک جریمه نقدی به نفع خزانه داری محکوم شود که مبلغ آن محدود به سقف مجازات جریمه نقدی عمل مجرمانه می‌باشد، این مبلغ با توجه به شدت جرم ارتكابي و منابع و امکانات مالی شخص تعیین می‌گردد و مبلغ آن تا سقف یک سال می‌تواند تقسیط شود؛
۲. مصادره به نفع دولت اشیا و اموالی که در ارتكاب جرم به کار رفته یا محصول آن باشد؛
۳. توقف وسیله نقلیه برای حداکثر مدت شش ماه برای پیشگیری از حرکت آن؛
۴. تحویل گواهینامه رانندگی برای حداکثر شش ماه به دادگاه صالح؛
- ۴ مکرر. نصب یک برنامه توانبخشی و الکل سنج به هزینه شخصی روی وسیله نقلیه مربوطه برای حداقل مدت شش ماه و حداکثر سه سال؛

از وی تأکید کرده اند. لازم به ذکر است که تقریباً در تمام حوزه های قضایی نمایندگان دادستان بر اجرای این سازوکارها نظارت می‌کنند.

این درحالی است که در حقوق بلژیک صرفاً دادستان و مقامات قضایی دادسرا حق پیشنهاد و اجرای توافق کیفری را دارند. در حقوق ایران مطابق ماده ۸۱ ق.آ.د.ک سال ۱۳۹۲ تعلیق تعقیب تنها درجرائم تعزیری درجه ۶ در دادسرا و توسط دادستان اعمال می‌شود. بنابراین در جرائم تعزیری درجه ۶ نیازی به ارسال پرونده به دادگاه نیست و دادستان رأساً آن را صادر می‌کند و در جرائم تعزیری ۷ و ۸ که مستقیماً در دادگاه مطرح می‌شود با توجه به تبصره ۵ ماده مذکور دادستان دخالتی ندارد. بنابراین قرار تعلیق تعقیب در جرائم تعزیری درجه ۷ و ۸ در دادگاه امکان‌پذیر است و بدین ترتیب، اصل اقتضای تعقیب که یکی از ارکان اختیار دادستان در تعقیب است، در دادگاه امکان اعمال دارد و به نوعی برای دادگاه نقش تعقیبی قائل شده است که در صورت مصلحت می‌تواند از آن صرف‌نظر کند. این در حالی است که در حقوق فرانسه و بلژیک در تمامی مواردی که توافق کیفری اعمال می‌شود، دادستان طرف تصمیم‌گیرنده و امضا کننده آن است.

## ۴ سازوکارهای اجرایی توافق کیفری

پیش‌بینی توافق کیفری در قانون، مستلزم تعیین نحوه اجرای آن است تا تکلیف مجریان عدالت کیفری مشخص شود و بتوان به اهداف از پیش‌تعیین شده دست یافت. به علاوه تعهدات ناشی از توافق و آثار آن نیز باید تصریح شود، تا مرتکب جرم بر مبنای آن تصمیم بگیرد که آیا پیشنهاد توافق کیفری را بپذیرد یا اینکه وارد فرایند تعقیب کیفری شود؟ از این‌رو، در این قسمت بررسی نحوه رسمیت یافتن توافق کیفری و تعهدات ناشی از آن مورد اشاره قرار می‌گیرد.



- ۵ تحویل گواهی شکار برای حداکثر شش ماه به دادگاه صالح؛
- ۶ انجام خدمات اجتماعی به ویژه برای شخص حقوقی حاکم بر قانون عمومی یا یک شخص حقوقی تحت نظارت حقوق خصوصی با مأموریت انجام خدمات عمومی یا یک انجمن مجاز، انجام خدمات اجتماعی رایگان حداکثر شصت ساعت در مدت زمانی که بیش از شش ماه نمی تواند باشد؛
- ۷ انجام یک دوره سه ماهه کارآموزی یا آموزش در یک مرکز یا ارگان بهداشتی، اجتماعی یا حرفه ای که بایستی ظرف مدت ۱۸ ماه انجام شود؛
- ۸ منع صدور چک برای مدت شش ماه و منع استفاده از کارت بانکی؛
- ۹ عدم رفت و آمد در مکان هایی که دادستان مشخص می کند و جرم در آن ارتکاب یافته است و یا مکان اقامت بزه دیده برای مدت حداکثر شش ماه؛
- ۱۰ عدم ملاقات بزه دیده جرم تعیین شده توسط دادستان و یا عدم تماس با آنها برای مدت حداکثر شش ماه؛
- ۱۱ عدم ملاقات یا مهمان کردن شرکا یا معاونین احتمالی جرم تعیین شده توسط دادستان و یا عدم تماس با آنها برای مدت حداکثر شش ماه؛
- ۱۲ عدم ترک قلمرو ملی و تحویل پاسپورت برای مدت حداکثر شش ماه؛
- ۱۳ تکمیل کارآموزی دوره حقوق- وظایف شهروندی در صورت لزوم با هزینه شخصی مرتکب جرم؛
- ۱۴ در مورد جرایم ارتكابی علیه همسر یا شریک زندگی فعلی یا سابق یا علیه فرزندان آنها، وی از محل اقامت آنها اخراج شده و در موارد لزوم از حضور در نزدیکی آنها و محل اقامتشان منع می شود. همچنین در صورت ضرورت مرتکب به انجام معالجه پزشکی، اجتماعی یا روانی ملزم می شود...؛
- ۱۵ تکمیل کارآموزی دوره آگاهی سازی از خطرات مصرف مواد مخدر در صورت لزوم با هزینه شخصی خود؛
- ۱۶ انجام یک اقدام فعالیت روزانه شامل اجرای فعالیت های بازپرورانه حرفه ای یا ارتقاء تحصیل در مجاورت یک شخص حقوقی حاکم بر حقوق عمومی یا با یک شخص حقوقی حاکم بر حقوق خصوصی که یک مأموریت خدمات عمومی به آن واگذار شده یا یک انجمن مجاز به اجرای چنین اقدامی؛
- ۱۷ انجام یک مورد از دستورات درمانی هنگامی که به نظر می رسد شخص مورد نظر از مواد مخدر مصرف می کند یا به مصرف مستمر و بیش از حد مشروبات الکلی مبادرت می ورزد. مدت زمان این اقدام حداکثر بیست و چهار ماه است؛
- ۱۷ مکرر. در صورت لزوم با هزینه شخصی خود یک دوره آگاهی بخشی در راستای مبارزه با خرید فعالیت های جنسی را انجام دهد؛
- ۱۸ انجام کارآموزی در مسئولیت پیشگیری و مبارزه با خشونت درون خانوادگی و سکسیسم؛
- ۱۹ در صورت لزوم با هزینه شخصی خود یک دوره آموزشی در زمینه مبارزه با سکسیسم و افزایش آگاهی از برابری بین زن و مرد انجام دهد.»
- اصولا اکثر تدابیر مذکور در ماده فوق مبتنی بر بازاجتماعی-بازپذیری اجتماعی و اصلاح و تربیت مرتکب می باشند. نوع دوم این اقدامات در ماده فوق مربوط به جبران خسارت وارده به بزه دیده است. اگر بزه دیده شناخته شده ای وجود داشته

تا بتواند تصمیم خود را اعلام کند (Bureau, op.cit. p. 130). در این حالت از وی خواسته می شود بعداً برای اعلام پاسخ خود حاضر شود و عدم حضور وی نشانگر رد پیشنهاد می باشد. همچنین وی به هیچ وجه نمی تواند درخواست تغییر پیشنهاد اقدامات دادستان را دهد. بنابراین وظیفه فردی سازی حکم قضایی کاملاً به عهده دادرسان دادسرا است زیرا آنها وظیفه دارند که اقدامات پیش بینی شده برای توافق کیفری را انتخاب کنند.

## ۴٫۲ اجرای توافق کیفری بلژیکی

در حقوق بلژیک دادستان شاهی چگونگی و مدت پرداخت مبلغ را تعیین می کند که این مدت حداقل پانزده روز و حداکثر سه ماه می باشد (Troiani, op.cit., p. 20). وی میتواند این مدت را در صورت وجود توجیحات موجه تمدید یا در صورت تمایل متهم کوتاه کند که در هر صورت موجب توقف تعقیب می شود. دادستان شاهی اگر معتقد باشد که این بند می تواند اعمال شود، متهم، بزه دیده و وکلای آنها را باخبر می سازد که می توانند از پرونده کیفری مطلع شوند (Michiels & Falque, op.cit., p. 26). اجرای تعقیب عمومی بر اساس پیشنهاد دادستان شاهی یا به درخواست یکی از طرفین متوقف می شود. تعلیق تا زمان که تصمیم دادستان برای عدم اعمال این سازوکار، یا تا زمان ناکارآمدی یا عدم اجرای توافق کیفری به تاخیر می افتد.<sup>۲</sup>

اجازه اعمال این سازوکار توسط دادستان شاهی بلژیک می تواند همینطور به زمانی که بازپرس شروع به تحقیق کرده یا زمانی که دادگاه پرونده را دریافت کرده به شرطی که هیچ تصمیم قضایی صریحی بر مجازات اتخاذ نشده باشد نیز توسعه پیدا کند.<sup>۳</sup> در صورت لزوم، دادستان شاهی بلژیک می تواند در مورد پرونده کیفری با بازپرس ارتباط

باشد که جبران خسارت وی قبلاً صورت نگرفته باشد دادستان موظف است اقدام به جبران خسارت بزه‌دیده را ظرف ۶ ماه صادر کند. این اقدام می تواند به عنوان مثال شامل بازگرداندن به حالت سابق اموال آسیب دیده توسط مرتکب جرم باشد. به علاوه بند ده ماده فوق در جهت توجه به حقوق بزه‌دیده به عدم ملاقات مرتکب با بزه‌دیده جرم یا عدم تماس با آنها می پردازد.

نکته ای که با تصویب قانون ۲۳ مارس ۲۰۱۹ پر اهمیت به نظر می رسد حمایت از بزه‌دیده خشونت خانگی است و میتوان تجلی آن را در بند ۱۴ فوق و ماده جدید ۱-۳-۴۱ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه مشاهده کرد که بیان می دارد « در صورت وجود تهدید-خطر جدی برای بزه‌دیده خشونت از جانب همسر یا شریک زندگی خود که تحت معاهده همبستگی مدنی قرار دارند، دادستان می تواند برای مدت شش ماه قابل تمدید به بزه‌دیده یک دستگاه محافظت از راه دور هشدار دهنده که به مقامات عمومی متصل است (اگر صراحتاً رضایت دهد) اختصاص دهد ». با توافق بزه‌دیده این دستگاه می تواند در صورت لزوم اجازه مشخص کردن مکان جغرافیایی وی را هنگام ایجاد خطر فراهم کند. دستگاه محافظت از راه دور فقط در صورت عدم زندگی مشترک بین بزه‌دیده و مرتکب خشونت قابل فعال شدن است. این اقدام همچنین در مواردی که خشونت توسط همسر یا شریک زندگی سابق بزه‌دیده انجام شده باشد و همچنین در صورت وجود خطر جدی و تهدید برای بزه‌دیده تجاوز جنسی قابل اجرا می باشد.<sup>۱</sup>

در رویه به مرتکب اعلام می شود که در فرایند اجرای توافق کیفری حق حضور به همراه وکیل را قبل از اعلام پذیرش پیشنهاد دادستان را دارد. در صورت لزوم مرتکب می تواند مدت ده روز درخواست کند

نشده است یا هنگامی که حکم ممنوعیت قضایی در تماس با بزه‌دیده صادر شده باشد.

<sup>۲</sup> L'article 216bis al 2 du code d'instruction criminelle belge.

<sup>۳</sup> Idem.

<sup>۱</sup> این سازوکار همچنین هنگامی که مرتکب ممنوعیت برقراری تماس با بزه‌دیده داشته و تحت قرار محافظت بوده، یا در قالب یک جایگزین تعقیب، توافق کیفری، کنترل قضایی، محکومیت یا جایگزین مجازات باشد... یا در صورت خطر اثبات شده و قریب الوقوع قابل اجرا است. یعنی هنگامی که مرتکب خشونت در حال فرار است یا هنوز دستگیر



بنابراین برای توافق کیفری مطابق ماده ۲۱۶ قانون رسیدگی کیفری بایستی پنج شرط ذیل فراهم باشد:

۱. باید یک جرم وجود داشته باشد که هیچ تصمیم یا حکم نهایی راجع به آن صادر نشده باشد؛

۲. باید ماهیت عمل مجرمانه مستحق مجازات اصلاحی بیش از دو سال نباشد (یا یک مجازات سنگین)، و از جرایم شدید علیه تمامیت فیزیکی اشخاص نباشد؛

۳. باید جبران خسارت های بزه دیده تامین شده باشد. در مورد باقیمانده خسارت اگر به طور کامل تامین نشده باشد قاضی مدنی صالح تقسیط و حل و فصل می کند. مسئله تقصیر به محض پرداخت مبلغ معامله مشخص شده و پیش فرض انکار ناپذیر تقصیر مورد بحث نخواهد بود؛

۴. شخص مرتکب باید مبلغی را بپردازد که طی مدت معینی توسط دادستانی تعیین شده باشد. این مبلغ نمی تواند بالاتر از حداکثر جریمه مقرر در قانون باشد و باید متناسب با شدت جرم باشد؛

۵. شخص مرتکب باید در طی یک بازه زمانی مشخص هزینه های تجزیه و تحلیل یا متخصصین (در دادرسی) را تسویه کند و وی باید داوطلبانه اشیاء غیرقانونی در اختیار خود را که توسط دادستانی تعیین شده است تحویل دهد و بدین ترتیب مصادره اموال مشخص نیز انجام می شود.

در بلژیک دادستان شاهی روز، ساعت و مکان احضار متهم، بزه دیده همینطور وکلایشان و فعل مجرمانه را معین کرده و میزان پرداخت مبلغ پول

گرفته و از وی در خصوص ارائه نظر نسبت به پیشرفت تحقیقات درخواست توضیح نماید. بنابراین در بلژیک تعقیب عمومی در مورد مرتکبی که پیشنهاد توافق کیفری دادستان را می پذیرد و شرایط آن را انجام می دهد متوقف می شود. در واقع این توافق، تعقیب عمومی علیه دیگر مرتکبان، شرکا یا معاونین را متوقف نخواهد کرد. بدین معنی که یکی از مرتکبان می تواند مبلغ توافق کیفری را بپردازد و از نگرانی تعقیب عمومی و سابقه کیفری رها شود در حالی که دومی که همان اتهام علیه او وارد است اما امکان مالی کافی برای پرداخت مبلغ را نداشته باشد به میزان مجازات پیش بینی شده در قانون محکوم می شود (Troiani, op.cit, p. 25).

به علاوه خسارت های وارده بر ثالث بایستی قبل از اینکه توافق پیشنهاد شود کاملاً جبران شود. همچنین می توان توافق کیفری را در حالت دیگری پیشنهاد داد که مرتکب کتبا مسولیت مدنی برای اقدام موجب خسارت را بپذیرد و ادله ای برای جبران خسارات و اشکال چگونگی آن ارائه کند (Michiels & Falque, op.cit., p. 25). به هر ترتیب، بزه دیده می تواند درخواست این حقوق را به دادگاه مدنی صالح ارائه کند. در این صورت، پرداخت مبلغ پول توسط مرتکب یک فرض غیر قابل انکار از تقصیرش را تشکیل می دهد<sup>۱</sup>. در این مورد قانونگذار بلژیکی منافع بزه دیده را به خوبی در نظر گرفته به شکلی که شرایط اعطای توافق کیفری را اخلاقی تر می کند زیرا صرفاً مسئله ی تفکیک میان جنحه و جنایت نیست بلکه ماهیت جرم ارتكابی در نظر گرفته می شود. در مورد جرایم شدید دیوان عالی کشور بلژیک رای داد که « دادستان شاهی بایستی شدید بودن را بر اساس مفهوم ذهنی ارزیابی کند که موجب می شود اجرای آن غیرقابل پیش بینی باشد بلکه بایستی با در نظر گرفتن معیار و ارکان سازنده هر جرم و با در نظر گرفتن اوضاع و احوال خاص مربوط به هر پرونده ارزیابی کند »<sup>۲</sup>. در حقوق بلژیک

<sup>2</sup> L'Arrêt n°20/2013 du 28 février 2013 de la Cour Constitutionnelle.

<sup>1</sup> L'article 216bis al 4 du code d'instruction criminelle belge.



« الف - ارائه خدمات به بزه دیده در جهت رفع یا کاهش آثار زیان بار مادی یا معنوی ناشی از جرم با رضایت بزه دیده

ب - ترک اعتیاد از طریق مراجعه به پزشک، درمانگاه، بیمارستان و یا به هر طریق دیگر، حداکثر ظرف شش ماه

پ - خودداری از اشتغال به کار یا حرفه معین، حداکثر به مدت یک سال

ت - خودداری از رفت و آمد به محل یا مکان معین، حداکثر به مدت یک سال

ث - معرفی خود در زمان های معین به شخص یا مقامی به تعیین دادستان، حداکثر به مدت یک سال

ج - انجام دادن کار در ایام یا ساعات معین در موسسات عمومی یا عام المنفعه با تعیین دادستان، حداکثر به مدت یک سال

چ - شرکت در کلاسها یا جلسات آموزشی، فرهنگی و حرفه ای در ایام و ساعات معین حداکثر، به مدت یک سال

ح - عدم اقدام به رانندگی با وسایل نقلیه موتوری و تحویل دادن گواهینامه، حداکثر به مدت یک سال

خ - عدم حمل سلاح دارای مجوز یا استفاده از آن، حداکثر به مدت یک سال

د - عدم ارتباط و ملاقات با شرکاء جرم و بزه دیده به تعیین دادستان، برای مدت معین

ذ - ممنوعیت خروج از کشور و تحویل دادن گذرنامه با اعلام مراتب به مراجع مربوط، حداکثر به مدت شش ماه».

در مقایسه این نهاد باید گفت که تعلیق تعقیب مشابهت بسیاری با توافق کیفری دارد از این جهت که منوط به توافق متهم شده و میان متهم و مقام تعقیب توافق صورت می گیرد و متهم با اقرار و

به نفع خزانه دولت را نیز مشخص می کند<sup>۱</sup>. چنانچه با اقدام دادستان توافقی حاصل نشود، مدارک ارایه شده و صحبت های مربوط به وقایع در طول جلسات نمی تواند علیه مرتکب در یک رسیدگی کیفری، مدنی، اداری، داوری و در تمام دیگر رسیدگی ها مربوط به حل اختلاف مورد استناد قرار گیرد و به عنوان ادله حتی به عنوان اقرار غیر قانونی قابل پذیرش نخواهند بود (باباخانی و پرسته، ۱۳۹۸: ۳۲۳). توافق کیفری شامل تمام انواع جرایم با محدودیت کیفری مشخص در قانون دادرسی کیفری می شود، به ویژه سرقت ساده، نگهداری سلاح غیرمجاز، خسارات و... . فارق از میزان درآمد و شغل هر شخص این سازوکار قابل اجرا است (Fortemps de Loneux, op.cit., p. 73). « همچنین این سازوکار موجب عدم اجرای حبس کوتاه مدت و کاهش آمار بایگانی ساده پرونده می شود » (Ibid, p.74).

### ۴/۳ اوضاع و احوال اجرای تعلیق تعقیب

در حقوق ایران بر اساس ماده ۸۱ قانون آیین دادرسی کیفری، در جرائم تعزیری درجه شش، هفت و هشت که مجازات آنها قابل تعلیق است، چنانچه شاکی وجود نداشته، گذشت کرده یا خسارت وارده جبران گردیده باشد و یا با موافقت بزه دیده، ترتیب پرداخت آن در مدت مشخصی داده شود و متهم نیز فاقد سابقه محکومیت موثر کیفری باشد، دادستان می تواند پس از اخذ موافقت متهم و در صورت ضرورت با اخذ تأمین متناسب، تعقیب وی را از شش ماه تا دو سال معلق کند. کاملاً واضح است که در چنین حالتی صدور قرار تعلیق تعقیب از سوی دادگاه منوط به وجود کلیه شرایطی است که در متن ماده آمده است. در این صورت، دادستان متهم را حسب مورد، مکلف به اجرای برخی از دستورهای زیر می کند:

<sup>1</sup> L'article 216bis al 3 du code d'instruction criminelle belge.



## ۵ نتیجه گیری

این مقاله به تجزیه و تحلیل توافق کیفری به عنوان یک جایگزین تعقیب عمومی پرداخت. در واقع جایگزین های تعقیب عمومی از منظرهای گوناگونی برای نظام های حقوقی دارای اهمیت هستند. کاهش هزینه های دستگاه های حقوقی و قضایی، کاهش جمعیت کیفری زندان، پاسخ دهی سریع و مناسب در خصوص جرایم خفیف و ... جمله‌گی از مواردی هستند که توجه پژوهشگران را به خود جلب کرده و دستگاه های قضایی را متمایل به بهره گیری از آنان ساخته است. مزایایی دیگری که این سازوکار جایگزینی برای متهم دارد شامل: توقف تعقیب عمومی است که از یک فرآیند کیفری جلوگیری می کند، مانع محکومیت مرتکب و درگیر شدن وی یک رسیدگی کیفری طولانی می شود. همچنین مانع مقدمه ای بر تکرار جرم و برچسب مجرمانه می شود و همینطور در مورد تعهد به جبران خسارت توافق کیفری موجب پذیرش مسولیت مدنی به نفع بزه دیده است و در مواردی متضمن منافع مالی-اقتصادی دولت نیز می شود.

از اهداف صریح قانونگذار فرانسوی و بلژیکی برای پیش بینی این سازوکار می توان به تعدیل بار وظایف دادگاه ها و دادرها، تضمین قواعدی بر تسریع و ساده سازی که مانع سنگینی و پیچیدگی رسیدگی کیفری می شود اشاره کرد. همچنین متضمن تحول به سمت یک عدالت توافقی- قراردادی، رسیدن به یک جبران خسارت واقعی وارده بر بزه دیده و همینطور شامل منفعت اقتصادی جامعه که باعث تاثیر و فشار مالی واقعی بر مرتکب است. برای نمونه، سازوکاری همچون توافق کیفری به عنوان جایگزین های کیفری تعقیب عمومی مورد استفاده قرار می گیرند که تا حدودی رنگ و بوی مجازات و سزادهی دارد بدون آنکه به کیفر حبس متوسل شود. با اینحال صرف وجود این نهادها در متن قوانین کافی نیست، در واقع و به بیان دیگر، بهره گیری و استفاده از آن ها و گرایش نظام های کیفری به اجرای این تاسیسات در رویه قضایی است

پذیرش مجرمیت خود، نقشی فعال در تعیین سرنوشت پرونده اش می یابد. همچنین برخی از دستورهای فوق با تدابیر پیش بینی شده در توافق کیفری فرانسوی در ماده ۲-۴۱ قانون آیین دادرسی کیفری این کشور مشابه است و اهداف مشترکی را دنبال می کند.

تعلیق تعقیب در جرایم تعزیری درجه شش تا هشت ممکن است. در واقع توافق کیفری نیز بیشتر در جرایم کم اهمیت تر نمود می یابد. در ضمن، قید شرط عدم سابقه محکومیت کیفری مؤثر با هدف پیشگیری از اجرای مجازات بر مجرمانی که واجد حالت خطرناک نبوده و اصلاح پذیرند در قانون پیش بینی شده است که از این حیث نیز با توافق کیفری شباهت دارد؛ چراکه دادستان در ارائه پیشنهاد به متهمان مختار است و مسلماً احتمال طرح پیشنهاد به مجرمان سابقه دار و خطرناک کمتر است.

مقام قضایی صالح برای اجرای این نهاد می تواند متفاوت باشد. تعلیق تعقیب در دادرسی کیفری ایران بر حسب درجه تعزیری جرم به دادستان و یا قاضی محکمه سپرده شده است اما در توافق کیفری صرفاً دادستان و نمایندگان وی صالح به اجرای این نهاد اند. از طرفی قرار تعلیق تعقیب مستقیماً در دادرسی یا دادگاه پیشنهاد می شود و مرتکب جرم مهلت معینی برای پذیرش یا رد آن ندارد در حالی که در توافق کیفری وی ده روز فرصت تصمیم گیری دارد و صرفاً ناظر به مرحله دادرسی است. به علاوه اینکه دایره شمول توافق کیفری گسترده تر از تعلیق تعقیب در ایران است، به نحوی که جرایم تا ۵ سال حبس را در فرانسه شامل می شود. اما دامنه تعلیق تعقیب بسیار محدود است و صرفاً جرایم بسیار سبک را پوشش می دهد. بنابراین توافق کیفری به طور دقیق منجر به یک محاکمه یا مجازات نمی شود. این سازوکار به طور مستقیم به محرومیت از آزادی منجر نمی شود و درجه پایین تری از مجازات کیفری حبس دارد.

از یک طرف به نظر می‌رسد محدود کردن قرار تعلیق تعقیب در ایران به جرایم تا دو سال حبس رویکردی سختگیرانه و توجیه منطقی ندارد و می‌توان دامنه قانونی اجرای این سازوکار جایگزینی را در جرایم تعزیری گسترش داد. از طرفی دیگر در رویه دادستان بایستی با اعمال اصل اقتضای تعقیب به جایگزین‌های تعقیب به ویژه در جرایم خرد و متوسط به رویکردی عطف‌آمیز متوسل شود تا مقامات قضایی وقت و اولویت خود را بیشتر به جرایم سنگین و مجرمین خطرناک اختصاص دهند.

که موجب تمایز یک نظام حقوقی از دیگر نظام‌ها می‌شود.

در این مقاله روشن شد که دو قانونگذار فرانسوی و بلژیکی جرایم زیر پنج سال حبس را خرد قلمداد کرده و اساساً درخور یک رسیدگی کیفری طولانی نمی‌داند به همین دلیل نهاد مذکور را در اختیار دادستان قرار داده است که در همان مرحله دادسرا با هدف اجرای پاسخی مناسب‌تر به رفتارهای مجرمانه، پرونده حل و فصل شود. بنابراین

## منابع

- Aubert, L. (2010), *Systématisation pénale et alternatives aux poursuites en France : une politique pénale en trompe-l'œil*, Editions juridiques associées | « Droit et société »
- Babakhani, E. (2017), *Étude comparée de l'enfermement carcéral en droit Franco-Iranien*, Mémoire, L'université de Lille
- Babakhani, E., Parasteh, M. (1398), *Management of criminal population through alternatives to criminal proceedings in Iranian and Belgian law*, Encyclopedia of Criminal Population Management, (In Persian).
- Babakhani, E., Parasteh, M., Harang, J. (2017), *Evaluation of restorative justice in the police phase in the Iran and France penal system*, Amin University of Military Sciences, (In Persian).
- Bureau, A. (2005), *Etat de lieux d'un dispositif procédural atypique : La composition pénale*, Editions A. Pédone | « Archives de politique criminelle »,
- Blaise, N., Colette-Basecqz, N. (2013), *Manuel de droit pénal général*. (ed. 2). Limal
- Michiels, O., Falque, G. (2018), *Procédure pénale : Notes sommaires et provisoires*, 6ème édition, L'Université de Liège
- Fortemps de Loneux, I. (2017), *La transaction pénale comme mode d'extinction des poursuites : quelques pratiques du parquet*, Master mémoire, L'université de Liège
- Fernandez-Bertier, M., Giacometti, M. (2016), *La « reconnaissance préalable de culpabilité » ou « plaider coupable » : une révolution dans notre arsenal*

- procédural ?, Revue de droit pénal et de criminologie
- Jacobs, A. (2012), le droit belge dans le concert européen de la justice négociée, Revue internationale de droit pénal
- Jeanpierre, V. (2018), Punir hors les murs. Sanctionner autrement l'auteur d'un délit passible de cinq ans d'emprisonnement, Université Jean Moulin (Lyon 3)
- Koushki, G.H. (2010), Alternatives to Prosecution in the Criminal Procedure System of Iran and France, Law Research Quarterly, No. 29, (In Persian).
- Milburn, P., Mouhanna, C., Perrocheau, V. (2005), Controverses et compromis dans la mise en place de la composition pénale, Archives de politique criminelle, Vol.27
- Pradel, J. (2005), Le plaider coupable, confrontation des droits américain, italien et français, Revue internationale de droit comparé
- Perrocheau, V. (2010), La composition pénale et la comparution sur reconnaissance de culpabilité : quelles limites à l'omnipotence du parquet ?, Droit et société
- Saghian, M.M. (2019), Defendant's Defense Law in Alternatives to Prosecution, Doctrines of Criminal Law, Volume 16, Number 17, (In Persian).
- Troiani, G. (2015), La transaction pénale en Belgique : vers une « justice de classes » ?, Mémoire, l'Université de Louvain.

## Original Article

# Independence of the Supreme Constitutional Court of Egypt

Vahid Bakoei ketrimi<sup>1</sup> Javad Taghizadeh\*<sup>2</sup> Morteza Nejabatkhah<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Master of Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran

<sup>2</sup> Associate Professor, Department of Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran

<sup>3</sup> Associate Professor, Department of Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran



10.22080/LPS.2021.20968.1229

**Received:**

February 11, 2021

**Accepted:**

February 21, 2021

**Available online:**

November 27, 2021

**Main Subjects:**

public LAW

**Keywords:**

Independence Protect the constitution

Constitutional

supervisory Supreme

Constitutional Court

Egypt.

## Abstract

In the Arab Republic of Egypt, the Supreme Constitutional Court is established to protect the constitution. Granting this jurisdiction to the Supreme Constitutional Court, requires adequate provision of institutional independence of the Court and individual independence of the judges of this court. In a descriptive-analytical way, this paper seeks to answer the question of whether the Supreme Constitutional Court's independence has been secured. The legal measures taken to ensure the institutional independence of the Supreme Constitutional Court of Egypt are: determine the court judges by the General Board, examination of the responsibility of the court judges by the general board, the financial independence of the court and the administrative independence of the court; whereas the irremovability of judges, their long-term membership in the court, the maintenance of their jobs, the prohibition of more than one occupation and the provision of adequate salaries for judges, provides the individual independence of the Supreme Constitutional Court judges. By defining these rules in the Egyptian constitution and ordinary laws, the independence of the court is guaranteed in order to perform its duties and powers correctly and impartially.

\*Corresponding Author: Javad Taghizadeh

Address: Associate Professor, Department of Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran.

Email: jtaghizadehd@yahoo.com



## extended abstract

### 1. Introduction

The legal system of any country consists of institutions and norms within which they interact with each other and all of them are in line with the realization of the goals set forth in the constitution. The constitution shows the fundamental principles and values of a legal system, and this makes clear the need to protect its rules. Many political systems, given the importance of this issue, have an institution with titles such as; The Constitutional Court or the Constitutional Council has designated it as the constitutional protection authority. The protection of the Egyptian constitution came to the attention of the constitutional legislature in 1971, although this issue was first considered by the ordinary courts and later by the President in Decree No. 81 of 1969. The 1971 Egyptian constitution established the Supreme Constitutional Court as a court outside the hierarchical structure of ordinary courts based on the theory of "centralized oversight." The Supreme Constitutional Court is composed of a chairman and a sufficient number of vice-presidents, and its organizational structure consists of a general board and a specialized board. This court has several jurisdictions, the most important of which are basic oversight of laws and regulations, interpretation of legal texts, handling disputes over positive and negative jurisdiction between judicial authorities and institutions, and handling cases related to the enforcement of conflicting final judgments.

Giving the Supreme Constitutional Court the authority to oversee laws and regulations, which is an important and serious task, requires, on the one hand, to

ensure the independence of this court from other components of government. In other words, the sensitivity of the position of the Supreme Constitutional Court requires such independence that it enables it to perform its duties properly away from the influence of the government or other government agents. The independence of the Egyptian Constitutional Court depends on the independence of the Constitutional Court, The independence of the main judge is an integral part of the institutional independence to which it belongs. On the other hand, the system of fundamental oversight of laws and regulations requires the adoption of regulations to expand the work of the Supreme Constitutional Court; Provisions that allow the court to exercise extensive oversight of laws and regulations. By providing these two conditions, we can talk about an efficient and non-formal basic monitoring system. This article seeks to answer the question of whether the first condition for the efficiency of constitutional oversight, namely the independence of the Supreme Constitutional Court in Egyptian law, has been met. In this regard, the 2014 Constitution of Egypt and the Supreme Constitutional Court Act No. 48 of 1979 set out rules for the independence of the Supreme Constitutional Court and its judges. By examining these rules in a descriptive-analytical manner, the issue of the independence of the Supreme Constitutional Court can be assessed. It is worth mentioning that articles and writings about the Supreme Constitutional Court of Egypt have been published in Persian, Arabic and English; However, none of these scientific works, many of which are documented in this article, have addressed the issue of the independence of the Supreme Constitutional Court in a precise and comprehensive manner.

Therefore, the forthcoming article is innovative and innovative. There is no doubt that the proper provision of the Constitution and the impartial performance of the task of protecting the Constitution require the independence of the Constitutional Court, and this points to the need for research in this area. In addition, the results of the present article can be useful for similar institutions in charge of constitutional protection that fit into the centralized or European model of constitutional protection. With this explanation, first the rules for the institutional independence of the court (1) and then the rules for the individual independence of the judges of the court (2) are examined.

## 2. Method

In this research, it has been analyzed and studied through the library method.

## 3. Results

The Supreme Constitutional Court of Egypt has several powers, the most important of which is basic oversight of laws and regulations. The effectiveness of the constitutional protection system requires the provision of conditions by ordinary and ordinary legislators. One of these conditions is to ensure the independence of the institution in charge of protecting the constitution. The ordinary and ordinary legislators of Egypt, in view of the necessity of this issue, have laid down rules to ensure the institutional independence of the court and the individual independence of the judges of the Supreme Constitutional Court. The Supreme Constitutional Court of Egypt has financial independence and prepares its budget bill according to the assets available in the country. The tribunal also has administrative independence, which makes it possible to appoint its staff and

determine their duties and monitor their performance. In addition, in order to ensure the institutional independence of the Supreme Constitutional Court, it is not possible to prosecute members of the court in public courts except after the immunity of the accused member by the Supreme Constitutional Court; But disciplinary action against members of the court is within the jurisdiction of the Supreme Constitutional Court. Also, the manner in which judges are elected, according to which the general board of the court selects new judges, has added to the institutional independence of the court. In addition, the ordinary legislators have ensured the individual independence of the judges of the court, which is inseparable from its institutional independence, by anticipating certain rules, because the judges of the court are independent and irrevocable and remain members of the court until the age of seventy. This removes any worries of the main judge about dismissal or renewal of membership. Judges are also barred from holding office in the public and private sectors and in parties, and are given adequate financial rewards for living a decent life. Is dedicated to strengthening their independence and helping to improve the quality of their performance. The enactment of rules such as the rule of incompetence of a judge in litigation, the rule of refusal of a judge to dismiss a case, the rule of dismissal of a judge and the impossibility of representing or assigning judges to maintain the job position of judges also adds to the individual independence of judges. Is. Therefore, according to these rules, it must be said that one of the conditions for the efficiency of basic oversight, namely the independence of the Supreme Constitutional Court in the Egyptian legal system, has been met. Ensuring the



independence of the Constitutional Court can pave the way for the proper and impartial performance of the task of protecting the Constitution.

#### **4. Results**

1. The independence of the Constitutional Court does not necessarily lead to the adoption of non-partisan positions and the proper and fair performance of the constitutional protection of constitutional judges; Because the impartiality or partisanship of the judge is a personal and subjective matter, and it is possible that by ensuring the independence of the judge, he will continue to go beyond the circle of justice and fairness. However, rights can ensure the independence of the judge so that he or she is not pressured into taking a biased and fair stance if he or she wishes to do so.

2. The independence of the Constitutional Court does not necessarily mean that its work is democratic and that the constitutional judge protects democratic values. The democratic activity of the judiciary depends on the democratic content of the constitution and the democratic spirit of the judiciary. Many regimes that have emerged from coups and military power use democratic tools and institutions to legitimize themselves, including elections and the establishment

of an independent constitutional court. In these political systems, the independence of the Constitutional Court has nothing to do with the protection and preservation of democratic values.

#### **5. Conclusion**

It seems that it cannot be said with absolute certainty that the correct implementation of the rules of competition law will increase the volume of foreign investment, but it can be acknowledged that competition law, if implemented correctly, with The removal of involuntary secondary barriers acts as a clearing mechanism for foreign investment and only allows the entry of those investments that are truly beneficial to the investee country.

#### **Funding**

There is no financial support.

#### **Authors' contribution**

Authors contributed equally to the conceptualization and writing of the article. All of the authors approved the content of the manuscript and agreed on all aspects of the work

#### **Conflict of interest**

Authors declared no conflict of interest.

#### **Acknowledgments**

We are grateful to all the persons for scientific consulting in this paper.



## استقلال دادگاه عالی قانون اساسی مصر

وحید باکویی کتریمی<sup>۱</sup>، جواد تقی زاده<sup>۲\*</sup>، مرتضی نجابت خواه<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> کارشناس ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران  
<sup>۲</sup> دانشیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران  
<sup>۳</sup> دانشیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران



10.22080/LPS.2021.20968.1229

### چکیده

در جمهوری عربی مصر دادگاه عالی قانون اساسی به منظور صیانت از قانون اساسی تشکیل شده است. اعطای این صلاحیت به دادگاه عالی قانون اساسی تأمین مناسب استقلال نهادی دادگاه و استقلال فردی دادرسان دادگاه را اقتضا دارد. این مقاله در صدد است تا با روش توصیفی - تحلیلی به این پرسش پاسخ دهد که آیا استقلال دادگاه عالی قانون اساسی مصر تأمین شده است؟ تعیین دادرسان دادگاه توسط هیئت عمومی دادگاه، رسیدگی به مسئولیت دادرسان دادگاه توسط هیئت عمومی، استقلال مالی دادگاه و استقلال اداری دادگاه تدابیر قانونی اتخاذی برای تأمین استقلال نهادی دادگاه عالی قانون اساسی مصر می باشند. غیرقابل عزل بودن دادرسان، عضویت طولانی مدت آنها در دادگاه، حفظ موقعیت شغلی آنها، ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل و تأمین حقوق مناسب برای دادرسان، استقلال فردی دادرسان دادگاه عالی قانون اساسی را تأمین می کنند. با تعیین این قواعد توسط قانون گذاران اساسی و عادی مصر، استقلال نهاد مزبور جهت انجام درست و غیر جانبدارانه وظایف و اختیارات تأمین شده است.

تاریخ دریافت:

۲۳ بهمن ۱۳۹۹

تاریخ پذیرش:

۰۳ اسفند ۱۳۹۹

تاریخ انتشار:

۰۶ آذر ۱۴۰۰

موضوعات:

حقوق عمومی

کلیدواژه ها:

استقلال صیانت از قانون

اساسی نظارت اساسی دادگاه

عالی قانون اساسی مصر

\* نویسنده مسئول: جواد تقی زاده

ایمیل: jtaghizadehd@yahoo.com

آدرس: دانشیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران



## ۱ مقدمه

اعطای صلاحیت نظارت اساسی بر قوانین و مقررات به دادگاه عالی قانون اساسی که وظیفه‌ای مهم و خطیر است، از یک سوی، تأمین استقلال این دادگاه را در مقابل دیگر اجزای حکومت اقتضا می‌کند. به عبارت دیگر، حساسیت موقعیت دادگاه عالی قانون اساسی آن‌چنان استقلالی را می‌طلبد که آن را به انجام درست وظایف خود به دور از نفوذ حکومت یا دیگر کارگزاران دولت قادر کند. استقلال نهاد دادرسی اساسی مصر، به استقلال دادرسی اساسی منوط است یعنی؛ استقلال دادرسی اساسی جزء جدایی‌ناپذیر از استقلال نهادی است که به آن متعلق است. از دیگر سوی، نظام نظارت اساسی بر قوانین و مقررات تصویب مقرراتی را برای توسعه فعالیت دادگاه عالی قانون اساسی اقتضا می‌کند؛ مقرراتی که به دادگاه اجازه دهند تا نظارت اساسی بر قوانین و مقررات را به‌طور گسترده اعمال کند. با فراهم آمدن این دو شرط می‌توان از نظام نظارت اساسی کارآمد و غیرصوری سخن گفت (عزیز، ۲۰۱۲، ۹). این مقاله درصدد پاسخ به این پرسش است که آیا شرط اول کارآمدی نظارت اساسی یعنی استقلال دادگاه عالی قانون اساسی در حقوق مصر تأمین شده است؟ در این باره، قانون اساسی سال ۲۰۱۴ مصر و قانون دادگاه عالی قانون اساسی به شماره ۴۸ سال ۱۹۷۹ قواعدی را برای استقلال نهاد دادگاه عالی قانون اساسی و دادرسان آن پیش‌بینی کرده‌اند. با بررسی این قواعد به روش توصیفی - تحلیلی می‌توان مسئله استقلال دادگاه عالی قانون اساسی را ارزیابی کرد. شایان ذکر است که درباره‌ی دادگاه عالی قانون اساسی مصر مقالات و کتبی به زبان‌های فارسی، عربی و انگلیسی منتشر شده‌اند؛ ولی هیچ‌یک از این آثار علمی که بسیاری از آنها

نظام حقوقی هر کشور، متشکل از نهادها و هنجارهایی است که در درون آن نظام با یکدیگر در تعامل هستند و همگی در راستای تحقق اهداف مندرج در قانون اساسی قرار دارند. قانون اساسی، مبین اصول و ارزش‌های بنیادین یک نظام حقوقی است و همین امر، ضرورت پاسداشت مقررات آن را هویدا می‌سازد (منصوریان و اخوان فرد، ۱۳۹۲: ۷۴). بسیاری از نظام‌های سیاسی با توجه به اهمیت این مسئله، نهادی را با عناوینی مانند؛ دادگاه قانون اساسی یا شورای قانون اساسی به عنوان مرجع صیانت از قانون اساسی تعیین کرده‌اند. صیانت از قانون اساسی مصر، در سال ۱۹۷۱ مورد توجه قانون‌گذار اساسی قرار گرفت، اگرچه این مسئله پیشتر مورد توجه محاکم عادی و بعدها، مورد توجه رئیس‌جمهور در مصوبه‌ی قانونی شماره‌ی ۸۱ سال ۱۹۶۹ قرار گرفت. قانون اساسی سال ۱۹۷۱ مصر، دادگاه عالی قانون اساسی را به‌عنوان دادگاهی خارج از ساختار سلسله‌مراتبی دادگاه‌های عادی و مبتنی بر نظریه‌ی «تمرکز نظارت اساسی» ایجاد کرد. دادگاه عالی قانون اساسی، از یک رئیس و تعداد کافی نایب‌رئیس تشکیل شده است<sup>۱</sup> و تشکیلات سازمانی آن مرکب از هیات عمومی و هیات تخصصی است<sup>۲</sup>. این دادگاه، صلاحیت‌های متعددی را بر عهده دارد که نظارت اساسی بر قوانین و مقررات، تفسیر متون قانونی، رسیدگی به اختلاف در صلاحیت ایجابی و سلبی میان مراجع و نهادهای قضایی و رسیدگی به دعاوی مربوط به اجرای احکام قطعی متعارض مهم‌ترین آنها هستند.

۱. ماده ۱۹۳ قانون اساسی سال ۲۰۱۴ به این موضوع اشاره دارد.

۲. ترکیب اعضای هیات عمومی و هیات تخصصی دادگاه بدین صورت است که هیات عمومی طبق ماده ۷ قانون دادگاه عالی قانون اساسی متشکل از تمام دادرسان دادگاه است در حالی که هیات تخصصی طبق ماده ۱۹۳ قانون اساسی و ماده ۲۱ قانون دادگاه عالی قانون اساسی متشکل از یک رئیس و تعداد کافی مستشار و کمک مستشار است. بنا بر نص صریح قانونی مزبور، اعضای هیات تخصصی دادرسی نیستند؛ بلکه مستشار هستند و طبق ماده ۲۲ قانون دادگاه عالی قانون اساسی،

مستشاران و کمک مستشاران هیات تخصصی باید از شرایط تعیین‌شده در قانون قوه‌ی قضاییه برای انتصاب مستشاران دادگاه‌های تجدیدنظر و رؤسای دادگاه‌های بدوی بر حسب مورد برخوردار باشند. راجع به صلاحیت هیات تخصصی باید گفت که این هیات رسیدگی اولیه را در خصوص دعاوی و درخواست‌های تقدیم شده به دادگاه عالی قانون اساسی انجام می‌دهد و بعد از اتمام مقدمات رسیدگی، پرونده‌ها را همراه با نظر خود درباره‌ی آن‌ها به دادرسان دادگاه برای تصمیم‌نهایی تقدیم می‌کند.

متون خود پیش‌بینی نکرده‌اند و تعیین این موضوع را به قانون عادی واگذار کرده‌بودند. نکته‌ی قابل توجه این است که قانون اساسی سال ۲۰۱۴ روش تعیین دادرسان دادگاه عالی قانون اساسی را اصلاح کرده است؛ اصلاحی که پیشتر در مصوبه‌ی قانونی شماره ۴۸ سال ۲۰۱۱ شورای عالی نیروهای مسلح راجع به بازنگری برخی از احکام قانون دادگاه عالی قانون اساسی پیش‌بینی شده بود. در واقع، باید گفت که قانون اساسی سال ۲۰۱۴ اصلاحیه‌ی شورای مذکور در خصوص روش تعیین دادرسان را مقرر و تأیید کرده است. تا پیش از آن اصلاحیه، فرایند تعیین اعضای دادگاه به این صورت بود که رئیس دادگاه با فرمان ویژه ریاست‌جمهوری به این سمت منصوب می‌شد<sup>۱</sup> و معمولاً گزینش وی از میان اعضای قدیمی دادگاه صورت می‌گرفت که برای اقتدار اخلاقی وی در میان سایر اعضا امتیازی بود (عبدالوهاب، ۱۳۸۳: ۲۹۴). سایر اعضای دادگاه نیز توسط رئیس‌جمهور به این سمت منصوب می‌شدند ولی دو شرط در این مورد می‌بایست رعایت گردد: ۱. رئیس‌جمهور در این باره باید با شورای عالی قضایی مشورت می‌کرد. ۲. هر عضو از میان دو نامزد یعنی؛ نامزد هیات عمومی دادگاه و نامزد رئیس دادگاه برگزیده می‌شد. ۲. البته در عمل، نامزدهای رئیس دادگاه و هیات عمومی دادگاه، همیشه تا سال ۲۰۰۱ یکسان بودند و در نتیجه، دادگاه عالی قانون اساسی برای بیش از بیست سال به‌عنوان یک نهاد خود-کنترل‌شده و خود-تجدیدکننده به روشی فعالیت می‌کرد که تعداد معدودی از دادگاه‌های دیگر در جهان به کار می‌گیرند (Moustafa, 2009, 78-79).

اما حسنی مبارک رئیس‌جمهور وقت در سال ۲۰۰۱، به‌منظور محدود کردن افزایش فعالیت نهاد دادرسی اساسی و در واقع، با هدف از بین بردن قضاوت‌های جسورانه<sup>۳</sup> شیوه‌ی نصب قدیمی‌ترین دادرسان به‌عنوان رئیس دادگاه را کنار گذاشت و در عوض، در

مستند این مقاله قرار گرفته‌اند به موضوع استقلال دادگاه عالی قانون اساسی به صورت دقیق و جامع ورود نکرده‌اند. از این رو، مقاله‌ی پیش رو بدیع و دارای نوآوری است. تردیدی وجود ندارد که تأمین مناسب قانون اساسی و انجام غیرجانبدارانه وظیفه‌ی صیانت از قانون اساسی، به استقلال دادگاه قانون اساسی نیازمند است و این نکته، ضرورت تحقیق در این حوزه را نمایان می‌کند. به علاوه، نتایج مقاله‌ی حاضر می‌تواند برای نهادهای مشابه متصدی صیانت از قانون اساسی که در الگوی متمرکز یا اروپایی صیانت از قانون اساسی جای می‌گیرند، نیز مفید باشد. با این توضیح، ابتدا قواعد مقرر برای استقلال نهادی دادگاه (۱) و سپس قواعد مقرر برای استقلال فردی دادرسان دادگاه (۲) بررسی می‌شوند.

## ۲ قواعد مقرر برای استقلال نهادی دادگاه

استقلال نهادی، مرجع دادرسی اساسی را به‌عنوان یک جزء مستقل و برابر با دیگر ارکان حکومت توصیف می‌کند. قانون‌گذاران اساسی و عادی مصر برای تضمین استقلال نهادی دادگاه عالی قانون اساسی قواعدی را پیش‌بینی کرده‌اند که با عناوین تعیین دادرسان دادگاه توسط هیات عمومی، رسیدگی به مسئولیت دادرسان دادگاه توسط هیات عمومی، استقلال مالی دادگاه و استقلال اداری دادگاه ارائه می‌شوند.

### ۲٫۱ تعیین دادرسان دادگاه توسط هیات عمومی

قانون اساسی مصوب ۲۰۱۴ اولین قانون اساسی مصر است که نحوه‌ی تعیین دادرسان دادگاه عالی قانون اساسی را در متن خود تعیین کرده است؛ زیرا تا پیش از تصویب این قانون هیچ‌یک از قوانین اساسی سال‌های ۱۹۷۱ و ۲۰۱۲ چنین موضوعی را در

۱. ماده ۵ قانون دادگاه عالی قانون اساسی پیش از بازنگری.  
۲. لازم به ذکر است که در تشکیل اولیه دادگاه عالی قانون اساسی نیز رئیس و اعضای دادگاه، منصوبین ریاست‌جمهوری بودند و در رابطه با  
۳. نهاد مزبور در طول دهه ۱۹۹۰ به‌منظور کاهش اقتدار قوه‌ی مجریه تعداد زیادی از قوانین را مغایر قانون اساسی اعلام کرده بود.

۱. ماده ۵ قانون دادگاه عالی قانون اساسی پیش از بازنگری.  
۲. لازم به ذکر است که در تشکیل اولیه دادگاه عالی قانون اساسی نیز رئیس و اعضای دادگاه، منصوبین ریاست‌جمهوری بودند و در رابطه با



دادگاه داده شود.<sup>۲</sup> تأیید هیات عمومی در تعیین دادرسان به این معناست که رئیس و نایب رئیس دادگاه ابتدا باید توسط هیات عمومی تعیین شوند و پس از آن رئیس‌جمهور فرمان انتصاب آن‌ها را صادر کند (Aziz, 2013, 54).<sup>۳</sup>

ماده ۱۹۳ قانون اساسی مصوب ۲۰۱۴ نیز همین روش تعیین دادرسان را مقرر و تأیید کرده است. مطابق این ماده هیات عمومی دادگاه عالی قانون اساسی رئیس دادگاه را از میان سه نایب‌رئیس ارشد دادگاه انتخاب می‌کند. این هیات همچنین نایب‌رئیسان دادگاه را انتخاب می‌کند. رئیس و نایب رئیسان دادگاه در نهایت با فرمان رئیس‌جمهوری منصوب می‌شوند. نکته‌ای که باید به آن اشاره کرد این است که هیات عمومی دادگاه متشکل از خود دادرسان دادگاه است.<sup>۴</sup> پس مفهوم ماده این است که دادرسان دادگاه عالی قانون اساسی رئیس و نایب‌رئیسان را تعیین می‌کنند بدون این‌که مشارکت مقام یا مرجع دیگری در فرایند تعیین آن‌ها وجود داشته باشد؛ زیرا هرچند فرمان انتصاب آن‌ها از سوی رئیس‌جمهور صادر می‌شود. ولی رئیس‌جمهور حق ردّ انتخاب‌شدگان هیات عمومی دادگاه را ندارد و صدور فرمان انتصاب از سوی او صرفاً جنبه‌ی تشریفاتی دارد (عوف، ۲۰۱۳).<sup>۵</sup> این اختیار وسیع اعطا

مجموعه‌ای از اقدامات نمادین که به تدریج استقلال دادگاه را کاهش داد، دادرسان دادگاه را متقاعد کرد که نامزدهایی را معرفی کنند که متنوع باشند و همچنین کم‌تر به مخالفت با نظام گرایش داشته باشند (Brown, 2013, 3-4). در این سال، نیمی از دادرسان دادگاه عالی قانون اساسی با چنین روشی منصوب شدند که به روش «court-packing»<sup>۱</sup> مشهور است (Haimerl, 2014, 15). عده‌ای معتقد بودند که دادگاه عالی قانون اساسی با این ترکیب جدید به یک نهاد اساساً مشروعیت‌بخش به اقدامات رژیم تبدیل گردید (Lombardi, 2009):

پس از اصلاحیه‌ی شورای عالی نیروهای مسلح، روش تعیین دادرسان به شیوه‌ای تغییر یافت که به استقلال بیشتر دادگاه منجر شده است؛ به این صورت که رئیس دادگاه با فرمان ریاست‌جمهوری و از میان سه نایب‌رئیس ارشد دادگاه بعد از تأیید هیات عمومی دادگاه به این سمت منصوب می‌شود. نایب‌رئیس دادگاه نیز با فرمان ریاست‌جمهوری بعد از تأیید هیات عمومی دادگاه به این سمت منصوب می‌شود و حداقل دوسوم نایب‌رئیسان دادگاه باید از میان اعضای نهادهای قضایی باشند، مشروط به این‌که اولویت در انتصاب به اعضای هیات تخصصی

(<http://www.american-historama.org/1929-1945-depression-ww2-era/court-packing-plan.htm>). با این اوصاف، می‌توان گفت که روش «court-packing» به معنای تأثیر گذاشتن روی ترکیب دادرسان دادگاه است.

<sup>۲</sup> ماده ۵ قانون دادگاه عالی قانون اساسی پس از بازنگری.

<sup>۳</sup> لازم به ذکر است که در ماه می سال ۲۰۱۲، مجلس مردم درصد برآمد که قانون دادگاه را اصلاح کند. یکی از موارد اصلاحیه این بود که رئیس دادرسان بدون ورود هیات عمومی دادگاه منصوب شود؛ ولی با انحلال مجلس در پی اعلام مغایرت قانون انتخابات آن با اعلامیه‌ی اساسی ۳۰ مارس ۲۰۱۱ و مغایرت ترکیب آن با اعلامیه‌ی اساسی توسط دادگاه عالی قانون اساسی نتیجه‌ای به دنبال نداشت (Brown, 2012, in <http://carnegieendowment.org/2012/06/19/egyptian-political-system-in-disarray/c073>).

<sup>۴</sup> ماده ۷ قانون دادگاه عالی قانون اساسی.

<sup>۵</sup> در انتصابات دادگاه عالی قانون اساسی در سال ۲۰۱۶ هیات عمومی نایب‌رئیس اول دادگاه (مستشار عبدالوهاب عبدالرزاق)

<sup>۱</sup> طرح «court-packing» نام مستعاری بود که به وسیله‌ی روزنامه‌نگاران به لایحه‌ی اصلاح آیین دادرسی قضایی ۱۹۳۷ آمریکا که توسط رئیس‌جمهور فرانکلین روزولت، به‌منظور افزایش دادرسان دیوان عالی ایالات متحده‌ی آمریکا از ۹ به ۱۵ دادرس پیشنهاد شده بود، داده شده است. دیوان عالی، قانون ملی بازیابی صنعتی ۱۹۳۳ و قانون تنظیم کشاورزی را مغایر با قانون اساسی اعلام کرده بود و قانون واگنر و قانون امنیت اجتماعی نیز تصمیمات معلق بودند. روزولت معتقد بود که دیوان عضوی از حزب محافظه‌کار است و تقریباً تمام برنامه‌های اصلی قرارداد جدید که برای مبارزه با رکود بزرگ ارائه داده بود را ضربه خواهد زد. درباره‌ی طرح «court-packing» ادعا می‌شد که به‌منظور افزایش کارایی دیوان است؛ اما در واقع روزولت می‌خواست که از آن طرح برای انتصاب دادرسانی استفاده کند که برنامه‌های قرارداد جدید دولت او را متوقف نکنند. اقدامات روزولت دیوان عالی را به عقب‌نشینی مجبور کرد؛ اما در نهایت این طرح بحث‌برانگیز از طریق عدم حمایت از هزینه کردن سرمایه‌ی سیاسی قابل توجه روزولت در عمل شکست خورد

یا اقامه ی دعوی کیفری علیه او در مورد جنحه یا جنایت جز با کسب اجازه از هیات عمومی و بنا به درخواست دادستان کل مجاز نیست.<sup>۳</sup> هیات عمومی می تواند به تشخیص خود یا به تقاضای وزیر دادگستری، دادستان کل یا رئیس دادگاه رسیدگی کننده به انفصال دادرس از خدمت در طول تشریفات تحقیق یا محاکمه درباره ی جرم ارتكابی حکم کند. انفصال از خدمت، محرومیت دادرس از حقوق را به دنبال ندارد؛ اما هیات عمومی می تواند دادرس را از نصف حقوق محروم نماید و در هر زمان نیز می تواند درباره ی حکم انفصال و محرومیت از حقوق او تجدیدنظر کند.<sup>۴</sup>

### ۲٫۳ استقلال مالی دادگاه

استقلال مالی نهاد دادرسی اساسی عمدتاً در قواعد حاکم بر فرآیند تهیه و تنظیم و اجرای بودجه و امور مالی آن نهاد تجلی می یابد. قواعد مزبور باید به گونه ای باشد که از سلطه ی سیاسی و اداری سایر ارکان حکومت بر نهاد دادرسی اساسی و کارکرد مستقل آن جلوگیری کند. استقلال یادشده از مهم ترین تضمین هایی است که استقلال اعضای نهاد دادرسی اساسی را نیز تضمین می کند و این استقلال به دادگاه آزادی عمل قانونی می دهد. بر این اساس، اگر اموال کافی و متناسب با نیازهای نهاد دادرسی اساسی از طریق بودجه ی سالانه مربوط به آن در اختیار آن نهاد قرار نگیرد؛ قدرت نهاد مزبور در اتخاذ تصمیمات و اجرای برنامه هایش محدود و وابسته به موافقت سایر نهادهای حکومت خواهد شد، به طوری که ممکن است بر قدرت آن نهاد در

استعفای رئیس جمهور به هیات عمومی دادگاه عالی قانون اساسی در صورت عدم وجود مجلس نمایندگان (ماده ۱۵۸) و جانشین شدن هیات عمومی دادگاه عالی قانون اساسی و رئیس دادگاه به جای مجلس نمایندگان و رئیس آن در صورت عدم وجود آن مجلس در دوره ی کفالت ریاست جمهوری (ماده ۱۶۰) از جمله این اختیارات است.

۲. ماده ۹۵ قانون قوه قضاییه.

۳. ماده ۹۶ قانون قوه قضاییه.

۴. ماده ۹۷ قانون قوه قضاییه.

شده به هیات عمومی دادگاه عالی قانون اساسی،<sup>۱</sup> در اصل، اقتدار دادگاه را تثبیت می کند و آن را در جدایی کامل از قوای مقننه و مجریه قرار می دهد.

### ۲٫۲ رسیدگی به مسئولیت دادرسان دادگاه توسط هیات عمومی

هیات عمومی دادگاه از تمام دادرسان دادگاه تشکیل می شود. این بخش از تشکیلات سازمانی دادگاه علاوه بر صلاحیتی که در حوزه ی فرایند انتخاب اعضا (رئیس و نواب رئیس) دارد، صلاحیت های دیگری را نیز به موجب قانون دادگاه عالی قانون اساسی مصوب ۱۹۷۹ بر عهده دارد. طبق ماده ی ۲۰ قانون دادگاه عالی قانون اساسی، «هیئت عمومی دادگاه صلاحیت های کمیته تصریح شده در مواد ۹۵ و ۹۶ قانون قوه ی قضاییه و صلاحیت های هیات انتظامی تصریح شده در ماده ۹۷ آن قانون را بر عهده می گیرد...». بر اساس مواد مذکور، هیئت عمومی دادگاه عالی قانون اساسی بنا به درخواست دادستان کل، دادگاهی را که صلاحیت رسیدگی به جرایم ارتكابی (جنحه یا جنایت) دادرسان دادگاه را دارد، هر چند جرایم نامرتب با وظایف شان باشد، تعیین می کند.<sup>۲</sup> در غیر جرایم مشهود، دستگیری دادرس و بازداشت موقت او جز با کسب اجازه از هیات عمومی مجاز نیست؛ اما در جرایم مشهود، دادستان کل باید دستگیری دادرس و بازداشت او را ظرف ۲۴ ساعت به هیات عمومی گزارش دهد و هیات می تواند درباره ی ادامه بازداشت یا آزادی به قید وثیقه یا بدون وثیقه وی تصمیم گیری کند. در صورت اتخاذ تصمیم مبنی بر بازداشت دادرس، هیات عمومی مدت آن را تعیین می کند. تحقیق از دادرس

را به عنوان رئیس دادگاه برگزید و رئیس هیات تخصصی (مستشار عبدالعزیز سالم) را به عنوان نایب رئیس انتخاب کرد و رئیس جمهور، عبدالفتاح السیسی، فرمان انتصاب آن ها را صادر کرد [www.youm7.com/story/2016/6/4](http://www.youm7.com/story/2016/6/4) -تعرف-علی-تاریخ-المستشار-عبد-الوهاب-عبد-الرازق-رئیس-المحكمة/2748595.<sup>۱</sup> اختیارات دیگری نیز برای هیات عمومی دادگاه عالی قانون اساسی مصر در قانون اساسی پیش بینی شده است. سوگند رئیس جمهوری در برابر هیات عمومی دادگاه عالی قانون اساسی در صورت عدم وجود مجلس نمایندگان (ماده ۱۴۴)، تقدیم



## ۲٫۴ استقلال اداری دادگاه

استقلال اداری نهاد دادرسی اساسی به معنای استقلال این نهاد از قوه ی مجریه در تنظیم امور اداری خود یعنی؛ انتخاب کارمندان، تعیین وظایف و نظارت بر عملکردشان است و این سازوکار از تضمین های مهمی است که در استحکام استقلال نهادی محاکم اساسی و ثبات آن نقش دارد. قانون‌گذار عادی مصر نیز از پیش‌بینی چنین سازوکاری در قانون مربوط به دادگاه عالی قانون اساسی غفلت نکرده و آن را به نحو مناسب برای تضمین استقلال نهادی دادگاه مقرر داشته است. طبق ماده ۵۷ این قانون، «دادگاه یک دبیر کل و تعداد کافی کارکنان دارد و رئیس دادگاه در ارتباط با آن‌ها از اختیارات تعیین‌شده وزیر و معاون وزیر در قوانین و آیین‌نامه‌ها برخوردار است». با تصمیم رئیس دادگاه نیز کمیته ی امور کارکنان مرکب از دو نفر از اعضای دادگاه و دبیر کل تشکیل می‌شود. این کمیته از صلاحیت پیشنهاد هر آنچه که به امور کارکنان اعم از انتصاب، اعطای پاداش، ترفیع و انتقال مربوط است، برخوردار است. رئیس دادگاه بعد از اخذ نظر کمیته ی مزبور طی تصمیمی معیارهای ترفیع کارکنان را وضع می‌کند.<sup>۲</sup> واضح است که قانون‌گذار مصر اختیارات وزیر و معاون وزیر را به رئیس دادگاه داده است به طوری که برای او امکان صدور آیین‌نامه‌ها و تصمیمات اداری جهت تنظیم فعالیت‌های کارکنان در مورد هر آنچه به امور اداری آن‌ها مربوط است، وجود داشته باشد.

رسیدگی به مسئولیت انتظامی کارکنان دادگاه به کمیته‌ای مرکب از ۳ نفر از اعضای دادگاه محول شده است که توسط هیات عمومی به‌طور سالانه انتخاب می‌شوند. تصمیم ارجاع موضوع به این کمیته از سوی رئیس دادگاه اتخاذ می‌شود. احکام کمیته ی مزبور، قطعی و غیرقابل اعتراض است.<sup>۳</sup> همان‌طور که ملاحظه می‌شود، نظارت بر عملکرد کارکنان

اعمال فعالیت‌های عالی‌هش تأثیر بگذارد (الشاهد، ۲۰۱۶).

ماده ۱۹۱ قانون اساسی سال ۲۰۱۴ مصر سازوکار زیر را برای تضمین استقلال نهادی دادگاه عالی قانون اساسی شناسایی کرده است. طبق این ماده «... دادگاه دارای بودجه مستقلی است و مجلس نمایندگان آن را با تمام جزئیاتش بررسی می‌کند و پس از تصویب به‌صورت یک رقم واحد در بودجه ی عمومی دولت درج می‌کند...». این سازوکار پیش از تصویب قانون اساسی مذکور، در ماده ۵۶ قانون عادی دادگاه مقرر شده و در واقع مقنن اساسی بر آن تأکید کرده است. طبق ماده ی مذکور، رئیس دادگاه لایحه ی بودجه را جهت تقدیم آن به مرجع صالح، پس از بررسی و تأیید آن از سوی هیات عمومی دادگاه تهیه می‌کند. در خصوص اجرای بودجه ی دادگاه، هیات عمومی اختیارات اعطا شده به وزیر دارایی در قوانین و آیین‌نامه‌ها و رئیس دادگاه اختیارات اعطا شده به وزیر توسعه ی اداری و رئیس اداره ی مرکزی سازماندهی و مدیریت را بر عهده می‌گیرند.<sup>۱</sup> همچنین، ماده ی مذکور مقرر می‌دارد که احکام قانون بودجه ی عمومی کشور در صورت عدم ذکر حکم دیگری در قانون دادگاه، به بودجه ی دادگاه و ترازنامه ی مالی آن تسری می‌یابد. به این ترتیب، می‌توان گفت که اقدام قانون‌گذار اساسی و عادی به مقرر کردن بودجه ی مستقل برای دادگاه عالی قانون اساسی که تهیه ی آن را رئیس دادگاه بر اساس نیازهای مالی سالانه دادگاه بر عهده می‌گیرد، قابل تحسین است. بدون شک این اقدام به دادگاه آزادی و سرعت عمل برای جبران مناسب نیازهایش را می‌دهد و اقدامی غیر از این، زمینه ی اعمال فشار قوه ی مجریه بر دادگاه از طریق عدم موافقت با درخواست‌ها یا کاهش اعتبارات دادگاه را به‌بار می‌آورد.

<sup>۲</sup>. ماده ۵۸ قانون دادگاه عالی قانون اساسی.

<sup>۳</sup>. ماده ۵۹ قانون دادگاه عالی قانون اساسی.

<sup>۱</sup>. اختیارات مزبور در قانون بودجه عمومی کشور به شماره ۵۳ سال ۱۹۷۳ و آیین‌نامه اجرایی قانون مذکور به شماره ۳۲۳ سال ۱۹۸۳ تعیین شده است.

قانون اساسی و در قوانین عادی اهمیت زیادی دارد. ماده ۱۸۶ قانون اساسی مصر این قاعده را به شرح زیر برای دادرسان به طور عام مقرر کرده است: «ادارسان مستقل و غیرقابل عزل می باشند و تحت تسلط هیچ مرجع یا اقتداری غیر از قانون نیستند». قانون گذار اساسی مصر در ماده ۱۹۴ قانون اساسی تسری این قاعده به دادرسان دادگاه عالی قانون اساسی را به طور خاص تعیین کرده است. این ماده مقرر می دارد: «رئیس و نایب رئیسان دادگاه عالی قانون اساسی... مستقل و غیرقابل عزل می باشند و تحت تسلط هیچ مرجع یا اقتداری جز قانون نیستند...». قانون گذار عادی نیز به این قاعده در ماده ۱۱ قانون دادگاه تصریح کرده و مقرر داشته است که رئیس و نایب رئیسان دادگاه غیرقابل عزل می باشند و به پست دیگری مگر با رضایتشان منتقل نمی شوند. حقوقدانان اهمیت این قاعده را به عنوان تضمین مهمی برای بی طرفی اعضای دادگاه و استقلال آن ها در اعمال وظایفشان و نیز تضمینی برای تأکید بر استقلال قوه ی قضاییه از قوای مقننه و مجریه می دانند (الوحیدی، ۲۰۰۴، ۸۰)؛ اما در این خصوص که به عدم قابلیت عزل دادرسان باید به عنوان یک اصل مطلق توجه کرد یا خیر، بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد. برخی از حقوقدانان معتقدند که قانون گذار مصری قاعده ی مزبور را به عنوان یک اصل مطلق وضع کرده است؛ زیرا هیچ استثنایی برای آن پیش بینی نکرده است (قنديل، ۲۰۰۹، ۷۱). استثنای بر اصل غیرقابل عزل بودن دادرسان در نظام حقوقی برخی از کشورها به صراحت پیش بینی شده است. برای مثال، در نظام ایالات متحده آمریکا، دادرسان دیوان عالی در صورتی که مرتکب خیانت، ارتشاء یا هر جرم و جنحه ی بزرگ دیگری شوند، در قالب تعقیب و محاکمه از سمت خود عزل خواهند شد.<sup>۴</sup> در مقابل، گروهی دیگر از حقوقدانان معتقدند آنچه که قانون گذار

دادگاه به عنوان یکی از عناصر استقلال اداری نیز در صلاحیت خود دادگاه است و قوه ی مجریه هیچ کنترلی بر امور اداری دادگاه ندارد. به علاوه، قانون گذار در ماده ۶۰ قانون این دادگاه، تسری احکام کارکنان دولتی<sup>۱</sup> بر کارکنان دادگاه را مشروط به عدم ذکر حکم دیگر در قانون دادگاه یا در قانون قوه ی قضاییه نسبت به کارکنان دیوان تمیز<sup>۲</sup> کرده است. به این ترتیب، می توان گفت که استقلال اداری دادگاه به عنوان یکی از سازوکارهای تضمین استقلال نهادی دادگاه به نحو مناسب رعایت شده است.

### ۳ قواعد مقرر برای استقلال فردی دادرسان دادگاه

استقلال نهاد دادرسی اساسی نه تنها مستلزم استقلال نهادی دادگاه قانون اساسی، بلکه نیازمند استقلال فردی دادرسان اساسی نیز است. دادرسان اساسی، نگهبانان اصلی قانون اساسی می باشند و تضمین حقوق و آزادی های بنیادین نیز اصولاً باید یکی از دغدغه های اصلی آن ها را تشکیل دهد. به این ترتیب برای ایفای وظایف خطیر خویش، دادرسان اساسی باید استقلال، امنیت و فراغ خاطر داشته باشند و نگران تغییر شغل، تزلزل مقام و تعقیب خود نباشند. قوانین مصر نیز با توجه به ضرورت استقلال دادرسان دادگاه عالی قانون اساسی، قواعدی را برای تضمین آن پیش بینی کرده است. مهم ترین این قواعد عبارت اند از: عدم قابلیت عزل دادرسان، عضویت طولانی مدت دادرسان، حفظ موقعیت شغلی دادرسان، ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل و تأمین حقوق مناسب برای دادرسان.<sup>۳</sup>

#### ۳٫۱ عدم قابلیت عزل دادرسان

قاعده ی عدم قابلیت عزل دادرسان محاکم به طور عام و اعضای دادگاه عالی قانون اساسی به طور خاص از مهم ترین تضمین هایی است که پیش بینی آن در

<sup>۳</sup>. لازم به ذکر است که این دسته قواعد طبق ماده ۱۹۴ قانون اساسی و ماده ۲۴ قانون دادگاه نسبت به اعضای هیئت تخصصی دادگاه نیز تسری می یابد.  
<sup>۴</sup>. ماده ۲ قانون اساسی ایالات متحده آمریکا.

<sup>۱</sup>. مصرح در قانون مشاغل دولتی به شماره ۸۱ سال ۲۰۱۶.  
<sup>۲</sup>. باب پنجم قانون مزبور به این موضوع اشاره دارد.



همانند مستشاران دیوان تمیز و در واقع، همانند تمام دادرسان عادی است؛ زیرا قانون‌گذار عادی در این خصوص حکم عامی را وضع کرده و در ماده ۶۹ قانون قوه ی قضاییه مقرر داشته است: «... کسی که عمرش از هفتاد سالگی تجاوز کرده باشد نمی‌تواند در منصب قضا باقی بماند یا به‌عنوان دادرس منصوب شود...». لازم به ذکر است که در ابتدا دادرسان در سن ۶۰ سالگی بازنشسته می‌شدند؛ ولی با اصلاحات سال‌های ۱۹۹۳، ۲۰۰۲، ۲۰۰۳ و ۲۰۰۷ در قانون قوه ی قضاییه سن بازنشستگی دادرسان به ترتیب به ۶۴، ۶۶، ۶۸ و ۷۰ سالگی افزایش یافت. از این‌رو، دادرسان دادگاه عالی قانون اساسی تا ۷۰ سالگی در سمت خویش باقی می‌مانند و مدت‌زمان عضویت آنها متنوع است. در واقع، دادگاه عالی قانون اساسی هیچ‌وقت به‌صورت کلی تجدید نمی‌شود و فقط تجدید جزئی و آن‌هم به‌صورت غیرمنظم انجام می‌شود.

بدیهی است که طولانی بودن مدت عضویت در دادگاه عالی قانون اساسی زمینه ی امنیت خاطر و استقلال را برای دادرسان فراهم می‌کند؛ زیرا عزل آن‌ها جز در شرایط استثنایی و آن هم توسط خود دادگاه ممکن نیست. همین موضوع دادگاه را از فشارهای بیرونی در امان نگه می‌دارد؛ اما دارای این ایراد است که سالمندی اعضا ممکن است دادگاه را از تحولات زمانه و مقتضیات روز دور نماید و آن را دچار رکود کند. به عبارت دیگر، اگرچه عضویت طولانی مدت در دادگاه عالی قانون اساسی از یک سوی دارای مزیت مصونیت‌آفرینی است، اما از دیگر سوی ممکن است که با نقص تحول‌گریزی همراه باشد (نک. فاورو، ۱۳۹۳، ۱۵۴). به نظر می‌رسد که قانون‌گذار مصری این نقص را به‌نوعی جبران کرده است، زیرا هیات عمومی دادگاه با توجه به امتیاز قضایی که در حوزه تعداد اعضای دادگاه به دست آورده است، می‌تواند با افزایش تعداد اعضا و انتخاب دادرسان جدید این نقص را جبران کند. طولانی بودن دوره ی عضویت در دادگاه، همانند مادام‌العمر بودن

مصری درباره ی عدم قابلیت عزل دادرسان تصریح کرده است، قاعده‌ای است که اطلاق ندارد؛ زیرا قانون عزل اعضای نهاد قضایی را به‌عنوان عزل تأدیبی در صورت ارتکاب تخلف و تقصیر شغلی مهم اجازه داده است (الشاعر، ۲۰۰۴، ۳۲۳). استناد آن‌ها به ماده ۱۰۸ قانون قوه ی قضاییه است. طبق این ماده، «مجازات انتظامی که مقرر کردن آن‌ها برای دادرسان مجاز است عبارت است از توبیخ و عزل». به نظر می‌آید که به غیرقابل عزل بودن دادرسان دادگاه عالی قانون اساسی نباید به‌عنوان یک اصل مطلق توجه کرد؛ زیرا بر اساس صلاحیت هیات عمومی دادگاه در صدور حکم انفصال از خدمت دادرس به سبب ارتکاب جرائم عمومی<sup>۱</sup> یا صدور حکم بازنشستگی اجباری دادرس به سبب تخلفات و تقصیرات شغلی مهم،<sup>۲</sup> قطعاً اصل «غیرقابل عزل بودن دادرس» منتفی می‌شود. بنابراین، اگرچه قانون‌گذار مصری به‌صراحت به موارد استثنای قاعده ی منع عزل دادرسان اشاره نکرده است؛ اما این موضوع را به‌طور ضمنی در ذیل وظایف هیات عمومی دادگاه گنجانده است. نباید تصور شود که استثنائات قاعده ی مزبور به استقلال فردی دادگاه خدشه وارد می‌کند؛ زیرا ممکن است دادرسان اساسی نیز همانند دادرسان عادی مرتکب تخلفات قانونی و یا ارتکاب جرائمی شوند که تعقیب، محاکمه و مجازات آن‌ها ضرورت داشته باشد. علاوه بر این، واگذاری تصمیم‌گیری درباره ی عزل اعضا به خود دادگاه یعنی؛ هیات عمومی به‌منظور تأمین استقلال و جلوگیری از فشار احتمالی نهادهای دیگر است.

### ۳،۲ عضویت طولانی مدت دادرسان

دادرسان دادگاه عالی قانون اساسی برای مدت طولانی نصب می‌شوند یعنی؛ تا زمانی که به سن قانونی بازنشستگی برسند. طبق ماده ۱۴ قانون دادگاه، احکام مربوط به بازنشستگی مستشاران دیوان تمیز به دادرسان دادگاه تسری می‌یابد یعنی؛ سن بازنشستگی دادرسان دادگاه عالی قانون اساسی

۱. ماده ۲۰ قانون دادگاه عالی قانون اساسی.

۲. ماده ۱۹ قانون دادگاه عالی قانون اساسی.



برای آن‌ها را اعمال کرده است؛<sup>۳</sup> اما صلاحیت رسیدگی به درخواست رد و دعوای خصومت را به خود دادگاه عالی قانون اساسی واگذار کرده است. بدون شک دادرسان دادگاه نیز همانند سایر افراد متأثر از عوامل خارجی پیرامون خود می‌شوند؛ بنابراین، اگر یکی از دلایل رد دادرسی یا خصومت دادرسی با طرف دعوا وجود داشته باشد<sup>۴</sup> و نظر خود دادرسی اساسی این باشد که در صورت رسیدگی به دعوا تحت فشار قرار خواهد گرفت و به بی‌طرفی و استقلال او خدشه وارد می‌شود باید از رسیدگی به دعوا امتناع کند و چنانچه به این عمل اقدام نکرد، طرف دعوا می‌تواند رد دادرسی را از دادگاه درخواست کند (الشاعر، ۲۰۰۴، ۳۲۵).

علاوه بر این، عدم امکان اعطای نمایندگی به دادرسان دادگاه یا مأموریت‌دهی به آن‌ها برای تضمین استقلال و حفظ موقعیت شغلی دادرسی دادگاه عالی قانون اساسی پیش بینی شده است؛ اما تنها استثنای قاعده‌ی مذکور، امکان اعطای نمایندگی یا مأموریت‌دهی به دادرسان برای انجام وظایف علمی یا فعالیت‌های حقوقی در سازمان‌های بین‌المللی یا کشورهای خارجی است.<sup>۵</sup> مطابق ماده ۲۴ قانون دادگاه عالی قانون اساسی حکم عدم امکان نمایندگی و مأموریت‌دهی، نسبت به اعضای هیات تخصصی دادگاه تسری نمی‌یابد و تنها مختص دادرسان دادگاه است.

### ۳،۴ ممنوعیت تصدی بیش از یک

#### شغل دادرسان

بر اساس ماده ۱۹۴ قانون اساسی مصر، همه حقوق، تکالیف و تضمین‌های مقرر برای اعضای قوه‌ی

۳. بخش هشتم قانون آیین دادرسی مدنی و تجاری مصر به شماره ۱۳ سال ۱۹۶۸ به این موضوع اشاره دارد (مواد ۱۴۶ تا ۱۶۵).  
۴. یکی از موارد رد دادرسی این است که دادرسی با یکی از طرفین دعوا قرابت نسبی یا سببی تا درجه چهارم داشته باشد.  
۵. ماده ۱۳ قانون دادگاه عالی قانون اساسی.

یا تجدیدنپذیر بودن آن، در تأمین استقلال فردی اعضای دادگاه عالی قانون اساسی بسیار مؤثر است.

### ۳،۳ حفظ موقعیت شغلی دادرسان<sup>۱</sup>

قانون دادگاه عالی قانون اساسی قواعدی را برای تضمین انجام وظیفه دادرسی اساسی به‌صورتی پیش‌بینی کرده است که به‌اندازه‌ی کافی مستقل باشد. از جمله این قواعد، قاعده عدم صلاحیت دادرسی در رسیدگی به دعوا، قاعده استنکاف دادرسی از رسیدگی به دعوا و قاعده‌ی رد دادرسی در مواردی است که جهات آن وجود داشته باشد. قانون‌گذار عادی در قانون اصول آیین دادرسی مدنی و تجاری مقرر کرده است که قواعد مذکور به تمام دادرسان تسری می‌یابد؛ ولی با وجود این، بر تسری آن قواعد به دادرسان دادگاه عالی قانون اساسی تأکید شده است. با رجوع به قانون دادگاه عالی قانون اساسی مشاهده می‌شود که قانون‌گذار عادی در ماده ۱۵ تصریح کرده است: «در خصوص عدم صلاحیت عضو دادگاه، استنکاف، رد و خصومت او احکام مربوط به مستشاران دیوان تمیز تسری می‌یابد. دادگاه عالی قانون اساسی در خصوص درخواست رد و دعوای خصومت<sup>۲</sup> با تمام اعضایش به‌جز عضو مشارالیه و کسی که دارای عذر موجه است رسیدگی می‌کند و باید که تعداد اعضای حاضر فرد باشد. درخواست رد یا دعوای خصومت تمام اعضای دادگاه یا برخی از آن‌ها، به‌طوری که تعداد اعضای باقی‌مانده از هفت نفر کمتر شود، پذیرفته نمی‌شود». مطابق ماده مذکور، قانون‌گذار مصری بر دادرسان دادگاه عالی قانون اساسی قواعد عدم صلاحیت، استنکاف، رد و دعوای خصومت مختص به دادرسان محاکم عادی بر طبق قوانین تنظیم‌شده

۱. الحفاظ علی المکانة الوظيفية للأعضاء.

۲. دعوای خصومت دادرسان یک دعوای مدنی است که یکی از طرفین دعوا آن را برای اثبات تقلب یا خطای بزرگ شغلی که از سوی دادرسی اتفاق افتاده اقامه می‌کند و در آن حکم به بطلان تصمیمی که دادرسی اتخاذ کرده و حکم به جبران خسارات و هزینه‌ها را درخواست می‌کند. قانون آیین دادرسی مدنی و تجاری مصر به شماره ۱۳ سال ۱۹۶۸ از ماده ۴۹۴ تا ماده ۵۰۰ قواعد مربوط به خصومت دادرسان را مقرر کرده است.



## ۳٫۵ تأمین حقوق مناسب برای دادرسان

بر اساس ماده ۱۲ قانون دادگاه عالی قانون اساسی، «حقوق و فوق‌العاده‌های رئیس و نایب‌رئیسان دادگاه مطابق با فهرست ضمیمه شده<sup>۴</sup> به این قانون تعیین می‌شود...». در فهرست مزبور مقرر شده است که حقوق و فوق‌العاده رئیس دادگاه در فرمان انتصاب تعیین می‌شود. با رجوع به فرامین انتصاب رؤسای سابق دادگاه و نیز فرمان انتصاب رئیس جدید دادگاه به شماره ۲۵۲ سال ۵۲۰۱۶ که از سوی رئیس‌جمهور صادر شده است مشاهده می‌شود که حقوق و فوق‌العاده رئیس دادگاه معادل حقوق و فوق‌العاده وزیر پیش‌بینی شده است. طبق ماده ۴ قانون تعیین حقوق معاون رئیس‌جمهور، رؤسای مجلس مردمی و شورا، رئیس هیات‌وزیران و معاونان وی و وزرا به شماره ۱۰۰ سال ۱۹۸۷، حقوق یک وزیر به مبلغ ۴۸۰۰ لیره در سال و فوق‌العاده نمایندگی او به مبلغ ۴۲۰۰ لیره در سال تعیین شده بود؛ اما در سال ۲۰۱۸ قانون اصلاحی قانون مزبور در مجلس نمایندگان تصویب شد و در ماده ۳ آن حقوق یک وزیر معادل حداکثر میزان حقوق (که نباید از مبلغ ۴۲۰۰ لیره در ماه تجاوز کند) پیش‌بینی شده است. به این ترتیب، مطابق ماده ۱ مزبور می‌توان گفت حقوق رئیس دادگاه معادل همین مبلغ است ([www.youm7.com/story/2018/4/16/100/3746732](http://www.youm7.com/story/2018/4/16/100/3746732)). درباره نایب‌رئیسان دادگاه فهرست الحاقی به قانون دادگاه مقرر کرده بود که حداقل ۲۳۲۰ لیره و حداکثر ۲۸۶۸ لیره در سال حقوق دریافت می‌کنند و فوق‌العاده نمایندگی آن‌ها ۱۵۰۰ لیره در سال است و در صورتی که حقوق آن‌ها به حداکثر برسد فوق‌العاده مزبور به ۲۰۰۰ لیره در سال

قضاییه به رئیس و نایب‌رئیسان دادگاه عالی قانون اساسی تسری می‌یابد.<sup>۱</sup> نظام ممنوعیت جمع مشاغل به‌عنوان یکی از این تضمین‌ها است که در قانون قوه قضاییه برای استقلال دادرسان به‌طور عام پیش‌بینی شده و با توجه به حکم مزبور نسبت به دادرسان اساسی نیز تسری می‌یابد. این نظام به‌صورت سخت‌گیرانه تنظیم شده است: دادرسان اساسی حق تصدی مشاغل تجاری و هر شغل مغایر با استقلال و بی‌طرفی آن‌ها را ندارند. هیات عمومی دادگاه می‌تواند دادرسان اساسی را از تصدی هر شغلی که معتقد است با تکالیف عضویت در دادگاه و حسن انجام آن‌ها تعارض دارد منع کند.<sup>۲</sup> علاوه بر این، قانون‌گذار عادی برای تأکید بیشتر مقرر می‌دارد که دادرسان از اشتغال به فعالیت سیاسی ممنوع می‌باشند و حق نامزدی برای انتخابات مجلس نمایندگان یا نهادهای محلی یا سازمان‌های سیاسی را مگر بعد از تقدیم استعفا خود ندارند.<sup>۳</sup> در واقع، پیش‌بینی چنین سازوکاری سبب از بین رفتن امکان جمع قدرت و امتیازات در دادرسان دادگاه می‌شود (البشری، ۲۰۱۳). به نظر می‌رسد که جمع عضویت در دادگاه عالی قانون اساسی با هر شغلی حتی مشاغل آموزشی نیز ممنوع است؛ زیرا قانون قوه قضاییه هیچ استثنایی را برای قاعده ی مزبور پیش‌بینی نکرده است. نباید تصور شود که امکان انجام وظایف علمی و فعالیت‌های حقوقی در سازمان‌های بین‌المللی یا کشورهای خارجی توسط دادرسان دادگاه به‌عنوان استثنای این قاعده محسوب می‌شود؛ زیرا به این وظایف و فعالیت‌ها در قالب نمایندگی یا مأموریت و در مدت‌زمان محدودی و با رعایت عدم تأثیر بر فعالیت دادرسان در دادگاه پرداخته می‌شود (شیتور، ۲۰۰۸، ۶۹).

تسری می‌یابد مستشاران دیوان تمیز (عالی‌ترین مرجع قضایی) می‌باشند.

۲. ماده ۷۲ قانون قوه قضاییه.

۳. ماده ۷۳ قانون قوه قضاییه.

۴. اصلاحی مصوب ۱۹۸۳/۶/۲۹.

۵. منتشرشده در روزنامه رسمی به شماره ۲۱ مکرر (أ) در تاریخ ۲۰۱۶/۶/۱.

۱. ماده ۲۰ قانون دادگاه عالی قانون اساسی نیز به این موضوع اشاره دارد. مطابق این ماده «... تمام حقوق، تکالیف و تضمینات مقرر شده برای مستشاران دیوان تمیز، مشروط به عدم ذکر حکم دیگر در این قانون، نسبت به اعضای دادگاه تسری می‌یابد». بر این اساس، منظور از اعضای قوه قضاییه که حقوق، تکالیف و تضمینات‌شان نسبت به دادرسان اساسی

اساسی در خصوص برابری دادرسان در حقوق و تکالیف بر اعضای دادگاه عالی قانون اساسی معتقد بودند، با این استدلال که طبق ماده ۱۹۱ قانون اساسی دادگاه دارای استقلال مالی است. از این رو، حقوق مالی در زمره ی حقوق مذکور در ماده ۱۸۶ قرار نمی‌گیرد. نهاد دادرسی اساسی نیز در ادله ی قانونی حکمش بیان داشت که قانون‌گذار در قانون اساسی بر استقلال دادگاه عالی قانون اساسی از سایر مراجع قضایی که شامل محاکم عادی، دادگاه عالی اداری، نهاد قضایی دولت و دادستانی اداری است تأکید کرده است. افزون بر این، بودجه ی سالانه یکی از امور دادگاه قانون اساسی است و دسترسی به جزئیات آن یا افشای آن مگر با موافقت هیات عمومی دادگاه یا با حکم صادره از هیات، و نه مرجع قضایی دیگر، ممکن نیست؛ زیرا استقلال بودجه ی دادگاه شناسایی اساسی شده است. نهاد دادرسی اساسی اظهار داشت که مقررات فنی و مالی دادگاه با مقررات فنی و مالی هر نهاد قضایی دیگر تفاوت دارد و حکم مورد بحث در اجرا متضمن تجاوز به صلاحیت نظارتی دادگاه عالی قانون اساسی درباره ی امور اعضایش است.<sup>۳</sup> با وجود صدور این حکم از سوی دادگاه، باید گفت که طبق مصوبه قانونی شماره ۶۳ سال ۲۰۱۴ در خصوص حداکثر میزان حقوق کارکنان دستگاه‌های کشور، میزان حقوق مزبور نباید از مبلغ ۴۲۰۰۰ لیره در ماه تجاوز کند. این حکم نسبت به اعضای دادگاه عالی قانون اساسی نیز قابل تسری است؛ زیرا بر اساس ماده اول مصوبه، از جمله دستگاه‌های مشمول مصوبه ی مزبور، دستگاه‌های دارای بودجه مستقل هستند که دادگاه عالی قانون اساسی یکی از این دستگاه‌ها است. موضوعی که رئیس سابق دادگاه عالی قانون اساسی، مستشار عدلی منصور، در یک گزارش رسمی در دسامبر سال ۲۰۱۴ بر آن تأکید کرده و بیان

افزایش می‌یابد؛ اما اکنون میزان حقوق و فوق‌العاده نایب‌رئیسان دادگاه افزایش یافته است بدون آن‌که در فهرست مزبور اصلاحی صورت گرفته باشد.<sup>۱</sup>

شایان ذکر است که خود دادگاه عالی قانون اساسی با استناد به استقلال خود که در ماده ۱۹۱ قانون اساسی پیش‌بینی شده است، در سال ۲۰۱۵ به افزایش میزان حقوق دادرسان و حتی اعضای هیات تخصصی مبادرت کرده است. این اقدام به اعتراض دادرسان محاکم عادی و صدور دو حکم مشابه از سوی دادگاه تجدیدنظر و دیوان تمیز مصر منجر شد. دادرسان عادی معتقدند که حکم ماده ۱۸۶ قانون اساسی در خصوص برابری دادرسان در حقوق و تکالیف، به دادرسان دادگاه عالی قانون اساسی تسری می‌یابد و باید میزان دستمزد آن‌ها که در زمره ی حقوق مزبور قرار می‌گیرد معادل دستمزد دادرسان اساسی باشد. مراجع قضایی مزبور در پاسخ به درخواست دادرسان عادی به الزام رئیس دادگاه عالی قانون اساسی به آشکار کردن میزان حقوق دادرسان و اعضای هیات تخصصی کردند؛ اما این حکم از سوی ۱۰ نفر از اعضای هیات تخصصی نزد دادگاه عالی قانون اساسی مورد اعتراض قرار گرفت که نهایتاً دادگاه، به عدم بیان تفصیل بودجه خود و رد الزام رئیس دادگاه به افشای میزان حقوق حکم کرد. اعضای هیئت تخصصی در دعوی‌شان به این نکته استناد کردند که قانون دادگاه عالی قانون اساسی<sup>۲</sup> تصریح دارد دادگاه، و نه دیوان تمیز، مرجع رسیدگی به درخواست‌های مربوط به حقوق، پاداش‌ها و بازنشستگی‌های اعضای دادگاه و هر موضوعی از امور آن‌هاست. همچنین، تأکید کردند که تخصیصات مالی دادگاه قانون اساسی سَرّی نیست بلکه در بودجه ی عمومی دولت به صورت یک رقم واحد درج می‌شود. علاوه بر این، اعضای هیات تخصصی به عدم تسری حکم ماده ۱۸۶ قانون

۱. لازم به ذکر است که این افزایش میزان حقوق و فوق‌العاده در مورد رئیس دادگاه نیز اعمال شده است.

۲. مستند، ماده ۱۶ قانون دادگاه عالی قانون اساسی است.

۳. قضیه ی شماره ۱ سال ۳۷ قضایی «درخواست اعضا». جلسه علنی روز سه‌شنبه ۲۴ فوریه سال ۲۰۱۵. منتشرشده در روزنامه

ی رسمی به شماره ۱۰ مکرر (ه) در تاریخ ۱۱ مارس سال ۲۰۱۵  
[http://sccourt.gov.eg/SCC/faces/Portal\\_Pages/Rule](http://sccourt.gov.eg/SCC/faces/Portal_Pages/Rule)  
(Viewer.jsp?\_afLoop)



عمومی جز پس از رفع مصونیت از عضو متهم از سوی دادگاه عالی قانون اساسی فراهم نیست؛ ولی مجازات انضباطی در مورد اعضای دادگاه در صلاحیت خود دادگاه عالی قانون اساسی است. همچنین، نحوه ی انتخاب دادرسان که بر اساس آن هیات عمومی دادگاه به انتخاب دادرسان جدید مبادرت می‌کند نیز بر استقلال نهادی دادگاه افزوده است. علاوه بر این، قانون‌گذاران اساسی و عادی استقلال فردی دادرسان دادگاه که از استقلال نهادی آن جدا نشدنی است را از طریق پیش‌بینی برخی قواعد تامین کرده‌اند، زیرا دادرسان دادگاه مستقل و غیر قابل عزل می‌باشند و تا هفتاد سالگی در عضویت دادگاه باقی می‌مانند که این امر هرگونه نگرانی دادرسان اساسی بابت عزل یا تجدید دوره ی عضویت را از وی دور می‌کند. همچنین، دادرسان دادگاه از تصدی وظایف در بخش‌های عمومی و خصوصی و در احزاب منع شده‌اند و پاداش مالی شایسته برای زندگی مناسب و معقول به آن‌ها اختصاص داده شده است تا استقلال آن‌ها را تحکیم بخشد و به ارتقای کیفیت عملکردشان کمک کند. پیش‌بینی قواعدی مانند قاعده ی عدم صلاحیت دادرسان در رسیدگی به دعوا، قاعده ی استنکاف دادرسان از رسیدگی به دعوا، قاعده ی رد دادرسان و عدم امکان اعطای نمایندگی به دادرسان دادگاه یا مأموریت‌دهی به آن‌ها جهت حفظ موقعیت شغلی دادرسان نیز بر استقلال فردی دادرسان دادگاه افزوده است. بنابراین، با توجه به این قواعد باید گفت که یکی از شرایط کارآمدی نظارت اساسی یعنی استقلال دادگاه عالی قانون اساسی در نظام حقوقی مصر تامین شده است. تامین استقلال دادگاه قانون اساسی می‌تواند زمینه ی انجام درست و غیرجانبدارانه وظیفه‌ی صیانت از قانون اساسی را فراهم نماید. با وجود این، اشاره به دو نکته در مقام تکمیل نتیجه گیری لازم است:

داشته بود که حقوق رئیس و اعضای دادگاه از مبلغ ۴۲۰۰۰ لیره در ماه طبق مصوبه ی قانونی حداکثر میزان حقوق تجاوز نمی‌کند (www.arabi21.com/story/812752/).

قانون‌گذار عادی در بند دوم ماده ۱۲ قانون دادگاه عالی قانون اساسی درباره ی حقوق دادرسان حکم دیگری را نیز مقرر کرده است مبنی بر این که اگر یک عضو قبل از انتصابش در دادگاه متصدی شغلی بوده که میزان حقوق و فوق‌العاده آن شغل از آنچه در فهرست الحاقی به قانون دادگاه ذکر شده است،<sup>۱</sup> بیشتر باشد وی به دریافت عایدات قبلی‌اش به صورت فردی ادامه خواهد داد. به غیر از این مورد، تعیین حقوق و فوق‌العاده به صورت فردی برای یکی از اعضا و نیز رفتار استثنایی با یکی از اعضا به هر صورتی ممکن نیست.

#### ۴ نتیجه‌گیری

دادگاه عالی قانون اساسی مصر صلاحیت‌های متعددی را بر عهده دارد که مهم‌ترین آن‌ها نظارت اساسی بر قوانین و مقررات است. کارآمدی نظام صیانت از قانون اساسی نیازمند فراهم آوردن شرایط از سوی قانون‌گذاران اساسی و عادی است. یکی از این شرایط تامین استقلال نهاد متصدی صیانت از قانون اساسی است. قانون‌گذاران اساسی و عادی مصر با توجه به ضرورت این مسئله قواعدی را جهت تامین استقلال نهادی دادگاه و استقلال فردی دادرسان دادگاه عالی قانون اساسی پیش‌بینی کرده‌اند. دادگاه عالی قانون اساسی مصر دارای استقلال مالی است و تهیه ی لایحه ی بودجه خود را طبق دارایی‌های موجود در کشور بر عهده دارد. این دادگاه همچنین دارای استقلال اداری است که این امر، انتصاب کارمندان و تعیین وظایف شان و نظارت بر عملکردشان را ممکن می‌سازد. به علاوه، به منظور تامین استقلال نهادی دادگاه عالی قانون اساسی امکان تعقیب اعضای دادگاه در محاکم

<sup>۱</sup>. میزان حقوق و فوق‌العاده فعلی دادرسان دادگاه باید ملاک قرار گیرد.

ارزش های دموکراتیک توسط دادرسی اساسی نیست. فعالیت دموکراتیک دادرسی اساسی به دموکراتیک بودن محتوای قانون اساسی و روحیه ی دموکراتیک دادرسی اساسی نیز وابسته است. بسیاری از نظام های برآمده از کودتا و قدرت نظامیان برای مشروع و حقانی جلوه دادن خویش از ابزارها و نهادهای دموکراتیک از جمله انتخابات و تشکیل دادگاه قانون اساسی مستقل استفاده می کنند. در این نظام های سیاسی، استقلال دادگاه قانون اساسی ملازمه ای با حمایت و صیانت از ارزش های دموکراتیک ندارد.

۱. استقلال دادگاه قانون اساسی لزوماً به اتخاذ مواضع غیرجانبدارانه و انجام درست و منصفانه وظیفه صیانت از قانون اساسی توسط دادرسی اساسی منجر نمی شود؛ زیرا بی طرفی یا جانبداری قاضی امری شخصی و ذهنی است و چه بسا با تأمین استقلال قاضی، وی همچنان از دایره ی عدالت و انصاف خارج شود. با وجود این، حقوق می تواند استقلال قاضی را تأمین کند تا در صورت تمایل به اتخاذ مواضع غیرجانبدارانه و منصفانه تحت فشار قرار نگیرد. ۲. استقلال دادگاه قانون اساسی لزوماً به معنای دموکراتیک بودن فعالیت وی و صیانت از

## منابع

- Abdul Wahab, Mohammad Rafat (2004), "A Look at the Supreme Court of the Egyptian Constitution", translated by Mohammad Reza Vjeh, *Journal of Constitutional Law*, Second Year, No. 3.
- Favreau, Louis (2014), *Constitutional Courts*, translated by Dr. Ali Akbar Gorji, Tehran: Mizan, second edition.
- Mansoorian, Mostafa and Akhavanfard, Massoud (2013), "Duties and Features of the Constitutional Court of the Italian Republic", *Public Law Studies*, Second Year, No. 2.
- Al-Bashari, Tariq (2013), "On Judiciary and Politics", published in: [www.shorouknews.com](http://www.shorouknews.com)
- The poet, Ramzi (2004), *Competition of the order of laws - the study of the analysis of the judicial order in Egypt*, Cairo: Dar al-Tisir.
- Al-Shahad, Huda (2016), "The Independence of the Egyptian Judiciary to This?", Published at: [www.rcssmideast.org](http://www.rcssmideast.org)
- Al-Wahidi, Fathi (2004), *Al-Qada al-Dasturi in Palestine and the jurisprudence of the rulings of the moderate and legitimate basic law of the Al-Dastouri Al-Dastouri al-Muqaddah - Comparative Study*, Printing House
- Shitor, Jalul (2008), "Judicial Competition on the Order of Laws", *Journal of Judicial Ijtihad*, Quarterly Number.
- Aziz, Jamam (2012), *Lack of current competition on the order of laws in Algeria, Al-Majastir treatise, the society born of sharp architecture, all the rights and political sciences.*
- Awf, Yusuf (2013), "Legitimate New Order", Charter: [dustour.org/media-library/publications-egypt/draft-of-new-constitution](http://dustour.org/media-library/publications-egypt/draft-of-new-constitution)
- Qandil, Raed Saleh (2009), *Competition on the Order of Laws in Palestine - A Comparative Study*, The

- Masterpiece, the Research Institute and the Arab Studies.J .
- Aziz, sahar (2013), "Revolution Egypt Electoral laws", George Washington international law Review, vol. 45, No. 1, pp. 1-81.
- Brown, Nathan (2012), "the Egyptian Political System in Disarray", Online available: <http://carnegieendowment.org/2012/06/19/egyptian-political-system-in-disarray/c073>.
- Brown, Nathan (2013), "A Constitutional Court in an Unconstitutional Setting", Paper prepared for the Constitutional Transitions and Global Comparative Law Colloquium, New York University, school of Law.
- Haimerl, Maria (2014), "The supreme constitutional court of Egypt after Mubarak", prepared for the ECPR General conference Glasgow, pp. 1-36.
- Lombardi, Clark (2009), "Egypt's Supreme Constitutional Court: Managing Constitutional Conflict in an Authoritarian Aspirationally Islamic State, in: Harding, Andrew / Leyland, Peter (Ed.): Constitutional courts. A comparative study", London : Wildy, Simmonds & Hill, pp. 217-241.
- Moustafa, Tamir (2009), the struggle for constitutional power. Law, politics, and economic development in Egypt, Cambridge: Cambridge University Press.
- <http://www.youm7.com/story/2018/4/16/100/3746732>
- <http://www.american-historama.org/1929-1945-depression-ww2-era/court-packing-plan.htm>.
- [http://www.arabi21.com / story / 812752/](http://www.arabi21.com/story/812752/)

## Original Article

# Comparative study of the principles and conditions of legitimate defense in the criminal law of Iran and Scotland

Mohammad Hasan Hasani<sup>1</sup>, Hamid Alizadeh<sup>2</sup>, Qasem Salman Nejati<sup>\*3</sup>

<sup>1</sup> Assistant Professor of Law, Faculty of Humanities, University of Damghan, Damghan, Iran

<sup>2</sup> PhD Student in Criminal Law and Criminology, Faculty of Humanities, Urmia University, Urmia, Iran

<sup>3</sup> Graduated from Master of Criminal Law and Criminology, Faculty of Humanities, DUniversity of Damghan, Damghan, Iran



10.22080/LPS.2021.19848.1195

**Received:**

September 23, 2020

**Accepted:**

June 2, 2021

**Available online:**

November 27, 2021

**Main Subjects:**

Criminal law and criminology

**Keywords:**

legitimate defense, justification factors of crime, defendant, perpetrator, Human dignity, Dignidad humana

## Abstract

Legitimate defense is a justifiable and excusable factor. The basis for allowing murder as a legitimate defense can be found in the theory of human dignity and the symmetry of the right to life / the denial of the right to life; According to this theory, Scottish law is based on stricter rules than Iranian law regarding the admission of another murder in the capacity of self-defense. Adopting a strong retreat rule, accepting the defendant's only conventional mistake in dealing with the attack is necessary to repel it. The illegitimacy of murder in the defense of property, the monopolization of the license to commit rape by a victim of rape, and its non-extension to other sexual offenses are among the hallmarks of Scotland's strict approach. In contrast, the Iranian criminal legislature, by improperly removing the condition of appropriateness and using alternative but vague terms by observing the defense steps, adheres to other criteria of defense legitimacy, such as the current or imminent encroachment, the need for one-sided defense and the excessive defense order. Has specified. This is despite the fact that in current Scottish law, or the imminent encroachment, along with some other criteria, is considered an element of necessity in legitimate defense. Despite Scotland's stricter approach to determining the territory of self-defense, the rules of self-defense in Iranian and Scottish law lack the necessary comprehensiveness.

## Extended Abstract

\*Corresponding Author: Qasem Salman

Address: Faculty of Humanities, DUniversity of Damghan, Damghan, Iran

Email: qasem4030@gmail.com



## 1. Introduction

Legitimate defense is one of the most important institutions in criminal law; This institution is one of the justifiable factors of crime, which has long been recognized in various legal systems. In fact, this institution has its roots in the existence and history of humanity. Human nature has instinctively reacted to unjust aggressions, regardless of legal implications, and this reaction has been defensive. Legitimate defense can be both a justifiable factor and an excuse, as the case may be: Legitimate defense is basically a justifiable factor of a crime. However, it is considered an excuse when the accused makes a conventional mistake regarding the existence of an attack or aggression and the amount of force that must be used to repel the attack.

## 2. Methods

The writing method is descriptive-analytical and has been applied by applying the system of two laws of the country.

## 3. Results

The difference of opinion of Iranian jurists on the necessity and legitimacy of defense, despite the possibility of escape, is not related to jurisprudential texts. There are four different approaches to Scottish jurisprudence on the issue of escape and retreat in legitimate defense: First, the rule of absolute retreat: According to this rule, the accused must prove that he is in a position of legitimate defense to retreat before using force. Has tried. Second, the strong retreat rule: According to this rule, the accused must use any harmless or conventional opportunity to retreat and escape danger. Third, the weak retreat rule: The implication of this rule is that the issue of retreat and the possibility or impossibility and its desirability or not is

just one of several factors that must be considered when deciding whether to take action. Whether the finding is normal in a legitimate defense position or not. Fourth, the rule of negation of retreat: This rule allows the accused to resist the aggression when faced with an attack, even in cases where he can retreat without any harm.

In apparent legitimate defense, there may be three situations: first, the apparent aggressor is mistaken in the apparent defender, and the apparent defender's reasonable belief in the existence of an intentional danger. In this case, the behavior of the apparent defender is one of the justified causes of the crime. Second, the apparent aggressor does not pose a material or real danger, nor does he deliberately create a sense of danger for the defender, but he has shown behaviors that have led the defender to conclude that he intends to attack him. Third, the apparent aggressor has no fault in misleading the apparent defender and a reasonable belief that the perpetrator is in danger, and has not shown any behavior that has led the defender to conclude that he intends to attack him. It is considered a criminal offense, because the behavior of an apparent defender, although not a legitimate defense, is not punishable due to the lack of a psychological element to commit the crime, as well as a reasonable effort to identify the situation in which it is located and a reasonable mistake. The apparent defenders in the first and second situations will be treated as interpreting Article 156 as a legitimate defense. This is because the Islamic Penal Code recognizes the imminence of rape when its existence is discovered with reasonable evidence. Regarding the apparent defenders in the third situation, it should be said that the legislator has provided for this in Article 303 of the Islamic Penal Code of 2013;



According to it, if the apparent defender, in accordance with his sincere belief in the existence of rape, defends himself against the apparent attacker, in addition to paying the diyat, he will be sentenced to the ta'zir prescribed in the fifth book of ta'zir.

Extreme or excessive legitimate defense applies when the accused is in a state of defense but does not comply with its conditions. In the Islamic Penal Code of 2013, in addition to the institution of legitimate defense, which in the strict sense of the word can be referred to as real legitimate defense, the legislature has also accepted the institution of legitimate defense as excessive or extreme. According to Scottish jurisprudence, a person who has been attacked has the right to use force to the extent that it is normally necessary to repel the attack. When a person is attacked, he or she cannot accurately assess the extent of the attacker's violence, and the courts will consider the need to respond quickly when judging the reaction to the attack, so the accused may be reluctant to inflict undue harm on the attacker. To use too much force and cause a misjudgment of the amount of force needed to save one's life in those emotional moments.

The Iranian criminal legislature has always and especially in Article 156 of the Islamic Penal Code of 2013 has emphasized the current rule or the imminent rape or danger as one of the conditions of legitimate defense. In Scottish law, although only in the McKinsey case,

murder is allowed as a legitimate defense to avoid imminent danger, provided defensive action is necessary.

#### **4. Conclusion**

The basis for allowing murder as a legitimate defense can be found in the symmetrical theory of the right to life, the denial of the right to life; According to this theory, Scottish law is based on stricter rules than Iranian law. The Iranian legislature has unequivocally removed the condition of appropriateness and the use of alternative but vague terms by observing the stages of defense, to other criteria of the legitimacy of defense, including the current or imminent aggression, the need for defense on the one hand and the defense order too necessary. However, in current Scottish law, the imminent rape, along with some other criteria, is considered an element of necessity in legitimate defense. Despite Scotland's stricter approach to determining the territory of self-defense, the rules of self-defense are lacking in the comprehensiveness of Iranian and Scottish law.

#### **Funding**

There is no funding support.

#### **Authors' contribution**

They have participated equally.

#### **Conflict of interest**

Authors declared no conflict of interest.

#### **Acknowledgments**

Thanks to the friends who helped us.



علمی پژوهشی

# تطبیق مبانی و شرایط دفاع مشروع در حقوق کیفری ایران و اسکاتلند

محمد حسن حسنی<sup>۱</sup>، حمید علیزاده<sup>۲</sup>، سید قاسم سلمان نجاتی<sup>۳\*</sup>

<sup>۱</sup> استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه دامغان، دامغان، ایران  
<sup>۲</sup> دانشجوی مقطع دکتری حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه ارومیه، ارومیه، ایران  
<sup>۳</sup> کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه دامغان، دامغان، ایران



10.22080/LPS.2021.19848.1195

## چکیده

دفاع مشروع از عوامل موجهه جرم و عذر آور محسوب می شود. مبانی مجاز شمر دن قتل در مقام دفاع مشروع را می توان در تئوری کر امت انسانی و متقارن حق حیات / نفی حق حیات احراز نمود؛ بر پایه این تئوری حقوق اسکاتلند مبتنی بر قواعدی سخت تر از حقوق ایران در ارتباط با مجاز شمر دن قتل دیگری در مقام دفاع مشروع می باشد. اتخاذ قاعده عقب نشینی قوی، پذیرش تنها اشتباه متعارف متهم در رابطه با وجود حمله برای دفع آن ضروری است. نامشروع بودن قتل در مقام دفاع از اموال، انحصار جو از قتل متجاوز از سوی زن بزه دیده تجاوز به عنف و عدم تسری آن به سایر جرائم جنسی از شاخصه های رو یکرد سخت گیرانه اسکاتلند قلمداد می گردد. در مقابل قانون گذار کیفری ایران با حذف نا روا شرط تناسب و استفاده از عبارت جایگزین و لیکن مبهم با رعایت مرا حل دفاع، به سایر ضوابط مشروعیت دفاع از جمله فعلی یا قریب الوقوع بودن تجاوز، ضرورت دفاع از یک سو و حکم دفاع بیش از حد ضرورت تصریح نموده است. این درحالی است که در حقوق اسکاتلند فعلی یا قریب الوقوع بودن تجاوز تو ام با برخی ضوابط دیگر از عناصر ایجاد ضرورت در دفاع مشروع قلمداد می گردند. با وجود رویکرد سخت گیرانه تر اسکاتلند در تعیین قلمرو دفاع مشروع، ضوابط دفاع مشروع در حقوق ایران و اسکاتلند فاقد جامعیت لازم است.

تاریخ دریافت:

۲ مهر ۱۳۹۹

تاریخ پذیرش:

۱۲ خرداد ۱۴۰۰

تاریخ انتشار:

۶ آذر ۱۴۰۰

موضوعات:

حقوق کیفری و جرم شناسی

کلیدواژه ها:

دفاع مشروع، عوامل موجهه جرم، مدافع، متجاوز، کرامت انسانی

\* نویسنده مسئول: سید قاسم سلمان نجاتی

آدرس: دانشکده علوم انسانی، دانشگاه دامغان، دامغان، ایران ایمیل: qasem4030@gmail.com

## ۱ مقدمه

پیچیدگی و ابهامات موجود باشد. به نحوی که تاکنون آراء انگشت شمار راجع به تاسیس دفاع مشروع صادر شده است و همین آراء صادره نه تنها به فهم و درک بیشتر مسئله کمکی نکرده است؛ چه بسا ضعف استدلال و آرای کاملاً مخدوش و بعضاً عجیب و متناقض آن، انگشت سوال، ابهام و تردید را متوجه این مرجع عالی قضایی نموده است.

از جمله نکات جالب توجه راجع به این تاسیس حقوقی این است که بین مقررات اروپایی به ویژه اسکاتلند و احکام و قواعد اسلامی در این زمینه اختلاف عمیقی وجود نداشته؛ بلکه شباهتهایی بین این دو نظام حقوقی دیده می‌شود به طوری که هم در حقوق ایران که منبعث از فقه و مقررات اسلامی است و هم در حقوق اسکاتلند که از سیستم حقوقی کامن‌لا تبعیت می‌کند نهاد دفاع مشروع از عوامل موجهه جرم به شمار می‌رود. علل موجهه یا عوامل توجیه کننده به مواردی گفته می‌شود که با تحقق آنها، وصف مجرمانه جرم از بین می‌رود؛ به این معنا که عملی که جرم بوده است در شرایطی خاص، دیگر در نظر مقنن عنوان جرم نخواهد داشت و به دلیل تلقی شدن به عنوان یک عمل موجهه، دیگر جرم نیست تا قابل مجازات باشد. همچنین ارزش‌های مورد حمایت در این نهاد تا حدود زیادی به هم نزدیک می‌باشند، هر چند در حقوق اسکاتلند در دفاع از مال و نفس شرایط خاصی مقرر شده است. به همین دلیل در تدوین مقررات جزایی دفاع مشروع، مقنن ایرانی با اشکالات چندانی مواجه نگردید و در وضع آن‌ها از همان ابتدا بین طرفداران حقوق کشورهای اروپایی و حامیان حقوق اسلامی هماهنگی کامل وجود داشته است. از این رو، تحقیق در این زمینه با توجه به ابهامات موجود در مبانی و همچنین شرایط مربوط به حمله و تجاوز و شرایط لازم برای دفاع و با توجه به سیر تاریخی قانون‌گذاری در کشور ما که با اقتباس از کشورهای اروپایی آغاز و با تطبیق و تبعیت مطلق از احکام شرع مقدس اسلام و نظرات فقهای امامیه ادامه یافت. و همچنین

دفاع مشروع از نهادهای مهم در حقوق کیفری و از عوامل موجهه جرم به شمار می‌رود که از دیرباز در سیستم‌های حقوقی مختلف به رسمیت شناخته شده است. با تشکیل تمدن‌ها و منسجم‌تر شدن دولت‌ها و سیستم‌های حقوقی، این نوع دفاع به طور رسمی با عناوین مختلف؛ دفاع قانونی، دفاع ضروری، دفاع شرعی و دفاع مشروع مورد حمایت دولت‌ها و قانون‌گذاران قرار گرفت که با توجه به تغییرات بسیار فراوان در نظام‌های حاکمیتی و قانون‌گذاری، این نهاد حقوقی همچنان پابرجاست. اهمیت دفاع مشروع، زمانی به خوبی جلوه‌گر می‌شود که توجه شود که این دفاع، فرصتی را که بزه‌کاران، دور از چشم قدرت دولت برای ارتکاب بزه، غنیمت می‌شمرند، از دستشان می‌ستانند و نیز تسلط امنیت را پیش از هرگونه اخلال در آن، مورد حراست قرار می‌دهد.

برخلاف سابقه‌ی طولانی این تاسیس حقوقی در قوانین موضوعه و تجربه‌های عملی نظام‌های قضایی، هنوز هم بسیاری از زوایای آن معلوم و روشن نیست و علمای حقوق در وجوه مختلف آن، نظریه‌های متفاوتی ارائه داده‌اند. هنوز هم مسائلی همچون گستره و مبانی این نهاد و شرایط تحقق تجاوز مستحق دفاع، و دفاعی که مشروع تلقی می‌شود در بیشتر نظام‌های حقوقی مورد اختلاف و محل بحث و نظر است. با مذاقه و بررسی در مقررات مربوط به این تاسیس در حقوق جزایی کشورمان، این نکته به خوبی نمایان است که این مقررات همانند قوانین جزایی سایر کشورها تا اندازه‌ای مبهم و پیچیده است. این پیچیدگی و ابهامات از صورت تئوری خود فراتر رفته است و در دادگاه‌ها و مراجع قضایی نیز موجب ابهامات و سردرگمی قضات و دادرسان گردید، و لزوم دخالت بالاترین مرجع قضایی که همان دیوان عالی کشور است را لازم و ضروری می‌سازد. اما دیوان عالی کشور نیز به عنوان عالی‌ترین مرجع قضایی نیز نتوانسته آن‌چنان که شایسته است، به این تاسیس توجه، و راه‌گشای



خود را برای اجرای عدالت به جا آورده است. از زبان هگل (Hegel): «تهاجم نفی حق است، دفاع نفی این نفی پس اجرای حق است. بنابراین، اصولاً در این مورد دفاع مشروع جرم نیست که مجازاتی برای آن متصور باشد» (نوربها، ۱۳۹۰، ص ۲۵۹). این نظریه، از نظر اسلام نیز مردود نیست و آیاتی از قرآن به این مطلب اشاره دارند که پاسخ بدی را با بدی بدهید. چنانچه در آیه ی ۴۰ از سوره ی شوری فرموده است: «کیفر بدی، مجازاتی همانند آن است» (مکارم شیرازی، ۱۳۹۸، ص ۴۷۵). ایرادی که به این نظریه وارد است از این جهت می باشد که با توجه به تعریف ارائه شده از حق طبیعی، دفاع مشروع را فقط محصور و مختص دفاع از نفس دانسته است در حالی که دفاع از مالکیت و موارد دیگر را مغفول و از موارد مشروعیت دفاع ندانسته است. همچنین لازمه ی قبول این نظریه آن است که افراد نه تنها هنگام حمله، بلکه خارج از آن باید حق داشته باشند که بدی را با بدی پاسخ دهند و این باعث رواج انتقام شخصی در جوامع متمدن و بازگشت به دوران انتقام خصوصی خواهد شد. برخی فقها دفاع مشروع را تکلیف دانسته اند. بدین معنا که حکم تکلیفی دفاع مشروع جواز و جوب آن است (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ص ۵۰۷/ میرزای قمی، ۱۴۱۳ق، ص ۱۶۲). از سوی دیگر مبنای دفاع مشروع می تواند ناشی از تعارض دو حق باشد. پس براساس این تئوری، در تعارض و برخورد بین دو حق می بایست یکی از این دو حق را فدا نمود. در این صورت عقلاً و منطقی حقی که دارای اهمیت کمتری است، فدا گردد. از نظر طرفداران این تئوری در دفاع مشروع حق مهاجم با حق مدافع تعارض پیدا می کند و قاعدتاً حقوق فردی که به ناحق مورد تجاوز و تعرض قرار گرفت، نسبت به حقوق شخص متجاوز و متعرض از درجه اهمیت بالاتری برخوردار است. در واقع متعرض با اقدام خویش قوانین و مقررات جامعه را نقض نموده است و موجب ایجاد اختلال در نظم جامعه گردید و آرامش عمومی را برهم زده است. بنابراین، در صورتی که بر اثر دفاع ضرر و زیانی اعم از؛ مادی و معنوی متوجه وی گردد و این خسارت

آراء و اندیشه های دانشمندان و نظریه پردازان حقوق جزای اروپا به طور کلی، که در برخی موارد مبدا و منشاء تدوین مقررات و قواعد مربوط توسط مقنن ایرانی بوده اند، در رفع ابهامات موجود در قوانین کشورمان بسیار کمک کننده و راهگشا خواهد بود. مشروعیت دفاع در قبال تجاوز را بر چه مبنایی عقلایی می توان استوار نمود. آیا رویکرد کیفری ایران در مقایسه با اسکاتلند در تعیین ضوابط و قلمرو دفاع مشروع دارای جامعیت لازم و در انطباق با حفظ حق بنیادین حیات انسان است.

## ۲ مبانی دفاع مشروع

### ۲/۱ نظریه ی اجرا و تعارض دو حق

می توان ادعا کرد که قدیمی ترین نظریه در باب مشروعیت دفاع، نظریه ی اجرای حق یا حق طبیعی است. این نظریه در ابتدا از سوی سیسرون (Cicero) در نخستین سده ی قبل از میلاد با عبارت «قوانین در مقابل نبرد آزمایی و پرخاشگری خاموش می شود» بیان شده است (علی آبادی، ۱۳۹۲، ص ۲۲۷). طبق تقسیم هارت (Hart) حق را به لحاظ منشاء و خاستگاه را می توان به دو دسته تقسیم کرد. حقی که موجودیت آن ناشی از یک عمل ارادی انسان است و حقی که بدون دخالت عامل انسانی موجودیت دارد. حق اول که ناظر به روابط افراد بایکدیگر است حق اختصاصی نام دارد، همچون قرار داد خرید و فروش بین دو نفر که برای هر یک از طرفین حقوقی ایجاد می شود. دسته ی دیگر که همه ی افراد از آن بهره مندند، حق عمومی است که به صرف انسان بودن برای انسان حاصل می شود و هیچ کس در به وجود آمدن آن دخالت نداشته (مانند حق حیات) حق طبیعی نامیده می شود (موحد، ۱۳۸۱، ص ۱۵۴). بدین ترتیب، مشروعیت دفاع حقی است که بدون نیاز به وجود مقررات و قوانین موضوعه هرکسی از آن برخوردار است. یعنی؛ هر زمان که حیات او به خطر افتاد می تواند به آن توسل جوید (پیمانی، ۱۳۹۲، ص ۳۲). براساس این نظریه در دفاع مشروع شخص حقی را اجرا کرده است یا تکلیف

اساس بدیهیات عقلی مجددا این حق را باز می‌یابد. که از حقوق خود دفاع نماید. به عبارت دیگر، به مجرد اینکه قرارداد اجتماعی مذکور در اثر اقدام بی-رویه و تجاوزکارانه فردی از افراد جامعه نقض شد، عضوی که حقوق و منافع وی در معرض خطر واقع می‌شود نه تنها حق خواهد داشت؛ بلکه مکلف خواهد بود که به وسائل مقتضی حق و عدالت را برقرار نماید (سالاری شهربابی، ۱۳۹۴، ص ۹۲). این تئوری همانند تئوری قبلی خالی از ایراد و اشکال نیست و ایرادات ذیل به آن وارد است. اول اینکه، این تئوری دفاع را یک وظیفه و تکلیف می‌داند (شامبیاتی، ۱۳۹۲، ص ۳۳۱). که اگر چنین چیزی را بپذیریم هرگونه تجاوز جزئی را هم باید پاسخ داد، چراکه دفاع یک نوع تکلیف شمرده می‌شود. دوم اینکه، این تئوری مبنای دفاع مشروع را قبل از هر چیز حفظ حقوق و منافع جامعه می‌داند. درحالی که مبنای این حق قبل از حفظ حقوق و منافع جامعه و استقرار نظم، حمایت فردی است.

### ۲٫۳ نظریه ی اجبار معنوی

این نظریه به پوفندرف (Pufendorf) فرانسوی منسوب است؛ براساس این نظریه، تنها دلیلی که می‌تواند دفاع مشروع را توجیه کند، اجبار معنوی است. با این توضیح که، شخصی که خطری وی را تهدید می‌کند و راه گریزی نمی‌یابد، تسلط خود را بر قوای عقلی و اراده‌اش از دست می‌دهد و به هنگام مقابله با خطر از هیچ چیز جز بقاء فرمان نمی‌برد، از این رو، در مقابل با رفتاری که مرتکب می‌شود، فاقد مسئولیت است (سالاری شهربابی، ۱۳۹۴، ص ۸۰). در واقع، طبق این نظریه، عمل ارتكابی درحالت دفاع مشروع جرم را محقق می‌سازد؛ ولی جرم مذکور قابل مجازات نیست، چرا که تحت نفوذ تزلزل اراده و در اثر تجاوز و حمله حادث شده و در نتیجه، به محدود کردن و یا سلب اختیار شخص منجر شده و درواقع یک نوع اجبار یا اکراه معنوی پایه‌ریزی شده است. ایرادات وارد بر این نظریه، قبول چنین نظریه‌ای موجب محدود کردن وسعت عمل دفاع

مورد حمایت قانون واقع نشود و بلاجبران باقی بماند، جامعه نسبت به این امر حساسیتی از خود نشان نداده و متاثر نمی‌شود. حال آنکه عدم حمایت از حقوق تضییع شده فرد مورد تجاوز به لحاظ بی-گناهی و عدم تقصیر وی و مظلوم شدن او موجبات برانگیختگی احساسات و عواطف جامعه را فراهم می‌سازد. ایراد این نظریه، سخن از تعارض بین دوحق است در حالی که اساسا تعارض بین دو حق به وجود نمی‌آید، زیرا فردی که اقدام به تجاوز می‌کند، اقدام او حقی را برایش محقق نمی‌سازد (شامبیاتی، ۱۳۹۲، ص ۳۳۲). انتقاد دیگری که به این تئوری وارد است قاعده ی مذکور دائر به فدا شدن حق متجاوز به لحاظ فقدان اهمیت نسبت به حقوق متعددی علیه با آن اطلاقی که بیان گردیده نمی‌تواند همواره صحیح باشد. زیرا چه بسا در تعارض بین دو حق حسب مورد فدا شدن جزئی از هرکدام به عدالت نزدیک‌تر باشد.

### ۲٫۲ نظریه ی قرارداد اجتماعی

روسو (Rousseau) بدین نحو توجیه می‌کند که انسان موجودی اجتماعی است و به رعایت حقوق و نظاماتی مکلف است که برای حفظ و بقای اجتماع لازم است و این تکلیف و وظیفه، به مجرد پذیرفتن عضویت در جامعه خود به خود ایجاد می‌شود. بنابراین، به محض اینکه قرارداد اجتماعی نقض گردید، عضوی که حقوق و منافعش به خطر افتاده، مختار بلکه مکلف است که حق و عدالت را به وسائل مقتضی برقرار سازد (ژان ژاک، ۱۳۹۴، ص ۹۷). رعایت موازین و مقررات اجتماعی وظیفه‌ای است که به مجرد پذیرفتن عضویت اجتماع، برای فرد حاصل می‌شود. که از جمله این حقوق حق دفاع در برابر متعرض و متجاوز به حقوق خویش است، اما هر آینه که جامعه یعنی؛ «قدرت اجتماع» از انجام این وظیفه که به عهده او گذاشته شده است، باز بماند و حقوق فرد در معرض مخاطره ی قریب‌الوقوع واقع شود، وضع به حالت اول قبل از قرار داد مفروض باز می‌گردد و شخصی که مورد تعرض و تهاجم قرار گرفته است، به حکم غریزه و فطرت خویش و بر



نژاد، ۱۳۸۷، ص ۱۵۰). در نتیجه، می‌توان گفت که کامل‌ترین و رساترین مبنا را در همین مبنای کرامت انسانی یافت که به جهت احترامی که برای نفس انسانی و متعلقات آن قائل است به شخصی که جان، تن، آزادی، عرض و یا ناموسش در معرض تهدید یا تجاوز جدی قرار گرفت، این اجازه را داده است تا از آن دفاع نماید.

## ۲،۴ نظریه ی حق حیات/نفی حیات و دیدگاه‌های رقیب

در خصوص مبنای دفاعیاتی راکه از عوامل موجهه جرم محسوب می‌شوند، سه تئوری مطرح است که عبارتند از: تئوری رفتارها، تئوری دلایل، تئوری مختلط یا دوگانه. نتیجه آن می‌شود که مطلوب‌ترین این تئوری‌ها، تئوری مختلط یا دوگانه گاردنر (Gardner) است. گاردنر، معتقد است که برای توجیه شدن یک رفتار می‌بایست دلیل راهنمای قابل اعمالی برای رفتار وجود داشته باشد و چنین دلیلی می‌بایست رفتار متهم را توجیه نماید (Leverick, 2003, p. 59). به نظر رابینسون (Robinson) برای توجیه جرم لازم است در کنار وجود اوضاع و احوال موجهه، رفتار مرتکب نیز بر یک دلیل و یا هدف موجه مبتنی باشد (Ashworth, 2013, p. 368). مطابق تئوری گاردنر، فردی که نسبت به اوضاع و احوال موجهه باوری متعارف؛ اما خلاف واقع دارد، صرفاً معذور شناخته می‌شود. بنابراین، دفاع مشروع که اصولاً از عوامل موجهه جرم شناخته می‌شود، هنگامی که متهم نسبت به وجود حمله یا تهاجم دچار اشتباه متعارف می‌شود از عوامل عذرآور محسوب می‌شود. با در نظر گرفتن اینکه دفاع مشروع می‌تواند بر حسب مورد هم از عوامل موجهه جرم و هم از عوامل عذرآور محسوب شود به طرح و بررسی این مسئله پرداخته خواهد شد که آیا تفکیک میان عوامل موجهه و عوامل عذرآور دارای نتایج عملی نیز می‌باشند؟ اعتقاد بر آن است که برای بسیاری از نتایجی که غالباً برای چنین تفکیکی مطرح شده است، تردید وجود دارد؛ به خصوص در صورتی که با تئوری مختلط به عنوان مبنای عوامل موجهه جرم موافق باشیم. به

مشروع می‌گردد؛ زیرا در این صورت دیگر نمی‌توان کسی را که با تسلط بر اراده و حفظ خونسردی به دفاع مبادرت می‌کند، از مجازات معاف دانست. طبق این نظریه، نمی‌توان دفاع از مال را مشمول مشروعیت دفاع شمرد، چرا که خطر تجاوز به مال نباید ظاهراً موجب اختلال اراده ی درونی فردی گردد. در صورتی که دفاع از مال، مورد پذیرش قانون گذار قرار گرفته است و مدافع را معاف از مجازات می‌داند.

به نظر می‌رسد دیدگاه پذیرفته شده، نظریه ی «کرامت انسانی» است. چرا که در این نظریه، همه اطراف نهاد دفاع مشروع از جمله مدافع که انسانی صاحب حق است و متجاوز که در پی تعرض به حقوق دیگری است در نظر و به نوعی مورد توجه قرار گرفته‌اند. در این دیدگاه، که همان دیدگاه اسلامی است، انسان موجودی صاحب کرامت و حق بر حیات است که این ویژگی ناشی از بشریت می‌باشد و هر انسانی، از آن رو که انسان است، صاحب کرامت از نوع ذاتی است (شمس‌ناطری و عبدالله‌یار، ۱۳۹۰، ص ۱۴۳). لازمه و خصیصه ی کرامت و حیثیت انسان، مصون ماندن از هر نوع تجاوز ناروا در حیات انسان، حریم خصوصی افراد، شرف و آبرو و همچنین حق مالکیت انسان است. اگر چه ارزش موضوعات مطرح شده می‌تواند متفاوت باشد؛ اما تعرض به هریک به معنای نادیده گرفتن و زیر پا گذاشتن کرامت انسان در اصل آزادی و تعرض ناپذیری ناروا است. چرا که از منظر دین مبین اسلام، همه ی انسان‌ها آزاد آفریده شده‌اند و حق دارند، آزادانه زندگی کنند و زندگی هرکس از تعرض در امان و مصون است و تجاوز به آن جرم تلقی و دارای عقوبت است. احترام به کرامت و حیثیت انسان نه تنها به عنوان یک حق شناخته می‌شود؛ بلکه اساس سایر حقوق را نیز تشکیل می‌دهد.

کانت (Kant) معتقد است که: «همه ی انسان‌ها باید این کرامت و حیثیت را برای یکدیگر به عنوان یک حق محترم بشناسند و خود را در برابر آن حق مکلف ببینند و از تعرض به آن بپرهیزند» (رحیمی

می‌دهد او برای حفظ جان خود آن عمل را انجام می‌دهد و نمی‌توان او را برای چنین عملی سرزنش نمود. برخلاف دیدگاه فوق ادعا شده است که دلایل قانع‌کننده‌ای برای توجیه قتل در مقام دفاع مشروع وجود دارد. مشروعیت قتل در مقام دفاع مشروع را می‌توان در دیدگاه‌های حق‌مدار احراز نمود، به این معنا که قتل در مقام دفاع مشروع مجاز است، چراکه همه ی انسان‌ها دارای حق حیات‌اند، بنابراین حق دارند از خودشان در مقابل مهاجمی که حق حیات آن‌ها را مورد تهدید قرار می‌دهد دفاع نمایند. دلیل جواز قتل مهاجم این است که او به خاطر رفتارش در تهدید ناروا و فوری حیات دیگری حق حیات خود را از دست می‌دهد. با این وجود، بررسی سایر دیدگاه‌هایی که برای توجیه قتل در مقام دفاع مشروع مطرح شده است ضروری است، که در ادامه سه دیدگاه مورد بررسی قرار گرفته است.

**۱- دیدگاه‌های پیامدگرا<sup>(۱)</sup> :** دیدگاه‌های پیامدگرا در توجیه قتل در مقام دفاع مشروع مبتنی بر این ایده هستند که نتایج قتل مهاجم در مقام دفاع مشروع بهتر از نتایج پذیرش قتل بزه‌دیده است. بدین معنا که به هنگام مقایسه میان مرگ مهاجم و مرگ بزه‌دیده، مرگ مهاجم نتیجه‌ای است که بر مرگ بزه‌دیده رجحان دارد. برای اینکه مطابق دیدگاه پیامدگرا قتل در مقام دفاع مشروع موجه شناخته شود، لازم است دلایلی برای رجحان مرگ مهاجم بر مرگ بزه‌دیده وجود داشته باشد. دلیل آن این است که قابلیت سرزنش اخلاقی مهاجم تا حدودی حیات او را کم ارزش‌تر می‌سازد. این نکته را اصطلاحاً رویکرد کاهنده<sup>(۲)</sup> می‌نامند (McCall Smith 1992, p. 128). الکساندر (Alexander) می‌گوید: با وجود آنکه قتل مهاجم مقصر همیشه قابل توجیه است، اما قتل مهاجم بی‌گناه یا کسی که تهدید غیرارادی شده است، مطابق دیدگاه پیامدگرا ممکن است، قابل توجیه باشد و یا نباشد. این مسئله بستگی به آن دارد که سایر فاکتورها به نفع کدام یک از مهاجم یا بزه‌دیده سنگینی نماید. او این فاکتورها را این گونه احصاء می‌نماید: ۱- تقصیر نسبی ۲- تعداد قتل‌ها ۳-

ویژه آنکه اعتقاد بر آن است که عوامل موجهه جرم، ضرورتاً دلیل راهنما برای رفتار قابل قبول نمی‌باشند. برعکس ادعا بر آن است که در برخی شرایط عوامل عذرآور ممکن است به مثابه دلیل راهنما برای رفتار قابل قبول باشند (Leverick, 2003, p. 55).

روشن‌ترین پاسخ در حقوق اسکاتلند در مجاز به قتل مهاجم در مقام دفاع مشروع، این است که ما حق داریم از حیات خویش در مقابل مهاجم ناعادلانه محافظت نمائیم. هارت، مجاز بودن قتل در مقام دفاع مشروع را این گونه توضیح می‌دهد که قتل در مقام دفاع مشروع استثنائی بر قاعده ی کلی جرم بودن قتل است و قتل در مقام دفاع مشروع از این جهت استثناء محسوب می‌شود که دلایل توجیه مجازات قتل، برای مثال محافظت از حیات انسان، شامل چنین موردی نمی‌شود. در درستی دیدگاه هارت، در توجیه قتل در مقام دفاع مشروع تردید وجود دارد، زیرا اگر آن گونه که هارت ادعا می‌نماید محافظت از حیات انسان جزء اهداف حقوق کیفری است، بنابراین، چنین دیدگاهی نمی‌تواند قتل در مقام دفاع مشروع را توجیه نماید. زیرا در قتل در مقام دفاع مشروع مهاجم کشته می‌شود. بنابراین، برای توجیه جواز قتل در مقام دفاع مشروع لازم است به این سؤال پاسخ داده شود که چرا بزه‌دیده برای حفظ جان خود مجاز به سلب حیات از مهاجم است. با در نظر گرفتن همه ی مسائل در یک سیستم حقوقی که برای حیات تمامی انسان‌ها به طور یکسان ارزش قائل است. این ادعا وجود دارد که مهاجم همچون بزه‌دیده از حق حیات برخوردار است. از سوی مهاجم با تهدید حیات بزه‌دیده مقصر شناخته شده و حق حیات خود را از دست می‌دهد (Leverick, 2003, p. 57). برخی ادعا نموده‌اند که دفاع مشروع اساساً عامل موجهه نیست؛ بلکه تنها یک عامل عذرآور محسوب می‌شود. برای مثال، از نظر فین‌کلس‌تین (Finkelstein) اگر شخصی به نفع خود اقدامی شبیه به دفاع مشروع انجام دهد به سختی می‌توان پذیرفت که عمل او موجه است. به نظر فین‌کلس-تین، وقتی فردی در مقام دفاع مشروع عملی را انجام



مرگ از جانب یک مهاجم بی‌گناه یا فردی می‌شود که تهدید غیرارادی برای حیات او شده است، در این صورت نه بزه‌دیده و نه مهاجم در وضعیت اخلاقی بهتری از دیگری برای تعیین اینکه چه کسی کشته شده و چه کسی نجات یابد قرار ندارند. این بدین معناست که هیچ دلیل اخلاقاً مناسبی وجود ندارد که چرا یکی از آنها می‌بایست به قیمت جان دیگری زنده بماند. مهم‌ترین انتقاد این است که دیدگاه تبعیض شخصی توضیح نمی‌دهد که به چه دلیل بزه‌دیده مجاز به نفی حق حیات مهاجم است. بنابراین قابل درک است که با انگاره‌های انسانی ناسازگار است.

۳- **تئوری نتیجه دوگانه** (۴): نکته ی اصلی این تئوری این است که انجام عامدانه یک کار بد برای به دست آوردن نتایج خوبی که در پی خواهد داشت همیشه خطا است؛ اما انجام یک کار خوب با آگاهی از نتایج بدی که در پی خواهد داشت ممکن است، مجاز باشد. در این قضیه تفکیک میان نتایج مورد قصد و نتایج صرفاً پیش‌بینی شده مهم می‌باشد. تئوری نتیجه دوگانه معتقد است که در شرایط خاص وقوع یک نتیجه پیش‌بینی شده نظیر مرگ دیگری می‌تواند اخلاقاً مجاز شناخته شود مشروط به این که چنین نتیجه‌ای به هیچ وجه قصد نشده باشد. از این رو، جواز دفاع مشروع مبتنی بر این ایده است که چنین قتلی عامدانه نمی‌باشد. به عبارت دیگر مرگ مهاجم صرفاً یکی از نتایج پیش‌بینی شده‌ی عملی است که می‌تواند مجاز شناخته شود (Leverick, 2003, p.70). استفاده از تئوری نتیجه دوگانه در رابطه با قتل در مقام دفاع مشروع شدیداً مورد انتقاد است. انتقاد اصلی متمرکز بر این مسئله است که آیا واقعاً تفاوت معناداری میان نتایج قصد شده و نتایج صرفاً قابل پیش‌بینی توسل به زور کشنده در مقام دفاع مشروع وجود دارد.

۴- **تئوری حق حیات و هم‌زمان با آن نفی حق حیات** (۵): این تئوری مبنای مطلوب و قانع‌کننده برای مجاز شمردن قتل در مقام دفاع مشروع در حقوق اسکاتلند شناخته می‌شود. مطابق دیدگاه حق

سن طرفین. در صورتی که فاکتورها به نفع عامل موجهه بودن سنگینی ننمایند، قتل مهاجم توسط بزه‌دیده عذر شناخته می‌شود. مشکل جدی که دیدگاه کاهنده با آن مواجه است، این است که توجیه قتل چندین مهاجم مطابق این دیدگاه مشکل خواهد بود؛ مگر در صورتی که حیات مهاجم بیش‌تر بی‌ارزش شود. تئوری‌ها پیامدگرایی ناظر به دفاع مشروع بر اساس این واقعیت تأیید شده‌اند که رفتاری را که متنبی به کمترین صدمه می‌شود را توجیه می‌نماید. یعنی هم از نقطه نظر حمایت از حیات انسان و هم از نقطه نظر کاهش میزان خشونت اجتماعی. قضاوت در مورد یک اقدام صرفاً بر اساس نتایج آن در تئوری پیامدگرایی موجب عدم توجه به مسئله‌ی حقوق فردی و عدالت می‌شود. برای نمونه دانشمندی را در نظر بگیرید که در صدد کشف درمان سرطان است و درعین حال چنین دانشمندی بدون داشتن سوء نیت و در حالی که دچار مستی غیرارادی است به فردی حمله می‌کند. پیامدگرایان معتقدند که با در نظر گرفتن تمامی شرایط کشته شدن بزه‌دیده بهتر از کشته شدن مهاجم است. در حالی که اخذ چنین نتیجه‌ای نسبت به بزه‌دیده‌ی بی‌گناه ناعادلانه است. بزه‌دیده‌ای که خود را در وضعیتی می‌بیند که هیچ تقصیری در آن نداشته است.

۲- **دیدگاه تبعیض شخصی** (۳): دیدگاه دیگر برای توجیه قتل در مقام دفاع مشروع این است که در وضعیتی که افراد مواجه با انتخاب میان جان‌ها قرار می‌گیرند، حق دارند تا جان خود را بر دیگران ترجیح دهند. یعنی در مواجهه با انتخاب قتل یک مهاجم یا از دست دادن جان خود، انسان حق دارد جان خود را نجات دهد، صرفاً به این دلیل که او شخصاً برای حیات خود ارزش بیشتری قائل است. چنین دیدگاهی در اصطلاح دیدگاه تبعیض شخصی نامیده می‌شود. از این دیدگاه ابتدائاً برای توجیه دفاع مشروع در مواردی استفاده شده است که متضمن مهاجم بی‌گناه یا تهدیدی غیرارادی است. مطابق این دیدگاه هنگامی که بزه‌دیده‌ای مواجه با تهدید به



مشروع تنها در مدت زمانی مجاز است که مهاجم حیات بزه‌دیده را تهدید می‌نماید و برای مثال، بعد از توقف تهاجم دفاع مشروع مجاز نیست. زیرا از دست دادن حق حیات مهاجم تا جایی ادامه می‌یابد که مهاجم تهدید مستقیمی را برای حیات بزه‌دیده ایجاد می‌نماید.

### ۳ شرایط تحقق دفاع مشروع

جریانی که بستر حقوقی دفاع مشروع را به وجود می‌آورد شرایط را برای تحقق این امر به وجود آورده است که در ذیل شرایط تحقق دفاع مشروع در دو کشور ایران و اسکاتلند مورد بررسی قرار گرفته است.

#### ۳/۱ شرایط مربوط به حمله یا تجاوز

برای آنکه بتوان به دفاع مشروع در برابر خطر و تجاوز توسل جست لازم است که این خطر و تجاوز دارای ویژگی‌هایی باشد که برخی از این ویژگی‌ها به نحو صریح و برخی به نحو ضمنی مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است؛ اولین شرطی که برای خطر و تجاوز که دفاع در برابر آن جایز است پیش‌بینی شده، شرط قریب‌الوقوع بودن و حال بودن تجاوز است. سوال اینجاست که چه زمان می‌توان خطر و تجاوز را حال و قریب‌الوقوع دانست؟ و تفاوت خطر فعلی و قریب‌الوقوع در چیست؟ و هنگامی که سخن از خطر فعلی و قریب‌الوقوع به میان می‌آید درصدد تبیین چه چیزی هستیم؟ در پاسخ باید گفت: که برای اقدام تجاوزکارانه و خطر از لحاظ زمانی چهار حالت قابل تصور است: حالت اول: خطر و تجاوز در آینده تحقق می‌یابد. حالت دوم: قراین معقول و منطقی و عرفی نشان می‌دهد که خطر و تجاوز در شرف وقوع است و لحظاتی دیگر به وقوع می‌پیوندد. حالت سوم: تجاوز در حال وقوع و جریان باشد. حالت چهارم: تجاوز و خطر صورت گرفته و پایان یافته باشد (گروه پژوهشی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۹۴، ص ۱۸۵).

احراز قصد باید براساس وجود یک سلسله امارات و دلایل عرفی و منطقی که ق.م.ا ۱۳۹۲ آن‌ها

حیات/نفی حیات، مجاز شمردن قتل را می‌توان این گونه تشریح نمود که همه ی انسان‌ها دارای حق-حیات هستند و مهاجم تهدید به نقض حق حیات بزه‌دیده می‌نماید. بنابراین بزه‌دیده برای دفاع از نقض حق حیات خود مستحق توسل به دفاع مشروع مرگبار است. علت اینکه به بزه‌دیده اجازه داده می‌شود که مهاجم را به قتل برساند، اما به مهاجم اجازه داده نمی‌شود تا بزه‌دیده را به قتل برساند این است- که مهاجم با رفتار خود به تهدید مستقیم ناروایی برای حیات بزه‌دیده تبدیل شده است. از این رو، حق حیات خود را از دست می‌دهد. بنابراین، حق حیات مهاجم تنها در صورتی از بین خواهد رفت که دو شرط محقق شود: ۱- مهاجم تهدید مستقیم ناروایی برای حیات بزه‌دیده ایجاد نماید (عنصر رفتار)، ۲- هیچ روش متعارف دیگری برای اجتناب از آن تهدید نباشد (عنصر اوضاع و احوال).

تئوری حق حیات/نفی حیات، به عنوان مطلوب-ترین و قانع‌کننده‌ترین توجیه قتل درمقام دفاع مشروع برگزیده می‌شود؛ زیرا این تئوری دارای پنج مزیت مهم نسبت به سایر دیدگاه‌ها برای توجیه قتل درمقام دفاع مشروع شناخته می‌شود: نخست: برخلاف نظر پیامدگرایان یا برخلاف تئوری تبعیض بین افراد این تئوری علت اینکه چرا قتل مهاجم درمقام دفاع مشروع مجاز است، اما قتل یک شاهد واقعه مجاز نیست را تبیین می‌نماید. دوم: برخلاف تئوری تبعیض بین اشخاص این تئوری توضیح می‌دهد که چرا بزه‌دیده مجاز است تا جان خود را بر جان مهاجم ترجیح دهد. دلیل آن مطابق تئوری حق حیات/نفی حیات این است که مهاجم به خاطر ایجاد تهدید مستقیم ناروا برای بزه‌دیده حق حیات خود را از دست می‌دهد (Leverick, 2003, p. 96). سوم: این تئوری دلیل اینکه چرا قتل یک مهاجم بی‌گناه نظیر یک مجنون یا صغیر غیر ممیز و یک تهدید غیر ارادی<sup>(۶)</sup> درمقام دفاع مشروع مجاز است را توضیح می‌دهد؛ زیرا از دست دادن حق حیات مبتنی بر تقصیر نیست؛ بلکه مبتنی بر رفتار است. چهارم: این تئوری توضیح می‌دهد که چرا قتل در مقام دفاع



چراکه چنان چه گفته شد فعلیت تجاوز به معنای واقعی بودن آن می‌باشد (شمس‌ناتری و عبدالله-یار، ۱۳۹۰، ص ۱۱۸). در مقررات حقوقی، بند (ب) ماده ۱۵۶ ق.م. ۱۳۹۲ با ذکر عبارت «دفاع مستند به قراین معقول یا خوف عقلایی باشد.» موید چنین شرطی به شمار می‌آید به این معنا که لازم است قصد تجاوز با ارتکاب اعمالی و براساس قرائنی معقول و منطقی ایجاد شده باشد که این صورت خارجی کاشف از تصمیم فرد به انجام تجاوز است (محمودجانکی و صادقی، ۱۳۹۴، ص ۱۶۰). اما در حقوق اسکاتلند شخصی که مورد حمله واقع شده است ممکن است به این نتیجه برسد که جانس در خطر است و حال آنکه در واقع این‌گونه نیست. این موضوع در پرونده ی اوونز (Owens) در سال ۱۹۴۶ مطرح شد. در این پرونده، تجدیدنظرخواه محکوم به قتل عمد مهاجمی شد که او به اشتباه تصور می‌کرد مجهز به چاقو است. بنا به رأی دادگاه مزبور مجهز بودن یا مجهز نبودن مهاجم به چاقو در این پرونده اهمیت ندارد؛ بلکه مهم این است که آیا تجدیدنظرخواه واقعاً باور داشت که مهاجم مجهز به چاقو بوده است یا خیر. چنین اعتقادی ولو آنکه اشتباه باشد، می‌بایست مبتنی بر دلایل معقول باشد (Christopher, Gane and Charles, 1998, p. 522). دادگاه در پرونده ی کراوفورد (Crawford) بار دیگر به ضابطه ی معقول بودن اشاره نمود و خاطر نشان ساخت که اشتباه در اعتقاد در صورتی موجب پذیرش دفاع مشروع خواهد بود که بر دلایل معقول و دارای پیش زمینه عینی مبتنی باشد و اشتباه در اعتقاد، نباید دارای ماهیت صرفاً ذهنی و خیالی باشد. پذیرش دفاع به علت اشتباه نامعقول در زمانی به عنف در رأی پرونده میک (Meek) در سال ۱۹۸۲ ممکن است به معنای پذیرش اشتباه نامعقول در این مقوله نیز شمرده شود، اما تأکید بر ضابطه متعارف بودن در پرونده ی جونز به نظر می‌رسد که مانع از پذیرش آن باشد. قطعاً برای حذف شرط متعارف بودن اعتقاد متهم به وجود خطر جانی دلایلی وجود دارد، زیرا شخصی که براساس يك اشتباه واقعی و صادقانه ولو نامتعارف عملی را انجام می‌دهد، به همانند شخصی که دچار

را خوف عقلایی نام نهاده بنا شده باشد تا صدق عنوان خطر و تجاوز قریب‌الوقوع نماید. فعلی بودن حمله و تجاوز این تفاوت را با خطر و تجاوز قریب‌الوقوع دارد که در تجاوز فعلی متجاوز و مهاجم از مرحله ی قصد و تهیه ی مقدمات فراتر رفته است و در حال عملی ساختن قصد خویش است و دفاع در اینجا بازدارنده از استمرار و تداوم است. اما در خطر و تجاوز قریب‌الوقوع مهاجم و متجاوز هنوز در مرحله ی تصمیم‌گیری و تهیه ی مقدمات است و مدافع با احراز مسلم قصد تجاوز و حمله براساس امارات و خوف عقلایی به مقابله و دفاع بر می‌خیزد که این دفاع نقشی بازدارنده در حال شدن خطر دارد.

در حقوق اسکاتلند از زمان هیوم (Hume) صریحاً لازم شناخته شده است که برای جواز توسل به زور در دفاع مشروع صدمه می‌بایست قریب‌الوقوع باشد (Hume, 1986, p. 58). رویکرد حقوق اسکاتلند به رغم دلالت صریح و روشن مکنزی (Mackenzie) است. مطابق این پرونده، چنانچه اقدام دفاعی باشد برای ممانعت از صدمه‌ائی که قریب‌الوقوع نیست ضرورت داشته باشد، می‌تواند مجاز شمرده شود. مشاهده اینکه حقوق اسکاتلند در حال حاضر در قبال ادعای دفاع مشروعی که واقعاً ضرورت داشته؛ اما صدمه قریب‌الوقوع نبوده است چگونه واکنش نشان خواهد داد، جالب خواهد بود (Leverick, 2003, p. 263).

یکی دیگر از شروط تجاوز واقعی بودن خطر تهدید کننده و غیر وهمی بودن آن است. تجاوز زمانی واقعی است که مدافع علم یا ظن غالب مطابق با واقع (مبتنی بر یک خوف عقلایی) پیدا کند- که با تهدیدی جدی روبه رو است (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۸، ص ۳۶۱). بنابراین شرط مذکور در وضعیت تجاوزهایی قابل‌تصور است که در مرحله قریب‌الوقوع‌اند. چرا که ذهنیت تهدید در موقعیت‌هایی ایجاد می‌شود که ممکن است پایه ی آن دربرخی مواقع وهم و خیال باشد. ناگفته پیداست درجایی که تجاوز به مرحله ی فعلیت رسیده است، دیگر برای بررسی واقعی یا وهمی بودن خطر جایی وجود ندارد،

به نحو صریح بیان نموده است در ماده ی ۱۵۶ قانون مجازات مقرر شده است: «هرگاه فردی در مقام دفاع از نفس، عرض، ناموس، مال، یا آزادی تن خود یا دیگری و غیره ... مجازات نمی‌شود». در حقوق اسکاتلند دفاع مشروع از دفاعیات خاص شمرده می‌شود و در قبال اعمالی که در جهت دفاع از جان خود یا دیگری و در برخی موارد دفاع از اموال، انجام یافته است می‌توان به آن استناد نمود. در رویه ی محاکم اسکاتلند اصل بر آن است که اشخاص برای جلوگیری از ایراد خسارت از حق توسل به زور برخوردارند و در صورتی که توسل به زور با شرایط دفاع مشروع منطبق باشد از عوامل موجهه جرم به شمار می‌آید. قلمرو دفاع مشروع در حقوق این کشور فراخ و گسترده است. رأی صادره در پرونده ی مک کلاسی (McCluskey) در سال ۱۹۵۹ تلویحاً اشاره به آن دارد که اقدام به قتل در دفاع از اموال خارج از قلمرو دفاع مشروع است. در این پرونده، قتل در مقام دفاع مشروع محدود به مواردی می‌شود که خطر جانی وجود دارد (Mccall Smith, 1992, p. 133).

### ۳٫۲ شرایط مربوط به دفاع

برقراری نظم و امنیت و حفظ حقوق و آزادی افراد ایجاب می‌کند که دفاع کردن در مقابل تعرضات غیرقانونی محدود به شرایط و کیفیاتی باشد. ضرورت در بند (الف) ماده ۱۵۶ ق.م.ا. ۱۳۹۲ و هم در حقوق اسکاتلند که گاه سنجش آن در عمل بسیار دشوار است نیز پیش‌بینی شده بند (الف) ماده ۱۵۶ مقرر شده است: «رفتار ارتكابی برای دفع تجاوز ضرورت داشته باشد». حقوق‌دانان معتقدند «برای آنکه فرد بتواند از مقررات کیفیات موجهه و عدم مسولیت استفاده نماید، دفاع باید ضروری و تنها چاره برای رهایی از مهلکه باشد» (محسنی، ۱۳۹۶، ص ۲۴۱). یعنی ارتكاب فعلی که در شرایط عادی جرم است، تنها وسیله ی رهایی او از حمله باشد، چرا که، «مهم‌ترین دلیل اجازه قانون‌گذار به دفاع در برابر تجاوز نامشروع و ناحق، ضرورت آن در اوضاع و احوالی است که مدافع راه دیگری برای انتخاب

اشتباه می‌شود؛ اما استنتاج او همچنان متعارف و غیرقابل سرزنش خواهد بود. مشروط دانستن اشتباه به ضابطه متعارف بودن ناشی از تئوری اصلی و محوری مطروح در این نوشتار راجع به حقوق اسکاتلند است. بدین معنا که تمامی انسان‌ها حق حیات دارند و جان انسان‌ها تا آن‌جا که ممکن است می‌بایست حفظ شود. مشروط دانستن باور صادقانه به داشتن برخی مبانی متعارف به حمایت از حیات همه ی ما از طریق ارسال این پیام که قتل دیگران بنا به دلایل نامعتبر قابل تحمل نیست، کمک می‌نماید. شخصی که بدون دلایل معتبر توسط متهم کشته شده است حق حیات او نقض شده است و حق خانواده بزه‌دیده است که چنین متهمی محکوم و مجازات شود.

در خصوص شرایط تجاوز و خطر، حقوق‌دانان غیرموجه و غیرقانونی بودن را به عنوان یکی از اوصاف آن تلقی کرده‌اند (صانعی، ۱۳۸۸، ص ۲۵۸). بسیاری از آنان غیرموجه و غیرقانونی بودن خطر و تجاوز را به غیر مشروع بودن تجاوز تفسیر کرده‌اند که بیشتر در کلام فقها مشاهده می‌شود. هرچند که این تفسیر هیچ مشکلی را به وجود نمی‌آورد، زیرا فرض بر این است که در نظام‌های قضایی مبتنی بر فقه جزای اسلام، آراء و نظریات فقهی از راه قوانین موضوعه در عرصه اجتماع، اجرا می‌شود. بنابراین حق مورد حمایت در چنین نظام‌هایی همان حق مورد حمایت شریعت است (گروه پژوهشی حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۹۴، ص ۱۸۱).

مطابق رویه ی قضائی اسکاتلند نیز یکی از شروط دفاع مشروع وجود قوه ی قهریه غیرقانونی است. بنابراین اشخاص حق دفاع از خود در قبال اعمال قوه ی قهریه قانونی را ندارند. بنابراین شخصی که در مقابل توقیف قانونی یا هر نوع اعمال قوه ی قهریه قانونی توسط مجریان قانون به دفاع از خود می‌پردازد نمی‌تواند به دفاع مشروع استناد نماید (Leverick, 2003, p. 190).

قانون‌گذار جزایی موضوعات مورد حمایت خود به وسیله ی دفاع مشروع را در ماده ی ۱۵۶ ق.م.ا. ۱۳۹۲



قرار گرفته باید قائل به تفکیک شد: «برای مثال اگر یک شخص کبیر، در معرض تهدید و حمله یک خردسال یا یک شخص علیل قرار بگیرد، اگر فرار، موجب احتراز از خطر شود و با این حال فرار نکنند، قابل بخشش نیست» (علی‌آبادی، ۱۳۹۲، ص ۳۲)، و چنانچه اقدام به دفاع نماید، نمی‌توان دفاع وی را مشروع دانست. این عقیده از پاره‌ای از قوانین قدیمی فرانسه منبث شده است که بعدها عده‌ای به غلط قائل به تفکیک شدند و تحت تاثیر فرهنگ غلط و جو سیاسی حاکم این عقیده را پذیرفتند؛ که اگر شخص مورد حمله از نجبا و اشراف باشد، حق دارد که فرار نکند و به اقدامات دفاعی به صورت اعمال قوه متوسل شود؛ ولی سایر افراد از چنین حقی برخوردار نیستند (سالاری‌شهربابکی، ۱۳۹۴، ص ۲۱۳). ایراد این دیدگاه این است که، علاوه بر نامشخص بودن اساس این تفکیک، تشخیص اینکه چه افرادی با چه ویژگی‌های فردی و از کدام طبقات و پایگاه‌های اجتماعی مجوز ایستادن و دفاع کردن را خواهند داشت مشکل و حتی ناممکن خواهد بود، بنابراین چنین تفکیکی نمی‌تواند پذیرفته باشد. پس باید گفت که در مواردی که مدافع می‌توانسته با اجتناب از عمل دفاعی و با فرار خود را برهاند؛ ولی با این حال اقدام به دفاع نموده نمی‌توان وی را مسئول شناخت.

مطابق قاعده ی عقب‌نشینی مطلق<sup>(۷)</sup> در حقوق اسکاتلند به عنوان یک متغیر مستقل شناخته می‌شود و همواره مستلزم آن است که متهم ثابت نماید که او پیش از توسل به زور در مقام دفاع مشروع برای عقب‌نشینی تلاش نموده است. مطابق قاعده ی عقب‌نشینی قوی و غیرقابل انعطاف<sup>(۸)</sup> نیز عقب‌نشینی نیز به عنوان یک متغیر مستقل شناخته می‌شود، اما مستلزم آن است که متهم از هرگونه فرصت بی‌ضرر یا متعارف برای عقب‌نشینی و گریز از صدمه استفاده نماید. این گزینه هم حق حیات مهاجم و هم حق حیات مدافع مشروع را محترم می‌شمارد و اجازه نمی‌دهد که حیات مهاجم در مقایسه با ارزش کمتری نظیر کرامت شخصی

ندارد» (اردبیلی، ۱۳۹۷، ص ۲۳۳). بنابراین دفاع-مشروع وقتی مصداق پیدا خواهد کرد که ارتکاب جرم تنها راه نجات باشد و هرگاه مدافع بتواند به طریقی جز ارتکاب جرم خطر را دفع کند، ولی علیه متجاوز به جرم متوسل شود دفاع او مشروع نخواهد بود.

سوالی که همیشه فقها و حقوقدانان با آن مواجه بوده‌اند این است که آیا امکان فرار برای شخص مورد حمله به معنی عدم ضرورت دفاع می‌باشد یا خیر؟ در این باره بین فقها و حقوقدانان نظرات متفاوتی ارائه شده است. از فقیهان معاصر، امام خمینی (قدس سره) نوشته است: چنانچه فرار از جنگ مهاجم از طریق دیگری غیر از جنگیدن ممکن باشد، احتیاط آن است که جنگ نکند (خمینی، ۱۳۹۲، ص ۴۸۸). شیخ طوسی در این باره می‌فرماید: اگر دفاع به هیچ صورت ممکن نیست مگر به فرار، در این صورت فرار واجب است (طوسی، ۱۳۶۳، ص ۷۵). برخی از حقوقدانان معتقدند با وجود امکان فرار اعمال مدافع، مشروع نخواهد بود (صانعی، ۱۳۸۸، ص ۲۰۸) به عقیده ی این گروه در جوامع متمدن و قانون‌گرا امروزی باید همه ی افراد تا آنجاکه می‌توانند جهت حفظ نظم عمومی از توسل به زور و قدرت خودداری ورزند؛ حتی اگر این کار با گریختن از مقابل مهاجم ممکن باشد (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۵، ص ۱۴۲). این گروه نظر خود را به آرای شماره ۲۶۵۱ مورخ ۱۳۱۹ / ۸ / ۲۷ و نیز شماره ۴۴۸ مورخ ۱۳۷۱ / ۱ / ۲۵ صادر شعبه ۲۷ دیوان عالی کشور مستند می‌کنند. در رای اخیر الذکر آمده است که: «با در نظر گرفتن انگیزه ی نزاع و سبق تصمیم متهم و اینکه برای متهم اگر قصد درگیری نداشته امکان فرار وجود داشته، از این رو، قتل صورت پذیرفته دفاع مشروع نمی‌باشد». ایرادی که به این نظریه وارد است این است که اتخاذ چنین رویکردی از سوی قانونگذار، می‌تواند موجب گستاخ‌تر شدن متجاوزان و همچنین زمینه ی تجاوز به حقوق دیگران را فراهم آورد که این با روح و مبنا ی دفاع مشروع در تعارض خواهد بود. به عقیده ی این گروه در هر مورد باید با توجه به شخصیت حمله کننده و شخص مورد حمله

است. شعبه سوم دیوان عالی کشور در حکم ۱۵۵۸ مورخ ۱۳۲۸/۷/۱۵ آورده است که: دفاع، در صورتی متناسب با حمله است که طرفین مسلح به سلاحی شبیه یکدیگر باشند. همچنین استدلال شعبه ۳۱ دیوان عالی کشور در رای شماره ی ۹۲۷ مورخ ۶۹/۱۲/۱۲ در رد دفاع مشروع، این بوده است که «به کار بردن کارت در مقابل چوب دفاع متناسب محسوب نمی‌شود». شعبه ی ۲۷ دیوان عالی کشور در رای شماره ی ۹۸۰ مورخ ۷۱/۹/۱۴ عمل متهمی را که در مقابل سنگ آجر از چاقو استفاده کرده است غیرمتناسب دانسته و گفته است: «ایراد ضرب و جرح با کارت یا چاقو به کتف و گردن، منتهی به فوت آقای (ج) دفاع متناسب و مشروع نبوده است» (واعظی، ۱۳۷۹، ص ۱۴۹).

تناسب گاه به تناسب بین منافع مورد تهدید تعبیر شده است؛ بدین معنا که بین منافی که در نتیجه تجاوز به خطر افتاده با آن میزان از منافع که در اثر فعل دفاعی از بین می‌رود لازم است تناسب وجود داشته باشد (پیمانی، ۱۳۵۷، ص ۲۰۰). بر همین اساس است که در برخی نظام‌های حقوقی در حملاتی که متوجه اموال فرد می‌شود، امکان توسل به دفاع کشنده وجود نخواهد داشت. چرا که حداکثر منفعتی که در نتیجه این دست از حملات از بین می‌رود مال است، اما نتیجه دفاع کشنده، محروم شدن فرد از حق حیات است و در نتیجه کشته شدن فرد در چنین حملاتی نامتناسب خواهد بود. بر اساس این فرضیه، موضوع از نظر مدافع مورد توجه و امعان نظر واقع می‌شود نه از دیدگاه مهاجم، یعنی فردی که مورد حمله و تعرض دیگری قرار می‌گیرد، برای حفظ و حراست از حقوق خویش در صورت وجود شرایط لازم به منظور توسل به دفاع مشروع حق خواهد داشت هر اقدامی را که ضروری باشد علیه متعرض انجام دهد مشروط به اینکه از همین حد ضرورت خارج نشود (سالاری شهر بابکی، ۱۳۹۴، ص ۲۲۹). این نظریه همان نظریه‌ای است که مقبول حقوق اسکاتلند نیز واقع شده است و عقیده بر این است که شخصی که به او حمله شده است

بزه دیده دارای اهمیت بیشتری شناخته شود (Leverick, 2003, p. 159). حقوق اسکاتلند از زمان هیوم همسو با قاعده ی عقب‌نشینی قوی و غیرقابل انعطاف بوده و این قاعده در مقررات مربوط به دفاع مشروع وجود داشته است. در تطبیقی از پرونده‌ها مشتمل بر پرونده ی مک‌آنالی (McAnally) در سال ۱۸۳۶ تا پرونده ی مک‌بریتی (McBrearty) در سال ۱۹۹۹ از قاعده ی عقب‌نشینی قوی و غیرقابل انعطاف در مقررات دفاع مشروع اسکاتلند تبعیت کرده‌اند. بدین معنا که اگر شخص متهم در استفاده از هر نوع فرصت متعارف برای عقب‌نشینی کوتاهی نماید، ادعای دفاع مشروع او قانوناً پذیرفته نخواهد شد.

### ۳٫۳ تناسب دفاع با تجاوز

برای اینکه رفتاری دفاع مشروع تلقی شود باید با خطر موجود، تناسب داشته باشد. تناسب یک واژه ی حقوقی است و از تناسب در بین فقها با عنوان «قاعده الاسهل فالاسهل» نام برده شده است. برخلاف ضرورت که یکی دیگر از شرایط مربوط به دفاع است، از تناسب در ق.م. ۱۳۹۲۱ به نحو صریح نامی برده نشده است؛ اما با مراجعه به قسمت دوم ماده ی ۱۵۶ که مقرر می‌دارد: «..... در برابر هر گونه تجاوز یا خطر فعلی یا قریب الوقوع با رعایت مراحل دفاع...» به خوبی ملاحظه می‌شود که قانون‌گذار با استفاده از واژه ی «رعایت مراحل دفاع» مبحث تناسب را ملحوظ داشته است. هر چند که مقنن باید به جای عبارت «رعایت مراحل دفاع» به نظر می‌رسد، باید واژه‌ی تناسب را به کار می‌برد (توجهی، ۱۳۹۶، ص ۲۱۵). اما برخی عنوان کرده‌اند که منظور مقنن از «رعایت مراحل دفاع»، رعایت تناسب و رعایت حد ضرورت، جامع هر دو شرط است (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۸، ص ۳۶۱).

با بررسی آرای دادگاه‌ها و دیوان عالی کشور می‌توان دو نظریه راجع به ملاک و معیار تناسب استنباط نمود؛ بنابر یک نظریه، تناسب همان تناسب در وسیله است. و بنا بر نظر دوم، معیار تناسب تساوی زیان وارده از جانب مدافع و متجاوز



قصاص منتفی می‌گردد و مرتکب به دیه و مجازات تعزیری محکوم می‌شود. همچنین دفاع مشروع ظاهری نیز که در ماده ی ۳۰۳ پیش بینی شده است محدود به اشتباه متعارف گردد و از اطلاق موجود در این ماده کاسته شود.

دو تبصره مهم که در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ ذکر شده است در نوع خود یک نوآوری محسوب می‌شوند و قانون گذار برای اولین بار در قانون مجازات اسلامی به این مبحث توجه کرده و آن را مورد حمایت قرار داده است. اما سوالی که در اینجا مطرح می‌شود این است این است که منظور از «عدم رعایت شرایط دفاع» در تبصره ی ۲ ماده ی ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ چیست؟ گفته شد که دفاع مشروع افراطی که مبنای قانونی آن مطابق جدیدترین اقدام مقنن ایران، تبصره ۲ ماده ۱۵۶ و تبصره ی ۲ ماده ی ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ است ناظر به حالاتی است که به تصریح این دو تبصره، نفس دفاع صادق است؛ ولی شرایط دفاع موجود نیست یا به تعبیری دیگر از مراتب دفاع تجاوز شده است. از این رو، برای پاسخگویی به این سوال باید این موضوع مورد بررسی قرار گیرد که آیا منظور از عدم رعایت شرایط دفاع آیا شرایط دفاع به معنی عام آن یعنی تمامی شرایط دفاع (اعم از شرایط مربوط به تجاوز و شرایط مربوط به دفاع) مد نظر است یا صرفاً به معنی عدم رعایت شرایط خاص مربوط به دفاع (نه شرایط مربوط به حمله) مد نظر است برای بررسی این موضوع ناچار بایستی به بحث مربوط به شرایط حمله و شرایط مربوط به دفاع وارد شد (پوربافرانی، ۱۳۹۳، ص ۳۷).

در رابطه با بحث حمله، سوال این است که آیا «فقدان شرایط دفاع» که باعث تحقق عنوان دفاع- مشروع افراطی می‌گردد به معنی فقدان شرط تهاجم هم می‌گردد؟ پاسخ منفی است. چون به فرض عدم وجود شرایط تجاوز و خطر، خطر و تجاوزی پدید نمی‌آید تا بتوان حق دفاعی را قائل شد؛ به عبارت دیگر ابتدایی‌ترین شرط تحقق جواز دفاع که همان حمله است محقق نشده که بر پایه ی آن دفاع

حق توسل به زور تا حدی دارد که به نحو متعارف برای دفع حمله ضرورت دارد. زمانی که شخص مورد حمله واقع می‌شود نمی‌تواند ارزیابی دقیقی از میزان خشونت مهاجم داشته باشد و دادگاه‌ها هنگام قضاوت درمورد واکنش در قبال حمله، ضرورت واکنش سریع به آن را مورد توجه قرار خواهند داد (Christopher and Gane, Charles, 1988, p. 266). برای نمونه در پرونده ی دروتی (Doherty)، لردکیت (Keith)، هیات منصفه را این گونه راهنمایی نمود: بین صدمه و مقابله به مثل لازم نیست عیناً تناسب وجود داشته باشد و لازم نیست که شما با مقیاس دقیق آنها را با هم بسنجید. بنابراین متهم ممکن است بدون تمایل به ایراد صدمه ناروا به مهاجم، بیش از اندازه لازم متوسل به زور شود و سبب آن ارزیابی نادرست از میزان توسل به زور مورد نیاز برای حفظ جان خودش در آن لحظات هیجانی باشد. به فرض عدم وجود شرایط دفاع حتی يك شرط آن، دفاع را محقق ندانسته و مسئولیت کامل جرم ارتكابي را براي فرد قائل می‌شد.

تبصره ی ۲ ماده ی ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی است که به موجب آن «هرگاه اصل دفاع محرز باشد، ولی شرایط آن محرز نباشد اثبات عدم رعایت شرایط دفاع بر عهده مهاجم است» به رغم ایراداتی که بر این تبصره وارد است از جمله این که در بحث قتل (نه سایر جنایات) مهاجم به قتل رسیده است. در نتیجه، مهاجمی وجود ندارد تا بتواند به اثبات عدم رعایت شرایط دفاع پردازد، ولی صرف وجود همین تبصره ی حاکی از نگاه جدید مقنن است که از حالت سختگیرانه قبلی خارج شده است (پوربافرانی، ۱۳۹۳، ص ۳۷). مورد دوم: تبصره ی ۲ ماده ی ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ است که بر اساس آن در بند (ت) «چنانچه نفس دفاع صدق کند ولی از مراتب آن تجاوز شود، قصاص منتفی است. اما مرتکب به شرح مقرر در قانون به دیه و مجازات تعزیری محکوم می‌شود». در دفاع مشروع افراطی مقرر در تبصره ی ۲ ماده ی ۳۰۲ مشروط به آنکه متعارف باشد در حکم قتل غیر عمد محسوب و

می‌بایست جدای از مسئله ی دفاع مشروع به آن رسیدگی شود (Mccall Smith, 1992, p. 132).

### ۳٫۴ شرایط دفاع از دیگری

انسان علاوه بر اینکه حق دفاع از خود در برابر هجوم و تعرض غیر قانونی دارد، می‌تواند به دفاع از دیگران نیز برخیزد؛ دفاع از دیگری در حقوق اسلامی که از قدیم الایام به صورت مدون و منسجم، همیشه محل بحث و مورد توجه فقها و حقوقدانان اسلامی بوده است. حقوقدانان نیز لزوم دفاع از دیگری را توجیه کرده‌اند و درباره ی تساوی حق دفاع از جان و مال مدافع، با نفس و مال دیگری گفته‌اند: تفاوتی بین دفاع از جان و مال مدافع با جان و مال دیگری وجود ندارد؛ زیرا همکاری و معاضدت بین افراد جامعه ایجاب می‌کند که بین این دو فرقی وجود نداشته باشد. دیگر اینکه دفاع از نفس و مال خود یا دیگری یا هر دو یک وظیفه ی اجتماعی و فردی است که به نمایندگی از جامعه، به وسیله ی مدافع انجام می‌شود (عوجی، ۱۹۹۲، ص ۴۳۵). در دفاع از دیگری همانند دفاع از خود نیز شرایط و ضوابط عمومی دفاع حاکم است. از این رو، مدافعی که اقدام به دفاع از دیگری می‌نماید ملزم به رعایت آن ضوابط است؛ بدین معنا که مدافع از شخص ثالث باید شرایط مربوط به دفاع از قبیل غیرقانونی بودن حمله، غیرقابل دفع بودن آن و رعایت ضرورت و تناسب، را احراز کند.

### ۳٫۵ شرایط دفاع در برابر مامورین در حال وظیفه

این بحث بدین لحاظ از اهمیت برخوردار است که اولاً: در مواجهه با اتفاقاتی که حقوق اشخاص را تضییع می‌نماید و یا نظم جامعه را به هم می‌زند؛ اولین جایی که مردم برای مراجعه به ذهنشان متبادر می‌شود، نیروی انتظامی است زیرا قوه ی قاهره این نیرو در خدمت حفظ نظم، آزادی و حقوق شهروندان است و قوانین و مقررات، آنها را بر مدار حفظ و حراست از حقوق مردم مستقر می‌سازد. ثانیاً: دفاع در برابر دشمن که امری فطری است و ریشه در درون

مشروع صورت گیرد حال چه رسد به دفاع مشروع افراطی؛ این استدلال در خصوص شرط غیر قانونی بودن تجاوز و نیز شرط حقیقی بودن تجاوز واضح است. بدین توضیح که تا زمانی که خطر و تجاوز در هیات غیر قانونی و به صورت واقعی محقق نشده است نمی‌توان بحثی از دفاع مشروع افراطی به میان آورد؛ پس بدون هیچ تردیدی نمی‌توان برای متهم به جرم قتل عمدی یا هر جرم دیگری این حق را قائل شد که در مقام دفاع از خود بگوید چون جسمش نحیف بوده و مامور اجرائی مجازات شلاق باعث آزار او می‌شده، او را کتک زده یا به قتل رسانده است. همین‌طور این دفاع که متهم تصور می‌کرده است که مقتول قصد حمله به او را دارد (توهم خطر) از موارد دفاع مشروع افراطی نیست.

در تبصره ی ۲ ماده ی ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ گفته شده است: «هر گاه اصل دفاع محرز باشد؛ ولی شرایط آن محرز نباشد...». بدیهی است وقتی اصل دفاع محقق است که تجاوز با وجود تمامی شرایط آن یعنی غیر قانونی، حال و واقعی بودن وجود داشته باشد. در تبصره ی ۲ ماده ی ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ هم گفته شده است: «در مورد بند (ت) چنانچه نفس دفاع صدق کند...». بدیهی است وقتی نفس دفاع صدق می‌کند که پیش از آن وجود تجاوز با وجود تمامی شرایط آن محقق باشد.

در حقوق اسکاتلند توسل به زور در صورتی که به نحو فاحش بیش از اندازه لازم یا بی‌رحمانه باشد از قلمرو دفاع مشروع خارج می‌شود. رویه ی قضایی در حال حاضر ایده مطرح شده در پرونده ی کیزلویچی (Kizilevicziue) در سال ۱۹۳۸ را نمی‌پذیرد، مطابق ایده ی مزبور توسل به زور بیش از اندازه ی لازم، به کاهش جرم از قتل عمد به قتل غیرعمد منجر خواهد شد. ممکن است گفته شود در چنین حالتی این دفاع تحریک بزه‌دیده است که موجب کاهش جرم از قتل عمد به قتل غیرعمد خواهد شد، اما تحریک بزه‌دیده موضوعی است که



اعمال خود شده و مانع اجرای وظیفه مأموران شوند (حیب‌زاده، ۱۳۷۹، ص ۳۳). برخی بر نظریه ی مختلط تاکید کرده‌اند. در این دیدگاه از افراط و تفریط دو نظریه ی قبلی دوری شده و طبق آن، دفاع در برابر اعمال غیرقانونی مأموران دولت در مواردی مجاز و در مواردی غیرمجاز دانسته شده است طرفداران این نظریه معتقدند که اطاعت از مأموران دولت در صورتی که دارای حکمی باشند، ضروری است؛ حتی اگر آن حکم خلاف قاعده تنظیم و صادر شده باشد (جهانی، ۱۳۹۱، ص ۱۱۹).

به نظر می‌رسد که نظریه ی منتخب نظریه ی مقاومت مطلق، با حفظ انتظامات و سیاست قضایی و مصالح جامعه سازگار نیست. نظریه ی اطاعت مطلق نیز دور از عدالت و منطبق به نظر می‌رسد؛ چراکه مردم به امید شکایت و تعقیب بعدی، نسبت به تمکین در مقابل اعمال مجرمانه مأموران مجبور هستند. از طرفی معقول و موجه نیست که دادگاه، هم مأمور خاطی را که از حدود وظیفه ی خود خارج و مرتکب جرم شده محکوم به مجازات نماید و هم فردی را که در برابر این عمل مجرمانه تمکین نکرده و مقاومت کرده است، کیفر دهد. از این رو، به نظر می‌رسد همان گونه که بیشتر قانونگذاران پذیرفته‌اند، نظریه ی سوم یعنی تفکیک بین موارد و شرایط مختلف، بر دو دیدگاه دیگر برتری دارد (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۳، ص ۲۲۴). قانون و رویه ی قضایی ایران متمایل به نظر مختلط و بینابین است و طبق آن، مقاومت در برابر اعمال خارج از حدود وظیفه و غیرقانونی مأمور پلیس، نه تنها ترمذ نیست؛ بلکه در برخی موارد و با جمع شرایطی می‌تواند عنوان دفاع مشروع به خود گیرد که در این صورت، شخص می‌تواند حتی ضمن مقاومت در برابر مأمور، در حدودی که با اقدامات تجاوزکارانه ی وی متناسب باشد، اعمال قوه ی قهریه نماید. قانون‌گذار کیفری ایران در ماده ی ۱۵۷ ق.م.ا که در واقع عنصر قانونی دفاع در برابر مأموران و ضابطان است دفاع در برابر مأموران و ضابطان را پذیرفته و دفاع در برابر آن‌ها را به ظاهر با دوش شرط

انسان دارد، از دیرباز مورد پذیرش نظام‌های حقوقی مختلف جهان بوده است؛ اما در مورد دفاع در برابر مأموران انتظامی و ضابطان دادگستری اتفاق نظر وجود ندارد. به طوری که در حقوق اسکاتلند اشخاص حق دفاع از خود در قبال اعمال قوه ی قهریه قانونی را ندارند. بنابراین شخصی که در مقابل توقیف قانونی یا هر نوع اعمال قوه ی قهریه قانونی توسط مجریان قانون به دفاع از خود می‌پردازد، نمی‌تواند به دفاع مشروع استناد نماید. برخی مقاومت در برابر حمله ی غیرقانونی مأمور دولت به طور مطلق جایز است و در این خصوص می‌گوید: «درحقیقت آن چه جرم ترمذ را به وجود می‌آورد، نافرمانی و بی‌اعتنایی نسبت به قانون است و اعمال قدرت در برابر مأموران دولت، وسیله ی بروز این نافرمانی و بی‌اعتنایی است (جهانی، ۱۳۹۱، ص ۱۱۷). پس وقتی مأمور دولت قانون را اجرا نمی‌کند و از حدود وظیفه ی خود خارج می‌شود یا از آن سوء استفاده می‌کند، مرتکب عمل خودسرانه‌ای به ضرر شخص شده است و در نتیجه، وقتی شخص در برابر او ایستادگی می‌کند، در واقع در مقابل «نقض قانون» مقاومت کرده و نه در مقابل «اجرای قانون» و چنین مقاومتی نه تنها جرم نیست؛ بلکه کاملاً مشروع است (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۳، ص ۲۲۱). اما به نظر می‌رسد قبول این نظریه، این نتیجه نامطلوب را در بر دارد که باعث از بین رفتن نظم عمومی خواهد شد؛ چرا که در این صورت اشخاص به بهانه‌های واهی و بدون هیچ واهمه‌ای اقدام به ترمذ، مقاومت و سرپیچی از فرامین مأمورین نموده و با دستاویز قرار دادن دفاع مشروع از مسئولیت و مجازات رهایی خواهند یافت.

عده‌ای از حقوقدانان معتقدند که مقاومت در برابر مأمور دولت که در مقام اجرای قانون است، ولو اینکه مأمور از حدود وظیفه خود خارج شده و رعایت ترتیبات مقرر را نکرده باشد یا حتی مرتکب جرم شده باشد، جایز نیست و موجب تحقق بزه ترمذ می‌شود. افراد صلاحیت تشخیص غیرقانونی بودن اعمال مأمورین را ندارند و به این عنوان نباید قاضی



دفع حمله ضروری است موجب برائت دفاع مشروع خواهد بود. در دفاع مشروع افراطی تجاوز با تمامی شرایط آن وجود دارد، ولی مدافع شرایط دفاع به معنی خاص آن که عبارت از دو شرط ضرورت و تناسب دفاع است را رعایت نمی‌کند. مطابق رویه‌ی قضائی اسکاتلند شخصی که به او حمله شده است حق توسل به زور تا حدی دارد که به نحو متعارف برای دفع حمله ضرورت دارد. مستنبط از متون فقهی قتل متجاوز در مقام دفاع از مال و دارایی به عنوان دفاع متناسب محسوب نمی‌شود؛ مگر آنکه متجاوز عاقل، بالغ و مختار در مقابل مدافع مقاومت نموده و متجری باشد. با این وجود اطلاق مفاد ماده ی ۱۵۶ ق.م.ا.ش ۱۳۹۲ شامل مشروعیت قتل در مقام دفاع از اموال است، به خصوص آنکه قانونگذار به شرط تناسب اقدام دفاعی و تجاوز اشاره ننموده است. قتل متجاوز در مقام دفاع از جان و عرض و ناموس متناسب محسوب می‌گردد هر چند که مهاجم دیوانه یا غیر بالغ باشد، مشروط به آنکه قتل، آخرین چاره جلوگیری از تجاوز باشد. در حقوق اسکاتلند قتل در مقام دفاع از اموال به هیچ وجه مجاز نیست؛ اما قتل برای جلوگیری از تجاوز به عنف مجاز شمرده می‌شود. برای تحقق دفاع مشروع حمله و تجاوز باید غیر قانونی باشد، از این رو، در حقوق ایران و اسکاتلند شخص نمی‌تواند در مقابل اعمال قهریه‌ی قانونی به دفاع مشروع استناد کند.

مجاز می‌داند: ۱- خروج از حدود وظیفه ۲- برحسب ادله و قراین موجود، خوف آن باشد که عملیات آن‌ها موجب قتل یا جرح یا تعرض به عرض یا مال گردد.

## ۴ نتیجه‌گیری

دفاع مشروع اصولاً از عوامل موجهه جرم شناخته می‌شود. اما زمانی که فرد در دفاع دچار اشتباه متعارف شود از عوامل عذرآور تلقی می‌شود. لزوم صیانت از کرامت انسانی را می‌توان کامل‌ترین مبنای اقدامات دفاعی غیرکشنده شناخت که بر مبنای آن اصل تعرض ناپذیری ناروا اقتضاء می‌کند که هرانسانی از تعرض و تهاجم دیگری مصون باشد. تئوری متقارن حق حیات - نفی حق حیات که از علت توجیه کننده دفاع مشروع است بر این نکته تأکید و حمایت می‌کند که مهاجم تهدید فوری ناروایی برای حیات بزه‌دیده ایجاد نماید و هیچ روش متعارف دیگری برای اجتناب از آن تهدید وجود نداشته باشد. به‌رغم اختلاف نظر در خصوص فرار بزه‌دیده از صحنه‌ی تهاجم بزهکار نمی‌توان آن را راه حل دفع تجاوز دانست. در حقوق کیفری اسکاتلند نظر بر قاعده عقب‌نشینی قوی است که وفق این قاعده متهم می‌بایست از هرگونه فرصت بی‌ضرر یا متعارف برای عقب‌نشینی و گریز از خطر استفاده نماید. در حقوق اسکاتلند تنها اشتباه متعارف متهم برای

## منابع

- Ardabili, M A. (2018). Public Criminal Law, Volume I, Tehran: Mizan Publications.
- Ibn Idris, M. (1990). Al-Sarair, Qom: Islamic Publications Office.
- Peymani, Z. (1978). Detailed Rules of Legitimate Defense, Tehran: National University of Iran.
- Peymani, Z. (Ed. ninth). (2013). Exclusive criminal law, Tehran: Mizan Publishing.
- Poor Bafarani, H. (2014). A Comparative Study of Violation of the Limits of Legitimate Defense, Journal of Criminal Law (Vol. 2, pp. 59-33)
- Tavajohi, A. (Ed. third). (2017). Pathology of the Islamic Penal Code adopted in 2013, Tehran: Judiciary, Press and Publications Center.
- Jahani, B. (2012). "Resistance to the police; Legitimate Defense or Rebellion, Detective Quarterly (Vol .18, pp.129-110)



- Habibzadeh, M. J. (2000). "Resistance to Illegal Government Acts", *Proceedings Monthly* (Vol 33, pp. 16-12)
- Khomeini, S. R. (2013). *Tahrir al-Wasileh*, Volume 2, Chapter Defense, Ema Khomeini Publishing Center.
- Rahimi Nejad, I. (Ed. First). (2008). *Human Dignity in Criminal Law*, Tehran.
- Rousseau, J.J. (Ed. second). (2015). *Social Contract*, translated by Gholam Hossein Zirak, Tehran: Ghasedak Saba.
- Salari Shahrabaki, M. M. (2015). *General Criminal Law of Legitimate Defense*, Volume 1, Tehran: Jangal.
- Shambiati, H. (Ed. Sixth). (2013). *Public Criminal Law*, Volume I, Tehran: Wistar Publications.
- Shams Natri, M., & Abdullah Yar, S (2011). *State of Necessity and Legitimate Defense*, Tehran: Majd Publications.
- Shams Natri, M. I., & Z, M. K. (2017). *Recognition of the concept of legitimate defense in the new Islamic Penal Code, Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law* (Vol. 50, pp. 145-125)
- Sanei, P. (Ed. Second). (2009). *Public Criminal Law*, Tehran: New Plan Publishing.
- Tusi, M. (1984). *Al-Mabsut Fi Al-Imamiya Fiqh*, Volume 8, Tehran: Mortazavieh School.
- Aliabadi, A. (Ed. Fifth). (2013). *Criminal Law*, Volume 3, Tehran: Ferdowsi Publications.
- Oji, M. (1992). *The General Criminal Law*, Volume II. Beirut: Nofel.
- Research Department of Razavi University of Islamic Sciences. (2004). *Rules of Criminal Jurisprudence*, Jaharam Press, Mashhad: Astan Quds Razavi Publications.
- Makarem Shirazi, N. (Ed. Fifth). (2019). *Sample Interpretation*, Volume 20, Tehran: Islamic Books House.
- Mahmoud Janaki, F., & Sadeghi, A. (2015). *Apparent Legitimate Defense*, *Journal of Criminal Law Teachings* ( Vol .10, pp. 194-155)
- Mohseni, M. (Ed. Fourth). (2017). *Public Criminal Law Course*, Tehran: Ganj-e-Danesh Publishing.
- Mohammadi Karachi, B. (2014). *Legitimate defense and necessity*, Hagh Gostar Publications.
- Movahed, M. (2002). *In the air of truth and justice*. Tehran: Karnameh.
- Mir Mohammad Sadeghi, H. (Ed. First). (2015). *Fundamentals of Public Criminal Law*, Tehran: Jawdaneh Jangal Publications.
- Mir Mohammad Sadeghi, H. (2014). *Restrictions on Legitimate Defense against the Police in Iranian Law with a Look at the French Legal System*. *Journal of Criminal Law* (Vol 5, pp. 235-215)
- Mir Mohammad Sadeghi, H. (Ed. Twenty-seventh). (2019). *Exclusive Criminal Law*, Volume One, Tehran: Mizan Publishing.
- Mirza Qomi, A. (1993). *Jame Al-Shattat*, Tehran: Kayhan Publications.
- Noorbha, R. (2011). *General Criminal Law*, Tehran: Ganj-e-Danesh.



- Waezi, K. (2000). Legitimate Defense in Iranian Criminal Law, Qom: Islamic Propaganda Publishing Center.
- Ashworth, A., & Horder, J. (Ed. seventh). (2013). Principles of criminal law, Oxford University Press.
- Christopher, H.W., & Charles, N. S. (Ed. second). (1988). casebook on Scottish criminal law, Edinburgh.
- [DLars Bo Langsted, P.G.](#), & [Boet, V. G.](#) (Ed. fourth). (2014). Criminal Law, in Enmark, Aspen Publishers Inc., DJQF publishing.
- Hume, D. (1986). Commentaries on the Law of Scotland Respecting the Description and Punishment of Crimes, Butterworths.
- Leverick, A. (2003). critical analysis of the law of self-defense in Scotland and England, A thesis for the degree of PhD, Aberdeen university.
- Mccall Smith, R.A.A., & Sheldon, D. (1992). Scots Criminal Law, Edinburgh Butterworth.

## Original Article

# A comparative study of the feasibility of considering professional sports competitions as literary and artistic works

Mahmoud Hekmatnia<sup>1</sup>, Rahim Pilvar<sup>\*2</sup>, Masoud Zangene<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Professor, Department of Jurisprudence and Law, Research Institute of Islamic Culture and Thought, Tehran, Iran

<sup>2</sup> Assistant Professor, Law Department, Farabi Campus, University of Tehran, Qum, Iran

<sup>3</sup> Master of Intellectual Property Law, Faculty of Law, Farabi Campus, University of Tehran, Qom, Iran



10.22080/LPS.2021.20116.1203

**Received:**

October 31, 2020

**Accepted:**

August 15, 2021

**Available online:**

November 27, 2021

**Main Subjects:**

Intellectual property rights

**Keywords:**

copyright, work, professional sport, sport competition, originality

## Abstract

Sport, like other industries, has products and goods that may be based on skill, art, thought and knowledge. With a glance, it's possible to see professional sports competitions and surrounding affairs as the source of products that are shaping up in the industry. One of the achievements of these races is the sale of points, television broadcasting, ticket sales, promotions, and the like; among them the most profitable is the sale of sporting media player points, which are in the form of a contract, club or league or sports federation, the right to broadcast. The contest settles in a variety of ways to an organization or company that specializes in broadcast media. Regardless of the level of commercial importance and popularity of professional sports competitions, one of the most important doubts is whether a set of professional sports competitions can be protected as literary and artistic work as intellectual property rights? This research seeks to prove, with the help of the fundamental principles of literary and artistic works, that professional sports competitions have the ability to take into account the truthfulness of the aspects of originality and expression in a particular form and form of the case of literary and artistic works of thought. And hence the monetary and moral rights arising from literary and artistic works.

\*Corresponding Author: Rahim Pilvar

Address: Law Department, Farabi Campus,  
University of Tehran, Qum, Iran

Email: rahimpilvar@ut.ac.ir



## Extended abstract

### 1. Introduction

Sport is one of the new areas in which support for intellectual property rights, including industrial property and literary and artistic ownership, is underway. As sports like other industries have products and goods that may be based on skill, art, thought and knowledge.

### 2. Methods

According to the investigated components of the present study, the method of doing research in this article is applied in terms of purpose and is descriptive-analytic in nature. Content analysis method has been used in order to prove, that professional sports competitions have the ability to take into account artistic works.

### 3. Findings

professional sports competitions and surrounding affairs as the source of products that are shaping up in the industry. One of the achievements of these races is the sale of points, television broadcasting, ticket sales, promotions, and the like; among them the most profitable is the sale of sporting media player points, which are in the form of a contract, club or league or sports federation, the right to broadcast. The contest settles in a variety of ways to an organization or company that specializes, in broadcast media

### 3. Conclusion

Regardless of the level of commercial importance and popularity of professional sports competitions, one of the most important doubts is whether a set of professional sports competitions can be protected as literary and artistic work as intellectual property rights? This research

proves, with the help of the fundamental principles of literary and artistic works, that professional sports competitions have the ability to take into account the truthfulness of the aspects of originality and expression in a particular form and form of the case of literary and artistic works of thought, and hence the monetary and moral rights arising from literary and artistic works.

### Funding

There is no funding support.

### Authors' contribution

Authors contributed equally to the conceptualization and writing of the article. All of the authors approved the content of the manuscript and agreed on all aspects of the work.

### Conflict of interest

Authors declared no conflict of interest.

### Acknowledgments

We are grateful to all the persons for scientific consulting in this paper.

# امکان سنجی تلقی مسابقات ورزشی حرفه‌ای به عنوان اثر ادبی و هنری

محمود حکمت نیا<sup>۱</sup>، رحیم پیلوار<sup>۲\*</sup>، مسعود زنگنه<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> استاد گروه فقه و حقوق، پژوهشکده فرهنگ و اندیشه اسلامی، تهران، ایران  
<sup>۲</sup> استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران  
<sup>۳</sup> کارشناس ارشد حقوق مالکیت فکری، دانشکده حقوق، پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران



10.22080/LPS.2021.20116.1203

## چکیده

ورزش همانند صنایع دیگر دارای محصولات و کالاهایی است که ممکن است مبتنی بر مهارت، هنر، فکر و دانش باشد. در این میان پردرآمدترین آن‌ها فروش امتیاز پخش رسانه‌ای مسابقات ورزشی است که در قالب یک قرارداد، باشگاه و یا لیگ و یا فدراسیون ورزشی، حق پخش مجموعه مسابقه را به طرق مختلف به سازمان یا شرکتی که در حوزه پخش رسانه‌ای تخصص دارد، واگذار می‌کند. با وجود این سطح از اهمیت تجاری و اقبال عمومی در مورد مسابقه‌های ورزشی حرفه‌ای، یکی از تردیدهای مهم این است که آیا مجموعه یک مسابقه ورزشی حرفه‌ای می‌تواند به عنوان "اثر" ادبی و هنری هم مورد حمایت حقوق مالکیت فکری قرار گیرد؟ این پژوهش به دنبال آن است تا با کمک از اصول بنیادین مالکیت ادبی و هنری، اثبات نماید مسابقات حرفه‌ای ورزشی این قابلیت را دارند تا با توجه به صدق جنبه‌های اصالت و بیان شدن به صورت قالب و شکل خاص، مصداقی از آثار ادبی و هنری تلقی شوند و نتیجتاً حقوق مادی و معنوی ناشی از آثار ادبی و هنری شامل آنها گردد و البته در این راه از حقوق تطبیقی هم جهت بررسی سیر حرکت حقوق دیگر کشورها استفاده خواهیم کرد.

تاریخ دریافت:

۱۰ آبان ۱۳۹۹

تاریخ پذیرش:

۲۴ مرداد ۱۴۰۰

تاریخ انتشار:

۶ آذر ۱۴۰۰

موضوعات:

حقوق مالکیت فکری

کلیدواژه‌ها:

حقوق مالکیت ادبی و هنری، اثر، ورزش حرفه‌ای، مسابقه ورزشی، اصالت

\* نویسنده مسئول: رحیم پیلوار

آدرس: دانشکده حقوق، پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران ایمیل: rahimpilvar@ut.ac.ir



## ۱ مقدمه

مهم‌ترین عنصر در جذب مخاطب و درآمدزایی برای صنعت ورزش محسوب می‌شود.

مطابق آمار رسمی سایت فیفا، جام جهانی ۲۰۱۴ برزیل حدود سه میلیارد و دویست میلیون بیننده داشته است<sup>۲</sup> و ۳۱۴۱۹۰۸ بلیت فروش رفته است، همچنین ظرف ۴ سال قبل آن، حدود ۱۴ میلیون شغل ایجاد شده است!<sup>۳</sup> یا در جام جهانی ۲۰۱۸ روسیه نیز، شش میلیون و هشتصد هزار توریست بازدید داشته اند و سه میلیون و سی و یک هزار و هفتصد و شصت و هشت نفر بلیط خریده اند و درآمد بسیاری نیز نصیب فیفا و روسیه شده است.<sup>۴</sup>

با توجه به تحولات صورت گرفته، شناسایی ماهیت مسابقات ورزشی از اهمیت بسزایی برخوردار است. در این‌که این مسابقات ارزش مالی دارند و به همین سبب می‌توانند موضوع معامله واقع شوند شک نیست (رهبری، ۱۳۹۵، ۲۳ به بعد). زیرا تمام عناصر لازم را برای مال‌انگاری دارد (کازمی و پیلوار، ۱۹۷، ۱۳۹۷). بنابراین دست کم در حقوق ایران صوت و تصویر مسابقه مالی محترم است و قابل داد و ستد. در ایالات متحده، حمایت از این حقوق، بر مبنای منع تصاحب غیرقانونی تجاری<sup>۵</sup> تحلیل شده است. در ایتالیا، رویه قضایی برای برگزارکنندگان رویدادهای ورزشی نسبت به این رویدادها قائل به «حق» شده، ولی نوع آن را تعیین نکرده‌اند. در آلمان و ژاپن از قواعد منع رقابت ناعادلانه برای صیانت از حقوق باشگاه‌ها و سازمان‌های ورزشی در برابر پخش‌کنندگان استفاده می‌شود (ر.ک: السان، ۱۳۹۲، ۵).

حقوق به عنوان عامل تنظیم روابط اجتماعی در عین حفظ نقش رهبری خود، تابع تحولات اجتماعی و اقتصادی هم هست. از جمله تحولاتی که اکنون در سطح جهان ملاحظه می‌شود، تحولاتی است که در ورزش اتفاق افتاده است. امروزه ورزش به مسائل مالی و اقتصادی به شدت گره خورده و دیگر صرفاً یک سرگرمی نیست به طوری که اکنون از «صنعت ورزش» هم صحبت می‌شود و نقش مهمی در زنجیره ارزش<sup>۱</sup> جهانی دارد.

مسابقه‌های ورزشی حرفه‌ای، مهم‌ترین محصول صنعت ورزش هستند و دارای آثاری از جمله نقل و انتقال بازیکنان، صدور مربی، فروش امتیاز پخش رسانه‌ای مسابقات، فروش بلیت، تبلیغات و میدین ورزشی، شرط‌بندی‌ها، ایجاد امکانات و تأسیسات ورزشی و جذب حامیان مالی و گردشگر می‌باشد؛ در این میان پردرآمدترین آن‌ها فروش امتیاز پخش رسانه‌ای مسابقات ورزشی است و باید اذعان داشت صنعت پخش رسانه‌ای مسابقات ورزشی خود به‌عنوان یک صنعت مستقل مطرح شده است. به طوری که برخی به‌درستی گفته‌اند درآمد ناشی از پخش رسانه‌ای مسابقات به‌عنوان «اکسیژن صنعت ورزش» شناخته می‌شود (Blackshaw, 2012, 286).

امروزه، بدون درآمدهای پخش رسانه‌ای، مسابقات بزرگ ورزشی همچون المپیک، جام جهانی فوتبال و لیگ‌های فوتبال و ... آسیب جدی می‌بینند. زیرا درآمد حاصل از پخش رسانه‌ای مسابقات ورزشی حرفه‌ای بزرگ‌ترین منبع مالی برای باشگاه‌های حرفه‌ای، لیگ‌ها و فدراسیون‌های ورزشی است. به عبارتی، پخش رسانه‌ای مسابقات ورزشی

4

<https://img.fifa.com/image/upload/veij99mubas9idvf47rl.pdf>

<sup>5</sup> Doctrine of commercial misappropriation

<sup>1</sup> value chain

<sup>2</sup> <https://www.fifa.com/worldcup/news/2014-fifa-world-cuptm-reached-3-2-billion-viewers-one-billion-watched--2745519>

<sup>3</sup> <https://www.fifa.com/worldcup/news/2014-fifa-world-cup-braziltm-in-numbers-2443025>

## ۲ مالکیت فکری و شاخه ادبی و هنری آن

جهت تبیین دقیق موضوع ناچار هستیم مجدد دو نهاد حقوق مالکیت فکری و اثر را مرور کنیم تا بتوانیم ماهیت مورد نظر خود را بر آنها عرضه کنیم و محک بزنیم. منظور از حقوق مالکیت فکری در معنای عام اجمالاً عبارت است از مجموع حقوق قانونی که از فعالیت‌های فکری افراد در زمینه‌های صنعتی علمی و ادبی و هنری حاصل می‌گردد و مورد حمایت قرار می‌گیرد (ر.ک: حکمت نیا، ۱۳۸۷، ۳۴ الی ۴۶). بر اساس این تعریف اصطلاح مالکیت فکری در معنای عام اشاره به آفریده‌های فکری افراد دارد، آفریده‌هایی که در ذهن آفریننده یا پدیدآورنده خود شکل می‌گیرند و این قابلیت را دارند که در دنیای مادی ابراز شوند و به تعداد نامحدودی تکثیر شوند (پیلوار، ۱۳۹۴، ۱۹۲). بدین‌سان باید توجه داشت متعلق مالکیت فکری آن شیء آفریده شده است و نه آن چیزی که در خارج تکثیر می‌گردد و منعکس‌کننده آن امر است، wipo, Understanding copyright and related rights, 4). مالکیت فکری به دو شاخه صنعتی و ادبی هنری تقسیم می‌شود که اولی از بحث حاضر خارج است و در ادامه به دومی، در حد نیاز به روشن شدن موضوع می‌پردازیم.

در مالکیت ادبی و هنری صرفاً از شکل بیان ایده‌ها<sup>۱</sup> حمایت می‌شود. به بیان دیگر در مالکیت ادبی و هنری خلاقیت مورد حمایت، خلاقیت در نحوه گزینش و تنظیم کلمات، رنگ‌ها، خطوط، اشکال و نت‌های موسیقی، است. بر همین اساس هم از پدیدآورنده اثر ادبی و هنری، در برابر کسانی که از شکلی<sup>۲</sup> که توسط پدیدآورنده آن ایجاد شده است، بدون اجازه او استفاده کنند، حمایت می‌شود. پس، در مالکیت ادبی و هنری ما از ایده حمایت نمی‌کنیم بلکه از شکل بیان ایده است که حمایت می‌کنیم (wipo, Understanding copyright

اما این پژوهش دنبال چیزی فراتر از این امر است. پرسش ما این است که با توجه به "تحولات" صورت گرفته در ورزش و اقتصاد، آیا می‌توان مسابقه ورزشی حرفه‌ای را یک "اثر" ادبی و هنری هم دانست؟ به طوری که قائل شویم یک اثر هنری خلق شده باشد؟ اگر پاسخ مثبت باشد "پدیدآورندگان" آن از حقوق انحصاری ارزشمندی چه مادی و چه معنوی بهره‌مند خواهند شد که فراتر از حقوق مالی پخش و نظایر آن خواهد بود. باید توجه داشت شاخه دیگر مالکیت ادبی و هنری که حقوق مرتبط یا مجاور یا همسایه نام دارد، مورد بحث نیست زیرا در حقوق مرتبط از معینان اثر، حمایت می‌شود یعنی اول باید اثری تحقق یافته باشد و سپس دیگران به ترویج آن کمک کنند. ولی مدعی این مقاله اثر بودن مسابقات حرفه‌ای است.

بنابراین مساله ما این خواهد بود: «مسابقه ورزشی حرفه‌ای» را می‌توان یک "اثر" هنری قابل حمایت به موجب حقوق مالکیت ادبی و هنری، تلقی کرد؟ بی شک در صورتی مسابقه ورزشی حرفه‌ای، اثر محسوب می‌شود که واجد عناصر لازم اثر، در حقوق مالکیت ادبی و هنری باشد. امری که نیاز به اثبات دارد و همچنین نیاز است به ادله مخالفان نیز پاسخ گفت. در این مقاله در خصوص مسابقات غیر حرفه‌ای یا آماتوری بحث نمی‌گردد زیرا ماهیت و هدف آن با مسابقات حرفه‌ای تفاوت دارد و مسایلی همچون سلامتی و آمادگی جسمانی در آنان پررنگ است و خود بازیکنان هم اراده‌ای بر آفرینش اثر ندارند و جامعه هم ارزش مالی برای آنها قایل نیست.

جهت تبیین بهتر بحث پس از تبیین مفاهیم ضروری، ادله اثر تلقی شدن مسابقات حرفه‌ای و نقدهای وارد بر آن را بررسی خواهیم نمود و در انتها به موضع حقوق ایران خواهیم پرداخت.

<sup>2</sup> Form

<sup>1</sup> Form of Expression of Ideas





### ۳،۱ ورزش حرفه‌ای<sup>۵</sup>

ورزش نیز مانند دیگر عرصه‌های اجتماعی برای ماندگاری باید همواره در رشد و توسعه خویش بکوشد و ابعاد و زوایای خویش را بسط و گسترش داده، تثبیت و تقویت کند. ورزش حرفه‌ای در جریان رشد و توسعه طبیعی تربیت‌بدنی و ورزش در جهان پا به عرصه وجود گذاشت و اندک اندک تمامی اذهان را به خود مشغول ساخت و به عنوان صنعت یا حرفه‌ای که می‌توان از طریق آن به درآمدزایی روی آورد مورد توجه همگان قرار گرفت.

ورزش حرفه‌ای به فعالیت‌های ورزشی و سازمان‌یافته‌ای گفته می‌شود که به صورت رتبه‌مند و هدفمند، به منظور کسب درآمد برای توسعه ارزش‌های اقتصادی و اجتماعی انجام می‌شود. به عبارت دیگر، حاصل طبیعی ورزش قهرمانی را سطحی از ورزش می‌نامند که با نام ورزش حرفه‌ای شناخته شده و در رأس هرم سلسله مراتبی ورزش قرار می‌گیرد که در آن افراد نخبه در یک سطح بالا به رقابت پرداخته و در آن جریان بازاریابی و کسب منابع مالی و همچنین مدیریت قوی وجود دارد (شعبانی، ۱۳۹۶، ۱۲۰).

### ۳،۲ مسابقه‌های (رویدادهای) ورزشی حرفه‌ای<sup>۶</sup>

آنچه قابل توجه است این است که اصولاً ورزش حرفه‌ای همراه با مسابقه است. واژه مسابقه در لاتین از جمله به معنای جست‌وخیز کردن بانشاط و خوشی است<sup>۷</sup>، اما اصطلاح آن به مفهوم رقابت نزدیک است و به فعالیتی هدفمند و جدی گفته می‌شود که با ریشه آن که از مصدر سبق به معنای پیشی گرفتن تطابق دارد.

5, and related rights). مهم آنست که ایده ای ولو جمعی، در قالبی مادی و محسوس برای انسانها بروز و ظهور پیدا کند.

دو نظام عمده در جهان در خصوص حقوق مالکیت ادبی هنری وجود دارد؛ نظام کپی‌رایت<sup>۱</sup> که منبعث از دیدگاهی است که جنبه اقتصادی حق مؤلف در آن غلبه دارد و از زاویه اثر به حقوق نگاه می‌شود و در ادبیات حقوقی کشورهایی همچون امریکا و انگلستان مورد اشاره قرار می‌گیرد و در طرف دیگر، نظام حق مؤلف است که در کشورهایی که دارای نظام رومی ژرمن همچون فرانسه هستند شایع است و به شخصیت مؤلف اولویت اول را می‌دهند و از زاویه مولف به این حقوق می‌نگرند (ر.ک: زرکلام، ۱۳۸۸، ۷).

### ۳ ورزش

اسپرت<sup>۲</sup> به معنای ورزش، نشئت گرفته از کلمه فرانسوی دسپورت<sup>۳</sup> است و در اصل به معنای سرگرمی بوده است<sup>۴</sup>. کلمه ورزش تا قرن ۱۸ و ۱۹ تنها شامل شکار کردن، ماهیگیری و تیراندازی می‌شد. از قرن ۱۹ به بعد «ورزش» شامل فعالیت‌های جسمانی رقابتی نیز شد و رواج یافت (Fry, 2014, 371). در خصوص تعریف اصطلاحی ورزش باید گفت «ورزش عبارت است از مجموعه فعالیت‌های حرکتی و فنی سازمان‌یافته و هدفمندی که در جهت حفظ و تأمین سلامتی و افزایش قابلیت‌های جسمانی هست. بدیهی است که این فعالیت‌ها دارای قوانین و مقررات مربوط به خود بوده و می‌تواند همراه با رقابت، مسابقه و برد و باخت باشد (شعبانی بهار، ۱۳۸۵، ۲۰).

<sup>4</sup> Harper, Douglas. "sport (n.)". Online Etymological Dictionary. Retrieved 20 April 2008.

<sup>5</sup> Premium Sports or Professional Sports

<sup>6</sup> Premium Sports Events

<sup>7</sup> <https://www.etymonline.com/word/compete>  
last seen: 2020/1/31

<sup>۱</sup> کپی‌رایت از دید حقوق کامن لا عبارت است از «حق انحصاری ناظر بر آثار ادبی، نمایشی، هنری و موسیقایی اصیل، به‌علاوه اشخاصی که در تلاش‌های خلاقانه نظیر ثبت آوانگاشت‌ها، فیلم‌ها و انتشار آثار ادبی سرمایه‌گذاری می‌کنند از حمایت کپی‌رایت برخوردار می‌شوند». (کرنو و همکاران، ۱۳۹۰، ص ۱۹۸).

<sup>2</sup> Sport

<sup>3</sup> Desport

## ۴ مسابقات ورزشی حرفه‌ای به‌مثابه یک اثر هنری

برای آنکه ببینیم آیا مسابقات حرفه‌ای ورزشی امروزه می‌توانند یک اثر ادبی و هنری تلقی شوند، باید ببینیم آیا معیارهای یک اثر ادبی و هنری را دارا هستند یا خیر؟

لازم به ذکر است پرسشی که در خصوص ماده دوم کنوانسیون برن که به بیان مصادیق آثار ادبی و هنری می‌پردازد، مطرح می‌گردد، این است که آیا مواد مذکور در بیان مصادیق آثار ادبی و هنری، در مقام احصا بوده‌اند یا از باب تمثیل آن‌ها را نام‌برده‌اند؟ حقوقدانان متفق‌اند که معاهده در مقام احصا نبوده بنابراین هر اثر نوظهوری که شرایط قانونی اثر ادبی و هنری را داشته باشد مشمول حمایت‌های معاهده قرار می‌گیرد (Wipo, 2016, 7- محمدزاده، ۱۳۹۶، ۶). بدینسان اگر اثبات کنیم مسابقات حرفه‌ای ویژگی‌های اثر را دارد خودبه‌خود ذیل عنوان اثر قرار می‌گیرد. توجه داشته باشیم مفاهیم پویا هستند و در طول زمان قلمرو آنها کم یا زیاد می‌شود. از جمله هنر به عنوان یک مفهوم در طول تاریخ توسعه پیدا کرده و بسیاری امور را در دل خود جای داده است مثلاً بر خلاف گذشته امروز گزیدن یک شیء موجود و در معرض قرار دادن آن با شرایطی اثر هنری تلقی می‌شود مثل جعبه بریلو! (واربرتن، ۱۳۹۸، ص ۱۰۳). در ادامه به بیان شرایط و قابلیت صدق آن‌ها بر مسابقات ورزشی می‌پردازیم:

### ۴٫۱ لزوم ابراز ایده

طبق اولین اصل از اصول مالکیت ادبی و هنری تنها آنچه که به صورت مادی و محسوس در قالب یک فرم، بیان و ابراز شود، مشمول حمایت قرار می‌گیرد و افکار و ایده‌ها از شمول حمایت خارج هستند (محمدزاده، ۱۳۹۶، ۷) و متعلق به حوزه عمومی هستند.

در خصوص مسابقات حرفه‌ای برخی از جمله کاتانو با توجه به این مساله معتقدند، این امر در

غریزه مبارزه‌طلبی و برتری‌جویی انسان او را به‌سوی مسابقه سوق می‌دهد، مسابقه فعالیت است که شرکت‌کنندگان آن در دو گروه و در مقابل یکدیگر به‌طور جسمی یا ذهنی با یکدیگر رقابت می‌کنند و برای کسب برتری طبق قوانین رسمی یا غیررسمی تلاش می‌کنند. در مسابقه توانایی‌های فرد یا تیم در موقعیت سازمان‌یافته مورد آزمون و ارزیابی قرار می‌گیرد (انیسی، ۱۳۹۴، ص ۳۸). مسابقه دارای قوانین روشن و اهداف معین است، حریف یا رقیب در آن وجود دارد، محدوده زمانی و مکانی ویژه‌ای دارد و در هر بار که انجام می‌شود مراحل مرتبی در آن اجرا می‌گردد، برخلاف بازی و تفریح که شروع و خاتمه آن اختیاری است اما شروع و خاتمه مسابقه توسط قوانین و میزان جدیت آن تعیین می‌شود. به‌طور خلاصه ویژگی‌های مسابقه عبارت‌اند از: هدف از مسابقه برنده شدن و کسب برتری است، مسابقه در مقابل فرد یا تیم رقیب صورت می‌گیرد، فرد یا تیم مسابقه‌دهنده عضو یک سازمان یا باشگاه یا تیم ورزشی است و درنهایت مسابقه دارای قوانین رسمی یا غیررسمی است (اسمعیلی، ۱۳۸۲، ۱۶۳).

بنابراین فرایند ورزش حرفه‌ای منتج به اجرای مسابقات ورزشی حرفه‌ای می‌شود. از جمله مسابقات ورزشی حرفه‌ای می‌توان به مسابقات المپیک، مسابقات جام جهانی فوتبال، مسابقات لیگ برتر فوتبال از جمله بوندسلیگا، لالیگا، لیگ قهرمانان اروپا، مسابقات بسکتبال ان بی ای در آمریکا و امثالهم اشاره کرد.

نکته ظریفی که اکنون باید توجه داشت آن است که مسابقات ورزشی حرفه‌ای به علت دخالت اقتصاد (ر.ک: صادقی، ۱۳۹۴، ۶۰۵ به بعد- میرشمسی، هرمزی و افراسیاب، ۱۳۹۴، ۱۰۳ به بعد) و تحولات اجتماعی دیگر صرفاً تفریح، رقابت یا ورزش نیستند بلکه دانش و هنر نیز در آن‌ها نفوذ کرده و اکنون مفهومی نوین و تحول یافته را رقم زده است. امری که باعث درخواست حمایت بیشتر از سوی افراد ذینفع شده و یکی از آن‌ها حمایت از باب حقوق مالکیت فکری است.



و غیرقابل حمایت در نظام مالکیت ادبی و هنری تفاوت ایجاد می‌کند.

اما منظور از اصیل بودن چیست؟ گفتیم که در مالکیت ادبی و هنری حقوق از شکل بیان اثر حمایت می‌کند نه خود ایده، زیرا علی‌القاعده ایده تنها، قابل حمایت توسط مالکیت فکری نیست و به حوزه عمومی تعلق دارد. پیرو این مقدمه باید گفت اگر شکل بیان ایده توسط آفریننده، اصالت داشته باشد یا به دیگر سخن ابتکار خود آفریننده باشد، آنگاه صرف نظر از نوع اثر (ادبی باشد یا علمی و ...) شکل ارائه اثر (کتبی باشد یا شفاهی باشد و ...) و کیفیت اثر (فاخر باشد یا متوسط یا ضعیف و ...) و هدف (غایت) اثر (تبلیغاتی، علمی و ...) مورد حمایت قرار می‌گیرد (محمدزاده، ۱۳۹۰، ص ۲۷ به بعد - زرکلام، ۱۳۸۸، ۴۱ به بعد).

نکته قابل توجه در خصوص "اصالت" این است که این عنوان حقوقی هم مانند سایر عناوین هم مفهوماً و هم مصداقاً تحول یافته است. تحولات دنیای مدرن باعث شده دیگر مفهوم مضیق اصالت، حاکم نباشد (زاهدی و شریف زاده، ۱۳۹۵، ۶۱)، بالاخص حوزه نرم افزارها آثار چند رسانه ای نقش مهمی در شکستن مرزهای سنتی داشته است (ر.ک: حسین زاده و حبیبیا، ۱۳۹۲، ۱۳)۲.

صورت پذیرد ثانیاً با توجه مقدمه قبلی و نص ماده ۱ که مقرر می‌دارد: "از نظر این قانون به مؤلف و مصنف و هنرمند پدیدآورنده و به آن چه از راه دانش یا هنر و یا ابتکار آنان پدید می‌آید بدون در نظر گرفتن طریقه یا روشی که در بیان و یا ظهور و یا ایجاد آن به کار رفته، اثر اطلاق می‌شود"، برمی‌آید آثاری که واجد شرایط ماهوی آثار ادبی و هنری باشند. "از نظر این قانون" مورد حمایت هستند و ثالثاً با توجه به نحوه انشاء تک تک دوازده بند پیش بینی شده در ماده ۲ که افاده تفسیر موسع می‌نمایند و از عباراتی نظیر: «هر نوشته دیگر»، «به هر ترتیب و روش نوشته یا ضبط یا نشر شده باشد»، «از قبیل» و...، به خوبی می‌توان فهمید هر اثری که شرایط آثار ادبی و هنری را داشته باشد مشمول حمایت قانون قرار می‌گیرد (لازم به ذکر است ماده ۲ لایحه تقدیمی دولت به مجلس (آبان ماه ۱۳۹۳) در خصوص حمایت از مالکیت فکری، صراحتاً این مشکل را حل کرده است و تصریح دارد حمایت منحصر به موارد نام برده شده، نیست.

یک مجموعه مسابقه رخ نمی‌دهد. (Cattaneo, 96, 2012). در پاسخ باید گفت: مجموعه مسابقه ایده صرف نیست بلکه حرکات و رفتار ناشی از اراده و ذهن است که به منصف ظهور و فرم رسیده است. در واقع برای رسیدن به اهداف هر نمایش ورزشی، اعم از پیروزی یا نمایش، خلاقیت و آمادگی جسمانی راه‌های متفاوتی وجود دارد که در هر اجرا، طریقه منحصری بیان می‌شود. به دیگر سخن در جهت نیل به هدف، راه‌های متعددی وجود دارد که هر کدام به‌عنوان یک بیان خاص مدنظر قرار می‌گیرند.

در کشورها کامن لا تثبیت اثر<sup>۱</sup> را هم به‌عنوان شرط در حمایت از طریق کپی‌رایت لازم می‌دانند، به نظر می‌رسد این امر از طریق ضبط مسابقه محقق می‌شود. در پخش‌های مستقیم نیز همیشه نسخه‌ای از فیلم مسابقه تهیه شده و در آرشیو نگهداری می‌شود (حکمت نیا، خوش‌نویس؛ همان، ص ۱۱۹).

## ۴٫۲ لزوم وجود اصالت

اصالت اثر یکی از مفاهیم کلیدی در ادبیات حقوقی مالکیت ادبی و هنری (کپی‌رایت) است. اصیل بودن، مهم‌ترین ضابطه‌ای است که بین آثار قابل حمایت

<sup>۱</sup> fixation

<sup>۲</sup> پرسشی که هم در خصوص کنوانسیون برن و هم در خصوص قانون ۱۳۴۸ ایران مطرح می‌شود، این است که آیا مواد مذکور در بیان مصادیق آثار ادبی و هنری، در مقام احصا بوده اند یا از باب تمثیل آنها را نام برده اند؟ در خصوص کنوانسیون برن شکی وجود ندارد که معاهده در مقام احصا نبوده است. بنابراین هر اثر نوظهوری که شرایط قانونی اثر ادبی و هنری را داشته باشد مشمول حمایت‌های معاهده قرار می‌گیرد (Wipo, Understanding copyright and related rights, V). خصوصاً قانون ۱۳۴۸ با توجه به نحوه انشاء ماده ۲ و شماره گذاری صورت گرفته، این شبهه نزد برخی نویسندگان پدید آمده است که ماده در مقام احصا مصادیق مورد حمایت بوده است (نقل از: زرکلام، ۱۳۸۸، ۵۶) در حالی که این دیدگاه صحیح به نظر نمی‌رسد. اولاً باید توجه داشت قانون ۱۳۴۸ قانونی حمایتی است و هدفش حمایت از پدیدآورندگان آثار ادبی و هنری است پس تفسیر مواد هم بر همین اساس باید

عمومی که ماهیت تجاری دارند نیز مورد حمایت واقع شوند و دوم اینکه حمایت از پخش مسابقات (چه به صورت زنده و چه به صورت غیرزنده)، نیاز حقوقی را برای جلوگیری از استفاده‌های غیرمجاز فراهم می‌کند و دیگر نیازی به حمایت از مجموعه مسابقه نیست (Blais, 1992, 515-517). ملاحظه می‌شود، قانون‌گذاران انگلیسی عدم اصالت را عاملی برای عدم شناسایی مجموعه مسابقات ورزشی حرفه‌ای ندانسته‌اند.

در دفاع از اصالت داشتن مسابقه‌های ورزشی حرفه‌ای، همان‌طور که حقوقدانان مالکیت فکری از جمله ویلسون گفته‌اند، باید اذعان داشت: «اصالت مفهوم حداقلی<sup>۷</sup> است. منظور از این ویژگی آن است که حمایت از یک اثر مستلزم وجود حداقل خلاقیت و ابتکار از ناحیه پدیدآورنده است. وجود این اصالت نیازمند وجوه برجسته تمایز نسبت به آثار مشابه نیست» (Wilson, 2003, 55). به نظر می‌رسد یک مسابقه ورزشی حرفه‌ای از حداقل اصالت مورد نظر برخوردار است. زیرا در هر مسابقه، شیوه و تاکتیک‌های منحصری از ورزشکاران به نمایش گذاشته می‌شود. بیننده تا پایان مسابقه از نتیجه آن آگاهی ندارد و در هر مسابقه ارائه خلاقیت منحصر به آن از سوی بازیکنان و تیم ورزشی منجر به کسب نتیجه منحصر به آن مسابقه می‌شود. ورزشکار یا تیم ورزشی برای رسیدن به پیروزی و کسب امتیاز بیشتر، علاوه بر اتکا به قدرت بدنی نیازمند استفاده از نیروی ذهن و خلاقیت خود برای

حال با توجه به مقدمه بالا باید پرسید مسابقات حرفه‌ای، اصالت به مفهوم مالکیت ادبی و هنری را دارند؟ در آمریکا با وجود اصلاح قانون کپی‌رایت (۱۹۷۶ میلادی) و توسعه شمول حمایت کپی‌رایت بر دیگر آثار مانند آثار علمی و نوآوری‌های فناورانه، در خصوص مسابقه از جمله به علت ادعای عدم اصالت در آن مورد حمایت قانون کپی‌رایت قرار نگرفت (Wise; Meyer, 1997, 1714). در اتحادیه اروپا نیز، دیوان عدالت<sup>۲</sup> در پرونده‌های<sup>۳</sup> مسابقات فوتبال را به‌خودی‌خود یک اثر فکری که تحت حمایت دستورالعمل‌های کپی‌رایت اتحادیه اروپا باشد، ندانست و دلیل عمده آن را عدم اصالت در مجموعه مسابقه دانست (Pina, 2010, 20). در چین نیز سُنْگ<sup>۴</sup> مهم‌ترین عامل را برای عدم شناسایی مجموعه مسابقه در قانون کپی‌رایت<sup>۵</sup>، نبود اصالت در مسابقات ورزشی می‌داند (Song, 2011, 74).

در نقطه مقابل ولی می‌توان مخالفت‌هایی با نظر غالب، ملاحظه کرد: در دهه ۱۹۴۰ انجمنی برای حمایت از کپی‌رایت در مسابقات ورزشی در بریتانیا تشکیل شد.<sup>۶</sup> هدف اصلی این انجمن حمایت از منافع برگزارکنندگان رویدادهای ورزشی و اعطا کردن حمایتی شبیه به حق مؤلف (کپی‌رایت) بود. باین وجود، قانون‌گذاران انگلیسی از توسعه کپی‌رایت بر خود مجموعه مسابقه امتناع کردند، به دو دلیل؛ یکی اینکه گسترش حمایت کپی‌رایت بر مسابقات ورزشی باعث می‌شود دیگر رویدادهای

[https://www.law.cornell.edu/copyright/cases/10\\_5\\_F3d\\_841.htm](https://www.law.cornell.edu/copyright/cases/10_5_F3d_841.htm)

<sup>2</sup> European Court of Justice (CJ)

<sup>3</sup> See Joined Cases C- 403/08 and 429/08 Football Association Premier League Ltd and others v QC Leisure and others and Karen Murphy v Media Protection Services Ltd (2011) ECR-I-9083.

<sup>4</sup> Song

<sup>5</sup> Copyright Law of the People's Republic of China of February 26, 2010

<sup>6</sup> Association for the Protection of Copyright in Sports

<sup>7</sup> Minimis

<sup>۱</sup> آمریکا از جمله کشورهایی است که تلاش برای توسعه حمایت کپی‌رایت بر مجموعه مسابقه بارها منجر به پدید آمدن دعاوی حقوقی شده است، برای مثال می‌توانید رجوع کنید به پرونده‌های ذیل:

Hoopla Sports and Entertainment, Inc. v. Nike, Inc. 947 F. Supp. 347(N.D. III. 1996). Available at: [http://www.casesofinterest.com/tiki/Hoopla+Sports+and+Entertainment+Inc+v+Nike+Inc+Seltzer+v.Sunbrock,22F.Supp.621,639\(S.D.Cal.1938\)](http://www.casesofinterest.com/tiki/Hoopla+Sports+and+Entertainment+Inc+v+Nike+Inc+Seltzer+v.Sunbrock,22F.Supp.621,639(S.D.Cal.1938).). Available at: [http://www.leagle.com/decision/193864322FSupp621\\_1470/SELTZER%20v.%20SUNBROCK](http://www.leagle.com/decision/193864322FSupp621_1470/SELTZER%20v.%20SUNBROCK) NBA v. Motorola, Inc, 105 F. 3d 481 (2d Cir. 1997). Available at:



قالب تیمی در حین مسابقه صورت می‌گیرد.<sup>۸</sup> البته بدیهی است که حرکت ابتکاری نباید برخلاف قوانین آن ورزش باشد.

### ۴،۳ هنر و مسابقات حرفه‌ای

گذشته از مطالب بالا، در حال حاضر باید به جنبه‌های هنری مسابقات ورزشی حرفه‌ای نیز دقت داشت. با توجه به "تحولات" اخیر دنیای ورزش و حرفه‌ای و تجاری شدن جدی آن، مسابقات ورزشی دارای عناصر زیبایی شناسی<sup>۹</sup> بسیاری هستند و می‌توان آن‌ها را به مثابه نوعی هنر تلقی نمود. غالباً نظر نسبت به هنر بودن ورزش منفی بود و عقیده بر این بوده که پتانسیل ورزش قابلیت تبدیل شدن به هنرهای خلاق را نداشته و خروجی ورزش و هنر با هم تفاوت بسیار دارند.<sup>۱۰</sup>

ولی نظر مخالف امروزه برتری پیدا کرده است و نخستین تحقیقات در میانه دهه ۱۹۷۰ میلادی صورت گرفت مطالعه‌های ارزشمندی در این زمینه توسط جیانی واتیمو<sup>۱۱</sup>، هانس اولریخت گامبرشت<sup>۱۲</sup> پیرامون فوتبال امریکایی در عصر ورزش‌های نمایشی انجام گرفته است (افهمی، ۱۳۸۹، ص ۹۳). شاید مسابقه ورزشی حرفه‌ای مشابه اثری مانند نقاشی نباشد که پس از خلق به صورت مستقل به زندگی خود ادامه می‌دهد، اما همچون موسیقی و تئاتر است که پس از اجرا به پایان می‌رسد. به هر حال در فلسفه هنر بیان می‌گردد نباید قلمرو هنر را محدود کرد (واربرتن، ۱۳۹۸، ۱۳۰ به بعد)

انطباق آشکار ورزش و هنر در اجرای نوعی نمایش است که در آن همه مهارت‌های شخصی و تفسیرهای فردی و آزادی عمل در قالب یک سلسله

استفاده بهینه از عضله خویش است. افرادی که مسابقات حرفه‌ای را دنبال می‌کنند به خوبی می‌دانند امروزه بر خلاف گذشته، دانش و فعالیت فکری نقشی اساسی دارد. به راحتی می‌توان دید یک تیم با دو مربی متفاوت نتایج کاملاً متفاوتی می‌گیرد. نیمه دوم فوتبال را اکنون به درستی نیمه مربیان می‌دانند یا ملاحظه می‌شود از انواع نرم‌افزارها جهت تحلیل مسابقات استفاده می‌کنند تا در بازی‌های بعدی از نتایج آن استفاده کنند.

در این راستا باید به تقسیم حرکات ورزشی<sup>۱</sup> و روش‌های ورزشی<sup>۲</sup> توجه داشت. حرکات ورزشی به حرکت تمام یا قسمتی از بدن ورزشکار در میدان مسابقه یا به صورت نمایشی در قالب فردی یا تیمی اطلاق می‌شود. حرکات ورزشی خود به دو بخش حرکات عادی<sup>۳</sup> و ابتکاری<sup>۴</sup> تقسیم می‌شود. در حرکات عادی فقط به درستی حرکت توجه می‌شود و ورزشکار یا تیم ورزشی حرکات تمرینی را انجام می‌دهند. ولی در حرکات ابتکاری، ورزشکار یا تیم ورزشی حرکات خاصی را انجام می‌دهند که حاوی عنصر ابتکار و خلاقیت است که نشأت گرفته از ممارست و دانش فنی هم ورزشکار و هم تیم ورزشی است (weber, 2000, 317-321). برای مثال حرکات پرتاب سه امتیازی و زیر سبد مایکل جردن<sup>۵</sup> معروف به اسکای هوک<sup>۶</sup> جزء حرکات ابتکاری انفرادی است که در حین مسابقه صورت می‌گیرد (Thornton, 2011, 383) یا روش تیکی تاکا<sup>۷</sup> (سبکی در ورزش فوتبال است که مشخصه‌های آن گام‌های کوتاه پیاپی و جابجایی بازیکنان و حفظ مالکیت توپ است که اوج آن در تیم باشگاهی بارسلونا رخ داد) از جمله حرکات ابتکاری است که در

<sup>9</sup> Aesthetic values

<sup>۱۰</sup> البته در ایران هم برخی محققان همچون دکتر السان معتقدند «ورزش فعالیتی مستقل از هنر است» (السان، همان، ص ۲)

<sup>11</sup> Gianni Vattimo

<sup>12</sup> Hans Ulrich Gumbrecht

<sup>1</sup> Sports Movements

<sup>2</sup> Sports Methods

<sup>3</sup> Routine

<sup>4</sup> Innovative

<sup>5</sup> Michael Jordan

<sup>6</sup> Sky hook

<sup>7</sup> Tiki-taka or Tiqui-Taca

<sup>8</sup> <http://www.liverpoolfc.com/news/latest-news/rodgers-barca-and-tiki-taka>. Last visited: April 1, 2018

است مثل وزنه‌برداری و تیراندازی با تپانچه. با این حال همان‌طور که استغفان مومفرد<sup>۲</sup> معتقد است، حتی در اینجا هم حداقل امکان برای کسی که این ورزش‌ها را به‌طور هنری می‌بیند، وجود دارد؛ به عبارت دیگر در اینجا نیاز به یک دید تخصصی داریم (Mumford, 2014, 180).

از مطالب بالا باید چنین نتیجه گرفت که امروزه، تمام ورزش‌های مسابقه‌ای در سطح حرفه‌ای چه ورزش‌های دسته جمعی و چه ورزش‌های فردی، همراه با "خلاقیت" و "هنر" هستند. گرچه برخی از ورزش‌ها چون ژیمناستیک بیشتر هنری به نظر می‌رسد ولی ورزش فوتبال نیز همراه با هنر است. هنر در ورزش فوتبال به خصوص فوتبال مدرن، هنری جمعی است که با پاسکاری‌های زیبا و به گردش درآوردن توپ در مکان‌های مختلف زمین همراه است. فوتبال، هنر حرکات جمعی و گروهی است. فوتبال را از جهت اهمیت هماهنگی و هارمونی در آن می‌توان شبیه هنر دانست. می‌توان آن را شبیه یک ارکستر سمفونیک بزرگ در نظر گرفت که بدون هماهنگی در آن درخششی وجود نخواهد داشت. می‌توان گفت: در مسابقات حرفه‌ای فوتبال و ورزش‌هایی چون آن هنر جمعی و فردی به کمک هم می‌آیند تا اثری بزرگ خلق کنند، گویی پله یک پاوروتی<sup>۳</sup> و هم‌تیمی‌هایش نوازندگان اند که ادوات موسیقی را می‌نوازند (شریف کمالی، ۱۳۸۷، ۸).

## ۵ پاسخ به چند ایراد احتمالی

در ادامه چند ایراد به نظریه مطرح شده را بررسی خواهیم کرد:

### ۵٫۱ احتمال ایجاد انحصار نامعقول

اشکالی که در اینجا احتمالاً مطرح می‌شود این است که اگر ما مجموعه مسابقه را یک اثر هنری در نظر بگیریم و آن را مشمول حمایت قانون بدانیم، از آنجایی که تاکتیک مسابقه توسط مربی یا مربی‌های

قوانین یا مانند تئاتر در یک متن از پیش تعیین شده تداوم می‌یابد. از سوی دیگر بر خلاف برخی از متون مشخص هنری که اجرای آن‌ها با داستانی از پیش تعیین شده برای مخاطب رخ می‌دهد، مجموعه مسابقه ورزشی حرفه‌ای همواره به‌مثابه یک وجود متغیر است که در پیشرفت خود برای خلق اثر از یک اجرای غیرقابل تکرار و واقعه منحصر به فرد تبعیت می‌کند.

اما در همین زمینه بسیاری فقدان متن برای مسابقه‌های مذکور را دلیلی برای عدم هنری بودن آن به واسطه بی‌معنایی می‌دانند. ولی باید به این مورد توجه نمود که در اجرای یک اثر هنری همچون تئاتر، پیرامون حضور متن اولیه سخن گفته نمی‌شود بلکه در غالب موارد پیرامون رابطه بین اثر و متن صحبت می‌شود و در نهایت خود اثر مورد سنجش قرار می‌گیرد. (افهمی، همان، ص ۹۶). یک مسابقه ورزشی حرفه‌ای را باید نوعی نمایش بدون متن دانست که در طی آن حوادث ورزشی به خلق شخصیت‌ها و قهرمانان می‌پردازند. حوادث ورزشی و بسیاری از شگفتی‌های آن به سرعت با حوادث پیرامونی پیوند خورده و مبنای بسیاری از تغییرات می‌گردند. از این رو شکل‌گیری اسطوره‌ها در صحنه‌های ورزشی را نباید با هنرمندان مغایر دانست. برای مثال فوتبال هم مثل واقعیت سینما از عناصر زیبایی‌شناسی و هنری تشکیل شده، به این معنا که هنگام تماشای فوتبال، در واقع مشغول تماشای یک داستان دراماتیک هستیم، چنین نیست که صرفاً یک عمل جمعی و گروهی را تماشا کنیم.

در تایید این نظر می‌توان گفت: غالب محققان در زمینه ارتباط هنر و ورزش معتقدند در ورزش‌هایی همچون ژیمناستیک، رقص روی یخ، اسکی پرش و شنای هماهنگ، هنر<sup>۱</sup> موج می‌زند. همچنین برخی دیگر از ورزش‌ها مانند فوتبال و بیس‌بال دارای ارزش هنری بالایی هستند. با این حال در خصوص برخی از ورزش‌ها، شناسایی عنصر زیباشناختی مورد چالش

<sup>۳</sup> Luciano Pavarotti (از خواننده‌های بسیار مشهور اپرا)

<sup>۱</sup> Art

<sup>۲</sup> Stephen Mumford



ورزشی یک اثر هنری نیست چون نتیجه قابل پیش بینی نیست.

در تحقیقی که در سال ۲۰۱۴ میلادی توسط موسسه آسر<sup>۵</sup> در خصوص «مطالعه بر روی حقوق برگزارکنندگان مسابقات ورزشی در اتحادیه اروپا» انجام شد، عمده دلایلی که مسابقه ورزشی به عنوان یک اثر هنری کپی‌رایت پذیر شناخته نمی‌شود، عبارت است از «نداشتن یک طرح یا اسکرپت (متن یا نوشته)، یعنی قسمت اعظمی از یک رویداد ورزشی، به صورت غیرقابل پیش‌بینی و تصادفی روی می‌دهد» (Study on Sports Organizer's Rights in the EU, 2014, 29).

در کامن لا بر این امر تاکید زیادی شده و رویه قضایی از اثر نمایشی تلقی کردن مسابقات امتناع کرده است (برای دیدن چند پرونده ر.ک: ویور، ۱۳۹۲، ۱۱۷ تا ۱۲۱).

در مقابل این ایراد می‌توان گفت: اولاً دلیل اصلی برای حمایت از آثار هنری پیش‌بینی پذیری آن نیست، بلکه اصالت و خلاقیت است. عملکرد تیم‌های ورزشی و ورزشکاران در مسابقات همان‌طور که آمد به اندازه کافی شامل اصالت و خلاقیت کافی هست.

ثانیاً در رد استدلال غیرقابل پیش‌بینی بودن مسابقات ورزشی می‌توان ادعا کرد شرکت‌کنندگان در یک مسابقه ورزشی حرفه‌ای همچون فوتبال، رفتار از پیش نوشته شده توسط مربی را انجام می‌دهند و اگر هم انجام ندهند یا توانایی آن را نداشته باشند تعویض می‌گردند! لذا شباهت مسابقه فوتبال با یک اثر هنری (مثل تئاتر) غیرقابل انکار است. همان‌طور که نمایش تئاتر از بازیگرانی تشکیل شده که حرکات از پیش

دیگر مورد تقلید و کپی قرار می‌گیرد (امری که شایع است) این موضوع تبدیل به یک معضل لاینحل می‌گردد<sup>۱</sup>. اما در این خصوص کافی است به این نکته دقت کنیم که، اگر یک رویداد ورزشی تنها مطابق با دستورات مربی (کادر فنی) صورت گیرد، دیگر نیازی به بازیکن و مسابقه نیست؛ در این حالت مسابقه فوتبال بیشتر شبیه به یک بازی کامپیوتری می‌شود که همه چیز در اختیار بازیگردان است (Andriychuk, 2008, 57). باید توجه داشت مجموعه مسابقه تشکیل شده از دستورات مربی و خلاقیت‌های خود بازیکنان ورزشی است. علاوه بر این، مفهوم «تاکتیک» بیشتر شبیه به مفهوم «ایده» هست که مورد حمایت کپی‌رایت یا حق مؤلف قرار نمی‌گیرد. حتی با فرض اینکه، تاکتیک مربی از اصالت لازم برخوردار باشد و مورد حمایت کپی‌رایت قرار گیرد، این امر تنها به پیچیده شدن بحث منجر می‌شود و به هیچ‌وجه جنبه‌های هنری مسابقات ورزشی را انکار نمی‌کند.

## ۵٫۲ ایراد فی‌البداهه بودن مجموعه مسابقه ورزشی

برای عدم شناسایی مسابقه به عنوان یک اثر هنری قابل حمایت توسط مقررات حقوقی، چنین استدلال شده است که برخلاف آثار هنری، مسابقات ورزشی رویدادهای خود به خودی یا فی‌البداهه<sup>۲</sup> هستند<sup>۳</sup>؛ بدون هیچ‌گونه جهت هنری<sup>۴</sup>. استدلال این است که اساس مسابقه ورزشی در غیرقابل پیش‌بینی آن، هم برای بینندگان آن و هم برای اجراکنندگان (بازیکنان، مربی‌ها، باشگاه‌ها) خود است، درحالی که یک اثر هنری، در معنای کلاسیک مستلزم آماده‌سازی قبلی و عملکرد مطابق با قالب برنامه‌ریزی شده از پیش است (Andriychuk, 2008, 59). بنابراین مسابقه

The FWS Joint Sports Claimants v. The Copyright Board available at: <http://reports.fja-cmf.gc.ca/eng/2002/2001fca336.html>.

<sup>4</sup> artistic direction

<sup>5</sup> Asser Institute

<sup>۱</sup> یکی از اشکالاتی که دادگاه استیناف حوزه دوم ایالات متحده آمریکا در پرونده ان بی ای (NBA) علیه موتورولا (Motorola) به آن اشاره کرد. (Khadder, ۱۹۹۸، ۱۰).

<sup>۲</sup> Spontaneous Events

<sup>۳</sup> برای اطلاعات بیشتر ر.ک. به پرونده ذیل:

این حقوق کردند. ماده ۲۸ این قانون مقرر می‌دارد که «حق پخش مسابقات ورزشی حقوقی هستند مربوط به کپی‌رایت، علاوه‌براین، هرگاه قانون کپی‌رایت قابل‌اعمال باشد، مسابقات ورزشی شکلی از نمایش فرهنگ و تجارت محسوب می‌شوند»<sup>۵</sup> (Ferrari, 2010, 67-68). لذا همان‌طور که مشاهده می‌شود در ایتالیا نیز مسابقات ورزشی، یک اثر هنری «نمایش فرهنگ» می‌باشد که می‌توان تحت حمایت قانون کپی‌رایت این کشور از آن حمایت کرد.

### ۵،۳ عدم تصریح قوانین

از استدلال‌های برخی مخالفان این است که قوانین کپی‌رایت یا حق مؤلف شامل مسابقات ورزشی نمی‌شود؛ بدین توضیح که موارد مورد حمایت در قوانین کپی‌رایت حصری می‌باشند و نمی‌توان آن‌ها را تفسیر موسع کرد و شامل مجموعه مسابقه نیز دانست. این استدلال توسط دادگاه‌های امریکا مورد اشاره قرار گرفته است. دادگاه استیناف حوزه دوم ایالات متحده آمریکا<sup>۶</sup> در پرونده *ان بی ای علیه موتورولا*<sup>۷</sup> اذعان می‌دارد که: «بخش a از ماده ۱۰۲ قانون کپی‌رایت هشت دسته از آثار هنری را دسته‌بندی کرده است که این لیست شامل مسابقات ورزشی نمی‌شود» (Mitten, 2011, 195).

البته این استدلال، از استدلال‌های ضعیف هست؛ زیرا همان‌طور که قبلاً تذکر داده شد قوانین مالکیت فکری اصولاً در ذکر آثار مورد حمایت خود

نوشته‌شده توسط کارگردان تئاتر<sup>۱</sup> را انجام می‌دهند، بازیکنان ورزشی در زمین فوتبال نیز گفته‌های مربی خود را انجام می‌دهند، بنابراین می‌توان مربی ورزشی را به‌عنوان کارگردان تئاتری شناسایی کرد. به دیگر سخن گرچه در تئاتر پیش بینی پذیر قوی تر است ولی در داشتن مقداری پیش بینی ناپذیری همچون مسابقات حرفه ای، دارای قدر مشترک است گرچه مسابقات حرفه ای حد کمی از پیش بینی پذیری دارند.

با توجه به تصمیم دیوان عالی فرانسه در دعوی بین رابرتس علیه چنل<sup>۲</sup> که اعلام شد «نمایش‌های مد<sup>۳</sup> می‌تواند توسط حق مؤلف حمایت شوند»، دیکلی معتقد است می‌توان آن‌ها را در دسته آثار (مربوط به) رقص (آثار نمایشی) قرار داد (Derclaye, 2008, 286). بنابراین با قیاس می‌توان ادعا کرد که رقابت‌های بین تیم‌ها هم می‌تواند (با توجه به رأی قضائی فرانسه) مورد حمایت حقوقی در این کشور قرار گیرد. این امر منجر به این می‌شود که مرز بین برخی رویدادهای ورزشی و آثار هنری تقریباً غیرقابل تشخیص شود.

همچنین ایتالیا از جمله کشورهایی است که دارای سیستم حقوق نوشته است و در زمینه حق پخش دست به ابتکارات قانونی فراوانی زده است. قانون‌گذاران ایتالیایی برای اینکه حمایت کپی‌رایت (حق مؤلف) را بر خود رویدادهای ورزشی هم تسری یابد در قانون مقررات مالکیت و فروش حق پخش رسانه‌ای مسابقه‌های ورزشی و نحوه توزیع منافع آن<sup>۴</sup>، که صراحتاً برای تنظیم حق پخش مسابقات ورزشی تصویب شد، تعریفی از ماهیت

Resources; Available at:  
<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=13215>

<sup>5</sup> Article 28 states that sports broadcasting rights are rights connected to the copyright, or rather they are a form of expression of the cultural and show business, subject to the Copyright law, if applicable.

<sup>6</sup> United States Court of Appeals for the Second Circuit

<sup>7</sup> *NBA v. Motorola*

<sup>1</sup> شخص حقیقی که تهیه و کارگردانی نمایش درام، غنائی یا با ماهیتی دیگر (انتخاب و اداره بازیگران، انتخاب دکوراسیون، لباس، نورپردازی و ...) را به عهده دارد. (کرنو و همکاران، ص ۸۰)

<sup>2</sup> *Roberts A. D. et al. v. Chanel et al.*, French Court of Cassation, 5 February 2008.

<sup>3</sup> fashion shows

<sup>4</sup> Legislative Decree No. 9 of January 9, 2008 on the Regulation of Ownership and Sale of Sports Broadcasting Rights and Relative Distribution of





این راه نباید ابایی از به رسمیت شناختن وضعیت‌های جدید داشته باشد.<sup>۲</sup> با مراجعه به تاریخ حقوق مالکیت ادبی و هنری به خوبی ملاحظه می‌شود خیلی از مصادیق کم کم ذیل چتر حمایت حقوق مالکیت فکری قرار گرفتند مثلاً در ایران از نرم افزارها قبل تصویب قانون سال ۱۳۷۹، به استناد بندهای ۱۱ و ۱۲ ماده ۲ قانون ۱۳۴۸ از این آثار حمایت می‌شد.

## ۸ نتیجه

عامل مهم در به وجود آمدن صنعت ورزش، مسابقات ورزشی حرفه‌ای هستند که در جریان رشد و توسعه طبیعی تربیت‌بدنی و ورزش در جهان، پا به عرصه وجود گذاشت و اکنون در رأس هرم سلسله مراتبی ورزش قرار دارد که در آن افراد نخبه در یک سطح بالا به رقابت پرداخته و در آن عناصر مهمی از جمله دانش، ابتکارات جدید، هنر و بالأخص جریان بازاریابی و کسب منافع اقتصادی وجود دارد.

از جمله حقوقی که ذی‌نفعان به دنبال آن هستند اثر تلقی شدن مسابقات حرفه‌ای است، که این مقاله به دنبال بررسی این موضوع بود و به این نتیجه رسیدیم که از آنجاکه مسابقه ورزشی حرفه‌ای، در کنار رقابت حاوی درجاتی از دانش و هنر نیز شده است، این قابلیت را دارد که به بیان ادبیات حقوقی کامن‌لا، یک اثر کپی‌رایتی و به تعبیر حقوق نوشته اثری هنری تلقی شود.

برای تحقق عنوان اثر بر مسابقات ورزشی باید معیارهای اساسی و بنیادین بر آن صدق کند. دیدیم امروزه یک مسابقه ورزشی حرفه‌ای اولاً در قالب شکل ارائه می‌شود و ثانیاً از حداقل اصالت مورد نظر در نظام مالکیت فکری برخوردار است. زیرا در هر مسابقه، با هدایت مربیان و ابتکارات بازیکنان

تفسیر صورتگرایانه (formalistic interpretation) از قوانین موضوعه به جای واقعیت‌های تجاری است» (Andriychuk, Op.Cit,۶۰).

به صورت تمثیلی عمل کرده‌اند نه حصری، حتی این امر در قانون کپی‌رایت امریکا نیز مشهود است.<sup>۱</sup>

## ۶ شناسایی پدیدآورنده اثر

اکنون نوبت این پرسش است که پدیدآورنده این اثر (مسابقه ورزشی حرفه‌ای) کیست؟ مطابق اصول مالکیت ادبی و هنری این اثر یا مشترک است یا جمعی. به نظر می‌رسد با توجه به معیارهایی که در حقوق فرانسه مطرح شده (ر.ک: کلمبه، ۱۳۹۰، ۶۹) این اثر جمعی باشد نه مشترک. زیرا اثر نتیجه چالش بین دو تیم و امتزاج نقش آنان و با هدایت مربیان و به نام تیم خلق و ابراز می‌شود و تجزیه نقش بازیکنان هم ممکن نیست.

## ۷ حقوق ایران

در ایران ما هنوز در آغاز راه هستیم و برای رسیدن به یک تحلیل مناسب (از جمله ر.ک: شاکری، ۱۳۹۵، ۱۱۹ به بعد) باید ظرفیت‌های حقوق مالکیت ادبی و هنری را مبنای کار قرار داد.

در ماده ۱ قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان (۱۳۴۸)، به «آنچه از راه دانش، یا هنر و یا ابتکار» به وجود آمده باشد، «اثر» اطلاق می‌شود و ماده ۲ نیز به طور تمثیلی به آثار مورد حمایت در این قانون پرداخته است و از جمله بند سوم مقرر می‌دارد «اثر سمعی و بصری به منظور اجرا در صحنه‌های نمایشی یا پرده سینما یا پخش از رادیو یا تلویزیون...» همچنین بند دوازده مقرر می‌دارد: «هر گونه اثر مبتکرانه دیگر که از ترکیب چند اثر از اثرهای نامبرده در این فصل پدید آمده باشد». به نظر می‌رسد با توجه به توضیحات بالا راه برای پذیرش مسابقات حرفه‌ای برای اثر تلقی شدن باز است و «تحولات» ورزش، اقتصاد و حتی هنر ما را به همین سمت نیز سوق می‌دهد و حقوق نیز در

<sup>۱</sup> رجوع کنید به ماده ۱۰۱ قانون کپی‌رایت

امریکا: <http://www.copyright.gov/title17/circ92.pdf>

<sup>۲</sup> در تایید این نظر یکی از نویسندگان خارجی می‌نویسد: «تنها دلیل برای عدم اعطا حمایت کپی‌رایت به رویدادهای ورزشی

متن بدیع و نانوشته و از یک اجرای غیرقابل تکرار و واقعه منحصر به فرد تبعیت می‌کنند. در نهایت مجموعه یک مسابقه ورزشی حرفه‌ای شرایط «اثر» مورد حمایت را دارد.

در حقوق تطبیقی ملاحظه شد از قدیم گرایش‌هایی در خصوص اثر تلقی شدن بالاخص از باب نمایش بالاخص در حقوق نوشته وجود داشته و اکنون نیز تمایل جدی تری وجود دارد در حقوق ما هم، با پذیرش مجموعه مسابقه ورزشی به‌عنوان یک اثر هنری، این اثر هنری در ذیل آثار نمایشی باید قرار گیرد. هرچند آثار نمایشی در قانون فعلی حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمند ذکر نشده است، اما با توجه به تفسیری که از ماده ۲ قانون مورد اشاره انجام دادیم و به تمثیلی بودن آثار مورد حمایت در این ماده پی بردیم، لذا در پذیرش این موضوع در ذیل این ماده مشکل حقوقی بر نمی‌خوریم.

نمایش منحصر به فردی از ورزشکاران به نمایش گذاشته می‌شود و برای همین هم منجر به کسب نتیجه منحصر به آن بازی می‌شود. در واقع اکنون مسابقه ورزشی حرفه‌ای همراه با ابتکار و خلاقیت است چراکه ورزشکار یا تیم ورزشی برای رسیدن به پیروزی و کسب امتیاز بیشتر علاوه بر اتکا به قدرت بدنی، نیازمند استفاده از نیروی ذهن و خلاقیت خود نیز هست که در قالب حرکات ورزشی و روش‌های ورزشی ابتکاری صورت می‌گیرد و نشئت گرفته از ممارست و دانش فنی ورزشکار و مربیان و کارشناسان تیم است.

پیروی مسابقه ورزشی حرفه‌ای از قوانین هم یک عامل نقض و خروج از عنوان خلاقیت هنری نیست، چراکه وجود قوانین به معنای نتایج یکسان از یک عمل و همچنین نقضی برای خلاقیت در هنر نیست. این مسابقات همواره به‌مثابه یک موجودیت متغیرند که در پیشرفت خود برای خلق اثر از یک

## منابع

- Alsan, Mustafa (2013). Comparative study of the contract for the transfer of sports broadcasting rights. Comparative research. Volume 17. Number 3. pp. 1-24.
- Afhami, Najmeh (2010). Sport, beauty and art history. Book of the Month of Art. No. 148. pp. 90-97
- Anisi, Mohammad Ali (2015) Civil liability and sports law. Jangal Publication. First Edition.
- Pilvar Rahim. (2015) Thematics of intellectual property. Journal of Religion and Law. Spring - Number 7 (34 pages - from 184 to 217)
- Esmaili, Mohammad Reza (2003) General principles of physical activity. Danesh Afrooz Publications. First Edition. Tehran.
- Habiba, Saeed; Hosseinzadeh, Majid; A Comparative Study of the Legal System Governing the Protection of Multimedia Works, Journal: Comparative Law »Spring and Summer (2014) - No. 101 (24 pages - from 3 to 26)
- Hekmatnia, Mahmoud (2008) Fundamentals of Intellectual Property, Publishing Organization of the Institute of Islamic Culture and Thought,
- Hekmatnia, Mahmoud; Calligraphy of Amrullah (2009). Examples of intellectual property in the sports industry. Master Thesis. University of Qom. School of Law. Pp. 125-119
- Rahbari, Ibrahim; Lajm Ork, Hassan (2016) An Analysis of the Special Dimensions of Trademark



- Bachelor in Sports, Spring and Summer - Issue 28 (Ministry of Science) / ISC (24 pages - from 23 to 46)
- Zahedi, Mehdi; Sharifzadeh, Shirin (2016) The Position of Contemporary Art in the Law of Literary and Artistic Creations, Journal of Private Law Research, Fourth Summer, No. 15, pp. 53-83
- Zarkalam, Sattar (2009) Literary and artistic property rights (2009). Tehran: Samat Publications
- Shakeri, Zahra Criteria for Optimizing the Regulations of Restrictions and Exceptions in the System of Literary and Artistic Property Law, Journal: Medical Law »Winter 2016 - Issue 5 (Special Issue) Scientific-Research / ISC (30 pages - from 119 to 148)
- Sharif Kamali, Mohammad (2008). Football: A mixture of science, art and pride. Monthly Art Book Monthly. No. 123. pp. 8-11
- Shabani, Abbas; Rezaei Sufi, Morteza; Farahani, Abolfazl (2017). Environmental analysis of professional sports in the country. Applied research in sports management. No. 21. pp. 119 - 129
- Shabani Bahar, Gholamreza (2016). Principles and bases of physical education and sports, publications of Bu Ali Sina University (Hamadan).
- Sadeghi, Mohsen (2016), Principles of Cost-Benefit - Efficiency and Efficiency; Economic Principles Governing Legislative Policy-Making and Its Place in the Legislation of Iranian Literary-Artistic Property Law, Journal: Private Law Studies» Winter, Forty-Fifth Year - Issue 4 / ISC (18 pages - from 605 to 622)
- Kazemi, Mahmoud; Pilvar, Rahim; Genealogy of Property: A Comparative Study in Islamic and Western Law, Journal: Journal of Islamic Law » Spring and Summer 2016 - Issue 47 / ISC (27 pages - from 181 to 207)
- Karnomari, Isabel Dolambertori, Pierre Sirenley, Katherine Waller (2011), The Comparative Culture of Copyright and Copyright, translated by Mohammadzadeh Vadghani, Alireza; Mohammadi, Pejman University of Tehran Press. First Edition.
- Klumbeh, Claude (2011), Basic Principles of Copyright and Neighboring Rights in the World, translated and explained by Dr. Ali Reza Mohammadzadeh, Mizan Publications, Second Edition
- Mohammadzadeh Vadghani, Ali Reza, (2016), New translation and interpretation of the articles of the Berne Treaty of Paris 1971, Ministry of Culture and Islamic Guidance, first edition.
- Mirshamsi, Mohammad Hadi; Hormozi, Kheirollah; Afrasiab, Mahboob (2015) A Study of Factors and Barriers to Commercialization of Intellectual Property in Iran, Journal: Medical Law »Winter - Issue 4 (Special Issue) Scientific-Research / ISC (21 pages - from 103 to 123)
- Warberton, Nigel, (2019), What is Art, translated by Mahtab Kalantari, Ney Publishing, seventh edition



- Andriychuk, Oles(2008). *The Legal Nature of Premium Sports Events: 'IP or Not IP - That is the Question'*. The International Sports Law Journal. Vol 3-4.
- Blackshaw, Ian (2012). *Sports Marketing Agreements: Legal, Fiscal and Practical Aspects*. Published by T.M.C. ASSER PRESS.
- Blais, Jean-Pierre. 'The Protection of Exclusive Television Rights to Sporting Events Held in Public Venues: An Overview of the Law in Australia and Canada', Melbourne University Law Journal, Vol. 18. June 1992.
- Cattaneo, Andrea. *The Nature of Broadcasting Rights in U.S. and Europe*. The International Sports Law Journal. Vol 1-2. 2012.
- Derclaye. Estelle. 'French Supreme Court rules fashion shows protected by copyright, what about the UK?' Journal of Intellectual Property Law & Practice, Vol. 3. No. 5. 2008.
- Garmire, Chris. *The Super Bowl III Problem: A Review of the Development of the Property Right in Live Professional Sports Broadcasts and a Practical Application of Copyright Law to an Infringement Action for the Unauthorized Reproduction and Distribution of a Taped Broadcast of Super Bowl III*. Chicago-Kent; Journal of Intellectual Property. Volume 2. Issue 1. Spring 2000.
- Ferrari, Luca. *Rights to Broadcast Sporting Events under Italian Law*. The International Sports Law Journal. Vol 1-2. 2010.
- Khadder, Nicholas. (1998). *National Basketball Association v. Motorola, Inc.* Berkeley Technology Law Journal. Vol 13. Issue 1.
- Moberg. Brent C. 'Football Play Scripts: A potential Pitfall for Federal Copyright Law'. Marquette Sports Law Review, Vol 14. Issue 2. (Spring 2004)
- Mumford, Stephen.( 2014) *The Aesthetics of Sport: The Bloomsbury Companion to the Philosophy of Sport*. Published by A&C Black.
- Stojkov, Aleksander; Naumovski, Goce; Naumovski, Vasko *Copyright and related rights through another perspective*. Journal of Research in Kinesiology. Vol. 39 Issue 2. (2011).
- Pina, Carolina (2010). *The role of IP in sports: Sponsorship, Media Rights and Merchandising*. Wipo Publication.
- Song, Seagull Haiyan (2011) *New Challenges of Chinese Copyright Law in the Digital Age: A Comparative Copyright Analysis of ISP Liability: Fair Use and Sports Telecasts*. Published by Kluwer Law International.
- Study on sports organizer's rights in the European Union*. T.M.C. Asser Institute / Asser International Sports Law Centre Institute for Information Law - University of Amsterdam.2014.
- Thornton, Patrick K (2010). *Sports Law*. Jones & Bartlett Publisher.
- Wilson, Caroline (2003). *Intellectual Property Law*, London. Sweet and Maxwell



Wise, Aaron N. Meyer, Bruce S (1997)  
*International Sports Law and Business*. Volume 3. Publisher: Kluwer Law International.

Weber, Loren J. 'Something in the Way She Moves: The Case for Applying Copyright Protection to Sports Moves'. *The Columbia Journal of Law & the Arts*. (1999-2000).

Legislative Decree No. 9 of January 9, (2008) on the Regulation of Ownership and Sale of Sports Broadcasting Rights and Relative Distribution of Resources.

<https://www.fifa.com/worldcup/news/2014-fifa-world-cup-brazilm-in-numbers>. Last visited: April 1, 2020.

<http://www.liverpoolfc.com/news/latest-news/rodgers-barca-and-tikitaka>. Last visited: April 1, 2018.

<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=13215>

## Original Article

# Indirect claims of shareholder in international forum against host states, with respect to Iran and England legal system

Farnaz Zebardast<sup>1</sup>, Mohammad jafar Ghanbari Jahromi<sup>\*2</sup>

<sup>1</sup> PhD Student, Oil and Gas Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

<sup>2</sup> Associate Professor, Department of International Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran



10.22080/LPS.2021.22116.1262

**Received:**

September 5, 2021

**Accepted:**

October 27, 2021

**Available online:**

November 27, 2021

**Main Subjects:**

International Law

**Keywords:**

shareholders claims, Barcelana Traction, indirect claims, reflective loss, investment arbitration

## Abstract

Right of shareholders to raise claims against host state in International legal forums is a relatively recent subject mainly discussed in investment arbitrations field. In classical international law, shareholders did not have any jus standi in raising direct claim against host state and diplomatic protection was the only means for claiming any remedy. This matter was generally touched on by International Court of Justice in Barcelona Traction case. The Court by distinguishing between “right” and “interest” considered that only the right of shareholders is protected. Nevertheless, it recognized the possibility of remedying reflective rights if there exists a supporting treaty. In this article the questions if shareholders possess any jus standi to make indirect or reflective claims against host state and how the investment arbitrations have reacted to indirect claims of shareholders for reflective loss, will be reviewed. Further, how the domestic law legal systems, such as Iran and England, have reacted to the claims of shareholders for reflective loss is considered. The article concludes that shareholders do not have a any jus standi in domestic law such as England for raising indirect claims and the position is not clear under Iranian law. However, Under modern international law, investment agreements provides for the possibility of shareholders raising indirect claims against host states that emanate from the consent of the state given in the under laying investment treaty. Although this type of treaties do not have express provision on damages and indirect claims, the investment arbitration precedents shows that the general conditions provide ground for accepting the right of shareholders to raise indirect claims.

\*Corresponding Author: Mohammad jafar Ghanbari Jahromi

Address: Department of International Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran Email: mig.jahromi@gmail.com



## Extended Abstract

### 1. Introduction

Under the principle of Customary International Law, an individual has no standing to present claim against foreign states and the government must advocate the claim. Thus, “it is a matter for the state to decide whether, for juridical or political reasons, the case shall be taken up or not”.

In *Barcelona Traction*, the International Court of Justice distinguished between shareholder “rights” and “interests” (1970, I.C.J, 34-35), noting that the rights are what a shareholder has directly in his capacity as a shareholder. According to the court, an interest is not important enough to be changed to a claim on the international level.

The Court also held that the shareholders can protect resources in treaty stipulations or special agreements directly concluded between the private investor and the state in which the investment is placed.

In most instances, shareholders were claiming for damages resulting from measures affecting local companies directly. These cases have given rise to a plethora of literature on shareholders’ right to claim under ICSID arbitration. The intensive debate triggered by these disputes stems from the fact that, according to Customary International Law applicable to diplomatic protection, the national state of the shareholder does not have standing to seek redress on behalf of the shareholder if damage is done to the company in which the shareholder holds shares. The second half of the 20th century has witnessed the striking development of numerous regional and bilateral investment treaties (BITs). These treaties always include shares as covered

investments and give the investor direct access to international arbitration. Investment treaties usually simply refer to shareholdings as a type of covered investment without further specifications. This broad wording of treaties gives rise to numerous questions. – How far does this protection extend?

### 2. Methods

This research tries to answer whether the shareholders have the right to sue in international forum or not, and if the answer is yes, in which kind of claims they could follow their rights. The method is descriptive and analytic. There are many arbitral awards which improve the theory of this article. The awards are reviewed on the conventional base.

### 3. Result

Under the principle of Customary International Law, an individual has no standing to present claim against foreign states and It is the government which must claim through diplomatic protection. According to Customary International Law applicable to diplomatic protection, the national state of the shareholder does not have standing to seek redress on behalf of the shareholder if damage is done to the company in which the shareholder holds shares. Thus, the shareholders must protect recourses in treaty stipulations or special agreements directly concluded between the private investor and the state in which the investment is placed. Agreements that include dispute settlement clause give the shareholder *Juse standi* to claim against the host government in relation to measures affecting the company rights damages to the interests of shareholders.

#### 4. Conclusion

Domestic regulations of countries and International Investment Agreements ('IIAs')<sup>1</sup> create international law rights and cause actions and provide conditions for the creation of international arbitral tribunals to enforce them.

Shareholder claims under IIAs for measures causing harm to a company in which, directly or indirectly, they hold shares are nowadays a significant part of investment arbitration. As a jurisdictional matter, investment tribunals have virtually unanimously allowed these claims. The theory behind this accepted position is that, regardless of who the direct addressee of the host state's measures is, as protected investors, shareholders exercise their own treaty rights and hold an 'independent right of action' to pursue treaty claims (Dolzer & Schreuer, 2012, 56-57). From the shareholder claimant's perspective, the independence or separation between its international law right of action and that of the local company may have considerable advantages, e.g., shareholders can bring such claims irrespective of forum selection clauses or other jurisdiction provisions applicable to local claims or related local proceedings. Due to lack of privacy and differences in the causes of action, host states may struggle to invoke the local company's contractual and national law obligations applicable to the investment project, and any compensation awarded by the investment tribunal is owed to the shareholder, even if the claim relates to measures adopted against the company.

---

<sup>1</sup> The most numerous types of IIAs are bilateral investment treaties ('BITs'). While there may be considerable differences as to structure and scope

#### Funding:

The article has no funding support.

#### Authors' contribution:

Authors contributed equally to the conceptualization and writing of the article. All of the authors approved the content of the manuscript and agreed on all aspects of the work.

#### Conflict of interest:

Authors declared no conflict of interest.

#### Acknowledgment

*As this paper is a theoretical legal study, no data, models, or codes were generated or used during the study.*

between BITs and other kinds of IIAs (as well as among BITs), these differences are not always relevant for the present purposes





علمی پژوهشی

# دعاوی غیر مستقیم سهامداران در مراجع بین المللی علیه دولت میزبان، با نگاهی بر حقوق ایران و انگلیس

فرناز زبردست<sup>۱</sup>، محمدجعفر قنبری جهرمی<sup>۲\*</sup>

<sup>۱</sup> دانشجوی مقطع دکتری حقوق نفت و گاز، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران  
<sup>۲</sup> دانشیار گروه حقوق بین الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

doi 10.22080/LPS.2021.22116.1262

## چکیده

سمت سهامداران در اقامه دعوی علیه دولت میزبان نزد مراجع حقوقی بین المللی، موضوع نسبتاً بدیعی است که در رویه داوری های سرمایه گذاری بدان پرداخته شده است. در حقوق بین الملل کلاسیک، سهامداران در اقامه دعوی علیه دولت میزبان فاقد "سمت" بودند. جبران خسارات سهامداران فقط از طریق حمایت سیاسی دولت متبوع آنان و صرفاً در حدود "حقوق" سهامداران امکان پذیر بود. این موضوع در رای دیوان بین المللی دادگستری در قضیه بارسلونا تراکشن انعکاس یافته است. دیوان بین المللی دادگستری در رای مذکور با تفکیک بین حق و منفعت صرفاً حقوق سهامداران را قابل حمایت دانست. لکن در عین حال، وجود معاهدات را به عنوان مبنایی جهت جبران خسارت انعکاسی سهامداران، شناسایی نمود. در این نوشتار به این مسئله پرداخته می شود که آیا سهامداران در اقامه دعوی غیرمستقیم و انعکاسی به طرفیت دولت میزبان ذی سمت می باشند و داوری های سرمایه گذاری به "دعاوی غیر مستقیم" سهامداران علیه دولت میزبان جهت مطالبه "خسارت انعکاسی" چگونه پاسخ داده اند. رویکرد حقوق داخلی کشورها از جمله ایران و انگلیس به دعاوی انعکاسی سهامداران چگونه است؟ یافته مقاله این است که در حقوق داخلی کشورها از جمله انگلیس، سهامداران در اقامه دعوی غیر مستقیم، فاقد سمت هستند و در حقوق ایران نیز امری ناشناخته است. لکن در حقوق بین الملل مدرن قراردادهای سرمایه گذاری بین المللی، مبنایی برای سهامداران در اقامه دعوی علیه دولت میزبان بنیان نهاده که از رضایت دولت متعاقد نشأت می گیرد. اگرچه این توافقنامه ها در خصوص خسارات و دعاوی غیر مستقیم صراحت ندارند، لکن رویه های داوری سرمایه گذاری، اطلاق این شروط را حمل بر شمول دعاوی غیر مستقیم نموده است.

تاریخ دریافت:

۱۴ شهریور ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۵ آبان ۱۴۰۰

تاریخ انتشار:

۶ آذر ۱۴۰۰

موضوعات:

حقوق بین الملل

کلیدواژه ها:

دعاوی سهامداران، بارسلونا  
تراکشن، دعاوی غیر مستقیم،  
خسارت انعکاسی

\* نویسنده مسئول: محمدجعفر قنبری جهرمی

ایمیل: mig.jahromi@gmail.com

آدرس: دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

## ۱ مقدمه

در سال ۱۹۶۲ دولت بلژیک دعوایی به طرفیت دولت اسپانیا در حمایت سیاسی از اتباع خود طرح نمود. دیوان بین المللی دادگستری در حکم صادره بین حقوق و منافع سهامداران تفکیک نمود و اعلام داشت که خسارات وارده و مورد ادعای بلژیک، خسارتی است که در نتیجه خسارت به شرکت به سهامداران وارد شده است و به عبارتی دیگر، خسارت به منافع سهامداران است و حقی از سهامداران که به موجب حقوق بین الملل یا "معاهده ای" شناخته شده باشد، تضییع نگردیده است.

رای دیوان بین المللی دادگستری در خصوص شناسایی معاهدات از یک سو و رشد سرمایه گذاری های خارجی از دگر سو، موجب رشد روز افزون معاهدات دوجانبه و چند جانبه سرمایه گذاری بین دولت ها شد به نحوی که تاکنون قریب ۲۸۲۲ معاهده دو جانبه سرمایه گذاری منعقد گردیده است.<sup>۱</sup> این معاهدات دوجانبه برخلاف سایر معاهدات، که صرفاً حاوی یک سری حمایت های ماهوی مانند شرط رفتار ملی و رفتار عادلانه و منصفانه بودند، دارای وجه ممیزه ای شاخص به نام شرط حل و فصل اختلاف سرمایه گذار- دولت می باشند. به این ترتیب معاهدات دو جانبه و چند جا نبه سرمایه گذاری برخلاف معاهدات اولیه فقط شامل حمایت های ماهوی مانند شرط رفتار عادلانه و منصفانه نبودند، بلکه سرمایه گذار از یک حمایت دیگری با عنوان حمایت های شکلی یا دادرسی برخوردار می شوند، ضمن این که این معاهدات، تعریفی متفاوت از سرمایه گذاری ارائه می دهند که به موجب آن مالکیت سهام نیز سرمایه گذاری تلقی می گردد و بدین گونه سهامداران را تحت لوای خود در آورده و آنان را از حمایت های خود بهره مند می نمایند.

یکی از طرق سرمایه گذاری، مالکیت سهم توسط اتباع خارجی در شرکت های متبوع دولت میزبان است. سهامداران خارجی در شرکت های داخلی و متبوع کشورهای میزبان، به سرمایه گذاری و خرید سهم اقدام می نمایند. در جریان این گونه سرمایه گذاری ها دولت های میزبان، اقداماتی را به عمل می آورند که آن اقدامات اگرچه به طور مستقیم به سهام و حقوق مستقیم سهامداران خسارت وارد نمی کند، اما اقدامات مزبور موجب خسارت به شرکت های متبوع آن دولت می گردد که در نتیجه آن خسارات، به منافع سهامداران نیز خسارت وارد خواهد شد.

در حقوق بین الملل عرفی، اشخاص از جمله سهامداران، در اقامه دعوی علیه دولت ها فاقد سمت می باشند.

(R. Lillich, 1967.p:7) و در صورت تعدی به حقوق بیگانگان، صرفاً دولت ها حق حمایت سیاسی از اتباع خود را دارند تا حقوق از دست رفته ی آنان را که به موجب حقوق بین الملل شناخته شده است، باز گردانند. اما حمایت سیاسی دولت ها از اتباع خود محدود به شرایطی و صرفاً در صورت صلاحدید مقامات اعمال می گردد همان گونه که بگ اظهار نمود "این مسئله به دولت ها مربوط است که بنا به دلایل حقوقی یا سیاسی به حمایت دیپلماتیک اقدام نمایند یا خیر" (Begge, 1958, p:12). ضمن این که حمایت سیاسی دولت ها از اتباع خود از جمله سهامداران نیز محدود به حقوق سهامداران می گردید بنابراین در صورتی که به منافع سهامداران یا حقوق غیر مستقیم آنان به واسطه اقدامات دولت میزبان در قبال شرکت های متبوع وی که سهامداران خارجی در آن سهامدار می باشند، خسارت وارد می گردید، این خسارات در رهگذر حمایت سیاسی قابل جبران نیست.

<sup>۱</sup> <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>



معاهدات سرمایه گذاری است (اسدلو، ۱۳۹۸: ۲۳۱). سهامدار در صورتی از حمایت هایی که در یک معاهده درج گردیده است، برخوردار می گردد که مطابق آن معاهده، سرمایه گذار تلقی شود. از طرف دیگر، آنچه که سرمایه گذار به کشور میزبان آورده است باید سرمایه گذاری تلقی گردد و تعریف سرمایه گذاری مطابق معاهده بر آن صادق باشد تا از حمایت های معاهده ای منتفع شود. بنابراین لازم است بر اساس معاهده ای حاکم، تعریف سرمایه گذار و سرمایه گذاری معلوم گردد و مشخص گردد که آیا سهامدار مطابق آن معاهده اولاً سرمایه گذار محسوب می گردد و ثانیاً اقدامات وی سرمایه گذاری تلقی می گردد؟

معاهدات دو یا چند جانبه سرمایه گذاری در تعریف "سرمایه گذار" آن را به دو گروه اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی تقسیم می کنند. در خصوص این که اشخاص حقیقی چه کسانی هستند، مسلماً تردید و ابهامی وجود ندارد. اما در مورد تعریف اشخاص حقوقی و شرکت ها، تفرق و پراکندگی در معاهدات دیده می شود. بعضی از معاهدات دو یا چند جانبه با ذکر یک سری ویژگی ها، معنای عام و گسترده ای به لفظ «شرکت» بخشیده اند و مصادیق متعدد و گوناگونی اعم از شرکت ها، انجمن ها، شرکت های دولتی اعم از این که دارای شخصیت حقوقی باشند یا خیر و اعم از این فعالیت آن ها با هدف کسب منفعت باشد، یا خیر را شامل می گردند و بعضی از معاهدات با اضافه و الحاق یک سری شرایط دامنه ای شرکت را محدود می نمایند. البته بعضی از معاهدات دو یا چندجانبه مانند ایکسید<sup>۲</sup> از عبارت شخص حقوقی<sup>۳</sup> استفاده کرده است که اعم از ارگان هایی است که دارای شخصیت حقوقی هستند یا نهادهایی که فاقد شخصیت حقوقی می باشند. مدل معاهده ای دو جانبه آلمان به صراحت ذکر نموده است که هر

حال پرسشی که مطرح می گردد آن است که آیا سهامداران می توانند به عنوان سرمایه گذاران خارجی، از حمایت های معاهده ای از جمله حمایت های شکلی منتفع گردند؟ به عبارت دیگر، آیا سهامداران در اقامه ای دعوی علیه دولت های میزبان ذی سمت می باشند؟ در صورتی که خسارات وارده به سهامداران در نتیجه خسارت به شرکت به جهت اقدامات متعددیانه دولت میزبان باشد، آیا سهامداران می توانند مستقلاً جبران خسارات انعکاسی و غیر مستقیم خود را درخواست نمایند؟ نگاه حقوق ایران نسبت به خسارات غیرمستقیم و انعکاسی سهامداران چگونه است و آیا در حقوق داخلی ایران حقی برای سهامداران جهت مطالبه خسارات غیرمستقیم قائل شده است؟

برای پاسخ به سئوالات فوق، ابتدا مفهوم سرمایه گذار و سرمایه گذاری و انطباق آن با مفهوم سهامداران مورد بررسی قرار می گیرد و سپس به مبانی دعوی سهامداران در عرصه ای بین الملل پرداخته می شود و در نهایت، دعوی مستقیم و غیر مستقیم سهامداران به صورت تطبیقی در حقوق ایران و انگلیس مورد بررسی قرار خواهد گرفت و در پایان به رویه ای دیوان بین المللی دادگستری و داوری های سرمایه گذاری اشاره می گردد.

## ۲ انطباق مفهوم سرمایه گذار و سهامدار

سهامداران خارجی در کشورهای میزبان علاوه بر این که در شرکت دارای حقوق ناشی از سهم خود می باشند، از یک سری حقوق دیگر که با عنوان حمایت های بین المللی<sup>۱</sup> تعریف شده است، برخوردار می گردند. اما برای این که سهامدار صلاحیت انتفاع از حمایت های بین المللی را دارا باشد، ضرورت دارد که در قلمرو تعریف سرمایه گذار قرار گیرد. مفهوم سرمایه و سرمایه گذاری، شاکله اصلی نظام حمایتی

<sup>3</sup> Juridical person.

<sup>۱</sup> مانند شرط رفتار ملی، شرط رفتار عادلانه و منصفانه.

<sup>۲</sup> International Centre for Settlement of Investment Disputes.

بدون این که از نوع خاصی از اوراق بهادار<sup>۶</sup> نام برده شود. (Gaukrodger, D. 2014, P:21)

بنابراین با توجه به این که غالب معاهدات امم از دو یا چندجانبه در تعریف سرمایه گذاری از سهام به عنوان سرمایه گذاری واجد شرایط نام می برد، سهامداران در صورتی که سرمایه گذار تلقی گردند، سرمایه‌ی آنان در صورت حصول سایر شرایط مقتضی، سرمایه گذاری واجد شرایط محسوب و از حمایت های معاهده ای برخوردار می گردند.

### ۳ مبانی دعاوی سهامداران علیه دولت میزبان در مراجع بین المللی

#### ۳/۱ توافق نامه ها

در حقوق بین الملل سنتی، سهام دارانی که خارج از مرزها اقدام به سرمایه گذاری می نمایند، صرفاً از طریق حمایت سیاسی دولت متبوع خود می توانستند مورد حمایت واقع گردند و خسارات آنان جبران گردد. (Schreuer. 2005, P:32) بنابراین حق طرح دعوی بی واسطه و "مستقیم" توسط سهامداران به طرفیت دولت مورد پذیرش واقع نمی شد و اساساً دعوی سرمایه گذار علیه دولت مردود بود. در واقع در حقوق بین الملل سنتی سهامداران،

منقول و حقوق مربوط به آنها؛ پ) سهام، سهم الشرکه و دیگر اقسام مشارکت در یک شرکت؛ ت) اوراق بهادار، اوراق قرضه و سایر اقسام اسناد بدهیهای یک شرکت؛ ث) پول و یا هرگونه مطالبات قابل وصول؛ ج) حقوق مالکیت معنوی و صنعتی از قبیل حق اختراع، حق اختراع با مدت محدود، طرحها یا نمونه های صنعتی، علائم و اسامی تجاری، دانش فنی و حسن شهرت تجاری؛ چ) وام به یک شرکت؛ ح) هر نوع منفعت دیگر در یک شرکت؛ خ) حقوق اعطاء شده به موجب قانون داخلی یا طبق قرارداد، از جمله اکتشاف، آماده سازی، استخراج یا بهره برداری از منابع طبیعی، قرارداد آماده سازی کامل، ساخت و ساز، تولید، یا قرارداد تقسیم درآمد، یا سایر قراردادهای مشابه؛ د) ادعاهای نسبت به پول یا ادعاهای مربوط به اجراء به موجب قرارداد؛

<sup>4</sup> Asset-based

<sup>5</sup> share

<sup>6</sup> equity interest

شخص حقوقی اعم از اینکه دارای شخصیت حقوقی باشند یا خیر نیز در زمره‌ی تعریف شرکت یا همان سرمایه گذار قرار می گیرند.<sup>۱</sup> برخی از معاهدات سرمایه گذاری دامنهی اشخاص حقوقی را گسترده تر نموده و بنگاه های دولتی را نیز در محدوده‌ی سرمایه گذاران آورده اند. به عنوان نمونه، ماده ۱۱۳۹ نفتا<sup>۲</sup> بنگاهها را اعم از اینکه دارای مالکیت خصوصی باشند یا مالک ان دولت باشد را در زمره‌ی سرمایه گذار آورده است. در هر صورت بسته به مفاد معاهده دایره‌ی شمول سرمایه گذار بر اشخاص می تواند محدود یا موسع گردد.

از سوی دیگر، معاهدات در تعریف سرمایه گذاری از الگوی واحد و متحد الشکلی پیروی نکرده اند و در حال حاضر تنوع فراوانی در تعریف سرمایه گذاری دیده می شود و این نشأت گرفته از گوناگونی قوانین داخلی سرمایه گذاری کشورها و سازوکارهای مختلف حقوقی مانند معاهدات دو جانبه و چندجانبه می باشد. اما نقطه‌ی مشترک غالب معاهدات سرمایه گذاری در تعریف سرمایه گذاری، از عبارت هر نوع دارایی<sup>۳</sup> استفاده شده است در واقع بسیاری از معاهدات سرمایه گذاری تعریفشان از سرمایه گذاری "دارایی محور"<sup>۴</sup> می باشد که طبقات وسیعی از حقوق و منافع را شامل می گردد و در بین دسته های متعدد دارایی نام برده در معاهدات، سهام نیز به عنوان دارایی ذکر است. در بسیاری از معاهدات "سهام"<sup>۵</sup> به صورت کلی ذکر می گردد،

<sup>1</sup> German Model Treaty -2008,Article1.3.a: "Any juridical person as well as any commercial or other company or association with or without legal personality, irrespective of whether or not its activities are directed at profit".

<sup>2</sup> North American Free Trade Agreement.

<sup>3</sup> در موافقتنامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه گذاری بین جمهوری اسلامی ایران و دوک نشین اعظم لوکزامبورگ (۱۳۹۸)، در تعریف سرمایه گذاری آمده است: ۲. اصطلاح «سرمایه گذاری» عبارت از هر نوع مال یا دارایی از جمله موارد زیر است که توسط سرمایه گذاران یکی از طرفهای متعاقد در قلمرو و طبق قوانین و مقررات طرف متعاقد دیگر (که از این پس طرف متعاقد سرمایه پذیر خوانده می شود) به کار گرفته شود، که ویژگی های یک سرمایه گذاری، شامل یک دوره‌ی معین و سایر ویژگی ها از قبیل: تعهد سرمایه یا سایر منابع، پیش بینی فایده یا سود، یا پذیرش خطر (ریسک) را دارا باشد: الف) شرکت؛ ب) اموال منقول و غیر



موافقتنامه های سرمایه گذاری بین دولت و سرمایه گذار.

معاهدات سرمایه گذاری اعم از دو یا چند جانبه حاوی مقرراتی در حمایت از سرمایه گذاران در قلمرو دولت های میزبان می باشند. حمایت هایی مانند رفتار عادلانه و منصفانه<sup>۴</sup>، رفتار ملی<sup>۵</sup>، شرط ملت کامله الوداد<sup>۶</sup> از جمله حمایت های ماهوی هستند که در معاهدات به نفع سرمایه گذاران خارجی پیش بینی شده است. اما صرف پیش بینی این حقوق در معاهدات و تعدی دولت میزبان از تعهداتش، موجب ایجاد حق اقامه دعوی در مراجع بین المللی به طرفیت آن دولت برای سهامداران نمی گردد. به عبارت دیگر، ایجاد سمت برای سهامداران در دعاوی بین المللی علیه دولت میزبان منوط به "حمایت شکلی" از طریق درج "شرط حل و فصل اختلافات دولت-سرمایه گذار" در معاهدات می باشد و با درج شرط مذکور حق و جایگاه مستقلی برای اقامه دعوی فردی اعطاء شده است.

به دنبال معاهدات و قراردادهای سرمایه گذاری حاوی شرط حل و فصل اختلاف سرمایه گذار، داوری های سرمایه گذاری نیز به سهامداران اجازه دادند جهت حل و فصل اختلافات با دولت میزبان به آن مراجع مراجعه نمایند و جایگاه سهامداران در رویه های داوری به موجب آراء متعددی شناخته شده است

## ۳،۲ قوانین و مقررات داخلی

در کنار معاهدات و قراردادهای سرمایه گذاری که از مبانی ذی سمتی سهامداران در اقامه دعوی علیه دولت ها در مراجع بین المللی می باشند، قوانین و مقررات داخلی کشورها نیز امکان اقامه دعوی توسط سرمایه گذار علیه دولت میزبان را پیش بینی نموده است. قوانین و مقررات کشورهای مختلف در خصوص حل و فصل اختلاف سرمایه گذار و دولت

فاقد هرگونه سمت<sup>۱</sup> نزد دیوان های بین المللی در اعتراض و اقامه دعوی به جهت تعدی نسبت به حقوق خود بودند. اما یک دولت در "حمایت سیاسی"<sup>۲</sup> از اتباع خود از جمله سهامداران، می توانست تحت شرایطی اقدام به اقامه دعوی نماید. در زمینه های حمایت دولت ها از اتباع خود دیوان بین المللی دادگستری در قضیه های بارسلونا تراکشن، صراحتاً اشعار داشت که قواعد و اصول حقوق بین الملل صرفاً "دعاوی مستقیم" و خساراتی را که مستقیماً به سهام دار وارد شده است، می پذیرد و خسارات غیر مستقیم به دلیل استقلال شخصیت شرکت، توسط سهام داران قابل مطالبه نیست و این شرکت است که می تواند بابت خسارات وارده به خود به اقامه دعوی اقدام نماید. به علاوه دیوان در اقدامی نو اشعار داشت، در صورتی که در "معاهدات" حقی برای سهام داران جهت مطالبه خسارات پیش بینی شده باشد، سهام داران می توانند به جهت نقض معاهده اقدام به اقامه دعوی نمایند. بنابراین مطابق نظر دیوان بین المللی دادگستری، مشروعیت و مبنای دعوی سهام داران موافقتنامه های سرمایه گذاری اعم از دو یا چند جانبه است.

دولت ها با انعقاد معاهدات دو و چند جانبه سرمایه گذاری و درج شرط حل و فصل اختلاف سرمایه گذار- دولت در حقوق بین الملل این خلاء را پر نموده و قانون خاصی<sup>۳</sup> را در روابط خود ایجاد نموده اند. وجود رضایت دولت ها، "سمت اشخاص" در اقامه دعوی علیه آنان را ایجاد می نماید. رضایت دولت به اقامه دعوی سهام داران علیه آنان به طرق مختلفی ممکن است اعلام گردد. رضایت دولت ها ممکن است از طریق درج شرط حل و فصل اختلاف در معاهدات دو یا چند جانبه سرمایه گذاری باشد یا از طریق درج شرط حل و فصل اختلاف در

<sup>5</sup> National treatment.

<sup>6</sup> Most-Favoured-Nations Clause.

<sup>1</sup> Jus standi

<sup>2</sup> Diplomatic Protection

<sup>3</sup> Lex specialis

<sup>4</sup> Fair and equitable treatment.

## ۴ دعاوی سهامداران

### ۴٫۱ دعاوی مستقیم

مالکیت سهام در شرکت ها، حقوقی را برای سهامداران ایجاد می نماید که تجاوز به آن حقوق قابل تعقیب است. برای مثال حق رای، حق بازرسی حساب و سوابق شرکت با حسن نیت در مدت زمان معقول از حقوق سهامداران می باشد و در صورتی که حق مزبور نادیده گرفته شود، سهامدار می تواند جهت الزام هیات مدیره به بررسی حساب ها و سوابق شرکت، اقامه دعوی نماید. این دعوی یک دعوی مستقیم است و تقریباً در تمام نظام های حقوقی این حق شناخته شده است. به موجب بسیاری از قوانین ملی کشورها از جمله؛ ایالات متحده، انگلستان، آلمان، فرانسه و هلند (Gaukrodger. 2013,p:23) سهامداران می توانند جهت خسارات وارد به حقوقشان اقامه دعوی نمایند که این گونه دعاوی که به جهت خسارتی که مستقیماً به حقوق و سهام سهامداران وارد می آید، دعاوی مستقیم نام دارد.

در حقوق سرمایه گذاری بین المللی با توجه به ایجاد حق اقامه دعوی سرمایه گذاران علیه دولت میزبان از طریق درج شرط حل و فصل اختلاف سرمایه گذار-دولت، یا درج شرط حل و فصل اختلاف در قراردادهای سرمایه گذاری فی مابین سرمایه گذار و دولت میزبان، سهامداران در مراجع بین المللی جهت اقامه دعوی مستقیم دارای سمت می باشند و این امر نیز در رویه داورى به کررات مورد پذیرش قرار گرفته است. به عنوان نمونه ای از خسارت و دعوی مستقیم می توان از مصادره و سلب مالکیت نام برد.

در دعوی گامی علیه مکزیک<sup>۳</sup>، ایالات متحده تاکید نمود که یک نمونه کلاسیک خسارت مستقیم

متفاوت می باشند. ماده ۱۹ قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی ایران مصوب ۱۳۸۱/۳/۴ حاوی بند حل و فصل اختلاف می باشد این ماده مقرر می دارد: " اختلافات بین دولت و سرمایه گذاران خارجی در خصوص سرمایه گذاری های موضوع این قانون چنانچه از طریق مذاکره حل و فصل نگردد در دادگاههای داخلی مورد رسیدگی قرار می گیرد، مگر آنکه در قانون موافقتنامه دو جانبه سرمایه گذاری با دولت متبوع سرمایه گذار خارجی، در مورد شیوهی دیگری از حل و فصل اختلافات توافق شده باشد." قانون ایران، دادگاه های داخلی را جهت حل و فصل اختلاف فی مابین سرمایه گذار خارجی و دولت ایران، صالح دانسته است اما اشعار می دارد در صورتی که معاهدات دوجانبه سرمایه گذاری شیوه دیگری برای حل و فصل اختلاف تعیین شده باشد، بر اساس معاهده عمل می گردد. در قوانین بعضی از کشورها مراجعه به شکل خاصی از داورى بین المللی پیش بینی شده است برای مثال در صورت وقوع اختلاف، سرمایه گذار می تواند از طریق ایکسید اقدام نماید.<sup>۲</sup> از این رو، مقررات داخلی کشورها نیز غالباً جهت حمایت و تشویق سرمایه گذاران به سرمایه گذاری، به سهامدار اجازه می دهد که جهت حل و فصل اختلاف با دولت میزبان به مراجع بین المللی مراجعه نماید.

اما این که آیا سهامداران فقط حق اقامه دعوی جهت جبران خسارات مستقیم خود را دارند یا می توانند بابت خسارات انعکاسی و غیر مستقیم در مراجع بین المللی اقامه دعوی نمایند، ابتدا مستلزم شناخت و تمییز این دو مفهوم می باشد.

<sup>3</sup> GAMI v. Mexico, Submission of states. (Non-Disputing party) (30 June 2003), see also International Thunderbird v. Mexico, Submission of the United States (non-disputing party (21 may 2004) 13-14. (Where an investor that is a shareholder

<sup>1</sup> FIPPA

<sup>۲</sup> برای مثال می توان در این خصوص به قوانین گرجستان، قزاقستان و لیتوانی اشاره نمود.



خسارت غیرمستقیم یا خسارت انعکاسی<sup>۳</sup> زمانی مطرح می‌گردد که در نتیجه خسارت به شرکت، خسارت در منافع سهامداران نیز انعکاس یافته و آن را متأثر می‌نماید برای مثال، ارزش سهام سهامداران کاهش می‌یابد یا از سود سهام کاسته می‌شود. حال سوالی که مطرح می‌گردد آن است که آیا سهامدار می‌تواند بابت کاهش ارزش سهام و خسارات انعکاسی، اقامه‌ی دعوی نماید؟ به این پرسش در حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل دو پاسخ متفاوت داده شده است.

## ۵/۱ دعاوی غیر مستقیم سهامداران به موجب حقوق انگلیس

در حقوق انگلیس، مطابق "اصل خواهان مناسب"<sup>۴</sup> در صورتی که شرکت دارای حق اقامه‌ی دعوی به طرفیت شخصی باشد که به شرکت خسارت وارد نموده است، با توجه به استقلال شخصیت حقوقی شرکت از سهامدارانش، دعوی باید به نام شرکت اقامه گردد و هیچ یک از اعضاء شرکت نمی‌توانند بابت خسارت وارده علیه آن شخص اقامه دعوی نمایند و این تنها شرکت است که می‌تواند علیه شخص متخلف اقامه‌ی دعوی نماید. قاعده‌ی خواهان مناسب در پرونده فوس علیه هرباتل (۱۸۴۳)<sup>۵</sup> به کار برده شده است. بر این اساس، خواهان مناسب در اقامه‌ی دعوی در قبال عملی که علیه شرکت انجام شده است، خود شرکت است.

<sup>3</sup> Indirect claims.

<sup>۴</sup> به مفهوم خسارت انعکاسی در مقالات دیگری نیز پرداخته شده است در این خصوص رجوع کنید به: M.J. Sterling, "The Theory and Policy of Shareholder Actions in Tort" (۱۹۸۷) ۵۰ M.L.R. ۴۶۸; C. Mitchell, "Shareholders' Claims for Reflective Loss" (۲۰۰۴) ۱۲۰ L.Q.R. ۴۵۷; J. Mukwiri, "The No Reflective Loss Principle" (۲۰۰۵) ۲۶ Company Lawyer ۳۰۴.

<sup>۵</sup> Proper plaintiff.

<sup>۶</sup> Foss v. Harbottle, 2 Hare 461 (Eng).

که نسبت به سهامداران قابل تصور است، زمانی است که دولت میزبان منافع و مالکیت سهامداران را "مصادره" می‌نماید خواه این مصادره، "مصادره سهام" باشد، یا مصادره‌ی شرکت به نحو تمام و کمال صورت گرفته باشد.

در بعضی از معاهدات مقرر شده ای گنجانده شده است که به موجب آن، سهامداران می‌توانند در صورت سلب مالکیت و مصادره سهامشان، اقامه دعوی نمایند همچنین در صورتی که دارایی شرکت نیز مصادره گردد، این حق برای سهامداران جهت اقامه‌ی دعوی محفوظ است و مصادره‌ی دارایی شرکت نیز خسارت و ضرر مستقیم تلقی می‌گردد. از جمله معاهداتی که چنین مقرر شده ای در آن گنجانده شده است می‌توان از معاهده‌ی منشور انرژی<sup>۱</sup>، (ECT art 13(3)) معاهده‌ی فدراسیون روسیه و پادشاهی انگلستان (Russian Federation-UK) (art. 5(2))، همچنین معاهده‌ی بین آلمان-آرژانتین<sup>۲</sup> نام برد که حق اقامه‌ی دعوی جبران خسارت ناشی از مصادره‌ی دارایی شرکت را برای سهامداران به رسمیت شناخته شده است.

## ۵ دعاوی غیر مستقیم<sup>۳</sup>

در صورتی که فعل یا ترک فعل مدیر یا شخص ثالثی که متضمن نقض مقررات و قوانین مربوط باشد و در نتیجه فعل یا ترک فعل وی به شرکت خسارت وارد گردد، شرکت مستقیماً متضرر می‌گردد. در عین حال سهامداران نیز به طور غیر مستقیم به جهت کاهش در ارزش سهامشان متضرر می‌گردند. از این رو،

in a locally-organized enterprise suffers a direct injury).

<sup>۱</sup>Treaty Charter Energy: ("for the avoidance of doubt expropriation shall include situations where a contracting party expropriates the asset of a company or enterprise in its area in which an investor of any other contracting fort has an investment, including the ownership of shares.")

<sup>۲</sup> معاهده‌ی آرژانتین-آلمان، حاوی مقرر شده ای است که اشعار می‌دارد در صورتی که مصادره شرکت سهامداران متضرر شده باشند، مستحق جبران خسارت می‌باشند.

که قابل انتقال می باشد و ارزش آن تحت شرایطی، کاهش یا افزایش می یابد.<sup>۴</sup> قاضی توماس در پرونده نیوزیلند کریستینسن علیه اسکات<sup>۵</sup> (۱۹۹۶) اشعار داشت: "...کاهش ارزش سهام آقا و خانم کریستینسن، به معنای واقعی کلمه، خسارت و ضرر شخصی محسوب می گردد نه خسارت شرکت<sup>۱</sup> (Christensen v Scott, at p. 280) نظریه‌ی قاضی توماس توسط لرد هوتون و لرد میلر در پرونده‌ی جانسون مورد حمایت قرار گرفت (۲۰۰۲).<sup>۶</sup>

پرونده‌ی دیگری که در آن به اصل منع خسارت انعکاسی استناد شده است، دعوی جانسون به طرفیت شرکت گور وود<sup>۷</sup> (۲۰۰۳) می باشد در این دعوی مجلس اعیان به سهامداران حق اقامه‌ی دعوی انعکاسی نداد. (Korzum. 2010, P:۱۷) البته به قاعده خواهان مناسب در پرونده فوس علیه هرباتل استثنایی وارد شده است و آن زمانی است که نسبت به سهامداران اقلیت "تقلب" صورت گرفته باشد. اعمال استثناء منوط به آن است که دو عنصر محقق گردد اول تقلب نسبت به اقلیت و دوم آن که متخلف کنترل کننده شرکت باشد، اما آنچه که باید در نظر داشت آن است که در این صورت نیز دعوی مستقیماً برای سهامدار محسوب نمی گردد، بلکه این دعوی یک دعوی مشتق<sup>۸</sup> می باشد که از طرف سهامداران اقامه می گردد و خسارات مورد حکم به نفع شرکت پرداخت می گردد. به عبارت دیگر، این استثناء نیز موجب تجویز اقامه‌ی دعوی سهامداران برای جبران خسارات انعکاسی نمی

اصل دیگری که در حقوق انگلیس اعمال شده است، "اصل عدم خسارت انعکاسی"<sup>۱</sup> می باشد. مطابق این اصل اعضای شرکت یا سایر افراد متضرر نمی توانند شخص خاصی را تحت تعقیب قرار دهند. حقوق انگلستان با اصل مذکور به خوبی آشنا است. اصل منع خسارت غیرمستقیم با دعوی شرکت بیمه-ی پرودنشال علیه شرکت با مسئولیت محدود نیومن داستریز<sup>۲</sup> (۱۹۸۲) شناخته شده است. پرودنشال که مالک سه و دو دهم درصد سهام بود، دعوی به طرفیت مدیران شرکت اقامه نمود با این ادعا که مدیران شرکت به دلیل ارتکاب شبه جرم تبانی موجب ورود خسارت به شرکت و او شدند. دادگاه عنوان داشت: "سهامدار در این پرونده متحمل ضرر و زیان شخصی نشده است...سهام تنها حق مشارکت در شرکت مطابق مفاد اساسنامه استازاین رو، سهام که تنها حق مشارکت است، متأثر نگردیده است و سهامدار همچنان مالک تمام سهام خود است..."<sup>۳</sup> در این پرونده، دادگاه استیناف اشعار داشت: "سهامدار نمی تواند جبران خسارت انعکاسی را به این علت که شرکتی که وی در آن ذی نفع است، متضرر گردیده است، مطالبه نماید. سهامدار نمی تواند جبران خسارات مبلغی معادل کاهش ارزش سهام یا کاهش سود قابل تقسیم را درخواست نماید چون این ضرر، صرفاً انعکاسی از ضرر متحمل شده توسط شرکت است." در خصوص ماهیت حقوقی سهم مباحث بسیاری صورت گرفته است، اما آنچه که مسلم است آن است که سهم مال محسوب می گردد و در تملک سهامدار می باشد

Lin, J.L.S., 2007. "Barring recovery for diminution in value of shares on the reflective loss principle." *The Cambridge Law Journal*, 66(3), pp.537-558.

<sup>5</sup> Christensen v Scott, 1 N.Z.L.R. 273.

<sup>6</sup> 2 A.C. 1, 44

<sup>7</sup> Johnson v. Gore Wood & Co.(No. 2), 2003 E.W.C.A. Civ 1728.

<sup>۸</sup> دعوی مشتق "derivative action" دعوی است که سهامداران اقلیت به نام و از طرف شرکت علیه مدیران متخلف یا سهامداران کنترلگر، اقامه می نمایند و خسارات مورد حکم به نفع شرکت و به شرکت پرداخت می گردد و سهامداران اقلیت به طور مستقیم از آن منتفع نمی گردند.

<sup>1</sup> No Reflective Loss Principle.

<sup>2</sup> Prudential Assurance Co Ltd v Newman Industries Ltd (No 2): CA 1982.

<sup>3</sup> "The shareholder does not suffer any personal loss...The shares are merely a right of participation in the company on the terms of the articles of association. The shares themselves, his right of participation, are not directly affected by the wrongdoing. The plaintiff still holds all the shares..." [1982] Ch. 204, 222.

<sup>۴</sup> برای مطالعه بیشتر در خصوص ماهیت حقوقی سهم مراجعه کنید به:





قانون شرکت‌ها مصوب ۲۰۰۶، حمایت‌های قانونی خاصی را به سهامداران در قبال ضرر و زیان اعطاء نموده است. به موجب ماده (۱) ۹۹۴ این قانون، سهامدار شرکت می‌تواند برای دستور حمایت از او در قبال ضرر و زیان غیرمنصفانه بنا به دلایل ذیل به دادگاه دادخواست دهد: الف: امور شرکتی به نحوی اداره و انجام می‌گردد که موجب خسارت غیرمنصفانه به منافع عموم سهامداران یا بخشی از آن‌ها (یا حداقل خود وی) می‌گردد. ب: فعل یا ترک فعل واقعی یا پیشنهادی شرکت موجب ضرر زیان می‌گردد.<sup>۲</sup> در این صورت جبران خسارت وی به این شکل است که سایر سهامداران، سهام وی را به ارزش منصفانه ای خریداری نمایند.

در عین حال دادگاه در صورتی به جبران منصفانه رای می‌دهد که خواهان نقشی در موضوعاتی که از آن شکایت نموده است، نداشته باشد که از این مسئله به "دست‌های پاک"<sup>۳</sup> یاد می‌شود. نکته حائز اهمیت آن است که قانون شرکت‌ها از حقوق سهامداران نام نبرده است، بلکه عنوان داشته است در صورتی که به منافع سهامدار، خسارت وارد آید. در واقع هدف قانونگذار گسترش چتر حمایتی ورای حقوق سهامداران و تسری آن به منافع سهامداران بوده است. با این وجود قانون مزبور از منافع تعریفی به عمل نیامده است، اما آشکار است که منظور از منفعت تمامی منافع خواهان نمی‌باشد، بلکه منافعی که وی به عنوان سهامدار دارا است.<sup>۴</sup> بنابراین در صورتی که امور شرکت به نحوی در حال انجام باشد یا انجام شده باشد که موجب ضرر و

گردد و سهامداران صرفاً می‌توانند خسارات وارد به شرکت را مطالبه نمایند که آن نیز به شرکت پرداخت می‌گردد نه به سهامداران.

در دعوی گیلز به طرفیت راینند<sup>۱</sup> (۲۰۰۳) دادگاه استیناف قاعده‌ی منع خسارت انعکاسی را اعمال نمود. در این پرونده دادگاه اعلام نمود در صورتی که نقض تعهد نسبت به سهامداران به نحوی است که شرکت به اقامه‌ی دعوی قادر نمی‌باشد و به عبارت دیگر، "سبب طرح دعوی"<sup>۲</sup> برای شرکت مفقود باشد، در این صورت، سهامدار می‌تواند برای جبران خسارت اقامه‌ی دعوی نماید. بنابراین در صورتی که خسارات وارده به سهامداران به نحوی باشد که نتوان برای شرکت سببی جهت اقامه‌ی دعوی یافت، در این صورت سهامدار می‌تواند علیه مدیر متخلف اقامه دعوی نماید. از این رو، بر اساس موارد مذکور در حقوق عرفی انگلستان یک استثنا بر اصل عدم خسارت انعکاسی می‌توان قائل گردید و آن در صورتی است که برای شرکت "سبب طرح دعوی" مفقود باشد. در این صورت سهامدار می‌تواند برای جبران خسارت شخصی به نام و از طرف خود اقامه‌ی دعوی نماید و خسارت مورد حکم نیز به سهامدار پرداخت می‌گردد نه شرکت. برخلاف "تقلب" نسبت به سهامداران که خسارت به شرکت پرداخت می‌گردد در واقع قاعده تقلب پیش بینی دعوی مشتق است که دعوی از طرف شرکت اقامه می‌گردد، اما فقدان "سبب دعوی" برای شرکت، ارائه‌ی راه حلی جدید به سهامداران برای جبران خسارت شخصی است.

(b) that an actual or proposed act or omission of the company, (including an act or omission on its behalf), is or would be so prejudicial.

<sup>3</sup> Clean hand

<sup>4</sup> See more: "Shareholder Remedies", THE LAW COMMISSION, 226-425-21. Available at: [http://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/03/cp142\\_Shareholder\\_Remedies\\_Consultation.pdf](http://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/03/cp142_Shareholder_Remedies_Consultation.pdf)

<sup>1</sup> Giles v. Rhind, 2002 E.W.C.A. Civ 1428 (2002).

<sup>2</sup> Under Section 994(1) of the Companies Act 2006, a company shareholder may petition the court for an Order protecting him from unfair prejudice on the ground:

(a) that the company's affairs are being or have been conducted in a manner that is unfairly prejudicial to the interests of shareholders generally or some part of its members (including at least himself), or

"شرکت" وارد آمده است و سهامداران "از طرف شرکت" اقامه‌ی دعوی می‌نمایند به علاوه حکم نیز "به نفع شرکت" اجرا می‌گردد. به عبارت دیگر، سهامداران اقلیتی که دارای حداقل یک پنجم سهام شرکت می‌باشند، می‌توانند به نام شرکت اقامه‌ی دعوی نمایند و خسارات وارده به "شرکت" را از آن‌ها مطالبه نمایند. حکم نیز به نفع شرکت اجرا می‌گردد و جبران مستقیم خسارت سهامداران صورت نمی‌گیرد و آن‌چه که از دادگاه تقاضا می‌گردد جبران خسارات وارده به شرکت است. عده ای از نویسندگان (اسکینی، ۱۳۸۸، صفحه ۲۱۴-۲۱۵) دعوی مقرر در ماده ۲۷۶ را غیر مستقیم نام نهاده اند اما با توجه به این که در دعوی غیر مستقیم، سهامداران به نام خود و خسارات وارد به خود را مطالبه می‌نمایند و حکم دادگاه نیز به نفع سهامداران اجرا می‌گردد نه به نفع شرکت، از این رو، دعوی موضوع ماده ۲۷۶ دعوی مشتق می‌باشد، چرا که سهامداران از طرف شرکت اقامه‌ی دعوی می‌نمایند. (پاسبان، جهانیان، ۱۳۹۲، ص: ۱۰۰-۱۰۲) برخلاف دعوی غیر مستقیم که سهامداران به نام خود طرح دعوی می‌کنند. بنابراین حقوق تجارت ایران کاملاً با مفهوم دعوی غیر مستقیم یا انعکاسی، بیگانه است و در صورتی که به جهت اقدامات مدیران و سهامداران اکثریت شرکت متضرر گردد و این امر موجب کاهش ارزش سهام گردد، راه جبرانی در قانون تجارت برای سهامداران متضرر پیش بینی نشده است. اگرچه در حقوق غالب کشورها اصل بر عدم خسارت انعکاسی می‌باشد و سهامداران نمی‌توانند بابت کاهش ارزش سهام اقامه دعوی نمایند لکن به طور استثنایی در حقوق کشورهایی چون آمریکا، کانادا و فرانسه دعوی غیر مستقیم پذیرفته شده است و سهامداران می‌توانند در صورت جمع شرایط مقرر در قانون برای خسارات انعکاسی، دعوی طرح نمایند. متأسفانه حقوق ایران در خصوص این نوع خسارت کاملاً ساکت است و این خلاء در جبران خسارات سهامداران به چشم می‌خورد و چه بسا خسارات هنگفتی که بدون جبران باقی می‌ماند.

زیان غیرمنصفانه ای به منافع سهامداران شرکت گردد، سهامدار یا سهامداران می‌توانند به دادگاه جهت جبران خسارت دادخواست دهند. در واقع این قانون ضمانت اجرای مناسبی در قبال اقدامات هیات مدیره وضع نموده است که با استفاده از آن ضمانت اجرا هم هیات مدیره از اقدامات متعديانه و خلاف مقررات و عرف باز داشته می‌شود و تأمینی برای سهامدار فراهم می‌گردد.

## ۵٫۲ دعاوی غیر مستقیم سهامداران در حقوق ایران

مفهوم دعوی غیر مستقیم یا مطالبه خسارت انعکاسی از طرف سهامداران در حقوق ایران شناخته شده نیست و مقررات راجع به شرکت‌ها در خصوص دعاوی غیر مستقیم سهامداران جهت مطالبه‌ی خسارات ناشی از کاهش سهم که به واسطه‌ی ورود ضرر به شرکت، ساکت است. از این رو، مطابق حقوق ایران سهامداران نمی‌توانند بابت خسارات شخصی ناشی از کاهش ارزش سهم علیه مدیران متخلف. اقامه‌ی دعوی نمایند. قانونگذار صرفاً در یک ماده برای سهامداران اقلیت حق اقامه‌ی دعوی اعطا نموده است. ماده ۲۷۶ لایحه اصلاح بخشی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ دعوی سهامدارانی را که حداقل دارای یک پنجم سهام شرکت باشند، پیش بینی نموده است. مطابق این ماده: "شخص یا اشخاصی که مجموع سهام آنان حداقل یک پنجم مجموع سهام شرکت باشد، می‌توانند در صورت تخلف یا تقصیر رئیس هیات مدیره یا مدیر عامل به نام و از طرف شرکت و به هزینه‌ی خود علیه رئیس یا تمام یا بعضی از اعضای هیات مدیره و مدیر عامل اقامه‌ی دعوی نمایند و جبران کلیه‌ی خسارات وارده به شرکت را از آنان مطالبه کنند. در صورت محکومیت رئیس یا هر یک از اعضاء هیات مدیره یا مدیر عامل به جبران خسارت شرکت و پرداخت هزینه دادرسی حکم به نفع شرکت اجرا و هزینه ای که از طرف اقامه کننده دعوی پرداخت شده از مبلغ محکوم به به وی مسترد خواهد شد..." اما موضوع دعوی ماده فوق، خساراتی است که به



## ۵٫۳ دعاوی غیر مستقیم سهامداران در رویه دیوان بین المللی دادگستری

دیوان بین المللی دادگستری برای اولین بار در قضیه‌ی بارسلونا تراکشن<sup>۱</sup> (1970) در خصوص خسارات انعکاسی یا غیر مستقیم بحث نموده است. شرکت بارسلونا تراکشن یک شرکت هلدینگ بود که در سال ۱۹۱۱ در شهر تورنتوی کانادا به ثبت رسید. (Barcelona Traction, Light & Power Co. para. 8) مرکز اصلی آن نیز در کشور کانادا واقع شده بود. بنابر ادعای دولت بلژیک (خواهان دعوی)، چند سال پس از اولین جنگ جهانی قسمت اعظمی از سهام شرکت «بارسلوناتراکشن» به طور مستمر در مالکیت اتباع کشور بلژیک به ویژه شرکت سیردو قرار گرفته بود. این شرکت هم در بلژیک ثبت شده بود و هم مرکز عملیات آن در بلژیک واقع شده بود.

در سال ۱۹۳۶ کارسازی اوراق قرضه‌ی بارسلونا تراکشن به دلیل جنگ داخلی اسپانیا به حال تعلیق درآمده بود. پس از آن مقامات کنترل ارزی اسپانیا از تجویز انتقال ارز خارجی لازم برای ادامه‌ی کارسازی اوراق قرضه‌ی استرلینگ سر باز زده بودند. در نهم فوریه سال ۱۹۴۸ سه نفر از سهامداران اسپانیایی اوراق قرضه‌ی استرلینگ در دادگاه ریوس ایالت تاراگونا به طرح دعوی ورشکستگی به دلیل ناتوانی در پرداخت سود اوراق قرضه اقدام نمودند. در ۱۲ فوریه‌ی ۱۹۴۸ حکم ورشکستگی شرکت اعلام گردید (Barcelona Traction, Light & Power Co. para. 13) و دستور ضبط و توقیف دارائی‌های بارسلونا تراکشن و دو شرکت از شرکت‌های فرعی آن نیز صادر شد. سهام جدیدی که توسط شرکت‌های فرعی صادر شده بود در سال ۱۹۵۲ از طریق مزایده-ی عمومی به یک شرکت تازه تأسیس به نام شرکت نیروی برق کاتالونیا واگذار گردید که به واسطه‌ی آن، شرکت مزبور کنترل کامل عملیات را در اسپانیا به دست گرفت. (para. )  
(Barcelona Traction, Light & Power Co 18<sup>1</sup>)

دولت بلژیک در ۱۴ ژوئن ۱۹۶۲ جهت مطالبه‌ی خساراتی که به سهامداران بلژیکی در نتیجه خساراتی که به شرکت بارسلونا تراکشن به واسطه-ی اقدامات مخالف حقوق بین الملل مقامات اسپانیایی وارد آمده بود، در دیوان بین المللی دادگستری طرح دعوی نمود. دولت اسپانیا نسبت به دعوی مطروحه، چهار ایراد مقدماتی<sup>۲</sup> مطرح نمود. دیوان دو ایراد از چهار ایراد مقدماتی را در حکم مورخ ۲۴ جولای ۱۹۶۴ مردود اعلام نمود و ایراد سوم و چهارم را به ماهیت الحاق نمود. سومین ایراد اسپانیا، ایراد به تابعیت بود با این توضیح که شرکت بارسلونا تراکشن یک شرکت کانادایی است و دولت بلژیک نمی تواند از یک شرکتی حمایت سیاسی نماید که دارای تابعیتی غیر از تابعیت بلژیک می باشد. ایراد چهارم اسپانیا عدم توسل به مراجع داخلی جهت جبران خسارات است. دیوان بر ایراد سوم مطروحه تمرکز نمود و آن را از همه‌ی جوانب و بسیار موشکافانه مورد بررسی و تدقیق قرار داد: به این منظور که آیا مطابق حقوق بین الملل دولت بلژیک صلاحیت اقامه‌ی دعوی از طرف اتباع خود که سهامداران یک شرکتی می باشند که در کانادا تشکیل شده است را دارا می باشد؟ به عبارت دقیق تر، آیا یک دولت می تواند از طرف تبعه‌ی خود که سهامداران شرکت می باشند اقامه‌ی دعوی کند در حالی که آن شرکت نه به خواهان و نه به خوانده تعلق دارد؟

دیوان در این پرونده ابتدا برای این که به این نتیجه دست یابد که آیا اساساً حقی وجود داشته است که دولت بلژیک بتواند با تمسک بدان به حمایت سیاسی از اتباع خود متوسل گردد به مفهوم و تفکیک تعهداتی که ممکن است کشورها در سطح بین الملل و یا نسبت به یکدیگر داشته باشند، پرداخت و تعهدات را بر دو گروه تقسیم نمود. دسته-ی اول تعهداتی هستند که یک کشور نسبت به جامعه‌ی بین المللی به طور کلی دارد و دسته‌ی دوم تعهداتی است که کشوری در مقابل کشور دیگر در

<sup>2</sup> preliminary objection.

<sup>1</sup> Barcelona Traction, Light & Power Co., 1970 ICJ 3.

سپس دیوان به این امر می پردازد که آیا در پرونده‌ی حاضر شرایط ویژه ای وجود داشته است که بتوان بر آن اساس از قواعد عام حقوق بین الملل چشم پوشی نماید؟ در این ارتباط دیوان دو فرض را بررسی نمود. فرض اول آن است که شرکت متوقف شده باشد و فرض دوم اینکه کشور متبوع شرکت فاقد صلاحیت جهت اقامه‌ی دعوی از طرف وی است.. دیوان اعلام داشت:

"با این وجود نمی توان استدلال نمود که موجودیت شرکت متوقف گردیده است... از لحاظ قانونی شرکت در طرح دعوی جهت دفاع از حقوق خود و منافع سهامداران دارای اهلیت بود. به ویژه آنکه موقعیت متزلزل شرکت از لحاظ مالی باعدم موجودیت آن برابر نیست. در حقیقت وضعیت شرکت از لحاظ قانونی مدنظر است نه از لحاظ اقتصادی. بنای استدلال براساس زوال اقتصادی توصیفی است که فاقد ظرافت حقوقی است. " (Barcelona Traction, Light & Power Co.) (para. 66)

متعاقباً دیوان به فرضیه‌ی دوم می پردازد. دیوان علاوه بر احراز چندجانبه تابعیت کانادایی شرکت بارسلونا تراکشن، عملکرد دولتهای انگلستان، کانادا و بلژیک را نیز مهر تاییدی بر قبول عملی و ضمنی تابعیت کانادایی شرکت مزبور قلمداد نمود.

از دیگر ابعادی که دیوان پرونده مزبور را مورد بررسی قرار می دهد تعهدات بین المللی است و بر این باور است با فقدان شرایطی که تا کنون مذکور افتاد دیوان به این امر باید پردازد که آیا نقض تعهدی صورت گرفته است یا خیر و بلژیک باید ثابت کند که اسپانیا مرتکب نقض تعهد بین المللی گردیده است خواه این تعهد منبعت از یک قاعده‌ی بین المللی باشد یا از یک معاهده ناشی شده باشد. به لحاظ فقدان قاعده‌ی بین المللی در این زمینه، حمایت از سهامداران با تکیه بر معاهدات و توافقنامه های دو و چند جانبه ی امکان پذیر است.

باب حمایت سیاسی دارد. نقض تعهدات دسته‌ی اول موجب ایجاد حق برای تمامی کشور جهت طرح شکایت است. دیوان در این خصوص اشعار داشت: "وقتی دولتی سرمایه گذاری خارجی را در قلمرو خاک خود می پذیرد، خواه آن سرمایه گذار شخص حقیقی باشد یا شخص حقوقی، ملزم به حمایت قانونی از آنها می باشد. این تعهدات مطلق و بی قید و شرط نیست. به ویژه آنکه باید بین تعهدات یک کشور نسبت به جامعه‌ی بین المللی به نحو کلی و تعهداتی که در مقابل یک کشور در زمینه حمایت سیاسی دارد تمایز قائل شد. اولی به جهت ذات خود به تمامی کشورها مربوط می شود و به جهت اهمیت حقوق مزبور تمامی کشورها نسبت به آن ذی نفع می باشند چنین تعهداتی *erga omnes* نامیده می شوند. " (Barcelona Traction, Light & Power Co. para.33)

دیوان برای تعیین قانون حاکم جهت احراز وجود یا عدم وجود حق برای سهامداران اعلام داشت که باید به سیستم حقوق ملی مراجعه نمود مطابق حقوق ملی و داخلی شرکت بارسلونا تراکشن یک شرکت با مسئولیت محدود است که دارای شخصیت مستقلی از سهامداران خود می باشد. (Barcelona Traction, Light & Power Co.) (para. 41) دیوان اشعار داشت:

"علیرغم استقلال شخصیت حقوقی شرکت از سهامداران، انجام اقدامات مغایر قانون ممکن است علاوه بر ورود خسارت به شرکت موجب ورود زیان به سهامداران نیز گردد لکن ایراد خسارت به هر دو گروه، متضمن حق طرح دعوی برای هر دو نیست.. سهامداران حق اقامه‌ی دعوی جهت مطالبه‌ی خسارت از شخصی که موجب خسارت به وی شده است را ندارند در این گونه پرونده ها تردیدی نیست که « منافع » مورد تعدی متأثر گشته است و این تأثر صرفاً ناظر به منافع است نه حقوق." (Barcelona Traction, Light & Power Co.) (para. 44)



تاکید نمود. دیوان بین المللی دادگستری در حکم ۲۰۱۰ در ماهیت نیز اشعار داشت که حقوق بین الملل، مکرراً بر اصل حقوق داخلی مبنی بر استقلال شخصیت حقوقی شرکت از سهامداران تأکید ورزیده است.<sup>۲</sup> (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo. para: 689) این اصل آثاری چون استقلال حقوق و دارایی شرکت از حقوق و دارایی سهامداران را در پی دارد. (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo. para: 690).

## ۵٫۴ دعاوی غیر مستقیم سهامداران در رویه دیوان های داوری سرمایه گذاری

بحث در خصوص حقوق سهامداران در حقوق بین الملل سرمایه گذاری، در پرتو مقررات معاهدات سرمایه گذاری به نحو چشمگیری تکامل پیدا کرده است. در پرونده‌ی دیالو، دیوان بین المللی دادگستری بر نقش محوری موافقتنامه های بین المللی سرمایه گذاری در شناسایی حقوق سهامداران و شرکت ها در حقوق بین الملل و در خصوص حل و فصل اختلافات مرتبط با آنان، تأکید نمود. (Bottini. 2017, P:54) این که سهام در تعریف سرمایه گذاری جای دارد بدین معنی است که سرمایه گذاری سهامداران تحت حمایت ماهوی و شکلی قرار گرفته است و اثر آن، در ایجاد سبب جداگانه ای برای سهامداران مستقل از شرکت جهت اقامه‌ی دعوی می باشد.

برخلاف دادگاه های داخلی که به نوع ضرر و خسارات سهامداران توجه می نمایند و به این امر می پردازند که آیا خسارات مورد ادعا، خسارت و ضرر مستقیم است یا ضرر غیر مستقیم، دیوان های داوری به مبنا و سبب دعوی توجه می نمایند فارغ

دیوان در این پرونده، بین حقوق و منافع سهامداران تفکیک قائل گردید و اشعار داشت که سهامداران فقط برای مطالبه حقوقشان محق محسوب می شوند و با توجه به استقلال شخصیت شرکت از شرکای آن، در صورتی که به واسطه‌ی اقدامات دولت میزبان، شرکت دچار ضرر و زیان گردد و این خسران در منافع شرکا از قبیل کاهش ارزش سهام انعکاس یابد، فقط شرکت محق جبران خسارات می باشد نه سهامداران مگر این که به موجب معاهده ای برای سهامداران حقی در نظر گرفته شده باشد.

دیوان بار دیگر در قضیه‌ی دیالو<sup>۱</sup> (2007) به مسئله‌ی جایگاه سهامداران در ارتباط با حقوق شرکتها پرداخت. این دعوی مربوط به حمایت جمهوری گینه از سهامدار متبوع خود به نام آقای احمدو سعیدیو دیالو به طرفیت جمهوری دموکراتیک کنگو در می باشد.

جمهوری کنگو به قابلیت استماع دعوی دولت گینه ایراد نمود و اظهارداشت که دولت گینه فاقد سمت در اعمال حمایت سیاسی می باشد به این لحاظ که اساساً دولت کنگو در صدد مطالبه‌ی غرامت و جبران خسارتی است که به علت تعدی و تجاوز به حقوق شرکت وارد آمده است نه به حقوقی که در تملک تبعه ی وی باشد. (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo. para. 596).

دیوان بین المللی دادگستری، دعوی دولت گینه را صرفاً در خصوص حقوق آقای دیالو به عنوان سهامدار دو شرکت گنگویی قابل استماع دانست نه در خصوص منافع وی در آن دو شرکت. دیوان به اصول مطروحه در رای بارسلونا تراکشن استناد نمود (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo. para. 604) و به استقلال شخصیت حقوقی شرکت از شرکای آن

<sup>2</sup> Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)(Judgment), 2010 I.C.J. Rep 639 (2010).

<sup>1</sup> Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)(Preliminary Objections), 2007 I.C.J. Rep 582 (2007). 555

از این که خسارت و ضرر وارده مستقیم باشد یا غیر مستقیم، و دعوای سهامداران به طرفیت دولت میزبان جهت مطالبه آنچه که خسارت انعکاسی گفته می شود، بخش عمده ای از پرونده ها را در حل و فصل اختلافات سرمایه گذار- دولت تشکیل می دهد.

دیوان های سرمایه گذاری در ذی سمت بودن سهامداران در اقامه دعوی غیر مستقیم، متفق القول می باشند و این نگرش در آراء متعددی که در خصوص این گونه دعوای صادر شده است، منعکس می باشد. در واقع مفهوم ضرر انعکاسی و دعوی غیر مستقیم، صراحتاً در معاهدات قاعده مند نگردیده و هیچ معاهده ای وجود ندارد که مفهوم ضرر انعکاسی در آن متبلور شده باشد. با این وجود موضوع کلیدی در خصوص جایگاه و سمت سهامداران به موجب حقوق معاهدات، مسیر و راهی است که از آن طریق عبارت ضرر انعکاسی، توسط دیوان های داوری مورد بحث قرار گرفته است. (Chaise, Stan. J. Int'l L. 2016, p: 51.) داوری های سرمایه گذاری در این خصوص که سهامداران محق اقامه دعوی غیر مستقیم به موجب توافقات بین المللی هستند، متفق القول می باشند. قریب چهل رای که حاوی استحقاق سهامداران در اقامه دعوی غیر مستقیم است صادر گردیده است (Chaise, Stan. J. Int'l L. p: 69) که در ادامه به تعدادی از این آراء پرداخته می شود.

## ۵٫۵ دعوای غیر مستقیم سهامداران به

### موجب داوری ایکسید

از اولین دعوای که جهت مطالبه خسارت انعکاسی تحت یک معاهده دو جانبه نزد ایکسید آورده شد، می توان دعوی شرکت ای ای پی ال علیه جمهوری سری لانکا<sup>۲</sup> (۱۹۹۰) را نام برد. شرکت هنگ کنگی خواهان، در شرکت با مسئولیت محدود سری

از این که خسارت و ضرر وارده مستقیم باشد یا غیر مستقیم، و دعوای سهامداران به طرفیت دولت میزبان جهت مطالبه آنچه که خسارت انعکاسی گفته می شود، بخش عمده ای از پرونده ها را در حل و فصل اختلافات سرمایه گذار- دولت تشکیل می دهد.

در داوری های اختلافات سرمایه گذاری دولت - سرمایه گذار، برای احراز سمت و جایگاه سهامدار دعوای، داور وارد این قلمرو که شخصیت حقوقی شرکت مستقل از شخصیت سهامدارانش می باشد و این که آیا شرکت می توانسته است اقدام به طرح دعوی نماید یا خیر، نمی گردد. در واقع این امر که آیا شرکت از لحاظ حقوقی می توانسته است به اقامه دعوی اقدام نماید، ارتباطی با دعوی سهامدار ندارد و داوری های سرمایه گذاری طرح دعوی توسط هر کدام را مورد پذیرش قرار داده اند. از نظر دیوان های داوری دعوای سهامداران جدا و مستقل از دعوای شرکت می باشد و هر دو دعوی در صورت وجود مبنایی برای آن ها، اجازه رسیدگی دارند و با توجه به این که به موجب عموم توافقاتنامه های سرمایه گذاری، "سهام" سرمایه گذاری به شمار می آید و "سهامداران" نیز سرمایه گذار محسوب می گردند، بنابراین از حمایت های معاهده ای و قانونی موجود که برای سرمایه گذاران مقرر گردیده است، منتفع می گردند و با توجه به این که در معاهدات و توافقاتنامه های سرمایه گذاری بین دعوای مستقیم و غیر مستقیم تفکیک قائل نشده است و اطلاق دارد، از این رو، حق اقامه دعوی غیر مستقیم به سهامداران اعطا گردیده است.

در واقع در حقوق بین الملل، سبب دعوی برای سهامداران به موجب معاهدات شکل می گیرد و موافقتنامه های سرمایه گذاری به صراحت هم از حقوق و هم از منافع سهامداران حمایت می کند<sup>۱</sup>

<sup>2</sup> Asian Agricultural Products Ltd v. Republic of Sri Lanka, 4 I.C.S.I.D. Rep. 245.

<sup>۱</sup> جوراتووویچ به نظر دیوان در پرونده بارسلونا تراکش و دیالو مبنی بر این که بین "حق" و "منفعت" تفتوت بارزی وجود دارد، انتقاد نمود و بیان داشت تمام حقوق، منفعت می باشند اما همه منافع حق محسوب نمی گردند.



ان جی است، اما شرکت سی ام اس صرفاً یک سهامدار اقلیت می باشد. بنابراین این شرکت تی ان جی است که می تواند به جهت خسارات وارده اقامه‌ی دعوی نماید. ( CMS Gas Transmission Co. v. Republic of Argentina, Para:36 ) در مقابل سی ام اس اظهار داشت که واجد صلاحیت عنوان سرمایه گذار خارجی به موجب معاهده دوجانبه سرمایه گذاری می باشد و مشارکت وی به عنوان یک سهامدار، سرمایه گذاری تحت حمایت معاهده دوجانبه سرمایه گذاری است. از این رو، دارای حق اقامه‌ی دعوی مستقل از شرکت تی ان جی است که به طور مستقیم از مقررات و مفاد معاهده دوجانبه سرمایه گذاری ناشی می گردد. CMS Gas Transmission Co. v. Republic of Argentina, (para:40)

دیوان جهت رسیدگی به موضوع ذی نفعی خواهان، ابتدا مفهوم شرکت را تحت قانون داخلی کشور آرژانتین و حقوق سهامداران را به موجب حقوق بین الملل، کنوانسیون ایکسید و معاهده‌ی دوجانبه سرمایه گذاری آرژانتین- ایالات متحده تحت بررسی قرارداد. تجزیه و تحلیل حقوق بین الملل عمومی در این خصوص دیوان داورى ایکسید را به این عقیده سوق داد که در حقوق بین الملل عمومی هیچ مانعی در تجویز اقامه‌ی دعوی سهامداران مستقل از شرکتی نیست که در آن سرمایه گذاری نموده اند، چه این سهامداران اقلیت باشند و چه سهامدار کنترل کننده باشند. ( CMS Gas Transmission Co. v. Republic of Argentina, Para: 48 ) سپس دیوان صلاحیت ایکسید را در ارتباط با سرمایه گذاری غیر مستقیم مورد بررسی قرار داد و با اشاره به پرونده‌ی فداکس به طرفیت ونزوئلا دیوان معتقد بود که صلاحیت دیوان شامل به سرمایه گذاری مستقیم و غیر مستقیم می گردد و در پرتو این نتیجه گیری دیوان اشعار داشت که مانعی در اعمال صلاحیت در پرتو کنوانسیون ایکسید وجود ندارد. ( CMS Gas

لانکایی به نام سرندیب اقدام به سرمایه گذاری نمود. در ژانویه سال ۱۹۸۷، نیروهای امنیتی سری لانکا به تخریب پرورشگاه میگو شرکت سرندیب اقدام نمودند و بدین گونه تجارت این شرکت خاتمه یافت و سرمایه گذاری شرکت ای ای پی ال نیز از دست رفت. شرکت ای ای پی ال اقدام به طرح دعوی نزد ایکسید نمود. دیوان داورى در این پرونده قبول نمود که بر اساس معاهده دوجانبه سرمایه گذاری بین کشور سری لانکا و کشور انگلستان، دعوی شرکت ای ای پی ال قابل پذیرش است و سهامدار بر اساس معاهده‌ی مزبور دارای سمت است. ( Asian Agricultural Products Ltd v. Republic of Sri Lanka, para: 95 ) همچنین دیوان افزود که حمایت معاهده ای در پرونده‌ی حاضر شامل "ارزش سهام" در جوینت ونچر سرندیب است. از این رو، وظیفه‌ی دیوان آن است که بر تعیین حقوق خواهان که به جهت تخریب شرکت سرندیب، متحمل خسارت گردیده است، تمرکز نماید. ( Asian Agricultural Products Ltd v. Republic of Sri Lanka, para: 88 )

رای ایکسید در دعوی سی ام اس علیه دولت آرژانتین<sup>۱</sup> (۲۰۰۳) را می توان از موثرترین آرای دانست که دیوان داورى ایکسید در خصوص ذی سمتی سهامداران، صادر نموده است. شرکت سی ام/اس که یک شرکت آمریکایی است، مالک قریب سی درصد از سهام شرکت ایتالیایی تی ان جی بود. در سال ۱۹۹۰ آرژانتین دچار بحران اقتصادی گردید. مجوز تی ان جی مشتمل بر مقرراتی در خصوص محاسبه و تعدیل تعرفه ها بود. سی ام اس ادعا نمود که مطالبه‌ی خسارت بر پایه‌ی ضرری است که به ارزش سرمایه گذاری اش به جهت بی اثر کردن رژیم تعرفه بر مبنای دلار توسط دولت آرژانتین، وارد آمده است. دولت آرژانتین به قابل پذیرش بودن دعوی ایراد نمود و اظهار داشت که شرکت سی ام اس فاقد سمت می باشد. مالک و صاحب امتیاز شرکت تی

<sup>1</sup> CMS Gas Transmission Co. v. Republic of Argentina, Dec July 17, 42 I.L.M. 788.

قرارداد امتیازی تاسیس گردیده است. (Azurix Corporation v. Argentina, para: 65) دیوان بر این اعتقاد بود که با توجه به معنای وسیع سرمایه گذاری در معاهده‌ی دوجانبه سرمایه گذاری آرژانتین-آمریکا مقررات معاهده از دعاوی غیر مستقیم حمایت می‌کند و این نتیجه گیری بر مبنای تجزیه و تحلیل متن مقرر صورت گرفته است. (Azurix Corporation v. Argentina, para: 73)

نمونه‌ی دیگری از دعاوی غیر مستقیم سهامداران در ایکسید، دعوی انرون علیه آرژانتین<sup>۳</sup> (۲۰۰۴) است. در این دعوی، شرکت انرون ادعا نمود کشور آرژانتین در ارتباط با شرکت حمل گاز تی جی اس، که در آن، خواهان از طریق سرمایه گذاری شرکت داشت، مالیات معینی تحمیل نموده است. (Enron Corp. v. Argentine, Para: 1) آرژانتین به سمت خواهان ایراد وارد نمود و عنوان داشت که شرکت خواهان فاقد *jus standi* می‌باشد از آن جهت که خواهان حقی ندارد که بر مبنای آن حق، اقدامی دعوی نماید. همچنین آرژانتین عنوان داشت که اقدامات موضوع بحث شرکت تی جی اس را تحت تاثیر قرار داده است در حالی که شرکت انرون فقط به صورت غیر مستقیم از اقدامات مزبور متاثر گشته است. (Enron Corp. v. Argentine, para: 34) رسیدگی به ایراد مذکور اشعار داشت که سوال اساسی این است که آیا خواهان که به مزایای مقررات معاهده‌ی دوجانبه سرمایه گذاری متوسل شده است، واجد شرایط عنوان "سرمایه گذار" است؟ (Enron Corp. v. Argentine, para: 33) دیوان اعلام نمود که قصد ندارد در خصوص جایگاه و سمت سهامداران بحث نماید به جهت آن که در آراء اخیر بارها مورد بررسی قرار گرفته است. (Enron Corp. v. Argentine, para: 38)

Transmission Co. v. Republic of Argentina, (Para: 56) دیوان افزود:

"حقوق خواهان می‌تواند مستقل از حقوق تی ان جی و آنچه باشد که با پروانه و مجوز مرتبط است، بدین علت که مبنای دعوی خواهان مستقل و بر اساس معاهده‌ی حمایت از سرمایه گذاری است. دیوان بر این نظر است که دعوی حاضر از یک سرمایه گذاری مستقیم ناشی شده است بنابراین در صلاحیت دیوان مانعی ملحوظ نیست." (CMS Gas Transmission Co. v. Republic of Argentina, para: 68)

دعوی آزریکس به طرفیت آرژانتین<sup>۲</sup> (۲۰۰۴) از دیگر دعاوی بود که سهامداران به طرفیت آرژانتین در دیوان ایکسید طرح نمودند. در ۱۹ سپتامبر سال ۲۰۰۱ شرکت آزریکس درخواست داوری خود را به ایکسید تقدیم نمود و مدعی شد که دولت آرژانتین از تعهداتی تعدی نموده است که به موجب معاهده-ی دوجانبه تشویق و حمایت از سرمایه گذاری برعهده داشته است و اقدام به مصادره و سلب مالکیت سرمایه گذاری بدون پرداخت غرامت فوری، کافی و موثر نموده است. آرژانتین استدلال نمود که خواهان فاقد سمت جهت طرح دعوی غیر مستقیم حاضر در ارتباط با حقوق قراردادی چنین شرکتی است. (Azurix Corporation v. Argentina, para: 43) دیوان اشعار داشت که قانع شده است که سرمایه گذاری خواهان یک سرمایه گذاری حمایت شده به موجب شروط معاهده دو جانبه سرمایه گذاری و کنوانسیون واشنگتن است چرا که خواهان به طور غیر مستقیم مالک ۹۰٪ سهامداری در شرکت ای بی ای است و به صورت غیر مستقیم شرکت مزبور را کنترل می‌کند و شرکت ای بی ای که طرف قرارداد امتیازی است، صرفاً به هدف امضاء

investment made and that therefore there is no bar to the exercise of jurisdiction on this count.

<sup>2</sup>Azurix Corporation v. Argentina (Jurisdiction), 43 I.L.M. 262 (2004).

<sup>3</sup> Enron Corp. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction (Ancillary Claim, 11 I.C.S.I.D. Rep. 295.

1 Because, as noted above, the rights of the Claimant can be asserted independently from the rights of TGN and those relating to the License, and because the Claimant has a separate cause of action under the Treaty in connection with the protected investment, the Tribunal concludes that the present dispute arises directly from the





نمایند چرا که سرمایه وی تحت حمایت معاهده است.

## ۵٫۶ دعای غیر مستقیم سهامداران به موجب نفتا:

پیمان تجارت آزاد کشورهای آمریکای شمالی یا نفتا، یکی از معدود معاهداتی است که به صراحت، برای سهامداران حق اقامه‌ی دعوی خواه از جانب خود و خواه به نام و از طرف شرکت اعطاء نموده است. این معاهده در ماده ۱۱۱۶ از فصل یازده، به سهامداران اجازه می‌دهد که نسبت به اقامه‌ی دعوی مطالبه‌ی خساراتی را که از نقض تعهد ناشی شده اند یا به علت نقض تعهد وارد آمده است، اقدام نماید و ماده ۱۱۱۷ به سهامداران حق می‌دهد که تحت شرایطی "از طرف شرکت" اقامه‌ی دعوی نمایند.

در دعوی گامی به طرفیت مکزیک<sup>۱</sup>، (2004) گامی داوری را به موجب بخش یازده نفتا بر اساس قواعد داوری آنسیترال آغاز نمود. خواهان یک شرکت سرمایه‌گذاری آمریکایی بود که در سال ۱۹۸۶ به موجب قوانین ایالت دلاور تشکیل گردیده بود. وی مالک ۱۴/۱۸٪ از سهام هلدینگ مکزیکی به نام "گام" بود. (GAMI Investments, Inc. v. Mexico, para:1) خواهان مدعی بود که دولت مکزیک تعهدات مندرج در قسمت A از بخش یازده نفتا را نقض نموده است و به جهت این نقض متحمل ضرر و زیان شده است. تمرکز بحث طرفین حول محور این امر بود آیا فعل و ترک فعل دولت مکزیک که تاثیر نامطلوبی بر هلدینگ گام داشت، و منجر به کاهش ارزش سهام خواهان شده بود، نقض نفتا محسوب می‌گردد؟ (GAMI Investments, Inc. v. Mexico, para: 26)

اگرچه دولت مکزیک سهام خواهان در هلدینگ گام را مستقیماً توقیف نکرد. اما گامی استدلال نمود

تاکید نمود، این امر که سهامداران بتوانند مستقل از شرکت اقامه‌ی دعوی نمایند، مخالف حقوق بین الملل یا کنوانسیون واشنگتن نیست حتی اگر سهامداران مزبور سهامدار اکثریت یا کنترل کننده نباشند. (Enron Corp. v. Argentine, para:39) دیوان استدلال آرژانتین را مبنی بر این که هرگونه جبران خسارت آثارش را بر شرکت تی جی اس خواهد گذاشت، مردود دانست و افزود خواهان حق خود را در محدوده‌ی اختیارات خود به موجب معاهده اعمال نموده است که مستقل از حقوق متعلق به تی جی اس است. (Enron Corp. v. Argentine, para: 75)

همان گونه که ملاحظه می‌گردد در تمامی آراء صادر شده توسط ایکسید، دیوان به مفهوم سرمایه‌گذار و سرمایه‌گذاری به موجب معاهده توجه دارد و اشعار می‌دارد با توجه به این که سهامدار بر اساس مفاد معاهده در قلمرو تعریف سرمایه‌گذار قرار می‌گیرد و سرمایه‌وی نیز سرمایه‌گذاری مشمول معاهده است، از این رو، از حمایت‌های آن معاهده از جمله حمایت شکلی و دادرسی که شامل اقامه‌ی دعوی علیه دولت میزبان است، برخوردار می‌گردد و با عنایت به این که معاهده به صورت مطلق تنظیم گردیده است و سهامداران اقلیت و یا سهامداران غیر مستقیم از معاهده استثناء نشده اند، پس داخل در مفهوم سرمایه‌گذار می‌باشند. از سوی دیگر، برخلاف حقوق داخلی کشورها که سهامداران نمی‌توانند مستقل از شرکت اقامه‌ی دعوی نمایند، در حقوق بین الملل و در چارچوب معاهدات این امر پذیرفته شده است و سهامداران خواه اقلیت و یا اکثریت، خواه سهامداران مستقیم و یا غیر مستقیم، می‌توانند مستقلاً اقامه‌ی دعوی نمایند ضمن این که سهام و ارزش سهام در قلمرو تعریف سرمایه‌است. از این رو، سهامداران می‌توانند خسارات ناشی از کاهش ارزش سهام را مطالبه

<sup>1</sup> GAMI Investments, Inc. v. Mexico, 44 I.L.M. 545 (2004).

شرکت هلدینگ یورو انرژی، را از شرکت پالما ای دی که شامل قریب پنجاه هزار سهم بود، خریداری نمود. شرکت پالما ای دی که بعداً به نام نوا پالما ای دی تغییر نام داد، یک شرکت بلغاری و مالک پالایشگاه نفت در بلغارستان بود. ادعای خواهان این بود که دولت بلغارستان، عمداً مشکلاتی را برای شرکت نوا پالما ایجاد نمودند و به صورت غیر معقولی از اتخاذ اقدامات متناسب امتناع ورزیدند. و این فعل و ترک فعل موجب خسارت مادی به تاسیسات پالایشگاه و اثرات منفی مستقیم بر شهرت و ارزش بازار شرکت گردیده است و این اقدامات خلاف مقررات معاهده منشور انرژی می باشد. دیوان برای احراز صلاحیت مطابق مقررات معاهده منشور انرژی، مفهوم سرمایه گذار و سرمایه گذاری در موضوع دعوی را در انطباق با مفهوم مقرر در معاهده منشور انرژی مورد بررسی قرار داد و اشعار داشت که خواهان، سرمایه گذار عضو معاهده منشور انرژی به نحوی که در ماده ۱(V)(a)(i) مقرر شده است، می باشد. چرا که شرکتی است که مطابق قانون قبرس به ثبت رسیده است. (Palma, ICSID Case, para 124) دیوان ضمن استناد به تعریف سرمایه گذاری در ماده ۱(۶) از معاهده منشور انرژی اشعار داشت که تعریف مقرر از سرمایه گذاری نامحدود است و شامل لیستی از انواع متفاوت دارایی که هرگونه حق، مال، منفعت اعم از پولی و غیر پولی را در برمی گیرد و با اشاره به ماده ۱(۱۰) که قلمرو یک کشور عضو را تعریف می نماید عبارت است از سرزمین تحت حاکمیت کشور عضو، که در مورد خواهان صادق است. از این رو، بر اساس استدلال فوق، دیوان صلاحیت خود را نسبت به دعوی شرکت پالما پذیرفت و با توجه به مفهوم بسیار وسیع از سرمایه گذاری در معاهده منشور انرژی که شامل منافع نیز می گردد، پالما را ذی نفع و دعوی وی را قابل استماع دانست علیرغم این که

مصادره پنج کارخانه متعلق به هلدینگ گام، باعث شد سرمایه گذاری گامی به طرز چشمگیری بی ارزش گردد. به عبارت دیگر مطابق استدلال گامی، مصادره پنج کارخانه موجب سقوط ارزش سهام وی و در نتیجه ورود خسارت (انعکاسی) گردیده است چرا که کارخانه ها تقریباً تمام دارایی سازنده و مولد هلدینگ گام بودند. همچنین گامی به دعوی ای آی جی علیه دولت ایران<sup>۱</sup> (1980) استناد نمود که حکم به پرداخت ۳۵٪ منافع به نفع خواهان در یک شرکت بیمه ایرانی صادر شد. (American Intern. Group v. Islamic Republic of Iran, para: 28) دیوان با اشاره به رای دیوان بین المللی دادگستری در قضیه ای ال سی، اعلام نمود که حتی دیوان بین المللی دادگستری در قضیه مذکور پذیرفت که سهامداران آمریکایی یک شرکت ایتالیایی می توانند در صورتی که تخلف از معاهده به علت اقدامات صورت گرفته علیه شرکت باشد، به صلاحیت دیوان متوسل گردند. (GAMI Investments, Inc. v. Mexico, para:30) دیوان اشعار داشت مسئله این است که آیا نقض نفتا موجب ورود خساراتی که بتوان به اندازه کافی آن را مستقیم تلقی نمود، به سرمایه گذاری موضوع دعوی گردیده است یا خیر؟ (GAMI Investments, Inc. v. Mexico, Para:33) گامی حق دارد به علت مصادره غیر قانونی از طریق دیوان نفتا جبران خسارت خود را بخواهد. (GAMI Investments, Inc. v. Mexico, para:38(b))

## ۵٫۷ دعاوی غیر مستقیم سهامداران به موجب معاهده منشور انرژی:

یکی از دعاوی که در چارچوب منشور انرژی توسط سهامداران جهت جبران خسارت انعکاسی اقامه گردید، دعوی پالما علیه دولت بلغارستان<sup>۲</sup> بود. این شرکت دآوری را علیه دولت بلغارستان در چارچوب معاهده منشور انرژی و بر پایه قواعد دآوری ایکسید آغاز نمود. کنسرسیوم پالما تمام سهام

<sup>2</sup> Palma, ICSID Case No. ARB/03/24.

<sup>1</sup> American Intern. Group v. Islamic Republic of Iran, 493 F. Supp. 522 (D.C. 1980).



بنابراین در حقوق بین الملل حق دسترسی مستقیم سهامداران به مراجع بین المللی فاقد مبنا و قاعده ای بود. از طرف دیگر، برای دولت متبوع سهامدار صرفاً حق مطالبه و جبران خسارات مستقیم شناخته شده بود و جبران خسارات انعکاسی سهامداران فاقد جایگاه بود. در پرونده‌ی بارسلونا تراکشن، دولت بلژیک به جهت خساراتی که به سهامداران بلژیکی در نتیجه خسارتی که به شرکت کانادایی به واسطه-ی اقدامات دولت اسپانیا وارد آمده بود، در دیوان بین المللی دادگستری، اقامه‌ی دعوی نمود. دیوان صراحتاً اشعار داشت که قواعد و اصول حقوق بین الملل صرفاً "دعای مستقیم" و خساراتی که مستقیماً به سهامدار وارد شده است را می پذیرد و خسارات غیر مستقیم به دلیل استقلال شخصیت شرکت، توسط سهامداران قابل مطالبه نیست و این شرکت است که می تواند بابت خسارات وارده به خود اقدام به اقامه‌ی دعوی نماید.

برای نخستین بار، دیوان بین المللی دادگستری بین "حق و منفعت" تمییز قائل گردید و اشعار داشت در حقوق بین الملل منافع قابل حمایت نیستند. اما دیوان افزود در صورتی که در "معاهدات" حقی برای سهامداران جهت مطالبه خسارات پیش بینی شده باشد، سهامداران می توانند به جهت نقض معاهده به اقامه‌ی دعوی اقدام نمایند. بنابراین در حقوق بین الملل باید مبنایی برای دعای سهامداران ایجاد گردد. یکی از این مبانی، معاهدات می باشند. بعد از رای دیوان بین المللی دادگستری در قضیه‌ی بارسلونا تراکشن، توافقنامه های بین المللی سرمایه گذاری متعددی منعقد گردید که علاوه بر حمایت های ماهوی از سرمایه گذاران، حاوی شرط حل و فصل اختلاف سرمایه گذار- دولت بودند. سهامداران نیز در صورتی که سرمایه گذار محسوب گردند و سرمایه گذاری آنان واجد عنوان سرمایه گذاری گردد، از این حمایت ها منتفع می گردند.

دعوی پالما راجع به خسارت غیرمستقیم و کاهش ارزش بازار شرکت بود.

دعوی شرکت امتو علیه دولت اوکراین<sup>۱</sup> (۲۰۰۵) از دیگر دعاوی غیر مستقیمی است که به موجب معاهده منشور انرژی اقامه گردید. امتو یک شرکت سرمایه گذاری بود که مالک آن یک شرکت هلدینگ در لیختنشتاین بود و توسط یک روسی کنترل می گردید. در سال ۱۹۹۹ امتو سهام یک شرکت اوکراینی را خریداری نمود که به شرکت دولتی انرژی هسته ای دولت اوکراین خدمات ارائه می داد. تاخیر شرکت دولتی در پرداخت بدهی معوقه به شرکت اوکراینی، اساس دعوی امتو علیه اوکراین را تشکیل داد. دیوان داوری استکهلم اگرچه دعوی خواهان را در ماهیت مردود اعلام نمود لکن در صلاحیت دیوان به رسیدگی به دعوی حاضر و قابلیت استماع این دعوی توسط دیوان ایرادی وارد ندانست چرا که به طور ضمنی و با تلقی خواهان به عنوان ذی نفع، وارد رسیدگی به ماهیت دعوی گردید و دعوی خواهان را با این استدلال که اقدامات دولت اوکراین را مخالف قوانین و مقررات و مخالف اصول و قواعد بین المللی ندانست، در ماهیت مردود اعلام نمود.

## ۶ نتیجه

دعای سهامداران علیه دولت ها در حقوق بین الملل امری نو پا می باشد که با تنظیم معاهدات دو و چند جانبه سرمایه گذاری پا به عرصه‌ی حقوق بین الملل نهاد. در گذشته، حمایت از اتباع بیگانه صرفاً از طریق حمایت سیاسی مقدر بوده است و سهامداران نیز از این قاعده مستثنی نبوده اند. بنابراین در صورتی که حقوق سهامداران در عرصه‌ی بین المللی مورد تعدی واقع می شد، سهامداران نمی توانستند شخصاً به طرح دعوی علیه دولت برای جبران خسارات وارده اقدام نمایند، بلکه دولت متبوع سهامدار از طریق حمایت دیپلماتیک و مراجعه به دیوان بین المللی دادگستری می توانست نسبت به استیفاء حقوق تبعه خود اقدام نماید.

<sup>1</sup>AMTO, Stockholm Arbitration N° 080/2005.

انگلستان دعوی سهامداران را مطابق قاعده خواهان مناسب نمی پذیرد و بر اساس اصل عدم خسارت انعکاسی، دعوی غیر مستقیم سهامداران را مردود اعلام می نماید. اما در موارد بسیار استثنایی و در صورتی که دعوی شرکت فاقد سبب باشد و امکان اقامه دعوی از طرف شرکت وجود نداشته باشد، سهامدار می تواند اقدام به طرح دعوی نماید. از این رو، اگرچه سیاست و نظم حقوقی ایجاب می نماید که شرکت برای خسارات طرح دعوی نماید، اما در مواردی که حقی جبران نشده باقی می ماند، اصول اولیه کنار گذاشته می شوند و در موارد استثنایی به سهامدار حق اقامه دعوی اعطاء می گردد. متأسفانه در حقوق ایران اساساً سخنی از دعوی غیر مستقیم سهامداران به میان نیامده است و در این خصوص ساکت می باشد و صرفاً یک پنجم سهامداران می توانند نه به نام خود، بلکه به نام و از طرف شرکت اقامه دعوی نمایند. این رو، عدم پیش بینی حقوق ایران در خصوص دعاوی انعکاسی، موجب سوءاستفاده های احتمالی و عدم جبران خسارات وارده می گردد. بنابراین، بهتر آن است بر اساس اصل جبران خسارت و قاعدهی لاضرر قانونگذار در تدوین و اصلاح قانون به این مهم عنایت نماید.

توافقنامه های سرمایه گذاری بین المللی دو اثر در پی داشته اند: اول که آن به سهامداران در مراجع حقوقی بین المللی حق اقامه دعوی و سمت اعطاء نموده اند و دومین اثر، شناسایی حق جبران خسارات انعکاسی و غیر مستقیم توسط داوری های سرمایه گذاری است. در واقع توافقات و قراردادهای سرمایه گذاری بین المللی، مبنایی برای سهامداران در اقامه دعوی علیه دولت میزبان بنیان نهاده که از رضایت دولت متعاهد نشأت می گیرد. اگرچه این توافقنامه ها در خصوص خسارات و دعاوی غیر مستقیم صراحت ندارند، اما رویه های داوری سرمایه گذاری، اطلاق این شروط را حمل بر شمول دعاوی غیر مستقیم نموده است و جبران را هم شامل حقوق و هم منافع دانسته است. این نگرش به کرات در داوری های متعدد سرمایه گذاری که به موجب معاهدات دو جانبه جند جانبه تشکیل شده بودند مورد تاکید قرار گرفت.

بر خلاف حقوق بین الملل که دعوی سهامداران اعم از مستقیم یا غیر مستقیم به رسمیت شناخته شده است، در حقوق داخلی کشورها اصل بر عدم خسارت انعکاسی است و سهامداران در اقامه دعوی غیر مستقیم، فاقد سمت هستند. حقوق

## منابع

- Bagge, A. (1958). "Intervention on the Ground of Damage caused to Nationals, with Particular Reference to Exhaustion of Local Remedies and the Rights of Shareholders". *Brit. YB Int'l L.*, 34, 162.
- Douglas, Z. (2009). "The International Law of Investment Claims" (Cambridge: Cambridge University Press).
- Dunn, Frederick S. (1932). "The Protection of Nationals: A Study in the Application of International Law" (Baltimore: The Johns Hopkins Press).
- Eskini, R. (1999). "Commercial law: Trading corporation", Publisher: [Organization for the Study and Compilation of Humanities and universities Books](#), Vol 2. (In Persian).
- Lillich, R. B. (1963). "International Claims: A Comparative Study of American and British Postwar Practice". *Ind. LJ*, 39, 465.
- Shahbazee nia, M. (2007). "Dispute settlement arising from

- investment". Institute of business studies and research.( In Persian).
- Vanhonnaker, L. (2020). "Shareholders' Claim for Reflective Loss in International Law". Cambridge University Press.
- Asadloo, M. (2019). "Starting Point of Interaction of Investment Agreements with Intellectual Property Rights", International Law year, 36 fall and winter, No. 61. (In Persian).
- Chaisse, J. (2016). "Shareholder Protection Reloaded-Redesigning the Matrix of Claim for Reflective Loss". ۵۲ Stan. J. Int'l L. 51.
- Ebrahimi, S.N. & Soltanzade, S. (1393). "The concept of investment in arbitration procedure of International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)". International law Journal, summer ,No. 5), 108-77. (In Persian).
- Gaukrodger, D. (2013). "Investment Treaties as Corporate Law: Shareholder Claims and Issues of Consistency". OECD Working Papers on International Investment, 2013/03, OECD Publishing.
- Gaukrodger, D. (2014). "Investment Treaties and Shareholder Claims: Analysis of Treaty Practice". OECD Working Papers on International Investment.
- Jennings, R. (1961) "State Contracts in International Law" .37 British Yearbook of International Law 156.
- Juratowitch, B. (2011). "Diplomatic Protection of Shareholders" 81 British Yearbook of International Law 281.
- Korzun, V. (2010)." Shareholder Claims for Reflective Loss: How International Investment Law Changes Corporate Law and Governance". Post-convention- November 26, U. Pa. J. Int'l L.
- Lillich, R.B. (1971). "The Rigidity of Barcelona" 65 American Journal of International Law 522.
- Lin, J. L. S. (2007). "Barring recovery for diminution in value of shares on the reflective loss principle". The Cambridge Law Journal, 66(3), 537-558.
- Mahnaz, M. (2011)." Definition of Investment in International Investment Agreement". The International Institute for Sustainable Development Published by the International Institute for Sustainable Development.
- Mann, F. A. (1992) "Foreign Investment in the International Court of Justice: The ELSI Case" 86 American Journal of International Law 92.
- Pasban, M.R. & Jahanian, M. (2013), "Derivative actions and its ritual: A comparative study of Iranian and British Law". Private Law Research, second Year, Fall, No.4.(In Persian).
- Potesta, M. (2011)." The Interpretation of Consent to ICSID Arbitration Contained in Domestic



- Investment Laws". ARBITRATION INTERNATIONAL, Vol. 27, No. 2 ©LCIA.
- Shapira, G. (2003). "Shareholder Personal Action in Respect of a Loss Suffered by the Company: The Problem of Overlapping Claims and" Reflective Loss" in English Company Law. The International Lawyer, 137-152.
- Schreuer, CH.(2005). "Shareholder protection in International law". <https://www.univie.ac.at/intlaw>
- Szasz, P. (2012). "A Practical Guide to the Convention on Settlement of Investment Disputes. Cornell International Law Journal: Vol. 1: Iss. 1, Article 1.
- Teymouri, M.S.& Abbasian, R. & Junidi, L.& Saqri, M. (2017), "legal measures to protect foreign investor property in Iranian and international law". Researchs Periodical of Private and Criminal Law, Summer, No.11.(In Persian).
- Valasek, M. J, Dumberry, P. (2011)." Developments in the Legal Standing of Shareholders and Holding Corporations in Investor-State Disputes.", International Centre for Settlement of Investment Disputes. Volume 26, Number 1.
- Vanhonnaker, L. (2020). "Shareholders' Claim for Reflective Loss in International Law". Cambridge University Press.
- Wedderburn, K.W., (1957). "Shareholders' rights and the rule in Foss v. Harbottle". The Cambridge Law Journal, 15(2), pp.194-215.
- Willems, J. (2011). "The Settlement of Investor State Disputes and China New Developments on ICSID Jurisdiction."South Carolina Journal of International Law and Business: Vol. 8: Iss. 1, Article 2.
- Yannaca-S. K. (2006). "Improving the System of Investor-State Dispute Settlement", OECD Working Papers on International Investment. OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/631230863687>.
- Zamani, S.GH. & daron parvar, A. (2015). "[The dynamics of the concept of "investment" in the light of ICSID certification methodologies](#)". Judicial Law Views, Spring, No. 69.
- Bottini, Gabriel. "The Admissibility of Shareholder Claims: Standing, Causes of Action, and Damage".PhD disss., University of Cambridge, 2017.
- American Intern. Group v. Islamic Republic of Iran, 493 F. Supp. 522 (D.C. 1980).
- AMTO, Stockholm Arbitration N<sup>o</sup> 080/2005.
- Asian Agricultural Products Ltd v. Republic of Sri Lanka, 4 I.C.S.I.D. Rep. 245.
- Azurix Corporation v. Argentina (Jurisdiction), 43 I.L.M. 262 (2004).
- Barcelona Traction, Light & Power Co., 1970 ICJ 3



- Christensen v Scott, 1 N.Z.L.R. 273, 1996.
- CMS Gas Transmission Co. v. Republic of Argentina, Dec July 17, 42 I.L.M. 788.
- Enron Corp. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction (Ancillary Claim, 11 I.C.S.I.D. Rep. 295.
- [Foss v. Harbottle, 2 Hare 461 \(Eng\).](#)(1843).
- GAMI Investments, Inc. v. Mexico, 44 I.L.M. 545 (2004).
- Giles v. Rhind, 2002 E.W.C.A. Civ 1428 (2002).
- Johnson v. Gore Wood & Co.(No. 2), 2003 E.W.C.A. Civ 1728.
- Mokdev International LTD, ICSID, Case No. ARB(AF)/99/2.
- Palma, ICSID Case No. ARB/03/24.
- Prudential Assurance Co Ltd v Newman Industries Ltd (No 2): CA 1982.
- Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)(Preliminary Objections), 2007 I.C.J. Rep 582 (2007). 555
- Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)(Judgment), 2010 I.C.J. Rep 639 (2010).
- Suez, ICSID Case No. ARB/03/17 .

## Original Article

# "Plea of Procedure" in Iranian and French Legal System Comparative Study

Hassan Mohseni\*<sup>1</sup> , Hadi Malektabar Firouzjai<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran

<sup>2</sup> Graduated from the Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran



10.22080/LPS.2021.19927.1197

**Received:**

October 4, 2020

**Accepted:**

January 18, 2021

**Available online:**

November 27, 2021

**Main Subjects:**

Civil Law

**Keywords:**

Plea, L'exception de la procédure, acceptation of claim condition, substantial defense, Fin de non recevoir

## Abstract

Plea as a procedural application is accepted for more than one hundred years in our legal system, notably by the Law of Civil Procedure 1911 and since that time this concept used in our legal writings as that term without any changes. However, the meaning our example of Plea of Procedure have not ever been analyzed our revised and so we cannot find the main difference of Plea from another Defense Means such as substantial defense or non-acceptation means. We believe that historical background of Plea in French legal system which was categorized generally all means of defense as Plea have been imported to our legal system without changes but Plea in French legal system recently have been distinguished from other means of defense very strictly. In our legal system the new law of civil procedure 2000 maintained that old French tradition and have some influences of Islamic Law as well. Plea as a procedural application is accepted for more than one hundred years in our legal system, notably by the Law of Civil Procedure 1911 and since that time this concept used in our legal writings as that term without any changes. However, the meaning our example of Plea of Procedure have not ever been analyzed our revised and so we cannot find the main difference of Plea from other Defense Means such as substantial defense or non-acceptation means. We believe that historical background of Plea in French legal system which was categorized generally all means of defense as Plea have been imported to our legal system without changes but Plea in French legal system recently have been distinguished from other means of defense very strictly.

\*Corresponding Author: Hassan Mohseni

Address: Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran  
Email: hmohseny@ut.ac.ir





## Extended abstract

### 1. Introduction

"Objection", which is a request related to the procedure (request of the procedure), entered the law of our country more than one hundred years ago with the view and acceptance of the authors of the Law on the Principles of Legal Trials of 1290 AD, and during this period And a law has come after that, but its meaning and application have never been examined and distinguished from the essential defense and something like it called "non-acceptance". Paying attention to the historical roots of what is called objection in our law shows that objection means deviation from the rule that appears in the word exception and has three close meanings that in our law always, regardless of this variety of meanings, All have been translated into objection. Therefore, before any comparison and comparative study, a historical error in understanding a legal concept must be corrected. What has been done in this post.

### 2. Methods

In this article, library and descriptive-analytical methods have been used.

### 3. Findings

The term objection to etiquette is first mentioned in the Provisional Law on the Principles of Legal Trials based on foreign laws, and there has been no precedent for the term objection in Imami jurisprudence. After that, in almost all cases, the word "foreign" has been translated as "objection" in the source language, regardless of its broad meaning. There is a similar approach even in commercial law, and in the rule of not citing objections to the relations between the holder of the commercial document and its signatories,

due attention has not been paid to the nuances of the meaning of the French word. In fact, this defense is committed to a commercial document that is not accepted against the holder in good faith.

In the sense of the term procedure, the authors of the Code of Civil Procedure adopted in 1318 also adopted a similar approach to French law and only by dividing the objection in two articles 197 and 198 of the Code of Civil Procedure 1318 in some works to distinguish between its types.

In the current Code of Civil Procedure of Iran, the objection to the Code of Judicial Procedure, which, along with a large part of the rules of procedure, has foreign origins and was adapted from foreign laws, is combined with the jurists' views on the conditions of hearing a lawsuit. The objections were added to Article 84 of the Code of Civil Procedure.

The authors believe that the added paragraphs are inherently substantive defense and can not be considered as objections to the procedure (paragraphs 7 and 8).

Also, in terms of theory and practical effects, the dual division of aspects of the procedure into substantive objections and defense does not express all aspects of the procedure and

some aspects are placed between these two groups. In fact, the latter aspects are neither a challenge to the procedure nor a substantive defense (paragraphs 4, 6, 10 and 11). They relate to the existence or survival of the right to sue, not to exercise it properly, or to have no right to do so.

#### **4. Conclusion**

In any case, it is clear that during the changes that have taken place, not only no attention has been paid to foreign law, but also the constructive principles of the rules of procedure in the previous laws have been ignored. It is clear that a new classification of instances of procedural flaws is needed; "The Ritual Trilogy."

#### **Funding**

There is no financial support.

#### **Authors' contribution**

Authors contributed equally to the conceptualization and writing of the article. All of the authors approved the content of the manuscript and agreed on all aspects of the work.

#### **Conflict of interest**

Authors declared no conflict of interest.

#### **Acknowledgments**

We are grateful to all the persons for scientific consulting in this paper



علمی پژوهشی

# نگاهی تطبیقی به مفهوم و مصداق ایرادات آیین دادرسی در حقوق ایران و فرانسه

حسن محسنی<sup>ID\*</sup>، هادی ملک تبار فیروزجایی<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران  
<sup>۲</sup> دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

 10.22080/LPS.2021.19927.1197

## چکیده

«ایراد» که یک درخواست مربوط به آیین دادرسی (آیینیک) است را بیش از صد سال قبل نویسندگان قانون اصول محاکمات حقوقی سال ۱۲۹۰ شمسی به حقوق کشور ما وارد نمودند و در این مدت همواره با همین عنوان در نوشته های قانونی و حقوقی پس از آن آمده است اما، هیچگاه مفهوم و مصداق آن موضوع بررسی و بازبینی قرار نگرفته و از دفاع ماهوی و چیزی شبیه آن که «عدم پذیرش» نامیده شده، متمایز نشده است. توجه به ریشه تاریخی چیزی که در حقوق ما به آن که در حقوق این کشور نیز تکرار معانی ایراد وجود داشته و از آن طریق به حقوق ما راه یافته است واژه فرانسوی «ایراد» صرف نظر از ایراد گفته میشود نشان میدهد معنای انحراف از قاعده (استثناء)، سه معنای نزدیک به هم دارد که در حقوق ما همواره، بدون توجه به این تنوع معانی، همگی به ایراد ترجمه شده اند. بنابراین، بایسته است که پیش از هر مقایسه و مطالعه تطبیقی، اشتباهی تاریخی در درک یک مفهوم اصلاح شود. همچنین، به لحاظ نظری و آثار عملی تقسیم بندی دوگانه جهات ناظر به آیین دادرسی به ایرادات و دفاع ماهوی بیان کننده تمامی جهات آیین دادرسی نبوده و برخی جهات میان این دو گروه قرار می گیرد. در حقیقت، جهات اخیر نه ایراد آیین دادرسی شمرده میشوند و نه دفاع ماهوی (بند های ۴، ۶، ۱۰ و ۱۱). آنان مربوط هستند به وجود یا بقای حق دادخواهی نه درستی اعمال آن یا بی حقی در مبنای آن. این نوشته به دنبال بررسی این موضوع و بیان نیاز حقوق دادرسی ایران به این تحول است.

تاریخ دریافت:

۱۳ مهر ۱۳۹۹

تاریخ پذیرش:

۲۹ دی ۱۳۹۹

تاریخ انتشار:

۶ آذر ۱۴۰۰

موضوعات:

حقوق خصوصی

کلیدواژه ها:

ایراد، ایراد آیین دادرسی، شروط  
سماع دعوا، دفاع ماهوی

\* نویسنده مسئول: حسن محسنی

آدرس: دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران،  
ایمیل: hmohseny@ut.ac.ir  
ایران

## ۱ مقدمه

دارای سابقه در فقه چه ارتباطی دارد و چرا نخستین نویسندگان قانون، واژه‌ای مخصوص برای واژه بیگانه جعل واژه کرده‌اند و از منابع فقهی برای نام‌گذاری استفاده نشده است؟ سابقه تطبیقی چگونه می‌تواند موجب تمایز ایراد از دیگر جهات دفاعی شود؟ از این رو، این نوشته در سه بخش از نظر می‌گذرد: نخست، وضعیت ایراد آیین دادرسی در دوره‌های مختلف قانون‌گذاری در ایران مورد مطالعه قرار می‌گیرد. سپس، نظرات فقهای امامیه درباره شروط سمع دعوا که تأثیرات آن در قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ قابل مشاهده است بررسی می‌شود. سرانجام، بررسی تأثیر حقوق فرانسه بر مفهوم مصداق ایرادات آیین دادرسی، موضوع بحث پایانی خواهد بود.

## ۲ ورود ایراد آیین دادرسی به ایران و سکون آن از نگاه تحول مبنایی و موضوعی

به طور کلی، از نظر تاریخی در ایران ایراد آیین دادرسی سه دوره اصلی را گذرانده است. بنابراین، نوشتار حاضر دارای سه بند است: نخست ورود ایراد آیین دادرسی به قوانین ایران و نوشته‌های حقوقی مورد بررسی قرار خواهد گرفت (بند نخست). سپس ایراد آیین دادرسی با برخی تغییرات جزئی در سال ۱۳۱۸ بررسی می‌شود (بند دوم).

### ۲/۱ رویکرد نخستین با قانون موقتی

#### اصول محاکمات حقوقی سال ۱۲۹۰

ورود ایرادات آیین دادرسی به ایران همزمان و مقارن با تصویب نخستین قانون آیین دادرسی و وضع قوانین به سبک مدرن بود. اولین بار واژه «ایرادات» یا «ایرادات آیین دادرسی» و عناوین آن، در مبحث اول از فصل دهم قانون موقتی اصول محاکمات حقوقی مصوب ۲۰ آبان ۱۲۹۰ زیر عنوان «در اظهارات و تقاضاهای اتفاقی»، (مواد ۳۶۴ تا ۳۷۰) آمد. در واقع،

هرچند پیشینه و قدمت ایراد آیین دادرسی در ایران کمی بیش از صد سال است و اصطلاح ایراد و تفکیک انواع پاسخ‌های خواننده به دعوا به زمان تصویب نخستین قانون آیین دادرسی مدنی ایران برمی‌گردد اما، تحول و تغییر آن در حقوق ایران تاکنون چندان چشم‌گیر نبوده و هیچگاه مفهوم آن به گونه‌ای که از دیگر عناوین مشابه مانند دفاع ماهوی و عدم پذیرش متمایز شود، مورد نظر پژوهندگان آیین دادرسی نبوده است. در هر حال، نبود پیشینه تاریخی در این زمینه، دیدگاه‌ها را محدود نموده و سبب رکود و عدم پیشرفت مفهوم ایراد و ایجاد تحولات حقوقی شده است. پیداست که نخستین بار در حقوق ما، ایراد آیین دادرسی از قوانین خارجی، به ویژه کد آیین دادرسی مدنی فرانسه (۱۸۰۶) اقتباس شده است. با این حال، ایراد آیین دادرسی در فرانسه راهی دراز پیموده است و در دوره‌های مختلف در نتیجه تضارب آرای دانایان آیین دادرسی اروپایی و فرانسوی، به کمال امروزی رسیده است. تحقیق حاضر، گزارشی از سیر تطبیقی ایراد آیین دادرسی در ایران، در آیین دادرسی فرانسه و ریشه‌های تاریخی آن در حقوق روم (از نظر واژه-شناسی) و مقایسه آن‌ها با برخی نهادهای مشابه در فقه امامیه است.

به باور نویسندگان، با توجه به تحولات نسبتاً زیاد مقررات در دوره‌های مختلف، ارزیابی روند قانونگذاری پیرامون قواعد ایرادات آیین دادرسی و تعیین ارزش تغییرات ایجاد شده در هر دوره می‌تواند دیدگاه مناسبی نسبت به نتایج وضع قواعد نو و مزایا و معایب آن نسبت به گذشته، به ما بدهد. به هر حال، نقد و بررسی عملکرد نویسندگان قوانین در هر دوره می‌تواند راهنمای خوبی برای تحولات آینده باشد. چنانکه خواهیم دید در سال ۱۳۷۹ برخی شرایط شنیدن دعوا به باب ایرادات آیین دادرسی وارد شده که حیات ناسازگاری با دیگر ایرادات دارد. پرسش‌هایی نیز در این باره هست که باید بدان پاسخ گفت. برای مثال، ایراد با برخی مفاهیم مشابه



اصلی و مهم دادرسی بیان شده است (مصدق-السلطنه، ۱۳۹۶، ص ۱۳۹۶). الگوی نویسندگان قانون موقتی اصول محاکمات حقوقی، قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه (سال ۱۸۰۶ میلادی) بود (صالح، ۱۳۹۰، ص ۲۷۱؛ شمس، ۱۳۹۲، ص ۴۲۲-۴۲۴). خواهیم دید که در این دوره، به خلاف ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی کنونی از برخی ایرادات که منشای فقهی دارند، به درستی اثری نبود.

## ۲،۲ تداوم رویه پیشین با تغییرات جزئی: قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۱۸

در قانون آیین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۱۸، که در مقایسه با قانون پیشین، پیشرفت بیشتری داشت، ایرادات آیین دادرسی دو بخش شدند. در این قانون که باز هم متأثر از تحولات قانونی فرانسه بود (شمس، ۱۳۹۲، ص ۴۲۲-۴۲۴)، ایرادات آیین دادرسی در دو ماده ۱۹۷ و ۱۹۸ آمده بود و آن‌ها را از این جهت که ضمن پاسخ به ماهیت دعوا یا بدون پاسخ به ماهیت دعوا قابل طرح است، تقسیم نموده بودند. برخی استادان این تقسیم‌بندی را ناشی از قانون آیین دادرسی فرانسه دانسته و حتی معتقدند که «مدونین قانون اصول محاکمات حقوقی به تحولات حقوق دادرسی فرانسه دسترسی داشته و عمداً از تقسیم‌بندی دوگانه ایرادات (ایراد دادرسی و

پیش از تصویب قانون یاد شده<sup>۱</sup>، نشانی از اصطلاح ایراد در فقه امامیه و حقوق ایران دیده نمی‌شود. پیدایش مفهوم ایراد آیین دادرسی یا به تعبیر دقیق‌تر مصادیق آن<sup>۲</sup> همراه با ظهور و پیدایش حقوق و آیین دادرسی به صورت مدرن در ایران همراه بوده است. پیش از آن رسیدگی بر اساس برخی قواعد و آداب فقهی در دادگاه‌های شرعی یا نزد حکام یا بدون هیچ قانونی توسط حکام ولایات انجام می‌شد<sup>۳</sup>. قواعد فقهی درباره دادرسی بیشتر دربرگیرنده برخی الزامات حفظ بی‌طرفی و رعایت عدل در رسیدگی بود و معمولاً با تأکید بر بینه و یمین، فصل خصومت را هدف قرار می‌داد. در واقع، تا آن زمان پیچیدگی قضاء و رسیدگی به اندازه‌ای نبود که نیازی به قواعد دقیق و مفصل احساس شود و برخی بزرگان نیز تأیید نموده بودند که بسیاری از قواعد قضای اسلامی تا این عصر، تدوین نشده است (لنگرودی، ۱۳۸۱، ص. سه). بنابراین، با پیشینه صدساله ایرادات آیین دادرسی در ایران، مقنن هر بار به صورت ظاهری و نه چندان ژرف و مبنایی، تغییرات و اصلاحاتی در آن انجام داده است. چنان‌که بیان شد، نخستین نص قانونی که به ایراد آیین دادرسی پرداخته است، مواد ۳۶۴ تا ۳۷۰ قانون موقتی اصول محاکمات مصوب ۲۰ آبان ۱۲۹۰ شمسی بود. ماده ۳۶۴ این قانون در پنج بند به شش ایراد آیین دادرسی (عدم صلاحیت، سبق طرح دعوا، امر مرتبط، عدم توجه دعوا، عدم اهلیت و سمت) پرداخته است. در قانون مزبور، به علت پیروی از قوانین خارجی تقریباً همه ایرادات

محاکمات و قوانین بعدی دادرسی (به غیر از قانون سال ۱۳۷۹) از کد آیین دادرسی مدنی فرانسه مصوب ۱۸۰۶ م. باشد. ۳... بعد از استقرار مشروطیت محکمه‌ای به نام محکمه ملکی و نقدی و محکمه جزا و شعبه‌ای به نام محکمه استیناف تشکیل گردید. دیوان تمییز هم اسماً وجود داشت که فقط گاه‌گاه در موقع حاجت به دعوت وزیر مجلسی به نام تمییز منعقد می‌شد. در آن تاریخ هنوز قانونی برای ترتیب محاکمات وضع نشده، قانون همان قانون شرع بود. محاکم به نظر خود ترتیب محاکمه را می‌دادند و گاه‌گاه راجع به تشریفات محاکمه و مقررات ماهیتی مجازات ابلاغاتی از وزرای عدلیه وقت صادر می‌گردید و این ترتیب منشاء مناقشات بین محاکم و وکلاء بود ... (متین دفتری، ۱۳۷۸، ص. ۱۴).

۱. در هنگام تصویب قانون اصول محاکمات، تنها پنج سال از انقلاب مشروطیت گذشته بود و تعداد قوانین بسیار محدود بوده و از نقطه نظر اهمیت حقوقی قانون اصول محاکمات پس از قانون اساسی مشروطه و متمم آن مهمترین قانون مصوب ایران تا آن زمان بوده است و تا پیش از آن سابقه قانون‌گذاری به صورت جدی در این باره وجود نداشته است.

۲. قانون‌گذار ایران، از آغاز وضع قانون آیین دادرسی یعنی قانون اصول محاکمات سال ۱۲۹۰ شمسی تاکنون، در هیچ یک از آنها تعریفی از مفهوم ایرادات آیین دادرسی به دست نداده است و همواره به بر شمردن موارد و مصادیق آن اکتفا نموده است. دلیل سکوت می‌تواند به دلیل پیروی نویسندگان قانون اصول

دادرسی» و ایرادات مندرج در ماده ۱۹۸ «ایراد عدم استماع دعوا» شمرده می‌شود. علاوه بر این، در ماده ۲۰۲ قانون مزبور گفته شد که چنانچه سبب هر یک از ایرادات مذکور در ماده ۱۹۸ و همچنین نخستین ایراد پیش‌بینی شده در ماده ۱۹۷ (ایراد عدم صلاحیت ذاتی) وجود داشته باشد، دادگاه باید قطع نظر از ایراد اصحاب دعوا، از رسیدگی «امتناع» نماید. قاعده‌ای که موجب شباهت بیشتر این مقررات، با مقررات فرانسه در این خصوص می‌گردید» (شمس، ۱۳۹۲، ص. ۴۲۳-۴۲۲).

این تحلیل از مواد ۱۹۷ و ۱۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی قدیم<sup>۲</sup> با وضعیتی که در حال حاضر در دادرسی فرانسه حاکم است، تا اندازه‌ای می‌تواند منطبق باشد. با این حال، هرچند درباره آگاهی نویسندگان قانون مزبور از تحولات دادرسی فرانسه در مورد تقسیم‌بندی دوگانه فرانسوی تردید نیست<sup>۳</sup>، نمی‌توان دو ماده قانونی را با تقسیم‌بندی جهات آیین دادرسی ایرادات و عدم استماع یا عدم پذیرش حاکم در فرانسه منطبق دانست. زیرا، نه تنها در سال تصویب قانون موقتی اصول محاکمات حقوقی مصوب ۱۲۹۰ شمسی (۱۹۱۱ میلادی) یا آیین دادرسی مدنی قدیم مصوب ۱۳۱۸ شمسی (۱۹۳۹ میلادی)، در کد آیین دادرسی مدنی ۱۸۰۶ فرانسه و به نظر اکثریت دکترین دادرسی فرانسه ایرادی موسوم به ایراد عدم استماع یا عدم پذیرش وجود نداشته است بلکه، از جهت ماهوی نیز، این گمان صحیح به نظر نمی‌رسد، زیرا وفق اصول کلی، ایراد مرور زمان در شمار موارد عدم پذیرش است و در بند چهارم ماده ۱۹۷ (یعنی ایرادات) آمده است، افزون بر این که نمی‌توان همه ایرادات مذکور در ماده ۱۹۸ را موارد عدم پذیرش تلقی کرد. بنابر قاعده کلی، عدم پذیرش ناشی از فقدان حق اقدام است. برای مثال

ایراد عدم استماع<sup>۱</sup> چشم‌پوشی نمودند» (شمس، ۱۳۹۲، ص. ۴۲۲-۴۲۴). به نظر ایشان، «در این دوره هدف اصلی، در حقیقت تنظیم و تنسيق قضا در ایرانی بود که اصول مربوط به انتظام امور آن تقریباً در تمامی بخش‌ها از جمله دادگستری، از حدود یک هزار و سیصد سال قبل از آن، درهم ریخته بود» (شمس، ۱۳۹۲، ص. ۴۲۲-۴۲۳). ولی در قانون آیین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۱۸، به عکس قانون قبلی که آیین دادرسی استحکام و جایگاه قانونی و عملی خود را یافته بود، «در این دوره، مدونین قانون آیین دادرسی مدنی علی‌رغم آگاهی و احاطه به مقررات آیین دادرسی مدنی فرانسه، راجع به ایرادات آیین دادرسی و ایرادات عدم استماع دعوا و احکام و آثار مترتبه بر آنها، به هر علت تبعیت کامل از آن را جایز ندانسته و نظام خاصی را که البته شباهت‌هایی با مقررات فرانسه داشت، تدوین کردند. در حقیقت، در ماده ۱۹۷ قانون قدیم چهار ایراد پیش‌بینی شده بود که خوانده می‌توانست ضمن پاسخ به ماهیت دعوا نماید. این ایرادات عبارت بودند از: ایراد عدم صلاحیت ذاتی، ایراد عدم صلاحیت نسبی، ایراد امر مطروحه و ایراد به این که دعوا مشمول مرور زمان شده است. در ماده ۱۹۸ قانون مزبور نیز، چهار ایراد دیگر پیش‌بینی شده بود که خوانده می‌توانست بدون آن که به ماهیت دعوا پاسخ دهد، مطرح نماید. این ایرادات عبارت بودند از ایراد عدم اهلیت خواهان، ایراد عدم توجه دعوا، ایراد عدم احراز سمت و ایراد به این که دعوا قبلاً مورد رسیدگی قرار گرفته و به حکم قطعی انجامید. بنابراین در قانون مزبور، آثار تفکیک بین ایرادات دادرسی و ایراد عدم استماع دعوا که در حقوق فرانسه معمول بوده و هست، دیده می‌شود. در حقیقت، به استثنای ایراد مرور زمان، بقیه ایرادات مذکور در ماده ۱۹۷ «ایراد

<sup>۲</sup> در سال ۱۳۳۱ موارد مذکور در ماده ۱۹۸، به عنوان بندهای ۵ تا ۸ به ماده ۱۹۷ اضافه شد. اما در اصلاحیه سال ۱۳۴۹ شمسی، بار دیگر ماده ۱۹۸ احیا شد.  
<sup>۳</sup> قانون آیین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۱۸ را تحت تاثیر کد ناپلئون، منتها بدون توجه به اصلاحات بعدی آن و تا حدودی نیز حقوق آلمان می‌دانند. (Mohseni, ۲۰۰۹, p ۱-۱۴).

<sup>۱</sup> Les fins de non-recevoir.

«عدم پذیرش»، عنوانی است که در ترجمه قانون آیین دادرسی فرانسه آن را برابر فارسی این اصطلاح پیشنهاد شده است (محسنی، ۱۳۹۳، ص. ۱۱۳) ولی جناب استاد شمس عنوان «ایراد عدم استماع» را اختیار کردند (شمس، ۱۳۹۲، ص. ۴۲۱). اختلاف ددر واژه‌گزینی و اصطلاح نیست.



دوران مدرن، ایراد آیین دادرسی و عدم پذیرش هر یک دو دسته ممتاز و مستقل را تشکیل می‌دهند، که در مفهوم، نحوه استناد و اظهار و ضمانت اجرا با یک-دیگر کاملاً متفاوتند.

### ۳ ورود برخی مصادیق فقهی به ایرادات آیین دادرسی: قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۷۹

پس از نزدیک به صد سال، در آخرین تحول ایرادات آیین دادرسی، شاهد آن هستیم که این مفهوم با کمترین تغییر کمی، در ماده ۸۴ قانون کنونی آیین دادرسی مدنی آمده است. موارد مذکور در این ماده جنبه حصری ندارد و عناوین ایرادات آیین دادرسی در قانون آیین دادرسی و حتی سایر قوانین پراکنده هستند. در این قانون، هر چند از نظر کمیت بر تعداد ایرادات آیین دادرسی افزوده شد ولی مفهوم حقیقی ایراد آیین دادرسی هم‌چنان غفلت شده است و تحولی بنیادین در آن مشاهده نمی‌شود. در حقیقت، دلیل اصلی افزایش تعداد ایرادات آیین دادرسی، ترکیب برخی قواعد نسبتاً مشابه فقهی و قواعد ایرادات آیین دادرسی اقتباس شده از قوانین خارجی است. این نظر با نگاهی اجمالی به بندهای هفتم، هشتم و نهم ماده ۸۴ تقویت می‌شود که مقنن هم خواسته قواعد پیشین را حفظ کند و هم به فقه امامیه توجه نماید.

#### ۳/۱ ایراد آیین دادرسی در فقه امامیه

در فقه امامیه، اصطلاح ایراد سابقه ندارد و به جای آن، فقها از «شروط سماع دعوا» بحث کرده‌اند. بر اساس برخی نصوص شرعی، استماع یا شنیدن دعوا یکی از واجبات دینی است. دلایل شرعی و وجوب استماع دعوا و فصل خصومت بر پایه حق و عدل فراوان است. در حقیقت، از اطلاق برخی ادله مانند

ایراد عدم سمت در قانون آیین دادرسی مدنی ایران ناظر به فقدان یا نقص مدرک مثبت سمت است، موضوعی که در فرانسه در شمار ایراد نقص ماهوی عمل آیین دادرسی است (محسنی، ۱۳۹۴، ص. ۸۰۲) و عدم پذیرش، ویژه مواردی است که خواهان حق اقدام نداشته باشد و از این جهت دعوا مردود باشد، نه اینکه مدرک مثبت سمت نباشد یا ناقص باشد. ایراد عدم اهلیت نیز چنین است (محسنی، ۱۳۹۴، ص. ۸۰۲) و نقص ماهوی است (بنگرید: ماده ۱۱۷ کد نوین آیین دادرسی مدنی فرانسه).

در حقیقت، مقایسه ایرادات ماده ۱۹۸ قانون آیین دادرسی ایران با آنچه که بعدها در حقوق دادرسی فرانسه پای در عرصه وجود نهاد، صحیح نیست. با این حال، پیداست که تقسیم‌بندی مذکور پایه فرانسوی دارد و بازتابی از افکار دادرسی‌دانان این کشور در این دو ماده تجلی یافته است. پس، باید ریشه‌های فکری نویسندگان قانون آیین دادرسی مدنی را در مبدای آن جست. در حقیقت، بر پایه شواهد تاریخی در آیین دادرسی فرانسه، پیش از تقسیم‌بندی جدید، تا اوایل قرن بیستم، ایرادات آیین دادرسی به دو دسته ایرادات تاخیری<sup>۱</sup> و ایرادات زائل‌کننده<sup>۲</sup> تقسیم می‌شدند و به نظر می‌رسد همین تفکر به ایران منتقل شده و در دو ماده ۱۹۷ و ۱۹۸ آیین دادرسی مدنی آمده است. آثار متفاوت این دو ماده و نحوه طرح آنها مشابه آن چیزی است که در فرانسه پیش از تحولات جدید حاکم بوده است. در حقیقت، ویژگی اصلی ایرادات تاخیری این بود که پس از دفاع ماهوی و ایرادات زائل‌کننده قابل استناد نبودند. بنابراین، ماده ۱۹۷ قانون مذکور، که طرح ایرادات را ضمن دفاع ماهوی مقرر نموده، بدین معنا بوده است که پس از دفاع ماهوی این ایرادات قابل طرح نیستند (متین دفتری، ۱۳۷۸، ص. ۲۵۰). اما ایراد زائل‌کننده مقید به وقت خاصی نبوده و در هر مرحله از رسیدگی قابل استناد بودند. خواهیم دید که در آن برهه تاریخی، در فرانسه ایراد به دو بخش تقسیم می‌شد ولی در

<sup>2</sup> Les exceptions péremptoires.

<sup>1</sup> Les exceptions dilatoires.

شرط هشتم که وجود فردی که طرف منازعه و تخصص باشد را نمی‌توان شرط استماع دعوا به معنای خاص شمرد (در این باره ر.ک: (هرمزی، ۱۳۹۴، ص. ۳۵-۹). وجود خصومت و اختلاف نیز مقتضی (یا سبب) دعواست و بدون آن دعوا قابل تصور نیست. به هر حال، فارغ از این که هر یک از جهات فوق مقتضی یا شرط باشد، نبود آن‌ها وجوب سماع منتفی می‌کند و تکلیف شرعی به وجود نمی‌آید.

## ۳٫۲ بازتاب اندیشه فقهی در قواعد آیین دادرسی سال ۱۳۷۹

مقایسه بندهای اضافه شده به ایرادات در قانون آیین دادرسی مدنی سال ۷۹ و عناوین فقهی به شرح فوق، نشان می‌دهد که بندهای ۷-۸ و ۹ با توجه به مبانی فقهی به قانون آیین دادرسی مدنی وارد شده است. به بیان دیگر، نویسندگان قانون فعلی آیین دادرسی بدون توجه به مفهوم ایراد آیین دادرسی، صرفاً بر پایه شباهت ظاهری میان ایراد آیین دادرسی و شروط سماع دعوا در فقه بندهای مذکور را به قانون اضافه کرده و به نوعی قوانین گذشته را به پیش هدایت نموده‌اند. حال، آن که به باور نگارندگان، قوانین پیشین از این حیث ناقص نبودند و اضافه کردن بندهای مذکور کمکی به مفهوم ایراد آیین دادرسی مدنی نمی‌کند و آن مصادیق از شرایط نفع و سمت به خوبی قابل درک بودند. صرف نظر از این، از حیث مفهوم شروط سماع دعوا و ایرادات آیین دادرسی را نمی‌توان یکسان دانست. در حال حاضر بر اساس نظریات نوین دادرسی، ماهیت ایراد آیین دادرسی نوعی «درخواست» است و به طور خلاصه می‌توان آن را چنین تعریف نمود: «ایراد آیین دادرسی نوعی ادعا است (دعوی آیینیک) که مدعی ادعای مستند به مقررات آیین دادرسی (ناظر به رسیدگی) را مطرح می‌کند و این ادعا بنابر طبیعت خود باید پیش از دعوی ماهوی حل و فصل شود».

«فاحکم بین الناس بالحق<sup>۱</sup>»، «و أن احکم بینهم بما أنزل الله و لا تتبع أهواءهم<sup>۲</sup>»، «حتی یحکموک فیما شجر بینهم<sup>۳</sup>» و یا «لتحکم بین الناس بما أراک الله<sup>۴</sup>»، «وجوب» استماع دعوا و فصل خصومت استنباط شده است و در این شرایط ایراد نوعی مانع است که در تقابل با آن وجود قرار می‌گیرد. با این حال تقریباً تمام فقها شروطی را برای تعیین و تحقق این واجب شرعی برمی‌شمارند. به بیان روشن‌تر، فقهای امامیه برخی موارد طرح دعوا را خارج از شمول اطلاق ادلة وجوب سماع دعوا می‌دانند (انصراف ادله از برخی دعاوی) و در این موارد استماع دعوا را رد می‌کنند بدون آن‌که نیازی به ایراد و درخواست مدعی علیه باشد. با توجه به کلام فقها، به طور کلی شروط استماع دعوا می‌تواند ناظر به دعوی یا مدعی یا مدعی به یا مدعی علیه باشد (خمینی، ۱۳۶۶، ص. ۴۱۰). مرحوم سید محمد کاظم یزدی، ده شرط سماع دعوا را بدین شرح بیان کرده است: ۱- بلوغ و عقل ۲- رشد ۳- آن‌چه مدعی ادعا می‌کند برای خودش یا موکل یا کسی باشد که بر او ولایت یا وصایت یا قیمومت یا حکومت دارد یا از جهت رهن یا امانت یا عاریه و یا التقاط و مانند آن متعلق حق او گردد. ۴- امری که مدعی آن را ادعا می‌نماید ممکن باشد پس دعوایی که عقلاً یا عادتاً و یا شرعاً محال است، پذیرفته نمی‌شود. ۵- چیزی که مورد ادعاست قابل تملک باشد بنابراین، ادعای مالکیت شراب یا خوک پذیرفته نیست. ۶- مدعی به باید از جهت جنس و نوع و وصف و مقدار معلوم باشد. ۷- دعوی صریح در استحقاق مدعی باشد ۸- برای مدعی، طرفی باشد که مخاصمه و منازعه میان آن‌ها باشد. ۹- جزم در دعوا بنابر نظر مشهور دعوی ظنی و وهمی پذیرفته نیست. ۱۰- تعیین مدعی علیه (یزدی، ۱۴۱۴، ص. ۳۶-۴۴).

در میان این شروط، تفاوت فقهی میان «مقتضی» و «مانع» دیده نشده و به صورت یک‌جا به عنوان شرط ذکر شده است. روشن است که

۳. النساء، آیه ۶۵.

۴. النساء، آیه ۱۰۵.

۱. ص، آیه ۲۶.

۲. مائده، آیه ۴۹.





## ۴ ایراد آیین دادرسی در خاستگاه فرانسوی خود

الهام بخشی کد آیین دادرسی مدنی سال ۱۸۰۶ فرانسه در تدوین قانون اصول محاکمات حقوقی بررسی شد. ایراد آیین دادرسی هم در آن قانون، از مواد ۱۶۶ به بعد کد سال ۱۸۰۶ اقتباس شد و بنابراین، شناخت ریشه لغوی و منشاء تاریخی آن مستلزم مراجعه به مبداء و موطن آن است.<sup>۱</sup> در حقیقت، واژه ایراد در فرانسه، واژه‌ای برآمده از تاریخ است. در ایران نیز توجه به برگردان ایراد به فارسی و تناسب واژه برگزیده بایسته است این تاریخ مورد بررسی قرار گیرد.

### ۴٫۱ ریشه شناسی لغوی ایراد در آیین دادرسی مدنی فرانسه

«اکسپسیون» که برابر «ایراد» نهاده شده، در متون حقوقی و قانونی فرانسوی، دو معنای متفاوت دارد. بدین ترتیب، کلمه اکسپسیون مشترک لفظی است و در اصطلاح رایج در فرانسه به دو معنای هنجاری و جهت دفاعی آمده است؛ این اصطلاح نخست به معنای جهت دفاعی مورد قبول قرار گرفت. از لحاظ ریشه‌شناسی (ایتیمولوژی)، اکسپسیون از کلمه لاتینی اکسپتیو<sup>۲</sup> که به معنای محدودیت، حق شرط یا رزرو و نیز به معنای شرط محدودکننده<sup>۳</sup> است، می‌آید (ریشه اسم فعل لاتینی excipere). در حال حاضر در زبان فرانسه نیز دو واژه excepter و exciper از مشتقات فعل لاتینی پیش‌گفته هستند. این امر نشان دهنده معنای دوگانه‌ای واژه اکسپسیون است. فعل excepter به معنای مستثناء شدن<sup>۴</sup>، در شمول یک مجموعه قرار نگرفتن<sup>۵</sup> یا در وضعیتی ننگجیدن<sup>۶</sup> است و فعل exciper در معنای استفاده کردن یا استناد کردن به

در صورت پذیرش درستی این مفهوم، باید مواردی را که دادرس رسماً به یک ضمانت اجرای آیین دادرسی استناد می‌نماید، از قلمرو ایراد آیین دادرسی خارج دانست. به همین علت، شروط سماع دعوا در فقه که به موجب آن قاضی رسماً از پذیرش دادخواهی امتناع می‌نماید، نمی‌توان در شمار ایرادات آیین دادرسی باشد. در حقیقت، اثر ایراد آیین دادرسی و خود آن را نباید درآمیخت. تفاوت این دو در مواردی که اصحاب دعوا یکی از ایرادات آیین دادرسی را مطرح می‌نمایند و دادرس آن را نمی‌پذیرد بارز می‌شود.

بنابراین، شروط سماع یا پذیرش دعوا با ایرادات آیین دادرسی که امری ناظر به مقررات آیین دادرسی است تفاوت آشکاری دارد. تصور یگانگی این دو سبب شده است که در قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۷۹ به خلاف قانون پیشین بر افراد و مصادیق ایرادات آیین دادرسی افزوده شود. اما ایرادات افزوده شده (شروطی مانند اثر قانونی داشتن بر فرض ثبوت، مشروعیت مورد دعوا و جزمیت دعوا به طور مستقیم)، بیشتر جنبه ذهنی و تئوریک دارند و در عمل کمتر مورد استناد و استفاده اصحاب دعوا و دادگاه‌ها قرار می‌گیرند.

با این حال و با توجه به مقدمات بالا، درباره تأثیرپذیری ایرادات آیین دادرسی از قوانین خارجی در قانون اصول محاکمات حقوقی و قوانین بعدی و امتداد آن تا قانون کنونی آیین دادرسی ایران تردیدی نیست. از این‌رو، برای مطالعه ریشه لغوی و اصطلاحی ایراد و پیشینه تاریخی آن باید به جایگاه اصلی آن در حقوق فرانسه نگاهی گذرا کرد.

در فرهنگ نفیسی در برابر معنای فعل excepter تنها استثناء کردن آمده است اما در مقابل اسم آن l'exception، افزون بر استثناء و مستثنی و شذوذ، معنای وسیله دفاع که عبارتست از تعویق حل مرافعه یا ایراد در شکل مرافعه هم ذکر شده است. (نفیسی، ۷۲۹، ص. ۱۳۷۱).

<sup>۵</sup> ne pas comprendre dans un ensemble.

<sup>۶</sup> ne pas inclure dans une situation.

<sup>۱</sup> به باور نگارندگان، ریشه‌شناسی «ایراد» در زبان فارسی، فایده چندانی ندارد، چراکه این واژه در اصل خود ریشه فارسی ندارد و برگردان یک واژه خارجی است که آن نیز ریشه تاریخی دارد و نه زبان‌شناسی.

<sup>۲</sup> exceptio.

<sup>۳</sup> une clause restrictive.

<sup>۴</sup> excludere.

نخست، یعنی انحراف از قاعده<sup>۵</sup>. اغلب به واسطه اصطلاح اکسپسیون موارد تخلف از قاعده کلی بیان شده و می‌شود. بنابراین، در اینجا مفهوم اکسپسیون در برابر قاعده کلی قرار می‌گیرد (Akousson, 2016, p.1) چیزی که در حقوق ما بدان استثنا گفته می‌شود.

### ۴٫۳ اکسپسیون به معنای جهت دفاعی

افزون بر معنایی که بیان شد، در کد مدنی فرانسه، اکسپسیون به معنای جهت دفاع آیین دادرسی هم آمده است. کد نوین آیین دادرسی مدنی فرانسه، سه جهت دفاعی را پیش‌بینی کرده است: ایراد آیین-دادرسی، عدم‌پذیرش و دفاع ماهوی. در معنایی کلی، واژه اکسپسیون بازتاب کلیه جهات دفاعی است<sup>۶</sup>. حتی برخی ادعا کردند که نویسندگان و مقنن به‌طور معمول، ایراد و دفاع را مترادف دانسته‌اند<sup>۷</sup>. به بیان دیگر، اکسپسیون در اصطلاح حقوق دادرسی مدنی دارای دو معنای خاص و عام است.

در معنای خاص، فقط به معنای ایراد آیین-دادرسی است. منتها، در معنای عام دفاع ماهوی را هم در برمی‌گیرد<sup>۸</sup>. به نظر اکثر نویسندگان فرانسوی، مقنن معمولاً به اشتباه، چنین معنای وسیعی را به اکسپسیون نسبت داده است (Glasson, 1925, p.581) و کاربرد اصطلاح در معنای گسترده مورد

de celles statuant sur une exception de procédure...”

<sup>5</sup> La dérogation à la règle.

<sup>6</sup> “Le code civil prend souvent le mot exception dans le sens de défenses en général”. (Glasson, 1925: 581).

<sup>7</sup> “Il est fréquent que dans le langage des auteurs et du législateur, les mots défense et exception soient pris pour synonyme”. (Morel, 1932, p.66).

<sup>8</sup> “Ce dernier terme doit être compris ici dans son sens strict, purement procédural: il désignera donc les seules exceptions, “de procédure”, ainsi nommées d’ailleurs par le nouveau code de procédure civile (art. 73). Dans une autre acception, large, la formule englobe tous les moyens de défense, y compris les défenses au fond”. (Pétel teyssie, 2005, p.1).

چیزی برای دفاع از خود<sup>۱</sup> یا استناد به عذری موجه<sup>۲</sup> به کار می‌رود.

هر دوی این معانی در نوشته‌های حقوق دانان و قوانین مختلف فرانسه دیده می‌شود. بدین ترتیب، از سوئی، اکسپسیون به طور عام در کاربردهای حقوقی معنایی گسترده دارد و از سوی دیگر، در آیین دادرسی، سابقه تاریخی پیش از کد نوین آیین دادرسی مدنی فرانسه نشان می‌دهد که این اصطلاح، کلیه جهات دفاعی دادرسی را دربرمی‌گرفته است. با وجود این، پس از تصویب کد نوین آیین دادرسی فرانسه سال ۱۹۷۵ فقط به معنای ایراد و همیشه با قید آیین دادرسی<sup>۳</sup> آمده است (Akousson, 2016, p.1) در ادامه به طور مختصر به این دو معنا پرداخته می‌شود.

### ۴٫۲ اکسپسیون به معنای انحراف از قاعده

چنان‌که بیان شد، واژه اکسپسیون در متون قانونی فرانسه دارای معانی دوگانه بوده است. در کد مدنی فرانسه این اصطلاح، به دو معنای انحراف از قاعده یا هنجار و جهت دفاعی در دعوا آمده است. بنابراین، این واژه می‌تواند به معنای استثناء از قاعده و یا کلیه جهات دفاعی در دادرسی باشد<sup>۴</sup>. کاربرد معمول و مرسوم اصطلاح اکسپسیون در کد مدنی به معنای

<sup>1</sup> se servir ou se prévaloir de quelque chose pour se défendre.

فرهنگ نفیسی دو معنا برای فعل exciper ذکر کرده است: استثناء و عذری را بهانه آوردن. (نفیسی، ۷۲۹، ص. ۱۳۷۱).

<sup>2</sup> exciper de bonne foi.

<sup>3</sup> L’exception de procédure.

<sup>4</sup> چنان‌که گفته شد، در کد نوین آیین دادرسی مدنی فرانسه، اکسپسیون صرفاً در معنای ایرادات آیین دادرسی گرفته شده است اما در کد مدنی، این واژه همچنان کلیه جهات دفاعی در دادرسی را دربرمی‌گیرد. بنابراین، اکسپسیون، در آیین دادرسی فرانسه فقط، با قید آیین دادرسی به معنای ایراد آیین دادرسی است و اگر مطلق باشد، به معنای استثناء و انحراف از اصل کلی است. در ماده ۷۷۵ کد آیین دادرسی مدنی، اکسپسیون در هر دو معنای بالا بکار رفته است:

L’article 775 du Code de procédure civile: “Les ordonnances du juge de la mise en état n’ont pas au principal, l’autorité de la chose jugée à l’exception



این توضیح که در موارد بالا، خواهان حق اقدام در دادگستری<sup>۷</sup> ندارد و این وضعیت در کد نوین آیین دادرسی مدنی، عدم پذیرش دانسته می‌شود. به بیان دیگر، در این صورت دعوا قابل طرح نیست (Akousson, 2016, p.5). ایراد قمار، نامی که رویه قضایی برای مقررات ماده ۱۹۶۵ کد مدنی تعیین کرده است، مثال مناسبی برای تبیین موضوع است. وفق ماده مذکور «از نظر قانون دادرسی برای مطالبه بدهی که ناشی از بازی قمار یا شرط بندی است، پذیرفته نیست»<sup>۸</sup>. در این ماده، از طلب کاری که قصد مطالبه طلب ناشی از قمار را دارد، حق اقامه دعوی (دادخواهی) سلب شده است. به بیان دیگر، ممنوعیت قانون ناظر به حق دادخواهی است و نه درستی ادعا آن طلبکار یا درستی آیین دادرسی طرح آن ادعا (Akousson, 2016, p.5).

همچنین، گاه اکسپسیون در معنای دفاع ماهوی آمده است (Pétel teyssié, 2005, p.1)، مانند دفاع عدم انجام قرارداد یا حق حبس<sup>۹</sup> که دفاع ماهوی است. همچنین ایراد تقلب، ایراد اکراه و ایراد صغر که همگی دفاع ماهوی هستند (Akousson, 2016, p.5). سرانجام، گاه واژه اکسپسیون در کد مدنی فرانسه به معنای ایراد آیین دادرسی است. برای

انتقاد بوده است. همچنین، معانی چندگانه مایه سردرگمی شده است که برخی از نویسندگان به آن اشاره کردند (Solus et Perrot, 1961, p.284, Héron et Le Bars, 2006, p.118).

به این ترتیب، در کد مدنی، اکسپسیون در یک معنای اعم، دربرگیرنده کلیه جهات دفاعی از جمله دفاع ماهوی است. ولی در کد نوین آیین دادرسی مدنی، فقط به معنای ایراد آیین دادرسی آمده است و این اختلاف معنایی واژه اکسپسیون در دو کد مدنی و آیین دادرسی مدنی برخاسته از مفهوم رومی موضوع است (Jubault, 2003, p.3). در حقیقت، دلیل این وضعیت در کد مدنی، توجه و تاکید بیشتر به معنای ادبی واژه در برابر مفهوم خاص آیین دادرسی (تکنیکی) آن است. این خلط معانی، در مثل‌های دادرسی نیز نفوذ کرده است. برای نمونه، در ضرب‌المثل حقوقی «دادرس رسیدگی کننده به دعوا، همان دادرس رسیدگی کننده به اکسپسیون است»<sup>۱</sup>، این واژه یعنی کلیه جهات دفاعی. همچنین، مثل «تا وقتی که دعوا هست، اکسپسیون (جهت دفاع به معنای اعم) هم هست»<sup>۲</sup>.

چنان‌که گفته شد، اکسپسیون<sup>۳</sup> در کد مدنی فرانسه، حسب مورد به هر سه جهت دفاعی در آیین دادرسی دلالت دارد. برای مثال، در ترکیب‌های ایراد امر قضاوت شده<sup>۴</sup>، ایراد قمار<sup>۵</sup> و یا ایراد مرور زمان<sup>۶</sup> واژه ایراد به معنای عدم پذیرش آمده است. با

<sup>4</sup> L'exception de chose jugée.

<sup>5</sup> L'exception de jeu.

<sup>6</sup> L'exception de prescription.

<sup>7</sup> Le droit d'agir en justice.

<sup>8</sup> "La loi n'accorde aucune action pour une dette du jeu ou pour le paiement d'un pari".

به نظر می‌رسد ماده ۶۵۴ قانون مدنی ایران ملهم از قانون مدنی فرانسه دادخواهی برای معاملات نامشروع را مسموع دانسته است و حقوقدانان نیز آن دعوی آن را قابل استماع نمی‌دانند و اگر وجه آن به سند تجاری پرداخت شود آن سند را محکوم به بطلان تلقی کرده اند (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص. ۴۳۶).

<sup>9</sup> L'exception non adimpleti contractus ou l'exception d'inexécution.

<sup>1</sup> "le juge de l'action est juge de l'exception" = "Le juge de l'action est juge des moyens de défense". (Pierre-Maurice, 2013, p.15).

<sup>2</sup> "tant dure l'action tant dure l'exception".

<sup>3</sup> . دلیل استفاده از معادل فرانسوی واژه در این بند، گستردگی معنای آن است. بنابراین، در مواردی که اکسپسیون به معنای ایراد آیین دادرسی باشد، از برابر فارسی آن استفاده می‌شود ولی اگر مراد از آن، معنای گسترده و عام باشد، واژه مذکور معادل فارسی ندارد. با این حال، در آیین دادرسی ایران، اصطلاح دفاع تقریباً چنین وضعی دارد که کمتر به تنهایی بیان می‌شود. دفاع به معنای اعم دفاع ماهوی و ایرادات آیین دادرسی را شامل می‌شود و منظور از دفاع در معنای اخص تنها دفاع ماهوی است.

واژه برگزیده چنان مورد پذیرش همگانی جامعه حقوقی قرار گرفته است که تاکنون مخالفتی با آن مشاهده نشده است و بیش از صد سال پابرجا مانده است. البته، نویسندگان قانون موقتی اصول محاکمات حقوقی، ایراد را به معنای دفاع ماهوی نیز به کار برده‌اند. چنان‌که در ماده ۳۷۰ آن آمده بود: «در مواردی که مدعی‌علیه ایرادات مفصله ذیل را بنماید حق ندارد از محکمه بخواهد که به ایرادات و علیحده از ماهیت دعوا رسیدگی شود. ۱- ایراداتی که مدعی حق اقامه دعوی را ندارد. ۲- ایراداتی که حق دعوا قبل از اقامه آن به واسطه تأدیه مدعی به یا اجرای قرارداد یا تعهد یا به واسطه صدور حکم محکمه عدلیه یا مصالحه و امثال آن ساقط شده است».

آمیختگی ایراد و دفاع ماهوی در نتیجه برگردان اکسپسیون به ایراد رخ داده است. بدین‌سان که نویسندگان قانون مزبور، در همه موارد اکسپسیون را ایراد ترجمه کرده‌اند، بی‌آن‌که به کاربرد دوگانه آن در زبان حقوقی فرانسه توجه نموده باشند. این وضعیت در حقوق تجارت ما نیز وجود دارد و اصل «عدم قابلیت استناد ایرادات»<sup>۴</sup> درباره دارنده اسناد تجاری نیز از واژه فرانسوی اقتباس شده است که در معنای گسترده، شامل دفاع ماهوی نیز می‌شود. بنابراین، اصطلاح عدم استناد ایرادات را می‌توان به

مثال، ایرادات ناشی از مهلت‌های قانونی مانند مهلت تهیه سیاهه و مهلت تامل کردن<sup>۱</sup>.

با وجود تعدد معانی که شرح آن گفته شد، اکسپسیون تنها اصطلاحی است که مقنن فرانسوی در کد آیین دادرسی مدنی برای توصیف ایراد آیین-دادرسی از آن بهره برده است (Akousson, 2016, p.6). به این علت بوده که مقنن فرانسوی واژه آیین دادرسی را به دنبال ایراد آورده تا با این کار از تکرار معنایی فوق‌رهایی یابد. بدین‌سان، در مبحث «ایراد آیین دادرسی»<sup>۲</sup>، از ایراد عدم صلاحیت، ایراد موجب تاخیر و ایراد بطلان سخن گفته شده است<sup>۳</sup>. در نتیجه، دیگر تکرار معانی به شرح فوق، اشکالی در فهم متون حقوقی یا قانونی دادرسی ایجاد نمی‌کند به ویژه آن‌که خلط و آمیختگی سابق واژگان کد مدنی و کد قدیم آیین دادرسی مدنی سال ۱۸۰۶ در کد نوین آیین دادرسی مدنی ۱۹۷۵ دیده نمی‌شود<sup>۴</sup>.

## ۴٫۴ برگردان اکسپسیون به ایراد در حقوق ایران

دیدیم که نخستین بار واژه ایراد در قانون اصول محاکمات حقوقی به کار رفت. این واژه برگردان واژه فرانسوی اکسپسیون است. معلوم نیست که چه کس یا کسانی، اصطلاح ایراد را به عنوان برابر واژه بیگانه پیشنهاد دادند. با این حال، به نظر می‌رسد

۴. رنه مورل به موادی از کد مدنی (مواد ۱۲۰۸، ۱۳۶۰، ۱۳۶۱، ۱۳۶۷، ۲۰۳۶) که در آنها اکسپسیون در معنای دفاع ماهوی به کار رفته است، اشاره کرده است اما در کد آیین دادرسی ۱۸۰۶ فرانسه واژه اکسپسیون در معنای ایراد آیین دادرسی بوده است و این دو جهت دفاعی در برابر یک‌دیگر تعریف شدند و حتی کد مذکور عنوانی مخصوص به آن اختصاص داده است (برای مثال مواد ۱۶۹ و ۱۷۳ کد ۱۸۰۶). (Morel, 1932, p.66) به نظر بوتار و همکاران هم کاربرد اکسپسیون در معنای دفاع را نادرست و انحراف از معنای این واژه است زیرا ماهیت ایراد آیین دادرسی و دفاع ماهوی از هم متمایزند، اتفاقی که در مواد ۱۳۶۰ و ۱۳۶۱ کد مدنی رخ داده است:

“Le mot d'exception dans ces deux articles est pris comme synonyme exact de défense ; toutefois ce n'est là qu'un sens abusif, qu'un sens détourné de ce mot”. (Boitard, Colmet daège et Glasson, 1885, p.369)

<sup>۵</sup> L'inopposabilité des exceptions.

۱. یا در حقوق ما ایراد ناشی از گذشت مهلت دو ماهه لعان طفل در ماده ۱۱۶۲ که نویسندگان آن را مسقط حق دانسته اند (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص. ۷۱۴).

۲. L'exception de procédure.

۳. با توجه به این سنت فرانسوی در برخی از کشورهای فرانسوی زبان اروپایی و آفریقایی مانند بلژیک و سنگال از اصطلاح اکسپسیون (بدون قید آیین دادرسی) به عنوان ایراد آیین دادرسی شناخته می‌شود. (مواد ۸۵۱ به بعد قانون آیین دادرسی بلژیک) با وجود این، در قانون آیین دادرسی مدنی سویس، اصطلاح شرایط پذیرش دعوا (les conditions de recevabilité de l'action) به کار رفته است که تقریباً معادل اکسپسیون است و در آن اشاره‌ای به اکسپسیون نشده است. (مواد ۵۷ به بعد کد آیین دادرسی مدنی سویس):

Art. 57: “ Le tribunal n'entre en matière que sur les demandes et les requêtes qui satisfont aux conditions de recevabilité de l'action....”



می‌دهد که در آغاز، اکسپسیون نوعی دفاع فرعی و استثنایی به شمار می‌رفت و دفاع اصلی خوانده، باید به صورت انکار مستقیم ادعای خواهان انجام می‌شد، بنابراین، دفاع غیرمستقیم، انحراف از قاعده اصلی در دفاع محسوب می‌گردد و از این جهت به عنوان استثناء (اکسپسیون) نامیده شد. در فرانسه این ارتباط تاریخی قطع شده و در حقیقت، صورت لفظی اکسپسیون به خلاف مفهوم همواره متغیر و در حال حرکت آن، ثابت مانده است.

اما واژه ایراد در حقوق ایران، به اصطلاحی جا افتاده و شناخته شده تبدیل شده و سخن از اصطلاحی جایگزین منطقی به نظر نمی‌رسد. زیرا قطع نظر از مصلحت احترام به سنت پیشروان آیین دادرسی در ایران، تغییر اصطلاح ایراد کمکی به شناسایی بهتر مفهوم آن نمی‌کند.<sup>۲</sup> هرچند ممکن است که همچون کد نوین آیین دادرسی فرانسه، نیاز به نهادی دیگر مانند عدم‌پذیرش در کنار ایراد آیین-دادرسی احساس شود.

## ۴٫۵ ایرادات آیین دادرسی در قرن بیستم میلادی و کد نوین آیین دادرسی مدنی فرانسه (۱۹۷۵)

در کد نوین آیین دادرسی مدنی فرانسه، ایرادات آیین دادرسی با نام جدید و در کنار دفاع ماهوی و عدم پذیرش آمده است. در سده بیستم، با وجود مقاومت قانون‌گذار فرانسه که پس از اصلاح کد آیین دادرسی در سال‌های ۱۹۳۵ و ۱۹۵۸، ایراد آیین-دادرسی و عدم پذیرش را مشمول نظامی واحد کرده بود، در نهایت کد نوین آیین دادرسی مدنی (۱۹۷۵)، مفهوم تازه «ایراد آیین دادرسی» و نظام جهات سه-گانه را پذیرفت و میان سه جهت دفاعی تمییز قائل شده است: «دفاع ماهوی»، «عدم پذیرش» و

معنای عدم استناد دفاعیات تعبیر نمود. به هر حال، در قوانین بعدی آیین دادرسی، هیچ‌گاه ایراد به معنای دفاع ماهوی نیامده است.

با وجود این، پس از بیان مناقشاتی که در فرانسه پیرامون واژه اکسپسیون وجود داشته است، خالی از فایده نیست پرسیده شود که آیا واژه ایراد متناسب با معنایی است که در فرانسه وجود داشته و دارد و یا که می‌توان در پی واژگانی بهتر و مناسب‌تر برای معادل‌سازی بود؟

پاسخ به این دو پرسش به بحث پیرامون پیشینه تاریخی اکسپسیون در فرانسه و ماجرای پیدایش آن در حقوق تمدن کهن روم وابسته است. در حقیقت، در دادرسی‌های ابتدایی رومی، تاسیسی با عنوان ایراد یا اکسپسیون وجود نداشت و خوانده در مقام دفاع می‌بایست به رد مستقیم و صریح دعوای خواهان بسنده می‌کرد. بدین ترتیب، عامل یا عواملی که ممکن بود در رد دعوا موثر باشند، ولی مستقیماً دعوا را انکار نمی‌کردند، قابل طرح و استناد نبودند.

با پیشرفت حقوق دادرسی امکان طرح دفاعیات غیرمستقیم به صورت استثنایی بر قاعده دفاع مستقیم پدید آمد و نخستین بار به آنها اکسپسیون گفته شد چون استثنا مجاز بود.<sup>۱</sup> همین واژه، نسل به نسل منتقل شده و در دوره‌های آیین دادرسی گوناگون با سیر تحول و دگرگونی فراوان به عصر حاضر رسیده است.

با این‌که ماهیت اولیه آن چه اکسپسیون خوانده شد، با سرشت کنونی ایراد آیین دادرسی متفاوت است، این واژه از سنت و از حقوق روم به یادگار وارد حقوق فرانسه شد تا جایی که می‌شود گفت «اکسپسیون»، واژه‌ای برآمده از تاریخ است. در حقیقت، چگونگی پیدایش اولیه اکسپسیون نشان

۲. هرچند چنان‌که گفته شد، به باور نگارندگان تغییر اصطلاح جاافتاده و پذیرفته شده ایراد ضرورتی ندارد. با این حال، در صورت گرایش به تغییر اصطلاح و کاربرد جایگزینی برای ایراد آیین دادرسی، اصطلاح «درخواست یا دادخواهی آیین دادرسی یا آیینیک» مناسب خواهد بود.

۱. با این توضیح، بدیهی است که در یک مقطع تاریخی، تقسیم دفاع به ماهوی و غیرماهوی نیز وجود نداشت. در حقیقت، دفاع ماهوی غیرمستقیم پس از دفاع ماهوی مستقیم (انکار) ایجاد شد.

دادخواهی و از بین رفتن همیشگی آن هستند و هم مقرراتی که برای جریان بهتر آیین دادرسی و رسیدن به دادرسی عادلانه و صحیح است در یک ظرف مشترک به نام ایراد گردآوری شود.

روشن است تشخیص و تمییز ماهیت، تعیین قواعد مربوط به زمان طرح ایراد، نحوه بررسی و تاثیر آن در رسیدگی و دادخواهی دارای اهمیت است. در این راستا، قبل از هر چیزی روشن شدن مفهوم ایراد و تعیین مصادیق همگون و ناهمگون آن ضرورت دارد. با اندک دقتی می‌توان دریافت که ایراد عدم صلاحیت یا امر مطروحه تفاوتی قابل توجه با اعتبار امر قضاوت شده دارند. نه تنها آثار مصادیق مذکور، بلکه ماهیت آنها نیز آشکارا متفاوت است. ایراد عدم صلاحیت یا امر مرتبط و مطروحه به یک‌دیگر نزدیک هستند و هر سه آنها به نوعی دادگاهی را که شایستگی بیشتری در رسیدگی به دعوا را دارد، تعیین می‌کنند. اما امر قضاوت شده، به دفاع نزدیک‌تر و شبیه‌تر است. زمان طرح هر یک هم متفاوت است. درباره ایراد عدم صلاحیت تمایل به طرح سریعتر آن در ابتدای رسیدگی است و عدم طرح به موقع آن، ضمانت اجرا سقوط حق ذینفع را به همراه دارد. با همین شرح مختصر روشن است که در وضعیت کنونی ایرادات آیین دادرسی در آیین دادرسی مدنی ایران، نهادی فاقد نظریه کلی و عمومی است و در آن قواعد هر یک از ایرادات به دلیل اختلاط و آمیختگی مصادیق ناهمگون تحت یک عنوان واحد به نام ایراد، موجب بروز مشکلاتی در تعیین قواعد مربوط به طرح ایراد، رسیدگی به آن

«ایرادات آیین دادرسی». ایرادات آیین دادرسی نیز معنای خاص‌تری یافت و دیگر شامل کلیه جهات آیین دادرسی<sup>۱</sup> نمی‌شد. در این دوره بر پایه افکار دادرسی‌دان فقید آنری موتولسکی تفکیک اعتراضات<sup>۲</sup> گوناگونی که در برابر ادعا مطرح می‌شوند، عادی و بدیهی به شمار می‌رفت. بنابراین، اعتراضات دو دسته هستند: در یک سو، ایرادات مربوط به رسیدگی قرار دارند که ایرادات در معنای آیینیک<sup>۳</sup> هستند، و در سوی دیگر، جهاتی هستند که به قانونی بودن ادعا<sup>۴</sup> و به ویژه، به واقعیت حقوق ماهوی<sup>۵</sup> درخواست شده مربوط می‌شوند که دفاع ماهوی نام دارند.

به باور موتولسکی، هر دادرسی سه عامل دارد: «از یک سو، رعایت صحیح تشریفات، از سوی دیگر، مبنای ادعا و در میان این دو، توانایی ملزم (مشغول) کردن دادرسی به اتخاذ تصمیم درباره ماهیت» (Akuesson, 2016, p.31). موتولسکی، این سه عامل («صحت یا منظم بودن آیین دادرسی»، «مبنا یا ماهیت» و «حق دادخواهی»)<sup>۶</sup> را «سه‌گانه آیین دادرسی»<sup>۷</sup> نامید. همین افکار در کد آیین دادرسی مدنی فرانسه وارد شده و در حال حاضر، ایرادات آیین دادرسی بخشی جدای از دیگر موارد را در کد نوین آیین دادرسی مدنی فرانسه تشکیل می‌دهد (مواد ۷۳-۱۲۱ کد آیین دادرسی مدنی فرانسه).

## ۴٫۶ نقد مفهومی و مصداقی ایراد در ایران و قبول تمایز سه‌گانه

آشفستگی و فقدان روش در حقوق دادرسی ایران موجب شده است که هم جهاتی که موجب ختم

<sup>۶</sup> Régularité, fond, droit d'action.

به گفته موتولسکی، اصطلاح نوعی جهات دفاعی، جهات سه‌گانه آیینیک و دفاع متقابل را دربر می‌گیرد:

Le terme générique moyens de défense comporte quatre catégories, dont les trois premières correspondent à la trilogie procédurale : régulière, fond, droit d'action. et la 4ème la demande reconventionnelle. (Akuesson, 2016, p.31).

<sup>۷</sup> La trilogie procédure.

<sup>۱</sup> L'ensemble des moyens de procédure.

<sup>۲</sup> Les objections.

<sup>۳</sup> Critiques relatives à la marche de la procédure ce sont les "exceptions" au sens procédural.

«آیینیک» همچون procedural صفت نسبی از واژه «آیین» است مانند نزد+یک و تار+یک. «آیینیک» برای دوری از معنای مذهبی «آیینی» بر این واژه که پیش از این در ترکیب «عدالت آیینی» Procedural Justice به کار رفته، برتری دارد.

<sup>۴</sup> La légitimité de la prétention.

<sup>۵</sup> La réalité du droit substantiel.



مشابه حقوق فرانسه را برگزیدند و تنها با تقسیم-بندی ایراد در دو ماده ۱۹۷ و ۱۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ از حیث برخی آثار میان انواع آن قائل به تفکیک شدند.

در قانون آیین دادرسی مدنی کنونی ایران، ایراد آیین دادرسی که به همراه بخش بزرگی از مقررات آیین دادرسی منشاء و ریشه خارجی دارد و از قوانین خارجی اقتباس شده بود، با نظریات فقها درباره شروط سمع دعوا ترکیب شده و بدین ترتیب، بندهایی به مصداق‌های ایرادات در ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی اضافه شد.

به باور نگارندگان بندهای اضافه شده ماهیتاً دفاع ماهوی هستند و آن‌ها را نمی‌توان در شمار ایرادات آیین دادرسی قرار داد (بندهای ۷ و ۸).

همچنین، به لحاظ نظری و آثار عملی تقسیم-بندی دوگانه جهات ناظر به آیین دادرسی به ایرادات و دفاع ماهوی بیان‌کننده تمامی جهات آیین دادرسی نبوده و برخی جهات میان این دو گروه قرار می‌گیرد. در حقیقت، جهات اخیر نه ایراد آیین دادرسی شمرده می‌شوند و نه دفاع ماهوی (بندهای ۴، ۶، ۱۰ و ۱۱). آنان مربوط هستند به وجود یا بقای حق دادخواهی نه درستی اعمال آن یا بی‌حقی در مبنای آن.

در هر حال، آنچه محرز است در جریان تغییرات ایجاد شده نه تنها به حقوق خارجی هیچ توجهی نشده است بلکه مبانی سازنده قواعد ایرادات آیین دادرسی در قوانین پیشین نادیده گرفته شده است. روشن است که ارائه دسته‌بندی تازه از مصداق ایرادات آیین دادرسی بایسته است؛ «سه گانه آیینیک».

و سرانجام اعمال ضمانت اجرای خاص هر یک آنها شده است.

برای مثال، در قانون آیین دادرسی مصوب سال ۷۹، ضمانت‌اجرای عدم طرح به موقع ایراد، عدم الزام رسیدگی جداگانه و مقدم بر رسیدگی ماهوی به دعوا است. ضمانت‌اجرایی که با طبیعت بسیاری از ایرادات آیین‌دادرسی، هم‌خوانی ندارد. روشن است که گستردگی مفهوم و ماهیت کنونی جهاتی که تحت عنوان قواعد ایرادات آیین‌دادرسی گرد آمدند، چندان است که پیروی همة آنها از قواعد یک‌پارچه و متحد امکان‌پذیر نیست. بدین ترتیب، نیاز به ارائه دسته‌بندی نوین از این گروه نامتجانس احساس می‌شود و شاید دسته‌بندی مناسب به سوی «سه گانه آیینیک» گرایش داشته باشد.

## ۵ نتیجه

اصطلاح ایراد آیین‌دادرسی، نخستین بار در قانون موقتی اصول محاکمات حقوقی با اقتباس از قوانین خارجی آمده است و پیش از آن در فقه امامیه از واژه ایراد سابقه‌ای وجود نداشته است. پس از آن تقریباً در همه موارد واژه بیگانه بدون توجه به معنای گسترده آن در زبان مبدا به معنای «ایراد» برگردانده شده است. حتی در حقوق تجارت نیز رویکردی مشابه وجود دارد و در قاعده عدم استناد ایرادات حاکم بر روابط دارنده سند تجاری و امضاکنندگان آن نیز توجه بایسته به ظرایف معنای واژه فرانسوی نشده است. در حقیقت، این دفاع متعهد سند تجاری است که در برابر دارنده با حسن نیت سند پذیرفته نمی‌شود.

در مفهوم آیین دادرسی اصطلاح هم، نویسندگان قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ نیز رویکردی

## منابع

1. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, Islamic (Judicial) Encyclopedia, Tehran Ganjodanesh, 2002, Volume 1.
2. Shams, Abdullah, Civil Procedure, Advanced Volume, Volume 1, Edition 29, Tehran, Drak Publications, 2013.
3. Saleh, Ali Pasha, History of Law, Discussions from the History of Law, Perspectives from Past Times to the Present, 4th Edition, Tehran, University of Tehran Press, 2011.
4. Ghamami, Dr. Majid, Coordination of Civil Procedure, on the Method of Justice, Articles donated to Professor Nasser Katozian, 2nd Edition, Tehran, University of Tehran Press, 2014.
5. Katozian, Nasser, Civil Law in the Current Legal Order, Tehran, Mizan, 1999.
6. Matin Daftari, Dr. Ahmad, (1999), Civil and Commercial Procedure, Volume 1, Edition 2, Tehran, Majd Publications, 2002.
7. Mohseni, Dr. Hassan, The French Civil Procedure Code, with an introduction by Dr. Abbas Karimi and Professor Louis Kadie, Volume 1, Edition 3, Tehran, Anteshar Publications, 2014.
8. Mohseni, Dr. Hassan, (2015), "Defects in the Application of Civil Procedure in French Law", Comparative Law Studies, Volume 6, Number 2, 2015.
9. Mosadegh Al-Saltanah, Mohammad, Order in Legal Courts, 2nd Edition, Tehran, Anteshar Publications, 2017.
10. Nafisi, Saeed, French-Persian culture, 6th edition, Tehran, Safi Alisha Publications, 1992.
11. Nahrini, Fereydoun, A Critique of a Lecture and Discussion on the New Rules of Procedure, in: Proceedings and Proceedings (Collection of Legal Articles), 1st Edition, Tehran, Ganj-e-Danesh Publications, 2012.
12. Hormozi, Dr. Khairolah, "Conditions for hearing lawsuits in jurisprudence (explanation of paragraphs 3, 5 to 11 of Article 84 of the Code of Civil Procedure)", Quarterly Journal of Private Law Research, Fourth Year, Issue 13, Winter 2015.
13. Khomeini, Sayyid Ruhollah Mousavi (RA), Tahrir al-Wasila, 2 volumes, volume 2, Qom, Dar Al-Alam Press Institute, 1987.
14. Yazdi, Sayyid Muhammad Kazem Tabatabai (RA), Completion of Al-Urwa Al-Wathqa, 2 volumes, Volume 2, Qom - Iran, Davari Bookstore, 1414.
15. Akuesson, Ernest Tonawa, Exceptions to Procedure in Civil Procedure, Private Theoretical Doctoral Thesis, under the direction of Emmanuel Jeuland and Joseph Djogbenou, Soutenu at the University of Paris 1, 2016.
16. Boitard, Joseph-Edouard, Colmet daâge, Gabriel Frédéric et Ernest Désiré Glasson, Civil Procedure Laws, vol. 1, pp. 14, Paris, Cortillon Library, 1885.





17. De Moy, Jean-Marc, L'exception droit privé, these, Aix-Marseille, 2011.
18. Glasson, Ernest Désiré and Albert Tissier, Theoretical and practical treatment of the organization of judicial competence and civil procedure, Volume 1, 3rd edition, Paris, Recueil Sirey, 1925.
19. Guinchard, Serge, Cécile Chainais et Frédérique Ferrand, Civil Procedure, Internal Law and European Union Law, 29th edition, Dalloz, 2008.
20. Héron, Jacques et Thierry Le Bars, Droit judiciaire privé, 3rd ed., Montchrestien Lextensoédition, 2006.
21. Jubault, Christian, The Exceptions to the Civil Code at the Front of the Procedure and Fund, LPA 15 to 17 January, 2003.
22. Mohseni, Hassan, The Evolution of Private Judicial Rights in Iran, Paris, 2009, <http://www.dike.fr/spip.php?article116>, pp. 1-14.
23. Morel, René, Elementary Trait of Civil Procedure, 1st ed., Sirey, 1932.
24. Motulsky, Henri, The Subjective Right and Action in Justice, Archives de Philosophie du Droit, Sirey, 1964, p.215-230; repris in ritcrits, volume 1, Studies and notes of civil procedure, Dalloz, 1973.
25. Pétel teyssié, Isabelle, Défenses, exceptions, fins de non-recevoir, Rep. dr. civ., Dalloz, August 2005.
26. Pierre-Maurice, Sylvie, The Code of Civil Procedure and the Maxims, Scientia Juris n ° 2, April 2013, General online review, 2013 (<http://www.revuegeneraledudroit.eu>).
27. Solus, Henry et Roger Perrot, Droit judiciaire privé, T1, Sirey, 1961.

## Original Article

# Comparative study of criminal liability of legal entities in Iran and the Council of Europe

Mohammad Moradi\*<sup>1</sup> , Azade Sadeghi<sup>2</sup>, Esmail Haditabar<sup>3</sup>

<sup>1</sup> M.Sc. Student of Criminal Law and Criminology, University of Mazandaran, Babolsar, Iran

<sup>2</sup> Assistant Professor of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran

<sup>3</sup> Assistant Professor of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran



10.22080/LPS.2021.18996.1178

**Received:**

June 8, 2020

**Accepted:**

February 12, 2021

**Available online:**

November 27, 2021

**Main Subjects:**

Criminal law and criminology

**Keywords:**

Criminal liability, legal entities, attribution mechanism, crime and punishment

## Abstract

Despite the new approach in the Penal Code, no definition of a legal entity is provided, and the legislative view in Article 143 of the Penal Code, in order to hold a legal entity liable, is subject to two conditions, namely or in the interests of the legal entity. Due to the difficulties in assigning responsibility, the scope of punishment of the legal entity is associated with many issues that need to be fundamentally reformed because the legal entity has gradually become very important and this is hidden in the activity and how it is formed. The commission of a crime by a legal person not only has a profound effect on society, but its effects are much more lasting and, in most cases, involve governments. The problem becomes more complicated when we encounter a person whose criminological findings are not possible to correct and restore society to these people because they lack understanding and will. In contrast, the Council of Europe is more favorable. The responsibility of legal entities is on the EU's political agenda. have been. The Council of Europe, by creating a method of identification, analysis of different levels of criminal responsibility, creating diversity in laws, diversity in attribution mechanisms, advanced organizational model, classification of crimes committed, typology of punishment, etc., appropriate and developed orientation Has.

\*Corresponding Author: Mohammad Moradi

Address: University of Mazandaran, Babolsar, Iran

Email: moradi.1360@ut.ac.ir



## Extended Abstract

### 1. Introduction

Despite the growth and development of companies and institutions and the membership of a large number of natural persons in them, such persons, so-called legal persons are a good platform for crime that is observed today. The scope of crime and severity of the crime is much more widespread and complex by such legal persons than natural persons, which not only does force the legislature to criminalize these behaviors, but also provides criminal liability for these legal persons. In the European Union, for example, criminal liability of legal entities is strong and highly enforceable. In the union, there is a difference between natural and legal persons in terms of integrity, so that persons with criminal responsibility are divided into two categories, natural and legal. Legal entities are divided into two categories: public and private, and private legal entities in relation to additional issues has been divided into 3 categories: 1. Organizational structure; 2. Individual ownership and 3. Corporation. It should be noted that in addition to EU member states, legal entities and criminal liability have been defined differently. Legal liability of legal entities in the EU is for crimes that are on the political agenda of the EU, but are still a matter of policy and is not fully and precisely clarified. Leading research has emphasized this issue. For example, criminal liability of legal entities in some member states for integration has been published as an association for international criminal policy research. The purpose of this was to prevent the whole union from having different opinions regarding the criminal liability of legal entities. In addition, a research-working

group develops a set of recommendations that provide academic insights into differences in union policy. In this study, a comparative study has been conducted on the issue of criminal liability of legal entities between Iran and the Council of Europe. The comparison shows that while there are flaws in the laws of Iran that need to be amended, there are new achievements in the study of this issue in the Council of Europe that the Iranian legislator should consider in the amendment. Because with a little comparison, it becomes clear that the European legislature has a more accurate and comprehensive view of legal persons and addresses issues such as actual position, managerial position, the main nature of the task performed, the extent of agency authority, managerial position, negligence in supervision, applying Adequate internal control tools, ethics and coordinated programs or standards have been considered.

### 2. Method

This study examines the promotion of solutions to deal with crimes of legal entities by modeling the development of Council of Europe laws and critique of Iran's criminal policy related to criminal liability of legal entities between the two legal entities of Iran and the Council of Europe. To understand the implications of this study, a relative familiarity with Council of Europe law is essential.

### 3. Findings

With the enactment of the new Islamic Penal Code, a new attitude has been formed by the legislator towards legal persons, so that before this, the Iranian legislator had considered different views in different periods to hold a legal person responsible. This becomes quite clear by

examining the various legislative periods and legal articles whose subject matter is a legal entity. However, no definition of a legal person has been provided, and this has led to the presentation of conventional definitions by legal scholars. Since 1392, with the new view of the legislature, especially in Article 143 of the Penal Code approved in 1392, it is a crime to recognize a legal person responsible subject to two conditions in the name or in the interests of the legal person. Criminal liability of a legal entity Regardless of the problems in assigning liability, the scope of punishment of a legal entity is associated with many issues. Despite legislative efforts in this area, it seems that fundamental reforms are needed because in the criminal law system, the legal person has gradually become very important and this is hidden in its activity and how it is formed. The commission of a crime by a legal person not only has a wide and profound impact on society, but its effects are much more lasting than the crimes committed by a natural person. Victims of crimes committed by legal entities are much more than victims of crimes committed by natural persons, so that it is observed that in most cases, it also involves government and mass media. The problem becomes more complicated when we are faced with a person to whom none of the criminological findings regarding correction and reconstruction and reintegration into society will be accountable to these individuals because these persons' lack of understanding and the will is not in the true sense. On the other hand, the situation of the Council of Europe has become somewhat more favorable in recent years. The responsibility of legal persons to commit crimes is a matter on the political agenda of the European Union. Although the subject of the Union's policy has not yet

been fully clarified, an association called the International Criminal Policy Research Association was set up to avoid the various positions of European countries on the legal responsibility of a legal person and rightly has been successful. The Council of Europe by establishing a method of identification and a specific time period, analyzing the different levels of criminal liability of legal persons, creating diversity in efficient laws, diversity in assignment mechanisms, advanced organizational model, classification of crimes committed by legal entities, Typology of punishment, etc. has a proper and developed orientation towards the legal entity and no longer has the problems that the Iranian legislature is challenged with.

#### **4. Conclusion**

Examining the legal status of legal entities in the relevant Iranian laws in terms of the Islamic Penal Code, despite the many changes that have taken place in this area, there are many objections. In terms of anticipating responsibility for these persons and considering them guilty, determining the punishments, trial and execution of punishment, and... there are significant problems that in the executive field create problems for justice institutions, the most obvious of which is the lack of justice in dealing with These people are compared to real people. Notwithstanding the lack of a comprehensive definition of legal persons, which in turn has led to differing views in legal doctrine, the provision of penalties that have no executive aspect against the majority of legal persons operating in Iran. How to charge these people and convict them Despite the fact that Iran has a successful legislative history in this regard, but in the new Penal Code this is not considered and causes the accusation to be attributed to these people in some



cases that they had no role and no benefit. This is one of the issues that needs to be reviewed and amended by the legislator. However, it seems that the country's legislative system, despite its long history, still needs comparative studies, especially with the West, to study how Western countries legislate and try to localize it. A clear example of this is the criminal liability of legal persons, which in various dimensions such as: general methods, uniformity of instructions, avoidance of lexicography on the implicit legal and criminal meaning of legal persons, consideration of territory for legal entities, consideration Absolute liability for a legal person, consideration of penalties applicable to comprehensive legal entities, development of mutual recognition tools, exchange of information, provision of standards in relation to penalties and development of standards for sentencing. Council of Europe law can be a good example to be used in the Iranian legislative system.

### **Funds**

This research has no financial support.

### **Contribution of authors**

All authors have endorsed the content of the manuscript and agreed on all aspects of the work

### **Conflict of interest**

According to the respected authors, there is no conflict of interest.

### **Appreciation and thanks**

We thank all the respected professors for scientific advice in this article.

علمی پژوهشی

# مطالعه تطبیقی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در ایران و شورای اروپا

محمد مرادی<sup>۱</sup> ID\*، آزاده صادقی<sup>۲</sup>، اسماعیل هادی تبار<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> دانشجوی مقطع کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران  
<sup>۲</sup> استادیار حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران  
<sup>۳</sup> استادیار حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران

doi 10.22080/LPS.2021.18996.1178

## چکیده

مسئولیت کیفری معمولاً متوجه شخصی است که با اراده و شعور و آگاهی از نتایج ارتکاب جرم دست به آن می‌زند به عبارت دیگر وقوع جرم از سوی عامل انسانی قابل تصور است، مسئولیت کیفری که شامل پاسخ اجتماع و دولت به اقدامات افراد مجرم است. با وجود رشد و توسعه شرکت‌ها و موسسات، نهادها، و عضویت تعداد زیادی از اشخاص حقیقی در آنها این‌گونه اشخاص که به آنها شخص حقوقی گفته می‌شود بستر مناسبی برای ارتکاب جرم هستند. امروزه مشاهده می‌شود که دامنه ارتکاب جرم و شدت آن توسط این‌گونه اشخاص در مقابل اشخاص حقیقی بسیار گسترده و پیچیده بوده که نه تنها قانونگذار را وادار به جرم انگاری این رفتارها می‌نماید بلکه مسئولیت کیفری را برای این اشخاص پیش‌بینی بنماید. در این تحقیق مطالعه تطبیقی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی میان ایران و شورای اروپا صورت گرفته که در این مطالعه مشخص می‌گردد ضمن وجود ایراداتی در قوانین ایران که نیازمند اصلاح هستند دستاوردهای جدیدی از مطالعه این موضوع در شورای اروپا حاصل می‌شود که شایسته است قانونگذار در اصلاح آن را مد نظر قرار دهد چراکه با اندکی مقایسه مشخص می‌گردد که مقنن اروپایی نگاه دقیق و جامع‌تری نسبت به این اشخاص داشته به نحوی که به مواردی مانند مقام واقعی، ماهیت اصلی وظیفه مورد اجرا، میزان اختیارات نمایندگی، قصور در نظارت، به کارگیری ابزارهای کافی کنترل داخلی، اخلاقیات، و برنامه‌های هماهنگ یا معیارها، توجه داشته است.

تاریخ دریافت:

۱۹ خرداد ۱۳۹۹

تاریخ پذیرش:

۲۴ بهمن ۱۳۹۹

تاریخ انتشار:

۶ آذر ۱۴۰۰

موضوعات:

حقوق کیفری و جرم شناسی

کلیدواژه‌ها:

مسئولیت کیفری، اشخاص حقوقی، نمایندگی شخص حقیقی، شدت جرم و مجازات

\* نویسنده مسئول: محمد مرادی

ایمیل: moradi.1360@ut.ac.ir

آدرس: دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران



## ۱ مقدمه

جهات در آن مد نظر قرار گرفته است در حالیکه قانونگذار ایران با وجود تحول در عرصه مسئولیت کیفری شخص حقوقی متأسفانه دارای ایراداتی است که نیازمند بازنگری و اصلاح است، البته نویسندگان این تحقیق در حد بضاعت پیشنهادهاتی را ارائه نموده‌اند که در متن اثر به آنها اشاره شده است. لازم به ذکر است در حال حاضر در بعضی از کشورهای جهان مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی به رسمیت شناخته نشده است یا جاییکه قوانین اشاره به مسئولیت حقوقی می‌کنند خصوصیت یا ویژگی آن واضح و مشخص نیست لیکن شورای اروپا سه نوع مسئولیت برای شخص حقوقی در نظر گرفته است که در متن به آنها اشاره می‌گردد. لازم به ذکر است در قانون شورای اروپا مواردی مانند سطح یا میزان اختیارات شخص مرتکب، پیشنهاد یا تعهد به دادن رشوه، هدایت یا تصدی در ارتکاب جرم، قصور در نظارت، نادیده گرفتن اخلاقیات و برنامه های مصوب و معیارهای اعلام پیش‌بینی شده است که همگی دلالت بر نوآوری و ابتکار قانونگذار است که کنترل شخص حقوقی را که دارای ماهیت پیچیده است را آسان می‌نماید.

## ۲ مبانی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی

شخص حقوقی یک وجود اعتباری بوده و همانند اشخاص حقیقی توانایی ارتکاب اعمال مجرمانه را ندارد بلکه به علت ارتکاب جرم از سوی شخص دیگر که حسب مورد می‌تواند رئیس آن شرکت یا هیئت مدیره یا مدیر عامل یا هریک کارکنان آن باشد مجازات می‌شود. در فصل ششم قانون جرایم رایانه ای مصوب ۱۳۸۸ ماده ۷۴۷ عنوان شده است که جرائم رایانه ای را به نام شخص حقوقی و در راستای منافع آن ارتکاب یافته باشد، شخص حقوقی دارای مسئولیت کیفری خواهد بود یعنی خود شخص حقوقی تحت هیچ شرایطی مرتکب جرم نمی‌شود، بلکه بستر و زمینه لازم برای ارتکاب را فراهم می

همانطور که بدیهی است شخص حقوقی مجموعه ای متشکل از، افراد، اشیاء، امکانات و تجهیزات است که به علت اهمیت گسترده اقدامات امروزه بسیار مورد توجه قرار دارد به نحوی که قانونگذار آن را یک شخص حقوقی مستقل در نظر می‌گیرد (ایرج گلدوزیان، ۱۳۸۲، ۴۵۵). تاریخچه مسئولیت کیفری شخص حقوقی به قانون جرایم رایانه ای مصوب ۱۳۸۸ خصوصاً موارد ۷۴۷ و ۷۴۸ برمی‌گردد و نبود این موضوع در قانون مجازات سابق قانونگذار را بر آن داشت که در تدوین قانون جدید مجازات در موارد مختلف به آن اشاره کند که به اختصار می‌توان گفت که ماده ۱۴۳ که مسئولیت کیفری را بصورت مطلق در شخص حقوقی پذیرفته است شامل می‌شود. که به نظریه مغز متفکر (ارتکاب جرم از سوی مدیر عامل شخص حقوقی) یاد می‌شود و همچنین مسئولیت قرضی یا عاریه ای (ارتکاب جرم از سوی مدیر شخص حقوقی در ماده ۲۰ ق.م.ا را می‌توان مورد اشاره قرارداد) ماده ۲۲ ق.م.ا نیز نظریه جدیدی را تحت عنوان نظریه سازمانی یا خرده کارفرما مطرح می‌کند و آن زمانی است که شخص حقوقی به صورت مستقیم مرتکب جرم شود (وحید اشتیاق، ۱۳۹۵، ۸۶). در این تحقیق برآنیم که مطالعه تطبیقی میان مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی ایران و شورای اروپا داشته باشیم که مضمون مقایسه میان ارکان مسئولیت، مبنا، نتیجه، موقعیت شخص حقوقی، و..... پی به تفاوت‌ها و شباهت‌هایی میان این دو نهاد حقوقی ببریم چراکه موضوع مسئولیت اشخاص حقوقی موضوعی حیاتی و پیچیده است که در حوزه‌های حقوق کیفری شامل پاسخ از سوی نهادهای حکومتی بوده (غلامحسین الهام، ۱۳۹۳، ۹۱). و به نظر می‌رسد که شورای اروپا در قانونگذاری خود دفت عمل بیشتری به کار برده است و بسیار ظریف و فنی با این موضوع برخورد نموده به نحوی که در رهنمون‌های اعلامی از سوی کارگروه این شورا یک نگاه جامع و فراگیر نسبت به شخص حقوقی وجود دارد که بسیاری از جوانب و

ضمناً مقامات رسمی در ماده ۱۵۹ اعم از مدیر شخص حقوقی است. (محمدابراهیم شمس ناتری، ۱۳۹۵، ۱۴۵).

در بند (ج) ارتکاب عمل مجرمانه توسط یکی از کارمندان شخص حقوقی با اطلاع مدیر یا در اثر عدم نظارت وی صورت می‌گیرد. به عبارت دیگر علاوه بر دو شرط ذکر شده در صدر ماده ارتکاب جرم رایانه ای باید با اطلاع مدیر یا در اثر عدم نظارت صورت گرفته باشد. اطلاع مدیر شخص حقوقی کاملاً واضح بوده و نیازی به توضیح ندارد اما در خصوص عدم نظارت به نظر میرسد که منظور قانونگذار عدم نظارت بصورت مطلق می باشد به این صورت که گاهی مدیر سهواً اقدام به عدم نظارت می‌نماید و گاهی عمداً عدم نظارت وی موجبات وقوع جرم را فراهم می‌نماید که هر دو مشمول این بند از ماده ۷۴۷ خواهد شد.

در بند (د) عنوان شده که تمام یا قسمتی از فعالیت های شخص حقوقی به ارتکاب جرم رایانه ای اختصاص یافته باشد. در تشریح این بند باید اظهار داشت که شخص حقوقی از قسمتی از فعالیت شخص حقوقی به ارتکاب جرم رایانه ای اختصاص یافته باشد.

در تشریح این بند باید اظهار داشت که شخص حقوقی از قسمتهای مختلف مانند اداری، اجرایی، تدارکات، برنامه ریزی و... تشکیل شده است و در هر یک از این قسمت‌های متناسب با هدف شخص حقوقی فعالیت مختص به آن صورت می‌گیرد و با توجه به اطلاق قانونگذار در مورد تمام یا قسمتی از فعالیت در هر یک از این قسمتها به شرط آنکه به نام شخص حقوقی و در راستای منافع آن صورت گیرد مشمول این ماده قرار خواهد گرفت. (محمدابراهیم شمس ناتری، ۱۳۹۵، ۱۴۳)

در تبصره (۲) این ماده عنوان شده است که مسئولیت کیفری شخص حقوقی مانع مجازات مرتکب نخواهد بود و این تبصره با ماده ۱۴۳ ا.ق.م.ا از فصل اول از بخش چهارم با عنوان شرایط و مواع

آورد. شرط تحقق جرم این است که جرم به نام شخص حقوقی و در راستای منافع آن ارتکاب یافته باشد یعنی دارای دو شرط است و هر دو شرط باید محقق شود تا جرم محرز گردد و اگر یکی از این دو شرط واقع و دیگری محقق نگردد شخص حقوقی فاقد مسئولیت کیفری خواهد بود، البته در ادامه تحقیق مجدداً به این مورد اشاره خواهد شد (جعفری، ۱۳۹۵، ۲۴).

در بند (الف) قانون گذار صراحتاً اعلام داشته که مدیر شخص حقوقی مرتکب جرم یارانه ای شود یا دستور ارتکاب جرم را صادر و جرم به وقوع بپیوندد، در این خصوص باید مدنظر داشت که دستورا ارتکاب جرم به نام شخص حقوقی و در راستای منافع آن صادر و حتماً باید جرم به وقوع بپیوندد چرا که اگر جرم واقع نشود ممکن است که اصلاً عمل مجرمانه نباشد یا در مرحله شروع به جرم قرار گیرد که در این مورد اخیر نیز شخص حقوقی مجازات خواهد شد در خصوص مدیر شخص حقوقی که دستور ارتکاب جرم می‌دهد را می توان به استناد ماده ۱۲۶ از فصل سوم قانون مجازات اسلامی تحت عنوان معاونت در ارتکاب جرم مجرم شناخت چراکه در بند الف این ماده اشاره شده است که هرکس دیگری را ترغیب، تهدید، متمیغ، تحریک به ارتکاب جرم کند یا با دسیسه یا فریب یا سوء استفاده از قدرت، موجب وقوع جرم گردد. دستور شخص حقوقی برای ارتکاب جرم می‌تواند از مصادیق سوء استفاده از قدرت بوده و دستور دهنده را معاون تلقی کرده و مطابق ماده ۱۲۷ نیز مجازات شود.

لازم است در اینجا اشاره ای به ماده ۱۵۹ ا.ق.م.ا شود که عده ای از حقوق دانان به اشتباه مدیر حقوقی دستور دهنده را با استناد به آن قابل مجازات می‌دانند اما مطالعه در ماده مذکور مشخص می‌شود که امر غیر قانونی مقام رسمی باید باعث وقوع جرم شود و ممکن است این امر غیر قانونی باشد ولی امریه جرم نباشد، پس در صورت امر به ارتکاب جرم و تحقق آن در فضای رایانه ای ماده ۷۴۷ و در غیر این صورت ماده ۱۵۹ اعمال خواهد شد.





در این دو بند قانونگذار به نوعی درجه بندی جرایم ارتكابی با توجه به نوع مجازات پرداخته است به این صورت که در بند (الف) اگر حداکثر مجازات حبس آن جرم تا پنج سال حبس باشد، یعنی جرایم ارتكابی از سوی شخص حقوقی درجه پنج باشد (باتوجه به ماده ۱۹ ق.م.ا.مصوب ۱۳۹۲) تعطیلی موقت از یک تا نه ماه و در صورت تکرار اینگونه جرائم مدت تعطیلی افزایش خواهد یافت.

در بند (ب) عنوان شده که حبس جرم بیش از پنج سال باشد، یعنی جرم ارتكابی می‌تواند حسب مورد دارای مجازات درجه ۴، ۳، ۲، ۱ باشد، چراکه حداقل مشخص شده ولی حداکثر آن تعیین نشده است و با توجه به افزایش میزان مجازات مدت تعطیلی شخص حقوقی نیز افزایش یافته و در صورت تکرار نیز منحل خواهد شد، به عبارت دیگر تکرار جرائمی که مجازات‌های آنها درجه ۴، ۳، ۲، ۱ باشد باعث انحلال شخص حقوقی خواهد شد، در این مورد می‌توان به ماده ۱۳۷ ق.م.ا. از فصل ششم مربوط به تکرار جرم مراجعه نموده که عنوان می‌دارد هرکس به موجب حکم قطعی به یکی از مجازات‌های تعزیری از درجه یک تا شش محکوم گردد و از تاریخ قطعیت حکم تا حصول اعاده حیثیت یا شمول مرور زمان اجرای مجازات مرتکب جرم تعزیری درجه یک تا شش دیگری گردد، به حداکثر مجازات تا یک ونیم برابر آن محکوم می‌گردد این ماده با توجه به سیاق عبارت آن ناظر به تکرار جرم توسط اشخاص حقیقی است ولی آنچه را که متوان در باره اشخاص حقوقی در این ماده استنباط کرد این است که تکرار جرم باید حسب مورد در هر دو حالت در محدوده مجازات‌های درجه ۱ تا ۴ باشد و در غیر این صورت انحلال شخص حقوقی در صورت تکرار جرم صورت نخواهد گرفت و همان تعطیلی موقت اجرا خواهد شد. مطلب دیگر ناظر به تبصره ماده ۱۷۴۸ است که شامل محرومیت از تأسیس یا نمایندگی یا تصمیم‌گیری یا نظارت بر شخص حقوقی تا سه سال است، نکته قابل ذکر در مورد این تبصره حاوی این نکته باشد که در بادی امر به نظر می‌رسد که این نوع

مسئولیت کیفری کاملاً تطابق داشته و اصل هماهنگی بین مواد قانونی رعایت شده است، البته لازم به ذکر است که ماده ۱۴۳ دارای ایراد نگارش بوده که در جای خود توضیح داده خواهد شد.

بصورت خلاصه می‌توان گفت در ماده ۷۴۷ قانون جرایم رایانه ای ۳ بند اول ناظر به مواردی است که مغز متفکر شخص حقوقی مرتکب جرم می‌شود (مدیر شخص حقوقی) و بند ۴ ناظر به مواردی است که خود شخص حقوقی از طریق فعالیت درگیر عمل مجرمانه است یا به عبارت دیگر به صورت سازمانی یا کارفرمایی مجرم تلقی می‌شود که بر آن مسئولیت سازمانی هم اطلاق می‌شود یعنی شخص حقوقی مجرم تلقی می‌شود. در پایان این بخش می‌توان این طور نتیجه گرفت که مبانی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، مسئولیت کیفری ناشی از فعل غیر است، چراکه در ابتدا عنوان شد که شخص حقوقی وجود حقیقی نداشته که همانند اشخاص حقیقی مرتکب عمل مجرمانه شود. در موارد ۷۴۸ و ۷۴۷ قانون جرائم رایانه ای مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی به رسمیت شناخته شده است و در بخش قبلی عنوان شده است که این مسئولیت ناشی از فعل غیر است.

در تفسیر ماده ۷۴۸ قانون جرائم رایانه ای باید گفت که قانونگذار در این ماده شرایط و اوضاع و احوال جایم ارتكابی، میزان درآمد و نتایج ارتكاب جرم را ملاک مجازات قرارداده است یعنی به گستره آسیب‌ها و خسارات و نتایج توجه نموده است بندهای این ماده اظهار می‌دارد:

الف) چنانچه حداکثر مجازات حبس آن جرم تا پنج سال باشد تعطیلی موقت شخص حقوقی از یک تا نه ماه و در صورت تکرار جرم تعطیلی موقت شخص حقوقی از یک تا پنج سال

ب) چنانچه حداکثر مجازات حبس آن جرم بیش از پنج سال حبس باشد تعطیلی موقت شخص حقوقی از یک تا سه سال و در صورت تکرار شخص حقوقی منحل خواهد شد.

هیچ‌گونه مسئولیتی نداشته اما به استناد تبصره ماده ۷۴۸ تا سه سال حق تأسیس یا نمایندگی یا تصمیم‌گیری یا نظارت بر شخص حقوقی را نخواهد داشت.

۵. شرکت رایانه ای به استناد بند ب، ماده ۷۴۸ به خاطر تکرار جرم منحل می‌گردد.

لازم به ذکر است که اشخاص حقوقی با توجه به مواد (۲۳ و ۲۵ ق.م.ا. مصوب ۱۳۹۲) فاقد مجازات تبعی و تکمیلی هستند و همه آنها ناظر به شخص حقیقی است. ماده ۲۵ ق.م.ا. مجازات‌های تبعی در همه جرایم را مطرح می‌کند ولی تبصره ماده ۷۴۷ قانون مجازات جرائم رایانه ای را مطرح می‌کند (محمدابراهیم شمس تاتری، تقریرات دوره دکتری، ۱۳۹۶).

## ۲/۱ تفسیر ماده ۱۴۳ ق.م.ا. در خصوص مسئولیت کیفری شخص حقوقی

مطابق این ماده در مسئولیت کیفری اصل بر مسئولیت شخص حقیقی است و شخص حقوقی در صورتی دارای مسئولیت کیفری است که نماینده قانونی شخص حقوقی به نام یا در راستای منافع آن مرتکب جرم شود. مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی مانع مسئولیت اشخاص حقیقی مرتکب جرم نیست. این ماده به نوعی بیان‌کننده ارتکاب جرم از سوی مغز متفکر که مدیر یا نماینده قانونی شخص حقوقی است می‌باشد. در این ماده اصل بر مسئولیت کیفری اشخاص حقیقی است و فقط در یک صورت شخص حقوقی دارای مسئولیت کیفری خواهد بود که جرم ارتكابی از سوی نماینده قانونی شخص حقوقی به نام یا در راستای منافع آن صورت گرفته باشد).

البته با کمی ملاحظه متوجه خواهیم شد که سیاق ماده دارای ایراد می‌باشد، برای پی بردن به ایراد به مثال زیر توجه کنید:

آقای (الف) مدیر شرکت صنعتی قطعات ذوب فلز می‌باشد و آقای (ب) که برادر آقای (الف) می‌باشد در کار فروش این نوع قطعات در بازار آزاد است

مجازات تبعی محسوب گردد ولی با اندکی ملاحظه متوجه می‌شویم که مجازات‌های تبعی معین هستند ولی تبصره ماده ۷۴۸ غیر معین بوده، پس مجازات مستقل و به عبارت دیگر مجازات اصلی است، مجازات تبعی مجازاتی است که در پی ارتکاب جرم قانونگذار فرض می‌کند که با ارتکاب این جرم حیثیت اجتماع را از دست داده است و زمانی حیثیت باز می‌گردد که چند سال پس از ارتکاب جرم در جامعه دیگر مرتکب جرم نشده و بعد از سپری شدن این مدت اعاده حیثیت صورت می‌گیرد به همین خاطر است که در حکم قاضی قید نمی‌گردد و مرتکب (محکوم علیه) خود به خود باید این نوع مجازات را متحمل شود. مجازات تبصره ۷۴۸ مجازات تکمیلی هم نبوده چراکه در صورت تشخیص قاضی باید در حکم قید شده همین امر موجب می‌شود که تکمیل هم نباشد.

مثال برای ماده ۷۴۸:

آقای (الف) رئیس مرکز رایانه ای بوده که در حال همکاری با وزارت اطلاعات است به آقای (ب) که کارمند خود است دستور می‌دهد با ورود به سایت محرمانه وزارت اطلاعات، اطلاعات سری آن را به دست آورد و به مؤسسه صهیونیستی بفروشد، پس از دستگیری و محاکمه مجدداً آقای (ب) در غیاب آقای (الف) وارد همان سایت شده و اطلاعات محرمانه وزارت اطلاعات را به مؤسسه فرانسوی می‌فروشد مسئولیت هر یک از این اشخاص و شخص حقوقی را مستنداً ذکر موارد قانونی ذکر کنید؟

۱. آقای (ب) به استناد ماده ۷۳۱ بند ۵ سال حبس تعزیری درجه ۳

۲. رئیس مرکز آقای (الف) از باب معاونت در ارتکاب جرم به استناد ماده ۱۲۶ بند الف، به حبس تعزیری درجه ۵ (۲ سال و ۶ ماه)

۳. شرکت رایانه ای: بند ب، ماده ۷۴۸ جرایم رایانه ای یکسال تعطیلی موقت

۴. آقای (ب) به علت تکرار جرم به استناد ماده ۱۳۷ به ۱۵ سال و سه ماه حبس در این خصوص مدیر



که یک امر موضوعی است و نماینده می‌تواند یک فرد یا گروهی از آنها باشد و حتی شاید اگر در این گروه صلاحیت‌دار حداقل افراد گروه، مخالف تصمیم اکثریت باشند و برابر همین تصمیم جرمی به نام یا در راستای مصلحت شخص حقوقی انجام گیرد، حداقل نیز در جایگاه شخص حقوقی انجام گیرد، حداقل نیز در جایگاه شخص حقیقی دارای مسئولیت کیفری هستند. و دیگر اشخاص حقیقی که فاقد سمت نمایندگی قانونی هستند اما با تصمیم نمایندگان قانونی جرمی انجام می‌دهند، در قالب نهادهای امر و مأمور و معاون و مباشر مسئولیت آن قابل بررسی است.

پرسشی که ممکن است در اینجا رخ دهد این که اگر شخص حقوقی از سوی نماینده ای که فاقد سمت قانونی است اداره شود و به نام یا در جهت مصالح شخص حقوقی جرم انجام دهد، آیا شخص حقوقی مسئولیت خواهد داشت یا خیر؟ (حسین آقایی نیا، ۱۳۹۳، ۷۲)

فرض شود شرکت سهامی عام به جای این که برابر ماده ۱۰۷ ق.ت.م.صوب ۱۳۴۷ دارای پنج عضو باشد، چهار عضو داشته و این ها هم به نام یا در راستای منافع شرکت جرمی مرتکب شوند، آیا شرکت نباید پاسخ‌گوی آن باشد؟

ماده ۱۴۳ ق.م.ا. فقط به نماینده قانونی شخص حقوقی اشاره کرده است. آیا اگر بر این باور باشیم که چون نص اجرایی است و قابل تفسیر گسترده نمی‌باشد و باید به متن وفادار ماند، پوششی برای تقلب نسبت به قانون فراهم نشده است؟ (غلامحسین الهام، ۱۳۹۳، ۶).

در این فرض نفع منصور را شخص حقوقی خواهد برد و کیفر شخص حقیقی نمی‌تواند در بسیاری از مواقع کافی به مقصود باشد و اصولاً فلسفه ی پذیرش مسئولیت کیفری شخص حقوقی متزلزل خواهد شد. دیوان عالی فرانسه در دادنامه مورخ ۱۷ دسامبر ۲۰۰۳ در اینباره چنین مقرر نموده است فردی که بدون داشتن سمت قانونی

آقای (الف) به نام شرکت صنعتی قطعات ذوب تعداد زیادی از این قطعات را با تعرفه معاف از مالیات وارد می‌کند و تحویل برادر خود (ب) داده تا آن را در بازار به قیمت آزاد بفروشد پس از این رویه سود سرشاری نصیب آقای (الف) و (ب) می‌گردد. پس از دستگیری و اعتراف هردو مجرم به عمل مجرمانه مطابق ماده ۱۴۳ اباید شرکت قطعات ذوب فلزات باید موقت تعطیل گردد چرا که به نام این شرکت قطعات وارد و در بازار به قیمت آزاد به فروش رفته است و این در حالی است که هیچ منفعتی برای شرکت مذکور که از نام آن استفاده شده است حاصل نشده است به عبارت دیگر این جرم به نام شرکت و نه در راستای منافع آن صورت گرفته است و این امر با اسلوب عدالت سازگاری نداشته و راه را برای سوء استفاده افراد خاص و ایراد ضرر به سایر اشخاص که هیچ دخالتی در وقوع جرم نداشته‌اند را باز می‌گذارد پس برای برطرف شدن این ایراد پیشنهاد می‌گردد که حرف ((یا)) تبدیل به ((و)) گردد یعنی این که جرم ارتكابی به نام و در راستای منافع هردو صورت پذیرد. این شیوه هم با اصول عدالت سازگار است و هم از سوء استفاده افراد خاص از نام شرکت‌ها (اشخاص حقوقی) جلوگیری می‌نماید. البته به جا است اشاره ای به ماده ۱۹ قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸ نمود که فاقد ایراد عنوان شده در ماده ۱۴۳ می‌باشد. لازم به ذکر است مسئولیت کیفری برای شخص حقوقی در این ماده این است که مرتکب جرم نماینده قانونی شخص حقوقی باشد یعنی دارای این سمت این سمت از سوی شخص حقوقی باشد پس اگر افرادی مانند کارگران یا کارمندان یا هریک از اعضای مشخص حقوقی که فاقد سمت نمایندگی قانونی هستند حتی در راستای منافع و به نام شخص حقوقی مرتکب جرم شوند نمی‌توان مسئولیتی برای شخص حقوقی قائل شد.

تشخیص فرد ذی صلاح هم با توجه به قانون، اساسنامه، عرف، مصوبات هیئت مدیره، مؤسسين، مجمع عمومی و فوق العاده با قاضی است

ممنوعیت از فعالیت شغلی، اجتماعی، دعوت عمومی برای افزایش سرمایه و صدور برخی از اسناد تجاری قابل اعمال برای اشخاص حقیقی است.

در مورد بند(ج) پرداخت جزای نقدی در صورت محکومیت شخص حقوقی باز باید از سوی رئیس یا نماینده قانونی شخص حقوقی صورت پذیرد که البته این کار به نام شخص حقوقی صورت خواهد گرفت، نکته قابل ذکر این است که شخص حقیقی در صورت عدم پرداخت جزای نقدی جهت اجرای مجازات حبس می‌گردد ولی این امر قابل اعمال بر شخص حقوقی نخواهد بود و بجا بود که قانونگذار این مورد را پیش بینی و راه حل آن را در قانون ذکر می‌کرد. به طور مثال: در صورت استتکاف شخص حقوقی از پرداخت جزای نقدی اقدام به توقیف اموال یا تعطیلی موقت در راستای اجبار وی به پرداخت جزای نقدی نموده باشد.

در خصوص تبصره این ماده عنوان شده است که مجازاتهای موضوع این ماده در مورد اشخاص حقوقی دولتی و یا عمومی غیر دولتی در مواردی که اعمال حاکمیت می‌کنند اعمال نمی‌شود.

در این تبصره منظور از مؤسسه دولتی بر اساس ماده ۲ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶ شامل واحد سازمانی مشخصی است که به موجب قانون ایجاد شده یا می‌شود و با داشتن استقلال حقوقی، بخشی از وظایف و اموری را که به عهده یکی از قوای سه گانه و سایر مراجع قانونی است انجام می‌دهد. کلیه سازمان‌هایی که در قانون اساسی از آنها نام برده شده است در حکم مؤسسه دولتی شناخته می‌شود.

نهادهای عمومی غیر دولتی: واحد سازمانی مشخصی است که دارای استقلال حقوقی است و با تصویب مجلس شورای اسلامی ایجاد شده یا می‌شود و بیش از ۵۰٪ بودجه سالانه آن از محل منابع غیر دولتی تأمین می‌گردد و عهده دار وظایف و خدماتی است که جنبه عمومی دارد.

شرکتی را اداره می‌کند و در روابط آن با شرکت دیگری به عنوان نماینده اقدام می‌کند برای شرکت یاد شده مسئولیت ایجاد می‌کند. (حمیدروح الامینی، ۱۳۹۴، ۱۴۳).

## ۲،۲ بررسی ماده ۲۰ ق.م.ا

این ماده مجازات‌های قابل اعمال بر اشخاص حقوقی را بیان می‌دارد و باید دقت نمود که در مورد اشخاص حقوقی حد اکثر دو مورد از این مجازات‌ها قابل اعمال است.

نخستین شروط برای تحقق ماده (۲۰) جرم ارتكابی باید به نام یا در راستای منافع شخص حقوقی صورت پذیرد. قانون گذار در این ماده به وسعت و شدت و نتایج جرم ارتكابی توجه نموده و محکوم نمودن شخص حقوقی را منوط به آن نموده است.

بند (الف) که اشاره به انحلال شخص حقوقی دارد یعنی از بین بردن شخص حقوقی به نحوی که دیگر وجود نداشته که ادامه فعالیت بدهد این مجازات فقط قابل اجرا بر شخص حقوقی است و مشمول اشخاص حقیقی نخواهد شد و معادل آن برای اشخاص حقیقی مجازات‌هایی نظیر اعدام و قصاص است.

بند(ب) اشاره به مصادره کل اموال دارد: مصادر یعنی خارج کردن اموال از تحت مالکیت مالک به نحوی که نمی‌تواند هیچ دخل و تصرفی در آن اموال داشته باشد. به نظر می‌رسد منظور از مصادره اموال، اموالی است که متعلق به شخص حقوقی بوده و در اثر ارتكاب جرم به دست نیامده باشد چراکه در خصوص اموال ناشی از ارتكاب جرم مطابق ماده ۲۱۵ ق.م.ا اقدام می‌شود (سیدمنصور میرسعیدی، ۱۳۹۳، ۶۷).

این جرم در خصوص اشخاص حقیقی هم قابل اعمال خواهد بود. بندهای (پ)، (ت)، (ث) هم قابلیت اجرا بر اشخاص حقوقی و حقیقی را هم دارد، چراکه



تا ۸ میلیون تومان است مطابق ماده ۲۱ اگر شخص حقوقی مرتکب این جرم شود نمی‌توان به طور واضح گفت شخص حقوقی به چه مقدار جزای نقدی محکوم خواهد شد چرا که اگر قانونگذار عنوان داشته حداقل دوبرابر و حداکثر چهار برابر مبلغ در حالی که مبلغ جزای نقدی میان یک حداقل و یک حداکثر است و اینکه منظور قانونگذار ۲ برابر حداقل است یا حداکثر و یا چهار برابر حداقل یا حداکثر، قانونگذار فقط دو برابر و چهار برابر را میان حداقل و حداکثر قرار داده است درحالی‌که اگر بخواهیم حالات مختلف را در نظر بگیریم تقریباً ۸ حالت به وجود می‌آید مانند: دوبرابر حداقل تا دو برابر حداکثر- دوبرابر حداقل تا چهار برابر حداقل - چهار برابر حداقل تا چهار برابر حداکثر و... خوب بود که قانونگذار با تعیین این موارد راه را برای تفسیرهای منفرد می‌بست. مطلب دیگر در مورد این ماده لازم به ذکر است که قانونگذار مجازات ارتكابی توسط شخص حقوقی را با اهمیت‌تر از شخص حقیقی دانسته چراکه مجازات آن را تشدید کرده است. شخص حقوقی مجموعه ثبت شده از افراد، اشیاء است و ارتكاب جرم راحت‌تر و با دقت بیشتری اثرات فراوان تر صورت می‌گیرد (حسین آقایی نیا، ۱۳۹۳، ۹۴)

## ۲،۴ بررسی ماده ۲۲ ق.م.ا

انحلال شخص حقوقی و مصادره اموال آن زمانی اعمال می‌شود که برای ارتكاب جرم به وجود آمده یا با انحراف از هدف مشروع نخستین، فعالیت خود را منحصراً در جهت ارتكاب جرم تغییر داده باشد.

در این ماده فقط به دو مجازات انحلال و مصادره اموال اشاره شده است پس مشمول سایر مجازات نخواهد شد. درخصوص این ماده می‌توان گفت که مؤسسه باید برای ارتكاب جرم به وجود آمده باشد یا با هدف مشروع ایجاد شده ولی در ادامه فعالیت از هدف مشروع خود منحرف شده و منحصراً دست به ارتكاب به جرم بزند به صورت مثال می‌توان بیان نمود که یک مؤسسه مالی با جذب سرمایه های مردم اقدام به تجارت و اعطای وام می نماید ولی در

اعمال حاکمیتی: آن دسته از اموری است که تحقق آن موجب اقتدار و حاکمیت کشور است و منافع آن بدون محدودیت شامل همه اقشار جامعه گردیده و بهره مندی از این نوع خدمات موجب محدودیت برای استفاده از دیگران نمی‌شود و صرفاً در انحصار قدرت عمومی است. ۳

اعمال تصدی: به اعمالی گفته می‌شود که سه قوه مانند دیگرکسان عمل می‌کنند مانند اعمال بازرگانی ولی اعمال حاکمیت فقط در انحصار قدرت عمومی است مانند اعمال قضائی، برقراری روابط سیاسی با دیگر کشورها و داشتن نیروی مسلح (حمید ابوالحمد، ۱۳۸۳، ۵۱)

نکته قابل ذکر در مورد دولت این است که نمی‌توان برای دولت مسئولیت کیفری در نظر گرفت چرا؟

چون در حقوق داخلی پذیرش مسئولیت کیفری برای دولت به معنای مجرم بودن دولت است یعنی کل حاکمیت زیر سؤال است و باعث عدم مشروعیت حاکمیت می‌شود و با مجازات دولت اقتدار دولت مخدوش می‌شود. درخصوص مجازات‌های قابل اعمال در مواردی که مسئولیت کیفری متوجه دولت می‌شود فقط جزای نقدی و ممنوعیت از چند نوع فعالیت قابل اعمال است البته در مورد اعمال جزای نقدی خود دولت جریمه را پرداخت و وصول می‌کند به عبارت دیگر از یک جیب به جیب دیگر است که این در مورد اعمال حاکمیت تصدی قابلیت اجرا ندارد. (محمدابراهیم شمس ناتری، ۱۳۹۵، ۱۶۱)

## ۲،۳ بررسی ماده ۲۱

این ماده اظهار می‌دارد: میزان جزای نقدی قابل اعمال بر اشخاص حقوقی حداقل دوبرابر و حداکثر چهار برابر مبلغی است که در قانون برای ارتكاب همان جرم به وسیله اشخاص حقیقی تعیین می‌شود. به طور مثال اگر شخص حقیقی مرتکب جرمی شود که دارای مجازات درجه شش باشد جزای نقدی قابل اعمال برای شخص حقیقی از دومیلیون تومان

بندهای، الف، ب، پ، ماده ۱۲۷ مجازات معاون به ترتیب حبس تعزیری درجه دو یا سه و حبس تعزیری درجه ۵ و ۶ و سی و یک تا ۷۴ ضربه شلاق تعزیری درجه شش در نظر گرفته شده است و هیچیک از این مجازات‌ها قابلیت اجرا بر روی شخص حقوقی که یک وجود اعتباری و غیر عینی است ندارد. (برای دیدن نظر مخالف رجوع شود به تقریرات دکتر شمس ناتری دانشگاه تهران)

مطابق ماده ۱۲۲ هرکس قصد ارتکاب جرمی کرده و شروع به اجرا آن نماید لکن به واسطه عامل خارج از اراده او قصدش معلق بماند، به شرح زیر مجازات می‌شود:

همانطور که می‌دانیم شخص حقوقی فاقد عنصر روانی است چراکه مسئولیت یا کمانه ای (سازمانی) است یا مغز متفکر در حالت اول عنصر روانی وجود ندارد که مصداق آن ماده ۱۴۳ ق.م.ا است که مسئولیت کیفری را بصورت مطلق پیش‌بینی شده است و در خصوص حالت دوم عنصر روانی در شخص حقیقی وجود دارد و میتوان مطابق تبصره ماده ۱۴۱ ا بر احراز رابطه سببیت شخص حقوقی را مسئول دانست و مطابق ماده ۲۰ مجازات تعزیری بر آن اعمال کرد.

همچنین مجازات‌های بند الف) و ب) ماده ۱۲۲ قابلیت اجرا بر شخص حقوقی را ندارد و بجاست که در این خصوص بررسی مجدد توسط قانونگذار صورت پذیرد، البته در این راستا می‌توان یک پیشنهاد را اعلام کرد به این صورت که اگر به جای حبس تعزیری درجه ۴ یا ۵ مجازات تعزیری درجه ۴ یا ۵ اعمال گردد آن موقع مجازات در این دو درجه وجود خواهد داشت که قابلیت اجرا بر شخص حقوقی را خواهد داشت.

## ۴ مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در شورای اروپا

بازجویان و دادستان‌های ضد فساد باید توجه داشته باشند که رعایت استانداردهای بین‌المللی نیازمند

ادامه با جلب اعتماد بیشتر مردم از آنها پول بیشتری گرفته و سپس اقدام به تصاحب اموال می‌نماید و یا همان ابتدا اقدام به تصاحب اموال می‌نماید. البته لازم به ذکر است که شخص حقوقی صرفاً باید مرتکب اعمال مجرمانه شود یعنی اگر در کنار عمل مجرمانه اگر به وظیفه‌های دیگر قانونی عمل کند مشمول این ماده نخواهد بود چراکه شخص حقوقی باید منحصرأدرجهت ارتکاب جرم فعالیت کند، البته این امر سیاست نادرستی می‌باشد چراکه باعث می‌شود بسیاری از روسای شخص حقوقی فرصت لازم را پیدا کرده تا در کنار اعمال مشروع بعضاً اعمال غیر قانونی مرتکب شده و از مجازات انحلال و مصادره اموال در امان باشند.

## ۳ معاونت شروع به جرم توسط اشخاص حقوقی

در ابتدا باید توجه داشت که عنصر مادی ارتكابی از سوی شخص حقوقی همیشه به صورت تسبیب خواهد بود یعنی شخص حقوقی به صورت مستقیم و به مباشرت نمی‌تواند مرتکب جرم شود ولی اگر جرمی را که توسط شخص حقیقی احراز کردیم که در راستای منافع شخص حقوقی یا به نام آن ارتکاب یافته باشد می‌توان شخص حقیقی را مسئول دانست به این صورت که شخص حقیقی را بر حسب نوع جرم ارتكابی و انطباق آن با قانون مجازات کرده یا اگر به دستور رئیس شخص حقوقی جرمی واقع شود رئیس به مجازات معاون جرم طبق ماده ۱۲۶ ق.م.ا محکوم خواهد شد و با توجه به این محکومیت براساس ماده ۲۰ شخص حقوقی نیز مجازات می‌شود.

در خصوص معاونت و شروع به جرم توسط شخص حقوقی چون شخص حقوقی از طریق تسبیب مرتکب جرم می‌شود به طریق اولی نمی‌تواند معاون جرم یا شروع کننده به جرم قرار بگیرد، همچنین لازم به ذکر است با توجه به انشاء ماده ۱۲۷ نمی‌توان برای معاونت شخص حقوقی مجازات تعقیب در نظر گرفت چراکه در



حقوقی همچنین شامل شخص حقیقی، معاون جرم یا تحریک کننده.

۲- جدای از مواردی که هم‌اکنون در پاراگراف اول اشاره شده است هر طرف باید معیارهای لازم و ضروری تعقیب را دارا باشند تا اشخاص حقوقی بتوانند مسئولیت داشته باشند جاییکه فقدان نظارت و کنترل از شخص حقیقی باشد ارجاع داده می‌شود به پاراگراف اول که امکان جرایم جنایی را در پاراگراف اول یادآوری می‌کند که توسط شخص حقیقی صاحب اختیار به سود شخص حقوقی ارتکاب یافته است.

۳- مسئولیت شخص حقوقی به موجب پاراگراف اول و دوم نباید در رسیدگی کیفری استثناء شود بر خلاف اشخاص حقیقی کسانی که مرتکبان فتنه انگیزی یا معاونین جرایم جنایی ذکر شده در پاراگراف اول بوده‌اند.

ماده ۲۶ از قانون شورای اروپا یک استثناء را از دستور العمل بین المللی در نظر گرفته که سعی ندارد دولت‌های طرف قانون شورای اروپا تغییر اساسی در قانون خود ایجاد کنند اما نسبتاً که آنها براساس عملی برابر با توجه به قانون داخلی موجود مسئولیت برای فساد ایجاد نمایند. هرچند اصل عمل برابر فقط جایی کارایی دارد که دولت‌ها از قبل مسئولیت اداری یا مدنی، کیفری برای اشخاص حقوقی در نظر گرفته باشند.

جالب توجه است بعضی کشورها (ژاپن، جمهوری کره) مسئولیت شخص حقوقی را در رابطه با ارتشای شخص حقوقی خارجی به رسمیت شناخته اند در حالی که در مورد اشخاص حقوقی داخلی چنین مسئولیتی را قبول نکرده‌اند.

برای کشورهایی که مسئولیت شخص حقوقی را به رسمت شناخته اند یا جایی که قوانین اشاره به مسئولیت حقوقی کرده‌اند اما خصوصیت و یا ویژگی آن واضح و مشخص نیست شورای اروپا سه نوع (فرم) مسئولیت معرفی کرده است:

این است که دولت‌ها برای اشخاص حقوقی مسئولیت ایجاد کنند. برای رشوه خواری و ضمانت-های اداری یا مدنی، کیفری کافی و متناسب برای تمامیت این اشخاص محتمل کنند. دستورالعمل-هایی را برای زیر میزی فراهم نمایند.

## ۵ مسئولیت اشخاص حقوقی

موضوع مسئولیت اشخاص حقوقی حیاتی است و گاهی اوقات پیچیده. در کلیه حوزه های قضایی حقوق کیفری شامل پاسخ اجتماع و دولت به اقدامات افراد است. در جهان مدرن و در ارتباط با موارد فساد هرچند اکثریت غالب اشخاص حقوقی فراوانند که سود آنها از فعالیت‌های مفسدانه به دست می‌آیند. راهکارهای ضد فساد موفقیت آمیز نبوده است مگر این که برای مسئولیت اشخاص حقوقی اقدام تشدید آمیاده گردد (Bucy, P.H.75, 1990).

ماده ۱ به کار گیری شروط : اشخاص حقوقی باید در تمامی مقررات وضع حقوقی که تحت قانون ملی قابلیت اجرا دارد در نظر گرفته شوند، به استثناء دولت‌ها، یا مجموعه عمومی دیگر که در راستای اعمال حاکمیت دولت هستند و سازمان‌های بین المللی عمومی.

ماده ۱۸ مسئولیت شرکت‌ها : طرفین باید چنین قانونگذاری و معیارهای دیگر را که ضروری برای تحت تعقیب قراردادن اشخاص حقوقی است را مورد پذیرش قرار دهند. اشخاص حقوقی برای جرایم کیفری انجام ارتشاء، تجارت تحت نفوذ، پولشویی، مطابق با مقررات وضع شده کنوانسیون مسئول هستند چراکه برای منفعتشان به وسیله اشخاص حقیقی بصورت فردی مرتکب جرم شده اند یا بخشی از یک عضو یا اجزاء که موقعیت شخص حقوقی را رهبری می‌کند بر این اساس (58,2012 Elizabeth Burns) :

۱- نماینده تام‌الاختیار شخص حقوقی یا مقام تصمیم‌گیر به نیابت از شخص حقوقی، یا یک مقام اجرایی شخص حقوقی کنترل در درون اشخاص

۱۹۷۸) شامل نه فقط اشخاص حقیقی بلکه همچنین مجموعه ای از افراد شرکتی و غیر شرکتی می‌شود.

یک مجموعه غیر شرکتی همچون تراست می‌تواند باقی بماند و توانایی ارتکاب جرم کیفری را در انگلستان داشته اما تعقیب چنین مجموعه ای خصوصاً دشوار است. در اصل باید اثبات شود هر شخص که طرف جرم است یا عضو مجموعه غیر شرکتی به خاطر جرم کیفری مجرم است.

اهمیت زیاد بخش حاضر در موقعیت با شرکت‌ها است. انگلستان به سختی با آن روبرو شده است و حقوق عرفی به صورت عمومی، به سختی اعمال جنایی (کیفری) را در حقوق عرفی به شخص حقوقی نسبت می‌دهد. مفهوم مسئولیت کیفری بر شرکت‌ها در قرن نوزدهم رشد یافت، البته به صورت صادقانه بستگی به شناسایی فردی دارد که در حقیقت شرکت را اداره میکند. متأسفانه با وجود تشریحات و توضیحات اضافی در انتهای قرن نوزدهم پرسش‌هایی تا کنون بی جواب مانده است. در انگلستان یک جرم شامل عنصر معنوی مثل قصد می‌باشد. یافتن مسئولیت کیفری در ارتباط با شخص حقوقی بستگی به تشخیص شخص در شرکت با داشتن سطحی متناسب از اختیارات است. کسی که بتوان گفت حالت ذهنی شرکت را در تصرف دارد. به عبارت دیگر هدایت کننده و کنترل کننده ذهن می‌باشد (Parisi, N., 6, 1984).

در معیار سنتی کسی که کنترل ذهن را انجام می‌دهد تحت عنوان «نظریه شناسایی» نامیده می‌شود (Orland, L. And (Cachera, C., 11, 1995).

کاری که متصدیان خاص براساس آن در محدوده شرکت انجام می‌دهند نمایان و ظاهر می‌شود. زمانی که اقدامات صورت گرفته در حوزه شغلی شان باشد، افعال و حالات ذهنی چنین متصدی شرکت در زمره افعال شرکت شمرده می‌شود. ضمناً بنا بر این براساس نیاز است اساسنامه شرکت، یادداشت‌های و تذکاراتی، اصول پیوسته، اقدامات مدیران، در

۱ - قول دادن، پیشنهاد یا دریافت رشوه توسط شرکت.

۲ - هدایت یا تصدیق توسط شرکت اصلی در رشوه، پرداخت رشوه به وسیله شرکت فرعی داخلی.

۳ - هدایت یا تایید رشوه بوسیله شرکت که پرداخت شده توسط شرکت فرعی خارجی باشد. این قصد، در عوض نیازمند در نظر گرفتن مسئولیت است، اگر هر شرکت اصلی برای فعالیت‌های فرعی و آزمایشی مرتبط مستقر شده باشد.

## ۵/۱ مسئولیت کیفری

روش جرم انگاری به دو عامل مهم بستگی خواهد داشت :

۱ - نوع سیستم حقوقی که شامل (صلاحیت‌های قضایی حقوق عرفی که روش‌های مختلفی را به کشورهای با حقوق رومی یا بازخورد مجموعه ناپلئونی) است.

۲ - اساس صلاحیت ادعاشده در ارتباط با جرایم ارتشای خودمان.

۳ - مهم است برای شاغلان که فهم اساسی از راه‌هایی که دولت‌ها مخاطب مسئولیت کیفری قرار می‌گیرند داشته باشند به خاطر فساد و موارد ارتشاء بطور تغییر ناپذیری شامل نیازهای کمک دوطرفه حقوقی خواهد بود. (عمومی و احیای ماترک، استرداد مجرم و جریان قضاوت)

## ۵/۲ روش حقوقی عرفی نسبت به

### مسئولیت شخص حقوقی

در این مورد روی حقوق عرفی انگلستان و رمانی متمرکز خواهیم شد:

الف : انگلستان: قانون ارتشاء مصوب ۲۰۱۰) در جرایم ارتشاء آورده شده در رابطه با استانداردهای بین المللی و به منظور هماهنگی با کنوانسیون ضد رشوه OECD تصویب شد. به صورت صریح مسئولیتی برای اشخاص حقوقی ذکر نمی‌کند. کلمه «شخص» در تفسیر قانونگذاری (تفسیر قانون





ملاقات‌های عمومی و غیره و تاحدی سایر نمایندگی-ها در نظر گرفته شود.

هرچند بیشترین نسبت معیار اخیر و شاید بیشتر همانندی را با واقعیات زندگی شرکت‌ها دارد، به طور مثال در مورد شورای سلطنتی (مدیریت بودجه های جهانی مریدان محدوده آسیا) و کمیسیون‌های امنیتی ۱۹۹۸، 500 AC. اعتقاد بر این است که معیار، وابسته به قصد موقت ایجاد شده در رابطه با جرم است که جستجو برای هدایت ذهن به سادگی صورت می‌گیرد. معیار گسترده تری برای جستجوی تشخیص قصد ارتکاب جرم قابل تصور است. (Spalding Jr, A.D. and) Morrison, M.A., 43, 2006 اما پرونده مریدان در ارتباط آشکار با حقوق امنیتی بوده (جرایم منظم) نه جرم به مفهوم سنتی. هرکدام از دو معیار بالا ترجیح داده شود موضوع سنتی حقوق عرفی اجازه ایجاد قصد شرکت به وسیله تجمعی از حالات ذهنی بیش از یک شخص را در محدوده شرکت اجازه نمی‌دهد. در معیار مریدان یک فرد که در شرکت می‌باشد باید دارای عنصر روانی باشد. در اصل مسئولیت کیفری شخص حقوقی بستگی به فراهم شدن توانایی فعل و ترک فعل و عنصر روانی مورد نیاز در یک شخص واحد در محدوده شرکت دارد. اگرچه محکومیت کیفری که مخصوص افراد است ضروری نیست.

روش حقوقی عرفی سنتی در خلق مسئولیت برای دیگری در ارتباط با اجرای قانون ضد رشوه و فساد سخت و دشوار است. در کلیه موارد فرعی خارجی انگلستان تصدیق شده که شرکت مادر که رشوه پرداخت می‌کند، شرکت مادر قصد دارد، البته فقط مسئول است البته اگر بتوان نشان داد که پرداخت رشوه را تنفیذ و هدایت کرده است. از این گذشته اصل نسبت دادن در چنین هدایت‌ها یا خودکامگی که از طریق کنترل یا هدایت ذهن انجام شده و باید به اثبات برسد مورد بحث است (Catargiu, M., 26, 2013).

علاوه بر مسئولیت کیفری موجودات حقوقی انگلستان قدم جدیدی برداشته و آن مسئول شناختن سازمان‌های تجاری است

به موجب قانون ارتشاء مصوب ۲۰۱۰ نقطه ضعف جلوگیری از رشوه بود. دادن معیار جدید برای مبارزه با فساد کافی است و مسئول شناختن شرکت‌ها یکی دیگر از حالت‌هایی است که ممکن است قبول در نظر گرفته شود.

جرم قصور در جلوگیری از رشوه به موجب بخش هفت قانون تعیین شده و ایجاد مسئولیت کیفری مطلق جرم «قصور در جلوگیری از ارتشاء» حتی اگر قصد فساد یا ارتشاء وجود نداشته باشد. این برای شرکت‌ها طراحی شده است چه بزرگ و چه کوچک، مقصر مرتکب ارتشاء شده از سوی آنها یا به وسیله هدایت‌گران آنها، مدیران ارشد یا هر شخص دیگری که در موقعیت اجرا یا در یافت رشوه در مبادله برای منفعت شغلی. فقط تنها دفاع شرکت این است که نشان دهد رویه مناسب برای جلوگیری از ارتشاء و فساد را در پیش گرفته است. جرم قلمرو وسیعی دارد که شامل سازمان‌های تجاری انگلستان (ضمیمه شده یا جانشین شراکت در انگلستان اجرای مشاغل در انگلستان یا هر جای دیگر) یا دیگر مجموعه شرکت/شراکت (هرجاکه ضمیمه شده) که مشاغل انجام شود یا بخشی از مشاغل در هر بخشی از انگلستان. شرکت مسئول خواهد بود جائیکه شخصی در ارتباط با سازمان یافت شود که به شخص دیگری رشوه داده با قصد به دست آوردن یا حفظ شغل یا بدست آوردن سود در اداره شغل. چنین اشخاصی در ارتباط با سازمان می‌توانند شامل کارمندان، نمایندگان، پیمانکاران دسته دوم و ترتیب دهندگان سرمایه گذاری مشترک (میان دیگران) باشند. ارتشاء در هرجایی از دنیا می‌تواند اتفاق بیافتد. جرم دور نمای شرکت را تغییر می‌دهد، و مناظره سنگینی در انگلستان تا قبل از ورود قانون درجه یکم جولای ۲۰۱۱ ایجاد کرد. پیرو مشورت با بخش بازرگانی، سازمان‌های جامعه مدنی و دیگر سهامداران مرتبط، دولت رهنمودهایی جهت

مدیران ارشد مجموعه شرکت بوده رضایت و تباری در ماهیت جرم ارتشاء که توسط شخص حقوقی ارتکاب می‌یابد برداشته باشند. به موجب اصول رایج مسئولیت، مسئول خواهد بود. چون کسی را که از طریق فعل یا ترک فعل مرتکب ماهیت جرم شده است را یاری کرده است.

نمونه پرونده خود گزارشی انگلستان : در سال ۲۰۰۹ پرونده می بی و جانسون، شرکت فوق اولین شرکتی بود که به خاطر ارتکاب به ارتشاء تحت تعقیب قرار گرفت، اتهامات ارتکابی شامل : نقض قراردادهای و همچنین نقض ضمانت اجراهای سازمان ملل در خصوص منع تجارت با دولت عراق بود. در سال ۲۰۰۸ پیرو خود گزارشی به اداره تخلفات شدید(جدی) شرکت قبول کرد اعمال ارتشایی را در شماری از حوزه های قضایی به نامهای آنگولا، بنگلادش، غنا، جامائیکا؛ ماداگاسکار، موزامبیک.

در مذاکره با اداره تخلفات شدید کمپانی موافقت کرد با مجرم شناخته شدن پیرامون جرایم ارتکابی در غنا و جامائیکا و نقض ضمانت اجرای سازمان ملل و توافق به اصطلاح منوط به مجازاتهای نقدی و رژیم کنترل مستقل گزارش به دفتر تخلفات شدید. دادگاه مجازاتهای نقدی و م جبران خسارت سایر هزینه ها را به شرکت تحمیل کرد. همچنین دستور باز سازی و پرداخت توسط شرکت به سازمان ملل و دولت‌های غنا و جامائیکا صادر شد و در مجموع مقدار تقریبی مجازات نقدی ۶ میلیون دلار شد.

ب : رمانی : رمانی در تعارض با انگلستان از قبل قانونگذار قدم‌های رو به جلوتر از عرف « نظریه تشخیص» برداشته است. این اقدامات سابقاً مشروط به بعضی از محدودیت‌هایی توصیف شده که در بالا ذکر شده است.

دادگاه عالی رمانی در پرونده درک دوک (شرکت) و کوئین (۱۹۸۵) SCR 662، به طور مشخص بر اساس «ذهن هدایت کننده» یا «شرکت خود آگاه» مسئولیت را به شرکت نسبت داد. دادگاه در آن پرونده قید کرد که «ذهن هدایت کننده» می‌تواند

عملکرد بهتر ارائه کرد که چگونه منتهی به رویه مناسب گردد.

رهنمودها در ۶ اصل مهم مینا قرارگرفت:

۱ - تناسب رویه‌ها. (در ارتباط با ماهیت و اندازه و پیچیدگی فعالیت‌ها)

۲ - تعهد افراد عالی رتبه. (جهت جلوگیری از ارتشاء و پرورش فرهنگ غیر قابل تحمل بودن ارتشاء در محدوده سازمان)

۳ - ارزیابی خطر. (شرکت باید ماهیت و وسعت موقعیت خطرهای بالقوه داخلی و خارجی را مورد ارزیابی قراردهد بنابر این برای شرکت‌هایی که متعهد در بالاترین خطر صنایع هستند مانند صنایع: دفاع، هوا فضا، صنایع منتخب، و ساخت و ساز یا اجرایی در کشورهایی که شاخص فساد پایین است بار مسئولیت بالاتر است.)

۴ - پشتکار مناسب. (کسی که به نمایندگی از سازمان خدمت می‌کند)

۵ - ارتباط، (شامل آموزش پایبند بودن به رویه ها و سیاست‌های جلوگیری از ارتشاء و به کار بستن و درک آن در سراسر سازمان.)

۶ - کنترل تنظیم و بازنگری. (شرکت‌هایی که نیازمند قرارداد سیستم‌ها برای کنترل و ارزیابی تأثیرات رویه‌های بازدارند ارتشاء و سازگاری هستند، جایبکه ضروری است.)

رهنمودها هیچ دفاع کاملی برای شرکتها فراهم نکردند؛ و مسئولیت سازمان‌های تجاری در پایبند بودن به رفتارهای مرتبط باقی ماند در جایی که تخلفات پزشکی آشکار است، باید خود گزارشی به دفتر تخلفات جدی صورت گیرد. دفتر تخلفات جدی از قبل رهنمودهایی برای خودگزارشی کارکنانی که ارتشاء آنها آشکار شده است ارائه کرده است. رویه خودگزارشی قبل از قانون ارتشاء مصوب ۲۰۱۰ گسترش یافته بود.

در سرآغاز قانون مسئولیت افراد در بخش ۱۴ ارتقاء یافته است و هدف افرادی هستند که از



سوی مدیر بوده یا با چشم پوشی مدیر یا هرنوع محکومیتی از سوی مدیر در سطوح خاص بی‌ربط است. مسئولیت توصیف شده نه فقط برای ارتشاء داخلی کاربرد دارد بلکه بموجب قانون برخورد فساد خارجی اجرا می‌شود. در ارتباط با معیارهای پیشگیرانه هرچند سود این روش واضح است شرکت‌ها در واکنش به رفتار حقوقی بوسیله سرآغاز قاطعانه آن رفتارهای سختکوشانه ای خواهند داشت. در ارتباط با ارتشای خارجی باید توجه داشت به قانون ۱۹۷۷ (FCPA) که دارای اصول بیشتری است و مسئولیت کیفری را به اشخاص حقوقی برای ارتکاب ارتشاء خارجی توسط شخص ثالث یا نماینده تحمیل می‌کند. در چند سال گذشته فرانسه در بوجود آوردن شرکت‌ها و به حساب آوردن به موجب قانون (FCPA) کتابها و اسناد مقدماتی بوسیله دیوان عدالت فرانسه و بخش امنیتی و کمیسیون تبادل از طریق ادغام معیارها در سطح موفقیت بهره مند بود. ادعای مبنای رفتار کیفری (در موارد ثابت به موجب کتاب و اسناد مقدماتی) برای تعقیب مورد موافقت هر دو سازمان SEC و DOJ قرارگرفت.

کنترل‌های مستقل و جزای نقدی و پس دادن سود حاصل از عمل مجرمانه قدم‌های جدید در ارتباط با شرکت‌ها به موجب قانون (FCPA) بود. این مدل اجرایی توسط گروه کار ارتشاء (OECD) مورد تأکید قرارگرفت و اجرای خوب آن در محدوده فرانسه توسعه پیدا کرد. همچنین سود حاصله شرکت‌ها که ابزار قدرتمند در ارتباط با برنامه‌هایشان است خطر ارتشاء را از بین می‌برد. در این حالت‌ها معیارهای در نظر گرفته شده برای مسئولیت شرکت لحاظ می‌شود که ممکن است با مدل فرانسوی سازگاری داشته باشد.

### ۵٫۳ مسئولیت پنداری یا نسبت داده شده

بعضی حوزه های قضایی بر اساس مسئولیت پنداری یا نسبت داده شده مجازات را انتخاب می‌کنند که ترجیح دارد به اصلی که خود شخص حقوقی مرتکب جرم می‌شود. بنا بر این از سال ۱۹۴۴

در ذهنیت سرپرستان، مدیر هدایت‌گر، مدیر ناظر، یا هر شخص دیگری که در هیئت مدیره است یا نماینده مراجع اجرایی دولتی شرکت قرارداداشته باشد (Diskant, E.B., 118, 2008).

هرچند در سال ۲۰۰۲ یافته‌های کمیته مورد قبول دولت رمانی قرارگرفت و تصمیم به وارد کردن مسئولیت حقوقی در قانونگذاری نمود. انعکاس اولیه هم اکنون در مجموعه قوانین کیفری (مسئولیت کیفری سازمانها) که در اول مارس سال ۲۰۰۴ اجرایی شود وجود دارد. مقررات جدید تأسیس شده در ارتباط با سازمانها و شامل مسئولیت کیفری شرکت‌ها است

زمانی که مقام ارشد با اختیار عمل و سیاست شخصاً مرتکب جرم شود یا قصد لازم و هدایت امورات شرکت را به منظور ارتکاب عمل غیر قانونی توسط کارکنان سطح پایین را داشته یا از اقدام برای متوقف کردن اعمال مجرمانه ای که او از آن آگاه است یا بصورت عمدی نادیده می‌گیرد صرف‌ظن کند مسئولیت کیفری در ارتباط با شرکت محقق می‌گردد.

ج : مسئولیت کیفری شخص حقوقی در فرانسه: در فرانسه (متفاوت از سیستم حقوق عرفی) مسئولیت کیفری شرکت‌ها برای اقدامات، هدایت‌های مقامات رسمی یا کارمندان، زمانی محقق می‌شود که اقدام در محدوده وظایف آنها به سود شرکت صورت گرفته باشد. نکته حائز اهمیت این است که در تفسیر موسع عناصر جرم نمی‌توان آن را به اقدام یا اختیاراتی که خارج از محدوده وظایف است گسترش داد یعنی اگر شرکت در خارج از حیطه فعالیت خود مرتکب عمل رشوه شود مشمول مسئولیت کیفری شخص حقوقی قرار نخواهد گرفت (Lizée, M., 41, 1995).

در واقع احساس مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در فرانسه تقریباً محدود است چون نیازی برای منتسب کردن عنصر معنوی از طریق ذهن شرکت نیست. بنا بر این رفتاری که دارای اجازه از

شخص در ارتباط با مدیریت شریک جرم باید باشد یا اجازه اختیار داشته باشد یا هدایت کننده جرم باشد. هرچند پیرو اصلاحیه مجموعه قوانین کیفری در سال ۲۰۰۱ مسئولیت گسترش یافته شامل شخص حقیقی که مجری وظیفه مدیریت بوده در نظر گرفته شده است یا در مورد شخص حقیقی که بخشی از مدیریت بوده است.

۲ - نروژ مسئولیت کیفری برای اشخاص حقوقی را در سال ۱۹۹۱ قرارداد که بصورت فزاینده‌ای در مورد شرکت‌ها در ارتباط با ارتشای خارجی به کار می‌رفت. در اصل قانون نروژ نیازی نبود که عمل شخص در محدوده شرکت یا فعالیت‌های آن باشد. بنا بر این موجبات مسئولیت ممکن است با اقدامات یک کارگر ساده که بخشی از ساختار مدیریتی نمی‌باشد ایجاد گردد. هرچند دولت معیارهای خاصی برای تشخیص قراردادده است. بخش a ۴۸ (1) مجموعه قوانین کیفری اظهار می‌دارد زمانی که کیفری توسط شخصی که به نمایندگی اقدامی را انجام می‌دهد سرپیچی صورت می‌گیرد و اقدام صورت گرفته ممکن است دارای مسئولیت جهت مجازات باشد. در این اقدام حتی ممکن است هیچ شخص حقیقی برای سرپیچی مجازات نگردد. اینجا مجموعه قوانین کیفری ادامه می‌دهد و عنوان می‌کند که کلمه «اجراکردن» شامل، شرکت، اجتماع یا معاونین دیگر، شخص اجراکننده، موسسه و حالت و فعالیت‌های عمومی باشد.

در تصمیم گیری این که شخص حقوقی مسئولیت برای مجازات خواهد داشت دادگاه در نظر خواهد گرفت:

(A): تأثیر بازدارندگی مجازات.

(B): شدت جرم ارتكابی.

(C): اینکه آموزش و راهنمایی، دستورالعمل، کنترل می‌توانست جلوگیری از انجام جرم توسط مجرم نمایند.

(D): اینکه جرم ارتكابی برای گسترش و ترویج علایق ارتكاب یافته است.

مجموعه قوانین کیفری فرانسه به قضات اجازه داد در رابطه با ارتكاب رشوه و همچنین سایر جرایم تجویز شده مسئولیت کیفری را به اشخاص حقوقی نسبت دهد. در بعضی مواقع مقررات فرانسه مانع تعقیب شخص یا اشخاص حقیقی نمی‌شود.

از فاز ۲ (OECD) ارزیابی فرانسه، مبنای اصول در ارتباط با رویه فرانسه می‌توان بیان داشت:

۱ - نماینده یا جانشین نماینده که نسبت به زیر دست یا کارمند اختیار دارد کفایت برای اینکه کارمند یا زیر دست مرتکب رفتاری شود همانند نماینده شخص حقوقی برای قصد مسئولیت کیفری.

۲ - شخص حقوقی شامل نه تنها شرکت‌های بازرگانی است بلکه شامل سودی که در ارتباط با تجارت است می‌شود و همچنین حقوق عمومی اشخاص حقوقی مثل محل متصدیان شرکت‌های نیمه عمومی و مؤسسات عمومی.

۳ - شخص حقوقی میتواند از مسئولیت کیفری نسبتی با مجوز خودش و تعهد کردن اجتناب کند.

۴ - رشوه به نیابت از شخص حقوقی واقع می‌شود. چرا و بنابر موقعیت، زمانیکه، برای مثال شخص حقوقی با یک سیاست داخلی از پیشنهاد رشوه امتناع کند.

۵ - اگر یک کارمند یا زیردست نمایندگی از سوی مقام صاحب اختیار نداشته باشد به نظر غیر مقطعی است که آیا بر این اساس هنوز مسئول است: برای مثال کارمندی که باید دستورات را اجرا کند یا با اختیار نمایندگی شرکت متناوباً خواهد دانست ارتشاء شخصی با نمایندگی اختیار در برخی مناطق کافی برای مسئولیت کیفری است.

۶ - شخص حقیقی مرتکب جرم ارتشاء خواهد شد او باید مشخص و معین باشد.

تعدادی راهنمایی بیشتر در زیر ارائه می‌گردد:

۱ - در فنلاند مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در ۱۹۹۵ به رسمیت شناخته شد و نیاز بود که



هرچند شخص حقوقی فقط برای جرایمی که به نفع یا علاقه او ارتکاب یافته است مسئول است. پس شخص حقوقی در جاییکه شخص حقیقی منحصراً در راستای علایق یا منافع خود یا شخص ثالث مرتکب جرم می‌شود مسئول نخواهد بود.

برخی از مثال‌های برجسته بالا مشکل جدی در نسبت دادن دارند :

۱ - نظر به مقام واقعی که شخص ؟

۲ - آیا صرف وظیفه مدیریتی کافی است ؟

۳ - آیا ماهیت اصلی وظیفه اجرا شده بوسیله شخص حقیقی ( در راستای هر اختیار نمایندگی ) از نظر قانونی یا بالفعل با سمت مدیریت او در نظر گرفته شود ؟

کارگروه رشوه در مبادلات در مشاغل بین المللی رهنمودهای زیر را برای مسئولیت شرکت‌ها ارائه می‌دهد:

(A): سطح یا میزان اختیار شخصی که رفتارش موجب مسئولیت شخص حقوقی می‌شود باید انعطاف پذیر و منعکس کننده سیستم‌های تصمیم‌گیر متنوع وسیع در اشخاص حقوقی باشد. به عبارت دیگر مسئولیت ممکن ایجاد شود بوسیله رفتار شخصی که هیچ اختیار مدیریتی در بالاترین سطح در موارد خاص نداشته باشد.

(B) : متناوباً مسئولیت ایجاد می‌شود زمانی که شخص در بالا ترین سطح اختیار مدیریتی:

۱ - پیشنهادات، تعهدات یا دادن رشوه به یک مقام رسمی

۲ - هدایت یا تصدی شخص مادون در پیشنهاد، تعهد در پرداخت رشوه به یک مقام رسمی.

۳ - قصور در جلوگیری از پرداخت رشوه اشخاص تحت امر به مقام رسمی که شامل قصور در نظارت، قصور در بکارگیری ابزارهای کافی کنترل داخلی، اخلاقیات و برنامه های هماهنگ یا معیارها.

(E): اینکه در اثر ارتکاب جرم منفعت به دست آمده باشد.

(F): صلاحیت اقتصادی اجرا.

(G): اینکه هر مجازاتی به اشخاص دیگر تحمیل گردد.

## ۶ مسئولیت اداری

بعضی دولت‌ها برای مثال آلمان و ایتالیا مسئولیت اداری را قبول کرده‌اند. در آلمان به موجب قانون جرایم اداری جزئی نقدی ممکن است بر شخص حقوقی در جریان رسیدگی کیفری علیه شخص حقیقی تحمیل گردد. هرچند شخص حقیقی به علت نا مشخص بودن یا مرگ امکان تعقیبش وجود نداشته باشد امکان اعمال ضمانت اجرا بر شخص حقوقی به موجب یک دادرسی جداگانه ممکن است. مسئولیت اشخاص حقوقی پیرامون نتیجه جزعی جرم ارتکاب یافته توسط اشخاص حقیقی در نظر گرفته می‌شود و این به نظر می‌رسد در حقیقت اقامه دعوی علیه شخص حقوقی در جاییکه علیه شخص حقیقی دعوایی اقامه نشده است خیلی غیر معمول است. مشابه آن در ایتالیا در نظریه مسئولیت اداری که بر اشخاص حقوقی برای جرایم کیفری خاص (شامل ارتشاء) که توسط شخص حقیقی ارتکاب یافته است نسبت داده می‌شود. (Decree ۲۳۱/۲۰۰۱ فرمان، حکم)

حکم ایتالیایی مسئولیت را بر اشخاص حقوقی تحمیل می‌کند برای جرایمی که بوسیله دونفر از مجموعه شخص حقیقی ارتکاب یافته است (Mills, Rindfuss, R.R., McDonald, P. and Te Velde, E., 848, 2011).

۱ - آنها موقعیت مافوق و ارشد را داشته.

۲ - مشروط به مدیر یا مسئول کنترل بودن آنها است.

شخصی که در موقعیت مافوق یا ارشد قرارداد باید اقدامات را به نمایندگی اداری یا مدیریت مجموعه شرکت یا اتحادیه های مستقل انجام دهد.

## ۷ نتیجه گیری

طی مطالعه تطبیقی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی میان ایران و شورای اروپا به نظر می‌رسد مسئولیت اشخاص حقوقی در شورای اروپا نسبت به ایران کاملاً ارتقاع یافته است به گونه ای که اصولی مانند :

تناسب رویه ها، تعهد افراد عالی رتبه، ارزیابی خطر، پشتکار مناسب، ارتباطات و آموزش، کنترل، تنظیم، بازنگری در شورای اروپا مینا قراردارند که با توجه به ماهیت پیچیده جرایم ارتكابی توسط شخص حقوقی بسیار کارآمد و موثر می باشند با این وجود در حقوق ایران هیچ اشاره ای به آنها نشده است در حالی که با لحاظ آنها با توجه به اینکه بسیاری از جرایم ارتكابی اشخاص حقوقی گستره وسیعی داشته می‌تواند نقش موثر و باز دارنده ای داشته باشند.

همچنین مسائلی از قبیل تأثیر بازدارندگی مجازات‌ها، آموزش و راهنمایی، تشخیص اینکه ارتكاب جرم برای گسترش یا ترویج علایق است، اینکه آیا منفعت از ارتكاب جرم بدست آمده یا خیر، صلاحیت اقتصادی و اجرایی مرتکب، و مجازات‌ها را چه کسی باید متحمل گردد در تصمیم گیری‌ها

## منابع

- Aghaei Nia, H. (1996), Criminal liability arising from another act in Iranian criminal law, legal studies, 16& 17.
- Aghaie Nia, H. (2013). Criminal law crimes against persons. Tehran: Mizan Legal Foundation.
- Elham, G., Borhani, M. (2014), An Introduction to Public Criminal Law, Crime and Criminal, Second Edition, Tehran, Mizan publication.
- Elham, Gh. Borhani, M. (2015), An Introduction to Public Criminal Law, Crime and Criminal, First Edition, Tehran, Mizan publication.
- Golduzian, I., Mirzajani, H. R., & Eghtedari, S. (2018). Semi-Liberty System Investigation in Iranian and French Law. Alustath Journal for Human and Social Sciences, (225 (1)), 115-136.
- Gorji, A. (1996), Legal Articles, First Edition, Tehran, Ministry of Culture and Islamic Guidance publication.



- Mir Saeedi, S. M. (2003). *Criminal Liability, Pen and Varan*, JA, First Edition, Tehran, Mizan Legal Foundation
- Saffar, M. Javad. (1993), *Legal Personality*, First Edition, Tehran, Dana publication
- Shams Nattery, M. I., Kalantari, H. R., Zare, E., & Riyazat, Z. (2016). *Islamic Penal Code in the Current Legal Order*, Tehran Public Penal Code. Tehran: Publication Magazine.
- Unanimous votes of the General Assembly of the Supreme Court.(۱۹۸۴) .
- Eshtiagh, & Vahid. (2008). Criminal liability of legal persons in the bill of the Islamic Penal Code. *Legal Research*, 7 (13), 335-344
- Shams Natri - Mohammad Ebrahim (2016). *Lectures on General Criminal Law*, PhD, International Campus Faculty, University of Tehran.
- Law on Computer Crimes (Supplementary dated 5/3/2009 approved by the Islamic Consultative Assembly and approved by the Guardian Council dated (3/20/2009.)
- Alizée, M. (1995). Of the organic capacity and the tort and penal responsibilities of legal persons. *McGill LJ*, 41, 131.
- Bucy, P. H. (1990). Corporate ethos: A standard for imposing corporate criminal liability. *Minn. L. Rev.*, 75, 1095.
- Catargiu, M. (2013). The origins of criminal liability of legal persons-a comparative perspective. *AGORA Int'l J. Jurid. Sci.*, 26
- Diskant, E. B. (2008). *Comparative corporate criminal liability: Exploring the uniquely American doctrine through comparative criminal procedure*. *Yale LJ*, 118, 126.
- Mbugua, K. C. (2012). Influence of the electronic case management system (ELCM) on the effectiveness of court service delivery: The case of the Eldoret court station, Kenya (Doctoral dissertation, University of Nairobi).
- Mills, M., Rindfuss, R. R., McDonald, P., & Te Velde, E. (2011). Why do people postpone parenthood? Reasons and social policy incentives. *Human reproduction update*, 17(6), 848-860.
- Orland, L., & Cachera, C. (1995). Corporate crime and punishment in France: Criminal responsibility of legal entities (personnes morales) under the new French Criminal Code (Nouveau Code Penal). *Conn. J. Int'l L.*, 11, 111.
- Parisi, N. (1984). Theories of Corporate Criminal Liability (or Corporations Do not Commit Crimes, People Commit Crimes). *Corporations as criminals- Perspectives in criminal justice*, 6, 41.
- Petruț, C. (2019). Criminal Liability of the Legal Person. *Perspectives of Law and Public Administration*, 8(2), 282-285.
- Spalding Jr, A. D., & Morrison, M. A. (2006). Criminal Liability for Document Shredding after Arthur Anderson LLP. *Am. Bus. LJ*, 43, 647

## Original Article

# Comparative Study of Arbitral Awards and Settlement Agreements Refusal Grounds of Relief in Iranian Law and International Provisions

Reza Maboudi Neishabouri<sup>\*1</sup> , SeyedAlireza Rezaee<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Assistant Professor of Private Law Department, Faculty of Law and Political Sciences, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran

<sup>2</sup> Phd Student of Private Law, Faculty of Law and Political Sciences, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran



10.22080/LPS.2021.22235.1261

**Received:**

September 4, 2021

**Accepted:**

September 29, 2021

**Available online:**

November 27, 2021

**Main Subjects:**

Civil Law

**Keywords:**

Revocation of Settlement Agreement, Revocation of Arbitral Award, Refusal Grounds of Relief, Seat of Dispute Resolution, New York Convention  
Singapore Convention

## Abstract

Considering the great success of the New York Convention in encouraging business activists to use arbitration as a dispute resolution method, the United Nations drafted Singapore Convention on International Commercial Settlement Agreements, of which Iran is a signatory country. One of the most important issues in determining the level of executive support of the said conventions for the settlement agreements and arbitral awards is the examination of grounds for refusing to grant relief of the said treaties' documents, which in fact deprives some arbitral awards and settlement agreements from the executive support of these treaties. This article examines the grounds for refusing to grant relief to the implementation of the New York and Singapore Conventions in the following analytical subjects: "Specific Refusal Grounds of the New York Convention for Supporting the Arbitration Agreement", "Specific Refusal Grounds of the New York Convention Due to the Importance of the Seat in Arbitration", "Refusal Grounds Related to Terms and Conditions of Settlement Agreements in Singapore Convention" and "Refusal Grounds Related to Features and Behavior of Mediator in Singapore Convention". Finally, this article concludes that some refusal grounds of the New York Convention that are not covered by the Singapore Convention are originated from differences between arbitration and conciliation and the Singapore Convention's approach to delocalization and not mentioning rules about agreement to mediate. It also found that many of these grounds were unnecessary and would disorder the implementation of the Singapore Convention and the development of the conciliation in the future. Of course, the approach of the Convention is due to the conciliation's lack of reputation between several countries, and the drafters of the Singapore

\*Corresponding Author: Reza Maboudi Neishabouri

Address: Faculty of Law and Political Sciences,  
Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran

Email: maboudi@um.ac.ir





Convention considered it necessary to mention these provisions in the text of the Convention in order to achieve the consensus of the countries.

## Extended Abstract

### 1. Introduction

The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (1958) is considered as one of the most successful international treaties in international disputes resolution. The executive support of the said treaty of arbitration is also considered as one of the most important benefits of arbitration among business actors and this issue has led to the development of the use of arbitration in such disputes. Contrary to arbitration, mediation is much less popular among business actors, and the main reason for this is the lack of adequate executive support for the settlement agreements as a result of the mediation process. Therefore, the United Nations drafted the Singapore Convention on settlement agreement resulting from mediation (2019) and took an effective and vital step in the development of this dispute resolution method. Iran is also a signatory to the said convention.

One of the important issues in determining the extent and scope of the executive support of the said conventions for settlement agreements and arbitral awards is the aspects of the refusal grounds of relief mentioned in these treaties. Article 5 of the New York Convention and Article 5 of the Singapore Convention list the refusal grounds of relief for settlement agreements and arbitral awards. In this regard, there are similarities between these two conventions, including that the settlement agreements and arbitral awards are not valid and final and incapacity of parties,

and also the subject matter of the dispute cannot be settled by mediation or arbitration or is contrary to the public policy. An important issue in this regard is the examination of the differences between the Singapore and New York Conventions in this terms. This article examines the grounds for refusing the grant relief to the implementation of the New York and Singapore Conventions in the following analytical subjects: "Specific Refusal Grounds of the New York Convention for Supporting the Arbitration Agreement", "Specific Refusal Grounds of the New York Convention Due to the Importance of the Seat in Arbitration", "Refusal Grounds Related to Terms and Conditions of Settlement Agreements in Singapore Convention " and "Refusal Grounds Related to Features and Behavior of Mediator in Singapore Convention".

### 2. Methods

In the current study, fundamental, descriptive and analytical research methods have been used.

### 3. Conclusion

This article concludes that some refusal grounds of the New York Convention that are not covered by the Singapore Convention are originated from differences between arbitration and conciliation and the Singapore Convention's approach to delocalization and ignoring the rules about agreement to mediate. It was also found that many of these grounds were unnecessary and would disorder the implementation of the Singapore Convention and the

development of the conciliation in the future. However, the approach of the Convention is due to the conciliation's lack of reputation between several countries, and the drafters of the Singapore Convention considered it necessary to mention these provisions in the text of the Convention to achieve the consensus of the countries.

### **Funding**

There is no funding support.

### **Authors' contribution**

Authors contributed equally to the conceptualization and writing of the article. All of the authors approved the content of the manuscript and agreed on all aspects of the work

### **Conflict of interest**

Authors declared no conflict of interest.

### **Acknowledgments**

We are grateful to all the scientific consultants of this paper.



علمی پژوهشی

# مطالعه‌ی تطبیقی موانع اجرای ارای داوری و سازش نامه‌ها در حقوق ایران و مقررات بین‌المللی

رضا معبودی نیشابوری <sup>ID</sup>\*<sup>۱</sup>، سیدعلیرضا رضائی<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران  
<sup>۲</sup> دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق علوم و سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران



10.22080/LPS.2021.22235.1261

## چکیده

با توجه به موفقیت بی‌نظیر کنوانسیون نیویورک در تشویق فعالان تجاری به استفاده از روش داوری به عنوان طریق حل و فصل اختلاف، سازمان ملل متحد، کنوانسیون سنگاپور را در خصوص اجرای سازش‌نامه‌های تجاری بین‌المللی تنظیم نمود که ایران نیز از کشورهای امضاکننده کنوانسیون مذکور است. یکی از مهم‌ترین مسائل جهت تعیین میزان حمایت اجرایی کنوانسیون‌های مذکور از سازش‌نامه و رای داوری، بررسی موانع اجرای اسناد موضوع معاهدات مذکور است که در واقع برخی از آراء داوری و سازش‌نامه‌ها را از حمایت اجرایی این معاهدات محروم می‌کند. در این مقاله موانع اجرای کنوانسیون‌های نیویورک و سنگاپور به صورت تحلیلی ذیل این موضوعات بررسی می‌شوند: «جهت رد مبتنی بر حمایت از توافق‌نامه حل اختلاف در کنوانسیون نیویورک»، «جهت رد مبتنی بر اهمیت مقرر حل اختلاف در کنوانسیون نیویورک»، «جهت رد مربوط به اوصاف و مفاد سازش‌نامه در کنوانسیون سنگاپور» و «جهت رد مربوط به اوصاف و رفتار میانجی در کنوانسیون سنگاپور». در نهایت این مقاله به این نتیجه نائل آمده است که برخی از جهت رد درخواست اجرای مختص کنوانسیون نیویورک که در کنوانسیون سنگاپور عنوان نشده‌اند به دلیل تفاوت روش‌های حل اختلاف داوری و سازش و رویکرد کنوانسیون سنگاپور مبنی بر مکان‌زدایی از سازش و عدم ذکر مقررات در خصوص توافق‌نامه سازش است. همچنین با بررسی جهت رد اجرای سازش‌نامه که صرفاً در کنوانسیون سنگاپور ذکر شده‌اند مشخص گردید که بسیاری از این جهت غیر ضروری بوده و در مسیر اجرای کنوانسیون و توسعه سازش در آینده ایجاد خلل خواهند کرد. البته این موضوع به عدم مقبولیت سازش در میان کشورها بر می‌گردد و تنظیم‌کنندگان کنوانسیون سنگاپور جهت تحقق اجماع کشورها، ضروری می‌دانستند که این مقررات را در متن کنوانسیون ذکر نمایند.

تاریخ دریافت:

۱۳ شهریور ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۷ مهر ۱۴۰۰

تاریخ انتشار:

۶ آذر ۱۴۰۰

موضوعات:

حقوق خصوصی

کلیدواژه‌ها:

ابطال سازش‌نامه، ابطال رای داوری، موانع اجراء، مقرر حل اختلاف، کنوانسیون نیویورک، کنوانسیون سنگاپور

\* نویسنده مسئول: رضا معبودی نیشابوری

ایمیل: maboudi@um.ac.ir

آدرس: دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی

مشهد، مشهد، ایران

## ۱ مقدمه

در ماده ۵ کنوانسیون نیویورک و ماده ۵ کنوانسیون سنگاپور جهت رد درخواست اجرای سازش‌نامه یا رای داوری ذکر شده است. در این خصوص شباهت‌هایی بین این دو کنوانسیون وجود دارد از جمله اینکه سازش‌نامه یا رای داوری، معتبر و نهایی نباشد و طرفین دعوا اهلیت نداشته باشند و همچنین امکان امتناع از اجرا به دلیل سازش‌ناپذیری یا داوری‌ناپذیری و نقض نظم عمومی نیز در هر دو کنوانسیون مشاهده می‌شود. اما مسئله‌ی مهم در این خصوص، بررسی تمایزات کنوانسیون سنگاپور و نیویورک در مورد جهت منع اجرا است که در ادامه ذیل این مباحث بررسی خواهند شد: «جهت رد اجرا مبتنی بر حمایت از توافق‌نامه حل اختلاف در کنوانسیون نیویورک»<sup>(۱)</sup>، «جهت رد اجرا مبتنی بر اهمیت مقرر حل اختلاف در کنوانسیون نیویورک»<sup>(۲)</sup>، «جهت رد اجرا مربوط به اوصاف و مفاد سازش‌نامه در کنوانسیون سنگاپور»<sup>(۳)</sup> و «جهت رد اجرا مربوط به اوصاف و رفتار میانجی در کنوانسیون سنگاپور»<sup>(۴)</sup>.

جهت توضیح وجه تطبیقی مقاله‌ی حاضر باید عنوان داشت که کنوانسیون نیویورک به عنوان موفق‌ترین سند بین‌المللی در زمینه‌ی حل و فصل اختلافات می‌تواند معیار قابل اتکایی جهت ارزیابی میزان دقت مواضع هر سند حل اختلافی (از جمله کنوانسیون سنگاپور) تلقی شود. شایان ذکر است هر دو کنوانسیون مذکور در مورد حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی به وسیله‌ی روش‌های مبتنی بر توافق طرفین و غیرقضایی هستند و این موضوع می‌تواند موجهی برای توجیه بررسی تطبیقی دو معاهده‌ی مذکور باشد. شایان ذکر است در آثار متعددی از نویسندگان<sup>۱</sup> بررسی تطبیقی میان مواضع کنوانسیون نیویورک و سنگاپور صورت گرفته است.

کنوانسیون نیویورک (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York) 1958) یکی از موفق‌ترین معاهدات بین‌المللی در زمینه‌ی حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی تلقی می‌شود. تا حدی که حمایت اجرایی معاهده‌ی مذکور از آرای داوری، به عنوان یکی از مهم‌ترین مزایای داوری در میان فعالان تجاری محسوب شده و این مسئله موجب توسعه‌ی استفاده از روش داوری در این گونه اختلافات گردیده است. سازش بر خلاف داوری، از اقبال بسیار کمتری در میان فعالان تجاری برخوردار بوده و علت اصلی این موضوع نیز عدم حمایت اجرایی کافی از سازش‌نامه به عنوان نتیجه‌ی فرایند میانجی‌گری است. از این رو، سازمان ملل متحد کنوانسیون سنگاپور در مورد سازش‌نامه‌های حاصل از میانجی‌گری ۲۰۱۹ (United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation Agreements Resulting from Mediation) را تنظیم نمود تا با توجه به مزایای متعدد سازش (مثل ارزان بودن، سریع بودن، حفظ روابط تجاری طرفین دعوا و...) اقدامی موثر و ضروری را در توسعه‌ی این روش حل اختلاف انجام داده باشد که ایران نیز امضاکننده‌ی کنوانسیون مذکور است.

یکی از موضوعات مهم جهت تعیین میزان و محدوده‌ی حمایت اجرایی کنوانسیون‌های مذکور از سازش‌نامه‌ها و آرای داوری، جهت منع اجرای مذکور در این معاهدات است. هر دو کنوانسیون سنگاپور و نیویورک اعضای خود را به اجرای رای داوری یا سازش‌نامه به طور مطلق ملزم نمی‌کنند و جهاتی محدود و مشخص برای امتناع از اجرای رای داوری یا سازش‌نامه در این دو مقرر پیش‌بینی شده است.

2019; Chong, Shou; Steffek, Felix, "Enforcement of international settlement agreements resulting from mediation under the Singapore convention Private international law issues in perspective", Singapore

<sup>1</sup> Herisi, Ahdieh Alipour; Wendy Trachte-Huber. "Aftermath of the Singapore Convention: A Comparative Analysis between the Singapore Convention and the New York Convention", American Journal of Mediation, 12,



مذکور با بررسی تطبیقی در کنوانسیون نیویورک و حقوق ایران می‌باشد.

## ۲ جهات رد اجرا مبتنی بر حمایت از توافق‌نامه حل اختلاف در کنوانسیون نیویورک

مهم‌ترین و اساسی‌ترین مسئله در داور، وجود توافق‌نامه حل اختلاف دارای اعتبار است. از این رو، مقررات داور همیشه به دنبال تقویت این زیربنا می‌باشند؛ به موجب توافق‌نامه داوران صلاحیت رسیدگی به دعوا را می‌یابند و محدوده صلاحیت داوران و نحوه رسیدگی به اختلاف توسط توافق‌نامه مذکور مشخص می‌گردد (شیروی، ۱۳۹۳، ۷۴). لذا اولاً باید موافقت‌نامه داور که اختیارات را به داور تفویض نماید، وجود داشته باشد و ثانیاً قلمرو و چارچوب قرارداد مذکور نباید نقض شود (جنیدی، ۱۳۹۰، ۱۳). برخی از جهات رد درخواست اجرای رای داور در کنوانسیون نیویورک (به دلیل حمایت از توافق‌نامه داور) در کنوانسیون سنگاپور ذکر نشده‌اند که عبارتند از: «الف- موافقت‌نامه داور به موجب قانونی که طرفین آن را حاکم قرار داده‌اند معتبر نباشد یا در فرض سکوت طرفین در خصوص قانون حاکم، به موجب قانون کشور محل صدور رای داور فاقد اعتبار باشد؛ یا ب- رای داور در خصوص دعوایی صادر شده باشد که مشمول مفاد توافق‌نامه داور نگردیده، یا متضمن تصمیماتی در مورد مسائلی فراتر از حیطه‌ی شمول توافق‌نامه داور باشد؛ در عین حال چنانچه تصمیمات مربوط به مسائل مشمول موافقت‌نامه داور قابل تفکیک از مسائلی باشد که خارج از

در خصوص بررسی سابقه‌ی پژوهش حاضر، باید عنوان داشت که در ایران تا به حال سه مقاله در خصوص کنوانسیون سنگاپور به چاپ رسیده است که موضوعات مطروحه در مقالات مذکور کاملاً متفاوت با مباحث مطرح شده در مقاله‌ی حاضر است. بدین توضیح که مقاله‌ی «رویکرد کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ و نظام حقوقی ایران در مورد چالش‌های سازش‌نامه‌های حاصل از میانجی‌گری تجاری بین‌المللی» منتشر شده در مجله‌ی حقوق تطبیقی دانشگاه تربیت مدرس به بررسی کلی چالش‌ها و مشکلاتی که در زمینه‌ی توسعه‌ی میانجی‌گری وجود داشته و نحوه‌ی رفع آن توسط کنوانسیون سنگاپور پرداخته است و مقاله‌ی مذکور نگاهی جزئی به مندرجات و مفاد کنوانسیون سنگاپور نداشته و با بررسی پیشنهادهای دکنترین حقوقی قبل از تصویب کنوانسیون سنگاپور جهت توسعه‌ی میانجی‌گری، کارآمدی کنوانسیون سنگاپور را در پاسخ به ضرورت‌های مذکور بررسی کرده است. در حالی که مقاله‌ی حاضر به صورت تفصیلی و جزئی موانع اجرای کنوانسیون سنگاپور را با مطالعه‌ی تطبیقی در کنوانسیون نیویورک و حقوق ایران را مورد بررسی قرار می‌دهد. همچنین مقاله‌های «قلمرو سازش‌نامه‌های مشمول کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ با مطالعه‌ی تطبیقی در حقوق ایران» منتشر شده در مجله‌ی مطالعات حقوق خصوصی و «تحلیل دعاوی مستثنی شده از قلمرو کنوانسیون سنگاپور ۲۰۱۹ با مطالعه‌ی تطبیقی در حقوق ایران و فقه امامیه» منتشر شده در مجله‌ی مطالعات حقوقی معاصر، صرفاً به بررسی «قلمرو» کنوانسیون سنگاپور پرداخته‌اند، در حالی که مقاله‌ی حاضر در مورد «موانع اجرای» کنوانسیون

Chairperson's Perspective", Singapore Academy of Law Journal, 31, 2019; Schnabel, Timothy, "The singapore convention on mediation: framework for the cross-border recognition and enforcement of mediated settlements", Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, 19(A), 2019.

Academy of Law Journal, 31, 2019; Claxton, James, "The Singapore Convention for Mediation: From Promotion to Workable Standards by Way of New York" (Accessed at October 22, 2020). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3612380>, 2020; Morris-Sharma, Natalie, "Constructing The Convention On Mediation The

دعاوی بین‌المللی می‌بخشد. از این رو، بهتر است که رژیم اجرایی جامع مبنی بر حمایت توامان از سازش‌نامه و توافق‌نامه سازش، در کنوانسیون سنگاپور ذکر می‌گردد (Schnabel, 2019: 3).

در حقوق ایران توافق‌نامه سازش مشمول حمایت قانونی نیست، زیرا زمانی که حمایت اجرایی از سازش‌نامه فقط در سه فرض تنظیم نزد دادگاه، داور و سردفتر اسناد رسمی صورت می‌گیرد، به طریق اولی حمایت از توافق‌نامه سازش نیز امکان پذیر نیست و حتی در صورت الزام طرفین دعوا به عمل وفق توافق‌نامه سازش، با در نظر گرفتن موضع حقوق ایران مبنی بر عدم حمایت اجرایی از عمده سازش‌نامه‌ها به عنوان نتیجه‌ی فرایند سازش، چنین رویکردی تاثیری در ارتقای نهاد سازش نخواهد داشت. البته دادگاه‌ها و داوران می‌توانند با استناد به قاعده‌ی لزوم قراردادهای، در صورت اقامه‌ی دعوا توسط یکی از طرفین علی‌رغم وجود توافق‌نامه سازش و با احراز طی نشدن فرایند سازش، به دعوی مذکور رسیدگی نکنند.

### ۳ جهات رد اجرا مبتنی بر اهمیت مقر حل اختلاف در کنوانسیون نیویورک

مقر داور، داور را به یک نظام حقوقی ملی ارتباط می‌دهد، به رای داور هویت و تابعیت می‌بخشد و امکان شناسایی و اجرای رای داور را در کشور مقر داور و دیگر کشورها ایجاد می‌نماید (شیروی، ۱۳۹۳، ۱۹۷). برخی جهات رد مذکور در کنوانسیون نیویورک به دلیل اهمیت مفهوم مقر در فرایند داور است که عبارتند از: الف- موافقت‌نامه داور به موجب قانونی که طرفین آن را حاکم قرار داده‌اند معتبر نباشد یا در فرض سکوت طرفین در خصوص قانون حاکم، به موجب قانون کشور محل

قلمرو موافقت‌نامه داور است، صرفاً آن بخش از رای که متضمن تصمیماتی در مورد مسائل مشمول موافقت‌نامه داور است، قابل شناسایی و اجرا خواهد بود؛ یا ۱/ت- ترکیب هیات داور یا تشریفات داور طبق توافق طرفین نبوده یا در صورت فقدان چنین توافقی، طبق قانون کشوری نباشد که داور در آن انجام شده است. در کنوانسیون سنگاپور لزوم چنین ارتباطی بین توافق‌نامه‌ی سازش و سازش‌نامه وجود ندارد، زیرا این معاهده حاوی مقرراتی در خصوص توافق‌نامه ارجاع دعوا به سازش نیست (Schnabel, 2019: 48; Claxton, 2020: 14).

هدف اصلی کنوانسیون سنگاپور اعطای وصف لازم‌الاجرا به سازش‌نامه (Mediated Settlements) به عنوان نتیجه فرایند سازش بوده و معاهده‌ی مذکور قواعد و مقرراتی را در خصوص الزام طرفین به استفاده از روش حل اختلاف میانجی‌گری وضع نکرده است. در مذاکرات مربوط به توافق‌نامه سازش (Agreements to Mediate)<sup>۲</sup> در جلسات کارگروه آنسیترال (Uncitral, 2015(B); Uncitral, 2016: 65<sup>th</sup> session; 63<sup>rd</sup> session)، علت عدم ذکر مقررات در خصوص توافق‌نامه سازش، ضرورت پیچیده نشدن مقررات کنوانسیون، عنوان گردید. همچنین باید توجه داشت با توجه به ماهیت کاملاً توافقی سازش یا میانجی‌گری، الزام طرفین دعوا فاقد منطقی حقوقی است، زیرا هر یک از طرفین دعوا به راحتی می‌تواند مانع ادامه فرایند میانجی‌گری شود. در مقابل با توجه به اینکه توافق‌نامه حل و فصل اختلافات از طریق سازش و توافق‌نامه داور شامل تعهداتی قراردادی برای طرفین هستند، شایسته است که رویکردی مشابه نسبت به هردو توافق‌نامه مذکور اتخاذ شود. همچنین حمایت از توافق‌نامه حل و فصل اختلافات از طریق سازش، به سازش اعتباری مثل داور در

<sup>۲</sup> توافق‌نامه سازش به معنای قرارداد یا شرط ضمن عقدی است که به موجب آن طرفین توافق می‌کنند که اختلافات خود را از طریق سازش حل و فصل نمایند.

<sup>۱</sup> سازش‌نامه بر خلاف توافق‌نامه سازش، نتیجه موفقیت فرایند سازش بوده و به سندی اطلاق می‌شود که طرفین با تنظیم آن، اختلافات خود را فیصله داده‌اند.



سازش‌نامه به راحتی امکان‌پذیر نیست (Alexander; Chong, 2019(A): 1; Alexander; Chong, 2019(B): 2; Morris-Sharma, 2019: 3; Schnabel, 2019: 499). در نتیجه با توجه به عدم پیش‌بینی مقر در کنوانسیون سنگاپور، نمی‌توان قلمرو اعمال معاهده‌ی مزبور را به کشور مبدأ سازش‌نامه محدود نمود (Alexander; Chong, 2019(B): 2; Uncitral, 2015(B): 63<sup>rd</sup> session).

عدم پیش‌بینی مفهوم مقر در کنوانسیون سنگاپور دارای آثار حقوقی مهمی است. وفق مقررات این کنوانسیون، ضرورتی ندارد سازش و سازش‌نامه، مطابق شرایط قانون ملی کشوری (به عنوان مبدأ) باشند و دادگاه اجراکننده‌ی سازش‌نامه نمی‌تواند به این دلیل از اجرای سازش‌نامه امتناع کند (Silvestri, 2019: 22; Schnabel, 2019: 193). اگر مقررات کشوری خاص لازم بدانند که مجوزی خاص توسط میانجی اخذ شود یا حتماً میانجی ذیل سازش‌نامه را امضا کند، عدم رعایت قواعد مذکور نمی‌تواند دلیل عدم اجرای سازش‌نامه تلقی شود (Schnabel, 2019: 22; Herisi; Trachte-Huber, 2019: 162).

همچنین تعیین قانون حاکم بر اساس مقر داورى انجام نمی‌شود و ابطال سازش‌نامه در مقر آن، تاثیری بر اعتبار سازش‌نامه ندارد. مکان‌زدایی (Delocalization) از میانجی‌گری باعث می‌شود که تعیین دادگاهی که نقش حمایتی از میانجی‌گری را دارد، امکان‌پذیر نباشد. این مسئله در مورد تفسیر، قلمرو و الزام به اجرای توافق‌نامه سازش دیده می‌شود، اما به نظر می‌رسد مقر در سازش، اهمیت و نقش مقر در داورى را ندارد. در داورى دادگاه‌ها وظایف متعددی مثل انتصاب و جرح داوران، صدور دستور موقت، تعیین ادله‌ی قاطع را دارند. در فرایند عادی میانجی‌گری با توجه به داوطلبانه بودن و کوتاه بودن آن، به اقدامات فوق‌نیازی نیست. با حذف مقر سازش، دیگر طرفین دعوا به دنبال اتخاذ

صدور رای داورى فاقد اعتبار باشد؛ یا ۱/ث- رای هنوز برای طرفین لازم‌الاجرا نشده یا توسط مرجع صالح کشوری نقض شده یا به حالت تعلیق در آمده باشد که رای در قلمرو آن یا بر اساس قوانین آن صادر شده است. در مقابل، فراز ۱ پاراگراف الف بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون سنگاپور در خصوص اعتبار سازش‌نامه، هیچ توجهی به محل حل اختلاف نداشته، صرفاً قانون مرضی الطرفین و قانون صالح مطابق تشخیص قوانین کشور محل درخواست اجرا را ملاک قرار می‌دهد؛ همچنین از منظر کنوانسیون سنگاپور، ابطال سازش‌نامه در محل انعقاد آن، تاثیری در اجرای سازش‌نامه ندارد.

مفهوم مقر داورى در اجرای کنوانسیون نیویورک، نقشی اساسی دارد. در عنوان کنوانسیون نیویورک، لزوم وجود وصف خارجی رای داورى ذکر شده است، بنابراین باید رای داورى به یک کشور مرتبط باشد تا مشمول حمایت اجرایی این کنوانسیون قرار گیرد. مقر داورى همچنین شرایط اجرای رای داورى را تعیین می‌کند. وفق بند ۳ ماده ۱ کنوانسیون مزبور، دادگاه‌ها می‌توانند از اجرای رای داورى که در کشور غیرعضو کنوانسیون صادر شده است، امتناع نمایند. وفق پاراگراف ث بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون، دادگاه‌ها می‌توانند از اجرای رای داورى که در مقر داورى ابطال شده است، امتناع کنند. زمانی که طرفین دعوا، قانونی را برای اعمال بر توافق‌نامه داورى خود انتخاب نکرده باشند، در برخی کشورها قانون مقر داورى ملاک قرار می‌گیرد (Redfern; Hunter, 2009: 159-163). اگرچه مقر داورى می‌تواند یک مکان فرضی باشد و داورى می‌تواند کاملاً به صورت آنلاین (برخط) واقع شود، همچنان وجود مقر داورى برای اعمال کنوانسیون نیویورک ضروری است. بر خلاف کنوانسیون نیویورک، در کنوانسیون سنگاپور مفهوم مقر حل اختلاف پیش‌بینی نشده است تا بدین وسیله از کنترل نظام حقوقی یک کشور خاص بر فرایند میانجی‌گری جلوگیری شود (Schnabel, 2019: 21; Claxton, 2020: 12). همچنین شایان ذکر است که بر خلاف داورى، مشخص کردن مقر

استراتژی‌های خرید مرجع حل اختلاف<sup>۱</sup> نخواهند بود و همچنین این مسئله از کنترل دوگانه بر سازش‌نامه با توجه به امکان بروز مسائلی مثل درخواست ابطال و اجرای سازش‌نامه، جلوگیری می‌کند (Claxton, 2020:12).

وفق پاراگراف ث از بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک، ابطال رای داوری در مقر داوری می‌تواند موجهی برای امتناع از اجرای رای داوری در کشورهای دیگر باشد. برای مثال، در پرونده‌ای<sup>۲</sup> دادگاه عالی ایالات متحده آمریکا، ایراد باطل شدن رای داوری را نپذیرفت، زیرا رای داوری در ژنو سوئیس صادر شد، ولی توسط دادگاهی در اندونزی ابطال شده بود. در حقیقت باید توجه داشت که ابطال رای داوری در صلاحیت انحصاری دادگاه کشور مقر داوری است و دادگاه‌های کشورهای دیگر که برای اجرای رای داوری به آنها مراجعه می‌شود، تنها می‌توانند رای داوری را اجرا کنند یا از اجرای آن امتناع نمایند و حق ابطال رای داوری را ندارند (Herisi; Trachte-Huber, 2019: 160).

تفاوت کنوانسیون نیویورک و سنگاپور از منظر بحث حاضر، در این است که کنوانسیون نیویورک بیان می‌دارد که اگر دادگاه کشور مقر داوری، رای داوری را ابطال کرد، کشور محل شناسایی و اجرا می‌تواند رای داوری را اجرا نکند. در مقابل وفق کنوانسیون سنگاپور، اجرای سازش‌نامه تجاری بین‌المللی کاملاً مستقل از هر نظام قضایی کشور دیگری، توسط دادگاه محل اجرا انجام می‌شود، زیرا معاهده‌ی مذکور اشاره‌ای به «ابطال سازش‌نامه» نمی‌کند، بلکه معیار را «بطلان سازش‌نامه» قرار داده است. ملاک در کنوانسیون سنگاپور باطل بودن سازش‌نامه وفق قانون مرضی‌الطرفین یا قانون صالح به نظر کشور محل اجرا می‌باشد. از این رو، تشخیص این موضوع در اختیار کشور محل اجرا است و آراء احتمالی صادره در این خصوص در سایر نظام‌های قضایی تأثیری در تشخیص دادگاه کشور محل اجرا ندارد. در حقیقت، این دادگاه محل اجرا است که

رویکرد کنوانسیون نیویورک مبنی بر عدم حمایت اجرایی از آراء داوری ابطال شده در مقر داوری، به دلیل قاعده‌ی نفوذ بین‌المللی حق، قابل دفاع است، زیرا حق نباید اثری بیشتر از آنچه که در کشور محل تشکیل برای آن متصور بوده، داشته باشد (جنیدی، ۱۳۹۰، ۱۴؛ جنیدی، ۱۳۹۲، ۱۵۵) و حق مورد بحث نمی‌تواند در کشور دیگری اثر بیشتری ایجاد کند (الماسی، ۱۳۷۰، ۱۱۰).

مطابق کنوانسیون سنگاپور تصمیم دادگاه یک کشور مبنی بر ابطال سازش‌نامه، برای کشورهای دیگر لازم‌الاجرا نیست و یکی از تفاوت‌های کنوانسیون نیویورک و سنگاپور در نحوه‌ی برخورد دادگاه‌های ملی با ابطال رای داوری یا سازش‌نامه در کشور محل صدور آنهاست (Schnabel, 2019: 22;).

<sup>۱</sup> خرید مرجع حل اختلاف مربوط به وضعیتی است که یکی از طرفین تلاش می‌کند که دعوای خود را به مرجع رسیدگی مشخص ببرد که فکر می‌کند رای یا حکم مطلوب خود را از مرجع مزبور دریافت خواهد کرد (Busch, ۲۰۰۷: ۱).

<sup>۲</sup> Karaha Bodas Company, LLC v Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara and PT Pln (Perseo), 364 F3d 274, 308-10 (5th Cir 2004).





قانون کشوری متفاوت، حاکم بر سازش‌نامه تلقی شود. در این صورت، قدرت انتخاب در اختیار محکوم‌له است، زیرا محکوم‌علیه تا قبل از طرح درخواست اجرای سازش‌نامه از سوی محکوم‌له، نمی‌داند که در چه کشوری اجرای سازش‌نامه درخواست خواهد شد، اما در کنوانسیون نیویورک محکوم‌علیه با قابلیت پیش‌بینی مناسب، به راحتی می‌تواند به دادگاه‌های کشور مقرر مراجعه و رای داور را ابطال و چالشی جدی در مسیر اجرای رای داور ایجاد نماید.

در چارچوب کنوانسیون سنگاپور، راه‌حلی که برای محکوم‌علیه متصور است آن است که وی در یک اقدام همراه با پیش‌دستی، حکم ابطال سازش‌نامه را از دادگاه‌های کشوری که عمده اموالش در کشور مزبور وجود دارد، تحصیل نماید؛ در این صورت، اگر تقاضای اجرای سازش‌نامه توسط محکوم‌له در آن کشور ثبت شود، با توجه به وجود رای سابق مبنی بر ابطال سازش‌نامه و قاعده‌ی اعتبار امر مختوم، دادگاه از اجرای سازش‌نامه امتناع خواهد نمود. همچنین راه‌حل دیگر آن است که در متن سازش‌نامه نسبت به دادگاه محل درخواست اجرای سازش نیز توافق شده و صرفاً همان دادگاه صالح به حمایت اجرایی از سازش‌نامه قلمداد شده باشد تا قابلیت پیش‌بینی مورد نظر، با توجه به پاراگراف د از بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون، تامین گردد.

در نظام حقوقی ایران، مقر داور در مقام شناسایی و اجرای رای داور تأثیرات قابل توجهی دارد. از جمله این تأثیرات میتوان به پاراگراف الف بند ۱ ماده ۵ قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون نیویورک اشاره کرد که بطلان موافقت‌نامه‌ی داور به موجب قانون کشور محل صدور رای داور را از جمله موانع شناسایی و اجرا قلمداد نموده است. علاوه بر قانون اخیر الذکر در بند ۳ پاراگراف ۱ ماده ۵ قانون مذکور، نقض حکم داور را توسط مرجع صالح کشوری که حکم در آن صادر شده به عنوان یک مانع دیگر جهت اجرا و شناسایی رای داور به حساب آورده است.

هم باید قانون حاکم را تعیین نماید و هم باید موضع قانون مزبور را تعیین و نیز در خصوص باطل بودن سازش‌نامه تصمیم‌گیری کند.

فراز اول پاراگراف ب بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون سنگاپور در این خصوص چنین دلالت دارد که تشخیص بطلان توسط دادگاه محل اجرا با توجه به مقررات کشور محل قانون حاکم صورت می‌گیرد، ولی الزامی برای تبعیت از آرای صادره در آن کشور وجود ندارد. بنابراین، حتی اگر سازش‌نامه در دادگاه‌های کشور مزبور، محکوم به ابطال شده باشد، کشور محل اجرا مکلف به تبعیت از حکم صادره نیست. برای مثال، اگر ایران به عنوان کشور محل اجرا قانون انگلستان را بر سازش‌نامه حاکم بداند و در دادگاه‌های انگلستان حکم بر ابطال سازش‌نامه صادر شده باشد، باز هم دادگاه ایرانی مکلف به تبعیت از دادگاه انگلیسی نیست و تشخیص قاضی ایرانی از مقررات قانونی انگلستان ملاک است. از این رو، مرجع قضایی ایرانی می‌تواند طبق قانون انگلستان سازش‌نامه مزبور را معتبر بداند حتی اگر حکم ابطال آن توسط دادگاه انگلستان صادر شده باشد.

تأثیر و جایگاه حقوقی مقر داور به نحوی که در کنوانسیون نیویورک مقرر شده، این مزیت را در بر دارد که محکوم‌علیه، می‌داند که اگر حکم ابطال رای داور را در مقر داور اخذ نماید، این امر چالش جدی برای اجرای رای مزبور در کشورهای عضو کنوانسیون نیویورک ایجاد خواهد نمود اما با رویکرد کنوانسیون سنگاپور، از آنجا که اساساً مقری برای سازش پیش‌بینی نشده، سازش‌نامه حتی در صورت ابطال در چند کشور ممکن است باز هم قابلیت اجرا داشته باشد، زیرا اولاً ملاک، صدور حکم ابطال در نظام قضایی دیگر نیست، بلکه دادگاه محل اجرا باید مستقلاً باطل بودن سازش‌نامه را تشخیص دهد؛ ثانیاً در صورت عدم توافق بر حکومت یک قانون خاص بر سازش‌نامه، ملاک، موضع قانون حاکم به تشخیص دادگاه محل اجرا است. در نتیجه، در هر کشوری که تقاضای اجرا گردد، ممکن است

اجرا قلمداد می‌شود و باز به همان دلیل اشاره شده در مطلب قبل، حاکمیت مقررات ایران بر آیین داورى و نیز ترکیب هیات داورى در فرض سکوت طرفین، جز آنکه ایران مقر داورى بوده باشد، توجیه منطقی و منطبق با قواعد داورى پیدا نخواهد کرد. همچنین بر اساس پاراگراف ۱ بند ۱ ماده ۳۳ همان قانون، با عطف به بند ۱ ماده ۳۵ قانون مذکور، اگر رای داورى مشتمل بر نظر موافق و موثر داورى باشد که جرح او توسط دادگاه مقر داورى پذیرفته شده است، واقعیت مزبور نیز مانع دیگری در طریق شناسایی و اجرای رای داورى ایجاد خواهد کرد. بنابراین آن چنان که مشاهده می‌شود در نظام حقوقی ایران موانع شناسایی و اجرای رای داورى معطوف به مقر داورى، بسیار مفصل‌تر از آن است که در کنوانسیون نیویورک مشاهده می‌شود و این امر از تفاوت‌های موانع شناسایی و اجرای در نظام اجرای آرای داورى با نظام اجرای سازش‌نامه‌ها قلمداد می‌شود.

در نظام حقوقی ایران نیز جا دارد که بررسی شود که آیا کشور محل صدور سازش‌نامه می‌تواند از چنان اهمیتی برخوردار باشد که در موانع شناسایی و اجرای سازش‌نامه تاثیرگذار شود یا خیر؟ شایان ذکر است مطالبی که در این خصوص بیان می‌شود معطوف به وضعیت فعلی نظام حقوقی ایران می‌باشد که هنوز به کنوانسیون سنگاپور ملحق نشده است.

سازش‌نامه‌های تنظیمی نزد داور با عنایت به قانون الحاق به کنوانسیون نیویورک و نیز با عنایت به مفاد ماده ۲۸ قانون داورى تجارى بین‌المللی که هم راستا با سایر قوانین و مقررات پیشرو در زمینه‌ی داورى، سازش‌نامه‌ی مزبور را رای داورى توصیف نموده، مشمول همان وضعیت آرای داورى می‌گردد که در بحث قبلی موضع حقوق ایران در این خصوص بیان گردید. در سایر انواع سازش‌نامه (سازش‌نامه تنظیمی نزد دادگاه، سازش‌نامه تنظیمی نزد سران دفاتر اسناد رسمی و سازش‌نامه عادی)، اگر سازش‌نامه در کشور محل تنظیم لازم‌الاجرا تلقی

بنابراین در مقررات ایران نیز برخی از موانع شناسایی و اجرای رای معطوف به تاثیرات مقر داورى است. همچنین ماده ۳۳ قانون داورى تجارى بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ با عطف به بند ۱ ماده ۳۵ همان قانون، برخی از موانع اجرا را مرتبط با مقر داورى نموده است. به بیان دیگر بر اساس بند ۱ ماده ۳۵ قانون اخیر الذکر چنانچه رای داورى در دادگاه مقر داورى ابطال شده باشد، قابلیت اجرایی نخواهد داشت.

در حقیقت دادگاه موضوع ماده ۶ قانون داورى تجارى بین‌المللی که در صدر ماده ۳۳ این قانون مورد اشاره قرار گرفته، همان دادگاه مقر داورى است. همچنین پاراگراف ۱ بند ۱ ماده ۳۳ قانون مذکور با عطف به بند ۱ ماده ۳۵ همان قانون، بطلان موافقت‌نامه داورى را به موجب قانون مقر داورى در فرض سکوت طرفین در خصوص قانون حاکم از جمله موانع شناسایی و اجرای رای قلمداد نموده است.

ممکن است این تردید مطرح شود که در بند ب فوق‌الذکر هیچ اشاره‌ای به مقر داورى نشده است و صرفاً اشاره به قانون ایران رفته است. پاسخ تردید مذکور آن است که منطقیاً قانون ایران جز اینکه به عنوان قانون کشور مقر، لازم‌الاتباع تلقی شده باشد، هیچ توجیه منطقی و حقوقی دیگری ندارد که موضوع ارجاع و فصل‌الخطاب واقع شود. در حقیقت قوانین حاکم بر داورى هر یک با مبنای مشخصی با عنوان قانون حاکم شناخته می‌شوند و در فرض سکوت طرفین در مورد قانون حاکم، حاکم شدن قانون یک کشور خاص به نام ایران بدون اینکه مقر داورى قلمداد شود، از منطبق حقوقی روشنی برخوردار نبوده و نوعی ترجیح بلامرجح و خلاف حکمت قانون‌گذاری تلقی می‌گردد.

همچنین بر اساس پاراگراف ۱ و بند ۱ ماده ۳۳ با عطف به بند ۱ ماده ۳۵ همین قانون، عدم رعایت ترکیب هیات داورى یا آیین رسیدگی مندرج در قانون ایران در فرض سکوت موافقت‌نامه داورى در مورد ترکیب داوران و آیین داورى جزو موانع شناسایی و



تشخیص این امر را لزوماً دارا نیستند، زیرا ظرافت‌های این امر بیش از آن است که بتواند توسط یک دیپلمات فاقد تحصیلات حقوقی تشخیص داده شود.

## ۴ جهات رد اجرا مربوط به اوصاف و مفاد سازش‌نامه در کنوانسیون سنگاپور

صرف نظر از جهات مشترکی که بین دو کنوانسیون در خصوص رد درخواست اجرا وجود دارد که در مقدمه پژوهش حاضر، بدان‌ها اشاره شد، برخی از جهات رد درخواست اجرا صرفاً در کنوانسیون سنگاپور مشاهده می‌شوند و فاقد مقرر متناظر در کنوانسیون نیویورک می‌باشند. جهات اخیرالذکر، در یک دسته‌بندی کلی به اوصاف و مفاد سازش‌نامه و یا به اوصاف و رفتار میانجی مربوط هستند. در ادامه، ضمن بیان جهات موردنظر در دسته‌بندی فوق‌الذکر، علل تفاوت متن دو کنوانسیون مورد مطالعه در این خصوص، ریشه‌یابی خواهد شد.

### ۴/۱ فقدان وصف نهایی و الزام‌آور سازش‌نامه

در کنوانسیون ژنو در خصوص اجرای آرای داوری مصوب ۱۹۲۷ (Geneva Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards of 1927)، از عبارت «نهایی» (Final) استفاده شده بود و تفسیر بسیاری از دادگاه‌ها از واژه‌ی مزبور این بود که رای داوری باید توسط دادگاه مقرر داوری تأیید شود و محکوم‌علیه مجبور بود از دو دادگاه محل صدور رای و دادگاه محل اجرای رای داوری، اجرائیه دریافت کند. در کنوانسیون نیویورک از واژه‌ی «لازم‌الاجرا» (Binding) استفاده گردید تا به اخذ تأیید دادگاه مقرر داوری نیازی نباشد (بوذرجمهری، امینی، ۱۳۹۵: ۱۵۲).

با توجه به اینکه از منظر تنظیم‌کنندگان کنوانسیون سنگاپور، سازش بر خلاف داوری، فاقد مقرر می‌باشد، کنوانسیون سنگاپور این امکان را

شود، مواد ۱۶۹ و ۱۷۷ قانون اجرای احکام مدنی نسبت به آن قابل اعمال است و در صورتی که سازش‌نامه فاقد وصف لازم‌الاجرا (سند عادی) در کشور تنظیم آن باشد، ماده ۱۲۹۵ قانون مدنی بر آن اعمال خواهد شد. البته از لحاظ تأثیر مقرر تفاوتی میان دو مقرر مذکور وجود ندارد و صراحتاً در ماده ۱۷۷ قانون اجرای احکام مدنی و ماده ۱۲۹۵ قانون مدنی، موافقت مفاد سند با قوانین محل تنظیم آن شرط شده است.

نقدی که به موضع حقوق ایران وجود دارد این است که همچنان که سابقاً ذکر شد، اصولاً سازش مقرر ندارد و محل تنظیم سازش‌نامه برای طرفین از چنان اهمیتی برخوردار نیست که منشا چنین آثار حقوقی جدی قرار گیرد. ممکن است کشور محل تنظیم سازش‌نامه به صورت اتفاقی انتخاب شده باشد یا دلایلی مثل سهولت دسترسی یا جاذبه‌های جانبی باعث انتخاب آن کشور توسط طرفین به عنوان محل انعقاد سازش‌نامه شده باشد. همچنین مواد مزبور مشخص نکرده‌اند که از اعتبار افتادن اسناد مذکور از منظر حقوقی مدنظر تنظیم‌کنندگان این ماده بوده یا از منظر قضایی. به عبارت دیگر چنانچه دادگاه ایران احراز کند که سازش‌نامه‌ای طبق قانون کشور محل تنظیم از اعتبار افتاده است، آیا همین مقدار برای امتناع از حمایت اجرایی کفایت می‌کند یا حکم دادگاه خارجی مبنی بر ابطال سازش‌نامه مذکور ضرورت دارد؟ همچنین اگر حکم دادگاه خارجی بر ابطال سازش‌نامه تنظیمی در قلمرو کشور مزبور صادر شده باشد، اما از منظر دادگاه ایران سازش‌نامه مورد نظر مطابق قوانین آن کشور به نحو معتبر تنظیم شده باشد، آیا رای صادره توسط دادگاه محل تنظیم سازش‌نامه برای نظام قضایی ایران و دادگاه رسیدگی کننده به درخواست شناسایی و اجرای سازش‌نامه لازم‌الاتباع است یا خیر؟ نقد دیگری که بر مواد فوق وارد است آن است که تشخیص تنظیم اسناد مورد نظر وفق قانون کشور محل تنظیم را به عهده مقامات سیاسی گذارده که صلاحیت علمی و حقوقی لازم برای

کنند که سازشنامه لازم الاجرا است (Uncitral, 65<sup>th</sup> Session (1), 2016). این ایده مورد قبول واقع نشد، زیرا صرف امضای طرفین ذیل سازشنامه حاکی از قصد آنها برای لازم الاجرا بودن سازشنامه است و به تصریح به آن وجود نیازی ندارد. از این رو، کنوانسیون فرض اولیه را این گونه مقرر کرده است که طرفین، سازشنامه امضاء شده را لازم الاجرا می‌دانند ولی این حق به طرفین دعوا داده شده است که بر خلاف این فرض توافق کنند و صراحتاً، سازشنامه را لازم الاجرا تلقی نکنند (Uncitral, 68<sup>th</sup> Session; Schnabel, 2019: 46).

این استثنا، شامل مواردی نمی‌باشد که به دلیل مشکلات حقوقی سازشنامه لازم الاجرا یا نهایی نیست. مواردی که سازشنامه به دلایل حقوقی لازم الاجرا یا نهایی نیست در متن خود کنوانسیون مشخص شده است و پیشنهاد مطرح شده در مذاکرات کارگروه مبنی بر تعیین لازم الاجرا یا نهایی بودن سازشنامه وفق قانون کشور محل درخواست اجرا، مورد قبول واقع نگردید (Uncitral, 2017, 67<sup>th</sup> Session). از این رو، تعیین لازم الاجرا بودن سازشنامه وفق مقررات کنوانسیون از جمله شمول در قلمرو آن و نداشتن جهات رد مشخص می‌شود. در فراز ۳ از پاراگراف ب از بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون عنوان شده است که سازشنامه در صورت تغییر، نهایی نخواهد بود و همچنین در پاراگراف الف از بند ۱ ماده ۴ نیز در صورت نداشتن شرایط امضا، سازشنامه نهایی محسوب نمی‌شود، زیرا اصلاً منعقد نشده است. همچنین طرفین دعوا نمی‌توانند عنوان کنند که سازشنامه به دلیل عدم پوشش تمامی اختلافات نهایی نیست (Schnabel, 2019: 46&47; Uncitral, 2016(1), 65<sup>th</sup> Session).

تلقی فقدان وصف نهایی و الزام آور سازشنامه به عنوان یکی از موجبات رد اجرای سازشنامه، به نظر می‌رسد که زائد بوده و می‌توانست در فراز دوم از پاراگراف ب از بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون ذکر نشود، زیرا در پاراگراف د از بند ۱ ماده ۵ این اجازه به دادگاه داده شده بود که در صورت بروز چنین شرایطی

فراهم می‌سازد که سازشنامه مستقیماً و بدون نیاز به شناسایی در مبدأ، در قلمرو هر کدام از اعضا به اجرا گذاشته شود. در بحث‌های اولیه در کارگروه آنسیترال (Uncitral, 2015(A): 62<sup>nd</sup> Session & 48<sup>th</sup> Session (C), 2015), برخی هیات‌های نمایندگی پیشنهاد داده بودند که تأیید توسط دادگاه ملی یا دفتر اسناد رسمی، قبل از اجرای سازشنامه در کشورهای دیگر تحت این کنوانسیون، نیاز باشد و یا حوزه‌ی اعمال کنوانسیون محدود به سازشنامه‌هایی شود که در کشور مبدأ (State of Origin) قابل اجرا هستند. البته این پیشنهادها مورد قبول واقع نگردید. کارگروه (Uncitral, 2015(A): 62<sup>nd</sup> Session & 2015(B): 63<sup>rd</sup> Session), به دنبال این بود که از مشکلات پیش روی آرای داوری قبل از کنوانسیون نیویورک و تحت کنوانسیون ژنو مبنی بر لزوم شناسایی دو مرحله‌ای جلوگیری نماید تا با ایجاد سیستمی سخت‌گیرانه مانع استفاده طرفین از سازش نگردد (Schnabel, 2019: 13). به علاوه کارگروه عنوان نمود که تعیین کشور مبدأ برای سازشنامه‌ها بسیار دشوار است مخصوصاً در زمان حاضر که امکان تنظیم سازشنامه‌ها به وسیله ابزار الکترونیکی فراهم شده است (Schnabel, 2019: 13; 14) و همچنین فرایند سازش به خودی خود به تعیین مقر نیازی ندارد (Chong and Alexander, 2019(B): 1; Chong and Alexander, 2019(A): 2; Alexander, 2019: 417; Chong; Steffek, 2019: 456). به همین دلیل در ماده ۵ پس از قید عبارات لازم الاجرا و نهایی صراحتاً ذکر شده که مبنا، متن خود سازشنامه است و به رای دادگاه وجود نیازی ندارد. از این رو، تنها در صورت تصریح طرفین دعوا به لازم الاجرا و نهایی نبودن سازشنامه دادگاه می‌تواند از اجرای سازشنامه امتناع کند و دادگاه نمی‌تواند در این خصوص به مستندی جز خود سازشنامه استناد نماید (Schnabel, 2019: 45-46).

در مذاکرات کارگروه آنسیترال عنوان شده بود که این الزام وجود داشته باشد که طرفین صراحتاً قید



مشمول حمایت اجرایی شود که حتی در فرض اخیر، مفاد بند ۸ ماده ۱۶۹ قانون اجرای احکام مدنی که عنوان می‌دارد باید دستور اجرای حکم از مقامات صلاحیت‌دار کشور صادرکننده حکم صادر شده باشد، در عمل مفهوم وصف لازم‌الاجرا را از متن سازش‌نامه برداشت ننموده، بلکه عملاً مستلزم تصمیم مقام صالح کشور مبدا دانسته است.

## ۴٫۲ ابهام مفاد سازش‌نامه

در فراز ۲ از پاراگراف ج از بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون یکی از جهات رد اجرای سازش‌نامه، ابهام یا روشن نبودن تعهدات مندرج در سازش‌نامه قید شده است. طبق این شرط دادگاه نمی‌تواند صرفاً به این بهانه که سازش‌نامه ضعیف تنظیم شده یا برخی بندهای آن مبهم ذکر گردیده است از اجرای سازش‌نامه امتناع کند. در مقابل، جهت مذکور تنها در شرایطی اعمال می‌شود که سازش‌نامه چنان گیج‌کننده و مبهم تنظیم شده باشد که مقام صالح علی‌رغم محق دانستن متعهدله، نتواند دستور اجرا صادر کند. اگر مقام صالح بتواند تعهد موضوع سازش‌نامه را تشخیص داده و دستور اجرای تعهد مذکور را صادر کند، چنین استثنائی اعمال نمی‌شود. در واقع این استثناء برای حمایت از مقام صالح است در برابر الزام به اجرای سازش‌نامه در شرایطی که مشخص نیست که باید دستور اجرای چه چیزی صادر شود (Uncitral, 2017, 67<sup>th</sup> Session; Schnabel, 2019: 48).

برخی از نویسندگان (Schnabel, 2019: 48; Claxton, 2020: 14) بیان داشته‌اند که کنوانسیون سنگاپور موضعی در خصوص اجرای قسمتی از سازش‌نامه اتخاذ نکرده و صراحتاً اختیار اجرای بخشی از سازش‌نامه را به دادگاه نداده است که این مسئله باعث ایجاد ابهام و عدم اجرای یکسان کنوانسیون بین کشورهای مختلف می‌شود و در این صورت اگر بخشی از مفاد سازش‌نامه غیر شفاف باشد، باعث می‌شود که کل سازش‌نامه غیرقابل اجرا گردد. به نظر می‌رسد دیدگاه نویسندگان فوق‌الذکر با متن کنوانسیون نسبت شفاف و روشنی ندارد،

(توافق طرفین بر لازم‌الاجرا نبودن) به دلیل مخالفت مفاد سازش‌نامه با صدور دستور اجرا، از اجرای سازش‌نامه خودداری کند (Schnabel, 2019: 45).

علت این امر که فقدان وصف لازم‌الاجرا و نهایی به موجب متن رای داوری، در کنوانسیون نیویورک به عنوان جهات رد درخواست اجرا ذکر نشده، آن است که اساساً دو ویژگی مزبور، جزء مقومات و مکونات اساسی رای داوری بوده و متنی که فاقد دو صفت پیش‌گفته باشد، از اساس، رای محسوب نمی‌شود. این در حالی است که سازش‌نامه‌های تنظیمی میان اشخاص، لزوماً واجد اوصاف مزبور نیستند؛ برای مثال، می‌توان به سازش‌نامه‌هایی اشاره کرد که مفاد آنها صرفاً دلالت بر آن دارد که طرفین به این نتیجه مشترک نائل شده‌اند که فعلاً از طرح دعوا علیه یکدیگر بپرهیزند و برای مثال مدت معین دیگری را جهت ادامه‌ی مذاکرات مقرر داشته‌اند. بدیهی است توافق اخیرالذکر نیز نوعی سازش‌نامه است، اما در عین حال جنبه‌ی نهایی نداشته و اقدامات اجرایی ایجابی در راستای آن، سالیه به انتفاء موضوع است. بنابراین اگر چه می‌توان سازش‌نامه‌هایی با فقدان دو صفت سابق‌الذکر تنظیم نمود، اما صدور رای داوری که ویژگی‌های مزبور را نداشته باشد، امکان‌پذیر نخواهد بود.

بند ۱ ماده ۳۵ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، ماده ۳ کنوانسیون نیویورک در خصوص شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی و قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون مزبور، به دلیل فوق‌الذکر، فقدان وصف لازم‌الاجرا و نهایی را جزء جهات رد درخواست اجرای رای داوری ذکر نکرده‌اند، اما در خصوص اجرای سازش‌نامه‌های خارجی، اصولاً حمایت اجرایی در حقوق ایران انجام نمی‌شود تا نوبت به موانع اجرا برسد مگر اینکه سازش‌نامه در کشوری صادر شده باشد که حمایت اجرایی از سازش‌نامه‌ها تبدیل به قانون شده باشد و بر این اساس، مطابق ماده ۱۷۷ قانون اجرای احکام مدنی با عطف به ماده ۱۶۹ همین قانون، در ایران نیز

المللی کالا جهت اختیار طرفین برای توافق بر عدم اعمال کنوانسیون اتخاذ نموده است (Uncitral, 2016(1), 65<sup>th</sup> Session; Uncitral, 2017, 67<sup>th</sup> Session; Uncitral, 2016(2), 64<sup>th</sup> Session).

عدم ذکر شرط مزبور (مطابقت مفاد درخواست اجرا با مفاد سند حل اختلاف) در مقررات کنوانسیون نیویورک و مقررات داخلی ایران به دلیل بدیهی بودن شرط موردنظر جهت اجرای سند حل اختلاف می‌باشد.

## ۵ جهات رد اجرا مربوط به اوصاف و رفتار میانجی در کنوانسیون سنگاپور

گاهی اوقات رد درخواست اجرا توسط مرجع صالح، نه به دلیل مشکلات مزبور به متن سازش‌نامه، بلکه مربوط به وضعیت و رفتار میانجی یا نحوه مدیریت میانجی‌گری می‌باشد. در این راستا، نقض استانداردهای میانجی یا میانجی‌گری (۴،۱) و نقض تکلیف افشاء (۴،۲) در ادامه مطالب مورد بحث واقع می‌شود.

### ۵،۱ نقض استانداردهای میانجی یا میانجی‌گری

در بند ۵ ماده ۵ کنوانسیون سنگاپور، یکی از جهات رد درخواست اجرای سازش‌نامه، این گونه بیان شده است که استانداردهای قابل اعمال در خصوص میانجی یا سازش به صورت اساسی توسط میانجی مورد نقض قرار گرفته باشد، به نحوی که در صورت اطلاع طرف مقابل از نقض فوق‌الذکر، اساساً وی اقدام به انعقاد سازش‌نامه نمی‌نمود. منابع قانونی تعیین استانداردهای حرفه‌ای قابل اعمال در کنوانسیون مشخص نشده است، اما در مذاکرات کارگروه آنسیترال مصادیقی برای این استانداردهای بیان گردید مثل محرمانگی، رفتار عادلانه با طرفین، آئین‌نامه‌های مربوط به اخذ مجوز میانجی‌گری، قواعد سازمانی و قواعد رفتاری. برخی اعضا معتقد بودند که به ذکر این مورد نیازی نیست و رفتار

زیرا کنوانسیون سنگاپور صرفاً در خصوص ابهام تعهدات سخن گفته و ممنوعیتی ایجاد نکرده که تعهدات روشن سازش‌نامه مورد حمایت اجرایی قرار گیرد و در عین حال تعهدات مبهم آن محروم از حمایت مورد نظر گردد.

در کنوانسیون نیویورک و نیز نظام حقوقی ایران، چنین شرطی به صورت صریح برای اجرای آراء داوری و سازش‌نامه‌ها ذکر نگردیده و علت آن است که موضوع مزبور جزء بدیهیات قواعد اجرای احکام و اسناد محسوب می‌شود و تصریح ماده ۳ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶، صرفاً تأکید بر قاعده بدیهی مزبور می‌باشد که عدم ذکر آن نیز نمی‌توانست نتیجه‌ای جز همین موضع را امکان پذیر نماید. در حقیقت تبصره دوم ماده ۵ آئین‌نامه‌ی اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا مصوب ۱۳۸۷ با اصلاحات سال ۱۳۹۸ نیز تأکید بر همین قاعده منطقی است.

### ۴،۳ مغایرت مفاد درخواست اجرا با مفاد سازش‌نامه

در کنوانسیون سنگاپور یکی از جهات رد درخواست اجرای سازش‌نامه، اختلاف بین درخواست اجرا و مفاد سازش‌نامه است. این جهت امتناع از اجرا تنها در صورتی مصداق دارد که درخواست اجرا صراحتاً با مفاد سازش‌نامه مغایرت داشته باشد، زیرا وفق اصل آزادی قراردادی، هدف میانجی‌گری اعطای اختیار حل و فصل اختلاف به طرفین دعوا است و اگر سازش‌نامه برخلاف مندرجات توافق شده آن، اجرا شود چنین هدفی محقق نمی‌گردد. برای مثال، شرط انتخاب دادگاه که وفق آن باید درخواست اجرای سازش‌نامه از دادگاه‌های کشوری خاص صورت گیرد، باید رعایت شود. اجرای این مقرر با عث می‌شود که طرفین قرارداد بتوانند مانع اجرای کنوانسیون شوند زیرا اگر طرفین توافق کنند که کنوانسیون در مورد سازش‌نامه اعمال نشود، اعمال کنوانسیون بر چنین سازش‌نامه‌ای برخلاف مقرر پاراگراف د از بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون است. از این رو، کنوانسیون سنگاپور موضعی مشابه ماده ۶ کنوانسیون بیع بین



اجرای رای داوری، چنین مسئله‌ای در کنوانسیون نیویورک ذکر نشد. البته برخی نویسندگان معتقدند که باید مقرر بین‌المللی در خصوص رفتار داوران تنظیم شود (Rogers, 2002: 341; Bishop, 2011: 388) و مقررات مختلفی نیز در این زمینه در سالهای اخیر ارائه شده‌اند<sup>۱</sup>.

در کنوانسیون نیویورک و مقررات ایران شرطی که صریحاً نقض استانداردها را به عنوان یکی از موانع اجرا ذکر کرده باشد، به چشم نمی‌خورد، اما در عین حال، برخی از مصادیق رعایت استانداردها به صورت موردی، مورد اشاره قرار گرفته‌اند.

## ۵٫۲ نقض تکلیف افشاء

در بند و ماده ۵ کنوانسیون سنگاپور بیان شده است که میانجی از افشای اوضاع و احوالی که موجب تردیدهای موجهی نسبت به بی طرفی و استقلال وی می‌گردد خودداری نموده و اقدام مزبور تاثیر اساسی یا ناروا بر یکی از طرفین داشته به نحوی که در صورت افشای اوضاع و احوال مزبور طرف مورد نظر اقدام به انعقاد سازش‌نامه نمی‌نمود.

برخی نویسندگان معتقدند که بی طرف بودن و استقلال به مقررات داوری مربوط است و معیار مناسبی برای رفتار میانجی محسوب نمی‌شود. میانجی بیشتر نقش یک مذاکره‌کننده را دارد تا یک قاضی. طرفین دعوا ممکن است یک میانجی را به دلیل وجود روابطی با وی یا به دلیل آشنایی میانجی با موضوع دعوا انتخاب نمایند، زیرا در حالت مذکور میانجی راحت‌تر می‌تواند طرفین دعوا را به سازش متقاعد کند. معیار سخت بی طرفی و استقلال که در داوری شرطی ضروری و لازم است، متناسب میانجی‌گری نیست. البته با بررسی مذاکرات مشخص می‌شود که درج چنین شرطی یکی از شروطی بوده که برای نهایی شدن کنوانسیون و اجماع کشورها به آن نیاز بوده است (Schnabel, 2020);

میانجی مشمول بندهای دیگری از کنوانسیون مثل نظم عمومی می‌شود. اما برای حفظ اجماع اعضا این بند نیز ذکر گردید (Schnabel, 2019: 49-51; Claxton, 2020:15).

همچنین مشخص نبودن استانداردهای قابل اعمال خطری قانونی را ایجاد می‌کند که ممکن است بر رفتار میانجی و فرایند تصمیم‌گیری تاثیرگذار باشد (Claxton, 2020: 16). میانجیان در عرصه بین‌المللی شاید نگران این مسئله باشند که در فرضی که میانجی‌گری با چند نظام حقوقی ارتباط دارد، مقررات ناشناخته حقوق داخلی کشورها، تعهدات حرفه‌ای را به آنها تحمیل نماید و یا حتی ممکن است تعارضاتی میان مقررات کشورهای مذکور وجود داشته باشد (Tirdao; Maravall, 2019: 358-359). در همین راستا تنظیم‌کنندگان کنوانسیون به جهت جلوگیری از دخالت نظام‌های حقوقی در فرایند میانجی‌گری، مقر سازش را پیش‌بینی نکردند (Schnabel, 2019: 21-22) اما در نظر گرفتن عدم رعایت استانداردهای حرفه‌ای به عنوان یکی از جهات رد اجرای سازش‌نامه، قابل نقد است.

شاید ضرورت تاکید بر رعایت استانداردهای حرفه‌ای در داوری بیشتر باشد، زیرا رای داوری از لحاظ ماهوی شباهت به رای دادگاه دارد و شخص ثالث با بررسی مستندات و مقررات قانونی در مورد دعوای طرفین دعوا تصمیم‌گیری می‌کند، اما در مورد سازش‌نامه این خود طرفین دعوا هستند که به دعوای خود خاتمه می‌دهند (Senties, 2019: 1238); شیروی، ۱۳۹۳، ۶۷) و در سازش، میانجی نمی‌تواند برای طرفین تصمیم بگیرد، اما داور وظیفه‌ای جهت حصول توافق طرفین ندارد و با توجه به صلاحدید خود مثل یک قاضی، رای داوری را صادر می‌کند (تقی‌پور، ۱۳۹۲، ۶۳). به دلیل لزوم مضیق بودن جهات رد

2020); The Chartered Institute of Arbitrators Code of Professional and Ethical Conduct for Members, <https://www.ciarb.org/media/4230/ciarb-code-of-professional-and-ethical-conduct-october-2009.pdf> (accessed 10 May 2020).

<sup>1</sup> International Bar Association (IBA) Rules of Ethics for International Arbitrators 1987; IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (2015), [https://www.ibanet.org/ENews\\_Archive/IBA\\_July\\_2008\\_ENews\\_ArbitrationMultipleLang.aspx](https://www.ibanet.org/ENews_Archive/IBA_July_2008_ENews_ArbitrationMultipleLang.aspx) (accessed 10 May

اجرای اسناد موضوع معاهدات مذکور، به نظر می‌رسد که بخشی از جهات رد مختص کنوانسیون نیویورک، به دلیل تفاوت ماهوی روش داوری و سازش است. همچنین رویکرد کنوانسیون سنگاپور مبنی بر عدم وضع مقرراتی در خصوص مقرر سازش و توافق‌نامه سازش، باعث شده است که برخی جهات رد مذکور در کنوانسیون نیویورک در کنوانسیون سنگاپور ذکر نشوند.

همچنین جهات رد اجرای سازش‌نامه که صرفاً در کنوانسیون سنگاپور ذکر شده‌اند و از جهات رد اجرا در کنوانسیون نیویورک محسوب نمی‌شوند، در بسیاری از موارد غیرضروری بوده و باعث پیچیده شدن اجرای کنوانسیون سنگاپور شده‌اند. ذکر این جهات رد اجرای سازش‌نامه بیشتر که مبتنی بر منطق حقوقی باشد، به منظور حصول اجماع میان کشورها بوده است.

اگرچه تصویب کنوانسیون سنگاپور به عنوان اولین معاهده‌ی فراگیر در خصوص حمایت اجرایی از سازش‌نامه‌های تجاری بین‌المللی، گامی رو به پیش محسوب می‌شود، اما تعدد بیش از حد جهات رد درخواست اجرای سازش‌نامه، اگرچه با هدف حصول اجماع بین‌المللی بوده باشد، از این جهت دورنمای مثبتی از موفقیت برای معاهده‌ی مزبور در تراز قابل مقایسه با کنوانسیون نیویورک نشان نمی‌دهد. در حقیقت، فلسفه‌ی ابتدائی وضع معاهده پیش‌گفته که تقویت حمایت اجرایی از سازش‌نامه می‌باشد، با توسعه‌ی جهات رد درخواست اجرای سازش‌نامه در متن معاهده همخوانی نداشته و انسجام غرض و محتوا را لاقلاً در حد کنوانسیون نیویورک نشان نمی‌دهد. در عین حال، با توجه به اخیرالتصویب بودن کنوانسیون سنگاپور، باید منتظر رویه‌های قضایی نظام‌های

17:2019; 7;50; Claxton, 2020). اما باید توجه داشت که به هر حال این شرط بر فرایند میانجی‌گری تاثیر خواهد گذاشت. میانجی‌گری که با یکی از طرفین دعوا ارتباطی دارد یا با موضوع دعوا آشنا است، ممکن است به دلیل احتمال اعتراض به سازش‌نامه، از قبول میانجی‌گری این دعوا خودداری کند. نگرانی در خصوص داشتن رفتار مساوی ممکن است میانجی را به محدودکردن جلسات خصوصی با طرفین دعوا مجاب کند و حتی مانع ارائه‌ی ارزیابی‌های صریح توسط میانجی در خصوص نقاط ضعف و قوت موضع طرفین دعوا شود. این مسائل باعث از بین رفتن انعطاف فرایند میانجی‌گری شده و تاثیر عمل میانجیان را کاهش می‌دهد (Claxton, 2020:17).

بی‌طرف و مستقل بودن، در مقررات داوری مثل بند ۵ ماده ۱۱ و بند ۱ و ۲ ماده ۲۱ قانون نمونه آنسیترال، ماده ۱۱ و ۱۴ مقررات داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی و ماده ۱۲ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران دیده می‌شود و به بیان برخی نویسندگان (واحد؛ معبودی، ۱۳۹۴: ۳۹۵) لزوم استقلال و بی‌طرفی داور، اصلی اساسی و مقبول در عرصه‌ی جهانی در داوری بوده و نباید هیچ تردیدی در خصوص استقلال و بی‌طرفی داور وجود داشته باشد. با این وجود، در کنوانسیون نیویورک مقرره‌ای در خصوص تقاضای ابطال رای داوری یا امتناع از اجرای آن به دلیل فقدان استقلال و بی‌طرفی داور وجود ندارد.

## ۶ نتیجه

سازمان ملل متحد بعد از تجربه‌ی موفق کنوانسیون نیویورک، جهت توسعه‌ی روش میانجی‌گری کنوانسیون سنگاپور را تنظیم نمود. با بررسی موانع





## منابع

- Almasi, Nejadali, (1991), Conflict of Laws, Second Edition, Tehran: University Publication Center.
- Doak Bishop, (2011), Ethics in International Arbitration, Arbitration Advocacy in Changing Times, International Council for Commercial Arbitration Congress Series, Hague: Kluwer Law International.
- Joneydi, Laya, (2013), Execution of foreign commercial arbitral awards, Third Edition, Tehran: SDIL.
- Redfern Alan ;Hunter Martin, (2009). The Law and Practice of International Commercial Arbitration , London: Oxford University Press.
- Shiravi, Abdolhossein, (2014), International Commercial Arbitration, Third Edition, Tehran: Samt.
- Tirdao, Joe; Maravall, Elisa Vicente, (2019). Codes of Conduct for Commercial and Investment Mediators: Striving for Consistency and a Common Global Approach, "Mediation in International Commercial and Investment Disputes", London: Oxford University Press.
- Alexander, Nadja, (2019). "Ten Trends In International Mediation", Singapore Academy of Law Journal, 31, pp. 405-447.
- Alexander, Nadja; Chong, Shou, (2019) "The new UN Convention on mediation (aka the 'Singapore Convention') - Why it's important for Hong Kong", Hong Kong Lawyer Research Collection School Of Law, pp. 1-8.
- Alexander, Nadja; Chong, Shou, (2019)(A). "The new UN Convention on mediation (aka the 'Singapore Convention') - Why it's important for Hong Kong", Hong Kong Lawyer Research Collection School Of Law, pp. 1-8.
- Alexander, Nadja; Chong, Shou, (2019)(B), "Singapore convention series: Why is there no 'seat' of mediation?", Hong Kong Lawyer Research Collection School Of Law, pp. 1-8.
- Bouzarjomehri, Sormeh; Amini, Eisa, (2016), "Examining the uniform application of the New York Convention 1958 in the light of judicial procedure", Legal Research Quarterly, Vol. 19, No. 75, pp. 145-173.
- Busch, Marc (2007); "Overlapping Institutions, Forum Shopping, and Dispute Settlement in International Trade", International Organization, Vol. 61.
- CHONG, Shou Yu and STEFFEK Felix (2019). "Enforcement of international settlement agreements resulting from mediation under the Singapore convention Private international law issues in perspective", Singapore Academy of Law Journal Research Collection School Of Law, 31, pp. 1-39.

- Claxton, James M., "The Singapore Convention for Mediation: From Promotion to Workable Standards by Way of New York", 2020, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3612380>, Last Accessed at 2020/11/01.
- Herisi, Ahdieh Alipour; Wendy Trachte-Huber, (2019). "Aftermath of the Singapore Convention: A Comparative Analysis between the Singapore Convention and the New York Convention", *American Journal of Mediation*, 12, pp. 154-173.
- Joneydi, Laya, (2011), "New York Convention and its Enforcement Regime", *Comparative Law Journal*, Vol. 2, No. 1, pp. 52-87.
- Maboudi, Reza; Rezaee, Seyed Alireza, (2020), "The Analysis of Excluded Disputes from the Scope of Singapore Convention 2019 with Comparative Study of Iranian Law and Imamiah Jurisprudence", *Contemporary Law Studies Journal*, Vol. 11, No. 20, pp. 169-194.
- Maboudi, Reza; Rezaee, Seyed Alireza, (2020), "The Scope of Settlement Agreements Covered by Singapore Convention 2019 With Comparative Study of Iranian Legal System", *Private Law Studies Journal*, Vol. 50, No. 4, pp. 783-801.
- Maboudi, Reza; Rezaee, Seyed Alireza, (2020), "The Approach of Singapore Convention 2019 and Iranian Legal System toward Challenges of International Commercial Mediation, *Journal of Comparative Law Research*, Vol. 24, No.2, pp. 113-138.
- Morris-Sharma, Natalie, (2019), "Constructing The Convention On Mediation The Chairperson's Perspective", *Singapore Academy of Law Journal*, 31, 2019, pp. 487-519.
- Rogers, Catherine A. (2002), "Fit and Functional in Legal Ethics: Developing a Code of Conduct for International Arbitration", *23 Michigan journal international law*, 23, pp. 341-423.
- Schnabel, Timothy, (2019), "The singapore convention on mediation: framework for the cross-border recognition and enforcement of mediated settlements", *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 19, pp. 1-60.
- Senties, Hector Flores. (2019). "Grounds to Refuse the Enforcement of Settlement Agreements under the Singapore Convention on Mediation: Purpose, Scope, and Their Importance for the Success of the Convention." *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 20, 4, pp. 1235-1258.
- Silvestri, Elisabetta, (2019). "The Singapore Convention On Mediated Settlement Agreements: A New String To The Bow Of International Mediation?", *Access To Justice In Eastern Europe Journal*, 4, pp.5-12.
- Taghipour, Bahram, (2014), "Liability of arbitrators in the law of Iran and some countries", *Comparative Law Journal*, Vol. 5, No. 1, pp. 57-85.



- UNCITRAL, “Working Group HI (Arbitration and Conciliation)”, 48<sup>th</sup> session, 2015(C), Available at: [https://uncitral.un.org/en/working\\_groups/2/arbitration](https://uncitral.un.org/en/working_groups/2/arbitration), Last Accessed at 2020/11/01.
- UNCITRAL, “Working Group HI (Arbitration and Conciliation)”, 62<sup>nd</sup> session, 2015(A), Available at: [https://uncitral.un.org/en/working\\_groups/2/arbitration](https://uncitral.un.org/en/working_groups/2/arbitration), Last Accessed at 2020/11/01.
- UNCITRAL, “Working Group HI (Arbitration and Conciliation)”, 63rd Session, 2015(B), Available at: [https://uncitral.un.org/en/working\\_groups/2/arbitration](https://uncitral.un.org/en/working_groups/2/arbitration), Last Accessed at 2020/11/01.
- UNCITRAL, “Working Group HI (Dispute Settlement)”, 64th Session, 2016(B), Available at: [https://uncitral.un.org/en/working\\_groups/2/arbitration](https://uncitral.un.org/en/working_groups/2/arbitration), Last Accessed at 2020/11/01.
- UNCITRAL, “Working Group HI (Dispute Settlement)”, 65th Session, 2016(A), Available at: [https://uncitral.un.org/en/working\\_groups/2/arbitration](https://uncitral.un.org/en/working_groups/2/arbitration), Last Accessed at 2020/11/01.
- UNCITRAL, “Working Group HI (Dispute Settlement)”, 67th Session, 2017, Available at: [https://uncitral.un.org/en/working\\_groups/2/arbitration](https://uncitral.un.org/en/working_groups/2/arbitration), Last Accessed at 2020/11/01.
- UNCITRAL, “Working Group HI (Dispute Settlement)”, 68th Session, 2018, Available at: [https://uncitral.un.org/en/working\\_groups/2/arbitration](https://uncitral.un.org/en/working_groups/2/arbitration), Last Accessed at 2020/11/01.
- Vahed, Shaghayegh; Maboudi, Reza, (2015), “The 'Independence' and 'Impartiality' of Arbitrator; Synonymy or Distinction? (A Comparative Study in International Commercial Arbitration)”, Comparative law Journal, Vol. 6, No. 1, pp. 393-412.

## Original Article

# A comparative study of the Basic Judge in the Afghanistan and US legal systems

Ayat Molaee<sup>\*1</sup>, Mohammad Rafi Dolaty<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Assistant Professor, Department of Public Law, Faculty of Law and Social Sciences, University of Tabriz, Tabriz, Iran

<sup>2</sup> Graduated from Master of Public Law, Faculty of Humanities, Bu Ali Sina University, Hamadan, Iran



10.22080/LPS.2020.16325.1155

**Received:**

May 17, 2019

**Accepted:**

May 2, 2020

**Available online:**

November 27, 2021

**Main Subjects:**

public LAW

**Keywords:**

“constitutional”, “Basic Proceedings”, “Supreme Court”, “Independent Commission for the Supervision of Compliance with the Constitution”. “Supreme Court of the United States”

## Abstract

The constitution is the supreme document in a country that regulates all affairs of the state. It is necessary the proper mechanism to be predicted to preserve this fundamental act and to contain possible threats against this national covenant and any action contrary to it is void. The predicted way to accomplish this is in the form of a concept called the "basic proceedings". In general, there are two ways in the proceedings: "political control" and "judicial control" and countries, for different political, historical and legal reasons, choose one of the above methods. In this paper, using descriptive-analytic research method it has been discussed on the similiar and different dimensions of the substantive process in Afghanistan and America and it has been concluded, despite the differences in method, that in both Afghanistan and in the United States, fundamental justice has been identified. Therefore, the main similarities between the Afghan and United States in fundamental justice are: Judicial proceedings, passive monitoring and lateral controlling. On the contrary, one of the most important differences is: the method of their examination, the manner of dealing with relevant issues, competent authorities to handle the matter that the possibility of the merger and unity of the basic proceedings of these two countries will be avoided. For example, in the United States the basic lawsuit is scattered, but focussed on Afghanistan.

\*Corresponding Author: Ayat Molaee

Address: Department of Public Law, Faculty of Law and Social Sciences, University of Tabriz, Tabriz, Iran      Email: amulaee@tabrizu.ac.ir



## Extended Abstract

### 1. Introduction

The constitution is the most substantial document in a country that regulates all the affairs in the country. In order to preserve this fundamental law and curb possible violations against this National Covenant, it is necessary to provide for an appropriate mechanism and to repeal any action contrary to it. The envisaged solution to achieve this is in the form of a concept called "basic proceedings". In general, there are two methods: "political control" and "judicial control" in the proceedings, and countries for different reasons: political, historical and legal, and each chooses one of the above methods. In the present article, using the research method such as descriptive-analytical, the commonalities and differences between the basic proceedings of Afghanistan and the United States have been discussed and it concludes that despite the differences in the method both in Afghanistan and in the United States, the main judge has been identified. Thus, the main similarities between the basic proceedings of Afghanistan and the United States are a passive judicial trial and a control posteriori. On the contrary, one of their most important differences is the method of examining them, and the way it deals with the relevant issues. Competent authorities to deal with the issue make the possibility of merging and unification of the basic proceedings of the two countries. In the United States, for example, basic litigation is scattered but concentrated in Afghanistan.

### 2. Method

In this research, it has been analyzed and studied through the library method.

### 3. Findings

In the present article, an attempt has been made to discuss from a comparative point of view, the commonalities and differences between the basic proceedings of the two systems of Afghanistan and the United States. The outline of the research results is as follows:

1. In terms of modeling, both Afghanistan and the United States have used a single judicial model in the basic proceedings; the difference is that in Afghanistan, the main proceedings are vested only in the Supreme Court, while in the United States, in addition to the Federal Supreme Court, other courts have jurisdiction.

2. In terms of the position of the judiciary, in the United States, the Federal Supreme Court plays an influential role in the constitutional system of the United States through procedures and through the control of subsequent courts. However, this situation in Afghanistan is basically irrelevant.

3. Another major difference to distinguish the Afghanistan-US Constitutional Court is related to the position, dignity and authority of the judiciary in both countries explaining that the US judiciary is manifested as a sacred and authoritative institution, while the existence of such a position for the judiciary in the fledgling legal system of Afghanistan is being blocked.

4. Through a comparative study of the constitutional proceedings in Afghanistan and the United States, it is known that the similarities between them in terms of judicial control are passive supervision, a posteriori control and objectivity of supervision. Among the similarities and

prohibitions of the implementation of laws contrary to the constitution are the points of common ground between the two legal systems.

5. Regarding the position of religion in the administration of official affairs in Afghanistan and the United States, it should be said that in Afghanistan, the preference of religious rules and the need to control laws based on such rules has been specified, but in the United States, formal power building is based on secularism.

6. In Afghanistan, a centralized style of judicial control has been identified, but in the United States, a decentralized style of judicial control and, as a result, basic litigation has been identified.

7. In Afghanistan, we face the phenomenon of citizens being denied access to a fair trial, but in the United States, citizens have a fundamental right to sue. Also, although the main philosophy of the basic procedure is to guarantee the rights and freedoms of citizens in the constitution, so that citizens can protest against the violation of these rights and freedoms to the competent authorities. However, the constitutional legislature of Afghanistan neglects these important issues and thus It can be argued that the lack of such a principle in the constitution and the restriction of the right to a fair trial to the government and the courts is one of the major weaknesses of the constitutional process in Afghanistan.

8- In addition to the mentioned differences, another issue that distinguishes the basic proceedings of the two countries is the issue of constitutional protection in the field of implementation, with the explanation that in the Afghan legal system, in addition to the President, another body called the Independent

Oversight Commission Enforcement of the Constitution is responsible for protecting the Constitution from acts and decisions that are contrary to it, while the US legal system does not have such an institution.

9- Suggestions and solutions are provided to eliminate the weaknesses of the basic justice of Afghanistan. To eliminate the two main weaknesses related to passive oversight of the Supreme Court and citizens' lack of access to basic proceedings, the most appropriate solution is to establish a special court in the center of each province under the name of the Constitutional Court or the Court of Supervision or any other name. Special hearings should be provided for the Afghan judiciary, and citizens should be allowed to go to the same court under special conditions and procedures while processing their cases in other courts if they find that an ordinary law has violated a constitutional right. In addition, the court, if it finds a violation, request the Supreme Court (Supreme Court) to review the conformity of that law with the constitution. Such a process is not in fact a violation of the Constitution because Article 121 makes the conduct of the basic proceedings subject to the request of the Government or the courts. Thus, the Constitutional Court, as one of the courts of the judiciary, can both lead the Supreme Court to active oversight and allow Afghan citizens access to a fair trial, without any explicit or implicit contradiction.

The tribunal also has administrative independence, which makes it possible to appoint its staff and determine their duties and monitor their performance. In addition, to ensure the institutional independence of the Supreme Constitutional Court, it is not possible to



prosecute members of the court in public courts but after the immunity of the accused member by the Supreme Constitutional Court. However, a disciplinary action against members of the court is within the jurisdiction of the Supreme Constitutional Court. Also, the manner in which judges are elected, according to which the general board of the court selects new judges, has added to the institutional independence of the court. In addition, the ordinary legislators have ensured the individual independence of the judges of the court, which is inseparable from its institutional independence, by anticipating certain rules, because the judges of the court are independent and irrevocable and remain members of the court until the age of seventy. This removes any worries of the main judge about dismissal or renewal of membership. Judges are also barred from holding office in the public and private sectors and in parties, and are given adequate financial rewards for living a decent life, and are dedicated to strengthening their independence and helping to improve the quality of their performance. The enactment of rules such as the rule of incompetence of a judge in litigation, the rule of refusal of a judge to dismiss a case, the rule of dismissal of a judge and the impossibility of representing or assigning judges to maintain the job position of judges also adds to the individual independence of judges. Therefore, according to these rules, it must be said that one of the conditions for the efficiency of basic oversight, namely the independence of the Supreme Constitutional Court in the Egyptian legal system, has been met. Ensuring the independence of the Constitutional Court can pave the way for the proper and impartial performance of the task in protecting the Constitution.

#### 4. Results

1. The independence of the Constitutional Court does not necessarily lead to the adoption of non-partisan positions and the proper and fair performance of the constitutional protection of constitutional judges. The reason is that the impartiality or partisanship of the judge is a personal and subjective matter, and it is possible that by ensuring the independence of the judge, he will continue to go beyond the circle of justice and fairness. However, rights can ensure the independence of the judge so that he or she is not pressured into taking a biased and fair stance if he or she wishes to do so.

2. The independence of the Constitutional Court does not necessarily mean that its work is democratic and that the constitutional judge protects democratic values. The democratic activity of the judiciary depends on the democratic content of the constitution and the democratic spirit of the judiciary. Many regimes that have emerged from coups and military power use democratic tools and institutions to legitimize themselves, including elections and the establishment of an independent constitutional court. In these political systems, the independence of the Constitutional Court has nothing to do with the protection and preservation of democratic values.

#### 5. Conclusion

It seems that it can not be said with absolute certainty that the correct implementation of the rules of competition law will increase the volume of foreign investment, but it can be acknowledged that competition law, if implemented correctly, with the removal of involuntary secondary barriers acts as a clearing mechanism for foreign



investment and only allows the entry of those investments that are truly beneficial to the investee country.

### **Funding**

There is no financial support.

### **Conflict of interest**

Author declared no conflict of interest.

### **Acknowledgments**

We are grateful to all the scientific consultants of this paper.





علمی پژوهشی

# بررسی مقایسه‌ای دادرسی‌اساسی در نظام حقوقی افغانستان و ایالات متحده آمریکا

آیت مولائی\*<sup>۱</sup>، محمد رفیع دولتی<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> استادیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران  
<sup>۲</sup> کارشناس ارشد حقوق عمومی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران

doi 10.22080/LPS.2020.16325.1155

## چکیده

قانون‌اساسی عالی‌ترین سند در یک کشور است که کلیه امور و شئون کشوری را تنظیم می‌نماید. برای حفظ این قانون بنیادین و مهار تعدیات احتمالی علیه این میثاق ملی، لازم است سازوکار مناسب پیش‌بینی گردد و هرگونه عمل مغایر بآن، ابطال شود. راهکار پیش‌بینی شده برای تحقق چنین امری، در قالب مفهومی به نام «دادرسی‌اساسی» مطرح شده است. به طور کلی دو شیوه: «کنترل سیاسی» و «کنترل قضایی» در امر دادرسی وجود دارد و کشورها بنا به دلایل مختلف: سیاسی، تاریخی و حقوقی، هرکدام یکی از شیوه‌های فوق را انتخاب می‌کنند. در نوشتار حاضر با استفاده از روش تحقیق: توصیفی-تحلیلی به بحث پیرامون وجوه اشتراک و افتراق دادرسی‌اساسی افغانستان و آمریکا پرداخته شده است و چنین نتیجه‌گیری شده است که با وجود تفاوت در روش، هم در افغانستان و هم در آمریکا، دادرسی‌اساسی شناسایی شده است. بنابراین، شباهت‌های عمده دادرسی‌اساسی افغانستان و ایالات متحده عبارتند از: قضایی بودن دادرسی، نظارت انفعالی و پسینی بودن کنترل می‌باشد. در مقابل، از جمله مهمترین تفاوت‌های آنها: روش بررسی آنها، شیوه مواجهه با موضوعات مربوطه، مراجع صلاحیت‌دار رسیدگی به موضوع می‌باشد که امکان امتزاج و وحدانیت دادرسی‌اساسی این دو کشور را با امتناع مواجه می‌سازد. برای نمونه در آمریکا دادرسی‌اساسی پراکنده است اما در افغانستان متمرکز است.

تاریخ دریافت:

۲۷ اردیبهشت ۱۳۹۸

تاریخ پذیرش:

۱۳ اردیبهشت ۱۳۹۹

تاریخ انتشار:

۶ آذر ۱۴۰۰

موضوعات:

حقوق عمومی

کلیدواژه‌ها:

قانون‌اساسی، دادرسی‌اساسی،

دادگاه عالی، کمیسیون مستقل

نظارت بر تطبیق قانون

اساسی، دیوان عالی فدرال

ایالات متحده آمریکا

\* نویسنده مسئول: آیت مولائی

آدرس: دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایمیل: amulaee@tabrizu.ac.ir

ایران

## ۱ مقدمه

و جلوگیری از مغایرت آنها با قانون اساسی پیش گرفته‌اند.

به دلیل اهمیت فراوان قانون اساسی در بدنه ساختار سیاسی، اداری، اقتصادی و اجتماعی افغانستان، اکثریت قوانین اساسی گذشته، راهکارهایی را جهت صیانت و حفاظت از این قانون بنیادین پیش‌بینی و با رویکردهای متفاوت سیاسی و یا قضایی درصدد حفظ آنها بر آمدند. قانون اساسی فعلی (مصوب ۱۳۸۲)، نیز بحث صیانت از قانون اساسی را در مواد مختلف مورد توجه قرار داده است. چنانچه در ماده ۱۵۷ تصریح می‌دارد: «کمیسیون مستقل نظارت برتطبيق قانون اساسی طبق احکام قانون تشکیل می‌گردد». علاوه بر آن، ماده ۱۲۱ قانون مزبور مشخصاً به امر دادرسی اساسی پرداخته و ستره محکمه (دادگاه عالی) را تحت شرایط خاص، واجد صلاحیت کنترل قوانین از حیث عدم مغایرت آنها با قانون اساسی می‌داند. در مقابل، بانگاهی به نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا، مشاهده می‌شود هرچند قانون اساسی این کشور به نهادی با عنوان دادرسی اساسی نپرداخته است اما چنین نهادی، با پرونده معروف «ماربری علیه مدیسون» به سال ۱۸۰۳ شکل گرفته و تثبیت شده است. بنابراین، سوال این است: وجوه اشتراک و افتراق دادرسی اساسی در نظام حقوقی افغانستان و ایالات متحده آمریکا چیست؟ فرضیه مقاله این است که شباهت‌های عمده‌ای در زمینه دادرسی اساسی بین این دو نظام وجود دارد، هرچندکه تفاوت‌ها و نقاط افتراق معناداری نیز دیده می‌شود. بنابراین، به نظر می‌رسد بررسی مقایسه‌ای دادرسی اساسی بین این دو کشور با استفاده از روش تحقیق توصیفی-تحلیلی منطقی باشد. زیرا از رهگذر این مقایسه، می‌توان به نقاط ضعف و قوت دادرسی اساسی افغانستان آگاهی پیدا کرد، و شاید بتوان با الهام از نظام حقوقی این کشور بعضی از ضعف‌های موجود در دادرسی اساسی افغانستان را درآینده مرفوع و زمینه را برای نهادینه ساختن

قانون اساسی در هرکشور متشکل از مجموعه مقررات کلی است که شکل حکومت و سازمان عالی‌قوای سه‌گانه، ارتباط آنها با یکدیگر و حقوق و آزادی‌های اشخاص را در مقابل دولت‌ها مشخص می‌کند. همچنین، از آنجایی که قانون اساسی از طرف قوه مؤسس یعنی دستگاه قانونگذاری خاص که متمایز از قوه مقننه عادی است تصویب می‌گردد و از لحاظ سلسله مراتب حقوقی، بر فراز مقررات و قوانین عادی قرار دارد، پس هر قانون عادی که مغایر با مقررات قانون اساسی باشد از نظر قضایی هیچ‌گونه ارزشی نداشته و اثری حقوقی نخواهد داشت، درغیر این صورت قوه مقننه عادی که کلیه اختیارات و صلاحیت‌های خود را از قانون اساسی کسب می‌نماید، خود به جای قوه مؤسس جلوس نموده و از طریق وضع قوانین عادی دست به نقض قانون اساسی خواهد زد.

به طور کلی در تصریح این اصل در قوانین اساسی، که هیچ قانون عادی نمی‌تواند جزئی از مقررات قانون اساسی یا تمام آنرا تغییر دهد بحثی نبوده و اشکالی موجود نیست، بلکه اشکال عمده این است که ضمانت اجرای این اصل چیست؟ و کدام مرجع قانونی باید حق کنترل قوانین را از این نظر به عهده داشته باشد و در صورت مغایرت قوانین مزبور با قانون اساسی آنها را ملغی‌الاثرب نماید. بدیهی است که لزوم صیانت از قانون اساسی و حفظ حقوق عمومی ایجاب می‌کند که مرجعی برای کنترل قوانین عادی وجود داشته باشد، درغیر این صورت قانون اساسی به خودی خود، اثر وجودی خود را از دست داده و به تدریج مقررات آن به دست فراموشی سپرده شده و از طرف قوه مقننه عادی مورد تجاوز و تغییر قرار می‌گیرد. (دادفر، ۱۳۳۲: ۴۱) دولت‌ها برای جلوگیری از این وضعیت، عموماً دو نوع راه حل سیاسی (کنترل اصولی بودن قوانین بوسیله یک مرجع سیاسی) و قضایی (کنترل اصولی بودن قوانین توسط مرجع قضایی) برای کنترل قوانین



در ادامه، نخست، فلسفه وجودی و سپس، الگوهای دادرسی اساسی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

## ۲،۱ فلسفه وجودی دادرسی اساسی

قانون اساسی میثاق ملی و آرمان‌مشارکتی است، که همه افراد ملت را به یکدیگر پیوند می‌دهد و میان آنها یک روح همبستگی که لازمه اقتدار ملت است، بوجود می‌آورد (طباطبایی موتمنی، ۱۳۹۵: ۱۸۷). پس برای حفظ قداست و حاکمیت این قانون بنیادین، ضمانت اجرای شایسته و مناسب از طریق تأسیس، آئین و سامانی که نظارت بر اجرای صحیح این قانون باشد لازم می‌آید، تا بر اساس آن قواعد، قوانین و اعمال سیاسی و اداری مخالف قانون اساسی، ابطال و یا حداقل از اجرای آنها ممانعت به عمل آید. دادرسی اساسی در واقع پاسخ مشترک کشورهای مختلف جهان در الزام قانون‌گذار و سایر قوای عمومی به رعایت اصل حاکمیت قانون اساسی به‌عنوان عالی‌ترین سند حقوقی-سیاسی هر کشور است که در مفهوم عام خود به معنی مجموعه راهکارها و نهادهای تضمین‌کننده قانون اساسی می‌باشد و در مهمترین وجه به صیانت از حقوق و آزادی‌های بنیادین و مهار تعدیات احتمالی اکثریت اهتمام می‌ورزد (منصوریان، ۱۳۹۳: ۲). از جهتی مهمترین فلسفه وجودی دادرسی اساسی، پاسداری از قانون اساسی است؛ به‌صورتی که برتری قانون اساسی تضمین شود. بنابراین دادرسی اساسی برای آن است که قانون اساسی به‌عنوان یک کلیت، نه تنها پاسداری بلکه اجرایی شود و این اجرا به نحو مطلوبی صورت گیرد. لذا اطمینان پیدا کردن از اجرای قانون اساسی مسأله محوری دادرسی اساسی است.

## ۲،۲ الگوهای دادرسی اساسی

امروزه بنابه دلایل مختلف سیاسی، تاریخی و حقوقی الگوهای متفاوتی از دادرسی اساسی مورد پذیرش دولت‌ها قرار گرفته است، در واقع نظارت بر قانونگذاری، ابزاری جهت صیانت از قانون اساسی است، چرا که فقط «قدرت» قادر است که بر «قدرت» نظارت کند و اینکه قدرت «نظارت»، بر دادگاهها و یا به دیگر نهادهای مستقل واگذار گردد

دادرسی اساسی مدرن که در آن، حقوق و آزادی‌های اساسی شهروندان تضمین گردد مساعد ساخت.

با توجه به اهمیت فراوان دادرسی اساسی در نظام حقوقی کشورها و ضرورت حفظ اصول و ارزش‌های قانون اساسی، اثری جامع که بتواند تمامی ابعاد و ویژگی‌های دادرسی اساسی در افغانستان را مشخص کند وجود ندارد. با این حال در برخی از آثار، توضیحاتی در این خصوص وجود دارد. برای نمونه، در کتابی با نام «حقوق اساسی افغانستان» (دانش، ۱۳۸۹) به دادرسی اساسی، اشاره‌ای شده است. همچنین در مقاله‌ی تحت‌عنوان: «دادرسی اساسی در جمهوری اسلامی افغانستان» (خلف‌رضایی، ۱۳۹۲) به بررسی دادرسی اساسی در افغانستان پرداخته شده است. نیز در مورد نظام حقوقی آمریکا، آثار زیادی وجود دارد. برای مثال، در مقاله‌ای با عنوان «دادرسی اساسی در ایالات متحده آمریکا» (حبیب‌زاده، ۱۳۹۵) پرداخته شده است. اما نوشته‌ای که بطور مستقل به مقایسه دادرسی اساسی بین نظام حقوقی افغانستان و ایالات متحده آمریکا بپردازد وجود ندارد. لذا در این نوشته به تاریخچه، الگوی دادرسی اساسی (قضایی یا سیاسی)، ویژگی‌ها و همچنین نقاط اشتراک و افتراق دادرسی اساسی از حیث عملکردی و سازمانی در نظام حقوقی افغانستان و ایالات متحده آمریکا به بحث گذاشته می‌شود.

## ۲ دادرسی اساسی

دادرسی اساسی به شیوه‌ها، روش‌ها و نهادهایی گفته می‌شود که ارزش قانون اساسی را به عنوان قانون بالادستی برای مردم سالاری یک نظام حقوقی و اجرای مفاد این میثاق ملی و پاسداری از ارزش‌های بنیادین یک نظام سیاسی تضمین می‌کند. اهمیت دادرسی اساسی تاجایی است که بعضی از حقوقدانان، قانون اساسی را بدون نهاد پاسدار و تضمین‌گر به‌مثابه متنی ایدئولوژیک و آرمانی دانسته‌اند (گرگی‌ازندریانی و خادمی، ۱۳۹۶: ۶۸۰).

الف. روش کنترل از طریق تشکیل دادگاه مخصوص قانون اساسی مانند آلمان، ایتالیا، مصر و...

ب. روش کنترل قوانین از طریق دادگاه عالی: مانند هندوستان، اردن، کوبا، و...

ج. روش کنترل توسط تمامی دادگاهها: در این روش که ایالات متحده آمریکا، مکزیک، و ایرلند اتخاذ نموده‌اند، علاوه بر دادگاه عالی برای همه دادگاهها حق کنترل قوانین به رسمیت شناخته شده است.

لازم به ذکر است که کشورهای مزبور در شیوه برخورد با قواعد و قوانین مغایر با قانون اساسی نیز یکی از روش‌های زیر را اتخاذ می‌کنند:

- دستگاه قضایی قانون مغایر با قانون اساسی را رسماً ملغی و ابطال می‌کند.
- دستگاه قضایی صرفاً از اجرای قانون مخالف با قانون اساسی امتناع می‌ورزد (دانش، ۱۳۸۹: ۸۶).

### ۳ دادرسی اساسی در نظام حقوقی افغانستان و ایالات متحده آمریکا

در مباحث آتی این نوشته، ابتدا پیشینه دادرسی اساسی در افغانستان و ایالات متحده بررسی می‌گردد، متعاقب آن، ساختار دادگاه عالی و ویژگی‌های دادرسی اساسی در هر دو کشور به بحث گذاشته می‌شود و در آخر، ترکیب، جایگاه و وظایف «کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی افغانستان» مشخص خواهد شد.

#### ۳/۱ سابقه پیدایش دادرسی اساسی در افغانستان و ایالات متحده

دادرسی اساسی به‌عنوان یک امر حیاتی برای تضمین اقتدار، برتری و تفوق قانون اساسی به‌عنوان عالی‌ترین سند حقوقی-سیاسی نسبت به سایر اسناد تقنینی در هر دو کشور دارای پیشینه تاریخی می‌باشد که ابتدا سیر تاریخی آن در افغانستان و متعاقب آن در ایالات متحده به بررسی گذاشته

به سنت حقوقی هر ملتی بستگی دارد (Gustavo, 2001: 987).

برداشته‌های مختلف از جایگاه قوه قضائیه و قضات دادگاهها و همچنان مفاهیم شهروندی، حاکمیت و نیز تفکیک قوا، موجب ظهور الگوهای مختلف از دادرسی اساسی در کشورهای جهان گردیده است، که در این رابطه به دو الگوی عمده «کنترل قضایی» و «کنترل سیاسی» می‌توان اشاره نمود. مبانی و ریشه‌های هر یک به ترتیب در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا و کشورهای اروپای قاره‌ای قابل جستجو است (منصوریان، ۱۳۹۳: ۲).

**الف. الگوی کنترل سیاسی:** در این الگو، یک نهاد خاص سیاسی به نام شورای قانون اساسی یا شورای نگهبان قانون اساسی یا شورای قانون‌گذاری و یا با نام دیگری این وظیفه را به‌عهده می‌گیرد. مانند: کشورهای: فرانسه، ایران، سوئیس، شوروی سابق، چین، یوگسلاوی سابق، الجزایر و افغانستان در دوره زمامداری دکتر نجیب‌الله (دانش، ۱۳۸۹: ۸۶). لازم به ذکر است که مهمترین نماینده الگوی کنترل سیاسی، کشور فرانسه می‌باشد در این کشور، شورایی با نام «شورای قانون اساسی» به امر دادرسی اساسی مبادرت می‌ورزد. شورای مزبور، متشکل از دو نوع اعضای انتصابی و استحقاقی می‌باشد. گروه اول به تعداد ۹ نفر عضو که سه نفر از آنها به وسیله رئیس‌جمهور، سه نفر به وسیله رئیس‌مجلس ملی و سه نفر به وسیله مجلس سنا منصوب می‌شوند. زمان تصدی این گروه ۹ سال است که قابل تمدید و تجدید نیست. گروه دوم، یعنی اعضای استحقاقی، متشکل از رؤسای جمهور سابق فرانسه می‌باشند که به‌صورت مادام‌العمر استحقاق عضویت در این شورا را دارند (هامون و واینر، ۱۳۸۳: ۱۰۱).

**ب. الگوی کنترل قضایی:** در چارچوب این الگو، یک دستگاه قضایی، وظیفه کنترل را اجرا می‌کند و کشورهایی که این روش را اتخاذ کرده‌اند به سه دسته تقسیم می‌شوند:



صلاحیت تفسیر قانون اساسی می‌دانست که اشاره به شیوه قضایی داشت، اما تصریح نمی‌کرد که بررسی مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی وظیفه کیست؟

۴- در ادامه در قانون اساسی ۱۳۶۶ دادرسی اساسی در قالب شیوه کنترل سیاسی بروز نمود. فصل دهم قانون مذکور از ماده ۱۲۲ تا ۱۲۷ به شورای قانون اساسی و وظایف آن پرداخته و مطابقت قوانین و سایر اسناد تقنینی و معاهدات بین‌المللی را با قانون اساسی و همچنین انجام مشاره‌های حقوقی و قضایی به رئیس‌جمهور در امور ناشی از قانون اساسی را جزء وظایف شورای مزبور قرار داده بود. البته ماده ۸۱ قانون یاد شده تفسیر قوانین را در زمره صلاحیت‌های شورای ملی قرار داده بود.

۵- در قانون اساسی فعلی (مصوب ۱۳۸۲) امر مراقبت و صیانت از قانون اساسی مورد توجه قرار گرفته است. از آنجا که ماده ۱۲۱ قانون مزبور بررسی مطابقت قوانین، فرامین تقنینی، معاهدات بین‌الدول، و میثاق‌های بین‌المللی با قانون اساسی افغانستان را از جمله صلاحیت‌های ستره‌محکم افغانستان (دادگاه عالی) می‌داند؛ در مباحث بعدی به آن خواهیم پرداخت.

باید یادآور شد که در قوانین اساسی ۱۳۱۰ و ۱۳۵۹ صراحت خاصی در مورد دادرسی اساسی دیده نمی‌شود. همچنین قانون اساسی مصوب سال ۱۳۷۲ نیز به دلیل مخالفت احزاب به توشیح نرسید و لازم الاجرا نشد.

دادرسی اساسی در ایالات متحده آمریکا به‌عنوان کشوری که اولین قانون اساسی مکتوب را به مفهوم مدرن آن، در کارنامه خود دارد، دارای سابقه طولانی است؛ بنحوی این کشور را می‌توان نخستین کشور در دنیای مدرن فرض کرد که دادرسی اساسی را در حقوق اساسی خود دارد. در مورد سابقه پیدایش دادرسی اساسی در ایالات متحده باید گفت که هرچند تاریخ تصویب قانون اساسی در این کشور به سال ۱۷۸۹ میلادی برمی‌گردد که البته در آن سند به

می‌شود تا دیده شود که گذر زمان چه اثری در فرایند تکامل دادرسی اساسی در این کشورها گذاشته است.

از بررسی مواد قوانین اساسی قبلی افغانستان دانسته می‌شود که دادرسی اساسی در افغانستان یک امر جدید و نوپیدا نبوده بلکه اکثر قوانین اساسی گذشته کشور به این موضوع پرداخته‌اند و افغانستان به‌عنوان کشوری که تا به حال ۸ قانون اساسی را در خود تجربه کرده است، در امر دادرسی اساسی دارای پیشینه تاریخی می‌باشد. با این توضیح که بحث صیانت و مراقبت از قانون اساسی، در چند قانون اساسی قبلی افغانستان با اتخاذ روش‌های مختلف سیاسی و قضایی پیش‌بینی گردیده است، که در این مبحث به گونه اجمالی مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱- اولین قانون اساسی افغانستان با عنوان: «نظام‌نامه عالی دولت علیه افغانستان» مصوب ۱۳۰۱ در ماده ۷۱، بحث تشریح و تفسیر مواد نظام‌نامه اساسی را به «شورای دولت» که به منزله پارلمان عمل می‌کرد و یک شورای نیمه انتخابی و نیمه انتصابی بود، واگذار کرده بود. البته مصوبات بعد از تصویب مجلس عالی وزراء (هیأت وزیران) نافذ و منتشر می‌شد. معلوم است آنچه در اولین قانون اساسی افغانستان در نظر گرفته شده بود یک روش سیاسی به حساب می‌آمد.

۲- دومین قانون اساسی که به دادرسی اساسی اشاره ضمنی کرده است مصوب ۱۳۴۳ است که در دوره زمامداری ظاهرشاه به وقوع پیوست. در این سند هیچ‌گونه پیش‌بینی در این باره انجام نداد جز این که شاه را نگهبان قانون اساسی معرفی کرده بود.

۳- در سومین قانون اساسی که به دادرسی اساسی اشاره شده است، مصوب ۱۳۵۵ است. این سند که دوره داوودخان قابلیت اجرایی داشت، امر دادرسی اساسی را در هاله‌ای از ابهام قرار داده بود و این مسأله از آنجا ناشی می‌شد، که ماده ۱۳۵ قانون مزبور، ستره‌محکم (دادگاه عالی) را مرجعی با

دادرسی‌اساسی در ایالات متحده دارای تاریخچه غنی بوده و همواره گذر زمان موجبات رشد و تکامل دادرسی‌اساسی در این کشور را فراهم نموده است. تا اینکه در روزگار کنونی به دیوان‌عالی فدرال به‌عنوان مهمترین دادگاه و تعیین کننده ترین دادرسی‌اساسی در این کشور، این امکان داده شده است تا نقش بسیار مهمی در صحنه سیاسی ایالات متحده ایفا کند. درحقیقت می‌توان مدعی شد که هیچ مسأله اقتصادی و یا اجتماعی مهم در ایالات متحده بی‌آنکه نظر دیوان در مورد آن پرسیده شود وجود ندارد (هامون و واینر، ۱۳۸۳: ۱۲۴). برعکس آمریکا، دادرسی‌اساسی در افغانستان همان‌طوری که بررسی گردید، اولاً؛ به‌لحاظ تاریخی، فاقد استقرار و استمرار است، با این توضیح که با تغییر رژیم‌های سیاسی، دادرسی‌اساسی نیز همواره دستخوش تحول و تغییر بوده است. پس در نتیجه، می‌توان مدعی شد که امر دادرسی‌اساسی در این کشور همواره با انقطاع مواجه بوده و این امر فترت‌های متعددی را بر حقوق اساسی این کشور تحمیل نموده است. ثانیاً در طول تاریخ، دادرسی‌اساسی در این کشور بر روی یک الگوی خاص سیاسی یا قضایی، متمرکز نبوده است. چنان که در بالا آمد بعضی از حکومت‌های قبلی، الگوی سیاسی و بعضی الگوی قضایی را مورد پذیرش قرار داده بودند. این امر موجب شده تا میراث غنی از دادرسی‌اساسی مبتنی بر یکی از الگوهای شناخته شده به ارث نرسد.

## ۳،۲ شرایط اعضا و ساختار دادگاه‌عالی در افغانستان و ایالات متحده

چنانچه در مباحث قبلی این نوشته بیان گردید، هر دو کشور: افغانستان و ایالات متحده در امر دادرسی‌اساسی از الگوی قضایی پیروی می‌نمایند با این تفاوت که در ایالات متحده علاوه بر دیوان‌عالی فدرال آن کشور، سایر دادگاه‌ها نیز صلاحیت کنترل قوانین و اسناد را از حیث مطابقت یا عدم مطابقت آنها با قانون اساسی، دارا می‌باشند. این درحالی‌ست که در نظام حقوقی افغانستان صرفاً ستره‌محکم (دادگاه‌عالی) دارای این صلاحیت است. این نکته را

این مسأله پرداخته نشده است اما درواقع شروع دادرسی‌اساسی، حاصل رویه عملی بوده و مشخصاً به پرونده «ماربوری علیه مدیسون» در سال ۱۸۰۳ بر می‌گردد. در این قضیه، دیوان عالی آمریکا اعلام کرد: قانونی که خلاف قانون اساسی آمریکا به تصویب برسد قانون تلقی نمی‌شود. و این وظیفه دیوان است که مشخص کند، چه چیزی قانون است. همچنین نظارت و کنترل دیوان بر اعمال قوه مجریه نیز مورد شناسایی و تأیید دیوان قرار گرفت. در این قضیه جان مارشال، رئیس دیوان، چنین استدلال کرد: «این امر آن قدر بدیهی و انکارناپذیر است که قانون اساسی قوانین معارض را کنترل می‌کند، یا قانون‌گذار حق ندارد از طریق وضع قانون عادی قانون اساسی را تغییر دهد. این موضوع در حیطه اختیار و از جمله وظایف قوه قضائیه است که مشخص کند که قانون کدام است. کسانی که درصدد رسیدگی به یک پرونده‌اند، باید قوانین را تفسیر کنند. چنانچه دو قانون با یکدیگر تعارض داشته باشند، دادگاه باید نسبت به اجرای این دو قانون اظهارنظر نماید و در صورتی که در قضیه‌ای، قانون عادی و قانون اساسی با هم در تعارض قرار گیرند، قاضی یا باید قانون عادی را اعمال کند و یا قانون اساسی را. بنابراین، چنانچه قانون اساسی بر قانون عادی ارجحیت داشته باشد. در این صورت قانون اعمالی در پرونده مزبور، قانون اساسی خواهد بود (Marbury v. Madison: 1803 177-178).

از مطالب فوق چنین برداشت می‌شود که در ایالات متحده آمریکا هیچ سند تقنینی وجود ندارد که صراحتاً صلاحیت کنترل قوانین و اعمال قوه مجریه را به قوه قضائیه تفویض نموده باشد، بلکه این استنباطی است که قاضی مارشال با تکیه بر تاریخ دیدگاه‌های فلسفی و همچنین سنت حقوقی این کشور ارائه نمود. متعاقب آن، این دیدگاه، وارد نظام حقوقی آمریکا گردید و در آن استقرار، استمرار و تکامل یافت.

از بررسی پیشینه دادرسی‌اساسی در افغانستان و ایالات متحده چنین برداشت می‌شود که



۶- در حال تصدی وظیفه، در هیچ حزب سیاسی عضویت نداشته باشد.

همچنین اعضای دادگاه عالی پیش از تصدی سمت خود، می‌بایست در حضور رئیس‌جمهور سوگند یاد کنند.

اما در مورد ساختار دادگاه عالی افغانستان باید گفت که این دادگاه بر اساس بند یک ماده ۱۸ «قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم قوه قضائیه افغانستان» مصوب ۳۱ اردیبهشت ۱۳۹۴ دارای دیوان‌های ذیل می‌باشد:

۱- دیوان جزای عمومی.

۲- دیوان امنیت عامه.

۳- دیوان مدنی و حقوق عامه.

۴- دیوان تجارتي.

به موجب بند ۲ ماده فوق، رئیس هر یک از دیوان‌های مندرج در فقره یک این ماده از میان اعضای دادگاه عالی به گونه نوبتی به انتخاب رئیس دادگاه برای مدت یک سال تعیین می‌شود. همچنین محکمه دارای مستشاران قضایی است که تعداد آنها از ۳۶ تن تجاوز نخواهد کرد. در زمینه شرایط مستشاران، ماده ۲۱ قانون مذکور تصریح می‌دارد؛ مستشاران قضایی دادگاه عالی از میان قضاتی تعیین می‌گردند که دارای اهلیت، کفایت و درایت کامل بوده و حداقل ۱۰ سال خدمت قضایی را انجام داده باشند (خلف رضایی، ۱۳۹۲: ۷).

### ۳،۲،۲ ترکیب و شرایط اعضای دیوان عالی

#### فدرال ایالات متحده

از بررسی مواد قانون اساسی آمریکا فهمیده می‌شود که دیوان عالی فدرال ایالات متحده آمریکا نیز مانند افغانستان، در رأس سازمان قضایی این کشور قرار دارد. چنانچه در این زمینه، بند اول از اصل سوم قانون اساسی آمریکا مقرر می‌دارد: اقتدارات قضایی ایالات متحده به یک دیوان عالی کشور و دادگاه‌های صالح که کنگره گاه به گاه تعیین و تأسیس خواهد کرد واگذار می‌گردد. دیوان عالی مرکب از یک رئیس

نباید از خاطر دور داشت که نقش دیوان عالی فدرال این کشور از حیث رویه‌سازی و الزام به متابعت دادگاه‌های تالی از رویه‌های آن بسیار حایز اهمیت است. اما افغانستان از این حیث، فاقد چنین سنت رویه‌ساز است.

لازم است اطلاعات کلی در مورد دادگاه‌های عالی هر دو کشور ارائه گردد.

### ۳،۲،۱ شرایط اعضا و ترکیب ستره محکمه

#### دادگاه عالی افغانستان

در مورد نحوه انتخاب اعضای دادگاه عالی افغانستان باید گفت که انتخاب رئیس و اعضای دادگاه عالی، از جمله صلاحیت‌های مشترک رئیس‌جمهور با ولسی‌جرگه (مجلس نمایندگان) به‌شمار می‌آید. چنانچه ماده ۱۱۷ قانون اساسی بیان می‌دارد: دادگاه عالی مرکب از نه عضو است، که از طرف رئیس‌جمهور با تأیید ولسی‌جرگه (مجلس نمایندگان) و با رعایت احکام مندرج فقره آخر ماده پنجاهم و ماده یکصد و هجدهم قانون اساسی در آغاز به ترتیب ذیل تعیین می‌گردند: سه نفر برای مدت چهار سال، سه نفر برای مدت هفت سال و سه نفر برای مدت ده سال و تعیینات بعدی برای مدت ده سال می‌باشد (خلف رضایی، ۱۳۹۲: ۷).

در مورد شرایط اعضای ستره محکمه ماده ۱۱۸ قانون اساسی شرایط ذیل را پیش‌بینی نموده است:

۱- سن رئیس و اعضا در زمان انتخاب از چهل سال کمتر نباشد.

۲- تبعه افغانستان باشد.

۳- در علوم حقوقی و یا فقهی تحصیلات عالی و در نظام قضایی افغانستان تخصص و تجربه کافی داشته باشد.

۴- دارای حسن سیرت و شهرت نیک باشد.

۵- از طرف محکمه به ارتکاب جرایم ضد بشری جنایت و یا حرمان از حقوق مدنی محکوم نشده باشد.

Impeachment مشهور است، ممکن است صورت گیرد، و آنهم در صورتی که به جرایمی مثل خیانت به کشور، فساد و یا دیگر جرایم بزرگ محکوم شده باشند (هامون و واینر، ۱۳۸۳: ۱۱۹).

از مطالب فوق چنین برمی آید که شباهت‌ها و تفاوت‌هایی در زمینه ساختار و وظایف دادگاه‌عالی افغانستان و ایالات متحده، علی‌الخصوص در بحث دادرسی‌اساسی وجود دارد که عمده‌ترین وجه اشتراک و شباهت در این مبحث در زمینه تعداد قضات دادگاه‌عالی و نحوه گزینش آنها مطرح می‌باشد. چرا که در هر دو کشور دادگاه‌عالی مرکب از ۹ عضو بوده که با پیشنهاد رئیس‌جمهور و تأیید یکی از مجالس قانونگذاری تعیین می‌شوند، با این تفاوت که در افغانستان، مجلس نمایندگان و در آمریکا مجلس سنا صلاحیت تأیید یا رد قضات پیشنهادی رئیس‌جمهور را دارا است.

با وجود وجوه تشابه ذکرشده، تفاوت‌هایی نیز به چشم می‌خورد، که رئوس این تفاوت‌ها را می‌توان به شرح زیر برشمرد:

۱- قانون‌گذار افغان، شرایطی از قبیل، تحصیل، تجربه، سن و... را برای احراز سمت قاضی دادگاه‌عالی در نظر گرفته است. در حالی‌که چنین رویکردی در اسناد تعنینی ایالات متحده وجود ندارد، اما به نظر می‌رسد داشتن چنین شرایطی برای کسب کرسی قضات در دیوان‌عالی فدرال این کشور مفروض دانسته شده است. چنانچه بیان گردید در عمل عرف علاوه بر این‌که ترکیب دیوان را مبتنی بر گرایش‌های سیاسی، مذهبی و جغرافیایی دانسته است، خلاهای مربوط را نیز پر کرده است.

۲- تفاوت عمده دیگر بین دادگاه‌عالی کشور و دیوان‌عالی ایالات متحده در بحث کیفیت ترکیب‌قضات دیوان می‌باشد. با این توضیح که در ترکیب دیوان‌عالی فدرال ایالات متحده، گرایش‌های سیاسی، جغرافیایی و حتی دینی در نظر گرفته شده است، یعنی در فرایند انتخاب قضات دیوان، ملاحظات فوق لحاظ می‌گردد، این درحالی‌ست که

به نام قاضی اول و هشت مشاور به عنوان قاضی معاون است که این قضات از سوی ریاست‌جمهوری آمریکا نامزد، و بوسیله سنای آمریکا، مورد تأیید قرار می‌گیرند منوط به این که یک سوم سناتورهای به نامزد پیشنهادی رأی مثبت دهند. اعضای دیوان پس از انتخاب، در رأی دادن به کلیه دعاوی شرکت می‌کنند و رأی آنها برابر است. ناگفته نباید گذاشت که برای جلوگیری از تراکم کاری، دادگاه تدابیر مختلفی اتخاذ شده است (کامی ژوفره اسپینوزی، ۱۳۸۹: ۲۶۷).

در ارتباط با اصل امنیت شغلی اعضای دیوان‌عالی باید گفت که از منطوق قانون‌اساسی این کشور چنین برداشت می‌شود که اصل بر مادام‌العمر بودن اعضای دیوان است مگر اینکه بنابر دلایل ارادی و یا غیر ارادی، یک عضو شایستگی خود را برای ابقا در این سمت از دست بدهد. در این خصوص، بند اول از اصل سوم قانون اساسی این کشور تصریح می‌دارد: قضات تا زمانیکه رفتار شایسته داشته باشند، در مقام خود باقی خواهند ماند.

در مورد شرایط احراز سمت قاضی در دیوان‌عالی فدرال آمریکا باید گفت که در هیچ سند قانونی شرطی برای احراز این سمت ذکر نشده است، اما با این وجود، مطابق سنت و عرف، از یک طرف، اعضای دیوان از میان حقوقدانان یا متصدیان مشاغل حقوقی با حداقل‌هایی از آموزش حقوقی انتخاب می‌شوند. از طرف دیگر، ترکیب دیوان، انعکاسی از گرایش‌های سیاسی، جغرافیایی، مذهبی، و حتی نژادی است. مثلاً هم‌اکنون وجود یک قاضی یهودی و یک قاضی کاتولیک در ترکیب دیوان به صورت سنت در آمده است و از سال ۱۹۶۱ در ترکیب دادگاه یکی از قضات از نژاد سیاه می‌باشد. همچنین دو زن نیز تاکنون در ترکیب دیوان راه یافته‌اند که دومی در ۱۹۹۳ به وسیله رئیس‌جمهور کلینتون به این سمت منصوب گردید. قضات دیوان غیر قابل عزل می‌باشند. نه رئیس‌جمهور و نه کنگره هیچ کدام نمی‌توانند قضات را مجبور به استعفا نمایند و عزل آنها تنها به دنبال آیین خاصی که به





توان برای دیگر کشورها نیز تجویز کرد؟ پاسخ را باید در لایه‌های سیاسی، حقوقی و تاریخی هر کشور جستجو کرد. در مباحث آتی با رویکرد مقایسه‌ای، ویژگی‌ها و خصایص دادرسی‌اساسی در هر دو کشور را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

**الف. از حیث سیاسی بودن یا قضایی بودن؛** آن‌سان که در مباحث قبلی گفته شد، افغانستان در امر دادرسی‌اساسی از الگوی قضایی پیروی می‌کند. یعنی این دستگاه قضایی است که مطابقت یا عدم مطابقت قوانین و سایر اسناد را با قانون‌اساسی مورد بررسی قرار داده و تصمیمات مقتضی را اخذ می‌کند. اما افغانستان با مهم‌ترین نمایندگان الگوی قضایی، یعنی ایالات متحده و آلمان، تفاوت‌هایی دارد. زیرا در آلمان یک دادگاه خاص و مستقل (دادگاه فدرال قانون‌اساسی) (Law, 2012: 5) و در ایالات متحده علاوه بر دادگاه عالی فدرال این کشور، سایر دادگاه‌ها نیز عهده‌دار امر دادرسی می‌باشند. در واقع، نظام حقوقی ایالات متحده بین دعاوی عادی و دعاوی مرتبط با قانون اساسی تفاوتی نگذاشته است (Favoreu, 1990, 461) اما در افغانستان به صراحت ماده ۱۲۱ قانون‌اساسی، تنها ستره محکمه بنابر تقاضای حکومت و یا محاکم، مطابق احکام قانونی، مطابقت قوانین و سایر اسناد را با قانون‌اساسی را مورد بررسی قرار می‌دهد که از این جهت، افغانستان با کشورهای چون هندوستان، اردن و کوبا نزدیکی می‌کند. زیرا در کشورهای مزبور نیز دادگاه‌های عالی آن کشورها است که به این امر مبادرت می‌ورزند. (دانش، ۸۶: ۱۳۸۹).

پیروی نظام حقوقی افغانستان از کنترل قضایی در امر دادرسی‌اساسی یک امر مثبت به حساب می‌آید، چرا که به‌نظر می‌رسد این الگو برای تحقق اهداف تفکیک قوا و صیانت از حقوق بنیادین شهروندان مؤثرتر عمل نماید. طبق دیدگاه طرفداران کنترل قضایی، «نباید امکان ابطال اعمال غیرقانونی را به نهادی سپرد که خود مرتکب این اعمال شده است، در واقع نهاد قانون‌گذار بسان خالق مختار حقوق در نظر گرفته می‌شود، نه چونان مجری

نظام حقوقی افغانستان چنین رویکردی را در عالم نظر نپذیرفته است و در عمل نیز، هنوز سنت پایدار حقوقی و سیاسی شکل نگرفته است. هر چند که در نظر برخی، معیارهای پیشامدرن در انتخاب اعضا غلبه دارد (مولائی، ۱۳۹۵: ۱۷).

۳- تفاوت دیگر در بحث بازه کار بین قضات دادگاه‌عالی دو کشور مطرح است. آن‌سان که در بالا آمد در ایالات متحده، اصل بر مادام‌العمر بودن کار قضات دیوان‌عالی فدرال این کشور است، مگر اینکه آنها شایسته‌گی خود را بنابه دلایلی برای باقی ماندن در این سمت از دست بدهند. در حالیکه در افغانستان این مدت برای قضات دادگاه‌عالی ۱۰ سال می‌باشد. به نظر می‌رسد بتوان اصل مادام‌العمر بودن قضات دیوان‌عالی آمریکا را یکی از نقاط قوت این دادگاه نسبت به دادگاه‌عالی افغانستان به حساب آورد، زیرا پذیرش این اصل به استقلال رأی قاضی کمک شایانی نموده و برای قضات فراغت خاطر بیشتری برای پیشبرد امور قضایی می‌بخشد. چرا که بین «اصل حضور مادام‌العمر»، «اصل امنیت شغلی»، «اصل عدم جابجایی» و «اصل استقلال رأی»، نسبت معناداری وجود دارد (مولائی، ۱۳۹۵: ۵۲).

۴- دایره صلاحیت دیوان‌عالی فدرال ایالات متحده علی‌الخصوص در بحث دادرسی‌اساسی، نسبت به افغانستان وسیع‌تر است که در مباحث بعدی به آن پرداخته خواهد شد.

### ۳،۳ خصایص و ویژگی‌های

#### دادرسی‌اساسی در افغانستان و ایالات متحده

خصوصیات و ویژگی‌های دادرسی در هر کشور برگرفته از شرایط خاص و متأثر از تاریخ و اوضاع و احوال خاص فرهنگی، سیاسی و حقوقی آن کشور است. پس منطقی‌اً نمی‌توان قضاوت نمود که دادرسی‌اساسی یک کشور، بهترین الگو برای کشورهای دیگر می‌باشد. البته شاید برای کشور مزبور بهترین نوع باشد، ولی آیا این نسخه را می

است که دلیل آن را باید در دلایل واقع‌گرایانه سیاسی و حقوقی پیگیری کرد. برای مثال در فاصله سالهای ۱۹۹۷ تا ۲۰۰۰، در حدود ۸۵ تصمیم گرفته است. (Tarr, 2010: 37)

**ب. از حیث زمان کنترل (پسینی یا پیشینی بودن کنترل)؛** در مورد شیوه‌های نظارت قوانین از حیث زمان، دو شیوه نظارت برجسته است: یکم نظارت پیشینی؛ در اینجا، نظارت بر روی مصوبه قانونی خواهد بود که هنوز توشیح نشده و به اجرا در نیامده است. بنابراین، اعلان مغایرت با قانون اساسی، مانع توشیح قانون مزبور خواهد بود. دوم شیوه نظارت پسینی؛ در این شیوه، نظارت بر روی قانون، قبل از مرحله اجرا یا در حین اجرای آن انجام می‌گیرد. در چنین صورتی هدف نظارت یا ابطال آن و یا جلوگیری از آثار اجرای آن است (هامون و واینر، ۱۳۸۳: ۸۹).

با در نظر داشتن توضیحات فوق می‌توان گفت که نوع نظارت بر قوانین در افغانستان نظارت پسینی می‌باشد، زیرا در ماده ۱۲۱، از بررسی مطابقت قوانین، فرامین تقنینی، معاهدات و میثاق‌های بین‌المللی یاد شده است و مسلماً هرکدام از اسناد مزبور زمانی که مراحل تدوین خود را سپری نمایند اصطلاح قانون، فرمان و... برای‌شان اطلاق می‌شود، پس دادگاه عالی مجاز نیست سندی را در مرحله تدوین و قبل از توشیح و یا تأیید، مورد کنترل قرار دهد. چنانچه شورای عالی ستره محکمه، در مورد قرار قضایی شماره ۲ مورخ ۱۳۹۲/۱۱/۱۳، به عدم مطابقت جزء ۱ ماده ۵ و ماده ۸ قانون کارکنان دیپلماتیک و کنسولی با قانون اساسی رأی داد و همچنین قرار قضایی شماره ۷۱ مورخ ۱۳۹۶/۱۱/۱۴ در مورد عدم مطابقت قانون صدور فرمان تقنینی با قانون اساسی به روش کنترل پسینی عمل کرده است. در نظام حقوقی ایالات متحده نیز نوع نظارت، نظارت خاص و پسینی می‌باشد که دیوان عالی این کشور، یکپارچگی صلاحیت در نظام را فراهم می‌سازد (کارگزاری، ۱۳۸۳: ۲۸۳). دیده می‌شود که این ویژگی (پسینی بودن) یکی از ویژگی‌های مشترک

حقوق که مقید به چارچوب قانون اساسی است. بنابراین نباید نظارت بر تبعیت مجلس از قانون اساسی را به خود وی سپرد» (فاوورو، ۱۳۸۹: ۱۴).

در مورد مبانی و عوامل پذیرش سازوکار قضایی در ایالات متحده نیز باید گفت که در ابتدا این امر موافقان و مخالفانی را در برابر هم قرارداد و هرکدام برای توجیه نظر خویش در مورد دموکراتیک بودن و یا غیر دموکراتیک بودن کنترل قضایی قلم‌فرسایی کردند، که در نتیجه موافقان الگوی قضایی با ارائه استدلال‌هایی، نظیر مهار اختیارات پارلمان، نظر خود را تحمیل نمودند. در این استدلال بر «ضعف فرایند دموکراتیک» و همچنین «خطرات تکیه صرف بر پارلمان جهت دفاع مؤثر از آزادی‌های مدنی» تأکید می‌شود. زیرا همیشه نمی‌توان اعمال وفادارانه را از مقامات منتخب به نحو دموکراتیک انتظار داشت. استدلال دیگرشان برای کنترل قضایی مبتنی بر نظر «دورکین» است، بر مبنای نظر دورکین، این فرض را که همه تصمیمات سیاسی، از جمله تفسیر قانون اساسی، باید بر مبنای نظر اکثریت اتخاذ شود، باید کنار گذاشت. زیرا چه بسا اکثریت در صدد تحدید حقوق و آزادی‌های اقلیت اعم از سیاسی، مذهبی و نژادی باشند. با این استدلال، دورکین، مدل متفاوتی از دموکراسی تحت نام «دموکراسی مبتنی بر قانون اساسی» ارائه می‌دهد (زارعی و مرکزالمیری، ۱۳۸۴: ۱۵۶-۱۵۷).

با آنکه هر دو کشور در امر دادرسی اساسی از الگویی قضایی بهره برده‌اند، اما تفاوت‌های معناداری بین قوه قضائیه افغانستان و ایالات متحده به چشم می‌خورد. در مورد اقتدار قوه قضائیه آمریکا، برخی‌ها گفته‌اند: «ملتی را سراغ ندارم که قوه قضائیه‌ای به‌مانند قوه قضائیه آمریکا سازماندهی کرده باشد. (جمعی از نویسندگان، ۱۳۹۵: ۲۷۱) به‌طوریکه دیوان عالی این کشور تا سال ۱۹۹۹ بیش از ۱۳۵ قانون مصوب فدرال و بیش از ۱۲۰۰ قانون ایالتی را بی اثر کرده است (Tarr, 1999: 276) و البته در دهه‌های اخیر، حجم تصمیم‌گیری دیوان کاهش پیدا کرده



در امر دادرسی اساسی بین افغانستان و ایالات متحده می‌باشد.

**ج. از حیث ابطال و یا جلوگیری از اجرای قوانین مغایر با قانون اساسی؛** آن‌سان که قبلاً نیز یادآور شدیم دستگاه قضایی یا قانون مغایر با قانون اساسی را ابطال و یا از اجرای آن جلوگیری می‌کند. در این زمینه، رویکرد آمریکایی به گونه‌ای است که دیوان عالی این کشور در خصوص نحوه برخورد با مصوبات کنگره در خصوص مطابقت آن‌ها با قانون اساسی از صلاحیت موقوف‌الاجرا ساختن (نه لغو) مصوبات موجود برخوردار است. به عبارت دیگر، اگر قوانین ایالتی و فدرال از نظر دیوان عالی ایالات متحده مغایر با قانون اساسی شناخته شوند، قوانین مذکور موقوف‌الاجرا گردیده و مجلس ایالتی یا کنگره فدرال می‌توانند با وضع قانون جدید، نظر خویش را تأمین نمایند. اما باید توجه داشت که رویکرد فوق صرفاً منحصر به قوانین است. اما در قسمت مصوبات و آئین‌نامه‌های دولتی مغایر با قانون اساسی، باید گفت که دیوان از صلاحیت ابطال آن‌ها برخوردار می‌باشد (زارعی و مرکزالمیری، ۱۳۸۴: ۱۹۶). در مقابل، در منظومه حقوقی افغانستان هرچند ماده ۹۰ قانون اساسی، تصویب، لغو و تعدیل قوانین را از صلاحیت‌های شورای ملی می‌داند، اما از مدلول ماده ۱۲۱ قانون اساسی چنین استنباط می‌شود که ستره محکمه نیز در فرایند دادرسی اساسی در صورتی که حکم قانونی را مغایر با قانون اساسی تشخیص دهد، مجاز به لغو قانون مزبور می‌باشد. چنانچه شورای عالی ستره محکمه در قضیه بررسی قانون کارکنان دیپلماتیک و کنسولی چنین رأی داد: «شورای عالی ستره محکمه به تأسی از حکم ماده ۱۲۱ قانون اساسی به لغو دو ماده مذکور نظر به مغایرت آن با قانون اساسی حکم خود را صادر می‌نماید. دارالانشای (دبیرخانه) شورای عالی ستره محکمه، این حکم را به مرجعش اخبار نماید.» علاوه بر آن، برای اثبات این مدعا که ستره محکمه، صلاحیت لغو قوانین مغایر با قانون اساسی را دارا می‌باشد، در کنار ماده ۱۲۱ می‌توان به ماده ۱۶۲

قانون اساسی نیز استناد نمود. در این رابطه، فقره دوم ماده ۱۶۲ قانون اساسی بیان می‌دارد: «با انفاذ این قانون اساسی، قوانین و فرامین تقنینی مغایر احکام آن ملغی می‌باشد.»

سیطره دادرسی اساسی بر مصوبات و آئین‌نامه‌های دولتی در ایالات متحده، در واقع بیانگر وسعت قلمرو دادرسی اساسی این کشور نسبت به افغانستان است، زیرا همان‌طوری که بررسی گردید، موضوع مطابقت مقررات اجرایی با قانون اساسی از جمله صلاحیت‌های دادگاه عالی کشور نمی‌باشد. پس این مطلب، نشان دهنده وسعت، دامنه و سیطره صلاحیت دادرسی اساسی آمریکا نسبت به افغانستان می‌باشد.

**د. از حیث متمرکز بودن و یا غیرمتمرکز بودن دادرسی؛** در مورد متمرکز بودن یا غیر متمرکز بودن دادرسی، باید اذعان داشت که نظریه پردازان، حداقل دو مدل را برای «سازمان» قضایی در نظام حقوقی کشورها شناسایی کرده‌اند که عبارت‌اند از: مدل غیرمتمرکز که به مدل آمریکایی یا پراکنده نیز معروف است و مدل متمرکز که به مدل «اتریشی» یا اروپایی نیز شهرت دارد. در مدل آمریکایی، دادگاه‌های عادی، مانند دادگاه عالی در مورد انطباق اعمال قوای مقننه و مجریه با قانون اساسی اظهار نظر می‌کند. اما در مورد متمرکز کنترل قضایی باید گفت که مهمترین مشخصه این مدل، وجود یک دادگاه ویژه تحت عنوان «دادگاه قانون اساسی» با صلاحیت انحصاری در امور دادرسی اساسی می‌باشد (زارعی و مرکزالمیری، ۱۳۹۴: ۱۴).

با در نظر داشتن توضیحات فوق، افغانستان را می‌توان در دسته مدل متمرکز در امر دادرسی اساسی قرارداد؛ زیرا در افغانستان فقط یک دادگاه در کل کشور، مجاز به کنترل قوانین می‌باشد و آن هم ستره محکمه (دادگاه عالی) افغانستان است. هرچند در نظام حقوقی افغانستان، دادگاه ویژه قانون اساسی پیش‌بینی نگردیده است، اما با سپردن امر دادرسی به دادگاه خاص، افغانستان زیر مجموعه مدل متمرکز قضایی قرار می‌گیرد که این ویژگی

مطابق رویه معمول در نظام حقوقی ایالات متحده نیز، نه تنها دادگاه عالی فدرال بلکه تمام دادگاههای عمومی آن کشور، به نظارت انفعالی و موردی درباره مطابقت و عدم مطابقت یک قانون با قانون اساسی می‌پردازند؛ چه این که یک دعوی به طور مستقیم علیه یک قانون مطرح شود، یا به طور ضمنی، در صورتی که دادگاه یا طرف مقابل برای رسیدگی و فیصله قضیه به قانون استناد نمایند (محمدی، ۱۳۹۵: ۴۰۳).

با وجود این که نظارت انفعالی یکی از وجوه مشترک دادرسی اساسی بین افغانستان و ایالات متحده تلقی می‌گردد، اما تفاوت‌های بالا، بیانگر ضعف دادرسی اساسی در افغانستان است. این که چرا موضع انفعالی نهاد دادرسی اساسی در افغانستان می‌بین ضعف دادرسی اساسی در این کشور است؟ به نظر می‌رسد این نقطه ضعف دادرسی اساسی کشور، از عدم دسترسی شهروندان افغانستان به امر دادرسی اساسی ناشی می‌شود. از آنجایی که در افغانستان تنها حکومت و محاکم مجاز هستند تا مطابقت یا عدم مطابقت قانونی را با قانون اساسی از دادگاه عالی تقاضا کنند، لذا این مسئله این نتیجه را به همراه خواهد داشت که ممکن است تعدادی از قوانین مغایر با قانون اساسی، زیر ذره بین دادرسی اساسی قرار نگیرند، زیرا اولاً محاکم خود را ملزم نمی‌دانند تا اعتراض شهروندان مبنی بر نقض حقوق اساسی‌شان توسط قوانین عادی را به دادگاه عالی ابلاغ نمایند. ثانیاً از طرف حکومت هم بنابه عوامل مختلفی، تقاضای برای امر دادرسی اساسی کمتر صورت گرفته است، که این خود باعث شده تا دادرسی اساسی در کشور عملاً به ندرت اتفاق افتد. بی‌تردید یکی از دلایل اساسی چنین کاستی را باید در کارکردهای ناقص دولت مدرن در افغانستان باید جستجو کرد (مولائی، ۱۳۹۵: ۵۰).

**ح. از حیث نظارت شرعی؛** در عموم کشورهای اسلامی که سکولاریزم در آنها قدرتمند نبوده است، موضوع بررسی مطابقت قوانین موضوعه با احکام

دادرسی، در تقابل با مدل پراکنده (آمریکایی) قرار می‌گیرد.

### ز. از حیث ابتکاری یا انفعالی بودن نوع نظارت

به طور کلی می‌توان گفت مقام ناظر در زمینه نظارت بر اعمال و تصمیمات مقامات و نهادهای سیاسی، به دو گونه ابتکاری و انفعالی عمل می‌کند. در حالت اول که از آن به نظارت فعال هم یاد می‌گردد، مرجع نظارتی بدون هیچ گونه ترفع و شکایتی مبنی بر عدم انطباق یا مغایرت یک قانون یا تصمیم یکی از مقامات یا نهادهای سیاسی با قانون اساسی، تنها با استناد به صلاحیت ذاتی‌اش، به بررسی و ارزیابی قوانین و برخی دیگر از اعمال هنجاری و حقوقی مراجع مورد اشاره می‌پردازد تا مطابقت یا عدم مطابقت آنها با مواد و مفاد قانون اساسی محرز و مشخص شود (راسخ، ۱۳۸۹: ۴۴). ولی نظارت انفعالی برخلاف نظارت ابتکاری، موردی بوده و در صورت طرح دعوا و مرافعه از سوی افراد، مقامات، نهادهای سیاسی و سایر اشخاص، به عنوان مرجع صلاحیتدار از سوی قانون اساسی، مجاز به انجام کنترل در چارچوب مجوزهای قانونی است. به این اعتبار، در اینجا صلاحیت کنترلی این مرجع، منفعلانه است چرا که تا زمانی که دعوی مطرح نگردد امکان آغاز رسیدگی به پرونده وجود نخواهد داشت. گفته می‌شود الگوی آمریکایی در کل و الگوی اروپایی در مواردی، نظارت انفعالی بر قوانین و اعمال حقوقی هنجاری از سوی ناظر را تجویز می‌کنند (محمدی، ۱۳۹۵: ۴۰۳).

با در نظر داشتن توضیحات فوق می‌توان چنین گفت که در نظام حقوقی افغانستان نیز نوع نظارت و کنترل قوانین توسط دادگاه عالی انفعالی می‌باشد، زیرا ماده ۱۲۱ قانون اساسی کشور، آغاز امر دادرسی اساسی را مشروط به تقاضای حکومت و محاکم نموده است. پس از آنجایی که قانون اساسی کشور، راه اندازی دادرسی را صرفاً منوط به درخواست حکومت و محاکم گردانیده است لذا صلاحیت دادگاه عالی در این زمینه انفعالی می‌باشد.



از دستور ماده سوم قانون اساسی امتناع بورزد، زیرا این خود نقض آشکار قانون اساسی خواهد بود.

با آنکه قوانین نافذ افغانستان علی‌الخصوص قانون اساسی کشور بر عدم مغایرت قوانین با شریعت اسلام تأکید دارند، اما ضمانت اجرای مؤثر و سازوکار مشخصی بر این امر مهم پیش‌بینی نگردیده است. پس لازم است تا در ریاست تقنین وزارت عدلیه افغانستان و همچنین کمیته تقنین مجلس نمایندگان، فقهای متبحر و آگاه به مقتضیات زمان باشند، تا بحث مطابقت اسناد در حال تصویب را با احکام و معتقدات دین اسلام، مورد بررسی قرار دهند. برای مثال در ایران، شورای نگهبان قانون اساسی این وظیفه را بر عهده دارد.

از مباحث بالا چنین استنباط می‌شود، که در زمینه برتری و اولویت دادن به ضوابط دینی افغانستان از ایالات متحده متمایز می‌شود. زیرا از صراحت ماده سوم قانون اساسی فهمیده می‌شود، که حتی خود قانون اساسی نیز نمی‌تواند مخالف معتقدات و احکام دین اسلام باشد. این در حالیست که ایالات متحده به گونه رسمی کشور سکولار می‌باشد، و بر اساس متمم اول قانون اساسی ایالات متحده در این کشور، هیچ دین رسمی وجود ندارد. اما همین متمم، آزادی پذیرش مذهب را تضمین کرده است. پس با عنایت به مباحث فوق می‌توان مدعی شد که ضوابط دینی در منظومه دادرسی اساسی این کشور هیچ جایگاهی ندارد.

### ۳،۴ درخواست کنندگان

#### دادرسی اساسی در افغانستان و

#### آمریکا

آن‌سان که در مباحث بالا آمد هر دو کشور افغانستان و ایالات متحده آمریکا، در مبحث نظارت، از نظارت انفعالی پیروی می‌کنند، با این تفاوت که در افغانستان فقط حکومت و دادگاه‌ها صلاحیت درخواست دادرسی اساسی را دارا می‌باشند. درحالی‌که در ایالات متحده، علاوه بر حکومت و نهادهای حکومتی، شهروندان این کشور نیز از حق

دین مقدس اسلام از دیر زمان مورد توجه بوده است؛ هرچند که رویه و سطح عمل کشورهای مذکور متفاوت بوده است. در کشورهای مزبور برای تضمین این امر مهم، راهکارهایی مدنظر بوده است. چنانچه در اصل دوم قانون اساسی ایران پس از پیروزی انقلاب مشروطه چنین پیش‌بینی گردیده بود: تا هیئتی که کمتر از پنج نفر نباشد از مجتهدان و فقها از طرف شورای ملی تعیین گردد، تا قوانینی را که قرار است به تصویب مجلس برسد، از فیلتر شریعت اسلام بگذرانند (مرادخانی، ۱۳۹۶: ۲۴۸). در حال حاضر نیز اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، بر ضرورت مطابقت کلیه قوانین و مقررات با موازین اسلامی تصریح کرده است.

بحث عدم مغایرت قوانین و مقررات، با معتقدات و احکام دین مقدس اسلام یکی از مباحث عمده و قابل تأمل در فرایند دادرسی افغانستان می‌باشد، چنانچه ماده سوم قانون اساسی بیان می‌دارد: «در افغانستان هیچ قانونی نمی‌تواند مخالف، معتقدات و احکام دین مقدس اسلام باشد». متعاقب آن ماده دوم کد جزای افغانستان، چنین تصریح می‌دارد: «این قانون جرایم و جزاهای تعزیری را تنظیم می‌کند، مرتکب جرایم، حدود، قصاص و دیات طبق احکام فقه حنفی شریعت اسلام مجازات می‌گردند». همچنین در قانون مدنی افغانستان، که مبتنی بر فقه اسلامی می‌باشد؛ فقره دوم ماده اول قانون مزبور قاضی را ملزم می‌سازد تا در صورت سکوت قانون، طبق اساسات کلی فقه حنفی حکم نماید. از آنجا که ماده سوم قانون اساسی با نگاه اطلاق تصریح می‌دارد: در افغانستان هیچ قانونی نمی‌تواند مخالف معتقدات و احکام دین مقدس اسلام باشد، پس منطقاً می‌توان استنتاج نمود که دادرسی اساسی در افغانستان حین بررسی قوانین و مطابقت دادن آنها با قانون اساسی وظیفه مطابقت دادن آنها با شریعت اسلام از حیث عدم مغایرت آن قوانین با شریعت اسلام را نیز دارا می‌باشد. به دلیل اینکه منطقاً پذیرفتنی نیست که دادرسی اساسی در کشور

به دادرسی‌اساسی به رسمیت شناخته شده است و آن زمانی است که اختلاف بر سر یک قانون توسط مقامات عمومی به وجود آید یا این که یک مقام عمومی این کشور خواهان بررسی و مطابقت دادن یک قانون با قانون‌اساسی فدرال و یا قانون‌اساسی یک ایالت، توسط قوه قضائیه این کشور گردد.

**ب. محاکم (دادگاهها)؛** طبق پیش‌بینی ماده ۱۲۱ قانون اساسی افغانستان، در کنار حکومت، محاکم کشور نیز مجاز به درخواست از دادگاه‌عالی برای کنترل می‌باشند. پس بنابه مدلول ماده فوق، کلیه محاکم اعم از ابتدایی، استیناف، محاکم رسیدگی کننده به جرایم عسکری (نظامی) و سایر محاکم از این صلاحیت برخوردار می‌باشند.

عمده‌ترین وجه تمایز دادرسی‌اساسی آمریکا نسبت به افغانستان موضوع حق دسترسی شهروندان این کشور به دادرسی‌اساسی می‌باشد که در قالب (دادرسی طاری) و گاهی از طریق روش (رای اعلامی) انجام می‌گردد. در دادرسی طاری مسئله انطباق قوانین با قانون‌اساسی به صورت مستقل و مجزا مطرح نمی‌شود، بلکه نظارت با دادرسی دیگری که در جریان رسیدگی است، ارتباط دارد. در چنین نظارتی، مسئله از این قرار است که آیا قانونی که در دعوی مطروحه به آن استناد می‌شود، قابل اعمال است، یا این که از آن قانون به دلیل مغایرت با قانون‌اساسی باید صرف‌نظر کرد؟ در ایالات متحده وقتی خواهان در جریان یک دعوی، دلیل خوانده را با قانون‌اساسی مغایر اعلام می‌دارد در این صورت، دعوی طاری به جریان می‌افتد. در نظارت طاری، اعلام عدم انطباق با قانون‌اساسی دارای اثر محدودتری داشته و کنترل فقط به دعوی مربوط می‌شود که مورد انطباق ضمن آن مطرح شده است (هامون و واینر، ۱۳۸۳: ۹۱). روش دیگری که در آن شخصی بودن دادرسی‌اساسی در ایالات متحده بازتاب می‌یابد «دادرسی اعلامی» است، از دادرسی اعلامی می‌توان وقتی بهره برد، که طرفین قضیه در مورد حقوق و تعهدات مربوطه خود به موافقت نرسیده‌اند، به ویژه وقتی که یکی از آنها به مطابقت

دسترسی به دادرسی‌اساسی بهرمنند گردیده‌اند که در مباحث زیر نهادها و اشخاص درخواست کننده را به گونه‌ی اجمالی مورد بررسی قرار می‌دهیم.

**الف. حکومت؛** با قطع نظر از الگو و ادبیات رایج در کشورهای مختلف، قانون‌اساسی افغانستان قوه مجریه و حکومت را مترادف دانسته است (محمدی، ۱۳۹۵: ۲۳۰) که در این زمینه، ماده ۷۱ قانون اساسی، چنین تصریح می‌دارد: حکومت متشکل از وزیران است که تحت ریاست رئیس‌جمهور انجام وظیفه می‌کنند. تعداد وزرا و وظایف‌شان توسط قانون تنظیم می‌گردد. از جهتی قانون اساسی در ماده شصتم برای بیان و تفکیک قوای سه‌گانه از لفظ قوه اجرائیه هم بهره گرفته است و چنین تصریح داشته: رئیس‌جمهور در رأس دولت جمهوری اسلامی افغانستان قرار داشته و صلاحیت‌های خود را در عرصه‌های اجرائیه، تقنینیه و قضائیه مطابق با احکام قانون اساسی اعمال می‌کند. همچنین ماده ۱۳۴ قانون اساسی بیان می‌دارد: سارنوالی (دادستانی) جزء قوه مجریه بوده و در امور اجرائی خود مستقل می‌باشد،

با توضیحات بالا می‌توان استنباط نمود که در نظام حقوقی افغانستان حکومت و قوه مجریه به گونه مترادف به کار رفته است.

به موجب ماده ۱۲۱ قانون اساسی افغانستان، یکی از نهادهای ذیصلاح برای درخواست مطابقت دادن قوانین، فرامین تقنینی و... با قانون اساسی، حکومت (قوه مجریه) می‌باشد. پس هم وزیران و هم رئیس‌جمهور و در کنار آنها، ریاست برخی دستگاهها و برخی کمیسیون‌های مستقل که زیرمجموعه وزارت خاصی نیستند مانند؛ ریاست امنیت ملی، ریاست هلال احمر، کمیسیون مستقل انتخابات، کمیسیون مستقل اصلاحات اداری و خدمات ملکی و... می‌توانند در صورت اقتضاء، بررسی مطابقت قوانین و... با قانون اساسی را خواستار شوند.

با نگاهی به نظام حقوقی آمریکا دیده می‌شود که در این نظام نیز حق دسترسی نهادهای حکومتی



## ۴ نهاد ذیصلاح برای تفسیر قانون اساسی در افغانستان و ایالات متحده

تفسیر قانون اساسی یکی از شیوه‌های رایج برای رفع ابهام، اجمال، نقصان یا سکوت ظاهری قانونگذار اساسی است تا از این طریق بتوان به مقصود مقنن اساسی دست یافت (مولائی، ۱۳۹۵: ۲۱). صرف نظر از ماهیت، اهداف، بنیان‌ها و گونه‌های تفسیر قانون اساسی، در این بخش تمرکز ما بر تشخیص نهاد ذیصلاح برای تفسیر قانون اساسی در دو کشور می‌باشد؛ نهادی که تفسیرش از قانون اساسی الزام حقوقی در پی داشته و مترتب بر آثار حقوقی باشد. باید گفت که در افغانستان بحث تشخیص نهاد ذیصلاح برای تفسیر قانون اساسی به این آسانی نبوده زیرا در این زمینه، اجماع نظر بین حقوقدانان افغانستان وجود ندارد، چرا که بعضی از حقوقدانان «دادگاه عالی» را و عده‌ای هم «کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی» را نهاد ذیصلاح برای تفسیر قانون اساسی دانسته‌اند. در مورد دادگاه عالی کشور در مباحث گذشته اطلاعات اجمالی ارائه گردید، اما در این قسمت ترکیب و ساختار کمیسیون و همچنین نظر موافقان و مخالفان در زمینه صلاحیت نهاد ذیصلاح برای تفسیر قانون اساسی به بحث گذاشته می‌شود تا دانسته شود که کدام یک از نهادهای مزبور، صلاحیت تفسیر قانون اساسی را دارا می‌باشد.

### ۴٫۱ کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی،

در خصوص ترکیب و وظایف کمیسیون، می‌توان به قرار زیر بحث کرد:

#### ۴٫۱٫۱ ترکیب و شرایط اعضاء کمیسیون

ماده ۱۵۷ قانون اساسی به طرز تشکیل کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی پرداخته و در این زمینه چنین تصریح می‌دارد: «کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی

قانونی که حقوق و تعهدات آنها را اعلام می‌کند، با قانون اساسی اعتراض می‌کند. فرق این رویه با رویه قبلی در آن است که در اینجا تصمیم به محکوم نمودن یا صدور یک قرار به عهده قاضی نیست بلکه به صرف اعلام یک واقعیت در خصوص موضوع متنازع‌فیه، طرفین را از موقعیت حقوقی مربوطه خودشان برای اجتناب از اعتراض بعدی آگاه می‌کند (هامون و واینر، ۱۳۸۳: ۱۲۱).

در چارچوب توضیحات بالا، یکی از ویژگی‌های عمده و حتی یکی از نقاط قوت دادرسی اساسی در ایالات متحده آمریکا، شناسایی حق دسترسی شهروندان عادی این کشور به امر دادرسی اساسی می‌باشد، تا از این طریق، حقوق مبتنی بر قانون اساسی شهروندان حفظ گردیده و از نقض این حق‌ها جلوگیری به عمل آید. در واقع ایالات متحده از جمله کشورهایی است که به ضمانت اجراهای قانونی حقوق و آزادی‌های عمومی اهمیت داده است، و حقوق اساسی آمریکا به مسأله حقوق و آزادی‌های اساسی و نیز بازتاب این امر بر مفهوم دادرسی قانون اساسی توجه ویژه دارد. به طور کلی فلسفه دادرسی اساسی در آمریکا چه در زمان پیدایش و چه در زمان تحول و رشد آن، بر حمایت و پشتیبانی از حقوق و آزادی‌های اولیه و ابتدایی تأکید می‌کند (شکر، ۱۳۸۳: ۹۸).

با آنکه یکی از اهداف عمده دادرسی اساسی، جلوگیری از تعدی و تعرض به حقوق اساسی شهروندان می‌باشد، اما قانونگذار اساسی افغانستان از این امر امتناع ورزیده، و ماده ۱۲۱ قانون اساسی کشور امر دادرسی اساسی را تنها مشروط به تقاضای حکومت و محاکم گردانیده است و چنین حقی را برای سایر شهروندان کشور به رسمیت نمی‌شناسد که خود یکی از عمده‌ترین نقاط افتراق دادرسی اساسی بین افغانستان و ایالات متحده می‌باشد.

قانون اساسی» به تصویب رساند که قانون مزبور وظایفی را به شرح زیر برای کمیسیون بر شمرده است:

۱- تفسیر احکام قانون اساسی بر اساس تقاضای رئیس‌جمهور، شورای ملی، ستره محکمه (دادگاه عالی) و حکومت.

۲- نظارت از حیث رعایت قانون اساسی توسط رئیس‌جمهور، حکومت، شورای ملی، قوه قضائیه، ادارات، موسسات و سازمانهای دولتی و غیردولتی.

۳- ارائه مشورت‌های حقوقی در مورد مسایل ناشی از قانون اساسی به رئیس‌جمهور و شورای ملی.

۴- مطالعه قوانین نافذ جهت دریافت تناقضات احتمالی آنها با قانون اساسی و ارائه آن به رئیس‌جمهور و شورای ملی به منظور اتخاذ تدابیر جهت رفع آنها.

۵- ارائه پیشنهاد مشخص به رئیس‌جمهور و شورای ملی در زمینه اتخاذ تدابیر به منظور انکشاف امور قانون گذاری در مواردی که قانون اساسی حکم نموده است.

۶- ارائه گزارش به رئیس‌جمهور در صورت ملاحظه تخطی یا تخلف از احکام مندرج قانون اساسی.

لازم به ذکر است که رئیس‌جمهور وقت، آقای کرزی با این ادعا که بعضی از موارد پیش‌بینی شده در قانون فوق‌الذکر خلاف قانون اساسی است، آن را با وتوی تعلیقی به پارلمان مسترد نمود، اما مجلس نمایندگان این ادعای رئیس‌جمهور را نپذیرفت و دوباره قانون مذکور را با دوسوم کل اعضا به تصویب قطعی و نهایی رسانید. با این حال، رئیس‌جمهور از موضع خود عقب‌نشینی نکرد و قانون مذکور را به دادگاه عالی سپرد تا دادگاه عالی کشور طبق ماده ۱۲۱ قانون اساسی قانون مذکور را از حیث مطابقت

مطابق احکام قانون تشکیل می‌گردد. اعضای این کمیسیون از طرف رئیس‌جمهور به تأیید ولسی جرگه (مجلس نمایندگان) تعیین می‌گردند.» این کمیسیون مرکب از هفت عضو، شامل: یک رئیس، یک معاون و یک منشی بوده که برای چهار سال طبق فرایند پیش‌بینی شده در ماده ۱۵۷ تعیین می‌گردند و تعیین اعضای آن برای بار دوم بلامانع است (الیاسی، ۱۳۹۵: ۹۵) مواد چهارم و پنجم قانون کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی، شرایطی را به شرح زیر برای احراز عضویت به این کمیسیون بر شمرده است:

۱- داشتن تابعیت افغانستان

۲- شهرت نیک

۳- عدم محکومیت به جنایت یا محرومیت از حقوق مدنی

۴- تحصیلات عالی در علوم فقهی یا حقوقی با درجه ماستری (کارشناسی ارشد)

۵- داشتن پنج سال تجربه<sup>۱</sup>

۶- داشتن سن سی و پنج سال تمام

۷- عدم عضویت در احزاب سیاسی در زمان تصدی وظیفه.

## ۴/۱/۲ وظایف و اختیارات کمیسیون

کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی از جمله کمیسیون‌هایی است که قانون اساسی ایجاد آن را مستقل ذکر نموده است. همان‌طوری که قبلاً نیز گفته شد در قانون اساسی، وظایف و صلاحیت‌های کمیسیون مشخص نگردیده است و صرفاً به تشکیل آن طبق احکام قانون اشاره شده است (رسولی، ج ۲، ۱۳۹۳: ۳۳۹)، اما در مورد وظایف و اختیارات کمیسیون باید گفت که در سال ۱۳۸۷ پارلمان افغانستان قانونی را با نام «قانون تشکیل و صلاحیت کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق

<sup>۱</sup> لازم به ذکر است که قانون مذکور از تجربه یاد کرده ولی مشخص نکرده است که در کدام زمینه باید تجربه داشته باشد.





با تأملی عمیق‌تر دیده می‌شود که استدلال‌های فوق‌الذکر هرگز نمی‌تواند درست باشد، چون از نظر منطق حقوقی درست نیست که تفسیر قوانین عادی و بررسی مطابقت آنها با قانون اساسی در صلاحیت یک نهاد و تفسیر قانون اساسی به نهاد دیگر واگذار گردد. چنین سیستمی در هیچ کشوری رایج نیست. بنابراین اگر در ماده ۱۲۱ ابهام وجود داشته باشد، در ماده ۱۵۷ از کجا می‌توانیم صراحت آنرا در مورد صلاحیت کمیسیون در تفسیر قانون اساسی را ادعا نماییم (دانش، ۱۳۸۹: ۹۷). همچنین از بررسی سیر تاریخی ماده مذکور و همچنین بررسی سوابق اسناد مربوط در بایگانی «کمیسیون قانون اساسی» دانسته می‌شود که ماده ۱۲۱ تا تاریخ ۱۹ سنبله (شهریور) در فصل قضاء اصلاً وجود نداشت، زیرا قبل از تاریخ مذکور، در پیش‌نویس قانون اساسی فصل دیگری به نام (فصل هشتم: دیوان عالی قانون اساسی) وجود داشت. در ماده ۱۴۶ پیش‌نویس پیش‌بینی شده بود؛ دیوان عالی قانون اساسی افغانستان دارای صلاحیت های ذیل می‌باشد:

۱. بررسی مطابقت قوانین، فرامین تقنینی، قراردادهای و میثاق‌های بین‌المللی با قانون اساسی افغانستان. ۲. تفسیر قانون اساسی.

بنابه عواملی، بعداً این فصل به‌طور کلی از بدنه قانون اساسی حذف گردید و صلاحیت‌های مندرج مواد ۱۴۷ و ۱۴۸ در ماده ۱۲۱ فعلی درج گردید (رسولی، ج ۲، ۱۳۹۳: ۳۴۲).

از توضیحات فوق چنین برداشت می‌شود که هم کنترل قوانین از حیث مطابقت آنها با قانون اساسی و هم تفسیر قانون اساسی از صلاحیت‌های عمده دادگاه عالی افغانستان می‌باشد و اصرار برای به رسمیت شناختن صلاحیت تفسیر قانون اساسی برای کمیسیون نمی‌تواند دارای منطق و پشتوانه حقوقی قوی باشد، زیرا همان‌طوری‌که قبلاً بیان گردید، از لحاظ منطق حقوقی هم پسندیده نیست که صیانت از قانون اساسی را به یک نهاد و تفسیر قانون اساسی را به نهاد دیگری واگذار شود و با

داشتن با قانون اساسی مورد بررسی قرار دهد. بالاخره دادگاه عالی با صدور قرار قضایی شماره ۵۲۵ (۱) ۱۳۸۸، ردیف اول (تفسیر قانون اساسی) و ردیف چهارم (مطالعه قوانین جهت دریافت تناقضات با قانون اساسی) قانون مذکور را خلاف قانون اساسی تشخیص داده و از قانون مذکور حذف نمود (محمدی، ۱۳۹۵: ۳۹۹).

اینکه دادگاه عالی ردیف چهارم ماده هشتم قانون مذکور را خلاف قانون اساسی تشخیص داده است زیاد محل بحث نیست، زیرا طبق نص صریح ماده ۱۲۱ قانون اساسی، بررسی مطابقت قوانین و فرامین تقنینی ... با قانون اساسی از صلاحیت‌های (دادگاه عالی) است و طبق مقتضای ماده فوق‌الذکر، باید به گونه اطلاق این صلاحیت را در همه مراحل برای دادگاه عالی به رسمیت بشناسیم. اما نکته قابل تأمل در اینجا بحث تفسیر قانون اساسی می‌باشد، اینکه کدام نهاد در افغانستان واجد صلاحیت تفسیر قانون اساسی است؟ در این خصوص بحث‌هایی بین حقوقدانان افغانستان به وجود آمده است، این اختلاف نظر از آنجا ناشی می‌شود که ماده ۱۲۱ قانون اساسی مقرر داشته است: «بررسی مطابقت قوانین، فرامین تقنینی، معاهدات بین‌الدول، و میثاق‌های بین‌المللی با قانون اساسی و تفسیر آنها بر اساس تقاضای حکومت و یا محاکم، مطابق با احکام قانون از صلاحیت ستره محکمه (دادگاه عالی) افغانستان می‌باشد.» دلیل این اختلاف نظر این است که بعضی کلمه: «آنها» در ماده ۱۲۱ را مربوط به بررسی مطابقت قوانین با قانون اساسی می‌دانند و فقط تفسیر قوانین و سایر اسناد مزبور در ماده فوق‌الذکر را در صلاحیت دادگاه عالی می‌دانند نه تفسیر قانون اساسی را بلکه تفسیر قانون اساسی را از جمله صلاحیت‌های کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی می‌دانند. همچنین مدلول ماده و بویژه کلمه «آنها» بصورت اطلاق آمده است در این صورت، منطقی تفسیر قانون اساسی نیز بر عهده ستره محکمه است (مولائی، ۱۳۹۵: ۴۸).

## ۵ نتیجه گیری

در نوشتاری که از نظر گذشت تلاش شد از نقطه نظر مقایسه‌ای، وجوه اشتراک و افتراق دادرسی اساسی دو نظام افغانستان و آمریکا به بحث گذاشته شود. رئوس نتایج تحقیق از این قرار است:

۱. از حیث الگوشناسی، هر دو کشور افغانستان و ایالات متحده از الگویی قضایی واحد در امر دادرسی اساسی بهره برده‌اند؛ با این تفاوت که در افغانستان وظیفه دادرسی اساسی فقط به ستره محکمه (دادگاه عالی) واگذار شده است در حالیکه در ایالات متحده علاوه بر دادگاه عالی فدرال این کشور، سایر دادگاه‌ها نیز حائز این صلاحیت هستند.

۲. از حیث جایگاه قوه قضاییه، در ایالات متحده، دادگاه عالی فدرال این کشور از رهگذر رویه سازی و نیز از طریق کنترل آرای دادگاه‌های تالی، نقش تأثیرگذاری را در منظومه دادرسی اساسی این کشور بازی می‌کند. اما این وضعیت در افغانستان از اساس فاقد موضوعیت است.

۳. تفاوت عمده دیگری که دادرسی اساسی افغانستان و ایالات متحده از هم متمایز ساخته است؛ مربوط به جایگاه، شأن و اقتدار قوه قضائیه در هر دو کشور است؛ با این توضیح که قوه قضائیه ایالات متحده به سان یک نهاد قدسی و با اقتدار تجلی یافته است در حالیکه وجود چنین جایگاهی برای قوه قضائیه، در نظام حقوقی نو پای افغانستان با امتناع مواجه می‌باشد.

۴. از رهگذر مطالعه تطبیقی دادرسی اساسی در افغانستان و ایالات متحده دانسته می‌شود که رئوس شباهت‌های آنها در امر کنترل قضایی، از نوع: نظارت انفعالی، پسینی بودن کنترل و عینی بودن نظارت است. از جمله شباهت‌ها.

۵. در خصوص جایگاه امر دینی در اداره امور رسمی کشور در دو کشور افغانستان و آمریکا باید گفت که در افغانستان به ارجحیت ضوابط دینی و

بررسی بیشتر دیده می‌شود که اکثر کشورهای جهان در امر دادرسی اساسی صلاحیت دوگانه (بررسی مطابقت قوانین با قانون اساسی و تفسیر قانون اساسی) را برای یک نهاد واحد پذیرفته‌اند. چنانچه بند ۲ ماده ۹۳، قانون اساسی جمهوری فدرال آلمان تصریح می‌دارد؛ در صورتی که میان قوای سه‌گانه فدرال یا میان قوانین ایالتی با قانون اساسی، اختلافی بروز و ظهور کند، دادگاه عالی فدرال قانون اساسی، تفسیر کننده قانون اساسی خواهد بود. همچنین ماده ۱۷۵ قانون اساسی مصر نیز به گونه ضمنی تفسیر قانون اساسی را از جمله صلاحیت‌های دادگاه عالی قانون اساسی مصر دانسته است. در ایران نیز در اصل ۹۸، قانون اساسی، چنین صلاحیتی برای «شورای نگهبان قانون اساسی» ترسیم شده است. پس واگذاری مطابقت دادن قوانین با قانون اساسی به یک نهاد و سپردن صلاحیت تفسیر قانون اساسی به نهاد دیگر اولاً اعتماد مردم را در فهم درست از قانون اساسی از بین خواهد برد. ثانیاً این امر موجب تنش و کشمکش‌های پایان‌ناپذیر بین آن دو نهاد خواهد گردید. ثالثاً لازمه مطابقت دادن قوانین با قانون اساسی، داشتن صلاحیت تفسیر قانون اساسی است و این امر به مثابه مقدمه واجب به حساب می‌آید.

## ۴٫۲ نهاد ذیصلاح برای تفسیر قانون اساسی در ایالات متحده آمریکا

باید گفت تشخیص نهاد ذیصلاح برای تفسیر قانون اساسی در ایالات متحده محل نزاع نبوده است. زیرا در این کشور تفسیر قانون اساسی لازمه و مقدمه واجب دادرسی اساسی تلقی می‌گردد، بنابراین در ایالات متحده، هم دیوان عالی فدرال این کشور و هم دادگاه‌های مادون به عنوان ارگانهای ذیصلاح برای دادرسی اساسی به تفسیر قانون اساسی نیز دست می‌زنند (حبیب‌زاده، ۱۳۸۷: ۱۶۱).



۹. پیشنهاد و راهکار جهت بر طرف ساختن ضعف‌های دادرسی‌اساسی افغانستان؛ برای برطرف ساختن دو ضعف عمده مربوط به: نظارت انفعالی ستره محکمه و عدم دسترسی شهروندان به دادرسی اساسی، مناسب‌ترین راه‌حل این است تا در مرکز هر ولایت (استان) محکمه خاصی تحت نام محکمه قانون اساسی یا محکمه نظارت یا هر نام دیگری، با آئین دادرسی خاص، در بدنه قوه قضائیه افغانستان پیش‌بینی گردد و شهروندان در حین رسیدگی به پرونده‌هایشان در محاکم دیگر در صورتی که احراز نمایند که یک حق مبتنی بر قانون اساسی‌شان توسط قانون عادی نقض شده است، مجاز باشند تا تحت شرایط و تشریفات ویژه به محکمه مزبور مراجعه نمایند و محکمه در صورت تشخیص مورد نقض، بررسی مطابقت آن قانون را با قانون اساسی از ستره محکمه (دادگاه عالی) تقاضا نماید. چنین فرایند در حقیقت نقض قانون اساسی تلقی نمی‌گردد زیرا ماده ۱۲۱ راه‌اندازی دادرسی اساسی را منوط به تقاضای حکومت یا محاکم گردانیده است. پس محکمه قانون اساسی به‌عنوان یکی از محاکم قوه قضائیه می‌تواند هم مسیر ستره‌محکمه را به سمت نظارت فعال سوق دهد و هم دسترسی شهروندان افغانستان را به امر دادرسی اساسی میسر سازد و این امر هیچ منافاتی با صراحت و مدلول قانون اساسی ندارد در حقیقت اگر فلسفه وجودی دادرسی اساسی را مینا قرار دهیم پیش‌بینی چنین راهکاری کم‌هزینه‌ترین راهکار به حساب خواهد آمد و چنین سازوکاری قطعاً نقض قانون اساسی به حساب نخواهد آمد.

ضرورت کنترل قوانین به ابتدای چنین ضوابطی تصریح شده است اما در آمریکا ساخت رسمی قدرت بر سکولاریزم استوار گشته است.

۶. در افغانستان، سبک متمرکز کنترل قضایی شناسایی شده است اما در آمریکا سبک غیرمتمرکز کنترل قضایی و در نتیجه دادرسی اساسی شناسایی شده است.

۷. در افغانستان با پدیده امتناع دسترسی شهروندان به امر دادرسی اساسی مواجه هستیم اما در آمریکا شهروندان حق دادخواهی اساسی را دارند. همچنین با آنکه فلسفه اصلی دادرسی اساسی تضمین حقوق و آزادی‌های مندرج شهروندان در قوانین اساسی بوده تا از این رهگذر شهروندان با خاطر آسوده از نقض این حقوق و آزادی‌های خود بر مراجع ذیصلاح اعتراض نمایند، اما قانونگذار اساسی افغانستان از این امر مهم غفلت نموده و بدین ترتیب می‌توان مدعی شد که عدم پیش‌بینی چنین اصلی در قانون اساسی و منحصر ساختن حق دادخواهی اساسی به حکومت و محاکم از ضعف‌های عمده دادرسی اساسی در افغانستان می‌باشد.

۸. علاوه بر تفاوت‌های یاد شده موضوع دیگری که دادرسی اساسی دو کشور را متمایز ساخته بحث صیانت از قانون اساسی در حوزه اجرا می‌باشد، با این توضیح که در نظام حقوقی افغانستان علاوه بر رئیس‌جمهور، نهاد دیگری تحت نام «کمیسیون مستقل نظارت بر تطبیق قانون اساسی» وظیفه صیانت از قانون اساسی در مقابل اعمال و تصمیمات مغایر با آنرا به عهده دارد، در حالیکه نظام حقوقی ایالات متحده چنین نهادی وجود ندارد.

## منابع

- A group of authors, comparative basic trial, second edition, Tehran: Guardian Council Research Institute Publications (۲۰۱۶)
- Eliassy, Mohammad Qasim, Constitutional Rights of the Islamic Republic of Afghanistan, Farhang Publications, Kabul (۲۰۱۶).
- Habibzadeh, Tavakol, "Basic Trial in the United States of America", pp. 296-269 Quoted from: A group of authors, Comparative Basic Trial, Second Edition, Tehran: Guardian Council Research Institute Publications (۲۰۱۳)
- Knowledge, Server, Constitutional Law of Afghanistan, Ibn Sina Institute of Higher Education Publications, Kabul, (2010)
- Rasouli, Ashraf, Analysis and Critique of the Constitutional Law of Afghanistan, Volume 2, Second Edition, Saeed Publications, Kabul, (2014)
- Rasekh, Mohammad, Supervision and Balance in the Constitutional System, Drak Publications, Tehran.(۲۰۱۰).
- Tabatabai Motameni, Manouchehr, Constitutional Law, 16th edition, Mizan Publications, Tehran, (2016).
- Favuro, Louis, Courts of Constitutional Law European Model of Basic Justice, Translator: Gorji Azandariani, Ali Akbar, Jangal Publications, Tehran, (2010).
- Kami Joufre Spinozi, Rene David, Comparative Income Law in the Great Contemporary Legal System, translation, Safaei Seyed Hossein, 8th edition, Mizan Publications, Tehran (2010).
- Mohammadi, Abdul Ali, Constitutional Law of the Islamic Republic of Afghanistan, second edition, Khatam al-Nabiin University Press, Kabul, (2016).
- Madani, Seyed Jalaluddin, Constitutional Law and Political Institutions of Iran, Third Edition, Ganj-e-Danesh Publications, Tehran, (1991).
- Moradkhani, Fardin, "Legal Reading of the Iranian Constitutional Revolution", Mizan Publications, Tehran, (2017).
- Khalfar Rezaei, Hussein, "Basic Trial in the Islamic Republic of Afghanistan", Journal of the Guardian Council Research Center, No. 76, (2013).
- Habibzadeh, Tavakol, Nikogoftar Safa, Hamid Reza, "References on the Interpretation of the Basic Law in Iran and the United States", Journal of Islamic Law, No. 27, pp. 157-196, (2008).
- Dadfar, Habib, (1985), "Judge and the issue of conflict of ordinary laws with the Constitution", Journal of the Bar Association, No. 30.
- Zarei, Mohammad Hossein and Markazi Malmiri, Ahmad, "The Concept and Foundations of Judicial Control with Emphasis on the American Legal System", Quarterly Journal of Legal



- Research, No. 42, pp. 149-198, (2005)
- Shokr, Zuhair, "Constitutional Law (Constitutional Court)", translation, Khairullah, Parvin, Journal of Constitutional Law, No. 9, pp. 97-110, (2008).
- Brokerage, Javad, "Court of Constitutional Law", Journal of Constitutional Law, No. 3, pp. 273-288, (2014).
- Gorji Azandariani, Ali Akbar and Khademi, Mayar, "Comparative study of the scope of supervision of the Guardian of Ordinary Laws in the Iranian and Indian legal systems", Studies in Comparative Law, No. 2, pp. 679-709, (2017).
- Mansoorian, Mostafa, "Comparative Basic Judicial Procedure (Concepts, Principles and Patterns of Basic Curriculum)", Journal of the Guardian Council Research Center, No. 1.(۲۰۱۴) ,
- Molaei, Ayat, Booklet of Electoral Systems, Master of Public Law, Bu Ali Sina University, (2016)
- Hamoun, Francis and Weiner, Celine, "Protection of the Constitution in France and the United States", translated by Jalali, Mohammad, Journal of Constitutional Law, pp. 128-180
- Constitution of the Federal Republic of Germany (1949)
- Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran (1979 with amendments 1989)
- Constitutional Law of the Republic of Egypt (2012)
- Law on the Establishment and Jurisdiction of the Independent Commission for
- Supervision of the Implementation of the Basic Law (2008)
- Law on the Organization and Jurisdiction of the Judiciary of Afghanistan (2015).
- Judicial Order No. 71 dated 11/14/2017 in non-compliance of the law on issuing legislative documents with the Constitution
- Judicial Order No. 20 dated 13/1/1392 regarding the non-obligation to have the citizenship of the diplomatic and consular staff of Afghanistan
- Favoreu L. Constitutional Review in Europe, in Henkin L. and Rosental, A.J. (ed.), Constitutionalism and Rights. New York: Comlombia University.(۱۹۹۰) .
- Gustavo, Fernades De Andrade, "Comparative Constitutional Law: Judicial Review", University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, Vol.3, No.3, (2001), pp. 977-989.
- Law, David S. (2012). "The Anatomy of a Conservative Court: Judicial Review in Japan" Public Law in East Asia. Available at: <http://papers.ssrn.com>, Last Visited: 1/31/2020.
- Marbury v. Madison, 1803, U.S (I cranch) 137-170.
- Tarr G. Alan. Judicial Process and Judicial Policy Making London: Wadswort, (۲۰۱۰)



## Original Article

# A Comparative Study on Incorporation of Charterparty Arbitration Clauses into Bills of Lading (Selective Countries: England, China, Germany and Iran)

Esmail Yaghoobi<sup>\*1</sup>, Masoud Dadkhah<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Assistant Professor, Faculty of Management & Humanitarian Sciences, Chabahar Maritime University, Chabahar, Iran

<sup>2</sup> MSc Student in Maritime Business Management, Faculty of Management & Humanities Chabahar Maritime University, Chabahar, Iran



10.22080/LPS.2021.20775.1224

**Received:**

January 16, 2021

**Accepted:**

June 2, 2021

**Available online:**

November 27, 2021

**Main Subjects:**

International law

Civil Law

**Keywords:**

Bill of Lading,

Charterparty, Arbitration,

Incorporation Clause,

Dispute Settlement

## Abstract

Charterparties are being used for years as a common practice worldwide to provide shipping services in various international routes. A bill of lading is known as one of the most important documents in maritime transportation all over the world. There might be some discrepancies between the written consent on a charterparty and the terms and conditions stipulated on a bill of lading. The shippers or consignees in the bill of lading, and also its forthcoming transferees may be totally unaware about exact content of the parties' agreements. To facilitate settlement of the disputes which may arise between the terms of conditions of these two documents, incorporation of an arbitration clause in the charterparty is one of the methods which may contribute to resolution of the arguments. Different countries have their own laws so each of them takes different approaches towards settlement of their disputes by either courts or arbitration. The Maritime Law of Iran ratified as early as 1964 was primarily inspired from Hague Rules 1924. It has differences as well as similarities with the laws of other countries. The current paper intends to address incorporation of the charterparty arbitration clause into bills of lading among the selective countries including England, China, Germany and Iran. Establishment of technical maritime courts and professional arbitration committees in addition to updating the national maritime law in accordance with the latest national requirements and the most recent international conventions could be clues to improve the process of dispute settlement in this field.

\*Corresponding Author: Esmail Yaghoobi

Address: Faculty of Management & Humanitarian Sciences, Chabahar Maritime University, Chabahar, Iran

Email: yaghoobi@cmu.ac.ir



## Extended Abstract

### 1. Introduction

Charterparties are being used for years as a common practice worldwide to provide shipping services in various international routes. A bill of lading is known as one of the most important documents maritime transportation all over the world. There might be occasions in which some discrepancies appear between the written consent on a charterparty and the terms and conditions stipulated on a bill of lading. The shippers or consignees in the bill of lading, and also its forthcoming transferees may be totally unaware about exact content of the parties' agreements. To facilitate settlement of the disputes which may arise between the terms of conditions of these two documents, incorporation of an arbitration clause in the charterparty is one of the methods which may contribute to resolution of the arguments. Different countries have their own laws so each of them takes different approaches towards settlement of their disputes either by courts or arbitration. The Maritime Law of Iran ratified as early as 1964 was primarily inspired from Hague Rules 1924 which has differences as well as similarities with the laws of other countries. The current paper intends to address incorporation of the charterparty arbitration clause into bills of lading among the selective countries including England, China, Germany and Iran.

### 2. Methods

The approach of different countries towards the subject matter is studied among the selective countries such as England, China, Germany and they are compared with the position of Iranian authorities. The historic data and also

some of the most recent cases arisen on incorporation of the arbitration clauses on the bills of lading have been checked and the final decisions are contrasted against each other.

In the meantime, the recommended procedures for settlement of the disputes as per international conventions and global agreements have been reviewed in accordance with the prescribed methodology of the different countries under study against certain cases.

### 3. Findings

It has been found in this paper that establishment of technical maritime courts and professional arbitration committees in addition to updating the national maritime law in accordance with the latest national requirements and the most recent international conventions could be clues to improve the process of dispute settlement in this field.

### 4. Conclusion

Each country obeys its own procedure upon disputes between the contents of the charterparty agreement and the bill of lading document. England leading in the shipping industry follows the common law with no written text. However, the jurisdictions made and the sentences issued in this country benefits from a long history of maritime operations with the least disagreements and dissatisfaction. The general approach of England which has been accepted also by many other international authorities require a clear and definite reference to the charterparty. Those incorporations made generally without clear and specific addresses are not approved in such a way.



The situation is rather different in China where these subjects are much more complicated than England. The time and voyage charterparties are separated by the Chinese law and the arbitration clause discredited under a voyage charterparty.

The German law have been improved and adopted much more with the most recent international rules and regulations. They have been well updated in order to meet the requirements of the latest conventions.

The Iranian maritime law is ratified more than half a century before. It was a positive move towards being adopted with the international rules at that time, but its rather general definitions and unspecified articles are no longer effective and useful in references to solve the existing issues and resolve the complex disputes. Incorporation of additional clauses on bills of lading including the arbitration clause from charterparties or other agreements is not foreseen in any law and it is not clear how to deal with this matter anywhere in the Iranian maritime law.

Interpretation of the ambiguities and completion of the deficiencies in the Iranian maritime law via a comprehensive amendment or application of the state of the art contents of the most recent conventions are known as solutions which can be proposed in this respect. Meanwhile, provision of proper support in favor of the arbitration mechanisms in jurisdiction of the maritime disputes in Iran is something that is felt in the current situation more than before.

### **Funding**

There is no funding support.

### **Authors' Contribution**

Authors contributed equally to the conceptualization and writing of the paper. All of the authors approved the contents of the manuscript and agreed on all aspects of the work.

### **Conflict of Interest**

Authors declared no conflict of interest.

### **Acknowledgments**

We are grateful for all the persons for their scientific consulting in this paper.



علمی پژوهشی

# بررسی تطبیقی ارجاع به شرط داوری قرارداد اجاره کشتی در بارنامه دریایی (کشورهای منتخب: انگلستان، چین، آلمان و ایران)

اسماعیل یعقوبی<sup>۱\*</sup>، مسعود دادخواه<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> استادیار گروه مدیریت دانشکده مدیریت و علوم انسانی، دانشگاه دریانوردی و علوم دریایی چابهار، چابهار، ایران  
<sup>۲</sup> دانشجوی مقطع کارشناسی ارشد مدیریت بازرگانی دریایی، دانشکده مدیریت و علوم انسانی، دانشگاه دریانوردی و علوم دریایی، چابهار، چابهار، ایران

 10.22080/LPS.2021.20775.1224

## چکیده

اجاره کشتی سال‌هاست به روش متداولی برای ارائه خدمات حمل و نقل در مسیرهای دریایی مختلف تبدیل شده و بارنامه دریایی هم یکی از اصلی‌ترین اسناد حمل و تجارت بین‌الملل در میان تمام کشورهای دنیا پذیرفته شده است. در این میان ممکن است مواردی اتفاق بیافتد که بین مندرجات روی قرارداد اجاره کشتی و متن بارنامه دریایی اختلافاتی وجود داشته باشد. گیرندگان یا ارسال‌کنندگان بارنامه و نیز دارندگان بعدی آن که مالکیت کالا را با ظهرونیسی به دست آورده‌اند اطلاع دقیقی از توافقات بین مالک و مستأجر کشتی نداشته و این می‌تواند منشاء اختلافات شود. به منظور حل و فصل اختلافات بین مفاد بارنامه و قرارداد اجاره، درج شرط داوری یکی از شیوه‌هایی است که نحوه رسیدگی به اختلافات احتمالی بین طرفین را مشخص و تسهیل می‌کند. با توجه به رویکرد متفاوت قوانین کشورهای گوناگون نسبت به این موضوع و نظر به تحولات کنوانسیون‌های بین‌المللی، نحوه برخورد با این موضوع در دنیا متنوع است. قانون دریایی کشورمان نیز که با الهام از قواعد لاهه از سال ۱۳۴۳ تاکنون بدون تغییر اجرا می‌گردد با رویه کشورهای مختلف شباهت‌ها و تفاوت‌هایی دارد. مقاله حاضر درج شرط داوری مربوط به قرارداد اجاره کشتی داخل متن بارنامه دریایی را در میان کشورهای منتخب شامل انگلستان، چین، آلمان و ایران مورد بررسی قرار داده است. در پایان، بنظر می‌رسد تشکیل یک دادگاه تخصصی دریایی و کمیته‌های داوری حرفه‌ای در کنار به روزرسانی قوانین دریایی ایران با مقتضیات ملی و الزامات کنوانسیون‌های جدیدتر بتواند پیشنهادهایی برای بهبود رویه حل اختلافات در این زمینه باشد.

تاریخ دریافت:

۲۷ دی ۱۳۹۹

تاریخ پذیرش:

۱۲ خرداد ۱۴۰۰

تاریخ انتشار:

۶ آذر ۱۴۰۰

موضوعات:

حقوق بین‌الملل

حقوق خصوصی

کلیدواژه‌ها:

بارنامه دریایی، درج شرط،

داوری قرارداد، اجاره کشتی، حل

اختلاف

\* نویسنده مسئول: اسماعیل یعقوبی

آدرس: دانشکده مدیریت و علوم انسانی، دانشگاه دریانوردی و ایمیل: yaghoobi@cmu.ac.ir

علوم دریایی چابهار، چابهار، ایران

## ۱ مقدمه

کرده است و درخصوص اجاره کشتی به صورت لخت مسکوت می‌باشد. گرچه در عمل قانون دریایی ایران این نوع اخیر را نیز شناخته و اجرا می‌کند. همچنین شرط کتبی بودن در ماده ۱۳۵ قانون دریایی ایران از ماده ۲۷۳ قانون تجارت فرانسه گرفته شده است. مطابق قانون تجارت فرانسه قرارداد اجاره کشتی باید کتبی باشد. از آنجا که قواعد مربوط به اجاره کشتی‌ها جزو قواعد آمره نیستند، چنانچه قرارداد اجاره به طریقی غیر از کتبی بودن نیز اثبات شود، معتبر و لازم‌الاجرا می‌باشد (اعلانی فرد، ۱۳۸۷: ۹۱ و ۹۰).

اگرچه چندان مرسوم نیست؛ ولی ممکن است یک قرارداد حمل اساساً بدون اسناد حمل دیگری منعقد و اجرا شود. در این صورت، ارسال‌کننده و حمل‌کننده می‌توانند توافق کنند. مثلاً وقتی طول سفر دریایی بین‌المللی خیلی کوتاه است، اساساً از یک سند حمل همچون بارنامه ی دریایی به طور کلی صرف نظر کنند. در این صورت، دیگر هیچ سند و مدرکی دال بر مالکیت وجود نخواهد داشت که بتوان حق مطالبه ی کالا برای تحویل را به دارنده ی آن داد (Majdzadeh Khandani, 2018: 33-34). حق مطالبه ی تحویل کالا در قانون دریایی ایران ذیل ماده ۶۴ آن آمده که مستلزم داشتن نسخه ی اصلی بارنامه ی دریایی و احراز هویت تحویل‌گیرنده است.

از منظر حقوق ایران، قرارداد اجاره کشتی برخلاف قرارداد حمل و نقل بارنامه‌ای تابع شرایط عمومی قراردادهاست. این نوع قرارداد دارای ماهیت مدنی است. از این رو، حتی در کشورهایی که محاکم خاص دریایی دارند، مانعی وجود ندارد که دعوی مربوط به اجاره کشتی در دادگاه عمومی طرح و رسیدگی شود (اعلانی فرد، ۱۳۸۷: ۹۰).

درحالی که قرارداد اجاره کشتی یا چارترپارتنی<sup>۱</sup> مدرکی است که متضمن شکل مکتوب توافق اجاره کشتی بوده و محتوی مفاد و شرایط حاکم بر ارتباط بین مالک کشتی و اجاره‌کننده است. بارنامه، سند حملی است که به حمل کالا مرتبط بوده و بر رابطه ی حاکم بین حمل‌کننده و ارسال‌کننده دلالت دارد و در ازای دریافت کالاها برای حمل صادر می‌شود (Plomaritou & Voudouris, 2019: 1).

طبق بند ۷ ماده ۵۲ قانون دریایی ایران، بارنامه ی دریایی سندی است که مشخصات کامل بار در آن قید و توسط فرمانده ی کشتی یا کسی که از طرف او برای این منظور تعیین شده است، امضاء گردد و به موجب آن تعهد شود بار توسط کشتی به مقصد حمل و به تحویل‌گیرنده داده شود.

درخصوص بحث تحویل طبق بارنامه ی دریایی، به دلیل شباهت زیاد قانون دریایی ایران به قواعد بروکسل ۱۹۲۴ مسئولیت متصدی حمل و نقل صرفاً محدود به مدت حمل شده و عملاً قانون دریایی ایران فاصله زیادی با قواعد هامبورگ ۱۹۷۸ دارد. بند ۸ ماده ۵۲ قانون دریایی ایران مدت حمل را مشابه کنوانسیون بروکسل، دوره ی زمانی بارگیری کالا در کشتی تا تخلیه کالا از کشتی تعیین می‌کند و بند ۹ همان قانون بارگیری و تخلیه را با اصطلاح «از چنگال جرثقیل تا چنگال جرثقیل» تعریف کرده که از قانون ۱۱ آوریل ۱۹۳۶ فرانسه گرفته شده است (فخاری و مفیدیان، ۱۳۸۷: ۱۲۳).

درخصوص چارترپارتنی، برابر ماده ۱۳۵ قانون دریایی ایران: «قرارداد اجاره کشتی سندی است کتبی که بین مالک کشتی و یا نماینده او و مستأجر منعقد می‌گردد و شرایط اجاره کشتی را برای مدت معینی و یا برای یک یا چند سفر بین بنادر مشخص تعیین می‌کند». ملاحظه می‌شود که قانون دریایی ایران فقط دو نوع قرارداد اجاره کشتی برای سفر معین و اجاره کشتی برای مدت معین را پیش‌بینی

<sup>1</sup> Charterparty



## ۲ ارجاع به شرط داوری قرارداد اجاره کشتی در برنامه ی دریایی

به کارگیری شروط داوری چارترپارتي در برنامه‌ها، موضوع مهم و حائز اهميتي در بحث حقوق تجارت کشتيراني است. دليل ديگري که برنامه‌ها شرایط چارترپارتي را در خود مي‌آورند اين است که، دريافت‌کنندگان يا خريداران ممکن است لازم باشد کرایه و دموراژ را هم پرداخت کنند ولو اینکه مستقیماً طرفین در چارترپارتي دخيل نباشند. در چنان شروطي مي‌تواند موجب ايجاد حق حبس<sup>۱</sup> در مقابل دريافت‌کنندگان کالا شود (Li, 2015: 1).

در اين خصوص قانون دریایی ایران در بند ۲ ماده ۱۴۳، پرداخت مال‌الاجاره طبق قرارداد را جزو تعهدات مستأجر دانسته است. ضمناً براساس ماده ۱۴۸ قانون دریایی ایران: «در صورتی که کشتی هنگام حرکت یا در بین راه یا در محل تخلیه ی کالا به علي که ناشی از عمل اجاره‌دهنده ی کشتی باشد، توقیف شود. مخارج مدت مزبور بر عهده ی اجاره‌دهنده است». از این مواد چنین برمي‌آیند که اگر علل مذکور متوجه اجاره‌دهنده ی کشتی نباشد، بین مستأجر و تحویل‌گیرنده برسر هزینه‌هاي معطلی کشتی اختلاف به وجود خواهد آمد؛ مگر اینکه در توافقات ديگري از ایشان به صورت مشخص تعیین شده باشد.

در خصوص مسائل تجارت دریایی، یک سؤال کلیدی همواره کشف ارتباط بین قرارداد اجاره کشتی و برنامه ی دریایی است. زمانی که یک برنامه در دست اجاره‌کننده باشد، شرایط و مفاد چارترپارتي مي‌تواند تحت تأثیر مندرجات برنامه ی دریایی قرار گیرد، حتی اگر در چارترپارتي صرفاً به دنبال ماهیت قرارداد کرایه باشیم. با این شرایط، اولاً برنامه دلیلی بر قرارداد حمل کالا نبوده، و ثانیاً چارترپارتي و برنامه، جدای از هم نبوده و برعکس با یکدیگر

همبستگی نزدیکی دارند. نهایتاً برنامه را می‌توان تا حدودی قرارداد تکمیلی چارترپارتي یا الحاقیه‌هاي بین مالک کشتی (حمل‌کننده) و اجاره‌کننده قلمداد نمود. وقتی برنامه ی دریایی در اختیار شخص ثالث خارج از چارترپارتي، مالک کشتی یا نمایندگان وي قرار داشته باشد، شخص ثالث دارای حسن نیت ناخودآگاه با برنامه ی دریایی به صورت سند حاکم بر حمل کالا برخورد خواهد کرد. در این حالت، برنامه را باید در حکم قرارداد بین مالک (حمل‌کننده) و دارنده ی برنامه تلقی نمود که می‌تواند تغییر کند، ولي این تغییرات ديگر به چارترپارتي ارتباطی نخواهند داشت (Jia, 2013: 2-6).

در این ارتباط، قانون دریایی ایران در ماده ی ۵۶ خود اشاره می‌نماید: «متصدی باربری مختار است از تمام یا قسمتی از حقوق و عدم مسئولیت‌هاي خود صرف نظر کند یا مسئولیتی زاید بر آنچه در این فصل پیش‌بینی شده است، قبول کند». گرچه توضیحات تکمیلی همین ماده ملزم داشته که چنین انصراف یا افزایش مسئولیتی بایستی در برنامه ی دریایی قید گردد. مضافاً اینکه مقررات این فصل (فصل چهارم: باربری دریایی) شامل قرارداد اجاره کشتی دانسته نشده؛ ولي اگر برنامه ی دریایی برای یک کشتی که در اجاره است صادر شود، آن برنامه مشمول مفاد این فصل قرار می‌گیرد.

ترجیح برنامه‌هاي دریایی این است که عمده شرایط حاکم بر خود را با ارجاع صریح و شفاف به یک چارترپارتي معین ارتباط دهند. یکی از دلایل به کارگیری شروط، قطعیت بخشیدن به قانون و مرجع قضایی ذیصلاح مابین حمل‌کننده و صاحب کالا است. طبق قوانین انگلستان، میزان اثربخشی شروط به جمله‌بندی اصطلاحات شروط داوری بستگی داشته و برای این منظور فرم‌هاي استاندارد همچون « برنامه ی صادره تحت چارترپارتي با شرایط عمومی مصوب ۲۰۰۷ شورای

<sup>2</sup> CONGENBILL 2007

<sup>1</sup> Lien

دهه‌های اخیر به کرات در دادگاه‌های چین رخ داده است (Li, 2015: 2-3). برای حل اختلافات، اگر هرگونه مناقشه‌ی بین‌المللی بین طرفین رخ دهد، این اختلاف اغلب بایستی تحت مقررات مصالحه و داوری اتاق بازرگانی بین‌الملل<sup>۳</sup> توسط یک یا چند داور مورد رسیدگی قرار بگیرد. در کشور انگلستان چنین توافقی باید براساس قوانین انگلستان تفسیر شده و دادگاه‌های انگلستان دارای صلاحیت انحصاری قضاوت در برابر طرفین می‌باشند (Garnett, 2013: 8-9). از نظر قانون استرالیا<sup>۴</sup> چارترپارتهای اتفاق معمول صنعت کشتیرانی هستند و شروط داوری توسط طرفین قرارداد تا جایی که زورشان می‌رسد به صورت خیلی حرفه‌ای در مذاکرات به طرف مقابل تحمیل می‌شوند. درخصوص یک برنامه‌ی دریایی، ارسال‌کننده خود شخصاً نکته‌ی مؤثری روی برنامه نیافزوده و صاحب کالا نیز اساساً فاقد هرگونه اظهارنظری است (Allison, 2014: 8-9).

فرم استاندارد برنامه «بارنامه‌ی صادره تحت چارترپارتهی شرایط عمومی مصوب سال ۱۹۹۴<sup>۵</sup> شورای دریایی بالتیک و بین‌الملل<sup>۶</sup>» شاید امروز پرکاربردترین اقسام برنامه‌ی مورد استفاده در کشتیرانی خطوط نامنظم باشد. وقتی کشتی حامل کالاهای تجاری تحت شرایط چارترپارتهی فوق اجاره شده، برای اطمینان از اعمال شرط داوری چارترپارتهی استفاده از این فرم استاندارد مؤکداً توصیه می‌شود (Goldby, 2007: 5-9).

اگر یک قرارداد حمل منعقد شود و در نتیجه‌ی آن بارنامه‌ای صادر شود، در اصل بین ارسال‌کننده و حمل‌کننده‌ی بار، مفاد و شرایط مندرج در قرارداد حمل بایستی بر مفاد و شرایط بارنامه حاکم باشند. این قاعده، مطابق کنوانسیون حمل کالا در آبراهه‌های داخلی<sup>۷</sup> (مصوب اجلاس سال ۲۰۰۰ در

دریایی بالتیک و بین‌الملل<sup>۱</sup>) طراحی شده‌اند تا همه شرایط از جمله قانون حاکم و مرجع رسیدگی بر چارترپارتهی را شامل شوند (Walton, 2017: 1).

ارجاع به شرط داوری قرارداد اجاره کشتی (چارترپارتهی) در داخل متن برنامه‌ی دریایی موضوعی بوده که می‌توان ردپای قابل توجهی از آن را طی سالیان گذشته در پرونده‌های حقوقی کشورهای مختلف رصد نمود. باید در نظر داشت که اختلافات داوری همواره متعاقب نقض تعهدات یکی از طرفین حادث می‌شوند. بدون وجود نقض تعهدات، اقدامات قضایی و داوری هم بی معنی خواهد بود (Allison, 2014: 18).

قانون دریایی ایران در بیشتر مواد خود دادگاه را مرجع رسیدگی و حل اختلافات احتمالی دانسته و تنها در ماده‌ی ۱۱۸ ذیل فصل هشتم حمل مسافر اشاره‌ای گذرا به ابزار داوری یا دادگاه برای رسیدگی به اختلافات برسر تحدید مسئولیت متصدی حمل و نقل تنها برای مسافر نموده و هیچ صحبتی از بار نکرده است.

بخشی از آراء داوری و احکام دادگاه در کشور انگلستان درخصوص ارجاع شروط داوری چارترپارتهی روی برنامه‌ی دریایی بوده و با وجود پیشرفت‌های اخیر روی این موضوعات، موارد زیادی هم هنوز به طور کامل حل و فصل نشده‌اند (Goldby, 2007: 1). پرونده‌های نسبتاً معدودی در انگلستان در حوزه‌ی ارجاع به شرط داوری گزارش شده‌اند. وقتی الزامات موردنیاز برآورده شوند، شروط مربوط در یک چارترپارتهی می‌توانند به سهولت در یک برنامه دریایی نیز اعمال گردند. اخیراً تعدادی از آراء داوری وجود داشته که در دادگاه عالی خلق چین<sup>۲</sup> به عنوان بالاترین مقام قضایی آن کشور نیز تأیید شده‌اند. برعکس، در چین اوضاع خیلی پیچیده‌تر بوده و با عدم قطعیت خیلی زیادی همراه است و طی

<sup>5</sup> CONGENBILL 1994

<sup>6</sup> Baltic and International Maritime Council (BIMCO)

<sup>7</sup> Budapest Convention on Contract for the Carriage of Goods by Inland Waterway (CMNI) 2000

<sup>1</sup> Baltic and International Maritime Council (BIMCO)

<sup>2</sup> Supreme People's Court of China (SPC)

<sup>3</sup> International Chamber of Commerce (ICC)

<sup>4</sup> که خیلی به قانون انگلستان شبیه است.



است. در این پرونده با اینکه دعوی بین‌المللی و به سفر دریایی مربوط است که به نظر مقررات دریایی باید بر آن حاکم باشد، متأسفانه دادرسی رسیدگی‌کننده، برای کشف قانون حاکم تلاشی نکرده است و مشخص نیست به چه دلیل مقررات دریایی درخصوص این دعوی حاکمیت نداشته است (فخاری، ۱۳۹۹: ۶۴ و ۶۵).

### ۳ بررسی رویکرد قوانین کشورهای منتخب

#### ۳٫۱ قرارداد اجاره در کشورهای منتخب

طبق قانون انگلستان که براساس کامن لا است، اگر قرار بر داشتن شرایط قرارداد اجاره و به خصوص اعمال کامل قانون و شرط دادگاه مندرج روی بارنامه باشد، توصیه اکید می‌شود که قرارداد اجاره کشتی خیلی شفاف مشخص شده و به رسمیت شناخته شود (مثلاً از طریق اشاره به تاریخ عقد قرارداد مذکور داخل متن بارنامه و عباراتی شبیه متن بارنامه‌های با فرمت استاندارد چارترپارتنی (Walton, 2017: 1)).

در چین بسیاری از بارنامه‌های دریایی، تحت قراردادهای اجاره کشتی صادر می‌شوند که قانون انگلستان حاکم بر آنهاست. از این رو، جایگاه قوانین انگلستان در این خصوص از جمله عبارات و اصطلاحات به کاررفته برای اعمال شروط در چارترپارتنی و سازگاری بین متن چارترپارتنی و بارنامه صادره را باید مورد توجه قرار داد (Li, 2015, pp.3-4).

طبق ماده ۶۵۶ قانون مدنی آلمان<sup>۲</sup>، محتوای بارنامه ی دریایی برای تعیین موقعیت صاحبان کالا (اشخاص ثالث) در برابر حمل‌کننده قطعیت دارد. این نشان می‌دهد که مسئولیت شروط قراردادی داخل بارنامه اصولاً بر عهده ی صاحب کالا است. اگر متن بارنامه شامل این عبارت باشد که «پرداخت کرایه و سایر شرایط طبق چارترپارتنی است»، آن گاه برای درج کلیه ی شرایط داخل قرارداد بارنامه و ابراز

شهر بوداپست رومانی)، همچنین قوانین آلمان و هلند تدوین شده است (Smeele, 2009: 1-2).

بسیاری از نظام‌های حوقی دنیا مثل انگلستان و استرالیا، نسبت به تفویض اختیار به دادگاه‌ها اقدام می‌کنند تا بدین وسیله عملاً از اجرای دادرسی‌های خارجی که مخالف مصالح ملی تشخیص داده شوند، امتناع بورزند. می‌توان گفت اجرای یک حکم استرالیایی علیه توافق داور، موجب نقض اختیارات طرفین خواهد شد که در کنوانسیون نیویورک هم به رسمیت شناخته شده است. اما در جایی که مدعی به دنبال اجرای حکم در انگلستان باشد، این عدم صلاحیت رسیدگی تقریباً تضمین شده است (Allison, 2014: 17-18).

در ایران، در غیاب قوانین کامل و به روز دریایی از جمله مواردی که بحث ارجاعات به شروط داور را در بارنامه به صورت شفاف معین کرده باشند، بار دعاوی دریایی عملاً بر دوش سیستم قضایی افتاد. در این راستا و پس از سال‌ها مراجعه به دادگاه‌های عمومی، بانی تشکیل اولین دادگاه دریایی کشور در سال ۱۳۷۳ کشتیرانی جمهوری اسلامی ایران و سازمان بنادر و دریانوردی بودند. سرانجام با تقاضا و مراجعه ی مکرر این دو ارگان به قوه ی قضائیه، رئیس قوه ی قضائیه ی وقت، دستور تشکیل دادگاه دریایی را صادر کرد. یکی از این قضات<sup>۱</sup> از سال ۱۳۷۳ تا سال ۱۳۸۵ رسیدگی به دعاوی دریایی را به صورت اختصاصی در شعبه ی ۳ مجتمع قضایی امام خمینی (ره) به عهده داشت. اما پس از انتقال وی از شعبه ۳، این شعبه از لحاظ دعاوی دریایی بلاتصدی ماند و تا امروز همچنان فاقد دادگاهی تخصصی هستیم هرچند از سال ۱۳۹۶ عمده دعاوی دریایی به شعبه ۴۸ دادگاه عمومی تهران واقع در مجتمع قضایی شهید مدنی ارجاع داده می‌شوند (پورنوری، ۱۳۹۹: ۱). نقد مشابهی از تخصصی نبودن رسیدگی، درخصوص رأی صادره یک دادگاه عمومی در زمینه ی مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی مطرح شده

<sup>2</sup> German Civil Code

<sup>۱</sup> دکتر منصور پورنوری

با توجه به اینکه خلاء قواعد لاهه<sup>۱</sup> و به تبع آن قانون دریایی ایران در به رسمیت شناختن حل اختلافات از جمله رویه ی داوری ملموس است، به نظر می‌رسد بخشی از عزم کشورها برای الحاق به کنوانسیون‌های جدیدتر از جمله هامبورگ<sup>۲</sup> و روتردام<sup>۳</sup> و همچنین تطبیق شرایط به روزتر و محتوای اختصاصی‌تر متناسب با نیاز بازار بین‌المللی، درک همان نواقص قبلی بوده که همواره منشاء اختلافات بوده‌اند.

## ۳٫۲ ارجاع به شرط داوری در کشورهای منتخب

در خصوص قانون انگلستان حتی اگر الزامات یک شرط داوری مندرج در آن هم سختگیرانه‌تر از شروط عمومی درج باشند، اعمال چنین شرطی ممکن است توسط قضات انگلیسی به خاطر کلمات اختصاصی و اصطلاحات مناسب لغوی مورد تأیید قرار بگیرد. اما با وجود بیش از یکصد سال تجربه ی مفید و کارآمد پرونده‌های قبلی، این موضوع همچنان مورد تردید است که کدام رویکرد می‌تواند منطقی‌ترین شیوه برای شناسایی چارترپارتنی نافذ بر برنامه باشد، حتی در پرونده‌های اخیر که آراء و احکام اولیه آن‌ها صادر شده ولی بحث روی آن‌ها همچنان باقی مانده و محل مناقشه‌اند (Jia, 2014: 69-70).

هر ساله، تعداد کثیری از اختلافات دریایی در انگلستان به داوری ارجاع داده می‌شوند. بسیاری از قراردادهای اجاره کشتی در قالب و فرم قراردادهای استاندارد هستند و سازمان‌هایی همچون شورای دریایی بالتیک و بین‌الملل<sup>۴</sup> اقدام به طراحی فرم استاندارد اجاره کشتی برای استفاده توسط حمل‌کنندگان نموده‌اند. این سازمان‌ها طرفین درگیر در توافقات بین‌المللی را نسبت به حقوق و تعهداتشان آگاه می‌سازند، برای مثال، ماده ی ۲۲ قرارداد عمومی اجاره زمانی<sup>۵</sup> می‌گوید: «این قرارداد اجاره مطابق با و تحت حاکمیت قانون انگلستان

مخالفت در برابر صاحب کالا مؤثر خواهد بود. حتی ممکن است برنامه ی دریایی تعهدات پرداخت مالی هم بر عهده ی صاحب کالا قرار دهد، که در این صورت طبق ماده ی ۶۱۴ قانون مدنی آلمان مادامی که صاحب کالا محموله را تحویل نگرفته باشد، این تعهدات بر عهده ی وی نخواهد بود (Smeele, 2009, p.23).

کشور ایران با وجود بیش از ۱۸۰۰ کیلومتر مرز آبی بین‌المللی در جنوب و ۶۰۰ کیلومتر مرز آبی در شمال و سابقه ی طولانی دریانوردی، تا سال ۱۳۴۳ فاقد قانون مدون و جامع دریایی بوده است. تنها بخش‌های محدودی از قانون تجارت سال ۱۳۱۱ اشاره‌ای به حمل و نقل دریایی و کشتی‌سازی و بیمه ی بحری آن‌ها را جزو عملیات تجاری قلمداد کرده است. نهایتاً در سال ۱۳۴۲ نخستین قانون دریایی به تصویب هیات وزیران رسید. قانون مذکور مدت کوتاهی به صورت آزمایشی به مرحله ی اجرا درآمد. پس از آن با تجدیدنظر کامل در سال ۱۳۴۳ در ۱۴ فصل و ۱۹۴ ماده به تصویب مجلسین رسید و از آن زمان تاکنون اجرا می‌گردد (اعلائی فرد، ۱۳۸۷: ۳۲ و ۳۳). این روش قانونگذاری که با اقتباس از کشورهای فرانسه و ایتالیا به صورت مجموعه قانون متشکل از موارد مختلف در قالب یک سند است، امروزه تقریباً در بسیاری از کشورهای جهان منسوخ شده و به جای آن هر بخش از قانون به صورت قانون اختصاصی تهیه و تدوین شده است. در مجموع، قانون دریایی ایران ناقص و مختصری است که بسیاری از مباحث مهم حقوق دریایی از جمله بیمه ی دریایی، محاکم دریایی، حل اختلافات و غیره در آن لحاظ نشده است. همچنین آن بخش از کنوانسیون‌های بین‌المللی که در آن‌ها دخل و تصرفی صورت پذیرفته، آن را از اصالت خارج ساخته و موجب بروز تعارض در اجرا و تفسیر شده است (اعلائی فرد، ۱۳۸۷: ۳۳).

<sup>4</sup> BIMCO

<sup>5</sup> GENTIME

<sup>1</sup> The Hague Rules 1924

<sup>2</sup> Hamburg 1978

<sup>3</sup> Rotterdam 2007



دادگاه عالی چین، اگر یک دادگاه بدوی تصمیم بگیرد رأی داوری سایر کشورهای عضو کنوانسیون نیویورک را اجرا نکند، دادگاه‌های دیگر بایستی پیش از هرگونه اعلام نظری، موضوع را به دادگاه عالی گزارش نمایند و اگر دادگاه عالی موافقت کرد، دادگاه‌های بدوی تصمیم می‌گیرند آن آراء را اجرا نکنند، درغیراین صورت، دادگاه‌های بدوی ملزم خواهند بود آن آراء خارجی را بدون عذر و بهانه اجرا نمایند (Li, 2015, pp.5-11).

نکته ی قابل توجه اینکه، طبق ساختار قانون دریایی جمهوری خلق چین، چارترپارتي سفري به صورت قرارداد حمل کالا دیده می‌شود، درحالی که چارترپارتي زماني به قرارداد کرایه شهرت یافته است. به علاوه، ارتباطی بین قراردادهای حمل کالا و کرایه در قوانین این کشور به رسمیت شناخته نشده است (Jia, 2013, pp.2-6).

طبق ماده ی ۹۵ قانون دریایی جمهوری خلق چین<sup>۲</sup> وقتی دارنده ی بارنامه، اجاره کننده نباشد (مثل صدور بارنامه ی دریایی تحت قرارداد اجاره ی سفري)، آن گاه حقوق و تعهدات حمل کننده و دارنده ی بارنامه بایستی بر شروط بارنامه ی دریایی حاکم باشند. البته، اگر شروط قرارداد اجاره ی سفري داخل بارنامه گنجانده شده باشند، همان شروط مرتبط با چارترپارتي سفري هم حاکم هستند (Li, 2015, pp.5-11).

طبق قانون مدنی کشور آلمان، تعهدات تحت بارنامه ی دریایی حتی اگر هیچ گونه قرارداد حمل معتبري هم منعقد نشده باشد باز هم پابرجا خواهند بود. از این رو، محتویات بارنامه در اصل برای موقعیت صاحب کالای شخص ثالث نسبت به حمل کننده قطعیت خواهد داشت. اگر یک بارنامه عبارت «کرایه حمل و کلیه ی شرایط دیگر طبق چارترپارتي» را داشته باشد، برای درج همه ی این شرایط در قرارداد بارنامه مؤثر خواهد بود و آنها را برای اقدام علیه صاحب کالای شخص ثالث معتبر

بوده و هرگونه اختلافی ناشی یا در ارتباط با آن باید مطابق با قانون داوری ۱۹۹۶ یا اصلاح و تصویب مجدد قانونی آن رسیدگی گردد» (Allison & Dharmaranda, 2000:4).

در کشورهای تابع کامن لا، آزمون مناسبی برای حل اختلافات دادرسی بین دادگاه‌های کشورهای مختلف، اعمال اصول اختیاری مرجع مناسب با اولویت به مرجعی است که تقدم زمانی دارد (Garrett, 2013: 9).

طبق متن استاندارد فرم چارترپارتي مصوب سال ۲۰۰۷ «کلیه مفاد و شرایط، اختیارات و معافیت‌های چارترپارتي تاریخ مندرج در ظهر این بارنامه از جمله کلوز داوری و قانون حاکم و بند حل اختلاف بدین وسیله نافذ و جاری می‌باشند». طبق قانون انگلستان، میزان درج شروط چارترپارتي در بارنامه به عوامل مختلفی بستگی دارد از جمله؛ اینکه آیا این مفاد و شرایط واقعاً در زمانی که درج اتفاق افتاده وجود داشته یا خیر؛ اینکه شرطی که قرار است به کار گرفته شود با سایر شرایط بارنامه سازگاری دارد یا خیر؛ و اینکه اساساً بارنامه دریایی آن شرطی که به دنبال آن‌هاست را توصیف می‌کند یا خیر (Walton, 2017: 2).

دادگاه‌های انگلستان پرسش مرغ و تخم مرغ را همیشه به بهانه ی اشاره به قانون حاکم قطعی بر بارنامه ی دریایی بدون پاسخ باقی گذاشته‌اند. وقتی که بارنامه حاوی گزینه ی آشکار یا تحمیلی قانون نباشد، در برخی تصمیمات دادگاه‌ها چنین استنباط کردند که طرفین اصلی بارنامه قانون حاکم بر بارنامه را مشابه قانون مورد رجوع در داخل قرارداد اجاره کشتی بدانند. در این مورد چنین استدلال می‌شود که به هر حال چارترپارتي و بارنامه را باید قراردادهایی دانست که ارتباط خیلی نزدیکی باهم دارند (Ozdel, 2010: 4).

چین عضو کنوانسیون نیویورک بوده و آراء داوری خارجی را به رسمیت شناخته است. طبق نظر

<sup>2</sup> Chinese Maritime Code (CMC)

<sup>1</sup> CONGEN 2007



قرارداد اجاره که نام آن‌ها باید در مقدمه قرارداد ذکر شود، عبارتند از: مالک کشتی و مستأجر. در واقع یک قرارداد حاصل مذاکرات، چانه‌زنی‌ها و توافقات این افراد به شمار می‌رود. اما از آنجایی که طرفین اصلی غالباً از نظر فنی، بازرگانی و حقوقی آمادگی لازم برای حضور در جلسات مذاکره را ندارند یا به هر دلیل دیگر، مایل به انجام این کار نیستند، در بازارهای بین‌المللی اجاره کشتی مسئولیت این نوع اقدامات و انعقاد چارترپارته‌ها را به واسطه‌ها یا دلالان حرفه‌ای محول می‌کنند. این افراد به عنوان نماینده‌ی مسئولیت نمایندگی مالکان کشتی و مستأجران را که بی‌شبهت به وکالت نیست، برعهده می‌گیرند و از جانب آن‌ها وارد مذاکرات می‌شوند و چانه‌زنی‌ها را به طور حرفه‌ای و تخصصی به انجام می‌رسانند و در نهایت قرارداد اجاره را با شرایط مورد علاقه طرفین اصلی امضا می‌کنند. در واقع، این افراد به حساب دیگری و برای تأمین هدف، غرض و مصالح مالک کشتی یا مستأجر اقداماتی را به انجام می‌رسانند، خواه وکیل باشند خواه نه (نجفی اسفاد، ۱۳۹۳: ۱۷۴).<sup>۲</sup>

درخصوص تعریف تقصیر متصدی حمل، با توجه به مواد ۵۴ و ۵۵ قانون دریایی ایران که همان تقریر انگلیسی مواد ۳ و ۴ قواعد لاهه هستند، مبنای مسئولیت قدری مبهم بیان شده است. بنابراین، در این مورد که فرض بر مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی بوده یا فرض بر تقصیر او باشد محل اختلاف است. برخی از استادان، مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی را مبتنی بر فرض تقصیر عنوان کرده‌اند. برخی دیگر از محققان، مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی را مبتنی بر اماره‌ی واقعی مسئولیت می‌دانند، زیرا صرف اثبات عدم ارتکاب تقصیر به وسیله‌ی متصدی حمل و نقل، رافع مسئولیت وی نمی‌باشد. بنابراین، وی مسئول خساراتی است که علت آن‌ها ناشناخته است (تقی زاده، ۱۳۹۴:

می‌سازد (Smeele, 2009, pp.5-7). در طی سال‌های اخیر، انجام اصلاحات داوری در کشور آلمان این فرصت را ایجاد نموده تا قاعده‌ی خاصی بر داوری دریایی اعمال گردد (Marella, 2005: 1072-1073).

همان طور که پیش‌تر آمد، قانون دریایی ایران تنها در ماده‌ی ۱۱۸ ذیل فصل هشتم حمل مسافر، به رویه‌ی داوری برای رسیدگی به اختلافات درخصوص مسئولیت متصدی فقط برای مسافر اشاره‌ای نموده و هیچ نامی از بار نیآورده است.<sup>۱</sup> شاید توجه خاص به دادگاه و عدم توجه کافی به رویه‌ی داوری را بتوان تاحدودی به پیش‌بینی تشکیل دادگاه دریایی در فصل ۱۳ ماده‌ی ۱۸۸ قانون دریایی ایران دانست که انتظار می‌رفت تا یکسال بعد از تصویب قانون دریایی ایران تشکیل شود.

از منظر بعضی از واژه‌نامه‌های حقوقی، اجاره کشتی قراردادی است کتبی که بین مالک یا فرمانده‌ی کشتی از یک سو و صاحب کالا (مستأجر) از سوی دیگر منعقد می‌شود و شامل حقوق و تعهدات طرفین، جزئیات مربوط به کشتی و کالا و بسیاری از موارد مرضی‌الطرفین دیگری است. قانون دریایی ایران نیز در همسویی با تعریف اخیر و تأکید بر کتبی بودن آن، در ماده‌ی ۱۳۵، قرارداد اجاره کشتی را تعریف کرده است. همان گونه که از متن این ماده ملاحظه می‌شود، از نظر قانونگذار ایرانی قرارداد اجاره کشتی به توافقی اطلاق می‌شود که به صورت کتبی و با رعایت شرایط اصلی موردنظر طرفین منعقد شده باشد. بنابراین، اگر توافقی با رعایت کلیه شرایط به صورت شفاهی حاصل شود، مشمول تعریف قانون دریایی ایران نخواهد بود، هرچند اسناد، مدارک و قرائنی برای اثبات این توافق در دست باشد (نجفی اسفاد، ۱۳۹۳، ۱۶۹ و ۱۷۰). طبق ماده‌ی ۱۳۵ قانون دریایی ایران، طرفین اصلی

<sup>۱</sup> بار در بند ۳ ماده ۵۲ قانون دریایی ایران تعریف شده است

<sup>۲</sup> با این وجود، دور از ذهن است که بتوان براساس قانون دریایی ایران، طرفین بارنامه‌ی دریایی را که متفاوت از اطراف قرارداد اجاره کشتی هستند از جمله نمایندگان فوق به شمار آورد.



این مناقشه مرتبط با کیسه‌های برنج تحت یک فقره بارنامه دریایی مرتبط با چارترپارتنی مشخص، شامل کلوز داوری و قانون حاکم بود و موجب گردید قانون انگلستان اعمال شده و عبارت «هرگونه اختلافی خارج از این چارترپارتنی» به داوری در لندن ارجاع داده شود (Goldby, 2007: 9-10).

یک تصمیم قدیمی‌تر در کشور انگلستان معروف به مسینیایی برگن<sup>۶</sup> شامل قراردادی بود که حاوی هر دو شرط داوری لندن و دادگاه انگلستان بود. البته شاکي به دادگاهی واقع در ایالات متحده آمریکا شکایت برد و متهم با موفقیت حکم تبرئه گرفت و بعداً در دادگاه انگلستان با درخواست داوری مطابق با توافقنامه داوری در لندن اقامه دعوی نمود. دادگاه حکم داد که توافق اختیاری داوری سبب تعهد یکی از طرفین برای انجام داوری گردیده است. بنابراین داوری مشخصاً در این پرونده مورد تأیید قرار گرفت. چراکه این رویه به روشنی توسط طرفین دخیل در قرارداد تصریح گردیده بود (Garnett, 2013: 9-10). پرونده اجاره بعدی از این دست یرانو<sup>۷</sup> نام دارد که در صورت بروز اختلاف با شرایط بارنامه، مندرجات قرارداد اجاره دارای اولویت تشخیص داده شده بودند. طرفین در بارنامه روی قانون انگلستان و رفع اختلاف دادگاه توافق کرده بودند، درحالی که در پشت بارنامه عبارتی وجود داشت که در آن شرط داوری قرارداد اجاره کشتی نافذ و جاری شناخته شده بود. شرط داوری در این قرارداد اجاره معین نمود که اختلافات ایجادشده بایستی در لندن داوری شوند. شاکي به خاطر خسارت وارده به کالا در دادگاه تجاری انگلستان شکایت کرد و متهم هم با رأی داوری که به نفعش صادر شده بود، تبرئه گردید (Garnett, 2013: 15-16).

در چین، برای اینکه یک حمل‌کننده ی خارجی براساس بارنامه ی دریایی اقدام به دادرسی نزد داوری لندن نماید، تلاش برای اعمال قرار منع تعقیب

مطابق بندهای بخش ۲ ماده ی ۵۵ قانون دریایی ایران که همان بندهای بخش ۲ ماده ی ۴ قواعد لاهه هستند، مصادیق علل غیرقابل انتساب به متصدی حمل و نقل عبارتند از: خطرات و حوادث دریا و یا سوانح دریا و آب‌های قابل کشتیرانی، بلیات طبیعی<sup>۱</sup>، عملیات دشمنان جامعه<sup>۲</sup>، جنگ و نتایج آن، بازداشت یا متوقف‌شدن کشتی در نتیجه عملیات قهریه یا به سبب امر یا عمل حکام یا مردم یا مقامات قضایی، محدودیت‌های قرنطینه، اعتصاب و خودداری از کار به طور کلی و جزئی به هر علتی که باشد و شورش و یا اعتشاش.

### ۳،۳ رویه ی قضایی در کشورهای منتخب برای ارجاع به شرط داوری اجاره کشتی داخل بارنامه

به نظر می‌رسد تحت قانون انگلستان تعیین یک چارترپارتنی مشخص که شرایط آن داخل بارنامه ی دریایی دیده شده، برای اعتبار درج شروط الزامی نباشد. یکی از دلایلی که دادگاه در مورد پرونده ی وینسون<sup>۳</sup> به نتیجه رسید، استفاده از فرم استاندارد بارنامه براساس چارترپارتنی بود، که نشان می‌داد طرفین قصد دارند ملاحظات موردنظر خود را از یک چارترپارتنی یا سایر قراردادهایی اعمال نمایند که نام بردند اعمال نمایند. بعلاوه، شرایط پرونده طوری بود که دادگاه می‌توانست با قطعیت تشخیص دهد از بین سه چارترپارتنی احتمالی که مالکان کشتی منعقد کرده‌اند کدامیک دقیقاً مورد ارجاع قرار گرفته است. این زمانی است که شناسایی چارترپارتنی موردنظر علیرغم سعی و تلاش کافی دادگاه ممکن نباشد (Goldby, 2007: 5-9).

علاوه بر مورد وینسون<sup>۴</sup>، یک پرونده اختلاف درخصوص بارنامه دریایی که حاوی شرط داوری چارترپارتنی بوده، در رأی داوری خبرنامه قانون دریایی لویدز<sup>۵</sup> در سال ۲۰۰۶ منتشر گردید. کالای موضوع

<sup>5</sup> Lloyd's Maritime Law Newsletter (LMLN)

<sup>6</sup> The Messiniaki Bergen

<sup>7</sup> The Nerano

<sup>1</sup> Act of God

<sup>2</sup> Act of Public Enemies

<sup>3</sup> The Winson

<sup>4</sup> The Winson

گرفت و خواهان مطالبه خسارت تأخیرات را از خواننده داشت. خواننده با استناد به شرط داوری انگلستان به صلاحیت دادگاه ایراد کرده و تأخیر در بارگیری را متوجه شرکت بازرگانی بین‌المللی ... دانستند و با طرح دعوی جلب ثالث با استناد به قرارداد منعقد شده بین او و شرکت ... که مسئولیت بارگیری را پذیرفته بود محکومیت وی را خواستار شدند. مجلوب ثالث نیز دفاع موجهی به عمل نیاوردند. نتیجه اینکه طبق بررسی دادگاه:

اولاً خواهان و خواننده هر دو شرکت‌های ایرانی بودند و طبق ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران محل وقوع عقد ایران بوده، و چون وزارت بازرگانی یک طرف دولتی بوده که طبق اصل ۱۳۹ قانون اساسی برای ارجاع به داوری نیازمند اجازه هیات دولت بودند، ایراد عدم صلاحیت مردود گردید. ثانیاً با توجه به مستندات ابرازی خواهان (شرکت کشتیرانی ...) که در آن مدت مجاز برای بارگیری و تخلیه<sup>۲</sup> معین شده بود و خواننده (وزارت بازرگانی) خارج از آن مطابق گزارش کارشناس خبره‌ی امر با تأخیر بارگیری و تخلیه نموده بود، مستند به مواد ۱۳۵ (قرارداد اجاره کشتی) و ۱۴۳ (تعهدات مستأجر) و ملاک ماده ۱۴۸ (تأخیر) قانون دریایی ایران، حکم به محکومیت خواننده به پرداخت ۷۵۰۶۹ دلار بابت اصل خواسته به اضافه خسارت دادرسی در حق خواهان صادر شد. ثالثاً نظر به مسئولیت بارگیری به موقع در بندر بارگیری طبق قرارداد منعقد شده بین خواننده و مجلوب ثالث مستند به مواد ۱۰ و ۱۸۰ قانون مدنی و بند ۱ ماده ۱۴۳ و همچنین مفهوم مخالف ماده ۱۴۸ قانون دریایی ایران و ماده ۱۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی حکم به محکومیت مجلوب ثالث (شرکت بازرگانی بین‌المللی ...) به پرداخت ۳۹۴۱۶ دلار بابت خسارت تأخیر در بارگیری و مبلغ خسارت دادرسی در حق خواننده صادر شد (پورنوری، ۱۳۹۷: ۴۴۵-۴۴۷).

توسط دادگاه‌های انگلستان به طور معمول در نظر گرفته می‌شود. چنین تلاشی در هنگ کنگ نیز صورت پذیرفت با این فرض که سرزمین اصلی (چین) و هنگ کنگ هر دو در یک کشور، ولی دارای دو سیستم قانونگذاری متفاوت هستند. دادگاه انگلستان این قدرت را دارد که برای یکی از طرفین دعوی به خاطر نقض توافقنامه داوری در برابر اجرای احکام دادرسی خارجی قرار منع تعقیب صادر کند. وقتی رأی داوری براساس شرط داوری مندرج روی بارنامه صادر می‌شود، دارنده ی بارنامه می‌تواند استدلال نماید که توافق داوری معتبری بین طرفین وجود ندارد، پس دادگاه هم قادر است از تأیید و اجرای رأی داوری در کشور چین براساس مفاد ۲ یا ۵ کنوانسیون نیویورک امتناع ورزد (Li, 2015, pp.11-15).

شایسته است با اشاره به یکی از معدود پرونده‌های دعوی دریایی ایران در یک دادگاه تخصصی دریایی که صدور دادخواست آن مرتبط با موضوع حاضر بوده و مثالی از موضوع مورد بحث است، خاطر نشان گردد اعتماد سیستم قضایی کشور به متخصصان امر چطور توانسته بود علیرغم قدیمی بودن و نقص و ابهام قانون دریایی ایران، گره از مشکلات حقوقی در زمینه ی حمل و نقل دریایی کشورمان بگشاید.

در خصوص دعوی شرکت کشتیرانی ... به طرفیت وزارت بازرگانی به خواسته و مطالبه ۹۷۸۹۳ دلار بابت خسارت معطلی کشتی (دموراژ) و همچنین در خصوص دعوی وزارت بازرگانی به طرفیت شرکت بازرگانی بین‌المللی ... به خواسته جلب ثالث و مطالبه ی خسارت ناشی از تأخیر در بارگیری، قرار بود ۷۲۱۱ تن قیر بشکه‌ای تهیه و در بندرعباس در کشتی خواننده بارگیری شود تا به مقصد بندر مومباسا در کشور کنیا حمل گردد. علیرغم صدور اعلامیه ی آمادگی<sup>۱</sup> برای بارگیری و ابلاغ آن به خواننده، بارگیری با ده روز تأخیر انجام شد و علاوه بر آن در بندر مقصد نیز تخلیه با سیزده روز معطلی انجام

<sup>2</sup> Lay Time

<sup>1</sup> Notice of Readiness (NOR)



## ۴ نتیجه‌گیری

حین بروز تعارض در رویه‌ی حل اختلاف بارنامه و قرارداد اجاره، کشورهای مختلف دنیا رویکردهای متفاوتی را نسبت به این موضوع اتخاذ کرده‌اند. قانون کشور انگلستان به عنوان یکی از پیشروان صنعت دریانوردی دنیا تابع کامن لا بوده و فاقد قوانین مکتوب و نوشته می‌باشد؛ اما با این وجود، احکام قضات و آراء داوری صادره در آن کشور با بهره‌گیری از سابقه‌ی طولانی دریانوردی آن کشور با حداقل نارضایتی‌ها همراه بوده است. رویکرد کلی انگلستان در درج ملاحظات قرارداد اجاره کشتی داخل بارنامه‌ی دریایی در قانون انگلستان که توسط بسیاری از مراجع بین‌الملل دیگر هم رعایت شده برای نافذ بودن بخشی از توافقات طرفین، نیاز دارند تا در بارنامه ارجاع صریح و شفافی به چارترپارتنی موردنظر شده باشد و از نظر ایشان استفاده از کلمات و عبارات عمومی و کلی کافی نیست. درخصوص قانون کشور چین، این موضوعات از پیچیدگی به مراتب بیشتری برخوردار است. از یک طرف، قراردادهای اجاره سفری و زمانی از هم تفکیک شده‌اند که موجب تشدید عدم اعتبار شرط داوری مندرج تحت یک چارتر زمانی می‌گردد. از طرف دیگر، هیچ‌گونه منعی روی درج شرط داوری تحت یک چارتر سفری وجود نداشته و قانون داوری هم از نظر شکل و وجود توافق داوری از دایره شمول گسترده‌ای برخوردار است. قانون کشور آلمان نیز به عنوان بخشی که اصولاً از قواعد رومن و ژرمن استخراج گردیده در سال‌های اخیر تلاش نموده تا مفاد خود را با مقتضیات زمان و شرایط جدید بازارهای بین‌المللی بیشتر وفق دهد.

درمورد قانون دریایی ایران، اما بیش از نیم قرن از تصویب آن می‌گذرد. گرچه در زمان ظهور خود گام مفید و پیشرفت مهمی در عرصه‌ی حقوق دریایی کشورمان بود، اما تعاریف کلی آن از بارنامه‌ی دریایی و قرارداد اجاره کشتی و ذکر برخی کلیات آن‌ها سال‌هاست که دیگر جوابگوی نیازهای پیچیده کشتیرانی و حمل و نقل دریایی نمی‌باشد. درج شروط اضافی در متن بارنامه‌ی دریایی از جمله شرط داوری که از قرارداد اجاره کشتی یا سایر توافقات طرفین درگیر آمده باشد در هیچ ماده‌ای از قانون دیده نشده و نحوه‌ی برخورد با آن هرگز پیش‌بینی نشده است.

سی سال پس از تصویب قانون دریایی ایران، یکی از دادگاه‌های عمومی تهران به رسیدگی تخصصی به دعاوی دریایی پرداخت که علیرغم موفقیت و اقتدار در صدور آراء تخصصی در سطح استانداردهای بین‌المللی، بیش از دوازده سال دوام نداشت. آنچه امروز جای خالی آن کاملاً احساس می‌شود تفسیر ابهامات و تکمیل نواقص قانون مصوب سال ۱۳۴۳ طی الحاقیه یا قانون جدید با بهره‌گیری از محتویات به روز کنوانسیون‌های جدیدتر و همچنین رواج بیشتر رویه‌ی داوری در رسیدگی به اختلافات حقوق دریایی است. امید آن می‌رود چنین قانونی بتواند از ابزار دادگاه‌های تخصصی و کمیته‌های داوری حرفه‌ای بهره‌مند شده و ضمن برداشتن بار زیادی از دوش سیستم قضایی کشور، زمینه‌ی ارائه‌ی خدمات حقوقی بهتر به صنعت کشتیرانی و بازار حمل و نقل دریایی را فراهم آورد.

## منابع

- Alayifard, M.A. (2008). *Maritime Law (International Maritime Transportation)*. 1<sup>st</sup> Edition. Nakhl-e-Danesh. Tehran. [in Persian].
- Allison, S. (2014). Choice of Law and Forum Clauses in Shipping Documents-Revising Section 11 of the Carriage of Goods by Sea Act 1991(CTH). *Monash University Law Review*. Vol.40. No.3.
- Allison, S., Dharmananda, K. (2014). Incorporating Arbitration Clauses: The Sacrifice of Consistency at the Altars of Experience. *Arbitration International*. Vol.30. Issue 2.
- Fakhari, A.H. (2009). A Statement on the Court Sentence Issued about Responsibility of Maritime Carrier. *Legal Researches*. Vol. 49. [in Persian].
- Fakhari, A.H., Mofidian, Sh. (2008). A Comparative Study on Delivery Right of Consignee in Different Transport Contracts. *Encyclopedia of Law and Politics*. No.10. [in Persian].
- Garnett, R. (2013). Coexisting and Conflicting Jurisdiction and Arbitration Clauses. *Journal of Private International Law*. Vol.9. No.3. 361-386.
- Goldby, M. (2007). Incorporation of Charterparty Arbitration Clauses into Bills of Lading: Recent Developments. *Denning Law Journal*. Vol.19, pp.171-180.
- Jia, Sh. (2013). Incorporation of Arbitration Clauses under a Charterparty and a Bill of Lading: English and Chinese Law Perspectives. JASM01 Master's Thesis. Faculty of Law. Lund University.
- Li, L. (2015). Recognition of Incorporation of Arbitration Clauses into Bills of Lading under PRC Law and its Practical Implications. *London Maritime Arbitrators Association (LMAA)*.
- Majdzadeh Khandani, K. (2018). Rights and Liabilities of the Consignees/Endorsees: A Comparative Study of the Rotterdam Rules and English Law. A Thesis Submitted to the University of Manchester for the Degree of PhD Law in the Faculty of Humanities.
- Marella, F. (2005). Unity and Diversity in International Arbitration: The Case of Maritime Arbitration. *American University International Law Review*. Vol.20. Issue 5.
- Najafi Asfad, M. (2014). *Maritime Law (based on Iranian Maritime Law and International Maritime Regulations)*. 6<sup>th</sup> Edition. SAMT Publications. Tehran. [in Persian].
- Ozdel, M. (2014). Incorporation of Arbitration Clauses into Bills of Lading. *London Maritime Arbitrators Association (LMAA)*.
- Plomaritou, E., Voudouris, Y. (2019). The Relationships of Bill of Lading, Charterparty and Other



- Transport Documents. *Journal of Economic, Management and Trade (JEMT)*. Vol.24. No.6. pp.1-8.
- Pournouri, M., Iwami, H. (2018). *Maritime Law (Comprehensive Laws on Maritime Transportation of Goods Including Iranian Maritime Law and Jurisdiction)*. 3<sup>rd</sup> Edition. Edalat Publication. Tehran. [in Persian].
- Pournouri, M. (2020). *Payam-e-Darya*. <http://www.payamdarya.ir/110/index.aspx?nid=79005&mId=13800>. [in Persian].
- Smeele, F. (2009). *Bill of Lading Contracts under European National Laws: Civil Law Approaches to Explaining the Legal Positions of the Consignee under Bills of Lading*. London Maritime Arbitrators Association (LMAA).
- Taghizadeh, E. (2015). *Maritime Transportation Law*. 4<sup>th</sup> Edition. Majd Publication. Tehran. [in Persian].
- Walton, E. (2017). *Incorporation of Charter party Terms into Bills of Lading*. *Club's London Office*. July 2017.

## Original Article

# An Analysis of Exclusive or Allegorical Approaches to Article 2 of the Copyright Protection Act of 1969, with an Overview of the Berne Convention

Ehsan Nemati<sup>1</sup> , Mohammad Reza Parvin<sup>\*2</sup>, Mehdi Taleghan Ghafari<sup>3</sup> 

<sup>1</sup> Graduate Student of Private Law at University of Mazandaran, Babolsar, Iran

<sup>2</sup> Assistant Professor of IP, Department of Microbial Biotechnology, Agricultural Biotechnology Research Institute of Iran (ABRII), Agricultural Research, Education and Extension Organization (AREEO), Karaj, Iran

<sup>3</sup> PhD Student in Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran



10.22080/LPS.2021.22125.1253

**Received:**

May 9, 2021

**Accepted:**

October 20, 2021

**Available online:**

November 27, 2021

**Keywords:**

intellectual property,  
literary and artistic

## Abstract

The protection of intellectual creations in the realm of laws and regulations has been one of the most fundamental goals of legal systems in the present century; Therefore, both at the national and international levels, several laws and treaties in the field of literary, artistic and industrial property have been formulated and regulated, and each of them has supported different examples. In Iran, one of the most important and in fact the first law that has been approved in the field of literary and artistic property is the Law on Protection of the Rights of Authors, Writers and Artists approved in 1969, which is mentioned in Article 2 of the law. . Despite Article 2 of the Berne Convention, which can be interpreted in an allegorical way in various ways, Article 2 of the Law on the Protection of the Rights of Authors, Writers and Artists, which seems to be inspired by Article 2 of the Berne Convention, is a form of expression. Which has caused doubts about the allegorical or exclusive nature of its examples. In the present study, using a descriptive-analytical approach, while explaining different legal perspectives and presenting various other reasons, it is concluded that despite the supportive nature of this law, the method of preparing Article 2 and other materials related to this article is such that the view is exclusive. Supported by Article 2 of the Law on the Protection of the Rights of Authors, Writers and Artists, but due to the different effects that each of the above views may have, it is suggested that a moderate approach be chosen in this regard; Thus, if the emerging instances are

\*Corresponding Author: Mohammad Reza Parvin

Address: Department of Microbial Biotechnology,  
Agricultural Biotechnology Research Institute of Iran  
(ABRII), Agricultural Research, Education and  
Extension Organization (AREEO), Karaj, Iran

Email: mrparvin@abrii.ac.ir



property, exclusive,  
allegorical, creator

able to comply with the instances mentioned in Article 2 of the said law and a similarity can be established between them, it will be supported and otherwise a special law will be set.

## Extended abstract

### 1. Introduction

The increasing development of the surrounding world is due to the efforts of people who use their power of reason to create positive effects on their lives and the lives of all contemporaries, and may even be able to pave a new path for the future. Man is a creature in whom God has institutionalized the power of creativity and innovation. Hence, some people, by distancing themselves from everyday life and at the same time with great effort, create novel intellectual works. To preserve and protect such valuable works and make the best use of them, legal protections are necessary. Despite the centrality of intellectual property policy in many aspects of the global economy and daily life, one of the most challenging issues that remains hidden is the term intellectual property itself. Numerous conventions have been created to achieve this and several examples of intellectual property have been proposed. However, none of them have provided a definition of this type of property, and this has led to the proposition of many different definitions of this doctrine.

In a comprehensive definition, intellectual property rights can be considered as a set of rights exclusively given to the creator of the work in the fields of industry, literature and art. Therefore, it can be concluded that intellectual property rights are divided into two types of industrial property and literary/artistic property. The rights arising from the creation of such works are

exclusively in the possession of their creators. Intellectual works have played an important role in expanding the world today. For this reason, the protection of intellectual property and technological achievements has become a fundamental principle in various legal systems of the world. Hence, the development of intellectual property rights can guarantee the economic and technological success of researchers as well as knowledge-based companies. Intellectual property rights has faced serious problems in recent years due to the increase of the volume of produced works as well as the expansion of communication at national and international levels, especially through the World Wide Web and the ability to easily and quickly access the ideas of authors. Thus, several samples of abusing the rights of copyright holders have been seen recently.

In 1970, the World Intellectual Property Organization was established. In the following years, this organization emerged as one of the specialized organizations of the United Nations. As mentioned in Article 27 of the Universal Declaration of Human Rights, intellectual property rights can also be recognized as a human right. In addition, different countries have enacted laws to protect the intellectual properties, develop the economy and improve the international relations through preserving the rights of the innovative works .

As stated, the human mind has unlimited creativity and processing capability. In this regard, legislators try to



formulate and regulate laws to include all cases as much as possible, and minimize the procedures for protecting cases. In Berne International Convention, which has been the source and inspiration of many countries in the field of legislation on literary and artistic property, samples provided are in the two forms of explicit and allegorical. There are several objections to this law, such as dispersion and fragmentation in the regulation of instances and duplication of instances. However, the challenge we face in the present study is to what extent these instances are supported by this law and in the face of emerging instances. This is because the main issue is the protection or non-protection of the works that are not explicitly mentioned in the text of the law and there is a fear of ignoring the rights of their creators. Therefore, it needs to be studied and analyzed. It seems that the goals of those who believe in allegorical as well as those who believe in the exclusivity of the cases protected by the law are the same because both groups basically want to support the emerging samples. However, the first group claims that in practice there is no appropriate and effective support for some of these works and their creators and the second group claims that, if necessary, new special laws should be formulated to protect the various emerging instances and their creators. In fact, the dissimilar nature of some emerging instances or the ineffective scope of copyright law support for such instances is the criterion for complementary action by the second group to exclude instances protected by copyright law that provide authors with a moderate approach ensuring that the interests of both groups are served as much as possible. The present article contains three main discussions, first on the works supported by the Law on the

Protection of the Rights of Authors, Writers and Artists, and then on the views of those who believe in the exclusive and allegorical nature of the instances. After that, it selects an appropriate approach, and finally examines some allegorical or exclusive works.

## 2. Methods

In this article, library and descriptive-analytical methods have been used.

## 3. Findings

It seems that a moderate approach should be chosen to meet the goals of the proponents of both approaches. Thus, with some flexibility, emerging instances conforming to the twelve instances of Article 2 of the Law on the Protection of the Rights of Authors, Writers and Artists, or the similar ones, can be protected by the law. However, emerging instances not related to the specific cases in the mentioned law cannot be effectively supported. Thus, a new up-to-date law should be drafted and compiled. Only in this case, the intentions of the two groups can be achieved to a large extent and possible corruptions can be prevented.

## 4. Conclusion

Some have cited reasons such as the protection of the law under discussion, the absoluteness and generality of the definition provided by the legislature in Article 1, the existence of symmetry in the instances of Article 2, and finally the codification of the law based on the Berne Convention. The proposed views can be refuted by the analyses made, indicating that the protection of a law does not lead to the extension of the cases supported by it. According to the general definition of Article 1., there is no reason for the legislator to support any work; Rather, like many other laws, it has defined the main words of that law, and the analogies seen



in some instances of Article 2 are limited to the same instance, not the entire law, and in the end it cannot be denied that The Law on the Protection of the Rights of Authors, Writers and Artists is derived from the Berne Convention. However, it is clear that by using the numbering and counting of cases in the twelve paragraphs, extensive changes can be made to the works under protection. In contrast, the lack of analogy to allegorize the protected works, the enactment of Article 2 despite the existence of Article 1 in the law, the adoption of new laws and regulations to protect emerging examples, the existence of multiple examples in the Comprehensive Bill of Intellectual Property and, ultimately, the ineffectiveness of the allegorical claim of Article 2 of the law in question are the reasons for strengthening the view of exclusivity. If the legislator intended to protect any work, he would no longer have enacted Article 2 in the form of "works protected by this law" and there would be no need to enact new laws, because any work was supported in this law; On the other hand, the legislator could have acted

in the comprehensive intellectual property bill as well as the law in question. However, he did not act in this way and explicitly mentioned the neglected examples in the bill to strengthen the autonomous view of the present study, in addition to eliminating the weakness of the law protecting the rights of authors, writers and artists.

### **Funding**

There was no funding.

### **Conflict of interest**

Author declared no conflict of interest.

### **Acknowledgments**

We are grateful to all the scientific consultants of this paper.

علمی پژوهشی

# تحلیلی بر رویکردهای مبتنی بر حصری یا تمثیلی بودن ماده ۲ قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸ با نگاهی اجمالی به کنوانسیون برن

احسان نعمتی<sup>۱</sup> ID، محمدرضا پروین<sup>۲</sup> \*، مهدی طالقان غفاری<sup>۳</sup> ID

<sup>۱</sup> کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران  
<sup>۲</sup> استادیار حقوق مالکیت فکری، بخش بیوتکنولوژی میکروبی، پژوهشگاه بیوتکنولوژی کشاورزی ایران، سازمان تحقیقات، آموزش و ترویج کشاورزی، کرج، ایران  
<sup>۳</sup> دانشجوی مقطع دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران

doi 10.22080/LPS.2021.22125.1253

## چکیده

حمایت از آفرینش‌های فکری در قلمرو قوانین و مقررات، یکی از بنیادی‌ترین اهداف نظام‌های حقوقی در قرن حاضر بوده است. از این رو، چه در سطح ملی و چه در سطح بین‌المللی قوانین و معاهدات متعددی در زمینه‌ی مالکیت ادبی هنری و مالکیت صنعتی تدوین و تنظیم شده‌اند و هر کدام مصادیق مختلفی را مورد حمایت قرار داده‌اند. در کشور ایران یکی از مهم‌ترین و در واقع نخستین قانونی که در شاخه‌ی مالکیت ادبی و هنری به تصویب رسیده است، قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸ می‌باشد که در ماده ۲ قانون مذکور به مصادیق مورد حمایت این قانون اشاره شده است. علی‌رغم ماده ۲ کنوانسیون بین‌المللی برن که تمثیلی بودن مصادیق مورد حمایت آن به طرق مختلفی قابل برداشت است، در ماده ۲ قانون حمایت حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان که به نظر از ماده ۲ کنوانسیون برن نیز الهام گرفته، شیوه‌ی بیان مصادیق به گونه‌ای است که باعث ایجاد شک و تردید نسبت به تمثیلی یا حصری بودن مصادیق آن گردیده است. در پژوهش حاضر با استفاده از رویکرد توصیفی تحلیلی ضمن تبیین دیدگاه‌های متفاوت حقوقی و ارائه‌ی دلایل متعدد دیگر، این نتیجه حاصل می‌شود که علی‌رغم حمایتی بودن این قانون، شیوه‌ی تنظیم ماده ۲ و سایر مواد مرتبط به این ماده به گونه‌ای می‌باشد که دیدگاه حصری بودن مصادیق مورد حمایت ماده ۲ قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان قوت گیرد، اما به جهت آثار متفاوتی که هر کدام از دیدگاه‌های مذکور می‌توانند به همراه داشته باشند، پیشنهاد می‌گردد یک رویکرد میانه در این راستا انتخاب گردد؛ بدین شرح که اگر مصادیق نوظهور قابلیت انطباق با مصادیق مندرج در ماده ۲ قانون مذکور را داشته باشد و بتوان میان آن‌ها شباهتی برقرار نمود، از آن حمایت به عمل آید و در غیر این صورت قانونی خاص تنظیم گردد.

تاریخ دریافت:

۱۹ اردیبهشت ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۲۸ مهر ۱۴۰۰

تاریخ انتشار:

۶ آذر ۱۴۰۰

کلیدواژه‌ها:

مالکیت فکری، مالکیت ادبی و هنری، حصری، تمثیلی، پدیدآورنده

\* نویسنده مسئول: محمدرضا پروین

ایمیل: mrparvin@abrii.ac.ir

آدرس: پژوهشگاه بیوتکنولوژی کشاورزی ایران، سازمان تحقیقات، آموزش و ترویج کشاورزی، کرج، ایران



## ۱ مقدمه

آفریننده اثر قرار می‌گیرد؛ بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که حقوق مالکیت فکری به دو قسم مالکیت صنعتی<sup>۳</sup> و مالکیت ادبی، هنری<sup>۴</sup> منقسم می‌گردد (Craghill and Watts, 2007: 205 Huang and Li, 2019: 6) که حقوق ناشی از پیدایش آن آثار انحصاراً در اختیار پدیدآورنده اش قرار دارد. آثار فکری نقش به‌سزایی در گسترش جهان کنونی ایجاد نموده‌اند. به همین دلیل حفاظت از دارایی‌های فکری و دستاوردهای فناورانه تبدیل به یک اصل اساسی در نظام‌های حقوقی مختلف دنیا شده است؛ از این رو، توسعه‌ی حقوق مالکیت فکری می‌تواند ضامن موفقیت اقتصادی و فناوری پژوهشگران و همچنین شرکت‌های دانش‌بنیان باشد.

حقوق مالکیت فکری در سال‌های اخیر با بالا رفتن حجم تولیدات آثار و همچنین گسترش ارتباطات در سطوح ملی و بین‌المللی و خاصه از طریق شبکه‌ی جهانی اینترنت و قابلیت دسترسی آسان و سریع به اندیشه‌های پدیدآورندگان؛ با تهدیدات جدی از حیث سوءاستفاده از حقوق آفرینندگان آثار مواجه شده است.

در سال ۱۹۷۰ سازمان جهانی مالکیت فکری شروع به فعالیت نمود. این سازمان در سال‌های بعد به عنوان یکی از سازمان‌های تخصصی سازمان ملل متحد خودنمایی نمود. همان‌گونه که در اصل ۲۷ اعلامیه جهانی حقوق بشر نیز مورد اشاره قرار گرفته است می‌توان حقوق مالکیت فکری را به عنوان یک حق بشری نیز به رسمیت شناخت

توسعه‌ی روزافزون جهان پیرامون مدیون زحمات افرادی است که با به‌کارگیری قدرت تعقل خویش درصدد ایجاد تأثیرات مثبت بر زندگی خود و هم‌عصران برمی‌آیند و حتی چه‌بسا بتوانند راهی نو برای آیندگان دراندازند. انسان موجودی است که خداوند توان خلاقیت و نوآوری را در او نهاده ساخته است (جوادی آملی، ۱۳۸۹: ۱۰۵). از این رو، برخی اشخاص با فاصله گرفتن از روزمرگی و همگام با تلاش فراوان آثار فکری بدیعی خلق می‌نمایند که برای حفظ و صیانت از چنین آثار ارزشمند و بهره‌برداری هرچه بهتر از ماحصل افکاری که بروز و ظهور یافته، حمایت‌های قانونی لازم و ضروری جلوه می‌کند (عالمزاده و همکاران، ۱۳۹۹: ۱۰۶ Gürkaynak et al, 2018: 861, Westmacott, Hogan, 2011: 546, Yu, 2017: 8) با وجود محوریت سیاست مالکیت فکری در جنبه‌های متعددی از اقتصاد جهانی و زندگی روزمره، همچنان یکی از موضوعات بسیار چالش برانگیزی که پنهان و سر بسته باقی مانده است، خود عبارت مالکیت فکری است (Vaidhyanathan, 2017: 38). کنوانسیون‌های متعددی برای تحقق چنین امری ایجاد شدند و به بیان مصادیقی از مالکیت فکری پرداختند و این در حالی است که هیچ‌کدام تعریفی از این نوع مالکیت ارائه ننموده‌اند و همین امر باعث ارائه تعاریف متعدد و متنوعی توسط دکتترین شده است.<sup>۱</sup>

در تعریفی جامع و مانع می‌توان حق مالکیت فکری<sup>۲</sup> را مجموعه حقوقی دانست که در زمینه‌های صنعتی، ادبی و هنری به صورت انحصاری در اختیار

ارزش مادی و معنوی هستند را ایجاد می‌کند (اصغری آقمشهدی، ۱۳۹۱: ۱۸).

- حقوق ناشی از نوآوری‌ها و آفرینش‌های فکری در زمینه‌های صنعتی، علمی، هنری و ادبی (wipo, ۲۰۱۷: ۱).

<sup>2</sup> Intellectual Property Rights.

<sup>3</sup> Industrial Property.

<sup>4</sup> Copyright.

<sup>۱</sup> حقوقی که دارای ارزش اقتصادی بوده و موضوع آن یک اثر فکری است (صفایی، ۱۳۹۱: ۲۵۴).

- حقوقی که به صاحبان آن اجازه بهره‌وری انحصاری از فکر انسان را می‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۲۴).

- حقوقی که حق بهره‌مندی مطلق و انحصاری برای شخص آفریننده اثر فکری در زمینه‌های ادبی، هنری و صنعتی که دارای

مقتضی و موثری از برخی از این آثار و پدیدآورندگان آنها صورت نگیرد؛ اما گروه دوم با ادعای خود به این امر منجر می‌شوند که در صورت لزوم، قوانین خاص جدیدی در راستای حمایت از مصادیق متفاوت نوظهور و پدیدآورندگان آنها تدوین و تنظیم شود که مصالح آنها را به شکل بهتر و کارآمدتری در برگیرد. در حقیقت، ماهیت غیر مشابه برخی مصادیق نوظهور و یا دامنه‌ی حمایتی غیر موثر قانون حقوق مولفان نسبت به این قبیل مصادیق، ملاک عمل مکملی از سوی گروه دوم در جهت حصری تلقی نمودن مصادیق مورد حمایت قانون حقوق مولفان می‌باشد. مقاله‌ی حاضر حاوی سه بحث اصلی می‌باشد که در ابتدا به آثار مورد حمایت قانون حمایت حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان و سپس به طرح دیدگاه‌های قائلین به حصری و تمثیلی بودن و انتخاب یک رویکرد مناسب و در نهایت به بررسی آثار تمثیلی و یا حصری دانستن مصادیق مورد حمایت قانون مذکور پرداخته خواهد شد.

## ۲ دامنه آثار فکری مورد حمایت قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان و هنرمندان

حمایت از مصادیق مالکیت فکری، مبانی متعددی دارد که مبانی اقتصادی یکی از مهمترین آنان در توجیه و نقد و بررسی حمایت از مصادیق مختلف حقوق مالکیت فکری می‌باشد (Samuelson, Fisher, 2020: 7, 55: 2016). در واقع درجه حمایت از مالکیت فکری باید متناسب با سطح توسعه‌ی اقتصادی و صنعتی هر کشور باشد (لنگ و همکاران، ۱۳۹۳: ۱۰)؛ اگرچه در مقابل، گروه‌های حامی حقوق بشر دلایلی همچون فقر، عقب‌ماندگی

شخصی به عنوان آفرینشگر، حق حفاظت از منافع مادی و معنوی حاصل از تولیدات علمی، ادبی یا هنری خویش را داراست.» (ناصرزاده، ۱۳۷۲: ۱۷).

(Helfer, 2006: 973, Coombe, 1998: 59).<sup>۱</sup> از سوی دیگر، کشورهای مختلف با وضع قوانین حمایتی نسبت به آثار فکری؛ به هدف والای توسعه‌ی روزافزون از طریق خلق آثار بدیع و همچنین پویایی اقتصاد و گسترش روابط بین‌المللی می‌اندیشند.

همان طور که بیان شد، ذهن بشر و قدرت گسترده‌اش قابلیت‌های آفرینندگی و پردازندگی بی‌همتایی دارد و نمی‌توان برای آن هیچ محدودیتی قائل بود. در این راستا قانون‌گذاران سعی می‌نمایند، قوانین را به گونه‌ای تدوین و تنظیم نمایند که تمامی مصادیق را تا حد امکان در بر گیرد و از سویی، تشریفات حمایت از مصادیق را به حداقل برسانند و این امر واقعیتی است که نمی‌توان منکر آن شد. اما باید دید که قانون‌گذار ما در خصوص قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان و هنرمندان موفق بوده است یا خیر. ایرادات متعددی به این قانون همانند پراکندگی و تشتت در تنظیم مصادیق و تکراری بودن مصادیق وارد است، اما چالشی که در پژوهش حاضر با آن مواجه هستیم این است که دامنه‌ی این مصادیق مورد حمایت این قانون تا کجاست و در مواجه با مصادیق نوظهور آیا می‌توان به این قانون مراجعه نمود یا خیر؟ چون مسئله‌ی اصلی، موضوع حمایت یا عدم حمایت قانون مذکور از آثاری است که در نص قانون به شکل صریح به آنها اشاره نشده است و بیم نادیده گرفتن حقوق پدیدآورنده و همچنین اتلاف حقوق وی می‌رود؛ بنابراین به بررسی و تحلیل نیاز دارد. اگرچه به نظر می‌رسد اهداف قائلان به تمثیلی بودن و همچنین قائلان به حصری بودن مصادیق مورد حمایت قانون مذکور یکی باشد؛ چون هر دو گروه اساساً خواهان حمایت از مصادیق نوظهور می‌باشند، اما گروه اول با ادعای خود باعث می‌شوند که در عمل حمایت

<sup>۱</sup> ماده ۲۷ اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر بیان می‌دارد: «۱- هر شخصی حق دارد آزادانه در زندگی فرهنگی اجتماع خویش همکاری کند، از گونه‌های مختلف هنرها برخوردار گردد و در پیشرفت علمی سهیم گشته و از منافع آن بهره‌مند شود. ۲- هر



بهره‌برداری مادی و معنوی از نام و اثری می‌باشد که پدید آورده است.<sup>۱</sup>

با توجه به ماده‌ی مذکور و حقوقی که به موجب آن، در راستای حمایت از پدیدآورندگان در نظر گرفته شده است، به خوبی رویکرد حمایتی مقنن روشن می‌گردد. برخی بیان داشته‌اند که صرف پذیرش قانونی یک پدیده‌ی اجتماعی و وضع قاعده، معضلات و نیازهای آن را برطرف نمی‌نماید و ضروری به نظر می‌رسد که مقنن باتوجه به اقتضاء زمان، تمامی جوانب امر و پیش نیازهای این پدیده اجتماعی را مورد سنجش قرار دهد و سپس به وضع قانون و قاعده‌ی حقوقی مبادرت نماید (سلطانی و همکاران، ۱۳۹۳: ۱۴۲). از آنجایی که در حقوق ایران، صرفاً مصادیقی از آفرینش‌های فکری تحت حمایت قانونی قرار می‌گیرند که در قانون بدان اشاره شده باشد و به عبارت دیگر، توسط مقنن به عنوان گونه‌ای از مصادیق مالکیت فکری مورد شناسایی قرار گرفته باشند و تا زمانی که موضوع مورد حمایت مشخص نگردد، امکان حمایت و اجرای صحیح قانون در راستای حمایت از آن ممکن نمی‌باشد. اینک باید دید که مقنن در واقع قصد حمایت از چه مصادیق و چه موضوعاتی را داشته است. قانون‌گذار ما در فصل یکم قانون مذکور، در ماده ۲، به ذکر مصادیق مورد حمایت این قانون پرداخته است که به شرح ذیل می‌باشند:

ماده ۲- اثرهای مورد حمایت این قانون به شرح زیر است:

- ۱- کتاب و رساله و جزوه و نمایشنامه و هر نوشته‌ی دیگر علمی و فنی و ادبی و هنری.
- ۲- شعر و ترانه و سرود و تصنیف که به هر ترتیب و روش نوشته یا ضبط یا نشر شده باشد.
- ۳- اثر سمعی و بصیری به منظور اجراء در صحنه‌های نمایش یا پرده سینما یا پخش از رادیو یا

اقتصادی و همچنین تقویت شکاف اقتصادی در میان کشورهای در حال توسعه را عامل مهمی در راستای عدم حمایت از مصادیق نوظهور مالکیت فکری همچون ابداعات دارویی می‌دانند (صادقی، ۱۳۸۷: ۲۱۵). در نهایت چنانچه اگر از آفرینش‌های فکری شهروندان حمایت نگردد، آن‌ها در این زمینه تلاش یا سرمایه‌گذاری نخواهند کرد و ثروت، دانش یا خلاقیت خود را در زمینه‌های دیگری مورد استفاده قرار می‌دهند که شاید مطلوب واقع نگردد؛ به همین جهت حمایت از آفرینش‌های فکری و خلاقیت‌های پدیدآورندگان آثار فکری، یک ضرورت انکار نشدنی می‌باشد.

در خصوص مالکیت ادبی و هنری بعنوان بخشی از حقوق مالکیت فکری، باید چنین اذعان داشت که با توجه به ارزش فراوانی که آفریده‌های علمی از لحاظ فردی و اجتماعی پیدا کرده‌اند و همچنین نقشی که پدیده‌های مذکور در راستای توسعه‌ی اقتصادی بشر ایفا می‌نمایند، قانون‌گذاران در جوامع مختلف نمی‌توانند به چنین اموالی بی‌اعتنا باشند (میرحسینی، ۱۳۹۴: ۴۶). حق مولف برای مولفان و سایر آفرینندگان آثار ادبی و هنری حقوق خاصی را قائل می‌گردد تا آن‌ها بتوانند در مدت زمان معینی اجازه‌ی بهره‌برداری از آثار خود را به دیگران بدهند یا حتی بهره‌برداری از آن آثار را ممنوع نمایند (WIPO: 42: 2008). در کشور ایران نیز اولین و در واقع مهمترین قانون در راستای حمایت از آثار ادبی و هنری، قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان و هنرمندان مصوب سال ۱۳۴۸ می‌باشد. همان طور که از عنوان قانون مذکور پیداست، این قانون با هدف حمایت از حقوق مادی و معنوی این اقشار تنظیم و تدوین شده است. در راستای اثربخشی بر این ادعا، حقوقی نیز در ماده ۳ قانون مذکور برای این اشخاص در نظر گرفته شده است که شامل حق انحصاری نشر و پخش و عرضه و اجرای اثر و حق

<sup>۱</sup> ماده ۳ قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان و هنرمندان: «حقوق پدید آورنده شامل حق انحصاری نشر و پخش و عرضه و اجرای اثر و حق بهره‌برداری مادی و معنوی از نام و اثر او است.»

سپس به آثار تمثیلی و یا حصری دانستن مصادیق ماده ۲ قانون مذکور پرداخته خواهد شد.

### ۳ بررسی دیدگاه های قائلان به تمثیلی و حصری بودن مصادیق مورد حمایت و ارائه ی یک رویکرد میانه

در بحث حاضر ضمن تبیین و بررسی دیدگاه های حقوقدانان و ارائه ی تحلیل های متعدد سعی خواهد شد یک رویکرد متناسب و قابل اجرا ارائه گردد.

#### ۳/۱ بررسی دیدگاه های قائلان به تمثیلی بودن مصادیق مورد حمایت

در گفتار حاضر به تفحص و بررسی دیدگاه های قائلان به تمثیلی بودن مصادیق مورد حمایت پرداخته خواهد شد.

#### ۳/۱/۱ حمایتی بودن قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان و هنرمندان

به عقیده ی برخی باید توجه داشت که قانون مذکور، یک نوع قانون حمایتی می باشد و هدف آن حمایت از پدیدآورندگان آثار ادبی و هنری است؛ بنابراین، تفسیر آن باید بر این اساس صورت پذیرد (پیلوار، ۱۳۹۴: ۲۰۱). از این رو، با توجه به پیشرفت تمدن ها و گسترده شدن علوم و فناوری، طبیعی است که آفرینش های فکری پدیدآورندگان در هر زمان در شکل خاص و تازه ای ظاهر گردد، در نتیجه، نباید در متون قانونی، گونه های آثار، محدود به موارد خاصی گردد (آیتی، ۱۳۹۳: ۸۳). اما به نظر می رسد چنین استدلالی قابل پذیرش نباشد. به عنوان مثال، می توان به قانون تجارت اشاره کرد که در واقع با هدف حمایت از تجار و مشاغل تجاری به تصویب رسیده

تلویزیون که به هر ترتیب و روش نوشته یا ضبط یا نشر شده باشد.

۴ - اثر موسیقی که به هر ترتیب و روش نوشته یا ضبط یا نشر شده باشد.

۵ - نقاشی و تصویر و طرح و نقش و نقشه ی جغرافیایی ابتکاری و نوشته ها و خط های تزئینی و هرگونه اثر تزئینی و اثر تجسمی که به هر طریق و روش به صورت ساده یا ترکیبی به وجود آمده باشد.

۶ - هرگونه پیکره (مجسمه).

۷ - اثر معماری از قبیل طرح و نقشه ی ساختمان.

۸ - اثر عکاسی که با روش ابتکاری و ابداع پدید آمده باشد.

۹ - اثر ابتکاری مربوط به هنرهای دستی یا صنعتی و نقشه قالی و گلیم.

۱۰ - اثر ابتکاری که بر پایه ی فرهنگ عامه (فولکلور) یا میراث فرهنگی و هنری ملی پدید آمده باشد.

۱۱ - اثر فنی که جنبه ی ابداع و ابتکار داشته باشد.

۱۲ - هرگونه اثر مبتکرانه دیگر که از ترکیب چند اثر از اثرهای نامبرده در این فصل پدید آمده باشد.

همان طور که بیان شد مصادیق مورد حمایت قانون مذکور در ۱۲ مورد بیان شده اند و موضوعی که بدیهی است، این می باشد که پدیدآورندگان مصادیق مندرج در این ماده تحت شمول حمایت این قانون قرار خواهند گرفت؛ اما از زاویه ی دیگر به نظر می رسد حقوق ایران در خصوص تحت حمایت قرار دادن یا ندادن مصادیق نوظهور و یا مصادیقی که در زمان وضع قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان و هنرمندان وجود داشته اند، اما مورد اشاره قرار نگرفته اند، با چالش بزرگی مواجه می باشد. با توجه به مقدمات بیان شده، در ادامه به تبیین دیدگاه های موافقان تمثیلی بودن و حصری بودن و



طریقه یا روشی که در بیان و یا ظهور و یا ایجاد آن به کار رفته «اثر» اطلاق می‌شود».

به عقیده‌ی این اشخاص، مطلق و عام بودن ماده ۱ منتهی به این امر می‌شود که هر اثر فکری گذشته از شیوه بیان و ظهور آن مشمول حمایت قانون باشد و در واقع مقنن به جهت تبیین مفهوم اثر و در راستای تکمیل ماده ۱ به ذکر مصادیق پرداخته است که حسب مورد نحوه‌ی ارائه آن ممکن است متفاوت باشد. به عبارت دیگر، مصادیق مندرج در قانون به منظور روشن‌تر شدن مفهوم اثر فکری است که از اندیشه‌ی محض خارج شده و به مرحله‌ی بیان رسیده است و ذکر مصادیق به معنای محدود کردن تعداد و دایره شمول آثار فکری نمی‌باشد (شایسته، ۱۳۹۵: ۶۳؛ کلمبه، ۱۳۷۵: ۴۶) و باتوجه به کلی بودن عبارت قانون و توسل به ظاهر آن، آنچه مورد نظر ماده ۱ قانون است، هرگونه اثر ادبی و هنری اصیل می‌باشد (صفایی، ۱۳۷۵: ۷۱). به عقیده‌ی آنان، منطوق بندهای متعدد ماده ۲ قانون مذکور، در عمل تاب پذیرش شمول گسترده‌ای داشته و در زمان بروز تردید و اختلاف نظر، شخص دادرس می‌بایست نظر کارشناس مربوط را بخواهد (آیتی، ۱۳۹۳: ۸۳). به نظر می‌رسد، دیدگاه‌های ارائه شده ضد و نقیض می‌باشد، برای مثال، در خصوص ادعای پیشین، نویسنده از یک‌سو مدعی تمثیلی بودن مصادیق مورد حمایت است و از طرفی پیشنهاد مراجعه به کارشناس را ارائه می‌دهد؛ چنانچه ماده ۲، تمثیلی باشد و تاب دربر گرفتن مصادیق متعدد و نوظهور را داشته باشد، دیگر چه دلیلی جهت مراجعه به کارشناس وجود دارد، با منطقی که بیان شده (مطلق و عام بودن ماده ۱)، مقنن با درج ماده ۲ کار ابتری

است که در ماده ۲ قانون مذکور<sup>۱</sup> معاملات تجاری به وضوح بیان گردیده است و به نظر می‌رسد که مصادیق این ماده حصری است (توکلی، ۱۳۹۴: ۲۹). چنانچه برخی بیان داشته‌اند قانون تجارت خاص است و باید خاص تفسیر شود (اسکینی، ۱۳۹۱: ۷۷). تعداد کثیری از قوانینی که تنظیم و تصویب می‌شوند جنبه حمایتی دارند؛ البته نمی‌توان منکر حمایتی بودن قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان و هنرمندان شد؛ اما بحث اصلی این است که تمثیلی بودن را قانون‌گذار در زمان وضع قانون مشخص می‌سازد و به نظر می‌رسد، این استدلال صحیح نیست که مصادیق مورد حمایت هر قانون حمایتی را باید تمثیلی در نظر گرفت.

### ۳،۱،۲ مطلق و عام بودن تعریف ارائه شده از سوی مقنن در ماده ۱ قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان و هنرمندان

اکثر حقوقدانان به تمثیلی بودن مصادیق مورد حمایت ماده ۲ قانون مذکور، به دلیل مطلق و عام بودن تعریف ارائه شده از سوی مقنن در ماده ۱ قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان و هنرمندان قائل می‌باشند و آن را دلیل محکمی در راستای اثبات ادعای خود می‌پندارند (امامی، ۱۳۹۳: ۱۰۲؛ آیتی، ۱۳۹۳: ۷۱؛ اسماعیلی، ۱۳۸۴: ۱۳). به عقیده‌ی این گروه، مقنن تعریف عام و جامعی را در ماده ۱ قانون مذکور از واژه اثر ارائه داده که بدین شکل بیان شده است:

ماده ۱- «از نظر این قانون به مؤلف و مصنف و هنرمند «پدیدآورنده» و به آنچه از راه دانش یا هنر و یا ابتکار آنان پدید می‌آید بدون در نظر گرفتن

<sup>۱</sup> ماده ۲ قانون تجارت: «معاملات تجاری از قرار ذیل است:

۱) خرید یا تحصیل هر نوع مال منقول به قصد فروش یا اجاره اعم از اینکه تصرفاتی در آن شده یا نشده باشد.

۲) تصدی به حمل و نقل از راه خشکی یا آب یا هوا به هر نحوی که باشد.

۳) هر قسم عملیات دلالی یا حق‌العمل کاری (کمسیون) و یا عاملی و همچنین تصدی به هر نوع تاسیساتی که برای انجام بعضی امور ایجاد می‌شود؛ از قبیل تسهیل معاملات ملکی یا پیدا کردن خدمه یا تهیه و رسانیدن ملزومات و غیره.

۴) تاسیس و به کار انداختن هر قسم کارخانه مشروط بر اینکه برای رفع حوائج شخصی نباشد.

۵) تصدی به عملیات حراجی.

۶) تصدی به هر قسم نمایشگاه‌های عمومی.

۷) هر قسم عملیات صرافی و بانکی.

۸) معاملات برواتی اعم از اینکه بین تاجر یا غیرتاجر باشد.

۹) عملیات بیمه بحری و غیربحری

۱۰) کشتی‌سازی و خرید و فروش کشتی و کشتیرانی داخلی یا خارجی و معاملات راجعه به آنها».



می‌دهد و شکل و قالب آن فرقی ندارد (ویور، ۱۳۹۲: ۱۰۸). به عقیده‌ی آن گروه، معاهدات و قوانین داخلی کشورها به جای ارائه‌ی تعریف از مالکیت فکری به بیان مصادیق آن پرداخته است؛ برای مثال، معاهده‌ی برن که اساس حقوق آفرینش‌های ادبی و هنری می‌باشد، در ماده ۲ تحت عنوان آثار ادبی و هنری، مصادیقی را به شکل تمثیلی بیان نموده است و در بند ۱ ماده مذکور چنین بیان شده است که «اصطلاح آثار ادبی و هنری، تمامی آفرینش‌های مربوط به حوزه‌ی ادبی، علمی و هنری را صرف نظر از روش یا شکل ابراز آن‌ها دربر می‌گیرد؛ همانند کتاب، جزوه و دیگر نوشته‌ها، خطابه و سخنرانی، نطق‌های رسمی، موعظه‌ها و دیگر آثاری که دارای ماهیت مشابه هستند، آثار نمایشی یا نمایشی موسیقیایی، رقص، پانتومیم، قطعه موسیقی با کلام یا بدون آن، آثار سینمایی و نیز آثاری که مشابه آثار سینمایی ابراز می‌گردند؛ آثار طراحی، نقاشی، معماری، پیکره، گراور (حکاک)، لیتوگرافی، آثار عکاسی و آثاری که مشابه روش آثار عکاسی ابراز می‌گردند، آثار هنری کاربردی، تصویر و نمودار، نقشه‌ی جغرافیایی، نقشه‌ی فنی (همانند نقشه‌ی ساختمان و ماشین آلات)، طرح (ترسیم سریع و اجمالی بدون نشان دادن جزئیات) و آثار سه بعدی مرتبط با جغرافیا، توپوگرافی (مکان نگاری) معماری یا علوم.» (دراوس، ۱۳۹۱: ۲۵-۲۷). از دید همان اشخاص، مقنن کشور ایران نیز با بهره‌گیری از روش مذکور، پس از تعریف اثر «به آنچه از راه دانش یا هنر و یا ابتکار پدید می‌آید، بدون در نظر گرفتن طریقه یا روشی که در بیان و یا ظهور و یا ایجاد آن به کار رفته» با توجه به فرهنگ بومی و تا اندازه‌ای اسلامی به بیان مصادیق پرداخته است که همین موضوع در پیش‌نویس لایحه‌ی جامع حمایت از حقوق مالکیت ادبی و هنری و حقوق مرتبط تکرار شده است. برخی دیگر نیز در تأکید بر این امر بیان داشتند که این قانون پس از سال‌ها خلاء از طریق ترجمه‌ی برخی قوانین اروپایی مورد تصویب مجلس وقت قرار گرفت (سلطانی و همکاران، ۱۳۹۳، ۱۴۲). باتوجه به ماده ۲ قانون مذکور و همچنین مواد بعدی

انجام داده و این در حالی است که مقنن عاقل فرض می‌شود.

### ۳/۱/۳ وجود قرینه در مصادیق ماده ۲ قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان و

#### هنرمندان

برخی با اشاره به این که نحوه انشاء مصادیق دوازده‌گانه در ماده ۲ به گونه‌ای است که اقتضای تفسیر موسع دارد، از عباراتی همچون «هر نوشته‌ی دیگر» و «به هر ترتیب و روش نوشته یا ضبط یا نشر شده باشد» و «از قبیل» این امر استنباط می‌شود که هر اثری شرایط آثار ادبی و هنری را داشته باشد مشمول حمایت قرار خواهد گرفت (پیلوار، ۱۳۹۴: ۲۰۱). اما به نظر می‌رسد که قیود به کار رفته در برخی از مصادیق ذیل این ماده بیانگر این است که آن مصداق خاص می‌تواند مصادیق نزدیک به خود و یا تحت پوشش خود را در بر گیرد نه اینکه مصادیق نوظهور و یا مصادیقی را که قانون‌گذار به هیچ وجه قصد حمایت از آن را نداشته را حمایت نماید که در واقعیت حتی مصادیق جزئی و یا مصادیق نزدیک به موضوعات ماده ۲ مورد حمایت قرار نگرفته است چه بسا مصادیق نوظهور؛ برای مثال می‌توان به مصداق مسابقات ورزشی از جمله فوتبال و یوگا اشاره نمود که برخی‌ها خواهان این بوده‌اند که این مصادیق در قالب مصداق آثار نمایشی تحت حمایت قرار بگیرد، ولی در عمل چنین حمایتی صورت نگرفته است.

### ۳/۱/۴ تدوین قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان و هنرمندان بر پایه

#### کنوانسیون برن

دلیل دیگری که قائلان به تمثیلی بودن مصادیق مورد حمایت قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان و هنرمندان بدان استناد نمودند، نگارش قانون مذکور بر اساس کنوانسیون برن است. به عقیده‌ی برخی، محدوده مواردی که تحت شمول آثار ادبی و هنری قرار می‌گیرند، بسیار وسیع می‌باشد. به عبارتی دیگر، اثر ادبی هر چیزی را که به صورت چاپی یا نوشته بیان شده باشد، مورد حمایت خود قرار



راحتی می‌توانست آن‌ها را بیان کند؛<sup>۲</sup> چراکه مقنن آگاه و عالم می‌باشد و اجتهاد در برابر نص مسموع نمی‌باشد (فرحان، ۱۴۲۹: ۸۷، مکارم شیرازی، ۱۳۹۰: ۲۵، بهجت، ۱۴۲۴: ۱۹۸، صاحب جواهر، بی تا: ۱۴۲-۱۴۱). در واقع قانون همراه با تشریفات خاص و بر اساس مصلحت جامعه و آن طوری که نمایندگان ملت در مجلس شورای اسلامی تشخیص دهند، تصویب می‌گردد و سپس به اجرا در می‌آید (مدنی، ۱۳۸۹: ۶). برای مثال، موردی که مبتلابه است و در خصوص آن اختلاف نظر وجود دارد، «آثار شفاهی» است. برخی با استناد به اینکه ممکن است گاهی آثار شفاهی از قبیل؛ کنفرانس‌ها و سخنرانی‌ها مورد تعرض و نقض قرار بگیرند و اشخاص با بهره‌برداری غیرمجاز از مفاد سخنرانی و همچنین انتشار آن‌ها از مزایای مادی آن استفاده نماید و یا آن‌ها را به عنوان اثر علمی، ادبی و هنری خود منتشر نماید، ابراز داشته‌اند که ضرورت دارد که به طریقی این آثار مورد حمایت قرار بگیرند، اما به جهت تصریح مقنن به لزوم مکتوب بودن اثر، برخی مصادیق همانند آثار شفاهی از شمول حمایت این قانون خارج می‌شوند، چون مقنن صرفاً به آثار مکتوب اشاره نموده و براساس سکوت او در خصوص مصادیق دیگر همانند آثار شفاهی که سکوت در مقام بیان است می‌توان بیان داشت که مقنن قصد حمایت از چنین مصادیقی را نداشته است (اصغری آقمشهدی، ۱۳۹۱: ۵۴؛ نعمتی و همکاران، ۱۳۹۷: ۷). به عقیده‌ی برخی دیگر، مقنن آثار مورد حمایت این قانون را در ۱۲ بند احصاء کرده است (زرکلام، ۱۳۹۸: ۵۵) و در ماده ۲ قانون مذکور یک به یک آثار مورد حمایت نام برده شده است (روشن و همکاران، ۱۳۹۲: ۴۲). از سوی دیگر، به نظر می‌رسد پراکندگی و تشتت در درج آثار مورد حمایت و حتی تکراری بودن برخی از آن‌ها و از سوی دیگر اشاره به مصداق آثار فنی در قانونی که با هدف حمایت از آثار ادبی و هنری وضع شده است، نشان می‌دهد که مقنن تمام سعی خود را در

آن، این نکته حاصل می‌گردد که در حقوق ایران برخلاف مسئله‌ی ترجمه در خصوص حمایت از سایر آثار فرعی، صراحت قانونی وجود ندارد؛ به عبارت دیگر در قانون ایران برخلاف کنوانسیون برن از آثاری همچون آثار نمایشی و موزیکال نمایشی، طراحی رقص و نمایش بدون کلام آثار سینمایی و آثار هنری کاربردی حمایت به عمل نیامده است (میرحسینی، ۱۳۹۴: ۲۴۵)؛ بنابراین به نظر می‌رسد این ادعا که قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان و هنرمندان کاملاً برگرفته از کنوانسیون برن است، اشتباه باشد؛ بدین خاطر که شیوه‌ی نگارش ماده ۲ قانون مذکور تا حدود زیادی متفاوت از ماده ۲ کنوانسیون برن می‌باشد که از جمله آن می‌توان به مصادیق متعدد و گسترده مندرج در کنوانسیون برن اشاره کرد که صرفاً برخی از آن‌ها در قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان و هنرمندان مورد اشاره قرار گرفته است و از سوی دیگر، مصادیق مورد حمایت کنوانسیون برن، در جوار و راستای یکدیگر و حتی بدون هیچگونه شماره‌گذاری صورت گرفته، اما در مقابل در قانون ایران، صرفاً برخی از مصادیق مورد حمایت قرار گرفته و صرف شماره‌گذاری مصادیق نیز ادله‌ی دیگری است که مقنن قصد ایجاد محدودیت در خصوص آثار مورد حمایت را داشته است.

## ۳،۲ بررسی دیدگاه‌های قائلان به حصری بودن مصادیق مورد حمایت

در گفتار حاضر به تبیین و ارائه دیدگاه‌های موجود در راستای حصری بودن مصادیق مورد حمایت قانون پرداخته خواهد شد.

### ۳،۲،۱ در مقام بیان بودن مقنن<sup>۱</sup>

اولین دلیلی که در راستای اثبات ادعای حصری بودن مصادیق موضوع ماده ۲ قانون مذکور می‌توان بیان کرد این است که مقنن در مقام بیان بوده است و اگر قصد حمایت از مصادیق دیگری را داشت، به

<sup>۲</sup> ر.ک. (شبییری زنجانی، بی تا: ۱۹۸۷، مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۱۱۰).

<sup>۱</sup> ر.ک. قاعده اعمال الکلام اولی من اهماله (آل کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۱۷۳-۱۷۲).

### ۳،۲،۳ وضع ماده ۲ علی‌رغم وجود ماده ۱ در قانون مذکور

برخی با استناد به اطلاق ماده ۱ قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان و هنرمندان، چنین استدلال نموده‌اند که هر اثر فکری گذشته از شیوه بیان و ظهور آنها مشمول حمایت قانون قرار می‌گیرد و تأکید آن‌ها بر قسمتی از ماده ۱ قانون مذکور می‌باشد که بدین شکل بیان شده است: «...بدون در نظر گرفتن طریقه یا روشی که در بیان و یا ظهور و یا ایجاد .....» (امامی، ۱۳۹۳: ۱۰۲)؛ اما نکته‌ای که بدیهی و حائز اهمیت می‌باشد، این است که مقنن در ماده ۱ این قانون، همانند قوانین متعدد دیگری همچون قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران و قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، اقدام به تعریف برخی اصطلاحات اساسی و کلیدی آن قانون (پدیدآورنده و اثر) نموده است و اگر به ادله‌ی طرفداران رویکرد تمثیلی بودن اکتفا شود (مطلق بودن ماده ۱ در خصوص دامنه‌ی آثار مورد حمایت) که به موجب آن هر اثری مشمول حمایت قانون مذکور قرار می‌گیرد، دیگر چه دلیلی بر وضع ماده ۲، با عنوان آثار مورد حمایت این قانون وجود داشت؟ در شرایطی که می‌توانست با همین تعریف ساده از اثر - به آنچه که از راه دانش یا هنر و یا ابتکار آنان پدید می‌آید، بدون در نظر گرفتن طریقه یا روشی که در بیان و یا ظهور و یا ایجاد آن به کار رفته - به رسالت خود خاتمه دهد و هر اثری که با چنین ویژگی‌هایی همراه بوده است را مورد حمایت قرار دهد؛ در صورتی که مقنن ماده ۲ را وضع نمود و به موجب آن، مصادیقی که قصد حمایت از آن‌ها داشته را در قالب آثار مورد حمایت احصا نموده است. اگر چنین امری پذیرش نشود، به نظر می‌رسد وضع ماده ۲ کاملاً بی‌فایده است، در صورتی که فرض بر این است مقنن عامدانه و عاقلانه رفتار می‌نماید.

به نظر می‌رسد دسته بندی ماده ۲ حصری باشد، ولی قابلیت انطباق پذیری موضوعات نوظهور با آن دسته بندی، مربوط به نوع تفسیر ارائه شده

راستای درج آثاری که قصد حمایت از آن را داشته، نموده است و به عبارتی دیگر، عدم ذکر سایر مصادیق، به نوعی نشان دهنده‌ی این امر است که مقنن قصد حمایت از آن‌ها را نداشته و عالمانه رفتار نموده است. در مقابل، این امر قابل ذکر است به جهت انعطاف پذیری ماده ۲۲ قانون مذکور، شاید بتوان از آثار شفاهی همچون موسیقی و سخنرانی و هر اثر شفاهی که دارای اصالت باشد به عنوان آثار جانبی، حمایت نمود.

### ۳،۲،۲ عدم وجود قرینه جهت تمثیلی دانستن آثار مورد حمایت

با دقت و بررسی در قوانین و مقرراتی که مصادیق آن به صورت تمثیلی تدوین و تنظیم شده‌اند، با اصول نگارشی مواجه می‌شویم که ماده ۲ قانون مذکور فاقد آن اصول می‌باشد. برای مثال، چنانچه مقنن قصد تدوین ماده مذکور به شکل تمثیلی را داشت، می‌توانست به جای عبارت «اثرهای مورد حمایت این قانون به شرح زیر است» عبارت «برخی آثار مورد حمایت این قانون به شرح زیر است» را درج نماید و یا اینکه ذیل ماده ۲ قانون مذکور، بند مستقلی را با عنوان «و سایر مشابه» ذکر می‌نمود نه اینکه در کنار برخی مصادیق، حروفی همچون «هر»، «از قبیل» را اشعار دارد که این حروف در واقع بیانگر دامنه آن مصداق خاص می‌باشد نه دامنه آثار مورد حمایت قانون مذکور؛ از طرف دیگر، برخی نویسندگان با استناد به شماره‌گذاری‌های صورت گرفته در ماده ۲ و نگارش بندهای آن، اعتقاد به رویکرد دوگانه در مواجهه با مصداق نوظهور دارند؛ به عبارتی، در مواقعی که قصد حمایت حقوق مادی و معنوی مدنظر است، تفسیر موسع نسبت به آثار مورد حمایت قانون صورت گیرد و در هنگام حمایت کیفری، فقط به آثار احصاء شده مندرج در قانون توجه شود (زرکلام، ۱۳۹۸: ۵۷). با این وجود، به نظر می‌رسد که عدم وجود قرینه و یا نشانه‌ای که مثبت تمثیلی بودن آثار مورد حمایت قانون مذکور باشد، دلیل دیگری بر حصری بودن مفاده ماده مذکور است.



قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان و هنرمندان در بخشی از اثر خود چنین می‌نویسد که باتوجه به تحولات گسترده‌ای که در زمینه مالکیت فکری در سطح داخلی و بین‌المللی به وجود آمده است، قانون مذکور علاوه بر ایرادات متعدد، وافی به مقصود نمی‌باشد. برای مثال، در زمینه حقوق ناشی از برنامه‌های کامپیوتری، حکمی در قانون وجود ندارد (امامی، ۱۳۹۳: ۱۷۱) که این عبارات بیانگر این می‌باشد که نویسنده علی‌رغم ادعای تمثیلی بودن، به نوعی معتقد به حصری بودن مصادیق مورد حمایت قانون مذکور می‌باشد. اگرچه پیش از تصویب قانون حمایت حقوق پدیدآورندگان نرم افزارهای رایانه‌ای، برخی قضات در مقام صدور رأی نسبت به پرونده‌های مرتبط با نرم افزارهای رایانه‌ای به بند ۱۱ ماده ۲ قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان و هنرمندان استناد می‌نمودند و بند «اثر فنی که جنبه‌ی ابداع و ابتکار داشته باشد» را حاکم بر مصداق نرم افزارهای رایانه‌ای می‌دانسته‌اند (به عنوان یکی از مصادیق تحت شمول این بند) و رئیس قوه‌ی قضائیه نیز در سال ۱۳۷۱ بخشنامه‌ای را در خصوص رسیدگی به دعاوی نرم افزارهای رایانه‌ای بر مبنای قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان و هنرمندان صادر کرد (رکنی دزفولی، ۱۳۸۵: ۱۲)؛ ولی به نظر می‌رسد از آنجایی که مقنن مصداق نرم افزارهای رایانه‌ای را تحت قالب مالکیت ادبی و هنری در نظر داشته<sup>۲</sup> و نه یک اثر فنی و از سویی به جهت تحت پوشش قرار نگرفتن مصداق نرم افزارهای رایانه‌ای تحت مصادیق ادبی و هنری مندرج در ماده ۲، قانون مستقلی را با عنوان حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم افزارهای رایانه‌ای وضع نموده

در قالب دکترین است که در این حالت اگر انطباق پذیری ممکن نبود، ایجاد یک قانون خاص توجیه می‌یابد. از این رو، اگر مصادیق ماده ۲ تمثیلی در نظر گرفته شود، دامنه‌ی توسعه‌ی این مصادیق نمی‌تواند فراتر از تعریف موضوع حمایت ماده ۱ قانون باشد. به عبارت دیگر، دامنه‌ی شمول وسیع موضوع حمایت در ماده ۱ نمی‌تواند دلیلی بر تمثیلی بودن ماده ۲ باشد، بلکه ماده ۱، حصر موضوعی حقیقی است و حکم در موضوع حمایت دارد ولی ماده ۲، حصر اضافی و ماهوی در میان برخی از مصادیق موضوعی مشخص شده در قیاس با برخی مصادیق مشخص نشده است. بنابراین، تقدیم حصر اضافی بر حصر موضوعی کاری عبث است و نه تقدیم حصر حقیقی بر حصر اضافی که ماهیت اخیر به نوعی محصورفیه نیز می‌تواند تلقی شود.

### ۳،۲،۴ تصویب قوانین و مقررات جدید در راستای حمایت از مصادیق نوظهور

یکی از مصادیق نوظهوری که پس از تصویب قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان و هنرمندان، در قالب قانونی مجزا مورد تصویب قرار گرفت، «نرم افزارهای رایانه‌ای»<sup>۱</sup> می‌باشد؛ در سال ۱۳۷۹ قانونی تحت عنوان حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم افزارهای رایانه‌ای تصویب شد که حمایت شدن آن از سوی قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان و هنرمندان مورد شک و تردید قرار داشت که با تصویب قانون حمایت حقوق پدیدآورندگان نرم افزارهای رایانه‌ای، این دیدگاه قوت گرفت که مصادیق مورد حمایت قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان و هنرمندان حصری بوده و تاب دربرگرفتن مصادیق نرم افزارهای رایانه‌ای را ندارند. همچنین یکی از قائلان به تمثیلی بودن مصادیق مورد حمایت

<sup>۲</sup> - همچنین برخی دیگر بیان داشته‌اند نرم افزارهای رایانه‌ای در کشورهای دیگری همچون آلمان و انگلیس در قالب مالکیت ادبی و هنری تحت حمایت قرار می‌گیرد (صادقی نشاط، ۱۳۸۹: ۸۴). اگر چه در کنوانسیون برن نیز مورد حمایت قرار گرفته است.

<sup>۱</sup> - تکنولوژی کامپیوتری آثار مهمی را در جوامع امروزی به همراه داشته است که از جمله آنها می‌توان به سرمایه‌گذاری‌های گسترده در راستای تولید غالب نرم افزارهای رایانه‌ای و به تبع آن ضرورت حمایت از نرم افزارهای مذکور و پیشگیری از کپی برداری‌های غیرمجاز از آنها اشاره کرد. عدم حمایت از چنین نرم افزارهایی به معنای نابودی سرمایه‌گذاری‌های صورت گرفته می‌باشد (میرحسینی، ۱۳۹۴: ۹۷).

است که شاید بتواند ابهامات و نقایص عملی موجود را رفع نماید (امامی، ۱۳۹۳: ۱۷۲)؛ به نظر می‌رسد که نویسندگی مذکور علی‌رغم ادعای تمثیلی بودن ماده مذکور، در واقعیت قائل به حصری بودن ماده و عدم حمایت آن از مصادیق دیگر می‌باشد.

### ۳،۲،۶ اثرگذار نبودن ادعای تمثیلی بودن ماده ۲ قانون مذکور در رویه‌ی عملی

اساساً در مقام رسیدگی به دعاوی مطروحه، محاکم صرفاً می‌توانند با تکیه بر قوانین مدون حکم موضوع را بیابند و در فرض نیافتن حکم در قوانین، ضرورت دارد که به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر استناد نمایند؛ در خصوص حقوق پدیدآورندگان و همچنین حمایت از آثار آن‌ها در قالب قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان و هنرمندان نیز محکمه صرفاً می‌تواند از حقوق مصادیقی دفاع نماید که در ماده ۲ قانون مذکور به رسمیت شناخته شده باشند، در خصوص سایر مصادیق باید به قوانین دیگری همچون مسئولیت مدنی و ... استناد جست. چنانکه در اصل ۱۶۷ آمده است: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.» با این وجود قاضی نمی‌تواند رأساً به حمایت از اثری بپردازد که حکم آن در قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان و هنرمندان نیامده است؛ هم چنان که در رویه‌ی قضایی نیز چنین امری در خصوص حمایت از آثار نوظهور در قالب قانون مذکور مشهود نبوده است به جز در خصوص مصداق نرم افزارهای رایانه‌ای که آن هم در ابتدا به عنوان یکی از مصادیق بند ۱۱ ماده ۲ - هر اثر فنی که جنبه‌ی ابداع و ابتکار داشته باشد- مورد حمایت قرار می‌گرفت و قضات با این مبنای قانونی، اقدام به صدور رأی می‌نمودند که همانطور بیان شد پس از اینکه مصداق نرم افزارهای رایانه‌ای به عنوان یک اثر ادبی و هنری شناخته شد و به جهت قرار نگرفتن در

است که دیدگاه حصری بودن ماده ۲ را نیز قوت می‌بخشد.

### ۳،۲،۵ اشاره به مصادیق متعدد در لایحه‌ی جامع مالکیت فکری

لایحه‌ی جامع حمایت از مالکیت فکری که پس از پیشنهاد وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی در جلسه‌ی ۱۳۹۳/۰۷/۰۲ هیات وزیران به تصویب رسیده است؛ در ماده ۲ لایحه به تبیین آثار قابل حمایت پرداخته است که تا حدود بسیار زیادی با مصادیق معاهدات و قوانین بین‌المللی همخوانی دارد. در میان مصادیق احصاء شده، مصادیق متعددی به چشم می‌خورد که در زمان وضع قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان و هنرمندان نیز وجود داشته است که از جمله آن می‌توان به بند ۲ ماده مذکور یعنی آثار شفاهی از قبیل؛ سخنرانی، نطق، موعظه و بندهای دیگری اشاره نمود. مجموعه این مصادیقی که در لایحه به آنها اشاره شده است بیانگر این است مصادیق قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان و هنرمندان حصری می‌باشد، در غیر این صورت مقنن می‌توانست در لایحه‌ی جامع مالکیت فکری به ذکر همان مصادیق دوازده‌گانه اکتفا نماید و -در فرض تمثیلی بودن قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان و هنرمندان- نیازی به ذکر مصادیق دیگری در لایحه نبوده است. نهایتاً به نظر می‌رسد که عدم حمایت از مصادیق متعدد در قانون مورد بحث و حصری بودن مصادیق مورد حمایت، به این منجر شده است که مقنن مصادیق گسترده‌تری را در قالب لایحه‌ی جامع مالکیت فکری درج نماید که از این طریق، مورد حمایت قرار گیرند و نقایص قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان و هنرمندان بدین شکل برطرف گردد.

مجدداً یکی از نویسندگانی که قائل به تمثیلی بودن مصادیق قانون مورد بحث بود، در قسمتی دیگر از اثرش چنین بیان داشته است که سخنرانی‌ها، نطق‌های علمی، خطابه‌ها، موعظه‌ها و سایر آثار شفاهی از نظر حمایت مورد تردید می‌باشند که در پیش‌نویس لایحه بدان اشاره شده



تحت‌اللفظی و اتکا به ظاهر عبارات نمی‌تواند کاشف از اراده قانون‌گذار باشد؛ چراکه در زمان وضع قانون ممکن است مصادیق نوظهور قابل تصور نباشد؛ ولیکن با توجه به ماهیت آثار مشابه این امکان وجود دارد که به حمایت از آن مصادیق نیز مبادرت نمود؛ بنابراین اگر این انعطاف در مورد مصادیق نوظهور مشابه وجود نداشته باشد یقیناً بدون علت موجه شاهد چالش انباشت پرونده‌ها در محاکم و همچنین تعارض قوانین خواهیم بود. از این رو، می‌توان تحلیل نمود چنانچه مصادیق نوظهور قابلیت انطباق با مصادیق مشابه تصریح شده در ماده ۲ قانون یاد شده را داشته باشند، نباید از دامنه‌ی شمول ماده یاد شده خارج شوند، مگر آنکه اثبات شود که تحت حمایت قرار گرفتن آنان به واسطه‌ی قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸، حمایت موثری تلقی نمی‌شود و نیاز به وضع قانونی خاص وجود دارد. بی‌شک با پذیرش تحلیل یاد شده، موجبات جلوگیری از تالی فاسدهای بسیاری فراهم می‌آید و بدین‌گونه از تضییع حقوق مکتسبه اشخاص پرهیز می‌گردد و گامی بلند در راستای تحقق عنصر حیاتی عدالت برداشته می‌شود.

## ۴ آثار و تبعات تمثیلی یا حصری دانستن مصادیق ماده ۲ قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان و هنرمندان

همان‌گونه که بیان شد، دیدگاه متفاوت نسبت به یک قانون، کارکرد آن را نیز تغییر خواهد داد؛ به همین خاطر در ابتدا ضرورت دارد آثار و تبعات انتخاب دیدگاه تمثیلی یا حصری بودن تبیین گردد تا ذهن مخاطب نسبت به اهمیت موضوع روشن گردد.

قالب بندهای ماده ۲ و حصری بودن مصادیق دوازده‌گانه، قانون مجزایی در این خصوص به تصویب رسید. البته شایان ذکر است که ممکن است مقنن با هدف حمایت به مراتب موثرتر از نرم افزارهای رایانه‌ای و با در نظر گرفتن ملاحظات فنی اقدام به وضع قانونی مجزا نموده باشد که این مهم یقیناً با منطبق سازگاری بیشتری دارد. برخی دیگر از نویسندگان در راستای حمایت از مصداق آثار سینمایی بیان داشته‌اند که به جهت عدم توجه قانون مذکور به احکام این آثار، بهره‌برداری از آن‌ها با مشکل مواجه و در برخی مواقع ناممکن می‌شود؛ چون هیچ دلیل خاص یا فرض قانونی موثری وجود ندارد (سلطانی و همکاران، ۱۳۹۳: ۱۵۲). اگرچه رویه‌ی قضایی، قانون را با خواست جامعه منطبق می‌سازد و از طرفی نیز جامعه را از اجرای صحیح قانون مطمئن می‌سازد، اما زمانی که قاضی، قانون صریح را نمی‌یابد که امر تطبیق با مصداق را انجام دهد یا به شکلی با دیگر قوانین برخورد پیدا کند، مشکلاتی ایجاد می‌شود (مدنی، ۱۳۸۹: صص ۷، ۲۰). در طرف مقابل نیز، شخص پدیدآورنده و یا دارنده حقوق مرتبط با اثر خارج از مصادیق ماده ۲، نمی‌تواند با تکیه بر این قانون اقدام به طرح دادخواست و ارائه‌ی آن به محاکم قضائی نماید؛ چون قانون مذکور هیچ حمایتی از اثر نوظهور آن ننموده است و مصادیق مورد حمایت آن کاملاً معین و مشخص است و صرفاً پدیدآورندگان چنین آثاری دارای حقوق مادی و معنوی خواهند بود و ذینفع به حساب می‌آیند.

### ۳٫۳ رویکرد میانه

جدای از رویکردهای تفسیری متفاوت موجود نسبت به نص ماده ۲ قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸ و تقویت نظریه حصری بودن ماده یاد شده، اثبات ضرورت و رویکرد میانه جهت حمایت از برخی مصادیق نوظهور مشابه در قالب قانون مذکور و همچنین برخی دیگر از این مصادیق نوظهور متفاوت در قانونی مجزا ضروری جلوه می‌کند. همچنین توسل صرف به تفاسیر

## ۴،۱ آثار تمثیلی دانستن مصادیق مورد حمایت قانون مصنفان و هنرمندان

بر فرض اینکه دامنه‌ی تحت شمول آثار قانون مورد بحث، تمثیلی در نظر گرفته شود، تبعات منفی و مثبت متعددی به همراه خواهد داشت. از جمله مهمترین اثر منفی که باید بیان داشت، وصف کیفی قانون است که در فصل چهارم مواد ۲۳ الی ۳۳ قانون مذکور به تخلفات و مجازات‌های ناشی از نقض آثار مورد حمایت پرداخته است. در ماده ۲۳ قانون مذکور چنین بیان شده است: «هر کسی تمام یا قسمتی از اثر دیگری را که مورد حمایت این قانون است به نام خود یا به نام پدیدآورنده، بدون اجازه‌ی او و یا عالمأ یا عامداً به نام شخص دیگری غیر از پدیدآورنده، نشر یا پخش یا عرضه کند، به حبس تأدیبی از شش ماه تا سه سال محکوم خواهد شد.» با مقداری بررسی، به نظر می‌رسد که قانون دارای جنبه‌ی کیفی است و گسترش دامنه‌ی مصادیق مورد حمایت این قانون، برابر با افزایش دامنه‌ی جرایم می‌باشد و این موضوع برخلاف اصل حقوق کیفری است. در همین راستا، برخی بیان داشته‌اند که قانون حق مولف جنبه‌ی کیفی نیز دارد و در قوانین کیفری، تفسیر باید مضیق و به نفع متهم صورت گیرد و نمی‌توان با توسعه‌ی دامنه‌ی ماده ۲، افراد بی‌گناه را محکوم و مجازات نمود (صادقی نشاط، ۱۳۸۹: ۱۰۳؛ جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۱: ۱۳۵). یکی از اصول بدیهی و مسلم حقوق کیفری، اصل قانونی بودن جرم و مجازات می‌باشد که به منظور حمایت از حقوق متهمان وضع شده است و ماحصل اعمال این قاعده، تفسیر مضیق از قانون می‌باشد (اردبیلی، ۱۳۸۴: ۱۵۱؛ گلدوزیان، ۱۳۷۹: ۱۶۵؛ صانعی، ۱۳۷۴، ۱۱۵)؛ از این رو، محاکم نمی‌توانند با توسل به تفسیر موسع از قانون در جرم‌انگاری متهم، عملی را که مقنن مستقیماً جرم اعلام ننموده است را جرم محسوب نمایند (مسجد سرائی و همکاران، ۱۳۹۷: ۱۸۱). همچنین اصولیان نیز بر این عقیده می‌باشند که کیفر دادن شخصی که بیان

تکلیفی شارع به وی نرسیده است، ناپسند شمرده می‌شود و به عبارت دیگر، شارع نمی‌تواند قبل از آنکه قوانین و تصمیمات خود را به اطلاع مردم برساند و بیان خود را در تکلیف آنان تمام کند، آنان را به دلیل تخلف از تکلیف، کیفر دهد (مجمع اهل البیت علیه السلام، ۱۴۲۷: ۳۸۶؛ حیدری، ۱۴۱۲، ۲۱۷؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۸، ۵۳؛ حکیم، ۱۴۱۸: ۴۷۹). از سویی دیگر، به نظر می‌رسد تمثیلی دانستن مصادیق قانون، شهروندان (اعم از قشر مصرف‌کننده، تهیه‌کننده و واسطه و ...) را با مشکلات متعددی مواجه می‌سازد و اشخاصی که توانایی مالی ندارند و یا از جمله اقشار ضعیف جامعه می‌باشند، در راستای دسترسی به چنین آثاری که مدنظرشان است با مشکل مواجه می‌گردند. در مقابل، تمثیلی دانستن مصادیق، قدم بزرگی در راستای حمایت از پدیدآورندگان آثار فکری تلقی می‌شود و به جهت امتیازاتی که مقنن به آنها اعطا نموده است، سعی می‌نمایند میزان خلاقیت و کیفیت آثار خود را افزایش دهند تا انتظارات مخاطبان آثارشان را در حد مطلوبی برآورده سازند. برخی نیز در این راستا بیان داشته‌اند که با توجه به پیشرفت تمدن‌ها و گسترش علوم و فنون و بروز اشکال جدید آثار ادبی و هنری، نمی‌توان آن را محدود نمود (آیتی، ۱۳۹۳: ۸۳)؛ از این رو، تمثیلی دانستن مصادیق، تأثیر به‌سزایی در راستای گسترش نوآوری و خلاقیت و افزایش توازن و برابری در میان پدیدآورندگان مصادیق متعدد مشابه دارد، چون از این رهگذر، تمام آن‌ها از حقوق مندرج در قانون بهره‌مند خواهند شد و دیگر به وضع قوانین جدید در راستای حمایت از مصادیق نوظهور نیازی نخواهد بود.

## ۴،۲ آثار حصری دانستن مصادیق مورد حمایت قانون مصنفان و هنرمندان

چنانچه مصادیق مورد حمایت قانون مورد بحث، حصری در نظر گرفته شود، معایب و مزایایی را به همراه خواهد داشت. از جمله آثار منفی حصری



مورد حمایت آن گسترش داده شود و همچنین تعریف عامی که از اثر در ماده ۱ صورت گرفته است، دلیل بر این نیست که مقنن قصد حمایت از هر اثری را دارد؛ بلکه همانند قوانین بسیار دیگر، اقدام به تعریف واژگان اصلی آن قانون نموده است و قرینه‌هایی که در برخی مصادیق ماده ۲ رؤیت می‌شود، صرفاً منحصر به همان مصداق می‌شود نه تمامیت قانون و در نهایت نمی‌توان منکر این موضوع شد که قانون حمایت حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان برگرفته از کنوانسیون برن است، اما به وضوح مشخص است که با استفاده از عددگذاری و احصاء مصادیق در بندهای دوازده‌گانه، تغییرات گسترده‌ای در خصوص آثار مورد حمایت آن شکل گرفته است. در مقابل، به دیدگاه‌هایی همچون در مقام بیان بودن مقنن، عدم وجود قرینه جهت تمثیلی دانستن آثار مورد حمایت، وضع ماده ۲ علی‌رغم وجود ماده ۱ در قانون مذکور، تصویب قوانین و مقررات جدید در راستای حمایت از مصادیق نوظهور، وجود مصادیق متعدد در لایحه‌ی جامع مالکیت فکری و در نهایت اثرگذار نبودن ادعای تمثیلی بودن ماده ۲ قانون مورد بحث دلایلی می‌باشند که در راستای تقویت دیدگاه حصری بودن بیان شد. با این توصیف که اگر مقنن قصد حمایت از هر اثری را داشت، دیگر اقدام به وضع ماده ۲ تحت قالب «آثار مورد حمایت این قانون» نمی‌نمود و حتی دیگر نیاز به وضع قوانین جدید احساس نمی‌شد، چون هر اثری در قالب این قانون مورد حمایت قرار می‌گرفت؛ از سوی دیگر مقنن می‌توانست در لایحه‌ی جامع مالکیت فکری هم همانند قانون موضوع بحث اقدام کند؛ اما این گونه عمل نکرد و مصادیقی که از آن غفلت شده بود را صراحتاً در لایحه ذکر کرد تا علاوه بر رفع ضعف قانون حمایت حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان، دیدگاه مختار پژوهش حاضر را قوت بخشد و در نهایت بر فرض اینکه مصادیق مورد حمایت قانون مذکور تمثیلی در نظر گرفته شد، فایده عملی آن چیست؟ آیا پدیدآورندگان آثار مصادیق نوظهور می‌توانند به استناد به قانون مذکور، از حقوق خود دفاع نمایند؟

دانستن، این است که با پیشرفت سریع تکنولوژی و گسترده شدن جوامع، مصادیق جدیدی ظهور پیدا می‌کند که نیاز به وضع قانون و گذراندن تشریفات قانونی طولانی احساس می‌گردد که در عمل تعدد قوانین را به همراه خواهد داشت و برای نظام حقوقی هر کشور، این موضوع یک ضعف به حساب می‌آید. در صورتی که انتظار می‌رود، قانون جامع و مانع باشد که این مهم در آینده پیشرفت و تعالی را به همراه خواهد داشت. در مقابل، از جمله مهمترین مزایای حصری دانستن مصادیق این است که محاکم با تکیه بر نص قانون، اقدام به صدور رأی می‌نمایند که در عمل از تشتت و صدور سلیقه‌ای آرا جلوگیری می‌شود و پدیدآورندگان نیز با تکیه و اطمینان بر ذی‌نفعی خود اقدام به طرح دادخواست در محاکم می‌نمایند.

## ۵ نتیجه

قانون‌گذار در راستای حمایت از اهالی علم، ادب و هنر جامعه اقدام به وضع قانونی با عنوان حمایت حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان در سال ۱۳۴۸ نمود تا از این طریق بتواند امتیازاتی را در جهت تأمین منافع اقتصادی و همچنین اخلاقی پدیدآورندگان در نظر بگیرد. در ماده ۲ قانون مذکور از آثاری که مقنن قصد حمایت از آنها را داشته، نام برده شده است؛ منتها شیوه‌ی تنظیم و نگارش مواد متعددی از این قانون به گونه‌ای بوده است که دیدگاه‌های متفاوتی را از حیث حصری و تمثیلی بودن تداعی نموده است که پذیرش هر کدام از دیدگاه‌های مطروحه، آثار مثبت و منفی متعددی را به همراه دارد. با بررسی‌های به عمل آمده، برخی با استناد به دلایلی همچون حمایتی بودن قانون موضوع بحث، مطلق و عام بودن تعریف ارائه شده از سوی مقنن در ماده ۱، وجود قرینه در مصادیق ماده ۲ و در نهایت تدوین قانون مذکور بر پایه‌ی کنوانسیون برن، مصادیق ماده مذکور را تمثیلی دانسته‌اند. با تحلیل‌های صورت گرفته دیدگاه‌های مطروحه قابل رد می‌باشد، با این توصیف که حمایتی بودن یک قانون منجر به این نمی‌شود که مصادیق



قانون مذکور قرار گیرند و در مقابل برای مصادیق نوظهوری که ارتباطی به مصادیق منحصر در قانون مذکور ندارند و نمی‌توان از آن‌ها حمایت مؤثری به عمل آورد، قانون جدید و بروزی تنظیم و تدوین گردد؛ تنها در این حالت می‌توان مقاصد دو گروه را تا حدود زیادی تأمین و از مفسد تالی احتمالی جلوگیری نمود.

آیا این امر برخلاف قاعده‌ی قبح عقاب بلا بیان نیست؟ به نظر می‌رسد که باید رویکرد میانه‌ای را برگزید تا به موجب آن، مقاصد قائلین هردو رویکرد به بهترین شکل تأمین شود؛ بدین شرح که با مقداری انعطاف، مصادیق نوظهوری که قابلیت انطباق با مصادیق دوازده‌گانه ماده ۲ قانون حمایت حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان را دارا می‌باشند و یا می‌توان شباهتی میان آنها یافت، تحت حمایت

## منابع

- A group of authors, 1992, Rights of Computer Software Creators, First Edition, Secretariat of the High Informatics Council.
- Assembly of Ahl al-Bayt al-Salam, 1427 AH, , The rules of the principles of jurisprudence on the religion of the Imams, with the nobility of Muhammad Mo'men Qomi, Ch.
- Al-Kashif al-Ghatta ', Muhammad Hussein, 1422 AH, Tahrir al-Majl ,Volume 1, World Assembly for approximation between Islamic religions. Cultural Deputy. Center for Research and Scientific Studies, Qom.
- Alamzadeh, Mohammad, Farhadi, Daniel, Taleghan Ghaffari, Mehdi (2020). Comparative analysis of the relationship between intellectual property rights arising from pharmaceutical inventions and the right to health from the perspective of Iranian law and the TRIPS Agreement. Journal of Comparative Law, 4 (2), 98-111. doi: 10.22080 / lps.2021.20423.1212
- Ayati, Hamid, 2014, The Law of Literary and Artistic Creations, Dadgostar Publishing, Third Edition, Tehran.
- Asghari Aghamshahdi, Fakhroddin, 2012, Introduction to Intellectual Property Rights, First Edition, Mazandaran University Press, Babolsar
- Ardabili, Mohammad Ali, 2005, General Criminal Law, Mizan Publishing, Tehran.
- Bahjat, Mohammad Taqi, 1424 AH, Bahjat al-Faqih, Shafaq, Qom.
- Columbus, Cloud, 1996, Basic Principles of Copyright and Neighboring Law in the World, translated and explained by Dr. Mohammadzadeh Vadghani, Alireza, Mizan Publications, Tehran.
- Coombe, R. J. 1998. Intellectual property, human rights & sovereignty: New dilemmas in international law posed by the recognition of indigenous knowledge and the conservation of biodiversity. Indiana Journal of Global Legal Studies, 59-115



- Craghill J, Watt s M. Gowers 2007, review - Intellectual property. Computer Law & Security Review; 23 (2): 205-7
- Drahous, Peter, 2012, Philosophy of Intellectual Property, translated and written by Mahmoud Hekmatnia, in collaboration with Mehdi Moali and Ali Taghikhani, Research Institute of Islamic Culture and Thought, First Edition, Tehran.
- Farhan, Adnan, 1429 AH, Ijtihad in the Shiite Imamate and Advara and Atwara, Dar al-Salam, Beirut.
- Gürkaynak G, Yılmaz İ, Yeşilaltay B, Bengi B. 2018. Intellectual property law and practice in the blockchain realm. Computer law & security review; 34 (4): 847-62.
- Golduzian, Iraj, 2000, General Criminal Law of Iran, Jihad Daneshgahi Publications, Tehran.
- .Hakim, Mohammad Taqi, 1418 AH. Public principles in contemporary jurisprudence, Ch 2, World Assembly of Ahl al-Bayt (as), Qom.
- Helfer, L. R. 2006. Toward a human rights framework for intellectual property. UC Davis L. Rev., 40, 971.
- Huang W, Li X. 2019. The E-commerce Law of the People's Republic of China: E-commerce platform operators liability for third-party patent infringement. Computer Law & Security Review; 35 (6): 105347.
- Heidari, Ali Naqi, 1412 AH, Principles of Inference, Qom, Committee of the Scientific Field Administration.
- Ismaili, Mohsen, 2005, Protected Works in Iranian Literary and Artistic Property Rights and Its Conditions, Imam Sadegh (AS) University Research Quarterly, No. 28, Winter.
- Iskini, Rabia, 2012, Generalities, Commercial Transactions, Merchants and Organizing Business Activities, Samat Publications, Tehran.
- Javadi Amoli, Vaez, 2010, General Psychology, Azad University of Babol
- Katozian, Nasser, 2014, Property, Introduction to Civil Law, Volume, 42nd Edition, Tehran
- Lang, Christine, Niels Hope, Roberto Endorno, 2014, translated by Armaghan Amiri, Mizan Publications, first edition, Tehran.
- Masjed Sarai, Hamid, Khaled Nabinia, Ahmad Bagheri, Seyed Mohammad Sadri, 97 2018, The principle of criminal saving based on the interpretation of the rules and penal laws of Islam, Quarterly Journal of Research in Islamic Jurisprudence and Law, Fourteenth Year, No. 51, 169-190.
- .Madani, Seyed Jalaludin, 2010, Judicial Procedure, Fifteenth Edition, Paydar Publications, Tehran.
- Makarem Shirazi, Nasser, 1428 AH, Anwar al-Osul, vol. 3, ch. 2, Imam Ali Ibn Abi Talib (AS) School.

- Makarem Shirazi, Nasser, 2010, Encyclopedia of Islamic Jurisprudence, Volume 1, Imam Ali Ibn Abi Talib (PBUH) Publishing House, Qom.
- Makarem Shirazi, Nasser, 1424 AH. Kitab al-Nikah, Madrasa al-Imam Ali ibn Abi Talib (peace be upon him), Qom.
- Mir Hosseini, Seyed Hassan, 2015, Intellectual Property Rights, Mizan Publications, Fifth Edition, Tehran.
- Naserzadeh, Houshang, 1993, Declarations of Human Rights, University Jihad Publishing Institute, First Edition, Tehran.
- Nemati, Ehsan; Sam, Mohammadi, Seyed Hassan, Hosseini Moghadam, 2019, Feasibility study of supporting intellectual creations presented in the form of a lecture with emphasis on the subject law of Iran and the Berne Convention, presented at the First National Conference on Law, Jurisprudence and Culture, Shiraz.
- Pilvar, Rahim, 2015, Thematology of Intellectual Property, Quarterly Journal of Religion and Law, No. 7, 190-223.
- Rokni Dezfuli, Seyed Mohammad Reza, 2006, A Comparative Study of Intellectual Property in Iranian Law and the World Trade Organization, Scientific-Specialized Journal of Knowledge, Year 15, Number 7, 58-70.
- Roshan, Mohammad, Hamid Asadi, Seyed Mohammad Mehdi Khalilzadeh, 2013, Fundamentals of Intellectual Property Protection with a Case Study of Copyright, Knowledge of Civil Law, No. 2, 40-60.
- Soltani, Mostafa, Hossein Basirian Jahromi, 2014, A Comparative Study of Legal Challenges in Support of Cinema Works, Journal of Communication Culture Studies, Fifteenth Year, No. 26, 131-159.
- Shayesteh, Shaukat, 2016, A Look at Literary and Artistic Property Rights in International Documents, Bar Association, No. 232, 81-102.
- Shabbiri Zanjani, Musa. Marriage book, Rai Pardaz Research Institute, Qom.
- Sahib Jawahir, Muhammad Hassan Ibn Baqir (unpublished). Jawahar al-Kalam, Volume 30, Dar Al-Ahya Al-Tarath Al-Arabi, Lebanon.
- Sadeghi, Mohsen, 2008, Supporting Pharmaceutical Innovations and Accession to the World Trade Organization, Mizan Publications, First Edition, Tehran.
- Sadeghi Neshat, Amir, 2010, Rights of Computer Software Creators, Mizan Publications, First Edition, Tehran.
- Sanei, Parviz, 1995, Public Criminal Law, Ganj-e-Danesh Publishing, Tehran.
- Safaei, Seyed Hossein, 2010, Introductory Course in Civil Law, Property,



- Mizan, Tehran, Fourteenth Edition, Tehran.
- .Safaei, Seyed Hossein, 1996, Articles on Civil Law and Comparative Law, Mizan Publishing, First Edition, Tehran
- Samuelson, P. 2016. Evolving Conceptions of Copyright Subject Matter. U. Pitt. L. Rev., 78, 17.
- Tavakoli, Mohammad Mehdi, 2015, Summary of Commercial Law (4-1), New Thought Plan, Tehran, Fourth Edition.
- Vaidhyathan, Siva, 2017, Intellectual Property, A Very Short Introduction, Oxford University Press.
- Weaver, David, 2013, Copyright Rules (File and Description), translated and written by Shimapour Mohammadi, Mizan Publications, First Edition, Tehran.
- Westmacott P, Hogan N. 2011. Sowing seeds of change for the digital world – A response to ‘Digital opportunity: A review of intellectual property and growth’. Computer Law & Security Review; 27 (5): 546-50.
- William, Fisher, Theories of intellectual property, Available at: [Cyber.harvard.edu/People/tfisher/iptheory.PDF](http://Cyber.harvard.edu/People/tfisher/iptheory.PDF). Last visited: 2010/12/16.
- WIPO, Intellectual Property Hand Book, 2008, Wipo Publication, Second Edition.
- WIPO Copyright Treaty (WCT), 1996. Available at: <http://www.wipo.int/about-ip/en/>. Accessed 2020, Nov 21.
- Yu Q. 2017. China's stance on the Google / Motorola merger: Implications for competition in intellectual property-intensive sectors. Computer law & security review; 33 (1): 103-11.
- Zarkalam, Sattar, 2019, Literary and Artistic Property Rights, Samat Publications, Fifth Edition, Tehran.

# *Journal of Comparative Law*

**Publisher:** *University of Mazandaran*

**Director-in-Charge:** *Dr. Javad Taghizadeh*

**Editor-in-Chief :** *Dr. Hamid Abhari*

**Internal Manager:** *Dr. Seyyed Hasan Hosseini Moghaddam*

**Executive Director:** *Ehsan Nemati*

## **Editorial Board:**

Dr. Hamid Abhari, Professor University of Mazandaran  
Dr. Mohsen IZANLOU, Associate Professor, University of Tehran  
Dr. Abdul Reza Javan Jafari, Associate Professor of Ferdowsi University of Mashhad  
Dr. Mehrab Darabpour, Professor of Shahid Beheshti University  
Dr. Abolhasan Shakri, professor University of Mazandaran  
Dr. Ebrahim Shaareyan Sattari, Professor University of Tabriz  
Dr. Bijan Abbasi, Associate Professor, University of Tehran  
Dr. Mohsen Abdulahi, Associate Professor of Shahid Beheshti University  
Dr. Sattar Azizi, professor of Bo ali Sina University  
Dr. Kyomarth Kalantari, professor at University of Mazandaran  
Dr. Homayoun Mafi, Professor of University of Judicial Sciences and Administrative Services  
Dr. Sam Mohammadi, Professor University of Mazandaran  
Dr. Pejman Mohammadi, Professor of Tarbiat Modares University  
Dr. Ali Mashhadi, Associate Professor of Qom University  
Dr. Alireza Yazdani, Associate Professor University of Isfahan

## **Editors:**

- *Dr. Ebrahim Fakhri* (English)

- *Mr. Ehsan Nemati* (Persian)

**Printing and Binding:** *Katibeh Printing Co*

**Address:** *Office of Scientific Journal, Faculty of Law and Political Sciences, Pardis of University of Mazandaran, Shahid Beheshti St. Babolsar, Iran.*

**Email:** [pajohesh.l-p@umz.ac.ir](mailto:pajohesh.l-p@umz.ac.ir)

**TeleFax:** +981135302104

**Web page:** [www.lps.umz.ac.ir](http://www.lps.umz.ac.ir)

*Journal of Comparative Law*

**Vol. 5 .... No. 1**

**Spring and Summer 2020**

**University Of Mazandaran**



# *Journal of Comparative Law* *University Of Mazandaran*

## Articles :



- Resale of goods (self-help and emergency sales) in the Convention on International Sale of Goods (1980) and Iranian law with emphasis transportation laws  
Meysam akbari; Hani hajian
- Penal transaction as an alternative mechanism to public prosecution (a comparative study of Iranian, Belgian and French legal system)  
Erfan Babakhani
- Independence of the Supreme Constitutional Court of Egypt  
Vahid Bakoei ketrimi; Javad Taghizadeh; Morteza Nejabatkhah
- Comparative study of the principles and conditions of legitimate defense in the criminal law of Iran and Scotland  
Mohammad Hasan hasani; Hamid Alizadeh; Qasem salman
- Feasibility of considering professional sports competitions as literary and artistic works  
Mahmoud hekmatnia; Rahim pilvar; Masoud zangene
- "Plea of Procedure" in Iranian and French Legal System Comparative Study  
Hassan Mohseni; Hadi Malektabar Firouzjai
- Comparative study of criminal liability of legal entities in Iran and the Council of Europe  
Mohammad moradi; azade sadeghip; esmaeil haditabar
- Comparative Study of Arbitral Awards and Settlement Agreements Refusal Grounds of Relief in Iranian Law and International Provisions  
Reza Maboudi Neishabouri; Seyed Alireza Rezaee
- A comparative study of the Basic Judge in the Afghanistan and US legal systems  
Ayat molaee; Mohammad rafi Dolaty
- A Comparative Study on Incorporation of Charterparty Arbitration Clauses into Bills of Lading (Selective Countries: England, China, Germany and Iran)  
Esmaeil Yaghoubi; Masoud Dadkhah
- An Analysis of Exclusive or Allegorical Approaches to Article 2 of the Copyright Protection Act of 1969, with an Overview of the Berne Convention  
Ehsan Nemati; Mohammad Reza Parvin; Mehdi Taleghan Ghafari

