



انجمن علمی علوم قضایی ایران



دانشگاه مازندران

پژوهشنامه حقوق تطبیقی

عنوان مقاله ها:



- * بررسی تطبیقی سازش در قانون آیین دادرسی مدنی فراملی و حقوق ایران
:: حمید ابهری؛ مهدی طالقان غفاری؛ سیده طاهره موسوی خطیر ::
- * مفهوم دعوای واهی و راهکارهای کاهش آن (با تأکید بر رویه قضایی ایران و مطالعه تطبیقی در حقوق ایالات متحده امریکا)
:: مصطفی السان؛ محمدرضا فتاحی ::
- * بررسی تطبیقی ماهیت جوینت ونچر قراردادی با نگاهی بر فقه امامیه و قوانین مدنی و تجارت ایران
:: نسرین بازی؛ محمدباقر عامری نیا؛ داریوش بابایی ::
- * مطالعه تطبیقی نهاد سجل قضایی در حقوق اسلام، ایران و فرانسه
:: بابک پورقهرمانی؛ مهرداد تیموری ::
- * اصل صلاحیت شخصی مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده با رویکرد تطبیقی با تأکید بر حقوق انگلیس
:: محمد حسن حسنی؛ حمید علیزاده؛ محمد سبزیاری ::
- * مطالعه تطبیقی اجرای اسناد نهایی در طرق بر خط جایگزین حل اختلاف
:: سیدعلیرضا رضائی؛ رضا معبودی نیشابوری؛ اعظم انصاری؛ عبدالله خدابخشی شلمزاری ::
- * واکاوی تطبیقی مظاهر «دوگانه انگاری و یگانه انگاری» حقوق داخلی و بین المللی در سیر تطوّر آموزه های حقوقی و رویه جامعه بین المللی
:: محمد ستایش پور ::
- * نظام های حمایتی از کودکان نیازمند مراقبت؛ مطالعه موردی نظام حقوقی ایران و ترکیه
:: علی صفراورنگی؛ غلامحسن کوشکی ::
- * بازپژوهی تجزیه رهن در فقه امامیه و عامه و حقوق ایران باتکیه بر ماده ۱۹ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور
:: مهدی عاشوری؛ مهدی امینی؛ سید روح الله اکبری کیفته ::
- * جایگاه اسناد رسمی در امنیت مالی شهروندان در فقه امامیه و حقوق موضوعه
:: محمد عباسی اتویی؛ علی بابایی مهر؛ داوود قاسمی ::
- * چگونگی انتقال بین‌المللی داده‌های شخصی (مطالعه تطبیقی در حقوق اتحادیه اروپا و نظام حقوقی ایران)
:: مهدیه لطیف زاده؛ سید محمد مهدی قبولی درافشان ::
- * مطالعه تطبیقی مفهوم «مایه تجاری» در حقوق ایران، فرانسه و انگلستان
:: عباس نیازی؛ سعید جوهر؛ پوریا رضی ::



Research Paper

A Comparative Study of Compromise in the Transnational Civil Procedure Law and the Iranian Law

Hamid Abhari¹, Mehdi Taleqan Ghafari^{*2} , Seyed Tahere Moosavi Khatir³

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

² PhD Student in Private Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Mazandaran, Babolsar, Iran.

³ PhD Student in Private Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Mazandaran, Babolsar, Iran.



10.22080/LPS.2022.22180.1259

Received:

August 24, 2021

Accepted:

June 3, 2022

Available online:

July 19, 2022

Keywords:

Transnational Civil Procedure, National, Alternative dispute resolution methods, Peace and reconciliation, Iranian law

Main Subjects:

CIVIL LAW

Abstract

Compromise has long been considered as one of the most effective procedures of settling disputes in the laws of different countries. In this regard, the Transnational Civil Procedure Code has entered the field of existence with the aims of explaining the basic concepts of the justice vital elements in various legal systems of the world and ultimately providing a codified law, especially in the field of international commercial litigation which can be extended to other civil law disputes. It has also paid special attention to resolving disputes through peace and reconciliation. If the proposed compromise of the mentioned law is not accepted without a justifiable excuse, it will be accompanied by a legal sanction, which is clearly in conflict with the philosophy of compromise. The Iranian legislature has paid attention to resolving disputes through compromise in various laws, and has even enacted a special law called the Law on Dispute Settlement Councils to revive and spread the culture of peace and compromise. Considering the several benefits of settling disputes through compromise, the present article seeks to make a comparative study of compromise in the Transnational Civil Procedure Code and the Iranian law using a descriptive-analytical method and library studies to express the compliance of the mentioned laws and determine the differences between them.

***Corresponding Author:** Mehdi Taleqan Ghafari

Address: PhD Student in Private Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Mazandaran, Babolsar, Iran. **Email:** m.taleghanghafari@stu.umz.ac.ir



Extended Abstract:

1. Introduction

By the beginning of human civilization and the formation of societies, sometimes disputes arose among individuals, which made the establishment of a suitable mechanism for settling the occurred disputes a substantial need for the survival of social relations. Initially, the use of the ability of elders and trustees to resolve conflicts was largely fecund in all parts of the world; therefore, resolving disputes through compromise is of particular concern from the past to the present.

Despite the differences in the legal systems of the world, there are several commonalities confirming the common values of human societies. In this regard, the Transnational Civil Procedure Code has entered the field of existence with the aims of explaining the basic concepts of the justice vital elements in various legal systems of the world and ultimately providing a codified law, especially in the field of international commercial litigation which can be extended to other civil law disputes. It has also paid special attention to resolving disputes through peace and reconciliation. The mentioned law is stated in Article 24 as follows: "24.1. Whenever it is reasonably possible, the court shall encourage the parties to peace and compromise, respecting the right of the parties to pursue the proceedings. 24.2. The court shall facilitate the participation of the parties in alternative methods of resolving disputes at each stage of the proceedings. 24.3. Whether before or after the commencement of the proceedings, the parties must cooperate in a reasonable and conventional manner to achieve peace and compromise. In its decision on the adjudication costs, the court may rely on the unreasonable and

unconventional refusal of a party to cooperate or on his or her malicious behavior in the course of the peace and compromise effort."

Settling disputes through peace and compromise has long been considered in the Iranian law and this important issue flourished with the advent of the religion of Islam, wherein compromise is clearly visible as one of the main policies of the judiciary system. In Iran, many laws, such as the Civil Procedure Code and the Family Protection Law, have in some cases referred to peace and reconciliation, and the importance of this issue for the Iranian legislature is such that, according to Article 189 of the Law on the Third Economic, Socio-Cultural Development Plan, a special law called the Law on Dispute Settlement Councils has been established to revive and spread the culture of peace and compromise.

2. Study method

The present article has been written in a descriptive-analytical method using library studies.

3. Findings

The Transnational Civil Procedure Code has entered the field of existence with the aims of explaining the basic concepts of the justice vital elements in various legal systems of the world and ultimately providing a codified law, especially in the field of international commercial litigation which can be extended to other civil law disputes. It has also paid special attention to resolving disputes through peace and reconciliation. If the proposed compromise of the mentioned law is not accepted without justifiable excuse, it will be accompanied by a legal sanction, which is clearly in conflict with the philosophy of compromise. The Iranian legislature has paid attention to resolving disputes

through compromise in various laws, and has even enacted a special law called the Law on Dispute Settlement Councils to revive and spread the culture of peace and compromise. Considering the numerous benefits of settling disputes through compromise, the present article seeks to make a comparative study of compromise in the Transnational Civil Procedure Code and the laws of Iran using a descriptive-analytical method and library studies to express the compliance of the mentioned laws and determine the differences between them.

4. Conclusion

Due to reducing the aggregation of cases, preventing delays in litigation, spending lower costs, speeding up proceedings, settling disputes friendly and through the rule of will and public participation, reducing trial formalities, etc., compromise has been an appropriate solution particularly considered by governments and litigants. Article 24 of the Transnational Civil Procedure Code, by ordering the sanction of non-acceptance of compromise in cases where the refusal of a person does not seem reasonable and

rational, without considering its corrupt consequence, has greatly reversed the philosophy of conciliation and such compulsion is completely inconsistent with the procedure of compromise. The legislature is suggested to change this article to one that merely encourages individuals to compromise by granting special privileges. It is also proposed to the Iranian legislature to strengthen the conciliatory authority of the Dispute Settlement Council based on the purpose of its formation by eliminating the judicial jurisdiction of it.

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 سازش در مقررات آیین دادرسی مدنی فراملی و حقوق ایران

حمید ابهری^۱، مهدی طالقان غفاری^{۲*} ID، سیده طاهره موسوی خطیر^۳

^۱ استاد گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.
^۲ دانشجوی مقطع دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.
^۳ دانشجوی مقطع دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.



10.22080/LPS.2022.22180.1259

چکیده

سازش بعنوان یکی از شیوه‌های مؤثر حل‌وفصل اختلافات از دیرباز مورد توجه قرار داشته و به قوانین کشورهای مختلف ورود نموده است. در همین راستا قانون آیین دادرسی مدنی فراملی که با هدف تبیین مفاهیم اصلی عنصر حیاتی عدالت در نظام‌های حقوقی مختلف دنیا و در نهایت ارائه قانونی مدون، خاصه در زمینه‌ی دعاوی بازرگانی بین‌المللی که قابل تسری به سایر اختلافات حقوق مدنی نیز می‌باشد، پا به عرصه وجود نهاده، به حل‌وفصل اختلافات از طریق برقراری صلح و سازش اهتمام ویژه ورزیده است. پیشنهاد سازش در مقررات یادشده در صورتی که بدون علت موجه مورد پذیرش قرار نگیرد با ضمانت اجرای قانونی همراه خواهد بود که این امر با فلسفه وجودی سازش در تعارضی آشکار قرار دارد. قانون‌گذار ایران نیز در قوانین مختلف به حل اختلاف از طریق سازش توجه نموده و حتی قانون خاصی تحت عنوان شورای حل اختلاف برای احیاء و اشاعه فرهنگ صلح و سازش وضع نموده است. با توجه به مزایای بسیار حل‌وفصل اختلافات از طریق سازش، مقاله حاضر با تمسک به روش توصیفی- تحلیلی و با استفاده از مطالعات کتابخانه‌ای درصدد بررسی تطبیقی سازش در قانون آیین دادرسی مدنی فراملی و قوانین کشور ایران است تا ضمن بیان انطباق قوانین یاد شده وجوه افتراق آنان نیز مشخص شود.

تاریخ دریافت:

۲ شهریور ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۱۳ خرداد ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۲۸ تیر ۱۴۰۱

کلیدواژه‌ها:

آیین دادرسی ملی فراملی؛ شیوه های جایگزین حل و فصل اختلافات؛ صلح و سازش؛ حقوق ایران.

* نویسنده مسئول: مهدی طالقان غفاری

آدرس: دانشجوی مقطع دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.

ایمیل: m.taleghanghafari@stu.umz.ac.ir

مقدمه

سازش توجهی خاص عرضه داشته و این امر در معاهدات بسیاری مورد استفاده قرار گرفته است (سرناراجا، ۳۰:۱۳۸۳). علاوه بر آن سازش به عنوان یکی از شیوه های داوری (Sinai & Alberstein, 2014:739) و مذاکره جهت حل و فصل اختلافات نیز مورد توجه قرار گرفته است (J. ; CĂBULEA MAY, 2018:150). برقراری صلح و سازش بین افراد دارای آثار و تبعات مثبت بسیاری است؛ چراکه یقیناً دعوایی که به این نحو خاتمه یابد باعث می‌شود که طرفین دعوی تحت تأثیر اعمال گذشته خود نبوده و بدین‌صورت در بند نفرت ناشی از اختلاف حادث‌شده اسیر نخواهند بود و کینه و دشمنی به وجود آمده به پایان خواهد رسید و این‌گونه ارزش اخلاق بیش از پیش نمایانگر خواهد شد.

شایان‌ذکر است که در قوانین کشور ایران از دیرباز حل‌وفصل اختلافات از طریق صلح و سازش مورد تأکید مؤکد بوده است. اهمیت این مسئله به قدری برای مقنن ملموس بوده که اقدام به تشکیل نهاد شورای حل اختلاف با هدف برقراری صلح و سازش میان افراد نمود. بدین منظور جستار حاضر در چندین بخش اصلی به واکاوی مفهوم سازش، مزایای استفاده از سازش به عنوان یکی از روش‌های جایگزین حل‌وفصل اختلافات برای دولت و طرفین دعوی پرداخته و از رهگذر آن بررسی تطبیقی سازش در قانون آیین دادرسی مدنی فراملی و قوانین ایران مورد ارزیابی قرار گرفته خواهد شد.

بروز اختلاف و طرح دعوی در محاکم، یکی از مسائل اجتناب ناپذیر جهان کنونی است که با گسترش فعالیت‌های اقتصادی و آشنایی افراد با حقوق مکتسبه‌ای که قانون برای آنان مقرر نموده به نحو چشمگیری فزونی یافت. در این میان ظهور ناگهانی تجارت فراملی و توسعه روزافزون آن در بسیاری موارد باعث بروز اختلاف بین اشخاص در کشورهای مختلف شد (عالی‌پناه، زیار، ۱۳۹۶: ۶۴، C. Hazard, Jr. & Taruffo, 1997: 493-494) و این مهم نیاز به وجود آیین دادرسی مدنی فراملی برای تحقق عدالت را دوچندان نمود؛ چراکه به صورت معمول کشور مقر دادگاه در رسیدگی به چنین پرونده‌هایی نگاه خاص ملی را دخیل می‌نمودند. در این راستا موسسه حقوقی امریکا^۱ و موسسه یکنواخت سازی حقوق خصوصی^۲ تصمیم به وضع قوانینی مشترک در خصوص دعاوی بازرگانی بین‌المللی گرفتند. از این رو قواعد و اصول آیین دادرسی مدنی فراملی پا به عرصه وجود نهادند (غمامی، محسنی، ۱۳۹۶: ۱۳). این اصول و قواعد بر مبنای عدالت در دادرسی بنا نهاده شده و متضمن این حق اساسی می‌باشند (غمامی، محسنی، ۱۳۸۵: ۲۶۶). به همین دلیل فارغ از وجوه افتراق در نظام‌های مختلف حقوقی، می‌توان از این قانون خواه به صورت کلی و خواه جزئی در محاکم مختلف دنیا بهره جست (Parker, 2009:4, Hazard, 1998:492, Taruffo, 2006:518)؛ بنابراین با یافتن استانداردهای دادرسی در اقصی نقاط دنیا و تدوین قوانین متحدالشکل بر اساس آن‌ها، می‌توان به تحقق عدالت در کره خاکی امیدوار بود.

یکی از اصول و قواعدی که در قانون آیین دادرسی مدنی فراملی به وضوح مورد تأکید قرار گرفته است، تکلیف محکمه در تشویق طرفین به صلح و سازش است. صلح و سازش به‌عنوان یکی از طرق حل‌وفصل اختلافات، دارای درجه والایی از اهمیت است به گونه‌ای که منشور سازمان ملل متحد به

² International Institute for the Unification of private law

¹ American law institute (ALI)



۱ بررسی مفهوم سازش

یکی از شیوه‌های مؤثر حل و فصل اختلافات در میان جوامع بشری از گذشته تاکنون، سازش^۱ بوده است. سازش در واقع تراضی طرفین اختلاف بر پایان دادن نزاع حادث شده است که این امر ممکن است در محکمه (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲:۳۴۸) یا در خارج از آن به وقوع بپیوندد (درویشی هویدا، ۱۳۹۳:۱۱۶). در این روش شخص ثالث بی‌طرف، طرفین را دعوت به ملاقات و پیرو آن مذاکره و در نهایت سازش می‌نماید (Stychin&et.al,1999:332). بی‌شک طرفین دعوی بهتر از هر کس دیگری نسبت به عوامل بروز اختلاف آگاهی دارند؛ از این رو در فضایی آرام و به دور از تنش‌های معمول می‌توانند با استدلال به نقطه مشترکی دست یابند و با رضایت طرفینی نشات گرفته از حاکمیت اراده، مشکل حادث شده را فیصله دهند.

سازش در اسلام مسبوق به سابقه بوده و فقها همواره بر اساس مستندات موجود به مطالعه و بررسی این مهم پرداخته‌اند. ایجاد تفاهم و اصلاح ذات‌البین^۲ و زدودن کدورت‌ها و تبدیل آن به دوستی، یکی از مهم‌ترین اهداف تعالیم دینی و مذهبی و از برترین عبادات در اسلام محسوب می‌شود و این امر صرفاً در قاموس توصیه اخلاقی ظاهر نشده بلکه یکی از سیاست‌های اصلی نظام قضایی در دین مبین اسلام است (حسینی و همکاران، ۱۳۹۰:۷۸). آیات و روایات بسیاری به مسئله سازش و اصلاح ذات‌البین پرداخته‌اند (حرعاملی، ۱۴۱۴:۱۶۳)؛ که این امر بیانگر ارزش والای این نهاد در حقوق اسلام می‌باشد.

سازش به‌عنوان یک عمل حقوقی دوجانبه که تحت عنوان عقد از آن یاد می‌شود، باید به مانند

سایر عقود برای تحقق دارای شرایط عمومی و اختصاصی باشد که مقنن در ماده ۱۹۰ قانون مدنی ایران^۳ شرایط عمومی را بیان داشته است (شهیدی، ۱۳۹۰:۲۸، کاتوزیان، ۱۳۹۲:۵۳ و صفایی، ۱۳۹۱:۵۹) و شرایط اختصاصی آن در قانون آیین دادرسی مدنی و سایر قوانین خاص مورد توجه واقع شده است.

۲ سازش در آیین دادرسی مدنی فراملی

امروزه تجارت بین‌المللی در بالاترین سطح خود قرار دارد و به طور پیوسته در حال افزایش است. سرمایه‌گذاری بین‌المللی و جریان‌های پولی به سرعت افزایش می‌یابد و کسب و کارهای کشورهای توسعه یافته مستقیماً یا از طریق شرکت‌های تابعه در سراسر جهان مستقر می‌شوند. همین تعاملات موجب بروز مناقشات حقوقی و دعاوی قضایی می‌گردد و یکی از شیوه‌هایی که برای کاهش اختلافات اتخاذ گردید، فرآیند اصلاح قواعد نظام‌های حقوقی مختلف و تقریب آن‌ها به یکدیگر بوده است که منجر به تدوین اصول و قواعد آیین دادرسی مدنی فراملی گردید (Walker,2001:803; C. Hazard,2001:769-772; C. Hazard Jr.,2001:793-797). تفکیک میان "اصول" و "قواعد" در مقررات آیین دادرسی مدنی فراملی نیز در راستای یکنواخت‌سازی بیشتر نظام‌های حقوقی انجام گردیده است (غمامی و محسنی، ۱۴۳۹۶:۲۲). اصول آیین دادرسی مدنی فراملی با فراهم آوردن مقررات بسیار کلی، مفاهیم اصلی عدالت که در نظام‌های حقوقی مختلف دنیا متداول است را تبیین می‌نماید و کشورهای مختلف می‌توانند اصول یاد شده را به صورت کامل یا بخشی از آن را مورد پذیرش خود قرار

^۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی - برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است:

- ۱- قصد طرفین و رضای آن‌ها
- ۲- اهلیت طرفین
- ۳- موضوع معین که مورد معامله باشد.
- ۴- مشروعیت جهت معامله

^۱ conciliation

^۲ قضاوتی غیر رسمی جهت حل و رفع تنازع بین طرفین دعوی.

برای این مهم معقول به نظر نرسد ولی اگر این تعارض منافع با مصالح دیگری مانند جلوگیری از صرف وقت و هزینه و... دولت در تضاد قرار گیرد، اقدام به تشویق به همراه ضمانت اجرای مقرر با هدف تحقق امر یاد شده منطقی جلوه می‌کند (غمامی، محسنی، ۱۳۹۶: ۱۶۱-۱۶۰)؛ لذا در قوانین برخی کشورها این نوع از صلاحیت قانونی برای محکمه به وضوح قابل رؤیت است (Main, 2005: 341).

مقنن در ماده ۲۴ قانون آیین دادرسی مدنی فراملی، شرط تشویق به صلح و سازش را احترام به حقوق طرفین نسبت به پیگیری دادرسی ابراز داشته است. مستفاد از این بند، جنبه مشورتی بیان محکمه در اقدام به صلح و سازش است؛ از این رو محکمه صرفاً با در نظر گرفتن اوضاع و احوال، پیشنهاد فیصله دادن منازعه از طریق سازش را بیان می‌دارد و طرفین اختیار رد یا پذیرش این امر را دارند. اعمال هرگونه اجبار برای مصالحه با آیین رسیدگی از طریق سازش مغایر است؛ چراکه هر یک از طرفین در هر زمان که بخواهند باید بتوانند از رسیدگی سازشی بدون کوچک‌ترین دغدغه‌ای کناره‌گیری کنند (Krishan, 2004: 276). این در حالی است که با قرار داده شدن ضمانت اجرای طرح تشویقی محکمه در بند سوم، اجبار به پذیرش سازش به ذهن متبادر می‌گردد؛ بنابراین ماده دارای تناقضات غیر قابل جمع است که این امر صراحتاً با فلسفه صلح و سازش که حل و فصل اختلافات به صورت دوستانه می‌باشد در منافات تام قرار دارد. علاوه بر ضمانت اجرای مقرر در ماده، عدم پذیرش نظر قاضی در حل اختلاف بین طرفین از طریق سازش، شائبه ایجاد کینه در قاضی و نهایتاً تأثیر در رأی صادره را فراهم خواهد آورد و چنین اجباری با اصل پذیرش دادخواهی برای هر فرد در تضاد است؛ لذا به نظر می‌رسد شایسته است عوض تأکید بر جنبه تنبیهی مذکور در ماده ۲۴-۳ از طرح تشویقی استفاده گردیده و در صورت مساعی و تلاش‌های متعارف طرفین جهت دستیابی به سازش، از صدور حکم راجع به خسارت دادرسی

دهند. در مقابل قواعد آیین دادرسی مدنی با بیان جزئیات درصد اجرای بهتر اصول برمی‌آید (موسسه بین‌المللی یکنواخت سازی حقوق خصوصی و موسسه حقوق امریکا، ۱۳۹۲: ۷۸).

یکی از اصولی که در قانون آیین دادرسی فراملی مورد اشاره قرار گرفته، صلح و سازش است. مقنن در ماده ۲۴ قانون یاد شده اشعار داشته است:

«۱-۲۴) هنگامی که به نحو معقول و متعارف ممکن باشد، دادگاه با احترام به حق طرفین نسبت به پیگیری دادرسی، طرفین را به صلح و سازش تشویق می‌کند.

۲-۲۴) دادگاه باید در هر مرحله از رسیدگی مشارکت طرفین در شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات را تسهیل کند.

۳-۲۴) طرفین، خواه پیش از آغاز رسیدگی و خواه پس از آن، باید به نحوی معقول و متعارف جهت تحقق صلح و سازش همکاری کنند. دادگاه در تصمیم خود درباره هزینه دادرسی می‌تواند به امتناع نامعقول و نامتعارف یک طرف در همکاری یا به رفتار آمیخته با سوءنیت او در جریان تلاش برای صلح و سازش استناد کند.»

دادرسی مدنی ناظر بر تعارض خصوصی منافع اشخاص طرف دعوی است. از این رو قضاوت خدمتی عمومی محسوب می‌شود؛ بنابراین اگر طرفین بخواهند دعوی خود را به صلح و سازش خاتمه دهند، دستگاه قضا از این امر حمایت خواهد نمود. قانون‌گذار در ماده فوق از تشویق طرفین به صلح و سازش توسط محکمه سخن گفته است. این در حالی است که می‌دانیم طرفین دعوی می‌توانند راساً اقدام به سازش نمایند و هیچ ایرادی بر آن مترتب نیست. ولیکن سؤال اینجاست که آیا دادگاه صلاحیت تشویق طرفین به صلح و سازش و ممانعت از رسیدگی قضایی را می‌تواند داشته باشد؟ از آنجایی که سخن از تعارض خصوصی منافع اشخاص طرف دعوی است شاید تشویق به صلح و سازش توسط محکمه و قرار دادن ضمانت اجرایی

۳ سازش در قوانین ایران

حلول فصل اختلافات از طریق سازش با توجه به بافت‌های غنی فرهنگی و اجتماعی اقوام مختلف ایرانی، همواره امری متداول بوده است. صلح و سازش در دین مبین اسلام از جایگاه والایی برخوردار است. با ظهور اسلام در ایران و تأثیر مفاهیم آن بر مردم، اهمیت صلح و سازش در بین آحاد جامعه دو چندان شد (حسینی، ۸:۱۳۸۹) و رفته‌رفته این مهم در قوانین مدون رسوخ نمود و اکنون نیز در قوانین نظام حقوقی ما از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است.

۳/۱ قانون آیین دادرسی مدنی

مکانیسم‌های حل اختلاف جایگزین^۲ نقش مهمی در حل و فصل اختلافات مدنی و تجاری ایفا می‌کنند. یکی از این مکانیسم‌های حل اختلافات جایگزین سازش می‌باشد (Bahta, 2019:1). بنابراین علاوه بر حل و فصل اختلافات از طریق قضاوت، دو روش دیگر

خودداری یا میزان آن را محدود نمایند. شایان ذکر است که در ماده ۱۶ پیش‌نویس قواعد آیین دادرسی مدنی فراملی که مبنای آن برگرفته از مقررات مشابه موجود در قواعد آیین دادرسی مدنی ایالت انتاریو کانادا و بخش ۳۶ قواعد جدید آیین دادرسی انگلستان می‌باشد نیز پیشنهاد سازش با هدف تشویق صلح و سازش و بازداشتن اصحاب دعوا از پیگیری یا دفاع از دعوایی که در خور رسیدگی کامل و جامع نیست، پیش‌بینی گردیده است (پورااستاد، ۱۳۹۲:۱۵۷). از جمله نکات قابل توجه این پیش‌نویس تعیین مدت مشخص (۶۰ روز) جهت قابل بررسی بودن پیشنهاد سازش و امکان عدول پیشنهاد دهنده از پیشنهاد خود پیش از قبول طرف مقابل می‌باشد که در مقررات آیین دادرسی مدنی ایران مغفول مانده است.

۱۶-۱. پیشنهاد صلح و سازش

۱۶-۱. قبل یا بعد از آغاز رسیدگی مطابق این قواعد، هر یک از طرفین می‌تواند کتبا به طرف دیگر صلح و سازش یک یا چند ادعا و هزینه‌ها و خسارات مربوط آنها را پیشنهاد کند. این پیشنهاد باید به شکل «پیشنهاد صلح و سازش» مطرح شده و مستنداً به ضمانت اجراهایی که وفق این قواعد قابل اعمال هستند ارائه شود. پیشنهاد صلح و سازش باید تا ۶۰ روز باقی بماند مگر در صورت رد طرف مقابل یا عدول کتبی پیشنهاد کننده که قبل از وصول قبول تحویل طرف مقابل شده باشد. ۱۶-۲. طرف مقابل پیشنهاد صلح و سازش خود می‌تواند پیشنهاد متقابل ارائه کند که تا ۳۰ روز باقی خواهد ماند. در صورت بقاء پیشنهاد اصلی و رد شدن پیشنهاد متقابل، طرف مقابل پیشنهاد اصلی می‌تواند آن را قبول کند. ۱۶-۳. پیشنهادی که نه عدول شده و نه قبل از انقضاء مدت قبول گردیده، رد شده محسوب می‌شود. ۱۶-۴. یک پیشنهاد نباید به صورت عام و علنی مطرح شده یا قبل از قبول یا صدور رای، به دادگاه عرضه شود مگر با توافق طرفین. در غیر این صورت، موضوع مشمول ضمانت اجراهایی همچون حل و فصل ماهیت ادعا به شکل مخالف منافع طرف متخلف می‌شود. ۱۶-۵. ظرف ۳۰ روز از تاریخ صدور رای، هر یک از طرفین می‌تواند به دادگاه اعلام کند که پیشنهاد صلح و سازش را مطرح

کرده بود، ولی رد شده است. اگر طرف مقابل ایجاب از تحصیل رایی بهتر از پیشنهاد صلح و سازش ناکام بوده، دادگاه می‌تواند ضمانت اجرای مناسبی را علیه وی صادر کند که از جمله شامل توجه به تمام اوضاع و احوال مرتبط پرونده می‌شود. ۱۶-۶. جز در موردی که دادگاه به این نتیجه می‌رسد که اوضاع و احوال خاص توجیه کننده ضمانت اجرای دیگری است، ضمانت اجرا باید یا از دست دادن حق استرداد هزینه‌ها به نحو مذکور در قاعده ۳۲ یا جبران مازاد هزینه‌های معقول و متعارفی که پیشنهاد کننده صلح و سازش متحمل شده با توجه به تاریخ پیشنهاد باشد. این ضمانت اجراها باید علاوه بر هزینه‌های موضوع قاعده ۳۲ اعمال شود. طرف مقابل پیشنهاد حق دارد هزینه‌ها را تا تاریخی که قبول به پیشنهاد کننده ابلاغ شده دریافت کند، مگر این که در پیشنهاد به نحو دیگری پیش‌بینی شده باشد. ۱۶-۷. اگر یک پیشنهاد قبول شده در مدت مقرر در آن یا مدت معقول و متعارف اجرایی نشود، طرف مقابل ایجاب می‌تواند یا الزام به اجرای آن را بخواهد یا این که دادرسی را ادامه دهد. ۱۶-۸. این شیوه و آیین نانی حاکمیت دادگاه و تکلیف انجام مذاکرات غیر رسمی صلح و سازش نبوده و همچنین مانع طرفین از انجام مذاکرات اصلاحی بیرون از مقررات این قاعده و ضمانت اجراهای آن نمی‌شود. 2 resolution disputes Alternative "ADR".

چشم می‌خورد (مستأجران، ۱۳۹۲: ۴۷). برخی سازش قبل از طرح دعوی از طریق محکمه را فاقد موضوعیت می‌دانند و بیان می‌دارند که شرایط اجتماعی کنونی دچار تغییرات ملموسی شده و دیگر افراد از ابتدا با هدف صلح و سازش اقدام به تقدیم درخواست به محکمه نمی‌نمایند (واحدی، ۱۳۸۲: ۳۴۴)؛ ولیکن با توجه به ظاهر قانون آیین دادرسی مدنی باید پذیرفت که امکان درخواست سازش پیش از اقامه دعوا وجود دارد و در صورت حصول سازش میان طرفین دادگاه براساس مراعات حاصله و براساس مواد ۱۸۶ تا ۱۹۰ گزارش اصلاحی صادر می‌نماید.

قضات با علم به اجر معنوی والای ختم دعوی از طریق سازش و همچنین با هدف کاهش تراکم پرونده‌ها در مواردی که تصور نمایند این امر امکان‌پذیر است، طرفین را تشویق به سازش خواهند نمود. این تشویق و ترغیب صرفاً دارای جنبه مشورتی بوده و برخلاف ماده ۲۴ قانون آیین دادرسی مدنی فراملی فاقد ضمانت اجرای قانونی است؛ از این رو طرفین با اراده و بدون وجود اهرم فشاری تحت عنوان ضمانت اجرای قانونی می‌توانند سازش را برای فیصله دادن به اختلاف برگزینند.

۳،۲ قانون شورای حل اختلاف

مقنن در سال ۱۳۷۹ با هدف احیاء و اشاعه فرهنگ صلح و سازش، ماده ۱۸۹ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی را وضع و اقدام به تأسیس شوراهای حل اختلاف نمود. ماده یاد شده اعلام داشته است: «به‌منظور کاهش مراجعات مردم به محاکم قضایی و در راستای توسعه مشارکت‌های مردمی، رفع اختلافات محلی و نیز حل‌وفصل اموری که ماهیت قضایی ندارند یا ماهیت قضایی آن‌ها از پیچیدگی کمتری برخوردار است، شوراهای حل

برای دستیابی به این هدف تحت عناوین داور و سازش وجود دارد که بر اساس روش دوم طرفین دعوی در خصوص حل‌وفصل اختلافات به توافق می‌رسند (حیاتی، ۱۳۹۲: ۳۱۲)؛ از این رو قانون‌گذار آیین دادرسی مدنی، فصل نهم را به مبحث سازش اختصاص داده است. مقنن در ماده ۱۷۸ بیان می‌دارد: «در هر مرحله از دادرسی مدنی طرفین می‌توانند دعوی خود را به طریق سازش خاتمه دهند.» این امر بیانگر گرایش قانون‌گذار به برطرف نمودن دعاوی از طریق صلح و سازش است. مطابق ماده ۱۸۶ قانون آیین دادرسی مدنی^۱ هر یک از طرفین دعوی می‌تواند اختلاف خود را با طرف مقابل از طریق سازش خاتمه دهد که مستلزم تقدیم درخواست است؛ بنابراین امکان سازش پیش از اقامه دعوی نیز وجود دارد. البته شرط مداخله دادگاه در این حالت حضور و رضایت طرفین نسبت به سازش است. در صورت وقوع صلح و سازش بین طرفین دعوا، قرارداد سازش عقدي لازم تلقی می‌شود و طرفین ملزم به رعایت آن هستند و هیچ یک از طرفین نمی‌تواند چنین سازشی را فسخ کند مگر در مواردی که قانون مشخص کرده است (احمدوند و مقامی، ۱۴۰۰: ۱۶۰)، پس از اقامه دعوی نیز طرفین ممکن است اقدام به سازش نمایند که این امر می‌تواند در هر مرحله‌ای از دادرسی به وقوع بپیوندد و مقنن بدان تصریح نموده است. پس از حصول سازش میان طرفین، سازش نامه بر مبنای توافق طرفین توسط قاضی تنظیم می‌شود (احمدوند و مقامی، ۱۴۰۰: ۱۶۰) که ماهیت یک سند رسمی دارد و مانند هر عقدی میان طرفین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است (عالی پناه و زیار، ۱۳۹۶: ۶۸). لازم به ذکر است که مطابق ماده ۱۸۰ قانون آیین دادرسی مدنی^۲، سازش علاوه بر دادگاه، در خارج از آن نیز امکان تحقق دارد (شمس، ۱۳۹۲: ۴۹۵-۴۹۱). تقسیم‌بندی مشابهی از حیث طرح سازش پیش از اقامه دعوا یا پس از آن در حقوق انگلستان نیز به

^۱ ماده ۱۸۰ قانون آیین دادرسی مدنی- سازش بین طرفین یا در دفتر اسناد رسمی واقع می‌شود یا در دادگاه و نیز ممکن است در خارج از دادگاه واقع شده و سازش نامه غیر رسمی باشد.

^۲ ماده ۱۸۶ قانون آیین دادرسی مدنی- هرکس می‌تواند در مورد هر ادعایی از دادگاه نخستین به طور کتبی درخواست نماید که طرف او را برای سازش دعوت کند.



اختیار داده شده تا با توجه به کیفیت دعوی و امکان حل و فصل آن در موارد مطروحه از طریق صلح و سازش اقدام مقتضی را به عمل آورده و پرونده را به شورای حل اختلاف ارجاع دهد (طالقان غفاری، ۱۳۹۷: ۲۵).

۳٫۳ قانون حمایت خانواده

قانون حمایت خانواده در سال ۱۳۹۱ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. این قانون برای حفظ کيان خانواده اقدام به وضع مقرراتی نموده است. حق طلاق در قانون مدنی بر اساس ماده ۱۱۳۳ به زوج داده شده است؛ ولیکن از آنجایی که استفاده بی‌قید و شرط از این حق با مصلحت اجتماعی ناسازگار است و دین مبین اسلام نیز در این راستا طلاق را امری ناپسند می‌داند، مقنن در قانون حمایت خانواده مقرر جدیدی وضع نموده است (صفایی، امامی، ۱۳۹۱: ۲۲۹).

مطابق قانون حمایت خانواده اگر زوج نیت طلاق دادن زوجه را در سر داشته باشد باید به دادگاه مراجعه نمایند و دادگاه نیز در بدو امر موضوع را به داوری ارجاع می‌نماید و داوران با در نظر گرفتن اوضاع و احوال موجود سعی در برقراری صلح و سازش میان طرفین دعوی خواهند نمود.^۱ علاوه بر مورد یاد شده تأسیس مراکز مشاوره خانوادگی به منظور تحکیم مبانی خانواده و جلوگیری از افزایش اختلافات خانوادگی و طلاق با استفاده از راهکار صلح و سازش یکی از نوآوری‌های قانون حمایت خانواده است.^۲ همواره خانواده به عنوان اصلی‌ترین

اختلاف واگذار می‌گردد. حدود وظایف و اختیارات این شورا، ترکیب و نحوه انتخاب اعضای آن بر اساس آیین‌نامه خواهد بود که به پیشنهاد وزیر دادگستری و تصویب هیئت وزیران به تأیید رئیس قوه قضائیه می‌رسد.» به موجب ماده مذکور، قانون شورای حل اختلاف در سال ۱۳۸۷ پا به عرصه وجود نهاده و در سال ۱۳۹۴ دستخوش تغییراتی شد و همچنان به حیات خود ادامه می‌دهد.

حل و فصل دعاوی و اختلافات به روش صلح و سازش مهم‌ترین دلیل تأسیس شورای حل اختلاف بوده و مطابق مفاد قانون شورای حل اختلاف، اولویت حل و فصل دعاوی با روش مذکور است؛ از این رو اعضای نهاد یاد شده از طریق گفت و گو با طرفین دعوی درصدد ختم منازعه به روش مصالحه برمی‌آیند (خالصی، ۱۳۸۷: ۱).

بر اساس قانون شورای حل اختلاف مصوب ۱۳۹۴، ارجاع دعاوی به منظور صلح و سازش از دو طریق میسر است. مطابق ماده ۸ قانون مذکور: «در موارد زیر شورا با تراضی طرفین برای صلح و سازش اقدام می‌نماید...»؛ بنابراین روش اول تراضی طرفین برای ارجاع پرونده به منظور صلح و سازش در موارد مندرج در ماده ۸ می‌باشد و روش دیگر را مقنن در ماده ۱۱ اشاره داشته است: «در کلیه اختلافات و دعاوی خانوادگی و سایر دعاوی مدنی و جرائم قابل گذشت، مرجع قضایی رسیدگی‌کننده، می‌تواند با توجه به کیفیت دعاوی یا اختلاف و امکان حل و فصل آن از طریق صلح و سازش فقط یک‌بار برای مدت حداکثر دو ماه موضوع را به شورا ارجاع نماید.» بر اساس ماده مذکور به مرجع قضایی رسیدگی‌کننده

سه سال از تاریخ لازم الاجراء شدن این قانون مراکز مشاوره خانواده را در کنار دادگاه‌های خانواده ایجاد کند. تبصره - در مناطقی که مراکز مشاوره خانواده وابسته به سازمان بهزیستی وجود دارد دادگاه‌ها می‌توانند از ظرفیت این مراکز نیز استفاده کنند.

ماده ۱۷ - اعضای مراکز مشاوره خانواده از کارشناسان رشته‌های مختلف مانند مطالعات خانواده، مشاوره، روان پزشکی، روان شناسی، مددکاری اجتماعی، حقوق و فقه و مبانی حقوق اسلامی انتخاب می‌شوند و حداقل نصف اعضای هر مرکز باید

^۱ ماده ۲۷ قانون حمایت خانواده- در کلیه موارد درخواست طلاق، به جز طلاق توافقی، دادگاه باید به منظور ایجاد صلح و سازش موضوع را به داوری ارجاع کند. دادگاه در این موارد باید با توجه به نظر داوران رای صادر و چنانچه آن را نپذیرد، نظریه داوران را با ذکر دلیل رد کند.

^۲ ماده ۱۶ قانون حمایت خانواده- به منظور تحکیم مبانی خانواده و جلوگیری از افزایش اختلافات خانوادگی و طلاق و سعی در ایجاد صلح و سازش، قوه قضاییه موظف است ظرف

سوی دیگر طرح دعوی برای طرفین نیز مشکلات عدیده‌ای به همراه خواهد داشت؛ لذا فیصله دادن اختلافات از طریق صلح و سازش می‌تواند آثار و تبعات مثبت بسیاری هم برای دولت و هم برای طرفین تنازع ایجاد نماید.

۴/۱ مزایای سازش برای دولت

رسیدگی در محاکم مستلزم صرف هزینه‌های گزاف برای دولت است؛ بنابراین دولت‌ها همواره درصد احیاء و اشاعه فرهنگ صلح و سازش بر می‌آیند تا بدین گونه دعاوی وارده در محکمه در کمترین زمان ممکن و به سرعت خاتمه یابد و توسل به این امر موجب صرفه‌جویی در هزینه‌ها را فراهم خواهد آورد. از سوی دیگر در بسیاری از موارد دولت‌ها با تشکیل نهادهای سازشی از ورود بسیاری از پرونده‌ها به محاکم جلوگیری می‌نمایند و بدین گونه علاوه بر کاهش ملموس هزینه‌ها از اطاله دادرسی نشأت گرفته از ازدیاد پرونده‌ها در محاکم کاسته و در نتیجه قضات با تمرکز بیشتر اقدام به صدور رأی می‌نمایند و این امر افزایش سطح کیفی آراء و رضایتمندی مردم را به همراه خواهد داشت.

تعدد و گسترش نهادهای محلی و غیردولتی یکی از شاخص‌های مشارکت اجتماعی در جامعه محسوب می‌شود و جامعه مدنی با توجه به همین مشارکت‌های اجتماعی و نهادهای مدنی تعریف می‌گردد. یکی از معیارهای توسعه پایدار انسانی، میزان مشارکت مردم در فعالیت‌های جامعه است؛ از این رو نظامی را که با تعامل سه بخش دولتی و خصوصی و مدنی به فعالیت می‌پردازد را نظام دارای

مرکز تربیتی و اخلاقی معرفی می‌شود و این نهاد اساسی اگر بتواند موجبات رشد و تعالی افراد خود را فراهم آورد، جامعه در معنای وسیع نیز از آن بهره‌مند خواهد شد. همین تفکر باعث شده تا مقنن تمام توان خود را برای حفظ این نهاد ارزشمند به کار گرفته و اقدام به وضع مقرراتی جدید نماید. استفاده از متخصصین امر مشاوره خانواده با هدف شناسایی مشکلات موجود و برطرف نمودن آن‌ها با روش‌های علمی از طریق برقراری صلح و سازش گامی مؤثر بوده و در مواردی توفیقات حاصل‌شده به وضوح قابل رؤیت است.

شایان ذکر است علی‌الرغم مزایای متعددی که سازش در دعاوی خانوادگی دارد، اما به دلیل وجود قواعد و قوانین امری در مسائل خانوادگی، در این موارد حمایت از سازشنامه‌های تنظیمی به راحتی انجام نمی‌پذیرد. در حقوق ایران سازش نامه‌های تنظیمی در امور خانوادگی، در مقررات قانونی دارای حمایت حداقلی هستند و جز در موارد خاص، فاقد وصف لازم الاجرا می‌باشند حتی در دعاوی راجع به انحلال و بطلان نکاح با توجه به انحصاری بودن صلاحیت دادگاه‌ها، امکان اعطای اعتبار به سازش نامه تنظیمی توسط طرفین به صورت کلی منتفی است (معبودی نیشابوری و رضائی، ۱۴۰۰: ۳۲).

۴ مزایای استفاده از سازش

ورود پرونده‌های بیشمار به محاکم دادگستری برای دولت در معنای عام که وظیفه ارائه خدمات را بر عهده دارد منجر به ایجاد مصائبی خواهد شد؛ از

مشخص کردن موضوع اختلاف و تعیین مهلت، نظر این مراکز را در مورد امور و دعاوی خانوادگی خواستار شود. ماده ۱۹ - مراکز مشاوره خانواده ضمن ارائه خدمات مشاوره‌ای به زوجین، خواسته‌های دادگاه را در مهلت مقرر اجراء و در موارد مربوط سعی در ایجاد سازش می‌کنند. مراکز مذکور در صورت حصول سازش به تنظیم سازش نامه مبادرت و در غیر این صورت نظر کارشناسی خود در مورد علل و دلایل عدم سازش را به طور مکتوب و مستدل به دادگاه اعلام میکنند. تبصره - دادگاه با ملاحظه نظریه کارشناسی مراکز مشاوره خانواده به تشخیص خود مبادرت به صدور رأی میکند.

از بانوان متاهل واجد شرایط باشند. تعداد اعضاء، نحوه انتخاب، گزینش، آموزش و نحوه رسیدگی به تخلفات اعضای مراکز مشاوره خانواده، شیوه انجام وظایف و تعداد این مراکز و نیز تعرفه خدمات مشاوره‌ای و نحوه پرداخت آن به موجب آیین نامه ای است که ظرف شش ماه پس از لازم الاجراء شدن این قانون به وسیله وزیر دادگستری تهیه میشود و به تصویب رئیس قوه قضاییه می‌رسد.

ماده ۱۸- در حوزه‌های قضایی که مراکز مشاوره خانواده ایجاد شده است، دادگاه خانواده می‌تواند در صورت لزوم با



ارزش‌های مشترک جوامع بشری است. در همین راستا، قانون آیین دادرسی مدنی فراملی با هدف تبیین مفاهیم اصلی عدالت در نظام‌های مختلف دنیا و ارائه قانونی مدون در مسائل دعاوی بازرگانی بین‌المللی که قابل تسری به سایر دعاوی مدنی نیز می‌باشد پا به عرصه وجود نهاد و به فیصله دادن اختلافات از طریق صلح و سازش توجه ویژه‌ای نمود. قانون یاد شده در ماده ۲۴ اشعار می‌دارد: «(۱-۲۴) هنگامی که به نحو معقول و متعارف ممکن باشد، دادگاه با احترام به حق طرفین نسبت به پیگیری دادرسی، طرفین را به صلح و سازش تشویق می‌کند. (۲-۲۴) دادگاه باید در هر مرحله از رسیدگی مشارکت طرفین در شیوه‌های جایگزین حل‌وفصل اختلافات را تسهیل کند.

(۳-۲۴) طرفین، خواه پیش از آغاز رسیدگی و خواه پس از آن، باید به نحوی معقول و متعارف جهت تحقق صلح و سازش همکاری کنند. دادگاه در تصمیم خود درباره هزینه دادرسی می‌تواند به امتناع نامعقول و نامتعارف یک طرف در همکاری یا به رفتار آمیخته با سوءنیت او در جریان تلاش برای صلح و سازش استناد کنند.»

در حقوق کشور ایران حل اختلافات از طریق صلح و سازش از دیرباز موردتوجه بوده و این مهم با ورود دین مبین اسلام که سازش به‌عنوان یکی از اصلی‌ترین سیاست‌های نظام قضایی آن به وضوح نمایان است به شکوفایی خود رسید. اکنون قوانین بسیاری در ایران نظیر قانون آیین دادرسی مدنی و قانون حمایت خانواده در برخی موارد به صلح و سازش اشاره نموده‌اند و اهمیت این مسئله برای قانون‌گذار ایران به اندازه‌ای است که حتی قانونی تحت عنوان شورای حل اختلاف صرفاً با هدف احیاء و اشاعه فرهنگ صلح و سازش بر اساس ماده ۱۸۹ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی فرهنگی تأسیس نموده است.

سازش به‌عنوان راه‌حلی مناسب برای کاهش تراکم پرونده‌ها، جلوگیری از اطاله دادرسی، صرف

حکمروایی خوب می‌نامند. حکمروایی خوب عبارت است از: «مدیریت امور عمومی بر اساس حاکمیت قانون، دستگاه قضایی کارآمد و عادل و مشارکت گسترده مردم در فرایند حکومت‌داری.» (Johnson,1997:9) در چنین نظامی، اعتقاد به امکان اقدام جمعی به روشنی دیده می‌شود و در تمامی سطوح بین بازیگران آن تعامل وجود دارد. (Rist&et.al,2007:23-27).

۴٫۲ مزایای سازش برای طرفین دعوی

ختم اختلافات حاصله از طریق صلح و سازش همواره موجبات اقناع وجدان طرفین مصالحه را فراهم می‌کند؛ چراکه این افراد با اراده خود اقدام به سازش نموده و حاکمیت اراده در اکثر موارد با شوق درونی همراه خواهد بود. علاوه بر مورد یاد شده صرف هزینه کمتر می‌تواند به عنوان یک پیامد مثبت برای افراد تلقی گردد.

رسیدگی‌های قضایی تابع تشریفات هستند که توسط طرفین دعوی و همچنین قاضی پرونده باید رعایت شوند (Tweeddale,2005:5-11) در مواردی که حل اختلاف از طریق مشارکت‌های مردمی صورت می‌پذیرد، حذف تشریفات در افزایش سرعت رسیدگی نقش ویژه‌ای ایفا می‌کند (ابهری برزگر، ۱۳۹۰:۱۱۸).

۵ نتیجه‌گیری

با آغاز تمدن بشری و شکل‌گیری اجتماعات، گاهی اختلافاتی بین افراد ایجاد می‌شد که این امر تعبیه سازوکاری مناسب برای حل‌وفصل اختلافات حادث شده را تبدیل به یک نیاز اساسی برای بقای روابط اجتماعی نمود. در ابتدا استفاده از توانایی بزرگان و معتمدین برای برطرف نمودن منازعات تا حد زیادی در اقصی نقاط دنیا متمرثر و متمر واقع شد؛ از این رو حل‌وفصل اختلافات از طریق سازش از گذشته تاکنون به‌صورت ویژه مورد توجه قرار دارد.

با وجود وجوه افتراق در نظام‌های حقوقی دنیا اشتراکات بسیار قابل رؤیت است که این امر مؤید

از پرداخت هزینه دادرسی و خسارت دادرسی در صورت سازش پیشبینی گردد. همچنین به قانون‌گذار ایران پیشنهاد می‌گردد با حذف صلاحیت قضایی شورای حل اختلاف صلاحیت سازشی نهاد یاد شده را بر اساس هدف تشکیل آن تقویت نماید. در ماده ۱۶ پیش‌نویس قواعد آیین دادرسی مدنی فراملی نیز به تشویق صلح و سازش اشاره گردیده است و از جمله نکات قابل توجه این پیش‌نویس تعیین مدت مشخص جهت قابل بررسی بودن پیشنهاد سازش می‌باشد که در مقررات آیین دادرسی ایران مغفول مانده است و شایسته است همانند مقررات آیین دادرسی مدنی فراملی در حقوق ایران نیز مدت مشخصی جهت قابل بررسی بودن پیشنهاد سازش تعیین گردد.

References

- Aali Panah, A., Ziar, M. (2017). A Comparative Study of the Compromise Institution in Iranian Law and International Trade Law, *Journal of Legal Education of Govah*, Vol. 3, No.2 (5).
- Abhari, H., Barzegar M. R. (2012). *Civil Procedure 1, Claims and Jurisdictions*, Babolsar: University of Mazandaran.
- Ahmadvand, Khalilullah and Maghami, Rostam. (1400). *A Comparative Study of the Compromise Institution in Iranian and Egyptian Law, Qanun Yar Scientific-Legal Quarterly*, Volume 5 - Number 17.
- Bahta, Tecele Hagos. (2019). *Amicable Dispute Resolution in Civil and Commercial Matters in Ethiopia: Negotiation, Conciliation and Compromise*, *MIZAN LAW REVIEW*, Vol. 13, No.1,1-30
- CĂBULEA MAY, simon. (2018). *COMPROMISE IN NEGOTIATION, American Society for Political and Legal Philosophy*, Vol. 59, 150-166.
- C. Hazard, Jr. Jr, Geoffrey @Taruffo, Michele. (1997). *Transnational Rules of Civil Procedure Rules and Commentary*, *Cornell International Law Journal*, vol 30, 493-539.
- C. Hazard, Geoffrey. (2001). *Introduction to the Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*, *INTERNATIONAL LAW AND POLITIC*, vol33, 769-784.
- C. Hazard Jr., Geoffrey. (2001). *Rules of Transnational Civil Procedure*, *INTERNATIONAL LAW AND POLITICS*, vol33, 793-859.
- Darwish Hoveyda, Y. (2014). *Alternative methods of dispute settlement (2nd ed.)*, Tehran: Mizan.
- Ghomami, M., Mohseni, H. (2006). *Principles Ensuring Democratic*



- Performance in trial and Principles Related to the Characteristics of Civil Procedure, *Journal of the Faculty of Law and Political Science*, No. 24.
- Ghomami, M., Mohseni, H. (2017). *Transnational Civil Procedure* (4th ed.), Tehran: Enteshar Co.
- Hayati, A.A. (2013). *Civil Procedure in the Current Legal Order* (4th ed.), Tehran: Mizan.
- Hazard Jr, G. C. (1998). *Preliminary Draft of the ALI Transnational Rules of Civil Procedure*. *Tex. Int'l LJ*, 33, 489.
- Hosseini, H. (2010). *A Comparative Study of Compromise in Iranian and American Law*, Unpublished manuscript, M.Sc. Thesis in Private Law, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabatabai University.
- Hosseini, S. M., Safarzadeh, D., Amirpour, H. (2011). *Analysis of jurisprudential and legal principles of the Dispute Settlement Council and similar institutions*, Tehran: Scientific and Cultural Publications.
- Hurr al-Amili, M.H. (2018). *Wasa'il al-Shia* (2nd ed.), Qom: Aal Al-Bayt Institute, vol.13.
- Jafari Langroudi, M. J. (2014). *Legal Terminology* (25th ed.). Tehran: Ganj-e Danesh Publication.
- J. COHEN, amy. (2018). *ON COMPROMISE, NEGOTIATION, AND LOSS, American Society for Political and Legal Philosophy*, Vol. 59, 100-149
- Johnson, I. (1997). *Redefining the concept of governance. Political and Social Policies Divison, Canadian International Development Agency*.
- Katozian, Naser (2013). *Introductory course of civil law, legal practices: unilateral -contract* (10th ed.), Tehran: Enteshar Publishing Co.
- Khalesi, M. (2008). *Jurisdictions of proceeding in Dispute Settlement Councils*, Qom: Judiciary Publishing.
- Krishan, R. (2004). *Overview of the Arbitration and Conciliation Act 1996*, *An. J. Int'l Arb.* 21, 263.
- Maboudi Neyshabouri, Reza and Rezaei, Alireza. (1400). A Comparative Study of Compromise in Family Lawsuits in the Singapore Convention 2019, Iranian Law and Imami Jurisprudence, *Scientific-Cultural-Educational Journal of Women and Family*, 16th year, No. 55.
- Main, T. O. (2005). *ADR: the new equity*, 74 *U. Cin. L. Rev.*, 329, 391.
- Mosta'jjeran, E. (2013). *Comparative study of compromise in litigation in Iranian and British law*, M.Sc. Thesis in Private Law, Faculty of Law, Qom University.
- Parker, J. S. (2009). *Comparative Civil Procedure and Transnational 'Harmonization': A Law-and-Economics Perspective. In Travemunder Symposium on the Economic Analysis of Procedural Law* (pp. 09-03).
- Pourastad, Majid. (1400). *Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*, Tehran: Shahre Danesh Institute for Legal Studies and Research.



- Safaei, S.H. (2012). **Civil Law Basic Course: General Rules of Contracts** (13th ed.), Tehran: Mizan.
- Safaei, S.H., Emami, A. (2012). **Brief Family Law** (33rd ed.), Tehran: Mizan.
- Shahidi, M. (2011). **Civil Law 3- Obligations** (15th ed.), Tehran: Majd.
- Shams, A. (2013). **Civil Procedure (Advanced Course)**(24th ed.), Tehran: Derak, Vol. 3.
- Sinai, Yuval @ Alberstein , Micbai.(2014). **COURT ARBITRATION BY COMPROMISE: RETHINKING DELAWARE'S STATE SPONSORED ARBITRATION CASE, CARDOZO PUB. LAW, POLICY & ETHICS J.** Vol. 13,739-764.
- Sir Naraja, M. (2004). Bilateral Investment Agreements (T. Tavakol Habibzadeh, Trans.), **Legal Journal of the Office of International Legal Services of the Islamic Republic of Iran**, No. 30.
- Stychin, C. F. Mulcahy, L. & Mulcahy, L. (1999). **Legal method: text and materials**. Sweet & Maxwell.
- Rist, S. Chidambaranathan, M. Escobar, C. Wiesmann, U. & Zimmermann, A. (2007). Moving from sustainable management to sustainable governance of natural resources: The role of social learning processes in rural India, Bolivia and Mali. **Journal of rural studies**, 23(1), 23-37.
- Taleghan Ghaffari, M.(2018). **Jurisdiction of the Dispute Settlement Council in legal litigations**, Unpublished manuscript, M.Sc. Thesis in Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran.
- Taruffo, M. (2006). **Principles and Rules of Transnational Civil Procedure: An Evidentiary Epistemology**. Penn St. Int'l L. Rev. 25, 509.
- Tweeddale, A. & Tweeddale, K. (2005). **Arbitration of commercial disputes: international and English law and practice**. Oxford: Oxford University Press.
- The International Institute for the Unification of Private Law and the American Law Institute (2013). **Principles and Rules of Transnational Civil Procedure** (M. Pour Ostad) (3rd ed.). Tehran: Shahr-e-Danesh Institute of Law Research & Study.
- Vahedi, Q.A. (2003). **Requirements of Civil Procedure** (3rd ed.), Tehran: Mizan.
- Walker, Janet.(2001). **The Utility of the ALI/UNIDROIT Project on Principles and Rules of Transnational Civil Procedure**, **niform Law Review**. Volume 6, Issue 4,803-818.

Research Paper

Frivolous Claims: Concept and Strategies to Reduce (A Comparative Study of the Case Law of Iran and the US Law)

Mostafa Elsan*¹, MohammadReza Fathi²¹ Associate Professor of Private Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.² M.D. in Private Law, Faculty of Law, Farabi Campus of Tehran University, Qom, Iran.

10.22080/LPS.2022.23469.1333

Received:

April 28, 2022

Accepted:

June 21, 2022

Available online:

July 19, 2022

Keywords:

Frivolous claims, Judicial procedure, Enforcement guarantee, Security, Court ruling, US Federal Law.

Main Subjects

CIVIL LAW

Abstract

Fictitious litigation that is often biased by the plaintiff (whether principal, counterpart, entry or third party, or in the form of objections and complaints), includes any claim at the initial stage or even at the stages of the appeal (retrial, third party appeal and appeal), the purpose of which is to harass the other party, delay the process of processing the main lawsuit, delay the execution of the final verdict, obtain a deadline for the plaintiff in the lawsuit and take the opportunity from the other party. In the jurisprudence of Common Law, which pays more attention to fictitious lawsuits and seeks to reduce these types of lawsuits, fictitious lawsuits are defined as not being caused by any judicial or substantive reason. The main question is whether studying the Federal Law of the United States can provide solutions to reduce litigation and defenses by litigants and their attorneys. This article tries to explain the management of fraudulent lawsuits in legal courts based on the jurisprudence of Iran and the United States and to provide the necessary solutions to the judicial system of our country. Although the US Law has a broad view of fictitious litigation and defense, the Iranian Law lacks sufficient tools to reduce fiction. For example, in the Iranian Law, a lawsuit that qualifies as a counterclaim after the issuance of a final judgment in favor of the plaintiff is not excluded by the defendant (the convict against the first lawsuit). It is also not prohibited in Iran for the defendant to express her defense during the proceedings and later to file the same defenses as an independent lawsuit and disrupt the execution of the final judgment issued in favor of the plaintiff. However, measures to reduce litigation and litigation costs and prevent the abuse of litigation must be carefully considered. The result will be an increase in the quality of the proceedings and a reduction in the density of cases in the judiciary.

***Corresponding Author:** Mostafa Elsan**Address:** Associate Professor of Private Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran. **Email:** mostafaelsan@yahoo.com



Extended Abstract

1. Introduction

Fictitious litigation that is often biased by the plaintiff (whether principal, counterpart, entry or third party, or in the form of objections and complaints), includes any claim at the initial stage or even at the stages of the appeal (retrial, third party appeal and appeal), the purpose of which is to harass the other party, delay the process of processing the main lawsuit, delay the execution of the final verdict, obtain a deadline for the plaintiff in the lawsuit and take the opportunity from the other party.

In the jurisprudence of Common Law, which pays more attention to fictitious lawsuits and seeks to reduce these types of lawsuits, fictitious lawsuits are defined as not being caused by any judicial or substantive reason. The main question is whether studying the Federal Law of the United States can provide solutions to reduce litigation and defenses by litigants and their attorneys. This article tries to explain the management of fraudulent lawsuits in legal courts based on the jurisprudence of Iran and the United States and to provide the necessary solutions to the judicial system of our country.

Although the US Law has a broad view of fictitious litigation and defense, the Iranian Law lacks sufficient tools to reduce fiction. For example, in the Iranian Law, a lawsuit that qualifies as a counterclaim after the issuance of a final judgment in favor of the plaintiff is not excluded by the defendant (the convict against the first lawsuit). It is also not prohibited in Iran for the defendant to express her defense during the proceedings and later to file the same defenses as an independent lawsuit and disrupt the execution of the final

judgment issued in favor of the plaintiff. However, measures to reduce litigation and litigation costs and prevent the abuse of litigation must be carefully considered. The result will be an increase in the quality of the proceedings and a reduction in the density of cases in the judiciary.

2. Study method

The present article uses a descriptive-analytical method to analyze the data obtained from library studies.

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

مفهوم دعوای واهی و راهکارهای کاهش آن (با تأکید بر رویه قضایی ایران و مطالعه تطبیقی در حقوق ایالات متحده آمریکا)

مصطفی السان^{۱*}، محمدرضا فتاحی^۲

^۱ دانشیار حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.
^۲ کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران.



10.22080/LPS.2022.23469.1333

چکیده

دعوای واهی که اغلب به طور مغرضانه از جانب خواهان این دعوا (اعم از اصلی، تقابل، ورود یا جلب ثالث یا در قالب اعتراض و شکایت) طرح می‌گردد، هر نوع ادعایی در مقطع بدوی یا تجدیدنظر با مرحله واخواهی یا از طریق استفاده از شیوه‌های فوق‌العاده شکایت (اعاده دادرسی، اعتراض ثالث و فرجام) می‌باشد که هدف از آن، ایزای طرف مقابل، تأخیر در روند رسیدگی به دعوای اصلی، تأخیر در اجرای حکم قطعی، به دست آوردن مهلت برای خواهان این دعوا و گرفتن فرصت از طرف مقابل است. در رویه قضایی کامن‌لا که توجه بیشتری به دعوای واهی داشته و درصد کاستن از این دسته از دعاوی می‌باشد، دعوای واهی به دعوایی که فاقد سبب حکمی یا موضوعی می‌باشد، تعریف شده است. پرسش اصلی این است که آیا می‌توان با مطالعه در حقوق فدرال ایالات متحده، راهکارهایی برای کاستن از دعاوی و دفاعیات واهی از جانب اصحاب دعوا و وکلا و نمایندگان ایشان ارائه داد؟ این مقاله، می‌کوشد تا با تکیه بر رویه قضایی ایران و ایالات متحده، نحوه مدیریت دعاوی واهی در محاکم حقوقی را تبیین نموده و راهکارهای لازم را به نظام دادرسی ایران ارایه نماید.

تاریخ دریافت:

۸ اردیبهشت ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۳۱ خرداد ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۲۸ تیر ۱۴۰۱

کلیدواژه‌ها:

دعوای واهی، رویه قضایی، ضمانت اجرا، تأمین، رأی دادگاه، حقوق امریکا.

* نویسنده مسئول: مصطفی السان

آدرس: دانشیار حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

ایمیل: mostafaelsan@yahoo.com



مقدمه

از قواعد فدرال آیین دادرسی مدنی ایالات متحده، مفهوم عامی از امور واهی مدنظر دارد. طبق این قاعده، نه تنها دعوا، بلکه دفاعیات خوانده یا اظهارات مرتبط با امور موضوعی نیز می‌تواند واهی بوده و آثاری را برای مدعی، دفاع‌کننده یا اظهارکننده در پی داشته باشد (Katz, 1990, p. 14).

رکن «سوءنیت» در تعریف دعوای واهی، اساسی است. زیرا اگر معتقد باشیم که هر دعوایی که در آن خواهان به موجب حکم یا قرار نهایی شکست بخورد، واهی است؛ در آن صورت حق دادخواهی شهروندان را که مبتنی بر اصول قانون اساسی می‌باشد،^۱ با مانع یا چالشی جدی روبرو ساخته‌ایم. از این رو، به دلالت قسمت دوم ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م، در فرض شکست خواهان، خوانده تنها می‌تواند «خسارتی را که عمده‌اً از طرف خواهان با علم به غیر محق بودن در دادرسی به او وارد شده»، مطالبه کند. به عبارت دیگر، علاوه بر رابطه سببیت میان خسارت خوانده و دعوای خواهان، باید تقصیر خواهان در طرح دعوای واهی علیه خوانده نیز اثبات شود.

با وجود مفهوم منطقی فوق، ماده ۱۰۹ ق.آ.د.م، مفهوم عام‌تری از دعوای واهی به نحوی که خوانده بتواند ایراد تأمین دعوای واهی را مطرح سازد، مدنظر دارد. به موجب این ماده، هر خوانده‌ای می‌تواند در هر دعوایی که احتمال شکست خواهان وجود دارد و دعوا از موارد استثنایی مذکور در ماده ۱۱۰ آن قانون نیست، این ایراد را مطرح نماید. در واقع، خسارات دادرسی از هر خواهانی که در دعوا به موجب رأی نهایی شکست بخورد، قابل مطالبه است؛ اما این امر لزوماً به معنای واهی بودن دعوای خواهان در ماهیت نیست. چراکه امکان دارد دعوا با سوءنیت طرح نشده و شکست خواهان صرفاً به جهت نقص در دادخواست یا ایراد شکلی به دعوا بوده و یا خواهان علی‌رغم حقانیت و تنها به جهت عدم

اقامه دعوا یعنی «به جریان انداختن ادعا در مسیر قانونی برای اثبات آن» (افتخارجهرمی و السان، ج ۱، ۱۳۹۹، ۴۳). با طرح دعوا، طرفی که خواهان نامیده می‌شود، ادعایی را که ممکن است «واهی» باشد در مسیری که «قانون» تعیین کرده است به «قضاوت» می‌گذارد و می‌کوشد آن را اثبات کند. در این مسیر، ممکن است ادعایی واهی اثبات گردد یا دعوایی که واقعاً به «حق» طرح شده، به دلیل عدم کفایت ادله به نتیجه نرسد.

بنابراین، ذیحق بودن یا استحقاق واقعی، لازمه طرح دعوا نیست. چراکه هر دعوایی - ولو به طور واهی - می‌تواند طرح گردد. در حقیقت قانون آیین دادرسی مدنی ایران، ضمانت اجرایی برای پیشگیری از دعوای واهی مقرر نکرده است و اساساً نمی‌تواند پیش از رسیدگی به یک دعوا، واهی یا واقعی بودن آن را اثبات کرد. به همین دلیل است که تبصره ماده ۱۰۹ ق.آ.د.م مقرر می‌دارد: «چنانچه بر دادگاه محرز شود که منظور از اقامه دعوا تأخیر در انجام تعهد یا ایذای طرف یا غرض‌ورزی بوده، دادگاه مکلف است در ضمن صدور حکم یا قرار، خواهان را به تأدیه سه برابر هزینه دادرسی به نفع دولت محکوم نماید». چنانچه از این تبصره بر می‌آید، شرط اعمال ضمانت اجرایی مقرر در آن این است که سوء نیت خواهان در اقامه دعوا برای دادگاه رسیدگی‌کننده اثبات شده باشد.

۱ مفهوم دعوای واهی

قانونگذار تعریفی از دعوای واهی ارائه نمی‌دهد. به نظر می‌رسد، منظور از آن دعوایی است که با سوءنیت طرح شده و در صورت اعمال قانون و دادرسی صحیح، به نتیجه‌ای نخواهد رسید. قاعده ۱۱

دسترس داشته باشند و هیچ‌کس را نمی‌توان از دادگاهی که به موجب قانون حق مراجعه به آن را دارد، منع کرد».

۱ اصل ۳۴ قانون اساسی: «دادخواهی حق مسلم هر فرد است و هرکس می‌تواند به منظور دادخواهی به دادگاه‌های صالح رجوع نماید. همه افراد ملت حق دارند این گونه دادگاه‌ها را در

۲،۱ راهکارهای قانونی کاهش دعوی واهی

در حقوق کیفری، اگر دعوا با سوءنیت و با هدف بردن مال غیر طرح شده باشد، تحت شرایطی می‌تواند جرم باشد. ماده یک «قانون مجازات اشخاصی که برای بردن مال غیر تبانی می‌نمایند» (مصوب ۱۳۰۹/۰۵/۰۳ مجلس شورای ملی)، مقرر می‌دارد: «هرگاه اشخاصی با یکدیگر تبانی کرده و برای بردن مالی که متعلق به غیر است بر همدیگر اقامه دعوا نمایند، این اقدام آنها جزء تشبث به وسایل متقلبانه برای بردن مال دیگری ... محسوب و به مجازات ... محکوم خواهند شد».

همچنین در ماده دو همان قانون تصریح شده: «اشخاصی که به عنوان شخص ثالث در دعوی وارد شده یا به عنوان شخص ثالث بر حکمی اعتراض کرده یا بر محکوم به حکمی مستقیماً اقامه دعوا نمایند و این اقدامات آنها ناشی از تبانی با یکی از اصحاب دعوا برای بردن مال یا تضییع حق طرف دیگر دعوا باشد، کلاهبردار محسوب و علاوه بر تأدیه خسارات وارده، به مجازات کلاهبرداری محکوم خواهند بود».

در حقوق ایالات متحده آمریکا، یکی از راهکارهای جالب در قواعد فدرال و رویه قضایی، تعیین جریمه و اعلام تخلف برای وکلایی است که با علم نسبت به واهی بودن یک دعوا، آن را طرح می‌کنند یا با علم به اینکه خوانده، عقلاً و عرفاً هیچ دفاعی ندارد، به طور واهی، دفاع از وی را قبول می‌کنند (Basch v. Westinghouse Elec. Corp., 777 F.2d 165 (4th Cir. 1985)).

در مواردی که قواعد فدرال، اعطای مهلت به طرف دعوا را جهت تنجیز خواسته یا دفاع پیش‌بینی کرده، اعمال ضمانت‌اجرای دعوا یا دفاع واهی بعد از انقضای این مهلت امکان‌پذیر است. در برخی ایالات، از جمله کالیفرنیا این مهلت ۲۱ روز می‌باشد. بعد از انقضای آن و عدم اقدام مناسب از جانب طرف مکلف، دادگاه حسب مورد دعوا یا دفاع واهی

کفایت ادله و مستندات، نتواند دعوی خود را اثبات کند.

به عبارت دیگر، اگر خواهان در دعوی مطروحه شکست بخورد و به تشخیص دادگاه صالح، سوءنیت خواهان در دعوی مطروحه اثبات شود، خوانده می‌تواند علاوه بر خسارات دادرسی (موضوع ماده ۵۱۹ ق.آ.د.م)، سایر خسارات خود را که به طور مستقیم ناشی از دعوی واهی خواهان می‌باشد، مطالبه کند. این خسارتها از جمله شامل عدم‌النتفع (ممکن‌الوصول و نه محتمل‌الوصول) می‌باشد که با طرح دعوا یا اجرای دستور موقت یا تأمین خواسته صادره به درخواست خواهان، به خوانده وارد گردیده است. مطالبه خسارت به شرح فوق، تابع قواعد عام مسؤولیت مدنی بوده و از جمله نیازمند اثبات ارکان مسؤولیت مدنی می‌باشد. حتی امکان دارد که دادگاه موضوع را جهت تعیین دقیق میزان خسارات وارده به کارشناس ارجاع دهد.

۲ راهکارهای کاستن از دعوی واهی

دعای واهی دو دسته از هزینه‌ها را در پی دارند: اول، هزینه‌ای که برای طرح این دعوی و نیز دفاع در برابر آنها صرف می‌شود. دوم، هزینه و وقتی که نظام دادرسی برای رسیدگی به این دعوی صرف می‌کند. در فرضی که دادگاهها با تراکم دعوی روبرو باشند، وجود دعوی واهی متعدد در کنار دعوی واقعی (برای مثال، دعوی متقابل یا ورود یا جلب ثالث واهی)، کیفیت و زمان رسیدگی به دعوی واقعی را تحت تأثیر قرار داده و حتی موجب اشتباه دادگاه در روند رسیدگی می‌شود (Katz, 1990: 26).

در این گفتار، به ترتیب راهکارهای قانونی کاهش دعوی واهی و عدم استماع دعوا به جهت سوء استفاده از حق، در دو بند بررسی می‌شود.



همان موضوع و سبب و اصحاب رسیدگی شده و در مورد آن حکم قطعی صادر گردیده، دادگاه می‌تواند ضمن صدور قرار رد دعوا (به استناد بند (۶) ماده ۸۴ و ماده ۸۹ ق.آ.د.م)، خواهان را به پرداخت سه برابر هزینه دادرسی به نفع دولت محکوم نماید. البته این امر مانع از طرح دعوی مطالبه خسارات دادرسی (موضوع ماده ۵۱۹) و خسارات ناشی از دعوی واهی (موضوع ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م)، از سوی خوانده (محکوم‌له) نمی‌باشد.

مجلوب ثالث اگر در دعوی جلب محکوم شود، در اجرای قواعد عام (مواد ۵۱۵، ۵۱۷) خسارت دادرسی دعوی جلب علی‌القاعده به وی تحمیل می‌شود (شمس، ۱۳۹۸: ۵۳، ش ۷۸). به همین نحو خسارات دادرسی از وارد ثالثی که شکست بخورد، قابل مطالبه است (شمس، ۱۳۹۸: ۴۷، ش ۶۶).

تفکیک دعوی اصلی از دعوی طاری، از جمله راهکارهایی است که وفق مواد ۱۳۳ و ۱۳۹ ق.آ.د.م، در صورت طرح دعوی ورود یا جلب ثالث به قصد اذیت طرف دعوا یا اطلاع دادرسی، اتخاذ می‌شود. به قرینه مواد مذکور هرگاه دادگاه احراز کند که دعوی متقابل واهی بوده و صرفاً برای تأخیر در روند رسیدگی به دعوی اصلی است، می‌تواند این دو دعوا را از هم تفکیک و به هرکدام جداگانه رسیدگی کند (رجوع کنید: ابهری، ۱۳۹۶ و افتخارچهرمی و السان، ۱۳۹۹: ۱۴۵).

راهکار دیگر برای کاهش دعوی واهی، در مواد ۵۱۹ و ۵۲۰ ق.آ.د.م آمده است. با شکست خواهان در دعوی اصلی (به موجب رأی نهایی اعم از حکم یا قرار)، خوانده می‌تواند «هزینه دادرسی و حق‌الوکاله وکیل و هزینه‌های دیگری که به طور مستقیم مربوط به دادرسی و برای اثبات دعوا یا دفاع لازم بوده است، از قبیل حق‌الزحمه کارشناسی و هزینه تحقیقات محلی»، را از خواهان مطالبه کند (ماده ۵۱۹ ق.آ.د.م). زیرا با شکست خواهان آشکار می‌شود که این خسارت‌ها، ناروا به خوانده وارد شده و عامل زیان (خواهان) باید آن را جبران کند.

را رد کرده یا طرف متخلف را جریمه می‌کند. در یک پرونده علت این امر، اتلاف وقت و نیز توان دادگاه و طرف دعوا اعلام گردیده است (In re Mark B.) 149 Cal.App.4th 61, 76 (2007)). توسل به ضمانت‌اجرای رد دعوا به جهت واهی بودن آن، زمانی است که ادعای مطروحه (امور موضوعی دعوا) هیچ گونه دلیل اثباتی نداشته باشد (Weil, & Brown,) (2021: 10:4). با توجه به مصداقی بودن این ارزیابی از دعوی خواهان، تصمیم دادگاه در مورد کافی بودن یا نبودن ادله اثباتی دعوی خواهان، کاملاً موردی است. بدین معنا که می‌تواند از دعوی به دعوی دیگر و از دادگاهی به دادگاه دیگر متفاوت باشد. البته، اختیار دادگاه در این مورد مطلق بوده و عملاً ضابطه دقیقی - به جز نظارت دادگاه بالاتر در صورت شکایت از رأی - برای کنترل آن، وجود ندارد (See e.g. Estate of King v. King, 121 Cal. App. 2d 765 (1953); Stephen Slesinger, Inc. v. Walt Disney Co. (2007) 155 Cal.App.4th 736). در واقع، رأی رد صادره به جهت واهی بودن دعوا، می‌تواند در دادگاه تجدیدنظر مورد شکایت قرار گیرد و دادگاه اخیر می‌تواند به سبب سوءاستفاده دادگاه بدوی از اختیار قانونی اعطا شده (تشخیص نادرست دعوا به عنوان ادعای واهی) آن تصمیم را نقض کند (Peake v. Underwood (2014) 227 Cal.App.4th (428, 440)).

در ق.آ.د.م، قانونگذار برای کاهش دعوی واهی راهکارهایی محدودی دارد. علاوه بر ایراد تأمین دعوی واهی و ایراد تأمین دعوی اتباع بیگانه که مورد بررسی قرار می‌گیرد، تبصره ماده ۱۰۹ مقرر می‌دارد: «چنانچه بر دادگاه محرز شود که منظور از اقامه دعوا تأخیر در انجام تعهد یا ایذای طرف یا غرض‌ورزی بوده، دادگاه مکلف است در ضمن صدور حکم یا قرار، خواهان را به تأدیه سه برابر هزینه دادرسی به نفع دولت محکوم نماید».

احراز واهی بودن دعوا طبق این تبصره، لزوماً نیازمند رسیدگی ماهوی نیست. از این‌رو و برای مثال، اگر خواهان دعوی را طرح کند که سابقاً با

خسارات مستقلاً درخواست شده و یا بعد از ختم دادرسی مورد مطالبه واقع شود نیاز به تقدیم دادخواست دارد» (مهاجری، ۱۳۸۹: ۴۲۵).

در حقوق ایالات متحده امریکا، به موجب بند (۱) ذیل قسمت (ب) قاعده ۱۱ قواعد فدرال آیین دادرسی مدنی، با تقدیم دفاعیه، درخواست یا هر نوشته‌ای توسط اصیل یا وکیل او، وی قبول می‌کند:

۱. چنین برگه‌ای با مقاصد نامناسب مانند اذیت کردن طرف مقابل یا تاخیر غیرضروری یا افزایش بدون دلیل هزینه‌های دادرسی تقدیم شده است.

۲. ادعاها، دفاعیات یا سایر اقدامات حقوقی مطابق با قانون حاکم، موجه بوده و یا با ادله غیرواهی به منظور توسعه، تعدیل یا نسخ قانون یا وضع قانونی جدید طرح گردیده‌اند.

۳. ادعاها و سایر امور موضوعی همراه با ادله کافی طرح شده‌اند یا اینکه اگر فرصت کافی برای تحقیقات بیشتر یا کشف دلیل داده شود، ادله کافی برای آنها فراهم خواهد شد.

۴. عدم پذیرش امور موضوعی (تکذیب و رد ادعای خواهان توسط خوانده)، مستند و مستدل بوده یا اینکه خوانده عرفاً اطلاعی نسبت به آن امور نداشته یا در خصوص آنها مطمئن نیست.

ضمانت اجرای بند (ب) قاعده ۱۱ در بند (ج) همان قاعده مشخص گردیده است. به موجب این بند، اگر بعد از اخطار و فرصت مناسبی که برای پاسخ داده می‌شود، دادگاه به این نتیجه برسد که بند (ب) رعایت نشده، می‌تواند ضمانت اجرای مناسبی را برای وکلا، مؤسسات حقوقی یا طرفینی که از بند (ب) تخلف کرده‌اند یا مسؤول تخلف هستند، در نظر بگیرد. ضمانت اجراها می‌تواند غیرمالی، پرداخت جریمه به دادگاه یا پرداخت هزینه وکیل و سایر خسارات دادرسی وارده به طرف دعوا باشد. در بند (د) از قاعده ۱۱ قواعد فدرال آیین دادرسی مدنی ایالات متحده، درخواست ارایه اطلاعات و کشف ادله (تامین دلیل) از ضمانت‌اجراهای فوق استثنا شده است.

همچنین طبق قسمت دوم ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م، «خوانده نیز می‌تواند خسارتی را که عمداً از طرف خواهان با علم به غیر محق بودن در دادرسی به او وارد شده، از خواهان مطالبه نماید».

وفق قسمت دوم ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی، هر نوع خسارتی که از دعوی عمدی و واهی خواهان به خوانده وارد شده باشد، از جمله خسارت‌های قابل مطالبه محسوب گردیده است. این خسارت را نمی‌توان در زمره خسارات دادرسی محسوب داشت. زیرا از یک سو، ماده ۵۱۹ ق.آ.د.م، صریحاً خسارات دادرسی را شامل هزینه دادرسی، حق الوکاله وکیل و سایر هزینه‌های ضروری برای طرح دعوا اعلام داشته و خسارات ناشی از دعوی واهی را در زمره این خسارات نیاورده است.

از سوی دیگر، این خسارت‌ها اعم از خسارات دادرسی می‌باشد و مطالبه آن اثبات ارکان مسؤولیت مدنی از جانب خوانده می‌باشد. بدین معنا که خوانده باید اثبات کند خسارتهای وارده به وی مستقیماً ناشی از دعوی واهی خواهان بوده؛ به نحوی که اگر آن دعوا طرح نمی‌شد، چنین خسارتی به خوانده وارد نمی‌گردید.

پرسشی که مطرح می‌شود این است که آیا خوانده می‌تواند در جریان رسیدگی به دعوی خواهان در دادگاه بدوی، با لحاظ احتمال شکست خواهان، خسارت ناشی از دعوی واهی را به استناد ذیل ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م، از خواهان مطالبه کند؟

پاسخ به این پرسش، مثبت است. همان‌گونه که گفته‌اند: «خسارتی که از باب بی‌حقی خواهان در دادرسی، ضمن همان دعوا از طرف خوانده مطالبه می‌شود، نیاز به دادخواست نخواهد داشت؛ بلکه دادگاه در صورت درخواست توسط خوانده و محکومیت خواهان به بی‌حقی در اصل دعوا، باید میزان خسارات خوانده را مشخص و خواهان را به پرداخت آن محکوم کند. عدم ضرورت به تقدیم دادخواست در مورد مطالبه خسارت در تبصره (۱) ماده ۵۱۵ نیز تصریح گردیده است. البته چنانچه



انجام کار قابل استماع نیست (رأی شماره ۱۳۱۲/۰۳/۰۸/۱۳۷۵ شعبه ۱۸۶ دادگاه عمومی تهران).

در تمام مثال‌های فوق، هرگاه دادگاه پس از رسیدگی در ماهیت به این نتیجه برسد که ضرر و زیان مدعی سابقاً جبران شده یا اساساً خسارت ادعایی به وی وارد نشده، بهترین تصمیم، صدور حکم بر بی‌حقی یا بطلان دعواست. هرچند، همان‌گونه که رویه قضایی در آرای فوق‌الذکر نشان می‌دهد، اگر دادگاه در اصل خواسته خواهان تردید داشته باشد، اما به استناد مدارکی که خوانده ارایه می‌دهد، دعوا به کیفیتی که طرح شده، فعلاً قابل استماع نباشد، قرار عدم استماع دعوا صادر می‌شود.

برای مثال، هرگاه ملکی، علی‌رغم وجود سند رسمی مالکیت در ید خواهان، ملی اعلام شده باشد، دعوی استرداد آن ملک، به لحاظ بی‌اعتباری سند مالکیت خواهان و صدور سند رسمی مالکیت به نام دولت قابل استماع نیست (رأی شماره ۱۳۷۰/۱۱/۱۹۶۳۶ شعبه ۱۷ دیوان عالی کشور). هرچند که خواهان می‌تواند نسبت به طرح دعوی ابطال سند انتقال و مالکیت به طرفیت واحد دولتی ذینفع اقدام نماید (رأی شماره ۱۳۷۹/۰۴/۱۲/۱۳۸ شعبه ۱۷ دیوان عالی کشور). اما دعوی الزام به استرداد ملک، به کیفیتی که طرح شده، فعلاً قابل استماع نمی‌باشد (افتخارجهرمی و السان، ج ۳، ۱۳۹۹، ص ۱۰۷).

مثال دیگر حالتی است که خواهان دعوی را طرح کرده و آن دعوا در مقطع بدوی در جریان بوده و یا اینکه اگر دادگاه بدوی رأی نسبت به آن صادر کرده، به جهت شکایت ذینفع در دادگاه تجدیدنظر در حال رسیدگی است. در این فرض، طرح مجدد همان موضوع، به همان سبب و با همان اصحاب (یا قائم‌مقام ایشان)، با قرار عدم استماع دعوا روبرو خواهد شد (افتخارجهرمی و السان، ج ۲، ۱۳۹۹، ص ۱۱۸). در واقع، اشتباه مذکور در قسمت اول بند (۲) ماده ۸۴ ق.آ.د.م، مانع از صدور چنین قرارهایی از جانب دادگاه صالح نمی‌باشد و یکی از چندین راهکاری

قواعد فدرال، مصادیق ضمانت‌اجراهای غیرمالی در برابر دعاوی و دفاعیات واهی را مشخص نکرده و این موضوع را به‌درستی به دادگاهها واگذار کرده است. از جمله ضمانت‌اجراهایی که در رویه قضایی ایالات متحده، در این خصوص به کار گرفته شده، رد دعاوی واهی است (See: Levine v. Arabian Am. Oil Co., 664 F. Supp. 733, 737 (S.D.N.Y. 1987); Saturn Systems, Inc. v. Saturn Corp., 659 F. Supp. 868, 871 (D. Minn. 1987); Barlow v. McLeod, 666 F. Supp. 222, 229-30 (D.D.C. 1986)).

این شیوه، به منظور افزایش کارایی دادگستری، کاهش هزینه‌ها و پیشگیری از اطاله دادرسی اتخاذ می‌شود (Cowles, 1988: 707).

۲،۲ عدم استماع دعوا به جهت سوء استفاده از حق

هرگاه دادگاه احراز کند که طرح دعوا از سوی خواهان با هدف سوء استفاده انجام می‌گیرد و خواسته خواهان واهی می‌باشد، بهترین تصمیم قرار عدم استماع دعواست. مانند اینکه، دارنده چکی که از طریق اجرایی ثبت به اجرا گذاشته شده و در آخرین مراحل اجرایی و وصول قرار دارد، برای مطالبه وجه آن از طریق دادگاه حقوقی اقدام نماید (رأی شعبه سوم دیوان عالی کشور در پرونده کلاسه ۳/۹۳/۷۱؛ به نقل از: بازگیر، ۱۳۷۷: ۲۰۶). همچنین اگر خسارت جسمانی بزه‌دیده به صورت دیه در دادگاه کیفری مورد حکم قرار گرفته و خسارت دیگری به وی وارد نشده باشد، مطالبه ضرر و زیان ناشی از جرم در دادگاه حقوقی قابلیت استماع ندارد (رأی شماره ۱۳۷۳/۰۷/۱۲/۳۵۷ شعبه ۱۷ دیوان عالی کشور؛ به نقل از: سامانه قوانین و آراء، معاونت آموزش دادگستری استان تهران؛ به نشانی: www.ghavanin.ir). مثال دیگر، فرضی است که غرامت نقص عضو کارگر توسط سازمان تأمین اجتماعی پرداخت شده باشد که در این صورت، دعوی مطالبه خسارت بدنی ناشی از حادثه در حین

همچنین در حقوق ایالات متحده آمریکا، این امر پذیرفته شده که امکان رد دعوا به سبب واهی بودن آن، بدون اینکه در ماهیت دعوا ورود شود، می‌تواند به عنوان یکی از موانع حق دادخواهی و دسترسی به عدالت تلقی گردد (95 (2002) Hart v. Avetoom (Cal.App.4th 410). از این رو، دادگاهها باید در این مورد با احتیاط عمل کرده و تمام جوانب و اوضاع و احوال حاکم بر قضیه را سنجیده و سپس تصمیم مناسبی اتخاذ نمایند.

۳ ایراد تأمین دعوی واهی

طرح دعوی واهی در حقوق ایران ممنوع نیست. در عین حال، قانونگذار راههای مختلفی را برای کاستن از دعوی واهی پیش‌بینی کرده که ایراد تأمین دعوی واهی یکی از این راهکارها است.

۳/۱ شرایط ایراد تأمین دعوی واهی

بنابر ماده ۱۰۹ ق.آ.د.م، ایراد تأمین دعوی واهی از سوی طرفی که عنوان «خوانده» بر وی صدق می‌کند (اعم از خوانده اصلی یا مجلوب ثالث)، علیه هر طرفی که عنوان «خواهان» به وی قابل اطلاق می‌باشد (اعم از خواهان اصلی یا وارد ثالث)، قابل طرح می‌باشد. از این رو، خوانندگان دعوی و ورود ثالث نیز می‌توانند حسب مورد ایراد تأمین دعوی واهی یا ایراد تأمین دعوی اتباع بیگانه را علیه وارد ثالث مطرح نمایند.

به موجب ماده مذکور، این ایراد در امور ترافعی می‌باشد و نمی‌توان در امور حسبی آن را طرح کرد. در عین حال، اگر امر حسبی قالب ترافعی داشته و به صورت دعوا مطرح شود،^۲ باید پذیرفت که ایراد تأمین دعوی واهی قابل طرح می‌باشد (قلی‌زاده، ۱۳۹۵، ص ۳۰۲). با توجه به مواد ۱۳۳ و ۱۳۹ ق.آ.د.م و نظر به اینکه احتمال واهی بودن دعوی طاری

است که می‌توان برای پیشگیری از دعوی واهی به کار گرفت.

باید توجه داشت که مرز ظریفی میان مصادیق تحصیل حاصل بودن یک دعوا و موارد صدور رأی ماهوی مبني بر شکست خواهان وجود دارد. در مورد تحصیل حاصل، دادگاه بدون ورود در ماهیت، دعوا را فاقد شرایط قانونی لازم برای رسیدگی ماهوی تشخیص می‌دهد؛ اما در فرضی که پس از رسیدگی ماهوی، احراز شود که خواهان سابقاً خواسته مورد ادعا را دریافت نموده، شایسته‌ترین تصمیم صدور حکم بر بطلان دعوا یا بی‌حقی خواهان می‌باشد. مانند اینکه طلبکار دعوی مطالبه طلب (وجه نقد) را طرح می‌کند و خوانده (مدیون) اثبات می‌کند که تمام طلب خواهان را در اجرای ماده ۲۷۳ ق.م.ب به صندوق دادگستری سپرده و مراتب را طبق ماده ۱۵۷ ق.آ.د.م از طریق اظهارنامه به طلبکار اعلام کرده است؛ هرچند که اظهارنامه به وی ابلاغ واقعی نشده باشد. این مورد از موارد صدور حکم بر بطلان دعوی خواهان می‌باشد. زیرا حق خواهان سابقاً پرداخت شده و در رسیدگی ماهیتی احراز می‌شود که موضوع دعوا ایفا شده و برای همیشه ساقط گردیده است.

در کامن‌لا برای مطالبه خسارت در فرض اقامه دعوی مدنی بی‌مبنا و غیرموجه نوع خاصی از دعوی مسئولیت مدنی در قالب شبه‌جرم شناسایی شده است. ابتدا اصطلاح دعوی ایزایی^۱ در خصوص طرح دعوی کیفری فاقد مبنا علیه دیگران به کار رفت و متعاقباً در خصوص اقامه دعوی مدنی غیرموجه نیز به کار گرفته شد (بادپا و حیدری، ۱۴۰۰، ص ۵۶۱). در حقوق ایالات متحده آمریکا همین موضوع در یک پرونده جدید مورد توجه قرار گرفته است (Thompson v. Clark, U.S. Supreme Court, (January 2014).

^۲ مانند اینکه فروشنده ملکی برای ابطال معامله در برابر خریدار، مدعی حجر در زمان انعقاد عقد باشد و دعوی حجر خویش را طرح کند.

^۱ Malicious Prosecution



این‌رو، در تأمین دعوی واهی به طور خاص، «تا وقتی که خواهان تأمین ندهد، دادرسی متوقف خواهد ماند و در صورتی که مدت مقرر در قرار دادگاه برای دادن تأمین منقضی شود و خواهان تأمین ندهد به درخواست خوانده، قرار رد دادخواست خواهان صادر می‌شود» (قسمت اخیر ماده ۱۰۹ ق.آ.د.م).

گفته می‌شود، «موکول کردن قرار رد دادخواست خواهان به دلیل تأدیه نکردن خسارتهای احتمالی به درخواست خوانده در بخش اخیر ماده ۱۰۹ درست به نظر نمی‌رسد. این امر موجب می‌شود که در صورت عدم درخواست خوانده، پرونده مدتها جزو موجودی دادگاه باشد» (حیاتی، ۱۳۸۴، ص ۲۰۰؛ مهاجرى، ۱۳۸۰، ص ۲۲۰). به نظر می‌رسد که این درخواست لازم نیست کتبی و صریح باشد و طرح ایراد تأمین دعوی واهی از جانب خوانده، قرینه‌ای بر درخواست وی مبنی بر رد دادخواست خواهان در صورت نسیپردن تأمین است.

۳،۲ مهلت طرح ایراد تأمین دعوی واهی از جانب خوانده

مهلت طرح ایراد تأمین دعوی واهی در ماده ۱۰۹ به طور صریح مشخص نشده است؛ اما با توجه به غیرآمره بودن این ایراد و ماده ۸۷ ق.آ.د.م، خوانده تا پایان جلسه اول دادرسی فرصت دارد که این ایراد را مطرح کند. اگر طرح ایراد در ابتدای جلسه یا قبل از جلسه اول دادرسی و پیش از ورود دادگاه در ماهیت دعوا باشد، دادگاه به دو دلیل مکلف است قبل از ورود در ماهیت نسبت به این ایراد تصمیم‌گیری کند: اول اینکه، وفق مفهوم مخالف ماده ۹۰ ق.آ.د.م، اگر ایرادات پیش از پایان جلسه اول دادرسی اعلام شود، دادگاه مکلف است قبل از رسیدگی به ماهیت دعوا در مورد آن اتخاذ تصمیم کند. دوم اینکه، با وارد دانستن ایراد تأمین دعوی واهی، دادگاه نوع، میزان و مهلت سپردن تأمین از جانب خواهان را تعیین و رسیدگی را متوقف می‌کند. چه بسا خواهان حاضر یا قادر به سپردن تأمین نباشد که در این صورت،

بیشتر می‌باشد، مقنن در ماده ۱۰۹ طرح ایراد تأمین دعوی واهی در دعاوی طاری را نیز امکان‌پذیر دانسته است.

طرح ایراد تأمین دعوی واهی، حتی اگر دعوی خواهان از موارد استثنایی مذکور در ماده ۱۱۰ نباشد، دادگاه را مکلف به پذیرش این ایراد نمی‌سازد. در واقع، طرح این ایراد برای خوانده و پذیرش آن برای دادگاه اختیاری است. به همین دلیل، ماده ۱۰۹ در ادامه مقرر می‌دارد: «دادگاه در صورتی که تقاضای مزبور را با توجه به نوع و وضع دعوا و سایر جهات موجه بداند، قرار تأمین صادر می‌نماید».

هرگاه نظر دادگاه به پذیرش ایراد تأمین دعوی واهی باشد، نوع و میزان و مهلت سپردن تأمین را مشخص می‌کند و «تا وقتی که خواهان تأمین ندهد، دادرسی متوقف خواهد ماند». با توجه به اطلاق واژه «تأمین» در ماده ۱۰۹ (برخلاف بند (د) ماده ۱۰۸ ق.آ.د.م)، تأمین در اینجا می‌تواند به تشخیص دادگاه، وجه نقد یا هر مال دیگری اعم از منقول یا غیرمنقول باشد. میزان تأمین باید با «خسارات ناشی از هزینه دادرسی و حق‌الوکاله که ممکن است خواهان محکوم شود»، تناسب داشته باشد. با توجه به ابهام ماده ۱۰۹ و اطلاق ماده ۵۱۹ باید قبول کرد که منظور مقنن از «خسارات» در ماده ۱۰۹، «خسارات دادرسی» می‌باشد. لذا علاوه بر هزینه دادرسی و حق‌الوکاله وکیل (طبق تعرفه)، شامل حق‌الزحمه کارشناس و سایر هزینه‌های ضروری برای دفاع از جانب خوانده نیز می‌شود.

مهلتی که از سوی دادگاه برای سپردن تأمین مشخص می‌شود، از جمله مواعد قضایی بوده و تنها برای یک بار، به تشخیص دادگاه قابل تمدید می‌باشد (ماده ۴۵۰ ق.آ.د.م - قلی‌زاده، ۱۳۹۵، ص ۲۸۹).

در این مورد و در کلیه موارد دیگری که برای اقدام یا دستوری از سوی دادگاه سپردن تأمین لازم است، مانند تأمین در تأمین خواسته یا تأمین در دستور موقت، خواهان نمی‌تواند مدعی اعسار شود. از

«صلاحیدی» بوده و از سوی هیچ یک از طرفین قابل اعتراض نمی‌باشد.

ایراد تأمین دعوی واهی تا پایان جلسه اول دادرسی در مقطع بدوی به طور قطع قابل طرح بوده، اما امکان طرح آن در مرحله واخواهی و مقطع تجدیدنظر یا فرجام محل بحث می‌باشد. در مرحله واخواهی نمی‌توان این ایراد را طرح کرد. زیرا واخوانده که همان خواهان اصلی می‌باشد، نمی‌تواند از واخواه (محکوم‌علیه غایب)، به دلیل استفاده از حق واخواهی، تأمین بخواند. به عبارت دیگر، واخواه همان خوانده بدوی بوده و از خوانده نمی‌توان این تأمین را دریافت کرد. چراکه این امر با حقوق دفاعی خوانده (به‌ویژه خواننده‌ای که در فرایند دادرسی منتهی به حکم، غایب بوده)، منافات دارد.

در مقطع تجدیدنظر، تجدیدنظرخوانده (پیروز مقطع بدوی، اعم از خواهان یا خوانده بدوی) می‌تواند با این استدلال که تجدیدنظرخواهی محکوم‌علیه بدوی واهی می‌باشد، ایراد تأمین دعوی واهی را مطرح کند. برای مثال، هرگاه مستند دعوی خواهان بدوی، سند رسمی یا خواسته مطالبه وجه چکی باشد که گواهی عدم پرداخت به آن پیوست گردیده و خوانده بدوی نیز هیچ دفاع محکمه‌پسندی نداشته و محکوم شده باشد؛ می‌توان تجدیدنظرخواهی وی را واهی دانست. زیرا این اقدام عموماً صرفاً به قصد اطلاع دادرسی، به تأخیر انداختن اجرا و اذیت محکوم‌له بدوی انجام می‌گیرد.

همین استدلال در مورد فرجام‌خواهی واهی نیز قابل طرح می‌باشد. در چنین مواردی باید اظهار داشت که چون سبب ایراد تأمین دعوی واهی بعداً حادث شده، مهلت طرح ایراد برای تجدیدنظرخواه، در مهلت ده روزه تبادل لویح (موضوع ماده ۳۴۶ ق.آ.د.م) و برای فرجام‌خواه در مهلت بیست‌روزه تبادل لویح فرجامی (موضوع ماده ۳۸۵ ق.آ.د.م) خواهد بود.

رسیدگی ماهوی انجام شده از جانب دادگاه، عبث و بیهوده می‌شود. زیرا اگر «مدت مقرر در قرار دادگاه برای دادن تأمین منقضی شود و خواهان تأمین ندهد به درخواست خوانده، قرار رد دادخواست خواهان صادر می‌شود»، (قسمت اخیر ماده ۱۰۹ ق.آ.د.م).

اما هرگاه ایراد در پایان جلسه اول طرح شود، دادگاه مکلف نیست برای بررسی ایراد جلسه جداگانه‌ای تشکیل دهد. بنابراین می‌تواند بدون حضور طرفین رسیدگی و در مورد وارد بودن یا نبودن ایراد اتخاذ تصمیم کند. در واقع، برای رسیدگی به ایراد تأمین دعوی واهی، نیازی به رعایت اصل تناظر و دادن فرصت به خواهان برای اثبات واقعی بودن دعوی خود نیست. زیرا دادگاه در مقام رسیدگی به این ایراد وارد ماهیت نشده و صرفاً اگر «با توجه به نوع و وضع دعوا و سایر جهات» ایراد را وارد دانسته و دعوی خواهان دارای یکی از شرایط استثنایی مذکور در ماده ۱۱۰ نباشد، قرار (تودیع) تأمین دعوی واهی از جانب خواهان را صادر و به خواهان ابلاغ می‌کند تا در مهلت مقرر، تأمین مشخص شده را نزد دادگستری تودیع نماید.

چنانکه گفته شد، در مقام رسیدگی به ایراد تأمین دعوی واهی، دادگاه لزوماً نباید سوءنیت خواهان در دعوی مطروحه را شرط پذیرش ایراد تلقی نماید؛ چراکه ماده ۱۰۹ آن را شرط نکرده است. بنابراین، همین که دادگاه احتمال (قوی) دهد که دعوی خواهان پشتوانه متعارفی از اسباب و دلایل حکمی و موضوعی ندارد، باید ایراد خوانده را وارد دانسته و قرار تأمین دعوی واهی صادر کند. این رویکرد منطقی قابل پذیرش است؛ چراکه از یک سو، به تدریج و با ایجاد رویه قضایی باعث کاهش دعوی واهی (در مفهوم عام آن) می‌شود. از سوی دیگر، صرف سپردن تأمین زیان قابل توجهی را به خواهان وارد نمی‌سازد و بر فرض پیروزی وی با رأی قطعی، تأمین تودיעی به وی مسترد می‌شود.

به هر حال، تصمیم دادگاه در مورد اصل پذیرش یا عدم پذیرش ایراد و نیز با فرض پذیرش ایراد، در مورد نوع، میزان و مهلت سپردن تأمین تصمیم



۳،۳ تکلیف تأمین سپرده شده در تأمین دعوای واهی

در مورد تکلیف تأمینی که از خواهان در فرض پذیرش ایراد تأمین دعوای واهی گرفته می‌شود، دو حالت را می‌توان فرض کرد. حالت اول این است که خواهان در دعوای اصلی به موجب حکم قطعی پیروز شود؛ در این صورت تأمین سپرده شده به صرف درخواست خواهان به وی مسترد می‌شود. زیرا با پیروزی قطعی خواهان مشخص می‌گردد که دعوای واهی نبوده است. در این فرض، خواهان می‌تواند خسارت دادرسی را طبق مواد ۵۱۹ و ۵۲۰ و خسارت ناشی از سپردن تأمین را طبق قواعد عمومی مسؤولیت مدنی از خوانده (محکوم‌علیه حکم قطعی) مطالبه کند.

حالت دوم این است که خواهان در دعوای اصلی به موجب رأی قطعی (اعم از حکم یا قرار قاطع) شکست بخورد؛ در این صورت، خوانده می‌تواند خسارت وارده به خود، ناشی از دعوای خواهان را مطالبه کند. از محل تأمین سپرده شده، تنها خسارات دادرسی را می‌توان مطالبه کرد. مواد ۱۰۹ و ۱۱۰ قانون آیین دادرسی مدنی، به تأمین دعوای واهی اختصاص داشته و به اشتباه در مبحث «تأمین خواسته» آمده است. در این مواد، مهلت بقای تأمین بعد از شکست قطعی خواهان در اصل دعوا را مشخص نکرده است. همچنین تشریفات مطالبه خسارت از محل تأمین سپرده شده توسط خوانده (پیروز دعوا) در این دو ماده مشخص نشده و همین سکوت قانون، موجب اختلاف نظر شده است.

بنابر یک دیدگاه (از جمله، ر.ک.: قلی‌زاده، ۱۳۹۵، ص ۲۹۳)، چون موضوع ایراد تأمین دعوای واهی در مبحث تأمین خواسته آمده، ماده ۱۲۰ ق.آ.د.م در مورد آن نیز اجرا می‌شود. بنابراین خوانده بیست روز از تاریخ ابلاغ رأی قطعی شکست خواهان مهلت دارد که از محل تأمین سپرده شده مطالبه خسارت کند. این مطالبه - طبق ماده ۱۲۰ - بدون تقدیم دادخواست و بدون هزینه دادرسی به عمل می‌آید و «دادگاه در وقت فوق‌العاده به دلایل طرفین

رسیدگی و رأی مقتضی صادر می‌کند؛ این رأی قطعی است».

بر خلاف دیدگاه فوق، هرچند استفاده از راهکار فوق‌العاده ماده ۱۲۰ برای خوانده بسیار مطلوب بوده و با کاستن از تشریفات معمول دادرسی مدنی، زمینه تسریع در دادخواهی وی نسبت به خسارات دادرسی وارده را فراهم می‌سازد؛ اما بی‌تردید، بر فرض تودیع تأمین دعوای واهی از جانب خواهان، برای مطالبه خسارتهای ناشی از رأی قطعی شکست خواهان، خوانده نمی‌تواند از امتیاز ماده ۱۲۰ ق.آ.د.م استفاده کند. چراکه اولاً، ماده ۱۲۰ از اجرای قرار تأمین سخن گفته که در مورد ایراد تأمین دعوای واهی، اجرا منتفی بوده و منظور از «اجرای قرار تأمین»، توقیف مال خوانده در اجرای قرار تأمین خواسته می‌باشد.

ثانیاً، در ماده ۱۲۰ مقرر شده که «مفاد تقاضا به طرف ابلاغ می‌شود تا چنانچه دفاعی داشته باشد ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ با دلایل آن را عنوان نماید. دادگاه در وقت فوق‌العاده به دلایل طرفین رسیدگی و رأی مقتضی صادر می‌نماید». در حالی که رسیدگی به دعوای مطالبه خسارت از محل تأمین سپرده شده در دعوای واهی، چون صرفاً شامل خسارات دادرسی می‌شود، رسیدگی خاصی را نمی‌طلبد. ثالثاً، تأمین سپرده شده در تأمین دعوای واهی می‌تواند وجه نقد نباشد، حال آنکه در قسمت اخیر ماده ۱۲۰ از «استرداد وجه سپرده شده به خواهان» در صورت عدم طرح دعوای مطالبه خسارت در مهلت بیست روزه مقرر در این ماده، سخن به میان آمده است.

با این وصف، به‌ناچار باید پذیرفت که مطالبه خسارت از محل تأمین سپرده شده، با فرض تودیع تأمین دعوای واهی از سوی خواهان و شکست وی در دعوای اصلی، نیازمند تقدیم دادخواست و طرح دعوای تمام‌عیار از جانب خوانده می‌باشد. امری که از ماده ۳۲۴ ق.آ.د.م در مورد دستور موقت نیز قابل استنباط است.

۳/۴ موارد منع ایراد تأمین دعوی واهی

به موجب ماده ۱۱۰ ق.آ.د.م، «در دعوی که مستند آنها چک یا سفته یا برات باشد و همچنین در مورد دعوی مستند به اسناد رسمی و دعوی علیه متوقف، خوانده نمی‌تواند برای تأمین خسارات احتمالی خود تقاضای تأمین نماید».

ذکر موارد منع در این ماده بر این امر دلالت دارد که اصل بر جواز ایراد تأمین دعوی واهی از جانب خوانده است، مگر اینکه مورد از موارد استثنایی مذکور در ماده ۱۱۰ باشد. به عبارت دیگر، این مصادیق که به عنوان استثنا در ماده فوق آمده، تفسیر مضیق می‌شوند و نباید آنها را گسترش داد.

از این‌رو، امکان درخواست تأمین خواسته یا دستور موقت از سوی خواهان لزوماً به این معنا نیست که خوانده نتواند ایراد تأمین دعوی واهی را مطرح کند. چراکه میان صدور قرار تأمین خواسته یا دستور موقت به نفع خواهان و پذیرش ایراد تأمین دعوی واهی به سود خوانده منافاتی وجود ندارد. با توجه به نص ماده ۱۱۰، در فرضی خوانده نمی‌تواند ایراد تأمین دعوی واهی را مطرح سازد که دعوی خواهان «مستند به چک، سفته یا برات» یا «مستند به سند رسمی» باشد. چراکه در این موارد مقنن فرض کرده که احتمال واهی بودن دعوا بسیار پایین است. با این حال، اگر موضوع دعوی خواهان اعلام بطلان چک، سفته، برات یا اعلام بطلان سند رسمی یا استرداد هر یک از این اسناد و اوراق تجاری باشد، خوانده می‌تواند ایراد تأمین دعوی واهی را مطرح سازد.

در مورد اوراق تجاری (سفته، چک و برات) هرگاه مهلت‌های قانونی در مورد واخواست عدم تأدیه یا طرح دعوا رعایت نشده باشد، سند مزایای تجاری خود را از دست می‌دهد و تبدیل به سند طلب عادی (حقوقی) می‌گردد. در این صورت خوانده می‌تواند ایراد تأمین دعوی واهی را مطرح سازد (نظریه مشورتی مورخ ۱۳۴۲/۱۱/۱۱ کمیسیون آیین دادرسی مدنی اداره حقوقی؛ به نقل از: افتخارچهرمی و

السان، ج ۳، ۱۳۹۹، ص ۱۱۸). به عبارت دیگر، ماده ۱۱۰ ق.آ.د.م در خصوص دعاوی مستند به چک، سفته یا برات که در آن ایراد تأمین دعوی واهی قابل طرح نمی‌باشد را تنها باید به فرضی محدود کرد که مقررات قانونی در مورد واخواست و طرح دعوا در مهلت رعایت شده باشد. از این‌رو، هرگاه مهلت قانونی برای واخواست (اعتراض عدم تأدیه) یا طرح دعوا که در مواد ۲۸۶ و ۲۸۷ ق.ت تصریح شده، سپری شده باشد و دارنده علیه ظهرنویس یا شخص دیگری که به موجب مواد فوق پس از انقضای مهلت‌های مذکور مسؤولیت تضامنی (تجاری) ندارد، طرح دعوا کند؛ ایراد تأمین دعوی واهی مسموع خواهد بود. چون در این شرایط چک یا سفته یا برات در برابر چنین شخصی سند عادی محسوب شده و مزایای سند تجاری را ندارد.

در صورتی که خوانده ایراد تأمین دعوی واهی را مطرح کند و مورد از موارد استثنایی مذکور در قانون نباشد و دادگاه درخواست خوانده را «با توجه به نوع و وضع دعوا و سایر جهات موجه بداند»، ادامه رسیدگی منوط به سپردن تأمین تعیین شده از جانب خواهان می‌شود. در این فرض، اگر میان نوع و میزان و مهلت سپردن تأمین و دعوی خواهان تناسب وجود داشته باشد، اقدام دادرسی را نمی‌توان به عنوان ایجاد مانع در برابر دادخواهی خواهان (استنکاف از احقاق حق) تلقی کرد و در نتیجه ضمانت اجرای (کیفری و انتظامی) استنکاف را بر دادرسی بار نمود. زیرا اختیار طرح ایراد تأمین دعوی واهی، اختیاری است که قانون به خوانده داده و اگر شرایط آن فراهم باشد، دادگاه می‌تواند چنین درخواستی را بپذیرد. به علاوه، قرار قبول ایراد تأمین دعوی واهی می‌تواند در رویه قضایی تقویت و به نهادی برای کاهش دعوی واهی تبدیل گردد.

در دعوی علیه متوقف، چون خواهان طبق مواد ۵۳۷ الی ۵۳۹ ق.ت، مهلت محدودی برای اقامه دعوا دارد؛ به علاوه توقف رسیدگی در این دعوی می‌تواند به زیان سایر بستانکاران باشد، به همین دلیل قانونگذار، این دعوا را نیز از جمله موارد استثنایی



اخلال ایجاد کند. زیرا عموماً از ارکان قاعده اعتبار امر قضاوت شده، تفسیر مضیقی به عمل می‌آید؛ در حالی که در حقوق فدرال امریکا چنین کاری، عموماً امکان‌پذیر نیست. به هر حال، راهکارهایی که برای کاهش دعاوی و هزینه‌های دادرسی و نیز جلوگیری از سوءاستفاده از حق دادخواهی وجود دارد، باید با دقت به کار گرفته شوند. نتیجه این امر، از جمله افزایش کیفیت دادرسی و کاستن از تراکم پرونده‌ها در دادگستری خواهد بود.

محسوب داشته که در آن خوانده نمی‌تواند ایراد تأمین دعوای واهی را مطرح سازد.

۴ نتیجه

این احتمال وجود دارد که خواهان از طرح دعوای واهی و اتلاف وقت خوانده، به عنوان ابزاری برای وادار کردن وی به مصالحه و سازش در اموری که خواهان، در عمل توان اثبات آن را ندارد، استفاده کند. به علاوه، پایین بودن هزینه دادرسی، به‌ویژه در دعاوی غیرمالی و فقدان معیار قانونی و دقیق برای تفکیک دعوای مالی و غیرمالی و نیز امکان تقویم خواسته در آن دسته از دعاوی مالی که خواسته که خواسته آنها کالا (مال) است، انگیزه کافی را برای طرح دعوای واهی فراهم می‌آورد.

در یک تحلیل دقیق‌تر، باید از دعوای واهی فراتر رفته و در مورد «امر واهی» سخن گفت. بدین معنا که مطالبه خواسته‌ای بیش از آنکه خواهان حق دارد، دفاع ناروای خوانده اعم از اصیل یا وکیلی که علم به عدم حقانیت موکل خود دارد؛ همچنین طرح دعوا در شرایطی که خواهان می‌داند، دعوای وی با یک ایراد اساسی مانند مرور زمان یا اعتبار امر قضاوت شده روبروست، از مصادیق امر واهی به شمار می‌آید. در واقع، هر اقدام ادعایی یا دفاع بدون سببی از جانب اصحاب دعوا (اعم از اصلی، وارد یا مجلوب یا معترض ثالث) را باید به امر واهی تعبیر کرد.

علی‌رغم اینکه حقوق ایالات متحده، نگاه گسترده‌ای به امر واهی دارد، حقوق ایران فاقد ابزارهای کافی برای کاستن از امر واهی است. برای مثال، در حقوق ایران طرح دعوایی که شرایط طرح به عنوان دعوای متقابل را داشته، پس از صدور حکم قطعی به نفع خواهان، از جانب خوانده (محکوم‌علیه دعوای اول)، منتفی نیست. همچنین در ایران منعی ندارد که خوانده، در زمان رسیدگی به دعوا، دفاعیات خود را اظهار نکرده و بعداً همان دفاعیات را به عنوان دعوای مستقلی اقامه کرده و در اجرای حکم قطعی که به نفع خواهان صادر گردیده،

References

Persian books and articles:

- Abhari, Hamid (2017), Civil Procedure 3 (interpleader litigation), first edition, Tehran: Majd Publications.
- Badpa, Sahar and Heydari, Sirus (2021), "Abuse of the right to sue in the legal system of Iran and England", Journal of Medical Law Special Issue of Legal Innovation, pp. 551-566.
- Bazgir, Yadaleh (2000), Causes of Annulment of Awards in the Supreme Court, Second Edition, Tehran: Daneshnegar Publications.
- Eftekhar Jahromi, Goodarz and Elsan, Mostafa (2010), Civil Procedure, Volume 1, Second Edition, Tehran: Mizan Publications.
- Eftekhar Jahromi, Goodarz and Elsan, Mostafa (2010), Civil Procedure, Volume 2, Second Edition, Tehran: Mizan Publications.
- Eftekhar Jahromi, Goodarz and Elsan, Mostafa (2010), Civil Procedure

Volume 3, First Edition, Tehran: Mizan Publications.

- Gholizadeh, Ahad (2016), "Legal Analysis of Fictitious Litigation in non-litigious matters", Quarterly Journal of Private Law Studies, Volume 46, Number 2, Summer.
- Hayati, Ali Abbas (2005), Description of the Code of Civil Procedure, First Edition, Tehran, Salsabil Publications.
- Mohajeri, Ali (2001), Description of the Code of Civil Procedure of Public and Revolutionary Courts, Volume One, First Edition, Tehran: Ganj-e-Danesh Publications.
- Mohajeri, Ali (2010), Extensive in Civil Procedure, Volume 4, Second Edition, Tehran: Fekr Sazan Publications.
- Shams, Abdullah (2019), Civil Procedure (Advanced Course), Volume 3, 32 Summer Edition, Tehran: Drak Publications.

Judicial procedure in Iran:

- Award No. 1212-03-08 1996 Branch 186 of Tehran General Court.
- Award No. 138-12 / 04/1379 General Board of the Court of Administrative Justice.
- Award No. 357-12 / 07/1373 Branch 17 of the Supreme Court.

- Award No. 636-1911 / 1370 Branch 17 of the Supreme Court.
- Award of the third branch of the Supreme Court in the case file of 3/31/93.
- Consultative opinion dated 11/11/1342 of the Civil Procedure Commission of the Legal Department.



US References and jurisprudence:

Barlow v. McLeod, 666 F. Supp. 222, 229-30 (D.D.C. 1986).

Basch v. Westinghouse Elec. Corp., 777 F.2d 165 (4th Cir. 1985).

Cowles, Julia K. "Rule 11 of the Federal Rules of Civil Procedure and the Duty to Withdraw a Baseless Pleading", *Fordham Law Review*, Volume 56, Issue 4, 1988.

Estate of King v. King, 121 Cal. App. 2d 765 (1953).

Hart v. Avetoom (2002) 95 Cal.App.4th 410.

In re Mark B. (2007) 149 Cal.App.4th 61, 76.

Katz, Avery (1990), The effect of frivolous lawsuits on the settlement of

litigation, *International Review of Law and Economics*, 10(3-27).

Levine v. Arabian Am. Oil Co., 664 F. Supp. 733, 737 (S.D.N.Y. 1987).

Peake v. Underwood (2014) 227 Cal.App.4th 428, 440.

Saturn Systems, Inc. v. Saturn Corp., 659 F. Supp. 868, 871 (D. Minn. 1987).

Stephen Slesinger, Inc. v. Walt Disney Co. (2007) 155 Cal.App.4th 736.

Weil, Robert I & Brown Ira A., *Cal. Practice Guide: Civil Procedure before Trial* (The Rutter Group California Practice Guide), 2021, p. 10:4.

Research Paper

A Comparative Study of the Nature of Joint Venture Contract Considering Imami Jurisprudence, Civil Law and Commerce of Iran

Nasrin Bazi¹ , Mohamadbagher Amerinia^{*2} , Dariush Babaei³ 

¹ PhD student in Private Law, Faculty of Humanities, Yasouj Branch, Islamic Azad University, Yasouj, Iran.

² Assistant Professor, Department of Law, Yasouj Branch, Islamic Azad University, Yasouj, Iran

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



10.22080/LPS.2022.22968.1301

Received:

January 16, 2022

Accepted:

May 15, 2022

Available online:

July 19, 2022

Keywords:

Principle of contractual freedom, Joint venture contract, Legal personality, Civil company, Practical company

Main Subjects

CIVIL LAW

Abstract

Modern technology, raw materials and efficient manpower, which are the factors of economic progress, are unequally distributed around the world, and the only establishment of rights that can make the economic plan possible while preserving the interests of the owners of these elements is joint venture. Joint investment in joint venture is a kind of business cooperation, where the parties are partners in the management of the economic plan and profits and losses. As compared to Imami Jurisprudence, the commercial law is totally different, especially in the need for a joint venture and the lack of common ownership in national resources and intellectual contributions. A closer look shows that for companies that have a separate legal personality from their partners, the idea of creating legal personality in a joint venture contract is against the real intention of the partners. According to various laws such as the Foreign Investment Encouragement and Protection Law of 2002 and the third paragraph of Section "T" of Article 3 of the Law on Duties and Powers of the Ministry of Oil of 2012, a joint venture contract is identified as a general rule. The generalities of the joint venture contract can be found in Article 190 of the Civil Code and the principle of contractual freedom in Article 10 of the Civil Code.

***Corresponding Author:** Mohamadbagher Amerinia

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

Email: Mohamadamerinia@gmail.com



Extended Abstract

1. Introduction

Attention to economic-legal necessities has forced the Iranian legislator to use joint ventures in some laws, including the Law on Attracting and Protecting Foreign Investment of 2001 and Section 3 of Clause "T" of Article 3 of the Law on Duties and Powers of the Ministry of Oil of 2012. Today, especially in the oil and gas industry, the approach of not establishing a new company is predominant among the members of the contracting party and arranging a joint venture. The prevalence of such an attitude is due to reasons such as the widespread sovereignty of the partners and the flexibility to comply with the requirements of the subject matter of the contract. Also, avoidance of registration formalities, greater protection of owners' rights, independence of personality, and confidentiality of members' information. In most legal systems, no specific law has been passed regarding the nature and structure of the joint venture contract and only its use has been emphasized. Separately, to use the joint venture contract model as an emerging contract, its nature must first be revealed. Due to the silence and emptiness of the law to justify the contractual joint venture, in the forthcoming discussions, by analyzing and applying this contract model to the existing and seemingly similar institutions in the Civil and Commercial Laws, we try to clarify whether they are sufficient to implement and explain such institutions.

2. Methods

The present research has used a descriptive-analytical method to analyze the data obtained from the library and Internet resources.

3. Findings

A joint venture contract is of two types. A joint venture is a company in which the partners agree to invest cash and non-cash items to carry out a specific project in a company with legal personality independent from the partners, as an enterprise and under joint management. Depending on the type of company, the liability of the partners may be limited or unlimited. Accepting a joint venture company in Iran is not challenging because it is justified in the form of one of the companies subject to Article 20 of the Commercial Code. In Joint venture contract, the partners use their cash and non-cash items and scientific expertise on the basis of a contractual agreement without creating an independent legal entity to implement a specific project. However, its use is allowed in the Law on Encouragement and Protection of Foreign Investment of 2002 and the Law on Duties and Powers of the Ministry of Oil of 2012. Absolutely, a joint venture contract cannot be matched with a company contract. It is true that in a joint venture, natural or legal persons with a set of cash and non-cash items and technical expertise and skills seek to achieve a project and profit and also obtain the ownership of their property. They are not partners. For example, does a natural or legal person exclusively have technical facilities or professional expertise, does he/she make such a thing jointly owned by other partners? Nowadays, with the establishment of the principle of contractual freedom under Article 10 of the Civil Code, the legislator no longer has any control over the name, title and type of bilateral actions and does not limit it to prefabricated forms. Society is free to choose and use the title it needs, and rights can only determine the general

rules of this dispersed and diverse mass and regulate public will. Therefore, according to various laws such as the Foreign Investment Encouragement and Protection Law of 2002 and the third paragraph of Section "T" of Article 3 of the Law on Duties and Powers of the Ministry of Oil of 2012, a joint venture contract is identified as a general rule.

4. Conclusion

To use a joint venture contract, its nature must first be explained. In the discussion of practical company and Article 220 of the Commercial Code, we found that due to the ambiguities in creating legal personality and employment in business, this article is inefficient in adapting to the nature of the joint venture contract. However, the nature and structure of the contractual joint venture is to resort to the principle of contractual freedom and Article 10 of the Civil Code, which leaves the parties free to intervene as long as they do not violate the rules of public order and good morals. It is clear that human progress in the economic and legal fields and responding to these new positions is not limited to specific contracts. The parties to a joint venture contract can use this legal basis to regulate their relations by resorting to general rules and the limited and special rules that exist in some fields, including the oil and gas industries.

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 ماهیت جوینت ونچر قراردادی با نگاهی بر فقه امامیه، قانون مدنی و تجارت ایران

نسرین بازی^۱ ID، محمدباقر عامری نیا^۲ ID*، داریوش بابایی^۳ ID

^۱ دانشجوی مقطع دکتری حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، واحد یاسوج، دانشگاه آزاد اسلامی، یاسوج، ایران.
^۲ استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد یاسوج، دانشگاه آزاد اسلامی، یاسوج، ایران.
^۳ استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد یاسوج، دانشگاه آزاد اسلامی، یاسوج، ایران.



10.22080/LPS.2022.22968.1301

چکیده

تکنولوژی مدرن، مواد اولیه و نیروی انسانی کارآمد که عوامل پیشرفت اقتصادی هستند به طور نابرابر در سطح دنیا پراکنده شده و تنها تأسیس حقوقی که می تواند با حفظ منافع دارندگان این عناصر، انجام طرح اقتصادی را ممکن سازد جوینت ونچراست. سرمایه گذاری مشترک در قالب جوینت ونچر نوعی از همکاری تجاری است که در آن طرفین در مدیریت طرح اقتصادی و سود و زیان شریک هستند و خاستگاه آن در حقوق کامن لاس است. بر دو نوع شرکتی و قراردادی است که مدل شرکتی با وجود ماده ۲۰ قانون تجارت قابل توجیه است. مدل قراردادی به لحاظ عدم تصریح در قوانین مادر ماهیتا ناشناخته، اما استفاده از آن در قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی ۱۳۸۱ و بند ت از قانون وظایف و اختیارات وزارت نفت ۱۳۹۱ مجاز شمرده شده. برای یافتن ماهیت مدل قراردادی، نهاد مشابهی در فقه امامیه و قانون مدنی تحت عنوان عقد شرکت در مواد ۵۷۱ تا ۶۰۶ به چشم می خورد. با بررسی و تحلیل این مواد با وجود این که در برخی موارد امکان تبعیت هست اما حکایت از عدم تطابق کامل دارد به ویژه در لازم بودن جوینت ونچر و عدم ایجاد مالکیت مشاع به خصوص در منابع ملی و آورده های فکری. در حقوق تجارت و شرکت عملی موضوع ماده ۲۲۰، که در بادی امر ذهن را بر وجود مشابهت سوق می دهد اما مطالعه دقیق تر نشان می دهد که شرکت های زیر مجموعه این ماده دارای شخصیت حقوقی مجزا از شرکا هستند و تصور ایجاد شخصیت حقوقی در جوینت ونچر قراردادی خلاف قصد واقعی شرکا است. نهایتاً برای تحلیل این نهاد مستقل، بایستی به عمومات حقوق قراردادهای از جمله ماده ۱۹۰ قانون مدنی و شروط صحت، اصل آزادی قراردادی و ماده ۱۰ قانون مدنی پناه برد. همچنین از قوانین خاص در حوزه سرمایه گذاری خارجی غافل نشد.

تاریخ دریافت:

۲۶ دی ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۲۵ اردیبهشت ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۲۸ تیر ۱۴۰۱

کلیدواژه ها:

اصل آزادی قراردادی، جوینت ونچر قراردادی، شخصیت حقوقی، شرکت عملی، شرکت مدنی

* نویسنده مسئول: محمدباقر عامری نیا

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

ایمیل: mohamadamerinia@gmail.com

مقدمه

می‌کنیم طی مباحث پیش رو با تحلیل و تطبیق این مدل قراردادی با نهادهای موجود و به ظاهر مشابه در قانون مدنی و تجارت روشن کنیم که آیا برای تطبیق و تبیین این نهاد کفایت می‌کنند یا باید در قالبی دیگر تحلیل شود؟ بدین صورت که ابتدا تاریخچه ظهور جوینت ونچر در حقوق کامن لا و تجارت بین الملل و بحث‌های مرتبط با تطبیق جوینت ونچر با Partnership یا corporation توضیح داده خواهد شد، سپس مفهوم جوینت ونچر و انواع آن بررسی می‌شود. در ادامه به بررسی ماهیت جوینت ونچر قراردادی در فقه امامیه و قانون مدنی و تاب‌آوری مطابقت این نهاد با عقد شرکت سنجیده خواهد شد. بعد به مطالعه ماده ۲۲۰ قانون تجارت و امکان برابری جوینت ونچر قراردادی با شرکت عملی پرداخته می‌شود و در نهایت استقلال این مدل قراردادی در پرتو عمومات حقوق قراردادهای، اصل آزادی قراردادی و ماده ۱۰ قانون مدنی با در نظر گرفتن قوانین خاص حاکم بر سرمایه گذاری خارجی بررسی می‌شود.

۱ جوینت ونچر

در جهان امروز که تخصص و دانش فنی در اجرای طرح‌های مهم اقتصادی به همان میزان که سرمایه و مدیریت موثر است ارزش یافته است و از طرفی اجرای پروژه‌های مهم توسعه‌ای، صنعتی و اقتصادی نیازمند همکاری و تعامل اشخاص حقیقی و حقوقی با تخصص‌های گوناگون است، ضرورت تجمع تخصص‌ها و مهارت‌های مختلف و حتی همکاری تأمین‌کنندگان منابع مالی و ارائه‌دهندگان خدمات مدیریتی و نظارتی در قالب تشکل و گروه واحدی بیش از پیش بروز می‌کند. جوینت ونچر قالب متداول حقوقی برای تحقق این اهداف و پاسخگویی به آن نیازها است (اسکینی و احمدوند، ۱۳۸۶: ۱۵۷). ژان شاپیرا حقوقدان فرانسوی، جوینت ونچر را این‌گونه تعریف می‌کند: «چارچوب حقوقی همکاری است که در آن، خطرات احتمالی و مدیریت، میان طرفین تقسیم می‌شود. این همکاری ممکن است شکل یک شرکت واقعی را داشته باشد یا به صورت

Joint venture (JV) یک اصطلاح دقیق حقوقی نیست و تقریباً در هیچ یک از نظام‌های حقوقی تعریف دقیقی نشده است. با این حال از پرکاربردترین اصطلاحات در حقوق تجارت بین الملل است که امروزه تقریباً در تمام زبان‌های دنیا وارد شده و با معانی متنوع و مختلف مورد استفاده قرار می‌گیرد (باستانی، ۱۳۹۰: ۵۴). در تعریفی از جوینت ونچر در حقوق سرمایه‌گذاری خارجی گفته شده است: «قراردادی که به موجب آن دو یا چند شخص حقیقی یا حقوقی، اقلام نقد و غیر نقد و تخصص و مهارت خود را تحت کنترل و مدیریت مشترک مطابق توافق فی مابین در پروژه‌ای معین به کار گرفته و در سود و زیان ناشی از آن شریک می‌شوند» (۱-۲: Sayer & Lowyer, 2004). توجه به ضرورت‌های اقتصادی-حقوقی، قانون‌گذار ایرانی را وادار کرده تا در برخی از قوانین از جمله قانون جلب و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی سال ۱۳۸۰ و بخش ۳ از بند "ت" ماده ۳ قانون وظایف و اختیارات وزارت نفت ۱۳۹۱ بر استفاده از جوینت ونچر صحنه بگذارد. امروزه به ویژه در صنعت نفت و گاز رویکرد عدم تاسیس شرکت جدید میان اعضای طرف قرارداد و تنظیم جوینت ونچر قراردادی غالب است. غلبه چنین نگرشی بر دلایلی از جمله حاکمیت گسترده اراده شرکاء و انعطاف در مطابقت با اقتضائات پیرامون موضوع قرارداد است (Gala & Scanlan, 1998: 53). همچنین گریز از تشریفات ثبتی، حفاظت بیش‌تر از حقوق مالکان، استقلال شخصیت و محرمانگی اطلاعات اعضا (Chris & Thomase, 2014: 275). آنچه حائز اهمیت است این است که در عمده سیستم‌های حقوقی قانون خاصی راجع به ماهیت و ساختار قرارداد جوینت ونچر تصویب نشده و فقط بر استفاده از آن تأکید شده است (Hewitt, 2001: 1). برای استفاده از مدل قراردادی جوینت ونچر به عنوان قراردادی مستحده باید ابتدا ماهیت آن آشکار شود. نظر به سکوت و خلأ قوانین برای توجیه جوینت ونچر قراردادی تلاش



قرارداد بدون ایجاد شخص حقوقی باشد» (شاپیرا، ۱۳۷۱: ۱۰۵).

آمریکای شمالی ظهور کرده و سازماندهی خوبی برای فعالیتهای تجاری و اقتصادی شناخته می شود.

اساس حقوق شرکتهای انگلیس و آمریکا بر مبنای دو تاسیس به نام های "partnership" و "corporation" پایه گذاری شده است.

دایرة المعارف حقوقی آمریکا در تعریف "corporation" می گوید: موجودیتی اعتباری است که به موجب قانون به وجود می آید و برای تاسیس نیاز به کسب مجوز مخصوص از دولت دارد و متشکل از افرادی است که تحت نام واحد گرد هم می آیند و در طول حیات آن دارای حق جانشینی نسبت به آن هستند. این نوع شرکت که به اعتبار سرمایه اشخاص خصوصی تشکیل می شود دارای شخصیت حقوقی است و واحد مستقلی از شرکا را تشکیل میدهد. این نوع از شرکت نزدیک به شرکت سهامی در حقوق ایران است

"Partnership" به شرکتهایی اطلاق می گردد که به اعتبار شخصیت شرکا تشکیل می شود. در قسمت اول ماده ۶ قانون "Uniform Partnership Act" در تعریف این اصطلاح می گوید: اجتماع دو یا چند شخص برای انجام یک فعالیت انتفاعی به شکل مشاع. قابل ذکر است مسئولیت شرکای "Partnership" در مقابل اشخاص ثالث به صورت تضامنی است.

"partnership" نوع بسیار قدیمی رابطه قراردادی است که قواعد آن به وسیله روبه قضایی تکمیل شده و در سال ۱۸۹۰ به صورت "partnership Act" درآمده است.

حال اگر ضرب المثل حقوقی انگلیسی را که میگوید شرکتهای "partnership" و نه "corporation" مورد شناسایی کامل قرار نمیگیرد، مدنظر قرار دهیم می بینیم که در حقوق انگلیس جایی برای جوینت ونچر باقی نمی ماند. (خزاعی، ۱۳۶۹، ۵۹-۶۱).

بعضی از دادگاه های آمریکا مدعی اند که جوینت ونچر ریشه ای کاملاً آمریکایی دارد و از سال ۱۸۹۰ به

۱/۱ تاریخچه ظهور جوینت ونچر در تجارت بین الملل

مشهور است که جوینت ونچر در حقوق آنگلو ساکسون به وجود آمده و سابقه چندانی ندارد و فقط از سال ۱۸۹۰ به بعد این اصطلاح در آراء دادگاههای آمریکا مورد استفاده قرار گرفته است با وجود این برخی از مولفان قائل به وجود ریشه تاریخی برای آن شده و نوشته اند که در جوامع باستانی همچون فنیقیه، بابل و مصر قدیم، سازمان دهنده فعالیت های اقتصادی دسته جمعی بوده است (JAEGER, 1960: 1).

از جوامع کهن که بگذریم این تاسیس حقوقی را در اسکاتلند می یابیم، اسکاتلند شامل قسمت شمالی جزیره انگلستان بوده و فرهنگ آن از فرهنگ انگلیس متمایز است و از نظر تاریخی نیز سرنوشتی مشابه آن نداشته است در ارتباط با موضوع بحث ما نیز تفاوت فرهنگی اسکاتلند مورد تایید علمای حقوق قرار گرفته است (Belle, 1839: 146).

در اسکاتلند در این خصوص توضیح داده شده که جوینت ونچر عبارت است از یک مشارکت محدود که به فعالیت اقتصادی و تجاری و داد و ستدهای خاص و یا تجارت از طریق دریا مربوط می گردد و در این نوع مشارکت، شرکا مسئولیتی خارج از محدوده این فعالیت ندارند (Belle, 1839: 146).

بعدها کامن لا در جزیره انگلستان عمومیت پیدا میکند و حقوق محلی را که به نام "Merchant Law" بر روابط تجاری حاکم بوده است تحت نفوذ قرار می دهد و به این طریق جوینت ونچر از حقوق اسکاتلند وارد کامن لا می شود و از طریق انگلیس به مستعمرات آن از جمله آمریکا و هند انتقال می یابد، بعد از دوران فراموشی اخیراً در حقوق داخلی

دست نماید و اینکه فعالیت مشترکی باشد جوینت ونچر تلقی نمیشود.

وکالت متقابل: منظور از وکالت متقابل آن است که هر یک از طرفین قرارداد به اختیارات حاصل از آن، حق انجام کلیه اموری را که برای حسن جریان و پیشرفت کارها ضروری به نظر میرسد داشته باشد. یعنی هر یک از طرفین قرارداد می تواند به نام خود و یا به وکالت از دیگری وارد معامله شود و تعهداتی را بر عهده بگیرد که البته در این مورد هر دو طرف متعهد می شوند.

کنترل مشترک: یکی از ویژگی های جوینت ونچر کنترل مشترک امور مربوط توسط طرفین قرارداد است. البته در مورد محدوده کنترل، بین دکتترین حقوقی در حقوق آمریکا اتفاق نظر وجود ندارد. برخی حق کنترل برابر را برای همه طرفین قایل شده اند ولی برخی دیگر در ضرورت کنترل مشترک به عنوان یکی از عناصر جوینت ونچر تردید کرده اند.

به ویژه به طور مثال در موردی که جوینت ونچر در اهداف خود به نتیجه مطلوبی نرسیده است، در اینجا کنترل مشترک فقط برای طرفینی است که باید بدون محدودیت ضرر و خطر را پذیرا باشند و آن دسته از کارمندان و کارگرانی که در ازای دریافت مزد کار می کرده اند را باید از مسئولیت معاف کرد (Mechem, 1931:500).

شاید با توجه به مواردی که تا کنون عنوان شد، گفته شود که جوینت ونچر همان partnership است و تفاوتی میان این دو نیست. در این مورد ابتدا باید ذکر کرد که در قراردادهای منعقد شده بایستی به قصد واقعی طرفین که مطابق با قوانین عادی حاکم بر تفسیر تعیین می شود، رجوع کرد. (Jaeger, 1961: 147).

علاوه بر این مواردی از تفاوت بین جوینت ونچر و partnership وجود دارد:

۱. موضوع جوینت ونچرها معمولاً یک تعهد یا یک طرح تجاری است برخلاف partnership که مشارکت، مداومت دارد.

بعد مورد توجه قرار گرفته است. اولین رأیی که در این خصوص صادر شده و بعدها به کرات مورد نقل قول سایر دادگاه ها قرار گرفته است میگوید: مفهوم جوینت ونچر به عنوان یک رابطه یا اشتراک حقوقی خاص از ریشه ۱۰۰٪ آمریکایی برخوردار می باشد که از حدود سال ۱۸۹۰ مطرح شده است.

یکی از تعاریفی که در مورد جوینت ونچر وجود دارد؛ اجتماع دو یا چند شخص برای انجام یک امر تجاری واحد به منظور کسب منفعت می باشد (Rowly, 1960:52).

برهمن مینا ماهیت جوینت ونچر را قراردادی دانسته اند (Ross, 1968: 5).

جوینت ونچر دارای عناصر تشکیل دهنده ایست:

طرفین قرارداد: با قبول ماهیت قراردادی برای جوینت ونچر باید قائل به همکاری بین دو یا چند شخص برای تشکیل آن باشیم اصولاً اشخاصی که داوطلب انعقاد قرارداد جوینت ونچر هستند باید صلاحیت قانونی این امر را دارا باشند و افرادی هم چون صغیر و مجنون، برای این منظور صلاحیت نخواهند داشت.

فعالیت مشخص: جوینت ونچر برای یک فعالیت خاص و مشخص تشکیل می شود و معین بودن زمینه فعالیت کفایت نمی کند؛ بلکه باید بخصوص با ابعاد اقتصادی و جغرافیایی خاص مدنظر باشد

آورده: هر یک از طرفین قرارداد باید پول کار دانش و یا هنر خود را به عنوان آورده در جوینت ونچر اختصاص دهند.

تقسیم سود و زیان: موضوع جوینت ونچر سهیم شدن در یک فعالیت تجاری به منظور کسب منفعت صورت می گیرد ولی هر عمل اشتراکی که در جهت تحصیل سود است جوینت ونچر تلقی نمی شود. منفعت مورد نظر جوینت ونچر منفعتی است که بین طرفین آن مشاع باشد لذا قراردادی که به موجب آن هر یک از طرفین منفعت جداگانه‌ای



شرکا، به عنوان بنگاه اقتصادی و تحت مدیریت مشترک به کار گیرند. برحسب انتخاب نوع شرکت، مسئولیت شرکا ممکن است محدود و یا نامحدود باشد؛ قانون حاکم بر تشکیل شرکت مشترک و دیگر مقررات مربوط در این خصوص، مطابق قانون کشور محل تشکیل است (حاتمی، ۱۳۹۳: ۲۷۵).

۱،۲،۲ جوینت ونچر قراردادی^۲

این نوع جوینت ونچر، شرکا اقلام نقد و غیر نقد و تخصص علمی خود را بر اساس توافق قراردادی ولی بدون ایجاد شخصیت حقوقی مستقل، و در راستای اجرای پروژه ای معین را به کار می گیرند (حاتمی، ۱۳۹۳: ۴۰۰).

در ادامه به بررسی ماهیت جوینت ونچر قراردادی می پردازیم.

۲ ماهیت جوینت ونچر قراردادی

در ابتدای تبیین ماهیت قرارداد جوینت ونچر باید متذکر شد، همان طور که در تعریف جوینت ونچر قراردادی آمده است، پرواضح است که جوینت ونچر یک قرارداد یا به گفتاری دیگر یک عقد است که از توافق دو یا چند اراده انشایی از سوی شخص حقیقی یا شخص حقوقی حاصل می شود که در مقابل ایقاع قرار می گیرد.

ایقاع یا همان انشاء اثر حقوقی که با یک اراده انجام می شود (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۴۷۱).

با امعان نظر بر عقود که در قانون مدنی از آن ها نام برده شده است شاید به نظر برسد عقد شرکت بسیار نزدیک به جوینت ونچر قراردادی است. حال این سوال پیش می آید که آیا جوینت ونچر قراردادی همان عقد شرکت است یا فقط نهادی است که به ظاهر دارای شباهت است؟ بهتر

۲. شایستگی برای اعضا، بدین مفهوم که شرکت هایی که به صورت corporation هستند توانایی عضویت در partnership را ندارند اما در جوینت ونچر قابلیت برای عضویت را دارند.

۳. رابطه نمایندگی میان اعضا که در حقوق کامن لا برای partnership از عموماً است اما در جوینت ونچر به صورت محدود پذیرفته شده، که پیشتر بدان پرداخته شد. (Jaeger, 1961: 152).

به هر حال نمی توان منکر این قضیه شد که جوینت ونچر در کنار partnership رشد کرده اما در حال حاضر اصالت آن مفروض است.

به هرتیب عدم استفاده از نهاد جوینت ونچر در دنیای اقتصادی امروزه به بهانه برخی ابهامات امری محال است. تکنولوژی مدرن، مواد اولیه و نیروی انسانی کارآمد که عوامل پیشرفت اقتصادی هستند به طور نابرابر در سطح دنیا پراکنده شده است و تنها تأسیس حقوقی که می تواند با حفظ منافع دارندگان این عناصر، انجام طرح اقتصادی را ممکن سازد جوینت ونچر است. بنابراین بر هر نظام حقوقی واجب است تا در حد امکان استفاده از چنین نهادی را ضابطه مند سازد.

به طور مثال در کشورهای کویت، چین، ژاپن، آلمان روسیه، مجارستان، رومانی و یوگسلاوی قوانین مدون در ارتباط با جوینت ونچر وجود دارد. (عرفانی، ۱۳۹۶: ۱۳).

۱،۲ انواع جوینت ونچر

قبل از وارد شدن به بحث ماهیت جوینت ونچر قراردادی بد نیست دو قسم جوینت ونچر را با تعریفی دقیق تر از یکدیگر تفکیک کنیم، چرا که این تفکیک دقیق در بررسی ماهیت راهگشاست.

۱،۲،۱ جوینت ونچر شرکتی^۱

در این نوع مشارکت، شرکا توافق می کنند که اقلام نقد و غیرنقد سرمایه را در راستای اجرای پروژه ای معین در یک شرکت با شخصیت حقوقی مستقل از

²Non equity joint venture

¹Equity joint venture

این گونه شرکت که به شرکت مدنی معروف است همان نهاد به ظاهر مشابه با جوینت ونچر قراردادی است که ماده ۵۷۱ قانون مدنی آن را چنین تعریف می کند: «شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد به نحو اشاعه». پس در شرکت مدنی، چون حق مالکیت مشاع به شریکان تعلق دارد، شخصیت حقوقی مستقلی به وجود نمی آید (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۴۰۳).

به نظر مشهور، امتزاج موضوع حقوق شرکا به گونه ای که تمییز هر یک از دیگری ممکن نباشد، شرط تشکیل شرکت است، خواه سبب مزج قرارداد باشد یا قهری یا به ارث (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۴).

در قانون مدنی از عقد شرکت به عنوان سبب اشاعه نام برده نشده و تنها از آن به عنوان وسیله اداره و تصرف در مال مشترک یاد شده است. در مواد ۵۷۳ و ۵۷۴ اسباب ایجاد شرکت ذکر شده است که می تواند اختیاری یا در نتیجه عقدی از عقود حاصل شود، فی المثل به واسطه یکی از عقود تملیکی مانند بیع، هبه یا صلح می توان مالکیت چند تن را که مایل به شرکت با یکدیگر تبدیل به مالکیت مشاع در مجموع اموال کرد و یا امتزاج قهری به واسطه ارث یا امتزاج شدن دو مال یکسان در جنس (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۲۹۷).

در مورد اقسام شرکت بر حسب نوع آورده در فقه، چهار نوع شرکت وجود دارد که ذیلاً به اختصار آن ها را تعریف کرده و در مورد نفوذ یا بطلان آن ها نیز صحبت می کنیم.

۲٫۱٫۱ شرکت عنان (اموال)

شرکتی است که دو یا چند نفر در اموال دارند و به موجب طریقی طرز اداره و تجارت با آن را معین می کنند، خواه مال مشترک پول باشد یا کالا، به نحوی که در سود و زیان شریک شوند. مشروط بر این که در اثر امتزاج یا قرارداد مالکیت هر کدام مشاع در سرمایه ها باشند. در میان اقسام شرکت در قانون مدنی فقط این نوع مشارکت پذیرفته است (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۱۰).

است ابتدا نگاهی به عقد شرکت از منظر فقه امامیه و قانون مدنی بیان داریم .

۲٫۱ فقه امامیه و قانون مدنی

در تعریف لغوی شرکت آمده است مخلوط و ممزوج نمودن دو مال . همچنین شرکت بدین معناست که یک شیء متعلق به دو یا چند نفر باشد .

در دنیای حقوق برای تحقق شرکت، ضروری است که دو یا چند حق مالکیت با هم در آمیزد. هدف این آمیزش رسیدن به یگانگی است. شکل کامل و تحول یافته شرکت در حقوق کنونی صورتی است که در آن مالکیت های جزء، اصالت خود را از دست می دهد و در یک مالکیت جمعی و مشترک ادغام می شود؛ اجتماع مالکیت ها وجودی جداگانه می یابد که از آن به "شخصیت حقوقی" تعبیری می کنند . بنابراین بعد از تحقق شرکت، مالکیت خصوصی هر کدام نسبت به آورده خود از بین می رود و همه چیز به این شخصیت ساخته این جمع تعلق می یابد و مالکان جزء در عوض آنچه به میان نهاده اند، شریک در سود و زیان سرمایه شرکت می شوند. شرکتهای تجاری در حقوق ما از این گونه اند. ولی گاه اتحاد مالکیتها به کمال نمی رسد. به حالت اجتماع در می آید، بی آنکه اصالت هر کدام از بین برود. شرط ایجاد شرکت، مزج و آمیختگی حقوق چند مالک در هر جزء از مال مشترک و انتشار هر حق در مجموع اجزاء است. این حالت اجتماع را اشاعه می نامند. در حالت اشاعه که مرحله ناقص و تکامل اتحاد مالکیت ها است، مالکیت هر یک از شریکان اصالت خود را از دست نمی دهد و در مالکیت جمعی منحل نمی شود؛ منتها در عالم خارج آمیخته با حق دیگران است، به گونه ای که در هر جزء وجود دارد، بی آن که بتوان مصداق مستقل و جداگانه ای برای آن معین کرد. بنابراین اشاعه در مالکیت جوهره این نوع شرکت است بی آن که شخصیت حقوقی مستقل از شرکا ایجاد شود (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۲۹۵).



۲،۱،۲ شرکت وجوه یا اعتبارات

شرکتی است که دو شریک معتبر بدون این که سرمایه ای داشته باشند یا در میان بگذارند با هم پیمان می بندند که هر کدام اموالی را به طور نسبه بر ذمه خود بخردند و این اموال از آن هر دو باشد سپس کالاهای خریداری شده را بفروشند و بدهی های خود از بابت ثمن بپردازند و آن چه به جا ماند سود هر دو باشد (طوسی، ۱۳۸۷: ۳۴۸).

فقههای امامیه چنین اتحادی را باطل می دانند. هر چند پذیرفته اند که اگر هر یک از دو شریک به دیگری درباره خرید و فروش وکالت دهد آن چه می خرد به طور مشاع متعلق به هر دو می شود و شرکت عنان تحقق می یابد (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۱۳).

۲،۱،۳ شرکت ابدان (اعمال)

شرکتی که دو یا چند نفر پیمان ببندند که به موجب آن هر چه از کار خود به دست می آورند با هم شریک باشند خواه کار هر دو یکسان باشد یا مختلف. در فقه امامیه به دلیل غرری بودن و این که معلوم نیست هر شریک در مقابل کارش چه به دست می آورد این شرکت باطل است (حکیم، ۱۴۱۶: ۱۳).

۲،۱،۴ شرکت مفاوضه

شرکتی در مجموع اموال و اعمال و اعتبارها، بدین صورت که دو یا چند نفر با هم در پاره ای اموال شریک می شوند و قرار می گذارند که در عایدات ناشی از فعالیت ها و داد و ستدهایی که به اعتبار و به طور نسبه انجام می دهند شریک باشند (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۰).

در مورد این شرکت نیز گفته شده فقط قسم شرکت در اموال قابل پذیرش هست و در بقیه شرکت به دلیل مشخص نبودن موضوع باطل است (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۱۴).

در فصل ۵ از آیین نامه اجرایی قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی در بخش مقررات ورود سرمایه، ارقام سرمایه شامل سرمایه نقد و سرمایه غیر نقد اعم از ماشین آلات، تجهیزات، ابزار

و... و حق اختراع، دانش فنی و خدمات تخصصی دانسته است (حاتمی و کریمیان، ۱۳۹۳: ۹۵).

در وهله اول اگر جوینت ونچر قراردادی را با توجه به تعاریفی که از آن شد بتوان مشارکتی از مجموع آورده های نقد و غیر نقد اعم از تجهیزات و تخصص فنی برای رسیدن به هدفی مشخص و در نهایت اشتراک در سود و زیان، زیر مجموعه شرکت ابدان یا مفاوضه بدانیم آیا می توان حکم به بطلان داد؟ گفتیم که در فقه به دلیل مشخص نبودن موضوع و غرری بودن به واسطه نامشخص بودن دریافتی و یا میزان سود و ضرر حکم به بطلان داده شده است.

در پاسخ باید گفت اولاً در جوینت ونچر موضوع پروژه در قرارداد مشخص است و در ثانی آن چه که در ماده ۱۹۰ قانون مدنی تحت عنوان معلوم و معین بودن مورد معامله باعث شده جهل به این مورد باعث بطلان شود منظور جهل مطلق است و در تمامی معاملات همچنان که احتمال سود هست احتمال زیان هم وجود دارد. در واقع جهل به عوضین مشمول قاعده نهی النبی عن الغرر می شود و جهل به سود آوری را در بر نمی گیرد (گودرزی و علمی سولا، ۱۳۹۴: ۱۱۲).

همچنین پیشرفتها و اقتضانات پیچیده حقوقی - اقتصادی و نیاز کشور به چنین قراردادهایی را نمی توان نادیده گرفت، چه بسا در بسیاری از قوانین ایران استفاده از جوینت ونچر مجاز شمرده شده است. قطعاً فعالان اقتصادی قبل از ورود به چنین قراردادهایی سود و زیان خود را دقیقاً مورد ارزیابی قرار می دهند.

با همه این تفاسیر و رجوع به تعریف اولیه عقد شرکت در قانون مدنی باید گفت: نمی توان به طور مطلق جوینت ونچر قراردادی را با عقد شرکت مطابقت داد. درست است که در جوینت ونچر اشخاص حقیقی یا حقوقی با مجموعه ای از ارقام نقد و غیرنقد و تخصص و مهارت های فنی در پی رسیدن به اجرای پروژه ای و در نهایت رسیدن به سود می باشند ولی در پی ایجاد حق مالکیت در

ثانیا عقد شرکت یک عقد جایز اذنی است و طبق ماده ۵۷۸ قانون مدنی شرکا همه وقت میتوانند از اذن خود رجوع کنند و یا طبق ماده ۹۵۴ قانون مدنی به رسم سایر عقود اذنی به موت و جنون و سغه هر یک از شرکاء عقد منفسخ می شود. آیا می توان گفت که جوینت ونچر نیز جایز است؟

از آنجایی که در نظام حقوقی ایران قانون خاصی در مورد جوینت ونچر قراردادی تدوین نشده است و نهادی نوظهور است باید آن را عقدی لازم بدانیم.

چرا که به موجب قاعده مندرج در ماده ۲۱۹ قانون مدنی که در زیان حقوقی ما به اصله اللزوم مشهور شده است، همه قراردادهای جز آنچه قانون به جواز آن تصریح کرده، لازم است (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۲۱).

ثالثا در مورد تقسیم سود و زیان در مورد عقد شرکت در ماده ۵۷۵ قانون مدنی به تابعیت از تناسب سرمایه به عنوان اصل اولیه اشاره شده است، یعنی هر یک از شرکا به نسبت سهم خود در نفع و ضرر سهیم می باشند (هر چند شرط بر سود بیشتر در مقابل عملی جایز است) اما همان گونه که در تعریف جوینت ونچر گفتیم صحبتی از این تناسب به عنوان اصل نشده است و طرفین ورای تناسب سهم با سود و زیان امکان قراردادن سهم بیشتر را دارند.

ذکر این موارد نشان می دهد که با وجود شباهت های ظاهری دو نهاد جوینت ونچر قراردادی و عقد شرکت تفاوت های بنیادین در ماهیت این دو وجود دارد و نمیتوان با یکدیگر مطابقت داد.

۲،۲ قانون تجارت

در قانون تجارت ایران، نهادی با عنوان «شرکت عملی» در ماده ۲۲۰ آورده شده است و سوال ایجاد شده این است که آیا ماده ۲۲۰ قانون تجارت می تواند بر جوینت ونچر قراردادی سایه بیفکند؟

درباره مفهوم و قلمرو این ماده، اختلاف نظر فراوانی وجود دارد؛ به همین دلیل ابتدا به بررسی

اموال خود برای سایر شرکا نیستند. فرض کنید شخص حقیقی یا حقوقی به صورت انحصاری دارای تاسیسات فنی یا تخصص حرفه ای است، آیا چنین چیزی را به مالکیت مشاع سایر شرکا در می آورد؟

چنانچه در مرحله خاتمه قرارداد جوینت ونچر و تقسیم دارایی گفته شده: «اگر آورده یکی از شرکا اموال فکری باشد، حق انحصاری آن متعلق به همان شریک است و سایر شرکا هیچ گونه حقی در این مورد نخواهد داشت» (حاتمی و کریمیان، ۱۳۹۳: ۴۲۹).

بنابراین حقوق مالکیت فکری یا تکنولوژی شریک جوینت ونچر فقط در محدوده موضوع جوینت ونچر و برای رسیدن به هدف پروژه در مشارکت مورد استفاده قرار می گیرد، و در صورت خاتمه جوینت ونچر به مالکیت انحصاری شریک واگذار کننده برمیگردد (حاتمی و کریمیان، ۱۳۹۳: ۴۸۹).

این مساله عدم ایجاد مالکیت به ویژه در قراردادهای جوینت ونچری که در حوزه نفت و گاز با شرکت ملی نفت و یا سایر شرکت های تابعه آن منعقد می شود بیشتر نمود پیدا می کند. می دانیم که طبق اصل ۴۵ قانون اساسی "معادن" جزء انفال و ثروت های عمومی برشمرده شده و در اختیار حکومت اسلامی قرار گرفته است.

در مصوبه هیأت وزیران در مورد شرایط، ساختار و الگوی قراردادی سال ۱۳۹۵ که به پیشنهاد وزارت نفت و به استناد جزء ۳ بند "ت" ماده ۳ و ماده ۷ قانون وظایف و اختیارات وزارت نفت ۱۳۹۱ به تصویب رسید، اولین اصل حاکم بر قراردادهای بالادستی؛ اعمال حاکمیت و مالکیت عمومی بر کلیه منابع و ذخایر نفت و گاز طبیعی کشور از طریق وزارت نفت و به نمایندگی از طرف جمهوری اسلامی، می باشد. بنابراین شرکت نفتی که به عنوان پیمانکار در مقابل وزارت نفت به عنوان کارفرما قرار می گیرد حق مالکیت بر منابع نفتی پیدا نمی کند.



این نظرات می پردازیم. درباره ماده ۲۲۰ قانون تجارت، اغلب حقوق دانان به یک عنوان خاص با نام "شرکت عملی" توجه نشان داده اند، اما در تبیین و توضیح آن متفاوت اند (پاسبان، ۱۳۹۲: ۶۶).

در کتاب *قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی*، این شرکت ها چنین تعریف شده اند: «هر شرکت ایرانی که فعلاً وجود داشته و یا در آتیه تشکیل شود و با اشتغال به امور تجاری خود را به صورت یکی از شرکت های مذکور در این قانون در نیاورده و مطابق مقررات مربوطه به آن شرکت عمل نماید شرکت تضامنی محسوب شده و احکام راجع به شرکت های تضامنی در مورد آن اجرا می گردد. شرکت های موضوع ماده ۲۲۰ قانون تجارت، شرکت هایی هستند که بدون این که به شکل یکی از شرکت های موضوع ماده ۲۰ قانون تجارت درآیند، عملاً وجود داشته و به صورت منسجم، دارای تعین و هویت حقوقی و مدیریت بوده و فعالیت می کنند (دمرچیلی و دیگران، ۱۳۸۷: ۴۷۶).

برخی از حقوق دانان معتقدند که شرکت های عملی در حقوق ایران فاقد شخصیت حقوقی هستند؛ لکن برای حفظ حقوق اشخاص ثالث، احکام شرکت تضامنی و به خصوص مسئولیت تضامنی شرکا، درباره آن ها اجرا می شود (ستوده تهرانی، ۱۳۷۶: ۲۰۴).

عده ای وجود شخصیت حقوقی برای شرکت های عملی را منافی مقصود قانونگذار در حمایت از اشخاص ثالث تلقی کرده اند، زیرا وجود شخصیت حقوقی همچون حائلی، دسترسی به شرکا را دشوار و مراجعه مستقیم به ایشان را بر انحلال شرکت متوقف می کند (اسکینی، ۱۳۹۷: ۹۵).

دکتر کاتوزیان در این باره معتقد است: «اگر شرکت مدنی بر مبنای اشاعه تشکیل شود و شغل معمولی خود را اعمال تجاری قرار دهد، آن شرکت تجاری است و ماده ۲۲۰ قانون تجارت در تأیید همین اصل است. بر این مبنای، این شرکت تحت شمول ماده ۲۲۰ قانون تجارت قرار گرفته و مانند دیگر انواع

شرکت های موضوع قانون تجارت، شخصیت حقوقی می یابد و تمام دیون مشارکت را می توان از هر یک از شرکا مطالبه کرد». البته ایشان معتقدند که منظور ماده ۲۲۰ قانون تجارت فقط آن دسته از اشاعه و شرکت هایی هستند که شرکا در هنگام ایجاد آن ها، قصد ایجاد شخصیت حقوقی و واگذاری مالکیت خود به آن شخصیت را داشته باشند. در این صورت، قانونگذار به شرکت آن ها صورت خارجی می دهد؛ وگرنه در فرض شرکت مدنی که شرکا بر مالکیت مشاع بر اموالشان توافق دارند و قصد ندارند مالکیت اموال موضوع شرکت را به شخصیت جداگانه ای غیر از خودشان واگذار کنند، قائل شدن شخصیت حقوقی و محروم کردن مالکان از مالکیت خصوصی شان، برخلاف تراضی و مبنای تشکیل اتحاد مزبور است (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۲۸).

یکی دیگر از نویسندگان معتقد است، موضوع ماده ۲۲۰ قانون تجارت، شرکت های احصاشده در ماده ۲۰ قانون تجارت هستند و نه شرکت مدنی که شرکا در تشکیل آن به تجزیه دارایی خود و ایجاد شخصیت حقوقی نمی اندیشند و قصد دارند مالک مشاع آورده خود باقی بمانند. شرکت های مدنی، خواه به امور تجاری بپردازند و خواه به امور غیرتجاری، از مقوله ماده ۲۲۰ قانون تجارت، موضوعاً خارج بوده و تابع مقررات قانون مدنی و قرارداد بین شرکا هستند. به عبارتی دیگر شرکت های تجاری موضوع ماده ۲۰ قانون تجارت، چنانچه بنا به دلایلی مقررات مربوط به تشکیل و عملیات خود را رعایت نکرده باشد تحت شمول ماده ۲۲۰ قرار می گیرند، نه این که شرکتی که بدون شخصیت حقوقی است متخلف تلقی شده و مشمول ماده ۲۲۰ شود و سپس به عنوان شرکت تضامنی واجد شخصیت حقوقی گردد (عیسائی تفرشی، ۱۳۷۹: ۴۷).

پس از بیان این نظرات ذکر چند نکته ضروری است.

اولاً در خصوص نظری که بر مبنای آن، مشارکت های مدنی همانند شرکت تجاری، واجد شخصیت حقوقی تلقی می شوند، باید گفت این

به اسم خود ولی به حساب دیگری (آمر) معاملات کرده و در مقابل حق العمل دریافت می کند (کاتبی، ۱۳۸۵: ۲۷۳). بنابراین حق العمل کاری یکی از انواع نمایندگی قراردادی است که به موجب آن عمل حقوقی انجام شده به وسیله نماینده آثاری به سود و زیان شخص آمر ایجاد می کند (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۵۴).

در نگاه نخست با توجه به تعاریفی که در مصوبه هیات وزیران آمده است شاید به نظر بیاید که ماهیت عملیات نوعی حق العمل کاری است. در مصوبه هیات وزیران در شرایط عمومی، ساختار و الگوی قراردادهای بالادستی ۱۳۹۵، شرکت ملی نفت ایران یا شرکت های تابعه آن به نمایندگی از آن شرکت در این تصویب نامه به عنوان "کارفرما" نامیده می شود و شرکت های صاحب صلاحیت نفتی که جهت انجام هر یک از عملیات اکتشاف، توصیف، توسعه و بهره برداری و اجرای طرح های بهبود یا افزایش ضریب بازیافت همراه با تامین منابع مالی، طی فرایند قانونی قرارداد مربوطه را امضا کرده و در این تصویب نامه "پیمانکار" نامیده می شود.

طبق اصل ۴۵ قانون اساسی و ماده ۲ قانون اصلاح قانون نفت ۱۳۹۰ کلیه منابع نفتی جزء انفال و ثروت های عمومی است و اعمال حق حاکمیت و مالکیت عمومی بر منابع مذکور به نمایندگی از طرف حکومت اسلامی است. در واقع وزارت نفت وظایف و اختیارات خود را از طریق شرکت های تابعه و انعقاد قرارداد مشارکت با سایر شرکت های نفتی انجام می دهد، بنابراین اجرای عملیات به نمایندگی از طرف دولت ایران است.

اما باید متذکر شد که در حق العمل کاری، نمایندگی برای انجام معاملات که همان اعمال حقوقی است ایجاد شده اما در قراردادهای مشترک نفتی غالب امور با توجه به تعاریف انجام شده "امور مادی" است. بنابراین چنین قراردادهایی را نمیتوان حق العمل کاری موضوع ماده ۳۵۷ و به تبع زیر مجموعه ماده ۲ قانون تجارت دانست.

نظر با قصد واقعی شرکا که عبارت است از مالکیت مشاع بر اقلام سرمایه و ایجاد نشدن شخصیت حقوقی، در تضاد است.

ثانیا در مورد این نظر که شناسایی شخصیت حقوقی برای شرکت عملی تنها محدود به تعیین مسئولیت تضامنی در مقابل اشخاص ثالث است باید گفت چنین موانع سختگیرانه ای به جای تشویق و جذب سرمایه گذاری خارجی در جوینت ونچرهای بین المللی باعث فرار سرمایه گذاران خارجی می شود.

حتی برای قید "شرکت ایرانی" نیز در مورد جوینت ونچرهای قراردادی که با مشارکت خارجی ها منعقد می شود با اشکال رو به رو می شویم. زیرا طبق ماده ۵۹۱ قانون تجارت احراز تابعیت فرع بر اقامتگاه و اقامتگاه فرع بر وجود شخصیت حقوقی برای مشارکت است.

ثالثا قید دیگر ماده ۲۲۰ اشتغال به امور تجاری است که در این مورد نیز باید بحث کرد.

قید دیگر ماده ۲۲۰ قانون تجارت در مورد شرکت عملی، اشتغال به امور تجاری است که در این مورد نیز باید توضیحاتی ارائه داد.

شرکت های عملی در صورتی تجاری و مشمول ماده مذکور می باشند که به امور تجاری ماده ۲ قانون تجارت اشتغال داشته باشند (دمرچیلی و دیگران، ۱۳۸۷: ۴۷۸).

جوینت ونچر قراردادی می تواند موضوعات فعالیتی مختلفی داشته باشد اما در حال حاضر با توجه به این که در حقوق ایران فقط در حوزه قراردادهای نفت و گاز از قراردادهای مشارکتی و جوینت ونچر نام برده شده است، در همین حوزه مساله را بررسی می کنیم.

بند ۳ از ماده ۲ قانون تجارت حق العمل کاری و یا عاملی را زیر مجموعه اعمال تجاری قرار داده است. در ماده ۳۵۷ قانون تجارت حق العمل کاری چنین تعریف شده است که حق العمل کار کسی است که



آنها را عقود معینه نامیده است، مانند عقد بیع و اجاره و صلح و هبه ... ولی باید توجه داشت که پیش بینی این گروه بدان معنی نیست که اشخاص موظف باشند اراده خود را در این قالب های معین بریزند. بنابراین در مقابل عقود که در قانون عنوان یا صورت خاص ندارند و شرایط و آثار آن بر طبق قواعد عمومی تعیین می شود عقود غیرمعین نامیده می شوند (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۴۵).

امروزه با استقرار اصل آزادی قراردادی در لوای ماده ۱۰ قانون مدنی دیگر قانونگذار و دانش حقوق بر نام و عنوان و نوع اعمال دو طرفی نظارت ندارد و آن را محدود به قالب های پیش ساخته نمی کند. جامعه آزاد است که عنوان مورد نیاز خود را برگزیند و به کار گیرد و حقوق تنها می تواند قواعد عمومی این توده پراکنده و گونه گون را معین سازد و خواست عمومی را منظم سازد (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۱۲).

بنابراین با توجه به قوانین مختلفی از جمله قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی سال ۱۳۸۱ که بر استفاده از روش مشارکت مدنی تاکید کرده، بند سوم از بخش "ت" ماده ۳ قانون وظایف و اختیارات وزارت نفت سال ۱۳۹۱ که بر طراحی الگوهای قراردادی مشارکتی صحنه گذاشته و تبصره بند الف از ماده ۱۱ تصویب نامه شرایط عمومی، ساختار و الگوی قراردادهای بالادستی نفت و گاز که از انعقاد موافقت نامه عملیاتی مشترک نام برده شده است، جوینت ونچر قراردادی مورد شناسایی قرار گرفته و باید در لوای عموماً و استثنائات قواعد عمومی قراردادهای و البته توجه به قوانین خاص وزارت نفت به تنظیم آن روی آورده شود.

ورای مسأله آزادی قراردادی ذکر برخی از قواعد ناظر بر جوینت ونچر قراردادی که برخی از آن ها نیز به نحوی دارای تازگی هستند، الزامی است که مختصراً به بیان آنها می پردازیم.

حق دسترسی به اطلاعات مربوط به جوینت ونچر از جمله حقوقی است که برابری شرکا را تضمین می کند و شامل: الف) حق اطلاع از قراردادهایی که

با ذکر تمامی مسائل گفته شده تطبیق جوینت ونچر قراردادی با ماده ۲۲۰ قانون تجارت با توجه به عموماً و قیدهای آن کاری پر از ابهام و تردید است. با توجه به مطالبی که تا کنون گفته شد، به رغم مشابهت هایی که در ابتدا ذهن را سریعاً به نهادهایی همچون شرکت مدنی یا شرکت عملی می کشاند، این دو نهاد قابل تطبیق با جوینت ونچر قراردادی نیست. بنابراین برای یافتن مستندی قانونی باید چاره ای دیگر اندیشید.

۲،۳ اصل آزادی قراردادی

اصل آزادی قراردادی در حقوق ما بوسیله ماده ۱۰ قانون مدنی اعلام شده است. به موجب این ماده قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند، در صورتی که خلاف صریح قانون نباشد، نافذ است. پس جز در مواردی که قانون مانعی در راه نفوذ قرارداد ایجاد کرده است، اراده اشخاص حاکم بر سرنوشت پیمان های ایشان است و آزادی اراده را باید به عنوان اصل پذیرفت. تجربه نشان داده است که آزادی قراردادی راه عادلانه تامین نظم در روابط مالی مردم است. به همین جهت در اقتصاد سرمایه داری و آزاد، قانونگذار ترجیح می دهد که به جای وضع قاعده برای تمام روابط نامحدود اجتماعی، توافق اشخاص را محترم شمارد (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۱۴۶).

مفاد اصل آزادی قراردادی را می توان چنین تعبیر کرد که اشخاص آزادند به هر شکل معقول که می خواهند با هم پیمان ببندند و آثار آن را معین سازند، مگر آن که مفاد تراضی آنان به دلیل مخالفت با قانون امری یا نظم عمومی و اخلاق حسنه، نامشروع باشد.

بنابراین اشخاص می توانند قرارداد را به هر صورت که مایلند منعقد و نتایج و آثار آن را آزادانه معین کنند، قانون مدنی آثار و شرایط پاره ای از عقود را، که مورد استعمال و اهمیت زیاد داشته به صراحت پیش بینی کرده است و به همین مناسبت

قرارداد، تعهد به محرمانگی باقی می‌ماند (شیروی، ۱۳۹۳: ۴۹۷).

یکی از دغدغه‌های اصلی در هر قرارداد جوینت‌ونچر، توانایی در برابر رقابت است. بدین منظور، در بیشتر این قراردادها، برای جلوگیری از رقابت، شرطی با عنوان «تعهد به عدم رقابت» درج می‌شود. به موجب این شرط، هریک از شرکا تعهد می‌کنند که در محدوده جغرافیایی معین و طی مدت‌زمان مشخص در قرارداد، با موضوع فعالیت جوینت‌ونچر رقابت نکنند و به فعالیت مشابه نپردازند. این شرط شرکا را از هرگونه اقدام و رفتار و یا حتی فعالیت شخصی که مصداق رقابت با جوینت‌ونچر باشد، منع می‌کند (حاتمی و کریمیان، ۱۳۹۳: ۴۴۶).

۳ نتیجه‌گیری

توجه به نیازها و ضرورت‌های اقتصادی - حقوقی و اجتماعی و همچنین تصریح قانونگذار ایران در برخی از قوانین به ویژه در حوزه نفت و گاز و سرمایه گذاری خارجی، راه‌گیزی برای استفاده از جوینت‌ونچر وجود ندارد. قانونگذار ایرانی در برخی از قوانین از جمله قانون جلب و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی سال ۱۳۸۰ و بخش ۳ از بند "ت" ماده ۳ قانون وظایف و اختیارات وزارت نفت ۱۳۹۱ بر استفاده از جوینت‌ونچر صحنه بگذارد. در تعریفی از جوینت‌ونچر گفته شده است که چارچوب حقوقی همکاری است که در آن، خطرات احتمالی و مدیریت، میان طرفین تقسیم می‌شود. برای استفاده از چنین قراردادی باید ابتدا ماهیت آن مورد تبیین قرار گیرد. در مورد جوینت‌ونچر شرکتی به دلیل وجود محملی همچون ماده ۲۰ قانون تجارت مشکلی وجود ندارد اما ناشناختگی جوینت‌ونچر قراردادی باید بررسی شود. تاریخچه ظهور جوینت‌ونچر در حقوق کامن‌لا نشان‌گر قدمت استفاده از این تاسیس است. در حقوق آمریکا نیز بحث بر شناخت ماهیت است. آیا جوینت‌ونچر partnership است یا corporation؟ در آنجا نیز

برای اجرای پروژه امضا می‌شوند و دسترسی به آن‌ها، (ب) حق اطلاع از درستی صورت‌داری و صورت‌حساب دوره عملکرد و حساب سود و زیان و ترانزنامه مشترک، (ج) حق اطلاع از طرح‌های آتی و استراتژی‌های توسعه تجاری، (د) حق اطلاع از وضعیت مالی شرکت در دوره‌های مختلف در سال و دسترسی به اطلاعات حسابداری و حسابرسی مربوطه (حاتمی و کریمیان، ۱۳۹۳: ۵۴۸).

تعهد به امانت داری که از شروط عمومی قراردادهای جوینت‌ونچر است، شرکا متعهد می‌شوند اهداف و منافع پروژه را بر اهداف و منافع شخصی خویش مرجح بدانند و همسو با منافع جوینت‌ونچر عمل کنند. این تعهد حتی قبل از انعقاد قرارداد و در مرحله مذاکرات مقدماتی نیز محقق می‌شود؛ به طوری که اگر یکی از مذاکره‌کنندگان، اطلاعات محرمانه و ارزشمند خود را افشا کند، طرف مقابل موظف به رعایت اصل تعهد به امانت‌داری خواهد بود و در صورت عدم انعقاد قرارداد جوینت‌ونچر، نمی‌تواند اسرار شریک دیگر را افشا کرده و یا از آن سوءاستفاده کند؛ وگرنه، در مقابل شریکی که با حسن نیت و اعتماد، اسرار خویش را در اختیار طرف دیگر مذاکره قرار داده است، مسئول خواهد بود (قربانی زلیخائی و پاسبان، ۱۳۹۶: ۱۷).

یکی دیگر از مهم‌ترین تعهدات شرکا، قبل و بعد از امضای موافقت‌نامه اصلی جوینت‌ونچر، تعهد به رازداری یا تعهد به حفظ محرمانگی است. براساس این شرط، هریک از شرکا متعهد می‌شوند اطلاعات محرمانه را در برابر اشخاص ثالث افشا نکنند و همچنین، این اطلاعات را صرفاً در جهت اهداف جوینت‌ونچر مورد استفاده قرار دهند. تعهد به حفظ محرمانگی ممکن است به موجب شرط ضمن عقد و یا به موجب قرارداد محرمانگی، جداگانه باشد. نکته حائز اهمیت این است که «تعهد به حفظ محرمانگی، حتی در زمانی که به صورت شرط ضمن عقد تنظیم می‌شود، این شرط از جهت صحت و بطلان و همچنین از جهت فسخ یا اعتبار، تابع قرارداد اصلی نیست و حتی در صورت بطلان یا فسخ



حقوقی است که برابری شرکا را تضمین می‌کند و شامل: الف) حق اطلاع از قراردادهایی که برای اجرای پروژه امضا می‌شوند و دسترسی به آن‌ها، ب) حق اطلاع از درستی صورت‌داری و صورت‌حساب دوره عملکرد و حساب سود و زیان و ترازنامه مشترک، ج) حق اطلاع از طرح‌های آتی و استراتژی‌های توسعه تجاری، د) حق اطلاع از وضعیت مالی شرکت در دوره‌های مختلف در سال و دسترسی به اطلاعات حسابداری و حسابرسی مربوطه.

تعهد به امانت داری که از شروط عمومی قراردادهای جوینت‌ونچر است، شرکا متعهد می‌شوند اهداف و منافع پروژه را بر اهداف و منافع شخصی خویش مرجح بدانند و همسو با منافع جوینت‌ونچر عمل کنند. این تعهد حتی قبل از انعقاد قرارداد و در مرحله مذاکرات مقدماتی نیز محقق می‌شود؛ به طوری که اگر یکی از مذاکره‌کنندگان، اطلاعات محرمانه و ارزشمند خود را افشا کند، طرف مقابل موظف به رعایت اصل تعهد به امانت‌داری خواهد بود و در صورت عدم انعقاد قرارداد جوینت‌ونچر، نمی‌تواند اسرار شریک دیگر را افشا کرده و یا از آن سوءاستفاده کند؛ وگرنه، در مقابل شریکی که با حسن نیت و اعتماد، اسرار خویش را در اختیار طرف دیگر مذاکره قرار داده است، مسئول خواهد بود.

یکی دیگر از مهم‌ترین تعهدات شرکا، قبل و بعد از امضای موافقت‌نامه اصلی جوینت‌ونچر، تعهد به رازداری یا تعهد به حفظ محرمانگی است. براساس این شرط، هر یک از شرکا متعهد می‌شوند اطلاعات محرمانه را در برابر اشخاص ثالث افشا نکنند و همچنین، این اطلاعات را صرفاً در جهت اهداف جوینت‌ونچر مورد استفاده قرار دهند. تعهد به حفظ محرمانگی ممکن است به موجب شرط ضمن عقد و یا به موجب قرارداد محرمانگی، جداگانه باشد. نکته حائز اهمیت این است که «تعهد به حفظ محرمانگی، حتی در زمانی که به صورت شرط ضمن عقد تنظیم می‌شود، این شرط از جهت صحت و بطلان و همچنین از جهت فسخ یا اعتبار، تابع

با وجود مشابهت‌هایی که جوینت‌ونچر با partnership دارد رای بر استقلال این نهاد داده شده است که بایستی تابع قصد طرفین باشد.

در تعرف عقد شرکت در قانون مدنی «شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شئی واحد به نحو اشاعه». به طور کلی شرکت در فقه اقسامی دارد و چنان که گذشت در گذر از این که در جوینت‌ونچر هیچ گونه غرر و جهلی آن گونه که طبق ماده ۱۹۰ قانون مدنی منجر به بطلان شود وجود ندارد، وجود برخی مشابهت‌ها و جلب توجه اولیه، به دلیل عدم ایجاد حق مالکیت بر برخی آورده‌های انحصاری و به ویژه در موردی که انفعال عمومی موضوع قرارداد است و اعمال حق حاکمیت ملی مورد تاکید بسیار زیاد است و همچنین جایز بودن عقد شرکت قابلیت تطبیق کامل با جوینت‌ونچر قراردادی را ندارد. در بحث حقوق تجارت و شرکت عملی موضوع ماده ۲۲۰ قانون تجارت نیز در یافتیم به دلیل تردیدهای فراوان در راستای ایجاد شخصیت حقوقی بر مشارکت شرکا در جوینت‌ونچر قراردادی که خلاف قصد واقعی آنها است، این ماده نیز در تطبیق با ماهیت جوینت‌ونچر قراردادی ناکارآمد است و اما راهگشا و چاره‌نهایی در یافتن ماهیت و ساختار جوینت‌ونچر قراردادی توسل به اصل آزادی قراردادی و ماده ۱۰ قانون مدنی است که دست طرفین قرارداد را تا جایی که به قواعد آمره و نظم عمومی و اخلاق حسنه خلل وارد نیاورند، باز گذاشته است. پر واضح است که پیشرفت‌های بشری در حوزه‌های اقتصادی و حقوقی و پاسخ‌گویی به این مواضع جدید تنها در مسیر عقود معین نمی‌گنجد. طرفین جوینت‌ونچر قراردادی می‌توانند با استفاده از این مبنای حقوقی و با توسل به قواعد عمومی و البته قوانین خاص که در حوزه سرمایه‌گذاری خارجی به تصویب رسیده است به تنظیم روابط میان خود بپردازند. مواردی که ضرورت وجود آنها در جوینت‌ونچر احساس می‌شود و به صورت کلی می‌توان گفت دارای تازگی است شامل: حق دسترسی به اطلاعات مربوط به جوینت‌ونچر از جمله



می‌شود. به‌موجب این شرط، هریک از شرکا تعهد می‌کنند که در محدوده جغرافیایی معین و طی مدت‌زمان مشخص در قرارداد، با موضوع فعالیت جوینت‌ونچر رقابت نکنند و به فعالیت مشابه نپردازند. این شرط شرکا را از هرگونه اقدام و رفتار و یا حتی فعالیت شخصی که مصداق رقابت با جوینت‌ونچر باشد، منع می‌کند.

قرارداد اصلی نیست و حتی در صورت بطلان یا فسخ قرارداد، تعهد به محرمانگی باقی می‌ماند.

یکی از دغدغه‌های اصلی در هر قرارداد جوینت‌ونچر، توانایی در برابر رقابت است. بدین منظور، در بیشتر این قراردادها، برای جلوگیری از رقابت، شرطی با عنوان «تعهد به عدم رقابت» درج



References

- Erfani, M. (2018). International Trade Law. Vol 5. Tehran: Jangal (In Persian)
- Khazaei, H. & Badri Ahri, R. An Overview of the Legal Concept of Jv in American Law and International Law (1991). International Law Journal No. 13 Pp. 53-128(In Persian)
- Skini, R. & Ahmadvand, V. (2008). A Comparative Study of the International Joint Venture Legal Structure. Journal of University Jihad Law, No. 22. Pp. 158-198(In Persian)
- Skini, R. (2019). Commercial Law of Commercial Companies. Vol 1 .Tehran: Samt (In Persian)
- Pasban, M. (2014). Law of Commercial Companies. Tehran: Samt (In Persian)
- Isa Tafreshi, M. (2001). The Meaning and Scope of Article 220 in the Commercial Code 1311. Modares Magazine, No. 14. P 39-61(In Persian)
- Hatami, Ali & Karimian, A. (2014). Foreign Investment Rights in the Light of the Law and Investment Contracts. Tehran: Tisa (In Persian)
- Demerchili, M. And Others (2009). Commercial Law in the Current Legal Order. Tehran: Misagh Adalat (In Persian)
- Sotoudeh Tehrani, H. (1998). Business Law. Vol 1, Tehran: Justice (In Persian)
- Shapira, J. (1992). Translated By Rabia Skini. International Commercial Law. Tehran: Islamic Revolution Education (In Persian)
- Shirvi, A. (2015). Oil and Gas Law, Tehran: Mizan (In Persian)
- Ghorbani Zuleikhaei, M. & Pasban, M. (2017). Rights, Obligations and Responsibilities of the Partneri in the "Joint Venture" Contracts, With Emphasis on the Economic Group with Common Interests (In Persian)
- Katabi, H. (2006). Trade Law. Tehran: Ganj-E-Danesh (In Persian)
- Katozian, N. (1998). Civil Law of Certain Contracts (Partnership, Peace, Gifts). Vol02. Tehran: Ganj-E-Danesh (In Persian)
- Katozian, N. (2008). Civil Law in the Current Legal Order. Tehran: Mizan (In Persian)
- Katozian, N. (2009). Lessons from Certain Contracts of the Introductory Period, Vol 1, Tehran: Mizan (In Persian)
- Katozian, N. (2014). General Rules of Contracts, Vol1, Tehran: Anteshar (In Persian)
- Katozian, N. (2015). General Rules of Contracts, Vol2. Tehran: Anteshar (In Persian)
- Katozian, N. (2016). Introductory Course in Civil Law, Legal Practice. Tehran: Anteshar (In Persian)
- Goodarzi, S & Elmi Sola, M. (2015). Jurisprudential-Legal Re-Reading of Companies Applying, Exchanging and Funds. Journal of the Teachings of Civil Jurisprudence. No. 12. P 18-97(In Persian)



- Robert Ross, W. (1968). The Foreign Joint Venture Corporation. Denver L.J Vol. 45. P 1-17
- Jaeger, W. (1960). Joint Ventures: Origin, Nature and Development. A. U. L. R. Vol: 9, 1. P5
- Jaeger, W. (1961). Partnership or Joint Venture. Note Dame Law Review. Vol 37. P 138
- Belle G, J. (1839). Principle of the Law of Scotland. Edinburgh. 4 Ed. P. 146
- Mechem, F. (1931). The Law of Joint Ventures. Minn. L. Rev. Vol: 15. P. 644
- Rowley, S & Rowley, R. (1960). Rowley on Partnership. The University of California. Vol 2.
- Hris, R & Reece Thomas, K. (2014). The Law and Practice of Shareholders Agreement. London: Lexis Nexis Butterworths. Vol.19
- Gale, S & Scanlan, G. (1998). The Law and Practice of Joint Ventures. 2 Ed .London: Bloomsbury Publishing Plc. Vol.20
- Hewitt, I. (2001). Joint Venture. London: Sweet and Maxwell. Vol.21
- Sayer, S & Lowyer, M. (2004). Negotiating International Joint Venture Agreement .London: Sweet and Maxwell. Vol22
- Mohaqiq Ardabili, A. (1403)AH. Al-Faydah and Al-Burhan Complex in Explanation of Irshad Al-Azl. Qom: Islamic Publications. (In Arabic)
- Tusi, M. (1407)AH . Al-Khalaf. Qom: Islamic Publications (In Arabic)
- Hakim, M. (1416)AH .Mostamsak Alorvato Alvogha. Qom: Dar Altafsir .(In Arabic)

Research Paper

A Comparative Study of Judicial Records in Islamic, Iranian and French Law

Babak Pourghahramani*¹ , Mehrdad Teymouri² 

¹ Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Maragheh Branch, Islamic Azad University, Maragheh, Iran

² PhD Student in Criminal Law and Criminology, Maragheh Branch, Islamic Azad University, Maragheh, Iran

 10.22080/LPS.2022.23615.1343

Received:
March 26, 2022
Accepted:
July 10, 2022
Available online:
July 19, 2022

Keywords:
Judicial record, Criminal record, Criminal procedure, Restoration of dignity, Islam, Iran, France
Main Subjects :
Criminal Law and Criminology

Abstract

Judicial records, created to identify the judicial status of a natural or legal person, are used in all stages of the proceedings from the beginning of the prosecution to the execution of the sentence and even after the execution of the sentence. They play a key role in police and judicial decisions. This article aims to make a comparative study of the judicial records in Islamic law and Iranian and French laws. After examining its position using library documents and resources and taking a descriptive and analytical approach, it was found that a judicial record is required for people under 18 years in Iran while this is not the case in France. Moreover, obtaining the judicial record information is difficult in the Islamic and Iranian laws while being easy in France. Getting a judicial record needs payment in Iran while it is free of charge in France. It is also impossible to delete the history of judicial records in Iran while it is totally possible in France. In the Islamic and Iranian laws, a judicial record is divided into criminal, legal and administrative parts and the record of financial convictions is separate while there are no such divisions in France.

***Corresponding Author:** Babak Pourghahramani
Address: Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Maragheh Branch, Islamic Azad University, Maragheh, Iran

Email: b.pourghahramani@yahoo.com



Extended Abstract

1. Introduction

Considering the existential philosophy of the Judicial Registry and emphasizing the legal rules and regulations, the preservation of citizens' records in criminal matters after the issuance of a verdict and its certainty is inevitable. Establishing criminal records by emphasizing the legal criteria (Article 1 of the Criminal Procedure Code, which refers to the observance of the rights of the accused) is a necessary action that will immediately deprive the citizens of social rights by including the effective criminal convictions in his/her criminal record. The criminal law of every country is a mirror of the values that govern that society, and the changes that take place in the criminal law are the result of changes in the society and values or attitudes. The criminal law of our country is no exception to this principle. Criminals who are tried and convicted after committing a crime are considered mystics with a criminal record. They are punished and also deprived of some social rights for a while and in case of recidivism, they are subject to the provisions of aggravation of punishment, the right to suspend the execution of the sentence or amnesty and parole and other criminal amnesties. Considering that maintaining social order and security against criminals requires knowledge of the criminal history of the people who have committed the crimes, it is very important to obtain the criminal history of the individuals through obtaining information from the judicial records. Also, knowing the background of individuals is very effective in the scientific detection of crimes by the police, because it allows the police to have control over the criminals and prevent the possibility of

committing a crime. Considering the importance of judicial record in all stages of criminal proceedings and the need to recognize and examine this institution, the present research tries to compare the legal systems of judicial records in the Islamic, Iranian and French laws.

2. Research Methodology

The present article is applied in terms of purpose and takes a descriptive-analytical approach to study the data obtained data from library sources.

3. Results

The findings indicate that that a judicial record is required for people under 18 years in Iran while this is not the case in France. Moreover, obtaining the judicial record information is difficult in the Islamic and Iranian laws while being easy in France. Getting a judicial record needs payment in Iran while it is free of charge in France. It is also impossible to delete the history of judicial records in Iran while it is totally possible in France. In the Islamic and Iranian laws, a judicial record is divided into criminal, legal and administrative parts and the record of financial convictions is separate while there are no such divisions in France.

4. Conclusion

A comparative study of the institution of judicial records in the Islamic, Iranian and French laws shows that it is one of the institutions accepted by Sharia and Islamic law. It has also been recognized in the Iranian and French legal systems for many years. The findings and results of this article indicate that the judicial records in the Islamic law are influenced by Quranic teachings. According to the Islamic law, eliminating the bad background and effects of the conviction can help the criminals to act like other citizens, return to their social life, and enjoy their social



rights again. Therefore, to re-socialize the convicts and create new opportunities for them, their crimes should be neglected after the end of punishment. This conveys the dynamism of the Islamic law and its attention to training the criminals.

Funding

There was no funding.

Authors' contribution

Authors had an equal contribution.

Conflict of interest

The authors stated no conflict of interest in this study.

Acknowledgments

The authors are grateful to all the editors of the Journal of Comparative Law Research who have cooperated in reviewing the article.

علمی پژوهشی

مطالعه تطبیقی نهاد سجل قضایی در حقوق اسلام، ایران و فرانسه

بابک پورقهرمانی^{*۱}، مهرداد تیموری^۲

^۱ دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، واحد مراغه، دانشگاه آزاد اسلامی، مراغه، ایران
^۲ دانشجوی مقطع دکتری تخصصی حقوق جزا و جرم‌شناسی، واحد مراغه، دانشگاه آزاد اسلامی، مراغه، ایران

10.22080/LPS.2022.23615.1343

چکیده

سجل قضایی که به‌منظور شناسایی وضعیت قضایی هر شخص حقیقی و حقوقی به وجود آمده است، در تمامی مراحل دادرسی از زمان شروع تعقیب تا اجرای حکم و حتی پس از اجرای حکم کاربرد داشته و نقش اساسی در تصمیم‌گیری‌های پلیسی و قضایی در خصوص اشخاص ایفا می‌کند. این مقاله با هدف مطالعه تطبیقی نهاد سجل قضایی در حقوق اسلام و کشور ایران و فرانسه و بررسی جایگاه آن، با استفاده از اسناد و منابع کتابخانه‌ای و به روش توصیفی و تحلیلی به این نتیجه رسیده است که تشکیل سجل قضایی برای افراد زیر ۱۸ سال در ایران و عدم تشکیل آن در فرانسه، لزوم دستیابی به اطلاعات سجل قضایی در حقوق اسلام و دشوار بودن مراحل آن در ایران و سهولت آن در فرانسه، اخذ هزینه در دستیابی به سجل قضایی در ایران و رایگان بودن آن در فرانسه، عدم امکان حذف سابقه سجل قضایی در ایران و امکان حذف آن در فرانسه و لزوم بازاجتماعی شدن در حقوق اسلام، تقسیم‌بندی سجل قضایی به سه قسمت کیفری، حقوقی و اداری و جدا نمودن سجل محکومیت‌های مالی در ایران و عدم وجود چنین تقسیم‌بندی در فرانسه و نگرش مثبت به نهاد سجل قضایی در حقوق اسلام و فرانسه از جمله تفاوت‌های این نهاد می‌باشند.

تاریخ دریافت:

۶ فروردین ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۱۹ تیر ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۲۸ تیر ۱۴۰۱

کلیدواژه‌ها:

سجل قضایی، سوءپیشینه، آیین دادرسی کیفری، اعاده حیثیت، اسلام، ایران، فرانسه.

* نویسنده مسئول: بابک پورقهرمانی

آدرس: دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، واحد مراغه،
دانشگاه آزاد اسلامی، مراغه، ایران

ایمیل: b.pourghahramani@yahoo.com

مقدمه

اعتراضی تقسیم شده بود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۹۶). به عبارت ساده مفهوم لغوی سجل قضایی، شناسنامه هر شخص اعم از حقیقی و حقوقی در رابطه با وضع قضایی خودش می‌باشد.

سوابق کیفری پرونده‌ای است که شامل محکومیت‌های کیفری یک فرد است و در اختیار مقامات عمومی قرار دارد. مشخصات سوابق کیفری هم از نظر روش اداره و هم از نظر محتوای آن، از کشوری به کشور دیگر متفاوت است (Pradel, 2008: 892). در مفهوم لغوی در حقوق فرانسه واژه سجل را تحت عنوان «casier» به معنی قفسه کتاب، پرونده، می‌شناسند و واژه قضایی تحت عنوان «Judiciaire» به معنای سیستم قضایی شناخته می‌شود. هم‌چنین در مفهوم اصطلاحی در حقوق فرانسه واژه «Casier Judiciaire» به سجل قضایی اختصاص داده شده. این واژه به گزارشی کاغذی یا کامپیوتری که دربردارنده شناسه‌های فردی، توقیف شخص و وضعیت بعدی او است تعریف شده است. بنابراین سجل قضایی وسیله‌ای است که توسط آن می‌توان به وضعیت کیفری افراد دست پیدا کرد تا بتوان با کمک آن به اهداف والایی که عدالت کیفری به دنبال دارند رسید.

در خصوص پیشینه تحقیق نیز مطالعاتی انجام یافته است که به نتایج چند مورد اشاره می‌گردد؛ پورقهرمانی و تیموری (۱۳۹۹)، در مقاله‌ای تحت عنوان «چالش‌های فراروی نهاد سجل قضایی به‌عنوان ابزار کشف علمی جرایم با تکیه بر آیین‌نامه سجل قضایی مصوب ۱۳۹۸» به این نکته اشاره داشته‌اند که: مجرمانی که پس از ارتکاب جرم در سیر مراحل قانونی محاکمه و محکوم گردند، عرفاً سابقه‌دار (دارای سوءپیشینه کیفری) محسوب شده و در مواردی که قانون تعیین نموده، ممکن است علاوه بر تحمل کیفر برای مدتی از بعضی حقوق اجتماعی نیز محروم شوند و در صورت تکرار جرم، مشمول مقررات تشدید مجازات، عدم برخورداری از

با توجه فلسفه وجودی نهاد سجل قضایی و بنا به اقتضاء و با تأکید بر قواعد و ضوابط قانونی حفظ و نگهداری سوابق شهروندان در امور کیفری پس از صدور حکم و قطعیت آن، امری اجتناب‌ناپذیر است. ایجاد سجل کیفری با تأکید بر موازین قانونی (ماده ۱ ق.آ.د.ک که اشاره به رعایت حقوق متهم داشته است) جلوگیری از استبداد هویت و علاوه بر آن حفظ حقوق جامعه (تکرار جرم) و رعایت اصل دادگری (شخصی‌سازی مجازات) اقدامی ضروری که با درج هر یک از محکومیت‌های مؤثر کیفری در سجل یا پیشینه کیفری شهروند، بی‌دریغ وی را از حقوق اجتماعی محروم خواهد ساخت (آقا بابایی و همکاران، ۱۳۹۶: ۲). مفهوم سجل قضایی در لغت به معنی عهدنامه یا نامه احکام است و در فرهنگ لغات از آن به‌عنوان صورت‌مجلس یا نامه‌ای که قاضی در آن صورت دعاوی را می‌نوشت یادکرده‌اند؛ اما از جهت حقوقی سجل کیفری همان شناسنامه کیفری است که در آن پیشینه و سوابق کیفری افراد و برخی از محکومیت‌های مدنی آنان ثبت و ضبط می‌شود (شریفی و رجبیه، ۱۳۹۵: ۲۲). سجل قضایی در اصطلاح به معنای تأسیس مرکزی است که سوابق محکومیت اشخاص در آن ثبت شود و در موارد لزوم از آن گواهی عدم سوءپیشینه یا خلاف آن اخذ گردد (شیخ‌زاده، ۱۳۸۴، ۷۶). هم‌چنین سجل در حقوق اسلامی به معنی دادنامه استعمال شده است و عبارت (سجلات و محاضر) به معنی دادنامه و صورت مجالس دادگاه‌ها بوده است. قضات شرعی از دادنامه دو نسخه تهیه می‌کردند که یکی را به محکوم‌علیه و دیگری را در بایگانی محکمه که (دیوان الحکم) نامیده می‌شد نگه می‌داشتند و روی این نسخه می‌نوشتند (سجل فلان بن فلان) یعنی دادنامه راجع به فلان که پسر یا فرزند فلان است. سجل در آن زمان به دو نوع سجل وقوعی که در آن وقوع عقد و معامله را گواهی می‌کردند و سجل



بسیار تأثیرگذار است، زیرا این امکان را می‌دهد تا بزهکاران به سبب انجام جرم تحت کنترل پلیس باشند و با بهره‌گیری از اطلاعات و سوابق اشخاص در آینده از امکان ارتکاب جرم جلوگیری شود. لذا با توجه به اهمیت سجل قضایی در تمام مراحل رسیدگی کیفری مقاله حاضر درصدد پاسخ به این سؤال اصلی می‌باشد که نهاد سجل قضایی چه جایگاهی در نظام حقوقی اسلام، ایران و فرانسه دارد و دارای چه تفاوت‌هایی هستند؟

هدف از پژوهش حاضر که به صورت کاربردی است، شناخت جایگاه و بررسی شرایط، آثار، وجود تفاوت‌ها و نقاط قوت و ضعف نهاد سجل قضایی در هر یک نظام‌های حقوقی اسلام، ایران و فرانسه به روش تحلیل محتوا صورت گرفته است. در تنظیم پژوهش، با بررسی نهاد سجل قضایی در نظام‌های حقوقی اسلام، ایران و فرانسه و تجزیه و تحلیل اطلاعات کسب شده به صورت توصیفی و تحلیلی نهاد سجل قضایی در مرحله ایجاد سجل قضایی، دسترسی به سجل قضایی و حذف سجل قضایی مورد تطبیق قرار گرفته است.

۱ جایگاه سجل قضایی در نظام حقوقی اسلام

در خصوص جایگاه سجل قضایی در حقوق اسلام می‌توان به آیات متعدد در قرآن کریم تمسک جست. برای نمونه می‌توان به آیات ۷ و ۸ و ۹ سوره مبارکه مطفین اشاره نمود که مطابق آیه ۷: «كَلَّا إِنَّ كِتَابَ الْفُجَّارِ لَفِي سِجِّينٍ» ترجمه: این چنین نیست که می‌پندارند (در آن روز) یقیناً پرونده بدکاران در سِجِّین است؛ هم‌چنین آیه ۸: «وَمَا أَدْرَاكَ مَا سِجِّينٌ» ترجمه: و تو چه می‌دانی که سِجِّین چیست؟ و در آیه ۹: «كِتَابٌ مَّرْهُومٌ» ترجمه: قضا و سرنوشتی حتمی (برای خائنان) است؛ و آیه ۱۴ سوره مبارکه تکویر: «عَلِمَتْ نَفْسٌ مَا أُخْضِرَتْ» ترجمه: در آن هنگام (که روز قیامت است) هر نفسی هر آنچه بر خود حاضر کرده همه را بداند؛ اشاره کرد. سوره

حق تعلیق اجرای حکم یا عفو و آزادی مشروط و سایر ارفاق‌های کیفری گردند. در مقاله‌ای دیگر از شریفی و رجیبه (۱۳۹۵)، تحت عنوان «بررسی سجل کیفری و گواهی عدم سوءپیشینه در حقوق ایران» به این نتیجه رسیده‌اند که: حفظ و نگهداری سابقه کیفری شهروندان اهمیت زیادی دارد. سجل قضایی این امکان را به صاحب‌منصبان قضایی می‌دهد که با شناخت شخصیت فرد بزهکار، در تطبیق مجازات متناسب، تخفیف، تشدید تعلیق مجازات‌های وی تدابیر شایسته اتخاذ کنند. هم‌چنین، علی‌آبادی (۱۳۸۵)، در کتاب خود تحت عنوان «حقوق جنایی» به این نکته اشاره داشته است که: تأسیس مرکزی برای ثبت و ضبط سوابق به نیمه قرن نوزدهم برمی‌گردد که بنیان‌گذار این تأسیس فرانسه است. استاد علی‌آبادی در کتاب حقوق جنایی در این باره بیان کرده‌اند: در اواسط قرن نوزدهم بود که دادستان کل فرانسه دفتر سجل کیفری را ابتکار نمود و در نطق خود پس از تعطیلات تابستانی آن را توجیه کرد سپس وزیر دادگستری در ضمن بخشنامه‌ای دستور داد آن را به موقع اجرا گذارند که مدت مدیدی دفتر سجل قضایی طبق قانون ۱۸۹۰ و قانون ۱۹۰۰ اداره می‌شد؛ اما بعداً فرمان ۱۹۴۵ در خصوص سجل قضایی و اعاده حیثیت، قائم‌مقام آن شد و مقررات آن ضمیمه آیین دادرسی کیفری گردید. با مذاقه در پیشینه تحقیق نوآوری مقاله حاضر از حیث نگاه و اندیشه متمایز در بررسی جایگاه، شرایط و تفاوت‌های نهاد سجل قضایی در نظام حقوقی اسلام، ایران و فرانسه و شناسایی نقاط قوت و ضعف هر کدام در راستای رفع آن‌ها در حقوق داخلی می‌باشد.

با توجه به این که حفظ نظم و امنیت اجتماعی در برابر مجرمان نیازمند اطلاع از پیشینه کیفری اشخاصی است که مرتکب جرم شده‌اند، لذا دستیابی به پیشینه کیفری اشخاص از طریق اطلاعاتی که از سجل قضایی به دست می‌آید بسیار حائز اهمیت است. هم‌چنین، اطلاع از پیشینه اشخاص در کشف علمی جرایم نیز از سوی پلیس

می‌شود تا به هنگام حساب هیچ‌گونه عذر و بهانه‌ای برای هیچ‌کس باقی نماند (مکارم شیرازی، ۱۳۶۸: ۲۵۵-۲۵۶). با استنباط از آیات فوق بر لزوم ثبت سجل قضایی و تمایز افراد بزهکار با ناکرده بزه آشکار می‌گردد.

هم‌چنین در سوره مبارکه تکویر نیز به سجل قضایی اشاره شده است. این سوره قیامت را با ذکر پاره‌ای از مقدمات و نشانی‌های آن و پاره‌ای از آنچه در آن روز واقع می‌شود متذکر و یادآور می‌شود و آن روز را روزی توصیف می‌کند که در آن عمل انسان هرچه باشد کشف می‌گردد. در آیات این سوره مبارکه، قرآن شریف از نشانه‌های فرارسیدن رستاخیز و گوشه‌ای از آن رویدادها را در دو بخش و دو مرحله شرح می‌دهد. ۱- نشانه‌های هشتگانه فرار رسیدن رستاخیز. ۲- گوشه‌ای از رویدادهای آن روز بزرگ که عبارت‌اند از: گشوده شدن کارنامه‌های زندگی انسان‌ها و روبه‌رو شدن انسان‌ها با عملکرد خویش و پاداش و کیفر آن (الطبرسی، ۱۳۸۰: ۷۸۰). تفسیر آیه ۱۴ سوره مبارکه تکویر نشان می‌دهد که همه اعمال انسان‌ها در روز رستاخیز حاضر خواهد شد و علم و آگاهی آدمی نسبت به آن‌ها عملی توأم با شهود و مشاهده خواهد بود، این حقیقت در آیات متعددی دیگری از قرآن آمده است، برای نمونه در آخر آیه ۴۹ سوره مبارکه کهف می‌خوانیم: «وَوَجَدُوا مَا عَمِلُوا حَاضِرًا وَلَا يَظُنُّمْ رَبُّكَ أَحَدًا» ترجمه: و در آن کتاب همه اعمال خود را حاضر بیند و خدا به هیچ‌کس ستم نخواهد کرد؛ و نیز آیات ۷ و ۸ سوره مبارکه زلزال می‌خوانیم: «فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ» ترجمه: پس هر کس به قدر ذره‌ای کار نیک کرده باشد (پاداش) آن را خواهد دید. «وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ» ترجمه: و هر کس به قدر ذره‌ای کار زشتی مرتکب شده آن‌هم به کیفرش خواهد رسید. این آیات نیز بیانگر تجسم اعمال هستند و این‌که اعمال انسان‌ها که ظاهراً در این جهان نابود می‌شود هرگز نابود نشده که در آن روز به صورت‌های مناسبی مجسم می‌گردد و در عرصه محشر حاضر می‌شوند (مکارم شیرازی، ۱۳۶۸: ۱۸۳).

مبارکه مطففین از ۳۶ آیه، شکل‌گرفته، نام این سوره برگرفته از اولین آیه این سوره می‌باشد که خداوند فرزانه کم‌فروشان را سخت به باد نکوهش می‌گیرد و برای جلوگیری از حق‌کشی و روش‌های ظالمانه اقتصادی و غارت ثروت‌های ملی و در جهت اصلاح امور اقتصادی هشدار می‌دهد و می‌فرماید وای بر کم‌فروشان، همانان که چون از مردم پیمان‌ه ستانند، به‌طور کامل می‌ستانند، اما چون برای آنان پیمان‌ه و وزن کنند، کم می‌دهند (الطبرسی، ۱۳۸۰: ۸۲۲). محور اصلی در این سوره مبارکه بر دو چیز بوده، یکی درباره کم‌فروشان و رابطه گناه با عدم ایمان راسخ به روز رستاخیز و دیگر به گوشه‌ای از سرنوشت بدکاران و فاجران در آن روز اشاره شده که در بحث سجل قضایی به محور دوم این سوره مبارکه، که درباره سرنوشت بدکاران و فاجران فاسد هست پرداخته می‌شود.

منظور از واژه «کتاب» که در آیات ۷ و ۹ سوره مبارکه مطففین آمده است همان نامه اعمال انسان‌ها است که نشان می‌دهد هیچ کار کوچک و بزرگ، صغیره و کبیره‌ای نیست مگر این‌که آن را احصاء کرده و همه چیز بی‌کم‌وکاست در آن ثبت شده است. سه قرینه تأیید کننده، این است که، تعبیر به (کتاب) در قرآن کریم در این‌گونه موارد غالباً به معنی (اعمال) می‌باشد و دیگر این‌که در آیات یعنی درجایی که درباره (سجین) سخن می‌گوید، خداوند می‌فرماید (آن کتابی است رقم‌زده شده). منظور از (سجین) که در آیات ۷ و ۹ این سوره مبارکه آمده است کتاب جامعی است که نامه اعمال همه انسان‌ها به‌طور جمعی در آن گردآوری شده و به تعبیر ساده مانند دفتر کلی است که حساب هر یک از بستانکاران و بدهکاران را در صفحه مستقلی در آن ثبت می‌کنند، منتها از این آیات و آیات بعد استفاده می‌شود که اعمال همه بدکاران در یک کتاب به نام (سجین) و اعمال همه نیکوکاران در یک کتاب دیگر به نام (علیین) جمع‌آوری می‌شود. بنابراین با استنباط از آیات مبارکه قرآن می‌توان استفاده کرد، تمامی اعمال انسان در چند کتاب ثبت و ضبط



که این محرومیت با توجه به نص آیه «وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا» محرومیتی ابدی خواهد بود.

بنابر روایات معتبر که در خصوص اهمیت سجل قضایی و نقش آن اشاره دارد می‌توان به روایتی از امام رضا (ع)، در مورد محاربی که حکم به تبعید او داده می‌شود، او حق معاشرت و مراوده با دیگران را نخواهد داشت و بر حاکم اسلامی است که به مردم محل تبعید محارب اطلاع دهد که از هرگونه معاشرت با او خودداری کنند. «يُنْفَى مِنَ الْمِصْرِ الَّذِي فَعَلَ فِيهِ مَا فَعَلَ إِلَى مِصْرٍ آخَرَ غَيْرِهِ، وَ يُكْتَبُ إِلَى أَهْلِ ذَلِكَ الْمِصْرِ بِأَنَّهُ مِنْفَى فَلَا تُجَالِسُوهُ، وَلَا تُبَايِعُوهُ وَلَا تُتَاكِحُوهُ وَلَا تُؤَاكِلُوهُ وَلَا تُشَاوِرُوهُ فَيَفْعَلُ بِهِ سَنَةً» (پور قهرمانی و تیموری، ۱۴۰۰: ۱۹۰). یا از حضرت علی (ع) نقل شده است، در مورد کارمندی که مرتکب خیانت می‌شوند و به بیت‌المال دست‌درازی می‌کنند، فرموده‌اند که علاوه بر اینکه باید آن‌ها را به مقام ذلت و مذلت کشاند باید او را از مقام خود خلع نمود و دیگر مقامی نیز به او داده نشود و عار تهمت به دلیل سابقه سوء بر گردن او گذارده شود. «نَصَبْتَهُ بِمَقَامِ الْمَذَلَّةِ وَ وَسَمْتَهُ بِالْخِيَانَةِ وَ قَلَدْتَهُ عَارَ التُّهْمَةِ». (نهج البلاغه، نامه ۵۳)

۲ جایگاه سجل قضایی در نظام حقوقی ایران

تشکیل سجل قضایی در گذشته‌های دور نیز وجود داشته است و بشر از اوایل زندگی اجتماعی سعی در شناختن محکومان کیفری و افرادی که قبلاً مرتکب جرم شده بودند را داشته است. در ایران باستان هخامنشیان نیز به بررسی سجل قضایی افراد توجه داشته‌اند چراکه آن‌ها مجازات مجرمی را که به‌طور مکرر مرتکب جرم می‌گردید را تشدید کرده و چنانچه عمل تکرار پیدا می‌کرد امکان اعدام فرد وجود داشت. لذا آن‌ها با سجل قضایی افراد قادر بودند مجازات تکرارکنندگان جرم را تشدید کنند که معمولاً بررسی سجل قضایی هر فرد با استفاده از علائم حک‌شده بر روی بدن محکومان صورت

با توجه به این‌که خداوند عزوجل عالم و ناظر به همه اعمال انسان‌ها می‌باشد اما از درج اعمال انسان‌ها غافل نشده است. در آیات دیگری نیز از جمله آیات ۶ و ۷ و ۸ سوره مبارکه قارعه، آیه ۵ سوره مبارکه انفطار، آیات ۷ الی ۱۲ سوره مبارکه انشقاق نیز به‌نوعی به ثبت اعمال انسان‌ها اشاره نموده است؛ که با مطالعه آیات مذکور می‌توان به اهمیت ایجاد و ثبت سجل قضایی در حقوق اسلام واقف شد.

در نظام حقوقی اسلام از ثبت سابقه محکومیت کیفری شخص در تکرار جرم می‌توان استفاده کرد. تکرار جرم در اصطلاح فقه جزا وضعیتی است که شخص بعد از محکومیت قطعی و اجرای مجازات، مجدداً مرتکب همان جرم شده باشد (واعظی و قبولی درافشان، ۱۳۸۹: ۱۸۹). همچنان که تکرار جرم در جرایم مستوجب حد از جمله زنا، هرگاه زانی سه مرتبه حد زده شود در مرتبه چهارم اعدام می‌گردد. در جرایم تفخیز، مساحقه، قذف و شرب مسکر نیز اگر تکرار شود و در هر مرتبه حد جاری شود در مرتبه سوم اعدام می‌گردد. هم‌چنین در حد سرقت در مرتبه اول دست راست قطع می‌شود و در مرتبه دوم پای چپ و در مرتبه سوم حبس ابد می‌گردد و اگر در زندان نیز دزدی کرد اعدام می‌شود و... (موسوی خوئی، ۱۳۹۳: ۱۲۷-۱۰۵). که البته برابر رأی اختصاصی و مشهور فقیهان امامی هرگاه کسی برای بار چهارم مرتکب عمل مستوجب حد شود، اعدام خواهد شد (نوبهار، ۱۳۹۲: ۱۰). درهرحال به‌منظور اعمال قاعده تکرار جرم و اجرای حدود الهی دسترسی به سابقه شخص محکوم امری مهم و مؤید وجود و اهمیت سجل قضایی است که ایجاد سجل قضایی را در حقوق اسلام ضروری می‌نماید. همچنان که یکی از شرایط شهادت نداشتن سابقه کیفری یا اشتهار به فساد است مگر اینکه برای ادای شهادت توبه کند؛ که در صورت احراز تغییر در اعمال او و اطمینان از صلاحیت و عدالت وی شهادتش پذیرفته می‌شود؛ و به‌موجب آیه ۴ سوره مبارکه نور، مرتکبان جرم قذف از حق ادای شهادت محروم خواهند شد

انتظامی است. از این رو، کسانی که به دستور مقامات قضایی زندانی می‌شوند (اعم از محکومان یا متهمان قرار) و نیز کسانی که به مجازات‌های غیر از زندان همانند شلاق و جزای نقدی و... محکوم می‌گردند. از این قبیل افراد، یک برگ و به تعداد کافی برگ انگشت‌نگاری تهیه شده و پس از الصاق عکس به آن‌ها که حاوی مشخصات هویتی، شماره عکس، خلاصه اطلاعات در مورد جرم ارتكابی، مرجع بازداشت کننده و یا صدور حکم، شماره و تاریخ قرار بازداشت یا حکم محکومیت و... می‌باشد، تهیه می‌گردد. پس از کلاسه شدن، آثار انگشت بر اساس نام و نام خانوادگی در بایگانی‌های انگشت‌نگاری مربوطه ضبط می‌گردد تا در آینده در موارد ضروری به هنگام بررسی هویت واقعی و سوابق آن‌ها مورد استفاده قرار گیرد (عالیخانی، ۱۳۸۳: ۴-۳). ثبت و احراز پیشینه کیفری مجرمان در سامانه انتظامی در مقایسه با سامانه قضایی از قدمت بیشتر و درعین حال از کارایی مؤثرتری برخوردار است. چون این سیستم بر اساس ویژگی‌های اثر انگشت پایه‌گذاری شده لذا هرگونه تغییر قیافه، جعل مدرک هویت، کتمان هویت و نظایر این‌ها، توسط مجرمان، مانع دستیابی به پیشینه کیفری و هویت واقعی آنان نیست. در این سامانه علاوه بر ثبت سوابق محکومیت، سوابق بازداشت و محکومیت‌های غیرقطعی نیز که منجر به زندانی شدن شده باشد ثبت می‌گردد و این امر به قضات در زمینه تعیین اینکه جرم ارتكابی متهمی از مصادیق تعدد و یا تکرار جرم می‌باشد، حائز اهمیت است (شریفی و رجبیه، ۱۳۹۵: ۲۷). در نتیجه، استفاده از انگشت‌نگاری در تعیین هویت متهمان و شناسایی مجرمان و اطلاع از سوءپیشینه در تصمیم‌گیری‌های قضایی نقش اساسی دارد.

در ایران تا قبل از سال ۱۳۱۸ سوابق کیفری افراد در هیچ اداره یا مرجعی ثبت نمی‌شد و همه افراد اعم از سابقه‌دار و بدون سابقه به لحاظ پیشینه کیفری یکسان و در ردیف هم بودند و این مساله از جهات

می‌گرفت. ساسانیان نیز به سابقه مجرمان در هنگام تعیین مجازات توجه داشته‌اند و چنانچه کسی به خاطر جرمی قبلاً محکومیت یافته بود مجازات او تشدید و اگر بدون سابقه بود در مجازات او تخفیف داده می‌شد. برای نمونه مجازات دزدی در نوبت اول پانزده ضربه تازیانه، در نوبت دوم سی ضربه و چنانچه تکرار می‌شد کیفر آن بریدن گوش و بینی او بود. این امر نیازمند ثبت سابقه قبلی بوده است که حکایت از وجود نظامی به‌منظور ثبت و ضبط سوابق داشته است (صادقی جعفری، ۱۳۸۸: ۱۰-۹). البته درج این سوابق با علامت‌گذاری بر بدن محکومان صورت می‌گرفت.

هم‌چنین، به‌موجب آیین‌نامه‌های سجل قضایی مصوب ۱۳۱۸ و ۱۳۲۱ تنها فاکتوری که برای شناسایی افراد با سابقه و مشخص نمودن آنان در دسترس بود ثبت سوابق محکومیت آنان در دادسرای محل صدور شناسنامه یا اداره سجل کیفری بود، این امر به دلایلی از جمله مشابه بودن مشخصات فردی افراد در شهرهای مختلف؛ کتمان هویت اصلی و حقیقی و معرفی خود با هویت مجهول و غیرواقعی؛ احتمال بروز اشتباه در زمان ثبت یا زمان ارائه گواهی عدم سوءپیشینه و... نامناسب و غیر کافی بود لذا لازم بود در راستای پیشرفت علم و تکنولوژی وسیله‌ای بهتر و مطمئن‌تر در این خصوص به کار گرفته شود که غیرقابل انکار و تحریف باشد و در حداقل زمان، سوابق افراد را در دسترس قرار دهد.

بدون تردید بهترین و مناسب‌ترین وسیله‌ای که تمامی اهداف فوق را تأمین می‌نمود انگشت‌نگاری از مجرمان بود که از سال ۱۲۹۵ شمسی به بعد توسط مستشاران سوئدی در ایران رواج یافت ولی کلاسه و طبقه‌بندی آن به سال ۱۳۳۵ و زمان تأسیس اداره تشخیص هویت شهربانی کل کشور برمی‌گردد (نجابتی، ۱۳۸۱: ۷۳). امروزه منبع اطلاعات جهت صدور گواهی عدم سوءپیشینه بایگانی کارت‌های انگشت‌نگاری ادارات تشخیص هویت نیروی

۱. مندرج در مجموعه قوانین جزایی ۱۳۶۸، صفحه ۴۴۱-۴۴۰.



قضایی کشور فرانسه اقتباس شده بود و جالب آن که آیین‌نامه مذکور ۶۳ سال بدون تغییر و اصلاح باقی ماند. از این‌رو تغییرات در قوانین جزایی موجب متروک شدن آیین‌نامه مذکور گردیده بود و با توجه به اهمیت سوابق محکومیت اشخاص در پرونده‌های کیفری از جهت صدور قرار تأمین متناسب و تخفیف، تشدید و تعلیق اجرای مجازات، آزادی مشروط و حتی برخورداری از عفو یا تخفیف مجازات محکومان ضرورت داشت. تا این‌که سومین آیین‌نامه سجل قضایی در سال ۱۳۸۴ به تصویب رئیس قوه قضاییه وقت رسید؛ و امروزه آیین‌نامه سجل قضایی مصوب ۱۳۹۸ ابلاغی رئیس قوه قضاییه به‌عنوان مستند قانونی نهاد سجل قضایی در نظام حقوقی ایران است (پور قهرمانی و تیموری، ۱۳۹۹: ۶۶-۶۵).

۳ جایگاه سجل قضایی در نظام حقوقی فرانسه

در خصوص جایگاه سجل قضایی در حقوق فرانسه با یادآوری تاریخ مجازات‌های تحقیرآمیز و بدنام^۲ در دوران رژیم قدیم^۳ فرانسه که از نماد یک گل زنبق آهنی داغ که بر بدن محکوم به مجازات‌های خاص تبعید و «کد سیاه»^۴ ۱۶۸۵ با عنوان تنظیم برده‌داری^۴،

مختلف مثل تکرار جرم، منع تعلیق اجرای مجازات و محرومیت از حقوق اجتماعی دارای ضرر فراوان بود. البته ماده ۴ اصلاح قسمتی از قانون اصول تشکیلات عدلیه و استخدام قضات مصوب ۶ دی‌ماه ۱۳۱۵ سجل جزایی مطرح گردید و به‌موجب قسمت اخیر آن ماده «سجل قضایی قسمتی از اداره فنی» محسوب شده است؛ که عنوان سجل قضایی برای اولین بار وارد ادبیات تقنینی کشورمان گردید.^۱ باین‌حال تا سال ۱۳۱۸ ثبت سوابق محکومیت اشخاص عملاً صورت نمی‌گرفت؛ تا این‌که در سال ۱۳۱۸ آیین‌نامه سجل قضایی جهت ایجاد دفاتر سجل قضایی در ۳۱ ماده تصویب شد تا به‌موجب مقررات این آیین‌نامه تمامی سوابق مؤثر کیفری و بعضی احکام مدنی و تجاری افراد ثبت گردد. بعدازآن در ۱۹ اردیبهشت‌ماه ۱۳۲۱ آیین‌نامه سجل قضایی در ۳۰ ماده به تصویب هیئت‌وزیران رسید. به‌موجب ماده سی‌ام آیین‌نامه اخیر، آیین‌نامه مصوب ۱۳۱۸ ملغی شد. ضمناً به‌موجب تصویب‌نامه جلسه مورخه ۱۳۳۷/۱۱/۱ هیئت‌وزیران ماده ۸ آیین‌نامه مزبور اصلاح گردید و وزیر دادگستری وقت به‌موجب بخشنامه ۱۰۵۶۹/ح/۵۵۲۰۷-۱۳۳۷/۱۱/۱۸ آن را به عموم دادگاه‌ها و دادرها اعلام نمود. می‌توان اذعان داشت که آیین‌نامه مصوب ۱۳۲۱ از مقررات سجل

۱. حال نکته جالب این‌که در قانون مجازات عمومی ۱۳۰۴/۱۰/۲۳ در مبحث سوم، قسمت اعاده حیثیت طی مواد ۵۶ و ۵۷ و ۵۹ به سجل کیفری اشاره شده بود درحالی‌که هیچ مستندی (قانونی، آیین‌نامه‌ای، تصویب‌نامه‌ای) در خصوص اجرای این مواد مهم و پرفایده قانون جزا وجود نداشت (محمدی منش، ۱۳۹۲: ۲۵). متن مواد از این‌قرار بود: ماده ۵۶: کلیه احکام قطعی که بر محکومیت متهمین به جنحه و جنایت صادر می‌شد باید در سجل کیفری محکومین ضبط گردد. ماده ۵۷: اگر کسی به مجازات تأدیبی محکومیت یافته و در مدت ۵ سال از تاریخ اتمام مجازات، محکومیت جزایی جدید نداشته باشد به اعاده حیثیت نائل شده و محکومیت سابق او از سجل کیفری او محو خواهد شد. ماده ۵۹: اگر اشخاصی که برای ارتکاب جرم سیاسی محکوم به حبس تأدیبی می‌شوند در ظرف یک سال از تاریخ اتمام مجازات و اشخاصی که برای ارتکاب همان جرم محکوم به مجازات جنایی می‌شوند در ظرف ۵ سال از تاریخ اتمام مجازات مجدداً

محکومیت جزایی نداشته باشد به اعاده حیثیت نائل شده و محکومیت آن‌ها از سجل کیفری محو خواهد شد (حیدری دهاقانی و نوذری، ۱۳۹۷: ۴۵).
۲. مجازات‌های رنج‌آور و بدنام شامل سرزنش، عذرخواهی، نمایش عمومی، شلاق و ضایع شدن است، اما در زیر مثله کردن، کار اجباری، تبعید و شکنجه قرار داشت. ماهیت عمومی این مجازات‌ها منجر به از بین رفتن ناموس شخصی می‌شود. عبارت «مجازات تحقیرآمیز و بدنام» در سال ۱۹۹۲ از قانون جزای فرانسه حذف شد (van de Kerchove, ۲۰۰۵: ۲۱۴).
۳. اصطلاح «رژیم سابق» به معنای پادشاهی فرانسه در اواخر قرن شانزدهم تا پایان قرن هجدهم در فرانسه است که در واقع نام رژیم سیاسی تاریخ فرانسه است که در طول دو قرن قبل از انقلاب کبیر فرانسه را شامل می‌شود.
۴. در زمینه تجارت برده‌ها، برده توسط علامتی که صاحب آن را تعیین می‌کرد، مشخص شد. برده می‌بایست به همان اندازه صاحبان پیاپی دارای علائم متعدد باشد. در فرانسه قانون سیاه

می‌کند. از این رو، با آزمایش روش‌های مختلفی مانند «گوسفند»، یعنی زندانیان برای جاسوسی و بعضاً هم پلیس به‌عنوان خبرچین برای به دست آوردن اطلاعات در مورد محکومان در کنار آن‌ها قرار بگیرند، اما خیلی سریع توسط مجرمان شناخته و خنثی می‌شدند (Perrot, 1975: 67). در سال ۱۸۱۹ هوت، کارمند زندان‌ها پیشنهاد استفاده از تکنیک «fiziognotrace»^۳ را کرده بود. این ایده برای تکمیل تصویر مجرمان مکرر کارت‌های گزارش بود که تا آن زمان مورد استفاده قرار می‌گرفت اما برای اثبات مناسب نبودند، این روش بعدها از توسعه عکاسی بسیار سود برد، روشی که برتیلون^۴ از خدمات عکاسی در مقر پلیس از آن استفاده کرد (Vigier, Faure, & Dalotel, 1987: 272). از دهه ۱۸۸۰ به بعد، تکنیک‌های جدید شناسایی مجرمان توسط برتیلون در مقر پلیس پاریس به‌عنوان ابزاری مدرن و کارآمد برای مبارزه با علیه آنچه به‌عنوان یک موج غیرقابل مقاومت جرم تلقی می‌شود، ایجاد شد، یکی از این موارد «پرتره‌نگاری» بود که با توصیف دقیق و منظم از ویژگی‌های صورت فرد، شناسایی کاملی را

در سال ۱۷۲۴ علامت‌گذاری زندانیان به قانون عادی تغییر یافت و با نماد گل زنبق، با علامتی بر روی پوست مطابق با جنایتی که زندانی برای آن محکوم شده بود سوخته می‌شد. علامت (V) برای دزد، (M) برای متکدی و (GAL) برای کسانی که محکوم به کار اجباری بودند (Renneville, 2014: 2). ننگ از عواقب محکومیت کیفری، متشکل از مثله کردن^۱ یا علامت‌گذاری با آهن‌داغ به خاطر بدنام کردن ناشی از نشانه‌گذاری در مکان عمومی بود (Bastien, 2006: 57). بنابراین، علامت‌گذاری از طریق سوختگی جسمی روی قسمت قابل‌مشاهده‌ای از بدن محکوم را می‌توان به‌عنوان ایجاد نوعی سابقه کیفری توصیف نمود.

بعد از آن در مواجهه با اعتراض به عدم امکان شناسایی دوباره مجرمان، پلیس فرانسه درصد تهیه وسایل مختلفی برای ردیابی بهتر مجرمان (سوابق کیفری و شناسایی از وضعیت ظاهری) بود. پلیس در مواجهه با افزایش تکرار جرم، شروع به تصور سایر وسایل انجام شناسایی هویت قضایی

آن را برای بردگان فراری یا افرادی که برای سرقت مجازات می‌شوند استفاده می‌کرد.

^۱ در گذشته گوش و بینی محکومان به پاره‌ای از جرایم را می‌بردند و معمول بود یک گوش محکوم را قطع و اگر دو بار محکوم می‌گردید گوش دیگرش را هم می‌بردند و این نشانه ارتکاب جرم توسط وی بود و به‌نوعی سابقه محکومیت همیشه همراه محکومان بود.

^۲ مثال بارز این امر روسپانی بودند که وضعیت آن‌ها از تحمل مجازات غیرقانونی در قرون وسطی تا پایان رژیم قدیم که سرکوب بر فحشا به نام ملاحظات مذهبی اتفاق افتاد، زنان متهم تحت تعقیب قرار گرفته و سپس محکوم شدند که با یک‌تکه لباس راه‌راه زرد و قرمز در حاشیه لباس خود (نوار توهین‌آمیز) در شرایطی که بدنام محسوب می‌شدند ظاهر شوند. در سال ۱۴۸۵، به دستور سلطنتی پادشاه چارلز بینی دختران روسپی را بریدند و با علامت (P) روی پیشانی یا بازو مشخص شدند (Caruchet, ۱۹۸۱: ۲۱۸). قانون جرایم و مجازات ۱۷۹۵، نیز این نوع از مجازات‌ها را در مواد ۶۰۲ الی ۶۰۴ بیان نموده بود؛ که در ماده ۶۰۲ ذکر شده به‌عنوان مجازات رسواکننده، ارائه تخریب مدنی (تخریب مدنی در حقوق کیفری فرانسه محرومیت از حقوق مدنی و سیاسی و حقوق مدنی خاص می‌باشد) و یا بستن به یوگ (یک گیره فلزی برای اتصال

به فرد برای افشای آن‌که به رسوایی محکوم شده است؛ ماده ۶۰۳ به‌عنوان مجازات‌های سخت، مرگ، تبعید و شرمساری (مجازات شرمساری، مجازات جدید شامل حبس انفرادی بدون پیوند در یک مکان روشن است. این مجازات در قوانین فرانسه است که به‌عنوان یک مجازات عذاب‌آور مانند سیاه‌چال و زندان می‌باشد)، ذکر شده بود و سرانجام در ماده ۶۰۴ آمده بود که همه مجازات‌های عذاب‌آور درعین حال بدنام هستند. همچنین، در ادامه نیز ماده ۲۰ قانون جرایم و مجازات ۱۸۱۰، از علامت‌گذاری با استفاده از آهن گرم در مکان عمومی به نشانه تقصیر محکوم استفاده کرد؛ و سه حروف برجسته ارائه شده بود: (TP) برای کسانی که به کار مادام‌العمر محکوم شده‌اند، (T) برای کار اجباری و (F) برای افراد جاعل؛ سرانجام این اعمال توسط قانون ۲۸ آوریل ۱۸۳۲ لغو شد (Renneville, ۲۰۱۴: ۲).
^۳ در اصل نقاشی بی‌حرکت است، «تصویر صورت شخص» که توسط یک فاکتور نسبتاً ساده توسط هنرمندانی که از شهری به شهر دیگر می‌رفتند و روی یک بوم سیاه نقاشی می‌کردند به وجود آمد. اندازه آن‌ها نسبتاً کم است، زیرا هنرمندان صفحات کاغذ را در کوله‌پشتی‌ها حمل می‌کردند و برخی از آن‌ها روی کاغذ آبی ساخته شده بودند.

^۴ Alphonse Bertillon.



نهادهای سرکوبگرانه از منافع مجرم محافظت کند (Ruopoli-cayet, 2003: 10). که ایده سابقه کیفری را در کارت‌های طبقه‌بندی شده در حوزه قضایی محل تولد ارائه کرده بود. برنامه آن در سال ۱۸۵۰ توسط بخشنامه‌ای از وزیر اوژن روهر^۲ سازمان‌دهی شد و تصویب آن تحت جمهوری دوم بود که اولین مرحله تشکیل سجل قضایی را برای مجرمان تشکیل می‌داد (Farcy, 1990: 27). این ابزار جدید در دسترس قرار گرفت که به سرعت گذشته کیفری متهمان را بتوان شناسایی نمود (Schnapper, 1991: 48). امروز پرونده کیفری که نام رسمی آن پرونده خودکار کیفری ملی است؛ پرونده رایانه‌ای است که از سال ۱۹۶۶ توسط یک مرکز درمانی در شهر نانت مستقر است و توسط وزیر دادگستری اداره می‌گردد، دولت فرانسه شروع به ایجاد فایل از مردم در خارج متولد شده و یا در مستعمرات کرده بوده و با شروع به کار شعبه امور جنایی و دادگستری در سال ۱۹۸۲، احساس کردند که استفاده از پرونده موجود و توسعه آن مفید است. به همین منظور شهر نانت را به مرکز پرونده و سجل قضایی کشور فرانسه انتخاب گردید.

آیین دادرسی کیفری فرانسه ابتدا در «قانون اصول محاکمات جزایی»^۳ سال ۱۸۰۸ تدوین شد، اما در سال ۱۹۸۵ این قانون جای خود را به «قانون آیین دادرسی کیفری» داد که در حال حاضر دارای اعتبار است (الیوت^۴ و ورنون^۵، ۱۳۸۷: ۱۹۷). ثبت احکام کیفری توسط قانون آیین دادرسی کیفری در سال ۱۹۵۹ سازمان‌دهی شده بود. هم‌چنین افزایش جرم، منجر به ایجاد یک سرویس خودکار و متمرکز برای پیگیری محکومیت‌های کیفری گردید که قانون ۴ ژانویه ۱۹۸۰ سوابق کیفری ملی خودکار را ایجاد نمود. این به‌عنوان یک پرونده داده اسمی، تابع مقررات قانون ۶ ژانویه ۱۹۷۸ قانون حمایت از اطلاعات است. قانون ۴ ژانویه ۱۹۸۰ الزامات قانون

ممکن می‌کرد (Laurent, 2006: 1). تکنیک برتیلون در سال ۱۸۸۳ نام «Bertillonage» را گرفت و برای اولین بار امکان شناسایی هویت سنجی بر اساس اندازه‌گیری استخوان را به وجود آورد. آنتروپومتری برتیلون شامل اندازه‌گیری ابتدا بدن به‌عنوان یک کل، سپس به‌طور ناچیز بازوها و انگشتان دست چپ، پاها و مهم‌تر از همه سر است. برتیلون تخمین می‌زند که هفت اندازه‌گیری برای تشخیص نامحسوس فرد خطرناک لازم است. درنهایت، او به‌تدریج توسعه عکاسی قضایی «عکاسی هندسی» برای صحنه‌های جرم و جنایت و عکس شناسایی برای اشخاص حقیقی از طریق تصویر صورت و مشخصات را به وجود آورد و از آن‌پس هر شناسنامه قضایی حاوی توصیف انسان‌شناسی، پرتره‌نگاری، بیان علائم خاص و عکس گردید (Castro, 2011: 22). و تا سال ۱۹۷۰، استفاده گردید، قبل از این‌که با اثرانگشت‌ها جایگزین شود (Valicourt de Sranranrs, 2009: 31). امروزه استفاده از انگشت‌نگاری امری پذیرفته شده در تشخیص هویت افراد سابقه‌دار است.

از سال ۱۸۲۵، انتشار سالانه حساب عمومی مدیریت عدالت کیفری، افزایش مداوم جرم را آشکار ساخت. از اواخر دهه ۱۸۳۰، مطبوعات به‌طور گسترده‌ای موضوع مجرم را تکرار کردند که به‌عنوان بدبختی‌های زمان و اضطراب‌های پراکنده و جمعی متبلور شد و به مشکل جدی تبدیل شد (Saillard, 2015: 98). تا این‌که که در سال ۱۸۴۸ سرچشمه سجل قضایی در فرانسه توسط شخصی به نام آرنولد بونویل دومارسانچی^۱ قاضی فرانسوی در شهر ورسای ایجاد شد وی پیشگام در زمینه جرم‌شناسی و مبدأ ایده‌هایی از جمله سابقه کیفری بود (Normandeu, 1969: 30). وی از یک‌سو سعی کرد با برقراری نظم عمومی از منافع جامعه محافظت کند و از سوی دیگر با اخلاقی سازی و انسانی سازی

4. Catherine Elliott.

5. Catherine Vernon.

1. Arnould Bonneville de Marsangy.

2. Eugène Rouher.

3. Code D'instruction Criminelle

قضایی مصوب ۱۳۹۸ امکان ایجاد سجل قضایی برای افراد زیر ۱۸ سال نیز فراهم شده است. (پور قهرمانی و تیموری، ۱۳۹۹: ۶۸). تشکیل سجل قضایی برای افراد زیر ۱۸ سال بر بازپروری و اصلاح و تربیت و آینده آن‌ها نقش منفی خواهد گذاشت. درحالی‌که در قانون آیین دادرسی فرانسه در بخش هشتم (سجل قضایی) برابر ماده ۷۷۰ بیان داشته است که بعد از پایان مدت سه سال از تاریخ تصمیم گرفته شده در مورد طفل هجده ساله و مسلم شدن بازپروری به درخواست او یا دادسرا یا راسا، می‌تواند تصمیم به حذف برگه‌های راجع به تصمیمی که موضوع آن است از سجل کیفری بگیرد. وقتی که دادگاه اطفال در آخرین مرحله رأی می‌دهد، هنگامی که دستور به حذف برگه‌ها صادر شده است، تصمیم اولیه دیگر نباید در سجل قضایی طفل موجود باشد و برگه‌های مربوط به تصمیم فوق، از بین برده می‌شود. همچنین، برای افعال ارتكابی توسط یک شخص هیجده تا بیست و یک سال نیز در صورتی که بازپروری محکوم، مسلم به نظر برسد، با پایان مدت سه سال از تاریخ محکومیت با حصول شرایطی می‌تواند برگه‌های راجع به محکومیت حذف گردد.

۱۹۷۸ را در نظر گرفت تا به بهترین نحو به منافع و حقوق افراد احترام بگذارد (Grunvald, 1993: 8). قانون ۸ آگوست ۱۹۹۷ برای اولین بار وجود سابقه کیفری مرکزی را سامان بخشید و دسترسی به اطلاعات ثبت شده را با در نظر گرفتن تعویض تدریجی داده‌های دستی با رایانه‌ای تعیین نمود (Seron & Simon, 2002: 99). امروزه، در رابطه با مقررات سجل قضایی در حقوق فرانسه در قانون آیین دادرسی کیفری از مواد ۷۶۸ الی ۷۸۱ به‌طور کامل اشاره شده است.

۴ شرایط سجل قضایی و آثار آن در نظام حقوقی اسلام، ایران و فرانسه

با توجه به لزوم بهره‌مندی از قوانین جزایی اسلام در حقوق جزایی ایران و نظر به تأثیرپذیری نهاد سجل قضایی ایران از نظام حقوقی فرانسه در این قسمت به بررسی شرایط، آثار و تحلیل مواد آیین‌نامه سجل قضایی ایران و بخش هشتم قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه تحت عنوان سجل قضایی و شناسایی و بیان تفاوت هر یک از نظام‌های حقوقی ذکر شده پرداخته می‌شود.

۴٫۱ ایجاد سجل قضایی

یکی از موارد قابل‌توجه در نظام حقوقی ایران تشکیل سجل قضایی برای افراد زیر ۱۸ سال است. علیرغم پیش‌بینی این‌که برابر ماده ۱۷ آیین‌نامه سجل قضایی مصوب ۱۳۲۱ برای اطفال بزهکار برگ سجل قضایی تنظیم نشود؛ هم‌چنین مطابق ماده ۲۵ آیین‌نامه سجل قضایی مصوب ۱۳۸۴ نیز به عدم تشکیل سجل قضایی برای افراد زیر ۱۸ سال اشاره شده بود. لیکن با حذف این مورد در آیین‌نامه سجل

۲. ماده ۵: برای افراد کمتر از ۱۸ سال که محکومیت کیفری پیدا می‌کنند برگ سجل قضایی تنظیم نخواهد شد.

۱. ماده ۷: برای اطفالی که طبق مواد ۳۵ و ۳۶ قانون کیفر عمومی محکوم می‌شوند برگ سجل کیفری تنظیم نخواهد شد.



شد. لذا مهم‌ترین فایده سجل قضایی در حقوق ایران وصف محرمانه و غیرعمومی است که به سجل قضایی داده شده تا از این طریق نتوان به حریم خصوصی افراد لطمه‌ای وارد کرد. از سویی نیز، ارزشمندترین فایده نگاه مثبت جامعه فرانسه به این نهاد حقوقی است. همین امر باعث شده تا قوانین جامع و کاملی در این راستا تدوین گردد و خلأ ملموسی در قوانین این کشور در این زمینه احساس نشود.

سجل قضایی در فرانسه برای دستیابی به سه هدف ایجاد شده است: ۱. محکومیت‌های جنایی و سایر تصمیمات دیگر را حفظ کند. ۲. مدیریت اطلاعات با قوانین قانونی حذف آن‌ها. ۳. اطلاعات در قالب برگه‌دان با محتوای متغیر با توجه به ماهیت گیرنده (حوزه‌های قضایی، اداری، اشخاص) تنظیم شوند. همچنین ماهیت اطلاعات ذخیره شده در سجل قضایی شامل موارد زیر است. ۱. محکومیت‌هایی که توسط دادگاه‌های جنایی صادر شده، از جمله محکومیت‌های خارجی که تحت کنوانسیون‌های بین‌المللی به فرانسه ارسال شده یا در فرانسه اعدام شده‌اند. از زمان قانون ۱۲ دسامبر ۲۰۰۵، محکومیت‌های جزایی خارجی که در یک

در حقوق اسلام مطابق با آیات متعدد در قرآن کریم بر ایجاد و ثبت سجل قضایی اشاره شده است. در نظام حقوقی ایران برابر ماده ۴ آیین‌نامه سجل قضایی در مرحله ایجاد سجل قضایی سه قسمت کیفری^۱، حقوقی^۲ و اداری^۳ پیش‌بینی شده است. همچنین سجل محکومیت‌های مالی طی آیین‌نامه مجزا پیش‌بینی شده است؛ و درحالی‌که چنین تقسیم‌بندی در نظام حقوقی فرانسه وجود ندارد؛ و این امر یکی از مزایا در ایجاد سجل قضایی و دسترسی راحت‌تر و منظم می‌شود.

در دین مبین اسلام عموم انسان‌ها دارای یک سرشت پاک الهی هستند و نمی‌توان به آنان توهین و مورد سرزنش قرارداد. بلکه در مقابل ارتکاب جرم، محکوم به مجازات بعد از تطهیر شدن از بقایای جرم، باید به‌گونه‌ای با مجرمان رفتار شود که لطمه‌ای به کرامت آن‌ها وارد نشود و با مجازات‌های محرومیت از حقوق اولیه مجرمان مواجه نشویم، لیکن در برخورد با مجرمان بعد از اعمال مجازات‌های اصلی باید توجه داشت که کرامت انسانی از وی سلب نشود و برخوردهایی که با وی صورت می‌پذیرد می‌بایستی خارج از چارچوب کرامت ذاتی نباشد و کماکان اصل کرامت آن‌ها حفظ شود (همایی چراغی، جیبی تبار و قیوم زاده، ۱۳۹۸: ۲۶). همچنین، با توجه به این مهم که دستیابی به سجل قضایی با نقض حریم خصوصی افراد مغایرت دارد و تا رضایت شخص وجود نداشته باشد نمی‌توان وارد این حریم

۱. محکومان مشمول محرومیت از حقوق اجتماعی به عنوان مجازات تبعی را شامل می‌گردد.
۲. برابر بند (الف) احکام قطعی راجع به اعلام حجر یا رفع حجر؛ (ب) احکام ورشکستگی تاجر و احکام مربوط به قرارداد ارفاقی؛ (پ) نقض احکام مربوط به ورشکستگی؛ (ت) اعاده حیثیت ورشکسته را شامل می‌گردد.
۳. برابر بند (الف) تصمیمات قطعی اداری راجع به اخراج بیگانه از کشور و الغاء آن؛ (ب) سلب تابعیت ایرانی از بیگانگانی که تابعیت ایران را تحصیل کرده‌اند و کسانی که ایرانی‌الاصل هستند؛ (پ) محکومیت به انفصال دائم از خدمات دولتی و عمومی و محرومیت از تصدی سمت‌های خاص و مدیریتی و محکومیت به اخراج از دستگاه متبوع صادر شده از هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری و انتظامی را شامل می‌گردد.

۱. برابر بند (الف) کلیه محکومیت‌های کیفری، قرار تعویق صدور حکم، تعلیق اجرای مجازات، احکام آزادی مشروط، نظام نیمه‌آزادی و آزادی تحت سامانه‌های الکترونیکی و سایر آرائی که اجرای آن‌ها به‌عهده اجرای احکام است، پس از ثبت در اجرای احکام کیفری؛ (ب) احکام و قراردادهایی که نیاز به عملیات اجرایی ندارد، از جمله قراردادهای منع و موقوفی تعقیب، بایگانی کردن پرونده، ترک تعقیب و رأی برائت پس از قطعیت آن‌ها؛ (پ) اطلاعات مجرمان خطرناک و مجرمان حرفه‌ای، به تشخیص دادستان بر اساس پرونده شخصیت؛ (ت) اطلاعات متهمان تحت تعقیب و متواری و محکومان فراری پس از صدور برگ جلب سیار؛ (ث) درخواست یا پیشنهاد عفو یا تخفیف مجازات محکومان و همچنین مراتب عفو یا تخفیف مجازات، پس از ثبت در پرونده؛ (ج) مراتب اعاده حیثیت

محل صدور شناسنامه خود به سایر دادرسی‌های عمومی و انقلاب نیز مراجعه نمایند ... هزینه صدور گواهی عدم سوءپیشینه کیفری برابر قوانین و مقررات مربوط خواهد بود». که البته در تبصره ۱ ماده ۱۱ امکان درخواست از طریق دفاتر خدمات الکترونیک قضایی نیز پیش‌بینی شده است؛ بنابراین دسترسی به سجل قضایی در ایران نیازمند طی مراحل است که زمان‌بر می‌باشد و همچنین از اشخاص مورد تقاضا سوءپیشینه هزینه اخذ خواهد شد. در حالی که دستیابی اشخاص به سجل قضایی خود در نظام حقوقی فرانسه و اخذ گواهی سوءپیشینه از طریق وارد کردن کد ملی شخص متقاضی یا سایر اطلاعات درخواستی در سایت وزارت دادگستری فرانسه^۳ به سهولت امکان‌پذیر است. لیکن ایراد اساسی که دارد امکان دسترسی به سجل قضایی با وارد کردن اطلاعات شخص دیگر از طریق سامانه مخصوص استعلام میسر است؛ همچنان که اخذ استعلام سوءپیشینه مطابق حقوق فرانسه رایگان است.

۴٫۳ حذف سجل قضایی

در خصوص حذف سجل قضایی در نظام حقوقی ایران یکی دیگر از موارد مهم عدم امکان حذف سجل قضایی اشخاص است، لازم به ذکر است که در آیین‌نامه سجل قضایی ۱۳۲۱ آورده بود که سجل قضایی بعد از انقضای ۹۰ سال از تاریخ ولادت اشخاصی که سجل قضایی به نام او صادر شده است از بین می‌رفت که در آیین‌نامه ۱۳۸۴ این مورد

می‌کند که اطلاعات در مورد محکومیت بین کشورهای اتحادیه اروپا به روشی یکنواخت، سریع و سازگار ردوبدل می‌شود. ۲. دسترسی آسان به قضات و دادستان‌ها به اطلاعات جامع در مورد تاریخ جنایی افراد مربوط، از جمله در کشورهای عضو اتحادیه اروپا که قبلاً محکوم شده است. ۳. با حرکت از یک کشور اتحادیه اروپا به کشور دیگر، این امکان را فراهم می‌کند که مجرمان از محکومیت‌ها فرار کنند. ۴. آیین‌نامه اجرایی بند (پ) ماده ۱۱۶ قانون برنامه پنج‌ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران.

^۳ <https://www.service-public.fr/lesite-officiel-de-l'administration-française>

کشور عضو اتحادیه اروپا^۱ صادر شده‌اند می‌توانند برای تکرار مجدد حفظ شوند. ۲. برخی از محکومیت‌های محکوم شده توسط دادگاه‌های تجاری (انحلال قضایی، ورشکستگی شخصی و ...) ۳. برخی از تصمیمات مدنی، اداری یا انضباطی است.

۴٫۲ دسترسی به سجل قضایی

در خصوص دسترسی به سجل حقوقی و اداری و محکومیت مالی در نظام حقوقی ایران امکان دسترسی به اطلاعات گواهی‌نامه‌های عدم پرداخت چک و اطلاعات احکام ورشکستگی و غیره توسط نهادهای ذی‌ربط از طریق سامانه سجل محکومیت‌های مالی برابر آیین‌نامه اجرایی ایجاد سامانه سجل محکومیت‌های مالی^۲ مصوب ۱۳۹۹/۱۲/۱۳ پیش‌بینی شده است. در حالی که در نظام حقوقی فرانسه احکام ورشکستگی را در قوانین سجل کیفری پیش‌بینی نموده است این آیین‌نامه سجل محکومیت‌های مالی را نیز جهت درج احکام مدنظر قرار داده است.

در حقوق اسلام فردی که مجازات خود را تحمل کند می‌تواند فوراً به جامعه برگردد و اعاده حیثیت و بازاجتماعی شدن به شکل مطرح شده در حقوق جزای عرفی در قواعد شرعی مطرح نمی‌شود (عالیخانی، ۱۳۸۳: ۴۴). در نظام حقوقی ایران برابر ماده ۱۱ آیین‌نامه سجل قضایی «متقاضیان صدور گواهی عدم سوءپیشینه می‌توانند علاوه بر دادرسی

^۱ در خصوص دسترسی کشور فرانسه به سجل قضایی اشخاص در اتحادیه اروپا نیز با توجه به این که دادگاه‌های ملی اغلب احکام را بر اساس محکومیت‌های گذشته‌ای که یک مجرم در سجل قضایی خود دارد صادر می‌کنند و محکومیت‌ها را در سایر کشورهای اتحادیه اروپا در نظر نمی‌گیرند. در نتیجه، متخلفین احتمالاً می‌توانند با انتقال به کشور دیگری از اتحادیه اروپا، از محکومیت فرار کنند. از این رو، در آوریل سال ۲۰۱۲ سیستم اطلاعات سوابق کیفری اروپا (European Criminal Records Information System) به منظور بهبود تبادل اطلاعات در پرونده‌های جنایی در سراسر اتحادیه اروپا تأسیس شد و همه کشورهای اتحادیه اروپا در حال حاضر به این پایگاه متصل هستند. ویژگی‌های این پایگاه این است که: ۱. تضمین

بسیست سال از تاریخ آزادی قطعی یا آزادی مشروط بدون لغو با شرایطی از استثنای ذکر محکومیتشان در برگه‌دان شماره دو منتفع می‌گردند.

در مورد حذف سابقه سجل قضایی باید خاطر نشان ساخت که پیش‌بینی حذف سجل قضایی اشخاص در برچسب‌زنی برای افراد و امکان برگشت به زندگی عادی را برای محکومان سخت‌تر خواهد کرد و این امر با باز اجتماعی نمودن آن‌ها تفاوت خواهد داشت. از سوی دیگر انسان‌ها همواره سعی بسیاری را صرف نگهداری از کرامت خود می‌کنند و هرگاه حیثیت انسان با خدشه و آسیبی روبه‌رو شود، آثار سوء فراوانی تا مدت‌های مدیدی بر شخص و حتی خانواده او به‌جای خواهد گذاشت؛ محکومانی که در پی تحمل مجازات از برخی حقوق فردی و اجتماعی محروم می‌شوند، پس از تحمل مجازات، اصولاً باید آماده ورود به زندگی سالم اجتماعی شده باشند و در صورت ادامه این محرومیت‌ها بازگشت مسالمت‌جویانه اشخاص مذکور را با دشواری و مشکل همراه می‌کند.

یکی دیگر از موارد حذف برگه‌دان سجل قضایی است. همچنان که در حقوق اسلام مطابق آیات متعدد بر ثبت اعمال انسان‌ها تأکید شده است که ثبت این اعمال بر تصمیم‌گیری در خصوص عقوبت انسان‌ها اهمیت دارد. لذا، با توجه به این‌که هدف از ایجاد این برگه‌دان‌ها ایجاد سوابق کیفری برای هر شخص به‌منظور بیان مجازات‌ها، تصمیمات قضایی یا اداری منجر به محرومیت از حقوق و تصمیمات تأثیرگذار بوده است؛ و محتوای این برگه‌دان‌ها با توجه به شدت و ضعف متفاوت بوده است. در یکی از برگه‌دان‌ها که شامل جدی‌ترین مجازات‌ها است قرار می‌گیرد، می‌تواند برای شخص مربوط صادر شود. برگه‌دان دیگر برای برخی از کارفرمایان و به‌منظور مشخص نمودن محرومیت‌های اجتماعی است که در امر تصدی شغل و استخدام شدن افراد

به ۷۰ سال کاهش یافت و با آیین‌نامه ۱۳۹۸ این امر به‌طور کل حذف شده است و در عمل دیگر حذف برگه سجل قضایی نخواهیم داشت (پورقهرمانی و تیموری، ۱۳۹۹: ۷۲). هم‌چنین امکان حذف برگه‌های سجل قضایی در صورت عفو عمومی مطابق آیین‌نامه ۱۳۸۴ بود که در آیین‌نامه ۱۳۹۸ حذف شده است. از سویی نیز، از معایب دیگر نظام حقوقی ایران، این است که اعاده حیثیت قضایی نیز وجود ندارد.

درحالی‌که در نظام حقوقی فرانسه برابر ماده ۷۶۹ قانون آیین دادرسی کیفری ضمن اشاره به حذف سجل قضایی از محکومیت‌های پاک شده توسط عفو عمومی یا اصلاح شده بر طبق تصمیم تصحیح سجل قضایی، اوراق راجع به محکومیت‌هایی که بیش از ۴۰ سال قبل صادر شده‌اند و برای محکومیت جدیدی به مجازات جنایی یا جنبه‌ای مورد پیگیری قرار نگرفته‌اند نیز از سجل قضایی حذف می‌گردند. هم‌چنین، در ادامه ماده در بند ۱ برای آرای صادره در مورد ورشکستگی؛ بند ۲ تصمیمات انتظامی که به دنبال اعاده حیثیت پاک شده‌اند؛ بند ۴ معافیت از مجازات با پایان یافتن ۳ سال؛ بند ۵ محکومیت‌های خلاف با پایان ۳ سال و در صورت انجام تخلف ۴ سال؛ بند ۶ موارد راجع به سازش کیفری با پایان ۳ سال؛ بند ۷ اوراق راجع به تدابیر صادره برای بزهکاری اطفال با پایان ۳ سال و برابر بند ۸ با پیش‌بینی اعاده حیثیت قضایی و برابر بند ۹ در موارد عدم مسئولیت کیفری به علل اختلال روانی با حصول شرایطی از سجل قضایی حذف خواند شد. هم‌چنین، برابر ماده ۷۷۰ حتی شخص هیچ‌ده تا بیست و یک سال نیز در صورت مسلم شدن بازپروری با پایان ۳ سال از تاریخ محکومیت امکان حذف برگه‌های راجع به محکومیت صادره برای افعال ارتكابی وجود دارد. حتی در ماده ۲-۷۷۵: برای محکومین به مجازات که نمی‌توانند به‌طور خودکار به اعاده حیثیت دست یابند، بعد از پایان مدت

۱. ماده ۶: محکومیت محکومانی که مورد عفو و بخشودگی قرار می‌گیرند در صورتی که زوال آثار محکومیت به مجازات در عفو تصریح شده باشد، از سجل قضایی آنان محو می‌شود.

سهولت دسترسی به سجل قضایی و رایگان بودن اخذ استعلام سوءپیشینه مطابق حقوق فرانسه، عدم پیش‌بینی حذف سجل قضایی پس از تعیین مدت‌زمان و عدم وجود نهاد اعاده حیثیت قضایی در نظام حقوقی ایران و پیش‌بینی حذف سجل قضایی پس از طی مدت‌زمان خاص با احراز شرایطی و وجود نهاد اعاده حیثیت قضایی و حذف برگه‌دان‌های سجل قضایی در نظام حقوقی ایران و وجود سه نوع برگه‌دان برای ثبت محکومیت‌ها در نظام حقوقی فرانسه می‌باشند؛ بنابراین، به جهت هرچه بهتر اجرا شدن نهاد سجل قضایی می‌بایست مطابق نظام حقوقی فرانسه نگرش سیستم قضایی در حقوق ایران در مورد سجل قضایی دارای رویکرد مثبت باشد. با امعان نظر به این موضوع، نحوه تنظیم مقررات سجل قضایی باید به‌گونه‌ای باشد که در خصوص آن دسته از افراد محکوم که اصلاح شده‌اند زمینه برای بازگشت مجدد آن‌ها به جامعه فراهم گردد. همچنان که در حقوق اسلام بر بازگشت مجرمان بعد از اتمام مجازات به جامعه در نظر گرفته شده است و این امر پویایی و توجه حقوق اسلام بر اصلاح و تربیت مجرمان را می‌رساند.

۶ پیشنهادها

پس از تطبیق حقوق اسلام و مواضع قانون‌گذاران کشورهای ایران و فرانسه، به‌منظور استفاده از نقاط قوت حقوق اسلام و نظام حقوقی فرانسه در راستای رفع کاستی‌های موجود در قانون داخلی و دوری از پیامدهای آثار سوءپیشینه کیفری پیشنهادهای زیر ارائه می‌گردد؛

۱. با توجه به پیش‌بینی آیین‌نامه‌های قبلی سجل قضایی بر عدم تشکیل سجل قضایی برای افراد زیر ۱۸ لازم است تا به‌منظور بازاجتماعی کردن اطفال محکوم و ایجاد فرصت‌های جدید برای آنان به‌منظور اصلاح و تربیت می‌بایست شرایط فوق‌مجدد در آیین‌نامه احیا گردد.

بسیار تأثیرگذار بوده است (پورقهرمانی و تیموری، ۱۳۹۹: ۷۳-۷۴). در نظام حقوقی ایران ایجاد برگه‌دان‌های سجل قضایی برابر آیین‌نامه‌های قبلی پیش‌بینی شده بود که مطابق آیین‌نامه ۱۳۹۸ حذف شده است. درحالی‌که در نظام حقوقی فرانسه برابر مواد ۷۷۴ و ۷۷۵ و ۷۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری وجود سه برگه‌دان جداگانه برای ثبت محکومیت‌های و ثبت وقایع سجل قضایی اشخاص به‌منظور استفاده از هرکدام از اطلاعات برگه‌ها پیش‌بینی نموده است.

۵ نتیجه‌گیری

مطالعه تطبیقی نهاد سجل قضایی در نظام حقوقی اسلام، ایران و فرانسه بیانگر این امر است که سجل قضایی یکی از تأسیساتی است که از جانب شریعت و حقوق اسلام پذیرفته شده و سال‌های متمادی است که در هر دو نظام حقوقی ایران و فرانسه به رسمیت شناخته شده است. در حقوق اسلام، ایران و فرانسه با پیش‌بینی ایجاد سجل قضایی در راستای شناسایی مجرمان تدابیری اندیشیده شده که البته نهاد سجل قضایی در حقوق ایران در بسیاری از جهات تفاوت بسیاری با سجل قضایی در فرانسه را دارا می‌باشد و در پاره‌ای از موارد نیز گزیده‌برداری از حقوق فرانسه مشاهده می‌گردد، لذا نهاد سجل قضایی در نظام حقوقی اسلام، ایران و فرانسه دارای تفاوت‌ها، شرایط و آثاری است که مهم‌ترین آن‌ها بر اساس یافته‌های پژوهش شامل تشکیل سجل قضایی برای افراد زیر ۱۸ سال در نظام حقوقی ایران و عدم تشکیل آن در نظام حقوقی فرانسه و حذف سوابق محکومیت‌های اطفال از سجل قضایی، پیش‌بینی ایجاد سجل قضایی در سه قسمت کیفری، حقوقی و اداری در نظام حقوقی و عدم چنین تقسیم‌بندی در نظام حقوقی فرانسه، پیش‌بینی سامانه سجل محکومیت‌های مالی در نظام حقوقی ایران و پیش‌بینی احکام ورشکستگی در نظام حقوقی فرانسه را در قوانین سجل کیفری، زمان‌بر بودن دسترسی به سجل قضایی و اخذ هزینه از اشخاص موردتقاضا سوءپیشینه در ایران و



به‌منظور رفع آثار سوءپیشینه کیفری و نیل به اعاده حیثیت.

۵. ایجاد نهاد اعاده حیثیت قضایی در نظام حقوقی ایران برای اشخاصی که می‌خواهند یک زندگی قانونمند داشته باشند و همچون افراد ناکرده بزه در جامعه نقش ایفا کنند و از حقوق اجتماعی خود که به سبب ارتکاب جرم محروم بودند، سریع‌تر بهره‌مند گردند.

۲. پیش‌بینی سامانه مخصوص برای اخذ سهولت استعلام سوءپیشینه اشخاص و رایگان نمودن آن به‌منظور رعایت عدالت اجتماعی.

۳. امکان حذف سجل قضایی با گذشت مواعد قانونی به‌منظور نیل به اعاده حیثیت و پیشگیری از تالی فاسدها و تأثیر آن در نسل‌های بعدی اشخاص محکوم.

۴. احیای برگه‌دان سجل قضایی برای در نظر گرفتن نوع جرم و مدت محرومیت از حقوق اجتماعی

References

The Holy Quran

Nahj al-Balagha

Aghababaei, Sh, Goldoost Joibari, R & Abdollahzadeh Siah Pirani, M. (2017), Legal review of the process of creating criminal records and related certificates in the Iranian legal system, International Congress of Civil Rights, Danesh Gostar Institute of Civil Rights, Tehran, 19 December 2017, PP 1-13. (In Persian)

Al-Tabarsi, Sh AF Ibn AH. (2001), Interpretation of the Assembly of Speakers, Translation: Ali Karami, 16nd ed, Publications by Ministry of Culture and Islamic Guidance. (In Arabic)

Ali Abadi, AH. (2006), Criminal law, 2nd ed, Vol 2, Publications by Ferdowsi. (In Persian)

Alikhani, S. (2004), A comparative study of criminal records and evidence of no criminal record in Iranian and British law, Thesis for Master of Criminal Law and Criminology, University of Tehran. (In Persian)

Bastien, P. (2006), L'exécution publique à Paris au XVIIIe siècle Une histoire des rituels judiciaires, Seyssel, Éditions Champ Vallon. (In French)

Caruchet, W. (1981), Bas-fonds du crime et tatouages, Monaco, Éditions du Rocher. (In French)

Castro, T. (2011), Une cartographie du crime: les images d'Alphonse Bertillon, Édition électronique, PP 1-27. (In French)

Elliott, C & Vernon, C. (2008), French legal system, Translation: Safar Bigzadeh, 1st ed, Publications by Samt. (In Persian)

Farcy, JC. (1990), Le casier judiciaire au XIXe siècle, Bulletin du Centre d'histoire de la France contemporaine, n° 11, Université de Paris 10 Nanterre. PP 5-30. (In French)

Grunvald, S. (1993), La conservation des condamnations pénales: étude du casier judiciaire, thèse de doctorat, Droit pénal, University of Poitiers. (In French)

Heydari Dehaghani, F & Nouzari, M. (2019), Studying Legal and Juridical Fundamentals of Restoration of Prestige in Penal Affairs, Journal of Islamic Jurisprudence and Law, Vol 11, No 22, PP 41-76. (In Persian)

Homaee Cherage, P, HabibiTabar, H & Qaumzade, M. (2019), Investigating the inherent Dignity of human beings in penalties for Of Deprivation Of Social Rights, Journal of Culmination of Law, Vol 5, No 3, PP 22-60. (In Persian)

Jafari Langroudi, MJ. (1999), Extensive in Legal Terminology, 1st ed, Vol 3, Publications by Ganj Danesh. (In Persian)

Laurent, L. (2006), Le lieutenant Camille Pierre, un passeur des innovations criminalistiques policières dans les pratiques judiciaires des gendarmes à la Belle Époque. Édition électronique, PP 1-27. (In French)



- Makarem Shirazi, N, (1989), *Sample Interpretation*, 5nd ed, Vol 26, Publications by Islamic Books. (In Arabic)
- Mohammadi Manesh, M. (2013), *Legal and Criminological Review of Criminal Records: Necessities and Challenges*, Thesis for Master of Criminal Law and Criminology, Kashan University. (In Persian)
- Mousavi Khoei, SAG. (2014), translation of buildings takmilat alminhaji. Trans: Syed Hashem Bathaei Golpayegani, 1nd ed, Mizan Publications. (In Persian)
- Najabati, M. (2002), *Scientific Police (Scientific Discovery of Crimes)*, 1nd ed, Publications by Samt. (In Persian)
- Nobahar, R. (2014), *Rethinking Jurisprudential Evidences for the Death Penalty in Relation to Repeation of Specific Crimes (Hudud)*, Journal of Criminal Law Research, Vol 2, No 5, PP 9-46. (In Persian)
- Normandeu, A (1969), *Pioneers in Criminology: Arnould Bonneville de Marsangy (1802-1894)*. the Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science, Vol 60, No 1, PP 28-32. (In French)
- Perrot, M. (1975), *Délinquance et système pénitentiaire en France auxixe siècle, dans Annales, Économies, Sociétés, Civilisations*, Vol 30, No 1, PP 67-91. (In French)
- Pourghahramani, B & Teymouri, M. (2022), *A Reflection on Subordinate Punishments in Iran Criminal Law*, Journal of Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law, Vol 15, No 44, PP 189-208. (In Persian)
- Pourghahramani, B & Teymouri, M. (2021), *Challenges Facing Judicial Record Organization as Scientific Crime Detection Tool Emphasizing Judicial Recorded Regulations Approved in 1398*, Journal of Karagah Scientific, Vol 14, No 53, PP 59-78. (In Persian)
- Pradel, J. (2008), *Droit pénal comparé*, Paris, 3^e éd. Les publications Dalloz. (In French)
- Renneville, M. (2014), *C'est a la prison a reconnaitre les siens De l'anthropometrie judiciaire a la biometrie contemporaine*, Édition électronique, PP 1-40. (In French)
- Ruopoli-cayet, S. (2003), *Arnaud Bonneville de Marsangy (1802-1894): un précurseur de la science criminelle moderne*, Paris, Les publications The Harmattan. (In French)
- Sadeghi Jafari, M. (2009), *A comparative study of criminal records in the Iranian legal system with the United States*, Thesis for receiving a master's degree in criminal law and criminology, Qom University. (In Persian)
- Saillard, A. (2015), *L'Autre dans les mécanismes étatiques de contrôle de la mobilité (France, seconde moitié du, XIXe siècle) dans Politique européenne*. Vol 47, No 1, PP 94-121. (In French)
- Seron, V & Simon, J. (2002), *La loi du 8 août 1997 relative au casier judiciaire central*, Journal des Tribunaux, PP 97-107. (In French)



- Schnapper, D. (1991), *La France de l'intégration: Sociologie de la nation en 1990*, Paris, Éditions Gallimard. (In French)
- Sheikhzadeh, M. (2005), Criminal record in the Iranian legal system, *Journal of Allameh*, Vol 7, No 1, PP 75-104. (In Persian)
- Sharifi, M & Rajabiyah, M H. (2016), Investigation of criminal records and certificate of no criminal record in Iranian law, *Journal of Political Science, Law and Jurisprudence*, Vol 2, No 2, PP 19-29. (In Persian)
- Waezi, MM & Qabuli Durafshan, SMT. (2010), A Deliberation on "Repetition of Crime" in Imami Jurisprudence and Iranian Law, *Journal of Figh ana Usul*, Vol 42, No 84, PP 185-209. (In Persian)
- Valicourt de Séravillers, Hd. (2009), *La Preuve par l'ADN et l'erreur judiciaire*, Paris, Les publications L'Harmattan. (In French)
- Van de Kerchove, M. (2005), *Quand dire, c'est punir: essai sur le jugement pénal*, Publications Fac St Louis, Dans *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Vol 56, No 1. PP 213-215. (In French)
- Vigier, Ph, Faure, A & Dalotel A. (1987), *Maintien de l'ordre et polices en France et en Europe au xixe siècle*, Paris, Les publications Creaphis, coll Silex. (In French)

Research Paper

Principle of Personal Competence Based on the Nationality of the Victim with a Comparative Approach and An Emphasis on British Law

Mohammad Hasan Hasani¹, Hamid Alizadeh² , Mohammad Sabziari^{*3} 

¹ Assistant Professor of Law, Faculty of Humanities, Damghan University, Damghan, Iran.

² PhD Student in Criminal Law and Criminology, Faculty of Humanities, Urmia University, Urmia, Iran.

³ M.D. in Jurisprudence and Criminal Law, Faculty of Humanities, Damghan University, Damghan, Iran.



10.22080/LPS.2022.23312.1321

Received:

March 18, 2022

Accepted:

June 21, 2022

Available online:

July 19, 2022

Keywords:

Personal competence, Spatial scope of criminal law, Passive personal competence, Citizenship, Victim

Main Subjects:

Criminal Law and Criminology

Abstract

The principle of personal criminal jurisdiction based on the nationality of the victim in criminal law is the national legislative and judicial jurisdiction over crimes committed against its own citizens abroad. In fact, accepting foreign punishments and sentences is a condition for the national court. The Iranian-British criminal systems are coherent in identifying this type of jurisdiction, however, the maximum range and multiple standardization in Iran versus the minimum range and single standardization of the United Kingdom indicates a kind of differential criminal policy. In Iranian law, personal jurisdiction based on the victim's citizenship can be applied extensively to all crimes with various criteria, including the victim's citizenship relationship with the country of origin, mutual criminalization, prohibition of retrial and retribution, and the presence of the accused in the country. In English Law, on the other hand, personal jurisdiction is limited to specific offenses. Despite sharing the maximum scope, there are also significant differences in multiple standardization between the two penal systems, i.e., in Iran, only in non-prescribed religious crimes, the rule of mutual criminality and the prohibition of trial and retribution of the perpetrator is accepted. Regarding the crimes of hudud, qisas and diyat, the principle of passive personal jurisdiction is applied and in addition to not being bound by mutual criminality, the trial and retribution of the perpetrator are accepted; a strategy that is not compatible with the criminal case in the UK. Therefore, it seems that the exceptional aspect of personal competence based on the citizenship of the victim requires appropriate identification. Accordingly, the British approach is more prudent.

***Corresponding Author:** Mohammad Sabziari

Address: M.D. in Jurisprudence and Criminal Law, Faculty of Humanities, Damghan University, Damghan, Iran.

Email: m.sabziari@gmail.com



Extended abstract

1. Introduction

In international criminal law, the issue of jurisdiction is related to the authority and sovereignty of states. Therefore, how to react to jurisdiction is very important. Therefore, in this comparative study, we will deal with the principle of delinquent-based and victim-centered personal competences. On the one hand, committing a crime by nationals abroad is in fact a manifestation of the identity and culture of that nation abroad. On the other hand, committing a crime abroad against the domestic citizens and not reacting shows a lack of support and weakening of the power structures. Hence, this requires a criminal response in both aspects of the case. Governments, therefore, respond to this issue by legislating reaction-protection laws. Therefore, in this article, the principle of personal competence with a comparative approach with an emphasis on the British Law is studied.

2. Methods

The research method is descriptive-analytical.

3. Results

According to Germany-Iran maximalist approach, personal competence based on the victim's (passive) citizenship is widely accepted in all crimes. Accordingly, German Criminal Law is applied to crimes committed against its nationals abroad, provided that the perpetrator's conduct in the country of origin is also criminalized and punishable, or that the place of perpetration is not within the jurisdiction of any country. In Germany, apart from the above conditions, there is no other restriction on the application of this type of competence. For example, it is not limited to the fact that the perpetrator

intends to inflict harm on German citizens or is subject to the victim's complaint or the local government. However, the transnational application of German criminal law against its citizens outside Germany has been criticized because the offender is completely accidentally subject to the criminal law of a foreign country without having any connection with that country. The German law in the exercise of this type of jurisdiction does not distinguish between the public and private interests. The Iranian legislature, like Germany, has enacted passive personal jurisdiction extensively in Article 8 of the 92 of the Islamic Penal Code.

However, some other countries (Spain, Thailand, the Netherlands and Belgium) have accepted this principle only in specific crimes.

The United Kingdom, like some Commonwealth countries such as the United States, has adopted a minimalist approach, accepting passive personal jurisdiction only for certain offenses under international law.

Discipline of active and passive personal competence is the common approach of the studied penal systems. However, in standardization, they have adopted a different method. Germany and Iran use multiple standardization while the United Kingdom uses a unique one.

According to the multiple standardization in the Iranian criminal approach, in addition to the need for a relationship between the victim's citizenship and the country, the execution of this type of jurisdiction is subject to other criteria. Bilateral criminalization is a common approach to the exercise of passive personal jurisdiction in the Iranian and German laws. The difference is that in Germany, unlike Iran, this rule is not

specific to passive personal competence but includes active personal competence. In addition, unlike Iran, which is bound by non-prescribed penal crimes, it includes all crimes. The second criterion for exercising this type of jurisdiction in both types is the prohibition of trial and retrial. This rule is provided only in the Iranian law. The third defining criterion in the Iranian law, however, is the lack of obstacles to prosecution.

According to the unique standard in the UK criminal approach, the exercise of active or passive personal jurisdiction is based solely on the existence of some kinds of relationship between the offender or the victim and the UK which can be based on nationality, citizenship (loyalty), residence or support of the United Kingdom.

4. Conclusion

Acceptance of personal jurisdiction based on victim's citizenship is a common approach of the penal systems under study. However, they have adopted a different method in identifying their scope. According to Iran's maximalist approach, personal competence based on victim's (passive) citizenship is widely accepted in all crimes. In contrast, the United Kingdom, Canada, and Italy adopt a minimalist approach, accepting passive personal jurisdiction only for certain crimes under the international law (such as terrorist crimes). Some other countries (Spain, Thailand, the Netherlands and Belgium) accept this principle only in specific crimes. Multiple standardization in Iran's criminal approach requires the existence of a relationship between the victim's nationality and the country along with other criteria. Bilateral criminalization in Iran, unlike some countries such as Germany, only includes

the principle of passive personal jurisdiction. The rule for exercising this type of jurisdiction is to prohibit trial and retrial. This rule is provided only in the Iranian law. According to the unique standard in the British criminal approach, the exercise of passive personal jurisdiction is based solely on the existence of some kind of relationship between the offender or the victim and the UK. Therefore, it seems that the minimalist approach requires the identification of passive personal competence that can be accepted and supported only in very important crimes related to the national interest or the public order and morality of the country.

Funding

There is no funding support.

Authors' contribution

All authors have participated equally in the writing of this manuscript.

Conflict of interest

Authors declared no conflict of interest.

Acknowledgments

We are grateful to all the scientific consultants of this paper.

علمی پژوهشی

اصل صلاحیت شخصی مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده با رویکرد تطبیقی با تاکید بر حقوق انگلیس

محمد حسن حسنی^۱، حمید علیزاده^۲ ID، محمد سبزیاری^۳ ID*^۱ استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه دامغان، دامغان، ایران.^۲ دانشجوی مقطع دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه ارومیه، ارومیه، ایران.^۳ کارشناس ارشد فقه و حقوق جزا، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه دامغان، دامغان، ایران.

10.22080/LPS.2022.23312.1321

چکیده

اصل صلاحیت کیفری شخصی مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده در قوانین کیفری، صلاحیت تقنینی و قضایی ملی نسبت به جرایم ارتكابی علیه اتباع خود در خارج است. در واقع پذیرش مجازات و احکام خارجی با شرایطی برای دادگاه ملی است. نظام‌های کیفری ایران انگلستان در شناسایی این نوع صلاحیت همسو و مشترک‌اند، با این‌وجود گستره شناسی بیشینه و ضابطه‌انگاری چندگانه در ایران در برابر گستره‌شناسی کمینه و ضابطه‌انگاری یگانه انگلستان نشان از یک نوع سیاست کیفری افتراقی دارد. در حقوق ایران صلاحیت شخصی مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده به نحو موسع نسبت به کلیه جرائم با ضوابط متعدد مشتمل بر وجود رابطه تابعیت بزه‌دیده با کشور متبوع، جرم انگاری دوجانبه، منع محاکمه و مجازات مجدد و حضور متهم در کشور قابل اعمال است. در مقابل در حقوق انگلستان صلاحیت شخصی صرفاً در مورد جرائم خاص احصاء شده است. با وجود اشتراک در گستره‌شناسی بیشینه، در ضابطه‌انگاری چندگانه بین دو نظام کیفری تفاوت‌هایی نیز قابل ملاحظه است. بدین معنا که در ایران تنها در جرایم غیرمنصوص شرعی ضابطه جرم‌انگار دوجانبه و منع محاکمه و مجازات مجدد مرتکب مورد پذیرش قرار گرفته است. در خصوص جرایم حدود، قصاص و دیات اصل صلاحیت شخصی منفعل اطلاق داشته و علاوه بر آن که مقید به جرم‌انگاری دوجانبه نشده، بلکه محاکمه و مجازات مجدد مرتکب را نیز پذیرفته است. راهبردی که با امر مختوم کیفری همخوانی ندارد. لذا به نظر می‌رسد، جنبه استثنایی صلاحیت شخصی مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده، مقتضی شناسایی محدود و در حد ضرورت این نوع صلاحیت می‌باشد؛ لذا رویکرد انگلستان سنجیده‌تر است.

تاریخ دریافت:

۲۷ اسفند ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۳۱ خرداد ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۲۸ تیر ۱۴۰۱

کلیدواژه‌ها:

صلاحیت شخصی، قلمرو مکانی قوانین کیفری، صلاحیت شخصی منفعل، تابعیت، بزه‌دیده

* نویسنده مسئول: محمد سبزیاری

آدرس: کارشناس ارشد فقه و حقوق جزا، دانشکده علوم انسانی، ایمیل: m.sabziari@gmail.com

دانشگاه دامغان، دامغان، ایران.

مقدمه

سرزمینی و واقعی خود را صالح به رسیدگی می‌داند و تمایلی به پذیرش مقررات کیفری دیگر کشورها نشان نمی‌دهند. از این‌رو، حتی در صورت اعمال مجازات توسط کشور مرتکب برخی کشورها از جمله ایران در برخی جرایم به عنوان مثال جرایم حدود، قصاص، دیات و تعزیر منصوص شرعی علاوه بر عدم پذیرش جرم‌انگاری دوجانبه، محاکمه و مجازات مجدد مرتکب را نیز پذیرفته‌اند. به عنوان مثال اگر شخص ایرانی در کشور آلمان به قتل برسد و محاکم آلمان مرتکب را به حبس و خسارت محکوم نماید. این رای در محاکم ایران قابل اعتبار نیست و در صورت یافت یا اعاده به ایران محاکمه و مجازات مجدد او بر طبق قوانین ایران مجدداً علیه او اعمال می‌شود. در واقع حاکمیت دولت‌ها به نحو مطلق در برخی جرایم اجازه پذیرش احکام ملی دیگر کشورها را نمی‌دهد. بنابراین، مطالعه تطبیقی سایر نظام‌های حقوقی و آشنایی با اندیشه‌ها و اطلاعات موجود در این نظام‌ها و تبعاً استفاده از تجارب علمی، قانونی و قضایی آنها امری قابل تامل است. در این بین آشنایی با مقررات سایر کشورها به دلیل قوانین و رویه‌های قانونی و قضایی تاثیرگذار در این خصوص در کمک به حقوق داخلی می‌تواند ثمربخش باشد. از این‌رو، در این نوشتار به اصل صلاحیت شخصی مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده با رویکرد تطبیقی با تاکید بر حقوق انگلیس می‌پردازیم.

۱ صلاحیت شخصی منفی (یا مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده)

صلاحیت شخصی منفعل ریشه در تابعیت دارد، به این نحوه هر دولتی اتباع خود را مورد توجه قرار داده و همانطور که باید از منافع آنها حمایت نماید، در صورتی که در خارج از کشور بزه‌دیده واقع شوند می‌بایست در موضوع مداخله نموده و مجرم را مورد تعقیب و محاکمه قرار دهد. خواست هر کشوری اقتضاء دارد که اتباع آن، در کشورهای دیگر مورد بزه‌دیدگی واقع نشود. از طرف دیگر اعمال

در حقوق جزای بین الملل بحث صلاحیت با اقتدار و حاکمیت کشورها مرتبط می‌باشد. از این‌رو، نحوه واکنش به صلاحیت قضایی از اهمیت بسزایی برخوردار است. امروزه در حقوق جزای بین الملل چهار نوع صلاحیت کیفری مطمع نظر است که عبارت‌اند از: صلاحیت سرزمینی، واقعی، شخصی و جهانی. رویکرد این نوشتار به اصل صلاحیت شخصی مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده است. در این میان آنچه سبب اهمیت بیش از پیش صلاحیت شخصی می‌شود، مسئله مهاجرت از یک سو و اهمیت یافتن بحث تابعیت و ملیت از سوی دیگر است. زیرا، ارتکاب جرم در خارج علیه اتباع داخلی و عدم واکنش نشان از عدم حمایت و تضعیف ساختارهای قدرتی است. از این‌رو، این امر مستلزم واکنش کیفری متعارف است. بنابراین، دولت‌ها با تقنین قوانین واکنشی-حمایتی به این مسئله پاسخ می‌دهند. از طرفی دیگر پذیر این امر موجب پذیرش آراء ملی یک کشور در کشور دیگر و در اصل موجب توسعه حقوق کیفری به خارج از مرزها می‌شود. در واقع چالش حقوقی ایجاد شده اگر مورد پذیرش قرار نگیرد موجب بی‌کیفرمانی مجرم می‌شود. به عنوان مثال، اگر مقام عالی‌رتبه یک کشور علیه شخص ایرانی مرتکب جرمی شود چون امکان اعمال اصل صلاحیت سرزمینی وجود ندارد و کشور مورد نظر نیز ممکن است به جوانب سیاسی مرتکب را مجازات ننماید. از این‌رو، خلاء موجود در حقوق کیفری ایران تا قبل از وضع ماده ۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مشهود بود. بنابراین با وضع این ماده امکان تعقیب و اجرای مجازات علیه مجرم فراهم شد. البته مخالفان، اصل صلاحیت شخصی منفعل را، مداخله در حاکمیت دیگر کشورها قلمداد می‌نمایند (به نقل از؛ طهماسبی، ۱۳۹۶، ۱۱۹؛ Geoff, 1992, 418).

در واقع چالش اصلی موضوع حاکمیت مطلق کشورها در اعمال مقررات کیفری داخلی است. بدین معنا که هر کشور تنها براساس اصل صلاحیت



دولت‌ها از مجازات جرم ارتكابی رهایی یابند. از جمله ترفندها این است که شخصی علیه تبعه یک کشور جرایمی به این دلیل که تبعه یک کشور دیگر است و از او حمایت نمی‌شود، مرتکب شود. به دیگر سخن، ممکن است جرمی در خارج از یک کشور توسط اتباع بیگانه علیه تبعه آن کشور رخ دهد، به عنوان مثال سرقت یا کلاهبرداری. در این موارد دولت‌ها جهت جلوگیری از بی‌کیفیری مجرمان و بزهداران مبادرت به شناسایی انواع صلاحیت‌کیفیری و اتخاذ تدابیر لازم به منظور همکاری با سایر دول می‌نمایند. در برخی موارد امکان دارد که عمل ارتكابی در کشور محل وقوع، به اساساً جرم شناخته نشود و یا دولت محل وقوع، به علت ضعف سیستمی و عدم وجود امکانات کافی نتواند به جرم ارتكابی رسیدگی کند و یا اینکه میلی به تعقیب مرتکب نداشته باشد و یا اینکه به طور کلی به هر دلیلی مانند ملاحظات سیاسی و یا روابط با کشور متبوع مرتکب از تعقیب وی خودداری نماید، در این صورت لازم است کشوری که خود را به نحوی با جرم تحقق یافته مرتبط می‌داند، اقدام به تعقیب و محاکمه مرتکب نماید. در واقع این امر نشان از ساختار محکم حمایتی از اتباع خود در کشور دیگر است.

۲٫۲ حمایت از ملیت

مهم‌ترین و اساسی‌ترین منبای اصل صلاحیت شخصی عنصر ملیت است که در واقع پیوند شخصی را با یک ملت نشان می‌دهد. زمانی که یک ملت تشکیل می‌شود و اقدام به وضع قوانین و ضمانت اجراهای کیفیری و غیرکیفیری از طریق منتخبین خود از جمله مجلس می‌نماید، در واقع یک اتحاد و همبستگی بین افراد آن به وجود می‌آید به طوری که قوانین وضع شده بر تک‌تک افراد آن ملت چه در داخل و چه در خارج از کشور ساکن باشند، اجرا می‌شود و هر کس که از قوانین کیفیری که مظهر ارزش‌های جامعه است، تخلفی نماید باید محاکمه و مجازات شود. به همین منظور اصل صلاحیت شخصی مبتنی بر تابعیت بزهدیده به عنوان مکمل

اصل صلاحیت شخصی منفعَل موجب جلوگیری از فرار افراد از مجازات و بی‌کیفیری می‌شود (مصدق، ۱۳۹۸، ۴۱).

اصل صلاحیت شخصی منعل حاکی از آن است که چنانچه تبعه یک کشور در خارج از آن کشور بزهدیده واقع شود، قوانین جزایی کشور متبوع خود از او حمایت نماید. در غیر این صورت افرادی که به کشورهای دیگر سفر می‌نمایند، بزهدیده واقع شده و ممکن است کشور مورد نظر نیز تعقیب مرتکب را به دلیل ساختار سیاسی انجام ندهد. به دیگر سخن، حمایت از اتباع توسط دولت‌ها، ایجاب می‌نماید که دولت متبوع بزهدیده در موضوع مداخله نموده و بزهدار را مورد تعقیب قرار دهد، هرچند که جرم در خارج از قلمرو حاکمیت آن کشور به وقوع پیوسته است (اسکندری، ۱۳۹۵، ۱۱-۱۲). در واقع اصل صلاحیت شخصی منفی، حاکی از آن است که چنانچه یکی از اتباع کشوری در خارج از قلمرو آن کشور بزهدیده واقع شود، کشور متبوع وی صرف‌نظر از تابعیت بزهدار با رعایت شرایطی بتواند به جرم ارتكابی رسیدگی کند و بزهدار را مورد تعقیب قرار دهد. البته پذیرفتن این جنبه از اصل صلاحیت شخصی در برخی نظام‌های حقوقی محل تردید بوده و موافقان و مخالفانی را به همراه دارد.

۲ مبانی اصل صلاحیت شخصی مبتنی بر تابعیت بزهدیده

در توجیه اصل صلاحیت شخصی منفعَل مبانی متعددی بیان گردیده که در ادامه به آنها می‌پردازیم.

۲٫۱ اجتناب از بی‌کیفیری مجرمین

یکی از اهداف حقوق جزای بین‌الملل ممانعت از بی‌کیفیری مجرمین است. به عبارت دیگر حقوق جزای بین‌الملل درصدد آن است که با وضع قواعد مربوط به صلاحیت کاری‌کند که مجرمین نتوانند با استفاده از ترفندهای حقوقی و تعارض حاکمیت

۲٫۴ حمایت از اتباع

دولت وظیفه دارد از اتباع خود حمایت همه‌جانبه به عمل آورد، چه در داخل و چه در خارج از کشور ساکن باشند، به عبارت دیگر صرف داشتن تابعیت یک کشور، دولت را موظف می‌نماید که منافع اتباع خود را مورد توجه قرار دهد و اتباع نیز متقابلاً ملتزم هستند در خارج از کشور نیز قوانین داخلی را رعایت نموده و از آن تخطی ننمایند. بنابراین، اگر جرمی در خارج از مرزهای سرزمینی یکی کشور علیه تابعان آن کشور صورت پذیرد، دولت متبوع وی موظف به حمایت از او است که بر اساس قوانین کیفری خود به آن جرم رسیدگی نماید (بهرام‌زاده، ۱۳۹۳، ۴۱). در واقع حمایت از اتباع باید به گونه‌ای باشد که شخص با آرامش خاطر بتواند به سایر کشورها سفر نماید. این حمایت ممکن است جنبه کیفری یا غیرکیفری داشته باشد. جنبه کیفری به این نحو است که چنان چه جرمی علیه یکی از اتباع کشور در خارج از کشور رخ دهد، ممکن است دولت کشور محل وقوع، به دلایلی از تعقیب و محاکمه مرتکب سر باز زند، به همین منظور لازم است دادگاه‌های کشور متبوع بزه‌دیده در صورت یافت و یا اعاده شدن مرتکب، وی را مورد تعقیب و محاکمه قرار دهند. چه در غیر این صورت آثار جرم که به طریقی متوجه فرد بزه‌دیده و چه بسا خانواده وی و حتی جامعه شده، جبران نشده باقی بماند و اعتماد بزه‌دیده و سایر افراد جامعه داخلی نسبت به دولت متبوعشان به نحوی متزلزل شود. نتیجتاً حمایت از اتباع ایجاب می‌نماید که اصل صلاحیت شخصی به عنوان یکی از اصول صلاحیت کیفری پیش بینی شود تا مرتکبان جرائم علیه اتباع یک کشور، در خارج از کشور بدون محاکمه و مجازات باقی نمانند و بزه‌دیده و سایر افراد جامعه نیز احساس امنیت نمایند.

لزوم حمایت از اتباع مستلزم پذیرش هر دو جنبه اصل صلاحیت شخصی فعال و منفعل است. زیرا، در حالت اول لطمه به هویت ملی و بی‌اعتمادی دیگر کشورها به دستگاه عدالت کیفری است که مجرمی را مجازات نکرده است. و در حالت دوم نیز لطمه به

اصل صلاحیت سرزمینی موجب می‌شود که دولت متبوع مرتکب بتواند از این طریق و به منظور حمایت از ملیت، اتباع خود را و همین طور اتباع بیگانه را در مواردی که جرم ارتكابی علیه اتباع وی و یا علیه منافع وی باشد، تحت تعقیب قرار گیرد. در واقع زمانی که دولت اتباع بیگانه را در معرض تعقیب قرار می‌دهد، حمایت از اتباع را مد نظر قرار داده است. در واقع این امر نشان از احترام به اتباع خود و قدرت حمایتی مستحکم دیپلماسی در عرصه جهانی است. زیرا، زمانی که دولت یا حاکمیت از اتباع خود حمایت نمی‌کند، نشان از ضعف ساختاری و عدم احترام به اتباع خود است. یا به دیگر سخن، عدم واکنش موجب ضعف هویت ملی می‌شود.

۲٫۳ تقویت هویت ملی

همان‌گونه که رفتار مطلوب و پسندیده اتباع یک کشور در خارج، موجب سرافرازی کشور متبوع آنها می‌شود، ارتکاب جرم و رفتار منحرفانه نیز موجب از بین رفتن حیثیت و اعتبار آن کشور می‌شود نزد اتباع بزه‌دیده می‌شود. در واقع همان گونه که بیان شد عدم واکنش نشان از ضعف حاکمیت تلقی می‌شود. بدیهی است در چنین حالتی لازم است کسی حاکمیت از اتباع خود در کشورهای دیگر حمایت کند. به ویژه امروزه که روابط بین‌الملل با سایر کشورها از ابعاد گوناگونی همانند ابعاد سیاسی، فرهنگی و اقتصادی مورد توجه دولت‌ها می‌باشد. زیرا احترام به هویت ملی است. به همین دلیل دولت‌ها جهت جلوگیری از بی‌اعتباری هویت ملی در سطح بین‌الملل یا حفظ اعتبار ملی برای حمایت از اتباع خود به کشور مورد نظر برای اعاده مرتکب یا تعقیب و مجازات او اقدام می‌نمایند.



۳ شرایط اعمال صلاحیت شخصی منفعل

شرایط اعمال صلاحیت شخصی منفعل که عبارتند از وجود تابعیت، جرم‌انگاری دوجانبه، فقدان محاکمه یا مجازات قبلی، وجود مرتکب در داخل کشور مورد بررسی قرار گرفته است.

۳/۱ وجود تابعیت

از جمله شرایطی که جهت اعمال و اجرای اصل صلاحیت شخصی لازم است وجود داشته باشد، رابطه تابعیت بزه‌دیده با دولت مدعی صلاحیت است، چه در غیر این صورت یکی از مبانی اصل صلاحیت شخصی منفعل که حمایت از ملیت (حمایت از اعتبار ملی یا اتباع) است وجود نخواهد داشت و به تعبیری جرم ارتکاب یافته هیچ گونه ارتباطی با کشوری که خود را صالح به رسیدگی می‌داند، نخواهد داشت.

در صلاحیت شخصی منفی یا مبتنی بر تابعیت بزه دیده نیز ضروری است که بزه دیده تابعیت دولت مدعی صلاحیت را داشته باشد که مستند به ماده ۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ می‌تواند شخص حقیقی و یا حقوقی باشد و تنها اشخاص حقیقی را شامل نمی‌شود، زیرا مطابق با ماده ۵۸۸ قانون تجارت «شخص حقوقی می‌تواند دارای کلیه حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد قائل است، مگر حقوق و وظایفی که بالطبع فقط انسان ممکن است دارای آن باشد مانند حقوق و وظایف ابوت، بنوت و امثال‌الذکر». همچنین مستند به ماده ۱ قانون راجع به ثبت شرکت‌ها شرکتی که در ایران تشکیل و مرکز اصلی آن در ایران باشد، شرکت ایرانی محسوب است. گاهی ممکن است شعبه یک شخص حقوقی تبعه ایران یا نمایندگی آن در خارج از کشور مرتکب جرمی شود یا بزه‌دیده واقع شود که در این موارد نیز دولت متبوع شخص حقوقی، بر خود مقرر می‌داند که در موضوع مداخله نموده و

حاکمیت ملی است که از اتباع خود در قابل مجرمان دفاع نکرده است. از این‌رو، می‌بایست هر دو صلاحیت را مورد پذیرش قرار داد (میرمحمدصادقی، ایزدیار، ۱۳۹۲، ۱۴).

۲/۵ حمایت از نظم عمومی داخلی

یکی دیگر از مبانی اصل صلاحیت شخصی مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده حفظ نظم عمومی است. در مواردی که جرمی علیه تبعه یک کشور، در خارج رخ می‌دهد نه تنها خود شخص بزه‌دیده متضرر می‌شود، بلکه اعتبار و حیثیت دولت متبوع وی نیز لطمه خواهد دید. در چنین مواردی چنانچه دولت متبوع بزه‌دیده اقدامی جهت احقاق حق وی به عمل نیاورد و بزه‌کار را در معرض تعقیب و محاکمه قرار ندهد، برخلاف نظر برخی که این امر را موجب به هم خوردن نظم عمومی ندانسته (پوربافرانی، ۱۳۹۵، ۱۴)، اذهان عمومی افراد جامعه داخلی پریشان شده و با احساس امنیت کامل نمی‌توانند به کشورهای خارجی مسافرت نمایند. زیرا، در صورت عدم حمایت احساس امنیت در کشور دیگر با چالش اساسی روبه رو شده و این پیام را به جامعه القا می‌نماید که جرم علیه اتباع دیگر کشورها مجازات ندارد. و در نهایت موجب گسترش جرایم علیه اتباع دیگر کشورها می‌شود. بنابراین جهت حفظ نظم عمومی ناگزیریم مقرره‌ای تحت این عنوان که بتوان افرادی را که در خارج از کشور مرتکب جرم می‌شوند و به کشور متبوع خویش برمی‌گردند و یا در صورت وجود قرارداد خاص مربوط به استرداد مجرمین به کشور اعاده می‌شوند را مورد تعقیب، محاکمه و مجازات قرار دهیم را پیش‌بینی نمائیم و این مقرره همان اصل صلاحیت شخصی منفعل است که می‌تواند تضمین کننده رعایت نظم عمومی باشد.

۷ و ۸ ق.م.۱۳۹۲ برآورده می‌شود، این است که شخص باید در زمان ارتکاب جرم تبعه ایران باشد تا محاکم ایران بتوانند خود را در موضوع ذی‌نفع دانسته و رسیدگی نمایند. بنابراین تحصیل تابعیت ایران پس از ارتکاب جرم نمی‌تواند مجوزی برای رسیدگی دولت ایران باشد و همین طور ترک تابعیت ایران پس از ارتکاب جرم نیز نمی‌تواند مانعی جهت تعقیب، محاکمه و مجازات مرتکب توسط دادگاه‌های ایران باشد.

۳،۲ جرم‌انگاری دوجانبه

از دیگر شرایط اعمال صلاحیت شخصی منفعل جرم‌انگاری دو جانبه یا مجرمیت متقابل است. در جنبه‌ی منفی صلاحیت شخصی شرط مجرمیت متقابل به طور نسبی و محدود پذیرفته شده است، به این صورت که صرفاً در جرائم تعزیری غیرمنصوص شرعی مورد پذیرش واقع شده است (ماده ۸ ق م ا و تبصره ۲ ماده ۱۱۵) و در حدود، قصاص، دیات و تعزیرات منصوص شرعی مجری نخواهد بود. بر همین اساس صرف اینکه عمل ارتكابی علیه تبعه ایران تحت شمول یکی از جرائم حدود، قصاص، دیات و تعزیرات منصوص شرعی قرارگیرد بدون توجه به جرم بودن عمل ارتكابی در محل وقوع، مرتکب قابل تعقیب کیفری است این امر ممکن است، مشکلاتی را در روابط سیاسی میان دولت مدعی صلاحیت و دولت محل وقوع به وجود آورد و همچنین با اصل احترام به حاکمیت دولت نیز مغایر است. البته کشورها در این زمینه مواضع گوناگونی اتخاذ و قواعد خاص خود را مقرر کرده‌اند، به عنوان مثال قانونگذار فرانسوی اعمال صلاحیت شخصی نسبت به جرائم جنبه‌ای را منوط به جرم‌انگاری دوجانبه نموده است (ماده ۶-۱۱۳ مجموعه قوانین کیفری فرانسه)، (اصغری‌روشن، ۱۳۹۰، ۱۱۰). اما در خصوص جرائم از درجه جنایت این شرط را لحاظ نکرده است، بدین صورت که اگر تبعه فرانسه مرتکب جرم جنایت شود، حتی اگر در محل وقوع، جرم نباشد در فرانسه قابل تعقیب

مرتکب را مورد تعقیب قرار دهد (ابراهیمی، ۱۳۹۰، ۵۹). شرط داشتن رابطه تابعیت بزه‌دیده با دولت مدعی صلاحیت چنان مهم است که چنانچه هیچ یک از آنها با دولت مدعی صلاحیت رابطه تابعیت نداشته باشند، دولت مذکور نمی‌تواند اقدام به تعقیب مرتکب نماید، زیرا این اقدام به نوعی نقض حاکمیت و استقلال کشورها تلقی می‌شود و از نظر حقوق بین‌الملل کاملاً مردود شناخته شده است، مگر در مورد جرائم مشمول اصل صلاحیت جهانی که ماده ۹ ق.م.۱۳۹۲ بیانگر آن می‌باشد.

نکته‌ای که پراهمیت جلوه می‌نماید، این است که جهت اعمال صلاحیت شخصی، ملاک داشتن تابعیت، چه زمانی است به عبارت دیگر بزه‌دیده چه زمانی باید با دولت مدعی صلاحیت رابطه تابعیت داشته باشد تا آن دولت بتواند صلاحیت خویش را اعمال نماید؟ در این خصوص، چند فرض قابل تصور است: نخست: مجنی‌علیه هم در زمان ارتکاب جرم و هم پس از آن یعنی در زمان رسیدگی تابعیت کشور مدعی صلاحیت را داشته باشند. که در این صورت هیچ‌گونه شبهه‌ای وجود ندارد که دادگاه‌های کشور مدعی صلاحیت خواهند توانست به موضوع رسیدگی نمایند. دوم: بزه‌دیده در زمان ارتکاب جرم تابعیت کشور مدعی صلاحیت را داشته باشند، لکن در زمان رسیدگی تابعیت کشور دیگری را تحصیل نمایند که در این حالت به نظر می‌رسد، دادگاه‌های کشوری که خود را صالح در رسیدگی می‌داند بتواند به موضوع رسیدگی کند. در واقع در زمان ارتکاب جرم است که تبعه‌ی بزه‌دیده واقع شده در خارج از کشور نیازمند حمایت دولت متبوع خویش است. سوم: مجنی‌علیه در زمان ارتکاب جرم، تابعیت کشور خارجی را داشته باشند، لکن پس از آن و در زمان رسیدگی تابعیت کشور مدعی صلاحیت را کسب نمایند، که در این مورد به نظر می‌رسد دولت مذکور نتواند در موضوع مداخله و مرتکب را تعقیب نماید. نظر به این سه فرض، می‌توان گفت آنچه در این خصوص ملاک است، زمان ارتکاب عمل مجرمانه است، زیرا آنچه که از مادترین



موضع مقنن ایرانی در این خصوص برخلاف عرف و موازین بین‌المللی است، زیرا اگر تبعه خارجی در کشور خارجی مرتکب جرمی علیه تبعه ایران شود و توسط محاکم کشور محل وقوع یا کشور متبوع وی مورد محاکمه و مجازات قرار گیرد، چنان چه جرم از جرائم حدود، قصاص، دیات و تعزیرات منصوص شرعی باشد و مرتکب در قلمرو ایران یافت و یا به ایران اعاده شود، دادگاه‌های ایران حق خواهند داشت که طبق اصل صلاحیت شخصی منفی یا مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده او را در معرض محاکمه قرار دهند که نتیجتاً منجر به عدم حصول اهداف والای حقوق کیفری که همانا تحقق عدالت کیفری و اصلاح و بازپروری مجرم است، خواهد شد و همچنین می‌تواند نقض حاکمیت و استقلال کشور محل وقوع یا متبوع مرتکب را در پی داشته باشد و همین طور به تیرگی روابط سیاسی و بین‌المللی منجر شود. بنابراین می‌بایست قانون‌گذار رویکرد خود را در این خصوص تغییر داده و قاعده منع محاکمه و مجازات مضاعف را به طور وسیع‌تری مورد پذیرش قرار دهد.

۳،۴ وجود مرتکب در داخل کشور یا اعاده آن

از دیگر شرایطی که جهت اعمال صلاحیت شخصی الزاماً باید وجود داشته باشد وجود مرتکب در قلمرو کشور مدعی صلاحیت است که حضور وی مستند به ماده ۸ ق.م.ا. ۱۳۹۲ می‌تواند به صورت یافت و یا اعاده شدن باشد و تفاوت آن در این است که یافت شدن ناظر به موردی است که مرتکب با اراده خویش به کشور صالح برمی‌گردد، اما اعاده شدن در فرضی است که قاعده استرداد مجرمین مورد پذیرش واقع شده و قرارداد خاصی در این مورد مابین کشور مدعی صلاحیت و کشور محل حضور مرتکب منعقد شده باشد و دولت مدعی صلاحیت درصدد بازگرداندن مرتکب به کشور خود می‌باشد. بدون این که اراده بزه‌کار در این زمینه، مؤثر باشد. شرط حضور مرتکب در داخل کشور به این علت مقرر

است. اما اگر تبعه فرانسه مرتکب جرم جنحه‌ای شود می‌بایست مجرمیت متقابل را شرط دانست.

۳،۳ فقدان محاکمه یا مجازات قبلی

یکی از موازین دادرسی منصفانه که مورد پذیرش عرف و حقوق بین‌الملل می‌باشد، قاعده منع محاکمه و مجازات مضاعف است و منظور از آن، این است که چنان چه شخصی به علت ارتکاب یک جرم خاص تحت تعقیب و محاکمه قرار گیرد، پس از آن نمی‌توان مجدداً وی را به علت ارتکاب همان جرم مورد تعقیب و در فرایند رسیدگی کیفری قرار داد، اعم از این که تعقیب اولیه وی منتهی به محکومیت و یا برائت شده باشد. این قاعده مورد تصریح اسناد بین‌المللی از جمله میثاق حقوق مدنی و سیاسی و اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی می‌باشد، بند ۷ ماده ۱۴ میثاق بدین نحو مقرر نموده که هیچ‌کس نباید برای جرمی که سابقاً محکومیت یا برائت قبلی یافته است، مورد محاکمه و یا مجازات مجدد قرار گیرد.

به طور کلی این قاعده که متضمن اعتبار امرمختومه است مورد پذیرش غالب کشورها می‌باشد، البته برخی نیز از پذیرش آن به صورت مطلق امتناع نموده‌اند. در نظام حقوقی ایران قاعده منع محاکمه و مجازات مضاعف به طور محدود و نسبی پذیرفته شده است، بدین نحو که صرفاً در تعزیرات غیر منصوص شرعی اعمال شده است و در سایر جرائم یعنی حدود، قصاص، دیات و تعزیرات منصوص شرعی کاربردی ندارد (مواد ۷ و ۸ و تبصره ۲ ماده ۱۱۵ ق.م.ا. ۱۳۹۲). بنابراین چنانچه یکی از اتباع ایران در جرائم حدود، قصاص، دیات و تعزیرات منصوص شرعی بزه‌دیده واقع شود، مرتکب در قلمرو ایران قابل محاکمه و مجازات خواهد بود حتی اگر در محل وقوع، مورد محاکمه و حتی مجازات نیز قرار گرفته باشد، اما در تعزیرات غیرمنصوص شرعی هرگاه مرتکب تحت محاکمه قرارگیرد، نمی‌توان مجدداً وی را در معرض محاکمه قرار داد.

ایران و قانون محل وقوع، جرم باشد. حقوق کیفری اسپانیا در قبال صلاحیت شخصی منفعل رویکرد مبتنی بر احصاء جرائم خاص مشمول آن را اتخاذ کرده است. در اسپانیا وفق جزء b و جزء g ماده ۳-۲۳ قانون صلاحیت قضائی مصوب ۱۹۸۵ صلاحیت شخصی منفعل تنها هنگامی اعمال می‌شود که جرم ارتكابی به ضرر پادشاه اسپانیا یا با هدف زیان رساندن به پادشاه، همسر یا جانشین پادشاه یا مراجع عمومی یا وظایف دولت اسپانیا باشد (Questionnaires and Replies, 1990, 6).

اصل صلاحیت شخصی منفعل در حقوق کیفری هلند که مربوط به زمان صلح می‌شود، پذیرفته نشده و دلایل قابل قبولی برای آن وجود دارد. منشأ اعتراض به این اصل عدم اعتماد و احترام به آئین دادرسی سایر کشورهاست و به همین دلیل کشور محل ارتكاب جرم خود را بیش از سایر کشور صالح برای تعقیب کیفری آن می‌شناسد. به نظر می‌رسد اصل صلاحیت شخصی منفعل انحصاراً مبتنی بر تجسّم وجود یک دولت و در تعارض با مبانی حقوق کیفری هلند است. جدای از آن اصل صلاحیت شخصی منفعل در تعارض با اهداف حقوق کیفری بین‌المللی است. زیرا هدف حقوق کیفری بین‌المللی جلوگیری از تعارض میان کشورها و افزایش همکاری بین‌المللی در موضوعات کیفری است. اشکال دیگری که ممکن است به اصل صلاحیت شخصی منفعل وارد شود این است که اصل مزبور بزهکاران را به شکل صرفاً خودسرانه و بی‌ضابطه تابع صلاحیت کشور خارجی می‌نماید. در نگاه دولت هلند شرط امنیت قانونی و قابلیت پیش‌بینی قانون، دلالت تلویحی بر آن دارد که بزهکار بداند یا بنحو متعارف می‌بایست می‌دانست که بزه‌دیده تابعیت کشوری دارد که تعقیب کیفری را آغاز کرده است».

در کشور تایلند نیز صلاحیت شخصی منفعل در جرائم خاص قابل اعمال دانسته شده است. ماده ۸ قانون کیفری تایلند مقرر می‌نماید: هرکس خارج از قلمرو پادشاهی تایلند مرتکب جرمی شود مشروط به آنکه بزهکار بیگانه باشد و بزه‌دیده آن دولت

شده است که در جرائم مشمول صلاحیت شخصی منفعل امکان رسیدگی غیابی وجود نداشته و نمی‌توان حکم غیابی صادر کرد (طهماسبی، ۱۳۹۶، ۱۳۳). زیرا مقنن، در ماده ۸ مقرر داشته یا در ایران یافت شود یا اعاده شود.

۴ اصل صلاحیت شخصی بزه‌دیده محور

جنبه منفی اصل صلاحیت شخصی به طور مطلق مورد توافق همه حقوقدانان قرار نگرفته است و نسبت به پذیرش آن موافقان و مخالفان وجود دارد که نظر هر یک در جای خود قابل بررسی و تأمل است و مهم‌ترین ایراد مخالفان این اصل را می‌توان، ابراز بی‌اعتمادی نسبت به دستگاه قضایی محل وقوع جرم دانست، به همین علت برخی این جنبه از صلاحیت شخصی را نوعی تجاوز به حاکمیت دولت محل وقوع قلمداد کرده‌اند (حسین‌نژاد، ۱۳۹۳، ۶۵). نسبت به این اصل در نظام‌های حقوقی جهان رویکردهای متفاوتی اتخاذ شده است که برخی آن را به طور مطلق پذیرفته‌اند و برخی دیگر آن را مطلقاً رد کرده و برخی دیگر آن را نسبتاً مورد پذیرش قرار داده‌اند. در ایران جنبه منفی اصل صلاحیت شخصی در ماده ۸ ق م ۱۳۹۲۱ مورد پذیرش قرار گرفته است. لیکن مقنن آن را به نحو مشروط پذیرفته است. اول اینکه ارتكاب جرم جزء جرائم مشمول اصل صلاحیت واقعی نباشد و مرتکب در ایران یافت و یا به ایران اعاده گردد و بزه‌دیده ایرانی باشد. در واقع به معنای این است که مرتکب می‌بایست غیر ایرانی و خارج از ایران باشد. چه در غیر این صورت یعنی چنان چه مرتکب ایرانی باشد، موضوع تحت شمول اصل صلاحیت شخصی مثبت یا مبتنی بر تابعیت بزهکار قرار می‌گیرد. دوم اینکه متهم در جرائم موجب تعزیر در محل وقوع جرم، محاکمه و تبرئه نشده یا در صورت محکومیت، مجازات کلا یا بعضاً درباره او اجراء نشده باشد. بعلاوه رفتار ارتكابی در جرائم موجب تعزیر به موجب قانون جمهوری اسلامی



فعل یا ترک فعل در کانادا رخ می‌داد طبق ماده ی ۱-۷-۸ جرم یا تبانی یا شروع به ارتکاب جرم یا مساعدت به مجرم پس از انجام جرم یا ارائه طریق و راهنمایی مجرم بر ارتکاب جرم محسوب می‌شد، فرض خواهد شد که در کانادا ارتکاب یافته است مشروطه به آنکه موجب توقیف، صدمه یا قتل یا تهدید به ایراد صدمه یا قتل شهروند کانادایی شده باشد». مقرر قانونی مزبور را می‌توان بر اساس کنوانسیون جلوگیری از اعمال غیر قانونی علیه دریانوردی و پروتکل آن نیز مورد ملاحظه قرار داد. علاوه بر مورد پیش گفته، کانادا نسبت به جرائم مرتبط با شکنجه، گروگان گیری و جرائم علیه اشخاص مورد حمایت بین‌المللی نیز صلاحیت شخصی منفعل را پذیرفته است و ماده جزء d ماده ۷-۳-۷ در رابطه با شکنجه تصریح می‌نماید که اگر بزه‌دیده شکنجه شهروند کانادایی باشد فرض بر آن خواهد بود که جرم در کانادا رخ داده است.

ماده ۶۸۹ مجموعه قوانین آئین دادرسی کیفری فرانسه که سابقه وضع آن به سال ۱۹۷۵ باز می‌گردد، تصریح می‌نماید: «خارجی که در خارج از قلمرو حاکمیت سرزمینی جمهوری فرانسه مرتکب جرمی، خواه به عنوان مباشر یا معاون، شود و بزه‌دیده از اتباع فرانسه باشد، مطابق قوانین فرانسه تعقیب و مجازات می‌شود».

۴/۱ عدم توجه به اهمیت جرم ارتكابی

در حقوق ایران، رویکرد مقنن نسبت به اصل صلاحیت شخصی به گونه‌ای است که تمام جرائم ارتكابی توسط ایرانیان یا علیه ایرانیان در خارج از کشور را در صلاحیت محاکم داخلی می‌داند این در صورتی است که اصول و قواعد مسلم پذیرفته شده در اصل صلاحیت شخصی در کشور های دیگر، صرفاً در جرائمی با درجه‌ای از اهمیت قابل اعمال می‌دانند (فرچیها و آقایی، ۱۳۹۱، ۱۷).

رویکرد فعلی مقنن ایرانی قابل نقد می‌باشد، زیرا رسیدگی به جرائم ارتكابی در خارج از قلمرو

تایلند یا از اتباع تایلند باشد و بزه‌دیده شکایت کرده باشد، مطابق قوانین این کشور قابل مجازات خواهد بود (Paul, 1998, 134). ماده ۸ در ادامه مقرر می‌دارد: اگر جرم ارتكابی از جرائم خاص زیر باشد. یعنی اعمال صلاحیت شخصی منفعل مقید به ارتکاب جرائم خاصی است که در ماده ۸ احصاء شده‌اند و در ۱۳ بند به آنها تصریح شده است و عبارتند از جرائم مرتبط با امنیت عمومی، جرائم مرتبط با اسناد، جرائم جنسی، جرائم علیه تمامیت جسمانی اشخاص، جرم رها کردن اطفال، بیماران و اشخاص سالمند، جرائم سالب آزادی شخصی، جرائم سرقت، باج‌گیری، اخاذی، سرقت و سرقت باندى، کلاهبرداری، تصاحب متقلبانه و استفاده مجرمانه از اموال دیگری، دریافت مال مسروقه و شرارت. در ماده ۱۰ قانون کیفری تایلند به قاعده منع تعقیب و مجازات مجدد اشاره شده است. بنابراین مطابق این مقرر شخصی که مرتکب جرائم مندرج در ماده ۸ شده در صورتی براساس قوانین تایلند مجازات خواهد شد که قبلاً در رابطه با همان اتهام به موجب حکم قطعی صادره از دادگاه خارجی تبرئه نشده یا در صورت محکومیت کیفری مجازات آن را تحمل ننموده باشد (Paul, 1998, 133). در حقوق بلژیک نیز به صلاحیت شخصی منفعل به صورت کلی اشاره شده است. اما اجرای آن محدود به جرائمی است که دارای مجازات خاص در کشور محل ارتکاب می‌باشند. در بلژیک مقرر شده است که جرائم ارتكابی در خارج از این کشور توسط اشخاص خارجی علیه شهروندان بلژیک در صورتی قابل مجازات خواهد بود که مجازات آن در کشور محل ارتکاب بیش از پنج سال باشد (Blanplain, 1993, 56). کانادا صلاحیت شخصی منفعل را صرفاً در ارتباط با جرائمی پذیرفته که در کنوانسیون‌های بین‌المللی مطرح شده‌اند. ماده ۱-۲-۷ مجموعه قوانین کیفری کانادا مقرر می‌دارد: «هر شخصی که خارج از کانادا مرتکب فعل یا ترک فعلی علیه سکوه‌ای ثابت در فلات قاره هر کشوری یا در آن سکوها یا علیه کشتی‌های در حال حرکت یا آماده حرکت در خارج از دریای سرزمینی هر یک از کشورها شود و اگر این

متقابل یا جرم انگاری دوجانبه است که بیانگر این است که عمل ارتكابی باید هم در محل وقوع و هم در محل کشور مدعی صلاحیت واجد جنبه جزایی باشد، این قاعده در حقوق کیفری ایران در ماده ۸ تنها در جرایم موجب تعزیر پذیرفته شده است و بند ب این ماده مقرر می‌دارد: رفتار ارتكابی در جرائم موجب تعزیر به موجب قانون جمهوری اسلامی ایران و قانون محل وقوع، جرم باشد». بنابراین در حدود، قصاص، دیات و تعزیرات منصوص شرعی لازم نیست که عمل در محل وقوع واجد جنبه جزایی شناخته شود. این رویکرد قانونگذار تا حدی با موازین حقوق جزای بین الملل منطبق و سازگار می‌باشد، اما ایرادی که بر آن وارد می‌شود این است که حمایت از اتباع ایرانی که از جمله مبانی اصل صلاحیت شخصی است را در مواردی که تبعه ایران در خارج از کشور به نحوی مورد تهاجم واقع می‌شود، به نحو مطلوبی تضمین نمی‌نماید، چرا که لازم است عمل در هر دو محل جرم شناخته شود و ممکن است عملی که از نظر قوانین و عرف کشور ایران مذموم و ناپسند و جرم شناخته می‌شود، در محل وقوع عملی بدون وصف جزایی شناخته شود که در این صورت اتباع ایران بزه دیده واقع می‌شوند، اما هیچ محکمه‌ای به جرم ارتكابی علیه آنان رسیدگی نمی‌نماید (قپانچی و صفری، ۱۳۹۴، ۱۹۰). این امر در حقوق آلمان نیز قابل انتقاد است. زیرا در حقوق آلمان مقرر گردیده که قوانین آن غالباً نسبت به جرائم ارتكابی در خارج این کشور علیه اتباع آن اعمال می‌شود مشروط به آنکه در کشور محل ارتكاب نیز جرم‌انگاری و قابل مجازات شناخته شده باشد یا محل ارتكاب آن در قلمرو قضائی هیچ کشوری نباشد. بنابراین در آلمان برای اعمال صلاحیت شخصی منفعل هیچ محدودیتی وجود ندارد. در واقع شرط جرم‌انگاری دوجانبه در دو کشور ایران و آلمان با مبانی حمایت از اتباع متعارض است. از طرفی دیگر، بار کردن مجازات بر اشخاص مخالف قاعده اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها و حتی دادرسی کیفری است. زیرا شخص هیچ ارتباطی با قانون آن کشور ندارد و آن قانون تنها برای آن کشور

کشور، زمانی سودمند و عاقلانه است که جرم ارتكاب یافته به نحو غیرقابل اغمازی نظم عمومی کشور مدعی صلاحیت را مخدوش نماید و موجب شود جامعه خود را ملزم به اعمال واکنش در برابر آن بداند، چه در غیر این صورت، یعنی در صورت ارتكاب جرائم کم اهمیت و به اصطلاح سبک، آنچنان ضرر و زیانی متوجه کشور مدعی صلاحیت نمی‌شود تا مراجع قضایی آن، وقت و هزینه‌های خود را صرف رسیدگی به آنها نمایند. در چنین مواردی عقل حکم می‌کند که اعمال صلاحیت شخصی محدود به جرائم مهم و سنگین شود و جرائم خرد و کم‌اهمیت تحت شمول این اصل قرار نگیرد.

مقنن در ماده ۸ ق. م. ا. ۱۳۹۲، این مهم را مد نظر قرار نداده است بر همین اساس لازم است رویکرد فعلی خود را در این خصوص مورد اصلاح و بازنگری قرار دهد. نهایتاً این که یکی از مبانی اصل صلاحیت شخصی که مقابله با حالت خطرناک مرتکب است، در موارد ارتكاب جرائم کم‌اهمیت موضوعیت نمی‌یابد، زیرا در این گونه جرائم نشانه‌ای از حالت خطرناک وجود ندارد (ورایی و زبیری، ۱۳۹۳، ۹۷).

۴٫۲ مغایرت شرط جرم انگاری دوجانبه با حمایت از اتباع

بسیاری از قوانین برای صلاحیت شخصی منفعل در رابطه با تمام جرائم این شرط را در نظر گرفته‌اند که جرم باید در هر دو کشور، یکی کشور دارای صلاحیت سرزمینی و دیگری کشور اعمال کننده صلاحیت قابل تعقیب باشد که این شرط همان مجرمیت متقابل می‌باشد. چنین چیزی در تمام نظام‌های حقوقی به عنوان بخشی از قواعد مشترک، که از قوانین استرداد عاریه گرفته شده است، می‌باشد و هدفش اجتناب نمودن از تحت پیگرد قرار دادن شخصی می‌باشد که در کشور محل وقوع فعل، عملش جرم نمی‌باشد (FIDH, 2010, 31) لذا، از شرایط اعمال صلاحیت شخصی، قاعده مجرمیت



شخصی منفعل به شکل ناخوشایند حمایت نموده و می‌گوید: اگر چه اصل صلاحیت شخصی منفعل بعضاً مورد حمایت و گاه نیز مورد مخالفت قرار گرفته است، این تردید وجود دارد که آیا این اثر را می‌توان به عنوان یک قاعده مسلم در حقوق بین‌الملل قلمداد نمود»^۱.

در انگلیس اعمال صلاحیت شخصی منفعل در مورد جرائم تروریستی علاوه بر رابطه ملیت، تابعیت بر مفاهیم اقامت و حمایت نیز بنا گردیده است. مطابق جزء C ماده ۶۳ قانون تروریسم مصوب ۲۰۰۰ در صورتی که شخصی خارج از انگلستان عمل تروریستی یا با اهداف تروریستی انجام دهد و عمل وی علیه یک فرد تابع یا مقیم انگلستان یا شخص تحت حمایت این کشور باشد و اگر آن عمل را در انگلستان انجام می‌داد مرتکب یکی از جرائم مقرر در ذیل این ماده شمرده می‌شد، محاکم انگلستان صلاحیت تعقیب وی را خواهند داشت. مشابه همین ضابطه در جزء B ماده ۱۱۳ قانون ضد تروریسم (جرائم و امنیت) مصوب ۲۰۰۱ نیز پیش بینی شده است.

در قانون کیفری ایتالیا صلاحیت شخصی منفعل بصورت کلی پیش‌بینی شده است. بند یک ماده ۱۰ قانون مزبور مقرر می‌دارد: «چنانچه اشخاص بیگانه با وجود برخی استثنائات مرتکب جرمی در سرزمین خارجی و به ضرر دولت یا شهروندان ایتالیا شوند و مجازات آن طبق قانون ایتالیا حبس ابد یا حداقل یک سال حبس باشد و مشروط به آنکه مرتکب در خاک ایتالیا باشد و وزیر دادگستری درخواست تعقیب و مجازات او را نموده باشد یا بزه‌دیده از او شکایت کرده باشد، مطابق قوانین ایتالیا مجازات خواهد شد» (Questionnaires and Replies, 1990, 3).

ماده 5-1-C مجموعه قوانین کیفری پرتقال مقرر می‌دارد: مقررات کیفری پرتقال نسبت به جرائم ارتكابی علیه اتباع آن صرف نظر از آنکه مرتکب

وضع شده است. به همین دلیل شرط جرم‌انگاری دوجانبه اصلی مهم دراصل صلاحیت شخصی منفعل است.

در کشور انگلستان صلاحیت شخصی منفعل نیابتی در قانون جلوگیری از تروریسم مصوب ۱۹۸۹ پیش‌بینی شده است. بعلاوه ماده a ۱۱۳ قانون ضد تروریسم بیان داشته: در صورتی که این جرم در خارج از انگلیس علیه اتباع انگلیس رخ دهد یا علیه تبعه تحت حمایت انگلیس رخ داده باشد، تحت تعقیب و مجازات قرار می‌گیرد. در این قانون اجرای صلاحیت شخصی منفعل به صورت نیابتی در جایی پیش‌بینی شده است که کشور عضو کنوانسیون نیز صلاحیت شخصی منفعل را نسبت به جرائم مرتبط با قتل عمد، قتل غیر عمد و جرائم مرتبط با مواد محترقه را پیش‌بینی کرده باشد. اجرای صلاحیت شخصی منفعل در کشورهای دارای نظام حقوقی کامن‌لائی دارای ویژگی‌های خاص خود می‌باشد، زیرا اجرای این نوع صلاحیت تنها محدود به دو دسته از جرائم مرتبط با منافع مستقیم کشور و جرائم سنگین مرتبط با منافع خصوصی مانند قتل عمد می‌شود.

دکترین حقوقی آخرین منبعی است که صلاحیت شخصی منفعل را تصدیق می‌نماید. یکی از حقوقدانان بیان داشته: «با در نظر گرفتن پذیرش این اصل در سطح گسترده، مطمئناً اعلام اینکه حقوق بین‌الملل مانع اعمال موسع آن است مشکل خواهد بود (Blakesley, 1984, 716-717). برخی دیگر بیان داشته‌اند: مطابق اصل صلاحیت شخصی منفعل یک کشور خود را صالح برای محاکمه افرادی خواهد شناخت که مرتکب جرمی در خارج از کشور علیه اتباع آن شده‌اند (Shaw, 1991, 408). برخی دیگر بیان نموده‌اند که حقوق بین‌الملل اصل صلاحیت شخصی منفعل را به رسمیت می‌شناسد و این صلاحیت تنها در شرایط خاص به رسمیت شناخته می‌شود (Shearer, 1994, 210-211). در دو مورد دکترین حقوقی از موجودیت اصل صلاحیت

¹ - Maritime Drug Law Enforcement Act, 46 USC App § 1903(a).

اعمال شده باشد. موضع مقنن ایرانی در خصوص قاعده صدرالذکر، هرچند گام مثبتی جهت انطباق قوانین جزایی ایران با موازین دادرسی منصفانه است، اما اشکالات قابل توجهی به آن وارد است، از جمله اینکه قاعده مذکور را همان گونه که اشاره شد صرفاً در تعزیرات غیرمنصوص شرعی پذیرفته است. که با عرف و موازین بین‌المللی به طور کامل منطبق نمی‌باشد، چرا که از موازین دادرسی منصفانه و شرط تحقق عدالت کیفری، عدم اعمال مجازات مجدد بر متهم واحد یک جرم خاص است، چه در غیر این صورت نه تنها عدالت کیفری محقق نخواهد شد، بلکه ظلمی نیز از ناحیه دستگاه قضایی که خود نماد بارز احقاق حق و مبارزه با ظلم است بر متهم که چه بسا ناخواسته به ارتکاب جرم وادار شده باشد، تحمیل می‌شود. بنابراین، لازم است قانونگذار قاعده مزبور را نسبت به جرائم حدود، قصاص، دیات و تعزیرات منصوص شرعی نیز تسری دهد (پوربافرانی، بیگی‌حسن، ۱۳۹۲، ۸۱).

امروزه کشورها در سطح بین‌المللی درصد کسب اعتبار بین‌المللی بوده و دولت‌ها نمی‌توانند در انزوا به مدیریت کشور بپردازند. بنابراین نیازمند پذیرفته شدن به عنوان یک دولت معقول و منطقی در عرصه بین‌المللی هستند که این امر مستلزم پذیرش و مراعات اصول مسلم بین‌المللی همچون قاعده منع محاکمه و مجازات مضاعف است (شکفته‌گوهری، ۱۳۹۵، ۷۶). به نظر می‌رسد علت موضع مقنن نسبت به قاعده منع محاکمه و مجازات مضاعف، رویکرد مذهبی حاکم بر جامعه اسلامی است و دولت ایران تحت تأثیر این رویکرد، رسیدگی و محاکمه در دادگاه‌های کشورهای خارجی را معتبر نمی‌داند که موضعی قابل نقد می‌باشد، چرا با عدم پذیرش قاعده منع محاکمه و مجازات مضاعف، نه تنها عدالت کیفری و اجتماعی محقق نمی‌شود، بلکه مرتکب را نسبت به جامعه اسلامی و دین مبین اسلام بدبین کرده و او را به سمت ارتکاب جرم و کسب انتقام از جامعه سوق دهد. از این رو، قانونگذار می‌بایست در موضع خود تجدیدنظر نماید و قاعده

پرتقالی یا بیگانه باشد و مشروط به شرایط زیر اعمال می‌گردد: «۱- بزهکار در پرتقال یافت شود. ۲- جرم ارتكابی در محل ارتكاب نیز جرم‌انگاری شده باشد. مگر آنکه که در قلمرو قضایی هیچ کشوری نباشد. ۳- از جرائمی باشد که استرداد آن ممنوع است» (Blanplain, 1993, 39).

۴٫۳ اعمال محدود قاعده منع محاکمه و مجازات مضاعف

در سطح حقوق بین‌الملل قاعده منع محاکمه و مجازات مضاعف مورد پذیرش قرار گرفته که در حقوق داخلی تحت عنوان اعتبار امر مختوم یا اعتبار قضیه محکوم بها، تعریف می‌شود. پذیرفتن قاعده منع محاکمه و مجازات مضاعف به منزله پذیرش و معتبر دانستن قوانین و احکام دادگاه‌های خارجی است، بدین صورت که چنان چه مرتکب جرمی که مشمول اصل صلاحیت شخصی است در محاکم خارجی مورد تعقیب و محاکمه قرار گیرد و حکم قطعی (اعم از محکومیت یا براءت) در مورد وی صادر شود، دادگاه‌های داخلی نمی‌توانند وی را تحت تعقیب و محاکمه مجدد قرار دهند. قاعده منع محاکمه و مجازات مضاعف به عنوان یکی از اصول مسلم پذیرفته شده در حقوق جزای بین‌الملل، مورد تصریح و استناد بین‌المللی می‌باشد و در اکثر نظام‌های حقوقی مورد پذیرش واقع شده است (حبیب‌زاده و دیگران، ۱۳۸۴، ۵۷). با این وجود برخی کشورها قاعده مذکور را در تمام جرائم و به صورت مطلق نپذیرفته‌اند، بلکه اعمال آن را محدود به برخی جرائم نموده‌اند. همچون قانونگذار ایران که آن را به صورت محدود مورد تصریح قرار داده است، بدین صورت که صرفاً در جرائم تعزیری غیرمنصوص شرعی پذیرفته شده است، بنابراین در صورت ارتکاب جرائم حدود، قصاص، دیات و تعزیرات منصوص شرعی قاعده منع محاکمه و مجازات مضاعف کاربردی ندارد و امکان تعقیب و رسیدگی مجدد متهم وجود دارد، هرچند که سابقاً مورد محاکمه قرار گرفته و حتی مجازات نیز در مورد وی



می‌سازد، می‌باشد. ماده مذکور صرفاً ناظر بر جرائم منصوص در آن و جرائم مقرر در قوانین خاص می‌باشد و تمام جرائم ارتكابی علیه‌کشور را شامل نمی‌شود، بر همین‌اساس لازم بود قانونگذار یک نوع صلاحیت پیش‌بینی نماید تا محاکم ایران بتوانند کلیه‌ی جرائم ارتكابی علیه‌کشور که در خارج رخ می‌دهند رسیدگی نمایند. در این خصوص قانونگذار در ماده ۸ ق. م. ا. ۱۳۹۲ که بیانگر اصل صلاحیت شخصی منفی یا مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده است رسیدگی به کلیه جرائم ارتكابی در خارج از کشور را که علیه‌کشور ایران رخ دهد، در صلاحیت محاکم و مراجع قضایی داخلی قرار داده است. موضع قانونگذار در این زمینه تا حدودی قابل نقد به نظر می‌رسد، چرا که ماده ۸ ق. م. ا. ۱۳۹۲ مربوط به صلاحیت شخصی منفی یا مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده است و می‌بایست قانونگذار عبارت «علیه‌کشور ایران» را در ماده مذکور درج نمی‌نمود و آن را در ذیل ماده ۵ به عنوان یک تبصره آن و یا به عنوان ماده‌ای جداگانه مورد نص قرار می‌داد. هر چند این عبارت، مبهم و قابل تفسیر است (الهام و برهانی، ۱۴۰۰، ۱۱۹). زیرا، موجب تفسیر حداکثری می‌شود و ثمره آن توسعه گسترده صلاحیت محاکم ایران است امری که علاوه بر کم‌اهمیتی برخی جرایم هزینه‌زا بودن آن مطلوب نمی‌نماید.

نکته‌ای که درخصوص جرائم مقرر در ماده ۵ و سایر جرائم مقرر در قوانین خاص که ماده مذکور به آن اشاره می‌کند وجود دارد، این است که رسیدگی غیابی نسبت به آنها امکان‌پذیر است و نیازی به یافت شدن مرتکب در کشور و یا اعاده و بازگرداندن وی به کشور نمی‌باشد. اما در سایر جرائمی که علیه‌کشور ایران رخ می‌دهند، امکان رسیدگی غیابی وجود ندارد و می‌بایست مرتکب در کشور حضور داشته باشد تا بتوان به اتهام وی رسیدگی نمود. همچنین در جرائم تعزیری (اعم از منصوص و غیرمنصوص) مقرر در ماده ۵، چنانچه رسیدگی به آنها در خارج از کشور به صدور حکم و اجرای آن منتهی شده باشد، محاکم ایران، میزان محکومیت اجرا شده را محاسبه

صدرالذکر را به نحو مطلق و در تمام جرائم مورد پذیرش قرار دهد. در حقوق فرانسه نیز صلاحیت شخصی منفعل پیش‌بینی شده است و مقرر می‌دارد: «چنانچه اتباع بیگانه در خارج از قلمرو حاکمیت سرزمینی جمهوری فرانسه خواه بعنوان مرتکب اصلی یا معاون مرتکب جرمی می‌شوند در صورتی که بزه‌دیده آن از اتباع فرانسه باشد مطابق قوانین کیفری فرانسه قابل تعقیب و مجازات می‌باشد» (Blakesley, 1987, 85). این مقرر را می‌بایست با توجه به ماده ۶۹۲ ملاحظه نمود که تصریح می‌نماید: «چنانچه متهم ثابت نماید که در خارج از کشور محکومیت کیفری قطعی یافته و مجازات آن اعمال شده یا مورد عفو قرار گرفته، تعقیب کیفری مجاز نخواهد بود» (Questionnaires and Replies, 1990, 7). علاوه بر قاعده منع تعقیب و مجازات مجدد، اصل بر اعمال صلاحیت سرزمینی در تمامی موارد است و صلاحیت شخصی منفعل نسبت به آن استثناء محسوب می‌شود و استثنائاً در مواردی قابل اعمال خواهد بود که متضمن امنیت ملی باشد. بنابراین اگر جرم ارتكابی علیه امنیت ملی فرانسه نباشد، اقدام به تعقیب و محاکمه آن نخواهد شد مگر آنکه کشور محل ارتكاب اقدام به تعقیب و محاکمه آن نکرده باشد (Blakesley, 1988, 175-176). توجه به اینکه مهم است که چون در فرانسه قاعده منع تعقیب و مجازات مجدد پذیرفته شده است پیش‌بینی جرم‌انگاری دو جانبه ضرورت نداشته است. زیرا امکان ندارد فردی در رابطه با عملی که در کشور محل ارتكاب جرم نیست محاکمه و مجازات شود..

۴٫۴ نقد عبارت "علیه‌کشور ایران"

ماده ۵ ق. م. ا. ۱۳۹۲ مبین اصل صلاحیت واقعی است که متضمن صلاحیت محاکم ایران در رسیدگی به ارتكاب جرائمی که علیه منافع عالی و اساسی کشور، در خارج از قلمرو کشور رخ می‌دهند و یا به نوعی تمامیت ارضی و استقلال سیاسی کشور را به خطر می‌اندازد و به اعتبار و حیثیت کشور لطمه وارد

بسیار مهم مرتبط با منافع ملی یا نظم و اخلاقی عمومی کشور قابل پذیرش و حمایت است.

از این رو، پیشنهاد می‌شود:

۱- جنبه استثنایی صلاحیت شخصی و اصل سرزمینی بودن قوانین کیفری و ضرورت احترام به حاکمیت سایر دولت‌ها مقتضی شناسایی محدود و در حد ضرورت اصل صلاحیت شخصی منغفل است.

۲- رویکرد کمینه‌گستر مستلزم شناسایی صلاحیت شخصی صرفاً در جرائم بسیار مهم مرتبط با منافع ملی یا نظم و اخلاقی عمومی کشور است.

۳- علاوه بر ضوابط جرم‌انگاری دوجانبه و منع محاکمه و مجازات مجدد، منوط نمودن صلاحیت شخصی به فقدان موانع تعقیب در کشور محل ارتکاب جرم، شکایت بزه‌دیده و تشخیص دادسرا مبنی بر مناسب بودن تعقیب بایسته به نظر می‌رسد. این پیشنهاد حداقل در قلمرو جرائم تعزیری مغایرتی با موازین شرعی ندارد.

۴- در خصوص جرائم مستوجب حد، قصاص، دیه و تعزیر منصوص شرعی و به منظور جلوگیری از مجازات مضاعف مناسب است بین دو وضعیت تفکیک شود: نخست- هنگامی که متهم در یک کشور اسلامی و مطابق موازین شرعی محاکمه و مجازات شده است. دوم- هنگامی که متهم مطابق احکام غیرشرعی محاکمه و مجازات شده است. دست کم در حالت نخست قاعده منع محاکمه و مجازات مجدد به رسمیت شناخته شود.

۵- جایگزینی عبارت (محل وقوع جرم) با عبارت (خارج از ایران) در بند الف ماده ۸ پیشنهاد می‌گردد، زیرا اصل منع محاکمه و مجازات شامل سابقه هرگونه محاکمه و مجازات خواه در کشور محل وقوع یا کشور ثالث

می‌نمایند و به تعبیری امکان رسیدگی مجدد وجود دارد در غیر از جرائم مقرر در ماده ۵ چنانچه از جرائم تعزیری غیرمنصوص شرعی باشند، در صورت صدور حکم برائت و یا در صورت محکومیت حتی در صورت اجرای بخشی از مجازات نیز امکان رسیدگی مجدد وجود ندارد (پوربافرانی، بیگی‌حسن، ۱۳۹۳، ۷۸).

۵ نتیجه‌گیری

پذیرش صلاحیت شخصی بر مبنای تابعیت بزه‌دیده رویکرد مشترک نظام‌های کیفری مورد مطالعه می‌باشد. با این حال در شناسایی گستره آنها روش متفاوتی را اتخاذ نموده‌اند. مطابق رویکرد پیشینه‌گستر ایران صلاحیت شخصی مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده (منفعل) به نحو موسع در کلیه جرایم پذیرفته شده است. درمقابل کشور انگلستان، کانادا و ایتالیا به با اتخاذ رویکرد کمینه‌گستر صلاحیت شخصی منفعل را صرفاً در مورد برخی جرائم خاص براساس مقررات بین‌المللی پذیرفته‌اند (مانند جرائم تروریستی). برخی دیگر از کشورها (اسپانیا، تایلند، هلند و بلژیک) تنها در جرایم خاص این اصل را پذیرفته‌اند. ضابطه‌انگاری چندگانه در رویکرد کیفری ایران علاوه بر ضرورت وجود رابطه تابعیت بزه‌دیده با کشور متبوع، اعمال این نوع صلاحیت به ضوابط دیگری نیز منوط گردیده است. جرم‌انگاری دوجانبه در ایران برخلاف برخی کشورها به مانند آلمان تنها شامل اصل صلاحیت شخصی منفعل است. دوم، ضابطه اعمال این نوع صلاحیت، منع محاکمه و مجازات مجدد است. این ضابطه صرفاً در حقوق ایران پیش‌بینی شده است. مطابق ضابطه‌انگاری یگانه در رویکرد کیفری انگلستان اعمال صلاحیت شخصی منفعل صرفاً مبتنی بر وجود یک نوع رابطه بین بزه‌کار یا بزه‌دیده با کشور انگلستان و نه چیزی بیش از آن می‌باشد. لذا به نظر می‌رسد، رویکرد کمینه‌گستر مستلزم شناسایی صلاحیت شخصی منفعل صرفاً در جرائم



ذیصلاح یا محاکم کیفری بین‌المللی می‌باشد.

۶- حذف عبارت (جرائم علیه کشور ایران) از ماده ۸ و الحاق آن به ماده ۵ بایسته به نظر می‌رسد، زیرا جرائم علیه کشور ایران ارتباطی با صلاحیت شخصی ندارد و بلکه مرتبط با صلاحیت واقعی است. در حال حاضر اگر جرم علیه کشور ایران از جرایم خاص مندرج در ماده ۵ باشد مطابق این مقرر و الا مطابق ماده ۸ و ضوابط آن اعمال صلاحیت خواهد شد.

۷- با توجه به اینکه در یک تفسیر ناصواب، امکان توسعه واژه (اعاده گردد) در ماده ۸ به شیوه‌های نامتعارف مثل انتقال قهری و غیرقانونی یک متهم وجود دارد و این عمل غیرمتعارف سبب اخلاص در روابط دولت‌ها شود، پیشنهاد می‌شود از اصطلاح حقوقی (استرداد گردد) استفاده شود.

۸- مقنن در خصوص جرایم حدود، قصاص و دیات می‌تواند حداقل مقررات کشورهای اسلامی را مورد پذیرش قرار دهد و از محاکمه و مجازات مجدد در حدود مجازات اعمال شده اجتناب نماید.

References

- Askandari, Fariba (2016). Examining the principle of personal competence and its developments. Master Thesis. University of Qom. School of Law.
- Bahramzadeh, Saeed (2014). Study of the principle of personal jurisdiction in Iranian and Lebanese criminal law. Master Thesis, Islamic Azad University, Shahroud Branch, Faculty of Humanities.
- Blakesley, C.L., (1984). A Conceptual Framework for Extradition and Jurisdiction Over Extraterritorial Crime.
- Blakesley, C.L, (1988). Jurisdictional Issues and Conflicts of Jurisdiction, in Bassiouni, M.C., (ed.) Legal Responses 10 Terrorism: US Procedural Aspects, Dordrecht, Martinus Nijhoff.
- Blakesley, C.L. and Lagodny, O., (1991). Finding Harmony Amidst Disagreement Over Extradition. Jurisdiction. the Role of Human Rights. and Issues of Extraterritoriality Under International Criminal Law, 24 VJTL 1.
- Blakesley, C.L., (1987). Jurisdiction as Legal Protection Against Terrorism.
- Blanplain, E., (1993), International Encyclopaedia of Laws: Criminal Law, Vol. 1, Kluwer Law Publishers, Deventer.
- Elham, Gholam Hossein and Borhani, Mohsen (2021). An Introduction to Public Criminal Law: Crime and Criminal, Volume I, Sixth Edition, Tehran: Mizan Publishing.
- Ebrahimi, Alireza, (2011). International Criminal Law, First Edition, Qom: Aiin Ahmad Publications.
- Farajih, Mohammad and Aghaei, Amin (2012). "Negative and Positive Aspects of the Principle of Personal Jurisdiction in International Criminal Law". International Police Studies. No. 9, 23-1.
- FIDH (International Federation for Human Rights) (2010), Extraterritorial Jurisdiction in the European Union. a Study of the Laws and Practice In the 27 Member State of the European Union, Paris.
- Habibzadeh, Mohammad Jafar and Ardabili, Mohammad Ali and Janipour, Mojtaba (2005). "Rule prohibiting trial and retrial in international criminal law." Teacher of Humanities. No. 41, 74-47.
- Hosseinnejad, Hossein Holi (2014). International Criminal Law, Ninth Edition, Tehran: Mizan Publications.
- Geoff, Gilbert, (1992). "Crime Sans Frontiers, Jurisdictional Problems in English Law", The British Yearbook of International Law, vol. 63.
- Mossadegh, Mohammad (2019). Description of the Islamic Penal Code with an Applied Approach, Volume One, Eleventh Edition, Tehran: Jangal Publications.
- Mir Mohammad Sadeghi, Hossein and Izdiar, Ali (2013). "Jurisdiction based on the citizenship of the victim with emphasis on the new Islamic Penal Code". Doctrines of Criminal Law, No. 5, 37-3.



- Paul Donovan Arnell., (1998). International Jurisdiction and Crime: A Substantive a Contextual Examination of Jurisdiction in International Law, Thesis submitted for the Degree of PhD, University of Hull.
- Pourbafarani, Hassan (2020). International Criminal Law, 13th Edition, Tehran: Jangal.
- Pourbafarani, Hassan and Beigi Hassan, Fatemeh (2013). "Application of the rule prohibiting retrial in crimes subject to Sharia punishment." Journal of Criminal Law, Year 4, No. 1, 95-73.
- Pourbafarani, Hassan (2016). "Principles and Developments of the Principles of Jurisdiction Based on the Relationship of Citizenship", Criminal Law Research, Volume 5, Number 17, 9-30.
- Qapanchi, Hesam and Safari, Sadegh (2015). "Jurisprudential principles of the rule prohibiting re-punishment in the Islamic Penal Code adopted in 1392". Jurisprudential research. No. 1. pp. 210-183.
- Questionnaires and Replies, (1990). European Committee on Crime Problems, PC-R EJINF Bil.
- Shachor-Landau, C., (1980). Extra-territorial Penal Jurisdiction and Extradition.
- Shaw, M.N., (1991). International Law, (Third Edition) Grotius Publications, Cambridge.
- Shakfteh Gohari, Masoumeh (2015). Principles, conditions and effects of the principle of personal jurisdiction in Iranian criminal law, Master Thesis, University of Guilan. Faculty of Literature and Humanities.
- Shearer, LA., (1994). Starke's International Law, (Eleventh Edition), Butterworths, London.
- Tahmasebi, Javad (2016). "Principle of personal competence based on the citizenship of the victim in Iranian criminal law", Legal Journal of Justice, Volume 81, Number 97, 141-113.
- Waliullah, Asghari Roshan (2011). Study of the principle of personal jurisdiction in criminal judicial authorities. Master Thesis. Islamic Azad University Tehran Branch. School of Law.
- Varvaei, Akbar and Zubairi, Mohammad (2015). "Study of the historical developments of the competence of law enforcement authorities in relation to crimes committed by Iranian citizens outside the country", Quarterly Journal of Law Enforcement Studies, Third Year, Volume 3, Number 9, 106-79.

Research Paper

A Comparative Study of the Enforcement of Final Documents in Online Alternative Dispute Resolution Methods

Seyed Alireza Rezaee¹, Reza Maboudi Neishabouri^{*2} , Azam Ansari³, Abdollah khodabakhshi shalamzari⁴

¹ PhD Student of Private Law, Faculty of Law and Political Sciences, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran.

² Assistant Professor of Private Law Department, Faculty of Law and Political Sciences, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran.

³ Assistant Professor of Private Law Department, Faculty of Law and Political Sciences, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran.

⁴ Assistant Professor of Private Law Department, Faculty of Law and Political Sciences, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran.



10.22080/LPS.2022.23149.1306

Received:

February 17, 2022

Accepted:

March 17, 2022

Available online:

July 19, 2022

Keywords:

"Online Arbitration",
"Online Mediation", "New
York Convention", "Smart
Contracts", "Trustmark".

Main Subjects :

CIVIL LAW

Abstract

The increasing development of e-commerce and greater access to technological facilities have made online dispute resolution as one of the most important global legal topics. One of the most important aspects of any dispute resolution method is how the outcome of the dispute should be enforced, and traditionally the final dispute resolution documents are enforced by the national courts through the coercion of the losing party. The possibility of enforcement of final documents resulting from online dispute resolution methods is questionable because all or part of the relationships between the parties and the dispute resolution authority is established online, and in many cases, current international and national regulations do not provide efficient rules for enforcement of said documents. For this reason, e-commerce legal activists have envisioned new ways to enforcement of final documents resulting from online dispute resolution methods. In this article, the enforcement of final documents resulting from online dispute resolution methods has been studied in two main topics: "Compulsory enforcement of final documents resulting from online dispute resolution methods" and "Voluntary enforcement of final documents resulting from online dispute resolution methods". Finally, the present study has concluded that the compulsory enforcement of final documents resulting from online dispute resolution methods through the intervention of national courts, even if there is a

***Corresponding Author:** Reza Maboudi Neishabouri

Address: Assistant Professor of Private Law
Department, Faculty of Law and Political Sciences,
Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran.

Email: maboudi@um.ac.ir



legal possibility, is not commensurate with the characteristics and requirements of online dispute resolution methods and the use of voluntary methods if the necessary related rules are established, can significantly increase the overall validity of online dispute resolution methods by notably increasing the possibility of enforcement of final documents resulting from said methods and encourage parties and business activists to use these dispute resolution methods.

Extended Abstract:

1. Introduction

The increasing development of e-commerce and greater access to technological facilities have made online dispute resolution as one of the most important global legal topics. One of the most important aspects of any dispute resolution method is how the outcome of the dispute should be enforced, and traditionally the final dispute resolution documents are enforced by the national courts through the coercion of the losing party. The possibility of enforcement of final documents resulting from online dispute resolution methods is questionable because all or part of the relationships between the parties and the dispute resolution authority is established online, and in many cases, current international and national regulations do not provide efficient rules for enforcement of said documents.

Existing international and national regulations on traditional dispute resolution methods provide standards that have not been possible in many cases through online dispute resolution procedures, which is why the New York and Singapore Conventions as most important international instruments for recognition and enforcement of arbitration awards and settlement agreements resulting from mediation have not fully supported online dispute resolution methods. Even if there are corresponding regulations, it seems that

due to the high number and low value of the subject of online dispute resolution lawsuits, compulsory methods is not a suitable way to enforce the final documents of online dispute resolution.

For this reason, e-commerce legal activists have envisioned new ways to enforcement of final documents resulting from online dispute resolution methods. In this article, the enforcement of final documents resulting from online dispute resolution methods has been studied in two main topics: "Compulsory enforcement of final documents resulting from online dispute resolution methods" and "Voluntary enforcement of final documents resulting from online dispute resolution methods".

2. Methods

In the current study, fundamental, descriptive and analytical research method has been used.

3. Results

The need to enforcement of final documents of online dispute resolution methods on the one hand and the impossibility of using traditional methods to enforce the final documents on the other hand, has led to the adoption of optional enforcement methods. In these methods, the litigants themselves voluntarily execute the dispute resolution document or, based on the prior agreement of the parties, the result of the online dispute resolution methods is enforced automatically through financial

and technical control over the assets of the parties. The development of said methods is possible only with appropriate regulations and it is suggested to the Iranian legislature to take an important step in the development of online dispute resolution methods by regulating and approving the relevant rules.

4. Conclusion

This article concludes that the compulsory enforcement of final documents resulting from online dispute resolution methods through the intervention of national courts, even if there is a legal possibility, is not commensurate with the characteristics and requirements of online dispute resolution methods and the use of voluntary methods if the necessary related rules are established, can significantly increase the overall validity of online

dispute resolution methods by notably increasing the possibility of enforcement of final documents resulting from said methods and encourage parties and business activists to use these dispute resolution methods.

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

مطالعه تطبیقی اجرای اسناد نهایی در طرق بر خط جایگزین حل اختلاف

سید علیرضا رضائی^۱، رضا معبودی نیشابوری^{۲*} ID، اعظم انصاری^۳، عبدالله خدابخشی شلمزاری^۴

^۱ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق علوم و سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران
^۲ استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران
^۳ استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران
^۴ استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران

doi 10.22080/LPS.2022.23149.1306

چکیده

توسعه روزافزون تجارت الکترونیکی و دسترسی بیشتر به امکانات فن‌آرانه باعث گردیده که حل و فصل اختلافات برخط، به یکی از مباحث مهم علم حقوق در عرصه جهانی مبدل گردد. یکی از جنبه‌های مهم هر روش حل اختلافی، نحوه اجرای نتیجه روش مذکور است و به طور سنتی اسناد نهایی حل اختلاف از طریق اجبار محکوم‌علیه به وسیله دادگاه‌های ملی اجرا می‌شوند. امکان اجرای اسناد نهایی حل اختلاف برخط از این طریق محل ابهام و تردید است زیرا تمام یا بخشی از روابط طرفین و مقام حل اختلاف در فضای برخط برقرار می‌شود و در بسیاری از موارد، مقررات بین‌المللی و ملی موجود، قواعدی در خصوص حمایت اجرایی از روش‌های برخط حل اختلاف وضع ننموده‌اند. به همین دلیل، فعالان حقوقی عرصه تجارت الکترونیکی، روش‌های نوینی را برای اجرای اسناد نهایی حل اختلاف برخط پیش‌بینی نموده‌اند. با توجه به مراتب فوق، اجرای اسناد نهایی حل اختلاف برخط در دو مبحث اصلی در این مقاله مورد مطالعه قرار گرفته است: «اجرای اجباری اسناد نهایی حل اختلاف برخط» و «اجرای اختیاری اسناد نهایی حل اختلاف برخط». در نهایت پژوهش حاضر به این نتیجه نائل آمده است که اجرای اجباری اسناد نهایی حل اختلاف برخط از طریق دخالت دادگاه‌های ملی، حتی در فرض وجود امکان قانونی، با اوصاف و مقتضیات روش‌های حل اختلاف مذکور تناسبی ندارد و استفاده از روش‌های اختیاری اجرای اسناد نهایی حل اختلاف برخط در صورت وضع قواعد حمایتی لازم، می‌تواند با افزایش قابل توجه امکان اجرای اسناد نهایی حل اختلاف برخط، بر اعتبار کلی روش‌های مذکور بیافزاید و اشخاص و فعالان تجاری را به استفاده از طرق حل اختلاف مذکور ترغیب کند.

تاریخ دریافت:

۲۸ بهمن ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۲۶ اسفند ۱۴۰۰

تاریخ انتشار:

۲۸ تیر ۱۴۰۱

کلیدواژه‌ها:

"داوری برخط"، "میانجی‌گری برخط"، "کنوانسیون نیویورک"، "قراردادهای هوشمند"، "نماد اعتماد".

* نویسنده مسئول: رضا معبودی نیشابوری

آدرس: استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم ایمیل: maboudi@um.ac.ir

سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران

این مقاله مقتبس از رساله دکتری حقوق خصوصی دانشگاه فردوسی مشهد است.

مقدمه

هم راستا با توسعه تجارت الکترونیکی و کاهش روزافزون ارتباطات سنتی اشخاص، حل و فصل اختلافات ایجادشده در مراودات فضای مجازی و معاملات تجارت الکترونیکی، متحول گردیده است. از این حیث روش‌های برخط حل اختلاف در سالیان اخیر توسعه پیدا کرده و اجرای نتیجه فرایند برخط حل اختلاف را می‌توان به عنوان یکی از مهم‌ترین چالش‌های حقوقی و قانونی در این زمینه، نام برد. بدیهی است، یکی از مهم‌ترین عوامل اعتبار برخی روش‌های حل اختلاف، تضمین اجرای نتیجه آن‌ها بوده و فقدان ساختار اجرایی مؤثر و متناسب، باعث کاهش مقبولیت روش حل اختلاف مربوطه می‌گردد.

استفاده از اینترنت و فضای مجازی در روش‌های حل اختلاف، باعث ایجاد اوصافی خاص و وضعیت‌های ویژه در فرایند رسیدگی به دعوا می‌گردد. به طور سنتی، در صورت استنکاف محکوم‌علیه از اجرای رأی، از طریق دادگاه‌های ملی وی مجبور به اجرای رأی مذکور می‌گردد. در روش اجرای اجباری، بر اساس مقررات قانونی موجود در اسناد بین‌المللی و قوانین ملی، بر مشروعیت و عادلانه‌بودن نتایج حل اختلاف برخط، نظارت می‌شود. این روش‌ها، سخت‌گیرانه، دارای ضمانت‌اجراهای مشخص، دارای هزینه بالا و زمان‌بر هستند. در مورد طرق برخط حل اختلاف، اجرای اجباری سند نهایی حل اختلاف، وضعیت خاصی می‌یابد. بدین توضیح که در مقررات بین‌المللی و ملی موجود در خصوص طرق سنتی حل اختلاف، استانداردهایی پیش‌بینی شده است که تحقق آن‌ها در روش‌های برخط حل اختلاف در بسیاری از موارد میسر نبوده و به همین علت است که کنوانسیون نیویورک مصوب ۱۹۵۸ و کنوانسیون سنگاپور مصوب ۲۰۱۹ به عنوان مهم‌ترین اسناد بین‌المللی مربوط به شناسایی و اجرای آراء داور و

سازش‌نامه‌های حاصل از میانجی‌گری، حمایت کاملی از روش‌های برخط حل اختلاف نکرده‌اند. حتی در صورت وجود مقررات متناظر نیز به نظر می‌رسد با توجه به تعداد بالا و پایین بودن ارزش مالی موضوع دعاوی حل اختلاف برخط، حمایت اجباری روشی مناسب برای اجرای اسناد نهایی حل اختلاف برخط نیست. با توجه به شرایط مذکور، فعالان حقوقی عرصه تجارت الکترونیکی، روش‌های نوینی را برای اجرای اختیاری اسناد نهایی برخط پیش‌بینی کرده‌اند که علاوه بر فقدان نیاز به مراجعه به دادگاه، روش اجرا با اوصاف سند موضوع اجرا تطابق داشته باشد. بر خلاف طرق اجباری اجرای اسناد حل اختلاف برخط، در روش‌های اجباری اختیاری، مقامات عمومی دستور اجرای اسناد مذکور را صادر نمی‌کنند بلکه از راهکارهایی استفاده می‌شود که خود طرفین دعوا داوطلبانه سند نهایی حل اختلاف را اجرا کنند یا ترتیباتی برای اجرای خودکار آن پیش‌بینی می‌نمایند. در ادامه انواع روش‌های اجباری اسناد نهایی حل اختلاف برخط به شرح ذیل مورد بررسی و تدقیق قرار می‌گیرند: «اجرای اجباری اسناد نهایی حل اختلاف برخط» و «اجرای اختیاری اسناد نهایی حل اختلاف برخط».

۱ اجرای اجباری اسناد نهایی حل اختلاف برخط

روش پیش‌فرض اجرای هر سند نهایی حل اختلافی مراجعه به دادگاه‌های ملی و اجبار محکوم‌علیه به اجرای سند مذکور است. با توجه به اینکه طرح اولیه روش‌های اجباری اجباری بر اساس طرق سنتی حل اختلاف تنظیم شده، شرایط و ضوابط اجرای اجباری در برخی موارد متناسب با اوصاف طرق برخط حل اختلاف نیست. از این حیث، مقتضی است که قابلیت اجرای اجباری اسناد نهایی حل اختلاف برخط در عرصه بین‌المللی بررسی گردد. علت اختصاص مطالب این بخش به آراء داور و سازش‌نامه

² United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation.

¹ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York).



صریح پیش‌بینی نکرده است. به همین جهت در سال ۲۰۰۵ سازمان ملل متحد در ماده ۲۰ کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی^۱، تصریح نمود که: مقررات این کنوانسیون در خصوص به کارگیری ارتباطات الکترونیکی در جریان انعقاد یا اجرای قرارداد موضوع کنوانسیون نیویورک اعمال می‌شود. قطعاً مقرر مذکور گامی رو به جلو بوده و باعث می‌شود در برخی موارد آراء داوری برخط از حمایت اجرایی کنوانسیون نیویورک برخوردار شوند. باید توجه داشت که راه‌حل مذکور تنها در جایی مفید است که کشور اجراکننده رأی داوری، توأمان عضو کنوانسیون نیویورک و کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی باشد که در برخی موارد چنین وضعیتی وجود ندارد زیرا کنوانسیون اخیرالذکر تنها ۱۵ عضو دارد و در عرصه جهانی از مقبولیت بالایی برخوردار نیست. به همین دلیل اجرای آراء داوری برخط در چارچوب فعلی مقررات کنوانسیون نیویورک شایسته بررسی است زیرا استانداردهای معاهده مذکور بر اساس داوری سنتی وضع شده است و در برخی موارد تطابقی با اوصاف خاص طرق برخط حل اختلاف ندارد. در ادامه ابهامات مطرح در خصوص شمول کنوانسیون نیویورک بر آراء داوری برخط به شرح ذیل بررسی می‌شوند: «اعتبار توافق‌نامه الکترونیکی داوری»، «کتبی بودن رأی داوری و امضای آن توسط داوران»، «ابلاغ رأی داوری برخط» و «ارائه اصل یا تصویر مصدق رأی».

۱٫۱٫۱ اعتبار توافق‌نامه الکترونیکی داوری

توافق‌نامه طرفین مبنی بر ارجاع دعوا به داوری باید از جهت ماهوی و شکلی شرایط لازم را داشته باشد. در خصوص شرایط ماهوی توافق‌نامه داوری (مثل احراز اراده طرفین و داوری‌پذیری) کنوانسیون نیویورک مقرر می‌دارد که در موارد ذیل، رأی داوری مورد حمایت اجرایی قرار نمی‌گیرد: موافقت‌نامه

برخط، آن است که تنها داوری و میانجی‌گری در مقررات بین‌المللی (کنوانسیون سنگاپور و نیویورک) در صورت الحاق کشورها به مقررات مذکور و مقررات ملی (قوانین داوری، میانجی‌گری و حقوق قراردادها) از حمایت اجرایی برخوردار هستند. لذا در ادامه اجرای اجباری اسناد نهایی حل اختلاف مذکور به شرح ذیل مورد بررسی و مذاقه قرار می‌گیرد: «اجرای آراء داوری برخط» و «اجرای سازش‌نامه برخط».

۱٫۱ اجرای آراء داوری برخط

در میان انواع طرق حل اختلاف، داوری دارای بیشترین قابلیت اجرایی به صورت بین‌المللی است و در بیشتر نظام‌های حقوقی، آراء داوری الزام‌آور بوده و دادگاه‌ها ملزم به شناسایی و اجرای آراء مزبور (جز در موارد خاصی مثل مغایرت با نظم عمومی و اخلاق حسنه مذکور در ماده ۵ کنوانسیون نیویورک و ماده ۳۵ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶) هستند (بدری زاده؛ توسلی نائینی، ۱۳۹۰: ۱۴۳؛ جنیدی، ۱۳۹۶: ۲۸۰). قاعدتاً آراء داوری برخط نیز می‌توانند از این مزیت داوری برخوردار شوند و نباید میان رأی داوری صادره به صورت کتبی یا الکترونیکی، امضای فیزیکی رأی داوری توسط داور یا امضای الکترونیکی و ابلاغ دستی یا الکترونیکی رأی داوری تفاوتی وجود داشته باشد (مافی؛ کاویار، ۱۳۹۳: ۵).

کنوانسیون نیویورک به عنوان موفق‌ترین سند بین‌المللی مربوط به حل و فصل اختلافات، عامل اصلی توسعه داوری تجاری بین‌المللی بوده است. با حمایت اجرایی از آراء داوری توسط معاهده مذکور، اشخاص و فعالان تجاری با خیالی آسوده، داوری را به عنوان روش حل اختلاف برمی‌گزینند زیرا رأی داوری با توجه به کنوانسیون نیویورک در اکثر کشورهای دنیا از حمایت اجرایی برخوردار است. کنوانسیون مذکور، به دلیل تصویب در حدود ۶۴ سال پیش، حمایت از آراء داوری برخط را به صورت

¹ United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts.

۱،۱،۲ کتبی بودن رأی داوری و امضای آن توسط داوران

معمولاً شرایط شکلی آراء داوری وفق مقررات داوری کشورها و حسب بند ۱ ماده ۳۱ قانون نمونه داوری تجاری بین‌المللی آنسیترال مصوب ۱۹۸۵ آن است که رأی داوری کتبی بوده و توسط داوران امضا شده باشد. حتی در مقرراتی مثل ماده ۱۴۷۳ قانون مدنی فرانسه و ماده ۴ کنوانسیون نیویورک که صراحتاً به این موضوع پرداخته نشده، چنین شرایطی را می‌توان به صورت ضمنی استنباط نمود (Born, 175; Wolff, 2017: 3031-3032; 2014). ابهام آن است که آیا رأی داوری صادرشده به صورت برخط از نظر مقررات کنوانسیون نیویورک معتبر است؟ به نظر می‌رسد شرط کتبی بودن در آراء داوری برخط را باید محقق شده دانست زیرا این قاعده وجود دارد که داده پیام‌ها در صورتی که امکان ارجاع بعدی به آنها وجود داشته باشد، همانند اسناد کتبی معتبر هستند. چنین قاعده‌ای در ماده ۸ قانون نمونه تجارت الکترونیکی آنسیترال و ماده ۶ قانون تجارت الکترونیک ایران مصوب ۱۳۸۲ ذکر شده است.

همچنین شرط امضای رأی داوری با امضای الکترونیکی آن توسط داوران محقق می‌شود. در این راستا، بند ۱ ماده ۵ قانون نمونه تجارت الکترونیکی آنسیترال و ماده ۷ قانون تجارت الکترونیکی ایران، عنوان کرده‌اند که هرگاه قانون، وجود امضاء را لازم بداند، امضای الکترونیکی مکفی است. حسب دستورالعمل امضای الکترونیکی اروپا مصوب ۱۹۹۹^۳، در رسیدگی‌های حقوقی، اعتبار حقوقی سند امضاشده به صورت الکترونیکی صرفاً به دلیل نوع خاص امضای آن زیر سوال نمی‌رود.

۱،۱،۳ ابلاغ رأی داوری برخط

ابلاغ رأی داوری دارای آثار قانونی بوده و امکان اعتراض به رأی داوری یا نهای شدن آن، منوط به ابلاغ رأی به طرفین دعوا است (Born, 2014:)

مزبور به موجب قانونی که طرفین آن را حاکم قرار داده‌اند معتبر نباشد یا در فرض سکوت طرفین در خصوص قانون حاکم، به موجب قانون کشور محل صدور رأی داوری فاقد اعتبار باشد. لذا در مورد موضوعات مذکور، توافق‌نامه داوری برخط با عادی تفاوتی ندارد (Kaufmann-Kohler; Schultz, 141; Hunter, 2004: 217-218; Redfern, 2004). در مقابل، اعتبار شکلی توافق‌نامه داوری، حسب بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک، طبق مقررات خود کنوانسیون تعیین می‌شود و قانون حاکم بر موافقت‌نامه داوری در این موضوع ملاک نیست. حال با توجه به اینکه وفق ماده ۲ کنوانسیون نیویورک، موافقت‌نامه داوری باید کتبی باشد، آیا موافقت‌نامه داوری تنظیم شده به صورت برخط، مشمول حمایت اجرایی معاهده مذکور می‌شود؟ به نظر می‌رسد نمی‌توان به دلیل برخط بودن، موافقت‌نامه داوری را خارج از شمول کنوانسیون نیویورک دانست زیرا هدف از ذکر قید کتبی بودن توافق، سهولت اثبات وجود توافق‌نامه داوری است و اگر این موضوع از هر طریقی حاصل شود، تفاوتی نداشته و در واقع شرط کتبی بودن موضوعیت ندارد بلکه طریقیست دارد.

چنین رویکردی در قوانین دیگر نیز مشاهده می‌شود. قید «نظایر آنها» در ماده ۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران و بند ۲ ماده ۷ قانون نمونه آنسیترال درباره داوری تجاری بین‌المللی، بیانگر امکان استفاده از ابزار الکترونیکی در انعقاد توافق‌نامه داوری است. همچنین مطابق ماده ۶ قانون تجارت الکترونیکی ایران، هرگاه وجود یک نوشته از نظر قانون لازم باشد، داده‌پیام در حکم نوشته است. چنین موضعی در ماده ۸ قانون نمونه تجارت الکترونیکی آنسیترال مصوب ۱۹۹۶^۱ نیز قابل مشاهده است.

³ Directive on A Community Framework for Electronic Signatures.

¹ UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce.

² UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration.

اقرارنامه‌ای از طرفین مبنی بر دریافت رأی داوری اخذ شود اما در اکثر موارد این امکان وجود ندارد و لذا راهکارهایی به شرح ذیل برای اثبات ابلاغ رأی داوری وجود دارد: ۱- راهکار نخست، استفاده از خدمات ثبت الکترونیکی است که مستند ابلاغ رأی را ارائه می‌کند. چنین راهکاری در اتحادیه اروپا وفق مقرر «احراز هویت و خدمات مطمئن الکترونیکی برای معاملات الکترونیکی در بازار داخلی اتحادیه اروپا» مصوب ۲۰۱۴^۱ به رسمیت شناخته شده است. وفق بند ۳ ماده ۴۱ مقرر مذکور، در صورت استفاده از مهرهای زمانی معتبر^۲ و سامانه‌های ثبت الکترونیکی ابلاغ در داوری، اثر اثباتی روش‌های مذکور در تمامی کشورهای عضو وجود دارد؛ ۲- راهکار دیگر، ایجاد مکانیسم خاص ابلاغ رأی در سازمان داوری برخط است که طرفین امکان دریافت رأی را داشته باشند. در این صورت به محض دریافت رأی داوری توسط مخاطب، به صورت خودکار سیگنالی جهت تأیید دریافت رأی داوری به وی ارسال می‌شود (Zheng, 2020: 285-286)؛ ۳- روش دیگر جهت حل مشکل مذکور، آن است که در شروط مربوط به قواعد شکلی توافق‌نامه داوری اینگونه مقرر شود که نرم افزاری خاص توسط طرفین نصب شده و تمامی ابلاغات از طریق نرم افزار مذکور توسط داور صورت گیرد؛ ۴- می توان رأی را از طریق ایمیل ابلاغ نکرد بلکه تنها در ایمیل عنوان شود که برای بررسی وضعیت رأی داوری به سایت مشخصی مراجعه نمایید و زمانی که طرفین به سایت مذکور مراجعه می کنند ابلاغ به آنها صورت گیرد. جهت اثبات ابلاغ باید برای هر یک از طرفین دعوا نام کاربری و رمز عبور مجزا تهیه شود و زمان ورود آنها به سایت ذخیره گردد؛ ۵- به همراه ابلاغ الکترونیکی، یک نسخه کپی فیزیکی از رأی نیز به طرفین ابلاغ شود (Kaufmann-Kohler; Schultz, 2004: 218-219). در حقوق ایران نیز در بند ۱ ماده یک آیین نامه نحوه استفاده از سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی

(3065). در خصوص ابلاغ الکترونیکی رأی داوری، کنوانسیون نیویورک در پاراگراف ۱ بند ۵، صرفاً عنوان داشته که اگر رأی داوری برای طرفین لازم‌الاجرا نشده، امکان ممانعت از اجرای آن وجود دارد. لذا با اینکه در کنوانسیون نیویورک، ابلاغ، شرط لازم‌الاجرا بودن رأی داوری تلقی نشده است اما ممکن است در قوانین ملی مثل بند ۱ ماده ۱۹۰ قانون بین‌الملل خصوصی سوئیس مصوب ۱۹۸۷، چنین شرطی برای لازم‌الاجرا تلقی نمودن رأی داوری وجود داشته باشد.

همچنین در پاراگراف ۱ بند ۵ ماده ۵ معاهده مذکور یکی از جهات امتناع از اجرای رأی داوری اینگونه عنوان شده است: به طرفی که رأی داوری علیه وی استناد شده، اخطار صحیحی در مورد نصب داور یا جریان رسیدگی داوری ابلاغ نشده یا به طریق دیگری از حقوق دفاعی خود محروم شده باشد. همچنین وفق بند ۴ ماده ۳۱ قانون نمونه داوری تجاری بین‌المللی آنسیترال و پاراگراف ۳ از بند الف ماده ۱۹ قانون داوری یکپارچه ایالات متحده آمریکا مصوب ۱۹۵۵ یک نسخه از رأی داوری باید به طرفین ابلاغ شود.

با توجه به متن کنوانسیون، صرفاً ابلاغ مطالب موردنظر به مخاطب، مهم است و روش آن اهمیتی ندارد. به همین دلیل، ابلاغ الکترونیکی یا برخط در صورتی که امکان اثبات وصول آن به مخاطب وجود داشته باشد، باید معتبر تلقی شود. جهت تحقق شرط مذکور، برخی کشورها وسایل الکترونیکی خاصی را برای ابلاغ رأی داوری در نظر گرفته‌اند. به عنوان مثال در بند ۱ ماده ۱۶۷۸ قانون قضائی بلژیک مصوب ۱۹۶۷ ارسال از طریق ایمیل به رسمیت شناخته شده است و در بند ۷ ماده ۲۶ قواعد داوری دیوان داوری بین‌المللی لندن ابلاغ از طریق هر وسیله الکترونیکی معتبر تلقی شده است. جهت جلوگیری از هرگونه ادعا بهترین راهکار آن است که

² Qualified Time Stamps.

¹ Regulation on Electronic Identification and Trust Services for Electronic Transactions in Internal Market and Repealing Directive (eIDAS).

در مجموع به نظر می‌رسد ویژگی‌های خاص شکلی آراء داوری برخط، باعث نمی‌شوند که داوری برخط از حمایت‌های کنوانسیون نیویورک محروم شود. باید توجه داشت که مقررات شکلی داوری در بسیاری از کشورها تکمیلی هستند. در برخی کشورها آزادی طرفین دعوا در تعیین مقررات شکلی داوری به صورت صریح پذیرفته شده است (مثل ماده ۵۲ قانون داوری انگلستان مصوب ۱۹۹۶ و بند ۱ ماده ۱۸۹ قانون بین‌الملل خصوصی سوئیس). همچنین در برخی از کشورها عدم رعایت مقررات شکلی، جهتی برای ابطال رأی داوری محسوب نمی‌شود (مثل ماده ۱۵۰۲ قانون آئین دادرسی مدنی فرانسه مصوب ۱۹۸۱، ماده ۴۴ قانون داوری ژاپن مصوب ۲۰۰۴ و بند ۲ ماده ۳۴ قانون داوری بین‌المللی استرالیا مصوب ۲۰۱۸).

همچنین در قوانین ملی اکثر کشورها بین اسناد کتبی و الکترونیکی تساوی برقرار شده است و رأی الکترونیکی می‌تواند شرایط شکلی لازم برای رأی کتبی را دارا باشد. کارگروه آنسیترال نیز در این راستا عنوان نمود که با توجه به توسعه تجارت الکترونیکی و وضع قواعد مطلوب‌تر شکلی در خصوص انعقاد توافق‌نامه داوری، فرایند داوری و اجرای آراء داوری، قواعد مناسب‌تری توسط کشورها نسبت به کنوانسیون نیویورک وضع شده‌اند و حسب بند ۱ ماده ۷ نباید طرفین را از قواعد مطلوب‌تر موجود در مقررات ملی محروم نمود (Uncitral, 2006). لذا در صورت وجود شرایط مدنظر قوانین ملی و با توجه به عدم مخالفت صریح متن کنوانسیون نیویورک با داوری برخط، حسب تفسیر آنسیترال از بند ۲ ماده ۲ مقرر مذکور، رویکرد غالب دادگاه‌های ملی باید به رسمیت شناختن آراء داوری برخط باشد (Born, 2014: 3037; Wolff, 2017: 179).

در نتیجه، رأی داوری برخط نباید به دلیل اوصاف خاص آن توسط دادگاه‌ها ابطال شود. اگر دادگاه محل مقرر رأی داوری به چنین دلیلی رأی داوری را

مصوب ۱۳۹۵، ابلاغ الکترونیکی به رسمیت شناخته شده است. همچنین حسب قواعد مندرج در ماده ۸۳ قانون آئین دادرسی مدنی، مواد ۷۸ و ۸۳ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ و ماده ۳۳ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۵۸، رویکرد حقوق ایران مبتنی بر لزوم آگاهی مخاطب بوده و شیوه ابلاغ و اطلاع‌رسانی نقشی اساسی ندارد.

۱،۱،۴ ارائه اصل یا تصویر مصدق رأی

وفق پاراگراف الف از بند ۱ ماده ۴ کنوانسیون نیویورک، طرفین دعوا باید اصل رأی داوری یا کپی مصدق آن را ارائه نمایند. معاهده مذکور درباره نحوه تعیین اصالت و اعتبار رأی داوری سکوت کرده و حتی قانون حاکم جهت تعیین این موضوع را مشخص ننموده است. وفق مذاکرات تنظیم کنوانسیون، به نظر می‌رسد که کشورها قصد داشتند احراز موضوع مذکور را بر عهده قانون کشور محل صدور^۱ یا محل اجرای رأی داوری^۲ قرار دهند. ابهامی که وجود دارد آن است که آیا رأی داوری برخط، اصیل است؟ بند ۱ ماده ۸ قانون نمونه آنسیترال در خصوص تجارت الکترونیکی، عنوان داشته است که: اگر مقررات، ارائه و حفظ اطلاعات را به شکل اصیل لازم بدانند، شرط مذکور در قالب داده پیام محقق می‌شود به دو شرط: ۱- وجود اطمینان کافی نسبت به صحت اطلاعات در زمان صدور نهایی آن به عنوان داده پیام ۲- امکان نشان دادن اطلاعات مذکور به شخص مورد نظر در زمان درخواست اطلاعات مزبور (بدی زاده؛ توسلی نائینی، ۱۳۹۰: ۱۴۱). ماده ۱۲ قانون تجارت الکترونیکی ایران نیز، اصل لزوم پذیرش دلایل الکترونیکی را به رسمیت شناخته است. باید توجه داشت که هدف ماده ۴ کنوانسیون نیویورک، ساده کردن درخواست شناسایی و اجرا بوده است و نباید در تفسیر این ماده سخت‌گیری نمود و اثبات اصالت رأی داوری به هر طریقی کفایت می‌کند.

² Lex Fori.

¹ Lex Arbitri.



واقع میانجی قادر نیست راساً اختلاف را خاتمه دهد و یا دیدگاه دلخواه خود را به طرفین دعوا تحمیل کند و تنها مجاز است که سعی کند طرفین به یک راه حل دوستانه نائل گردند (شیروی، ۱۳۹۱: ۴۹۱). میانجی‌گری می‌تواند از طریق ابزار الکترونیکی و به صورت برخط باشد تا امکان حل اختلاف دوستانه برای اشخاصی که قادر یا متمایل به برگزاری جلسات حضوری نیستند، فراهم شود. اسناد مهم بین‌المللی عموماً میانجی‌گری برخط را مورد پذیرش قرار داده‌اند. در بند ۲ ماده ۲ و بند ۲ ماده ۴ کنوانسیون سازمان ملل متحد در مورد سازش‌نامه‌های حاصل از میانجی‌گری ۲۰۱۹ (کنوانسیون سنگاپور)، در بند ۶ ماده ۱۶ قانون نمونه آنسیترال در زمینه سازش تجاری بین‌المللی و سازش‌نامه‌های بین‌المللی حاصل از فرایند میانجی‌گری مصوب ۲۰۱۸^۳ و بند ۲ ماده ۱۸ همان قانون، در مواد ۳ و ۶ قواعد میانجی‌گری دیوان بین‌المللی داوری لندن مصوب ۲۰۲۰^۴، ماده ۱۳ قواعد میانجی‌گری مرکز آسیایی داوری بین‌المللی مصوب ۲۰۱۸^۵ و در ماده ۱۰ مقررات میانجی‌گری سازمان جهانی مالکیت فکری مصوب ۲۰۲۱^۵، استفاده از ارتباطات الکترونیکی در میانجی‌گری به رسمیت شناخته شده است.

مبنای میانجی‌گری توافق طرفین است و بر خلاف طرق توافقی حل اختلاف، هیچ اجباری از ابتدا تا انتهای فرایند میانجی‌گری وجود ندارد. به همین دلیل برخی نویسندگان معتقد هستند که مشکلی در خصوص اجرای میانجی‌گری رخ نمی‌دهد زیرا در اکثر موارد طرفین دعوا مفاد سازش‌نامه را اجرا می‌کنند. به این جهت که خود طرفین دعوا با رضایت کامل فرایند میانجی‌گری را شروع کرده و نهایتاً بر مفاد سازش‌نامه تنظیمی به توافق رسیده‌اند. این وضعیت با داوری و دادرسی تفاوت آشکاری دارد زیرا در طرق حل اختلاف اخیرالذکر، فرد ثالثی (قاضی یا

ابطال کند، ابطال رأی داوری باعث عدم امکان اجرای رأی داوری در کشورهای دیگر نمی‌شود. با توجه به ادبیات بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک که صرفاً عنوان داشته که دادگاه کشور محل اجرا «می‌تواند» به دلیل ابطال رأی داوری از اجرای آن ممانعت کند و همچنین وفق اصل لزوم اعمال قانون مناسب‌تر نسبت به داوری وفق ماده ۷ معاهده مزبور، به نظر می‌رسد که اجرای آراء داوری که به دلیل برخط بودن ابطال شده‌اند، امکان‌پذیر است (Redfern; Hunter, 2004: 441). همچنین وفق برخی مقررات مثل ماده ۹ کنوانسیون اروپایی داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۹۶۱^۱، اگر ابطال رأی داوری با استناد به دلیلی باشد که مطابق استانداردهای بین‌المللی نیست، دادگاه می‌تواند چنین رأی داوری را اجرا نماید. به نظر می‌رسد ابطال رأی داوری به دلیل برخط بودن آن، مطابق با استانداردهای بین‌المللی نبوده و دادگاه اجراکننده نباید به چنین حکمی اعتنا کند (Kaufmann-Kohler; Schultz, 2004: 219-220).

در خصوص موضع حقوق ایران درباره داوری برخط باید بیان داشت که حسب ماده ۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی و مواد ۶، ۷ و ۱۲ قانون تجارت الکترونیکی، روش حل اختلاف مذکور در حقوق ایران به رسمیت شناخته شده است و نمی‌توان اعتبار داوری را به دلیل فرایند برخط آن یا تنظیم و ابلاغ رأی داوری از طریق ابزار الکترونیکی، زیر سوال برد.

۱٫۲ اجرای سازش‌نامه برخط

میانجی‌گری یکی از شناخته شده‌ترین و قدیمی‌ترین طرق حل اختلاف در کنار دادرسی و داوری بوده و تمایز اصلی آن با داوری و دادرسی، در تصمیم‌گیری در خصوص نتیجه دعوا توسط خود طرفین است. در

³ LCIA Mediation Rules.

⁴ AIAC Mediation Rules.

⁵ WIPO Mediation Rules.

¹ European Convention on International Commercial Arbitration.

² UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation.

(معبودی نیشابوری، رضائی، ۱۴۰۰: ۱۷۷). حسب این معاهده، کشورهای عضو موظف به اجرای مستقیم سازش‌نامه‌های تجاری بین‌المللی هستند. معاهده مذکور با توجه به مقررات بند ۲ ماده ۲ و بند ۲ ماده ۴، سازش‌نامه‌های برخت را جزو قلمرو حمایتی خود قرار داده است. وفق بند ۲ ماده ۲ کنوانسیون سنگاپور، در صورت انعقاد سازش‌نامه از طریق ابزار برخت، شرط کتبی بودن در صورت وجود امکان ارجاع و دسترسی بعدی، محقق شده محسوب می‌شود. مقررده مذکور وسیله ارتباطی خاصی را معین نکرده و سازش‌نامه از طریق ایمیل، پیام متنی و غیره می‌تواند منعقد شود. همچنین ضرورتی ندارد که سازش‌نامه در یک سند تنظیم شود و تهیه سازش‌نامه طی چند سند نیز امکان‌پذیر است (بند ۲ ماده ۴ کنوانسیون سنگاپور، امضای الکترونیکی را با تبعیت از بند ۳ ماده ۹ کنوانسیون سازمان ملل در خصوص استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی، به رسمیت می‌شناسد و بدین ترتیب، امضای الکترونیکی یا امضای سنتی در میانجی‌گری اعتبار یکسانی دارند. با توجه به عدم تعریف امضای الکترونیکی و مشخص نکردن نوع خاصی در دو معاهده فوق‌الذکر، شیوه امضای الکترونیکی به تشخیص طرفین بستگی دارد (Alexander; Chong, 2019: 56). امضای الکترونیکی باید واجد چند شرط باشد: لزوم احراز هویت طرفین و میانجی، لزوم احراز اراده طرفین و میانجی نسبت به مفاد ارتباط الکترونیکی و قابلیت استناد با توجه به شرایط پرونده.

وفق پاراگراف الف از بند ۲ ماده ۴ کنوانسیون سنگاپور و پاراگراف الف از بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون سازمان ملل در خصوص استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی، جهت اعتبار امضای الکترونیکی، احراز هویت و اراده باید صورت گیرد. نیازی نیست که حتماً دو موضوع مذکور به صورت همزمان احراز شوند و ممکن است روش احراز هویت از روش احراز اراده کاملاً متفاوت باشد. به عنوان مثال یکی از طرفین دعوا، زمانی که با

داور) نتیجه دعوا را مشخص می‌کند و در نتیجه، به دلیل عدم تاثیر مستقیم طرفین دعوا در تعیین نتیجه دعوا، در بسیاری از موارد اشخاص مذکور از اجرای رأی صادره خودداری می‌کنند (Haloush, 2007: 90; Katsh; Rifkin, 2001: 114).

علیرغم ملاحظات فوق، در برخی موارد ممکن است طرفین دعوا مفاد سازش‌نامه را اجرا نکنند و یکی از ایشان به دنبال الزام طرف دیگر به اجرای سازش‌نامه باشد. از این جهت، اجرای نتیجه میانجی‌گری برخت، دارای موانعی است زیرا روش‌های حل اختلاف برخت و میانجی‌گری، از حمایت اجرایی چندانی برخوردار نیستند و میانجی‌گری برخت دارای هر دو وصف مذکور است. به همین دلیل، برخی نویسندگان تصریح نموده‌اند که در حال حاضر تنوع راه‌های اجرای سازش‌نامه‌ها یکی از موانع توسعه میانجی‌گری است. برخلاف داور، در اکثر موارد، حمایت اجرایی مستقیم از سازش‌نامه‌ها وجود ندارد و به همین دلیل، علاوه بر اجرای مستقیم، روش‌های دیگری نیز برای اجرای سازش‌نامه پیش‌بینی شده است (Schnabel, 2019: 2).

با توجه به مراتب فوق، روش‌های مختلف اجرای اجباری سازش‌نامه ناشی از فرایند میانجی‌گری برخت به شرح ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرند: «اجرای مستقیم سازش‌نامه برخت»، «اجرای سازش‌نامه به عنوان یک قرارداد»، «اجرای سازش‌نامه تنظیمی نزد مقامات صلاحیتدار غیرترافی»، «اجرای سازش‌نامه تنظیمی نزد مقامات صلاحیتدار ترافی».

۱،۲،۱ اجرای مستقیم سازش‌نامه برخت

سازمان ملل متحد، کنوانسیون سنگاپور را برای برطرف نمودن ضعف فقدان حمایت اجرایی از سازش‌نامه‌ها تصویب نمود تا با توجه به مزایای متعدد سازش (مثل ارزان بودن، سریع بودن، حفظ روابط تجاری طرفین دعوا و...) اقدامی موثر و ضروری را در توسعه این روش حل اختلاف انجام داده باشد که ایران نیز امضاکننده کنوانسیون مذکور است



الکترونیکی قراردادها فراهم شود و اینگونه قراردادها نباید به دلیل تنظیم از طریق ابزار الکترونیکی فاقد اعتبار تلقی شده یا از برخی آثار قانونی محروم شوند. لذا به نظر می‌رسد سازش‌نامه‌های برخط باید همانند سازش‌نامه‌های تنظیمی به صورت سنتی، از تمامی حمایت‌های قانونی از جمله حمایت اجرایی مذکور در دستورالعمل میانجی‌گری اتحادیه اروپا برخوردار شوند (Wang, 2017: 492-493).

شایان ذکر است که امکان حمایت اجرایی مستقیم از سازش‌نامه‌ها (چه بر خط و چه سنتی) در مقررات حقوق ایران پیش‌بینی نشده است. البته ایران، کنوانسیون سنگاپور را امضا نموده که تا زمان الحاق قطعی، معاهده مذکور جزئی از نظام حقوقی ایران محسوب نمی‌شود. تنظیم کنوانسیون مذکور توسط سازمان ملل متحد را می‌توان مهم‌ترین تحول حوزه حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی در سالهای اخیر دانست زیرا این معاهده با برطرف کردن مهم‌ترین نقیصه این طریقه حل اختلاف (فقدان حمایت اجرایی از سازش‌نامه) زمینه را برای توسعه میانجی‌گری و بهره‌مندی اشخاص و فعالان تجاری از مزایای متعدد این روش حل اختلاف فراهم نموده است. الحاق هرچه سریعتر ایران به کنوانسیون سنگاپور، می‌تواند میانجی‌گری را در وضعیتی ویژه در ایران قرار دهد و متعاقباً اشخاص و فعالان تجاری و همچنین سیستم قضایی می‌توانند از مزایای متعدد این روش حل اختلاف بهره‌مند گردند.

در مجموع تلاش‌های صورت گرفته در خصوص حمایت اجرایی از سازش‌نامه‌ها، بسیار ارزشمند بوده است اما اقدامات مذکور نتوانسته‌اند باعث تغییر وضعیت کلی میانجی‌گری شوند. لذا حمایت کنوانسیون نیویورک از آراء داور کاملاً متفاوت با سطح حمایتی کنوانسیون سنگاپور از سازش‌نامه‌ها است زیرا کشورهای عضو معاهده مذکور هنوز به تعداد قابل توجهی نرسیده‌اند. به همین دلیل،

استفاده از مشخصات خاص و روشی امن، وارد وب سایت سازمان حل اختلاف برخط می‌شود، هویت وی احراز می‌گردد. متعاقباً در زمانی که توافق نهایی صورت گرفته و متن سازش‌نامه ارائه می‌شود، با انتخاب گزینه «موافقم» توسط طرفین، اراده آنها جهت موافقت با مفاد سازش‌نامه محرز می‌گردد. در این صورت، شرایط تحقق امضای الکترونیکی وفق کنوانسیون سنگاپور وجود دارد (Alexander; Chong, 2019: 86-87).

مهم‌ترین ایراد کنوانسیون سنگاپور، مستثنی کردن دعاوی مصرف‌کننده در پاراگراف الف از بند ۲ ماده ۱، از حمایت اجرایی خود است و با توجه به اینکه موضوع اکثر سازش‌نامه‌های برخط دعاوی مصرف‌کننده است، مقرر مذکور تاثیر مهمی در اجرای سازش‌نامه‌های برخط نخواهد داشت. این در حالی است که در حقوق ایران، استفاده از سازش در اینگونه دعاوی، وفق مواد ۲۰ و ۲۱ آئین‌نامه اجرایی قانون حمایت از مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۹۰، به رسمیت شناخته شده است.

علاوه بر سازمان ملل متحد، اتحادیه اروپا نیز به ضرورت حمایت اجرایی از نتیجه فرایند میانجی‌گری توجه نموده است. وفق ماده ۶ دستورالعمل میانجی‌گری اتحادیه اروپا مصوب ۲۰۰۸^۱، سازش‌نامه تنظیمی در دعاوی تجاری و مدنی در کشورهای عضو این اتحادیه لازم‌الاجرا است. ایراد مقرر مذکور آن است که طریقه مشخصی را برای اجرای سازش‌نامه‌ها ذکر نکرده و این موضوع را به کشورهای عضو سپرده است. مشخصاً به دلیل تنوع رویکرد کشورهای عضو، چنین مسئله‌ای باعث می‌شود که درباره نحوه اجرای سازش‌نامه قطعیتی وجود نداشته باشد. دستورالعمل مذکور در مورد میانجی‌گری برخط ساکت است اما ماده ۹ دستورالعمل تجارت الکترونیکی اتحادیه اروپا مصوب ۲۰۰۰^۲ تاکید کرده است که کشورهای عضو باید به گونه‌ای مقررات خود را تنظیم کنند که امکان انعقاد

² Directive on Electronic Commerce.

¹ Directive on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters.

که توسط مقامات صلاحیتدار در کشور مبدأ ثبت یا تنظیم شده است و وفق ماده ۵۸ دستورالعمل بروکسل مصوب ۲۰۱۵^۲ (The Brussels Regulation Recast) و ماده ۵۷ کنوانسیون لوگانو مصوب ۲۰۰۷^۳، در صورت دارا بودن سه شرط، سند مزبور در تمامی کشورهای عضو اتحادیه اروپا قابل اجرا است: تأیید سند توسط مقامات صلاحیتدار، تأیید امضا و محتوای سند و لازم‌الاجرا بودن سند در کشور مبدأ (Kaufmann-Kohler, 2005: 212; Wang, 2009: 81).

با توجه به مراتب فوق، سازش‌نامه می‌تواند در دفتر اسناد رسمی یا نزد میانجی دارای مجوز رسمی تنظیم شود و به عنوان یک سند معتبر اجرا گردد. وفق بند ۲ ماده ۶ دستورالعمل میانجی‌گری اتحادیه اروپا، در صورت تأیید مقام صلاحیتدار، سازش‌نامه لازم‌الاجرا است و به نظر می‌رسد سازش‌نامه تنظیمی توسط میانجی دارای مجوز^۴، از این جهت می‌تواند اجرا شود. به عنوان مثال در بند ۸ ماده ۲۶ قانون میانجی‌گری اسپانیا و مواد ۷۹۴ تا ۷۹۷ قانون آئین دادرسی مدنی آلمان مصوب ۲۰۰۵، عنوان شده است که در صورت انعقاد سازش‌نامه با کمک میانجی دارای مجوز، چنین سندی لازم‌الاجرا تلقی می‌شود. لذا در خصوص سازش‌نامه‌های برخلاف اگر کشور عضو، ارائه‌کننده خدمات حل اختلاف برخلاف را به عنوان یک مقام معتبر تلقی کند، چنین سازش‌نامه‌ای لازم‌الاجرا است. شایسته بود که دستورالعمل مذکور، به میانجی‌گری برخلاف اشاره نموده و سازش‌نامه‌های برخلاف تنظیمی توسط میانجی دارای مجوز را لازم‌الاجرا تلقی می‌نمود (Hanriot, 2015: 14).

وفق ماده ۱۸۱ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ سازش‌نامه ثبت شده در دفاتر اسناد رسمی ایران از حمایت اجرایی آئین‌نامه اجرای مفاد اسناد

راه‌های دیگری نیز برای اجرای سازش‌نامه‌ها وجود دارد که در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرند.

۱،۲،۲ اجرای سازش‌نامه به عنوان یک قرارداد

با توجه به ماهیت قراردادی سازش‌نامه، سند مذکور می‌تواند از طریق حقوق قراردادها و به دلیل نقض تعهدات قراردادی اجرا شود. استفاده از این راهکار در تمامی نظام‌های حقوقی از جمله ایران امکان‌پذیر است. البته باید توجه داشت که چنین رویکردی جهت اجرای سازش‌نامه‌های برخلاف مطلوب نیست زیرا اکثر دعاوی برخلاف دارای ارزش بالایی از لحاظ مالی نبوده (مثل دعاوی مصرف‌کننده) و استفاده از این روش در خصوص دعاوی مذکور از لحاظ بالابودن هزینه و صرف زمان زیاد، منطقی نمی‌باشد. همچنین، در دعوای الزام به ایفای تعهدات قراردادی، قاضی اختیار ورود به ماهیت دعوا و بررسی مفاد سازش‌نامه را دارد و از این جهت سازش‌نامه، اثری همانند سند حل اختلاف نداشته و مانند یک قرارداد عادی مورد بررسی مقام قضایی قرار می‌گیرد (Hanriot, 2015: 14; Wang, 2017: 493; Wang, 2009: 80). قطعاً چنین وضعیتی به هیچ عنوان مطلوب طرفین دعوا نیست زیرا علی‌رغم حل اختلاف در میانجی‌گری، مجبور هستند مجدداً دعوای الزام به ایفای تعهدات قراردادی را نزد مرجع حل اختلاف دیگری مطرح کنند. بدین معنا که تلاش‌های آنها در مرحله میانجی‌گری، از لحاظ اجرایی هیچ تاثیری نداشته و مجدداً از ابتدا باید همه چیز از دادگاه شروع شود (Ma, Lo, Boule; Wolski, 2014: 20).

۱،۲،۳ اجرای سازش‌نامه تنظیمی نزد مقامات

صلاحیتدار غیرترافی

برخی از قراردادها و اسناد در صورتی که نزد مقامات صلاحیتدار ثبت یا تنظیم شوند، لازم‌الاجرا تلقی می‌شوند. چنین وضعیتی در اتحادیه اروپا وجود دارد. در مقررات اتحادیه اروپا، سند معتبر^۱ سندی است

³ Convention on Jurisdiction and The Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters.

⁴ Accredited Mediator.

¹ Authentic Instrument.

² The Brussels Regulation Recast



انعکاس سازش‌نامه در رأی دادگاه

در میانجی‌گری سنتی، طرفین جهت اعطای وصف لازم‌الاجرا به سازش‌نامه، در برخی موارد آن را به تأیید دادگاه رسانده و با صدور گزارش اصلاحی توسط مرجع قضایی، چنین سازش‌نامه‌ای همانند رأی دادگاه قابل اجرا خواهد بود. در قوانین داخلی برخی کشورها مثل ماده ۱۳ قانون میانجی‌گری تجاری کانادا مصوب ۲۰۱۰، قواعد آئین دادرسی مدنی انگلستان ۱۹۹۸، ماده ۷ قانون روش‌های جایگزین حل اختلاف فیلیپین مصوب ۲۰۰۴ و ماده ۱۲ قانون میانجی‌گری سنگاپور مصوب ۲۰۱۷ و همچنین اسناد منطقه‌ای مثل بند ۲ ماده ۶ دستورالعمل میانجی‌گری اتحادیه اروپا، در صورت انعکاس سازش‌نامه در دادنامه، سازش‌نامه مذکور همانند رأی نهایی دادگاه لازم‌الاجرا تلقی شده است (Chua, 2019: 577).

در صورت انعکاس سازش‌نامه بر خط در رأی دادگاه، در عرصه بین‌المللی، موانع اجرایی متعددی وجود داشته و هدف طرفین جهت کسب حمایت اجرایی محقق نمی‌شود و سند مذکور در قلمرو بین‌المللی از حمایت اجرایی برخوردار نیست. حسب پاراگراف الف از بند ۳ ماده ۱ کنوانسیون سنگاپور، چنین سازش‌نامه‌هایی (سازش‌نامه‌های منعکس در رأی دادگاه) مشمول محدوده اعمال معاهده مذکور نیستند. همچنین علی‌رغم پیش‌بینی امکان اجرای سازش‌نامه منعکس در رأی دادگاه یا گزارش اصلاحی در ماده ۱۲ کنوانسیون توافق‌نامه‌های انتخاب دادگاه مصوب ۲۰۰۵^۱، به دلیل تعداد کم اعضای معاهده مذکور، این مقرر اثر چندانی در قابلیت اجرایی چنین اسنادی ندارد (Chua, 2019: 578; Treichl, 2020: 6-7).

در خصوص موضع حقوق ایران باید عنوان نمود که سازش‌نامه مذکور در رأی دادگاه در صورتی که داخلی باشد، وفق ماده ۱۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی از حمایت اجرایی برخوردار است اما اگر

لازم‌الاجرا مصوب ۱۳۸۷ برخوردار است اما در صورت ثبت آن در دفاتر اسناد رسمی خارجی، اجرای چنین اسنادی مشمول ماده ۱۷۷ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ و ۱۲۹۵ قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷ بوده که با توجه به شرایط متعدد و مبهم مقررات مذکور، صدور دستور اجرای مستقیم چنین سازش‌نامه‌هایی در ایران محتمل نیست. حتی در مورد سازش‌نامه‌های برخط داخلی نیز علی‌رغم حمایت قوانین مذکور و قانون تجارت الکترونیکی، مراجعه حضوری به دفاتر اسناد رسمی در دعاوی برخط منطقی نبوده و مخالف فلسفه و ماهیت روش‌های برخط حل اختلاف است زیرا ثبت برخط سازش‌نامه نزد دفاتر اسناد رسمی ایران، علی‌رغم وصف برخط روابط طرفین، امکان‌پذیر نیست.

۱،۲،۴ اجرای سازش‌نامه تنظیمی نزد مقامات

صلاحیت‌دار ترافیعی

یکی از راه‌های اعطای وصف لازم‌الاجرا به سازش‌نامه، تنظیم آن نزد داور یا قاضی است. بدین توضیح که همیشه این احتمال وجود دارد که طرفین اختلاف پس از اقامه دعوا نزد دادگاه، به سازش برسند و حتی در برخی موارد ممکن است طرفین دعوا خارج از دادگاه به سازش، نائل آمده و برای بهره‌مندی از حمایت اجرایی، سازش‌نامه را جهت تأیید به دادگاه ارائه نمایند. در هر دو حالت، قاضی، سازش‌نامه طرفین را در قالب گزارش اصلاحی منعکس می‌نماید (شمس، ۱۳۹۸: ۱۲۷). همچنین یکی از روش‌های اعطای الزام اجرایی به سازش‌نامه، درج آن در رأی داور است تا بتوان از حمایت‌های اجرایی مربوطه از جمله تسهیلات کنوانسیون نیویورک (داوری خارجی) و قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ (داوری داخلی) استفاده نمود. در ادامه، مطالب مذکور به شرح ذیل مورد بررسی و مذاقه قرار می‌گیرند: «انعکاس سازش‌نامه در رأی دادگاه» و «انعکاس سازش‌نامه در رأی داور».

¹ Convention on Choice of Court Agreements.

اسناد نهایی حل اختلاف مذکور، مشمول حمایت اجرایی هیچ کدام از معاهدات مزبور نمی‌شوند.

وفق بند ۳ از ماده ۱ کنوانسیون سنگاپور، در صورت انعکاس سازش‌نامه در رأی داور، سند مذکور خارج از محدوده حمایتی این معاهده قرار می‌گیرد. دلیل اصلی موضع مذکور، جلوگیری از تداخل میان محدوده کنوانسیون سنگاپور با کنوانسیون نیویورک بوده است (Treichl, 2020: 11; Alipour Herisi; Trachte-Huber, 2019: 505; Morris-Sharma, 2019: 166). البته چنین مقرره‌ای بر خلاف ماده ۷ کنوانسیون سنگاپور مبنی بر لزوم برخورداری طرفین از مناسب‌ترین رژیم اجرایی موجود و بالاترین سطح حمایتی است و طبق قاعده حاکم تأثیر^۲، در فرض امکان اعمال چند کنوانسیون، در نهایت معاهده‌ای ملاک است که مقررات آن موجب تسهیل اجرای سند حل اختلاف می‌گردد (جنیدی، ۱۳۹۶: ۱۹۹-۲۰۰).

از طرفی سازش‌نامه‌های برخاسته از رأی داور، در بسیاری از موارد مشمول حمایت اجرایی کنوانسیون نیویورک نیز نمی‌شوند. قطع نظر از ابهاماتی که در خصوص اعمال کنوانسیون نیویورک بر آراء داور برخاسته وجود دارد، به دلیل انعکاس سازش‌نامه در رأی داور، ایرادات جدی در خصوص قابلیت اعمال معاهده مذکور بر چنین آرائی مطرح می‌شود. فقدان توافق‌نامه داور در آراء داور حاوی سازش‌نامه، مغایر با بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک (همچنین پاراگراف (ب) بند ۱ ماده ۳۳ قانون داور تجاری بین‌المللی و نیز بند ۷ ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی) است زیرا زمانی که طرفین ابتدا به سازش می‌رسند و سپس سند مذکور را جهت انعکاس در رأی داور به داور ارائه می‌کنند، در اغلب موارد توافق‌نامه داور منعقد نمی‌نمایند (روش

گزارش اصلاحی خارجی یا بین‌المللی باشد، قیود مبهم و متعدد مواد ۱۶۹ و ۱۷۷ قانون اجرای احکام مدنی (مثل عدم مخالفت با قوانین مخصوص، عدم صدور حکم مخالف توسط دادگاه‌های ایران و عدم اختصاص رسیدگی به موضوع دعوی به دادگاه‌های ایران) امکان اجرای گزارش‌های اصلاحی صادره توسط محاکم خارجی را با چنان دشواری روبه‌رو کرده که بعید است طرفین دعوا تمایلی به طرح درخواست اجرای گزارش اصلاحی داشته باشند. همچنین انعکاس سازش‌نامه در رأی دادگاه، در دعاوی بین‌المللی برخاسته، به این جهت کمتر رخ می‌دهد که به دلیل بعد مسافت طرفین، مراجعه به دادگاه ملی کشورها برای ایشان مقدور نیست و بسیار آسان‌تر است که طرفین، سازش‌نامه را در رأی داور منعکس نمایند.

انعکاس سازش‌نامه در رأی داور

برخی اوقات طرفین داور، قبل از صدور رأی داور و در جریان رسیدگی، در خصوص اختلافات خود سازش می‌کنند (مافی، ۱۳۹۵: ۳۵۳). جهت انعکاس سازش‌نامه در رأی داور، دو حالت اصلی وجود دارد: در برخی موارد، طرفین پس از طی کردن میانجی‌گری و حصول سازش، جهت اعطای حمایت اجرایی به سازش‌نامه، از داور تقاضا می‌کنند که مفاد سازش‌نامه را در رأی داور منعکس نماید (روش Med-Arb). در مقابل در برخی شرایط، طرفین پس از شروع فرایند داور، در حین مذاکرات به سازش می‌رسند و داور نیز مفاد سازش آنها را در رأی داور منعکس می‌کند (روش Arb-Med-Arb)^۱. سازش‌نامه‌های منعکس در رأی داور، در ظاهر می‌توانند وفق دو کنوانسیون سنگاپور و نیویورک اجرا شوند چون اسناد نهایی مذکور، توأمان به داور و میانجی‌گری مرتبط هستند. بر خلاف ظاهر اولیه،

^۱ فرایند داور را شروع کرده‌اند و سپس طی مذاکراتی که در حین داور دارند، به سازش می‌رسند و داور سازش حاصله را در رأی داور ذکر می‌کند (روش Arb-Med-Arb).

^۲ The Principle of Maximum Efficiency.

^۱ در دو فرض ممکن است رأی داور منعکس‌کننده سازش میان طرفین دعوا باشد. گاهی طرفین دعوا سابقاً به سازش رسیده‌اند و سپس برای فراهم کردن قابلیت اجرایی سازش‌نامه خود، به داور مراجعه می‌کنند تا سازش‌نامه در رأی داور منعکس گردد (روش Med-Arb) اما گاهی طرفین از قبل



مقررات و قواعد حقوق داوری برخوردار نیست؛ مگر آنکه حصول سازش، در جریان داوری واقع شده باشد.

۲ اجرای اختیاری اسناد نهایی حل اختلاف برخط

باید توجه داشت، حتی در فرضی که اسناد نهایی حل اختلاف برخط، وفق قوانین ملی و مقررات بین‌المللی، کاملاً از حمایت اجرای اجباری برخوردار شده و اسناد مذکور در اکثر موارد توسط دادگاه‌ها اجرا گردند، با توجه به مقتضیات ویژه روش‌های اخیرالذکر، از لحاظ عملی چنین وضعیتی، مناسب تلقی نمی‌شود زیرا موضوع اصلی روش‌های حل و فصل اختلافات برخط، دعاوی میان مصرف‌کننده و فروشنده در خریدهای اینترنتی بوده که ویژگی اصلی این دعاوی، ارزش کم موضوع دعوا (در اکثر موارد) و تعداد بالای آن‌ها است. لذا با توجه به اوصاف اخیرالذکر، در دعاوی برخط، مراجعه به دادگاه جهت اجرای نتیجه دعوا منطقی نیست و به همین دلیل، در عمل از روش‌های اجرای اختیاری استفاده می‌شود که حسب توافق طرفین دعوا، سند نهایی حل اختلاف برخط، بدون مراجعه به دادگاه اجرا گردد. روش‌های مذکور به شرح ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرند: «اجرای خودکار نتیجه حل اختلاف برخط» و «راهکارهای اجرای داوطلبانه».

۲٫۱ اجرای خودکار نتیجه حل اختلاف برخط

در روش اجرای خودکار یا مستقیم، طرفین توافق می‌کنند که نتیجه دعوا به صورت خودکار نسبت به دارایی‌های آنها اجرا گردد. در این صورت کنترل بر منابع اقتصادی و مالی، توسط طرفین دعوا به مقام حل اختلاف یا شخص ثالثی داده می‌شود که وی به صورت خودکار و بدون نیاز به دستور دادگاه، نتیجه دعوا را اجرا نماید. اجرای خودکار یا مستقیم نتیجه حل اختلاف برخط، از چند طریق به شرح ذیل صورت می‌گیرد: «راهکار اجرای پولی»، «راهکارهای

(Med-Arb). ایراد دیگر، فقدان اختلاف میان طرفین دعوا است. در صورت حل قبلی دعوا در میانجی‌گری و مراجعه به داوری جهت انعکاس مفاد سازش‌نامه در رأی داوری (روش Med-Arb)، قبل از شروع فرایند داوری، اختلاف طرفین حل و فصل شده است و چنین وضعیتی مخالف لزوم وجود اختلاف میان طرفین در داوری (بند «الف» و «ج» ماده ۱ و ماده ۲۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران و نیز مواد ۴۵۴ و ۴۸۳ قانون آیین دادرسی مدنی) است زیرا در این صورت نصب داور در زمان فقدان وجود اختلاف میان طرفین انجام شده است. به علاوه، جهت اعمال کنوانسیون نیویورک (بند ۱ ماده ۱) رأی داوری باید خارجی باشد و در مورد سازش‌نامه منعکس در رأی داوری، تعیین مقر سازش‌نامه به راحتی میسر نیست (Alipour Herisi; Trachte-Huber, 2019: 159).

شایان ذکر است حتی در مقرراتی که انعکاس سازش طرفین را در رأی داوری امکان‌پذیر می‌دانند (ماده ۱۸، قانون داوری سنگاپور، ماده ۱۰۵۳ و ۱۰۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی آلمان، بند ۲ ماده ۵۱ قانون داوری انگلستان، بند ۱ ماده ۱۷۱۲ قانون قضایی بلژیک، ماده ۴۹ قانون داوری چین مصوب ۲۰۱۳، بند ۱ ماده ۳۸ قانون داوری ژاپن، ماده ۳۳ قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی مصوب ۲۰۲۰، بند ۸ ماده ۲۶ قواعد داوری دیوان داوری بین‌المللی لندن، ماده ۳۰ قانون نمونه آنسیترال درباره داوری تجاری بین‌المللی، مواد ۴۸۳ و ۴۸۸ قانون آیین دادرسی مدنی ایران و مفاد ماده ۲۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران)، تنها فرضی مدنظر قرار گرفته است که طرفین فرایند داوری را آغاز می‌کنند، سپس به دلیل احتمال وقوع سازش میان آنها، داور رسیدگی را تعلیق کرده و پس از حصول سازش، در رأی داوری مفاد سازش‌نامه را منعکس می‌کند (Feehily, 2013: 19; Born, 2014: 3025-3027). در نتیجه، در صورت حصول سازش قبل از داوری و انعکاس مفاد سند مذکور در رأی داوری (روش (Med-Arb)، سازش‌نامه مزبور از حمایت اجرایی

اجرای نتیجه حل اختلاف نام دامنه»، « راهکارهای اجرای خودکار بر اساس فناوری زنجیره بلوکی».

۲،۱،۱ راهکار اجرای پولی

در معامله برخاسته منقده میان فروشنده و مصرف‌کننده، مهم‌ترین عامل، وجه نقد یا پولی است که مصرف‌کننده در برابر دریافت کالا یا خدمات می‌پردازد. در صورت بروز اختلاف میان اشخاص مذکور، می‌توان حسب توافق قبلی ایشان، کنترل بر وجوه قراردادی را در اختیار مقام حل اختلاف یا شخص ثالثی قرار داد که وی پس از مشخص شدن نتیجه دعوا، به صورت خودکار و بدون نیاز به اقدام بعدی توسط طرفین دعوا، نتیجه حل اختلاف را اجرا نماید. جهت اجرای خودکار نتیجه حل اختلاف بر خط از طریق کنترل بر وجوه نقدی، از دو روش اصلی طرح بازگشت هزینه و طرح حساب امانی، به شرح ذیل استفاده می‌شود.

در طرح بازگشت هزینه^۱، در صورتی که خریدار پس از پرداخت وجه به فروشنده از طریق کارتهای اعتباری، نسبت به نقض تعهدات توسط طرف مقابل مثل عدم تحویل کالا، اعتراض داشته باشد، با ثبت اعتراض وی، بانک صادرکننده کارت اعتباری، با همکاری بانک دریافت‌کننده وجوه (که فروشنده در آن حساب داشته است) مبالغ را به حساب بانکی خریدار مسترد می‌کند (Zheng, 2020: 317-318; Uncitral, 2013: 9). در مقابل فروشنده نیز حق اقامه دعوی متقابل یا استرداد مجدد وجه را دارد اما برخلاف خریدار، که به صرف ثبت اعتراض مبالغ به حساب وی مسترد می‌گردد، فروشنده باید مستندات لازم و مکفی را ارائه نماید و تمامی هزینه‌های انتقال وجوه و رسیدگی به اختلاف را پرداخت کند. مهم‌ترین مشکل روش اخیرالذکر، حمایت افراطی از خریدار و تحمیل بار اثبات دعوا و هزینه‌های مالی بر فروشنده است. همچنین به دلیل لزوم دخالت بانکها در اجرای این طرح، روش مذکور زمان‌بر و دارای هزینه بالا است.

استفاده از طرح حساب امانی^۲، راهکار دیگری است که جهت اجرای خودکار نتیجه حل اختلاف برخاسته از آن استفاده می‌شود. در طرح مذکور، خریدار به جای پرداخت مستقیم به فروشنده، مبلغ را به واسطه پرداختی، پرداخت می‌کند و سپس واسطه پرداختی به فروشنده اعلام می‌کند که کالا را برای خریدار ارسال نماید. در صورت اعلام دریافت کالا توسط خریدار، واسطه پرداختی، مبالغ را به فروشنده پرداخت می‌کند اما در صورت ایجاد اختلاف میان طرفین، واسطه به عنوان ثالث بی‌طرف، به دعوا رسیدگی کرده و تا زمان تعیین نتیجه دعوا، مبلغ پرداختی به صورت موقت نزد وی باقی می‌ماند. پس از مشخص شدن نتیجه دعوا، واسطه مبلغ را یا به خریدار مسترد کرده و یا به فروشنده پرداخت می‌کند (Zheng, 2020: 320-321).

در مورد موضع نظام حقوقی ایران باید عنوان داشت که روش‌های فوق‌الذکر، مستلزم اقدامات مالی و بانکی بوده که در مقررات نظام حقوقی ایران مورد شناسایی واقع نشده‌اند. همچنین، باید توجه داشت که حسب ماده ۱ قانون تنظیم بازار غیرمتشکل پولی مصوب ۱۳۸۳، عملیات و عقود بانکی به صورت حصری توسط مقنن احصاء گردیده و هیچکس نمی‌تواند بدون اجازه مقنن، قراردادهای خصوصی را بر فهرست عملیات بانکی بیافزاید. لذا امکان مداخله بانکها در طرح بازگشت هزینه در خصوص معاملات صورت‌گرفته توسط کارتهای اعتباری، بدون تصریح قانونی میسر نیست. به علاوه، طرح حساب امانی، در واقع نوعی سپرده‌گذاری نزد واسطه پرداختی است و سپرده‌گذاری جزو عملیات‌های بانکی محسوب می‌شود. در این راستا ماده ۲ آئین‌نامه اجرایی قانون تنظیم بازار غیرمتشکل پولی مصوب ۱۳۸۶، تاکید نموده است که «اشتغال به عملیات بانکی توسط اشخاص تحت هر عنوان و تاسیس و ثبت هرگونه تشکل برای انجام عملیات بانکی، بدون دریافت مجوز از بانک مرکزی ممنوع است». لذا طرح حساب

² Escrow Account Scheme.

¹ Chargeback Scheme.



را برای خود محفوظ می‌دارد که در صورت دستور از مقام قضایی یا مرجع داوری صالح و یا وصول تصمیم متخذ از سوی هیأت حل اختلاف اجرایی، نسبت به لغو یا انتقال نام دامنه اقدام نموده یا به هر نحو تغییراتی را نسبت به ثبت نام دامنه به عمل آورد.

۲،۱،۳ راهکارهای اجرای خودکار بر اساس

فناوری زنجیره بلوکی

بلاک چین یا زنجیره بلوکی^۴ (Block Chain)، یک پایگاه داده توزیع شده^۵ (Distributed Database) دارای فهرستی از بلوک‌ها است که هر بلوک با اتصال به بلوک‌های دیگر، زنجیره‌ای بلوکی را ایجاد می‌کنند هدف اصلی ایجاد آن، زمان‌بندی اسناد دیجیتال بوده تا امکان تغییر زمان آنها وجود نداشته باشد. وقتی اطلاعاتی در یک بلاک چین ثبت شود، تغییر آن بسیار دشوار است و در صورت تغییر یک بلاک، تمامی بلاک‌های مرتبط بی‌اعتبار می‌شوند. به غیر از ارزش‌های دیجیتال، یکی از مهم‌ترین راه‌های استفاده از زنجیره بلوکی، انعقاد قراردادهای هوشمند است. در اینگونه قراردادهای، اراده طرفین (ایجاب و قبول) در بستر زنجیره بلوکی تحقق یافته و مفاد توافق ایشان، در یک بلوک به عنوان کدی رمزنگاری شده ثبت گردیده که مجموعاً یک زنجیره بلوکی را تشکیل می‌دهند (ناصر؛ صادقی، ۱۳۹۸: ۲۶۱-۲۶۲). جدا از مزیت عدم امکان تغییر مفاد قرارداد، یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های قراردادهای هوشمند، خود اجرایی بودن آنها است. در واقع، در اینگونه توافقات، در فرض تحقق شرایط مذکور در قرارداد، تعهدات قراردادی به صورت خودکار اجرا می‌شوند در مورد قراردادهای هوشمند و فناوری بلاک چین در حقوق ایران، مقرر خاصی وضع نشده است و اعتبار قراردادهای مزبور را نمی‌توان بر اساس شرایط

امانی که مستلزم دریافت سپرده از خریدار است، نمی‌تواند توسط واسط پرداختی که بانک محسوب نمی‌شود، اجرا گردد. به علاوه، وفق بند او ماده ۱ آئین‌نامه مذکور، سپرده تنها به صاحب سپرده (خریدار) قابل پرداخت است و واسط، حق پرداخت آن به ثالث (فروشنده) را ندارد. با این اوصاف، عملاً استفاده از روش‌های حل اختلاف مذکور در حقوق ایران امکان‌پذیر نبوده و به مقنن ایرانی پیشنهاد می‌شود جهت تسهیل حل اختلاف برخط و کاهش مراجعات به مراجع قضای، مقررات متناسب در این زمینه را مورد طراحی و تصویب قرار دهد.

۲،۱،۲ راهکارهای اجرای نتیجه حل اختلاف

نام دامنه

نام دامنه، نامی است که سایت‌های اینترنتی با آن شناخته می‌شوند و ممکن است در خصوص آن اختلافاتی ایجاد گردد که حسب مورد سند حل اختلاف مربوطه در قالب رای یا سازش‌نامه تنظیم یا صادر می‌گردد. یک راهکار آن است که مقام حل اختلاف از طریق کنترل بر دارایی‌های دیجیتال اشخاص، نتیجه حل اختلاف برخط را اجرا کند. «شرکت اینترنتی تخصیص نام‌ها و شماره‌ها»^۱ در قواعد یکنواخت حل اختلاف درباره نام دامنه^۲ از چنین روشی استفاده کرده است. بدین توضیح که وفق مواد ۴ و ۵ قواعد مذکور، در دعاوی مربوط به نقض نام دامنه، اجرای نتیجه حل اختلاف، از طریق لغو نام دامنه و انتقال نام دامنه به خواهان صورت می‌گیرد (67: 2012; Loebel, Duca, Louis, Rule;). چنین روشی در حقوق ایران نیز پیش‌بینی شده است. طبق بند ۱ ماده ۱۱ و ماده ۳ «سیاست‌نامه حل اختلاف در زمینه ثبت نام دامنه با پسوند دات آی آر»^۳، مرکز ثبت نام دامنه کشوری ایران این حق

لایفک موافقتنامه ثبت دامنه می‌باشد. این سیاست نامه ضوابط و شرایط راجع به حل و فصل اختلافاتی را مشخص می‌کند که در نتیجه ثبت و استفاده از نام دامنه با پسوند "ir" میان دارنده نام دامنه و هر شخص دیگری به غیر از مرکز ثبت ایجاد شده باشد.

⁴ Block Chain

⁵ Distributed Database.

¹ The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers.

² Uniform Domain-Name Dispute-Resolution Policy.

³ سیاست نامه حل اختلافات نام دامنه (اختصاراً

«سیاست‌نامه»)، که توسط مرکز ثبت نام دامنه کشوری ایران (اختصاراً مرکز ثبت دامنه یا مرکز ثبت) اتخاذ گردیده جزء

قواعد یا قوانین مشخصی در خصوص مرجع صدور نماد اعتماد، معیار ارزیابی و بی‌طرفی سازمان ارائه‌کننده علامت مذکور است. همچنین عدم وجود نماد اعتمادی یکپارچه و تعدد ارائه‌کنندگان علامت مذکور، باعث کاهش اعتماد مصرف‌کنندگان و متعاقباً کم شدن تاثیر آن شده است.

چنین ظرفیتی در حقوق ایران پیش‌بینی شده و وفق «آیین‌نامه اجرایی چگونگی صدور مجوز و نحوه نظارت بر فعالیت افراد صنفی در فضای مجازی» مصوب ۱۳۹۵، در ایران مرکز توسعه تجارت الکترونیکی، مسئولیت ایجاد زیر ساخت‌های امنیت و اعطای نماد اعتماد الکترونیکی به کسب و کارهای اینترنتی را برعهده دارد.

۲،۲،۲ راهکار رتبه‌بندی

در راهکار رتبه‌بندی^۲، کاربران، نظرات و بازخوردهای خود را در مورد عملکرد فروشنده ثبت کرده و نظرات ایشان به صورت کلی و در قالب نمره یا تعداد ستاره، منعکس می‌گردد. یکی از طرق ایجاد انگیزه برای فروشندگان جهت اجرای نتایج حل اختلاف برخط آن است که تبعیت ایشان از نتایج دعوای برخط در معرض امتیازدهی خریداران قرار گرفته و عملکرد ایشان در این زمینه به اطلاع عموم رسیده تا با توجه به تمایل تاجر به حفظ جایگاه رقابتی و شهرت خود در بازار، مشوقی برای آنها جهت اجرای نتیجه حل اختلاف برخط ایجاد شود (Hanriot, 2015, p. 16).

۲،۲،۳ راهکارهای تنبیهی

در صورت عدم اجرای نتیجه حل اختلاف، می‌توان برای تاجر راهکارهای تنبیهی^۳ مثل جریمه‌های مالی، لغو عضویت تاجر در بازار مربوطه، اطلاع‌رسانی تخلفات به مقامات قانونی و کمک کردن به مصرف‌کنندگان جهت احقاق حقوق خود، در نظر گرفت. همچنین این امکان وجود دارد که مشخصات تاجرینی که نتایج حل اختلاف را اجرا نمی‌کنند، اعلام نمود تا مشتریان آگاه شوند که معامله با تاجر مذکور

عمومی صحت قراردادهای مذکور در ماده ۱۹۰ قانون مدنی زیر سوال برد. حتی می‌توان ایجاد و ترویج این روش حل اختلاف را مهم‌ترین و اساسی‌ترین گام در جهت کاهش حجم کاری محاکم دانست زیرا در روش حل اختلاف اخیرالذکر، به دلیل اجرای خودکار مفاد قرارداد، لزوم مراجعه به دادگستری و کلیه دستگاه‌های دولتی و انتظامی و عمومی جهت امور قضایی و اجرایی و امثالهم منتفی می‌شود. به همین جهت اقدام دستگاه قانون‌گذاری جهت طراحی و راه‌اندازی این طریق حل اختلاف در نظام حقوقی ایران قویاً توصیه می‌گردد.

۲،۲ راهکارهای اجرایی داوطلبانه

روش دیگر برای اجرای نتیجه طرق حل اختلاف برخط، ایجاد مشوق‌هایی برای طرفین دعوا است که آنها جهت حفظ اعتبار و شهرت خود (به عنوان یک مسئله مهم جهت رقابت در بازار) داوطلبانه سند حل اختلاف را اجرا کنند (Kaufmann-Kohler, 2005: 225-227; Wang, 2009: 83-84). در ادامه، طرح‌ها و روش‌های موجود در این زمینه، به شرح ذیل مورد بررسی و تحلیل قرار می‌گیرند: «طرح نماد اعتماد»، «راهکار رتبه‌بندی» و «راهکارهای تنبیهی».

۲،۲،۱ طرح نماد اعتماد

نماد اعتماد^۱، علامت الکترونیکی است که بیانگر رعایت استانداردهای خاص توسط دارنده آن است. نهادی ثالث، بعد از جمع‌آوری اطلاعات لازم در خصوص فروشندگان، با اعطای نماد اعتماد، وضعیت عملکرد فروشندگان را در زمینه‌های مختلف ارزیابی کرده و به اطلاع خریداران می‌رساند (Nicuesa, 2018: 126; Cortes; de la Rosa, 2013: 434). این طرح می‌تواند مشوقی برای اجرای داوطلبانه نتیجه روش‌های حل اختلاف برخط باشد زیرا در صورت عدم اجرای سند حل اختلاف، فروشنده از دریافت نماد اعتماد محروم می‌گردد (Nicuesa, 2018: 126). مهم‌ترین مشکل طرح نماد اعتماد، فقدان وضع

³ Punitive Measures.

¹ Trustmark.

² Rating System.



تصریحی ندارد و کنوانسیون سنگاپور نیز مهم‌ترین موضوع دعاوی برخط یعنی اختلافات میان مصرف‌کننده و فروشنده را از قلمرو حمایتی خود استثناء کرده است؛ ثانیاً با توجه به ارزش پایین موضوع دعا و تعداد بالای دعاوی مصرف‌کننده (به عنوان موضوع اصلی دعاوی برخط) در عمل نیز طرفین تمایلی به استفاده از روش‌های اجرای اجباری ندارند چراکه مستلزم مراجعه به دادگاه هستند.

در نتیجه، لزوم اجرای اسناد نهایی حل اختلاف برخط از یک طرف و عدم امکان استفاده از روش‌های سنتی جهت اجرای اجباری اسناد نهایی مذکور از طرف دیگر، موجب اتخاذ روش‌های اجرای اختیاری شده است. در این روش‌ها، خود طرفین دعا داوطلبانه سند حل اختلاف را اجرا می‌کنند یا بر اساس موافقت‌نامه قبلی طرفین، نتیجه طرق برخط حل اختلاف به صورت خودکار و از طریق کنترل مالی و فنی بر دارایی‌های طرفین دعا، اجرا می‌شود. توسعه روش‌های اجرای اختیاری اسناد حل اختلاف برخط، تنها با وضع مقررات متناسب میسر است و به مقنن ایرانی پیشنهاد می‌شود با تنظیم و تصویب قواعد متناظر، گام مهمی را در توسعه طرق برخط حل اختلاف برداشته تا نظام حقوقی ایران و فعالان تجاری از مزایای متعدد روش‌های حل اختلاف مذکور بهره‌مند شوند. دلیل وجود ضرورت مذکور آن است که در طرق اجرای داوطلبانه همواره امکان جعل رتبه‌بندی یا نماد اعتماد وجود دارد و باید قوانین و مقررات استاندارد در این خصوص وضع شوند. همچنین در روش‌های اجرای خودکار نتایج حل اختلاف، امکان دسترسی بر دارایی‌ها و اموال ارزشمند طرفین دعا مثل وجوه نقدی یا نام دامنه نیازمند حمایت و نظارت قانونی است.

دارای ریسک است. قطعاً این راهکارها باعث افزایش اجرای نتیجه طرق برخط حل اختلاف خواهد گردید زیرا تاجر مطلع است که در صورت عدم انجام اقدام مذکور، ممکن است به دلیل از دست دادن امکان فعالیت در بازار مربوطه، منافع اقتصادی وی به شدت به خطر بیافتد (Nicuesa, 2018: 132; Cortes; de la Rosa, 2013: 424).

مهم‌ترین مشکل روش‌های اجرای داوطلبانه، امکان سوءاستفاده فروشنندگان از ساختارهای مذکور، به دلیل عدم وجود قواعد یکپارچه است. به عنوان مثال، امکان دریافت رتبه بندی یا نماد اعتماد جعلی وجود دارد (Uncitral, 2013: 2). به همین دلیل به مقنن ایرانی پیشنهاد می‌شود، قواعد جامعی را در این خصوص وضع نماید تا دیدگاه و نظر خریداران بتواند تاثیر آشکاری در تغییر رفتار تجار و فروشنندگان ایجاد کند.

۳ نتیجه

یکی از مهم‌ترین موجبات اعتبار هر روش حل اختلافی، بالابودن احتمال اجرای نتیجه اسناد نهایی حل اختلاف ناشی از آن است و در صورت عدم وجود آیین اجرایی مؤثر، مقبولیت روش حل اختلاف به شکل قابل توجهی کاهش می‌یابد. در همین راستا، توسعه و اعتبار طرق برخط حل اختلاف در گرو اجرای کارآمد نتیجه روش‌های حل اختلاف مذکور است. اجرای اجباری اسناد نهایی حل اختلاف برخط، از دو جهت میسر یا مناسب نیست: اولاً دو معاهده بین‌المللی اصلی مربوط به اجرای نتیجه طرق جایگزین حل اختلاف، حمایت اجرایی کاملی از اسناد نهایی مذکور نکرده‌اند. بدین توضیح که معاهده نیویورک در خصوص حمایت از آراء داوری برخط هیچ



Reference:

- Alexander, N.; Chong, S. (2019). **The Singapore Convention on Mediation - A Commentary**. Netherlands: Wolters Kluwer.
- Alipour Herisi, A.; Trachte-Huber, W. (2019). Aftermath of the Singapore Convention: A Comparative Analysis between the Singapore Convention and the New York Convention. *American Journal of Mediation*, 12.
- Badrizadeh, Sima; Tavassoli Naini, Manucheher, (2012), Recognition and Enforcement of International Commercial Arbitration Decisions Issued in Cyberspace, *The Journal of Comparative Law*, Vol. 21, pp. 123-146. [In Persian]
- Born, G. (2014). **International Commercial Arbitration**. New York: Kluwer Law International.
- Chua, E. (2019). Enforcement Of International Mediated Settlements Without The Singapore Convention On Mediation. *Singapore Academy of Law Journal*.
- Cortes,; de la Rosa, F. (2013). Building a Global Redress System for Low-Value Cross-Border Disputes. *International and Comparative Law Quarterly*, 62(2), 407-440.
- Duca, D., Louis, F., Rule, C.,; Loebel, Z. (2012). Facilitating Expansion Of Cross-Border E-Commerce Developing A Global Online Dispute Resolution Systems (Lessons derived from existing ODR systems-work of the United Nations Commission on International trade law). *Penn State Law Legal Studies Research Paper*, 1(1), 59-85.
- Feehily, R. (2013). The Legal Status and Enforceability of Mediated Settlement Agreements. *Hibernian Law Journal*, 12, 1-26.
- Haloush, H. (2007). Enforcement, Recognition, and Compliance with OADR Outcome. *International Review of Law, Computers; Technology*, 21(2), 81-96.
- Hanriot, M. (2015). Online Dispute Resolution (Odr) as a Solution to Cross Border Consumer Disputes: The Enforcement of Outcomes. *McGill Journal of Dispute Resolution*, 2, 1-22.
- Joneydi, Laya, (2013), **Execution Of Foreign Commercial Arbitral Awards**, Third Edition, Tehran: SDIL. [In Persian]
- Katsh, E.,; Rifkin, J. (2001). **Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace**. San Francisco: Jossey Bass.
- Kaufmann-Kohler, G. (2005). Online Dispute Resolution And Its Significance For International. In G. Aksen, *Global Reflections On International Law, Commerce And Dispute Resolution Liber amicorum in honor of Robert Briner* (pp. 437-456). Paris: International Chamber of Commerce.
- Kaufmann-Kohler, G.,; Schultz, T. (2004). **Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice**. Hague: Kluwer Law International.



- Ma, W., Lo, C., Boule, L.,; Wolski, B. (2014). Enforcing Cross-Border Mediated Settlement Agreements. *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 7(1), 3-34.
- Maboudi, Reza; Rezaee, Seyed Alireza, (2020), Comparative Study of Arbitral Awards and Settlement Agreements Refusal Grounds of Relief in Iranian Law and International Provisions, *Comparative Law Biquarterly*, Vol 5, No 1, pp 173-192. [In Persian]
- Mafi, Homainyun; Kaviar, Hossein, (2014), Resolving Commercial Disputes Through Online Arbitration, In: *Collection Of Articles Celebrating The 10th Anniversary Of The Establishment Of The Iran Chamber Arbitration Center*, Tehran: Chatre Danesh.
- Mafi, Hodayun, (2016), **A Description Of Iran's International Commercial Arbitration law**, Tehran: University of Judicial Sciences and Administrative Services.
- Morris-Sharma, N. (2019). Constructing The Convention On Mediation The Chairperson's Perspective. *Singapore Academy of Law Journal*, 31.
- Naser, Mehdi; Sadeghi, Hossein (2019), Validation and Expression of legal Challenges in the Application of Smart Contracts: Comparative Study in the Iranian And American Legal System, *Private Law Research*, Vo. 7, No. 27, pp. 255-288. [In Persian]
- Nicuesa, A. (2018). Reputational Feedback Systems and Consumer Rights: Improving the European Online Redress System. *International Journal of Online Dispute Resolution*, 5(1-2), 122-145.
- Redfern, A.,; Hunter, M. (2004). **Law And Practice Of International Commercial Arbitration**. London: Sweet; Maxwell.
- Schnabel, T. (2019). The Singapore Convention On Mediation: Framework For The Cross-Border Recognition And Enforcement Of Mediated Settlements. *Pepperdine dispute resolution law journal*, 19(1), 1-60.
- Shams, Abdollah, (2019), **Enforcement of Civil Judgements**, Vol. 1, Tehran: Derak.
- Shiravi, Abdolhossein, (2012), **International Trade Law**, Tehran: Samt.
- Treichl, C. (2020). The Singapore Convention: Towards a Universal Standard for the Recognition and Enforcement of International Settlement Agreements? *Journal of International Dispute Settlement*.
- Uncitral. (2006). Recommendation Regarding The Interpretation Of Article Ii, Paragraph 2, And Article Vii, Paragraph 1, Of The Convention On The Recognition And Enforcement Of Foreign Arbitral Awards.
- Uncitral. (2013). Online Dispute Resolution For Cross-Border Electronic Commerce Transactions: Overview Of Private Enforcement Mechanisms. United Nations. Vienna: Uncitral Working Group III. Retrieved December 15, 2021, from <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.124>



- Wang, F. F. (2009). **Online Dispute Resolution Technology, Management And Legal Practice From An International Perspective**. London: Chandos Publishing.
- Wang, F. F. (2017). Online Dispute Resolution: Best Practices in Comparative Perspective. *Journal of Comparative Law*, 12(2), 472-495.
- Wolff, R. (2017). E-Arbitration Agreements And E-Awards-Arbitration Agreements Concluded In An Electronic Environment And Digital Arbitral Awards. In M. Piers,; C. Aschauer, *Arbitration in the Digital Age: The Brave New World of Arbitration* (pp. 151-181). Cambridge : Cambridge University Press.
- Zheng, J. (2020). **Online Resolution of E-commerce Disputes Perspectives from the European Union, the UK, and China**. Shanghai: Springer.

Research Paper

Comparative Analysis of the Phenomena of “Dualism and Monism” of Domestic and International Law: Evolution of Legal Doctrines and Practice of International Community

Mohamad Setayeshpur*¹ 

¹ Assistant Professor, Department of International Law, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran.



10.22080/LPS.2022.23249.1312

Received:

March 8, 2022

Accepted:

June 10, 2022

Available online:

July 19, 2022

Keywords:

Dualism, Monism,
Relations between
domestic and
international laws,
International community.

Abstract

The relationship between domestic and international law has always been a struggle for the two traditional discourses of dualism and monism. Despite the age of the proposed theories, there is no single discourse on this matter. Some state and international organizations move towards one of them even without making any specification. The present article, after explaining the developed legal doctrines and exploring the practices of state and international organizations as active subjects of the international community, found that it is better to get the middle ground in the application of domestic and international law relations. According to the requirements of the proposed case, in different situations, one of the two mentioned theories can be applied in practice. Sometimes, these approaches are very close to each other in practice, in such a way that “dualism” has an overlapping relationship with “monism with the supremacy of the international law. In practice, it is suggested to take a hegemonic and positivist approach.

*Corresponding Author: Mohamad Setayeshpur

Address: Assistant Professor, Department of International Law, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran.

Email: mohamadsetayeshpur@yahoo.com



Extended Abstract:

1. Introduction:

The relationship between domestic and international laws has always been a struggle for the two traditional discourses of dualism and monism. Despite the long history of the proposed theories, there is no single discourse on this matter. Some state and international organizations move towards one of them even without making any specification. Regarding the relations between the domestic and international laws, legal doctrines have mentioned monism and dualism. The actors of the international community do not have a unique practice in this regard. According to the requirements of the proposed case, in different situations, one of the two mentioned theories can be applied in practice. Sometimes, these approaches are very close to each other in practice, in such a way that “dualism” has an overlapping relationship with “monism with the supremacy of the international law. In practice, it is suggested to take a hegemonic and positivist approach. The present research, by explaining the developed legal doctrines and exploring the practices of state and international organizations as active subjects of the international community, has sought to scrutinize the raised issue.

2. Method

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

3. Findings

Even though the relationship between the domestic and international laws has been a debate, in practice, the international

community has adopted the middle ground and a combination of both, i.e., some ideas of monism and some ideas of dualism are accepted and some other are rejected. In this way, a hybrid approach has been adopted. In practice, there have been manifestations of each of the two theories in the practical practice of the international community. In the relationship between value and reality, or truth and reality, it is necessary to take a step toward both because they are complementary. In the extreme view of the theory of monism, with the supremacy of the international law, it is implied that if the domestic law does not have the capacity to reconcile with the international law and is in conflict with it, to the extent of the conflict, the international law is considered invalid. Similarly, some other supporters of the theory of monism, with the supremacy of the international law, are of the position that if the domestic law is in conflict with international law, the domestic law is not considered invalid, but a violation of the relevant government

4. Conclusion

The international performance of countries indicates that earlier, dualism was the accepted theory. However, gradually, with the transition from the domestic society to the international one and the strengthening of the necessity of international cooperation and coexistence, the theory of monism gained more importance in the practice of the international society, i.e., the international law was superior and preferable to the domestic law. While the theory of dualism leads to the separation of the domestic law from the international law, the theory of monism is on the basis of cooperation



between the international societies. The performance of the international community indicates that national courts, in some situations, implement the international legal rules and in some other situations, despite the necessity of the application of the international legal rules, use the domestic ones. In sum, although in theory, monism was formed and developed in opposition to dualism, in practice, it is not considered to be abrogated. Unfortunately, these issues are influenced by the hegemonic relations of the members of the international community, especially the countries as the traditional subjects of the international law. However, the necessity of international cooperation and coexistence

leads to the selection of a combination of both.

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 declared no conflict of interest.

Acknowledgments

The author appreciates all the scientific consultants of this article.

علمی پژوهشی

واکاوی تطبیقی مظاهر «دوگانه‌انگاری و یگانه‌انگاری» حقوق داخلی و بین‌المللی در سیر تطوّر آموزه‌های حقوقی و رویه جامعه بین‌المللی

محمد ستایش پور^{*۱} ID

^۱ استادیار گروه حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران.

doi 10.22080/LPS.2022.23249.1312

چکیده

مناسبات بین حقوق داخلی و بین‌المللی، همواره معرکه آراء قائلین به دو گفتمان سنتی دوگانه‌انگاری (دونالیسم) و یگانه‌انگاری (مونیسیم) بوده است. به رغم قدمت نظریات مطروحه، گفتمان واحدی در این باره وجود ندارد ولی به هر روی، کشورها و سازمان‌های بین‌المللی، هرچند بعضاً حتی بدون آن که تصریح بدانند، به سمت یکی سوق یافته‌اند. جستار حاضر از رهگذر تبیین آموزه‌های حقوقی تطوّر یافته و کنکاش در رویه کشورها و سازمان‌های بین‌المللی، به عنوان تابعان فعال جامعه بین‌المللی دریافته که مقتضی است تا صرف نظر از هرگونه اطلاقی به مناسبات حقوق داخلی و بین‌المللی پرداخته شود. کنش‌گران جامعه بین‌المللی، رویه‌ای یکتا در این باره ندارند و به ندرت می‌توان عملکردی یافت که یکی را به طور مطلق پذیرفته باشند بلکه به اقتضاء قضیه مطروحه، در هر وضعیت یکی از دو گفتمان یادشده در عمل، اعمال شده است. باری، این رویکردها در عمل خیلی به هم نزدیک می‌شوند به نحوی که «دوگانه‌انگاری» ارتباط وثیقی با «یگانه‌انگاری» با برتری حقوق بین‌المللی» دارد. این دو رویکرد در عمل، متابعان بیشتری دارد و خود برآمد نگاه هژمونیک کشورها در مورد حاکمیت خویش و البته غلبه رویکرد مکتب تحقیقی (پوزیتیویستی) است.

تاریخ دریافت:

۱۷ اسفند ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۱۱ اردیبهشت ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۲۸ تیر ۱۴۰۱

کلیدواژه‌ها:

دونالیسم، مونیسیم، مناسبات حقوق داخلی و بین‌المللی، جامعه بین‌المللی

* نویسنده مسئول: محمد ستایش پور

آدرس: استادیار گروه حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران.

ایمیل: mohamadsetayeshpur@yahoo.com

مقدمه

بوده است و این اطلاعات از طریق فیش‌برداری جمع‌آوری شده‌اند.

نوشتار پیش رو به فراخور رسالتی که برای خود ترسیم کرده است، صرف نظر تکرار مکررات در مورد مفهوم و دامنه مفهومی نظریات یادشده، با نگاهی نظری و مبتنی بر رویکرد کارکردگرایانه، این‌گونه آرایش یافته که نخست، به قرائتی که از بنیان این دو نظریه صورت گرفته است، می‌پردازد و پس از آن با توجه به این که یگانگانگاری به عنوان نظریه مقابل در رویارویی با نظریه دوگانگانگاری مطرح شده است، در مقاله پیش‌رو نیز به ترتیب، به تجلی نظریات دوگانگانگاری و یگانگانگاری در عملکرد جامعه بین‌المللی نظر دوخته می‌شود.

۱ بنیان نظریات حصری مناسبات حقوق داخلی و بین‌المللی؛ جامعه‌ای نو بر هیئت سنت

قائلین به گفتمان دوگانگانگاری در مناسبات حقوق داخلی و بین‌المللی، که تریپل^۵ و آنزیلوتی^۶ از برجسته‌ترین آنان و به تعبیری، در خط آغازین صف داعیه‌داران این نظریه محسوب می‌شوند، بر این موضع‌اند که نظم‌های حقوقی داخلی و بین‌المللی کاملاً از یکدیگر متمایز و مستقل هستند (Arangio-Ruiz, 2003: 997-999). این به آن معنا است که هر یک، نظام جداگانه‌ای دانسته می‌شوند؛ البته مستقل بودن آنان به معنای عدم ارتباط نیست. در واقع، این دو دسته از قواعد حقوقی، اساساً به یکدیگر مرتبط هستند و همان طور که هر یک بر دیگری اثر می‌نهد، از یکدیگر اثر می‌پذیرند؛ چه این که، دو امر مستقل می‌توانند بر یکدیگر اثر

در مناسبات حقوق داخلی و بین‌المللی، دو نظریه سنتی دوگانگانگاری^۱ و یگانگانگاری^۲ مطرح شده‌اند (Triepel, 1923: 77). به رغم سنتی بودن نظریات یادشده در مورد رابطه بین حقوق داخلی و بین‌المللی، هیچ اتفاق نظری در مورد آن‌ها وجود ندارد (Arangio-Ruiz, 2003: 910 & 911) و در این باره، سکوت کشورها و سازمان‌های بین‌المللی، گام برداشتن در این مسیر صعب‌العبور را دشوارتر ساخته است (Kelsen, 1952: (see Kelsen, 1967) 445-447). این در حالی است که در جامعه کنونی بین‌المللی که روابط چندجانبه^۳ و فراسرزمینی^۴ در آن بسیار شایسته اهمیت است، بدون تردید، مطالعه و تحلیل مناسبات بین قواعد حقوق بین‌الملل و قواعد حقوق داخلی، اهمیت بسزایی دارد. چرا که تحلیل قواعد حقوق بین‌الملل صرف نظر از حقوق داخلی و همین طور ارائه تحلیلی جامع از قواعد حقوق داخلی، قطع نظر از حقوق بین‌الملل، ابتر خواهد بود (Daci, 2015: 80 & 81).

در حل این مسأله، دو رویکرد مطرح شده است، یک رویکرد بر آن است تا با تقویت یکی از دو نظریه یادشده و پر کردن خلاءها به مسأله پاسخ بدهد و نگاه دیگر آن است که اساساً باید نظریه‌ای نو درانداخت. جستار حاضر یک پژوهش کمی به شمار نمی‌رود و از این رو، روش پژوهش به مفهوم تحقیقات کمی در آن وجود ندارد. راستی‌آزمایی فرضیه‌های این پژوهش از طریق توصیف، تحلیل منطقی و بررسی منابع مرتبط است. روش گردآوری اطلاعات، کتابخانه‌ای و به صورت استفاده از اسناد، کتاب‌ها، مقالات معتبر و تارنماهای مرتبط با موضوع

³ Multilateral Relations

⁴ Extraterritorial Relations

⁵ Triepel

⁶ Anzilotti

¹ Dualism

² Monism

* به لحاظ واژگانی، گفتنی است که در ادبیات فارسی، از آن‌ها به دوتالیسم و مونیسیم نیز یاد شده است اما در نوشتار پیش رو، از معادل فارسی آنان یعنی دوگانگانگاری و یگانگانگاری استفاده شده است تا عبارات فارسی به کار رفته باشند.



(1972: paras. 143-146). بنابراین، در نگاه دوگانه‌انگاری حقوقی، مادامی که قواعد حقوقی بین‌المللی به نحوی در نظام منابع حقوقی داخلی انعکاس نیابند، برای ارگان‌های ملی الزام‌آور نخواهند بود. چرا که قواعد بین‌المللی، قواعدی دانسته شده‌اند که در نظامی دیگر، یعنی نظام حقوقی بین‌المللی، ایجاد شده‌اند که کاملاً متمایز و مستقل از نظام حقوقی داخلی به حساب می‌آیند.

آن چه که در این باره بسیار حائز اهمیت می‌نماید این است که هر کشور با توجه به نظام منابع و سلسله مراتب هنجاری که در نظام حقوقی داخلی خود، بر آن باور دارد، می‌تواند و مخیر است راجع به چند و چون تسری قواعد بین‌المللی در نظام منابع حقوقی داخلی خود عمل کند. در این راه، چگونگی کار کاملاً با خود کشورها است که به فراخور اقتضائات نظام حقوقی خود عمل کنند. از این رو، آن دسته از قواعد بین‌المللی که در نظام حقوقی داخلی، به نحوی از انحاء، تسری نیافته باشند متضمن هیچ گونه الزامی برای ارگان‌های ملی نیستند و به این ترتیب، می‌شود گفت که الزام‌آور شدن حقوق بین‌الملل منوط به سازکارهای حقوقی داخلی دانسته شده است (Ferreira & Ferreira, 1992: 1492). در این باره، چنانچه کشور، قواعد بین‌المللی را در نظام منابع خود تسری یابد، هرگونه نقض آن‌ها، به منزله ارتکاب عمل متخلفانه قلمداد می‌شود و بالمآل، مسئولیت آن کشور را در پی دارد.

حال آن که، قائلین به یگانه‌انگاری حقوقی بر آن هستند که حقوق داخلی و بین‌المللی به مثابه یک نظام واحد و منسجم قلمداد می‌شود و بدین روی، در اندیشه یگانه‌انگاری حقوقی، دو نظام حقوقی متفاوت داخلی و بین‌المللی وجود ندارد که بشود سخن از استقلال یا تمایز آنان به میان آورد. آنان کاملاً در قالب یک نظام واحد دانسته می‌شوند که هدف از آن، تنظیم روابط اجتماعی میان اشخاص،

بگذارند و از یکدیگر اثر بپذیرند. در اندیشه قائلین به دوگانه‌انگاری، همان‌طور که حقوق داخلی یک نظام مستقل است حقوق بین‌الملل هم نظامی جداگانه قلمداد می‌شود و به تعبیر بهتر، باید دانسته بشود (Perassi, 1937: 26-30). این به آن معنا است که نه حقوق داخلی در نظام حقوقی بین‌المللی حل می‌گردد و نه حقوق بین‌المللی در نظام حقوقی داخلی تعریف می‌شود.

ماحصل اندیشه دوگانه‌انگاری این است که حقوق داخلی و بین‌المللی به منزله دو سیستم^۱ هستند و نه زیرسیستم^۲. این به آن جهت است که هر یک، تابعان، منابع و محتوای^۳ مخصوص به خود دارند. در اصل برخورداری از تابعان با یکدیگر مشترکند ولی در نوع تابعان کاملاً متفاوت از هم هستند. هر دو از منابعی برخوردارند که هر یک، متضمن و منعکس‌کننده قواعد حقوقی است ولی نوع این منابع در دو نظام حقوقی داخلی و بین‌المللی با یکدیگر متفاوت است و سازکار تقنین و قاعده‌سازی کاملاً متفاوت از هم است که خود، به فراخور تفاوت در ماهیت و خصیصه جامعه داخلی و جامعه بین‌المللی است. به اقتضای تفاوت‌های یاد شده، مفاد و محتوای برخاسته از این دو نظام نیز با هم مختلف است. حتی در مواردی که علی‌الظاهر یکسان هستند، نگاه عمیق‌تر گویای آن است که در واقع، این امر بیش از آن که نشان از همسانی داشته باشد، بیانگر همتایی است.

با این توضیح، در نگاه دوگانه‌انگاری حقوقی، لازم‌الاجرا دانستن قواعد حقوق بین‌الملل در مورد نهادهای داخلی، مستلزم آن است تا حقوق بین‌الملل در حقوق داخلی درج شود و منعکس گردد؛ در واقع، انتقال حقوق بین‌الملل به حقوق داخلی باید صورت بگیرد تا بشود نهادهای ملی را ملزم به قواعد حقوقی بین‌المللی دانست. این همان امری است که از آن به تئوری تسری^۴ یا انعکاس یاد شده است (Arangio-Ruiz, (see UNGA, 1970)

³ Content

⁴ Incorporation

¹ System

² Sub-System

هر دو نظریه یگانه‌انگاری و دوگانه‌انگاری به پوزیتیویسم بازمی‌گردد و از آن به اصل انحصاری بودن نظام‌های حقوقی یاد می‌شود (Grzegorzczuk, 1992: pp. 33-67). در این نگاه، به موجب هر دو نظریه یگانه‌انگاری و دوگانه‌انگاری، هر نظام حقوقی، خودبسنده^۴ است و این به آن معنا است که منابعی خارج از آن نظام،^۵ نمی‌توانند منشأ تعهد^۶ قلمداد بشوند. به موجب گفتمان پوزیتیویستی، بایسته است که هر نظام حقوقی معیاری داشته باشد تا با آن بتواند قواعد حقوقی نظام خود را احراز^۷ و اعتبار^۸ آنان را مشخص نماید (García-Salmones Rovira, 2015: 541 & 543).

اندیشه یگانه‌انگاری، دامنه گسترده‌تری دارد زیرا نظم حقوقی که مد نظر یگانه‌انگاری است، بنیان‌های حقوقی خود را در حقوق بین‌الملل دارد و شامل نظام‌های حقوقی داخلی هم می‌شود. این در حالی است که دوگانه‌انگاری، دامنه بسیار مضیق‌تری دارد چرا که نظم حقوقی مد نظر این گفتمان، قائل به بنیان حقوقی متفاوتی برای هر یک از نظام‌های حقوقی داخلی و بین‌المللی است. با این همه، هر دو گفتمان یگانه‌انگاری و دوگانه‌انگاری، موانعی دارند تا بتوانند میان آن چه که شامل می‌شوند و آن چه در دایره مفهومی آنان جای نمی‌گیرد ترسیم تمایز کنند و پرده بکشند. از این روست که در پوزیتیویسم حقوقی، شناخت نظم حقوقی محوریت دارد (رک: شهبازی، ۱۳۹۵). هدف پوزیتیویسم آن است که، دست کم در اصل، از هرگونه ابهام و عدم قطعیت^۹ احتراز ورزد و به این منظور به سازمان‌دهی معیارها^{۱۰} در احراز عینی^{۱۱} هنجارها^{۱۲} در نظام حقوقی می‌پردازد (Kammerhofer, 2010: 249 & 250).

اعم از حقوقی و حقیقی، است. یگانه‌انگاریها یا برتری را به حقوق داخلی می‌دهند یا برتری را با حقوق بین‌الملل می‌دانند. در نگاه دوم، حقوق بین‌الملل در رأس هرم قرار دارد و در وضعیت تعارض قواعد، حقوق بین‌الملل رجحان دارد و این به آن معنا است که در این نگاه، قواعد بین‌المللی در سلسله مراتب هنجاری حقوقی، از جایگاه رفیع‌تری نسبت به قواعد داخلی برخوردارند؛ ولی در قرائت نخست از یگانه‌انگاری، حقوق داخلی است که رجحان دارد.

یگانه‌انگاری و دوگانه‌انگاری، دو نظریه کاملاً متضاد هستند اما در اثنای همین تضادی که دارند، عنصری مشترک در هر دو نظریه وجود دارد و آن، این است که در هر دو نظریه، رد پای نگاه پوزیتیویستی وجود دارد (انصاریان و باقری ایبانه، ۱۳۹۸: ۲ و ۳). این امر تا به آن جا پیش رفته است که حتی، برخی بر آنند که هر دو نظریه دوگانه‌انگاری و یگانه‌انگاری، آشکارا رویکرد حقوق طبیعی را انکار می‌کنند (Bonafé, 2006: 380).

در واقع، نقطه مشترک آنان در مخالفتی دانسته می‌شود که هر دو بر آن قائل هستند و آن، این است که هر دو رویکرد یادشده، در سیاق مخالفت و رویارویی با انگاره‌های حقوق طبیعی شکل گرفته و نمو یافته‌اند. دوگانه‌انگاری، در مخالفت با آن دسته از دکتربین‌های حقوق طبیعی که تحقیق^۱ نبودند به پا خاسته‌اند؛ چرا که این دسته از اندیشه‌های قائلین به حقوق طبیعی را غیرعلمی^۲ و کاملاً ناقص^۳ خوانده و از این رو اندیشه دوگانه‌انگاری در سیاق مخالفت با اندیشه حقوق طبیعی تکوین پیدا کرده است (طالبی، ۱۳۸۰: ۷۸ و ۷۹).

این به آن معنا است که هر دو نظریه یادشده، مفهومی مشترک از نظم حقوقی ارائه می‌دهند (محمودی و حمیدزاده، ۱۳۹۸: ۲۶۶) و از این رو، بنیان

⁷ Identify

⁸ Validity

⁹ Uncertainty

¹⁰ Criteria

¹¹ Objective identification

¹² Norms

¹ Positive

² Anti-scientific

³ Basically flawed

⁴ Self-contained

⁵ External source

⁶ Source of obligation



در این باره بدان گونه که در برخی انگاره‌های حقوقی بین‌المللی آمده، این است که یگانه‌انگاری و دوگانه‌انگاری، به هیچ وجه قدرت کاربردی ندارند و از این رو در حل مشکلات مربوط به ارتباط بین حقوق داخلی و بین‌المللی، نمی‌توانند راه‌گشا باشند (Conforti, 2010: 308).

دادگاه‌های داخلی، به اقتضای قضایای مطروح، دست به اعمال قواعد بین‌المللی زده‌اند و گاهی در وضعیت‌هایی که اعمال قواعد حقوقی بین‌المللی بایسته و شایسته دانسته می‌شده است، از چنین عملی احتراز ورزیده‌اند. از این رو، در مورد ارتباط بین نظم‌های حقوقی داخلی و بین‌المللی، این نبود وحدت به چشم می‌خورد (فلسفی، ۱۳۹۶: ۴۲۶)؛ گاه، اجرای حقوق بین‌الملل از رهگذر محاکم داخلی میسر می‌شود و گاه، محاکم داخلی از اجرای این دسته از قواعد، دست شسته‌اند. لذا، هرگز نمی‌توان کاملاً خوش بینانه یا بدبینانه به وضعیت مطروحه نگریست. این فراز و نشیب به چشم می‌خورد. بدین جهت است که از آن به «استمرار و انفصال»^۱ در روابط میان نظم‌های حقوقی داخلی و بین‌المللی یاد شده است. آن چه که در اندیشه‌های نوین، آزردهنده می‌نماید این است که به راحتی نمی‌توان گفت که یگانه‌انگاری بر دوگانه‌انگاری رجحان دارد یا دوگانه‌انگاری بر یگانه‌انگاری برتر دانسته می‌شود؛ این در حالی است که به رغم آن که برخی بر آن شده‌اند که مقتضی است نظری مستقل از دو گفتمان یادشده ارائه شود، هنوز نتوانسته‌اند بر این ایده، جامه عمل بپوشانند (Nollkaemper, 2011: 299 & 300).

انتقادی که بر دوگانه‌انگاری و یگانه‌انگاری وارد شده، این است که این نظریات، عباراتی بسیار موسع هستند و از این رو، رویکرد دگماتیک^۲ و جزمی که از سوی هر دو دسته قائلین به دوگانه‌انگاری و یگانه‌انگاری اتخاذ شده است، باید به کنار گذاشته شود. در واقع، مقتضی است که در تبیین مبانی نظری ارتباط بین حقوق داخلی و بین‌المللی، از

به موجب اصل انحصاری، می‌توان حقوق بین‌الملل را از طریق محاکم داخلی اعمال کرد. این شناخت، از یک سو بر آن است تا احراز کند که هنجارهای مربوط، بخشی از سیستم حقوقی دانسته می‌شوند یا خیر. در توجیه این امر می‌شود دو دلیل مطرح کرد؛ نخست این که نظم حقوقی داخلی، رویکردی یگانه‌انگار راجع به ارتباط بین حقوق داخلی و بین‌المللی دارد و حقوق بین‌الملل، بخشی از سیستم واحد حقوقی قلمداد می‌گردد؛ و چنانچه رویکرد دوگانه‌انگار مرجح دانسته شود، آن گاه، حقوق بین‌الملل به نحوی مقتضی در نظام حقوقی داخلی انعکاس می‌یابد. از سوی دیگر، شناسایی حقوقی درصد است تا وحدت سیستم حقوقی را تضمین کند و از تعارض قواعد در نظام‌های مختلف هنجاری جلوگیری نماید (von Bernstorff, 2010: 244-245 & 240-241) (Kammerhofer, 2009: 233-236 & 240-241). بدین ترتیب، به موجب هر دو گفتمان دوگانه‌انگاری و یگانه‌انگاری، چنین تعارضاتی متصور نیست؛ چرا که جنبه تعارضات داخلی بین قواعد یک نظام حقوقی داخلی قلمداد می‌شوند. با این حال، انتقادات زیادی به هر دو گفتمان یگانه‌انگاری و دوگانه‌انگاری وارد شده است (Cannizzaro, 2012: 35-58) (Fitzmaurice, 1957, 227). عموم این انتقادات به نحوی در جهت پر کردن خلاءها و تقویت یکی از دو گفتمان یادشده برآمده‌اند.

در این میان، برخی نظیر اندیشمند برجسته حقوق بین‌الملل، یان برانلی، بر این هستند که رفته رفته، دوگانه‌انگاری و یگانه‌انگاری را کنار گذاشته بلکه نظریه‌ای نوین و کاملاً متفاوت ارائه دهند؛ به نحوی که در عرض دو اندیشه سنتی دوگانه‌انگاری و یگانه‌انگاری دانسته بشود و نه رویکردی که در همان راستا، درصد تکمیل خلاءها و تقویت نقص‌ها باشد. در اندیشه یان برانلی، رویه ارگان‌ها و دادگاه‌های ملی و بین‌المللی نه تنها هم‌سو با هیچ یک از دو نظریه دوگانه‌انگاری و یگانه‌انگاری نیست، بلکه در مغایرت با آنان است (Brownlie, 2008: 33). رویکرد نوین

² Dogmatic¹ Continuity and Separation

۲ سوق جامعه بین‌المللی به سوی نظریه دوگانه‌انگاری

حاکمیت دولت‌ها و تأکیدی که خود، برخاسته از شخصیت حقوق مستقل از دیگر موجودیت‌ها است عاملی بنیادین در تمایل جامعه بین‌المللی به نظریه دوگانه‌انگاری و ظهور و بروز مظاهر این نظریه در عالم عمل شد. از آن جا که تمرکز بر حاکمیت دولت‌ها و اساساً نگاه موسع بر مفهوم حاکمیت موجب تزاید مظاهر نظریه دوگانه‌انگاری گردید، بنیان مظاهر نظریه دوگانه‌انگاری بر آن استوار شد (Walters, 2007: 698). با غلبه و فزونی خوانش موسع از دامنه مفهومی حاکمیت کشورها، بالمآل بنیان مظاهر نظریه دوگانه‌انگاری نیز دستخوش تغییر شدند.

اسپیروپولس^۱، قائل بر این است که حقوق بین‌الملل در پهنه بین‌المللی معنا پیدا می‌کند و حقوق داخلی نیز در جامعه داخلی اعمال می‌شود. لذا ایشان بر آن است که قواعد حقوقی داخلی حتی چنانچه با قواعد حقوقی بین‌المللی مغایر باشند، در حقوق داخلی مربوطه معتبر دانسته می‌شوند چرا که به موجب یکی از منابع شکلی حقوق داخلی ایجاد شده‌اند. همین طور، چنانچه تعهدات حقوقی بین‌المللی یک کشور مغایر با قواعد حقوق داخلی آن کشور باشد، آن تعهدات هم به قوت خود باقی هستند و در نگاه اسپیریپولس، هر دو قاعده مطروحه، ارزش خود را دارند و آن را از دست نمی‌دهند؛ چرا که محل اعمال آنان متفاوت است؛ یکی در جامعه داخلی و دیگری در جامعه بین‌المللی اعمال می‌شود و اثر می‌نهد. از این جهت است که نظریه دوگانه‌انگاری، به کشیدن دیواری میان حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل تشبیه شده است (ذوالعین، ۱۳۸۴: ۵۶۷).

تعهدات برخاسته از قواعد حقوق بین‌الملل، مادامی در گستره داخلی کشورها الزام‌آور دانسته

دوگانه‌انگاری و یگانه‌انگاری احتراز شود. شاید این نظریات بتوانند در ترسیم وضعیت موسع یا منعطف سیاسی، به گونه‌ای که بشود به سمت حاکمیت حقوق بر سیاست پیش برود، مؤثر واقع شوند. با این حال، در نگاه حقوقی، این دو نظریه، زاینده‌های فکری هستند که به زمان دیگری تعلق دارند و به منظور سازگاری با واقعیت‌های جامعه بین‌المللی، مقتضی است تا به فراخور رویه بازیگران فعال جامعه بین‌المللی هم‌سوسازی بشوند (von Bogdandy, 2008: 397-413). در واقع، این به آن جهت است که دوگانه‌انگاری و یگانه‌انگاری متضمن مطالب بسیار اندکی راجع به راه‌هایی هستند که نظم‌های حقوقی از آن طریق، با یکدیگر ارتباط می‌یابند و راه‌کار دقیقی ندارند تا از آن طریق بتوان تعارض‌های احتمالی بین قواعد نظام‌های حقوقی مختلف را حل کرد. به موجب قائلین به گفتمان دوگانه‌انگاری، هیچ تعارضی میان قواعد نظام‌های حقوقی کاملاً مستقل و جدا از هم متصور نیست. در نگاه یگانه‌انگاری نیز، از آن جا که یگانه‌انگاری، قائل به وحدت نظام‌های حقوقی هستند، تعارض میان قواعد، به منزله تعارض در نظام حقوقی واحد است و دیگر، مسأله تعارض‌های احتمالی بین قواعد نظام‌های حقوقی متفاوت، محلی از اعراب نمی‌یابد. از این رو، در نگاه قائلین به یگانه‌انگاری، تعارض قواعد، تعارضی کاملاً داخلی است و از طریق راه‌های معمول و عادی حل تعارض بین قواعد داخلی بدان گونه که در نظام سلسله مراتب هنجاری حقوق داخلی ترسیم شده است، خواه با برتری حقوقی داخلی یا حقوقی بین‌المللی، حل می‌گردد.

¹ Spiropoulos



(4) para. 139: 2012. این به آن معنا است که تصمیم بین‌المللی می‌تواند متضمن حکمی الزام‌آور برای محاکم داخلی قلمداد شود. از این رو، به محض احراز این که تصمیمات محاکم داخلی ایتالیا در تعارض با حقوق بین‌الملل هستند، مقتضی و بایسته می‌نماید تا راهی که ایتالیا، باید از رهگذر آن تضمین به عدم تکرار بدهد به بررسی گذاشته شود. مثال دیگر در مورد اهمیت بحث مناسبات حقوق بین‌المللی و حقوق داخلی در رویه قضایی، تصمیمی است که دادگاه ویژه لبنان در سال ۲۰۱۱ میلادی اتخاذ نمود. دادگاه ویژه لبنان در سال ۲۰۱۱ میلادی این گونه مقرر داشت که قاعده عام این است که آن دسته از هنجارهای بین‌المللی که رفتاری جرم‌انگاری می‌کنند خود-اجرا^۳ نیستند. منظور از خود-اجرا نبودن این است که اجرای آنان مستلزم قوانین ملی است که جرم و مجازات آن را تعریف کند (Special Tribunal for Lebanon, 2011: para. 76). این امر، بیانگر آن است که این دسته از قواعد حقوق بین‌الملل، اجرایی نمی‌شوند مگر این که نظام حقوقی داخلی به اجرای آن کمر همت بریندد. امری که در دیگر زمینه‌های حقوق بین‌الملل، حتی حقوق مسئولیت بین‌المللی به این وسعت وجود ندارد و از این حیث، قواعد حقوق بین‌المللی کیفی بسیار حائز اهمیت و درخور تدقیق هستند (Bonafé, 2014: 378). از این رو، قضات ملی نمی‌توانند مقرره‌های بین‌المللی که مغایر با حقوق داخلی کشور مقرر دادگاه هستند را اعمال کنند و این خود بستر، تعارض بین دو نظام حقوق داخلی و بین‌المللی را میسور می‌سازد. دو مورد مطروح، صرفاً به عنوان نمونه بیان شدند و موارد بسیار زیادی وجود دارد که در آن‌ها می‌توان شاهد تأثیر و تأثر تئوری مربوط به مناسبات حقوق داخلی و بین‌المللی بود. گفتمانی که خود بر تصمیم مربوطه نیز اثرگذار است (Bonafé, 2014: 379).

خواهد شد که تشریفات به آن نحو که نظام حقوق داخلی مربوطه مقتضی دانسته باشد طی بشود. این امر در مورد تصویب معاهدات بین‌المللی که خود یک مرحله از مراحل چهارگانه انعقاد معاهدات بین‌المللی است ظهور و بروز خاصی یافته است و در تمامی دیگر منابع حقوق بین‌الملل که خود موجد و متضمن قواعد حقوقی بین‌المللی هستند مصداق می‌یابد. این همان امری است که از آن به نظریه تسری یا انعکاس یاد شده است. این امر نه تنها به موجب کنوانسیون ۱۹۶۹ راجع به معاهداتی که میان کشورها با یکدیگر منعقد می‌کنند باید اعمال گردد بلکه جامعه قاعده حقوق بین‌الملل عرفی به تن کرده و ریشه در حقوق بین‌الملل عام دارد. لزوم طی تشریفات تا به آن جا قوام یافته و پذیرفته شده است که حتی در مورد سازمان‌های بین‌المللی نیز تحت عنوان تصدیق سند رسمی^۱ مطرح شده و به صراحت در کنوانسیون ۱۹۸۶ راجع به معاهداتی که سازمان‌های بین‌المللی منعقد می‌کنند نیز تسری یافته است و به رغم آن که این کنوانسیون از درجه الزام‌آوری برخوردار نشده است اما رویه به خوبی مؤید این مقرر است و از آن جا که سازمان‌های بین‌المللی نیز می‌توانند در فرایند ایجاد قواعد حقوق بین‌الملل عرفی نقش داشته باشند می‌توان شاهد تحقق عنصر مادی، یعنی رویه، و عنصر معنوی، یعنی باور حقوقی به الزام‌آور بودن که مدت‌های طولانی است در حال انجام است؛

دیوان بین‌المللی دادگستری به عنوان دادگاهی که در گستره جهانی از صلاحیت بین‌المللی برخوردار است، در قضیه مربوط به مصونیت‌های قضایی دولت^۲ این گونه تصمیم گرفت که ایتالیا متعهد است تا از طریق تصویب قانون مناسب یا راهی دیگر، تضمین کند که تصمیمات محاکم داخلی آن کشور، مصونیت جمهوری فدرال آلمان به موجب حقوق بین‌الملل را نقض نخواهند کرد (ICJ, Jurisdictional Immunities of the State,

³ Self executing

¹ Act of formal confirmation

² See <https://www.icj-cij.org/en/case/143>

۳ سوق جامعه بین‌المللی به سوی نظریه یگانه‌انگاری

با تزلزل نظریه حداکثری از مفهوم حاکمیت و بایستگی همکاری بین‌المللی، نظریه یگانه‌انگاری با برتری حقوق بین‌الملل مظاهر قابل توجهی در جامعه بین‌المللی به خود اختصاص داده است. در واقع، نظریه یگانه‌انگاری با برتری حقوق بین‌الملل نیز از رهگذر ظهور مظاهر آن در منابع حقوقی اعتبار بیشتری یافته است. هر چه قدر که اعتبار نظریه دوگانه‌انگاری فروکاسته، اعتبار نظریه یگانه‌انگاری با برتری حقوق بین‌المللی افزایش پیدا کرده است (Walters, 2007: 697).

بسیاری از کشورها از رهگذر منابع حقوقی داخلی خود، قائل به امتیازاتی به نفع نظام منابع حقوق بین‌الملل شده‌اند. این امر در قرن اخیر بیشتر شده و تا آن جا به پیش رفته است که حتی برخی از کشورها در قوانین اساسی خود به صراحت قواعد برخاسته از منابع حقوق بین‌الملل را بر قواعد حقوقی داخلی خود برتر دانسته‌اند. البته این صراحت بیشتر در مورد تعهدات معاهداتی مصداق دارد ولی معاهدات تنها به عنوان رایج‌ترین و متداول‌ترین شیوه قاعده‌سازی مطرح است؛ چه این که دلیلی وجود ندارد که بشود دیگر منابع حقوق بین‌الملل را جدا کرد. در این باره باید گفت که معاهدات صرفاً از باب تمثیل بیان می‌شوند و نه حصر. یعنی احصاء مذکور حصری نیست چرا که در این مورد، مستثنا دانستن قواعد آمره به عنوان قواعدی که از جایگاه والاتر و رفیع‌تری در سلسله مراتب هنجاری حقوق بین‌الملل دارند اصلاً منطقی نیست (مافی و بذار، ۱۳۹۵: ۱۰۴۲ و ۱۰۴۳) (see Kleinlein, 2016: 204). در واقع، چنانچه بنا بر برتر دانستن تعهدات معاهداتی بر تعهدات حقوق داخلی باشد، به طریق اولی تعهدات برخاسته از قواعد آمره حقوق بین‌الملل عام نیز از تعهدات حقوق داخلی برتر دانسته می‌شوند چرا که خود معاهدات بین‌المللی نیز مادامی اعتبار دارند که مغایرتی با

محاکم ملی با قضایای زیادی رویاروی می‌شوند که به صورت مستقیم یا غیرمستقیم، مستلزم تضمین رعایت تعهدات بین‌المللی است. در این باره، محاکم داخلی، حقوق بین‌الملل را تفسیر و اجرا می‌کنند. معمولاً اجرای داخلی حقوق بین‌الملل، مشکلات زیادی را به دنبال ندارد. با این همه، قضایایی هستند که طی آن‌ها، دادگاه‌های داخلی، با تعارض بین حقوق داخلی و بین‌المللی برخورد می‌کنند. حل چنین تعارضاتی، مستلزم آن است که دادگاه‌های داخلی بر بنیان‌های حقوقی اجرای حقوق بین‌الملل در نظم‌های حقوقی داخلی نظر بدوزند. این امر، نه تنها به جهت پیامدهای کاربردی که دارد بسیار حائز اهمیت است، بلکه خود موجب می‌شود تا مسائل نظری بسیار مهمی در مورد ماهیت حقوق بین‌الملل مطرح گردد. لذا نظریه تسری یا انعکاس که از مظاهر بارز نظریه دوگانه‌انگاری است نه تنها در رویه دولتی که در رویه سازمان‌های بین‌المللی به طور غیرقابل انکاری وجود دارد.

ارگان‌های داخلی هر کشور، اعم از آن که شخص حقیقی باشند یا حقوقی، مستقیماً خود را تابع قواعد حقوق داخلی دانسته و حتی به رغم اطلاع از حقوق بین‌الملل در صورتی که تناقضی میان قواعد حقوق داخلی و بین‌المللی باشد هیچ ابایی از نقض حقوق بین‌الملل ندارند. در مورد ارگان‌های بین‌المللی نیز این امر کاملاً مصداق دارد و حتی بسیار پررنگ‌تر از ارگان‌های داخلی است. چه این که، ارگان‌های داخلی بعضاً شاید به جهت اذهان عمومی به ظاهر هم که شده سعی در موجه نمایاندن اعمال خود هستند اما ارگان‌های بین‌المللی، به صراحت و روشنی فقط خود را پایبند به حقوق بین‌الملل می‌دانند و این اساساً اقتضاء حقوق بین‌الملل است که خود نشان از نظریه دوگانه‌انگاری دارد.



حقوقی بین‌المللی را برداشت کرد. در این مورد شایان توجه است که طی کنفرانس سانفرانسیسکو در تنظیم منشور ملل متحد به حقوق بین‌الملل اشاره شد؛ چه این که پیش‌تر در طرح مقدماتی که حاصل کنفرانس برگزار شده در دمبارتن اوکس بود حقوق بین‌الملل مغفول مانده یا به تعبیری بر آن چشم پوشیده شده بود (Dumbarton Oaks, Doc., 1944). به این ترتیب، طی کنفرانس سانفرانسیسکو بود که به حقوق بین‌الملل و ارزشی که نسبت به حقوق داخلی دارد توجه شد. صورت مذاکرات مطروح گویای آن است که برخی از کشورها بر آن بودند تا منشور ملل متحد متضمن ارزش به خصوص و ویژه‌ای برای حقوق بین‌الملل باشد. نیز شایسته توجه است که کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد به ارگانی که رسالت آن تدوین و توسعه تدریجی حقوق بین‌الملل است و بدین واسطه به تعبیری می‌توان گفت با نظم دادن و نسق بخشیدن به منابع حقوق بین‌الملل سر و کار دارد به صراحت اعلام داشته است که هر کشور ملزم است تا در رابطه خود با سایر کشورها مطابق با حقوق بین‌الملل رفتار کند و در اعمال حاکمیت خود، باید این امر را لحاظ بدارد که حقوق بین‌الملل رجحان دارد و برتر است (Declaration on Rights and Duties of States, 1949: Art. 14).

معاهده دیگری که در این باره می‌توان به آن اشاره کرد، معاهده ۱۹۳۳ راجع به حقوق و تعهدات کشورها است که از آن به کنوانسیون مونته ویدئو ۱۹۳۳ یاد می‌شود. در این معاهده به حقوق کشورها و تحدید آن توسط حقوق بین‌الملل پرداخته شده است (Monte Video Convention, 1933: Arts. 3 & 6).

منشور سازمان کشورهای آمریکایی به عنوان معاهده‌ای که افزون بر برخورداری از بُعد معاهده‌ای جنبه تأسیسی هم دارد و به موجب آن، سازمان کشورهای آمریکایی ایجاد شده در ماده نخست از بخش چهارم آن به صراحت بیان داشته است که

قواعد آمره حقوق بین‌الملل عام نداشته باشند. در مورد دیگر منابع حقوق بین‌الملل نیز بدان جهت که میان آنان و معاهدات سلسله مراتب هنجاری وجود ندارد یافتن دلیل منطقی که تنها قواعد معاهداتی را شامل بشود و قواعد ناشی از دیگر منابع حقوقی بین‌المللی را جدا کند منطقی نمی‌نماید و وجهی از صحت ندارد.

قابطه معاهدات منعقدہ میان کشورها متضمن آن است که مقررات حقوق بین‌المللی بر مقررات حقوقی داخلی رجحان داده بشود و این در واقع، به مثابه آن است که کشورها از رهگذر انعقاد چنین معاهداتی پذیرفته‌اند که حاکمیت خود در پهنه داخلی را مضیق کنند. این در واقع، همان امری است که از آن تحت خودمحدودسازی ارادی می‌شود یاد کرد. البته خودمحدودسازی ارادی گستره گسترده‌تری دارد و این که کشورها به موجب معاهداتی که خود موافقت می‌کنند حاکمیت خویش که پیامد بنیادین برخورداری از شخصیت حقوقی است را تحدید می‌کنند از مظاهر و مصادیق اعمال نظریه خودمحدودسازی ارادی است و به این ترتیب، کشورها از این رهگذر، می‌پذیرند که قواعد حقوق بین‌الملل بر قواعد حقوق داخلی برتر دانسته بشود که خود نحله‌ای از نظریه یگانه‌انگاری، یعنی نظریه یگانه‌انگاری با برتری حقوق بین‌الملل است. در این مورد، مضاف بر منشور سازمان ملل متحد می‌توان به معاهدات زیادی از جمله و به ویژه معاهده راجع به وضعیت حقوقی خزر، اشاره داشت (Convention on the Legal Status of the Caspian Sea, 2018: Art. 22)¹.

مقدمه منشور سازمان ملل متحد به عنوان معاهده‌ای که جنبه تأسیسی هم دارد این گونه تصریح شده است که باید به منابع حقوق بین‌الملل احترام گذاشت و در رعایت آنان تشریک مساعی داشت. همسو با این موضع، ذیل ماده نخست این معاهده، از سیاق بندهای مختلف از جمله بندهای نخست و اول می‌توان، لزوم پای‌بندی به قواعد

¹ Available at <http://en.kremlin.ru/supplement/5328>

کرده است که طی آن به صراحت بیان می‌دارد که تمام اصول مندرج در اعلامیه یادشده برای کلیه کشورها الزام‌آور است (ذوالعین، ۱۳۸۴: ۵۷۹). آوارز الزام‌آور بودن تمام اصول مربوطه را به این معنا می‌داند که هیچ یک از مقررات داخلی حتی اگر مقرر مهم بنیادین حقوق داخلی نظیر قانون اساسی باشد هم نمی‌تواند و نباید با اصول حقوق بین‌المللی که در آن اعلامیه تبیین شده است مغایرت داشته باشد (Alvarez, 1944: 77).

در خصوص سوق به سمت و سوی نظریه یگانه‌انگاری، شایسته بیان است که جمهوری فدرال آلمان، مقرر داشته است که قواعد عام حقوق بین‌الملل عمومی، قسمتی جدایی‌ناشدنی از حقوق فدرال دانسته می‌شوند (Basic Law for the Federal Republic of Germany, Art. 25).^۲ به موجب نظام حقوقی انگلستان، حقوق بین‌الملل، بخشی از حقوق داخلی انگلستان تلقی می‌شود. آراء محاکم انگلستان بر این امر صحه می‌گذارد که انگلستان نظریه یگانه‌انگاری را پذیرفته است (Court of King's Bench, Buvot v. Barbut, 1737; R. V. Bow Street Magistrates Ex P. Pinochest, No. 1, I.A.C. 61, 90). همسو با این نظریه، شایسته توجه است که به موجب قانون اساسی فرانسه، معاهدات بین‌المللی جزئی از حقوق داخلی فرانسه دانسته می‌شوند و حتی در صورت تعارض با حقوق داخلی، بر آن رجحان دارند (French Constitutional Law, Principle 55).

کشورها در روابط با یکدیگر، ملزم به رعایت و پایبندی به مقررات حقوق بین‌الملل هستند. چه این که، به موجب ماده دوم از بخش چهارم این معاهده، رعایت تعهدات حقوقی بین‌المللی به نظم بین‌المللی می‌انجامد و مادام که تعهدات حقوقی بین‌المللی ادا نشوند، نظم بین‌المللی محقق نخواهد شد. کنوانسیون یادشده به این اندازه بسنده نکرده و در مواد ششم و هفتم، ذیل تبیین حقوق و تعهدات کشورها، حقوق بین‌الملل را حد حاکمیت کشورها دانسته و آن را معیاری خوانده است که روابط بین‌المللی را تنظیم می‌کند.

برخی از قطعنامه‌های سازمان‌های بین‌المللی، نشان از پذیرش نظریه یگانه‌انگاری دارد. اعلامیه اصول آمریکایی که طی کنفرانس لیما ۱۹۳۸ امضا شد در ماده ۴ خود بر الزام کشورها به رعایت مقررات حقوق بین‌الملل تصریح داشت. پس از آن در سال ۱۹۴۵ میلادی طی اعلامیه کنفرانس مکزیکو نیز بر این امر که خود نشان از برتری مقررات حقوق بین‌الملل بر مقررات حقوق داخلی دارد تأکید شد.

انجمن آمریکایی حقوق بین‌الملل طی اجلاسی که در ۱۹۱۶ میلادی در هاوانا برگزار کرد به روشنی طی اعلامیه‌ای راجع به حقوق و تعهدات ملل، اعلام کرد حقوق بین‌الملل از دو بعد ملی و بین‌المللی حائز اهمیت و درخور نظر است؛ از آن جهت به لحاظ ملی حائز اهمیت است که کشور باید به آن پایبند باشد و به لحاظ بین‌المللی حائز اهمیت است چرا که متضمن قواعد و مقرراتی است که روابط اجتماعی ملل در پهنه بین‌المللی را تنظیم می‌کند. صرف نظر از صحت این تعریف، آن چه که در این راه بسیار شایسته توجه می‌نماید رجحانی است که برای مقررات حقوقی بین‌المللی قائل شده است. نیز همسو با این موضع، آوارز اعلامیه‌ای تحت عنوان نظرات اساسی و اصول مهم حقوق بین‌الملل تنظیم

^۲ به منظور ملاحظه ترجمه انگلیسی متن قانون اساسی جمهوری فدرال آلمان مراجعه کنید به:

<https://www.gesetze-im-internet.de/gg/>

^۱ به منظور ملاحظه متن قانون اساسی جمهوری فدرال آلمان مراجعه کنید به:

https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/



۴ نتیجه‌گیری

در مورد مناسبات حقوق داخلی و بین‌المللی، آموزه‌های حقوقی سخن از یگانه‌انگاری و دوگانه‌انگاری به میان آورده‌اند. با این که مناسبات حقوق داخلی و بین‌المللی از موضوعاتی است که نظر واحدی در مورد آن وجود ندارد، اما جامعه بین‌المللی در عمل، راه میانه‌ای را در پیش گرفته و ترکیبی از هر دو را به نحوی اتخاذ نموده است. این به آن معنا است که برخی از انگاره‌های یگانه‌انگاری و برخی از انگاره‌های دوگانه‌انگاری را پذیرفته و برخی دیگر از انگاره‌های مطروحه در دو گفتمان یگانه‌انگاری و دوگانه‌انگاری را مردود یا مطرود کرده است. در این راه، از اطلاق‌گرایی احتراز شده و این به آن معنا است که رویکردی ترکیبی اتخاذ گردیده است.

جامعه بین‌المللی، در عمل به طور مطلق هیچ یک از دو نظریه یگانه‌انگاری و دوگانه‌انگاری را نپذیرفته است و به فراخور، مظاهری از هر یک از دو نظریه در رویه عملی جامعه بین‌المللی وجود دارد و به چشم می‌خورد. درست است که دو نظریه یادشده، به عنوان نظریات سنتی مطرح هستند لیکن در عمل این گونه می‌نماید که هیچ یک به طور مطلق پذیرفته نشده‌اند و هیچ یک از دو نظریه یادشده کاملاً منطبق با واقعیات جامعه امروزه نیستند. در واقع، در مناسبات ارزش و واقعیت یا به تعبیری حقیقت و واقعیت، لازم است صحیح عمل شود؛ چه این که گام برداشتن در مسیر حقیقت باید با نظر به واقعیت باشد. گامی که صرفاً با توجه به ارزش‌ها و به دور از واقعیات جامعه بین‌المللی باشد جامعه عمل به خود نمی‌پوشد و تنها در عامل نظر منجمد باقی می‌ماند. در نگاه افراطی نسبت به نظریه یگانه‌انگاری با برتری حقوق بین‌الملل متضمن آن است که حقوق داخلی تاب هم‌وردی با حقوق بین‌الملل ندارد و چنانچه حقوق داخلی با حقوق بین‌الملل تعارض داشته باشد حقوق داخلی تا آن اندازه که در تعارض با حقوق بین‌الملل باشد باطل دانسته می‌شود. در این راه، برخی دیگر از

قائلین به نظریه یگانه‌انگاری با برتری حقوق بین‌الملل، بر این موضع هستند که چنانچه حقوق داخلی با حقوق بین‌الملل در تعارض باشد، حقوق داخلی باطل قلمداد نمی‌گردد بلکه عمل متخلفانه دولت مربوطه دانسته می‌شود. لذا در نگاه این دسته از قائلین به یگانه‌انگاری با برتری حقوق بین‌الملل می‌توان شباهت‌هایی با آن چه که قائلین به دوگانه‌انگاری حقوق بر آن پافشاری دارند یافت.

در مجموع، رویه بازیگران پهنه بین‌المللی نشان از آن دارد که رفته رفته و در بستر زمان، هر بازیگری به نحوی به سمت یکی از دو نظریه مطروح تمایل یافته است و این صرف نظر از آن است که به طور مطلق یکی را پذیرفته باشد. در این راه، عملکرد بین‌المللی کشورها حکایت از آن دارد که پیش‌تر، بیشتر به سمت نظریه دوگانه‌انگاری سوق داشته است و این امر خود، ریشه در استقلال کشورها و تأکید بر حاکمیت مستقل دارد. با این همه، به تدریج، با گذار از اجتماع به جامعه بین‌المللی و تقویت شدن بایستگی همکاری بین‌المللی مضاف بر هم‌زیستی بین‌المللی، موجب شد تا نظریه یگانه‌انگاری در رویه جامعه بین‌المللی بیشتر رنگ بیابد و آن، این که حقوق بین‌الملل بر حقوق داخلی برتر و ارجح دانسته بشود. چه این که، واقع امر این است که نظریه دوگانه‌انگاری به جدایی حقوق داخلی از حقوق بین‌الملل می‌انجامد و به رغم این که دو امر جداگانه از هم، می‌توانند با یکدیگر ارتباط داشته باشند، اما اساساً بستر همکاری بین‌المللی در سیاق وضعیت یگانه‌انگاری مناسب‌تر و مهیاتر از همکاری بین‌المللی در وضعیت دوگانه‌انگاری حقوقی است. عملکرد جامعه بین‌المللی حکایت از آن دارد که محاکم ملی، در برخی وضعیت‌های مربوطه، قواعد حقوقی بین‌المللی را اجرا و در برخی از دیگر وضعیت‌ها، به رغم آن که می‌بایست قواعد حقوقی بین‌المللی اعمال می‌شد، دست از اعمال و اجرای آن کشیده‌اند. در این باره، رویه واحدی در محاکم داخلی وجود ندارد.

بین‌المللی، سکوت شده و در عمل، با تنقیح مناط، نظریه یگانگی حقوقی پذیرفته شده است.

عدم صراحت حقوق بین‌الملل در مورد ارتباط بین حقوق داخلی و بین‌المللی، خود می‌تواند نشان از آن داشته باشد که حقوق بین‌الملل موضوعه بیشتر به سمت و سوی دوگانه‌انگاری سوق داشته است؛ چرا که حقوق بین‌الملل، در نظر برخی از نظم‌های حقوقی داخلی، متضمن بنیانی نیست تا از طریق آن بتوان اعمال قواعد بین‌المللی در سطح داخلی را توجیه کرد و درج چنین قواعدی در سیستم حقوقی داخلی تنها از طریق خود سیستم حقوقی داخلی میسر دانسته می‌شود.

خلاصه کلام آن که، اگرچه به لحاظ نظری، یگانه‌انگاری در تقابل با دوگانه‌انگاری شکل گرفت و نمو یافت، اما در عمل، ناسخ آن دانسته نمی‌شود ولی نباید این گونه هم تلقی گردد که دوگانه‌انگاری به طور مطلق یا یگانه‌انگاری به طور محض پذیرفته شده باشد. با این که متأسفانه این امور تحت تأثیر روابط هژمونیک اعضای جامعه بین‌المللی و به خصوص، کشورها به عنوان تابعان سنتی حقوق بین‌الملل است، ولی گذار پهنه بین‌المللی از اجتماع به جامعه و بالمآل، ضرورت همکاری و همزیستی بین‌المللی، خود موجب شده است تا رگه‌هایی از یگانه‌انگاری با برتری حقوق بین‌الملل در جامعه وجود داشته باشد که خود، نویددهنده دانسته می‌شود و البته مؤید ضرورت نقش دکترین در توسعه تدریجی است. در خصوص نظام حقوقی ایران، شایسته توجه است که قانون اساسی مشروطیت، در مورد موضوع برتری حقوق داخلی بر بین‌المللی یا برعکس، مقرر صریحی وجود نداشت که متضمن قاعده کلی باشد. در قانون اساسی جمهوری شکوهمند اسلامی ایران، با تکیه بر اصل هفتاد و هفتم و اصل صد و بیست و پنجم و همین طور ماده ۹ قانون مدنی می‌توان دریافت که بین معاهده بین‌المللی و قانون عادی، سلسله مراتب هنجاری وجود ندارد و همسو با این موضع، تصویب، به عنوان یکی از مراحل انعقاد معاهده بین‌المللی، نظیر آیین وضع قانون عادی است. در مورد تعهدات ناشی از دیگر منابع حقوق بین‌الملل نظیر عرف



Reference:

- Arangio-Ruiz, Gaetano (1972). "The Normative Role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations with an Appendix on the Concept of International Law and the Theory of International Organizations", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 137.
- Arangio-Ruiz, Gaetano (2003). "Dualism Revisited: International Law and Inter-Individual Law", *Rivista di diritto internazionale*, vol. 86.
- Bagheri Abyaneh, Alireza and Ansarian, Mojtaba (2019). "A Postmodern Critique of Legal Positivism in International Law", *Journal of Legal Research*, vol. 37. (In Persian)
- Basic Law for the Federal Republic of Germany (1949).
- Berman, Paul Schiff (2007). "Global Legal Pluralism", *Southern California Law Review*, vol. 80.
- Bernstorff, Jochen von (2010). *The Public International Law of Hans Kelsen: Believing in Universal Law*, Cambridge Studies in International and Comparative Law.
- Bogdandy, Armin von (2008). "Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6.
- Bonafé, Beatrice (2014). 'Adattamento del diritto interno al diritto internazionale' in Sabino Cassese (edn.), *dizionario di diritto pubblico* (giuffré 2006. (In French)
- Bonafé, Béatrice (2014). "International Law in Domestic and Supranational Settings", in: Jean d'Aspremont and Jörg Kammerhofer, *International Legal Positivism in a Post-Modern World* (edn.), Cambridge University Press.
- British Court (1737). Court of King's Bench, *Buvot v. Barbut*.
- British court (2001). R. V. Bow Street Magistrates Ex. P. Pinochest, I.A.C. 61.
- Brownlie, Ian (2008). *Principles of Public International Law*, Oxford University Press.
- Cannizzaro, Enzo (2012). "The Neo-Monism of the European Legal Order" in: Ramses Alexander Wessel, Enzo Cannizzaro and Paolo Palchetti, *International Law as the Law of the European Union* (edn.), Martinus Nijhoff Publishers.
- Conforti, Benedetto (2010). *Diritto internazionale*, Editoriale scientifica, 8th edn. (In French)
- Convention on the Legal Status of the Caspian Sea (2018).
- Daci, Jordan (2015). "The Relationship between International Law and Domestic Law under the Constitution of the Republic of Kosovo", *Academic Journal of Interdisciplinary Studies*, Rome-Italy, Mediterranean Center of Social and Educational Research Publishing, vol. 4, no. 1.

- Dumbarton Oaks Conference on International Organization (1944). Doc. 2-G/14 "m" ad Ch. I.
- Falsafi, Hedaiatollah (2017). *Seyre Aghl dar Manzoomeh-ye Hoghooghe Beynolmelal*, Nashrenow. (In Persian)
- Ferreira, Gerrit & Ferreira-Snyman, Anél (2014). "The Incorporation of Public International Law into Municipal and Regional Law against the Background of the Dichotomy between Monism and Dualism", *Potchefstroomse Elektroniese Regsblad*, vol. 17.
- Fitzmaurice, Gerald (1957). "The General Principles of International Law considered from the Standpoint of the Rule of Law", *Recueil des cours*, vol. 92.
- French Constitutional Law (1979).
- García-Salmones Rovira, Monica (2015). "Faith, Ritual and Rebellion in 21st Century (Positivist) International Law", *European Journal of International Law*, vol. 26.
- Grzegorzczuk, Christophe (1992). 'Introduction' in Christophe Grzegorzczuk, Françoise Michat and Michel Troper (edn.), *Le positivisme juridique*, Librairie générale de droit et de jurisprudence. (In French)
- ICJ (2012). Judgment, Jurisdictional Immunities of the State, Germany v. Italy: Greece intervening, February 3.
- Kammerhofer, Jörg (2009). "Kelsen – which Kelsen? A Re-Application of the Pure Theory to International Law", *Leiden Journal of International Law*, vol. 22.
- Kammerhofer, Jörg (2010). *Uncertainty in International Law: a Kelsenian Perspective*, Routledge.
- Kelsen, Hans (1952). *Principles of International Law*, Rinehart and Company.
- Kelsen, Hans (1967). *Pure Theory of Law*, University of California Press.
- Kleinlein, Thomas (2016). "Jus Cogens as the 'Highest Law'? Peremptory Norms and Legal Hierarchies, vol. 1.
- Mafi, Homayon and Bazzar, Vahid (2017). "The Theory of Normative Hierarchy in the Light of Human Law Rules with Emphasis on International Case Law", *Public Law Studies Quarterly*, vol. 46. (In Persian)
- Mahmoody, Hadi and Hamidzadeh, Reza (2019). "Feasibility Study for the Realization of New Natural Law on International Relations", *Legal Research Quarterly*, vol. 22. (In Persian)
- Monte Video Convention (1933). Treaty on the Rights and Duties of States, December 26.
- Nollkaemper, André (2011). *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford University Press.
- Perassi (1937). *lezioni di diritto internazionale*, Roma. (In French)
- Shahbazi, Aramesh (2016). *Philosophy of International Law: Positivism*, Shahre Danesh. (In Persian)
- Special Tribunal for Lebanon (2011). Judgment, Appeals Chamber, Case no. STL-11-011ACR176BIS; Introductory Decision on the Applicable law: Terrorism, Conspiracy, Homicide,



- Perpetration, Cumulative Charging, February 16.
- Talebi, Mohamad Hossein (2001). "Nazariyeh Hoghoogh Tabiee in Phalsapheye Hoghoogh", Ma'refat, vol. 46. (In Persian)
- Teubner, Gunther (1997). "Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society" in: Gunther Teubner, *Global Law without a State* (edn.), Dartmouth Digital Publishing.
- UNGA (1949). Res. 375 (IV), Declaration on Rights and Duties of States, December 6.
- UNGA (1970). Res. 26/25 (XXV), Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, October 24.
- Walters, Melissa (2007). "Creeping Monism: The Judicial Trend Toward Interpretive Incorporation of Human Rights Treaties", *Columbia Law Review*, vol. 107.
- Zol A'in, Parviz (2005). *Basics of Public International Law*, Ministry of Foreign Affairs. (In Persian)

Research Paper

Child Protection Systems: A Case Study of the Legal Systems of Iran and Turkey

Ali Safar Orangi*¹ , Gholam Hasan Kooshki²

¹ Master's Student in Criminal Law for Children and Adolescents, Faculty of Law and Political Sciences, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran

² Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Sciences, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran.



10.22080/LPS.2022.23004.1302

Received:

January 20, 2022

Accepted:

June 14, 2022

Available online:

July 19, 2022

Keywords:

Iran, Turkey, Child protection system, Child welfare system, Foster family

Main Subjects :

Criminal Law and Criminology

Abstract

Children are among the most vulnerable groups in society due to their special physical and mental conditions. This group of society needs the support of other people due to their inability to solve their problems. The family was the first institution to support children, but throughout history it has shrunk and weakened for a variety of reasons. Therefore, given the importance of child protection and the effectiveness of their position in the future of society, governments have formulated policies based on child protection. A comparative look at the types of child protection systems reveals the strengths and weaknesses of each system and can be used in the future to develop a high-quality support system. The findings show that each country has a different protection system based on various political, economic and cultural components. The Iranian protection system is based on child protection and the Turkish protection system is based on the provision of social services. In this study, which uses a descriptive-analytical method to analyze the data obtained from the library resources, while examining the types of child protection systems, a case study is conducted on the support systems in Iran and Turkey.

*Corresponding Author: Ali Safar Orangi

Address: Master's Student in Criminal Law for Children and Adolescents, Faculty of Law and Political Sciences, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran

Email: Orangi.Ali1376@gmail.com



Extended Abstract

1. Introduction

Child abuse and multiple harms against their physical, mental, educational and security development have a long history and are not new to human societies. Although child abuse and neglect have a long history, organized support for them dates back to the twentieth century. In this century, documents guaranteeing the protection of children included the 1924 Declaration of the Rights of the Child, the 1959 Declaration of the Rights of the Child, and the 1989 Convention on the Rights of the Child, ratified and convened the First and Second Balkan Congresses in 1936 and 1938. The children insisted. The United Nations recommended to establish a multifaceted and systematic framework for responding to violence against children in the national planning process. On this basis, a child protection system was established. The Child Rescue Fund defines a child protection system in a concept paper as follows: A set of measures and structures set up to prevent and respond to child abuse, neglect, exploitation and violence. In the present research, in addition to Iran, Turkey, as a geographical neighborhood of Iran with historical and cultural commonalities has been selected due to its similarities to our country in terms of manpower and development contexts. Then, the strengths and weaknesses of the child protection systems of both countries were investigated to be used in future studies and regulations to improve the protection of children in need of care.

2. Methods

This study has used a descriptive-analytical method to analyze the data obtained from the library resources.

3. Results

The findings show that each country has a different protection system based on various political, economic and cultural components. The Iranian protection system is based on child protection and the Turkish protection system is based on the provision of social services.

4. Conclusion

The most important principles governing the child protection system that must be observed in any system are as follows:

- In a child protection system, children in need of care will receive support services without any discrimination.
- In the child protection system, the principle is the participation of all individuals, especially parents and children themselves.
- The child protection system is based on preventive measures. Support for parents and families, reducing child poverty, providing social services, and improving children's awareness and education can be some of the measures implemented by the child protection system.
- The family will be the first institution in which support measures should be taken. Therefore, actions that lead to the departure of the child from his or her original family should be considered as secondary.
- Child protection systems must have transnational structures. As migration or human trafficking has increased in the

world today for various reasons, children need support and care anywhere in the world.

- Child protection systems must have integrated structures for identifying, reporting and exercising protection. In this regard, institutions must operate under a single system for a single purpose and the tasks of each institution must be precisely defined.

- Unlike the juvenile criminal justice system, where public institutions have a passive role, in the child protection system, these institutions have an active role and are one of the most important pillars of child protection.

The Welfare Organization of Iran is the most important organization for the implementation of institutional support. Although throughout the world, and

specifically, in Turkey, institutional support has been abandoned or fundamentally revised, in Iran, the previous principles and rules are still being used. Therefore, it is necessary for the Welfare Organization of Iran to review the manner of care, change the staff and determine the number of children in the places in question.

Funding

There is no funding support.

Authors' contribution

Both authors contributed equally and actively to the preparation and arrangement and of this article.

Conflict of interest

Authors declared no conflict of interest.

Acknowledgments

We are grateful to all the scientific consultants of this paper.

علمی پژوهشی

نظام‌های حمایتی از کودکان نیازمند مراقبت؛ مطالعه موردی نظام حقوقی ایران و ترکیه

علی صفراورنگی^{*۱} ID، غلامحسن کوشکی^۲

^۱ دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق کیفری اطفال و نوجوانان، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران.
^۲ استادیار گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران.

doi 10.22080/LPS.2022.23004.1302

چکیده

کودکان به دلیل شرایط جسمی و روحی ویژه‌ای که دارند، جزو گروه‌های آسیب‌پذیر جامعه هستند. این گروه از جامعه به دلیل ناتوان بودن یا کم‌توان بودن در جهت رفع مشکلات خود نیازمند حمایت دیگر افراد جامعه هستند. خانواده به عنوان اولین نهادی است که کودکان را حمایت می‌کند، لکن در طول تاریخ به دلایل گوناگون این نهاد کوچک گشته و تضعیف شده‌است. از این رو دولت‌ها باتوجه به اهمیت حمایت از کودکان و موثر بودن جایگاه آنان در آینده جامعه، سیاست‌هایی را بر مبنای حمایت از کودکان شکل دادند. نگاهی تطبیقی و مقایسه‌ای به انواع نظام‌های حمایت از کودکان باعث نمایان شدن نقاط قوت و ضعف هر یک از نظام‌ها شده و می‌تواند در آینده در جهت تدوین یک نظام حمایتی باکیفیت استفاده گردد. یافته‌ها نشان از این دارند که هر کشوری بر اساس مؤلفه‌های مختلف از جمله سیاسی، اقتصادی و فرهنگی نظام حمایتی متفاوتی نیز دارد، که نظام حمایتی ایران مبتنی بر حفاظت از کودکان و نظام حمایتی ترکیه مبتنی بر ارائه خدمات اجتماعی است. در این مطالعه که از روش توصیفی-تحلیلی و از منابع کتابخانه‌ای استفاده گردیده، ضمن بررسی انواع نظام‌های حمایت از کودکان به مطالعه موردی نظام‌های حمایتی کشورهای ایران و ترکیه پرداخته شده است.

تاریخ دریافت:

۳۰ دی ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۲۴ خرداد ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۲۸ تیر ۱۴۰۱

کلیدواژه‌ها:

ایران، ترکیه، نظام‌های حمایتی کودکان، سیستم رفاه کودکان، خانواده خوانده.

* نویسنده مسئول: علی صفراورنگی

آدرس: دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق کیفری اطفال و نوجوانان، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران.

ایمیل: orangi.ali1376@gmail.com

مقدمه

سازمان ملل متحد توصیه می‌کند که همه کشورها در فرایند برنامه ریزی‌های ملی یک چارچوب چند وجهی و نظام‌مند برای پاسخ به خشونت علیه کودکان ایجاد کنند (Pinheiro, 2006: 18). بدون شک کودکان ضامن آینده هر جامعه‌ای هستند. از این رو است که گفته می‌شود جامعه سالم در گرو نسل سالم است (Beter, 2010: 10). بر همین مبنا و اساس نظام حمایت از کودکان (Child Protection System) شکل گرفت. صندوق نجات کودکان در یک مقاله مفهومی (Concept Paper) نظام حمایت از کودکان را چنین تعریف می‌کند: مجموعه اقدامات و ساختارهایی که برای پیش‌گیری و پاسخ به سوء استفاده، بی توجهی، استثمار و خشونت علیه کودکان تشکیل می‌شود، نظام حمایت از کودکان گفته می‌شود (Olofsson et al, 2010: 4).^۱ در تعریف دیگر آمده است: نظام حمایت از کودکان مجموعه‌ای از عناصر رسمی و غیر رسمی است که برای پیش‌گیری و پاسخ به سوء استفاده (abuse)، بی توجهی (neglect)، استثمار (exploitation) و دیگر انواع خشونت‌ها علیه کودکان با یکدیگر همکاری می‌کنند (Forbes et al, 2011: 3).

در کنار مفهوم نظام حمایت از کودکان، مفاهیم دیگری همچون سیستم رفاه کودکان (Child Welfare System) و سیستم عدالت کیفری اطفال (Juvenile Justice System) وجود دارند که لازم است روابطی که ما بین این مفاهیم است، بررسی شود. مفهوم سیستم رفاه کودکان به نوعی مترادف با مفهوم سیستم حمایت از کودکان است و تنها تفاوتی که این دو مفهوم با یکدیگر دارند این است که سیستم رفاه کودکان علاوه بر خدمات حمایتی از کودکان دربردارنده رفاه خانواده که جنبه‌ای از حمایت از کودکان است می‌باشد، درحالی که سیستم حمایت از کودکان محدود به خدماتی است که فقط ناظر بر خود کودک است

سوء استفاده از کودکان و ایراد آسیب‌های متعدد علیه رشد جسمی، روحی، تحصیلی و امنیتی آنان از ابداعات جدید بشر نیستند و شواهد دلالت بر سابقه طولانی در این زمینه دارند. باوجود اینکه سوء استفاده از کودکان و بی توجهی به آنان سابقه طولانی دارد، اما حمایت‌های سازماندهی‌شده از آنان به قرن بیستم برمی‌گردد. البته در قرن نوزدهم نیز اقدامات ارزشمندی در جهت حمایت از کودکان در برابر انواع خشونت‌ها صورت گرفته بود. در این قرن پویش‌های اخلاقی (Moral Campaigns) توسط فعالان کودکان شکل گرفت، که کارکرد اصلی آن حمایت از کودکان کار و کودکان خیابانی بود (Hendrick, 2005: 13). قرن بیستم دربردارنده وقایع مهمی از جمله جنگ جهانی اول و جنگ جهانی دوم بود که بر نظام‌مند شدن حمایت از کودکان تأثیر گذاشت. چراکه در این دو جنگ بسیاری از والدین کودکان کشته شدند و همچنین خود کودکان که به عنوان قربانیان اصلی این جنگ بودند، نیاز مبرم به حمایت‌های ویژه داشتند. در این قرن اسنادی که متضمن حمایت از کودکان بود نظیر اعلامیه حقوق کودک ۱۹۲۴، اعلامیه حقوق کودک ۱۹۵۹ و کنوانسیون حقوق کودک ۱۹۸۹ تصویب و نشست‌هایی نظیر کنگره‌های اول و دوم بالکان به سال‌های ۱۹۳۶ و ۱۹۳۸ میلادی تشکیل شدند، که بر حمایت‌های سلامتی و بهداشتی کودکان تأکید می‌کردند. همچنین در این قرن سازمان مردم نهاد صندوق نجات کودکان (Save The Children Fund)، سازمان یونیسف (United Nations Children's Fund) و سازمان بشر دوستانه حقوق کودک تحت عنوان (Terre Des Hommes) تشکیل شد که حمایت‌های ارزنده از کودکان انجام می‌دادند.

^۱The full text of the concept paper is available at <https://resourcecentre.savethechildren.net>



بردن به نقاط قوت و ضعف سیستم حمایت از کودکان هر دو کشور می‌تواند در مطالعات و وضع مقررات آینده برای هرچه بهتر شدن حمایت از کودکان نیازمند مراقبت مورد استفاده قرار گیرد. باتوجه به مطالب بیان شده، سؤالات مهمی از جمله: مهم‌ترین سیستم‌های حمایت از کودکان کدام‌ها هستند؟ سیستم حمایتی اتخاذی از سوی کشور ایران و ترکیه کدام است؟ اصول حاکم بر سیستم‌های حمایتی از کودکان کدام‌ها هستند؟ مطرح می‌شوند که به فراخور موضوع به آنها پاسخ داده شده است. بنابراین در این مطالعه مهم‌ترین سیستم‌های حمایتی از کودکان به طور مختصر (بند اول) و سیستم‌های حمایت از کودکان کشورهای ایران و ترکیه به نحو موردی و تفصیلی (بند دوم) بررسی شده‌اند.

۱ مهم‌ترین سیستم‌های حمایتی کودکان

مطابق اسناد بین‌المللی کودکان از حقوق بنیادین از قبیل رشد، بقا، زندگی و امنیت برخوردار هستند. در کنار این موارد هر کودکی حق دارد از خطرات موجود در جامعه از قبیل خشونت، سوء رفتار و بی‌توجهی در امان باشد. اگر کودکان از این خطرات در امان نباشد و یا از آنان حمایت به عمل نیاید منجر به ایجاد مشکلات عدیده جسمی، روحی و بهداشتی برای آنان خواهد شد (Medrano, 2012: 18). بنابراین حمایت از کودکانی که به علت شرایط مختلف نیازمند حمایت هستند نه تنها به خودی خود برای دولت‌ها اهمیت دارد، بلکه طبق اسناد بین‌المللی از وظایف آنها است.

می‌توان گفت مبانی تشکیل نظام‌های حمایت از کودکان، از این قرار است: جلوگیری از خشونت، سوء استفاده، استثمار، بی‌توجهی و همچنین ارائه راه‌حل، توانبخشی، جبران خسارت و درمان کودکانی که قربانی شده‌اند، آگاهی از علل شکست‌های حمایت از کودکان و ارائه آمار در خصوص کودکانی که مورد خشونت، استثمار، سوء استفاده و

(Hetherington, 2002: 28). البته همانطور که گفته شد این دو مفهوم با یکدیگر مترادف هستند به نحوی که سیستم‌های حمایت از کودکان خود می‌تواند خانواده محور و یا کودک محور باشد. سیستم عدالت کیفری اطفال بر نحوه پاسخ به بزهکاری کودکان با توجه به رویکردهای سیاسی، اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی تمرکز دارد (غلامی، ۱۳۹۲: ۹۰). به نوعی می‌توان گفت سیستم عدالت کیفری اطفال وظیفه حمایت از کودکان بزهکار را بر عهده دارد. اما در سیستم حمایت از کودکان، افراد الزاماً بزهکار نبوده و بنابر دلایلی همچون سوء استفاده، بی‌توجهی و دیگر انواع خشونت‌ها نیازمند حمایت هستند. باید به این نکته نیز توجه داشت، هرچند که سیستم عدالت کیفری اطفال وظیفه حمایت از کودکان بزهکار را بر عهده دارد اما نمی‌توان آن را تحت عنوان سیستم حمایت از کودکان قرار داد و این دو سیستم ارکان، سازمان‌ها و روندهای متفاوتی از یکدیگر دارند. در یک تقسیم‌بندی، سیستم حمایت از کودکان و سیستم عدالت کیفری اطفال تحت عنوان خدمات رفاهی کودکان (Child Welfare Services تقسیم‌بندی شده‌اند (Beter, 2010: 81). بر همین اساس است که الگوی رفاه‌گرایی کیفری (Penal Welfarism) که گونه‌ای از سیستم عدالت اطفال است، منشعب از الگوی رفاه در نظر گرفته شده است (غلامی، ۱۳۹۲: ۹۲). با وجود همه این‌ها سیستم عدالت کیفری اطفال و سیستم حمایت از کودکان در برخی موارد با یکدیگر همپوشانی (Overlap) دارند. از این رو است که به کودکان در ارتباط با هر دو سیستم را در اصطلاح جوانان همگذر (Crossover Youth) نامیده‌اند (M. Kolivoski, 2017: 313).

در این مطالعه، کشور ترکیه، از آن جهت که به لحاظ جغرافیایی همسایه کشور ایران است و به این دلیل که اشتراکات تاریخی و فرهنگی بین هر دو کشور وجود دارد و همچنین از لحاظ نیروی انسانی و بسترهای توسعه‌ای یکسان با کشور ایران، برای مطالعه تطبیقی انتخاب شده است، که بررسی و پی

رسیدگی می‌کند، اما نظام حمایت از کودکان به گزارش‌های مربوط به آسیب‌های جدی علیه کودکان پاسخ می‌دهد.

- سیستم عدالت کیفری کودکان فقط به جرایم رسیدگی می‌کند، اما نظام حمایت از کودکان به ایمنی کودکان در معرض خطر (child at risk) که در شرف بزه‌دیدگی، بزهکاری و یا متحمل شدن آسیب‌های متعدد علیه رشد جسمی، روحی، جنسی و امنیتی هستند، نیز رسیدگی می‌کند.

از آنجایی که، نظام حمایت از کودکان نظام مجزایی از سیستم عدالت کیفری کودکان است، از این‌رو، این نظام واجد اصولی است که متفاوت با اصول حاکم بر عدالت کیفری کودکان است. مهم‌ترین اصول حاکم بر نظام حمایتی کودکان به قرار ذیل است:

- در نظام حمایت از کودکان، کودکان نیازمند مراقبت بدون هیچ تبعیضی از خدمات حمایتی بهره‌مند خواهند شد.
- در نظام حمایت از کودکان، اصل بر مشارکت همه افراد علی‌الخصوص والدین و خود کودکان است.
- نظام حمایت از کودکان مبتنی بر اقدامات پیش‌گیرانه است. حمایت از والدین، خانواده، برنامه‌هایی جهت کاهش فقر کودکان، خدمات اجتماعی و افزایش آگاهی و آموزشی کودکان می‌توانند از اقداماتی باشند که نظام حمایت از کودکان اجراء می‌کند.
- خانواده اولین نهادی خواهد بود که اقدامات حمایتی باید در بستر آن انجام شود. بنابراین، اقداماتی که منجر به خروج کودک از خانواده اصلی خود می‌گردد، باید به عنوان اقدامات بعدی و ثانویه لحاظ گردند.

بی‌توجهی قرار گرفته‌اند، تدوین سیاست‌ها و مقررات، مداخله برای پیش‌گیری و واکنش، تشویق کودکان، والدین آنان، سازمان‌های بین‌المللی و همچنین نهادهای مردمی در جهت مشارکت بایکدیگر (Rough Gide, 2009: 5). بر اساس این مبانی است که نظام حمایتی کودکان ماهیتی جدا از سیستم عدالت کیفری کودکان دارد، اما این دو سیستم در برخی موارد با یکدیگر هم‌پوشانی دارند. در تحقیقی که در ایالت منیتوبا در کشور کانادا در رابطه با بررسی هم‌پوشانی سیستم عدالت کیفری کودکان با نظام حمایت از کودکان انجام شده‌است نشان از این دارد که ۱۷ درصد از اطفال که تحت مراقبت نظام حمایت از کودکان بودند، بعداً تحت بازداشت قرار گرفتند، و برای ۴۱ درصد از آنان پرونده قضایی تحت اتهاماتی از جمله تجاوز (assault) و جرایم مالی (property crimes) تشکیل شد. این تحقیق بیان‌گر این است که تصمیمات اتخاذی برای مراقبت از کودکان در نظام حمایتی کودکان آنان را به سمت بزهکاری و مرتبط شدن با سیستم عدالت کیفری کودکان سوق می‌دهد (Nickel, 2020: 2). در بررسی مشابه مؤسسه سلامت و رفاه استرالیا (AIHW) مقرر می‌دارد، قریب به ۵۰ درصد از افراد ۱۰ تا ۱۶ ساله که تحت نظارت سیستم عدالت کیفری کودکان هستند، قبلاً تحت مراقبت‌های نظام حمایت از کودکان بودند (Walsh, 2019: 90).

از تفاوت‌های سیستم عدالت کیفری کودکان و نظام حمایت از کودکان می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

- سیستم عدالت کیفری کودکان بر اساس قانون هدایت و اعمال می‌شود، به این معنا که قضات مقید به اعمال قانون هستند، اما نظام حمایتی کودکان بر اساس منافع عالی کودک (best interests) تنظیم و اعمال می‌شود به نحوی که در هر تصمیم صلاح کودکان و منافع آنان در نظر گرفته می‌شود.
- سیستم عدالت کیفری کودکان به گزارش‌های مربوط به جرایم کودکان



این نوع، همبستگی میان سه گروه یاد شده در خط مقدم است و مسؤولیت حمایت و حفاظت از کودکان یک مسؤولیت مشترک و جمعی است. تمرکز این نوع از نظام حمایتی بر تقویت بین روابط کودک و خانواده است. کشورهای همچون فرانسه، هلند و سوئیس از این نوع سیستم تبعیت می‌کنند. نوع آخر که مربوط می‌شود به مراقبت اجتماعی که بیشتر در جوامع سنتی دیده می‌شود. در این نوع نظام حمایتی والدین، خانواده گسترده و همچنین جامعه محلی برای حمایت از کودکان مورد مشورت واقع می‌شوند. استرالیا از جمله کشورهای است که از این سیستم تبعیت می‌کند.

در تقسیم‌بندی دیگر که از بررسی تطبیقی بین نه کشور ایالات متحده، کانادا، انگلستان، سوئد، دانمارک، فنلاند، بلژیک، هلند و آلمان به دست آمده است، نظام‌های حمایتی کودکان به دو دسته سیستم‌های کودک محور و خانواده محور تقسیم شده‌اند. کشورهای ایالات متحده، انگلستان و آمریکا از سیستم کودک محور تبعیت می‌کنند. در این سیستم رویکرد اصلی بیشتر بر مداخلات قانونی است. شش کشور باقی‌مانده دیگر از سیستم خانواده محور تبعیت می‌کنند. سیستم خانواده محور نیز بیشتر بر مداخلات درمانی تأکید می‌کند. سیستم خانواده محور به دو قسمت تقسیم می‌شود، سیستم خانواده محور بر اساس گزارش اجباری و سیستم خانواده محور بر اساس گزارش غیر اجباری.

در این میان تقسیم‌بندی دیگری نیز وجود دارد. این تقسیم‌بندی که بر اساس خدمات حمایتی اجتماعی ارائه شده در اروپا شکل یافته‌است، بدین صورت است: سیستم لیبرال حمایت اجتماعی (The liberal system of social protection)، سیستم سوسیال دموکراتیک حمایت اجتماعی (The social democratic system of social protection) و سیستم محافظه‌کارانه شرکتی حمایت اجتماعی (The conservative-corporatist system of social protection) (Palier, 2004: 31). خدمات

• نظام‌های حمایت از کودکان باید دارای ساختارهای فراملی باشند. از آنجایی که در جهان امروزی مهاجرت ویا قاچاق انسان‌ها به دلایل مختلف افزایش یافته در نتیجه کودکان، نیازمند حمایت و مراقبت در هر نقطه از جهان هستند.

• نظام‌های حمایت از کودکان باید واجد ساختارهای یکپارچه شناسایی، گزارش و اعمال حمایت باشند. در این خصوص نهادها باید تحت یک سیستم واحد برای یک هدف واحد فعالیت کنند و وظایف هر نهاد به طور دقیق مشخص شود.

• برخلاف سیستم عدالت کیفری اطفال که نهادهای مردمی وظیفه منفعل دارند، در سیستم حمایت از کودکان این نهادها وظیفه فعال دارند و یکی از ارکان‌های مهم حمایت از کودکان نیازمند مراقبت هستند.

باری، کشورها بر اساس ملاحظات سیاسی، فرهنگی و اقتصادی روش‌های متنوعی برای حمایت از کودکان اتخاذ کرده‌اند که منجر به تشکیل نظام‌های گوناگون حمایتی شده‌است. در یک تقسیم‌بندی نظام حمایتی کودکان، به حفاظت از کودکان (child protection)، خدمات خانوادگی (family services) و مراقبت اجتماعی (community caring) تقسیم شده‌است (Cameron & Freymond, 2006: 4). در نوع اول که حفاظت از کودکان است، دولت مقررات اجتماعی و اخلاقی را بر اساس حقوق و مسؤولیت‌های فردی وضع می‌کند. در این نوع حریم عمومی و خصوصی به طور شفاف از یکدیگر تبیین شده و از حریم خصوصی خانواده حمایت و مراقبت می‌شود. هدف این نظام حمایتی، مراقبت از اطفال در مقابل خطرات مربوط به درون خانواده است. کشورهای انگلستان، کانادا و ایالات متحده از این نوع سیستم تبعیت می‌کنند. نوع دوم که خدمات خانوادگی است، دولت‌ها خدماتی ارائه می‌دهند که ایده‌آل مشترک کودک، خانواده و جامعه باشد. در

از کودکان نیازمند مراقبت وجود نداشت. چرا که کودک نیازمند مراقبت در حقوق ایران تعریف نشده بود. با تصویب قانون حمایت از اطفال و نوجوانان در سال ۱۳۹۹ و با در نظر گرفتن مواد ۱ و ۳ این قانون حمایت از افراد زیر ۱۸ سال که در وضعیت مخاطره آمیز قرار می‌گیرند، به عنوان یک الزام قانونی تلقی شد. اساساً به افراد زیر ۱۸ سال که در وضعیت مخاطره آمیز (Risk Factor) قرار می‌گیرند، کودکان در معرض خطر (Child at Risk) اطلاق می‌شود. حقوقدانان تعاریف متفاوتی از کودکان در معرض خطر ارائه کرده‌اند. در یکی از تعاریف آمده است، اطفال و نوجوانان در معرض خطر کسانی هستند که به دلیل شرایط و اوضاع و احوال خاص رشد جسمانی، عقلانی، اخلاقی و وضعیت‌های اجتماعی آنان به شدت در معرض خطر بزه‌دیدگی یا بزهکاری قرار دارند و چنانچه مداخله موثری برای حمایت از آنان صورت نگیرد، حسب مورد بزه‌دیده یا بزهکار خواهند شد (بارانی، ۱۳۹۳: ۱۴). در تعریف دیگر آمده است، کودکانی که از نیازهای اساسی یعنی تغذیه، بهداشت و آموزش اجباری محرومند و در معرض سوء رفتار جسمی و جنسی یا مجازات غیر منصفانه قرار دارند و از کمک و حمایت قانونی محرومند، کودکان در معرض خطر یا کودکان در شرایط دشوار نامیده می‌شوند (معظمی، ۱۳۹۵: ۵۶). باید به این نکته توجه داشت مفهوم کودکان در معرض خطر، مفهومی است که در یک مرحله قبل از بزهکاری، بزه‌دیدگی و یا ورود آسیب‌های متعدد علیه رشد جسمی، روانی، امنیتی و اخلاقی شکل می‌گیرد، نکته دیگر این است که مفهوم کودکان در معرض خطر صرفاً افراد متولد شده زیر ۱۸ سال را شامل نمی‌شود، بلکه یک مرحله قبل از تولد (زمان بارداری مادر) را نیز شامل می‌شود. چرا که مصرف الکل و استعمال دخانیات توسط مادر در زمان بارداری باعث ایجاد بیماری‌هایی در کودک از قبیل سندرم الکل جنینی می‌شود (سلامی زواره و انوری، ۱۳۸۵: ۱۰). با در نظر گرفتن تعاریف حقوقدانان و دو نکته فوق‌الذکر می‌توان تعریف دقیقی به این صورت ارائه کرد: اطفال و نوجوانان در معرض خطر افرادی

حمایتی اجتماعی به مجموعه اقداماتی عمومی اطلاق می‌شود که موضوع آن در رابطه با فقر، آسیب‌پذیری و محرومیت است. این مجموعه اقدامات در طول چرخه زندگی انسان‌ها ارائه می‌شود و هدف از آن مقابله با خطرات ذکر شده و تقویت افراد و خانواده‌ها در مقابل این خطرات است. ذکر این تقسیم بندی از آنجایی اهمیت دارد که خدمات حمایتی اجتماعی بر روی نظام حمایتی کودکان تأثیرگذار است. چرا که طرح‌های ارائه شده در خدمات حمایت اجتماعی در رابطه با فقرزدایی، مراقبت‌های بهداشتی و تحصیلی در حمایت از کودکان نیز موثر است (Sheahan, 2011: 22). از این رو سیستم لیبرال حمایت اجتماعی بیشتر بر حمایت از کودکان تمرکز دارد تا از خانواده آنان، سیستم سوسیال دموکرات حمایت اجتماعی خدمات ارزنده‌ای هم برای حمایت از کودکان و هم خانواده آنان ارائه می‌دهد و سیستم محافظه کار نیز بیشتر بر روی ارائه خدمات نظام‌مند بر روی خانواده و جامعه تمرکز دارد. از مطالب گفته شده چنین برداشت می‌شود که رویکردهای اتخاذی برای حمایت از کودکان متفاوت هستند، اما همه آنها در مجموع به یک هدف می‌نگرند و آن هم حمایت از کودکان نیازمند مراقبت است، چه از طریق خدمات ارائه شده برای خود کودک چه از طریق خدمات ارائه شده برای تقویت خانواده کودکان که تأثیر مستقیمی بر زندگی آنان دارد.

۲ نظام حمایتی کشور ایران و ترکیه

برای آنکه نظام حمایتی کودکان نیازمند مراقبت یک کشور بررسی و تبیین شود ابتدا باید کودک نیازمند مراقبت از منظر حقوق آن کشور مورد بررسی قرار گیرد، سپس به حمایت‌هایی که از این گروه از کودکان صورت می‌پذیرد، پرداخته شود.

۲٫۱ کودک نیازمند مراقبت

در حقوق ایران تا قبل از تصویب قانون حمایت از اطفال و نوجوانان ۱۳۹۹ نظام واحدی برای حمایت



خطر در مفهوم عام در نظر گرفته شده است و حمایت‌های قانونی هم از کودکان در معرض خطر در معنای خاص و هم از کودکان بزه‌دیده و بزه‌کار صورت می‌گیرد.

در سوی دیگر، کشور ترکیه که به لحاظ ملاحظات سیاسی خواستار پیوستن به اتحادیه اروپا است، سعی می‌کند قوانین خود را طبق استانداردهای بین‌المللی و همچنین مقررات اروپایی تنظیم کند. از این رو و به موازات ماده نخست کنوانسیون حقوق کودک، در کشور ترکیه کودک به افراد زیر ۱۸ سال اطلاق می‌شود. این نکته در بند (b) ماده ۶ قانون جزای ترکیه و بند (a) ماده ۳ قانون حمایت از کودکان ترکیه تصریح شده است. حتی در ماده اخیر تأکید شده است که اگر هم افراد زودتر از ۱۸ سال رشید شوند، بازهم کودک تلقی می‌شوند. از سوی دیگر قانون خدمات اجتماعی ترکیه و قانون حمایت از کودکان ترکیه کودکان نیازمند مراقبت را تعریف کرده‌اند. این تعریف از آن جهت مهم است که مبین مشخصات کودکان نیازمند مراقبت است که طبق ذیل اصل ۶۱ قانون اساسی ترکیه، دولت ملزم به حمایت از آنان شده است (Karataş, 2007: 10).

بر اساس دو ماده فوق‌الذکر کودک نیازمند مراقبت، کودکی است که رشد فیزیکی، روحی، اخلاقی، اجتماعی، احساسی و امنیتی‌اش در خطر است و یا مورد غفلت، استثمار و یا بزه‌دیده واقع شده است (Yazıcı, 2012: 503). در کنار این، تعریف دیگری تحت عنوان کودک درگیر در جرم وجود دارد که کودکانی را شامل می‌شود که به علت انجام دادن فعل مجرمانه تحت تعقیب و یا تحقیق قرار گرفته و یا در مورد آنان قرار تأمین کیفری صادر شده است (Bülüt & Doğan, 2016: 33). از این دو تعریف ارائه شده در حقوق ترکیه فهمیده می‌شود که مقنن این کشور در راستای متمایز کردن نظام حمایتی کودکان و سیستم عدالت کیفری کودکان قدم برداشته است. طبق تعریف ارائه شده کودکان در معرض خطر و بزه‌دیده نیازمند حمایت قانونی

هستند که به علت قرار گرفتن در فاکتورهای خطر خواه بعد از تولد، خواه در زمان بارداری مادر در معرض بزه‌کاری، بزه‌دیدگی یا ورود آسیب‌های متعدد علیه رشد جسمی، روانی، امنیتی و اخلاقی هستند، به نحوی که مداخله و حمایت قانونی را می‌طلبد و در صورت عدم مداخله قانونی حسب مورد بزه‌کار، بزه‌دیده و یا متحمل آسیب‌های متعدد خواهند شد. مقصود از ذکر عبارت «به نحوی که مداخله و حمایت قانونی را می‌طلبد» این است که از اقداماتی که حریم خصوصی اطفال و نوجوانان و یا خانواده‌های آنان را نقض می‌کند یا خطر به نحوی نیست که حسب مورد اطفال و یا نوجوانان را در معرض بزه‌کاری، بزه‌دیدگی یا آسیب‌های متعدد قرار دهد، احتراز گردد. پس اساساً اطفال و نوجوانان بزه‌کار، بزه‌دیده و آثانی که دچار آسیب‌های متعدد جسمی، روانی، امنیتی و اخلاقی شده‌اند، از بحث در معرض خطر بودن خارج هستند. اما مطلبی که وجود دارد این است که شرایطی که بزه‌کار بودن، بزه‌دیده بودن و مورد آسیب قرار گرفتن اطفال و نوجوانان را رقم زده است، می‌تواند بر تکرار بزه‌کاری، بزه‌دیدگی و ورود آسیب‌های متعدد دیگر مؤثر باشد پس از این رو اطفال و نوجوانان در معرض خطر را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد: (۱) اطفال و نوجوانان در معرض خطر اولیه (۲) اطفال و نوجوانان در معرض خطر ثانویه. گروه اول افرادی هستند که سابقه در معرض خطر بودن ندارند و برای اولین بار در این شرایط قرار می‌گیرند و گروه دوم افرادی هستند که حداقل سابقاً یک‌بار بزه‌کار، بزه‌دیده و یا مورد آسیب‌های متعدد واقع شده‌اند. با تدقیق در ماده ۳ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹ بالاخص بند (ذ) می‌توان این تقسیم‌بندی را صحیح دانست. این تقسیم‌بندی از این جهت نیز صحیح است که اساساً چنانچه گفته شد، سیستم عدالت کیفری کودکان با نظام حمایت از کودکان متفاوت است و کودکان بزه‌کار تحت سیستم عدالت کیفری و کودکان در معرض خطر و بزه‌دیده تحت نظام حمایت از کودکان قرار می‌گیرند. اما با توجه به بند (ذ) قانون فوق‌الذکر کودک در معرض

از اطفال ترکیه^۱ ذکر شده است. منظور از پیش‌گیری کنشی این است که تدابیری ارائه شود که زمینه‌های بروز بزهکاری و بزه‌دیدگی شناسایی شده و سپس خنثی شوند (رایجیان اصلی، ۱۳۹۸: ۴۲). درست است که حمایت‌های صورت گرفته در نظام حمایتی کودکان بیشتر جنبه پیش‌گیری کنشی دارد اما گفتنی است، پیش‌گیری‌های واکنشی از جنس غیر کیفری به عنوان مثال سلب حضانت را می‌توان در نظام حمایتی کودکان اعمال کرد. به هر حال پیش‌گیری از بزهکاری، بزه‌دیدگی و آسیب‌های متعدد اطفال و نوجوانان مستلزم همکاری گسترده نهادهای مختلف اداری، فعالان حوزه اطفال و نوجوانان و اعضای جامعه است. در مطالب پیش‌رو به حمایت‌هایی که از کودکان نیازمند مراقبت در حقوق ترکیه و ایران صورت می‌پذیرد، پرداخته شده است.

حمایت‌هایی که در حقوق ترکیه از کودکان نیازمند مراقبت به عمل می‌آید بیشتر در حوزه خدمات اجتماعی با هدف از بین بردن محرومیت‌های مادی و اجتماعی افراد و خانواده‌های آنان، قرار می‌گیرد (Sarıaltın, 2017: 26). در حقوق ترکیه قوانین مهمی وجود دارد که هر کدام به نحوی در جهت حمایت از کودکان نیازمند مراقبت وضع شده‌اند. این قوانین عبارت‌اند از: قانون خدمات اجتماعی ترکیه، قانون حمایت از کودکان ترکیه و قانون مدنی ترکیه (Yolcuoğlu, 2009: 43). در حالت کلی حمایت‌های صورت گرفته از کودکان نیازمند مراقبت در حقوق ترکیه به چند دسته تقسیم می‌شوند که عبارت‌اند از: مراقبت نهادی یا مؤسسه‌ای، فرزندخواندگی، خانواده خوانده، سلب حضانت، تدابیر حمایتی و مراقبتی (Akkuş, 2016: 72).

الف) مراقبت نهادی یا مؤسسه‌ای: منظور از این مراقبت این است که کودکان نیازمند مراقبت در

هستند. تفاوتی که بین مفهوم کودکان در معرض خطر در ایران و ترکیه وجود دارد این است که در حقوق ایران فاکتورهای خطر به صورت احصایی در ۱۴ بند در ماده ۳ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان ۱۳۹۹ مشخص شده است، لکن در حقوق ترکیه هر رفتاری که علیه رشد جسمی، روحی، اخلاقی، اجتماعی و امنیتی کودک باشد، وی را در معرض خطر قرار می‌دهد. در نتیجه می‌توان گفت فاکتورهای خطر در حقوق ترکیه غیر احصایی است.

نکته آخر در این بحث این است که اساساً عبارت کودک نیازمند مراقبت به علت گسترده بودن مفهوم آن از عبارت اطفال و نوجوانان در معرض خطر بهتر است؛ زیرا، در مفهوم کودک نیازمند مراقبت هم کودکان در معرض خطر و هم کودکان بزه‌دیده قرار می‌گیرند، لکن در مفهوم اطفال و نوجوانان در معرض خطر چنین نیست. شاید به همین علت باشد که مقنن ترکیه از به کار بردن عبارت کودکان در معرض خطر اجتناب کرده و از عبارتی که مفهوم آن گسترده است، استفاده کرده است.

۲،۲ انواع حمایت از کودکان نیازمند مراقبت

در نظام حمایتی کودکان، حمایت‌ها جنبه پیش‌گیری دارند و از بین تقسیم‌بندی‌های پیش‌گیری، که عبارت‌اند از پیش‌گیری‌های واکنشی و کنشی، بیشتر جنبه کنشی دارند، چراکه پیش‌گیری‌های واکنشی به سیستم عدالت کیفری کودکان مربوط می‌شوند. لکن این بدان معنا نیست که حمایت‌های کنشی در نظر گرفته شده در سیستم حمایت از کودکان، برای کودکانی که با سیستم عدالت کیفری کودکان در ارتباط هستند، اعمال نمی‌شود. همین نکته در بند (ذ) ماده ۳ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹ ایران و بند (۳) ماده ۱۵ قانون حمایت

^۱ در این بند مقرر شده است: ((دادستان در خلال اقدامات تعقیبی و تحقیقی می‌تواند تدابیر حمایتی و مراقبتی از کودکان را از قاضی اطفال درخواست کند.))



از ازدواج ایجاد می‌شود. اگر این میل طبیعی از راه قانونی تأمین نشود، ممکن است آنان متوسل به راه‌های غیر قانونی شوند و در نتیجه افرادی هم وجود خواهند داشت که کودکان خود و یا کودکان دزدیده شده را به این زوجین بفروشند. لذا فرزندخواندگی می‌تواند راه حلی برای جلوگیری از قاچاق و فروش کودکان نیز باشد (Küsmez, 2020: 213). البته امروزه هدف فرزندخواندگی یافتن مناسب‌ترین و بهترین محیط برای کودکانی است که از نعمت خانواده محروم هستند، نه یافتن وارث برای کسانی که فرزند ندارند (Yazıcı, 2012: 505). بررسی دقیق این نوع حمایت و شرایط حاکم بر آن در حقوق ترکیه از موضوع این مطالعه خارج و نیازمند مطالعه دیگر است. مواد ۳۰۵ الی ۳۲۰ قانون مدنی ترکیه مصوب ۲۰۰۱ میلادی راجع به شرایط فرزند خواندگی است.

پ) خانواده خوانده: خانواده خوانده یک نوع دیگر از حمایت است که در کشور ترکیه از کودکان نیازمند مراقبت به عمل می‌آید، که نمونه آن در کشور ایران وجود ندارد.^۱ در جوامع غربی به این نوع از مراقبت (Foster Family) و یا (Foster Home) گفته می‌شود. بدون شک سالم‌ترین محیط برای هر کودک بودن در کنار خانواده بیولوژیکی خود است. با این حال، خانواده‌هایی که به دلیل مشکلات مختلف اجتماعی و اقتصادی ضعیف و متلاشی شده‌اند، یا خانواده‌هایی که به دلیل مشکلات روحی، جسمی و روانی نمی‌توانند یکپارچگی خود را تأمین کنند، نمی‌توانند نیازهای فرزندان خود را برآورده کرده و از مراقبت آنها ناتوان می‌باشند. از سوی دیگر، برخی از کودکان مورد بی‌توجهی و سوء استفاده خانواده‌های بیولوژیکی خود قرار می‌گیرند. بهترین خدمتی که می‌توان به کودکانی که به هر دلیلی از خانواده خود جدا شده‌اند و تحت مراقبت‌های نهادی قرار گرفته‌اند، ارائه داد، این است که تا زمانی که شرایط لازم برای مراقبت از آنها در خانواده خود فراهم نشده، در خانواده دیگری مراقبت شوند. به

تعداد بسیار زیادی به دور از محیط خانواده و در یک نهاد و یا مؤسسه تحت مراقبت و حمایت قرار می‌گیرند. این نوع از مراقبت‌ها بیشتر در جوامع جهان سوم دیده می‌شود، چراکه کشورهای تطور یافته به خاطر مشکلات این نوع مراقبت از قبیل عدم ایجاد روابط فردی بهتر با کودکان و عدم ایجاد علاقه و محبت در کودکان به صورت انفرادی کنار گذاشته شده‌اند (Yolcuoğlu, 2009: 50). در کشور ترکیه نیز طبق قانون خدمات اجتماعی دو مؤسسه مهد کودک‌ها و یتیم‌خانه‌ها تشکیل شده بوند که بعد از سال ۲۰۱۰ و در پی تحولات خدمات و به علت دلایلی که در بالا ذکر شد، بسته شدند (Akkuş, 2016: 71). متعاقب این تحولات و در موازات مراقبت نهادی، نهاد دیگری با عنوان خانه‌های کودکان تأسیس شدند که تفاوت‌هایی با دو مؤسسه قبلی داشتند و به نوعی به روز شده آن مؤسسات بودند. مؤسسه جدید تعداد کمی از کودکان را (معمولاً ۶ الی ۸ نفر) تحت حمایت قرار می‌دهد، همچنین محل استقرار این خانه‌ها در نزدیکی مراکز فرهنگی، ورزشی، بهداشتی و آموزشی شهر است، نحوه ساختار این مؤسسات نیز به گونه‌ای است که از برچسب زنی علیه کودکان جلوگیری می‌شود به صورتی که هیچ گونه مشخصه‌ای مبنی بر اینکه این واحد ساختمانی متعلق به نهاد دولتی در جهت حمایت از کودکان نیازمند مراقبت است دیده نمی‌شود، علاوه بر این موارد کارکنان این مؤسسات جدید با شرایط سختی تغییر می‌کنند تا هم‌بستگی میان کارکنان و کودکان شبیه فضای خانواده باشد (Küsmez, 2020: 209).

ب) فرزندخواندگی: فرزندخواندگی یکی از مدل‌های خدماتی برای کودکانی است که والدین خود را از دست داده‌اند یا نمی‌توانند در شرایط مناسبی در درون خانواده اصلی خود تربیت شوند (Yolcuoğlu, 2009: 51). در نگاه دیگر، صاحب فرزند شدن یک میل طبیعی است که در زوجین بعد

استفاده شده است. لکن در همین مقرر و مقررات دیگر تعریف و شرایط حاکم بر این نهاد مغفول مانده است.

^۱گفتنی است، در بند ۱۰ ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی ماده ۶ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان از اصطلاح خانواده جایگزین

دینی کودکان و ماده ۳۴۲ راجع به نمایندگی والدین از جانب کودکان تنظیم شده‌اند (Çelik, 2005: 261). از سوی دیگر هنگامی که والدین نتوانند از عهده وظایف مقرر در قانون نسبت به کودکان برآیند، قاضی دادگاه حضانت آنان را بعد از اعمال اقدامات حمایتی دیگر، به عنوان آخرین اقدام حمایتی از کودک، سلب می‌کند. ماده ۳۴۸ قانون مدنی ترکیه در دو بند شرایطی را مشخص کرده که منجر به سلب حضانت از والدین می‌شود: (۱) بی تجربگی والدین، بیماری، معلولیت، حضور در مکان دیگر یا عدم انجام وظایف سرپرستی خود در صورت لزوم (۲) والدین توجه کافی به کودک نشان نداده و یا از تعهدات خود در قبال او غافل شوند.

ث) تدابیر حمایتی و مراقبتی: این نوع از حمایت مستنبط از ماده ۵ قانون حمایت از کودکان ترکیه است. در این ماده ۵ تدبیر مهم ذکر شده است که توسط قاضی کودکان صادر می‌شوند و به شرح زیر هستند:

۱) تدبیر مشاوره: تدبیر مشاوره عبارت است از راهنمایی والدین کودکان و یا افرادی که موظف به حمایت از کودکان هستند و همچنین راهنمایی خود کودکان در رابطه با آموزش و پرورش. تدبیر مشاوره توسط وزارت آموزش ملی، خدمات اجتماعی و حفاظت از کودکان و ادارات محلی انجام می‌شود.

وسیله این نوع از مراقبت کودکان می‌توانند خانواده داشته باشند، طعم عشق و محبت موجود در یک خانواده را بچشند و مشکلات خود را از طریق بزرگسالان رفع کنند و در نتیجه یک رشد سالم و قوی داشته باشند. این نوع از مراقبت مطلوب‌ترین و به روزترین حمایت از کودکان نیازمند مراقبت است (Küsmesz, 2020: 211). یک تفاوت مهم بین فرزند خواندگی و خانواده خواندگی وجود دارد و آن هم این است که در فرزند خواندگی شخص به طور کلی از خانواده بیولوژیکی خود جدا می‌شوند، درحالی که در خانواده خواندگی کودک به صورت موقت در خانواده خوانده اقامت می‌کند. به عنوان نکته آخر این نوع از مراقبت انواعی دارد که عبارت‌اند از: (۱) خانواده خوانده وظیفه^۱ (۲) خانواده خوانده کوتاه مدت^۲ (۳) خانواده خوانده بلند مدت^۳ (۴) خانواده خوانده اقارب^۴ (۵) خانواده خوانده تخصصی^۵. نکته آخری که در رابطه با این نوع از حمایت می‌توان گفت این است که خانواده‌ها در قبال حمایت‌هایی که انجام می‌دهند از دولت مبلغ دریافت می‌کنند.

ت) سلب حضانت: در حقوق ترکیه حضانت حق شخصی والدین است و قابلیت انتقال به غیر ندارد. در قانون مدنی ترکیه مصوب ۲۰۰۱ ماده ۳۳۹ به طور کلی راجع به مفهوم حضانت، ماده ۳۴۰ راجع به وظیفه والدین در جهت تربیت آموزشی کودکان، ماده ۳۴۱ راجع به وظیفه والدین در خصوص تربیت

۱. این نوع خانواده خوانده، وظیفه مراقبت از کودکانی را بر عهده می‌گیرد که به طور ناگهانی و اضطراری در شرایط خطر قرار می‌گیرند و وضعیت آنها از حیث اینکه به خانواده

بیولوژیکی خود برگشت داده می‌شوند یا خیر در هاله‌ای از ابهام است. از این رو تا مشخص شدن وضعیت در این خانواده خوانده تحت مراقبت قرار می‌گیرند.

۲. در برخی موارد که والدین بنا به دلایل موقتی همچون بیماری و یا حبس‌های کوتاه مدت نمی‌توانند از فرزندان خود مراقبت

کنند، این کودکان در خانواده خوانده‌های کوتاه مدت تحت مراقبت قرار می‌گیرند. مدت زمان مراقبت در این خانواده خوانده معمولاً سه الی شش ماه است.

۳. این مدل از خانواده خوانده زمانی اعمال می‌شود که کودکان

نمی‌توانند در مدت زمان کوتاهی به خانواده بیولوژیکی خود



هستند، می‌تواند قرار را لغو یا تغییر یا به مدت زمان آن بیافزاید. در برخی موارد که تغییر یا حذف این قرارها ضروری است، تغییر و یا حذف برعهده دادگاهی است که کودک در حوزه آن یافت می‌شود که البته بعد از اتخاذ تصمیم در این مورد باید گزارش کار به قاضی یا دادگاه اولیه فرستاده شود. حداکثر مدت زمان اعمال این تدابیر تا سن ۱۸ سال است. یعنی بعد از رسیدن کودک به ۱۸ سال تمام، دیگر نمی‌توان درباره وی قرار حمایتی اتخاذ کرد، مگر قرار آموزش که با رضایت کودک، می‌توان تا مدت زمان مشخصی به تداوم آن حکم کرد.

در سوی دیگر کشور ایران قرار دارد که در اصلی‌ترین قانون آن، قانون اساسی، صرفاً به حمایت از کودکان بی‌سرپرست در بندهای ۲ و ۵ اصل ۲۱ اشاره کرده‌است. در قوانین عادی نیز مقررات پراکنده‌ای در جهت حمایت از کودکان نیازمند مراقبت به صورت موردی وضع شده‌اند. به عنوان مثال ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی در جهت حمایت از کودکانی است که در محیط خانواده و از سوی والدین در خطر هستند و یا آیین‌نامه سازماندهی کودکان خیابانی در جهت حمایت از کودکانی است که به نوعی خیابان خانه آنان شده‌است. در قوانین دیگر همچون قانون ثبت احوال و قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست نیز حمایت‌هایی از کودکان نیازمند مراقبت صورت گرفته‌است. اصلی‌ترین قانون در این زمینه که اخیراً به تصویب رسیده، قانون حمایت از اطفال و نوجوانان ۱۳۹۹ است که حمایت‌هایی را به صورت یکپارچه و هدفمند در نظر گرفته‌است. با توجه به قواعد و مقررات فوق‌الذکر، در حالت کلی، حمایت‌هایی که از کودکان نیازمند مراقبت در حقوق ایران صورت می‌گیرد، عبارت‌اند از: الف) سلب حضانت ب) فرزند خواندگی پ) حمایت‌های اداری

الف) سلب حضانت: حق حضانت در حقوق ایران به دو صورت محدود می‌شود: نظارت بر حضانت و سلب حضانت در صورت وجود مانع. نظارت بر حضانت که مستنبط از ماده ۴۱ قانون

۲) تدبیر آموزش: تدبیر آموزش عبارت‌است از معرفی کودک به یک مؤسسه آموزش روزانه و یا شبانه، معرفی کودک به مؤسسات عمومی یا خصوصی کار و یا سپردن نزد یک استاد ماهر جهت یادگیری شغل یا حرفه. در این باره معرفی کودک برای آموزش شغل یا حرفه برای افراد بالای ۱۵ سال مجاز می‌باشد. وزارت آموزش ملی، وزارت کار و تامین اجتماعی و اداره کل آژانس کار ترکیه اقدامات لازم را در مورد اجرای تدبیر آموزش، انجام می‌دهد.

۳) تدبیر مراقبت: مفهوم قرار مراقبت این است که اشخاصی که وظیفه مراقبت از کودک را دارند و به هر دلیلی نمی‌توانند وظایف خود را انجام دهند، مؤسسه خدمات اجتماعی، کودک را به مراکز بهزیستی معرفی می‌کند و یا وی را از خدمات حمایتی خانواده (خانواده خوانده) یا خدماتی که خود مؤسسه در نظر می‌گیرد بهره‌مند می‌سازد. انجام این تدبیر برعهده مؤسسه خدمات اجتماعی است.

۴) تدبیر سلامت: تدبیر سلامت عبارت‌است از مراقبت‌های پزشکی موقت یا دائم فیزیکی و روحی طفل و همچنین معالجه افرادی که به مواد مخدر اعتیاد دارند. اجرای این تدبیر برعهده وزارت بهداشت و سلامت است.

۵) تدبیر مسکن: تدبیر مسکن عبارت‌است از تأمین سرپناه برای افراد دارای فرزند یا زنان بارداری که زندگی‌اشان در معرض خطر است و سرپناه مناسب یا سالمی ندارند. تدبیر مسکن توسط آژانس خدمات اجتماعی و حمایت از کودکان، وزارت آموزش ملی و ادارات محلی انجام می‌شود.

مواد ۶، ۷ و ۸ قانون حمایت از اطفال ترکیه در رابطه با اصول حاکم بر این تدابیر تنظیم شده‌اند. از نظر محدودیت تعداد اتخاذ تدابیر، قاضی اطفال می‌تواند بیش از یک قرار اتخاذ کند. حداکثر زمان ابقای این قرارها ۳ ماه است و بعد از آن خود به خود رفع می‌شوند. البته دادگاه رأساً یا به تقاضای دادستان و هرکسی که در اجرای قرار نقش دارد و همچنین افرادی که موظف به مراقبت از کودک

فرزندخوانده ۴) افزایش سن فرزندخواندگی (کیا، ۱۳۹۶: ۶۸).

پ) حمایت‌های اداری: منظور از حمایت‌های اداری حمایت‌هایی هستند که از طرف نهادهای اداری همچون وزارتخانه‌ها و سازمان‌های مربوط به آنها انجام می‌گیرد. هدف از این دسته از حمایت‌ها تقویت خانواده‌ها و کودکان در برابر فاکتورهای خطر است. اصلی‌ترین مقرر قانونی در این زمینه ماده ۶ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان ۱۳۹۹ و آیین‌نامه اجرایی این ماده است. آیین‌نامه اجرایی این ماده با وجود مقرراتی همچون حق بر شنیده شدن کودکان و احترام به نظرات آنان (بند ۸ ماده ۲)، رعایت کرامت اطفال و نوجوانان در مراکز نگهداری (ماده ۱۷) و حمایت از تحصیل اطفال و نوجوانان تا پایان دوره متوسطه و ارائه مدرک تحصیلی به آنان بدون ذکر نام مرکز نگهداری بسیار مهم و حائز اهمیت است. اما بهتر بود این قواعد اصلی و مهم نه در آیین‌نامه بلکه خود قانون حمایت از اطفال و نوجوانان ذکر می‌شد. در ماده ۶ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان برای سازمان بهزیستی کشور، نیروی انتظامی، سازمان زندان‌ها، وزارت کشور، وزارت تعاون کار و رفاه اجتماعی، وزارت بهداشت، درمان و آموزش، وزارت آموزش و پرورش و صدا و سیما جمهوری اسلامی وظایفی تبیین شده است. مثلاً وزارت کشور وظیفه دارد اطفال و نوجوانان بدون شناسنامه و فاقد هویت را شناسایی کرده و حسب مورد به مقامات قضایی یا اداری جهت حمایت معرفی کند. گفتنی است، سازمان بهزیستی که وابسته به وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی است به عنوان مهم‌ترین سازمانی است که در عرصه عمل برای خانواده‌ها و کودکان خدمات اجتماعی فراهم می‌کند (مستفاد از ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی ماده ۶ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان).

۳ نتیجه‌گیری

در مطالبی که گذشت مهم‌ترین نظام‌های حمایت از کودکان در سطح جهان به طور مختصر بیان گردید

حمایت از خانواده ۱۳۹۱ است، در موارد مقرر دادگاه ناظری در جهت رسیدگی به امور مربوط به حضانت، نگهداری و یا سایر موارد که به مصلحت کودکان است، تعیین می‌کند. سلب حضانت نیز در صورت وجود موانع مندرج در ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی است که حضانت به کلی از والدین سلب می‌شود (کریمی و محسنی، ۱۳۹۳: ۳۰۶). نکاتی که در خصوص ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی باید در نظر گرفت این است که، مصادیق پنجگانه ذکر شده در این ماده از باب تمثیل بوده، در نتیجه قاضی می‌تواند موارد دیگر را نیز به عنوان فاکتور خطر در نظر بگیرد، همچنین بندهای پنجگانه ذکر شده راجع به فاکتورهای خطری است که درون خانواده وجود دارد و از سوی والدین می‌تواند ایجاد شود در نتیجه هرچند که این بندها از باب تمثیل بوده لکن مواردی که به عنوان فاکتور خطر یاد می‌شود باید حتماً خانوادگی و مربوط به والدین باشد. نوآوری که قانون حمایت از اطفال و نوجوانان ۱۳۹۹ در خصوص سلب حضانت ایجاد کرده و منطبق با اصول حاکم بر نظام حمایت از کودکان و تحکیم وحدت خانواده است، این است که اقدامات حمایتی که منجر به خروج طفل و نوجوان از محیط خانواده می‌شود، همچون سلب حضانت، باید به عنوان آخرین راه حمایتی و بعد از اعمال اقدامات حمایتی دیگر اتخاذ شود. این قاعده که یکی از قواعد مترقی است در ماده ۴۶ قانون فوق‌الذکر مقرر شده است.

ب) فرزند خواندگی: در حقوق ایران نیز همانند حقوق ترکیه روش حمایتی فرزندخواندگی برای کودکان نیازمند حمایت پیش‌بینی شده است. در این باره، قانون مهمی که وجود دارد، قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست ۱۳۹۲ است که به موجب این قانون، قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست ۱۳۵۳ منسوخ گشت. نوآوری‌هایی که قانون جدید نسبت به قانون قبلی دارد از این قرار است: ۱) اضافه شدن واژه بدسرپرست به آن ۲) تجویز سرپرستی برای زنان مجرد ۳) پیش‌بینی مقررات مالی حمایتی برای



و نوجوانان ۱۳۹۹ دیده می‌شود بین وظایف نهادها دور ایجاد می‌شود به نحوی که نهاد اداری جهت حمایت، کودک نیازمند مراقبت را به نهاد قضایی معرفی می‌کند و از سوی دیگر نهاد قضایی می‌تواند کودک نیازمند مراقبت را به همان نهاد اداری جهت حمایت معرفی کند، که این باعث می‌شود هر دو نهاد از وظایف خود به دلیل حمایت یک نهاد دیگر تعلل کنند. درحالی که در یک نظام یکپارچه حمایت از کودکان نهادها وظایف تعریف شده و متفاوت از یکدیگر دارند، به نحوی که برخی وظیفه شناسایی، برخی وظیفه اعلام، برخی وظیفه مداخله، برخی وظیفه صدور حکم حمایتی و در نهایت برخی دیگر وظیفه دارند حکم حمایتی صادر شده را اجرا کنند. هرچند که گفته شد طبق قانون حمایت از اطفال و نوجوانان ۱۳۹۹ در مرحله حمایت بین وظایف نهادها دور ایجاد شده است (موضوع مواد ۶، ۳۳، ۴۲ و ۴۷)، لکن این قانون از آن جهت که نهادها را در مراحل عملکرد نظام حمایت از کودکان موظف کرده، گامی رو به جلو بوده است. مثلاً طبق ماده ۴ همان قانون دفاتر حمایت از اطفال و نوجوانان تشکیل می‌شود که یکی از وظایف مهم آن تهیه گزارشات مستمر و شناسایی اطفال و نوجوانان در معرض خطر است و یا طبق ماده ۶ و ۳۶ حسب مورد وزارتخانه‌ها و دادستان‌ها وظیفه گزارش وضعیت اطفال و نوجوانان در معرض خطر به مراجع قانونی جهت حمایت از آنان، دارند. به عنوان سخن آخر ذکر دو نکته حائز اهمیت است: اولاً هم در حقوق کشور ترکیه و هم در حقوق کشور ایران نظام یکپارچه حمایت از کودکان نیازمند مراقبت آنچنان که باید وجود داشته باشد، تشکیل نشده است، ثانیاً همانطور که گفته شد در نظام حمایت از کودکان نقش سازمان‌های مردم نهاد مهم و اساسی است. هرچند که در هر دو کشور سازمان‌های مردم نهادی وجود دارند که از کودکان نیازمند مراقبت حمایت کنند، لکن اعمال این نهادها بشر دوستانه است و این نهادها جایگاهی در نظام حمایت از کودکان ندارند.

و در کنار آن نظام حمایت از کودکان کشورهای ایران و ترکیه به صورت موردی و تفصیلی بررسی شد. از گفته‌ها چنین نتیجه گرفته می‌شود، حمایت‌هایی که از کودکان نیازمند مراقبت در ترکیه به عمل می‌آید جنبه اجتماعی و حمایت‌هایی که در ایران انجام می‌گیرد بیشتر جنبه خانوادگی و حفاظت از کودکان در درون خانواده دارند. علت این امر نیز می‌تواند ناشی از شرایط مختلفی من جمله اقتصادی باشد و از آنجایی که کشور ترکیه شرایط اقتصادی بهتری از کشور ایران دارد، می‌تواند با سرمایه‌گذاری و تخصیص بودجه کلان برای نهادهای دولتی از کودکان نیازمند مراقبت حمایت کند، لکن کشور ایران به علت مشکلات اقتصادی و ناتوان بودن از تأمین منابع مالی برای نهادهای اجتماعی و دولتی شیوه حمایت درون خانواده را برگزیده است. از آنجایی که قوانین حمایتی ترکیه علی‌الخصوص قانون حمایت از اطفال آن کشور نسبت به قوانین حمایتی ایران مقدم‌التصویب هستند و از زمان تصویب با توجه به مصالح کودکان چندین بار مورد اصلاح و بازبینی قرار گرفته‌اند، نسبت به قوانین حمایتی ایران مترقی‌تر هستند. بنابراین، حمایت‌هایی همچون ۵ تدبیر مهم و اصول حاکم بر آنها ویا روش حمایتی خانواده‌خوانده می‌تواند در حقوق ایران نیز اجرا شود. از سوی دیگر سازمان بهزیستی ایران که مهم‌ترین سازمان در جهت اعمال حمایت‌های مؤسسه‌ای است، با وجود اینکه در سطح جهان حمایت‌های مؤسسه‌ای به علت مشکلاتی که داشتند کنار گذاشته شده‌اند ویا تغییرات اساسی در آنها ایجاد شده است، کماکان از اصول و قواعد قبلی پیروی می‌کند، درحالی که قواعد حاکم بر حمایت‌های مؤسسه‌ای در ترکیه کاملاً به روز شده‌اند. بنابراین لازم است سازمان بهزیستی کشور ایران در نحوه مراقبت، تغییرات کارکنان و تعداد نگهداری کودکان در محل‌های مد نظر را مورد بازبینی قرار دهد. همچنین به نظر می‌رسد هماهنگی بین اجزای نظام حمایتی کودکان در ترکیه منسجم‌تر از نظام حمایتی ایران است. چراکه در قانون جدید حمایت از اطفال

Reference:

- Barani, M. (2014). Police behavioral practices with children and teens. 1st ed. Tehran. Islamic Republic of Iran Police Education Deputy. (In Persian)
- Gholami, H. (2013). Children's criminal justice. Criminal Law Doctrines. 10(6). 89-106. (In Persian)
- Kia, M. (2017). Support for children and adolescents at risk for delinquency and prevention of their delinquency in Iranian law and international documents. Master's Thesis, Faculty of Law and Political Science, Non-Profit University of North. (In Persian)
- Karimi, A., & Mohseni, E. (2014). Barriers to the implementation of custody in the jurisprudence of Iran, Iranian rights and French law. 47(2). 303-326. (In Persian)
- Moazemi, Sh. (2016). Children's delinquency. 12th ed. Tehran. Dadgostar Publication. (In Persian)
- Rayejian Asli, M. (2019). Criminology An introduction & Overview. 3rd ed. Tehran. Samt. (In Persian)
- Salami Zavareh, M., Anvari, M. (2006). The detrimental effects of ethanol on learning and spatial memory. Feyz. 10(3). 9-15. (In Persian)
- Act of Support of Children (2020). (In Persian)
- Executive Regulatory Article 6 of the Child Support Act (2020). (In Persian)
- *"A Rough Guide to Child Protection Systems". 2009. [https://resourcecentre.savethechildren.net/library/rough-guide-](https://resourcecentre.savethechildren.net/library/rough-guide-child-protection-systems)
- child-protection-systems. accessed 8 October 2021.
- *Cameron, G., & Freymond, N. (2006). "Understanding International Comparisons of Child Protection, Family Service and Community Caring Systems of Child and Family Welfare". Towards Positive Systems of Child and Family Welfare International Comparisons of Child Protection, Family Service and Community Caring Systems. 1st ed, Toronto. University of Toronto Press.
- *Forbes, B., Luu, D., Oswald, E., & Tutnjevic, T. (2011). A Systems Approach to Child Protection: A World Vision Discussion Paper. 1st ed. Uxbridge. World Vision International.
- *Hendrick, H. (2005). Child Welfare and Social Policy: An Essential Reader. 1st ed. Bristol. Bristol University Press (Policy Press)
- *Hetherington, R. (2002). "Learning From Difference: Comparing Child Welfare Systems". Towards Positive Systems of Child and Family Welfare International Comparisons of Child Protection. Family Service and Community Caring Systems. 1st ed, Toronto. University of Toronto Press.
- *Medrano, T., & Tabben-Toussaint, A. (2012). Child Protection Basics. FHI360 Child Protection Toolkit. FHI360.
- *M. Kolivoski, K., Goodkind, S., & J. Shook, J. (2017). "Social Justice for Crossover Youth: The Intersection of the Child Welfare and Juvenile



- Justice Systems". *Social Work*. 62(4). 313-321.
- *Nickel, N., Turnbull, L., Wall-Wieler, E., Au, W., Ekuma, O., MacWilliam, L., Emily Enns, J., Boram Lee, J., McCulloch, S., Burchill, Ch., & Brownell, M. (2020). "Overlap between child protection services and the youth justice system: protocol for a retrospective population- based cohort study using linked administrative data in Manitoba, Canada". *BMJ Open*. 10(7). 1-13.
- *Olofsson, G., Bell, B., Blomquist, U., Damsleth, B., Deisadze, N., Kleyhans, D., Manol, M., Martin, F., Mäntysaari Laaksonen, T., & Silan, E. (2010). *Child Protection Initiative: Building Rights-Based National Child Protection Systems. A Concept Paper To Support Save The Children's Work, Save The Children Fund*.
- *Palier, B. (2004). *Social Protection Reforms in Europe: Strategies for a New Social Model*. 1st ed, Ottawa. Canadian Policy Research Networks.
- *Pinheiro, P. S. (2006). *World Report On Violence Against Children*. 1st ed. Geneva. United Nations.
- *Sheahan, F. (2011). *A Focus on Child Protection within Social Protection Systems: Transforming Children's lives*. Save The Children Fund.
- *Walsh, T. (2019). "From child protection to youth justice: Legal responses to the plight of 'Crossover Kids'". *University of Western Australia Law Review*. 46(1). 90-110.
- *Akkuş, P. (2016). "Sosyal Risk Altındaki Çocuklar İçin Sosyal Hizmetler: 2000 Sonrasına İlişkin Bir Değerlendirme". *Çocuk ve Medeniyet*. 1(2). 57-79.
- *Beter, Ö. (2010). *Türkiye Ve İngiltere'de Çocuk Koruma Sistemleri*. Doktora Tezi. Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Hizmet Anabilim Dalı Hacettepe Üniversitesi.
- *Bülbül, S., & Doğan, S. (2016). "Suça sürüklenen çocukların durumu ve çözüm önerileri". *Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi*. 59(1). 31-36.
- *Çelik, C. (2005). "Velayetin Kaldırılması". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 54(1). 255-309.
- *Karataş, K. (2007). "Türkiyede Çocuk Koruma Sistemi Ve Koruyucu Aile Uygulamaları Üzerine Bir Değerlendirme". *Toplum ve Sosyal Hizmet*. 18(2). 7-19.
- *Küsmes, B. (2020). "Korunma İhtiyacı Olan Çocuklar İçin Kurumsal ve Alternatif Hizmet Modelleri: Bir Değerlendirme". *International Journal of Social and Humanities Sciences (IJSHS)*. 4(3). 201-225.
- *Sarıaltın, D. (2017). *Kurum Bakımındaki Çocuklara İlişkin Sistemin Sosyal Refah Çalışmanları Gözüyle Değerlendirilmesi*. Yüksek Lisans Tezi. Sosyal Bilimler Enstitüsü Hacettepe Üniversitesi.
- *Yazıcı, E. (2012). "Korunmaya Muhtaç Çocuklar ve Çocuk Evleri". *Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*. 9(18). 499-525.
- *Yolcuoğlu, İ. G. (2009). "Türkiye'de Çocuk Koruma Sisteminin Genel Olarak Değerlendirilmesi". *Aile ve Toplum*. 5(18). 43-58.
- *SOSYAL HİZMETLER KANUNU, 1983 (Turkey)



*TÜRK CEZA KANUNU, 2004 (Turkey)


*TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASI,
1982 (Turkey)

*TÜRK MEDENİ KANUNU, 2001 (Turkey)

*ÇOCUK KORUMA KANUNU, 2005
(Turkey)

Research Paper

Disintegration of Mortgage in Imami Jurisprudence and Iranian Law: A Study Based on Article 19 of 2014 Act on Elimination of Production Obstacles for Improving the Country's Financial System

Mehdi Ashouri^{*1} , Mehdi Amini², Seyed Rouhollah Akbari Kifteh³

¹ Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Literature and Humanities, Shahrekord University, Shahrekord, Iran.

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

³ Master's in Private Law, Faculty of Literature and Humanities, Shahrekord University, Shahrekord, Iran.



10.22080/LPS.2022.23358.1328

Received:

February 6, 2022

Accepted:

June 17, 2022

Available online:

July 19, 2022

Keywords:

Mortgage disintegration, Mortgage multiplicity, Mortgagor, Mortgagee, Article 19 of 2014 Act on Elimination of Production Obstacles

Main Subjects :

Fiqh and Law

Abstract

One of the important questions regarding the mortgage is the disintegration or non-disintegration of the mortgage due to the falling of a part of the debt. Although Article 783 of the Civil Code prohibits the disintegration of mortgages, the provisions of this article seem to apply only to cases where the mortgagor, the mortgagee, the mortgage contract and the debt are units. There is no consensus in Imami jurisprudence and case law regarding the cases of mortgage disintegration. In Imami jurisprudence, the criterion of mortgage degradability is the number of mortgage contracts. However, there is a difference between them in the application of the multiplicity and non-multiplicity condition of the mortgage contract (the criterion of a single or multiple mortgage contract) and this difference in criteria leads them to disagree on the subject. Contrary to Imami jurisprudence, such a criterion was not presented in the case law. However, cases of mortgage disintegration have been identified and studied. However, jurists have not examined these cases in detail. Article 19 of 2014 Act on Elimination of Production Obstacles, on its territory (loans paid by the banking network to production units), accepted the sharing of mortgages in proportion to the payment of the debt and limited Article 783 of the Civil Code. Articles 113 and 119 of the Regulations for the Execution of the Provisions of

***Corresponding Author:** Mehdi Ashouri

Address: Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Literature and Humanities, Shahrekord University, Shahrekord, Iran. **Email:** Ashouri.mehdi@sku.ac.ir



Enforceable Official Acts also admitted the next multiplicity of mortgagors. In this research, while examining the voluntary and involuntary causes of mortgage disintegration, the advantages and disadvantages of Article 783 of the Civil Code and the shortcomings of the Civil Law in mortgage disintegration are revealed.

Extended Abstract

1. Introduction

One of the important questions regarding the mortgage is the disintegration or non-disintegration of the mortgage due to the falling of a part of the debt. Although Article 783 of the Civil Code prohibits the disintegration of mortgages, the provisions of this article seem to apply only to cases where the mortgagor, the mortgagee, the mortgage contract and the debt are unique. In addition to Article 783 of the Civil Code, in other existing regulations, we also come across some other legal texts in which the concept of mortgage disintegration is mentioned in such a way that the legislator has changed his initial position. Among these legal articles, we can refer to Articles 112, 113, 115 and 119 of the regulations on the implementation of the provisions of official documents in force on 2008 and Article 19 of the Act on Elimination of Production Obstacles and improving the country's financial system approved in 2015. Among the issues that can be investigated in the field of mortgage disintegration, we can mention these questions: In what cases is the mortgage disintegrate? Is the nature of mortgage separation a legal act or a legal event? In Article 19 of the Act on Elimination of Production Obstacles, what are the terms of mortgage disintegration? According to this article, is the mortgage disintegration a legal act or a legal event? What is the difference between the disintegration of the mortgage based on the mentioned

article and the disintegration of the mortgage outside the scope of this article?

2. Methods

This article explains and analyzes the different modes of mortgage disintegration and examines and criticizes' different views in Imami jurisprudence and Iranian law regarding the possibility of mortgage disintegration. Then, it analyzes the Act of Elimination of Production Obstacles and examines its effect on the laws of mortgage disintegration in the Iranian law. The method of doing research in this article is applied in terms of purpose and is descriptive-analytic and comparative in nature, and the method of collecting data and sources is the library method.

3. Findings

There is no consensus in Imami jurisprudence regarding cases of mortgage disintegration. In Imami jurisprudence, everyone considers the criterion of mortgage degradability as the number of mortgage contracts. However, there is a difference between them in the application of the multiplicity and non-multiplicity condition of the mortgage contract (the criterion of a single or multiple mortgage contract) and this difference in criteria leads them to disagree on the subject. Contrary to Imami jurisprudence, such a criterion was not presented in Imami jurisprudence.

However, the cases of mortgage disintegration have been identified and studied.

In all the cases where mortgage separation is realized, what happens is essentially a legal event, which, although it is often influenced by voluntary factors, does not require the intention of creation, nor does it require attention of its performer, because it is forced upon it by the law.

4. Conclusion

Disintegration of mortgage may happen due to various voluntary or forced reasons. However, the most important form of it, both in terms of theoretical discussion and in terms of practical application, is the partial disintegration of the mortgage due to the collapse of a part of the debt. Despite the prohibition of this type of separation in Article 783 of the Civil Code, it can be said that the separation of a mortgage due to the fall of a part of the debt is possible, as well as partial symptoms of the mortgagor from the mortgagor, and it was seen that it has its supporters in jurisprudence and it is more compatible with today's social and economic interests.

Article 19 of the Act on Elimination of Obstacles to Production, on its territory (loans paid by the banking network to production units), accepted the sharing of mortgages in proportion to the payment of

the debt and limited article 783 of the Civil Code. Articles 113 and 119 of the Regulations for the Execution of the Provisions of Enforceable Official Acts also admitted the multiplicity of mortgagors.

Although the belief in the mortgage disintegration due to the collapse of a part of the debt has its disadvantages, such as reducing the creditor's confidence in debt collection and reducing the mortgagor's concern in repaying the debt, its advantages outweigh its disadvantages. Among other things, mortgage disintegration allows the freed part of the mortgage to flow in economic transactions. Also, due to the increase in the value of property over time due to inflation in our current society, the financial value that was proportional to the debt at the time of the mortgage contract may reach several times the amount of the debt after a period of time.

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

بازپژوهی تجزیه رهن در فقه امامیه و عامه و حقوق ایران باتکیه بر ماده ۱۹ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور مصوب ۱۳۹۴

مهدی عاشوری^{*۱} ID، مهدی امینی^۲، سید روح‌الله اکبری کیفته^۳

^۱ استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه شهرکرد، شهرکرد، ایران.
^۲ استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه شهرکرد، شهرکرد، ایران.
^۳ کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه شهرکرد، شهرکرد، ایران.

doi 10.22080/LPS.2022.23358.1328

چکیده

یکی از مباحث مهم در باب رهن تجزیه یا عدم تجزیه رهن در اثر سقوط بخشی از دین است. اگرچه قانون مدنی در ماده ۷۸۳، تجزیه رهن را ممنوع ساخته، اما حکم این ماده در ظاهر فقط مربوط به مواردی است که رهن، مرتهن، عقد رهن و دین واحد باشند. در فقه امامیه و عامه در خصوص موارد تجزیه رهن اتفاق نظر وجود ندارد. در فقه عامه به اجماع ملاک تجزیه پذیری رهن را تعدد عقد رهن می‌دانند. لیکن در تطبیق حالت تعدد و عدم تعدد عقد رهن (معیار واحد یا متعدد بودن عقد رهن) بین آنان اختلاف وجود دارد و همین تفاوت معیار باعث اختلاف آنان در حکم موضوع می‌شود. در فقه امامیه برخلاف عامه چنین معیاری ارائه نشده ولی موارد تجزیه رهن مورد احصا و بررسی قرار گرفته است. لیکن حقوقدانان موارد مذکور را به تفصیل مورد بررسی قرار نداده‌اند. ماده ۱۹ قانون رفع موانع تولید، در محدوده قلمرو خود (وام‌های پرداختی توسط بانکها به واحدهای تولیدی)، تجزیه رهن به نسبت پرداخت دین را پذیرفته و ماده ۷۸۳ قانون مدنی را تخصیص زده است. در مواد ۱۱۳ و ۱۱۹ آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا نیز در خصوص تعدد طاری راهنین تجزیه دین پذیرفته شده است. در این تحقیق ضمن بررسی اسباب ارادی و غیرارادی تجزیه رهن مزایا و معایب ماده ۷۸۳ قانون مدنی. و نواقص قانون مدنی در باب تجزیه رهن آشکار خواهد شد.

تاریخ دریافت:

۱۷ بهمن ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۲۷ خرداد ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۲۸ تیر ۱۴۰۱

کلیدواژه‌ها:

تجزیه رهن، تعدد رهن، تعدد راهن، تعدد مرتهن، ماده ۱۹ قانون رفع موانع تولید

* نویسنده مسئول: مهدی عاشوری

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

مقدمه

در مورد عقد رهن باتوجه به هدف از تشریح و تکوین آن که همان استیثاق (طلب وثیقه) در جهت ادای دین می‌باشد از نظر دوام این وثاقت در برخورد با برخی از عوامل خارج از عقد رهن نظیر سقوط بخشی از دین و یا بروز تغییرات بعدی در تعداد رهن یا مرتهن، مباحثی در ارتباط با تجزیه رهن قابل طرح است. به‌طور کلی تجزیه رهن ممکن است ناشی از سبب ارادی و یا سبب قهری باشد. در خصوص چگونگی تعلق حق‌الرهنانه و رابطه عین مرهونه با دینی که در مقابل آن به وثیقه گذاشته شده است و تأثیر سقوط بعدی بخشی از بدهی بر وثیقه دیدگاه‌های مختلفی در فقه مطرح شده است:

الف- مخالفین تجزیه رهن (مشهور فقها) معتقدند تمامی عین مرهونه در مقابل تمامی دین در رهن قرار می‌گیرد.^۱ به این صورت که با پرداخت بخشی از دین هیچ مقداری از رهن آزاد نمی‌شود و انتزاع عین مرهونه از قید رهن جز به اسقاط حق ارتهان یا ابراء ذمه مدیون توسط مرتهن یا ادای کامل دین امکان‌پذیر نیست مگر اینکه شرط خلاف شده باشد. (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ص ۳۱۱- نجفی، ۱۴۲۱ق، ص ۱۳۲- طباطبایی کربلایی، ۱۴۰۴ق، ص ۵۸۳- خمینی، ۱۳۹۲ش، ص ۱۰- همدانی، ۱۳۷۶ش، ص ۶۲۲) مهم‌ترین دلایل این گروه عبارت‌اند از: استصحاب، دلالت ظاهر عقد رهن بر وثیقه بودن تمام مال مرهون در مقابل تمام اجزاء دین، هدف از برقراری رهن وصول تمام دین از محل وثیقه است،^۲ نغی هرگونه مشابهت بین عقد رهن و سایر معاوضات از حیث تقابل اجزاء مورد معامله نسبت

به هم و حکم عرف (نجفی، ۱۴۲۱ق، ص ۱۸۳) و تشبیه موضوع بحث به حق حبس در بیع که به مقتضای آن مادامی که بخشی از ثمن بر ذمه مشتری باقی است امکان اجرای این حق وجود دارد. (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ص ۳۱۱) البته برخی دلیل عدم تجزیه را حکم عرف دانسته و معتقدند که اگر عرفی وجود نداشت ظاهر الفاظ در رهن دلالت بر تجزیه رهن می‌نماید. (همدانی، ۱۳۷۶ش، ص ۶۲۲)

ب- موافقین تجزیه رهن معتقدند هر جزئی از رهینه در مقابل جزئی از دین در گرو است و هرگاه قسمتی از دین ادا گردد به همان میزان از عین مرهونه از قید رهن آزاد می‌گردد. اهم دلایل این گروه عبارت‌اند از: دلالت مقابله بین دو امر بر تقسیط، دلالت مقتضای اطلاق رهن بر تجزیه، دلالت ظاهر در عقد رهن بر تقابل اجزاء عین مرهونه در مقابل بخش متناظر آن از اجزاء دین (بجنوردی، ۱۳۷۷ش، ص ۳۱۰ و ۳۱۱- شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ص ۵۴- فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷ق، ص ۴۱).

ج- نظر سوم، انحلال رهن در اثر سقوط جزئی دین می‌باشد. مطابق این نظر هر مقدار از دین که ساقط شود هرچند ناچیز باشد تمام مال مرهون از رهن آزاد می‌گردد.^۳ برخی در انتقاد از این نظر آن را با توجه به هدف از عقد رهن بسیار بعید دانسته و بیان داشته‌اند که هدف از عقد رهن ایجاد وثیقه برای کل دین است نه ایجاد وثیقه برای وصول بخشی از دین. (بجنوردی، ۱۳۷۷ش، ص ۳۰)

در قانون مدنی ایران حسب ماده ۷۸۳ در خصوص تجزیه رهن قولی مورد اقبال قرار گرفته است که بر اساس آن با پرداخت بخشی از دین

۳. نظر سوم را فقها به عنوان احتمال در مسأله عنوان کرده‌اند؛ اما شهید ثانی در مسالک الافهام ج ۴، ص ۵۳ این نظر را به علامه حلی (که در کتاب قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۱۲۶ با این عبارت آمده است: و لو اُدّی بعض الدین بقی کلّ المرهون رهنا بالباقي علی إشکال، أقربه ذلك أنّ شرط کون الرهن رهنا علی الدین، و علی کلّ جزء منه) نسبت داده؛ ولی صاحب جواهر در جواهر الکلام (ط. القدیمة)، ج ۲۵، ص ۲۲۳ و ۲۲۴ معتقد است که عبارت علامه در قواعد دلالتی بر نظر سوم مذکور ندارد.

۱. شیخ طوسی در مبسوط، در این خصوص ادعای اجماع کرده است اما به دلیل وجود نظرات مخالف اجماع مذکور ثابت نیست. (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص ۲۰۱)

۲. به عبارت دیگر هدف از برقراری رهن، تضمین وصول دین است و این هدف فقط با قرار گرفتن تمام مال مرهون در رهن اجزاء دین (که رهن را مجبور به ادای دین می‌کند) تأمین می‌شود.



حقوقی به نحو پراکنده‌ای به برخی از این اسباب اشاره شده است. به‌عنوان مثال در فقه امامیه علامه حلی در تذکره الفقهاء اسباب تجزیه رهن را شش مورد به شرح زیر برشمرده است: تعدد عقد رهن، تعدد مرتهن، تعدد راهن، پرداخت توسط یکی از وکلای مدیون، فک نصیب یکی از مالکین توسط مستعیر در رهن مستعار و پرداخت سهم خود از دین مورث توسط یکی از ورثه اشاره نموده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ص ۳۱۳) اما در کتاب قواعد الاحکام علاوه بر ذکر موارد فوق در کنار تعدد عقد رهن با حرف عطف "واو" تعدد دین موضوع رهن را اضافه کرده است. یعنی یکی از موارد امکان تجزیه رهن این است که هم عقد رهن و هم دین موضوع رهن متعدد باشند. به عبارت دیگر اگر فقط عقد رهن متعدد باشد اما دین مرهون به واحد باشد امکان تجزیه رهن وجود ندارد. (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ص ۱۲۶) البته برخی شارحین کتاب قواعد علامه حرف واو را در عبارت مذکور به معنای "یا" دانسته و در واقع یک سبب دیگر را به اسباب شش گانه فوق اضافه کرده اند. (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ص ۶۱۸ و ۶۱۹- محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ص ۱۴۸) در مورد تعدد راهن و مرتهن نیز فقهاء حکم تجزیه رهن در مورد آن‌ها را در دو فرض تعدد طاری و تعدد ابتدائی مورد بررسی قرار داده‌اند.

در فقه عامه اجماع فقهاء بر این است که اگر عقد رهن واحد باشد حق مرتهن بر وثیقه غیر قابل تجزیه است. (موسوعه فقه المعاملات (قسم الفقه العام و المقارن)، جمعی از مؤلفین، ۱۴۳۱ق، ص ۷۵۴) زیرا در این حالت تحقق هدف رهن (تضمین وصول دین) فقط با قرار گرفتن تمام مال مرهون در رهن اجزاء دین (که راهن را مجبور به ادای دین می‌کند) تأمین می‌شود؛ (ابن مودود الموصلی، ۱۴۳۱ق، ص ۶۸- الرافعی القزوی الشافعی، ۱۴۱۷ق، ص ۵۲۲) و به تعبیر برخی، مقتضای رهن حبس شدن مال مرهون در مقابل تمام دین است تا راهن مجبور

همچنان تمام رهینه در گرو باقی خواهد ماند و هیچ بخشی از آن از قید رهن رها نخواهد شد مگر اینکه شرط خلاف شده باشد. علاوه بر ماده ۷۸۳ قانون مدنی، در سایر مقررات موجود، به پاره‌ای از نصوص دیگر هم برخورد می‌کنیم که در آنها نیز مفهوم تجزیه رهن مورد اشاره قرار گرفته به‌گونه‌ای که قانون‌گذار موضع نخستین خود را تغییر داده است. از جمله این مواد قانونی می‌توان به مواد ۱۱۲، ۱۱۳، ۱۱۵ و ۱۱۹ آئین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرائی مصوب ۱۳۸۷/۶/۱۱ رئیس قوه قضائیه و ماده ۱۹ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور مصوب ۱۳۹۴ اشاره نمود.^۱

از مسائل قابل بررسی در زمینه تجزیه رهن می‌توان به این پرسش‌ها اشاره نمود: در چه مواردی تجزیه رهن صورت می‌گیرد؟ ماهیت تجزیه رهن عمل حقوقی است یا واقعه حقوقی؟ در ماده ۱۹ قانون رفع موانع تولید شرایط تجزیه رهن چگونه است؟ بر اساس این ماده تجزیه رهن در قالب عمل حقوقی صورت می‌گیرد یا واقعه حقوقی؟ تفاوت تجزیه رهن بر اساس ماده مذکور با تجزیه رهن خارج از شمول این ماده چیست؟ این مقاله با روشی توصیفی- تحلیلی به بررسی موضوع تجزیه رهن در فقه و حقوق می‌پردازد و تلاش شده است به پرسش‌های فوق پاسخ مقتضی داده شود.

مقاله شامل دو بخش است: در بخش اول اسباب تجزیه رهن در فقه و حقوق ایران بررسی می‌گردد و در بخش دوم به ماده ۱۹ قانون رفع موانع تولید و آثار حقوقی آن پرداخته می‌شود.

۱ اسباب تجزیه رهن

همانند هر پدیده دیگری تجزیه رهن نیز در تحقق، نیازمند سبب یا اسباب خاص خود می‌باشد. به‌طورکلی تجزیه رهن ممکن است ناشی از سبب ارادی و یا سبب قهری باشد. در کتب فقهی و آثار

^۱. از این پس، در این مقاله به جهت رعایت اختصار با عنوان "قانون رفع موانع تولید" از مقررۀ مذکور یاد خواهد شد.

حقوقدانان ما بدون آنکه طبقه بندی روشنی از این اسباب نموده باشند در نوشته‌های خود به برخی از این اسباب اشاره نموده‌اند. در این مقاله با سعی بر ارایه دسته‌بندی منظمی از این اسباب با استفاده از آنچه که فقها و حقوقدانان در آثار خود به ذکر آن پرداخته‌اند و با رد مواردی که به نظر نمی‌توان آن‌ها را در زمره این اسباب آورد و با نشان دادن برخی اسباب دیگری که در کتب فقهی و حقوقی به آن‌ها اشاره‌ای نشده‌است، نخست اسباب ارادی و سپس اسباب قهری تجزیه رهن به صورت جداگانه مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱/۱ اسباب ارادی تجزیه رهن

اسباب ارادی به اسبابی اطلاق می‌شود که بروز آن به خواست و اراده هر دو یا حداقل یکی از طرفین عقد رهن باشد. این اسباب ممکن است در هنگام انعقاد رهن یا پس از آن تمهید شده باشند. با استقراء از آثار نویسندگان حقوقی و فقها و نیز متون قانونی می‌توان این اسباب را به شرح زیر دسته بندی نمود:

۱/۱/۱ اعراض جزئی مرتهن از رهینه

در ماده ۷۸۷ قانون مدنی عقد رهن نسبت به مرتهن جایز و نسبت به راهن لازم دانسته شده است. در تحلیل ماهیت عقد رهن از حیث جواز و لزوم بر مبنای آنچه که در این ماده آمده است، بیشتر حقوقدانان اعتقاد به جواز عقد رهن از سوی مرتهن داشته و عقد رهن را یکی از مصادیق ماده ۱۸۷ قانون مدنی اعلام کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۴۹۸) بعضی نیز جواز استعمال شده در ماده ۷۸۷ قانون مدنی را نه به معنای جواز اصطلاحی بلکه به معنای عدم لزوم عقد نسبت به مرتهن دانسته، معتقدند که عقد رهن از عقود لازم است اما چون برای مرتهن بدون ایجاد تعهدی، حق عینی محض ایجاد می‌کند، او می‌تواند از این حق اعراض کند. (باریکلو، ۱۳۸۸، ص ۱۸۷) در فقه نیز پیرامون این موضوع اتفاق نظر وجود دارد و با استفاده از عباراتی نظیر اسقاط حق ارتهان یا فسخ رهن توسط مرتهن از آن یاد شده است.

به ادای دین شود و حبس قابل تجزیه نیست. (الزحیلی، بی تا، ص ۴۲۱۷) همچنین بر اساس اجماع مذکور اگر عقد رهن متعدد باشد در صورت سقوط قسمتی از دین به همان نسبت از عین مرهونه آزاد می‌شود. لیکن اختلاف فقهای عامه در تطبیق حالت تعدد و عدم تعدد عقد رهن است. به عبارت دیگر معیار آنان برای واحد یا متعدد بودن عقد رهن متفاوت است و همین تفاوت معیار باعث اختلاف آنان در حکم موضوع می‌شود:

الف- در مذهب حنفی عقیده بر این است که واحد یا متعدد بودن عقد رهن بستگی به واحد یا متعدد بودن صیغه رهن دارد. هرگاه یک صیغه رهن انشاء شود عقد رهن واحد خواهد بود اعم از اینکه دین موضوع رهن واحد باشد یا متعدد، اعم از اینکه مال مرهون واحد باشد یا متعدد (یعنی حتی اگر دو مال مرهون هر یک برای قسمتی جداگانه از دین در نظر گرفته شده باشند ولی چون با یک صیغه، عقد رهن منعقد شده باشد در حکم رهن واحد است) و اعم از اینکه راهن و یا مرتهن متعدد باشد. در تمام این موارد به دلیل صیغه واحد با عقد رهن واحد مواجهیم و در عقد رهن واحد طبق اجماع مذکور، عین مرهونه قابل تجزیه نیست.

ب- بر اساس نظر مالکیه و حنابله معیار تعدد عقد رهن، صرفاً تعدد بودن راهن یا مرتهن یا هر دو آنها است اعم از اینکه دین موضوع رهن واحد باشد یا متعدد. در حالت تعدد یک از طرفین عقد رهن یا هر دو طرف در صورت سقوط بخشی از دین، طبق اجماع یاد شده تجزیه رهن صورت خواهد گرفت.

ج- فقهای شافعی معتقدند که معیار تعدد رهن تعدد دین است. اگر دین واحد باشد عقد رهن واحد است و اگر دین متعدد باشد عقد رهن نیز متعدد خواهد بود اعم از اینکه برای دین متعدد یک صیغه رهن و یا چند صیغه انشا شده باشد. (الزحیلی، بی تا، ص ۴۲۷۷-۴۲۷۹- موسوعه فقه المعاملات (قسم الفقه العام و المقارن)، جمعی از مؤلفین، ۱۴۳۱ق، ص ۷۵۴-۷۵۵)

(هرچند غیرقابل تقسیم باشد) و استیفای طلب از حاصل فروش به اندازه سهم رهن را دارد در مانحن فیه نیز اگر مرتهن به صورت درصدی و یا به صورت دانگی از حق رهن اعراض کند صحیح بوده و اگر مال مرهون غیرقابل تجزیه باشد بعد از مزایده و فروش آن مرتهن فقط به اندازه حق عینی تبعی باقیمانده پس از اعراض، می‌تواند از ثمن فروش استیفای طلب کند. بنابراین در صحت اعراض جزئی مرتهن از رهینه، قابلیت تجزیه‌پذیری فیزیکی آن شرط نیست بلکه چون هر مالی در عالم اعتبار قابلیت تجزیه‌پذیری حقوقی به صورت درصدی و یا دانگ را دارد لذا اعراض جزئی مرتهن از هرگونه مال مرهونی صحیح است.

۱،۱،۳ توافق طرفین یا شرط ضمن عقد

باتوجه به قید اخیر ماده ۷۸۳ قانون مدنی حکم مقرر در این ماده ناظر به مقتضای اطلاق عقد رهن است و بر این اساس همواره توافق بر خلاف آن امکان‌پذیر می‌باشد. این توافق ممکن است در ضمن عقد رهن یا بعد از آن مادامی‌که دین باقی و رهینه متعلق حق مرتهن است به عمل‌آید. اگر چنین توافقی حاصل شود میزان قابل فک از عین مرهونه هم تابع آن خواهد بود. به گونه‌ای‌که طرفین می‌توانند مقررکنند که به میزان سقوط دین اعم از اینکه در اثر ابراء، تهاتر و یا پرداخت جزئی بدهی باشد از عین مرهونه از قید رهن فک گردد یا به نسبت ساقط شده از دین به کل آن چنین اتفاقی روی‌دهد. اما به هر حال با حصول توافق و تحقق ابراء، تهاتر و یا پرداخت، فک رهن خودبه‌خود و بدون این‌که نیازمند سبب دیگری باشد حادث خواهد شد و این موضوع را می‌توان یکی از وجوه تمایز بین این سبب و اعراض از رهن به‌عنوان یکی دیگر از اسباب تجزیه رهن به شمار آورد؛ درواقع در این حالت بر مبنای سبب ارادی پیش‌ساخته توسط طرفین، و به واسطه ابراء جزئی، تهاتر جزئی و یا پرداختی که به اراده مدیون یا شخص ثالث اعم از این‌که از قبل او مأذون باشد یا خیر، تجزیه رهن محقق می‌گردد. اما در فرض اعراض جزئی از رهینه اراده مدیون هیچ نقشی ندارد و نتیجه مورد

بنابراین اولاً مرتهن می‌تواند از رهینه اعراض کند که در این صورت با او مانند طلبکاران عادی یا دارای سند ذمه‌ای رفتار خواهد شد. (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۵۹۴) کماینکه ماده ۱۱۲ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرائی مصوب ۱۳۸۷/۶/۱۱ رئیس قوه قضائیه هم به آن تصریح دارد. ثانیاً هرگاه مرتهن بتواند به‌طورکلی از رهینه اعراض نماید، اعراض او از بخشی از آن هم به‌طریق‌اولی امکان‌پذیر خواهد بود. بخش اخیر ماده ۱۱۳ آیین‌نامه فوق‌الذکر هم اجمالاً مؤید این معناست. بنابراین در نتیجه اعراض مرتهن از بخشی از رهینه آنچه اتفاق خواهد افتاد تجزیه رهن به اراده اوست. در این صورت حق عینی تبعی مرتهن نسبت به قسمت اعراض شده ساقط و نسبت به قسمت دیگر باقی می‌ماند. در اینجا آنچه مرتهن انجام می‌دهد یک عمل دماغی محض و به‌عبارت‌دیگر از جنس انشاء است لیکن تجزیه رهینه اثر قهری و مستقیم آن به شمار می‌آید. به‌عبارت‌دیگر تجزیه رهن در این حالت ماهیتاً واقعه‌ای حقوقی است که در پی عمل حقوقی اعراض که خود از جنس ایقاع است، به‌صورت قهری به وجود خواهد آمد و مرتهن پس از انشاء اعراض توانائی مقابله با آن را نخواهد داشت.

۱،۱،۲ تأثیر تجزیه‌پذیر بودن یا نبودن عین مرهونه در اعراض جزئی مرتهن از رهینه

سؤال قابل طرح در اینجا این است که آیا قابل تجزیه بودن عین مرهونه به لحاظ فیزیکی یا فقدان این وصف در آن، به امکان حقوقی تجزیه رهن خلی وارد می‌کند یا خیر؟

همان گونه که رهن مال مشاع اعم از اینکه قابل تقسیم و یا غیرقابل تقسیم باشد صحیح دانسته شده (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۱۳-امامی، ۱۳۷۲، ص ۳۳۴- کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۵۱۵ و ۵۱۷) و ملاک مواد ۴۷۵ و ۵۸۳ و بخش اخیر ماده ۷۷۶ ق.م نیز مؤید آن است و در این صورت اگر مدیون دین را نپردازد مرتهن حق تقاضای فروش مال مرهون

رهن آزاد خواهد شد یا خیر؟ و در صورت مثبت بودن پاسخ چنانچه میزان طلب مرتهنین متفاوت باشد به چه میزان از آن آزاد می‌شود؟

برای پاسخ به سؤالات فوق که در واقع پرسش پیرامون تحقق یا عدم تحقق تجزیه رهن در فرض تعدد مرتهنین است باید بین دو حالت تعدد ابتدائی و تعدد طاری مرتهنین تفاوت گذاشت:

تعدد ابتدائی مرتهنین

اگر در هنگام انعقاد عقد رهن مرتهنین متعدد باشند و ترهین مال به همه طلبکاران طی یک عقد انجام شود در صورت سقوط طلب هر یک از آنها بیشتر فقهای امامیه قائل به تجزیه دین هستند. زیرا عقد رهن واحد را به اعتبار تعدد مرتهنین به چند عقد تحلیل می‌کنند. لیکن فقهای مذکور به دو دسته تقسیم می‌شوند:

برخی معتقدند که در تعدد ابتدایی مرتهنین، اینان در حق وثیقه از عین مرهونه شریکند و در موارد اشتراک اصل بر تساوی و تجزیه است. بعلاوه هرگاه مجموع چند سبب باعث ایجاد حقی گردد حکم به تساوی اسباب داده می‌شود. (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ص ۳۱۳)

اما گروهی دیگر (اکثر) عقیده دارند که عین مرهونه به نسبت طلب هریک از مرتهنین در رهنشان قرار می‌گیرد و تبعاً با سقوط طلب هر یک از آنها، متناسب با آن از عین مرهونه فک رهن می‌شود. زیرا دینی که بیشتر است سهم بیشتری از عین مرهونه به آن تعلق می‌گیرد. بعلاوه هرگاه اسباب رهن با هم برابر نباشند نباید حکم به تساوی آنها داد. (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ص ۷۳- حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ص ۳۵۱- نجفی، ۱۴۲۱ق، ص ۱۳۳- بجنوردی، ۱۳۷۷ش، ص ۳۲ و ۳۳- گلپایگانی، ۱۴۱۳ق، ص ۸۱- خمینی، ۱۳۹۲ش، ص ۹) البته برخی نیز مبنای این نظر را حکم عرف دانسته‌اند. (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳ق، ص ۹۲)

در فقه عامه نیز مالکيه و حنابله و شافعيه در صورت تعدد مرتهنین چون قائل به تعدد عقد رهن

نظر یکسره متأثر از اراده مرتهن پدید می‌آید. از دیگر وجوه تمایز بین این سبب و اعراض جزئی از رهنه این است که اعراض در مقام ایجاد، سببی ارادی محض و یکجانبه (ایقاع) است اما توافق طرفین حسب مفاد خود می‌تواند به دو صورت باشد: نخست اینکه طرفین مستقیماً با تراضی قسمتی از مال مرهون را از رهن آزاد کنند که در این صورت تجزیه رهن اثر مستقیم تراضی است. اما در فرض دوم طرفین، عامل قهری تهاتر، ایقاع ابراء و واقعه حقوقی پرداخت جزئی را سبب تجزیه رهن قرار می‌دهند. در این حالت تجزیه رهن اثر قهری تجزیه دین است و اگرچه در توافق پیشین طرفین که از جنس عمل حقوقی وابسته به انشاء می‌باشد، درج شده است اما آن توافق صرفاً در مقام تجویز آن بوده و تجزیه رهن خود اثر قهری تهاتر، ابراء ذمه جزئی و پرداخت است.

۱/۱/۴ تعدد مرتهنین

ممکن است شخصی به طور هم‌زمان به دو یا چند نفر بدهکار باشد و مال واحدی را جهت تضمین بازپرداخت بدهی خود به آنها در رهنشان قرار دهد. اگر این کار به موجب دو یا چند عقد رهن جداگانه صورت گیرد، به گونه‌ای که در هر عقد جزئی از آن مال در رهن هریک از دائنین واقع شود، مسأله خاصی روی نمی‌دهد و اساساً از موضوع بحث ما خارج است. چراکه در واقع در چنین حالتی با دو یا چند عقد رهن جداگانه روبرویم که هریک مستقل از دیگری آثار خود را بر جای می‌گذارد. اما چنانچه ترهین مال به همه طلبکاران طی یک عقد انجام شود سؤالاتی به شرح زیر مطرح خواهد شد:

۱. اگر میزان دیون مرتهنین متفاوت باشد نحوه توزیع سهام آنها از عین مرهونه چگونه خواهد بود؟ به عبارت دیگر در صورت فروش عین مرهونه وجوه حاصل از فروش چگونه بین آنها تقسیم خواهد شد؟ به نحو تساوی، به هر شخص به نسبت طلب او یا به هر کدام به میزان طلبش داده خواهد شد؟

۲. پس از عقد رهن اگر مدیون طلب یکی از مرتهنین را پرداخت کند بخشی از عین مرهونه از قید



پرداخت یکی از آنها را موجب فک بخشی از عین مرهونه ندانسته‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۵۲۲ - ۵۲۳). لیکن برخی دیگر بر این عقیده‌اند که در چنین فرضی مال مرهون به نسبت طلب هریک از طلبکاران در رهن آنها قرار خواهد گرفت. در نتیجه، پرداخت طلب یکی از مرتهین موجب فک رهن از بخشی از عین مرهونه به نسبت همان مقدار از طلب خواهد شد. (امامی، ۱۳۷۲، ص ۳۵۷ - جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۵۳)

تجزیه رهن در این فرض به موجب سببی ارادی محقق می‌شود. اگرچه ممکن است برخلاف غلبه، این سبب به اراده مدیون فراهم نشود، کماینکه گاه یکی از دائنین ذمه مدیون را بری می‌کند و گاه شخص ثالثی دین او را می‌پردازد. اما در حال موجبات تجزیه رهن ایجاد می‌شود. در این حالت نیز باید تجزیه رهن را به عنوان واقعه حقوقی قابل ایجاد به صورت قهری در اثر هر یک از عوامل قهری یا ارادی در بستر شرائط تعدد ابتدائی مرتهین ارزیابی نمود.

تعدد طاری مرتهین

گاه در هنگام انعقاد عقد رهن مرتهن واحد است اما پس از آن انتقال طلبی روی می‌دهد که در اثر آن مدیون با طلبکاران متعددی روبرو می‌شود. این انتقال طلب را به دو گونه ارادی و قهری می‌توان تصور نمود:

در انتقال ارادی طلب، تنها فرضی موضوع این بحث است که مرتهن بخشی از طلب خود را به دیگری واگذار می‌کند و این سؤال مطرح می‌گردد که آیا به این ترتیب بخشی از عین مرهونه از قید رهن آزاد خواهد شد و تجزیه رهن صورت خواهد گرفت؟ انتقال قهری طلب نیز در بحث ما ناظر به حالتی است که مرتهن فوت نموده، وراثت متعدد او طلبش را به ارث تملک می‌کنند و این سؤال پیش خواهد آمد که آیا با پرداخت سهم یک یا چند تن از ورثه از طلب، بخشی از رهینه از قید رهن آزاد و در نتیجه تجزیه رهن محقق می‌شود یا خیر؟

می‌باشند لذا مطابق اجماع فقهای عامه در موارد تعدد عقد رهن، معتقد به تجزیه رهن در این فرض می‌باشند اما حنفیه چون معتقدند که معیار تعدد عقد رهن صرفاً تعدد صیغه رهن است و در مانحن فیه فقط مرتهین متعدددند و با عقد واحدی مواجهیم لذا طبق اجماع فقهای عامه در موارد وحدت عقد رهن، رهن را در فرض مورد بحث غیرقابل تجزیه می‌دانند. (الزحیلی، بی تا، ص ۴۲۷۷-۴۲۷۹- موسوعه فقه المعاملات (قسم الفقه العام و المقارن)، جمعی از مؤلفین، ۱۴۳۱ق، ص ۷۵۴-۷۵۵) زیرا در مواردی که به هر دلیلی عقد رهن را واحد بدانیم باید کل مال مرهون را وثیقه هر جزء دیون دانست تا وصول دین بهتر تضمین شود (چون رهن را مجبور به ادای دین می‌کند) (ابن مودود الموصلی، ۱۴۳۱ق، ص ۶۸- الرافعی القزوی الشافعی، ۱۴۱۷ق، ص ۵۲۲) و به تعبیر برخی، مقتضای رهن حبس شدن مال مرهون در مقابل تمام دین است تا رهن مجبور به ادای دین شود و حبس قابل تجزیه نیست. (الزحیلی، بی تا، ص ۴۲۱۷) بعلاوه به عقیده ابوحنیفه رهن مال واحد برای چند دین مانند انتقال مالکیت مال واحد به چند نفر (اشتراک در مالکیت) نیست که رهن تمام مال برای هریک از دیون محال باشد. در رهن واحد برای چند دین می‌توان تصور کرد که تمام مال مرهون در رهن هر یک از دیون باشد بگونه‌ای که اگر یکی از دیون به دلایلی ساقط شد تمام مال مرهون برای دین یا دیون دیگر بدون تجزیه همچنان در رهن باشد درحالیکه در انتقال مالکیت به چند نفر محال است که مالکیت کل مال برای هریک از منتقل الیهم باشد چون این امر با مالکیت مشاع در تضاد است. (الزحیلی، بی تا، ص ۴۲۱۶، علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ص ۳۱۳)

برخی از حقوقدانان با استفاده از مقررات ماده ۷۸۳ قانون مدنی معتقدند دو یا چند دینی که در یک عقد رهن در برابر مال مرهون قرار می‌گیرد از نظر ارتباطی که ضمن عقد به هم پیدا کرده اند در حکم دین واحد است و گرنه لزومی نداشت که ضمن یک عقد، وثیقه برای دیون مستقل ایجاد گردد. لذا

فقه‌های امامیه نیز در فرض انتقال قهری طلب، تجزیه رهن را نپذیرفته‌اند.^۲ (گلیپایگانی، ۱۴۱۳ق، ص ۸۱، بجنوردی، ۱۳۷۷ش، ص ۳۱-۳۳- نجفی، ۱۴۲۱ق، ص ۱۳۳- خمینی، ۱۳۹۲ش، ص ۹) برخی دلیل عدم تجزیه را چنین عنوان کرده‌اند که اولاً اصالت بقای کل رهن بر باقیمانده طلب^۳ مقتضی عدم تجزیه است و ثانیاً عقد رهن که هنگام انشاء، واحد بوده با تعدد طاری مرتنهین منحل به چند عقد نمی‌شود تا مستوجب تجزیه رهن باشد. (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳ق، ص ۹۲)

۱،۱،۵ تعدد راهنین

گاه مالی که در مالکیت مشاعی دو یا چند شخص واقع است جهت تضمین بازپرداخت دیونی که هریک از آنها به دیگری دارد به عقد واحد در رهن داین قرار می‌گیرد. در چنین حالتی این سؤال پیش می‌آید که آیا با پرداخت بدهی هریک از آنها سهم مشاعی او از قید رهن آزاد خواهد شد و تجزیه رهن صورت خواهد گرفت یا خیر؟ برای پاسخگویی به این سؤال باید دانست که تعدد راهنین نیز مانند تعدد مرتنهین گاه ابتدائی و گاه طاری است که حکم هریک پس از بررسی جداگانه استخراج خواهد شد.

تعدد ابتدائی راهنین

تعدد ابتدائی راهنین ناظر به حالتی است که مال مورد رهن همزمان برای چند مدیون به رهن گذاشته شود. در این حالت اختلاف نظری وجود ندارد و حقوقدانان برآنند که با پرداخت بدهی هر مدیون سهم او از قید رهن آزاد خواهد شد و تجزیه رهینه صورت خواهد گرفت. زیرا به تبع تعدد ایجاب‌ها ولو با وحدت قبول، در واقع چند عقد رهن منعقد می‌شود. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۵۵ و ۵۶) حکم مذکور در میان فقه‌های امامیه نیز مخالفی ندارد با این توجیه که در صورت اطلاق عقد رهن عرف دلالت دارد بر اینکه رهن هریک از راهنین منصرف

درمورد سؤال اول نظر مشهور حقوقدانان این است که در صورت انتقال طلب، تضمینات طلب به منتقل‌الیه انتقال نمی‌یابد. (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص ۲۷۰) بنابراین در فرض ما از یک سو هیچ بخشی از عین مرهونه در رهن منتقل‌الیه قرار نخواهد گرفت و از سوی دیگر زوال حق تبعی ناقل بر بخشی از عین مرهونه به واسطه این انتقال همراه با هیچ دلیلی نیست. چراکه اگرچه با وقوع انتقال قسمتی از طلب، ذمه مدیون در برابر ناقل به همین مقدار بری شده لیکن به لحاظ بقای بخش دیگری از آن بر ذمه مدیون، به دلالت صریح ماده ۷۸۳ قانون مدنی تجزیه رهن امکان‌پذیر نیست. به عبارت دیگر در این فرض با وصف تجزیه دین، تجزیه رهن محقق نمی‌گردد و بین این دو ملازمه‌ای برقرار نیست. مگر اینکه رهن و مرتنهین برخلاف عدم تجزیه رهن تراضی کنند.

اما اگر قائل به انتقال تضمینات طلب در صورت انتقال طلب باشیم^۱ نیز در این صورت با سقوط طلب ناقل و یا منتقل‌الیه می‌توان همچنان به عدم تجزیه رهن معتقد بود. زیرا هنگام انعقاد عقد رهن، دین واحد بوده و کل مرهونه برای اجزای دین، وثیقه قرار گرفته بوده است. بنابراین ماده ۷۸۳ ق.م.د در این فرض نیز قابل استناد می‌باشد.

در مورد سؤال دوم در انتقال قهری طلب نمی‌توان برای وراث حقی کمتر از آنچه که مورث داشته است قائل بود و همان گونه که اقتضای اطلاق عقد رهن بر مبنای آنچه که در ماده ۷۸۳ قانون مدنی آمده است درمورد مورث، عدم امکان تجزیه رهن پس از سقوط بخشی از بدهی است، با پرداخت سهم یک یا چند تن از وراث از طلب نیز چنین امکانی فراهم نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۵۳) و تجزیه طلب ملازمه‌ای با تجزیه رهن در اثر پرداخت بخشی از آن ندارد.

۱. به نقل از دکتر کاتوزیان فقط دکتر سید حسن امامی در کتاب ح.م، ج ۲، ص ۲۷۰ خود به بقای رهن دین پس از ضمان (که ضمان نقل ذمه را انتقال دین می‌داند) نظر داده است. (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ش ۱۸۱، ص ۲۷۰)

۲. نظر مخالف یافت نشد.

۳. بنظر می‌رسد منظور از اصالت بقای کل رهن بر باقیمانده طلب استصحاب بقای کل رهن است.



امامیه نیز در فرض مورد بحث غالباً با تجزیه رهن در این حالت مخالفت نموده‌اند. (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ص ۱۲۶- حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ص ۶۲۰- گلیپایگانی، ۱۴۱۳ق، ص ۸۱، بجنوردی، ۱۳۷۷ش، ص ۳۱ و ۳۲، نجفی، ۱۴۲۱ق، ص ۱۳۳- علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ص ۴۷۶) در فقه عامه نیز مالکیه و حنابله و شافعیه در صورت تعدد راهنین چون قائل به تعدد عقد رهن می‌باشند لذا مطابق اجماع فقهای عامه در موارد تعدد عقد رهن، معتقد به تجزیه رهن در این فرض می‌باشند اما حنفیه چون معتقدند که معیار تعدد عقد رهن صرفاً تعدد صیغه رهن است و در مانحن فیه فقط راهنین متعدّدند و با عقد واحدی مواجهیم لذا طبق اجماع فقهای عامه در موارد وحدت عقد رهن، رهن را در فرض مورد بحث غیرقابل تجزیه می‌دانند. (الزحیلی، بی تا، ص ۴۲۷۷-۴۲۷۹- موسوعه فقه المعاملات (قسم الفقه العام و المقارن)، جمعی از مؤلفین، ۱۴۳۱ق، ص ۷۵۴-۷۵۵)

در حقوق ما ماده ۱۱۹ و ۱۱۳ آئین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرائی مصوب ۱۳۸۷/۶/۱۱ رئیس قوه قضائیه مرتبط به تعدد طاری راهنین است. در ماده ۱۱۹ مذکور حالتی پیش‌بینی شده است که در آن پس از آنکه یکی از ورثه بدهی مورث را پرداخته و عین مرهونه را در رهن خود می‌گیرد، چنانچه سایرین نسبت به پرداخت سهم خود به او اقدام کنند به همان نسبت از عین مرهونه به نفع او فک خواهد شد. حکم خاصی که با مقررات ماده ۷۸۳ قانون مدنی و نظر مشهور فقها و حقوقدانان سازگاری ندارد. اما به‌رحال باید آن را از موارد تجزیه رهن به اسباب ارادی به حساب آورد. البته در این حالت نیز مانند سایر موارد قبل ماهیت تجزیه رهن واقعه حقوقی است و بی‌آنکه پرداخت‌کننده آن را انشا و یا حتی اراده نموده باشد به‌صورت قهری در اثر پرداخت او و به‌حکم قانون تحقق پیدا می‌کند.

در قسمت دوم ماده ۱۱۳ آیین‌نامه اجرای اسناد رسمی لازم‌الاجرا نیز آمده است «... در مورد وراثت مدیون و نیز وقتی که راهن متعدد بوده و فک رهن و فسخ موکول به ادای تمام دین شده باشد اعراض از رهن باید نسبت به تمام مرهونه باشد و اعراض از رهن نسبت به سهم یک یا چند نفر از بدهکاران وقتی پذیرفته می‌شود که حق مطالبه دین بدهکارانی که از رهینه آنان اعراض گردیده از سایر بدهکاران اسقاط شده باشد. ...».

به دین او است نه به دین دیگری. بعلاوه اینکه رهن مال مشاع از سوی دو راهن به منزله رهن دو مال است. (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ص ۷۱- گلیپایگانی، ۱۴۱۳ق، ص ۸۱، بجنوردی، ۱۳۷۷ش، ص ۳۱ و ۳۲، نجفی، ۱۴۲۱ق، ص ۱۳۳- علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ص ۴۷۶) در فقه عامه نیز مالکیه و حنابله و شافعیه در صورت تعدد راهنین چون قائل به تعدد عقد رهن می‌باشند لذا مطابق اجماع فقهای عامه در موارد تعدد عقد رهن، معتقد به تجزیه رهن در این فرض می‌باشند اما حنفیه چون معتقدند که معیار تعدد عقد رهن صرفاً تعدد صیغه رهن است و در مانحن فیه فقط راهنین متعدّدند و با عقد واحدی مواجهیم لذا طبق اجماع فقهای عامه در موارد وحدت عقد رهن، رهن را در فرض مورد بحث غیرقابل تجزیه می‌دانند. (الزحیلی، بی تا، ص ۴۲۷۷-۴۲۷۹- موسوعه فقه المعاملات (قسم الفقه العام و المقارن)، جمعی از مؤلفین، ۱۴۳۱ق، ص ۷۵۴-۷۵۵)

در فرض مورد بحث تجزیه رهن به لحاظ ماهوی واقعه‌ای حقوقی است که به‌صورت قهری در اثر پرداخت دین هریک از راهنین اتفاق می‌افتد و در تکوین، نیازمند اراده انشائی پرداخت‌کننده نمی‌باشد.

تعدد طاری راهنین

گاه مدیون پس از انعقاد رهن فوت می‌کند و در فرضی که دارای ورثه متعدّدی باشد، این سؤال قابل طرح است که آیا اگر یک یا چند تن از ورثه به نسبت سهم‌الارث خود از بدهی متوفی را پرداخت کنند نسبتی از عین مرهونه فک شده و در نتیجه تجزیه رهن صورت می‌گیرد یا خیر؟

در اینجا اعتقاد حقوقدانان بر این است که تجزیه رهن محقق نمی‌شود و هر جزء از عین مرهونه وثیقه تمام دین است و مفاد ماده ۶۰۶ قانون مدنی را هم در تأیید این دیدگاه مورد استناد قرار داده‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۵۲۳- امامی، ۱۳۷۲، ص ۴۴۰) زیرا حدوث طواری بر راهن نمی‌تواند حق عینی تبعی مرتهن را که بصورت غیر قابل تجزیه بر عین مرهونه داشته است به حق قابل تجزیه مبدل نماید. فقهای

حکم ماده ۱۱۹ آئین‌نامه اجرائی مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا مرتبط با تعدد طاری راهنین

در این ماده آمده است «انتقال قهری حق استرداد به وراثت بدهکار موجب تجزیه مورد معامله نخواهد بود. هرگاه قبل از صدور اجرائیه یا قبل از خاتمه عملیات اجرائی کلیه بدهی و خسارات قانونی و حق‌الاجرا در صورت صدور اجرائیه از ناحیه احد از وراثت مدیون در صندوق ثبت یا مرجع دیگری که اداره ثبت تعیین نماید تودیع شود مال مورد معامله در وثیقه وارث مزبور قرار می‌گیرد. در این مورد هرگاه هر یک از وراثت به نسبت سهم‌الارث بدهی خود را به وارث مزبور بپردازد به همان نسبت از مورد وثیقه به نفع او آزاد خواهد شد.» و به این ترتیب تجزیه رهن از حیث تأثیری که فوت راهن بر آن خواهد داشت در دو فرض متفاوت مطرح شده است؛

نخست در ارتباط با مرتهن همان گونه که در صدر ماده آمده است اگرچه با فوت راهن حق استرداد بر مبنای انتقال مالکیت عین مرهونه به ورثه او منتقل می‌گردد اما تعدد راهنین در این فرض که از مصادیق تعدد طاری آن است از اسباب تجزیه رهن دانسته نشده و در واقع به واسطه حق مکتسب مرتهن نسبت به عین مرهونه، در جهت تجزیه رهن تأثیری نخواهد داشت. اما فرض دوم این ماده ناظر به حالتی است که در آن یکی از ورثه با پرداخت دین راهن تمامی عین مرهونه را در وثیقه خود می‌گیرد و پس از آن چنانچه هریک از دیگر ورثه سهم خود از بدهی را به نسبت سهم‌الارث او از کل آن به وارثی که اکنون عین مرهونه را در رهن خود دارد پرداخت نماید، به همان نسبت از عین مرهونه از قید وثیقه به نفع او آزاد خواهد شد. در خصوص ماده فوق توجه به چند نکته حایز اهمیت است:

اول این که حکم قسمت اول ماده مذکور که برخلاف اصالت عدم امکان تجزیه رهن (مندرج در ماده ۷۸۳ ق.م) می‌باشد، منحصر به حالت تعدد طاری راهنین و آن هم در فرضی است که عین مرهونه به موجب ارث و به صورت قهری منتقل شده باشد و منصرف از تعدد طاری راهنین در حالتی

است که عین مرهونه به صورت ارادی به دیگران واگذار شده باشد و این امر به لحاظ رعایت حقوق مکتسب مرتهن می‌باشد.

دوم این که پس از پرداخت دین توسط احد از وراثت، نامبرده به صورت قهری و به حکم قانون قائم‌مقام مرتهن می‌شود و نسبت به این مرتهن تجزیه غیرارادی رهن پذیرفته شده است. به عبارت دیگر پرداخت‌کننده سهم خود از بدهی صرفاً در حد ایجاد سبب تحقق تجزیه در قالب پرداخت بدهی اعمال اراده می‌نماید و اصل تجزیه رهن به صورت قهری و به موجب حکم قانون محقق می‌گردد و از سوی دیگر اراده وارثی که در جایگاه مرتهن قرار گرفته است از جهت ممانعت در تحقق این پدیده حقوقی هیچ نقش و تأثیری ندارد.

سوم این که برقراری چنین امتیازی را باید در راستای تسهیل امور مربوط به ماترک از جمله تصفیه و تقسیم و جلوگیری از اینکه هریک از ورثه با امتناع از پرداخت سهم خود از بدهی مانع رسیدن دیگران به حقوق خود گردند دانست و از همین رو است که اجرای آن را در مورد هر وارث باید منوط به پرداخت کل بدهی متناسب با سهم او دانست و پرداخت بخشی از بدهی را در این راستا فاقد اثر مذکور تلقی نمود.

اما سؤالی که در اینجا می‌توان مطرح نمود این است که بعد از اینکه یکی از وراثت به شرح فوق قائم‌مقام مرتهن شد هر وارث تنها می‌تواند با پرداخت سهم خود از کل بدهی به نسبت سهم‌الارث، بخش مختص به خود را از قید رهن خارج نماید یا این که در این مورد محدودیتی وجود ندارد و می‌تواند علاوه بر سهم خود سهم سایرین از بدهی را هم پرداخته و به دنبال آن سهم آن‌ها از رهینه را در قالب رهن مکرر در وثیقه خود بگیرد؟ در پاسخ به این سؤال به دو گونه می‌توان استدلال نمود: نخست این که بر مبنای مقررات ماده ۵۵ قانون اجرای احکام مدنی و با وحدت ملاک از آن پاسخ مثبت است. اما با اندکی تأمل می‌توان دریافت که در فرض ماده ۵۵ قانون اجرای احکام



بدون اینکه به وحدت یا تعدد دین اشاره کرده باشند به بحث پرداخته اند که حکم آن قبلاً در قسمت مقدمه این تحقیق آمده است. بنابراین مطالب قبلی یادشده در این قسمت نیز صدق می کند.

اما در فقه عامه پیشتر گفته شد که معیارشان به اجماع برای تجزیه پذیر بودن رهن متعدد بودن عقد رهن است. حنفی ها عقد رهن را در صورتی متعدد می دانند که دو عقد رهن انشاء شود و تعدد دین یا راهن یا مرتهن ملاک نیست. مالکیه و حنابله نیز معیار تعدد عقد رهن را صرفاً متعدد بودن راهن یا مرتهن یا هر دو آنها می دانند اعم از اینکه دین موضوع رهن واحد باشد یا متعدد. اما شافعی ها معیار تعدد رهن را تعدد دین می دانند. (الزحیلی، بی تا، ص ۴۲۷۷-۴۲۷۹- موسوعه فقه المعاملات (قسم الفقه العام و المقارن)، جمعی از مؤلفین، ۱۴۳۱ق، ص ۷۵۴-۷۵۵) بنابراین در مورد بحث (راهن واحد، مرتهن واحد، یک عقد رهن انشا شده، دین متعدد) در صورت سقوط بخشی از دین فقط شافعی ها قائل به تجزیه رهن می باشند.

۲ اسباب قهری تجزیه رهن

اسباب قهری تجزیه رهن اسبابی هستند که وقوع آنها و تبعاً تجزیه رهن در اثر آنها مورد خواست و به اراده طرفین نیست. این اسباب گاه مربوط به ساختار عقد است؛ نظیر انحلال بخشی از عقد رهن به هر سبب قانونی، گاهی دیگر ناظر به عین مرهونه است مانند تلف بخشی از آن و در برخی از موارد به طرفین عقد رهن ارتباط پیدا می کند مثل اینکه یکی از طرفین یا هر دو طرف عقد فوت نمایند. در ادامه به هر یک از این عوامل و اسباب به طور خاص و جداگانه پرداخته خواهد شد.

۲،۱ تلف بخشی از عین مرهونه

همان گونه که در ماده ۷۹۱ قانون مدنی هم به آن اشاره شده است، هرگاه عین مرهونه توسط راهن یا ثالث تلف شود، بدل آن خودبه خود جایگزین آن شده و در رهن مرتهن قرار می گیرد. به عبارت دیگر در این صورت امکان تجزیه رهن منتفی است. چرا که

مدنی شخصی که مالی را در وثیقه دارد و شخصی که می خواهد با پرداخت کلیه مطالبات بستانکار مقدم رهنه را در رهن خود بگیرد هر دو از قبل، طلبکار وثیقه گذار می باشند. درحالی که در فرض ماده ۱۱۹ آئین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی وارثی که می خواهد رهنه را در قالب رهن مکرر در وثیقه خود بگیرد به همراه سایر ورثه بدهکار وارثی هستند که قبلاً با پرداخت سهم آنها از بدهی مورث رهنه را در رهن خود گرفته است و به این ترتیب موضوع با آنچه در فرض ماده ۵۵ قانون اجرای احکام مدنی آمده است تفاوت بنیادین دارد. مضافاً بر اینکه حکم رهن قهری در ماده ۱۹ مذکور یک حکم استثنایی است که قابل تسری به موارد مشکوک نمی باشد. بنابراین به نظر می رسد که هیچ یک از ورثه نمی تواند با پرداخت سهم سایر ورثه از بدهی، سهم آنها از رهنه را در قالب رهن مکرر در وثیقه خود بگیرد.

۱،۱،۶ تعدد دیون

تعدد دیون ناظر به حالتی است که مال واحدی به منظور تضمین بازپرداخت دو یا چند دین نزد شخصی به عقد واحدی به وثیقه گذاشته می شود (راهن واحد، مرتهن واحد، عقد رهن واحد، دین متعدد). در این که آیا در چنین حالتی با پرداخت یک یا چند مورد از دیون عین مرهونه به آن نسبت فک شده و تجزیه رهن صورت می گیرد یا نه قانون مدنی ساکت است و به نظر حقوقدانان اگر دلیلی که بتوان با تمسک به آن، تعبیر دیگری از قصد طرفین نمود یافت نشود، بر مبنای ماده ۷۸۳ قانون مدنی و تمسک به ظاهر (جمع دیون متعدد ضمن یک عقد و دادن یک رهن برای همه آنها) باید دیون متعدد را در حکم دین واحد دانست و لذا نباید تجزیه رهن را در صورت پرداخت یکی از دیون پذیرفت. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۵۶ و ۵۷ و کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۵۲۴)

در فقه امامیه در خصوص فرض مذکور (راهن واحد، مرتهن واحد، عقد رهن واحد، دین متعدد) مطلبی یافت نشد لیکن فقها در مورد فرضی که راهن واحد، مرتهن واحد و عقد رهن واحد است

مدنی این ظهور را ناظر به موارد غالب دانست. مگر اینکه بین تعهد مرتهن به جبران خسارت در قالب ادای مثل یا قیمت بخش تلف شده رهینه و طلب او از راهن به واسطه تحقق شرایط قانونی، تهاوت حاصل شده و از این طریق تجزیه رهن صورت پذیرد که در این صورت باید آنرا از جمله اسباب قهری تجزیه رهن به شمار آورد.

در پاسخ به سؤال دوم نیز باید گفت از آنجاکه در فرض تلف قهری قسمتی از عین مرهونه الزامی به جبران خسارت و به تبع آن جایگزینی بدل مقدار تلف شده وجود ندارد، با وقوع آن به ناچار رهن دچار تجزیه شده و مورد را باید از جمله اسباب قهری تجزیه رهن دانست. ناگفته نماند در حالتی که عین مرهونه از پوشش بیمه‌ای برخوردار است به لحاظ وجود الزام به جبران خسارت در چارچوب قرارداد بیمه و ایجاد بدل به تبع این الزام و استصحاب بقای حق مرتهن باید ضمن اعتقاد به حصول شرایط اجرای مقررات ماده ۷۹۱ قانون مدنی تجزیه رهن را منتفی اعلام کرد.

در ماده ۱۱۵ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا، موضوع تلف جزئی عین مرهونه و تأثیر آن بر عملیات اجرائی و بالتبع حقوق مرتهن مطرح شده است. مطابق این ماده تلف بخشی از عین مرهونه اعم از این‌که قبل یا بعد از صدور اجرائیه باشد به شرط بقاء بخش باقیمانده از آن در رهن به واسطه عدم اعراض مرتهن موجب تجزیه رهن شده و تأثیری در حق مرتهن نخواهد داشت. در این ماده آمده است «هرگاه مقداری از وثیقه قبل یا بعد از صدور اجرائیه تلف شده باشد و بستانکار از مورد وثیقه عدول نکند سند وثیقه به نسبت قیمت جزئی که طبق ارزیابی باقی‌مانده به اعتبار خود باقی است و نسبت به مابقی طبق اسناد ذمه‌ای عمل خواهد شد.» تلف جزئی عین مرهونه در این ماده باتوجه به مطالب فوق می‌تواند حسب مورد یکی از اسباب قهری یا ارادی تجزیه رهن محسوب گردد.

با تحقق این جایگزینی عملاً همه چیز در جای سابق خود قرار خواهد گرفت و به این ترتیب بحث از تجزیه رهن بی‌ثمر خواهد بود. اما باتوجه به ظاهر ماده فوق تجزیه رهن در فرض اتلاف بخشی از آن توسط مرتهن و نیز تلف قهری قسمتی از آن جای تحلیل و تأمل دارد.

در مورد فرض نخست عده‌ای از حقوقدانان با توسعه قلمرو ماده ۷۹۱ قانون مدنی مفاد آن را شامل فرضی که عین مرهونه توسط مرتهن تلف می‌شود هم دانسته‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۵۲۴ و ۵۲۵- جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۶۱) اما عده‌ای دیگر با تکیه بر ظاهر این ماده فرض مورد بحث را از شمول آن خارج دانسته‌اند. (امامی، ۱۳۷۲، ص ۴۳۲ و باریکلو، ۱۳۸۸، ص ۲۰۶)

به نظر می‌رسد که باید بین دو حالت اتلاف عمدی و اتلاف غیرعمدی قسمتی از عین مرهونه توسط مرتهن تفاوت گذاشت؛ در فرضی که مرتهن به صورت عمدی مبادرت به اتلاف بخشی از عین مرهونه می‌کند، از آنجا که او به اراده خود تصرفی در رهینه نموده است که با مقصود از رهن تعارض دارد، عمل او را اعم از اینکه بالمباشره بوده باشد یا بالتسبیب باید مصداق قاعده اقدام و به منزله اعراض از بخش تلف شده رهینه دانست. موضوعی که در ماده ۷۸۷ قانون مدنی هم به آن اشاره شده و به عنوان یکی از اسباب ارادی تجزیه رهن محسوب می‌شود و به این ترتیب از شمول اسباب قهری تجزیه رهن خارج می‌گردد. اما اگر قسمتی از عین مرهونه توسط مرتهن و به صورت غیرعمدی تلف شده باشد، اگرچه او در این امر دخیل بوده است لیکن به دلیل فقدان عمد، موضوع از شمول قاعده اقدام خارج می‌باشد و علی‌رغم اعتقاد به مسئولیت او در جبران خسارت در قالب ادای مثل یا قیمت مال تلف شده باید بدل را جایگزین رهینه تلف شده دانست. چراکه با تحقق و ثبوت حق‌الرہانه نسبت به عین مرهونه و تردید در زوال این حق به واسطه اتلاف غیر عمدی آن توسط مرتهن باید بقای آن را استصحاب نمود و با عبور از ظاهر ماده ۷۹۱ قانون

۲،۲ بطلان بخشی از رهن

گاه پیش می‌آید که عقد رهن نیز مانند سایر عقود، به جهتی از جهات قانونی دچار وضعیت بطلان می‌گردد. اگر چنین وضعیتی تمام پیکره عقد را فراگیرد موضوع از قلمرو بحث ما بیرون خواهد بود. اما اگر شرایط به‌گونه‌ای باشد که تنها بتوان حکم به بطلان بخشی از عقد داد و در نتیجه با عقدی چندپاره که بخشی از آن صحیح و بخشی دیگر باطل است روبرو شویم، این امر موجب تجزیه رهن خواهد شد.

۲،۳ فوت طرفین

اصولاً با فوت طرفین عقود ورثه آنها به قائم‌مقامی الزامات ناشی از آن را بر دوش می‌کشند. این معنا در ماده ۲۱۹ قانون مدنی مورد اشاره قرار گرفته است. رهن نیز از این قاعده مستثنی نیست و چنان‌که در ماده ۷۸۸ این قانون آمده است، این عقد پس از فوت هریک از طرفین منحل نمی‌شود و حقوق و تکالیف ناشی از آن متوجه ورثه خواهد بود. اما مسأله‌ای که از مفاد مواد فوق نمی‌توان پاسخ روشن و قاطعی برای آن یافت این است که آیا با فوت هر یک از طرفین و در فرضی که متوفی دارای ورثه متعدد باشد امکان تجزیه رهن فراهم می‌گردد یا اینکه واقعه فوت در این امر بی‌تأثیر است؟ در این مورد به لحاظ انطباق بحث با تعدد طاری راهنین و یا تعدد طاری مرتنهین که پیش‌ازاین مطرح گردید تحلیل مسأله از همان قرار است. بنابراین از تکرار مطالب خودداری می‌شود.

۳ شرایط تجزیه رهن در ماده

۱۹ قانون رفع موانع تولید

ماده ۱۹ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور مصوب ۱۳۹۴/۲/۱ یکی دیگر از متون قانونی موجود است که در آن با اشاره به لزوم آزادسازی وثیقه‌های مازاد در صورت بازپرداخت هر بخش از تسهیلات، بنابه درخواست متقاضی، بحث تجزیه رهن مطرح شده است. در این ماده آمده

است «به‌منظور کمک به نقدینگی برای حمایت از واحدهای تولیدی کالا و خدمات و تسهیل در وصول مطالبات سررسید گذشته بانک‌ها و یا مؤسسات مالی و اعتباری دارای مجوز از این واحدها اقدامات زیر انجام می‌شود: الف- بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران مکلف است از طریق کلیه بانک‌ها و مؤسسات اعتباری دولتی و خصوصی عامل در صورت درخواست متقاضی، متناسب با بازپرداخت هر بخش از تسهیلات پرداختی به واحدهای تولیدی، نسبت به آزادسازی وثیقه‌های مازاد و یا تبدیل وثیقه متناسب با میزان باقیمانده تسهیلات اقدام نماید. انتخاب وثیقه باقیمانده با بانک است. ...» چنان‌که ملاحظه می‌گردد در این ماده بدون آنکه اشاره صریحی به مفهوم تجزیه رهن شده باشد با ذکر شرایطی به تجویز آن پرداخته شده است. پیرامون این ماده و بند الف آن مباحث متعددی قابل طرح است اما تا آنجا که به موضوع این مقاله مربوط می‌شود بحث قلمرو این ماده و ارتباط آن با مقررات رهن در قانون مدنی و به طور خاص ماده ۷۸۳ این قانون مورد توجه است که در ادامه به آن پرداخته خواهد شد؛

۳،۱ شرط مربوط به هدف از تخصیص

و تحصیل وام

اگرچه در این ماده به طور صریح به آن اشاره‌ای نشده است، اما روشن است که تنها تسهیلاتی با حصول سایر شرایط مشمول مقررات این ماده می‌گردند که به‌منظور به‌کارگیری در امر تولید اخذ شده و حتی فراتر از این در زمینه مذکور هم استعمال شده باشند. این معنا هم از عنوان قانون برمی‌آید و هم سیاق عبارات درج شده در این ماده مؤید آن می‌باشد. به‌گونه‌ای که عبارت «واحدهای تولیدی» در صدر این ماده، در بند الف آن و به‌صورت مکرر در بند ۱ تبصره ۴ آن استعمال شده است که این کثرت استعمال را بدون تردید باید حمل بر این معنا نمود. بنابراین تسهیلاتی که به اموری غیر از آنچه در این ماده آمده است اختصاص یافته باشند،

۳،۳ شرط مربوط به مرجع معطی وام

از ظاهر عبارات این ماده چنین برمی‌آید که برقراری این امتیاز برای واحدهای تولیدی ناظر به حالتی خواهد بود که آنها تسهیلات مورد استفاده را از بانک‌ها یا مؤسسات مالی و اعتباری دارای مجوز اخذ نموده باشند. بنابراین چنانچه واحدهای تولیدی از مراجعی غیر از آنچه ذکر شد تسهیلات دریافت نموده باشند چنین حقی در صورت پرداخت بخشی از آن تسهیلات به وجود نخواهد آمد و با آن‌ها مطابق مقررات عام ماده ۷۸۳ قانون مدنی رفتار خواهد شد. طبیعت آمره و ویژگی استثنائی این مقرر نیز چنین تفسیری را ایجاب می‌نماید.

۳،۴ پرداخت جزئی تسهیلات توسط وام‌گیرنده و تقاضای او برای تجزیه رهن

آنچه در بند الف این ماده آمده است حاوی الزامی است برای بانک مرکزی که تحقق آن منوط به دو شرط اساسی می‌باشد؛ یکی پرداخت جزئی تسهیلات توسط وام‌گیرنده و دیگری تقاضای او مبنی بر انجام اقدامات لازم در راستای تحقق تجزیه رهن. بنابراین بدون پرداخت و یا با پرداخت و بدون اینکه تقاضائی مبنی بر استفاده از این امتیاز مطرح شده باشد، الزام فوق صورت خارجی پیدا نخواهد کرد.

اما جای این سؤال باقی است که در صورت جمع دو شرط مذکور آیا بانک صرف نظر از اصل الزام خود و بدون توجه به کیفیت درخواست متقاضی مخیر به انتخاب یکی از دو گزینه ذکر شده در بند الف یعنی آزادسازی وثیقه‌های مازاد و یا تبدیل وثیقه متناسب با میزان باقیمانده تسهیلات است یا این که چنین اختیاری منتفی بوده و عملکرد بانک به‌طور کلی وابسته به چگونگی درخواست متقاضی و تابعی از آن خواهد بود؟

در پاسخ به این سؤال ممکن است گفته شود که پس از حصول شرایط دوگانه فوق یعنی پرداخت جزئی از بدهی و درخواست مدیون الزام بانک توأم با اختیار او در اتخاذ یکی از دو راهکار ارائه شده در

در شمول مقررات آن از حیث امکان تجزیه رهن قرار نخواهند گرفت.

۳،۲ شرط مربوط به دریافت‌کننده تسهیلات

مطابق با آنچه که از ظهور صدر این ماده برمی‌آید واحدهای تولیدی کالا و خدمات می‌توانند از امتیاز مقرر در آن استفاده نمایند. سؤال قابل طرح در این قسمت این است که منظور از واحدهای تولیدی در این ماده چیست؟

اگرچه بدواً چنین به نظر می‌رسد که واحدهای تولیدی صرفاً شامل اشخاص حقوقی و حمل بر شرکت‌های سهامی می‌گردند و بنابراین در مورد سایر اشخاص اعم از حقیقی یا حقوقی چنانچه در زمینه تولیدی اعم از تولید کالا و خدمات فعالیت نداشته باشند، امکان بهره‌مندی از این امتیاز فراهم نمی‌باشد و سیاق عبارات به کاررفته در بند ۱ تبصره ۴ الحاقی به این ماده مانند «خریداری سهام از طریق فرابورس» و «سهام مورد نیاز برای تشکیل مجمع عمومی فوق‌العاده» نیز این گمان را تقویت می‌کند، اما واقعیت این است که از یک سو بخش عمده‌ای از واحدهای تولیدی در قالب شخص حقوقی شرکت تجاری ایجاد و اداره نمی‌گردند و از سوی دیگر افزودن چنین قیدی بر ماده ۱۹ در کنار سایر قیود وارده که در این قسمت به بررسی آنها پرداخته می‌شود در عمل موضع چندان برای اجرای مقررات آن باقی نمی‌گذارد. علاوه بر این چنین تفسیری با روح قانون و هدف از وضع آن که حمایت از فعالیت‌های تولیدی است سازگاری ندارد. بنابراین به نظر می‌رسد که باید از این ظهور چشم پوشید و آنچه در این ماده آمده است را ناظر به مورد غالب دانست. بنابراین، ماده مذکور صرفاً ناظر به اشخاص حقوقی آن هم از نوع شرکتهای سهامی نیست بلکه سایر اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی را نیز در بر خواهد گرفت.



مستحق در آزادسازی مقدار بیشتری از رهنه بداند. در این‌گونه موارد مقتضای اصول استصحاب و عدم زیاده مدیون را در جایگاه مدعی قرار داده و مرجع صالح در حل اختلاف حسب مورد محاکم دادگستری و یا مرجع داوری خواهد بود.

سؤال دیگری که در اینجا مطرح می‌گردد این است که آیا تجزیه‌پذیر بودن دین هم در تحقق تجزیه رهن مؤثر است یا این‌که در هر صورت با پرداخت بخشی از دین رهنه نیز دچار تجزیه می‌گردد؟ بر اساس اصل کلی که در ماده ۲۷۷ قانون مدنی آمده است امکان تجزیه دین و به تبع آن تجزیه پرداخت بدون رضایت داین فراهم نیست. بنابراین در پاسخ به این سؤال باید گفت تجزیه رهن با حصول سایر شرایط تنها در صورتی امکان‌پذیر است که تجزیه دین ممکن باشد. به عبارت دیگر در مواردی که حسب قرارداد امکانی در جهت پرداخت اقساطی دین پیش‌بینی نشده باشد، یا پرداخت دین به اقساط معینی در نظر باشد، مدیون نمی‌تواند با پرداخت بخشی از کل دین یا به مقداری کمتر از اقساط مقرر انتظار تحقق تجزیه رهن را داشته باشد. در واقع این مطلب را می‌توان این‌گونه نیز بیان کرد که امکان تجزیه در پرداخت با حصول سایر شرایط می‌تواند موجب تجزیه رهن گردد اما اجتماع سایر شرایط تجزیه رهن به معنای تجویز پرداخت جزیی دین نمی‌باشد.

۴ ماهیت تجزیه رهن بر مبنای ماده ۱۹

یکی از سؤالاتی که پیرامون ماده ۱۹ مطرح می‌گردد مربوط به ماهیت این نهاد است از جهت این‌که آنچه روی می‌دهد عقد است یا ایقاع و یا اینکه از ماهیت دیگری برخوردار است؟

در پاسخ به این سؤال باید گفت که تجزیه رهن در این حالت از حیث ارادی یا قهری بودن از ویژگی خاصی برخوردار است. در واقع ترکیبی از عوامل قهری و ارادی که هر یک در جای خود به‌عنوان سبب دور یا نزدیک در حصول این نتیجه کارگزارند

بند الف این ماده ایجاد می‌گردد. چراکه رعایت تناسب هم بین میزان پرداخت شده و آزادسازی وثیقه مازاد و هم در تبدیل وثیقه به وثیقه دیگر ضروری دانسته شده است و بانک به‌عنوان وام‌دهنده و در راستای حفظ منافع خود در تشخیص این تناسب از اولویت برخوردار می‌باشد. به‌ویژه که در بخش اخیر بند الف هم اختیار انتخاب وثیقه باقیمانده جهت تضمین به بانک داده شده است. به این ترتیب ملاحظه می‌گردد که همواره و لزوماً پرداخت جزئی بدهی منتهی به تجزیه رهن نخواهد شد. بلکه تنها در صورتی چنین اتفاقی خواهد افتاد که مورد انتخاب بانک واقع شده باشد و روشن است که بانک‌ها در اغلب موارد تن به چنین انتخابی نخواهند داد چراکه اقتضای منافع آنها در این است که تا حد ممکن تجزیه رهن روی ندهد. لذا از اختیار خود در آن سوی قضیه استفاده خواهند کرد و موارد تجزیه رهن را به حداقل ممکن خواهند رساند. اما با توجه به اینکه از یک سو بانک‌ها با هر پرداخت جزئی تن به آزادسازی بخشی از عین مرهونه نخواهند داد و از سوی دیگر برای همه افراد هم تهیه وثیقه دیگر و جایگزینی آن با وثیقه سابق به نحوی که با باقیمانده بدهی متناسب باشد امکان‌پذیر نمی‌باشد چنین تفسیری از قانون باهدف از تصویب آن سازگار نبوده و هیچ کمکی به مسأله تأمین نقدینگی نخواهد کرد. از همین روست که در مقابل آن می‌توان اختیار بانک را محدود به تشخیص تناسب میزان قابل آزادسازی از وثیقه با آنچه پرداخت شده است از یک سو و تناسب وثیقه‌ای که قرار است جایگزین وثیقه سابق گردد نمود. به عبارت دیگر تقاضای بعد از پرداخت جزئی بدهی حسب مورد تقاضای خود را مبنی بر آزادسازی بخشی از رهنه یا جایگزینی آن با مالی دیگر مطرح می‌کند و بانک صرفاً در محدوده تقاضا و پیشنهاد وی به بررسی آن و تشخیص تناسب به شرحی که در قانون آمده است می‌نماید. البته در اجرای تفسیر اخیر، ممکن است بانک در تشخیص تناسب میزان قابل آزادسازی از وثیقه با آنچه پرداخت شده است نگاه حداقلی داشته باشد در حالی که مدیون خود را

نفس برائت ذمه مدیون از بخشی از دین در این راستا کافی نبوده و مورد نظر مقنن نیست و باهدف از وضع این قانون سازگاری ندارد. در واقع هدف از وضع این قانون از طریق طراحی چنین مشوقی، ایجاد فضائی است که در آن زمینه وصول مطالبات بانکها فراهم گردد. یکی از شرایط اساسی استفاده از این امتیاز نیز پرداخت بدهی یا به عبارت دیگر دستیابی بانک به مطالبات خود است. حال اگر بانکی به عنوان مثال اقدام به ابراء ذمه مدیون از بخشی از بدهی خود نماید، نمی‌توان پذیرفت که به واسطه آن شرایط اعمال مقررات این ماده فراهم باشد. چراکه با این اقدام اگرچه ذمه مدیون از بخشی از بدهی مبری می‌گردد عملاً هیچ اقدامی در جهت تحقق اهداف این قانون صورت نگرفته است. بنابراین به طور کلی و به عنوان یک قاعده می‌توان گفت برائت ذمه‌ای می‌تواند موجب فراهم شدن شرایط اجرای این ماده باشد که در سوی مقابل ویژگی و اثری از وصول مطالبات بانکی را به همراه خود داشته باشد.

در پاسخ به سؤال دوم با استفاده از ملاکی که در بالا مطرح گردید می‌توان گفت که از یک سو آنچه در این میان اهمیت دارد رسیدن بانک به مطالبات خود است و تفاوتی ندارد که چه کسی اقدام به پرداخت بدهی می‌کند و از سوی دیگر ماده ۲۶۷ قانون مدنی هم بر تأثیر پرداخت غیر مدیون بر برائت ذمه مدیون صحه گذاشته است. بنابراین با الغای خصوصیت از پرداخت کننده باید شرایط اعمال مقررات این ماده را در فرض پرداخت بخشی از بدهی صرف نظر از این که توسط چه کسی صورت گرفته باشد فراهم دانست. در اینجا پاسخ سؤال اول نیز باتوجه به پاسخی که به دو سؤال دیگر داده شد روشن می‌گردد. توضیح این که با تحقق هدف قانون گذار که وصول مطالبات بانک می‌باشد از هر طریق ممکن به صورت خودبه خود و قهری رهن دچار تجزیه می‌گردد و اگرچه ممکن است پرداخت مبنای آن عملی ارادی باشد اما اثر آن که تجزیه رهن است پدیده‌ای است که قهراً محقق می‌گردد و اثری است

مشاهده می‌گردد. توضیح این که اقدام اولیه مدیون در پرداخت جزئی بدهی خود و تقاضای بعدی او به عنوان عاملی ارادی و اصلی در کنار اقدام مبتنی بر الزام بانک که بر اساس دیدگاه مختار جز در حد تشخیص تناسب حسب مورد چندان تعیین کننده نمی‌باشد، با اتکا به حکم خاص قانون به عنوان سببی از پیش ساخته که نقش اصیل تر و مهم تری را در این میان ایفا می‌کند چنان عمل می‌کنند که با نگاهی گذرا به آن‌ها طیفی از عوامل گوناگون از قهری محض گرفته تا ارادی محدود و ارادی مطلق به چشم می‌خورد که تأثیرگذاری آن‌ها منوط به قرارگرفتن آن‌ها در کنار یکدیگر است و با فقدان حتی یکی از آن‌ها نتیجه منظور حاصل نخواهد شد.

ملاحظه می‌گردد که تا این حد همچنان ماهیت حقوقی این پدیده آشکار نیست و این امر مستلزم تحلیل بیشتر عناصر و عوامل مذکور می‌باشد. در واقع بر اساس دیدگاه مختار آنچه مسلم است اراده بانک نقشی در تحقق تجزیه رهن ندارد و پس از اقدام مدیون به پرداخت بخشی از دین و طرح تقاضای او، بانک مکلف به اجابت این درخواست می‌باشد. اما سؤال اصلی این است که آیا به صرف پرداخت بخشی از دین تجزیه رهن صورت می‌گیرد یا این که این امر به تنهائی کافی نبوده و تأثیر آن منوط به درخواست بعدی مدیون می‌باشد؟ و سؤال دیگری که پیرو این سؤال مطرح می‌گردد و پاسخ آن در تبیین ماهیت موضوع نقش تعیین کننده‌ای دارد این است که آیا پرداخت فقط اگر از ناحیه مدیون باشد چنین اثری را خواهد داشت یا این که تفاوتی در پرداخت کننده از این نظر وجود ندارد؟ و نیز سؤال اساسی تری را می‌توان به این شکل مطرح نمود که آیا تنها پرداخت اصطلاحی ارادی یا به عبارت دیگر وفای به عهد، مورد نظر قانون گذار بوده است یا اینکه برائت ذمه به هر طریقی که حاصل گردد چنین اثری را بر جای خواهد گذاشت؟

در پاسخ به سؤال اخیر که تقدم آن بر دو سؤال دیگر ضرورت دارد با نگاهی به عبارات ماده ۱۹ و اندکی تأمل در اهداف وضع آن می‌توان دریافت که



در پاسخ به این پرسش ممکن است گفته شود همان گونه که حق پیش‌بینی شده برای وام‌گیرنده در این ماده در مرحله اجرا وابسته به اراده و منوط به درخواست او شده است در مرحله تکوین نیز همان اراده می‌تواند به نیروی خود ایجاد مانع نماید و از این جهت منافاتی با مقررات ماده ۱۹ نخواهد داشت. اما این استدلال تمام نیست و باید مقررات این ماده را آمره دانست. چراکه از یکسو عدم استفاده از حق، ملازمه‌ای با اسقاط آن ندارد. به این معنا که می‌توان در عین حال که شخص از حق خود استفاده نمی‌کند بقای آن را برای خود محفوظ نگه دارد. علاوه بر این صحیح دانستن چنین شرطی باتوجه به اختلاف موضعی که غالباً در مناسبات بانکها و متقاضیان وام وجود دارد موجب خواهد شد که باب سوء استفاده بانک از آن باز شده و عملاً دامنه اجرای مقررات این ماده از آنچه که هست محدودتر گردد. مضافاً به اینکه چنین شرطی باهدف از وضع ماده ۱۹ که حمایت از مدیونین بوده منافات دارد و باعث آن می‌شود که بانکها در قالب قراردادهای الحاقی اعطای تسهیلات شرط مذکور را به وام‌گیرندگان تحمیل و موجبات نقض غرض قانون‌گذار را فراهم نماید.

۶ نتیجه‌گیری

تجزیه رهن ممکن است به جهت اسباب مختلف ارادی و یا قهری روی دهد. اما مهم‌ترین صورت آن، هم از حیث بحث نظری و هم از حیث کاربرد عملی، تجزیه نسبی رهن در اثر سقوط بخشی از دین است. علی‌رغم ممنوعیت این قسم تجزیه در ماده ۷۸۳ قانون مدنی، می‌توان گفت تجزیه رهن در اثر سقوط بخشی از بدهی همانند اعراض جزئی مرتهن از رهینه امکان‌پذیر است و دیده شد که در فقه هم موافقینی دارد که البته دیدگاه آن‌ها هم از قوت استدلالی بیشتری نسبت به مخالفین برخوردار است و هم با مصالح اجتماعی و اقتصادی امروز سازگاری و مناسبت بیشتری دارد. کما اینکه قانون‌گذار هم در گام‌های بعدی خود با نگاهی به این مصالح و با تأسی از موافقین تجزیه رهن به این

که به حکم قانون بر آن مترتب می‌شود. بنابراین از یکسو به لحاظ انتفاعی تأثیر اراده بانک در ایجاد آن نمی‌توان آن را ماهیتاً قرارداد دانست و از سوی دیگر به اعتبار این‌که به طور مستقیم از اراده مدیون به این معنا که او در زمان پرداخت جزئی بدهی تجزیه رهن را اراده کرده باشد متأثر نمی‌گردد، بر نهاد حقوقی ایقاع منطبق نیست. بلکه در واقع با تحقق پرداخت جزئی دین به هرگونه‌ای که باشد و بی‌آنکه مدیون حصول یا ایجاد آن را اراده نماید به حکم قانون به صورت قهری و بدون نیاز به حصول موافقت بانک به عنوان یک امتیاز که در دو قالب امکان درخواست آزادسازی وثیقه‌های مازاد یا جایگزینی و تبدیل وثیقه متناسب با باقیمانده تسهیلات که باید آن را ماهیتاً واقعه‌ای حقوقی دانست شکل می‌گیرد و تقاضای بعدی مدیون نیز بی‌آنکه در تکوین این پدیده نقشی داشته باشد صرفاً عاملی است که در مسیر اجرائی کردن آن به کار می‌آید.

۵ درج شرط مخالف در ماده ۱۹ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقاء نظام مالی کشور

لحن ماده ۱۹ این قانون چنان‌که در بند الف آن منعکس شده است حالتی دوسویه دارد؛ از آن جهت که مربوط به بانک است آمره و از جهتی که مربوط به وام‌گیرنده است مخیره به نظر می‌رسد. به عبارت دیگر همان گونه که پیش‌ازاین نیز مطرح شد، با حصول شرائط قانونی یعنی پرداخت جزئی دین و درخواست وام‌گیرنده، بانک مکلف به اعمال مقررات این ماده خواهد بود. اما در مقابل، وام‌گیرنده چنین الزامی ندارد. لذا جای این پرسش باقی است که آیا جعل شرطی که بر اساس آن وام‌گیرنده با پرداخت جزئی از بدهی خود نتواند در چارچوب این ماده درخواست آزادسازی بخشی از رهینه را بنماید مجاز است یا با ملاحظه مقررات ماده ۱۹ این قانون میسر نیست؟

دین باشد و امکان بهره مندی راهن از عین مرهونه را محدود کند. حتی می توان گفت که عدم تجزیه در اینگونه موارد با تراضی طرفین نیز ناسازگار است. زیرا قصد طرفین هنگام عقد رهن ایجاد وثیقه به میزان دین بوده درحالیکه اکنون ارزش مرهونه شاید به چندین برابر دین افزایش یافته است. با عنایت به مراتب فوق مواد قانونی زیر برای اصلاح قانون مدنی در باب رهن پیشنهاد می شود:

ماده پیشنهادی اول- اگر راهن بخشی از دین را ادا کند در صورت افزایش ارزش مال مرهون نسبت به زمان عقد رهن، به نسبت دین ساقط شده از رهن آزاد می شود.

ماده پیشنهادی دوم- اگر در هنگام انعقاد عقد رهن مرتهن متعدد باشد و ترهین مال به همه طلبکاران طی یک عقد انجام شود در صورت سقوط طلب هر یک از آنها به همان نسبت از رهن آزاد می شود مشروط بر اینکه ارزش مال مرهون نسبت به زمان عقد رهن افزایش پیدا کرده باشد.

ماده پیشنهادی سوم- در صورت انتقال قهری طلب دارای وثیقه، با پرداخت سهم هریک از وراثت طلبکار به همان نسبت از رهن آزاد می شود مشروط بر اینکه ارزش مال مرهون نسبت به زمان عقد رهن افزایش پیدا کرده باشد.

ماده پیشنهادی چهارم- هرگاه مال مورد رهن همزمان برای چند مدیون به رهن گذاشته شود با پرداخت بدهی هر مدیون به نسبت سهم او مال مرهون از قید رهن آزاد خواهد شد مشروط بر اینکه ارزش مال مرهون نسبت به زمان عقد رهن افزایش پیدا کرده باشد.

ماده پیشنهادی پنجم- در صورت فوت راهن و انتقال قهری مال مرهون به وراثت او با پرداخت قسمتی از دین توسط هر وارث و یا به نسبت سهم الارث خود به همان نسبت از رهن آزاد می شود مشروط بر اینکه ارزش مال مرهون نسبت به زمان عقد رهن افزایش پیدا کرده باشد.

سمتوسو رفته و می توان جلوه های این حرکت را در ماده ۱۱۹ (تعدد طاری راهنین در صورت پرداخت کل دین توسط احد از وراثت) و قسمت دوم ماده ۱۱۳ (تعدد ابتدایی و طاری راهنین در رهنی که شرط عدم تجزیه شده) آئین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا مصوب ۱۳۸۷/۶/۱۱ و در نهایت در ماده ۱۹ قانون رفع موانع تولید رقابت پذیر و تقویت نظام مالی کشور مصوب ۱۳۹۴/۲/۱ به روشنی مشاهده کرد. قانون اخیر علی رغم ابهامات و ایرادات متعدد، در حدود قلمرو خود، تجزیه رهن را به صراحت پذیرفته است و ماده ۷۸۳ قانون مدنی را تخصیص زده است.

در همه مواردی که تجزیه رهن محقق می گردد، آنچه واقع می شود به لحاظ ماهوی واقعه ای حقوقی است که اگرچه غالباً تحت تأثیر عوامل ارادی به وجود می آید اما خود در مقام تکوین نه نیازمند قصد انشاء است چراکه از زمره اعمال حقوقی بیرون است و نه اساساً محتاج توجه فاعل فعل ارادی زمینه ساز آن است چراکه به صورت قهری و به حکم قانون بر آن بار می گردد و در دو موردی هم که تحت تأثیر اسباب قهری روی می دهد به طریق اولی باید ماهیت آن را به واقعه حقوقی تعبیر نمود.

اگرچه اعتقاد به تجزیه رهن در اثر سقوط بخشی از دین معایبی از جمله کاهش میزان اطمینان دائن در وصول دین و کاهش دغدغه راهن در بازپرداخت دین دارد اما مزایای آن بر معایبش ترجیح دارد. از جمله، تجزیه رهن امکان به جریان انداختن بخش آزاد شده مرهونه در مبادلات اقتصادی را فراهم می کند. همچنین با توجه به افزایش ارزش اموال با گذشت زمان به دلیل تورم در جامعه کنونی ما ممکن است ارزش مالی که در هنگام عقد رهن متناسب با دین بوده بعد از گذشت مدتی به چندین برابر میزان دین برسد. در چنین حالتی منطقی نیست برای دینی که وثیقه ای معادل آن برقرار شده یود و اینک ارزش وثیقه به دلیل تورم به چندین برابر دین افزایش یافته همچنان کل مال مرهون وثیقه اجزای

Reference:

- A group of authors (2010), Encyclopedia of Fiqh of transactions (section of al-fiqh general and Comparative), (available in the software of Maktaba al-Shamilah). [In Arabic]
- Ameli, Zain-al-Din-bin-Ali (Second Martyr), (1993) Masalak-al-Afham In the description of Sharia'-ul-Islam, volume 4, Qom, Al-Maarif al-Islamiya Institute, first edition. [In Arabic]
- Bariklo, Alireza (2008), Civil Law 7, specific contracts 2, cooperative, Suretyship and Permissive contracts, Tehran, Majd Publications, first edition. [In Persian]
- Bojnordi, Seyyed Hassan (1998), Fiqh rules, Volume 6, Qom, Al-Hadi Publishing. (available in the software of Maktaba al-Shamilah) [In Arabic]
- Emami, Seyyed Hassan (۱۹۹۳), Civil Law, Volume 2, Tehran, Islamic Bookstore Publications, 8th edition. [In Persian]
- Fakhrul-muhaghehin Hilli, Muhammad bin Hassan (1968), Explanation of Al-Favaed In the description of the bugs of Ghavaed, Vol. 2, Qom, Ismailian Publishing. [In Arabic]
- Golpaygani, Mohammad Reza (1993), Human guidance, volume 2, Qom, Dar al-Qur'an-al-Karim, first edition. [In Arabic]
- Hamdani, Reza bin Mohammad Hadi (1997), Misbah al-Faqih, vol. 14, Qom, Al-Jaafari institut for Heritage Revival. [In Arabic]
- Hilli, Allameh Hasan bin Yusuf bin Motahar (1993), Qavaed al-Ahkam, Volume 2, Qom Seminary Teachers Society, Islamic Publication Institute. [In Arabic]
- Hilli, Allameh Hasan bin Yusuf bin Motahar (2000), Expression of Sharia rules in the Imamiyyah religion, volum 2, Qom, Institute of Imam Sadiq (peace on him). [In Arabic]
- Hilli, Allameh Hasan bin Yusuf bin Mutahar (1994), reminder of jurists (New edition), Volume 13, Qom, Al-Al-Bayt (Peace be upon them) Institute for Revival of Tradition. [In Arabic]
- Hosseini Ameli, Muhammad Javad bin Muhammad (1999), Miftah al-Karamah in explain Qavaed al-Allamah (New edition), Volume 15, Qom, Qom seminary scholar's community Islamic Publication Institute. [In Arabic]
- Ibn Maudood al-Mosali (Abdullah bin Mahmud bin Maudood al-Mosali al-Baldhahi), Majid al-Din Abu al-Fazl al-Hanafi (۲۰۱۰), Al-Ekhtiyar Lettalil al-Mukhtar (Athority for justifying of AL.Mukhtar), (Fiqh al-Hanafi), Vol 2. [In Arabic]
- Jafari Langroudi, Mohammad Jaafar (1991), Civil Law (Mortgage - Settelement), Tehran, Ganj

- Danesh Publications, second edition. [In Persian]
- Katouzian, Nasser (1999), Civil Law, Volume 4 (Permissive Contracts - Suretyship), Tehran, Publishing Co., Ltd. in collaboration with Bahman Borna, 3rd edition. [In Persian]
- Katouzian, Nasser (2012), General Theory of Obligations, Tehran, Mizan Publishing, second edition. [In Persian]
- Khomeini, Seyyed Ruholah (2013), Tahrir al-Wasila, volume 2, Tehran, Institute for editing and publishing the essays of Imam Khomeini. [In Arabic]
- Mohaghegh Karki, Ali bin Hossein (1994), Jami al-Maqased in explain Qavaed, volume 5, Qom, Al-Al-Bayt (Peace be upon them) Institute for Revival of Tradition. [In Arabic]
- Mousavi Sabzevari, Abd al-Ali (1993), Mohazab al-Ahkam In permitted and prohibited expression, vol. 21, Qom, Al-Sayyed Abd al-Ala al-Sabzwari. [In Arabic]
- Najafi, Muhammad Hasan (2001), Javaher al-Kalam in explain Sharaye al-Islam (New edition), volume 13, Beirut, Arab Heritage Revival House, 7th edition. [In Arabic]
- Rafi'i al-Qazwini al-Shafi'i, Abu al-Qasim Abd al-Karim ibn Muhammad ibn Abd al-Karim (1997), Al-Aziz Sharh al-Vajiz, volume 4, Beirut, Dar al-Kutb Al-Alamiya. [In Arabic]
- Tabataba'i Karbalai, Ali ibn Muhammad Ali (1984), Riyadh al-Masael (old edition), vol. 1, Qom, Al-Al-Bayt (Peace be upon them) Institute for Revival of Tradition. [In Arabic]
- Tousi, Muhammad bin Hasan (1968), Detailed description of Imami jurisprudence, vol. 2, Tehran, Mortazavi library. [In Arabic]
- Zuhayli, Wahbah bin Mustafa (no date), Islamic jurisprudence and Its reasons for al-Zuhayli, volume 6, Damascus, Dar-Al-fikr, 4th edition. [In Arabic]

Research Paper

The Place of Official Documents in Financial Security of Citizens in Imami Jurisprudence and Law

Mohammad Abbasi Atoie¹, Ali Babae Mehr^{*2}, Davod Qasemi³

¹ Ph.D. Student in Public Law, Islamic Azad University, Sari Branch, Sari, Iran

² Assistant Professor, Department of Public Law, Islamic Azad University, Chalus Branch, Chalus, Iran.

³ Assistant Professor, Department of Public Law, Islamic Azad University, Sari Branch, Sari Iran
Assistant Professor, Department of Law, Shomal University, Amol, Iran



10.22080/LPS.2022.23046.1304

Received:

January 25, 2022

Accepted:

June 5, 2022

Available online:

July 19, 2022

Keywords:

Security, Official document, Property, Transactions, Citizenship rights.

Main Subjects:

Public Law, Fiqh and Law

Abstract

Citizens' financial security is the principle that generates the systematization and stability of the legal order and guarantees civil and social rights. It is of high significance as the inspirational principle of the entire legal system. From this perspective, the present article, after expanding the conceptual space of the subject, examined the issues of financial security. According to the thematic documents presented in this research, a descriptive-analytical method has been used to analyze the data collected from the library sources. The research questions asked how official documents provided financial security and how this issue has been raised in jurisprudence and law. In regard to the questions raised, the research hypotheses were formulated as follows: it seems that the official documents can eliminate the sense of legal and financial insecurity in society and promote a sense of financial and legal security both in Imami jurisprudence and in subject law. The findings showed that, although the official document is emphasized in the subject and jurisprudential laws of Iran, in practice, the ownership of many real estates is based on ordinary documents and lacks the registration records. Hence, if the document is revoked, it causes insecurity of the citizens' financial rights. Therefore, it is proposed that with a new look based on Islamic jurisprudence, which emphasizes writing and documenting, the official document can be used to guarantee the financial rights of the citizens.

***Corresponding Author:** Ali Babae Mehr

Address: Assistant Professor, Department of Public Law, Islamic Azad University, Chalus Branch, Chalus, Iran.

Email: gatbabayee@iauc.ac.ir



Extended abstract

1. Introduction

Citizens' financial security is the principle that generates the systematization and stability of the legal order and guarantees civil and social rights. It is of high significance as the inspirational principle of the entire legal system. From this perspective, the present article, after expanding the conceptual space of the subject, examined the issues of financial security. According to the thematic documents presented in this research, a descriptive-analytical method has been used to analyze the data collected from the library sources. The research questions asked how official documents provided financial security and how this issue has been raised in jurisprudence and law. In regard to the questions raised, the research hypotheses were formulated as follows: it seems that the official documents can eliminate the sense of legal and financial insecurity in society and promote a sense of financial and legal security both in Imami jurisprudence and in subject law. The findings showed that, although the official document is emphasized in the subject and jurisprudential laws of Iran, in practice, the ownership of many real estates is based on ordinary documents and lacks the registration records. Hence, if the document is revoked, it causes insecurity of the citizens' financial rights. Therefore, it is proposed that with a new look based on Islamic jurisprudence, which emphasizes writing and documenting, the official document can be used to guarantee the financial rights of the citizens.

2. Methods

A descriptive-analytical method has been used to analyze the theoretical sources available in the field of Islamic jurisprudence.

3. Findings

Although being emphasized in the Iranian Law, in practice, the possession of many real estate properties is based on ordinary documents and has no registration records, which leads to the citizens' unsafety in the case of the cancellation of the official document. It is, therefore, proposed to use formal documents to ensure the financial rights considering the new view in Islamic Fiqh which is based on writing and documenting.

4. Conclusion

For financial security as one of the examples of civil rights, it is suggested to use formal written documents to provide security and safety for citizen.

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

جایگاه اسناد رسمی در امنیت مالی شهروندان در فقه امامیه و حقوق موضوعه

محمد عباسی اتویی^۱، علی بابایی مهر^{۲*}، داوود قاسمی^۳

^۱ دانشجوی دکتری حقوق عمومی، واحد ساری، دانشگاه آزاد اسلامی، ساری، ایران.
^۲ استادیار گروه حقوق عمومی، واحد چالوس، دانشگاه آزاد اسلامی، چالوس، ایران.
^۳ استادیار مدعو گروه حقوق عمومی، واحد ساری، دانشگاه آزاد اسلامی، ساری، ایران؛ استادیار گروه حقوق، دانشگاه غیرانتفاعی شمال، آمل، ایران.

doi 10.22080/LPS.2022.23046.1304

چکیده

امنیت مالی شهروندان، اصلی است که مولد سیستماتیک سازی و پایداری نظم حقوقی و تضمین‌گر حقوق شهروندی و اجتماعی است که نه تنها امروزه در کانون توجه قرار گرفته است بلکه اهمیت آن دوچندان شده است و به نوعی به اصل الهام‌بخش کل سیستم حقوقی تبدیل شده است. از این منظر مقاله حاضر پس از بسط فضای مفهومی موضوع، به بررسی مسائل امنیت مالی خواهد پرداخت. مطابق با مستندات موضوعی ارائه شده در این پژوهش، روش تحقیق، توصیفی-تحلیلی و روش گردآوری اطلاعات در این پژوهش، کتابخانه‌ای می‌باشد. در مقاله این سوال مطرح است که اسناد رسمی چگونه می‌توانند موجبات تحقق امنیت مالی را فراهم نمایند؟ و این مسئله در فقه و حقوق موضوعه چگونه مطرح شده است؟ در پاسخ به سوال مقاله این فرض مطرح است که «به نظر می‌رسد که اسناد رسمی و بهره‌گیری از آنها می‌تواند حس نا امنی حقوقی و مالی را در جامعه از بین برده به همان نسبت احساس امنیت مالی در کنار امنیت حقوقی را ارتقاء دهد که این مسئله هم در فقه امامیه و هم در حقوق موضوعه بدان پرداخته شده است.» نتیجه‌ی کسب شده از مقاله این است که اگر چه در قوانین موضوعه و فقهی ایران بر سند رسمی تاکید شده است، ولی در عمل مالکیت بسیاری از املاک و مستغلات مبتنی بر اسناد و مدارک عادی بوده و فاقد سوابق ثبتی است که در صورت ابطال سند رسمی، موجبات عدم امنیت حقوق مالی شهروندان فراهم می‌شود. پیشنهاد ارائه شده این است که می‌توان با نگاهی نو و جدید مبتنی بر فقه اسلامی که بر نوشته و سند، تاکید دارد، از سند رسمی در راستای تضمین حقوق مالی شهروندان بهره برد.

تاریخ دریافت:

۵ بهمن ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۱۵ خرداد ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۲۸ تیر ۱۴۰۱

کلیدواژه‌ها:

امنیت، سند رسمی، مالکیت، معاملات، حقوق شهروندی

* نویسنده مسئول: علی بابایی مهر

آدرس: استادیار گروه حقوق عمومی، واحد چالوس، دانشگاه آزاد اسلامی، چالوس، ایران
ایمیل: ali.babaeemehr2020@gmail.com



مقدمه

قربانی جرم انتقال مال غیر یا تصرف عدوانی شده و سرمایه خود را از دست داده‌اند و از طرف دیگر جامعه قربانی جرم زمین خواری شده و ثروت‌های عمومی خود را از دست داده است. همچنین اکنون بسیاری از مشکلات بانک‌ها ناشی از همین مسأله است به گونه‌ای که افرادی رسماً ملک خود را رهن بانک می‌گذارند و مبالغ هنگفتی وام می‌گیرند و سپس با سندی عادی به تاریخ مقدم ملک را به دیگری می‌فروشند و... این در حالی است که اگر ثبت سند الزامی شود و نقش ماهوی در انتقال پیدا کند اولاً دیگر کسی با سند عادی معامله نمی‌کند، ثانیاً به فرض وقوع معامله با سند عادی، در برابر دارنده سند رسمی قابل استناد نخواهد بود. متأسفانه این وضعیت می‌تواند موجب حجم انبوه و بسیار بالایی از دعاوی، در دادگستری گردیده و قوه قضائیه را با چالش بسیار جدی مواجه کرده است در صورتی که اگر جایگاه سند رسمی به خوبی تبیین گردد، این مشکلات پیش نخواهد آمد. بنابراین به دنبال آن هستیم تا نقش اسناد رسمی در امنیت مالی شهروندان در نظام حقوقی ایران را با نگاهی به فقه اسلامی و حقوق موضوعه تبیین نمایم. از این رو هدف مقاله این است که ضمن پرداختن به، مفهوم امنیت مالی شهروندان و نقش امنیتی ثبت و سند رسمی در آن به جایگاه سند رسمی در نظام حقوقی و رویه قضایی کشور و همچنین موضوع شورای نگهبان و رویه قضایی که موجبات تهدید حقوق مالی شهروندان شده است پرداخته شود. به طور کلی مروری بر پژوهش‌ها و مطالعات انجام شده مرتبط با موضوع پژوهش حاضر نشان می‌دهد که پژوهش‌های انجام شده در این زمینه از جنبه‌های مختلفی به بررسی سند رسمی و نقش آن پرداخته‌اند. غلامعلی سیفی زیناب (۱۳۸۹) در مقاله‌ای تحت عنوان: «بررسی تطبیقی نقش رویه قضایی در تحقق امنیت قضایی و مالی در حقوق ایران» به این نتیجه می‌رسد که رویه قضایی نقش مهمی در تحقق امنیت قضایی و اقتصادی دارد؛ از

تلاش انسان در طول تاریخ جهت ممانعت از تزلزل حقوق مالکیت خود و به دست آوردن حمایت لازم در معاملات، سبب ایجاد نهاد ثبت و استفاده از سند رسمی گردیده و نیازهای جامعه، لزوم گسترش و توسعه آن را ایجاب نمود که در نهایت موجب استقرار نظام ثبت اسناد و املاک در کشورها شده است و سند رسمی جهت تثبیت مالکیت اشخاص صادر گردید. سند رسمی در اعتباربخشی، تثبیت و حمایت از حقوق مالکیت مشروع و قانونی اشخاص حقیقی و حقوقی جامعه از اهمیت بالایی برخوردار شد و در تنظیم روابط و مناسبات اقتصادی و اجتماعی کشور، نقش مؤثری را ایفا نمود. قرآن کریم هم بر نوشته و سند تأکید دارد و در آیه ۲۸۲ سوره بقره می‌فرماید: «ای اهل ایمان، چون به قرض و نسیه معامله کنید تا زمان معین، لازم است آن را بنویسید.»^۱ این امر موجب نظم بخشی به معاملات بوده و جلوی بسیاری از اختلافات و ناامنی‌ها را می‌گیرد. اما متأسفانه به دلیل عدم توجه به اجباری بودن ثبت در حوزه املاک و حقوق عینی راجع به آنها در ایران و صدور سند رسمی، همچنین بی‌توجهی از ناحیه شورای نگهبان و رویه قضایی سبب شده است که نظام معاملات املاک به صورت سند رسمی به عنوان شاخه‌ای از حقوق مدنی در نظر گرفته شود و با نگاهی مبتنی بر قواعد و اصول حقوق مدنی به آن نگریسته شود، امری که سبب تبدیل شدن آن به نوعی شکل‌گرایی خالی از محتوا و هدف، شده است. در حالی که اگر فلسفه وجودی آن به عنوان ضرورت زندگی کنونی درک گردد، قطعاً بسیاری از مشکلات کنونی جامعه حل می‌گردد.

عدم توجه به لزوم ثبت اسناد اموال غیرمنقول و معاملات راجع به آنها و همچنین پذیرفتن دعاوی ابطال سند رسمی در تقابل با اسناد عادی مقدم یا شهادت شهود، باعث سوءاستفاده‌های فراوان در جامعه شده است و از یک طرف بسیاری از مردم

۱. (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أُجْلُسَمَّعًا كَتُبُوهُ...).

از مطایق حقوق شهروندی پرداخته می‌شود، ثانیاً، امنیت مالی مبحثی است که هم در ادیان و فقه و هم در قوانین موضوعه و حقوق بنیادین به آن پرداخته شده است لذا برجسته‌سازی دلایل حساسیت و اهمیت این موضوع و مطرح شدن آن در ابعاد مختلف می‌تواند توأم با نوآوری باشد و ثالثاً، در شرایط فعلی متاسفانه هیچ نهاد یا ارگانی متولی و پاسخگویی این موضوع نبوده و پرداختن به این موضوع از نظر بسط عدالت اجتماعی- اقتصادی درون نسلی و بین نسلی کاربرد دارد. بزرگترین تهدید برای بقای هر حکومتی نبود امنیت است که در صورت پرداختن به تمامی ظرفیت‌های امنیت مالی باعث گسترش عدالت و در نتیجه بقای حکومت اسلامی می‌گردد.

۱ سند، تعریف و انواع آن

سند حقوقی شکلی است که عینیت اطلاعات معنادار حقوقی را در بر دارد و عامل با اهمیت این اطلاعات است. از این رو محققین تاکید دارند که سند حقوقی حامل اطلاعات مهم حقوقی است و از طریق آن قطعیت قوانین حقوقی و استقلال برخی از افراد، پایداری روابط اجتماعی و پایداری موضع فرد در جامعه حاصل می‌شود- Yuri, et al, 2019: 2 (7) بنابراین یک سند رسمی موضوعی است که در آن اطلاعات حقوقی تثبیت شده و بگونه‌ای ویژه برای دست‌یابی، ذخیره و توزیع در زمان و مکان طراحی شده است (پتری شین ۲۰۱۷). طبق ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی، اسناد رسمی اسنادی هستند که در اداره ثبت اسناد و املاک یا دفاتر اسناد رسمی یا در نزد مامورین رسمی در حدود صلاحیت آن‌ها بر طبق مقررات قانونی تنظیم شده باشد مانند شناسنامه، اسناد مالکیت خودرو و منزل، گواهینامه رانندگی و...

بنابراین واژه سند به دو معنای عام و خاص بکار رفته است. در معنای عام، سند عبارت از هر تکیه‌گاه و راهنمای مورد اعتماد است که بتواند اعتماد

آنجا که قاضی با تفسیر قانون است که می‌تواند آن را با نیازهای روز جامعه هماهنگ سازد که با معیار رویکرد تحلیل اقتصادی نیز سازگار است، اهمیت نقش قاضی در تفسیر منطبق با معیارهای تحلیل اقتصادی مانند کارایی و رسیدن به نقطه بهینه به خوبی روشن می‌شود. رنجر بافقی (۱۳۹۲) در پایان نامه‌ای با عنوان: «آثار حقوقی ناشی از تنظیم سند رسمی» تلاش کرده است تا به بررسی آثار حقوقی سند رسمی از جمله ارزش و اعتبار شکلی و ماهوی در محتویات و مندرجات، لازم‌الاجرا بودن و اعتبار تاریخ در سند رسمی پرداخته شود. پنج‌تنی (۱۳۹۴) در مقاله «نقش و اعتبار سند رسمی در امنیت اقتصادی و قضایی» مباحثی از جمله ریشه‌های امنیت حقوقی در اسناد رسمی، حمایت‌های قانونی از اسناد رسمی و استحکام فنی و علمی اسناد رسمی را مورد بررسی قرار می‌دهد. منتهایی و فروتنی راد (۱۳۹۲) در مقاله‌ای با عنوان: «بررسی تاثیر سند رسمی بر توسعه حقوق عمومی» به نقش سند رسمی در کمک به توسعه امنیت اجتماعی، اقتصادی و قضایی، جلوگیری از توالی فاسد تنظیم اسناد عادی و استفاده از قدرت عمومی در جهت توسعه عدالت اجتماعی، نظم عمومی و حاکمیت قانون به منظور استفاده بهتر از خدمات عمومی می‌پردازد.

در راستای نوآوری مقاله و در مقایسه با پیشینه‌های مطرح شده می‌توان بیان داشت که مباحثی از جمله «حقوق شهروندی»، «امنیت حقوقی»، «مسئولیت مدنی دولت» و «امنیت قضایی» به کرات در قالب مقالات، کتب و رساله‌های علمی به رشته تحریر در آمده است اما مبحثی تحت عنوان: « جایگاه اسناد رسمی در امنیت مالی شهروندان در فقه امامیه و حقوق موضوعه» چندان مورد مطالعه و بررسی قرار نگرفته است یا اگر هم بعضاً به آن پرداخته شده است ذیل موضوع امنیت اجتماعی بوده است. از این‌رو این مقاله از چند جهت دارای نوآوری می‌باشد: اولاً، به موضوع امنیت مالی و نقش اسناد رسمی در تحقق آن به عنوان یکی



رسمی ثبت می‌شود برخلاف تاریخ سند عادی که با توافق طرفین نهاده شده و هیچ مامور رسمی در تعیین آن دخالت ندارد. فایده نسبی بودن تاریخ سند عادی آن است که از سواستفاده و تبانی دو طرف قرارداد به زیان ثالث جلوگیری می‌کند (مقدسی، ۱۳۸۱، ۱) و ثالثاً، از نظر ادعای جعل، تردید و تکذیب: در مورد سند رسمی فقط ادعای جعل قابل طرح است در حالی که سند عادی هم در معرض ادعای جعل می‌باشد و هم قابل تکذیب است. ماده ۱۲۲۹ قانون مدنی ایران در این مورد بیان می‌دارد: «در مقابل اسناد رسمی یا اسنادی که اعتبار سند رسمی را دارد انکار و تردید مسموع نیست و طرف می‌تواند ادعای جعلیت به اسناد مزبور کند یا ثابت نماید که اسناد مزبور به جهتی از جهات قانونی از اعتبار افتاده است.»

۲ چارچوب مفهومی

۲.۱ امنیت مالی

امنیت مالی با داشتن رضایت در برآوردن نیازهای مرتفع مانند خرید خانه، صندوق بازنشستگی مناسب، آموزش کودکان و برای اهداف اضطراری از مزایای آن برخوردار می‌شود. امنیت مالی همچنین بر سلامت افراد دارای رتبه شخصی تأثیر می‌گذارد زیرا افرادی که دارای امنیت مالی مثبت هستند تمایل دارند که سلامت خود را در مقایسه با افراد دارای امنیت مالی کمتر عالی ارزیابی کنند. امنیت مالی نه تنها شامل آگاهی فردی و منبع کنترل درآمد و پس انداز خود بلکه همچنین طرف دیگر مانند برنامه مداخله دولت، موسسه بیمه و کارفرمایان است. به گفته میرون شاتز، امنیت مالی در بین

دیگران را به درستی ادعا جلب کند، خواه نوشته باشد یا گفته و اماره و اقرار. به معنای خاص، نوشته ای است که در مقام اثبات دعوی یا دفاع از آن، می‌توان راه وصول به واقعی باشد. بند دوم ماده ۱۲۵۸ ق. م که اسناد کتبی را در زمره ی دلایل اثبات دعوی آورده است، اشاره به همین معنای خاص است. (کاتوزیان، ۲۷۵) که در مقابل سند عادی^۱ قرار دارند و از جنبه‌های مختلف با سند عادی تفاوت دارند از جمله: اولاً، از حیث قدرت اجرایی (سند لازم الاجرا و غیر لازم الاجرا): سند از يك منظر دیگر به لازم الاجرا و غیر لازم الاجرا تقسیم می‌شود. همه اسناد این قابلیت را دارند که اجرا شوند؛ اما اجرایی برخی از اسناد با اجرایی بقیه متفاوت و دارای ویژگی‌های خاصی است. به این اسناد، اسناد لازم الاجرا گویند اسنادی هستند که برای اجرای آنها نیاز به مراجعه به دادگاه نیست که عمدتاً در قالب سند رسمی معنا پیدا می‌کنند بند الف ماده ۱ آیین نامه‌ی اجرایی مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا. (بلکه دارندگان اینگونه اسناد با مراجعه به دوایر اجرا می‌توانند مفاد سند را به اجرا بگذارند و حقوق خود در آن سند را استیفا کنند. ثانیاً، از نظر اعتبار تاریخ: تاریخ سند رسمی هم از لحاظ اصحاب دعوا و هم از نظر اشخاص ثالث معتبر است در حالی که تاریخ سند عادی برای اشخاص ثالث موثر نیست. ماده ۱۳۰۵ قانون مدنی ایران در این مورد می‌گوید: «در اسناد رسمی، تاریخ تنظیم معتبر است، حتی بر علیه اشخاص ثالث ولی در اسناد عادی تاریخ فقط درباره اشخاصی که شرکت در تنظیم آنها داشته و ورثه‌ی آنان و کسی که به نفع او وصیت شده معتبر است.» علت اعتبار تاریخ سند رسمی در مورد اشخاص ثالث، این است که تاریخ سند رسمی در واقع جزئی از آن است و به وسیله مامور رسمی تعیین و در دفاتر

که قلمرو اسناد عادی وسیع‌تر از اسناد رسمی است.^۱ در یک تقسیم بندی اسناد عادی را به چهار دسته زیر تقسیم نموده‌اند: الف: نوشته‌هایی که افراد امضا نموده‌اند؛ ب: اسناد تجاری؛ ج: نامه‌های خصوصی و د: اسناد تنظیمی در کشورهای خارجی

^۱ در قانون مدنی از سند عادی تعریف خاصی به میان نیامده است، اما بر اساس تعریف اسناد رسمی که در بالا آمده سایر اسناد به جز موارد ذکر شده در آمده را می‌توان اسناد عادی تلقی نمود. ویژگی این اسناد این است که هم ادعای جعل و هم ادعای انکار و تردید در مورد این اسناد مسموع است. از تقسیم‌بندی مندرج در قانون مدنی به خوبی مشخص می‌شود

چه در قوانین غیر دینی و چه در قوانین دینی بوده است و این حمایت یا از طریق اعمال مجازات بر سارق یا خسارت زننده به مال افراد بوده است (مسئولیت کیفری) یا از طریق جبران خسارت مالک (مسئولیت مدنی). قوانینی نظیر قانون حمورابی، منشور کورش کبیر، ده فرمان موسی (ع) و مانند آن‌ها در دوران باستان و قوانینی نظیر منشور کبیر (ماگنا کارتا) ۱۱۹۸ منعقد شده در سال ۱۲۱۵ میلادی در انگلیس (در پی شورش اشراف علیه جان پادشاه انگلیس)، اعلامیه‌ی حقوق بشر و شهروند فرانسه پیرو انقلاب کبیر فرانسه که در بند ۱۷ صریحاً مالکیت را حقی مقدس نامید، نمونه‌هایی از این ادعا هستند. منشور سازمان ملل متحد مصوب ۱۹۴۸ نیز در ماده ۱۷، لزوم دفاع از حق مالکیت و حقوق مالی افراد را به عنوان حقی مهم به رسمیت شناخته است. همچنین است مواد ۱۵ و ۱۸ اعلامیه‌ی اسلامی حقوق بشر مصوب ۱۹۹۰ میلادی.

در اسلام، مالکیت معقول و مشروع حرمت زیادی دارد. به همین دلیل هم به شدت از آن دفاع می‌شود. همچنین در احیای اسلامی چه اهل سنت و چه اهل تشیع «ارزش مالکیت فردی مشروع» هم وزن و هم ارزش جان انسان به حساب می‌آید. به عنوان مثال فقهای امامیه در واقع حمایت از مال را در کنار حمایت از نفس، عقل، دین و نسل، دانسته و در این راستا با بهره‌گیری از قواعد فقهی احکام مناسب و فراوانی در راستای حفاظت و حمایت از مالکیت وضع نموده‌اند به عنوان مثال می‌توان به قوانینی از جمله حد و تعزیر سارق قواعد اتلاف و تسبیب (این دو، در واقع يك قاعده‌اند) که خسارت زننده به مال را ولو بدون تقصیر، ضامن دانسته و نهاد حقوقی غصب که غاصب را، ولو جاهل بوده، ضامن در برابر مالک، قرار داده و همگی این موارد نشان دهنده اهمیت شارع به دفاع از مالکیت می‌باشد.

با توجه به اینکه حقوق ایران متأثر از فقه اسلامی می‌باشد مقررات متنوعی در راستای حفاظت از مالکیت فرد به تصویب رسانده است از جمله‌ی این

مصرف‌کنندگان بر رضایت از زندگی تأثیر می‌گذارد و بنابراین اصلی‌ترین امنیت مالی بازنشستگی، شهریه دانشگاه و تأمین هزینه‌های زندگی است. در نتیجه، مسائل مالی با اندیشیدن به آینده، رضایت از زندگی مصرف‌کننده را کاهش می‌دهد، به ویژه هنگامی که مصرف‌کنندگان وام و وام مسکن را تجربه می‌کنند. بنابراین، نگرانی در مورد امنیت مالی برای افرادی که آن را تجربه می‌کنند بسیار مهم است زیرا بر رضایت از زندگی مصرف‌کننده تأثیر می‌گذارد (15: 2017; Nina, از این رو امنیت مالی عبارت است از داشتن درآمد ثابت یا سایر منابع برای تأمین سطح زندگی در حال حاضر و در آینده قابل پیش‌بینی. این شامل ورشکستگی احتمالی، انتظار جریان نقدی آینده افراد و امنیت شغلی است. علاوه بر این، امنیت مالی اغلب به مدیریت پول و پس‌انداز فردی و خانوادگی اشاره دارد (290: 2020; Shkolnyk). میرون شاتز، توضیح داد که امنیت مالی فراتر از شرایط مالی است که شامل پس‌انداز و مصرف می‌شود، اما شامل ثروتی است که تا حدی انتظار مصرف‌کننده از رضایت از زندگی را در بر می‌گیرد. امنیت مالی همچنین شامل شرایط زندگی و یا منابع مالی در دوران بازنشستگی می‌شود. بنابراین، وجود نیاز به مدیریت درآمد در برنامه مصرف، پس‌انداز، سرمایه‌گذاری و بازنشستگی، نتیجه نهایی امنیت مالی است. هنگامی که امنیت مالی از دید مصرف‌کننده مورد بررسی قرار می‌گیرد، درآمد محدود و دسترسی به فرصت‌های سرمایه‌گذاری مولد و در نتیجه کسب بازدهی زیاد پس‌انداز و عدم محافظت در برابر خطرات مالی ناشی از بیماری را تداعی می‌کند. از این رو، امنیت مالی دید جامعی از نحوه مدیریت درآمد مصرف‌کنندگان، پس‌انداز، سرمایه‌گذاری (ثروت) و بازنشستگی را ارائه می‌دهد (297: 2020; Shkolnyk).

۲،۲ مولفه‌های حقوقی امنیت مالی

با ملاحظه‌ی تاریخ حقوق، می‌توان دید، حمایت از مالکیت یکی از قدیمی‌ترین مصادیق قواعد حقوقی



کسی که دست به این کار بزند و این حق را نقض کند، در نظر گرفته است. خداوند متعال فرمود: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ: ای کسانی که ایمان آورده‌اید، اموال یکدیگر را به ناحق مخورید...) (سوره نساء، آیه ۲۹) پیامبر(ص) فرمود: "لَا يَجِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَيْبَةٍ نَفْسِهِ: حلال نیست که در اموال مسلمانی تصرف کنیم مگر اینکه او طیب نفس داشته باشد (یا مجوز فسخ داشته باشیم)." و فرمودند(ص): "إن دماكم و أموالكم، و أعراضكم عليكم حرام: ای مردم! همانا خون‌ها و اموال و أعراض شما بر شما حرام (محترم) است. و باز فرمودند: "حرمة مال المسلم كحرمة دمه: حرمت مال مسلمان همانند حرمت خون اوست." (ومعزه، ۲۰۲۰: ۳۸۵-۳۸۱).

اسلام به انسان این حق را داده که از اموال خود در برابر تجاوز دیگران دفاع کند. از ابوهریره روایت است که می‌گوید: "مردی نزد رسول‌الله (ص) آمد و گفت: ای رسول خدا، به من بگوئید: اگر کسی می‌خواست مال مرا - به زور - بگیرد، چه کنم؟ فرمود: «فَلَا تُعْطِه مَالَكَ»: «مال خود را به او نده». پرسید: اگر با من درگیر شد چه کنم؟ فرمود: «قَاتِلْهُ»: «با او درگیر شده و مقابله کن». عرض کرد: به من بگوئید: اگر مرا کُشت، چه؟ فرمود: «فَأَنْتَ شَهِيدٌ»: «در این صورت، تو شهید هستی». پرسید: بفرمایید اگر من او را بکشم، چه؟ فرمود: «هُوَ فِي النَّارِ»: «او، دوزخی است». (ومعزه، ۲۰۲۰: ۳۸۵-۳۸۱) بررسی آیات و روایات فوق نشان می‌دهد که تجاوز به مال هر فردی همچون تجاوز به اموال تمام افراد جامعه است. مشابه همین دیدگاه در مورد حرمت جان انسان‌ها وجود دارد که خداوند قتل يك نفر را در حکم قتل تمام انسان‌ها می‌داند. پس مطابق این دیدگاه انسان‌ها از يك طرف و اموالشان از طرف دیگر نوعی وحدت دارند. شاید هم برای همین است که خداوند در آیات مختلف قرآن هنگام سخن گفتن از این مسائل، با ضمیر جمع "کم" سخن می‌گوید مثلاً: «ای کسانی که ایمان آورده‌اید اموال‌تان را به باطل نخورید، مگر این که به موجب تجارتی رضایتمندانه

قوانین می‌توان به اصل ۹ متمم قانون اساسی مشروطه اشاره نمود که اشعار می‌دارد که: «افراد مردم از حیث ... مال ... محفوظ و مصون از هر نوع تعرض هستند ...» یا اصل پانزدهم متمم که می‌گفت: «هیچ ملکی را از تصرف صاحب ملک نمی‌توان بیرون کرد، مگر با مجوز شرعی و آن نیز پس از تعیین و تأدیه‌ی قیمت عادلانه است.» یا اصل شانزدهم متمم که می‌گفت: «ضبط املاک و اموال مردم به عنوان مجازات و سیاست ممنوع است، مگر به حکم قانون» یا اصل ۱۷ متمم که می‌گفت: «سلب تسلط مالکین و متصرفین از املاک و اموال متصرفه‌ی ایشان به هر عنوان که باشد ممنوع است، مگر به حکم قانون.» ماده ۳۱ قانون مدنی هم مقرر می‌دارد: «هیچ مالی را از تصرف صاحب آن نمی‌توان بیرون کرد، مگر به حکم قانون.»

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز در اصل بیست و دوم می‌گوید: «... مال ... اشخاص از تعرض مصون است مگر در مواردی که قانون تجویز کند.» اصل ۴۴ هم می‌گوید: «... مالکیت در این سه بخش [دولتی (عمومی)، تعاونی و خصوصی] تا جایی که با اصول دیگر این فصل مطابق باشد و از محدوده‌ی قوانین اسلام خارج نشود و موجب رشد و توسعه‌ی اقتصادی کشور گردد و مایه‌ی زیان جامعه نشود، مورد حمایت قانون جمهوری اسلامی است. تفصیل ضوابط و قلمرو و شرایط هر سه بخش را قانون معین می‌کند: «و بالاخره، اصل چهل و هفتم می‌گوید: «مالکیت شخصی که از راه مشروع باشد، محترم است. ضوابط آن را قانون معین می‌کند.»

۳ امنیت مالی در فقه اسلامی

دیدگاه جالبی در اسلام وجود دارد، مبنی بر این که در جامعه اسلامی، اموال دیگران از نظر لزوم دفاع و حمایت از آن، همچون اموال خود شخص است چرا که اسلام با ممنوعیت هر گونه تجاوز به مال شخص، امنیت مالی وی را در برابر هرگونه تجاوز افراد به اموال تضمین کرده و مجازات‌های زجرآوری را برای هر

۴ تاکید بر سندیت در امنیت مالی در فقه اسلامی

در خصوص نقش اسناد و خاصه سند رسمی در معاملات و امنیت مالی در فقه اسلامی می‌توان به آیات مبارکه‌ی ۲۸۲ و ۲۸۳ سوره‌ی بقره استناد نمود که در آنها ضمن توجه به سندیت و مکتوب نمودن خود در گام بعد زمینه برای امنیت مالی فراهم می‌آورد مصداق بارز این موضوع توجه به عبارت «تداینتم» در این آیات است که به معنای تبادل دین است (یعنی قرض بگیرد و قرض بدهد) اعم از اینکه به صورت پیش فروش یا نسیه یا اجاره باشد و خلاصه هر معامله‌ای را در نظر دارد که عوض یا معوض، مدّت دار باشد (مقداد، ۱۳۹۴: ۹۵). در این آیه از کتابت دین صحبت شده است تا حق طلبکار محفوظ بماند و عواملی مانند فراموشی و مرگ و انکار، موجب تضییع حق وی نگردد این موضوع رعایت حق طلبکار خود مصداق بارزی از امنیت مالی می‌باشد چه میان دو نفر در بعد شخصی منعقد شده باشد و چه در میان افراد و دولت یا ارگان‌ها با دولت. آنچه در این زمینه حائز اهمیت است رعایت حقوق مالی و مادی افراد است اما نکته‌ی بارز در آیه‌ی فوق تاکید بر سندیت آن هم از نوع رسمی آن است چرا که انسان ممکن است دچار فراموشی یا عصیان یا حتی به میل خود انکار نماید از این رو کلمه‌ی «فاکتبوه» مندرج در آیه‌ی ۲۸۲ سوره‌ی بقره اشاره به این مضمون دارد. به این خاطر بعضی از فقها، چون مالک، ربیع و کعب معتقدند که مقتضای «فاکتبوه» در این آیه، وجوب نوشتن دین است و چون بنابر اصل: مقدّمه‌ی واجب، واجب است، بنابراین از نظر پیروان این استنباط اصولی تهیه و تنظیم و تدوین سند در عقود دینی واجب است (راوندی، ۱۴۰۵: ۳۷۹). در کتاب الجامع لاحکام القرآن آمده که «فاکتبوه» هم قرض و هم مدّت را شامل می‌شود یعنی هم قرض را بنویسید و مدّت آن را، بعضی گفته‌اند آیه امر به کتابت کرده پس مراد آن است که بنویسید و شاهد بگیرید زیرا نوشته بدون شاهد حجت نیست، بعضی دیگر گفته‌اند آیه امر

میان شما باشد و خودتان را نکشید. خداوند نسبت به شما مهربان است.» (نساء/ ۲۹). به نظر می‌رسد، شبیه‌ترین دیدگاه به این نظریه را در فلسفه‌ی مالکیت غرب، هگل داشته باشد. دیدیم در نظر وی روح، در اشخاص و اموال متعدد، وارد می‌شود یعنی از وحدت به کثرت حرکت می‌کند. بدیهی است لازمه‌ی این دیدگاه این است که تجاوز به مال هر نفر، تجاوز به مال همه است، چون منشأ همه کس و همه چیز، یک امر است. ناپلئون هم که حق عظیمی بر قانون مدنی فرانسه دارد، جمله‌ای جالب در جریان تدوین قانون مدنی دارد: «حق مالکیت اشخاص غیر قابل تجاوز است. من با این همه نیروی نظامی که تحت فرمان دارم، حق ندارم یک ائاق را تصرف کنم. زیرا نقض مالکیت یک نفر، نقض مالکیت همه است.» همچنین در فلسفه غرب، شوپنهاور (۱۸۶۰-۱۷۸۸ م) هم عقایدی شبیه به این امر دارد. او معتقد بود تنها یک واقعیت قصوا وجود دارد و هر یک از ما با آن واقعیت، یکی است و بنابراین، به معنایی خاص همه‌ی ما در نهایت امر یکی هستیم. این سخن شوپنهاور را با ترجمه آیه ۳۲ از سوره‌ی مائده مقایسه کنید: «بر بنی اسرائیل مقرر داشتیم که هر کس انسانی را کشته باشد و هر کس انسانی را از مرگ رهایی بخشد، چنان است که گویی همه‌ی مردم را زنده کرده است...» البته امروز، نوعاً در حقوق کیفری کشورها پذیرفته شده است که سرقت، از جمله جرایم عمومی هم هست. یعنی زیان‌دیده از جرم، علاوه بر فرد، جامعه نیز هست. پس تجاوز به مال دیگران، تجاوز به جامعه هم است. منتها، نظریه‌ی مذکور در مقام بیان چیزی بالاتر است، یعنی این که اموال افراد، از نظری مثل مال خود شخص است (نوعی وحدت، نه کثرت) موارد مطرح شده در فوق همگی حکایت از امنیت افراد یک جامعه در ابعاد مختلف و خاصه امنیت مالی است که در ادامه تلاش می‌شود بحث سندیت در اسلام و تاکید این دین بر نقش آن در امنیت مالی پرداخته شود.



ندارند مگر آنکه برای قاضی موجب علم باشد.» (کریمی، ۱۳۶۵: ۱۴۴).

آنچه که از پاسخ‌های گذشته به دست می‌آید این است که سند تنها در صورتی که موجب علم یا اطمینان قاضی شود معتبر خواهد بود و آشکار است که در این صورت نیز آنچه از نظر شرع حجیت داشته و مبنای صدور حکم و اجرای آن می‌گردد، همان علم و اطمینان به محتوای سند است. آنچه لازم به توضیح است توجه به این مطلب می‌باشد که در حقوق اسلام در پاره‌ای اعمال حقوقی مانند وصیت اعتبار کتابت به عنوان وسیله‌ی اظهار قصد صریحاً پذیرفته شده است. ولی اعتبار نوشته به صورت یک قاعده‌ی کلی در فقه سنتی دیده نمی‌شود حتی بعضی از فقها به خلاف آن تصریح کرده‌اند. با وجود این، برخی از فقهای معاصر، با اعلام اینکه هر چیزی می‌تواند مبرز اراده باشد و کاربرد سبب و وسیله‌ی خاصی برای ابراز قصد شرط نیست به کفایت نوشته در معاملات اشاره کرده‌اند (خمینی، ۱۳۸۸: ۲۰۳-۲۰۴) و می‌توان گفت چون اسلام در معاملات عرف و عادت موجود را امضا و تأیید می‌کند و به اصطلاح احکامش در این باب بیشتر امضایی است نه تأسیسی، در صورتی که کتابت برای اظهار قصد انشاء معمول و متداول باشد، حقوق اسلام مخالفتی به آن نخواهد داشت.

در گذشته‌های دور شهادت بسیار با اهمیت بود و شاید به عنوان اولین روش اثبات دعوی به شمار می‌رفته است، علت این امر را می‌توان در بی‌سوادی اکثر مردم و عدم رواج مکتوبات در آن زمان دانست به این صورت که حتی در قوم یهود هیچ معامله‌ای و عقدی بدون حضور و وجود شاهد پذیرفته نمی‌شد. این امر در حقوق روم نیز رواج داشته است. در حقوق اسلام از دیرباز دلیل شهادت در امور مدنی، جزایی و ... پذیرفته شده بود، و سند مکمل شهادت بود. رفته رفته برای انجام معاملات تنظیم سند مرسوم شد و حاضرین در مجلس معامله، شهادت خود بر وقوع عقد را در پای ورقه می‌نوشتند و به تدریج عمومیت یافت و با رواج و گسترش سند از

کرده ما را به کتابت تا فراموش نکنیم. و در قول خدای تعالی که فرموده است «فاکتبوه» اشاره‌ای است ظاهر به این که بنویسید سند را با جمیع اوصافی که می‌بین آن است (قرطبی، ۱۳۶۴: ۳۸۲-۳۸۳)؛ چرا که همان طوری که قرآن با رباخواری و احتکار کردن و بخل، سخت مبارزه کرده، برای امور تجاری و اقتصادی و رعایت امنیت آنها نیز مقررات دقیقی بیان داشته است تا هر چه بیشتر سرمایه‌ها رشد طبیعی خود را بنمایند و هیچ‌گونه بن بست و اختلافی رخ ندهد. طولانی‌ترین آیه‌ی قرآن در مورد داد و ستد مالی مقررات و دستوراتی به ما می‌دهد که عبارت است از: هر گاه شخصی به دیگری قرض داد و یا معامله انجام گردید، و یکی از طرفین بدهکار شد، برای آنکه هیچ گونه اشتباهی و گفتگویی بعداً پیدا نشود باید قرارداد با تمام خصوصیات آن نوشته شود (زمخشری، ۱۴۰۷: ۳۲۴). این مسئله خود توجه به سند و سندیت در راستای حقوق افراد جامعه دارد که در دیدگاه فقها بازتاب پیدا کرده است آنجا که نویسندگی کتاب «جواهرالکلام» در مبحثی که آداب قضا را به بحث گذارده است، در ضمن مسئله‌ی هفتم می‌گوید: گاه گفته می‌شود: فایده‌ی نوشتن صرفاً یادآوری مآل وقوع است و الا نوشته حجّت شرعی نمی‌باشد و به این ترتیب هیچ یک از این شرایط درباره‌ی نویسندگی الزامی نیست زیرا بدیهی است که اگر با کمک این نوشته اصل مطلب به یاد آورده شود، به استناد همان اصل مطلب، حکم اجرا می‌شود و در غیر این صورت، نمی‌توان حکم را جاری کرد، هر چند نوشته دارای اوصاف ذکر شده باشد. البته غالباً همراه با این اوصاف، اطمینانی ایجاد می‌شود که حکم بر مبنای آن اجرا می‌شود. در باب اهمیت سند و حجیت آن در امنیت مالی می‌توان به پرسش و پاسخ حضرت امام (ره) استناد نمود که از وی پرسیده می‌شود که «آیا اسناد رسمی مملکتی و یا نوشته‌های عادی که با امضای علمای بزرگ و با مهر آنها مهور باشد، در فصل خصومت می‌تواند به معنی شاهد یا حجّت باشد؟» حضرت امام در جواب بیان می‌کند که «اسناد کتبی حجیت شرعیّه

قائل شده است و از طرفی دیگر، اقدام رویه قضایی هم خلاف مخالف حقوق تضمین شده افراد است.

در خصوص تعارض سند رسمی با شهادت باید گفت: پیش از اصلاح قانون مدنی در سال ۱۳۶۱ دعاوی تا ارزش محدودی می‌توانست با شهادت اثبات شود و در همان قلمرو محدود نیز توان مخالفت با سند رسمی را نداشت. در ماده ۱۳۰۸ قانون مزبور آمده بود که: «دعوی سقوط حق از قبیل پرداخت دین، اقاله، فسخ، ابراء و امثال آن‌ها در مقابل سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در محکمه محرز شده، ولو آن‌که موضوع سند کمتر از پانصد ریال باشد، به شهادت قابل اثبات نیست.» به علاوه، ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی نیز مقرر می‌داشت: «در مقابل سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در محکمه محرز شده، دعوا که مخالف با مفاد یا مندرجات آن باشد به شهادت اثبات نمی‌گردد.» در واقع قانونگذار، اعتبار ویژه‌ای به سند رسمی بخشیده بود و می‌خواست با محدود کردن قدرت اثبات شهادت، در مقابل شاهدان دروغگو که اکنون بیش از پیش یافت می‌شوند مانع ایجاد کند. متأسفانه در سال ۱۳۶۱، مجلس بدون توجه به شرایط مکان و زمان مواد ۱۳۰۶ تا ۱۳۰۸، ۱۳۱۰ و ۱۳۱۱ قانون مدنی که قلمرو اعتبار شهادت را محدود می‌ساخت حذف نمود، ولی ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی باقی ماند تا شهادت نتواند اعتبار اسناد رسمی را از بین ببرد؛ اما شورای نگهبان در نظریه شماره ۲۶۵۵ مورخ ۱۳۶۷/۸/۸ خود اعلام نمود: «... ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی از این نظر که شهادت بینة شرعیه را در برابر اسناد معتبر فاقد ارزش دانسته، خلاف موازین شرع و بدین وسیله ابطال می‌گردد.» با این حال در سال ۱۳۷۰ مجلس شورای اسلامی در هنگام اصلاح قانون مدنی، در خصوص ماده ۱۳۰۹ اظهار نظر نکرد و این ماده را حذف نمود. همین امر اختلافاتی را پدید آورد و عده‌ای اعتقاد داشتند که مجلس با عدم حذف این ماده، به صورت ضمنی آن را احیا نموده است و همچنین برخی اساتید با ادله حقوقی بیان داشتند شورای نگهبان طبق قانون اساسی نمی‌تواند قوانین

ارزش شهادت کاسته شد (امرائی، ۱۳۹۱: ۱۱). در دو قرن اخیر بسیاری از مراجع دینی دفتری به نام دفتر شرعیات داشتند که خلاصه‌ی معاملات را که نزد آنان صورت می‌گرفت در دفتر مذکور درج می‌نمودند و عده‌ای نیز ذیل صفحه را تصدیق و در بعضی نقاط طرفین معامله هم ذیل ثبت معامله خود را امضا یا مهر می‌کردند (شهری، ۱۳۸۱: ۳). از آنجا که قرآن و کلام و سیره‌ی معصومین «ع» بر توصیه به ثبت معاملات و نوشتن سند است می‌توان گفت که اسناد در اصلاح روابط اجتماعی نقش سازنده‌ای ایفا می‌کند و باعث کاهش دعاوی، امنیت قضایی و... می‌شود.

۵ مواضع فقه معاصر امامیه: شورای نگهبان و رویه‌ی قضایی در خصوص اعتبار سند رسمی

علیرغم این که قانونگذار توان اثباتی ویژه سند رسمی را پیش‌بینی کرده است (مانند مواد ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت) و قانون مدنی حق ارزیابی سند را با فرض اصالت به قاضی نداده است و حتی به نظر حقوقدانان، قاضی اختیار ارزیابی سند رسمی و اسناد عادی را که در حکم آن است، ندارد و به اصطلاح دلیل قانونی یا تعبدی است (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۵۷؛ شمس، ۱۳۹۲: ۷۹، گلدوزیان، ۱۳۸۹: ۴۳، عمروانی، ۱۳۹۰: ۸۲)، اما به دلیل دیدگاه شورای نگهبان و به تبع آن موضع رویه قضایی مخالف این عقیده بوده و لذا شاهد مشکلات نامبرده می‌باشیم که حتی می‌تواند به مراتب، تهدید جدی‌تری نسبت به حقوق دیگر شهروندان باشد. در صورتی که قانونگذار، مجری قانون و دستگاه قضایی باید در راستای تضمین حقوق شهروندان حرکت کنند. از طرفی، شاهد آن هستیم که قانونگذار در اقدامی مغایر با قوانین ثبتی، برای اسناد عادی هم اعتبار



موضوع در رویه‌ی قضایی در پاورقی آورده شده است^۱

۶ بررسی جایگاه سند رسمی در امنیت مالی در قوانین موضوعه

نوشتن سند باعث می‌شود شرایط قرارداد و حدود تعهدهای ناشی از آن با دقت بیشتر معین گردد و قبل از تنظیم سند کلیه شرایط صحت عمل حقوقی توسط نویسنده سند مورد ارزیابی قرار گیرد و حقوق و تکالیف اشخاص در محملی قانونی مشخص شود که نتیجه همه این موارد جلوگیری از طرح دعاوی متعدد توسط اشخاص جهت احقاق حق خواهد بود (کی سان دخت، ۱۳۹۱: ۵۷). این اهمیت سند سبب شده است تا این مسئله در قوانین موضوعه ایران

از قبل موجود را ابطال کند و حتی اگر خلاف شرع باشد موضوع باید از طریق مجلس شورای اسلامی انجام و به تایید شورای نگهبان برسد. همین امر، باعث سردرگمی حقوق دانان و قضات دادگستری در این موضوع مهم و مبتلا به گردید (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ش ۲۸۳)؛ اما با توجه به سوابق اعلام نظر شورای نگهبان در خصوص غیرشرعی اعلام کردن برخی از مواد قانونی، عملاً دادگاه‌ها چنین موادی را منسوخ می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۳۹۱). به هر حال اکنون در صورت تعارض شهادت شهود با سند رسمی، محاکم سند رسمی را باطل می‌کنند که در این راه متاسفانه سوءاستفاده‌های زیادی صورت گرفته است در حالی که حتی از نظر فقهی به نظر برخی فقهای بزرگ معاصر سند رسمی دلالتش بر واقع بیش از شهادت است و در صورت تعارض مقدم می‌باشد (ارسطا، ۱۳۸۸: ۲۲۲). (نمونه‌های از این

۱- تعارض سند رسمی مالکیت و شهادت شهود

با عنایت به اینکه بر اساس نظریه شورای نگهبان، ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی از این نظر که شهادت بینه را در برابر اسناد معتبر فاقد ارزش دانسته، خلاف موازین شرع شناخته و ابطال گردیده است بنابراین دعوی ابطال و اصلاح اسناد رسمی با استناد به شهادت شهود مسموع است. تاریخ رای نهایی: ۲۰/۱۱/۱۳۹۲

شماره رای نهایی: ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۸۰۱۶۱۴

رای بدوی: در خصوص دعوی ع.ه. با وکالت س.م. به طرفیت خواندگان ۱- د.ه. با وکالت م.الف. و ع.م. ۲- س.د. به خواسته ابطال و اصلاح صلح‌نامه شماره ۴۹۴۹ مورخ ۸۷/۱۱/۱۳ دفترخانه شماره ... اسناد رسمی تهران و اعلام حق فسخ خواهان در صلح‌نامه مذکور و خسارات دادرسی که وکیل خواهان در دادخواست تقدیمی منظور از خواسته ابطال (ابطال عبارت حق فسخ ندارد) به‌عنوان یک جمله خلاف توافق طرفین و منظور از اصلاح صلح‌نامه، اعلام فسخ مادام‌العمر موکل وی به‌جای عبارت (حق فسخ ندارد) می‌باشد. لهذا نظر به اینکه مبنای طرح ادعای خواهان گواهی گواهان می‌باشد و با توجه به سند رسمی مذکور و اعتبار آن به مفاد گواهی گواهان نمی‌توان مندرجات آن را تغییر داد لهذا مستنداً به مواد ۱۲۹۲ و ۱۲۸۴ و ۱۳۰۱ قانون مدنی حکم بر بطلان دعوی خواهان صادر و اعلام می‌گردد. رأی صادره حضوری و ظرف مهلت بیست روز از تاریخ ابلاغ قابل تجدیدنظرخواهی در محاکم تجدیدنظر استان تهران می‌باشد.

رای دادگاه تجدید نظر: تجدیدنظرخواهی آقای س.م. به وکالت آقای ع.ه. به طرفیت آقای د.ه. و آقای س.ع. نسبت به دادنامه شماره ۴۲۲ مورخ ۹۱/۶/۳۱ شعبه ۱۵۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران که متضمن صدور حکم به بطلان دعوی ابطال و اصلاح صلح‌نامه شماره ۴۹۴۹ مورخ ۸۷/۱۱/۱۳ شماره ... اسناد رسمی تهران می‌باشد حاوی دلایل و جهات قانونی در نقض است. بر اساس نظریه شماره ۲۶۵۵ مورخ ۱۳۶۷/۸/۸ شورای نگهبان ماده ۱۳۹ قانون مدنی از این نظر که شهادت بینه را در برابر اسناد معتبر فاقد ارزش دانسته خلاف موازین شرع و ابطال گردیده لذا طرح دعوی ابطال و اصلاح اسناد رسمی با استناد به شهادت شهود مسموع است باین‌وجود بر اساس تصریح ماده ۲۴۱ قانون آیین دادرسی مدنی تشخیص ارزش و تأثیر گواهی با دادگاه است لذا دادگاه مکلف به رسیدگی به ادله طرفین و ارزیابی آن بوده استدلال مندرج در رأی معترض‌عنه بر این مبنا که، به استناد گواهی گواهان نمی‌توان مفاد اسناد رسمی را تغییر داد دارای توجیه قانونی نیست در این پرونده دادگاه بدوی بدون ورود در ماهیت موضوع و بررسی ادله طرفین اقدام به اصدار رأی نموده است این رأی منطبق با اوصاف مذکور در ماده ۲۹۹ قانون آیین دادرسی در ماهیت موضوع و قاطع آن محسوب نمی‌شود لذا با تلقی آن به‌قرار مستنداً به ماده ۳۵۳ قانون مرقوم دادنامه تجدیدنظر خواسته را نقض پرونده جهت رسیدگی به ماهیت موضوع به دادگاه بدوی عودت می‌شود. رأی قطعی است.

مقتضی بداند، نقل و انتقال حقوق مالکانه مربوط به اموال غیرمنقول ثبت نشده نیز، باید با تنظیم سند رسمی در دفتر اسناد رسمی صورت پذیرد که در چنین صورتی نیز اثبات حقوق مالکانه، صرفاً با ارائه‌ی سند رسمی امکان‌پذیر خواهد بود.^۱ در راستای درک بهتر از نقش سند رسمی در معاملات و امنیت مالی می‌توان به حقوق کامن لا و رومی-ژرمنی نیز استناد نمود مبنی بر اینکه در کشورهای دارای نظام کامن‌لا یا حقوق نانوشته در صورتی که مدیون از پرداخت دین یا انجام تعهد خود امتناع ورزد، طلبکار باید با مراجعه به دادگاه حکم لازم الاجرائی را بدست آورد. اما در کشورهای دارای حقوق نوشته یا رومی ژرمنی، تضمینات قابل اتکا بودن و اعتبار یک سند رسمی به طور کامل نقش پیشگیری از اقامه‌ی دعاوی را ایفا می‌کند. به عنوان مثال در حقوق فرانسه هرگونه رهن، وثیقه وام‌گیرندگان و تعهد املاک باید با سند محضری ایجاد شود تا معتبر باشد. برای قابل اجرا بودن (معارض) در برابر اشخاص ثالث، کلیه انواع تضمین‌های مربوط به دارایی‌های مستغلات باید در سازمان ثبت اسناد و املاک ثبت شود. برای معتبر بودن، امانت امنیتی باید ظرف یک ماه پس از اجرای آن در سازمان مالیاتی ثبت شود (Ringeval & Radu, 2018: 2-9).

اما در حقوق انگلیس به عنوان مثال رهن قانونی باید کتبی باشد و به صورت سند اجرا شود. علاوه بر این، برای اینکه به عنوان یک رهن قانونی مؤثر واقع شود، باید با ثبت در اداره ثبت اسناد و املاک (برای زمین‌های ثبت شده) یا اداره عوارض زمین (برای زمین‌های ثبت نشده) تکمیل شود. وام مسکن منصفانه، هزینه ثابت و هزینه شناور باید به صورت کتبی اعطا شود و توسط اعطاکننده امضا شود. عرفاً این تضمین به صورت سندی و از طرف طرفین اجرا می‌شود. بیانیه مشخصات باید در مورد وام‌های مسکن و هزینه‌های ایجاد شده توسط یک شرکت یا

مد نظر قرار گیرند منتها قبل از پرداختن به این مسئله ابتدا لازم است تا بحث امنیت در قوانین ایران مورد بررسی قرار گیرد. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به مقوله‌ی امنیت از دو منظر فردی و قضایی تأکید و توجه شده است. طبق اصول بیست و یکم و بیست و سوم و بیست و هشتم و سی و دوم حیثیت، جان و مال و حقوق و مسکن افراد از تعرض مصون است. امنیت قضایی صرفاً از جهت رسیدگی محاکم و فراغت دادرس و رسیدگی به دعاوی راجع به املاک ثبتی است که نهایتاً قضات را در رسیدگی به پرونده‌ی مربوطه و اصدار حکم به نفع صاحب سند یاری می‌دهد، دارنده‌ی سند رسمی بدون هیچ‌گونه دغدغه‌ی خاطرری دفاع خود را به اعتماد و تکیه بر آن‌ها انجام می‌دهد (امرائی، ۱۳۹۱: ۱۷). در این راستا می‌توان بیان داشت که امنیت مالی در قوانین ایران هر دو طیف امنیت فردی و امنیت قضایی را در بر می‌گیرد که بر حفظ آن تأکید شده و راهکارهای فراوانی ارائه شده است که از این راهکارها که مورد مطالعه در این مقاله نیز می‌باشد بحث سند رسمی و رسمی نمودن معاملات می‌باشد طبق قوانین ایران، هر گونه نقل و انتقال حقوق مالکانه مربوط به اموال غیرمنقول ثبت شده باید با تنظیم سند رسمی در دفتر اسناد رسمی به عمل آید. ماده ۴۶ ق.ث می‌گوید: «ثبت اسناد اختیاری است مگر در موارد ذیل: ۱- کلیه‌ی عقود و معاملات راجع به عین یا منافع املاکی که قبلاً در دفتر املاک، ثبت شده است. ۲- کلیه‌ی معاملات راجع به حقوقی که قبلاً در دفتر املاک، ثبت شده است»، و در ادامه نیز، ماده ۲۸ همین قانون، در جهت بیان ضمانت اجرای عدم تنظیم سند به شرح ماده فوق‌الذکر مقرر کرده است که: «سندی که مطابق مواد فوق باید به ثبت برسد و به ثبت نرسیده در هیچ یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد.» همچنین در این راستا می‌توان به ماده ۴۷ ق.ث، استناد نمود که اشعار می‌دارد که: «در نقاطی که وزارت دادگستری

معاملات راجعه به عین یا منافع اموال غیرمنقوله که در دفتر املاک ثبت نشده ۲- صلحنامه و هبه نامه و شرکت نامه».

۱. ماده ۴۷ ق.ث می‌گوید: «در نقاطی که اداره ثبت اسناد و املاک و دفتر اسناد رسمی موجود بوده و وزارت عدلیه مقتضی بداند ثبت اسناد ذیل اجباری است: ۱- کلیه ی عقود و



مذکور را هر چه بهتر تضمین کند. در این راستا ماده ۷۵ منشور حقوق شهروندی با احترام گذاشتن به حقوق مالکانه افراد بر عدم امکان سلب مالکیت افراد یا سایر حقوق مالکانه آنها تاکید کرده است که با مشاهده مقررات موجود در قانون ثبت اسناد و املاک مشاهده می‌گردد که احترام به حقوق مالکانه افراد در صورتی محقق می‌گردد که این حقوق توسط قوه حاکمه به رسمیت شناخته شده و به عبارتی باید فردی مالک تلقی گردد تا حقوق مالکانه او به رسمیت شناخته شود که این نیز جز با رعایت مفاد مقررات قانون ثبت و انجام تکالیف مقرر قانونی ممکن نمی‌گردد، همانطور که در ماده ۲۱ قانون مذکور بیان شده است تقدیم سند مالکیت به مالک یک ملک توسط اداره ثبت منوط به اتمام عملیات مقدماتی ثبت می‌باشد رعایت حقوق مالکانه در قالب نظام ثبتی می‌تواند یکی از مصادیق حقوق شهروندی به حساب آید که در صورت محقق شدن آن می‌توان شاهد تحقق امنیت حقوقی و روانی در جامعه شد و یکی از عوامل ایجاد کننده این امنیت روانی، وضع قوانین به روز، هنجارمند و برخوردار از پشتوانه ضمانت اجرایی بالا است.

تحقق بخش اعظم این امنیت از طریق مبتنی نمودن معاملات بر سند رسمی امکان‌پذیر است چرا که مزایای سند رسمی در مراجع و محاکم قضایی این است که مطابق ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی اسناد رسمی اعتبارشان را از قانون گرفته است و نیاز به اثبات ندارند با توجه به اینکه اهمیت اداره ثبت اسناد و ثبت املاک و لزوم ثبت معاملات برای کسی در دنیا پوشیده نیست صرفنظر از اجرایی بودن آنها می‌توان گفت غیر قابل تردید و انکار هستند و دارنده سند رسمی ثبات امنیت مالی و اقتصادی را تضمین نموده و در کاهش هزینه‌های قضایی و جلوگیری از تداخل و تجاوز و تعارض قدم برداشته و با حفظ حقوق شخصی و سرزمینی خود تحصیل حقوق دولتی نیز می‌تواند داشته باشد.

صدور سند مالکیت رسمی در اجرای ماده ۱۲ و ماده ۲۱ قانون ثبت و اجرای قانون تعیین تکلیف

که در انگلستان و ولز ثبت یا ثبت شده است، ظرف ۲۱ روز از تاریخ اعطای وثیقه در Companies House ثبت شود. در غیر این صورت، وثیقه در مقابل سایر طلبکاران، مدیران و مدیران تصفیه شرکت یا LLP باطل خواهد شد. اطلاع از منافع امنیتی مربوطه باید به مالک قانونی داده شود تا بر منافع امنیتی بعدی اولویت داشته باشد. این قاعده در مورد ورشکستگی اعطاکننده اعمال نمی‌شود، در صورتی که عدم توجهی از طرف دارنده بهره وجود داشته باشد، یا اگر دارنده بهره بعدی متوجه بهره قبلی شده باشد. وام مسکن قانونی فقط می‌تواند بر اموالی اعطا شود که ارائه دهنده امنیت در حال حاضر مالک آن است، در حالی که وام مسکن عادلانه، هزینه ثابت و هزینه شناور می‌تواند بر دارایی فعلی و آتی اعطا شود (Aulsebrook et al, 2022: 3-9).

همه‌ی موارد و مثال‌های فوق حاکی از آن است که هر انسانی به طور فطری و طبیعی خود را مالک محصولی که از کار و تلاشش به عمل می‌آید، می‌داند و از این رو «حق مالکیت» را جزو حقوق فطری و بنیادین شمار کرده و بر این پایه گفته می‌شود هر فردی باید بتواند حاصل کار فکری و یدی خود را در اختیار گیرد و هیچ کس حق تعرض و دست‌اندازی به حق مالکیت او را ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۱۰۶)؛ اما با گسترش شهرها، بسط فضای عمومی، افزایش جمعیت، توسعه محیط کم‌کم زمینه برای ایجاد نهادی در راستای حمایت از حقوق مالکیت اشخاص تحت عنوان نهاد ثبت شکل گرفت منظور از ثبت ایجاد و اعمال راه و روشی است که ذینفعان بتوانند با استفاده از آن، به وجود حقوق خود پی ببرند و توسط ضمانت اجراهای آن مورد حمایت قرار گیرند. ثبت حق عینی بدان معنا است که آن حقوق در دفاتری ثبت شوند به گونه‌ای که عموم مردم بتوانند از آن اطلاع یابند (رازانی، ۱۳۷۶: ۱۰۱). از آنجایی که حق مالکیت بارزترین نمونه حق عینی است بشر همواره، در پی ایجاد روش‌ها و نظام‌هایی بوده تا بدین وسیله حفظ و اجرای حق

آثار و تبعات خاص حقوقی و اقتصادی است که به‌وسیله‌ی قوانین و مقررات مربوطه تنظیم می‌گردد، به‌طوری که این مقررات، مالکیت مشروع و حقوقی قانونی افراد را تضمین و حمایت می‌کند. با نگاهی گذرا به قانون و آیین‌نامه‌ی ثبت، مواد قانونی فراوانی در حمایت از مالکیت اشخاص به چشم می‌خورد از جمله ماده‌ی ۲۲ قانون ثبت که بر اساس آن دولت فقط کسی را مالک می‌شناسد که ملک او مطابق مقررات ثبت دفتر املاک شده باشد.

منظور دولت در اینجا حاکمیت تمامی ارگان‌های دولتی و محاکم قضایی است. به موجب ماده‌ی ۷۰ قانون ثبت، سندی که مطابق قوانین به ثبت رسیده رسمی است و تمام محتویات و امضاهای مندرجه در آن معتبر خواهد بود. و در ماده‌ی ۷۳ قانون ثبت قضات و مأمورین دولتی را که از اعتبار دادن به اسناد ثبت شده استنکاف نمایند قابل تعقیب در محکمه انتظامی یا اداری داشته است. امروزه اخبار و آمارهای منتشره بخش عظیمی از پرونده‌های تشکیلی در مراجع قضایی و دعاوی انبوهی از مراجعین، مربوط به مسائل حقوقی و از جمله موارد مربوط به اختلافات ملکی و چک‌ها و اجرای مفاد اسناد رسمی مربوط به مهریه و غیره می‌باشد، عدم مراجعه به محاکم قضایی جهت اجرای مفاد اسناد رسمی یکی از مهم‌ترین امتیازات این گونه اسناد است و دارندگان اسناد رسمی بدون نیاز به مراجعه به دادگاه‌ها می‌توانند مستقیماً به ادارات ثبت یا دفاتر اسناد رسمی (حسب مورد) مراجعه و نسبت به اجرای مفاد آن اقدام نمایند در راستای اهمیت نقش سند رسمی این تضمینات در واقع همان فواید دادرسی در دادگاه را برای طلبکار فراهم می‌نماید و باعث می‌شود یک سند رسمی نه‌تنها به عنوان یک ابزار اثبات بلکه به عنوان وسیله‌ای جهت اعطای قدرت اجرایی به دین مزبور عمل کند.

وضعیت ثبتی اراضی و ساختمان‌های فاقد سند رسمی، اجرای قانون حمایت از تولید و عرضه مسکن در روستاها و شهرهای زیر ۲۵ هزار نفر و صدور اسناد مالکیت دولتی، امور اراضی و منابع ملی، ارائه خدمات در اجرای اسناد رسمی، مطالبات معوقه بانک‌ها و موسسات دولتی و خصوصی و اجرای چک و مهریه و قراردادهای داخلی بانک‌ها و ابلاغ اجرائیه‌ها و اظهارنامه‌ها، ارائه خدمات ثبت شرکت‌ها و موسسات غیرتجاری، ثبت انجمن‌ها و تعاونی‌ها و اجرای ۷۴ برنامه مدون که در قانون برنامه پنجم توسعه کشور در بخش قوه قضاییه پیش‌بینی شده از اهم فعالیت‌های سازمان در امر تحقق حقوق شهروندی می‌باشد. در ماده ۱۸۳ قانون مدنی عقد تعریف شده است به اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد و این همان چیزی است که تعبیر دیگر آن قرارداد است، زیرا قرارداد هم دو طرفه است و باید مورد قبول طرفین باشد و ماده ۱۰ قانون مدنی به طور کلی هر عقدی را که مخالف صریح قانون نباشد نافذ شناخته شده است و منظور از نافذ بودن، لازم الاتباع بودن آن است، زیرا قانون مدنی اصل در عقود را لازم بودن دانسته است و ماده ۲۱۹ قانون مدنی صریحاً می‌گوید: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد، بین متعاملین و قائم آن‌ها لازم الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود.» (شهری، ۱۳۸۱: ۱۵۳).

بدون تردید سند نقش بسیار ارزنده‌ای در حفظ و تقویت امنیت ملی از طریق تنظیم روابط اقتصادی مردم و تضمین آن دارد که تا کنون کمتر به این امر مهم توجه گردیده است. و اسناد رسمی که توسط اداره ثبت اسناد یا دفاتر اسناد رسمی و ازدواج و طلاق تنظیم می‌گردد فصل‌الخطاب محاکم قضایی بوده و به عنوان مستندات محکم و غیر قابل تردید مورد توجه قضات قرار می‌گیرد.

نیاز وافر و روزمره‌ی مردم به امور ثبتی و مراجعات مکرر آن‌ها به ادارات ثبت و دفاتر اسناد رسمی دارای



۷ نقش اسناد رسمی در امنیت مالی

هر چند ممکن است هنوز افرادی باشند که به دلیل فرار از تشریفات تنظیم سند رسمی و یا گریز از پرداخت هزینه‌های قانونی، ترجیح دهند روابط اجتماعی و حقوقی خود را بصورت نوشته‌های عادی (اسناد عادی) تنظیم نمایند ولی قریب به اتفاق مردم به اهمیت و امتیاز اسناد رسمی واقف بوده و قراردادهای خود را در قالب سند رسمی تنظیم می‌کنند. اسناد رسمی به دلایل زیر نسبت به اسناد عادی دارای امتیاز می‌باشد: (اسحاقیان، ۱۳۹۸: ۲-۶)

الف- امنیت حقوقی اسناد رسمی: ریشه این امنیت اول در حمایت‌های قانونی از اسناد رسمی و دوم در استحکام فنی و علمی اسناد رسمی قرار دارد (فرامرزیور، ۱۳۸۸).

ب- قانون ثبت اسناد و املاک، قانون مدنی، قانون دفاتر اسناد رسمی و سایر قوانین و مقررات، رسماً اعتبار اسناد رسمی را پذیرفته و آن را مورد حمایت قرار داده‌اند. صرفنظر از اعتبار اسناد رسمی ناشی از حمایت‌های قانونی، این اسناد به جهت نحوه شکل‌گیری و تنظیم نیز قابل اعتمادند. در مسیر شکل‌گیری از این اسناد، کلیه بابها و منافذ احتمال و تردید، توسط تنظیم‌کنندگان بررسی و مسدود می‌گردد و استعلامات لازم از مراجع ذیربط بعمل می‌آید.

ج- محدودیت تعرض‌پذیری اسناد رسمی: مطابق قوانین و مقررات، تعرض‌پذیری اسناد عادی، عام و فراگیر است. یعنی برای دفاع در مقابل اسناد عادی می‌توان از انواع مختلف تعرض استفاده کرد. اعم از ادعای جعل، تردید، انکار و دعوی بیا اعتباری سند. اما در مقابل سند رسمی تنها می‌توان ادعای جعل مطرح نمود.

د- قدرت اجرائی اسناد رسمی: اجرائی مفاد اسناد عادی مستلزم طرح در محکمه و طی فرآیند رسیدگی قضائی است؛ اما به‌موجب ماده ۹۲ قانون ثبت:

«مدلول کلیه اسناد رسمی راجع به دیون و سایر اموال منقول بدون احتیاج حکمی از محاکم عدلیه لازم الاجرا است مگر در مورد تسلیم عین منقولی که شخص ثالثی متصرف و مدعی مالکیت آن باشد.» ماده ۹۳ قانون مزبور نیز مقرر می‌دارد: «کلیه اسناد رسمی راجع به معاملات املاک ثبت شده، مستقلاً و بدون مراجعه به محاکم لازم‌الاجرا است.»

بنابراین در این راستا می‌توان تحلیل نمود که اولاً: باتوجه به حمایت قانونی از اسناد رسمی و امنیت حقوقی آنها و عدم پذیرش ادعای انکار یا تردید در مقابل آن، هرچه در روابط حقوقی شهروندان خصوصاً معاملاتی که منجر به حق مالکیت می‌گردد، بتوان شهروندان را به سوی تنظیم سند رسمی سوق داد، میزان اختلافات و مراجعات به محاکم و شوراهای حل اختلاف بسیار کمتر خواهد شد و این مسئله زمینه‌ساز امنیت مالی خواهد شد. ثانیاً: تکالیف گوناگونی که در قوانین و مقررات مختلف بر عهده دفاتر اسناد رسمی در هنگام تنظیم اسناد قرار داده شده، اکثراً و عموماً در راستای حفظ حقوق شهروندان بوده و امنیت حقوقی مالکیت آنها را تضمین می‌کند. در نمونه‌ها و مصادیقی که ذکر شد، هنگام تنظیم یک سند رسمی در مورد انتقال مال غیرمنقول مثل یک واحد آپارتمان یا قطعه ملک یا باغ و... استعلاماتی که از مراجع و ادارات مختلف انجام می‌گیرد، هرگونه عیب قانونی را قبل از تنظیم، شناسایی و برطرف نموده و بدهی‌های احتمالی فروشنده به ادارات و مراجع ذیربط پرداخت شده و یا حداقل، خریدار از نوع و میزان بدهی مطلع می‌شود. بنابراین اسناد رسمی تأثیر بسزایی در تحقق حقوق [امنیت مالی] به عنوان یکی از مصداق حقوق شهروندی داشته و باعث حفظ حقوق و امنیت مالکیت شهروندان می‌گردد (اسحاقیان، ۱۳۹۸: ۲-۸) که در بردارنده دو فایده در راستای تحقق امنیت مالی هستند. افراد در مراجعات مکرر و طولانی به مراجع قضایی برای اثبات حق خود و یا دفاع از اتهامات منتسب به خود نخواهند شد و فایده مهم‌تر در واقع منافع عمومی جامعه می‌باشد.

مورد صیانت و حفاظت قرار گیرد یکی از این قوانین الزام نمودن در راستای استفاده از سند رسمی است زیرا اسناد رسمی نه تنها مبنای توسعه اقتصادی هستند بلکه می‌توانند، دارای آثار حقوقی و امنیتی، نظام‌مند نمودن روابط حقوقی افراد، ایجاد امنیت و اطمینان برای افراد در سرمایه‌گذاری، ایجاد چرخه صحیح اقتصادی، تنظیم گردش مالی و ایجاد رونق اقتصادی را فراهم می‌آورند و به عنوان یکی از قوی‌ترین دلایل اثبات دعوی در دادرسی مطرح می‌گردند، شاید به این دلیل بوده است که قرآن کریم به عنوان مهم‌ترین منبع فقهی نیز بر این موضوع تاکید داشته و زمینه برای فقه اسلامی و فقها فراهم نموده تا با بهره‌گیری از سند رسمی در راستای امنیت مالی شهروندان اقدام نمایند اما متأسفانه تکیه بر اسناد رسمی در نظام حقوقی ایران، علیرغم تأکید فراوان فقهی بر رعایت و تأمین حقوق مالی در راستای اصل احترام به اموال چندان مد نظر قرار نگرفته است دلیل این بی‌توجه ناشی از عدم شفافیت قوانین در حوزه مالی، وجود قوانین متعدد و متکثر بدون ضمانت اجرایی بالا، عدم درک درست از امنیت مالی به عنوان یکی از مصداق‌های حقوق شهروندی، فقدان وحدت رویه در قوانین قضایی، نگاه سخت‌افزاری به موضوع امنیت، عدم درک درست از بعد نرم‌افزاری امنیت زمینه را برای عدم اجرای مناسب قوانین ایران در حوزه الزام به سند رسمی را فراهم کرده‌اند. از این رو مقاله حاضر بر توجه به اسناد رسمی در معاملات و ایجاد امنیت حقوقی و روانی ناشی از صدور سند معامله یا مالکیت در راستای تنظیم حقوق شهروندی به عنوان عنصر کلیدی تاکید دارند لذا پیشنهاد می‌شود با توجه به اهمیت اسناد رسمی از نظر توان اثبات‌گری و همچنین تعارض و ایجاد منازعه ناشی از نوشته‌های سنتی امکان تسهیل در امر نقل و انتقال و ثبت اسناد رسمی را فراهم نموده تا رغبت مردم به سوی این نوع از اسناد بالا رفته و زمینه‌ی امنیت مالی آنها فراهم گردد.

به این ترتیب که با کاسته شدن از مراجعات به محاکم؛ اولاً، هزینه‌های عمومی کاهش خواهد یافت. ثانیاً، این مراجع با فرصت ایجادشده به سایر مسایل و مشکلات و نارسایی‌های اجتماعی سریع‌تر رسیدگی خواهند نمود و نتیجه آن افزایش آرامش و امنیت در جامعه بخصوص در حوزه مالی خواهد بود و در نهایت می‌توان تحلیل نمود که استفاده از سند رسمی به خصوص در اموال غیرمنقول در حال حاضر یکی از مهم‌ترین ابزارهای حمایت از حقوق مالی شهروندان در کشورهای پیشرفته محسوب می‌گردد که به موجب آن می‌توان امنیت حقوق معاملات شهروندان را تضمین نمود. لذا در قانون ثبت، قانون گذار به این مهم توجه کرده و به منظور حفظ حقوق مالی شهروندان، معاملات اموال غیرمنقول را تنها با سند رسمی ممکن می‌داند. به نظر جایگاه حق مالکیت در قانون ثبت به درستی شناخته شده می‌باشد با این وجود، اختلافات و تعارضات زیادی در این خصوص هم در قانون‌گذاری و هم در رویه قضایی وجود دارد این تعارضات، دلایل متعددی دارد. از طرفی سازوکارهای تنظیم سند رسمی در کشور مهیا نیست و علیرغم قدمت قانون ثبت، هنوز بسیاری از اموال در کشور به صورت رسمی ثبت نشده‌اند. مورد دیگر، قوانین متعارض است که به دلیل مهیا نبودن ثبت رسمی اموال، حاصل شده و معاملات با سند عادی در خصوص اموال غیرمنقول را معتبر می‌داند. اظهارنظر شورای نگهبان هم در خصوص تشریفات کردن و استفاده از سند برای اثبات بیع اموال غیرمنقول، معضل دیگری است که دام‌گیر دستگاه قضایی کشور شده و موجب ورود حجم بالایی از پرونده‌ها در خصوص معاملات متعارض شده است. لذا باید با اعتبار به سند رسمی و ضمن تاکید بر قانون ثبت، موجبات رسمی‌کردن و ثبت رسمی اموال غیرمنقول را فراهم نمود.

۸ نتیجه

تأمین امنیت حقوق مالی شهروندان یکی از مهمترین موضوعات مطرح شده در فقه و حقوق موضوعه است که باید با قوانین کارآمد و شفاف



References

Holy Quran

Aulsebrook, R. and Hothi, I., and Park, H., (2022). Lending and Taking Security in the UK (England and Wales): Overview. Thomson Reuters. Available at: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/45013222?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/45013222?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true)

Shemshuchenko Yurii, et al (2019), OFFICIAL DOCUMENT AS A LEGAL ACT: ESSENTIAL ASPECTS, Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues, Volume 22, Issue 6, 2019, [file:///C:/Users/asus/Downloads/Official-document-as-a-legal-act-essential-aspects-1544-0044-22-6-443%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/asus/Downloads/Official-document-as-a-legal-act-essential-aspects-1544-0044-22-6-443%20(2).pdf), pp: 2-7.

Moghadasi, Mehdi (2002) The Role of Ordinary Documents in Proving a Lawsuit, Private Law Thesis, M.Sc., Shiraz University.

Mohammad Javad Arasta, (2009), Jurisprudence-Legal Research Series, No. 8, Deputy of Education & Research of the Judiciary, Jangal Publications.

Rahman Amravani , (2011), Conflict of Evidence of Proof of Lawsuit (in Legal Affairs), Fekrsazan, Tehran.

Naser Katozian, , (2006), Proof & Reason for Proof, Volume 2, Second Edition, Mizan, Tehran.

Iraj Golduzian , (2010), Evidence of litigation, Mizan, Tehran.

Fazel Meghdad, (2015), The Treasure of Mysticism in the Fiqh of the Qur'an, translated by Abbas Zaraqat Pisheh, Tehran, Mortazavi Publishing.

Qutb al-Din Ravandi, , Saeed bin Abdullah. (1985) Fiqh al-Quran. (Two volumes). Second edition. Qom: Ayatollah Marashi Najafi Library Publications, Volume 2.

Muhammad ibn Ahmad Qurtubi,. (1985), (Twenty-one volume) Tehran: Naser Khosrow Publications .., Vol. 33.

Mahmoud Zamakhshari,. (Four volumes). First Edition. Beirut: Dar Al-Kitab Al-Arabi. 1987, volume 1

Hossein Karimi, Judicial standards from Imam Khomeini's point of view. (One volume). First Edition. Qom: Shakoori Publications. 1986

Seyed Ruhollah Khomeini, , (2009) Kitab al-Bayy, vol. 1, Institute for Organizing and Publishing the Works of Imam Khomeini (PBUH).

Younes Emraei,. (2012) Restrictions on the effect and validity of official documents. (One volume). second edition. Tehran: Javadaneh Publications.

Gholamreza Shahri, (2002) Rights of Registration of Deeds & Property. (One volume). The tenth edition. Tehran: Allameh Tabatabai University Jihad Publications.

Glida Kay San Dokht, (2012), The role of the Registrar in the development of the legal order of the country, Abstract of the conference proceedings of the 100th anniversary of the establishment of the State Property and Deeds Registration Organization



- Naser Katozian, (2003) Proof & evidence of proof. (Two volumes). second edition. Tehran: Mizan Publishing.
- Bahman Razani, (2000) "Registration Law, Entry, First Edition, Tehran, Asatir Publications.
- Reza Eshaghian, (2019) The Role of Official Documents in Citizenship Law, International Conference on Social Studies, Law & Public Culture
- Ghader Faramarzpour, (2009) The Role of Official Documents in Judicial Health, Kanoon Magazine, Volume 2, Number 100.
- Ibtisam Moazza, (2020) The Objective of Security in Islamic Sharia & the Impact of Terrorism on it, Al-Ayyar Magazine, Vol. 24, No. 51.
- Boy, Nina (2017) "Finance-security: Where to go", Journal of Finance and Society, 2017, 3(2): 208-15, DOI:10.2218/finsoc.v3i2.2580.
- Ringeval, E., and Radu, C., (2018). Lending and taking security in France: overview. Available at: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/75014362?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/75014362?transitionType=Default&contextData=(sc.Default))
- Shkolnyk, I., Kozmenko, S., Polach, J., & Wolanin, E. (2020). State financial security: Comprehensive analysis of its impact factors. Journal of International Studies, 13(2), 291-309. doi:10.14254/2071-8330.2020/13-2/20

Research Paper

How to Transfer Personal Data Internationally: A Comparative Study of European Union Law and Iranian Legal System

Mahdieh Latifzadeh^{*1}, Seyyed Mohammad Mahdi Qabuli Dorafshan²

¹ Ph.D. in Private Law, Faculty of Law and Political Sciences, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran.

² Associate Professor of Private Law, Faculty of Law and Political Sciences, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran.



10.22080/LPS.2022.23212.1309

Received:

February 28, 2022

Accepted:

June 16, 2022

Available online:

July 19, 2022

Keywords:

International transfer, Citizenship rights, Personal data, Third country, General Data Protection Regulation (GDPR)

Main Subjects:

CIVIL LAW

Abstract

To fully protect personal data and data subjects, the European Union Data Protection Regulation (GDPR) addresses various aspects of such protection, one of which is the international transfer of personal data. From the point of view of the EU legislature, the rights of data subjects should not be undermined, even if their data is transferred to third countries or international organizations. Therefore, in several articles, it has set different requirements in this regard. In this research, a descriptive method has been used to analyze the tools required for the transfer of personal data in accordance with the EU law. These tools include Adequacy Decision, Standard Contractual Clauses, Binding Corporate Rules, Certification Mechanism, Codes of Conduct and specific situations of Article 49. Also, the existence of these requirements in the Iranian Legal System has been studied in a comparative way. The results show that in the Iranian law, due to the lack of specific legislation on personal data and, consequently, the articles authorizing the international transfer of personal data, only some of the requirements mentioned in the European regulation, especially the situations of Article 49, can be applied through the legal doctrine and principles of the Iranian law. Therefore, according to the Iranian law, the consent of the data subject, the contractual necessity, the existence of vital interests and the public interest, as well as the overriding legitimate interests of the controller can be considered as the reasons for the international transfer of personal data. However, the legislature's attention to the important issue of personal data protection in general and the international transfer of personal data in particular is essential.

***Corresponding Author:** Mahdieh Latifzadeh

Address: Ph.D. in Private Law, Faculty of Law and Political Sciences, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran.

Email: M.latifzadeh@mail.um.ac.ir



Extended Abstract

1. Introduction

The development of information technology tools and the further processing of personal data has increased the need for legal protection of information privacy, and in particular, the protection of personal data. Such legal protections, as aspects of human rights and civil rights, exist in some legal systems in particular. In this regard, the European Union has introduced a model for the protection of personal data to the world by adopting the General Data Protection Regulation (GDPR). This regulation is the most comprehensive legal framework in this regard, addressing various aspects of the protection of personal data. One of the items in this regulation is the specification of the requirements related to the international transfer of personal data. These requirements must be clarified since, on the one hand, the flow of personal data to countries outside the European Union and international organizations is essential for the expansion of trade and international cooperation. On the other hand, it creates new challenges and concerns regarding the protection of personal data. Therefore, from the European legislature's point of view, when personal data are transferred from the EU to controllers, processors or other recipients in third countries or international organizations, the level of protection of natural persons guaranteed by this regulation in the EU should not be diminished. This may involve the transfer of personal data from a third country or international organization to controllers or processors in the same country or a third country or other international organizations. Accordingly, after

explaining these requirements from the perspective of the European GDPR (Section 1), this study explains how these requirements flow in the Iranian Legal System (Section 2). This is to strengthen the protection of personal data in accordance with the Iranian law and assist the legislature in specifying accurate and comprehensive protections for personal data.

2. Methods

The present study uses a descriptive and analytical method to explain the various tools that can be mentioned as requirements for the international transfer of personal data in the European Union. Also, the flow of the aforementioned requirements in the Iranian Legal System is examined by a comparative method.

3. Conclusion

Effective protection of personal data is provided when the rights of the data subject are respected in various circumstances and their data rights are not violated, e.g., when personal data is transferred to other countries or international organizations before or during processing. The GDPR also addresses the protection of data subjects in the event of international transfer of personal data, and sets out various requirements in this regard. In other words, according to this regulation, the international transfer of personal data is allowed only with special tools. These include adequacy decisions that secure a third country. Standard contractual clauses are also a means by which international data transfer is unrestricted. In fact, the parties (data transferor in the EU and data recipient outside the EU) are required to enter a contract based on

standard contractual clauses to provide an appropriate level of data protection for the data transfer. Another tool is the flow of binding corporate rules that ensure an adequate level of data protection in the undertaking group or a group of companies engaged in joint economic activity. Adherence to codes of conduct or certificates can also be considered a license to transfer the personal data internationally. Apart from these, the existence of special situations provided in Article 49 of the GDPR is also a license for the international transfer of personal data. These include the consent of the data subject, the contractual necessity, the existence of vital and public interests, as well as the overriding legitimate interests of the controller. Among the requirements set out in the GDPR for the international transfer of data, only the specific situations of Article 49 of the GDPR through legal doctrine, the Iranian legal principles and other laws and regulations - not laid down for personal data - are acceptable as transfer requirements in the Iranian law. The reason for this limited support is the lack of an independent law

to protect personal data and the ambiguities in the existing drafts. Therefore, it is necessary to expedite the adoption of a special law on the protection of personal data and to pay attention to the various dimensions of such protection, including how to transfer the personal data internationally. The various proposals of this research help improve and strengthen the existing drafts and protecting the personal data in the present case helps the legislator.

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

چگونگی انتقال بین‌المللی داده‌های شخصی (مطالعه تطبیقی در حقوق اتحادیه اروپا و نظام حقوقی ایران)

مهديه لطيف زاده^{۱*}، سيد محمد مهدي قبولي درافشان^۲

^۱ دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق علوم و سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران.
^۲ دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران.

doi 10.22080/LPS.2022.23212.1309

چکیده

در راستای حمایت مؤثر از داده‌های شخصی و اشخاص موضوع داده، مقررات اروپایی حفاظت از داده (GDPR) جنبه‌های حمایتی مختلفی را مورد توجه قرار داده است. یکی از این حمایت‌ها، چگونگی انتقال بین‌المللی داده‌های شخصی است. از منظر قانون‌گذار اتحادیه اروپا حق بر داده‌ی اشخاص موضوع داده حتی در صورت انتقال داده‌های افراد به کشورهای ثالث یا سازمان‌ها بین‌المللی نباید تضعیف شود. بدین‌جهت در چند ماده الزامات متفاوتی را در این خصوص مقرر نموده است. پژوهش حاضر با روش توصیفی و تحلیلی ابزارهای متنوعی که به‌عنوان الزامات مربوط به انتقال بین‌المللی داده‌های شخصی در اتحادیه اروپا قابل اشاره‌اند را تبیین نموده است. این ابزارها وجود سطح کافی حفاظت از داده (تصمیم کفایت)، شروط قراردادی استاندارد، قواعد الزامی شرکتی، مکانیسم گواهی‌نامه، منشورهای رفتاری و وجود موقعیت‌های ویژه ماده ۴۹ GDPR است. با شفاف‌سازی این ابزارها و چگونگی تحقق آن‌ها به‌موجب حقوق اتحادیه اروپا، جریان الزامات پیش‌گفته با روش تطبیقی در نظام حقوقی ایران مورد بررسی قرار گرفت. بررسی‌های انجام‌شده حکایت از این دارد که در حقوق ایران به دلیل فقدان قانون خاص نسبت به داده‌های شخصی و بالتبع مواد مصرح در خصوص انتقال بین‌المللی داده‌های شخصی، صرفاً برخی الزامات برای انتقال - موقعیت‌های مقرر در ماده ۴۹ GDPR - از مسیر دکترین حقوقی و مبانی حقوق ایران قابل جریان است. بدین‌جهت به‌موجب حقوق ایران رضایت شخص موضوع داده، ضرورت قراردادی، وجود منافع حیاتی، جریان منافع عمومی و همچنین غلبه منافع مشروع کنترل‌کننده می‌تواند مجوزی برای انتقال بین‌المللی داده‌های شخصی تلقی شود. باوجود این توجه قانون‌گذار به مسئله حیاتی حمایت از داده‌ی شخصی به‌طور کلی و انتقال بین‌المللی داده‌های شخصی به‌طور خاص ضروری است.

تاریخ دریافت:

۹ اسفند ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۲۶ خرداد ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۲۸ تیر ۱۴۰۱

کلیدواژه‌ها:

انتقال بین‌المللی، حقوق شهروندی، داده‌ی شخصی، کشور ثالث، مقررات عمومی حفاظت از داده اتحادیه اروپا (GDPR)

* نویسنده مسئول: مهديه لطيف زاده

آدرس: دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق علوم و سیاسی، ایمیل: m.latifzadeh@mail.um.ac.ir

دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران.

مقدمه

جنبه‌های مختلف نسبت به حمایت از داده‌های شخصی، جامع‌ترین بستر قانونی در این خصوص است. از جمله حمایت‌های این مقررات، تصریح بر الزامات مربوط به انتقال بین‌المللی داده‌های شخصی است. هدف از تصریح بر این الزامات این است که از یک سو جریان داده‌های شخصی به کشورهای خارج از اتحادیه اروپا و سازمان‌های بین‌المللی، برای گسترش تجارت و همکاری بین‌المللی ضروری است. از سوی دیگر، این امر چالش‌ها و نگرانی‌های جدیدی نسبت به حفاظت از داده‌های شخصی ایجاد کرده است. بدین جهت از منظر قانون‌گذار اروپایی هنگامی که داده‌های شخصی از اتحادیه اروپا به کنترل‌کنندگان داده^۵

توسعه‌ی ابزارهای فناوری اطلاعات و ارتباطات و پردازش^۱ بیشتر داده‌های شخصی، ضرورت حمایت قانونی از حریم خصوصی اطلاعاتی و به‌طور خاص داده‌های شخصی افراد را روزافزون نموده است. چنین حمایت قانونی به‌عنوان جنبه‌ای از حقوق بشر و مصداقی از حقوق شهروندی^۲ در برخی از نظام‌های حقوقی به‌طور ویژه موردتوجه قرار گرفته است. در این راستا اتحادیه اروپا با تصویب مقررات عمومی حفاظت از داده^۳ - از این به بعد GDPR - الگویی را در خصوص حفاظت از داده‌ی شخصی^۴ به جهان معرفی نموده است. این مقررات با پرداختن به

غیرمستقیم، به‌ویژه با ارجاع به یک شناسه از جمله نام، شماره شناسایی، اطلاعات مکانی، شناسه آنلاین یا به یک یا چند ویژگی خاص مانند هویت فیزیکی، فیزیولوژیکی، روانی، اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی آن فرد حقیقی، شناسایی شود (EUR-Lex, 2016: 33).

داده‌ی شخصی ماهیتی دو جنبه‌ای دارد که مرکب از بُعد مالی (مادی) و غیرمالی (معنوی) است. بدین جهت این داده‌ها فی نفسه ارزشمند هستند و در زمره‌ی اموال اند. ابعاد مالی داده‌ی شخصی حق انحصاری هرگونه بهره‌برداری از داده‌ی شخصی است. ابعاد معنوی داده‌ی شخصی نیز حقوقی است که وابسته به شخصیت شخص موضوع داده است. این حقوق در نظام حقوقی ایران مورد تصریح قرار نگرفته‌اند؛ لیکن در مواد ۱۲ الی ۲۲ GDPR به آن‌ها اشاره شده است. چنین حقوقی از جمله دریافت اطلاعات در مورد پردازش داده‌های شخصی، دسترسی شخص موضوع داده به داده‌های شخصی مربوط به خود، حق تصحیح داده‌های شخصی نادرست یا ناقص و حذف داده‌های شخصی (فراموش شدن)، حق محدودیت پردازش داده‌های شخصی، حق انتقال داده، اعتراض به پردازش داده‌های شخصی برای اهداف بازاریابی و یا زمینه‌های مربوط به موقعیت‌های ویژه و عدم قرار گرفتن در معرض تصمیمات خودکار است. با توجه به ماهیت داده‌ی شخصی، حق بر داده‌ی شخصی نمی‌تواند حق مالکیت مرسوم و همچنین حقوق مالکیت معنوی باشد، زیرا قواعد حق مالکیت مرسوم و مصادیق مختلف مالکیت معنوی هیچ‌یک کاملاً منطبق بر داده‌ی شخصی نیستند و بدین جهت داده‌ی شخصی نمی‌تواند با جریان حق مالکیت مرسوم یا حقوق مالکیت معنوی حمایت شود؛ بنابراین بستر حقوقی مناسب جهت حمایت از داده‌ی شخصی، حق مالکیت ویژه‌ای است که متفاوت از حق مالکیت مرسوم است. این حق ویژگی‌های خاص خود را دارد که توضیح آن در این مقاله نمی‌گنجد.

⁵ controller

¹ Processing

پردازش به معنای عملیات یا مجموعه‌ای از عملیات است که بر روی داده‌ی شخصی یا مجموعه داده‌های شخصی، با وسایل خودکار و غیر آن، صورت گیرد، این موارد اعم از جمع‌آوری، ضبط، سازمان‌دهی، طبقه‌بندی، ذخیره‌سازی، اشتراک‌گذاری، تغییر، بازبازی، استفاده کردن، تجزیه و تحلیل کردن، انتشار، افشاء به‌وسیله مخابره کردن یا ایجاد دسترسی به شیوه‌های دیگر، ترکیب کردن، محدود نمودن، حذف و پاک کردن و یا تخریب است (EUR-Lex, 2016: 33).

^۲ حق بر حریم خصوصی اطلاعاتی و حفاظت از داده‌های شخصی از حقوق شهروندی و از جنبه‌های حقوق بشر است. این حق در اسناد ملی و بین‌المللی مختلفی به‌عنوان جنبه‌ای از حقوق بشر مورد تصریح قرار گرفته است، به‌عنوان نمونه ماده ۱۲ اعلامیه جهانی حقوق بشر، حق بر حریم خصوصی (با همه اقسام آن از جمله حق بر حریم خصوصی اطلاعاتی) را به‌عنوان یک حق اساسی به رسمیت شناخته است (United Nations, ۲۰۱۵: ۲۶). هم‌چنین در اتحادیه اروپا، حریم خصوصی و حمایت از داده دو حق حیاتی هستند (European Data Protection Supervisor, n.d.) که در مواد ۷ و ۸ منشور حقوق اساسی اتحادیه اروپا (۳۹۷: ۲۰۱۲، EUR-Lex) و ماده ۸ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر مورد تصریح قرار گرفته اند (Council of Europe, ۱۹۵۰: ۱۱).

³ General Data Protection Regulation (GDPR)

⁴ Personal Data

داده‌ی شخصی به موجب مقررات اروپایی حفاظت از داده، به معنای هر اطلاعاتی است که مربوط به شخص حقیقی شناخته‌شده یا قابل‌شناسایی (شخص موضوع داده) باشد. یک فرد حقیقی قابل‌شناسایی کسی است که به‌طور مستقیم یا



بحث را پیش برده است. به علاوه با توجه به سال نشر این کتاب واضح است که به GDPR اشاره نشده است. همچنین کروی (۱۳۸۴) کتابی با عنوان «اتحادیه اروپا و بحث حمایت از داده‌های شخصی و حریم خصوصی در ارتباطات الکترونیکی» تألیف نموده است. این کتاب نیز مانند اثر سابق، حمایت از داده‌های شخصی در حقوق ایران را صرفاً در بستر قانون تجارت الکترونیکی بررسی کرده است. به علاوه در مقام بررسی تطبیقی نیز به دستورالعمل ۱۹۹۵ اتحادیه اروپا نسبت به حفاظت از داده‌ی شخصی پرداخته است که در حال حاضر با جریان GDPR، این دستورالعمل نسخ شده و قابل استناد نیست. به علاوه اصلانی (۱۳۸۴) کتابی با عنوان «حقوق فناوری اطلاعات» تألیف نموده است. در این کتاب نیز، تفاوت‌های مذکور در آثار قبلی وجود دارد، همچنین عمده مباحث آن به طور خاص مربوط به حریم خصوصی است (به طور خاص نسبت به داده‌های شخصی نیست) و از منظر تطبیقی نیز به GDPR اشاره نکرده است.

فارغ از کتب بیان شده، در میان مقالات نیز موضوع پژوهش حاضر مغفول مانده است. به عنوان نمونه افراسیاب و ناصر (۱۳۹۹) مقاله‌ای با عنوان «چارچوب‌های حقوقی حفظ امنیت پردازش داده‌های خصوصی مطالعه تطبیقی حقوق ایران و اتحادیه اروپا» تدوین نموده‌اند. همچنین آقایی طوق و ناصر (۱۳۹۹) مقاله‌ای با عنوان «چالش‌های حفاظت از داده‌های خصوصی در حوزه اینترنت اشیا مطالعه تطبیقی حقوق ایران و اتحادیه اروپا» نگارش نموده‌اند. به علاوه رئیسی و قاسمزاده لیاسی (۱۳۹۹)

پردازنده به معنای شخص حقیقی یا حقوقی، مرجع عمومی یا نهاد دیگری است که از جانب کنترل‌کننده پردازش داده‌های شخصی را انجام می‌دهد (EUR-Lex, 2016: 33). پردازنده داده‌های شخصی را فقط به نمایندگی از کنترل‌کننده پردازش می‌کند. پردازنده باید ضمانت‌های کافی را برای اجرای اقدامات فنی و سازمانی مناسب ارائه کند تا اطمینان حاصل شود که پردازش توسط پردازنده مطابق با استانداردهای GDPR و تضمین حفاظت از حقوق افراد است (European Commission, 2018d).

پردازنده‌های داده^۱ یا سایر دریافت‌کنندگان در کشورهای ثالث یا سازمان‌های بین‌المللی منتقل می‌شوند، نباید سطح حفاظت از اشخاص حقیقی که توسط این مقررات در اتحادیه تضمین شده است، تضعیف شود. این امر می‌تواند شامل انتقال داده‌های شخصی از یک کشور ثالث یا سازمان بین‌المللی به کنترل‌کننده‌ها یا پردازنده‌هایی در همان کشور یا کشور ثالث یا سازمان بین‌المللی دیگر باشد.

با توجه به مطالب پیش‌گفته، پژوهش حاضر با شناسایی و تبیین این الزامات از منظر مقررات اروپایی حفاظت از داده (بند ۱) نسبت به چگونگی جریان آن‌ها در نظام حقوقی ایران تمرکز دارد (بند ۲). این امر به هدف تقویت حمایت از داده‌های شخصی به موجب حقوق ایران و مساعدت به قانون‌گذار برای تصریح بر حمایت‌هایی دقیق و جامع نسبت به داده‌های شخصی است.

قبل از ورود به بحث اصلی گفتنی است با وجود اینکه در خصوص حقوق فناوری اطلاعات، حمایت از حریم خصوصی اطلاعاتی و حق بر داده‌های شخصی آثار متعددی وجود دارد؛ لیکن موضوع پژوهش حاضر در سایر آثار مشاهده نشده است. به عنوان مثال نوری و نخجوانی (۱۳۸۳) کتابی با عنوان «حقوق حمایت از داده» تألیف نموده‌اند. کتاب مزبور ابتدا به مباحث مربوط به حریم خصوصی پرداخته و در گام بعد به حمایت از داده‌ها اشاره کرده است؛ لیکن جهت بررسی حمایت از داده‌های شخصی در نظام حقوقی ایران، صرفاً به قانون تجارت الکترونیکی پرداخته و از نگاه این قانون

کنترل‌کننده به معنای شخص حقیقی یا حقوقی، مرجع عمومی یا نهاد دیگری است که به‌تنهایی یا به‌طور مشترک با دیگران، اهداف و ابزار پردازش داده‌های شخصی را تعیین می‌کند. (EUR-Lex, 2016: 33) بدین جهت اگر یک شخص - اعم از حقیقی یا حقوقی - یا یک مرجع عمومی یا یک نهاد تصمیم بگیرد که چرا و چگونه داده‌های شخصی باید پردازش شوند، کنترل‌کننده داده است (Colcelli, 2019: 1031).

¹ Processor

ممکن است الزامات مختلف از جمله مستعاری سازی^۱، حفاظت از داده با طراحی و به‌طور پیش‌فرض^۲ و... رعایت نشوند.

الزامات مربوط به انتقال بین‌المللی داده شخصی در مواد ۴۴ الی ۴۹ GDPR مقرر شده‌اند. به‌موجب ماده ۴۴ GDPR هرگونه انتقال داده‌ی شخصی که در حال پردازش است یا پس از انتقال به کشوری ثالث یا سازمانی بین‌المللی برای پردازش در نظر گرفته می‌شود، باید با شرایط مقرر در ماده ۴۴ GDPR و مواد ذیل آن مطابقت داشته باشد. در واقع برای مشروعیت انتقال داده به کشورهای ثالث به‌موجب GDPR گذر از دو مرحله لازم است. در مرحله اول، انتقال باید مطابق با الزامات پردازش در داخل اتحادیه اروپا یعنی مبتنی بر رضایت شخص موضوع داده یا سایر مبانی حقوقی باشد. در مرحله دوم - علاوه بر موارد پیش‌گفته - انتقال باید با شرایط موجود در ماده ۴۴ GDPR و مواد بعد آن، به‌منظور اطمینان از سطح مناسب حفاظت از داده نیز مطابقت داشته باشد. در صورت فقدان این امر، امکان انتقال وجود ندارد هرچند که مبانی حقوقی برای پردازش به‌موجب مرحله اول رعایت شده باشد (Voigt & von dem Bussche, 2017: 117).

بنابراین این نوع از حفاظت، راه‌حلی برای معضلات ارائه نمی‌دهد، بلکه هدف آن جلوگیری از وقوع معضلات است (Ferrara & Spoto, 2018: 3).

به‌علاوه به‌طور پیش‌فرض، اشخاص پردازش کننده داده باید اطمینان حاصل کنند که داده‌ی شخصی با بالاترین سطح حفاظت از داده پردازش می‌شوند. برای مثال تنها داده‌های لازم باید پردازش شوند، دوره ذخیره‌سازی داده‌ها کوتاه و دسترسی محدود باشد و پردازش داده به‌طور پیش‌فرض باید به‌گونه‌ای باشد که داده‌ی شخصی برای تعداد زیادی از افراد قابل‌دسترس نباشد (حفاظت از داده به‌طور پیش‌فرض). با توجه به تعاریف مذکور، مثال‌های حفاظت از داده با طراحی مستعار سازی و رمزگذاری است و برای حفاظت از داده به‌طور پیش‌فرض می‌توان موردی را گفت که تنظیمات یک پیام‌رسان اجتماعی به‌گونه‌ای است که پروفایل کاربران از ابتدا و به‌طور پیش‌فرض، برای تعداد نامحدودی از افراد قابل‌دسترس نباشد (European Commission, 2018c).

مقاله‌ای با عنوان «چالش‌های نظام حقوقی ایران در نقض داده‌های شخصی و حریم خصوصی در فضای سایبر» تدوین نموده‌اند. در این پژوهش‌ها نیز از الزامات مربوط به انتقال بین‌المللی داده‌های شخصی سخنی به میان نیامده است و به‌طور خاص نگاه GDPR نسبت به این مسئله بررسی نشده است.

۱ الزامات مربوط به انتقال بین‌المللی داده شخصی به‌موجب مقررات عمومی حفاظت از داده اتحادیه اروپا (GDPR)

هدف قانون‌گذار اروپایی برای تصریح بر الزامات مربوط به انتقال بین‌المللی داده‌های شخصی، حمایت حداکثری از داده‌های شخصی است؛ زیرا کنترل‌کنندگان و پردازنده‌های خارج از اتحادیه اروپا - با اثرپذیری از قوانین و مقررات مختلف - ممکن است از داده‌های شخصی و اشخاص موضوع داده به‌اندازه کافی حفاظت نکنند و یا حتی از شیوه‌های پردازشی استفاده نمایند که حقوق اساسی اشخاص موضوع داده را تضعیف می‌کند. به‌عنوان نمونه

¹ Pseudonymisation

مستعار سازی به‌موجب ماده ۴ GDPR «به معنای پردازش داده‌های شخصی به روشی است که داده‌های شخصی دیگر نتوانند به یک شخص موضوع داده‌ی خاص بدون استفاده از اطلاعات اضافی نسبت داده شوند؛ به شرطی که چنین اطلاعات اضافی به‌طور جداگانه و همراه با اقدامات فنی و سازمانی نگهداری شود تا اطمینان حاصل شود که داده‌ها به یک شخص حقیقی شناسایی شده یا قابل‌شناسایی نسبت داده نمی‌شوند» (EUR-Lex, 2016: 33).

² Data Protection By Design And By Default

اشخاص پردازش کننده داده ملزم به اجرای اقدامات فنی و سازمانی مناسب جهت حفاظت از داده هستند. بدین منظور از همان مراحل اولیه، طراحی عملیات پردازش باید به‌گونه‌ای باشد که اصول حفاظت از حریم خصوصی و حفاظت از داده از همان ابتدا رعایت شود (حفاظت از داده با طراحی). حفاظت از داده با طراحی در واقع اقدامات پیشگیرانه است که خطرات حریم خصوصی را پیش‌بینی می‌کند و از آن‌ها جلوگیری می‌کند؛



تصمیم‌گیری برای کفایت یعنی اتحادیه اروپا بر وجود سطح کافی حفاظت از داده در یک کشور ثالث یا سازمان بین‌المللی، تصمیم گرفته است. باوجود این تصمیم کشورهای ثالث یا سازمان‌های بین‌المللی مورد نظر، امن تلقی می‌شوند و انتقال داده‌های شخصی به آن‌ها به کسب مجوز دیگر از سوی مراجع نظارتی نیاز ندارد. (See. Voigt & von dem Bussche, 2017: 117).

هم‌چنین در راستای رویه‌ی قضایی دیوان دادگستری اتحادیه اروپا^۸، ماده ۴۵ (۲) GDPR معیارهای مربوط به «تصمیم‌گیری برای کفایت» از جمله بررسی قانون حفاظت از داده‌ی کشور ثالث، رویه‌های اجرایی، نظارت و تعهدات بین‌المللی آن کشور ثالث را مقرر می‌کند. البته لازم نیست همه معیارها به‌طور یکسان وجود داشته باشند؛ چراکه تشخیص سطح مناسب حفاظت از داده با ارزیابی کلی در شرایط خاص، ایجاد می‌شود. در صورت مثبت بودن نتیجه این ارزیابی، کمیسیون اروپا می‌تواند «تصمیم‌گیری برای کفایت» را انجام دهد.^۹ در این صورت کمیسیون باید مکانیسم بازبینی دوره‌ای و چگونگی اعمال آن را مشخص نماید، هم‌چنین در صورت امکان مراجع نظارتی کشور ثالث را نیز تعیین کند (See. Bu-Pasha, 2017: 222).

کمیسیون اروپا تاکنون آندورا، آرژانتین، کانادا (سازمان‌های تجاری آن)، جزایر فارو، گورنسی، دوگلاس (جزیره من)، جرسی، نیوزیلند، سوئیس، ایالات متحده آمریکا- نسبت به شرکت‌های دارای مجوز سپر حریم خصوصی^{۱۰} - و اروگوئه را دارای

تصمیم گرفته است یا تصمیم‌گیری کفایت خود را لغو کرده است، منتشر می‌کند.

^{۱۰} بر اساس دستورالعمل حفاظت از داده در اتحادیه اروپا (بستر قانونی سابق)، داده‌های شخصی تنها در صورتی می‌توانند به سایر کشورها منتقل شوند که به اندازه کافی در آنجا محافظت شوند. اینکه آیا سایر کشورها در موقعیتی هستند که سطح کافی حفاظت از داده را تضمین کنند، باید توسط کمیسیون اروپا ارزیابی شود. این پیش‌زمینه‌ای بود تا در سال ۲۰۰۰، کمیسیون اتحادیه اروپا در تصمیم بندرگاه امن خود (Safe Harbor decision) اعلام کند که ایالات متحده کشوری است

گفتنی است الزامات مربوط به انتقال، هم‌چنین شامل انتقال داده‌ی شخصی از کشوری ثالث یا سازمانی بین‌المللی به‌طرف دیگر است، درواقع تدابیر حفاظتی برای انتقال داده‌ی شخصی به کشور ثالث به‌موجب GDPR، شرایط مناسبی را برای نقل و انتقالات بعدی نیز فراهم می‌نماید تا سطح مناسب حفاظت از داده - مشابه با آنچه در GDPR در مورد چنین انتقال‌هایی وجود دارد- حفظ شود (EUR-Lex, 2016: 60). ابزارهای متنوعی که در راستای تحقق الزامات مربوط به انتقال داده‌های شخصی به کشورهای ثالث یا سازمان‌های بین‌المللی مورد توجه GDPR قرار گرفته‌اند، وجود سطح کافی حفاظت از داده (تصمیم کفایت)^۱، شروط قراردادی استاندارد^۲، قواعد الزامی شرکتی^۳، مکانیسم گواهی‌نامه^۴ و منشور رفتاری^۵ و درنهایت وجود موقعیت‌های ویژه^۶ در ماده ۴۹ GDPR است. تبیین این موارد در بندهای جداگانه به شرح ذیل است.

۱٫۱ وجود سطح کافی حفاظت از داده

به‌موجب ماده ۴۵ (۱) GDPR امکان انتقال داده‌های شخصی به کشور ثالث یا سازمان‌های بین‌المللی وجود دارد، در صورتی که کمیسیون اروپا تصمیم گیرد که کشور ثالثی، منطقه‌ای، یک یا چند بخش مشخص در یک کشور ثالث یا سازمان بین‌المللی مورد نظر، سطح کافی حفاظت از داده را تضمین می‌نماید. چنین تصمیمی با اصطلاح «تصمیم کفایت»^۷ در GDPR مقرر شده است. به دیگر سخن

¹ Adequacy decision

² Standard Contractual Clauses (SCC)

³ Binding Corporate Rules (BCR)

⁴ Certification mechanism

⁵ Codes of Conduct (COC)

⁶ specific situations

⁷ Adequacy decision

⁸ European Court of Justice (ECJ)

^۹ با توجه به نص ماده ۴۵ (۸) GDPR، کمیسیون اروپا در وب‌سایت و روزنامه رسمی اتحادیه اروپا، فهرستی از کشورهای ثالث، منطقه‌ها و بخش‌های مشخصی که بر کفایت آن‌ها

استاندارد منعقد نمایند تا سطح مناسب حفاظت از داده برای انتقال داده فراهم شود. البته در مواردی که طرفین متعهد از شروط قراردادی استاندارد استفاده می‌کنند، سطح کافی حفاظت از داده، صرفاً توسط دریافت‌کننده‌ی داده که طرف قرارداد است - و در کشور ثالث مستقر بوده - تضمین شده تلقی می‌شود و کل کشور ثالث، کشوری «امن» برای انتقال داده از اتحادیه اروپا محسوب نمی‌گردد. این امر در شرایطی است که این شروط به‌طور قراردادی، صرفاً یک شخص پردازش کننده داده‌ی غیر عضو اتحادیه اروپا را متعهد می‌سازد تا سطح حفاظت از داده را به میزان اتحادیه اروپا تضمین نماید (Voigt & von dem Bussche, 2017: 119).

شروط قراردادی استاندارد باید به‌طور کامل و بدون تغییر اتخاذ شوند ولی استفاده از آن‌ها، مانعی برای کنترل‌کننده یا پردازنده با دریافت‌کنندگان خارج از اتحادیه‌ی اروپا برای انعقاد قراردادی موسع نیست. بدین جهت متعاقدين می‌توانند سایر بندها یا ضمانت‌های اضافی را لحاظ کنند، مشروط بر این‌که این موارد، به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم با شروط قراردادی استاندارد مغایرت نداشته باشند و حقوق اشخاص موضوع داده را نیز نقض نکند. (EUR-Lex, 2016: 20 & 21).

تاکنون کمیسیون اروپا سه مجموعه از این شروط را تصویب نموده است. دو مجموعه از آن‌ها برای انتقال داده از کنترل‌کنندگان در اتحادیه اروپا به کنترل‌کنندگان در غیر اتحادیه اروپا و یکی از آن‌ها برای انتقال داده از کنترل‌کنندگان در اتحادیه اروپا به پردازنده‌های در غیر اتحادیه اروپا است.^۲ از

را بی اعتبار اعلام کرد و از این رو مبنای حقوقی برای انتقال داده های شخصی به ایالات متحده را پس گرفت. کمیسیون اروپا و ایالات متحده برای ایجاد یک چارچوب جدید در سال ۲۰۱۶، معروف به «سپر حریم خصوصی اروپا - ایالات متحده» به توافق رسیدند (See. Sullivan, ۲۰۱۹; ۳۸۸-۳۸۹ & See. Bu-Pasha, ۲۰۱۷: ۲۲۴).

^۱ Standard Contractual Clauses (scc)

^۲ هر سه مجموعه شروط قراردادی استاندارد در وب سایت کمیسیون اروپا موجود است:

سطح کافی حفاظت از داده می‌داند (European Commission, 2019). به‌عنوان مثال یک شرکت فرانسوی قصد دارد خدمات خود را به آمریکای جنوبی به‌ویژه آرژانتین، اروگوئه و برزیل ارائه دهد. اولین گام این است که بررسی کند آیا آن کشورهای ثالث دارای «تصمیم کفایت» هستند. در این مثال، آرژانتین و اروگوئه، دو کشور امن اعلام شده‌اند و تصمیم کفایت نسبت به آن‌ها وجود دارد؛ بنابراین شرکت فرانسوی می‌تواند داده‌های شخصی را بدون هیچ‌گونه الزام حفاظتی دیگر به آن دو کشور ثالث انتقال دهد ولی برای انتقال به برزیل که دارای تصمیم کفایت نیست، شرکت فرانسوی باید از سایر ابزارهای معرفی شده برای انتقال بین‌المللی داده‌ها در GDPR استفاده نماید (European Commission, 2018e).

۱،۲ شروط قراردادی استاندارد

در برخی موارد ممکن است حتی با فقدان تضمین سطح مناسب حفاظت از داده مطابق با استانداردهای GDPR در یک کشور ثالث یا سازمان بین‌المللی، اشخاص پردازش کننده داده (کنترل‌کننده‌ها و پردازنده‌ها) هنوز مایل به انتقال داده‌های شخصی به چنین کشور یا سازمانی باشند. به‌منظور جبران فقدان حفاظت از داده، طرف ارسال‌کننده داده و طرف دریافت‌کننده، می‌توانند مطابق با ماده ۴۶ (۲) بندهای ج و GDPR، از شروط قراردادی استاندارد اتحادیه اروپا (scc)^۱ استفاده نمایند. درواقع منتقل‌کننده داده در اتحادیه اروپا و دریافت‌کننده داده در خارج از اتحادیه اروپا، می‌توانند قراردادی مبتنی بر شروط قراردادی

که سطح مناسبی در خصوص حفاظت از داده‌ها دارد. بدین جهت داده‌های شخصی مشتریان یا کاربران اینترنت و همچنین کارمندان را می‌توان از کشورهای عضو اتحادیه اروپا بدون هیچ‌گونه الزام دیگر به ایالات متحده آمریکا منتقل کرد. با این حال، دیوان دادگستری اروپا (ECJ) در حکم خود در ۶ اکتبر ۲۰۱۵ (مراجعه به C-۳۶۲/۱۴) بیان کرد که سطح مناسب حفاظت از داده در ایالات متحده وجود ندارد و داده‌های شخصی به اندازه کافی در ایالات متحده محافظت نمی‌شود. با توجه به این امر، ECJ، تصمیم کمیسیون اتحادیه اروپا در خصوص بندرگاه امن



از جمله فعالیت‌های پردازشی درون‌گروهی وجود ندارد؛ هم‌چنین از آن‌ها می‌توان در شرایطی استفاده کرد که بیش از دو طرف درگیر هستند. در مقابل معایبی نیز وجود دارد، از جمله اینکه در استفاده از این شروط فردیت و انعطاف‌پذیری برای توجه به نیازهای خاص هر شخص پردازش کننده داده مفقود است، البته این امر ویژگی ذاتی همه‌ی اقسام قراردادهای نمونه است؛ هم‌چنین استفاده از آن‌ها برای فعالیت‌های پردازشی درون‌گروهی ممکن است در مقایسه با قواعد الزامی شرکتی به تلاش بیشتر برای تحقق نیاز داشته باشد، زیرا باید بین همه اعضای گروه به‌طور جداگانه توافق شود (Voigt & von dem Bussche, 2017: 122).

۱٫۳ قواعد الزامی شرکتی

ابزار دیگر قابل‌استفاده برای جبران فقدان حفاظت از داده، در کشور ثالثی که به‌موجب ماده ۴۵ GDPR «امن» نیست، قواعد الزامی شرکتی (BCR)^۱ است. اشخاص پردازش کننده داده می‌توانند به‌موجب مواد ۴۶ (۲) (ب) و ۴۷ GDPR برای انتقال بین‌المللی داده‌های شخصی از قواعد الزامی شرکتی (BCR) استفاده نمایند. این قواعد حفاظت کافی برای انتقال بین‌المللی داده‌ها را ایجاد می‌کنند و برای اولین بار الزامات قانونی دقیق آن توسط GDPR موردتوجه قرار گرفته است. در واقع این ابزار، سیاست‌های حریم خصوصی جهانی اعضای گروه را برای انتقال بین‌المللی داده‌های شخصی به آن دسته از اعضای گروه که در کشورهای ثالث واقع شده‌اند و سطح مناسب حفاظت از داده را به‌موجب ماده ۴۵ GDPR ندارند، تبیین می‌نماید. این ابزار مطابق با منافع گروه تعهدات (سازمان تجاری)^۲ یا شرکت‌های درگیر در فعالیت اقتصادی مشترک و در جهت دسترسی به داده‌های شخصی برای تمام شرکت‌های درگیر - صرف‌نظر از اینکه آن‌ها در داخل یا خارج از اتحادیه اروپا قرار دارند- است؛ بنابراین این قواعد

شروط قراردادی استاندارد کنترل‌کننده به کنترل‌کننده باید به‌صورت متناوب استفاده شود و ترکیبی از شروط هر دو مجموعه مجاز نیست. مجموعه اول مربوط به تصمیم 2001/497/EC است که به‌موجب آن هر دو طرف مسئولیت مشترک و چندجانبه برای تعهدات حفاظت از داده دارند. مجموعه دوم نیز در خصوص تصمیم 2004/915/EC است که عموماً به‌عنوان تجارتی دوستانه‌تر در نظر گرفته می‌شود؛ زیرا با همکاری انجمن‌های تجاری مختلف توسعه‌یافته است. به‌موجب این مجموعه، تعهدات حفاظت از داده به‌وضوح بین طرفین تخصیص می‌شوند و هر طرف مسئولیت تعهدات خود را بر عهده دارد. مجموعه سوم نیز شروط قراردادی استاندارد کنترل‌کننده به پردازنده مبتنی بر تصمیم 2010/87/EU است. به‌موجب این دسته از شروط قراردادی، فعالیت‌های برون‌سپاری به پردازنده فرعی در صورتی که بتواند سطح مناسب حفاظت از داده را فراهم کند، مجاز است (European Commission, 2018b).

در مقام عمل استفاده از این شروط مزایا و معایبی دارد که باید قبل از انتخاب این مبنای حقوقی، در نظر گرفته شوند. مزیت‌ها عبارت‌اند از اینکه استفاده از آن‌ها سریع است و نسبت به مذاکره برای انعقاد یک قرارداد یا اتخاذ قواعد الزامی شرکتی - که توضیح آن در بند بعد خواهد آمد- به تلاش کمتری نیاز دارد؛ شروط قراردادی استاندارد حاوی قواعد حفاظت از داده مطابق با قانون است و از آنجایی که آن‌ها باید به‌طور کامل و بدون تغییر پذیرفته شود، مذاکرات بین طرفین بر استانداردهای قانونی حفاظت از داده تأثیر منفی نمی‌گذارد؛ آن‌ها می‌توانند به‌عنوان مبنای قراردادی برای انتقال بین کنترل‌کننده‌های ارسال‌کننده و کنترل‌کننده‌ها یا پردازنده‌های دریافت‌کننده بدون توجه به رابطه شخصی‌شان عمل کنند، بنابراین هیچ محدودیتی

¹ Binding Corporate Rules (BCR)

² Group of Undertakings

http://ec.europa.eu/justice/data-protection/international-transfers/transfer/index_en.htm, accessed 3 Feb 2017

باوجود این که این قواعد به‌عنوان ابزاری برای انتقال بین‌المللی داده‌های شخصی قابل اتخاذ است؛ لیکن استفاده از آن‌ها در مقام عمل مستلزم مزایا و معایبی است که اشخاص پردازش‌کننده داده، باید قبل از اتخاذ، این موارد را موردتوجه قرار دهند. ازجمله معایب این است که پیاده‌سازی آن‌ها مستلزم بررسی دقیق جریان داده‌ها درون گروه است تا مشخص شود که کدام کشورهای ثالث در معرض دائم انتقال داده هستند و چه سطحی از حفاظت داده را فراهم می‌کنند؛ همچنین استفاده از آن‌ها محدود به انتقال داده‌ها درون گروه است؛ به‌علاوه ضرورت تأیید آن‌ها توسط مرجع نظارتی ذی‌صلاح، به تلاش قابل‌توجهی توسط گروه نیاز دارد تا بتوانند این قواعد را پیاده‌سازی کنند. در مقابل مزیت‌ها عبارت‌اند از اینکه استفاده از آن‌ها استانداردهای حفاظت از داده را به شیوه‌ای اجرا می‌کند که متناسب با نیازهای خاص گروه باشد؛ آن‌ها در مقایسه با شروط قراردادی استاندارد، ابزاری مستقل و انعطاف‌پذیر برای انتقال بین‌المللی داده‌ها هستند؛ همچنین فرآیند اجرای دقیق این قواعد، مستلزم شناسایی دقیق جریان داده‌ها است و می‌تواند برای انجام سایر تعهدات بر اساس GDPR مانند حقوق اشخاص موضوع داده، مفید باشد (Voigt & von dem Bussche, 2017: 129).

د. پردازش برای حفظ منافع حیاتی شخص موضوع داده یا شخص حقیقی دیگری ضروری است؛
ه. پردازش برای انجام وظیفه‌ای در جهت منافع عمومی یا اعمال اختیارات رسمی واگذارشده به کنترل‌کننده، ضروری است؛
و. پردازش برای اهداف مشروع دنبال شده توسط کنترل‌کننده یا شخص ثالث، ضروری است، مگر در مواردی که این منافع تحت‌الشعاع منافع، حقوق یا آزادی‌های اساسی شخص موضوع داده قرار گیرند که مستلزم حفاظت از داده‌های شخصی است، به‌خصوص در صورتی که شخص موضوع داده کودک است.
بند «و» برای پردازش توسط مراجع عمومی در انجام وظایفشان اعمال نمی‌شود» (EUR-Lex, 2016, p. 36).

استانداردی برای حفاظت از داده درون‌گروهی است که سطح مناسبی از امنیت داده را مطابق با استانداردهای قانونی اتحادیه اروپا تضمین می‌کند. به دیگر سخن این قواعد مربوط به دو موقعیت است. اولاً شرکت‌های چندملیتی گروه تعهدات (سازمان تجاری) که متشکل از یک کنترل‌کننده‌ی گروه تعهدات (سازمان تجاری) و کنترل‌شونده‌ی گروه تعهدات (سازمان تجاری) ^۱ است. ثانیاً برای گروهی از شرکت‌های درگیر در فعالیت اقتصادی مشترک است. لازم به ذکر است اعضای این گروه، برخلاف گروه تعهدات (سازمان تجاری) از نظر قانونی مستقل هستند و به دلیل استقلال خود، گروه تعهدات (سازمان تجاری) محسوب نمی‌شوند. (See. European Commission, 2018a).

با توجه به مطالب پیش‌گفته، قواعد الزامی شرکتی نمی‌تواند به‌عنوان مبنایی برای انتقال بین‌المللی داده، به شرکت‌هایی که مربوط به گروه تعهدات (سازمان تجاری) یا شرکت‌های درگیر در یک فعالیت اقتصادی مشترک نیستند، مورداستفاده قرار گیرد. به‌علاوه، شرکت‌های گروه باید به خاطر داشته باشند که این قواعد صرفاً سطح مناسب حفاظت از داده در گروه را اثبات می‌کند؛ لیکن نمی‌تواند به‌عنوان مبنای حقوقی برای پردازش عمل کند. بدین‌جهت شرکت‌های گروه باید تضمین کنند که مبنای حقوقی برای پردازش - مقرر در ماده ۶ (۱) GDPR ^۲- دارند (See. Eija, 2018: 28).

^۱ در ماده ۴ (۱۹) GDPR، گروه تعهدات (سازمان تجاری) شرکت کنترل‌کننده به همراه شرکت کنترل‌شونده‌ی تحت آن، تعریف شده است.

^۲ ماده ۶ (۱) GDPR مقرر می‌کند «پردازش مجاز است اگر حداقل یکی از موارد ذیل وجود داشته باشد:

ا. شخص موضوع داده به پردازش داده‌های شخصی خود برای یک یا چند هدف خاص رضایت داده باشد؛

ب. پردازش برای اجرای قرارداد ضروری است، شخص موضوع داده باید یکی از اطراف قرارداد باشد یا پردازش به‌منظور انجام مراحل به درخواست شخص موضوع داده قبل از انعقاد قرارداد رخ دهد؛

ج. پردازش برای انجام تعهد قانونی که کنترل‌کننده تابع آن است، ضروری است؛



۱،۴ گواهی‌نامه‌ها و منشورهای رفتاری

ابزارهای دیگری که در خصوص انتقال بین‌المللی داده‌ها قابل اشاره هستند، ابزارهای «خود - مقرراتی»^۱ اند که می‌توانند در جهت اثبات انطباق با GDPR کمک نمایند. چنین ابزارهایی منشورهای رفتاری^۲ (مقرر در ماده ۴۰ و ۴۱ GDPR) و مکانیسم گواهی‌نامه^۳ (مقرر در ماده ۴۲ و ۴۳ GDPR) هستند که به‌طورکلی می‌توانند سطح مناسبی از امنیت داده را تضمین نمایند و به‌عنوان مبنای حقوقی برای انتقال بین‌المللی داده‌ها نیز استفاده شوند (Segovia Domingo & Desmet Villar, 2018: 3).

منشور رفتاری از منظر GDPR از ابزارهای پاسخگویی داوطلبانه است که تعهدات بر اساس GDPR را برای یک بخش یا فناوری خاص مشخص می‌کند. این منشورها برای اشخاص پردازش‌کننده داده (کنترل‌کننده‌ها و پردازنده‌ها) شناسایی چالش‌های کلیدی در زمینه‌ی حفاظت از داده را در شرکت، سازمان و نهاد خود ممکن می‌سازند تا در جهت رفع آن‌ها اقدامات مناسب مورد توجه قرار گیرند. با وجود منشور رفتاری، کنترل‌کننده‌ها و پردازنده‌ها می‌توانند اطمینان حاصل نمایند که آن‌ها GDPR را به‌طور مؤثری اعمال می‌کنند (ICO,)

(2018a). مکانیسم گواهی‌نامه نیز، روش صدور گواهی برای یک محصول، فرآیند یا سرویس خاص است. بر اساس GDPR^۴، گواهی‌نامه‌ها نیز ابزاری داوطلبانه برای کنترل‌کننده‌ها و پردازنده‌ها در راستای افزایش شفافیت و اثبات انطباق با GDPR هستند. این ابزار متضمن اصل پاسخگویی است و برای اشخاص موضوع داده، امکان ارزیابی سریع سطح حفاظت از داده‌ی کالاها و خدمات مربوطه را ممکن می‌سازد. به‌طورکلی گواهی‌نامه‌ها برای اثبات انطباق فعالیت‌های گواهی‌شده با GDPR، مورد استفاده قرار می‌گیرند (Practical Law, n.d).

این دو ابزار می‌توانند برای انتقال بین‌المللی داده‌های شخصی نیز استفاده شوند. بدین ترتیب که اشخاص پردازش‌کننده داده که در کشوری ثالث واقع شده‌اند، می‌توانند به یک منشور رفتاری تأیید شده با اعتبار عمومی به‌موجب ماده ۴۰ (۳)^۵ پایبند باشند. از سویی دیگر کنترل‌کننده‌ها و پردازنده‌ها نیز تعهدات الزامی نسبت به شرکتی که داده از طریق قرارداد یا سایر ابزارهای حقوقی لازم‌الاجرا به آن منتقل شده است، دارند. هم‌چنین اشخاص پردازش‌کننده داده در کشور ثالث می‌توانند گواهی‌نامه‌ای به دست آورند که مبین سطح مناسب حفاظت از داده به‌موجب ماده ۴۲ (۲) GDPR^۶ است. این

در خصوص حقوق اشخاص موضوع داده، انجام دهند» (EUR-Lex, 2016: 57).

ماده ۴۲ (۲) GDPR «(۱) علاوه بر پایبندی کنترل‌کننده‌ها یا پردازنده‌های موضوع این مقررات به مکانیسم گواهی‌نامه‌ی تصویب شده حفاظت از داده، مهر و یا علائم تاییده شده به موجب بخش ۵ این ماده، ممکن است این موارد به منظور اثبات وجود حفاظت‌های مناسب ارائه شده توسط کنترل‌کننده‌ها یا پردازنده‌هایی که موضوع این مقررات به موجب ماده ۳ نیستند، در چارچوب انتقال داده‌های شخصی به کشورهای ثالث یا سازمان‌های بین‌المللی به موجب شرایط مندرج در بند (و) ماده (۴۶) انجام شود. (۲) این کنترل‌کننده‌ها یا پردازنده‌ها باید از طریق ابزارهای قراردادی یا سایر ابزارهای حقوقی الزام‌آور، تعهدات لازم و قابل اجرایی را برای اعمال حفاظت‌های مناسب از جمله برای اعمال حقوق شخص موضوع داده رعایت نمایند» (EUR-Lex, 2016: 59).

¹ Self-regulation

² Codes of Conduct (COC)

³ Certification mechanism

^۴ البته مقررات اروپایی حفاظت از داده، اصطلاح مربوط به مکانیسم گواهی‌نامه را تعریف نکرده است و این تعریف از منابع دیگر و با توجه به رویکرد حمایتی GDPR استنباط شده است.

^۵ ماده ۴۰ (۳) GDPR «علاوه بر پایبندی کنترل‌کننده‌ها یا پردازنده‌های موضوع این مقررات به منشورهای رفتاری تأیید شده به موجب بخش ۵ این ماده و داشتن اعتبار عمومی مطابق بخش ۹ این ماده، ممکن است منشورهای رفتاری توسط کنترل‌کننده‌ها یا پردازنده‌هایی رعایت شوند که تابع این مقررات مطابق با ماده ۳ نیستند. این امر برای تحقق حفاظت مناسب در چارچوب انتقال داده‌های شخصی به کشورهای ثالث یا سازمان‌های بین‌المللی به موجب شرایط مذکور در بند (ه) ماده ۴۶ (۲) است. این کنترل‌کننده‌ها یا پردازنده‌ها باید از طریق ابزارهای قراردادی و یا سایر ابزارهای حقوقی الزام‌آور، تعهدات لازم و قابل اجرایی را برای اعمال حفاظت‌های مناسب از جمله

شخص موضوع داده بین کنترل‌کننده و یک شخص حقیقی یا حقوقی دیگر ضروری است؛ د- انتقال به دلایل منافع مهم عمومی ضروری است؛ ه- انتقال برای ایجاد، اعمال یا دفاع از مطالبات حقوقی ضروری است؛ و- انتقال به منظور حفاظت از منافع حیاتی شخص موضوع داده یا افراد دیگر درجایی که شخص موضوع داده از نظر جسمی یا قانونی قادر به رضایت نیست، ضروری است؛ ز- انتقال از طریق سیستم ثبتي انجام می‌شود که به موجب قانون اتحادیه یا کشورهای عضو، اطلاعاتی را در اختیار عموم قرار می‌دهد یا به‌طور کلی برای عموم یا هر شخصی که منافع قانونی دارد قابل دسترسی است؛ لیکن صرفاً در صورتی که شرایط مقرر در قانون اتحادیه یا کشورهای عضو برای دسترسی در مورد خاص محقق شود. در صورت فقدان تصمیم‌گیری برای کفایت، قانون اتحادیه یا کشور عضو می‌تواند به دلایل منافع مهم عمومی به صراحت، محدودیت‌هایی را برای انتقال دسته‌های خاص از داده‌های شخصی به کشور ثالث یا سازمان بین‌المللی مشخص کند. کشورهای عضو باید این مفاد قانونی را به کمیسیون اطلاع دهند» (EUR-Lex, 2016: 64). با توجه به کثرت موقعیت‌های مقرر در این ماده توضیح اهم این موارد به شرح ذیل است.

به موجب ماده ۴۹ (الف) (۱) GDPR امکان انتقال داده‌ی شخصی به یک کشور ثالث - فارغ از سطح حفاظت از داده‌ای که در آن کشور وجود دارد - در صورتی که شخص موضوع داده صراحتاً با انتقال موافقت کرده باشد وجود دارد. دلیل این امر احترام به حق حریم خصوصی افراد است که آن‌ها را قادر می‌سازد تا در مورد رفتار با داده‌های شخصی خود، آن‌گونه که مناسب می‌دانند تصمیم گیرند. البته علاوه بر شرایط رضایت معتبر بر اساس GDPR^۱،

گواهی‌نامه می‌تواند به‌عنوان مبنای حقوقی برای انتقال بین‌المللی داده نیز عمل کند، در صورتی که دریافت‌کننده داده نیز به رعایت تعهدات الزامی به‌عنوان مثال از طریق قرارداد، ملزم شود (See. Sullivan, 2019; 390).

۱٫۵ وجود موقعیت‌های ویژه مقرر در ماده ۴۹ GDPR

تا بدین جا با استناد به مواد ۴۴ الی ۴۸ GDPR ابزارهای مختلفی که به‌عنوان مجوز برای انتقال بین‌المللی داده‌های شخصی وجود داشت، مورد توجه قرار گرفت. فارغ از این موارد، انتقال داده‌های شخصی به کشورهای ثالث یا سازمان‌های بین‌المللی ممنوع است مگر این‌که موقعیت‌های خاص در ماده ۴۹ GDPR وجود داشت باشند. بدین جهت در صورت فقدان ابزارهای پیش‌گفته برای انتقال بین‌المللی داده‌های شخصی، وجود هر یک از موقعیت‌های ویژه مقرر در ماده ۴۹ GDPR نیز می‌تواند مجوزی برای انتقال بین‌المللی داده‌ها باشد. به موجب نص این ماده «در صورت فقدان تصمیم‌گیری برای کفایت مطابق با ماده ۴۵ (۳) یا ضمانت‌های حفاظتی مناسب به موجب ماده ۴۶ شامل قواعد الزامی شرکتی؛ انتقال یا مجموعه انتقال‌های داده‌ی شخصی به کشور ثالث یا سازمان بین‌المللی صرفاً با حصول هر یک از شرایط ذیل قابل انجام است: الف- پس از مطلع شدن از خطرات احتمالی، شخص موضوع داده حتی با فقدان تصمیم‌گیری برای کفایت و سایر ضمانت‌های حفاظتی مناسب برای داده‌های موردنظر، به انتقال پیشنهادی رضایت صریح داده است؛ ب- انتقال برای اجرای قرارداد بین شخص موضوع داده و کنترل‌کننده یا برای انجام اقدامات پیش قراردادی به درخواست شخص موضوع داده ضروری است. ج- انتقال برای انعقاد یا اجرای قرارداد منعقد در جهت منافع

کتابی مرتبط با موضوعات دیگر کسب شود، درخواست رضایت باید به شیوه‌ای ارائه شود که به‌وضوح از سایر موارد، به شکلی قابل فهم و در دسترس، با استفاده از زبانی روشن و ساده قابل تشخیص باشد. هر بخشی از چنین اظهارنامه‌ی کتبی که

^۱ «ماده ۷ - شرایط رضایت: ۱- درجایی که پردازش بر اساس رضایت است، کنترل‌کننده باید بتواند ثابت کند که شخص موضوع داده با پردازش داده‌های شخصی خود موافقت کرده است. ۲- اگر رضایت شخص موضوع داده در ضمن اظهارنامه



قانون اتحادیه اروپا یا قانون کشور عضو که برای کنترل‌کننده لازم‌الاجرا است، در این زمینه معتبر هستند. برای مثال منافع مهم عمومی می‌توانند تبادل بین‌المللی داده‌ها بین مراجع رقابتی، ادارات مالیات یا گمرک، بین مراجع نظارت مالی، بین مراجع خدماتی ذی‌صلاح برای مسائل تأمین اجتماعی یا برای بهداشت عمومی باشند. همچنین بر اساس ماده ۴۹ (۱) (و) GDPR انتقال مجاز است، در صورتی که برای حفاظت از منافع حیاتی شخص موضوع داده یا افراد دیگر ضروری بوده و شخص موضوع داده نیز از لحاظ جسمی یا قانونی قادر به رضایت دادن نباشد. (See. EUR-Lex, 2016: 64-65).

در نهایت نیز می‌توان به ماده ۴۹ (۱) GDPR اشاره نمود. به موجب این مفاد قانونی در صورتی که منافع مشروع کنترل‌کننده بر منافع شخص موضوع داده غالب باشد، انتقال بین‌المللی داده‌های شخصی مجاز است. با توجه به نص این ماده، این بند نمی‌تواند به‌عنوان مبنای حقوقی برای پردازنده‌ها به‌منظور انتقال داده‌های شخصی به پردازنده‌های فرعی در خارج از اتحادیه اروپا عمل کند. همچنین صرفاً در صورتی قابل‌اعمال است که سایر مبنای حقوقی (مجوزها) برای انتقال بین‌المللی داده‌های شخصی وجود نداشته باشد و کنترل‌کننده ارسال‌کننده نیز شرایط مقرر در این ماده را رعایت نماید (See. EUR-Lex, 2016: 64).

مذول داشت که آیا اجرای یک قرارداد، از جمله ارائه‌ی یک خدمت، مشروط به رضایت برای پردازش داده‌های شخصی است که برای اجرای آن قرارداد ضروری نیستند یا خیر» (EUR-Lex, 2016: 37).

رضایت باید صراحتاً به انتقال یا انتقال‌های موردنظر مربوط باشد. همچنین با توجه به نص ماده ۴۹ (۱) الف) GDPR شخص موضوع داده باید از خطرات احتمالی انتقال - به دلیل فقدان سطح مناسب حفاظت از داده در کشور ثالث - مطلع شود. بدین‌جهت در زمان اعلام رضایت، اشخاص موضوع داده باید از اینکه سطح حفاظت از داده در کشور ثالث متناسب با سطح حفاظتی مقرر در GDPR نیست، مطلع شوند (See. EUR-Lex, 2016: 64).

همچنین بر اساس ماده ۴۹ (ب) GDPR در صورتی که برای اجرای قرارداد بین شخص موضوع داده و ارسال‌کننده‌ی داده یا برای انجام امور پیش قراردادی به درخواست شخص موضوع داده، انتقال ضروری باشد، این امر مجاز است. ضرورت انتقال صرفاً درجایی است که ارتباط نزدیک و اساسی بین شخص موضوع داده و اهداف قراردادی وجود داشته باشد. بدین‌جهت اگر اهداف قرارداد، بدون انتقال داده به کشور ثالث قابل تحقق است، چنین انتقالی غیرضروری است و بر اساس ماده ۴۹ (ب) GDPR مجاز نیست (Voigt & von dem Bussche, 2017: 130). همچنین به‌موجب ماده ۴۹ (ج) GDPR ضرورت انتقال برای انعقاد یا اجرای قرارداد منعقدشده - به نفع شخص موضوع داده - بین کنترل‌کننده و شخص ثالث نیز مجوزی برای انتقال است (EUR-Lex, 2016: 64).

مجوز دیگر، ضرورت انتقال به جهت منافع مهم عمومی یا حفاظت از منافع حیاتی افراد است. به‌موجب ماده ۴۹ (د) GDPR این جواز به دلیل وجود ملازمه بین انتقال داده‌ها و تحقق منافع مهم عمومی است. البته متعاقب ماده ۴۹ (۴) GDPR صرفاً منافع مهم عمومی شناسایی‌شده به‌موجب

ناقض این مقررات است، الزام‌آور نیست. ۳- شخص موضوع داده باید این حق را داشته باشد که در هر زمان رضایت خود را پس بگیرد. پس گرفتن رضایت، بر مجاز بودن پردازش مبتنی بر رضایت قبل از پس گرفتن، تأثیری نخواهد داشت. قبل از کسب رضایت، شخص موضوع داده باید از حق پس گرفتن مطلع شود. انصراف از رضایت باید به‌راحتی کسب رضایت باشد. ۴- هنگام ارزیابی این‌که آیا رضایت آزادانه است، باید حداکثر توجه را

۲ بررسی الزامات مربوط به انتقال بین‌المللی داده شخصی در نظام حقوقی ایران

حریم خصوصی دو اصطلاح مترادف هستند و به جای هم به کار می‌روند (برخلاف حقوق اتحادیه اروپا) لذا در قوانین و مقرراتی که برای حمایت از داده‌های شخصی قابل استناد است، اصطلاح حریم خصوصی یا حریم خصوصی اطلاعاتی نیز در خصوص حمایت از داده‌های شخصی به کاررفته است.

استناد به مواد پیش‌گفته در برخی موارد مفید است؛ لیکن این اشارات جزئی در خصوص این مهم کافی نیست و خلأ وجود قانونی خاص نسبت به داده‌های شخصی در حقوق ایران هم چنان احساس می‌شود. بدین جهت در این خصوص تلاش‌هایی صورت گرفته است، یکی از این موارد پیش‌نویس لایحه‌ی «سیانت و حفاظت از داده‌های شخصی» است که در تیرماه سال ۱۳۹۷ در سایت سازمان فناوری اطلاعات ایران منتشر شده است^۱ و دیگری نیز طرح «حمایت و حفاظت از داده و اطلاعات شخصی» است که در شهریورماه ۱۴۰۰ در صحن علنی مجلس اعلام وصول شده است^۲. گرچه توجه قانون‌گذار به حمایت از داده‌های شخصی در قالب این اسناد گامی مثبت است، خصوصاً این‌که در آن‌ها سعی شده است با توجه به الزامات مقررات اروپایی حفاظت از داده، حمایت‌های مختلفی نسبت به داده‌های شخصی موردتوجه قرار گیرد ولی - فارغ از وضعیت قانونی این اسناد - آن‌ها با اشکالات و ابهامات مختلفی مواجه هستند^۳. بدین جهت استناد

با وجود اهمیت حفاظت از حق بر داده‌های شخصی و لزوم توجه ویژه هر نظام حقوقی به این حق به‌عنوان یکی از حقوق شهروندی و جنبه‌ای از حقوق بشر، هنوز برخی از کشورها مانند ایران قانونی مستقل در این خصوص ندارند. البته در قوانین و مقررات ایران می‌توان مواد مختلفی را یافت که به مناسبت به حمایت از داده‌های شخصی اشاره نموده‌اند. این مواد که به طور کلی در خصوص حمایت از داده‌های شخصی است و به به جزئیات چنین حمایتی و حفاظت‌های تفصیلی - مانند الزامات مربوط به انتقال بین‌المللی داده‌های شخصی - نپرداخته است، شامل اصل ۲۴ و ۲۵ قانون اساسی مصوب ۱۳۵۸، مواد ۵۸، ۵۹ و ۷۱ قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲، مواد ۱۴ و ۱۵ قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات مصوب ۱۳۸۷، مواد ۱، ۳، ۴، ۸، ۱۲ و ۱۷ قانون جرائم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸، ماده ۴۰، ۹۶، ۹۷، ۱۰۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات ۱۳۹۴، مواد ۶۵۳ و ۶۵۶ و ۶۵۸ و ۶۶۰ قانون جرائم نیروهای مسلح و دادرسی الکترونیکی مصوب ۱۳۹۳ است. البته در حقوق موضوعه ایران، حفاظت از داده‌ی شخصی و

^۱ لینک دسترسی به پیش‌نویس

<https://www.ict.gov.ir/fa/newsagency/21691/%D9%84%D8%A7%DB%8C%D8%AD%D9%87-%D8%B5%DB%8C%D8%A7%D9%86%D8%AA-%D9%88-%D8%AD%D9%81%D8%A7%D8%B8%D8%AA-%D8%A7%D8%B2-%D8%AF%D8%A7%D8%AF%D9%87-%D9%87%D8%A7%DB%8C-%D8%B4%D8%AE%D8%B5%DB%8C-%D8%B1%D9%88%D9%86%D9%85%D8%A7%DB%8C%DB%8C-%D8%B4%D8%AF>

^۲ لینک دسترسی به طرح

<https://dotic.ir/news/10419>

^۳ گفتنی است که سند «سیانت و حفاظت از داده‌های شخصی» صرفاً پیش‌نویس است و تاکنون حتی نسخه نهایی

برای این پیش‌نویس منتشر نشده است، البته به نظر می‌رسد با ارائه‌ی طرح «حمایت و حفاظت از داده و اطلاعات شخصی» که در بیست و چهارم شهریورماه ۱۴۰۰ در صحن علنی مجلس اعلام وصول شده است، پیش‌نویس مذکور در همین مرحله رها شده باشد. خصوصاً اینکه طرح مذکور گزیده‌ای از پیش‌نویس سابق است. در واقع این طرح که با چند سال فاصله از ارائه‌ی پیش‌نویس، در خصوص حمایت از داده‌ی شخصی و اشخاص موضوع داده، مورد توجه قرار گرفته است؛ در محتوا نسبت به مواد استفاده‌شده از پیش‌نویس، تغییری نکرده است و با عدم شفافیت و فقدان افزایش حمایت از داده‌ی شخصی و اشخاص موضوع داده، با همان کیفیت مقرر در پیش‌نویس، به حمایت از داده‌های شخصی و اشخاص موضوع داده، پرداخته است.



به آن‌ها برای تبیین چگونگی حمایت از داده‌های شخصی به‌طور کلی و الزامات مربوط به انتقال بین‌المللی داده‌های شخصی به‌طور جزئی - موضوع پژوهش حاضر- از قوت کافی برخوردار نیست.

البته در اسناد مذکور، اشارات مرتبطی نسبت به انتقال بین‌المللی داده‌های شخصی وجود دارد که بیان آن‌ها مفید به نظر می‌رسد. توضیح این‌که مواد ۳۷ و ۳۸ پیش‌نویس (مواد ۴۳ و ۴۴ طرح) به پردازش فرامرزی داده‌های شخصی اشاره نموده‌اند. به‌موجب مواد پیش‌گفته «در موارد ذیل، پردازش داده‌های شخصی، فرامرزی انگاشته می‌شود: الف) هریک از کنترل‌گران یا پردازشگران تابعیت خارجی داشته باشند؛ ب) سامانه‌های پردازنده داده‌ها در بیرون از قلمرو حاکمیتی جمهوری اسلامی ایران قرار داشته باشد؛ پ) پردازنده‌های نرم‌افزاری در ایران ثبت‌نشده باشد (بند پ صرفاً در طرح بیان‌شده است) هم‌چنین بیان‌شده است «در خصوص پردازش داده‌های شخصی اتباع ایرانی، رعایت شرایط ذیل الزامی است: الف) تنها در مراکز داده واقع در قلمرو حاکمیتی جمهوری اسلامی ایران یا مراکز داده خارجی مورد تأیید مراجع صلاحیت‌دار ذخیره شوند؛ ب) همه پردازنده‌های سخت‌افزاری و نرم‌افزاری از گواهی مراجع صلاحیت‌دار ذی‌ربط برخوردار باشند؛ پ) بر روی شبکه ارتباطی مطمئن جابه‌جا شوند؛ ت) صلاحیت کنترل‌گران و پردازشگران خارجی مورد تأیید مراجع ذی‌ربط قرارگرفته باشد؛ ث) پردازش‌های فرامرزی بر پایه ضوابط مقرر به ثبت برسند». به نظر می‌رسد این مواد به‌غایت خود در خصوص پردازش فرامرزی یا به‌عبارت‌دیگر پردازش بین‌المللی داده‌های شخصی، مبنی بر حمایت کامل از حریم خصوصی اطلاعاتی افراد و داده‌های شخصی نرسیده‌اند. این امر بدین دلیل است که در این مواد صرفاً پردازش فرامرزی تعریف‌شده است و الزامات مربوط به چنین پردازشی و ابزارهای لازم در جهت تحقق این الزامات موردتوجه قرار نگرفته است. به‌علاوه آنچه در این مواد نیز بیان گردیده است، دارای اشکال می‌باشد. به‌عنوان نمونه به‌موجب بند الف ماده ۳۷

پیش‌نویس (۴۳ طرح) اگر «اشخاص پردازش‌کننده داده تابعیت خارجی داشته باشند این پردازش فرامرزی است» درحالی‌که به نظر می‌رسد این بند مناسب نباشد؛ چراکه ممکن است فردی خارجی مقیم ایران باشد و پردازش در داخل مرزهای ایران رخ دهد، در این صورت بر خارجی بودن شخص پردازش‌کننده داده چه اثری مترتب است که لازم است، پردازش فرامرزی تلقی شود و چه حمایت ویژه‌ای در مورد این پردازش وجود دارد. همین امر در مورد بند پ نیز که صرفاً در طرح بیان‌شده است نیز وجود دارد.

هم‌چنین می‌توان بر ماده ۳۸ پیش‌نویس (۴۴ طرح) بحث نمود که در آن صرفاً الزامات پردازش فرامرزی منوط به اتباع ایرانی شده است؛ درحالی‌که با توجه به ماده ۳ پیش‌نویس و طرح ایرانی که دامنه‌ی شمول را بیان می‌کند و تصریح بند ب این ماده «اتباع خارجی حقیقی یا حقوقی عمومی یا خصوصی که داده‌های شخصی آن‌ها از سوی کنترل‌گر یا پردازشگر ایرانی پردازش می‌شود» نیز در دامنه‌ی شمول این اسناد هستند. حال سؤال اینجاست که به چه دلیل در ماده ۳۸ پیش‌نویس (۴۴ طرح) در خصوص پردازش فرامرزی، صرفاً اتباع ایرانی موردحمایت ویژه قرارگرفته‌اند و الزاماتی برای چنین پردازشی در نظر گرفته‌شده است. به نظر می‌رسد اشکال اساسی در ماده ۳ پیش‌نویس و طرح است که متضمن دامنه‌ی شمول اسناد مذکور است. فارغ از نقدهای دیگری که بر ماده ۳ وارد است، به‌موجب بند ب از اشخاص موضوع داده دارای تابعیت خارجی حمایت‌شده است. با لحاظ بند ب ماده ۳ به همین صورت، در فرضی که پردازنده ایرانی در یک کشور دیگر، داده‌های شخصی یک شخص موضوع داده فرانسوی را پردازش می‌کند (که در خصوص فرد فرانسوی GDPR جاری است)، با چه مبنای حقوقی، قانون ایرانی باید قابل جریان باشد. پس به نظر می‌رسد ماده ۳ این اسناد باید مورد

شود- بدین جهت دلیلی بر بیان در بندهای جداگانه نیست. به علاوه بند ۳ که بیان می‌کند «پردازش‌های فرامرزی بر پایه ضوابط مقرر به ثبت برسد» مشعر به کدام ضوابط است درحالی‌که باید بر الزامات تصریح شود. درنهایت بند ۴ که «جابه‌جایی بر روی شبکه ارتباطی مطمئن» را از الزامات پردازش فرامرزی می‌داند، درواقع تعهد اشخاص پردازش کننده داده در هر نوعی از پردازش است و ارتباط خاصی به پردازش فرامرزی ندارد و به‌عنوان حمایتی ویژه در این خصوص قابل‌بیان نیست.

فارغ از پیش‌نویس و طرح ایرانی و با توجه به فقدان قانون در خصوص حمایت از داده‌ی شخصی، هم‌چنین عدم اشاره قوانین و مقررات ایران نسبت به موضوع پژوهش حاضر، این امر باید در دکتترین حقوقی و مبانی حقوق ایران جستجو شود. گرچه در این خصوص نیز در منابع مذکور، صراحتی وجود ندارد تا بتوان به‌طورقطع حمایت‌های خاصی را به حقوق ایران نسبت داد؛ لیکن به نظر می‌رسد با تمسک به این منابع می‌توان برخی از الزامات مربوطه به‌خصوص موقعیت‌های ماده ۴۹ GDPR را در حقوق ایران نیز جاری دانست.

توضیح این‌که با توجه به ماهیت داده‌های شخصی که دارای ابعاد مالی است، شخص موضوع داده مالک داده‌های شخصی است و توانایی هرگونه تصرفی را دارد.^۲ چنین تصرفی می‌تواند انتقال

بازبینی قرار گیرد تا بالتبع ماده ۳۸ پیش‌نویس (۴۴ طرح) با اشکال مبنایی کمتری مواجه باشد.^۱

فارغ از این اشکال، در بند الف ماده ۳۸ پیش‌نویس (۴۴ طرح) بیان‌شده است که پردازش فرامرزی باید «تنها در مراکز داده واقع در قلمرو حاکمیتی جمهوری اسلامی ایران یا مراکز داده خارجی مورد تأیید مراجع صلاحیت‌دار ذخیره شوند». درحالی‌که اگر داده‌های شخصی در مرکز داده واقع در ایران پردازش شوند، چنین پردازشی، فرامرزی نیست که ضرورت رعایت الزامات خاص وجود داشته باشد. هم‌چنین بندهای دیگر مذکور در این ماده نیز خالی از اشکال نیست. به‌عنوان نمونه ادامه بند الف که بیان می‌کند پردازش فرامرزی باید در «مراکز داده خارجی مورد تأیید مراجع صلاحیت‌دار ذخیره شوند» با بند ب که بیان می‌کند «همه پردازنده‌های سخت‌افزاری و نرم‌افزاری از گواهی مراجع صلاحیت‌دار ذی‌ربط برخوردار باشند» و بند ت که بیان می‌کند «صلاحیت کنترل‌گران و پردازشگران خارجی مورد تأیید مراجع ذی‌ربط قرارگرفته باشد» بسیار مشابه است و علت اینکه در بندهای مختلف بیان‌شده‌اند، مشخص نیست. درواقع تمامی این بندها مبین است که صلاحیت اشخاص پردازش کننده داده اعم از ابزارهای مورد استفاده، چگونگی پردازش توسط آن‌ها و... مورد تأیید مراجع ذی‌صلاح ایران باشد - این امر می‌تواند مشابه با تصمیم‌گیری کفایت اتحادیه اروپا تلقی

^۱ به عنوان پیشنهاد می‌توان ماده ۳ پیش‌نویس و طرح بدین صورت اصلاح نمود:

دامنه‌ی مشمول این قانون عبارت‌اند از: الف) اشخاص موضوع داده‌ای که داده‌های شخصی‌شان در زمینه‌ی فعالیت‌های کنترل‌کننده یا پردازنده‌ی مستقر (دارای مقر) در ایران انجام می‌شود، اعم از آنکه داده‌های شخصی آن‌ها درون یا بیرون از ایران پردازش شوند (معیار مقر). ب) هم‌چنین این قانون برای پردازش داده‌ی شخصی اشخاص موضوع داده‌ای که در ایران هستند و پردازش داده‌هایشان توسط کنترل‌کننده یا پردازنده‌ی که در ایران مستقر نشده‌اند، انجام می‌شود، نیز اعمال می‌شود؛ در صورتی‌که فعالیت‌های پردازش، مربوط به ارائه کالا یا خدمات به اشخاص موضوع داده در ایران یا نظارت بر رفتار اشخاص موضوع داده در ایران باشد و مشروط به اینکه چنین ارائه کالا و

خدمات یا نظارتی، هدفمند باشد (معیار هدف). ج) این قانون برای پردازش داده‌های شخصی، توسط کنترل‌کننده‌ای که در ایران مستقر نشده است، اما در محلی واقع شده است که قانون ایران، به موجب حقوق بین‌الملل عمومی اعمال می‌شود؛ نیز کاربرد دارد».

^۲ با توجه به این که عرف در تعیین مصادیق مال نقشی برجسته‌ای دارد و به دلیل پیشرفت فناوری اطلاعات و تغییر جامعه، به‌طور منطقی باید مصادیق مال روزبه‌روز گسترده‌تر شوند؛ به‌عنوان نمونه از نظر برخی از فقها (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۶: ۱۲/۳۲۹) امروزه کسی در مال بودن حق بهره‌برداری از آثار ادبی و هنری، اختراع و مصادیق مختلف مالکیت‌های معنوی شکی ندارد، چراکه «مال» در تعریف عقلا، امری اعتباری است و عینیت در آن دخالتی ندارد و شامل منافع اعیان نیز می‌شود، بنابراین



حقوقی ایران نیز ضرورت قراردادی به‌عنوان مجوزی برای انتقال بین‌المللی داده‌های شخصی بر اساس قاعده‌ی مذکور و بر اساس مبنای قراردادی موردپذیرش است.

علاوه بر این، وجود منافع حیاتی و منافع عمومی نیز به‌موجب نظام حقوق ایران می‌تواند مبنایی برای انتقال تلقی شود. دلیل این است که حفاظت از منافع حیاتی افراد به معنی حفاظت از جان شخص موضوع داده و افراد دیگر است. اهمیت حفظ جان در فقه، حقوق و قوانین موضوعه ایران مورد تصریح قرارگرفته است. به‌موجب فقه امامیه حفظ جان خود و افراد دیگر، واجب است و در معرض هلاکت قرار دادن آن و همچنین تعرض به جان انسان محترم، حرام است (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲: ۳/۳۱۶؛ مکارم شیرازی، ۱۳۸۵: ۱/۴۸۴) حتی برای حفظ جان ارتکاب به بعضی از محرمات جایز می‌شود (مدرسی، ۱۳۹۳: ۱۶۹). از قوانین موضوعه ایران نیز این امر قابل استنباط است. به‌عنوان نمونه به‌موجب ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ «ارتکاب رفتاری که طبق قانون جرم محسوب می‌شود، در صورتی که ارتکاب رفتار برای اجرای قانون اهم لازم باشد، قابل مجازات نیست» به‌موجب این ماده در صورتی که امری اهم وجود داشته باشد، لطمه به منافع افراد قابل مجازات نیست. در نظریات دکترین مصادیق این ماده علاوه بر سایر موارد، تخریب اموال و اشیاء برای نجات جان، سلب آزادی برای نجات جان و ورود با قهر و غلبه به ملک دیگری برای نجات جان بیان شده است (گلدوزیان، ۱۳۹۷:

داده‌های شخصی باشد؛ بنابراین وجود رضایت صریح شخص موضوع داده می‌تواند مجوزی برای انتقال داده‌های شخصی باشد.

هم‌چنین ضرورت قراردادی نیز می‌تواند به‌عنوان دلیلی برای مشروعیت انتقال داده‌های شخصی بر اساس نظام حقوق ایران محسوب شود. چنین امری با قاعده‌ی «اذن در شی، اذن در لوازم آن است» - الإذن فی الشيء إذن فی لوازمه (توابعه)- قابل تطبیق است. به‌موجب این قاعده که مورد تصریح فقها قرارگرفته است (ر.ک محقق کرکی، ۱۴۱۴، ق، ۱۰/۶؛ صافی، ۱۳۸۱: ۱/۲۲۳؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ق، ۴/۳۵۸؛ حکیم، ۱۳۷۴: ۱۴/۲۹۶؛ نجفی، ۱۴۲۱، ق، ۱۳/۷۰) اگر کسی به دیگری نسبت به امری اذن دهد، گستره‌ی اذن، به آنچه مورد تصریح اذن دهنده قرارگرفته، محدود نمی‌شود؛ بلکه لوازم و توابع آن را نیز در برمی‌گیرد (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ق: ۱/۵۹). چنین لوازم و توابعی شامل لوازم ذاتی و عقلی، عرفی و قانونی مورد اذن است (محقق داماد، ۱۳۸۴: ۲۳۶ و ۲۳۷). در بحث حاضر نیز زمانی که شخص موضوع داده، طرف قرارداد است و انعقاد قرارداد یا انجام تعهد قراردادی مستلزم انتقال داده‌های شخصی شخص موضوع داده است؛ به‌موجب این قاعده، رضایت شخص موضوع داده نسبت به قرارداد، رضایت به انتقال داده‌های شخصی است که جهت انعقاد قرارداد یا انجام تعهد قراردادی ضروری است. در حقیقت انتقال داده‌های شخصی شخص موضوع داده از لوازم عقلی و عرفی قرارداد است که به‌تبع قرارداد ضرورت می‌یابد. بدین‌جهت در نظام

5) (2015: به دلیل همین ارزشمندی، بخش عمومی و خصوصی داده‌های شخصی را جمع‌آوری و پردازش می‌کنند. به‌علاوه داده‌های شخصی قابلیت اختصاص به شخص معین را نیز دارند؛ بنابراین عرف امروز در مال بودن داده‌های شخصی تردیدی ندارد. با مال بودن داده‌ی شخصی تمامی مبنای و حمایت‌هایی که به جهت محترم بودن اموال وجود دارند، در خصوص داده‌های شخصی نیز قابل پذیرش هستند. هم‌چنین بسیاری از قواعد فقهی مانند قاعده‌ی محترم بودن مال غیر، قاعده‌ی تسلیط و... قابلیت جریان بر داده‌های شخصی را دارند.

برخی حقوق مانند حق بهره‌برداری از آثار ادبی و هنری مطابق سیره‌ی عقلا مشمول مصادیق مال است. داده‌ی شخصی نیز با توجه به نظر عرف و ویژگی‌های اصلی مال را دارد؛ چراکه مفید بودن و ارزش اقتصادی در خصوص داده‌های شخصی وجود دارد و حتی داده‌های شخصی افراد عادی نیز ارزشمند هستند و چنین داده‌هایی ارزش اقتصادی به دنبال دارند (Singh, 2016: 138). به‌عنوان مثال بسیاری از کسب‌وکارهای نوآورانه موفق، مانند شبکه‌های اجتماعی، موتورهای جستجو، شرکت‌های تبلیغاتی با داده‌های شخصی پیشرفت می‌کنند و موفقیت آن‌ها غالباً با مقدار داده‌های موجود برای آن‌ها تعیین می‌شود (Purtova

درنهایت نیز اشاره به این نکته مفید است که با توجه به عدم تصریح منابع مختلف حقوق ایران در خصوص الزامات مربوط به انتقال بین‌المللی داده‌های شخصی، به نظر می‌رسد بتوان در این خصوص از حقوق فناوری اطلاعات و مباحث مربوط به انتقال فناوری نیز بهره جست. چراکه فناوری در ماهیت خود به داده‌ی شخصی شباهت دارد. توضیح این‌که در آثار فناورانه گرچه وجود جنبه‌های مالی صاحب فناوری وجود دارد؛ لیکن به اعتبار پیوند مستحکم جنبه‌های معنوی این آثار به صاحب آن، اصولاً توجه و حمایت از جنبه‌های معنوی حقوق صاحبان آثار مذکور انکارناپذیر است (ماندگار، ۱۳۹۳: ۱۲۲ و ۱۲۳) (این امر مشابه با ماهیت دو جنبه‌ای داده شخصی است که مرکب از بعد مالی و معنوی است). این ماهیت خاص در انتقال فناوری نیز اثرگذار است. در حقیقت انتقال اساساً متوجه انتقال قابلیت‌ها و توانایی‌های انتقال‌دهنده نیز می‌باشد (احسنی فروز، ۱۳۹۲: ۹۵). با توجه به شباهت در ماهیت و انتقال فناوری به ماهیت و انتقال داده‌های شخصی می‌توان از منابع مربوطه خصوصاً قوانین و مقررات مرتبط استفاده نمود.

۳ نتیجه‌گیری

حمایت مؤثر از داده‌های شخصی زمانی محقق می‌شود که حقوق اشخاص موضوع داده در شرایط مختلف رعایت شوند و حق بر داده آن‌ها مورد تعرض قرار نگیرد. این امر از جمله در زمانی است که داده‌های شخصی قبل از پردازش یا در مسیر پردازش به کشورهای دیگر یا سازمان‌های بین‌المللی منتقل می‌شوند. مقررات اروپایی حفاظت از داده‌های شخصی، حمایت از اشخاص موضوع داده را در صورت انتقال بین‌المللی داده‌های شخصی نیز موردتوجه قرار داده است و در این خصوص الزامات مختلفی را مقرر کرده است. به دیگر سخن به‌موجب این مقررات، صرفاً با وجود ابزارهایی خاص، انتقال بین‌المللی داده‌های شخصی مجاز است. این موارد از جمله وجود سطح کافی حفاظت از داده (تصمیم کفایت) است که موجب امن شدن کشور ثالث

(۲۳۷-۲۳۵). منافع عمومی یا مصالح عامه نیز از منظر فقه امامیه، قوانین موضوعه ایران و دکترین حقوقی، بر منافع خاصه یا مصالح فردی مقدم‌اند. مبنای چنین تقدمی نیز رعایت صلاح عموم مردم و توجه به احوال کلی آنان است؛ چراکه منافع عمومی، مصالحی است که نفع آن ناظر به جمع زیادی از مردم است (ایازی، ۱۳۸۹: ۳۴۹ و ۳۶۰). بدین ترتیب حفظ منافع حیاتی و منافع عمومی بر حق افراد نسبت به داده‌هایشان اولویت دارند. چنین تقدمی مقتضای نظم عمومی و عدالت است (ر.ک. عمید زنجانی، ۱۳۹۱: ۱۷۹) و از موجبات انتقال بین‌المللی داده‌های شخصی است.

هم‌چنین برای بررسی غلبه منافع مشروع کنترل‌کننده به‌عنوان مجوزی برای انتقال بین‌المللی داده‌های شخصی می‌توان به تعارض منافع فردی بین اشخاص خصوصی توجه نمود. در حقوق ایران نمونه‌های مختلفی برای چنین تعارضی بیان شده است. از میان این موارد، به نظر می‌رسد تعارض منافع شخص موضوع داده با منافع کنترل‌کننده، می‌تواند مصداقی از تعارض منافع ناشی از اعتماد به امانت‌داری باشد که مربوط به نمایندگی است و عمدتاً ذیل عنوان «بحران نمایندگی» قابل بررسی است (بادینی و سیاه‌بیدی کرمانشاهی، ۱۴۰۰: ۲۲۱). در جهت رفع این تعارض باید بررسی شود که آیا منفعت کنترل‌کننده از لوازم و توابع حق او در خصوص انتقال است. در صورت وجود این امر، چنین منفعتی مشروع است؛ لیکن مشروعیت منافع کفایت نمی‌کند، بلکه باید در تقابل منافع کنترل‌کننده با شخص موضوع داده، منافع کنترل‌کننده غالب نیز باشد. بدین‌جهت باید غلبه منافع نیز با جریان قاعده‌ی «تقدیم اهم بر مهم» روشن شود (ر.ک. مکارم شیرازی، ۱۳۸۵: ۱ / ۲۲۱). از آنجایی‌که معیار تشخیص اهم حکم عقل است و به حکم عقل اهم بر مهم مقدم است (منتظری، ۱۳۶۷: ۱۸ / ۳۰۲) اگر عرف عقلاً منافع کنترل‌کننده را اهم بدانند، چنین منفعی مقدم است و از موجبات انتقال بین‌المللی داده‌های شخصی است.



کنترل‌کننده است. از میان الزامات مقرر در GDPR برای انتقال بین‌المللی داده‌ها، صرفاً موقعیت‌های ویژه ماده ۴۹ GDPR از مسیر دکترین حقوقی، مبانی حقوقی ایران و سایر قوانین و مقررات - که برای داده‌های شخصی وضع نشده‌اند - به‌عنوان الزامات انتقال در حقوق ایران پذیرفتنی است. دلیل این حمایت محدود، فقدان قانون مستقل برای حمایت از داده‌های شخصی و ابهام و اشکالات مختلف اسناد موجود - پیش‌نویس لایحه‌ی صیانت و حفاظت از داده‌های شخصی و طرح حمایت و حفاظت از داده و اطلاعات شخصی - است. بدین‌جهت تسریع در تصویب قانونی خاص نسبت به حمایت از داده‌های شخصی و توجه به ابعاد مختلف چنین حمایتی از جمله چگونگی انتقال بین‌المللی داده‌های شخصی ضروری است. پیشنهادهای مختلف این پژوهش برای اصلاح و تقویت اسناد موجود و چگونگی حمایت از داده‌های شخصی در موضوع حاضر، می‌تواند قانون‌گذار را یاری نماید.

می‌باشد. هم‌چنین شروط قراردادی استاندارد از ابزارهایی است که با وجود آن، انتقال بین‌المللی داده بلامانع است. در این موارد متعاقدین (منتقل‌کننده داده در اتحادیه اروپا و دریافت‌کننده داده در خارج از اتحادیه اروپا) ملزم به قراردادی مبتنی بر شروط قراردادی استاندارد هستند تا سطح مناسب حفاظت از داده برای انتقال داده فراهم شود. ابزار دیگر، جریان قواعد الزامی شرکتی است که متضمن سطح مناسب حفاظت از داده در شرکت‌های چندملیتی گروه تعهدات (سازمان تجاری) یا گروهی از شرکت‌های درگیر در فعالیت اقتصادی مشترک است. هم‌چنین پایبندی به منشورهای رفتاری یا گواهی‌نامه‌ها نیز می‌تواند از موجبات انتقال بین‌المللی داده‌های شخصی تلقی شود. فارغ از این موارد، وجود موقعیت‌های ویژه مقرر در ماده ۴۹ GDPR نیز می‌تواند مجوزی برای انتقال بین‌المللی داده‌های شخصی باشد. این موارد رضایت شخص موضوع داده، ضرورت قراردادی، وجود منافع حیاتی و منافع عمومی و هم‌چنین غلبه منافع مشروع

References

- Afrasyab, Mahboob. and Naser, Mehdi. (2020). Legal frameworks for maintaining the security of private data processing (A comparative study of Iranian and EU law). *Islamic Law*, 17(66), pp. 209-232. (In Persian)
- Aghaei Togh, Muslim and Nasser, Mehdi. (2016). Challenges of Private Data Protection in the Field of IoT: A Comparative Study of Iranian and EU Law, *Journal of Administrative Law*, 7 (23), pp. 33-55. (In Persian)
- Ahsani Forouz, Mohammad. (2013). *Technology Transfer Law*. Tehran, Dadgostar Publishing. (In Persian)
- Amid Zanjani, Abbas Ali. (2012). *General Rules of Contracts in the Book of Al-Baya Val-Motaajer*. Tehran, Khorsandi Publishing. (In Arabic)
- Aslani, Hamidreza. (2005). *Information Technology Law*. Tehran, Mizan. (In Persian)
- Ayazi, Mohammad Ali. (2010). *Criteria of Rulings and Methods of Its Exploration*. Qom, Qom Seminary Islamic Propaganda Office. (In Persian)
- Badini, Hassan, and Saeed Siahbidi Kermanshahi. (2020). Analysis of the concept and examples of conflict of interest in private law. *The Judiciarys Law Journal*, 85 (116), pp. 209-231. (In Persian)
- Bu-Pasha, S. (2017). Cross-border issues under EU data protection law with regards to personal data protection. *Information and Communications Technology Law*, 26(3), 213-228.
- Colcelli, V. (2019). Joint Controller Agreement Under GDPR. *Eu and Member States - Legal and Economic Issues*, 3, 1030-1047.
- Council of Europe. (1950). *European Convention on Human Rights*. In *Vertical Judicial Dialogues in Asylum Cases*. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf
- Eija, S. (2018). *Applying General Data Protection Regulation In Small Organizations Simplified Framework and Templates for Managing a Privacy*. School of Business and Culture.
- EUR-Lex. (2012). *Charter Of Fundamental Rights Of The European Union (2012/C 326/02)*. *Official Journal of the European Union*, 391-407. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012P/TXT&from=EN>
- EUR-Lex. (2016). *Regulation (EU) 2016/679 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation - GDPR)*. *Official Journal of the European Union*, 1-88. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN>
- European Commission. (2018a). *Binding Corporate Rules (BCR)*. <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data->



- protection/binding-corporate-rules-bcr_en
- European Commission. (2018b). Standard Contractual Clauses (SCC). https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/standard-contractual-clauses-scc_en
- European Commission. (2018c). What does data protection 'by design' and 'by default' mean? | European Commission. https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/rules-business-and-organisations/obligations/what-does-data-protection-design-and-default-mean_en
- European Commission. (2018d). What is a data controller or a data processor? | European Commission. https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/rules-business-and-organisations/obligations/controller-processor/what-data-controller-or-data-processor_en
- European Commission. (2018e). What rules apply if my organisation transfers data outside the EU? | European Commission. https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/rules-business-and-organisations/obligations/what-rules-apply-if-my-organisation-transfers-data-outside-eu_en
- European Commission. (2019). Adequacy decisions | European Commission. https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/adequacy-decisions_en
- European Data Protection Supervisor. (n.d.). Data Protection. Retrieved June 17, 2020, from https://edps.europa.eu/data-protection/data-protection_en
- Fazel Lankarani, Mohammad Javad. (2017). Makaseb Muharama. Qom, Jurisprudential Center of the Imams (PBUH). (In Persian)
- Ferrara, P., & Spoto, F. (2018). Static analysis for GDPR compliance. CEUR Workshop Proceedings, 2058, 1-10.
- Goldozian, Iraj. (2018). General Criminal Law. Tehran, University of Tehran Press. (In Persian)
- Hakim, Seyyed Mohsen. (1995). Al-Urwa Al-Wathqi, Qom, Dar al-Tafsir. (In Arabic)
- Hashemi Shahroudi, Mahmoud.(2003). The culture of jurisprudence according to the religion of the Ahl al-Bayt Pbu, Qom, Encyclopedia of Islamic jurisprudence on the religion of the Ahl al-Bayt (PBUH). (In Persian)
- ICO. (2018). Codes of conduct. <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/accountability-and-governance/codes-of-conduct/>

- Karroubi, Mohammad Taghi. (2005). The European Union and the discussion of the protection of personal data and privacy in electronic communications. Tehran, Baqa. (In Persian)
- Makarem Shirazi, Nasser. (2006). Encyclopedia of Contemporary Jurisprudence. Qom, Imam Ali Ibn Abi Talib School (PBUH). (In Persian)
- Mandegar, Mostafa. (2014). International Trade Agreements for Technology Transfer. Tehran, Shahr-e Danesh. (In Persian)
- Modarressi, Mohammad Reza. Al-Bayaa. (2014). Qom, Dar al-Tafsir. (In Arabic)
- Mohaqeq Damad, Seyed Mostafa. (2005). Rules of Jurisprudence (Civil Section Property Law and Responsibility). Tehran, Islamic Sciences Publishing Center. (In Persian)
- Mohaqeq Karki, Ali Ibn Hussein. (1994). Jame Al-Maqassid Fi Sharh Al-Qawaed. Qom, Ahl al-Bayt Institute (PBUH). (In Arabic)
- Montazeri, Hossein Ali (1988), the jurisprudential principles of the Islamic government (Derasat Fi Velayat Al- Faqih Va Fiqh Al-Dolat Al-Islami: Studies in the Juris Consult Leader and Jurisprudence of the Islamic Government), Qom, Keyhan Publishing. (In Persian)
- Najafi, Mohammad Hassan. (2001). Jawahar al-Kalam. Qom, Institute of the Encyclopedia of Islamic Jurisprudence on the religion of the Ahl al-Bayt (PBUH). (In Arabic)
- Nouri, Mohammad Ali and Nakhjavani, Reza. (2005). Data Protection Law. Tehran, ktabkhaneh ganj dansh. (In Persian)
- Personal Data Protection and Safeguarding Draft Act in July 2018, Published on the website of the Ministry of Communications and Information Technology of Iran. (In Persian)
- Practical Law. (n.d.). Certification mechanism. Retrieved March 11, 2020, from [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-014-8170?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-014-8170?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1)
- Purtova, N. (2015). The illusion of personal data as no one's property. Law, Innovation and Technology, 7(1), 1-29.
- Raisi, Leila, and Liyasi Flore Ghassemzadeh. (2020). The challenges of the Iranian legal system in violating the personal data and privacy in cyber space. The Judiciarys Law Journal. 84 (110), pp. 119-142. (In Persian)
- Safi, Lotfallah. (2002). Fiqh al-Hajj. Qom, Hazrat Masoumeh Publishing (PBUH). (In Arabic)
- Segovia Domingo, A. I., & Desmet Villar, N. (2018). Self-regulation in data protection. BBVA Research, October 2018, 1-4.
- Singh, A. (2016). Protecting Personal Data as a Property Right. ILI Law Review, Winter Issue, 123-139.
- Sullivan, C. (2019). EU GDPR or APEC CBPR? A comparative analysis of the approach of the EU and APEC to



- cross border data transfers and protection of personal data in the IoT era. *Computer Law and Security Review*, 35(4), 380-397.
- Support and protection of personal data and information Draft Act in September 2021. (In Persian)
- Tabatabai Yazdi, Mohammad Kazem. (2001). *Al-Urwa Al-Wathqi*, Qom, Islamic Publishing Institute. (In Arabic)
- United Nations. (2015). *Universal Declaration of Human Rights* (pp. 1-62).
https://www.un.org/en/udhrbook/pdf/udhr_booklet_en_web.pdf
- Voigt, P., & von dem Bussche, A. (2017). *The EU General Data Protection Regulation (GDPR)*. Springer International Publishing.

Research Paper

A Comparative Study of the Concept of Goodwill in the Iranian, French and English Laws

Abbas Niazi^{*1}, Saeed Johary², Pourya Razi³

¹ PhD in Private Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, Isfahan University, Isfahan, Iran

² PhD in Private Law, Faculty of Literature and Humanities, Varamin Pishva Branch, Islamic Azad University, Varamin, Iran

³ Assistant Professor of Private Law, Faculty of Humanities, Bandar Abbas Branch, Islamic Azad University, Bandar Abbas, Iran



10.22080/LPS.2022.23154.1307

Received:

February 18, 2022

Accepted:

July 2, 2022

Available online:

July 19, 2022

Keywords:

Goodwill, Fonds de commerce, Customers, Commercial rights.

Abstract

Goodwill, as one of the most essential components of business for traders, specifically includes knowledge, information, trade name, customers, place of business, merchandise, key money, the right of business and trade, and finally the tangible and intangible elements of a concept called "goodwill" or "business institution". Goodwill, a doctrine by jurists, is one of the specific concepts of commercial law, which is not merely restricted to commercial law regulations; however, it has different elements that are legislated in various laws. Perceiving this concept makes its elements find their true place in the commercial law. The present research investigates the background of "goodwill" in the legal systems of Iran, France and the United Kingdom. Meanwhile, the related elements and provisions will be discussed. Also, this study is based on the assumption that many ambiguous concepts find their place in the commercial law by perceiving the theory of "goodwill" through library and analytical method.

***Corresponding Author:** Abbas Niazi

Address: PhD in Private Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, Isfahan University, Isfahan, Iran

Email: Abasniasi@ut.ac.ir



Extended Abstract

1. Introduction

One of the concepts that has always been considered in commercial law is "enterprise". Although there has been no clear definition for it in the law of Iran, this title has been used repeatedly in the Commercial Code approved in 1311. The phrase "commercial substance" in the doctrine has a similar condition, i.e., being used extensively, yet not being defined in an independent discussion in our law books.

Moreover, the link between some concepts such as goodwill, brand, business right or profession or trade has not been noted in the commercial law yet and they are often presented as independent topics. In addition, their connection to the knowledge of "commercial law" has also been neglected. To be expressed correctly, most legal writers equate business rights with "commercial substance" or "commercial capital".

The right to do business is a part of the business. Commercial material includes material and immaterial elements of commercial capital, including location, place of business, regular customers, brand name, trademarks and drawings, patent, priority and extension of lease of business place, industrial raw materials and furniture. This is while the right of business or profession only expresses the right of precedence and extension of the lease.

2. Research Methodology

In this research, as the main emphasis has been on understanding the concept of goodwill to distinguish it from similar concepts or elements, the feasibility of proposing this concept in the Iranian law has been explained and using the library

method, the concept of goodwill has been comparatively studied in the laws of Iran, England and France. Meanwhile, its elements and the position of each of these elements have been examined.

3. Conclusion

An enterprise is a juridical person who pursues an economic goal in a given market. An enterprise may have a legal personality engaged in economic activities. To achieve their economic goals, it must necessarily be a set of movable, immovable, material and immaterial properties owned by the enterprise. Those properties which belong to the commercial enterprise are under the title of capital or commercial enterprise. Commercial substance contains material and immaterial elements. Tools, facilities (factories and workshops, etc.), furniture and merchandise (whether goods and raw materials or products of the institution) constitute the material elements, and the right of goodwill, the right of customers or the right of business and trade, the name and trademark make the immaterial elements. The merchant's customers are the basic element of the merchandise because customer retention has an economic value and cannot be the basis and element of the right. A merchandise does not consist a single element, but a set of elements that are consistently allocated to the commercial use of a type of business. Identifying the concept of commercial substance reveals the place of many concepts that were ambiguous in the commercial law qw these concepts are a part of the business elements owned by the business. Basically, the existence of an economic enterprise is not conceivable without the properties and elements of a commercial enterprise. Considering that the components of commercial substance have been accepted by the Iranian



legislator, it is suggested to explicitly define and determine the elements of the commercial substance in the laws and the method of its transfer or guarantee on the amendment or approval of the commercial 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 authors declared no conflict of interest.

Acknowledgments

The authors are grateful to all the consultants of this paper.

علمی پژوهشی

مطالعه تطبیقی مفهوم «مایه تجاری» در حقوق ایران، فرانسه و انگلستان

عباس نیازی^{۱*}، سعید جوهر^۲، پوریا رضی^۳

^۱ دکتری حقوق خصوصی، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران
^۲ دکتری حقوق خصوصی، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، واحد ورامین پیشوا، دانشگاه آزاد اسلامی، ورامین، ایران
^۳ استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، واحد بندرعباس، دانشگاه آزاد اسلامی، بندرعباس، ایران



10.22080/LPS.2022.23154.1307

چکیده

برای انجام فعالیت های تجاری، تجار به سرمایه نیاز دارند. مجموعه ای از اموال شامل دانش و اطلاعات، نام تجاری، مشتریان، محل تجاری، مال التجاره، حق سرقفلی، حق کسب یا پیشه یا تجارت و به طور کلی عناصر مادی و غیرمادی مفهومی به نام «مایه تجاری» را تشکیل می دهند. مایه تجاری یکی از مفاهیم خاص حقوق تجارت است که در قوانین ما به کار برده نشده و از ابداعات حقوقدانان است ولی دارای عناصریست که در قوانین متفرق نسبت به آنها قانونگذاری شده است. تبیین این مفهوم باعث می شود عناصر و جایگاه آن در حقوق تجارت ایران شناخته شود. معلوم گردد که به کدام قسمت از حقوق تعلق دارند بنابراین تعریف و بررسی مایه تجاری در نظام های حقوقی ایران، فرانسه و انگلستان احکام مرتبط با آن و امکان سنجی وجود مایه تجاری در حقوق ایران ارکان این مقاله تشکیل می دهد. در این تحقیق که با روش کتابخانه ای-تحلیلی انجام یافته مشخص گردید، مایه تجاری مفهومی است کلی که از مجموعه ای عناصر تشکیل شده که هر عنصر آن دارای ارزش اقتصادی است و در حقوق ایران نیز قابل استفاده و پذیرفتنی است.

تاریخ دریافت:

۲۹ بهمن ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۱۱ تیر ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۲۸ تیر ۱۴۰۱

کلیدواژه ها:

مایه تجاری، مشتریان، حق تجارتی، سرقفلی.

* نویسنده مسئول: عباس نیازی

آدرس: دکتری حقوق خصوصی، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، ایمیل: abasniazi@yahoo.com

دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران

مقدمه

۱ پیشینه و جایگاه مایه تجاری در نظام‌های حقوقی

برای شناخت بهتر مفهوم مایه تجاری در ابتدا به اختصار چگونگی طرح و شکل‌گیری آن در حقوق انگلیس و سپس فرانسه بررسی شده است.

۱٫۱ در حقوق انگلیس

یکی از اولین تعاریفی که در حقوق این کشور از مایه تجاری^۳ شده، توسط لرد الدون^۴ در دعوی *Crutwell v. Lye, 1810* بوده است. در این تعریف «مایه تجاری امکان (قابلیت یا ظرفیتی) است که براساس آن عامه مردم به یک محل تجاری قدیمی تمایل پیدا می‌کنند و مراودات تجاری خود را با [مالک] آن انجام می‌دهند». (*Preinreich, 1936* :21) سپس در دعوی *Wedderburn v* (1853) 51 ER 993 قاضی ام. آر. رومیلی^۵، در تعریف مایه تجاری چنین می‌گوید: «مایه تجاری، مجموعه‌ای از عناصر است که مشتریان را برای تجارت به سوی یک تجارتخانه خاص ترغیب می‌کند». (*Browne, 1985, 526*)

یکی از حقوقدانان انگلیسی معتقد است که مایه تجاری اعتماد حاصل از ارتباط با مشتریان و شهرت تجاری تجارتخانه است. براساس نظر او، مایه تجاری باعث می‌شود ارزش تجارتخانه به علت موقعیت و وضعیتی که دارد، ارتقا یابد و حاوی عناصری از جمله موقعیت و محل تجاری، نام و شهرت تجاری، ارتباطات تاجر با سایر تجار و مشتریان دائم و قدیمی است. (*Goyal, 1971, 2*) حقوقدانان دیگری در این درباره می‌نویسند: «مایه تجاری مفهومی است که توصیف آن ساده اما تعریف آن دشوار است. شاید بتوان گفت مایه تجاری اعتماد و امتیاز است که در نتیجه حسن شهرت و ارتباطات تجاری به دست می‌آید. مایه تجاری باعث تمایز بین فعالیت‌های تجاری

عبارت «مایه تجاری»^۱ علیرغم تکرار آن در کتب حقوقی، (اسکینی، ۱۳۸۶، ۷۵؛ پیشین، ۱۴۱؛ ستوده تهرانی، ۱۳۹۰، ۱۱۵) کماکان فاقد بحث مستقل و مستوفایی در قانون و حقوق ایران است. از سویی، برخی از مفاهیم مانند سرقفلی^۲، نام تجاری، حق کسب یا پیشه یا تجارت نتوانسته‌اند در حقوق تجارت، جایگاه خود را پیدا کنند و اغلب به عنوان مباحث مستقلی مطرح می‌شوند، (سیفی زیناب، ۱۳۹۹، ۱۳۶۹) بدون آن که ارتباط آن‌ها با دانش «حقوق تجارت» به درستی بیان شود. اغلب نویسندگان حقوقی حق کسب و پیشه را با «مایه تجاری» یا «کار مایه تجاری» قابل قیاس یا یکسان دانسته‌اند. (باریکلو، ۱۳۹۵، ۱۹۳؛ صدرزاده افشار، ۱۳۵۷، ۵۸) حال آنکه حق کسب و پیشه جزئی از مایه تجاری است. (الشریف، ۱۳۹۴، ۸) مایه تجاری مشتمل بر عناصر مادی و غیرمادی سرمایه‌بازرگان است و شامل موقعیت، محل تجارت، مشتریان دائم، اسم تجاری، علامت تجاری، نقوش و ترسیمات تجاری، حق اختراع، حق تقدم و تمدید اجاره محل تجارت، مواد اولیه صنعتی و اثاثیه تجاری و کالاهای تجاری است. (عبدی پور، ۱۳۸۴، ۹۱) این در حالی است که حق کسب یا پیشه صرفاً بیانگر حق تقدم و تمدید اجاره است. (الشریف همان؛ *Nicole Ferry- ,2006,113*)

بنابراین نیاز، شناخت اجزای مایه تجاری برای تفکیک آن از مفاهیم مشابه یا ارکان این مفهوم ضروری است و امکان طرح آن در حقوق ایران پیشتر بررسی نشده است که در این مقاله ابتدا پیشینه و جایگاه مایه تجاری در نظام‌های حقوقی کشورهای انگلستان، فرانسه و ایران بررسی خواهد شد، سپس ماهیت، عناصر و نقل و انتقال آن مطالعه و در پایان امکان سنجی طرح این مفهوم در حقوق ایران تبیین شده است.

⁴ Lord Eldon

⁵ M. R. Romily

¹ Fond de Commerce (Fr)

² Le droit au bail

³ Goodwill



شهرت تجاری را به عنوان بخشی از مالکیت افراد بر اموال می‌داند که شایسته حمایت و حفاظت است. (Bainbridge, 2012, 598)

باید در نظر داشت که در برخی نوشته‌ها در حقوق انگلستان، شهرت تجاری و مایه تجاری معادل هم دانسته می‌شود اما بدیهی است که این دو معادل یکدیگر نیستند؛ در واقع، شهرت تجاری از عناصر مایه تجاری است و باعث ارتقای آن می‌شود. (Ibid) تا مدت‌ها در حقوق انگلستان دعوی نقض مایه تجاری^۲ مستلزم وجود همه عناصر آن بود نه فقط شهرت تجاری اما از سال ۱۹۹۸ در دعوی Catersham Car Sales & Coachworks Ltd v. Birkin Cars (Pty) Ltd چنین پذیرفته شد که شهرت تجاری مهمترین عنصر از عناصر مایه تجاری محسوب می‌شود و بدون وجود آن اساساً نمی‌توان از مایه تجاری صحبت کرد اما در کنار شهرت تجاری باید عناصر دیگر هم وجود داشته باشد.^۳

۱٫۲ در حقوق فرانسه

از لحاظ تاریخی، در حقوق فرانسه مفهوم مایه تجاری در قرن نوزدهم میلادی با ظهور و بروز نظام سرمایه‌داری مطرح شد. (Ballot-Lena, 2020, 159) در این برهه، درخواست تجار این بود که از مشتریان آن‌ها در برابر رقبای تجاری حمایت شود، چرا که رقبای ایشان همواره در صدد بودند مشتریان بنگاه‌های رقیب را از آن خود کنند. تجار، مشتریان را به عنوان یک سرمایه در نظر می‌گرفتند. در این دوره، عناصر مایه تجاری را به عنوان یکی از ارکان اصلی ارتقای بنگاه تجاری و کسب سود و ارزشمندی آن می‌دانستند. از طرف دیگر، شناسایی و رسمیت بخشیدن به عناصر بنگاه تجاری به عنوان یک مال، خواست طلبکاران تاجر نیز بود؛ زیرا طلبکاران می‌توانند

با قدمت طولانی و فعالیت‌های نو و تازه می‌شود. (Firth et al. 2020 :12)

با این تعاریف و توصیف‌هایی که شده می‌توان گفت در حقوق انگلیس، مایه تجاری قدرت جذب مشتریان توسط یک بنگاه تجاری است. البته باید توجه داشت که خود قدرت جذب مشتریان مایه تجاری نیست بلکه عناصری که باعث این قدرت جذب می‌شوند مایه تجاری اند. این توان و قدرت با توجه به وضعیت قرار گرفتن محل تجاری، حسن شهرت، کیفیت محصولات و سابقه فعالیت بنگاه تجاری تعیین می‌شود. دستیابی به مایه تجاری یکی از مهمترین و اولین اهداف هر بنگاه تجاری است و به نحویست که اگر عناصر آن ایجاد شود، باعث تحول و پیشرفت بنگاه تجاری می‌شود. باید در نظر داشت که مایه تجاری یک مال است و دارای عناصریست که به مالکیت صاحب آن در می‌آید. مایه تجاری یک مال غیرمادی است که حقوقدانان برای آن ارزش و اعتبار قائل شده‌اند. به همین علت قابلیت نقل و انتقال دارد.^۱ اما شکل انتقال آن متفاوت است؛ در واقع، انتقال مایه تجاری بدون عناصر آن ممکن نیست؛ زیرا مایه تجاری ماهیتی جز عناصر تشکیل دهنده آن نیست و وقتی که انتقال می‌یابد، تمامی امتیازات و منافع آن منتقل می‌شود. مالکیت مایه تجاری باعث می‌شود دارنده آن از حق تعقیب نسبت به اشخاصی که از آن سوء استفاده کرده‌اند، بهره‌مند می‌شود. (Ibid :320)

بنابراین در حقوق انگلستان نیز شخصی که فعالیت تجاری انجام می‌دهد ممکن است شهرت تجاری قابل توجهی پیدا کند که در نتیجه انجام معامله و یا ارائه خدمت یا تجارت به دست می‌آید. حقوق تجارت انگلستان و رویه‌های آن کشور،

^۱ برای دیدن مطالعات در خصوص موضوع مبیع بنگرید: به ولویون، رضا، حق موضوع بیع، نشریه پژوهش حقوق عمومی، شماره نهم، ۱۳۸۲؛ و همچنین الشریف محمد مهدی، جعفری خسرو آبادی، نصراله، چالش‌های نظری بیع حق

^۲ (Tأملی بر امکان وقوع حق به عنوان مبیع یا ثمن در بیع) مطالعات حقوقی، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۴.

^۳ Passing-off Action

^۳ در قوانین نوشته انگلیس، نویسندگان به مفهوم مایه تجاری برنخوردند.

در یک تجارت آزاد که بر مبنای رقابت آزاد شکل گرفته است، مشتریان به هیچ بنگاه تجاری تعلق ندارند و آزادند تا هر محصولی را که می خواهند، بخرند. مشتریان در کنار سایر عناصر تشکیل دهنده بنگاه تجاری هستند (Cayman et al., 1997, 2-9) و ایشان یکی از عناصر مایه تجاری هستند.

۱٫۳ در حقوق ایران

در حقوق ایران، مایه تجاری به وسیله قانونگذار در قانون تجارت یا سایر قوانین تعریف نشده است. در کتب اصطلاح شناسی حقوقی این مفهوم دیده نمی شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶ الف؛ همان ۱۳۸۶ ب، همان ۱۳۹۲) و در ترجمه عبارت فرانسوی به فارسی می بینیم که آن را «حقوق وابسته به موسسه تاجر یا صنعتگر، حقوق کسب و کار، حقوق ناشی از داد و ستد که به شهرت تجاری و سرقتی مصطلح و معمول است» تعریف نموده اند. (کاتبی، ۱۳۶۳، ۱۷۲)

حقوقدانان سعی در ارائه تعاریفی از این مفهوم را داشته اند و در یکی از این تعاریف می خوانیم: «موسسه تجاری، مجموعه ای از اموال مادی و معنوی است که به قصد بهره بری از بنگاه تجاری و به دست آوردن مشتری، مرتب و گرد هم آمده اند.» (سماواتی، ۱۳۹۳: ۲۷) ملاحظه می شود که در این تعریف بر عنصر مشتری به عنوان یکی از ارکان اصلی موسسه یا مایه تجاری تاکید شده است به گونه ای که سایر عناصر موسسه تجاری برای افزایش تعداد مشتریان به کار گرفته می شود. حقوقدانی دیگر مایه تجاری را مجموعه ای از اموال مادی و غیرمادی که برای تجارت موسسه مورد بهره برداری قرار می گیرد، تعریف می کند. (ستوده تهرانی، ۱۳۹۰، ۱۱۵)

از مجموع توضیحات فوق می توان مایه تجاری را یک مال واحد دانست که دارای عناصر مستقل مادی و غیرمادی است و به عنوان یکی از دارایی های صاحب آن به حساب می آید و دارای وجودی

توانستند آن اموال را توقیف و به نفع خود ضبط نمایند. (Vercruysse et al., 1967, 8)

بنا به یکی از مهمترین تعاریفی که از مایه تجاری در حقوق فرانسه شده است، «مایه تجاری یک مال غیر مادی معرفی شده که شامل حق بر مشتریان بنگاه تجاری می شود و حاوی عناصری است که برای بهره برداری از بنگاه تجاری لازم است.» (Blary-Clement, 2019, 163) در تعریفی دیگر چنین گفته شده: «مایه تجاری مجموعه ای از اموال منقول یا غیرمنقول است که ابزار کار بنگاه تجاری را تشکیل می دهد.» (Hamel, 1981, 1080-1081)

در حقوق فرانسه، مایه تجاری را یک حق منقول غیرمادی دانسته اند که حاوی عناصریست که باعث جذب مشتریانی می شود که می خواهند با آن بنگاه تجاری معامله نمایند. این عناصر شامل «نام تجاری»، «علامت تجاری»، «مشتریان»، «محل تجاری»، «تخصص و حق سرقتی» است که برای انجام فعالیت های تجاری یک تجارتخانه استفاده می شود. (Blase, 2019, 202) مایه تجاری ذاتاً مال منقول است اما حاوی عناصر منقول و غیرمنقول با هم می باشد. (Chazal, 2001, 167) در واقع، مایه تجاری چیزی جز ترکیب عناصر تشکیل دهنده آن نیست و به عنوان یک مجموعه مستقل از عناصر خود شناخته نمی شود. (La Cour de Cassation, Belge, 4 févr. 1954, J.C.B., 1955; 368). این ارکان باعث می شود مشتریان شناخت بهتری از تاجر و بنگاه تجاری پیدا کنند و محصولات آن بنگاه تجاری را خریداری نمایند. (Dupuis, 2018, 952) بسیاری از تعاریف، بر عنصر مشتریان به عنوان رکن اساسی مایه تجاری تاکید می کنند و به همین علت مایه تجاری را مجموعه ای از عناصر دانسته اند که باعث جذب و وفاداری مشتریان به بنگاه تجاری می شود. (Dekeuwer-Defossez, 1993, 268) البته در مورد نقش مشتریان در مایه تجاری نمی توان اغراق کرد چون

دکتر ستوده تهرانی ذکر نموده اند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ۶۰۸)

^۱ در کتاب وسیط در ترمینولوژی حقوق، استاد دکتر جعفری لنگرودی تعریف ارائه شده از مایه تجاری را عیناً به نقل از



بنابراین اگر تاجر دارای ملکی باشد که در آن به تجارت مشغول باشد این ملک به علت غیرمنقول بودن عنصری از عناصر مایه تجاری نیست. (سماواتی، ۲۰۴، ۱۳۹۱) البته عناصر مایه تجاری برخی مادی و بعضی غیرمادی هستند. عناصر مادی آن شامل مواد اولیه و کالاها و عناصر غیرمادی مانند حق بر مشتریان، نام تجاری، دانش فنی و سرقفلی می شود. مایه تجاری قابلیت به رهن گذاشتن را دارد و به عنوان دارایی مالک آن شناخته می شود. (سماواتی، ۲۱۴، ۱۳۹۱) درخصوص سرقفلی علی رغم اختلاف نظرهای موجود بسیاری آن را غیرمنقول حکمی و حتی تبعی میدانند البته ماهیت آن منقول است. مایه تجاری از جمله اموال منقول غیرمادی است. عنصر اصلی آن، حق بر مشتریان بنگاه تجاری است که خود یک مال غیرمادی به حساب می آید. (Kenfack et al. 2022, 153) بیشتر عناصر فرعی مایه تجاری نیز از جمله اموال منقول غیرمادی به شمار می روند مانند نام تجاری، دانش فنی، نام دامنه، علامت تجاری، حق سرقفلی، ليسانس ها و مجوزها.

دو اثر مهم برای غیرمادی بودن مایه تجاری برشمرده اند: اول آن که هر شخصی که ابتدا عناصر مایه تجاری را جمع آوری کند و گرد هم بیاورد، حق تقدم برای او ایجاد می شود و تعارض بین دو شخصی که مدعی مالکیت مایه تجاری هستند به نفع طرفی حل و فصل می شود که مقدم بر دیگری به عناصر آن دست یافته است. دوم آن که مایه تجاری قابلیت به وثیقه گذاشتن را ندارد؛ چرا که مال منقول غیرمادی است اما به نفع طلبکاران صاحب آن قابل تامین و توقیف است. (Legeais, 2021, 170)

همه عناصر آن تشکیل یک کل واحد را می دهند. از جمله آثار این کلیت آن است که عناصر مایه تجاری به طور مستقل و جداگانه قابلیت نقل و انتقال ندارند. (Randrianirina, op.cit, 93) برای نمونه نمی توان مشتریان یک بنگاه تجاری را به طور

مستقل از سایر دارایی های تاجر است. مؤسسه تجاری، مفهومی تجربی و عملی دارد. در عین حال، این مفهوم به لحاظ حقوقی، آثار زیادی به همراه دارد. عناصر مؤسسه تجاری، اغلب غیرمادی بوده و شامل مشتریان تاجر نیز می شود؛ هر چند عناصر مادی دیگری هم دارد. مؤسسه تجاری به عنوان یک مال غیرمادی منقول^۱، قابل نقل و انتقال و فروش و ترهین بوده و حتی قابل توقیف به نفع طلبکاران است. (مولودی، ۲۳۱، ۱۳۸۳؛ کاتبی، ۱۳۶۳، ۱۷۳؛ آراین کیا، ۲۰۶، ۱۳۸۸) این موضوع با حقوق ما نیز تعارضی ندارد. بررسی تاریخی قانون تجارت ایران نشان می دهد که با توجه به سکوت سلف خویش یعنی قانون تجارت فرانسه مصوب ۱۸۰۷ از «مایه تجاری» سخنی نگفته است. (اسکینی، ۱۳، ۱۳۸۶)

در واقع، بنگاه تجاری، واحدی اقتصادی است که از ویژگی ها و عناصری که مؤسسه تجاری دارد، برای رسیدن به هدف خود که همان کسب سود است، استفاده می کند. به عبارت دیگر، مایه تجاری از عناصر تشکیل دهنده بنگاه تجاری است. (جوهر، ۱۳۹۹ الف، ۴۱) برای نمونه در ماده ۳۷۷ قانون تجارت ۱۳۱۱ از متصدی حمل و نقل صحبت شده است. پس فعالیت حمل و نقل، مستلزم تصدی به آن است؛ یعنی ابزارها، امکانات و نیروی انسانی مورد نیاز برای ارائه و تدوam فعالیت تجاری فراهم شده باشد. (عبدی پور فرد، ۱۳۹۵، ۶۸) و این برداشت به نظر منطقی و صحیح می رسد.

۲ ماهیت حقوقی مایه تجاری

ماهیت حقوقی مایه تجاری براساس سه رکن مهم شناخته می شود: ۱- منقول بودن مایه تجاری؛ ۲- مادی یا غیرمادی بودن آن و اینکه ۳- مایه تجاری یک کل واحد را تشکیل می دهد. عناصر مایه تجاری از جمله نام تجاری، حق سرقفلی و کسب یا پیشه، مال التجاره همگی از جمله عناصر منقول مایه تجاری هستند و این نتیجه حاصل می شود که فاقد عناصر غیرمنقول است. (Randrianirina, 2020, 93)

¹ Meuble incorporel

در حقوق فرانسه، مشتریان بنگاه تجاری به دو دسته تقسیم می‌شوند: گروه اول مشتریان دائم^۳ بنگاه تجاری و گروه دوم مشتریان گذری^۴ آن هستند. مشتریان دائم اشخاصی هستند که به طور دائم و به علت اعتمادی که به موسسه تجاری دارند، از آن خرید می‌کنند و مشتریان گذری به علت موقعیت و محل تجاری موسسه تجاری اقدام به خرید از آن می‌کنند. (Serndour, 2021, 202)

مشتریان یک بنگاه تجاری عنصری شخصی هستند؛ یعنی برای هر بنگاه تجاری به طور جداگانه و شخصی باید وجود داشته باشند و نیز برای اثبات اینکه مایه تجاری وجود دارد، باید در وهله اول وجود مشتریان آن را به اثبات برسانیم و سپس سراغ سایر عناصر برویم. مفهوم مشتریان موسسه تجاری واضح است. در واقع، هر شخصی که برای رفع نیازهای خود از خدمات و کالاهای موسسه استفاده می‌کند، به عنوان مشتری شناخته می‌شود. (Paulet, 2018, 205) در حال حاضر، مشتریان یک موسسه می‌توانند به شکل مجازی یا موسسه در ارتباط باشند. مشتریان خواه مجازی و یا حقیقی باشند، حقی را برای صاحب موسسه تحت عنوان حق بر مشتری ایجاد می‌کنند که قابلیت نقل و انتقال همراه با موسسه را دارد لکن به طور جداگانه قابل نقل و انتقال نیست. همه عناصر موسسه تجاری برای دستیابی، افزایش و حفظ مشتریان گرد هم آورده می‌شوند. در حقوق ایران، این حق تحت عنوان حق کسب یا پیشه یا تجارت نامیده می‌شود و در تعریف آن گفته شده که امتیازی است که قانونگذار برای تاجر به دلیل جذب مشتریان دائم در محل کسب تجاری در نظر گرفته است. (عبدی پور، ۱۳۹۶، ۲۲۹) این حق فقط در مورد اماکن استیجاری تجاری ایجاد می‌شود.

حق صاحب مایه تجاری بر مشتریان آن، از سنخ مالکیت نیست بلکه نوعی حق مالی محسوب می‌شود. (Paulet, 2018, 210) در قوانین کنونی ایران،

مستقل موضوع عقدی از عقود ناقل مالکیت قرار داد.

۳ عناصر تشکیل دهنده مایه تجاری

عناصر تشکیل دهنده مایه تجاری را می‌توان به اشکال متفاوتی تقسیم بندی کرد. اما یکی از مهم ترین و مرسوم ترین آن‌ها، تقسیم بندی این عناصر حول محور عنصر اصلی مایه تجاری یعنی مشتری است. به این صورت که این عناصر را به سه دسته تقسیم بندی می‌کنند: ۱- مشتری به عنوان عنصر اولیه؛ ۲- عناصری که برای جذب مشتری لازم است و ۳- عناصری که برای بهره برداری از مایه تجاری مورد نیاز است. (Ibid, 86-92) عنصر دوم وسوم از آنجا نشأت می‌گیرد که مایه تجاری از رکن واحدی تشکیل نشده، بلکه از مجموعه عناصری که به منظور استفاده تجاری از یک نوع تجارت به طور مداوم و مسلّم اختصاص یافته، تشکیل شده است. (باریکلو، ۱۳۹۵، ۱۹۲؛ pascale 2005,222) این عناصر به ترتیب در ادامه بررسی خواهد شد.

۳،۱ مشتری

از مشتریان به عنوان عنصر پایه ای مایه تجاری یاد می‌شود؛ به نحوی که بقیه عناصر مایه تجاری برای جذب و جلب مشتریان فراهم می‌شود. (Julien, 2017, 122) در حقوق فرانسه در مورد نقش مشتریان در بنگاه تجاری چنان اغراق شده است که به نظر برخی بدون مشتریان، مایه تجاری وجود ندارد. (Ibid, 123) همچنین گفته شده که مشتریان^۲، عنصری از عناصر موسسه تجاری محسوب نمی‌شوند بلکه خود موسسه تجاری هستند و موسسه تجاری چیزی جز مشتریان آن نیست. همه عناصر مادی و غیرمادی موسسه تجاری برای یک هدف گرد هم جمع شده اند و آن جذب و حفظ مشتریان است. (Ripert et al, 2005,875)

³ Clientèle

⁴ Achalandage

¹ Sans clientele, pas de fonds de commerce

² Clientèle



شود و به هر روی رویه قضایی تنها قراردادهای مشمول قانون پیش گفته را موجد حق کسب یا پیشه یا تجارت می‌داند.^۲

۳،۲ وجوه ممیزه تاجر

این وجوه، مواردی هستند که باعث می‌شود مشتریان جذب بنگاه تجاری شوند. این عناصر را می‌توان در دو دسته کلی جای داد: ۱- علائم مشخصه بنگاه تجاری که شامل نام و علامت تجاری و نام دامنه می‌شود. ۲- مواردی که تحت حمایت حقوق مالکیت فکری قرار می‌گیرند و شامل اختراعات، طرح‌ها و مدل‌های جدید و محصولات نوآورانه می‌شود.

۳،۲،۱ علائم مشخصه بنگاه تجاری

این موارد شامل نام تجاری^۳، علامت تجاری^۴ و نام دامنه^۵ می‌شود. (یزدانی، ۱۳۹۷، ۱۲۹؛ جوهر، ب ۱۳۹۹، ۶۳) حمایت از نام تجاری تحت قواعد رقابت ناعادلانه صورت می‌گیرد و استفاده کننده از نام تجاری که به طور غیرقانونی از آن استفاده نموده، باید خسارت وارده را جبران کند. نام تجاری، حق اولویت و مالکیت برای استفاده کننده آن ایجاد می‌کند و از عناصری است که به همراه موسسه تجاری قابلیت نقل و انتقال دارد (ماده ۵۷۹ قانون تجارت). این حق برای شخصی ایجاد می‌شود که اولین بار از نام تجاری مشخصی استفاده کرده است. (ماده ۵۷۸ قانون تجارت) نشان و علامت تجاری، علامت و عبارت ممیزه‌ای است که تاجر در موسسه به کار می‌برد و به تعبیر ماده ۳۰ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶ به وسیله آن می‌توان کالاها و خدمات اشخاص حقیقی یا حقوقی را از یکدیگر متمایز ساخت. نشان و علامت

تنها قانونی که در خصوص حق کسب یا پیشه یا تجارت صحبت کرده، قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۵۶/۵/۲ است که در فصل پنجم این قانون مواد ۱۸ و ۱۹ به این موضوع اختصاص یافته است.^۱ برابر مقررات این مواد، میزان حق کسب یا پیشه یا تجارت، بر مبنای اصول و ضوابطی است که در آئین نامه خواهد آمد لکن تاکنون چنین آئین نامه‌ای به تصویب نرسیده و معمولاً براساس نظر کارشناس و موقعیت ملک، میزان مشتریان آن و طول مدت اجاره تعیین می‌شود. مطابق قوانین کنونی این حق مختص مستاجرهای مشمول قانون ۱۳۵۶ است و در هیچ قانون دیگری چنین وضعیتی وجود ندارد. (محمدباقری، ۱۳۹۶، ۷۵) هر چند به نظر برخی، باید در مقام مخالفت برآمد و گفت که این حق در خصوص تمامی املاک تجاری که در آن مستاجر به فعالیت تجاری می‌پردازد وجود خواهد داشت، چرا که اولاً هر جا که موسسه تجاری با شرایط و عناصری که گفته شد، وجود داشته باشد، این حق ایجاد می‌شود. ثانیاً قراردادهای اجاره مشمول قانون سال ۱۳۵۶ ویژگی به خصوصی ندارند تا این حق را مختص آن قانون بدانیم و هر گاه در وجود یا عدم وجود حقی که ایجاد شده، شک کنیم به مقتضای اصل، باید وجود آن را استصحاب کنیم لذا باید قائل بر وجود این حق برای موسسه تجاری بود؛ صرفنظر از اینکه قرارداد اجاره مشمول کدامیک از قوانین سه‌گانه روابط موجر و مستاجر باشد. (جوهر، الف ۱۳۹۹، ۴۵) در رد نظر اخیر می‌توان گفت که در مورد قراردادهای غیرمشمول قانون سال ۱۳۵۶ شک در به وجود آمدن این حق است، و شک در وجود نه شک در بقا محل نزاع است که در شک در وجود، استصحاب عدم و یا اصل عدم جاری می‌

^۱ برخی این حق و حق سرقفلی را واحد می‌دانند بنگرید به: «وحدت یا تعدد حق کسب، پیشه و تجارت با حق سرقفلی، با تحلیل آراء قضایی»، صدقی غلامعلی فصلنامه نقد رای، شماره اول، ۱۳۹۱.

^۲ رأی شماره ۱۹ مورخه ۱۳۷۴/۴/۲۰ هیأت عمومی شعب حقوقی دیوان عالی کشور (اصراری) به نقل از (صدقی، همان)

^۳ Nom commercial

^۴ Enseigne

^۵ Nom de domaine

^۶ در ماده ۳۳ قانون تأسیس بورس اوراق بهادار مصوب ۲۷/

۲/۱۳۴۵ پیش بینی شده است: «استفاده از عبارت بورس

اوراق بهادار به طور مطلق یا همراه با کلمات یا اجزای دیگر از

طرف اشخاص حقیقی یا حقوقی به عنوان نام تجاری به هر

صورت و کیفیت ممنوع است.»

«تئوری جدایی»^۳ در حقوق فرانسه شهرت یافت و مبنای بسیاری از تصمیم گیری ها در این رابطه شد.^۴

۳،۲،۲ موارد تحت حمایت حقوق مالکیت فکری

این دسته از حقوق مربوط به اختراعات، طرح ها، مدل های جدید و محصولات نوآورانه است که باعث ایجاد حق انحصار برای پدیدآورنده آن می شود و تحت حمایت قواعد مالکیت فکری و صنعتی قرار می گیرد. این حقوق مخصوص اشخاص حقیقی نیست و اشخاص حقوقی نیز می توانند دارنده آن باشند. این موارد از جمله عناصریست که باعث می شود موسسه تجاری، مشتریان بیشتری جذب کند. در واقع، مشتریان هر موسسه پس از انتشار جدیدترین محصولات آن موسسه تمایل زیادی به استفاده از آن دارند. در حقوق فرانسه، نظریه یگانه بودن هنر^۵ مطرح شده است^۶ که براساس آن طرح یا مدل یا اختراع باید جدید و اصلی باشد. مبنای قانونی این نظریه، فرمان ۲۵ ژوئیه ۲۰۰۷ است که برای شخصی که اولین بار طرح جدید را ایجاد کرده، به وجود می آید. طرح ها و ایده ها و محصولات بعدی باید به نحو معناداری با طرح اولیه متفاوت باشد در غیر این صورت باعث ایجاد مجازات کیفری و مسئولیت مدنی می شود. (Piedevre, 2021, p754)

۳،۳ عناصر لازم برای بهره برداری از مایه تجاری

این ارکان مواردی هستند که برای بهره برداری از مایه تجاری ضرورت دارد و اگر وجود نداشته باشد، امکان جذب مشتری وجود نخواهد داشت. این موارد شامل سرقتی، لیسانس ها، مجوزها، کالاها و مواد اولیه، اثاثیه و ابزار آلات می شود (کاتبی، ۱۷۲، ۳۶۳؛

تجاری نیز از جمله عناصر غیرمادی موسسه تجاری به حساب می آید. علامت تجاری یک علامت فیزیکی است که در عالم خارج وجود دارد و برای شناسایی محصولات یک موسسه تجاری استفاده می شود و باعث می شود مشتریان، محصولات یک بنگاه تجاری را بشناسند و به اعتبار آن خریدهای بعدی خود را انجام دهند.

نام دامنه برای معرفی سایت اینترنتی یا آدرس شبکه های اجتماعی یک بنگاه تجاری استفاده می شود. باید در نظر داشت که نام شرکت که در اساسنامه آن آمده است، از عناصر مایه تجاری نیست و صرفاً یکی از الزاماتی است که توسط قانونگذار پیش بینی شده است. در مواردی ممکن است نامی که در اساسنامه آمده، با نام تجاری یکسان شود اما اگر اینگونه نباشد، ملاک نام تجاری است. (Randrianirina, op.cit, 87) حق تقدم برای استفاده کننده از نام و علامت و دامنه تجاری برای شخصی ایجاد می شود که اولین استفاده را از آن کرده است لکن این حق به همراه انتقال مایه تجاری به انتقال گیرنده تعلق دارد. در حقوق فرانسه رای معروف به بورداس در این باره جالب توجه است. آقای پیر بورداس^۱ یک بنگاه نشر تاسیس کرد و نام خود را بر آن گذاشت. او از شرکت بازنشسته شد و بنگاه را به دیگری انتقال داد. پس از این انتقال، آقای بورداس انتظار داشت که انتقال گیرنده از نام تجاری او استفاده نکند. دادگاه عالی تجاری در رای شماره ۸۴-۱۷۱۶۳ به تاریخ ۱۲ مارس ۱۹۸۵ چنین تصمیم گرفت: «نام خانوادگی مالک موسسه نشر به این علت که در اساسنامه آن آمده، یک علامت مشخصه است که از نام مالک آن جدا می شود و متعلق به موسسه ای است که نام بر آن نهاده شده و از عناصر غیرمحسوس آن به شمار می رود.» این نظریه به

^۶ نظریه یگانه بودن هنر به این معناست که اثر ادبی هنری یا صنعتی در صورتی قابل حمایت است که برای اولین بار ایجاد شده باشد. در بسیاری موارد، تغییر جزئی این موارد از علل تغییر در ماهیت آن نمی شود و تحت حمایت قانونگذار فرانسوی است. (Houtcieff, ۲۰۲۱:۴۱)

^۷ Ordonnance 25 juillet 2001

^۱ Pierre Bordas

^۲ Cass. Com., 12 mars 1985, n° 84-17163

^۳ La théorie du détachement

^۴ برای مطالعه بیشتر ر.ک:

Jean Pierre Renard (2005). *Titre Le guide du gérant de la SPRL*, Editeur Edipro

^۵ La théorie de l'unité de l'art



یزدانی، ۱۳۳، ۱۳۹۷؛ سماواتی، ۱۳۹۱، ۲۱۵؛ Merle, 2020, 183) و در ادامه بررسی می شوند.

۳،۳،۱ سرقفلی

یکی دیگر از عناصر غیرمادی موسسه تجاری، حق سرقفلی است. (ساعی، ۴۴، ۱۳۸۵) این حق فقط برای اماکن استیجاری تجاری ایجاد می شود. نظرات متفاوتی در خصوص ماهیت حق سرقفلی وجود دارد (عبدی پور فرد، پیشین، ۲۳۲ و ۲۳۳) برای نمونه گفته شده که سرقفلی حقی است که به موجب آن مستاجر متصرف، در اجاره کردن محل کسب خود بر دیگران مقدم شناخته می شود. (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ۶۵) برخی به درستی معتقدند حق تجدید اجاره محل تجاری فلسفه اجتماعی اعتبار «حق کسب یا پیشه یا تجارت» در حقوق موضوعه ایران است که به هدف انطباق با نظریه های فقهی و جلب نظر شورای نگهبان قانون اساسی، در قانون موجر و مستاجر سال ۱۳۷۶ به حق سرقفلی تعبیر شده است و به منظور حمایت از شخص تاجر در حفظ مشتری و ثبات کسب و کار، ایجاد شد و مورد استقبال بازار قرار گرفت. (باریکلو، ۱۳۹۵، ۱۹۲) این حق در آثار فقهای عظام نیز دیده شده است. (موسوی خمینی، ۱۳۷۴، ۶۱۴)

زمانی که در عرف گفته می شود سرقفلی محل اجاره به فروش رسید یا منتقل شد به این معناست که موجر در قبال اخذ وجوهی از یکی از متقاضیان، حق اولویت در اجاره ملک تجاری را به او می دهد. این حق مبنای قراردادی دارد و ممکن است توسط مستاجر به مستاجر دیگری منتقل شود. مستند قانونی این حق در ماده ۶ قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۷۶/۵/۲۶ است. این ماده اشعار می دارد «هر گاه مالک، ملک تجاری خود را به اجاره واگذار نماید می تواند مبلغی را تحت عنوان سرقفلی از مستاجر دریافت نماید. همچنین مستاجر می تواند در اثناء مدت اجاره برای واگذاری حق خود مبلغی را از موجر یا مستاجر دیگر به عنوان سرقفلی دریافت کند، مگر آنکه در ضمن عقد اجاره حق انتقال به غیر از وی سلب شده باشد.» بنابراین

سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت، از جمله حقوقی هستند که تعارضی با یکدیگر ندارند و می توانند به موازات یکدیگر در ملک تجاری ایجاد شوند. این حق مخصوص اماکن تجاری است و در سایر اماکن استیجاری ایجاد نمی شود. حق کسب یا پیشه یا تجارت مبنای قراردادی ندارد و به علت مرغوب شدن محل اجاره به واسطه اقدامات مستاجر ایجاد می شود ولی حق سرقفلی مبنای قراردادی دارد و اگر مبلغی به عنوان سرقفلی دریافت شده باشد، در پایان مدت اجاره، از سوی مستاجر به موجر داده می شود. اما هر دو از عناصر موسسه تجاری هستند و قابلیت نقل و انتقال را دارند. (ساعی، ۴۶، ۱۳۸۵) در واقع، همانگونه که در انتهای ماده ۶ قانون روابط موجر و مستاجر ۱۳۷۶ قید شده است، مستاجر ملک تجاری در صورتی که حق انتقال سرقفلی از وی سلب نشده باشد می تواند آن را به مستاجر جدید انتقال دهد. این انتقال به معنای واگذاری یکی از عناصر موسسه تجاری است که به همراه سایر عناصر از جمله مشتریان، حرفه و محل تجاری صورت می گیرد.

۳،۳،۲ مجوزها

انجام برخی فعالیت های تجاری بدون مجوز امکانپذیر نیست. مجوزها و ليسانس ها در حالتی که مرتبط با فعالیت تجاری باشند، جزیی از مایه تجاری به حساب می آیند و متعلق به آن است اما در شرایطی که به نام و مخصوص شخص تاجر باشد، بخشی از مایه تجاری نیستند. این عناصر به خودی خود باعث می شود موسسه تجاری کالاها و محصولات را ارائه دهد و بتواند مشتریان بیشتری جذب کند. در واقع، ليسانس ها و مجوزها شرط مقدماتی برای منحصر بودن محصولات یک موسسه تجاری است. (Vogel, 2020, 36)

۳،۳،۳ کالاها و مواد اولیه، اثاثیه و ابزار آلات

مال التجاره، مواد اولیه تولید، محصولات و تاسیسات یک موسسه تجاری اموال منقول مادی بادوام جزئی از مایه تجاری هستند. (الشریف، ۱۳۹۴، ۸) این عناصر شامل ابزار آلات، تاسیسات موسسه تجاری (کارخانه

دفاتر تجاری تاجر نیز مختص خود وی هستند و از عناصر موسسه تجاری به حساب نمی‌آیند. به همین علت است که در انتهای ماده ۱۳ قانون تجارت ۱۳۱۱ آمده است: «... تاجر باید تمام آن دفاتر را از ختم هر سالی لااقل تا ده سال نگاهدارد.» چرا که دین و طلب رابطه شخصی بین طلبکار و بدهکار است قراردادهای کار و بیمه نیز جدای از مفهوم موسسه تجاری است. (Reinhard, 2012, 256)

۴ انتقال مایه تجاری

مایه تجاری همانند سایر اموال برای مالک خود حقوقی را بوجود می‌آورد، مانند حق استیفا یا انتفاع و ممکن است دارنده این حق را به دیگری منتقل کند. با توجه به غیر محسوس بودن سرمایه تجاری در زیر به شرایط انتقال و اجاره آن پرداخته شده است.

۴/۱ انتقال مایه تجاری

موسسه تجاری با عناصری که داخل در مفهوم آن است مانند هر مال دیگری قابل انتقال است و می‌تواند موضوع قراردادهای مختلفی که در خصوص انتقال اموال غیرمادی است، قرار بگیرد؛ برای نمونه می‌تواند از طریق عقد بیع منتقل شود یا به دیگری هبه گردد یا اجاره داده و به وثیقه سپردن شود. ولی این انتقال، به معنای انتقال عناصری است که داخل در مفهوم موسسه تجاری هستند و عناصری که از خارج از مفهوم موسسه تجاری است، در صورتی که قرارداد در این باره ساکت باشد، منتقل نمی‌شود. برای نمونه اگر بدون هیچ قیدی موسسه تجاری انتقال یابد، این انتقال شامل ملکی که موسسه تجاری در آن جاست، نمی‌شود. فروش موسسه تجاری توسط تاجر را می‌توان یک عمل تجاری تلقی کرد؛ زیرا از جمله عملیاتی است که در مورد فعالیت تاجر انجام می‌شود و نوعی عمل تجاری تبعی براساس بند یک ماده ۳ قانون تجارت ۱۳۱۱ به حساب می‌آید. (سماواتی، ۱۳۹۳، ۴۱) انتقال موسسه تجاری باید شرایط عمومی قراردادها را داشته باشد.

و کارگاه و ...)، اثاثیه و مال‌التجاره (خواه کالاها و مواد اولیه و یا تولیدات موسسه) می‌شود. (سماواتی، ۲۰۵، ۱۳۹۳) همه این عناصر وجودی محسوس و ملموس دارند و به وسیله‌ی آنها می‌توان فعالیت‌های یک بنگاه تجاری را در موضوعی خاص انجام داد و اهداف آن را پی گرفت. این اموال در حسابداری جزء دارایی موسسه تجاری به حساب می‌آیند و در ستون سرمایه‌ی ترازنامه‌ی بنگاه تجاری می‌آیند. این اموال همگی قابلیت نقل و انتقال دارند و به نفع طلبکار موسسه قابل تامین و توقیف هستند. همچنین می‌تواند به عنوان آورده وارد یک شرکت تجاری شوند لکن باید برای تعیین قیمت آن به وسیله‌ی کارشناس رسمی تقویم شود. (Martin-Serf, 2005, 170-171)

۳/۴ عناصر خارج از موسسه تجاری

هر چند مفهوم موسسه تجاری گسترده است اما برخی موارد را نمی‌توان از جمله عناصر آن به شمار آورد. بازرترین نمونه‌ای که می‌توان گفت، اموال غیرمنقول است. هدف از برشمردن عناصری که داخل در مفهوم بنگاه تجاری نیستند این است که گفته شود این عناصر، با انتقال مالکیت موسسه تجاری، به انتقال گیرنده منتقل نمی‌شود و برخی از آنها این قابلیت را دارند که به طور جداگانه موضوع معامله قرار گیرند؛ برای نمونه انتقال مالکیت اموال غیرمنقول موسسه تجاری به طور جداگانه انجام می‌شود اما در مقابل برخی از موارد یاد شده نمی‌توانند موضوع انتقال قرار گیرند؛ برای نمونه دفاتر تجاری به عنوان یک سند اثباتی اساساً قابلیت انتقال ندارند. (Reinhard, 2012, 256)

اگر موسسه تجاری در ملکی که متعلق به صاحب آن است، فعالیت کند، ملک مذکور جزء عناصر موسسه نیست و به تبع انتقال موسسه تجاری به مالک جدید منتقل نمی‌شود اما طرفین می‌توانند در قرارداد پیش بینی کنند که عین یا منافع یا هر دوی آنها به همراه انتقال موسسه تجاری به مالک جدید انتقال یابد. (Pédamon, 2000, 189)



می گیرد؛^۲ زیرا مایه تجاری از اموال خاص تجارت است که باعث متصف شدن مالک منافع آن به وصف تاجر می شود. (Vogel, op.cit, 36) بنابراین ماجر می باید اهلیت تجاری^۳ کافی برای این انتقال را داشته باشد. همینطور برای حفظ حقوق اشخاص ثالث و طلبکاران لازم است که این انتقال به ثبت برسد.

۵ نتیجه گیری

بنگاه اقتصادی، شخصی است که یک هدف اقتصادی را در بازاری معین دنبال می کند. بنگاه اقتصادی ممکن است شخصیت حقوقی داشته باشد که به فعالیت اقتصادی اشتغال دارد. برای انجام اهداف اقتصادی توسط بنگاه ضرورتاً باید مجموعه ای از اموال منقول و غیرمنقول و محسوس و ناملموس در مالکیت بنگاه اقتصادی باشد. این اموال تحت عنوان مایه یا موسسه تجاری به تملک موسسه تجاری در می آید. مایه تجاری حاوی عناصر مادی و غیرمادی است. ابزار آلات، تاسیسات (کارخانه و کارگاه و ...)، اثاثیه و مال التجاره (خواه کالاها و مواد اولیه و یا تولیدات موسسه) از جمله عناصر مادی است و حق سرقفلی، حق بر مشتریان یا حق کسب و پیشه و تجارت، نام و علامت تجاری از عناصر غیرمادی است. مشتریان تاجر، عنصر اساسی مایه تجاری هستند زیرا حفظ مشتری دارایی ارزش اقتصادی است و البته همیشه مشتری مداوم داشتن هدف تاجر است، و خود نمی تواند مینا و عنصر حق قرار گیرد و نباید از خاطر برد که مایه تجاری از عنصر واحدی تشکیل نشده، بلکه از مجموعه عناصری که به منظور استفاده تجاری از یک نوع تجارت به طور دوام و مسلم اختصاص یافته، تشکیل شده است همه عناصری که گفته شد، به شرط درج در قرارداد قابل نقل و انتقال یا

نقل و انتقال مایه تجاری، شامل انتقال کلیه حقوق موجود و عناصر مادی و غیرمادی آن می شود مگر آن هایی که صراحتاً استثنا شده باشد. (Ruet, 2005, 8) در انتقال مادی برخی عناصر موسسه تجاری مانند اثاثیه و تاسیسات ابهامی وجود ندارد. این عناصر به طور مادی و محسوس به انتقال گیرنده واگذار می شود اما در مورد انتقال عناصر غیرمادی مانند مشتریان موسسه تجاری چالش های جدی وجود دارد. اما در انتقال این موارد نیز نباید تردید کرد؛ چرا که مشتریان یک بنگاه تجاری به محصول و کیفیت خدمات ارائه شده و محل تجاری فعالیت توجه می کنند و شخصیت تاجر در وهله دوم اهمیت برای مشتریان قرار دارد؛ هر چند نمی توان نقش شخصیت تاجر را در جذب مشتریان نادیده گرفت.

مایه تجاری می تواند به عنوان یک آورده غیرنقد وارد شرکت تجاری نیز کرد.^۱ براساس قاعده، پس از انتقال مایه تجاری به شرکت، عناصر داخل در مفهوم آن به شخصیت حقوقی شرکت منتقل می شود. باید در نظر داشت که در این مورد باید ارزیابی کارشناس رسمی وجود داشته باشد. انتقال مایه تجاری در هر دو صورت نیازمند ثبت رسمی و انتشار است؛ زیرا با حقوق اشخاص ثالث و مخصوصاً طلبکاران موسسه تجاری در ارتباط است. (Randrianirina, op.cit, 99)

۴٫۲ اجاره مایه تجاری

امکان اجاره دادن مایه تجاری وجود دارد. در این عمل حقوقی، مالک مایه تجاری، منافع آن را برای مدتی مشخص به شخص دیگری اجاره می دهد. شرایط و قواعد عمومی عقد اجاره در این مورد نیز باید وجود داشته باشد. نیازی نیست که مستاجر تاجر باشد اما پس از اجاره مایه تجاری، وصف تاجر

^۳ برای مطالعه بیشتر در این خصوص ر.ک به: نیازی، عباس و جوهر، سعید، «مطالعه اهلیت تجاری در حقوق ایران و فرانسه»، نشریه حقوقی دادگستری، تابستان ۱۴۰۱.

^۱ در برخی از شرکت ها قانونگذار امکان معرفی مال غیر نقد به عنوان آورده، برای برخی از اشخاص را پیش بینی نموده است که این موارد خارج از بحث این مقاله است.

^۲ البته باید مدت اجاره به گونه ای باشد که نشان دهد شغل معمولی شخص تجارت است.



ترهین هستند. شناسایی مفهوم مایه تجاری باعث می‌شود جایگاه بسیاری از مفاهیمی که در حقوق تجارت مبهم بودند، مشخص شود؛ چرا که این مفاهیم جزئی از عناصر مایه تجاری هستند که به مالکیت بنگاه تجاری در می‌آیند. اساساً وجود بنگاه اقتصادی بدون اموالی و عناصر بنگاه تجاری قابل تصور نیست. با توجه به این که اجزای مایه تجاری توسط قانونگذار ایران پذیرفته شده است پیشنهاد می‌شود در خصوص تعریف و عناصر مایه تجاری در قوانین و نحوه نقل و انتقال یا ترهین آن نیز به صراحت در اصلاح یا تصویب قانون تجارت اظهار نظر شود.

ترهین هستند. شناسایی مفهوم مایه تجاری باعث می‌شود جایگاه بسیاری از مفاهیمی که در حقوق تجارت مبهم بودند، مشخص شود؛ چرا که این مفاهیم جزئی از عناصر مایه تجاری هستند که به مالکیت بنگاه تجاری در می‌آیند. اساساً وجود بنگاه اقتصادی بدون اموالی و عناصر بنگاه تجاری قابل



Reference:

- Abdipour Ebrahim, Jurisprudence An Analytical Approach to the Nature of the Right to Business or Profession or Trade and the Right to Goodwill, Journal of Jurisprudence and Law (Islamic Law), No. 6, Year 2, Fall 2007
- Abdipour Fard, Ebrahim, Commercial Law (Vol. I): Merchants and Commercial Transactions, Second Edition, Tehran, Majd, 2016.
- Abdipour, Ebrahim, Analytical Discussions of Commercial Law, Seminary and University Research Institute, Qom, 2017.
- Al-Sharif Mohammad Mehdi, The Right of Business and Trade in Assuming the Destruction of a Business Unit (Analysis and Critique of Judicial Procedure), Legal Journal of Justice No. 92, Winter 2015
- Arian Kia, Reza, Usufruct of Shares and Shares of the Company in French Law, Bar Association, No. 206, Fall 2009
- Ballot- Lena (A). Et Decocq (G), Droit commercial – Actes de commerce, commerçant, Fonds de commerce, baux commerciaux, concurrence, consommation, contrats commerciaux, 9e éd, 2020, Dalloz, coll., Hyper Cours.
- Barikloo, Ali Reza Jurisprudential-Legal Analysis of Goodwill in Landlord and Tenant Law Approved in 1997, Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Fall and Winter, Forty-Ninth Year, No. 2, 2016
- Blary- Clément (E). Et Dekeuwer-Defossez (F)., Droit Commercial, 12e éd., 2019, LGDJ, coll., précis Domat.
- Chazal (J-P.), L'usufruit d'un fonds de commerce, Répertoire Defrénois, 2001.
- Dupuis, (M), Droit commercial, 2018, Ellipses, coll., Spécial Droit.
- Erfani, Mahmoud, Business Law, Volume 1, University Press, 1986.
- F. Dekeuwer-Defossez, Droit commercial, 3e éd., Montchrestien, paris, 1993.
- Firth, A. Corford, P. Griffiths, A. Trade Marks: Law and Practice, LexisNexis UK, 5th edition, 2020.
- Gabriel A. D. Preinreich. (1936). The Law of Goodwill. The Accounting Review, 11(4), 317-329. <http://www.jstor.org/stable/238083>
- Goyal, P. C. (1971). Goodwill and its treatment and valuation in direct tax proceeding. New Delhi: The Manager of Publications Taxation.
- Houtcieff, (D), Droit Commercial, 5e éd, 2021, Sirey, Coll, Sirey université.
- J. Cayman , JE. Maternal, Fonds de commerce et contrats, Liège, 1997.
- J. Hamel, G. Lagarde, A. Jauffret, Droit commercial, t. I, vol. 1 et 2, e éd.. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 33 N°4, Octobre-décembre 1981.
- Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, Al-Fareq General Encyclopedia of Law, Tehran: Ganj-e-Danesh Library, A. 2007
- Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, Extended in Legal Terminology, Tehran: Ganj-e-Danesh Library, Third Edition, 2007

- Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, Legal Terminology, Tehran: Ganj-e-Danesh Library, 25th Edition, 2013
- Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, Wasit in Legal Terminology, Tehran: Ganj-e-Danesh Library, Fourth Edition, 2011
- Johar, Saeed, Commercial Law, Transactions and Commercial Contracts, First Edition, Tehran, Javadaneh / Jangal, B 1399.
- Johar, Saeed, Law of Commercial Companies, First Edition, Tehran, Javadaneh / Jangal, A. 1399.
- Julin (J) et Mendoza- Caminade (A), Droit Commercial, 3e Ed, 2017, LGDJ-Lextenso, vol. Cours.
- Katabi, Hosseinghli, Commercial Law, Second Volume, Ganj-e-Danesh Publications, 1984.
- Katozian, Amir Nasser, Introductory Course in Civil Law, Property and Ownership, 26th Edition, Tehran, Mizan, 2009.
- Kenfack (H), et Pedamon (M), Droit commercial - commerçant et Fonds de commerce, concurrence et contrats commerciaux, 5e éd, 2022, Dalloz, coll. Précis.
- Le Floch, La nature juridique du fonds de commerce, LGDJ, 1986.
- Legeais (D), Droit Commercial et des affaires, 27e éd, 2020, Sirey, coll., université.
- M. Verduyck, E. Lauwers, le fonds de commerce, Bruxelles, Larcier, 1967.
- Martin-Serf (A.), observations sous Com., 28 avril 2004, Bull., IV, n° 78, p. 81, Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique, janvier-mars 2005.
- Merle (P), Droit Commercial: société commerciales, 24e éd, 2020, Dalloz, coll. Précis.
- Mohammad Bagheri, Hamidreza, eviction and rental claims, third edition, Judiciary Press and Publishing Center, Tehran, 2017.
- Mohammadzadeh Vadghani, Alireza, Commercial Law (1), Majd Publishing 1389.
- Molavi, Mohammad, - Special Deputy of Contractors, Faculty of Law and Political Science (University of Tehran), Summer, No. 64, 2004
- Mousavi Khomeini, Sayyid Ruhollah, Tahrir al-Wasila, Volume II, Qom, Dar al-Alam Press Press, ۱۳۷۴.
- Nicole Ferry-Maccario(2006). Titre Gestion juridique de l'entreprise, Editeur Pearson Education France
- pascale Hainaut-Hamende, Gilberte Raucq. Titre Les sociétés anonymes: Constitution et Fonctionnement, Volume 1, des sociétés anonymes, Larcier 2005
- Paulet, (L), Droit commercial, 2e éd, 2018, Ellipses, coll., 100% Droit.
- Pédamon (M.), Droit commercial : commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats du commerce, 2000.
- Piedeievre, (S), Droit commercial - commerçant et Fonds de commerce, concurrence et contrats commerciaux, 13e éd, 2021, Dalloz, coll. cours.
- Randrianirina (I), cours de droit commercial et des affaires, 2e éd, 2020, Gualino-Lextenso, coll., Amphi LMD.



- Reinhard (Y), Cyril Nourissat, Sylvie Thomasset-Pierre, Actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation, 8ème édition, Paris, LexisNexis, 2012.
- Ripert, Georges, René Roblot, Louis Vogel, Traité de droit commercial, Vol 1, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 2001.
- Ripert, Georges, René Roblot, Louis Vogel, Traité de droit commercial, Vol 1, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 2001.
- Ruet (L.), Observations sous 3e Civ., 19 janvier 2005, Bull.
- Sadeghi Hossein The Concept of Enterprise to Transportation and Its Commerciality, Legal Perspectives, Fall, 2011 Volume 16 Number 55
- Sadrzadeh Afshar, Seyed Mohsen, The Right of Business or Profession or Trade and Its Rules in French Law, Legal Journal of the Ministry of Justice, No. 2, 1978
- Saei Seyed Mohammad Hadi, Goodwill and its Comparison in New and Old Laws Journal of Judiciary April 2006 - No. 55
- Samavati, Heshmatollah, Commercial Law, Second Edition, Tehran, Mizan, 2012
- Samavati, Heshmatollah, Legal Basics of Brand, First Edition, Tehran, Mizan, 2014.
- Sedghi Gholam-Ali, Unity or Multiplicity of the Right to Acquire, Profession and Trade with the Right to Goodwill, with the Analysis of Judicial Opinions.
- Seifi Zeinab, Gholam Ali, Goodwill in Iranian Law, Bar Association, Spring and Summer 1990, No. 150.
- Serndour (I), et Andrieu (L), Droit Commercial, 3 éd, 2020, Gualino-Lextenso, coll., Mementos.
- Skini Rabia, Commercial Law (Generalities, Commercial Transactions, Merchants and Organization of Business Activities) Eleventh Edition, Tehran 2007.
- Sotoudeh Tehrani, Hassan, Commercial Law, Volume One, 30th Edition, Tehran, Justice, 2011.
- Vogel, (L). Du Droit commercial au droit économique, 21e éd, 2020, LGDJ, coll. Traites.
- W. H. Browne. A treatise on the law of trade-marks and analogous subjects (firm names, business signs, goodwill, labels, etc.). 2nd ed. Boston 1985.
- Yazdani Gholamreza,, Business Law 1, Tehran, Majd Publishing. 1397



Scientific Association of
Iranian Judicial Sciences



University of Mazandaran

COMPARATIVE LAW BIQUARTERLY

Articles



A Comparative Study of Compromise in the Transnational Civil Procedure Law and the Iranian

Hamid Abhari; Mehdi Taleqan Ghafari; Seyed tahere Moosavi khatir

Frivolous Claims: Concept and Strategies to Reduce (A Comparative Study of the Case Law of Iran and the US

Mostafa Elsan; MohammadReza Fathi

A Comparative Study of the Nature of Joint Venture Contract Considering Imami Jurisprudence, Civil Law and Commerce of Iran

Nasrin Bazi; Mohamadbagher Amerinia; Dariush Babaei

A Comparative Study of Judicial Record in Islamic, Iranian and French Law

Babak PourGhahramani; Mehrdad Teymouri

Principle of Personal Competence Based on the Nationality of the Victim with a Comparative Approach and An Emphasis on British Law

Mohammad Hasan Hasani; Hamid Alizadeh; Mohammad Sabziari

A Comparative Study of the Enforcement of Final Documents in Online Alternative Dispute Resolution Methods

SeyedAlireza Rezaee; Reza Maboudi Neishabouri; Azam Ansari; Abdollah Khodabakhshi Shalamzari

Comparative Analysis of the Phenomena of "Dualism and Monism" of Domestic and International Law: Evolution of Legal Doctrines and Practice of International Community

Mohamad Setayeshpur

Child Protection Systems: A Case Study of the Legal Systems of Iran and Turkey

Ali Safar Orangi; GholamHasan Kooshki

Disintegration of Mortgage in Imami Jurisprudence and Iranian Law: A Study Based on Article 19 of 2014 Act on Elimination of Production Obstacles for Improving the Country's Financial System

Mehdi Ashouri; Mehdi Amini; Seyed Rouhollah Akbari Kifteh

The Place of Official Documents in Financial Security of Citizens in Imami Jurisprudence and Law

Mohammad Abbasi atoie; Ali Babaee Mehr; Davod Qasemi

How to Transfer Personal Data Internationally: A Comparative Study of European Union Law and Iranian Legal System

Mahdieh Latifzadeh; Sayyed Mohammad Mahdi Qabuli Dorafshan

A Comparative Study of the Concept of Goodwill in the Iranian, French and English Laws

Abas Niazi; Saeed johary; Porya Razi

