

پژوهشنامه حقوق تطبیقی

عنوان مقاله ها:

- * تهاتر در نظام های حقوق فرانسه و آلمان با نگاهی به تهاتر قهری در حقوق ایران
:: احمد اسفندیاری ::
- * اثرگذاری رسانه در ارتکاب و پیشگیری از جرم در پرتو جرم‌شناسی فرهنگی
:: جابر اسماعیل زاده؛ نجاد علی الماسی؛ ربیعا اسکینی؛ علی اکبر ایزدی فرد ::
- * مطالعه تطبیقی ضمان ناشی از حق یا ادعای مالکیت فکری ثالث بر مبیع در کنوانسیون وین ۱۹۸۰ و حقوق ایران
:: محمدحسین تقی پور درزی نقیبی؛ حمید ابهری؛ محمد فرزندگان ::
- * مطالعه تطبیقی تاثیر ازدواج با اتباع خارجی در کسب تابعیت در قوانین فرانسه، آلمان و ایران
:: منوچهر توسلی نائینی ::
- * محدودیت ها و شرایط دعوای مشتق سهامداران اقلیت در حقوق انگلیس و حقوق رومی ژرمن: قانون، رویه و اصلاحات پیشنهادی
:: معصومه جاوید؛ مهدی عاشوری؛ حسین کاویار ::
- * رسیدگی به پولشویی و اثبات آن در پرتو سیاست جنایی تقنینی-قضایی ایران و استانداردهای FATF
:: امیر جمالی حاجیان؛ اسماعیل عبدالهی؛ احمد میرزایی ::
- * بازه زمانی بازداشت موقت در ایران و کشورهای عربی (مصر، عربستان و لبنان)
:: هادی رستمی؛ علی مولاییگی؛ حسن باوی ::
- * مطالعه تطبیقی همگانی بودن و آزادی آموزش در قانون اساسی ایران و اسناد بین المللی، با تاکید بر راهکارهای حل تعارض
:: رقیه صادقی رام؛ روح الله موذنی؛ سیده زهرا پوررشید ::
- * واکاوی تغلیظ دیه در ماه‌های حرام و حرم مکه با رویکرد انتقادی
:: عدنان عمرانی فر؛ مهدی شیداییان؛ احمد حاجی ده آبادی؛ حسن عالی پور ::
- * بررسی تطبیقی ضمانت اجرای تخلف از شرط گشایش اعتبار اسنادی مندرج در بیع تجاری بین المللی از منظر حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین المللی کالا
:: فرزاد کرمی کلمتی؛ سید محمد حسن ملائکه پور شوشتری ::
- * پابندی دادرسی الکترونیک به اصول بنیادین دادرسی با نگاهی تطبیقی به حقوق فرانسه
:: حسن محسنی؛ زینب بهشتی پور ::
- * امکان سنجی شناسایی جامعه به عنوان صاحب حق نسبت به حریم خصوصی در گذشتگان با مطالعه تطبیقی
:: عباس میرشکاری؛ علیرضا فتاحی کتی لته ::

پژوهشنامه علمی

حقوق تطبیقی

رتبه «ب»

دوره ۵ / شماره ۲ / پیاپی ۸

پاییز و زمستان 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 نشانی اینترنتی: www.lps.umz.ac.ir

• پژوهشنامه حقوق تطبیقی، مسؤل 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 شهبسوازی / 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 هشتم 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 از الزامات می باشد، با مراجعه به سایت 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 BTittr 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 (حتی المقدور 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 نظام مند 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/

* 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

A Review of Set-off in French and German Legal Systems Considering "Ghahri" Set-off in Iranian Law

Ahmad Esfandiari*¹ ¹ Assistant Professor, Department of Private Law, Islamic Azad University, Sari Branch, Sari, Iran

10.22080/LPS.2022.22597.1281

Received:

November 7, 2021

Accepted:

December 15, 2021

Available online:

February 14, 2022

Keywords:

Automatic purity, Legal purity, Declarative purity, Voluntary purity, Confrontation

Abstract

The fall of two opposing religions to the extent that they equate with each other, from the moment of the intersection inspired by the term ipso jure in the Roman Law became a rule under the influence of the ideas of Duma and Putie in the French Law. Since then, the concept of purity was largely exaggerated and unrealistic. To resolve the conflicts around it and bring it in line with reality, the concept of legal purity was enshrined in the French Civil Law and the concept of declared purity was enriched in the German Law. Article 295 of the Civil Code of Iran introduced the phrase "Coercive Purity" inspired by some views in the Islamic jurisprudence and the written legal system. Due to the ambiguity in the meaning of the word "Coercion" in jurisprudential books, most legal writers considered it as equivalent to automatic purity or legal purity. The purpose of this study is to examine the purity in the French and German legal systems by looking at the coercive purity in the Iranian Law and identify the strengths, weaknesses and gaps of the existing regulations. The research method in this article is analytical-descriptive. Finally, it seems that careful attention to the jurisprudential background of the subject and the expressions used in the Civil Law brings coercive purity closer to the concept of declarative purity in the German Law and voluntary purity in the Islamic jurisprudence.

***Corresponding Author:** Ahmad Esfandiari**Address:** Assistant Professor, Department of Private Law, Islamic Azad University, Sari Branch, Sari, Iran**Email:** ahmadesfandiari@iausari.ac.ir



Extended Abstract

1. Introduction

The French and German legal systems went through ups and downs to reach the current concept of set-off. The roots of the views and solutions in the field of set-off in these two systems must be sought in Roman Law where set-off was initially considered just a means of procedure and could be raised exclusively in the judicial process (Van Deventer, 2016: 11). In Justinian's era, set-off was accepted conditionally and gradually as a rule in the Roman legal system by prescribing judicial set-off- which can only be invoked in court and the possibility of which depends on the discretion of the judicial authority- so that when the proceeding and decision on mutual debts did not require much time and complex actions, the court could issue a verdict of set-off (Sanhoury, 1988, 3: 886).

2. Research Methodology

In this article, the main emphasis is on identifying and introducing the historical course and views on set-off in the two legal systems of France and Germany and comparing them to the concept of "Ghahri Set-off" in Iranian legal system. To this end, an analytical-descriptive method is used along with library tools. Our studies in this field indicate that:

In the seventeenth century, automatic set-off was crystallized in the French Civil Law system, based on which, two mutual debts, from the moment intersected, disappeared to the extent that they equated with each other (Carbonnier, 1997: 559). Some Muslim jurists have introduced the set-off between the two mutual debts as rational and refused their survival (Rashti, 1401: 202) without considering any role for the will of at least one of the parties or the direct ruling of the Shariah

in this case. However, the Shariah also confirmed this rational ruling and indirectly ruled the set-off of the two mutual debts. As some commentators on the Civil Law argue, the "Ghahri Set-off" in Article 295 of the Iranian Civil Law has been interpreted as a rational set-off. (Emami, 1993, 1: 343; Katozian, 2000: 452). Due to the unrealistic theory of automatic set-off and the existing conflicts, its validity was declined rapidly (Drakidis, 1955: 239) and the concept of "Legal Set-off" gradually overcame it in French Law. According to Article 1290 of the French Civil Code, when two mutual debts meet and, if there are conditions, set-off takes place without the need for a court order and even without the need to inform the parties. Some Muslim jurists argued that the simultaneous engagement of a person in a debt, which is obligatory against him, is contrary to the rules of the Sharia without accepting a role for the will of one of the two mutual debtors or the rule of reason. They considered "Canonical Set-off" which is somewhat close to the concept of "Legal Set-off" (Hakim, Bitā: 401). The works of the first commentators on the Civil Law do not mention legal set-off. This term- which entered the Iranian's legal literature through French law- was considered by some late legal writers as comparable to "Ghahri Set-off" and "Rationale Set-off" (Jafari Langroudi, 1993: 182; Shahidi, 2010: 164; Katozian, 2000: 454). However, one of the legal writers implicitly approached the concept of "Canonical and Legal Set-off" by referring to the non- extinction of two obligations in the absence of the rule of law (Jafari Langroudi, 2002, 2: 1474). According to German Civil Law- which, despite maintaining some common principles of set-off, gradually parted ways with French law- in the presence of two mutual debts, achieving set-off between the two

requires a declaration by the debtor being addressed to the creditor. This type of setting off is known as “Declaratory Set-off”.

Research Results

In Islamic jurisprudence, set-off is a matter of choice and “Ghahri Set-off” refers to cases where due to the mutuality between the two debts, there is no need for mutual consent for set off to occur. However, the will of one of the two mutual debtors in the process of its occurrence is emphasized. This means that whenever a person's dhimma is engaged in something that another person's dhimma is engaged in, the debtor can set it off (Khansari, 1976, 1: 125; Khoei, Bi Ta, 38: 404). Although most Iranian Civil Law writers have tried to reconcile the “Ghahri Set-off” in the Civil Law with “Automatic Set-off” or “Legal Set-off”, in exceptional cases they have pointed to the need for the will of one of the parties. One of these cases is Article 282 of the Iranian Civil Code, according to which if a person owes several debts to another, it is up to the debtor to determine which debt the payment is for.

3. Conclusion

Article 295 of the Iranian Civil Code, without referring to the spontaneity of set-off and the legislator's ruling in this process, recognizes the concept of “Ghahri Set-off” versus “Contractual Set-

off”. The clause “... without the parties agreeing on this issue” in the mentioned article only denies the necessity of agreement for the occurrence of set-off. However, it does not expose the necessity of announcing the will of one of the parties in this case. Furthermore, the clause “... as soon as two persons with each other, and the parties go against each other in the amount equal to each other” is also a potential for the creation of a set-off, which becomes an action by announcing the will of one of the parties. In this case, the effect of set-off is immediate and applies only to the future. Thus, it turns out that the “Ghahri Set-off” in the Iranian law is closer to the concept of “Declarative Set-off” in the German Law compared to the “Automatic Set-off” or “Legal Set-off” in the French Law.

Funding

There is no funding support.

Authors' contribution

All parts of the paper have been prepared by the corresponding author.

Conflict of interest

The author declares no conflict of interest.

Acknowledgments

The author is grateful to all the consultants to this paper.



علمی پژوهشی

تهاتر در نظام های حقوق فرانسه و آلمان با نگاهی به تهاتر قهری در حقوق ایران

احمد اسفندیاری^{*۱} ID

^۱ استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، واحد ساری، دانشگاه آزاد اسلامی، ساری، ایران

doi 10.22080/LPS.2022.22597.1281

چکیده

سقوط دو دین متقابل به طور خودکار به مقدری که با یکدیگر معادله می‌نمایند، از لحظه‌ی تلاقی با الهام از عبارت "Ipsa Jure" در حقوق روم و تحت تأثیر و نفوذ اندیشه‌های دوما و پوتیه در حقوق فرانسه به عنوان یک قاعده شکل گرفت. اما از آنجایی که این مفهوم از تهاتر تا حد زیادی، مبالغه‌آمیز و غیرواقع‌گرایانه بود، برای رفع تعارضات موجود در اطراف آن و سازگار نمودن آن با واقعیات، مفهوم تهاتر قانونی در قانون مدنی فرانسه و مفهوم تهاتر اعلامی در حقوق آلمان، پیش‌بینی شده است. ماده‌ی ۲۹۵ قانون مدنی ایران، عبارت «تهاتر قهری» را با الهام از برخی دیدگاه‌های موجود در فقه اسلامی و نظام حقوق نوشته، مطرح نمود. به دلیل ابهام در مفهوم واژه «قهری» در کتاب‌های فقهی، بیشتر نویسندگان حقوقی، آن را معادل تهاتر خودکار یا تهاتر قانونی به حساب آوردند. هدف از انجام این تحقیق، بررسی تهاتر در نظام‌های حقوق فرانسه و آلمان با نگاهی به تهاتر قهری در حقوق ایران و شناسایی نقاط قوت و ضعف و خلأهای مقررات موجود است و روش تحقیق در نگارش این مقاله به صورت تحلیلی-توصیفی است. در نهایت چنین به نظر می‌رسد که توجه دقیق به پیشینه‌ی فقهی موضوع و عبارات به‌کاررفته در قانون مدنی، تهاتر قهری در قانون مدنی را به مفهوم تهاتر اعلامی در حقوق ژرمنی و تهاتر اختیاری در فقه اسلامی، نزدیک‌تر می‌کند.

تاریخ دریافت:

۱۶ آبان ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۲۴ آذر ۱۴۰۰

تاریخ انتشار:

۲۵ بهمن ۱۴۰۰

کلیدواژه‌ها:

تهاتر خودکار؛ تهاتر قانونی؛
تهاتر اعلامی؛ تهاتر اختیاری؛
تقابل.

* نویسنده مسئول: احمد اسفندیاری

آدرس: استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، واحد ساری، دانشگاه آزاد اسلامی، ساری، ایران
ایمیل: ahmadesfandiari@iausari.ac.ir

۱ مقدمه

دیدگاه‌های تهاتر خودکار، تهاتر قانونی و تهاتر اعلامی در این کشورها با مفاهیم و مبانی و آثار خاص خود، ادبیات حقوقی اصیلی را در مقایسه با نظام حقوقی روم قدیم خلق نمودند. با این حال در سایه‌ی تحولات ایجادشده، دیدگاه دو نظام حقوقی رومی و ژرمنی در مورد تهاتر- بدون در نظر گرفتن برخی تفاوت‌های جزئی، بسیار به یکدیگر نزدیک شده است و علی‌رغم داشتن تمایلات مغایر، هر دو نظام حقوقی در نهایت، نقش اراده در وقوع تهاتر را به رسمیت شناختند و تفاوت آن‌ها در این زمینه به تفسیر سکوت، محدود شده است: مطابق سیستم نخست، در صورت سکوت خوانده، فرض بر این است که وی خواست تا تهاتر انجام شود. برعکس در سیستم اخیر در صورت سکوت بدهکار، فرض بر این است که وی نخواست که تهاتر واقع شود.

مراجعه به پیشینه‌ی فقهی موضوع، نیز نشان می‌دهد که مطابق نظر مشهور فقها، منظور از تهاتر قهری، نوعی از تهاتر است که به دلیل اشتغال همزمان ذمه‌ی دو شخص به دو دین کلی- که از لحاظ جنس و وصف، یکسان می‌باشند- برای برائت ذمه‌ی دو بدهکار بستانکار از یکدیگر، نیازی به تراضی آن‌ها نمی‌باشد؛ ولی اراده‌ی یکی از طرفین در وقوع تهاتر، لازم بوده و این امر، هرگز به‌طور خودبه‌خودی یا به حکم شارع واقع نمی‌شود و به استناد خوانده در دادگاه، نیازی نیست. از این گذشته، برخلاف اکثر فقها که اثر تهاتر را برائت ذمه و به تبع آن، سقوط دو دین می‌دانند، فقهای حنفی، اثر آن را صرفاً محدود به سقوط حق مطالبه‌ی دین معرفی می‌کنند (زحیلی، ۱۹۸۵، ۳: ۳۸۴) و نه سقوط اصل دو دین. بر این اساس هرگاه بدهکار پس از اجتماع شرایط تهاتر، از روی میل دین خود را پرداخت نماید، نمی‌تواند به استناد اینکه با ایجاد شرایط تهاتر، دین او ساقط شده است، استرداد آنچه را پرداخته است، مطالبه کند.

با اینکه ماده‌ی ۲۹۵ قانون مدنی، وقوع «تهاتر قهری» میان دو دین کلی، مربوط به دو شخص،

نظام حقوقی رومی و ژرمنی برای رسیدن به مفهوم کنونی از تهاتر، راه پرفرازونشیبی را پیمود. ریشه‌ی دیدگاه‌ها و راه‌حل‌های موجود در زمینه‌ی تهاتر را در این دو نظام باید در حقوق روم جست‌وجو کرد. به لحاظ تاریخی، پذیرش تهاتر یا عدم پذیرش تهاتر در نظام‌های حقوقی بر ملاحظات آیین دادرسی، استوار بود. در حقوق روم نیز در ابتدا تهاتر یک ابزار دادرسی، محسوب می‌شد (Jousselin, 1900: 27) و صرفاً به‌عنوان مکانیزم دادرسی، عمل می‌نمود و منحصرأ در فرایند رسیدگی قضایی، قابلیت مطرح‌شدن داشت (Van Deventer, 2016: 11).

مطابق اصل رسیدگی واحد^۱، دعوای واحد، فقط می‌توانست شامل طلب واحد باشد؛ به این معنی که پاسخ به دعوا به‌صورت بله یا خیر یعنی از طریق اقرار به دعوی یا انکار نسبت به آن، قابل طرح بود. لذا این امکان برای خوانده فراهم نبود تا در برابر دعوای خواهان، به تهاتر استناد نماید؛ زیرا برای چنین کاری، او می‌بایست ابتدا به حقانیت دعوای خواهان اقرار کند و پس از تصدیق به حقانیت دعوای خواهان، دیگر نمی‌توانست ادعا نماید که او نیز بر ذمه‌ی خواهان طلبی دارد تا میان دو دین، تهاتر صورت گرفته و نهایتاً دو دین ساقط گردد. به این ترتیب، ابتدا دادگاه، حکم به محکومیت خوانده صادر می‌نمود و سپس او می‌توانست برای طلبی که بر ذمه‌ی خواهان داشت، دعوای مستقلی اقامه نماید (سنهوری، ۱۹۸۸، ۳: ۸۷۶). با این حال بعد از مدتی، دیدگاه تهاتر قضایی به مفهوم وقوع تهاتر میان دو دین متقابل با صلاحدید و اختیار دادگاه در این نظام حقوقی پذیرفته شد.

حقوق روم در مسیر خود به سمت اروپای قاره‌ای در مواجهه با اندیشه‌ها و افکار نویسندگان فرانسوی و آلمان در مورد تهاتر دستخوش تحولات بسیار شگرف واقع شده و البته در معرض تفاوت‌های بنیادینی قرار گرفت. به‌طوری که هرکدام از

قانون مذکور نشان می‌دهد که دعوای متقابل علاوه بر جنبه‌ی دفاعی از طواری تهاجمی بوده و متضمن مطالبه‌ی چیزی از خواهان اصلی است که نیاز به تقدیم دادخواست دارد. در نتیجه هرگاه خوانده، ادعای خود را در قالب دعوای متقابل مطرح نماید، از آنجایی که به‌عنوان یک امر دفاعی به تهاجر استناد نکرده است، دادگاه نمی‌تواند رأساً تهاجر را اعمال کند. علاوه بر این، نارسایی دیدگاه‌های مذکور در تبیین تهاجر قهری و لزوم دخالت اراده در توجیه آن در مواردی، موجب گردید تا دیدگاه برخی نویسندگان، مبانی نظام حقوقی ژرمنی را- که بر اساس آن، تهاجر صرفاً به اعلام اراده‌ی یکی از طرفین، خطاب به طرف دیگر، واقع می‌گردد- تداعی نماید.

هدف این تحقیق آن است با تحلیل مفهوم و مبانی تهاجر قضایی، تهاجر خودکار، تهاجر قانونی و تهاجر اعلامی، مشخص نماید که مفهوم تهاجر قهری به کدامیک از آن‌ها نزدیک‌تر است؟

۲. تهاجر قضایی

در زمان ژوستینین، تهاجر به‌عنوان قاعده‌ای، ماهوی با تجویز تهاجر قضایی- که استناد به آن تنها در دادگاه، ممکن بود- به صورت مشروط و به‌تدریج در نظام حقوقی رومی پذیرفته شد. به‌طوری‌که هرگاه رسیدگی و اتخاذ تصمیم در مورد دین متقابل، مستلزم صرف زمان بسیار و اقدامات پیچیده نبود، دادگاه می‌توانست، اقدام به صدور حکم به تهاجر نماید (سنه‌وری، ۱۹۸۸، ۳: ۸۸۶). بنابراین در این نوع از تهاجر، امکان وقوع آن به صلاح‌دید مرجع قضایی واگذار شده است. بدیهی است این معنی از «تهاجر قضایی» با آنچه که در حقوق مدنی ایران مد نظر قرار می‌گیرد، تفاوت زیادی دارد.

مفهوم از تهاجر قضایی از طریق حقوق روم به حقوق فرانسه و آلمان راه پیدا کرد (سنه‌وری، ۱۹۸۸، ۳: ۸۸۶) که البته در هر کدام مسیر نسبتاً متفاوتی پیمود:

نسبت به یکدیگر را در صورت وجود شرایط متقابل، مطرح نموده است، حقوق ایران تحت تأثیر تحولات حقوق رومی- ژرمنی از یک سو و دیدگاه‌های فقهی از سوی دیگر، در مورد تهاجر، صحنه‌ی تعارضات بحث‌انگیزی شده و به دلیل تردید در منشأ اقتباس یا حداقل تعدد آن و همچنین ناتوانی در حل پاره‌ای از مسائل، مفهوم تهاجر قهری، همواره، موضوع تعبیر و تفسیرهای ضدو نقیضی قرار گرفته است. در وضع کنونی مفهوم «تهاجر قهری» مندرج در ماده‌ی ۲۹۵ قانون مدنی به دلیل تعدد منشأ اقتباس آن در معرض تفسیرهای ضد و نقیضی قرار دارد. شارحان قانون مدنی- که با مبانی حقوق رومی و فقه امامیه، آشنایی داشتند- آن را در راستای دیدگاه تهاجر خودکار موجود در آثار برخی نویسندگان فرانسوی، قبل از تدوین قانون مدنی آن کشور و تهاجر عقلی در اندیشه‌های برخی فقهای متأخر، تفسیر نمودند؛ به‌طوری‌که به‌محض اجتماع شرایط، دو دین متقابل بدون نیاز به دخالت اراده‌ی بدهکاران بستانکار از یکدیگر، تهاجر شده و زایل می‌گردند. سیاق برخی قیود ماده فوق در القای چنین استنباطی، بی‌تأثیر نبوده است. نویسندگان متأخر حقوق مدنی با درک ناتوانی تفسیر مذکور در حل پاره‌ای از موضوعات به لحاظ نظری و عملی، تلاش نمودند تا مفهوم تهاجر قهری را مترادف با تهاجر قانونی، مندرج در ماده‌ی ۱۲۹۰ قانون مدنی فرانسه ۱۲۹۰، معرفی نموده و خلأهای موجود را از طریق دخالت‌دادن استناد خوانده به تهاجر در فرایند دادرسی، مرتفع نمایند. علاوه بر این با وجود تلقی آن به‌عنوان امری ماهوی، ادبیات حقوقی، نتوانست نقش قواعد دادرسی را در این مورد نادیده بگیرد. چنانکه نویسندگان متأخر حقوق مدنی، تلاش نمودند تا خلأهای موجود در مفهوم تهاجر قهری را با استمداد از مفهوم تهاجر قانونی در قانون مدنی فرانسه و از طریق دخالت‌دادن استناد خوانده به تهاجر در فرایند دادرسی، مرتفع سازند (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۴۶۴). از مواد ۱۸ و ۱۴۲ قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، استنباط می‌شود که تهاجر از طرق دفاعی است؛ اما مواد ۱۷ و ۱۴۱ به بعد

۳ تهاتر خودکار^۱

است(کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۴۱۵) البته منظور از حکم قانون، اراده‌ی عام و غیرمستقیم قانون‌گذار است. بنابراین، تهاتر، وسیله‌ای برای دو پرداخت متقابل از سوی دو بدهکار و ساده‌کردن آن می‌باشد و با وقوع آن، تعهد، اجرا و اسقاط می‌شود(کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۲۳۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۹۱۰) و موجب احتراز از پرداخت مکرر دیون بوده و مانع صرف هزینه‌های راجع به ارسال دین و اقامه و تعقیب دعوی و هزینه‌های دادرسی و اطالهی آن می‌شود. با این حال، مطابق نظر عده‌ای دیگر، وفای به عهد، نه واقعی حقوقی بلکه از جمله اعمال حقوقی است(شهیدی، ۱۳۸۹: ۱۶۷). در این صورت از آنجایی که احکام تهاتر از قواعد آمره و مربوط به نظم عمومی محسوب نمی‌شود که نتوان خلاف آن را اراده نمود، وقوع تهاتر به اراده‌ی طرفین یا اراده‌ی یک طرف، موکول می‌گردد.

دوم آنکه دو بدهکار متقابل برای تهاتر دیون، تمایل ضمنی دارند. تهاتر خودکار، از این فرض قانونی سرچشمه می‌گیرد که قصد دو بدهکاری که به‌طور همزمان، بستانکار یکدیگر نیز محسوب می‌شوند، آن است که بدین وسیله، تعهدات متقابل را زایل نمایند. بنابراین، آنچه فرض می‌شود که دو بدهکار متقابل می‌خواهند انجام دهند، ذاتاً معتبر است و از آنجایی که تهاتر، همزمان برای طرفین به یک اندازه، دارای مطلوبیت است، عمل تهاتر به حکم و اجبار قانون حتی بدون اطلاع بدهکاران، واقع می‌شود(Larombier, 1885: 115).

به‌رغم دیدگاه مذکور در پرتو تحولاتی که در تفسیر تهاتر اتفاق افتاد، دیگر نمی‌توان باور کرد که خودکاربودن آن از ارزش ذاتی به‌کارگیری این روش اجرا برای دو بدهکار متقابل، ناشی شده باشد؛ زیرا تهاتر، فقط برای شخصی که طرف دعوی قرار می‌گیرد و می‌خواهد از آن استفاده کند، مفید است

مفهومی از تهاتر- که مخلوطی از تهاتر قانونی و تهاتر قضایی بود- از حقوق روم به حقوق قدیم فرانسه راه پیدا کرد(سنهوری، ۱۹۸۸، ۳: ۸۸۶) و تحت عنوان «تهاتر خودکار^۲» از سوی ژواس مطرح شده و تحت تأثیر و نفوذ اندیشه‌های پوتیه و دوما در نظام حقوق مدنی این کشور تبلور یافته و ریشه دوانید (Carbonnier, 1997: 559؛ Nichet, 1934) و در حقوق مدنی ایالت کبک کانادا نیز به‌عنوان قاعده پذیرفته شد. تهاتر خودکار به این معنی است که دو دین متقابل، از لحظه‌ای که با یکدیگر تلافی نمودند، به مقداری که با یکدیگر معادله می‌نمایند، زایل می‌گردند(Van Deventer, 2016: 11).

تهاتر خودکار بر چند مبنا استوار شده است که به دلیل عدم سازگاری آن‌ها با واقعیت‌های حقوقی به‌شدت قابل خدشه است:

نخست آنکه تهاتر وسیله‌ای ایفای دین، بر اساس دیدگاه کلاسیک، ماهیت تهاتر، عبارت است از پرداخت دو دین متقابل که به‌صورت خودکار صورت می‌گیرد. نظام‌های حقوق رومی مانند فرانسه و بلژیک، دیدگاه خود را درباره تهاتر را بر اساس نظریات پوتیه پایه‌گذاری و مقرر نمودند که تهاتر به‌طور خودکار^۳ یعنی بدون دخالت اراده‌ی دو بدهکار متقابل یا حداقل یکی از آن‌ها یا بدون مداخله‌ی اراده‌ی بی‌واسطه‌ی قانون‌گذار انجام می‌شود.

مطابق نظر برخی نویسندگان حقوق مدنی ایران، تهاتر، یکی از مصادیق وفای به عهد بوده و در زمره‌ی وقایع حقوقی به حساب می‌آید که در صورت وقوع، اثر خود را بر جای می‌گذارد(کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۴: ۸). در این صورت، اراده‌ی بستانکار و بدهکار نباید در تهاتر دخیل باشد و منبع اصلی آن، حکم قانون

صلاحید دادگاه یا حکم قانون‌گذار به‌طور خودبه‌خودی زایل می‌گردند.

3- Automatiquelement

1- La Compensation Automatiques

۲- تهاتر خودکار، نوعی از تهاتر است که در آن دو دین متقابل، از لحظه‌ای که با یکدیگر تلافی نمودند، به مقداری که با یکدیگر معادله می‌نمایند، بدون دخالت اراده‌ی طرفین،



برای ذمه محسوب می‌شوند. البته، شارع نیز بر این حکم عقلی، صحه گذاشته و به‌طور غیرمستقیم به تهاتر دو دین، حکم می‌دهد. چنانکه گروهی، اشتغال همزمان ذمه را به دینی- که مثل آن را محال علیه در مقابل او بر ذمه دارد- بر خلاف احکام شارع معرفی نمودند(حکیم، بی تا: ۳۴۰۱). با این حال، عده‌ای در انتقاد از دیدگاه فوق، ضمن لازم‌شمردن تراضی برای تحقق تهاتر، عقیده دارند که با وجود معلوم بودن اشتغال ذمه‌ی دو طرف، نسبت به یکدیگر، هر طلب را به‌طور جداگانه و بدون توجه به طلب دیگری می‌توان استیفا نمود و طلب بدهکار، مانع استیفای طلب بستانکار نخواهد بود؛ اگر چه هر دو طلب، کلی باشند(اردبیلی، ۱۴۱۷، ۹: ۹۹).

ماده‌ی ۲۹۵ قانون مدنی، وقوع «تهاتر قهری» میان دو دین کلی، مربوط به دو شخص، نسبت به یکدیگر را در صورت وجود شرایط تقابل، مطرح نموده است. «قهر» به لحاظ لغوی به چیره‌شدن و غلبه‌کردن و «قهری» به جبری و از روی قهر معنی شده است(دهخدا، ۱۳۷۱، ۱۱: ۱۵۷۱۰). از مطالعه‌ی دیدگاه‌های بسیاری از شارحان قانون مدنی می‌توان استنباط نمود که تهاتر قهری مندرج در ماده‌ی مذکور به تهاتر عقلی تعبیر شده است(امامی، ۱۳۷۲، ۱: ۳۴۳) و حتی عده‌ای از نویسندگان حقوقی به صراحت آن را اعلام کردند(کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۴۵۲؛ شمس، ۱۳۸۵، ۱: ۵۰۷).

مبنای چنین استدلالی آن است که با اجتماع دو عنوان بدهکار و بستانکار در شخص واحد، رکن اصلی دین-که تعدد طرفین آن است- زایل شده و دین، ساقط می‌گردد؛ زیرا عقل نمی‌پذیرد که شخصی، اجرای طلب را علیه خود از دادگاه مطالبه نماید. زیرا دین زمانی معنی پیدا می‌کند که بستانکار

نه برای کسی که بر او تحمیل می‌شود. به عبارت دیگر، به‌کارگیری تهاتر، فقط نفع طرفی را تضمین می‌کند که مایل باشد، آن را علیه دیگری اعمال کند نه نفع طرفی که بر او تحمیل می‌شود. بنابراین، خودبه‌خودی بودن تهاتر، صفت و نسبتی محسوب می‌شود که قانون‌گذار بدین وسیله، خواست در مواردی که شرایط قانونی تهاتر وجود دارد، مزیت متقابل ممکن را برای طرفین فراهم آورد(Belanger, 2003: 135). علاوه بر این، به‌ندرت اتفاق می‌افتد که هر دو بدهکار متقابل، تمایل داشته باشند میان دیون آن‌ها به یکدیگر به‌طور خودکار، تهاتر حاصل شود؛ بلکه آنچه در اغلب موارد اتفاق می‌افتد این است که یک طرف می‌خواهد از طریق ادعای تهاتر از آن به‌عنوان روش پرداخت استفاده کند و طرف دیگر مجبور می‌شود به‌صورت منفعلانه یا حتی علی‌رغم میل خود به آن تن دهد. در مورد چنین شخصی در صورت وقوع تهاتر خودکار بدون اینکه تمایل داشته باشد، تعهد زایل می‌شود(Belanger, 2003: 136).

برخی فقها در مورد کسی که دینی بر ذمه دارد و مثل آن را نیز از بستانکار خود طلب دارد، تساقط دو دین را بدون تبیین مبنای چنین حکمی پذیرفتند(حلی، ۱۴۱۰، ۱: ۱۷۷)^۱ از لابلای چنین عباراتی، مفهوم تهاتر خودکار به‌آسانی و دقیقاً قابل استنباط نیست. گروهی دیگر، تهاتر میان دو دین متقابل را عقلی معرفی کرده و به امتناع بقای آن‌ها نظر دادند(رشتی، ۱۴۰۱: ۲۰۲؛ جعبی عاملی، ۱۴۱۳، ۸: ۴۸۱) بدون اینکه اراده‌ی حداقل یکی از طرفین یا حکم بی‌واسطه‌ی شارع در این مورد دخیل باشد. مطابق این دیدگاه هرگاه شخصی به دیگری بدهکار باشد و در مقابل به همان مقدار از بستانکار خود طلب داشته باشد، در صورت اجتماع سایر شرایط، هر دو شخص به حکم عقل، نسبت به یکدیگر

۱- من علیه حق و له مثله تساقطا

۲- و السرّ فی ذلك أنّ دلیل التهاتر عقلیّ و هو امتناع کون الواحد بالجنس او النوع، مستحقاً له و مستحقاً علیه کالواحد الشخصی... اذا لایعقل اشتغال ذمه الشخصی بعین ما اشتغله ذمه الشخص الآخر

۳- اما إذا كانت (ذمه المحال علیه ...) مشغوله فحینئذ یقع التهاتر قهراً فلا تشتغل ذمه المحیل بشئ فیکون الحکم الشرعی أنّه تشتغل ذمه المحیل بأداء المال إذا لم تکن ذمه المحال علیه مشغوله به للمحیل

تهاتر، به حکم قانون صورت می‌گیرد. به‌عنوان قاعده‌ی کلی، تهاتر برای اجتناب از پرداخت‌ها میان طرفینی- که همزمان بدهکار و بستانکار به یکدیگر محسوب می‌شوند- به کار می‌رود (Ripert et Boulanger, 1967: 699). بر اساس قانون، در صورتی که شرایط فراهم باشد، تهاتر دیون متقابل، خودبه‌خودی و قهقراپی خواهد بود.

در خصوص دلیل پذیرش تهاتر قانونی از سوی نظام حقوقی فرانسه، عوامل متعددی ذکر شده است: نخستین عامل آن است که نوپسندگان ماده‌ی ۱۲۹۰ قانون مدنی فرانسه در پرتو اندیشه‌ی استقلال قوه‌ی قانون‌گذاری به این وسیله خواستند با طرح اتوماتیسم حقیقی قانونی و رهاکردن تهاتر از قید صلاحدید دادگاه‌ها از اقتدار و فربه‌ی قوه‌ی قضاییه، اندکی بکاهند. این سبک از برائت ذمه و سقوط تعهد، در ماده‌ی ۱۶۷۳ قانون مدنی ایالت کبک کانادا نیز به چشم می‌خورد^۳. هر دو نظام حقوقی مذکور، محصول مدرنیسم قانونی است که خود را با اصطلاح عقل‌گرایی، بر مبنای کفایت حقوق و ابزارهای قانونی اظهار می‌نمایند. بنابراین، نخستین ایده‌ای که قانون‌گذار فرانسوی، خود را به آن پایبند می‌داند، آن است که تهاتر، دیگر کار قاضی نیست؛ بلکه ناشی از خود قانون است. به عبارت بهتر، به محض وجود همزمان دو دین متقابل، در صورت وجود شرایط خاص، به حکم قانون، دو دین مذکور به میزان کمترین آن دو، تماماً ساقط می‌شوند (Belanger, 2003: 139). دومین عاملی که برخی نظام‌های حقوقی را به پذیرش تهاتر قانونی سوق داده، تمایلاتی است که از درون نهادهای قضایی برای جلوگیری از تکثر پرونده‌های قضایی

بتواند آن را علیه بدهکار اجرا کند یا آن را از عهده‌ی او اسقاط نماید. عقلاً نمی‌توان پذیرفت که شخص، اجرای طلب خود را علیه خود از مراجع رسمی مطالبه نماید یا برعکس آن را از عهده‌ی خود ساقط کند. در حقوق ایران، مثال بارز سقوط عقلی دو دین متقابل، نهاد مالکیت ما فی‌الذمه است که به دلیل اتحاد ذمه‌ی بستانکار و بدهکار در شخص واحد، دو دین متقابل، عقلاً ساقط می‌شوند. این در حالی است که در مورد تهاتر، عقل سلیم، لزوماً چنین حکمی نمی‌دهد و مطالبه‌ی اجرای طلبی را- که متقابلاً بر ذمه‌ی دیگری قرار دارد- دور از ذهن نمی‌شناسد.

برخی نیز با اینکه ماده‌ی مذکور را مقتبس از قانون مدنی فرانسه و وضع آن را با هدف جداکردن قانون مدنی از فقه اسلامی معرفی نموده، اساساً منکر حکم عقل در مورد اشتغال همزمان دو ذمه به دو دین متقابل و تساقط آن دو شدند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۲: ۴۷۲ و ۴۷۴).

۴. تهاتر قانونی

از آنجایی که مفهوم از تهاتر خودکار، تا حد زیادی، مبالغه‌آمیز و غیرواقع‌گرایانه می‌نمود، تعارضات موجود در اطراف آن به سرعت از اعتبار آن کاست (Drakidis, 1955: 239) و در حقوق فرانسه، مفهوم جدیدی از تهاتر- که «تهاتر قانونی^۱» نامیده می‌شود- به تدریج بر مفاهیم تهاتر قضایی و تهاتر خودکار غلبه یافت که دارای مبانی مستقلی است. چنانکه گفته خواهد شد، تهاتر قانونی اگرچه برخی ایرادات تهاتر خودکار را مرتفع می‌نماید، ولی انجام تهاتر به حکم قانون را به‌طور کامل توجیه نمی‌نماید. بر اساس ماده‌ی ۱۲۹۰ قانون مدنی فرانسه^۲ به محض تلاقی دو دین و در صورت وجود شرایط، بدون نیاز به حکم قضایی و حتی بدون نیاز به اطلاع طرفین،

1- La Compensation Legale

2- Art. 1290 C.C: La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs ; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives.

3-Art. 1673 C.C.Q: La compensation s'opère de plein droit dès que coexistent des dettes qui sont l'une et l'autre certaines, liquides et exigibles et qui ont pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de biens fongibles de même espèce.



بپذیرند، به «تهاتر شرعی» قابل شدند (حکیم، بی‌تا: ۳۴۰۱). با این حال، تبیین مبانی و آثار این دیدگاه در حقوق ایران، کاملاً مهجور و مغفول مانده است.

در آثار نخستین شارحان آن به تهاتر قانونی نیز هیچ اشاره‌ای نشده است و این اصطلاح، ظاهراً از طریق حقوق فرانسه، وارد ادبیات حقوقی کشور گردید و از سوی برخی نویسندگان حقوقی متأخر با تهاتر قهری و تهاتر عقلی، مترادف تلقی شد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۱۸۲؛ شهیدی، ۱۳۸۹: ۱۶۴؛ شمس، ۱۳۸۵، ۱: ۵۰۷). عده‌ای نیز به تبعیت از این نام‌گذاری و بدون توجه به تفاوت‌های موجود، اگرچه برخی آثار آن دو را در هم آمیختند، اما گاهی با درک وجود تفاوت، تهاتر قانونی را به‌عنوان مفهوم تعدیل‌شده‌ی تهاتر قهری مورد توجه قرار دادند (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۴۵۴). با این حال یکی از نویسندگان حقوقی نیز ضمن اصرار بر ترجمه‌شدن ماده‌ی ۲۹۴ قانون مدنی از ماده‌ی ۱۲۸۹ قانون مدنی فرانسه (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۹۰۹) با اشاره به عدم تساقط دو ذمه در صورت فقدان حکم قانون به‌طور تلویحی با نفی تهاتر عقلی به مفهوم تهاتر شرعی نزدیک شده و حکم مذکور را موجد وضعیت جدید معرفی کرده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۲: ۱۴۷۴).

تهاتر قانونی در حقوق فرانسه بر مبانی زیر استوار است:

نخست آنکه تهاتر، از اراده‌ی بی‌واسطه‌ی قانون‌گذار ناشی می‌شود. منظور از تهاتر قانونی، عبارت است از سقوط دو دین متقابل به حکم قانون‌گذار، به‌محض اینکه شرایط خاصی فراهم شود. با این حال، این فقط یک شیوه‌ی جبرانی در

شکل گرفته است. چنانکه موضع سختگیرانه و نسبتاً غیرقابل‌انعطاف نظام حقوقی کامن‌لا در برابر تهاتر، مشکلاتی را موجب شده بود، حقوق موضوعه‌ی انگلیس در سال ۱۷۲۹ و سپس در سال ۱۷۳۵ بنا بر ملاحظات آیین دادرسی و با هدف جلوگیری از کثرت و تعدد دعاوی^۱، تهاتر را پذیرفت. همین امر، یکی از علل پذیرش تهاتر قانونی در حقوق فرانسه قلمداد شده است (Van Deventer, 2016: 67). در صورتی که هدف از تهاتر، اجتناب از جریان و تکثر دعاوی باشد، راه حل بهتر آن بود که به هر دو دعوی به طور توأمان رسیدگی شود. امروزه که بیش از دو بیست سال از ورود مفهوم تهاتر قانونی به حقوق موضوعه می‌گذرد، برخلاف ثبات ظاهری حقوقی، معیار تهاتر، تحول یافته و با نیازهای حقوقی سازگار شده است. با این حال، تهاتر به حکم قانون در ماده‌ی ۱۲۹۰ در مقررات اصلاحی ۲۰۱۶ قانون مدنی این کشور^۲، دست نخورده مانده و عیناً مورد تأکید واقع شده است. هرچند معمولاً، تهاتر قانونی نیز گاهی خودکار نامیده می‌شود اما این ویژگی، امری نسبی است. دکترین حقوقی فرانسه، اکنون این دیدگاه را می‌پذیرد که وقوع چنین تهاتری، منوط به اعلام اراده‌ی حداقل، یکی از دو بدهکار متقابل (Terre, Simler et Lequette, 1996: 1043) در فرایند دادرسی است که از آن تحت عنوان «لزوم استناد به تهاتر» یاد می‌شود.

اگرچه در کتاب‌های فقهی در مورد اصطلاح تهاتر قانونی، مطالبی دیده نمی‌شود، برخی فقها، اشتغال همزمان ذمه‌ی شخص را به دینی-که مثل آن را محال علیه در مقابل او بر ذمه دارد- برخلاف احکام شارع معرفی نموده و بدون اینکه برای اراده‌ی یکی از دو بدهکار متقابل یا حکم عقل در این مورد، نقشی

۳- اما إذا كانت (ذمه المحال علیه...) مشغولة فحينئذ يقع التهاتر قهراً فيكون الحكم الشرعي أنه تشتغل ذمه المحيل...

La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs ; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives.

1- Circuity of Action

2-Art. 1290 C.C: La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs ; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives.

با این حال در برخی کتاب‌های حقوقی با تطبیق تهاتر قهری بر تهاتر قانونی، تحقق آن به حکم قانون، مورد پذیرش واقع شده است (شهیدی، ۱۳۷۷: ۱۶۵). در این میان گروهی با درک نارسایی تهاتر قهری به معنای پرداخت خودکار دو دین متقابل و سقوط تعهد، آن را با تهاتر به حکم قانون و تهاتر عقلی، مترادف قلمداد نموده و حتی منظور ماده ۱۲۹۰ قانون مدنی فرانسه را که بر وقوع تهاتر به حکم قانون، تأکید دارد بر تهاتر قهری، حمل کردند (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۴۵۳). یکی از نویسندگان آیین داری مدنی، ضمن رد تقسیم تهاتر به قهری، قضایی و قراردادی، تهاتر را به طور کلی، ناشی از قانون دانست (شمس، ۱۳۸۵، ۱: ۵۰۷). به نظر می‌رسد منظور از حکم قانون در اینجا اراده‌ی غیر مستقیم و باواسطه‌ی قانون‌گذار است که به یکی از طرق تهاتر خودکار، اختیاری، قضایی یا قراردادی عمل می‌نماید. این درحالی است که تهاتر قانونی در مفهوم خاص خود از اراده‌ی مستقیم و بی‌واسطه‌ی قانون‌گذار ناشی می‌شود.

دوم آنکه تهاتر، دارای جنبه‌ی تضمین است. گروهی از نویسندگان حقوقی فرانسه، عقیده دارند که تهاتر قانونی، برای حمایت از بدهکاری وضع شده است که به‌طور همزمان، بستانکار خویش است. مطابق این دیدگاه، تهاتر قانونی نه به‌عنوان وسیله‌ی پرداخت دو دین متقابل بلکه صرفاً به‌عنوان یک ابزار تضمین در نظر گرفته می‌شود. در این اوضاع و احوال، دیگر، عقیده بر این نیست که چنان تهاتری به‌طور خودکار و بی‌واسطه عمل می‌کند بلکه نوعی تضمین قانونی با کاربرد غیرمستقیم، محسوب می‌شود (Belanger, 2003: 137). بر این اساس، تهاتر، وثیقه‌ی مطمئنی برای پرداخت دین بوده و بستانکار از محل اشتغال ذمه‌ی بدهکار، طلب خویش را مسترد می‌دارد و حتی می‌تواند مانند یک بستانکار مرتهن، مقدم بر سایر بستانکاران، اقدام به وصول

میان سایر شیوه‌هاست (De kotzebue, 1945: 70). از نظر دکترین، تمایز اساسی میان تهاتر قانونی از تهاتر خودکار - که قبلاً در حقوق روم در خصوص دعاوی راجع به بانک‌داری، جهیزیه و... وجود داشت، و انواع دیگر تهاتر (قراردادی، قضایی و اختیاری) - در این است که از یک سو، بلاواسطه از اراده‌ی قانون‌گذار ناشی می‌شود، نه اینکه به‌صورت کاملاً خودکار یا لزوماً تنها به حکم عقل انجام شود و از سوی دیگر، میان تهاتر قانونی و سایر انواع تهاتر در لحظه‌ی وقوع آن نیز تفاوت دیده می‌شود و به‌محض اینکه شرایط ایجاد شود، تهاتر قانونی بلافاصله و به‌صورت قهقریایی مؤثر می‌گردد؛ برخلاف سایر انواع تهاتر که در آن‌ها اراده‌ی طرفین یا دادگاه، حسب مورد باید لحظه‌ی مؤثر واقع‌شدن را تعیین نماید. بنابراین، تفاوت شیوه‌ی تهاتر قانونی از سایر شیوه‌ها در این است که اراده‌ی قانون‌گذار به‌طور بی‌واسطه پس از تحقق شرایط مورد نظر قانونی دو دین عمل می‌کند. برعکس، در سایر شیوه‌های تهاتر، اراده‌ی قانون‌گذار به‌طور باواسطه از طریق ارتباط دادن تهاتر به اراده‌ی یکی از طرفین یا هر دو یا حکم قاضی، اعمال می‌شود. اختلاف بی‌پایان حقوق‌دانان رومی، درباره‌ی عبارت بسیار معروف «به حکم قانون‌گذار»¹ ipso jure ریشه در ابهام این مندرجات دارد. این درست است که آن‌ها به‌طور ضمنی، حاکی از آن هستند که تهاتر، امری ماهوی است و دیگر به معنای دقیق کلمه، قضایی نیست، اما تعیین این امر را - که اراده‌ی قانون‌گذار، باواسطه یا بی‌واسطه عمل می‌نماید - به‌طور قطع، مشخص نمی‌کند (Belanger, 2003: 138).

قسمت اول ماده ۲۹۵ قانون مدنی ایران به آوردن عبارت «تهاتر، قهری است...» در این مورد اکتفا نموده است و از سایر مواد قانون مدنی در این مورد به هیچ وجه، استنباط نمی‌شود که تهاتر قهری به‌طور مستقیم از اراده‌ی قانون‌گذار ناشی می‌شود.

تهاتر که در آن‌ها اراده‌ی قانون‌گذار به‌طور باواسطه از طریق ارتباط دادن تهاتر به اراده‌ی یکی از طرفین یا هر دو یا صلاحدید قاضی، اعمال می‌گردد.

1 - ipso jure در تهاتر قانونی به محض تحقق شرایط مورد نظر قانون برای تهاتر دو دین متقابل، اراده‌ی قانون‌گذار به‌طور بی‌واسطه و مستقیم عمل می‌کند. برخلاف سایر شیوه‌های



طلب خود کند؛ زیرا در غیر این صورت، بدهکاری که تمامی بدهی خود را به بستانکار پرداخت نمود، در صورت عدم ملائت و اعسار بدهکار برای وصول طلب خود در ردیف سایر غرما قرار می‌گیرد. در حالی که تهاتر، دین بدهکار را در برابر بستانکار به‌مثابه یک وثیقه تأمین می‌کند (سنهوری، ۱۹۹۸، ۳: ۸۷۴)

برخی نویسندگان حقوق مدنی ایران نیز با اذعان به اینکه تهاتر، وسیله‌ی پرداخت دو دین متقابل و تسهیل دو پرداخت می‌باشد، آن را نوعی تضمین معرفی نموده‌اند به این معنا که تهاتر، وثیقه‌ی پنهانی اجرای دو تعهد بوده و مانع از آن می‌شود که بدهکار، طلبی را که از دیگری دارد، بگیرد و در مقابل مطالبه او به اعسار خود استناد نماید (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۲۳۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۹۱۰). چنین تعبیری، ممکن است بخشی از اشکالات مفهوم تهاتر قهری را بپوشاند، اما تعارضات موجود در این نظریه را بیشتر می‌کند؛ زیرا هرگاه تهاتر، وسیله‌ی پرداخت دو دین متقابل فرض شود در این صورت با اجتماع شرایط، پرداخت‌ها انجام می‌شود و دو دین مذکور، خودبه‌خود ساقط می‌شوند و فرصتی برای یکی از دو بدهکار باقی نمی‌ماند تا از آن به‌عنوان ابزار تضمین استفاده نماید.

سوم آنکه تهاتر، ابزار دفاعی است. اگرچه به لحاظ تئوری، ماده‌ی ۱۲۹۰ قانون مدنی فرانسه، تردیدی باقی نمی‌گذارد که تهاتر بدون اراده و حتی بدون نیاز به اطلاع دو بدهکار متقابل واقع می‌شود؛ با این حال، دادگاه‌های آن کشور، اجرای دقیق این مقرر را در رسیدگی‌های قضایی به دلیل خلاف قاعده‌بودن سقوط خودبه‌خودی دو دین، غیر عملی، اعلام نمودند (Van Deventer, 2016: 66). به این معنی، تهاتر به‌عنوان یک ابزار دفاعی در دعوی به کار می‌رود تا مانع اجرای دعوی بستانکاری شود که همزمان به بدهکار خود، بدهکار است. در این صورت، دفاع در برابر دعوی خواهان بر عهده‌ی خواننده است. لزوم بی‌طرفی قاضی، اقتضا دارد که صرفاً به بررسی و ارزیابی دفاع خواننده در برابر ادعای خواهان بپردازد و رأساً حقوق او را اعمال نکند. مثلاً

در صورتی که خواننده به‌عنوان دعوی متقابل، طلب خود را از خواهان اثبات نماید، لیکن به تهاتر استناد ننماید، دادگاه نمی‌تواند حکم به تهاتر دو دین صادر کند. بنابراین، انجام خودبه‌خودی تهاتر، منوط به آن است که با استناد خواننده از حالت سکون، خارج شود و تهاتر هنگامی مؤثر واقع گردد که به‌عنوان یک دفاع در دادگاه، مطرح شود. بنابراین از آنجایی که دادگاه نمی‌تواند رأساً تهاتر را اعمال کند، اراده‌ی یکی از دو بدهکار متقابل برای مؤثر شدن تهاتر، تعیین‌کننده است. به این ترتیب، تهاتر قانونی برخلاف مفهوم تهاتر خودکار-که مستقل از اراده‌ی طرفین بوده و خودبه‌خود انجام می‌شود- مستلزم مداخله‌ی حداقل یکی از دو بدهکار متقابل می‌باشد. به این معنی، تهاتر، اساساً بدون اراده‌ی بدهکاری که از سوی طرف خود، به دعوی فراخوانده شده، صورت نمی‌گیرد و ضرورت دارد که بدهکار به دعوی فراخوانده شده و در دادگاه برای شکست بستانکارش در دعوی پرداخت که بر اساس آن، او بستانکار شده است، با او مقابله کند (Drakidis, 1955: 239). مکانیزم تهاتر به شرایط خاص کاربرد بستگی دارد اما برای شروع، به اراده‌ی یکی از دو بدهکار متقابل طرف نیاز دارد. به این معنا تهاتر قانونی، بیش از آنکه به تهاتر خودکار، شبیه باشد به تهاتر قضایی نزدیک خواهد بود (Mendegris, 1969: 145). تهاتر خواه، قانونی، خواه قضایی باشد، باید شرایط قانونی را تأمین کند. این دیدگاه، تهاتر را به مفهوم آن در نظام حقوقی ژرمنی- که مستلزم اعلام اراده‌ی یک طرف، خطاب به طرف دیگر است- نزدیک‌تر و حتی در مقایسه با آن، محدودکننده‌تر می‌سازد؛ چراکه مستلزم آن است که تهاتر قبل از اینکه اعلام شود باید در دادگاه مطرح گردد (Van Deventer, 2016: 66).

چهارم آنکه تهاتر، قابل اسقاط است. تفسیر ناصحیح عبارت ipso jure از سوی نویسندگان کلاسیک، مبنی بر اینکه تهاتر، خودکار است (Savatie, 1949: 249) در تهاتر قانونی با استثنای مهمی روبه‌رو شده و آن، امکان اسقاط آن است. به

نماید (Belanger, 2003: 140). برخی از نویسندگان حقوق مدنی ایران نیز در تأیید چنین دیدگاهی عقیده دارند که توافق زمانی می‌تواند مانع وقوع تهاتر شود که پیش از اجتماع شرایط، فراهم آید؛ زیرا در اولین لحظه پس از اجتماع شرایط، دو دین ساقط شده و پس از آن دیگر، دینی وجود ندارد تا در مورد بقای آن توافق شود (شهیدی، ۱۳۷۷، ۱۷۴). با این حال، دیدگاه اخیر، تمام اشکالات را مرتفع نمی‌کند و از آنجایی که تهاتر در برخی نظام‌های حقوقی از توابع و فروعات حق حبس در موارد کلی بودن موضوع دین محسوب شده است و پیش از موعد لازم‌الاجرا شدن دین نمی‌توان آن را اعمال نمود (سنهوری، ۱۹۹۸، ۳: ۸۹۸)، اسقاط تهاتر پیش از اجتماع شرایط نیز با موانعی مواجه می‌باشد. البته سازوکار «حق حبس» صرفاً در مورد دو دین ناشی از قراردادهای معوض، پیش‌بینی شده است و نه سایر دیون.

یکی از موارد اعراض از تهاتر در جایی مطرح می‌شود که طرفی که از امکان وقوع تهاتر مطلع باشد، دین خود را می‌پردازد. فرض بر این است که چنین شخصی از حق خود، نسبت به تهاتر، صرف نظر نموده است. چنین امری در صورتی که تهاتر، مستقل از اراده‌ی طرفین، مؤثر واقع شود، غیرممکن بود (Van Deventer, 2016: 67). در حقوق ایران نیز هرگاه بدهکار با علم به این که معادل دین از بستانکار خود، بستانکار است، آن را بپردازد، انصراف ضمنی از تهاتر محسوب شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۴۵۹).

دکترین حقوقی ایران در مورد امکان جلوگیری از وقوع تهاتر قهری و چگونگی و زمان انجام آن، صحنه‌ی اختلافات بحث‌برانگیزی شده است. برخی نویسندگان حقوقی به استناد اصل حاکمیت اراده، توافق طرفین را در این مورد، مؤثر دانستند؛ زیرا اصل آزادی قراردادهای مقتضی آن است که توافق طرفین بر بقای دین در این مورد، معتبر بوده و مغایرتی با

عبارت بهتر، اگرچه تهاتر بدون اراده‌ی طرفین و به حکم قانون انجام می‌شود اما این قانون، آمره و نظم عمومی، محسوب نمی‌شود (Belanger, 2003: 139). اسقاط تهاتر ممکن است توسط طرفین یا یک طرف (خواننده) صورت گیرد:

علی‌رغم ماده‌ی ۱۲۹۰ قانون مدنی فرانسه، دیوان عالی این کشور در رأی مورخ ۱۱ می ۱۸۸۰، توافق طرفین را در خصوص عدم وقوع تهاتر، معتبر و مانع وقوع آن، معرفی نموده است؛ زیرا تهاتر قانونی، قاعده‌ای، آمره نیست که نتوان بر خلاف آن، توافق نمود. علاوه بر این، خواننده نیز می‌تواند تهاتر را اسقاط نماید. چنانکه خواننده از استناد به تهاتر، صرف نظر نماید، صرف نظر نمودن در این مورد، حسب تعریف، اقدامی آگاهانه و ارادی است و به معنای اعراض از سقوط دینی است که قبلاً در لحظه‌ای که شرایط تهاتر فراهم شده، واقع شده بود.

سؤالی که مطرح می‌شود آن است که توافق بر اسقاط اثر تهاتر دو دین یا اعراض از تهاتر قانونی، ناظر به آینده است یا عطف به ماسبق شده و از لحظه‌ی تقابل دو دین، مؤثر واقع می‌شود؟ دیوان عالی این کشور در رأی مذکور، توافق طرفین را در خصوص عدم وقوع تهاتر، پیش و حتی پس از اجتماع شرایط آن، معتبر و مانع وقوع تهاتر معرفی نموده است. امکان اعراض از تهاتر، پیش و پس از اجتماع شرایط آن از سوی عده‌ای از نویسندگان حقوقی ما نیز مورد قبول واقع شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۴۵۹). با این حال، امکان توافق طرفین بر جلوگیری از تهاتر یا اعراض یک طرف پس از اجتماع شرایط آن، خالی از تکلف نیست؛ زیرا توافق بر جلوگیری از تهاتر یا اعراض از آن، سقوط دینی را که قبلاً انجام شده است به صورت قهقرایی، مرتفع نمی‌نماید؛ زیرا به لحاظ عقلی، شخص نمی‌تواند حقی را که دیگر واجد آن نیست، اسقاط کند، بلکه صرفاً می‌تواند از تحقق آن در آینده جلوگیری

۱ همان‌گونه در متن مقاله گفته شد تهاتر به حکم قانون در ماده‌ی ۱۲۹۰ در مقررات اصلاحی ۲۰۱۶ قانون مدنی این کشور، دست‌نخورده مانده و عیناً مورد تأکید واقع شده است.



سقوط دین، حداقل به اراده‌ی یکی از طرفین، بستگی دارد.

آخرین مورد در جایی است که یکی از دو بدهکار - که بستانکار یکدیگر محسوب می‌شوند - دین خود را به شخص ثالثی انتقال دهد، مطابق ماده‌ی ۱۲۹۵ قانون مدنی فرانسه، قبل از اینکه اعلامیه‌ی انتقال به بدهکار دیگر داده شود، او می‌تواند در برابر انتقال‌گیرنده، نسبت به طلبی که در برابر انتقال‌دهنده داشت، تهاتر کند؛ اما در صورتی که انتقال از سوی بدهکار، مورد قبول قرار گیرد. این امر، حاکی از آن است که او از حق خود، نسبت به استناد به تهاتر در برابر هر ادعایی که علیه انتقال‌دهنده داشته است، صرف نظر نموده است (Van Deventer, 2016: 68).

پنجم آنکه تهاتر، داری اثر قهقراپی است. یکی از موضوعاتی که پس از پذیرش تهاتر، مطرح می‌شود آن است که حکم راجع به تهاتر، دارای جنبه‌ی تأسیسی است یا اینکه فقط اثر اعلامی دارد؟ فایده‌ی مهم پاسخ به سؤال فوق در آن است که تعیین می‌نماید که منافع موضوع دو دین از چه زمانی به هریک از دو بدهکار تعلق می‌گیرد. درباره‌ی تهاتر خودکار بدون تردید، اثر حکم به تهاتر، ناظر به لحظه‌ای در گذشته است که دو دین متقابل در برابر هم قرار گرفتند و دادگاه در حکم خود این لحظه را تعیین می‌نماید. همین حکم در خصوص تهاتر قهری در حقوق ایران، مورد قبول واقع گردید (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۴۶۹). در مورد تهاتر قراردادی یا قضایی نیز از آنجایی که تهاتر، نتیجه موقعیتی است که قرارداد یا حکم دادگاه، ایجاد نموده است، بی‌تردید، اثر تهاتر از تاریخ توافق یا صدور حکم، محقق می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۴۷۲) اما این سؤال در ذهن متبادر می‌شود که در تهاتر قانونی - که فرض بر این است که شرایط تهاتر دو دین از لحظه‌ی تقابل در آن‌ها جمع نیست - تهاتر از لحظه‌ی تقابل دو دین مذکور یا از تاریخ استناد خواننده به آن، مؤثر واقع می‌شود یا تأثیر آن از تاریخ صدور حکم دادگاه بوده و صرفاً در آینده اجرا می‌گردد؟

قانون نداشته باشد؛ زیرا قهری بودن تهاتر، بیش از این افاده نمی‌نماید که برای وقوع تهاتر قهری، نیازی به توافق طرفین نیست و این امر، مانع از آن نمی‌شود که آن‌ها با توافق یکدیگر از وقوع تهاتر جلوگیری نمایند. منتهی، چنین توافقی، هنگامی می‌تواند مانع وقوع تهاتر شود که پیش از اجتماع شرایط تهاتر فراهم آید. در غیر این صورت، اثری بر آن مترتب نخواهد بود؛ زیرا در اولین لحظه پس از اجتماع شرایط تهاتر قهری، دو دین ساقط شده و پس از آن دینی است که وجود ندارد تا در مورد بقای آن، توافق شود (شهیدی، ۱۳۷۷، ۱۷۴). چنین دیدگاهی از مصادیق ابراء مالیم، محسوب می‌شود که از سوی گروهی از فقها در خصوص اسقاط ضمان، باطل اعلام شده است (جعبی عاملی، ۱۳۰۸ق، ۲). این در حالی است که قاعده‌ی مذکور، مربوط به قوانین حاکم بر عالم تکوین بوده و عالم اعتبار را نمی‌توان به طور مطلق تابع قوانین طبیعی شمرد. علاوه بر این، عده‌ای از نویسندگان حقوق مدنی، امکان انصراف بدهکار از تهاتر را نپذیرفتند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱: ۲۳۹).

در حالی که عده‌ای دیگر، صرف نظر نمودن بستانکار و اعراض او را خواه به صورت صریح یا ضمنی باشد، حتی پس از تقابل دو دین، مانع وقوع تهاتر اعلام نمودند؛ زیرا خودداری بستانکار از درخواست و استناد به تهاتر، مانع تحقق شرط متأخر سقوط دو دین می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۴۵۹). این توجیه، مخصوصاً وقتی که خواننده نمی‌دانست که تهاتر می‌تواند انجام شود، بسیار ناخشنودکننده بوده و صرف نظر کردن و اعراض را تحریف می‌سازد.

مورد دیگری که در ماده‌ی ۱۲۹۹ قانون مدنی فرانسه ذکر شده و امری خلاف قاعده‌ی دیگری را نشان می‌دهد، درباره‌ی بدهکاری است که دین قابل تهاتر را می‌پردازد. چنین شخصی در صورتی که دلایل معتبری بیاورد که از امکان تهاتر، مطلع نبوده، دفاع او را می‌پذیرد. امری که با تهاتر خودکار، سازگاری نداشته و حکایت از آن دارد که تهاتر به‌عنوان روش

قانون‌گذار واقع نمی‌شود، بلکه حصول تهاتر میان آن دو مستلزم آن است که اعلامیه‌ای از سوی بدهکار خطاب به بستانکار داده شود. نظام حقوق ژرمنی، علی‌رغم الهام‌گرفتن از حقوق روم در خصوص تهاتر، مبانی خاصی را در این مورد، اتخاذ نموده است که در مقایسه با نظیر فرانسوی خود، دارای اصالت است:

نخست آنکه تهاتر، لازم است اعلام شود. بر اساس حقوق مدنی آلمان، برای وقوع تهاتر، یک اعلامیه‌ی غیررسمی خارج از دادگاه کافی است. این دیدگاه- که از تعلیمات پانديکتیست‌ها^۳ ناشی شده است- در مواد ۳۸۷ تا ۳۸۹ قانون مدنی آلمان، متبلور گردیده است. بر این اساس، بدهکار می‌تواند به صورت یک جانبه به بستانکار خود اعلام کند که دین خود را از طریق تهاتر پرداخت کرده و به این وسیله، دین ساقط شده است. در حقوق این کشور برای اعلام تهاتر، تشریفات خاصی پیش‌بینی نشده است. حتی لازم نیست که اعلامیه صریح باشد، بلکه اعلام ضمنی کفایت می‌کند. نیازی نیست که مدیون به تهاتر استناد کند؛ این اقدام، داوطلبانه است (Deventer, 2016: 69 Van).

در فقه امامیه برای بیان این منظور از واژه‌های مقاصه، تقاص، احتساب و تهاتر استفاده شده است: مقاصه در لغت از ریشه‌ی «قص» به معنی قطع کردن، کوتاه کردن... تسویه حساب، مساوات و مماثلت آمده است (ابن منظور، بی تا، ۱۱: ۱۹۰) و به لحاظ فقهی، عبارت است از اینکه بستانکار تحت شرایط خاصی و بدون نیاز به مراجعه به قاضی، حق خود را از اموال مدیون- که در دسترس او قرار دارد- استیفا کند (خوانساری، ۱۳۵۵، ۶: ۶۹). تهاتر در لغت به معنای دعوی باطل کردن بر یکدیگر و تکذیب گواهان توسط یکدیگر است (ابن مطرز، ۱۹۷۹، ۲: ۳۷۷). آنچه در این رابطه جلب توجه می‌نماید این

تفاوت اصلی تهاتر قانونی، نسبت به تهاتر قضایی را باید در ویژگی قهقرایی^۱ بودن آن جست‌وجو کرد. این ویژگی، حاکی از آن است که آثار تهاتر قانونی از تاریخی در نظر گرفته می‌شود که شرایط تهاتر در آن محقق شده است. به این صورت که منافعی که قبلاً در رابطه با دین، پرداخت شده است به صورت قهقرایی مورد حکم واقع می‌شود. اگرچه وصف قهقرایی بودن، لزوماً به لحاظ عقلی از تهاتر قانونی، قابل استنباط نیست، ولی به صورت بالقوه از ویژگی خودبه‌خودی بودن، مندرج در ماده‌ی ۱۲۹۰ قانون مدنی فرانسه ناشی می‌شود (Belanger, 2003: 142). فقط تاریخ می‌تواند علت این تناقض‌نما را توجیه کند. به طور مختصر می‌توان گفت که این دیدگاه، احتمالاً برای آشتی دادن تهاتر قانونی با تهاتر خودکار مطرح شده است که از سوی حقوق‌دانانی مانند پوتیه و دوما ارائه گردیده بود.

برخی نویسندگان حقوقی که بر لزوم استناد خواننده به عنوان شرط متأخر تهاتر قهری اشاره نمودند، قهقرایی بودن اثر تهاتر را با توجه به تأثیر اجازة در معاملات فضولی و اکراهی و قبول وصیت پس از فوت در گذشته و تحلیل فقها از شرط متأخر در عقد معلق در حقوق مدنی ایران، قابل پذیرش معرفی کردند (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۴۵۷).

۵ تهاتر اعلامی

تهاتر- که از طریق حقوق روم در اروپای قاره‌ای گسترش یافته بود- در حقوق ژرمنی به تدریج راه خود را از مفهوم پذیرفته شده در نظام حقوق فرانسوی جدا کرد و علی‌رغم حفظ برخی اصول مشترک، به لحاظ مفهوم و مبانی، هویتی مستقل پیدا کرد که تهاتر اعلامی^۲ نامیده می‌شود. مطابق حقوق مدنی آلمان در صورت وجود دو دین متقابل میان دو شخص، تهاتر به‌طور خودکار یا به حکم

3-Pandectists -

1- La rétroactivité

2 Deklaratorische Aufrechnung-



آیا شوهر می‌تواند نفقه‌ی زن را به عوض طلب خود حساب کند، اعلام نمود: «بلی... پس یوما فیوما حساب می‌کند. بلکه هرگاه آنچه طلب دارد با نفقه در جنس یکی باشد، محتمل است تهاتر قهری...» (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶: ۲۸۰).

اگرچه بیشتر نویسندگان حقوق مدنی ایران سعی کردند تا تهاتر قهری مندرج در قانون مدنی را با تهاتر خودکار یا تهاتر قانونی سازگار نمایند، در موارد استثنایی به لزوم وقوع تهاتر به اراده‌ی یکی از طرفین اشاره نمودند. یکی از این موارد، ماده‌ی ۲۸۲ قانون مدنی است که بر اساس آن هرگاه یک شخص دیون متعددی به دیگری داشته باشد، تشخیص اینک تأدییه، بابت کدام دین است با بدهکار می‌باشد. برای مثال هرگاه یکی از دو بدهکار، دیون متعددی به دیگری داشته باشد و مجموع آن، دیون از دینی که بدهکار دیگر به او دارد، بیشتر باشد، هرگاه سایر شرایط تهاتر قهری موجود باشد، از آنجایی که حکم به سقوط قهری هریک از دیون متعدد با دین طرف دیگر، ترجیح بلامرغ خواهد بود، تهاتر به تعیین و اراده‌ی بدهکاری که دیون متعدد دارد، واقع خواهد شد (شهیدی، ۱۳۷۷: ۱۷۷). زیرا ممکن است بدهکار در مورد یکی از دو دین، سود بیشتری بپردازد. در این صورت، نفع او ایجاب می‌کند که همین دین را مورد تهاتر قرار دهد. این در حالی است که منافع بستانکار او در آن است که دینی مورد تهاتر قرار گیرد که سود کمتری، بابت آن دریافت می‌نماید (امامی، ۱۳۷۲، ۱: ۳۲۶). با این حال در صورتی که بدهکار از این اختیار قانونی خود استفاده نکند و دین را بپردازد برخی عقیده دارند که تصمیم‌گیری در این مورد را که پرداخت بابت کدام

است که در تمام موارد فوق به نقش اراده‌ی مدیون در وقوع تهاتر اشاره شده است.

در فقه اسلامی نیز تهاتر، امری اختیاری محسوب می‌شود و حتی عبارت «تهاتر قهری» ناظر به مواردی است که به دلیل وجود تقابل میان دو دین، نیازی به تراضی طرفین برای وقوع تهاتر نیست؛ ولی لزوم اراده‌ی بدهکار در وقوع آن نه تنها نفی نشده بلکه مورد تأکید قرار گرفته است. چنانکه برخی فقها به تهاتر اختیاری درباره‌ی دو دین متقابل قایل شدند به این معنی که عقل حکم می‌کند؛ در صورتی که ذمه‌ی شخصی به چیزی مشغول باشد که ذمه‌ی دیگری به آن مشغول است، مدیون می‌تواند آن را تهاتر کند (خوانساری، ۱۳۵۵ ش، ۱: ۱۲۵؛ خوبی، بی تا، ۳۸: ۲۴۰۴). این دیدگاه، برخلاف تهاتر عقلی و تهاتر شرعی، بر نقش اراده‌ی یکی از دو بدهکار متقابل در فرایند تهاتر تأکید می‌کند. یکی از مصادیق شایع آن، تهاتر دین شوهر بابت نفقه با طلب او از همسر خود می‌باشد. در این صورت، تهاتر دو دین مذکور - البته هرگاه زوجه دارا باشد، به اراده‌ی شوهر منوط شده است (ابن قدامه، بی تا، ۵: ۲۴۸؛ نجفی، ۱۳۷۹، ۳۱: ۳۴۶) چنانکه یکی از آن‌ها در مواضع مختلف، اعلام کرد: «در صورتی که شوهر از همسر خود، طلبی داشته باشد، جایز است که آن را با نفقه تهاتر نماید» (حلی، ۱۴۰۳، ۲: ۵۷۳؛ حلی، ۱۴۱۹، ۳: ۱۱۳)³.

مصادیقی دیگر در این مورد، تهاتر دین زکات‌دهنده با طلب او از مستحق می‌باشد که در این مورد نیز برخی فقها ضمن استناد به روایات متعدد (حر عاملی، ۱۴۲۷، ۳: ۴۴۱) به زکات‌دهنده، اختیار داده‌اند که طلبش از مستحق را با دین او به خود، تهاتر کند (نجفی، ۱۳۷۹، ۱۵: ۳۶۳). محمدکاظم طباطبایی یزدی در پاسخ به استفتایی مبنی بر اینکه

۳- إذا كان له على زوجته دين جاز أن يقاصها... إن كانت موسره. لو كان له على زوجته دين جاز أن يقاصها... إن كانت موسره.
۴- سئل ابا الحسن (ع) عن دين لي على قوم طال حبسه عندهم لا يقدر على قضائه و هم مستوجبون للزكاة هل لي أن أدعه و أحسب به عليهم الزكاة؟ قال: نعم

۱- أنه يحاسب التالف قهرا في مقابل الدين و التهاتر القهری
۲- ... و ذلك لأنّ كلا منهما (ای الغابن و المغبون) إذا طالب الآخر بخمسة قرانات فأراد احدهما أداء ما في ذمّته فلامحاله يسقط عنه بالتهاتر كما يسقط عن ذمّه الآخر فالذميتان متساويتان فيتساقتان بالتهاتر القهری

دوم آنکه وجود شرایط در زمان اعلام تهاتر، ملاک است. در نظام حقوقی ژرمنی، تمام شرایط تهاتر باید در زمانی که یک طرف می‌خواهد به آن استناد کند، موجود باشد. به عبارت دیگر، هرگاه تمام شرایط تهاتر در گذشته فراهم بوده ولی در زمانی که یک طرف می‌خواهد به آن استناد نماید، شرایط مذکور، فراهم نباشد، تهاتر انجام نمی‌شود. بنابراین در صورتی که دینی پیش از اعلام تهاتر، منتقل شود، یک طرف به لحاظ تئوری از تهاتر آن دین با دینی که انتقال‌دهنده به او بدهکار است، منع می‌شود (Van Deventer, 2016: 69). در نتیجه، مواد ۴۰۴ و ۴۰۶ قانون مدنی آلمان، مخصوصاً برای حمایت از بدهکار، وقتی که قبل از تهاتر، انتقال داده شده باشد، اما بعد از اینکه مستعد تهاتر شود، مقرراتی دارد.

در حقوق ایران با فرض پذیرش تهاتر اعلامی، لازم نیست، شرایط وقوع آن در زمان اعلام وجود داشته باشد؛ بلکه کافی است، پیش از اعلام، تقابل میان دو دین ایجاد شود. این امر از ماده‌ی ۲۹۵ قانون مدنی، قابل استنباط است.

سوم آنکه تهاتر اصولاً، دارای اثر قهقرایی است. در مورد قهقرایی یا فوری بودن اثر تهاتر در حقوق کشورهای حوزه‌ی نظام حقوقی ژرمنی، اتفاق نظر وجود ندارد. در حقوق آلمان، اثر تهاتر، قهقرایی است و از لحظه‌ای که شرایط تهاتر (غیر از انجام اعلام) ایجاد شده باشد، مؤثر واقع می‌گردد. فقط تاریخ می‌تواند علت این ویژگی را توجیه نماید. این دیدگاه برای آشتی‌دادن میان تهاتر به حکم قانون و دیدگاهی که عقیده دارد تهاتر لزوماً باید از طریق اعلامیه صورت گیرد، ارائه گردیده است (Van Deventer, 2016: 69). با این حال، قانون مدنی هلند، اثر قهقرایی تهاتر را محدود می‌نماید؛ به این صورت که منافعی که قبلاً در رابطه با دین پرداخت شده است، به صورت قهقرایی مورد حکم واقع

دین محسوب می‌شود، به بستانکار واگذار نموده است (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۴: ۷۲).

مورد دیگر در حقوق مدنی ایران، تعیین مصداق دین کلی است. از آنجایی که کلی فی‌الذمه، دارای افراد عدیده در خارج بوده و بدهکار، ملزم به تسلیم یکی از آن‌ها به بستانکار خود می‌باشد، تسلیم موضوع بدهی، معامله‌ی جدیدی محسوب شده است. در این صورت، بدهکار می‌تواند هریک از افراد کلی را به منظور ایفای دین، انتخاب نماید (امامی، ۱۳۷۲، ۱: ۳۱۸) و در این مورد، او در تعیین و تسلیم فردی که عرفاً معیب محسوب نمی‌شود تا فرد اعلا، آزادی کامل دارد و کافی است، مصداقی از همان جنس و وصف را به بستانکار تسلیم کند (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۴: ۳۷) و از آنجایی که تعیین مصداق مال کلی- که باید به بستانکار داده شود- در اختیار بدهکار می‌باشد، تهاتر از این قاعده‌ی کلی، مستثنی نمی‌شود. در این صورت، چنین بدهکاری باید بتواند انتخاب کند که دین خود را به وسیله تهاتر یا از طریق دیگری پرداخت کند (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ۱۳۷۹: ۴۵۵). برخی فقها برای اجتناب از چنین اشکالی، وقوع تهاتر را منوط به خودداری بدهکار از پرداخت دین نمودند (نجفی، ۱۳۷۹، ۳۹: ۲۶۴) با این حال، نویسندگان حقوقی، عموماً قید را «... بدون اینکه طرفین در این موضوع تراضی نمایند» در ماده‌ی ۲۹۵ قانون مدنی، حاکی از رد دیدگاه فقیهانی اعلام نمودند که وقوع تهاتر را منوط به تراضی دو طرف دانستند (امامی، ۱۳۷۲، ۱: ۳۴۲؛ کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۴۵۴)، نه دیدگاه کسانی که به لزوم اعلام اراده‌ی بدهکار در وقوع تهاتر نظر داشتند. علاوه بر این، برای اجتناب از اشکالات تهاتر خودکار، گروهی ضمن نفی لزوم تراضی طرفین یا اعلام اراده‌ی بدهکار برای وقوع تهاتر، مجبور شدند، استناد خوانده را به عنوان شرط متأخر و کلید حرکت تهاتر قهری در حقوق ایران معرفی کنند (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۴۵۷).

۱- از کان له علی زوجته دین و امتنعت عن ادائه جاز له ان یقاضها ... و لایجوز له ذالک مع عدم امتناعها لأن التخییر فی جهات القضا من اموالها الیهها



ماده‌ی ۲۹۵ قانون مدنی نیز بدون اینکه به خودبه‌خودی بودن تهاتر و حکم قانون‌گذار در این فرایند، اشاره‌ای داشته باشد، مفهوم «تهاتر قهری» را در برابر تهاتر قراردادی به رسمیت شناخته است. قید «... بدون اینکه طرفین در این موضوع تراضی نمایند» در ماده‌ی مذکور فقط لزوم تراضی برای وقوع تهاتر را نفی نموده، بدون اینکه متعزّض لزوم اعلام اراده یکی از طرفین در این مورد شده باشد و قید «... به محض اینکه دو نفر در مقابل یکدیگر در آن واحد، مدیون شدند هر دو دین به اندازه‌ای که با یکدیگر معادله می‌نمایند، به‌طور تهاتر برطرف شده و طرفین به مقدار آن در مقابل یکدیگر، بری می‌شوند» نیز به منزله‌ی ایجاد مقتضی تهاتر به‌صورت بالقوه می‌باشد که با اعلام اراده‌ی یکی از طرفین به فعل تبدیل می‌شود. در این صورت، اثر تهاتر، فوری بوده و صرفاً نسبت به آینده اجرا می‌شود.

نویسندگان حقوق مدنی ایران تحت تأثیر تحولات حقوق رومی از یک سو و دیدگاه‌های فقهی از سوی دیگر، در مورد مبنای تهاتر و آثار آن اختلاف نظر دارند. به‌طوری‌که با وجود تلقی آن به‌عنوان امری ماهوی نتوانستند نقش قواعد دادرسی را در این مورد انکار کنند. چنانکه نویسندگان متأخر سعی نمودند تا خلأهای موجود را در مفهوم تهاتر قهری با استمداد مفهوم تهاتر قانونی در حقوق فرانسه و از طریق دخالت دادن استناد خوانده به تهاتر در فرایند دادرسی، برطرف سازند. از مواد ۱۸ و ۱۴۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، استنباط می‌شود که تهاتر یکی از طرق دفاعی است، با این حال مطابق مواد ۱۷ و ۱۴۱ به بعد، دعوی متقابل علاوه بر جنبه‌ی دفاعی، متضمن مطالبه‌ی چیزی از خواهان اصلی است که به تقدیم دادخواست نیاز دارد. بدین وسیله، معلوم می‌شود که تهاتر قهری در حقوق ایران به مفهوم تهاتر اعلامی در حقوق آلمان و تهاتر قانونی در حقوق فرانسه نزدیک می‌شود.

نمی‌شود، بلکه در چنین مواردی تهاتر دارای اثر فوری است.

مطلب صریحی در مورد اینکه تهاتر در صورت وقوع، ناظر به آینده است یا اثر قهقرایی دارد، در قانون مدنی ایران وجود ندارد اما دیدگاه برخی نویسندگان حقوقی در موردی که موضوع دین کلی بوده و نیاز به تعیین و تخصیص از سوی بدهکار می‌باشد بر این است که اثر تهاتر، از لحظه‌ی تعیین و تخصیص مال کلی برای پرداخت به بستانکار می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۴: ۷۳). به همین منوال به نظر می‌رسد در سایر موارد تهاتر قهری، اثر تهاتر ناظر به آینده باشد.

۶ نتیجه‌گیری

اگرچه مطابق دیدگاه نویسندگان حقوقی فرانسوی در سده‌های هفدهم و هجدهم در صورت اجتماع شرایط، تهاتر به‌طور خودکار و بدون نیاز به دخالت اراده‌ی طرفین و حتی اطلاع آن‌ها واقع می‌شود، اما به دلیل غیرواقع‌گرایانه بودن دیدگاه مذکور، ماده‌ی ۱۲۹۰ قانون مدنی فرانسه، ضمن اضافه‌نمودن عبارت «به حکم قانون»، تهاتر قانونی را جایگزین تهاتر خودکار نمود و دیوان عالی این کشور با پذیرش لزوم استناد خوانده به تهاتر و امکان اسقاط آن، قبل و بعد از وقوع تهاتر، روی ایده‌ی خودکار بودن تهاتر، خط بطلان کشید. به‌طوری‌که تهاتر قانونی در نظام حقوقی این کشور، مستلزم دخالت حداقل یکی از دو طرف بوده اما اثر آن، همچنان قهقرایی است.

مطابق نظام حقوقی آلمان، تهاتر، پروسه‌ای کاملاً وابسته به اراده‌ی حداقل یکی از طرفین می‌باشد و در صورت وجود تقابل میان دو دین کلی مربوط به دو شخص، حصول تهاتر میان دو دین مذکور، مستلزم آن است که این موضوع از سوی بدهکار، خطاب به بستانکار اعلام شود و شرایط تهاتر در زمان اعلام معتبر می‌باشد؛ اما تأثیر آن، در حقوق آلمان همچنان قهقرایی است.

منابع

- 3, Annashro-islami, Publication. (In Arabic)
- Hor Ameli, M. (2005), Vasaal Al-shia ela Tahsil Ahkam Al-Shariaa, Vol. 2, Al-Aalami Institution. (In Arabic)
- Ibne Ghodameh. M. (untitled), Al-Moghne, Vol. 5, Darou-alfekr. (In Arabic)
- Ibne Manzoor, A. J. M. (1997), Lesanol-Arab, Vol. 1, Dare Sader. (In Arabic)
- Ibne Manzoor, A. J. M. (1997), Lesanol-Arab, Vol. 5, Dare Saderd. (In Arabic)
- Ibne Motraz, A. N. (1997), Al-Maghref fi Tartibel-Moreb, Maktabah Osameh Ibne Zaid, Halab. (Arabic)
- Imami, S. H. (1993), Civil Law, Vol. 1, Islamieh Bookstored. (In Persian)
- Jaabi Ameli, Z. (2004), Masalekol-Afham fi Sharh Sharaie Al-Islam, Vol. 1 3, Al-maaref Al-Islamieh. (In Arabic)
- Jaabi Ameli, Z. (1885). Rouzeh al -Bahieh fi Sharhe al-Lomaeh alDameahgieh, Vol. 2, Abd ol-Rahim Hand-writhen, Tabriz. (In Arabic)
- Jaafari Langroodi, M. J. (2009, Law of Obligation, GanjeDanesh Publication. (In Persian)
- Jaafari Langroodi, M. J. (1993), Terminology Of Law, GanjeDanesh Publication. (In Persian)
- Jaafari Langroodi, M. J. (2007), A Waden in Terminology, GanjeDanesh Publication. (In Persian)
- Jaafari Langroodi, M. J. (2009), Encyclopedia of Civil and Commercial law, GanjeDanesh Publication. (In Persian)
- Ardabili, M. A. (1995), "Majmaa Al-Fayedeh va Al-Borhan Fi Sharh Ershad Al-Azhan", Vol. 9, Alnashr Al-Islami Publication. (In Arabic)
- Bélangier, A. (2003), La compensation légale, son automatisme et ses conditions d'application: entre mythes et réalités. Les Cahiers de droit. (In French)
- Carbonnier, J. (1997), Droit civil, t. 4: Les obligations, Paris: PUF. (In French)
- De kottzebue, R. (1945), Compensation et procédure ; essai de critique et de science juridique pure, Paris: Sirey. (In French)
- Dehkhoda, A. (1992). Dictionary, Vol. 11, Tehran University Publication. (Persian)
- Drakidis, P. (1995), Des effets à l'égard des tiers de la renonciation à la compensation acquise ,R. T. D. Civ. (In French)
- Hakim, M. (Untitled) , Mostmsakel-Orva al-Vosgha, Vol. 13, Darol-Ehya at-Toras al-Arabi. (In Arabic)
- Helli, A. N. , (1984), Sharaieol-Islam fi al-Helale va al-Haram, Vol. 2, Esteghlal Publication. (In Arabic)
- Helli, H. (1990), Ershadol-Azhan ela Ahkamel- Iman, Annashro-islami, Publication. (In Arabic)
- Helli, H. (1983), Sharaieol-Islam fi Masaelel-helale Val Haram, Vol. 2, Esteghlal, Publication. (In Arabic)
- Helli, H. (1997), Ghavaedol-ahkam fi Maarefate El-helale Val Haram, Vol.

- Najafi, M. H. (2000), *Jawaherol- alkalam Fi Sharhe Sharayeol-islam*, Vol. 31, Daro- alkotobe-islamieh. (In Arabic)
- Nichet, H. (1934), *Du jeu de la compensation dans les rapports des créanciers et des débi-teurs*, Thèse de doctorat, Montpellier: Université de Montpellier. (In French)
- Rashti, M. H. (1982), *KetabolGheza, Darol-QoranEL-karim*, Untitled. (In Arabic)
- Ripert, G. et Boulanger, J. (1967), *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol, t. II: Obligations: Contrats. Responsabilité, Droit réels, Biens, Propriétés*, Paris: L. G. D. J. (In French)
- Sanhori, A. R. A. (1988), *Alvasit fi Sharhe Alghanonel- Madani*, Vol. 1, Al-Halabi Al-Hoghooghiah Publication. (In Arabic)
- Savatier, R. (1949), *Cours de droit civil, t. II*, Paris: L. G. D. J. . Paris: Dalloz. (French)
- Shahidi, M. ,(2010), *Civil Law, Obligation*, Majd Scientific and Cultural Group. (In Persian)
- Shahidi, M. ,(1998), *Extinction of Obligations*, Hoghooghdan Publication. (In Persian)
- Tabatabaei Yazdi, M. K. (1999), *Soal va Javab*, Center of Oloome islami Publication. (In Arabic)
- Terre, F. , Simler, P. & Lequetete, Y. (1996), *Droit civil: les obligations*, Paris: Dalloz. (In French)
- Van Deventer, S. , M. (2016), *Set-off in South African Law: Challenges and*
- Jaafari Langroodi, M. J. (2007), *Mohasha of Civil law*, GanjeDanesh Publication. (In Persian)
- Jousselin, F. (1900), *De la compensation légale et de la compensation judiciaire*, Thèse de doc-torat, Paris: L. N. D. J. (In French)
- Katouzian, N. (1998), *A Ggeneral Rules of Contracts*, Vol. 4, Enteshar Publishing Company with Cooperation of Bahman Borna Publication. (In Persian)
- Katouzian, N. (2012), *The General Theory of Obligations*, Mizan Publication, Publication. (In Persian)
- Khansari, S. A. (1977), *Jameol-Madarek fi Sharhe Mokhtasaren- Nafee*, Vol. 1, Maktabates- Sadough. (In Arabic)
- Khansari, S. A. (1977), *Jameol-Madarek fi Sharhe Mokhtasaren- Nafee*, Vol. 6, Maktabates- Sadough. (In Arabic)
- Khouei, A. (Untitled), *Encyclopedia of Imam AL-Khouei*, Vol. 38, Al-Khouei Islamic Institution, Untitled. (Arabic)
- Larombiere, M. (1885), *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des Titres III et IV, Livre III du Code civil*, t. V, Paris: A. Durand. (In French)
- Mendegriss, R. (1969), *La nature juridique de la compensation*, Paris: L. G. D. J. (In French)
- Najafi, M. H. (2000), *Jawaherol- alkalam Fi Sharhe Sharayeol-islam*, Vol. 31, Daro- alkotobe-islamieh. (In Arabic)
- Najafi, M. H. (2000), *Jawahero- alkalam Fi Sharhe Sharayeol-islam*, Vol. 31, Daro- alkotobe-islamieh. (In Arabic)



Zahili, W. (1985), Islamic Jurisprudence and its Evidence, V. 5, Dar al-Fikr. (In Arabic)

Opportunities, Faculty of Law: Stellenbosh University. (In English)

Research Paper

Challenges of conflict of laws due to the globalization of securities in the legal system of Iran, United Kingdom and international documents

Jaber Ismailzadeh¹, Najad Ali Almasi^{*2}, Rabia Eskini³, Ali Akbar Izadi Fard⁴

¹ PhD Student, Department of Private Law, Zanjan Branch, Islamic Azad University, Zanjan, Iran.

² Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran.

³ Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, Mofid University, Qom, Iran.

⁴ Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, University of Mazandaran, Babolsar, Iran.



10.22080/lps.2021.22603.1284

Received:

November 9, 2021

Accepted:

December 3, 2021

Available online:

December 19, 2021

Keywords:

Securities, conflict of laws, conflict resolution rule, stock exchange, public law, private

Abstract

created is securities. On the other hand, due to the willingness of countries to intervene in economic affairs, especially the stock exchange, it has caused a dual nature of public-private. This, along with globalization, has created ambiguities in the conflict of laws related to these documents. The main question that arises is what effect has the globalization and liberalization of securities had on the legislative and judicial policies of countries? The liberalization and internationalization of securities markets, in addition to further complicating some aspects of these markets, has necessitated the development of appropriate legislative policies and strategies with these changes. Unfortunately, there is no explicit provision in Iranian law for conflict of laws in the field of securities, and it seems that the legislature has strengthened the national aspect of securities in the securities market law. After the country leaves the European Union, it is applied to determine the law governing securities. In international documents, the principle of the rule of will to determine the law governing securities is accepted if it does not conflict with public order and rules. In this article, we first examine and determine the legal nature of securities, then, we examine the various legal regimes that may prevail in an international securities agreement, and in the final chapters, using the documents. International, jurisprudence and experiences of other countries, we will clarify the strategies for determining the law governing securities transactions.

***Corresponding Author:** Najad Ali Almasi

Address: Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran.

Email: nalmasi@ut.ac.ir



Extended abstract

1. Introduction

As the phenomenon of globalization becomes pervasive in various dimensions, different issues arise that need to be addressed. One of the issues in the economic dimension is the impact of globalization and free trade on the determination of the law governing securities and the rules governing these securities. Given that the industrialization of societies, especially developing societies, requires the process of economic growth of the countries, the development of these societies and the globalization of trade pose challenges. These challenges can affect the economic efficiency of societies, leading them to enact laws to maintain and promote their economic activity in the legislative stage, maintain their economic independence and ideology, and have economic progress. This will make problems in some cases since countries often tend to maintain their financial independence and ideology while enjoying the benefits of globalization, e.g., one of the current challenges of societies in the light of this idea is the impact of globalization of trade on the legislative policy of countries in the field of securities. In this regard, the willingness of countries to intervene in economic affairs, especially the stock exchange, has caused a dual nature of public-private leading to ambiguities in the conflict of laws related to these documents along with globalization.

2. Research Methods

To answer the research questions and to collect data, library research method has been used, i.e., the existing books and articles related to the subject, as well as

the Internet and Latin sources have been reviewed and analyzed through a descriptive-analytical method.

3. Findings

Given the inefficiencies of the free market in achieving the goals of distributive justice and economic efficiency, governments, to redress this inefficiency by resorting to tools and policies while embracing the principle of the rule of will, seek to redistribute lost justice. Given the role that the public economy plays in ensuring economic efficiency, governments are reluctant to recognize and enforce the laws of other countries in this regard. Accordingly, in the field of securities, if a country's interpretation of the regulatory regulations is relevant to the public aspect, it obviously does not allow the application of the conflict resolution rule and the territorial regulations prevail. Other notable international instrument in this regard is the International Conference on Hague Convection. This convention does not recognize the principle of the rule of will in the quality of Rome I Convection in determining the law. In contrast, it believes that a law will prevail between the parties agreed by one of the parties (the customer) and the intermediary. In the case of securities in English law, in addition to the diversity of views on real estate, the dual nature of securities adds to the complexity of the issue. In the field of securities in general, British jurisprudence has placed securities in the category of religious property.

4. Conclusion

As the results indicated, there are several criteria for determining the law governing disputes arising from securities, including the law on the issuer's residence, the local

law in which the securities registry or the place of the securities deposit is kept, the law on the establishment of a certificate of securities, the law on the status of registration of issuance of securities, the law on the place of transfer of securities and the law on the selection of the parties to the contract, each of which has its own supporters. In the current Iranian law, unlike civil documents and commercial documents stated in Article 969 of the Civil Code and Articles 305 and 306 of the Commercial Code, respectively, there is no rule regarding the absolute value of securities. Therefore, to determine the rule of conflict resolution in this regard, reference to the substantive laws is inevitable.

The method adopted by international instruments to determine the rule of conflict resolution is a reference to the principle of the rule of will and agreement of the parties. However, these documents also provide methods to determine the law governing these bonds in case of silence of the parties to the contract. Rome I Convention, for example, stipulates that in

the absence of a choice of parties, the law applicable is the law of the country with which the contract is most closely linked. British courts did not follow the rules of Rome I and Hague Conventions to determine the law governing disputes arising from securities before leaving the European Union. However, the courts of this country, after an election, applied the rules of Rome I and Hague Conventions.

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

چالش‌های تعارض قوانین ناشی از جهانی شدن اوراق بهادار در نظام حقوقی ایران، انگلیس و اسناد بین‌المللی

جابر اسماعیل زاده^۱، نجاد علی الماسی^{۲*}، ربیعا اسکینی^۳، علی اکبر ایزدی فرد^۴

^۱ دانشجوی دکتری گروه حقوق خصوصی، واحد زنجان، دانشگاه آزاد اسلامی، زنجان، ایران.
^۲ استاد گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.
^۳ استاد گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه مفید، قم، ایران.
^۴ استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه مازندران، بابل، ایران.

doi 10.22080/lps.2021.22603.1284

چکیده

در چند دهه جهانی شدن تمامی حوزه‌های زندگی بشر را تحت تأثیر قرارداده است. یکی از مواردی که جهانی شدن باعث ایجاد چالش‌هایی گردیده است، اوراق بهادار است. از سویی دیگر با توجه به تمایل کشورها به مداخله در امور اقتصادی علی‌الخصوص بورس اوراق بهادار، باعث گردیده است که ماهیت دوگانه عمومی-خصوصی پیدا نماید. همین امر در کنار جهانی شدن باعث ایجاد ابهاماتی در زمینه تعارض قوانین مرتبط با این اسناد گردیده است. پرسش اساسی ای که مطرح می‌گردد اینست که جهانی شدن و آزاد سازی اوراق بهادار چه تأثیری بر سیاست‌های تقنینی و قضایی کشورها بر جای گذاشته است؟ آزاد سازی و بین‌المللی شدن بازارهای اوراق بهادار، علاوه بر اینکه موجب پیچیدگی بیشتر در برخی از جنبه‌های این بازارها شده است، این بازارها را نیازمند طرح سیاست‌ها و استراتژی‌های تقنینی مناسب با این تغییرات کرده است. متأسفانه در حقوق ایران مقرر صریحی در زمینه تعارض قوانین در زمینه اوراق بهادار وجود ندارد و به نظر می‌رسد، قانونگذار جنبه ملی اوراق بهادار را در قانون بازار اوراق بهادار تقویت نموده است. در حقوق انگلیس، مقررات رم یک و کنوانسیون حقوق بین‌الملل خصوصی لاهه حتی بعد از خروج این کشور از اتحادیه اروپا جهت تعیین قانون حاکم بر اوراق بهادار اعمال می‌شود. در اسناد بین‌المللی نیز اصل حاکمیت اراده جهت تعیین قانون حاکم بر اوراق بهادار در صورتی که مناقاتی با نظم عمومی و قواعد آمره نداشته باشد مورد پذیرش قرار گرفته است. در این مقاله، ابتدا به بررسی و تعیین ماهیت حقوقی اوراق بهادار می‌پردازیم، سپس، رژیم‌های مختلف حقوقی ای که ممکن است در یک قرارداد بین‌المللی بر اوراق بهادار حاکم باشند را بررسی می‌کنیم و در فصول نهایی، با استفاده از اسناد بین‌المللی، رویه قضایی و تجارب سایر کشورها، راهکارهای تعیین قانون حاکم بر معاملات اوراق بهادار را روشن خواهیم ساخت.

تاریخ دریافت:

۱۸ آبان ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۱۲ آذر ۱۴۰۰

تاریخ انتشار:

۲۸ دی ۱۴۰۰

کلیدواژه‌ها:

اوراق بهادار، تعارض قوانین،
قاعده حل تعارض، بورس،
حقوق عمومی، حقوق خصوصی

* نویسنده مسئول: نجاد علی الماسی

آدرس: استاد گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم

سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

ایمیل: nalmasi@ut.ac.ir

۱ مقدمه

هستند که با توجه به اینکه قوانین کشورها در زمینه اوراق بهادار، منعکس کننده توانایی ها و سطح توسعه اقتصادی کشورها بوده و بخشی از سیاست کلی دولت‌ها است، بنابراین نزدیک کردن قوانین کشورها در این مفهوم، اقدامی غیر ممکن می‌باشد. (باقری و قنبری، ۱۳۸۹، ۳۲) در تایید این دیدگاه می‌توان بیان نمود که اولاً: ایدئولوژی دولت‌ها در زمینه اقتصادی ممکن است با یکدیگر تفاوت‌هایی داشته باشد و همین تفاوت‌ها امکان حصول به نتیجه‌ای خاص را غیر ممکن نماید. برای مثال در زمینه رابطه دولت و بازار سه دیدگاه کلی در این زمینه وجود دارد. این سه دیدگاه عبارت‌اند: واقع‌گرایی، لیبرالیسم و مارکسیسم. (محمدی، ۱۳۹۳، ۲۴۳) بدیهی است کشورها جهان هرکدام به هر یک از نظریه‌های مذکور تمایل داشته بنابراین از مبنایی یکسان بهره‌مند نیستند. فلذا با توجه به تفاوت در مبنا امکان اتخاذ و تصویب قوانین یکسان نیز وجود ندارد. ثانیاً: با توجه به اینکه مداخله و نظارت بر اقتصاد (هرچند مداخله حداقلی) یکی از ضرورت‌های تشکیل حکومت قلمداد می‌شود، بنابراین حکومت‌ها از این نقش خود صرف‌نظر نمی‌نمایند.

با توجه به این توضیحات تنها راه ممکن برای رفع تعارض قوانین در زمینه اسناد بهادار، شناسایی قوانین کشورها توسط یکدیگر و تعامل در این زمینه است.

۲ بررسی ارکان تعارض قوانین

زمانی که یک رابطه‌ی حقوقی خصوصی به واسطه دخالت یک و یا چند عامل خارجی به دو یا چند کشور ارتباط پیدا کند و در مقررات داخلی این کشورها راه حل‌های مختلفی پیش‌بینی شده باشد به نحوی که نتیجه حاصل از اعمال قانون یکی از این کشورها در خصوص وضعیت حقوقی مورد بحث با نتیجه حاصل از اعمال قانون کشوری دیگر در همان

با فراگیر شدن پدیده جهانی شدن در ابعاد مختلف، به‌ویژه در بُعد اقتصادی، موضوعات مختلفی مطرح می‌گردد که نیازمند بررسی است. یکی از این موضوعات تاثیر جهانی شدن و تجارت آزاد بر تعیین قانون حاکم بر اوراق بهادار و احکام ناظر بر این اوراق است. با توجه به اینکه صنعتی شدن جوامع به ویژه جوامع در حال توسعه مستلزم فرآیند رشد و توسعه اقتصادی کشورها می‌باشد، توسعه این جوامع و جهانی شدن تجارت چالش‌هایی را مطرح می‌نماید. (راسخی و همکاران، ۱۳۹۵، ۳۲) در واقع این چالش‌ها، می‌توانند کارایی اقتصادی جوامع را تحت تاثیر قرار داده و از نظر اقتصادی تاثیر سویی بر کارایی اقتصادی جوامع بگذارد. به همین دلیل جوامع برای حفظ و ارتقاء کارایی اقتصادی خود در مرحله تقنین به دنبال وضع قوانینی هستند تا ضمن حفظ استقلال اقتصادی و ایدئولوژی آنان، پیشرفت اقتصادی را برای آنان به ارمغان آورد. انجام این مهم و تحقق این اندیشه در برخی از موارد با مشکلاتی روبه‌رو خواهد شد. زیرا غالباً کشورها تمایل دارند ضمن بهره‌مندی از مزایای جهانی شدن، استقلال مالی و ایدئولوژی خود را حفظ نمایند. برای مثال یکی از چالش‌های حال حاضر جوامع در پرتو این اندیشه، تاثیر جهانی شدن تجارت بر سیاست تقنینی کشورها در زمینه اوراق بهادار می‌باشد.

در راستای دستیابی به قوانین یکسان در زمینه اوراق بهادار از نظر تئوری دو راهکار وجود دارد. راهکار اول آن است که در زمین اوراق بهادار، قوانین یکسان جهانی وضع شود و یا قوانینی به عنوان قوانین نمونه معرفی شود و کشورها با پذیرش این قوانین شرط حقوقی لازم برای ایجاد تعارض قوانین را از بین برده و در نتیجه در این زمینه اصولاً تعارضی مطرح نگردد. راهکار دوم نیز این است که کشورها به جای رقابت با یکدیگر در زمینه تحمیل قوانین خود به موضوعات مورد اختلاف، ضمن شناسایی قوانین متقابل خود، به همکاری در این زمینه بپردازند. در تحلیل دیدگاه اول برخی بر این باور



نسبت به گذشته بر شمار دعوایی که دارای عنصر خارجی می باشند افزوده شود.

۲،۲ وجود تفاوت بین قوانین داخلی کشورها (شرط حقوقی)

از دیگر شرایط لازم برای تحقق تعارض قوانین، مغایرات در محتوای قواعد حقوقی کشورهای مختلف با یکدیگر است، در غیر این صورت هر چند از لحاظ نظری ممکن است تعارض قوانین بالقوه ایجاد شود لیکن تعارض قوانین بالفعل محقق نخواهد شد و اینکه در مقام تعارض، قاضی در دادرسی این یا آن قانون بخصوص را اعمال کند عملاً بی فایده خواهد بود، بنابراین اگر قوانین ماهوی کشورهای مختلف- مثلاً با تصویب و پیوستن به کنوانسیون که حاوی قواعد ماهوی است - یکسان گردد دیگر تعارض قوانین مصداقی پیدا نخواهد کرد.

۲،۳ اغماض قانون گذار ملی (شرط سیاسی)

توسعه روابط بین المللی بین کشورها و ضرورت احترام به قاعده رفتار متقابل^۲ باعث گردیده است تا کشورها در برخی از زمینه ها به یکدیگر تعامل نمایند. بر این اساس کشورهای جهان برای ارتقاء تبادلات سیاسی و برای جلب سرمایه گذاری های خارجی و تعامل با بازرگانان دیگر کشورها، از اعمال قوانین ملی خود در پاره ای موارد چشم پوشی کرده و قانون خارجی را در آن زمینه ها اعمال می نمایند. در صورتی که قانون گذار و یا دادرس در همه حال اعمال قانون ملی را لازم بدانند و اجرای قواعد حل

و احترام متقابل است. به موجب این اصل، مزیت یا جریمه ای که یک دولت نسبت به دولت دیگر یا اتباعش اعمال می کند، با رفتار معادل از سوی دولت اخیر مواجه می شود.» ایزانلو، محسن و جباری زاده، روزبه، رفتار متقابل به عنوان شرط اجرای احکام خارجی: مطالعه در حقوق بین المللی خصوصی ایران و امریکا، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۲، شماره ۸۸، ۱۳۹۸، ص ۸۷.

مورد متفاوت باشد، تعارض قوانین مطرح می شود.^۱ بر این اساس علت بروز تعارض قوانین را باید دخالت یک (یا چند) عامل خارجی دانست، (الماسی ۱۳۹۸، ۱۹) بنابراین اگر یک رابطه ی حقوقی تنها به یک کشور مربوط شود تعارض قوانین محقق نخواهد شد. در صورت ایجاد تعارض قوانین قاضی باید ابزار و قواعدی در اختیار داشته باشد تا از میان قوانین مختلف و گوناگون تنها یک قانون را به عنوان قانون صالح انتخاب و بر دعوا حاکم نماید، به چنین قواعد و قوانینی قواعد حل تعارض قوانین می گویند. جهت به وجود آمدن تعارض قوانین شرایطی لازم است که می توان به شرط وجود عامل بیگانه، یکسان نبودن سیستم های حقوق مدنی و بالاخره اغماض و گذشت قانون گذار و قاضی به عنوان مهم ترین شرایط تحقق تعارض قوانین اشاره نمود.

۲،۱ وجود عامل بیگانه

وجود عامل بیگانه یا به تعبیر برخی «شرط توسعه روابط و مبادلات بین المللی (الماسی، ۱۳۹۸، ۲۰)» یا «شرط اقتصادی» (فدوی، ۱۳۸۵، ۵۱) یکی از مهم ترین ارکان و شرایط تحقق تعارض قوانین است. زیرا در صورتی در یک دعوا عنصر خارجی حضور نداشته باشد موضوع مربوط به حقوق بین الملل خصوصی نمی باشد، از این رو هرچه روابط خصوصی بین المللی توسعه بیشتری می یابد موارد ایجاد تعارض بیشتر می شود. در حال حاضر روند سریع جهانی شدن و گسترش هرچه بیشتر مبادلات تجاری و ظهور شرکت های چند ملیتی، اقبال جوامع به معاملاتی از راه دور از طریق بستر اینترنت و رفع هرچه بیشتر موانع سیاسی و اقتصادی در راستای تسهیل جریان تجارت جهانی باعث شده است که

۱- در فرهنگ حقوقی Black's law چاپ ۱۹۹۱ صص ۳۰۰-۲۹۹ در تعریف تعارض قوانین چنین آمده است:

Inconsistency or difference between the law of different states or countries, arising in the case of persons who have acquired right incurred obligations, injuries or damages or made contract within territory of two or more jurisdiction.

۲: «به موجب قاعده رفتار متقابل که ریشه در بنیاد اخلاق بین المللی دارد، حاکمیت برابر دولت ها، متضمن تکلیف شناسایی

هرگونه نوشته سهام، سهام خزانه، یا به طور کلی هرگونه منفعت یا ابزاری که عموماً به عنوان ورقه بهادار شناخته می‌شود.^۱

۴ ماهیت اوراق بهادار

جهت توصیف موضوع تعارض قوانین و تعیین قانون حاکم، اولین گام، تعیین تبیین ماهیت موضوع است. در زمینه ماهیت اوراق بهادار، دو چالش اساسی وجود دارد. چالش اول تنوع اقسام اوراق بهادار است. بر این اساس این اوراق شامل سهام عادی، سهام ممتاز، حق تقدم، سهام جایزه، اوراق مشارکت، مشتقات، اختیار معامله، قرارداد آتی و صکوک می‌باشد. این تنوع اقسام تحلیل ماهیت اوراق بهادار تحت یک عنوان را با مشکل مواجه می‌سازد. چالش دوم نیز عدم اتفاق نظر در زمینه ماهیت این اوراق است. مضاف بر چالش‌های فوق الذکر، ماهیت اوراق بهادار نیز از منظرهای متفاوتی قابل بررسی است. برای مثال برخی صرفاً اوراق بهادار را از منظر منقول و غیر منقول بودن تقسیم نمودند، (صفری، ۱۳۹۰، ۱۳۸، ۱۳۸؛ اسکینی، ۱۳۸۸، ۱۲۷) در مقابل برخی دیگر ماهیت این اوراق را از منظر دینی و یا عینی بودن مورد کنکاش قرار داده‌اند. ایشان بر این باور هستند که با توجه به سکوت قانونگذار ایرانی در این زمینه، ماهیت حقوقی این اوراق را طلب دارنده آن از شرکت می‌دانند. (تفرشی و سکوتی نسیمی، ۱۳۸۳، ۴۸) البته برخی دیگر بر این باور هستند که برخی از اقسام اوراق بهادار همچون سهام را باید در زمره اموال عینی دانست. (سلطانی و اخوان هزاوه، ۱۳۹۱، ۱۴۴) در تایید این مدعا بیان شده است: «با پذیرش این نظریه (دینی بودن ماهیت اوراق بهادار) باید معتقد باشیم مبادلات اوراق بهادار در بازار بورس اوراق بهادار، خرید و فروش طلب است که این برخلاف مبانی حقوقی ما به شمار می‌آید.» (باقری و طالب زاده طریقه، ۱۳۹۵، ۱۰) ایشان بر این باور هستند که توجیه اوراق بهادار در قالب حق دینی یا بدهی ناشر به سرمایه

تعارض را ضروری نداند قانون داخلی (قانون ملی) اجرا می‌شود، لذا با توسعه روابط بین‌المللی و اختلاف سیستم‌های حقوقی، قانون‌گذار داخلی مصلحت خود را در این دیده است که در مواردی اجازه اجرای قانون خارجی را به قضاوت بدهد، و به قول یکی از اساتید حقوق بین‌الملل خصوصی «تعارض قوانین محصول تفکر نسبی بودن حاکمیت‌های سیاسی می‌باشد» (شیخ الاسلامی، ۱۳۸۴، ۱۲۳).

۳ مفهوم اوراق بهادار

در تعریف اوراق بهادار بیان شده است که اوراق بهادار، اسناد مثلی هستند که به وسیله شرکت‌ها، دولت‌ها، سازمان‌های خصوصی و عمومی بین‌المللی به منظور تامین مالی برای اجرایی شدن، پروژه‌های خصوصی و عمومی بین‌المللی به منظور تامین مالی برای اجرایی شدن پروژه‌ها و یا تجارت منتشر می‌شوند. این اوراق به کاهش هزینه مالی ناشران کمک می‌کند. (Micheler, 2009, 13)

بر اساس بند ۲۴ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۴ در تعریف اوراق بهادار مقرر می‌دارد: «هر نوع ورقه یا مستندی است که متضمن حقوق مالی قابل نقل و انتقال برای مالک عین و یا منفعت آن باشد. شورا، اوراق بهادار قابل معامله را تعیین و اعلام خواهد کرد. مفهوم ابزار مالی و اوراق بهادار در متن این قانون، معادل هم در نظر گرفته شده است.» بر اساس این تعریف، اوراق بهادار اعم از «ورقه» یا «مستند» است. منظور قانونگذار از مستند نیز اوراقی است که در مقابل ورقه کاغذی (Physical Certificate) قرار داشته و جنبه غیرکاغذی و الکترونیکی اوراق بهادار مدنظر بوده است. (باقری و شوشی نسب، ۱۳۹۲، ۸۳)

بخش ۲(a) قانون اوراق بهادار آمریکا در مبحث تعاریف آمده است: «عبارت ورقه بهادار به معنای

¹ . <https://www.sec.gov/>



دیدگاه های موجود در این زمینه می باشد، میزان دخالت دولت در اقتصاد است. بر این اساس می توان طیفی را تصور نمود که در راست ترین نقطه این طیف (لیبرال ها و نئولیبرال ها)، حداقل دخالت دولت در اقتصاد مطلوب و مورد قبول است. در مقابل نقطه چپ ترین این طیف (رادیکال ها و دولت رفاه)، دخالت حداکثری دولت در اقتصاد را مطلوب و موجه می داند. (عدالتجو و حسن زاده بنام ، ۱۳۹۵، ۲۰)

پس از نمایان شدن ناکارآمدی های بازار آزاد در تامین اهداف عدالت توزیعی و کارایی اقتصادی، دولت ها جهت رفع این ناکارآمدی، با توسل به ابزارها و سیاست هایی ضمن محدود نمودن اصل حاکمیت اراده، درصد باز توزیع عدالت از دست رفته می باشند. زیرا عدالت اقتصادی که گاهی با عدالت توزیعی یکی انگاشته می شود هم اصلی ترین بخش عدالت است و هم محوری ترین بخش اقتصاد هنجاری. (قلیچ، ۱۳۸۹، ۱۴۶) بر این اساس نوعی نظارت و مداخله در اقتصاد مطرح گردید. به عبارت دیگر حقوق عمومی اقتصادی یا همان حقوق تنظیمی، نوعی نظارت است که با تهدید به اعمال ضمانت اجراها توسط قدرت عمومی اعمال می شود. اینها در واقع یک سازوکار کاملا امری هستند که اگر رعایت نشوند، مجازات هایی را به دنبال خواهند داشت. (باقری، ۱۳۸۵، ۶۷)

یکی از مبانی که باعث تحدید حاکمیت اراده و در نتیجه آزادی قراردادی می شود، برقراری عدالت توزیعی و در نتیجه تحقق کارآمدی اقتصادی می باشد. بر این اساس کارایی اقتصادی نیز یعنی تولید با حداقل هزینه ممکن و به حداکثر رساندن منافع که امکان بدست آوردن آنها از منابع موجود توسط مصرف کنندگان وجود دارد. کارایی اقتصادی متشکل از سه جزء کارایی پویا، کارایی تولیدی و کارایی تخصیصی است. (Taylor, 2006, 12)

کارایی اقتصادی را باید مهم ترین هدف اقتصادی عمومی دانست. زیرا حقوق رقابت با تضمین و حمایت از رقابت در سطح جامعه، و همچنین ترویج

گذار ویا رابطه قراردادی میان ناشر و مالک ورقه، همگی افزایش هزینه های معامله را در پی خواهد داشت؛ در حالی که با تلقی این اوراق به عنوان اعیان، می توان هزینه های مبادله را کاهش و کارایی اقتصادی آنها را افزایش داد. (شوشی نسب، ۱۳۹۲، ۱۵۵) در مقابل دیدگاه های فوق الذکر، دیدگاه دیگری وجود دارد که معتقد است؛ باید بین سهام بانام و سهام بی نام قائل به تفکیک شد. بر این اساس سهام با نام جزء دیون محسوب میشوند و سهام بی نام را که به صورت سند در وجه حامل می باشد و انتقال آن به صرف قبض و اقباض صورت می گیرد، جزء اموال مادی (اعیان) به شمار می آورند. (الماسی، ۱۳۸۶، ۲۹۶)

علی رغم مال تلقی شدن اوراق بهادار، این اوراق می تواند موضوع قراردادهایی از جمله بیع، رهن و ... واقع شود. بنابراین اوراق بهادار را می توان از نظر توصیف تعارض قوانین، در دسته قراردادها جای داد. لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ در موادی همچون ۲۱، ۳۵، ۳۶، ۱۶۶ و ۱۶۹ به بیع اوراق بهادار اشاره نموده است. همچنین ماده ۱۱۴ قانون مذکور و تبصره ماده ۴۷ قانون اجرای سیاست های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، توثیق اوراق بهادار را به رسمیت شناخته است.

با توجه به ویژگی های متفاوت اوراق بهادار، به صورت کلی نمی توان در مورد ماهیت این اوراق اظهار نظر نمود. بلکه باید به صورت موردی نسبت به ماهیت این اوراق اظهار نظر نمود.

۵ تحدید حاکمیت اراده و مقررات تنظیمی حاکم بر اوراق بهادار

مبنای دخالت دولت در زندگی اجتماعی را باید در نظریه آدام اسمیت جستجو نمود. دفاع در برابر تهاجم خارجی، برقراری عدالت اجتماعی و امنیت داخلی و نهایتا اموری منفعت اقتصادی بازار را تامین نمی کند. آنچه که باعث تمایز ایدئولوژیک میان

بحرانی در حقوق بین الملل خصوصی را داشته باشیم. (Bagheri & Chizu, 2002, 17)

۶ بررسی دسته ارتباط اوراق بهادار

در حقوق بین الملل خصوصی با توجه به دسته های ارتباط، قانون حاکم بر موضوع تعیین می شود. در زمینه اوراق بهادار نیز قبل از تعیین قانون بر این اوراق، باید تعیین نمود که اوراق بهادار در کدام یک از این دسته ها جای می گیرند. (عیسای تفرشی، ۱۳۸۶، جلد دوم/۱۰۳) در واقع تعیین تعیین دسته اوراق بهادار در مبحث تعارض قوانین یکی از مهم ترین اقداماتی است که باید انجام گیرد. (Haentjens, 2005, 19) در صورتی که دسته ارتباط اوراق بهادار را در زمره اموال و یا قراردادهای بدانیم، با توجه به قواعدی که کشورها در این زمینه پیش بینی نموده اند، مشکل چنددانی در این زمینه وجود ندارد. اما اگر دادگاه، بر این باور باشد که مقررات اوراق بهادار در زمره قواعد تنظیمی است، با توجه به ماهیت دوگانه این اوراق و عدم اتفاق نظر در این زمینه، اختلاف نظرهایی مطرح می شود. برخی بر این باور هستند که مقررات تنظیمی اوراق بهادار تنظیمی مربوط به حقوق خصوصی بوده و سازگارهایی همچون مقررات افشای اطلاعات صرفاً در مقام حمایت بیشتر از سرمایه گذار وضع گردیده و موجب شده است تا شفافیت بیشتری در این زمینه وجود داشته باشد. در مقابل این دیدگاه برخی دیگر معتقد هستند که مقررات حاکم بر اوراق بهادار در زمره قواعد حقوق عمومی بوده و رویکرد سرزمینی در این زمینه اتخاذ نموده اند.

رقابت سازنده بین فعالان اقتصادی، به دنبال افزایش کارایی اقتصادی و در نتیجه شکوفایی اقتصاد جامعه می باشد. در این راستا حقوق رقابت به دنبال حفظ و تداوم بخشیدن به رقابت میان بنگاه‌ها می باشد تا تضمین عملکرد صحیح بازار ممکن شود. برای مثال در قانون کلایتون^۱ به صراحت ادغام‌هایی که به طور اساسی موجب کاهش رقابت می‌شوند، ممنوع گردیده‌اند.^۲

بدیهی است با تحقق کارایی اقتصادی دولت به اهداف دیگری همچون افزایش رفاه جامعه نیز دست می‌یابد، به عبارت دیگر کارایی اقتصادی را در سطح کلان باید مقدمه این هدف دانست. لازم به ذکر است که دولت با دخالت در اقتصاد ضمن تلاش جهت تحقق اهداف اقتصادی، بعضاً به دنبال تحقق اهداف غیراقتصادی نیز می‌باشد.

با توجه به نقشی که اقتصاد عمومی در تامین کارایی اقتصادی ایفا می نماید، دولت‌ها تمایل ندارند که در این زمینه قوانین دیگر را به رسمیت شناخته و اجرایی نمایند. زیرا بدیهی است اهداف مدنظر هر دولتی توسط خود آن دولت تامین می‌گردد. بر این اساس یکی از حوزه‌های مداخله حقوق عمومی اقتصادی، اوراق بهادار می‌باشد. برای مثال در نظام حقوقی ایران، دولت در بورس به عنوان مهم ترین محل تبادل و عرضه اوراق بهادار نظارت داشته و با وضع قواعدی همچون افشای اجباری اطلاعات و منع سوء استفاده از اطلاعات نهانی حاکمیت اراده را به چالش کشیده است. با توجه به تمایل دخالت دولت در اقتصاد در مقررات حاکم بر اوراق بهادار و ماهیت دوگانه عمومی-خصوصی شدن این اوراق، حقوق بین الملل خصوصی دگرگون شده است. در صورت تعارض قوانین نفعگرا باید انتظار وقوع

^۱ قانون ضد تراست کلایتون، قانون مصوبه ۱۹۱۴ در کنگره آمریکا، به منزله متمم قانون ضد تراست شرمن، برای ممانعت از فعالیت های انحصارطلبانه مالی، صنعتی و تجاری تصویب شده است. پیشنهاد تصویب آن را "هنری دو لامار کلایتون" به کنگره داد. در این قانون، انواع فعالیت های انحصارطلبانه اقتصادی و پیامد های آن به تفصیل مدنظر قرار گرفته است. به موجب این قانون، اعمالی نظیر انعقاد قراردادهای فروش

انحصاری و ایجاد مانع در برابر رقابت آزاد، ممنوع اعلام شد. همچنین، به افرادی که از عملکرد شرکت های انحصاری متضرر شده اند، حق شکایت داده شد. در این قانون، اندامی های کارگری، ضمن آنکه مشمول محدودیت های آن نمی شدند، حق برگزاری اعتصاب و اعمال تحریم یافتند. Clayton Act Article 7.²



انگلیس به عنوان قانونی که نزدیک ترین و واقعی ترین ارتباط با آن را دارد تعیین شود. با این وجود دادگاه استیناف انگلیس مجدداً این قاعده را تایید کرد^۴، اگر همانطور که "اوی"۵ اشاره کرد: (ت) احکام سه قاضی لرد دادگاه استیناف، چنان رویکرد های متفاوتی را در قاعده قانون محل وقوع مال فاش کرد که تشخیص مبناى واقعی و توجیه اعمال این قاعده در مورد سهام و دامنه و نحوه اجرای آن را دشوار می سازد. (Davis, 2004, 65)

قاعده سنتی محل وقوع مال به منظور حل مسائل تعارض قوانین اوراق بهادار به علت ماهیت حقوقی دوگانه این اوراق بهادار به تعدیل مناسب نیاز دارد.

محل وقوع اوراق بهادار به مکانی مرتبط است که می توان با آنها به طور موثری بین دارنده و ناشر معامله کرد. این مکان با توجه به دسته اوراق بهادار (با نام یا بی نام) و همچنین ماهیت روابط حقوقی مربوط باید تعیین شود.

قانون محل اقامت ناشر، به تمامی مسائل مربوط به روابط بین دارندگان و ناشر، صرف نظر از نوع اوراق بهادار، حاکم خواهد بود. جنبه های مالکیتی انتقال مالکیت اوراق بهادار باید تحت قانون محلی باشد که سهام در زمان معامله در آن "محل" قرار دارد، این محل برای اوراق بهادار با نام محل نگهداری دفتر و برای سهام بی نام محل استقرار گواهی تلقی می شود. (Vygovskyy, 2019, 65)

۷/۱ اسناد بین المللی

مقرر رم یک را می توان آخرین سندی دانست که در زمینه تعارض قوانین در سال ۲۰۰۸ به تصویب رسیده است که جایگزین کنوانسیون ۱۹۸۰ رم گردیده است. ماده ۳ این مقرر به صورت مطلق اصل حاکمیت اراده را به رسمیت شناخته است.^۶ بر

^۶ ماده ۳ این مقرر مقرر می دارد: «

۱. قرارداد تابع قانونی است که طرفین انتخاب میکنند، این انتخاب باید صریح باشد یا به طور شفاف از شرایط قرارداد اثبات شود یا اوضاع و احوال پرونده چنین انتخابی

برخلاف دیدگاه های فوق الذکر که مقررات تنظیمی اوراق بهادار را تک بعدی می دانند، برخی بر این باور هستند که این مقررات چند بعدی بوده و هر یک از این ابعاد اهداف متفاوتی را دنبال می کنند. بر این اساس در مقررات تنظیمی اوراق بهادار، قواعد حقوق عمومی و خصوصی و ضمانت اجراهای کیفری و مدنی با هم آمیخته شده است. (Bagheri & Chizu, 2002, 15)

۷ تعیین قانون حاکم بر تعارض قوانین در اوراق بهادار در حقوق ایران، انگلیس و اسناد بین المللی

انواع مختلفی از قواعد تعارض قوانین جهت تعیین موقعیت اوراق بهادار وجود دارد، از جمله قانون محل اقامت ناشر، قانون محلی که دفتر ثبت اوراق بهادار در آن نگهداری می شود یا قانون محلی که محل سپرده گذاری اوراق بهادار است، قانون محل استقرار یک گواهی اوراق بهادار، قانون وضعیت ثبت انتشار اوراق بهادار و قانون محل انتقال اوراق بهادار که هر یک از این معیارها طرفداران خاص خود را دارد.

برای مثال در پرونده "مک میلان اینس علیه بیشاپ گیت اینوستمنت تراست پی ال سی"^۱ خواندگان استدلال کردند که قانون نیویورک، به طور همزمان قانون محل تشکیل شرکت صادرکننده سهام، قانون محلی که انتقال مربوطه در آن صورت گرفته است^۲ و قانون محلی که سهام در هنگام معامله در آن قرار داشته است^۳ همواره باید به عنوان قانون حاکم تلقی شود و از طرف دیگر خواهان، اصرار داشت که ادعاهای وی باید مطابق قانون

^۱ Macmilan inc v. Bishops gate Investment Trust Plc

^۲ Lex locus actus

^۳ Lex situs

^۴ Lex situs

^۵ Maisie Ooi

بنابراین کنوانسیون مزبور، ضمن ایجاد زمینه های لازم جهت حاکمیت اراده طرفین، مانع اعمال قواعد و قوانین آمره دولت ها نیست و در واقع به منافع دولت ها نیز جامع عمل پوشانده است. آنچه در خصوص موضع کنوانسیون رم محل تامل می نماید آن است که رویکرد اتخاذی ممکن است در عمل آشفتگی هایی را در پی داشته باشد، زیرا اولاً تعیین ملاک قاعده آمره، آن هم در مورد کشورهای مختلف، دشوار و ثانیاً در این صورت، دادگاه صالح، علاوه بر کشف اراده طرفین، حسب مورد باید به قواعد آمره و قوانین واجد صبغه عمومی کشور مورد نظر نیز عنایت کند. سرانجام اینکه علیرغم حسن تعیین اختیاری قانون حاکم در این روش، امکان دارد که در مواردی با نظام های حقوقی متعددی مواجه شویم و این امر عملاً به رویه و عملکردهای متفاوتی نیز منتهی می شود. (Paech, 2014)

از دیگر اسناد بین المللی قابل اشاره در این زمینه می توان به کنفرانس بین المللی حقوق لاهه اشاره نمود.^۴ این کنوانسیون اصل حاکمیت اراده را به کیفیت مقرر رم یک در تعیین قانون را به رسمیت نشناخته اما بر این باور است که قانونی بین طرفین حاکم خواهد بود که مورد توافق یکی از طرفین (مشتری) و نهاد واسط باشد.^۵ (Rogers, 2006, 287-288)

هدف کنوانسیون حقوق بین الملل خصوصی لاهه

این اساس طرفین میتوانند صریحاً و یا حتی به صورت ضمنی قانون مدنظر خود را انتخاب نمایند. (Hartely, 2011, 39) اصل حاکمیت اراده در این مقرر امکان تجزیه قرارداد و یا دپاساژ را به طرفین داده و طرفین قرارداد می توانند صرفاً نسبت به قسمتی از قرارداد قانون مد نظر خود را حاکم نمایند. (Lopez Rodriguez, 2003, 355)

بدیهی است اصل حاکمیت اراده توسط نظم عمومی محدود می گردد. بر اساس این مقرر طرفین قرارداد نمی توانند با استفاده از اصل حاکمیت اراده، از مقررات قانونی مربوط به نظم عمومی عدول نمایند. همچنین نظم عمومی مقرر دادگاه^۲ و همچنین مقررات آمره برتر^۳ نیز به وسیله اصل حاکمیت اراده قابل عدول نمی باشند. (Brand, 2011, 21)

بر این اساس در زمینه اوراق بهادار نیز اگر تفسیر کشوری از مقررات تنظیمی این گونه باشد که مربوط به جنبه عمومی بوده، بدیهی است امکان اعمال قاعده حل تعارض را نداده و مقررات سرزمینی را حاکم می نماید.

نکته مهم دیگر آن است که در صورت فقدان انتخاب طرفین، قانون قابل اجرا، قانون کشوری است که قرارداد با آن کشور نزدیکترین پیوند را دارد. روشن است که این رویکرد به معنای نفی قواعد آمره کشورها نبوده، توافق طرفین در این فرض نباید معارض با قوانین آمره باشد.

...را نشان دهد. طرفین قرارداد با انتخاب خود میتوانند، قانونی را بر تمام قرارداد و یا تنها بخشی از آن حاکم کنند.

۲. طرفین هر زمان که بخواهند میتوانند قرارداد را تابع قانونی غیر از قانونی که سابقاً بر آن حاکم بوده، قرار دهند ...»

۱. Depeçage

۲. ماده ۲۱ این مقرر بیان می دارد: «اعمال مفادی از قانون هر کشوری که این مقررات تعیین می شود، صرفاً در صورتی می توان از اعمال آن خودداری کرد که اعمال آن مقرر به طور آشکار با نظم عمومی دادگاه در تعارض باشد.»

۳. بند ۱ ماده ۹ این مقرر بیان می دارد: «مقررات امری برتر، عبارتند از، مقرراتی که برای یک کشور به منظور حفظ منافع عمومی، از قبیل سازمان های سیاسی، اجتماعی و اقتصادی، حیاتی و قاطع می باشد، تا چنان حدی که آن ها قابل اعمال بر مورد وضعیت های واقع در قلمروشان هستند، قطع نظر از قانونی که بر قرارداد حاکم می شود.»

۴. Hague Conference on Private International Law.
۵. بند یک ماده ۴ کنوانسیون حقوق بین الملل خصوصی لاهه بیان می کند: «... قانون قابل اجرا برای همه موضوعات مشخص شده در بند ۱ ماده ۲، قانون لازم الاجرا در کشوری است که صریحاً در قرارداد حساب به عنوان دولتی که قانون آن بر قرارداد حساب حاکم است، توافق شده است...».



قواعد سنتی حقوق بین الملل خصوصی به قانون محلی که اوراق بهادار در آن قرار دارد^۱ اشاره می نماید. در حالی که این عامل ارتباط در مواقعی که انتقال اوراق بهادار می بایست به شکل فیزیکی صورت پذیرد مناسب است اما در چند سال اخیر که جنبه غیرمادی اوراق بهادار رواج پیدا کرده، نامناسب است، و هر تلاشی برای اعمال این عامل در یک چنین سیستمی احتمالاً نتایج غیرمنتظره ای را در عمل به همراه خواهد داشت. به عنوان مثال، در زمینه معامله ای که شامل سبد اوراق بهادار در کشورهای مختلف است، ایده ارجاع اوراق بهادار به قانون محلی که در آنجا واقع شده است، اثر ناگوار چند برابر شدن قوانین قابل اجرا را به همراه دارد.^۲

-قلمرو کنوانسیون اوراق بهادار لاهه:

کنوانسیون اوراق بهادار لاهه در مورد "اوراق بهاداری که نزد یک واسطه نگهداری می شود" اعمال می شود تعریف اصطلاح "واسطه" برای اولین بار در ماده یک این کنوانسیون درج شده است.^۳

این کنوانسیون قوانین قابل اعمال در مورد اختلافات ناشی از اوراق بهاداری که با یک واسطه نگهداری می شود را تعیین می کند و در مورد مسائل مربوط به صلاحیت محاکم و همچنین شناسایی و اجرای احکام دادگاه های خارجی اعمال نمی شود.

از این جهت پیداست که در صورت عدم توافق نسبت به قانون حاکم بر اوراق بهادار، در نظرگاه کنوانسیون لاهه، اختلاف تابع قانونی خواهد بود که نهاد واسطه نگهداری اوراق بهادار در آنجا مستقر است و یا محل نگهداری اوراق نزد حساب واسطه قلمداد می شود.

- کمیسیون اروپا:

کمیسیون اروپا نیز در راستای بهبود چارچوب قانونی حوزه اوراق بهادار و اعمال حقوق مربوط به آن در بازار داخلی، نسبت به اوراق بهادار واسطه ای اقداماتی انجام داد، که منتهی به مصوبه ای شده^۴ و در خصوص اوراق بهادار واسطه ای، به قانون نگهداری توسط واسطه ها اشاره کرده است. این مطلب را برخی دیگر نیز بیان می دارن که قانون حاکم بر اوراق بهادار که توسط واسطه نگهداری می شود، بر این اساس (روابط واسطه و سرمایه گذار) تعیین می گردد. (Ooi, 2003)

از رویکردهای فوق پیداست که در حال حاضر اختلاف اصلی بر سر رویکرد توافقی در تعیین قانون حاکم بر اوراق بهادار است. (Paech, 2014, 3-4) با این حال به دلایلی که اشاره شد، هنوز تفاوت هایی در خصوص قانون حاکم بر انواع اوراق بهادار وجود دارد.

۷،۲ حقوق انگلیس

به صورت کلی در نظام حقوقی انگلیس در زمینه اموال منقول، پنج نظریه مطرح شده است. این پنج نظریه عبارت اند از: قانون اقامتگاه مالک،^۵ قانون محل عمل حقوقی،^۶ قانون مناسب،^۷ قانون محل وقوع مال،^۸ نظریه جدید. هر یک از این نظریه ها طرفدارانی داشته و آرایبی نیز صادر شده است. اما در خصوص اوراق بهادار علاوه بر تعدد نظریات موجود در زمینه اموال منقول، ماهیت دوگانه اوراق بهادار بر پیچیدگی موضوع افزوده است.

4. Legislation on legal certainty of securities holding and dispositions.

5. The Law of the Domicile

6. The Law of the Place of the Legal Act

7. Proper Law

8. The Law of the Place of the Property

1 Lex rei or Lex chartae sitae

2 www.unine.ch

۳ ماده یک کنوانسیون "واسطه" را اینگونه تعریف کرده است: "واسطه به شخصی اطلاق می شود که در جریان یک تجارت یا سایر فعالیت های معمولی، حساب های اوراق بهادار را برای دیگران، یا هر دو، برای دگران و به حساب خود نگه می دارد و در آن سمت عمل می کند".

الملل خصوصی لاهه در این مورد قابلیت اجرایی دارد. (Ungerer, 2019, 395)

قبل از خروج بریتانیا از اتحادیه اروپا، محاکم این کشور جهت تعیین قانون حاکم بر مسئله، مقررات رم یک (در رابطه با تعهدات قراردادی) و مقررات رم دو (در رابطه با تعهدات غیرقراردادی) را اعمال می کردند.

از سوی دیگر قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی و غیرقراردادی در فوریه ۲۰۱۹ توسط پارلمان این کشور تصویب شد. بر اساس این قانون، اعمال مقررات کنوانسیون رم یک و دو همچنان ادامه دارد. به عبارت دیگر بریتانیا تصمیم گرفته است مقررات رم یک و دو را به عنوان بخشی از حقوق بین الملل خصوصی داخلی (با توجه به برخی اصلاحات جزئی) حفظ کند. (Layton, 2020)

با توجه به اینکه دولت بریتانیا تمایل خود را بر ادامه اجرای رژیم حقوقی قبل از برگزیت به دوران بعد از برگزیت نیز اعلام نمود، نگارنده بر این باور است که دادگاه های انگلیس همچنان در تصمیمات خود مقررات رم یک و دو را اعمال می کنند

۷،۳ حقوق ایران

متاسفانه در زمینه تعارض قوانین در مورد اوراق بهادار به طور مشخص، در قوانین ایران مقرر ای وجود ندارد. بنابراین در نظام حقوقی کنونی ایران برای تعیین قانون حاکم در زمینه اوراق بهادار باید به قوانین عام و دکترین و رویه قضایی موجود متوسل گردید. بر اساس قوانین ماهوی موجود نیز جهت تعیین قانون حاکم باید ضمن تعیین ماهیت هر یک از این اوراق، دسته ارتباط این اسناد مشخص گردد.

بررسی قوانین ماهوی موجود در نظام حقوقی کنونی ایران علی الخصوص قانون بورس و اوراق بهادار ایران، حاکی از آن است که قانونگذار ایرانی تمایل دارد در زمینه تعارض قوانین، قوانین ملی خود را به اشخاص خارجی تحمیل نماید. در تبیین دلایل

به صورت کلی در زمینه اوراق بهادار رویه قضایی انگلیس اوراق بهادار را در زمره اموال دینی قرار داده است. برای مثال در حقوق انگلیس قاضی فارول در پرونده بولندرز تراستی علیه استیل برادرز بیان شد: سهم، منفعت شریک در شرکت است که با مبلغی پول، در درجه اول از لحاظ مسئولیت و در درجه دوم از نظر منفعت ارزیابی میشود. بلکه همچنین ترکیبی است از پیمانهای دو طرفه که طبق ماده ۱۶ قانون شرکت های تجاری ۱۸۶۲ (ماده ۱۴ قانون شرکت های تجاری ۱۹۸۵) بین تمامی شرکا بسته میشود. این قرارداد که ضمن اساسنامه آورده می شود یکی از اجزای اصلی سهم است. سهم مبلغی پول، آن طور که خواهان پیشنهاد کرده، نیست، بلکه منفعتی است که به وسیله پول ارزیابی میشود و موجد حقوق گوناگون، از جمله حق نسبت به مبلغی پول به مقدار کمتر یا بیشتر است که ضمن قرارداد مذکور آمده است. (عیسایی تفرشی، ۱۳۷۸، جلد اول/۱۰۶) البته در انگلستان نیز آرای وجود دارد که ماهیت اوراق بهادار را یک حق عینی تحلیل می کنند. (Micheler, 2002, 4)

در حقوق انگلیس در برخی از موارد دادگاه، اوراق بهادار را در زمره حقوق عمومی دانسته و قوانین سرزمینی خود را اعمال میکنند. برای مثال در دعوای اسکیمر علیه پراپرتی لیمیتد^۲، قاضی پرونده نظریه عمومی بودن مقررات تنظیمی اوراق بهادار را اتخاذ نموده و اقدام به اعمال قوانین ملی در این پرونده نموده است.

برخی بر این عقیده اند که با توجه به خروج انگلیس از اتحادیه اروپا در طی همه پرسی ۲۰۱۶، مقرر رم یک را دیگر نمی توان در مورد کشور انگلیس حاکم دانست. زیرا این کشور دیگر از اعضای اتحادیه اروپا قلمداد نمی شود و مقرر رم یک نیز در مورد کشورهای عضو اتحادیه اروپا است. علی رغم عدم اجرا شدن مقرر رم یک در مورد حقوق انگلیس، به نظر می رسد کنوانسیون حقوق بین

². Schemmer v. Property limited (1975) ch 273.

¹. Borland's Trustee v. Steel Brothers & Co., Limited [1901] 1 Ch 279 (ChD), at 288.



خصوصی مقررات اوراق بهادار به واقعیت نزدیکتر است اما این یکسان سازی در حوزه هنجارهای حقوق عمومی مقررات اوراق بهادار به دلیل اینکه با منافع عمومی گره خورده است تقریباً غیر ممکن است. در کنار همسان سازی مقررات اوراق بهادار، بعضاً دولت ها از شیوه شناسایی متقابل مقررات اوراق بهادار، استفاده می نمایند تا مشکلات ناشی از شناسایی و اجرای قوانین متعدد در بازارهای بین المللی اوراق بهادار را کاهش دهند.

معیارهای متعددی به منظور تعیین قانون حاکم بر اختلافات ناشی از اوراق بهادار وجود دارد از جمله، قانون محل اقامت ناشر، قانون محلی که دفتر ثبت اوراق بهادار در آن نگهداری می شود یا قانون محلی که مکان سپرده گذاری اوراق بهادار است، قانون استقرار یک گواهی اوراق بهادار، قانون وضعیت ثبت انتشار اوراق بهادار، قانون محل انتقال اوراق بهادار و قانون منتخب طرفین قرارداد که هر کدام طرفداران خاص خود را دارد.

در حقوق ایران، نیز برخلاف اسناد مدنی و اسناد تجاری که به ترتیب در ماده ۹۶۹ قانون مدنی و ماده ۳۰۵ و ۳۰۶ قانون تجارت، فاعده حل تعارض در آن ها بیان شده، در خصوص مطلق اوراق بهادار، در قوانین کنونی، قاعده ای معرفی نشده است. بنابراین برای تعیین قاعده حل تعارض در این خصوص رجوع به قوانین ماهوی اجتناب ناپذیر است.

روشی که اسناد بین المللی جهت تعیین قاعده حل تعارض اتخاذ نموده اند در نگاه نخست مراجعه به اصل حاکمیت اراده و توافق طرفین است. البته این اسناد، روش هایی را نیز به منظور تعیین قانون حاکم بر این اوراق در صورت سکوت طرفین قرارداد پیش بینی نمودند. برای مثال کنوانسیون رم یک مقرر نموده است در صورت فقدان انتخاب طرفین، قانون قابل اعمال، قانون کشوری است که قرارداد با آن کشور نزدیک ترین پیوند را دارد یا کنوانسیون لاهه بیان می نماید در صورت عدم توافق نسبت به قانون حاکم بر اوراق بهادار، اختلاف تابع قانونی

عمومی دانستن مقررات تنظیمی در زمینه اوراق بهادار عرضه شده در بورس می توان بیان نمود این امر «ناشی از وظیفه ای است که بر عهده آنها (مقام عمومی بازار سرمایه) برای حفظ و مراقبت از اندوخته های ملی گذارده شده است. تسلیم ورقه بهادار قابل معامله به بورس از سوی دارنده آن برای انجام معامله و خرید آن از سوی دیگری در بورس در حکم پذیرش ضمنی حاکمیت قانون محل بورس از سوی طرفین معامله است.» (سلجوقی، ۱۳۸۷، ۲۷۷)

برای مثال ماده ۴ این قانون که در مقام بیان وظایف شورای عالی بورس و اوراق بهادار است در بند های ۱۳، ۱۴ و ۱۵ خود مواردی را در حیطة اختیارات این شورا قرار می دهد که حاکی از تمایل قانونگذار ایرانی بر اجرای قوانین سرزمینی خود بر موضوعات مذکور است.

۸ نتیجه گیری:

در نتیجه گیری این تحقیق مشخص گردید که چالش های زیادی در حوزه قانونگذاری ملی توسط دولت ها از زمانی که بازارهای اوراق بهادار، بین المللی شده است وجود دارد که متأسفانه تاکنون راهکاری برای برون رفت از این مشکل ارائه نشده است. همانطور که در قسمت های مختلف این تحقیق اشاره شد به موازات بین المللی شدن بازارهای اوراق بهادار، قوانین کشورها، همچنان در این حوزه، ملی باقی مانده اند. از سوی دیگر یکسان نمودن و متحد الشکل کردن قوانین، به این معنا که ما، یک مجموعه ای از قوانین جهانی خاص در زمینه اوراق بهادار داشته باشیم، تا تمامی کشورها از این قوانین تبعیت کنند، به نظر ما هدفی غیر ممکن و دست نیافتنی است. چالش دیگری که در متحدالشکل کردن قوانین اوراق بهادار در عرصه جهانی با آن روبرو هستیم، این است که مقررات اوراق بهادار بر خلاف سایر پدیده های حقوقی، ماهیت دوگانه حقوق خصوصی- حقوق عمومی دارند. لذا هر چند یکسان سازی هنجارهای حقوق



داخلی) با اصلاحات جزئی) تلقی گردیده است. تبعیت محاکم انگلیس از مقررات رم یک و کنوانسیون لاهه جهت تعیین قانون حاکم بر اختلافات ناشی از اوراق بهادار به قبل از خروج اتحادیه اروپا معطوف نگردید، بلکه دادگاه های این کشور بعد از برگزیت نیز در تصمیمات خود مقررات رم یک و کنوانسیون لاهه را اعمال می کنند.

خواهد بود که نهاد واسطه نگهداری اوراق بهادار در آن قرار دارد و یا محل نگهداری اوراق نزد حساب واسطه قلمداد می شود.

در حقوق انگلستان نیز با تصویب قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی و غیرقراردادی در فوریه ۲۰۱۹ توسط پارلمان این کشور، مقررات رم یک و دو را به عنوان بخشی از حقوق بین الملل خصوصی

فهرست منابع

- Distribution Justice). Comparative Law Research. 2(4). 1-23.
- Borland's Trustee v. Steel Brothers & Co., Limited [1901] 1 Ch 279 (ChD), at 288.
- Brand. Roland A .(2011). The Rome I Regulation Rules on Party Autonomy for Choice of Law: A U.S. Perspective. University of Pittsburgh School of Law 3900 Forbes Avenue. Pennsylvania 15260-6900. Legal Studies Research Paper Series Working Paper No. 2011-29.
- Clayton Act Article 7.
- Davis . Martin .(2004). shares and other securities in the conflict of laws by Maisie Ooi (Oxford ,UK: Oxford University Press, 2003) . Melburne Journal of International Law.
- Edalatjou .Azam & Hassanzadeh Benam. Yaser.(2017). The Impact of Theoretical Foundations on Government Intervention in Economic Fields. National Conference on Creative Economics. Islamic Azad University. West Tehran Branch .
- Almasi, Nejad Ali.(2007). Private International Law. Fifth Edition .Tehran. Mizan Publishing.
- Bagheri. Mahmood. & Nakajima . Chizu.(2002). The private international law of securities transactions: a socio-economic analysis . The company lawyer. 23(1) .
- Bagheri . Mahmoud . (2006). The Impact of Economic Law and Utilitarianism on Private Law on Private International Law . Mofid Legal Letter. No. 58.41-60 .
- Bagheri .Mahmoud & Ghanbari. Hamid.(2010). Legal Problems Due to the Internationalization of Capital Markets and the Status of National Laws. Public Law Research. No. 29. 25-64.
- Bagheri. Mahmood & Shushi Nasab. Nafiseh.(2013). Direct and Indirect Ownership of Securities. Comparative Law Studies. 4(2). 81-96.
- Bagheri. Mahmoud & Talebzadeh Torqabeh. Fahimeh.(2016). Ability to Apply Conflict Resolution Rules on International Securities Claims (Analysis of Exchange and



- Layton . Alexander.(2020). On Brexit and private international law _ what now_ on 11 December 2020, EAPIL hosted its first (Virtual) seminar. <http://eapil.org/eapil-activities/eapil-virtual-seminar-series>.
- Micheler. Eva.(2002) . The Legal Nature of Securities, Inspirations from Comparative Law. Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1481427>.
- Mohammadi. Gholam Hassan.(2014). A Comparative Study of Liberalism and Neoliberalism. Marxism and Neo-Marxism in the World Economy. Strategy Quarterly. 23(72).
- Ooi. Maisie.(2003). Shares and other securities in the conflict of laws .Oxford: Oxford University Press. 2003.
- Paech .Philip(2014).Intermediated Securities and conflict of laws. London school of Economics Law Department – Conference on investing in securities . Harris Manchester College. University of Oxford.
- Qelich.Wahab.(2010). Criteria of Distributive Justice (Comparative Comparison of the Views of John Rawls and Shahid Motahhari). Two Scientific Quarterly of Islamic Economic Studies.3(1).
- Rasekhi. Saeed et al.(2016).The Relationship between Economic Efficiency and Environmental Efficiency: New Evidence for Developing and Developed Countries. Quarterly Journal of
- Eskini. Rabia.(2009). Commercial Law. Commercial Companies. Tehran. Samt.
- Fadavi. Soleiman.(2006). Conflict of Laws in Iranian Law with Emphasis on Personal Status.Tehran. New Thought Project.
- Haentjens. Matthias. (2005). The Law Applicable to Indirectly Held Securities: the Plumbing of International Securities Transactions . Hazelhoff Research Paper Series.No.1. 1-100.
- Hague Conference on Private International Law.
- Hartely. Trevor . (۲۰۱۱). Choice of Law Regarding the Voluntary Assignment of Contractual Obligations Under The Rome I Regulation., Cambridge ۹-Micheler Eva.(2009). Legal Nature of Securities Inspirations from Comparative Law . 1-26. : 10.2139/ssrn.1481427
- Issaei Tafreshi. Mohammad. (2007). Analytical Discussions of Corporate Law. Volume 2. First Edition, Tehran. Tarbiat Modares University Scientific Works Publishing Office.
- Issaei Tafreshi. Mohammad.(1999). Analytical Discussions of Corporate Law. Volume I. Tehran.Tarbiat Modares University.
- Izanloo. Mohsen & Jabarizadeh. Roozbeh.(2019). Mutual Behavior as a Condition for the Execution of Foreign Judgments: A Study in Private International Law of Iran and the United States. Quarterly Journal of Legal Research. 22 (88). 108-85.



- Islamic Financial System. Ph.D. Thesis. Private Law. Faculty of Law and Political Science. University of Tehran.
- Soltani. Mohammad & Akhavan Hazaveh. Hamedeh.(2012).The Nature and Legal Rules of Stock Certification. Quarterly Journal of the Stock Exchange. No. 17. 141-161.
- Tafreshi. Mohammad Issa & Sokooti Nasimi. Reza.(2004). Sale of shares of joint stock companies. Journal of Social Sciences and Humanities. Shiraz University. 21. 35-58.
- Taylor.Martyn.(2006).International Competition Law : A new dimension for the WTO? NewYork .Cambridge university press. Cambtidge.1-520.
- Ungerer.Johannes.(2019).Consequences of Brexit for European Private International Law.European Papers www.europeanpapers.eu ISSN 2499-8249. 4(1) .395-407.
- Vygovskyy. Oleksandr.(2019) . Conflict of laws issues related to securities transactions . Media. Culture, and Public relations . Zagreb.Vol.10, Iss.1.
- Economic Research and Policy. 24(78) .31-56.
- Rodriguez. Ana M. Lopez.(2003). The Revision of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations-A Crucial Role within the European Contract Law Project?. Nordic Journal of International Law. 72 . 341-367.
- Rogers, S. James. (2006). Conflict of Laws for Transactions in Securities Held Through Intermediaries, Cornell International Law Journal .39. Boston College Law School. 285-327.
- Saljuqi. Mahmoud.(2008). Private International Law. Volume 2. Fifth Edition. Tehran. Mizan.
- Schemmer v. Property limited (1975) ch 273.
- Seghri. Mohammad.(2011). Commercial Law of Companies. First Edition. Publishing Company, Tehran, 2011.
- Sheykh al-Islami. Mohsen.(2005). Private International Law. Tehran.Ganj-e-Danesh Library. First Edition.
- Shushi Nasab. Nafiseh.(2013). Legal and Economic Analysis of Securities Based on Their Application in

Research Paper

A Comparative Study of Liability Arising from Third Party Intellectual Property Right or Claim on Goods in 1980 Vienna Convention and Iranian Law

Mohammad Hossein Taghipour Darzi Naghibi¹, Hamid Abhari², Mohammad Farzanegan³

¹ Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran.

² Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran.

³ Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran



10.22080/LPS.2022.23026.1303

Received:

January 20, 2022

Accepted:

February 11, 2022

Available online:

February 14, 2022

Keywords:

Lack of legal conformation, Third party claim, Intellectual property, Vienna Convention, Iranian Law

Abstract

With regard to Article 42 of the Convention, vendor's failure to deliver goods as the subject matter of the third party intellectual property right or claim, is considered as breach of his obligation to transfer goods ownership. Thus, to deliver goods which is the subject matter of the third party intellectual property right or claim, is an example of the lack of consistency of goods with the contract. The ways of compensating for the lack of conformation of goods in Articles 46, 50 and 51 of the Convention are also applicable to goods subject to the intellectual property right or claim of the third party. Contrary to the Convention, in Iranian Law, there is no distinction between the rights and claims of the third parties arising from the intellectual property and other ones. Hence, according to Articles 390 and 391 of the Civil Code, if the goods are entitled to another in whole or in part, the vendor must refund the price to the buyer and if the buyer is unaware, the seller must pay all the damages, too.

***Corresponding Author:** Mohammad Hossein Taghipour Darzi Naghibi

Address: Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran **Email:** mh.taghipour@umz.ac.ir



Extended abstract

1. Introduction

One of the issues raised by the growing trade relations and the wide range of intellectual and industrial property rights in relation to goods subject to international transactions is the seller's liability for claims and rights raised by the third parties over their infringement of the property. The question that arises is that if a third party claims against the buyer that the buyer's use of the seller violates his intellectual property rights, what is the responsibility of the seller towards the buyer? Article 42 of the Convention on the International Sale of Goods provides that: 1- The seller must deliver goods which are free from any right or claim of a third party based on the industrial property or other intellectual property, of which at the time of the conclusion of the contract the seller is aware, provided that the right or claim is based on the industrial property or other intellectual property. In this context, this question arises that what is meant by intellectual property in the Convention? Although Articles 45-52 set out different methods of compensation for breach of sellers' commitment, there are no explicit provisions regarding the compensation methods about the right or claim of a third party resulting from the intellectual property.

2. Methods

The present research uses library data and receipts and classifies them according to the subject matter.

3. Conclusion

According to Article 42 of the Vienna Convention and Articles 390 and 391 of the Iranian Civil Code, the surrender of the goods that is the right or claim of the third

person is the breach of obligation to transfer the ownership of the goods and its surrender. As a result, if the seller delivers a product that is not immune from the rights or claims of a third party, he is liable to the customer. In addition, if the buyer is aware that the seller is the subject of a right or claim of the intellectual property of a third party, the seller is not liable for damages. Apart from these similarities, there is no reference in the Iranian Law to the protection of goods from the rights or claims of the third parties resulting from the industrial property or other types of intellectual property. Therefore, the seller's liability for the rights and claims of the third party intellectual property must be inferred by analogy with the rights or claims of the third parties arising from the non-intellectual property. However, according to Articles 41 and 42 of the Convention, it separated the right and claim of a third party arising from the intellectual property from the right of third party arising from the non-intellectual property. On the other hand, in the Convention, for the application of the rule of legal conformity of goods with the contract, it does not matter whether the subject of the transaction is specific or general.

Finding

There is no funding support.

Authors' contribution

All the authors have participated equally.

Conflict of interest

Authors declared no conflict of interest

Acknowledgments

Thanks to all the consultants.

علمی پژوهشی

مطالعه تطبیقی ضمان ناشی از حق یا ادعای مالکیت فکری ثالث بر مبیع در کنوانسیون وین ۱۹۸۰ و حقوق ایران

محمدحسین تقی پور درزی نقیبی^{۱*}، حمید ابهری^۲، محمد فرزنانگان^۳

^۱ استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران
^۲ استاد گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران
^۳ استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران



10.22080/LPS.2022.23026.1303

چکیده

با توجه به ماده‌ی ۴۲ کنوانسیون وین، عمل بایع در تحویل مبیعی که موضوع حق یا ادعای مالکیت فکری ثالث می‌باشد، در واقع نقض تعهد او در مورد انتقال مالکیت مبیع است. در نتیجه، تحویل مبیعی که موضوع حق یا ادعای مالکیت فکری ثالث باشد، مصداق عنوان عدم مطابقت کالا با قرارداد است و طرق جبرانی مقرر برای کالاهای غیرمنطبق در مواد ۴۶، ۵۰ و ۵۱ کنوانسیون، قابل اعمال بر کالاهای موضوع حق یا ادعای ثالث ناشی از مالکیت فکری می‌باشد. برخلاف کنوانسیون، در حقوق ایران تمایزی بین حقوق و ادعاهای شخص ثالث ناشی از مالکیت فکری و غیر آن وجود ندارد. بنابراین با توجه به مواد ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مدنی، در صورت مستحق‌الغیردرآمدن مبیع به صورت کلی یا جزئی، بایع ملزم به استرداد ثمن به خریدار است و در صورت جهل مشتری، بایع ضامن پرداخت کلیه‌ی غرامات وارده به وی است.

تاریخ دریافت:

۳۰ دی ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۲۲ بهمن ۱۴۰۰

تاریخ انتشار:

۱۰ اسفند ۱۴۰۰

کلیدواژه‌ها:

عدم مطابقت حقوقی؛ ادعای ثالث؛ مالکیت فکری؛ کنوانسیون وین؛ حقوق ایران

* نویسنده مسئول: محمدحسین تقی پور درزی نقیبی

ایمیل: mh.taghipour@umz.ac.ir

آدرس: استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران



۱ مقدمه

یکی از مسائلی که باگسترش روزافزون روابط تجاری از یک طرف و گستره‌ی حقوق مالکیت فکری و صنعتی راجع به کالاهای موضوع معاملات بین‌المللی از طرف دیگر مطرح می‌شود، بحث مسؤلیت فروشنده نسبت به ادعاها و حقوقی است که اشخاص ثالث مبنی بر نقض مالکیت فکریشان بر مبیع مطرح می‌کنند. سؤالی که مطرح می‌شود این است که اگر شخص ثالثی در برابر خریدار ادعا نماید که استفاده‌ی خریدار از مبیع، حق مالکیت فکری وی را نقض می‌کند، فروشنده‌ی مبیع در برابر خریدار چه مسؤلیتی خواهد داشت؟ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در ماده‌ی ۴۲ مقرر می‌دارد: «۱- بایع باید کالایی را تحویل دهد که از هرگونه حق یا ادعای شخص ثالث ناشی از مالکیت صنعتی یا سایر انواع مالکیت معنوی که هنگام انعقاد قرارداد بایع از آنها مطلع بوده یا نمی‌توانسته است نسبت به آنها بی‌اطلاع باشد، مصون باشد». در این زمینه، این سؤال مطرح می‌شود که منظور از مالکیت فکری در کنوانسیون چیست؟ با اینکه کنوانسیون در مواد ۴۵ تا ۵۲، شیوه‌های جبرانی متفاوتی را برای نقض تعهد از سوی بایع مقرر کرده است، اما در رابطه با طرق جبرانی موضوع حق یا ادعای ثالث ناشی از مالکیت فکری، صریحاً مقرره‌ای پیش‌بینی نشده است.

در حقوق ایران درباره‌ی حقوق و ادعاهای مبتنی بر مالکیت فکری ثالث و امتیازات انحصاری بر مبیع، نص خاصی وجود ندارد. به عبارت دیگر، تفاوتی میان حق یا ادعای ثالث ناشی از مالکیت فکری یا غیرفکری پیش‌بینی نشده است.

به نظر می‌رسد چنانچه کالا مطابقت حقوقی با قرارداد نداشته باشد، ضمانت اجرای کنوانسیون عبارت است از: درخواست اجرای عین تعهد، مطالبه-ی خسارت و ضرر و زیان، تقلیل ثمن و فسخ قرارداد. در حقوق ایران در فرض مستحق‌الغیردرآمدن مبیع

و عدم تنفیذ مالک حق فکری، معامله باطل بوده و مشتری علاوه بر استرداد ثمن، در فرض عدم آگاهی می‌تواند خسارت را نیز مطالبه کند. علاوه بر این اگر شخص ثالث صرفاً ادعایی بر مبیع ناشی از مالکیت فکری داشته باشد و مزاحمت‌های عملی برای استفاده‌ی خریدار ایجاد نماید و این امر پیش از تسلیم مبیع به خریدار باشد، خریدار حق فسخ قرارداد را خواهد داشت.

در قسمت اول این تحقیق به بررسی مفهوم حق یا ادعای مالکیت فکری ثالث پرداخته می‌شود و در قسمت بعد، شرایط ماهوی و شکلی لازم برای استناد به مسؤلیت بایع در قبال عدم مطابقت حقوقی ناشی از مالکیت فکری ثالث بیان خواهد شد و درنهایت، ضمانت اجرای عدم مطابقت حقوقی ناشی از مالکیت فکری ثالث در کنوانسیون وین و حقوق ایران تحلیل می‌شود.

۲ مفهوم حق یا ادعای مالکیت فکری ثالث

مفهوم حق یا ادعای مالکیت فکری و صنعتی در کنوانسیون وین تعریف نشده است. با توجه به ماده‌ی ۴۲ کنوانسیون، خصوصاً عبارت «مالکیت صنعتی یا سایر انواع مالکیت فکری» مشخص می‌شود که از دیدگاه کنوانسیون، مالکیت صنعتی شاخه‌ای از مالکیت فکری است. به همین دلیل، کافی است که مالکیت فکری تعریف گردد که به تبع آن مفهوم مالکیت صنعتی نیز روشن شود (Enderlein & Maskow, 1992: 168). طبق بند ۱ ماده‌ی ۷ کنوانسیون وین، تفسیر ماده‌ی ۴۲ کنوانسیون و تعریف مالکیت فکری، باید با توجه به ویژگی بین‌المللی کنوانسیون صورت گیرد. بنابراین، برای تعریف مالکیت فکری، مراجعه به کنوانسیون حمایت از مالکیت صنعتی پاریس، کنوانسیون برن

۱. اولین سند بین‌المللی راجع به مالکیت صنعتی، کنوانسیون ۱۸۸۳ پاریس است. کنوانسیون ۱۸۸۳ پاریس آماده

امضا شد که تا ۱۵ فوریه ۲۰۰۷، ۱۷۱ کشور به این کنوانسیون پیوستند (<http://www.Wipo.int>). ایران براساس «قانون..

شده است. به همین دلیل ممکن است حقوق دیگری همانند اسامی و حقوق مربوط به شخصیت که در تعریف وایپو نیامده است، بخشی از تعریف مالکیت فکری در چارچوب مادهی ۴۲ کنوانسیون وین باشد. از طرف دیگر کمیسیون آنسیترا برای محدود ساختن مسؤولیت فروشنده اصرار دارد که بایع باید لزوماً بتواند حدود مسؤولیت خود را بداند. در نتیجه محدودیت‌هایی مثل لزوم ثبت حق شخص ثالث برای مسؤولیت فروشنده ضروری باشد (Kritzer, 1989: 328).

۲/۱ مصادیق مالکیت فکری

حقوق مالکیت فکری از حیث مصداق به دو بخش عمده‌ی مالکیت ادبی و هنری و مالکیت صنعتی و تجاری تقسیم می‌شود. مالکیت ادبی و هنری عبارت است از حق بهره‌برداری مطلق و انحصاری موقتی شخص از آثار فکری خود در زمینه‌های علمی، ادبی و هنری که دارای ارزش مادی و معنوی هستند (اصغری آقمشهدی، ۱۳۹۱: ۵۰) در مادهی ۲ قانون حمایت از مؤلفان و مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸ مصادیق اثر ادبی در ۱۲ بند بیان شده است و قانون‌گذار آثاری را که تحت حمایت قانون مزبور قرار می‌گیرد نام برده است. این آثار از حیث موضوع به آثار ادبی، هنری و نرم‌افزاری تقسیم می‌شود. آثار ادبی به دو دسته‌ی نوشته و شفاهی تقسیم می‌شود. آثار نوشته یا اصلی است مثل کتاب، رساله، شعر و ترانه و ... و یا تبدیلی است مانند ترجمه، اقتباس و تلخیص. آثار شفاهی نیز شامل سخنرانی، خطابه و کنفرانس می‌شود. آثار هنری نیز مانند اثر سمعی و بصری، عکاسی، معماری، موسیقی، هنرهای دستی و صنعتی و غیره می‌باشد. پدیدآورنده‌ی آثار ادبی و فکری به موجب

در حمایت از آثار ادبی و هنری^۱ و کنوانسیون سازمان جهانی مالکیت فکری (وایپو)^۲ که بیانگر اجماع جامعه‌ی بین‌المللی در مورد حقوق مالکیت فکری هستند، کارگشا خواهد بود.

در کشور ما در مادهی ۱ قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸ آمده است: «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 طریقه یا روشی که در بیان و یا ظهور و یا ایجاد آن به کار رفته "اثر" اطلاق می‌شود». در واقع حقوق مالکیت فکری، مجموعه‌ای از حقوق پدیدآورندگان آثار ادبی و هنری یا فعالیت‌های صنعتی و تجاری است که ناشی از ابتکار و خلاقیت ذهنی آنان است (حمیتی واقف، ۱۳۹۰: ۴).

در هر حال، حقوق مالکیت معنوی در معنای وسیع عبارت است از حقوق ناشی از آفرینش‌ها و خلاقیت‌های فکری در زمینه‌های علمی، صنعتی، ادبی و هنری (بند ۸ مادهی ۲ کنوانسیون وایپو) تعریف ارائه شده از سوی وایپو در برگزیده‌ی کلیه‌ی حقوقی است که وجودشان ناشی از فعالیت فکری بشری در حوزه‌های صنعت، علم، ادبیات و هنر است.^۳ بنابراین، منظور از مالکیت فکری مندرج مادهی ۴۲ کنوانسیون وین، هر نوع حقی است که از خلاقیت و ابتکار فکری که دارای ارزش مالی است حمایت می‌کند. خلاقیتی که متعلق به کالای مادی است و قادر است در استفاده و فروش مجدد کالا مداخله نماید (امامی، ۱۳۸۶: ۷۳ و ۹۵ و دراهوس، ۱۳۹۱: ۳۱ و آیتی، ۱۳۷۵: ۶۰).

از یک طرف مادهی ۴۲ کنوانسیون وین در جهت تضمین استفاده‌ی بی‌قید و شرط خریدار از مبیع وضع

کشور جهان به این کنوانسیون

پیوستند (http://www.Wipo.int).

² World Intellectual Property Organization (WIPO)

³ "all...rights resulting from intellectual activity in the industrial, scientific, literary, or artistic fields". Janal, 2008: 207

... اجازه‌ی الحاق دولت ایران به اتحادیه‌ی عمومی بین‌المللی معروف به پاریس برای حمایت مالکیت صنعتی و تجاری و کشاورزی مصوب اسفند ماه ۱۳۳۷، به کنوانسیون پاریس ملحق شد.

^۱ کنوانسیون برن در سال ۱۸۸۶ به تصویب نمایندگان ده کشور رسید و آمده‌ی امضا و الحاق شد که تا ۳۰ آگوست ۲۰۰۶، ۱۶۳



است (Rauda & Etier, 2000: 38-39) و صفائی و دیگران، (۱۳۸۴: ۲۰۲). چراکه امکان بالقوه‌ی طرح شکایت از سوی شخص ثالث سبب می‌شود تا خریدار نتواند در مبیع تصرف دلخواهش را نماید. به خصوص، زمانی که آگاه است که ثالث، ممکن است دعوایی علیه وی مطرح و خواستار از بین بردن مبیع تحت تصرفش گردد. با این دیدگاه، می‌توان بر این نظر بود که مقصود از وضع ماده‌ی ۴۲، جلوگیری از طرح دعوای شخص ثالث علیه خریدار است؛ چراکه دفاع در برابر هر نوع دعوایی خواه بی‌اساس و واهی باشد، خواه موجه، هزینه‌بر و وقت‌گیر است و برای خریدار دشوار است که ارزیابی نماید که آیا دعوای مطرحه بی‌پایه است یا خیر و اینکه آیا خریدار با وجود چنین دعوایی باید استفاده از مبیع را متوقف سازد یا خیر. در نتیجه فروشنده در برابر هرگونه ادعایی از جانب ثالث مسؤولیت دارد (Ackerman, 1992: 111 & Lookofsky, 2000: 41-5). بنابراین، حتی اگر ادعای ثالث در محکمه اثبات نشده و تبدیل به حق نگردد، مسؤولیت فروشنده در برابر خریدار ایجاد می‌گردد.^۱

با توجه به ظاهر ماده‌ی ۴۲ که براساس آن، فروشنده متعهد به تسلیم مبیع عاری از هر نوع حق یا ادعای شخص ثالث است، مشخص می‌شود که زمان تسلیم مبیع ملاک بررسی وجود مالکیت فکری ثالث در مبیع است. لذا زمان شروع مسؤولیت فروشنده زمان تسلیم است نه انعقاد (Schwerha, 1995: 445). در نتیجه هرگاه ثالث قبل از تسلیم مبیع به خریدار و بعد از عقد حقی را تحصیل نماید، فروشنده مسؤول است. حال اگر دعوای ثالث پس از تسلیم مبیع مطرح گردد، می‌توان مسؤولیت فروشنده را تا جایی پیش برد که پایه و اساس ادعای ثالث به قبل از تسلیم مبیع باز می‌گردد.^۲

ماده‌ی ۱۴ قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان می‌تواند تا سی سال حقوق مادی مربوط به اثر خود را به دیگران منتقل نماید.

مالکیت صنعتی عبارت است از حق بهره‌برداری مطلق و انحصاری به‌طور موقت برای شخص از آفریده‌های فکری خود در عرصه‌ی صنعت و تجارت (اصغری آقمشهدی، ۱۳۹۱: ۶۵). مالکیت صنعتی از اختراعات، علائم تجاری، طرح‌های صنعتی، نشان مبدأ جغرافیایی، مدل‌های مصرفی، مدارهای یکپارچه، نرم‌افزارهای رایانه‌ای و اسرار تجاری حمایت می‌کند.

برخلاف آثار ادبی و هنری در شاخه‌ی مالکیت صنعتی ثبت اثر عموماً شرط برخورداری از حمایت قانونی است و لذا مالک اختراع (بند الف ماده‌ی ۱۵ قانون ثبت اختراعات)، طرح صنعتی (بند الف ماده‌ی ۲۸ قانون ثبت اختراعات)، علامت تجاری (ماده‌ی ۳۱ قانون ثبت اختراعات) و اسم تجاری (ماده‌ی ۵۷۸ قانون تجارت) باید اثر خود را در ایران به ثبت برسانند تا از حمایت قانونی برخوردار گردند.

۲،۲ مسؤولیت فروشنده ناشی از عدم مطابقت در رابطه با حق یا ادعای مالکیت فکری ثالث

نکته‌ی قابل توجه اینکه، در مورد ادعای شخص ثالث مهم نیست که مبنای ادعا یک حق موجود باشد یا خیر. بلکه حکم ماده‌ی ۴۲ کنوانسیون، حتی شامل یک ادعای بی‌اساس و بی‌مبنا نیز می‌گردد. صرفاً همین کفایت که در بهره‌برداری و استفاده‌ی خریدار از مبیع، خلل ایجاد نماید. به‌علاوه، ضرورتی ندارد که ادعای ثالث در محکمه طرح گردیده باشد تا خریدار بتواند در برابر بائع به آن استناد نماید. صرفاً کفایت که در برابر خریدار مطرح گردد؛ مگر اینکه اثبات گردد، خریدار با ثالث تبانی نموده

^۲ برای دیدن نظر موافق ر.ک: Janal, 2008: 210 و برای دیدن نظر مخالف که ملاک وجود حق یا ادعای ناشی از مالکیت فکری ثالث را در زمان انعقاد قرارداد می‌دانند. ر.ک: Ackerman, 1992, : 6-41 & Enderlein & Maskow, 1992: 166

^۱ برای دیدن نظر مخالف که معتقد است مسؤولیت بائع، صرفاً شامل ادعاهایی می‌گردد که شخص ثالث ذی‌حق باشد. ر.ک: Schlechtriem, 1986: 73-74

صنعتی، بحثی جدا و ویژه نسبت به دیگر حقوق و دعاوی است (Date-Bah, 1987: 320) و جمعی از نویسندگان، (۱۳۷۴: ۱۵۲) و^۲ در این قسمت ذیل دو بحث جداگانه، شرایط ماهوی و شکلی لازم برای استناد به مسؤلیت بایع در قبال عدم مطابقت حقوقی ناشی از مالکیت فکری ثالث بیان می‌شود.

۲،۳،۱ شرایط ماهوی مسؤلیت بایع در قبال ادعاها یا حقوق مالکیت فکری شخص ثالث

براساس ماده‌ی ۴۲ کنوانسیون، از لحاظ ماهوی، چهار شرط لازم است تا بایع در قبال ادعاها یا حقوق اشخاص ثالث ناشی از مالکیت‌های صنعتی و سایر انواع مالکیت‌های فکری، مسؤول گردد.

۲،۳،۲ آگاهی بایع از ادعاهای شخص ثالث

مطابق بند ۱ ماده‌ی ۴۲ کنوانسیون، بایع باید در زمان انعقاد قرارداد از حقوق یا ادعاهای شخص ثالث ناشی از مالکیت صنعتی یا سایر انواع مالکیت‌های فکری آگاه بوده یا نمی‌توانسته بی‌اطلاع باشد، تا مسؤول قلمداد شود. چنین قیدی بیشتر به نفع فروشنده و محدودکننده می‌باشد (صدیقی، ۱۳۷۰: ۲۸۹). به‌طور مثال، ادعای ثالث مبتنی بر درخواست حق تألیف یا یک نوع حق اختراع ثبت‌شده در کشور فروشنده باشد (Honnold, 1991: 312).

واژه‌ی آگاهی نیاز به توضیح خاصی ندارد. اگر فروشنده بداند که حقی در کشور مورد نظر طرفین وجود دارد، باید این واقعیت را به اطلاع خریدار برساند تا از مشکلات بعدی احتراز گردد. منظور بند ۱ ماده‌ی ۴۲ از "نمی‌توانسته ناآگاه باشد" چیست؟ آیا فروشنده تعهدی فرعی بر جست‌وجوی حقوق بالقوه در کشور مورد نظر طرفین عقد را دارد؟

عدم مطابقت ناشی از حق یا ادعای مالکیت فکری ثالث در صورتی سبب مسؤولیت فروشنده در برابر خریدار می‌گردد که شرایطی جمع شود که در قسمت اول به بررسی این شرایط پرداخته می‌شود. در قسمت دوم، در صورت اجتماع این شرایط و مسؤولیت فروشنده، ضمانت اجرای نقض تعهد فروشنده بیان می‌گردد.

۲،۳ شرایط مسؤولیت بایع در قبال ادعاها یا حقوق مالکیت فکری شخص ثالث

مطابقت حقوقی کالا با قرارداد به این مفهوم است که بایع باید کالایی را تسلیم مشتری نماید که فارغ از هرگونه حق یا ادعای شخص ثالث باشد و شخص ثالث نسبت به کالای تسلیمی، حق یا ادعایی نداشته باشد. بنابراین، چنانچه بایع نسبت به اجرای چنین تعهدی تخطی نماید، تعهد خود را مبنی بر تحویل کالای منطبق از حیث بری بودن از عیوب حقوقی نقض خواهد نمود (گروهی از مؤلفان، ۱۳۸۶: ۲۰).

ماده‌ی ۴۱ و ۴۲ کنوانسیون، حدود مطابقت حقوقی کالا با قرارداد را مقرر نموده است. در ماده‌ی ۴۱ قاعده‌ی کلی بیان گردیده است. براساس ماده‌ی مذکور، بایع باید کالایی را که مصون از هرگونه حق یا ادعای شخص ثالث باشد، تسلیم کند. چنانچه ادعا ناشی از مالکیت صنعتی یا سایر انواع مالکیت معنوی باشد، ماده‌ی ۴۲ اعمال می‌گردد. تفاوت قائل شدن بین دعاوی و حقوق شخص ثالث که مربوط به مالکیت معنوی یا صنعتی است با دیگر حقوق و دعاوی، چنانکه یکی از هیأت‌های نمایندگی کنفرانس وین به آن اشاره کرده است، اینگونه توجیه می‌گردد که حقوق و دعاوی مربوط به مالکیت معنوی و

۱- جهت مطالعه‌ی بیشتر در خصوص توجیه و لزوم تفکیک مقررات حقوق و ادعای شخص ثالث به‌طور کلی (ماده‌ی ۴۱ کنوانسیون وین) و حقوق و ادعاهای شخص ثالث ناشی از مالکیت فکری (ماده‌ی ۴۲ کنوانسیون وین) ر.ک: Date-Bah, 1987: 320.

۲- جهت مشاهده‌ی مهم‌ترین تفاوت‌های حقوق و ادعای شخص ثالث به‌طور کلی (ماده‌ی ۴۱ کنوانسیون وین) و حقوق و ادعاهای شخص ثالث ناشی از مالکیت فکری (ماده‌ی ۴۲ کنوانسیون وین) ر.ک: Enderlein & Maskow, 1992: 166, Huber & Mullis, 2007: 169.



از مالکیت فکری بهتر می‌باشد. بنابراین باید گفت که وظیفه‌ی بایع در تحقیق و بررسی حقوق و ادعاهای مالکیت فکری ثالث برحسب شرایط و اوضاع و احوال و با توجه به ماهیت قراردادهای بیع و نوع فعالیت‌های بایع و خریدار در بازار متفاوت است (Vanduzer, 2001: 187).

در هر حال، بار اثبات این مطلب که بایع در زمان انعقاد قرارداد از حق یا ادعای ثالث آگاه بوده یا نمی‌توانسته ناآگاه باشد، بر عهده‌ی مشتری می‌باشد (UNCITRAL Digest, 2004: art-42).

۲،۳،۳ شناخته‌شده بودن حقوق و ادعاها در قانون تعیین‌شده توسط طرفین یا کشور محل تجارت خریدار

چنانچه طرفین در زمان انعقاد قرارداد، فروش مجدد کالا یا استفاده از آن را به نحو دیگر در کشور معینی پیش‌بینی نموده باشند، در این صورت حق یا ادعای مذکور طبق قواعد و قوانین همان کشور ناشی از مالکیت صنعتی یا معنوی است (قسمت الف بنده ماده ۴۲). در سایر موارد یعنی عدم پیش‌بینی کشور معین توسط طرفین، حق یا ادعای مذکور باید طبق قوانین کشور محل تجارت مشتری ناشی از مالکیت صنعتی یا سایر انواع مالکیت‌های معنوی باشد (قسمت ب بنده ماده ۴۲). بنابراین، ماده ۴۲ کنوانسیون برای فروشنده یک تضمین مطلق و جهانی (در سرتاسر جهان) ایجاد نمی‌نماید. لذا بایع فقط بر این اساس که ممکن است در جایی از دنیا نسبت به مبیع حقی ناشی از مالکیت صنعتی وجود داشته باشد، مسؤولیت ندارد، بلکه صرفاً در صورتی مسؤول است که در قلمرو دولتی که مبیع قرار است در آنجا مورد استفاده قرار گیرد، حقوق مزبور به وجود آمده یا ادعا شده باشد، اعم از اینکه به صورت فروش مجدد باشد یا به هر صورت دیگری. از قید مذکور در کنوانسیون، تحت عنوان محدودیت سرزمینی نام برده می‌شود (Beline, 2007: 4, Enderlein & Maskow, 1992: 169 و پورپرتو، ۱۳۹۰: ۲۰۶).

برخی از شارحین کنوانسیون معتقدند، بایع موظف است نسبت به حقایق آشکار و نمایان کمال دقت خود را به کار بندد و یا نسبت به اطلاعاتی که در هنگام انعقاد قرارداد برای وی فراهم و آماده است، قصور و کوتاهی ننماید. با وجود این کوتاهی بایع در یافتن حقوق ثالث لزوماً به مفهوم فرض آگاهی فروشنده از حقوق ثالث نمی‌باشد، بلکه باید بررسی گردد که آیا عدم اطلاع و آگاهی فروشنده از حق یا ادعای ثالث از قصور و کوتاهی بزرگ و آشکار از ناحیه‌ی وی ناشی شده است یا خیر که این امر با بررسی دقیق شرایط و اوضاع و احوال حاکم مشخص می‌شود. بنابراین طبق این دیدگاه، تعهد مثبتی بر عهده‌ی فروشنده نمی‌باشد تا نسبت به وجود حق یا ادعای ثالث ناشی از مالکیت فکری شخص ثالث تحقیق و جست‌وجو کند (Shinn, 1993: 125, Huber & Mullis, 2007: 176, Honnold, 1991: 295).

اما به نظر می‌رسد که این عبارت "نمی‌توانسته ناآگاه باشد" حاوی یک تعهد فرعی است. انجام این تعهد، نیازمند بررسی وضعیت حقوقی مبیع و اطلاع-رسانی نتیجه‌ی بررسی‌ها به خریدار است. پذیرش عدم وجود این تعهد فرعی، سبب می‌شود که فروشنده همیشه بتواند ادعا کند که از حقوق مالکیت فکری ثالث، اطلاعی نداشته است و تعهد اخلاقی برای جست‌وجو نیز ندارد. بدین ترتیب ماده ۴۲ تمام تأثیر و فایده‌ی خود را از دست می‌داد (Rauda & Etier, 2000: 44, Schlechtriem, 1998: 73).

با وجود این، تعهد بایع در تحقیق و جست‌وجو در خصوص وجود حق یا ادعای شخص ثالث مطلق نبوده و بر حسب شرایط، اوضاع و احوال و نوع حق مالکیت فکری متفاوت است و حتی در برخی مواقع خریدار نیز در وضعیتی یکسان با بایع می‌تواند نسبت به بررسی و تحقیقات لازم اقدام نماید، خصوصاً در فرضی که مشتری از وضعیت بازار داخلی بیشتر و بهتر از بایع آگاهی دارد، وضعیت او برای تحقیق جهت کشف حقوق شخص ثالث ناشی

این شرایط از نقض حقوق ثالث ناآگاه باشد، فروشنده در برابر وی مسؤول نیست.

۲،۳،۵ عدم تبعیت بایع از طرح‌ها و نقشه‌های مشتری

مسؤولیت فروشنده در قبال حقوق یا ادعاهای شخص ثالث ناشی از مالکیت صنعتی یا معنوی منوط به این است که این حقوق یا ادعاها ناشی از تبعیت فروشنده از نقشه‌های فنی، طرح‌ها، فرمول‌ها و سایر مشخصات مشابهی که توسط خریدار تهیه گردیده‌اند، نباشد والا بایع مسؤولیتی در قبال خریدار ندارد (قسمت ب، بند ۲ ماده ۴۲). ضمن اینکه در چنین فرضی مشتری نمی‌توانسته است از نقض حقوق ثالث ناآگاه باشد (Lookofsky, 2000: 112).

نقشه‌های فنی، طرح‌ها، فرمول‌ها و سایر مشخصات مشابه باید توسط خریدار تهیه گردیده باشند، لذا چنانچه موارد مزبور صرفاً به فروشنده پیشنهاد شده باشد و فروشنده در تهیه آن‌ها و پیروی کردن یا نکردن از آن‌ها یا انتخاب یا اجرای آن‌ها دارای اختیار کامل باشد، مسؤولیت فروشنده در برابر خریدار باقی است (Schlechtriem, 1984: 34).

۲،۳،۶ شرایط شکلی مسؤولیت بایع در قبال ادعاها یا حقوق مالکیت فکری شخص ثالث

در حقوق ایران شرطی شکلی برای استناد به عدم مطابقت حقوقی ناشی از مالکیت فکری ثالث، وجود ندارد. اما در کنوانسیون وین، شرط شکلی استناد به عدم مطابقت حقوقی ناشی از مالکیت فکری ثالث، اخطار ظرف مدت متعارف و معقول به بایع است. بند ۱ ماده ۴۳ مقرر می‌دارد: «در صورتی - که خریدار ظرف مدت معقولی پس از آنکه نسبت به حق یا ادعای شخص ثالث آگاه شده یا می‌بایست آگاه می‌شده است، یادداشتی مبنی بر تعیین نوع آن حق یا ادعا جهت بایع ارسال نکند، حق استناد به

۲،۳،۴ ناآگاهی مشتری نسبت به وجود حق یا ادعای شخص ثالث

بایع در صورتی در قبال حقوق و ادعاهای شخص ثالث، ناشی از مالکیت صنعتی یا فکری مسؤول است که مشتری نسبت به وجود حق یا ادعای مذکور، جهل داشته باشد؛ در غیر این صورت، یعنی چنانچه خریدار در هنگام انعقاد قرارداد از حق یا ادعای مزبور مطلع بوده یا نمی‌توانسته بی‌اطلاع باشد، بایع مسؤولیتی نخواهد داشت (قسمت الف بند ۲ ماده ۴۲). در واقع در چنین فرضی بایع طبق قاعده‌ی پذیرش ریسک (اقدام) از سوی خریدار، مسؤول نخواهد بود. این در حالی است که در خصوص وجود حق یا ادعای ثالث مربوط به غیر از مالکیت فکری (ماده ۴۱)، صرفاً در صورتی که خریدار به وجود حق یا ادعای ثالث رضایت دهد، فروشنده از مسؤولیت رهایی می‌یابد (Enderlein & Maskow, 1992: 166).

در ماده ۴۲ کنوانسیون وین علت قید "نمی‌توانسته بی‌اطلاع باشد"، به این دلیل است که از یک طرف، خریدار نمی‌تواند نسبت به وضعیت حقوقی کالا از لحاظ مالکیت فکری در کشور خود ناآگاه باشد و آگاهی او مفروض است؛ از سوی دیگر، عدم اطلاع او از حقوق کشوری که کالا در جریان تجارت خریدار به آنجا برده می‌شود نیز قابل سرزنش است (صفائی و دیگران، ۱۳۸۴: ۱۵۲).

همان‌طور که برخی از شارحین کنوانسیون بیان داشته‌اند، مشتری در این مورد، تعهدی به تحقیق و جست‌وجو ندارد، بلکه تکلیف دارد که حقوق مالکیت فکری‌ای را که مشهور هستند و یا در رابطه با آن‌ها دلایل جدی و منطقی وجود دارد که چنان حقی ممکن است وجود داشته باشد، نادیده نگیرد (Rauda & Etier, 2000: 55-56). بنابراین به‌طور مثال، در فروش از روی نمونه، چنانچه نمونه کالای ارسالی توسط بایع، متضمن برچسبی باشد که دلالت بر وجود حق ناشی از مالکیت فکری ثالث نماید، به دلیل اینکه مشتری نمی‌توانسته است با



است که خریدار با سپری شدن دو سال از زمان تسلیم، عدم مطابقت مادی کالا را کشف می‌نماید (Beline, 2007: 7).

۲،۴ ضمانت اجرای عدم مطابقت حقوقی ناشی از مالکیت فکری ثالث

کنوانسیون در مواد ۴۵ تا ۵۲، ضمانت اجرای مختلفی را برای نقض تعهد از سوی بایع مقرر کرده است، اما در مورد شیوه‌های جبرانی عدم مطابقت حقوقی ناشی از مالکیت فکری ثالث، صریحاً هیچ مقرره‌ای وضع ننموده است. اگرچه برخی معتقدند، ضمانت اجرای نقض تعهد نیز بدون توجه به نوع آن در ماده‌ی ۴۵ کنوانسیون به‌طور کلی پیش‌بینی شده است و در آنجا تفکیکی میان انواع مختلف نقض تعهد از جانب فروشنده نشده است. (Enderlein & Maskow, 1992: 174). با وجود این، طرق جبرانی مقرر برای کالاهای غیرمنطبق در مواد ۵۰، ۵۱ و بند ۱ ماده‌ی ۴۶ کنوانسیون بر کالاهای موضوع حق یا ادعای مالکیت فکری ثالث قابل اعمال است؛ با این توضیح که برخی ضمانت اجراها مانند درخواست تسلیم بدل کالا از طرف خریدار (تسلیم کالای جایگزین) و تعمیر کالای غیرمنطبق با قرارداد از طرف خریدار (بند ۲ و ۳ ماده‌ی ۴۶) که در خصوص عدم مطابقت مادی کالا با قرارداد می‌باشد، در خصوص عدم مطابقت حقوقی ناشی از مالکیت فکری ثالث قابل اعمال نیستند (Schlechtriem, 1998: 332, Hube & Mullis, 2007: 199).^۲ مطابق تفسیر دبیر کل، ضمانت اجراهای مورد اشاره، صرفاً در ارتباط با عدم

مقررات مواد ۴۱ یا ۴۲ را از دست خواهد داد). بنابراین خریدار نه‌تنها باید در یک مدت متعارف اقدام نماید، بلکه باید نوع مزاحمت یا ادعای ثالث را نیز در اخطار مطرح کند (Sono, 1986: 223) و عبودی پور و پرتو، (۱۳۹۰: ۲۰۷).

منظور از مدت معقول و متعارف در ماده‌ی ۴۳ کنوانسیون، کمترین زمان ممکن است. زمان معقول از هنگامی که مشتری از وجود حق یا ادعای ثالث مطلع شده یا می‌بایست مطلع می‌شده است، شروع می‌شود (Enderlein & Maskow, 1992: 171).

اگرچه مشتری زمانی که از حق یا ادعای ثالث آگاه می‌شود، نمی‌تواند با قصور و کوتاهی نسبت به آن بی‌اعتنا باشد، لیکن ضرورتی ندارد، درخصوص این مسأله که آیا شخص ثالث قصد اقامه‌ی دعوا دارد یا خیر، بررسی و تحقیق کند (Enderlein & Maskow, 1992: 171). مشتری صرفاً وقتی به وجود حق یا ادعای ثالث، مطلع فرض می‌گردد که امارات و نشانه‌های عینی دلالت بر وجود حق یا ادعای ثالث نماید (Huber & Mullis, 2007: 177).

برخلاف عدم مطابقت مادی کالا که کنوانسیون در بند ۲ ماده‌ی ۳۹ مهلت دوساله را پیش‌بینی نموده است، در مورد عدم مطابقت حقوقی کالا و مطرح شدن حق یا ادعای ثالث راجع به مالکیت فکری، اعمال ضمانت اجراهای مربوط به واسطه‌ی نقض ماده‌ی ۴۲ کنوانسیون از سوی مشتری محدود به زمان خاصی نمی‌باشد؛ زیرا مطرح شدن حق یا ادعای ثالث خارج از اختیار و اراده‌ی مشتری بوده و ممکن است در هر زمان مطرح شود؛ درحالی‌که در خصوص عدم مطابقت مادی کالا فرض بر این

^۱ بند ۲ ماده‌ی ۴۶: «هرگاه کالا منطبق با قرارداد نباشد، مشتری در صورتی می‌تواند تسلیم بدل آن را درخواست نماید که مغایرت کالا متضمن نقض اساسی قرارداد باشد و درخواست بدل کالا از طریق اخطار موضوع ماده‌ی ۳۹ یا ظرف مدت معقولی پس از آن صورت گیرد.» بند ۳ ماده‌ی ۴۶: «هرگاه کالا منطبق با قرارداد نباشد، مشتری می‌تواند از فروشنده بخواهد که عدم انطباق را با تعمیر کالا جبران کند، مگر اینکه چنین درخواستی با توجه به اوضاع و احوال غیرمعقول باشد.

^۲ برای دیدن نظر مخالف ر.ک: will, 1987: 340 و صفایی و دیگران، ۱۳۸۴: ۱۷۱. علاوه بر این، برخی از مفسران، امکان تحویل کالای جایگزین را در مورد کالاهای موضوع ماده‌ی ۴۱ و ۴۲ را نه بر مبنای ماده‌ی (۲) ۴۶ بلکه بر مبنای ماده‌ی ۳۷ کنوانسیون، امکان‌پذیر می‌دانند. ن.ک: (Enderlein, 1996: 167)

درخواست تعمیر باید از طریق اخطار موضوع ماده‌ی ۳۹ یا ظرف مدت معقولی پس از آن صورت گیرد.»

معین است بایع بتواند شخص ثالث را متقاعد کند که از ادعای خود صرف نظر نماید، Honnold, 1991: Schlechtriem, 1998: 332, 305، عبدی پورو پرتو، ۱۳۹۰: ۲۰۷).

۲،۴،۲ فسخ قرارداد

طبق بند ۱ ماده ۴۹ (قسمت الف)، در صورتی که عدم ایفای هریک از تعهدات بایع به موجب قرارداد یا این کنوانسیون، نقض اساسی قرارداد محسوب شود، خریدار حق فسخ قرارداد را دارد.

ماده ۲۵ کنوانسیون مقرر می‌دارد؛ «نقض قرارداد هنگامی اساسی محسوب می‌شود که منجر به ورود چنان خسارتی به طرف دیگر شود که اساساً وی را از آنچه حق داشته به واسطه قرارداد به آن امیدوار باشد، محروم نماید». باتوجه به ماده ۲۵ کنوانسیون، عدم انطباق باید به اندازه‌ای جدی و شدید باشد که نتوان خریدار را به حفظ کالا الزام کرد و ضمانت اجرای مطالبه‌ی خسارت و تقلیل ثمن نیز به قدر کافی جهت جبران زیان‌های وارده به مشتری کفایت نماید (Ferrari, 2006: 503). در مسأله‌ی مورد بحث نیز می‌توان بر این عقیده بود که تسلیم کالایی که موضوع حق یا ادعای مالکیت فکری ثالث است سبب می‌شود که مشتری به طور کلی از آنچه حق داشته به واسطه قرارداد بدان دست یابد، محروم می‌شود. بنابراین، تسلیم مبیع متضمن حق یا ادعای مالکیت فکری ثالث، نقض اساسی قرارداد قلمداد می‌شود؛ مشروط بر اینکه فروشنده در مهلت معقول و متعارف برای رفع نقص (عدم مطابقت)، اقدامی به عمل نیاورد (Schlechtriem, 1998: 420).

۲،۴،۳ مطالبه‌ی خسارت

از دیگر ضمانت‌های عدم مطابقت حقوقی مبیع با قرارداد ناشی از مالکیت فکری ثالث، حق مطالبه‌ی خسارت می‌باشد. این حق، یکی از طرق جبرانی

مطابقت مادی کالا با قرارداد قابل اعمال می‌باشند. به دلیل اینکه بند ۲ و ۳ ماده ۴۶ فقط به اخطار داده شده به موجب ماده ۳۹ که در خصوص عدم مطابقت مادی است، اشاره می‌نماید و به اخطار مذکور در ماده ۴۳ که در خصوص حق یا ادعای شخص ثالث می‌باشد، اشاره‌ای نمی‌کند.^۱

بنابراین، ضمانت اجرای عدم مطابقت حقوقی ناشی از مالکیت فکری ثالث عبارت است از اجرای اجباری عین تعهد، فسخ قرارداد، مطالبه‌ی خسارت، تقلیل ثمن است که به صورت جداگانه به تشریح هر کدام پرداخته می‌شود.

۲،۴،۱ اجرای اجباری عین تعهد

چنانچه بایع به تعهد خود مبنی بر تسلیم کالای مصون از حق یا ادعای مالکیت فکری شخص ثالث عمل ننماید، خریدار می‌تواند او را از طریق دادگاه، الزام به انجام تعهد نماید. بند ۱ ماده ۴۶ این حق را به مشتری می‌دهد که ایفای تعهدات بایع را از او درخواست کند. این قاعده در شرایط عدم مطابقت حقوقی ناشی از مالکیت فکری ثالث نیز قابلیت اعمال دارد. بند ۱ ماده ۴۶ کنوانسیون، مقرر می‌دارد: «مشتری می‌تواند ایفای تعهدات بایع را از او بخواهد مگر اینکه به یکی از طرق جبران خسارت که با این درخواست وی منافات داشته باشد، متوسل شده باشد...». برخی شارحین کنوانسیون معتقدند که در مورد تحویل کالاهای موضوع حق یا ادعای ثالث موضوع مواد ۴۱ و ۴۲ نیز می‌تواند مورد استناد قرار گیرد. یعنی خریدار می‌تواند با استناد به ماده ۴۶ (۱)، خواستار ایفای تعهدات بایع تحت مواد ۴۱ و ۴۲ گردد (Honnold, 1991: 305).

بنابراین درخواست اجرای عین تعهد به این مفهوم است که مشتری از بایع بخواهد که کالایی را تسلیم نماید که از حقوق و ادعای شخص ثالث رها و عاری باشد (بند ۱ ماده ۴۶) و چنین درخواستی زمانی ممکن است که مبیع کلی باشد و یا اگر عین

¹ Secretariat Commentary is available at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg>.

مشتری به عیب در مالکیت باشد، یعنی با علم به وجود حق یا ادعای ثالث کالا را پذیرفته است، در این فرض، وی موظف به اثبات این مسأله خواهد بود (Schlechtriem, 1998: 332& Piliounis, 2000: 23).

۲,۴,۴ تقلیل ثمن

با تأمل در دو ماده‌ی ۴۲ و ۴۳ کنوانسیون می‌توان چنین برداشت کرد که ضمانت اجرای تقلیل ثمن در صورت عدم مطابقت حقوقی میبایع با قرارداد ناشی از مالکیت فکری ثالث نیز می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد. نویسندگان حقوقی نیز ضمانت اجرای تقلیل ثمن را به‌طور مطلق در فرضی که میبایع با مشخصات قراردادی مطابق نباشد اعم از عدم مطابقت حقوقی یا عدم مطابقت مادی، حاکم دانسته‌اند (شیروی، ۱۳۸۹: ۱۹۹ Lookofsky, 2000: 114-115).

علی‌رغم اختلاف نظر در خصوص شمول مقررات ماده‌ی ۵۰ (تقلیل ثمن)، در مورد حقوق و ادعاهای شخص ثالث ناشی از مالکیت فکری،^۱ ماده‌ی ۴۴ کنوانسیون^۲ صراحتاً متضمن ارجاع به مقررات تقلیل ثمن، در فرض وجود حقوق و ادعاهای شخص ثالث ناشی از مالکیت فکری است. ماده‌ای که توسط بسیاری از مفسرین کنوانسیون و دادگاه‌ها مغفول مانده و نادیده گرفته شده است (Liu, 2005: 80-85).

در ماده‌ی ۵۰ کنوانسیون نحوه‌ی تقلیل ثمن مقرر گردیده است. ماده‌ی مذکور بیان می‌کند: «در صورتی که کالای تسلیم‌شده منطبق با قرارداد نباشد و اعم از اینکه ثمن قبلاً تأدیه شده یا نشده باشد، مشتری می‌تواند به نسبت تفاوت ارزش کالای تسلیم‌شده در روز تسلیم و ارزشی که کالای منطبق با قرارداد در روز تسلیم داشته، ثمن را تقلیل دهد. با وجود این، هرگاه بایع مطابق مواد ۳۷ یا ۳۸ هر

مهمی است که در کنوانسیون به‌عنوان یکی از ضمانت‌اجراهای دردسترس مشتری در نظر گرفته شده است. این طریقه جبرانی در قسمت ب بند ۱ ماده‌ی ۴۵ ذکر شده است و در آن به امکان مطالبه‌ی خسارت تحت مقررات مواد ۷۴ و ۷۷ اشاره شده است. مطالبه‌ی خسارت یک طریقه‌ی جبرانی مستقل است که فارغ از ماهیت نقض قرارداد و به صرف ورود خسارت به هریک از طرفین، قابل مطالبه است. علاوه بر این، براساس بند ۲ ماده‌ی ۴۵ کنوانسیون، «استفاده از حق توسل به سایر طرق جبران خسارت، خریدار را از هیچ حقی که ممکن است جهت مطالبه‌ی خسارت داشته باشد، محروم نمی‌نماید». بنابراین، بند ۲ ماده‌ی ۴۵، این نظر را که خریدار ملزم به انتخاب میان مطالبه‌ی خسارت یا یکی از طرق جبرانی نقض قرارداد باشد، رد می‌کند (Flechtner, 2005: 341, Lookofsky, 2000: 116).

ماده‌ی ۷۴ راجع به نحوه‌ی تعیین خسارت مقرر می‌دارد: «خسارت ناشی از نقض قرارداد به‌وسیله‌ی یکی از طرفین عبارت است از مبلغی برابر زیان، از جمله عدم‌النفعی که طرف دیگر بر اثر نقض متحمل شده است...». منظور از مطالبه‌ی خسارت در این مورد، مطالبه‌ی هزینه‌های وارد از ادعایی می‌باشد که از طرف شخص ثالث طرح شده است (Schlechtriem, 1998: 332). بر این اساس این ضمانت اجرا شامل عدم مطابقت حقوقی میبایع با قرارداد ناشی از مالکیت فکری ثالث نیز می‌گردد.

زمانی که شخص ثالث، حق ادعایی ناشی از مالکیت فکری را مطرح می‌نماید، بار اثبات این مطلب که شخص ثالث دارای حق می‌باشد، بر عهده‌ی مشتری است. همچنین چنانچه مشتری ادعای خسارت را مطرح کند، خود وی باید وقوع آن را اثبات نماید. در صورتی که بایع مدعی رضایت

ارسال یادداشت لازم، عذر موجهی داشته باشد، می‌تواند مطابق با ماده‌ی ۵۰، ثمن را تقلیل دهد یا مطالبه خسارت، به-جز عدم‌النفع بنماید».

^۱ جهت مشاهده‌ی نظرات مختلف ر.ک: Liu, 2005, art 50: 79-85

^۲ مطابق ماده‌ی ۴۴ کنوانسیون وین: «با وجود مقررات بند ۱ ماده‌ی ۳۹ و بند ۱ ماده‌ی ۴۳، در صورتی که مشتری برای عدم

درک، باید میان حق مالکیت فکری ثالث و ادعای مالکیت فکری ثالث، قائل به تفکیک بود.

۲،۵/۱ ضمانت اجرای عدم مطابقت حقوقی ناشی از حق مالکیت فکری ثالث

در فرضی که مبیع، مستحق‌لغیر درآید یعنی مبیع، موضوع حق مالکیت فکری یا غیرفکری ثالث درآید و این امر اثبات شود و مالک مال، معامله را تنفیذ ننماید، معامله باطل بوده و مشتری می‌تواند ثمن را مسترد و در فرض عدم آگاهی، خسارت را نیز مطالبه کند. بنابراین، در حقوق ایران، تفاوتی میان مستحق-لغیردرآمدن مبیع خواه ناشی از حق مالکیت فکری ثالث باشد یا غیرمالکیت فکری وجود ندارد.

از طرف دیگر، با توجه به ملاک ماده‌ی ۴۸۹ قانون مدنی و قواعد عام حقوقی، حق ثالث باید به طرفیت بایع و مشتری در دادگاه اثبات شود؛ درحالی‌که براساس کنوانسیون تعهد بایع مبنی بر اینکه کالا مصون از حق شخص ثالث باشد به این مفهوم است که وظیفه‌ی مذکور در این ماده نه‌تنها زمانی‌که اشخاص ثالث ادعایی علیه خریدار مطرح می‌کنند نقض گردیده است؛ بلکه این نقض وظیفه در جایی که این گونه ادعاها بی‌اساس و غیرمعتبرند نیز محقق می‌گردد (Ackerman, 1992: 5-41, Rauda & Etier, 2000: 36) و احتمالاً این گونه ادعاها غیرمعتبر منجر به هزینه‌های زیادی جهت طرح دعوا گردیده که به‌موجب این قاعده خریدار حق دارد در این خصوص درخواست حمایت و پرداخت خسارت را از فروشنده مطرح کند.^۱

از سوی دیگر، درکنوانسیون برای اعمال قاعده‌ی مطابقت حقوقی کالا با قرارداد، تفاوتی ندارد که مورد معامله عین معین باشد یا کلی؛ اما در حقوق ایران در بحث ضمان درک، مبیع باید عین معین باشد (امامی، پیشین: ۴۵۹).

بنابراین، با توجه به اینکه در حقوق ایران، تفاوتی میان مستحق‌لغیردرآمدن مبیع ناشی از حق

نوع قصور در ایفای تعهدات خود را جبران کند یا در صورتی‌که مشتری مطابق مواد مذکور از قبول انجام تعهد بایع امتناع نماید، خریدار نمی‌تواند ثمن را کاهش دهد).

سؤال این است که آیا تقلیل ثمن در حقوق ایران نیز همانند کنوانسیون می‌تواند به‌عنوان ضمانت اجرای عام عدم انطباق محسوب گردد؟ به‌نظر می‌رسد مطالبه‌ی تقلیل ثمن توسط خریدار صرفاً در خصوص خیاریعیب (ماده‌ی ۴۲۲ قانون مدنی) و تبعض صفقه (ماده‌ی ۴۴۱ قانون مدنی) قابل اعمال است و لزوم احترام به آزادی اراده‌ی افراد و رعایت اصل آزادی قراردادی در مورد متعاملین و ازجمله بایع نیز مؤید چنین نظری است. به‌دلیل اینکه درواقع تقلیل ثمن ایجابی جدید از طرف خریدار محسوب می‌گردد و بایع هیچ التزامی به پذیرش آن نخواهد داشت (قاسمی، ۱۳۸۴: ۲۰۸). ضمن اینکه علی‌رغم شباهت‌هایی که میان ارش در حقوق ایران و تقلیل ثمن در کنوانسیون وجود دارد، تفاوت‌هایی نیز میان آن دو موجود است. ازجمله‌ی این تفاوت‌ها می‌توان به تفاوت در موضوع، قلمرو و نحوه‌ی محاسبه‌ی مبلغ در دو نهاد مزبور اشاره کرد (اسکینی وجعفریان، ۱۳۸۹: ۴۵ به بعد).

۲،۵ ضمانت اجرای عدم مطابقت حقوقی ناشی از ادعا یا حق مالکیت فکری ثالث در حقوق ایران

در حقوق ایران هیچ اشاره‌ای به مصون‌بودن کالا از حقوق یا ادعای شخص ثالث ناشی از مالکیت‌های صنعتی یا سایر انواع مالکیت‌های فکری نشده است. بنابراین، باید حکم قضیه را از طریق قیاس با حقوق یا ادعای شخص ثالث ناشی از مالکیت‌های غیرفکری استنتاج نمود. در حقوق ایران با توجه به مواد ۴۸۸ و ۴۸۹ قانون مدنی و مواد راجع به ضمان

(Schlechtrim, 1998: 71; Secretariat Commentary, 1979, at 104 §§2, 3, 4)

^۱ برای دیدن نظر موافق ر.ک: جمعی از نویسندگان، پیشین، : ۱۵۰ و برای دیدن نظر مخالف ر.ک:



مالکیت فکری یا غیرمالکیت فکری ثالث وجود ندارد، مسؤولیت ناشی از حق مالکیت فکری ثالث بر بایع، تحت عنوان ضمان درک مبیع در فروض ذیل قابل بررسی است.

در بررسی مسؤولیت بایع در رابطه بین خریدار و فروشنده، دو حالت متصور است. حالت اول: خریدار از فساد معامله آگاه است و می‌داند مبیع متعلق به فروشنده نیست. در این حالت، اگر مالک مورد معامله را از وی بگیرد او صرفاً می‌تواند آنچه را به‌عنوان ثمن به فروشنده پرداخته است، استرداد نماید و حق مطالبه زیان‌هایی که در نتیجه‌ی برهم‌خوردن معامله به او وارد شده، نتیجه‌ی اقدام به کار نامشروع خود اوست و از این لحاظ حق مراجعه به بایع نخواهد داشت (ماده‌ی ۳۹۱ قانون مدنی).

حالت دوم جایی است که خریدار تصور می‌نماید که مورد معامله متعلق به فروشنده است که در این حالت، حق دارد علاوه بر مطالبه‌ی ثمن، خساراتی را هم که ممکن است متحمل شده باشد از فروشنده به‌عنوان سبب ورود خسارت مطالبه کند.

چنانچه در زمان رجوع خریدار به فروشنده، قیمت مبیع کمتر از زمان معامله باشد این نقصان باعث کاهش ضمان فروشنده نمی‌شود و در هر حال فروشنده باید پولی را که بابت ثمن دریافت داشته است استرداد نماید (ماده‌ی ۳۹۲ قانون مدنی) در این ضمان علم و جهل خریدار به فساد معامله اثر نخواهد داشت (کاتوزیان، ۱/۱۳۸۷: ۲۲۷-۲۲۶).

در رابطه بین خریدار و مالک، باید این نکته را نیز متذکر شد که ثمن به‌سبب بطلان بیع به مالکیت خریدار باقی می‌ماند مبیع نیز اگرچه در اختیار خریدار باشد و خریدار آن را تصرف نموده باشد، در مالکیت مالک حقیقی آن باقی می‌ماند.

درواقع بطلان بیع دستیابی خریدار را به مبیع، غاصبانه نموده است؛ اگرچه او از فساد بیع ناآگاه باشد. به همین جهت ماده‌ی ۳۹۳ قانون مدنی در این مورد تصرفات، خریدار را مشمول تصرفات غاصب بر مال مغضوب موضوع ماده‌ی ۲۳۱۴ قرار داده است (محقق داماد، ۱۳۸۴: ۲۲۹).

با توجه به اینکه مقررات مربوط به ضمان درک و نیز مقررات فروش عین مرهونه در حقوق ایران، مختص اموال عین معین است، لذا در صورتی که مبیع کلی باشد و متضمن حق شخص ثالث ناشی از مالکیت فکری باشد، همان‌طور که در فوق نیز اشاره شد، در چنین وضعی بایع به‌درستی وفای به عهد نکرده است و مشتری می‌تواند الزام او را در انتخاب فردی که قابل تملک برای خریدار است، از دادگاه بخواهد (کاتوزیان، ۱/۱۳۸۷: ۲۲۶). به این مفهوم که کالایی تسلیم نماید که از حقوق شخص ثالث ناشی از مالکیت فکری رها باشد.

علاوه بر مقررات مربوط به ضمان درک، از ملاک ماده‌ی ۷۹۳ قانون مدنی^۳ در خصوص تصرفات حقوقی مالک برخلاف حق مرتهن که برای وی متضمن یک حق عینی تبعی است، می‌توان در خصوص فروش مال متعلق حق مالکیت فکری شخص ثالث در حقوق ایران استفاده نمود؛ زیرا راهن حق انتقال مورد رهن را بدون اذن مرتهن به دیگری ندارد و این اقدام برخلاف حق مرتهن و غیرنافذ می‌باشد، لذا عمل مرتهن در حکم فضولی است و منوط به تنفیذ مرتهن می‌باشد (بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۳۹۷؛ کاتوزیان، ۲/۱۳۸۷: ۲۷۶؛ امامی، ۲/۱۳۸۲: ۳۶۸).

به هر حال در حقوق ایران، مستحق‌الغیردرآمدن مبیع نمی‌تواند موجبی برای تقلیل ثمن باشد و همچنین فسخ قرارداد نیز در چنین حالتی

زیادی را نخواهد داشت، مگر اینکه آن زیادت، عین باشد که در این صورت، عین زاید متعلق به خود غاصب است.»
^۳ ماده‌ی ۷۹۳ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «راهن نمی‌تواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد، مگر به اذن مرتهن.»

^۱ مطابق ماده‌ی ۳۹۳ قانون مدنی: «راجع به زیادتی که از عمل مشتری در مبیع حاصل شده باشد، مقررات ماده‌ی ۳۱۴ مجری خواهد بود.»

^۲ مطابق ماده‌ی ۳۱۴ قانون مدنی: «اگر در نتیجه‌ی عمل غاصب قیمت مال مغضوب زیاد شود، غاصب حق مطالبه‌ی قیمت

معامله و با وجود علم به حق یا ادعای ثالث در حقیقت مبیع را همراه با حق ثالث پذیرفته است و حق خود را نسبت به فروشنده ساقط و به ضرر خود اقدام کرده است.

البته برخلاف حکم مادهی ۴۲ کنوانسیون، در حقوق ایران آنچه موجب از بین رفتن مسؤولیت بایع می‌باشد، آگاهی و علم شخصی واقعی خریدار نسبت به حق شخص ثالث است و آگاهی و علم نوعی وی تأثیری بر مسؤولیت بایع ندارد.

برخلاف مادهی ۴۳ کنوانسیون که خریدار را مکلف به ارسال یادداشت به بایع راجع به حق یا ادعای شخص ثالث ظرف مدت معقول نموده است، در حقوق ایران خریدار چنین تکلیفی را بر عهده ندارد و وی در هر مقطع زمانی می‌تواند در مقابل بایع به حق یا ادعای شخص ثالث ناشی از مالکیت فکری استناد نماید.

۲،۵،۲ ضمانت اجرای عدم مطابقت حقوقی ناشی از ادعای مالکیت فکری ثالث

منظور از ادعا این است که اظهار شخص مدعی در دادگاه به اثبات نرسیده باشد؛ زیرا در صورت اثبات ادعا دیگر عنوان ادعا بر آن صدق نمی‌کند و تبدیل به حق می‌گردد. در حقوق ایران، در فرض ادعاهای مبتنی بر مالکیت فکری ثالث مقرره‌ی خاصی وجود ندارد، اما می‌توان بر اساس قواعد عام به حکم آن پی برد. در صورتی که این قبیل ادعاها مزاحمت عملی در استفاده از مبیع ایجاد نماید، نشان‌دهنده‌ی عیب یا نقصان در حق بایع یا امکان تصرف کامل و بی-قید و شرط مبیع بوده و خریدار را مجاز در فسخ قرارداد می‌کند. به عبارت دیگر، چنانچه مبنای مادهی ۴۸۸ قانون مدنی حمایت از حقوق خریدار و مطابقت کالای تحویلی با آنچه موضوع قرارداد باشد، دیگر تفاوتی ندارد که منشأ عدم مطابقت ادعای حق

موضوعیت نمی‌یابد؛ زیرا همان‌طور که در فوق ذکر گردید، در حقوق ایران در صورتی که مبیع مستحق-لغیر درآید، خواه ناشی از مالکیت فکری و یا غیرفکری ثالث باشد و مالک، معامله را تنفیذ نماید، معامله فاقد اعتبار و باطل بوده و امکان فسخ آن وجود نخواهد داشت.

از مقررات قانون مدنی در مورد حق انتفاع نیز نمی‌توان برای ایجاد حق فسخ برای انتقال‌گیرنده استفاده نمود. زیرا طبق مادهی ۵۳ قانون مدنی انتقال عین از طرف مالک به غیر برای مالی که دیگری نسبت به آن دارای حق انتفاع است، موجب بطلان حق انتفاع نمی‌شود؛ اما منتقل‌الیه جاهل اختیار فسخ معامله را دارد (مادهی ۵۳ قانون مدنی). به تعبیر دیگر در این فرض، مالک عین مال حق انتقال آن را به دیگری دارد و این انتقال خللی به حق دارنده‌ی حق انتفاع وارد نمی‌کند. لذا انتقال عین همیشه با رعایت حق منتفع انجام می‌شود و انتقال-گیرنده نیز قائم مقام مالک است (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲۳۰). اما فرض مورد بحث، مالک عین مال، حق انتقال عین مال را به دیگری در فرض وجود حق ناشی از مالکیت فکری ثالث ندارد؛ زیرا این انتقال از سوی بایع با حق شخص ثالث ناشی از مالکیت فکری در تعارض است؛ زیرا همان‌طور که حقوق-دانان بیان داشته‌اند، حق مالکیت فکری امتیاز انتفاع از پدیده‌ی ادبی و هنری یا فعالیت خاص برای شخص است و به همین مناسبت هم به مالکیت تعبیر می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲۴، صفایی، ۱۳۹۱: ۲۵۴ و ۲۵۸).

همانند کنوانسیون، مطابق مقررات حقوق ایران نیز چنانچه خریدار از مصون نبودن مبیع از حق شخص ثالث خواه ناشی از مالکیت فکری ثالث و یا غیرمالکیت فکری آگاه بوده باشد، بایع مسؤول جبران خسارت نمی‌باشد. مواد ۲۶۳ و ۳۹۱ قانون مدنی دلالت بر این امر دارند؛ زیرا خریدار با ورود به

فسخ نمود، می‌تواند برای رفع مزاحمت و مطالبه‌ی اجرت‌المثل به خود مزاحم رجوع کند و اگر مزاحمت بعد از قبض واقع شود، حق فسخ ندارد و فقط می‌تواند به مزاحم رجوع کند».

۱ مادهی ۴۸۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «اگر شخص ثالثی بدون ادعای حقی در عین مستاجر یا منافع آن مزاحم مستاجر گردد در صورتی که قبل از قبض باشد، مستاجر حق فسخ دارد و اگر

ادعای شخص ثالث تنها در صورتی موجب مسؤولیت بایع خواهد بود که ادعا موجه بوده و بی‌اساس و بی‌مبنا نباشد.

در حقوق ایران بر مبنای شرط ضمنی عرفی نیز می‌توان برای خریدار، حق فسخ قائل شد. به این معنا که بایع بر مبنای شرط ضمنی عرفی مکلف به تسلیم کالایی به خریدار است که مصون از ادعای شخص ثالث ناشی از مالکیت فکری باشد؛ زیرا شرط ضمنی عرفی، شرطی است که نه پیش از عقد و نه در متن عقد ذکر نمی‌شود، بلکه از عرف و عادت رایج فهمیده می‌شود. در واقع، چنین شرطی در میان عرف، رایج و شایع است، به گونه‌ای که عرف میان آن و قرارداد، تلازم برقرار می‌کند و از آنجاکه به دلالت التزامی، با ایجاد ملزوم، لازم نیز وجود می‌یابد، در نتیجه با انشای قرارداد، شرط ضمنی نیز که لازمی عرفی قرارداد است، ایجاد می‌گردد (سیمایی صراف، ۱۳۷۷: ۸۵-۸۱). لذا در فرض مورد بحث نیز، تعهدی عرفی در ضمن قرارداد بر عهده‌ی بایع قرار می‌گیرد که به موجب آن بایع باید از تسلیم کالایی که مورد ادعای مالکیت فکری شخص ثالث است، اجتناب نماید. تخلف از این شرط در حقوق ایران می‌تواند مشمول ضمانت اجرای تخلف از شرط قرار بگیرد و در نتیجه برای خریدار حق فسخ عقد بیع را به وجود آورد.

۳ نتیجه‌گیری

با توجه به ماده‌ی ۴۲ کنوانسیون وین و مواد ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مدنی ایران، تسلیم مبیعی که موضوع حق یا ادعای شخص ثالث می‌باشد، در واقع نقض تعهد او به انتقال مالکیت مبیع و تسلیم آن است. در نتیجه، اگر بایع کالایی را تسلیم نماید که مصون از حق یا ادعای شخص ثالث نباشد، در قبال مشتری مسؤول است. علاوه بر این، چنانچه خریدار عالم باشد که مبیع موضوع حق یا ادعای مالکیت فکری شخص ثالث است بایع مسؤول جبران خسارت نمی‌باشد. فارغ از این شباهت‌ها، در حقوق ایران هیچ‌گونه اشاره‌ای به مصون بودن کالا از حقوق یا

انتفاع باشد یا داشتن امتیاز انحصاری. وجود ادعاهای مبتنی بر مالکیت فکری نیز به خریدار حق فسخ می‌دهد حتی اگر بعد از قبض مبیع باشد. در قوانین مربوط به مالکیت معنوی می‌توان مبنای بحث را ملاحظه نمود. مثلاً ماده‌ی ۲۹ قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان مصوب ۱۳۴۸ مقرر می‌دارد که مراجع قضایی می‌توانند ضمن رسیدگی به شکایت شاکی خصوصی نسبت به جلوگیری از نشر و پخش و عرضه‌ی آثار مورد شکایت و ضبط آن دستور لازم را صادر نمایند. نتیجه‌ی اجرای این ماده، محرومیت خریدار از تصرف در مبیع است. مواد ۶۳ و ۶۴ آیین‌نامه‌ی اصلاحی قانون ثبت علایم تجاری و اختراعات مصوب ۱۳۳۷ مقرر می‌دارد که دارنده‌ی هر علامت تجاری و ورقه‌ی اختراع می‌تواند از دادگاه بخواهد تا محصولات را که به ادعای او با حق حاصل از علامت تجاری و یا اختراع آن‌ها مخالف است، توقیف نماید. در این مورد که توقیف کالا موجب محرومیت از تصرف در آن می‌گردد، باید به خریدار حق فسخ داد ولو اینکه ادعاهای مزبور بعد از قبض مبیع مطرح گردد؛ زیرا چنین ادعاهایی مانع تصرف آزادانه‌ی مبیع می‌باشد (عبدی پورپرتو، ۱۳۹۰: ۲۱۳). اطلاق این نظر، هر چند موافق با مقررات کنوانسیون می‌باشد اما برخلاف ظاهر ماده‌ی ۴۸۸ قانون مدنی است. این ماده در صورتی خریدار را مجاز در فسخ قرارداد می‌کند که اولاً این قبیل ادعاها مزاحمت عملی در استفاده از مبیع ایجاد نماید که این امر نشان‌دهنده‌ی عیب یا نقصان در حق بایع یا امکان تصرف کامل و بی‌قید و شرط مبیع بوده و ثانیاً این مزاحمت‌های عملی پیش از تسلیم مبیع به خریدار باشد. اگر مزاحمت‌های عملی پس از تسلیم مبیع به خریدار باشد با توجه به ماده‌ی ۴۸۸ قانون مدنی، خریدار حق فسخ ندارد و تنها می‌تواند به مزاحم برای دریافت اجرت‌المثل رجوع نماید.

برخلاف کنوانسیون وین که هر نوع ادعا اعم از موجه و واهی از سوی شخص ثالث موجب ایجاد مسؤولیت برای بایع می‌گردد (Lookofsky, 2000: 41-5 & Ackerman, 1992: 111)، در حقوق ایران

علاوه بر این، چنانچه کالا مطابقت حقوقی با قرارداد نداشته باشد ضمانت اجرای کنوانسیون عبارت است از: درخواست اجرای عین تعهد، مطالبه-ی خسارت و ضرر و زیان، تقلیل ثمن و فسخ قرارداد. در حقوق ایران در فرضی که مبیع مستحق‌لغیر درآید و مالک مال معامله را تنفیذ ننماید، معامله باطل بوده و مشتری علاوه بر استرداد ثمن، در فرض عدم آگاهی می‌تواند خسارت را نیز مطالبه کند. در حقوق ایران شرطی شکلی، برای استناد به عدم مطابقت حقوقی ناشی از مالکیت فکری ثالث، وجود ندارد. اما در کنوانسیون وین بر اساس بند ۱ ماده ۴۳، شرط شکلی استناد به عدم مطابقت حقوقی ناشی از مالکیت فکری ثالث، اخطار ظرف مدت متعارف و معقول به بایع است.

ادعای شخص ثالث ناشی از مالکیت‌های صنعتی یا سایر انواع مالکیت‌های فکری نشده است. بنابراین، باید مسؤولیت بایع را در قبال حقوق و ادعای مالکیت فکری ثالث از طریق قیاس با حقوق یا ادعای شخص ثالث ناشی از مالکیت‌های غیرفکری استنتاج نمود. درحالی‌که کنوانسیون براساس ماده-ی ۴۱ و ۴۲ خود، حق و ادعای ثالث ناشی از مالکیت فکری را از حق و ادعای ثالث ناشی از مالکیت غیرفکری تفکیک نمود. از سوی دیگر در کنوانسیون برای اعمال قاعده‌ی مطابقت حقوقی کالا با قرارداد، تفاوتی ندارد که مورد معامله عین معین باشد یا کلی؛ اما در حقوق ایران در بحث ضمان درک، مبیع باید عین معین باشد.

منابع

- A group of authors (1995), An Interpretation of International Sale Law, Translated by Mehrab darab pour, Volume II, Tehran: ganje danesh publications.
- A group of authors (2007), Comparative Civil Law (Marriage of Dr. Hossein Safaei), Tehran: Samt publications.
- Abdi pour, Ebrahim, hamidreza partov (2011), Discussion on non-compliance of the product and guarantee of its implementation, Journal of the Faculty of Law and Political Science, Volume 42, No. 2.
- Asghari aghmashhadi, fakhroddin (2012), An Introduction to Intellectual Property Rights, Babolsar: University of Mazandaran Publications.
- Ayati, Hamid (1996), The rights of intellectual creations with emphasis on the rights of literary and artistic creations, Tehran: Hoghoghdan Publications.
- Borojerdi abdeh, mohammad (2001), Civil law, Tehran: ganje danesh publications.
- Drahos, Peter (2012), Philosophy of intellectual property, Translated by Mahmoud hekmat nia, Tehran: Pajoheshgahe Farhang va Andisheh Eslami.
- Eskini, rabia & alireza jaefarian (2010), A study of Arsh in Iranian law and Imami jurisprudence and its difference with price reduction in the International Sale Convention, Journal of Islamic knowledge and law, No. 1.
- Emami,hasan (2003), Civil Law, Tehran: Eslamieh Publications.



- Emami, Asadollah (2007), Intellectual property rights, first volume, Tehran: Mizan Publications.
- Ghasemi, Mohsen (2005), Compensation for breach of contract in the Convention on the International Sale of Goods, Journal of International Legal Services of the Islamic Republic of Iran, No. 32.
- Journal of daftare beinolmelali(1988), United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980), translated by Journal of daftare beinolmelali, No. 9.
- Hamiati vaghef, ahmad ali (2011), Intellectual Property, Tehran: Javdaneh publications.
- Mohaghegh Damad, Mostafa (2005). Rules of Jurisprudence (Civil Section 2), sixth edition, Tehran, Samt Publications.
- Safaei, Seyed Hossein (2012), Persons and property, Tehran: Mizan Publications.
- Safaei, Seyed Hossein, Kazemi, Mahmoud, Adel, Morteza, Mirzanjad, Akbar (2013), International Sale Law Review of International Sale Law 1980, with a Comparative Study, Tehran: University of Tehran Publications.
- Sedighi, Iraj (1995), New uniform international sales law of the UN Convention, Journal of daftare beinolmelali, No. 14.
- Shiravi, Abdolhossein (2010), International Trade Law, Tehran: Samt publications.
- Simaei Saraf, Hossein (1998), Implicit condition in Iranian law with comparative study, Quarterly of Vaghfe Javidan, No.22.
- Katouzian, Naser (2007), Property and ownership, Tehran: Mizan Publications.
- Katouzian, Naser (2008), Certain Contracts, Volumes I and II, Tehran: sherkate sahami enteshar.
- Ackerman, grant,(1992), U.N Convention on Contracts for International Sale of Goods, Annotated, Boston.
- Beline, Thomas M.(2007) "Legal Defect Protected by Article 42 of the CISG: A Wolf in Sheep's Clothing". University of Pittsburgh Journal of Technology Law & Policy. 7: 1-29.
- Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods(14 March 1979), prepared by the Secretariat A/Conf. 97/5, reprinted in O.R. (Secretariat Commentary), at 104 §§2, 3, 4.
- Date-Bah, Samuel K(1987), in Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, Giuffre Milan.
- Enderlein, Fritz, Maskow, Dietrich,(1992), International Sales Law, Oceana Publications.
- Enderlein, Fritz(1996), Rights and Obligations of The Seller Under the Un Convention on Contracts for The International Sale of Goods, PetarSarcevic& Paul Volken eds., International Sale of Goods: Dubrovnik



- Lectures, Oceana, Oceana Publications.
- Ferrari, Franco(2006), "Fundamental Breach of Contract Under the UN Sales Convention, 25 Years of Article 25 CISG", *Journal of Law and Commerce*, Spring, Pp 489-508.
- Flechtner, Harry M.,(2005), Buyers' Remedies in General and Buyers' Performance-Oriented Remedies, 25 *Journal of Law and Commerce*, 339-347.
- Honnold, John,(1991), *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer law international, Boston.
- Huber, peter & Mullis, Alastair(2007), *The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners*, Sellier.
- Institute of International Commercial Law. United Nations Commission on International Trade Law. UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods. Accessed June 8, 2004, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/anno-art-42.html#ud>.
- Janal, Ruth M(2008), "The Seller's Responsibility for Third Party Intellectual Property Rights under the Vienna Sales Convention", Andersen & Ulrich G. Schroeter eds., *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 203-231.
- Kritzer, Albert H,(1989), *Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* Kluwer Law and Taxation Publishers, Debenter, Boston.
- Liu, Chengwei(2005), *Price Reduction for Non-Conformity: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL and Case Law*, 2nd edition: Case annotated Update, China.
- Lookofsky, Joseph,(2000), *The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kluwer Law International, The Hague.
- Piliounis, Peter A.,(Spring 2000), *The Remedies of Specific Performance, Price Reduction and Additional Time(Nachfrist) under the CISG: Are these worthwhile changes or additions to English Sales Law?*, 12 *Pace International Law Review*. 1-46.
- Rauda Christian & Etier Guillaume,(2000), "Warranty for Intellectual Property Rights in the International Sale of Goods", [4 Vindobona Journal](#), 30.
- Schlechtriem, Peter.(1984) *The Seller's Obligations Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Matthew Bender, Germany, [Juris Publishing](#).
- Schlechtriem, Peter.(1986) *Uniform Sales Law-the UN Convention on Contracts for the*



- International Sale of Goods*.
Vienna: Manz,
- Schlechtrim, Peter,(1998), *UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sale of Goods*, Translated by Geoffrey Thomas, 2ed., Oxford University Press.
- Schwerha , Joseph J.,(1995) "[U.S.], Warranties against Infringement in the Sale of Goods: A comparison of UCC 2-312(3) and Article 42 of the UN Convention of Contracts for the International Sale of Goods", 16 Michigan J. Int'l L. 441-483.
- Shinn, Albert,(1993), "*Liabilities under Article 42 of the UN Convention on Contracts for The International Sale of Goods*" 2 Minn. J. Global Trade. 116.
- Sono, Kazuaki(1986), *Formation of International Contracts under the Vienna Convention: A Shift above the Comparative Law*, in Sarcevic, P & Volken, p (eds), *International sale of Goods: Dubrovnik Lectures*, Oceana.
- Will, Michael(1987) in *Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law*, Giuffre Milan.
- Vanduzer, J Anthony(2001), *A Sellers Responsibility for Third Party Intellectual Property Claims: Are the UN Sales Convention Rules Better?*, Canadian International lawyer.

منابع اینترنتی

<http://www.cisg.law.pace.edu>

<http://www.unilex.info>

<http://www.Wipo.Int>

Research Paper

A Comparative Study of the Impact of Marriage to Foreigners on Nationality in the Laws of France, Germany and Iran

Manouchehr Tavassoli Naeini*¹ 

¹ Associate Professor, Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran



10.22080/lps.2021.22368.1265

Received:

September 25, 2021

Accepted:

October 25, 2021

Available online:

December 16, 2021

Keywords:

marriage, unity of couples, independence of citizenship, international citizenship, Imamieh Feqh (jurisprudence)

Abstract

One of the traditional methods of acquiring citizenship has been based on marriage. In French and German law, this approach has been obsolete for many years. Thus, marriage to foreigners has no effect on nationality anymore. Iranian civil law, using Islamic law and Imamieh Feqh (jurisprudence), has benefited the experiences of law-abiding countries, specifically France and Switzerland. Iranian society has undergone several changes since the year the law was passed. However, the citizenship section of the law is still based on the same traditional view. According to the Iranian laws, if a person from Iran marries a foreign woman, and if an Iranian woman marries a foreign man, according to the principle of "unity of couples", the nationality of husband is imposed on his wife. In French and German, however, this approach of imposition has been denied for years and marriage to foreigners has no effect on citizenship. The present research compares the laws of the three countries and analyzes the negative effects of imposing the citizenship upon marriage in the Iranian law. The results show that reviewing and revising the old rules on the imposition of citizenship on foreign and Iranian women upon marriage is necessary. Keywords: marriage, unity of couples, independence of citizenship, international citizenship, Imamieh Feqh (jurisprudence)

*Corresponding Author: Manouchehr Tavassoli Naeini

Address: Associate Professor, Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran

Email: tavassoli@ase.ui.ac.ir



Extended Abstract:

One of the traditional methods of acquiring citizenship has been based on marriage. In French and German law, this approach has been obsolete for many years. Thus, marriage to foreigners has no effect on nationality anymore. Iranian civil law, using Islamic law and Imamieh Feqh (jurisprudence), has benefited the experiences of law-abiding countries, specifically France and Switzerland. Iranian society has undergone several changes since the year the law was passed. However, the citizenship section of the law is still based on the same traditional view. According to the Iranian laws, if a person from Iran marries a foreign woman, and if an Iranian woman marries a foreign man, according to the principle of "unity of couples", the nationality of husband is imposed on his wife. In French and German, however, this approach of imposition has been denied for years and marriage to foreigners has no effect on citizenship. The present research compares the laws of the three countries and analyzes the negative effects of imposing the citizenship upon marriage in the Iranian law. The results show that reviewing and revising the old rules on the imposition of citizenship on foreign and Iranian women upon marriage is necessary.

1. Research method

This research uses a descriptive-analytical method and collects data through library tools.

2. Findings

Although the law of Iran on citizenship and the effect of marriage on citizenship was influenced by the model of the French and Swiss legal systems at the time of its adoption, the legal regime of France and Switzerland has been completely changed

and revised over the decades. This is while the Iranian legal system remained the same as a few decades ago. On August 10, 1927, France renounced the "principle of the unity of couples" in citizenship, and since 1973, it has provided equal treatment for men and women to acquire French citizenship or leave it. Germany, with its 1991, 1993, and 1999 reforms, rejected the traditional method of granting citizenship to spouses and accepted a change of citizenship based on marriage only by applying for acquired citizenship. A study of the laws of Germany and France, which, like Iran, are part of the Roman-German family and international conventions on women's marriage, shows that new approaches to citizenship due to marriage are based on the will of the couple and human rights standards. It seems to be applicable in Iranian law as well and will not disrupt the structure of civil law in the field of family law.

- 1- The Iranian Constitution, as the reference law, considers leaving or acquiring citizenship based on the will of individuals. According to Article 41 of the Iranian Constitution, every Iranian definitely has the right of Iranian citizenship. At the same time, Article 987 of the Civil Code stipulates that an Iranian woman who marries a foreigner will remain an Iranian citizen unless the husband's citizenship is imposed on the wife by virtue of the marriage. However, in any case, after the death of the husband or after divorce or separation, she will acquire her original citizenship. It seems that the second part of this article is contrary to the above principle. To solve this problem, the main solution depends on

legislation and making some changes in the civil law and maintaining the citizenship of Iranian women in case of marriage to a foreigner. This solution is compatible with Article 41 of the Constitution, in which it is better to accept the theory of complete independence for Iranian women who marry foreigners. However, if the Iranian women want to acquire the citizenship of their husband's country of origin after marriage, since in the Iranian law, dual citizenship of these women is not accepted, it is better for them to leave their Iranian citizenship, as is the case with German law. This change will not be a problem for other articles of the civil law in the field of alimony, determination of her place of residence, etc. The above-mentioned proposals are applicable only to the legal marriage of Iranian women to foreign men, and according to Article 1060 of the Civil Code, the marriage of an Iranian woman to a foreign man in cases where there is no legal prohibition is subject to special permission from the government, and without the permission of the Ministry of Interior, it is not possible to register it. Some changes, such as the passage of the Law on Amending and the Law on Determining the Obligation of Citizenship of Children of Iranian Women Married to Foreigners in 2019, show that the Iranian legislature has largely deviated from the previous theory of giving citizenship only based on the blood system and the fathers' citizenship.

2- In paragraph 6 of Article 976 of the Iranian Civil Code, any foreign woman who marries an Iranian man is automatically considered an Iranian citizen. This acquisition of citizenship has been imposed on her regardless of the woman's will to acquire citizenship and has been repealed in French and German law and conventions related to women's marriage, as noted. On the other hand, this acquisition of citizenship without the three conditions of acquiring Iranian citizenship, including merit and property and residence, is against the national interests of Iran and can even provide grounds for fraud against the laws of acquisition of foreign nationals. Because the acquisition of agricultural property is prohibited for foreign nationals, and foreign women can acquire this property through formal and artificial marriages to Iranian nationals, it is better to impose citizenship on a foreign woman at her request and apply the same conditions for acquired citizenship to grant citizenship to foreign women who marry Iranian citizens. In this case, at least the condition of eligibility should be considered and the foreign spouse should not be convicted of a crime, a major crime or non-political crime in any country. This method is in accordance with Article 42 of the Iranian Constitution, which stipulates that foreign nationals can become citizens of Iran within the limits of the regulations. To prevent the dual citizenship of foreign women married to Iranian men, it is possible, under German law, to leave their original



citizenship if they wish to acquire Iranian citizenship. In general, changes in some laws, especially citizenship laws, in the field of marriage to foreign nationals seem necessary.

3. Conclusion:

In private international law, marriage to foreigners or multinational or transnational marriages are increasing worldwide due to tourism, education, employment, asylum, or family relocation, or for several other reasons. In this type of marriage in the field of citizenship due to marriage, because the legal systems apply different methods in the field of marriage of national women to foreigners, there is often a conflict of laws. Basically, if a man and a woman who want to get married have different nationalities, the conflict will become more complicated in terms of different legal issues related to citizenship, family name and property and custody of children. To resolve this conflict, the traditional solution was to implement the principle of unity of the couple's citizenship, and the husband's citizenship was imposed on his wife. However, it is now accepted that marriage should not have a decisive effect on the citizenship of the couple, because the change of citizenship against the will of the individual is considered contrary to human rights standards, and in international conventions on marriage and citizenship of women, the solution is to impose citizenship on one spouse. France has renounced the "principle of couple unity" in citizenship since 1927 and does not change the citizenship of a foreign woman who marries a French man unless she formally applies for French citizenship. A comparative study of Iranian citizenship laws with France and Germany, the two main countries of the German-

Roman system, which at the beginning of the formulation of citizenship regulations had similar citizenship laws to the current Iranian laws, shows that some Iranian citizenship laws that have been adopted in recent decades do not meet the needs of today's society. Although in Imamieh Feqh (jurisprudence), the issue of citizenship of couples in its customary sense has never been raised and the main issue has been the religious citizenship of couples and their coexistence, and despite the fact that most of the laws of Iranian citizenship have been adapted from Western law, Iran has remained unchanged in this regard. Opponents of changing Iranian citizenship laws oppose such changes because of the legal, security, social, and practical and coercive promotions of dual citizenship. However, it should be noted that Iranian society has undergone several changes during the eighty years after the enactment of the Civil Code, and the attitude of society towards the issues of citizenship, especially citizenship due to marriage with the prevailing view at the time of the enactment of the Civil Code has changed radically. The result of these practical changes is the non-responsiveness of civil law to new issues. Due to the immigration of many Iranians to Western countries such as Germany and France and regional developments and the unprecedented presence of citizens of neighboring countries such as Afghanistan and Iraq in Iran as well as numerous marriages between Iranians and foreigners inside and outside the country and the emergence of serious problems, the application of Iranian citizenship laws in the field of these marriages requires revising the citizenship laws, especially the imposition of citizenship due to marriage and the implementation of the system of full independence for Iranian women married to foreign husbands.

Although the Iranian law does not accept the international obligations arising from the non-compliance with the international conventions on women's citizenship, and does not accept the dual citizenship resulting from marriage to foreigners, it is not yet fully prepared for this change. The context has been developed and perhaps the law amending the law on determining the citizenship of children born to Iranian women married to foreign nationals approved in 2020 is an introduction in this regard.

Funding

There is no funding support.

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 تاثیر ازدواج با اتباع خارجی در کسب تابعیت در قوانین فرانسه، آلمان و ایران

منوچهر توسلی نائینی*^۱ ID

^۱ دانشیار گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران

doi 10.22080/lps.2021.22368.1265

چکیده

یکی از شیوه‌های سنتی برای کسب تابعیت ازدواج است. اما در قوانین فرانسه و آلمان این رویکرد تحمیل تابعیت به دلیل ازدواج سالهاست که منسوخ شده و ازدواج با اتباع خارجی همانند قبل تاثیر چندانی در تابعیت ندارد. قانون مدنی ایران با بهره‌گیری از حقوق اسلامی و در کنار فقه امامیه از تجربیات کشورهای حقوق نوشته و به طور مشخص از حقوق فرانسه و سوئیس بهره برده است. جامعه‌ی ایران نیز در طول سالهای بعد از تصویب این قانون تحولات متعددی را پشت سر گذاشته است، اما بخش تابعیت این قانون هنوز براساس همان دیدگاه سنتی در مورد ازدواج مرد ایرانی با زن بیگانه، به طور مطلق و همچنین در صورت ازدواج زن ایرانی با مرد خارجی و تحمیل تابعیت شوهر بر زن ایرانی "سیستم وحدت تابعیت" را اعمال می‌کند. پژوهش حاضر با مقایسه‌ی قوانین سه کشور به آثار منفی تحمیل تابعیت به دلیل ازدواج در قانون تابعیت ایران پرداخته و با بررسی تحولات قوانین مشابه در فرانسه و آلمان نشان می‌دهد تجدید نظر و اصلاح قوانین قدیمی تحمیل تابعیت ایرانی به یک زن بیگانه (خارجی) در اثر ازدواج با یک مرد ایرانی و پذیرش تحمیل تابعیت شوهر خارجی در صورت ازدواج با زن ایرانی ضروری و امکان پذیر به نظر می‌رسد.

تاریخ دریافت:

۰۳ مهر ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۰۳ آبان ۱۴۰۰

تاریخ انتشار:

۲۵ بهمن ۱۴۰۰

کلیدواژه‌ها:

ازدواج، وحدت تابعیت، استقلال تابعیت، ازدواج بین المللی، فقه امامیه.

* نویسنده مسئول: منوچهر توسلی نائینی

آدرس: دانشیار گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد،

دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران

ایمیل: tavassoli@ase.ui.ac.ir

۱ مقدمه

دارد و مبنای آن پذیرش اسلام یا قبول حکومت اسلامی یعنی تابعیت ایمانی است و از دیدگاه مقررات اسلامی، اشخاصی اتباع دولت اسلامی محسوب می‌شوند که اسلام آورده باشند یا حکومت اسلامی و اجرای قوانین آن را پذیرفته باشند (عرب عامری، پارسا منش، ۱۳۹۳: ۱۰۷). به همین دلیل حقوق مدنی ایران و بخش تابعیت آن بیشتر تحت تأثیر نظام حقوق رومی-ژرمنی و به ویژه قانون مدنی فرانسه و سوئیس بوده است. گر چه این قوانین مبنای متفاوتی دارند، اما نفوذ قوانین اروپائی در قوانین تابعیت ایران غیر قابل انکار است (بهرامی، ۱۳۸۱: ۱۸). به همین دلیل مقایسه‌ی سیر تحول قوانین تابعیت ایران در بخش ازدواج با اتباع خارجی با قوانین مشابه در آلمان و فرانسه دو کشور تاثیرگذار در نظام رومی ژرمنی می‌تواند در ارائه و تدوین هنجارهای پذیرفته شده بین المللی در ایران مفید باشد. افزون بر اینکه فرانسه و آلمان همانند ایران احوال شخصیه را تابع قانون ملی یا متبوع می‌دانند و راهکارهای این کشورها امکان اجرا در نظام حقوقی ایران را دارد. این پژوهش با روش توصیفی-تحلیلی و رویکرد تطبیقی به بررسی قوانین تابعیت کشورهای فوق در زمینه‌ی ازدواج زنان و مردان تبعه با اتباع خارجی می‌پردازد و در نهایت توصیه‌هایی برای انطباق قوانین تابعیت ایران با شرایط جدید ارائه می‌دهد.^۱

۲ ازدواج با اتباع خارجی در قوانین فرانسه

با انقلاب فرانسه در سال ۱۷۸۹ مفهوم تابعیت و شهروندی و حقوق و وظایف ملحق به آن در اروپا

ازدواج با بیگانگان یا ازدواج‌های چند ملیتی پدیده‌ی جدیدی نیست. اما امروزه به دلایل پیشرفت در زمینه‌ی ارتباطات و فن آوری حمل و نقل و جابه جایی انسانها از کشوری به کشور دیگر به دلایل مختلف اعم از اشتغال، گردشگری و دلایل دیگر شمار آن در حال افزایش است (Govindarj, Jayarj, 2008:35) با افزایش تعداد این ازدواج‌ها دعاوی خانوادگی مرتبط با آن نیز در جهان افزایش یافته و به علت تعارض قوانین در زمینه‌ی ازدواج با بیگانگان، دادگاه‌های کشورهای مختلف در حال حاضر با مسائل متعددی در زمینه‌ی قانون حاکم بر دعوی مواجه هستند. ایران کشوری است که در آن جریان مهاجرت به سمت کشورهای غربی مثل آلمان و فرانسه و قاره آمریکا و در عین حال، مهاجرت اتباع خارجی مثل اتباع افغانستانی و عراقی به این کشور وجود دارد. یکی از نتایج این مهاجرت‌ها ازدواج‌های شمار زیادی از اتباع ایرانی با اتباع خارجی است که مسائل حقوقی متعددی را مطرح ساخته است. در حالی که برای حل تعارض قوانین ناشی از ازدواج‌های چند ملیتی ایران نیز همانند بسیاری از کشورهای دیگر به تغییرات جدی در قوانین تابعیت خود نیاز دارد، متأسفانه نظام حقوقی ایران درباره‌ی تابعیت ناشی از ازدواج‌های چندملیتی همگام با تحولات جهانی پیش نرفته است (توسلی نائینی، افضلی، ۱۳۹۴: ۴۱۳).

تابعیت در حقوق بین الملل خصوصی رابطه‌ی شخص و دولتی معین را نشان می‌دهد و محدوده‌ی آن را مرزهای جغرافیایی و قراردادی تعیین می‌کند؛ اما در حقوق اسلامی تابعیت مفهوم گسترده‌تری

رو، بر خلاف حقوق فرانسه که مجدداً به اصل اقامتگاه به عنوان قاعده‌ی علی‌البدل بازگشته در حقوق ایران نقشه‌ی برای اقامتگاه در سیستم حل تعارض پیش بینی نشده است (الماسی، ۱۳۶۹، ۱۲-۱۳)

^۱ در ابتدا دو نکته باید مورد توجه قرار گیرد. اولین اینکه ماموران دیپلماتیک یا نیروهای مسلح خارجی از مقررات دولت‌ها در مورد اعطای تابعیت به وسیله‌ی ازدواج خارج هستند و تابع قوانین دولت فرستنده می‌باشند و دوم اینکه در قوانین ایران، قانون اقامتگاه (محل اقامت) در اعطای تابعیت موثر نیست و اصل صلاحیت قانون ملی تحت تاثیرکرد ناپلئون ۱۸۰۴ در موضوعات احوال شخصیه مورد قبول قرار گرفته است. از این



باشد. اما در مورد وی دوره‌ی مشروط اقامت پنج ساله اعمال نمی‌شد. با اعمال مواد ۳۴ تا ۷۱ قانون مصوب ۹ ژانویه ۱۹۷۳ در مورد تکمیل و تعدیل قانون تابعیت فرانسه، مردان و زنان در خصوص ترک یا کسب تابعیت فرانسوی در جایگاه مشابهی قرار گرفته‌اند (Neyrand, M'sili, 1997: 391-393).

امروزه، در قانون تابعیت فرانسه ازدواج دیگری از راه‌های کسب مستقیم تابعیت فرانسه نیست و در واقع ازدواج با یک تبعه‌ی فرانسوی اثر مستقیمی برتابعیت ندارد. طبق مواد ۳۴ تا ۷۱ قانون ۱۹۷۳ تابعیت فرانسه کسب تابعیت فرانسه در مورد زوج یا زوج‌های خارجی با تقاضا و در صورت تحقق برخی شرایط مانند مدت ازدواج، مکتب و پذیرش در جامعه‌ی فرانسه انجام می‌شود^۱.

ازدواج با اتباع خارجی در قوانین فرانسه در دو بخش قوانین داخلی ناشی از طرح یا لایحه و قوانین ناشی از کنوانسیون‌های بین‌المللی بررسی خواهد شد.

۲٫۱ ازدواج مرد تبعه با زن خارجی و زن تبعه با مرد خارجی در قوانین داخلی

در قوانین قبل از ۱۹۷۳ فرانسه طبق ماده ۳۷ قانون تابعیت زن خارجی که با مرد فرانسوی ازدواج می‌کرد از زمان عقد ازدواج تابعیت فرانسوی را اخذ می‌نمود. در این مورد شرطی برای ترک تابعیت قبلی وجود نداشت و فقط اعتبار عقد ازدواج اهمیت داشت. رویه‌ی فرانسه در این زمان جلوگیری از آپاترید شدن زن خارجی به دلیل ازدواج با مرد فرانسوی بود. در صورتی که این زن طبق قوانین دولت متبوعش تابعیت اولیه خود را حفظ می‌نمود می‌توانست تا قبل از انعقاد عقد ازدواج رد تابعیت فرانسه را اعلام

مطرح شد (Brubaker, 1992). در مواد ۱۲ و ۱۹ قانون مدنی ۱۸۰۴ فرانسه تصریح شده بود که زن تبعه فرانسه در صورت ازدواج با مرد تبعه خارجی، تابعیت شوهر و زن خارجی در صورت ازدواج با مرد فرانسوی تابعیت فرانسه را پیدا خواهد کرد. قانون سال ۱۸۸۹ این رویه را اصلاح کرد. طبق این قانون وقتی ازدواج بین زن فرانسوی و مرد تبعه‌ی خارجی صورت می‌گرفت مرد زمانی مجاز به درخواست تابعیت فرانسوی می‌شد که حداقل یک سال در فرانسه زندگی می‌کرد. به نظر مورخان در این دوران در قوانین بیشتر دولتهای اروپائی قرن نوزدهم در مسائل مربوط به انتقال، کسب یا حفظ تابعیت، وابستگی زن به تابعیت شوهر کاملاً تصریح شده بود (Guerry, 2016, 73).

در ماده اول قانون تابعیت ۱۰ اوت ۱۹۲۷ اصل وحدت زوجین^۱ در تابعیت کنار گذاشته شد. زن تبعه‌ی خارجی که با مرد فرانسوی ازدواج می‌کرد تابعیت خود را حفظ می‌نمود؛ مگر این که او رسماً درخواست کسب تابعیت فرانسوی را کرده باشد. و زن فرانسوی که با تبعه خارجی ازدواج می‌کرد تابعیت خود را حفظ می‌نمود؛ مگر اینکه او درخواست تابعیت شوهرش را کرده باشد. بعد از جنگ جهانی دوم با فرمانی که همه متون مرتبط با تابعیت را در بر می‌گرفت در مورد ازدواج‌های بین‌المللی تغییرات جدیدی راجع به تابعیت خارجی زن و شوهر مطرح شد. با این تغییرات زن تبعه خارجی که با یک مرد فرانسوی ازدواج می‌کرد از این پس شهروند فرانسوی محسوب می‌شد؛ مگر اینکه او این امتیاز را رد کند. و زن فرانسوی نیز که با تبعه‌ی خارجی ازدواج می‌کرد به تابعیت فرانسوی خود باقی می‌ماند؛ مگر اینکه او یک بیانیه‌ی انصراف از تابعیت برای به دست آوردن تابعیت شوهر خود را ارائه می‌نمود. شوهر این زن نیز بدون درخواست برای تابعیت اکتسابی نمی‌توانست تبعه فرانسه

(durée du mariage, communauté de vie, assimilation...) <https://my.ambafrance.org/La-nationalite-francaise>

¹ Le mariage avec un Français n'a pas d'effet automatique sur la nationalité. L'acquisition de la nationalité française se fait selon la procédure de la déclaration si plusieurs conditions sont réunies

باید اطلاعات خوبی از زبان فرانسوی مکالمه و نوشتاری داشته باشد. زوجین باید حضورا اسناد مربوط را با هم امضاء کنند.

طبق قانون شماره ۹۱۱-۲۰۰۶ مصوب ۲۴ ژوئیه ۲۰۰۶ در مورد مهاجرت و ادغام، همسر خارجی زن یا مرد فرانسوی نمی تواند در صورت محکومیت به یک جرم و جنایت که دربردارندهی نقض منافع ضروری ملت یا یک اقدام تروریستی است و یا محکومیت به حداقل ۶ ماه حبس صرف نظر از نوع جرم، تابعیت فرانسوی را کسب کند این محدودیت ها اگر همسر خارجی عفو شود یا سابقه‌ی محکومیت او از سوابق کیفری مستثنی شود، اعمال نمی شود.

طبق ماده ۲۱-۴ قانون شماره ۹۱۱-۲۰۰۶ مورخه ۲۴ ژوئیه همان سال دولت فرانسه می تواند با فرمان شورای دولتی کسب تابعیت فرانسه توسط همسر خارجی یک تبعه فرانسه را به دلیل اثبات ارتکاب جرم تعدد زوجات یا ارتکاب جرم علیه یک شخص صغیر زیر پانزده سال رد کند که این امر می تواند توسط متقاضی مورد اعتراض قرار گیرد.

براساس بخشنامه‌ی ۲۹ دسامبر ۲۰۰۹ وزارت مهاجرت و ادغام، هویت ملی و توسعه‌ی همبستگی^۳ در مورد کسب تابعیت فرانسه به دلیل ازدواج، مصاحبه با شوهر خارجی زن فرانسوی به منظور بررسی واقعیت رضایت و گواهی اهلیت قانونی صادره به وسیله‌ی مقامات کشور متبوع تبعه‌ی خارجی ضروری است. این گواهی به این دلیل درخواست می شود که مشخص شود شوهر آینده‌ی زن فرانسوی یک فرد بالغ و مجرد است که تحت قیمومت نیست. ثبت مدنی ازدواج نیز الزامی است. پس از ثبت ازدواج با رعایت شرایط قانونی آثار ازدواج برای تبعه‌ی خارجی پذیرفته می شود. از جمله: تبعه‌ی خارجی بلافاصله بعد از ازدواج اجازه‌ی اقامت موقت برای یک سال و اجازه‌ی اجرای فعالیت

و در این صورت تابعیت فرانسه به وی تحمیل نمی شد. در مقابل طبق ماده ۹۴ قانون تابعیت زن فرانسوی که با مرد خارجی ازدواج می کرد تابعیت فرانسوی وی در هر حال محفوظ می ماند (Dutoit, et al, 1973, 97-98) اما در قوانین فعلی تفاوتی بین ازدواج زن فرانسوی با مرد بیگانه و ازدواج زن بیگانه با مرد فرانسوی وجود ندارد. در نظام حقوقی فرانسه زوجه خارجی احتمالی باید همان شرایط زوجه تبعه‌ی فرانسه را برای ازدواج با یک فرانسوی داشته باشد. اولین شرط تجرد است: بیگانه نباید در زمان ازدواج با یک فرانسوی همسری داشته باشد؛ زیرا قانون فرانسه بر اساس ماده ۱۴۷ قانون مدنی تعدد زوجات را ممنوع شناخته است. دومین شرط بر اساس ماده ۱۴۶ قانون مدنی رضایت است. این رضایت باید واقعی و صریح بوده و ناشی از اکراه نباشد!

ماده ۲۱-۱ قانون مدنی به شماره ۹۳-۹۳۳ مصوب ۲۲ ژوئیه ۱۹۹۳ قدم مهمی در رد قوانین قبلی و اصل وحدت تابعیت در خانواده بود و با صراحت مقرر می دارد: به هیچ عنوان ازدواج تأثیری بر تابعیت ندارد. این قانون ایجاد خود به خودی تابعیت براساس ازدواج را رد می کند.

در تحولات بعدی قانونگذار فرانسوی بر ای جلوگیری از ازدواج های صوری برای کسب تابعیت شرایط سخت گیرانه تری برای مردان خارجی متقاضی ازدواج با زنان فرانسوی مقرر می کند. طبق ماده ۷۹ قانون ۹۱۱-۲۰۰۶ مهاجرت و ادغام ۲۴ ژوئیه ۲۰۰۶ در اصلاح بند ۲ ماده ۲۱ قانون مدنی فرانسه^۲، اگر شوهر خارجی زن فرانسوی که مقیم فرانسه است ثابت کند که مدت پنج سال است که با این زن فرانسوی ازدواج کرده و با او چهار سال زندگی مشترک داشته و یا از ثبت ازدواج آنها چهار سال گذشته و متقاضی تابعیت فرانسوی باشد این تابعیت به وی اعطاء خواهد شد. متقاضی هم چنین

³ Le ministère de l'Immigration, de l'Intégration, de l'Identité nationale et du Développement solidaire

¹ Art 147 "Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement ».

² Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration



قوانین در تابعیت ۱۹۳۰^۱ اشاره نمود. فرانسه این کنوانسیون را امضا کرده، اما آن را تصویب نکرده است. مواد ۸ الی ۱۱ این کنوانسیون به تابعیت زنان مزدوج اشاره دارد و اراده‌ی زنان در تغییر یا تحمیل تابعیت را در نظر می‌گیرد:

ماده ۸ این کنوانسیون مقرر می‌دارد- اگر قانون ملی زن باعث از دست دادن تابعیت زن بر اثر ازدواج با یک مرد خارجی شود، این از دست دادن تابعیت باید مشروط به کسب تابعیت او از کشور متبوع شوهر باشد.

ماده ۹ به این نکته اشاره دارد که " اگر قانون ملی زن باعث از دست دادن تابعیت او پس از تغییر تابعیت شوهر در زمان ازدواج شود این از دست دادن تابعیت باید مشروط به کسب تابعیت جدید شوهر باشد". ماده ۱۰ نیز به این نکته می‌پردازد که " کسب تابعیت شوهر در طی دوران ازدواج نباید موجب تغییر در تابعیت زن شود مگر با رضایت او"

و در خاتمه ماده ۱۱ مقرر می‌دارد که " زنی که تابعیت خود را به موجب قانون کشورش بر اثر ازدواج از دست داده است بعد از انحلال نکاح نمی‌تواند آن تابعیت را دریافت کند؛ مگر با درخواست خود و مطابق با قانون آن کشور. اگر وی تابعیت قبلی خود را مجدداً کسب نماید، تابعیتی را که به دلیل ازدواج کسب کرده را از دست می‌دهد".

مجموعه مواد فوق الذکر نشان می‌دهد بدون در نظر گرفتن اراده‌ی زن و پذیرش وی امکان تحمیل تابعیت بر او وجود ندارد. تا زمان تصویب این کنوانسیون فرانسه مکلف به رعایت مقررات آن نیست.

دومین کنوانسیون مورد اشاره "کنوانسیون حذف کلیه‌ی اشکال تبعیض علیه زنان ۱۹۷۹ مصوب" است. فرانسه این کنوانسیون را در ۱۷ ژوئیه ۱۹۸۰ امضاء و در ۱۴ دسامبر ۱۹۸۴ تصویب کرده است. این

حرفه ای در فرانسه را دارد. وی سه سال بعد از ازدواج می‌تواند از یک کارت اقامت ۱۰ ساله بهره‌مند شود و چهار سال بعد از ازدواج می‌تواند تابعیت فرانسه را کسب کند.

برای پیشگیری از ازدواج‌های صوری مجدداً در سال ۲۰۱۱ بر اثبات عدم توقف زندگی عاطفی زوجین که یک طرف آن تبعه‌ی فرانسوی است تأکید می‌شود. ماده ۲۱-۲۲ قانون مدنی با شماره ۶۷۲-۲۰۱۱ اصلاح شده در ۲۰۱۱ مقرر می‌دارد^۳. فرد بیگانه یا آپاترید که قرارداد ازدواج با تبعه‌ی فرانسوی منعقد می‌کند بعد از گذشت یک دوره‌ی چهار ساله از ازدواج می‌تواند تابعیت فرانسوی کسب کند به شرط آنکه با صدور بیانیه‌ی ای اعلام کند که در تاریخ این بیانیه زندگی عاطفی بین زن و شوهر بعد از ازدواج متوقف نشده و اینکه همسر فرانسوی تابعیت خود را حفظ کرده است". طبق همین ماده اگر بیگانه در زمان بیانیه نتواند ثابت کند که حداقل سه سال اقامت مداوم و مستمر در فرانسه داشته و یا قادر به اثبات این نباشد که ازدواج او با همسر فرانسوی برای مدت زندگی‌شان در خارج از کشور به ثبت رسیده در این حالت دوره‌ی زندگی مشترک به پنج سال افزایش می‌یابد:

. بر اساس فرمان شورای دولتی فرانسه (فرمان شماره ۷۹۴-۲۰۱۳ مورخه ۳۰ اوت ۲۰۱۳) همسر خارجی باید همچنین مدرک تسلط به زبان فرانسه و مدرک مکنت خود را ارائه کند.

۲،۲ فرانسه و کنوانسیونهای بین‌المللی در مورد تابعیت زنان

فرانسه کنوانسیونهای متعددی را در رابطه با ازدواج زنان با مردان تبعه‌ی خارجی امضا و یا تصویب کرده است. با توجه به پیشینه‌ی تاریخی می‌توان در ابتدا به کنوانسیون برخی مسائل مربوط به تعارض

² Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women 1979 (CEDAW)

¹ Convention on certain questions relating to the conflict of nationality laws, The Hague, 12 April 1930.

سومین کنوانسیون مورد اشاره کنوانسیون اروپایی تابعیت مصوب ۱۹۹۷^۱ است. فرانسه این کنوانسیون را در ۲۰۰۰/۷/۴ امضاء، ولی آن را تصویب نکرده است. کنوانسیون اروپایی تابعیت در ۶ نوامبر ۱۹۹۷ در استراسبورگ تصویب شد. این کنوانسیون در امور مربوط به تابعیت سند جامعی است. ماده ۴ (د) کنوانسیون اخیر مقرر می‌دارد که نه ازدواج و نه انحلال ازدواج به خودی خود بر تابعیت هیچ یک از زن و شوهر تأثیر نمی‌گذارد. به نظر می‌رسد مهمترین کنوانسیون بین‌المللی که فرانسه آن را لازم الاجرا کرده است کنوانسیون حذف کلیه اشکال تبعیض علیه زنان است. به نظر می‌رسد در این کنوانسیون بر عدم تحمیل تابعیت و ارادی بودن کسب تابعیت مجدداً تأکید شده و مفاد این کنوانسیون به ویژه ماده ۴ در کشورهایی که آن را مورد تصویب قرار داده اند قبلاً در قوانین داخلی این کشورها مورد تأیید قرار گرفته است و با توجه به پذیرش اصل برتری حقوق بین‌الملل بر حقوق داخلی در کشورهای اروپایی در صورت مغایرت قوانین داخلی با مفاد این کنوانسیون، قوانین اخیر نسخ خواهند شد.

بررسی فوق‌نشان می‌دهد که به غیر از کنوانسیون منع تبعیض علیه زنان، بقیه کنوانسیونهای مرتبط با تابعیت زنان در حقوق فرانسه لازم الاجراء نشده است.

۳ ازدواج با اتباع خارجی در قوانین آلمان :

امپراتوری آلمان در سال ۱۸۷۱ اولین قانون مدرن خود را در مورد تابعیت آلمانی را با هدف اتحاد در یک امپراطوری ناهمگن تصویب کرد. طبق این قانون هر شخصی که در خاک آلمان متولد می‌شد آلمانی محسوب می‌گردید. اما توسعه‌ی فکری آلمان به سوی ایده‌های ملی‌گرائی و ایده ایجاد یک جامعه

کنوانسیون در سال ۱۹۷۹ توسط مجمع عمومی سازمان ملل به تصویب رسید. ماده ۹ این کنوانسیون مقرر می‌دارد: ۱. دول عضو در مورد کسب، تغییر یا حفظ تابعیت، حقوقی مساوی با مردان به زنان اعطا خواهند کرد. دولت‌ها به ویژه تضمین می‌کنند که ازدواج با فرد خارجی یا تغییر تابعیت شوهر در طی دوران ازدواج خود به خود باعث تغییر تابعیت زن، بی‌وطن شدن (آپاترید شدن) یا تحمیل تابعیت شوهر به وی نگردد. ۲. دول عضو به زنان و مردان در مورد تابعیت فرزندان شان حقوق مساوی اعطا خواهند کرد. فرانسه در زمان امضاء کنوانسیون اعلام نمود که ماده اخیر مانع اجرای بند دوم ماده ۹۶ قانون تابعیت فرانسه نخواهد شد. طبق ماده اخیر فرانسوی‌هایی که در عمل شبیه اتباع یک دولت خارجی رفتار می‌کنند، می‌توانند در صورت داشتن تابعیت این دولت، با حکم تأیید شورای دولتی تابعیت فرانسه را از دست بدهند. عراق نیز بند ۱ و ۲ این ماده را در تعارض با اسلام می‌داند و انگلستان نیز در حق شرط خود بر ماده ۹ اعلام نموده که از نظر دولت این کشور کنوانسیون با وضعیت ایجاد شده در اثر اجرای قانون تابعیت ۱۹۸۱ منطبق است، اما این کشور همچنان خود را موظف به اجرای قانون داخلی خود در این قسمت می‌داند. به نظر برخی حقوقدانان استدلال انگلستان بر پایه‌ی این امر است که این ماده از کنوانسیون با بند ۷ ماده منشور ملل متحد که در مقام بیان قاعده‌ی عرفی عدم مداخله در اموری که ذاتاً در صالحیت داخلی کشور می‌باشد، در تعارض است (نژندی منش، داور پور، ۱۳۹۷، ۴۱-۴۴).

در مجموع چه در قانون مدنی و چه در اسناد بین‌المللی به نظر می‌رسد که نظام حقوقی فرانسه از سیستم قدیمی وحدت تابعیت به سیستم استقلال کامل تابعیت گرایش پیدا کرده است (Medjoubi, 2008: 147).

¹ The European Convention on Nationality 1997

۳،۱ ازدواج مرد تبعه با زن خارجی و زن تبعه با مرد خارجی در قوانین داخلی

به موجب بند ۳ ماده ۳ قانون تابعیت امپراطوری و ایالتی آلمان مصوب ۱۹۱۳، کسب تابعیت در دولت فدرال بر اساس ازدواج امکان پذیر بود. زن آلمانی که با یک غیر آلمانی ازدواج می کرد تابعیت آلمانی اش را از دست می داد (Eder, 1950, 3). در سال ۱۹۹۱ و ۱۹۹۳ مقامات آلمانی قانون تابعیت را اصلاح کردند. در جولای سال ۱۹۹۹ قانون دیگری توسط پارلمان آلمان تصویب شد که قانون تابعیت قبلی را اصلاح کرد که از تاریخ ۱ ژانویه ۲۰۰۰ لازم الاجرا شد. بر اساس قانون اخیر، تبعه‌ی خارجی که با یک آلمانی ازدواج می کند و مایل است تابعیت آلمانی را کسب نماید باید از طریق فرآیند تابعیت اکتسابی عمل کند. وی تابعیت آلمانی را از طریق ازدواج و به صورت خود به خود دریافت نمی کند. با این حال برای کسب تابعیت اکتسابی بعد از گذشت حداقل دو سال از ازدواج در صورتی که متقاضی از نظر قانونی اقامتش در جمهوری فدرال آلمان برای سه سال سپری شده باشد می تواند اقدام کند. بنابراین، شرط اصلی برای کسب تابعیت آلمان، درابتدا اخذ اقامت در آن کشوری باشد و پس از اینکه شخص از طریق یکی از روشهای قانونی اقامت کشور آلمان را اخذ نمود می تواند مراحل بعدی را پیگیری کند.

از سال ۱۹۹۹ در قوانین آلمان برای کسب تابعیت آلمانی بر شرط ترک تابعیت اولیه متقاضی تاکید می شود. قوانین بخش ۹ قانون تابعیت آلمان ۱۹۹۹ در مورد تابعیت اکتسابی زن و شوهر و یا شرکای زندگی آلمانی ها مقرر می دارد: (۱) زن و شوهر یا شریک زندگی یک آلمانی^۴ تابعیت اکتسابی آلمانی را با الزامات مقرر در بخش ۸ به دست خواهد آورد در صورتی که :

ملی، به تصویب قانون بنیادی تابعیت^۱ در سال ۱۹۱۳ منجر شد. طبق این قانون تابعیت آلمانی در درجه‌ی اول بر اساس سیستم خون^۲ در نظر گرفته شد. به عبارت دیگر، اگر پدر و مادر طفلی آلمانی بودند؛ وی صرف نظر از محل تولد تابعیت آلمان را به دست می آورد (Prat-Erkert, 2008). جمهوری فدرال آلمان در سال ۱۹۴۹ مجدداً قانون ۱۹۱۳ را تایید کرد. اما با اصلاح قانون تابعیت در سال ۱۹۹۹ آلمان هم همانند فرانسه به سیستم خاک^۳ توجه نمود (Bouche, 2002, 1037). ماده ۱۱۶ قانون اساسی جمهوری فدرال آلمان تبعه آلمان و کسب تابعیت در آلمان را این گونه تعریف کرده است. ۱- از نظر این قانون اساسی، فرد آلمانی کسی است که دارای تابعیت آلمان است و یا به عنوان پناهنده و یا تبعید شده از نژاد آلمانی و یا به عنوان همسر یا فرزند آنها، دارای اجازه ورود به خاک "رایش" آلمان، با مرزهای رسمی اش در زمان ۳۱ دسامبر ۱۹۳۷ بوده است، مشروط بر آنکه ترتیب دیگری توسط قانون مقرر نشده باشد. ۲- اتباع سابق آلمان که بین ۳۰ ژانویه ۱۹۳۳ و ۸ مه ۱۹۴۵ به دلائل سیاسی یا نژادی یا مذهبی از تابعیت خود محروم شده اند و فرزندان آنها، در صورت درخواست، مجدداً تابعیت آلمانی دریافت می کنند. این افراد اگر بعد از ۸ مه ۱۹۴۵ در سرزمین آلمان مستقر شده و مخالفتی ابراز نکرده باشند، به مثابه افرادی که سلب تابعیت شده اند، تلقی نمی گردند.

در قانون قدیم تابعیت آلمان در ۱۹۱۳، ازدواج بیگانگان با اتباع آلمانی در تابعیت آنها تاثیر می گذاشت. اما این رویکرد سالهاست که در قوانین آلمان کنار گذاشته شده است.

^۴ منظور از شریک زندگی هر فردی اعم از هم جنس یا غیرهمجنس است که با هم زندگی می کنند و از نظر قوانین آلمان زندگی مشترک ثبت شده دارند

^۱ Staatsangehörigkeitsgesetz

^۲ Jus sanguinis

^۳ ius solis

کشور قاعده‌ی اصلی این است که چنین ازدواج‌هایی باید در آلمان در صورتی که مقررات قانونی مربوط به ازدواج توسط دولت خارجی رعایت شده باشد معتبر شناخته شود. علاوه بر این زوجه و زوج هم باید اهلیت و وضعیت قانونی مورد نیاز برای ازدواج را به موجب قانون دولت‌های متبوع خودشان داشته باشند. (برای مثال، حداقل سن اهلیت را داشته باشند و از نظر وضعیت مجرد بوده و محرم یکدیگر نباشند). چنانچه تبعه‌ی آلمانی به روشی معتبر ازدواج کند بدون اینکه وضعیت وی در سوابق وضعیت مدنی (اداره‌ی ثبت احوال) آلمان ثبت شود، ازدواج بعدی وی به مفهوم تعدد زوجات است و به درخواست هر کدام از همسران یا مقامات ذیصلاح فدرال و ایالتی مانند اداره آمار فدرال و دفاتر آماری ایالتی باطل خواهد شد.^۱ ابطال ازدواج این فرد به مفهوم سلب تابعیت وی نخواهد بود و چون در آلمان ازدواج تأثیری بر تابعیت ندارد تابعیت همسر وی هم تأثیری از این ابطال ازدواج نخواهد پذیرفت. بر اساس آخرین اصلاحیه قانون تابعیت آلمان بخش ۱۲ مصوب ۲۰ نوامبر ۲۰۱۹ آلمان مجدداً اعلام نموده که تا حد امکان تابعیت مضاعف را به رسمیت نمی‌شناسد و تابعیت را به صورت خود به خود به اتباع خارجی که با اتباع آلمانی ازدواج می‌کنند اعطا نمی‌کند.

۳٫۲ آلمان و کنوانسیون‌های بین‌المللی در مورد تابعیت زنان

آلمان همانند فرانسه کنوانسیون برخی مسائل مربوط به تعارض قوانین در تابعیت ۱۹۳۰ را امضا کرده اما آن را تصویب نکرده است. در مقابل آلمان

۱. آنها تابعیت قبلی خودشان را از دست بدهند یا ترک کنند یا امکان پذیرش تابعیت مضاعف طبق بخش ۱۲ قانون تابعیت آلمان وجود داشته باشد.

۲. این تضمین داده شود که آنها با شیوه‌ی زندگی آلمانیها خود را تطبیق خواهند داد (Prat-) (Erkert, 2008)

طبق بخش ۱ فرعی این قانون اگر تابعیت ظرف یک سال پس از مرگ همسر آلمانی و یا از زمان حکم انحلال ازدواج اعطاء شود، متقاضی حق حضانت فرزند حاصل از ازدواج را که دارای تابعیت آلمانی است را دارا می‌شود.

با توجه به قانون فوق‌الذکر از متقاضیان تابعیت اکتسابی به طور معمول انتظار می‌رود که ثابت کنند تابعیت قبلی خود را رد کرده‌اند و یا پس از کسب تابعیت آلمانی آنرا ترک و یا به طور خودبه‌خود از دست خواهند داد. پناهندگان، شهروندان سوئیس و کشورهای عضو اتحادیه‌ی اروپا از شرط ترک تابعیت معاف می‌باشند. به نظر برخی این شرط انصراف از تابعیت برخی مواقع به عنوان یک مانع حقوقی عملی برای دستیابی به حقوق شهروندی عمل نموده، بلکه مراحل کسب تابعیت را نیز به طور قابل ملاحظه‌ای طولانی می‌کند، به ویژه اگر کشور مبدا به راحتی با ترک تابعیت تبعه‌ی خود موافقت ننماید

(Collet, 2003, 233-247)

بخش ۱۰۳ قانون فوق‌الذکر در مورد تابعیت زن و شوهر و فرزندان صغیر آنها مقرر می‌دارد. (۲) همسر خارجی و فرزندان صغیر ممکن است همراه با تبعه‌ی خارجی مطابق با بخش (۱) صرف نظر از شرط هشت سال سکونت قانونی در آلمان، تابعیت را کسب کنند.

باید توجه کرد که طبق بخش ۱۰ قانون ۱۹۱۳ اصلاح شده با ماده ۱ قانون ۲۰ نوامبر ۲۰۱۹ در آلمان در مورد اعتبار ازدواج‌های انجام شده در خارج از

amended by Article 1 of the Act of 20 November 2019 (Federal Law Gazette I p. 1626)

¹ Nationality Act of 22 July 1913 (Reich Law Gazette I p. 583 - Federal Law Gazette III 102-1), as last



چارچوب محدودیت های منافع امنیت ملی یا سیاست عمومی قرار گیرد.

در خاتمه کنوانسیون مقرر می دارد که "هر دولت متعاهدی موافقت می کند که این کنوانسیون نباید مانع قانون یا رویه ای شود که به عنوان یک حق برای زن و در صورت درخواست او برای کسب تابعیت شوهر چنین تابعیتی به وی اعطاء می شود."

آلمان همانند فرانسه کنوانسیون حذف تمام اشکال تبعیض علیه زنان را تصویب و بر اساس این کنوانسیون حقوق برابر زنان با مردان در کسب، تغییر یا حفظ تابعیت را قبول کرده است. بنابر این می توان با اطمینان گفت که در آلمان نه ازدواج با فرد بیگانه و نه تغییر تابعیت توسط شوهر در دوران ازدواج به طور خود به خود در تابعیت همسر تاثیری ندارد و او را آپاترید نخواهد کرد.

آلمان همچنین کنوانسیون اروپایی تابعیت ۱۹۹۷ را در ۲۰۰۵/۵/۱۱ تصویب و در ۲۰۰۵/۹/۱ آنرا لازم الاجراء کرده است. ماده ۶ بخش ۴ این کنوانسیون در مورد کسب تابعیت مقرر می دارد هر دولت عضو باید در حقوق داخلی خود کسب تابعیت برای همسران اتباع خود را تسهیل کند. در ماده ۴ این کنوانسیون اشاره شده که قوانین تابعیت هر دولت عضو باید بر این اصل مبتنی باشد که "هرکس حق داشتن تابعیت را دارد". در بند الف همین ماده قید شده که "نه ازدواج و نه انحلال ازدواج بین تبعه یک دولت عضو و یک بیگانه، نه تغییر تابعیت توسط یکی از همسران در دوران ازدواج، نباید به خودی خود بر تابعیت همسر دیگر تأثیر بگذارد". در ماده ۱۴ این کنوانسیون نیز تابعیت مضاعف به این صورت اجازه داده شده که "۱- یک دولت عضو باید به اتباع خود تابعیت دیگری را به صورت خودکار توسط ازدواج به دست آورند. را اجازه دهد". با پذیرش این کنوانسیون آلمان به صورت صریح و با

کنوانسیون تابعیت زنان متأهل ۱۹۵۷ را که در ۱۱ اوت ۱۹۵۸ لازم الاجرا شد در ۷ فوریه سال ۱۹۷۴ تصویب کرد. ماده ۱ بند ۲ این کنوانسیون مقرر می دارد که "دولتهای عضو موظفند که تضمین نمایند که نه ازدواج و نه انحلال آن میان اتباع یک کشور عضو و اتباع خارجی و نه تغییر تابعیت شوهر در طول ازدواج بر تابعیت همسر وی تأثیر نمی گذارد".

این کنوانسیون ماده ۱۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر مجمع عمومی سازمان ملل متحد را مورد تأکید قرار می دهد که هر کسی حق دارد تابعیتی داشته باشد و هیچ کس را نباید خودسرانه از تابعیت خود محروم کرد و یا حق تغییر تابعیت او را رد کرد. این کنوانسیون سه اصل کلیدی به شرح زیر دارد:

اصل اول- عدم تغییر تابعیت به صورت خودکار- ماده ۱ - تابعیت زن به صورت خودکار از طریق ازدواج با یک بیگانه تغییر نمی کند (هر دولت متعاهد موافقت می کند که نه انعقاد و نه انحلال ازدواج بین تبعه و نه تغییر تابعیت شوهر در دوران ازدواج، تابعیت همسر او را به صورت خود به خود تحت تأثیر قرار نمی دهد).

اصل دوم- عدم تأثیر کسب تابعیت شوهر بر تابعیت همسر- ماده ۲ - کسب یا انصراف از تابعیت توسط شوهرمانع از باقی ماندن همسر به تابعیت خود نمی شود (هر دولت متعاهد موافقت می کند که نه کسب داوطلبانه تابعیت دولت دیگر و نه ترک تابعیت توسط یکی از اتباع خود مانع حفظ تابعیت توسط همسر چنین تبعه ای نخواهد شد).

اصل سوم- اخذ ارادی تابعیت شوهرخارجی- ماده ۳- روش های ویژه کسب تابعیت برای زنانی که می خواهند تابعیت شوهرشان را کسب کنند در دسترس است. (۱. هر دولت متعاهد موافقت می کند که همسر بیگانه یکی از اتباع وی از طریق امتیاز روش ویژه با درخواست خود تابعیت شوهرش را به دست آورد . اعطای چنین تابعیتی ممکن است در

¹ Convention on the Nationality of Married Women, 309 U.N.T.S. 65, entered into force Aug. 11, 1958.

کشورها اختصاص دارد و اعتقادات دینی در آن بی‌تأثیر یا کم‌تأثیر است، و اصولاً تابعیت در اسلام، بر اعتقادات دینی استوار می‌باشد (عرب عامری، پارسا منش، ۱۳۹۳، ۱۱۴). در این قانون در مبحث تابعیت تأثیر برخی قوانین اروپایی مانند فرانسه و سوئیس مشاهده می‌شود، اما در برخی بخش‌ها مانند قوانین مربوط به انتقال تابعیت تولدی از طریق پدر و یا اعمال قانون متبوع زوج در دعاوی خانوادگی زوجین با تابعیت‌های متفاوت، فقه امامیه قانون تابعیت ایران را تحت تأثیر قرار داده است. از زمان تصویب قواعد تابعیت در قانون مدنی ایران، جامعه جهانی به طور کلی و به خصوص جامعه ایران تحولات سیاسی، اقتصادی و اجتماعی بسیاری را پشت سر گذرانده است که ضرورت بازنگری در این قانون را ایجاب می‌کند. در این قانون ازدواج بین‌المللی یا ازدواج با اتباع خارجی در دودسته ازدواج مرد ایرانی با زن بیگانه و ازدواج زن ایرانی با مرد بیگانه تقسیم شده است.

۴/۱ ازدواج مرد تبعه با زن خارجی و زن تبعه با مرد خارجی در قوانین داخلی ایران

ماده ۹۷۶ قانون مدنی ایران کسانی که تبعه‌ی ایران هستند را مشخص می‌کند: بند ۶ این ماده مقرر می‌دارد: «هر زن تبعه‌ی خارجی که شوهر ایرانی اختیار کند» ایرانی است. این قانون مطابق با رویه قدیمی یا "دکترین تبعیت از قانون تابعیت شوهر" است که در ابتدا مورد قبول همه کشورهای بوده است (Chin, 1963:127) و به نظر می‌رسد بند ۶ فوق‌الذکر از مواد ۱۲ و ۱۹ قانون مدنی ۱۸۰۴ فرانسه اقتباس شده است که بعداً به آنها اشاره خواهد شد. از بند ۶ ماده فوق‌الذکر این گونه استنباط می‌شود که این ازدواج باید به صورت قانونی واقع شده باشد، و در صورت وقوع در خارج از کشور سجل احوال زن

تاکید بیشتری اصل وحدت تابعیت زوجین به دلیل ازدواج را کنار گذاشته است.

آلمان و فرانسه به کنوانسیون انعقاد و شناسایی اعتبار حقوقی ازدواج ۱۹۷۸^۱ ملحق نشده‌اند. ماده ۱۳ این کنوانسیون که در لاهه منعقد شده مقرر می‌دارد، این کنوانسیون نباید از اعمال قوانین دولت متعاقد و حقوق مناسب‌تر برای به رسمیت شناختن ازدواج‌های خارجی جلوگیری کند. وقتی که ازدواج به دلیل فوت همسر یا طلاق منحل می‌شود، زندگی مشترک بدون ازدواج، دیگر وجود ندارد و بنابراین همسر خارجی دیگر نمی‌تواند با ازدواج تبعه کشور متبوع شوهر باشد. مجموعه اسناد فوق‌الذکر نشان می‌دهد گرایش به اصل استقلال تابعیت زنان در جوامع اروپایی و سایر جوامع طرفداران بیشتری پیدا کرده است (توسلی نائینی، ۱۳۹۲).

درخاتمه اشاره می‌شود که معمولاً کنوانسیون‌هایی که کشورهای اروپایی به آن می‌پیوندند با حقوق داخلی آنها تعارضی ندارد و در صورت تعارض با حق شرط به این کنوانسیون‌ها می‌پیوندند. حتی در صورت تصویب کنوانسیون و تعارض آن با مقررات داخلی در همه‌ی این کشورها اصل برتری و تقدم معاهده بر قانون داخلی اجرا و قانون داخلی مغایر نسخ خواهد شد. به نظر برخی حقوقدانان این رویه در حقوق ایران نیز می‌تواند مورد اجرا قرار گیرد (شریعت باقری، ۱۳۹۰: ۲۷۹).

۴ ازدواج با اتباع خارجی در قانون تابعیت ایران

قواعد تابعیت در قانون مدنی ایران تقریباً ۸۵ سال پیش تصویب شده است. قانون مدنی در بیشتر موارد تحت تأثیر حقوق اسلامی و فقه امامیه بوده که بر «تابعیت» به معنای عرفی آن تأکید نمی‌شود، زیرا تابعیت به معنای عرفی، به مرزهای اعتباری میان

¹ Convention On Celebration and Recognition Of The Validity Of Marriage Of 1978



علاوه بر تابعیت مضاعف زنان، قوانین فوق مشکلات دیگری در زمینه‌ی استملاک بیگانگان و موارد دیگر را در بر دارد و نیازمند اصلاح می‌باشد (توسلی نائینی؛ ۱۳۸۴، ۱۰۳). برخی نیز علیرغم توجه به مشکل تابعیت مضاعف، معتقدند قانونگذار ایرانی وحدت تابعیت در خانواده را مهم تر دانسته و از نظر این قانونگذار حل تعارض تابعیت ها در خانواده مهم تر از حل تعارض تابعیت ها (تابعیت مضاعف) در شخص واحد می‌باشد (شریعت باقری، ۱۳۹۶، ۷۱).

در رابطه با ازدواج زنان ایرانی با اتباع خارجی قانونگذار شیوه‌ی متفاوتی در پیش گرفته است. بر اساس قوانین تابعیت ایران، ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی به اجازه‌ی دولت ایران منوط است. مطابق ماده ۱۰۶۰ ازدواج زن ایرانی با یک تبعه‌ی خارجی حتی در مواردی هم که هیچ مانع قانونی وجود ندارد موکول به اجازه‌ی مخصوص از طرف دولت است. در صورت وقوع ازدواج بدون اجازه‌ی دولت گرچه ممکن است این ازدواج شرعی باشد، ولی ازدواجی غیر قانونی است و آثار حقوقی بر آن بار نمی‌شود و حتی برای مرد خارجی موضوع این تخلف مجازات کیفری ایجاد می‌نماید. بنابراین، زن ایرانی که می‌خواهد با مرد غیر ایرانی ازدواج کند باید یک روند طولانی را سپری کند. فقها اعم از عامه و امامیه، به اتفاق نظر معتقدند کفر زوج، از موانع نکاح است و زن مسلمان نمی‌تواند با مرد غیرمسلمان ازدواج کند و بر خلاف حقوق عرفی که اعطای تابعیت تبعی میان زوجین مورد تأیید قرار گرفته دلیلی بر پذیرش این نوع تابعیت در شرع اسلام وجود ندارد (عرب عامری، پارسا منش، ۱۳۹۳، ۱۱۹). شوهر خارجی برای دریافت پروانه زناشویی باید گذرنامه و ویزای معتبر و گواهی از کنسولگری کشور متبوع خود راجع به وضعیت تجردش ارائه دهد. زن ایرانی باید اسناد و مدارک قانونی مورد نیاز را به وزارت کشور تقدیم و به دنبال اجازه‌ی دولت برای ازدواج با مرد خارجی باشد. پس از بررسی اسناد و مدارک مورد نیاز وزارت کشور برای قبول یا رد اجازه، تصمیم خواهد گرفت (Zahedi, 2007, 1).

طبق ماده ۹۳۳ قانون مدنی توسط کنسولگری ایران در محل تعیین و ثبت شده باشد. از این رو، با عنایت به این که طبق ماده ۶ قانون مدنی ایران، احوال شخصیه ایرانیان تابع قانون ایران است، هرگاه این ازدواج طبق قانون کشور خارجی صورت گرفته باشد، از نظر قانون ایران این ازدواج فاقد اعتباری است و می‌بایست جهت اعتبار دادن به آن، به کنسولگری ایران در آن کشور خارجی مراجعه نماید و صیغه‌ی عقد طبق مقررات ایران جاری و سپس ثبت شده باشد (ارفع نیا، ۱۳۸۷: ۹).

ماده ۹۸۶ قانون مدنی برخی حقوق زنان خارجی مزدوج با مردان ایرانی را توضیح می‌دهد. این ماده مقرر می‌دارد؛ زن غیر ایرانی که با ازدواج تابعیت ایرانی کسب می‌کند، می‌تواند بعد از طلاق یا فوت شوهر خود به تابعیت سابق خود رجوع نماید، مشروط بر این که وزارت امور خارجه را کتباً مطلع کند، ولی هر زن شوهر مرده (بیوه) که از شوهر سابق خود اولاد دارد نمی‌تواند مادام که اولاد او به سن ۱۸ سال تمام نرسیده از این حق استفاده کند. و در هر حال زنی که مطابق این ماده تبعه خارجه می‌شود حق داشتن اموال غیر منقول نخواهد داشت؛ مگر در حدودی که این حق به اتباع خارجه داده شده باشد و هر گاه دارای اموال غیر منقول بیش از آن چه که برای اتباع خارجه داشتن آن جایز است بوده یا بعداً به ارث اموال غیر منقولی بیش از آن حد به او برسد باید در ظرف یک سال از تاریخ خروج از تابعیت ایران یا دارا شدن ملک در مورد ارث مقدار مازاد را به نحوی از انحاء به اتباع ایران منتقل کند و گرنه، اموال مزبور با نظارت دادستان محل به فروش رسیده و پس از وضع مخارج فروش قیمت به او داده خواهد شد. ماده ۹۷۶ اصل وحدت تابعیت زوجین و تبعیت تابعیت زن از شوهر را ملاک قرار می‌دهد و اولین اشکالی که ایجاد می‌کند تابعیت مضاعف زنان خارجی مزدوج با مردان ایرانی در صورت حفظ تابعیت زن توسط دولت متبوع وی خواهد بود. این در حالی است که تابعیت مضاعف در قوانین ایران به رسمیت شناخته نشده است.

عقد ازدواج به زوجه تحمیل شود. ولی در هر صورت بعد از وفات شوهر یا طلاق یا جدائی به صرف تقدیم درخواست به وزارت امور خارجه به انضمام گواهی فوت شوهر یا سند طلاق تابعیت اصلی زن با جمیع حقوق و امتیازات مربوط به آن مجدداً به او تعلق خواهد گرفت. طبق تبصره ۱ همین ماده - هر گاه قانون تابعیت کشور زوج، زن را بین حفظ تابعیت اصلی و کسب تابعیت زوج مخیر بگذارد در این مورد زن ایرانی که بخواهد تابعیت کشور زوج رادارا شود و علل موجهی هم برای تقاضای خود در دست داشته باشد به شرط تقدیم تقاضانامه ی کتبی به وزارت امور خارجه ممکن است با تقاضای او موافقت گردد". در مورد فلسفه-ی حکم ماده ۹۸۷ گفته می شود که این ماده برای حفظ سیستم وحدت تابعیت در خانواده، جلوگیری از تابعیت مضاعف زن ایرانی و هماهنگی با قاعده‌ی تحمیل تابعیت شوهر وضع شده است (شریعت باقری، ۱۳۹۶، ۶۷)

طبق تبصره‌ی ۲ مصوب ۱۳۶۱ - زنان ایرانی که بر اثر ازدواج، تابعیت خارجی را تحصیل می کنند حق داشتن اموال غیر منقول را در صورتی که موجب سلطه‌ی اقتصادی خارجی گردد ندارند". به نظر برخی مستند این تبصره‌ی قاعده‌ی نفی سیل است و تشخیص این امر به عهده‌ی کمیسیون متشکل از نمایندگان وزارت کشور، وزارت اطلاعات و وزارت خارجه می‌باشد. این تبصره قبل از اصلاح در قانون مدنی مصوب ۱۳۱۳ بسیار سختگیرانه بود و طبق آن "زن‌های ایرانی که بر اثر ازدواج تابعیت خارجی را تحصیل می‌کنند حق داشتن اموال غیرمنقول جز آنچه که در زمان ازدواج دارا بوده‌اند، ندارند این حق هم به وراثت خارجی آنها منتقل نمی‌شود. با تغییرات ایجاد شده زن ایرانی با شرایط مندرج در این قانون می تواند مالک اموال غیر منقول باشد (بدای، ۱۳۸۳)

با توجه به ماده ۹۸۷ قانون مدنی، زن ایرانی که با یک مرد خارجی ازدواج می کند، ممکن است تابعیت مستقل خود را از دست بدهد و تابعیت شوهرش را کسب کند. به نظر می رسد قانونگذار

طبق مقررات ثبت ازدواج زن ایرانی با مرد خارجی در حیطه وظایف وزارت کشور بوده و براساس ماده ۴ آئین نامه زناشوئی بانوان ایرانی با اتباع بیگانه غیر ایرانی مصوب ۱۳۴۵/۷/۶ هیات وزیران، وزارت کشور می تواند اختیارسدور پروانه زناشوئی را به استانداری ها و فرمانداری های کل و همچنین با موافقت وزارت امور خارجه به بعضی از نمایندگان سیاسی و کنسولی ایران در خارجه واگذار نماید تا طبق مقررات این آیین نامه پروانه زناشوئی را مستقیماً در محل صادر نموده و مراتب را به ثبت احوال اعلام دارند. ثبت ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی در خارج از کشور به بالاترین مقام نمایندگی ها (سفیر، سرکنسول، کاردار) تفویض گردیده است. بر اساس ماده ۳۵ دستورالعمل انجام خدمات کنسولی در نمایندگی (مقررات مرتبط با اداره سجلات و احوال شخصیه) وزارت خارجه مصوب فروردین ۱۳۹۹ صدور پروانه‌ی زناشوئی و ثبت ازدواج بانوان ایرانی با اتباع ذکور کشورهای هند، پاکستان، بنگلادش، سریلانکا، عراق و افغانستان منوط به اخذ مجوز از اداره‌ی سجلات و احوال شخصیه وزارت امور خارجه (تهران) می باشد. برای صدور این پروانه از متقاضیان مدارکی مانند گواهی سفارت دولت متبوع مرد مبني بر بلامانع بودن و به رسمیت شناختن ازدواج، گواهی سفارت دولت متبوع مرد مبني بر مجرد بودن وي و چنانچه مرد قبلاً ازدواج کرده باشد، طلاق نامه‌ی وي که به تصدیق سفارت دولت متبوع وي رسیده باشد، طلاق نامه زن در صورتی که قبلاً ازدواج کرده باشد، گواهی تشرف به دین مبین اسلام از طرف مرد در صورتی که زن ایرانی مسلمان باشد و اجازه‌ی ولی دختر که امضاء وي توسط یکی از دفاتر اسناد رسمي تصدیق شده باشد. درخواست این مدارک بیشتر برای تضمین حقوق زن ایرانی پیش بینی شده است

ماده ۹۸۷ قانون مدنی ایران مقرر می دارد. « زن ایرانی که با تبعه‌ی خارجی ازدواج می کند به تابعیت ایرانی خود باقی خواهد ماند؛ مگر اینکه مطابق قانون کشور زوج، تابعیت شوهر به واسطه‌ی وقوع



تصویب این کنوانسیون تاکنون در مورد الحاق ایران به آن همواره میان دو گروه موافق و مخالف الحاق بر سر تبیین مواضع شان، جدال و اختلاف بوده است. موافقان، با حمایت از تساوی حقوق زن و مرد، این الحاق را فرصتی مغتنم، جهت اصلاح پاره ای از قوانین تبعیض آمیز داخلی می دانند و به استفاده از حق شرط، در موارد مغایرت کنوانسیون با نص صریح قرآن و شرع مقدس اسلام قائل می باشند. در مقابل مخالفان الحاق معتقدند مواد کنوانسیون با احکام شرعی و قوانین اساسی و عادی داخلی مغایر بوده و اساساً الحاق به کنوانسیون را غیرممکن می دانند (ارفع نیا، ۱۳۹۰: ۹).

در این مورد هم تحت تاثیر اصل وحدت تابعیت زوجین بوده و مقررات مندرج در ماده ۹۸۷ در مورد تحمیل تابعیت شوهر به زنان ایرانی شبیه به نوعی ترک تابعیت غیر ارادی ایران است با این تفاوت که این زنان برخلاف ترک کنندگان تابعیت ایرانی بعد از وفات شوهر یا تفریق، به صرف تقدیم در خواست به وزارت امور خارجه، به انضمام ورقه تصدیق فوت شوهر یا سند تفریق، حق بازگشت به تابعیت اصلی ایرانی خود را با جمیع حقوق و امتیازات راجع به آن خواهند داشت و با هیچ محدودیتی رو به رو نخواهند بود.

۴٫۲ ایران و کنوانسیونهای بین المللی در مورد تابعیت زنان

۵ پیشنهادها:

قانون ایران گرچه درمورد تابعیت و تاثیر ازدواج بر تابعیت تحت تاثیر الگوبرداری از نظام حقوقی فرانسه و سوئیس در زمان تصویب بوده، اما رژیم حقوقی فرانسه و سوئیس بر اساس مقتضیات زمان در طول چند دهه کاملاً تغییر یافته و بازنگری شده است، اما همچنان نظام حقوقی ایران به همان چند دهه‌ی قبل باقی مانده است. فرانسه در ۱۰ اوت ۱۹۲۷ "اصل وحدت زوجین" در تابعیت را کنار گذاشت و از سال ۱۹۷۳ وضعیت یکسانی برای مردان و زنان در خصوص ترک یا کسب تابعیت فرانسوی پیش بینی نمود و در حال حاضر در قانون تابعیت فرانسه ازدواج دیگری از راه های کسب مستقیم تابعیت فرانسه نیست. آلمان نیز با اصلاحات سالهای ۱۹۹۱ و ۱۹۹۳ و ۱۹۹۹ با رد شیوهی سنتی تحیل تابعیت زوج بر زوجه تغییر تابعیت بر اساس ازدواج را فقط از طریق درخواست تابعیت اکتسابی پذیرفته است

مطالعه قوانین دو کشور آلمان و فرانسه که همانند ایران جزو خانواده نظام رومی ژرمنی محسوب می شوند و کنوانسیونهای بین المللی در رابطه با ازدواج زنان نشان میدهد که رویکردهای جدید در مورد کسب تابعیت به دلیل ازدواج مبتنی

ایران در ۱۹ آذر ۱۳۲۷ اعلامیه جهانی حقوق بشر را همراه با ۴۷ دولت دیگر طی قطعنامه‌ی شماره A ۲۱۷ تصویب کرد و طبق ماده پانزدهم بند ۱ و ۲ این اعلامیه پذیرفته که "هرکس حق دارد که دارای تابعیت باشد و" هیچ کس را نمی توان خود سرانه ازتابعیت خود یا از حق تغییر تابعیت محروم کرد". به نظر می رسد ماده ۹۷۶ و ۹۸۷ قانون مدنی ایران با بند ۲ این اعلامیه مغایر است. اما این اعلامیه به خودی خود الزام آور نیست با این حال، سازمان ملل برای اجرا و توسعه‌ی جهانی آن راهکارهایی به صورت تشکیل کنوانسیونها و کمیته‌هایی تصویب کرده است. ایران همچنین طبق قانون اجازه الحاق دولت ایران به میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی مصوب ۱۳۵۴/۲/۱۷ عضو میثاق حقوق مدنی و سیاسی است و در این معاهده در ماده ۲۴ بند ۳ به حق تحصیل تابعیت کودک اشاره شده و تابعیت زنان و تاثیر تابعیت بر ازدواج در این میثاق مورد توجه نبوده است. ایران تا کنون به هیچکدام از کنوانسیونهای مربوط به تابعیت زنان ملحق نشده است.

ایران به کنوانسیون حذف تمام اشکال تبعیض علیه زنان مصوب ۱۹۷۹ ملحق نشده است. از زمان

برای دیگر مواد قانون مدنی در زمینه‌ی حق نفقه، تعیین محل اقامت او غیره نخواهد داشت.

پیشنهادات فوق‌الذکر فقط در مورد ازدواج قانونی زنان ایرانی با مردان خارجی قابل اجراست و طبق ماده ۱۰۶۰ قانون مدنی، ازدواج زن ایرانی با تبعه‌ی خارجی در مواردی که هم منع قانونی ندارد، موکول به اجازه‌ی مخصوص از طرف دولت، است و بدون اجازه‌ی وزارت کشور، ثبت آن ممکن نیست. برخی تغییرات از جمله تصویب قانون اصلاح قانون تعیین تکلیف تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با اتباع خارجی مصوب ۱۳۹۸ نشان می‌دهد که قانونگذار ایرانی در این ماده واحده در صورت تقاضای مادر ایرانی تا حد زیادی از نظریه‌ی قبلی در مورد سیستم خون بر اساس تابعیت پدر عدول کرده و تنها پدران را عاملان انتقال تابعیت به حساب نمی‌آورد.

۲- در بند ۶ ماده ۹۷۶ قانون مدنی ایران هر زن تبعه‌ی خارجی که شوهر ایرانی اختیار کند خود به خود یک تبعه‌ی ایرانی محسوب می‌شود. این کسب تابعیت بدون توجه به اراده‌ی زن در کسب تابعیت به وی تحمیل شده و همان‌گونه که اشاره شد در حقوق فرانسه و آلمان و کنوانسیونهای مرتبط با ازدواج زنان لغو شده است. از طرف دیگر، این کسب تابعیت بدون شرایط سه‌گانه کسب تابعیت اکتسابی ایرانی از جمله لیاقت، مکنت و اقامت مغایر با منافع ملی ایران است و می‌تواند حتی زمینه‌ی تقلب نسبت به قوانین استملاک اتباع خارجی را فراهم آورد. زیرا استملاک املاک مزروعی برای اتباع خارجی ممنوع است و زنان خارجی با ازدواج صوری و ساختگی با اتباع ایرانی می‌توانند این مالکیت را به دست آورند. بهتر است تحمیل

بر اراده زوجین و موازین حقوق بشری است و به نظر می‌رسد با تغییرات و اصلاحات قوانین مربوط توسط قانونگذار در حقوق ایران نیز قابل اجرا باشد و شاکله‌ی قانون مدنی در زمینه‌ی حقوق خانواده را بر هم نخواهد زد.

۱- قانون اساسی ایران به عنوان قانون مرجع ترک یا کسب تابعیت را مبتنی بر اراده‌ی افراد می‌داند. مطابق اصل ۴۱ قانون اساسی ایران، هر ایرانی قطعاً از داشتن حق تابعیت ایرانی برخوردار است. در عین حال ماده ۹۸۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد یک زن ایرانی که با تبعه‌ی خارجی ازدواج می‌کند به تابعیت ایرانی خود باقی خواهد ماند؛ مگر این که مطابق قانون کشور زوج، تابعیت شوهر به واسطه‌ی وقوع عقد ازدواج به زوجه تحمیل شود. ولی در هر صورت بعد از وفات شوهر و یا بعد از طلاق یا جدایی، او تابعیت اصلی خود را کسب خواهد کرد. به نظر می‌رسد که قسمت دوم این ماده مغایر با اصل بالا است.

برای حل این مشکل راه حل اصلی بستگی به قانون‌گذاری و ایجاد برخی از تغییرات در قانون مدنی و حفظ تابعیت زنان ایرانی در صورت ازدواج با اتباع خارجی دارد. این راه حل با اصل ۴۱ قانون اساسی سازگار است. به عبارت دیگر، بهتر است نظریه‌ی استقلال کامل برای ازدواج زنان ایرانی با بیگانگان مورد پذیرش واقع شود. مگر اینکه زنان ایرانی پس از ازدواج با اتباع خارجی خودشان مایل باشند تابعیت کشور متبوع شوهر را به دست آورند و در این صورت با توجه به اینکه ایران تابعیت مضاعف را قبول ندارد بهتر است همانند حقوق آلمان برای جلوگیری از تابعیت مضاعف این زنان تابعیت ایران را ترک نمایند. این تغییر مشکلی برای



به دلیل ازدواج به دلیل اینکه نظام های حقوقی روش های متفاوتی در زمینه ازدواج زنان تبعه با اتباع خارجی اعمال می کنند غالباً تعارض قوانین به وجود می آید. اصولاً اگر زن و مردی که می خواهند ازدواج کنند تابعیت های مختلفی داشته باشند در زمینه مسائل مختلف قانونی در رابطه با تابعیت، نام خانوادگی و اموال و حضانت فرزندان تعارض پیچیده تر خواهد شد. برای حل این تعارض راه حل سنتی اجرای اصل وحدت تابعیت زوجین بود و تابعیت شوهر بر همسر وی تحمیل می شد. اما امروزه پذیرفته شده که ازدواج نباید اثر تعیین کننده ای بر تابعیت زوجین داشته باشد، زیرا تغییر تابعیت بر خلاف اراده فرد با موازین حقوق بشر مغایر شناخته می شود و در کنوانسیونهای بین المللی در مورد ازدواج و تابعیت زنان نیز راه حل تحمیل تابعیت یکی از زوجین بر دیگری کنار گذاشته شده است. فرانسه از ۱۹۲۷ "اصل وحدت زوجین" در تابعیت را کنار گذاشته و تابعیت زن تبعه خارجی که با مرد فرانسوی ازدواج می کرد را تغییر نمی دهد، مگر این که او رسماً درخواست کسب تابعیت فرانسوی را بنماید. آلمان هم با تصویب "کنوانسیون تابعیت زنان متأهل ۱۹۵۷" بر این رویه صحه گذاشت و از سال ۱۹۹۹ صراحتاً با اصلاح قانون تابعیت خود مجدداً بر عدم تاثیر ازدواج بر تابعیت زوجین تاکید نمود و زوج یا زوجه خارجی مزدوج با تبعه ای آلمانی را صرفاً از طریق تابعیت اکتسابی واجد شرایط اخذ تابعیت آلمانی می داند با این شرط اضافه نسبت به فرانسه که زوج یا زوجه خارجی می بایستی تابعیت اولیه خود را ترک نماید.

مطالعه ای تطبیقی قوانین تابعیت ایران با فرانسه و آلمان دو کشور اصلی نظام رومی ژرمنی که در ابتدای تدوین مقررات تابعیت، قوانین تابعیت مشابه قوانین فعلی ایران داشته اند، نشان می دهد برخی قوانین ایران در زمینه تابعیت که در دهه های گذشته تصویب شده است قادر به پاسخگویی به نیازهای جامعه ی امروز نیست. گرچه در فقه امامیه بحث تابعیت زوجین به مفهوم عرفی آن

تابعیت به زن خارجی با تقاضای وی صورت پذیرفته و همان شرایط مقرر برای تابعیت اکتسابی برای اعطای تابعیت به زنان خارجی اعمال شود که با شهروندان ایرانی ازدواج می کنند و یا حداقل شرط لیاقت در نظر گرفته شده و همسر خارجی نباید محکوم به جرم یا جنایت بزرگ یا جرم غیر سیاسی در هر کشوری باشد. این شیوه مطابق با اصل ۴۲ قانون اساسی ایران است که مقرر می دارد اتباع خارجی در حدود مقررات می توانند به تابعیت ایران در آیند. برای جلوگیری از تابعیت مضاعف زنان خارجی مزدوج با مردان ایرانی می توان همانند قوانین آلمان شرط نمود که در صورت تمایل به کسب تابعیت ایران تابعیت اولیه خود را ترک نمایند. در این مورد گرچه از سال ۱۳۸۵ تلاشهایی برای اصلاح بند ۶ ماده ۹۷۶ قانون مدنی در مجلس انجام شد، اما تا کنون مجلس بر پای بندی ایران به نظریه وحدت تابعیت تاکید نموده است. به هر حال به دلایل فوق امید است مجلس مجدداً بررسی موضوع را در دستور کار خود قرار دهد.

به طور کلی، تغییرات برخی از قوانین مخصوصاً قوانین تابعیت در زمینه ازدواج با اتباع بیگانه لازم به نظر می رسد

۶ نتیجه گیری

در حقوق بین الملل خصوصی ازدواج با بیگانگان یا ازدواج های چند ملیتی یا فراملی به دلیل توريسم، تحصیل، اشتغال، پناهنده گی و یا جابه جایی خانواده یا به هر دلیل دیگر در سراسر جهان در حال افزایش است. در این نوع ازدواج در زمینه کسب تابعیت

سابقه شهروندان کشورهای مجاور مثل افغانستان و عراق در ایران و ازدواج های متعددی که در داخل و خارج کشور بین ایرانیان و اتباع خارجی انجام شده و بروز مشکلات جدی ناشی از اعمال قوانین تابعیت ایران در زمینه‌ی این ازدواج ها، ضرورت تجدید نظر در قوانین تابعیت به ویژه تحمیل تابعیت به دلیل ازدواج و اجرای سیستم استقلال کامل برای زنان ایرانی مزدوج با شوهر خارجی را طلب می کند. گرچه حقوق ایران با عدم الحاق به کنوانسیونهای بین المللی در مورد تابعیت زنان تعهدات بین المللی ناشی از آنها را نپذیرفته و به ویژه در زمینه‌ی پذیرش تابعیت مضاعف ناشی از ازدواج با اتباع خارجی هنوز آمادگی کامل برای این تغییر را ندارد، اما برخی قوانین جدید در این زمینه تدوین شده و شاید قانون اصلاح قانون تعیین تکلیف تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با اتباع خارجی مصوب ۱۳۹۸ مقدمه ای در این مورد باشد.

هیچگاه مطرح نبوده و موضوع اصلی تابعیت ایمانی زوجین و هم کفو بودن آنان می باشد و به همین دلیل بیشتر قوانین تابعیت ایران مقتبس از حقوق غربی است، اما قوانین این کشورها دهه هاست که تغییر یافته ولی قوانین ایران در این زمینه بدون تغییر مانده است. مخالفان تغییر قوانین تابعیت ایران به دلیل پیامدهای حقوقی، امنیتی، اجتماعی و ترویج عملی و قهری تابعیت مضاعف با چنین تغییراتی مخالفند. اما باید توجه داشت که جامعه‌ی ایران در طول هشتاد و چند سال پس از تصویب قانون مدنی تحولات متعددی را پشت سر گذرانده و نوع نگرش جامعه به مباحث تابعیت و به ویژه تابعیت به دلیل ازدواج با نوع نگاه حاکم بر زمان تصویب قانون مدنی به نحوی اساسی متحول شده است. نتیجه‌ی این تغییرات عملی پاسخگو نبودن برخی مقررات قانون مدنی به مباحث جدید است. مهاجرت بسیاری از ایرانیان به کشورهای غربی مثل آلمان و فرانسه و تحولات منطقه ای و حضور بی

منابع

- Arfa Nia, Beheshid. (2013). Mixed marriage of Iranian citizens. *Journal of Free Legal Research*.
- Arfa Nia Behshid, (2011) Dashtizadeh Maryam, *The Impact of Iran's Accession to the Convention on the Elimination of Discrimination against Women on Civil Law*, *Journal of Free Legal Research*, No. 11.
- Almasi, Najad Ali, (2009), *Private International Law*, Mizan Publishing, eighth edition.
- Almasi Najad Ali (2000), *Determining citizenship and residence from the perspective of conflict of laws*, *Legal Journal of the Office of International Service Law*, No. 12.
- Badaghi Fatemeh, (2004) *Marriage and Citizenship of Iranian Women*, *Strategic Studies of Women*, No. 24.
- Bahrami Ahmadi, Hamid, (2002), *General Contracts and Contracts*, Mizan Publishing, Tehran.
- Tavassoli Naeini, Manouchehr, (2011), *A Reflection on the Situation of Children Married by Foreign Men to Iranian Women with a Look at the 1989 Convention on the Rights of the Child*, *Quarterly Journal of Criminal Law*, Volume 2, Number 1, Spring and Summer 2011.
- Tavassoli Naeini, Manouchehr (2005), *The principle of unity of citizenship of couples in Iranian law*, *Journal*



- Legal Thoughts, Qom Higher Education Complex, Year 2, Issue 7, Fall and Winter 2004,
- Tavassoli Naeini, Manouchehr (2014), Abdul Wahed Aqzali, Legal Developments of the Afghan Citizenship Law In the field of marriage with foreigners in comparison with the law of Iranian citizenship, Quarterly Journal of Private Law Thoughts.
- Tavassoli Naeini, Manouchehr (2015), Abdul Wahed Aghzali, Legal developments resulting from marriage Multinationalities in the Light of Developments in Dual Citizenship, with an Approach to Iranian Citizenship Laws, Quarterly Journal of Private Law Studies, Volume 45, Number 3, 413-429.
- Shariat Bagheri Mohammad Javad (2011), The Superiority of International Treaties over Ordinary Law, Journal of Legal Research, Volume 14, Number 56.
- Shariat Bagheri Mohammad Javad (2015) Private International Law, Second Edition, Mizan, Tehran.
- Arab Ameri Ahmad, Parsa Manesh Mohammad Reza, 2014, Citizenship in Islam, Islamic Law Quarterly, Volume 11, Number 41.
- Nejandi Manesh Hibatullah, Davarpour Sara, (2015), The right of betting of Islamic and European countries on the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women within the Legal System of Betting and Related Criteria, Quarterly Journal of Women's Rights Protection, Fourth year, No. 14.
- Nasiri Mohammad, (2012), Private International Law, Tehran, Agah Publications, 26th edition.
- Bouche, N. (2002). La réforme de 1999 du droit allemand de la nationalité. *Revue internationale de droit comparé*, 54(4), 1035-1072.
- Brubaker, R. (1992). *Citizenship and nationhood in France and Germany*, Harvard UP.
- Chin Kin, J. S. D. (1963). International marriage and divorce with reference to the Korean conflict rules, *Korean Quarterly: A Korean Affaires Review*, 5(4).
- Collet, B. (2003). Modes d'intégration nationale et mariage mixte en France et en Allemagne: à propos d'un processus de construction de comparaison internationale. Stratégies de la comparaison internationale, CNRS Editions, Paris, 233-247. DOI : 10.4000/books.editions-cnrs.8629.**
- Dutoit, B., & Gonset, Y. (1973). *La nationalité de la femme mariée: Europe/avec la collab. de Yves Gonset, Hélène Maire-de Riedmatten et Marguerite Perrigault-Florio*. Droz.
- Eder Phanor.J, Effects of marriage on the nationality of women, *third international congress of comparative law*, London, August 1950.
- Govindarj, V. C., & Jayarj, C. (2008). *Non resident Indians and private international law*, Delhi: Hope India Publications.
- Gruber, U. P. (2013). Le mariage homosexuel et le droit international privé allemand. *Revue*



- critique de droit international privé*, (1), 65-73.
- Guerry, L. (2016). La nationalité des femmes mariées sur la scène internationale (1918-1935). *Clio. Femmes, genre, histoire*, (43), 73-93. DOI : <https://doi.org/10.4000/clio.13163>
- Hammje, P. (2013). «Mariage pour tous» et droit international privé. *Revue critique de droit international prive*, (4), 773-806.
- Hansen, Randall, and Weil Patrick, (2001). *Towards a European Nationality*, Houndmills, UK: Macmillan.
- Medjouba, F., Steganelli, J. N., & Sanchez, M. (2008). *The rights and responsibilities of citizenship*, London: British Institute of international and Compalative Law.
- Neyrand, G., & M'Sili, M. (1998). Mixed couples in contemporary France. Marriage, acquisition of French nationality and divorce. *Population: An English Selection*, 385-416.
- Prat-Erkert Cécile, "Les réformes récentes du droit de la nationalité : droit du sang et droit du sol en Allemagne", La Clé des Langues [en ligne], Lyon, ENS de LYON/DGESCO (ISSN 2107-7029), avril 2008. Consulté le 24/10/2021. URL: <http://cle.ens-lyon.fr/allemand/civilisation/civilisation/immigration-et-integration/les-reformes-recentes-du-droit-de-la-nationalite-droit-du-sang-et-droit-du-sol-en-allemand>
- Zahedi, A. (2007). Transnational marriages, gendered citizenship, and the dilemma of Iranian women married to afghan men. *Iranian Studies*, 40(2), 225-239.

Research Paper

Restrictions and Conditions of Minority Derivative Litigation in British and Roman-German Law: Proposed law, procedure and amendments

Masoumeh Javid¹, Mehdi Ashouri^{*2}, Hossein Kaviar³ 

¹ LL.M in Corporate law, Shahrekord University, Shahrekord, Iran.

² Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Literature and Humanities, Shahrekord University, Shahrekord, Iran.

³ Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, Arak University, Arak, Iran.



10.22080/lps.2022.22954.1299

Received:

December 9, 2021

Accepted:

December 28, 2021

Available online:

February 5, 2022

Keywords:

derivative claims, rights of minority shareholders, common law system, the Roman Germanic system, Iran

Abstract

The shareholders of a company entrust the day-to-day management of the company to a group of managers. In order to maintain the value of their shares and their right to receive dividends, shareholders maintain certain tools to influence the shares. They are usually influenced by expressing their opinions and obtaining votes in the general meetings of shareholders. However, there are other tools of influence, one of which is derivative litigation. This is a lawsuit filed against the directors by the minority shareholders on behalf of the company. In cases where the company has suffered damages due to the manager's misconduct, the company has the right to take action against the manager, but is usually reluctant to do so. Derivative litigation enables shareholders to take legal action against delinquent managers. Common law, Roman Germanic systems and Iran have adopted different approaches to protect minority shareholders. But the common law system acted more flexible and more complete in this case. Implementation of the common law rules in the Roman Germanic countries demand some conditions that must be included in Roman Germanic law. The gradual process of regulatory reform in Iran, the possibility of litigation derived expanded and some of the rules and regulations need to be revised again. This article offers a comparative approach to the legislator.

***Corresponding Author:** Mehdi Ashouri

Address: Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Literature and Humanities, Shahrekord University, Shahrekord, Iran.

Email: ashouri.mehdi@sku.ac.ir



Extended abstract

1. Introduction

The derivative litigation is one way to protect shareholders, particularly minority shareholders. There are specific conditions and properties of this legal entity in different systems, including civil law, common law, and Iranian law. In general, different law systems tend to approach this litigation in different ways, and some of those approaches have had a positive impact on other systems and have helped evolve and reform derivative litigation rules in less developed (lower-middle) systems. The terms of commence derivative litigation have been legalised in some systems. But some other law systems including Iran among common law and civil law have taken an moderate solution. Regarding the protection of minority shareholders, the common law system has a better protection of them. Therefore civil law jurisdictions in evolution of their laws and statues, have introduced some solutions from common law system into their legal system. Iranian law has also demonstrated virtually the same issue and its alleging conditions. Comparative research on derivative litigation shows that in order to reform some laws and statutes, there must be no ambiguity and disorientation in its application, so that there is no opportunity for minority shareholders to abuse it. To improve the rules governing derivative litigation across different legal systems, it is convenient to use the achievements of other legal systems, especially common law systems, particularly those of the United States. This article examines three approaches to protecting minority shareholders: civil law, common law, and Iran law. Iran's commercial code article 276 explicitly

provides the option of filing a derivative lawsuit. In new bill of commercial code, the conditions of filling this claim are established in article 235 and 236. The comparison of article 276 of the bill amending part of the commercial code with article 235 of the new bill of the commercial code shows that in the new bill, the cases for filling this claim have been developed.

2. Methods

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

3. Conclusion

A derivative litigation dispute is a lawsuit filed by a company's shareholders against its managers to vindicate its rights. Derivative litigation is a significant factor in observing manager performance and honesty. The aim of derivative litigation is to compensate the company for the damages caused by managers and inspectors. Derivative litigation opposes and resists the defect in the corporate entity of the company and the principal of majority rule. To facilitate and encourage the filling derivative litigation, we must notice 5 options:

1- It's reasonable to remove the requirement of having a minimum number of shares as a first step from the list of requirements of the derivative litigation and replace it with other convenient requirements, such as discretion. Although this subject is debatable itself. Because to achieve this goal it's necessary to expand the jurisdiction of the court and give judges more authorizations. Of course if minority shareholders are given more

power and authorizations so they can question the decision-making structures. This solution may seem appropriate, at first glance. A meticulous examination shows that the legislature should not grant unsupervised rights to shareholders or other individuals to bring claims on behalf of the company in order to enforce its rights. The identifiable risks of this approach are as follows:

A. The threat of liability for breach of duty of preservation may reduce the incentive for managers to take risks in commercial ventures because of the potential damage to shareholders and economy as a whole.

B. increase the motivation to abuse this right.

2. shareholder information must be made accessible to shareholders to enable them to litigate, and in this case, selecting an expert inspector from the minority shareholders would be an effective strategy.

3. An enforcement procedure allows shareholders to sue potential perpetrators, so that they are able to sue not only managers but also controlling shareholders.

4. Minority shareholders must be made aware of the litigation risk so that they don't become apathetic to it.

5- There must be an integration of the regulations, rules, and criteria that determine the type of claims in court.

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.



علمی پژوهشی

محدودیتها و شرایط دعوای مشتق سهامداران اقلیت در حقوق انگلیس و حقوق رومی ژرمن: قانون، رویه و اصلاحات پیشنهادی

معصومه جاوید^۱، مهدی عاشوری^{۲*}، حسین کاویار^۳ ID

^۱ دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق شرکتها، دانشگاه شهرکرد، شهرکرد، ایران
^۲ استادیار گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه شهرکرد، شهرکرد، ایران. ashouri.mehdi@sku.ac.ir
^۳ استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اراک، اراک، ایران. h-kaviar@araku.ac.ir

 10.22080/lps.2022.22954.1299

چکیده

سهامداران یک شرکت مدیریت شرکت را به گروهی از مدیران به امانت می‌گذارند. سهامداران به منظور حفظ ارزش سهامشان و حق آنها برای دریافت سود، ابزارهای خاصی را برای نفوذ بر روی سهام حفظ می‌کنند. به طور معمول اعمال نفوذ آنها از طریق بیان نظرات و اخذ آرا در مجامع عمومی صاحبان سهام صورت می‌گیرد. با این حال، ابزارهای نفوذ دیگری نیز وجود دارد که یکی از آنها اقامه دعوای مشتق است. این دعوی علیه مدیران است که توسط سهامداران اقلیت به نمایندگی از شرکت مطرح می‌شود. در مواردی که شرکتی به دلیل تخلف مدیر متحمل خسارت شده است، شرکت حق دارد علیه مدیر اقدام کند، اما معمولاً تمایلی به انجام آن ندارد. دعوای مشتق سهامداران را قادر می‌سازد تا علیه مدیران متخلف اقدام قضایی کنند. نظام های کامن‌لا، رومی ژرمنی و همچنین ایران در حمایت از سهامداران اقلیت برآمده‌اند و از راهکارهای گوناگونی بهره‌برداری کرده‌اند. یکی از نظام‌هایی که در دعوای مشتق خلاقانه‌تر عمل کرده است نظام کامن‌لا می‌باشد. پژوهش حاضر به مشکلات و قواعدی می‌پردازد که حقوق سهامداران اقلیت را به خطر انداخته است و از قضا این قواعد در نظام‌های رومی ژرمنی نیز مشاهده شده است. اصلاح قانون تجارت در ایران سبب توسعه‌ی اعمال دعوای مشتق شده است که این روند تدریجی نشان می‌دهد همواره برخی قوانین و مقررات نیاز به بازنگری مجدد دارد. پژوهش حاضر با بهره‌گیری از رویکردی مقایسه‌ای در دو نظام کامن‌لا و نظام رومی ژرمنی توصیه‌هایی را به قانونگذار ایران می‌دهد.

تاریخ دریافت:

۱۸ آذر ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۰۷ دی ۱۴۰۰

تاریخ انتشار:

۱۶ بهمن ۱۴۰۰

کلیدواژه‌ها:

دعوای مشتق، حقوق سهامداران اقلیت، کامن‌لا، رومی ژرمنی.

* نویسنده مسئول: مهدی عاشوری

آدرس: استادیار گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، ایمیل: ashouri.mehdi@sku.ac.ir

دانشگاه شهرکرد، شهرکرد، ایران.

۱ مقدمه

هارباتل^۱ در قانون شرکتهای ۲۰۰۶ انگلیس پرداخته که نقش بسزایی را در ایجاد شرایط دعوی مشتق در نظام های مختلف داشته است.

در حقوق ایران امکان اقامه دعوی مشتق به طور صریح در ماده ۲۷۶ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ پیش‌بینی شد. در لایحه جدید قانون تجارت نیز شرایط اقامه این دعوا در مواد ۲۳۵ و ۲۳۶ مقرر شده است. مقایسه ماده ۲۷۶ ل.ا.ق.ت. با ماده ۲۳۵ لایحه جدید قانون تجارت نشان می‌دهد که در لایحه جدید، موارد اقامه این دعوا توسعه‌یافته است.

۲ مفهوم‌شناسی

دعوی مشتق معادل فارسی پیشنهادشده برای عبارت انگلیسی "derivative action" یا "derivative suit" است.

این دعوا از آن جهت مشتق نامیده می‌شود که از حقی نشأت می‌گیرد که به خود شرکت و نه سهامداران اقلیت، تعلق دارد. علت استفاده از عبارت مشتق برای این نوع دعوی این است که این دعوی حق مستقیم خود سهامدار نیست و از حق شرکت اشتقاق یافته است (Paseban & Jahanian, 2013, 86). هولینگتون دعوی مشتق را چنین تعریف می‌کند: «دعوی مشتق دعوی است که از سوی سهامداران اقلیت به منظور مطالبه خسارت ناشی از خطایی که نسبت به شرکت واقع شده است اقامه می‌شود» (Hollington, 2004: 10-13). دعوی مشتق از سوی سهامدارانی که مایلند در شرکت باقی بمانند و خطاهای مدیران را زیر سؤال ببرند اقامه می‌شود (Nance, 2007, 3-4). نویسنده دیگری معتقد است: «دعوی مشتق دعوی است که با جبران خسارت وارد بر دارایی یا سرمایه‌ی متعلق به شرکت مرتبط می‌باشد و در قبال تخلفی که نسبت به آن صورت گرفته، اقامه می‌

دعوی مشتق یکی از راهکارهای حمایت از حقوق سهامداران به ویژه سهامداران اقلیت است. این نهاد حقوقی در نظام‌های مختلف همچون نظام کامن‌لا، رومی ژرمنی و ایران شرایط و ویژگی‌های خاصی را دارد. به طور کلی در نظام‌های مختلف حقوقی رویکردهای متفاوتی در خصوص شرایط اقامه‌ی این دعوا مشاهده می‌شود که برخی از این شرایط تأثیرات ارزنده‌ای را بر دیگر نظام‌ها داشته و در تکامل و اصلاح قواعد مربوط به دعوی مشتق در نظام‌های کمتر توسعه‌یافته نقشی بسزا ایفا نموده است. برخی از نظام‌ها اقامه‌ی دعوی مشتق را به طور گسترده‌ای به رسمیت شناخته‌اند. اما برخی دیگر از نظام‌های حقوقی از جمله ایران در میان دو نظام کامن‌لا و رومی ژرمنی راه‌حل بینابینی را اتخاذ کرده‌اند. در مورد حمایت از اقلیت سهامداران، نظام کامن‌لا حمایت بهتری از سهامداران اقلیت نموده است. لذا کشورهای رومی ژرمنی در تکامل قوانین و مقررات خویش برخی از راهکارها را از نظام کامن‌لا وارد سیستم قانونی خویش کرده‌اند. در حقوق ایران نیز به این مهم اشاره شده و شرایط اقامه‌ی آن کم و بیش پیش‌بینی شده است. مطالعه تطبیقی دعوی مشتق نشان می‌دهد که به منظور اصلاح برخی قوانین و مقررات، شرایط باید به گونه‌ای فراهم آید که راه هرگونه ابهام و سردرگمی را در بهره‌مندی از این نهاد حقوقی بسته، به گونه‌ای که شرایط سوءاستفاده سهامداران اقلیت نیز ایجاد نشود. بنابراین به منظور به‌سازی مقررات حاکم بر دعوی مشتق در نظام‌های مختلف حقوقی، استفاده از دستاوردهای سایر نظام‌های حقوقی، به ویژه کشورهای کامن‌لا مخصوصاً آمریکا مناسب به نظر می‌رسد. در مقاله حاضر به بررسی راه‌های حمایت از اقلیت سهامداران در سه نظام رومی ژرمنی، کامن‌لا و ایران می‌پردازیم. بنابراین در ابتدا تعریفی از دعوی مشتق ارائه خواهیم داد و در این بین به قواعدی همچون قاعده اکثریت و قاعده فاس علیه

¹. Foss v. Horbottle, (1843), 2 Hare 461



ایفا کند. در این راستا به مقایسه رابطه سهامداران اقلیت با مدیران شرکت و سهامداران اکثریت می-پردازیم.

۳/۱ رابطه سهامداران اقلیت با مدیران شرکت

زمانی که سرمایه‌گذار، سهام شرکتی را خریداری می-کند به این امید است که منفعتی از فروش سهام خود به دست آورد که بدون تردید با ریسک زیادی همراه است. به همین دلیل شرکت‌ها باید مدیریت قوی داشته، تا از ریسک سرمایه‌گذاران تا حدود زیادی بکاهند.

برل و مینز (Berle & Means, 1933: 782) دو اقتصاددان آمریکایی با طرح این مسأله که چگونه سهامداران می‌توانند اطمینان حاصل نمایند که مدیران در به حداکثر رساندن منفعت مربوط به سهامداران اقدام کرده‌اند، به نقش مدیران به عنوان امین سهامداران می‌پردازد. بنابراین مدیر، به عنوان امین باید به گونه‌ای عمل کند که از منافع اشخاص ذی نفع (سهامداران) حمایت کند. به علاوه دادگاه نیز باید از منافع سهامداران حمایت کند؛ چرا که قوانین شرکت‌ها، اختیارات مدیر را عموماً به طور گسترده و مبهم تعریف کرده‌است. برل و مینز به این نتیجه رسیدند که امین باید به نفع مالک اصلی یعنی سهامدار عمل کند. بنابراین اعمالی که از طرف مدیران برای حیف و میل دارایی‌های شرکت صورت می‌گیرد، غیرنافذ است مگر اینکه سهامداران آن عمل را تصویب و تأیید نمایند. تئوری برتری سهامداران^۲ نیز اشاره به برتری سهامداران نسبت به دیگر ارکان شرکت دارد. در پرونده Dodge v. Ford Motor Company پاسخ دادگاه عالی میشیگان این بود که

شود» (Boyle, 2004: 60). دعوی مشتق دعوایی است که منشاء آن، فعل یا ترک فعل ناشی از مسامحه، غفلت، نقض وظیفه یا خیانت در امانت بوسیله مدیر یا مدیران شرکت می‌باشد.

بروس ویلینگ نویسنده و مدرس دانشگاه آنتاریو لندن دعوی مشتق را یک دعوی ناشی از نمایندگی قانونی^۱ می‌نامد و آن را این‌گونه توصیف می‌کند: «سلاح سهامداران اقلیت بر سپر محافظ دوگانه سهامداران اکثریت نسبت به شخصیت شرکت و قاعده اکثریت حاکم است» (Welling, 1991: 544).

۳ سهامداران و دلایل حمایت از آن‌ها

طبیعتاً سهامدارانی که قدرت بیشتری دارند امور اداری و کنترل شرکت را در دست گرفته و اگر نتوانیم با قواعد و مقررات قانونی، روابط داخلی آن‌ها را در شرکت تنظیم نماییم چه بسا ناهنجاری‌های زیادی در این بین صورت گیرد و در نهایت منجر به انحلال این شخصیت حقوقی گردد. هیأت مدیره و مجامع عمومی دو رکن اصلی شرکت‌های سهامی هستند. سهامداران اختیار مدیریت شرکت را به هیأت مدیره می‌دهند و در نتیجه هیأت مدیره کنترل زیادی بر مدیریت شرکت و سهامداران دارند. در موارد زیادی ممکن است سهامداران اقلیت، اکثریت سهام را در اختیار داشته باشند اما سهامداران عمده با تمرکز و حضور بیشتر در مجامع شرکت عملاً کنترل آن را به دست گیرند. زیرا اشخاص با سرمایه‌های اندک معمولاً نمی‌توانند سازمان‌یافته عمل کنند و با حضور در مجامع عمومی و پیگیری حقوق خود نقش اصلی را ایفا می‌کنند. با توجه به این مطالب در این لحظه به لزوم فراهم کردن حمایت قانونی مؤثر در برابر سوء استفاده‌های هیأت مدیره و اکثریت سهامداران می‌رسیم. در این مسیر قانون‌گذار می‌تواند نقش حیاتی را برای حمایت از حقوق سهامداران اقلیت

². shareholder primacy theory

¹. statutory representative action

۳٫۲ رابطه سهامداران اقلیت با سهامداران اکثریت

سهامداران نقش و موقعیت متفاوتی را در شرکت ایفا می‌کنند. هیأت مدیره و اکثریت سهامداران تمایل دارند تا امور شرکت را آنگونه که صلاح می‌داند اداره نمایند. گروهی دیگر که اقلیت سهامداران را تشکیل می‌دهند، تأثیر کمی بر عملیات شرکت دارند. آنها در عملکرد، توسعه، مدیریت و هدایت این شخصیت حقوقی که در آن سرمایه‌گذاری نموده‌اند تا حدی احساس ناتوانی می‌کنند. هیأت مدیره و اکثریت سهامداران ممکن است آگاهانه یا ناآگاهانه بر حقوق این دسته از سهامداران خدشه وارد کنند.

قانون شرکتهای استرالیا مصوب اصلاحی ۲۰۲۱^۳ همواره تأکید بر قاعده اکثریت در شرکتهای دارد.^۴ چرا که در شرکتهایی همچون شرکتهای سهامی بر اساس قاعده اکثریت، حق حاکمیت با کسانی است که اکثریت سهام و در نتیجه آراء بیشتری را در اختیار داشته باشند و از این رو اقلیت سهامداران در اداره امور شرکت و کنترل آن عملکرد ضعیفی ایفا خواهند نمود. هنگامی که حقوق اقلیت توسط ارکان دیگر شرکت همچون اکثریت مورد تجاوز قرار می‌گیرد این امر سبب تشویش و اخلال در امر شرکت، شده و حتی ممکن است منجر به انحلال آن گردد. در نتیجه، این امر باعث تعطیلی شرکتهای نسبتاً کارآمد

مدیران ایفای نقش نمایند. سهامداران کنترل کننده به عنوان مالک واقعی شرکت می‌باشند. سهامداری که در یک شرکت، کنترل آن را در دست دارد، می‌تواند تلاش خویش را در افزایش ارزش اسمی شرکت بالا برده که بر اقلیت نیز تأثیرگذار خواهد بود.

^۳. Corporations Act 2001, No. 50, 2001, <https://www.legislation.gov.au/Details/C2021C00274>

^۴. اصل قاعده اکثریت پایه و اساس قانون شرکتهای انگلیسی است. این نظریه براین اساس استوار است که دارندگان اکثریت سهام در یک شرکت قادر به تصمیم‌گیری از طرف همه اعضای شرکت هستند. این قاعده راه سوءاستفاده از اختیار اعطا شده را نسبت به اقلیت سهامداران می‌گشاید.

مدیران، ابتدا در برابر سهامداران مسؤول می‌باشند.^۱ (Iushchenko, 2012: 25)

سهامداران کنترل‌کننده^۲ می‌توانند در نقش مدیران اصلی شرکت ظاهر شوند. در این صورت است که مالکیت با مدیریت ادغام می‌شود. سؤال این است که: آیا شرکتی که نوپا است با وجود این موقعیت یعنی ادغام مالکیت با مدیریت قادر به پیشرفت و توسعه خواهد بود؟ به راستی در شرکتی که تازه تاسیس شده است نه تنها این امر معمول است بلکه عرف نیز بر این وضعیت صحه می‌گذارد. تا هنگامی که شرکت سرمایه کافی تحصیل کند با خطراتی مواجه است، پس سهامداران کنترل‌کننده ترجیحاً باید در امر مدیریت دخیل باشند. با رشد و افزایش سرمایه، تصمیمات استراتژیک با خطرات اساسی‌ای همراه است و بر سهامداران است که کنترل تدریجی خویش را رها نموده و توجه خود را بر موضوعات استراتژیک از طریق مجامع عمومی مبدول دارند. همچنین نسبت به سهامداران دیگر، سهامداران کنترل‌کننده در امر مدیریت بهتر عمل کرده و این رویکرد سبب می‌شود که مدیریت نتواند تصمیمات بی‌پایه و اساس بگیرد.

^۱. مفهوم برتری سهامدار در پرونده Dodge v. Ford Motor Company به وجود آمد. این پرونده بین شرکت و دو برادر که ۱۰ درصد از سهام شرکت را دارا بودند صورت گرفت. شرکت تصمیم داشت تا سود سهام را بین اعضاء تقسیم نکند و آنها را در شعبه‌های دیگر شرکت به کار برد و از این طریق میزان تولید و همچنین نیروی انسانی را بالا برد. اما این دو برادر خواستار تقسیم سهامشان بودند، پاسخ دادگاه می‌شیگان این بود که مدیران اول از همه در برابر سهامداران مسؤول می‌باشند. هدف مدیران تقسیم سود بین سهامداران است. هنگامی که مدیران از هدف اصلی خویش فاصله گرفتند که همانا توزیع نکردن سود در بین سهامداران می‌باشد در نتیجه مدیران مسؤول این عمل خویش هستند.

^۲. سهامداران کنترل‌کننده سهامدارانی هستند که سهام کافی در اختیار دارند تا از این طریق بر هیأت مدیره در انتخاب



سهامداران می‌باشند. در نتیجه‌ی این کمبود، دادگاه-ها می‌توانند به درخواست اقلیت سهامداران «بازرس ویژه» اختیارکنند، تا فعالیت‌های مدیران را بررسی نموده و گزارش نهایی را به مجمع سهامداران تسلیم نماید. این اطلاعات جمع‌آوری شده توسط بازرس ویژه یک حق ویژه را برای دعوی حقوقی توسط سهامداران اقلیت شکل می‌دهد (Gelter, 2012: 870).

همچنین می‌توان به نظم عمومی اشاره نمود که در پی حمایت از هر دو گروه سهامداران اقلیت و اکثریت می‌باشد و موجب می‌شود تا این دو گروه در کنار یکدیگر به اعتدالی نسبی دست یابند و این امر میسر نخواهد شد مگر اینکه این دو سهامدار از حق خویش پا را فراتر نهند.

۴ در حقوق انگلستان

در انگلستان دعوی مشتق پیش از تصویب قانون شرکت‌های ۲۰۰۶ وجود داشته و بر آمده از نظام عرفی و رویه قضایی پویای این کشور در جهت پاسخ به نیاز سهامداران اقلیت است و بسیاری از ویژگی‌های آن در قانون شرکت‌های ۲۰۰۶ هنوز به قوت خویش باقی است. به همین دلیل با نگاهی کوتاه به روند اصلاح سازوکار دعوی مشتق به مطالعه جایگاه آن در دو دوره زمانی متفاوت در حقوق انگلیس می‌پردازیم:

۴٫۱ دعوی مشتق قبل از تصویب قانون شرکت‌های ۲۰۰۶ انگلستان

قانون شرکت‌های انگلیس در اقامه‌ی دعوی مشتق با مشکلات زیادی روبرو بود. هنگامی‌که به شرکت آسیبی می‌رسید و مدیران نیز شخصاً کسب منفعت

سهامداران کنترل کننده را ملزم می‌سازد تا کاملاً و منصفانه همه اطلاعات لازم در طرح دعوی سهامدار اقلیت را فراهم آورند.

و ناآرامی و ناهماهنگی در جامعه شده و نظم جامعه را برهم می‌زند.

نظریه‌ی حقوق شرکتها^۱ در پی حمایت از حقوق اقلیت سهامداران برآمد و از این رهگذر راهکارهای مفیدی را ارائه داد، که از آن جمله می‌توان به رأی-گیری جمعی، جبران خسارت، حق مخالفت، شکایت، انحلال، حق بررسی اسناد شرکت، لغو قرارداد، لغو تصمیمات مجمع عمومی و دیگر راههای جبران خسارت اشاره نمود.

سارا بردلی (Bradley, 2013: 48) قاضی دادگاه منطقه کوپین ایسلند استرالیا به این مسائل اشاره نموده و بیان می‌دارد که حق رأی سهامداران در مجمع عمومی اعمال می‌شود. مجمع عمومی به عنوان یک نهاد عالی در شرکتها می‌باشد و تصمیم مجمع عمومی برای همه اعضای شرکت الزام‌آور است. رأی‌گیری تنها وسیله‌ی ممکن می‌باشد که سهامداران به یاری آن در انتخاب مدیریت شرکت نقش اساسی ایفا می‌نمایند. عدم حضور واقعی اقلیت سهامداران در اداره شرکت منجر به سوء-استفاده از حق، توسط اکثریت و مدیران می‌شود.

حق دیگری که می‌توان به آن اشاره نمود، حق دسترسی به اطلاعات است. اکثریت سهامداران که ممکن است عضو هیأت مدیره نیز باشند با در دست داشتن اطلاعات در امور شرکت به راحتی می‌توانند از بی‌دانشی خواهان‌های سهامدار استفاده نموده و دعوا را به نفع خود خاتمه دهند. چرا که سهامدار معمولاً به اطلاعات دسترسی ندارد و عدم رویه‌ی افشای گسترده^۲ نیز اغلب اقامه‌ی دعوی مشتق را مشکل می‌سازد.

در ایالات متحده آمریکا نیز سهامداران به اساسنامه‌ها و گزارش‌های شرکت دسترسی ندارند و محدود به حق درخواست سؤالاتی در مجمع

^۱ corporate law theory

^۲ تعهد افشاء به طور غیرمستقیم به سهامداران اقلیت در بازنگری کلی عملکرد شرکت کمک می‌کند. به علاوه این اصل دقیقاً به وظیفه وفاداری و احتیاط مرتبط می‌باشد. مدیران و

نسبت به اقلیت صورت گیرد، آیا می‌توان گفت که سهامداران اقلیت می‌توانند از طرف شرکت اقامه‌ی دعوا کرده تا حقوق شرکت را علاوه بر حقوق خویش به اجرا درآورند؟ اگر نسبت به دارایی شرکت اختلاسی صورت گیرد یا رفتار ناصحیحی توسط مدیر شرکت به عمل آید و شرکت از اقامه‌ی دعوا علیه مدیر توسط اکثریت سهامداران منع شود تکلیف چیست؟ آیا باید همچنان بر این قاعده اصرار نمود؟

در این جا است که به استثنائات این قاعده و تلاش دادگاه‌ها در حل نواقص موجود پی می‌بریم. استثنائاتی که سبب می‌شود شرایط و اوضاع و احوال اقامه‌ی این دعوا آسان‌تر شده و راه برای طرح دعوا توسط سهامداران به ویژه سهامداران اقلیت باز شود. هر چند تلاش‌های زیادی در این زمینه صورت گرفته اما به نظر می‌رسد قاعده فاس هارباتل و پیش‌شرط‌های آن اوضاع اقامه‌ی دعوای مشتق را کمی مشکل نموده است. سؤال این است که چگونه می‌توان کنترل خطاکار را نشان داد؟ اگر فعلی در زمره‌ی تقلب نباشد اما حقوق گروهی از سهامداران و شرکت را تضییع نماید در این هنگام چه باید کرد؟ قاعده فاس هارباتل پاسخگوی این سوالات نیست.

قوانین موجود در این باب (قبل از تصویب قانون شرکت‌های ۲۰۰۶) جوابگوی همه‌ی نیازهای مربوط به این مسأله نبودند. ابهامات و پیچیدگی موضوعات مرتبط با این دعوای و عدم وجود مستندات قانونی مربوط به این دعوای، دادگاه‌ها را بر این داشت تا با آراء خویش رویه‌ها و راه‌حل‌های متفاوتی را ارائه دهند و شاید این دلیلی بر این مدعا باشد که اصلاحات زیادی در شرایط اقامه‌ی این دعوا و کثرت استثنائات قاعده فاس هارباتل صورت گیرد.

می‌نمودند تنها در این زمان بود که شرکت حق طرح دعوا علیه متخلفان را داشت. تخلفات صورت‌گرفته علیه شرکت زمانی در زمره‌ی عوامل طرح این دعوا بود که متضمن تقلب بود و همچنین مدیران نیز می‌باید در نقض وظیفه خود کنترل عملی و قانونی مجمع عمومی شرکت را از طریق دارا بودن سهام شرکت در دست می‌داشتند. پس می‌توان گفت هنگامی که مدیران خطاکار کنترل مجمع عمومی را در دست نداشته یا تخلفات موجود از نوع اهمال و یا مسامحه بود در این موارد دعوای مشتق قابل اقامه نبود.

تا قبل از تصویب قانون شرکت‌های ۲۰۰۶، این حق و وظیفه‌ی شرکت بود که علیه مدیران متخلف اقامه‌ی دعوا کند. در این زمان قاعده‌ای به نام فاس هارباتل^۱ بر این دعوای حاکم بود. قاعده‌ی خواهان اصلی^۲ و قاعده‌ی ثانوی آن که به قاعده‌ی کنترل خطا کار^۳ معروف است از قواعد مهم فاس هارباتل بودند (Kershaw, 2013: 3).

مطابق قاعده خواهان اصلی همانگونه که شرکت تحت نام خود، و مستقل از شرکا به فعالیت تجاری می‌پردازد، آنگاه که لطمه‌ای به منافعش وارد شود خودش باید دعوایی تحت نام خویش مطرح نماید. بدیهی است که دخالت شرکا در اقامه دعوا برای شرکت نقض این قاعده خواهد بود و چنین امری را باید در چارچوب استثنا بر قاعده خواهان اصلی تحلیل کرد (Issaei Tafreshi and et. al, 2015, 105).

قاعده‌ی فاس هارباتل بیان می‌کند که اگر تخلفی نسبت به شرکتی صورت گیرد به نفع شرکت است تا اقامه‌ی دعوا نماید. اما سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که در جایی که رفتاری متقابلانه

۱. فریب داده‌اند و به طرز به خصوصی، خواندگان زمین‌های متعلق به آنها را به شرکت با قیمت گزاف فروخته‌اند.

۲. proper plaintiff rule

۳. برای اقامه دعوا علیه مدیران، مدیران باید در نقض وظیفه خود کنترل عملی و قانونی مجمع عمومی شرکت را از طریق دارا بودن سهام شرکت در دست می‌داشتند.

۱. در پرونده Foss v Harbottle شاکیان فاس و تورتون از سهامداران شرکت The victoria park company بودند که از زمین خریداری شده به عنوان پارک بازی استفاده می‌کردند و خواندگان مدیران و سهامداران شرکت دیگر بودند. شاکیان اظهار نمودند که خواندگان، شرکت را به شیوه‌های مختلف



مسامحه توسط مدیر شرکت، می‌باشد (Reisberg, 2009: 10).

در این خصوص سؤال این است که آیا فعل ادعا شده باید تقلب نسبت به اقلیت باشد یا خیر؟ به نظر می‌رسد خواهان ملزم نیست ثابت کند که فعل ادعا شده، تقلب نسبت به اقلیت است.

در بند ۳ ماده ۲۶۰ قانون شرکتهای ۲۰۰۶ انگلستان واژه مسامحه^۳ به صورت مطلق بیان شده و مؤید این مطلب است که در صورت مسامحه مدیران در انجام وظایف، حتی اگر از این عمل سودی عایدشان نشده باشد، منجر به اقامه دعوا علیه آنها خواهد شد. در حالیکه قبل از تصویب قانون شرکتهای ۲۰۰۶ رویه قضایی انگلیس مسامحه‌ای را قابل تعقیب می‌دانست که به موجب آن منفعتی عاید مدیران شود.

برخی نویسندگان انگلیسی نیز بر این نظرند که پیش نیازهای موجود در قاعده ی فاس هارباتل و دیگر موارد مستقیماً اعمال نخواهند شد و خواهان ملزم به اثبات کنترل خطاکار نمی‌باشد. به علاوه دعوی مشتق قانونی به طور مؤثری قاعده فاس و هارباتل را ابطال نموده است. در پرونده Iesini & Ors v Westrip Holdings Ltd & Ors^۴، نیز قاضی لویسون اعلام نمود که قانون جدید دعوی مشتق را اصلاح کرده است (Keay, 2008: 470).

بخش ۱۱ قانون شرکتهای ۲۰۰۶ حاوی بیان سازوکار جدید دعوی مشتق بوده و مهمتر از همه آنکه حذف شرط کنترل خطاکار و پیش شرط تدلیس نسبت به اقلیت را در اقامه‌ی دعوی مشتق ارائه داده است.

سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا ارتباط بخش ۱۱ قانون شرکتهای ۲۰۰۶ با قواعد سابق کام

۴٫۲ دعوی مشتق بعد از تصویب قانون شرکتهای ۲۰۰۶ انگلستان

کمیسیون حقوقی پارلمان انگلستان پس از مطالعه‌ی تطبیقی سایر نظام‌های حقوقی در سال ۱۹۹۷ در گزارش خود، تحت عنوان "غرامات سهامداران"^۱ لزوم شناسایی قانونی حق اقامه‌ی دعوی مشتق برای شرکا را پیشنهاد نمود (Boyle, 2004: 50).

به عقیده‌ی این کمیسیون، اعضای شرکت باید قادر باشند، در هر حال دعوی متعلق به شرکت را علیه مدیران یا هر شخص دیگری در صورت امتناع مدیران از طرح دعوی مستقیم، اقامه کنند و ادامه دهند. برای مقابله با مشکلات موجود در رابطه با قوانین موجود قبل از تصویب قانون شرکتهای ۲۰۰۶، دادگاهها بر این نظر شدند که استثنائات قاعده فاس هارباتل گسترده‌تر شده و بتوانند شرایط اقامه‌ی دعوا را برای سهامداران اقلیت سهل‌تر نمایند. با این وجود، این امر به دلیل پیشگیری از کثرت دعاوی، محتاطانه پیش رفت. دعوی مشتق در قانون شرکتهای ۲۰۰۶ انگلیس در فصل اول از بخش ۱۱ در مواد ۲۶۰ به بعد آن آمده است. مطابق این قانون:

۱- این دعوا توسط شرکت اقامه می‌شود.^۲

۲- مینا و منشاء دعوا مربوط به شرکت بوده و مستقیماً نسبت به شرکت تخلفی صورت می‌گیرد.

۳- این جبران خسارت از طرف و به نام شرکت پیگیری می‌شود.

دلایل اقامه‌ی دعوی مشتق نیز در مقررات جدید، توسعه یافته و منشأ و جهت دعوا از نظر فعل و یا ترک فعل، شامل نقض وظیفه امانی، تقصیر و

^۳ pure negligence

^۴ Iesini & Ors v Westrip Holdings Ltd & Ors [2009] EWHC 2526 (Ch)

^۱ law commission's report, shareholder Remedies 1997, No 246

^۲ شخصی که اقامه‌ی دعوا می‌کند باید در زمان اقامه‌ی دعوا عضو شرکت باشد و لازم نیست که در زمان ایجاد مبدا و منشأ دعوا عضو شرکت بوده باشد.

سهامداران، علاوه بر بخش ۱۱ قانون شرکتهای ۲۰۰۶، قواعد سابق نیز باید مورد توجه قرار گیرد. با این وجود هر چند که اصلاحات موجود در قانون جدید، اقامه دعوی مشتق را منصفتر، مدرنتر و قابل دسترس‌تر نموده اما قواعد پیشین نیز به قوت خویش باقی است و نمی‌توان قائل به حذف آنها در قانون‌گذاری جدید بود. چرا که ارتباط بخش ۱۱ قانون شرکتهای ۲۰۰۶ و کامن‌لا در پی تکمیل یکدیگر بوده است.^۴

کمیسیون حقوقی پیشنهاد نمود که دولت باید اصلاحاتی به شرح ذیل در قوانین اعمال نماید:^۵

الف) دعوی مشتق باید به اتخاذ اقدام علیه مدیران محدود گشته و نباید فرد یا گروه سومی و یا نقض وظایف توسط کارکنان و کارمندان را نیز در برگیرد.

ب) سهامداران باید دعوی مشتق را در موارد نقض مسئولیت‌ها و وظایف مرتبط با امانت‌داری و مراقبت اقامه نمایند و همچنین لازم است به موارد بی‌مبالاتی مدیران که شخصاً نفعی از آن به دست نمی‌آورند نیز تعمیم داده شود. کمیسیون حقوقی معتقد است که مدیر مسامحه‌کار نباید به دلیل عدم تقلب از زیربار مسؤولیت فرار کند.

ج) اقدام به دعوی مشتق باید پس از گذشت ۲۸ روز از ارائهٔ اخطار به شرکت متضرر صورت گیرد و پس از آن فرد خواهان ملزم است که از دادگاه اجازه بگیرد تا بتواند به اقدام خود علیه مدیران متخلف ادامه دهد. این وظیفه این امکان را برای شرکت

لا به طور اساسی قطع شده است؟ در پاسخ به این سؤال چند نظر وجود دارد:

نظر نخست این است که هیچ ارتباطی بین بخش ۱۱ و قواعد دعوی مشتق وجود ندارد. زیرا قواعد کامن‌لا توسط بخش ۱۱ نسخ شده است. با این وجود ایرادهایی بر این نظر وجود دارد. برای مثال دنیل لایتمن (Lightman, 2011: 45) می‌گوید بخش ۱۱ هیچ اثری روی قواعد کامن‌لا در دعوی مشتق چندگانه^۱ نمی‌گذارد. زیرا بخش ۱۱ تنها دعوی مستقیم را شامل می‌شود (Reisberg, 2008: 209).

پس اگر بر نسخ قواعد کامن‌لا نظر دهیم بر دعوی مشتق چندگانه چه قانونی اعمال می‌شود؟ دیدگاهی که توسط قاضی بریج در پرونده Universal Project Management Services Ltd v Fort Gilkicker Ltd & Ors مطرح شده مؤید این مطلب است.^۲

نظر دوم این است که قانونگذار جدید، قاعده فاس‌هارباتل را تغییر نداده و در حقیقت قانونگذار هرگز تمایلی به تغییر ندارد. چرا که دادگاه‌ها از مداخله در امر داخلی مدیریت شرکت بیزارند. در اثبات این نظر به گزارش آخر کمیسیون حقوقی پارلمان انگلیس اشاره می‌شود که بیان نموده: شیوه‌ی اساسی برای اقامه‌ی دعوی مشتق یک شیوه‌ی منطقی بوده و سهامدار فردی باید تنها در شرایط استثنایی قادر به اقامه‌ی دعوا باشد. بخش ۱۱ قانون شرکتهای ۲۰۰۶ اغلب اصلاحات کمیسیون حقوقی را درج نموده و اصلاحاتی بنیادی در قواعد فوق‌الذکر ایجاد نکرده است.^۳

نظر سوم این است که علیرغم کثرت شرایطی که دعوی مشتق می‌تواند در آن شرایط اقامه شود، برای جلوگیری از ازدیاد دعوی مبهم و کنترل دعوی

³ . Explanatory Notes to the Companies Act 2006 (491)

⁴ . Explanatory Notes to the Companies Act 2006 (491)

⁵ . Law Commission Report, Shareholder Remedies, 1997, No 246, pp. 638- 641

^۱ . دعوا توسط سهامدار شرکت مادر از طرف شرکت وابسته (تابعه) یک دعوی مشتق دوگانه نامیده می‌شود و اگر از طرف شرکت تابعه دو سطحی باشد آن دعوی مشتق سه گانه نامیده می‌شود و آسانتر است تا به جای همه‌ی این دعوی عنوان دعوی مشتق چندگانه را به کار ببریم.

^۲ . [2013] EWHC 348 (Ch) (26 February 2013)



۴- خواهان باید در زمان خطای ادعا شده، سهامی را مالک باشد (Griggs, 2002: 64).

۵ در حقوق برخی از کشورهای رومی ژرمن

بعضی کشورهای رومی ژرمنی با مفهوم دعوی مشتق آشنا نیستند مانند اوکراین. یکی از حقوقدانان اوکراینی (Vinnik, 2000: 39) بیان می‌دارد که «دعوی مشتق، روشی ضروری برای حمایت از حقوقی است که متعلق به سهامداران مؤسسات تجاری می‌باشد». مشابه این قضیه در آلمان نیز مشاهده می‌شود که در شرکت با مسؤلیت محدود هیچ پایه و اساس قانونی برای دعوی مشتق وجود ندارد.

در اوکراین دعوی مشتق اصلاً شناسایی نشده و در آلمان نیز که مورد شناسایی قرار گرفته اعمال آن دشوار و شاید بتوان گفت بی‌فایده است. در آلمان و اوکراین حمایت از منافع اقلیت دشوار بوده چون قاعده اکثریت، خیلی قوی و باثبات است. در این کشورها اساسنامه شرکت‌ها که توسط اکثریت تعریف شده است، حقوق اقلیت سهامداران را تفسیر می‌کند و بیشتر حقوقی که در قانون بر ای اقلیت سهامداران تدوین یافته توسط اساسنامه‌ها یا محدود می‌شود یا حذف شده است. در کشورهای رومی ژرمنی در جهت حمایت از سهامداران، مشکلاتی وجود دارد که به نفع اقلیت حل‌شدنی نیست از جمله این مشکلات می‌توان به موارد زیر اشاره نمود:

متضرر فراهم می‌آورد تا در صورت غیرضروری- دانستن دعوی مشتق پاسخ مناسبی فراهم آورد.^۱

د) دادگاه‌ها باید با بررسی اوضاع و احوال شرایط اقامه دعوی مشتق اجازه طرح آن را بدهند. این امر ضرورت اثبات پیش شرط‌های اقامه دعوی مشتق همچون کنترل خطاکار و تدلیس نسبت به اقلیت را مرتفع می‌سازد و تا حدودی تأیید قضایی (دادگاه) شرط است. اما از طرف دیگر اختیار دادگاه‌ها و نقش آن‌ها را به طرز عجیبی در این امر افزایش داده که این خود تعدد سلايق را به همراه دارد.^۲

در کشورهای کامن‌لا تضادهایی در جهت حمایت از سهامداران اقلیت مشهود است. پیشتر بیان نمودیم که قاعده فاس هارباتل بر شرکتهای انگلیسی حاکم است. درحالی که در ایالات متحده، قاعده هاوز و سیتی اوکلند^۳ مورد توجه قرار گرفته است. این دو قاعده تضاد شیوهی قضاوتی را در مورد دعوی مشتق اقامه شده توسط سهامداران ارائه می‌کند. درحالی که قاعده انگلیسی منکر دعوا توسط سهامدار اقلیت می‌باشد مگر طبق شرایطی استثنایی، قاعده آمریکایی شروط شکلی را برای اقامه دعوی سهامدار ایجاد می‌کند. این الزامات عبارتند از:

۱- قبل از اقامه این دعوا، سهامدار شاکی ملزم است از همه‌ی سهامدارانی که قدرت حل‌وفصل دعوا را دارند درخواست کمک کند.

۲- همچنین سهامداران شاکی ملزم هستند از مدیران برای حل مشکل تقاضا نمایند و اگر مطالبه بیهوده فرض شود، این ضرورت نیز رفع خواهد شد.

۳- خواهان ملزم به جمع‌آوری موشکافانه حقایق مربوط به این دعوی می‌باشد.

مدیر طبق بخش ۱۷۲ این قانون به وظیفه ارتقای موفقیت شرکت عمل کرد نمی‌باید در پی ادامه این دعوا بود. به منظور تعیین اینکه دعوی به نفع شرکت است یا خیر، دادگاه‌ها از تحلیل هزینه بر درآمد (هزینه-منفعت) در ارزیابی خویش بهره می‌جویند.

³. Hawes v city of Oakland, 104 U.S. 450 (1881)

^۱. قانون شرکت‌های ۲۰۰۶ صرف نظر از لزوم اخطار ۲۸ روز قبل از اتخاذ هرگونه اقدام، تمامی دیگر پیشنهادها را کمیسیون حقوقی را در این زمینه پذیرفت.

^۲. در تأیید قضایی مهمترین معیاری که مورد توجه قرار می‌گیرد، نفع شرکت است. قانون شرکت‌های ۲۰۰۶ به منفعت شرکت اشاره می‌کند و آن را بهترین ارتباط می‌نامد. یعنی اگر

مدیری محصولات یک شرکت را به زیر قیمت به شرکت دیگر که توسط اکثریت شرکت اول کنترل می‌شود می‌فروشد باز هم هیچ‌گونه حقوق قانونی در نقض این موقعیت وجود ندارد (Igor, 2012: 117-118). در کشورهای رومی ژرمن به طور کلی فردی می‌تواند اقامه دعوا نماید که حقوق او نقض شود. علاوه بر این در کشورهای رومی ژرمنی همچون آلمان، ایتالیا، سوئد، اسپانیا، کره جنوبی، چین، فرانسه و سوئیس سهامداران باید حداقل سهام را برای اقامه دعوی مشتق دارا باشند (Gelster, 2012: 859).

در این راستا می‌توان به این مطلب اشاره کرد که در برخی از کشورهای رومی ژرمن مجمع سهامداران ارگان عالی شرکت بوده و تصمیم آن برای مدیر امری ضروری می‌باشد. در این صورت اگر اکثریت سهامداران در رأس قدرت باشند نمی‌توان از حقوق اقلیت حمایت کرد.

همچنین حوزه اقتدار دادگاه‌ها و قضات در کشورهای رومی ژرمن متفاوت است. در بعضی از کشورهای رومی ژرمن (همچون اوکراین) دادگاه اختیار اصلاح اسناد اساسی شرکت (اسنادی که منافع اقلیت را مورد توجه قرار داده) ندارد. بنابراین نظام رومی ژرمن در تلاش برای حل این مشکلات برآمده تا راهکارهایی ارائه نماید که البته در حال حاضر نمی‌تواند به نفع اقلیت باشد. به همین دلیل نظام رومی ژرمن نیاز به راهکارهایی دارد تا نواقص را جبران نماید.

همچنین می‌توان به کشورهایی همچون ایتالیا و ژاپن اشاره کرد که به تدریج اصلاحاتی در قوانین آنها صورت گرفته است. قانونگذاری درباره شرکت‌های ایتالیایی در سال ۲۰۰۴ و پیش‌تر در سال ۱۹۹۸ مورد تجدیدنظر و بازنگری قرار گرفت که انعطاف‌پذیری بیشتری را به قوانین شرکتها می‌افزود. ژاپن نیز در سال ۱۹۹۲ شروع به تغییر قوانین شرکت‌های خویش نمود. این تغییرات در قوانین شرکتها باعث طرح سؤالاتی در زمینه دعوی مشتق می‌شود. ابتدا اینکه آیا دعوی مشتق تنها راه حمایت از سهامداران اقلیت است؟ در پاسخ می‌توان گفت که سهامداران

۱- ممکن است اکثریت، سود قابل تقسیم را نپرداخته و در عوض، حقوق مدیران را افزایش دهند و اقلیت را از منصب مدیریت خارج کنند. برای مثال اگر سه مدیر وجود دارد که یکی ۵۰ درصد سهام دارد در مجمع تصمیمی می‌گیرد مبنی بر اینکه او تنها مدیر باقی بماند و این سود نه به عنوان سود قابل تقسیم بلکه به عنوان اضافه پرداخت علاوه بر حقوقش به او پرداخت شود. در این مورد اقلیت حق اقامه دعوا ندارند؛ چرا که حقوق آنها به عنوان سهامدار نقض نشده به علاوه آنها همه حقوق و تعهدات را به عنوان سهامدار حفظ می‌کنند.

۲- اکثریت سهامداران، اقوام یا اشخاص قابل اعتماد را به عنوان مشاور با حقوق بالا استخدام می‌کنند. این افراد قانوناً وظیفه‌ای جز اینکه مقداری پول را به مدیر به عنوان حق حساب برگردانند، ندارند. به این صورت که مدیر، مشاور حقوقی استخدام می‌کند و در قراردادی قید می‌کند که ۱۰۰۰۰ دلار در هر ماه به او بپردازد. مشروط بر اینکه مشاور ۹۰۰۰ دلار آن را باید به مدیر برگرداند. پس مدیر علاوه بر حقوق خود، ۹۰۰۰ دلار اضافی نیز دریافت می‌کند. دوباره این اقلیت هستند که بی‌پناه‌تر از پیش مانده و قادر به هیچ اقدامی نیستند.

۳- اکثریت از حق اخراج اقلیت استفاده کرده که در برخی از موارد منجر به اخراج اقلیت از شرکت می‌شود.

۴- به خاطر قاعده‌ی اکثریت، اقلیت در انتخاب هیأت مدیره یا هیأت نظارت، شرکت نمی‌کنند و نقشی ایفا نمی‌کنند.

۵- اگر اکثریت مدیران به نفع شرکت عمل نکنند، اقلیت حق اقامه‌ی دعوا علیه آنها را ندارند. چون که اقلیت زمانی حق طرح دعوا را دارند که حقوقشان به عنوان سهامدار نقض شود و نه حقوق شرکت.

۶- در يك شرکت اکثریت سهامداران به همراه مدیریت، دارایی‌های با ارزش آن را زیر قیمت به شرکت دیگر می‌فروشند که ممکن است شرکت دوم توسط اکثریت شرکت اول اداره شود. یا هنگامی که

مدنی ایتالیا به سهامدارانی که مالک بیش از ۵ درصد سهام شرکت هستند اجازه می‌دهد که در صورت بی‌نظمی و بی‌قاعدگی در اداره شرکت توسط مدیران اقامه دعوا نمایند. جای تعجب است که با وجود مقررات مربوط به حمایت از سهامداران زیان‌دیده، سهامداران در کل از اقامه دعوی علیه هیأت مدیره ناتوان هستند. به عبارت دیگر، اصلاحات سال ۱۹۹۸ در مورد سازوکار دعوی مشتق، هرگز مورد استفاده قرار نگرفته است. علت عملکرد ضعیف سهامداران در اقامه دعوی مشتق الزام به مالکیت ۵ درصد سهام شرکت است؛ در حالی که یکی از حقوقدانان ایتالیایی این شکست را به دو مورد نسبت می‌دهد: عدم انگیزه‌های اقتصادی و نقایص موجود در آیین دادرسی مدنی (Mollett, 2009: 654).

در ژاپن نیز همچون ایتالیا به دلیل نامساعد بودن شرایط اقامه دعوی مشتق تا قبل از سال ۱۹۹۳ تعداد دعوی مشتق در این کشور انگشت شمار بودند و از سال ۱۹۹۳ با تغییراتی در قوانین شرکتی ژاپنی، اقامه دعوی مشتق نیز رو به فزونی نهاد. شاید دلیل این امر را بتوان به کاهش هزینه‌های طرح دعوی مشتق نسبت داد. وست بر این نظر است که علیرغم افزایش طرح دعوی مشتق، میزان موفقیت دعوی مشتق در ژاپن همچون ایالات متحده آمریکا ناچیز می‌باشد. حقوق ژاپن در اقامه دعوی مشتق، ایالات متحده آمریکا را الگوی خویش قرار داده است (West, 2000: 7).

در برخی کشورهای رومی‌ژرمن شرط دارا بودن حداقل سهام برای اقامه دعوی مشتق از بدیهیات امر است. برای مثال قانونگذاری آلمان علاوه بر پیش شرطهای لازم دیگر برای اقامه دعوی مشتق بر ضرورت دارا بودن حداقل ۱ درصد از کل سهام یا

از حمایت‌های متنوعی علاوه بر دعوی مشتق برخوردارند. امری که ممکن است استفاده از دعوی مشتق را در این کشورها محدود کند. خواهان در ابتدا برآوردی از هزینه و منفعت می‌نماید و هنگامی که آن را مناسب یافت اقدام به گزینه انتخابی خویش می‌نماید. به عنوان مثال می‌تواند از حق خروج از شرکت استفاده کند. یا اینکه با گردآوری دسته‌ای از سهام، کنترل شرکت را در دست گیرد. به نظر می‌رسد که بسیاری از کشورهای اروپایی دعوی مشتق را برای حمایت از سهامداران زیان‌دیده مطرح کرده‌اند. هرچند استفاده از این مقررات متفاوت است و کشورها استفاده کمی از آن‌ها نموده‌اند. برای مثال نمونه‌های اصلاح شده‌ی قانون شرکتهای ایتالیایی در ۱۹۹۸ و ۲۰۰۴ مشوق خوبی برای طرح دعوی مشتق نمی‌باشند.^۱

در کشورهایی همچون ایتالیا ممنوعیت‌های زیادی برای اقامه دعوی مشتق وجود دارد و سهامداران از اقامه دعوی مشتق علیه مدیران به طور مؤثری ناتوان مانده‌اند. به عنوان مثال ماده ۲۳۹۳ قانون مدنی ایتالیا بیانگر سازوکار دعوی مشتق است: مطابق این ماده اقامه دعوی مشتق در صورتی ممکن است که خواهان یا خواهان‌ها جمعاً مالک ۲/۵ درصد سهام پرداخت نشده شرکت ثبت شده و ۲۰ درصد سهام پرداخت نشده شرکت ثبت نشده باشند. همچنین سهامداران می‌توانند از ضمانت اجرایی دیگری نیز جهت تأثیرگذاری بر تصمیمات هیأت مدیره استفاده کنند. ماده ۲۳۷۷ قانون مدنی ایتالیا به سهامداران شرکت اجازه اقامه دعوا علیه تصمیمات مدیران که ناقض قانون و آیین نامه‌های داخلی شرکت است می‌دهد. همچنین ماده ۲۳۹۵ قانون مدنی ایتالیا به سهامداران اجازه می‌دهد که تقاضای جبران خسارت ناشی از مسامحه و غفلت مدیران را بنمایند. سرانجام ماده ۲۴۰۹ قانون

۱- سهامداران می‌توانند در صورت عدم رضایت از اداره امور شرکت از حق خروج از شرکت استفاده نموده و سهام خویش را بفروشند. با وجود اختیارات محدود شده، خروج، اغلب آسان‌ترین و ارزانه‌ترین راه‌حل بوده، البته باید توجه داشت که این حق خروج مستقیماً راه جبران مستقیم ضرر و زیان نیست

۱- سهامداران می‌توانند در صورت عدم رضایت از اداره امور شرکت از حق خروج از شرکت استفاده نموده و سهام خویش را بفروشند. با وجود اختیارات محدود شده، خروج، اغلب آسان‌ترین و ارزانه‌ترین راه‌حل بوده، البته باید توجه داشت که این حق خروج مستقیماً راه جبران مستقیم ضرر و زیان نیست

وظایف هیأت نظارت صورت می‌گیرد در صلاحیت هیأت مدیره است. برخلاف ایالات متحده آمریکا، آلمان به مجمع سهامداران اجازه انتخاب مستقیم هیأت مدیره را نداده است. در عوض هیأت نظارت که توسط سهامداران انتخاب می‌شود بر انتخاب اعضای هیأت مدیره رأی می‌دهد. در نتیجه سهامداران از طریق هیأت مذکور به طور غیرمستقیم بر اعمال مدیران، نظارت دارند. بر این اساس نظام کامن‌لا حمایت بیشتری از سهامدارانش می‌کند؛ چرا که در نظام کامن‌لا شرکتهای تجاری تنها با هیأت مدیره سر و کار دارند و در آن هیأت نظارت نمی‌باشد. سهامداران نیز دارای اختیارات وسیعی در نظارت بر اعمال مدیران می‌باشند.

۶ در حقوق ایران

تأسیس شرکت های سهامی در ایران به قبل از سال ۱۳۰۳ برمی‌گردد. اولین قانون تجارت ایران که در حقوق موضوعه وارد شد مربوط به سال های ۱۳۰۳-۱۳۰۴ هجری شمسی است. پس از آن تغییرات چندی در قانون مذکور صورت گرفت که قانون تجارت ۱۳۱۱ از آن نوع است. در این قوانین نهادی تحت عنوان دعوای مشتق پیش بینی نشده است. با وجود این برخی از نویسندگان متقدم حقوق تجارت به امکان طرح چنین دعوایی از سوی شرکا و سهامداران شرکت بر اساس قانون تجارت ۱۳۱۱ نظر داده‌اند (Ghorbani, 2007, 231). پیشتر نیز متذکر شدیم که دعوای مشتق دعوایی است که باید توسط نمایندگان حقوقی شرکت مطرح شود. ولی نظر به اینکه ممکن است مدیران شرکت، مجمع عمومی را برای بررسی تخلف صورت گرفته تشکیل ندهند و یا برخلاف مقررات تشکیل بدهند ناچار باید به شرکا حق اقامه دعوا از طرف شرکت داده شود. در دعوای مطروحه از طرف سهامداران علیه مدیران، اثبات تقصیر بر عهده کسانی است که اقامه دعوی می‌نمایند و چنانچه خسارات وارده به شرکت اثبات شود با وجود آنکه دعوی از طرف بعضی از صاحبان

سهامی معادل ۱۰۰۰۰۰ یورو تأکید دارد (Zhang, 2011: 188).

در ایتالیا نیز خواهان باید سهامدار اصلی شرکت باشد (۲/۵ درصد سهام در شرکت دولتی و ۲۰ درصد در شرکت خصوصی). در ژاپن چنین الزامی به دارا بودن درصدی از سهام وجود ندارد. لیکن سهامداران باید حداقل سهامشان را ۶ ماه قبل از اقامه دعوا تحصیل نموده باشند. در فرانسه و سوئیس نیز دعوای مشتق اقامه می‌شود اما نه با الزام درصدی از سهام. برخی از کشورهای اروپایی نیاز به حداقل ۵ درصد و حتی تا ۱۰ درصد از کل سهام را شرط ضروری اقامه دعوای مشتق قرار داده‌اند. در کره جنوبی و تایوان پیش شرط لازم برای اقامه دعوا از ۵ درصد به ۱ درصد و ۳ درصد کاهش یافت که به نوبه‌ی خویش در افزایش دعوای نقشی بسزا ایفا می‌کند (Ibid).

می‌توان گفت شرکتهای تجاری که به امر تجارت اشتغال دارند، مشمول دعوای مشتق قرار می‌گیرند. اما آیا اتحادیه‌های تجاری یا سازمان‌های غیر تجاری نیز مشمول این دعوا قرار می‌گیرند؟ دعوای مشتق علیه نهادهای دیگر به جز شرکتهای تجاری بسیار نادر است. آیین دادرسی مدنی اسکاتلند قواعدی را در مورد دعوای مشتق در بخش ۱۹ قاعده ۱۹،۹ بیان می‌دارد. این قاعده دعوای مشتق را در برابر نهادهای ثبت شده که به نوعی شرکت مدنی خوانده می‌شوند یا در برابر سندیکاهای حمایت می‌کند. همچنین می‌توان به قاعده ۲۳،۱ آیین دادرسی مدنی آلباما که بیان می‌دارد یک شرکت غیرتجاری نیز می‌تواند دعوای مشتق اقامه نماید، اشاره نمود (Sheikh, 2008: 1054).

در برخی کشورهای رومی ژرمن مانند فرانسه شرکتهای تجاری با نظام مدیریتی دو بعدی که شامل هیأت مدیره و هیأت نظارت است اداره می‌شوند. این امر سبب ایجاد دودستگی و تضاد منافع در داخل شرکت می‌شود که به نفع سهامداران اقلیت نمی‌باشد. در آلمان تصمیم به طرح دعوا علیه تخلفات مدیران بر عهده هیأت نظارت است و طرح دعوا برای جبران خسارت برای خساراتی که از نقض



تنها به شرکت سهامی اختصاص دارد و سهامداران اقلیت در این شرکت می‌توانند علیه مدیران متخلف از طرف شرکت اقامه دعوا نمایند.

طبق ماده ۲۳۵ لایحه جدید قانون تجارت شرایط اقامه‌ی دعوی مشتق توسعه یافته است. این ماده اشعار می‌دارد: «شخص یا اشخاصی که حداقل یک دهم مجموع سرمایه شرکت به آنها تعلق دارد می‌توانند در صورت تقصیر مدیر یا مدیران به نام شرکت و به هزینه خود علیه اشخاص مذکور اقامه دعوی و جبران خسارات وارد شده به شرکت را از آنها مطالبه کنند. چنانچه از تقصیر اشخاص ثالث نیز زیانی به شرکت برسد همین حکم مجری است. در صورت محکومیت مدیر و مدیران، مدیرعامل، بازرس یا بازرسان و یا اشخاص ثالث به جبران خسارات و پرداخت هزینه دادرسی، حکم به نفع شرکت اجراء و هزینه‌ای که از طرف اقامه کننده دعوی پرداخت شده است، از محل محکوم به به وی مسترد می‌شود. در صورت محکومیت اقامه کننده دعوی هزینه‌ها و خسارات بر عهده او است».

شرایط دعوی مشتق طبق این ماده به شرح ذیل است:

- ۱- این ماده تنها به شرکت سهامی اختصاص ندارد و شامل هر شرکت سرمایه‌ای می‌باشد.^۲
- ۲- دعوی مشتق علاوه بر هیأت مدیره و مدیرعامل علیه بازرس یا بازرسان و یا اشخاص ثالث اقامه می‌شود.

در ماده ۲۷۶ لایحه سال ۱۳۴۷ در خصوص اینکه مدیر یا بازرس شامل مدیر و بازرس پیشین نیز خواهد شد اشاره‌ای نشده است. اما از ظاهر ماده

^۲ در شرکتهای سهامی که جزو شرکتهای سرمایه محسوب می‌شوند، شخصیت شرکا نقش زیادی ندارد و بیشتر، سرمایه و میزان آن مورد توجه می‌باشد. این امر سبب می‌گردد که آزادی نقل و انتقال سهام به عنوان یک اصل، در این شرکتهای پذیرفته شود. بی‌تردید این مسأله موجب ترغیب و تشویق سرمایه‌گذاری در آنها می‌گردد. زیرا صاحب سهم هر زمان که مایل باشد می‌تواند سهام خود را به غیر انتقال داده و از شرکت خارج شود.

سهام طرح شده باشد، مدیران به پرداخت خسارت وارده به شرکت محکوم خواهند شد. براین اساس با تصویب لایحه اصلاحی قسمتی از قانون تجارت در سال ۱۳۴۷ نهاد مورد بحث وارد حقوق موضوعه ایران شد و مواد ۲۷۶ و ۲۷۷ لایحه، احکام و شرایط این دعوا را پیش‌بینی کرد. ماده ۲۷۷ به قاعده مسؤولیت اشاره نموده و این دعوا را دعوی مسؤولیت علیه مدیران خوانده است. چون دعوی مستقیم سهامداران و دعوی اشخاص ثالث علیه مدیران را نیز شامل می‌شود. یکی از نویسندگان حقوق تجارت به دعوی مستقیم و غیرمستقیم اشاره می‌کند و دعوی موضوع ماده ۲۷۶ لایحه را تحت عنوان دعوی غیر مستقیم مورد بحث قرار می‌دهد (Eskini, 1998, 175).

در لایحه سال ۱۳۴۷ مواد ۲۷۶ و ۲۷۷ به دعوی مشتق پرداخته‌اند. ماده ۲۷۶ لایحه مذکور^۱ شرایط اقامه‌ی دعوی مشتق را مورد حکم قرار داده است. با توجه به ماده‌ی یادشده شرایط اقامه دعوی مشتق را به شرح ذیل می‌توان برشمرد:

- ۱- شرکت باید سهامی باشد.
- ۲- دعوا باید علیه اعضای هیأت مدیره و مدیرعامل شرکت اقامه شود.
- ۳- دعوا باید از سوی دارندگان حداقل یک پنجم سهام شرکت اقامه شود (Issaei Tafreshi, 1999, 42).

در حقوق ایران دعوی مشتق، دعوایی است که از طرف سهامدار، به نام و برای شرکت و به دلیل نقض وظایف مدیریتی علیه مدیر اقامه می‌شود. و باتوجه به تاکید ماده ۲۷۶ لایحه اقامه دعوی مشتق

^۱ ماده ۲۷۶ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت: «شخص یا اشخاصی که مجموع سهام آنها حداقل یک پنجم مجموع سهام شرکت باشد می‌توانند در صورت تخلف یا تقصیر رئیس و اعضاء هیأت مدیره و یا مدیرعامل به نام و از طرف شرکت و به هزینه خود علیه رئیس یا تمام یا بعضی از اعضاء هیأت مدیره و مدیرعامل اقامه دعوا نمایند و جبران کلیه خسارات به شرکت را از آنها مطالبه کنند».

اضافه می‌شود در لایحه جدید قانون تجارت به مسؤولیت کیفری مدیران اشاره شده است در حالی که ماده ۲۷۶ لایحه سال ۱۳۴۷ تنها به دعوی مسؤولیت مدنی اشاره می‌کند که خود ابتکار تازه‌ای از جانب قانونگذار بوده تا دامنه مسؤولیت مدیران را افزایش دهد.

در ماده ۲۳۵ لایحه جدید قانون تجارت نیز همچون ماده ۲۷۶ لایحه قانونی ۱۳۴۷ معیار برای طرح دعوی مشتق حاکمیت سرمایه می‌باشد که از یک پنجم به یک دهم سرمایه شرکت تغییر یافته است و این خود می‌تواند شروع دعوی مشتق را ساده‌تر سازد یعنی مصادیق خواهان این دعوا را بیشتر می‌کند.

ماده ۲۷۶ لایحه سال ۱۳۴۷، ضمن تحمیل هزینه دادرسی، دعوی فوق بر مدعی تنها زمانی آن را قابل جبران می‌داند که حکم به نفع سهامدار مدعی و شرکت صادر شود. این امر ضمن افزایش فشار به سهامداران اقلیت سبب می‌شود که طرح دعوا توسط آنان دشوار گردد و انگیزه سهامداران را از طرح دعوا به خاطر تحمل هزینه‌های گزاف دادرسی به خصوص حق الوکاله پایین آورد (Pasban, 2000, 39). در نتیجه به منظور رفع ایراد بالا و فراهم نمودن امکان دعوی مشتق، تهیه کنندگان لایحه آیین-دادرسی تجاری، که در سال ۱۳۹۰ از سوی دولت به مجلس تقدیم گردید و در ۴ ماده به وضع مقررات قانونی برای نهاد دعوی مشتق پرداخته، خواهان دعوی مشتق را از پرداخت هزینه‌های دادرسی معاف ساخته‌اند. مطابق ماده ۹۳ لایحه یاد شده در دعوی مشتق، خواهان از پرداخت هزینه دادرسی معاف است ولی چنانچه حکم به نفع شرکت صادر گردد، هزینه دادرسی از محل محکوم به وصول خواهد شد.

یاد شده می‌توان اینگونه استنباط نمود که دعوی مشتق صرفاً علیه مدیرانی که در زمان اقامه دعوا، متصدی امر مدیریت شرکت می‌باشند قابل طرح است؛ چرا که ظاهر ماده ۲۷۶ لایحه قانونی متذکر این نکته می‌باشد.

همچنین هدف از تأسیس دعوی مشتق در حقوق ایران جلوگیری از تخلف مدیران متصدی سمت است و نه جبران کلیه زیان‌های وارده به شرکت. اما به نظر می‌رسد پیش‌بینی دعوی مشتق علیه مدیران و بازرسان پیشین از طرفی مفید باشد. چرا که ممکن است این اشخاص با تخلف در زمان مدیریت خویش و کناره‌گیری از سمت خود در دوره‌های بعدی و عدم آگاهی سهامداران از این موضوع، از زیر بار مسؤولیت شانه خالی کرده و یا با جبران خسارت اندک موجبات خسارت‌های هنگفت به سهامداران خرد را فراهم آورند. لیکن این شرط باعث خواهد شد که مدیران و بازرسان پیشین همواره در انتظار این باشند که علیه اقدامات آنها دعوی از سوی سهامداران آتی صورت گیرد که در زمان تصدی خویش در پاسخ به تخلفات صورت گرفته موجبات کاهش انگیزه در تصدی مدیریت خواهد بود.^۱

از دیگر نواقص ماده ۲۷۶ لایحه سال ۱۳۴۷ می‌توان به این مهم اشاره نمود که در این ماده امکان اقامه دعوی مشتق از جانب سهامداران شرکت مادر علیه مدیران شرکت فرعی که اصطلاحاً «دعوی مشتق دو جانبه» نامیده می‌شود، پیش‌بینی نشده است (Ghorbani, 2007, 258). تردیدی نیست که تخلف مدیران شرکت فرعی علاوه بر خسارت به سهامداران این شرکت موجبات تضرر صاحبان سهام شرکت مادر را نیز فراهم می‌آورد که مطلوب است چنین مقرره‌ای در لایحه جدید قانون تجارت پیش‌بینی گردد.

ترتیب با انتخاب مدیران جدید، مدیریت مدیران سابق تمام می‌شود.

۱. اصل بر عدم مسؤولیت مدیران سابق است. به بیان دیگر با صراحت ماده ۱۳۶ لایحه قانونی مذکور، مدیریت مدیران سابق تا زمانی است که مدیران جدید انتخاب نشده‌اند و بدین



۷ نتیجه

دعوی مشتق دعوایی است که توسط سهامداران شرکت علیه مدیران متخلف در جهت استیفای حقوق شرکت اقامه می‌گردد. دعوی مشتق محرك اصلي راستي و درستي اجرائي و ظايف مديران است. هدف دعوي مشتق اين است که خسارات وارد آمده نسبت به شرکت توسط مدیران و بازرسان را جبران نماید. دعوي مشتق با نارسايي (نقص) شخصيت حقوقي شرکت و اصل قاعده اکثریت مخالفت کرده و در برابرش ایستادگی می‌نماید.

برای تسهیل اقامه دعوی مشتق و تشویق به اقامه آن باید حداقل ۵ گزینه را در نظر آوریم:

۱- مطلوب است از فهرست الزام‌های دعوی مشتق، دارا بودن حداقل سهام را به عنوان مرحله‌ی آغازین برداشت و الزامات مطلوب دیگر همچون صلاحیت دادگاه را جانشین نمود. هرچند که این مسأله نیز به نوبه خود جای بحث دارد. چراکه برای نیل به این هدف ضرورت دارد که صلاحیت دادگاه‌ها گسترده‌تر شود و اختیارات بیشتری به قضات اعطا گردد. البته اگر به سهامداران اقلیت قدرت و اختیار بیشتری اعطا شود تا بتوانند ارگان‌های تصمیم‌گیرنده را زیر سؤال ببرند. شاید در نگاه اول این راه حل مناسب آید؛ لیکن با بررسی دقیق‌تر می‌توان گفت که قانونگذار نباید یک حق بدون نظارت به سهامداران یا دیگر اشخاص برای شروع دعوی از

طرف شرکت در جهت اجرای حقوق شرکت اعطا کند. خطرات مورد شناسایی چنین شیوه‌ای عبارتند از:

الف - تهدید مسؤولیت برای نقض وظیفه‌ی مراقبت که ممکن است انگیزه مدیران را در خطر کردن در تجارت به علت خسارات وارده به سهامداران و به اقتصاد در کل کاهش دهد.

ب - انگیزه‌ی سوءاستفاده از این حق را افزایش خواهد داد.

۲- سهامداران باید به اطلاعات شرکت برای طرح دعوا دسترسی کافی داشته باشند و در این شرایط انتخاب بازرس ویژه از طرف سهامداران اقلیت از راهکارهای مفید می‌باشد.

۳- برای اینکه سهامداران، امکان اقامه‌ی دعوا علیه خطاکاران احتمالی را داشته باشند روش اجرایی‌ای لازم است که علاوه بر مدیران، سهامداران کنترل‌کننده را نیز در بر گیرد.

۴- لازم است خطر طرح دعوا دقیقاً تعیین گردد تا سهامداران اقلیت از کنار آن بی‌تفاوت نگذرنند.

۵- متحدالشکل کردن مقررات و معیارهای تعیین نوع دعوا در دادگاه‌ها نیز امری ضروری می‌باشد. چرا که در برخی پرونده‌ها مشاهده شده است که دادگاهی دعوی مطرح شده را مشتق اعلام نموده و لیکن دادگاه بالاتر آن را دعوایی مستقیم و شخصی خوانده است؛ که این خود بر پیچیدگی امر می‌افزاید.



فهرست منابع

- Berle, A., Means, Gardiner. (1933). *The Modern Corporation and Private Property*, New York, Harcourt Braced & world.
- Boyle, A. J. (2004). *Minority Shareholders Remedies*, London: Cambridge University Press.
- Bradley, Sarah. (2012). *Nova Scotia Companies Act & Commentary*, Markham, Ontario: Lexisnemis Canada.
- Eskini, R. (1998). *Commercial Law*, Vol. 2, Samt Pub.
- Gelter, Martin. (2012). Why do Shareholder Derivative Suits Remain Rare in Continental Europe? (February 7, 2012). *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 37, no. 3, 2012, Fordham Law Legal Studies Research Paper No. 2000814, ECGI - Law Working Paper No. 190/2012, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2000814> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2000814>
- Ghorbani, M. (2007). *Derivative Lawsuit: A Comparative Study of American, British, and Iranian Law*, Law and Politics Research, 9 (22).
- Griggs, Lynden. (2002). *A Statutory Derivative Action: Lessons That May Be Learnt From its Past*, University of Western Sydney Law, 6 (1).
- Hollington Q.C, Robin. (2004). *Hollington on Shareholders' Rights*, Fourth Edition, Sweet and Maxwell.
- Igor Sergiiovych, Iushchenko. (2012). *Protecting Minority Shareholders in Civil and Common Law Systems: Canadian, Ukrainian and German Examples*, LLM Thesis, Schulich School of Law, Dalhousie University.
- Issaei Tafreshi, M. (1999). *Analytical Study on Company Law*, Vol. 1, Tarbiat Modares Pub.
- Issaei Tafreshi, M., Amirtaymoori, S., Nasiri, M., Shahabzinia, M. (2015). *The Concept of Derivative Action and Its Exceptional Feature (A Comparative Study in English, American, French and Iranian Law)*. *Comparative Law Researches*, 18 (4) :97-123
- Iushchenko, Igor. (2012). *Protecting Minority Shareholders in Civil and Common Law Systems: Canadian, Ukrainian and German Examples* (August 25, 2012). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2271323> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2271323>
- Keay, A., Loughrey, J. (2008). *Something old, something new, something borrowed: an analysis of the new derivative action under the Companies Act 2006*, LQR 469.
- Kershaw, David. (2013). *The Rule in Foss v Harbottle is Dead; Long Live the Rule in Foss v Harbottle*



- (January 30, 2013). LSE Legal Studies Working Paper No. 5/2013, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2209061> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2209061>
- Lightman, D. (2011). Two Aspects of the statutory derivative claim, Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly, 142.
- Mollett, Scott H. (2009). Derivative Lawsuits Outside of Their Cultural Context: The Divergent Examples of Italy and Japan (April 19, 2009). University of San Francisco Law Review, Vol. 43, No. 3, 2009, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1636496>
- Nance, Frawley. (2007). The cost of bringing a statutory derivative action in Australia – is it time to reconsider the terms of section 242 of the Corporations Act 2001? Corporate Law Teachers Conference (Deakin University, Melbourne) 4-6 February 2007.
- Pasban, M.R. (2000). Responsibility of Directors in Corporate Failures in International Law, Public Law Research, 2(3), 39-65.
- Paseban, M., Jahanian, M. (2013). Derivative Litigation and Its Procedure: A Comparative Study of Iranian and British Law, Private Law Research, 2(4), 85-108.
- Reisberg, Arad. (2008). Multiple Derivative Actions (September 26, 2008). Law Quarterly Review, Vol. 125, p. 209, 2009, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1274271>
- Reisberg, Arad. (2009). Derivative Claims Under the Companies Act 2006: Much Ado about Nothing? Rationality In Company Law: Essays In Honour Of Dd Prentice, J. Armour, J. Payne, eds., Hart Publishing, 2009, University College London Law Research Paper No. 09-02, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1092629>
- Sheikh, Saleem. (2008). A Guide to the Companies Act 2006, London: Routledge-Cavendish.
- Vinnik, O. (2000). On the Question about the Improvement of the Business Associations in Ukraine, 9 Pravo Ukraini.
- Welling, Bruce. (1991). Corporate Law in Canada - the Governing Principles, 2nd ed, Scribblers Publishing.
- West, Mark D. (2000). Why Shareholders Sue: The Evidence from Japan (November 2000). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=251012> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.251012>
- Zhang, Zhong. (2011). The Shareholder Derivative Action and Good Corporate Governance in China: Why the Excitement is Actually for Nothing, Pacific Basin Law Journal, 28.

Research Paper

Prosecution and Proof of Money-Laundering in the Light of Iran's Legislative-Judicial Criminal Policy and FATF Standards

Amir jamali hajiani¹ , Esmail Abdollahi^{*2} , Ahmad Mirzaei³ 

¹ PhD Candidate, Department of Law, Bushehr Branch, Islamic Azad University, Bushehr, Iran.

² Assistant Professor, Department of Law, Bushehr Branch, Islamic Azad University, Bushehr, Iran.
e.abdollahi@iaubushehr.ac.ir

³ Assistant Professor, Department of Law, Bushehr Branch, Islamic Azad University, Bushehr, Iran.



10.22080/lps.2021.22541.1275

Received:

October 28, 2021

Accepted:

December 7, 2021

Available online:

February 15, 2022

Keywords:

Money Laundering, Criminal Policy, Principle of Innocence, Predicate Offence, FATF,

Abstract

In recent years, money-laundering offence has seen a surge in interest from the international community and the national legal systems as an important conduit for financing terrorism. Against this backdrop, FATF has formulated minimum standards and urged the states to comply with them, hoping to prevent and combat money-laundering while at the same time encouraging the countries to criminalize it in their domestic laws. Money-laundering takes place in a diverse variety of ways, and has many particularities. This has deeply troubled judicial authorities engaged in prosecution and proof of the offence. In 2018, the FATF set up an educational workshop to instruct judicial authorities from different countries on the imperative standards in judicial prosecution and proof of money-laundering. It also provided points on the issue of Mens rea and the modification of the principle of innocence and emphasized that proving money-laundering does not depend on proving the primary offence. In addition to explicating the standards mentioned above, this article aims to explore Iran's legislative-judicial approach to criminal policy by the use of the descriptive-analytical method. It seeks to elucidate the extent to which current practices are in line with these standards, and also shed light on the existing drawbacks and lacunae. To achieve this goal, the principles and the framework of Iran's criminal policy in Anti-Money Laundering Law adopted in 2008 (amended in 2018) and its executive guidelines, as well as consultative views of the legal department of the judiciary and a number of judgments of the courts of justice are discussed. The article then concludes that Iran's legislative-judicial criminal policy has adhered to the FATF's standards in some regards, while defying these standards in other

***Corresponding Author:** Esmail Abdollahi

Address: Assistant Professor, Department of Law, Bushehr Branch, Islamic Azad University, Bushehr, Iran

Email: e.abdollahi@iaubushehr.ac.ir



Acquisition of Illegitimate Property

cases, thereby creating drawbacks and lacunae, notably in judicial prosecution of money-laundering.

Extended Abstract

1. Introduction

The special features of money laundering and the diversity of methods for perpetration of this crime have caused the improvement of the traditional principles of money laundering investigation and demonstration. Therefore, FATF held workshop for judges and prosecutors in more than 150 countries in an effort to solidify countries' legal rules and help them to demonstrate money laundering. In the FATF workshop, guidelines were offered on how to prove the Mens Rea of the money-laundering offence. Modification of the presumption of innocence in investigating the money-laundering cases was also discussed. Moreover, the independence of proving money-laundering from proving the primary offence, as well as the necessity of criminalization of money-laundering by the perpetrator of the primary offence were emphasized.

2. Methods

In this article, Iran's legislative-judicial criminal policy has been investigated regarding money laundering investigation and demonstration, and compared to the standards upheld by FATF. By studying the Anti-Money Laundering Amendment Act in Iran and the existing judicial procedure in the courts, Iran's legislative-criminal and judicial policy were investigated, and the legal gaps and judiciary problems were discovered according to the worlds' standards upheld by the FATF in the realm of money laundering investigation and demonstration. In the following, certain solutions are proposed to address the

existing gaps and the problems with the judiciary in carrying out money laundering investigation and demonstration by using other countries' legal capacities and experiences.

3. Results

In Iran's legislative criminal policy, the use of "objective facts" as a solution proposed by the FATF in proving the Mens Rea is, contrary to the wilful blindness approach, consistent with the fundamentals of Iran's Criminal Law. Furthermore, even though the Iranian legislator does not explicitly mention the modification of presumption of innocence, in accordance with the provisions of the three notes of Article 2 of the amendment to Anti-Money Laundering Law, and the responsibility of the accused to prove the legitimacy of transactions or acquisition of property through lawful means, the legislator's differential view of money-laundering can be observed. Furthermore, legislator's account of "suspicious transactions and operations", examples in Paragraph "CH" of Article 1 and Paragraph "P", the Note of Article 7 of the Anti-Money Laundering Act, and the emphasis on the need "to report suspicious transactions and operations" are other reasons to amend innocence principle in the eyes of the Iranian legislator.

As for the status of the offense of origin (major) in the demonstration of money laundering, according to Note 3 of Article 10 of the Anti-Money Laundering Amendment Act and judicial procedure, perpetration of money laundering by the offender of the original offense (self-laundering) has been independently criminalized in line with the world's

standards, a subject matter of multiple offense instances. However, “issuing money laundering order is contingent upon the demonstration of the offense of origin” in Iran’s jurisprudence, and this note is in conflict with the philosophy of money laundering criminalization and the FATF standards. The judicial procedure has given rise to certain problems and ambiguities. The problems can be observed when dealing with money laundering, revenues and property acquired by crimes committed outside the country and out of the realm of the Iranian law or the crimes of origin with unknown type or place. This has become a conundrum in forgivable crimes of origin and other crimes in which the investigation of a crime of origin may be suspended from prosecution.

The offense of illegitimate property acquisition mentioned in Note 3 of Article 2 of the Anti-Money Laundering Amendment Act revolves around suspicious property with unknown origin. Although the prosecutor has no knowledge about the acquisition of property in an illegitimate manner, there is mere conjecture as to the knowledge on the acquisition of the said property in an illegitimate fashion. The offense referred to in Note 3 of Article 2 of the said Anti-Money Laundering Amendment Act is highly prospective and can cover the gaps in the investigation and demonstration of money laundering.

4. Conclusion

Proving the Mens Rea of money-laundering through “objective facts,” which is known in Iran as a “presumption,” is consistent with Iran’s Criminal Law. In Iran’s Anti-Money Laundering Act, the principle of innocence has been amended

in accordance with the FATF standards, and the Iranian legislature has reversed the burden of evidence. According to Note 3 of Article 10 of the Anti-Money Laundering Amendment Act, if the perpetration of money laundering offense is independently criminalized by the perpetrator of the offense of origin (self-laundering), it is in accordance with the FATF standards. The note stating that “issuing money laundering order is contingent upon the demonstration of the offense of origin” is upheld in Iran’s jurisprudence. This view has caused some problems for judges in prosecuting and demonstrating money laundering offense. Therefore, it is suggested that ambiguities and existing gaps be addressed by modelling the Dutch six-step approach approved by the FATF and using the existing capacities of three notes of Article 2 of the Anti-Money Laundering Amendment Act, particularly Note 3. The acquisition of illegitimate property offense referred to in Note 3 of Article 2 of the Anti-Money Laundering Amendment Act is a special offense independent from money laundering, which requires us to avoid using an extensive interpretation as we shall stick to the interpretation of the limit of money laundering offense. This note in Iran’s law has provided an opportunity to cover legal gaps in line with the FATF standards to demonstrate money laundering.

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

رسیدگی به پولشویی و اثبات آن در پرتو سیاست جنایی تقنینی- قضایی ایران و استانداردهای FATF

امیر جمالی حاجیانی^۱ ID، اسماعیل عبدالمهی^۲ ID*، احمد میرزایی^۳ ID

^۱ دانشجوی دکتری، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد بوشهر، دانشگاه آزاد اسلامی، بوشهر، ایران.
^۲ استادیار، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد بوشهر، دانشگاه آزاد اسلامی، بوشهر، ایران. e.abdollahi@iaubushehr.ac.ir
^۳ استادیار، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد بوشهر، دانشگاه آزاد اسلامی، بوشهر، ایران.

10.22080/lps.2021.22541.1275

چکیده

در سال‌های اخیر بزه پولشویی به عنوان یکی از منابع مهم تأمین مالی تروریسم در کانون توجه جامعه جهانی و نظام‌های حقوقی ملی قرار گرفته است. در این راستا، FATF به منظور پیشگیری و مبارزه با پولشویی ضمن تشویق کشورها به جرم‌انگاری آن در حقوق داخلی، استانداردهای حداقلی را تنظیم و تبعیت از آنها را به دولت‌ها توصیه کرده است. ویژگی‌های خاص پولشویی و تنوع روش‌های ارتکاب آن، مقامات قضایی کشورها را در رسیدگی به این جرم و اثبات آن با مشکلات عدیده‌ای روبه‌رو کرده است. FATF در سال ۲۰۱۸ با برگزاری کارگاهی آموزشی برای مقامات قضایی کشورها به تشریح استانداردهای لازم در رسیدگی قضایی و اثبات آن پرداخت و ضمن ارائه توصیه‌هایی در زمینه عنصر روانی و تعدیل اصل برائت، بر عدم وابستگی اثبات پولشویی بر اثبات جرم منشاء تأکید کرد. نوشتار حاضر بر آن است با بهره‌گیری از روش توصیفی-تحلیلی، ضمن تبیین استانداردهای مذکور رویکرد سیاست جنایی تقنینی-قضایی ایران را بررسی کند تا میزان همسویی با این استانداردها مشخص و مشکلات یا خلاءهای احتمالی روشن شود. در این راستا، پس از بررسی موازین و چارچوب سیاست جنایی ایران که عمدتاً در قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۸۶ (اصلاحی ۱۳۹۷) و آیین‌نامه اجرایی آن، نظریات مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه و پاره‌ای از آرای محاکم دادگستری متبلور است، مشخص می‌شود که سیاست جنایی تقنینی-قضایی ایران در بخشی از این قواعد، مطابق با استانداردهای FATF رفتار کرده است و در مواردی نیز به علت عدم مطابقت، مشکلات و خلاءهایی به ویژه در امر رسیدگی قضایی به پولشویی وجود دارد.

تاریخ دریافت:

۱۴۰۰ آبان

تاریخ پذیرش:

۱۴۰۰ آذر

تاریخ انتشار:

۱۴۰۰ بهمن

کلیدواژه‌ها:

پولشویی، سیاست جنایی، اصل برائت، جرم منشاء، FATF، تحصیل مال نامشروع.

* نویسنده مسئول: اسماعیل عبدالمهی

آدرس: استادیار، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد بوشهر، دانشگاه آزاد اسلامی، بوشهر، ایران

ایمیل: e.abdollahi@iaubushehr.ac.ir



۱ مقدمه

مستلزم سنجش آن مقرر در سیاست جنایی قضایی است، لاجرم بزه پولشویی را می‌بایست در پرتو مطالعات سیاست جنایی قضایی مطالعه کرد. سیاست جنایی قضایی به عنوان برون‌آمد قانون از دستگاه قضایی (رمضانی و علیزاده، ۱۳۹۲: ۱۳۳) در معنای مضیق آن، شامل سیاست جنایی می‌باشد که در تصمیم‌ها و رویه‌های محاکم دادگستری منعکس است. (لازرژ، ۱۳۹۰: ۱۳۴)

پولشویی در حقوق کیفری ایران پس از کش و قوس بسیار، نهایتاً در سال ۱۳۸۶ با تصویب قانون مبارزه با پولشویی و اصلاح آن در انتهای سال ۱۳۹۷ جرم‌انگاری شد. ضرورت و اهمیت تحقیق در آن است که نوین بودن جرم‌انگاری پولشویی در حقوق کیفری ایران و حتی جامعه جهانی، در کنار حساسیت‌های روزافزون بین‌المللی به ویژه از ناحیه-ی گروه ویژه اقدام مالی (FATF)،^۶ نظام حقوقی ایران را با چالش‌ها و پرسش‌هایی در این زمینه روبه رو کرده است. از سویی سیاست جنایی تقنینی و قضایی کشور به مانند بسیاری از کشورها از غنای کافی، آن گونه که در جرایم کلاسیک مشاهده می‌شود، برخوردار نیست و از دیگر سو، تمرکز عمده محاکم بر جرایم منشاء پولشویی موجب شده است تا در رسیدگی به این جرم و اثبات آن از تجربه‌ی کافی برخوردار نباشند. این امر نقشی مهم در گریز

بزهکاران به منظور جلوگیری از کشف جرایم و استفاده بعدی از عواید مجرمانه، طی فرآیندی که در اصطلاح پولشویی^۱ نامیده می‌شود، با گذر از مراحل مختلف،^۲ به عواید مجرمانه ظاهری قانونی می‌دهند و آنها را به نظام مالی رسمی وارد می‌کنند. از آنجا که انگیزه‌های اقتصادی و کسب منافع مالی از مهم‌ترین دلایل فعالیت مجرمانه و بقاء گروه‌های سازمان‌یافته^۳ است (Kleemans, 2012: 629)، مبارزه با پولشویی، انگیزه‌ی مجرمان را که با تحلیل‌های هزینه-فایده و کسب سود در قبال کم‌ترین هزینه‌ها، مرتکب جرم می‌شوند، کاهش می‌دهد و به میزان چشمگیری در پیشگیری از سایر جرائم (جرایم منشاء^۴ و پسینی)^۵ مؤثر است.

سیاست جنایی به عنوان شاخه‌ای از علوم جنایی، مجموعه روش‌ها و آیین‌هایی است که هیأت اجتماع با استفاده از آنها پاسخ‌های مختلف به پدیده‌ی مجرمانه را سازمان می‌بخشد. (لازرژ، ۱۳۹۰: ۱۶) قوه مقننه با جرم‌انگاری مطابق با ارزش‌های اساسی اجتماع و تعیین پاسخ‌های مناسب، نخستین گام را در شکل‌گیری سیاست جنایی مطلوب برمی‌دارد. از آنجا که ارزیابی مبارزه با یک پدیده‌ی مجرمانه صرفاً در بعد تقنینی اثربخش نیست و

۴. جرم منشاء (Predicate Offences) جرمی است که عواید حاصل از آن مورد پولشویی واقع می‌شود.

۵. جرمی که پس از پولشویی و با عواید تطهیر شده ارتکاب می‌یابد، مانند جرایم تروریستی.

۶. گروه ویژه اقدام مالی (Financial Action Task Force)

نهادی قانون‌گذار که استانداردهای بین‌المللی مبارزه با پولشویی و تأمین مالی تروریسم را تدوین کرده است تا به کشورها در شناسایی، توقیف و مجازات سوءاستفاده از سیستم مالی بین‌المللی کمک کند. این گروه وظیفه بررسی کشورها در اجرای صحیح استانداردها و شناسایی کشورهایی که مقررات ضعیفی برای مقابله با پولشویی و تأمین مالی تروریسم دارند را نیز به عهده دارد. جهت مطالعه بیشتر ر.ک: فیضی چکاب، غلام‌نبی و آهانگری، سوده (۱۳۹۸)، گروه ویژه اقدام مالی FATF (ساختار، اهداف و پیامدهای حقوقی و اقتصادی آن در ایران)، چاپ اول، تهران: شرکت چاپ و نشر بازرگانی.

۱. پولشویی (Money Laundering) فرآیندی است که طی آن عواید حاصل از فعالیت مجرمانه مخفی شده تا منشاء غیرقانونی خود را پنهان نماید. مجرمان بنا به دو دلیل اقدام به پولشویی می‌کنند، نخست رد پول نشان دهنده جرم آنهاست و دوم عواید مجرمانه در معرض توقیف قرار دارد. از این رو، باید از آن محافظت شود. (Bjerregaard and Kirchmaier, 2019: 6)

۲. مراحل سه‌گانه پولشویی عبارتند از: جایگذاری (Placement)، استتار یا لایه‌چینی (Layering) و ادغام (Integration). (Zul Kepli et al., 2016: 33) (FATF, 2018: 18) g

۳. گروه سازمان‌یافته مطابق عهدنامه‌ی پالرمو، گروهی متشکل از سه نفر یا بیشتر است که در یک دوره‌ی زمانی مشخص به طور هماهنگ با هدف ارتکاب جرم به منظور تحصیل منافع مالی یا سایر منافع مادی فعالیت می‌کنند. (UNODC, 2004: 5)

(5)

مذکور انطباق دارد یا خیر. بخش دوم به میزان وابستگی اثبات بزه پولشویی به اثبات جرم منشاء در رسیدگی‌های قضایی می‌پردازد تا مشخص شود رویه‌ی قضایی ایران در این زمینه چگونه عمل نموده و با چه مشکلات و ابهامات احتمالی مواجه است. در بخش سوم نیز با مقایسه و تفکیک «تحصیل مال از طریق نامشروع» موضوع تبصره ۳ ماده ۲ قانون مبارزه با پولشویی اصلاحی ۹۷ از «تحصیل مال نامشروع» موضوع ماده ۲ قانون تشدید مجازات مرتکبان ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری، شرایط کاربرد و ظرفیت‌های تبصره‌ی مذکور در رسیدگی‌های قضایی به پولشویی و اثبات آن مورد بحث قرار می‌گیرد.

۲ تدابیر FATF در اثبات پولشویی

تعقیب موفقیت‌آمیز یک جرم و اثبات آن مستلزم احراز عناصر سه‌گانه جرم اعم از قانونی، مادی و روانی است. در این بین، اثبات عنصر روانی یا قصد مجرمانه به علت ماهیت باطنی و ذهنی آن با دشواری‌هایی روبروست. از این رو، مقام قضایی باید فراتر از شک و تردید، به صورت معقول و منطقی اثبات کند که متهم قصد لازم برای ارتکاب جرم را داشته است. از دیگر سو، حاکمیت اصل برائت بر عناصر سه‌گانه جرم و حمایت این اصل از متهم، بر دشواری تکلیف مقام قضایی در اثبات جرم می‌افزاید.

FATF در کارگاه آموزشی، توصیه‌هایی جهت فائق آمدن بر مشکلات موجود در زمینه‌ی اثبات عنصر روانی و حاکمیت اصل برائت ارائه کرد که در ادامه ضمن بررسی آنها، موضع سیاست جنایی تقنینی-قضایی ایران در این زمینه ارزیابی می‌شود.

۲٫۱ اثبات عنصر روانی جرم

به موازات تطورات تاریخی و تحول در مفهوم جرم و جنایت، امروزه عنصر روانی در انتساب جرم به مجرم و اعمال مجازات بر وی، نقشی مهم به خود گرفته

متهمان از محکومیت و به تبع آن افزایش حساسیت‌های بین‌المللی داشته است. اهمیت موضوع زمانی بیش از پیش رخ می‌نماید که FATF با قرار دادن ایران در فهرست کشورهای غیرهمکار و پرخطر، اقدامات مقابله‌ای علیه کشور را فعال کرده است که این امر به همراه افزایش فشارهای بین‌المللی ناشی از تحریم‌ها، ایران را با چالش‌های اقتصادی جدی روبه رو ساخته است.

با بررسی پیشینه‌ی تحقیق می‌توان گفت عمده پژوهش‌های انجام شده در حوزه‌ی پولشویی به بررسی کلیات، زمینه‌های رشد و گسترش پولشویی و همچنین آثار و پیامدهای آن در ایران و جهان پرداخته‌اند. از این رو، تمرکز آثار تألیفی روی پیشگیری وضعی و اقدامات پیش از وقوع پولشویی است که هدف از آنها مبارزه با این جرم از طریق اقدامات پیشگیرانه وضعی در دستگاه‌ها و مشمولین مقررات ضد پولشویی می‌باشد. این رویه در آثار تألیفی و اصول راهنماهای صادرشده توسط FATF نیز مشهود است. از این رو، کمتر اثری تحقیقی را می‌توان یافت که به طور خاص به مسأله رسیدگی قضایی به پولشویی و اثبات این جرم پرداخته باشد و مطالب موجود در این زمینه به صورت پراکنده و کلی در خلال سایر مباحث مورد اشاره قرار گرفته‌اند.

این مقاله بر آن است تا با رویکردی توصیفی-تحلیلی به مطالعه‌ی تطبیقی سیاست جنایی تقنینی-قضایی ایران و استانداردهای FATF در زمینه‌ی رسیدگی قضایی به پولشویی و اثبات آن بپردازد و با دیدی کاربردی به این سوال پاسخ دهد که سیاست جنایی ایران در این زمینه تا چه میزان با استانداردهای FATF منطبق و همراه بوده و در این مسیر با چه اشکالات و ابهاماتی مواجه است و راهکارهای غلبه بر این ایرادات چیست.

بر این مبنا در نوشتار حاضر در بخش نخست با تأکید بر استاندارد مورد نظر FATF، موضع قانونی و قضایی کشور در زمینه اثبات عنصر روانی و بار اثبات بزه پولشویی مورد واکاوی قرار می‌گیرد تا مشخص شود سیاست جنایی ایران با استانداردهای



38 از این رو، این سوال طرح می‌شود که منظور از «شرایط عینی» چیست؟

به طور کلی ادله‌ی اثبات کیفری بر دو قسم هستند.^۳ «دلایل مستقیم» که قطعی و مبتنی بر آگاهی شخصی یا مشاهده‌اند و هیچ استنباط یا فرضی برای آنها لازم نیست، و «دلایل غیرمستقیم» که برای اثبات و استنتاج واقعیت، به استدلال و احتمال نیاز دارند و به تشخیص قاضی وابسته‌اند. تنها دلیل مستقیم در اثبات عنصر روانی، اقرار متهم است که در صورت خودداری وی از بیان واقعیت، مهم‌ترین دلیل دیگری که می‌تواند در اثبات قصد مجرمانه کارگر افتد، علم حاصل از امارات و قراین موجود برای مقام قضایی است (اکرمی، ۱۳۹۹: ۱۱۱) که به عنوان دلیلی غیرمستقیم، در نظام حقوقی ایران از آن به «علم قاضی» تعبیر می‌شود.

بزه پولشویی به علت پیچیدگی آن در اغلب موارد از طریق مستندات غیرمستقیم و با استفاده از یک استدلال منطقی-استقرایی^۴ به پشتوانه‌ی قواعد استنتاجی که امکان نتیجه‌گیری از مقدمات خاص و داده‌های خارجی موجود را فراهم آورد، اثبات می‌شود. (UNODC et. al, 2016-2020: 23) از این رو، در تحقیقات پولشویی تمرکز روی مستندات و شواهد غیرمستقیم در دسترس می‌باشد. این مستندات هرچه به مرحله‌ی نخست پولشویی (استقرار) نزدیک‌تر باشند، امکان کشف و اثبات جرم آسان‌تر و هرچه عواید مجرمانه در مراحل بعدی پولشویی (لایه‌بندی و ادغام) پیشرفت بیشتری داشته باشند، اثبات آن دشوارتر است.

«شرایط عینی» همان قراین و اوضاع و احوال خارجی است که دال بر وجود قصد و آگاهی در فرد می‌باشد. در مقررات ضد پولشویی می‌توان آنچه را

است؛ به گونه‌ای که با تردید در قصد و اراده‌ی متهم، دادرسی دگرگون می‌شود و اثبات جرم علیه متهم و مجازات وی را تحت‌الشعاع قرار می‌دهد و چه بسا از مجازات معاف شود.

ماده ۲ قانون اصلاحی مبارزه با پولشویی به عنوان عنصر قانونی این جرم که در مقام بیان افعال مادی جرم پولشویی است، به علم مرتکب پولشویی به منشاء مجرمانه اموال اشاره کرده است. از این رو، آگاهی روشن و دقیق از منشاء غیرقانونی اموال یا عواید مجرمانه توسط شخص متهم به پولشویی، پیش‌فرض ضروری برای اثبات جرم توسط مقام قضایی است. البته در این زمینه نیاز به اثبات آگاهی کامل وی از جزئیات جرم منشاء از قبیل؛ محل، زمان و نحوه‌ی ارتکاب، مرتکبان، نوع جرم و غیره نیست و صرف اثبات اطلاع متهم از منشاء مجرمانه اموال و عواید، برای محکومیت وی به پولشویی کفایت می‌کند. از آنجا که مقام قضایی در اثبات قصد مجرمانه در موارد غیر از اقرار متهم با دشواری‌هایی روبه‌روست، در ادامه دو راهکار FATF به منظور رفع این مشکل بررسی و موضع سیاست جنایی ایران در این زمینه ارزیابی می‌شود.

۲٫۱٫۱ احراز قصد مجرمانه از طریق «واقعیات عینی»^۱

معاهدات مورد تأکید FATF، به منظور کمک به مقام قضایی در جهت اثبات قصد مجرمانه و به تبع آن اثبات پولشویی، گویای آنند که آگاهی، قصد و یا نیت مرتکب از «اوضاع و احوال واقعی و عینی»، قابل کشف و احراز می‌باشد.^۲ FATF نیز در تفسیر توصیه‌ی شماره‌ی ۳ صراحتاً اعلام می‌دارد: «قصد و آگاهی لازم برای اثبات پولشویی را می‌توان از شرایط واقعی عینی استنباط نمود». (FATF, 2012-2021)

^۴ استدلال استقرایی (Inductive reasoning) از اصطلاحات منطقی به معنای استدلال از طریق بررسی امور جزئی به منظور دستیابی به نتیجه کلی.

^۱ objective factual

^۲ بند ۳ ماده ۳ کنوانسیون وین، بند ۲ ماده ۵ کنوانسیون پارمو و ماده ۲۸ کنوانسیون مریدا.

^۳ مطابق با ماده ۱۶۰ قانون مجازات اسلامی ادله اثبات جرم عبارتند از: اقرار، شهادت، قسامه، سوگند در موارد مقرر قانونی و علم قاضی.

می‌توان به کارشناسی و حسابرسی، بررسی معاملات متهم و کشف فقدان منطق تجاری در آنها، اظهارات کذب و متناقض متهم و رهگیری حساب‌ها و ارتباطات وی اشاره کرد.

در نظام قضایی ایران، «امارات» منبعی مهم برای «علم قاضی» به منظور کشف و اثبات جرایم می‌باشند که پولشویی نیز از این موضوع مستثنی نیست. برای مثال، در دادنامه‌های شماره ۹۹۰۹۹۷۸۰۷۳۰۰۰۴۷ و ۹۸۰۹۹۷۷۸۰۷۱۰۰۰۵۵ صادرشده از شعب اول و سوم دادگاه ویژه رسیدگی به جرایم اقتصادی، موارد متعددی از این امارات مورد اشاره قرار گرفته است، از جمله ثبت شرکت‌های کاغذی^۴ و ثبت سفارش صوری کالا، انجام معاملات خارج از شبکه‌ی سنای بانک مرکزی و شبکه‌ی صرافی مجاز، افتتاح حساب‌های متعدد با حجم گردش مالی بالا (بالغ بر ۱۸ هزار میلیارد ریال) در طی دوره‌ی پنج ساله که بیش از سطح فعالیت مورد انتظار مشتری بوده است (متهم خود را کارمند معرفی کرده بود)، استفاده از حساب‌های اشخاص دیگر، اقدام به خرد کردن مبالغ واریزی^۵ و غیره.^۶

۲،۱،۲ احراز قصد با اثبات «جهل عمدی»^۷

در کارگاه FATF توانایی مقام تعقیب در اثبات «جهل عمدی» به معنای اینکه «متهم به پولشویی باید می‌دانست که وجوه یا دارایی به صورت مجرمانه به دست آمده» نیز برای اثبات قصد

که با عنوان «معاملات و عملیات مشکوک» شناخته می‌شوند، در زمره‌ی این قراین به حساب آورد. قراین مذکور قابل احصاء نیستند و بسته به نوع، شرایط و نحوه‌ی پولشویی متفاوتند و هر اوضاع و احوال مشکوک متعارفی که نسبت به اثبات قصد مجرمانه به صورت معقول و منطقی قادر باشد، را می‌تواند شامل شود. در قانون مبارزه با پولشویی و همچنین اسناد FATF، به صورت پراکنده به برخی از قراین مذکور اشاره شده که از این قبیل است: تغییر در کمیت کالا، دستکاری قیمت و توصیف غیرواقعی کالا در پولشویی مبتنی بر تجارت (TBML)^۱ (FATF, 2020: 26) (FATF, 2006: 4-7)، استفاده از اسناد و مدارک هویتی جعلی و سعی در پنهان نمودن هویت، (FATF, 2009: 45) استفاده از حساب بانکی دیگران،^۲ (FATF, 2010: 23) معاملات و عملیات مالی صوری، ظاهری یا بیش از سطح فعالیت مورد انتظار و غیره.

این مستندات غیرمستقیم یا به تعبیر FATF «واقعیات عینی»، در نظام حقوقی ایران با عنوان «اماره»^۳ شناخته می‌شوند و در صورت نبود دلیل مستقیم (اقرار)، در اثبات قصد مجرمانه به مقام قضایی کمک می‌کنند. امارات باید به گونه‌ای باشند که دلالت بر قصد نمایند و موجب علم قاضی به قصد متهم و اثبات ارتکاب جرم توسط وی شوند. طرق کشف امارات نیز متنوع می‌باشد که از جمله

1. Trade-Based Money Laundering.

2. Money Mule.

3. Presumption.

۴. شرکت‌های کاغذی (Shell Company) یا پوسته‌ای با ظاهری قانونی به منظور پنهان نمودن هویت صاحبان واقعی شرکت تأسیس می‌شوند. این شرکت‌ها معمولاً فقط روی کاغذ هستند و هیچ کارمند یا دفتری ندارند. (FATF, 2010: 34)

۵. اسمارفینگ (Smurfing) نوعی تکنیک پولشویی شامل خرد کردن تراکنش‌های کلان به تراکنش‌های کوچکتر و پایین‌تر از حد نصاب گزارش‌دهی به منظور جلوگیری از کشف پولشویی است که اغلب از طریق حساب‌های متعدد صورت می‌پذیرد.

۶. آراء قابل دسترس در پایگاه مجتمع تخصصی رسیدگی به جرایم اقتصادی تهران به آدرس <https://eghtesadi.eadl.ir> می‌باشند.

۷. جهل عمدی (willful blindness)، درجه‌ای پایین‌تر از علم و اطلاع در احراز عنصر روانی می‌باشد، در قانون مجازات نمونه آمریکا (MPC) به تعریف علم و اطلاع افزوده و آن را گسترش داده است. توجیه استفاده از جهل عمدی به عنوان یکی از مصادیق علم و اطلاع در ایالات متحده، تهدید فزاینده سوء مصرف مواد مخدر بود. به منظور محکومیت قاچاقچیان مواد مخدر، نیاز به اثبات علم واقعی آنها به حمل مواد مخدر بود که با این شرط غالباً امکان اثبات جرم و محکومیت آنها وجود نداشت و بسیاری از متهمان با ادعای اینکه نمی‌دانستند که کالای قاچاق در اختیار دارند از مجازات می‌گریختند. از این رو، جهل عمدی به عنوان راهکاری به تعریف علم و اطلاع افزوده شد و در زمره‌ی مصادیق علم قرار گرفت.

اقسام تقصیر جزایی^۱ هستند و رکن روانی جرایم غیر عمد را تشکیل می‌دهند. از این رو، قابلیت کاربرد در جرم عمدی پولشویی را ندارند. دیدگاه جهل عمدی، از احراز قصد مجرمانه فاصله می‌گیرد و به نوعی اقدام به فرض قصد برای متهم است و با روح قوانین و اصول برائت، تفسیر مضیق قوانین جزایی و تفسیر به نفع متهم در تضاد است و موجب گسترش بی حد و حصر مصادیق عمد می‌شود.

مضافاً اینکه محکومیت مبتنی بر اجتناب آگاهانه از دریافت یک واقعیت، در جایی که قانون وظیفه‌ی کسب اطلاع و دریافت آن واقعیت را بر شخص تکلیف کرد باشد عاقلانه و منطقی به نظر می‌رسد؛ اما در جایی که چنین تکلیف قانونی برای شخص در نظر گرفته نشده است، اجتناب وی از کسب اطلاع، لزوماً مبنی تقصیر وی نیست و استفاده از دیدگاه «جهل عمدی» به منظور محکومیت وی، خطر محکومیت ناعادلانه افراد ناکرده بزه را گسترش می‌دهد. از این رو، کاربرد جهل عمدی به منظور احراز قصد مجرمانه حتی در کشورهای استفاده کننده نیز مورد انتقاد می‌باشد.^۲ از این رو، بهترین و در دسترس‌ترین راه احراز قصد مجرمانه در غیر موارد اقرار، استفاده از امارات یا به تعبیر FATF، واقعیات عینی است که به علم قاضی به عنوان یکی از ادله اثبات جرم منجر می‌شود.

۲،۲ معکوس کردن بار اثبات دلیل

«دلیل» به عنوان وسیله‌ی اثبات واقعیت، در امور کیفری پیوند دهنده‌ی مراحل دادرسی از لحظه کشف جرم تا زمان صدور حکم می‌باشد. «بار اثبات» به مفهوم تکلیف مدعی به ارائه‌ی دلیل برای اثبات ادعای خود (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۷۵۸) در دعای مدنی به استناد قاعده «البینه علی المدعی»، مطابق با ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی به عهده‌ی مدعی است. در

قصد و محکومیت وی به پولشویی وجود دارد. مطابق این دیدگاه، با احراز «مشکوک بودن» متهم به منشاء مجرمانه اموال، محکومیت وی به پولشویی محتمل است. البته باید متهم امکان دفاع و دفع شک انتسابی به خود را داشته باشد.

مجرمانه مفید دانسته شد. (FATF, 2018: 26) جهل عمدی به وضعیتی اطلاق می‌گردد که شخص علیرغم سوءظن یا آگاهی به وجود احتمالی یک واقعیت، تلاشی در جهت کسب اطلاع از وجود یا عدم آن واقعیت نمی‌کند. دیدگاه مذکور جایگزینی برای علم و آگاهی واقعی می‌باشد. این دیدگاه به منظور تسهیل محکومیت متهمانی است که ممکن است علم و آگاهی واقعی از موضوعی نداشته باشند، اما مجرم شناخته شوند. (Marcus, 1993: 23) از جهل عمدی می‌توان به «فرض عمد» تعبیر کرد و فردی را که به صورت ارادی موجب جهل خود شده است یا حتی زمانی که عدم آگاهی او ناشی از «سهل‌انگاری و بی‌تفاوتی فاحش» باشد را در حکم کسی قلمداد کرد که عامدانه عمل مجرمانه را انجام داده است. (UNODC et. al, 2016-2020: 23)

«جهل عمدی» راه‌حلی برای گسترش دامنه قصد مجرمانه در حقوق کیفری است. در این روش فرض می‌شود متهمی که عمداً موجب جهل خود از واقعیت شده، به مانند کسی است که عمداً عمل مجرمانه را انجام داده است. مطابق با این دیدگاه شخصی که امکان آگاهی از ماهیت و منشاء مجرمانه اموال و عواید را داشته باشد، اما تلاشی در جهت احراز واقعیت نکند و به تطهیر عواید مجرمانه مبادرت نماید، مستحق عواقب کیفری ناشی از عمل غیرقانونی خود می‌باشد که ناشی از جهل عمدی است و نمی‌تواند به جهل بر ماهیت مجرمانه اموال استناد نماید.

در حقوق ایران «جهل عمدی» در صورت نبود سایر قرائن و امارات تقویت کننده در احراز عنصر روانی، به این شکل کاربرد ندارد و شاید بتوان نزدیکترین عبارت به آن را «بی‌مبالاتی، مسامحه و سهل‌انگاری» دانست که در حقوق کیفری ایران از

^۱. Criminal fault

^۲. در حقوق برخی از کشورها مانند انگلستان، در صورتی که مقام قضایی اثبات کند متهم به پولشویی دانسته یا مشکوک بوده است (knew or suspected) که مال یا عایدی دارای منشاء مجرمانه است (Zaiton et. al, 2014: 381) امکان احراز

۲،۲،۱ بار اثبات دلیل در اسناد بین‌المللی مورد تایید FATF

در امتداد قربانی‌سازی حقوق فردی، امروزه در پاره‌ای از جرایم مهم و سازمان‌یافته فراملی نظیر قاچاق مواد مخدر، تروریسم و پولشویی، به ظاهر از اصل کلی عدول شده و قانون‌گذاران با اتخاذ سیاست جنایی امنیت‌مدار، سعی در نادیده گرفتن برخی از حقوق دفاعی متهمان - و نه همه‌ی آنها - نظیر «بار اثبات دلیل» نموده‌اند. به عبارتی، با تغییر نگرش حاکم بر دیدگاه سیاست‌گذاران جنایی دنیا، به گونه‌ای که در اسناد بین‌المللی نظیر عهدنامه ۲۰۰۰ مبارزه با جرایم سازمان‌یافته فراملی (پارمو) و عهدنامه ۲۰۰۳ مبارزه با فساد (مریدا)، به کشورهای عضو پیشنهاد شده است در پاره‌ای از جرایم خاص نظیر پولشویی، نظر به وصف سازمان‌یافتگی آن، که با وجود قرائن و شواهد، ظن و احتمال ارتکاب بزه توسط مظنون را بالا می‌برد با جابه‌جایی بار اثبات دلیل و معکوس نمودن آن، اصل برائت را تعدیل کرده و اقدام به جایگزینی اماره‌ی مجرمیت بر این اصل نمایند. (شاملو و مرادی، ۱۳۹۲: ۱۴۳-۱۴۰)

در حقوق کیفری اصل برائت، دارای دو کارکرد ماهیتی و شکلی است؛ با این شرح که در ماهیت دعوی به تبرئه در مقام شک می‌انجامد و در شکل دادرسی، بار اثبات را بر عهده‌ی شاکی یا دادستان است. در قوانین کشورهای مبدع عنوان مجرمانه پولشویی و همچنین معاهدات بین‌المللی مربوط، اصل برائت که از اساسی‌ترین تضمینات حقوق و آزادی‌های فردی است، در خصوص پولشویی رعایت نمی‌شود و جای خود را با فرض مجرمیت عوض کرده است و این متهم است که باید بی‌گناهی خود را

دعوی کیفری، بار اثبات پاسخ به این سوال است که چه شخص یا مقامی در جریان رسیدگی باید ادعای خود را اثبات نماید؟ مطابق با قاعده‌ی کلی بار اثبات بر عهده‌ی مقام تعقیب (دادستان) است و این مهم در اصل ۳۷ قانون اساسی و همچنین ماده ۴ قانون آیین دادرسی کیفری با تاکید بر اصل برائت مورد اشاره قرار گرفته است. (مهر و زاهدی، ۱۳۹۴: ۶۶)

از مهم‌ترین زمینه‌های تحقق یک دادرسی منصفانه و ضرورت رعایت حقوق و آزادی‌های اساسی افراد، رعایت «اصل تساوی سلاح‌ها»^۱ می‌باشد. در سال‌های اخیر به ویژه پس از حملات ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱، دیدگاه سیاست‌گذاران جنایی بسیاری از کشورها از سمت و سوی سیاست جنایی کلاسیک و شهروندمدار به بهانه‌هایی نظیر امنیتی بودن برخی از جرایم، سازمان‌یافتگی و فراملی بودن، به سمت سیاست جنایی امنیت‌مدار گرایش یافته و حفظ نظم و امنیت عمومی را بر حقوق شهروندی ترجیح داده‌اند. از این رو، لزوم امنیت‌گرایی، بسترهای لازم جهت تحدید تضمینات دادرسی عادلانه در خصوص برخی از بزهکاران را مهیا کرده است. از سوی دیگر، توسعه‌ی صنعت رایانه و نقش آن در فساد مالی و پولشویی و پیچیده‌تر شدن کشف و تعقیب و در نتیجه، مبارزه با این جرائم، موجب انصراف تدوین‌کنندگان از بسیاری اصول حاکم بر حقوق کیفری همانند اصول برائت، صحت و عدم شده و در عوض، فرض یا اماره مجرمیت را جایگزین آنها کرده‌اند (آزمایش، ۱۳۹۵: ۲۴۳)

در نظام حقوقی ایران صراحتاً به این اصل اشاره نشده است، اما در قانون آیین دادرسی کیفری برخی از مصادیق امکانات و تسهیلاتی که طرفین دعوی کیفری بایستی در اختیار داشته باشند مشاهده می‌شود که پاره‌ای از آنها منحصر به متهم و برخی دیگر مشترک می‌باشد، از جمله حق آگاه شدن از اتهامات، حق برخورداری طرفین از وکیل و غیره. (توسلی‌نائینی و همکاران، ۱۳۹۵: ۷۲-۷۱)

۱. اصل تساوی سلاح‌ها (Principle of Equality of Arms)، به عنوان یکی از اجزاء دادرسی عادلانه بدین معنا است که در فرآیند دادرسی، بایستی شرایطی فراهم شود تا هر یک از طرفین دعوا بتواند ادعای خود را در شرایطی مطرح سازد که او را نسبت به طرف مقابل در وضعیت نامناسب‌تری قرار ندهد. این اصل متأثر از دادرسی منصفانه است که در اسناد بین‌المللی نظیر ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و نیز ماده ۶ عهدنامه‌ی اروپایی حقوق بشر مقرر گردیده است.



می‌گذارد. از این رو، نهاد قانون‌گذاری برخی از کشورها در راستای کمک به مقام تعقیب، با جابه جایی بار اثبات دلیل، متهمان را در وضعیتی قرار داده تا نتوانند به راحتی و به واسطه‌ی ضعف و کاستی‌ها از چنگال عدالت بگریزند.

در این راستا، در بند هفت ماده ۵ عهدنامه‌ی ۱۹۸۸ مبارزه با قاچاق مواد مخدر و داروهای روانگردان (عهدنامه وین) صراحتاً بر معکوس‌سازی بار اثبات دلیل در خصوص منشاء قانونی اموال و عواید در معرض ضبط، اشاره کرده است.^۱ بند ۷ ماده ۱۲ عهدنامه‌ی پالرمو نیز به کشورهای عضو این اختیار را داده است تا از متهم بخواهند تا منبع قانونی اموال و عوایدی را ارائه نمایند که مشکوک به داشتن منشاء مجرمانه است.^۲ ماده ۲۰ عهدنامه‌ی مریدا نیز با اتخاذ رویه‌ای مشابه از کشورهای عضو خواسته است تا مطابق با قانون و اصول اساسی نظام حقوقی کشورشان، تدوین مقررات و سایر اقدامات مقتضی را مورد توجه قرار دهند تا دارا شدن من غیر حق مقامات دولتی، در مواقعی که دارایی‌های ایشان افزایش چشمگیر داشته و توضیحی معقولانه راجع به درآمد قانونی خود ندارند را در مواردی که عامدانه ارتکاب یافته است، جرم کیفری تلقی نماید. در اینجا عبارت «... که به صورت معقول نمی‌تواند در ارتباط با درآمد قانونی خود توضیح دهد...» به روشنی بار اثبات منشاء قانونی درآمد را به عهده‌ی مقام دولتی گذاشته است که در صورت مشخص نکردن منشاء آن، مجرم محسوب می‌شود. همچنین بند ۸ ماده ۳۱ این عهدنامه نیز بر امکان ملزم بودن مجرم به اینکه منشاء قانونی عواید مورد ادعای ناشی از جرم یا سایر اموال مشمول مصادره را نشان دهد، اشاره گردیده است.^۳

داخلی آنها و نیز ماهیت دادرسی قضایی یا سایر دادرسی‌ها انطباق داشته باشد».

۳. گروه ویژه اقدام مالی (FATF) در توصیه‌های شماره ۳ و ۳۶ خود، با تاکید بر کنوانسیون‌های وین (۱۹۸۸)، پالرمو (۲۰۰۰) و مریدا (۲۰۰۳)، کشورها را به پیوستن به این کنوانسیون‌ها، جرم‌انگاری پولشویی مطابق با آنها و انجام اقدامات فوری به

اثبات نماید. (زرنشان و شجاعی نصرآبادی، ۱۳۹۶: ۱۸۸) از این رو، با معکوس سازی بار اثبات یا به تعبیر دیگر، اماره‌ی مجرمیت یا مسئولیت بر اساس وجود عوامل خارجی، قرائن و نشانه‌های عینی، مجرمیت شخص متهم مفروض انگاشته می‌شود. (اکبری و همکاران، ۱۳۹۶: ۹)

موضوع بار و استاندارد اثبات، از چالش - برانگیزترین مباحث مورد اشاره در کارگاه‌ها و جلسات FATF با مقامات قضایی کشورها بوده است. در حالی که قوانین برخی از کشورها اجازه جابه جایی بار اثبات را به مسئولان قضایی می‌داد، قوانین سایر کشورها کاملاً به اصل یا فرض براءت پایبند بودند و دادستانی مسئولیت داشت بدون هرگونه شک و تردید منطقی، اثبات نماید که متهم مرتکب پولشویی شده و وجوه درگیر، از منبع و منشاء غیرقانونی حاصل شده است. (FATF, 2018: 28)

در باب تعدیل اصل براءت در بزه پولشویی و چرایی افتراقی شدن تحصیل دلیل در این جرم، اهم دلایلی که می‌توان بیان داشت عبارتند از: ویژگی‌های خاص پولشویی از قبیل سازمان‌یافتگی و فراملی بودن، وجود مجرمین حرفه‌ای و ذی‌نفوذ که این جرم را در زمره‌ی جرایم یقه سفید قرار داده است و آسیب‌های اقتصادی، سیاسی و اجتماعی این جرم در کنار پیچیدگی و گستردگی آن که با پیشرفت علم و تولد فناوری‌های نوین افزایش یافته است. (ساکي، ۱۳۹۹: ۱۱۲) (چلونگر، ۱۳۹۷: ۱۳) از این رو، الزام مقام قضایی به اثبات ارکان جرم به مانند جرایم سنتی و بی‌نیازی متهم از ارائه‌ی دلیل بر اثبات بی‌گناهی خود در پناه اصل براءت، وظیفه‌ای بس محال و دشوار است که تلاش‌ها در جهت اثبات پولشویی را ناکام

۱. «... بار اثبات دلیل در رابطه با منشاء قانونی عواید و یا

سایر اموال ادعایی در معرض ضبط به میزانی که چنین اقداماتی با اصول حقوق داخلی و طبع تشریفات قضایی و غیره آن در انطباق می‌باشد، معکوس گردد».

۲. «کشورهای عضو می‌توانند مقرر نمایند مجرم بایستی منبع قانونی عواید مورد ادعای حاصل از جرم یا سایر اموال قابل مصادره را ارائه نماید، به این شرط که این امر با اصول حقوق

۲،۲،۲ بار اثبات دلیل در سیاست جنایی تقنینی-قضایی ایران

رویکرد قانون مبارزه با پولشویی ۱۳۸۶

قانون‌گذار ایران علی‌رغم اطلاع از رویه‌ی واحد معاهدات مزبور و الحاق به عهدنامه‌های وین و مریدا^۱، در قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۸۶، رویه‌ای مغایر با این معاهدات را در خصوص بار اثبات منشاء اموال در پیش گرفت. به موجب ماده ۱ این قانون «اصل بر صحت و اصالت معاملات تجاری موضوع ماده ۲ قانون تجارت است، مگر آنکه بر اساس مفاد این قانون، خلاف آن به اثبات برسد. استیلائی اشخاص بر اموال و دارایی اگر توأم با ادعای مالکیت شود، دال بر مالکیت است».

صراحت ذکر اصل صحت در صدر و قاعده‌ی ید در ذیل ماده ۱ دلالت بر پذیرش تلویحی اصل برائت دارد و این صراحت محلی برای هرگونه تفسیر برخلاف اصل برائت بر جای نمی‌گذارد. از این رو، در قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۸۶ پولشویی به مفهوم حقوقی آن جرم‌انگاری نشده است و وجود اصل صحت، قاعده‌ی ید و در نتیجه پذیرش اصل برائت در جرم پولشویی^۲، فرآیند از آخر به اول آمدن مفهومی نداشته و جرم پولشویی فارغ از اثبات جرم منشاء تحقق نمی‌یابد. بلکه ابتدا بایستی جرم منشاء اثبات شده و سپس مرتکب به دلیل انجام رفتارهای مذکور در ماده ۲ قانون یادشده محکوم به پولشویی گردد. این ویژگی موجب شده تا جرم‌انگاری پولشویی

کارکرد خود را از دست بدهد و به نوعی نقش ماده ۶۶۲ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) را ایفا نماید، با این تفاوت که ماده ۶۶۲ منحصر به مداخله در اموال مسروقه است و جرم پولشویی ناظر بر مداخله در اموال و عواید حاصل از ارتکاب هر جرمی می‌باشد.^۳ (زرنشان و شجاعی نصرآبادی، ۱۳۹۶: ۱۹۳) از این رو، می‌توان عنوان نمود که قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۸۶ به الزامات بین‌المللی دولت در زمینه‌ی مبارزه با فساد توجهی نداشته و مستقلاً اقدام به وضع مقرره کرده است. (آزمایش، ۱۳۹۵: ۲۴۳)

رویکرد قانون مبارزه با پولشویی اصلاحی ۱۳۹۷

با توجه به کاستی‌ها و ایرادهای وارد بر قانون سابق، در تاریخ ۱۳۹۷/۰۷/۰۳ قانون اصلاح قانون مبارزه با پولشویی به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید و مجمع تشخیص مصلحت نظام در تاریخ ۱۳۹۷/۱۰/۱۵ با تأیید و اصلاح برخی از مواد، آن را موافق با مصلحت نظام تشخیص داد.

در تبصره‌ی ۱ ماده ۲ قانون اصلاحی آمده است: «هرگاه ظن نزدیک به علم به عدم صحت معاملات و تحصیل اموال وجود داشته باشد مانند آنکه نوعاً و با توجه به شرایط امکان تحصیل آن میزان دارایی در یک زمان مشخص وجود نداشته باشد مسئولیت اثبات صحت آنها بر عهده‌ی متصرف است. منظور از علم در این تبصره و تبصره ۳ همان است که در

از آن به «فرض برائت» یاد می‌شود. ماده ۱۱ اعلامیه‌ی جهانی ۱۹۴۸ حقوق بشر بیان می‌دارد: «هر شخصی که متهم به ارتکاب یک جرم کیفری می‌شود حق دارد که بی‌گناه فرض شود، مگر این‌که تقصیرش مطابق قانون در یک دادگاه علنی که در آن تمامی تضمینات لازم برای دفاع پیش‌بینی شده باشد، ثابت شود».

۳. با مذاقه در برخی از آرای صادره از محاکم نیز چنین دیدگاهی را می‌توان مشاهده نمود برای مثال در یک پرونده در شعبه ۱۰۴ دادگاه عمومی جزایی همدان به کلاسه ۹۲۰۹۹۸۸۱۱۳۹۰۰۵۵۵، دو نفر به کلاهبرداری محکوم شده و پنج نفر دیگر به دلیل تحصیل، نگهداری و استفاده از عواید حاصل از مبلغ کلاهبرداری، به پولشویی محکوم شدند.

منظور اجرای کامل کنوانسیون‌ها توصیه کرده است. (FATF, 2012-2021: 12-27)

۱. قانون الحاق به کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با قاچاق مواد مخدر و داروهای روانگردان (وین) در تاریخ ۱۳۷۰/۰۹/۰۳ و قانون الحاق دولت ج.ا.ایران به کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد (مریدا) در تاریخ ۱۳۸۷/۰۷/۲۰ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید.

۲. قانون‌گذار در این ماده مطلق‌گرایی نسبت به اصل برائت را علی‌رغم پذیرش و الحاق به معاهدات مورد اشاره در پیش گرفته است که به منظور رعایت مقررات شرعی و اصل ۳۷ قانون اساسی می‌باشد. شاید دلیل موضع قانون‌گذار این باشد که در نظام حقوقی اسلام برائت یک اصل است، در حالی که در اسناد نظیر ماده ۱۱ اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر بین‌المللی

قانون مجازات اسلامی برای علم قاضی تعریف شده است»^۱.

در این تبصره هرچند قانون‌گذار به صراحت ماده ۱ قانون سابق از اصل صحت سخن به میان نیاورده است، اما مفهوم این اصل و رعایت آن به صورت ضمنی در متن تبصره مستتر می‌باشد. اما اقدام جدید قانون‌گذار در این تبصره که آن را از ماده ۱ قانون سابق متفاوت می‌سازد و گامی مثبت در راستای همسان‌سازی با معاهدات بین‌المللی و معکوس‌سازی بار اثبات می‌باشد این است که طبق آن «هرگاه ظن نزدیک به علم به عدم صحت معاملات و تحصیل اموال وجود داشته باشد... مسئولیت اثبات صحت آنها به عهده‌ی متصرف است...». این عبارت نقشی مهم در فراغت مقام قضایی از استناد متهم به اصل صحت دارد و در صورت وقوع ظن نزدیک به علم به عدم صحت معامله و تحصیل اموال برای مقام تعقیب، این متهم است که بایستی منشاء مشروع آنها را به اثبات برساند و دیگر استناد به اصل صحت قابل پذیرش نیست.

اداره‌ی حقوقی قوه‌ی قضائیه نیز در نظریه‌ی مشورتی شماره ۷/۹۸/۱۹۱۲ مورخ ۱۳۹۹/۰۵/۰۷ آورده است منظور از عبارت «عدم صحت معاملات و تحصیل اموال» در تبصره‌ی یک ماده ۲ قانون مبارزه با پولشویی اصلاحی ۱۳۹۷ با لحاظ بند «ج» ماده یک این قانون، وجود قرائن و اوضاع و احوالی است که ظن به وقوع جرم و در نتیجه نامشروع بودن تحصیل مال موضوع جرم را ایجاد می‌کند. در تبصره‌ی ۳ ماده ۲ نیز قانون‌گذار با اتخاذ رویه‌ای مشابه با تبصره‌ی ۱ آورده است که «چنانچه ظن نزدیک به علم بر تحصیل مال از طریق نامشروع وجود داشته باشد در حکم مال نامشروع محسوب و

... در هر صورت مال مزبور ضبط خواهد شد؛ مگر اینکه تحصیل مشروع آن اثبات شود»^۱.

برای مثال، وقتی که یک قاچاقچی مواد مخدر دستگیر می‌شود و برای مقام قضایی با توجه به شواهد و مستندات موجود، ظن قرین به علم وجود دارد که ماشین یا سایر اموال وی در نتیجه قاچاق به دست آمده است، فرد قاچاقچی برخلاف جرایم سنتی امکان بی‌پاسخ گذاشتن منشاء دارایی خود به استناد به اصل برائت را ندارد، بلکه با معکوس‌سازی بار اثبات دلیل، فرد قاچاقچی در مقام اثبات بی‌گناهی خود موظف به ارائه‌ی دلیل است.

هرچند قانون‌گذار ایران به صراحت از تعدیل اصل برائت و جایگزینی آن با اماره‌ی مجرمیت سخنی به میان نیاورده است، اما نمونه‌هایی از این تعدیل را می‌توان در مواد قانون مبارزه با پولشویی و آیین‌نامه اجرایی ماده ۱۴ آن مشاهده نمود از جمله:

الف: تبصره‌های سه‌گانه ماده ۲ قانون مبارزه با پولشویی اصلاحی ۱۳۹۷؛ مطابق با تبصره‌های مذکور با ایجاد ظن نزدیک به علم بر عدم صحت معاملات (تبصره ۱) یا تحصیل مال از طریق نامشروع (تبصره ۳)، بار اثبات معکوس شده و متصرف مال یا متهم می‌بایست صحت معاملات یا تحصیل مال از طریق مشروع را اثبات نماید. همچنین است ملزم نمودن مظنون به تقدیم اسناد مثبتة قابل راستی‌آزمایی به مقام قضایی مبنی بر دارا شدن مشروع اموال موضوع قانون مذکور (تبصره ۲).^۲

ب: اشاره قانون‌گذار به معاملات و عملیات مشکوک که به طور متعارف ظن وقوع جرم را ایجاد نماید در بند چ ماده ۱ و تبصره ماده ۷ قانون مبارزه با پولشویی اصلاحی ۱۳۹۷ و الزام به گزارش‌دهی این معاملات و عملیات (بند پ ماده ۷) و همچنین الزام

^۲. از میان تبصره‌های سه‌گانه ماده ۲، تبصره سه از اهمیت ویژه‌ای برخوردار بوده که این تبصره در بخش سوم به طور مفصل مورد بررسی قرار می‌گیرد.

^۱. منظور از علم یقین حاصل از مستندات بیّن در امری است که نزد قاضی مطرح می‌شود و مقام قضایی بایستی قرائن و امارت بیّن مستند علم خود را به طور صریح ذکر نماید. (ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲)

امکان‌پذیر ندانسته و آن را خلاف مواد قانونی و اصول اساسی حقوق داخلی خود می‌دانستند، که البته FATF در ارزیابی‌های خود از آن کشورها این توجیه را نپذیرفته و رد نمود. در بسیاری از این کشورها تمرکز عمده مقام قضایی بر تعقیب جرم منشاء (جرم اصلی) و نادیده گرفتن یا عدم پیگرد پولشویی توسط مرتکب جرم منشاء می‌باشد. این کشورها توجیهاتی را نیز برای این موضوع اعلام داشتند، از جمله اینکه:

الف: دادستان‌ها با تعقیب جرایم منشاء آشنایی بیشتری دارند و در خصوص اهمیت تعقیب پولشویی توجیه نشده و آموزش لازم را ندیده‌اند؛

ب: در برخی موارد، اثبات جرم و محکومیت متهم به جرم منشاء آسان‌تر است، زیرا دادستان قبلاً مستندات کافی برای اتهام اصلی را جمع‌آوری نموده، اما مدارک و شواهد کافی مالی مورد نیاز برای اثبات پولشویی را به دست نیاورده است؛

ج: پیگرد بزه پولشویی علاوه بر جرم اصلی، منابع و زمان زیادی را می‌طلبد؛

د: در قوانین برخی از کشورها به علت یکسانی مجازات پولشویی و جرم منشاء، مقام تعقیب انگیزه‌ی لازم جهت انجام تحقیق در زمینه‌ی پولشویی را ندارد. (FATF, 2018: 25)

در حقوق داخلی ایران، تبصره‌ی ۳ ماده ۱۰ قانون مبارزه با پولشویی اصلاحی ۱۳۹۷ بیان می‌دارد: «مرتکبان جرم منشاء، در صورت ارتکاب جرم پولشویی، علاوه بر مجازات‌های مقرر مربوط به جرم منشاء، به مجازات‌های پیش‌بینی شده در این قانون نیز محکوم خواهند شد. مرتکبان جرم پولشویی در

و اشتباه شهروندان ناکرده بزه به جهت احتمال عدم امکان عملی اثبات منشاء قانونی اموال مورد اختلاف و مشکوک بیشتر می‌شود و با برانگیختن نوعی احساس اضطراب و نگرانی، انجام فعالیت‌های مشروع اقتصادی را نیز تحت‌الشعاع قرار می‌دهد. (شاملو و مرادی، ۱۳۹۲: ۱۴۲)

4. self-laundering

اشخاص، نهادها و دستگاه‌های مشمول موضوع مواد ۵ و ۶ قانون مبارزه با پولشویی به گزارش‌دهی معاملات و عملیات مالی مشکوک^۱ مبین تعدیل اصل براءت می‌باشد؛ معاملات و عملیات مشکوک در قانون تعریف شده و برخی از مصادیق آن از باب تمثیل بیان گردیده است.^۲

به هر تقدیر، جابه جایی بار اثبات دلیل به عنوان یک امر استثنایی تلقی می‌گردد. یعنی در تعارض اصل و ظاهر، ظاهر مقدم است و از متهم، تقاضای ارائه‌ی دلیل بر مشروع بودن سرمایه‌های وی می‌شود (سلطانی‌فر، مالمیر و عالی‌پور، ۱۳۹۷: ۱۷۹) و از این جهت، جابه جایی بار اثبات بایستی به موارد استثنایی و مهم نظیر پولشویی خصوصاً سازمان‌یافته و فراملی محدود شود.^۳

۳ جایگاه جرم منشاء در اثبات بزه پولشویی و میزان وابستگی آنها:

از دیگر موارد مهم در اثبات بزه پولشویی، مسائل مرتبط با جایگاه جرم منشاء می‌باشد. در این زمینه سه مبحث عمده وجود دارد که در ادامه بررسی می‌گردد.

۳/۱ ارتکاب بزه پولشویی توسط مرتکب جرم منشاء (خودشویی):^۴

یکی از موارد مناقشه برانگیز در کارگاه آموزشی FATF مسأله‌ی ارتکاب بزه پولشویی توسط مرتکب جرم منشاء یا «خودشویی» بود. نمایندگان قضائی چندین کشور مجازات خودشویی را به دلیل محدودیت‌های قانونی موجود در کشورهایشان

۱. فصل دهم (مواد ۱۳۵ الی ۱۴۱) آیین نامه اجرایی ماده ۱۴ الحاقی قانون مبارزه با پولشویی (۱۳۹۸) مصوب هیات وزیران.
۲. بند چ ماده ۱ و تبصره ماده ۷ قانون مبارزه با پولشویی اصلاحی ۱۳۹۷ و بند ۱۲ ماده ۱ آیین نامه‌ی اجرایی ماده ۱۴ الحاقی قانون مبارزه با پولشویی (۱۳۹۸) مصوب هیات وزیران.
۳. تعدیل اصل براءت در سطح گسترده بسترساز آسیب‌های جدی به حقوق شهروندی است و احتمال محکومیت بلاجهت



کرده‌اند و نمایندگان برخی دیگر از کشورها نیز اعلام کردند که در نظام قضایی آنها اثبات اینکه «متهم ثروتی غیرقابل توضیح دارد» برای دادستان کافی است؛ در این روش که توسط هیأت قضایی هلند به عنوان رویکرد مستمر آنها بیان شد، با وجود شواهدی مبنی بر ثروتی غیرقابل توضیح و یا ناهماهنگی مالیاتی، مقام تعقیب قادر به شروع تحقیقات در خصوص پولشویی می‌باشد، اگرچه مدرک خاصی که دلالت مستقیم بر ارتکاب جرم پولشویی دارد، در اختیار نداشته باشد. در نظام هلندی که به رویکرد شش مرحله‌ای مشهور است، امکان اثبات بی‌گناهی برای متهم محفوظ است و وی می‌تواند در خصوص منشاء قانونی وجوه خود توضیحی مستند و منطقی دهد.^۲ نمایندگان قضایی برخی دیگر از کشورها نیز عنوان نمودند در کشورشان به رغم اینکه دادستان بایستی اثبات نماید که عواید مورد تردید، حاصل از برخی جرایم جنایی است، اما نیازی به اثبات جرم منشاء یا اثبات ارتکاب در روز خاص و توسط شخص معین نمی‌باشد. (FATF, 2018: 26)

برنامه‌ی شش مرحله‌ای هلندی در اثبات بزه پولشویی بدون نیاز به اثبات جرم منشاء، تا مدتها مورد تردید بوده و مرتباً از «مرکز مبارزه با پولشویی هلند»^۳ در مورد احتمال مغایرت آن با اصول مختلف قانون سوال می‌شد. برای مثال، آیا می‌توان از یک مظنون در شرایط خاص انتظار داشت تا منشاء پول

چهارم: شرایط لازم برای اظهارات مظنون: توضیحات مظنون در خصوص منشاء اموال بایستی مشخص و کمابیش قابل تأیید باشد و از قبل غیرمحمول نباشد. علاوه بر این صرف نظر از منبع قانونی احتمالی اموال، جریان پول نیز به روشنی برای دادگاه مشخص باشد. پنجم: انجام تحقیقات توسط دادستانی: اگر توضیحات با معیارهای مرحله‌ی چهار مطابقت داشته باشد، موضوع جهت بررسی در خصوص منشاء اعلام شده، به دادستان ارجاع می‌شود تا در این باره تحقیق نماید.

ششم: نتیجه‌گیری: اگر بر اساس تحقیقات مرحله‌ی پنج با اطمینان کافی، منشاء قانونی اموال مشکوک رد شود، نتیجه گرفته می‌شود که اموال منشاء مجرمانه دارد و تنها توضیح قابل قبول برای منشاء اموال، یک منشاء مجرمانه است.

See: Anti Money Laundering Centre NL (2019), Indirect method of proof report. Available at: <https://www.amlc.eu>.

³. Anti Money Laundering Centre NL.

صورت عدم ارتکاب جرم منشاء صرفاً به مجازات مقرر در ماده محکوم می‌شوند»^۱.

اداره‌ی حقوقی قوه‌ی قضائیه نیز در نظریه‌ی شماره ۷/۹۳/۲۰۴۰ خود به تاریخ ۱۳۹۳/۰۸/۲۸ در پاسخ به سوال «آیا مجازات جرم پولشویی در خصوص شخصی که مرتکب جرم منشاء شده است نیز جاری می‌گردد؟»، اعلام داشت که «به اتهام پولشویی نیز قابل تعقیب و مجازات است». از این رو، مشاهده می‌گردد که در قوانین ایران مسأله «خودشویی» مطابق با معیارهای مدنظر FATF است و در صورت ارتکاب جرم پولشویی توسط مرتکب جرم منشاء، موضوع تعدد جرم مطرح می‌باشد و مرتکب به هر دو مجازات جرم منشاء و پولشویی محکوم می‌گردد. از این رو، مقام قضایی ملزم به بررسی و تحقیق در خصوص هر دو جرم منشاء و پولشویی می‌باشد.

۳،۲ آیا صدور حکم به اتهام پولشویی منوط به اثبات ارتکاب جرم منشاء می‌باشد؟

مطابق با معیارهای FATF محکومیت به پولشویی نیازمند اثبات جرم منشاء نمی‌باشد. در کارگاه آموزشی FATF، نمایندگان قضایی برخی از کشورها بیان داشتند که قوانین داخلی آنها لزوم اثبات اینکه پولشویی ناشی از یک عمل مجرمانه است را حذف

^۱. این تبصره، تکرار تبصره ۳ ماده ۹ قانون مبارزه با پولشویی ۱۳۸۶ با اندک تغییرات می‌باشد.

^۲. برنامه گام به گام هلندی به منظور اثبات پولشویی بدون نیاز به اثبات جرم منشاء اجرا می‌گردد. شش مرحله عبارتند از: نخست: هیچ شواهد مستقیمی از یک جرم خاص وجود نداشته و یا جرم غیرقابل اثبات است. وجود سابقه کیفری نیز دلیلی بر این واقعیت نیست که اموال از یک جرم اصلی منشاء گرفته است.

دوم: مشکوک به پولشویی: در این مرحله سوال این است که آیا عمل مظنون بر اساس وقایع یا شرایط، مشکوک به پولشویی است؟ برخی شاخص‌های پولشویی مانند اطلاعات عمومی و انواع پولشویی ممکن است موجب شک به ارتکاب پولشویی شود.

سوم: اظهارات مظنون به پولشویی: در صورت شک به پولشویی می‌توان از مظنون خواست تا در خصوص منشاء اموال مشکوک توضیح دهد. در صورت امتناع مظنون از ارائه توضیح ممکن است نتیجه گرفت که اموال منشاء مجرمانه دارند.

شرایط بزه‌ی پولشویی این سوال را برای ما ایجاد می‌کند که آیا اثبات بزه پولشویی و صدور حکم به آن در حقوق ایران، مانند سایر جرایم ثانویه منوط به اثبات جرم منشاء می‌باشد یا خیر؟

اداره‌ی حقوقی قوه‌ی قضائیه در نظریه‌ی شماره ۷/۹۳/۲۰۴۰ خود به تاریخ ۱۳۹۳/۰۸/۲۸ در پاسخ به این سوال که «آیا اعمال مقررات مربوط به جرم پولشویی قبل از صدور حکم قطعی مبنی بر احراز وقوع جرم در پرونده‌ی جرم منشاء می‌تواند مصداق پیدا کند؟» پاسخ داده است: «صدور حکم به مجازات به اتهام جرم پولشویی منوط به اثبات ارتکاب جرم منشاء است». از این رو، مشاهده می‌شود که در رویه‌ی قضایی ایران صدور حکم محکومیت به اتهام پولشویی نیازمند اثبات ارتکاب جرم منشاء می‌باشد. مذاقه در آرای صادره از سوی محاکم نیز موید چنین دیدگاهی است. برای مثال، در دادنامه‌ی شماره‌ی ۹۹۰۹۹۷۷۸۰۷۳۰۰۰۴۷ مورخ ۱۳۹۹/۱۲/۱۷ صادره از شعبه سوم دادگاه ویژه رسیدگی به جرایم اخلاصگران و مفسدان اقتصادی مشاهده می‌گردد که اتهام پولشویی از طریق تشکیل و ثبت شرکت‌های

و مال خود را توضیح دهد؟ آیا این امر برخلاف حق سکوت متهم نیست؟ تردیدها ادامه داشت تا اینکه دادگاه اروپایی حقوق بشر (ECHR)^۱ در یکی از احکام خود، برنامه گام به گام هلندی‌ها را مغایر با اصول دادگاه اروپایی حقوق بشر ندانست.^۲

حال با توجه به ملاحظات بالا، موضع قانونی و رویه‌ی قضایی کشورمان را در زمینه‌ی لزوم اثبات جرم منشاء در بزه‌ی پولشویی مورد نقد و بررسی قرار می‌دهیم.

بزه‌ی پولشویی به عنوان چرخه‌ای که طی آن عواید حاصل از فعالیت‌های با منشأ مجرمانه، مورد پردازش و مشروعیت بخشی قرار گرفته و ظاهری قانونی می‌یابند، (Schott, 2006: 1-3) در زمره‌ی جرایم ثانویه قرار می‌گیرد. از آنجا که جرایم ثانویه با جرم اولیه پیوستگی دارند. از این رو، در اثبات آنها ناگزیر به اثبات جرم اولیه می‌باشیم.^۳ اما با توجه به فلسفه جرم‌انگاری پولشویی در مبارزه با جرایم سازمان‌یافته عمدتاً فراملی و همچنین استقلال بزه پولشویی از جرم منشاء خود، این جرم از سایر جرایم ثانویه متمایز است و شرایط خاص و ویژه‌ای دارد.

گردید برای شوشن اثبات اظهاراتش در خصوص منشاء پول دشوار نبوده که از آن امتناع کرده است. نتیجه‌گیری‌هایی که از امتناع او از ارائه‌ی پاسخ صورت گرفته ناعادلانه و غیرمنطقی نبوده و عادلانه می‌باشد. دادگاه همچنین اعلام کرد مطابق با قوانین بلژیک، متهم با توجه به شرح واضح و دقیق معاملات مشکوک و توضیحات قانونی در خصوص پولشویی، به طور کافی در مورد اتهامات علیه خود مطلع بوده است و در نتیجه می‌دانسته که در برابر چه چیزی باید از خود دفاع نماید. دادگاه به رویه گام به گام هلند نیز اشاره نموده و بیان می‌دارد که الزامی برای توصیف جرم خاص در اتهامات وجود ندارد و از این گذشته، جرم منشاء، هسته‌ی اصلی اتهامات مربوط به پولشویی نمی‌باشد.

See: *Zschüschen v. Belgium* (application no. 23572/07). Available at : [https://hudoc.echr.coe.int/eng & FPS Justice\(2016-2017\) Rapport annuel sur le contentieux de la Belgique devant la Cour européenne des droits de l'homme.p20](https://hudoc.echr.coe.int/eng & FPS Justice(2016-2017) Rapport annuel sur le contentieux de la Belgique devant la Cour européenne des droits de l'homme.p20), Available at: <https://justice.belgium.be>.

۳. برای مثال، جرم دخالت در اموال مسروقه موضوع ماده ۶۶۲ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) یک جرم ثانویه است که اثبات آن منوط به اثبات جرم اصلی یعنی سرقت می‌باشد و در صورت عدم اثبات سرقت، این جرم نیز اثبات نمی‌شود.

1. European Court of Human Rights (ECHR).

۲. در این پرونده‌ی فردی هلندی به نام شوشن («Zschüschen») با سابقه قاچاق مواد مخدر در هلند، در مارس ۲۰۰۳ حسابی در بلژیک بازگشایی نمود و در مدت دو ماه مبلغ ۷۵۰۰۰ یورو را طی پنج معامله سپرده‌گذاری کرد. در بلژیک علیه او پرونده‌ی پولشویی مفتوح شد. وی در ابتدا اظهار کرد این پول را با کار بدون مالیات (مالیات اعلام نشده) در مدت چهار سال کسب کرده است، اما از معرفی کارفرمایانش امتناع و در طول دادرسی از حق سکوت استفاده کرد. دادگاه بلژیک در سال ۲۰۰۶ او را به ۱۰ ماه حبس تعلیقی، ۵۰۰۰ یورو جریمه و ضبط ۷۵۰۰۰ یورو محکوم کرد. شوشن با طرح دعوی در دادگاه اروپایی حقوق بشر علیه بلژیک مدعی نقض حق محاکمه عادلانه، فرض بی گناهی و حق سکوت خود شد. او مدعی بود جرم اصلی در جریان رسیدگی مشخص نشده است از این رو، این امر ناقض حقوق دفاعی وی و همچنین نقض حق اطلاع‌رسانی سریع در خصوص اتهامات می‌باشد. مطابق با گزارش دادگاه اروپایی حقوق بشر، شوشن توضیحی مبهم و غیرمتقاعد کننده برای منشاء پول خود ارائه کرده و از پاسخ به سوالات دیگر امتناع نموده بود. از این رو، دادگاه بلژیک امتناع از ارائه توضیح در خصوص منشاء پول را حمل بر این نموده که پول دارای منشأ مجرمانه است. در نتیجه، این امر برخلاف حق سکوت و فرض بی گناهی نیست و مدارک دیگری نیز در این خصوص وجود دارد. در این پرونده رخدادها و شرایط به گونه‌ای بوده است که سکوت شوشن فقط شواهدی را که قبلاً وجود داشته است تأیید می‌کرد. همچنین اشاره



خارج از کشور مربوط می‌باشد که عواید مجرمانه آن جرایم ممکن است در ایران مورد پولشویی یا هزینه-کرد قرار گیرد. در این زمینه تبصره ۱ ماده ۳ قانون اصلاح مبارزه با پولشویی بیان می‌دارد: «جرم منشاء موضوع این ماده اعم است از اینکه در داخل یا خارج از کشور واقع شده باشد؛ مشروط بر اینکه جرم واقع شده در خارج از کشور جمهوری اسلامی ایران نیز مطابق قانون جرم باشد».

پیش از ورود به اصل بحث باید عنوان کرد تبصره مذکور مبهم است و به نظر می‌رسد در عبارت «... مشروط بر اینکه جرم واقع شده در خارج از جمهوری اسلامی ایران نیز مطابق با قانون جرم باشد» اشتباه نگارشی وجود دارد. منظور مقنن از «قانون» در این تبصره کدام قانون است؟ دو تفسیر می‌توان داشت:

نخست؛ تفسیر بعید و ضعیف از واژه قانون، به این معنا که منظور قانون خارجی است. با این تفسیر به عنوان مثال معاملات مشروبات الکلی که در در قانون ما جرم است و لکن در قوانین بسیاری از کشورها جرم نیست، از شمول جرم منشاء پولشویی خارج می‌شود. از این رو، بی شک منظور قانون‌گذار چنین تفسیری نبوده است.

دوم: منظور از قانون، قانون جمهوری اسلامی ایران است. این تفسیر در واقع مبین «قاعدگی مجرمیت متقابل»^۱ است که با رویکرد قانون‌گذار ایران در گسترش صلاحیت محاکم داخلی و واقعیات قانونی دیگر^۲ نیز مطابقت دارد. از این رو، بایستی در تبصره ۱ ماده ۳ عبارت «جمهوری اسلامی ایران» به بعد از واژه «قانون» انتقال یابد؛ به این شرح که: «... مشروط بر اینکه جرم واقع شده در خارج نیز مطابق با قانون جمهوری اسلامی ایران جرم باشد».

۱. واحد در دو کشور مجزا است. (شکفته گوهری و جانی‌پور،

۱۳۹۶: ۶)

۲. بند الف ماده ۷ قانون مجازات اسلامی و ماده ۴ قانون راجع به استرداد مجرمین (۱۳۳۹).

تجاری کاغذی و استفاده از حساب‌های بانکی اشخاص در ادامه‌ی جرم منشاء آن (اخلال در نظام پولی و اقتصادی کشور از طریق قاچاق عمده ارز) به صورت سازمان‌یافته به مبلغ ۹۳۱۶۱۴۳۳۰۲۴۳۹ ریال را وارد دانسته و با اثبات جرم منشاء، پرونده جهت رسیدگی و صدور حکم به مجازات پولشویی به دادگاه کیفری دو تهران به عنوان مرجع ذیصلاح ارسال شده است.

همچنین مطابق با دادنامه‌ی شماره‌ی ۹۹۰۹۹۷۲۱۳۱۳۰۰۶۴۶ مورخ ۱۳۹۹/۱۲/۲۷ صادره از شعبه ۶۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، متعاقب بر اثبات جرم منشاء متهمان و محکومیت آنها به بالغ بر دو هزار فقره کلاهبرداری مشدد از طریق توسل به ابزارها و رسانه‌های جمعی، دادگاه اقدام به تأیید احکام پولشویی و معاونت در پولشویی (تبدیل ریال به لیر ترکیه و یورو) کرده است. این شیوه از رسیدگی و توقف صدور حکم به پولشویی به اثبات جرم منشاء مورد انتقاد می‌باشد، چرا که:

اولاً؛ وجه ممیزه پولشویی از سایر جرایم ثانویه آن است که متصف شدن پولشویی به این وصف از جرایم ثانویه -که منوط به اثبات جرم اولیه می‌باشند- عملاً کارآیی پولشویی را مخدوش و نیل به هدف غایی مقنن در جرم‌انگاری آن را مختل می‌سازد. هدف از جرم‌انگاری پولشویی با توجه به ناتوانی کشورها در مبارزه با جرایم سازمان‌یافته شکل گرفت و چنانچه احراز پولشویی را به عنوان جرم ثانویه منوط به اثبات جرم منشاء نماییم، عملاً از کارآیی پولشویی در پیشگیری از جرایم اولیه و منشاء کاسته‌ایم و توقعاتی که بر آن اساس پولشویی جرم‌انگاری شده است، برآورده نخواهد شد. (زرنشان و شجاعی نصرآبادی، ۱۳۹۶: ۱۸۳)

ثانیاً؛ ایراد دیگر بر نظریه‌ی مشورتی مذکور و رویه‌ی قضایی حاکم، به جرایم منشاء ارتكابی در

۱. قاعدگی مجرمیت متقابل (Dual Criminality) یا مجرمیت مضاعف عمدتاً با مباحث مربوط به استرداد گره خورده است و به معنای تقابل و تطابق در جرم شناختن فعل یا ترک فعل

دهنده‌ی سیاست جنایی ایران در قبال آن باشد اعلام نشده است^۵ (فکور، ۱۳۸۸: ۱۴۶) از این رو، با خلاء قانونی روبه‌رو هستیم. حال در صورت ارتکاب این جرم و بسیاری دیگر از جرایم نوین، خصوصاً جرایم حوزه‌ی علوم و فناوری در سایر کشورها و پولشویی عواید حاصل از آن جرایم در ایران، مقام قضایی امکان تعقیب بزه‌ی پولشویی را با توجه به قوانین و رویه‌ی قضایی حاضر ندارد. اهمیت موضوع زمانی بیش از پیش نمایان می‌شود که در صورت پولشویی یا سرمایه‌گذاری عواید تطهیر شده در کشور میزبان و همچنین انتقال عواید مجرمانه، کشور میزبان با تبعات منفی اقتصادی، سیاسی، اجتماعی و فرهنگی گسترده‌ای روبه‌رو می‌گردد. از دیگر سو این امکان وجود دارد که پول‌های شسته شده در کشور میزبان پولشویی در انجام فعالیت‌های مجرمانه یا تروریستی (جرم پسینی) مورد استفاده قرار گیرند.

این نگرانی هنگامی که احتمال داشتن منشاء مجرمانه عواید مکشوفه بالا می‌باشد، اما از نوع جرم منشاء یا محل ارتکاب آن در داخل یا خارج از کشور اطلاعی در دست نیست وجود دارد. از دیگر سو، با توجه به مشکلات موجود در حوزه‌ی معاضدت قضایی و همکاری‌های بین‌المللی، در بسیاری از موارد ممکن است اثبات جرم منشاء و یا کسب اطلاعات و مستندات از آن برای مقامات قضایی ایران

حال به اصل بحث باز می‌گردیم: تبصره‌ی ۱ ماده ۳ صرفاً در مواردی که جرم منشاء ارتکابی در خارج، در قوانین داخلی ایران نیز جرم‌انگاری شده باشد کارایی دارد (مجرمیت متقابل). پذیرش تفسیر اداری حقوقی مبنی بر توقف صدور حکم به پولشویی به اثبات جرم منشاء، مقام قضایی را در رسیدگی به جرم پولشویی با مشکلات جدی مواجه نموده و در بسیاری موارد امکان فرار متهم از محکومیت وجود دارد.^۱

در فرض جرم نبودن جرم منشاء خارج از کشور در قوانین ایران یا نامشخص بودن جرم منشاء یا محل ارتکاب آن، این سوال پیش می‌آید که مقام قضایی با توجه به تعهدات و الزامات بین‌المللی مبارزه با پولشویی، باید چگونه اقدام نماید؟ برای مثال، بزه «شبه سازی انسان»^۲ از جرایم نوین است که در حقوق بسیاری از کشورها از قبیل استرالیا (Nemes, 2008: 139-160)، فرانسه^۳، آلمان^۴ و بسیاری دیگر از کشورها جرم‌انگاری شده و مجازات‌های سنگین برای آن در نظر گرفته شده است. (UNESCO, 2009: 11-30) این در حالی است که به رغم اینکه ایران از جمله معدود کشورهای جهان است که به تولید سلول‌های بنیادی رویان دست یافته است، متأسفانه در قوانین موضوعه ایران این پدیده در مسیر قانون‌گذاری قرار نگرفته و تاکنون هیچ‌گونه موضع رسمی که نشان

با قاچاق کالا و ارز، رویکرد نخست را پذیرفته و همه‌ی جرایم را به عنوان جرم منشاء دانسته است.

2. Cloning Humans

3. "Bioethics" law of 8 July 2004 amending law of 29 July 1994, included in Civil, Penal and public health codes, Penal code article 214-2: Human reproductive cloning is qualified as a "crime against the human species". It is punished by a 7.500.000 Euros fine and a 30 years imprisonment penalty.

4. The Embryo Protection Act of 13 December 1990 (Section 6) g Stemcells Act" of 28 June 2002 amended on 11 April 2008 (Section 4)

۵. شاید بتوان قانون نحوه‌ی اهدای جنین به زوجین ناباور مصوب ۱۳۸۲/۰۵/۰۸ را کمی همسو و نزدیک با پدیده شبیه‌سازی قلمداد کرد.

۱. در خصوص دامنه اعمال جرایم منشاء پولشویی سه رویکرد کلی وجود دارد: نخست رویکردی که همه‌ی جرایم را جرم منشاء پولشویی می‌داند، دوم رویکرد آستانه که دسته‌ای از جرایم جدی بر اساس مجازات را وارد در جرایم منشاء می‌داند (جرایمی که حداکثر آنها بیش از یک سال حبس بوده یا حداقل مجازات آنها بیش از ۶ ماه حبس است)، سوم رویکرد فهرستی که لیستی از جرایم را جرایم منشاء معرفی می‌نماید. FATF در توصیه‌ی شماره ۳ خود می‌گوید کشورها باید جرم پولشویی را به همه‌ی جرایم شدید تسری دهند با این هدف که دامنه‌ی وسیع‌تری از جرایم منشاء را در بر گیرد. (FATF, 2021: 38) قانون‌گذار ایران مطابق با بند الف ماده ۱ قانون مبارزه با پولشویی اصلاحی ۱۳۹۷ و تعریف جرم منشاء به هر رفتاری را که مطابق با ماده ۲ قانون مجازات اسلامی جرم محسوب شود و همچنین تخلفات مذکور در قانون مبارزه



وجود سایر موارد موقوفی تعقیب است. با توجه به تفسیر اداری حقوقی قوه قضائیه دال بر توقف صدور حکم محکومیت به پولشویی به اثبات جرم منشاء، این ابهام پیش می‌آید که در مواردی که جرم منشاء پولشویی از مصادیق جرایم قابل گذشت است، نظر به اینکه به موجب ماده ۱۲ قانون آیین دادرسی کیفری تعقیب متهم در جرایم قابل گذشت، فقط با شکایت شاکی شروع می‌شود، از این رو، در صورت عدم طرح شکایت از جرم منشاء یا گذشت شاکی خصوصی (موقوفی تعقیب به استناد ماده ۱۳ قانون آیین دادرسی کیفری)، تکلیف رسیدگی به پولشویی چیست؟ در این حالات تبعاً هیچ‌گاه جرم منشاء به مرحله‌ی اثبات نمی‌رسد. بنابراین، رسیدگی به پولشویی و اثبات آن نیز با رویه‌ی حاضر که «صدور حکم به اتهام پولشویی منوط به اثبات جرم منشاء شده است» امکان پذیر نمی‌باشد! از همین قسم است حالتی که مرتکب جرم منشاء، فوت شده یا مشمول عفو عام قرار گیرد. (سیاه‌بیدی کرمانشاهی و ثالث‌موید، ۱۳۹۶: ۲۳۹) در نتیجه، مشاهده می‌نماییم که در حالت‌های متصوره فوق، دستگاه قضایی در رسیدگی و اثبات پولشویی با مشکل مواجه می‌باشد.

اگرچه در فرض رضایت شاکی پس از اثبات جرم منشاء قابل گذشت، می‌توان با این استدلال که جرم منشاء اثبات گردیده است، رضایت بعدی شاکی را مؤثر در رسیدگی به بزه‌ی پولشویی ندانست و به اتهام پولشویی رسیدگی کرد، اما در صورتی که در جرم منشاء قابل گذشت، شکایتی از سوی شاکی صورت نپذیرفته و یا در اثنای رسیدگی با رضایت شاکی، تعقیب موقوف گردد، ولو با فرض اطمینان از ارتکاب جرم منشاء، رسیدگی به پولشویی با وضع و رویه‌ی حاضر امکان‌پذیر نمی‌باشد. این مسأله با فلسفه‌ی جرم‌انگاری پولشویی و همچنین ضوابط بین‌المللی و حتی اصول و قواعد حقوقی نیز تعارض داشته و رسیدگی به یک جرم غیرقابل گذشت (پولشویی) را مشروط به اراده‌ی شاکی در جرم قابل گذشت منشاء می‌نماید. از این رو، ممکن است در

با مشکلات عدیده روبه‌رو شود و به این دلیل مجرمین به راحتی از مجازات فرار کنند. از این رو، بهتر بود قانون‌گذار با لحاظ تمامی جوانب امر، صریحاً و بدون توجه به اثبات یا عدم اثبات جرم منشاء و مکان آن، پولشویی را مورد جرم‌انگاری قرار می‌داد تا راه بر هرگونه سوءاستفاده از منافذ قانونی بسته شود و جایگاه حقوقی کشور در مبارزه با پولشویی با توجه به حساسیت‌های روزافزون بین‌المللی ارتقاء یابد. در این مسیر رویکرد شش‌گانه هلندی بسی‌کمک‌کننده است و می‌توان با الگوبرداری از آن بسیاری از خلاءهای موجود را پوشش داد.

البته لازم به ذکر است تبصره ۳ ماده ۲ قانون اصلاحی مبارزه با پولشویی راجع به «تحصیل مال از طریق نامشروع» ظرفیت‌های بالقوه بالایی داشته و امکان استفاده از آن توسط مقامات قضایی وجود دارد تا خود را از حصار «توقف محکومیت به پولشویی بر اثبات جرم منشاء» رها کرده و به اصلاح رویه قضایی فعلی اقدام نمایند. در این زمینه در بخش سوم که به تفسیر تبصره‌ی مذکور پرداخته می‌شود بیشتر توضیح داده خواهد شد.

۳،۳ قابل گذشت بودن جرم منشاء (موقوفی تعقیب) و تاثیر آن در رسیدگی به پولشویی:

جرم پولشویی با توجه به اصل غیرقابل گذشت بودن جرایم مستند به ماده ۱۰۳ قانون مجازات اسلامی که بیان می‌دارد «چنانچه قابل گذشت بودن جرمی در قانون تصریح نشده باشد، غیرقابل گذشت محسوب می‌گردد...» به عنوان جرمی غیرقابل گذشت شناخته شده است که در زمره جرایم قابل گذشت احصاء شده در ماده ۱۰۴ قانون مذکور نیست. این مهم در نظریه‌ی مشورتی شماره‌ی ۷/۹۳/۲۰۴۰ اداره کل حقوقی قوه قضائیه به تاریخ ۱۳۹۳/۰۸/۲۸ نیز مورد تأکید قرار گرفته است.

نکته‌ی حائز اهمیت و مورد ابهام در این بخش، قابل گذشت بودن جرم منشاء پولشویی و البته

ذیل ماده را باید بر اساس موارد تمثیلی مذکور در صدر ماده تفسیر کرد.

برداشت دوم: جرم تحصیل مال از طریق نامشروع یک عنوان عام قانونی است و تمامی رفتارهایی که به تحصیل مال نامشروع منجر می‌شوند را در بر می‌گیرد. (آقالارثالث، ۱۳۹۶: ۲۳) مطابق با این دیدگاه، جرم مذکور، شامل هر نوع تحصیل عامدانه مال دیگری از طریق توسل به طرق غیرقانونی است که فاقد ضمانت اجرای کیفری در سایر مقررات است.^۱ برخی نیز معتقدند قانون‌گذار با این عنوان به دنبال پوشش کلیه مصادیق خاصی بوده که نزدیک به ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری هستند، اما نمی‌توان آنها را مشمول یکی از این سه جرم دانست و با این سبک جرم‌انگاری راه بر این دسته از مجرمان بسته خواهد شد. (باقرزادگان، ۱۳۹۷: ۸)

به رغم استناد مکرر به ماده ۲ در رویه‌ی قضایی، تاکنون سیاست جنایی قضایی ایران در این زمینه ارزیابی جدی نشده است. از آنجا که برداشت موسع از این ماده قدرتی فراوان در اختیار قضات قرار داده است، به نظر می‌رسد سیاست جنایی قضایی ایران منطبق با سیاست جنایی عوام‌گرا، با جرم‌انگاری همه اقداماتی که موجب تحصیل مال از طریق نامشروع شود، انحراف‌های اقتصادی را نیز مورد جرم‌انگاری قرار داده است که این تفسیر به جرم‌انگاری موسع و تورم قوانین جزایی خواهد انجامید. (آقالارثالث، ۱۳۹۶: ۳۴۹-۳۴۸) در سال‌های اخیر برخی از قضات با پذیرش تفسیر مضیق از ماده ۲، شمول آن را محدود به اشخاص خاص و برخوردار از امتیازهای ویژه دانسته‌اند و عبارت ذیل ماده را به صدر آن، یعنی موارد تحصیل وجه یا مال توسط

پرونده‌های مشابه، به سبب رفتار متفاوت شاکیان، برخورد دوگانه‌ای صورت پذیرد، به نحوی که در یک پرونده به جهت اثبات جرم منشاء، به پولشویی نیز رسیدگی شود و در پرونده‌ی دیگر به دلیل عدم طرح شکایت یا رضایت شاکی در جرم منشاء و سایر موارد موقوفی تعقیب، امکان رسیدگی به پولشویی مهیا نگردد. بنابراین، در این زمینه نیازمند اصلاح رویه‌ی حاضر می‌باشیم و باید مقام تعقیب امکان رسیدگی به پولشویی بدون توجه به جرم منشاء را داشته باشد.

۴ تحصیل مال از طریق نامشروع موضوع تبصره‌ی ۳ ماده ۲ قانون مبارزه با پولشویی اصلاحی ۱۳۹۷

عنوان «تحصیل مال از طریق نامشروع» نخستین بار پس از تصویب ماده ۲ قانون تشدید مجازات مرتکبان ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری در سال ۱۳۶۷، وارد در ادبیات حقوق کیفری ایران شد. سیاست جنایی قضایی ایران در قبال این جرم، به علت عدم رعایت قواعد نگارشی در تدوین متن ماده، رویه واحد ندارد و به دلیل برداشت‌های متعدد از ماده مذکور، آرای متضاد و متعارضی صادر گردیده است. از این ماده دو برداشت عمده وجود دارد:

برداشت نخست: ماده مذکور ناظر بر همه افراد و هر طریقی که به تحصیل مال نامشروع منجر می‌شود، نیست، بلکه جلوگیری از حیف و میل بودجه‌ی عمومی و همچنین سوءاستفاده اشخاصی که به نوعی صلاحیت انجام کاری برای دولت را دارند، مبنای جرم‌انگاری این ماده است. پس عبارت عام

موجود در قوانین کیفری ایران که موجب گردیده است برخی اعمال نادرست که تحت هیچ یک از عناوین مجرمانه مثل کلاهبرداری، خیانت در امانت، اختلاس و غیره قرار نگیرند، را برطرف می‌کند و برای تنبیه مجرمان مالی و اقتصادی راهگشاست. (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۶: ۱۴۶)

^۱ برخی از حقوقدانان با اذعان به مطابقت تفسیر مضیق ماده ۲ با اصل تفسیر به نفع متهم، اظهار کرده‌اند تفسیر مضیق باعث ایجاد محدودیت‌ها و خلاءهای جدی در مقابله با متخلفان اقتصادی و مالی، که در محدوده تعریف مضیق جرایم خاص مصرح در قانون قرار نمی‌گیرند، می‌شود. از این رو، در دفاع از تفسیر موسع استدلال کرده‌اند که این ماده خلاءهای



اشخاص برخوردار از امتیازات دولتی، احاله و محدود نموده‌اند.^۱

۴٫۱ پولشویی و تحصیل مال نامشروع

قانون‌گذار ما با پیش‌بینی و درج عبارت «تحصیل مال از طریق نامشروع» در تبصره ۳ ماده ۲ قانون مبارزه با پولشویی اصلاحی^{۱۳۹۷}، این ابهام و سوال را ایجاد نموده است که تبصره‌ی مذکور با ماده ۲ قانون تشدید... تفاوت مبنایی دارد یا خیر و همچنین تبصره ۳ ماده ۲، با جرم پولشویی چگونه قابل جمع می‌باشد؟

اداره کل حقوقی قوه‌ی قضائیه در پاسخ به تفاوت میان جرایم موضوع ماده‌ی ۲ قانون تشدید... و تبصره‌ی ۳ ماده‌ی ۲ قانون اصلاح قانون مبارزه با پولشویی با اعلام متفاوت بودن این جرایم، بیان نموده است: «... در بزه موضوع ماده ۲ تشدید ... روش تحصیل مال که نامشروع است موضوعیت دارد؛ اما بزه موضوع تبصره‌ی ۳ ماده‌ی ۲ قانون اصلاح قانون مبارزه با پولشویی ناظر به اموال مشکوکی است که به دلیل نامشخص بودن منشأ تحصیل آن‌ها، علم به تحصیل آن‌ها از طریق نامشروع وجود ندارد؛ اما ظن نزدیک به علم بر تحصیل آن‌ها از طریق نامشروع وجود دارد».^۳

اداره حقوقی در فراز آخر نظریه مذکور آورده است: «قانون‌گذار ... در تبصره‌ی ۳ این ماده حکم معاملات و اموال مشکوکی که اسناد مثبته آن توسط متصرف(متهم) ارائه نشده است را به عنوان پولشویی و عوائد حاصل از جرم تلقی و مرتکب را مجازات و حکم به ضبط عوائد داده است».

مشاهده می‌گردد اداره‌ی حقوقی قوه‌ی قضائیه در برداشت خود از تبصره‌ی ۳ ماده‌ی ۲، به درستی جرم موضوع تبصره‌ی مذکور را از جرم تحصیل مال نامشروع موضوع ماده‌ی ۲ قانون تشدید ... متفاوت دانسته است، اما بدون تفکیک آن از بزه‌ی پولشویی، تبصره‌ی ۳ ماده‌ی ۲ را «به عنوان پولشویی و عوائد حاصل از جرم» تلقی کرده است. ایراد وارد بر این فراز از نظریه آن است که مطابق با توضیحاتی که در ادامه می‌آید، بزه موضوع تبصره‌ی ۳ ماده ۲ قانون مبارزه با پولشویی، متفاوت از پولشویی بوده و دارای عنوان خاص مجرمانه «تحصیل مال نامشروع موضوع تبصره ۳ ماده ۲» است؛ زیرا مقنن در هیچ کدام از بندهای سه‌گانه ماده ۲ قانون اصلاح مبارزه با پولشویی که رکن مادی بزه پولشویی را بیان نموده است، به «اموال نامشروع» اشاره نکرده و صرفاً از «عواید حاصل از جرم» سخن می‌گوید. از این رو، ارتکاب رفتارهای مندرج در بندهای سه‌گانه ماده ۲ باید نسبت به اموال و عواید حاصل از جرم از قبیل عواید حاصل از فروش مواد مخدر باشد. در غیر این صورت چنانچه منشاء مال، حاصل از یک فعل مجرمانه نباشد و به عبارت دیگر، مال حاصل از اعمال نامشروع فاقد عنوان مجرمانه و کیفی از قبیل مال به دست آمده از تدلیس در معامله باشد، در چارچوب جرم «پولشویی» قرار نمی‌گیرد، حتی اگر مرتکب در ارتکاب آن علم و عمد داشته است. تفاوت جرم «تحصیل مال نامشروع» مذکور در تبصره‌ی ۳ ماده ۲ با جرم «پولشویی» در این است که تبصره مذکور ناظر به وضعیتی است که با توجه به قرائن موجود برای مقام تعقیب در منشاء مجرمانه مال شبهه

قلمداد نمود. ممنوعیت و محدودیت تعلیق و تخفیف مجازات

در تبصره این ماده نیز موید این موضوع است ...».

۲. «چنانچه ظن نزدیک به علم بر تحصیل مال از طریق نامشروع وجود داشته باشد، در حکم مال نامشروع محسوب و مرتکب در صورتی که مشمول مجازات شدیدتری نباشد به حبس درجه شش محکوم می‌شود. در هر صورت مال مزبور ضبط خواهد شد؛ مگر اینکه تحصیل مشروع آن اثبات شود».

۳. نظریه‌ی شماره‌ی ۷/۹۸/۱۹۱۲ مورخ ۱۳۹۹/۰۵/۰۷ اداره کل حقوقی قوه‌ی قضائیه.

۱. در متن قرار منع تعقیب صادرشده از دادسرای عمومی و

انقلاب ناحیه‌ی ۱۴ تهران به شماره‌ی ۱۹۶۲/۰۲۳۵۳۰۹۹۷۰۹۷۰ مورخ ۱۳۹۷/۱۰/۲۷ آمده است: «اگرچه در قسمت سوم ماده مزبور - ماده ۲ قانون تشدید- به طور کلی هرگونه تحصیل مال از طریق نامشروع جرم‌انگاری شده است، اما با توجه به اینکه در تمثیل تنظیم شرط است، قسمت سوم ماده‌ی مزبور را می‌بایست با توجه به دو قسمت اول تفسیر نمود و هر سه قسمت را ناظر به حمایت از ارزشی یکسان و ارزشی مشابه

«پولشویی» با جرم «تحصیل مال نامشروع» نتیجه‌گیری می‌شود:

اولاً موضوع بزه «پولشویی» مذکور در ماده‌ی ۲ قانون اصلاحی مبارزه با پولشویی، مال و عواید حاصل از جرم منشاء است که در منشاء مجرمانه آن تردیدی وجود ندارد؛

ثانیاً موضوع بزه «تحصیل مال از طریق نامشروع» مذکور در تبصره ۳ ماده ۲ با توجه به مفاد تبصره به ویژه عبارت «ظن نزدیک به علم»، مالی است که در داشتن منشاء مجرمانه آن شبهه جدی است. با توجه به اینکه برای مقام قضایی علم قطعی که همانا یقین حاصل از مستندات بین مذکور در ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی می‌باشد، حاصل نیامده است، از این رو، موضوع در چارچوب ظن قابل بررسی می‌باشد.

در پایان لازم به توضیح است با توجه به مفهوم لغزنده و ابهام‌ساز تبصره‌ی ۳ ماده ۲ قانون اصلاحی مبارزه با پولشویی به منظور جلوگیری از پیدایش مشکلات موجود در تفسیر ماده ۲ قانون تشدید... (۱۳۶۷)، بایستی با تفسیر مضیق، تبصره مذکور را صرفاً در پرتو جرم پولشویی و مقررات قانون مبارزه با پولشویی تفسیر کرد. از این رو می‌توان سه حالت ذیل را متصور بود:

الف: چنانچه مال حاصل از اعمال نامشروع فاقد عنوان مجرمانه باشد، حتی با فرض علم و عمد مرتکب، رفتار وی جرم نبوده و در چارچوب هیچ یک از مواد قانون مبارزه با پولشویی قرار نمی‌گیرد، مانند مال حاصل از تدلیس.

ب: چنانچه علم قطعی وجود داشته باشد که مال تحصیل شده حاصل از ارتکاب جرم است (جرم منشاء)، رفتار مرتکب در چارچوب مقررات پولشویی قابل مجازات می‌باشد.

ج: اگر برای مقام قضایی محرز نگردد که مال تحصیل شده دارای منشاء مجرمانه است و با توجه به ظن نزدیک به علم، شبهه جدی در مشروعیت منشاء مال وجود دارد و یا مشخص نیست که

جدی وجود دارد و لی آنچه که برای مقام قضایی مسجل است عدم مشروعیت تحصیل مال می‌باشد. (رستمی، ۱۳۹۸: ۴۰۴) علاوه بر این، باید عنوان کرد:

۱- در رویه‌ی قضایی ایران مطابق با نظریه دیگر اداره حقوقی در تاریخ ۱۳۹۳/۰۸/۲۸ به شماره ۷/۹۳/۲۰۴۰ «صدور حکم به مجازات پولشویی به اثبات ارتکاب جرم منشاء منوط است»، در حالی که در تبصره‌ی مذکور جرم منشاء اثبات نشده است و صرفاً ظن نزدیک به علم بر تحصیل مال از طریق نامشروع وجود دارد.

۲- مجازات پولشویی مطابق با ماده ۹ قانون مذکور بسته به شرایط جرم، حبس تعزیری درجه ۴ یا ۵، مصادره‌ی اموال و جزای نقدی است؛ در حالی که برای جرم موضوع تبصره‌ی ۳ ماده ۲ مجازاتی جداگانه و خفیف‌تر از مجازات پولشویی - حبس تعزیری درجه ۶ و ضبط اموال - در نظر گرفته شده است.

۳- قانون‌گذار در تبصره ۳ ماده ۲ از عبارت (تحصیل مال از طریق نامشروع) استفاده نموده است. از این رو، نظر ایشان بر این بوده است که تبصره ۳ ماده ۲ را داخل در عنوان پولشویی نداند و ادامه‌ی تبصره نیز موید این نظر می‌باشد که آمده است: «در حکم مال نامشروع محسوب و مرتکب در صورتی که مجازات شدیدتری نباشد به حبس درجه-ی شش محکوم می‌شود».

۴- در پولشویی، عواید مجرمانه غالباً با گذر از مراحل سه‌گانه، ظاهری قانونی به خود می‌گیرند و لی در تحصیل مال نامشروع موضوع تبصره ۳ ماده ۲ به صرف «ظن نزدیک به علم بر تحصیل مال از طریق نامشروع» و عدم اثبات تحصیل مشروع آن، برای شمول تبصره کفایت می‌نماید و به اثبات گذر از مراحل مختلف و یا تحقیق در خصوص انجام اقداماتی به منظور پنهان‌سازی منشاء مجرمانه اموال نیازی نیست. از این رو، با تفکیک میان جرم



۵ نتیجه‌گیری

در اثبات بزه‌ی پولشویی احراز رکن روانی و نیز بار اثبات دلیل با توجه به حمایت اصل برائت از متهم، از اهمیت و حساسیت خاصی برخوردار است. برخلاف رویکرد جهل عمدی، توسل به واقعیات عینی به عنوان راهکار پیشنهادی FATF در اثبات رکن روانی با مبانی حقوق کیفری ایران سازگار است. هرچند قانون‌گذار ایران به صراحت از تعدیل اصل برائت و جایگزینی اماره‌ی مجرمیت سخن به میان نیاورده است، اما با عنایت به فحوی مواد قانونی مربوط و الزام متهم به اثبات صحت معاملات یا تحصیل مال از طریق مشروع، می‌توان نگاه افتراقی قانون‌گذار به پولشویی و تعدیل اصول برائت و صحت را مشاهده کرد. در خصوص جایگاه جرم منشاء در اثبات پولشویی و میزان وابستگی آن‌ها، در حقوق کیفری ایران خودشویی هماهنگ با استانداردهای جهانی به صورت مستقل جرم‌انگاری شده و موضوع از موارد تعدد جرم است. اما حاکمیت دیدگاه «توقف صدور حکم به پولشویی بر اثبات جرم منشاء» در رویه‌ی قضایی ایران که مغایر با استانداردهای FATF است، در رسیدگی‌های قضایی سبب بروز مشکلاتی شده است؛ وضعیت پولشویی عواید حاصل از جرایم نوین ارتكابی در خارج از کشور که در ایران جرم‌انگاری نشده‌اند یا جرایم منشاء که نوع یا مکان ارتكاب آنها مشخص نیست، مبهم باقی می‌ماند و نیز مشکلاتی در رسیدگی به پولشویی عواید حاصل از جرایم منشاء قابل گذشت یا سایر مواردی که جرم منشاء با موقوفی تعقیب مواجه شود، ایجاد می‌گردد. در مجموع مشاهده می‌شود که مبارزه با پولشویی در نظام حقوقی ایران نه بر مبنای موازین حقوق داخلی، بلکه در راستای الزامات ناشی از تعهدات بین‌المللی در جریان است و رویکرد سیاست جنایی تقنینی-قضایی بر نوعی سردرگمی و پراکندگی دلالت دارد. تحصیل مال نامشروع مذکور در قانون مبارزه با پولشویی اصلاحی ۱۳۹۷ دارای عنوان مجرمانه خاص است و با تحصیل مال نامشروع مندرج در قانون تشدید مجازات مرتکبان

تحصیل مال در نتیجه ارتكاب جرم بوده یا اینکه از راه مشروع به دست آمده است، فرض تحصیل مال از طریق نامشروع مذکور در تبصره‌ی ۳ ماده ۲ تقویت می‌گردد. (رستمی، ۱۳۹۸: ۴۱۵) به دیگر معنا، تبصره‌ی ۳ ماده ۲ ناظر به حالتی است که با توجه به قرائن و امارات موجود، در منشاء مال که آیا مجرمانه بوده یا از فعالیت قانونی کسب شده است، شبهه جدی وجود دارد. از این رو، متصرف مال به منظور رفع اتهام از خود باید منشاء قانونی و غیرمجرمانه مال و تحصیل مشروع آن را اثبات نماید.

۴٫۲ اهمیت تبصره‌ی ۳ ماده ۲ در

رسیدگی‌های قضایی به پولشویی

همان‌گونه که بیان شد، برخلاف استاندارد مورد پذیرش FATF، رویه‌ی قضایی موجود در محاکم ایران از دیدگاه «توقف صدور حکم پولشویی بر اثبات جرم منشاء» تبعیت می‌نماید. این رویه قابل ایراد موجب گردیده است تا مقام قضایی در رسیدگی و اثبات پولشویی با مشکلات فراوانی روبه‌رو شود و در بسیاری موارد عملاً اثبات پولشویی به علت عدم شناسایی جرم منشاء، یا ارتكاب جرم منشاء در خارج از کشور ممکن نگردد. از این رو، تبصره مذکور هر چند جرمی مجزای از پولشویی است اما در مواجهه با مشکلات موصوف گره‌گشا بوده و مقام قضایی به وسیله‌ی آن از دیدگاه «توقف صدور حکم پولشویی بر اثبات جرم منشاء» فاصله گرفته و با پوشش خلاءهای موجود، راه فرار از محکومیت را بر پولشویان می‌بندد. مضافاً اینکه تبصره‌ی ۳ در کنار سایر تبصره‌های ماده ۲ با معکوس‌سازی بار اثبات دلیل و تعدیل اصول صحت و برائت، نقشی مهم در فراغت مقام تعقیب از استناد متهم به این اصول داشته و وی را در مواجهه با مشکلات اثباتی بزه پولشویی که ناشی از ویژگی‌های خاص این جرم از قبیل سازمان یافتگی، ثانویه و فراملی بودن آن است یاری می‌رساند.

سه‌گانه ماده ۲ قانون اصلاحی ۱۳۹۷ به ویژه تبصره ۳ آن و نیز الگوبرداری از رویکرد شش مرحله‌ای هلندی که مورد تایید FATF می‌باشد، از دیدگاه «توقف صدور حکم به پولشویی بر اثبات جرم منشاء» فاصله گرفت و ایرادات موجود را تا حد امکان مرتفع کرد.

ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری و نیز جرم پولشویی تفاوت دارد. لذا با تفسیر مضیق باید آن را صرفاً در پرتو جرم پولشویی تحلیل کرد. تحصیل مال نامشروع موضوع تبصره ۳ ماده ۲، از ظرفیت‌های بالقوه بالایی برخوردار است و قابلیت پوشش خلاءهای موجود در رسیدگی و اثبات پولشویی را دارد. از این رو، پیشنهاد می‌شود با استفاده از ظرفیت‌های موجود در تبصره‌های

فهرست منابع

- Aghalare Salses, S. (2018). *Iran's judicial criminal policy against the crime of illegal acquisition of property*, Tehran: Mizan Publications. [In Persian]
- Akbari, A., Malmir, M., & Pourbafrani, H. (2017). The concept and fundamental of infraction in the principle of innocence. *Journal of Contemporary Legal Studies*. 8(14), 1-29. [In Persian]
- [Akrami](#), R. (2020). The proof of mental element of intentional crime in Islamic jurisprudence and United States law. *Journal of Islamic Law*. 17(66), 103-127. [In Persian]
- Azamayesh, A. (2016). *The proceeding of seminar on United Nations Convention against corruption: Achievements and challenges*, Tehran: Mizan Publications. [In Persian]
- Bagherzadegan, A. (2018). Examining different interpretations of the crime of illegal acquisition property. *Journal of Knowledge of Law and Finance*, 2(3), 5-21. [In Persian]
- Bjerregaard, E., & Kirchmaier, T. (2019). *The Danske Bank money laundering scandal: A case study* (September 2, 2019). Available at <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3446636>
- Chelongar, E. (2018). *Money laundering methods and related laws in Iranian law*, Tehran: Khorsandi Publications. [In Persian]
- Fakour, H. (2009). A Study on criminalizing human cloning in Iranian statutes. *Journal of Medical Law*, 3(11), 145-170. [In Persian]
- FATF. (2012-2021). *International standards on combating money laundering and financing terrorism and proliferation*. FATF, Paris, France. Available at: www.fatf-gafi.org
- FATF-Egmont Group. (2020). *Trade-based money laundering: Trends and developments*. FATF, Paris, France. Available at: www.fatf-gafi.org
- FATF. (2018). *FATF president's paper: Anti-money laundering and counter terrorist financing for judges and prosecutors*. FATF, Paris, France. Available at: www.fatf-gafi.org
- FATF. (2018). *Professional money laundering*. FATF, Paris, France. Available at: www.fatf-gafi.org



- FATF. (2010). *Money laundering through money remittance and currency exchange providers*. FATF, Paris Available at: www.fatf-gafi.org
- FATF. (2010). *Money laundering using trust and company service providers*. FATF, Paris, Available at: www.fatf-gafi.org
- FATF. (2009). *Vulnerabilities of casinos and gaming sector*. FATF, Paris, Available at: www.fatf-gafi.org
- FATF. (2006). *Trade-based money laundering*. FATF, Paris. Available at: <https://www.fatf-gafi.org>
- Fayzi Chakab, Gh. N., & Ahangari, S. (2019). *Financial action task force: FATF (structure, goals & legal-economic consequences for Iran)*, Tehran: Commercial Publishing Company Publications. [In Persian]
- FPS Justice. (2016-2017). *Rapport annuel sur le contentieux de la Belgique devant la Cour européenne des droits de l'homme*. Available at: <https://justice.belgium.be>
- Goldouzian, I. (2017). *Précis du Droit pénal spécial*, Tehran: Mizan Publications. [In Persian]
- Katouzian, N. (2016). *Civil law (in the current legal system)*, Mizan Publications. [In Persian]
- Kermanshahi, S. S., & Moayyad, A. A. S. (2017). *Economic criminal law money laundering.*, Tehran: Mizan Publications. [In Persian]
- Kleemans, E. R. (2012). Organized crime and the visible hand: A theoretical critique on the economic analysis of organized crime. *Criminology & Criminal Justice*, 13(5), 29-615. Available at: <https://journals.sagepub.com>
- Lazerges, CH. (2011). *Introduction à LA POLITIQUE CRIMINELLE. Traduit en persan par ALI - Hossein Nadjafi*, Tehran: Mizan publications. [In Persian]
- Marcus, Jonathan L. (1993). Model penal Code Section 2.02(7) and willful blindness, *Yale Law Journal Company*, 102(8), 2231-2257. Available at <https://doi.org/10.2307/796865>.
- Mehra, N., & Zahedi, A. (2015). The new approach of criminal law in proving defenses, *Journal of Judiciary Law*, 79(90), 63-84. [In Persian]
- Nemes, I. (2008). Therapeutic cloning in Australia: One small stem from man, one giant leap for mankind, *Journal of Law and Medicine*, vol. 16, 139-160.
- Ramazani, M., & Alizadeh, A. (2014). Criminal policy, tools, authorities and authorities involved in judicial criminal policy. *KARAGAH Scientific Journal*, 7(25), 121-162. [In Persian]
- Rostami, H. (2019). Obtain property by unlawful in the light of money laundering regulations. *Journal of Criminal law and Criminology Studies*, 49(2), 397-417. [In Persian]
- Sadeghi, H. M. M. (2017). *Offences against property*, Tehran: Mizan Publications. [In Persian]
- Saki, M. (2020). *Introducing the crime of money laundering*, Tehran: Judiciary Press and Publications Center. [In Persian]

- Schott, P. A. (2006). Reference guide to anti-money laundering and combating the financing of terrorism. 2nd eds. and supplement on special recommendation IX. [Washington, D.C.], *The World Bank: International Monetary Fund*. DOI: 10.1596/978-0-8213-6513-7.
- Shamlu, B., & Moradi, M. (2013). Restrictions against fair trial guarantees in the light of security-oriented approach to money laundering. *Journal of Judiciary Law*, 77(81), 111-159. [In Persian]
- Shekofteh Gohari, M., & Janipour Eskolaki, M. (2018). Double criminality rule in International Criminal Law of Iran. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 5(10), 5-41. [In Persian]
- Soltanifard, H., Malmeir, M., & Alipour, H. (2017). Economic crimes criminal procedure: The connection between substance and process. *Journal of Legal Studies*, 10(3), 159-194. [In Persian]
- Tavassoli Naeini, M., Khosroshahi, Gh., & Nasrollahi, Z. (2016). The principle of equality of arms in preliminary investigation phase in Iran's Criminal Procedure Code 2013 and international human rights instruments. *Journal of Judiciary Law*, 80(94), 71-94. [In Persian]
- UNESCO (2009). *Report of IBC on human cloning and international governance*. <https://paperzz.com>.
- United Nations Convention against illicit traffic in narcotic drugs and psychotropic substances (1988). Available at: <https://www.unodc.org>.
- United Nations Convention against transnational organized crime (2000). Available at: <https://www.unodc.org>.
- UNODC (UN Office on Drugs and Crime). (2004). *Convention against transnational organized crime*. New York: UN. Available at: <https://www.unodc.org>.
- UNODC, Interpol, Transparency International. (2016-2020). *Extractos de Doctrina y Jurisprudencia en materia de Blanqueo de Capitales para la República de Panamá*. Available at: <https://www.unodc.org>.
- Hamin, Z., Rosli, W. R. W., Omar, N., & Mahmud, A. A. P. A. (2014). Configuring criminal proceeds in money laundering cases in the UK. *Journal of Money Laundering Control*, 17(4). DOI:10.1108/JMLC-11-2013-0047.
- Zarneshan, Sh., & shojaeinasr, M. (2018). The necessity of criminalizing money laundering independently of the crime of origin. *Journal of Criminal Law Doctrines*. 14(14), 173-199. [In Persian]
- Zul Kepli, M. Y., & Nasir, M. A. (2016). [Money laundering: Analysis on the placement methods](#). *International Journal of Business, Economics and Law*, 11 (5), 32-40. ISSN 2289-1552. Available at: <http://ijbel.com>.
- <https://www.amlc.eu> /indirect-method-of-proof.
- <https://eghtesadi.eadl.ir>.
- <https://hudoc.echr.coe.int/eng>
- <https://justice.belgium.be>

Research Paper

The Period of Temporary Detention in Iran and Arab Countries (Egypt, Saudi Arabia and Lebanon)

hadi rostami^{*1} , ali Molabeigi² , hasan bavi³ 

¹ Assistant Professor of Law, Faculty of Humanities, Bu Ali Sina University, Hamadan, Iran.

² PhD Student in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabatabai University, Tehran, Iran.

³ Master of Criminal Law for Children and Adolescents, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran.



10.22080/LPS.2022.22690.1287

Received:

November 26, 2021

Accepted:

January 14, 2022

Available online:

February 14, 2022

Keywords:

Comparative law, Temporary detention, Security-oriented criminal policy, Dignity-oriented criminal policy,

Abstract

One of the goals of criminal procedure is to protect the right to liberty. Temporary detention is a violation of this right, which in the present study is examined for a maximum period of time in the light of criminal policy findings. Some countries, under the influence of security-oriented criminal policies, consider the accused as a dangerous enemy and violate his right to liberty under the pretext of providing maximum security to the society and increase the maximum period of temporary detention or indefinite detention. The approach of Saudi and Lebanese Laws, in terms of not setting a maximum period of temporary detention in criminal investigations, is influenced by the security model of criminal justice and expediency. In these systems, the judiciary has full authority at its discretion to achieve the good of the offender and the victim. It can also violate the right to liberty. In this case, the atmosphere of the criminal justice system will take on the color and smell of security, and criminal policy will move towards the dehumanization of the criminal response. Contrary to the above view, the adoption of a tolerant criminal policy with a little tolerance in Egypt and Iran has led to a shorter maximum detention period. From an interactionist criminological point of view, which views criminal justice institutions as labeled institutions and processes, this reduces criminal intervention and, as a result, defendants are less likely to face criminal labeling. However, in some countries, such as Egypt and even Iran, sparks of security-oriented criminal policy have prevailed in the legal system that have empowered the political authority to detain individuals without maximum detention. This article seeks to discover the strengths and strengthen them and find the

***Corresponding Author:** hadi rostami

Address: Assistant Professor of Law, Faculty of Humanities, Bu Ali Sina University, Hamadan, Iran.

Email: h.rostami@basu.ac.ir



Wandering criminal policy

weaknesses and reduce them by analytical and descriptive methods, and therefore can be effective in improving criminal policy.

Extended abstract

1. Introduction

One of the most important principles governing the criminal law is the principle of innocence, according to which a defendant is presumed innocent until the guilty is proven in a fair and just trial. Despite the great efforts made, the need to prevent the accused from escaping and colluding, and from the violation of the rights has led most of the countries to allow the accused to be released and issue a warrant for his arrest. A temporary detention order means the deprivation of the liberty of the accused and his imprisonment during all or part of the preliminary investigation by the judicial authority (Mansouri, 2009: p. 32). A look at the regulations of different countries regarding temporary detention shows many differences both in terms of detention conditions and time. These differences, based on different ideologies of thought that exist between countries, lead to the accused's deprivation of freedom. Therefore, based on the regulations and the period of temporary detention, the type of criminal policy governing each country can be understood. The present article examines this issue in Iran, Saudi Arabia, Lebanon and Egypt and tries to analyze and evaluate the approaches of these countries based on criminology, victimology and, most importantly, criminal policy.

2. Methodology

The research method includes an analysis of the legislative approaches of the legislators of the four Islamic countries

regarding the time period of temporary detention, based on which the type of qualitative content analysis can be used to understand the type of criminal policy governing those countries. Studying based on such an approach can pave the way for discovering the strengths and weaknesses of these countries.

3. Findings

The approach of Saudi and Lebanese Law in terms of not setting a temporary detention ceiling in criminal investigations is influenced by the security-oriented model of criminal justice and expediency. In these systems, the judiciary has full authority at its discretion to achieve the good of the offender and the victim. It can also violate the right to liberty. In this case, the atmosphere of the criminal justice system will take on the color and smell of security, and criminal policy will move towards the dehumanization of the criminal response. Contrary to the above view, the adoption of a tolerant criminal policy in Iran and Egypt has led to a shorter period of temporary detention. This issue reduces criminal intervention from the perspective of interactionist criminology, which views the criminal justice system as institutions and processes. As a result of such an approach, defendants will be less likely to be labeled criminals.

4. Conclusion

Under the influence of security-oriented criminal policy, Egypt, Saudi Arabia, and Lebanon have had temporary detention in their legal systems. However, Iran does not have this type of temporary detention. In this regard, the position of the Iranian

legislature is closer and more in line with the principle of innocence, the right to liberty and some criminological requirements. The position of other countries is in grave violation of the principle and right enshrined in Article 9 and Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights. However, this detention order in Iran and Egypt could be issued on the basis of political position and institution, which can be considered contrary to the principles of separation of powers and legality. Therefore, the special suggestions of this study based on the analysis of the approach of these four countries to the criminal justice policy of Iran are:

1. Determining the limit of the period of temporary detention in crimes that do not have a sentence of imprisonment or their imprisonment has no minimum (if possible one or two months and otherwise one year).

2. Keeping the accused in detention after the expiration of the legal deadlines for temporary detention is against the law, even under the pretext of not introducing a guarantor or posting bail. In these cases, the judicial authority must take the necessary steps to release the accused, including reducing the amount of bail to prevent the accused from being labeled and secure the criminal response to his accusation.

Funding

No special financial support has been provided for this project.

Authors' Contribution

All of the above authors have been actively and continuously involved in writing this article.

Conflict of Interest

The authors of this article undertake that the findings all belong to their research. Also, the authors of the article submitted to the Journal of Comparative Law Studies of Mazandaran University did not send it elsewhere for review or publication.

Acknowledgments

The authors thank the reviewers of this article for all their constructive guidance.



علمی پژوهشی

بازه زمانی بازداشت موقت در ایران و کشورهای عربی (مصر، عربستان و لبنان)

هادی رستمی*^۱ ID، علی مولاییگی^۲ ID، حسن باوی^۳ ID

^۱ استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران.
^۲ دانشجوی مقطع دکتری حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی، تهران، ایران
^۳ کارشناس ارشد حقوق کیفری اطفال و نوجوانان، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

doi 10.22080/LPS.2022.22690.1287

چکیده

یکی از اهداف آیین دادرسی کیفری، حمایت از حق بر آزادی است. بازداشت موقت نقض‌کننده این حق به شمار می‌رود که در پژوهش حاضر حداکثر مدت آن در پرتو یافته‌های سیاست‌گذاری جنایی بررسی می‌گردد. برخی از کشورها تحت تاثیر سیاست جنایی امنیت‌گرا، متهم را دشمن خطرناک پنداشته و حق آزادی او را به بهانه‌ی تأمین حداکثری امنیت جامعه نقض و حداکثر مدت بازداشت موقت را افزایش داده یا بازداشت بدون مدت در نظر می‌گیرند. رویکرد قوانین کشورهای همانند عربستان و لبنان از حیث عدم تعیین حداکثر مدت بازداشت موقت در تحقیقات جنایی، تحت تأثیر الگوی امنیت‌مدار عدالت کیفری و مصلحت‌گرایی به شمار می‌رود. در این نظام‌ها مقام قضائی طبق تشخیص خود و به منظور تحقق صلاح بزه‌کار و بزه‌دیده اختیار تام داشته و می‌تواند حق بر آزادی را مخدوش نماید؛ در این صورت فضای نظام عدالت کیفری، رنگ و بوی امنیتی به خود گرفته و سیاست جنایی از واکنش کیفری، به سمت انسانیت‌زدایی سوق می‌یابد. در مقابل دیدگاه بالا، اتخاذ سیاست جنایی تساهل‌گرا با کمی تسامح در کشورهای مصر و ایران موجب شده تا حداکثر مدت بازداشت موقت کمتری در نظر گرفته شود. این موضوع از نگاه جرم‌شناسی تعامل‌گرا که به تشکیلات دستگاه عدالت کیفری به عنوان نهادها و فرآیندهایی برچسب‌زن نگریسته، موجب کاهش مداخله کیفری شده و در نتیجه متهمان، کمتر در مواجهه با برچسب مجرمانه قرار می‌گیرند. با این وجود در بعضی از کشورها همانند مصر و حتی ایران، بارقه‌هایی از سیاست جنایی امنیت‌مدار در نظام حقوقی چیره شده که به مقام سیاسی صلاحیت داده که اشخاص را بدون تقید به حداکثر مدت، بازداشت کنند. این مقاله با روش تحلیلی و توصیفی، به

تاریخ دریافت:

۱۴۰۰ آذر ۰۵

تاریخ پذیرش:

۱۴۰۰ دی ۲۴

تاریخ انتشار:

۱۰ اسفند ۱۴۰۰

کلیدواژه‌ها:

حقوق تطبیقی، بازداشت موقت، سیاست جنایی امنیت‌مدار، سیاست جنایی کرامت‌مدار، سیاست جنایی سرگردان

* نویسنده مسئول: هادی رستمی

آدرس: دانشجوی مقطع دکتری حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی، تهران، ایران

ایمیل: h.rostami@basu.ac.ir

دنبال کشف نقاط قوت و تقویت آن‌ها و یافتن نقاط ضعف و کاهش آن‌ها بوده و از این‌رو در بهبود سیاست جنایی، کارساز می‌تواند عمل نماید.

۱ مقدمه

می‌رود، معطوف دارند (طهماسبی و گل‌ریز، ۱۳۹۱: ۸۴). بر همین اساس بحث‌های نظری زیادی پیرامون آن به ویژه در خصوص انقضای مدت حداکثر آن و لزوم فک و تخفیف آن توسط مقام قضائی از سوی حقوق‌دانان مطرح شده است. حساسیت نسبت به این موضوع به خاطر تقابل حق آزادی متهم و حق امنیت جامعه بوده که بر مبنای آن حتی در اسناد بین‌المللی مانند ماده‌ی ۹ و بند (۲) ماده‌ی ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶) به آن اشاره شده و با توجه به این اسناد، قرار بازداشت موقت در موارد خاص، استثنائی و مقید به بازه‌های زمانی خاص صادر می‌شود. از ره‌گذر این اسناد، تحول جدی در حقوق داخلی برخی کشورها در زمینه بازداشت موقت صورت پذیرفته، زیرا در طول چند دهه گذشته کمیته حقوق بشر سازمان ملل و دیوان اروپایی حمایت از حقوق بشر، به عنوان نهادهای ناظر بر اجرای اسناد بین‌المللی، با تفسیر مقرره‌هایی راجع به حقوق متهم، پیش‌بینی کردند که از جمله حقوق متهم آزادی موقت وی پیش از محاکمه است. از این‌رو عمل برخلاف این قاعده یعنی بازداشت موقت، باید مبتنی بر دلایل منطقی، قانونی، هم‌چون احتمال قوی به فرار متهم یا مخفی شدن وی و آن هم در جرایم مهم پیش‌بینی گردد (طهماسبی و گل‌ریز: همان). هم‌چنین بازداشت موقت باید حداکثر مدتی داشته باشد تا بعد از انقضای آن مقام قضائی ملزم به فک یا تخفیف آن شود. این موضوع مبنای پژوهش پیش‌رو است.

گرایش روزافزون به پژوهش‌های تطبیقی در سال‌های اخیر، حقوق کیفری را از مرکز توجه تحقیقات تطبیقی خارج کرده و در درجه دوم اهمیت قرار داده است. بدین‌سان بررسی مقرره‌های داخلی از راه تطبیق آن با نظام‌های حقوقی کشورهای دیگر

نظم عمومی، امنیت حقوقی، امنیت اجتماعی و چگونگی تضمین آن‌ها از وظایف دولت‌ها محسوب می‌شود. جنبه‌های مختلف این وظیفه از جمله در چارچوب سیاست‌گذاری اجتماعی - کیفی تعیین و توسط نهادهای رسمی و گاه با مشارکت نهادهای جامعه‌ی به اجرا گذاشته می‌شود. گونه‌ی ارزش‌گذاری در عرصه فرهنگی، اقتصادی، اجتماعی و... و نحوی پاسداری از آن‌ها، به رویکرد سیاسی دولت‌ها به قدرت، آزادی، کرامت انسانی و در نهایت به گونه‌ی زمام‌داری آن‌ها باز می‌گردد که به طور معمول در سیاست جنایی متبلور می‌شود، زیرا سیاست جنایی است که چارچوب و چگونگی مداخله کنشی و واکنشی حاکمیت را در خلوت و حقوق خصوصی مردم مشخص می‌کند. بدین‌سان، بزه‌انگاری کیفری، اداری، انضباطی و...، از یک سو و پاسخ‌های واکنشی و کنشی از سوی دیگر، یک رسالت حاکمیتی است که با توجه به نوع نظام سیاسی حاکم از یک کشور به کشور دیگر متفاوت است (نجفی‌ابرنادادی، ۱۳۹۶، ص ۶۰۷). در این میان بازداشت موقت به عنوان یکی از واکنش‌ها و سنگین‌ترین قرار تأمین کیفری بوده که توسط دولت‌ها در حق متهم صادر می‌شود. این اقدام تأمینی در راستای سلب آزادی از متهم و زندانی کردن وی در طول تمام یا قسمتی از دادرسی صورت می‌گیرد. تعارض بازداشت موقت با اصل برائت و فرض بی‌گناهی متهم قبل از صدور حکم قطعی و هم‌چنین تضاد آن با برخی از یافته‌های سیاست جنایی باعث شده که برخی از حقوق‌دانان و جرم‌شناسان، پس از جنگ جهانی دوم، تحت تأثیر نظرات مکتب دفاع اجتماعی نوین، توجه خود را به این اقدام که تهدیدی بر علیه آزادی متهم به شمار



پرسش اصلی پژوهش پیش‌رو آن است که مدت بازداشت موقت در ایران و کشورهای مورد مطالعه در تقارن با سیاست جنایی، جرم‌شناسی و بزه‌دیده‌شناسی چگونه بوده و نبود مدت زمان مشخص در برخی از این کشورها را چگونه می‌توان ارزیابی نمود؟ برای پاسخ به این پرسش باید چنین گفت که در بین کشورهای مورد مطالعه، عربستان و مصر بازداشت موقت بدون مدت را وارد نظام حقوقی خویش نموده که از منظر مخالفت با حق آزادی، هنجارهای جهانی و نیز یافته‌های جرم‌شناسی قابل انتقاد است. مدت بازداشت موقت در هر یک از این کشورها با انتقادهایی همانند تفسیربردار بودن آن در حقوق ایران، نقض اصل برائت و حق آزادی در عربستان و مصر رو به رو است.

در بررسی نظام‌های حقوقی کشورهای مورد مطالعه ملاحظه گردید که آن‌ها به طور کلی تابع دو نظام فکری متفاوت هستند. کشورهایمانند لبنان که سقف مدت بازداشت موقت را بر اساس نوع و درجه جرم تعیین می‌کنند و کشورهایمانند عربستان و مصر که سقف مدت بازداشت موقت را بر اساس مقام صادرکننده قرار بازداشت موقت تعیین می‌نمایند. البته با وجود چنین تفکیکی، در باب ایران باید گفت، ایران انطباق بیشتری با نظام اول داشته اما می‌توان بارقه‌هایی از انعکاس نظام دوم را نیز در مقرره‌های نظری و عملی آن یافت. بنابراین در باب نظام سیاست جنایی ایران در قبال بازداشت موقت باید از اصطلاح سیاست جنایی سرگردان بهره برد (نوربها، ۱۳۷۸: ۱۲۶).

با توجه به آن‌که بازداشت موقت با حق آزادی شخصی مرتبط بوده و اندیشمندان نیز در تعیین سقف مدت بازداشت موقت تابع دو نظام فکری متفاوت هستند، مقاله پیش‌رو به دو بخش تقسیم

به ویژه کشورهای مسلمان و عربی که نظام‌های حقوقی، اجتماعی و فرهنگی آن‌ها نزدیکی بسیاری با حقوق ایران داشته، نقاط قوت و ضعف را آشکار می‌نماید. تطبیق به معنی استفاده از تجربه‌های دیگر کشورها بدون صرف زمان و هرگونه هزینه دیگری است (خوشبخت، ۱۳۹۴، ص ۹). از این‌رو کم‌هزینه‌ترین و ساده‌ترین راه تقویت مقرره‌های داخلی، پژوهش‌های تطبیقی به شمار می‌رود. صدور قرار بازداشت موقت در موارد محدود و مذکور در قانون امکان‌پذیر بوده و قانون هر کشوری اصولی متفاوت برای آن در نظر گرفته و تطبیق چنین قوانینی باهم می‌تواند از یک‌سو نقاط قوت و ضعف هریک را تعیین و از سوی دیگر نوع نظام سیاست‌گذاری جنایی هر کشور را مشخص نماید.

پیرامون بازداشت موقت و تطبیق آن با نظام‌های حقوقی کشورهای خارجی مطالعه‌های متعددی در قالب مقاله و کتاب صورت گرفته است. آنچه پژوهش حاضر را متمایز می‌نماید؛ آن است که برخلاف پژوهش‌های دیگران که تمرکز خود را بر روی کشورهای غربی^۱ و یا اسناد بین‌المللی^۲ قرار داده‌اند، این مقاله از یک‌سو محدوده مطالعه خود را بر بازه زمانی بازداشت موقت (حداکثر مدت آن) قرار داده و از سوی دیگر جنبه تطبیقی خود را به کشورهای عربی اختصاص داده است. بی‌گمان، نظام حقوقی کشورهای مسلمان به خاطر هم‌گرایی با شریعت، سنت اسلامی و حقوق بشر منبع مناسب‌تری برای تطبیق به شمار می‌روند (علی‌پور و یک‌رنگی، ۱۳۹۶، ص ۱). از این‌رو پژوهش حاضر به دنبال کاوش میزان لحاظ حقوق متهم و بزه‌دیده در گستره مدت بازداشت موقت در قانون کشورهای مورد مطالعه با یک رویکرد و روش تحلیلی و توصیفی است.

۱. نک: تقی‌زاده، محرم، مطالعه تطبیقی قرار بازداشت موقت در حقوق ایران و فرانسه، کارآگاه، شماره ۳۹، سال نهم، تابستان ۱۳۹۶، صص ۱۰۶-۱۲۲.

۲. نک: طهماسبی، جواد و گل‌ریز، امین، بررسی تطبیقی بازداشت موقت در مقررات و رویه دادگاه‌های کیفری

بین‌المللی با اسناد حقوق بشر و حقوق داخلی، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۳، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۱، صص ۸۳-۱۰۰

جنایات^۱ هستند. مدت بازداشت موقت در نظام حقوقی ایران بنا به تصریح ماده‌ی ۲۴۲ ق.آ.د.ک در جرایم موضوع ماده‌ی ۳۰۲ به عنوان جرایم مهم این نظام حقوقی تا دو ماه است و بعد از آن بازپرس ملزم می‌شود که قرار بازداشت موقت را فک و قرار خفیف‌تری اتخاذ نماید؛ مگر این‌که بعد از انقضای این مدت پرونده منتهی به تصمیم نهایی در دادسرا نشود. این در حالی است که در نظام حقوقی لبنان به موجب مواد ۱۰۷ و ۱۰۸ قانون اجرائیات جنایی مصوب ۲۰۰۱ میلادی، این مدت تا شش ماه بوده و مقام قضائی می‌تواند با احراز ضرورت حاد، آن را برای یک بار تمدید نماید که در این صورت تا یک سال خواهد بود. پس تا این مرحله، موضع قانون ایران نسبت به قانون لبنان به اصول دادرسی و حقوق بشری نزدیک‌تر است، زیرا مدت کمتری را برای بازداشت در نظر داشته و در گام نخست مقام قضائی را مکلف به فک یا تبدیل قرار تأمین کیفری نموده، ولی قانون‌گذار لبنان مدت بیشتری در نظر گرفته و به مقام قضائی اجازه تمدید آن را اعطا نموده است. این امر حق آزادی شخصی را که از اساسی‌ترین حقوق بشریت شناخته می‌شود به شدت مخدوش می‌سازد. نظام حقوق کیفری ایران از این حیث با الگوی کرامت‌مدار عدالت کیفری^۲ مطابقت بیشتری داشته، زیرا در الگوی کرامت‌مدار، غلبه با ملاحظه‌های حقوق بشری و تشریفات دادرسی عادلانه بوده که می‌توان آن را در موضع قانون‌گذار به دلیل کاهش مدت بازداشت موقت و الزام مقام قضایی به فک یا تخفیف قرار ملاحظه نمود^۳. این در حالی است که نظام حقوقی لبنان در این مرحله، بیشتر به الگوی امنیت‌مدار عدالت کیفری نزدیک‌تر شده؛ زیرا مدت بازداشت موقت

می‌گردد. بخش اول، بر مبنای نظامی است که سقف مدت بازداشت موقت را بر اساس نوع و درجه جرم تعیین می‌کند (۱) و بخش دوم، بر مبنای نظامی است که سقف مدت بازداشت موقت را بر اساس مقام صادرکننده قرار بازداشت موقت تعیین می‌نماید (۲). به این ترتیب در دو مبحث زیر بر مبنای دو نظام فکری گفته شده مدت قرار بازداشت موقت را بر مبنای سیاست جنایی و جرم‌شناسی مورد واکاوی و ارزیابی قرار می‌دهیم.

۲ تأثیر شدت جرم بر اتخاذ نوع سیاست جنایی در قرار بازداشت موقت

شدت، نوع و درجه جرم در برخی از نظام‌های حقوقی به معنی دشمنی بیشتر تعبیر گردیده و در واکنش به آن، مدت بازداشت موقت متهم را همراه با افزایش درجه جرم، می‌افزایند. در تعیین مدت بازداشت موقت، ایران و لبنان تابع نظام نوع و درجه جرم هستند. راه‌های بازداشت موقت متهم در ایران به موجب قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲) دشوارتر شده است؛ به نحوی که بازداشت موقت الزامی حذف و موارد تجویز آن محدود گردیده است. قانون مذکور برای بازداشت موقت بازه‌های زمانی را به عنوان سقف مدت مجاز در نظر گرفته که به اعتبار شدت و اهمیت مجازات متفاوت می‌گردد. همین رویکرد، در قانون اجرائیات جنایی لبنان مورد توجه قرار گرفته است.

۲٫۱ جرایم مهم (جنایات)

جرایم مهم در نظام حقوقی ایران، جرایم مذکور در ماده‌ی ۳۰۲ ق.آ.د.ک و در نظام حقوقی لبنان همان

۳. در بحث عدالت کیفری می‌توان به دو نوع نظام «کرامت‌مدار» و «امنیت‌مدار» اشاره کرد. در الگوی کرامت‌مدار، غلبه با ملاحظات حقوق بشری بوده و تشریفات دادرسی عادلانه پررنگ است. الگوی عدالت کیفری کرامت‌مدار را به یک الگوی «مسابقه دو میدانی با مانع» تشبیه کرده‌اند که پیروزی در آن مستلزم عبور از موانع مختلف است. مراد از موانع آن است که دادگاه برای محکوم کردن شخص باید موانع

۱. جنایات جرایمی هستند که مستوجب یکی از مجازات‌های اعدام، کارهای دشوار ابدی، حبس ابد، کارهای دشوار موقت ۳ تا ۱۵ سال و حبس موقت ۳ تا ۱۵ سال باشد (ماده‌ی ۴۰ قانون عقوبات لبنان شماره ۳۴۰ مصوب ۱۹۴۳/۰۳/۰۱ با آخرین اصلاحات).

۲. ن.ک: آشوری و رحمت، ۱۳۹۳: صص ۶ - ۷.



به مقام قضایی بدهد، آیا در این صورت قانون به منظور تضمین حقوق متهم و جامعه عمل پوشاندن به حق آزادی و اصل برائت، برای این اختیار سقف زمانی مشخص نموده است؟ ماده مذکور در ادامه اذعان می‌دارد: «در هر صورت در جرائم موجب مجازات سلب حیات مدت بازداشت موقت از دو سال و در سایر جرائم از یک سال تجاوز نمی‌کند». قانون‌گذار به موجب این ماده حداکثر مدت بازداشت موقت در جرائم مهم و غیرمهم مشخص نموده که بعد از اتمام آن، مقام قضایی با تکلیف قانونی الزامی فک قرار و تخفیف آن مواجه می‌شود. این بدان معناست، حتی در صورتی که حداقل جرم انتسابی به متهم بیش از یک سال باشد، نمی‌توان او را بیش از یک سال در بازداشت نگه داشت.

اصل بر این است که حداکثر مدت بازداشت موقت در نظام حقوقی لبنان در جنایات، با احراز ضرورت حاد نباید بیش از دوازده ماه طول بکشد و بعد از انقضای آن مقام قضایی مکلف به فک قرار است؛ اما استثناهایی مانند قتل‌های جنائی^۲، جرائم مواد مخدر جنائی، جرائم علیه امنیت جنائی، جرائم دارای خطر فراگیر جنائی بر این اصل وارد شده است (لطفی جمعه، ۱۴۴۱، ص ۹۰) که در این نوع جرایم قاضی ملزم به فک قرار نبوده و می‌تواند حداکثر مدت بازداشت موقت را تمدید نماید. قانون ضمن این‌که این موارد را از قاعده بالا مستثنا نموده، حداکثر مدت برای بازداشت متهم تعیین نکرده است. از این‌رو در این جرائم، بازداشت موقت بدون مدت خواهد بود و دیگر قاضی با تکلیف فک یا تخفیف قرار مواجه نخواهد بود. در این صورت اصل برائت متهم و حق آزادی او به شدت به مخاطره

بیشتری را در نظر گرفته و مقام قضایی بعد از مدت بیشتری با الزام فک یا تخفیف قرار تامین کیفری مواجه می‌شود و این موضوع مطابق با رویکردهای سخت‌گیرانه و افزایش میزان مداخله مقام‌های قضایی در رویکرد امنیت‌گرا است.

حال اگر مدت بازداشت سپری گردد، ولی هم‌چنان علل موجه^۱ برای ابقای قرار وجود داشته باشد؛ در این صورت، با توجه به لزوم تأمین امنیت بزه‌دیده برای حمایت از جان بزه‌دیده (شاکلی) و خانواده او در قانون ایران و لبنان چه راه‌کارهایی می‌توان یافت؟ طبق قانون ایران، در این حالت، بازپرس با ذکر علت‌های موجب بازداشت متهم، قرار بازداشت موقت را ابقاء و موافقت دادستان را جلب می‌کند (ماده‌ی ۲۴۲ ق.آ.د.ک).

ابقای متهم در بازداشت در این مرحله (بعد از انقضای مدت دو ماه) محدود به حداقل مجازات جرم انتسابی به متهم بوده و مقام قضایی در این مرحله نمی‌تواند متهم را بیش از آن به عنوان حداکثر مدت قانونی بازداشت موقت، در بازداشت موقت نگه دارد. شایان ذکر است که در حقوق ایران لزوم جلب موافقت دادستان برای ادامه و ابقای قرار بازداشت موقت متهم، نوعی حمایت کیفری شکلی از او به لحاظ تضمین حقوقش در پرتو اصل برائت و حق بر آزادی می‌باشد (توکلیان، ۱۳۹۴، ص ۴۸). با توجه به تراکم پرونده‌ها در مراجع قضایی ایران، اگر حداکثر مدتی که قانون پیش بینی نموده برای انجام تحقیقات و کشف حقیقت لازم و کافی نباشد و از یک‌سو مقام قضایی برای تکمیل تحقیقات به مدت زمانی بیشتر نیاز داشته باشد و از سوی دیگر حداقل مجازات آن جرم نیز اجازه تمدید مدت بازداشت را

بی‌گناه را هم توجیه می‌کند. از آن‌جا که امنیت در این رویکرد مهم‌ترین دغدغه به شمار می‌رود، از این‌رو سلب آزادی بی‌گناهان هم قابل توجیه است (آشوری و رحمت، ۱۳۹۳، ص ۷).

۱. بند پ ماده‌ی ۲۳۸ قانون آیین دادرسی کیفری ایران
۲. منظور از جرایم جنائی جرایمی هستند که در تقسیم‌بندی مشمول جنایات بوده و شامل جنحه و یا خلاف نشوند.

متعددی را طی نموده، زیرا اصل بر برائت است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۶: ۲۲). در مقابل عدالت کیفری امنیت‌مدار قرار دارد. در این رویکرد، کارکرد اولیه مراجع قضایی مجازات و محکوم کردن بزه‌کاران است. تشدید سخت‌گیری، اقدام‌های مداخله‌گر ضابطین و دادسرا به بهانه یا به استناد مبارزه با جرم توجیه می‌شود. در این الگو، تخفیف و گذشت جایی خود را به سخت‌گیری و مبارزه قهرآمیز می‌دهد. هم‌چنین مبارزه با جرم و سرکوب بزه‌کاران، محکومیت و مجازات حتی افراد

عوامل ضروری برای استمرار بازداشت متهم وجود داشته باشد، مقام قضائی با الزام قانونی فک و تخفیف قرار، مواجه نشده و می‌تواند حداکثر مدت بازداشت مرحله اول را به مدت یک ماه دیگر تمدید نماید، به نحوی که از حداقل مجازات حبس مقرر در قانون برای آن جرم تجاوز نکند. طبق ادامه ماده مذکور در هر صورت همه جرائم به غیر از جرایم موجب مجازات سلب حیات، مدت بازداشت موقت نباید از یک سال تجاوز بکند. در این نوع از جرایم حداکثر مدت بازداشت موقت به عنوان آخرین مرحله، یک سال تعیین شده و بعد از اتمام آن مقام قضائی به فک و تخفیف قرار تأمین کیفری ملزم می‌شود.

در نظام حقوقی لبنان انجام تحقیقات مقدماتی تمام جرائم بر عهده قاضی تحقیق^۱ است. بعد از این که این مقام از متهم بازجویی کرد، قرار بازداشت موقت متهم را صادر می‌کند. این موضوع به شرطی است که او یکی از بندهای زیر را احراز نماید: ۱. جرم انتسابی مجازات حبس بیش از یک سال داشته باشد؛ ۲. یا این که سابقه محکومیت کیفری به جنایت یا حبس بیش از سه ماه (تا یک سال) بدون تعلیق اجرای مجازات داشته باشد. طبق ماده‌ی ۱۰۸ قانون لبنان، حداکثر مدت بازداشت موقت در جرائم جنحه‌ای^۲ نباید بیش از دو ماه گردد و بعد از آن قاضی تحقیق باید قرار را فک نماید؛ البته این مدت را در صورت احراز ضرورت شدید می‌توان حداکثر تا یک بار دیگر تمدید نمود. شایان ذکر است، این ماده موردی که متهم سابقه محکومیت کیفری به حبس بیش از یک سال داشته باشد را استثنا نموده است؛ بدون این که برای این مورد سقف زمانی برای بازداشت متهم در نظر گرفته باشد (العزای، ۲۰۲۰، ص ۷۸). به همین خاطر فضای نظام عدالت کیفری، رنگ و بوی امنیتی به خود گرفته و سیاست جنایی به سمت انسانیت‌زدایی از قواعد و مقررات حقوقی

افتاده و به خاطر همین قانون‌گذار لبنان به موجب ماده‌ی ۱۱۵ این حق را برای متهم به رسمیت شناخته تا او بتواند درخواست آزادی خود را به قاضی تحقیق ارسال نماید. در این صورت درخواست متهم به مدعی خصوصی ابلاغ شده و ظرف ۲۴ ساعت این درخواست باید به دادستان به منظور اظهارنظر ارسال گردد. دادستان ضمن اظهارنظر، پرونده را نزد قاضی تحقیق می‌فرستد. قاضی تحقیق نیز به محض دریافت پرونده از دادستان، باید اظهارنظر کند. این اظهارنظر می‌تواند مطابق یا مخالف نظر دادستان باشد (المعتصم بالله، ۲۰۱۲، ص ۲۱۴). بنابراین امکان بازداشت موقت بدون مدت در نظام حقوقی لبنان، رنگ و بوی سیاست جنائی امنیت‌گرا که حقوق متهم در آن به بهانه‌ی پاسداری از امنیت جامعه پایمال گردیده، به مشام می‌رسد. به نظر اتخاذ چنین سیاست جنائی در این نظام قضائی از ترس حاکمیت از متهم، عجز کنترل و عدم دستیابی به او ناشی می‌گردد.

۲،۲ جرایم غیرمهم (جنحه‌ها)

جرایمی که در صلاحیت دادگاه کیفری دو یا دادگاه جنحه‌ای بوده، جرایم غیرمهم شناخته می‌شوند. حداکثر مدت بازداشت موقت چنین جرایمی (غیر از جرائم موضوع ماده‌ی ۳۰۲) در نظام حقوقی ایران بنا به تصریح ماده‌ی ۲۴۲ ق.آ.د.ک تا یک ماه می‌باشد. بعد از انقضای این مدت چنانچه پرونده متهم منتهی به تصمیم نهایی نشود، مقام قضائی مکلف به فک یا تخفیف قرار تأمین کیفری خواهد بود. طبق آن ماده، مقام قضائی با ذکر علت‌های مزبور، قرار بازداشت موقت را به عنوان مرحله دوم حداکثر تا مدت دیگری می‌تواند ابقاء و مراتب را به متهم ابلاغ و موافقت دادستان را جلب نماید.

طبق ماده‌ی ۲۴۲ ق.آ.د.ک، پس از پایان یافتن حداکثر مدت بازداشت موقت در مرحله اول و به فرض این که بازداشت متهم ادامه یابد و هم‌چنان

۱. در حقوق ایران معادل بازپرس است.

۲. حبس همراه با کار تا ۳ سال، حبس ساده تا ۳ سال و جزای نقدی از پنجاه هزار تا دو میلیون لیره لبنانی (مواد ۴۲، ۵۱ و ۵۳ قانون عقوبات لبنان).

نمودن قاضی از فک یا تخفیف قرار بازداشت، واجد ایراد بوده، زیرا زمینه‌ساز تشتت آراء خواهد شد. در کنار نظریه بالا می‌توان به نظریه مشورتی دیگری از اداره حقوقی قوه قضائیه اشاره نمود و آن را مورد تحلیل آسیب‌شناسانه قرار داد: «... اگر مجازات جرمی دو تا ده سال حبس باشد، می‌توان متهم را یک سال با قرار بازداشت موقت و یک سال دیگر با قرار کفالت یا وثیقه بازداشت نمود»^۲. این بند از نظریه، به نحوی از انحاء، بازداشت موقت متهم برای مدتی بیش از سقف زمانی قانونی-هرچند با قرار کفالت یا وثیقه- را تجویز نموده است. این موضوع موجب می‌شود که اصل تناسب^۳ به خطر افتاده و مقام قضائی در تعیین وجه‌الکفاله یا مبلغ وثیقه با اعمال سلیقه، مقداری را انتخاب نماید که متهم از تأمین آن عاجز گردد. نتیجه چنین موضوعی آن است که متهم تا زمان مجهول در بازداشت باقی مانده و منجر به سلب آسایش جامعه و سایه افکندن سیاست جنائی امنیت‌گرا بر نظام حقوقی کشور می‌گردد. این در حالی است که بقا و حفظ یک جامعه همواره در گرو امنیت و آرامش روحی و روانی شهروندان است و یک جامعه‌ی سالم نیازمند تضمین فضای امن زندگی است. از این‌رو قرار تأمین جدید باید قراری بوده که متهم قادر به فراهم کردن آن باشد.

۲،۳ تقابل امنیت‌گرایی با مسؤولیت نقصان یافته در قبال جرایم کودکان

مخاطب حقوق کیفری در تشخیص مسؤولیت، شخصی فهیم است که به لحاظ سنی، عقلی و عاطفی توانایی پاسخ‌گویی به اعمال مجرمانه خود را داشته باشد. این توانایی با تحقق بلوغ سنی، عقلی و عاطفی دفعتاً ایجاد نمی‌شود. بدین معنی که بین

سوق داده شده است. این‌چنین آرمان‌خواهی نظام حقوق بشر، در لابه‌لای تشکیلات نظام کیفری امنیت‌مدار، به نظریه‌های کم‌رنگ و فاقد اجرا تبدیل می‌شود. همچنین با توجه به حالت استثنایی داشتن قرار بازداشت موقت و گسترش آن بر جرایم غیرمهم نشان از «اقتدارگرایی سیاست جنایی، تسلط کامل و احاطه دولتی بر پدیده‌های مجرمانه و نحوه برخورد با آن‌ها را نشان می‌دهد» (اکبری و قناد، ۱۳۹۵، ص ۱۴۲). چنین عملکردی نمونه پیش‌روی سیاست جنایی است که با گسترش دامنه مداخله خود، اصل کلی تحدید پیشرفت حقوق کیفری را زیر سوال می‌برد.

در حقوق ایران حداکثر مدت بازداشت موقت در مرحله دوم، حداقل مجازات حبس جرم ارتكابی است. چگونگی محاسبه حداکثر مدت بازداشت موقت در جرائمی که مجازات آن‌ها حبس نبوده یا این‌که مجازات حبس آن فاقد حداقل باشد، در قانون آیین دادرسی کیفری ذکر نشده است (نام‌دار، ۱۳۹۵، ص ۶۷). این موضوع با رویکرد ابهام‌گرایانه خود موجب صدور و ایجاد رویه‌های متفاوت در قرار بازداشت موقت گردیده که مخالف با عدالت و انصاف خواهد بود. از این‌رو نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه در این خصوص تصریح می‌دارد: «در مواردی که مجازات قانونی جرم، غیر از حبس بوده یا مجازات حبس فاقد حداقل باشد، از شمول ماده‌ی ۲۴۲ قانون آیین دادرسی کیفری خارج است و اتخاذ تصمیم در مورد نوع قرار تأمین با لحاظ اصول کلی مربوط به قرارهای تأمین، از جمله اصل تناسب با قاضی خواهد بود»^۱.

نظریه بالا، جرائم فاقد مجازات حبس را از شمول ماده‌ی ۲۴۲ خارج نموده و از یک‌سو با حذف حداکثر مدت برای بازداشت موقت و از سوی دیگر با معاف

۳. اصل تناسب به معنی توجه به اهمیت بزه، دلایل توجه اتهام، سوابق متهم و میزان ضرر و زیان وارد شده است (گلدوست جویباری، ۱۳۹۸، ص ۱۶۹).

۱. نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه شماره ۷/۹۴/۹۲۸ مورخ ۱۳۹۴/۴/۱۳ ر.ک به (رحیمی و رحیمی دهسوری، ۱۳۹۷، ص ۲۴۷).

۲. بند ب نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه شماره ۷/۹۴/۹۲۸ مورخ ۱۳۹۴/۴/۱۳ ر.ک به (همان، ص ۲۴۷).

از حیث امکان بازداشت موقت کودکان در ایران فقط نوجوان ۱۵ تا ۱۸ سال و در لبنان ۱۲ تا ۱۸ سال را می‌توان بازداشت نمود که نشانگر این است که در کشور ایران اشخاص زیر ۱۵ سال از حیث سیاست امنیت‌گرایی فاقد خطر برای جامعه هستند ولی در نظام حقوقی لبنان حتی اشخاص ۱۲ سال نیز برای جامعه خطرناک به حساب آمده و به خاطر همین بازداشت موقت آن‌ها را تجویز کرده که دلیل بر شدت و قوت سیاست امنیت‌گرایی در این حوزه است. تبعیت از الگوی واکنش کیفری کرامت‌مدار در هر دو نظام حقوقی ایران و لبنان مشاهده می‌شود. چون در هر دو نظام، محل نگهداری متهم از بزرگسالان افتراقی‌سازی شده است که دلیل بر اهمیت نظام حقوقی و حمایت آن از کرامت این گروه از متهمان دارد.

۳ تأثیر جایگاه قضائی و سیاسی بر اتخاذ نوع سیاست جنایی در قرار بازداشت موقت

مقام‌های قضائی در برخی از نظام‌های حقوقی صلاحیت دارند که واکنش کیفری از جمله بازداشت موقت متهم را حسب تشخیص خود انتخاب و اجرا کنند. کشورهای مصر و عربستان از حیث تعیین مدت بازداشت موقت تابع این نظام می‌باشند؛ ولی در نظام حقوقی ایران نیز آثار و بارقه‌هایی از این نوع نظام مشاهده می‌شود. بنابراین بازداشت موقت متهم در این دو کشور و با کمی تسامح ایران، به خاطر تطابق با رویه بین‌المللی و نظام‌مند نمودن نهاد بازداشت موقت، سعی داشته‌اند تا حد امکان آن را محدود به مدت‌های معین نمایند.

شروع سن مسؤولیت کیفری و تحقق مسؤولیت کیفری تام، نوعی مسؤولیت کیفری نقصان یافته وجود دارد. مقنن در قانون جدید مجازات اسلامی، با پذیرش مسؤولیت کیفری نقصان یافته در جرایم تعزیری برای کودکان و نوجوانان، سه مرحله زمانی را پس از تحقق بلوغ شرعی (شروع مسؤولیت کیفری) تا سن هجده سالگی به عنوان مسؤولیت کیفری کامل، در نظر گرفته است. (مؤذن‌زادگان، ۱۳۹۲: ۴) بر این اساس، کودکان و نوجوانان در جرایم تعزیری پس از رسیدن به سن بلوغ با وجود آغاز مسؤولیت کیفری، بلافاصله متحمل مسؤولیت کیفری کامل هم‌چون بزرگسالان نشده؛ بلکه پس از گذشتن از سه بازه سنی نه تا دوازده سال، دوازده تا پانزده سال و پانزده تا هجده سال تمام شمسی به تدریج وارد دوره مسؤولیت کیفری کامل خواهند شد. در این سه دوره مسؤولیت کیفری افراد مزبور، نقصان یافته تلقی شده است.

طبیعی است که واکنش کیفری به افراد دارای مسؤولیت نقصان یافته در مرحله تحقیقات از جمله در قرار تأمین کیفری هم باید از واکنش نسبت به بزرگسالان متفاوت باشد. با توجه به این‌که این اشخاص از لحاظ خطر برای جامعه نسبت به بزرگسالان از حالت خطرناکی کمتری رنج می‌برند، با رعایت اصل شخصی‌سازی تحقیقات انتظار می‌رود که قانون از حیث حداکثر مدت بازداشت نیز مقررهای افتراقی در نظر بگیرد. ولی متأسفانه این چنین نیست و بازداشت این گروه از حیث حداکثر مدت نیز همانند بزرگسالان است. این در حالی است که در نظام حقوقی لبنان حداکثر مدتی که قاضی می‌تواند کودک را بازداشت نماید، یک هفته است و بعد از اتمام آن قاضی ملزم به فک قرار می‌باشد. به موجب ماده‌ی ۳۵ قانون حمایت کودکان معارض با قانون و در معرض خطر کودکانی که به سن دوازده سال تمام رسیده و متهم به ارتکاب جرم حداقل دارای مجازات یک سال حبس باشند را می‌توان بازداشت نمود.



۳،۱ سایه سیاست جنائی امنیت‌گرا بر صلاحیت مقام تحقیق^۱

در نظام حقوقی مصر و عربستان حداکثر مدت بازداشت موقت حسب مقام صادرکننده متفاوت است. بند اول ماده‌ی ۲۰۱ قانون اجرائیات جنائی مصر (۲۰۰۶)، به صراحت اعلام می‌دارد: «دادستان یا نماینده او می‌تواند متهم را برای مدت حداکثر چهار روز از تاریخ دستگیری یا ارجاع، بازداشت نماید». طبق ماده‌ی ۱۱۳ قانون اجرائیات جنائی عربستان مصوب ۱۴۳۵ ه.ق، قاضی تحقیق می‌تواند متهم را تا پنج روز به صورت موقت بازداشت کند. در صورتی که ضرورت تمدید مدت مذکور تشخیص داده شود، مقام تحقیق در مصر باید قبل از انقضای آن، پرونده را نزد قاضی جزئی^۲ مطرح کند تا در خصوص این امر حسب تشخیص خود بعد از استماع اظهارات دادستان و متهم، رأی صادر نماید. اما طبق بند اول ماده‌ی ۱۴۲ قانون اجرائیات جنائی، حداکثر مدت بازداشت موقت متهم پانزده روز است؛ ولی قاضی تحقیق^۳ می‌تواند قبل از اتمام مدت مذکور و با استماع اظهارات دادستان و متهم، بازداشت موقت را برای یک یا چند مدت مشابه تمدید نماید؛ به نحوی که مجموع مدت‌ها بیش از چهل و پنج روز نشود. در کشور عربستان به موجب ماده‌ی ۱۱۴

قانون اجرائیات جنائی، مقام تحقیق قبل از این که مدت پنج روزه تمام شود، باید پرونده را نزد رئیس هیئت تحقیق^۴ یا دادستان، مطرح نموده تا مقام مذکور در خصوص آزادی متهم یا تمدید بازداشت موقت برای یک یا چند مدت دیگر تصمیم مناسب اتخاذ کند؛ ولی حداکثر مدت آن از زمان دستگیری چهل روز بوده و با انقضای آن مقام قضائی ملزم به فک یا تخفیف قرار تامین کیفری است.

امکان تمدید مدت بازداشت و معافیت مقام قضائی از الزام قانونی دایر بر فک یا تخفیف قرار بازداشت در دو نظام حقوقی بالا به معنی تبدیل شدن تأمین امنیت به هدف اولیه و والای سیاست جنایی است که در آن، فرآیند واکنش کیفری متناسب با این موضوع اتخاذ می‌شود و در این صورت دورنمای سیاست جنایی از اصلاح، تربیت و بازپروری بزه‌کاران تبدیل به سزادهی، سرکوبی مجرمین و سلب توان بزه‌کاری آن‌ها خواهد شد.^۵ بر این اساس نظام کنترل اجتماعی، چه از بُعد مداخله در وضعیت ماقبل جنایی به عنوان عملکرد کنشی پیشگیری از جرم و چه از بُعد واکنش کیفری و اعمال مجازات، بر مبنای رویکردی امنیت‌گرا به سمت عدم

منظور پیشگیری از کمانه‌ای شدن واکنش کیفری از دو جهت با محدودیت مواجه است: اول فقط در جرایم معینی می‌توانند مرتکب جرم را توقیف کنند و دوم همانند ضابطان دادگستری بیشتر از یک ساعت نمی‌توانند مرتکب را نگه دارند. مورد دیگر را می‌توان در قانون حمایت قضایی از بسیج یافت. مطابق این قانون و ماده‌ی ۱ در صورت احراز شرایطی نیروهای مقاومت بسیج سپاه پاسداران انقلاب اسلامی به منظور جلوگیری از فرار متهم اجازه دارند که او را توقیف کنند. مطابق این ماده صلاحیت این اشخاص از سمت آنان عاریت گرفته می‌شود؛ بدین معنا که به دلیل داشتن صفت خاصی می‌توانند از این صلاحیت استفاده کنند. این گروه از اشخاص از حیث زمانی همانند ضابطان دادگستری نباید بیش از یک ساعت مرتکب را نزد خود نگهدارند. این محدودیت زمانی هر چه کمتر شود از کمانه‌ای شدن واکنش کیفری و برچسب‌زنی جلوگیری می‌نماید.

۱. (بازپرس، دادستان و دادیار)

۲. قاضی جزئی به موجب مواد ۱۵۶ و ۱۵۷ قانون اجرائیات جنائی مصر، صلاحیت رسیدگی به خلاف‌ها و جنحه‌ها به غیر از جنحه‌های مطبوعاتی و علیه اشخاص در دادگاه جنحه‌ای را دارد. در نظام حقوقی ایران معادل دادگاه کیفری دو است.
۳. قاضی تحقیق مقام قضائی بوده که بنا به ارجاع دادستان، تحقیقات مقدماتی پرونده را انجام می‌دهد (فوزی، ۲۰۱۰، ص ۱۳). در نظام حقوقی ایران معادل بازپرس است.
۴. در حقوق ایران معادل معاون دادستان است.
۵. چنین رویکردی در ایران بر مبنای سلب توان بزه‌کاری بیشتر و فرار مرتکب حتی قبل از مرحله تحقیق، توسط شهروندان نیز قابل تحقق است. تبصره ۱ ماده‌ی ۴۵ ق.آ.د.ک به صراحت بیان می‌دارد: اگر جرم مشهود بوده و از جرایم بندهای الف تا ت ماده‌ی ۳۰۲ قانون مذکور باشد، تمام شهروندان این صلاحیت را دارند که به منظور جلوگیری از فرار مرتکب جرم، او را توقیف نمایند. در واقع تعیین‌کننده صلاحیت این اشخاص، شهروند بودن آن‌ها است؛ منتها صلاحیت آن‌ها به

تسامح و تساهل^۱ در قبال رفتارهای مجرمانه و گاه منحرفانه حرکت خواهد نمود.

اگر حداکثر مدت قانونی بازداشت موقت منقضی ولی تحقیق به سرانجام نرسیده و مقام تحقیق تشخیص دهد که متهم را باید برای مدتی بیش از چهل و پنج روز طبق قانون مصر و بیش از چهل روز طبق قانون عربستان بازداشت نماید، به موجب مادهی ۱۴۳ قانون اجرائیات جنائی مصر قاضی تحقیق مکلف است؛ پرونده را نزد دادگاه جنحه‌ای بدوی^۲ مطرح کند (سلامه، ۲۰۱۸، ص ۶۸). این در حالی است که در نظام حقوقی عربستان پرونده باید دوباره به رئیس هیأت تحقیق یا دادستان ارجاع شده تا تصمیم به تمدید آن برای یک یا چند مدت پیوسته‌ای که هر یک نباید بیش از سی روز باشد را صادر نماید، به نحوی که مجموع مدت‌های بازداشت از تاریخ دستگیری بیش از صد و هشتاد روز (شش ماه) طول نکشد (السلمی، ۱۴۴۰، ص ۴۵). بعد از انقضای حداکثر مدت مذکور، مقام قضائی ملزم به فک قرار و آزاد نمودن متهم است؛ در غیر این صورت متهم را به دادگاه صالح ارجاع می‌دهد تا مدت مذکور را تمدید کند. تا این مرحله، مقام قضائی که صلاحیت تمدید مدت بازداشت را داشته، رئیس هیأت تحقیق یا دادستان بوده است. از این مرحله به بعد تنها مقام صالح برای تصمیم‌گیری در مورد تمدید مدت بازداشت یا آزادی متهم، دادگاه صالح خواهد بود (الغیدانی، ۲۰۱۶، ص ۶۹). سیاست مرحله‌ای نمودن مدت بازداشت حاکی از سیاست جنائی متزلزل و سرگردان است. بدین معناست که مقنن به منظور حفظ حقوق متهم و هم‌نوايي با مقرره‌های بین‌المللی و تبعیت از سیاست جنائی تساهل‌گرا و کرامت‌مدار، حداکثر مدت بازداشت موقت را مشخص می‌نماید ولی برای این‌که بتواند

مقتضیات حاکمیت از حیث کنترل و سرکوب هرگونه خطر را مهیا سازد، قاضی را ملزم به فک قرار بازداشت نمی‌نماید؛ بلکه این اختیار را در صلاحیت او قرار می‌دهد که بتواند آن را برای چندین بار تمدید کند.

یکی از حقوق‌دانان عربستان ایرادهایی را به رویکرد فعلی قانون‌گذار وارد نموده است: ۱. مدت شش ماه موضوع مادهی ۱۱۴ قانون اجرائیات جنائی بیش از حد معمول بوده و باید به سه ماه کاهش یابد. ۲. تمدید مدت بازداشت موقت بدون ارجاع پرونده به قاضی ویژه و استماع اظهارات هیأت تحقیق، دادستان، متهم و وکیل او دارای ایراد است. از این‌رو تصریح قانون‌گذار به امکان درخواست آزادی به عنوان حقی برای متهم بازداشت شده مورد تأکید جامعه حقوقی عربستان قرار گرفته است (آل‌ظفران، ۲۰۰۵، ص ۳۷۸). این چنین است که در سیاست جنائی امنیت‌گرا حق آزادی شخصی مورد تعرض قرار می‌گیرد؛ چرا که افزایش مدت بازداشت موقت، حق آزادی شخصی که بزرگ‌ترین دغدغه‌ی نظام حقوق بشری بوده را نادیده می‌انگارد و با اقدام‌های مربوط به مداخله در وضعیت ماقبل جنایی یا اقدام‌های پیشگیرانه وضعی، حق خلوت و حریم شخصی را از طریق مداخله و رصد رفت و آمدهای عادی، خدشه‌دار می‌سازد و به نوعی به ترس متهم بازداشت شده از بزه‌دیده واقع شدن نیز دامن خواهد زد. هم‌چنین رویکرد فعلی این دو کشور به ویژه عربستان در تضاد با جرم‌شناسی تعامل‌گرا نیز می‌باشد، زیرا مطابق این دیدگاه تشکیلات دستگاه عدالت کیفری به عنوان نهادها و فرآیندهایی برچسب‌زن و مؤثر در ارتکاب جرم شناخته می‌شوند و هرچه میزان دخالت این نهادها کمتر باشد، قدرت برچسب‌زنی نیز کاهش می‌یابد (رستمی تبریزی و

حتی در برخی ایالت‌های آمریکا دستورالعمل‌ها یا اصول حاکم بر تعیین مجازات وجود داشته که قاضی را از اعمال و در نظر گرفتن خصوصیات فردی مرتکب دور می‌دارد (نجفی‌ابرنادآبادی، ۱۳۹۱: ص ۹۵).

۲. در حقوق ایران معادل دادگاه کیفری دو است.

۱. نظریه تسامح یا تساهل صفر ابتدا توسط تانن بام در آمریکا به سال ۱۹۳۸ مطرح گردید. مطابق این دیدگاه هیچ جرمی ولو خفیف و پیش پاافتاده را نباید بی‌پاسخ گذاشت. ضابطین مکلفند هر خلافی را که رویت کردند؛ ولو بسیار خفیف را به دادگاه ارجاع دهند. در این رویکرد اختیار ضابطین و مقام‌های قضایی در بایگانی کردن پرونده و تعلیق تعقیب سلب می‌کند.



بازداشت موقت نیست. سیاست‌گذاران جنایی، از جمله دستگاه قانون‌گذاری کشور عربستان که سقف مشخصی در نظر نگرفته است، باید همواره به این موضوع واقف باشد که پیروی از رویکردهای امنیت‌گرایانه سیاست جنایی می‌تواند به عنوان مُسکن موقت شرایط را آرام سازد، ولی در عین حال می‌تواند به سرگردانی پاسخ‌ها و عدم کارایی واکنش کیفری شدید دامن زند و متولیان پاسخ‌دهی را به صورت برعکس در تقابل با پدیده‌ی مجرمانه قرار دهد.

با این حال، رویکرد بالا که متهم تا زمان محکومیت و اجرای مجازات در بازداشت بماند با مقتضیات بزه‌دیدگی کمین‌گری مطابقت دارد. در صورت عدم اجرای چنین رویکردی احتمال تکرار جرم توسط همان متهم علیه همان بزه‌دیده بسیار زیاد گردیده و همیشه استرس بزه‌دیدگی مجدد دامن‌گیر بزه‌دیده می‌شود.^۲ این در حالی است که بازداشت متهم مانع تکرار جرم علیه بزه‌دیده شده و در نتیجه بزه‌دیده را از این ترس و استرس رها می‌نماید. البته چنین رویکردی می‌تواند اصل برابری اشخاص در قبال عدالت کیفری را نقض کند، زیرا قضات متعدد دارای سلیق شخصی گوناگون بوده و هر یک در خصوص اشخاص دارای شرایط مشابه تحت تأثیر سلیق شخصی، واکنش متفاوتی از خود بروز داده و در نتیجه عدالت کیفری در مقابل دو شخص با شرایط یکسان، دو واکنش متفاوت از خود نشان خواهد داد و یکی را تا یک سال و دیگری را تا پنج سال در بازداشت موقت نگه می‌دارد که با فلسفه و وظیفه اصلی عدالت کیفری همانا حمایت بی‌دریغ از ارزش‌های انسانی و حقوق بشر منافات خواهد داشت.

محتشمی، ۱۳۹۲، ص ۴۸). از این‌رو موضع قانون‌گذار مصر، نسبت به قانون‌گذار عربستان که مدت کمتری برای بازداشت موقت در نظر گرفته و کمتر موجب برچسب‌زنی به متهم می‌شود با یافته‌های جرم‌شناسی تعامل‌گرا نزدیک‌تر بوده و از امنیت‌گرایی سیاست جنائی و آثار آن فاصله می‌گیرد؛ زیرا در تشکیل یک فرآیند پاسخ‌دهی به پدیده مجرمانه دچار انحراف به سود حاکمیت نشده است.

۳٫۲ اختیارات دادگاه کیفری دو و تأثیر آن بر سیاست جنایی

دادگاه کیفری دو در حقوق ایران معادل دادگاه جنحه‌ای بدوی در نظام حقوقی مصر و دادگاه جنحه‌ای در عربستان است. طبق ماده‌ی ۲۰۲ قانون اجرائیات جنائی مصر قاضی جزئی به عنوان رئیس دادگاه جنحه‌ای بدوی بعد از انقضای حداکثر مدت بازداشت موقت می‌تواند آن را برای یک یا چند مدت متوالی که هر یک بیش از پانزده روز نمی‌شود، تمدید کند. این بدان معناست که هر پانزده روز یک‌بار قرار بازداشت موقت باید مورد بازبینی قرار گیرد؛ به نحوی که مجموع آن‌ها بیش از چهل و پنج روز نگردد (العسکری، ۲۰۲۰، ص ۱۱۳). دادگاه جنحه‌ای بدوی به موجب ماده‌ی ۱۴۳ قانون مذکور بعد از استماع اظهارات دادستان و متهم، در خصوص تمدید مدت بازداشت برای یک یا چند مدت متوالی اتخاذ تصمیم می‌نماید (فوزی، ۲۰۱۸، ص ۱۵۷). پس تا این مرحله متهم برای مدت حداکثر چهل و پنج روز توسط قاضی تحقیق و حداکثر تا چهل و پنج روز توسط قاضی جزئی و در مجموع نود روز، بازداشت می‌شود. این در حالی است که در نظام حقوقی عربستان طبق ماده‌ی ۱۱۴ قانون اجرائیات جنائی همان کشور دادگاه جنحه‌ای می‌تواند بازداشت موقت را تا جایی که ضروری تشخیص دهد، ادامه دهد. در این مرحله دادگاه مقید به سقف خاصی به عنوان حداکثر مدت

۲. ن.ک: هژبرالساداتی و سلیمانی کورانی، ۱۳۹۵، ص ۹۵

۱. ماده‌ی ۱۴۳ قانون اجرائیات جنائی مصر اعلام می‌دارد؛ مدت بازداشت موقت تا مرحله دادگاه جنحه‌ای بدوی نباید بیش از سه ماه باشد.

۳،۳ کمانه‌های واکنشی قرار بازداشت موقت در دادگاه کیفری یک

واکنش کیفری از جمله بازداشت موقت به دنبال خود آثاری بر متهم، خانواده، حیثیت و شخصیت او دارد. این آثار کمانه‌های واکنش کیفری می‌باشد که در سیاست جنایی به عنوان واکنش کیفری کمانه‌ای از آن یاد می‌شود. صلاحیت دادگاه کیفری یک نسبت به دادگاه کیفری دو وسیع‌تر بوده و می‌تواند واکنش کیفری با کمانه‌های بیشتر بر خانواده، حیثیت و شخصیت ارائه کند. دادگاه جنائی در نظام‌های حقوقی مصر و عربستان با کمی تسامح صلاحیتی همانند صلاحیت دادگاه کیفری یک در نظام حقوقی ایران دارد. بازداشت موقت شخصی که به ارتکاب جرم مهم که رسیدگی به آن در صلاحیت دادگاه جنائی باشد، در مرحله تحقیقات مقدماتی تا پنج ماه بوده اما در صورت وجود ضرورت برای ادامه آن مقام تحقیق مکلف می‌گردد که پرونده را به دادگاه جنایی ارجاع و حسب دستور آن اقدام نماید. این دادگاه مدت بازداشت موقت را برای یک یا چند مدت مشابه چهل و پنج روزه تمدید می‌کند. با این حال بازداشت نباید از یک سوم حداکثر مجازات سالب آزادی جرم ارتكابی بیشتر گردد؛ در غیر این صورت متهم باید آزاد شود (مواد ۱۴۳ و ۱۵۱ قانون اجرائات جنائی مصر). با این که رهایی مقام قضائی از لزوم فک یا تخفیف قرار بازداشت بعد از انقضای حداکثر مدت آن در همه موارد پیشین نیازمند احراز ضرورت حاد^۱ بوده، اما قانون‌گذار مصر از احصای علت‌ها و عوامل مقتضی تمدید مدت بازداشت به ویژه در مواد ۱۳۳ و ۱۳۷ قانون اجرائات جنائی مصر بازمانده است (حسنی، ۲۰۱۹، ص ۴۱). این امر باعث می‌شود که در تمدید مدت بازداشت

اعمال سلیقه و برداشت‌های شخصی بیشتر شده و در نتیجه آزادی اشخاص که اصل بر برائت آنان است، قربانی برداشت‌های مختلف قضات گوناگون گردد و نتیجه‌ی غیرمستقیم اعمال چنین تفکری در عرصه‌ی این نوع از سیاست جنایی، نقض دستاوردهای نظام حقوق بشری از جمله حق آزادی شخصی، خواهد بود. این در حالی است که در نظام حقوقی عربستان در این گونه جرائم، اگر تمام مهلت‌ها و مدت‌های بازداشت در مرحله تحقیقات سپری شود، ولی هم‌چنان نگهداری و بازداشت متهم ضرورت داشته باشد، به موجب ماده‌ی ۱۱۴ قانون اجرائیات جنائی عربستان، پرونده باید نزد دادگاه جنائی مطرح شود. این دادگاه می‌تواند بازداشت موقت را تا جایی که ضروری تشخیص نماید، ادامه دهد. در این مرحله دادگاه مقید به سقف خاصی نبوده و با الزام به فک یا تخفیف قرار مواجه نیست؛ از این رو، می‌تواند درخواست تمدید مدت بازداشت موقت را برای یک یا چند مدت پیوسته بپذیرد. موضع اخیر به شدت به حق آزادی، اصل برائت و اصل عدم جواز نگهداری اشخاص خدشه وارد می‌کند و آزادی متهم را به خطر می‌اندازد (الشریدی، ۱۴۲۵، ص ۲). اتخاذ چنین موضوعی نشان از سیاست جنائی امنیت‌گرا و اعمال نظام کنترل اجتماعی است. برای همین ماده‌ی ۱۱۵ قانون گفته شده، حق اعتراض متهم به قرار بازداشت موقت یا تمدید آن را به رسمیت شناخته است. رویکرد قانون عربستان از حیث عدم تعیین سقف بازداشت موقت در تحقیقات جنائی، تحت تاثیر الگوی امنیت‌مدار عدالت کیفری بوده و به نحوی تابع الگوی مصلحت‌گرایی است (صادقی، ۱۳۹۴، ص ۱۲۰) که در آن مقام قضائی طبق تشخیص خود و به منظور

سلیقه‌ای از اختیار تمدید مدت قرار بازداشت موقت می‌گشاید. منظور قانون‌گذار از ضرورت حاد، استمرار وجود یکی از موارد توجیه‌کننده صدور قرار بازداشت موقت در ماده-۱۰۷ از جمله جلوگیری از اکراه شهود و بزه‌دیده توسط متهم، حمایت از خود متهم در برابر انتقام بزه‌دیده یا اولیای او و جلوگیری از ایجاد بزه‌دیدگی مجدد و تکرار جرم باشد.

۱. قانون‌گذار لبنان در ماده‌ی ۱۰۸؛ از عبارت «ضرورت حاد» استفاده نموده، بدون این که معیار و شاخصی برای آن در نظر بگیرد. قانون‌گذار در این مورد صلاحیت نسبی به مقام قضائی اعطا نموده که بر مبنای تشخیص خود عمل نماید (غممی، ۱۳۹۶؛ ۱۳۷). از این رو با سنجش شرایط پیرامونی نسبت به حاد و ضروری بودن اوضاع قضاوت نموده و بازداشت را ادامه می‌دهد. این امر راه را به سوی سلب آزادی دیگران و استفاده

شدن پیش می‌برد، امری که نظام حقوقی مصر از خطر آن در امان است.

۳٫۴ صلاحیت مقام سیاسی (غیر قضائی) در بازداشت متهمان

در نظام حقوقی کشور مصر مشاهده می‌شود که بعضی از مقامات غیرقضائی که دارای پایه سیاسی در رأس امور کشور هستند همانند رئیس‌جمهور، می‌توانند اشخاصی را به منظور حفظ امنیت کشور بازداشت نمایند. ماده سوم قانون شرایط بحرانی^۳ با صراحت این صلاحیت را به رئیس‌جمهور کشور اعطا نموده که در موارد اورژانسی و اضطراری بتواند تدابیر و اقدامات لازم و مناسب را جهت صیانت امنیت و نظم عمومی اتخاذ کند. به طور خاص یکی از این اقدام‌ها، دستگیری و بازداشت اشخاص مظنون یا خطرناک است، بدون این‌که به مقرره‌های قانون اجرائیات جنائی از جمله لزوم رعایت حداکثر مدت زمانی بازداشت متهمان و تکلیف به فک یا تخفیف قرار بازداشت موقت، مقید باشد.

برخی از حقوق‌دانان این‌گونه حبس را «حبس مطلق» نامیدند (ابوعامر، ۱۹۵۸: ۲۱۴). علاوه بر رئیس‌جمهور، مقام قضائی دیگر با عنوان «دادستان عالی امنیت دولت»^۴ به عنوان عضوی از دفتر دادستان کل کشور که صلاحیت انجام تحقیقات جرائم موضوع قانون شرایط بحرانی یا دستورالعمل‌های آن را داراست، این صلاحیت را نیز دارد که قرار حبس مطلق (بازداشت موقت بدون مدت) صادر کند (همان: ۲۱۵). ولی این بدان معنا نیست که متهم بازداشت‌شده حق اعتراض هم

تحقق صلاح بزه‌کار و بزه‌دیده اختیار تام داشته که می‌تواند حق بر آزادی را مخدوش نماید.^۱

با وجود این اگر بر مبنای نگرش نظریه‌های جرم‌شناسی واکنش اجتماعی که در آن‌ها نحوه برخورد جامعه و دستگاه کیفری با ارتکاب جرم و اثر آن بر متهم کانون توجه می‌باشد، به رویکرد دو قانون‌گذار بالا نسبت به این موضوع بنگریم، قانون مصر برای واکنش (بازداشت) نسبت به انتساب اتهام، قواعد و مهلت‌هایی در نظر گرفته است؛ حال آن‌که قانون‌گذار عربستان آن را به تشخیص مقام قضائی واگذار نموده است. به عبارتی واکنش اجتماعی در نظام حقوقی مصر، قانونی و در نظام حقوقی عربستان قضائی است. با توجه به این‌که تفویض اختیار تام به مقام قضائی، امکان نقض حقوق متهم توسط او (مقام رسیدگی‌کننده) را فراهم می‌کند، قانون‌گذار مصر اقدام به تعیین حدود نموده است، ولی قانون‌گذار عربستان تحت تأثیر سیاست جنایی امنیت‌گرا، با فرض دشمن پنداشتن بزه‌کاران و حمایت از نوعی حقوق کیفری دشمن‌مدار^۲، آن را بی‌قید و شرط در صلاح‌دید قاضی قرار داده است. چنین کاری موجب می‌شود قاضی با تعدی در انتخاب واکنش صحیح، موجب تشدید روحیه بزه‌کاری و افزایش حس انتقام‌جویی از جامعه در متهم گردد. در مقابل، قانون‌گذار مصری برای صلاحیت مقام قضائی مرزهای زمانی در نظر گرفته که مبادا قاضی از آن مرزها فراتر نهاده و به حقوق و آزادی‌های قانونی تعرض نماید. از این حیث سیاست جنایی اتخاذ شده در عربستان دارای واکنش سرکوب‌گر بوده و آن را به سمت امنیتی

برای مدت این سپردن کودکان و نوجوانان به والدین یا غیر آن‌ها در قانون معین نگردیده است. در این صورت مدت حداکثر آن را باید تا زمان ادامه یافتن دادرسی کیفری دانسته که موجب خدشه به اصل آزادی اشخاص می‌توان تلقی گردد.

۲. ن.ک به: (قناد و اکبری، پیشین، ص ۱۳۲)

۳. قانون شماره ۶۲ مصوب سال ۱۹۵۸ میلادی تحت عنوان

"قانون الطوارئ"

۴. (نیابه امن الدوله العلیا)

۱. در ایران نیز مقام قضائی در دادگاه کیفری یک ویژه

نوجوانان و دادگاه اطفال و نوجوانان، به موجب ماده‌ی ۲۸۷ ق.آ.د.ک می‌توانند کودکان و نوجوانان را نزد والدین یا اشخاص دیگر نگهدارند، به نحوی که هر موقع حضور آن‌ها در مرجع قضائی لازم شود، آن‌ها را معرفی کنند. این اقدام به نوعی می‌تواند نگهداری اطفال و نوجوانان در جایی غیر از زندان یا کانون اصلاح و تربیت به حساب رفته که از این جهت با بازداشت موقت بی‌شبهت نیست، زیرا موجب محدودیت در رفت و آمد کودک می‌شود. در این موضع، به ظاهر حداکثری

اساس نوع و شدت جرم) بوده ولی بارقه‌هایی از نظام دوم (تعیین مدت بازداشت بر اساس مقام صادرکننده) نیز در آن ملاحظه شود. این موضوع موجب می‌شود که سیاست جنایی کشور ایران نمونه‌ای از سیاست جنایی سرگردان باشد.

۴ نتیجه‌گیری

بازداشت موقت، آزادی را به عنوان یکی از مهم‌ترین سرمایه‌های انسانی، نقض و روحیه بزه‌کاری و حس انتقام‌جویی از جامعه را می‌افزاید؛ به همین خاطر، نظام‌های حقوقی مترقی برای آن مدت تعیین نموده تا از پیامدهای آن کاسته و حق جامعه بر امنیت رعایت شود. تطبیق و مقایسه مواضع کشورهای مورد بحث در خصوص مدت بازداشت موقت ما را به نتایجی همانند موارد ذیل رهنمون می‌سازد. اول این‌که کشورهای مصر، عربستان و لبنان تحت تأثیر سیاست جنائی امنیت‌گرا بازداشت موقت بدون مدت در نظام حقوقی خود داشته، ولی ایران به جز در موارد استثنایی دارای این نوع بازداشت موقت نیست. در این امر موضع قانون‌گذار ایران نزدیکی و تطابق بیشتری با اصل برائت، حق بر آزادی و برخی از مقتضیات جرم‌شناسی دارد. موضع سایر کشورها اصل و حق مذکور را که در بند یک ماده‌ی ۹ و بند دو ماده‌ی ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی تضمین شده، به شدت نقض می‌نمایند. نظام حقوقی بعضی از کشورها در تقابل سیاست جنایی امنیت‌گرا و مسؤولیت نقصان یافته که دارای خطر کمتری برای جامعه است، موضع تهاجمی اتخاذ نموده‌اند. مانند کشور لبنان که بازداشت افراد ۱۲ سال را ممکن دانسته است. این در حالی است که در نظام حقوقی ایران و مصر فقط اشخاص بیشتر از ۱۵ سال را می‌توان در کانون اصلاح و تربیت نگهداری نمود. با وجود افزایش مدت بازداشت موقت یا در نظر گرفتن بازداشت بدون مدت با کمی تسامح در تمام این کشورها، اهداف امنیت‌گرایانه سیاست جنایی تحت‌الشعاع این چالش‌های جدی

نداشته باشد، ماده سه مکرر الف قانون مذکور برای متهم بازداشت شده این حق را به رسمیت شناخته که شش ماه پس از بازداشت اگر آزاد نشد، نسبت به تصمیم رئیس‌جمهور اعتراض کند. این اعتراض باید در قالب درخواست به دادگاه عالی امنیت دولت^۱ تقدیم شود. بند سوم ماده مذکور اذعان می‌دارد که اگر دادگاه عالی امنیت دولت اعتراض متهم بازداشت‌شده را پذیرا شود و رأی به آزادی او صادر کند، این رأی قابل اجرا نیست مگر این‌که رئیس‌جمهور تأیید کند.

چنین موضعی در نظام حقوقی کشور عربستان ملاحظه نگردید. این چنین صلاحیتی نمی‌تواند دلیلی غیر از اتخاذ سیاست امنیت‌گرایی داشته باشد. حتی نمی‌توان گفت که سیاست جنایی این کشور امنیت‌گرایی است چون مقامی که می‌تواند این تصمیم را اتخاذ کند، مقام قضائی نبوده بلکه مقام سیاسی است که آن را نمی‌توان در سیاست جنایی داخل دانست. مقوله‌ی سیاست جنایی امنیت‌گرا با شعار تأمین حداکثری امنیت شهروندان، دچار نوعی بحران شده و با توسل به ابزاری عوام‌پسند مانند تأمین حداکثری امنیت، به هدف خود که سرکوب نطفه خطر است، رسید. در ایران نیز بارقه‌هایی از این موضوع را می‌توان یافت، زیرا حصر خانگی یک نوع توقیف و بازداشت می‌باشد. حصر خانگی در خصوص رخ‌دادهای ۱۳۸۸ با استناد به مصوبه شورای عالی امنیت ملی صورت گرفته و ساختار این شورا با توجه به اعضا و رئیس آن بیشتر دارای جنبه سیاسی است. بنابراین مقامی که تصمیم به حصر خانگی را مصوب نموده، یک مقام قضائی به تمام معنا نیست و همانند کشور مصر از لحاظ مدت مقید به سقف خاص زمانی نیست. آنچه این موضوع را سخت‌گیرانه‌تر نموده عدم امکان اعتراض برخلاف کشور مصر می‌باشد. بنابراین به نظر می‌رسد، با توجه به این موضوع و شاهد مثال‌های دیگر، با وجود آن‌که در اصل نظام حقوقی ایران تابع نظام اول (تعیین سقف مدت بازداشت بر

^۱ (محكمة أمن دولة العليا)



مطلق را مورد پذیرش قرار داده‌اند، قوی‌تر و به نفع متهم می‌باشد.

پس از تطبیق مواضع قانون‌گذاران کشورهای مختلف، به منظور استفاده از نقاط قوت نظام‌های حقوقی خارجی و رفع کاستی‌های موجود در قانون داخلی و دوری از پیامدهای امنیت‌گرایی و انحراف از هدف عدالت کیفری پیشنهاد می‌گردد؛ سقف مدت بازداشت موقت در جرائمی که مجازات حبس نداشته یا حبس آن‌ها فاقد حداقل بوده، در صورت امکان یک یا دو ماه و در غیر این صورت یک سال لحاظ گردد. نگهداشتن متهم در بازداشت‌گاه بعد از پایان یافتن مهلت‌های قانونی بازداشت موقت، حتی به بهانه عدم معرفی کفیل یا تودیع وثیقه برخلاف قانون و شرع است. در این موارد مقام قضائی باید اقدام لازم برای آزادی متهم از جمله کاهش وجه وثیقه و کفالت را به عمل آورد تا از برچسب خوردن متهم و امنیتی شدن واکنش کیفری به اتهام او جلوگیری به عمل آید. در نظام حقوقی کشور مصر و ایران موضعی اتخاذ گردیده که از سیاست جنایی امنیت‌گرا فراتر است. این موضع صلاحیت بازداشت افراد بدون مقید شدن به مدت معین را در مصر به رئیس جمهور و دادستان عالی امنیت دولت و در ایران به شورای عالی امنیت ملی اعطا نموده است. اتخاذ این موضع در واقع با شعار عوام‌پسندانه تأمین حداکثری امنیت شهروندان، موجب ایجاد نوعی بحران قضایی می‌گردد.

قرار گرفته و می‌توان گفت نوعی بحران و انسداد در پیش‌برد برنامه‌های آن ایجاد کرده است. هرچند ممکن است شهروندان از این راه، به صورت مقطعی احساس امنیت کنند، اما پس از مدتی این موضوع در سایه‌ی معضله‌های رخ داده و پیامدهای آن قرار خواهد گرفت و هر چه بیشتر به تضعیف اصول و مبانی سیاست جنایی مطلوب و ناامیدی جامعه از رسیدن به آرامش استوار دامن خواهد زد.

اولین مرحله یا بازه زمانی که کشورهای مورد بحث برای خاتمه دادن به بازداشت موقت در نظر گرفته‌اند باهم تفاوت بسیار داشته، به نحوی که در ایران حسب مورد یک یا دو ماه، مصر پانزده روز، لبنان دو یا شش ماه و عربستان پنج روز می‌باشد. بنابراین کمترین بازه در بین کشورهای مذکور، متعلق به عربستان و بیشترین به لبنان تعلق دارد. موضع قانون‌گذار ایران با مقایسه و تطبیق با مواضع قوانین کشورهای مورد بحث از لحاظ زیاد بودن مدت بازداشت موقت در مرحله نخست (یک یا دو ماه) نسبت به کشورهای دیگر که مدت پنج یا پانزده روزه را در نظر گرفته‌اند، به ضرر متهم می‌باشد. شاید بتوان این موضوع را بر مبنای شرایط محیطی و بالا بودن میزان پرونده‌ها در دادگاه‌های ایران توجیه نمود. با این حال، ایران در خصوص سقف نهایی بازداشت مدت یک یا دو سال (البته بجز مورد استثنایی حصر خانگی) را در نظر گرفته و این موضوع نسبت به کشورهای عربستان، مصر و لبنان که بازداشت موقت بدون مدت یا همان حبس

منابع

- Ashouri, Mohammad, Criminal Procedure, Vol. 1, Sixth Edition, Tehran, Samat Publications, 2019.
- Ashouri, Mohammad and Rahmat, Mohammad Reza, "Pattern of Dignified Criminology of Patient Differential Detention in Criminal Procedure in 1999 and 2013", Teachings of Criminal Law, Razavi University of Islamic Sciences, No. 7, Spring and Summer 2014.
- Akbari, Massoud and Qanad, Fatemeh; Government Response to Deviation in Iran's Criminal Policy, Ch 1, Tehran, Majd Publications, 2016.
- Taghizadeh, Muharram, "Comparative study of temporary detention in Iranian and French law", Detective, No. 39, Year 9, pp. 106-122, Summer 2017.
- Tavaklian, Fatemeh, Temporary Detention in Iranian Law and International Documents, Master Thesis, Islamic Azad University, Shahroud Branch, 2015.
- Khaleghi, Ali, Criminal Procedure, vols. 1 and 2, and 28, Tehran, Shahr-e-Danesh Publications, 2015.
- , Notes in the Code of Criminal Procedure, Ch 8, Tehran, Shahr-e-Danesh Publications, 2016.
- Rahimi, Musa and Rahimi Dehsouri, Reza, Statements in the Code of Criminal Procedure, Tehran, Judiciary Press and Publications Center, 2019.
- Dadsetan, Parikh, Criminal Psychology, Che Ninth, Tehran, Samat Publications, 2011.
- Rostami, Hadi, Criminal Procedure Code, Ch 1, Tehran, Mizan Publishing, 2019.
- Rostami Tabrizi, Lamia and Mohtashami, Neda, "Theory of Interactionism and its Critical Analysis", Legal Studies, Volume 5, Number 2, Fall 2013.
- Sadeghi, Mohammad Hadi, "The Conflict of Expediency and Victim Rights in Islamic Criminal Law", Quarterly Journal of Teacher of Humanities, Volume 9, Number 3, 2015.
- Tahmasebi, Javad and Golriz, Amin, "A Comparative Study of Temporary Detention in the Rules and Procedures of International Criminal Courts with Human Rights and Domestic Law Documents", Comparative Law Studies, Volume 3, Number 2, Fall and Winter 2012.
- Tahmasebi, Javad, Criminal Procedure Code, Vol. 1, Ch. 3, Tehran, Mizan Publications, 2017.
- Alipour, Hassan and Yekrangi, Mohammad, "Legal system and human rights in Saudi Arabia", Strategic Studies, No. 1, Year 20, Serial No. 75, Spring 2017.
- Ghamami, Seyed Mohammad Mehdi, Comparative Public Law of Lebanon, Tehran, Imam Sadegh University Press, 2017.



- Qanad, Fatemeh and Akbari, Massoud, "Security Policy of Criminal Policy", *Criminal Law Research*, Fifth Year, Issue 18, Spring 2017.
- Karkhiran, Mohammad Hossein, The most complete collection of criminal procedure, Volume 2, Tehran, Rah-e Novin Publications, 2014.
- Keshvari Baghan, Saeed, Temporary Detention in Iranian Criminal Law and International Documents with an Approach to the Rights of the Accused, Master Thesis, Shahid Beheshti University, 2005.
- Goldoust Joybari, Rajab, Criminal Procedure Code, Ch 12, Tehran, Jangal Publications, 2020.
- Najafi Abrandabadi, Ali Hossein and Hashembeigi, Hamid, Encyclopedia of Criminology, Ch 4, Tehran, Ganj-e-Danesh Publications, 2016.
- "Discourse of the Legislator's Criminal Policy in the Criminal Procedure Code of 2013", in: Ulfat, Nematullah "By Effort", Collection of Memorandum Articles Dr. Nasser Ghorbannia, Ch 2, Qom, Mofid University Press, 2017.
- Following Dignified Criminal Justice, Special Issue of the Conference on Judiciary and Citizenship Rights, 2007.
- Criminal Sociology Lectures, edited by Mehdi Sabouripour, revised in 2012.
- Noorbaha, Reza, "Wandering Criminal Policy", *Journal of Legal Research*, Nos. 25 and 26, Summer 1999.
- Mansouri, Seyed Mehdi, Jurisprudential Principles of Temporary Detention in Crimes Against Physical Integrity, *Journal of Islamic Law*, Year 6, Issue 21, Summer 2009.
- Moazenzadegan, Hassan Ali and Changai, Farshad and Rahdarpour, Hamed, Decreased criminal responsibility of children and adolescents in criminal offenses approved by the Islamic Penal Code 1392, National Conference on Criminal Policy of Iran against delinquency and victimization of children and adolescents, 2014.
28. Hejbralsadati, Hanieh and Soleimani Korani, Sanaz, "Legal Victimology and its Applications in Criminal Investigation", *Detective*, Year 9, No. 34, Spring 2016.
- Elahimanesh, Mohammad Reza and Rahimi, Mohammad Mehdi, Criminal Procedure Code, Vol. 1, Ch. 2, Tehran, Majd Publications, 2015.
- Yazdanian, Mohammad Reza, "Innovations of the new law of criminal procedure regarding temporary detention: a comparative approach", *Detective*, Volume 2, Number 31, Year 8, Summer 2015.

B. Arabic

- Abu Amer, Muhammad Zaki, Criminal Procedures, Beirut, Al-Halabi Human Rights Publications, 2010.
- Al-Zafran, Abdullah, Precautionary Detention in the System of Criminal Procedure and Islamic Law in Comparison with Positive Law, Research Presented for a Master's Degree in Criminal Functioning - Specialization in Islamic Criminal Legislation, Naif Arab University for Security Sciences, Saudi Arabia, 2005.
- Hosni, Mahmoud Naguib, Explanation of the Code of Criminal Procedure, 2nd Edition, Cairo, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, 2019.
- Salameh, Ismail Muhammad, "Arrest is a more accurate term for pre-trial detention," Public Security, Issue 103, pp. 12-15, Dhul-Hijjah 2010.
- Salama, Mamoon Muhammad, Criminal Procedures in Egyptian Legislation, Volume 2, Cairo, Dar Al-Fikr Al-Arabi, 2018.
- Al-Salmi, Hafez, "Pretrial Detention," Public Security, Issue 28, Sha'ban 2019, pp. 91-104.
- Al-Sharidi, Musaed, Pre-trial detention in the criminal procedure system: a comparative study, supplementary research submitted to obtain a master's degree in the Department of Sharia Politics, Imam Muhammad bin Saud Islamic University, Saudi Arabia, 2004.
- Abdel Moneim, Suleiman, Principles of Criminal Procedure, Part 2, Beirut, Al-Halabi Human Rights Publications, 2016.
- Al-Azzawi, Ahmed Wali, "The ruling on the check associated with a term and the extent of the precautionary attachment according to it", the Judiciary, Issues 1 and 2, the forty-third year, pp. 293 TA 297, 2020.
- Al-Askari, Sabri, "Pre-trial detention after the issuance of the investigations law: questions and problems in the application", Lawyer, No. 9 and 10, fifty-second year, pp. 113-118, November and December 2020.
- Allam, Hassan, "Arrest of Persons and Pre-trial Detention between the Constitution, the Code of Criminal Procedure and the Exceptional Laws", The Lawyer, Nos. 3 and 4, Sixtieth Year, pp. 39-60, March and April 2019.
- Al-Ghaidani, Mishaal, Precautionary Detention Guarantees in the Saudi Criminal Procedure System, a thesis for obtaining a master's degree, Naif Arab University for Security Sciences, Saudi Arabia, 2016.
- Fawzi Heshmat, "Pretrial Detention and Imprisonment Applicable to the Public Prosecution Authority after Law 107 of 1962," Law Firm, Nos. 8 and 9, 44th year, pp. 654-655, April and May 2019.
- Fawzi, Amara, investigative judge, thesis submitted for obtaining a doctorate of science, University of the Brothers Mentouri Constantine, Algeria, 2018.



Lotfi Jumaa, Rabeh, "Pretrial Detention and Absolute Imprisonment," Public Security, Issue 51, pp. 21-26, Rajab 2020.

Al-Moatasem Billah, Adham, Pre-trial detention between the legal text and implementation, Beirut, Al-Halabi Human Ri

Research Paper

A Comparative Study of the Publicity and Freedom of Education in Iranian Constitutional Law and International Documents

Roghayeh Sadeghiram¹, Rouhollah moazeni*², Seyede Zahra Pourrashid³

¹ PhD in Criminal Law and Criminology, Lecturer in Law, Faculty of Humanities, Mohaghegh Ardabili University, Ardabil, Iran.

² PhD in Public Law, Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Humanities, Mohaghegh Ardabili University, Ardabil, Iran

³ PhD in Privacy Law, Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Humanities, Mohaghegh Ardabili University, Ardabil, Iran.



10.22080/lps.2021.22141.1255

Received:

August 17, 2021

Accepted:

October 14, 2021

Available online:

December 16, 2021

Keywords:

right of education,
educational freedom,

Abstract

The right of education is one of the most fundamental human rights recognized in the form of the second generation of human rights in the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Since the government of the Islamic Republic of Iran has accepted these documents, it is obliged to observe the provisions of the international documents and pay attention to the accepted principles of this right in these documents. The Constitution of Iran, as the mother law, is the most important source and basis of the right of education. Therefore, recognizing the right of education and accepting its principles in the constitution is necessary to protect this right. One of the most important and challenging principles of the right of education is the publicity and freedom of education, which in some cases has been ignored by the Iranian government, referred to as human rights violations by international powers. The purpose of this study is to examine the principles of publicity and freedom of education in the Iranian constitution to determine in what cases these principles are in conflict with these documents. It is also tried to find the solutions to this conflict. In this regard, French education regulations are also cited as an example of foreign law. This is a library research using documents, books, articles, internal regulations, international documents and the French Constitution, in an argumentative and analytical-descriptive manner. It is also a practical research that can pave the way for a legislator to identify the right of education. The findings indicate that although these

*Corresponding Author: Rouhollah moazeni

Address: PhD in Public Law, Assistant Professor,
Department of Law, Faculty of Humanities,
Mohaghegh Ardabili University, Ardabil, Iran

Email: moazeni@uma.ac.ir



public education, conflict of laws, positive rights

principles are enshrined in the Constitution, they are not comprehensive and effective, and in many cases conflict with the international laws and require review by the legislature.

Extended abstract

1. Introduction

The principle of universality and the principle of educational freedom are among the basic principles of the right of education and its integral components. The right of education, as a right of the second generation of human rights, obliges governments to implement and extend it. No government can claim the implementation of this right without observing these principles and even observing other principles of the right of education. The international instruments accepted by the Iranian government in the field of the right of education oblige the Islamic Republic to comply with its provisions. Failure to comply with the provisions of these documents means violation and the government of Iran will be a violator of international regulations and human rights. On the other hand, the full exercise of the right of education, in addition to the exercise of this right through the enactment of laws and the enshrinement of this right in the constitution, prevents the enactment of conflicting laws.

In Iranian law, disregard for the dual principles under consideration is evident in some cases and leads to a violation of the right of education and the issuance of reports against the government for human rights violations. These include reports by the UN Secretary-General on violations of the right of education in relation to foreign nationalities, ethnics, religious minorities and political criminals. In recent years, there have been developments in the field

of the right of education in Iranian law and in practice. However, there are still shortcomings in these reports. Therefore, it is necessary to determine in which cases the laws of Iran are in conflict with international regulations and what solutions does the Iranian government have to resolve these conflicts?

2. Research Methodology

The purpose of this study is to review the Iranian constitution and compare it to the international documents. For this purpose, it is necessary to review the international documents through studying the original version of the international documents on the right of education and the principles of universality and educational freedom and comparing it to the Iranian constitution. On the other hand, because the constitution is the mother law and other laws are regulated accordingly, the reflection of the views in the constitution can be seen in other laws as well. Therefore, some related laws are also under consideration. The original version of the French Constitution has also been studied to be complied with the Iranian Constitution on a case-by-case basis in each of the principles. In this research, the library and documentary method has been used. Books, articles, internal regulations, international documents and the French Constitution have been studied in the library and materials related to the subject of research have been extracted and examined in a reasoning and analytical-descriptive manner. Although this article is a fundamental research, it has practical effects, including paving the way for the

legislator in recognizing the right of education.

3. Research Findings

The findings indicate that although the Constitution recognizes the principles of universality and freedom of education, it takes no further action to enforce and uphold this right. Ignoring these principles has led to a disregard for the right of education. However, governments play an essential role in protecting positive rights and preventing the enactment and repeal of anti-human rights laws and regulations.

4. Conclusion

The Islamic Republic of Iran can support the principles of the right of education in several ways and prevent violations of the provisions of the international treaties. Invoking the rule of fundamental change of circumstances is an appropriate way to withdraw from treaties under Article 62 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (1969). Another solution is to change the laws contrary to the international treaties according to the sharia issues and adapt them to the requirements of the time. Given that no action has been taken to withdraw from the international treaties, the implementation of these provisions as a law beyond domestic law accepted by the government is both morally and legally necessary.

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 people who directly or indirectly helped to come up with the idea and write the manuscript.



علمی پژوهشی

مطالعه‌ی تطبیقی همگانی بودن و آزادی آموزش در قانون اساسی ایران و اسناد بین‌المللی، با تأکید بر راهکارهای حل تعارض

رقیه صادقی رام^۱، روح‌الله موذنی^{۲*}، سیده زهرا پوررشید^۳

^۱ دکترای حقوق جزا و جرم‌شناسی، مدرس گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه محقق اردبیلی، اردبیل، ایران
^۲ دکترای حقوق عمومی، استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه محقق اردبیلی، اردبیل، ایران
^۳ دکترای حقوق خصوصی، استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه محقق اردبیلی، اردبیل، ایران.

 10.22080/lps.2021.22141.1255

چکیده

حق بر آموزش، یکی از اساسی‌ترین حقوق بشر بوده که در قالب نسل دوم حقوق بشر در اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر و میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به رسمیت شناخته شده است. دولت جمهوری اسلامی ایران، به عنوان دولتی که این اسناد بین‌المللی را پذیرفته، ملزم به رعایت مقررات اسناد بین‌المللی و توجه به ارکان و اصول پذیرفته شده‌ی این حق در این اسناد می‌باشد. قانون اساسی ایران به عنوان قانون مادر، مهم‌ترین منبع و مبنای حق بر آموزش به شمار می‌رود؛ بنابراین شناسایی حق بر آموزش و پذیرش اصول آن در قانون اساسی برای حمایت از این حق بایسته است. از مهم‌ترین و چالش برانگیزترین اصول حق بر آموزش، همگانی بودن و آزادی آموزش است که در مواردی مورد بی‌توجهی دولت ایران قرار گرفته و با واکنش‌هایی مبنی بر نقض حقوق بشر و اسناد بین‌المللی همراه بوده است. هدف این پژوهش بررسی اصل همگانی بودن و آزادی آموزش در قانون اساسی ایران است تا مشخص شود که این اصول، در چه مواردی با این اسناد در تعارض است؟ و راهکارهای حل این تعارض چیست؟ در این راستا، به مقررات آموزش کشور فرانسه نیز به عنوان نمونه‌ای از قوانین خارجی استناد می‌شود. این پژوهش، کتابخانه‌ای و اسنادی، با بهره‌گیری از کتب، مقالات، مقررات داخلی، اسناد بین‌المللی و قانون اساسی فرانسه، به روش استدلالی و تحلیلی-توصیفی بوده و پژوهشی کاربردی است که می‌تواند راه‌گشای قانون‌گذار در شناسایی حق بر آموزش باشد. یافته‌ها بیان‌گر این است که گرچه این اصول در قانون اساسی مورد حمایت قرار گرفته؛ اما این حمایت، همه‌جانبه و کارا نبوده و در موارد متعددی با اسناد بین‌المللی در تعارض و مستلزم بازنگری توسط قانون‌گذار است.

تاریخ دریافت:

۲۶ مرداد ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۲۲ مهر ۱۴۰۰

تاریخ انتشار:

۲۵ دی ۱۴۰۰

کلیدواژه‌ها:

حق بر آموزش، آزادی آموزشی، آموزش همگانی، تعارض قوانین، حقوق مثبت.

* نویسنده مسئول: روح‌الله موذنی

آدرس: دکترای حقوق عمومی، استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه محقق اردبیلی، اردبیل، ایران
ایمیل: moazeni@uma.ac.ir

۱ مقدمه

این حق، در دهه‌های پیشین، در اسناد بین‌المللی مورد پذیرش قرار گرفته است.^۴ افزون بر این، اسناد تصویب شده توسط یونسکو^۵ و تفسیرهای عمومی کمیته‌ی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی،^۶ که ابزاری برای برطرف کردن ابهامات میثاق می‌باشد نیز در شمار منابع بین‌المللی حق بر آموزش هستند. با وجود عدم تعریف از حق بر آموزش در اسناد بین‌المللی و قوانین داخلی، می‌توان حق بر آموزش را امتیازی دانست که قانون برای افراد پیش‌بینی کرده و به آنان توانایی مطالبه و آزادی اراده و اختیار برای دریافت آموزش‌های مورد نیاز با هدف افزایش دانش و آگاهی، به دست آوردن تخصص برای فعالیت حرفه‌ای، آشنایی با حقوق و تکالیف، جامعه‌پذیری، فراهم کردن حس هم‌دلی و رواداری داده است (صادقی‌رام، ۱۳۹۹، ۴). گرچه آموزش در اسناد بین‌المللی، مفهومی گسترده داشته و در برگیرنده‌ی اقدامات آموزشی و پرورشی است، ولی مفهوم خاص آن نیز مد نظر بوده و اصولی که برای این حق پذیرفته شده، اغلب، یادگیری در مدرسه و دانشگاه را در بر می‌گیرد. آموزش در این پژوهش، در معنای خاص خود به کار رفته و هدف آن بررسی اصول

آموزش، در طول تاریخ، در جوامع باستان و در میان پیروان ادیان مختلف وجود داشته و شهروندان هر جامعه‌ای باتوجه به ویژگی‌های خاص آن جامعه و سیاست‌های حاکم بر آن، از آموزش برخوردار بوده‌اند.^۱ حق بر آموزش، پیش از شناسایی در اسناد بین‌المللی، در قوانین ۴۰ کشور به رسمیت شناخته شده است (هاس^۲، ۲۰۰۸، ۱۱۶). متمم قانون اساسی مشروطه‌ی ایران نیز حق بر آموزش را مورد پذیرش قرار داده بود. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز، به عنوان قانون مادر و برخی قوانین دیگر به این حق پرداخته‌اند؛^۳ اما، مهم‌ترین قانون ایران در زمینه-ی حق بر آموزش، پس از قانون اساسی، قانون حمایت از اطفال و نوجوانان (۱۳۹۹) می‌باشد. علیرغم وجود مقررات داخلی درخصوص حق بر آموزش، پذیرش آموزش به عنوان حقی انسانی و دارای اصول و ارکان مشخص برای همه‌ی افراد بشر، که جزو حقوق مثبت به شمار آمده و تامین آن از وظایف دولت‌ها به شمار می‌رود، سابقه‌ای دیرین ندارد.

^۱ این حق در ادیان زردشتی، یهودی، مسیحیت و اسلام و در جوامع باستانی نیز هم‌چون، یونان، ایران، مصر، بابل و ... مورد توجه بوده است. (رضی، ۱۳۷۹، ۱۳۷۹، ۱۳۹۳ و دورانت، ۱۳۷۸، ج ۱-۵)

^۲ Hass

^۳ قانون اهداف و وظایف وزارت آموزش و پرورش (۱۳۶۶)،

سند تحول بنیادین، برنامه‌ی ششم توسعه، سیاست‌های

سوادآموزی (۱۳۸۵)، قانون مدنی، قانون حمایت از معلولان

(۱۳۸۴)، اساسنامه‌ی سازمان آموزش و پرورش (۱۳۷۰)،

اساسنامه‌ی انجمن حمایت از اولیا و مربیان (۱۳۵۸)،

اساسنامه‌ی سازمان آموزش و پرورش استثنایی (۱۳۷۰)،

آیین‌نامه‌ی سازمان زندان‌ها (۱۳۸۴)، قانون اهداف، وظایف و

تشکیلات وزارت علوم، تحقیقات و فناوری (۱۳۸۳)، قانون

اهداف و وظایف وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی (۱۳۶۶)، ماده‌ی

۱۰۴ منشور حقوق شهروندی (۱۳۹۵)، اساسنامه‌ی طرح شاهد

(۱۳۶۹) و ...

^۴ ماده‌ی ۲۶ اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر (۱۹۴۸)، ماده‌ی ۱۳

میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (۱۹۶۶)، ماده‌ی ۹

اعلامیه‌ی اسلامی حقوق بشر (۱۹۹۰)، ماده‌ی ۲۰ اعلامیه‌ی کنفرانس جهانی حقوق بشر وین (۱۹۹۳)، اعلامیه‌ی کنفرانس بین‌المللی حقوق بشر تهران (۱۹۶۸)، ماده‌ی ۲ کنوانسیون حقوق کودک (۱۹۸۹)، ماده‌ی ۷۷ قواعد حداقل رفتار با زندانیان، اصول ملل متحد برای سالمندان (۱۹۹۱)، کنوانسیون رفع تبعیض از زنان (۱۹۷۹)، اعلامیه‌ی رفع تبعیض و نابردباری مبتنی بر مذهب یا عقیده (۱۹۸۱) و اعلامیه‌ی حقوق اقلیت‌های ملی، قومی، مذهبی و زبانی (۱۹۹۲)، جزو اسنادی هستند که به حمایت از حق بر آموزش پرداخته‌اند.

^۵ United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization

کنوانسیون عدم تبعیض در امر آموزش (۱۹۶۰)، کنوانسیون

آموزش فنی و حرفه‌ای (۱۹۸۹)، پیشنهاد درباره‌ی وضعیت

معلمان (۱۹۶۶)، اعلامیه‌ی جهانی تنوع فرهنگی (۲۰۰۱)،

توصیه‌نامه‌ی حفظ فرهنگ سنتی و فرهنگ عامه (۱۹۸۹)،

کنوانسیون صیانت از میراث فرهنگی ناملموس (۲۰۰۳)،

کنوانسیون حفظ و ترویج مظاهر تنوع فرهنگی (۲۰۰۵)، و ...

^۶ Committee on Economic, Social and Cultural Rights



حاکم بر حق بر آموزش در سطح مدرسه و دانشگاه است.

حق بر آموزش، از نسل دوم حقوق بشر، حقی اجتماعی و ضامن زندگی معنوی انسان است؛ چون حقی است که افزون بر فراهم کردن امتیاز خواندن و نوشتن، زمینه‌ی آگاه‌سازی، توانمندسازی و برخورداری از دیگر حقوق انسانی هم‌چون، آزادی، اشتغال، امنیت، صلح و .. را تامین می‌کند. قانون اساسی به عنوان مهم‌ترین سند یک کشور، دربردارنده‌ی اصول و ارزش‌های حاکم بر جامعه بوده و پذیرش یک حق در قانون اساسی به معنای این است که حق مورد نظر، یکی از حقوق پایه‌ای بوده و می‌بایست قوانین دیگری برای تضمین دستیابی به آن، حمایت و پیشگیری از نقض این حق تصویب گردد. آموزش و پرورش از وظایف دولت به شمار می‌رود. برخلاف حقوق نسل اول، که اصولاً با عدم مداخله‌ی دولت‌ها تامین می‌شود، حقوق نسل دوم، نیازمند فراهم کردن زمینه‌های دستیابی به آن، از سوی دولت است. ماده‌ی ۱۱۱-۱ کد آموزش فرانسه مصوب ۲۶ جولای ۲۰۱۹ نیز، آموزش را اولین اولویت ملی فرانسه می‌داند که در مبارزه با نابرابری‌های اجتماعی و محلی، اثر مستقیم دارد. مدرسه برای تضمین موفقیت تمامی دانش‌آموزان با همکاری والدین بدون توجه به خاستگاه اجتماعی آنها ساخته می‌شود و نقش‌آفرینی دولت در تحقق این خدمت عمومی غیر قابل چشم‌پوشی است.

این حق و اصول آن، همواره در قانون اساسی کشورهای مختلف وجود داشته و در بخش حقوق ملت در قانون اساسی ایران نیز مورد اشاره قرار گرفته و دولت نسبت به تامین امکانات حق بر آموزش و تحقق اهداف آن ملزم شده است. اصل سوم و بند سوم قانون اساسی، دولت را موظف به تامین وسایل آموزش و پرورش رایگان برای همه‌ی ملت تا پایان دوره‌ی متوسطه و

ملزم به تامین وسایل تحصیلات عالی تا سرحد خودکفایی کشور به طور رایگان کرده است. اساسی‌ترین منبع حق بر آموزش که این حق را به صورت یک حق اساسی و واجد اصول مشخص توصیف کرده، اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر^۱ و میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی^۲ است. با برداشت از مقررات داخلی و اسناد بین‌المللی، حق بر آموزش، دارای اصول و ارکانی است که جزو جدایی‌ناپذیر آن به شمار می‌رود و هرگونه حمایت از آن، نیازمند شناخت آن است. این اصول و ارکان عبارتند از: همگانی بودن، عدم تبعیض، رایگان بودن، آزادی آموزش، اجباری بودن آموزش در مقطع ابتدایی و تدریجی بودن و کیفی بودن آموزش (مورگان^۳، ۲۰۱۲، ۱۱-۱۴).

پژوهش‌های مختلفی در زمینه‌ی حق بر آموزش در اسناد بین‌المللی و قانون اساسی انجام شده است. حاتمی و زاهدی (۱۳۹۲)، در کتاب خود با عنوان «حق بر آموزش و تعهدات دولت‌ها»؛ علیان و راعی (۱۳۹۳)، در پژوهش خود با عنوان «سازوکارهای حمایت از حق کودک بر آموزش در فقه امامیه، اسناد حقوق بشری و قانون اساسی» و انوشه‌ئی (۱۳۸۹) در پایان‌نامه‌ی خود با عنوان «حق بر آموزش حداقلی در چهارچوب نظام بین‌المللی حقوق بشر»، به بررسی حق بر آموزش، پرداخته‌اند. باین‌حال، تاکنون به بررسی تعارض‌های حق بر آموزش در قانون اساسی ایران و اسناد بین‌المللی و راه‌کارهای حل آن به صورت تطبیقی با قوانین کشور دیگر پرداخته نشده است. این مقاله، به صورت توصیفی-تحلیلی و با بهره‌گیری از منابع کتابخانه‌ای و اینترنتی، به صورت برون‌موردی، تعارض‌های حق بر آموزش - درخصوص همگانی بودن و آزادی آموزشی- را در قوانین داخلی با اسناد بین‌المللی بررسی می‌کند و راه‌حلهایی برای رفع تعارض‌های موجود، ارائه می‌دهد. باتوجه به این که مقررات آموزش فرانسه مشابهت‌های فراوانی با اسناد بین‌المللی داشته، در

³ Morgan

¹ Universal Declaration on Human Rights, 1948

² International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966

اشخاص از این حق و بیرون آوردن آن از دسترس قانونی و فیزیکی آنان، نقض اصل همگانی بودن و در نتیجه نقض حق بر آموزش به شمار می‌رود. بهره‌گیری از واژه‌ی «هرکسی» در ماده‌ی ۲۶ اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر و ماده‌ی ۱۳ میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، به معنای پذیرش همگانی بودن این حق می‌باشد. این اصل، پیش‌زمینه‌ی برابری و رفع تبعیض در آموزش است.

برابری، در لغت، به عدالت تعریف شده (معین، ۱۳۸۸، ۹۹۷ و عمید، ۱۳۸۹، ۳۷۳) اما، در تعریف عرفی و رایج از عدالت، این واژه، به معنای دادن سهم هرکس به خود و قرارگیری هرچیزی در جای خود است (راسخ، ۱۳۹۵، ۳۳۵ و فوادیان دامغانی، ۱۳۸۲، ۲۷) و این امر نیازمند تفاوت انسان‌ها با توجه به تفاوت‌های طبیعی و اکتسابی آنان است (جوادی آملی، ۱۳۸۹، ۱۶ و ۱۵ و موحد، ۱۳۹۲، ۱۰۰). در اسناد بین‌المللی، عدالت و برابری از هم جدا نشده‌اند، اما با توجه به ماده‌ی ۲۶ اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر که آموزش عالی را با برابری کامل برای همه قابل دسترسی می‌داند تا هرکسی با توجه به استعداد خود از آن بهره‌مند باشد، ولی هرکس با توانایی و استعداد خود از آن بهره می‌گیرد و این بهره‌گیری در اشخاص گوناگون متفاوت است. در واقع، با وجود پذیرش اصل برابری در حق آموزش، بهره‌مندی از آن تابع اصل عدالت است و هر فردی با توجه به توانایی‌های خود از آن بهره می‌گیرد. در ماده‌ی ۱ کنوانسیون مبارزه با تبعیض در امر آموزش و بند ج ماده‌ی ۲ کنوانسیون بین‌المللی جلوگیری و مجازات جنایت آپارتاید، تبعیض به هرگونه وجه تمایز خاص، محرومیت و ترجیح بر مبنای رنگ، نژاد، زبان، جنسیت، دین و عقیده، با هدف از بین بردن برابری اطلاق شده است. در این راستا، برای نمونه به مقررات قانون اساسی فرانسه می‌شود که چگونه در پی تحقق برابری و کاهش تبعیضات است: در بند ۱۳ دیباچه‌ی قانون اساسی ۲۷ اکتبر ۱۹۴۶ و قانون اساسی ۴ اکتبر ۱۹۵۸ فرانسه بر حق دسترسی برابر

پاره‌ای از موارد مطرح شده که با بررسی این مقررات نیز به عنوان نمونه‌ای از قوانین خارجی، یاری‌گر قانون‌گذار در توجه به این حق باشد.

دولت ایران با توجه به پذیرش اسناد بین‌المللی دربردارنده‌ی حق بر آموزش، از جمله، اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر، میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و کنوانسیون حقوق کودک، ملزم به شناسایی حق بر آموزش براساس مندرجات این اسناد و تضمین آن می‌باشد؛ در حالی که در برخی اصول، تعارضات اساسی با اسناد بین‌المللی وجود دارد و بایسته است که این تعارضات، بررسی و برطرف گردد. این حق در مبحث، همگانی بودن و آزادی آموزش، دارای تعارضات آشکاری با اسناد بین‌المللی است. این تعارضات چه در قانون و چه در عمل، همواره موجود بوده و واکنش‌های متعدد بین‌المللی را نیز به همراه داشته است. این پژوهش در سه بند، ابتدا به بررسی اصول همگانی بودن و آزادی آموزش در قوانین ایران و تعارض آن با اسناد بین‌المللی پرداخته و سپس به ارائه‌ی راه‌کار برای حل این تعارض و شناسایی و حمایت حداکثری از آن می‌پردازد.

۲ همگانی بودن^۱ آموزش

همگانی بودن آموزش و پرورش، بدین معناست که همه‌ی افراد جامعه باید بتوانند از آن بهره ببرند، این ویژگی با عنوان قابلیت دسترسی^۲ شناخته می‌شود. این اصل، هم دسترسی قانونی و هم دسترسی فیزیکی افراد به این حق را در برمی‌گیرد. بدین معنا که از یک سو باید تمام افراد بشر، براساس قوانین، حق برخورداری از آموزش را داشته باشند و هیچ قانونی نباید کسی را از این حق بی‌بهره کند و از سوی دیگر، در عمل نیز، شرایطی فراهم گردد که افراد بتوانند به امکانات و مراکز آموزشی دسترسی داشته باشند. اختصاصی کردن این حق، بی‌بهره کردن برخی

² Accessibility

¹ Publicity



افغان‌ها از حق آموزش و تحصیل در برخی رشته‌ها ابراز تاسف شده است. این نابرابری در سال‌های اخیر، با دستور مقام معظم رهبری در سال ۱۳۹۴ و ماده واحده‌ی ایجاد شرایط تسهیل زمین‌های تحصیل دانش‌آموزان و دانشجویان افغانی و عراقی مقیم ایران (۱۳۸۸) و تصویب قانون حمایت از اطفال و نوجوانان (۱۳۹۹)، کم‌رنگ شده و کودکان افغانی و عراقی، حتی آنان که به صورت غیر قانونی وارد خاک ایران شده‌اند، از حق برخورداری از تحصیل برخوردارند؛ با این وجود، گزارش‌هایی مبنی بر عدم ثبت نام کودکان فاقد مدارک شناسایی یا فاقد والدین و دریافت شهریه از اتباع بیگانه، بیان‌گر کاستی‌های موجود در این زمینه است.^۲

گزارش سال‌های ۲۰۱۴، ۲۰۱۵، ۲۰۱۷ و ۲۰۱۹،^۳ نگرانی‌هایی را در مورد محرومیت از حق تحصیل پیروان برخی فرقه‌های به رسمیت شناخته نشده در قانون اساسی، توهین معلمان به اعضای این فرقه، اخراج آنان از مدرسه، محرومیت آنها از شغل دولتی و حتی تعطیلی محل کار ایشان ابراز کرده است. گزارش سال ۲۰۱۴،^۴ با وجود اعلام افزایش نرخ حضور دختران در مدارس ابتدایی و راهنمایی از جداسازی جنسیتی در دانشگاه‌ها و سهمیه بندی برای زنان و مردان که حضور زنان در برخی از رشته‌های دانشگاهی را کاهش داده و توانایی زنان را برای دسترسی برابر و آزادانه به تحصیلات عالی محدود می‌کند، ابراز نگرانی کرده است. افزون بر این محرومیت زنان از تحصیلات دانشگاهی به صلاحدید پدر و مادر، به دلیل عدم حمایت از تحصیل زنان در مقاطع آموزش عالی، یا محرومیت از آموزش در تمام مقاطع از سوی شوهر، به دلیل وصف ریاست شوهر بر خانواده، نمونه‌ای از تبعیض در برخورداری حق آموزش است که در قوانین ایران مغفول مانده است.

کودکان و بزرگسالان به تحصیل، تعلیم، آموزش و فرهنگ تاکید شده است. سازماندهی آموزش دولتی رایگان و لائیک در تمامی سطوح و مقاطع وظیفه‌ی دولت است. از این رو، دولت فرانسه با دنبال کردن اصول مورد تعریف در قانون اساسی، امکان دسترسی و دریافت آموزش با توجه به توانمندی‌های کودکان و نوجوانان را البته با رعایت برابری تمامی عقاید و اعتقادات در موسسات آموزشی دولتی تضمین و تدابیر مفید برای تضمین آزادی انجام مناسک و آموزش مذهبی برای همگان را فراهم می‌نماید.

گرچه قانون اساسی، در اصول سوم، پانزدهم و سی‌ام، قایل به گسترش حق بر آموزش، آموزش عالی برای عموم، رفع تبعیضات ناروا، برابری زن و مرد، توجه به اقلیت‌ها و زبان‌های بومی و ... شده، اما در عمل، اقداماتی انجام شده که آشکارا، موجب گسترش تبعیض در جامعه گردیده و این اقدامات نه تنها از سوی اشخاص حقیقی بلکه از سوی اشخاص حقوقی و دولت از طریق وضع بخشنامه، آیین نامه و قانون و به صورت برنامه‌ریزی شده یا سازمان‌یافته صورت گرفته و باعث نقض حق بر آموزش در خصوص اقلیت‌های قومی، مذهبی، فعالان سیاسی و زنان شده است. این در حالی است که دولت‌ها رکن اساسی حمایت از حقوق مثبت هستند و یکی از وظایف ایشان در این راستا، جلوگیری از تصویب قانون مغایر با حقوق انسانی و لغو مقررات و قوانین مغایر می‌باشد. از سوی دیگر، نقض این حق از سوی دولت، با واکنش‌های بین‌المللی همراه بوده و برچسب ناقض حقوق بشر را به همراه خواهد داشت.

در گزارش دبیرکل سازمان ملل در خصوص وضعیت حقوق بشر در ایران در سال ۲۰۱۷،^۱ نسبت به محروم کردن خارجی‌ها به ویژه محدودیت

³ UNDOC/A/HRC/69/356, 2014, UNDOC/A/HRC/25/61, 2014, UNDOC/A/HRC/28/70, 2015, UNDOC/A/HRC/34/40, 2017, UNDOC/A/HRC/40/24, 2019.
⁴ UNDOC/A/HRC/25/75, 2014.

¹ UNDOC/A/HRC/34/40, 2017.

² https://www.radiofarda.com/a/f4_afghan_education_iran_un/27201552.html.

دین پیشین و انکار خدا را در بردارد (کمیته‌ی حقوق مدنی و سیاسی^۳، ۱۹۹۳، پاراگراف ۵). از دیدگاه این کمیته، آموزش اجباری عمومی دین یا یک عقیده‌ی خاص مغایر بند ۴ ماده‌ی ۱۸ میثاق حقوق مدنی و سیاسی است؛ مگر این‌که در کنار آن، آموزش جای‌گزین هم‌سو با تمایلات والدین و سرپرستان کودک یا امکان معافیت از این آموزش تعبیه شده باشد (همان، پاراگراف ۶).

برای نمونه درخصوص انطباق حقوق داخلی کشورها با اسناد بین‌المللی به برخی از مقررات حقوق فرانسه در خصوص آزادی آموزش اشاره می‌شود. بر اساس ماده‌ی ۵-۱۴۱ کد آموزش فرانسه، موسسات آموزشی دوره‌ی ابتدایی و مقطع دوم، می‌تواند دولتی یا خصوصی باشد. که موسسات خصوصی توسط اشخاص و انجمن‌ها تاسیس و اداره می‌شوند. ماده‌ی ۴-۱۴۱ این قانون، باوجود پذیرش آزادی آموزشی، هرگونه افشا و اشاعه‌ی مباحث دینی در مدارس دولتی را ممنوع نموده و آموزش مذهبی، را صرفاً، در خارج از ساعات کلاس درسی مجاز می‌داند. تعلیم مذهبی، از اختیارات والدین است؛ براین اساس، مدارس پیش دبستانی یک روز در هفته علاوه بر روز یکشنبه تعطیل هستند تا والدین، در فضایی خارج از مدرسه، آموزش مذهبی را به کودکان خود ارائه دهند. با این وجود، براساس ماده‌ی ۱۴۱-۳ کد آموزش فرانسه اصلاحی مصوب ۲۰۰۰/۶/۱۵، آموزش مذهبی در مدارس خصوصی امری اختیاری است. ماده‌ی ۵-۱۴۱ کد آموزش فرانسه، در مدارس و کالج‌ها و دبیرستان‌های دولتی، حمل هرگونه نشانه یا پوششی که به واسطه‌ی آن دانش آموزان آشکارا تعلق خود را به یک مذهب نشان دهند یا رفتارهایی که متضمن فشار یا تهدید بر باورها و اعتقادات دانش آموزان باشد حتی در دوره‌های

گزارش‌های سال ۲۰۱۷ و ۲۰۱۹ نیز نسبت به وضعیت اقلیت‌های بلوچی، کرد و عرب ابراز نگرانی و اعلام کرده است. باوجود پذیرش حقوق اقلیت‌های قومی در تدریس زبان و ادبیات محلی در قانون اساسی، در عمل، سیاست تک‌زبانی در پیش گرفته شده و به زبان و فرهنگ دیگر اقوام، توجه چندانی نشده که این امر در ضمیمه‌ی سند برنامه یونسکو نیز مورد توجه قرار گرفته است.^۱ ابتدای تاریخ ایران به فرهنگ فارسی و بی‌توجهی به تاریخ اقوام دیگر نیز، از مصادیق تبعیض در آموزش است که به صورت سازمان‌یافته انجام شده و به تدریج باعث کاهش اعتماد به نفس اقلیت‌های قومی و زبانی شده و تصور بیگانگی و غیرخودی بودن ایشان را به وجود می‌آورد (صادقی‌رام، همان، ۹۱). براساس اصل شانزدهم قانون اساسی، به دلیل این که زبان قرآن و معارف اسلامی، عربی است، تدریس آن پس از دوره‌ی ابتدایی، الزامی است، بنابراین، حداقل اقلیت‌های عرب زبان، با مساله‌ی عدم توجه به زبان قومی روبرو نیستند، اما، ایرادهای دیگر، از جمله فرهنگ و تاریخ قومی و محدودیت‌های دسترسی فیزیکی و برخورداری از امکانات آموزشی بر جای خود باقی است.

۳ آزادی آموزش

حق بر آموزش، بایسته‌ی وجود آزادی‌هایی است که دولت‌ها ملزم به رعایت محدوددهی آن هستند. آزادی آموزش دربردارنده‌ی آزادی دینی، آزادی اطلاعات و آزادی در انتخاب مدارس و نوع آموزش می‌باشد. آزادی دین دارای دو جنبه‌ی آزادی و برابری ادیان است (شولنیکوو^۲، ۲۰۱۱، ۳۱). براساس دیدگاه‌های کمیته‌ی حقوق مدنی و سیاسی، پذیرش آزادی دینی معنای آزادی افراد در پذیرش دین جدید، بازگشت به

توسط دولت، سیاست ضعیف دولت، استفاده‌ی کم در گفتگوی روزمره و عدم وجود آموزش، در حال از بین رفتن هستند.

² Scolnicov

³ Center for Civil and Political rights

¹ See: UNESCO Country Programming Document for the Islamic Republic of Iran, 2010-2013, Para.36

براساس این سند، ایران، کشوری دارای گوناگونی فرهنگی، زبانی و مذهبی است، اما سیستم آموزشی ایران تک‌زبانی است و زبان‌های بومی به علت به رسمیت شناخته نشدن



غیردولتی غیرانتفاعی مصوب شورای عالی انقلاب فرهنگی (۱۳۶۴)، تشکیل مدارس و دانشگاه‌های غیردولتی پذیرفته شده، اما این موسسات نیز از نظر سیاست آموزشی به دولت وابسته هستند. انتخاب معلمان و مدرسان، براساس ضوابط گزینشی مورد تایید دولتی، لزوم مطابقت محتوای کتب درسی، آموزشی، پرورشی و ورزشی با سیاست‌ها و برنامه‌های آموزش و پرورش و وزارت علوم بیانگر عدم استقلال از سیاست‌های دولت است.

حکومت‌های تئوکراتیک که مبتنی بر ایدئولوژی و باورهای مذهبی خاص هستند، منشا قدرت را ماوراءالطبیعه و الهی می‌دانند و همین مساله، موجب ایجاد محدودیت‌هایی نسبت به دیدگاه‌های مخالف می‌شود، ولی در حکومت‌های دموکرات، با اعتقاد به منشاء انسانی قدرت، ظرفیت بیشتری برای پذیرش دیدگاه‌های مخالف داشته^۱ و توانایی پذیرش آزادی آموزش را دارند؛ درحالی‌که، این آزادی در حکومت‌هایی که بر یک ایدئولوژی یا مذهب خاص استوارند به راحتی قابل پذیرش نیست. آزادی آموزشی در ایران، به دلیل ابتدای حقوق بر دین اسلام و انعطاف ناپذیری نسبت به دیدگاه‌های دیگر، با چالش جدی مواجه است. تعیین ادیان رسمی در قانون اساسی ایران، عدم شناسایی ادیان دیگر، ممنوعیت تغییر دین از اسلام به ادیان دیگر، عدم پیش‌بینی آموزش‌های جایگزین آموزش دینی و همسو با تمایلات و عقاید والدین کودک، فیلترینگ داده‌ها و سایت‌های خارجی از سوی دولت و ... براساس معیارهای معرفی شده از سوی منابع بین‌المللی، مغایر با آزادی آموزش به شمار می‌رود. به آزادی ادیان، می‌توان آزادی یادگیری زبان مادری و تاریخ و فرهنگ بومی هر منطقه را افزود که علیرغم پذیرش تدریس زبان بومی هر منطقه در مدارس، هیچ اشاره‌ای به یادگیری فرهنگ و تاریخ اقوام نشده است.

تعلیم مذهبی رامنوع نموده که نادیده گرفتن این ممنوعیت موجب مجازات اداری است.

براساس قانون اساسی ایران، سیاست‌های کلی تحول در نظام آموزش و پرورش و قوانین مرتبط، هدف آموزش و پرورش، تربیت دینی کودکان بوده و بر روزآمد کردن محتوای دروس، توجه بر آموزش فنی و حرفه‌ای، تعلیم و تربیت دینی و اسلامی تاکید می‌شود. آموزش متون دینی، در مدارس اجباری بوده و اختیاری برای والدین در انتخاب یا عدم انتخاب این نوع از آموزش وجود ندارد. این حق برای والدین اقلیت‌های مذهبی نیز شناسایی نشده و آموزش جایگزین برای آن پیش‌بینی نشده است. اصل سیزدهم قانون اساسی، با به رسمیت شناختن ادیان کلیمی، زردشتی و مسیحی، صرفاً این ادیان را در تعلیم دین و آموزش آن آزاد دانسته است؛ بنابراین، سایر عقاید، نه به رسمیت شناخته شده و نه حق ابراز و آموزش دیدگاه‌های خود را دارند. مضافاً این‌که انکار خدا، یا تغییر دین اسلام به ادیان دیگر، مساوی کفر بوده و همراه با مجازات خواهد بود.

حق بر آزادی در حوزه آزادی اطلاعات و تحقیقات نیز، با حق بر آموزش ارتباطی ناگسستنی دارد. براساس بند ۳ ماده ۱۵ میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، دولت‌ها متعهد به رعایت آزادی تحقیقات علمی و فعالیت‌های خلاقانه هستند. آزادی تاسیس مدارس غیردولتی، جنبه‌ی دیگری از آزادی آموزش است، تا والدین بتوانند سبک، نوع، محتوا و ... تربیت کودک را براساس معیارها، عقاید مذهبی و فرهنگ خویش انتخاب کنند (حاجی ده آبادی، ۱۳۹۱، ۳۳)، که باتوجه به این‌که تحصیل در مدارس خصوصی، با پرداخت شهریه صورت می‌گیرد، افراد فاقد توانایی مالی، اختیار انتخاب میان دو نوع مدرسه را نخواهند داشت. با تصویب قانون تاسیس و اداره‌ی مدارس و مراکز آموزش و پرورش غیردولتی (۱۳۹۵) و آیین‌نامه‌ی تاسیس موسسات آموزش عالی

^۱ برای حکومت‌های تئوکراتیک و دموکراتیک، رک: قاضی شریعت پناهی، ۱۳۹۸، ۲۳-۲۵

آموزش را نقض کرده‌اند که آخرین و سخت‌ترین مرحله‌ی حمایت از یک حق است.

حق بر آموزش در اصل سی‌ام قانون اساسی ایران پیش‌بینی شده و در کنار آن، قوانین دیگری برای حمایت از این حق تصویب شده است. این اصل، برخی اصول حاکم بر حق آموزش در اسناد بین‌المللی را مورد پذیرش قرار داده و نسبت به برخی دیگر هیچ اعلام نظری نکرده، اما روشن است که در مواردی، دارای تعارضاتی آشکار با این اسناد می‌باشد. وجود چنین تعارضاتی، به دلیل نادیده گرفتن تعهدات، از سوی دولت جمهوری اسلامی ایران است. دولت ایران از یک‌سو، علیرغم پذیرش اسناد بین‌المللی، ارزش این اسناد را نادیده گرفته و از سوی دیگر، هیچ اقدامی به منظور وضع قوانین داخلی برای حمایت از مقررات این اسناد نکرده است. از این رو، بایسته است که نخست، معاهدات و اسناد بین‌المللی، بیش از گذشته مورد احترام قرار گیرد و سپس بازنگری‌هایی در زمینه‌ی تعهدات دولت به این اسناد صورت گیرد. این بازنگری‌ها در زمینه‌ی تعهدات سه‌گانه بایسته است. این بخش از پژوهش به بررسی چگونگی رفع تعارض قوانین ایران با اسناد بین‌المللی در زمینه‌ی حق بر آموزش پرداخته و در دو بند با عنوان لزوم تعهد به احترام نسبت به حق بر آموزش اسناد بین‌المللی و لزوم تعهد به ایفا و حمایت نسبت به حق بر آموزش اسناد بین‌المللی تشریح می‌شود.

۴/۱ لزوم تعهد به احترام نسبت به حق بر آموزش براساس اسناد بین‌المللی

براساس اصول و رهنمودهای بنیادین درباره‌ی حق دادخواهی و جبران خسارت بزه‌دیدگان نقض آشکار قانون بین‌المللی حقوق بشر و حقوق بشردوستانه

۴ راه‌کارهای حل تعارض اصول حق بر آموزش در قوانین ایران و اسناد بین‌المللی

تعریف حق بر آموزش به عنوان نسل دوم حقوق بشر، وظایفی را برعهده‌ی دولت‌ها قرار می‌دهد. حقوق منفی به «آزادی از» تعبیر می‌شود، که بیان‌گر تعهد دولت‌ها به عدم مداخله در آزادی‌های فردی است و حقوق مثبت به «حق داشتن بر» تعبیر می‌شود، که بیان‌گر تعهد دولت‌ها به فراهم کردن امکانات و تضمین برخورداری افراد از آن است (ناروسون^۱، ۲۰۰۱، ۵۸). براساس میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، همه‌ی دولت‌ها تعهدات عام شامل تعهد به احترام^۲، تعهد به ایفا^۳ و تعهد به حمایت^۴ برای برقراری و حمایت از حقوق مثبت دارند. تعهد به احترام، به معنای تامین احترام، برای قانون بین‌المللی حقوق بشر و حقوق بشردوستانه است. تعهد به ایفا، دولت‌ها را ملزم به انجام اقدامات بایسته برای دستیابی به حقوق میثاق می‌داند (قاری سیدفاطمی، ۱۳۹۰، ۶۰ و ۵۹ و کریون، ۱۳۸۷، ۱۵۳). بند دوم ماده‌ی ۱۳ میثاق، تکالیفی هم‌چون فراهم کردن آموزش ابتدایی به‌صورت رایگان، فراهم کردن آموزش متوسطه و عالی به‌صورت رایگان را از وظایف دولت‌ها در راستای دستیابی به حق بر آموزش می‌داند. یکی از مهم‌ترین اقدامات به منظور فراهم کردن این حق، به تصریح ماده‌ی ۲ میثاق، قانون‌گذاری است که در صورت ناکارآمد بودن دیگر روش‌های تامین حقوق میثاق، یا جایی که نیاز به حمایت اشخاص در مقابل نقض این حقوق وجود دارد، الزامی به شمار می‌رود (کریون، پیشین، ۱۷۱ و ۱۷۲). تعهد نوع سوم، نیازمند وضع قوانین کیفری، برای جلوگیری از تجاوز به حق مورد حمایت و مجازات اشخاصی است که حق بر

³ Obligation to Fulfill

⁴ Obligation to Protect

¹ Narveson

² Obligation to Respect



نگهبان در نظریه‌ی شماره‌ی ۵۷۶ مورخ ۷۲/۱۱/۴ این مغایرت را شامل مسایل مربوط به آزادی بیان، مذهب، فکر و عقیده‌ی کودکان می‌داند که به نظر می‌رسد باتوجه به اصل آزادی آموزش، موارد در نظر گرفته شده، بخش جدایی‌ناپذیر حق بر آموزش است. براساس ماده‌ی ۱۹ کنوانسیون وین راجع به حقوق معاهدات^۲، دولت‌ها می‌توانند از حق شرط استفاده کنند، اما این حق شرط، نباید با هدف و موضوع معاهده مغایرت داشته باشد. کنوانسیون رفع هرگونه تبعیض نژادی در سال ۱۳۴۷، کنوانسیون مبارزه با تبعیض در امر آموزش در سال ۱۳۴۶ و میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، در سال ۱۳۵۴ به تصویب مجلس شورای ملی رسیده، اما، در عمل، با حق شرط‌هایی، مورد اجرای دولت جمهوری اسلامی قرار گرفته است. مقررات بین‌المللی در حقوق داخلی ایران، چنان متروک است که حتی در دادگاه‌ها نیز مورد بهره‌برداری قضات قرار نمی‌گیرد.^۳

در عمل نیز، گزارش‌های دبیرکل سازمان ملل، بیان‌گر عدم پای‌بندی دولت به مقررات حقوق بشری و حق بر آموزش بوده است. اصول ۷۷ و ۱۲۵ قانون اساسی و ماده‌ی ۹ قانون مدنی، معاهدات بین‌المللی را پس از تصویب مجلس، لازم‌الاجرا و در حکم قانون داخلی می‌داند. گرچه به نظر برخی حقوق دانان، قوانین بین‌المللی، معتبرتر از قانون داخلی است؛ چرا که قانون داخلی، از اراده‌ی یک ملت و معاهدات بین‌المللی، از اراده‌ی چند ملت (حداقل دو ملت) شکل می‌یابد (کلانتری، ۱۳۸۱، ۷۴) اما، مطابق ماده‌ی ۹ قانون مدنی، این معاهدات، در حکم قانون است؛ از این رو، مجلس می‌تواند با وضع قانون جدید، آن‌ها را نسخ کرده و از اعتبار بپندازد. این در حالی است که پذیرش اسناد بین‌المللی، به معنای پای‌بندی به اصول این اسناد حتی پس از وضع قوانین داخلی

(۲۰۰۶)^۱، تعهد به احترام، به معنای تامین احترام، برای قانون بین‌المللی حقوق بشر و حقوق بشردوستانه است. این تعهد، با شناسایی حق بر آموزش در قانون اساسی و به رسمیت شناختن تمام ارکان مندرج در اسناد بین‌المللی دست‌یافتنی است. هر دولتی در زمان انعقاد معاهده، باتوجه به اوضاع و احوال موجود، اقدام به عقد معاهده می‌نماید؛ بنابراین اگر این اوضاع و احوال، تغییر یابد دولت می‌تواند تقاضای خروج از معاهده را بنماید. دولت ایران، با پذیرش میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در سال ۱۳۵۴ و عدم خروج از آن پس از انقلاب اسلامی، در واقع پایبند این میثاق بوده است. اما تاکنون اقدام موثری در اجرای آن به عمل نیآورده است. از نظر حقوقی، «اوضاع و احوال به مجموع شرایط نوعی یا غیر ذاتی گفته می‌شود که به پیدایش یک عمل حقوقی منجر می‌گردد و طرفین قرارداد با در نظر گرفتن شرایط مذکور، اقدام به انجام معامله می‌کنند.» (شفائی، ۱۳۷۶، ۲۲). براساس ماده‌ی ۶۲ عهدنامه‌ی وین، تغییر اساسی اوضاع و احوال، می‌تواند مبنایی برای تعدیل یا فسخ قرارداد بین‌المللی باشد. اما دولتی که خواهان خروج از معاهده است، باید تقاضای تعدیل موادی از معاهده را نماید که با اوضاع و احوال کنونی او مطابقت ندارد (موسی زاده، ۱۳۹۵، ۲۲۱).

حق شرط نسبت به حق آموزش بسیار کم بوده و فقط کشورهای الجزایر، باربادوس، ژاپن، ماداگاسکار، زامبیا و هندوستان نسبت به آن اعلام شرط نموده‌اند (Beiter, 2006, 35). دولت ایران، در ارتباط با معاهدات جدیدالتصویب نیز، قائل به حق شرط‌های کلی و مغایر روح معاهدات شده است. کنوانسیون حقوق کودک در سال ۱۳۷۲، با حق شرط عدم رعایت موارد مغایر با قانون داخلی و شرع، به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید؛ اما، شورای

^۳ بر اساس رای مشورتی ۷/۱۶۶۹ سال ۱۳۷۱، اداره‌ی حقوقی قوه‌ی قضائیه، استناد به مقررات بین‌المللی را در محاکم دادگستری، همانند قوانین داخلی، امکان‌پذیر است.

^۱ Basic Principles and Guidelines on the Right to a remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Humanitarian Law, 2006.

^۲ Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969.

دلیل، اعلام تساوی در قانون اساسی، فاقد ضمانت اجرا می‌باشد.

تصویب قانون حمایت از اطفال و نوجوانان (۱۳۹۹) اقدامی کارا در راستای بهبود وضعیت کودکان و نوجوانان و توجه به وضعیت تحصیلی آنان بوده است. این قانون، اقدام به شناسایی عوامل خطر برای کودکان و نوجوانان کرده و در مواردی هم‌چون اعتیاد والدین، عدم انجام وظایف شرعی و قانونی از سوی والدین، سرپرستی نامناسب، فقر، فقدان اسناد هویتی برای کودکان، فقدان تابعیت، مهاجرت و ... سازمان‌ها و نهادهایی را ملزم به مداخله برای شناسایی و رفع عوامل خطر نموده است. در این راستا، سازمان بهزیستی، نیروی انتظامی، وزارت کشور، وزارت بهداشت، وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی، وزارت آموزش و پرورش و سازمان صدا و سیما وظایفی در حوزه‌ی آموزش هم‌چون شناسایی و حمایت از کودکان در معرض خطر، آموزش و معرفی به نهادهای مربوطه، برعهده دارند. سلب حضانت از والدین براساس قانون مدنی و قانون حمایت از اطفال، از ضمانت‌های اجرایی مدنی در حمایت از این حق به شمار می‌آیند.^۱ محروم کردن کودک از تحصیل توسط والدین، سرپرستان و مسئولان نگاهداری کودک، ترغیب کودک به فرار از مدرسه از سوی این اشخاص و اشخاص ثالث، عدم ثبت نام کودک، محروم کردن کودک از تحصیل و ... نیز از سوی مقامات و مسئولان دولتی، در این قانون، جرم‌انگاری شده است.

حق بر آموزش نسبت به اطفال و نوجوانان اهمیت فراوانی داشته و قانون‌گذار با وقوف بر این مساله که تربیت اطفال، آینده‌ی کشور را تحت تاثیر قرار خواهد داد، به تدوین قانون حمایت از اطفال و نوجوانان دست زده، ولی باتوجه به این‌که این قانون صرفاً در ارتباط با اطفال و نوجوانان بوده از این رو، بایسته است که قانون‌گذار در زمینه‌ی حمایت از حق بر آموزش نسبت به بزرگسالان نیز اقدامات

جدید بوده و احترام به این مقررات که از اراده‌ی تابعان حقوق بین‌الملل نشات گرفته، می‌بایست مانع وضع قوانین مغایر باشد. پذیرش مقررات بین‌المللی به صورت قانون داخلی که امکان نسخ و تغییر آن با وضع قانون جدید ممکن باشد، پای‌بندی به مقررات بین‌المللی را کاهش داده است. به همین دلیل، نخست، تعیین تکلیف در ارتباط با معاهدات تصویب شده در زمان حکومت پیشین شناسایی و سپس پذیرش این اسناد به عنوان قانونی فراتر از قانون داخلی ضروری است تا امکان نسخ آن با وضع قانون جدید وجود نداشته باشد.

۴٫۲ لزوم تعهد به ایفا و حمایت نسبت به حق بر آموزش براساس اسناد بین‌المللی

پس از شناسایی حق بر آموزش، نوبت به تامین عملی آن می‌رسد که این امر جز با وضع قانون دارای ضمانت اجرای مناسب اعم از حقوقی یا کیفری محقق نمی‌شود. حق بر آموزش، حقی چند بعدی است که هم عناصری از حقوق مدنی و سیاسی و هم عناصری از حقوق فرهنگی را داراست (مورگان، همان، ۵۱). اصل آزادی آموزش که در بند سوم و چهارم از ماده‌ی ۱۳ میثاق مورد تاکید قرار گرفته، بر این نوع از تعهدات دولت‌ها استوار است. از این رو، وضع قوانین، می‌بایست با توجه به ابعاد مختلف این حق صورت گیرد. حق بر آموزش در قانون اساسی ایران، پذیرفته شده، اما، همه‌ی اصول این حق، در آن شناسایی نشده و از سوی دیگر، این شناسایی به تنهایی برای تضمین حمایت از این حق کافی نبوده و می‌بایست، مقرراتی وضع شود که بتواند، با تبعیض مقابله کرده و حتی به مجازات ناقضان تبعیض در حق آموزش بپردازد که قوانین کنونی جمهوری اسلامی ایران، واجد چنین مقرراتی نبوده و به همین

۱. ر.ک مواد ۱۱۶۷ و ۱۱۷۳ قانون مدنی و ماده ۳۳ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان



مقررات شرعی و دینی نبوده، بلکه باتوجه به تاکید دین اسلام بر آزادی اراده و برابری انسان‌ها، کاملاً منطبق با اصول و موازین اسلامی و انسانی است و در حقوق ایران نیز، دارای سابقه است. در راستای تعدیل و اصلاح قوانین، توجه به رفع نابرابری‌های جنسیتی، زبانی و قومی و مذهبی و برخورداری از آزادی‌های مقرر برای حق بر آموزش، ضروری است.

نقض حق بر آموزش عالی از سوی خانواده، از مصادیق نقض حق بر آموزش است. در مواردی خانواده‌ها از تحصیل فرزندان دختر خود به بهانه‌های مختلف، هم‌چون فقر، فقدان وجود رشته‌ی مورد نظر در شهر محل سکونت و ... در دانشگاه‌ها ممانعت به عمل می‌آورند، این محرومیت، هم از سوی والدین و هم از سوی همسر قابل تصور است. برخورداری از حق تحصیل با اجازه‌ی شوهر نیز، مانعی بر تحصیل زنان در برخورداری از آموزش عالی می‌باشد. این در حالی است که حضور و فعالیت کارساز زنان در زمینه‌های اقتصادی، علمی، فرهنگی و... مستلزم دارا بودن حق انتخاب درخصوص ادامه‌ی تحصیل است. امکان درج حق تحصیل به‌عنوان یکی از شروط ضمن عقد نکاح، ابزاری برای تحقق این حق نسبت به زنان پس از ازدواج بوده و بیان‌گر این است که وجود چنین حقی، مغایر قوانین شرعی نیز نمی‌باشد. به همین دلیل، بایسته است که افزون بر شناسایی حق بر آموزش نسبت به همه‌ی افراد جامعه، این حق، در هیچ مقطعی، منوط به رضایت پدر و مادر یا شوهر نبوده و در این زمینه نیز مقررات دارای ضمانت اجرای حقوقی یا جزایی تدوین گردد.

اصرار بر سیاست تک زبانی، نادیده گرفتن حقوق ادیان و فرهنگ‌های مختلف در برخورداری از برنامه‌های رسانه ملی، تدوین کتب تاریخی براساس دیدگاه قومی، نادیده گرفتن حق آموزش زنان و... تفکر برتری نژادی، مذهبی و قومی، جنسیتی را افزون کرده و جرایم ناشی از نفرت را افزایش خواهد

موثری انجام دهد. حمایت از حق بر آموزش، درخصوص بزرگسالان، در قالب قانون جزایی، صرفاً در ماده‌ی ۵۷۰ قانون مجازات اسلامی و با عنوان نقض حقوق مقرر در قانون اساسی از سوی ماموران دولتی، جرم‌انگاری شده ولی اصول این حق مورد اشاره قرار نگرفته است. توجه به محتوای آموزشی نیز، در قالب مسایل دینی و اخلاقی از جمله جرم‌انگاری دعوت مردم به شرب خمر، تاسیس قمارخانه و دعوت مردم به قمار، انتشار محتویات مستهجن یا مبتذل و نیز تحریک، ترغیب و آموزش افراد برای دست‌یابی به این محتویات، جرم‌انگاری آموزش و ترغیب افراد به اعمال منافی عفت، خودکشی، مصرف مواد مخدر و ... از طریق سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی،^۱ صورت گرفته و توجهی به جنبه‌های دیگر کیفیت حق بر آموزش ندارد.

۴،۳ تحول در قوانین ایران، با اتکا بر اجتهاد نوین در راستای تطبیق با مقررات بین‌المللی

یکی از ویژگی‌های مهم قانون تطبیق آن با نیازهای جامعه است. از سوی دیگر، تنظیم قانون، نیازمند مراجعه به نظریات حقوق‌دانان نیز می‌باشد. حقوق‌دانان با بررسی نیازهای حقوقی یک جامعه و با در نظر گرفتن آثار قوانین سابق و تاثیری که وضع قانون جدید می‌تواند بر جامعه داشته باشد، اقدام به وضع قانون می‌کنند. بی‌توجهی به نیازهای اجتماعی و دیدگاه حقوق‌دانان، قانون را از توجه عمومی محروم کرده و آن را متروک می‌کند (صانعی، ۱۳۸۹، ۱۴۴ و ۷۵). مساله‌ی اجتهاد در حقوق اسلامی نیز، در راستای تطبیق قوانین با نیازهای روز اجتماع می‌باشد. بنابراین، تحول قوانین براساس نیازهای روز، هم یک مساله‌ی عقلی و هم یک مساله‌ی شرعی و مورد پذیرش دین اسلام است. قانون‌گذاری، اصلاح قوانین و لغو قوانین تبعیض‌آمیز، نه تنها مغایر

۱. ر.ک مواد ۷۰۴ و ۷۰۸ قانون مجازات اسلامی و مواد ۱۴ و ۱۵ قانون جرایم رایانه‌ای و قانون حمایت از اطفال و نوجوانان.

گام‌ها برای آموزش و پرورش رسمی، در دوران سلجوقیان، آغاز شده که در نهایت، هدف آن، ترویج فرقه‌ی شافعی بود که با تشدید مجادلات مذهبی، به تفرقه در جوامع اسلامی منجر گردید (همان، ۱۱۷ و ۱۱۸). آموزش در مکتب‌خانه‌ها نیز با وجود پیشرفت و توسعه‌ای که در دوران حاکمیت مغول‌ها داشت، به صورت اختیاری و اغلب برای تعلیمات مذهبی بود (خرم‌روئی، ۱۳۹۱، ۹۹-۱۰۱). اجباری شدن آموزش، یکی از اصول این حق است که با قانون راجع به آموزش و پرورش عمومی اجباری و مجانی (۱۳۲۲)، به رسمیت شناخته شده است. بنابراین، نه تنها، آموزش و پرورش در تاریخ اسلام و ایران، اجباری نبوده، بلکه، اجباری برای آموزش مذهبی نیز نداشته و حذف جنبه‌ی اجباری بودن آموزش دینی در مدارس و واگذاری آن به اختیار والدین، مغایرتی با اصول دینی و شرع اسلامی نخواهد داشت، بلکه به دلیل تنوع ادیان و مذاهب در جامعه می‌تواند از اختلافات مذهبی نیز جلوگیری کند. افزون بر مسلمانان، نسبت به اقلیت‌های مذهبی که تمایلی برای آموزش مذهبی کودکانشان ندارند، لزوم پیش‌بینی آموزش جایگزین ضرورت دارد.

بعد دیگر از آزادی آموزش، برخورداری اقلیت‌های دینی از حق آموزش است. دین اسلام، بر رعایت عدالت و حقوق غیرمسلمانانی تأکید شده است که با مسلمانان نمی‌جنگند. اصل چهاردهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، به حکم آیه‌ی ۶۰ سوره‌ی الممتحنه، با الزام دولت به رعایت اخلاق حسنه و حقوق انسانی نسبت به غیرمسلمانان، اقلیت‌ها، حکم این اصل را شامل کسانی که بر ضد اسلام و جمهوری اسلامی فعالیت می‌کنند، نمی‌داند. آیه‌ی ۴ از سوره‌ی مبارکه‌ی توبه نیز، به رعایت حقوق غیرمسلمانانی که از تعهدات خود فروگذار نکرده و کسی را علیه جامعه‌ی اسلامی پشتیبانی نکرده‌اند، تأکید می‌فرماید. رعایت عدالت، دربردارنده‌ی رعایت حقوق اجتماعی ایشان در جامعه نیز می‌باشد. در این میان، به رسمیت شناختن حقوق قومیت‌های

داد. ایجاد سیاست تساهل، در این خصوص، یاری‌گر دولت در حمایت از حق بر آموزش خواهد بود. اعمال این سیاست، در مواردی هم‌چون حقوق اقلیت‌های قومی، منافاتی با اصول شرعی و اسلامی ندارد؛ درخصوص حقوق زنان و اقلیت‌های دینی نیز، با گسترش دیدگاه‌های حقوق بشری، بهره‌گیری از مسأله‌ی اجتهاد که درحقوق اسلامی برای تطبیق مسایل جدید با احکام اسلامی می‌باشد، موثر خواهد بود. چنان‌که در برهه‌های گوناگونی پس از انقلاب اسلامی، شاهد تحولاتی در راستای تعدیل و تغییر قوانین بوده‌ایم. پذیرش لزوم دخالت دولت در حقوق کار، علیرغم ایرادات شرعی مبنی بر حفظ جنبه‌ی خصوصی آن^۱ و تغییرات قانون مجازات اسلامی، درخصوص دیه‌ی غیرمسلمانان، تعدیل مجازات سنگسار و... شاهدی بر این مدعاست.

یکی از ابعاد آزادی آموزشی، آزادی والدین در انتخاب آموزش مذهبی است. این درحالی است که آموزش اصول دینی در مدارس ایران اجباری بوده و هیچ آموزش جایگزینی برای آن پیش‌بینی نشده است. در متون دینی اسلام، افزون بر این که آموزش مذهبی غیررسمی بوده، نمی‌توان اجباری بودن این تعلیمات را از سوی حکومت اسلامی، استنباط کرد. اقدامات پیامبر اکرم (ص) و حضرت علی (ع)، حتی در دوران حکومت خویش- درخصوص تعلیم و تربیت، مبتنی بر بحث و گفتگو، آگاه‌سازی مردم و الگوسازی مناسب از دین اسلام بود، تا آن‌جا که، سنت و سیره‌ی پیامبر و معصومین، از منابع فقه اسلامی به شمار می‌رود (الماسی، ۱۳۷۸، ۸۷). در زمانی نیز که حکومت در اختیار ائمه (ع) نیز نبود، ایشان، تعلیمات خاص خود را به منظور هدایت افکار مردم و معرفی اسلام راستین، انجام می‌دادند. پس از ایشان نیز فقها، این وظیفه را ادامه می‌دهند (همان، ۹۳ و ۹۴).

در ایران پس از اسلام نیز، تعلیم و تربیت مبتنی بر روش غیررسمی و غیراجباری بود، اما نخستین

۱. ر.ک (عراقی، ۱۳۹۵)



می‌باشد که در تعارض با مقررات پذیرفته شده‌ی بین‌المللی باشد. با این توضیح، وضع قانون به منظور نقض اصول حاکم بر حق آموزش، از دیدگاه حقوقی نمی‌تواند قابل قبول باشد. در حالی این‌که قانون‌گذار ایران، نه‌تنها از این حق حمایت نکرده، بلکه در عمل مقرراتی وضع می‌شود که مغایر این حق است.

جمهوری اسلامی ایران به چند طریق می‌تواند اقدام به حمایت از حق بر آموزش کرده و از نقض مقررات معاهدات بین‌المللی جلوگیری نماید. از یک‌سو استناد به قاعده‌ی تغییر اساسی اوضاع و احوال، راهکاری مناسب برای خروج از معاهدات براساس ماده ۶۲ عهدنامه‌ی وین در خصوص حقوق معاهدات (۱۹۶۹ م) است که تاکنون اقدامی توسط دولت جمهوری اسلامی ایران، جهت استناد به این ماده برای خروج از معاهدات مذکور صورت نگرفته است. راه‌کار دیگر، تغییر و تحول در قوانین مغایر با معاهدات بین‌المللی، با توجه به مسائل شرعی و تطبیق آن با مقتضیات زمان است. با توجه به این که اقدامی در راستای خروج از معاهدات بین‌المللی به عمل نیامده، اجرای این مقررات به عنوان قانونی فراتر از قانون داخلی و مورد پذیرش دولت، هم از نظر اخلاقی و هم از نظر حقوقی ضروری است. حق بر آموزش، علاوه بر درج در مقررات داخلی، حتی پیش از اسناد بین‌المللی، یکی از مسایل مورد تأکید دین اسلام است که همواره ضرورت آن در این دین مورد اشاره قرار گرفته است. از این رو، پای‌بندی به آن، با وجود تغییر رژیم به جمهوری اسلامی که هم واجد ویژگی مردم‌سالاری و هم واجد ویژگی حکومت اسلامی است، می‌بایست مورد توجه حداکثری قرار گیرد. بنابراین، بایسته است که در مرحله‌ی نخست، معاهدات بین‌المللی پذیرفته شده مورد توجه بیشتری قرار گرفته و سپس اقدام به وضع یا تعدیل قوانین براساس مساله‌ی اجتهاد و با پای‌بندی به اصول شرعی و آیات شریفه‌ی قرآن صورت گرفته و در مواردی با توجه به قوانین دیگر کشورها با تطبیق آن بر جامعه‌ی اسلامی ایران و با رعایت

گوناگون و ادیان پذیرفته شده، کاری سهل‌تر خواهد بود تا به رسمیت شناختن حقوق فرقه‌هایی هم‌چون بهائیت که مورد پذیرش جمهوری اسلامی ایران نیست؛ اما از آن جا که تابعان این فرقه نیز، در سرزمین ایران سکونت دارند، به نظر می‌رسد با استناد به اصل چهاردهم قانون اساسی و آیات فوق، برخورداری ایشان از حق بر آموزش بایسته است، اما به دلیل مغایرت دیدگاه‌های ایشان با دیدگاه‌های مذهبی عموم جامعه، می‌توان حق ایشان را با محدودیت‌هایی هم‌چون ممنوعیت ترویج و تبلیغ مذهبی همراه کرد.

۵ نتیجه‌گیری

گرچه قانون اساسی، اصول همگانی بودن و آزادی آموزش را مورد پذیرش قرار داده، اما هیچ اقدام دیگری برای ایفا و حمایت از این حق نکرده است. بی‌توجهی به این اصول موجب نادیده گرفتن حق بر آموزش شده است. این در حالی است که دولت‌ها رکن اساسی حمایت از حقوق مثبت هستند و یکی از وظایف ایشان در این راستا، جلوگیری از تصویب قانون مغایر با حقوق انسانی و لغو مقررات و قوانین مغایر می‌باشد. با این حال، عدم رعایت این اصول به معنای عدم پای‌بندی کامل به مقررات بین‌المللی مورد پذیرش دولت بوده، اما بایسته است که مقررات بین‌المللی پذیرفته شده، به طور کامل رعایت شده و از گذر وضع قوانین داخلی، نقض نشود. گرچه بسیاری از مقررات بین‌المللی، پیش از انقلاب اسلامی پذیرفته شده، لیکن، عدم استناد به تغییر اساسی در اوضاع و احوال، به معنای پذیرش آن بوده و به همین دلیل است که دولت ملزم به اجرای مفاد معاهدات بین‌المللی بوده و با توجه به اهمیت مقررات بین‌المللی که ناشی از اراده‌ی چند دولت و ملت است، نمی‌توان قایل به نقض آن با وضع مقررات داخلی شد. از سوی دیگر، ذات حقوق نسل دوم، مستلزم لغو قوانین مغایر بوده و به طریق اولی مستلزم عدم وضع قوانین جدیدی

اهداف دینی آموزش، حمایت‌های مناسب در این راستا انجام شود.

منابع

- Almasi, A. M. (1999). *A brief history of the evolution of education in Islam and Iran*, Tehran: Roshd Publications, 1st ed. [In Persian]
- Amid, H. (2010). *Amid dictionary*, Tehran: Rahyaft-e Novin-e Hoor Publications, 1st ed. [In Persian]
- Araqi, A. (1999). *Labor Law*, Vol. 1, Tehran: Samt Publications, 19th ed. [In Persian]
- Beiter, K. (2006). *The protection of the right to education by international law*, Netherland: Matrinusnijhof Publications.
- Craven, M. (2008). *A vision for the development of the International covenant on economic, social and cultural rights*, translated by Mohammad Habibi Mijendeh, Qom: Mofid University Press, 1st ed. [In Persian]
- Durant, W. (1999). *History of civilization*, translated by Ahmad Aram, Vol. 1-5, Tehran: Elmi-Farhangi Publications, 6th ed. (In Persian)
- Foadiayn Damghani, R. (2003). *The image of justice in Quran and Hadith*, Tehran: Loh Mahfouz Publications, 1st ed. [In Persian]
- Ghaari Seyed Fatemi, M. (2011). *Human rights in the contemporary world*, Vol. 1, Tehran: Shahre Danesh Publications, 3rd ed. [In Persian]
- Ghaazi Shariyat Panahi, A. (2019). *Constitutional rights requirements*, Tehran: Mizan Publications, 59th ed. [In Persian]
- Guardian Council Research Center, *a collection of views of the Guardian Council (interpretive, consultative, on the principles of the Constitution)*, (1980-2009). Tehran: Guardian Council Research Center Press, 2nd ed. [In Persian]
- Haji Deh Abadi, M. (2012). *The educational rights of the child in Islam*, Qom: Seminary and University Research Institute, 1st ed. [In Persian]
- Hass, M. (2008). *International human rights: A comprehensive introduction*, Britain: Routledge Publications, 1st ed.
- Javadi Amoli, A. (2010). *The philosophy of human rights*, Qom: Asra Publications, 6th ed. [In Persian]
- Kalantari, K. (2002). *Crisis analysis in Iranian criminal law and ways out of it*, Dissertation, Tehran: Tarbiyat Modarres University Press. [In Persian]
- Khorrām Roei, S. (2012). *The origin and formation of modern education in Iran in the age of Constitutionalism*, Hamedan: Abu Ali Sina University Press, 1st ed. [In Persian]

- Moin, M. (2009). *Moin dictionary, One-volume course*, Tehran: Zarrin Press, 4th ed. [In Persian]
- Moosazadeh, R. (2016). *International treaty law*, Tehran: Mizan Publications, 6th ed. [In Persian]
- Morgan, A. (2012). *The Protection of the right of education in the international, European and inter-American human rights system*, Thesis in Central European University, Budapest.
- Movahed, M. (2013). *Truth and justice*, Tehran: Karnameh Press, 4th ed. [In Persian]
- Narveson, J. (2001). *The libertarian idea*, Canada: Broadview Press.
- Nass, J. (2014). *Comprehensive history of religions*, translated by Asghar Hekmat and Parviz Atabaki, Tehran: Elmi-Farhangi Publications, 22nd ed. [In Persian]
- Raasekh, M. (2016). *Right and expediency (articles in Philosophy of Law, Philosophy of Law and Philosophy of Value)*, Tehran: Ney Press, 4th ed. [In Persian]
- Sadeghiram, R. (2020). *Criminal protection of the right of education in Iranian law: Principles and basics*, Dissertation, Kashan: Kashan University Press. [In Persian]
- Raazi, H. (2000). *Avesta: Gathas, Yasna, Yashtas, Wisperd and small Avesta (translation and research)*, Tehran: Behjat Press, 1st ed. [In Persian]
- Saneyi, P. (2010), *Law and Society*, Tehran: Nashre No Press, second edition. (In Persian)
- Scolnicov, A. (2011). *The right to religious freedom in international law*, Britain: Routledge Publications, 1st ed.
- Shafayi, M. (1997). *A comparative study of the theory of changing circumstances in contracts*, Tehran: Qoqun Press, 1st ed. [In Persian]

Rules, Documents and Reports:

- Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Humanitarian Law, 2006.
- Center for Civil and Political rights (CCPR), General Comment, no.22, "Article 18 (freedom of Thought, Conscience or Religion)", 1993.
- Code de l'éducation, Edition: 16/07/2021 available at <http://codes.droit.org/PDF/Code%20de%20l%27%C3%A9ducation.pdf>
- Human Rights Council, (2014), UNDOC/A/HRC/25/61, available at www.ohchr.org.
- Human Rights Council, (2014), UNDOC/A/HRC/25/75, available at www.ohchr.org.
- Human Rights Council, (2014), UNDOC/A/HRC/69/356, available at www.ohchr.org.



Human Rights Council, (2015),
UNDOC/A/HRC/28/70,
available at www.ohchr.org.

Human Rights Council, (2017),
UNDOC/A/HRC/34/40,
available at www.ohchr.org.

Human Rights Council, (2019),
UNDOC/A/HRC/40/24,
available at www.ohchr.org.

International Covenant on Economic,
Social and Cultural Rights, 1966.

UNESCO Country Programming
Document for the Islamic
Republic of Iran, 2010-2013.

Universal Declaration on Human
Rights, 1948.

Vienna Convention on the Law of
Treaties, 1969.

WebSites:

https://www.radiofarda.com/a/f4_a_fghan_education_iran_un/27201552.html.

Research Paper

An Analysis of the Principles of Concentration of Blood Money in the Forbidden Months and within the Sanctuary of Mecca Taking a Critical Approach

Adnan Omrani Far^{*1}, Mehdi Sheydaiyan², Ahmad Hajideh Abadi³, Hasan Alipoor⁴

¹ PhD Student, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, University of Tehran, Tehran, Iran

² Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, University of Tehran, Farabi Campus

³ Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, University of Tehran, Farabi Campus, Qom, Iran

⁴ Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, University of Tehran, Farabi Campus, Qom, Iran



10.22080/LPS.2022.22103.1250

Received:

August 8, 2021

Accepted:

August 8, 2021

Available online:

February 14, 2022

Keywords:

aggravation of punishment, Increase of blood money, Critique of evidence, Haram months, The sanctuary of Mecca.

Abstract

According to Article 555 of the Penal Code approved in 2014 (Diyat Section), whenever murder (including deprivation of life, being intentional, deliberate and sheer error) occurs in the forbidden months (Muharram, Rajab, Dhi Al-Qaeda and Dhi Al-Hijjah) or within the sanctuary of Mecca, it is added to the complete Diyat, which is taken from the famous view of Imami jurists. This research, which has been done using a descriptive-analytical method, shows that the jurisprudential arguments of the famous saying that caused the regulation of the mentioned article are debatable. Because, on the one hand, the document of the narrations cited by them has been criticized and cannot be the basis of this ruling, the well-known practice according to the view of some jurists cannot compensate for this weakness of the document. On the other hand, since the alleged consensus on these narrations is a proof and it is not possible to legislate a ruling based on it. Therefore, it seems that the ruling on concentrating blood money in the forbidden months and the holy shrine of Mecca should be reconsidered.

***Corresponding Author:** Adnan Omrani Far

Address: PhD Student, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, University of Tehran, Tehran, Iran

Email: adnan.om.far@gmail.com



Extended abstract

1. Introduction

Concentrations of blood money are specified in the law. Concentration of blood money is done in two cases: murder in a forbidden month and murder in a forbidden place, each of which will be examined in the following.

A) Murder in the forbidden month

1. First of all, to apply the concentration of blood money in the forbidden month, the crime must have been committed in one of the forbidden months, i.e., "Muharram, Rajab, Dhi Al-Qaeda and Dhi Al-Hijjah".

2. The second condition of concentrating the blood money in the forbidden month is that the death of the victim of the crime also takes place in one of the forbidden months. Therefore, according to these two points, both the act of murder and death must be in the forbidden month to apply the concentration of blood money.

B) Murder in a forbidden place

If the murder takes place in the area of the shrine of Mecca, the punishment of blood money will be concentrated and will increase. Other holy places will not be subject to the ruling of concentrating the blood money.

The authors of this article intend to take a critical approach to the issue of concentrating blood money in the sacred month and the holy shrine of Mecca and extract its important points. This research is innovative in that it critically deals with the increase of blood money.

2. Methods

In this article, library and descriptive-analytical methods have been used.

3. Findings

The result of this study shows that there is a controversy between the jurists in the discussion of concentration of blood money, the application of its rules, the type of murder (intentional, semi-intentional and pure mistake) and the place of murder (in Mecca). Furthermore, in the verses of the Qur'an, there is no reference to the concentration of blood money in case of committing the crime of murder in the forbidden months and the holy place of Mecca. The narrations documented by the jurists in this ruling have a weak authenticity and cannot be relied on alone, and even if we accept that the famous practice compensates for the weakness of the authenticity of these narrations, it still seems that people should not be imprisoned for paying the Diyat, at least at this time, in cases where the person does not intend to commit a crime at all and take the precautionary step. Therefore, such issues need to be re-evaluated in Ijtihad.

4. Conclusion

After reviewing and concluding the article, it should be acknowledged that the arguments regarding the increase of blood money due to murder in the holy month and the holy shrine of Mecca in Article 555 of the Islamic Penal Code (Diyat Section) are weak. It is a document and it is not mentioned in the Qur'an. Therefore, it is necessary to reconsider the discussion. It seems that in the present age, the increase of blood money is not relevant and the evidence does not seem strong.

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 scientific consultants.



علمی پژوهشی

واکاوی تغلیظ دیه در ماه‌های حرام و حرم مگه با رویکرد انتقادی

عدنان عمرانی فر^{۱*}، مهدی شیداییان^۲، احمد حاجی ده آبادی^۳، حسن عالی پور^۴

^۱ دانشجوی مقطع دکتری، حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه تهران، تهران، ایران
^۲ استادیار گروه حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران پردیس فارابی، قم، ایران
^۳ استاد گروه حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران پردیس فارابی، قم، ایران
^۴ استادیار گروه حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران پردیس فارابی، قم، ایران



10.22080/LPS.2022.22103.1250

چکیده

مطابق ماده‌ی ۵۵۵ از ق.م.ا. مصوب ۱۳۹۲ (بخش دیات) هرگاه قتل (شامل رفتار و سلب حیات؛ اعم از؛ عمد، شبه‌عمد و خطای محض) در ماه‌های حرام (محرم، رجب، ذی‌القعدة و ذی‌الحجه) یا محدوده‌ی حرم مکه روی دهد یک‌سوم به دیه‌ی کامل افزوده می‌گردد که برگرفته از نظر مشهور فقهای امامیه می‌باشد. این پژوهش که به روش توصیفی- تحلیلی انجام شده نشان می‌دهد که ادله‌ی فقهی قول مشهور که موجب تنظیم ماده‌ی مذکور شده، قابل مناقشه است. زیرا از یک سو سند روایات مورد استناد آنها، مورد نقد واقع شده و نمی‌تواند مبنای این حکم واقع شود، عمل مشهور هم مطابق دیدگاه برخی فقهاء نمی‌تواند این ضعف سندی را جبران کند، و از سوی دیگر، اجماع مورد ادعا نیز با توجه به متکی بودن بر این روایات، مدرکی بوده و امکان تشریح حکم بر اساس آن وجود ندارد. لذا به نظر می‌رسد باید در حکم تغلیظ دیه در ماه‌های حرام و حرم مکه تجدیدنظر کرد.

تاریخ دریافت:

۱۷ مرداد ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۲۷ دی ۱۴۰۰

تاریخ انتشار:

۲۵ بهمن ۱۴۰۰

کلیدواژه‌ها:

تشدید مجازات، دیه مغلظه،
نقدادله، ماه‌های حرام، حرم
مگه

* نویسنده مسئول: عدنان عمرانی فر

آدرس: دانشجوی مقطع دکتری، حقوق جزا و جرم شناسی،
دانشکده حقوق دانشگاه تهران، تهران، ایران

ایمیل: adnan.om.far@gmail.com

۱ مقدمه

را در منابع مذکور بیابد به سراغ ادله‌ی فقهی یا همان اصول عملیه می‌رود. از این رو حکم مذکور نیز از این امر مستثنا نیست. لذا لازم و ضروری است که روشن گردد، مبنای تشریح حکم تغلیظ دیه قتل (عمد، شبه عمد و خطایی) چیست و دارای چه سابقه‌ای است؟ و آیا ادله مورد نظر در اثبات این حکم قابل مناقشه است؟ از این رو به عنوان چارچوب نظری بحث، نویسنده ابتدا نظرات بارز دکترین حقوق در خصوص تغلیظ دیه را مورد عنایت قرار داده سپس مبانی فقهی بحث (قرآن، سنت، اجماع، عقل) را به طور جداگانه تجزیه و تحلیل و با دیدگاه انتقادی مورد نقد قرار خواهد داد.

۲ تقریر نظرات حقوقی بحث

با مروری بر پیشینه‌ی پژوهش این موضوع روشن می‌شود که تغلیظ دیه در ماههای حرام و حرم مکه محل مناقشه است، با این توضیح که بسیاری از فقهای امامیه در مورد تغلیظ، به دلیل ارتکاب جنایت در ماههای حرام اتفاق نظر دارند اما در خصوص ارتکاب جنایات در حرم مکه که منظور از آن تنها مسجدالحرام نمی‌باشد بلکه محدوده‌ای است که اصطلاحاً حرم نامیده شده و از احکام خاصی برخوردار است، بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. جناب آقای دکتر حسین میر محمد صادقی در کتاب خود علت اصلی این اختلاف نظر را روایت «رجل قتل رجلا فی الحرم قتل علیه دیه و ثلث» می‌داند. با این توضیح که اگر الحرم را با ضمه بر روی حرف اول و دوم «الحُرْم» بخوانیم تنها ماههای حرام را شامل می‌شود اما در صورتی که با فتح بر روی حرف دوم و سوم خوانده شود «الحَرَم» معتقدند که این روایت دلالت بر تغلیظ دیه در صورت ارتکاب قتل در حرم مکه دارد (میر محمد صادقی، ۱۳۹۲: ۲۴۷). در پژوهش دیگری که صورت گرفته است نویسنده معتقد است در بحث تغلیظ دیه موضوع محل مناقشه است از این جهت که در مواردی، مقامات دستگاه قضا با تعیین صرفاً یک نوع دیه، تفاوت مرز

تغلیظ در لغت به معنای تشدید کردن، تاکید کردن و غلیظ کردن و چیزی را بر کسی سخت و درشت کردن است. با بررسی انواع تغلیظ دیه این موضوع روشن می‌شود که تشدید دیه مختص جرم قتل و بسته به عمدی و غیر عمدی یا خطای بودن آن نوع و میزان تغلیظ متفاوت است و همچنین در موارد تغلیظ دیه به سبب ارتکاب قتل در ماههای حرام یا حرم مکه خواهد بود آنچه مسلم است تغلیظ دیه از کیفیات مشدده عینی مجازات است و چون مجازات به دلیل طبیعت و نوع جرم یا زمان و مکان ارتکاب جرم تشدید می‌شود این موضوع مسلم است که مجازات شرکا و معاون جرم هم تشدید خواهد شد.

بر این اساس ماده‌ی ۵۵۵ ق.م.ا مصوب ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد: «هرگاه رفتار مرتکب و فوت مجنی علیه هر دو در ماههای حرام «محرم، رجب، ذی القعدة و ذی الحجه» یا در محدوده حرم مکه، واقع شود خواه جنایت عمدی خواه غیرعمدی باشد، علاوه بر دیه نفس، یک سوم دیه نیز افزوده می‌گردد...». این در حالی است که اصل اولیه در قتل عمد قصاص است و در غیر عمد دیه می‌باشد. لذا تغلیظ بر خلاف اصل بوده و باید اثبات گردد. باید در نظر داشت تشدید مجازات راجع به یک جرم وقتی صورت می‌گیرد که قباحت جرم شرایط عادی بیشتر باشد. حال آیا تشدید مجازات در حالی که مردم ایران و حتی خواص در ایران ماههای حرام را نمی‌شناسند منطقی است؟ به ویژه اینکه امروزه حتی اعراب نیز برای ماههای حرام احترام قائل نیستند آیا جامعه ایرانی باید برای آن حرمت قائل باشد. یادآوری این نکته تاریخی جالب است که در جنگ عراق علیه ایران در زمانی که نیروهای ایران در موضع برتر قرار گرفتند شیوخ اعراب از ایران خواسته بودند که جنگ را در ماههای حرام متوقف کند. ایران به این درخواست پاسخ منفی داد و اذعان نمود صدام حسین جنگ را در ماه حرام آغاز نموده است. اثبات حکم تغلیظ دیه در وهله‌ی اول با قرآن، سنت، اجماع و عقل است، و هرگاه فقیه نتواند دلیل حکم



محدوده‌های است که به نام حرم شناخته می‌شود اعم از مسجد الحرام و شهر مکه و مقداری از اطراف (آن) برفرض اینکه امکان دارد مردم ایران و حتی خواص با ماه‌های حرام و احکام مربوط به آن آشنا نباشند چه توجیه منطقی‌ای دارد؟ و همچنین برفرض ارتکاب قتل در محدوده‌ی حرم مکه (همانند حادثه منا) آیا ایران شایستگی رسیدگی را دارد یا خیر تا موضوع نیاز به پژوهش در این راستا داشته باشد. در پاسخ به ایراد اول باید اذعان نمود؛ بسیاری از احکام در حقوق کشور ایران وجود دارد که به دلیل انعکاس آن از مبانی فقهی (مانند قتل در فراش ۶۳۰ ق.م.ا. مصوب ۱۳۹۲)^۲ که امکان دارد افراد جامعه از آگاه نباشند اما در عمل در صورت ارتکاب مراجع قضایی به آن رسیدگی، وفق قانون عمل خواهند کرد بدین‌جهت موضوع نمی‌تواند مبنایی برای عدم قبول مبانی فقهی تغلیظ دیه باشد. بنابراین اگر چه امکان دارد امروزه افرادی در جامعه حضور داشته باشند که در مورد تغلیظ دیه موضوع ماده ۵۵۵ ق.م.ا. جهل داشته باشند، منتها جهل به قانون نمی‌تواند رافع مسئولیت کیفری باشد. در پاسخ به ایراد دوم باید تصریح کرد طبق پژوهش‌های متعددی که در این راستا صورت گرفته است به نظر می‌رسد جمهوری اسلامی هم می‌تواند به طرق سیاسی و هم به طرق حقوقی این موضوع را بررسی کند. طرق سیاسی اعم از ایجاد کانال‌های سیاسی برای حل و فصل این موضوع و اعاده حقوق جان باختگان در حرم مکه با تفاهم سیاسی است. اما در صورت شکست راه اول، مسأله بررسی موضوع توسط جمهوری اسلامی از

میان دیه قتل عمد، غیر عمد و خطای محض را نادیده گرفتند و در نحوه تغلیظ دیه نیز بر این زاویه‌گیری از حقوق کیفری اسلام افزوده‌اند (فتحی، ۱۳۹۳: ۴۹۳). در پژوهش دیگری نویسنده بعد از نقد ادله قرآنی و روایی تغلیظ دیه به این نتیجه می‌رسد که با توجه به عدم صراحت روایت مربوط به تغلیظ دیه مقدر به میزان یک سوم در قتل خطایی و با توجه به عدم تحقق هتک حرمت در این نوع به این نتیجه رسیده است که روایت تغلیظ دیه شامل قتل خطایی نمی‌شود و حکم تغلیظ دیه اختصاص عمد و شبه عمد دارد. آنچه که ادله تغلیظ دیه را در معرض تردید جدی قرار می‌دهد عدم صراحت روایت و فقدان عنصر قصد در قتل غیر عمدی است که هتک حرمت ماه‌های حرام در آن صورت نمی‌گیرد و تغلیظ هم به دنبال آن منتفی می‌گردد (صابریان، ۱۳۸۹: ۹۵).

۲/۱ صلاحیت‌سنجی حقوقی رسیدگی به احکام تغلیظ دیه

تشدید مجازات راجع به یک جرم وقتی صورت می‌گیرد که قباحت یا حالت ارتکاب جرم نسبت به شرایط عادی بیشتر باشد همانند زناي مرد محصن و زن محصنه که به دلیل داشتن زن و یا شوهر مرتکب زنا می‌گردند.^۱ امکان دارد از جانب بعضی حقوقدانان این ایراد مطرح گردد که تغلیظ دیه به عنوان تشدید مجازات (از نوع عوالم تشدید عینی؛ زمانی و مکانی) در ماه‌های حرام (محرم، رجب، ذی‌القعدة و ذی‌الحجه) و یا محدوده‌ی حرم مکه (منظور

در حال بلوغ جماع کرده باشد و هر وقت بخواهد امکان جماع از طریق قُبُل را با وی داشته باشد.

ب. احصان زن عبارت است از آنکه دارای همسر دائمی و بالغ باشد و در حالی که بالغ و عاقل بوده، با او از طریق قُبُل جماع کرده باشد و امکان جماع از طریق قُبُل را با شوهر داشته باشد»

^۲ «هر گاه مردی همسر خود را در حال زنا با مرد اجنبی مشاهده کند و علم به تمکین زن داشته باشد می‌تواند در همان حال آنان را به قتل برساند و در صورتی که زن مکره باشد فقط مرد را می‌تواند به قتل برساند. حکم ضرب و جرح در این مورد نیز مانند قتل است.»

^۱ ماده‌ی ۲۲۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲: «حد زنا برای زانی محصن و زانیه محصنه رجم است. در صورت عدم امکان اجرای رجم با پیشنهاد دادگاه صادرکننده حکم قطعی و موافقت رئیس قوه قضاییه چنانچه جرم با بینه ثابت شده باشد، موجب اعدام زانی محصن و زانیه محصنه است و در غیر این صورت موجب صد ضربه شلاق برای هر یک می‌باشد.»

ماده‌ی ۲۲۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲: «احصان در هریک از مرد و زن به نحو زیر محقق می‌شود:

الف. احصان مرد عبارت است از آنکه دارای همسر دائمی و بالغ باشد و در حالی که بالغ و عاقل بوده از طریق قُبُل با وی

۲٫۳ بیان و نقد مستندات تغلیظ دیه

۲٫۳٫۱ قرآن

همان گونه که پیش از این گفته شد در قرآن آیه‌ای که به تغلیظ دیه در ماههای حرام اشاره کند وجود ندارد و آیاتی نیز که در بیان حرمت ماههای حرام می‌باشند، از جمله آیه ۲۱۷ سوره بقره تنها به تأیید و امضای سنت قبل از اسلام یعنی حرمت جنگ و خونریزی در این ماهها اشاره دارد لذا می‌فرماید: «
يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ وَصَدٌّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ وَكُفْرٌ بِهِ وَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَإِخْرَاجُ أَهْلِهِ مِنْهُ أَكْبَرُ عِنْدَ اللَّهِ وَالْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ...»

از تو درباره‌ی ماهی که جنگ و خونریزی در آن حرام است می‌پرسند بگو جنگ در آن گناهی بزرگ و باز داشتن از راه خدا و کفر ورزیدن به او و باز داشتن از مسجدالحرام (شرک) و بیرون راندن اهل آن از آنجا نزد خدا(گناهی) بزرگتر و فتنه (شرک) از کشتار بزرگتر است.

همچنین آیه ۹۲ سوره نساء که تنها آیه‌ای است که درباره دیه سخن به میان آورده، در رابطه با قتل غیر عمد می‌باشد و تکیه به این امر دارد که دیه و خون‌بهای مقتول باید به خانواده و ولی دم او پرداخت شود. بنابراین لازم است شأن نزول این آیه را برای اثبات مدعای خود بیان کنیم: یکی از بت پرستان «مکه» به نام «حارث بن یزید» با دستیاری «ابوجهل» مسلمانی را به نام «عیاش بن ابی ربیع» به جرم گرایش به اسلام مدت‌ها شکنجه می‌داد، پس از هجرت مسلمانان به «مدینه»، «عیاش» نیز به «مدینه» هجرت کرد و در شمار مسلمانان قرار گرفت. اتفاقاً روزی در یکی از محله‌های اطراف «مدینه» با شکنجه دهنده خود «حارث بن یزید» رو به رو شد، از فرصت استفاده کرده، او را به قتل رسانید، به گمان اینکه دشمنی را از پای در آورده است، در حالی که توجه نداشت «حارث» توبه کرده و مسلمان شده است. پس از این اتفاق وی نزد

طریق محاکم بین المللی چون دیوان دادگستری بین‌المللی، دیوان بین‌المللی کیفری، دادگاه‌های داوری ویژه و یا کمیته‌های حقیقت‌یاب کیفری، پیگیری در مراجع حقوق بشری، و یا از طریق مراجع داخلی امکان دارد. در صورتی که قتل در حرم مکه اتفاق افتاده باشد موضوع جهت بررسی و تعقیب متهم و صدور حکم شایسته دنبال می‌گردد. بنابراین در صورتی که قتلی در حرم مکه روی دهد در صورتی که از مسیر گفتگوی مسالمت‌آمیز سیاسی و دیپلماتیک و همچنین از طریق مراجع بین المللی مرتفع نگردد دادگاه‌های ایران می‌توانند حکم مقتضی صادر نمایند و صالح به رسیدگی هستند. (نیکبخت، ۱۳۹۴: ۴)

۲٫۲ تقریر دیدگاه فقهاء در حکم تغلیظ دیه در ماههای حرام و حرم مکه

مشهور فقهاء امامیه معتقدند، چنانچه جنایت وارد شده و قتل در یکی از ماههای حرام و یا حرم مکه اتفاق بیافتد، در صورت قصاص، قصاص می‌شود، اما اگر بالأصله یا به تصالح دیه لازم گردد، قاتل ملزم به پرداخت دیه مغضله می‌باشد. (حلی، ۱۴۱۰ ه ق، ج ۲: ۲۳۳ و ۱۷، ج ۴: ۱۳۲ و ۴۱، ج ۴: ۴۹۷ و ۴۲، ج ۱۰: ۱۸۲ و ۶۱، ج ۱۴: ۳۱۸، و ۱۹، ج ۲: ۹۶ و ۲۳، ج ۴: ۳۵۹). برخی از فقهاء همچون شیخ طوسی و مقدس اردبیلی نیز به صراحت ادعای اتفاق و اجماع در این حکم کرده‌اند (طوسی، ۱۴۲۰ ه ق، ج ۵: ۲۲۲). و حتی شهید ثانی می‌فرماید: تغلیظ الدیه بالقتل فی أشهر الحرم موضع وفاق، و به نصوص کثیره (عاملی، بی تا، ج ۱۵: ۳۲۰). با این وجود در حکم دیه‌ی قتل در حرم مکه، بین فقهاء اختلاف وجود دارد. برخی چون شیخ طوسی (طوسی، ۱۴۲۰ ه ق، ج ۵: ۲۲۲ و ابن ادریس، ۱۴۱۰ ه ق، ج ۳: ۳۶۳) و امام خمینی (خمینی، ۱۴۲۵ ه ق، ج ۲: ۵۵۸) قائل به تغلیظ هستند اما برخی دیگر همچون علامه حلی (حلی، ۱۴۱۳ ه ق، ج ۵: ۵۶)، محقق حلی (حلی، ۱۴۱۰ ه ق: ۲۹۴) و شیخ صدوق (زارعی، ۱۳۹۵ ه ش: ۵۱۴) در این خصوص قائل به توقف شده‌اند و بر این باورند که در این خصوص نصی وجود ندارد.

گفتم: روز عید و ایام تشریق (عید قربان، و یازدهم تا سیزدهم ذیحجه). فرمودند: آن روزها را روزه می‌گیرد چرا که حقی است که انجام آن بر او لازم و واجب شده است.

۲- عدة من أصحابنا، عن سهل بن زیاد، عن الحسن بن محبوب، عن علي بن رثاب، عن زرارة، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: سألته عن رجل قتل رجلاً خطأ في الشهر الحرام قال: تغلظ عليه العقوبة و عليه عتق رقبة أو صيام شهرين متتابعين من أشهر الحرم، قلت: فإنه يدخل في هذا شيء، فقال: ما هو؟ قلت: يوم العيد وأيام التشریق: قال يصومه فإنه حق يلزمه (طوسی، ۱۳۶۴ هـ ش، ج ۴: ۲۹۷)

۳- وروی زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام، عن رجل قتل خطأ في الشهر الحرام؟ قال: (تغلظ عليه الدية، و عليه عتق رقبة، أو صيام شهرين متتابعين من الأشهر الحرم، أو اطعام). قلت: فيدخل فيه العيد وأيام التشریق؟ قال: (يصوم فانه حق لزمه) (ابن ادریس، ۱۴۱۰ هـ ق، ج ۳: ۱۴۴)

همانطور که از ظاهر این سه روایات بر می‌آید جز اندکی تفاوت در جابه جا شدن برخی واژه‌ها کاملاً با هم مشابه هستند. در روایت اول مذکور است که "تغلظ علیه الدية" و در روایت دوم به جای این عبارت، "تغلظ علیه العقوبة" یعنی مجازات بر او تغلیظ می‌شود، به کار رفته است. روایت سوم نیز از لحاظ الفاظ و عبارات کاملاً مشابه روایت اول است و تنها تفاوتی که وجود دارد این است که بر خلاف روایت اول سلسله راویان آن ذکر نشده (صابریان، ۱۳۸۷ هـ ش، ش ۱۵: ۵۸). علاوه بر این در سلسله راویان این روایت سهل ابن زیاد است که فقهاء وی را ثقه نمی‌دانند. چرا که شهید ثانی در مسالك الافهام می‌نویسد: و هذه الرواية شاذة، و في طريقها سهل بن زیاد، فإن سهلاً ضعيف (عاملی، بی تا، ج ۱۰: ۱۱۸) صاحب کتاب مبانی تکملة المنهاج نیز معتقد است که اگر چه روایات بر تخییر جانی در پرداخت کفاره دلالت دارد، اما سند این روایت به علت وجود سهل ابن زیاد ضعیف است و قابل اعتماد نیست از این رو می‌نویسد: فانها وان دلت على التخییر بین

پیامبر (صلی الله علیه وآله) می‌رود، و جریان را به پیامبر (صلی الله علیه وآله) عرض می‌کند، در این هنگام آیه نازل می‌شود و حکم قتلی را که از روی اشتباه و خطا واقع شده را بیان می‌کند که همان وجوب دیه است. (طبرسی، ۱۹۹۵ هـ ق، ج ۳: ۱۵۶). شأن نزول آیه نیز مؤید این است که در قتل تنها دیه ثابت است و بیانگر حکم دیه در ماهای حرام نمی‌باشد.

۲،۳،۲ روایات

در بیان حکم تغلیظ دیه در ماههای حرام و حرم مکه به طور تقریبی هفت روایت وجود دارد که پنج مورد به بیان حکم تغلیظ در ماههای حرام و دو روایت نیز به تغلیظ دیه در حرم مکه اشاره دارند. نکته‌ای که لازم است قبل از بررسی این روایات بیان گردد این است که، هیچ یک از این روایات به طور خاص از پیامبر گرامی اسلام (ص) بیان نگردیده است، در حالی که در دوره ۲۳ ساله حکومت ایشان جنگهای زیادی صورت گرفته است. همچنین این حکم در روایات منقول از امام علی (ع) که تنها امام دارای حکومت و درگیر با جنگها بوده، در دست نیست. این روایات عبارتند از:

۱- عدة من أصحابنا، عن سهل بن زیاد، عن الحسن بن محبوب، عن علي بن رثاب، عن زرارة، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: سألته عن رجل قتل رجلاً خطأ في الشهر الحرام قال: تغلظ عليه الدية و عليه عتق رقبة أو صيام شهرين متتابعين من أشهر الحرم، قلت: فإنه يدخل في هذا شيء، فقال: ما هو؟ قلت: يوم العيد وأيام التشریق: قال يصومه فإنه حق يلزمه. (کلینی، ۱۳۶۷ هـ ش، ج ۴: ۱۳۵). تعدادی از اصحاب ما نقل کرده‌اند از سهل ابن زیاد، از حسن ابن محبوب، از علی ابن رثاب از زراره که گوید: از امام باقر (ع) از مجازات مردی که در ماه حرام مردی را از روی خطا و اشتباه کشته، پرسیدم. ایشان گفتند: دیه بر او سخت گرفته می‌شود و او باید یک بنده آزاد کند و یا دو ماه پی در پی از ماههای حرام را روزه بگیرد. گفتم: در این دو ماه روزهایی است (که روزه گرفتن در آنها حرام است) فرمودند: چه روزهایی.

ویژگی‌های شخصیتی و در عین حال خارجی‌ی او را، ملاکی برای تقدیم قول او نسبت به سایر اقوال مخالف بدانیم. لذا برخی رجالیون نجاشی را به عنوان شخصیت رجالی مَرَجَعِ رَفِعِ اختلاف معرفی می‌کنند. یکی از علماء بزرگ رجالی در بیان این ضابطه مطلبی را ذکر می‌کند که بیانگر ترجیح قول نجاشی بر قول شیخ طوسی و یا بیانگر تقدیم قول شیخ طوسی بر قول ابن‌غضائری است (خاقانی، ۱۴۰۴ ه ق: ۵۶). همچنین صاحب اصول علم رجال در ذکر قواعد تعارض، تقدیم قول نجاشی را به عنوان یک قاعده بیان می‌کند و می‌فرماید: «ما ذکرمن تقدیم قول نجاشی عند المعارضه بینه و بین قول غیره من الرجالیون المتقدمین أمثال الکشی و الطوسی» (فضلی، ۱۴۲۰ ه ق: ۱۶۶) ایشان در ادامه به عنوان مؤید بر قول خود قول برخی از علماء همچون سید بحر العلوم، میرزا نوری، شهید ثانی، محقق استرآبادی و... را متذکر شده و می‌نویسد: اجمع علماؤنا علی الاعتماد علیه و اطبقوا علی الاستناد فی أحوال الرجال ألیه (فضلی، ۱۴۲۰ ه ق: ۱۶۶-۱۶۷). بنابراین در موضوع مورد بحث همان طور که پیش از این متذکر شدیم، نجاشی سهل بن زیاد را به صراحت تضعیف می‌کند اما شیخ طوسی در کتاب رجال خود وی را ثقه می‌داند. لذا طبق این قاعده (اگر چه بسیاری دیگر از رجالیون نیز او را ضعیف می‌دانند) قول نجاشی بر قول شیخ طوسی مقدم می‌گردد.

۳،۲ ترجیح قول مقرون به سبب بر قول بدون ذکر سبب

یکی دیگر از ضابطه‌های حل تعارض در توثیق و تضعیف یک راوی توجه به ذکر سبب و یا عدم آن در جرح و تعدیل است. بنابراین اگر یکی از دو طرف کلام خود را با سبب و علت تضعیف و یا توثیق همراه کند و دیگری بدون ذکر علت، قول مقرون به سبب بر قول مخالف مزیت پیدا می‌کند.. چرا که ذکر علت، یکی از عواملی است که موجب اعتماد بر قول به توثیق و یا تجریح می‌گردد. حال با توجه به جرح و تعدیل سهل بن زیاد معلوم می‌شود که قریب به

العتق والصلیام الا أنها ضعیفة سندا فان فی سندھا سهل بن زیاد، وهو لم یثبت توثیقه ولا مدحه، فاذن لا یمكن الاعتماد علیها أصلاً، علی أنه لا عامل بها. (خویی، ۱۴۱۰ ه ق، ج ۲: ۲۰۳). علاوه بر این دو فقیه بزرگ، بسیاری از رجالیون نیز همچون نجاشی (نجاشی، بی تا، ج ۱: ۱۸۵)، ابن داوود (حلی، بی تا: ۲۴۹)، غضائری (غضائری، ۱۴۲۰ ه ق، ج ۱: ۶۶-۶۷)، تفرشی (تفرشی، بی تا، ج ۲: ۳۸۳)، کلباسی (کلباسی، بی تا، ج ۱: ۵۶)، در فهرست و استبصار (طوسی، ۱۴۱۷ ه ق، ج ۱ و طوسی، ۱۳۹۰ ه ق، ص ۱۴۲، ج ۳: ۲۶۱) وی را ضعیف می‌دانند. اما جای بسی شگفتی است که همین فقیه نامدار (شیخ طوسی) بر خلاف دیدگاه خویش در این دو منبع در کتاب رجالی خود تصریح به ثقه بودن سهل بن زیاد کرده است که این نه تنها قابل تأمل بلکه قابل مناقشه است و حداقل ثقه بودن این راوی را با چالش مواجهه می‌کند (طوسی، ۱۴۱۵ ه ق: ۳۸۷) و یا صاحب کتاب الکافی به روایات وی اعتماد کرده است. (کلینی، ۱۳۶۷ ه ش، ج ۴: ۱۳۹). حال با وجود این اختلاف اولاً: در دیدگاه هر یک از رجالیون نسبت به سهل و ثانیاً: اختلاف نظر شیخ طوسی در کتاب «رجال» و «استبصار» نسبت به سهل بن زیاد، باید دید ملاک در ترجیح یکی از این دو مبنا (توثیق و جرح یک راوی) چیست؟ و در تعارض این دو مبنا کدام یک مقدم می‌گردد؟ بنابراین در ادامه وجوه ضعف سهل بن زیاد را بر اساس ملاک‌های ترجیح یکی از دو مبنا بیان خواهیم کرد.

۳ بیان برخی ضوابط ترجیح یکی از دو مبنا

در بیان ملاک و معیار ترجیح یکی از دو مبنا در تضعیف و توثیق سهل بن زیاد، از باب مصداق و شاهد مثال به سه ضابطه به عنوان ترجیح جرح بر توثیق اشاره می‌کنیم.

۳،۱ رجوع به رجالی اعدل و اعلم

از ضابطه‌های ترجیح یکی از دو مبنا آن است که به شخصیت رجالی و مرجحات شخصیتی او همچون اعدل، اعلم و اضبط بودن او توجه کرد. و این



تعدادشان از جارحان بیشتر باشد. اما با این حال اگر چه این ضابطه، مؤید ما در بیان تقدیم جارحان سهل بن زیاد واقع شده اما ممکن است دیدگاه مخالف غیر متنابهی نیز وجود داشته باشد.

۴- روایت کُلیب الاسدی است که می گوید از امام صادق پرسیدم: *عن الرجل یقتل فی الشهر الحرام ما دیته؟ قال: دية و ثلث.* (از فردی که در ماه حرام کشته می شود پرسیدم که دیه او چه مقدار است) امام فرمود *یک دیه و ثلث آن*. (کلینی، ۱۳۶۷ ه ش، ج ۷: ۲۸۱).

۵- روایت کُلیب بن معاویه که بیان می دارد: *سمعت عن ابا عبدالله (ع) یقول من قتل فی شهر الحرام فعليه دية و ثلث.* از امام صادق (ع) شنیدم که فرمودند: هر شخصی در ماه حرام مرتکب قتلی گردد، بر یک دیه و ثلث آن عهده اوست (کلینی، ۱۳۶۷ ه ش ج ۷: ۲۸۲).

این دو روایت اخیر نیز از نظر شکلی با یکدیگر تفاوت چندانی ندارند به جز این که روایت اول پرسشی و روایت دوم خبری مطرح شده است. حال آنکه از نظر مفاد هیچ تفاوتی ندارند. بر اساس بررسی سندی که صورت گرفته است، در واقع کُلیب اسدی همان کُلیب بن معاویه اسدی می باشد (خویی، ۱۴۱۰ ه ق، ج ۱۵: ۱۲۳ و طوسی، ۱۳۶۴ ه ش، ج ۱: ۲۰۳). اما آنچه در اعتبار این روایت مهم است این است که، در کتب رجالی شیعه، کُلیب اسدی به طور صریح توثیق نشده اگر چه مورد مدح قرار گرفته است. حتی برخی فقهاء همچون آیت الله خویی در کتاب التتقیح فی شرح العروة الوثقی وی را ضعیف می داند و معتقد است که نمی توان به روایاتش اعتماد کرد از این رو می نویسد: *وأما رواية کُلیب الأَسدي قال: "سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن التکبير علی الميِّت؟ فقال بيده خمساً، قلت: كيف أقول إذا صليت عليه؟ قال تقول: اللهم عبدك احتاج إلى رحمتك وأنت غني عن عذابه...." فهي وإن كانت تدل علی عدم وجوب الصلاة علی النبي (صلى الله*

اتفق همه ی علماء علت جرح سهل بن زیاد را غلو وی می دانند (حلی، بی تا: ۲۴۹ و غضائری، ۱۴۲۰ ه ق، ج ۱: ۶۶ و تفرشی، بی تا، ج ۲: ۳۸۳ و کلباسی، بی تا، ج ۱: ۵۶). این در حالی است که شیخ طوسی تنها اشاره به ثقه بودن او دارد (طوسی، ۱۴۱۵ ه ق: ۳۸۷) و هیچ دلیلی بر این قول بیان نمی کند و حتی بالاتر از آن در کتاب فهرست و استبصار خود، او را ضعیف می داند.

۳،۳ تقدم قول جارح

ضابطه دیگر در حل تعارض، تقدیم قول جارح است بر معدّل. این امر به این معناست که در تعارض بین جرح و تعدیل غالباً جانب جرح بر تعدیل مقدم می گردد. رواج این ضابطه در بین رجالیون به حدی است که برخی اذعان کرده اند: تقدیم مطلق جرح بر تعدیل از جمهور علماء نقل شده است. چرا که معدّل از حال ظاهری راوی خبر می دهد اما قول شخص جارح بیانگر زیادی علم نسبت به راوی است که معدّل از آن آگاهی ندارد (فضلی، ۱۴۲۰ ه ق: ۱۶۰). علامه حلی نیز در کتاب «مبادی الوصول»، در تعارض بین جرح و تعدیل جانب جرح را گرفته و می فرماید: *و مع التعارض یقدم الجرح (حلی، ۱۴۱۳ ه ق: ۲۱۸).* همچنین فضلی نیز به نقل از سید بحر العلوم می نویسد: *إذا تعارض الجرح و تعدیل فالجرح مقدم (فضلی، ۱۴۲۰ ه ق: ۱۶۰)* بنابراین با بررسی ای که ذیل ترجمه سهل بن زیاد صورت گرفت روشن می شود تعداد قابل توجهی از رجالیون سهل بن زیاد را تضعیف کرده اند، که طبق اقوالی که گذشت قول جارح بر معدّل مقدم می شود. اگر چه که برخی دیگر از علماء همچون شیخ بهایی تقدیم جرح را به صورت مطلق نپذیرفته اند و معتقدند که جرح تنها زمانی بر تعدیل مقدم است که جارح و معدّل مساوی باشند (از جهت تعداد) (عاملی، بی تا، ص ۵). اما در مقابل این شرط را نپذیرفته و می فرماید: *فالجرح مقدم علی التعديل و ان تعدد المعدل و زاد عدد الجارح علی قول اصح (شهید ثانی، ۱۴۰۸ ه ق، ج ۱: ۱۹۹)* قول صحیح آن است که جرح بر تعدیل مقدم می شود حتی اگر تعدیل کنندگان متعدد باشند و

۷- ویاسناده (ابن ابی عمیر) عن أبان، عن زرارة، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: عليه دية وثلاث. (همان)

این دو روایت نیز از نظر شکلی، متشابه و دلالت بر تغلیظ دیه در حرم مکه دارند و هر دو نیز از ابن ابی عمیر از ابان ابن عثمان نقل شده، با این تفاوت که روایت اول را از امام باقر(ع) و روایت دوم را از امام صادق (ع) نقل کرده است. علاوه بر تشویش شکلی و ظاهری که در این دو روایت وجود دارد، محقق اردبیلی "ابان" را موثق نمی‌داند و لکن در عین حال معتقد است، عدم توثیق وی خدشه‌ای بر اعتبار این اخبار وارد نمی‌کند. عین عبارت ایشان این است که می‌فرماید: «ولا یضّر عدم ثبوت توثیق ابان بن عثمان فی الثانیة» (حلی، ۱۴۱۰ ه ق، ج ۱۴: ۲۲۱). که این امر ممکن است به جهت شهرت عملیه‌ای باشد که عده‌ای آن را جابر ضعف سندی می‌دانند که پیش از این پاسخ داده شد. نکته قابل توجه این است که، در حکم تغلیظ دیه در ماه‌های حرام وجه اختلافی بین فقهاء وجود ندارد؛ اما در حکم تغلیظ دیه در حرم مکه، اختلاف دیدگاه وجود دارد به طوری که عده‌ای از آنان به سؤال از الحاق حرم مکه به ماه‌های حرام، پاسخ مثبت داده‌اند و بر این حکم ادعای اجماع کرده‌اند (مفید، ۱۴۱۰ ه ق: ۷۴۳ و ابن ادریس، ۱۴۱۰ ه ق، ج ۳: ۳۶۳ و خمینی، ۱۴۲۵ ه ق، ج ۲: ۵۵۸) و عده‌ای نیز قائل به عدم تغلیظ هستند چرا که در حکم تغلیظ محل بحث نصی وجود ندارد و مراد "الحرم" در متن روایت مشخص نیست که آیا مراد از آن، ماه‌های حرام است و یا حَرَم مکه (سبزواری، بی تا، ج ۵: ۲۴۶ و مقدس اردبیلی، ۱۳۷۹ ه ق). حتی

علیه وآله وسلّم) إلا أنها ضعيفة السند بکلیب الأسدي لعدم توثيقه، نعم ورد في رواية أبي أسامة السؤال منه (عليه السلام) عن أن كليباً إذا... إلا أنها لا تدل على أن ذلك هو كليب الأسدي الراوي لهذه الرواية، نعم روی هو ما يفيد مدحه عنه (عليه السلام) إلا أن الراوي لها إنما هو كليب الأسدي نفسه فلا يمكن الاعتماد على روايته (خویی، ۱۴۰۷ ه ق، ج ۹: ۲۳۶ و ۲۳۸). اما برخی فقهاء معتقدند ضعف این روایت با شهرت عملی جبران می‌شود (مجلسی، ۱۴۰۶ ه ق، ج ۱۶: ۴۵۷). لازم به توضیح است که صرف اینکه یک خبر بین اصحاب شهرت یابد دلیل بر حجیت آن نیست (افروشته و سالارزائی، ۱۳۹۶ ش ۳: ۵۳-۶۹). چرا که شهرت فی نفسه حجت نیست. (مظفر ۱۳۷۰ ه ش: ۲۲۰) و همچنین آیت الله خویی می‌فرماید: وقتی خبر ضعیف باشد صرف عمل مشهور فقهاء به آن خبر موجب جبران ضعف سند آن نمی‌باشد و از سوی دیگر عمل نکردن مشهور هم نسبت به یک خبر صحیح موجب وهن خبر نمی‌شود، بلکه معیار اعتبار خبر و حجیت آن (در وهله اول) تمامیت سند آن است. (خویی، ۱۴۱۷ ه ق، ج ۲: ۱۴۳)^۱

۶- از ابن عمیر از ابان بن عثمان از زراره روایت شده: قلت (لأبي جعفر عليه السلام): رجل قتل في الحرم؟ قال: عليه دية وثلاث، ويصوم شهرين متتابعين من أشهر الحرم.... (حر عاملی، بی تا، ج ۲۹: ۲۰۴). به ابی جعفر(ع) گفتم: مردی در حرم شخصی را کشته است؟ ایشان فرمودند: بر اوست یک دیه و ثلاث آن را پرداخت کند و واجب است دو ماه پی در پی از ماه‌های حرام را روزه بگیرد.....

۳- تفصیل میان عمل مشهور متقدمین که جابر ضعف سند است و عمل متاخرین که جابر ضعف سند نیست. (کاظمی خراسانی، بی تا، ج ۳: ۱۵۳ و عراقی، بی تا، ج ۲: ۹۹ و سبحانی، ۱۴۲۰ ه ق، ج ۲: ۲۷۳) *** با توجه به اقوال موجود، مبنای نویسندگان مقاله بر آن است که شهرت عملیه منجر ضعف روایت نمی‌شود.

۱ شهرت عملی، به معنای اشتهار عمل به روایتی از جانب عده زیادی از فقهاء است که تعدادشان به حد اجماع نمی‌رسد (کاظمی خراسانی، بی تا، ج ۳، ص ۱۵۳). در این که آیا چنین شهرتی ضعف سندی روایت را جبران می‌کند و یا خیر میان فقهاء اختلاف وجود دارد.

۱- عمل مشهور جبران کننده ضعف سند است مطلقاً (قول مشهور)

۲- عمل مشهور جبران کننده ضعف سند نیست مطلقاً (خویی، ۱۴۱۰ ه ق، ج ۲: ۱۰۰)



بپردازد - و نه دیه همراه با یک سوم آن - و علاوه بر آن دو ماه پی در پی روزه بگیرد عین عبارت ایشان در المقنع به این شرح است: «فإن قتل رجل رجلاً في أشهر الحرم، فعليه الدية و صيام شهرين متتابعين من أشهر الحرم، و إذا دخل في هذين الشهرين العيد و أيام التشريق، فعليه أن يصوم، فإنه حقّ لزم». (صديق، ۱۴۱۵ هـ ق: ۵۱۵). دوم اینکه با این بیان علاوه بر اینکه تا قبل از سید مرتضی چنین اجماعی وجود نداشته، وجود اجماع محصل که مورد ادعا واقع شده نیز رد می‌گردد. ثالثاً اگر بپذیریم که بر مسئله اجماع وجود دارد، بنا به قول شهید ثانی و علامه مجلسی به علت وجود نصوص زیاد در این مسئله اجماع مدرکی خواهد بود که مشهور اصولیان آن را معتبر نمی‌دانند. لازم به ذکر است که، دیدگاه فقهاء در حجیت اجماع مدرکی تا حدودی مختلف است. مشهور فقهاء به خصوص فقهاء متأخر قائل به عدم حجیت آن هستند (حکیم، ۱۴۲۹ هـ ق، ج: ۱، ۲۴۶، ۲۲، ج: ۲، ۹۸ و ایروانی، ۱۴۲۶ هـ ق، ج: ۱، ۱۷۴) و برخی هم چون صاحب عوائد الایام (راقی، ۱۳۷۵ هـ ش، ۷۱۲-۷۱۷) قائل به حجیت آن می‌باشند. عمده دلیلی که مشهور متأخرین بر عدم حجیت اجماع مدرکی ارائه کرده‌اند آن است که حجیت اجماع مصطلح به خاطر آن است که کاشف از قول معصوم (ع) و وجود دلیل معتبر نزد مجمعین است و در اجماع مدرکی از آنجا که مستند اجماع مدرکی معلوم و در دسترس فقهاء است، می‌توانند به همان دلیل معتبر مراجعه کنند (شیرازی زنجانی، بی تا، ج: ۵، ۱۳۹۹). همچنین اگر مدرک و مستند اجماع مدرکی روایات باشد، اجماع از حجیت ساقط می‌شود، چرا که اجماع در طول حجیت خبر قرار دارد و نه در عرض آن، لذا اگر روایتی ضعیف باشد اجماعی که بر اساس آن شکل گرفته نیز معتبر نخواهد بود (انصاری، ۱۴۲۸ هـ ق، ج: ۹۲). با این وجود از نظر ما اجماع مدرکی زمانی حجت است که یک دلیل فقهی ناظر به اماره شرعی، تلقی شود و نه یک منبع فقهی مستقل از نگاه اصول فقهی. بنابراین اجماع مذکور برپایه برداشتی است که از روایات مذکور شده است که اولاً به علت مدرکی بودن، خود به خود اعتباری ندارد

بسیاری از فقهاء در این مسئله تنها به بیان دیدگاه سایر فقهاء اکتفا کرده‌اند و خود جانب سکوت را گرفته و قائل به توقف شده‌اند (حلی، ۱۴۱۰ هـ ق: ۲۹۴ و عاملی، بی تا، ج: ۱۵: ۳۲۰). بنابراین با توجه به اختلافی که در مسئله وجود دارد نمی‌توان ادعای اجماع را بر حکم تغلیظ دیه در حرم مکه پذیرفت و لذا بر اساس آنچه در خصوص روایات مذکور بیان گردید و خدشه و مناقشاتی که بر اسناد آنها وارد شد به نظر می‌رسد نمی‌توانند مبنای تشریح حکم تغلیظ دیه واقع گردند.

۳،۴ اجماع

صاحب جواهر و شیخ طوسی عمده دلیل حکم تغلیظ دیه در ماه‌های حرام و حرم مکه را اجماع دانسته‌اند و حتی به اعتقاد صاحب جواهر بر این حکم هم اجماع محصل و هم اجماع منقول وجود دارد (نجفی، ۱۳۶۷ هـ ش، ج: ۲: ۶۱۳) و همان طور که بیان شد برخی از فقهاء همچون شهید ثانی و علامه مجلسی (مجلسی، ۱۴۰۶ هـ ق، ج: ۱۴: ۳۱۹). همچنین در این مسئله ادعای وفاق به نصوص کثیره کرده‌اند. حال آنکه ادعای اجماع در این مسئله از جهاتی مورد اشکال است. ابتدا باید اذعان داشت که با بررسی که ذیل مسئله مورد بحث انجام گرفته اولین فقیهی که در این مسئله ادعای اجماع کرده سید مرتضی است که در کتاب الانتصار می‌نویسد: دلیلنا علی صحّة ما ذهبنا إليه: إجماع الطائفة، و لأن تغلیظ الحد أجز عن الفعل المحدود علیه (ابوالقاسم، ۱۴۱۵ هـ ق: ۵۲۵). و حال آنکه فقهای پیش از ایشان همچون شیخ مفید تنها حکم مسئله قتل در ماه‌های حرام و یا حرم مکه یعنی تغلیظ دیه را بیان می‌دارد و هیچ اشاره‌ای به اجماع و یا اتفاق در مسئله ندارد و حتی فقهاء پیش از شیخ مفید نیز همچون ابن جنید (اشتهاردی، ۱۴۱۶ هـ ق: ۳۵۴ تا ۳۷۴) و ابن ابی عقیل (عمانی، بی تا: ۱۷۰ تا ۱۷۴) در ضمن طرح مسائل مربوط به باب قصاص و دیات اصلاً به مسئله تغلیظ دیه چه در ماه‌های حرام و چه در حرم مکه نپرداخته‌اند و علاوه بر این شیخ صدوق در کتاب المقنع اشاره دارد به این که فرد قاتل باید دیه

حرام به قصد کشتن مورد ضرب و شتم قرار داده اما فوت در ماه غیر حرام اتفاق می‌افتد در این حالت نیز قطعاً فرد هتک حرمت ماه حرام را قصد کرده اگر چه قتل در ماه غیر حرام اتفاق افتاده است، در حالی که در این صورت هم همان طور که بیان شد فقهاء قائل به تغلیظ نیستند و همچنین است اگر ما قصد هتک حرمت را علت تامه بر حکم تغلیظ دیه بدانیم، باز هم مواردی را مشاهده می‌کنیم که شخص اصلاً قصد هتک حرمت را ندارد اما با این حال دیه بر او تغلیظ می‌شود. مثلاً راننده‌ای که نه آلت قتاله و نه قصد کشتن داشته و نه با کسی درگیر شده، و حتی بالاتر از این ماه‌های حرام را نیز به طور دقیق نمی‌داند چه رسد به اینکه قصد هتک حرمت این ماه‌ها را داشته باشد. چرا که طبق عناصر تحقق جرم که در پی آن مجازات بر آن مترتب می‌شود، باید ابتدا: آلت قتاله را به قصد ارتکاب جرم حمل کند و دوم اینکه: با شناخت ماه‌های حرام قصد هتک حرمت این ماه‌ها را داشته باشد. بر همین اساس آیت الله صناعی در حاشیه تحریرالوسیله در این باره معتقد است که تغلیظ دیه در صورتی محقق می‌گردد که قاتل ابتدا علم به حکم یعنی تغلیظ دیه در ماه حرام و دوم اینکه: علم به موضوع یعنی ماهی که در آن قتل اتفاق افتاده است (ماه حرام) داشته باشد. در غیر این صورت بر پایه حدیث رفع تغلیظ دیه برداشته می‌شود. (صناعی، بی تا، ج ۲: ۵۸۷) و حتی در برخی موارد ممکن است فرد به حکم و موضوع علم داشته باشد، اما عامل دیگری موجب بروز اتفاق منجر به قتل شود مثلاً کودکی با سرعت به جلوی اتومبیل می‌دود به گونه‌ای که هر نوع عکس العمل از راننده در جهت کنترل ماشین سلب می‌گردد، چگونه ممکن است بگوییم چنین شخصی هتک حرمت ماه حرام را کرده است؟!

۴ نتیجه‌گیری

نتیجه این پژوهش نشان می‌دهد بین حقوقدانان در بحث تغلیظ دیه و اعمال مقررات آن بر کدام یک از انواع قتل (عمد، شیبه عمد و خطای محض) محل اختلاف است و در ایران چنانچه قتلی در حرم مکه

و ثانیاً عدم حجیت و اعتبار روایت مذکور نیز معلوم گردید. لذا اجماع نیز نمی‌تواند دلیل قانع کننده‌ای بر صدور حکم تغلیظ دیه در ماه‌های حرام باشد. و اگر گفته شود که با توجه به وجود روایات، اصل احتیاط در تغلیظ دیه است، می‌گوییم اگر مراد از احتیاط اصل عملی باشد با توجه به وجود روایات نوبت به چنین اصلی نمی‌رسد و اگر با قطع نظر از روایات باشد مورد بحث، مجرای اصل برائت است؛ زیرا شك در وجوب مازاد بر دیه‌ی متعارف، شك در تکلیف زائد است.

۳/۵ مبنای عقلایی

از آنچه بیان شد معلوم گردید که مبنای تبعیدی تغلیظ دیه مورد خدشه است، لذا احتمال دارد برخی مبنای عقلایی برای آن فرض کنند که همانا پیش‌گیری از هتک حرمت ماه‌های حرام و حرم مکه است. و حال آنکه اگر چنین مبنایی را هم برای تغلیظ در نظر بگیریم باز هم چالش‌هایی برای این حکم وجود خواهد داشت. زیرا شاهد آن هستیم فقهاء که از عقلاء هستند در جراحات مادون نفس و قتل اقارب قائل به تغلیظ نیستند (نجفی، ۱۳۶۷ هـ ش، ج ۴۳: ۳۰ و حلی، بی تا، ج ۲: ۲۶۸ و خمینی، ۱۴۲۵ هـ ق، ج ۲: ۵۵۸ و خویی، ۱۴۱۰ هـ ق، ج ۱۵: ۹۶ و سبزواری، بی تا، ج ۲۹: ۸۷). این در حالی است که اگر ما علت تغلیظ دیه را هتک حرمت بدانیم، لازم است در جراحات مادون نفسی که در ماه‌های حرام و یا حرم مکه صورت گرفته باشد و یا در قتل اقارب نیز باید قائل به تغلیظ شویم. مثلاً فرض کنید فردی، شخصی را (اعم از اقارب و بیگانه) به قصد کشتن مورد هجوم قرار می‌دهد و با چاقو ضرباتی را در سر و صورت و شکم وی وارد می‌کند اما وی زنده می‌ماند، و از طرفی نیز امکان قصاص وجود ندارد. در این مثال فرد با علم به ماه حرام قصد کشتن و قصد هتک حرمت را هم داشته، اما نتیجه با قصد (کشتن) منطبق نشده؛ اگر بگوییم علت تغلیظ، هتک حرمت است، در این مثال بی شک شخص هتک حرمت کرده و باید دیه بر او تغلیظ شود و حال آنکه هیچ یک از فقهاء به این امر اذعان نکرده‌اند. یا اینکه شخصی را در ماه



اصلاً قصد جنایت را ندارد، جانب احتیاط را گرفت و بر اساس این روایات، افراد به جهت پرداخت دیه‌ی مغضله، محبوس نشوند و همچنین ادعای اجماعی نیز که مطرح شده، مورد اشکال است چرا که یا چنین اجماعی وجود ندارد و در صورت وجود چنین اجماعی، اجماع مدرکی است و بالاتر از آن حتی، اجماع مورد ادعا تکیه به روایاتی دارد که ضعف آنها روشن است. بنابراین لازم است مسائل این چنینی دوباره مورد ارزیابی اجتهادی قرار گیرند.

روی دهد در صورت عدم نتیجه از طریق مذاکرات، خود صالح به رسیدگی است. در ادامه در آیات قرآن هیچ گونه اشاره‌ای به تغلیظ دیه در صورت ارتکاب جرم قتل در ماه‌های حرام و حرم مکه نشده است و ادله دیگر حکم تغلیظ دیه در ماه‌های حرام و حرم مکه، مخدوش می‌باشد. چون روایاتی که در این حکم مستند فقهاء واقع شده‌اند، دارای ضعف سندی هستند و نمی‌توان به تنهایی به آنها استناد کرد و حتی اگر بپذیریم که عمل مشهور ضعف سندی این روایات را جبران کند، باز هم به نظر می‌رسد، حداقل در این زمان، در حکم تغلیظ دیه، در مواردی که فرد

منابع

1. Agriculture, M. (2006), "Historical and Legal Review of the Subject of Gift", Justice Magazine, Vol. 17, p: 25-43
2. Ahmad Idris, A. (1994), Al-Diyeh, translated by Alireza Feyz, Tehran: Ministry of Culture and Islamic Guidance Publications.
3. Ameli, B. (1989), observation in the science of knowledge, commentary and research: Abdul Hussein Muhammad Ali Baqal, Qom, Ayatollah Al-Marashi School.
4. Ameli, B. (Sheikh Baha'i). (1998), Habal al-Matin, Qom, Basirat Publications.
5. Ameli, M. (1995), Ghayyat al-Murad, Qom: Qom Seminary Islamic Propaganda Office.
6. Ameli, Z. (1991) AH, Rawdah al-Bahiyya in Sharh al-Lama'ah, Damascus, Qom: Davari Bookstore.
7. Ameli, Z. (1998), Masal al-Afham to Tanqih Sharia al-Islam, Ma'aref al-Islamiya.
8. Ansari, M. (2007), Faraid al-Osul, Qom: Islamic Thought Association.
9. Bojnordi, J. khosravi, A. (2014). Double concentration of blood money from the perspective of Islamic religions
- »Approximate studies of Islamic religions, year 9, number 34. pp. 12-35.
10. Daruzeh, M. (1421) AH, Arrangement of Al-Sur according to revelation, Beirut: Dar Al-Gharbi Al-Islami Publications.
11. Eshtehardi, A. (1995), Ibn Junaid Fatwa Collection, Qom: Islamic Publishing Institute.
12. Fathi, M. (2014), Types of Concentration of Diyat in Iranian Jurisprudence and Criminal Law, Jurisprudential Research, Volume 10, Number 3, p: 493-514.
13. Fazli, A. (1999), Principles of the Science of Men, Beirut: Umm al-Qura Publications.
14. Ghazaeri, A. (1999), Ibn al-Ghazairi men, Tehran: University of Tehran Publications.
15. Hakim, M. (2008). the general rules of comparative jurisprudence, Tehran: The World Assembly for the approximation of Islamic religions.
16. Hali, F. (2009) izao alfavaed, Qom: Ismailian Publications.



- 17.Hali, H. (1992) AH, Qawa'd al-Ahkam, Qom: Publications Office affiliated with the seminary teachers' association
- 18.Hali, Hassan Ibn Yusuf. 1410 AH, Tahrir al-Ahkam, Qom: Al-Bayt Institute against Islam.
- 19.Hali, Jamal al-Din (Ibn Fahd) 1407 AH, the polite, editor: Mujtaba Iraqi, Qom: Islamic Publications.
- 20.Halli, H.(2004), Principles of Access to the Science of Principles, Ashraf Ja'far Sobhani, Research: Ibrahim al-Bahadori, Qom: Imam Sadegh (AS) Institute
- 21.Halli.D, (1994), Naqi al-Din. Bi Ta, Kitab al-Rijal, Manshurat al-Radi, Library of the School of Jurisprudence.
- 22.Hashemi, M and a group of researchers. (2005), Culture of Jurisprudence of the Ahl al-Bayt (as), Qom: Encyclopedia Institute
- 23.Hashemi, M, a group of researchers. (2010), Persian jurisprudence culture, Qom: Encyclopedia Institute.
- 24.hor ameli, M, (No date) , Shiite means, Qom: Al-Bayt Institute for the Revival of Heritage.
- 25.Hosseini tafaroshi, S.M,(No date), Critique of Men, Qom: Al-Bayt Institute for the Revival of Heritage, Library of the School of Jurisprudence.
- 26.Ibn Idris, F. (1990), Al-Saraer, Qom: Islamic Publishing Institute.
- 27.Ibn Manzoor, M,(No date). Lesan o alarab, Qom: Publication of seminary literature.
- 28.Irvani, M. (200), Preparatory courses in the rules of jurisprudence, Qom: Dar al-Fiqh for printing and publishing.
- 29.Kalbasi, A (2008). The title of the article in the science of men, Qom: Vali-e-Asr Foundation, Islamic Studies Publications.
- 30.Kashani, F.(1998), Mafatih al-Sharia, Qom: Ayatollah Marashi Najafi Library Publications.
- 31.Kazemi Khorasani, M.(2002). Benefits of Principles, Qom: Islamic Publications.
- 32.Kazemi, J.A (1967), Al-Mufsal Fi Tarikh Al-Arab before Islam, Beirut: Dar al-Malayan.
- 33.Khaqani, A.(1984), Rijal Khaqani, Qom: Islamic Media School Publications Publications.
- 34.Khoei, A. 1413, Ajoud Al-Taqrirat, Qom: Mostafavi Bookstor Publications.
- 35.Khoei, A.(1403), Mesbah al-Fiqah, Qom: Islamic Publishing.
- 36.Khoei, A.(1984). Completion of the Curriculum, Qom: Library of Jurisprudence.
- 37.Khoei, A.1995., Mesbah al-Osul; Edition 5 Qom: Al-Dawari School Publications.
- 38.Khomeini, R.(1425), Tahrir al-Waseela, Tehran: Imam Khomeini Publishing Institute.
- 39.Klini, M. (1996) AH, Kafi, Tehran: Heydari Teahouse, Islamic Book Publishing House
- 40.. Iraqi, A,(2001).The End of Thoughts, Qom: Islamic Publications, Seminary Teachers Association.
- 41.Omrani far.A,Zandi.M(2018) Prohibition or acceptance of "mitigation of punishment" in crimes subject to hadd Vol17, Number 90 P 33-50
- 42.Majlisi, M. (1886), the people of the choice in understanding the refinement of the



- news, the publications of the library of Ayatollah Marashi Najafi
43. Mamqani, A. (1997). Refinement of the article in the science of men, Qom: Al-Bitlahiya Al-Tarath Foundation.
44. Meshkini, Sheikh Ali. (1992), Basic Terms, Qom: Al-Hadi Publications.
45. Mir Mohammad Sadeghi, H. (2012), Crimes against persons. Thirteenth Edition, Tehran: Mizan Publications.
46. Mohaqeq Hali, N. (1888), Sharia al-Islam, Tehran: Esteghlal Publisher
47. Mohaqeq Hali, N. (1889) AH, Summary of Benefit, Tehran: Islamic Studies in the Ba'athist Foundation
48. Moqaddas Ardabili, Ahmad. 1379 AH, Assembly of Benefits and Arguments in the Explanation of the Guidance of Minds, Qom: Islamic Publications.
49. Mufid, M. (1889), Al-Muqna'a, Qom: Islamic Publishing Institute
50. Muzaffar, M. (1991), Principles of Jurisprudence, 4th Edition, Qom: Qom Seminary Islamic Propaganda Office Publishing Center
51. Najafi, M. (1988), Jawahar al-Kalam, Tehran: Islamic Bookstore Publications.
52. Najashi, A (2000). Rijal Najashi, researcher Seyed Musa Shobiri Zanjani, online library of the School of Jurisprudence Publications.
53. Naraq, Ahmad. (2013), the income of the days in the expression of the rules of the rules, Qom: Qom Seminary Propaganda Office.
54. Nikbakht, Saleh (2019), The causes of the Mena incident from a legal perspective, Shargh newspaper, 13th year, No. 2436.
55. Omani, H. (1990) Collection of Fatwas of Ibn Abi Aqeel, Editor: Abdul Rahim Boroujerdi and Mohaghegh Ali Panah Eshtehardi, Qom: unpublished.
56. Qalaji, M. (1888), Dictionary of Fiqh Al-Fiqh, Beirut: Dar al-Nafas Publications.
57. Rumi Vardanjani and Abdul Samad Danesh. 1394 AH, "Concentration of murder ransom in the shrine of Mecca with an approach to the Islamic Penal Code 92, Studies of Islamic Jurisprudence and Law, Volume 7, Number 13, pp. 197-224
58. Sabzevari, A. (No data), the polite rules in the expression of lawful and forbidden, Qom: Dar al-Tafsir.
59. Saduq, M. (1989), from the presence of the jurispudent, Translator: Ghaffari, Ali Akbar, Tehran: Sadough Publishing.
60. Saberian, A. (2008), "Jurisprudential Critique and Analysis on the Concentration of Diyat in the Haram Months", Jurisprudence and History of Civilization, Volume 4, Number 15, pp. 31-52.
61. Saduq, M. (1994) AH, Al-Muqna', Qom: Imam Al-Hadi Institute.
62. Sanei, Y. (No Data), margin of writing, No Place.
63. Sayyid M. A. (1995) Al-Intisar in Al-Imamiya individuals, nowhere.
64. Shabbiri Zanjani, M. (No Data), Kitab al-Nikah, Qom: Rai Pardaz Research Institut. Publications
65. Sharif, A. (2014), The role of the holy month and the sanctuary of Mecca in the blood money of the victims of the Mena tragedy from the perspective of Islamic jurisprudence, Journal of Hajj and Pilgrimage, first year, first issue, pp. 121-140
66. Sobhani, J. (1420), Al-Mojaz in the principles of jurisprudence, Qom, Imam Sadegh Institute Publications.



- 67.Tabarsi, F.(1995), Assembly Statement, Beirut: Scientific Institute for Press.
- 68.Tale Zarei, A.(2016), "The effect of time and place on the concentration of blood money in jurisprudence and Islamic penal law", International Conference on Humanities and Behavioral Sciences, Volume 1, Number 5, pp. 22-60.
- 69.Tusi, M. (1985), Tahdhib al-Ahkam, Researcher: Seyyed Hassan Mousavi, Tehran: Islamic Library
- 70.Tusi, M. (1996), al rejal, Research: Javad Al-Qayyumi Isfahani, Qom: Islamic Publishing Institute.
- 71.Tusi, M. (1999), Al-Khalaf, research under the supervision of: Sheikh Mojtaba Iraqi, Qom: Publications of the Society of Teachers.
- 72.Tusi, M.(1996), Index, Qom: Institute for the Publication of Jurisprudence.
- 73.Tusi, M.(2011), Istibsar, researcher: Seyed Hassan Mousavi Khorsani, Tehran: Islamic Library Publications.

Research Paper

A Comparative Study of the Guarantee of Violation of the Condition of Opening the Validity of Documents Contained in International Commercial Sale from the Perspective of Iranian Law and the Convention on the International Sale of Goods

Farzad Karami kolmoti¹, Seyed Mohamad Hasan Malaekhepour Shoshtarai²

¹ PhD Student in Private Law, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran

² Assistant Professor of Law, Faculty of Law and Political Science, Shahid Chamran University, Ahvaz, Iran



10.22080/LPS.2022.22679.1286

Received:

December 1, 2021

Accepted:

January 17, 2022

Available online:

February 14, 2022

Keywords:

LC opening condition,
Authentication capability,
UCP 600, Verb condition,
Invalidation

Abstract

Although the validity of the documents from the perspective of the parties to the transaction is in line with the payment of the price and delivery of the transaction documents, there is no connotation to the nature of the unit of credit opened and the condition for opening the lease in the underlying transaction. In some contracts, the performance of the obligation does not occur once, so that by appealing to the court or arbitration, the obligee is obliged to fulfill the obligation. Rather, the execution of a commitment is continuous and composed of several intertwined and complex commitments in such a way that in the condition of opening a letter of credit, the customer must refer to the bank and complete the letter of credit opening application form and deliver it to the bank in this period. Consequently, the letter of credit issued by the bank with the agreement of the parties to the contract, and the deposit of sufficient documents and guarantees with the bank to issue and open another letter of credit is the customer's commitment and the next issue. The fulfillment of such continuous and complex obligations, if not at the will of the customer, is not able to be performed correctly and in an acceptable manner by the obligor. Apart from the main function of letter of credit, since such a condition in the basic transaction is a kind of guarantee for payment of the price by the customer based on the introduction of a guarantor, the guarantee of violation of this condition is the same as the guarantee of violation of the condition of guarantor in Article 243 of the Civil Code is the right to terminate the transaction. The 1980 Vienna Convention provides performance

***Corresponding Author:** Farzad Karami kolmoti

Address: PhD Student in Private Law, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran

Email: fkarami506@gmail.com



guarantees, including the request for objective performance of the obligation, termination of the contract, reduction of price and compensation for breach of obligations of the seller and the customer. In the present article, by examining the jurisprudence and legal system of Iran, the International Convention on the Sale of Goods seeks to respond to the guarantee of violation of the condition of opening the LC in the basic transaction.

Extended Abstract

1. Introduction

The opening of a letter of credit begins with an agreement that the seller and the customer in the international commercial sale determine the payment of the seller price by the method of Letter of Credit (LC). Under this condition, a new obligation is created for the customer along with the obligation to pay the price. However, the condition for opening the LC is to fulfill the customer's main obligation to pay the price. However, due to its conditional nature, it will have legal effects. The Convention on the International Sale of Goods provides a wide range of performance guarantees for breach of obligations by the seller and the customer. According to Article 58 of the Convention on the International Sale of Goods, the surrender of the seller may be subject to full payment of the price. Therefore, since the customer does not take action to prepare the opening of the LC, it means not paying the price; the seller can refuse to deliver the seller or submit his documents. In Iranian Law, the issue is so complex that if Iran does not accede to the Convention on the International Sale of Goods, if the law governing an international trade agreement is in the Iranian Law, failure of the customer to provide the conditions for the opening of the LC and guarantee its implementation can cause confusion for the seller and judicial authorities.

2. Methodology

This research uses a descriptive-analytical method and with reference to library sources, seeks to do a comparative study on the guarantee of violation of the condition of opening the LC in international commercial sale from the perspective of the Iranian Law and the Convention on International Sale of Goods. The study of the present subject depends on a comprehensive and complete explanation of the nature of the condition of opening the LC in the basic transaction, regardless of the specific nature of the letter of credit. Therefore, this research explains the condition of opening the LC in the basic transaction and its nature, the guarantee of violation of the condition mentioned in the Convention on the International Sale of Goods and finally the guarantee of violation of it in the Iranian Law. In this way, by identifying the relevant sources, they are studied and the required content is extracted. Then, by categorizing the issues, the legal views are analyzed and finally, the necessary conclusions are made. To collect data, different books have been reviewed and cyberspace and information of experienced and specialized people in this regard have also been used. Due to the nature of the subject, the method of data analysis has been qualitative, and mental and philosophical methods have been used to interpret and explain the content.

3. Findings

Although LC, from the perspective of the transaction parties, is in line with the payment of the price and delivery of transaction documents, there is no connection between the nature of the LC unit opened and the condition of the LC opening in the base transaction. In some contracts, the performance of the obligation does not happen once to oblige the abstainer to perform the obligation by going to court or arbitration. Rather, the execution of a commitment is continuous and composed of several intertwined and complex commitments in such a way that in case of opening the LC, the customer must refer to the bank and complete the letter of credit application form and deliver it to the bank in this period. In this regard, the first issue is the customer referring to the bank and completing the application form. Consequently, the LC is issued by the bank with the agreement of the parties. In principle, banks do not issue and open LC without obtaining sufficient guarantees. Thus, to open LC, the customer must provide sufficient guarantees to the bank and make their arrangements. The fulfillment of such continuous and complex obligations, if not at the will of the customer, is not able to be performed correctly and in an acceptable manner by the obligor.

4. Conclusion

The impossibility of obliging the obligor to prepare the preparations for opening a letter of credit does not mean the impossibility of obliging the customer to pay the price in the countries that allow the obligation of the obligor to fulfill this obligation. Therefore, the seller may, in the absence of opening the LC, demand that the customer pay the price in accordance with the contract from a court or possible arbitral tribunal, or exercise

the right of confinement set forth in Article 58 (a) and Article 71 of the Convention on the International Sale of Goods. Obligation to objectively fulfill the customer's obligation to open the LC is not acceptable due to the impossibility of obliging it. However, this does not mean that it is not possible to claim the price because the LC is a method of paying the price and not a method or means to which the payment of the price is only relevant. Therefore, the only possible performance guarantee regarding the customer's violation of the opening of the LC can be a claim for damages or the annulment of the contract, although this right does not conflict with the claim for damages, including the claim for damages and the annulment of the contract. Due to the special and unique nature of LC, which has its own rules, it can be said that the condition for opening a letter of credit in the basic transaction, although it is a payment method to pay the price of the transaction. However, in the first stage, it is a guarantee for payment of the price, according to which the issuing bank and the confirming bank will have an independent and irrevocable obligation to the seller. Considering the application of the LC opening condition to the guarantee condition in the Iranian Law, the guarantee of violation of this condition should be sought in the guarantee of violation of the guarantee condition.

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

بررسی تطبیقی ضمانت اجرای تخلف از شرط گشایش اعتبار اسنادی مندرج در بیع تجاری بین المللی از منظر حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین المللی کالا

فرزاد کرمی کلمتی^{۱*}، سید محمد حسن ملائکه پور شوشتری^۲

^۱ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران
^۲ استادیار گروه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شهید چمران اهواز، اهواز، ایران

doi 10.22080/LPS.2022.22679.1286

چکیده

با وجود اینکه اعتبار اسنادی از منظر طرفین معامله در راستای پرداخت ثمن و تحویل اسناد معامله می‌باشد؛ لکن هیچ تلازمی مبنی بر ماهیت واحد اعتبار اسنادی گشایش یافته و شرط گشایش ال‌سی در معامله پایه وجود ندارد. در برخی قراردادهای، انجام و ایفای تعهد یک‌بار اتفاق نمی‌افتد تا با مراجعه به دادگاه یا داور، ممتنع را ملزم به انجام تعهد نمود؛ بلکه اجرای تعهد به صورت مستمر و مرکب از چندین تعهد به هم تنیده و پیچیده می‌باشد؛ به گونه‌ای که در شرط گشایش اعتبار اسنادی، مشتری در یک بازه زمانی باید به بانک مراجعه و تقاضانامه گشایش اعتبار اسنادی را تکمیل و تحویل بانک نماید، در این خصوص مسئله اول مراجعه مشتری به بانک و تکمیل تقاضانامه است، سپس تطابق مندرجات تقاضانامه و به تبع آن اعتبار اسنادی صادر شده توسط بانک با توافق ضمن عقدی طرفین، و تودیع وثایق و تضمینات کافی نزد بانک جهت صدور و گشایش اعتبار اسنادی دیگر تعهد مشتری و مسئله بعدی است. انجام چنین تعهدات مرکب، مستمر و پیچیده، چنانچه به میل و رغبت مشتری نباشد قابلیت اجرای صحیح و به نحو مقبول متعهد له، به وسیله الزام متعهد را ندارد. سوای از کارکرد اصلی اعتبار اسنادی، با توجه به اینکه چنین شرطی در معامله پایه یک نوع تضمین جهت پرداخت ثمن از ناحیه مشتری مبنی بر معرفی ضامن است، ضمانت اجرای تخلف از این شرط همانند ضمانت اجرای تخلف از شرط معرفی ضامن مندرج در ماده ۲۴۳ قانون مدنی، حق فسخ معامله است. در کنوانسیون ۱۹۸۰ وین ضمانت اجرایی شامل تقاضای اجرای عینی تعهد، فسخ قرارداد، کاهش ثمن و اخذ خسارت برای تخلف از تعهدات بایع و مشتری پیش‌بینی شده است که فسخ قرارداد و اخذ خسارات، قابلیت اعمال بر تخلف از شرط مذکور در معامله پایه را دارد. در مقاله حاضر با بررسی فقه و نظام حقوقی ایران، کنوانسیون بیع

تاریخ دریافت:

۱۰ آذر ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۲۷ دی ۱۴۰۰

تاریخ انتشار:

۱۰ اسفند ۱۴۰۰

کلیدواژه‌ها:

شرط گشایش ال‌سی، قابلیت

* نویسنده مسئول: فرزاد کرمی کلمتی

آدرس: دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق،

دانشگاه قم، قم، ایران

ایمیل: fkarami506@gmail.com

توثیق، یو سی پی ۶۰۰، شرط
فعل، اعلام بطلان.بین المللی کالا درصدد پاسخ به ضمانت اجرای تخلف از شرط گشایش ال سی در معامله پایه
می‌باشد.

۱ مقدمه

گشایش اعتبار اسنادی با توافقی آغاز می‌شود که با بیع و مشتری در بیع تجاری بین المللی، پرداخت قیمت مبیع را به روش اعتبار اسنادی (LC) تعیین می‌نمایند. به موجب این شرط، تعهد جدیدی در کنار تعهد به پرداخت ثمن برای مشتری ایجاد می‌شود. هر چند شرط گشایش ال سی در راستای ایفای تعهد اصلی مشتری مبنی بر پرداخت ثمن است؛ لیکن به موجب ماهیت شرطی خویش دارای آثار حقوقی خواهد بود. بر این اساس، مشتری مکلف می‌گردد به بانک تعیین شده یا یک بانک معتبر مراجعه و با تکمیل تقاضانامه گشایش اعتبار اسنادی، مقدمات گشایش و صدور اعتبار اسنادی با شرایط خاص و با اوصاف استقلال از تعهد پایه فی‌مابین مشتری و با بیع و انطباق دقیق اسنادی که توسط با بیع برای وصول وجه ال سی باید ارائه شود، را فراهم نماید. در خصوص ماهیت اعتبار اسنادی، شرایط صدور ال سی و اصول حاکم بر آن تحقیقات ارزشمندی صورت پذیرفته است، لیکن آنچه موضوع مطالعه و بررسی در این تحقیق است؛ بررسی ضمانت اجرای تخلف از شرط گشایش اعتبار اسنادی به نفع با بیع در قرارداد تجاری پایه است. مسئله‌ای که در تحقیقات حقوقی پیرامون اعتبار اسنادی به سکوت برگزار شده است؛ که دلیل آن نمی‌تواند سادگی آن باشد. در کنوانسیون بیع بین المللی کالا طیف وسیعی از ضمانت اجراها در خصوص تخلف با بیع و مشتری از انجام تعهداتشان پیش‌بینی شده است. حسب ماده ۵۸ کنوانسیون بیع بین المللی کالا تسلیم مبیع می‌تواند مشروط به پرداخت کامل ثمن باشد. بنابراین از آنجایی که عدم اقدام مشتری در انجام مقدمات گشایش اعتبار اسنادی به معنای عدم پرداخت ثمن است؛ با بیع می‌تواند از تحویل مبیع یا تسلیم اسناد آن امتنان نماید. لیکن اعمال حق حبس

با بیع را مستغنی از سایر ضمانت اجراها نمی‌نماید، چرا که ممکن است با بیع تمایل به دریافت ثمن، دریافت غرامت و بهره و سایر ضمانت اجراهای مقرر در کنوانسیون و قانون حاکم را داشته باشد. در حقوق ایران مسئله قدری پیچیده است به گونه‌ای که با عدم الحاق ایران به کنوانسیون بیع بین المللی کالا، چنانچه به موجب قواعد حل تعارض، قانون حاکم بر قرارداد تجاری بین المللی، قانون ایران باشد؛ عدم اقدام مشتری جهت فراهم نمودن مقدمات گشایش ال سی و ضمانت اجرای آن می‌تواند موجب بلا تکلیفی با بیع و مراجع قضایی باشد. چه آنکه تحلیل کامل و جامعی در خصوص ماهیت شرط گشایش ال سی در معامله پایه و ضمانت اجرای آن صورت نپذیرفته است و به قانون حاکم احاله شده است (ماشاءاله بناء نیاسری، ۱۳۹۹، ۱۹). پاسخ به مسئله حاضر در گرو تبیین جامع و کاملی از ماهیت شرط گشایش اعتبار اسنادی در معامله پایه بدون در نظر گرفتن ماهیت خاص اعتبار اسنادی می‌باشد. بدیهی است از میان شروط سه گانه فعل، صفت و نتیجه در حقوق ایران، شرط گشایش ال سی بر مشتری، از نوع شرط فعل مثبت است. لذا این تحقیق در سه قسمت شرط گشایش ال سی در معامله پایه و ماهیت آن، ضمانت اجرای تخلف از شرط مذکور در کنوانسیون بیع بین المللی کالا و در نهایت ضمانت اجرای تخلف از آن در حقوق ایران به تبیین و تشریح آن پرداخته تا به پاسخی در خور جهت مسئله فوق دست یابد.

۲ شرط گشایش ال سی در معامله پایه و ماهیت آن

در تجارت امروز، مهمترین و رایج ترین روش پرداخت بین المللی، اعتبار اسنادی یا ال سی است (عبدالحسین شیروی، ۱۳۹۹، ۲۵۱). گشایش ال سی توسط بانک گشاینده، منوط به تقاضای خریدار

توافق طرفین، خریدار به موجب تقاضانامه از بانک خویش درخواست گشایش اعتبار اسنادی به نفع بایع را می‌نماید و بانک در صورت موافقت، اقدام به صدور اعتبار اسنادی با شرایط مقرر در تقاضانامه خریدار می‌نماید که در صورت ارائه اسناد مشروط در ال سی از ناحیه فروشنده، بانک مکلف به پرداخت وجه ال سی می‌باشد. حسب آخرین نسخه « مقررات و رویه‌های متحد الشکل اعتبار اسنادی اتاق بازرگانی بین المللی » موصوف به UCP 600، اعتبار اسنادی دارای وصف استقلال کامل از معامله پایه و حتی تقاضانامه خریدار مبنی بر گشایش ال سی می‌باشد. تعهدی خاص از ناحیه بانک خطاب به ذینفع (بایع) به صورت مشروط (مشروط به ارائه اسناد مندرج در ال سی) می‌باشد (مواد ۴ و ۵ و ۷ از یوسی پی ۶۰۰).

یکی از دلایل بالا بودن درجه سختی کسب و کار در کشور ما فقدان اعتماد کافی و وافی فی‌مابین عرضه‌کنندگان (فروشنندگان) کالاها و خدمات و متقاضیان (خریداران) می‌باشد (بهمن افشار، سیدرضا موسوی، ۱۳۹۷، ۳۸) در یک قرارداد تجاری بین المللی به علت فاصله مکانی و زمانی میان طرفین از یک طرف و از طرف دیگر عدم شناخت طرفین به یکدیگر، عدم اعتماد، ریسک‌های اجتماعی، سیاسی و تجاری و سیاست‌های تجاری دولت‌ها در کنترل واردات و صادرات و سیاست‌های ارزی، تضمین انجام تعهدات طرفین از اهمیت و ضرورت ویژه‌ای برخوردار است؛ بهره بردن از اعتبار اسنادی در جهت کاهش این ریسک‌هاست. به منظور کاهش این بیم و نگرانی بر حق، که هر یک دارند؛ طرفین می‌توانند معامله‌شان را از طریق اعتبار اسنادی سامان بدهند (گائو ایکس یانگ، روس پی، بوکلی، ترجمه ماشاء الله بنانیاسری، ماهیت، ۱۳۸۵، ۳۷).

معامله پایه از بانک است که تقاضای خریدار نیز قاعدتاً منوط به توافق طرفین معامله پایه بر پرداخت ثمن معامله به روش اعتبار اسنادی می‌باشد. در ذیل به تبیین این شرط در معامله پایه و ماهیت آن پرداخته می‌شود.

۲/۱ شرط گشایش ال سی و ضرورت آن در بیع بین المللی کالا

در اعتبار اسنادی، با وساطت بانک‌ها منافع فروشنده و خریدار به‌نحو مطمئنی تضمین و نگرانی‌های آنها رفع می‌شود (عبدالحسین شیروی، ۱۳۹۹، ۲۵۲). پس از توافق بایع و مشتری در خصوص معامله و قیمت آن و سایر شرایط قرارداد از جمله کیفیت و کمیت مبیع و قیمت مورد معامله و تحقق بیع، مسئله بعدی که از آثار عقد بوده ضرورت انجام تعهدات طرفین است. در بیع بین المللی بایع مکلف به تسلیم مبیع و تحویل اسناد و مدارک مالکیت کالا و انتقال مالکیت کالا می‌باشد و سواى از این تعهدات اصلی، تعهدات ثانویه دیگری از جمله تعهد به همکاری، تعهد به رعایت احتیاط مبنی بر ارائه اطلاعات فنی جهت استفاده صحیح از مورد معامله و تسلیم منطبق کالا نیز برای بایع وجود دارد (مواد ۳۰ الی ۴۴ کنوانسیون بیع بین المللی کالا). همچنین مشتری نیز حسب ماده ۵۳ کنوانسیون بیع بین المللی کالا، مکلف به تأدیه ثمن کالا و قبض آن می‌باشد که ضوابط دقیق آن در مواد ۵۴ الی ۶۵ کنوانسیون مقرر شده است.

یکی از تعهدات مشتری در بیع بین‌المللی تأدیه ثمن حسب ماده ۵۳ کنوانسیون می‌باشد، چنانچه بنا باشد پرداخت ثمن به روش اعتبار اسنادی باشد طرفین می‌بایست بر پرداخت ثمن به روش مذکور توافق نمایند و جزئیات مربوط به آن از جمله نام بانک گشاینده یا یک بانک معتبر، نوع ارز موضوع اعتبار اسنادی، قابلیت یا عدم قابلیت انتقال اعتبار اسنادی و ... را در قرارداد خود درج کنند. بنابراین گشایش و صدور ال سی به نفع بایع منوط به تقاضای خریدار از بانک می‌باشد و این تقاضا نیز منوط به توافق ضمن عقدی طرفین است. پس از



۲٫۲ ارتباط شرط گشایش اعتبار اسنادی در معامله پایه با اعتبار اسنادی

المللی کالا، به علت عدم رعایت مفاد قرارداد، اقدام به عدم پذیرش اعتبار اسنادی صادره نماید در حکم عدم انجام تعهد مبنی بر گشایش اعتبار اسنادی می‌باشد؛ به عبارت دیگر انجام ناقص یا نامنطبق تعهد به معنای عدم انجام آن است مگر آنکه مورد قبول متعهدله باشد.

۲٫۳ ماهیت توافق گشایش اعتبار اسنادی در معامله پایه

همان‌گونه که قبلاً نیز توضیح داده شد هرچند اعتبار اسنادی از منظر بانک دارای استقلال کامل از روابط پایه و ایرادات فی مابین طرفین معامله پایه، می‌باشد لیکن از منظر خود طرفین تعهدی فرعی در راستای تعهد اصلی مشتری دال بر پرداخت ثمن از یک طرف و از طرف دیگر تسلیم اسناد کالا از جمله بارنامه و اسناد مالکیت کالا توسط بایع به بانک به نمایندگی از خریدار می‌باشد؛ اما با وجود اینکه اعتبار اسنادی از منظر طرفین طرفین معامله در راستای پرداخت ثمن و تحویل اسناد معامله می‌باشد؛ هیچ تلازمی مبنی بر ماهیت واحد اعتبار اسنادی گشایش یافته و شرط گشایش ال‌سی در معامله پایه وجود نخواهد داشت.

۲٫۳٫۱ ماهیت اعتبار اسنادی

در تجارت مدرن، مفاهیم و ابزارهای سنتی کارایی گذشته را نداشته و نظام‌های حقوقی و بازرگانی در پاسخ به نیازها و ضرورت‌های تجار و بازرگانان در صدد ارائه راهکارها و ابزار متناسب، جهت پیشبرد اهداف تجاری اشخاص می‌باشند. منطبق حاکم بر نهادهای نوین تجارت برآمده از مفاهیمی همچون کارایی و کارآمدی، در عین برقراری و ایجاد سازش میان منافع متعارض فعالان اقتصادی و نیروهای بازار است (ماشاءاله بنائیساری، ۱۳۹۹، ۲۲). ممکن است گفته شود هر توصیف حقوقی از ماهیت توافق گشایش اعتبار اسنادی در معامله پایه می‌تواند ارتباط مستقیمی با ماهیت اعتبار اسنادی داشته باشد به گونه‌ای که قرار است به موجب شرط مذکور شخص ثالثی (بانک) تعهد خریدار دال بر

دومین اصل حاکم بر اعتبارات اسنادی، اصل استقلال اعتبار اسنادی از معاملات و روابط پایه می‌باشد. بر مبنای این اصل، اعتبار اسنادی از قرارداد پایه که بین خریدار و فروشنده منعقد گردیده و یا دیگر معاملاتی که ممکن است بین آنها وجود داشته باشد و همچنین معاملاتی که به نوعی می‌تواند با اعتبار اسنادی ارتباط پیدا نماید، منفک و مستقل است (محمد رضا سهامی، ۱۳۹۱، ۵). اصل استقلال کامل اعتبار اسنادی از معامله پایه فی‌مابین فروشنده و خریدار و همچنین تقاضای گشایش اعتبار اسنادی فی‌مابین بانک گشاینده و خریدار، در ماده ۴ ucp600 پذیرفته شده است؛ اما این استقلال به معنای عدم ارتباط کامل اعتبار اسنادی با روابط حقوقی قبلی نمی‌باشد. بنابراین گشایش و صدور ال‌سی محصول اراده و توافق بایع و مشتری می‌باشد که در معامله پایه درج شده است. هرچند برخی حقوق دانان گفته‌اند در یک معامله اعتبار اسنادی، توجه بانک گشاینده اعتبار صرفاً به این امر به معطوف است که آیا اسناد ارائه شده از سوی ذی نفع بر حسب ظاهر با شروط و تعلیقات مقرر در اعتبار اسنادی انطباق دارد یا خیر (گائو ایکس یانگ، روس پی، بوکلی، ترجمه ماشاء الله بنانیاسری، ماهیت، ۱۳۸۵، ۳۳۹) و علی‌رغم پذیرش کامل این واقعیت که اعتبار اسنادی دارای استقلال کامل از معاملات و روابط قبلی است؛ اما این امر که ال‌سی نتیجه توافق طرفین در معامله پایه است قابل انکار نیست به نحوی که در عین ارتباط با معامله پایه از منظر بایع و خریدار از جهت مطابقت یا عدم مطابقت گشایش ال‌سی با معامله پایه و توافق طرفین، از منظر بانک یک رابطه حقوقی مستقل محسوب می‌گردد. قابل ذکر است گشایش اعتبار اسنادی برخلاف و مندرجات توافق شده در معامله پایه، چنانچه مورد قبول فروشنده قرار نگیرد و فروشنده به موجب ماده ۵۴ کنوانسیون بیع بین

۲،۳،۲ ماهیت توافق ضمن عقد پایه مبنی بر گشایش اعتبار اسنادی

از میان شروط سه گانه قابل تصور ضمن یک عقد، شرط فعل قابل تطبیق بر شرط گشایش اعتبار اسنادی برای بایع است. چرا که شرط صفت شرط قیدی عارض بر موضوع معامله از جنبه کمی یا کیفی است. به عبارت دیگر به موجب این شرط، در ضمن عقد مقرر می‌شود که دو عوض یا یکی از آن دو وصف خاصی داشته باشد؛ مانند آنکه منزلی معین فروخته شود و در ضمن عقد شرط شود که دارای مساحت معینی باشد یا مصالح به کار رفته در آن از نوع خاصی باشد (صبحی محمصانی، ۱۹۷۲، ۲۱۵) و شرط نتیجه آن است که تحقق عملی در خارج شرط شود (ماده ۲۳۴ قانون مدنی ایران). حسب ماده ۲۳۴ قانون مدنی ایران امکان شرط فعل بر ثالث نیز وجود دارد سوالی که قابل طرح است اینکه آیا شرکت گشایش ال سی برای بایع شرط فعل بر ثالث محسوب می‌شود؟ به نظر می‌رسد شرط فعل بر ثالث زمانی مصداق پیدا می‌کند که انجام شرط توسط ثالث بدون انجام مقدماتی توسط مشروط علیه اصلی مدنظر باشد؛ به عبارت آخری مدلول شرط بدون لحاظ قصد ثالث دلالت بر التزام وی داشته باشد؛ لذا شرط گشایش اعتبار اسنادی شرط فعل بر ثالث نمی‌باشد. سوای از اینکه ممکن است در شرط گشایش اعتبار اسنادی هیچ بانکی مشخص نشده باشد و تنها به یکی از بانک‌های معتبر کشور خریدار اشاره شده باشد. به بیانی دیگر در شرط گشایش اعتبار اسنادی الزام و التزام عقدی و شرطی دال بر تمهید مقدمات گشایش اعتبار اسنادی بر ذمه خریدار مستقر است، بدون آنکه قصد طرفین دلالت بر التزام بانک به گشایش و پرداخت وجه ال سی داشته باشد، بنابراین مفاد این التزام شرط فعل بر خریدار است.

شرط فعل به چهار قسم شرط فعل مادی مثبت (مانند تعمیر کردن خانه) منفی (عدم ساخت طبقه بالای خانه جهت جلوگیری از نور خورشید) فعل حقوقی مثبت (مثل بیع خودرو) منفی (عدم فروش

پرداخت ثمن را به عهده گرفته و در قبال ارائه اسناد مقرر آن را تأدیه نماید. اما باید این تصور را از ذهن زدود؛ چراکه شرط گشایش ال سی در معامله پایه به عنوان یک شرط ضمن عقدی بوده و تابع شرایط صحت شرط محسوب می‌شود و به عنوان یک تعهد فرعی ضمن تعهد اصلی قرار می‌گیرد حال آنکه هر چند اعتبار اسنادی در راستای همان شرط ضمن عقدی گشایش می‌یابد لیکن یک رابطه حقوقی مستقل و با شرایط خاص خود بوده که کاملاً مستقل از معامله پایه و شروط آن می‌باشد. نتیجه اینکه به عنوان مثال شرط گشایش اعتبار اسنادی می‌تواند یک شرط فعل بر ثالث باشد یا شرط تعهد به فعل ثالث؛ حال آنکه ماهیت اعتبار اسنادی می‌تواند یک قرارداد معین یا نامعین یا ایقاع و ... باشد. از این جهت در خصوص توصیف ماهیت این دو نهاد می‌توان گفت هیچ تلازمی بین ماهیت شرط گشایش اعتبار اسنادی و خود اعتبار اسنادی وجود ندارد چون دو رابطه کاملاً مستقل از یکدیگر می‌باشند.

در خصوص ماهیت اعتبار اسنادی نظرات گوناگونی از جمله تعهد به نفع ثالث، عقد حواله، نیابت در پرداخت، ضمان، تبدیل تعهد و ایقاع وجود دارد که هر کدام از این نظرات با توجه به اوصاف و خصایص اعتبار اسنادی همانند اصل استقلال از روابط پایه واجد ایرادات اساسی می‌باشد. به نظر می‌رسد اعتبار اسنادی همان‌گونه که برخی حقوقدانان گفته‌اند (گائو ایکس یانگ، روس پی، بوکلی، ترجمه ماشاءالله بنانیاسری، ماهیت، ۱۳۸۵، ۳۲۴) ابرازی ویژه و منحصر به فرد است و حقوق قراردادهای تنها تا حدی حقوق اعتبار اسنادی را تکمیل می‌کند که اصول قراردادهای با ماهیت ویژه اعتبار اسنادی تعارض نیابد. به عبارت دیگر اصول ضمان نقل ذمه یا ضم ذمه به علت اینکه ضمان عقدی تبعی است و به تبع وجود دین اصلی امکان حیات می‌یابد در اعتبار اسنادی با وصف استقلال از دین پایه، با یکدیگر سختی ندارد.



اسنادی یا گشایش ناقص آن را باید در ضمانت اجرای عدم پرداخت ثمن جستجو نمود.

۳،۱ اجرای عینی تعهد

از منظر مقررات کنوانسیون بیع بین المللی کالا و بر خلاف حقوق ایران، در برخی موارد الزام متعهد به اجرای عینی تعهد، در عرض ضمانت اجرای فسخ (اعلام بطلان) قرار داده شده است؛ بند الف مادهی ۶۱ کنوانسیون، ضمانت اجرای عدم انجام تعهدات مشتری را به مواد ۶۲ الی ۶۵ ارجاع داده که به موجب آن در صورت نقض اساسی تعهد، رعایت ترتیب الزام و سپس فسخ را لازم ندانسته و به صورت مستقیم به بایع حق اعلام بطلان قرارداد را می‌دهد.

به عنوان یک قاعده کلی مبنی بر الزام به اجرای عین تعهد، کنوانسیون نیز اجازه مراجعه به محاکم یا داوری جهت اجرای عینی تعهد را به هر کدام از مشتری و بایع می‌دهد؛ چه در خصوص اصل تعهد و چه شروط ضمن عقد. حسب مادهی ۶۲ کنوانسیون، "بایع می‌تواند ایفای هر کدام از تعهدات مشتری را از او بخواهد". کنوانسیون اصولاً حق اعلام بطلان را در مواردی پذیرفته که نقض اساسی در قرارداد رخ می‌دهد، نقض اساسی در مواردی رخ می‌دهد که اقدام طرف قرارداد چنان ضرری برای طرف دیگر به بار آورد که او را اساساً از آنچه طبق قرارداد استحقاق انتظار آن را داشته، محروم نماید (هائولد جان او، ترجمه همایون مافی، ۱۳۹۴، ۳۶۷) در خصوص اینکه عدم گشایش اعتبار اسنادی توسط مشتری نقض اساسی قرارداد محسوب می‌شود یا خیر، در بخش دیگر به تفصیل بیان خواهد شد.

کنوانسیون بیع بین المللی کالا اجرای عینی تعهد را پذیرفته و در بند ۱ مادهی ۴۶ خریدار را مجاز به الزام بایع به اجرای تعهدات دانسته و مادهی ۶۲ نیز به بایع حق الزام مشتری را داده است (علی حسامی، علیرضا لطفی دودران، ۱۳۹۹، ۴۳). به موجب مادهی ۵۴ کنوانسیون بیع بین المللی کالا "تعهدات مشتری

خودرو به شخص خاص) تقسیم می‌شود. با لحاظ این که گشایش اعتبار اسنادی توسط بانک منوط به توافق بانک و خریدار در قالب تقاضانامه گشایش اعتبار اسنادی می‌باشد شرط گشایش اعتبار اسنادی در معامله پایه یک شرط فعل حقوقی مثبت بر مشروط علیه می‌باشد.

۳ ضمانت اجرای تخلف خریدار از شرط گشایش اعتبار اسنادی در کنوانسیون بیع بین المللی کالا

در صورتی که بایع یا مشتری تعهدات خود را انجام ندهد و قرارداد را نقض نماید؛ در کنوانسیون ذیل تعهدات هر کدام از بایع و مشتری ضمانت اجرای موجود نیز پیش بینی شده است. این ضمانت اجراها شامل تقاضای اجرای عینی تعهد، فسخ قرارداد، کاهش ثمن و اخذ خسارت است (شیروی، ۱۳۹۹، ۲۰۳). تعهدات مشتری مقرر در کنوانسیون در مواد ۵۳ الی ۶۰ کنوانسیون آمده و مواد ۶۱ الی ۶۵ به ضمانت اجرای مربوط به نقض تعهدات مشتری پرداخته است. در کنوانسیون به صورت خاص به تمهید مقدمات گشایش اعتبار اسنادی اشاره نشده است، لیکن در مادهی ۵۳ کنوانسیون به یکی از دو تکلیف مهم مشتری یعنی پرداخت ثمن در کنار قبض کالا اشاره شده است و حسب بند ۱ مادهی ۹ کنوانسیون، طرفین به هرگونه عرف و رویه معمول به بین خویش ملتزم هستند. مواد ۵۳ و ۵۴ کنوانسیون نیز مشتری را مکلف به تأدیه ثمن مطابق قرارداد و توافق طرفین می‌داند که در صورت توافق طرفین بر پرداخت ثمن به روش اعتبار اسنادی، چنانچه مشتری از گشایش اعتبار اسنادی امتناع نموده و یا اقدام به درج شروط مخالف توافق طرفین ضمن معامله پایه، در اعتبار اسنادی نماید از منظر کنوانسیون در حکم عدم پرداخت ثمن محسوب می‌گردد. لذا ضمانت اجرای عدم گشایش اعتبار

فرد همانند اثر هنری یا خانوادگی ممکن است (سید حسین صفایی، ۱۳۹۰، ۱۳۵). بنابراین در خصوص امکان الزام یا عدم امکان الزام به گشایش اعتبار اسنادی در وهله اول باید به قوانین داخلی کشورها نگریست به گونه‌ای که اصولاً در کشورهای حقوق نوشته امکان الزام وجود دارد لیکن این امکان در خصوص حقوق کشورهای کامن لا خلاف اصل است.

پس از امکان سنجی جواز یا عدم جواز الزام به اجرای عین تعهد در قوانین داخلی کشورها از منظر کنوانسیون بیع بین المللی کالا (وین، ۱۹۸۰)، مسئله بعدی امکان الزام پذیری تعهد با لحاظ ماهیت آن می‌باشد. اجرای برخی تعهدات قراردادی قائم به شخص می‌باشد به گونه‌ای که انجام تعهد با مباشرت متعهد شرط می‌باشد. بنابراین چنانچه اجرای این تعهد توسط متعهد متعذر گردد متعهدله ناگزیر از فسخ قرارداد و مطالبه جبران خسارت خواهد بود. در همین خصوص بند "د" ماده‌ی ۲-۲-۷ اصول قراردادهای تجاری بین المللی ویرایش چهارم سال ۲۰۱۶ مقرر داشته است چنانچه اجرای تعهد از یک ویژگی منحصر به فرد شخصی برخوردار باشد، درخواست اجرای این تعهد منتفی است و دادگاه چنین حکمی صادر نمی‌کند (هدایت الله سلطانی نژاد، ۱۳۹۶، ۱۲۳)، در برخی قراردادها تکالیف مستمر و ثابتی بر عهده متعهد گذاشته می‌شود (همانند پرداخت ثمن به همراه شرط گشایش ال سی جهت پرداخت ثمن و تطابق شروط ال سی با قرارداد پایه). در این فرض اگر متعهد از انجام تعهداتش امتناع ورزد و متعهد له خواستار اجرای تعهد گردد، به لحاظ نوع قرارداد امکان اجرای عین تعهد وجود ندارد زیرا اجرای عین تعهد مستلزم نظارت مستمر محاکم نیز می‌باشد و این اقدام امکان پذیر نیست (قاسم شعبانی، ۱۳۸۵، ۴۳). به عبارت دیگر در چنین قراردادهایی انجام و ایفای تعهد یکبار اتفاق نمی‌افتد تا با مراجعه به دادگاه یا دوری ممتنع را ملزم به انجام تعهد نمود بلکه اجرای تعهد به صورت مستمر و مرکب از چندین تعهد به هم تنیده و پیچیده می‌باشد؛ به گونه‌ای که به عنوان مثال در

دایر بر تأدیه ثمن، شامل اقدامات و رعایت تشریفات است که حسب قرارداد یا هر نوع قانون و مقررات دیگر، برای امکان تأدیه ثمن لازم دانسته شود". بدیهی است انجام مقدمات لازم جهت گشایش اعتبار اسنادی، بنا بر ماده مذکور ضروری و مرتبط و در یک راستا با پرداخت ثمن است و از همان ضمانت اجرای مربوط به پرداخت یا عدم پرداخت ثمن برخوردار است. مسئله اساسی در خصوص الزام به اجرای عینی تعهد، امکان الزام مشتری به گشایش اعتبار اسنادی یا عدم امکان آن است. سوای از امکان یا عدم امکان ذاتی و جوهری الزام به گشایش اعتبار اسنادی، امکان الزام به انجام عینی مطلق تعهدات، حسب ماده‌ی ۲۸ کنوانسیون بیع مقرر است که کشورها ارجاع داده شده است، به عبارت دیگر چنانچه مقررات داخلی یک کشور الزام به ایفای عین تعهد را اجازه دهد الزام مشتری به گشایش اعتبار اسنادی سوای از مسئله امکان الزام یا عدم امکان الزام ذاتی آن (از منظر ماهیت خاص تعهد و امکان الزام پذیری یا عدم امکان الزام ذاتی آن) امکان پذیر است.

در صورت نقض تعهدات قراردادی، در نظام حقوقی رومی ژرمنی، ایران و برخی دیگر از کشورها، الزام متعهد به اجرای عینی تعهد، به عنوان اصل اساسی شناخته شده و متعهدله تنها در صورت عدم امکان اجبار متعهد، می‌تواند اقدام به فسخ و مطالبه خسارت نماید (هدایت الله سلطانی نژاد، ۱۳۹۶، ۱۰۸). به موجب مواد ۱۱۸۴ و ۱۶۱۰ قانون مدنی فرانسه و ماده‌ی ۹۸ قانون تعهدات سوئیس، اجرای عین تعهد به عنوان یک اصل پذیرفته شده است (نیکلاس بری، ۱۹۸۲، ۲۱۰-۲۱۳). بر خلاف حقوق رومی ژرمنی، در کامن لا اجرای عینی تعهدات به عنوان اصل پذیرفته نگردیده و در مورد تعهداتی که موضوع آن وجه نقد نیست، اجرای عین قرارداد در موارد استثنایی امکان‌پذیر است (کوپلیانتز هایک، ۲۰۱۲، ۳۵). به عبارت دیگر، در حقوق کامن لا الزام به اجرای عین تعهد خلاف اصل است و تنها در خصوص موارد نادری مثل مال غیر منقول یا کالای منحصر به



گشایش اعتبار اسنادی از منظر نگارنده، به معنای عدم امکان الزام مشتری به پرداخت ثمن در کشورهایی که الزام متعهد به انجام این تعهد را مجاز می‌دانند، نمی‌باشد. بنابراین بایع می‌تواند در فرض عدم گشایش اعتبار اسنادی، الزام مشتری به پرداخت ثمن مطابق قرارداد را از دادگاه یا مرجع احتمالی داور مطالبه نماید یا از حق حبس مندرج در بند ۱ ماده ۵۸ و ماده ۷۱ کنوانسیون بیع بین المللی کالا استفاده نماید؛ چراکه هر شرطی توسط طرفین یا مشروط له قابل اسقاط و نادیده گرفتن است و شرط گشایش اعتبار اسنادی نیز هرچند شامل تمهید مقدمات جهت تسلیم اسناد کالا و گواهی‌های پیوست آن از جمله اسناد حمل، بارنامه و گواهی مطابقت کالا می‌باشد که از جمله ویژگی‌ها و مزایای استفاده از اعتبار اسنادی برای مشتری محسوب می‌شود؛ لیکن در صورت عدم گشایش اعتبار اسنادی در مهلت مقرر در ماده ۵۸ یا مهلت متعارف، بایع خواهد توانست الزام مشتری به اجرای عین تعهد را مطالبه نماید (ماده ۶۲) یا از حق حبس استفاده نماید. قابل ذکر است با توجه به اینکه طرفین بر پرداخت ثمن به وسیله اعتبار اسنادی توافق نموده‌اند شرایط پرداخت ثمن تابع بند ۳ ماده ۵۸ کنوانسیون مبنی بر پرداخت ثمن پس از بازرسی کالا نمی‌باشد، و به گونه‌ای مشمول بند ۱ و ۲ ماده ۵۸ کنوانسیون بیع بین المللی کالا می‌باشد (ماده ۵۸).

۳،۳ اعلام بطلان معامله به علت نقض

اساسی قرارداد

اعلام بطلان قرارداد ضمانت اجرای دیگری است که در صورت نقض قرارداد توسط متعهد، طرف دیگر می‌تواند تحت شرایطی از آن استفاده نماید. اعلام بطلان قرارداد در کنوانسیون در مواردی پیش بینی شده است؛ از جمله در صورت تخلف بایع از تعهدات خویش، به ترتیب مقرر در ماده ۴۹ کنوانسیون، مشتری می‌تواند قرارداد را باطل اعلام نماید. اعلام بطلان قرارداد توسط مشتری مشروط به نقض اساسی قرارداد یا عدم تسلیم کالا در مهلت اضافی

شرط گشایش اعتبار اسنادی، مشتری در یک بازه زمانی باید به بانک مراجعه و تقاضانامه گشایش اعتبار اسنادی را تکمیل نموده و تحویل بانک نماید، در این خصوص مسئله نخست مراجعه مشتری به بانک و تکمیل تقاضانامه است، سپس تطابق مندرجات تقاضانامه و به تبع آن اعتبار اسنادی صادر شده توسط بانک (با توجه به وصف تجریدی و استقلالی اعتبار اسنادی)، با توافق ضمن عقدی طرفین، دیگر تعهد مشتری و مسئله بعدی است. اصولاً بانک‌ها بدون اخذ وثایق و تضمینات کافی اقدام به صدور و گشایش اعتبار اسنادی نمی‌نمایند لذا مشتری باید جهت گشایش اعتبار اسنادی اقدام به اعطای تضمینات و وثایق کافی نزد بانک و انجام مقدمات آن‌ها نماید. بدیهی است انجام چنین تعهدات مرکب، مستمر و پیچیده، چنانچه به میل و رغبت مشتری نباشد قابلیت اجرای صحیح و به نحو مقبول متعهد له، به وسیله الزام متعهد را ندارد. لذا بایع باید جهت جبران خسارت خود به طرق دیگر جبران خسارت از جمله فسخ قرارداد و جبران خسارت از جمله عدم نفع و مابه التفاوت قراردادهای احتمالی رجوع نماید. قابل ذکر است ماهیت خاص الزام پذیری شرط گشایش اعتبار اسنادی در حقوق ایران تابع شرایط و احکام خاص شروط ضمن عقد است که در قسمت سوم نگارش حاضر به تفصیل بیان می‌شود.

۳،۲ استفاده از حق حبس

هدف و انگیزه طرفین عقد بیع علاوه بر مالکیت عوضین، در اختیار گرفتن آنها است. از این رو برای هر یک از طرفین (در کنوانسیون) حق حبس پیش‌بینی شده است (فخرالدین، اصغری آق مشهدی، فخری نوری، ۱۳۸۴، ۸۱) در اختیار گرفتن عوض قراردادی در مقابل تسلیم عوض دیگر به عنوان یکی از ارکان سه گانه موازنه، تحت عنوان موازنه در تسلیم در مقابل تسلیم، مقبول کلیه نظام‌های حقوقی و منطق حاکم بر معاملات است (محمد جعفر جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷، ۵۵). بدیهی است عدم امکان الزام متعهد به تمهید مقدمات

محسوب می‌شود، ماده‌ی ۲۵ کنوانسیون قاعده کلی را ذکر نموده به این صورت که نقض زمانی اساسی خواهد بود که نقض قرارداد، موجب ورود چنان خسارتی به طرف دیگر شود که او را از آنچه استحقاق انتظار از قرارداد داشت محروم سازد. مهم‌ترین نقش مفهوم نقض اساسی قرارداد آن است که زمینه ابطال قرارداد را فراهم می‌آورد. جهت تطبیق امکان اعلام بطلان قرارداد بر عدم گشایش اعتبار اسنادی باید اساسی یا غیر اساسی بودن نقض قرارداد مشخص شود. همان‌گونه که برخی حقوق‌دانان گفته‌اند در خصوص تعیین مرز دقیق میان نقض اساسی و غیر اساسی قرارداد اختلاف وجود دارد و تخلف از تعهد اصلی، را موجب نقض قرارداد می‌دانند (حبیب طالب احمدی، ۱۳۹۳، ۱۳۳). به عبارت دیگر اساسی بودن نقض تعهد در گرو رکنیت آن تعهد است. در این خصوص ماده‌ی ۱۰۳(b) ۱-۷-۳(۲) اصول یونیدروا عدم اجرای قرارداد را زمانی اساسی می‌داند که رعایت دقیق تعهد رکن قرارداد باشد همانند ماده‌ی ۸(a): ۱۰۳ اصول حقوق اروپایی. نقض تعهدات اصلی طرفین از جمله عدم تسلیم و یا پرداخت ثمن در طرف مورد مقرر و یا متعارف می‌تواند مصداق نقض اساسی قرارداد باشد. عدم گشایش اعتبار اسناد یک طریق و روش اجرایی تعهد اصلی و رکن اساسی قرارداد، یعنی پرداخت ثمن محسوب می‌گردد که ضمانت اجرای نقض آن را باید در ضمانت اجرای عدم پرداخت ثمن جستجو نمود. بنابراین عدم گشایش اعتبار اسنادی در مهلت مقرر یا مهلت متعارف مندرج در مواد ۵۸ و ۵۹، کنوانسیون به معنای نقض اساسی قرارداد بوده و به بایع حق اعلام بطلان قرارداد را با تحقق سایر شرایط می‌دهد.

۴ ضمانت اجرای تخلف از شرط گشایش اعتبار اسنادی در حقوق ایران

همان‌گونه که گفته شد ماهیت توافق ضمن عقدی طرفین قرارداد دال بر تمهید مقدمات گشایش اعتبار

تعیین شده توسط مشتری می‌باشد. همچنین به موجب ماده‌ی ۶۴ کنوانسیون بایع نیز می‌تواند در مواردی قرارداد را باطل اعلام نماید. بر اساس بند الف ماده‌ی ۶۴، یکی از موارد اعلام بطلان معامله، نقض اساسی قرارداد می‌باشد. یکی دیگر از موارد اعلام بطلان معامله عدم انجام تعهد ظرف مهلت اضافی تعیین شده توسط بایع می‌باشد (بند ب ماده‌ی ۶۴). حسب بند ب قسمت دوم ماده‌ی ۶۴ و بند ۱ قسمت ب ماده‌ی ۴۹ کنوانسیون، اعلام بطلان قرارداد باید ظرف مهلتی متعارف و معقول پس از اطلاع متعهدله یا در صورت عدم اطلاع، ظرف مهلتی که می‌بایست اطلاع حاصل می‌نمود، صورت پذیرد. به نظر می‌رسد الزام به اجرای عینی تعهد مشتری مبنی بر گشایش اعتبار اسنادی بنا بر آنچه گذشت به علت عدم امکان الزام به آن قابل پذیرش نیست؛ لیکن این به معنای عدم امکان مطالبه ثمن نیست چرا که اعتبار اسنادی به عنوان یک روش جهت پرداخت ثمن است و نه یک روش یا وسیله‌ای که پرداخت ثمن تنها در قالب آن موضوعیت داشته باشد. بنابراین تنها ضمانت اجرایی ممکن در خصوص تخلف مشتری از گشایش اعتبار اسنادی می‌تواند مطالبه ثمن یا اعلام بطلان قرارداد باشد، البته این حق منافی با مطالبه خسارت به انضمام مطالبه ثمن و اعلام بطلان قرارداد نمی‌باشد.

کنوانسیون در پیدایش حق فسخ (اعلام بطلان) معیارهایی همچون نقض اساسی قرارداد را تشریح نموده ولی از نظر اجرایی ارزیابی وجود اسباب اعلام فسخ و اعمال فسخ، با متعهد است (عصام انور سلیم، ۱۹۸۰، ۸۲). فسخ (اعلام بطلان) از نظر کنوانسیون با اراده دارنده حق صورت می‌پذیرد لیکن برای اعمال آن باید اخطار ساده‌ای به متعهد ارسال شود تا وی از اراده دارنده حق در خصوص فسخ آگاهی یابد (سید محمد مهدی قبولی درخشان، ۱۳۹۷، ۹۴). بر اساس ماده‌ی ۲۶ کنوانسیون اعلام بطلان قرارداد، در صورتی نافذ است که طی اخطاری به طرف دیگر به عمل آید. در خصوص اینکه چه مواردی از منظر کنوانسیون نقض اساسی قرارداد

را فسخ کنند. بدین سبب، اجبار، مانع انحلال عقد شده، حتی‌الامکان به مفاد آیه - که وجوب وفا است - عمل می‌شود و مشروط له نیز به حق خود می‌رسد، بر این اساس فسخ جایز نیست؛ مگر در جایی که اجبار متعذر باشد (سید مصطفی محقق داماد، ۱۳۹۰، ۲۴۴-۲۴۵). مرحوم شیخ انصاری نیز معتقدند با وجود امکان اجبار متعهد، دلیلی برای تجویز فسخ قرارداد وجود ندارد (شیخ انصاری، ۱۳۷۹، ۳۲) چرا که از منظر ایشان ملاک در تعهدات وصول به نتیجه و شرط قراردادی است و طریق انجام در این خصوص موضوعیت نداشته و تعهد چه به اختیار متعهد انجام شود و چه با مراجعه به حاکم، مقصود که همان نیل به هدف قراردادی است حاصل می‌شود. هرچند برخی فقها نیز معتقدند که الزام به انجام تعهد و فسخ قرارداد در عرض یکدیگر می‌باشند و می‌فرمایند که برابر اصل لاضرر، اگر با مطالبه مشروطه، مشروط‌علیه از وفای به عهد خودداری کند، حکم لزوم عقد ضرری شده و به موجب اصل لاضرر این حکم ضرری برداشته می‌شود (علامه حلی، بی‌تا، ۴۹۰ و محقق داماد، ۱۳۸۴، ۴۳ و خویی، ۱۴۱۰، ۵-۴۴) سوای از مطابق ذوق بودن نظر اخیر نزد عقلا و بخصوص در مبادلات تجاری علی‌الخصوص مبادلات تجاری بین المللی که ثبات، قابلیت پیش‌بینی، سرعت و عمل به تعهدات در بازه زمانی کوتاه به صورت وحدت مطلوب طرفین، از اهمیت بالایی برخوردار است، قانون مدنی ایران نظریه اولیه را پذیرفته است. به موجب ماده‌ی ۲۳۷، قاعده اولیه در تعهدات، الزام بوده و حسب ماده‌ی ۲۳۸ قانون مدنی نیز در صورت عدم شرط مباشرت متعهد در انجام تعهد، در مرتبه دوم به خرج ملتزم، وبه وسیله غیر می‌توان تعهد را انجام داد. در مرحله آخر برابر ماده‌ی ۲۳۹ قانون مدنی در صورت تعذر انجام شرط، چه به وسیله متعهد و چه غیر، متعهدله حق فسخ قرارداد را خواهد داشت.

۴٫۲ مطالبه ثمن و حق حبس

حق مطالبه ثمن یا الزام مشتری به پرداخت اصل ثمن به عنوان اجرای عینی تعهد جدای از امکان یا

اسنادی، شرط ضمن عقد از نوع شرط فعل مثبت حقوقی محسوب می‌گردد. بررسی ضمانت اجرای تخلف از این شرط در حقوق ایران، مسئله دیگری است که در این مجال درصدد پاسخگویی به آنیم. در حقوق ایران حسب ماده‌ی ۲۳۷ قانون مدنی، ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل در مرحله اول الزام مشروط علیه به انجام فعل مشروط است. در فقه امامیه در این خصوص اختلاف وجود دارد که در ذیل به بررسی ابعاد آن پرداخته می‌شود.

۴٫۱ الزام به انجام شرط

اقدام اولیه و قابل تصور برای مشروط‌له و متعهدله، الزام مشروط علیه و متعهد به اجرای عین تعهد می‌باشد. برابر ماده‌ی ۲۳۷ قانون مدنی ایران، در صورت عدم انجام تعهد از ناحیه متعهد، متعهدله می‌تواند به دادگاه مراجعه و الزام متعهد به انجام تعهد را بخواهد. لذا اولین اقدام قابل ذکر در این خصوص، الزام به ایفای تعهد است. ضمانت اجرای نقض قرارداد در حقوق ایران را می‌توان در دو دسته قانونی و قراردادی جای داد. دسته اول شامل حق فسخ، الزام به ایفای عین تعهد، مطالبه خسارت تاخیر یا عدم انجام تعهد و در شرایط استثنایی فسخ قرارداد می‌شود (ناصر کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۸۲ به بعد). در خصوص دسته دوم درج شرط خیار، شرط فاسخ و وجه التزام قابل ذکر است (علی طهماسبی، ۱۳۹۷، ۲۸). نقض قرارداد ممکن است به صورت عدم انجام تعهد، تاخیر در انجام آن، عدم انطباق اجرا با مقصود طرفین یا اجرای جزئی آن باشد (علی طهماسبی، ۱۳۹۷، ۳۲).

برخی فقهای امامیه به حکم آیه شریفه «اوفوا بالعقود» بر التزام طرفین به معامله و استثنایی بودن فسخ و رعایت ترتیب الزام در انجام تعهد و واجب بودن التزام ایشان به عقد معتقدند (شهید اول، ۱۳۷۷، ۲۵۵ و شهیدثانی، ۱۲۸۰، ۱۱۴ و محقق داماد، ۱۳۸۴، ۸۵ - ۸۸). بنابراین از نظر این دسته از فقها قاعده‌ی اولیه در تعهدات، الزام متعهد به اجرای عینی تعهد است و جز در جایی که دلیل خاصی وجود داشته باشد طرفین نمی‌توانند قرارداد

متعاقدین به تسلیم عوضین به یکدیگر، برای آغاز به تسلیم یکی از آنها، نمی‌توان ترجیحی را پیدا کرد، چون هردو حق از هر حیث مساوی و همزمان به وجود می‌آیند (اعظم امینی، ۱۳۹۵، ۱۹)، و در پرداخت ثمن به روش اعتبار اسنادی تحویل فیزیکی کالا اصولاً قبل یا بعد از پرداخت وجه ال‌سی می‌باشد و به ندرت اتفاق می‌افتد که تحویل فیزیکی کالا همزمان با پرداخت وجه ال‌سی باشد؛ لیکن سوای از مبانی فقهی لاضرر جهت توجیه حق حبس از یک طرف و از طرف دیگر توجه به این مسئله که در تجارت مدرن بین المللی تحویل اسناد مالکیت کالا و اسناد حمل به معنای تحویل و تسلیم کالا و انتقال ضمان معاوضی محسوب می‌گردد، و حتی در روش پرداخت تعهد به پرداخت بانکی (BPO) تحویل اسناد کالا، در قالب داده‌های الکترونیکی صورت می‌پذیرد. در اعتبار اسنادی الکترونیکی هم وضع به همین منوال است؛ چرا که ممکن است خریدار هرگز کالا را به صورت فیزیکی دریافت ننماید و در دریا و یا حین حمل، آن را بفروشد. سوای از همه این موارد، حسب توافق طرفین در معامله پایه، اساساً به‌موجب مدلول شرط ضمن عقدی، تحویل اسناد کالا به مثابه انجام تعهد بایع مبنی بر تسلیم کالا، در هر حال منوط به پرداخت وجه ال‌سی است؛ لذا بایع حق دارد تا زمانی که مشتری به تعهدات خویش مطابق قرارداد عمل ننماید از تحویل اسناد و مدارک مالکیت کالا امتناع ورزد. این نتیجه از ماده‌ی ۳۷۷ قانون مدنی برداشت می‌شود.

۴،۳ حق فسخ قرارداد

فسخ قرارداد یک امر استثنایی بوده که امکان بهره‌گیری از آن در قراردادهای خصوصی جز در موارد مصرح در قانون یا درج شرط خیار در قرارداد توسط طرفین، وجود ندارد. همان‌گونه که پیش‌تر بیان شد شرکت گشایش اعتبار اسنادی در معامله پایه، شرط فعل مثبت محسوب می‌گردد و در حقوق ایران به پشتوانه مبانی فقهی، ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل در مرحله اول، الزام مشروط علیه و در مرحله دوم انجام شرط به وسیله دیگری با خرج ملتزم و در

عدم امکان الزام مشتری به تمهید مقدمات پرداخت ثمن به وسیله اعتبار اسنادی، طریق دیگری جهت نیل به هدف قرارداد می‌باشد، که همانا وصول عوض قراردادی است؛ چرا که به هر حال هر چند در روش پرداخت اعتبار اسنادی، مشتری هم‌ذی‌نفع است و به موجب آن، پرداخت وجه ال‌سی از ناحیه بانک گشاینده، منوط به تحویل اسناد مطابق اعتبار اسنادی است؛ لیکن با وجود تخلف مشتری از گشایش اعتبار اسنادی و با توجه به ممتنع بودن انجام شرط به واسطه تقصیر مشتری‌ای که از جهت پرداخت وجه ال‌سی به فروشنده از ناحیه بانک منوط به ارائه اسناد مطابق اعتبار اسنادی می‌باشد، مشروطه محسوب می‌شود؛ حسب قسمت اخیر ماده‌ی ۲۴۰ قانون مدنی که مقرر می‌دارد «...در صورتی که امتناع شرط مستند به مشروط له باشد حق فسخ ندارد» به نظر می‌رسد مانعی در جهت طرح دعوای مطالبه ثمن بدون پرداخت آن از طریق روش اعتبار اسنادی و با صرف نظر کردن بایع از آن به واسطه اقدام مشتری، وجود نخواهد داشت.

حق حبس ضمانت اجرای دیگری می‌باشد که در صورت تخلف مشتری از گشایش اعتبار اسنادی می‌تواند مانع از ضرر بایع باشد. به این صورت که برابر شرط مندرج در معامله پایه، جهت پرداخت ثمن به وسیله اعتبار اسنادی، علی‌الاصول تحویل اسناد حمل و مالکیت کالا منوط به پرداخت وجه اعتبار اسنادی است و تا زمانی که اعتبار اسنادی گشایش یافته باشد، تحویل اسناد کالا به صورت همزمان با پرداخت وجه ال‌سی سالبه به انتفاء موضوع است و در صورتی که اعتبار اسنادی مطابق با شرایط معامله پایه توافق شده گشایش نیافته باشد، بایع می‌تواند از تحویل اسناد حمل و مالکیت کالا به بانک امتناع ورزد و از دریافت وجه اعتبار اسنادی استنکاف نماید. این حق حبس حسب مدلول و محتوای شرط ضمن عقدی طرفین است. هرچند در حقوق ایران حق حبس مختص تعهدات حال یا مؤجل همزمان است؛ بدین صورت که برخی حقوقدانان گفته‌اند؛ پس از تحقق قرارداد و التزام

وجه آن توسط فروشنده، استمرار دارد و از منظر دیگر، تعهدی مرکب از تعهدات فرعی می‌باشد که نیازمند انجام تعهدات فرعی دیگر از جمله همکاری در اجرای قرارداد و حسن نیت در اجرای قرارداد خواهد بود. گشایش اعتبار اسنادی توسط بانک گشاینده، منوط به تقاضای خریدار از بانک و قبول تقاضای مذکور توسط آن بانک و دادن تضمینات کافی از جمله وثیقه یا ضمانت‌نامه و ... است؛ به گونه‌ای که کوچکترین تخلف و اهمال از ناحیه مشتری می‌تواند موجب نقض تعهد باشد. لذا به نظر می‌رسد شرط گشایش اعتبار اسنادی از جمله شروطی می‌باشد که امکان الزام مشروط‌علیه به انجام آن، بدون آنکه وی راضی به انجام آن باشد، وجود ندارد. به عبارت دیگر، شرط مذکور سوای از ماهیت خاص آن که در آینده با آن اشاره می‌شود، از همان ملاک‌های شروطی که در قانون مدنی امکان الزام عملی به انجام آنها ممکن نیست، پیروی می‌نماید و به مشروط‌له به طور مستقیم حق فسخ قرارداد را می‌دهد.

۴،۳،۳ تطبیق ماهیت خاص شرط گشایش

اعتبار اسنادی با حقوق مدنی ایران

برخی معتقدند در مفهوم تعلیق قرارداد به شرط سابق، مادامی که شرط گشایش اعتبار محقق نگردیده است، طرفین متعهد و ملتزم به قرارداد مبنا نمی‌باشند؛ به نحوی که هر یک مخیر است و می‌تواند بدون داشتن مسوولیت، از معامله منصرف شود. تفسیر رایج‌تر و ثانویه این است که تا لحظه وقوع و حادث شدن شرط، هیچ یک از طرفین متعهد به قرارداد اصلی نمی‌باشند، با وجود این نباید در جهت جلوگیری از وقوع آن امر عملی انجام دهند) غفور خوئینی، حسین قربانیان، ۱۳۹۲، ۶۵). بین دو حالت شرط فعل ضمن عقد و تعلیق عقد بر فعل باید تفاوت گذارد چراکه در شرط فعل ماهیت عقد همزمان با ایجاب و قبول به طور منجز تحقق می‌یابد و با تشکیل عقد، انجام فعل مورد شرط نیز عهده‌ی مشروط له قرار می‌گیرد، اما در تعلیق عقد بر فعل یکی از دو طرف عقد، پیش از انجام آن فعل (حصول

مرحله آخر، فسخ می‌باشد. مسئله‌ای که در این مجال درصدد پاسخ به آنیم ارتباط شرط حاضر با قواعد الزام در شرط فعل از یک طرف و ماهیت خاص شرط فعل از نوع گشایش ال سی، از طرف دیگر می‌باشد.

۴،۳،۱ ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل

هرگاه مشروط علیه از وفای به مفاد شرط امتناع نماید و اجبار وی به انجام شرط توسط حاکم امکان پذیر نباشد در این صورت حسب ماده‌ی ۲۳۹ قانون مدنی مشروط‌له حق فسخ قرارداد را دارد. مرحوم شیخ انصاری (ره) مبنای وجود چنین خیاری را امری عقلایی و گاه مستند آن را ضرر و زیانی که از عدم انجام شرط متوجه مشروط له شده است، می‌دانند (شیخ انصاری، ۱۳۷۹، ۷۰). برخی از فقها معتقدند که مقتضای عقد مشروط همانا عمل بر طبق شرط است چه به نحو اختیار و چه به نحو اجبار (شیخ انصاری، ۱۳۷۹، ۷۱ و ایروانی ۱۹۵۰، ۲۹۷) و نظر به ترتیبی بودن الزام به ایفای شرط و سپس اعمال حق فسخ دارند. نظری که قانون مدنی ایران در مواد ۲۳۷، ۲۳۸ و ۲۳۹ پذیرفته است. در مقابل برخی دیگر از فقهای امامیه معتقدند که منشاء ضرر در لزوم عقد، حین عدم وفای به شرط، موجب می‌شود لزوم عقد مرتفع گردد و امکان الزام مشروط‌علیه در حکم قوه امکان رفع ضرر است نه اینکه لزوماً ضرر را رفع نماید لذا باید فسخ هم عرض اجبار باشد تا ضرری از باب لزوم عقد به مشروط‌له وارد نشود (محقق اصفهانی، ۱۴۱۹، ۱۹۱) مرحوم طباطبایی یزدی نیز معتقدند که اگر به عرف رجوع شود بنای ایشان بر این است که در صورت عدم وفای به شرط، مشروط‌له مخیر خواهد بود عقد را فسخ نماید و فسخ و الزام را در عرض یکدیگر می‌دانند (طباطبائی یزدی، ۱۳۷۰، ۱۲۹).

۴،۳،۲ قابلیت یا عدم امکان قابلیت الزام

مشروط‌علیه به انجام شرط

شرط گشایش اعتبار اسنادی در معامله پایه، از منظر اجرای آن در یک بازه زمانی مدت‌دار، یک تعهد مستمر محسوب می‌شود که اجرای آن تا زمان وصول

گشایش اعتبار اسنادی، با توجه به اینکه غرض نهایی آن، پرداخت ثمن از ناحیه شخص ثالثی می‌باشد یک نوع شرط معرفی ضامن محسوب می‌شود و از قواعد حاکم بر شرط بر ضامن در معامله پیروی می‌کند. به موجب ماده‌ی ۲۴۱ قانون مدنی که مقرر می‌دارد « ممکن است در معامله شرط شود یکی از متعاملین برای آنچه که به واسطه معامله مشغول‌الذمه می‌شود رهن یا ضامن بدهد»، لذا با توجه به تطبیق شرط گشایش اعتبار اسنادی بر شرط ضامن در حقوق ایران، ضمانت اجرای تخلف از این شرط را باید در ضمانت اجرای تخلف از شرط ضامن، جستجو نمود. در این خصوص ماده‌ی ۲۴۳ قانون مدنی مقرر می‌دارد « هرگاه در عقد شرط شده باشد که ضامنی داده شود و این شرکت انجام نگیرد مشروط له حق فسخ معامله را خواهد داشت». همچنین ماده‌ی ۳۷۹ قانون مدنی نیز ضمانت اجرای تخلف از شرط ضامن و رهن را حق فسخ دانسته است؛ به عبارت دیگر هر چند ضمانت اجرای اولیه تخلف از شرط فعل در حقوق ایران الزام است، ولی حسب مواد مختلف قانون مدنی این اطلاق سه استثناء دارد که در صورت تخلف مشروط‌علیه، مشروط‌له مستقیماً حق فسخ قرارداد را خواهد داشت؛ اول، شرط رهن و ضامن (مواد ۲۴۲ و ۲۴۳ قانون مدنی)؛ دوم، تخلف از شرط فعل در روابط موجر و مستاجر (ماده‌ی ۴۹۶ قانون مدنی)؛ سوم تخلف از شرط فعل در فروش مبیع از روی نمونه (ماده‌ی ۳۵۴ قانون مدنی). فصل مشترک تمام موارد مذکور، عدم امکان عملی الزام مشروط‌علیه به انجام چنین شروطی می‌باشد؛ که در خصوص شرط گشایش اعتبار اسنادی در معامله پایه، که بر شرط ضامن تطبیق داده شد، نیز صادق و از همان ملاک پیروی می‌نماید. بنابراین می‌توان گفت که در صورت تخلف مشروط‌علیه از گشایش اعتبار اسنادی یا گشایش غیرمنطبق آن با شرایط معامله پایه، مشروط له می‌تواند برابر ماده‌ی ۲۴۴ قانون مدنی با عدول از شرط گشایش ال سی، اقدام به مطالبه ثمن نماید؛ یا حسب ماده‌ی ۲۴۳ قانون مدنی و با استناد

معلق علیه)، عقد تشکیل نمی‌شود و تشکیل آن موکول به انجام فعل معلق علیه توسط طرف عقد است (مهدی شهیدی، ۱۳۸۶، ۸۴) به عبارت دیگر در نوع اول، شرط فعلی ضمن یک عقد صحیح واقع شده درج می‌گردد و مشمول شروط ضمن عقد و ضمانت اجراهای آن است و در نوع دوم، تا تحقق معلق علیه، عقد واجد اثر حقوقی نمی‌گردد و بالطبع تخلف از شرط مذکور دارای ضمانت اجرای تخلف از شرط نمی‌باشد چراکه هنوز عقد صحیحی واقع نشده است و ضمانت اجراهای تخلف از شروط ضمن عقد اعم از الزام، فسخ و اخذ خسارت عارض بر عقد صحیح و منجز می‌باشند، بنابراین، این نوع شروط تخصصاً از موضوع بحث حاضر خارج می‌باشند. همان‌گونه که پیش‌تر بیان شد هیچ تلازمی میان ماهیت اعتبار اسنادی گشایش یافته توسط بانک گشاینده با معامله پایه و شروط ضمن آن از جمله شرط گشایش اعتبار اسنادی وجود ندارد و شرط ضمن عقدی مذکور می‌تواند ماهیتی جدای از خود اعتبار اسنادی داشته باشد به گونه‌ای که ماده‌ی ۴۰۰ UCP ۴ اعتبار اسنادی را بنا بر ماهیت خود معامله‌ای جدا از قرارداد فروش یا سایر قراردادهایی که مبنای گشایش اعتبار اسنادی قرار می‌گیرند، معرفی می‌کند.

به نظر می‌رسد با توجه به ماهیت خاص و ویژه و منحصر به فرد اعتبار اسنادی که قواعد خاص حاکم بر خویش را دارا می‌باشد و از نظر قواعد حاکم، مشمول قواعد یو. سی. پی. ۶۰۰، بوده که مورد پذیرش بانک‌های ایران نیز قرار گرفته است، همچنین به پیروی از عرف‌های تجاری بین‌المللی، می‌توان گفت شرط گشایش اعتبار اسنادی در معامله پایه هرچند یک روش پرداخت جهت پرداخت ثمن معامله می‌باشد؛ لیکن در مرحله اول، یک تضمین جهت پرداخت ثمن محسوب می‌شود که به موجب آن بانک گشاینده و در صورت وجود بانک تاییدکننده، تعهد مستقل و غیر قابل برگشت در مقابل فروشنده خواهند داشت (مواد ۷ و ۸ یو. سی. پی.)؛ بدین ترتیب می‌توان گفت شرط



به خیار تخلف از شرط (معرفی ضامن)، معامله را فسخ نماید.

۵ نتیجه گیری

از مقاله حاضر نتایج ذیل به دست می‌آید:

۱- در برخی قراردادهای تکالیف مستمر و ثابتی بر عهده‌ی متعهد گذاشته می‌شود (همانند پرداخت ثمن به همراه شرط گشایش ال سی جهت پرداخت ثمن و تطابق شروط ال سی با قرارداد پایه). در این فرض اگر متعهد از انجام تعهداتش امتناع ورزد و متعهد له خواستار اجرای تعهد گردد، به لحاظ نوع قرارداد امکان اجرای عین تعهد وجود ندارد زیرا اجرای عین تعهد مستلزم نظارت مستمر محاکم نیز می‌باشد و این اقدام امکان پذیر نیست.

۲- عدم امکان الزام متعهد به تمهید مقدمات گشایش اعتبار اسنادی، به معنای عدم امکان الزام مشتری به پرداخت ثمن در کشورهایی که الزام متعهد به انجام این تعهد را مجاز می‌دانند، نمی‌باشد. بنابراین بایع می‌تواند در فرض عدم گشایش اعتبار اسنادی، الزام مشتری به پرداخت ثمن مطابق قرارداد را از دادگاه یا مرجع احتمالی داور مطالبه نماید یا از حق حبس مندرج در بند ۱ ماده‌ی ۵۸ و ماده‌ی ۷۱ کنوانسیون بیع بین المللی کالا استفاده نماید.

۳- الزام به اجرای عینی تعهد مشتری مبنی بر گشایش اعتبار اسنادی به علت عدم امکان الزام به آن قابل پذیرش نیست؛ لیکن این به معنای عدم امکان مطالبه ثمن نیست چرا که اعتبار اسنادی به عنوان یک روش جهت پرداخت ثمن است نه یک روش یا وسیله‌ای که پرداخت ثمن تنها در قالب آن موضوعیت داشته باشد. بنابراین تنها ضمانت‌های اجرایی ممکن در خصوص تخلف مشتری از گشایش اعتبار اسنادی می‌تواند مطالبه ثمن یا اعلام بطلان قرارداد باشد، البته این حق منافی با مطالبه خسارت به انضمام مطالبه ثمن و اعلام بطلان قرارداد نمی‌باشد.

۴- با توجه به ماهیت خاص و ویژه و منحصر به فرد اعتبار اسنادی که قواعد خاص حاکم بر خویش را دارا می‌باشد و از نظر قواعد حاکم، مشمول قواعد یو. سی. پی. ۶۰۰، بوده که مورد پذیرش بانک‌های ایران نیز قرار گرفته است، همچنین به پیروی از عرف‌های تجاری بین‌المللی، می‌توان گفت شرط گشایش اعتبار اسنادی در معامله پایه هرچند یک روش پرداخت جهت پرداخت ثمن معامله می‌باشد؛ لیکن در مرحله اول، یک تضمین جهت پرداخت ثمن محسوب می‌شود که به موجب آن بانک گشاینده و در صورت وجود بانک تاییدکننده، تعهد مستقل و غیر قابل برگشت در مقابل فروشنده خواهند داشت (مواد ۷ و ۸ یو. سی. پی.)؛ بدین ترتیب می‌توان گفت شرط گشایش اعتبار اسنادی، با توجه به اینکه غرض نهایی آن، پرداخت ثمن از ناحیه شخص ثالثی می‌باشد یک نوع شرط معرفی ضامن محسوب می‌شود و از قواعد حاکم بر شرط بر ضامن در معامله پیروی می‌کند. به موجب ماده‌ی ۲۴۱ قانون مدنی که مقرر می‌دارد « ممکن است در معامله شرط شود یکی از متعاملین برای آنچه که به واسطه معامله مشغول‌الذمه می‌شود رهن یا ضامن بدهد»، لذا با توجه به تطبیق شرط گشایش اعتبار اسنادی بر شرط ضامن در حقوق ایران، ضمانت اجرای تخلف از این شرط را باید در ضمانت اجرای تخلف از شرط ضامن، جستجو نمود. در این خصوص ماده‌ی ۲۴۳ قانون مدنی مقرر می‌دارد « هرگاه در عقد شرط شده باشد که ضامنی داده شود و این شرکت انجام نگیرد مشروط له حق فسخ معامله را خواهد داشت ». همچنین ماده‌ی ۳۷۹ قانون مدنی نیز ضمانت اجرای تخلف از شرط ضامن و رهن را حق فسخ دانسته است؛ به عبارت دیگر هر چند ضمانت اجرای اولیه تخلف از شرط فعل در حقوق ایران الزام است، ولی حسب مواد مختلف قانون مدنی این اطلاق سه استثناء دارد که در صورت تخلف مشروط‌علیه، مشروط‌له مستقیم حق فسخ قرارداد را خواهد داشت؛ اول، شرط رهن و ضامن (مواد ۲۴۲ و ۲۴۳ قانون مدنی)؛ دوم، تخلف از شرط فعل در روابط موجر و مستاجر (ماده‌ی ۴۹۶ قانون مدنی)؛ سوم

گشایش غیرمنطبق آن با شرایط معامله پایه، مشروط له می‌تواند برابر ماده‌ی ۲۴۴ قانون مدنی با عدول از شرط گشایش ال سی، اقدام به مطالبه ثمن نماید؛ یا حسب ماده‌ی ۲۴۳ قانون مدنی و با استناد به خیار تخلف از شرط (معرفی ضامن)، معامله را فسخ نماید.

تخلف از شرط فعل در فروش مبیع از روی نمونه (ماده‌ی ۳۵۴ قانون مدنی). فصل مشترک تمام موارد مذکور، عدم امکان عملی الزام مشروط علیه به انجام چنین شروطی می‌باشد؛ که در خصوص شرط گشایش اعتبار اسنادی در معامله پایه، که بر شرط ضمان تطبیق داده شد، نیز صادق و از همان ملاک پیروی می‌نماید. بنابراین می‌توان گفت که در صورت تخلف مشروط‌علیه از گشایش اعتبار اسنادی یا

منابع

- Afshar, Bahman, Mousavi, Seyed Reza, Internal documentary credits - Rials (structure, nature and contractual basis), Qanun Yar Quarterly, Volume 2, Number 5, 1397, 33-59.
- Allame Heli, Tazkerat al-Foqhaha, Tabriz: Razavi Library, Al-Ihya, Al-Jaafari Archeology, vol, 1, No date.
- Amini, Azam Haeri, Mohammad Hassan "The right to imprisonment and its basis in exchange contracts based on the view of Imam Khomeini," Matin Research Letter 72 (2016): 19-45.
- Ansari, Morteza, Makaseb, Qom: Mohebin Publications, Vol, 6, 2000.
- Asghari Agh Mashhadi, Fakhreddin, Nouri, Fakhri, The right to imprisonment in the Convention on the International Sale of Goods (Vienna 1980), Mofid Letter, No. 52, 1384, 81-96, page 81.
- Gao, X Young, Ross P., Buckley, "The special and unique legal nature of letters of credit and the origin of letters of credit and its sources," Translated by Mashaallah Bananyasari, Legal Journal, Journal of the Center for Legal Affairs and Parliamentary Affairs, 35 (2006) 305-345.
- Ghabuoli Derafshan, Seyed Mohammad Mehdi, Kheiri Jabr, Ali, Ansari, Azam "How to Terminate the Presumption of Violation of Contractual Obligations in the 1980 Convention on International Sale, Iranian and Iraqi Law," Quarterly Journal of Private Law Studies, 3 (2018): 89-114.
- Halond, John, The Uniform Law of International Sale of Goods under the 1980 United Nations Convention, Translator, Homayoun Maafi, Tehran: Majd, 2015.
- Hesami, Ali, Lotfi Dodran, Alireza, A Comparative Study of the Compulsory Enforcement of the Contract in Iranian Law and the 1980 Vienna Convention on the International Sale of Goods, Journal of New Achievements in Humanities Studies, No. 34, 1399, pp. 41-51.
- Iravani Najafi, Mirza Ali, Margin on Makaseb, Qom: Written by Najafi, vol, 3, 1959.
- Isfahanian, Mohammad Hossein, Margin on Makaseb, Qom: Researcher, vol, 5, 1998.
- Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, General Philosophy of Law Based on the Originality of Practice



- (Balance Theory), Tehran, Ganj-e-Danesh, third edition, 1399.
- Katozian, Nasser, Lessons from Certain Contracts, Tehran: Volume 1, Treasure of Knowledge, 1999.
- Khoei, Abual-Qasem, Menhaj al-Saleheen, Qom: Madinat al-Elam, vol, 2, 1989.
- Khoeini, Ghafoor, Ghorbaniyan, Hassan, The Condition of Opening Credit in International Sales Contracts, Quarterly Journal of Legal Excellence, No. 5, 2013, 55-82.
- kupelyants, 2012: 16; lando, 2001: 350/kupelyunts, hayk, (2012), specific performance in the draft common frame of reference, ucl tournul of law and jurspraadence, vol, 1no,2, available at: [http/ ojs,lib, ucl, Ac, Uk](http://ojs.lib.ucl.ac.uk).
- Mahmasani, Sobhi, Obligations and Contracts, Beirut: Dar Al-Mala'in, 1972.
- Mohaghegh Damad, Seyyed Mostafa, General Theory of Conditions and Obligations in Islamic Law, Tehran: Islamic Sciences Publishing Center, Vol, 1, 2011.
- Mohaghegh Damad, Seyyed Mostafa, Rules of Jurisprudence (Civil Section 2), Tehran: Samt, 2005.
- Nicholas (1982: 210-2130) Nicholas, barry (1982), French law of contaract, London, butter worths, 210-213.
- Safaei, Seyed Hossein, Kazemi Mahmoud, Adel, Morteza, Mirzanejad, Akbar, International Sale Law, Tehran: University of Tehran Press, 2011.
- Saleem, Essam Anwar, Characteristics of the international sale in accordance with the United Nations Convention on the International Sale of Goods concluded in Vienna, Iskandaryeh: Manshet al-Maaref, 1980).
- Shabani, Qasem, Determining Damages in Contracts and Obligations, Tehran: Information Publications, 2006.
- Shahid Aval, Lomeh Dameshghieh, translation and explanation, Mohammad Gharaviyan and Ali Shirvani, Tehran: Dar al-Fekr Publications, Vol, 1, 1998.
- Shahid Sani, legal issues of Sharh Lomeh, by the efforts of Assadollah Lotfi, Tehran: Majd Publications, 2001.
- Shahidi, Mehdi, Conditions during the contract, Tehran, Majd, 1st edition, 2007.
- Shiravi, Abdul Hossein, International Trade Law, Tehran: Samt, 2020.
- Soltaninejad, Hedayatullah, "Fulfilling the same contractual obligations and its obstacles in jurisprudence and various legal systems," Comparative Research in Islamic and Western Law 2, (2017): 109-136.
- Tabatabaei Yazdi, Seyyed Mohammad Kazem, Margin on Makaseb, Qom: Ismailian Institute, Volume 2, 1991.
- Tahmasebi, Ali "Comparative study of the obligation to fulfill the same obligation and termination of the contract in the law of Iran and Germany", Comparative Law Research 1 (2018): 27-49.
- Taleb Ahmadi, Habib "Major breach of contract in the Convention on the International Sale of Goods," Journal of Legal Studies, Shiraz University 1, (2014): 111-146.



the uniform customs and practice for
documentary credits, 2007, icc
publication no, 600(UCP 600).

Research Paper

Adherence of E-Justice to the Basic Principles of Procedure: A Comparative Study on French Law

Hassan Mohseni*¹ , Zeinab Beheshtipour² 

¹ Associate Professor, Department of Private and Islamic Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran

² Master of Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran



10.22080/LPS.2022.22729.1292

Received:

December 1, 2021

Accepted:

January 2, 2022

Available online:

February 14, 2022

Keywords:

Elimination of material,
Right to access paper
copies, Right to deviate,
Right of defense.

Abstract

Transforming the traditional procedure into an electronic procedure with the idea of material formalization of the litigation and its procedure means the elimination of material and paper tools and equipment in the procedure and the acceptance of information and communication technology. The influence of technology on various areas of the litigation process, as an inevitable thing, leads the litigation process towards materialization by removing paper, changing the concept of time and place, and as a result, providing faster, easier and more reliable services. Despite the widespread benefits of the influence of these technologies on the judiciary system, the implementation of this method of exchanging information and communication in the judiciary must be done in accordance with certain principles and adherence to them, including the right of the parties to access the paper copy and the principle of the ability to deviate from the method of electronic information exchange and the principle of observing the defense rights of the parties. Each of these rights and principles assists the administration of fair trial which is affected by the elimination of material and paper tools and always brings an opportunity for court to control the prerequisites of e-justice. This control increases the power of court and finally results in due process and good enforcement of procedure. According to the authors, the world of litigation does not change with the advent of information and communication technology.

*Corresponding Author: Hassan Mohseni

Address: Associate Professor, Department of Private and Islamic Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran **Email:** hmohseny@ut.ac.ir



Extended Abstract

1. Introduction

Transforming the traditional procedure into an electronic procedure with the idea of material formalization of the litigation and its procedure means the elimination of material and paper tools and equipment in the procedure and the acceptance of information and communication technology. The influence of technology in various areas of the litigation process, as an inevitable thing, leads the litigation process towards materialization by removing paper, changing the concept of time and place, and as a result, providing faster, easier and more reliable services.

Despite the widespread benefits of the influence of these technologies on the judiciary system, the implementation of this method of exchanging information and communication in the judiciary must be done in accordance with certain principles and adherence to them, including the right of the parties to access the paper copy and the principle of the ability to deviate from the method of electronic information exchange and the principle of observing the defense rights of the parties.

Each of these rights and principles assists the administration of fair trial which is affected by the elimination of material and paper tools and bringing an opportunity for court to control the prerequisites of e-justice. This control increases the power of court and finally results in due process and good enforcement of procedure. According to the authors, the world of litigation does not change with the advent of information and communication technology.

2. Methods

In this article, the basic hypothesis which we seek to prove considering the French Law is that the implementation of information and communication technology in the procedure and the creation of electronic proceedings must be in accordance with the principles of the proceedings. Among these principles, the principle of observance of defense rights has a prominence and a special rule over this process (this hypothesis has already been repeated in the following two articles and we seek to prove it in this article: Mohseni, 2010, p. 59 ; Also: Mohseni & Rezainejad, 2013, pp. 117 to 142.).

Such a view requires a consideration of specific principles in the relationship between ICT law and litigation law. Principles that sometimes have a compensatory view of the rights at stake, such as the principle of the right to access the paper copies, sometimes seek to agree on the acceptance and deviation from information technology and interpret the principle of observance of defense rights when the average IT knowledge seeks to prevent harm.

3. Findings

According to the authors, although ICT seeks to eliminate paper or neglect parallel actions, the proper litigation system should recognize the right of access to the paper copy. The benefit of this work is to guarantee the principle of observance of defense rights and allow those who refer to the judiciary to have a gradual adaptation to the developments caused by information and communication technology.

4. Conclusion

In general, it should be reiterated that the principle of protection of defense rights as an umbrella of protection prevails throughout the traditional and modern procedure, which is the result of the implementation of information and communication technology in the proceedings. It should not be in conflict with the basic principles of the trial since we know the world of justice as the world from the trial. Therefore, information and communication technology should not turn it into another world because these are the principles always present in the trials that give it legitimacy. According to the authors, the judicial system considers this principle as a criterion for measuring the quality and efficiency of any technological change in the conventional and traditional procedure.

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

پایبندی دادرسی الکترونیک به اصول بنیادین دادرسی با نگاهی تطبیقی به حقوق فرانسه

حسن محسنی*^۱ ID، زینب بهشتی پور^۲ ID

^۱ دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران
^۲ کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران



10.22080/LPS.2022.22729.1292

چکیده

تبدیل آیین دادرسی سنتی به آیین دادرسی الکترونیک با اندیشه تشریفات زدایی مادی از دادرسی و آیین آن به معنای از بین بردن ابزارها و وسایل مادی و کاغذی در دادرسی است که مستقیماً ناشی از پذیرش فناوری اطلاعات و ارتباطات در دادرسی و آیین آن است. نفوذ و تأثیر فناوری در حیطه‌های مختلف فرایند دادرسی به عنوان امری اجتناب ناپذیر، سیر مراحل دادرسی را به سمت ماده زدایی با حذف کاغذ، تغییر مفهوم زمان و مکان از آن و در نتیجه ارائه خدمات سریعتر، آسانتر و قابل اعتمادتر سوق می‌دهد. با وجود مزایای گسترده نفوذ این فناوری‌ها در سامانه قضایی، اجرای این شیوه تبادل اطلاعات و ارتباطات در دادگستری باید با رعایت برخی اصول و پایبندی به آن‌ها انجام شود؛ اصولی مانند حق دسترسی طرفین به نسخه کاغذی و اصل قابلیت عدول از شیوه تبادل اطلاعات الکترونیک و اصل رعایت حقوق دفاعی طرفین. هر یک از این حقوق و اصول، کمک می‌کند تا اجرای اصول دادرسی عادلانه و منصفانه با تشریفات زدایی مادی از آیین دادرسی لطمه نیند و همواره فرصتی در اختیار دادگاه باشد تا بتواند بر شیوه اجرای الزامات آیین دادرسی الکترونیک نظارت نماید؛ نظارتی که گرچه به دادگاه اختیاراتی عطا می‌کند ولی در نهایت موجب اجرای بهتر آیین دادرسی الکترونیک و اصول دادرسی می‌شود. به باور نگارندگان، جهان دادرسی با ورود فناوری اطلاعات و ارتباطات به جهانی دیگر بدل نمی‌شود.

تاریخ دریافت:

۱۰ آذر ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۱۲ دی ۱۴۰۰

تاریخ انتشار:

۱۵ اسفند ۱۴۰۰

کلیدواژه‌ها:

تشریفات زدایی، حق عدول، حق بر کاغذ، حق دفاع

* نویسنده مسئول: حسن محسنی

آدرس: دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق ایمیل: hmohseny@ut.ac.ir و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

۱ مقدمه

(این فرضیه پیش از این در دو نوشته زیر تکرار شده است و ما به دنبال اثبات آن در این نوشته هستیم: محسنی، ۱۳۸۹، ص. ۵۹. همچنین: محسنی و رضایی‌نژاد، ۱۳۹۱، ص. ۱۱۷ تا ۱۴۲).^۱

چنین نگاهی نیازمند بررسی اصولی خاص در ارتباط میان حقوق فناوری اطلاعات و ارتباطات و حقوق دادرسی است. اصولی که گاه نگاهی جبرانی به حقوق در معرض آسیب دارند مانند اصل حق بر نسخه کاغذی و گاه به دنبال توافقی کردن پذیرش و عدول از فناوری اطلاعات هستند و گاه از اصل رعایت حقوق دفاعی تفسیری به دست می‌دهند که برای نمونه، هرگاه آگاهی متوسط از دانش فناوری اطلاعات کاهش یابد، به دنبال جلوگیری از آسیب بر می‌آیند.

نگارندگان پیشاپیش تصدیق می‌کنند که در این نوشته کوشش می‌شود مرز ساخته شده میان اصول دادرسی الکترونیک و اصول دادرسی، کمرنگ شود و همچنان حکومت اصول دادرسی بر تمامیت فرایند دادرسی الکترونیک و آیین آن حاضر تلقی شود؛ حضوری که با تفسیر نوین و پیوند زدن برخی ویژگی‌ها و اصول دادرسی الکترونیک با اصول دادرسی تصور و تصدیق می‌شود. به بیان دیگر، این نوشته به دنبال نشان دادن این است که با رشد فناوری اطلاعات و ارتباطات، جهان دادرسی و آیین آن به جهانی دیگر بدل نمی‌شود.

از نگاه ادبیات و سوابق پژوهش، این موضوع به عنوان تابعی از موضوعات مرتبط با مسایل حقوق و فناوری اطلاعات و ارتباطات دارای زمینه‌ها و بستر پژوهش است و در حقوق ایران هم کارها و نوشته‌هایی در پیرامون این امر نوشته شده^۲ ولی از نگاه

گرچه دادرسی تشریفاتی و این خود یک اصل است، تشریفات دادرسی را باید در چارچوب و راستای اصول دادرسی تنظیم و اجرا و تفسیر کرد و فرقی ندارد که این تشریفات با اثرپذیری از فناوری اطلاعات و ارتباطات ماده زدایی شده باشند. به دیگر سخن، استفاده از ابزارهای الکترونیکی در آیین دادرسی مدنی گرچه موجب زدایش تشریفات مادی از فرایند دادرسی می‌شود و گرچه مفهوم تشریفات را از تشریفات سخت و کاغذی و طبیعی به تشریفات نرم و رایانه‌ای تغییر می‌دهد ولی، آیا می‌تواند موجب تغییر هدف، مفهوم و بنیاد اصول دادرسی مانند حق دفاع، بی‌طرفی و تقابلی بودن دادرسی شود؟

به باور نگارندگان برای پاسداری این اصول، اجرای تشریفات زدایی مادی باید به گونه‌ای باشد که حقوق متداعیین و به ویژه حمایت از طرف ضعیف‌تر در برابر آسیب‌های توسعه فناوری موجب تضمین شود و این نگاه گرچه می‌تواند نگاهی مستقل باشد ولی از اصول کلی حقوق دادرسی مانند اصل بی‌طرفی، رعایت حقوق دفاعی و تقابلی بودن دادرسی برداشت می‌شود.

فرضیه اساسی این نوشته که به دنبال اثبات آن هستیم و برای این کار نگاهی هم به حقوق فرانسه خواهیم داشت، آن است که اجرای فناوری اطلاعات و ارتباطات در آیین دادرسی و پدید آوردن دادرسی الکترونیک، باید با رعایت اصول دادرسی باشد و از میان این اصول، اصل رعایت حقوق دفاعی برجستگی و حکومت ویژه‌ای بر جریان این کار دارد

۱. این فرضیه یکبار پیش از این با توجه به مقررات حاکم، در پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی یکی از نگارندگان که با راهنمایی نگارنده دیگر، به سال ۱۳۹۸ در دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران دفاع شده، ارزیابی و تحلیل گردیده و مقاله حاضر در مبنا و بنیاد، بازتابی به روز و با تحلیل‌های جدید است از بازخورد این فرضیه در آن پایان‌نامه. ر.ک: (بهشتی‌پور، ۱۳۹۸).

۲. برای مطالعه در این باره که تنها چند مورد بیان می‌شود و نفی ماعدا نیست ر.ک: زرکلام، ۱۳۹۱، ص. ۱۲۹ تا ۱۵۰؛ مهرافشان، ۱۳۹۳، ص. ۱۱۳ تا ۱۴۰؛ زاده حسین علیایی و احمدی، ۱۳۹۷، ص. ۱۱ تا ۱۳۶؛ اسمعیلی و پورقهرمان، ۱۳۹۸، ص. ۲۹ تا ۵۹. در حقوق خارجی نیز این موضوع بررسی شده است که به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود مانند: RAINE, 2001, P. 115-132; Hörnle, 2009; Kramer, 2016, P. 351-375.



عیان برای مقابله با فراموشی است.^۱ با این وصف، گرچه قانونگذار اساس پرونده‌های دادرسی را بر کاغذ استوار نموده است و به نظر می‌رسد این اساس، همچنان، چه در عمل و چه در نظر، پابرجا باشد (مواد ۴۸ و ۶۷ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۷۹ که از تقدیم نسخه کاغذی دادخواست و ابلاغ چنین نسخه‌ای سخن گفته)، حق بر نسخه کاغذی، در ماده ۴ آیین‌نامه نحوه استفاده از سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی مصوب ۱۳۹۵ رییس وقت قوه قضاییه تا اندازه زیادی تحدید شده است. این ماده چنین مقرر داشته: «در صورت ایجاد و فراهم بودن امکانات لازم، اقدامات الکترونیکی موضوع این آیین‌نامه با شرایط مقرر در سامانه رایانه‌ای و سامانه مخابراتی، جایگزین اقدامات غیر الکترونیکی خواهد شد. اقدامات موازی در فضای غیرالکترونیکی ممنوع است». جایگزینی اقدامات الکترونیک به شرط فراهم بودن امکانات و نفی اقدامات موازی در فضایی که الکترونیک نیست، چنانچه با در نظر گرفتن این حق انجام نشود، اصل کفایت داده پیام را که در ماده ۶ قانون تجارت الکترونیک مصوب سال ۱۳۸۲ آمده و سپس در ماده ۶۶۵ قانون آیین دادرسی جرائم نیروهای مسلح و دادرسی الکترونیک مصوب ۱۳۹۳ تکرار شده ۳ در معنای واقعی محقق نمی‌شود و چنین کفایتی پدید نمی‌آید.

این اصل در حقوق برخی کشورها نمودهایی داشته است؛ برای مثال در حقوق فرانسه، اگرچه تمامی ابلاغ‌ها، آگهی‌ها، گزارش‌ها و صورت مجلس‌های دادرسی را می‌توان از طریق الکترونیکی

دستور خاصی برای استفاده کالا صادر می‌کند و یا از بکارگیری روش‌های خاصی به صورت فعل یا ترک فعل منع می‌کند.
۳. در هر مورد که به موجب قوانین آیین دادرسی و سایر قوانین و مقررات موضوعه اعم از حقوقی و کیفری، سند، مدرک، نوشته، برگه اجراییه، اوراق رأی، امضا، اثر انگشت، ابلاغ اوراق قضایی، نشانی و مانند آن لازم باشد صورت الکترونیکی یا محتوای الکترونیکی آن حسب مورد با رعایت سازوکارهای امنیتی مذکور در مواد این قانون و تبصره‌های آن کافی و معتبر است.

موضوع و فرضیه مورد مطالعه در این نوشته، ان چه در این مقاله آمده دارای نگاه و اندیشه متمایزی در چالش میان الزامات اجرای این فناوری و اصول دادرسی و نمایش دادن اصل رعایت حقوق دفاعی است.

در این نوشته برای رفع این آسیب‌های اجرای فناوری اطلاعات و ارتباطات نسبت به حقوق دادخواهان و یا کمتر شدن آن، سه اصل بالا گفته در سه بند پایبندی از راه اصل دسترسی به نسخه کاغذی، پایبندی با حق عدول از شیوه الکترونیک و سرانجام پایبندی با اصل رعایت حقوق دفاعی در این آیین دادرسی الکترونیک بررسی می‌شود و کوشش خواهد شد آیین دادرسی سازگار با این اصول اجرا شود.

۲ اصل دسترسی به نسخه کاغذی در دادرسی الکترونیک

فناوری اطلاعات و ارتباطات آمده است تا کاغذ را با زدایش هر عنصر مادی از جریان رسیدگی قضایی حذف کند اما، به باور نگارندگان همچنان، اصل دسترسی به نسخه کاغذی یکی از اصول مبنایی فرایند دادرسی الکترونیک است. درست است که پیشرفت و توسعه فناوری اطلاعات و ارتباطات و فناوری‌های ارتباطی مزیت‌های بسیاری نسبت به سامانه مبتنی بر کاغذ دارد اما، توسعه بیش از حد این فناوری‌ها و جایگزینی کاغذ با داده پیام ممکن است علم و آگاهی و حقوق مکتسبه افراد را مخدوش کند، چرا که کاغذ دارای عینیت است و همواره مانعی

۱. در عمل نیز کاغذ از همه فرایند رسیدگی قضایی حذف نشده است و اقدامات و نوشته‌های الکترونیک طرفین و نمایندگان ایشان و کارشناسان، در دفتر دادگاه چاپ شده و در پرونده کاغذی قرار می‌گیرد.

۲. هرگاه وجود یک نوشته از نظر قانون لازم باشد، «داده پیام» در حکم نوشته است مگر در موارد زیر: الف - اسناد مالکیت اموال غیرمنقول. ب - فروش مواد داروئی به مصرف کنندگان نهایی. ج - اعلام، اخطار، هشدار و یا عبارات مشابهی که

همچنان باقی است. افزون بر این، چنین به دیدگان می‌رسد که تکمیل و تنظیم پرونده‌ها به صورت الکترونیکی نیز بحران شیوه پردازش داده‌ها و شناخت داده‌های مورد نیاز از دیگر داده‌ها کار آسانی نیست؛ با وجود همه مزایایی که طبقه‌بندی و نگهداری فایل‌های الکترونیک دارد، درست مانند رایانه‌ای که هزاران فایل پی‌دی‌اف در آن هست و کاربر به درستی نمی‌تواند از میانشان آنچه موثر در مطالعه و بررسی است را بیابد.

در قوانین ما، نه حکمی می‌توان یافت که این اصل را نفی کرده باشد و نه در قوانین حکمی که روش الکترونیک را تنها روش نامیده باشد، آمده است. تمام قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۷۹ بر بنیاد شیوه و نگاه پیشا الکترونیک تدوین شده است. از سوی دیگر، در ماده ۶۵۵ قانون آیین دادرسی جرائم نیروهای مسلح و دادرسی الکترونیکی مصوب ۱۳۹۳ که ادامه مواد قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۲ را پی گرفته است به وضعیت وارونه کاغذ-داده و نه داده-کاغذ اشاره شده است. به بیان دیگر، در این ماده آن چنان که گفته شد، به کفایت و اعتبار «صورت الکترونیکی یا محتوای الکترونیکی آن حسب مورد با رعایت سازوکارهای امنیتی مذکور در مواد این قانون و تبصره‌های آن» اشاره شده است که ناظر به بسندگی و ارزش آن نسبت به کاغذ است. پس از این ماده به سادگی می‌شود دریافت که همچنان کاغذ در آیین‌های دادرسی روان و حکم آن روا است و تنها صورت یا محتوای الکترونیک برابر کافی و معتبر آن است. وانگهی، برابر حکم تبصره ۱ این ماده، شکل یا نحوه تبادل اطلاعات الکترونیک در اعتبار محتوا یا پدیداری آثار قانونی آن اثر ندارد که باز به بیانی

ارسال، دریافت یا مبادله نمود با وجود این، برابر ماده‌ی ۵-۷۴۸ که براساس تصویب‌نامه ۱۶۷۸-۲۰۰۵ مورخ ۲۸ دسامبر ۲۰۰۵ که از ۱ ژانویه ۲۰۰۹ لازم الاجرا است، استفاده از تبادل اطلاعات به شیوه الکترونیک مانع حق طرف ذینفع از دریافت رونوشت تأییدشده تصمصیم مرجع قضایی که به‌عنوان اجرایی به شکل کاغذی معنون شده، نیست.

حق دسترسی به نسخه کاغذی که به عنوان اصلی نوین در کشاکش دادرسی کتبی و شفاهی^۱ پا به عرصه نهاده، شاید در بادی امر، سازگار با اهداف اجرای ساز و کارهای فناوری اطلاعات و ارتباطات نباشد و با نگرش زیست محیطی که تا حدی مبنا یا نتیجه اجرای این فناوری است یا ادعا شده که چنین است، منطبق نباشد ولی، مهم‌ترین مزیت دادرسی مبتنی بر کاغذ یا دادرسی شناسنده حق بر نسخه کاغذی در رابطه با کسانی باشد که به هر دلیل با اینترنت و فضای دادرسی الکترونیک آشنایی ندارند، است و چون برای دستگاه فراهم آوردنده خدمت عمومی دادگستری تمییز این اشخاص هموار نیست، باید که این اصل را نسبت به هر متقاضی محترم بدارد و شناسایی کند. از سوی دیگر، به سبب نبود فرهنگ مناسب در رابطه با به‌کارگیری روش‌های نوین فناوری در دادرسی و یا به علت نبود زیرساخت‌های مناسب برای به‌کارگیری فراگیر و همه جانبه این شیوه‌ها، هنوز هم کسانی هستند که با به‌کارگیری شیوه‌های جدید الکترونیکی در دادرسی و آیین آن دچار مشکل هستند که همین امر موجب می‌شود در صورت الزام و تحمیل روش‌های نوین دادرسی الکترونیکی که هدف از ایجادشان احقاق حق سریع‌تر و عادلانه‌تر است، محقق نشود. سخن درباره کسانی هم که به علت با روش‌های مبتنی بر کاغذ خو گرفته‌اند نیز خواه به سبب فهم بهتر و خواه به علت توانایی ذخیره سازی و عینیت،

انقلاب کبیر فرانسه در نظام حقوقی رومی ژرمنی رشد یافته است. البته وضعیت این اصول در دادرسی کامن لا کمی متفاوت بوده است.

۱. در این باره ر.ک: کاپلنتی و گارث، ۱۳۹۸، ص. ۲۷-۴۴. تاریخ گواه آن است که شفاهی بودن دادرسی برای کاستن از ستم کاغذ بازی و حذف واسطه‌ها میان دادخواهان و قاضی، پس از



دیگر، نفی کاغذ به کلی را به عنوان یک شکل، مطرود می‌داند.^۱

بر این بنیاد اگر به حکم ماده ۴ آیین‌نامه نحوه استفاده از سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی مصوب ۱۳۹۵ رییس وقت قوه قضاییه دوباره نگریسته شود هویدا و آشکار می‌شود که این ماده نیز نافی اعتبار ارزش کاغذ و اصل دسترسی به کاغذ نیست و اساساً این اصل دسترسی به نسخه کاغذی را نمی‌توان به باور نگارندگان، مصداق «اقدامات موازی در فضای غیرالکترونیکی» دانست که «ممنوع است». باری، مفهوم نفی اقدام موازی که توجیه‌پذیر است در این خلاصه می‌شود که نباید اقداماتی انجام داد که مبدا و منشا آثار موازی در فضاهای الکترونیک و کاغذی شود. برای نمونه در حالی که اجراییه به صورت الکترونیک صادر و ابلاغ شده نباید مجدداً به شکل کاغذی صادر و ابلاغ شود و این ابلاغ منشا اثر نو در مهلت و موعد باشد. اما این صدور و ابلاغ الکترونیک مانع آن نیست که ذینفع به دادگستری مراجعه کند و با بیان این که پیامکی در این باره دریافت نموده و به هر دلیل خواستار نسخه کاغذی صادر و مهر شده از دادگاه است. در این صورت، اصل دسترسی به نسخه کاغذی که ریشه در حق اطلاع و آگاهی اصحاب دعوا از دادرسی و جریان آن یا به تعبیری اصل رعایت حقوق دفاعی دارد، از درستی این اجابت به این درخواست پشتیبانی می‌کند.

پس، اصل دسترسی به کاغذ در آیین دادرسی الکترونیک، بدین معناست که دادخواهان می‌توانند با وجود سوابق الکترونیک از صورت و محتوای الکترونیک، همچنان از دادگستری صدور نسخه‌ای دیگر به صورت کاغذی را بخوانند و به هیچ روی نباید آن را در معنای اقدامات موازی در نظر گرفت.

پرسشی که مطرح می‌شود این است که اگر میان این دو صورت یا محتوای این دو نسخه کاغذی و الکترونیک تعارضی باشد کدام یک مرجح است و باید ملاک عمل باشد؟

درباره شق نخست این پرسش که باز در قانون برایش حکمی نیست، می‌شود گفت که اگر کاغذ مقدم بر نسخه الکترونیک صادر و تسلیم و ابلاغ شده است، این نسخه به سبب ایجاد و تحقق منشا اثر، بر دیگر صورت‌ها و محتواها از جمله صورت و محتوای الکترونیک مرجح است. حتی ممکن است ادعا شود این راهکار صرف نظر از مقوله منشا اثر یا ایجاد حق همیشه در این فرض پذیرفتنی است. اما در فرض عکس، پذیرش این راهکار با چالش بسندگی (کفایت) و ارزش (اعتبار) موضوع ماده ۶۵۵ قانون بالا گفته و بخش اخیر ماده ۹ قانون تجارت الکترونیک که بیان نموده «جایگزینی اسناد کاغذی به جای «داده پیام» اثری بر حقوق و تعهدات قبلی طرفین نخواهد داشت»، رو به روست و به سادگی نمی‌شود در فرضی که صورت و محتوای الکترونیک مقدم بر شکل کاغذی صادر و ابلاغ شده است آن را کنار گذاشت یا با کاغذ آثار آن را از بین برد.

به هر روی، صرف نظر از این که فرض تعارض میان این دو صورت فرضی دشوار می‌نماید، چرا که یا باید این شکل کاغذی چاپ همان شکل الکترونیک باشد یا صورت و محتوایی دیگر که در فرض اخیر این پرسش مطرح نمی‌شود. پس اگر بی آن که ادعایی درباره جعلیت در صورت و محتوای الکترونیک مطرح شده باشد، چنین تعارضی پدید آید، اگر گفته شود همان صورت و محتوای الکترونیک بسنده و معتبر است، این سخن پذیرفتنی خواهد بود. وانگهی، همه این سخن

^۱ «داده پیام» را اعلام کند. جایگزینی اسناد کاغذی به جای «داده پیام» اثری بر حقوق و تعهدات قبلی طرفین نخواهد داشت» درباره این فروض و این اصل نیست گرچه در قسمت انتهایی آن به بقای حقوق و تعهدات قبلی که بر بنیاد داده پیام پدید آمده، اشاره دارد.

^۱ روشن است که حکم ماده ۹ قانون تجارت الکترونیک مصوب سال ۱۳۸۲ که مقرر داشته «هرگاه شرایطی به وجود آید که از مقطعی معین ارسال «داده پیام» خاتمه یافته و استفاده از اسناد کاغذی جایگزین آن شود سند کاغذی که تحت این شرایط صادر می‌شود باید به طور صریح ختم تبادلاً

رو اگر گفته شود که در دادرسی مدنی که در منافع خصوصی طرفین دعوی ریشه دارد، طرفین می‌توانند در خصوص استفاده از شیوه‌های نوین و سریع اطلاع‌رسانی بین خود یا میان خود و دادگاه یا در رابطه با موضوعی معین مانند ابلاغ اوراق قضایی جز رای دادگاه و اجراییه یا لوایح دفاعی، توافق کنند و در دیگر اقدامات ناظر به دادرسی همچنان بر شیوه‌های قانونی باقی بمانند.

اثر این سخن آن است که به کارگیری شیوه‌های الکترونیک اگرچه برای فراهم آوردن خدمات، در یک ارزیابی کلی کم هزینه‌تر از روش‌های سنتی باشد ولی، هزینه‌هایی برای مصرف‌کنندگان این خدمات داشته باشد و انگهی، بسیاری از افراد هنوز هم با نحوه به‌کارگیری رایانه و اینترنت آشنایی کافی ندارند و توافقی دانستن اصل استفاده از این ابزارهای نو، موجب تضمین آگاهی و رضایت به آثار آن خواهد شد و سرانجام این که شناسایی این حق موجب می‌شود تا زمینه حمایت از طرف ضعیف‌تر و ناآشنا تر به ابزارهای الکترونیک فناوری اطلاعات و ارتباطات حفظ گردد.

تلاش برای توافقی نگه داشتن استفاده از این شیوه‌ها تنها ناظر به پذیرش نیست بلکه عدول از این شیوه‌ها نیز اصولاً باید تابع همان اصل توافقی بودن باشد. این اصل از هر دو سو در مواد ۷۴۸-۸ و ۷۴۸-۹ کد آیین دادرسی مدنی فرانسه اصلاحی سال ۲۰۱۹ تصریح آمده است: «... او می‌تواند آن را به شیوه الکترونیک در «درگاه دادخواهان» متعلق به وزارت دادگستری انجام دهد، مشروط به این که آن طرف قبلاً بدان رضایت داده باشد» و

«... از این رضایت هر زمان می‌توان عدول کرد. تاریخ دعوت ارسالی در این شرایط نسبت به مخاطب، عبارت است از اولین روز کاری پس از ارسال آن...»^۱.

محمول بر این اندیشه است که رضایت بر این شیوه‌های نوین چه حقیقتاً و چه حکماً وجود داشته باشد که موضوع بند دوم این نوشته است.

۳ اصل امکان عدول از روش الکترونیک

نگاه به فناوری اطلاعات و ارتباطات بی‌گمان به سبب لزوم فراهم آوردن بستر مناسب، نباید و نشاید نگاهی تحمیلی باشد؛ بر همین منوال است که در تبصره ۱ ماده ۶۵۵ قانون آیین دادرسی جرائم نیروهای مسلح و دادرسی الکترونیکی مصوب سال ۱۳۹۳ تأکید شده است که «... حسب مورد با رعایت ساز و کارهای امنیتی مذکور در مواد این قانون و تبصره های آن کافی و معتبر است». این تأکید معنایی ندارد جز توجه مقنن به بایستگی انتساب درست این صورت یا محتوای الکترونیک به مخاطب یا صاحب آن برای پدید آوردن اثر قانونی. بر این اساس، اگر گفته شود آسان‌ترین راه تحقق انتساب رضایت یکجانبه یا توافق است، این سخن پذیرفتنی است، آن چنان که در فصل چهارم قانون تجارت الکترونیک سال ۱۳۸۲ به اعتبار قراردادهای خصوصی به عنوان یک اصل اشاره شده است: «هرگونه تغییر در تولید، ارسال، دریافت، ذخیره و یا پردازش داده پیام با توافق و قرارداد خاص طرفین معتبر است» (ماده ۵). بر بنیاد این اصل، اگر از رضایی بودن استفاده از فناوری اطلاعات برای تبادل اطلاعات و ارتباطات سخن گفته شود، این سخن درست بنیاد خواهد بود. فایده این اصل آن است که اظهارنظر درباره پذیرش یا نپذیرفتن روش جدید مبتنی بر فناوری اطلاعات و ارتباطات، از حقوق طرفین است. این حق درباره اظهارنظر پیرامون پذیرش کلی یا جزئی این فناوری نیز می‌شود از این

ministère de la justice, à la condition que la partie y ait préalablement consenti.

¹ Article 748-8 (Modifié par Décret n°2019-402 du 3 mai 2019 - art. 5): ... il peut lui être envoyé par voie électronique sur le " Portail du justiciable " du



ایجاد این اطمینان، دریافت رضایت دادخواهان به این شیوه‌ها است و طبیعی‌ترین شیوه رضایت دادن نیز آن چنان که در تبصره ۳ ماده ۶۵۵ قانون سال ۱۳۹۳ آمده در اختیار نهادن پست الکترونیک و یا تلفن همراه همراه مراجعه کننده است: «مراجعه به قوه قضاییه موظفند پست الکترونیک و شماره تلفن همراه خود را در اختیار قوه قضاییه قرار دهند، و در صورت عدم دسترسی به پست الکترونیک، مرکز آمار موظف است برای شهروندان و متقاضیان امکانات لازم برای دسترسی به پست الکترونیک ملی قضایی جهت امور قضایی ایجاد کند».

با این وصف، از آن جا که ممکن است همواره به این شیوه با دادگستری برای اجرای آیین دادرسی بر بنیاد فناوری اطلاعات و ارتباطات همکاری نشود، راهکار دیگر، ابراز رضایت کلی با ایجاد حساب کاربری است که در مواد ۹ و ۱۰ آیین نامه نحوه استفاده از سامانه های رایانه ای یا مخابراتی سال ۱۳۹۵ رییس قوه قضاییه آمده است. بر اساس ماده ۹ «مرکز آمار موظف است برای کلیه اصحاب دعوا، وکلا، نمایندگان قانونی، کارشناسان و دیگر اشخاص مرتبط با پرونده قضایی حساب کاربری ایجاد نماید. همچنین، مراجعه به قوه قضاییه نیز موظف‌اند جهت انجام امور قضایی خود حساب کاربری دریافت نمایند». همچنین بر بنیاد تبصره همین ماده «پس از دریافت حساب کاربری از طریق سامانه ثنا، در تمام مواردی که نیاز به ابلاغ باشد از این نشانی استفاده می‌شود» و حساب کاربری برابر ماده ۱۰ یا مستقیماً یا از طریق دفتر خدمات الکترونیک قضایی نیازمند تأیید و نهایی شدن ثبت نام، احراز هویت است که می‌تواند از طریق دفاتر خدمات الکترونیک قضایی یا روش‌های مطمئن دیگر، صورت گیرد».

پس در این که چه با معرفی تلفن و پست الکترونیک و چه با ایجاد حساب کاربری رضایت در

در ایران تا قبل از سال ۱۳۸۸ علی‌رغم نبود نصی ویژه ابلاغ الکترونیکی اوراق قضایی در قوانین موضوعه، در ذیل فرم‌های دادخواست جدیدی که اداره کل تشکیلات و برنامه‌ریزی قوه قضاییه چاپ و منتشر می‌نمود به‌عنوان تذکر شماره یک آمده بود که: «در صورتی که خواهان تمایل داشته باشد اوراق به‌صورت حضوری در دفتر دادگاه یا از طریق تلفن یا نمابر یا پست الکترونیک به وی ابلاغ شود، در پایان شرح دادخواست با ذکر دقیق شماره‌های مطروحه اعلام نماید تا امر ابلاغ سریع‌تر صورت گیرد». از این رویکرد که همسو با حکم ماده ۹ قانون تجارت الکترونیک به شرح بالا می‌باشد می‌توان از یک طرف، تمایل دست اندرکاران امر قضا در توافقی و ارادی کردن استفاده از شیوه‌های نوین تبادل اطلاعات را استنباط کرد که هم موافق رویه معمول در برخی از کشورهای اروپایی از جمله فرانسه است و هم از طرفی دیگر باید آن را مطابق با حق دادخواهان در خصوص قبول این شیوه جهت ابلاغ دانست. مراجعه‌کنندگان به دادگستری با نوشتن نشانی پست الکترونیک خود در ذیل دادخواست به‌نوعی حق پذیرش یا عدم پذیرش این شیوه از ابلاغ را داشتند.

در حقوق ایران اینک نص صریح قانونی، مبنی بر اجباری و یا اختیاری بودن فرایند دادرسی الکترونیکی نیست اما با استنباط از ماده ۶۵۹ قانون سال ۱۳۹۳ که مقرر داشته «به کارگیری سامانه های ویدئو کنفرانس و سایر سامانه های ارتباطات الکترونیکی به منظور تحقیق از اصحاب دعوی، اخذ شهادت از شهود یا نظرات کارشناسی در صورتی مجاز است که احراز هویت، اعتبار اظهارات فرد مورد نظر و ثبت مطمئن سوابق صورت پذیرد» می‌توان دریافت که همه این روش‌ها «در صورتی مجاز است که احراز هویت، اعتبار اظهارات فرد مورد نظر و ثبت مطمئن سوابق صورت پذیرد» و یکی از عادی‌ترین راه‌های

Code de procédure civile ;
(<https://www.legifrance.gouv.fr/> visited date :
02/01/2022)

Article 748-9 (Modifié par Décret n°2019-402 du 3 mai 2019 - art. 6): ... Ce consentement peut être révoqué à tout moment.

۱. مرکز آمار و فناوری اطلاعات قوه قضاییه.

اسناد کاغذی جایگزین آن شود سند کاغذی که تحت این شرایط صادر می‌شود باید به طور صریح ختم تبادل «داده پیام» را اعلام کند. جایگزینی اسناد کاغذی به جای «داده پیام» اثری بر حقوق و تعهدات قبلی طرفین نخواهد داشت»، بایسته است خاتمه یافتن این فرایند الکترونیک صریحا اعلام شود.

با وجود این، عمومیت این اصل را باید از دو نگاه بررسی کرد: یکی از نگاه اشخاص حرفه‌ای مانند وکلای دادگستری و کارشناسان رسمی دادگستری و دیگری از جهت زمان انجام این کار بدین معنا که آیا پس از آغاز شدن فرایند رسیدگی، آیا هر یک از دادخواهان می‌توانند از رضایت خود به این شیوه‌ها عدول کند؟

از نگاه وکلا و کارشناسان دادگستری چنین به دیده می‌رسد که مسولیت حرفه‌ای ایشان ایجاب می‌کند که نه تنها از نگاه عدول کلی از این شیوه‌ها آن آزادی لازم را نداشته باشند که از منظر ورود به این شیوه‌های نوین نیز به عنوان الزامات محیط کار در دادگستری، نتوانند درباره رضایت، همچون حقوق فرانسه حق اظهارنظر داشته باشند. بر این اساس، وکلای دادگستری و کارشناسان رسمی باید به آیین دادرسی الکترونیک همچون آیین دادرسی بنگرند که شیوه‌ها و ابزارهای معینی را فرا روی ایشان قرار می‌دهد و آنان تکلیف دارند خود را با این آیین منطبق کنند. با این وصف، باید میان فعالیت حرفه‌ای وکیل و کارشناس و اعمال شخصی وی تفکیک قائل شد و چنین حساب کاربری را برای فعالیت حرفه‌ای دارای این ویژگی دانست و به او حق داد همچون اشخاص عادی در دعاوی و شکایاتی که شخصی هستند، حق اظهارنظر برای ورود به این شیوه‌ها و عدول از آن را داشته باشند. بر این بنیاد به باور نگارندگان وکلای دادگستری و کارشناسان می‌توانند از مراجع قضایی بخواهند در چنین دعاوی که از گستره حقوق و مسولیت حرفه‌ای ایشان بیرون است هم حق اظهارنظر داشته باشند و هم حق عدول. پس اگر یک وکیل دادگستری مورد تعقیب

آغاز تبادل اطلاعات و ارتباطات الکترونیک در حقوق ایران محترم بوده است گمان و تردیدی نیست اما، آیا در حقوق ما همچون حقوق فرانسه که مورد اشاره قرار گرفت، عدول از این شیوه‌ها نیز ممکن است؟ این پرسش به ویژه آنجایی اهمیت می‌یابد که هر یک از دادخواهان پس از مدتی استفاده از شیوه الکترونیک درمی‌یابند که از این روش به درستی آگاهی لازم را نمی‌یابند یا این که این روش بیش از حد برایشان وقت گیر یا هزینه بردار است یا این که نمی‌توانند به درستی شیوه کار با این روش را یاد بگیرند یا این که قصد دارند از کشور خارج شوند و به ابزارهای مکمل این شیوه‌ها مانند تلفن همراه دسترسی در بیرون از کشور ندارند یا این که در حقیقت وقتی اقامتگاهشان در ایران تغییر کرده، نمی‌توانند آن را به مراجع قضایی اعلام کنند. آیا در این شرایط به هر دلیل مانند پشیمان شدن از توسل به این شیوه‌ها، می‌توانند از آن عدول کنند؟

قوانین و مقررات ما چه قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۲ با اصلاحات سال ۱۳۹۴ در مواد ۱۷۵ تا ۱۷۷ و چه در قانون سال ۱۳۹۳ درباره دادرسی الکترونیک به این پرسش صرف نظر از هر علتی که موجب آن باشد پاسخی نمی‌دهند. افزون بر این، ماده ۱۷۵ قانون سال ۱۳۹۲ به گونه‌ای نگارش شده که تنها از روا و فاقد مانع بودن استفاده از این سامانه‌ها سخن می‌گوید نه الزامی بودن و غیرقابل عدول بودن آن: «استفاده از سامانه‌های (سیستم‌های) رایانه‌ای و مخابراتی، از قبیل پیام‌نگار (ایمیل)، ارتباط تصویری از راه دور، نامبر و تلفن، برای طرح شکایت یا دعوی، ارجاع پرونده، احضار متهم، ابلاغ اوراق قضائی و همچنین نیابت قضائی با رعایت مقررات راجع به دادرسی الکترونیکی بلامانع است». بر این اساس، برابر اصلی که در بالا تبیین شد باید از پاسخ مثبت به این پرسش که گویای روا بودن این عدول است، سخن گفت و برابر ماده ۹ قانون تجارت الکترونیک سال ۱۳۸۲ که مقرر داشته است: «هرگاه شرایطی به وجود آید که از مقطعی معین ارسال «داده پیام» خاتمه‌یافته و استفاده از



کیفری سال ۱۳۹۲) و لزوم پرهیز از اقدامات موازی (قسمت اخیر ماده ۴ آیین نامه سال ۱۳۹۵) و لزوم ابلاغ الکترونیک (تبصره ماده ۹ همان آیین نامه) سخن گفته که همه مربوط به زمان قبل از عدول است و چون درباره عدول حکمی مقرر نموده و عدول، مانع دادخواهی و دفاع به خودی خود نیست، امکان آن قابل دفاع است. به باور نگارندگان این‌ها همه، ریشه دار در اصل رعایت حقوق دفاعی است که در بند بعدی بررسی می‌شود.

۴ الزامات اصل برتر حقوق دفاعی در دادرسی الکترونیک

در پاسداشت و گرمی‌داشت اصل پاک رعایت حقوق دفاعی کمترین گمانی در حقوق آیین دادرسی نیست. این اصل با ریشه و پی در حقوق طبیعی، از بنیادی‌ترین اصول دادرسی است که درستی اجرای آن یا تضمین اجرای درست آن، ارمغان درستی و مشروعیت کار قضایی را به دنبال خواهد داشت و نقض آن به عکس، به بی‌اعتباری مطلق یا در احکام غیابی مقطعی اعمال قضایی را به همراه دارد (برای مطالعه بیشتر در این باره ر.ک: غمامی و محسنی، ۱۳۸۵، ص. ۲۶۵ تا ۲۹۶؛ محسنی، ۱۳۹۹، ص. ۲۲۱ تا ۲۶۵). اصل رعایت حقوق دفاعی آن روی دیگر اصل حق دادخواهی است. این دادخواهی است که از نگاه خواهان در اختیار اقامه دعوا ظهور می‌یابد و از نگاه خوانده در اختیار دفاع تجلی پیدا می‌کند و این معنا به خوبی در ماده ۳۲ کد آیین دادرسی مدنی فرانسه آمده است: «دادخواهی برای مدعی، حق شنیده شدن در ماهیت ادعاست تا دادرسی درباره درستی یا نادرستی مبنای آن اظهار نظر کند. برای طرف مقابل، دادخواهی حق گفتگو در مورد مبنای آن ادعاست».

موجبی باشد برای بستن حساب کاربری یا تغییر نشانی یا تصمیمی درباره مهلت و موعد. ر.ک:

<https://international.adliran.ir>

در یک دعوی مدنی قرار گرفت باید بتواند به دادگاه اعلام کند که ارتباط با وی به شیوه الکترونیک نباشد. از نگاه دوم که مسأله مقطع عدول از این شیوه-ها مطرح است نیز باید گفت، اگر عدول در معنای تغییر اطلاعات ثبت شده در سامانه ثنا یا تلفن همراه و مانند آن است موضوع مشمول ماده ۱۲ آیین نامه اجرایی سال ۱۳۹۵ است که مقرر داشته: «در صورت هرگونه تغییر اطلاعات ثبت شده در سامانه ثنا از قبیل تغییر آدرس یا نام یا تلفن همراه و مانند آن، اشخاص موظف اند تغییرات ایجاد شده را بلافاصله در سامانه ثنا ثبت نمایند. در غیر این صورت مطابق ماده ۷۹ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی اطلاعات سابق معیار ابلاغ و اقدامات قضایی خواهد بود». به دیگر سخن، دادخواهان می‌توانند در صورت واگذاری تلفن همراه یا تغییر اطلاعات حضور جغرافیای خود مانند خروج از کشور و تهیه تلفن همراه دیگر یا خاموش نمودن شماره خود برای مسافرت موقت یا حتی دائمی خارجی، در راستای تغییر اطلاعات عدول خود از شیوه الکترونیک را اعلام کنند، خواه دادرسی در جریان باشد و خواه به پایان رسیده باشد.

اما اگر عدول به معنای بالا نباشد بلکه دادخواه از دادگستری بخواهد از تاریخی به بعد با وی به شیوه سنتی قبلی مکاتبه و تبادل اطلاعات شود یا از مرکز فناوری اطلاعات قوه قضاییه بخواهد که حساب کاربری وی را مسدود نماید، آیا چنین درخواست و اقدامی قانوناً روا است؟

چنین به نظر می‌رسد که در اشخاص عادی، به خلاف وکلا و کارشناسان، باید نظر به ماهیت فناوری اطلاعات و ارتباطات که در هر حال عین اعمال و اقدامات در فضای حقیقی نیستند بلکه حکما برابر و بسنده و معتبر می‌باشند پاسخ مثبت بالا را در این فرض نیز تکرار کرد. از سوی دیگر، قوانین و مقررات تنها از بلامانع بودن (ماده ۱۷۵ قانون آیین دادرسی

^۱ به تازگی اقداماتی برای دسترسی ایرانیان بیرون کشور به سامانه خدمات الکترونیک قضایی انجام شده است اما این که حضور در خارج کشور می‌تواند

داشت نگارندگان از این اصل آن است که اصل رعایت حقوق دفاعی بتواند در اجرای آیین دادرسی الکترونیک در همه شئونش، در نظر گرفته شود و تعریفی نو از آن به دست داده شود؛ تعریفی که هدفش تضمین دادرسی عادلانه نیز باشد.

بر این اساس، آن چنان که برخی استادان نوشته‌اند «حمایت از حقوق دفاعی رعایت برخی تضمینات را به منظور احتراز از آسیب‌پذیری طرف ضعیف‌تر از این تحولات لازم و ضروری می‌نماید» (Cadiet, 2008, p. 147)

این اصل در آیین دادرسی الکترونیک ایجاب می‌کند که در این فضا از طرف ضعیف‌تر حمایت شود. مقصود از طرف ضعیف‌تر آن نیست که در میان اصحاب دعوا سنجیده شود کدام یک از نگاه ادعا و دفاع قوی‌تر و یا ضعیف‌تر است بلکه درست به عکس، مقصود این است که نگرسته شود که کدام یک از متداعیین از نگاه مالی و اقتصادی، جسمی و جانی، امکانات و تجهیزات، آشنایی و اشراف که اثر همه در فضای مجازی ناشی از اجرای فناوری اطلاعات و ارتباطات در آیین دادرسی و دادرسی الکترونیک سنجیده می‌شود، طرفی ضعیف‌تر یا قوی‌تر است تا بر بنیاد اصل رعایت حقوق دفاعی، سخنش مقدم شناخته شود.

بر این بنیاد، اگر برای دادگستری معلوم شود یا پس از بررسی معلوم گردد که یکی از متداعیین توان مالی و اقتصادی تهیه امکانات اولیه دسترسی به فضای مجازی و اینترنت برای آگاهی از دعاوی و امور یا دادخواهی و دفاع ندارد یا از ناتوانی جسمی یا جانی ناشی از معلولیت چنین توانایی رنج می‌برد یا اگر چنین توانی دارد باز برایش دشوار است یا این که با وجود دسترسی به این فضا و سامانه‌ها، آشنایی کافی با کاربری آن ندارد، به باور نگارندگان دادگاه باید به استناد اصل رعایت حقوق دفاعی، به چنین شخص یا اشخاصی حسب ادعا یا حسب تشخیص خود امکان استفاده از شیوه سنتی و دسترسی به کاغذ و عدول از شیوه‌های تحمیلی

اصل رعایت حقوق دفاعی با کارکردی مشخص در دادخواهی و دفاع، تمامی ارکان و اجزای سامانه قضایی هر کشور را در برمی‌گیرد و بر تمام گام‌های قضایی حکومت دارد تا جایی که این اصل به مانند رشته پیوند اعمال و اقدامات یکجانبه هر یک از متداعیین در مقابل یکدیگر و هر یک با قاضی و قاضی با متداعیین و همو با هر یک شناخته می‌شود. این اصل تضمین‌کننده استقلال و بی‌طرفی دستگاه قضایی، قاضی حسب مورد نیز است بدین معنا که با الزام تضمین مقتضیات خود، قوه قضاییه را قوه‌ای مستقل در ساختار قوای حاکمیت نشان می‌دهد که تنها به شنیدن ادعا و دفاع بسنده نمی‌کند بلکه این گونه اجرای اصل حقوق دفاعی را نمادی برای درستی در این شنیدن نیز معرفی می‌کند. همچنین این اصل است که قاضی را در فاصله مطمئن از طرفین دعوا قرار می‌دهد و با اجرای درست خود، اصل بی‌طرفی را رعایت می‌کند. اصل رعایت حقوق دفاعی است که آزادی دفاع و انتخاب مدافع و نیز علنی بودن دادرسی را تامین می‌کند و همچنین این اصل است که دادرسی و جریان آن را در یک فرایند تقابلی (تناظری) تعریف می‌کند و خواه در امور موضوعی و خواه اثباتی و حتی حکمی، قاضی را از قرار گرفتن در موقعیتی که تصور شود وی طرف مقابل دادخواهان یا هر یک از ایشان است دور می‌کند. اصل رعایت حقوق دفاعی همچنین در جریان دادرسی کتبی و شفاهی با تضمین تحقق مفاهمه اسناد و مدارک دادرسی و تضمین حق ترجمه برای هر یک از دادخواهان و شهود و مطلعین و نیز با رسمیت دادن به یک زبان معین در جریان دادرسی در صدد است معنای دادرسی و آیین دادرسی را برای اجرای درست عدالت محقق کند.

نگارندگان سر آن ندارند که تمام ارکان و اجزای این اصل را که ساعت‌ها می‌شود درباره آن سخن گفت و برگ‌های پرشماری نوشت و نگاشت در این مقاله بگویند و بنویسند. آنچه در این جا بایسته است گفته شود نگاه یا خواستن نگاه نوینی است که باید به اصل رعایت حقوق دفاعی داشت. چشم



الکترونیک را بدهد و این کار را با اصل رعایت حقوق دفاعی و برداشتی نو از آن توجیه و تبیین کند.

در ایران به این نگاه یا رهیافت در قوانین و مقررات مربوط کمترین توجه را داشته است و دادخواهان در کوران حوادثی همچون بروز ویروس کرونا و همه گیری جهانی بیماری کووید ۱۹، بیشتر به فضای مجازی و سامانه های الکترونیک توسل جسته اند و بی پناه تر شده اند. با این وصف، چنین به دیده می آید که حکم ماده ۱۹ آیین نامه سال ۱۳۹۵ که مقرر داشته «در صورتی که محل نگهداری مخاطب بازداشتگاه یا زندان یا مؤسسات کیفری باشد، ابلاغ علاوه بر حساب کاربری مخاطب به حساب کاربری زندان، بازداشتگاه یا آن مؤسسات نیز ارسال می گردد. مراجع مذکور مسئول اجرای ابلاغ برابر مقررات خواهند بود و موظف اند نتیجه ابلاغ اوراق را از طریق سامانه ابلاغ به واحد قضایی ارسال نمایند»، ریشه در همین نگاه حمایتی داشته باشد و در حقیقت، این که به شخصی که در محلی نگهداری می شود که دسترسی وی به این سامانه ها فراهم نیست، باید به شیوه بالا ابلاغ شود، نشان دهنده لزوم توجه به این تفاوت ضعف و قوت در دسترسی است.

افزون بر این، گرچه در ماهیت ابلاغ الکترونیک و نتیجتاً در نوع واقعی یا قانونی بودن آن گمان هایی هست و تحمیل شیوه ابلاغ واقعی در هر حال با توجه به این که قانونا آثار و عوارض شناخته شده ای دارد^۲ گاه می تواند سهمگین باشد^۳ و در ماده ۱۳ آیین نامه بالا گفته می بینیم که گرچه در حکم اولی مقرر شده است که «وصول الکترونیکی اوراق قضایی به حساب کاربری مخاطب در سامانه ابلاغ، ابلاغ محسوب می شود. رؤیت اوراق قضایی در سامانه

ابلاغ، با ثبت زمان و سایر جزئیات، ذخیره می شود و کلیه آثار ابلاغ واقعی بر آن مترتب می گردد. ورود به سامانه ابلاغ از طریق حساب کاربری و رؤیت اوراق از این طریق به منزله رسید است»، ولی در تبصره یک آمده است که «در ابلاغ الکترونیکی، مخاطب در صورتی می تواند اظهار بی اطلاعی کند که ثابت نماید به لحاظ عدم دسترسی یا نقص در سامانه رایانه ای و سامانه مخابراتی از مفاد ابلاغ مطلع نشده است».

عدم دسترسی یا نقص در سامانه رایانه ای و سامانه مخابراتی تحمیل ضعف و ناتوانی در مواجهه با اینترنت و فضای مجازی است و از این رو، دادگاه باید با تکیه بر اصل رعایت حقوق دفاعی، سخن مدعی نداشتن دسترسی، نقص در سامانه را مقدم بداند و در مهلت و موعد خواه با ابلاغ جدید و خواه با افزایش مهلت به سبب تعلیق زمان، به دادخواهان برسد. او برای این کار نباید خود را مقید به حکم ابلاغ در تبصره ۱ بداند و در هر موردی که عدم دسترسی و نقص اثبات شود، آثاری را که علیه چنین شخصی را از بین ببرد. به باین دیگر، حکم تبصره ۱ بالا گفته را باید به مقررات ماده ۳۰۶ قانون آیین دادرسی مدنی افزوده شده تلقی کرد که از معاذیر موجه در اعمال و اقدامات قانونی سخن گفته است و حسب مورد موجب تجدید مهلت و موعد یا اقدام می شود. این نگرش به طور کلی موجب می شود که تمام اختیارات قضایی در نظام حقوقی ما که در راستای توجه به معاذیر قانونی به قاضی اعطا شده، از نگاه نگارندگان در فرض عدم دسترسی یا نقص در سامانه های رایانه ای یا مخابراتی عیناً برای مدعی اعمال و اجرا شود خواه موضوع، مساله طرق شکایت و حق اقدام در مهلت معین باشد و خواه

۱. بنگرید دو بخشنامه قره قضاییه برای مدیریت در روزگار کرونایی:

بخشنامه های مورخ ۱۳۹۸/۱۲/۱۲ و ۱۳۹۹/۱/۲۷.

۲. برای نمونه اگر خواننده یک ساعت پیش از برگزاری جلسه دادرسی ابلاغیه ای را که چندی پیش در صندوق حساب کاربری وی قرار گرفته ببیند ولی در جلسه دادرسی شرکت نکند آیا ابلاغ واقعی محقق شده است؟ آیا دادگاه می تواند رای خود را حضوری بداند؟ این مثال واقعی است. در پرونده کلاسه شماره ۱۴۰۰۱۲۹۲۰۰۰۲۱۵۲۴۹۲ شعبه ۱۴ دادگاه تجدیدنظر استان فارس، قضات دادگاه چنین استدلال نمودند: «... مشاهده ابلاغیه یک ساعت قبل از

وقت دادرسی نمی تواند موجب حضوری تلقی شدن دادنامه گردد ... در واقع امر ابلاغ واقعی به منظور حصول اطمینان از تمکن خواننده به دفاع قانونی می باشد ... هدف از وضع سامانه الکترونیکی تسهیل امر رسیدگی با رعایت اصول غیر قابل انکار دادرسی من جمله رعایت حقوق دفاعی طرفین می باشد».

۳. آن چنان که گفته شده ابلاغ الکترونیک را باید از شقوق ابلاغ به اقامتگاه دانست و در اعمال و تسری احکام ابلاغ واقعی درنگ و تردید کرد مگر با تحقق الزامات و شرایط خاص قانونی. بنگرید: محسنی، ۱۳۹۸، ص. ۳۲۸ تا ۳۳۵؛ و نیز همچنین: ابهری، ۱۳۹۷، ص. ۴۰۱ تا ۴۱۲.

دفاعی را اجرا کند یا به درباره مهلت و ابلاغ به کسی که دسترسی به سامانه نداشته یا در سامانه نقص داشته، تصمیمی حمایتی گرفته است، توجیه پذیر است. چه دادرسی بی طرف به هر معنا، در مقابل اجرای قانون بی طرف است و هیچگاه خود را در تقابل را حقوق و منافع طرفین نمی‌داند بلکه با استناد به این اصول و موازین می‌کوشد در اجرای قانون بی طرف و در رعایت حقوق و حفظ منافع قانونی طرفین، پویا باشد.

۵ نتیجه

امروز ما خواه و ناخواه به سوی سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی و در یک معنا فناوری اطلاعات و ارتباطات در دادرسی و آیین دادرسی رفته‌ایم و هر روز نیز در فضای ژرف این فضای محیط و محاط بر زندگی بشر بیشتر و بیشتر وقت صرف می‌کنیم و حضور داریم. این همه توجه به اینترنت در زندگی روزمره گرچه مزایا و فوایدی دارد ولی، اجرای این فناوری نه تنها نباید موجب کنار نهادن اصول بنیادین دادرسی شود که بایسته است اجرای آن با در نظر گرفتن این اصول یا در تعامل با آن‌ها یا حتی با تبیین و تدوین اصولی دیگر در کنار اصول مرسوم و سنتی دادرسی اجرا شود.

بر این اساس، مطالعه حاضر نشان می‌دهد که دادرسی عادلانه و آیین دادرسی درست و صحیح چه در حذف کاغذ و چه در حذف روش‌های سنتی و چه در مفهوم معاذیر قانونی خود را نشان می‌دهد و در هر سه موضوع اصول و اقتضاهایی را فرارو می‌نهد که در یک معنای کلی موجب اجرای بهتر قواعد و مقررات و اصول دادرسی می‌شود.

گرچه فناوری اطلاعات و ارتباطات به دنبال حذف کاغذ یا نفی اقدامات موازی است ولی نظام دادرسی و آیین دادرسی درست باید حق دسترسی به نسخه کاغذی را شناسایی کند. فایده این کار، تامین دفاع و تضمین اصل رعایت حقوق دفاعی است و به مراجعه کنندگان به دادگستری اجازه می‌دهد سازگاری

مساله مهلت و موعد قانونی یا قضایی به شرح مواد ۴۴۲ تا ۴۵۳ قانون آیین دادرسی مدنی.

این نتیجه که نتیجه‌ای است به دست آمده از اجرای درست اصل رعایت حقوق دفاعی، موجب جبران ناتوانی انسان در محیط مجازی می‌شود و در نتیجه اجرای درست عدالت و قانون را به ارمغان می‌آورد چرا که گرچه سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی در آیین دادرسی نوعی تسهیل را عموماً به همراه دارند ولی این تسهیل اگر در واقع موجب دشواری باشد و منتهی به عدم دسترسی گردد یا این که به هر ترتیب نقص در سامانه پدید آید، محقق نشده و دادگاه باید به این عدم تحقق توجه کند.

از نگاه آشنایی با شیوه استفاده از سامانه‌ها نیز چنین به دیده می‌رسد که باز باید دادگاه سخن کسی را که ادعا می‌کند با این سامانه‌ها آشنایی ندارد و از اشخاص حرفه‌ای مانند وکلا و کارشناسان دادگستری نیست شوند چرا که هیچ تاملین و تضمینی در قوانین برای تحقق آشنایی همگانی با سامانه‌ها نیامده و در ماده ۶۶۲ قانون سال ۱۳۹۳ تنها برای قوه قضاییه این تکلیف مقرر شده است که «برای آموزش دادرسی الکترونیکی به قضات، کارکنان قضایی، دستگاه‌های تابعه قضایی و مراجع انتظامی اقدام کند». به بیان دیگر، قانونگذار که نا آشنا بودن قضات و کارکنان قضایی و دستگاه‌های تابع قضایی و مراجع انتظامی را مفروض دانسته است، چنین به دیدگان می‌رسد که نسبت به مردم عادی به طریق اولویت باید این ناآشنایی و آموزش ندیدگی را فرض دانست و از این رو، اگر کسی چنین ادعایی کند و برای اثبات آن اندک دلایلی بیاورد، دادگاه باید آن را بشنود و با اجرای اصل رعایت حقوق دفاعی به او مهلت بدهد یا این که ابلاغ سنتی و کاغذی را دستور دهد تا وی بتواند حقوق خود را اعمال کند. بر این بنیاد، اگر گفته شود به طور خاص که اصل تقابلی و تناظری بودن دادرسی و از همه مهمتر اصل بی‌طرفی دادرسی چنین ایجاب کرده است که دادگاه در مقابل ادعای عدم دسترسی به سبب ناآشنایی با این سامانه‌ها، می‌کوشد حقوق



اصل است که به مقوله ناآشنایی با این فناوری و سامانه‌ها توجه می‌کند و برای ترتیب اثر دادن به ادعایی این چنین راهکاری مطرح می‌کند.

در یک نتیجه‌گیری کلی بار دیگر باید تکرار کرد که اصل رعایت حقوق دفاعی به عنوان چتری حمایتی بر سرتاسر آیین دادرسی سنتی و نوین که مورد اخیر نتیجه اجرای فناوری اطلاعات و ارتباطات در دادرسی است، حکومت دارد و اگر گفته شود اجرای این فناوری، به هیچ روی نباید در تنافی و تعارض با اصول بنیادین دادرسی باشد، این سخن پذیرفتنی است و جهان دادرسی همان جهانی است که همه از دادرسی می‌دانیم و می‌شناسیم و فناوری اطلاعات و ارتباطات نباید و نشاید آن را به جهانی دیگر تبدیل کند، چون این اصول هستند که در دادرسی‌ها حضور همیشگی دارند و بدان اثر و مشروعیت می‌بخشند. به باور نگارندگان، آن نظام دادرسی چنین جایگهی دارد که به خوبی به این اصل و تفاسیر نوین از آن توجه کرده باشد. این اصل معیاری است برای سنجش کیفیت و کارآمدی هرگونه تحول فناوری در آیین دادرسی مرسوم و سنتی.

تدریجی با تحولات ناشی از فناوری اطلاعات و ارتباطات داشته باشند.

همچنین گرچه در آغاز شدن فرایند الکترونیک نسبت به شهروندان و دادخواهان روکردهای کنونی مستقیماً یا غیرمستقیم با گشایش حساب کاربری یا با معرفی تلفن همراه و ای‌میل، نگاهی مبتنی بر رضایت یا حتی توافق است ولی، نظام دادرسی کارآمدتر است که بتواند زمینه عدول از این شیوه‌ها یا پایان دادن بدان را برای دادخواهان عادی فراهم کند. در این نگاه که میان اشخاص حرفه‌ای و عادی تمایز ایجاد می‌شود، هدف بار دیگر اجرای درست اصل رعایت حقوق دفاعی است.

و سرانجام این که اصل بالا گفته به عدم دسترسی و یا نقص در سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی نه تنها در ابلاغ که در همه اعمال و اقدامات مرتبط با ابلاغ و اقدامات قضایی که به صورت الکترونیک انجام می‌شود به مثابه نوعی عذر نوین موجه می‌نگرد و به قاضی اجازه می‌دهد دبا تجدید مهلت یا ابلاغ یا حتی با دستور انجام این-کارها به شکل کاغذی، در راستای اجرای صحیح اصل رعایت حقوق دفاعی گام بردارد. افزون بر این

منابع

Abhari, H., (2018), ELECTRONIC COMMUNICATION OF LEGAL PAPERS; PRIVILEGES AND DEFECTS, *Private Law Quarterly*, 48(3), 401-412. (In Persian)

Beheshtipour, Z., (2019), The Elimination of the Material Formalities from the Civil Procedure (The impact of ICT on the paper, presence, time and space in legal proceedings), *Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the requirements for the Degree of Master of Law (M.A) in Private Law*, University of Tehran, Faculty of Law &

Political Sciences, Under Supervision of Prof. Hassan Mohseni.

CADIET, Loïc (2008), Case management judiciaire et déformalisation de la procédure, *Revue française d'administration publique*. 2008/1 (n° 125), P. 133-150.

Cappelletti, M. & Garth, B.G., (2018), *Civil Procedure*, Translated by Mohseni, H., Tehran, Enteshar Co. (In Persian)

Esmaili, A. & Pourghahramani, (2019), The Challenges of E-Proceedings in Iran, *Judicial*

- Law Views Quarterly*, 87(24), 29-59. (In Persian)
- Ghamami, M. & Mohseni, H., (2006), Principles guaranteeing democratic functioning and principles related to the characteristics of civil proceedings, *Quarterly of faculty of Law & Political Sciences*, 74(4), 265-296. (In Persian)
- Hörnle, Julia (2009), *Cross-Border Internet Dispute Resolution*, London, Cambridge University Press.
- Kramer, Xandra E. (2016), Access to Justice and Technology: Transforming the Face of Cross-Border Civil Litigation and Adjudication in the EU, in: *Karim Benyekhlef, Jane Bailey, Jacquelyn Burkell and Fabien Gelinat (Ed), eAccess to Justice*, University of Ottawa Press, P. 351-375.
- Mehrafshan, A., (2013), The trial of defendant through video conferencing, *Journal of Legal Studies*, 6 (4), 113-140. (In Persian)
- Mohseni, H. (2010), *Organizing the Proceeding of Civil Litigation*, Tehran, Enteshar Co. 1st Ed. (In Persian)
- Mohseni, H. (2020), *Organizing the Proceeding of Civil Litigation*, Tehran, Enteshar Co. 5th Ed. (In Persian)
- Mohseni, H., (2018), CHALLENGING THE NOTIFICATION, TRADITIONAL, ELECTRONIC, RECENT PLACE & LANGUAGE, *Private Law Quarterly*, 48(2), 321-341. (In Persian)
- Mohseni, H., & Rezainejad, H., (2013), Justice and the Progress of ICT, *Journal of Legal Studies*, 4(2), 117-142. (In Persian)
- RAINE, John. W. (2001), Modernising Courts and Tribunals Through ICTs - Lessons from the London Parking Appeals Service, in: *Oxford International Journal of Law & Information Technology*, Vol. 9, and N ° 2, P. 115-132.
- Zadeh Hosein Oliai, Z. & Ahmadi, A., (2018), Electronic Litigation in Iran; Proposes, Bases and Characteristics, *Private & Criminal Law Quarterly*, 14 (1), 117-136. (In Persian)
- Zarkalam, S., (2012), *Electronic Litigation; Necessities, Prerequisites and Challenges*, *Criminal Law Doctorines*, 9 (3), 129-150. (In Persian)

Research Paper

Feasibility of Recognizing the Society as Beneficiary of Privacy of descendants with Comparative Analysis

Abbas Mirshekari^{*1} , Alireza Fattahi Ketilate² 

¹ Assistant Professor, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran

² Master of Private Law Student, Faculty of Law, University of Judicial Sciences & Administrative Services, Tehran, Iran



10.22080/LPS.2021.22609.1283

Received:

November 8, 2021

Accepted:

November 30, 2021

Available online:

December 16, 2021

Keywords:

Privacy, Deceased, Information, Society, Death

Abstract

Privacy is one of the prominent rights of individuals in society. Do the deceased have the right to their privacy of personal information like the living? To answer this question, in spite of ethical and jurisprudential prohibition to the violation of deceased person's privacy, it seems since the deceased would lose the capacity to enjoy the right in question after their death, they can rarely be entitled to their right to privacy. Accordingly, when the deceased person has no competence to his/her privacy right, their heirs will not be regarded as their successors, though they can file a lawsuit for the losses related to them caused by the violation of their bequeather's privacy. Given that the two aforementioned options are rejected; It is necessary to examine the society as third alternative. In this regard, the society seems to be considered as the true beneficiary of the deceased person's privacy. This comment is due to the fact that the community incurs losses when the personal information of one of its members is revealed, albeit after his/her death. Thus, this basis is justifiable not only to protect the deceased's personal information, but also to reveal it as being in the public interest.

*Corresponding Author: Abbas Mirshekari

Address: Enghelab St., Tehran, Iran

Email: mirshekariabbas1@ut.ac.ir



Extended Abstract

1. Introduction

The right to privacy protects a person against others intruding into his or her private realm without consent. Is it true that the dead have such a right? The answer to this question is crucial since many dead people's written, oral, and virtual particular information survives after death, and our response to this question plays a critical role in obtaining and sharing that information. Many different legal systems have taken a firm stance on this topic. The protection of the deceased's privacy, for example, is stressed in German law and jurisprudence (Mephisto Case, 1971). Despite the legal literature, there is a prevalent conviction in the Iranian legal system that the deceased's privacy should be respected and not be invaded. This belief is influenced by jurisprudential and moral thoughts that indicate the need to safeguard the sanctity of the departed (Motahari, 2010: 291). However, who may be deemed the true owner of the deceased's privacy is a key matter, i. e., if a person's privacy is invaded after death, who will bear the brunt of the consequences? The three alternatives of the deceased, deceased heirs, and society as the rightful owner will be reviewed in this respect, and an attempt will be made to analyze the possibility of the right of each to hold the deceased's privacy in three distinct parts.

2. Research Methodology

The study approach is descriptive-analytical, in accordance with the overall goal of the main research, to assess the state of the deceased's right to privacy by comparative approach. The process of gathering data is similarly centered on the usage of library data, and the accessible

data have been gathered through books, papers, and court judgments. In addition, an attempt has been made to apply the comparative approach in different parts of the research from the perspective of other legal systems and nations along with the Iranian law. Furthermore, the teachings of jurisprudence and fatwas of Shiite jurists have been utilized in relevant parts of the investigation. Allegorical and deductive methodologies have been employed in the analytical discussions of this study by analyzing the judgments published in similar domains by courts of different legal systems.

3. Research Findings

Generally, it was discovered in this study that the ban of disturbing the deceased's privacy is incorporated in the jurisprudential rule on the need to respect the deceased's dignity. Due to the nature of the right to privacy, its attribution to the three conceivable possibilities of the deceased, survivors, and community was investigated. Accordingly, the potential of the deceased's right to self-determination is not verified since the deceased does not have the right to enjoy rights, is unaware of it and unable to comprehend what is transpired after his death, compromising his privacy. He is unaffected by the title's veracity. The survivors of the deceased cannot be regarded the true beneficiaries of their heirs' privacy since, under the Iranian law, the heirs are not the successors to the deceased's rights, including his or her privacy, and, in many situations, cannot be compensated. Compensation for the moral harm done to the deceased's privacy must include damages to the heirs' rights. Ultimately, the society should be regarded the genuine beneficiary of the deceased's privacy, with the final choice about the disclosure or non-disclosure of the

deceased's private information based on the public interest criteria.

4. Conclusion

Considering the privacy of the deceased, due to the deceased's and his survivors' rejection of the two options, the society will have the right to publish the deceased's private information in cases such as publishing medical information of the deceased or the content of the virtual account of deceased users that is in the public interest. Otherwise, violating the deceased's privacy and publishing his information should be prohibited in circumstances when it is not in the public interest to disseminate information about the deceased. Accordingly, it is suggested that the judicial procedure damage the deceased's privacy is the right of its ultimate beneficiary, the community, based on the note of Article 722 of the Islamic Penal Code and also the second paragraph of Article 103 of the Probate Code.

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

امکان‌سنجی شناسایی جامعه به‌عنوان صاحب حق نسبت به حریم خصوصی درگذشتگان با مطالعه ی تطبیقی

عباس میرشکاری*^۱ ID، علیرضا فتاحی کتی‌لته^۲ ID

^۱ استادیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران
^۲ دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران

doi 10.22080/LPS.2021.22609.1283

چکیده

حریم خصوصی را می‌توان از جمله حقوق مسلم اشخاص دانست، اما آیا درگذشتگان نیز، همچون زندگان، نسبت به اطلاعات شخصی‌شان از حق حریم خصوصی برخوردارند؟ در پاسخ به این پرسش، علی‌رغم حرمت‌های اخلاقی و شرعی موجود نسبت به نقض حریم خصوصی متوفا، به نظر می‌رسد با توجه به پایان اهلیت تمتع اشخاص با مرگ، به دشواری بتوان متوفا را همچنان نسبت به حریم خصوصی‌اش محق دانست؛ از این رو، وقتی خود متوفا نسبت به حق حریم خصوصی‌اش ذی‌حق نباشد، طبیعتاً، وراث وی نیز، قائم‌مقام او محسوب نخواهند شد، اگرچه می‌توانند بابت زیان‌هایی که به صورت مستقیم از لطمه به حریم خصوصی مورث‌شان دیده‌اند، به اصالت طرح دعوا کنند. نفی این دو گزینه ایجاب می‌کند که جامعه را به‌عنوان گزینه‌ی سوم نسبت به ذی‌حقی حریم خصوصی درگذشتگان مورد مطالعه قرار داد. در این راستا به نظر می‌رسد جامعه را بتوان ذی‌نفع اصلی نسبت به حریم خصوصی متوفا دانست. در واقع، این جامعه است که با انتشار اطلاعات خصوصی یکی از اعضایش ولو پس از مرگ، آسیب می‌بیند. این مبنا، همان‌گونه که می‌تواند حفظ اطلاعات خصوصی درگذشتگان را توجیه کند، در مواردی که انتشار اطلاعات خصوصی متوفا در راستای منافع عمومی جامعه باشد نیز، اقدام به انتشار اطلاعات متوفا را قابل توجیه می‌سازد.

تاریخ دریافت:

۱۷ آبان ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۰۹ آذر ۱۴۰۰

تاریخ انتشار:

۲۵ بهمن ۱۴۰۰

کلیدواژه‌ها:

حریم خصوصی، متوفا، اطلاعات، جامعه، مرگ.

* نویسنده مسئول: عباس میرشکاری

ایمیل: mirshकारीabbas1@ut.ac.ir

آدرس: تهران خیابان انقلاب اسلامی درب اصلی دانشگاه تهران
پردیس مرکزی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی.

۱ مقدمه

در قانون اساسی اکثر کشورهای جهان،^۲ و نیز در اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر (مصوب ۱۹۴۸) و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (مصوب ۱۹۶۶) حریم خصوصی به عنوان حق اساسی ملت‌ها در نظر گرفته شود.

با وجود اهمیت این حق، درباره‌ی قلمرو و نیز، قابلیت استناد به آن در مصادیق مختلف، تردیدهای فراوانی وجود دارد. از جمله این موارد، این پرسش است که آیا درگذشتگان نیز از این حق برخوردارند یا خیر. در ارتباط با این پرسش، در نظام‌های حقوقی مختلف، تلاش شده تا قدم‌هایی در مسیر حفظ حریم خصوصی اشخاص پس از مرگ برداشته شود. در حقوق آلمان، حقوق مربوط به شخصیت با توجه به کرامت انسان پس از فوت‌شان نیز، مورد محافظت قرار می‌گیرد. برای نمونه، پس از فوت گوستاو گراندجنز، یکی از بازیگران مشهور این کشور، تنها وارث وی علیه نویسنده‌ی رمانی به نام Mephisto بر این اساس که در رمان یاد شده، تصویری بر خلاف واقع از مورث خواهان نشان داده شده و سبب لگه دار کردن شخصیت وی شده، طرح دعوی کرده و خواستار توقف انتشار رمان مزبور شد. دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان در نهایت با اجابت تقاضای خواهان، اعلام داشت که کرامت انسانی شخص فوت شده، یک ارزش اساسی بوده و آزادی بیان ناشر کتاب را برای انتشار اثر خویش تحت الشعاع قرار می‌دهد (Mephisto Case, 1971). به طور مشابه، رویه نظام حقوقی برخی کشورها مانند ایتالیا، چین و تایوان نیز در حفاظت از حقوق مربوط به شخصیت درگذشتگان از جمله حق شهرت و حق حریم خصوصی آن‌ها می‌باشد (Zhao, 2014: 280). مع الوصف، رویکرد نظام حقوقی ایران درباره‌ی وضعیت حریم خصوصی درگذشتگان با توجه به

زندگی بشر همان طور که با توجه به نقش وی در جامعه، جنبه‌ی اجتماعی به خود می‌گیرد، متأثر از ابعاد شخصی و خصوصی او، دارای جنبه‌های خصوصی و محرمانه نیز می‌باشد و در این راستا، حق حریم خصوصی از شخص، در برابر ورود بدون اجازه‌ی دیگران به قلمرو خصوصی زندگی‌اش، حفاظت می‌کند. با وجود اهمیت این حق، ارائه‌ی یک تعریف جامع از آن با توجه به ماهیت انعطاف‌پذیر آن، امری طاقت‌فرسا و چالش‌برانگیز است. این مسئله سبب شده که برخی به صراحت، بارزترین جنبه «حق بر حریم خصوصی» را نبود یک تصوّر واضح و شفاف از آن بیان نمایند (Thomson, 1975: 296). با این اوصاف، یکی از پایه‌ای‌ترین تعاریف موجود، تعریفی است که در سال ۱۸۹۰، از سوی دو حقوقدان مشهور آمریکایی به نام‌های ساموئل وارن و لوئیز برندیس مطرح شده است. آنان در مقاله‌ی خود با نام «حق بر حریم خصوصی»، برای نخستین بار حریم خصوصی را «حق بر تنها ماندن» تعبیر کرده‌اند (Warren & Brandeis, 1890: 193). تعریف مزبور بر عدم مداخله‌ی نظام سیاسی حاکم بر حوزه‌ای که انسان در آن حق خلوت و تنها ماندن دارد، ناظر بوده و برای همین، حائز اهمیت فراوانی است به نحوی که برخی آن را «مبنای قانون حریم خصوصی در ایالات متحده» عنوان کرده‌اند (Kramer, 1989: 704).

به هر روی، اهمیت بالای حق حریم خصوصی در جوامع بشری، برخی مفسران را مجاب کرده تا در راستای تقویت و تضمین استقلال شهروندان، آن را یکی از ضروریات دموکراسی در هر جامعه‌ای بدانند (Gavisont, 1980: 455). این امر سبب شده

^۲ برای نمونه می‌توان به اصل پنجم قانون اساسی کشور برزیل، اصل چهاردهم قانون اساسی آفریقای جنوبی، اصل هفدهم قانون اساسی کره جنوبی اشاره کرد. (Solove, ۲۰۰۸: ۳) همچنین در اصول بیست و دوم، بیست و سوم و بیست و پنجم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، حق حریم خصوصی مورد اشاره قرار گرفته است.

^۱ در ایالات متحده اگرچه در قانون اساسی، موضوع حق حریم خصوصی به صراحت ذکر نگردیده اما دیوان عالی این کشور اعلام کرده که متمم چهارم قانون اساسی، حریم خصوصی اشخاص را در هر زمان که شخصی انتظار معقول از حریم خصوصی داشته باشد، در برابر تجسس دولت‌ها محافظت می‌کند (Katz v. United States, ۱۹۶۷).



متوفا دانست. با توجه به نقدهای وارد بر این دو رویکرد، فرضیه این مقاله این است که حق حریم خصوصی در گذشته، نه از آن خود در گذشته است و نه، متعلق به بازماندگان او، بلکه به نظر می‌رسد بتوان صاحب حق را جامعه معرفی کرد. از این رو، تلاش شده تا ابتدا مشخص شود که وقتی صحبت از «حریم خصوصی در گذشته» می‌شود، منظور، دقیقاً کدام قسم از اقسام حریم خصوصی است؛ سپس، امکان معرفی در گذشته و بازماندگان او به عنوان صاحب حق حریم خصوصی، مورد واکاوی قرار خواهد گرفت. در نهایت با توجه به فرضیه‌ی فوق، به امکان شناسایی جامعه به‌عنوان صاحب حق و مبانی احتمالی آن پرداخته شده و در نهایت، نحوه‌ی اعمال این رویکرد در سه مصداق خاص بررسی خواهد شد.

۲ حریم خصوصی در گذشتگان در گستره‌ی اقسام حریم خصوصی

وقتی سخن از حریم خصوصی اشخاص پس از فوت می‌کنیم، دقیقاً کدام بخش از حریم خصوصی‌شان مدنظر است؟ در پاسخ به این پرسش، باید از اقسام سه‌گانه حریم خصوصی یعنی حریم خصوصی جسمانی، مکانی و اطلاعاتی یاد کرد.^۱ در حریم خصوصی جسمانی با تاکید بر تسلط انسان بر تمامیت جسمی‌اش، گفته می‌شود که جسم انسان دارای حرمت بوده و هیچ شخصی حق ندارد به وسیله‌ی ورود، ضرب و جرح، تفتیش، توقیف و... به آن تجاوز کند. از لحاظ ارتباطی که این قسم از حریم خصوصی با حق شخص نسبت به بدن و تمامیت جسمانی‌اش دارد، لطمه به آن، ذیل موضوع زیان بدنی درگذشتگان قابل طرح بوده و از محور این پژوهش، خروج موضوعی دارد (میرشکاری و مظفری، ۱۳۹۶: ۳۶۴). نوع دیگر حریم خصوصی، حریم

سکوت قوانین و مقررات و کاستی ادبیات حقوقی، مبهم است. اگرچه در متون فقهی آموزه‌هایی با عنوان حرمت در گذشته وجود داشته (مظفری، ۱۳۸۹: ۲۹۱) و در قانون مجازات اسلامی نیز، نسبت به هتک حرمت وی جرم انگاری صورت گرفته است (ماده ۷۲۷ ق.م.ا.)، با این وجود، در حوزه‌ی حقوق خصوصی، قانون ویژه‌ای در این مسئله تصویب نشده؛ به علاوه، در ادبیات حقوقی نیز، کمتر در این خصوص، گفتگو صورت گرفته است. این در حالی است که با توجه به اهمیت جایگاه درگذشتگان در نظام اخلاقی و دینی ما، نیاز است که ادبیات کامل‌تری حول محور حرمت درگذشتگان شکل بگیرد. در این مقاله، تلاش می‌شود به این سوال اساسی پاسخ داده شود که چه کسی را می‌توان نسبت به حریم خصوصی متوفا صاحب حق دانست؟ به عبارت دیگر، در صورت نقض حریم خصوصی اشخاص پس از مرگ، چه شخص یا اشخاصی مستقیماً از چنین عملی متحمل زیان خواهند شد؟ در این راستا سه گزینه خود متوفا، وراث متوفا و جامعه به عنوان صاحب حق قابل بررسی خواهند بود. در خصوص گزینه‌ی نخست، تردید اصلی از اینجا آغاز می‌شود که شخص در گذشته، علاوه بر فقدان اهلیت تمتع بر دارا شدن حقوق، نسبت به آنچه پس از مرگش رخ داده بی‌اطلاع است، بنابراین، چگونه می‌توان او را نسبت به لطمه‌ای که به حریم خصوصی‌اش وارد آمده، زیان دیده تلقی کرد؟ برای همین، برخی دیگر تلاش کرده‌اند تا بازماندگان در گذشته را به‌عنوان صاحب حق حریم خصوصی در گذشته معرفی کنند اما بر این رویکرد نیز، نقدهایی وارد است؛ از جمله اینکه در نظام حقوقی ایران، وراث در حقوق مربوط به شخصیت متوفا و از جمله، در حریم خصوصی، قائم‌مقام متوفا نمی‌باشند، به علاوه، در بسیاری از موارد نمی‌توان جبران خسارات در حق وراث را لزوماً به معنی جبران زیان معنوی وارده به حریم خصوصی

^۱ برخی حریم خصوصی را در ۷ حوزه جسمی، رفتاری، ارتباطی، اطلاعاتی، عواطف و عقاید، مکانی و ارتباط جمعی تقسیم کرده‌اند (Finn, Wright, & Friedewald, ۲۰۱۳: ۱۱).

سایر شقوق حریم خصوصی خواهد بود. این اطلاعات شامل طیف وسیعی از اطلاعات شنیداری، نوشتاری و مجازی می‌باشد. اطلاعات نوشتاری شامل هرگونه نوشته منتسب به متوفا نظیر؛ نامه‌ها، دفاتر خاطرات، دست نوشته‌ها و اطلاعات شنیداری نظیر اطلاعات محرمانه‌ای است که شخص در زمان حیات خود با سایرین در میان گذاشته است. علاوه بر آن، پیشرفت تکنولوژی ارتباطی و گسترش کمی و کیفی حساب‌های مجازی اجتماعی سبب شده که با فوت کاربران فضای مجازی، اطلاعات خصوصی بی‌شماری در حساب‌های آنان نظیر؛ ایمیل، واتساپ، تلگرام، اینستاگرام و... ذخیره گردد. در نتیجه، با توجه به وسعت اطلاعات برجای مانده از درگذشتگان، نظام حقوقی باید در خصوص تعیین تکلیف وضعیت حریم خصوصی اطلاعات برجای مانده از درگذشتگان تصمیم بگیرد.^۱ حال، پرسش اینجاست که آیا همچون زمان حیات، شخص پس از مرگ نیز، برای حفظ حریم خصوصی اطلاعاتش، محق خواهد بود یا خیر.

۳ امکان شناسایی حق حریم خصوصی برای درگذشتگان

حریم خصوصی حقی است که در طول زندگی متعلق به خود شخص بوده و از حیطه‌ی خصوصی او، زمانی که زنده بوده و از این حق برخوردار بوده، محافظت نموده است. در نتیجه، در بررسی گزینه‌های موجود برای انتساب حق حریم خصوصی متوفا، خود متوفا این شایستگی را دارد که به‌عنوان نخستین گزینه‌ی احتمالی مورد بررسی قرار گیرد. با فرض تداوم وجود این حق پس از فوت شخص و تعلق آن به متوفا، قرار است از اطلاعات و وقایع مربوط به زمان حیات او محافظت شود. در واقع، اطلاعات محافظت شده به وسیله‌ی حق حریم

خصوصی مکانی است که موضوع آن تحدید و منع ورود دیگران به اماکن شخصی افراد می‌باشد؛ مانند استیلای مستاجر یک خودرو بر آن، استیلای یک مالک بر مایملک خود، و یا استیلای یک کارمند بر دفتر و میزکار خود در محل کار که به امانت در اختیار او قرار دارد. این حق متأثر از رابطه‌ی حقوقی‌ای است که شخص با اماکن یاد شده دارد، از این رو، از آنجایی که با فوت شخص، رابطه‌ی حقوقی قطع شده (در مثال امانت) و یا اشخاص دیگری جانشین متوفا خواهند شد (در مثال مالکیت عین یا منفعت)، در نتیجه این قسم از حریم خصوصی در خصوص متوفا کم‌تر قابل بحث خواهد بود.

دسته سوم، حریم خصوصی مربوط به اطلاعات شخصی و محرمانه شخص است (Posner, 1977: 400-405). این اطلاعات می‌تواند به صورت کتبی، شفاهی و حتی مجازی مانند اطلاعات اشخاص نظیر پیام‌ها، فایل‌های صوتی و تصویری و... ذخیره شده در حساب‌های مجازی او باشد. برخی از نویسندگان از این حق با عنوان «حق اشخاص بر مخفی کردن اطلاعات خصوصی خود» یاد کرده‌اند (Solove, 2002: 1106). این دسته از حریم خصوصی، ابزاری برای کنترل و مدیریت اشخاص بر اطلاعات شخصی‌شان می‌باشد (Goldberg & Shostack, 2001: 112). در نظام حقوقی آمریکا، این قسم از حریم خصوصی شامل مصادیق فراوانی از اطلاعات افراد نظیر؛ سوابق پزشکی، رفتارهای جنسی و اطلاعات شخصی افراد در برابر افشای غیرقانونی و غیرموجه دولت‌ها می‌شود (Roe v. Wade, 1973; Whalen v. Roe, 1977). در ارتباط با درگذشتگان، حریم خصوصی مربوط به اطلاعات برجای مانده از آن‌ها، به لحاظ گستردگی و عدم تاثیر فوت نسبت به ماهیت و بُعد وجودی آن‌ها، چالش‌برانگیزتر از

متوفا بر نام و تصویر خود).^۳ افشای حقایق متوفا پس از مرگ که توهین‌آمیز و تحقیرکننده او باشند.^۴ علنی کردن اطلاعات شخصی درگذشتگان به نحو دروغین و خلاف واقع (Prosser's, 1960: 389).

^۱ برخی ضرر ناشی از نقض حق حریم خصوصی متوفا را منحصر در چهار فرض دانسته‌اند: ۱- تجاوز و هتک حرمت نسبت به محل تدفین متوفا. ۲- تصاحب غیرقانونی اطلاعات‌های هویتی متوفا نظیر نام و تصویر وی (نقض حق



که ارزش و احترام میّت را باید همسنگ ارزش و احترام شخص زنده دانست. برای همین، فقها با گسترش دامنه موضوعی احادیث، هرگونه بی‌حرمتی نسبت به متوفا چه نسبت به جسد و بدن متوفا نظیر مثله کردن اجزای بدن، نبش قبر، و چه نسبت به شخصیت متوفا مانند توهین و غیبت را با استناد به قاعده مزبور مورد حکم تکلیفی حرمت قرار داده‌اند (مکارم شیرازی، ۱۳۷۷: ۱۳۴). در این راستا، می‌توان گفت همان گونه که در زمان حیات شخص، حریم خصوصی او مورد حرمت قرار گرفته بود، پس از فوت نیز در قلمروی حکم حرمت شرعی قرار خواهد گرفت. با این حال، بر این رویکرد، نقدهایی وارد است:

ایراد نخست: انسان زمانی می‌تواند از حق برخوردار باشد که دارای «اهلیت تمتع» باشد. از طرفی، در حقوق ایران، مرگ برابر با پایان اهلیت تمتع است (ماده ۹۵۶ ق.م.ا)؛ بنابراین نمی‌توان شخصی را که فوت کرده، صاحب حق دانست. در ادبیات فقهی نیز، با وقوع مرگ، به پایان قابلیت شخص برای ذی حق شدن اشاره می‌شود؛ برای نمونه برخی اشاره داشته‌اند که با فوت، مافی الذمه شخص (که شامل حقوق و تکالیف می‌باشد)، زائل می‌شود (غروی اصفهانی، ۱۴۱۹: ۲۳۷).^۳ همچنین برخی دیگر نیز به صراحت اشاره داشته‌اند که با فوت، مالکیت متوفا زائل شده و در نتیجه او نمی‌تواند وصف مالک را به خود بگیرد (عاملی، ۱۲۲۶: ۹۱).^۴ در ادامه همین رویکرد، برخی از فقها هنگامی که سخن از مالکیت دیه فوت می‌کنند، بر این باور می‌باشند که دیه را نمی‌توان متعلق به متوفا دانست، زیرا این مسئله به معنای زنده فرض کردن متوفا بعد از فوت می‌باشد که امری محال

خصوصی نه مربوط به وراثت یا سایر اشخاص، بلکه صرفاً مرتبط با خود شخص متوفا است و در صورت افشای اطلاعات خصوصی شخص پس از مرگ، ممکن است به تصویری که جامعه از شخص داشته، آسیب وارد شود. برای همین، نخستین کسی که از افشای اطلاعات متوفا، آسیب می‌بیند، خود متوفا بوده و از این منظر، تلقی او به عنوان صاحب حق، تا حدودی قابل توجیه است. به نظر می‌رسد باور به ذی‌حقی درگذشتگان نسبت به حریم خصوصی‌شان بوسیله خدشه‌ناپذیری و تداوم وجود حریم خصوصی پس از فوت اشخاص، موضوعی است که شاید بیشتر مورد رغبت کاربرانی که مایل به مصون ماندن اطلاعات خصوصی‌شان پس از فوت هستند، قرار گیرد. بدین ترتیب، در صورت فوت کاربر حساب مجازی، تمامی اطلاعاتی که به دست او در حساب قرار داده شده و او در به‌وجود آمدن آن‌ها نقش اساسی داشته، همچنان متعلق به او بوده و بعد از فوت وی نیز، از دسترس سایرین مصون خواهد ماند (Wilkins, 2010: 1039).

این رویکرد با توجه به نصوصی که از معصومین (علیهم السلام) رسیده و در آن‌ها بر لزوم حفظ احترام و حرمت متوفا تاکید شده، قابل تایید است. برای نمونه از امام صادق (ع) در خصوص شخصی که سر میّتی را قطع نمود، سوال شد و ایشان فرمودند: «برای این عمل، دیه لازم است، زیرا حرمت میّت مانند حرمت انسان در قید حیات است»^۱ (مجلسی، ۱۴۰۶: ۴۴۹؛ خوئی، بی‌تا: ۵۱۹). در حدیث دیگری از امام باقر (ع) نیز، بر همین مضمون تاکید شده است (کلینی، ۱۴۰۷: ۲۲۸؛ نجفی، ۱۳۶۲: ۶۴۴).^۲ اگرچه احادیث مذکور صرفاً در خصوص موارد معینی بیان شده‌اند، اما بر این حقیقت دلالت دارند

^۱ «عن الصادق علیه السلام فی رجل قطع راس المیت قال علیه الدیه؛ لأن حرمته میّتا کحرمته و هو حی»
^۲ «عَلِيُّ بْنُ إِبرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَدَمَ بْنِ إِسْحَاقَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُحَمَّدٍ الْجَعْفِيِّ قَالَ: كُنْتُ عِنْدَ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَ جَاءَهُ كِتَابُ هِشَامِ بْنِ عَبْدِ الْمَلِكِ فِي رَجُلٍ نَبَشَ امْرَأَةً فَسَلَبَهَا نِيَابَهَا ثُمَّ نَكَحَهَا فَإِنَّ النَّاسَ قَدِ اخْتَلَفُوا عَلَيْنَا هَاهُنَا فَطَائِفَةٌ قَالُوا اقْتُلُوهُ وَ طَائِفَةٌ قَالُوا اْحْرِقُوهُ فَكَتَبْتُ إِلَيْهِ أَبُو جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ

إِنَّ حُرْمَةَ الْمَيِّتِ كَحُرْمَةِ الْحَيِّ حَذُّهُ أَنْ تُقَطَعَ يَدُهُ لِنَبْشِهِ وَ سَلْبِهِ النَّيَابِ وَ يُقَامُ عَلَيْهِ الْحَدُّ فِي الرَّئِي إِِنْ أَحْصِنَ رَجْمَ وَ إِِنْ لَمْ يَكُنْ أَحْصِنَ جُلِدَ مَائَةً.»

^۳ «فإن ملكية ما في الذمة تتشخص بطرفيها، وبالموت تزول

الاضافة، ولا يعقل بقاء ما في الذمة حتى يورث.»

^۴ «أني يملك الميّت و بالموت تزول عنه الأملاك.»

المقدور تلاش کرد تا نظام حقوقی را پایه‌پای واقعیت‌ها جلو برد. به علاوه، فرض شخصیت برای درگذشته، به معنای داشتن شخصیت حقیقی نخواهد بود، زیرا اتکای شخصیت حقیقی انسان بر مدار وجود طبیعی خود فرد است و با فوت شخص و از بین رفتن وجود انسان، این شخصیت نیز از بین می‌رود (کاتوزیان، ۱۳۹۷: ۱۵۹). در نتیجه، باید فرض کرد که درگذشته، شخصیت حقوقی دارد، این در حالی است که چنین اتفاقی نیازمند اعتبار شارع و نص قانونی است (صفایی و قاسم زاده، ۱۳۹۳: ۱۶۸).

ایراد دوم: ممکن است در تایید انتساب حق حریم خصوصی به متوفا به احادیثی که بر حکم تکلیفی حرمت متوفا دلالت دارند، استناد شود؛ اما نباید از این حقیقت غافل شد که حرمت مزبور اگرچه در قلمرو فقه و مسائل اخلاقی، مبنای مهمی به شمار می‌آید، اما حرمت متوفا، لزوماً به معنای محق بودن او نبوده و از این رو، حرمت داشتن را نمی‌توان همسنگ با حق داشتن تلقی کرد؛ زیرا در جامعه‌ی پدیده‌های بی‌جان و فاقد اهلیت بی‌شماری وجود دارند که مورد حمایت قانونی قرار گرفته‌اند؛ برای نمونه نبش قبر متوفا، صید و شکار حیوانات وحشی، قطع درختان و تخریب منابع طبیعی و... توسط قانون‌گذار مورد منع قانونی قرار گرفته است، اما هیچکدام از این موارد، موجب حقی برای خود متوفا، حیوانات، نباتات و... نمی‌باشند، زیرا واضح است که از میان مخلوقات، تنها انسان در قید حیات، دارای اهلیت و شایستگی جهت دارا شدن حقوق می‌باشد. بر این اساس، حمایت‌های قانونی صورت گرفته از موجودات فاقد اهلیت نظیر حیوانات، نباتات، مردگان، آثار تاریخی و... اگر بر مبنای وجود حقی باشند، به معنای صاحب حق بودن این پدیده‌ها نخواهد بود، بلکه باید صاحب

است (الفقاعی، ۱۴۱۸: ۲۷۱).^۱ با توجه به این ایراد، باید گفت که حریم خصوصی به مثابه یک حق، تنها متعلق به زندگان بوده و چون پس از مرگ، متوفا اهلیت تمتع خود را از دست می‌دهد، نمی‌تواند هیچ‌گونه حقی داشته باشد.

با این حال، در پاسخ به این ایراد، برخی فقها هنگامی که از فوت سخن می‌گویند، از بقاء ذمه^۲ پس از مرگ نیز حکایت کرده و بر این باور می‌باشند که اگرچه شروع ذمه با تولد انسان است، اما لزوماً فوت، عاملی در پایان بخشیدن به ذمه نخواهد بود. این گروه، پذیرش ابراء دین میت در اسلام را دلیل اثبات وجود ذمه پس از فوت دانسته‌اند (حائری، ۱۴۲۳: ۶۸).^۳ این در حالی است که با فرض باور به تداوم ذمه پس از فوت، نمی‌توان ذمه را برابر با مفهوم اهلیت تمتع دانست؛ زیرا آن‌گونه که تعریف شده، اهلیت عبارت است از شایستگی شخص در برخورداری از حق و تکلیف؛ درحالی که ذمه، محلی است که این شایستگی در آن قرار می‌گیرد، در نتیجه ذمه با این‌که لازمه اهلیت است اما به معنای اهلیت تمتع نیست (موسوی بجنوردی و مقتدایی، ۱۳۹۱: ۱۷). همچنین برخی فقها، با توسل به فرض قانونی، مالکیت میت بر دیه را نوعی مالکیت تقدیری و حکمی دانسته‌اند (روحانی، ۱۴۲۸: ۱۴۰؛ مروج جزائری، ۱۴۱۶: ۱۱۶). در حقیقت آن‌ها به واسطه‌ی چنین استدلالی، میت را در حکم شخص زنده فرض کرده و به واسطه‌ی حکم قانونی و جعل حکم جدید، مالکیت میت را تداوم بخشیده‌اند. با این حال، حقیقت این است که نظام حقوقی باید در مسیر واقعیت‌ها حرکت کند، نه در مسیر فروض قانونی. فرض قانونی خلاف حقایق عالم واقع بوده و به نوعی استثنا محسوب می‌شود، برای همین، صرفاً باید به آن به عنوان آخرین راه حل نگریست و حتی

^۱ التزم (پذیرش تعهد) دارد (عاملی، ۱۴۰۰: ۱۳۵). همچنین از نظر امام خمینی، ذمه و عهده مترادفاً عبارت‌اند از مخزن و ظرفی برای اعتباریات (موسوی بجنوردی و مقتدایی، ۱۳۹۲: ۱۱).
^۲ «ویری أنّ ذمة الشخص لا تموت بموت الشخص، فإنّها وعاء اعتباری قابل للبقاء حتّى بعد الموت.»

^۱ «لأنه يستلزم الحياة بعد الموت، وهو محال.»
^۲ در تعریف ذمه، لغویون از آن به ضمان، عهد و یا حق تعبیر کرده‌اند (صدر، ۱۳۹۰: ۴). در قرآن کریم نیز، از ذمه به معنای عهد و پیمان آمده است (توبه: ۸). فقها در تعریف ذمه فرموده‌اند که ذمه معنایی است که در مکلف مقدرشده (مفروض بوده) و قابلیت الزام (ایجاد تعهد) و



اما این مسئله لزوماً به منزله‌ی ورود زیان به متوفا نمی‌باشد، زیرا وی از قابلیت آگاهی از چنین زانی برخوردار نبوده؛ در نتیجه، حتی با فرض نقض حریم خصوصی متوفا، نمی‌توان او را زیان‌دیده دانست. این رویکرد که آگاهی را شرط ورود زیان می‌داند، اگرچه در آثار برخی حقوقدانان پذیرفته شده (Feinberg, 2013: 407) اما در مقابل نیز این باور وجود دارد که آگاهی نه شرط ورود زیان، بلکه شرط مطالبه آن است: ما متحمل زیان می‌شویم حتی اگر از آن، آگاه نباشیم؛ اما زمانی برای مطالبه آن اقدام می‌کنیم که از ورود زیان معنوی به خویش، آگاه شده باشیم. این سخن در فرضی که عدم آگاهی زیان‌دیده نسبت به زیان وارده، موقتی باشد، قابل تایید است. برای نمونه، در جایی که زیان‌دیده نسبت به زیان وارده جاهل بوده و یا به دلیل عاملی مانند بیهوشی، خواب، مستی و... موقتاً توانایی درک زیان وارده را ندارد، پس از آگاهی از آنچه روی داده، طرح دعوا خواهد کرد؛ اما نسبت به متوفا که مانع دائمی در مسیر درک و آگاهی‌اش وجود دارد، به نظر می‌رسد عرفاً نتوان متوفا را زیان‌دیده دانست. البته این سخن به این معنا نیست که نتوان از لطمه به حریم خصوصی متوفا، به عنوان زیان یاد کرد: زیان با نقض حریم خصوصی متوفا معنا می‌یابد، اما زیان‌دیده را باید در جای دیگری مانند وراثت و یا جامعه دنبال کرد.

۴ امکان شناسایی حق حریم خصوصی برای بازماندگان متوفا

آثار نقض حریم خصوصی متوفا آن‌چنان گسترده است که نه تنها متوفا، بلکه دامن‌گیر وراثت و بازماندگان وی هم خواهد شد. از این رو، امکان دارد که وراثت متوفا به جهت ارتباط و علقه نزدیکی که با متوفا داشته‌اند، متحمل ضررهای معنوی فراوانی گردند، با این حال، بازماندگان متوفا صرفاً از دو جهت می‌توانند زیان‌دیده تلقی شوند. در جهت نخست، آن‌ها مستقیماً، از فعل عامل زیان در نقض

حق را در جای دیگری یعنی جامعه جستجو کرد. در واقع از این‌که در بسیاری از پارک‌های عمومی قید شده: «روی چمن‌ها راه نروید» و یا اینکه در موزه‌ها نوشته شده: «به اشیاء دست نزنید»، هیچ‌گاه نمی‌توان حقی برای چمن‌ها و یا اشیاء انتزاع نمود. دلیل این ممنوعیت، حفظ حقوق همه افراد جامعه و حتی نسل‌های آتی در بهره‌بردن از «چمن‌ها» و «اشیای داخل در موزه‌ها» است. مشابه همین استدلال را می‌توان در خصوص ممنوعیت‌های مربوط به صید و شکار نیز مشاهده کرد (karmar, 2001: 32).

در راستای تایید این استدلال، در اصول فقه گفته شده که حکم وضعی نیاز به جعل مستقیم داشته و نمی‌توان آن را از حکم تکلیفی انتزاع کرد. (بشروی خراسانی، ۱۴۱۲: ۲۰۱) بر این اساس، برخی اصولیون معتقدند که از حکم تکلیفی نمی‌توان حکم وضعی استنباط نمود. در نتیجه، اگر در قالب حکم تکلیفی، حکم به حرمت نقض حریم خصوصی متوفا داده شود، از چنین حکمی هیچ‌گاه نمی‌توان حکمی وضعی مبنی بر محق بودن متوفا بر حریم خصوصی‌اش استنتاج نمود.

ایراد سوم: ایرادات مذکور هرچند نافی استحقاق متوفا بر حق حریم خصوصی می‌باشد، اما این احتمال نیز می‌رود که روزی قانون‌گذار به‌وسیله‌ی حکمی تاسیسی، موانع پیش‌گفته را از بین برده و با برقراری ملازمه‌ی میان حرمت داشتن و حق داشتن، برای متوفا نیز، حق حریم خصوصی را جعل کند. با این حال، ایراد سومی که حتی به‌وسیله‌ی حکم تاسیسی مقنن نیز قابل رفع نخواهد بود، عدم صدق عنوان زیان است. زیان معنوی به معنای تحمّل «لطمه‌های روحی و صدمات شخصیتی» است (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۵؛ کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۴۲). انتساب این زیان به متوفا بی‌معناست، زیرا متوفا از آسیبی متاثر از اثر افشای اطلاعات شخصی‌اش، هیچ‌گاه آگاه نشده و توانایی درک صدمات روحی و روانی را ندارد. حتی ممکن است نظر اطرافیان با انتشار اطلاعات نادرست راجع به متوفا تغییر کند،

کامن‌لا، حقوق مربوط به شخصیت بر خلاف حقوق وابسته به اموال شخص، با فوت شخص از بین رفته و به وراثت و جانشینان شخص منتقل نمی‌شوند (Shafer v. Grimes, 1867).¹ برای نمونه در پرونده معروف (Kelly V. Johnson Publ'g co, 1958) خواهر بوکسور فقید آمریکایی، از یک شرکت انتشاراتی به این دلیل که در داستانی که از برادر مرحومش منتشر شده، برخلاف واقعیت، وی را چهره‌ای فقیر و مطرود معرفی نموده، طرح دعوا نموده و با این استدلال که این اقدام نشریه، یک تهاجم غیرقانونی به حریم خصوصی بوده، از دادگاه تقاضای اعاده حیثیت و جبران خسارت نمود. دادگاه، ضمن رد شکایت، اظهار داشت که حق حریم خصوصی یک حق قائم به شخص بوده و بستگان و بازماندگان متوفا نمی‌توانند آن را پیگیری کنند. در تایید این رویکرد، گفته شده که آنچه توسط حریم خصوصی پاسداری می‌شود، چیزی فراتر از احساسات و فرایندهای ذهنی نیستند، بنابراین، حریم خصوصی، حقی شخصی بوده و تنها از طریق اقدام خود شخص صاحب حق، قابل پاسداری می‌باشد، در نتیجه، قابل انتقال قراردادی یا قهری نخواهد بود (Banta, 2015: 936).

در برابر این رویکرد، در نظام حقوقی رومی ژرمنی، این گونه فرض می‌شود که شخصیت متوفا در شخصیت وارث باقی مانده و امتداد می‌یابد. این تاسیس حقوقی این‌گونه توجیه می‌شود که دارایی شخص بدون وجود او قابلیت تصور ندارد. از این رو، جهت توجیه بقای دارایی او و از جمله حقوق و تعهدات پس از مرگ، به وسیله فرض قانونی، حکم به استمرار و ادامه شخصیت متوفا در قالب شخصیت ورثه داده می‌شود (Mazeauds, 2000: 412). در نتیجه، با توجه به بقای شخصیت متوفا و انتقال کلیه حقوق مربوط به آن به وراثت، آن‌ها حق مطالبه‌ی کلیه خسارات وارده به متوفا را خواهند داشت (Askeland & Authors, 2015: 380). این رویکرد در کشورهایمانند فرانسه

حریم خصوصی متوفا آسیب می‌بینند. برای نمونه قتل یک شخصیت مشهور علمی و یا هنری، نه تنها باعث ایراد ضرر به خود مقتول می‌شود، بلکه خانواده، خویشاوندان و کلیه کسانی که از وجود چنین شخصیتی بهره می‌برند را نیز تحت تأثیر قرار داده و فقدان او، همه آن‌ها را حسب میزان ارتباطی که با او داشته‌اند، متحمل زیان خواهد کرد. با این‌که محدوده زیان وارده به اشخاص مرتبط با متوفا بر اساس میزان صمیمیت و ارتباط موجود متغیر است، اما فرض زیان وراثت از فقدان متوفا به جهت علقه و نزدیکی فراوانی که با او داشته‌اند، فرضی قابل توجه است. با این اوصاف، چنین فرضی از موضوع بحث ما خارج خواهد بود، چرا که در این فرض، وراثت مستقیماً و شخصاً از زیان وارده به متوفا متحمل ضرر و زیان شده‌اند، که جهت مطالبه‌ی خسارت می‌بایست زیانی را که شخصاً و به اصالت (و نه به قائم‌مقامی از متوفا) متحمل شده‌اند را ثابت و مطالبه نمایند. از این رو، در فرضی که انتشار اطلاعات خصوصی متوفا، سبب ناراحتی و یا کسر حیثیت وراثت او شود، دعوی وراثت برای مطالبه‌ی زیان معنوی، به اصالت خواهد بود. آن‌ها زیانی که شخصاً، تجربه کرده‌اند را مطالبه می‌کنند و نه زیان وارده به متوفا را.

در جهت دوم، می‌توان بازماندگان را به سبب آسیبی که به خود متوفا رسیده، به قائم‌مقامی از وی محق دانست. در حالی که حقیقت این است که فرض قائم‌مقامی، مستلزم این است که قبل از تحقق قائم‌مقامی، اصیل، خود صاحب حق و تکلیف باشد که با فوت وی، قائم‌مقام، جانشین او در حقوق و تکالیف وی گردد (شهیدی، ۱۳۹۵: ۲۴). با توجه به این سخن و از آنجا که اساساً، در تعلق حق برای متوفا تردید وجود دارد، تلقی وراثت او به عنوان قائم‌مقام با ابهام روبرو است. به علاوه، قائم‌مقامی نسبت به حقوقی محقق می‌شود که خود حق وابسته به شخصیت فرد نباشد و برای همین است که بر اساس یک قاعده‌ی عام در نظام حقوقی

¹ Actio personalis moritur cum persona.



و با هدف جبران زیان معنوی در نظام حقوقی ما تطابق ندارد.

۵ امکان شناسایی حق حریم خصوصی برای جامعه

دانستیم که متوفا به دلیل از دست دادن اهلیت خود نمی‌تواند صاحب حق حریم خصوصی خود باشد. از طرفی، تلقی وراثت به عنوان زیان‌دیده نیز، با چالش‌های متعددی روبه‌رو می‌شود، برای نمونه در صورتی که شخص متوفا فاقد وارث یا بازمانده باشد، عملاً ضرر حاصله جبران‌نشده باقی خواهد ماند؛ اما این دو نتیجه، به معنای اباحه‌ی نقض حریم خصوصی متوفا نیست، بلکه از این پس، حریم خصوصی متوفا، متعلق به جامعه خواهد بود. مشابه چنین رویکردی در ارتباط با زیان بدنی درگذشتگان نیز، پذیرفته شده است. در تبصره ماده ۷۲۲ ق.م.ا. مصوب ۱۳۹۲ می‌خوانیم: «دیه جنایت بر میت به ارث نمی‌رسد، بلکه ... برای او در امور خیر صرف می‌شود».^۲ مبنای این حکم که ریشه فقهی نیز دارد (علم الهدی، ۱۴۱۵: ۵۴۲)، برای این است که با صرف دیه در امور خیر، نفع اصلی به جامعه می‌رسد؛ جامعه‌ای که از محل آسیب به بدن یک متوفا، لطمه دیده و اکنون قرار است با صرف دیه، لطمه وارده به آن جبران شود. به نظر می‌رسد اعمال این حکم در خصوص زیان ناشی از نقض حریم خصوصی متوفا نیز، قابل توجیه باشد. در این بند، به مبانی و آثار این رویکرد و نیز، سه مصداق برجسته آن پرداخته خواهد شد.

مورد استقبال قرار گرفته و در رویه‌ی قضایی این کشور موارد متعددی از صدور حکم بر جبران خسارات معنوی وارده به متوفا به نفع وراثت و یا ماترک وی وجود دارد (آجری آیسک، ۱۳۹۵: ۲۰).

در این میان، به نظر می‌رسد رویکرد نظام حقوقی ایران به رویکرد نخست، نزدیک‌تر باشد، چرا که در حقوق ایران، شخصیت فرد پس از مرگ، از بین رفته و در قالب شخصیت وراثت، ادامه نخواهد یافت.^۱ برای همین، در حقوق ما وراثت صرفاً در صورتی حق مطالبه زیان وارده به متوفا را خواهند داشت که به نوعی، ضرر وارده گریبان‌گیر آن‌ها نیز شده باشد. برای نمونه، در تبصره ۲ ماده ۳۰ قانون مطبوعات آمده: «هر گاه انتشار مطالب مذکور در ماده فوق راجع به شخص متوفا بوده ولی عرفاً هتاکی به بازماندگان وی به حساب آید، هر یک از ورثه قانونی می‌تواند از نظر جزایی یا حقوقی طبق ماده و تبصره‌ی فوق اقامه دعوی نماید.» در نتیجه، وراثت تنها در صورتی حق اقامه‌ی دعوی برای هتاک‌کننده نسبت به مورث خود را خواهند داشت که عرفاً هتاک‌کننده متوفا موجب هتاک‌کننده آن‌ها نیز باشد. افزون بر این‌ها، باور به قائم مقامی وراثت در مطالبه‌ی زیان معنوی مورث خود سازگاری چندانی با مبانی مسئولیت مدنی ندارد. در واقع، هدف از سازوکارهای موجود در نظام حقوقی نظیر پرداخت پول، عذرخواهی رسمی و... سعی در خشنودی زیان‌دیده و کاهش صدمات روحی و روانی وارده به اوست، این درحالی است که با فوت زیان‌دیده، امکان تحقق هدف یادشده، از بین رفته و سالبه به انتفاع موضوع می‌گردد. بنابراین، جبران خسارت معنوی در حق هر شخصی غیر از زیان‌دیده، تاثیری در از بین بردن آثار ضرر معنوی نداشته

می‌شد، قاعداً باید به ارث می‌رسید، درحالی که خود قانون‌گذار در این تبصره صراحتاً امکان توارث را رد نموده است. بنابراین به نظر می‌رسد، مقنن، چه در قانون قبلی (تبصره ۲ ماده ۲۰۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱) و چه در قانون کنونی، در قالب فرض قانونی و از این جهت که قصد جلوگیری از مجهول‌المالک شدن دیه جنایت بر میت را داشته، آن را در حکم مال متوفا قرار داده است.

^۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به شماره ۱۶۸-۱۳۹۲/۲/۲۴ در خصوص مطالبه خسارت معنوی متوفا از سوی بازماندگان او، اعلام داشته: «...و خسارت معنوی معمولاً قائم به مجنی علیه است با فوت مجنی علیه سالبه به انتفاع موضوع است...» برای مشاهده مشروح رای، نک:

<http://arajri.ac.ir/Judge/Text/5094>

^۲ هرچند در ادامه تبصره مرقوم شده که دیه جنایت بر میت متعلق به خود متوفا است، اما اگر واقعاً در مالکیت متوفی وارد

۵/۱ مبانی شناسایی جامعه به عنوان صاحب حق حریم خصوصی درگذشتگان

مبانی شناسایی جامعه به عنوان صاحب حق حریم خصوصی درگذشتگان به قرار زیر است:

۵/۱/۱ منافع عمومی جامعه

منافع عمومی را می‌توان اصلی‌ترین جزء دموکراسی و یکی از نتایج ارتقای جوامع مدنی و شکل‌گیری حکومت‌های دموکراتیک در عصر کنونی دانست. هدف اصلی نظام‌های دموکراتیک، برآوردن خیر و نفع مشترک برای مردم می‌باشد، و از این دریچه زمامداران حکومت‌ها باید تلاش کنند تا منفعتی که مورد تقاضای همه‌ی مردم جامعه است، برای‌شان به ارمغان بیاورند (گرچی از ندریانی، ۱۳۹۴: ۱۳۵). در نتیجه، منفعت عمومی یا فایده همگانی را می‌توان منفعتی دانست که مورد خواست و تمنای عموم جامعه باشد. با توجه به این نکته، منفعت عمومی جامعه، در حفظ حریم خصوصی متوفا است: با افزایش اسرار متوفا و نقض حریم خصوصی او، جامعه و افکار عمومی تحت تاثیر قرار گرفته و از افزایش اطلاعات هم‌نوعان خود، ولو پس از مرگ دچار ناامنی می‌گردد (O'Callaghan, 2012: 42). این ناامنی، به‌وجود آورنده‌ی زنگ خطری برای سایر شهروندان جامعه خواهد بود که بعد از مرگ آن‌ها نیز این اتفاق ممکن است برای‌شان رخ بدهد. از این رو، می‌توان دیدگاه سوّمی را مطرح کرد که براساس آن با نقض حریم خصوصی متوفا و لطمه به حیثیت او، جامعه را بتوان زیان‌دیده حقیقی تلقی کرد. در واقع ما با محق دانستن جامعه نسبت به حریم خصوصی درگذشتگان، این اطمینان را به اعضای جامعه می‌دهیم که حریم خصوصی‌شان پس از مرگ مورد حمایت قرار گرفته و از هرگونه تعارض و تجاوز غیرقانونی مصون خواهد ماند (Young, 2013: 232). در این مسیر، می‌توان از نهاد زیان جمعی نیز استفاده کرد. دامنه‌ی رفتار زیان‌بار ممکن است به حدی گسترده باشد که نه لزوماً یک فرد معین، بلکه یک گروه خاصی از جامعه و حتی کل جامعه را تحت

تاثیر قرار دهد؛ مانند این‌که در اثر عمل غیرقانونی یک قاضی، به حیثیت و اعتبار جامعه قضات لطمه وارد شود. در این صورت به طور قطع نمی‌توان گفت که زیان به یک فرد وارد شده، بلکه کلیه‌ی اشخاصی که به جهت برخورداری از منافع، علایق و اهداف مشترک، یک گروه را تشکیل می‌دهند، متحمل ضرر و زیان شده‌اند (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۵: ۱۳۶). در این راستا می‌توان چنین استدلال نمود که زیان ناشی از نقض حریم خصوصی متوفا نه صرفاً وراثت و بازماندگان او، بلکه کلیه‌ی هم‌نوعان او را تحت تاثیر قرار داده و دچار نوعی زیان معنوی جمعی خواهد کرد.

۵/۱/۲ بازدارندگی

در مسئولیت مدنی، اگرچه هدف اولیه، جبران ضرر وارده به زیان‌دیده است، اما در یک نگرش کلی‌تر می‌توان هدف نهایی را ایجاد بازدارندگی‌های خاص و عام از ارتکاب مجدد رفتار زیان‌بار دانست. در واقع ما با ایجاد ممنوعیت‌های قانونی و مجازات کردن متخلفان، به دنبال این هستیم تا مردم به نوعی، با نظم حاکم هم‌نوا شده و شهروندان را با تهدید به مجازات، حسّاس کنیم. بازدارندگی خاص در ارتباط با شخص واردکننده زیان بوده، اما موضوع بازدارندگی عام، کل جامعه است. به دیگر سخن در بازدارندگی عام به دنبال بازداشتن کلیه‌ی افراد جامعه از ارتکاب مجدد رفتار زیان‌بار در آینده هستیم (بادینی، ۱۳۸۳: ۷۳). هدف اساسی در بازدارندگی چه در مفهوم خاص و چه در مفهوم عام یکی است و آن این است که مردم قبل از هرگونه اصطکاک با قانون، به رفتارهای صحیح هدایت شوند (Sugarman, 1985: 564).

در بررسی حق حریم خصوصی درگذشتگان در مسئولیت مدنی، در قدم نخست باید به دنبال هدفی فراتر از صرف جبران زیان و پرداخت خسارت از سوی واردکننده زیان باشیم، زیرا جبران خسارت در ضررهای معنوی همواره از ابزارهای کافی و کاملی برخوردار نبوده و اساساً هیچ تضمینی از عدم نقض مجدد حریم خصوصی درگذشتگان توسط زیان‌زننده



جبران خسارت را در حق ذی نفع حقیقی یعنی جامعه انجام دهیم.

با این حال، باید به یاد داشت که این حکم مانع درخواست وراث برای جبران خسارتی که شخصاً از محل نقض حریم خصوصی متوفا دیده‌اند، نیست. در واقع اگر به سبب انتشار اطلاعات متوفا، وراث وی، دچار آسیب روحی شدند، می‌توانند اصالتاً، جبران خسارتی که متحمل شده‌اند را مطالبه کنند.

اگر قائل بر این باشیم که جامعه صاحب حقیقی حق حریم خصوصی درگذشتگان باشد، آنگاه تصمیم‌گیری در خصوص افشای اطلاعات خصوصی درگذشتگان را هم باید به جامعه بسپاریم. در واقع، این جامعه است که افشای اطلاعات درگذشتگان را با معیار منافع عمومی خود، بررسی کرده و اگر آن را به منزله‌ی یک ضرر جمعی برای شهروندان تلقی کرده باشد، در این صورت حکم به منع افشای اطلاعات خواهد داد، اما اگر افشای اطلاعات و نقض حریم خصوصی متوفا به مصلحت جامعه و در راستای حفظ منافع عمومی باشد، می‌توان حکم به افشای اطلاعات داد. چنین رویکردی، علاوه بر ایجاد یک منفعت مستقیم برای اشخاص مرتبط با متوفا، می‌تواند به طور عمومی برای جامعه نیز منافی به همراه داشته باشد (Choong, 2014:116).

برای مثال، دیوان عالی ایالات متحده در پرونده (Waters v. Fleetwood, 1956)، تصاویر منتشرشده از دختر ۱۴ ساله‌ای که به قتل رسیده بود را نقض حریم خصوصی محسوب نمود و انتشار آن را در راستای منافع عمومی جامعه و حق آزادی بیان تلقی نمود. این درحالی است که در ایتالیا، هنگامی که پرنسس دایانا در اثر تصادف رانندگی فوت کرد، دادگاهی در ایتالیا، دستور به ممنوعیت انتشار تصاویر گرفته شده هنگام مرگ دایانا توسط مجله‌ی معروف CHI را صادر و بدین وسیله از حریم خصوصی وی محافظت کرد (Zhao, 2014: 279).

وجود ندارد، خصوصاً آن‌که شخصی که حریم خصوصی‌اش مورد تهاجم قرار گرفته، در قید حیات نبوده و پرداخت خسارت در چنین موردی، تاثیر چندانی در جبران زیان وارده ندارد. بنابراین، نظر به حساسیت بالای حریم خصوصی درگذشتگان که غالباً توأم و آمیخته با حریم خصوصی سایر اشخاص می‌باشد، باید به دنبال رویکردی باشیم که در مرحله‌ی نخست بتواند قابلیت ایجاد بازدارندگی در جامعه را فراهم آورد و این هدف جز با ذی‌نفع دانستن جامعه میسر نخواهد بود.

۵٫۲ آثار شناسایی جامعه به عنوان صاحب حق حریم خصوصی درگذشتگان

با توجه به اینکه با نقض حریم خصوصی درگذشته، زیان‌دیده‌ی اصلی جامعه خواهد بود، غرامت پرداختی بابت زیان وارده نیز، باید به خود جامعه پرداخت شود. در این مسیر، می‌توان از ملاک تبصره ماده ۷۲۲ ق.م.ا. مصوب ۱۳۹۲ بهره برد که به موجب آن، «دیه جنایت بر میت به ارث نمی‌رسد ... برای او در امور خیر صرف می‌شود». این ماده، اگرچه در خصوص زیان بدنی متوفا می‌باشد، اما به نظر می‌رسد ملاک آن در زیان ناشی از نقض حریم خصوصی نیز، قابل استفاده باشد. بدین ترتیب، می‌بایست غرامتی متناسب با زیانی که به جامعه از محل نقض حریم خصوصی متوفا وارد شده، تعیین شود. این غرامت نیز، باید صرف در «امور خیر» شود تا لطمه وارده به جامعه جبران شود و در این راستا، می‌توان از ظرفیت ماده ۱۰۳ قانون امور حسبی نیز مدد جست، بدین صورت که اگر محکوم‌به جبران خسارت نقض حریم خصوصی درگذشتگان، وجه نقد باشد، دادگاه صالح می‌تواند به تجویز بند دوم ماده ۱۰۳ قانون امور حسبی، امینی را برای اداره و مدیریت وجوه مربوط منصوب نماید. با پذیرش این پیشنهاد، نه تنها از ابزارهای قانونی موجود برای جبران خسارت ناشی از نقض حریم خصوصی درگذشته بهره برده‌ایم، بلکه از این طریق می‌توانیم

۵،۳ مصادیق شناسایی جامعه بعنوان صاحب حق حریم خصوصی درگذشتگان

گفتیم که حریم خصوصی درگذشته، از آن جامعه است اما باید به خاطر داشت که گاه، جامعه در مسیر مصالح کلی‌اش به اطلاعات شخصی اشخاص نیازمند است؛ برای نمونه، جامعه در مواردی به اطلاعات پزشکی بیماران درگذشته یا اطلاعات خصوصی مسئولان سیاسی درگذشته و یا انتشار محتوای حساب‌های مجازی و... احتیاج دارد. در این موارد، باید دید کدامیک قابل ترجیح است.^۱

۵،۳،۱ اطلاعات پزشکی درگذشتگان

رازداری پزشکی موضوعی باستانی است که نخستین‌بار در سوگندنامه‌ی بقراط مورد اشاره قرار گرفت (Thompson, 1979: 57). امروزه نیز، علاوه بر تعهد اخلاقی پزشکان بر حفظ اسرار بیماران خود، قوانین و مقرراتی در این زمینه وضع شده و ضمانت اجرایی برای تخلف پزشکان از تعهد قانونی رازداری و عدم افشای اطلاعات پزشکی بیماران در نظر گرفته شده است.^۲

با این حال در برخی موارد، عدم افشای اطلاعات خصوصی مربوط به اشخاص، تهدید جدی در برابر سلامت و جان سایر اشخاص جامعه است. برای مثال، ممکن است شخصی در زمان حیات مبتلا به یک بیماری عفونی و یا ژنتیکی بوده و به موجب آن نیز فوت کند. در این صورت اگرچه اصول حریم خصوصی بر منع افشای اطلاعات پزشکی بیمار متوفا دلالت دارد، اما منافع جامعه اقتضا می‌کند که برای جلوگیری از ظهور بیماری عفونی در میان افرادی که متوفا با آن‌ها تماس فیزیکی داشته است، یا کنترل

بیماری‌های ژنتیکی که ممکن است در میان خویشاوندان نسبی فرد متوفا ظاهر شود، و یا برای یافتن روش درمان بیماری، اطلاعات مربوط به بیمار درگذشته افشا گردد. در فرضی نزدیک به این حالت، در ماده سه قانون طرز جلوگیری از بیماری‌های آمیزشی و بیماری‌های واگیردار مصوب ۱۳۲۰، پیش‌بینی شده که در صورت امتناع بیمار از پیگیری روند درمان، پزشک معالج مکلف به اطلاع این موضوع به بهداری مربوط می‌باشد.^۳ همچنین سرویس سلامت همگانی بریتانیا (NHS) در راستای تجویز دسترسی به اطلاعات پزشکی متوفا برای کمک به سایر بیماران ژنتیکی مقرر داشته: «در صورتی که در تعیین خطرات ژنتیکی اشخاص کمک کند، بخش پرونده پزشکی مراکز مراقبت‌های بهداشتی، باید در دستیابی به اطلاعات پزشکی در مورد یک فرد فوت شده کمک کنند.»^۴

در تایید این سخن، در پرونده Lewis v. Secretary of State for Health, 2008 به بررسی این موضوع پرداخته شد که آیا اسناد و محتوای پرونده‌های پزشکی مربوط به بیماران متوفا می‌تواند توسط پزشک عمومی برای تجزیه و تحلیل بافت انسانی در تأسیسات هسته‌ای انگلستان فاش شود؟ در این پرونده دادگاه افشای سوابق پزشکی بیماران متوفا را موضوعی در ارتباط با منافع عمومی دانست و در نهایت در تصمیم نهایی خود علی‌رغم وجود تکلیف به حفظ محرمانگی و اسناد پزشکی، با این قید که این افشای اطلاعات از نظر منافع عمومی مشروع و قانونی خواهد بود، حکم به افشای اطلاعات پزشکی بیماران درگذشته داد.

^۲ برای نمونه می‌توان به ماده ۶۴۸ قانون مجازات اسلامی، کتاب تعزیرات اشاره داشت.

^۳ این ماده ظاهراً ناظر به فرض شخص در قید حیات می‌باشد.

^۴ NHS National Genetics Education and Development Centre, 'Genetic information: consent and confidentiality issues' (2012), para. 7.

^۱ در یک رویکرد افراطی، برخی از حقوقدانان اعتقاد داشتند، که حریم خصوصی علی‌رغم همه فواید خود، می‌تواند به‌عنوان یک حق ضد اجتماعی عمل کرده و با ارزش‌های مهم دیگر جامعه مانند علاقه جامعه به تسهیل بیان آزادانه و نیز پیشگیری از جرایم و مجازات آن، در تعارض باشد (Florida Star v. B.J.F., ۱۹۸۹).



۵،۳،۲ حق جامعه بر اطلاع از جنبه‌های

خصوصی زندگی مشاهیر پس از مرگ

همواره حریم خصوصی بازیگران، مسئولان سیاسی، ورزشکاران معروف و سایر مشاهیر در تقابل با تمایل اعضای جامعه در آگاهی یافتن از اطلاعات مربوط به زندگی شخصی آنان بوده است (ذاکریان و همکاران، ۱۳۹۹: ۱۱۹). جایگاه مشاهیر بر اساس نقش شاخص محوری که در جامعه داشته و محبوبیتی که با تکیه بر شهرتشان به دست آورده‌اند، به گونه‌ای است که هرچه دامنه شهرتشان بیشتر باشد، گویی تمایل جامعه به کسب اطلاعات از جنبه‌های شخصی زندگی آنان بیشتر خواهد شد؛ تمایلی که بیشتر رنگ و بوی منفعت عمومی دارد تا کنجکاوی و سوءنیت؛ خصوصاً که تلقی آگاهی جامعه از شخصیت واقعی اشخاصی که نقشی الگومحوری در آن داشته و در جهت‌گیری کنش‌ها و واکنش‌های مردم تاثیر به‌سزایی دارند، به عنوان یک منفعت عمومی باعث شکل‌گیری حق مسلم اطلاع جامعه از حریم خصوصی مشاهیر خواهد شد (میرشکاری، ۱۳۹۶: ۱۱۳). رسانه‌ها در توجیه اقدام خویش برای انتشار اطلاعات شخصی اشخاص مشهور، به منافع عمومی استناد کرده و با توجه به اهمیت منافع عمومی بر منافع خصوصی اشخاص مشهور، پافشاری بر حق حریم خصوصی اشخاص مشهور و فرزندانشان را نادرست می‌دانند (Marop and Jorge, 2014: 23). از جمله این‌که با اقدام‌شان، به دنبال نقد دورویی کسانی هستند که چهره‌ی واقعی‌شان در تضاد با اظهارات بیرونی آنهاست. اگر یک چهره‌ی عمومی که به دلیل موعظه درباره‌ی ارزش‌های خانوادگی، نجابت و صداقت در ازدواج مورد احترام مردم قرار گرفته است، مشخص شود به همسر اولش خیانت کرده و از این خیانت، فرزند دیگری دارد، رسانه‌ها حق دارند با انتشار تصویر این فرزند، این خبر را پوشش داده و توجه عموم را به آن جلب کنند، زیرا مردم حق دارند نسبت

به این‌که شخصی در مورد ارزش‌های خانوادگی صحبت می‌کند، اما این ارزش‌ها را در خانوادگی خودش رعایت نمی‌کند، آگاهی یابند (Cohen-Almagor, 2003: 6).

در این راستا، می‌توان به دو اتفاق مرتبط برای دو رمان‌نویس مشهور جهان، فرانتس کافکا و ارنست همینگوی توجه داشت. کافکا قبل از فوت، از یکی از دوستانش به‌عنوان وصی تقاضا کرد تا کلیه آثار باقی‌مانده پس از مرگش اعم از دست‌نویس‌ها، نامه‌ها، خاطرات و... را از بین برده و مانع انتشار آن‌ها شود. به طور مشابه نیز ارنست همینگوی در نامه‌ای که پس از خودکشی‌اش در گاو صندوق کتابخانه‌اش پیدا شده بود، خطاب به اوصیای خود، مقرر داشت: «من تقاضا دارم که هیچ یک از نامه‌هایی که در طول زندگی نوشته‌ام منتشر نشود. بدین وسیله به شما دستور می‌دهم که چنین نامه‌هایی را منتشر نکرده و رضایت به انتشار آن توسط دیگران ندهید.» در مقابل، اوصیای کافکا و همینگوی از اجابت تقاضای آن‌ها سرباز زده و پس از فوت، کلیه آثار آن‌ها را منتشر نمودند. اقدام آن‌ها شاید از نظر اخلاقی بحث‌برانگیز باشد، اما به نظر می‌رسد این دو نویسنده‌ی معروف تا حدودی شهرت کنونی خود را مدیون اقدام اوصیای خود در عدم اجرای وصیت‌نامه‌شان می‌باشند، به علاوه، جامعه نیز امروزه قدردان آن‌ها برای حفظ آثار ارزشمند کافکا و همینگوی و انتقال میراث باارزش برجای مانده از آن‌هاست (Batuman, 2020; Didion, 1999: 3).

علاوه بر آن می‌توان به پرونده‌ی مشهور Plon (Société) v. France, 2004^۱ اشاره داشت که در آن چند ماه پس از فوت میتران، رییس‌جمهور اسبق فرانسه، پزشک خصوصی او کتابی با عنوان راز بزرگ نوشته و در آن به سرطانی که رئیس‌جمهور میتران از ابتدای دوره‌ی اول ریاست جمهوری خود متحمل شده بود و به عموم مردم در مورد آن به طور رسمی

¹ Editions Plon v. France [2004], European Court of Human Rights, No 58148/00

۵،۳،۳ حساب و اطلاعات مجازی کاربران پس از مرگ

فوت کاربران حساب‌های مجازی، ما را با سوال‌های بسیاری در خصوص سرنوشت حساب و اطلاعات ذخیره شده در آن روبه رو می‌سازد. سیاست اولیه و پیش‌فرض بسیاری از شرکت‌های ارائه‌دهنده خدمات حساب‌های مجازی نظیر مانند فیس بوک،^۱ گوگل^۲ و پرما^۳ در برخورد با هرگونه دسترسی به محتوای حساب‌ها پس از فوت صاحب حساب، ترجیح حریم خصوصی کاربران متوفا است. برخی از شرکت‌ها نظیر اینستاگرام با ایجاد حالت یادبود (Remembering) برای مشاهیر، اجازه‌ی هیچ‌گونه دسترسی به محتوای خصوصی حساب را نخواهند داد. شرکت یاهو نیز پا را فراتر نهاده و به بهانه‌ی اطمینان از عدم تضييع حریم خصوصی کاربر متوفا، به صورت خودکار و بدون در نظر گرفتن خواسته‌های متوفا، اقدام به حذف حساب کاربر متوفا خواهند کرد.^۴

بی‌تردید این سیاست شرکت‌ها به نفع حریم خصوصی کاربران در گذشته بوده و حاشیه‌ی امنی نسبت به آن ایجاد می‌کند، ولی جامعه و نسل‌های آتی را از محتوای حساب‌ها به عنوان یک منبع غنی از وقایع عصر حاضر محروم می‌سازد. باید به خاطر داشت که محتوای حساب‌ها می‌تواند نشان‌دهنده‌ی وقایع زمان کنونی بوده و منبع با ارزشی برای آیندگان جهت شناخت حوادث و سبک زندگی در زمانه ما باشد (Mazzone, 2011: 1659). حساب‌های اجتماعی خواهند توانست تصویری شفاف و واقعی از جامعه کنونی برای نسل‌های بعد باشد.^۵ پیش‌بینی شده که مورخان آینده به جمع‌آوری و

اطلاع داده نشده بود، پرداخت. با این حال ۲۴ ساعت پس از انتشار این کتاب، متعاقب شکایت همسر و فرزندان میتران، دادگاه فرانسه جهت نقض اصول رازداری پزشکی و حریم خصوصی رییس‌جمهور فقید و افشای اطلاعات خصوصی از سوابق پزشکی او، دستور فوری به توقیف انتشار کتاب صادر و شرکت انتشاراتی را به مبلغ هزار فرانک جریمه کرد. متعاقباً اعتراض شرکت انتشاراتی نیز از سوی دادگاه تجدیدنظر رد و ضمن حکم به پرداخت خسارت معنوی در حق بازماندگان متوفا استدلال شد که کتاب موضوع شکایت، اطلاعات پزشکی را فاش کرده و بر اساس ماده ۱۰ کنوانسیون حقوق بشر، اعمال محدودیت بر حق آزادی بیان از سوی دولت‌ها در این فرض، بلا مانع است. با این حال، پس از اعتراض شرکت انتشاراتی، به دیوان حقوق بشر اروپا، حکم صادره با توجه به مخالفت با حق آزادی بیان شهروندان (ماده ۱۰ کنوانسیون) و با این استدلال آن که درخواست بازماندگان رییس‌جمهور فقید مبنی بر ممنوعیت انتشار اطلاعات پزشکی او، یک نیاز مبرم اجتماعی را برآورده نمی‌کند، نقض و ممنوعیت انتشار کتاب برداشته شد (Choong, 2014:111-112). با بررسی استدلال اخیر دیوان در وهله‌ی نخست، این نتیجه مستفاد می‌گردد که حریم خصوصی درگذشتگان حقی متعلق به جامعه بوده و مصلحت‌سنجی جامعه نسبت به افشا و یا عدم افشای اطلاعات، بر اساس منافع عمومی جامعه صورت می‌گیرد.

⁴ Verizon Media. "Welcome to the Verizon Media Privacy Policy," Last visited 29 July, 2021), Available at: <https://www.verizonmedia.com/policies/us/en/verizonmedia/terms/otos/index.html>

^۵ طبیعتاً این مسئله در حساب‌هایی امکان پذیر است که چنین قابلیت‌هایی را دارا باشند، مانند اینستاگرام و یا توییتر.

¹ Facebook. "Terms of Service", (Last visited 20 July, 2021), Available at: <https://facebook.com/terms.php>

² Submit a request regarding a deceased user's account. (Last visited 24 July, 2021), Available at: https://support.google.com/accounts/troubleshooter/6357590?visit_id=637241259060739618-4278674119&hl=en&rd=2

³ Report a Deceased Person, (Last visited 16 July, 2021), Available at: <https://perma.cc/46J9-KYCU>



بایگانی این‌گونه حساب‌ها خواهند پرداخت، چنانکه از هم‌اکنون نیز، کتابخانه کنگره آمریکا توییت‌های عمومی را جهت اطلاع و آگاهی نسل‌های بعد از دوران کنونی بایگانی می‌کند (Kutler, 2011: 1651).

در وهله‌ی اول حریم خصوصی کاربر متوفا می‌تواند مانعی برای انتشار محتوای حساب‌ها باشد، زیرا بسیاری از کاربران اساساً نمی‌خواهند که کسی از محتوای خصوصی حساب آنها مطلع گردد و در این مسیر، قرار دادن رمز عبور (پسورد) برای ورود به حساب را می‌توان قرینه‌ای بر حساسیت کاربران نسبت به دسترسی سایرین به حساب آن‌ها قلمداد کرد. با این حال، با توجه به عدم توانایی ذی‌حق قرار گرفتن متوفا نسبت به حریم خصوصی خود و فقدان قابلیت درک ضرر از سوی او و همچنین نیاز جامعه به محتوای این‌گونه حساب‌ها می‌تواند کفه‌ی ترازو را به سمت حقوق جامعه سنگین‌تر کند. از این رو، در جهت حفظ تعادل میان حریم خصوصی کاربران و منافع عمومی جامعه، برخی پیشنهاد داده‌اند که پس از سپری شدن مدت زمان نسبتاً طولانی که دیگر حساسیت‌های حریم خصوصی کاربران متوفا خاتمه یافته، می‌توان محتویات حساب‌ها را برای انتفاع آیندگان از اطلاعات تاریخی عصر کنونی، در اختیار عموم قرار داد (Banta, 2015: 968). بی‌تردید چنین رویکردی را می‌توان یکی از آثار انتساب حق حریم خصوصی درگذشتگان به جامعه دانست.^۱

۶ نتیجه

با وجود آن‌که در آموزه‌های فقهی و اخلاقی، تاکید زیادی بر حرمت درگذشته و لزوم پاسداشت شخصیت او شده، اما در ادبیات حقوقی ایران کم‌تر در این باره گفتگو شده است. در این مقاله، تلاش شد قدم‌هایی برای طرح این موضوع برداشته شود. در این مسیر، در پاسخ به نخستین پرسش مبنی بر

امکان ذی‌حقی متوفا نسبت به حریم خصوصی‌اش می‌توان گفت که با توجه به پایان اهلیت تمتع با مرگ، محق دانستن متوفا، قابل تردید است. به علاوه، متوفا، هیچ‌گونه آگاهی از آن‌چه پس از مرگش رخ داده، نخواهد داشت؛ بنابراین، به دشواری می‌توان او را به خاطر نقض حریم خصوصی‌اش، زیان‌دیده دانست. با نفی این گزینه، شاید بتوان وراثت متوفا را زیان‌دیده اصلی دانست، اما باید در نظر داشت که وراثت، می‌تواند زیانی را که به صورت مستقیم، تجربه کرده‌اند، مطالبه نمایند، اما وقتی خود متوفا را از اساس، ذی‌حق ندانستیم، چگونه می‌توانیم وراثت را قائم‌مقام او بدانیم؟ با توجه به این نکات، به نظر می‌رسد محق دانستن جامعه نسبت به حریم خصوصی متوفا، ترجیح داشته باشد. در واقع، زیان اصلی از نقض حریم خصوصی متوفا، متوجه جامعه می‌شود، زیرا آرامش روحی اعضای جامعه با انتشار اطلاعات خصوصی اشخاصی که سابقاً در این جامعه مانند همه‌ی اعضای زنده حیات داشته و احساسات و عواطف را درک می‌کرده، برهم خواهد خورد. بدین ترتیب، با حفظ حریم خصوصی متوفا، به اعضای جامعه این اطمینان داده می‌شود که نه تنها چنین رفتاری نسبت به حریم خصوصی متوفا تکرار نخواهد شد، بلکه هیچ‌گاه حریم خصوصی تک‌تک اعضای جامعه نیز پس از مرگ‌شان مورد تهاجم و نقض سایر افراد قرار نخواهد گرفت. بدین ترتیب، می‌بایست ذی‌نفع و زیان‌دیده اصلی را جامعه دانست و در فروضی نظیر افشای اطلاعات پزشکی درگذشتگان، اطلاعات خصوصی مشاهیر و محتوای حساب مجازی متوفا، که نفع جامعه، در انتشار اطلاعات متوفا و به تعبیری، در نقض حریم خصوصی وی باشد، اقدام به انتشار اطلاعات او قابل توجیه است؛ اما در فرضی که جامعه در انتشار اطلاعات خصوصی درگذشتگان ذی‌نفع نبوده و چنین عملی موجب رنجش جامعه گردد،

^۱ البته انتشار محتوای حساب کاربران متوفا برای جامعه می‌تواند موانع دیگری مانند حریم خصوصی کاربران ثالث داشته باشد. (میرشکاری، ۱۳۹۷: ۵۹)

حکم در خصوص زیان ناشی از نقض حریم خصوصی متوفا نیز، قابل توجیه بوده و در این مسیر پیشنهاد می‌شود که در رویه قضایی، از ظرفیت بند دوم ماده ۱۰۳ قانون امور حسبی در جهت جبران زیان ناشی از نقض حریم خصوصی درگذشتگان در حق ذی نفع اصلی آن، یعنی جامعه بهره ببرد.

حریم خصوصی درگذشتگان باید مورد محافظت قانونی قرار گیرد.

حال، در صورتی که چنین عملی سبب ورود ضرر و لطمه به جامعه گردد، همان گونه که در نهاد زیان بدنی درگذشتگان، تبصره ماده ۷۲۲ ق.م.ا.، دیه جنایت بر میت، بواسطه صرف در امور خیر، به جامعه تعلق پیدا کرده، به نظر می‌رسد اعمال این

فهرست منابع

- Ajory, A. (2017). Survivors Claims for Compensation of Moral Damages Caused by Injuries. *The Judiciary Law Journal*, Volume 80, Issue 96, 13-36. (In Persian)
- Alam Al-hoda, M. (1994). *Al-entesar*. Islamic Publication Institution. (In Arabic)
- Al-boshravi al-khorasani, A. (1991). *Al-vaifi fi Osool al-fighh*. Islamic Thought Society. (In Arabic)
- Al-foghani, Z.A. (1997). *Al-dor al-manzood fi marefat al-neyat va al-ighaat va al-oghood*, The Scientific School of Imam Asr. (In Arabic)
- Al-ghoravi al-isfahani, M.H. (1998). *The verge of Makasib*, V.5, Daar Al-mostafa le ehya al-toras. (In Arabic)
- Al-koleini, M. (1986). *Al-kafi*. V.7. The House of Islamic Books. (In Arabic)
- Al-mousavi al-kouei, A. (n.d.). *Mabani Takmela Al-menhaj*, V. 42, The Institution of Imam Khouei's Publications Revival. (In Arabic)
- Al-moravej al-jazaeri, M.J. (1995). *Student's Guideline in the Interpretion of Makaseb*, V.2, The Institution of the House of Book. (In Arabic)
- Al-najafi al-javahari, M.H. (1943). *Javaher Al-kalam fi Sharh Sharae Al-islam*, V. 41. Daar Ehya Al-toras Al-arabi. (In Arabic)
- Al-rouhani, M.S. (2007). *Menhaj Al-feghahat*. V. 3. Anvar al-hoda. (In Arabic)
- Ameli, S.M.J. (1226). *Meftah Al-karama fi sharhe ghavaed Al-alamat Al-feghhia*. Daar Ehya Al-toras Al-arabi. (In Arabic)
- Ameli, M. (1980). *Al-ghavaed & Al-favaed*, V.2, Mofid Publications. (In Arabic)
- Askeland, B., Yamamoto, K., Oliphant, K., Moréteau, O., Menyhárd, A., Ludwichowska-Redo, K., ... & Cardi, W. J. (2015). *Basic questions of tort law from a comparative perspective*. Gobergasse: Jan Sramek Verlag.
- Badini, H. (2004). *The Purpose of Civil Liability*. *Law & Political Science*, Volume 66, Issue 520, 55-113. (In Persian)
- Banta, N. M. (2015). "Death and privacy in the digital age", *NCL Rev.*, Vol. 94, N. 3, pp. 927- 990.
- Brandeis, L., & Warren, S. (1890). "The right to privacy", *Harvard law review*, Vol 4, issue 5, pp. 193-220.



- Choong, K. A., & Bonnici, J. P. M. (2014). "Posthumous medical confidentiality: The public interest conundrum. *European Journal of Comparative Law and Governance*", Vol. 1, issue 2, pp. 106-119.
- Cohen-Almago, A. Raphael, (2003). "Privacy - Two Episodes: Princess Diana's Death and Les Editions Vice-Versa Inc. v. Aubry", *International Journal of Communications Law and Policy*, issue 7, pp. 1-24.
- Didion, J. (1999). "Last words: those Hemingway wrote, and those he didn't", *The Australian Magazine*, pp. 1-8.
- Elif Batuman, "Kafka's Last Trial" Sep, 2010, (Last visited 28 July, 2021). Available at: https://www.nytimes.com/2010/09//26/magazine/26kafka-t.html?pagewanted=all&_r=0
- Feinberg, J. (2013). *The rights of animals and unborn generations*. Published in: *Ethical Theory: An Anthology*, Second Edition. Hoboken: Wiley.
- Finn, R. L., Wright, D., & Friedewald, M. (2013). "Seven types of privacy. In *European data protection: coming of age*", Fraunhofer Institute for Systems and Innovation Research, pp. 1-26.
- Gavison, R. (1980). "Privacy and the Limits of Law", *The Yale law journal*, Vol. 89, issue 3, pp. 421-471.
- Goldberg, I., Hill, A., & Shostack, A. (2001). "Trust, ethics, and privacy". *BUL Rev.*, Vol. 81, pp. 101- 116.
- Gorji Azandaryani, A. (2015). *Basis of Public Law*. Fourth Editions, Jangal Publications. (In Persian)
- Haeri, K. (2002). *Contractual Jurisprudence*, V.1, Islamic Thought Society. (In Arabic)
- Katouzian, N. (2018). *Elementary Course of Civil Law, Lessons of Pre-emption-Will-Inheritance*. Mizan Publications. (In Persian)
- Katouzian, N. (1999). *Elementary Course of Civil Law, Civil Happenings*. Sahami Enteshar Company Publications. (In Persian)
- Kelly v. Johnson Publishing Co., 160 Cal. App. 2d 718, 325 P.2d 659, 325 P. 20 (Ct. App. 1958).
- Kramer, I. R. (1989). "The Birth of Privacy Law: A Century Since Warren and Brandeis", *Cath. UL Rev.*, Vol. 39, issue 3, pp. 703- 724.
- Kutler, N. (2011). "Protecting your online you: a new approach to handling your online persona after death", *Berkeley Tech LJ*, Vol. 26, No. 4, pp. 1641-1670.
- Majlesi, M. (1986). *Rozat Al-motaghin fi sharh man la yahzorh Al-faghih*, V. 10. Kooshanpour Islamic Cultural Institution. (In Arabic)
- Makarem Shirazi, N. (1999). *Ethics in Quran*, V. 3, Imam Ali Ibn Abitaleb school. (In Persian)
- Marôpo, L., & Jorge, A. (2014). "At the heart of celebrity: celebrities' children and their rights in the media", *Communication & Society*, Vol. 27, issue 4, pp. 17-32.
- Mazeaud, H., Mazeaud, L., & Mazeaud, J. (2000). *Leçons de droit civil*, t. I «Introduction à l'étude du droit»,

- 12e éd. par François Chabas. Paris: Montchrestien.
- Mazzone, J. (2011). "Facebook's Afterlife", North Carolina Law Review, Vol 90, pp. 1643- 1686.
- Mirshekari, A. (2017). Personality Rights & Civil Liability in European Law. Sahami Enteshar Company Publications. (In Persian)
- Mirshekari, Abbas (2019). Inheritance of Virtual Accounts. Scientific journal of Civil Law Knowledge, Volume 7, Issue 2, 48-63. (In Persian)
- Mirshekari, A. & Mozafari, k. (2017). Harm to Corpus of Deads. Private Law Studies Quarterly, Volume 47, Issue 2, 363-378. (In Persian)
- Moosavi Bojnourdi, S. M. & Moqtadaei, F. (2013). Zimah in Imamiyah Jurisprudence with Special Reference to Imam Khomeini's Viewpoints. Journal of the Research Institute of Imam Khomani and Islamic Revolution, Volume 15, Issue 59 - Serial Number 59, 1-31. (In Persian)
- Motahari, M. (2010). The Collection of Publications, V. 21, Sadra Publications. (In Persian)
- O'Callaghan, P. (2012). Refining privacy in tort law. Berlin: Springer Science & Business Media.
- Posner, R. A. (1977). "The right of privacy", Ga. L. Rev., Vol. 12, N. 3, pp. 393- 422.
- Prosser, W. L., (1960). "Privacy", California Law Review, Vol. 48, Issue 3, pp. 383-423.
- Sadr, M. (1970). Writes Beyond the Jurisprudence, recorded by Haeri, A., Published in Ahl-e-Bait Jurisprudence, N. 21. (In Persian)
- Safaei, H. & Qasem zadeh, M. (2014). Civil Law, Persons and Persons under Legal Incapacity, Fourth Editions, Samt Publications. (In Persian)
- Safaei, H. & Rahimi, H. (2016). Civil Liability (Non-Contractual Obligations), Third Editions, Samt Publications. (In Persian)
- Shahidi, M. (2016). The Effects of Contracts & Obligations. Majd Publications. (In Persian)
- Solove, D. J. (2008). Understanding privacy. Massachusetts: Harvard University Press.
- Solove, D. J. (2002). "Conceptualizing privacy", Calif. L. Rev., Vol. 90, pp. 1087- 1156.
- Sugarman, S. D. (1985). "Doing away with tort law", Calif. L. Rev., Vol. 73, pp. 555-664.
- Thomson, J. J. (1975). "The Right to Privacy", Philosophy & Public Affairs, Vol. 4, issue 4, pp. 295-314.
- Thompson, I. E. (1979). "The nature of confidentiality. Journal of medical ethics", 5(2), pp. 57-64.
- Wilkens, M. (2010). "Privacy and security during life, access after death: Are they mutually exclusive", Hastings LJ, Vol. 62, issue 4, pp. 1037-1064.
- Zakerian, A. & Authors (2021). Privacy of Famous People and Their Children. Quarterly Journal of Public Law Knowledge, Volume 9, Issue 30, 117-140. (In Persian)
- Zhao, B. (2014). "Posthumous Reputation and Posthumous Privacy in China: The Dead, the Law, and the Social



Transition”, Brook. J. Int'l L., Vol
39, issue 1, pp. 269- 352.

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

TeleFax: +981135302104

Web page: www.lps.umz.ac.ir

Journal of Comparative Law

Vol. 5 No. 2

Spring and Summer 2021

University Of Mazandaran

پژوهشنامه حقوق تطبیقی

عنوان مقاله ها:

- * تهاتر در نظام های حقوق فرانسه و آلمان با نگاهی به تهاتر قهری در حقوق ایران
:: احمد اسفندیاری ::
- * اثرگذاری رسانه در ارتکاب و پیشگیری از جرم در پرتو جرم‌شناسی فرهنگی
:: جابر اسماعیل زاده؛ نجاد علی الماسی؛ ربیعا اسکینی؛ علی اکبر ایزدی فرد ::
- * مطالعه تطبیقی ضمان ناشی از حق یا ادعای مالکیت فکری ثالث بر مبیع در کنوانسیون وین ۱۹۸۰ و حقوق ایران
:: محمدحسین تقی پور درزی نقیبی؛ حمید ابهری؛ محمد فرزندگان ::
- * مطالعه تطبیقی تاثیر ازدواج با اتباع خارجی در کسب تابعیت در قوانین فرانسه، آلمان و ایران
:: منوچهر توسلی نائینی ::
- * محدودیت ها و شرایط دعوای مشتق سهامداران اقلیت در حقوق انگلیس و حقوق رومی ژرمن: قانون، رویه و اصلاحات پیشنهادی
:: معصومه جاوید؛ مهدی عاشوری؛ حسین کاویار ::
- * رسیدگی به پولشویی و اثبات آن در پرتو سیاست جنایی تقنینی-قضایی ایران و استانداردهای FATF
:: امیر جمالی حاجیان؛ اسماعیل عبدالهی؛ احمد میرزایی ::
- * بازه زمانی بازداشت موقت در ایران و کشورهای عربی (مصر، عربستان و لبنان)
:: هادی رستمی؛ علی مولاییگی؛ حسن باوی ::
- * مطالعه تطبیقی همگانی بودن و آزادی آموزش در قانون اساسی ایران و اسناد بین المللی، با تاکید بر راهکارهای حل تعارض
:: رقیه صادقی رام؛ روح الله موذنی؛ سیده زهرا پوررشید ::
- * واکاوی تغلیظ دیه در ماه‌های حرام و حرم مکه با رویکرد انتقادی
:: عدنان عمرانی فر؛ مهدی شیداییان؛ احمد حاجی ده آبادی؛ حسن عالی پور ::
- * بررسی تطبیقی ضمانت اجرای تخلف از شرط گشایش اعتبار اسنادی مندرج در بیع تجاری بین المللی از منظر حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین المللی کالا
:: فرزاد کرمی کلمتی؛ سید محمد حسن ملائکه پور شوشتری ::
- * پابندی دادرسی الکترونیک به اصول بنیادین دادرسی با نگاهی تطبیقی به حقوق فرانسه
:: حسن محسنی؛ زینب بهشتی پور ::
- * امکان سنجی شناسایی جامعه به عنوان صاحب حق نسبت به حریم خصوصی در گذشتگان با مطالعه تطبیقی
:: عباس میرشکاری؛ علیرضا فتاحی کتی لته ::