



انجمن علمی علوم قضایی ایران



دانشگاه مازندران

پژوهشنامه حقوق تطبیقی

عنوان مقاله ها:



- * مفهوم و پیشینه قرارداد فرانسیز و مقایسه آن با نمایندگی تجاری
:: مصطفی السان؛ خلود دریس؛ محمدرضا فتاحی ::
- * مطالعه تطبیقی کارویژه احزاب در نظارت پارلمانی
:: سید احمد حبیب نژاد؛ فاطمه سادات دهناد؛ محمد جواد شفقی ::
- * بررسی جوانب حقوقی میانجی‌گری برخط مطالعه تطبیقی در مقررات بین‌المللی و رویکرد حقوق ایران
:: سیدعلیرضا رضائی؛ رضا معبودی نیشابوری؛ اعظم انصاری؛ عبدالله خدابخشی شلمزاری ::
- * قرار صلاحیت کیفری در وضعیت دولت فلسطین از منظر دوستان دیوان کیفری بین‌المللی
:: زهرا ساعدی؛ جواد صالحی ::
- * مسئولیت بین‌المللی جمعی دول دارای تسلیحات هسته‌ای ناشی از ترک فعل: واکاوی آورده ۲۰۰۱ کمیسیون حقوق بین‌الملل و ان‌پی‌تی
:: محمد ستایش پور ::
- * اعلام اراده در اسناد تجاری؛ مطالعه حقوق ایران و کنوانسیون‌های ژنو و آنسیترا
:: محمد شکری؛ امیر احمدی ::
- * مفهوم امنیت ملی در رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر
:: ستار عزیزی؛ حسین حسینی محجوب ::
- * موانع شناسایی و اجرای رای داوری در کنوانسیون نیویورک راجع به شناسایی و اجرای آرای داوری و قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران
:: همایون مافی؛ مهشید اسحقی ::
- * ابهامات قانونی اصل صلاحیت شخصی فعال در حقوق جزای ایران با نگاهی به قوانین و مقررات انگلستان
:: بهرام ملک پور؛ حسن حاجی تبار فیروزجائی؛ محمد نبی پور ::
- * خسارت و فسخ قرارداد؛ بازخوانی رویکرد حقوق ایران و مصر با نگاهی به رویه قضایی و فقه اسلامی
:: حمید میری؛ ابراهیم جوانمرد فرخانی؛ محمدحسین تقی پور درزی نقیعی ::
- * ضابطه انگاری انصراف ارادی و غیرارادی در شروع به جرم در پرتو حقوق آمریکا
:: رضا نیکخواه سرنقی؛ سید حسام الدین سید اصفهانی؛ محمد حسن جوادی؛ حمید علیزاده ::
- * قانون اساسی مدرن و الزامات مفهومی آن در رویکردی تطبیقی
:: سید مجتبی واعظی ::



پژوهشنامه علمی

حقوق تطبیقی

رتبه «ب»

دوره 7 / شماره 1 / پایانی 11

بهار و تابستان 1402

پژوهشنامه‌ی حقوق تطبیقی

صاحب امتیاز و ناشر: دانشگاه مازندران

انجمن علمی همکار: انجمن علوم قضایی ایران

مدیر مسئول: دکتر جواد تقی زاده

سر دبیر: دکتر حمید ابهری

مدیر اجرایی: دکتر سیدحسن حسینی مقدم

کارشناس: احسان نعمتی

اعضای هیأت تحریریه

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

ویراستار فارسی: احسان نعمتی ویراستار انگلیسی: دکتر ابراهیم فخری

حروفچینی و صفحه آرایی: فرهاد فیروزی تبار

شمارگان: 50 نسخه

چاپ و صحافی: انتشارات کتیبه

شاپا چاپی: 2423-7566

شاپا الکترونیکی: 2770-2821

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

تلفکس: 01135302104 نامبر: 01135302102

پست الکترونیکی: pajohesh.l-p@umz.ac.ir نشانی اینترنتی: www.lps.umz.ac.ir

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

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

مهدی خاقانی اصفهانی / سیدابراهیم قدسی / سیدحسن حسینی مقدم / حسن محسنی / مصطفی السان / سیداحمد حبیب نژاد / محمد عالم زاده / همایون مافی / حسین کاویار / آزاده صادقی / جواد تقی زاده / حمید ابهری / کیومرث کلانتری / جواد صالحی / آیت مولائی / زهرا عامری / مهدی مرادی برلیان / مهدی عاشوری / محمدحسین تقی پور درزی نقیعی / حمید میری / محمدرضا پروین / محمد شکری / احسان شهسواری / حسین رضازاده / صالح غفاری چراتی / زهرا وطنی / سمیه ظهوری / پیمان نامیان / علیرضا یزدانیان / عباس زراعت / مجتبی اصغریان / مهدی امینی / سعید ابراهیمی / هانی حاجیانی / محمد ستایش پور / جواد صالحی / میثم نوروزی / امیرحسین نیازپور / حسین قافی /

انتشار این نشریه بر اساس موافقتنامه‌ی شماره‌ی 91/28446 مورخ 91/12/20 هیات نظارت بر مطبوعات و وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی است و بر اساس آیین نامه نشریات علمی مصوب 1398/02/09 موفق به کسب رتبه «ب» در فرآیند ارزیابی کمیسیون نشریات علمی وزارت علوم در سال 1400 شده است.

پژوهشنامه حقوق تطبیقی، اخلاق علمی و نشر را تحت قوانین بین‌المللی کپی رایت و کمیته بین‌المللی اخلاق در انتشارات (COPE) رعایت و از آیین نامه اجرایی قانون پیشگیری و مقابله با تقلب در تهیه آثار علمی پیروی می نماید.

در راستای حمایت از حقوق پژوهشگران و نویسندگان گرامی و همچنین جهت گسترش فرهنگ احترام به حق کپی رایت، مقالات بارگذاری شده در سامانه پیش از قرار گرفتن در روند داوری، از طریق سامانه مشابهت یابی سمیم نور همانندجویی می شوند.

دسترسی به مقالات پژوهشنامه حقوق تطبیقی و دریافت آنها، رایگان بوده و محدودیتی جهت خواندن و دریافت مقالات نشریه حاضر وجود ندارد و مخاطبان برای استفاده از آنها در راستای اهداف قانونی مجاز می باشند.



به نام خداوند جان و خرد

سخن سردبیر

خداوند بزرگ را سپاسگزاریم که با همدلی و همکاری پویندگان علم حقوق، شماره پیاپی یازدهم پژوهشنامه حقوق تطبیقی با رتبه «ب» وزارت علوم، تحقیقات و فناوری و با نمایه ISC منتشر شده است. انتشار پژوهشنامه حقوق تطبیقی در واقع تداوم فعالیت علمی پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران است که پس از انتشار 31 شماره با مجوز وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی تغییر نام داده است. با تقدیم این شماره از مجله از همه فرهیختگان، دانشوران و اندیشمندان و فعالان عرصه‌ی علم و پژوهش حقوق انتظار می‌رود با ارسال مقالات ارزشمند خویش بر غنای علمی دو فصلنامه بیفزایند و زمینه ارتقای سطح علمی مجله را فراهم نمایند.

دکتر حمید ابهری

سردبیر پژوهشنامه حقوق تطبیقی دانشگاه مازندران

« فهرست مقالات »

صفحه	عنوان
7	مفهوم و پیشنهاد قرارداد فرانسیز و مقایسه آن با نمایندگی تجاری.....
29	مطالعه تطبیقی کارویژه احزاب در نظارت پارلمانی.....
53	بررسی جوانب حقوقی میانجی‌گری برخط مطالعه تطبیقی در مقررات بین‌المللی و رویکرد حقوق ایران.....
77	قرار صلاحیت کیفری در وضعیت دولت فلسطین از منظر دوستان دیوان کیفری بین‌المللی.....
97	مسئولیت بین‌المللی جمعی دول دارای تسلیحات هسته‌ای ناشی از ترک فعل: واکاوی آورده 2001 کمیسیون حقوق بین‌الملل و ان.بی.تی.....
121	اعلام اراده در اسناد تجاری؛ مطالعه حقوق ایران و کنوانسیون‌های ژنو و آنسیترال.....
143	مفهوم امنیت ملی در رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر.....
165	موانع شناسایی و اجرای رای دآوری در کنوانسیون نیویورک راجع به شناسایی و اجرای آرای دآوری خارجی (1958) و قانون دآوری تجاری بین‌المللی ایران (۱۳۷۶).....
185	اِبهامات قانونی اصل صلاحیت شخصی فعال در حقوق جزای ایران با نگاهی به قوانین و مقررات انگلستان.....
209	خسارت و فسخ قرارداد؛ بازخوانی رویکرد حقوق ایران و مصر با نگاهی به رویه قضایی و فقه اسلامی.....
227	ضابطه انگاری انصراف ارادی و غیرارادی در شروع به جرم در پرتو حقوق آمریکا.....
243	قانون اساسی مدرن و الزامات مفهومی آن در رویکردی تطبیقی.....

Original Article

Concept and Historical Background of Franchise Contract and its Comparison with Commercial Agency

Mostafa Elsan^{*1}, Kholoud Deriss², MohammadReza Fathi³

¹ Associate Professor of Private Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

² Assistant Professor, Department of Private Law, Behbahan Branch, Islamic Azad University, Behbahan, Iran.

³ Master of Private Law, Faculty of Law, Farabi Campus of Tehran University, Qom, Iran.



[20.1001.1.24237566.1402.7.1.1.5](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23638.1345)



[10.22080/LPS.2022.23638.1345](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23638.1345)

Received:

May 31, 2022

Accepted:

July 24, 2022

Available online:

September 24, 2022

Keywords:

Franchise, Commercial agency, Franchisor, Principal, Agent

Abstract

In spite of similarities between franchise as a contract and agency, there are differences between them which have theoretical and practical aspects. In this paper, we are discussing such similarities and differences from a comparative perspective. In many countries, the commercial agency is regulated while the franchise contract has not this base. Hence, using statutes about agency for resolving or analyzing problems arising from franchise is inevitable. This practice could endanger the rights of the parties of franchise contract. The relationship between the franchisee and the original is not a fiduciary relationship. The franchisee does not act on behalf of the franchisor and has the right to exercise any proprietary possessions. In addition, the subject matter, obligations, degree of independence, and responsibility towards third parties are different in these two contracts. In fact, the franchise contract is not compatible with the commercial agency contract and has its own nature and effects.

***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

In spite of similarities between franchise as a contract and agency, there are differences between them which have theoretical and practical aspects. In this paper, we are discussing such similarities and differences from a comparative perspective. In many countries, the commercial agency is regulated while the franchise contract has not this base. Hence, using statutes about agency for resolving or analyzing problems arising from franchise is inevitable. This practice could endanger the rights of the parties of franchise contract.

2. Research Methodology

In this paper, we discuss the historical background of franchise contract and compare it with commercial agency. The study method is descriptive. The obtained information is analyzed based on Iran's laws and practical solutions.

3. Research Findings

The relationship between the franchisee and the original is not a fiduciary relationship. The franchisee does not act on behalf of the franchisor and has the right to exercise any proprietary possessions. In addition, the subject matter, obligations, degree of independence, and responsibility towards third parties are different in these two

contracts. In fact, the franchise contract is not compatible with the commercial agency contract and has its own nature and effects.

4. Conclusion

Despite the similarities between the franchise agreement and the agency, the differences between the two should not be ignored, including differences in the subject, basis and foundation of the two mentioned contracts, obligations of the parties, attribution of legal actions, responsibility and elements, etc. In addition, the franchise agreement is not the same as the commercial agency agreement and has its own nature and effects.

Funding

There is no funding support.

Authors' Contribution

Authors contributed equally to the conceptualization and writing of the article, 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.

مفهوم و پیشینه قرارداد فرانسیز و مقایسه آن با نمایندگی تجاری

مصطفی السان^{۱*}، خلود دریس^۲، محمدرضا فتاحی^۳

^۱ دانشیار حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.
^۲ استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد بهبهان، دانشگاه آزاد اسلامی، بهبهان، ایران.
^۳ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.



[20.1001.1.24237566.1402.7.1.1.5](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23638.1345)



[10.22080/LPS.2022.23638.1345](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23638.1345)

چکیده

با وجود شباهت‌هایی که میان قرارداد فرانسیز و نمایندگی وجود دارد، قرارداد فرانسیز با نمایندگی تفاوت‌هایی دارد که تنها جنبه نظری ندارند؛ بلکه در عمل هم واجد آثار مهمی می‌باشد. این مقاله به مقایسه قرارداد فرانسیز و قرارداد نمایندگی و بیان شباهت‌ها و تفاوت‌های آنها می‌پردازد. اهمیت این مقایسه آنجا آشکار می‌شود که اکثر کشورها دارای مقرراتی درباره «نمایندگی تجاری» بوده و فاقد مقرراتی درباره فرانسیز هستند. با فرض تفاوت میان نمایندگی و فرانسیز، اجرای مقررات نمایندگی در مورد فرانسیز می‌تواند موجب تضییع حقوق طرفین قرارداد اخیر - به‌ویژه فرانسیزدهنده شود. بررسی‌های این مقاله نشان خواهد داد که قرارداد نمایندگی و فرانسیز، از جمله از حیث موضوع و مبنا، تعهدات طرفین، انتساب اعمال حقوقی، مسؤلیت و ارکان و عناصر با همدیگر تفاوت دارند. از جمله اینکه رابطه فرانسیزگیرنده و اصیل، امانی نمی‌باشد. فرانسیزگیرنده به نمایندگی از سوی فرانسیزدهنده فعالیت نمی‌کند و حق اعمال هرگونه تصرفات مالکانه را داراست. به علاوه، موضوع، تعهدات، درجه استقلال و مسؤلیت در قبال اشخاص ثالث در این دو قرارداد باهم تفاوت دارد. در واقع، قرارداد فرانسیز با قرارداد نمایندگی تجاری منطبق نبوده و دارای ماهیت و آثار خاص خود می‌باشد.

تاریخ دریافت:

۱۰ خرداد ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۲ مرداد ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۲ مهر ۱۴۰۱

کلیدواژه‌ها:

فرانسیز، نمایندگی تجاری، فرانسیزدهنده، اصیل، نماینده.

* نویسنده مسئول: مصطفی السان

ایمیل: MostafaElsan@yahoo.com

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



۱ مقدمه

امروزه روش‌های تجاری فراوانی برای ورود کالاها و خدمات به بازارهای جهانی و گسترش قلمرو عرضه و فروش تولیدکنندگان، فروشندگان و عرضه‌کنندگان وجود دارد. در سالهای اخیر قرارداد فرانشیز و نمایندگی تجاری، به عنوان دو شیوه قراردادی با اهداف بازاریابی، در کشورهای توسعه‌یافته رونق قابل توجهی داشته‌اند. با این حال، در کشورمان آن‌چنان که باید به این دو تأسیس حقوقی چه در عرصه قانونگذاری و چه در مباحث دکترین و رویه قضایی پرداخته نشده است. این در حالی است که در کشورهای توسعه یافته به خوبی به اهمیت آنها واقف گشته و مقرراتی را چه در عرصه داخلی و چه در سطح بین‌المللی به تصویب رسانیده‌اند. به گونه‌ای که در اتحادیه اروپا - با هدف هماهنگ‌سازی قوانین در کشورهای عضو - دستورالعمل‌ها و دستورنامه‌های (Regulation) متعددی در این باره تدوین یافته است.

در مورد قرارداد فرانشیز، با وجود بهره‌مندی حقوق کشور از اندیشه‌های حقوقی و فقهی غنی در زمینه قواعد عمومی و احکام ویژه عقود، از واقعیات صنعتی و تجاری روز، عقب مانده و جایگاه این قرارداد به دلیل داشتن موضوع بدیع یعنی حقوق مالکیت فکری ناشناخته است. از طرف دیگر رویه قضایی نیز به دلیل نو بودن این قرارداد و وارداتی بودن آن مجال چندانی نیافته است که جهت ورود به مباحث حقوقی آن و ایجاد یک منبع حقوقی قابل اتکاء اقدامی کند. بنابراین دست یافتن به قواعد حقوقی آن نیاز به اندیشه‌های جدیدی دارد. قانون اصلاح موادی از برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای اصل ۴۴ قانون اساسی تنها متن قانونی است که به قراردادهای حقوق مالکیت فکری و حقوق و امتیازات ناشی از آنها بدون ذکر نامی از آنها اشاره نموده است.

استفاده از شیوه فرانشیز، به عنوان متداول‌ترین قرارداد در بهره‌برداری از حقوق مالکیت فکری، برخلاف شروع به کسب و کار مستقل، به نحو عمده‌ای ریسک سرمایه‌گذاری را کاهش داده و نام و نشان بهتری برای محصول به ارمغان می‌آورد. در عین حال، روشی سریع و کارآمد برای توسعه بازارهای فروش و افزایش سهم فرانشیزدهنده از بازار می‌باشد. نظارت گسترده فرانشیزدهنده، علی‌رغم اینکه موجب رونق این شیوه و تحقق اهداف فوق‌الذکر شده، به مانعی برای اقدامات خلاقانه فرانشیزگیرنده نیز تبدیل شده است. از سوی دیگر، نمایندگی تجاری نیز علی‌رغم مزایا و فرصتهای حاصل از به‌کارگیری این نمایندگان، با پیچیدگی‌ها، خطرات و هزینه‌هایی همراه است.

«قرارداد فرانچایز، دارای پنج عنصر سازنده است: ۱. وجود یک قرارداد؛ ۲. وجود یک شبکه تجارت؛ ۳. وجود یک برند، همچون علامت تجاری، علامت خدماتی، نام تجاری و... ۴. اذن استفاده از حقوق مالکیت فکری مرتبط؛ ۵. وجود عوض قراردادی» (محمدی، محسن‌زاده و محسن‌زاده، ۱۳۹۲، ص ۲۳۵).

در این مقاله به جنبه‌های مختلف ساختاری قرارداد فرانشیز پرداخته، سپس با تحلیل و بررسی آثار قرارداد نمایندگی تجاری و فرانشیز، وجوه شباهت و تمایز آن دو از یکدیگر مورد بحث قرار می‌گیرد.

این تحقیق به روش توصیفی و با مراجعه به منابع داخلی و خارجی مرتبط، با تحلیل وضعیت فعلی و ارایه پیشنهادات سازنده انجام گرفته است. مقالات مرتبط با موضوع مورد استفاده قرار گرفته و در قسمت منابع معرفی شده‌اند. بررسی موضوع این مقاله در قالب چهار گفتار بدین شرح انجام می‌شود: ۱. مفهوم و پیشینه قرارداد فرانشیز، ۲. مفهوم قرارداد نمایندگی تجاری، ۳. فرانشیز و نمایندگی تجاری و ۴. مقایسه وصف «امانت» در قرارداد فرانشیز و نمایندگی.

۲ مفهوم و پیشینه قرارداد فرانشیز

در این گفتار، ابتدا به معنای لغوی و مفهوم اصطلاحی فرانشیز پرداخته و سپس پیشینه آن را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۲٫۱ معنای لغوی فرانشیز

فرهنگ لغت آمریکایی Heritage منشأ واژه فرانشیز، را واژه قدیمی فرانسوی (franche) به معنای آزادگی و بخشودگی معرفی کرده است. در قرون وسطی، فرانشیز حق یا امتیاز ویژه‌ای تلقی می‌شد که توسط قوای حاکم اعم از پادشاه، کلیسا و دولت محلی، برای انجام فعالیت‌های مختلفی همچون ساخت جاده، برپا کردن نمایشگاه و بازار، حفظ نظم اجتماعی و جمع‌آوری مالیات واگذار می‌گردید. در واقع به شخص یا گروهی از اشخاص حق انحصاری برای انجام فعالیت مشخص در مدت زمان معین اعطا می‌شد. در مقابل، این اشخاص اغلب ملزم به پرداخت وجهی در قالب سهمی از محصول یا سود به قوای حاکم بودند (Blair & Lafontaine, 2005, pp. 3-4). این وجه «حق‌الامتیاز» نامیده می‌شد. امروزه نیز به عوضی که فرانشیزگیرنده به فرانشیزدهنده در عوض بهره‌برداری از نام و علامت تجاری و.. پرداخت می‌کند، «حق‌الامتیاز» (Royalty) گفته می‌شود.

واژه فرانشیز همه جا به یک معنا استعمال نمی‌شود. در صنعت بیمه، درصد یا مبلغی از خسارت که به عهده خود بیمه‌گذار است فرانشیز نامیده می‌شود. به عبارت دیگر بیمه‌گذار، بیمه‌گر خویش تلقی می‌شود و خسارت را خود متحمل می‌شود. (کریمی، ۱۳۷۸، ۱۱). در ورزش نیز به معنای حق اعطا شده توسط یک لیگ حرفه‌ای برای اداره تیم در یک منطقه معین می‌باشد (Blair & Lafontaine, 2005, p. 364).

۲٫۲ معنای اصطلاحی فرانشیز

در فرهنگ حقوقی بلک در معنای فرانشیز آمده است: «فرانشیز پروانه‌ای است که به موجب آن، مالک علامت یا نام تجاری به دیگری اجازه فروش محصولات یا خدمات را تحت آن نام یا علامت در مناطق گسترده‌تری (از محل اقامت مالک)، می‌دهد» (Garner, 2009, p. 729).

همچنین در فرهنگ حقوقی وبستر فرانشیز، «حقی انحصاری است که به موجب یک قرارداد لیسانس و به منظور بهره‌برداری از علامت تجاری و توزیع کالاها و خدمات با همان علامت تجاری در یک قلمرو معین، اعطا می‌شود» (Wild, 2006, p. 144).

آنچه که در برخی از آثار به آن پرداخته نشده، تفکیک میان نهاد حقوقی فرانشیز و قرارداد آن است. در قسمت (الف) از بند ۳ ماده ۱ دستورنامه شماره ۸۸/۴۰۸۷ مصوب ۳۰ نوامبر ۱۹۹۸ اتحادیه اروپا در مقام اعمال ماده ۸۵ معاهده رم، پس از تعریف نهاد حقوقی فرانشیز، به «مجموعه‌ای از حقوق مالکیت فکری و صنعتی مربوط به علائم تجاری، نام‌های تجاری، علائم مغازه‌ها، مدل‌های مفید، طرح‌ها، حقوق مؤلف، دانش تجربی، یا حق انحصاری (به ثبت رسیده) جهت بهره‌برداری برای فروش مجدد یا آماده‌سازی خدمات برای مصرف کننده نهایی»، (بابا پور، ۱۳۸۴، ۶۵) در قسمت (ب) از بند ۳ مذکور به تعریف قرارداد فرانشیز نیز پرداخته است: «توافقی است که به موجب آن متعهد یا همان اعطاکننده امتیاز به دیگری یعنی امتیازگیرنده در برابر عوض مالی مستقیم یا غیر مستقیم حق بهره‌برداری از یک امتیاز را برای اهداف بازاریابی انواع معینی از کالاها یا خدمات ارائه می‌دهد» (احسنی افروز، ۱۳۹۰، ۹۰).

براساس دستورالعمل کمیسیون تجارت فدرال آمریکا (Federal Trade Commission) برای اینکه یک رابطه تجاری فرانشیز تلقی شود، باید سه عنصر وجود داشته باشد: اول، اعطاکننده امتیاز نام یا علامت تجاری خود را تحت لیسانس دهد و گیرنده



تسهیلات زندگی مانند آب و برق و... و بانکداری اعطا را کردند، که در واقع منحصر به دولتها بود (Manitoba Law Reform Commission, 2008, p. 185).

وزارت بازرگانی ایالات متحده آمریکا دو نوع رابطه فرانسیز را از لحاظ تاریخی از یکدیگر تمییز داده است، فرانسیز سنتی (Traditional Franchising) و فرانسیز کسب و کار (یا فرانسیز مبتنی بر روش و سیستم تجاری). فروشندگان سیستم فرانسیزی که بر توزیع کالاها و محصولات یک شرکت متمرکز می‌شوند، معرف فرانسیز سنتی می‌باشند. به این ترتیب که کسب و کار خود را با این شرکت معرفی می‌کنند. برای مثال فروشندگان فورد به عنوان توزیع‌کنندگان خودروهای فورد محسوب می‌شوند. فرانسیز سنتی، قدیمی‌ترین شکل فرانسیز مدرن محسوب می‌شود. این نوع فرانسیز را در اواسط سده ۱۸۰۰ میلادی می‌توان یافت. در این زمان شرکت مک کرومیک هاروسینگ (McCormick Harvesting Machine) و شرکت چرخ‌های خیاطی سینجر (Singer) محصولات خود را از طریق نمایندگان فروش در قلمروهای انحصاری به فروش می‌رساندند. در واقع آقای ایساک سینجر مخترع شکل جدید و پیشرفته‌ای از چرخ‌های خیاطی بود و تصمیم داشت از این طریق پخش و فروش محصولات خود را افزایش دهد و شبکه توزیع‌کنندگان مستقلی را برای چرخ‌های خیاطی خود ایجاد کرد. اساساً این شرکت‌ها مانند سایر شرکت‌هایی که از نمایندگان پخش و توزیع استفاده می‌کردند، محدودیت‌ها و شرایط اندکی را بر این نماینده‌ها تحمیل می‌کردند و نظارت بسیار کمتری را بر آنها اعمال می‌کردند.

با گذشت زمان هر دو شرکت دریافتند که اگر بخواهند از شهرت، اعتبار و علامت تجاری خود حمایت کنند، نیازمند اعمال کنترل بیشتری بر این نمایندگان فروش هستند. شرکت مک کرومیک با ایجاد شرکتی که دارای شعبی در سرتاسر آمریکا و کانادا بود، نسبت به این چالش واکنش نشان داد و

امتیاز با همان نام یا علامت به فعالیت بپردازد. دوم، اعطاکننده امتیاز نظارت و کنترل قابل توجهی را نسبت به عملیات گیرنده امتیاز اعمال و همکاری‌های معمول را با گیرنده به عمل آورد. سوم، گیرنده باید حداقل مبلغ ۵۰۰ دلار را به اعطاکننده امتیاز قبل از قرارداد یا در طی مدت ۶ ماه اول شروع به فعالیت بپردازد (Blair & Lafontaine, 2005, pp. 383).

به نظر می‌رسد تعریفی که جامع‌تر از سایر تعاریف و دربردارنده عناصر و ارکان قرارداد فرانسیز باشد، تعریفی است که مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی (UNIDROIT) ارائه داده است؛ «این مؤسسه ضمن تأکید بر اینکه در سطح بین‌المللی بیشتر فرانسیز مبتنی بر کسب و کار یا فرانسیز مبتنی بر روش و سیستم تجاری (Business Format Franchise) کاربرد دارد و با بیان استقلال رابطه حقوقی طرفین فرانسیز، فرانسیز را رابطه‌ای می‌داند که مطابق آن فرانسیزگیرنده مستقل در قبال پرداخت حق فرانسیز مقطوع و مستمر این حق را کسب می‌کند که در مقام فروش یا عرضه کالا یا خدمات از روش خاصی که تحت علامت یا نام تجاری فرانسیزدهنده ثبت شده است با رعایت استانداردها و رویه‌های صاحب امتیاز استفاده کند. در راستای استفاده بهینه از روش، فرانسیزدهنده طرف دیگر قرارداد را با ارائه دانش فنی لازم و آموزش‌های مقتضی یاری و مساعدت می‌کند» (باقرآبادی، ۱۳۸۹، ۱۶).

۲،۳ پیشینه تاریخی قرارداد فرانسیز

تاریخ فرانسیز از دوران قرون وسطی در انگلستان آغاز می‌گردد. در دورانی که پادشاهان برای اجتناب از بار سنگین هزینه‌ها و تشریفات اداری مربوط به استخدام، پرداخت و نظارت بر متصدیان مالیات، به مقاماتی امتیاز جمع‌آوری و نگهداری مالیات را در عوض پرداخت اجرت اعطا کردند.

بعدها در آمریکای شمالی، دولتها به اشخاص و شرکت‌هایی امتیاز انجام فعالیت‌های تسهیل توسعه تأسیسات زیربنایی و خدماتی مانند راه‌آهن،

«کوکاکولا» به شرکت خوشگوار مشهد در ضمن يك قرارداد فرانچایز که تعهدات دیگری چون در اختیارگذاشتن اسرار تجاری در خصوص فرمول نوشابه گازدار و نوع مواد اولیه مورد نظر از جمله تعهدات امتیازدهنده و رعایت کیفیت و محرمانه نگهداشتن اطلاعات از تعهدات امتیازگیرنده به موجب قرارداد است. تجاوز از حدود قرارداد، از طرف هر يك از آنها نقض آن محسوب می‌شود و بسته به مورد، به عنوان نقض تعهد قراردادی یا نقض حق مالکیت فکری قابل پیگیری قضایی است» (محمدی، محسن‌زاده و محسن‌زاده، ۱۳۹۲، ص ۲۳۵).

اما با ظهور زنجیره هایی مانند مک‌دونالد و برگرکینگ در دوران جهش اقتصادی و جنگ جهانی دوم، فرانشیز تجاری کاملاً جای خود را در آمریکا و کانادا و سپس در سایر نقاط جهان پیدا کرد (Blair & Lafontaine, 2005, pp. 5-8).

اولین گام در جهت ایجاد قواعد مربوط به فرانشیز، یک حکم قضایی معروف به Pronuptia در ۲۸ ژانویه ۱۹۸۶ بود. در این پرونده فردی آلمانی نمایندگی فروش محصولات شرکت فرانسوی Pronuptia را که در زمینه فروش لباس عروس و وسایل مرتبط با مراسم عروسی فعال بود، در مناطقی از آلمان به عهده گرفت. در این قرارداد طرف آلمانی متعهد به پرداخت حق امتیاز و ده درصد از میزان فروش به شرکت فرانسوی شده بود. بعدها طرف آلمانی به استناد بند ۲ ماده ۸۵ معاهده رم (۸۱ کنونی)^۱ «درباره ممنوعیت محدود کردن

مسئولیت‌های نظارت بر این نمایندگان فروش در این قلمروها به این شعب داده شد. به این ترتیب این شرکت قادر به نظامند کردن این فرایند و برقراری ارتباط با آنها شد. در نتیجه، این نمایندگان را به آنچه که امروزه (Dealer) نامیده می‌شوند، تبدیل کرد. اما شرکت سینجر در پاسخ به این نیاز، بسیاری از نمایندگان مستقل را به نمایندگی‌های شرکت تبدیل کرد و مهم‌تر از همه اینکه یک سری توصیه‌ها راجع به چگونگی اداره محل کار و گزارش مالی مفصل، برای نماینده‌های باقیمانده مقرر کرد. اگرچه این مدل تجاری نهایتاً برای شرکت سینجر با شکست مواجه شد، اما قراردادهای و شیوه کنترل شرکت سینجر با گذشت زمان توسعه پیدا کرد و به عنوان پیشرو قرارداد فرانشیز مدرن شناخته شد (Blair & Lafontaine, 2005, pp. 384-385).

یکی از اولین بازرگانانی که فرانشیز را به نحو موفقیت‌آمیزی به کار گرفت، شرکت کوکاکولا بود. این شرکت به امتیازگیرندگان منطقه‌ای مجوزی اعطا می‌کرد که نوشیدنی‌های غیرالکلی را تحت علامت تجاری این شرکت تولید کنند. در واقع سرعت گسترش کوکاکولا مدیون فرانشیزگیرندگان بود که در عوض این کار قلمرو توزیع انحصاری و حمایت شرکت را دریافت می‌کردند (Manitoba Law Reform Commission, 2008, p. 185).

در کشورمان نیز می‌توان ردپای قراردادهای فرانشیز شرکت کوکاکولا را مشاهده کرد. برای مثال، «واگذاری مجوز بهره‌برداری از علامت تجاری

قراردادهایی به ورود رقباي جديد به بازار کمک کرده و منجر به افزایش رقابت بین علايم تجاري می‌گردند .. این در حالی است که حقوق رقابت ایران، برخلاف قواعد نظام‌هاي حقوقی پیش‌گفته، در مقام اعمال، هیچ تفاوتی میان قراردادهای تجاری حقوق مالکیت فکری (از قبیل فرانشیز) با سایر قراردادهای قابل نیست و پیش‌بینی برخی شروط از جمله شرط عدم رقابت و شرط تعیین منطقه فعالیت را که جزء عناصر اساسی این قرارداد تلقی می‌شوند، ممنوع می‌سازد» (نجات‌زادگان و نجات‌زادگان، ۱۳۹۳، ص ۲۶۹). این امر محل ایراد بوده و می‌تواند به عنوان محدودیتی در برابر رقابت آزاد در بازار تلقی گردد.

^۱ ماده ۸۱ معاهده رم: «موارد ذیل به دلیل عدم ناسازگاری با بازار مشترک ممنوع خواهد بود: ۱. تمامی توافقاتی میان مؤسسات و بنگاههای تجاری، تصمیمات اتحادیه‌های صنفی و اقدامات هماهنگی که ممکن است تجارت میان دولت‌های عضو را تحت تأثیر قرار داده و هدف یا تأثیر آن باعث ایجاد مانع، محدودیت یا از بین بردن رقابت در بازار مشترک باشد به‌خصوص در موارد ذیل، ممنوع است .. ۲. هرگونه توافق یا تصمیمی که به موجب این ماده ممنوع شده است به خودی خود باطل خواهد بود.» «به عنوان یک قاعده کلی، در نظام حقوقی اکثر کشورهای توسعه یافته، قراردادهای فرانشیز به خودی خود از مصادیق توافقات محدودکننده رقابت تلقی نمی‌شوند، زیرا چنین



را رعایت کنند. علاوه بر این کمیسیون تجارت فدرال آمریکا قاعده‌ای را تحت عنوان «قاعده فرانسیز کمیسیون تجارت فدرال» (FTC Franchise Rule) در سال ۱۹۷۸ به تصویب رسانید. به موجب این قاعده، تمام فرانسیزدهندگان آمریکایی ملزم گردیدند قبل از انعقاد قرارداد فرانسیز اطلاعاتی از قبیل مشخصات شرکت صاحب امتیاز، مدیران آن، سوابق طرح دعوا علیه فرانسیزدهنده و نتیجه دعوی طرح شده، میزان تقریبی سرمایه و.. را در اختیار متقاضیان تحصیل امتیاز فرانسیز قرار دهند تا شخص با اطلاع از وضعیت موجود در خصوص پیوستن یا نپیوستن به قرارداد فرانسیز تصمیم‌گیری کند.

در حقوق ایران «تخطی .. در ارایه اطلاعات صحیح و به‌موقع راجع به موضوعات اصلی قرارداد، اگر باعث شود در زمان انشای معامله، موضوعات اصلی نزد گیرنده امتیاز مجهول بماند، آن معامله باطل خواهد بود و .. گیرنده امتیاز می‌تواند خسارت مستقیم ناشی از نامناسب بودن اطلاعات را از اعطاکننده امتیاز دریافت کند» (شهبازی‌نیا و سجادی، ۱۳۹۰، ص ۲۱۶).

۳ مفهوم قرارداد نمایندگی تجاری

در این گفتار معنای لغوی و اصطلاحی نمایندگی تجاری، به‌ترتیب بررسی می‌شود.

۳/۱ معنای لغوی نمایندگی تجاری

نمایندگی در لغت به معنای نماینده بودن، کارگزاری و وکالت مجلس‌آمده است و معادل انگلیسی آن (Agency) یا (Representation) است. واژه Agency از ریشه لاتین (Agree) و (Ago) مشتق شده است. (محقق‌داماد و منشی‌زاده تهرانی، ۱۳۸۹، ص ۲۷۸) در کامن‌لا اصطلاح نمایندگی (agency) به مجموعه‌ای از قواعد عمومی اطلاق شود که به موجب

رقابت»، ادعای بطلان توافق مذکور را نمود و از پرداخت مبالغ مذکور سر باز زد. در نهایت دادگاه اروپایی ضمن پذیرش شیوه فرانسیز به عنوان یک روش صحیح و معتبر مقرر کرد که قراردادهای فرانسیز در صورت دارا بودن یکی از این شروط معتبر بوده و از شمول ماده ۸۵ (۸۱ کنونی) خارج است:

یک. اعطاکننده امتیاز باید بتواند دانش تجربی را (به عنوان موضوع قرارداد)، به گیرنده امتیاز انتقال و او را در به‌کارگیری و استفاده از آن یاری دهد؛ بدون اینکه خطر انتقال این دانش به رقبای وی وجود داشته باشد.

دو. اعطاکننده امتیاز باید اجازه دهد، اقدامات ضروری برای حفظ هویت و شهرت شبکه فرانسیز صورت گیرد.

بعد از این حکم قضایی کمیسیون اروپا در مورد شبکه‌های فرانسیز تصمیم‌هایی گرفت که منجر به صدور دستورنامه شماره ۸۸/۴۰۸۷ گردید. این دستورنامه، حاوی معافیت دسته‌جمعی از شمول بند یک ماده ۸۱ معاهده اتحادیه اروپا Commission Regulation No. 4087/88[1988] on Franchise Block (Exemption) برای توافقی‌های فرانسیز بود. این دستورنامه از یک فوریه ۱۹۸۹ تا ۱۹۹۹ به مدت ده سال قابلیت اجرایی داشت. هرچند این مدت به پایان رسیده، اما هنوز هم در عمل، این دستورنامه یکی منابع اصلی فرانسیز است (باباپور، ۱۳۸۴، صص ۲-۶۳).

همچنین در نتیجه گسترش فرانسیز تجاری و وقوع تقلب و تدلیس از جانب برخی فرانسیزگیرندگان و ضرورت حمایت از مصرف‌کننده در سال ۱۹۶۰ «اتحادیه بین‌المللی فرانسیز» با هدف هدایت و کنترل نظام تجاری فرانسیز تأسیس گردید. اتحادیه مزبور در راستای نظام‌مند کردن فرانسیز، ابتدا منشور اخلاقی (Code of Ethics) را تصویب کرد و بر حسب آن تمام فرانسیز دهندگان از کشورهای عضو اتحادیه مکلف شدند هنگام اعطای امتیاز فعالیت تجاری در قالب فرانسیز اصول مزبور

هستند که شخصیت‌های حقوقی و شرکت‌های بزرگ تجاری اغلب برای توسعه فعالیت‌های خود این نمایندگان را به کار می‌گیرند که با عنوان تجاری آن‌ها محصولاتشان را در معرض فروش قرار دهند. لازم به ذکر است که مفهوم نمایندگی در حقوق تجارت دچار تحولاتی گشته است که با نمایندگی مرسوم در حقوق مدنی متفاوت است.^۱ در قانون تجارت ایران برخلاف سایر کشورها آنچه قابل ملاحظه است؛ عدم تدوین مقررات ویژه‌ای برای نمایندگی و اکتفا به ذکر مصادیق آن به طور پراکنده است.

نمایندگی تجاری را می‌توان برحسب اعتبارهای مختلف به اقسام مختلفی تقسیم بندی کرد. یکی از تقسیمات عمده به اعتبار وابستگی یا عدم وابستگی نماینده به اصیل و استقلال یا عدم استقلال اوست که عبارتند از؛ نمایندگی مستقل و نمایندگی غیر مستقل.

الف) نمایندگی غیر مستقل: اشخاصی هستند که آثار اعمال آن‌ها در امور اصیل ظاهر می‌شود و تعهد آن‌ها تعهد نماینده است نه تعهد اصیل. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ش ۱۴۱۷۲) قانون تجارت با پیش‌بینی قایم‌مقام تجاری، حق العمل کاری، دلالی، متصدی حمل و نقل، عاملیت تجاری مصادیق این نوع نمایندگی را نامبرده است.

ب) نمایندگی مستقل: نماینده به موجب این قرارداد متعهد می‌شود در حدود شرایط مورد توافق با اشخاص ثالث وارد معاملات تجاری شود. در این نوع نمایندگی، نماینده به نام و حساب خود عمل می‌نماید و آثار اعمال او در دارایی اصیل تاثیری نمی‌گذارد. (همان.)

لازم به ذکر است آنچه در این مقاله موضوع محوری بحث قرار خواهد گرفت، نمایندگی تجاری مستقل است و برای احتراز از تطویل کلام به نمایندگی غیر مستقل پرداخته نمی‌شود. این نوع

آن یک شخص، نماینده، دارای توانایی تغییر روابط حقوقی شخص دیگر - اصیل - است و گاهی نیز گفته می‌شود؛ هر آنچه یک شخص خود می‌تواند انجام دهد، به واسطه نماینده نیز قابل انجام است؛ اما همیشه این چنین نیست. دکترین حقوقی بر عمومیت توانایی نماینده بر ملزم کردن و ذیحق کردن اصیل تأکید دارد؛ حال آنکه خود از روند معامله حذف می‌شود و هیچ‌گونه حق و یا مسؤولیتی را متحمل نمی‌شود. اگرچه گاهی نیز ممکن است نماینده مسؤول و/یا ذینفع شناخته شود. می‌توان ابعاد فوق را جنبه ظاهری و خارجی نمایندگی نامید. لیکن قواعدی که مربوط به حقوق و مسؤولیت‌های نماینده و اصیل می‌شود و تکلیف به رعایت غبطه و مصلحت منوب‌عنه (Fiduciary) را به نماینده تحمیل و حق دریافت حق‌الزحمه و پاداش پایان رابطه یا غرامت عادلانه (Indemnity) را در مقابل ایجاب می‌کند، تحت عنوان جنبه داخلی نمایندگی تلقی می‌شود (Chitty, 1999, p. 2).

بدیهی است که به واسطه‌هایی که به حساب خود یا تنها برای یک معامله منفرد یا در حوزه بیمه و خرید و فروش اعتباری فعالیت می‌کنند، لفظ نماینده اطلاق نمی‌شود (Campbell, 2008, p.161) زیرا توانایی آنها برای تغییر روابط حقوقی اصیل بسیار محدود یا حتی ناممکن است. اما از آنجایی که بخشی از تکالیف نماینده در مورد آنها قابل اعمال است ممکن است تحت عنوان «نمایندگی ناقص» جای گیرند (Chitty, 1999, p. 3).

۳٫۲ معنای اصطلاحی نمایندگی تجاری

در تمامی دوران‌ها، فعالان اقتصادی برای فعالیت‌های تجاری خود به گماردگانی نیاز داشتند تا در بازارهای دوردست یا نزد مشتریان خاص، نماینده منافعشان باشند. یکی از این واسطه‌های تجاری نمایندگان

نمایندگی - که با اعتماد به استمرار نمایندگی سرمایه گذاری شده است - سازگار باشد. (حاجیانی، ۱۳۸۶، ۱۷۵)

از جمله تفاوت‌های نمایندگی در مفهوم تجاری با نمایندگی در حقوق مدنی^۱ از جهت قابلیت فسخ است. در نمایندگی مدنی هر یک از طرفین اختیار فسخ قرارداد منشاء اعطای نمایندگی را دارند این در حالی است که در نمایندگی تجاری اعطای اختیار فسخ بدون علت موجه نمی‌تواند با ماهیت این نوع



که قرار است بعداً بین مشتری و اصیل منعقد شود، مذاکره لازم را جهت حصول توافق به عمل می‌آورد.

آنچه با مطالعه تعاریف ارائه شده از این نهاد حاصل می‌شود این است که نماینده تجاری یک تامین‌کننده حرفه‌ای خدمات فروش و بازاریابی است که براساس ترتیبات قراردادی نماینده تولیدکننده یا فروشنده در منطقه جغرافیایی معین است. بنابراین قرارداد نمایندگی تجاری در زمره قراردادهای خدمات جای می‌گیرد.

۴ فرانسیز و نمایندگی تجاری

ورود در سیستم فرانسیز، به عنوان متداول‌ترین قرارداد بهره‌برداری از حقوق مالکیت فکری، برخلاف شروع به کسب و کار مستقل به نحو عمده‌ای ریسک سرمایه‌گذاری را کاهش و نام و شناسایی بهتری برای محصول به ارمغان می‌آورد. در عین حال روشی سریع و کارآمد برای توسعه بازارهای فروش و افزایش سهم فرانسیز دهنده از بازار می‌باشد. نظارت‌های گسترده فرانسیزدهنده علی‌رغم اینکه موجب رونق سیستم و تحقق اهداف فوق‌الذکر شده، به مانعی برای اقدامات خلاقانه فرانسیز گیرنده نیز تبدیل شده است. از سوی دیگر به کارگیری نمایندگی تجاری نیز علیرغم وجود مشابهت‌هایی با فرانسیزگیرنده، مستلزم پیچیدگی‌ها، خطرات و هزینه‌هایی است. از آنجا که رابطه با نماینده تجاری مبتنی بر یک اعتماد دو جانبه است. این رابطه ضرورتاً یک رابطه شخصی است و این بسیار مهم است که اصیل قبل از منسوب کردن نماینده آینده، با او روبرو شود. حفظ ارتباط نزدیک بعد از انتساب آن نیز به همان اندازه اهمیت دارد. قبل از به کارگیری نماینده تجاری، اصیل باید اطمینان حاصل کند که نماینده در زمینه کالا با تجربه است و دارای ارتباطاتی با مشتریان مشخص و مهارت‌های مناسبی است. اصیل همچنین باید در مورد اعتبار و وضعیت مالی نماینده تحقیق نماید. برخی از مزایا و معایب نمایندگی عبارتند از:

نمایندگی به موجب ماده ۵۵ لایحه تقدیمی به مجلس شورای اسلامی تعریف شده است: «نماینده تجاری شخصی مستقل است که بدون قرارداد اجاره خدمات در برابر تاجر اعطاکننده نمایندگی تعهد می‌کند که در ازای دریافت اجرت نسبت به بازاریابی، مذاکره مقدماتی یا انعقاد قرارداد خرید، فروش یا اجاره کالاها یا خدمات برای مدت محدود یا نامحدود به نام و به حساب او اقدام کند».

تعریفی که در دکترین حقوقی از نمایندگی تجاری به عمل آمده و جامع به نظر می‌رسد عبارت است از: «نمایندگی تجاری رابطه‌ای قراردادی است که به موجب آن نماینده تجاری (شخص حقیقی یا حقوقی) به‌طور مستقل تصدی مذاکره و انعقاد معاملات تجاری و یا سایر اعمال واجد شرایط حقوقی را به نام و به حساب اصیل در برابر دریافت اجرت یا کمسیون بر عهده می‌گیرد». (نعیمی، ۱۳۸۹، ص ۳۳۵).

یکی از اولین اقدامات قانونگذاری در اتحادیه اروپا دستورالعملی بود که توسط شورای اروپا در ۱۸ دسامبر سال ۱۹۸۶ به منظور هماهنگ‌سازی مقررات اتحادیه اروپا در ارتباط با نمایندگان تجاری مستقل صورت گرفت. این دستورالعمل برای تثبیت وضعیت نمایندگان تجاری تصویب گردید چراکه نمایندگان برای چندین دهه خود را در وضعیت نامساعدی در مقابل اصیل می‌دیدند. این دستورالعمل تا امروز به اجرا در می‌آید و از زمان تصویب تاکنون اصلاح نشده است.

در حقوق اروپا نیز در مواد ۳ و ۴ «دستورالعمل اتحادیه اروپا در خصوص نمایندگان تجاری» به تعریف این نهاد حقوقی پرداخته شده است: «واسطه خویش‌فرمایی که اختیار مستمر جهت انجام مذاکره، فروش یا خرید کالاها به نفع و نام شخص دیگر را دارد» (Asbill, 2001, p.262). در واقع نماینده تجاری بازار فروش کالا را کشف می‌کند، جلب مشتری می‌کند، مبادله کالاها متعلق به اصیل را تسهیل می‌کند و راجع به شرایط قراردادی

- استقلال نمایندگان تجاری در اداره امور تجاری، انجام تعهدات، سازماندهی امور، پیروی از دستورالعمل‌ها و آموزش‌های اصیل، مشابه همان چیزی است که در مورد فرانسیزگیرنده نیز صادق است. البته این اشتراک تنها در نمایندگی تجاری مستقل وجود دارد.

- نماینده تجاری و فرانسیزگیرنده هیچ‌یک رابطه استخدامی با اصیل و فرانسیزدهنده نداشته و در چارچوب توافق نمایندگی و فرانسیز به انجام فعالیت تجاری مبادرت می‌کنند.

- به موجب هر دو قرارداد فوق الذکر، نماینده و فرانسیز گیرنده جواز اقدام به فعالیت هایی را به دست خواهند آورد که انجام آنها با عنوان تجارتي خاص در انحصار اصیل است.

- هر دو قرارداد در زمره قراردادهای قائم به شخص محسوب می‌شوند. شخصیت طرفین و قابلیت‌های تجاری آنها به‌ویژه نماینده تجاری و فرانسیزگیرنده در عزم به انعقاد قرارداد تأثیر فراوانی دارد. به همین جهت اغلب به خاتمه قرارداد و انفساخ آن در صورت ورشکستگی و یا مرگ یکی از طرفین قرارداد، تصریح می‌شود.

- قرارداد نمایندگی تجاری را از عقود لازم شمرده‌اند (جعفری لنگرودی، همان) که نتیجه آن اصولاً عدم انفساخ به فوت یا حجر یا مرگ یکی از طرفین رابطه است. به این ترتیب که بعد از فوت یا حجر، حق خرید اجناس و فروش آن به قائم مقام آنها منتقل می‌شود. همچنین به نظر می‌رسد که با توجه به ماهیت و مبانی مربوط به قرارداد فرانسیز

- نمایندگان تجاری بازارهای داخلی را می‌شناسند و سپس می‌توانند ابزارهای سریعی را برای ورود کالاها پیشنهاد کنند.

- وجود تاسیس حقوقی نمایندگی به شرکت‌ها و یا کارخانه‌ها امکان می‌دهد بدون اینکه درگیر تشریفات ایجاد یک شعبه و ثبت آن شوند، با انعقاد قرارداد نمایندگی، علاوه بر اینکه میزان فروش و در نتیجه تولیدات خود را بالا ببرند، محصولات خود را در سایر نقاط معرفی و بر مشتریان خود بیفزایند (حاجیان، ۱۳۸۶، ص ۴۲۴).

- نمایندگان تجاری می‌توانند با مشتریان به زبان خودشان ارتباط برقرارکنند و ابزارهای مناسب و آسان برای استفاده‌کننده جهت پاسخگویی به مشکلات و نیازمندی‌های مشتریان فراهم و پیشنهاد دهند.

- هزینه تحقیق درباره بازار به عهده نماینده است.

- از طرفی کنترل فعالیت‌های نماینده و حصول اطمینان از اینکه نماینده مستمراً به نفع اصیل فعالیت می‌کند، ممکن است با دشواری همراه باشد.

- تکیه کردن بر نماینده ممکن است گاهی اصیل را نسبت به نیازمندی کسب اطلاعات نسبت به بازار و مشتریان بی‌توجه نماید.

- اصیل باید احتمال جبران خسارت حسن‌نیت را در صورت انقضای قرارداد به عهده گیرد.

در ادامه این نوشتار برآنیم شبهه‌ای که در این زمینه مطرح است پاسخ داده شود؛ آیا فرانسیزگیرنده همان نماینده تجاری است؟ برای دست یافتن به پاسخی مناسب درک شباهت‌ها و تمایزات این دو قرارداد می‌تواند راهگشا باشد.

۴/۱ شباهت‌های نمایندگی و فرانسیز

- عنصر همکاری و تعاون مستمر، برای تحقق هدف مشترک گسترش بازارهای فروش، در قراردادهای مزبور ضروری است.



قائل شدن به لزوم این قرارداد نیز منطقی و موجه است.^۱

- هر دو از جمله قراردادهای مستمر و طولانی مدت به شمار می‌آیند.

- عمل بر اساس حسن‌نیت، حفظ و اتخاذ تدابیر متعارف به منظور برآوردن منافع اصیل و فرانشیزدهنده از مشخصه‌های اصلی این دو قرارداد می‌باشد.

- تعهدات در نمایندگی مستقل تجاری و فرانشیز از نوع تعهد اصیل است و در شرایط عادی به واسطه اعمال آنها تعهد و مسئولیتی متوجه اصیل نخواهد شد. در نتیجه ریسک سرمایه‌گذاری متوجه خود فرانشیزگیرنده و نماینده است و اگر بدون در نظرگرفتن جوانب امر قرارداد را امضا کند تنها اوست که متحمل زیان می‌شود. به همین دلیل در نظام های حقوقی بر لزوم شفاف‌سازی اطلاعات تاکید شده است (باقرآبادی، ۱۳۸۹، ۴۸).

- برای اینکه قرارداد موجد نمایندگی و فرانشیز تجاری باشد، نوع فعالیت های اصیل باید از اعمال تجارتي موضوع ماده ۲ یا ۳ قانون تجارت باشد در غیر این صورت از مباحث نمایندگی تجاری خارج خواهد بود.

- در هر دو قرارداد مذکور، نماینده و فرانشیز گیرنده به تنهایی در مقابل اشخاص ثالث مسئول اقدامات و تعهدات خود هستند و اصل بر مسؤولیت آنان می‌باشد. در خصوص مسؤولیت مدنی نسبت به عیب تولید، فرانشیزگیرنده علی القاعده در برابر اشخاص ثالث (از جمله مصرف کنندگان) مسئول است و البته می‌تواند بر علیه اصیل دعوای مسؤولیت مدنی، اقامه نماید.

^۱ اصیل در قرارداد فرانشیز مانند نمایندگی تجاری، با به کارگیری فرانشیز گیرنده کالاها و اجناس خود را معرفی و معروفیت پیدا میکند و در نتیجه منافع بسیاری نصیب وی می‌شود. بنابراین اگر وی قادر باشد هر زمان بخواهد بی جهت به این قرارداد پایان دهد از زحمات وی استفاده بلاجهت برده است و در نهایت فرانشیز گیرنده متضرر می‌شود. همچنین قرارداد فرانشیز جزء

۴،۲ تفاوت‌های نمایندگی و فرانشیز

با وجود این شباهت‌ها، تفاوت‌های آشکاری میان قرارداد فرانشیز و نمایندگی تجاری وجود دارد که با توجه به آنها تمایز میان این دو نهاد به آسانی صورت می‌گیرد:

- **تفاوت در مفهوم نمایندگی؛** صرف انجام فعالیت زیر نظر فرانشیز دهنده، فرانشیزگیرنده را در تعبیردقیق حقوقی، به نماینده وی تبدیل نمی‌کند. بنابراین فرانشیزگیرنده به نمایندگی از سوی فرانشیزدهنده فعالیت نمی‌کند.

- **تفاوت در دخل و تصرفات مالکانه؛** نمایندگان تجاری حق دخل و تصرف مالکانه نسبت به کالاهایی که از جانب اصیل مورد معامله قرار می‌دهند را ندارند. در مقابل فرانشیزگیرنده مالک کالاها و خدمات مورد معامله و در نتیجه حق اعمال هرگونه تصرفات مالکانه را داراست.

همان‌گونه که به درستی گفته شده: «در قرارداد فرانچایز (فرانشیز)، امتیازگیرنده در صورت تولید کالا، مالک کالای تولید شده می‌باشد و آن را از طرف خود می‌فروشد و در ارایه خدمات، به نام خود خدمات را ارایه می‌دهد. بر این اساس، قرارداد فرانچایز را نمی‌توان قراردادی برای اعطای نمایندگی تجاری دانست» (صفری و مشهدیان، ۱۳۹۸، ص ۱۷۶).

- **تفاوت در موضوع؛** موضوع قرارداد فرانشیز بر پایه اجازه بهره برداری از حقوق مالکیت فکری به دیگری در ازای پرداخت مبلغی تحت عنوان حق الامتیاز می‌باشد. در حالیکه موضوع نمایندگی تجاری اعطای حق برای مذاکره و انعقاد معاملات تجاری به دیگری است. بدین ترتیب نماینده محق می‌شود

قراردادهای تملیکی تلقی می‌شود که به موجب آن منافع حاصل از حقوق مالکیت فکری موضوع قرارداد (علامت تجاری، نام تجاری و...) به فرانشیزگیرنده تملیک می‌شود. از این رو موت یا جنون هر یک از طرفین در اعتبار قرارداد تأثیری ندارد.

فرانشیزگیرنده بسیار محدودتر و مستلزم نظارت و کنترل مستمر و شدیدی از سوی فرانشیزدهنده است که دارای اختیارات گسترده از جمله صدور دستورالعمل‌هایی در مورد شکل، کیفیت و حفظ استانداردها و... به منظور احتراز از آسیب به شهرت و اعتبار علامت تجاری می‌باشد. در چنین وضعیتی، اعمال تدابیر کنترلی، موجب کاهش استقلال فرانشیزگیرنده می‌شود.

- مسئولیت در مقابل اشخاص ثالث؛ اگر چه در قرارداد فرانشیز اصل بر مسئولیت فرانشیزگیرنده در مقابل اشخاص ثالث است اما در موارد استثنایی ممکن است این مسئولیت به فرانشیزدهنده نیز تسری پیدا کند. چرا که فرانشیزدهنده مسئولیت هدایت و نظارت وی را در طول مدت قرارداد به عهده دارد. به عنوان مثال، نسبت به عیوب کالاها یا رفتار متقلبانه فرانشیزگیرنده که مورد نظارت فرانشیزدهنده قرار نگرفته است یا در مواردی که فرانشیزدهنده در مدیریت کسب و کار به نحو عمده ای مشارکت داشته است. اما در نمایندگی تجاری مستقل در هر صورت نماینده در مقابل شخص ثالث مسئولیت دارد.

چنانکه اشاره شد اگرچه رابطه قراردادی بین نماینده و مشتری شکل می‌گیرد، ولی در خصوص عیب کالا، علی‌القاعده مسئولیت نهایی بر عهده تولیدکننده (اصیل) است.

«در قراردادهای فرانشیز بین‌المللی صراحتاً مقرر می‌شود که فرانشیزگیرنده نسبت به حوادثی که محل فعالیت تجاری او را تهدید می‌کند از جمله آتش‌سوزی یا مسئولیت ناشی از دعاوی اشخاص ثالث که ممکن است از افعال زیانبار او ناشی شود یا مسئولیت ناشی از تولید، نسبت به تحصیل پوشش بیمه لازم اقدام کند» (اسکینی و باقرآبادی، ۱۳۹۰، ص ۱۴).

- استحقاق دریافت خسارت و اجرت‌المثل عادلانه؛
در حقوق اتحادیه اروپا، مقایسه این دو قرارداد دارای یک اثر حقوقی مهم است؛ به این ترتیب که نماینده

اجناسی را از اصیل خریداری کند و به فروش برساند که در ازای این حق پرداختی صورت نمی‌گیرد.

- تفاوت در تعهدات: یکی از اساسی‌ترین تعهدات فرانشیزدهنده در اختیار گذاشتن دانش فنی، علامت و نام تجاری خود به فرانشیزگیرنده، تعلیمات و نظارت مستمر بر فعالیت‌های وی است در حالیکه در قرارداد نمایندگی تجاری اصولاً چنین تعهدی برای اصیل وجود ندارد مگر در صورت شرط خلاف.

- متعهد و متعهدله پرداخت؛ در فرانشیز، فرانشیزگیرنده به نفع فرانشیز دهنده تعهد به پرداخت حق فرانشیز می‌نماید. در حالی که در نمایندگی تجاری مستقل چون نماینده به دستور و امر دیگری تجارت نمی‌کند از کسی اجرت نمی‌گیرد و اجرتی نیز نمی‌پردازد بنابراین اصولاً غیر معوض است. بدین توضیح که نماینده در برابر دریافت حق خرید و فروش اجناس مبلغی را تحت عنوان حق نمایندگی به اصیل پرداخت نمی‌نماید. اصیل با فروش اجناس به نماینده سود خود را کسب می‌نماید.

- تفاوت در درجه و نوع استقلال؛ نماینده تجاری در انجام موضوع نمایندگی دارای استقلال است و به‌عنوان مستخدم و کارگر اصیل عمل نمی‌کند. در توضیح می‌توان افزود، مقصود از استقلال نماینده تجاری استقلال وی در اداره و انجام امور تجاری و تعهدات است و رابطه وی در قالب اجاره خدمات یا قرارداد کار شکل نمی‌گیرد. البته، استقلال نماینده نافی محدودیت‌های قراردادی و شروط ضمن قرارداد و مجوز تخلف از دستورالعمل‌ها و آموزش‌های اصیل نیست. امکان نمایندگی برای چند اصیل به طور همزمان و استخدام نمایندگان جدید بدون نیاز به اطلاع و اخذ اجازه، از آثار استقلال نمایندگی می‌باشد؛ مگر اینکه موکلین رقیب یکدیگر باشند یا صریحاً وی را از انجام چنین کاری منع کرده باشند (نعیمی، ۱۳۸۹، صص ۶-۳۴۵). در قرارداد فرانشیز اگرچه طرفین به عنوان دو تاجر کاملاً متمایز و مستقل به فعالیت می‌پردازند، لیکن استقلال عمل

۵ مقایسه وصف «امانت» در قرارداد فرانسیز و نمایندگی

قرارداد نمایندگی متضمن تعهد نماینده به حفظ غبطه و مصلحت اصیل و تلقی شدن وی به عنوان امین است. لیکن شباهت این دو قرارداد به یکدیگر تردیدهایی را در خصوص وجود و یا عدم وجود وصف امانت در قرارداد فرانسیز برانگیخته است. با توجه به اهمیت این بحث، لازم است تا گفتار مستقلی به آن اختصاص یابد.

تعهد نماینده به انجام اقداماتی برای اصیل منجر به ایجاد رابطه اعتماد و اطمینان (Trust and Confidence) بین اصیل و نماینده می‌شود به نحوی که نماینده، مسؤلیت حفظ منافع اصیل را عهده‌دار می‌شود و نباید وارد معاملاتی شود که در آنها نفع شخصی داشته یا با منافع وی تعارض پیدا کند. در نتیجه نماینده باید منافع اصیل را بر منافع خود ترجیح دهد (Coghil and et la, 2012,) (pp.69-70; Chitty, 1999, p. 65) اگرچه در حقوق کامن‌لا براساس یک اظهارنظر رسمی، تکالیف نماینده کاملاً مبتنی بر قرارداد فیما بین است، تکلیف نماینده به حفظ غبطه و مصلحت اصیل به صورت یک قاعده بجا و مناسب تأسیس شده و تا حدی قواعد انعطاف‌ناپذیر اجرای شروط را در حقوق کامن‌لا تعدیل کرده است (Chitty, 1999, p. 6).

در حقوق کامن‌لا رابطه اصیل و نماینده دارای یک طبیعت شبه امانی است (سماواتی، ۱۳۷۷، صص ۲۵۲، ۲۶۱) و تکلیف نماینده به حفظ غبطه و مصلحت اصیل دارای آثار و نتایجی است که به اختصار عبارتند از:

- رشوه گرفتن، اعمال تخفیف‌های پنهانی یا گرفتن حق کمیسیون و انعقاد قراردادهایی با علم به این امر

تجاری مستحق دریافت پاداش پایان رابطه یا اجرت‌المثل عادلانه به مجرد انقضا یا فسخ رابطه نمایندگی می‌باشد، مگر اینکه ثابت شود چنین فسخی بنا به دلایل موجهی بوده است.^۱ براساس ماده ۱۷ دستورالعمل اتحادیه اروپا، کشورهای عضو باید اقدامات ضروری را برای تضمین و مراقبت کردن از نماینده تجاری بعد از انقضای قرارداد نمایندگی به عمل آورده و اجرت‌المثل عادلانه خدمات وی را بپردازند. محاسبه اجرت‌المثل عادلانه با توجه به همه اوضاع و شرایط محاسبه انجام می‌شود.

همچنین پرداخت اجرت‌المثل عادلانه، نباید مانع نماینده تجاری از مطالبه خسارت شود. در مورد مطالبه خسارت مقرر شده که نماینده تجاری مستحق دریافت خسارت برای غرامت‌هایی است که در نتیجه انقضای رابطه‌اش با اصیل متحمل شده است.

در بند چهار ماده فوق مقرر شده که، استحقاق اجرت‌المثل عادلانه و دریافت خسارت زمانی که انقضای قرارداد در نتیجه مرگ نماینده تجاری باشد، هم باقی خواهد بود.

براساس ماده ۱۸ اجرت‌المثل عادلانه یا خسارت مورد اشاره در ماده ۱۷ قابل پرداخت نیست؛ اگر:

- اصیل قرارداد نمایندگی را به دلیل تقصیر قابل انتساب به نماینده تجاری فسخ کرده باشد که این امر خو ممکن است انقضای فوری قرارداد نمایندگی را براساس قوانین ملی توجیه نماید.

- نماینده تجاری قرارداد نمایندگی را فسخ کند مگر آنکه چنین فسخی با توجه به شرایط و اوضاع قابل انتساب به اصیل توجیه شود یا به علت سن، ضعف یا ناتوانی یا بیماری نماینده تجاری باشد که در نتیجه آن نتواند فعالیت‌های خود را ادامه دهد.

- **تعهد به حفظ غبطه و مصلحت؛** که در گفتار بعد تشریح می‌گردد.

^۱ البته مفهوم دلیل موجه بسیار محدود شده است به طوری که حق نماینده برای دریافت خسارت تقریباً غیر قابل اجتناب و فسخ قرارداد را برای طرف فسخ کننده خطر و ریسک نامعقول جلوه می‌دهد.

نگاهداری از مورد امانت است و حتی برای حسن انجام این تکلیف، لزوم اهلیت برای هر دو طرف الزامی تلقی شده است. اگر آنچه در حقوق مدنی مورد تأکید قرار گرفته، صرف معافیت امین از مسؤولیت مدنی در صورت عدم تعدی و تفریط بود، لزوم وجود این قید چندان ضروری نمی‌نمود. همچنین با توجه به آنچه در فوق درباره امین بیان شد، این نتیجه حاصل می‌شود که مفهوم رابطه امانی و امین در اینجا با مفهوم آن در حقوق مدنی متفاوت است و این امر می‌تواند نحوه تحلیل نویسندگان نامبرده را توجیه کند.

راجع به اینکه آیا رابطه بین فرانسیزگیرنده و فرانسیزدهنده یک رابطه امانی (Fiduciary) است یا خیر، می‌توان گفت در اواخر دهه ۱۹۷۰ و اوایل دهه ۱۹۸۰ فرانسیزگیرندگان متعددی در جریان دادرسی‌ها مدعی ایجاد رابطه امانی و تکلیف به رعایت غبطه و مصلحت در مورد قرارداد فرانسیز شدند. زیرا در این دعاوی فرانسیزگیرندگان به شدت وابسته به فرانسیزدهنده که دارنده دانش برتر و تسلط به سیستم فرانسیز و بازار بودند (Harold, 1970-1971) در حقوق کامن‌لا چند تفسیر از این رابطه وجود دارد. بنا به تفسیری که اکثریت مفسرین از رابطه بین فرانسیزگیرنده و فرانسیزدهنده ارایه می‌دهند، رابطه میان آنها را یک رابطه امانی نمی‌دانند. این گروه از مفسرین معتقدند اگرچه تکلیف به عمل بر اساس حسن نیت، عدالت و انصاف برای هر یک از طرفین وجود دارد، اما نمی‌توان این تکلیف را به عنوان یک رابطه امانی تلقی کرد. بنابراین از آنجا که معاملات بین فرانسیزدهنده و فرانسیزگیرنده دارای ماهیت تجاری است و هر یک از طرفین فعالیت‌هایی را به سود خود انجام می‌دهند، تلقی وجود رابطه امانی نامناسب است. به همین دلیل تقریباً همه کشورها از اینکه رابطه میان آنها را امانی تلقی کنند، امتناع کرده‌اند. همچنین این دسته از مفسران معتقدند در دعاوی که دادگاهها رابطه خاصی را میان آنها احراز کرده‌اند، به دلیل اوضاع و احوال غیرعادی و منحصر

که پرداخت در چنین قراردادهایی از جانب شخصی انجام می‌شود که با وی مذاکره کرده است، نقض تکلیف فوق تلقی و عزل نماینده را توجیه و دریافت هرگونه حق‌الزحمه و پاداش پایان رابطه یا غرامت عادلانه را از وی سلب می‌کند؛ چه اصیل متحمل خسارت شده یا نشده باشد.

- اثر دیگر تکلیف فوق این است که جز در وضعیت اطلاع کامل اصیل و کسب رضایت وی، نماینده حق بهره‌برداری از جایگاه خود، انتفاع از اموال و اطلاعات محرمانه اصیل برای کسب منفعت شخصی را ندارد.

- نماینده نباید بدون کسب رضایت قبلی اصیل، خود را در موقعیتی قرار دهد که وظایف وی در قبال اصیل در تعارض و حتی در تعارض احتمالی، با منافع شخص خود یا منافع اصیل دیگر قرار گیرد.

- نماینده‌ای که جهت خرید کالایی استخدام شده است نباید خود به عنوان فروشنده قرار گیرد؛ حتی اگر به نرخ بازاری آن را به فروش برساند. با وجود متعادل بودن چنین معامله‌ای، اصیل حق رد آن را دارد؛ مگر اینکه نماینده اقدام به افشای کامل اطلاعات نسبت به نوع و میزان منافع خود کند و رضایت اصیل را به دست آورد (chitty, 1999, pp. 67-9; J. Beatson, 1998, p. 636-8).

در نهایت می‌توان چنین نتیجه‌گیری کرد که وصف امین بودن نماینده تجاری با آنچه در حقوق مدنی از مفهوم و آثار امین بودن به ذهن متبادر می‌شود، متفاوت است. در بحث نمایندگی تجاری، وصف امانت به عنوان یک وصف موجد تکالیف و وظایف قانونی برای نماینده مورد توجه قرار گرفته است (نعیمی، ۱۳۸۹، ۳۵۳).

به نظر می‌رسد علی‌رغم تأیید نظر ایشان در تفاوت بین وصف امانت در حقوق مدنی و تجارت، نمی‌توان این بیان را به طور کامل پذیرفت که، «در حقوق مدنی بیشتر بر جنبه‌های معافیت امین از مسؤولیت تأکید می‌شود». وصف امانت برای امین در حقوق مدنی در وهله اول موجد تکلیف حفظ و



اصل آزادی قراردادی در فقه نیز مورد پذیرش قرار گرفته است ... به این ترتیب می‌توان قراردادهای فرانچایز را با توجه به ویژگیهای خاص آن در قالب ماده ده قانون مدنی به شمار آورد» (محمدی، محسن‌زاده و محسن‌زاده، ۱۳۹۲، ص ۲۴۴).

در خصوص ماهیت عقد فرانشیز، به نظر می‌رسد «با توجه به ساز و کار پیچیده انعقاد معاملات فرانشیز و با وجود گروههای قراردادی متعدد مرتبط و غیرمرتبط با قراردادهای فرانشیز و با توجه به اینکه طرفهای قرارداد، قصد مشترك بر متعهد نمودن خود در قالبهای عقود معین در حقوق داخلی را ندارند، این معاملات با هیچ يك از قالبهای حقوقی کشور هماهنگی کامل ندارد. در توجیه ماهیت حقوقی قرارداد فرانشیز، اصل آزادی قراردادی منعکس شده در ماده ۱۰ قانون مدنی بسیار کارساز است» (امینی و عباسی، ۱۳۹۷، ص ۸۳).

در واقع، فرانشیز (فرانچایز) «عقد نامعین (عقد مستحدثه) است ... فرانچایز جزء عقود نامعین هستند، زیرا احکام و آثار آن در هیچ قانونی بیان نشده است» (محمدی، محسن‌زاده و محسن‌زاده، ۱۳۹۲، ص ۲۴۰).

در کشورهای فاقد قانون خاص در زمینه فرانشیز دارای می‌باشند، نماینده تجاری مستحق دریافت پاداش پایان رابطه یا غرامت عادلانه (Indemnity) به مجرد انقضا یا فسخ رابطه نمایندگی می‌باشد مگر اینکه ثابت شود چنین فسخی بنا به دلایل موجهی بوده است. البته مفهوم دلیل موجه بسیار محدود شده است به طوری که حق نماینده برای دریافت خسارت تقریباً غیرقابل اجتناب و فسخ قرارداد را برای طرف فسخ کننده خطر و ریسک نامعقول جلوه می‌دهد.

بنابراین فرانشیز دهندگان در این کشورها تمایلی ندارند که حقوق حاکم بر نماینده تجاری بر روابط فرانشیز نیز اعمال شود. زیرا چنین قوانینی وی را ملزم به جبران خسارت فرانشیزگیرنده در صورت

به فرد همان دعوا بوده است. با وجود این، رابطه فرانشیزگیرنده و فرانشیزدهنده بنا به طبیعت خود لازم و ملزوم یکدیگر و رابطه‌ای بلندمدت است. همچنین منافع مشترک در دستیابی به نتایج موفقیت‌آمیز، وجود اعتماد و اطمینان را میان طرفین در تمام مدت قرارداد ضروری و اساسی ساخته است. در نتیجه، اگرچه ترسیم رابطه فرانشیز به عنوان رابطه امانی با شکست مواجه شده، اما نیاز به اعمال قواعد انصاف در دادگاهها و قانونگذاریها، به رسمیت شناخته شده است.

در مقابل این دیدگاه، گروه دیگری از مفسران، قرارداد فرانشیز را دربردارنده رابطه امانی و تکلیف امین را بیش از امانت، انصاف و درستکاری و متضمن تعهد به فعالیت در ارتقا و پیشرفت منافع فرانشیزدهنده می‌دانند. این به معنای صرف نظرکردن از منافع خود در صورت تعارض با منافع فرانشیزدهنده است. همچنین وجود برخی شروط در قرارداد فرانشیز مانند انتخاب محل، آموزش و پیروی از دستورالعملها، امور مالی و تبلیغات و.. نشان دهنده اتکای وی بر دانش و مهارت فرانشیزدهنده و موقعیت برتر وی نسبت به فرانشیزگیرنده است. پس، این رابطه باید امانی تلقی شود. دیدگاه انعطاف‌پذیر در میان برخی مفسران این است که اگرچه برخی شروط در قرارداد فرانشیز موجب امانی تلقی شدن رابطه می‌شود، اما توصیف همه آن به امانی، گاهی موجب نتایج ناگوار می‌شود. به عنوان مثال، فرانشیزگیرنده را ملزم می‌کند منافع اعطاکننده فرانشیز را مقدم بر منافع خود قرار دهد و حتی این امر مخالف منافع بلند مدت فرانشیزگیرنده است و راه‌حلی را برای اجتناب از امانی تلقی شدن رابطه میان فرانشیزگیرنده و فرانشیزدهنده ارائه می‌دهند. به این ترتیب که طرفین در تنظیم و نوشتن قرارداد فرانشیز صریحاً قید کنند که این رابطه، یک رابطه مستقل و مبتنی بر آزادی معاملات است و وجود هرگونه رابطه امانی را نفی کنند (Cavico, 2006, pp. 79-80; Mendelsohn, 2008, p. 199; Emerson, 1998, pp. 577-8; Emerson, 1993, pp. 924-6).

تجاری خود مانند دو تاجر مستقل عمل می‌کنند و درصد کسب سود و منفعت هر چه بیشتر می‌باشند. در واقع قصد و هدف در همان ابتدای انعقاد این قرارداد تحقق این امر بوده است. اگرچه همکاری آنها جهت موفقیت سیستم فرانشیز نیز مدنظر و تأمین‌کننده منافع طرفین است؛ اما این به معنای ترجیح منافع فرانشیزدهنده بر فرانشیزگیرنده نمی‌باشد. همچنین این نتیجه و تکلیف را در پی دارد که چنانچه تعارضی میان منافع وی و منافع فرانشیزدهنده حاصل شود، منافع او را بر منافع خود ترجیح دهد. حال آنکه در روابط میان طرفین چنین تکلیفی برداشت نشد.

اثر عملی دیگر مترتب بر تشخیص این تمایز این است که نماینده تجاری مستحق دریافت پاداش پایان رابطه یا غرامت عادلانه به مجرد انقضا یا فسخ رابطه نمایندگی می‌باشد. مگر اینکه ثابت شود چنین فسخی بنابه دلایل موجهی بوده است. سرانجام اینکه، فرانشیز دهندگان تمایلی ندارند که حقوق حاکم بر نماینده تجاری بر روابط فرانشیز نیز اعمال شود؛ زیرا چنین قوانینی آنها را ملزم به جبران خسارت فرانشیزگیرنده در صورت فسخ یا انقضای قرارداد می‌کند. بنابراین، به دلایل مختلف، تمایز میان این دو قرارداد حائز اهمیت می‌باشد.

فسخ یا انقضای قرارداد می‌کند. بنابراین این تمایز در این کشورها اهمیت عملی و دوچندان پیدا می‌کند.

۶ نتیجه‌گیری

علی‌رغم شباهت‌هایی که میان قرارداد فرانشیز و قرارداد مذکور وجود دارد، تفاوت‌های میان این دو را هم نباید نادیده گرفت. از جمله تفاوت در موضوع، اساس و پایه دو قرارداد مذکور، تعهدات طرفین، انتساب اعمال حقوقی، مسؤولیت و ارکان و عناصر و... به علاوه، قرارداد فرانشیز با قرارداد نمایندگی تجاری منطبق نمی‌باشد و دارای ماهیت و آثار خاص خود می‌باشد.

همچنین، با توجه به آنچه گفته شد، می‌توان دریافت که وجود وصف امانت و رعایت غبطه و مصلحت اصیل در قرارداد نمایندگی تجاری و تسری یا عدم تسری آن به قرارداد فرانشیز و فرانشیزدهنده، یکی از مهمترین آثار عملی تمیز قراردادهای مذکور می‌باشد. تردیدها و نظریات متعدد مطرح در این زمینه در نهایت این نظر را مورد تأیید قرار می‌دهد که در قرارداد فرانشیز رابطه میان طرفین قرارداد مورد بحث یک رابطه امانی نمی‌باشد.

در واقع، امین تلقی شدن فرانشیزگیرنده او را متعهد به حفظ مصلحت و غبطه فرانشیزدهنده می‌کند. حال آنکه هر دو در انجام فعالیت‌های



References

- Ahsani Afrooz, Mohammad (2012), technology transfer contract, Dadgstar Publishing House, Tehran. (In Persian)
- Amini, Mansour and Abbasi, Leila (2017), The Nature of Franchise Contract and Its Types, Law Studies, No. 20, Spring. (In Persian)
- Asbill, Dennis M (2001), Fundamentals of International Franchising, American Bar Association, USA.
- Babapour, Mohammad (2004), History of Franchising, Hoza and University Magazine, Year 11, Number 44. (In Persian)
- Bagharabadi, Faramarz (2009), International Franchise Agreements and the Position of these Agreements in Iranian Law, Doctoral Dissertation, University of Tehran (Qom Campus). (In Persian)
- Beatson, Jack (1998), Anson's Law of Contract, Oxford University Press, 27th Edition, UK.
- Blair, Roger D. & Lafontaine, Francine (2005), The Economics of Franchising, Cambridge Press, England.
- Campbell, Dennis (2008), International Agency and Distribution Law, Vol. 2, UK, Yorkhill Law Publishing.
- Cavico, Frank, J (2006), Covenant of Good Faith And Fair Dealing in The Franchise Business Relationship, Barry Law Review , Vol. 6.
- Chitty, Joseph (1999), The Law of Contract: Specific Contracts, Vol. 2, 28th edition, Sweet & Maxwell, UK.
- Coghill, Ken; Sampford, Charles & Smith, Tim (2012), Fiduciary Duty and the Atmospheric Trust, Ashgate Publishing Company, England.
- Commision Regulation (EEC) No 4087/88 of 30 November 1988 on the Application of Article 85 (3) of the Treaty to Categories of Franchise Agreements.
- Emerson, Robert, W (1993), Franchise Contract Clause And The Franchisor's Duty Of Care To Ward It's Franchisees, North Carolina Law Review, Vol. 72.
- Emerson, Robert, W (1998), Franchise Termination: Legal Right and Practical Effect When Franchisees Claims the Franchise On Discriminates, American Business Law Journal, Vol. 35.
- Eskini, Rabia and Bagharabadi, Faramarz (2019), Basic Obligations of the Franchisee in International Franchise Contracts, Private Law Studies of Tehran University, Volume 41, Number 3, Mehr. (In Persian)
- EU Council Directive 86/653/EEC of 18 December 1986 on the Coordination of the laws of the Member States Relating to Self-Employed Commercial Agents.
- Garner, Bryan. A (2009), Black's Law Dictionary, Ninth Edition, West Publishing, Thomson Reuters.
- Hajiani, Hadi (2006), Rights of Representation, Daneshnagar Publishing House, Tehran. (In Persian)
- Harold, Brown (1970-1971), Franchising--A Fiduciary Relationship, Tex. L. Review, Vol. 49.

- Jafari Langroudi, Mohammad Jafar (2012), Expanded on Legal Terminology, Volume 5, Ganj Danesh Publications, 2th ed. (In Persian)
- Karimi, Ayat (1378), problems of third party insurance (several proposed solutions), Insurance Industry, No. 53, Spring. (In Persian)
- Lafontaine, Francine & Blair, Roger, D (2008), The Evolution of Franchising and Franchise Contract: Evidence from the United State, Entrepreneurial Business Law Journal, Vol. 3:2.
- Manitoba Law Reform Commission, Consultation Paper on Franchise Legislation (2008), Asper Review of International Business & Trade Law, Vol. 8.
- Martijn, W. Hesselink; Jacobien, W. Rutgers; Odavia, Buene Diaz & Scotta, Monola (2006), Principle of European law Commercial Agency, Franchise and Distribution Contract, Vol. 2, European Law Publisher.
- Mendelsohn, Martin (2008), The Law And Franchising In The United Kingdom, Entrepreneurial Business Law Journal, Vol. 3:2.
- Mesnooh, Christopher Joseph (1994), Law and Business in France (A Guide to French Commercial and Corporate Law), Martinus Nijhoff Publisher.
- Mohaghegdamad, Mostafa and Manshizadeh Tehrani, Farzan (2009), Works of Indirect Representation in Iranian Law and European Law, Tehran University Law Quarterly, Volume 40, Number 101, Spring. (In Persian)
- Mohammadi, Sam; Mohsenzadeh, Ahmad Ali and Mohsenzadeh, Ali (2012), The Nature and Characteristics of Franchise Contract in Iranian Law, Journal of Medical Law, No. 2 (Special Issue on Intellectual Property Law), Winter. (In Persian)
- Naimi, Imran (1386), commercial agency, doctoral thesis, University of Tehran. (In Persian)
- Naimi, Imran (2011), commercial agency, Tehran University Law Quarterly, Volume 40, Number 1, Spring. (In Persian)
- Nejatzadegan, Hamid and Nejatzadegan, Saeed (2013), franchise agreement in the field of competition law, legal research journal of Shahid Beheshti University, number 65, spring. (In Persian)
- Safari, Mohsen and Mashhadian, Shahab (2009), Examining the nature of franchise contract in Iranian law, Tehran University Private Law Studies Report, Volume 40, Number 101, Serial Number 101, Special Issue, April. (In Persian)
- Samavati, Heshmatullah (1377), Laws of International Transactions (Theoretical and Applied), Ghoghnoos Publications, Tehran. (In Persian)
- Shahbazinia, Morteza and Sajjadi, Seyed Kamal (2013), the obligation of the franchisor to provide correct and comprehensive information before concluding the franchise contract, Tehran University Private Law Studies Report, Volume 41, Number 3, Mehr. (In Persian)
- Wild, Ellis (2006), Webster's New World Law Dictionary, Wiley Publishing.

Original Article

A Comparative Study on the Functions of Political Parties in Parliamentary Oversight

Seyed Ahmad Habibnezhad¹, Fatemeh Sadat Dehnad², Mohammad Shafaghi*³ 

¹ Associate Professor, Department of Public Law, Faculty of Law, Farabi Campus, University of Tehran, Qom, Iran.

² MA. Student in Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran.

³ MA. Student in Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran



[20.1001.1.24237566.1402.7.1.4.8](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23929.1364)



[10.22080/LPS.2022.23929.1364](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23929.1364)

Received:

July 13, 2022

Accepted:

October 5, 2022

Available online:

October 27, 2022

Keywords:

Oversight tools, Political parties, Parliament, Parliamentary oversight, Parliamentary groups, Majority party

Abstract

Parliamentary oversight is one of the most important consequences of separation of power system which has a great role in regulating power and protecting the rights of citizens. However, several factors and tools affect this supervision. Considering the important role of political parties in the democratic life of the society and the organization of power, the role of the parties in realizing the desired parliamentary supervision cannot be ignored. Therefore, this article used a descriptive method and analyzed the reliable library sources to answer the question regarding the role of political parties in the application of political tools of parliamentary oversight. In this regard, it was found that coherent organization within the party is very important to fully exploit and direct the monitoring tools. Subjects that have been regulated in many parliaments, regardless of the type of political system and the difference in the degree of success, were able to organize the parliamentary groups, determine the direction of the flow of tools such as questions, notes, impeachment, etc. (whatever issues are raised in the spotlight for everyone), gain public support for the application of those tools, obtain the power to organize and form the composition of special commissions, moderate the dominance of the majority party, and prevent unilateralism.

***Corresponding Author:** Mohammad Shafaghi

Address: MA. Student in Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran

Email: M.Shafaghi@ut.ac.ir



Extended Abstract

1. Introduction

Parliamentary oversight is one of the most important consequences of separation of power system. Numerous factors affect the influence and efficiency of this monitoring along with the use of various tools. One of the most important cases is the prominent role of political parties in dynamic societies with a lively political environment. Actually, one of the most important types of monitoring is the political monitoring of government by the people's representatives. These tools of parliamentary oversight are different in the extent and intensity of action, and external factors can also have a significant impact on them, e.g., the agents of political parties.

A political party is a free association of individuals, one of the goals of which is to express the political will of the people by trying to participate and influence the administration of the country and gain power. The existence of elements such as internal organization, public support, and movement around political power are among the definitions of a political party. In fact, political parties are important institutions through which citizens organize themselves to participate in public life, and as a result, political parties are very effective in facilitating a pluralistic political space and promoting different political views.

The importance of political parties is reflected not only in political and electoral contests, but also in the regulation and interaction of the relations between the ruling forces. Today, in modern societies, the parliament, as a symbol of civil society, plays a pivotal role in the realization of democracy and the institutionalization of democratic values in society. Hence, the

realization of democracy and representation in the institution of parliament is crystallized. The efficiency of most parliaments depends on the election of representatives and the formation of parliament through a coherent mechanism, and a desirable mechanism is the election of representatives as a party, i.e., the candidates for representation are introduced to people by the political parties and the parliament consists of party representatives. Therefore, more emphasis is placed on the role of parties in the form of parliamentary representation and their organization in the internal oversight process than other functions of parties outside parliament.

Therefore, this article seeks to answer this question: What is the role of political parties in the application of political tools of parliamentary oversight.

2. Methods

This paper seeks to answer the questions raised in this chapter using a descriptive-analytical qualitative method and relying on reliable library sources and documents.

3. Findings

In this regard, it was found that coherent organization within the party is very important to fully exploit and direct the monitoring tools. Subjects that have been regulated in many parliaments, regardless of the type of political system and the difference in the degree of success, were able to organize the parliamentary groups, determine the direction of the flow of tools such as questions, notes, impeachment, etc. (whatever issues are raised in the spotlight for everyone), gain public support for the application of those tools, obtain the power to organize and

form the composition of special commissions, moderate the dominance of the majority party, and prevent unilateralism.

4. Conclusion

The tools of parliamentary oversight, including questions and warnings, impeachment, vote of confidence, special commissions, etc., each have a specific process that political parties can use in different situations according to the intensity of their action and in line with their goals. What matters most is how the party organizes itself to direct these tools. As in the question, it is not the representative who raise the issue alone; rather, the issues are raised by the party. Also, cases such as parliamentary groups act in the same direction. Parliamentary groups are a powerful lever by forming an organized and cohesive body for parties that employs even those outside the party for party purposes. Moreover, since the minority party is always subject to the domination and neutralizing actions of the majority party, anticipating special situations to strengthen the position of the minority parties against the majority is one of the important points that has been applied in some systems. These include setting opposition days in the House of Commons, taking more time to ask questions, and setting aside time to consider proposals made by the opposition in Italy. It is also important to pay attention to the composition of the special commissions, which have a lot of power, so that the existence of different parties is guaranteed. It was well observed in the German parliament compared to other systems. In this regard, the adoption

of such laws in our country to empower minority parties is proposed.

Also, considering the many variables affect the performance of parties and comparing the aforementioned examples, it became clear that although in parliamentary systems, parliamentary oversight powers are well predicted, the parliamentary system is broad and coherent. Terry has exercised these powers, leaving the parties free to put more pressure on the government. This is also true to a large extent in semi-autonomous systems. However, it is necessary to pay attention to the fact that in the parliamentary system, as the prime minister is from the majority party in the parliament and the government is practically in their hands, the performance of the opposition minority party is somewhat limited. In presidential and quasi-parliamentary systems, the case is different. Since the choice of government is done directly by the people, the majority party as opposed to the parliament will have a lot of maneuvering power to control the government.

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

علمی پژوهشی

مطالعه تطبیقی کارویژه احزاب در نظارت پارلمانی

سید احمد حبیب نژاد^۱، فاطمه سادات دهناد^۲، محمد جواد شفقی^{۳*} 

^۱ دانشیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران.
^۲ دانشجوی کارشناسی ارشد، حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.
^۳ دانشجوی کارشناسی ارشد، حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.



[20.1001.1.24237566.1402.7.1.4.8](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23929.1364)



[10.22080/LPS.2022.23929.1364](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23929.1364)

چکیده

نظارت پارلمان یکی از آثار مهم نظام تفکیک قوا است که نقش فراوانی در تنظیم قدرت و پاسداری از حقوق شهروندان دارد که البته عوامل متعددی بر کارایی این نظارت در کنار بهره‌مندی از ابزارهای مختلف موثر می‌باشد. با توجه به نقش مهمی که تحزب و احزاب در حیات دموکراتیک جامعه و ساماندهی قدرت دارد، نمی‌توان نقش احزاب را در تحقق نظارت پارلمانی مطلوب نادیده گرفت. از این رو این مقاله با روش توصیفی و تحلیل منابع معتبر کتابخانه‌ای در پی پاسخ به این پرسش است که احزاب سیاسی چه نقشی در نحوه اعمال ابزارهای سیاسی نظارت پارلمانی دارند. در این راستا یافته مقاله آن می‌باشد که ساماندهی منسجم درون‌حزبی در جهت بهره‌برداری کامل و جهت‌دهی به ابزارهای نظارتی اهمیت فراوان دارد. اموری که فارغ از نوع نظام سیاسی و البته تفاوت در میزان توفیق، در پارلمان‌های بسیاری قاعده‌مند شده‌است؛ همچون ساماندهی گروه‌های پارلمانی، تعیین سمت‌وسوی جریان یافتن ابزارهایی چون سوال و تذکر و استیضاح کسب حمایت عمومی برای اعمال آن ابزار، قدرت رؤسای احزاب در ساماندهی و تشکیل و چینش ترکیب کمیسیون‌های ویژه و موارد مشابه، به همراه وجود ضوابطی در راستای تعدیل سلطه حزب اکثریت و جلوگیری از یک‌جانبه‌گرایی.

تاریخ دریافت:

۲۲ تیر ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۱۳ مهر ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۰۵ آبان ۱۴۰۱

کلیدواژه‌ها:

ابزارهای نظارتی، احزاب سیاسی، پارلمان، نظارت پارلمانی، گروه‌های پارلمانی، حزب اکثریت

* نویسنده مسئول: محمد جواد شفقی

ایمیل: M.Shafaghi@ut.ac.ir

آدرس: دانشجوی کارشناسی ارشد، حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

۱ مقدمه

روابط متقابل قوای حاکم نقش اساسی دارد. امروزه در جوامع مدرن، پارلمان به‌عنوان نماد جامعه مدنی، نقشی محوری در تحقق دموکراسی و نهادینه کردن ارزش‌های دموکراتیک در جامعه ایفا می‌کند و تحقق مردم‌سالاری و نمایندگی در نهاد پارلمان متبلور می‌گردد. کارآمدی بیشتر پارلمان‌ها در گرو انتخاب نمایندگان و تشکیل پارلمان از طریق سازوکاری منسجم است و یک سازوکار مطلوب، انتخاب نمایندگان به‌صورت حزبی است؛ به این معنا که نامزدهای نمایندگی از سوی احزاب سیاسی به مردم معرفی شده و پارلمان متشکل از نمایندگان حزبی باشد؛ بنابراین، بیشتر تاکید بر نقش احزاب در قالب نمایندگی پارلمان و ساماندهی ایشان در روند نظارت درونی است تا سایر کارکردهای احزاب در خارج از پارلمان.

از این رو، این مقاله با روش توصیفی تحلیلی و با تکیه بر اسناد معتبر کتابخانه‌ای، به دنبال پاسخ به این پرسش است که احزاب سیاسی چه نقشی در کیفیت اعمال نظارت سیاسی پارلمان بر دولت دارند. این نقش در قالب تاثیر ایشان بر کاربست تعدادی از مهم‌ترین ابزارهای نظارت سیاسی پارلمان و با نگاهی تطبیقی مورد بررسی و تدقیق قرار می‌گیرد. علت انتخاب ابزارهای آتی از میان موارد متعدد نظارتی، وجه کاربردی بودن آنها نسبت به سایر ابزارها و نیز شایع و مشترک بودنشان در اکثر نظام‌های سیاسی است، البته برخی از عناوین مطروحه خود مشتمل بر چند ابزار می‌شوند.

اگرچه آثار زیادی در مورد احزاب سیاسی با نگاه به ابعاد مختلف آن به رشته تحریر درآمده، مانند «فقه و حکمرانی حزبی» (فیرحی، ۱۳۹۷) و «احزاب سیاسی و نظام‌های حزبی» (نوذری، ۱۳۸۱)، که البته بیشتر آثار در حوزه حزب در چهارچوب و با ادبیات علوم سیاسی نگاشته شده‌اند، درخصوص موضوع حقوقی این مقاله پیشینه مستقیمی یافت نشد در این رابطه می‌توان به کتاب «شرحی بر قانون احزاب»

توازن، تعادل و نحوه تعامل سه قوه در نظام تفکیک قوا امری مهم و حیاتی در کارایی و پویایی یک نظام سیاسی است و محققان زیادی در این باره تحقیق کرده‌اند. در این زمینه رابطه میان قوای مجریه و مقننه به دلیل حوزه وسیع اجرا و تقنین از اهمیت زیادی برخوردار است. در نظام‌های سیاسی مختلف باتوجه به نوع و ساختار آن نظام سیاسی و عوامل دخیل در آن، هر کدام از دو قوه روش‌های خاصی برای اعمال نظارت و تاثیرگذاری بر دیگری به عنوان نظارت برون قوه ای (راسخ، ۱۴۰۰: ۱۹) در اختیار دارد که از طرق گوناگون قابل اعمال است. یکی از مهم‌ترین آنها، نظارت سیاسی نمایندگان مردم در پارلمان بر دولت است که به عنوان یکی از ابزارهای کنترل قدرت قوه مجریه شناخته می‌شود. این ابزارهای نظارت پارلمانی در میزان و شدت عمل، متفاوت از یکدیگرند و عوامل بیرونی نیز می‌توانند بر آن تاثیر بسزایی بگذارند؛ از جمله آن عوامل احزاب سیاسی هستند.

حزب سیاسی، انجمنی آزادانه از افراد است که یکی از اهداف آن ابراز اراده سیاسی مردم از طریق تلاش برای مشارکت و تاثیرگذاری بر اداره کشور و دستیابی به قدرت است.^۱ (کروتی و دیگران، ۱۳۹۵: ۱۸) (European commission for democracy through law, 2010: 8) وجود عناصری چون سازمان‌یافتگی، تشکیلات درونی، پشتوانه مردمی و حرکت حول قدرت سیاسی از لوازم تعاریف حزب سیاسی است. (حبیب نژاد، ۱۳۹۹: ۳۸۸) در واقع احزاب سیاسی نهادهای مهمی هستند که شهروندان از طریق آنها خود را برای مشارکت در زندگی عمومی سازمان می‌دهند و در نتیجه، احزاب سیاسی در تسهیل یک فضای سیاسی متکثر و ارتقای دیدگاه‌های مختلف سیاسی بسیار موثرند. اهمیت احزاب سیاسی نه تنها در رقابت‌های سیاسی و انتخاباتی جلوه می‌یابد، بلکه در تنظیم و تعامل

۱. برای مشاهده سایر تعاریف نک: حبیب نژاد، ۱۳۹۷: ۳۷-۴۰



رفتارهای دولتی نظارت کنند. قدرت احزاب در خدمت مردم برای جلوگیری از عملکردهای خودسرانه دولت معرفی می‌شود و به‌همین دلیل، هیات‌های واسطه نیز عنوانی است که به احزاب اطلاق می‌گردد. (غمامی، ۱۳۹۲: ۳۳۰ / هاشمی، ۱۳۷۷: ۶۱) در واقع، نقش احزاب موافق، تامین مشروعیت افرادی است که برای اداره امور عمومی منصوب شده‌اند و در مقابل، اعضای احزاب مخالف به رصد رفتارهای دولتی که با آن مخالفند می‌پردازند و بنابراین، ممکن است بازیگران نظارتی معتبرتری در نظر گرفته شوند. (Griglio, E., 2020: 38) هم‌چنین در مقایسه با نمایندگان مستقل، احزاب دارای افق زمانی طولانی‌تری هستند که این امر میل آنها را به انجام فعالیت‌های نظارتی پایدار افزایش می‌دهد. (Braendle, Stutzer, 2010: 7) بر همین اساس، در خصوص ارتباط میان نظارت و دموکراسی می‌توان اشاره کرد که دموکراسی تنها به توانایی عملکردی دولت بستگی ندارد بلکه این امر که اقدامات دولت در معرض نظارت و بررسی قرار گیرد نیز بسیار مهم است. به عبارت دیگر، دموکراتیک بودن یک کشور، تحت تاثیر توانایی قانونگذار در نظارت بر دولت قرار می‌گیرد و این امر به موثرترین وجه توسط احزاب سیاسی منضبط، ساماندهی و عملی می‌گردد.

نکته دیگر آنکه سیستم حزبی در کشورهای مختلف یکسان نیست و با توجه به عواملی همچون کیفیت سلطه سیاسی و اقتصادی بر جامعه، کیفیت بهره‌مندی مردم از امکانات فرهنگی و اقتصادی جامعه، کیفیت استثمار و بهره‌برداری اقتصادی، نظام اداری و سیاسی و ... متفاوت خواهد بود. (یوسفیه، بی تا: ۱۱۱) به‌طور کلی می‌توان نظام‌های حزبی را به نظام‌های حزبی در سیستم‌های رقابتی و نظام‌های غیررقابتی^۱ دسته‌بندی کرد. در نظام‌های رقابتی، امکان ائتلاف احزاب وجود دارد که

(حبیب‌نژاد، ۱۳۹۷) اشاره کرد که با تمرکز بر قانون احزاب، ابعاد حقوقی فعالیت آنها در ایران تبیین شده‌است. هم‌چنین مقاله «کارکرد احزاب سیاسی در تنظیم روابط قوای حاکم؛ مطالعه تطبیقی نظام‌های انگلستان، آمریکا و ایران» (هریسی‌نژاد، ۱۳۹۷)، نقش احزاب در دامنه وسیعی را شرح داده که به تنظیم روابط قوا پرداخته‌است و وجه تمایز پژوهش حاضر تمرکز بر کارویژه احزاب در بخش نظارت سیاسی پارلمان و نیز توجه به قوانین موجود ناظر بر احزاب و پارلمان خواهد بود. مهمترین وجه تمایز این مقاله نسبت به آثار گفته شده تمرکز بر نقش احزاب در نظارت پارلمانی می‌باشد که در آثار قبلی به عنوان یک کارویژه‌های پارلمانی حزب و یکی از نقش‌های حزب در تنظیم قدرت سیاسی مورد توجه قرار نگرفته است

در این مقاله، نگارندگان طی سه فصل به ارائه مطالب می‌پردازند. در بخش اول اهمیت و جایگاه احزاب در سپهر قدرت سیاسی مطرح می‌گردد، بخش دوم به رابطه احزاب و پارلمان اختصاص دارد و در بخش سوم، احزاب و اعمال ابزارهای نظارتی پارلمان مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲ جایگاه احزاب سیاسی در دموکراسی

احزاب سیاسی پویا و سیستم‌های حزبی موثر، در نظام‌های مردم‌سالار یکی از مظاهر بارز دموکراسی به حساب می‌آیند و برای توسعه سیاسی بلندمدت در دموکراسی‌های نوظهور ضروری‌اند و در واقع آزادی احزاب در کنار سایر آزادی‌های فردی و سیاسی به‌عنوان مکمل یکدیگر، ابزار اصلی توسعه و پیشرفت و در عین حال هدف اولیه آن نیز هستند. (سن، ۱۳۸۱: ۴۸)

نظارت از مبانی عمده فعالیت احزاب است و نمایندگان پارلمانی آنها غالباً وظیفه دارند که بر

آن مشخص است، الگوی رقابتی عبارت است از نظام سیاسی دموکراتیک و رقابتی که به دلیل وجود فضای باز سیاسی

۱. در یک تقسیم کلی، نظام‌های سیاسی به دو دسته رقابتی و غیررقابتی دسته‌بندی می‌شوند. همانطور که از اسم

است- تحقق نپذیرفت و این مسیر ادامه پیدا نمود و احزاب نتوانستند با مردم ارتباط وثیقی پیدا نمایند و حتی علیرغم اختصاص يك اصل قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (اصل بیست و ششم) به موضوع حزب و تحزب، همچنان فقدان احزابی قوی و با برنامه و مبتنی بر اراده طبقات مردم حس می گردد که البته نظام انتخاباتی غیر حزبی ما هم میتواند در این آسیب ها نقش عمده ای داشته باشد. (ر.ک سید احمد حبیب نژاد، ۱۳۹۹: ۳۸۷-۳۹۱)

۳ احزاب سیاسی و پارلمان

احزاب سیاسی نهادهای بسیار مهمی هستند که باتوجه به نوع تفکیک قوای حاکم در رژیم های گوناگون، نقش متفاوتی در تنظیم روابط قوا خواهند داشت. البته این نقش به اقتضا عوامل دخیل می تواند پر رنگ یا کم فروغ باشد؛ مثلا در برخی نظام ها تا حدود زیادی به عرف اساسی حاکم نیز بستگی دارد. از جمله در انگلستان که عرف اساسی در تنظیم روابط قوا بایکدیگر و اثرگذاری احزاب در این زمینه بسیار موثر است. (حبیب نژاد، عامری و حسینی، ۱۴۰۰: ۱۱۹) اما به طور کلی قانون گذاری و نظارت، از سویی به عنوان مهم ترین کارویژه های پارلمان و از سوی دیگر به عنوان مولفه های حکمرانی خوب مطرح هستند. اینگونه نظارت می تواند در قالب های مختلفی انجام پذیرد که عبارتند از ۱. نظارت اولیه به عنوان یکی از مسئولیت های قانونگذار به نمایندگی از شهروندان، ۲. نظارت اجرایی برای اطمینان از اجرای صحیح سیاست های اعلام شده و سرانجام، نظارت سیاسی شامل بررسی انتقادی پیشنهادات و اقدامات قوه مجریه. (Braendle, Stutzer, 2010: 3) پارلمان با بهره گیری از روش هایی در حوزه قانون گذاری، بودجه و رویه های اداری به صورت سنتی عملکرد دولت را در راستای تعادل قوا تحت نظر می گیرد، هرچند امروز

خود شامل نظام چندحزبی، نظام دوحزبی و نظام حزبی مسلط می باشد. (دوورژه، ۱۳۵۷: ۳۴۷) نظام چندحزبی در نتیجه تنوع ایدئولوژی حاکم بر جامعه، طبقات اقتصادی موجود، نظام انتخاباتی کشور، عوامل تاریخی و شکاف های اجتماعی شکل می گیرد و نظامی است که در آن هیچ حزب بزرگ و قدرتمندی نتوانسته بیشترین درصد آرا را به خود اختصاص دهد. (ایوبی، ۱۳۷۹: ۲۴۷) طبق نظر برخی حقوقدانان، سیستم دوحزبی طبیعی ترین نوع نظام حزبی است و از مزیت ثبات و پایداری برخوردار است. (ایوبی، ۱۳۷۹: ۲۵۸) به عنوان مثال قدرت و استمرار نظام پارلمانی بریتانیا بر پایه ی نظام دوحزبی استوار است که در اختیار حزب کارگر و حزب محافظه کار قرار دارد. این کشور با مشکل اکثریت در مجلس مواجه نیست و در نتیجه، تاکنون انتقاد جدی نسبت به نظام دوحزبی و برقراری نظام چندحزبی در این کشور دیده نمی شود. (عباسی، ۱۳۹۴: ۲۰) نظام حزبی مسلط هم که در موارد نادر در ساختار سیاسی کشورها ظهور پیدا می کند، نظامی است که در آن یک حزب به صورت متوالی قدرت را در دست گرفته و در انتخابات از رقیبان خود فاصله زیادی بگیرد. (ایوبی، ۱۳۷۹: ۲۶۱)

نکته قابل توجه آنکه احزاب باتوجه به گستردگی کارکردشان باید بتوانند میان اهداف اساسی خود از جمله مشارکت مسئولانه در نظارت بر دولت، محافظت از حقوق احزاب یا نمایندگان اقلیت و محدود ساختن فرصت های فساد، تعادل ایجاد کنند. در نهایت، احزاب سیاسی همچون پلی جامعه و دولت را به هم متصل می کنند، منافع عمومی را نمایندگی می کنند، شهروندان را در سیاست دموکراتیک وارد می کنند و از همه مهم تر می توانند محلی برای یکپارچگی اجتماعی و سیاسی ارائه دهند.

در خصوص احزاب در ایران نیز قابل توجه است احزاب از همان مشروطیت ناقص متولد شدند و ماهیت مطلوب تحزب - که شکل گیری از پایین به بالا

سیاسی، با یکدیگر رقابت کنند؛ اما در نظام های غیررقابتی تنها می توان از نظام تک حزبی سراغ گرفت. (ایوبی، ۱۳۷۹: ۴۲)

بیشتر نظام های حزبی پدید آمده اند و احزاب می توانند در پایه ساختاری نظام مند و عادلانه در جهت نیل به قدرت



ائتلاف‌های قدرتمندی تشکیل داد تا طرح موردنظر به قانون تبدیل شود.

البته از سوی دیگر این نکته منفی وجود دارد که در نظام پارلمانی که نخست‌وزیر برآمده از رای حزب اکثریت است، حزب می‌تواند مانع نظارت مؤثر گروه‌های پارلمانی بر دولت شود، مگر آنکه احزاب قدرتی برابر و نزدیک داشته باشند. (صالحیان، ۱۳۹۱: ۶۴) این مشکل در نظام نیمه‌پارلمانی و ریاستی وجود ندارد چراکه روند انتخاب نخست‌وزیر یا رئیس‌جمهور از لابی‌های مجلس نمی‌گذرد، هرچند در این نظام‌ها نیز ابزار اعمال فشار بر دولت بخصوص زمانی که حزب اکثریت اراده کند، از طرق دیگر میسر است.

۴ احزاب سیاسی و ابزارهای نظارت پارلمانی

ابزارهای سیاسی نظارت بر دولت به موارد متعددی تسری می‌یابد و تقسیم‌بندی‌های مختلفی به اعتبار معیارهای گوناگون قابل طرح است (راسخ، ۱۴۰۰: ۷۵) که برخی از مهم‌ترین آنها به لحاظ کارآمدی و کثرت کاربرد در نظام‌های حقوقی تبیین و مقایسه می‌گردد از جمله تقسیم‌بندی بر اساس مسئولیت دولت که مطابق با آن، برخی ابزارها مسئولیت خاصی را برای دولت به دنبال نداشته و بیشتر در جهت کسب اطلاع از عملکرد دولت صورت می‌گیرد؛ درحالی‌که برخی دیگر از ابزارها توأم با مسئولیت است و در مواردی حتی منجر به سلب منصب سیاسی از آنها می‌گردد.

۴/۱ نظارت اطلاعی و بدون مسئولیت دولت

این نوع نظارت -مانند تذکر یا سوال - جنبه کسب اطلاع از عملکرد دولت دارد و موجب سقوط کابینه و عزل مقامات دولت نخواهد شد، هرچند زمینه‌ساز اقدامات جدی و مؤخر پارلمان خواهد بود که در بخش دوم بیان می‌شود.

زمینه‌های دیگری نیز اضافه شده‌است. (Johnson & Talbot, 2007: 114)

از سوی دیگر از مهم‌ترین کارکردهای پارلمان، شأن قانون‌گذاری است. حوزه تقنین، اگر نگوییم مؤثرترین، یکی از مؤثرترین راه‌ها جهت نظارت بر دولت و سمت‌وسو دادن به فعالیت آن و نیز ایجاد سایر رویه‌های نظارتی است. از آنجاکه احزاب، نماینده افکار و سلیقه‌های متنوع درون جامعه سیاسی‌اند، هر یک به دنبال تصویب طرح و برنامه‌های از پیش اعلام‌شده خود و پیگیری تحقق آن هستند، این امر در نظام‌های چندحزبی نمود بیشتری دارد. (ایوبی، ۱۳۷۹: ۲۵۸) این تکرر هرچند از باب تضارب آرا و طرح مجدانه ایده‌های جدید و متنوع مثبت است اما ممکن است به فقدان ثبات و پایداری مسیر سیاسی حاکمیت بینجامد، امری که در نظام‌های دوحزبی کمتر اتفاق می‌افتد.

از دیگر مسائل مهم حوزه ایفای نقش تقنینی و نظارتی احزاب در پارلمان، نفوذ آنها بر گروه‌های پارلمانی است. این گروه‌ها لزوماً همسو و برآمده از احزاب موجود در پارلمان نیستند (زارعی، ۱۳۸۴: ۲۱۳) و می‌توانند با شخصیت حقوقی مستقل، در قالبی که آیین‌نامه داخلی مجالس برای آنها تعیین کرده، تحت رهبری یک فرد اهداف خود را پی‌گیرند. از این رو بسیاری از این گروه‌ها با اعضای از احزاب مختلف یا مستقل تشکیل می‌شوند. با این حال، اعضای این گروه‌ها در تلاشند تا در عین فعالیت در گروه‌های تخصصی، به اهداف حزبی خود نیز پایبند بمانند چراکه حمایت حزبی خود را در راستای انتخاب مجدد به سمت نمایندگی و برخورداری از سایر مزایای حزب نیاز دارند. (هریسی‌نژاد، ۱۳۹۲: ۵۲) تأثیر احزاب بر گروه‌های پارلمانی بسیار زیاد است، به خصوص در نظام‌های پارلمانی، احزابی که حائز اکثریت در مجلس هستند گروه‌های مزبور را مطابق میل خود ساماندهی می‌کنند. این تأثیر بر نمایندگان بدون حزب و مستقل بیشتر است زیرا می‌توان آنها را در خدمت اهداف حزب در مجلس به خدمت گرفت و

۴۱/۱ تذکر به مثابه ابزار نظارت پارلمانی و نقش احزاب در آن

تذکر را می‌توان یکی از ابزارهای خفیف و مقدماتی در نظارت بر قوه مجریه به حساب آورد. با این توضیح که حق تذکر برای نماینده و پاسخ ارائه‌شده می‌تواند مقدمه‌ای برای نظارت بر سیاست‌های عمومی، برنامه‌های دولت و ارزیابی عملکرد مسئولان به‌شمار آید. (هریسی‌نژاد، ۱۳۹۲: ۳۴) نمایندگان احزاب مختلف می‌توانند در مواردی که متوجه نقائص و کمبودها و یا شیوه‌های نادرست در مدیریت دولتمردان می‌شوند، به نخست‌وزیر و یا وزرا اطلاع داده و در جلسات علنی مجلس به آنان تذکر دهند تا بعدها دچار ابزارهای شدید نظارتی نگردند. (قاضی، ۱۳۸۳: ۵۳۳)

باتوجه به این موارد می‌توان گفت نمایندگان احزاب اقلیت، در استفاده از این ابزار نظارتی نقش برجسته‌ای دارند و می‌توانند از این طریق به تضعیف حزب حاکم بپردازند و یا بر تقویت حزب خود نزد افکار عمومی تاثیر بگذارند. بنابراین استفاده از این ابزار نظارتی نیز می‌تواند با اهداف گوناگونی صورت گیرد و منجر به نتایج مختلفی گردد از جمله اینکه به منظور جلوگیری از اقدامات بعدی نادرست باشد، در جهت اصلاح برنامه‌ها و سیاست‌های دولت قرار گیرد، تامین منافع عمومی و مصلحت همگانی را در بر داشته باشد و بر وجهه احزاب گوناگون تاثیر گذارد. قاعدتا استفاده از این ابزار و نتایجی که برجای می‌گذارد، در نظام‌های حقوقی و حزبی گوناگون، متفاوت خواهد بود.

به‌طور کلی ابزارهای نظارتی بدون طرح مسئولیت در نظام‌های پارلمانی فرصت خوبی را برای احزاب، به‌ویژه احزاب مخالف فراهم می‌سازد تا با به چالش کشیدن سیاست‌گذاری‌ها و جلب افکار عمومی بر عملکرد کابینه تاثیرگذار باشند. (هریسی-نژاد، ایزدی و چلبی، ۱۳۹۷: ۴۰) بنابراین استفاده از ابزار تذکر در راستای حمایت از منافع احزاب خود و آسیب زدن به احزاب مقابل، برجسته به‌نظر می‌رسد. در انگلستان، احزاب سیاسی از امکانات و

ابزارهای نمایندگی خود در راستای منافع خود بهره می‌گیرند و از جمله از طرح تذکر جهت تاثیرگذاری بر روند سیاست‌ها و عملکردهای دولت استفاده می‌کنند. با این توضیح که نمایندگان حزب اکثریت پارلمان، در صورت انحراف دولت از سیاست‌های حزبی با طرح تذکر می‌توانند دولت را متوجه کجروی خود کنند و مخالفت خود را از این طریق اعلام نمایند که در بسیاری از موارد دولت به دلیل نیاز به حمایت اکثریت به خواسته‌های آنان توجه کرده یا آنها را اقناع می‌کند. نمایندگان احزاب مخالف یا اقلیت هم می‌توانند با طرح تذکر، دولت را متوجه خواسته‌های خود کنند و از این ابزار به‌عنوان حربه فشار بر دولت استفاده کنند. هم‌چنین احزاب مخالف می‌توانند با مخاطب قرار دادن افکار عمومی، نقص‌ها و مشکلات امور اجرایی را مطرح نموده و نقش مهمی در سرنوشت حزب خویش و رقیب داشته باشند. (هریسی‌نژاد، ایزدی و چلبی، ۱۳۹۷: ۴۰) برای مثال در انگلستان در قضیه اشغال عراق توسط دول غربی که انگلستان هم یکی از آنها بود، اقلیت محافظه‌کاران در مجلس عوام توانست تا حدود زیادی اعتبار و مشروعیت تصمیم سرمداران حزب حاکم کارگر را زیر سوال ببرد و در انتخابات پارلمانی بعدی نیز اثرات تذکرات و انتقادات اقلیت مشهود بود.

۴۱/۲ کارکرد احزاب در سوال به مثابه ابزار نظارت پارلمانی

سوال، یکی از ابزارهای نظارتی مناسب برای برقراری گفتگویی موثر میان مجلس و قوه مجریه است که می‌تواند اهداف و کارکردهای گوناگونی را دربر داشته باشد؛ (هاشمی، ۱۳۷۷: ۲۰۹) از جمله اینکه سوال ممکن است برای کسب اطلاعات و یا به‌منظور اعمال فشار بر دولت مطرح شود. به عبارت دیگر، سوال سازوکاری است که نمایندگان با استفاده از آن می‌توانند از هیات دولت توضیحاتی در مورد عملکرد، تصمیمات و مصوبات آنها بخواهند و یا از دولت بخواهند که موضع خود را درباره یک مساله



(1988, Richards and Ryle / 77-82: 1988) سوالات ممکن است به دو شیوه مطرح گردند: سوال شفاهی و سوال کتبی. مهم‌ترین، معمول‌ترین و موثرترین ابزار نظارت نمایندگان مردم بر هیات دولت، سوالات شفاهی است. (هریسی‌نژاد، ۱۳۹۲: ۵۴) در واقع حقوق احزاب اقلیت از طریق ایجاد رویه‌های خاص در آیین‌نامه داخلی مجلس تضمین شده، از جمله آنکه رهبر حزب مخالف در اعلام نظر هنگام سوال از نخست‌وزیر حق تقدم دارد و نیز به همین منظور تعداد جلسات مشخصی برای ابراز نظر احزاب اقلیت اختصاص داده شده (عباسی، ۱۳۹۴: ۶۱) که امری در راستای عدالت رقابت پارلمانی احزاب ارزیابی می‌گردد. روزهای اقلیت نیز در جهت تضمین حقوق مخالفان یا اقلیت پارلمانی در آیین‌نامه داخلی مجلس عوام پیش‌بینی شده است که برای مثال بر اساس آن، در مباحثات و مذاکرات پارلمانی که رئیس مجلس مطرح می‌کند، به مخالفان حق اظهارنظر داده می‌شود. همچنین هنگام سوال از نخست‌وزیر درباره امور تجاری و بازرگانی، به رهبر مخالفان حق تقدم در اعلام نظر داده می‌شود. (عباسی، ۱۳۹۴: ۶۲)

سوالات شفاهی به منظور تحصیل اطلاعات یا اصرار برای انجام کاری، توسط مجلس نمایندگان و در مواردی توسط مجلس لردها مطرح می‌گردند و غالباً به صورت کتبی پاسخ داده می‌شوند. سوال کتبی در انگلستان به دو صورت مطرح می‌گردد: سوال کتبی عادی و سوال مطرح‌شده برای دریافت پاسخ در روز معین.

در فرانسه دو نوع سوال شفاهی وجود دارد که یکی بدون مذاکره و دیگری همراه با مذاکره است. در سوال شفاهی بدون مذاکره، بدون مشارکت احزاب و گروه‌ها، سوال توسط نماینده سوال‌کننده مطرح‌شده و توسط وزیر پاسخ داده می‌شود اما در سوال شفاهی همراه با مذاکره، احزاب و گروه‌های سیاسی با توجه به تعداد اعضای خود، فرصت سخنرانی و طرح سوال دارند. به نظر می‌رسد مشارکت احزاب و گروه‌های سیاسی مختلف در

خاص یا به‌طور کلی در مورد مسیر سیاسی خود شرح دهد.

سوال نیز مانند سایر ابزارها در نظام‌های گوناگون، جایگاه و شرایط مختلفی را به خود اختصاص می‌دهد. به‌طور کلی مسئولیت سیاسی وزرا در قبال پارلمان، عامل اصلی تحقق نظام پارلمانی است و از این حیث با نظام‌های ریاستی تفاوت پایه‌ای دارد. (قاضی، ۱۳۸۳: ۴۵۴) احزاب سیاسی نیز در اعمال این نظارت موثرند و نمایندگان پارلمان در قالب احزاب سازماندهی شده به نظارت بر قوه مجریه از طریق ابزارهای گوناگون از جمله سوال می‌پردازند. در نظام‌های پارلمانی، از مهم‌ترین کارکردهای حزبی، نظارت احزاب سیاسی بر عملکرد مسئولان دولتی از طریق پارلمان است. سوال نمایندگان از وزیر، یکی از شیوه‌های مهم کسب اطلاعات از چند و چون مسائل اجرایی و مآلا کنترل قوه مجریه در نظام‌های پارلمانی است (قاضی، ۱۳۸۳: ۵۳۴) و در هر مورد که نمایندگان از وزیر مسئول درباره یکی از وظایف وی سوال کنند، وی موظف است در مجلس حاضر شده و به سوال مطروحه پاسخ دهد. (هریسی‌نژاد، ۱۳۹۲: ۳۵)

هرچند که افراد نماینده ابتکار طرح سوال را برعهده دارند اما تشریفات طرح سوال از طریق مجالس قانون‌گذاری، نشان‌دهنده آن است که سوالات مطروحه آثار سیاسی جمعی به‌جای می‌گذارد و ارتباطی فعال میان قوای مجریه و مقننه برقرار می‌کند. (هاشمی، ۱۳۷۷: ۲۰۹) این امر که ابتکار طرح سوال برعهده نمایندگان است، نقش موثر احزاب را نشان می‌دهد چراکه نمایندگان در بیشتر موارد سوالات خود را مطابق رهنمودهای حزب متبوع خود مطرح می‌کنند.

در مجالس قانون‌گذاری که با الگوبرداری از پارلمان انگلستان شکل گرفته‌اند، طرح سوال از ابزارهای مهم نظارت پارلمانی است. در انگلستان هر یک از وزرا هرچند هفته یک‌بار، نوبت حضور در مجلس نمایندگان را به‌دست می‌آورند و نخست‌وزیر نیز هر دو هفته در مجلس حضور می‌یابد. (Irwin,

در کانادا با نظامی چندحزبی، زمان اختصاص داده شده به احزاب برای طرح سوال سازمان یافته است. اساساً زمان سوال در مجلس عوام کانادا از نظر ساختاری شبیه به زمان سوال در انگلستان است اما از چند جهت تفاوت‌هایی دارد. از جمله اینکه در کانادا هیچ الزامی وجود ندارد تا سوالات شفاهی از قبل ارسال شود هرچند در عمل برخی از نمایندگان ممکن است سوالات خود را از قبل به وزرا اطلاع دهند. (Marleau and Camille, 2000: 415) دومین تفاوت مهم میان سیستم‌های بریتانیایی و کانادایی در این است که در کانادا همه وزرا در زمان سوال در مجلس حضور می‌یابند مگر در مواردی که تعهدات رسمی دیگر آنها را منع کند. سوالات نسبت به وزیر خاصی خطاب نمی‌شود و هر یک از وزرا می‌تواند به سوالات مطرح شده پاسخ دهد. اصولاً از سوی حزب حاکم سوالات ناخوشایند یا چالش برانگیزی مطرح نمی‌شود و نمایندگانی که به حزب خاصی تعلق ندارند نمی‌توانند وزیری را مجبور به پاسخگویی به یک سوال خاص کنند. (Ibid, 442) از نظر رویه‌ای زمان سوال به گونه‌ای تنظیم شده که به احزاب مخالف فرصت بیشتری برای طرح سوال داده می‌شود؛ به طور معمول سه سوال ابتدایی به حزب مخالف اصلی اختصاص می‌یابد و سایر احزاب مخالف می‌توانند یک یا دو سوال را متناسب با سازماندهی احزاب مطرح کنند. اختصاص زمان‌های خاصی برای بررسی پیشنهادات ارائه شده توسط مخالفان در ایتالیا نیز در همین راستا است. جدول زیر به نحو کامل‌تری در این مورد قابل ارائه است. (با استفاده از زارعی، بهنیا، ۱۳۸۵: ۲-۱۳)

بحث‌هایی که مربوط به طرح سوال است می‌تواند در روشن شدن و افشای بسیاری از ابهامات و نیز ارائه پاسخ مناسب از سوی کابینه مفید باشد و وزرا را وادار به ارائه پاسخ دقیق و بی‌شائبه نماید. (English website of the French National Assembly. Para 5) سوال کتبی نیز در واقع دنباله‌ای از سوال شفاهی است که در صورت کمبود وقت برای طرح سوالات شفاهی و یا نیاز به دریافت پاسخ شفاهی، به آنها به صورت کتبی پاسخ داده می‌شود. در برخی سوالات شفاهی از نخست‌وزیر و وزرای کابینه، ماهیت انتقادی پارلمان بیش از هر زمان دیگری نمایان می‌گردد و اعضای احزاب مخالف دولت، اغلب سوالاتی در راستای حمایت از اهداف حزب خود مطرح می‌کنند. بیشتر این سوالات با هدف استحکام انتقادهای حزب خود علیه دولت حاکم است و کمتر می‌توان انتظار جمع‌آوری اطلاعات صریح و روشن داشت. (Silk & Walters, 1998: 186-188) سوال از نخست‌وزیر چون جنبه عمومی دارد، امکان به چالش کشیدن سیاست‌های دولت را برای اقلیت فراهم می‌کند. در نظام‌های پارلمانی، دولت و شخص نخست‌وزیر به طور دائمی تحت نظارت اقلیت قرار می‌گیرند. در فرانسه نیز سوال از دولت مانند یک کنفرانس مطبوعاتی با حضور نخست‌وزیر و تمام وزرا برگزار می‌گردد و در آن نمایندگان همچون خبرنگارانی سوالات خود را مطرح می‌کنند. به دلیل محدودیت زمانی جلسه طرح سوال، به تناسب به گروه‌های مختلف پارلمانی زمان اختصاص داده می‌شود. (هریسی‌نژاد، ۱۳۹۲: ۵۴)



کشور	هدف	شرایط طرح	استثنائات	دامنه شمول	شیوه طرح	سایر توضیحات
انگلستان	تحصیل اطلاعات یا اصرار برای انجام عملی	<p>– واضح، عدم گستردگی، با پایه و اساس</p> <p>– پرسشگر: نمایندگان (تا حداکثر دو سوال در روزهای مربوط)</p> <p>پاسخ‌دهنده: وزرای مشاور دولتی یا برخی نمایندگان</p>	<p>– موضوعات مربوط به رفتار دادگاه‌ها (به‌منظور تضمین دادرسی عادلانه)</p> <p>– موضوعات منجر به افشای اطلاعات سری یا تضرر منافع عمومی</p> <p>– موضوعات مربوط به خانواده سلطنتی و کلیسا، سوالات اهانت‌آمیز، سوالات مربوط به پرونده‌های حقوقی قبل از صدور حکم</p>	<p>مستقیماً مربوط به اموری که در صلاحیت معاون وزیر است</p>	<p>– شفاهی: غالباً پاسخ به‌صورت کتبی</p> <p>– کتبی: شامل دو نوع (سوالات کتبی عادی، سوالات مطرح‌شده برای دریافت پاسخ در روز معین)</p>	<p>علاوه بر موارد مطرح‌شده مربوط به مجلس عوام انگلستان، مجلس لردها نیز می‌تواند از ابزار سوال استفاده نماید. البته تعداد سوالاتی که در این مجلس مطرح می‌گردد به‌مراتب کمتر از سوالات مجلس عوام است.</p>

<p>نوع خاصی از سوال شفاهی با عنوان سوال از دولت وجود دارد که همچون کنفرانس مطبوعاتی است که به صورت پخش مستقیم از شبکه رسمی و با حضور نخست‌وزیر و وزرا برگزار می‌شود. تعداد سوالات قابل طرح در این جلسه به تناسب میان گروه‌های پارلمانی تقسیم می‌گردد.</p>	<p>– کتبی: بدون مذاکره در مجلس و صرفاً با انتشار در روزنامه رسمی (اگر پاسخ داده نشد یا پاسخ قانع‌کننده نبود، می‌توان همان سوال را به صورت شفاهی طرح نمود). – شفاهی: شامل دو نوع (بدون مذاکره که صرفاً طراح سوال و وزیر پشت تریبون می‌روند، با مذاکره که به هر گروه پارلمانی متناسب با تعداد اعضایش فرصت سخنرانی داده می‌شود).</p>		<p>اخذ توضیحات در مورد عملکرد، تصمیمات و مصوبات هیات دولت</p>	<p>پرسشگر: هر نماینده پاسخ‌دهنده: وزیر</p>	<p>محدودیتی وجود ندارد ولی معمولاً راجع به مصوبه دولتی است.</p>	<p>فرانسه</p>
<p>پرسش‌های فوری، مشخص شده و در آغاز زمان پرسش قرائت می‌گردند. اگر در همان موضوع سوالات دیگری نیز صورت گرفته باشد مطرح می‌شوند</p>	<p>طرح سوال توسط نمایندگان و درخواست پاسخ به صورت کتبی یا شفاهی (امکان طرح تا دو سوال تکمیلی در سوالات شفاهی)</p>	<p>مستقیم یا غیرمستقیم در حیطه صلاحیت‌ها و اختیارات دولت</p>		<p>پرسشگر: هر عضو بوندستاگ (حداکثر دو پرسش در طول یک هفته) پاسخ‌دهنده: دولت فدرال</p>		<p>آلمان</p>



	_ شفاهی _ کتبی (هنگامی که پاسخگویی نیاز به ارائه آمار و توضیحات مفصل داشته باشد، سوال و پاسخ به صورت کتبی مطرح می-شود.)	_ درخصوص سوالات شفاهی، شامل پنج محور سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و عمومی _ درخصوص سوالات کتبی، شامل حداکثر پانزده موضوع		پاسخ‌دهنده: هر یک از مقامات یا صاحب - منصبان دولتی		آفریقای جنوبی
اختصاص زمان بیشتری به احزاب مخالف نسبت به احزاب موافق برای طرح سوال	-عدم الزام به ارسال سوالات شفاهی قبل از طرح در مجلس -الزام وزرا به حضور در مجلس در زمان طرح سوال			پاسخ‌دهنده: هر یک از وزرا، عدم خطاب سوال نسبت به وزیر خاصی	نظارت و تحصیل اطلاعات	کانادا

Report, 2017: 50) حق تحقیق و تفحص برای مجلس در تمام امور قابل اعمال است. کمیسیون-های تحقیق معمولاً به صورت مقطعی و با تعیین موضوع خاص در حوزه معین تشکیل شده و پس از پایان تحقیقات با اعلام نتیجه منحل می‌شوند. گزارش این هیات‌ها منشا اثرات سیاسی و گاه قضایی است، بخصوص زمانی که به لحاظ قانونی ضمانت اجراهای موثر برای گزارش پیش‌بینی شده باشد. (See LKouroutakis, 2017) قرائت و ارائه گزارش تحقیق و تفحص در پارلمان به صورت علنی ابزار فشار موثری بخصوص در دست احزاب مخالف جهت نظارت بر دولت است. (موسی زاده، ۱۳۹۳: ۴۷۳) همچنین تشکیل جلسات استماع عمومی از مقامات و سایر افراد دخیل در حین و متعاقب تحقیقات به جمع‌آوری دقیق اطلاعات و شواهد کمک شایانی می-کند (Yamamoto, 2007: 230) (Shaw, 1998: 230)

۴،۱،۳ کمیسیون‌های ویژه به مثابه ابزار نظارتی چند وجهی احزاب

تشکیل کمیسیون‌های ویژه عموماً مقطعی و گاه دائمی به دنبال شکایت‌های مردمی یا گزارش‌های واصله و به منظور تحقیق و تفحص، یکی از مهم‌ترین و موثرترین ابزارهای پارلمان برای بررسی عملکرد دولت‌هاست. امری که در کشورهای مختلف دارای عناوین متفاوت و گاه ترکیبی از ابزارهای نظارتی پارلمان است. تاثیر بررسی موردی مشکلات قوه مجریه از سوی کمیسیون‌ها بر حسن جریان امور، امر مهمی است که کم‌وبیش در بیشتر پارلمان‌ها جریان دارد. (عمید زنجانی، ۱۳۸۴: ۱۶۷) این کمیته‌ها در روند تحقیقات به اطلاعات وسیعی از افراد و نهادها دست پیدا می‌کنند که وجه تمایز و اقتدار ایشان از سایر کمیسیون‌هاست (Griglio, 2020: 97) (IPU and UNDP, Global Parliamentary

کمیسیون را درک کنیم. قوانین و رویه‌های تحقیق-وتفحص توسط خود کمیسیون تصویب و اجرا می-شود، هرچند در مجموع از قوانین بالادستی کنگره در این حوزه تبعیت می‌کنند. از سوی دیگر اکثریت کمیسیون نیز از گروه هم‌حزب رئیس هستند. این عوامل می‌تواند موجب شود که کمیسیون در خدمت منافع و اهداف حزب اکثریت قرار گیرد.

در بریتانیا کمیته‌های نظارتی در هر دو مجلس لردها و عوام تشکیل می‌شوند، این کمیسیون‌ها در تعداد بالا در مجلس عوام مسئولیت نظارت بر دپارتمان‌ها و امور اداری بخش‌های مختلف دولت را برعهده دارند و اگرچه در عملکرد و اختیارات شبیه کمیته‌های موقتی تحقیق هستند، اما در طول دوره نمایندگی فعالیت می‌کنند. در مجلس لردها دو نوع اصلی از کمیته‌های منتخب وجود دارد: کمیته‌های "دائمی" که در هر پارلمانی برای پوشش موضوعات وسیع تشکیل می‌شوند و کمیته‌های تحقیق ویژه که یک موضوع خاص فعلی را بررسی کرده و کار خود را در مدت یک سال به پایان می‌رسانند. گزارشات و توصیه‌های کمیسیون‌ها معمولاً مورد توجه دولت است تا مطابق آن عمل کند. کیفیت انتخاب اعضا نیز ارتباط زیادی با ترکیب احزاب در پارلمان دارد. به‌نحوی که در قدم اول، ریاست هر کمیسیون نظارتی به روسای احزاب پیشنهاد می‌شود و در صورت عدم توافق طی مدتی مشخص، کار به رای-گیری در مجلس کشیده می‌شود.

البته در سال‌های اخیر تغییراتی در نحوه انتخاب روسای کمیسیون‌ها از طریق طی یک روند دموکراتیک‌تر در مجلس عوام ایجاد شده که استقلال و قابلیت آنها را افزایش داده است. (Kelso, 2016: 123) با این‌همه، با لحاظ قدرت روسا و نیز اعضای کمیسیون در تحقیق و تفحص و نیز جمع‌آوری شواهد و ادله مورد نیاز و برخورداری از امکانات مختلف، گاهی امکان استفاده از این شواهد محدود می‌شود؛ چراکه ملاحظات سیاسی و حزبی بر آنها سایه می‌افکند و این مسائل موجب کاهش اعتماد عمومی به پارلمان در بریتانیا شده است. (Geddes,

30) که بر قدرت و نفوذ آنان می‌افزاید. کمیسیون‌ها متشکل از گروه‌های مختلف در پارلمان است که ترکیب آنها می‌تواند تاثیر زیادی بر عملکردشان بگذارد. این امر بخصوص در مورد گروه اقلیت و اپوزیسیون در پارلمان می‌تواند مورد بیشترین بهره-برداری قرار گیرد و اقلیت را در امر نظارت بر بخش-های مختلف دولت به بهترین نحو یاری کند و اهرم فشار بر دولت و حتی اکثریت رقیب در مجلس گردد.

در ایالات متحده پنج نوع جلسه استماع کمیته‌ها وجود دارد که از جمله می‌توان به جلسات استماع کنگره برای ارزیابی و نقد مقامات اجرایی اشاره کرد، همچنین جلسات استماع نظارتی به‌عنوان نظارت پسینی بر تخلفات مقامات توسط کمیته‌های دائمی در کنار نقش قانون‌گذاری آنها، تشکیل می‌شود. (زارعی، ۱۳۸۹: ۴۲) (Oleszek, 2019: 90) در واقع، کمیسیون‌های تحقیق در سنا و مجلس نمایندگان از اختیارات وسیعی برخوردارند و می‌توانند با ابزارهای مختلف و تشکیل جلسات استماع از افراد دعوت کرده و اطلاعات لازم را کسب کنند و حتی در صورت عدم حضور فرد ضمانت اجراهای قانونی اعمال کنند. (قاضی، ۱۳۹۶: ۲۶۰)

کمیته ویژه سنا با هدفی مشخص به‌طور موقت تشکیل می‌شود. شیوه تعیین اعضا تابع قواعد مجلس سنا و قوانین حزبی است. در سال‌های اخیر کنفرانس‌های درون‌حزبی، رهبران و اعضا کمیسیون-ها را انتخاب می‌کنند. با این توضیح که هر حزبی که کرسی‌های بیشتری در سنا داشته باشد به همان نسبت در کمیسیون‌ها هم در اکثریت خواهد بود و به‌طور سنتی اعضای ارشد حزب اکثریت، ریاست کمیته‌ها را برعهده می‌گیرند. وضعیت در مجلس نمایندگان نیز به همین منوال است و اعضای کمیسیون از طریق رای‌گیری حزبی مشخص می-شوند که ترکیب آنها نمونه کوچک‌شده‌ی ترکیب نصاب دو حزب رقیب در مجلس است.

تاثیر روابط حزبی بر ترکیب کمیسیون تحقیق، زمانی اهمیت می‌یابد که نقش قدرتمند رئیس



ارائه می‌دهد تا در مجلس به رای گذاشته شود و در صورت تصویب، مراحل انجام آن آغاز گردد. با وجود پیش‌بینی این ابزارها در قوانین، به دلیل اینکه نظام حزبی در کشور ما به درستی شکل نگرفته است، احزاب در این فرآیندها نقش موثری ایفا نمی‌کنند.

۴،۲ نظارت توأم با مسئولیت

این نوع نظارت در صورت جریان یافتن به صورت جدی موقعیت مقامات و کابینه را به خطر می‌اندازد و مسئولیت سیاسی و گاه قضایی قابل توجه به-دنبال دارد.

۴،۲،۱ استیضاح و رای اعتماد در منظومه

نظارتی احزاب

استیضاح به معنای بازخواست مقام دولتی (رئیس کشور یا وزیر) به علت کوتاهی در اجرای سیاست-های کلی اعلامی از سوی ایشان است (عباسی، ۱۳۸۸: ۷۴) که از سوی قوه مقننه یا دادگاه ذیصلاح برای تخلفات مرتبط اعمال می‌شود. (Britannica, 2021) استیضاح در نظام‌های پارلمانی معمول و مجری است هرچند در مدل‌های ریاستی نیز با ویژگی‌های خاص خود مطرح می‌گردد. استیضاح در واقع نوع سخت و شدید نظارت بر دولت است. در برخی کشورها در راستای نظارت دقیق‌تر، کمیسیون‌های تحقیق و شکایت توسط پارلمان تشکیل می‌شود (ابوالحمد، ۱۳۷۰: ۱۹۲) که خود سهم مهمی در شروع به استیضاح و به‌جریان افتادن آن دارند. آنچه به این ابزار اهمیت زیادی می‌بخشد، چگونگی کاربست آن توسط احزاب پارلمانی است. عملکرد و هماهنگی احزاب می‌تواند تاثیر ویژه‌ای در اعمال آن داشته باشد هرچند بر پیچیدگی‌های آن نیز می‌افزاید.

استیضاح در انگلیس می‌تواند ناشی از علل مختلفی باشد از جمله استیضاح غیرسیاسی که در پی شورش مسلحانه و اقدام مجرمانه علیه تاج-وتخت از سوی مقامات سلطنتی و لردها انجام شده و منجر به استیضاح توسط مجلس لردها می‌گردد، و استیضاح سیاسی که شامل مواردی چون فساد،

(300: 2018 اینجاست که نقش روسای کمیسیون به‌عنوان نماینده احزاب برای اصلاح حرکت کمیته در ریل خود تعیین‌کننده است.

در آلمان نیز کمیسیون تحقیق (committee of inquiry) می‌تواند با رای یک‌چهارم نمایندگان مجلس عوام (بوندستاگ) شکل بگیرد تا در موارد خاصی، سوءمدیریت و سوءرفتار احتمالی سیاستمداران را مورد بررسی و تحقیق قرار داده و نتایج آن را به مجمع عمومی مجلس ارائه دهد و در صورت نیاز ادامه روند رسیدگی را به مقامات قضایی و اداری بسپارد. قدرت این نهاد در کسب اطلاعات و احضار شهود به حدی است که می‌تواند به حساس‌ترین اطلاعات طبقه‌بندی‌شده دست پیدا کند و همین امر گاهی موجب تقابل با نهادهای امنیتی آلمان شده است. (von Münchow, 2013: 52)

ترکیب کمیسیون تحقیقات در آلمان کاملاً بستگی به احزاب سیاسی حاضر در بوندستاگ دارد. هر حزب باید به میزان سهم خود در کرسی‌های مجلس، نماینده‌ای در کمیسیون داشته باشد و نمی‌توان حزبی را از این روند حذف کرد. احزاب نیز خود انتخاب می‌کنند که کدام نماینده را به این کمیسیون روانه کنند. به‌همین دلیل حمایت حزبی پشتوانه افراد منتخب در کمیسیون در برابر فشارها خارجی خواهد بود که نکته مثبتی به حساب می‌آید.

در ایران، حق تحقیق و تفحص در قانون اساسی به رسمیت شناخته شده و در آیین‌نامه داخلی مجلس نیز، سازوکار اعمال این حق با تشکیل هیات-های تحقیق و تفحص شرح داده شده است. با این توضیح که نخست، نماینده متقاضی تحقیق-و تفحص تقاضای خود را به هیات رئیسه مجلس تسلیم می‌نماید و هیات رئیسه نیز این درخواست را به کمیسیون تخصصی ذی‌ربط ارجاع می‌دهد تا ضمن بررسی، اطلاعات به‌دست‌آمده را به نماینده متقاضی اعلام نماید. در این مرحله، در صورت عدم اقناع نماینده، کمیسیون گزارشی حاوی دلایل ضرورت تحقیق و تفحص به هیات رئیسه مجلس

که مجلس نمایندگان فدرال (بوندستاگ) می‌تواند با اکثریت مطلق، رای به برکناری صدراعظم و کابینه دهد و پس از تعیین دولت جدید، آن را به رئیس-جمهور معرفی کند. پس هم رای عدم اعتماد به کابینه و هم انتخاب اعضای جدید نیاز به توافق احزاب بزرگ و کوچک پارلمان دارد که خود امر مشکلی است.

بنابراین، فقط مجلس فدرال (بوندستاگ) می‌تواند از ابزارهای استراتژیک، از جمله استیضاح عمده و سوالات جزئی و مقطعی که نشانگر نظارت کامل سیاسی است، برای پاسخگو کردن قوه مجریه استفاده کند؛ بر خلاف بوندسرات که بیشتر بر نظارت اداری متمرکز شده است (Griglio, 2020: 146) و به تبع کارکرد نظارت سیاسی احزاب محدودتر خواهد بود. استیضاح رئیس‌جمهور، توسط هر دو مجلس ممکن است و در صورت وقوع، دادگاه قانون اساسی در مورد آن تصمیم می‌گیرد. (اصل ۶۱ قانون اساسی آلمان)

استیضاح در ایالات متحده، اصولاً و به لحاظ ماهوی تا حدی متفاوت از چیزی است که در نظام-های پارلمانی و نظایر آنها صورت می‌گیرد؛ چراکه باتوجه به تفکیک مطلق قوا، کنگره نظارت سیاسی بر رئیس‌جمهور و وزرا از طریق رای اعتماد و استیضاح ندارد و استیضاح به نوعی ابزار قضایی محسوب می‌شود؛ اگرچه برخی صاحب‌نظران در آمریکا اساساً آن را رویه‌ای سیاسی می‌دانند تا حقوقی، یا حداقل سایر جنبه‌های آن را پررنگ‌تر از بعد حقوقی ارزیابی می‌کنند. (Broderick, 1974: 554)

به هر روی، استیضاح به درخواست دیوان عالی و یا راساً توسط کنگره، علیه مقامات دولتی به جریان می‌افتد و راه را برای محاکمه ایشان در دیوان عالی فدرال یا مجلس سنا باز می‌کند. با این حال تنها منحصر به ارتکاب جرائم نیست بلکه مواردی چون سوءاستفاده از اختیارات دولتی، به کار بردن امکانات عمومی برای مقاصد نامشروع یا شخصی و... را شامل می‌شود. (Cole, 2015: 11) بنابراین اگر

کوتاهی در وظایف محوله، سوءاستفاده از قدرت، خیانت در موازین سیاست خارجی و ... از سوی مقامات می‌باشد. (See Bowman, 2019: 46-49)

در نظام پارلمانی دوحزبی مثل انگلستان که احزاب تحت انضباط شدید حزبی قرار دارند و دولت برآمده از حزب اکثریت است، استیضاح به‌ندرت اتفاق می‌افتد آنهم در شرایطی که میان حزب اکثریت شکاف و اختلاف نظر جدی روی دهد. (هریسی‌نژاد، ۱۳۹۲: ۵۵)

در بریتانیا برکناری نخست‌وزیر با رای عدم اعتماد به رهبر حزب اکثریت که تصدی منصب نخست‌وزیری را نیز به‌عهده دارد، ممکن است. بدین صورت که باید حداقل پانزده درصد از حزب اکثریت طی نامه‌ای رسمی در پارلمان اعلام کنند که به رهبری حزب اعتماد ندارند. همچنین پیشنهاد برگزاری انتخابات زودهنگام به‌منظور تحت فشار گذاردن نخست‌وزیر و کابینه می‌تواند از دو طریق مطرح شود. اول آنکه دو سوم مجلس عوام به این پیشنهاد رای مثبت دهند، (Kelly, 2013: 2) دوم استیضاح دولت که اگر از سوی پارلمان رای بی‌اورد ظرف ۱۴ روز باید کابینه جدید تشکیل شود و در غیر این صورت پارلمان منحل و انتخابات زود هنگام برگزار می‌شود.

در مقابل، در نظام‌های چندحزبی مثل آلمان و ایتالیا استیضاح تا حدی دستیافتنی‌تر است چراکه قدرت منحصر در دو حزب نیست و احزاب می‌توانند با تشکیل ائتلاف‌های کوتاه یا میان‌مدت و یا مقطعی، در راستای تامین منافع مشترک حزبی، مقامات دولت را استیضاح کنند؛ در عین حال، عوامل دیگری وجود دارند که عزل صدراعظم آلمان از طریق استیضاح یا سانسور دولت را سخت می‌کند؛ مانند تشریفات بسیار مشکل استیضاح. در واقع، ثبات دولت برای قانون‌گذاران ژرمنی از اهمیت زیادی برخوردار بوده است. البته این استیضاح با عنوان استیضاح سازنده یا عمده، کمی متفاوت از معنای کلاسیک آن است به گونه‌ای که به‌نظر می‌رسد روند رسمی‌ای برای استیضاح صدراعظم وجود نداشته باشد اما در اصل ۶۸ قانون اساسی آلمان مطرح شده



این امر چیزی از قدرت بازدارنده آن برای فشار بر دولت کم نمی‌کند و تهدید به آن یا صرف به‌جریان انداختن عملیات مقدماتی‌اش کافی است تا دولت را به عقب‌نشینی از مواضع سیاسی خود وادارد و نیز آنچه مسلم است آنکه فارغ از نظام سیاسی، معمولاً در موضوعات مهم کشوری رخ می‌دهد، مسائلی که ظرفیت ایجاد توافق احزاب مختلف را داشته باشد.

۵ نتیجه‌گیری

چنانکه مطرح شد، نظارت بر قدرت از مبانی عمده فعالیت احزاب است. احزاب سیاسی بسته به نوع نظام سیاسی و نحوه چارچوب‌بندی نهادهای حقوق اساسی، میزان رشد سیاسی و فرهنگی و اقتصادی جامعه، کیفیت بهره‌مندی از امکانات و ... در تحقق این نظارت قدم می‌نهند. با این‌همه، ظرفیت نظارتی پارلمان، در برخی موارد حتی بیش از قوانین به قدرت سیاسی پارلمان و اجزای تشکیل‌دهنده‌ی آن متکی است. در چنین شرایطی، عدم شکل‌گیری مناسب تحزب، موجب از دست رفتن بخش عظیمی از ظرفیت‌های نظارتی پارلمان می‌گردد. بنابراین، احزاب سازمان‌یافته نقش بی‌بدیل در بروز دادن ظرفیت نظارت پارلمانی به‌نحو کامل دارند؛ نظارتی که از طریق برخی از پرکاربردترین ابزارهای سیاسی پارلمان به‌خوبی اعمال می‌گردد.

همچنین بیان شد که ابزارهای نظارت پارلمانی شامل سوال و تذکر، استیضاح، رای اعتماد، کمیسیون‌های ویژه و ... هر کدام دارای فرایندی خاص هستند که احزاب سیاسی می‌توانند در شرایط مختلف و باتوجه‌به میزان شدت عمل آنها در راستای اهداف خود از آنها بهره‌گیرند. آنچه بیش از همه اهمیت دارد نحوه ساماندهی درون‌حزبی برای جهت‌دهی به این ابزارهاست. چنانکه در طرح سوال این نمایندگان نیستند که به‌تنهایی طرح موضوع می‌کنند؛ بلکه مسائلی که از سوی حزب متبوع به ایشان گفته‌شده، مطرح می‌شود. همچنین مواردی چون گروه‌های پارلمانی در همین راستا عمل می‌کنند. گروه‌های پارلمانی اهرمی قوی با تشکیل هیاتی

اکثریت مجلس نمایندگان به استیضاح رای مثبت دهند، جلسه محاکمه در مجلس سنا به ریاست رئیس دیوان عالی تشکیل و مطابق قانون اساسی در صورت رای دو سوم سنا به محکومیت، مقام مزبور برکنار می‌شود. البته درخواست استیضاح در مجلس نمایندگان از طرق متعددی همچون به درخواست هر نماینده یا حتی شهروندان عادی ممکن است.

همانطور که روشن است نقش هر دو حزب در هر دو مجلس پراهمیت است. رای آوردن استیضاح در مجلس نمایندگان به نصاب بالایی نیازمند است به‌گونه‌ای که حزب موافق استیضاح، بخصوص در رابطه با استیضاح رئیس‌جمهور، باید هزینه‌های سیاسی زیادی بپردازد؛ از اقناع افکار عمومی در حوزه‌های انتخابیه گرفته تا تجمیع نظرات بین خودی‌ها و پاسخگویی به رسانه و نهایتاً جنگی تمام‌عیار با حزب رقیب؛ به‌علاوه زمانی امر مشکل‌تر می‌شود که رئیس‌جمهور از محبوبیت عمومی بالایی برخوردار باشد. (Gerhardt, 2019: 27) با همه این تفصیلات، نتیجه مشخص نیست چراکه باید دید مجلس سنا به‌عنوان صحنه‌گردان اصلی که معمولاً در دست حزب رقیب هم اداره می‌شود، چه موضعی اتخاذ می‌کند. به‌علاوه فاکتورهای سیاسی‌ای هستند که برای مشروعیت استیضاح بسیار خطرناکند؛ امتناع از استیضاح به‌دلیل آسیب به وجهه حزب سیاسی حامی رئیس‌جمهور، استناد به فقدان دلایل قانونی برای استیضاح به‌منظور پرده‌پوشی بر تصمیم سیاسی حزبی و ... از این موارد هستند. (Broderick, 1974: 558) متعدد غیرحقوقی دخیل، موجب شده تا استیضاح موفق مقامات عالی، به‌ندرت اتفاق بیفتد، هرچند صف‌آرایی دو حزب قدرتمند در ایالات متحده را در پی داشته باشد؛ اما دست کم این نکته اهمیت دارد که با وجود تفکیک مطلق قوا در ایالات متحده و وجود احزاب قوی، خطر تمامیت‌خواهی پارلمانی، کاهش می‌یابد. (Albert, 2019: 199) بنابراین، وجه مشترک استیضاح در نظام‌های سیاسی مختلف آن است که هرچند استیضاح کمتر اتفاق می‌افتد اما

مردم سپرده شده که دولت همسو با حزب اکثریت پارلمانی برگزینند یا نه، لذا در صورت دوم حزب اکثریت به عنوان مخالف در پارلمان قدرت مانور زیادی برای تحت نظر گرفتن دولت خواهد داشت.

نهایتاً اشاره به این نکته لازم است که وجود احزاب قوی و کارآمد، نظارت پارلمان را فراتر از ابزارهای موجود گسترش می‌دهد و ظرفیت عظیم نظارتی آن را در تمام ابعاد به فعلیت می‌رساند. از این رو، برخورداری از نظام حزبی منسجم و حرفه‌ای پیش شرط لازم آن است. متأسفانه نظام حزبی نه در سپهر سیاست کشورمان و نه در درون ساختار مجلس شورای اسلامی نتوانسته است جایگاه خاصی داشته باشد که علاوه بر مشکلات ساختاری، هنجاری و رفتاری احزاب در کشور، به برخی بنیان‌های نظری در باب گردش قدرت و نیز تجربه‌های تلخ مردم ما از احزاب فرآیندی بر می‌گردد. ضعف و سستی نظام انتخاباتی ما که فرد جای احزاب محور قرار گرفته شده و نیز عدم وجود احزاب قوی و با برنامه مخصوصاً در درون مجلس موجب شده است تا نقش نظارتی پارلمان بر عهده افراد یا گروه‌های سیاسی بدون شناسنامه یا لابی‌ها قرار بگیرد و نتوان انتظار نظارت پارلمانی شایسته‌ای را - آنچنانکه در برخی تجارب موفق بیان کردیم - داشت. برای رسیدن به یک نظارت پارلمانی مطلوب از سوی مجلس بر دولت باید به سمت انتقال ابزارها و اختیارات نظارتی افراد به ابزارها و اختیارات احزاب رفت و مقدمه این کار، داشتن نظام حزبی قوی و البته نظام انتخاباتی حزب محور می‌باشد. کنترل قدرت دولت و قوه مجریه نقش مهمی در پاسداری از حقوق شهروندان دارد و یکی از سازوکارهای موفق برای تحقق حقوق مردم و پاسداری از حقوق‌های آنان، گسترش نقش احزاب در نظارت پارلمانی به عنوان نظارتی با برنامه و با هدف می‌باشد.

متشکل و منسجم برای احزاب است که حتی افراد خارج حزب را در راستای اهداف حزبی به کار می‌گیرند. از سوی دیگر، از آنجاکه حزب اقلیت همیشه در معرض سیطره و اقدامات خنثی‌کننده حزب اکثریت است، پیش‌بینی وضعیت‌هایی خاص برای تقویت موضع احزاب اقلیت در برابر اکثریت، یکی از نکات مهمی است که در برخی نظام‌ها اعمال گردیده و امری مثبت ارزیابی می‌شود. از جمله تعیین روزهای مخالفت در مجلس عوام انگلستان، اختصاص وقت بیشتر برای طرح سوال، اختصاص زمان‌های خاصی برای بررسی پیشنهادات ارائه شده توسط مخالفان در ایتالیا. همچنین توجه به ترکیب کمیسیون‌های ویژه که قدرت بسیاری دارند، اهمیت فراوان دارد به نحوی که یکسره متشکل از یک حزب نباشد و وجود احزاب مختلف در آن تضمین شود؛ امری که در پارلمان آلمان در مقایسه با سایر نظام‌ها به خوبی مشاهده گردید. در این راستا تصویب چنین قوانینی در کشورمان در جهت توانمندسازی احزاب اقلیت، پیشنهاد می‌شود.

همچنین با عنایت به متغیرهای فراوانی که بر عملکرد احزاب تأثیر می‌گذارند و با مقایسه نمونه‌های پیش گفته روشن شد، هرچند در نظام‌های ریاستی اختیارات نظارتی پارلمان به خوبی پیش‌بینی شده اما نظام پارلمانی به نحو وسیع و منسجم‌تری این اقتدارات را به کار بسته است و همین امر دست احزاب برای اعمال فشار بیشتر بر دولت را باز می‌گذارد. این امر در مورد نظام‌های نیمه‌ریاستی نیز تا حدود زیادی صادق است. البته توجه به این نکته ضروری است که در نظام پارلمانی چون نخست‌وزیر برآمده از حزب اکثریت در پارلمان و عملاً دولت در دست ایشان است، عملکرد حزب اقلیت مخالف تا حدودی محدود می‌شود؛ ولی در نظام‌های ریاستی و نیمه‌پارلمانی از آنجاکه انتخاب دولت مستقیماً به



References

- Abolhamd, A. (1991), Basics of Politics, Volume 1, the sixth edition, Tehran: Tos Publications. (In Persian)
- Abbasi, B. (2014), Comparative Constitutional Law, first edition, Tehran: Justice Court. (In Persian)
- Abbasi, B. (2008), "Legal Criticism on the Structure and Powers of the Parliament in England", Law and Expediency Magazine, Vol. 5. (In Persian)
- Albert, R (2019), Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions, Oxford University Press, New York.
- Amid Zanjani, A, A. (2004), Fundamental Rights of Western Countries and Comparative Comparison with Islamic Countries, Tehran: Mizan Publishing House. (In Persian)
- Ayubi, H. (2000), Finding and Reliability of Political Parties in the West, edition 1, Tehran: Soroush Publications. (In Persian)
- Braendle, T, & Stutzer, A. (2010), Political selection of public servants and parliamentary oversight. Economics of Governance,
- Britannica, T. Editors of Encyclopaedia (2021). Impeachment. Encyclopedia Britannica.
- Bowman, F. O. (2019). High Crimes and Misdemeanors: A History of Impeachment for the Age of Trump, Cambridge University Press
- Broderick, A. (1974). "The Politics of Impeachment. American Bar Association Journal", 60(5), 554-560.
- Bundestag Parliament. Available at: <https://www.bundestag.de/en/parliament/function/legislation/passage-245704>
- Committees of inquiry of bundestag Parliament. Available at: <https://www.bundestag.de/en/committees/bodies/inquiry#>
- Cole, J. P., & Garvey, T. (2015). Impeachment and Removal. Library of Congress, Congressional Research Service.
- Chalabi, F., & Izadi, R., & Herisinejad, K. (2019). Survey on function of political parties in regulating the relations of the triple branches, comparative study in the systems of England, America and Iran. Political Strategic Studies, 7(27), 35-65. (In Persian)
- Duverger, M. (1978), Political Parties, translated by Reza Olomi, second edition, Tehran: Amirkabir Publications.
- European Commission For Democracy Through Law (2010), Guidelines On Political Party Regulation
- English website of the French National Assembly. Available at: https://www2.assemblee-nationale.fr/langues/welcome-to-the-english-website-of-the-french-national-assembly#node_9511
- Feirahi, D. (2017), Jurisprudence and Party Governance, Ney Publishing, Tehran.

- Ghamami, S., & Khalaf Rezaei, H. (2013). Mechanisms of Resolving Disputes and Regulating the Relations of the Three Branches of Government in the Islamic Republic of Iran (With Comparative Study of Other Legal Systems). *Public Law Knowledge Quarterly*, 2(5), 61-82. (In Persian)
- Ghazi, A. (2016), Fundamental rights requirements, Tehran: Mizan publishing house. (In Persian)
- Ghazi, A. (2004), Constitutional Rights and Political Institutions, Tehran: Mizan Publishing. (In Persian)
- Gerhardt, M. J. (2019). *The Federal Impeachment Process: A Constitutional and Historical Analysis*. University of Chicago Press.
- Geddes, M. (2018). *Committee Hearings of the UK Parliament: Who gives Evidence and does this Matter?*. Parliamentary Affairs.
- Griglio, E. (2020). *Parliamentary Oversight of the Executives: Tools and Procedures in Europe*. Bloomsbury Publishing.
- Habib-Nejad, S, A. (2017), *Commentary on Party Law*, Tehran: Khorsandi Publications. (In Persian)
- Habibnezhad, S., Ameri, Z. (2015). The Principles of Supervision within the Fundamental Law System of Islamic Republic of Iran. *Political Science*, 17(Issue 65), 7-32. (In Persian)
- Habibnezhad, S., Ameri, Z., & Hosseini, M. (2021). The Emergence and Meaning of the Constitutional Conventions in the Legal-Political Systems of Iran and the United Kingdom. *Journal of Comparative Law*, 8(1), 111-138. (In Persian)
- Hashemi, S, M. (1998), "Civil Society and Political System", *Journal of Legal Research*, No. 23-24. (In Persian)
- Harisi-nejad, K. (2012), *Comparative Constitutional Rights*, Tabriz: Aydin Publications. (In Persian)
- Irwin, H. (1988). Opportunities for backbenchers, *The Commons Under Scrutiny*, 76-98.
- IPU and UNDP, *Global Parliamentary Report 2017* (n 27)
- Johnson, C., & Talbot, C. (2007). The UK Parliament and performance: challenging or challenged?. *International Review of Administrative Sciences*, 73(1), 113-131.
- Joneydi, L, & Niazpour, A. (2019), *Encyclopedia of Legal Policy*, Tehran: Vice President of Compilation, Revision and Publication of Presidential Laws and Regulations. (In Persian)
- Karuti, W. and others (2015), *Encyclopaedia of Party Politics*, translated by Mohsen Mirdamadi and others, first edition, Tehran: Rozeneh Publications. (In Persian)
- Kelly, R., & Powell, T. (2013). Confidence motions. Briefing paper SN/PC/2873, London House of Commons Library.
- Kelso, A. (2016). Political leadership in parliament: The role of select committee chairs in the UK House of Commons. *Politics and Governance*, 4(2), 115-126.
- Kouroutakis, A. (2017). *The Constitutional Value of Sunset Clauses: An*



- Historical and Normative Analysis, New York.
- Marleau, R. Camille Montpetit, eds. 2000. House of Commons procedure and practice. Practice (Monteral: McGraw-Hill, 2000)
- Maor, M. (1997). Political Parties and Party Systems: Comparative approaches and the British experience, New York.
- Musa Zadeh, E. (2013), Essays in Public Law, first edition, Tehran: Khorsandi Publications. (In Persian)
- Nozari, H, A. (2013), Political Parties and Party Systems, Gostareh Publishing House, Tehran.
- Oleszek, WJ et al. (2019). Congressional Procedures and the Policy Process, 11th edn, Washington, CQ Press.
- Rasekh, M. (2021), monitoring and balance in the constitutional rights system, 7th edition, Tehran: Drak Publications. (In Persian)
- Richards, P. G., Ryle, M., & Study of Parliament Group. (1988). The Commons under scrutiny. London: Routledge.
- Salehian, A. (2011), The Role of Parties in Parliamentary Systems, Master's Thesis, University of Tehran. (In Persian)
- Sen, A, K. (2002), Development as Freedom, translated by Seyyed Ahmad Mothaghi, Tehran: Faculty of Law and Political Sciences. (In Persian)
- Shaw, M. (1998). Parliamentary committees: A global perspective. The Journal of Legislative Studies, 4(1), 225-251.
- Silk, P., & Walters, R. H. (1998). How parliament works. Addison-Wesley Longman Limited.
- UK Parliament, 2022 Available at: <https://www.parliament.uk/site-information/glossary/censure-motion/>
- UK Parliament, Select Committees. Available at: <https://www.parliament.uk/about/how/committees/select/>
- United States Senate, Senate Committee. Available at: [shttps://www.senate.gov/artandhistory/history/common/briefing/Committees.htm#3](https://www.senate.gov/artandhistory/history/common/briefing/Committees.htm#3)
- Von Münchow, S. (2013). Security Agencies and Parliamentary Committees of Inquiry in Germany: Transparency vs. Confidentiality. Connections, 12(4), 51-74.
- Yamamoto, H. (Ed.). (2007). Tools for parliamentary oversight: A comparative study of 88 national parliaments. Inter-parliamentary union.
- Yousufiyeh, W. (No date), Political Parties, Tehran: Atai Press Institute. (In Persian)
- Zarei, Mohammad Hossein (2005), Comparative Study of Legislative Assemblies, Vol. 1, Tehran: Office of Legal Studies, Islamic Council Research Center. (In Persian)
- Zarei, M, H. (2010), the role of internal commissions in parliamentary supervision: a comparative study, first chapter, Tehran: Office of Legal Studies of the Research Center of the Islamic Council. (In Persian)



Zarei, M, H, & Bahnia, M. (2016), the means of parliamentary supervision of the government; a comparative study, Tehran: Office of Legal Studies of the Research Center of the Islamic Council. (In Persian)

Original Article

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 Ph.D. Student in Private Law, Faculty of Law and Political Sciences, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran.

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

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

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



[20.1001.1.24237566.1402.7.1.6.0](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23779.1351)



[10.22080/LPS.2022.23779.1351](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23779.1351)

Received:

June 20, 2022

Accepted:

October 19, 2022

Available online:

December 7, 2022

Keywords:

Conciliation,
Confidentiality,
Fairness, Online
dispute resolution,
Electronic
communication

Abstract

Mediation is one of the well-known dispute resolution methods, and due to the increase in the use of the Internet by individuals, the transfer of most businesses to cyberspace and the conclusion of many transactions by electronic means, in many lawsuits, parties tend to use online mediation to resolve their dispute. The present study examines the challenges of online mediation and the approach of international regulations and Iranian law towards them in the following topics, so that individuals and business actors can figure out the suitability of online mediation to resolve their disputes by taking into account the above considerations: "Lack of face-to-face communication in online mediation", "challenge of confidentiality in online mediation", "general reluctance of using online mediation in some cases", "weak control of mediator over online mediation", and "the difficulty of enforcement of online mediation". Finally, this article concludes that in case of insistence of parties on face-to-face communication, due to the lack of trust in the mediator, lack of access to the required communication technologies or inability to use them, as well as the lack of confidence in the confidentiality preservation of the other party and the mediator, the parties will face serious challenges to use online mediation. According to existing international regulations. Because of the need to a specific law on mediation in Iranian law, the present article suggests the Iranian legislature to enact a comprehensive law on mediation, including the special requirements of online mediation, so that individuals can benefit from the advantages of this dispute resolution method.

***Corresponding Author:** Reza Maboudi Neishabouri

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

Email: Maboudi@um.ac.ir



Extended Abstract

1. Introduction

Mediation is one of the well-known dispute resolution methods, and due to the increase in the use of the Internet by individuals, the transfer of most businesses to cyberspace and the conclusion of many transactions by electronic means, in many lawsuits, parties tend to use online mediation to resolve their dispute. The present study examines the challenges of online mediation and the approach of international regulations and Iranian law towards them in the following topics, so that individuals and business actors can figure out the suitability of online mediation to resolve their disputes by taking into account the above considerations can figure out the suitability of online mediation to resolve their disputes: "Lack of face-to-face communication in online mediation", "challenge of confidentiality in online mediation", "general reluctance of using online mediation in some cases", "weak control of mediator over online mediation", and "the difficulty of enforcement of online mediation".

2. Methods

In the current study, fundamental, descriptive, and analytical research methods have been used.

3. Results

Each dispute resolution method has advantages and disadvantages, and online mediation also faces challenges. Some of these drawbacks seem to be accepted because the communication features in cyberspace have caused these drawbacks. Therefore, if the parties insist on face-to-face negotiation, cannot trust the mediator, do not have access to the required communication technologies or are unable to use them, and cannot trust the

other party and the mediator, the litigants should not use online mediation. Online Mediation is not as flawless as other methods of dispute resolution, and the parties to the dispute, depending on their situation and the requirements of the dispute, can use this dispute resolution method.

4. Conclusion

In case of insistence of parties on face-to-face communication, due to the lack of trust in the mediator, lack of access to the required communication technologies or inability to use them, and as well as the lack of confidence in the confidentiality preservation of the other party and the mediator, the parties will face serious challenges to use online mediation. According to existing international regulations. Due to Because of the lack of need to a specific law on mediation in Iranian law, the present article suggests to the Iranian legislature to enact a comprehensive law on mediation, including the special requirements of online mediation, so that individuals can benefit from the advantages of this dispute resolution method.

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

بررسی جوانب حقوقی میانجی‌گری برخط مطالعه تطبیقی در مقررات بین‌المللی و رویکرد حقوق ایران

سیدعلیرضا رضائی^۱، رضا معبودی نیشابوری^{۲*} , 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



[20.1001.1.24237566.1402.7.1.6.0](https://doi.org/10.1001.1.24237566.1402.7.1.6.0)



[10.22080/lps.2022.23779.1351](https://doi.org/10.22080/lps.2022.23779.1351)

چکیده

میانجی‌گری، یکی از طرق شناخته‌شده حل‌وفصل اختلافات محسوب می‌شود و با توجه به توسعه استفاده از اینترنت توسط اشخاص، انتقال اکثر فعالیت‌های تجاری به فضای مجازی و انعقاد بسیاری از معاملات توسط ابزار الکترونیکی، در بسیاری از دعاوی، طرفین دعوا، متمایل به استفاده از میانجی‌گری برخط جهت حل اختلاف خود می‌باشند. پژوهش حاضر برخی چالش‌های میانجی‌گری برخط و موضع مقررات بین‌المللی و حقوق ایران نسبت به آن‌ها را مورد بررسی قرار می‌دهد تا اشخاص و فعالان تجاری، با در نظر گرفتن ملاحظات مذکور، بتوانند بهتر در خصوص کارآمدی این روش حل اختلاف و استفاده از آن قضاوت نمایند. در نهایت این مقاله به این نتیجه نائل آمده است که در صورت تأکید طرفین میانجی‌گری بر مذاکره حضوری، فقدان اعتماد اشخاص مذکور به میانجی، عدم دسترسی به فناوری‌های ارتباطی موردنیاز یا عدم توانایی در استفاده از آن‌ها و عدم اطمینان از رعایت محرمانگی توسط طرف مقابل و میانجی، چالش‌های جدی در مقابل طرفین بروز خواهد کرد که نیازمند تدارک راه‌حل هستند. با توجه به فقدان قانون خاص در خصوص میانجی‌گری در حقوق ایران، به مقنن ایرانی پیشنهاد می‌شود ضمن تصویب قانونی جامع در خصوص میانجی‌گری، اقتضائات خاص میانجی‌گری برخط را نیز در آن لحاظ کند تا اشخاص و فعالان تجاری بتوانند از مزایای متعدد این روش حل اختلاف بهره‌مند شوند.

تاریخ دریافت:

۳۰ خرداد ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۲۷ مهر ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۱۶ آذر ۱۴۰۱

کلیدواژه‌ها:

"سازش"، "محرمانگی"،
"عدالت"، "حل اختلاف برخط"
، "ارتباط الکترونیکی".

* نویسنده مسئول: رضا معبودی نیشابوری

آدرس: استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم

سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران

ایمیل: Maboudi@um.ac.ir



۱ مقدمه

میانجی و طرفین دعوا را محدود نمود زیرا وضع مقررات می‌تواند باعث سلب وصف انعطاف‌پذیری میانجی‌گری شود. با توجه به مطالب مذکور، به نظر می‌رسد مهم‌ترین راهکار جهت برطرف نمودن معایب میانجی‌گری برخط، ایجاد تغییراتی در نقش میانجیان و آموزش آن‌ها است. در صورت کسب مهارت‌های لازم جهت میانجی‌گری در فضای اینترنت و کسب اعتماد طرفین دعوا توسط میانجی، بسیاری از مشکلات این روش حل اختلاف برطرف می‌شود.

شایان ذکر است که در حقوق ایران، هنوز مقرر قانونی جامعی در خصوص میانجی‌گری وضع نشده است و به طریق اولی این وضعیت نامشخص در خصوص میانجی‌گری برخط نیز وجود دارد. همچنین هیچ پیشینه پژوهشی در خصوص میانجی‌گری برخط تالیف نشده است. لذا در مقاله حاضر با توجه به مقررات مرتبط موجود رویکرد کلی حقوق ایران نسبت به چالش‌های میانجی‌گری برخط نشان داده است و قطعاً وضع مقررات صریح و روشنی مخصوصاً جهت حمایت اجرایی از نتیجه فرایند میانجی‌گری، توصیه می‌شود (مطالعه بیشتر رک: شیروی، ۱۳۸۵: ۵۲-۵۹). با توجه به مراتب فوق‌الذکر، در ادامه چالش‌های اصلی میانجی‌گری برخط در مباحث ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرد و در نهایت نیز رویکرد حقوق ایران در خصوص میانجی‌گری برخط تحلیل می‌شود.

۲ فقدان ارتباط حضوری در میانجی‌گری برخط

از جمله معضلات میانجی‌گری برخط آن است که در این روش حل اختلاف، طرفین و میانجی از طریق اینترنت با یکدیگر در ارتباط هستند و ارتباط تصویر

میانجی‌گری یکی از شناخته‌شده‌ترین و قدیمی‌ترین طرق حل اختلاف در کنار دادرسی و داوری است. در میانجی‌گری، میانجی به طرفین دعوا کمک می‌کند تا دعوای خود را حل و فصل نمایند و مهم‌ترین تفاوت میانجی‌گری با داوری و دادرسی، تصمیم‌گیری در خصوص دعوا توسط خود طرفین است. امروزه به دلیل ظهور تجهیزات ارتباطی نوین متعدد و رایگانی که امکان برقراری تماس‌های متنی، صوتی و ویدئویی را به صورت هم‌زمان فراهم می‌آورند و انتقال بسیاری از فعالیت‌های تجاری به فضای اینترنت، امکان طرح استفاده از میانجی‌گری برخط فراهم شده است. در بند ۲ ماده ۲ و بند ۲ ماده ۴ کنوانسیون سازمان ملل متحد در مورد سازش‌نامه‌های حاصل از میانجی‌گری (کنوانسیون سنگاپور^۱)، در بند ۶ ماده ۱۶ قانون نمونه آنسیترال در زمینه سازش تجاری بین‌المللی و سازش‌نامه‌های بین‌المللی حاصل از فرایند میانجی‌گری مصوب ۲۰۱۸، بند ۲ ماده ۱۸ همان قانون، در مواد ۳ و ۶ قواعد میانجی‌گری دیوان بین‌المللی داوری لندن^۴، ماده ۱۳ قواعد میانجی‌گری مرکز آسیایی داوری بین‌المللی^۵ ۲۰۱۸ و در ماده ۱۰ مقررات میانجی‌گری سازمان جهانی مالکیت فکری^۶ ۲۰۲۱، استفاده از ارتباطات الکترونیکی در میانجی‌گری به رسمیت شناخته شده است.

بر خلاف اعتقاد برخی نویسندگان (Ponte; Cavenagh, 2005, p63; Kaufmann- Kohler, 2005, p439; Ramasastry, 2004, p160) به نظر می‌رسد میانجی‌گری برخط دارای ماهیتی مستقل است زیرا قدرت فناوری می‌تواند تغییرات و تفاوت‌های اساسی را ایجاد نماید (توگلی؛ طبائی، ۱۳۹۴: ص ۹۸؛ Hornle, 2009: p86). در میانجی‌گری برخط نمی‌توان با وضع مقررات متعدد،

⁴ Lcia Mediation Rules

⁵ Aiacc Mediation Rules

⁶ Wipo Mediation Rules

¹ United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation 2019

^۲ از این پس: «کنوانسیون سنگاپور».

³ Uncitral Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation 2018

سوءبرداشت را بیشتر می‌کند (Gibbons; Kennedy; Gibbs, 2002, p45-47).

در پاسخ به ایرادات فوق باید داشت که در بسیاری از دعاوی، تنها روش حل اختلاف قابل استفاده، میانجی‌گری برخط است و قطعاً، عدم حل اختلاف وضعیت بدتری از حل اختلاف غیرحضوری را برای طرفین دعوا ایجاد می‌کند. در واقع باید دقت داشت که فاصله میان طرفین دعوا و عدم تعامل چهره به چهره، به دلیل استفاده از میانجی‌گری برخط نیست بلکه به دلایل شرایط خاص طرفین دعوا مثل بعد مسافت است که امکان تعامل چهره به چهره را منتفی می‌سازد. همچنین به نظر می‌رسد قضاوت بر اساس حالات چهره، حرکات و زبان بدن طرفین دعوا چندان منطقی نباشد (Terekhov, 2019, p38).

باید توجه داشت که بین پیام^۴ و اطلاعات^۵ تفاوت وجود دارد. پیام (مثل ایده و اندیشه) آن مطالبی است که طرفین می‌خواهند آن را به طرف مقابل برسانند. درحالی‌که اطلاعات (متن، زبان بدن، تصاویر) وسیله انتقال پیام است. لذا مهم‌ترین مسئله دریافت پیام طرف مقابل به صورت روشن است و نه میزان اطلاعات دریافتی زیرا اطلاعات وسیله‌ای برای دریافت پیام هستند. بنابراین ممکن است در میانجی‌گری برخط اطلاعات زیادی میان طرفین ردوبدل نشود اما باز هم پیام به صورت واضح ردوبدل گردد و با توجه به نوع دعوا حتی ممکن است برخی اطلاعات دریافتی مثل سوابق روابط شخصی، مشکلات طرفین و...، تأثیری در انتقال پیام نداشته باشند. حتی گاهی اطلاعات زیاد ارائه شده، ممکن است باعث گمراهی طرفین و عدم درک پیام طرف مقابل شود. در میانجی‌گری سنتی ممکن است یکی از طرفین بسیار پرحرف باشد، طرفین سخنان یکدیگر را قطع نمایند، طرفین اطلاعات زیادی را با سخنان، تن صدا، حالات و زبان بدن به طرف مقابل ارائه دهند اما هیچ‌گاه پیام اصلی درک نشود. در

به تصویر^۱ دارند نه چهره به چهره^۲، درحالی‌که در روش سنتی، میانجی‌گری به صورت شفاهی، حضوری و برقراری ارتباط مستقیم میان طرفین، اجرا می‌گردد (Albornoz; Gonzalez, 2012, p39). در همین راستا یکی از ایراداتی که در مورد میانجی‌گری برخط، مطرح می‌شود آن است که برگزاری جلسات حضوری و مذاکره چهره به چهره طرفین و میانجی جزو ویژگی‌های مهم و اساسی میانجی‌گری است که میانجی‌گری برخط فاقد آن است.

طرفین دعوا در ملاقات حضوری می‌توانند برخی اطلاعات را از نحوه برخورد، زبان بدن، واکنش طرف مقابل هنگام گوش دادن به صحبت‌های میانجی یا طرف دیگر و امثال آن دریابند. درحالی‌که میانجی‌گری برخط فاقد ارتباط رودررو و مستقیم، انتقال احساسات و ایجاد فهم مشترک است که امکان تصمیم‌گیری صحیح بر اساس احساس بی‌طرفی، صداقت در اظهارات، شکل بیان و فضای حاکم بر جلسه را منتفی می‌سازد (السان، ۱۳۹۹، ص ۲۶۰).

همچنین این موضوع بر نقش میانجی در حل اختلاف طرفین نیز تأثیر می‌گذارد زیرا میانجی‌گری به معنای شنیدن و تحلیل اطلاعات شفاهی است و میانجی در جلسه برخط نمی‌تواند از توانایی‌های خود جهت حل اختلاف استفاده کند و امکان بروز سوءبرداشت در محیط‌های برخط بیشتر بوده و به همین دلیل، احتمال شکست میانجی‌گری برخط از میانجی‌گری سنتی^۳ افزون‌تر است (Eisen, 1998, p1308). در میانجی‌گری برخط به دلیل فقدان ارتباط چهره به چهره، همیشه این امکان وجود دارد که اشخاص برداشت غلطی از اظهارات طرف مقابل، داشته باشند زیرا برخلاف میانجی‌گری سنتی، طرفین دعوا عموماً ارتباط قبلی با یکدیگر نداشته و شناخت کافی از طرف مقابل ندارند. همچنین طرفین در کشورها و مکان‌های مختلف با فرهنگ و زبان متفاوتی، ساکن هستند که این موضوع امکان

⁴ Message
⁵ Information

¹ Screen to Screen
² Face to Face
³ Traditional Mediation



رخ می‌دهد و استفاده از فناوری‌های پویا^۱ مثل ویدئوکنفرانس^۲ تا حدی می‌تواند ارتباطی شبیه ارتباط چهره به چهره را در میانجی‌گری برخط ایجاد کند زیرا در فناوری‌های مذکور، ارتباط صوتی یا تصویری بین طرفین وجود دارد و آن‌ها می‌توانند یکدیگر را ببینند و نظرات خود را مستقیماً به طرف مقابل انتقال دهند (Beal, 2000, p735).

علاوه بر توسعه طرق ارتباطی پویا، باید توجه داشت که حتی در ارتباطات متن محور نیز امکان برقراری ارتباطی قوی میان طرفین دعوا و میانجی وجود دارد. لذا نمی‌توان با قطعیت عنوان داشت که در ارتباطات متن محور، مخاطب نمی‌تواند منظور طرف مقابل را درک کند و ارتباطات مذکور ضعیف‌تر از ارتباطات حضوری است (Lombardi, 2012, p541-542). در همین راستا برخی نویسندگان (Kuhl, 2008, p226) اظهار داشته‌اند که جوانان و نسل جدید، ارتباطات متن محور را به ارتباطات شفاهی ترجیح می‌دهند و روش‌های متن محور را نمی‌توان به‌هیچ‌عنوان تنها ابزاری فرعی جهت حل اختلاف برخط دانست و روش‌های متن محور، همیشه یکی از طرق اصلی حل اختلاف برخط باقی خواهند ماند.

در بند ۲ ماده ۲ و بند ۲ ماده ۴ کنوانسیون سنگاپور، در بند ۶ ماده ۱۶ قانون نمونه ۲۰۱۸ و بند ۲ ماده ۱۸ همان قانون، در مواد ۳ و ۶ قواعد میانجی‌گری دیوان بین‌المللی داوری لندن، ماده ۱۰ قواعد میانجی‌گری مرکز آسیایی داوری بین‌المللی و در ماده ۱۰ مقررات میانجی‌گری سازمان جهانی مالکیت فکری، استفاده از ارتباطات الکترونیکی در میانجی‌گری محدود به ابزار ارتباطی پویا نشده است. در حقوق ایران، در بند الف ماده ۲ قانون تجارت الکترونیکی، رویکردی کلی وجود دارد و تمامی وسایل الکترونیکی در ارتباطات این‌چنینی از جمله میانجی‌گری برخط، قابلیت استفاده دارند. معذک، به نظر می‌رسد اقتضائات مربوط به ارتباطات الکترونیکی به‌جای ارتباطات حضوری در حل اختلاف

مقابل در میانجی‌گری برخط (در روش‌های غیرهمزمان) امکان قطع صحبت‌های طرف مقابل وجود ندارد و با توجه به نظارت سیستمی میانجی بر اظهارات طرفین، عموماً سعی می‌شود به اصل دعوا پرداخته شود و طرفین وارد موضوعات زائد نشوند. چنین نظارتی در میانجی‌گری سنتی نیز وجود دارد اما در میانجی‌گری برخط، فناوری‌های نوین می‌تواند امکانات بیشتری را در اختیار میانجی قرار دهد. همچنین با توجه به آشنایی عموم افراد به فضای مجازی، نمی‌توان مطمئن بود که آن‌ها اطلاعات کمتری را در فضای برخط دریافت می‌کنند (Zhao, 2018, p182; Braeutigam, 2006, p275; Derks; Fischer; Bos, 2008, p1; Hoffman, 2011, p282; Condlin, 2017, p740).

در برخی موارد، فقدان ارتباط حضوری می‌تواند یک مزیت برای میانجی‌گری برخط محسوب شود. در برخی دعاوی به دلیل وجود تنش‌های زیاد میان طرفین دعوا، حذف مواجهه حضوری می‌تواند از تشدید اختلافات جلوگیری کند زیرا میانجی می‌تواند به عنوان واسط در مذاکرات عمل کند و مخاطب اظهارات طرفین بوده و بدین‌وسیله مانع برقراری ارتباط مستقیم بین طرفین شود. همچنین برخلاف مواجهه حضوری که طرفین به‌سرعت به اظهارات طرف مقابل پاسخ می‌دهند، در میانجی‌گری برخط به دلیل حذف مواجهه حضوری، اشخاص مذکور فرصت کافی برای تأمل دارند و این مسئله از بیان اظهارات عجولانه، پرخاشگرانه و غیردقیق جلوگیری می‌کند (Zhao, 2018: 174).

در اکثر مقررات مربوط به میانجی‌گری برخط در مورد ارتباط حضوری سکوت شده است زیرا فقدان ارتباط حضوری، جزو مقتضیات استفاده از فناوری جهت حل‌وفصل اختلافات است و اگر طرفین دعوا و میانجی، تأکید زیادی بر لزوم برقراری ارتباط حضوری دارند، می‌توانند از میانجی‌گری سنتی استفاده نمایند. با این‌حال، مشکل مذکور غالباً در استفاده از فناوری‌های متنی مثل پست الکترونیکی

² Video Conference

¹ Dynamic Technologies

مذکور را در اختیار آن‌ها قرار ندهند. در مقابل، عدم رعایت محرمانگی در میانجی‌گری برخاسته از یکی از مهم‌ترین مشکلات این روش حل اختلاف است و برخی نویسندگان معتقدند که موفقیت میانجی‌گری برخاسته از گروه حل مشکل محرمانگی است زیرا نسخه‌ای از مذاکرات و مستندات همیشه موجود است و ممکن است افشاء شود (Cole; Blankley, 2006, p2003; Zavaletta, 2002, p23; Ganeles, 2002, p738; Turner, 2000, p145)

برخلاف داوری برخاسته از ضابطه تمام فرایند دادرسی و مستندات ارائه‌شده، یک مزیت برای روش حل اختلاف مذکور محسوب می‌شود؛ در میانجی‌گری برخاسته از چنین موضوعی صدق نمی‌کند. در داوری به هر حال طرفین دعوا موظف‌اند که اظهارات و مستندات خود را به شیوه‌ای که قابلیت استناد داشته باشد به داور ارائه دهند. در مقابل در میانجی‌گری، با توجه به اینکه خود طرفین دعوا باید در خصوص اختلاف خود تصمیم‌گیری کنند و نیازی به ارائه مستندات به میانجی ندارند (زیرا وی قدرت تصمیم‌گیری درباره اختلاف را ندارد)، اصولاً تمامی اظهارات و مستندات به‌گونه‌ای ارائه می‌شود که طرفین دعوا در صورت به نتیجه نرسیدن فرایند میانجی‌گری نتوانند در طرق حل اختلاف دیگر به اظهارات و مستندات مذکور استناد نمایند. برخلاف داوری، در میانجی‌گری میان شکل سنتی و برخاسته از روش حل اختلاف مذکور، در حفظ محرمانگی، تفاوت آشکاری وجود دارد.

مشکل حفظ محرمانگی در میانجی‌گری برخاسته از این خاطر است که در نرم‌افزارها و پلتفرم‌های مورد استفاده، تمامی اظهارات و مدارک ارائه‌شده توسط طرفین ذخیره می‌شود و برخلاف میانجی‌گری سنتی، مستندی قابل استناد از تمامی اظهارات و مدارک ارائه‌شده توسط طرفین، وجود خواهد داشت که جدا از امکان استناد به مستندات مذکور در مراجع حل اختلاف، ممکن است یکی از طرفین اطلاعات مذکور را وسیله اخاذی یا هتک حیثیت طرف مقابل قرار دهد.

برخط، بسیار بیشتر از آن باشد که بتوان با یک تجویز کلی وفق بند فوق‌الذکر، رسالت قانون‌گذار را در این زمینه تحقق‌یافته قلمداد کرد.

۳ چالش محرمانگی در فرایند میانجی‌گری برخاسته

محرمانگی قلب تپنده میانجی‌گری است و رعایت اصل محرمانگی در میانجی‌گری دارای اهمیت بالایی می‌باشد زیرا تنها در صورت اطمینان طرفین دعوا از عدم افشای اطلاعات محرمانه یا عدم امکان استناد به اطلاعات مذکور در سایر دعاوی و مراجع حل اختلاف، اشخاص مذکور، تمامی اطلاعات مهم را مطرح و همه طرق مختلف حصول سازش را بررسی می‌کنند و متعاقباً پیشنهادهای راه‌حل‌های میانجی نیز به دلیل در اختیار داشتن تمامی اطلاعات، می‌تواند برای طرفین مفید باشد (نیکبخت؛ ادیب، ۱۳۹۶، ص ۷۱؛ معبودی؛ رضائی، ۱۳۹۹ (۱)، ص ۱۲۹-۱۳۰؛ شهبازی نیا؛ ملک نیا، ۱۳۹۵، ص ۱۴۶؛ Qtaishat; Alshawabkeh; Saleh, 2018, p391). به‌عنوان مثال، در پرونده اختلاف بانک ملت ایران و خزانه‌داری انگلستان (Bank Mellat v. Her Majesty's Treasury) با موضوع تحریم‌های تحمیلی سال ۲۰۰۹ که به دستور دادگاه به میانجی‌گری ارجاع شد و طرفین از طریق میانجی‌گری اختلاف خود را حل‌وفصل نمودند، مفاد سازش‌نامه تنظیمی هنوز مشخص نیست و حتی قاضی دادگاه ارجاع دهنده نیز به متن آن دسترسی ندارد (جوادیپور؛ علومی یزدی؛ ابراهیمی، ۱۳۹۹، ص ۹۸-۹۹).

در میانجی‌گری سنتی، محرمانگی می‌تواند به‌طور کامل‌تری رعایت شود و تمامی اطلاعات مذکور در جلسات توسط طرفین و میانجی افشاء نمی‌گردد زیرا برخلاف داوری، در میانجی‌گری طرفین دعوا می‌توانند اطلاعات محرمانه را تنها به‌صورت شفاهی بیان کنند و یا مستندات مربوطه را تنها به طرف مقابل و میانجی نشان دهند و نسخه‌ای از مستندات



بازرگانی بین‌المللی^۶ مصوب ۲۰۱۴، ماده ۱۷ مقررات میانجی‌گری سازمان جهانی مالکیت فکری، ماده ۱۳ قواعد میانجی‌گری مرکز آسیایی داوری بین‌المللی و مواد ۱۲ و ۱۳ قواعد میانجی‌گری دیوان بین‌المللی داوری لندن، چنین رویکردی اتخاذ شده است.

در مواد ۱۶ و ۱۷ قواعد میانجی‌گری سازمان جهانی مالکیت فکری، صراحتاً بر محرمانه بودن مفاد سازش‌نامه حاصل از فرایند میانجی‌گری تأکید شده و میانجی و طرفین دعوا موظف شده‌اند که پس از پایان میانجی‌گری اسناد و مدارک ارائه‌شده در فرایند میانجی‌گری را عودت دهند یا از بین ببرند. همچنین در ماده ۱۱ قواعد میانجی‌گری تجاری اتحادیه داوری آمریکا و ماده ۱۵ قواعد میانجی‌گری سازمان جهانی مالکیت فکری، صراحتاً ثبت و ضبط جلسات و اظهارات طرفین، منع شده است.

در حقوق ایران نیز در مواد ۲۰ و ۲۲ آئین‌نامه میانجی‌گری کیفری بر لزوم رعایت محرمانگی تأکید شده است. در ماده ۲۳ نیز صراحتاً عنوان شده است که الزامی وجود ندارد که طرفین دعوا اسناد و مستندات خود را ارائه دهند. علی‌رغم مواد فوق‌الذکر در آئین‌نامه مزبور، قوانین ایران در خصوص میانجی‌گری قاعده خاصی جهت تصریح به ضرورت رازداری مقرر نداشته‌اند و به نظر می‌رسد اهمیت موضوع مزبور به نحوی است که صرف درج مواد معدودی در یک آئین‌نامه نمی‌تواند جایگزین موضع صریح قانون‌گذار در قوانین مربوطه شود. البته اگرچه مقررات صریح و ویژه‌ای در خصوص رازداری در میانجی‌گری در قوانین ایران مقرر نگردیده است اما درعین‌حال رشحاتی از این قاعده در برخی از مواد قانونی دیده می‌شود. به‌عنوان مثال ماده ۱۸۵ قانون آئین دادرسی مدنی، بیان می‌دارد که: «هرگاه سازش محقق نشود، تعهدات و گذشت‌هایی که طرفین هنگام تراضی به سازش به عمل آورده‌اند لازم‌الرعايه نیست.» اگرچه این ماده مستقیماً مربوط به رازداری

جهت حل مشکل مذکور، تمامی ارائه‌دهندگان خدمات میانجی‌گری برخط، تضمین می‌دهند که از اطلاعات محافظت نمایند و تمامی اطلاعات رمزگذاری گردند یا از سامانه‌های محدود (بسته) استفاده شود که هر یک از طرفین و میانجی، شناسه و رمز عبور خاصی داشته باشند (السان، ۱۳۹۹، ص ۲۵۷؛ Lombardi, 2015, p296; Lavi, 2012, p542).

در عمل در فضای اینترنت هیچ‌گاه نمی‌توان اعتمادی کامل در خصوص عدم افشای اطلاعات داشت. زمانی که شرکت‌های مطرح فناوری اطلاعات معتبری مثل فیس‌بوک یا مایکروسافت مورد حمله قرار گرفته و اطلاعات کاربران آن‌ها افشا گردیده است، قطعاً نمی‌توان به تضمین شرکت ارائه‌دهنده خدمات میانجی‌گری برخط مبنی بر عدم افشای اطلاعات، اطمینان کرد. حتی در صورت ممانعت ابزار الکترونیکی از ضبط جلسات، همیشه امکان ضبط جلسات توسط طرفین دعوا وجود دارد زیرا گرفتن تصویر از روی صفحه یا ضبط صدا و تصویر به وسیله دستگاه دیگر همیشه امکان‌پذیر است (Terekhov, 2019, p47).

به جرئت می‌توان گفت در تمامی مقرراتی که در خصوص میانجی‌گری وضع شده است، حتماً ماده یا موادی در خصوص لزوم رعایت محرمانگی در میانجی‌گری ذکر گردیده است. در ماده ۳۵ کنوانسیون ایکسید^۱ ۱۹۹۶، مواد ۸، ۹ و ۱۰ قانون نمونه سازش تجاری بین‌المللی آنسیترا^۲ ۲۰۰۲، مواد ۹، ۱۰ و ۱۱ قانون نمونه ۲۰۱۸، بند ۸ مجموعه قواعد رفتاری اتحادیه اروپا برای ارائه‌دهندگان خدمات میانجی‌گری^۳ مصوب ۲۰۱۸، ماده ۷ دستورالعمل اتحادیه اروپا در خصوص میانجی‌گری در دعاوی تجاری و مدنی^۴ مصوب ۲۰۰۸، ماده ۱۰ قواعد میانجی‌گری تجاری اتحادیه داوری آمریکا^۵ مصوب ۲۰۱۳، ماده ۹ مقررات میانجی‌گری اتاق

⁴ The european directive on certain aspects of mediation in civil and commercial matters

⁵ AAA commercial mediation procedures

⁶ ICC mediation rules

¹ Icsid convention

² Uncitral model law on international commercial conciliation

³ European code of conduct for mediation providers

در بسیاری از دعاوی مثل دعاوی مصرف‌کننده، به دلیل بعد مسافت طرفین دعا و میانجی، امکان استفاده از میانجی‌گری سنتی وجود ندارد. همچنین در برخی دعاوی مثل دعاوی خانوادگی، خشونت، سوءاستفاده، طلاق و کار، به دلیل بالا بودن میزان تنش میان طرفین و هراسی که یکی از طرفین از طرف مقابل دارد، امکان ملاقات حضوری آن‌ها وجود ندارد و تنها راه استفاده از روش مسالمت‌آمیز حل اختلاف، به‌کارگیری میانجی‌گری برخط است. به‌عنوان مثال در تحقیقی مشخص گردید که بسیاری از طرفین دعاوی طلاق، استفاده از میانجی‌گری برخط را ترجیح می‌دهند (Zhao, 2018, p181; Gramatikov; Klaming, 2012, p97; Brennan, 2012, p197; Brooks, 2015, p18; Rossi; Holtzworth-Munroe, 2017, p399-400). همان‌طور که مشخص است در بسیاری از دعاوی سنتی نیز میانجی‌گری برخط شاید تنها راه حل اختلاف دعا از طریق روش‌های مسالمت‌آمیز حل اختلاف باشد و یقیناً نباید امکان تعیین سرنوشت دعا را از طرفین سلب نمود.

در عمده قواعد بین‌المللی که صریحاً به امکان به‌کارگیری میانجی‌گری برخط اشاره شده است (بند ۲ ماده ۲ و بند ۲ ماده ۴ کنوانسیون سنگاپور، بند ۶ ماده ۱۶ قانون نمونه ۲۰۱۸ و بند ۲ ماده ۱۸ همان قانون، مواد ۳ و ۶ قواعد میانجی‌گری دیوان بین‌المللی داوری لندن و ماده ۱۰ مقررات میانجی‌گری سازمان جهانی مالکیت فکری)، میانجی‌گری برخط محدود به حل‌وفصل دعاوی خاص نشده است و لذا در هر دعوائی که بتوان وفق مقررات مذکور از میانجی‌گری سنتی استفاده نمود، دعاوی مزبور قابلیت حل‌وفصل از طریق میانجی‌گری برخط را نیز دارد. تصویب ماده ۸۲ قانون آئین دادرسی کیفری ایران و آئین‌نامه میانجی‌گری کیفری ایران، بیانگر این است که مقنن ایرانی نیز، تمایل به محدود کردن میانجی‌گری به دعاوی تجاری ندارد و با توجه به این رویکرد موسع مقنن ایرانی و عدم وجود منع صریح قانونی، به نظر می‌رسد در حقوق ایران در عمده دعاوی، امکان استفاده از میانجی‌گری برخط وجود

نیست اما عملاً تضمین نسبی در راستای برخی از جلوه‌های محرمانگی در سازش را ارائه نموده است. البته باید توجه داشت که طرف می‌تواند در دعاوی بعدی از آن اطلاعات مکتبسه بر علیه طرف دیگر استفاده نماید و این ماده صرفاً در خصوص همان دعا است. لذا این ماده نمی‌تواند تضامین مناسبی را در خصوص محرمانگی در میانجی‌گری ارائه کند.

۴ عدم اقبال به میانجی‌گری برخط در برخی دعاوی

در مورد قابلیت استفاده از میانجی‌گری برخط در دعاوی مختلف تردیدهایی وجود دارد و برخی نویسندگان (Shannon; Note, 2002, p125) عنوان داشته‌اند که میانجی‌گری برخط تنها مناسب اختلافات حادث‌شده در فضای اینترنت و مخصوصاً دعاوی تجارت الکترونیکی است. همچنین برخی نویسندگان (Kaufmann-Kohler; Schultz, 2004, p26; Lombardi, 2012, p542) معتقدند که این روش حل اختلاف مناسب دعاوی کیفری یا پرونده‌های مربوط به نظم عمومی نیست.

در پاسخ به ایراد مزبور باید عنوان داشت که طبیعتاً دعاوی مربوط به تجارت الکترونیکی، مناسب‌ترین نوع دعاوی جهت حل‌وفصل از طریق میانجی‌گری برخط هستند زیرا این‌گونه دعاوی در فضای اینترنت شکل گرفته‌اند و شایسته است که روش حل اختلافی از جنس خود دعا در خصوص آن‌ها استفاده شود اما باید توجه داشت که نمی‌توان میانجی‌گری برخط را صرفاً قابل‌استفاده در مورد دعاوی مذکور دانست و دعاوی سنتی و برخط یا اختلافات برخط و برون‌خط توأمان می‌توانند موضوع این روش حل اختلاف باشند (السان، ۱۳۸۵، ص ۸۲؛ Cole; Blankley, 2006, p196; Lodder; Zeleznikow, 2005, p287; Teitz, 2001, p991; Shah, 2004, p32-33; Goodman, 2002, p1)



در میانجی‌گری سنتی، میانجی حرفه‌ای بتواند دعوا را حتی یک‌روزه با یک جلسه خاتمه دهد اما در میانجی‌گری برخط، همان میانجی به دلیل اینکه کنترلی بر زمان پاسخگویی طرفین دعوا ندارد، نمی‌تواند به سرعت دعوا را حل‌وفصل نماید (Terekhov, 2019, p46).

وفق ماده ۶ قانون نمونه ۲۰۰۲ و ماده ۷ قانون نمونه ۲۰۱۸، مدیریت و کنترل فرایند میانجی‌گری، یکی از وظایف میانجی است. البته اهمیت کنترل میانجی در مقایسه با روش‌های حل اختلاف دیگر کمتر است. در داوری یا دادرسی، چنانچه داور یا قاضی در فرایند حل اختلاف دخالت نداشته باشند، به نتیجه رسیدن طرق حل اختلاف مذکور محال است زیرا داور یا قاضی باید نتیجه دعوا را مشخص کنند. در مقابل در میانجی‌گری، با توجه به تعیین نتیجه دعوی توسط طرفین، اگر به هر دلیلی آن‌ها، میانجی را از فرایند حل اختلاف حذف کنند، بازهم امکان حل اختلاف طرفین دعوا وجود دارد و درواقع روش حل اختلاف از میانجی‌گری^۱ به مذاکره^۲ تبدیل می‌شود و تفاوت چندانی میان این دو روش حل اختلاف وجود ندارد.

انعقاد سازش‌نامه و حصول توافق میان طرفین دعوا، ممکن است در اثر مذاکره طرفین دعوا (مذاکره) یا در اثر مذاکره طرفین دعوا با دخالت میانجی (میانجی‌گری)، انجام شود. قاعداً به دلیل نقش اساسی طرفین دعوا در هر دو روش حل اختلاف مذکور، نباید تفاوتی میان احکام و آثار حقوقی این دو روش حل اختلاف وجود داشته باشد. باین‌حال، کنوانسیون سنگاپور صراحتاً فقط از سازش‌نامه‌های ناشی از فرایند میانجی‌گری، حمایت نموده است. وفق معاهده مذکور، سازش‌نامه باید در نتیجه فرایند میانجی‌گری منعقد شده باشد و باید مدارک یا مستنداتی، جهت اثبات دخالت میانجی در فرایند سازش ارائه گردد (Morris-Sharma, 2019: 499). علت اتخاذ رویکرد مذکور، آن است که اثر اصلی کنوانسیون سنگاپور، ایجاد امکان اجرای اجباری مفاد

دارد و مقنن نوع برخط میانجی‌گری را در دعوی مشخصی منع نکرده است.

۵ ضعف کنترل میانجی بر فرایند میانجی‌گری برخط

ضعف کنترل میانجی بر فرایند میانجی‌گری، یکی دیگر از ایرادهای میانجی‌گری برخط است زیرا میانجی در این روش حل اختلاف، تبدیل به یک مشاور می‌شود و کنترلی بر فرایند میانجی‌گری ندارد. به‌عنوان مثال، در میانجی‌گری از طریق ایمیل، میانجی نمی‌تواند فرایند آن را متوقف سازد زیرا وسایل ارتباطی خارج از کنترل وی هستند (Raines, 2005, p448-449; Terekhov, 2019, p46).

همچنین در میانجی‌گری برخط، طرفین دعوا به راحتی می‌توانند با کنار گذاشتن میانجی، سراغ طرق دیگر حل اختلاف بروند و یا با عدم ارسال پیام‌های ردوبدل شده به وی، میانجی را از حل اختلاف ناتوان کنند زیرا در ارتباطات برخط، طرفین این حس را دارند که همیشه می‌توانند از ادامه فرایند میانجی‌گری انصراف دهند و جلسه را ترک کنند (Lavi, 2015, p297)).

یکی از مزایای میانجی‌گری برخط سرعت بیشتر آن عنوان شده است زیرا نیازی به برگزاری جلسات حضوری و احیاناً مسافرت طرفین و میانجی وجود ندارد. به نظر می‌رسد در میانجی‌گری برخط به دلیل فقدان کنترل میانجی بر فرایند آن، مخصوصاً در میانجی‌گری برخط با استفاده از وسایل ارتباطی متنی، مزیت مذکور وجود ندارد (Betancourt; Zlatanska, 2013, p258; Ganeles, 2002, p739). مطالعه پیام طرف مقابل و ارسال پاسخ وی، زمان می‌برد و تأخیر یکی از طرفین در اعلام نظر خود، باعث طولانی شدن زمان میانجی‌گری می‌شود. علت ایراد مذکور، فقدان نظم زمانی میانجی‌گری سنتی در میانجی‌گری برخط است. لذا ممکن است

² Negotiation

¹ Mediation

در صورتی که چنین امکانی وجود نداشته باشد، می‌توان ادعا کرد که میانجی‌گری برخط، نمی‌تواند باعث ایجاد عدالت شود و اشخاص نیز قطعاً حاضر به استفاده از این روش حل اختلاف نخواهند بود (Cole; Blankley, 2006, p205; Ponte, 2002, p490; Shah, 2004, p34; Krause, 2001, p476; Lombardi, 2012, p539). در صورت فقدان حمایت اجرایی از میانجی‌گری برخط، استفاده از این روش حل اختلاف، در اکثر موارد، هیچ توجیه منطقی یا حقوقی ندارد زیرا با فقدان قابلیت اجرایی، سازش‌نامه به عنوان سند حل اختلاف لازم‌الاجرا تلقی نشده و طرفین ترجیح می‌دهند به‌جای صرف هزینه و زمان در میانجی‌گری، همان ابتدا از طریق حل اختلافی استفاده کنند که نتیجه آن واجد وصف لازم‌الاجرا باشد (Schnabel, 2019, p2).

جهت حل مشکل مذکور، سازمان ملل متحد، کنوانسیون سنگاپور را جهت رفع ضعف مذکور تصویب نمود که وفق این معاهده، کشورهای عضو موظف هستند که سازش‌نامه‌های تجاری بین‌المللی را مستقیماً اجرا نمایند. در معاهده مزبور، تفکیکی میان میانجی‌گری سنتی و برخط نشده است و قاعدتاً این معاهده جهت اجرای سازش‌نامه‌های ناشی از فرایند میانجی‌گری برخط نیز قابل‌استفاده است. حتی در بند ۲ ماده ۲ کنوانسیون سنگاپور، صراحتاً استفاده از ابزار ارتباطی الکترونیکی در میانجی‌گری، تجویز شده و همچنین در بند ۲ ماده ۴ معاهده مذکور، امضای الکترونیکی سازش‌نامه توسط طرفین در میانجی‌گری برخط در صورت وجود شرایطی، معتبر شناخته شده است.

متأسفانه در پاراگراف الف از بند ۲ ماده ۱ کنوانسیون سنگاپور، دعاوی مصرف‌کننده از حمایت اجرایی معاهده مذکور خارج شده‌اند و لذا با توجه به اینکه درصد بالایی از دعاوی که میانجی‌گری برخط در آنها استفاده می‌شود، دعاوی مصرف‌کننده است، در اکثر دعاوی حل‌وفصل شده از طریق میانجی‌گری برخط نمی‌توان از تسهیلات اجرایی کنوانسیون سنگاپور استفاده نمود. بنا بر نظر برخی نویسندگان

سازش‌نامه است و سازش‌نامه‌های دارای وصف لازم‌الاجرا باید محدود باشند. لذا به دلیل امکان تبانی طرفین در مذاکره بدون دخالت میانجی علیه حقوق اشخاص ثالث، فقط سازش‌نامه‌های ناشی از فرایند میانجی‌گری در محدوده کنوانسیون قرار می‌گیرند و متقاضی اجرای سازش‌نامه باید وفق پاراگراف ب از بند ۱ ماده ۴، اثبات نماید که سازش‌نامه، ناشی از میانجی‌گری بوده است (Schnabel, 2019: 18). طرفین میانجی‌گری برخط باید توجه داشته باشند که در صورت حذف میانجی از فرایند حل اختلاف، امکان توافق هنوز وجود دارد اما روش حل اختلاف از میانجی‌گری به مذاکره تغییر می‌یابد و فاقد حمایت اجرایی کنوانسیون سنگاپور است.

در حقوق ایران در نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه شماره ۷/۹۴/۵۴۹ مورخ ۱۳۹۴/۳/۲، قید شده است که وفق ماده یک قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، میانجی‌گری و سازش، هر دو از شیوه‌های جایگزین حل اختلاف می‌باشند و تفاوتی نمی‌کند صلح و سازش نتیجه میانجی‌گری باشد یا از هر طریق دیگری حاصل شود.

۶ دشواری اجرای اجباری نتیجه میانجی‌گری برخط

یکی از مهم‌ترین مسائل مربوط به میانجی‌گری برخط، قابلیت اجرای سازش‌نامه برخط ناشی از فرایند حل اختلاف مذکور است. بدین معنا که پس از طی شدن فرایند میانجی‌گری برخط و انعقاد سازش‌نامه میان طرفین دعوا، در صورت عدم اجرای داوطلبانه سند مذکور از سوی یکی از طرفین دعوا، طرف مقابل بتواند بدون نیاز به استفاده از سایر طرق حل اختلاف (داوری یا دادرسی) و با ارائه سازش‌نامه به دادگاه‌ها، طرف مقابل را به اجرای مفاد آن اجبار نماید (Lo, 2014, p126).



توافق‌نامه داوری»، «فقدان اختلاف میان طرفین»، «امکان نقض حق دفاع طرفین دعوا»، «تجاوز از حدود اختیارات داوران» و «امکان عدم وجود محل صدور در آراء داوری حاوی سازش» و همچنین فقدان تصریح معاهده مذکور مبنی بر حمایت از آرای داوری بر خط، این راه‌حل چندان منطقی به نظر نمی‌رسد.

در خصوص موضع حقوق ایران، نیز باید بیان داشت که با توجه به ماده ۶ قانون تجارت الکترونیکی، سازش‌نامه برخط یک سند معتبر محسوب می‌شود و همانند یک قرارداد معتبر است ولی در اکثر موارد فاقد وصف لازم‌الاجرا می‌باشد. حمایت اجرایی از نتیجه میانجی‌گری در حقوق ایران تنها در سه فرض تنظیم سازش‌نامه نزد دادگاه، داور یا سردفتر اسناد رسمی (وفق مواد ۱۸۱، ۱۸۴، ۴۸۳ و ۴۸۸ قانون آئین دادرسی مدنی، ماده ۱۶۹ و ۱۷۷ قانون اجرای احکام مدنی، ماده ۱۲۹۵ قانون مدنی و ماده ۲۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی)، صورت می‌گیرد و در تمامی مقرراتی که در خصوص میانجی‌گری به تصویب رسیده‌اند (مقررات فوق‌الذکر، سند تحول قضائی [راهکارهای شماره ۱، ۲ و ۳ از چالش ۲ از مأموریت اول]، آئین‌نامه میانجی‌گری کیفری، مواد ۸ و ۲۵ قانون شوراهای اختلاف و ماده ۲۴ آیین‌نامه اجرایی قانون شوراهای حل اختلاف و بخشنامه رئیس قوه قضائیه در خصوص اهمیت صلح و سازش و نقش آن در احقاق حق و پیشگیری از اطاله دادرسی) هیچ‌گاه حمایت اجرایی از سازش‌نامه عادی لحاظ نشده است. در نتیجه، سازش‌نامه‌های ناشی از فرایند میانجی‌گری برخط، نیز از حمایت اجرایی برخوردار نیستند. متأسفانه هنوز در حقوق ایران، علی‌رغم درک ضرورت توسعه میانجی‌گری، اقدامات مؤثری جهت حمایت از این روش حل اختلاف صورت نگرفته است

علی‌رغم امضای کنوانسیون سنگاپور، به دلیل عدم تصویب مجلس شورای اسلامی، هنوز نمی‌توان

(معبودی؛ رضائی، ۱۳۹۹(۲)، ص ۱۷۹) اعطای قابلیت اجرایی به نتیجه فرایند میانجی‌گری، با رویکرد کلی حمایت از مصرف‌کننده همخوانی داشته و از این جهت، رویکرد کنوانسیون مزبور مبنی بر مستثنا نمودن سازش‌نامه‌های راجع به حقوق مصرف‌کننده، قابل نقد است. همچنین در بند ۲ ماده ۱ معاهده مذکور، سازش‌نامه‌های مربوط به دعاوی خانوادگی، شخصی، ارث و کار نیز مستثنا شده‌اند. عموماً به دلیل وجود تنش‌های زیاد میان طرفین، میانجی‌گری برخط در دعاوی خانوادگی و اختلافات کارگری و کارفرمایی توصیه می‌شود اما دعاوی مذکور از محدوده اعمال کنوانسیون سنگاپور استثناء شده‌اند.

برخلاف رویکرد کنوانسیون سنگاپور، در حقوق ایران، در ماده ۲۰ و ۲۱ آئین‌نامه اجرایی قانون حمایت از مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۹۰، اصل امکان استفاده از روش سازش در دعاوی مصرف‌کننده پذیرفته شده است. البته به دلیل فقدان مقرراتی جهت حمایت اجرایی از این سازش‌نامه‌ها، اسناد مذکور در ایران صرفاً دارای ارزش یک قرارداد عادی بوده و قابلیت اجرایی مستقیم ندارند. لذا در صورت عدم اجرای مفاد سازش‌نامه توسط یکی از طرفین، طرف مقابل چاره‌ای جز تقدیم دادخواست به مراجع قانونی نخواهد داشت (معبودی؛ رضائی، ۱۳۹۹(۲)، ص ۱۷۹-۱۸۰).

با توجه به اینکه هنوز کنوانسیون سنگاپور تعداد اعضای بالایی ندارد و همچنین با خروج دعاوی مصرف‌کننده از حوزه شمول آن، شاید طرفین دعوا و میانجی ترجیح دهند که جهت استفاده از حمایت‌های کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی^۱ مصوب ۱۹۵۸ (کنوانسیون نیویورک)، سازش‌نامه برخط را در رأی داوری ذکر نمایند. با توجه به وجود ابهاماتی در خصوص اعمال کنوانسیون نیویورک بر آرای داوری منعکس‌کننده سازش‌نامه طرفین مثل «احتمال عدم وجود

^۱ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards

عنوان مثال وفق ماده ۱۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی، سازش‌نامه تنظیمی نزد دادگاه یا گزارش اصلاحی از حمایت اجرایی برخوردار بوده و همانند احکام دادگاه‌ها اجرا می‌شود. خلا قانونی اصلی در این زمینه در خصوص سازش‌نامه‌های عادی است که نزد قاضی، داور یا سر دفتر اسناد رسمی تنظیم نشده‌اند. حقوق ایران از سازش‌نامه‌های عادی حمایت اجرای نکرده است. لذا در حقوق ایران نیز، با توجه به عدم حمایت اجرایی از نهاد میانجی‌گری در اکثر موارد، طبیعتاً نتیجه فرایند میانجی‌گری برخط نیز به تبع فاقد وصف لازم‌الاجرا است.

در مجموع، به نظر می‌رسد، با توجه به اقتضائات مربوط به ارتباطات الکترونیکی به جای ارتباطات حضوری در حل اختلاف برخط، تجویز کلی موجود در قانون تجارت الکترونیکی، کفایت نمی‌کند و قطعاً وضع مقررات صریح و روشنی مخصوصاً جهت حمایت اجرایی از نتیجه فرایند میانجی‌گری، توصیه می‌شود. شایان ذکر است که با توجه به وصف توافقی و قراردادی میانجی‌گری برخط، در بسیاری از موارد قرارداد طرفین می‌تواند باعث اعتبار روش حل اختلاف مذکور گردد و وضع قواعد قانونی در خصوص میانجی‌گری برخط باید معطوف بر لازم‌الاجرا تلقی کردن سازش‌نامه برخط و به رسمیت شناختن سازش‌نامه تنظیمی با استفاده از ابزار برخط باشد.

توسعه میانجی‌گری برخط و بهره‌مندی از این طریق حل اختلاف در گرو تصویب قانونی دارای وصف حمایتی و واجد قواعدی جامع است که در قانون مذکور علاوه بر درج قواعدی جامع در خصوص نحوه طی شدن فرایند میانجی‌گری، ضعف اصلی این روش حل اختلاف یعنی فقدان حمایت اجرایی از سازش‌نامه و عدم اعمال قاعده اعتبار امر مختوم نسبت به سند مذکور، مرتفع گردد و میانجی‌گری برخط یا تنظیم و امضای سازش‌نامه به صورت الکترونیکی یا برخط، نیز به رسمیت شناخته شود. با توجه به مراتب فوق، جهت ترویج میانجی‌گری برخط در حقوق ایران، ضرورت تحقق دو امر وجود

معاهده موردنظر را بخشی از نظام حقوقی ایران تلقی نمود. ضمن اینکه در صورت تکمیل فرایند الحاق به سند مذکور، همچنان خلأ حقوق داخلی در این زمینه باقی خواهد ماند زیرا کنوانسیون فوق‌الذکر، صرفاً مربوط به سازش‌نامه‌های دارای وصف بین‌المللی است. فلذا زمانی که میانجی‌گری به صورت کلی، فاقد حمایت اجرایی است، به تبع، میانجی‌گری برخط نیز از چنین وضعیتی برخوردار است.

۷ رویکرد حقوق ایران در خصوص میانجی‌گری برخط

در حقوق ایران، به طور کلی قواعد یکپارچه‌ای در خصوص میانجی‌گری وجود ندارد و به طریق اولی چنین وضعیتی در مورد میانجی‌گری برخط قابل مشاهده است. با این حال، با بررسی مواضع مقررات حقوق ایران به این نتیجه می‌رسیم که حسب ماده ۶ قانون تجارت الکترونیکی و ماده ۶۵۵ قانون آیین دادرسی جرائم نیروهای مسلح و دادرسی الکترونیکی، سازش‌نامه برخط به عنوان نتیجه فرایند میانجی‌گری برخط، سندی معتبر محسوب می‌گردد. همچنین وفق بند الف ماده ۲ قانون تجارت الکترونیکی، محدودیت به خصوصی در خصوص وسایل الکترونیکی قابل استفاده در میانجی‌گری برخط وجود ندارد. مهم‌ترین مشکل نظام حقوقی ایران در خصوص میانجی‌گری به صورت کلی و میانجی‌گری برخط به صورت خاص آن است که حمایت اجرایی از نتیجه فرایند میانجی‌گری یا همان سازش‌نامه صورت نمی‌گیرد زیرا در حقوق ایران تنها در سه فرض استثنائی و محدود، تنظیم سازش‌نامه نزد دادگاه، داور یا سر دفتر اسناد رسمی (وفق مواد ۱۸۱، ۱۸۴، ۴۸۳ و ۴۸۸ قانون آیین دادرسی مدنی، ماده ۱۶۹ و ۱۷۷ قانون اجرای احکام مدنی، ماده ۱۲۹۵ قانون مدنی و مفاد ماده ۲۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی)، از سازش‌نامه حمایت اجرایی می‌شود. باید توجه داشت که حمایت اجرایی از سازش‌نامه در حقوق ایران صورت گرفته است. به



فوق‌الذکر، اثر اعتبار امر مختوم داشته و دعوی مطروحه منجر به صدور قرار رد دعوا خواهد شد. آثار مذکور در صورت وجود موانع ذیل منتفی می‌گردد: فقدان اهلیت طرفین دعوا، لازم‌الاجرا نبودن سازش‌نامه حسب توافق طرفین، باطل بودن سازش‌نامه، اجرای قبلی مفاد سازش‌نامه، ابهام مفاد سازش‌نامه، فقدان استقلال و بی طرفی میانجی، مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه، سازش‌ناپذیری موضوع دعوا».

۲- پذیرش ارتباطات و اسناد الکترونیکی و برخط در میانجی‌گری: یکی از مهم‌ترین پیش فرض‌های توسعه میانجی‌گری برخط آن است که با توجه به تجویز قانونی امکان برقراری ارتباط و تنظیم و امضای سازش‌نامه الکترونیکی و برخط برای طرفین و میانجی فراهم باشد. البته چنین امکانی باید محدود بوده و ضروری است بر اساس مقررات قانونی شواهد در این زمینه اعمال گردد که قابلیت استناد سازش‌نامه محرز باشد.

از این جهت، تنظیم و تصویب چنین مقرره‌ای پیشنهاد می‌گردد: «در وضعیت ارتباطات الکترونیکی، چنانچه اطلاعات مربوطه به نحوی قابل دسترسی باشد که برای ارجاع بعدی قابلیت استفاده داشته باشد، شرط کتبی بودن سازش‌نامه، تحقق یافته تلقی می‌گردد. در فرض ارتباطات الکترونیکی، شرط امضای سازش‌نامه توسط طرفین اختلاف و در صورت نیاز، توسط میانجی، در صورت تحقق شرایط ذیل، محقق شده محسوب می‌شود: الف) روشی برای تشخیص هویت طرفین یا میانجی و نیز برای احراز اراده طرفین نسبت به اطلاعات مندرج در ارتباط الکترونیکی مذکور وجود داشته باشد؛ و ب) روش فوق‌الذکر، در پرتو اوضاع و احوال موضوع از جمله هر گونه توافق مرتبط، جهت احراز برقراری ارتباط الکترونیکی، به اندازه کافی قابل اعتماد و استناد باشد».

دارد که از این حیث، تنظیم و تصویب مقررات ذیل به مقنن ایرانی پیشنهاد می‌گردد:

۱- شناسایی و اجرای سازش‌نامه به عنوان نتیجه میانجی‌گری: مهم‌ترین ضعف قوانین موجود نظام حقوقی ایران در خصوص سازش یا میانجی‌گری، ضعف حمایت از سازش‌نامه به عنوان نتیجه این فرایند حل اختلاف است. از این رو باید مقرراتی وضع شود که حسب آن دادگاه ملزم باشد که سازش‌نامه را دارای تاثیر و ارزشی یکسان با آرای دادگاه‌ها تلقی نماید و از این طریق از طرح مجدد دعوی مشابه با موضوعات تصمیم‌گیری شده در سازش‌نامه، جلوگیری گردد. همچنین باید سازش‌نامه به صورت مستقیم توسط دادگاه‌ها اجرا شود و دیگر طرفین دعوا برای اجرای سازش‌نامه مجبور به توسل به طرقی مثل داوری یا دادرسی نخواهند بود. البته با توجه به ضرورت برقراری نظم در جامعه، اصل آزادی اراده و آزادی قراردادها همواره موضوع استثنائات متعددی است و افراد نمی‌توانند همیشه به صورت آزادانه در مورد موضوعات مختلفی تصمیم‌گیری نمایند. به همین دلیل در بسیاری از موضوعات از سازش‌نامه تنظیمی توسط طرفین حمایت اجرایی نمی‌شود.

از این جهت، تنظیم و تصویب چنین مقرره‌ای پیشنهاد می‌گردد: «در صورتی که طرفین، سازش‌نامه‌ای منعقد نمایند، سازش‌نامه مزبور، لازم‌الاجرا است و دادگاه‌ها مفاد سازش‌نامه را همانند احکام دادگاه‌ها، از طریق اجرای احکام مدنی، بر اساس قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی و نیز قانون اجرای احکام مدنی، بدون هر گونه رسیدگی قضایی به ماهیت دعوا، مستقیماً به اجرا می‌گذارند. چنانچه در خصوص موضوعی که یکی از طرفین مدعی حل قبلی آن توسط سازش‌نامه است، اختلافی بروز نماید، طرف مزبور می‌تواند بر اساس مقررات آیین دادرسی مدنی و مطابق شرایط مطروحه در این قانون به سازش‌نامه مزبور استناد نماید تا اثبات کند که موضوع مورد نظر، سابقاً حل و فصل شده است. در این صورت، اثبات موضوع

۸ نتیجه

بی‌عیب نیست و طرفین دعوا با توجه به وضعیت خود و اقتضائات دعوا، می‌توانند روش حل اختلاف مدنظر خود را به کار گیرند.

باید توجه داشت که اکثر چالش‌های مذکور، با وضع قوانین برطرف نمی‌شوند و بهترین راه حل تغییر در نقش میانجی است. در واقع میانجی باید از چنان مهارت و تخصصی برخوردار باشد که میانجی‌گری برخط را مبدل به روش حل اختلافی مناسب و امن برای طرفین اختلاف نماید. البته فقدان حمایت اجرایی، به عنوان مهم‌ترین ضعف میانجی‌گری برخط، تنها با تصویب مقررات مناسب یا اصلاح مقررات کنونی امکان‌پذیر است.

رویکرد کلی نظام حقوقی ایران، ترویج میانجی‌گری است اما مقررات جامع و مناسبی جهت تحقق هدف مذکور وضع نشده‌اند. لذا زمانی که هنوز میانجی‌گری سنتی در حقوق ایران فاقد قواعد مدون و حمایت اجرایی است، نمی‌توان انتظار مقبولیت و توسعه میانجی‌گری برخط را داشت. در نهایت به مقنن ایرانی پیشنهاد می‌شود با تصویب قانونی جامع و مدون در خصوص میانجی‌گری و با لحاظ اقتضائات خاص میانجی‌گری برخط، گامی در جهت توسعه میانجی‌گری سنتی و برخط و بهره‌مندی اشخاص و فعالان تجاری از مزایای متعدد طرق حل اختلاف مذکور بردارد.

میانجی‌گری با توجه به مزایای متعددی که دارد، همیشه می‌تواند به عنوان یک روش حل اختلاف کم‌هزینه و سریع توسط طرفین دعوا مورد استفاده قرار گیرد. در بسیاری از دعاوی به دلیل بعد مسافت یا وجود تنش‌های زیاد میان طرفین دعوا، علی‌رغم تمایل اشخاص مذکور به حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلاف، امکان استفاده از میانجی‌گری سنتی برای حل اختلافات وجود ندارد. در چنین وضعیتی میانجی‌گری برخط می‌تواند با توجه به توسعه فناوری‌های الکترونیکی و افزایش استفاده از فضای مجازی توسط اشخاص، راه‌حلی منطقی برای حل و فصل اختلافات باشد.

هر روش حل اختلاف دارای معایب و مزایایی است و میانجی‌گری برخط نیز با چالش‌هایی روبه‌رو است. به نظر می‌رسد برخی از این ایرادات را باید پذیرفت زیرا ویژگی‌های ارتباط در فضای مجازی، باعث ایجاد این معایب گردیده است. لذا در صورت تأکید طرفین بر مذاکره حضوری، فقدان اعتماد اشخاص مذکور به میانجی، عدم دسترسی به فناوری‌های ارتباطی موردنیاز یا عدم توانایی در استفاده از آن‌ها و عدم اطمینان از رعایت محرمانگی توسط طرف مقابل و میانجی، طرفین دعوا می‌توانند از میانجی‌گری برخط استفاده نکنند زیرا روش حل اختلاف مذکور همانند سایر طرق حل اختلاف



References

- Albornoz, M; GonzAlez, N, "Feasibility analysis of online dispute resolution in developing countries", *University of miami inter-american law review*, Vol. 44, No. 1, 2012.
- Beal, B L, "Online mediation: has its time come?", *Ohio state journal on dispute resolution*, Vol. 15, No. 3, 2000.
- Betancourt, J C, Zlatanska, E, "Online dispute resolution (odr): what is it, and is it the way forward?", *International journal of arbitration, mediation and dispute management*, Vol 13, 2013.
- Braeutigam, M, "Fusses that fit online: online mediation in non-commercial contexts", *Appalachian journal of law*, Vol. 5, No 2, 2006.
- Brennan, R, "Mismatch.com: Online dispute resolution and divorce", *Cardozo journal of conflict resolution*, No 13, 2012.
- Brooks, S. L, "Online dispute resolution and divorce: a commentary", *Disp. resol. mag*, No 21, 2015.
- Cole, S. Blankley, K. M, "Online mediation: where we have been, where we are now, and where we should be", *University of toledo law review*, Vol. 38, No. 1, 2006.
- Condlin, R. J, "Online dispute resolution: stinky, repugnant, or drab", *Cardozo journal of conflict resolution*, Vol. 18, No. 3, 2017.
- Eisen, J. B, "Are we ready for mediation in cyberspace?", *Brigham young university law review*, 1998, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1921767>, Last Access at: 2021/07/10.
- Elsan, M. *Electronic trade law*, Sixth edition, Tehran, Samt, 2019. (In Persian)
- Fischer, A. H; Bos, A. E.R, "The role of emotion in computer-mediated communication: a review", *Computers In human behavior*, Vol. 24, No. 3, 2008.
- Ganeles, C. M, "Cybermediation: a new twist on an old concept", *Albany law journal of science & technology*, Vol. 12, 2002.
- Gibbons, L. J; Kennedy, R. M; Gibbs, J. M, "Cyber-Mediation: computer-mediated communications medium massaging the message", *New mexico law review*, Vol. 32, No 1, 2002.
- Goodman, J. W, "The pros and cons of online dispute resolution: an assessment of cyber-mediation websites", *Duke law & technology review*, Vol. 2, 2002.
- Gramatikov, M; Klaming, L, "Getting divorced online: procedural and outcome justice in online divorce mediation", *Journal of law family studies*, Vol. 14, No. 1, 2012.
- Hoffman, D, "Mediation, multiple minds, and the negotiation within", *Harvard. negotiation law review*, Vol. 16, 2011.
- Hornle, Julia, *Cross-border internet dispute resolution*, cambridge, Cambridge university press, 2009.
- Javadpour, N. , Oloumi Yazdi, H & Ebrahimi, S. "Med-Arb in

- international commercial contracts (with focus on iran's legal system)", *Private law research*, Vol. 8, No. 29, 2019. (In Persian)
- Kaufmann- Kohler, G, "Online dispute resolution and its significance for international commercial arbitration", *Global reflections on international law, commerce and dispute resolution*, ICC publishing, publication, Vol. 693, 2005.
- Kaufmann-Kohler, Gabrielle; Schultz, Thomas, *Online dispute resolution - challenges for contemporary justice*, Netherlands, Kluwer Law International, 2004.
- Krause, W, "Do you want to step outside? an overview of online alternative dispute resolution", *John marshall journal of computer and information law*, Vol. 19, No. 3, 2001.
- Kuhl, A, "Family law online: the impact of the internet", *Journal of the american academy of matrimonial lawyers*, Vol. 21, No 1, 2008.
- Lavi, D, "Till death do us part: online mediation as an answer to divorce cases involving violence", *North carolina journal of law and technology*, Vol. 16, No 2, 2015.
- Lo, C, "Desirability of a new international legal framework for cross-border enforcement of certain mediated settlement agreements", *Contemporary asia arbitration journal*, Vol. 7, No 1, 2014.
- Lodder, A. R. Zelznikow, J. "Developing an online dispute resolution environment: dialogue tools and negotiation support systems in a three-step model", *Harvard negotiation law review*, Vol. 10, 2005.
- Lombardi, E, "Is Online Mediation The way to fit the forum to the fuss", *Maastricht journal of european and comparative law*, Vol. 19, No. 4, 2012.
- Maboudi, R. & Rezaee, S. A. "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, 2020. (In Persian)
- Maboudi, R. & Rezaee, S. A. "The approach of singapore convention 2019 and iranian legal system toward challenges of international commercial mediation", *Comparative law researches*, Vol. 24, No. 2, 2020. (In Persian)
- Morris-Sharma, N, "Constructing the convention on mediation the chairperson's perspective", *Singapore academy of law journal*, Vol. 31, 2019.
- Nikbakht, J. & Adib, A. "Conciliation and mediation as alternative dispute resolution mechanisms for civil and commercial disputes and the viability of their application in the petroleum industry", *Legal research journal*, Vol. 20, No. 78, 2017. (In Persian)
- Ponte, L, "Boosting consumer confidence in e business: recommendations for establishing fair and effective dispute resolution programs for b2c online transactions", *Albany law journal of science technology*, Vol. 12, No. 2, 2002.
- Ponte, Lucille;Cavenagh, Thomas, *Cyberjustice, Online dispute resolution for e-commerce*, New



- Jersey, Pearson/Prentice Hall, 2005.
- Qtaishat, A; Alshawabkeh, H; Saleh, H, "European union directive on mediation: assessing the developments and challenges", *European journal of scientific research*, Vol. 148, No 3, 2018.
- Raines, S, "Can online mediation be transformative: tales from the front", *Conflict resolution quarterly*, Vol. 22, No. 4, 2005.
- Ramasastri, A, "Government-to-Citizen online dispute resolution: a preliminary inquiry", *Washington law review*, Vol. 79, No. 1, 2004.
- Rossi, S; Holtzworth-Munroe, A, "Shuttle and online mediation: a review of available research and implications for separating couples reporting intimate partner violence or abuse", *Family court review*, Vol. 55, No 3, 2017.
- Schnabel, T, "The singapore convention on mediation: framework for the cross-border recognition and enforcement of mediated settlements", *Pepperdine dispute resolution law journal*, Vol. 19, No. 1, 2019.
- Shah, A, "Using adr to resolve online disputes", *Richmond journal of law and technology*, Vol. 10, No. 3, 2004.
- Shahbazinia, M. & Maleknia, P. "Confidentiality in mediation and its legal safeguards from international perspective", *Quarterly journal of private law research*, Vol. 6, No. 16, 2016. (In Persian)
- Shannon, M; Note, M," Keep it online: the hague convention and the need for online alternative dispute resolution in international business-to-consumer e-commerce", *Boston university international law journal*, Vol 20, No. 1, 2002.
- Shiravi, A. "Review of the uncitral model law on international commercial conciliation", *Journal of private law*, Y. 4, No. 10, 2006. (In Persian)
- Tavakoli, Z. & Tabaie, M. "Legal validity of internet arbitration in international trade", *Azad comparative law research quarterly*, Vol. 8, No. 28, 2015. (In Persian)
- Teitz, L. E. "Providing legal services for the middle class in cyberspace: the promise and the challenge of on-line dispute resolution", *Fordham law review*, Vol. 70, No. 3, 2001.
- Terekhov, V, "Online mediation: a game changer or much abo about nothing", *Access to justice in eastern europe*, No. 3, 2019.
- Turner, R. I, "Alternative dispute resolution in cyberspace: there is more on the line than just getting online", *ILSA journal of international comparative law*, Vol. 7, No. 1, 2000.
- Zavaletta, J. A, "Using e-dispute technology to facilitate the resolution of e-contract disputes: a modest proposal", *Journal of technology law and policy*, Vol. 7, No. 1, 2002.
- Zhao, Y, "Rethinking the limitations of online mediation", *American journal of mediation*, Vol. 11, 2018.

Original Article

The Ruling on Jurisdiction of the International Criminal Court in the State of Palestine from the Perspective of Amicus Curiae

Zahra Saedi*¹, Javad Salehi²

¹ Assistant Professor of Criminal Law and Criminology, Department of Law, Shahid Chamran University of Ahvaz, Ahvaz, Iran.

² Associate professor of International Law, Department of Law, Payam Noor university of Tehran, Tehran, Iran.



[20.1001.1.24237566.1402.7.1.12.6](https://doi.org/10.1001.1.24237566.1402.7.1.12.6)



[10.22080/LPS.2022.24497.1421](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.24497.1421)

Received:

November 4, 2022

Accepted:

November 29, 2022

Available online:

January 19, 2023

Keywords:

State of Palestine, a Ruling on Jurisdiction, Territorial jurisdiction, Legitimacy, Statehood, Amicus curiae of the International Criminal Court

Abstract

In 2020, the prosecutor of the ICC requested the pretrial chamber to issue a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of its statute regarding the state of Palestine. The Ruling on Jurisdiction means the beginning of preliminary investigations into the crimes committed by the Zionist regime against the Palestinians in the occupied territories. Before examining the request of the prosecutor, the pretrial chamber requested the institutions, governments, and experts under the title Amicus curiae to state their considerations in this regard. Therefore, several bills were sent to the court's office, some of which indicated the approval of and others indicated the opposition to the ruling on jurisdiction. With a descriptive and analytical method, the present study explains the dimensions and approaches of the proponents and opponents of the jurisdiction of the International Criminal Court in the state of Palestine?" The research question asks: "What is the reason for the agreement and disagreement of Amicus curiae with the ruling on jurisdiction in the state of Palestine. The results of the research show that the approach of the supporters of the jurisdiction of the Court in terms of customary international law and the provisions of the Rome Statute is correct and in accordance with legal reasonability. Since most of the challenges regarding the state of Palestine are related to the issue of the statehood of Palestine, and the recognition of Palestine as a non-member observer state by the UN General Assembly resolution is a sure proof of Palestine as a state, the

***Corresponding Author:** Zahra Saedi

Address: Assistant Professor of Criminal Law and Criminology, Department of Law, Shahid Chamran University of Ahvaz, Ahvaz, Iran.

Email: ZahraSaedi84@gmail.com



preliminary branch issued the decision of criminal jurisdiction in the state of Palestine despite the opposition of the friends of the International Criminal Court.

Extended abstract

1. Introduction

The necessity or prohibition of the International Criminal Court in the state of Palestine due to the crimes of Zionist in the occupied territories has always been a controversial issue. The origin of the disputes is a serious and fundamental question in the concept of the state and its constituent elements and the possibility of impossibility of implementing that concept based on the legal status of the Palestinian state. Because there have been serious disputes between the Palestinian Authority and Israel regarding the territory of the Palestinian Authority for many years, negotiations have been held with the aim of establishing peace between the two. These negotiations have led to agreements that the prosecution of Israeli authorities by the International Criminal Court can seriously damage the previous political agreements. Nevertheless, the Palestinian government believes that, apart from the previous agreements, crimes have occurred in the occupied territories of the Palestinian government, which disrupt international peace and security. In this sense, the prosecution of Israelis is a category related to the administration of justice, which is the main goal of the International Criminal Court to prosecute and punish international criminals. Therefore, in 2018, the Palestine Liberation Organization (PLO) referred the situation of the Palestinian Authority to the International Criminal Court. Despite the acceptance of the Palestine declaration of accepting the jurisdiction of the International Criminal

Court, it was expected that the prosecutor would refer the situation to the pretrial chamber after establishing a reasonable basis for the occurrence of crimes under the jurisdiction of the court, so that after issuing a permit for preliminary investigation, the investigation started. However, the prosecutor requested the pretrial chamber to rule a criminal jurisdiction according to Article 19(3) of the statute. Finally, on the 5th of February 2021, the pretrial chamber, after reviewing the bills received and with weighty arguments, agreed to issue the above rule and officially announced that the International Criminal Court has the jurisdiction to review the above situation. In this research, the arguments surrounding the reasons for agreeing and opposing the issuance of a criminal jurisdiction rule are examined.

2. Methods

The research uses a descriptive method to analyze the data obtained from the review of the books, articles, and internet sites regarding jurisprudence.

3. Results

The International Criminal Court, as a judicial institution, has always been influenced by the governments supporting the Zionist regime, and that is why the efforts of the Palestinian government to prosecute, trial, and punish the criminals of the Zionist regime in the occupied Palestinian territories have not been successful. It is necessary for international organizations to seriously investigate the situation of the oppressed Palestinian people and put an end to the numerous conflicts between the Palestinian

government and the hated Israeli regime forever.

4. Conclusion

The principle of certainty is very important in international criminal law. However, the institutions of the court are not sure about the investigation of the situation of Palestine. The reason for the uncertainty is the complicated situation of Palestine in terms of statehood. In the meantime, the superior powers also support the Zionist regime and hinder the reaching of a final agreement regarding the occupied Palestinian territories. The prosecutor has established a reasonable basis for the preliminary investigation of the situation of Palestine, and it is clear that he is in doubt about the statehood of Palestine. For this reason, he has requested the pretrial chamber to rule a criminal jurisdiction regarding the above situation. Fortunately, the pretrial chamber considered itself competent in

this situation due to the many bills that friends of the court sent to the prosecutor's office. In this article, we will examine the reasons for opposing the Court's jurisdiction in the state of Palestine, as well as the reasons for agreeing to the Court's jurisdiction since effective measures regarding the state of Palestine have not been taken by the Court like other international institutions.

Funding

There is no funding support.

Authors' contribution

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

Conflict of interest

The author declares no conflict of interest.

Acknowledgments

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

علمی پژوهشی

قرار صلاحیت کیفری در وضعیت دولت فلسطین از منظر دوستان دیوان کیفری بین المللی

زهرا ساعدی*^۱ ID، جواد صالحی^۲ ID

^۱ استادیار گروه حقوق کیفری و جرم شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شهید چمران اهواز، اهواز، ایران.
^۲ دانشیار حقوق بین الملل گروه حقوق دانشگاه پیام نور تهران، تهران، ایران.



[20.1001.1.24237566.1402.7.1.12.6](https://doi.org/10.1001.1.24237566.1402.7.1.12.6)



[10.22080/LPS.2022.24497.1421](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.24497.1421)

چکیده

دادستان دیوان کیفری بین‌المللی در سال ۲۰۲۰ از شعبه مقدماتی تقاضا کرد تا بر اساس ماده (۳) ۱۹ اساسنامه آن، در خصوص وضعیت دولت فلسطین قرار صلاحیت کیفری صادر نماید. قرار صلاحیت کیفری به معنای شروع تحقیقات مقدماتی در زمینه جنایات اسرائیل علیه فلسطینی‌ها در سرزمین‌های اشغالی است. شعبه مقدماتی قبل از بررسی تقاضای دادستان، از نهادها، دولت‌ها و اشخاص صاحب‌نظر تحت عنوان دوست دیوان تقاضا کرد تا ملاحظات خود را در این ارتباط اعلام کنند. بنابراین لوایح متعددی به دفتر دیوان ارسال شد که برخی حاکی از موافقت و برخی دیگر نیز حاکی از مخالفت با صدور قرار صلاحیت کیفری بودند. بر این اساس، با شیوه‌ی توصیفی و تحلیلی، پژوهش حاضر به تبیین ابعاد و رویکردهای موافقان و مخالفان صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی در وضعیت دولت فلسطین می‌پردازد. سوال پژوهش این است که دلیل موافقت و مخالفت دوستان دیوان کیفری بین‌المللی با صدور قرار صلاحیت کیفری در وضعیت دولت فلسطین چیست؟ نتایج تحقیق نشان می‌دهد که، رویکرد موافقان صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی از حیث حقوق بین‌المللی عرفی و نیز مقررات اساسنامه رم صحیح و منطبق بر عقلانیت حقوقی است. زیرا عمده‌ی چالش‌ها در خصوص وضعیت فلسطین، به مساله‌ی دولت بودن یا نبودن آن برمی‌گردد که شناسایی فلسطین به موجب قطعنامه مجمع عمومی سازمان ملل بعنوان دولت غیرعضو ناظر شاهد مطمئنی بر تلقی فلسطین بعنوان دولت است. به همین دلیل، شعبه مقدماتی قرار صلاحیت کیفری در وضعیت دولت فلسطین را علی‌رغم مخالفت دوستان دیوان کیفری بین‌المللی صادر نمود.

تاریخ دریافت:

۳۰ خرداد ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۲۷ مهر ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۱۶ آذر ۱۴۰۱

کلیدواژه‌ها:

دولت فلسطین، قرار صلاحیت کیفری، صلاحیت سرزمینی، مشروعیت، دولت بودن، دوستان دیوان کیفری بین‌المللی.

* نویسنده مسئول: زهرا ساعدی

آدرس: استادیار گروه حقوق کیفری و جرم شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شهید چمران اهواز، اهواز، ایران.
ایمیل: ZahraSaedi84@gmail.com

۱ مقدمه

بحث از دولت بودن و ارکان تشکیل دهنده آن نیز به ویژه در وضعیت دولت فلسطین بحثی جدی است. تردیدها در وضعیت دولت بودن فلسطین حتی از سوی نهادهای دیوان مطرح شده است. چنان که دادستان در تقاضای خود از شعبه مقدماتی دیوان کیفری بین‌المللی به صراحت اعلام کرده است که وضعیت پیچیده‌ی سیاسی دولت فلسطین از حیث این که دولت تلقی می‌شود یا خیر، دلیل وی برای تقاضای صدور دستور قرار صلاحیت کیفری از شعبه مقدماتی است.

علی‌رغم پذیرش اعلامیه دولت فلسطین مبنی بر پذیرفتن صلاحیت موردی دیوان کیفری بین‌المللی، انتظار می‌رفت که دادستان با احراز مبنای معقول برای وقوع جرایم در صلاحیت دیوان، موضوع را به شعبه مقدماتی ارجاع دهد تا پس از صدور مجوز بررسی مقدماتی، تحقیقات مقدماتی را آغاز نماید. اما دادستان از شعبه مقدماتی درخواست نمود که پیرو ماده ۱۹(۳) اساسنامه، قرار صلاحیت کیفری صادر نماید تا چنانچه شعبه مقدماتی، صلاحیت دیوان را احراز کرد، تحقیقات مقدماتی در این وضعیت شروع شود.

درخواست فوق باعث گردید که موجی از اظهارنظرها پیرامون درستی و یا نادرستی تصمیم فوق صورت گیرد. شعبه مقدماتی نیز از دولت‌ها، نهادهای غیردولتی و اشخاص تقاضا نمود که به‌عنوان دوستان دیوان لوایح خود را به دیوان ارسال دارند تا با بررسی جامع لوایح دریافتی، شعبه مقدماتی بتواند تصمیم درستی اتخاذ نماید. دوست دیوان (Amicus Curiae) شخصی است که درباره‌ی مسائل موضوعی و حکمی دعوا، اطلاعات و تحلیل‌های حقوقی خود را به دادگاه ارائه می‌دهد (ابهری و فلاح خاریکی، ۱۳۹۶: ۲۸۶). در سازمان‌های بین‌الدولی، مانند دیوان اروپایی حقوق بشر و دیوان بین‌آمریکایی حقوق بشر چنین تاسیسی اندیشیده شده است و برخی سازمان‌های بین‌المللی مانند دیوان بین‌المللی دادگستری حاضر به پذیرش چنین تاسیسی نیستند (میرعباسی و محمدی، ۱۳۹۵:

دیدگاه‌ها پیرامون ضرورت یا ممنوعیت دخالت دیوان کیفری بین‌المللی در وضعیت دولت فلسطین به جهت جنایات ارتكابی اسرائیل در سرزمین‌های اشغالی همواره موضوعی مورد مناقشه و بحث برانگیز بوده است. منشأ مناقشات، علاوه بر پرسش‌ها پیرامون دو هدف عدالت و صلح در سطح بین‌المللی، پرسش جدی و اساسی در مفهوم دولت و ارکان تشکیل دهنده آن و امکان یا عدم امکان تطبیق آن مفهوم، بر وضعیت حقوقی دولت فلسطین است. چرا که، از یک سو، این عقیده‌ی کلی وجود دارد که صلح پایدار، جز با برقراری عدالت و مجازات جنایتکاران بین‌المللی محقق نخواهد شد. از سوی دیگر دیدگاه مخالف معتقد است که تعقیب قضایی حتی می‌تواند دستیابی به حل و فصل اختلاف از طریق مذاکره میان طرف‌های اختلاف را دشوار نماید.

این اظهارنظرها در وضعیت دولت فلسطین به گونه‌ای برجسته مطرح شده است. زیرا میان دولت فلسطین و اسرائیل سالهاست در خصوص قلمروی سرزمین دولت فلسطین مناقشات جدی وجود دارد. به همین دلیل مذاکراتی با هدف برقراری صلح میان این دو نیز صورت گرفته است. این مذاکرات منجر به توافق‌نامه‌هایی شده است که تعقیب قضایی مقامات اسرائیلی توسط دیوان کیفری بین‌المللی می‌تواند خدشه‌ی جدی بر توافقات سیاسی پیشین وارد نماید. با این وجود، دولت فلسطین معتقد است که سوای توافقات پیشین در سرزمین‌های اشغالی دولت فلسطین جنایاتی رخ داده است که مخل صلح و امنیت بین‌المللی است. از این حیث تعقیب قضایی اسرائیلی‌ها مقوله‌ای مربوط به اجرای عدالت است که هدف اساسی دیوان کیفری بین‌المللی از تعقیب و مجازات جنایتکاران بین‌المللی است. به همین جهت، در سال ۲۰۱۸، سازمان آزادی بخش فلسطین- ساف- وضعیت دولت فلسطین را به دیوان کیفری بین‌المللی ارجاع نمود.



۲ پیشینه وضعیت دولت فلسطین در دیوان کیفری بین‌المللی

پس از آن‌که دیوان کیفری بین‌المللی در سال ۲۰۰۹ اعلامیه‌ی^۲ دولت فلسطین مبنی بر پذیرش موردی صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی برای بررسی جنایات ارتكابی توسط اسرائیلی‌ها در سرزمین دولت فلسطین را رد نمود، سازمان آزادی بخش فلسطین مجدداً در آوریل ۲۰۱۵، بر اساس ماده ۱۲(۳) اساسنامه رم، اعلامیه پذیرش صلاحیت برای تعقیب و مجازات مرتکبین جرایم ارتكابی اسرائیل در بخش‌های اشغالی سرزمین دولت فلسطین از ژوئن ۲۰۱۴ را ارسال نمود.

چندی پس از ارسال چنین اعلامیه‌ای، دادستان، بررسی مقدماتی این وضعیت را در ژانویه ۲۰۱۵ آغاز نمود. دولت‌های قدرتمند حامی اسرائیل، دیوان کیفری بین‌المللی را از دخالت در وضعیت دولت فلسطین برحذر داشتند. وزارت خارجه اسرائیل اعلامیه پذیرش صلاحیت دیوان را سیاسی، ساختگی و مانوری خیره‌سرانه نامید^۳ و ایالات متحده نیز دخالت دیوان در این موضوع را مایه تأسف نامید و از آن به طنز تراژیک یاد کرد^۴.

تجربه نشان داده است که دادستان وقت دیوان، آقای اوکامپو، وضعیت‌هایی که دول قدرتمند و تاثیرگذار در عرصه‌ی بین‌المللی، مخالف بررسی آن‌ها هستند، را با دیده‌ی تردید نگریسته و به همین دلیل، درخواست دوم دولت فلسطین در سال ۲۰۱۵ بدون اقدام عملی خاصی در دیوان بلااجرا باقی ماند.

(۷۵۳). بر همین اساس، شعبه مقدماتی از هر شخص حقیقی یا حقوقی درخواست نموده است تا اظهارات خود را در خصوص وقایع و قواعد حاکم بر دعوی به صورت مکتوب یا شفاهی به دیوان تقدیم کند.

التهایه، در پنجم فوریه ۲۰۲۱ شعبه مقدماتی با امعان نظر به لوایح دریافتی و با استدلال‌های وزین در نهایت با صدور قرار فوق موافقت نمود و رسماً اعلام نمود دیوان کیفری بین‌المللی صلاحیت بررسی وضعیت فوق را داراست.

علاوه بر مناقشات پیرامون مساله‌ی دولت بودن یا نبودن دولت فلسطین و قلمرو سرزمینی آن و تاثیر فرایند دادرسی بر مذاکرات صلح، اصول و مباحثات دیگری در لوایح دوستان دیوان ملاحظه می‌گردد: اصل اساسی مونتاری گلد^۱ در حقوق بین‌الملل به معنی منع دادگاه‌ها از اظهارنظر حقوقی نسبت به غیر اطراف دعوا، تاثیر دخالت دیوان در وضعیت دولت فلسطین بر مشروعیت دیوان و آثار سیاسی برآمده از تصمیم دیوان، اصل صلاحیت تکمیلی و امکان یا عدم امکان تفویض صلاحیت از سوی دولت فلسطین و ... موضوعاتی است که از دریچه‌های مختلف به آن توجه شده و در لوایح ارسالی به دیوان قابل ملاحظه است و در این پژوهش به آن‌ها پرداخته شده است.

^۲ برای مطالعه بیشتر در خصوص اعلامیه‌های پذیرش صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی توسط دولت فلسطین رک: ساعدی و صالحی، ۱۴۰۰: ۱۸۹

^۳ Israel ministry of foreign affairs, Palestinian authority joins the ICC Israel's response, 1 April 2015

^۴ Statement on ICC prosecutors decision, US state department, 16 January 2015

^۱ به موجب این اصل شاخص در حقوق بین‌الملل، که در زبان فارسی تحت عنوان اصل طلاهای نقدی شناخته می‌شود، و در رای ۱۹۵۴ دیوان بین‌المللی دادگستری، در دعوی ایتالیا علیه انگلستان و نیز رای ۱۹۹۵ تیمور شرقی یعنی پرتغال علیه استرالیا مطرح شد، دیوان نمی‌تواند در رای خود، تاثیری بر مسئولیت دولتی بغیر از طرفین دعوا بگذارد. به عبارت دیگر، تا آن جا که طرح دعوا مربوط به حق دولتی غیر از طرفین دعواست، دیوان نباید بدون رضایت آن دولت ثالث- که طرف دعوا نیست- به اختلاف بین یک دولت علیه دولت دیگر رسیدگی کند.

نماید.^۲ دادستان اعلام داشت که از شعبه مقدماتی می‌خواهد تایید نماید که سرزمینی که دیوان کیفری بین‌المللی بر آن می‌خواهد اعمال صلاحیت نماید، بر اساس ماده ۱۲(۲)(a) اساسنامه، مشتمل بر سرزمین‌های اشغالی دولت فلسطین نیز می‌باشد.

شعبه مقدماتی ضمن دریافت تقاضای دادستان، از تمامی دولت‌ها، نهادهای غیردولتی و اشخاص و استادان حقوق بین‌الملل درخواست نمود تا ملاحظات خود پیرامون مساله فوق را به دیوان ارسال داشته تا با بررسی جامع و کامل لوایح ارسالی از سوی اشخاص فوق تحت عنوان دوستان دیوان، تصمیم نهایی خود را اتخاذ نماید.

تصمیم نهایی شعبه مقدماتی، پذیرش صلاحیت کیفری دیوان برای بررسی وضعیت فوق بود. ملاحظات شعبه مقدماتی، دادستان و نیز سایر دولت‌ها و نهادها و اشخاص در خصوص مساله فوق، موضوع پژوهش حاضر است تا ابعاد و رویکردهای مخالفان و موافقان صلاحیت دیوان در بررسی این وضعیت تشریح و تبیین گردد.

۳ رویکردها پیرامون صدور قرار صلاحیت کیفری در وضعیت دولت فلسطین

در خصوص صدور قرار صلاحیت کیفری در وضعیت فلسطین، دو رویکرد کلی و اساسی با تمرکز بر مباحث ذیل مطرح شده است.

دولت فلسطین متعاقباً این وضعیت را در می ۲۰۱۸ به دادستان ارجاع داد با این توضیح که اعلام نمود دولت فلسطین مشتمل بر مناطق اشغال شده‌ی آن از سال ۱۹۶۷ توسط اسرائیل، یعنی کرانه باختری شامل نوار غزه و بیت المقدس شرقی نیز می‌باشد.^۱ دادستان نیز ضمن پذیرش ارجاع فوق، قلمرو سرزمینی دولت فلسطین را همه‌ی آنچه دانست که در خلال جنگ شش روزه‌ی سال ۱۹۶۷ در تصرف دولت فلسطین بوده است و پس از جنگ فوق مورد تصرف و اشغال اسرائیل قرار گرفته است.

دادستان بر اساس بندهای سه گانه ماده ۵۳ اساسنامه، متقاعد گردید که مبنای معقولی برای شروع به تحقیق در وضعیت دولت فلسطین وجود دارد: جرایم جنگی در کرانه باختری واقع شده یا در حال ارتکاب است؛ پرونده‌های قابل پذیرشی از دل این وضعیت بیرون خواهد آمد و هیچ دلیلی وجود ندارد که تحقیق در این وضعیت خلاف منافع عدالت باشد.

نتیجه قانونی ارجاع این وضعیت در سال ۲۰۱۸، این است که دادستان بر اساس ماده ۱۵(۳) اساسنامه، موظف به کسب اجازه از شعبه مقدماتی برای شروع به تحقیق است. با این وجود که دادستان معتقد به وجود صلاحیت دیوان بر وضعیت فوق بود، سابقه‌ی تاریخی پیچیده و شرایط خاص دولت فلسطین به جهت اینکه: بر سرزمین‌های اشغالی کنترل کامل ندارد و مرزهای آن مخدوش است، مقامات دولت فلسطینی بر غزه حاکمیتی ندارند و مساله دولت بودن فلسطین به موجب حقوق بین‌الملل بصورت قطعی حل و فصل نگشته است، موجب گردید که بر اساس ماده ۱۹(۳) اساسنامه، دادستان از اختیار خویش برای تقاضای صدور قرار صلاحیت کیفری از شعبه مقدماتی استفاده نماید تا چنانچه شعبه مقدماتی قرار فوق را صادر نماید، شروع به بررسی مقدماتی وضعیت فوق

² Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the courts territorial jurisdiction in Palestine, situation in the state of Palestine, ICC- 01/18, 22 January 2020, p: 10

¹International Criminal Court, Referral by the State of Palestine Pursuant to Article 13(a) and 14 of the Statute, 15 May 2018, p: 1



۳/۱ دیوان کیفری بین‌المللی و چالش‌ها پیرامون مشروعیت آن به جهت صدور قرار صلاحیت کیفری

وضعیت پیچیده‌ی دولت فلسطین از حیث سیاسی در سطح بین‌المللی که منبعت از اختلافات مرزی آن با اسرائیل از سال ۱۹۶۷ میلادی تا کنون است، عمده‌ترین دلیل برخی دوستان دیوان در رد صلاحیت دیوان در بررسی این وضعیت می‌باشد. به زعم آنان، تقاضای صدور قرار صلاحیت کیفری از شعبه مقدماتی، در وضعیت فوق بیش از آن که یک تقاضای حقوقی باشد، ماهیتی سیاسی دارد و همین مساله موجب می‌گردد بر مشروعیت دیوان اثر منفی گذارده و آن را از هدف اولیه‌ش که همانا اجرای عدالت است، بازدارد. سبب چنین طرز تلقی‌ای، وضعیت خاص و منحصر به فرد دولت فلسطین از نظر سیاسی است. بدین صورت که پرسش‌ها، مناقشات، مذاکرات و همه‌ی آنچه که مربوط به وضعیت خاص سیاسی دولت فلسطین از حیث دولت بودن یا نبودن آن و محدوده‌ی قلمرو مرزی تحت کنترل آن می‌باشد، پس از سالها اختلاف همچنان منجر به پاسخی قطعی و قانع کننده نشده است. نتیجه آنکه، این شائبه می‌رود که دادستان با چنین تقاضایی درصدد حل مسئله دولت بودن فلسطین، که یک مساله‌ی با ماهیت سیاسی است، بوده و در نتیجه دادستان هدفی سیاسی در سر دارد.

برای نمونه، نماینده حقوقی قربانیان آسیب دیده‌ی فلسطینی^۱، کاترین گالاگر در لایحه ارسالی خود اظهار داشته است که شعبه مقدماتی می‌بایست به این تقاضای خام و غیرضروری دادستان

پاسخ منفی دهد؛ به این دلیل که شأن دیوان اجرای عدالت است و نه ورود به موضوعات سیاسی که در صلاحیت دولت‌ها و سازمان‌های دیگر است. در خصوص وضعیت دولت فلسطین، مساله حقوقی و قانونی این است که آیا رفتار مجرمانه مورد ادعا ضوابط صلاحیت سرزمینی، زمانی و موضوعی را دارا بوده است یا خیر اما در تقاضای دادستان، این مساله به یک مساله سیاسی مبدل شده است.^۲ مضافاً اینکه، در خصوص تعیین قلمرو سرزمینی دولت فلسطین، میان اسرائیل و سازمان آزادی بخش فلسطین، مذاکرات و توافقاتی^۳ شکل گرفته است که بر اساس قطعنامه‌های ۲۴۲ و ۳۳۸ شورای امنیت، از ابتدای دهه ۱۹۹۰ میلادی لازم الاجرا بوده و درصدد حل دائمی اختلاف میان دولت فلسطین و اسرائیل بوده‌اند.^۴ بنابراین، دخالت دیوان در یک مساله‌ی کاملاً سیاسی می‌تواند مشروعیت قانونی این نهاد قضایی را مخدوش نماید و تا کنون نیز موردی مشاهده نشده است که در سایر وضعیت‌ها که مربوط به مناطق اشغالی یا مناطق حائل است، دیوان چنین قراری صادر نموده باشد. بنابراین صدور چنین قراری برای آغاز تحقیقات ضرورتی ندارد. ناظران برزیلی نیز در لایحه‌ای که تقدیم دیوان کرده‌اند، اظهار داشته‌اند که آنچه در مقدمه اساسنامه دیوان آمده است، همانا تکریم و تضمین اجرای عدالت بین‌المللی است. این مهم، مستلزم اجتناب دیوان بعنوان یک مرجع قضایی از دخالت ناصحیح سیاسی است. بنابراین، هر تصمیمی که باعث استفاده سیاسی از اساسنامه رم شود، به دلیل به

^۳ در توافقنامه اسلو ۲، آمده است که مردم دولت فلسطین ساکن کرانه باختری و بیت المقدس و نوار غزه واجد حقوق سیاسی و مشروع در خصوص سرزمین خویش هستند. در این توافقنامه، نظامی از انتخابات در این سرزمین‌ها مقرر گردیده است و دولت خودگردان دولت فلسطین در سراسر کرانه باختری و نوار غزه مستقر نموده است. (توافقنامه اسلو ۲ ماده ۲)

^۴ Amicus Curiae Observations of Prof. Laurie Blank, Dr. Matthijs de Blois, Prof. Geoffrey Corn, Dr. Daphné Richemond-Barak, Prof. Gregory Rose, Prof. Robbie Sabel, Prof. Gil Troy and Mr. Andrew Tucker, Situation in the state of Palestine, No.: ICC-01/18, 16 March 2020, p: 5

^۱ - قربانیان فوق چند تن از فلسطینیان یا فلسطینی‌تبارانی بوده اند که در کرانه باختری رود اردن ساکن بوده و مورد حمله‌ی نظامیان اسرائیل قرار گرفته و برخی از آنان به قتل رسیده و برخی نیز متحمل صدمه شدید جسمانی گردیده‌اند. اشخاص فوق، خود یا وراث آنان، خانم کاترین گالاگر را بعنوان نماینده‌ی خود معرفی نموده و ایشان به نمایندگی از قربانیان فوق، طی لایحه-ای ملاحظات خود را به دیوان ارسال نموده است.

^۲ Victims' Observations on the Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine, Situation in the state of Palestine, No.: ICC-01/18, 16 March 2020, p: 14

مسئولیت کیفری اشخاص حقیقی رسیدگی می‌کند و حق یا تکلیفی برای بررسی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی ندارد. بنابراین شعبه مقدماتی هیچ گاه مترصد اظهارنظر سیاسی و یا دولت سازی در خصوص فلسطین نبوده است.^۲

پروفسور ریچارد فالک نیز در لایحه خود بیان داشته است که شعبه مقدماتی می‌بایست در صدور قرار صلاحیت کیفری، درخواست دادستان را نه به عنوان یک موضوع ماهوی که به عنوان یک موضوع شکلی در نظر بگیرد. به عبارتی دیگر، تصمیم دیوان به این معنی نیست که آیا دولت فلسطین یک کشور است یا خیر؛ چرا که صحبت از کشور بودن یا نبودن یک نهاد، موضوع حقوق بین الملل عمومی است و اعطای خصوصیت دولت بودگی، توسط نهادهای سیاسی صورت می‌گیرد. دیوان صرفاً می‌خواهد بر اساس مقررات اساسنامه رم در باب مساله صلاحیت، احراز نماید که نسبت به این وضعیت صلاحیت دارد یا خیر و هیچ مقصود دیگری را دنبال نمی‌کند.^۳

۳،۲ دیوان کیفری بین‌المللی و فرایند حل و فصل اختلافات مرزی

در سطح بین‌المللی این یک اصل شناخته شده است که حل و فصل اختلافات می‌بایست از راه حل سیاسی- یعنی مذاکرات و ... صورت گیرد و طرفین اختلاف با رضایت وارد مذاکرات صلح شوند. مخالفان صلاحیت دیوان در این خصوص، بر این اعتقادند که فرایند تأسیس یک دولت و حل معضل تعیین قلمرو سرزمینی، از طریق رای قضایی نمی‌تواند صورت گیرد. برای نمونه، بنیاد اسرائیل برای همیشه^۴ طی لایحه ارسالی خود به دیوان اظهار داشته است که توافق نامه اسلو که مورد حمایت جامعه بین‌المللی

مخاطره انداختن مشروعیت و اعتبار آن ناصحیح است.^۱

جورج فلچر، استاد مشهور حقوق کیفری قبل از ارسال شدن اعلامیه سوم دولت فلسطین مبنی بر پذیرش صلاحیت کیفری دیوان، اظهار داشته بود که با توجه به دولت تلقی نشدن فلسطین، هیچ مبنای صلاحیتی برای تحقیق مقدماتی متعاقب ارسال اعلامیه پذیرش صلاحیت کیفری دیوان وجود ندارد و این تاسف آور است که برداشت کلی از سیاسی شدن رفتار دیوان فهم شود. به زعم وی، دیوان می‌بایست از قواعد تعیین شده حقوق بین‌الملل پیروی کند که به موجب آن، به رسمیت شناختن دولت-های جدید موضوعی نیست که به مراجع قضایی واگذار شود. همچنین، بررسی مقدماتی وضعیت دولت فلسطین ممکن است منجر به ایجاد موانع جدی‌تری در دنیای دیپلماتیک مذاکرات خارج از دیوان شود و چالش‌های جدی در مورد عملکرد دیوان برای سایر کشورها ایجاد کند (Fletcher, George, 2015:13).

با این وجود، شعبه مقدماتی معتقد است که بحث در خصوص قلمرو صلاحیت سرزمینی دیوان کیفری بین‌المللی، کاملاً حقوقی است و نه سیاسی. چرا که تشکیل یک دولت جدید، فرایندی سیاسی است که از صلاحیت دیوان خروج موضوعی دارد. بنابراین، اشکال مخالفان صلاحیت دیوان به بهانه‌ی سیاسی شدن دیوان، مردود است. زیرا دیوان قصد اتخاذ تصمیم سیاسی ندارد. بدیهی است اینکه اثر سیاسی تصمیم گیری حقوقی دیوان چیست، برای نهادهای دیوان فاقد اهمیت است. شعبه مقدماتی همچنین، اظهار داشته است که شأن و صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی، حل و فصل اختلافات میان دولت‌ها نیست و برخلاف دیوان بین‌المللی دادگستری، صرفاً به جرایم اشخاص حقیقی و

² Decision on the 'Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine, ICC-01/18, 5 February 2021, p: 27

³ Falk, Richard, *Amicus Curiae* Submissions Pursuant to Rule 103, ICC-01/18, 16 March 2020, p: 7

⁴ - The Israel Forever Foundation

¹ The federative republic of Brazil, Brazilian observations on ICC territorial jurisdiction in Palestine, Icc-01/18, 16 March 2020, p:4



قضایی قابل حل نیست. این دولت طرفدار تلاش جامعه‌ی بین‌المللی برای حل اختلاف اسرائیل-دولت فلسطین از طریق مذاکرات مستقیم یا هر نوع مکانیزمی که مورد پذیرش طرفین باشد، است.^۳ در لایحه ارسالی از سوی برخی نهادهای غیردولتی نیز آمده است که مساله دولت بودن دولت فلسطین یک موضوع حقوقی نیست بلکه یک موضوع سیاسی است که بر مدار فرایند مذاکره می‌چرخد.^۴

با وجود ملاحظات فوق، شعبه مقدماتی اول به درستی اشکال فوق را رد نموده و اظهار داشته است که تقاضای دادستان یک موضوع حقوقی است و مستلزم پاسخ حقوقی و مبتنی بر مقررات و مواد اساسنامه رم است. دیوان کیفری بین‌المللی بعنوان نهاد دارای اختیارات قضایی، به جهت رعایت مصلحت عمومی کشورهای عضو خود، صلاحیت قضایی را در مورد جنایات بین‌المللی و بر اساس ماده ۵ اساسنامه اعمال می‌کند. مبنای حقوقی اختیارات فوق که شامل مبحث صلاحیت نیز می‌شود، رضایت دولت‌های عضو برای پایبندی به معاهده تاسیس دیوان است. با الحاق موفقیت آمیز دولت فلسطین به اساسنامه، دیوان بصورت خودکار صلاحیت خود را فعال می‌نماید و این امر سوای وجود مذاکرات سیاسی در خصوص قلمرو سرزمینی دولت فلسطین است. مذاکرات سیاسی از طریق نهادهای سیاسی صورت می‌گیرد و دیوان کیفری بین‌المللی خود را نهاد سیاسی نمی‌داند.

است، مساله اختلاف مرز میان اسرائیل و دولت فلسطین را فیصله داده است و دیگر نیازی به صدور حکم قضایی در این خصوص که عنصر مهم "رضایت" در آن مفقود است، نمی‌باشد. در این لایحه به اجماع بین‌المللی در این خصوص نیز اشاره شده است که مناقشه پیرامون کنترل نهایی بر سرزمینی که مورد اختلاف طرفین است، می‌بایست از طریق مذاکرات صلح انجام شود و شعبه مقدماتی نمی‌تواند با صدور یک رای قضایی، مساله سرزمین را تعیین تکلیف نماید.^۱

از دیدگاه ناظران برزیلی نیز، مساله‌ی غامض دولت فلسطینی-اسرائیلی می‌بایست از طریق گفتگوی سیاسی میان طرفین حل شود و نه از طریق فرایند دادرسی کیفری که هم برای عدالت و هم برای صلح زیان آور است. چرا که، آغاز تحقیقات مقدماتی در خصوص وضعیت دولت فلسطین در جهت منافع عدالت مندرج در ماده ۵۳ اساسنامه نیست و از سویی فرایند مذاکرات صلح در خاورمیانه را مخدوش می‌سازد. جمهوری برزیل در لایحه خود اظهارداشته است که "اگر دادستان تحقیقاتی را آغاز کند، این فرایند کیفری برای تسهیل از سرگیری گفت‌وگو بین اسرائیلی‌ها و دولت فلسطینی‌ها که طبیعتاً مساله‌ای سیاسی است، مفید نخواهد بود. برعکس، آغاز تحقیقات، جستجوی راه حل سیاسی عادلانه و مورد مذاکره برای دستیابی به صلح پایدار در خاورمیانه را به خطر می‌اندازد. برزیل نگرانی عمیق خود را در مورد پیامدهای خطرناک این وضعیت برای اعتبار و مشروعیت خود دیوان و برای روند صلح در خاورمیانه ابراز نموده است.^۲

دولت اوگاندا نیز در اظهارنظری مشابه، اختلاف اسرائیل و دولت فلسطین را یکی از پیچیده‌ترین اختلافات در جهان امروز دانسته است که از طریق

procedure, situation in the state of Palestine, ICC-01/18, 16 March 2020, p: 5

⁴ Observations on the Prosecutor's Request on behalf of the Non-Governmental Organizations: The Lawfare Project, the Institute for NGO Research, Palestinian Media Watch, and the Jerusalem Center for Public Affairs, situation in the state of Palestine, ICC-01/18, 16 March 2020, P: 9

¹ ICC-01/18, 16 March 2020, para 62-64

² The federative republic of Brazil, Brazilian observations on ICC territorial jurisdiction in Palestine, Icc-01/18, 16 March 2020, p: 12

³ The republic of Uganda, the observations of the republic of Uganda pursuant to rule 103 of the rules of evidence and

۳/۳ دیوان کیفری بین‌المللی و اصل مونتاری گلد^۱ در حقوق بین‌الملل

برخی از مخالفان صلاحیت دیوان استدلال نموده‌اند که رای دیوان کیفری بین‌المللی متضمن تعیین مرزهای سرزمینی است و این رای، عملاً و مستقیماً منافع اسرائیل را تحت الشعاع قرار می‌دهد. در حقوق بین‌الملل عرفی این امر تصدیق شده است که یک دیوان بین‌المللی نمی‌تواند صلاحیت خود را در موضوعاتی تشخیص دهد که منافع شخص ثالث- در اینجا به معنی شخص غیرعضو دیوان- را تحت تاثیر قرار دهد. با صدور قرار صلاحیت کیفری در وضعیت دولت فلسطین، قلمرو مرزی سرزمین دولت فلسطین تعیین و تایید می‌گردد. تعیین و تایید قلمرو سرزمینی دولت فلسطین به معنی رد صلاحیت سرزمینی اسرائیل است و این امر بصورت اجتناب ناپذیری مرزهای آینده بین این دو را مورد پیش داوری قرار می‌دهد.^۲ این در حالیست که شورای امنیت، مجمع عمومی سازمان ملل و جامعه بین‌الملل از هرگونه پیش داوری در مورد مرزها اجتناب کرده است. شورای امنیت نیز طی سالها توصیه نموده است که اختلاف مرزی میان دولت فلسطین و اسرائیل از طریق مذاکره حل گردد.^۳

بر اساس اصل مهم فوق^۴، یک دادگاه بین‌المللی نمی‌تواند در قضاوت و تصمیم قضایی خویش، منافع حقوقی یک دولت را بدون رضایت آن دولت تحت الشعاع قرار دهد. اصل فوق بیان می‌دارد که دیوان کیفری بین‌المللی نباید در تصمیمات خود نسبت به منافع حقوقی شخص ثالث اظهار نظر نماید و این یک پیش شرط منطقی در قضاوت‌های دیوان است.^۵ در این خصوص نیز لایحه مفصلی از سوی

چند تن از استادان حقوق بین‌الملل به دیوان ارسال شده است که در آن به لزوم عدم اظهار نظر قضایی دیوان در خصوص صلاحیت سرزمینی دولت فلسطین در نبود اسرائیل اشاره شده است. ایشان بر این عقیده هستند که اظهار نظر قضایی دیوان متضمن تعیین مرزهای دولت فلسطین است و چنین امری، منافع اسرائیل، به عنوان شخص ثالثی که مستقیماً تحت تاثیر چنین تعیین مرزی قرار می‌گیرد، را تماماً تحت الشعاع قرار می‌دهد.^۶

اما، شعبه مقدماتی معتقد است که با پذیرش صلاحیت دیوان در وضعیت دولت فلسطین، به اصل اساسی مونتاری گلد صدمه‌ای وارد نمی‌شود؛ زیرا تصمیم آن شعبه صرفاً محدود به بررسی مساله-ی صلاحیت دیوان، که در تقاضای دادستان ذکر شده است، بوده و درصدد هیچ گونه تعیین قلمرو مرزی بین دولت فلسطین و اسرائیل نیست. بنابراین این تصمیم شعبه مقدماتی نه تنها با اساسنامه دیوان که با هیچ اصلی از حقوق بین‌الملل از جمله اصل مونتاری گلد در تضاد و تناقض نخواهد بود.^۷ همچنین، اصل فوق در دعاوی بین دولت‌ها واجد اهمیت است و نه در دیوان که صرفاً در پی احراز مسئولیت کیفری اشخاص است و در آن، مسئولیت دولتی فاقد اهمیت است. بنابراین دیوان کیفری بین‌المللی مرجع رسیدگی به دعاوی بین دولت‌ها و حقوق و تکالیف میان دولت‌ها نیست. به همین جهت دولت‌هایی مانند اسرائیل که منافع شان ممکن است تحت تاثیر تصمیم دیوان قرار گیرد، دعوت شده‌اند تا ملاحظات خود را بیان نمایند.

سوی آن، دادگاه‌های کیفری داخلی نیز گاهی اوقات ملزم به تعیین محدوده سرزمین دولت‌ها

⁵ The republic of Uganda, ICC-01/18, 16 March 2020, p: 5

⁶ Amicus Curiae Observations of Prof. Laurie Blank, Dr. Matthijs de Blois, Prof. Geoffrey Corn, Dr. Daphné Richemond-Barak, Prof. Gregory Rose, Prof. Robbie Sabel, Prof. Gil Troy and Mr. Andrew Tucker, ICC-01/18, 16 March 2020, p: 15

⁷ Decision of Pretrial Chamber 1, ICC-01/18, 5 February 2021, p: 29

¹ monetary gold principle

² Ibid, p: 13

³ Security Council Resolution. 1397, 12 March 2002, UN Doc. S/RES/1397, para 35

^۴ بر اساس این اصل شاخص، که در رای ۱۹۵۴ دیوان بین‌المللی دادگستری و در دعوی ایتالیا علیه انگلستان و نیز رای ۱۹۹۵ تیمور شرقی یعنی پرتغال علیه استرالیا مطرح شد، دیوان نمی‌تواند در رای خود، تاثیری بر مسئولیت دولتی بغیر از طرفین دعوا بگذارد. به عبارت دیگر، تا آن جا که طرح دعوا مربوط به حق دولتی غیر از طرفین دعواست، بدون رضایت دولت ثالث که طرف دعوا نیست دیوان نمی‌تواند و نباید اظهار نظر نماید.



سرزمین آن‌ها گسترش یافته است. بنابراین، صلاحیت سرزمینی یک اصل مطلق در حقوق بین‌الملل نبوده و به هیچ وجه منطبق بر حاکمیت سرزمینی نیست.^۳ نیز در رای صادره از شعبه حاضر در سال ۲۰۱۸ در خصوص صدور قرار صلاحیت کیفری به موجب ماده ۱۹(۳) اساسنامه رم، عبارات به کار رفته در رای صادره از دیوان بین‌المللی دادگستری مبنی بر مطلق نبودن اصل صلاحیت سرزمینی مجدداً تکرار شده است.^۴ بنابراین، هر تعیین سرزمینی توسط شعبه، با هدف مشخص نمودن صلاحیت سرزمینی خود برای اهداف کیفری، هیچ گونه تاثیری بر قلمرو سرزمینی دولت فلسطین ندارد.

۳٫۴ دیوان کیفری بین‌المللی و اصل

صلاحیت تکمیلی و مفهوم دولت

به زعم برخی دوستان دیوان که مخالف صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی در بررسی وضعیت دولت فلسطین هستند، با عنایت به اصل صلاحیت تکمیلی و تشکیک در دولت بودگی فلسطین، امکان تفویض صلاحیت توسط آن دولت به دیوان ناممکن است. بدین توضیح، اصل صلاحیت تکمیلی که در ماده ۱۷ اساسنامه به آن اشاره شده است، مقتضی است که دولت‌ها تنها زمانی بتوانند صلاحیت کیفری خویش را به دیوان تفویض نمایند که خود واجد آن صلاحیت باشند. داشتن صلاحیت کیفری دولت‌ها، هم به معنای داشتن قدرت تصویب قوانین کیفری (prescriptive powers) و هم به معنی داشتن قدرت و صلاحیت اجرایی (enforcement powers) است. ممکن است دولت فلسطین واجد قدرت برای تصویب قوانین باشد، اما در قدرت اجرایی آن برای کنترل موثر بر سرزمین‌های تحت

هستند تا قلمرو صلاحیت سرزمینی آن‌ها را مشخص نمایند؛ بدون این که تصمیمی در مورد قلمرو واقعی سرزمین یک دولت داشته باشند. چگونه ممکن است که چنین امری در دادگاه‌های داخلی ممکن و قانونی باشد اما در دادگاه‌های بین‌المللی غیرقانونی تلقی شود؟ برای نمونه، دولت‌های آرژانتین، استرالیا، چین، کلمبیا، مصر، آلمان، گرجستان، نیوزیلند و ... اینگونه قانونگذاری نموده‌اند که چنانچه حداقل یک رکن قانونی از ارکان جرم در قلمرو سرزمینی آن‌ها رخ دهد، به منزله جرم ارتكابی در محدوده سرزمینی آنان است. برخی دیگر مانند افغانستان، تانزانیا و ... اینگونه قانونگذاری نموده‌اند که اگر بخشی از جرم در قلمرو سرزمینی یک دولت رخ دهد، به منزله جرم واقع شده در سرزمین آن دولت است.^۱ حال اگر دولت‌ها در قانون‌گذاری خود مبادرت به تعیین شیوه اعمال صلاحیت سرزمینی خود نمایند، چگونه می‌توان این نوع قانونگذاری‌ها را در سطح داخلی صحیح شمرد اما همین اقدام در سطح بین‌المللی به معنی تعیین مرز و تعیین دولت بودن یا نبودن یک نهاد و یک امر سیاسی و دارای آثار سیاسی قلمداد شود؟

ویلیام شبت نیز در لایحه ارسالی خود در این خصوص اظهار می‌دارد که دولت اسرائیل، دادگاه‌های داخلی خود را ملزم دانسته است که قلمرو سرزمینی دولت‌ها را تعیین نمایند تا مشخص شود صلاحیت سرزمینی دارند یا خیر. این امر به معنی قضاوت در خصوص اختلافات سرزمینی و مرزی نیست و صرفاً مرزها را مورد شناسایی قرار می‌دهد.

۲

همچنین، درست است که در تمام نظام‌های حقوقی، اصل صلاحیت سرزمینی در حقوق کیفری اصل بنیادینی است، تقریباً در تمام این نظام‌های حقوقی، صلاحیت سرزمینی دولت‌ها به فراتر از

⁴ Pretrial Chamber 1, Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute", ICC-RoC46(3)-01/18, 6 September 2018, p: 37

¹ Pretrial Chamber 1, Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute", ICC-RoC46(3)-01/18, 6 September 2018, p: 37

² Schabas, William, ICC-01/18, 15 March 2020, p: 12

³ Publications of the permanent court of international justice, series A. no.10, September 7th, 1927, Collection of judgment in case of the S.S. Lotus, p: 20

چند سازمان غیردولتی نیز در لایحه ارسالی خود اظهار داشته‌اند که در حال حاضر بر اساس حقوق بین‌الملل، دولت فلسطین که قادر به ارجاع موضوعات به دیوان کیفری بین‌المللی باشد، وجود خارجی ندارد. دولتی که وجود ندارد، نمی‌تواند صلاحیت سرزمینی مستقل داشته باشد تا بتواند آن را به دیوان تفویض نماید. بر اساس ماده ۱۲ اساسنامه، وجود یک دولت عضو، پیش شرط ضروری برای اعمال صلاحیت است. با توجه به عدم تعریف دولت در اساسنامه، و تعریف دولت به موجب حقوق بین‌الملل عرفی- کنوانسیون مونته ویدئو،^۳ چهار رکن برای وجود دولت ضروری است: داشتن سرزمین، داشتن جمعیت دائمی، وجود حکومتی که کنترل کامل بر سرزمین داشته باشد و توانایی برقراری ارتباط با دولت‌های خارجی. دولت فلسطین فاقد تمامی ارکان فوق است.^۳

در این خصوص، نظریاتی نیز وجود دارد که دیدگاه دوستان مخالف صلاحیت دیوان را تحکیم می‌نماید. برای نمونه، برخی معتقدند که مفهوم دولت در ماده ۱۲(۳) اساسنامه منطبق بر واژه دولت در ماده ۱۲۵ اساسنامه نیست. واژه دولت در ماده ۱۲(۳) را می‌بایست با واژه دولت مندرج در ماده ۱۲(۱) تفسیر نمود: یعنی دولتی که بتواند به اساسنامه الحاق شود (ماده ۱۲(۱))، می‌تواند اعلامیه پذیرش صلاحیت ارسال دارد (ماده ۱۲(۳)) و بنابراین نهادی که دولت بودن آن مناقشه برانگیز یا نامشخص است، نمی‌تواند به عنوان یک دولت تلقی شود تا بتواند اعلامیه پذیرش صلاحیت ارسال دارد (Napoletano, Nicola, 2015: 25). و یا، با وجود کنترل اقتصادی و نظامی اسرائیل و نفوذ گسترده بر کرانه باختری و نوار غزه بسیار دشوار است ادعا نماییم دولت فلسطین بر سرزمین خود

ادعای خود محدودیت‌هایی دارد. بنابراین، زمانی که وضعیت حقوقی دولت فلسطین به عنوان یک دولت نامشخص بوده و نیز در خصوص قلمرو سرزمینی آن ابهام‌های اساسی وجود دارد، و در کنترل موثر بر قلمرو خود ناتوان است، چگونه می‌تواند صلاحیت خویش را به دیوان کیفری بین‌المللی تفویض نماید؟ این عدم اطمینان در خصوص وضعیت دولت فلسطین، مقتضی احتیاط این دیوان در ارزیابی صلاحیت خود و لزوم حل مساله از روش‌های دیگری مانند مذاکره یا از طریق اقدام شورای امنیت است.^۱

به همین دلیل، جمهوری فدرال برزیل در لایحه ارسالی خود بیان داشته است که صلاحیت دیوان، متکی بر تفویض صلاحیت توسط کشورهای مستقلی است که می‌خواهند صلاحیت کیفری بر سرزمین مستقل خود را به دیوان واگذار نمایند (ماده ۱۲(۲) a). اما در وضعیت دولت فلسطین، اختلافات بسیاری در رابطه با مساله دولت بودن یا نبودن آن و نیز تعریف سرزمین آن وجود دارد و دیوان کیفری بین‌المللی از طریق صدور قرار صلاحیت کیفری نمی‌تواند به این اختلافات پاسخ قطعی دهد. مضافاً اینکه، اولاً، الحاق دولت فلسطین به اساسنامه دیوان ضرورتاً تعیین نمی‌کند که دولت فلسطین یک دولت مستقل و حاکم به موجب حقوق بین‌الملل باشد. دوم، عضویت دولت فلسطین در سازمان‌های بین‌المللی و الحاق آن به معاهدات چندجانبه به معنی به رسمیت شناخته شدن آن نیست؛ سوم، حتی اگر برزیل، دولت فلسطین را به عنوان یک دولت به رسمیت بشناسد، بر اساس حقوق بین‌الملل، این شناسایی نمی‌تواند متضمن تعهداتی برای دولت ثالث- اسرائیل- باشد.^۲

³ Observations on the Prosecutor's Request on behalf of the Non-Governmental Organizations: The Lawfare Project, the Institute for NGO Research, Palestinian Media Watch, and the Jerusalem Center for Public Affairs, Situation in the state of Palestine, No.: ICC-01/18, 16 March 2020, p: 4-5

¹ Amicus Curiae Observations of Prof. Laurie Blank, Dr. Matthijs de Blois, Prof. Geoffrey Corn, Dr. Daphné Richemond-Barak, Prof. Gregory Rose, Prof. Robbie Sabel, Prof. Gil Troy and Mr. Andrew Tucker, Situation in the state of Palestine, No.: ICC-01/18, 16 March 2020, p: 6

² The federative republic of Brazil, Brazilian observations on ICC territorial jurisdiction in Palestine, Icc-01/18, 16 March 2020, p:10



تفسیر خلاف تفسیر فوق، خلاف اصل اثربخشی- کارآمدی^۳- است که عمیقاً مورد پذیرش در حقوق بین‌الملل عمومی و تفسیر حاکم بر معاهدات بین‌المللی از قبیل اساسنامه رم است. اگر اصل صلاحیت خودکار را قبول نماییم، بدین معنی است که یک دولت عضو بعد از الحاق به اساسنامه بتواند نتایج حقوقی عضویت خود که همان اعمال صلاحیت است، را انکار نماید. عدم پذیرش صلاحیت دیوان در وضعیت دولت فلسطین پس از ارسال اعلامیه پذیرش دولت فلسطین، یعنی اتخاذ رویکردی دوگانه که هیچ‌گاه چنین رویکردی مدنظر امضاکنندگان اساسنامه نبوده است. در زمان ارسال اعلامیه پذیرش صلاحیت دیوان در سال ۲۰۱۵، دبیر کل سازمان ملل نتیجه قطعنامه ۱۹/۶۷ مجمع عمومی مبنی بر پذیرش دولت فلسطین به عنوان یک دولت ناظر غیرعضو را به اطلاع تمام اعضای اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی رساند که غیر از کانادا، تمام دول عضو هیچ‌گونه اعتراضی نمودند. نتیجه آنکه دولت فلسطین یک دولت با تمام حقوق و تکالیف است (Pinzauti and Heinckh, 2020, p: 5). نتیجه آنکه، دولت در سه ماده فوق معنای واحدی دارد و دولت فلسطین با صدور اعلامیه پذیرش صلاحیت دیوان، صلاحیت دیوان را برای رسیدگی به جرایم ارتكابی در سرزمینش پذیرفته است.

ضمناً، از زمان ارسال اعلامیه پذیرش صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی توسط دولت فلسطین در سال ۲۰۱۵، مجمع دول عضو، با دولت فلسطین همانند سایر دولت‌های عضو رفتار نموده و در سال ۲۰۱۶، مجمع دول عضو، دولت فلسطین را بعنوان سی امین دولت تصویب کننده قطعنامه شروع صلاحیت دیوان در خصوص جرم تجاوز

حاکمیت دارد (Weston Ash, 2009: 199). نداشتن مرزهای داخلی مشخص و در نتیجه سرزمینی که بر آن کنترل اجرایی داشته باشد، نشان از ابهامات در خصوص دولت بودن^۱ دولت فلسطین است. همچنین، دولت فلسطین قادر به رای دادن در خصوص موضوعات اساسی قطعنامه‌های سازمان ملل نیست و ارتقای آن به موجب قطعنامه ۱۹/۶۷ مجمع عمومی ملل متحد به دولت ناظر غیرعضو صرفاً نمادین بوده و نفوذ واقعی بر سازمان ملل نخواهد داشت. (Amodt, 2016: 22) و ...

اما، موافقان صلاحیت دیوان اظهار داشته‌اند دولت فلسطین در چارچوب ماده ۱۲(۲)(a)، یک دولت است و هیچ نشانه‌ای وجود ندارد که واژه‌ی دولت در مواد ۱۲۴ و ۱۲۵ اساسنامه با واژه‌ی دولت در ماده ۱۲ اساسنامه تفاوت معنایی داشته باشد.^۲ ماده ۱۲(۱) اظهار می‌دارد که یک دولت که عضو دیوان می‌شود، صلاحیت دیوان در خصوص جرایم مندرج در ماده ۵ اساسنامه را می‌پذیرد. به این مکانیزم، صلاحیت خودکار یا صلاحیت ذاتی گفته می‌شود که بر اساس آن هیچ امکانی برای انصراف دولت‌ها از آن صلاحیت وجود ندارد (Triffterer, 2015, p: 680). ماده ۱۲(۲) اساسنامه نیز بیان می‌دارد که دیوان می‌تواند در مواردی که جرایم مندرج در ماده ۵ اساسنامه در سرزمین دولت عضو یا توسط اتباع دولت‌های عضو اتفاق افتاده باشد، اعمال صلاحیت نماید. ماده ۱۲۵ اساسنامه نیز اعلام می‌دارد که زمانی که دولتی اعلامیه پذیرش صلاحیت دیوان را تودیع می‌نماید، مشروط به پیش شرایط مندرج در ماده ۱۲ اساسنامه، صلاحیت دیوان را بصورت خودکار پذیرفته است. بنابراین، همزمان با تودیع اعلامیه، دیوان قادر به اعمال صلاحیت در خصوص این دولت عضو جدید است. هر گونه

⁴ Declaration Accepting the Jurisdiction of the international criminal court, 31 December 2014: 1)

به موجب اعلامیه فوق، دولت دولت فلسطین بر اساس بند سوم از ماده ۱۲ اساسنامه، صلاحیت دیوان برای بررسی جرایم واقع شده در سرزمین دولت فلسطین من جمله اورشلیم شرقی را از سیزدهم ژوئن ۲۰۱۴ پذیرفته و به موجب اعلامیه فوق، دولت دولت فلسطین تعهد نموده که با دیوان بدون هرگونه تاخیر و یا استثنایی همکاری نماید.

^۱ در خصوص شروط عضویت در سازمان‌های بین‌المللی، و مفهوم دولت، ر.ک: رضازاده و رنجبریان، ۱۳۹۸: ۷۷

² Submissions Pursuant to Rule 103, (Robert Heinsch & Giulia Pinzauti), ICC-01/18, 16 March 2020, p:4

^۳ در تعریف اصل اثربخشی یا کارآمدی دولت‌ها سیمور لیپست بیان داشته است که کارآمدی عبارتست از تحقق عینی یا توان سیستم در تحقق کارکردهای اساسی دولت، به گونه‌ای که اکثریت مردم و گروه‌های قدرتمند درون نظام آن را عیناً مشاهده کنند (لیپست، ۱۳۷۴: ۱۱)

رویکرد دوگانه فوق، در تضاد با اصل اثربخشی و اصل حسن نیت است که اجازه می‌دهد یک نهاد شروط اساسنامه را پذیرفته و به دیوان ملحق شود اما متعاقباً، اثرات این الحاق را بی اثر کند.^۱ ضمن آن که بر اساس مقررات حقوق اشغال، اشغال مناطقی از دولت فلسطین توسط اسرائیل و اعمال قدرت بر مناطق اشغالی، مانع از آن شده است که دولت اشغالی یک حکومت موثر داشته باشد و اگر اشغال صورت نمی‌گرفت، هیچ دلیلی وجود نداشت که دولت فلسطین بر قلمرو خود حاکمیت نداشته باشد (عابدینی، ۱۴۰۱:۳۲۹).

در گامی جلوتر، این دیدگاه نیز وجود دارد که کنوانسیون مونته ویدئو ارتباطی به پرسش در خصوص دولت بودن یک نهاد ندارد. ماده ۱ کنوانسیون فوق که اظهار می‌دارد دولت بعنوان یک شخص حقوق بین‌الملل، می‌بایست حکومت و جمعیت دائمی و سرزمین مشخص و روابط با دولت‌های دیگر داشته باشد، ویژگی‌هایی است که معمولاً در دولت‌ها یافت می‌شود؛ اما این فهرست بعنوان ضوابط دولت بودن نوشته نشده است و در تاریخ دولت فلسطین از سال ۱۹۲۳، معیار مونته ویدئو در رسیدگی‌های بین‌المللی در خصوص مساله دولت بودن هیچ گاه به کار برده نشده است و دادستان نیز در تقاضای خود به طور صحیح از رویه دادرسی‌های بین‌المللی تبعیت نموده است. در خود قطعنامه ۱۹/۶۷ مجمع عمومی ملل متحد که به موضوعات حقوقی در باب دولت بودن اشاره کرده است، نیز هیچ اشاره‌ای به معیارهای مونته ویدئو نشده است و معیارهای این کنوانسیون پذیرش بین‌المللی ندارد. برای مثال، جمهوری قبرس شمالی ویژگی‌های کنوانسیون مونته ویدئو را دارد اما به عنوان دولت پذیرفته شده نیست و بالعکس اکراین و بلاروس معیارهای مونته ویدئو را ندارند اما به عنوان دولت شناسایی شده اند.^۲

دانستند (نژندی منش، بذار، ۱۳۹۶ : ۲). در سال ۲۰۱۷ نیز، نمایندگان دولت فلسطین در مباحثات پیرامون جرم تجاوز شرکت کردند و پیشنهادهای ارائه دادند. بنابراین، دولت فلسطین باید با تمام حقوق و وظایفش به عنوان یک کشور عضو اساسنامه رم در نظر گرفته شود، زیرا از زمان الحاق آن، سایر کشورهای عضو به درستی و به موقع علیه نقش و عملکرد دولت فلسطین در این زمینه اعتراض نکرده اند. بنابراین، آنها پذیرفته اند که دولت فلسطین یک کشور عضو تمام عیار است.

دادستان نیز با وجود چالش‌های فراوان در خصوص وضعیت حقوقی فلسطین، آن را یک دولت عضو اساسنامه دانسته و به زعم وی، وقتی یک نهاد تبدیل به یک دولت عضو شد، دادستان ملزم به ارزیابی مجدد در خصوص مساله‌ی دولت بودن آن به موجب حقوق بین‌الملل عمومی، برای آغاز صلاحیت دیوان نیست. به عبارتی، هر زمان دولتی، دولت عضو اساسنامه شد، دیوان به صورت خودکار می‌تواند اعمال صلاحیت کند. در این صورت، و بر اساس مواد ۱۲ و ۱۲۵ اساسنامه، نهادهای دیوان بدون هیچ گونه ارزیابی جداگانه ای از مساله دولت بودن دولت عضو، می‌بایست اعمال صلاحیت کنند و تصمیمات سیاسی در خصوص مساله‌ی دولت بودن رژیم‌های عضو معاهده اتخاذ نمایند. زیرا مناقشات در خصوص شایستگی به عضویت معاهدات درآمدن، می‌بایست توسط خود دولت‌ها حل شود و نه نهادهای دیوان.

از سویی، امروزه حقوق بین‌الملل مدرن معیار دولت بودن را اثربخشی و کارآمدی می‌داند. بر اساس اصل فوق‌الذکر که منبعث از کنوانسیون مونته ویدئو است، معیار دولت بودن این است که حکومت، قادر به اعمال قدرت موثر بر سرزمین و مردم خویش باشد تا بتواند روابط بین‌المللی با سایر دول داشته باشد، (Nijhawan, 2003:3) اتخاذ

² John Quigley, Submissions Pursuant to Rule 103, ICC-01/18, 3 March 2020, paras 36-37 and 44

¹ Raji Sourani, Chantal Meloni, Triestino Mariniello, Submission on Behalf of Palestinian Victims Residents of the Gaza Strip with confidential Annex, ICC-01/18, 16 March 2020, p: 13



دولت بودن است، هیچ دلیلی وجود ندارد که نتیجه بگیریم که یک نهاد که دولت نیست، نمی‌تواند سرزمین داشته باشد. بدین ترتیب، برای اینکه تعیین نماییم که آیا فلسطین دولت است، ضرورتی ندارد که محدوده سرزمین را محاسبه نماییم؛ زیرا حتی اگر یک دولت نباشد، می‌تواند واجد سرزمین باشد؛ در ماده ۱۲(۲)(a) تمرکز روی تعیین سرزمین یک دولت عضو است و نه سرزمین یک دولت^۴.

۴ نتیجه‌گیری

توجه به آرای صادره از دیوان کیفری بین‌المللی و وضعیت‌های مورد بررسی در آن، نشان می‌دهد که این دیوان همواره تحت تاثیر دولت‌های حامی اسرائیل بوده است و به همین جهت است که تلاش‌های دولت فلسطین برای تعقیب و محاکمه و مجازات جنایتکاران اسرائیل در سرزمین‌های اشغالی فلسطین تا کنون به نتیجه قابل ملاحظه‌ای منجر نشده است. دادستان دیوان کیفری بین‌المللی نیز خود در دولت بودگی فلسطین دچار تردید و عدم اطمینان بوده است که صدور قرار صلاحیت کیفری را از شعبه مقدماتی درخواست نموده است و درصدی بوده است که بار مسئولیت پرچالش وضعیت دولت بودن یا نبودن فلسطین را بر عهده شعبه مقدماتی قرار دهد. اگر چنین طرز تلقی‌ای وجود نمی‌داشت، دادستان دیوان می‌بایست بر اساس مواد ۱۵ و ۵۳ اساسنامه دیوان، و پس از احراز مبنای معقول برای رسیدگی به این وضعیت، تحقیق مقدماتی این وضعیت را در دستور کار قرار می‌داد و موضوع را به شعبه مقدماتی حواله نماید.

تردید دادستان در دولت بودن فلسطین به دلایل ذیل مردود است و می‌بایست حتی بدون تقاضای صدور قرار صلاحیت کیفری، تحقیق مقدماتی این وضعیت را شروع می‌نمود:

۱. پذیرش یک موجودیت یا واحد سیاسی به عنوان دولت در جامعه بین‌الملل دارای قوانین

ویلیام شبت نیز معتقد است که شعبه مقدماتی نمی‌تواند در خصوص وضعیت دولت فلسطین به عنوان دولت عضو مناقشه نماید. بر اساس اصول حقوق بین‌الملل در حوزه حقوق معاهدات، دبیرکل سازمان ملل مسئول پذیرش و انتشار تصویب‌نامه‌ها یا الحاقات است و بدین وسیله تأیید می‌کند که آیا وضعیت دولت عضو به یک نهاد اعطا شود یا خیر. بنابراین شعبه مقدماتی و حتی شعب دادرسی شایستگی برای مناقشه در خصوص وضعیت حقوقی دولت فلسطین به عنوان یک دولت عضو را ندارند. در زمان صدور اعلامیه پذیرش توسط دولت فلسطین، تمام دولت‌های عضو، الحاق دولت فلسطین به اساسنامه رم را قبول داشته‌اند و در این خصوص اشکالی وارد نموده‌اند^۱.

ایشان همچنین معتقد است که حتی ضرورتی ندارد شعبه مقدماتی تعیین نماید که یک نهاد، "دولت" است تا یک "دولت عضو" در چارچوب ماده ۱۲(۲) باشد. یک نهاد می‌تواند "دولت عضو" باشد حتی اگر یک "دولت" نباشد. برای نمونه، جزایر کوک در سال ۲۰۰۸ با وجود مناقشات در خصوص دولت حاکم بر آن جزایر، اعلامیه پذیرش صلاحیت ارسال نمود^۲. ایشان معتقد است که تعیین مرزهای دقیق دولت فلسطین نیز موضوعی پیچیده است که با لوایح مختصر دوستان دیوان قابل حل و فصل نیست. بسیاری از دولت‌های عضو مرزهایی دارند که مورد اشغال است و در سال‌های اخیر چندین کشور عضو، درگیر رسیدگی در دیوان بین‌المللی دادگستری برای قضاوت در مورد مسائل مرزی حل‌نشده قرار گرفته‌اند. قبرس، کلمبیا، گرجستان، و سوریه از جمله دولتی هستند که حاکمیت کاملی بر سرزمین‌های خود ندارند. نامعین بودن مرزهای یک کشور هیچ‌گاه نمی‌تواند مانعی بر سر راه یک دولت باشد که اعلامیه پذیرش به اساسنامه رم الحاق نماید و نمی‌تواند مانع اعمال صلاحیت دیوان باشد^۳. بنابراین، با وجود اینکه داشتن سرزمین پیش شرط

³ Schabas, William, ICC-01/18, 14 February 2020, p: ۶

⁴ Schabas, William, ICC-01/18, 15 March 2020, p: 9

¹ Schabas, William, ICC-01/18, 14 February 2020, p: 4

² Schabas, William, ICC-01/18, 15 March 2020, p: 3

۳. تا کنون دیوان کیفری بین‌المللی به یک موجودیت غیردولتی اجازه ارسال اعلامیه پذیرش صلاحیت موردی نداده است.

۴. فلسفه وجود دیوان کیفری بین‌المللی، مبارزه با جنایات علیه جامعه بین‌الملل به عنوان یک کل به هم پیوسته است و اصل بر این است که جنایات تحت شمول صلاحیت دیوان کیفری مخل صلح و امنیت بین‌المللی است. بنابراین، در جایی که اعمال یک رژیم مانند اسرائیل، منجر به خطر افتادن صلح در سطح بین‌المللی می‌شود، به بهانه دولت نبودن فلسطین نباید مانع اثرگذاری دیوان کیفری شویم و جامعه جهانی باید از خود در پوشش و بهانه دولت نبودن فلسطین نباید از خود رفع مسئولیت کند.

با وجود خرسندی از صالح تلقی شدن دیوان کیفری بین‌المللی در بررسی وضعیت فوق، می‌بایست منتظر بود تا نتیجه احراز صلاحیت فوق را مشاهده نمود و ملاحظه نمایم که جنایات اسرائیل در سرزمین‌های اشغالی فلسطین بدون کیفر باقی می‌ماند یا خیر.

الزام آور خاصی نیست و به میزان زیادی به پذیرش سایر دولت‌ها منوط است. پذیرش و یا عدم پذیرش یک دولت از طریق سازوکار شناسایی صورت می‌پذیرد. از حیث تکوینی، شناسایی سایر کشورها می‌تواند دلیل شکل گرفته شدن یک دولت باشد. مجمع عمومی سازمان ملل در نشست ۲۰۱۲، به موجب قطعنامه ۱۹۶۷ موقعیت فلسطین را به عنوان یک دولت غیرعضو ناظر ارتقا بخشید و کشورهای زیادی به قطعنامه رای مثبت دادند. لذا شناسایی جمع کثیری از دولت‌ها نسبت به وضعیت فلسطین، شاهد قابل ملاحظه‌ای بر تلقی فلسطین بعنوان دولت است.

۲. متعاقب شناسایی فلسطین در سازمان ملل، بسیاری از سازمان‌ها مانند یونسکو، فلسطین را بعنوان دولت پذیرفته است و فلسطین نیز به عضویت بسیاری از کنوانسیون‌های بین‌المللی مانند کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو در خصوص حقوق بشردوستانه درآمده است. از آنجایی که در کنوانسیون ۱۹۶۹ وین راجع به حقوق معاهدات، معاهده بین‌المللی به منزله‌ی توافق میان دولت‌ها تلقی شده است، بنابراین عضویت فلسطین در معاهدات بین‌المللی می‌تواند فلسطین را دولت تلقی کند.



References

- Abhari, Hamid, Fallah Khariki, Mehdi, A comparative study of the concept and function of a friend of the court in Iranian law and common law, *Legal Research Quarterly*, No. 83, pp. 286-307. (In Persian)
- Abedini, Abdullah, handling the crime of aggression by Israeli officials in the International Criminal Court, *Criminal Law and Criminology Research Journal*, Volume 10, Number 19, Spring and Summer 1401, pp. 319-342. (In Persian)
- Aamodt, Emilie, *Palestine's Accession to the Rome Statute: An analysis of the legal issues of investigating the Palestinian Situation*, Det juridiske fakultet, 2016
- Amicus Curiae Observations of Prof. Laurie Blank, Dr. Matthijs de Blois, Prof. Geoffrey Corn, Dr. Daphné Richemond-Barak, Prof. Gregory Rose, Prof. Robbie Sabel, Prof. Gil Troy and Mr. Andrew Tucker, situation in the state of Palestine, ICC-01/18, 16 March 2020
- Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute, request under regulation 46(3) of the court, ICC-RoC46(3)-01/18 , 6 September 2018
- Decision on the 'Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine, ICC-01/18, 5 February 2021
- Declaration Accepting the Jurisdiction of the international criminal court, 31 December 2014
- Decision of Pretrial Chamber 1, ICC-01/18, 5 February 2021
- Heinsch, Robert, Pinzauti, Giulia, Submissions Pursuant to Rule 103, ICC-01/18 , 16 March 2020
- International Association of Jewish Lawyers and Jurists, Corrigendum to "IJL observations on the "Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine" (ICC-01/18-12)", situation in the state of Palestine, ICC-01/18, 17 March 2020
- International Criminal Court, Referral by the State of Palestine Pursuant to Article 13(a) and 14 of the Statute, 15 May 2018
- Israel ministry of foreign affairs, Palestinian authority joins the ICC Israel's response, 1 April 2015
- Falk, Richard, *Amicus Curiae Submissions Pursuant to Rule 103*, ICC-01/18, 16 March 2020



George, Fletcher, cited in Steinberg, Richard, Contemporary issues facing the international criminal court, (editor), Brill Nijhoff, 2015

Legal Representative of Persecution Victims, Katherine Gallagher Victims' Observations on the Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine, ICC-01/18, 16 March 2020\

Mir Abbasi, Bagher, Mohammadi, Agil, The role and position of international non-governmental organizations as friends of the court in the international dispute settlement system, Public Law Studies Quarterly, Volume 46, Number 4, Winter 2015, pp. 753-769. (In Persian)

Napoletano, Nicola, [Non-state entity's 'Ability to lodge' a Declaration pursuant to Article 12\(3\) of the ICC Statute](#), question of international law, 2015

Observations on the Prosecutor's Request on behalf of the Non-Governmental Organizations: The Lawfare Project, the Institute for NGO Research, Palestinian Media Watch, and the Jerusalem Center for Public Affairs, Situation in the state of Palestine, No.: ICC-01/18, 16 March 2020

Pretrial Chamber 1, Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute", ICC-RoC46(3)-01/18, 6 September 2018

Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the courts territorial jurisdiction in Palestine, situation in the state of Palestine, ICC- 01/18, 22 January 2020

Publications of the permanent court of international justice, series A. no.10, September 7th, 1927, Collection of judgment in case of the S.S. Lotus

Quigley, John, Submissions Pursuant to Rule 103, ICC-01/18, 3 March 2020

Raji Sourani, Chantal Meloni, Triestino Mariniello, Submission on Behalf of Palestinian Victims Residents of the Gaza Strip with confidential Annex, ICC-01/18, 16 March 2020

Rezazadeh, Hossein, Ranjbarian, Amirhossein, Collective Identification of Palestine, Public Law Studies Quarterly, Volume 49, Number 1, 2018. (In Persian)

Saedi, Zahra, Salehi, Javad, the approach of the prosecutor of the International Criminal Court in the request to issue a decree of criminal jurisdiction in the state of Palestine, Criminal Law Quarterly, Year 12, Number 2, Autumn and Winter 1400. (In Persian)



Schabas, William, Request for Leave to Submit an Opinion in Accordance with Article 103 of the Rules of Procedure and Evidence, ICC-01/18, 14 February 2020

Schabas, William, Opinion in Accordance with Article 103 of the Rules of Procedure and Evidence, ICC-01/18, 15 March 2020

Security Council Resolution, 12 March 2002, UN Doc. S/RES/1397

Statement on ICC prosecutors' decision, US state department, 16 January 2015

The federative republic of Brazil, Brazilian observations on ICC territorial jurisdiction in Palestine, Icc-01/18, 16 March 2020

The republic of Uganda, the observations of the republic of Uganda pursuant to rule 103 of the rules of evidence and procedure, situation in the state of Palestine, ICC-01/18, 16 March 2020

Victims' Observations on the Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine, Situation in the state of Palestine, No.: ICC-01/18, 16 March 2020

Weston Ashe, Robert, Is Palestine a state? A response to professor John Quigleys article, the Palestine declaration to the International criminal court: the statehood issue, Rutgers law record, 2009

Original Article

International Collective Responsibility of Nuclear-Weapon States for Omission: Scrutinizing ILC Articles 2001 and NPT

Mohamad Setayeshpur*¹ 

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

 [20.1001.1.24237566.1402.7.1.2.6](https://doi.org/10.1001.1.24237566.1402.7.1.2.6)

 [10.22080/LPS.2022.23813.1355](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23813.1355)

Received:

June 25, 2022

Accepted:

August 6, 2022

Available online:

September 23, 2022

Keywords:

International Law of Responsibility, International Nuclear Law, ARSIWA, NPT.

Abstract

Nuclear-weapon states are under obligation to cooperate with non-nuclear-weapon states to transfer peaceful nuclear technology and have equal access to this technology for all states parties to NPT. The present paper has sought to deal with international collective responsibility of nuclear weapon states for omission and has scrutinized ILC articles in respect of responsibility of states for internationally wrongful acts 2001 (ARSIWA) and NPT. It has sought to have a comprehensive study on the issue by addressing the primary and secondary obligations. The library method was used in this research for collecting data through reviewing documents, books, papers, and sites related to the topic. Scrutinizing ILC articles 2001 as scientific entity for codification and progressive development of international law and NPT, the present paper has found that nuclear-weapon states has a few obligations such as the obligation regarding the transfer of peaceful nuclear technology. The paper has concluded that nuclear-weapon states have breached the obligation collectively which has been extended in time, although the obligations of non-nuclear-weapon states are more. The commission of internationally wrongful act of nuclear weapon states has not been limited to NPT obligations and some of them, such as the U.S., have continued this action regarding other obligations such as the obligations enunciated in JCPOA. Breach of the obligation in question may lead to the termination or suspension of the operation of a treaty as a consequence of its breach. Collective and continuous character of the internationally wrongful act affects the content of international responsibility, causes its cessation and non-repetition, and makes the responsible state to restitute and reparate the material and moral damages.

***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

Nuclear-weapon states are under obligation to cooperate with non-nuclear-weapon states to transfer peaceful nuclear technology and have equal access to this technology for all states parties to NPT. The present paper has sought to deal with international collective responsibility of nuclear weapon states for omission and has scrutinized ILC articles in respect of responsibility of states for internationally wrongful acts 2001 (ARSIWA) and NPT. It has sought to have a comprehensive study on the issue by addressing the primary and secondary obligations.

2. Method

The library method was used in this research for collecting data through reviewing documents, books, papers, and sites related to the topic.

3. Findings

Scrutinizing ILC articles 2001 as scientific entity for codification and progressive development of international law and NPT, the present paper has found that nuclear-weapon states have a few obligations such as the obligation regarding the transfer of peaceful nuclear technology. The paper has concluded that nuclear-weapon states have breached the obligation collectively which has been extended in time, although the obligations of non-nuclear-weapon states are more. The commission of internationally wrongful act of nuclear weapon states has not been limited to NPT obligations and some of them, such as the U.S., have continued this action regarding

other obligations such as the obligations enunciated in JCPOA. Breach of the obligation in question may lead to the termination or suspension of the operation of a treaty as a consequence of its breach.

4. Conclusion

The paper has concluded that nuclear-weapon states have breached the obligation collectively which has been extended in time, although the obligations of non-nuclear-weapon states are more. The Collective and continuous character of the internationally wrongful act affects the content of international responsibility, causes its cessation and non-repetition, and makes the responsible state to restitute and reparate the material and moral damages.

Funding

There is no funding support.

Authors' contribution

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

Conflict of interest

Author declares no conflict of interest.

Acknowledgments

Author is grateful to all the consultants to this paper.

مسئولیت بین‌المللی جمعی دول دارای تسلیحات هسته‌ای ناشی از ترک فعل: واکاوی آورده ۲۰۰۱ کمیسیون حقوق بین‌الملل و ان.پی.تی*

«وَلَا يَحْسَبَنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا سَبَقُوا أَنَّهُمْ لَا يُعْزَبُونَ»

(قرآن کریم، سُورَةُ الْأَنْفَالِ، آیه ۵۹)

محمد ستایش پور**^۱ ID

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



[20.1001.1.24237566.1402.7.1.2.6](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23813.1355)



[10.22080/LPS.2022.23813.1355](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23813.1355)

چکیده

به موجب ان پی تی، کشورهای دارای تسلیحات هسته‌ای، تعهد بین‌المللی دارند که برای انتقال دانش و فناوری هسته‌ای با کشورهای فاقد تسلیحات هسته‌ای همکاری کنند. هدف جستار حاضر این است تا به مسئولیت بین‌المللی جمعی دول دارای تسلیحات هسته‌ای ناشی از ترک فعل بپردازد و به این منظور، بر مجموعه مواد ۲۰۰۱ کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد در زمینه مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها بابت عمل متخلفانه بین‌المللی و معاهده منع گسترش تسلیحات هسته‌ای نظر دوخته است تا با پرداختن به تعهدات اولیه و ثانویه، بشود نگاهی جامع‌تر بر موضوع داشت. به فراخور موضوع، روش گردآوری اطلاعات، کتابخانه‌ای و به صورت استفاده از اسناد، کتاب‌ها، مقالات معتبر و تارنماهای مرتبط با موضوع است. سطور حاضر، از رهگذر واکاوی آورده ۲۰۰۱ کمیسیون حقوق بین‌الملل به عنوان نهاد علمی تدوین و توسعه تدریجی حقوق بین‌الملل و معاهده منع گسترش تسلیحات هسته‌ای، یافته است که دول دارای تسلیحات هسته‌ای، در مقابل تعهدات زیاد دیگر کشورهای عضو ان پی تی، تعهدات معدودی دارند که تعهد ایجابی در خصوص انتقال دانش و فناوری هسته‌ای در آن زمره است و آن را به گونه‌ای جمعی و مستمر نقض کرده‌اند. تحقق عمل متخلفانه بین‌المللی کشورهای دارای تسلیحات هسته‌ای، به ان پی تی محدود نشده است و برخی نظیر ایالات متحده آمریکا در دیگر اسناد، نظیر برجام، نیز این اقدام خود را ادامه داده‌اند. نقض مطروحه می‌تواند موجب اختتام یا تعلیق اجرای تعهد مطروحه گردد. جمعی و مستمر بودن این عمل متخلفانه بین‌المللی، بر پیامد مسئولیت بین‌المللی اثرگذار است و اقتضا دارد تا افزون بر توقف و تضمین عدم تکرار عمل متخلفانه بین‌المللی، تا حد امکان، وضع به حال سابق، اعاده گردد و خسارات مادی و معنوی جبران شوند.

تاریخ دریافت:

۰۴ تیر ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۱۵ مرداد ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۰۱ مهر ۱۴۰۱

کلیدواژه‌ها:

حقوق مسئولیت بین‌المللی،
حقوق بین‌الملل هسته‌ای،
مجموعه مواد ۲۰۰۱
کمیسیون حقوق بین‌الملل،
معاهده منع گسترش
تسلیحات هسته‌ای.

** سطور پیش رو، به ارواح طیبه شهدای هسته‌ای، به ویژه شهید دکتر محسن فخری‌زاده تقدیم می‌شود.

* نویسنده مسئول: محمد ستایش پور

ایمیل: MohamadSetayeshpur@yahoo.com

آدرس: استادیار گروه حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق،

دانشگاه قم، قم، ایران.



۱ مقدمه

حقوق مخاصمات مسلحانه به عنوان یکی از موضوعات حقوقی بین‌المللی، شامل دو زمینه حقوق توسل به زور و حقوق بشردوستانه می‌شود. حقوق کنترل تسلیحات هسته‌ای، به لحاظ منطقی در ذیل بحث حقوق مخاصمات مسلحانه، در معنای اعم آن، قرار می‌گیرد. چه این که، این زمینه از حقوق، افزون بر آن که ارتباط مستقیمی با «حق بر جنگ» دارد، تار و پود آن با «حق در جنگ» گره خورده است و به تعبیر دقیق‌تر، در خدمت نائل آمدن به رسالت آن دانسته می‌شود. چرا که عملکرد مناسب آن می‌تواند از شدت آلام و مصائب جنگ بکاهد و دست کم آن، این است که از کشتار دسته جمعی جلوگیری کند. حقوق ناگزیر از پویایی است (محمودی، ۱۳۹۰: ۲۹۷؛ محبی و رضادوست، ۱۳۹۴: ۱۰).

حقوق بین‌الملل هسته‌ای، به عنوان یکی از زمینه‌های تقریباً نو و البته بسیار حائز اهمیت، در پی پیشرفت‌های فناورانه هسته‌ای ظهور و نمو پیدا کرده است. مسئولیت بین‌المللی به عنوان زمینه‌ای دیگر از حقوق که دربردارنده تعهدات ثانویه است، در پسِ نقض تعهدات اولیه، به پا می‌خیزد. از این رو، با پدیدآیی تعهد اولیه حقوقی بین‌المللی در هر شاخه‌ای که باشد، فرض پدیدآیی تعهد ثانویه^۱ محتمل است (ستایش‌پور، ۱۳۹۸: ۴۴ و ۴۵) (Borelli, 2017: 1). معاهده منع گسترش تسلیحات هسته‌ای که از آن به عنوان سنگ بنای اساسی مجموعه مقررات در حوزه حقوق بین‌الملل هسته‌ای یاد شده است (Joyner, 2013 (a): 291)، متضمن مسئولیت بابت ترک فعل دانسته می‌شود؛ امری که آن را می‌توان در مفهوم موسع مسئولیت مشترک دانست. همسو با این موضع، در مجموعه مواد ۲۰۰۱ و ۲۰۱۱ کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد به عنوان جامع‌ترین اسنادی که تا به امروز در زمینه مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها ناشی از اعمال متخلفانه بین‌المللی در دست است (ابراهیم‌گل و

همکاران، ۱۳۹۵: ۷۱ و ۷۲)، به مسئولیت ناشی از کمک یا مساعدت، تصریح شده است (ARSIWA, 2001: Art. 16; ARIO, 2011: Art. 14) که خود از وضعیت‌های مسئولیت مشترک دانسته می‌شود (عزیزی و کریمی، ۱۳۹۵: ۱۱۱) (ستایش‌پور و عابدینی، ۱۳۹۵: ۱۴۸). مقاله در دست، در صدد برآمده است تا به مسئولیت ناشی از ترک فعل در گستره حقوق بین‌الملل هسته‌ای بپردازد.

حقوق مسئولیت بین‌المللی ناظر بر آن دسته از قواعد است که در پس نقض تعهد اولیه مطرح می‌شوند. در واقع، حقوق مسئولیت بین‌المللی متضمن تعهدات ثانویه حقوق بین‌الملل است و ارتکاب هر عمل متخلفانه بین‌المللی، اعم از فعل و ترک فعل، موجب مسئولیت دولت دانسته می‌شود. طرح ۲۰۰۱ کمیسیون حقوق بین‌الملل در خصوص مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها متضمن قواعد حاکم بر حقوق مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها ناشی از عمل متخلفانه بین‌المللی است. در مجموعه مواد ۲۰۰۱ کمیسیون حقوق بین‌الملل در زمینه مسئولیت بین‌الملل دولت‌ها ناشی از اعمال متخلفانه بین‌المللی و همین‌طور در مجموعه مواد ۲۰۱۱ نهاد یادشده در زمینه مسئولیت سازمان‌های بین‌المللی، به مسئولیت بین‌المللی ناشی از نقض جمعی پرداخته شده است که این امر می‌تواند از رهگذر ترک فعل هم صورت بگیرد (ARSIWA, ARIO, 2011: Art. 14) (35: 2001). در واقع، این حالت، متصور است که ترک فعل، به منزله کمک یا مساعدت قلمداد گردد (Aust, 2011: 227).

موضوع حاضر، با دو زمینه بنیادین از حقوق بین‌الملل، یعنی حقوق کنترل تسلیحات و حقوق مسئولیت بین‌المللی سر و کار دارد و از این رو، زلف آن با حقوق مخاصمات مسلحانه و حقوق مسئولیت بین‌المللی، در هم تنیده شده است و پیامدهای مهمی از جمله امکان‌سنجی تعلیق اجرای معاهده یا اختتام اعتبار آن معاهده را می‌تواند در بر داشته باشد و مطرح بسازد. نوشتار پیش رو، می‌کوشد تا

¹ Secondary Obligation

دارای تسلیحات هسته‌ای، یعنی ایالات متحده آمریکا، روسیه، انگلستان، فرانسه و چین؛ و دولت‌های دارای تسلیحات هسته‌ای با حسن نیت به سمت خلع ذخایر تسلیحات هسته‌ای موجود خود، اقدام کنند. به موجب معاهده منع گسترش تسلیحات هسته‌ای، دولت‌های دارای تسلیحات هسته‌ای متعهد شده‌اند که با دولت‌های فاقد تسلیحات هسته‌ای همکاری و از این راه به آن‌ها کمک کنند تا بتوانند استفاده‌ای مسالمت‌آمیز از انرژی هسته‌ای داشته باشند. به موجب آن چه که در بند ۲ ماده ۴ معاهده پیش‌گفته مقرر شده است، دولت‌های عضو این معاهده بایستی به توسعه بیشتر کاربردهای انرژی هسته‌ای برای اهداف مسالمت‌آمیز، به ویژه در سرزمین‌های آن دسته از دولت‌های فاقد تسلیحات هسته‌ای که عضو معاهده یادشده هستند، کمک کنند و مقتضی است این امر با توجه به نیازهای نواحی در حال توسعه جهان، صورت پذیرد.

چنین همکاری می‌تواند به تنهایی یا به همراه دیگر دولت‌ها یا سازمان‌های بین‌المللی اعمال شود (NPT, 1968: Art 4 (2)). یکی از ویژگی‌های مهم معاهده منع گسترش تسلیحات هسته‌ای این است که معاهده یادشده، دسته‌بندی دوگانه دولت‌های عضو به دولت‌های دارای تسلیحات هسته‌ای و دولت‌های فاقد تسلیحات هسته‌ای، با تعهدات حقوقی مشترک و متفاوت برای هر یک از اعضای این دو دسته است. ساده‌ترین راه که در آن، معاهده منع گسترش تسلیحات هسته‌ای دانسته می‌شود، این است که به عنوان یک معامله بزرگ در زمینه تعهدات معاوضی^۲ بین دو دسته از دولت‌های عضو است (Joyner, 2017: 787; Fleck, 2021: 511 & 513). این معاوضی بودن ساختار، به این معنا است که به رغم آن که تعداد کثیر کشورهای عضو آن،

به پیروی از مژد مورد اتخاذ کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد و همین طور دیوان بین‌المللی دادگستری، پس از تبیین تعهد اولیه، به ترتیب به انتساب رفتار و نقض تعهد بین‌المللی بپردازد. در این راه، به فراخور موضوع مطروحه، مقتضی است تا با تحلیل منطقی و به دور از متغیرهای کمی، بر این محمول نظر دوخته شود.

در خصوص نوآوری مقاله حاضر، گفتنی است که نوشتار پیش رو بر آن شده است تا به ترک فعل دول دارای تسلیحات هسته‌ای که به صورت جمعی و مستمر صورت می‌گیرد بپردازد و پیامدهای آن را مطرح کند و از این رو مستلزم آن است تا مضاف بر تعهد اولیه به تعهد ثانویه نظر بدوزد. جستار حاضر یک پژوهش کمی به شمار نمی‌رود. بنابراین روش پژوهش به مفهوم تحقیقات کمی در آن وجود ندارد. روش گردآوری اطلاعات کتابخانه‌ای و به صورت استفاده از اسناد، کتاب‌ها، مقالات معتبر و تارنماهای مرتبط با موضوع بوده است که این اطلاعات از طریق فیش برداری جمع‌آوری شده‌اند.^۱ در این راه، بر منابع اصلی و فرعی حقوق بین‌الملل نظر دوخته شده است.

۲ تکلیف به انتقال دانش و فناوری هسته‌ای

معاهده ۱۹۶۸ منع گسترش تسلیحات هسته‌ای، به لحاظ نظری و به لحاظ عملی، پیچیده‌ترین و مناقشه‌برانگیزترین معاهده در زمینه کنترل تسلیحات دانسته شده است (O'Connell & El Molla, 2013: 236). معاهده منع گسترش تسلیحات هسته‌ای، سه سطح هنجاری دارد؛ حفاظت و تسهیل حق دولت‌ها بر توسعه صلح‌آمیز برنامه‌های انرژی هسته‌ای؛ پیش‌گیری از گسترش تسلیحات هسته‌ای خارج از پنج کشور شناخته شده

^۱ در این باره، قابل عرض است که به آثار منتشر شده در خارج از کشور توجه خاصی شده است که نکند گفته شود مطالب مطروحه زابیده ذهن ایران و ایرانی است. در این خصوص، آقای دانیل جوینر، استاد دانشگاه آلاباما، آثار زیادی را در خصوص ایران و حقوق بین‌الملل هسته‌ای دارند و از این جهت، تلاش شده است که به تمامی آثار ایشان در این باره استناد شود. استناد

^۲ Quid Pro Quo Obligations

^۱ در این باره، قابل عرض است که به آثار منتشر شده در خارج از کشور توجه خاصی شده است که نکند گفته شود مطالب مطروحه زابیده ذهن ایران و ایرانی است. در این خصوص، آقای دانیل جوینر، استاد دانشگاه آلاباما، آثار زیادی را در خصوص ایران و حقوق بین‌الملل هسته‌ای دارند و از این جهت، تلاش شده است که به تمامی آثار ایشان در این باره استناد شود. استناد



تسلیمات هسته‌ای به این معنا است که می‌توان آن را به خوبی به عنوان یک معاهده قراردادی^۱ بین دو دسته از دولت‌های عضو قلمداد کرد و با معاهده قانون‌ساز^۲ که تعهداتی یکسان بر همه دولت‌های عضو، بار می‌کند متفاوت است (Joyner, 2011: 28). مقتضی است مشخص گردد که این دسته‌بندی به عنوان یک معاهده قراردادی، و نه یک معاهده قانون‌ساز، به موجب حقوق بین‌الملل، به هیچ وجه تأثیری بر ماهیت الزام‌آور تعهدات دول عضو معاهده منع گسترش تسلیمات هسته‌ای ندارد. همچنین، این امر، موجب اعمال قواعد متفاوتی در زمینه تفسیر معاهده نیست.

با این حال، این تفاوت در دسته‌بندی معاهده منع گسترش تسلیمات هسته‌ای، می‌تواند در عمل، بر تفسیر واقعی و اعمال مفاد معاهده یادشده اثر بگذارد. با این که قواعد یکسانی برای تفسیر به آن گونه که در مواد ۳۱ و ۳۲ معاهده وین در زمینه معاهدات آمده است بر هر دو دسته معاهدات قراردادی و قانون‌ساز، اعمال می‌شود (Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969: Arts 31 & 32)، اما با توجه به دسته‌بندی آن معاهده، این قواعد تفسیر می‌توانند نتایج متفاوتی داشته باشند. یکی از مهم‌ترین این نتایج، در زمینه تأثیرات نقض اساسی معاهده قراردادی توسط یک دسته تعریف شده از دول عضو است. در یک معاهده چندجانبه قانون‌ساز، نقض اساسی توسط یک عضو یا گروهی از اعضاء یا می‌تواند یا نمی‌تواند به نحوی باشد که اثر بسیار مهمی بر منافع دیگر اعضای معاهده بگذارد که آن‌ها را قادر سازد تا اجرای معاهده بین خود و دولت یا دول ناقض را تعلیق کنند یا اعتبار آن را کاملاً خاتمه دهند. این در حالی است که در معاهدات قراردادی این گونه مطلق نیست و چه بسا نقضی واحد، اثر بسیار مهمی بر منافع برخی بگذارد و بر منافع برخی دیگر، چنین اثر مهمی نداشته باشد (Joyner, 2017: 788 & 789).

معاهده قانون ساز را به ذهن متبادر می‌سازد اما تعهدات مندرج آن، به نحوی است که معاهده یادشده را به معاهده قراردادی شبیه‌تر کرده است. در واقع، در این معاهده، دو گروه از کشورها از یک-دیگر متمایز شده‌اند که هر یک تعهداتی دارند. اساساً در سیاق این ساختار معاوضی بوده است که کشورهای گروه دوم، یعنی کشورهای فاقد تسلیمات هسته‌ای، تن به عضویت در معاهده یادشده داده‌اند.

این در وضعیتی است که گروه نخست، یعنی کشورهای دارنده تسلیمات هسته‌ای صرفاً پنج کشوری هستند که مضافاً به عنوان عضو دائم در شورای امنیت سازمان ملل متحد از حق وتو برخوردارند و کشورهای گروه دوم، به لحاظ عددی به مراتب بیشتر هستند. متعاقب این معامله بزرگ، دولت‌های دارای تسلیمات هسته‌ای به موجب ماده ۱، متعهد شده‌اند که تسلیمات هسته‌ای را به هیچ کشوری غیر از پنج کشور دارای تسلیمات هسته‌ای ندهند و در ماده ۶ موافقت کرده‌اند که با حسن نیت، به سمت خلع کامل ذخیر تسلیمات هسته‌ای موجود به پیش روند (NPT, 1968: Art. 6). افزون بر این، آن‌ها در ماده ۴ توافق کرده‌اند که حق دولت‌های فاقد تسلیمات هسته‌ای را به رسمیت بشناسند تا برنامه‌های انرژی هسته‌ای صلح‌آمیز را حفظ کنند و فعالانه در توسعه این برنامه‌ها به آن‌ها مساعدت ورزند (NPT, 1968: Art. 4).

در مقابل، برای این تعهدات، دولت‌های فاقد تسلیمات هسته‌ای به موجب ماده ۲ خود را متعهد کرده‌اند که نه تسلیمات هسته‌ای بسازند و نه تحصیل کنند (NPT, 1968: Art. 2). همچنین، در ماده ۳ متعهد شده‌اند که به منظور تأیید این که تمام مواد هسته‌ای در سرزمین آن‌ها منحصرأ در خدمت استفاده‌های صلح‌آمیز است، خود را به پادمان‌ها که توسط آژانس بین‌المللی انرژی اتمی اداره می‌شود، تقدیم بدارند (NPT, 1968: Art. 3). این ماهیت معاوضی معاهده منع گسترش

² Lawmaking Treaty

¹ Treaty-Contract

اشخاصی را می‌شود به شخص حقوقی دولت منتسب دانست (زمانی و میرزاده، ۱۳۹۲: ۱۱۶) (Álvarez Ortega, 2015: 3). کمیسیون حقوق بین-الملل در مواد ۴ تا ۱۱ مجموعه مواد ۲۰۰۱ به این موارد پرداخته است. در این باره، هر یک از موارد انتساب^۱ که احراز گردد، رفتار مربوطه به آن کشور منتسب دانسته می‌شود و بالمآل، رفتار مطروحه، رفتار آن کشور قلمداد می‌گردد (Fry, 2014: 116).

حقوق کنترل تسلیحات به عنوان یکی از زمینه-های حقوق بین‌الملل عمومی، تحت تأثیر عملکرد کشورها و سازمان‌های بین‌المللی بر اساس حقاها و تعهدات آنها است. نگاه همه‌جانبه و نظم بخشی حقوقی در هر دو سطح داخلی و بین‌المللی، نیازمند تحلیلی در هم تنیده است. کمی پس از الزام‌آور شدن معاهده منع گسترش تسلیحات هسته‌ای، گروهی از دولت‌های تأمین کننده عضو این معاهده، گرد هم آمدند و در مورد چندوچون همکاری و کنترل صادرات در این زمینه، به بحث نشستند (see Joyner, 2005 (a) & (b)). این نشست، گروهی را بنیان نهاد که از آن به «کمیته زانگر»^۲ یاد می‌شود.

کمیته زانگر، در سال ۱۹۷۴ میلادی، در پی آن که هند، اقدام به آزمایش هسته‌ای کرد و همین طور فعالیت‌های برخی دیگر کشورها نظیر کره شمالی، آفریقای جنوبی و برزیل در حوزه هسته‌ای شایسته توجه شد و شدت گرفت، کار خود را آغاز کرد تا از آن طریق، کشورهای عضو کمیته با یکدیگر هماهنگ شوند و بر همکاری‌های توسعه‌ای با دولت‌های در حال توسعه، کنترل و نظارت بیشتری داشته باشند (ساعد، ۱۳۸۳: ۵۸). کمیته زانگر، در زمره ترتیبات سیاسی به شمار می‌آید و درصدد برآمده بود تا ترتیبی اتخاذ کند که کشورهای عضو، در زمینه

معاهده منع گسترش تسلیحات هسته‌ای، یک معامله بزرگ در زمینه مبادله معاوضی تعهدات بین دو گروه متمایز از دولت‌های عضو است (Roland Haupt, 2021: 52 & 75). در ساختار معاوضی تعهدات، نظیر آن چه که در معاهده منع گسترش تسلیحات هسته‌ای آمده است (Joyner, 2013 (a): 291)، آن چه که تحت نمونه معاهده قراردادی توصیف می‌شود، قصور جمعی یک گروه متمایز از اعضای معاهده در رعایت تعهدات خود، می‌تواند، مستقل از و افزون بر ارزیابی نقض‌های فردی دولت یا دولت‌های مربوطه، اثرات خاصی بر کلیت این معامله بزرگ در زمینه تعهدات معاوضی بین گروه-های دولت‌ها بپندد. طرقی که در آنها، دول دارای تسلیحات هسته‌ای، معاهده یادشده را تفسیر کرده-اند، منجر به چارچوب حقوقی برای شماری از سیاست‌های مربوط به تجارت در فناوری‌های انرژی هسته‌ای غیرنظامی و خلع تسلیحات هسته‌ای شده است. این سیاست‌ها، با تحمیل شرایط برای تهیه فناوری‌های غیرنظامی هسته‌ای، حقوق کشورهای دارای تسلیحات هسته‌ای را به موجب ماده ۴ معاهده محدود می‌کند (NPT, 1968: Art. 4).

۳ انتساب ترک فعل در زمینه انتقال دانش و فناوری هسته‌ای

با توجه به این که کشور به عنوان یک شخص حقوقی که تابع فعال و اولیه جامعه بین‌المللی دانسته می‌شود، خود دربردارنده اشخاص حقیقی و حقوقی گونه‌گونی است، این مسأله مطرح است که رفتار چه شخص یا اشخاصی به منزله رفتار کشور دانسته می‌شود و به تعبیر بهتر، رفتار چه شخص یا

آمده است، کاربست «Attribution» بر «Imputation» رجحان دارد؛ چرا که به تعبیر کمیسیون حقوق بین‌الملل «واژه نخست از ورود در این بحث که فرایند قانونی مرتبط کردن چنین رفتاری با دولت، یک فرض است یا این که رفتار مورد بحث را «واقعاً» شخص دیگری مرتکب شده است، اجتناب می‌کند.» (برگرفته از ترجمه ابراهیم گل، ۱۳۹۲: ۳۵).

² "Zangger Committee"

^۱ در خصوص «انتساب»، گفتنی است که هر دو واژه انگلیسی «Attribution» و «Imputation» در ادبیات پارسی حقوق بین‌الملل به «انتساب» برگردان شده‌اند (نک: ابراهیم گل، ۱۳۹۲: ۳۵)؛ و در رویه بین‌المللی و تصمیمات محاکم بین‌المللی، هر دو واژه یاد شده به کار رفته‌اند (ARSIWA, 2001: Art. 2, commentary, para. 12). با این حال، بیشتر از واژه «Attribution» استفاده شده است. به لحاظ عبارت‌پردازی دقیق واژه «انتساب»، بدان گونه که به عنوان یکی از عناصر دوگانه مسئولیت بین‌المللی در آورده‌های کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد



هایی نظیر توانمندی نیز تسری بدهند و چنین گروهی در زمینه «رژیم کنترل فناوری موشکی»^۲ نیز تشکیل دهند (ساعد، ۱۳۸۳: ۶۱). در سال ۱۹۷۵ میلادی، گروهی جدید از دولت‌های تأمین کننده شکل گرفت که سرانجام، جایگزین کمیته زانگر شد و نقش هماهنگ‌کنندگی آن در زمینه کنترل‌های صادرات هسته‌ای را بر عهده گرفت. طی نشست‌های پی در پی، از این گروه، به طور غیررسمی، به «انجمن لندن»^۳ یاد می‌شد و البته عنوان رسمی این گروه، «گروه تأمین کنندگان هسته‌ای»^۴ بود. رهنمودهای گروه تأمین کنندگان هسته‌ای در فهرست ماشه کمیته زانگر وارد شد و به طور گسترده‌ای یادداشت‌تفاهم‌های کمیته زانگر را منعکس می‌کرد. در این باره، به منظور انتقال هسته‌ای به دولت‌های فاقد تسلیحات هسته‌ای، مفاد قابل توجهی نیز فراتر از مفاد معاهده منع گسترش تسلیحات هسته‌ای آورده شد.

رهنمودهای انجمن گروه تأمین کنندگان هسته‌ای، استانداردهای کنترل صادرات را در برخی نواحی، از جمله در انتقال هسته‌ای و فناوری حامی آن‌ها، مضیق کرد (see Strulak, 1993). پس از آن، در سال ۱۹۹۲، گروه تأمین کنندگان هسته‌ای، یک رژیم تکمیلی برای مناسب‌سازی و هماهنگی کنترل‌های صادرات ملی در زمینه موارد دومانظوره شکل داد؛ یعنی آن دسته از مواد و فناوری‌هایی که افزون بر کاربرد بازرگانی مشروع، در زمینه‌های مربوط به سلاح‌های کشتار جمعی^۵ نیز قابل استفاده دانسته می‌شوند. ترتیبات گروه تأمین کنندگان هسته‌ای، برای کنترل صادرات دارای استفاده دومانظوره هسته‌ای، که اینک از آن به بخش دوم گروه تأمین کنندگان هسته‌ای یاد می‌شود، شامل مجموعه‌ای از رهنمودها برای انتقال موارد دارای استفاده دومانظوره هسته‌ای و فهرستی از حدود ۶۵ مورد، از جمله تجهیزات و فناوری، است (Joyner, 2017: 13). اصل پایه‌ای رهنمودهای دولت‌ها این است که تأمین کنندگان

توسعه توان هسته‌ای و همکاری با دیگر کشورها، عملکردی هماهنگ داشته باشند (ساعد، ۱۳۸۳: ۵۸). کمیته زانگر، به طور دوره‌ای، نشست‌هایی برگزار می‌کرد و سرانجام، مجموعه‌ای از یادداشت‌تفاهم‌ها و یک فهرست ماشه، تنظیم و صادر کرد. این مجموعه یادداشت‌تفاهم‌ها توسط همه اعضای کمیته صادر شدند و فهرست ماشه شامل مواردی بود که صادرات آن‌ها موجب الزامات پادمان‌ها، دانسته می‌شدند.

توافقنامه جامع پادمان،^۱ معاهده‌ای دوجانبه میان آژانس بین‌المللی انرژی اتمی و کشور عضو است که در آن به شرح کامل رابطه حقوقی آژانس بین‌المللی انرژی اتمی و آن کشور عضو پرداخته شده است و تعهدات کشور عضو در رابطه با پادمان‌های هسته‌ای و همین طور، اختیار آژانس بین‌المللی انرژی اتمی برای بازرسی و ارزیابی تأسیسات و مواد هسته‌ای آن کشور عضو، در آن مشخص شده است (Joyner, 2013 (a): 283). کمیته زانگر، اساساً با ابتناء بر ترتیبات سیاسی، عملاً مغایر با ماده ۴ معاهده منع گسترش تسلیحات هسته‌ای است و از این رو خلاف مقتضای ذات آن دانسته می‌شود؛ چرا که ماده ۴ معاهده منع گسترش تسلیحات هسته‌ای، اساساً بر آن بوده است تا با جلب رضایت کشورهای فاقد تسلیحات هسته‌ای، آن‌ها را به عضویت در معاهده یادشده تشویق کند. در واقع، افزون بر این که کشورها از حق فعالیت صلح‌آمیز هسته‌ای برخوردارند، کشورهای دیگر متعهد به تسهیل این امر شده‌اند و این تعهد، یک تعهد جمعی است (ساعد، ۱۳۸۳: ۵۳).

اقدامات کشورهای عضو از رهگذر کمیته زانگر، از جمله اقدامات ناقص این تعهد معاهداتی دانسته می‌شود (ساعد، ۱۳۸۳: ۵۸). با این حال، کشورهای عضو نه تنها در ارتکاب نقض مطروحه، استمرار داشته، که حتی کوشیده‌اند تا این امر را به زمینه-

^۴ "Nuclear Suppliers Group" (NSG)

^۵ "Weapons of Mass Destruction" (WMD)

^۱ Comprehensive Safeguard Agreement

^۲ Missile Technology Control Regime (MTCR)

^۳ "London Club"

عنوان شرطی است که باید حاصل آید (Joyner, 2013 (b): 1). با توجه به ماهیت آشکار هماهنگی این سیاست‌ها و اقدامات دولت‌های تأمین‌کننده از طریق گروه تأمین‌کنندگان هسته‌ای، در این سیاق مناسب است که یک نمونه مسئولیت جمعی برای نقض بند ۲ ماده ۴ معاهده منع گسترش تسلیحات هسته‌ای، اعمال گردد.

احراز مسئولیت جمعی ناشی از نقض تعهد هسته‌ای مندرج در معاهده منع گسترش تسلیحات هسته‌ای، به نقض جمعی ماده ۶ توسط دولت‌های دارای تسلیحات هسته‌ای، شباهت دارد. یکی از عوامل پیچیده در بند ۲ ماده ۴ این است که دولت‌های تأمین‌کننده که به موجب بند ۲ ماده ۴ متعهد دانسته می‌شوند، گروهی بسیار بزرگ‌تر و گونه‌گون‌تر از دولت‌های برخوردار از تسلیحات هسته‌ای هستند. با این همه، با توجه به این که، هر دولت تأمین‌کننده که عضو گروه تأمین‌کنندگان هسته‌ای است، از طریق اعمال رهنمودها و فهرست ماشه گروه تأمین‌کنندگان هسته‌ای، در مغایرت با تعهد ماده ۴ (۲) عمل کرده باشد، به منزله قصور جمعی تمام آن گروه است (NPT, 1968, Art. 4 (2)). ماده ۶۰ کنوانسیون وین در زمینه حقوق معاهدات، شامل ایجاد زمینه‌ها برای تعلیق اجرای معاهده و اختتام اعتبار آن، توسط دولت‌های فاقد تسلیحات هسته‌ای، در این مورد قابل اعمال است (VCLT, 1969, Art. 60). به موجب ماده ۶۰ معاهده ۱۹۶۹ وین در زمینه حقوق معاهدات، که در آن به اختتام معاهده یا تعلیق اجرای آن در نتیجه نقض معاهده پرداخته شده است، نقض ماهوی معاهده هم در معاهدات دوجانبه و هم در معاهدات چندجانبه، بستر اختتام اعتبار معاهده یا تعلیق اجرای آن را می‌سوزد.

به موجب آن چه که در ماده ۶۰ (۲) (الف) (دو)، معاهده یادشده آمده است، در معاهدات چندجانبه، این امر می‌تواند تنها محصور به روابط میان دولت مربوطه و دولت ناقض معاهده نباشد و در روابط تمام طرف‌های معاهده اعمال گردد (VCLT, 1969).

نباید انتقال تجهیزات، مواد، نرم‌افزار یا فناوری مربوطه که در فهرست، شناسایی شده‌اند را مجاز بدانند (اگر ۱) دولت‌های فاقد تسلیحات هسته‌ای، آن‌ها را در فعالیت محترق هسته‌ای یا چرخه غیرحفاظت‌شده سوخت هسته‌ای به کار برد؛ (۲) به طور کلی در خطر غیرقابل پذیرش انحراف و تغییر مسیر به چنین فعالیت قلمداد گردد؛ یا (۳) در وضعیتی که انتقال، در مغایرت با هدف منع گسترش تسلیحات هسته‌ای دانسته شود (Strulak, 1993). (۵) دیگر مقرره‌های مهم در این رهنمودها بر معیار ارزیابی سطح خطر مصرح در اصل پایه‌ای و شرایط برای انتقال و انتقال مجدد، تصریح دارد.

این به آن معنا است که مواضع پایان استفاده یا تضمینات عدم استفاده برای فعالیت چرخه محترق یا غیرحفاظت‌شده سوخت هسته‌ای. اینک، گروه تأمین‌کنندگان هسته‌ای از ۴۷ دولت مشارکت‌کننده، از جمله تمام دولت‌های اصلی تأمین‌کننده هسته‌ای در جهان، تشکیل می‌شود (ساعد، ۱۳۸۳: ۶۹). این در وضعیتی است که رژیم منع گسترش تسلیحات هسته‌ای بر آن است تا اعضای کلوب هسته‌ای افزایش نیابد.

۴ نقض جمعی تعهد بین‌المللی در زمینه انتقال دانش و فناوری هسته‌ای

اقدامات دول تأمین‌کننده، از جمله تلاش‌های دولت‌های دارای تسلیحات هسته‌ای، از رهگذر گروه تأمین‌کنندگان هسته‌ای، موجب محدودیت‌هایی هماهنگ در زمینه دسترسی دولت‌های فاقد تسلیحات هسته‌ای به مواد و فناوری هسته‌ای شده است و این در سطح و دامنه‌ای است که نقض تعهد مندرج در بند ۲ ماده ۴ معاهده منع گسترش تسلیحات هسته‌ای دانسته می‌شود. این محدودیت‌ها، شامل انکار هماهنگ غنی‌سازی و بازفراوری فناوری‌ها و شرط دولت‌های فاقد تسلیحات هسته‌ای برای انعقاد پروتکل الحاقی به



بتوان بیش از یک دولت را مسئول عمل متخلفانه بین‌المللی دانست. همین ماده در قسمت (ب) از دومین بند خود مقرر می‌دارد که اگر بیشتر از یک دولت مسئول زیان و خسارت واحد باشند هر یک به اندازه نقشی که ایفا کرده است مسئولیت دارد.

نیز در خصوص گستره حقوق مسئولیت سازمان‌های بین‌المللی، ماده ۴۸ از طرح ۲۰۱۱ در راستای همان جریان ماده ۴۷ طرح مربوط به مسئولیت بین‌المللی دولت تقریر یافته است و این امکان را می‌سازد تا بتوان بیش از یک دولت یا سازمان بین‌المللی را در قبال یک عمل متخلفانه مسئول دانست. از این رو، به موجب اصل مندرج در ماده ۴۷ مجموعه مواد ۲۰۰۱ کمیسیون حقوق بین‌الملل در زمینه مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها ناشی از عمل متخلفانه بین‌المللی، تمام این دولت‌ها مسئول هستند (ابراهیم‌گل و همکاران، ۱۳۹۵: ۸۰۲ و ۸۰۳). در واقع، ماده ۴۷ مجموعه مواد ۲۰۰۱، متضمن آن است که چنانچه بیش از یک کشور، مرتکب عمل متخلفانه بین‌المللی واحد شده باشند، می‌توان به مسئولیت بین‌المللی هر یک از دول متخلف استناد کرد. این امر، آن روی سکه اصل منعکس شده در ماده ۱ مجموعه مواد یادشده است.

با توجه به این که به موجب ماده ۱ که جامعه حقوق بین‌الملل عرفی نیز به تن کرده است، هر دولت بابت رفتاری که مرتکب شده است مسئولیت دارد (ARSIWA, 2001: 33, para. 3) (حدادی و ستایش‌پور، ۱۳۹۶: ۷۷۵) و تعدد دول مسئول نه تنها مانع از مسئول دانستن دول متخلف دیگر بابت عمل متخلفانه واحد نیست بلکه از مسئولیت آن‌ها نمی‌کاهد (ARSIWA, 2001: 124, para. 1).

دیوان بین‌المللی دادگستری به عنوان دادگاهی که در گستره جهانی برای رسیدگی به اختلافات حقوقی کشورها صلاحیت بین‌المللی دارد، در قضایای مختلف، بر قابلیت استناد به بیش از یک دولت، بابت عمل متخلفانه بین‌المللی واحد، صحه گذارده است. به طور مثال، می‌توان به قضایای «اقدامات مسلحانه در سرزمین کنگو»، اشاره کرد که

Art. 60 (2) (a) (ii). قاعده «فسخ یا اختتام یا تعلیق اجرای معاهده در مقابل نقض آن»، افزون بر این که یک قاعده برخاسته از معاهده‌ای بین‌المللی است، قاعده حقوق بین‌الملل عرفی نیز به شمار می‌رود (ضیائی بیگدلی ۱۳۹۹: ۲۵۸ و ۲۵۹). قاعده پیش‌گفته، در هم‌سویی کامل با قاعده سنتی معامله متقابل و مشروعیت اقدامات مقابله به مثل مسالمت‌آمیز یا غیرنظامی دانسته می‌شود (ضیائی بیگدلی، ۱۳۹۹: ۲۵۸ و ۲۶۱). در این باره، می‌توان استدلال کرد که در چنین مواردی، همچنین دولت زیان‌دیده می‌تواند به مسئولیت تمام دولت‌های متخلف استناد کند (ARSIWA, 2001: Art. 47). طرح ۲۰۰۱ از دو نوع مسئولیت، سخن به میان می‌آورد: مسئولیت مستقل و مسئولیت اشتقاقی. مطابق با یافته‌های کمیسیون حقوق بین‌الملل، فصل چهارم از اولین بخش در همین پیش‌نویس به مسئولیت مشترک اشاره دارد. همسو با این روند، ماده ۴۷ از طرح ۲۰۰۱ مسئول دانستن یک یا چند دولت را مانع از بار شدن مسئولیت بر یک یا چند دولت دیگر نمی‌داند. نیز طرح ۲۰۱۱ هم اگرچه با بیانی که کمی متفاوت از عبارت پردازی مواد در طرح مربوط به مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها دانسته می‌شود، در همان جریان طرح ۲۰۰۱ حرکت کرده است. اگرچه شاکله فصل چهارم از بخش اول طرح ۱۹۹۶ حفظ شد اما تغییراتی در متن آن به وجود آمد که موجب روشن‌تر شدن آن گردید تا این که سرانجام در طرح ۲۰۰۱ این نهاد علمی راجع به مسئولیت بین‌المللی دولت آمد. در این ماده آمده است: «۱. هنگامی که چندین دولت مسئول عمل متخلفانه بین‌المللی واحد باشند، می‌توان به مسئولیت بین‌المللی هر یک از آن‌ها در خصوص آن عمل استناد کرد. ۲. بند فوق: الف) به دولت زیان‌دیده این امکان را نمی‌دهد که از باب جبران خسارت چیزی بیش از خسارتی که متحمل شده است مطالبه کند؛ ب) به حق استناد به مسئولیت دیگر دولت‌های مسئول خدشه وارد نمی‌کند.» (ARSIWA, 2001: 124). ماده ۴۷ از طرح ۲۰۰۱ که تحت عنوان «تعدد دولت‌های مسئول» آمده این امکان را فراهم آورده است که

المللی توجه نشان داده است (ICJ, Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, 1986: 7). در حقوق مسئولیت بین‌المللی، معمولاً سخن از توقف عمل متخلفانه و تضمین عدم تکرار می‌آید (ARSIWA, 2001: Art 30)؛ منتها توقف در زمانی مطرح می‌شود که عمل متخلفانه بین‌المللی مربوطه مستمر باشد؛ این به آن معنا است که آن عمل متخلفانه بین‌المللی در بازه زمانی استمرار یافته باشد؛ گروگان‌گیری و همین‌طور، حضور غیرقانونی نیروهای آمریکا در منطقه خاورمیانه و به ویژه عراق، مصداق بارز عمل مستمر است (قاسمی و ستایش-پور، ۱۳۹۹: ۲۰۰)؛ چرا که تحقق آن مستلزم استمرار در یک بازه زمانی هرچند کوتاه است (Kolb, 2017: 151 & 150). از این رو چنانچه عملی چند بار تکرار شود را نباید به منزله استمرار عمل متخلفانه بین‌المللی دانست ولی چنانچه نقض تعهد بین‌المللی در زمان استمرار یابد، آن نقض تعهد، به موجب حقوق مسئولیت بین‌المللی به آن گونه که در مجموعه مواد ۲۰۰۱ کمیسیون حقوق بین‌الملل منعکس شده است، نقض مستمر دانسته می‌شود (ARSIWA, 2001: Art. 14).

اقدام کشورهای دارای تسلیحات هسته‌ای به ویژه آمریکا در سر باز زدن از همکاری در زمینه انتقال دانش و فناوری هسته‌ای، در بازه زمانی استمرار یافته است و نقض مستمر تلقی می‌شود. در این کشورهایی نظیر ایالات متحده آمریکا، مضاف بر نقض تعهدات خود به موجب ان پی تی، تعهدات دیگری که در این خصوص، از جمله و به ویژه به موجب برنامه جامع اقدام مشترک (برجام)، داشته را نقض کرده‌اند و صرفاً درصدد بهره بردن و نقض تعهد کردن هستند. تجربه برجام نشان داد که این کشور، به رغم نقض مستمر تعهد بین‌المللی خود به موجب ان پی تی، بیشتر به پشتوانه حق وتو در شورای امنیت سازمان ملل متحد، همچنان داعیه آن دارد که دیگر کشورها، از جمله و به ویژه جمهوری اسلامی ایران، به تعهدات هسته‌ای خود چه به موجب برجام و چه به موجب ان پی تی، پای‌بند

جمهوری دموکراتیک کنگو علیه رواندا و بوروندی، نزد دیوان بین‌المللی دادگستری اقامه دعوی کرد (ICJ Judgment, 2001 (a) & ICJ Judgment, 2001 (b)). همین‌طور، لیبی در زمینه «مسائل تفسیر و اعمال کنوانسیون ۱۹۷۱ مونترآل ناشی از حادثه هوایی لاکربی»، در سال ۱۹۹۲ میلادی، علیه انگلستان و ایالات متحده آمریکا اقامه دعوی کرد (ICJ Judgment., 2003 (a): 2 & ICJ Judgment., 2003 (b): 2) و نیز صربستان و مونته‌نگرو، در مورد «قانونی بودن توسل به زور»، علیه ۱۰ کشور اقامه دعوی کرد.

باری، این به معنای جبران مضاعف نیست، بلکه صرفاً استناد به مسئولیت بیش از یک دولت است و نباید منتج به جبران مضاعف شود. چه این که، همان‌طور که به اقتضای عدالت، تعدد دول مسئول، متصور است، منع جبران مضاعف نیز به منظور حفظ حقوق دول متخلف، باید پاس داشته شود. در این باره، در وضعیتی که بیش از یک دولت، مسئول زیان و خسارت واحد باشند، مسأله نقش آن‌ها در تحقق عمل متخلفانه بین‌المللی مربوطه، مطرح می‌شود. از این رو، مسئولیت مشترک، یک مفهوم با کاربردپذیری خاص در زمینه حقوق کنترل تسلیحات هسته‌ای است. سودمند است که یک لایه ثانویه مهم از تحلیل راجع به مسئولیت دولت‌ها ناشی از نقض‌های قواعد مربوط به معاهده منع گسترش تسلیحات هسته‌ای مطرح شود.

به‌طور ویژه، اندیشه مهمی برای کاوش و استنباط کامل از مفاد خاص این رژیم پیرامون نقض‌های جمعی معاهده منع گسترش تسلیحات هسته‌ای توسط دولت‌ها است. نقض‌هایی که موجب شده است تا گفته شود که معاهده منع گسترش تسلیحات هسته‌ای، در معرض باد سرد است (Joyner, 2013 (a): 291). بسیاری از موارد نقض‌های تعهد، در زمره نقض‌های مستمر دانسته می‌شوند. دیوان بین‌المللی دادگستری، در قضایایی نظیر قضیه فعالیت‌های نظامی و شبه نظامی آمریکا در نیکاراگوئه، به استمرار نقض تعهد بین-



(Arts 31 & 32)، می‌توان دریافت که این رجحان نامتناسب سطح عدم گسترش در معاهده منع گسترش تسلیحات هسته‌ای، منجر به تفسیر حقوقی نابه‌جا و غلط در پرتو تعادل اصلی اصولی معاهده است (Joyner, 2011: 108)؛ و منافع حقوقی مشروع کشورهای فاقد تسلیحات هسته‌ای را متأثر ساخته و به آن‌ها زیان وارد کرده است (Joyner, 2011: abstract). با توجه به این که معاهده منع گسترش تسلیحات هسته‌ای، یک معاهده‌ای معاوضی بین کشورهای دارنده تسلیحات هسته‌ای از یک سو و از سوی دیگر، کشورهای فاقد تسلیحات هسته‌ای است، در وضعیتی که کشورهای گروه نخست، کشورهای دارای تسلیحات هسته‌ای، به راحتی بدون توجه به تعهدات خود به موجب معاهده منع گسترش تسلیحات هسته‌ای و بدون توجه به معامله بزرگی که با اعضای فاقد تسلیحات هسته‌ای منعقد کرده‌اند عمل کنند (see India-US Agreement, 2007).

همین‌طور، با سوءاستفاده از تعهدات دول فاقد تسلیحات هسته‌ای علیه آنان، به آنان آسیب بزنند، آن‌گاه بدیهی است که این معاهده، نامشروع و بی-مصرف دانسته شود (Joyner, 2013 (a): 291). این به آن معنا است که نقض مستمر تعهد بنیادین یک گروه از کشورها، رفته رفته موجب می‌شود تا دیگر گروه دول عضو معاهده نیز تعهد خود را انجام ندهند و این به معنای بی‌سرانجام‌ماندن معاهده یادشده است.

۵ نتیجه‌گیری

آن‌پی‌تی، بر آن شده است که همان‌طور که تسلیحات هسته‌ای گسترش نیابد و حتی خلع شود، دانش صلح آمیز هسته‌ای توسعه یابد. یکی از تعهدات اصلی پنج کشور دارای تسلیحات هسته‌ای، تعهد به همکاری در زمینه انتقال هسته‌ای دانسته می‌شود. با این حال، در عمل، به رغم ماهیت معاوضی معاهده منع گسترش تسلیحات هسته‌ای،

باشند؛ این در حالی است که تعهدات مربوطه، ماهیتی معاوضی دارند (Davis Gibbons & Herzog, 2022: 56). سازوکارها و اقدامات مستمر و مختلف آمریکا و هم‌پیمانان آن کشور، بنیان رژیم حقوقی معاهده منع گسترش تسلیحات هسته‌ای را سست کرده است (Joyner, 2013 (a): 291). چه این که، پنج عضو دائم شورای امنیت سازمان ملل متحد که «نه به طور تصادفی»^۱ پنج دولت دارای تسلیحات هسته‌ای عضو معاهده منع گسترش تسلیحات هسته‌ای نیز هستند (میرمحمدی، ۱۳۹۶: ۷۱)، اختیارات موسعی در شورای امنیت دارند و از حق وتو برخوردارند.

در واقع، پیچیدگی بازیگران در زمینه کنترل تسلیحات هسته‌ای و پیامدهای احتمالی در حوزه مسئولیت مشترک، یکی از مظاهر رو به تزاید گذاشتن مصادیق مسئولیت مشترک در حقوق بین‌الملل است. توسعه رو به فزونی گزاره مسئولیت مشترک، از اهمیتی خاصی برخوردار است و با توجه به ساختار ویژه معاهده منع گسترش تسلیحات هسته‌ای، در زمینه مسأله کنترل تسلیحات هسته‌ای کاربرد دارد. با توجه به این که تعهدات معاهده منع گسترش تسلیحات هسته‌ای توسط دو گروه به ترتیب، در برابر تعهدات گروه دیگر اتخاذ شده است، افزون بر مسئولیت فردی بالقوه ناشی از نقض‌های ارتكابی توسط یک یا چند دولت، بررسی عدم رعایت جمعی تعهدات ناشی از این معاهده، توسط دو گروه از دولت‌ها، بسیار حائز اهمیت است.

اظهارات دولت‌های دارای تسلیحات هسته‌ای، به ویژه ایالات متحده آمریکا، از دوران جنگ سرد تا به امروز، نشان از رجحان نامتناسب سطح عدم گسترش در معاهده و همین‌طور، کم‌ارزش‌انگاری غیرمعمول توسعه انرژی غیرنظامی و سطوح خلع سلاح در معاهده است. بررسی نظام‌مند معاهده منع گسترش تسلیحات هسته‌ای با توجه به قواعد تفسیر معاهده به آن گونه که در معاهده ۱۹۶۹ وین در زمینه حقوق معاهده آمده است (VCLT, 1969)

^۱ “Not Coincidentally”

نقض تعهد و جمعی بودن مسئولیت بین‌المللی ناشی از ترک فعل، مضاف بر احراز مسئولیت، بر پیامد مسئولیت نیز اثرگذار است و مضاف بر بایستگی توقف عمل متخلفانه و تضمین عدم تکرار، اقتضا دارد تا هم‌زمان و به نحوی توأم، چند شکل از جبران خسارت، صورت پذیرد تا خسارت به طور کامل جبران گردد. در این راه، به فراخور زیانی که به هر کشور وارد شده است، کشور مسئول باید اقدام کند.

در این باره، شایسته توجه است که اگرچه کشورهای فاقد تسلیحات هسته‌ای، همواره به این نقض مستمر معاهده که خلاف مقتضای ذات تعهد معاوضی است، اعتراض کرده‌اند اما شوربختانه تا به امروز، عملکردی هماهنگ صورت نگرفته است و از این رو اقدامات جسته و گریخته‌ای که به صورت پراکنده انجام شده‌اند، در عمل در پای‌بندی و التزام واقعی کشورهای دارای تسلیحات هسته‌ای به معاهده منع گسترش تسلیحات هسته‌ای، مؤثر و عملیاتی دانسته نمی‌شود. مقتضی است تا با تکیه بر ماده ۶۰ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین در زمینه معاهدات بین‌المللی و ماده ۴۷ مجموعه مواد ۲۰۰۱ کمیسیون حقوق بین‌الملل که جامه عرفی نیز به تن دارند، اقدامی هماهنگ از سوی کشورهای فاقد تسلیحات هسته‌ای به عمل آید. به لحاظ حقوقی، مسئولیت بین‌المللی و فیصله اختلاف بین‌المللی، به رغم ارتباط وثیقی که دارند، دو زمینه جداگانه در حقوق بین‌الملل عمومی هستند. چه بسا کشوری مسئولیت بین‌المللی داشته باشد ولی به هر دلیل حقوقی یا غیرحقوقی، کشور زیان دیده، مبادرت به حل و فصل قضایی یا داوری اختلاف بین‌المللی نکند. استناد به مسئولیت، عملی است نسبتاً رسمی که حتماً نیازی نیست از طریق مراجع حقوقی بین‌المللی، اعم از قضایی یا داوری، صورت بگیرد بلکه می‌تواند از رهگذر سازوکارهای دیپلماتیک محقق شود.

در مورد محاکم باید گفت که نخست مقتضی است آن دادگاه صلاحیت رسیدگی داشته باشد. دیوان بین‌المللی دادگستری که رکن قضایی اصلی

کشورهای گروه دارای تسلیحات هسته‌ای، تعهد خود به همکاری را نقض کرده‌اند. تحقق عمل متخلفانه بین‌المللی و بالمآل، ایجاد مسئولیت بین‌المللی دولت، مستلزم آن است تا به ترتیب، دو عنصر انتساب و نقض تعهد احراز گردد و این به معنا است که نخست، احراز شود عمل متخلفانه بین‌المللی به کشور منتسب است و دیگر این که تعهد اولیه نقض شده است.

عملکرد کشورها به ویژه از رهگذر کمیته زانگر و گروه تأمین‌کنندگان هسته‌ای، گواه بر انتساب رفتار است و رفتار مربوطه، بدون تردید، نقض تعهد بین‌المللی در زمینه همکاری برای انتقال هسته‌ای، محسوب می‌شود؛ چرا که اساساً هدف کمیته زانگر و گروه تأمین‌کنندگان هسته‌ای، کنترل انتقالات و صادرات هسته‌ای بوده است. نقضی که نه یک بار، بلکه در طول سالیان، استمرار یافته و یک نقض مستمر تعهد بین‌المللی به موجب آن چه که در ماده ۱۴ مجموعه مواد ۲۰۰۱ کمیسیون حقوق بین‌الملل آمده است، قلمداد می‌گردد. بدین ترتیب، هر دو عنصر عمل متخلفانه بین‌المللی در این باره وجود دارد. از این رو، با تکیه بر قواعد حقوق مسئولیت بین‌المللی، دول دارای تسلیحات هسته‌ای، به ویژه ایالات متحده آمریکا، مسئولیت بین‌المللی بابت ترک فعل دارند. این ترک فعل آمریکا در خصوص برنامه جامع اقدام مشترک موسوم به برجام نیز تکرار شده است. یکی از معضلات جمهوری اسلامی ایران، عدم منتفع شدن از معاهده منع گسترش تسلیحات هسته‌ای و حتی تعهدات مندرج در برجام بوده است که خود مصداقی برای ترک فعل کشورهای طرف تعهدات مطروحه است؛ امری که به موجب حقوق بین‌الملل معاهدات، موجب تعلیق اجرای معاهده یا اختتام اعتبار معاهده منع گسترش تسلیحات هسته‌ای به شمار می‌رود. در وضعیت حاضر، ترک فعل، به خودی خود، نقض تعهد و متخلفانه دانسته می‌شود و چون نقضی جمعی است، مسئولیت بین‌المللی ناشی از نقض جمعی تعهد به همکاری قلمداد می‌گردد. مستمر بودن



سازمان و دارای حق وتو است، طرح این موضوع در شورای امنیت نتیجه مطلوبی در بر نخواهد داشت. در این راه، می‌توان از ظرفیت گروه کشورهای ۷۷ و کشورهای عضو جنبش عدم تعهد در مجمع عمومی سازمان ملل متحد بهره جست و از این طریق اقدام کرد. این اقدام به موجب حقوق مسئولیت بین‌المللی، استناد به عمل متخلفانه بین‌المللی دانسته می‌شود. از این رو نباید این گونه انگاشت که استناد به مسئولیت تنها از رهگذر مراجع قضایی یا داوری بین‌المللی باید صورت بگیرد و حال که هیچ یک از محاکم، صلاحیت رسیدگی ندارند استناد به مسئولیت بین‌المللی منتفی می‌شود؛ به هیچ وجه این گونه نیست. رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در رسیدگی به اختلاف نائورو علیه استرالیا طی قضیه برخی اراضی فسفات در نائورو متضمن آن است که اطلاع دولت خوانده از ادعای دولت خواهان هر چند از طریق گزارش‌های مطبوعاتی، سخنرانی‌ها و نشست‌ها صورت گرفته باشد، خود به منزله استناد دانسته می‌شود.

سازمان ملل متحد است صلاحیت رسیدگی به اختلافات میان کشورها را دارد اما صرف عضویت در آن کفایت نمی‌کند، بلکه کشورها باید به نحوی صلاحیت آن را پذیرفته باشند یا بپذیرند. در این باره، چون صلاحیت دیوان بین‌المللی دادگستری برای این موضوع، از سوی طرفین اختلاف، پذیرفته نشده است اقامه دعوی در دیوان یادشده عملاً منتفی می‌شود مگر این که جمهوری اسلامی ایران اقامه دعوی کند و بعداً کشور مقابل، نظیر آمریکا، صراحتاً یا ضمناً صلاحیت دیوان را بپذیرد که این پذیرش بسیار بعید به نظر می‌رسد. در قضیه‌هایی که اخیراً جمهوری اسلامی علیه ایالات متحده آمریکا، نزد دیوان بین‌المللی دادگستری اقامه دعوی کرده است، به معاهده مودت استناد شده است که در این خصوص، دیگر قابلیت اعمال ندارد. دیوان داوری دعاوی ایران-آمریکا نیز نه به لحاظ زمانی و نه به لحاظ موضوعی صلاحیت رسیدگی به این دعوی را ندارد. باری، محکمه داوری جداگانه‌ای برای رسیدگی به این قضیه، قابل تأسیس است، اما احتمال موافقت آمریکا با چنین راه حلی منتفی است. از این رو، در فقد محکمه ذی صلاح، مقتضی است از راه دیپلماتیک از جمله سازمان ملل متحد، اقدام کرد. با توجه به این که آمریکا عضو دائم شورای امنیت این

References

Holy Quran

Agreement for Cooperation between the Government of the United States of America and the Government of India concerning Peaceful Uses of Nuclear Energy (2007).

Álvarez O., Elena L. (2015). "The Attribution of Responsibility to a State for Conduct of Private Individuals within the Territory of Another State", *InDert*, vol. I, pp. 1-44.

Aust, Ph. (2011). *Complicity and the Law of State Responsibility*, Cambridge University Press.

Azizi, S. & Karimi, S. (2016). "Derived International Responsibility resulted from Aid or Assistance with Emphasis on Case of Use of Cluster Munitions in Yemen", *Journal of Public Law Research*, vol. 18, issue 51, pp. 109-135. (In Persian)

Borelli, S. (2017). *State Responsibility in International Law*, Oxford University Press.

Davis G.R. & Herzog, S. (2022). "Durable Institution Under Fire? The NPT Confronts Emerging Multipolarity", *Contemporary Security Policy*, vol. 43, pp. 50-79.

Ebrahimgol, A. (2013). *The Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries 2001*, Translation to Persian, Under Supervision of S.J. Seifi, The SD Institute of Law Research & Study. (In Persian)

Ebrahimgol, A.; Karimi, S.; Khosroshahi, H. & Roshanfekar, P. (2017). *State Responsibility: The General Part*, 2013, by J. Crawford, Translation to

Persian, Foreword by S.J. Seifi, Sang-e-Laj. (In Persian)

Fleck, D. (2021). "General Principles and Shared Interests as Elements of Nuclear Non-Proliferation", in J.L. Black-Branch & D. Fleck (ed.), *Nuclear Non-Proliferation in International Law*, vol. VI: Nuclear Disarmament and Security at Risk – Legal Challenges in a Shifting Nuclear World, Springer, pp. 501-521.

Fry, J.D. (2014). "Attribution of Responsibility", in A. Nollkaemper, and I. Plakokefalos (ed.), *Principles of Shared Responsibility in International Law: An Appraisal of the State of the Art*, Cambridge University Press, pp. 98-133.

Ghasemi, S.Gh. & Setayeshpur, M. (2020). "U.S. International Responsibility for Martyrdom of Major General Soleimani", *Journal of Comparative Study of Islamic and Western Law*, vol. 7, issue 2, pp. 189-216. (In Persian)

ICJ [International Court of Justice] (1986). Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, *Nicaragua v. United States of America*, ICJ Reports 1986, Contentious Case.

ICJ [International Court of Justice] (2001) (a). Armed Activities on the Territory of the Congo, *Democratic Republic of the Congo v. Burundi*, ICJ Reports 2001, Contentious Case.

ICJ [International Court of Justice] (2001) (b). Armed Activities on the Territory of the Congo, *Democratic*



- Republic of the Congo v. Rwanda, ICJ Reports 2001, Contentious Case.
- ICJ [International Court of Justice] (2003) (a). Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie, Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom, ICJ Reports 2003, Contentious Case.
- ICJ [International Court of Justice] (2003) (b). Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie, Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America, ICJ Reports 2003, Contentious Case.
- ILC [International Law Commission] (2001). Yearbook, vol. ii, part. 2, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA).
- ILC [International Law Commission] (2011). Report on the Work of its Sixty-third Session, A/66/10, UNGAOR 66th sess., Supp. No. 10. Draft Articles on Responsibility of International Organizations (ARIO).
- Joyner, D.H. (2005) (a). "The Nuclear Suppliers Group: History and Functioning", *International Trade Law and Regulation*, vol. 10, no. 2, pp. 33-42.
- Joyner, D.H. (2005) (b). "The Nuclear Suppliers Group: Present Challenges and Future Prospects", *International Trade Law and Regulation*, vol. 10, issue 3, pp. 84-96.
- Joyner, D.H. (2011). *Interpreting the Nuclear Non-Proliferation Treaty*, Oxford University Press.
- Joyner, D.H. (2013) (a). "Iran's Nuclear Program and International Law", *Penn State Journal of Law & International Affairs*, vol. 2, no. 2, pp. 282-292.
- Joyner, D.H. (2013) (b). "Why Nuclear Supplier States in Collective Breach of the NPT", Blogpost, April 24, available at: Joyner, D.H. (2017). "Arms Control", in: André Nollkaemper and Ilias Plakekofalos, *The Practice of Shared Responsibility in International Law*, Cambridge University Press, pp. 781-797.
- Kolb, R. (2017). *The International Law of State Responsibility: An Introduction*, Edward Elgar Publishing.
- Mahmoudi, S.H. (2011). "Impact of Technology on the Development and Evolution of International Space Law", *Journal of Public Law Research*, vol. 13, issue 32, pp. 299-336. (In Persian)
- Mirmohammadi, M.S. (2016). "The Security Council as a Legal Hegemon" *Gergetown Journal of International Law*, 2012, D.H. Joyner, Translation to Persian, in A. Abedini (ed.), *Parvandaye Hasteie Iran va Hoghooghe Bein ol Melal*, Khorsandy, pp. 39-79. (In Persian)
- Mohebi, M. & Rezadoost, V. (2016). "Evolutive Interpretation of Treaties in International Law in the Light of Dispute Regarding Navigational and Related Rights Case (Costa Rica v. Nicaragua)", *International Law Review*, vol. 32, issue 53, pp. 9-30. (In Persian)
- O'Connell, M.E.; El Molla, R. (2013). "The Prohibition on the Use of Force for

- Arms Control: The Case of Iran's Nuclear Program", *Penn State Journal of Law & International Affairs*, pp. 315-327.
- Roland Haupt, D. (2021). "Nuclear Nonproliferation Objectives of Permanence with Accountability at Stake: The Role of International Law in the Interlude between the Tenth and the Eleventh Review Conference of the Parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons", in J.L. Black-Branch & D. Fleck (ed.), *Nuclear Non-Proliferation in International Law*, vol. VI: Nuclear Disarmament and Security at Risk - Legal Challenges in a Shifting Nuclear World, Springer, pp. 37-113
- Saed, N. (2004). "Tose'e Danesh va Fanavari Hasteie Solhamiz e Hasteie dar Asnad va Amoozehaye Hoghogh e Bein ol Melal", *Siasat Defaee*, vol. 46, pp. 45-72. (In Persian)
- Setayeshpur, M. & Abedini, A. (2016). "Iraq Use of Chemical Weapons in Iraq-Iran War" U.S. Derivative Responsibility", *Journal of Public Law Research*, vol. 7, issue 50, pp. 143-169. (In Persian)
- Setayeshpur, M. & Haddady, M. (2017). "Scrutinizing the Necessity of Enunciating the Concept of "Derivative Responsibility: in light of ILC Works", *Public Law Studies Quarterly*, vol. 47, issue 3, pp. 771-795. (In Persian)
- Setayeshpur, M. (2016). "Iran's Nuclear Program and International Law", *Penn State Journal of Law and International Affairs*, 2013, by D.H. Joyner, Translation to Persian, in A. Abedini (ed.), *Parvandaye Hasteie Iran va Hoghooghe Bein ol Melal*, Khorsandy, pp. 27-39. (In Persian)
- Setayeshpur, M. (2019). *Legal Consequences of State Succession in respect of International Responsibility*, Ph.D. Thesis, Supervisor: Dr. M. Fazaeli, Advisor: Dr. S.Y. Ziaee, Faculty of Law, University of Qom. (In Persian)
- Strulak, T. (1993). "The Nuclear Suppliers Group", *Nonproliferation Review*, no. 1, vol. 1, pp. 2-10.
- Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons (1968). 729 UNTS.
- Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) (1969). 1155 UNTS.
- Zamani, S.Gh. & Mirzadeh, M. (2013). "International Responsibility of States for Private Company's Conduct thorough the Lens of International Judicial and Arbitral Jurisprudence", *Journal of Public Law Research*, vol. 14, issue 40, pp. 115-140. (In Persian)
- Ziai Bigdeli, M.R. (2020). *Law of International Treaties*, Ganj-e-Danesh. (In Persian)
- <https://armscontrollaw.com/2013/04/24/why-nuclear-supplier-states-are-in-collective-breach-of-the-npt/>
- <https://legal.un.org/ilc/guide/gfra.shtml> (Last visited: 2021.08.21).
- <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions> (Last visited: 2021.08.22)
- <https://treaties.un.org/pages/showDetails.aspx?objid=08000002801d56c5> Last visited: 2021.08.21).

Original Article

An Expression of Intention in Negotiations Instruments: A Study of the Law in Iran and Geneva and UNCITRAL Conventions

Mohammad Shokri ^{*1} , Amir Ahmadi ² 

¹ Assistant Professor, Department of Law, Payam Noor University, Tehran, Iran

² Assistant Professor, Department of Law, Payam Noor University, Tehran, Iran



[20.1001.1.24237566.1402.7.1.5.9](https://doi.org/10.22080/lps.2022.24123.1380)



[10.22080/lps.2022.24123.1380](https://doi.org/10.22080/lps.2022.24123.1380)

Received:

August 8, 2022

Accepted:

October 19, 2022

Available online:

November 30, 2022

Keywords:

Negotiations instruments,
Intention expression,
Sign, Seal, Delivery

Abstract

Issuance of negotiations instruments, checks, promissory notes, bills of exchange, their endorsement or guarantee, as well as the acceptance of bills of exchange must be according to the general rules of contracts to be considered a legal act. However, according to the international conventions of Geneva and UNCITRAL regarding negotiations instruments, the meaning is specified using a signature and seal. The definitive stage of delivery of the document after signing, which must be done with consent, is also important. Iran's law is silent on the legal effect of submitting a negotiation instrument while it is defined as the role of submission in international documents and English Law. Transfer of a document is considered as the intention to declare the will, or a declaration of the will along with the complementary and final signature.

***Corresponding Author:** Mohammad Shokri

Address: Assistant Professor, Department of Law,
Payam Noor University, Tehran, Iran

Email: Mshokri@pnu.ac.ir



Extended Abstract

1. Introduction

According to the general rules of contracts, there is basically no special way to declare and express will. However, in written transactions, this expression is generally done by inserting a person's signature or seal. In some cases, the law has emphasized the way of expressing character. Issuing and endorsing the commercial document is actually the transfer of the rights arising from the commercial document to the holder; this category includes the way of expressing the will in these documents although the legislator is silent about the guarantee. In addition to the signature and seal, regarding the expression of will, the role of submission of the commercial document is a topic worthy of investigation, especially since this category is silent in Iranian law, contrary to international regulations and documents. The analysis of these issues leads to the solutions and suggestions of the existing legal gaps and unknowns. In this research, the stage of expressing the will of those in charge of commercial documents in the relevant legal acts is realized by their signature or seal on the commercial documents, as well as their submission, separately and with tracking in Iranian law, the Geneva Conventions of 1930 and 1931 and the UNCITRAL of New York in 1988. Sometimes, the laws of England and France are reviewed, and for a comprehensive approach to the goal, the structure of the writing is considered based on the signature and seal in the four voluntary actions in commercial documents, including issuing, endorsing, guaranteeing commercial documents, accepting the bill, and then submitting the commercial document.

2. Methods

The research uses a descriptive-analytical method, compiled by referring to the relevant laws and regulations and international documents and analyzing them based on legal principles and authors' sources and works.

3. Findings

Obligations of commercial documents resulting from the agreement of the parties regarding the document and its conditions, including the agreement on the due date of the document, are part of the agreement in the pillars. The intention of the essay should be affordable to the discoverer, the intention of the discoverer is to compose the existing credit. The signature or seal of the bill of exchange and promissory note, as well as the signature of the check by the exporter, are the basic conditions of these documents, the English bill of exchange law of 1988 also stated the necessity of its signature by the exporter. Clause 8, Article 1 of the Uniform Law on Bills of Exchange and Promissory Notes of Geneva, 1930, also considers the signature of the issuer of the bill of exchange as one of its essential contents. In 1931 Geneva Convention, endorsement is made on the back of a check or a sheet attached to it and must be signed by the endorser. According to Iran's laws regarding promissory notes and bills of exchange, unlike the act of issuing which can be done with a seal, to declare the promissory note will, first, his seal or signature is necessary; second, the signature or seal must be on the "promissory note itself" as specified in Article 228 of the Commercial Law. Iran's Commercial Law is silent about the "delivery of a commercial document" after

signing or sealing while the international documents have not neglected this issue. Article 13 of the UNCITRAL Convention specifies that the document should be transferred to the next party by endorsement and delivery of the document by the endorser. According to the first paragraph of Article 21 of the English Law, the bill of exchange is incomplete until it is submitted and the issuer has the right to withdraw from his obligation.

4. Conclusion

In commercial documents, the way of expressing the intention is specified, the bills of exchange and promissory notes are issued with the signature or seal of the issuer on the commercial document, the issuance of a check is possible only with the signature of the issuer, as specified by the legislator, and the acceptance of the bill of exchange is done with the signature or seal of the acceptor. The third acceptor in the bill of exchange must declare and express his intention by signing it in the protest letter. Ignoring the necessity of his signature in the commercial document - in addition to the protest letter - is criticized and it is likely that this necessity will be amended in the law. The Commercial Law is silent regarding expressing the will to guarantee the commercial documents. The guarantee of commercial documents must be done on the commercial document itself, and despite the difference of opinion, in some ways, including preventing the ease of forgery, not accepting a seal, and the need to express the will, it is more justified with a signature.

The expression of will by signing or sealing the commercial documents is complete when it is surrendered after signing or sealing. In fact, in the theory presented in the article, the means of expressing the will is surrender after signing or sealing, the approach of this opinion is the possibility of referring from the intention to the previous. It is from submission, in the case of acceptance of a bill of exchange, which stipulates that "the acceptor does not have the right to default" according to Article 231 of the Commercial Law. It will not violate the theory of completing the expression of will by submitting a signed or sealed document because according to the mentioned article, the acceptor has no right to default, not the signer nor the sealer. Surrender is effective when it is done with the consent of the signer or sealer, and in terms of evidence, submission by coercion, reluctance, and deception is not effective. However, in terms of proof, the principle is that the surrender is made with consent, unless the opposite is proved.

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

اعلام اراده در اسناد تجاری؛ مطالعه حقوق ایران و کنوانسیون‌های ژنو و آنسیترال

محمد شکری^{*۱} ID، امیر احمدی^۲ ID

^۱ استادیار گروه حقوق دانشگاه پیام نور، تهران، ایران.
^۲ استادیار گروه حقوق دانشگاه پیام نور، تهران، ایران.



[20.1001.1.24237566.1402.7.1.5.9](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.24123.1380)



[10.22080/LPS.2022.24123.1380](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.24123.1380)

چکیده

صدور اسناد تجاری، چک، سفته و برات و ظهرنویسی یا ضمانت آنها و همچنین قبولی برات ناشی از اراده اشخاص است، مطابق قواعد عمومی قراردادها قصد انشا باید ابراز گردد تا سازنده عمل حقوقی باشد، این ابراز اصولاً می‌تواند به هر نحوی صورت پذیرد اما مطابق کنوانسیون‌های بین‌المللی ژنو و آنسیترال در خصوص اسناد تجاری، ابراز اراده به نحوی خاص مشخص گردیده است؛ زیرا حسب مورد با امضا یا مهر و گاه صرفاً با امضا باید صورت گیرد. رکن دیگر ابراز اراده و در واقع مرحله قطعی آن، تسلیم سند پس از امضا یا مهر است که باید با رضایت بعمل آید، حقوق ایران نسبت به اثر حقوقی تسلیم سند تجاری ساکت است، لکن در اسناد بین‌المللی و حقوق انگلیس به نقش تسلیم تصریح گردیده است. تسلیم سند علاوه بر مواردی مانند انتقال سند در وجه حامل و یا ظهرنویسی بدون نام که به نحو مستقل قصد اعلام اراده محسوب می‌گردد، در سایر موارد نیز باید در کنار امضاء مکمل و تمام‌کننده اعلام اراده محسوب گردد.

تاریخ دریافت:

۱۷ مرداد ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۲۷ مهر ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۰۹ آذر ۱۴۰۱

کلیدواژه‌ها:

اسناد تجاری، ابراز اراده، امضا، مهر، تسلیم

* نویسنده مسئول: محمد شکری

آدرس: استادیار گروه حقوق دانشگاه پیام نور، تهران، ایران. ایمیل: Mshokri@pnu.ac.ir

۱ مقدمه

در این پژوهش مرحله ابراز اراده مسئولین اسناد تجاری در اعمال حقوقی مربوطه که با امضا یا مهر آنان بر روی اسناد تجاری و همچنین تسلیم آن محقق می‌گردد، به تفکیک و با تتبع در حقوق ایران، کنوانسیونهای ژنو ۱۹۳۰ و ۱۹۳۱ و آنسیترال نیویورک ۱۹۸۸ و گاه قوانین انگلیس و فرانسه بررسی می‌گردد، جهت حصول مطلوب، اهتمام بر تحلیل مصراحت قانونی و ارائه راه حل در مواردی است که قانون نسبت به آنها ساکت است و یا اجمال دارد. برای دستیابی جامع به هدف، ساختار نوشتار بر اساس امضا و مهر در اعمال ارادی چهارگانه در اسناد تجاری شامل صدور، ظهرنویسی و ضمانت اسناد تجاری، قبولی برات و سپس تسلیم سند تجاری طرح می‌گردد.

۲ امضا یا مهر اسناد تجاری

۲،۱ صدور

به موجب یک تعریف در دکتترین؛ سند تجاری نشان‌دهنده "سندی است که مالک قانونی آن حق دارد در تاریخ معینی از حق گنجانده شده در سند استفاده نماید." (Catana, 2013: 54) در رویه بازرگانی، اسناد تجاری بیانگر اسناد اعتباری و پرداختی است که ممکن است به عنوان مالکیت یا به عنوان وثیقه برای کسب اعتبار یا مبلغی پول قبل از موعد مقرر، تخصیص داده شود. (Turcu, vol. II, 1998: 84)

تعهدات برواتی ناشی از توافق طرفین نسبت به سند و شرایط آن از جمله توافق در سررسید سند جزء توافق در ارکان است. (نورانی‌مقدم و دیگران، ۱۳۹۵: ۱۷۵) این موضوع در خصوص تمام شرایط سند تجاری از جمله مبلغ و غیره صدق می‌کند. توافق محصول قصد طرفین است؛ قصد انشا باید مقرون به کاشف باشد، قصد بوسیله کاشف موجود اعتباری را انشا می‌کند. (لنگرودی، ۱۳۸۷: ۸۸) اراده باطنی بدون ابراز فاقد اثر حقوقی است. (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۹۱) قصد در مرحله اجرای تصمیم محقق می‌گردد.

«قدر مشترک همه معانی ارائه شده از عبارات اراده در حوزه ادبیات، مفهوم قصد، عزم، خواسته که جنبه نفسانی دارد، مشهود است.» (حسینی، مقدم و محمدی، ۱۳۹۸: ۱۱) در حقوق عنصر سازنده اعمال حقوقی قصد انشاء است. مطابق قواعد عمومی قراردادها اصولاً شکل خاصی برای اعلام اراده وجود ندارد ولی قانون در برخی موارد برای نحوه اعلام اراده خصوصیت قائل گردیده است، در دفاتر اسناد رسمی جهت تنظیم سند امضا یا اثر انگشت متعاملین حسب مورد در ثبت دفتر و سند الزامی است. بر اساس ماده ۱۳ قانون تعهدات سوئیس نیز «قراردادی که قانونگذار برای آن تنظیم نوشته را لازم می‌داند باید بوسیله تمام کسانی که عقد مزبور بر آنها تعهدی بار می‌کند، امضا شود.» (واحدی، ۱۳۸۵: ۱۵).

صدور و ظهرنویسی سند تجاری، در واقع انتقال حقوق ناشی از سند تجاری به دارنده است، در اسناد تجاری چک، سفته، برات قانون تجارت امضا یا مهر سند از سوی صادرکننده، ظهرنویس و براتگیر را به عنوان یکی از شرایط ضروری مقرر نموده است. این مقوله متضمن نحوه اعلام اراده در این اسناد است البته مقنن در خصوص ضمانت ساکت است. علاوه بر امضاء و مهر، در باب ابراز اراده نقش تسلیم سند تجاری موضوعی درخور بررسی است بویژه اینکه این مقوله بر خلاف مقررات و اسناد بین‌المللی، در قانون ایران مسکوت است. تحلیل این موضوعات مجهولات و خلأهای قانونی موجود را به راه‌حلا و پیشنهادهای رهنمون می‌سازد.

روش پژوهش مبتنی بر شیوه توصیفی-تحلیلی است که با رجوع به قوانین و مقررات و اسناد بین‌المللی مربوط و تحلیل آنها بر اساس اصول حقوقی و منابع و آثار علمی نسبت به تدوین یافته‌ها اقدام شده است.



امضاء سند تجاری از جمله شرایط شکلی محسوب می‌گردد برخی شرایط شکلی، یک قاعده شکلی است که به تنهایی و فی‌نفسه اهمیت و چگونگی تعهدی را معین می‌نماید؛ در واقع حکایت از یک امر ماهوی دارد و طبیعتاً باید مشمول قانون قابل اعمال در ماهیت باشد. (اخلاقی، ۱۳۶۹ الف، ۴۸-۴۷) امضا و مهر اسناد تجاری از این دست محسوب می‌گردد. مطابق صدر ماده ۲۲۳ و ۳۰۸ قانون تجارت ایران امضا یا مهر برات‌دهنده یا صادرکننده سفته ضروری است. امضا یا مهر نشان‌دهنده قصد انشا صاحبان آنها و در واقع ابراز قصد صدور سند مربوطه است. قانون برات ۱۹۸۸ انگلیس نیز در تعریف برات با عبارت 'signed by the person giving It' ضرورت امضای آن توسط صادرکننده را بیان کرده است.^۱

مسئولیت تضامنی اسناد تجاری ناشی از قانون و تعهد امضاکنندگان مبنای ارادی دارد. (عبدی‌پور و فتوحی‌راد، ۱۳۹۵: ۱۲۲) در واقع قانونگذار نحوه ابراز اراده متعهد در صدور سفته و برات را امضا یا مهر تعیین نموده است. همچنین مطابق ماده ۳۱۱ قانون مذکور چک باید به امضای صادرکننده برسد. در خصوص صدور چک بر خلاف سفته و برات صرفاً امضا تصریح گردیده است؛ از این رو در حقوق ایران، استفاده از مهر نمی‌تواند خلأ امضا چک را جبران نماید. این سند برای صدور نیازمند قصد انشا و بیان آن به طریق تعیین شده در قانون یعنی اعلام اراده به وسیله امضا سند است.

نظر به کارکرد غالب و شایع از اسناد تجاری برات، سفته و چک که بر اساس قانون تنظیم می‌شود، با گنجاندن دین در سند از سایر اسناد مورد استفاده در روابط مدنی و تجاری متمایز می‌شوند و از این رو اسناد بدهی نامیده می‌شود. ویژگی‌های اصلی این اسناد عبارتند از: ماهیت رسمی، تحت‌اللفظی و مستقل. ایجاد، گردش و اعمال حقوق مالکیتی به وجود عناصر مندرج در سند بستگی دارد. ماهیت

(شهیدی، ۱۳۸۰: ۱۲۹) که در حقوق از آن به قصد انشا تعبیر می‌شود، اعلام اراده در نظام قانون مدنی کنونی اصولاً طریقت دارد نه موضوعیت و به هر طریق ممکن است بروز یابد. در فقه نیز این نظر وجود دارد (موسوی خویی، ص. ۱۹؛ موسوی الخمینی، ص. ۲۰۳-۲۰۴) آنچه در مرحله ابراز اراده ضروری است مطلق ابراز است از این رو اعلان کافی است نه لزوماً اعلام؛ بنابراین لزوم آگاهی مخاطب دلیل می‌خواهد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۲۵۱)

علاوه بر استقلال ابراز از قصد به عنوان دیدگاهی رایج، در دیدگاهی دیگر قصد هنگامی که نمود خارجی می‌یابد، عنوان اراده بر آن صادق است. (حسینی‌مقدم و محمدی، ۱۳۹۸: ۱۶) تصمیمات درونی اجرا نشده‌ای که ظهور نیابد در قلمرو قصد واقع نخواهد شد، ارزش و اعتبار قصد در برون هر شخص و در بطن جامعه جلوه می‌یابد. قصد بدون اعلام نه تنها واجد اثر نیست. آنچه که از درون و ذهن خارج گردیده و به منصفه ظهور رسیده است، قصد تلقی می‌گردد و در عالم واقع منشأ اثر حقوقی می‌شود؛ زیرا روابط حقوقی دارای جنبه اجتماعی بوده و با میل باطنی یا قصد درونی بوجود نمی‌آید. (حسینی‌مقدم و محمدی، ۱۳۹۸: ۲۰) تبلور قصد انشاء و تحقق قصد توأم با اعلام است. (حسینی مقدم و محمدی، ۱۳۹۸: ۲۸) اعلام اراده سبب تحقق قصد انشاء می‌گردد و قصد و اهمیت آن در مرحله اعلام، ظاهر می‌شود. اعلام صرفاً نقش شناسنده و کاشفیت ندارد؛ بلکه اثربخش و هویت‌دهنده است. (حسینی‌مقدم و محمدی، ۱۳۹۸: ۶۷)

صدور، اولین مرحله و موجد اسناد تجاری است، امضا یا مهر برات و سفته و همچنین امضای چک توسط صادرکننده از شرایط اساسی این اسناد محسوب می‌گردد، سند فاقد امضا نه تنها مشمول تعهد برواتی نیست بلکه حتی به عنوان یک سند عادی هم پذیرفته نمی‌شود. (اسکینی، ۱۳۷۹: ۴۲)

whom it is addressed to pay on demand or at a fixed or determinable future time a sum certain in money to or to the order of a specified person, or to bearer.

¹⁻ 3) Bill of exchange defined.

(1) A bill of exchange is an unconditional order in writing, addressed by one person to another, signed by the person giving it, requiring the person to

متحدالشکل زنو ۱۹۳۱ امضای چک توسط صادرکننده را از شرایط صدور این سند دانسته است. (بند ۶ ماده ۱) و در ماده ۲ ضمانت اجرای عدم رعایت آن عدم اعتبار چک تعیین شده است. همچنین به موجب ماده ۱۰ کنوانسیون زنو ۱۹۳۱ چنانچه چک توسط اشخاصی امضا شود که توانایی متعهد نمودن خود را ندارند و یا امضاء جعلی یا امضای اشخاص صوری یا امضاهایی که به هر دلیل دیگری نمی‌توانند برای اشخاصی که چک را امضاء کرده‌اند یا از طرف آنها امضاء شده باشد، الزام‌آور باشد. تعهدات سایر اشخاصی که آن را امضا کرده‌اند به هر حال معتبر است.

این مقرر علاوه بر اینکه عبارت پایانی آن اصل استقلال امضائات را مطرح می‌نماید، به خوبی نقش امضا به عنوان اعلام اراده را بیان می‌نماید؛ چه برخی مصادیق مقرر، افراد فاقد اهلیت‌اند که از اراده کافی برخوردار نیستند، همچنین در برخورد با جعل امضا دیگران و امضا از طرف اشخاص موهوم، به درستی بر مبنای فقدان قصد و اراده منتسبین، امضا را بی‌اثر دانسته و در نتیجه عدم تعهد را طرح نموده است؛ زیرا امضا بیانگر اراده امضاکننده است و هر جا خلاف آن اثبات شود، موثر نیست. کنوانسیون مزبور در ماده ۱۱ امضای چک به نمایندگی از دیگری را در حالی که چنین اختیاری نداشته و یا از اختیاراتش تجاوز کرده است، موجب تعهد خود امضاکننده دانسته است نه شخصی که از طرف او امضا شده است. مبنای عدم تعهد شخص منوب‌عنه در این فرض نیز فقدان قصد باطنی است. از طرفی تعهد چنین امضاکننده‌ای بر مبنای حمایت از دارنده سند تجاری است.

«مهرامضا» ماهیتاً مهر محسوب می‌شود؛ زیرا شاخص امضا ترسیم زنده آن با دست است، در صورتی که مهرامضا، فاقد این ویژگی است؛ بر این مبنای صدور برات و سفته با مهرامضا صحیح است

سختگیرانه اسناد بدهی با الزام به رعایت برخی الزامات شکلی منعکس می‌شود؛ برات، سفته و چک برای معتبر بودن، مستلزم برخی الزامات شکلی اجباری هستند این اسناد تحت‌اللفظی هستند، به این معنا که وجود و پوشش حقوق مالکیت، از طریق عبارات مندرج در سند ثابت می‌شود. بنابراین، رابطه حقوقی که باعث انتشار سند بدهی شده است، (خواه قرارداد خرید، یا وام یا گشایش بدهی) بر حق ناشی از سند تأثیر نمی‌گذارد. بر همین مبنای امکان تفسیر یا تکمیل اسناد بدهی با سایر اسناد وجود ندارد. (Cristea, 2013: 117) وجه‌اللفظی یعنی [حقوق و تعهد] فقط از طریق عناصر مندرج در سند احراز می‌شود. لازم به ذکر است که اهلیت امضاءکننده، متضمن اراده بر تعهد برات است (با امضای سند به عنوان براتکش، براتگیر، ذینفع، ظهرنویس، یا وصول‌کننده). (Cristea, 2013: 120)

بند (I) ماده ۵ کنوانسیون آنسیترال در شرح واژه 'Party' بیان می‌دارد: «شخصی که سندی را به عنوان صادرکننده، متعهد، ظهرنویس یا ضامن امضا نموده است.» بنابراین در این سند بین‌المللی امضا متوجه متعهد اسناد تجاری برات و سفته شده است. در حقوق ایران نیز قانون تجارت صرفاً در مورد متعهدین اسناد تجاری امضا یا مهر را مقرر نموده است. ابراز طرف متعهدله یعنی دارنده سند که در ظهرنویسی منتقل‌الیه (دارنده بعدی) و در ضمان، مضمون‌له واقع می‌شود، صرفاً به صورت معاطاتی و عملی است. از جمله قبض و تحویل گرفتن سند از دست صادرکننده یا ظهرنویس و موافقت برای امضا ضامن در سند، وسیله ابراز اراده اوست. بنابراین موضوع بحث نوشتار اساساً راجع به اعلام اراده متعهد سند تجاری موضوعیت می‌یابد.

بند ۸ ماده ۱ قانون متحدالشکل برات و سفته ژنو ۱۹۳۰ نیز امضای صادرکننده برات را از مندرجات ضروری برات می‌داند^۱ همچنین کنوانسیون

¹ - Article 1: A bill of exchange contains: . . . 8. The signature of the person who issues the bill (drawer).



امضای عادی به شکل نام شخص یا امضای اسکن شده یا بیومتریک و غیره ذیل نامه الکترونیکی درج می‌گردد. (ابهری و دیگران، ۱۳۹۶: ۱۴) با توجه به پذیرش اسناد تجاری الکترونیکی از سوی قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲ و قانون اصلاح قانون چک مصوب ۱۳۹۷ و عدم تفاوت آثار آن با اسناد تجاری سنتی (جلالی و خاکزاد، ۱۳۹۱: ۳۶) مطالب مطروحه در باب ابراز اراده در این چهره نوین اسناد تجاری نیز یکسان است؛ چه امضای الکترونیکی واجد همان آثار امضاء سنتی و کاغذی است.

۲،۲ ظهنویسی

پس از صدور اسناد تجاری، برای انتقالات بعدی (ظهنویسی) اعلام اراده انتقال‌دهنده بوسیله امضا دارنده ضروری است. بند ۸ ماده ۱ کنوانسیون ژنو ۱۹۳۰ ژنو نیز امضا برات را برای صدور ضروری و در صدر ماده (۲) فقدان آن را موجب بی‌اعتباری برات دانسته است. همچنین مطابق ماده ۱۶ کنوانسیون ژنو ۱۹۳۱ ظهنویسی در پشت چک یا برگه‌ای که بدان الصاق شده است صورت می‌گیرد و باید به امضای ظهنویس رسیده باشد.

به نظر برخی اگر صدور برات یک عمل حقوقی است که اعتبار خود را از توافق اراده طرفین کسب می‌کند و از این رو تابع قواعد مدنی است، در نقل و انتقالات بعدی چنین نخواهد بود؛ زیرا به صحت ظاهری سند اعتماد می‌کنند و مقنن بر اعتبار آن صحه گذاشته است. (صقری، ۱۳۹۰: ۱۰۶) تصحیح عبارت مذکور اینگونه است که رویکرد صحت ظاهری، استقلال هر مرحله از سایر مراحل است؛ بنابراین هر ظهنویسی مستقل از صدور یا ظهنویسی قبلی، خود توافقی جدید است بین ظهنویس و انتقال‌گیرنده (دارنده جدید). که همانند مرحله صدور یک عمل حقوقی و ارادی محسوب می‌گردد.

لکن بر اساس ظاهر قانون، نمی‌توان با «مهرامضا» چک صادر نمود. دیوان کشور فرانسه، قبلاً استفاده از مهرامضا را رد کرده بود؛ زیرا به نظر دیوان امضا جز آنچه با دست صورت می‌گیرد نمی‌تواند باشد و استفاده از مهر امضا امکان سوءاستفاده را فراهم می‌آورد لکن نهایتاً به موجب مقررات بعدی امضا صادرکننده و ظهنویس با دست و غیردست پذیرفته شد. در انگلستان فقدان امضا صادرکننده موجب بی‌اعتباری برات است، ولی تعریفی از امضا نشده است و بنظر می‌رسد امضا غیردست‌نویس نیز پذیرفته شده است. (اسکینی، ۱۳۷۹: ۳۶)

کنوانسیون ۱۹۸۸ (آنیسترال) در بند د-۱ ماده ۳ امضای براتکش و بند د-۲ ماده ۳ امضای صادرکننده سفته را جهت صدور ضروری می‌داند، همچنین مطابق بند ۱۱ ماده ۵ «منظور از امضا، امضا دست‌نویس یا بصورت تصویر یا معادل مصدق شده آن به هر وسیله‌ای می‌باشد». کنوانسیون مذکور امضا را به صورت اعم تعریف نموده است. و به نظر مهرامضا را در بر می‌گیرد.

ممکن است سند تجاری در اصل به صورت الکترونیکی ایجاد و سپس در همان محیط منتقل شود، در این شکل اصل سند تجاری در قالب داده پیام شکل می‌گیرد. (شیروی و میری، ۱۳۸۷: ۸) ماده ۶ قانون نمونه تجارت الکترونیکی آنسیترال داده پیام را در حکم نوشته می‌داند، به شرط اینکه برای ارجاعات بعدی قابل دسترسی باشد. (شیروی و میری، ۱۳۸۷: ۱۴) هر سند تجاری جهت انتساب به صادرکننده نیاز به امضا دارد، در شیوه الکترونیک امضا پس از تبدیل به کدهای قابل دریافت وارد رایانه شده و بعد به رایانه مخاطب انتقال می‌یابد، سپس دوباره به همان شکل اولیه (گرافیکی) در مانیتور ظاهر می‌گردد. (شیروی و میری، ۱۳۸۷: ۱۵) امضاء الکترونیکی مطمئن صحت صدور آن توسط امضاکننده از سوی مرجعی ذیصلاح قانونی تأیید می‌گردد و ضمن ذخیره مطمئن در یک سامانه اطلاعاتی در موارد لزوم قابل دسترسی است. (ابهری و دیگران، ۱۳۹۶: ۱۳) نوع ساده امضاء الکترونیکی نیز همانند

برخی ظهرنویسی با مهر را نه تنها در خصوص ظهرنویسی برات و سفته پذیرفته‌اند، بلکه قائل به امکان ظهرنویسی چک با مهر نیز شده‌اند، (فخاری، ۱۳۷۴: ۴۰ و ۴۱) هر چند نظر مزبور را شاید بتوان به دلیل وحدت ملاک با مرحله صدور در خصوص برات و سفته پذیرفت، لکن نسبت به چک با توجه به خصوصیت امضا جهت اعلام اراده در مرحله صدور و تصریح ماده ۳۱۱ قانون تجارت به صرف امضا برای انتقال آن، ظهرنویسی چک با مهر را نمی‌توان کافی دانست، بویژه اینکه رویه عملی بانکها نیز چنین است.

به موجب ماده ۳ کنوانسیون ژنو ۱۹۳۰ شکل تعهدات برات و سفته را تابع قانون محل ایجاد تعهد است؛ از این رو در بروات و سفته‌های مورد استفاده در روابط تجاری بین‌المللی کفایت امضا یا مهر تابع قانون کشور محل امضا یا مهر خواهد بود، خواه در مرحله صدور باشد یا سایر مراحل (ظهرنویسی، امضا، ضمانت یا قبول برات). قانون تجارت ایران نیز به موجب ماده ۳۰۵ این قاعده را پذیرفته لکن پیمان ژنو در ادامه ماده مذکور این قاعده موضوعه را در دو مورد تعدیل نموده است؛ یکی در مورد صلاحیت فرعی قانون محل انجام تعهد مؤخر و دیگری صلاحیت فرعی قانون ملی. حسن این امر استقلال هر امضا در اسناد تجاری است. (اخلاقی، ۱۳۶۹: ب: ۱۰۱) بنابراین باید گفت مطابق کنوانسیون مزبور عمل ظهرنویسی بر اساس قانون داخلی کشور محل ظهرنویسی حسب مورد بدون امضا یا مهر فاقد اثر است. در تکمیل مطالب ذکر این نکته ضروری است که سفته و چک در وجه حامل می‌تواند صرفاً با قبض و اقباض منتقل گردد، همچنین چنانچه ظهرنویسی برات بدون نام منتقل‌الیه صورت گیرد، دارنده اخیر می‌تواند با قبض و اقباض آن را انتقال دهد، در واقع در این موارد ابراز اراده با قبض و اقباض و به معاطات صورت می‌گیرد. گرچه به موجب قانون صدور برات در وجه حامل ممنوع است لکن براتی که بدون قید نام منتقل‌الیه ظهرنویسی

ایجاد رابطه حقوقی برات که منجر به صدور و متعاقباً انتقال آن می‌شود، متضمن ابراز اراده صریح براتکش، براتگیر و ذی‌نفع آن است. همچنین ظهرنویسی متضمن اراده ظهرنویس و انتقال‌گیرنده (دارنده جدید) مبنی بر انتقال برات است. اعلام اراده صادرکننده و ظهرنویس، تحت شرایطی که به طور دقیق در قانون پیش‌بینی شده است، سبب انتقال برات می‌شود. (MIFF and APAN, 2016: 30) «اشخاص پس از تنظیم سند تجاری وفق قانون، بر اساس اعلام اراده خویش پایبند به مفاد و مبلغ مندرج در آن هستند و هرگز نمی‌توانند خلاف مندرجات سند امری را اثبات نموده و از بار تعهدات رهایی یابند.» (حسینی‌مقدم و محمدی، ۱۳۹۸: ۱۳۲) مطابق حقوق ایران در مورد سفته و برات برخلاف عمل صدور که با مهر می‌تواند صورت پذیرد، به تصریح مواد ۲۴۶ و ۳۰۹ قانون تجارت صرفاً امضا ظهرنویس مؤثر است و مهر نمی‌تواند وسیله اعلام اراده باشد؛ دوگانگی قانون نسبت به صدور و ظهرنویس (برات و سفته) مجرای اختلاف نظر است. از یک سو می‌توان گفت با توجه به اینکه قانونگذار برای صدور برات و سفته مهر را در عرض امضا محسوب نموده است، در نتیجه برای انتقال یا انتقالات بعدی نیز مؤثر است، مرحله صدور و انتقال ابتدایی چه تفاوتی با انتقالات بعدی دارد که مهر کارایی خود را از دست می‌دهد؟

از سوی دیگر می‌توان قائل به موضوعیت داشتن امضا برای ظهرنویسی بود؛ چه اگر قانونگذار نظر بر پذیرش مهر برای ظهرنویسی داشت، همانند مرحله صدور بدان تصریح می‌نمود، حال آنکه در این مرحله صرفاً واژه امضا را بکار برده است. اصالت بیشتر امضا در قیاس با مهر و امکان مطمئن‌تر اثبات انتساب یا عدم انتساب آن به منسوب‌الیه پذیرش این نظر را موجه‌تر می‌نماید؛ همچنین امکان بیشتر جعل مهر در قیاس با امضا، سرقت و یا استفاده غیرمجاز از مهر دیگری و در نتیجه رویکرد این نظر در پیشگیری و برخورد با موارد خلاف، موجب تقویت این نظر است.

چنانچه وکیل یا نماینده امضاکننده، به نقش نمایندگی خود در سند تصریح ننماید، امضای سند موجب مسئولیت خود وی است؛ در تفسیر قواعد اسناد تجاری ویژگی شکل‌گرایی تقنینی را باید در نظر داشت. (رمضانی‌آکردی و موسوی، ۱۴۰۰: ۱۱۲) مسئولیت نماینده افشانشده ناشی از شکل‌گرایی و حاکمیت اراده ظاهری در این اسناد است. (رمضانی-آکردی و موسوی، ۱۴۰۰: ۱۱۲)

ماده ۲۶ قانون ۱۹۸۲ انگلیس تحت عنوان «شخص امضا کننده به عنوان نماینده یا در سمت نمایندگی» است و در بند ۱ مقرر می‌دارد: «هرگاه شخصی برات را به‌عنوان صادرکننده، ظهرنویس یا قبول امضا کند و کلماتی را به امضای خود اضافه نماید که نشان می‌دهد برای یا از طرف اصیل یا به عنوان نماینده شخصی امضا می‌کند، شخصاً در قبال آن (برات) مسئولیتی ندارد. اما صرف اضافه کردن کلماتی به امضای او که وی را به عنوان یک نماینده یا شخص حقوقی توصیف می‌کند، او را از مسئولیت شخصی معاف نمی‌کند.» منظور اینکه اگر خلاف آنچه اظهار شده و عدم نمایندگی اثبات گردد، خود وی به عنوان امضاکننده مسئولیت دارد.

۲،۳ قبول برات

حقوق ایران، فرانسه و انگلستان و سایر مقررات مبنی بر عدم تکلیف محال‌علیه نسبت به قبول برات است، کنوانسیون ژنو نیز همین را پذیرفته است. با وجود این اصل، بند ۹ ماده ال-۱۲-۵۱۱ قانون تجارت فرانسه این کشور بروات صادره راجع به به اجرای قراردادهای تحویل کالا و میان تجار را الزامی نموده است. البته حتی در این مورد نیز عدم قبول برات موجب تعهد براتی و تضامنی وی نیست بلکه وی حق استفاده از مهلت معامله پایه که برات برای آن صادر گردیده را نخواهد داشت. (اسکینی، ۱۳۷۳: ۶۴ و ۶۵) از این رو ماهیت اختیاری و ارادی قبول در این حالت نیز باقی است.

شده است، در انتقالات بعدی آن، همین قابلیت یعنی انتقال به صرف قبض و اقباض وجود دارد.

نمایندگی در واقع نیابت و جانشینی از اصیل است، بدیهی است خود اصیل باید توانایی انجام منوب‌عنه را داشته باشد، حقوقدانان کامن‌لا نیز توانایی اصیل را از شرایط نمایندگی می‌دانند. (Treitel, 1995: 629 ; Ludwig, 1948: 35-36) صدور، ظهرنویسی، ضمانت و قبولی می‌تواند توسط وکیل، با امضا و تسلیم از جانب او انجام شود، چنانچه وکیل به وکالت از صادرکننده یا ظهرنویس و یا سایر مسؤولین، چک، سفته یا برات را امضا و تسلیم نماید، مطابق قواعد عام وکالت عمل حقوقی انجام گرفته با توجه به قصد انشا وی و به تبع، آثار آن اعم از حقوق و تکالیف برای موکل است.

مصدیقی از وکالت در اسناد تجاری «ظهرنویسی بعنوان وکالت» است که بوسیله آن وکالت در خود سند تجاری داده می‌شود به نحوی که دارنده سند را امضا نموده و با درج عباراتی که حکایت از اعطای وکالت نماید وکیل می‌تواند نسبت به وصول وجه اقدام نماید.

در حقوق فرانسه سه عبارت «ارزش برای وصول، برای نقد کردن یا به عنوان وکالت» به صورت تمثیلی آورده شده است و جنبه حصری ندارد. در انگلستان نیز قید عبارت خاص ضروری نیست. (اسکینی، ۱۳۷۹: ۱۰۱۰۰) صدر ماده ۲۴۷ قانون تجارت ایران نیز مقرر می‌دارد: «ظهرنویسی حاکی از انتقال برات است مگر اینکه ظهرنویس وکالت در وصول را قید نموده باشد . . .». بدیهی است هر عبارتی که این معنا را برساند کافی است. نحوه تصریح به ظهرنویسی برای وکالت طریقیست دارد و قید عبارت خاص «وکالت در وصول» موضوعیت ندارد. پس اعلام اراده در این عمل حقوقی (ظهرنویسی به عنوان وکالت) امضا سند تجاری با درج هر عبارتی دال بر وکالت می‌باشد و چنانچه این عبارات در ظهرنویسی جهت وکالت نیاید ممکن است ظهرنویسی برای انتقال محسوب گردد.

۱۰۲) اطلاق عبارت «خود برات» اعم از روی یا پشت برات را پوشش می‌دهد، هر چند در عمل اغلب بر امضا یا مهر براتگیر در روی برات درج می‌شود. با توجه به اینکه در طریق معمول از پشت برات برای ظهنویسی استفاده می‌گردد، امضای براتگیر در پشت برات را صرفاً در صورتی باید قبولی دانست که عبارتی دال بر امضا به عنوان قبولی نوشته شود، صرف امضای وی بدون چنین عبارتی اصولاً باید ظهنویسی یا ضمانت تلقی شود. ثالثاً مطابق تصریح قسمت اخیر ماده ۲۲۹ قانون تجارت صرف امضا یا مهر محال‌علیه کافی است و درج عبارت دال بر قبولی ضروری نیست.

بند ۱-a ماده ۴۱ کنوانسیون آنسیترال اعتبار قبولی برات را با امضای براتگیر همراه با عبارت قبولی شد یا عبارتی مشابه محقق دانسته اما بلافاصله بند بعدی (بند ۱-b ماده ۴۱) صرف امضا براتگیر بر روی برات یا ظهر آن را نیز قبولی محسوب نموده و قید عبارت مبنی بر قبولی را لازم ندانسته است. در اقدامی مشابه مطابق ماده ۲۵ کنوانسیون متحدالشکل ۱۹۳۰ ژنو نیز «قبولی روی برات نوشته می‌شود؛ قبول محقق می‌شود با کلمه "پذیرفته شده" یا هر اصطلاح معادل دیگری که به امضای براتگیر می‌رسد. امضای ساده براتگیر در صورت قبض به منزله قبولی است».

قبول برات از سوی براتگیر به مثابه عملی ارادی وی را متعهد و بلکه مسئول اصلی پرداخت وجه برات می‌گرداند. کنوانسیون متحدالشکل ۱۹۳۰ ژنو به موجب ماده ۲۵ اولاً قبولی روی برات نوشته می‌شود. ثانیاً قبول محقق می‌شود با کلمه "پذیرفته شده" یا هر اصطلاح معادل دیگری که به امضای براتگیر می‌رسد. امضای ساده براتگیر بر روی برات به منزله قبولی است. این مقرر نیز صرفاً به ضرورت امضای براتگیر جهت تحقق قبولی اشاره نموده است. البته برخلاف قانون ایران، صرفاً امضای براتگیر را مؤثر دانسته و مهر را نپذیرفته است.

در سابق حقوق انگلستان برای قبولی برات عبارت قبولی را ضروری می‌دانست ولی قانون ۱۸۸۲ به

قبولی برات همان اعلام ارده انشایی در پذیرش تعهد به پرداخت وجه آن است و براتگیر قبول کننده با امضاء خویش در سند نوعی اعلام اراده در برابر دارنده می‌نماید. (حسینی مقدم و محمدی، ۱۳۹۸: ۱۳۲) با قبول برات از سوی براتگیر وی متعهد به پرداخت وجه برات می‌گردد، قبولی برات، قصد انشا قبول کننده مبنی بر تعهد پرداخت مبلغ سند صادره از سوی صادرکننده به دارنده برات است.

برخی صدور، ضمانت و ظهنویسی را عقد لکن قبول برات را به دلیل تحقق به اراده یک جانبه براتگیر، ایقاع دانسته‌اند. (قربانی لاجوانی و دارش، ۱۳۹۹: ۲۵۴) در این باب دیگران نیز نظراتی دیگر و ایقاع بودن را طرح نموده‌اند. (دمرچیلی و دیگران، ۱۳۸۴: ۴۸۷) لکن قبول برات مستقل نیست، بلکه در پاسخ به پیشنهاد (ایجاب) صادره از سوی صادرکننده است؛ از این رو ماهیت آن را باید قراردادی دانست. (شکری و تقی‌زاده، ۱۴۰۰: ۲۰۸) اصطلاح «معاملات برواتی» مذکور در بند ۸ ماده قانون تجارت نیز هماهنگ با ماهیت قراردادی این اعمال حقوقی است. (شکری، ۱۴۰۰: ۱۹۸)

مطابق ماده ۲۲۹ قانون تجارت «هر عبارتی که محال‌علیه در برات نوشته امضا یا مهر کند قبولی محسوب است مگر اینکه صریحاً عبارت مشعر بر عدم قبول باشد . . . در صورتی که محال‌علیه بدون تحریر هیچ عبارتی برات را امضا یا مهر نماید برات قبول شده محسوب می‌شود». همچنین ماده ۲۲۸ قبولی برات در خود برات با امضا یا مهر را مقرر داشته است. در خصوص اعلام اراده براتگیر مبنی بر قبول برات باید گفت؛ اولاً مهر یا امضا وی ضروری است، ثانیاً امضا یا مهر به تصریح ماده ۲۲۸ قانون تجارت باید در «خود برات» باشد و قبولی خارج از برات موجب تعهد براتی نیست. همانطور که برخی نویسندگان گفته‌اند شکل‌گرایی حقوق اسناد تجارتي اصرار بر درج قبولی در خود برات را توجیه می‌کند؛ چه قانونگذاران در این خصوص فقط به ضرورت وجود قصد و اعلان آن اکتفا نکرده‌اند و برای شکل اعمال نیز موضوعیت قائل شده‌اند. (کاویانی، ۱۳۸۳:

رجوع به ثالث برای قبول ممکن است به صورت شرط در برات قید گردد؛ ماهیت توافقات بین دارندگان سند تجاری و مسئولان راجع به تغییر مندرجات آن و از جمله توافق جهت رجوع دارنده به ثالث در صورت نکول نیز ماهیت قراردادی دارد، (حسینی‌مقدم و محمدی، ۱۳۹۹: ۱۰۸ و ۱۰۹) که قصد متعهد با درج آن در سند ابراز می‌گردد. برخی این نوع را قبول ثالث منصوب نامیده‌اند. (جعفری-لنگرودی، ۱۳۸۸: ۳۷۱)

۲،۴ ضمانت

ضمان از اعمال شایع در قراردادهای تجاری جامعه کنونی است که متأثر از روابط پدیده‌های نوظهور اقتصادی در فعالیتهای پولی و مالی است. (گلباغی ماسوله، ۱۳۹۸: ۳۰۲) ماده ۲۶ کنوانسیون ژنو ۱۹۳۱ ضمانت از چک را با امضای ضامن مقرر نموده است. در ایران بر خلاف سایر متعهدین این اسناد اعم از صادرکننده، ظهرنویس، براتگیر، شخص ثالث قبول-کننده در خصوص نحوه اعلام اراده ضامن در اسناد تجاری (چک، سفته و برات) در ماده ۲۴۹ قانون تجارت و سایر مواد، تصریحی نگردیده و قانونگذار ساکت است، آیا می‌توان نظر به سکوت قانون با اعمال قواعد عمومی قراردادهای ضمانت را به هر نحوی مثلاً خارج از سند تجاری کافی دانست؟

با توجه به مسؤلیت تضامنی ضامن مطابق قسمت اخیر ماده ۲۴۹ قانون تجارت، با وحدت ملاک سایر مسؤولین و ناشی شدن تعهد ضامن از سند و شکل ظاهری آن، اراده ضامن باید در خود سند مربوطه منعکس گردد و تعهد وی خارج از سند تجاری صرفاً می‌تواند یک تعهد مدنی محسوب گردد. البته نظر مخالف نیز مبنی بر بلااشکال بودن ضمانت در سند جداگانه با توجه به وجود قصد و اراده ضامن نیز قابل طرح است.

در خصوص پذیرش مهر برای ضمانت به دو نحو می‌توان استدلال نمود؛ نخست با توجه به عدم تصریح قانون به لزوم صرف امضا ضامن و با وحدت

موجب ماده ۱۷ ضمن تعریف قبولی صرف امضا در برات بدون نیاز به عبارت دیگر را به شرح ذیل مورد پذیرش قرار داد: (۱) قبول برات عبارت است از دلالت برات‌گیرنده بر رضایت خود به دستور براتکش. (۲) قبولی باطل است مگر اینکه با شرایط زیر مطابقت داشته باشد: الف) باید روی برات نوشته شده و به امضای برات‌گیر برسد. صرف امضای برات‌گیر بدون کلمات اضافی کافی است.

مطابق ماده ۲۳۹ قانون تجارت، پس از نکول برات و اعتراض به آن، شخص ثالث می‌تواند پرداخت برات را از طرف برات‌دهنده یا یکی از ظهرنویسان قبول نماید. در خصوص این ماده ذکر دو نکته ضروری به نظر می‌رسد:

اولاً بر خلاف سایر متعهدان برات، قانون، قبولی شخص ثالث و امضای وی را در اعتراض‌نامه ضروری دانسته نه در برات، در صورتی که با توجه به ایجاد تعهد براتی ناشی از ورقه برات برای ثالث قبول‌کننده اصولاً می‌بایست قبولی و امضای وی نیز در خود برات درج گردد نه خارج از آن. تنها راه این است که تفسیر شود منظور ماده فوق‌الذکر این است که علاوه بر قبولی و امضا ثالث در خود برات، در اعتراض‌نامه نیز باید این مطلب قید و به امضای وی برسد لکن این مفهوم براهتی قابل برداشت نیست و به تصریح قانونی نیاز دارد.

سیاست حقوقی ایران در خصوص قبولی ثالث بر خلاف اصل انعکاس حقوق و تعهدات برواتی در خود سند است؛ چه این اصل متضمن این است که همه تعهدات و حقوق ناشی از اسناد تجاری (محسنی و دیگران، ۱۳۹۸: ۸۸) و از جمله قبول شخص ثالث در خود برات ظهور یابد، نه در اعتراض‌نامه.

ثانیاً در مورد قبولی شخص ثالث قانونگذار بر خلاف قبولی براتگیر صرفاً امضا او را مؤثر دانسته و نامی از مهر نبرده است در صورتی که وجه تفاوتی بین این دو به نظر نمی‌رسد، اما با توجه به تصریح ماده قانونی، استفاده از مهر برای بیان اراده ثالث قبول-کننده کافی نیست و باید به امضا او برسد.

و اهلیت بوده و ناظر به مورد تعهد است. (امین و شبیری زنجانی، ۱۴۰۰: ۴۴) در مواردی که موضوع معامله کلی در معین باشد منتقل‌الیه نمی‌تواند بدون اذن در آن تصرف نماید و انتقال‌دهنده باید آن را مجزا نموده و تحویل دهد. (شهیدی، ۱۳۸۲: ۳۷) اعمالی که بر روی اسناد تجاری صورت می‌گیرد، عمل ارادی و ناشی از قصد اشخاص می‌باشد که با امضا یا مهر اعلام می‌گردد، حال «تسلیم سند» در این اعمال چه نقشی دارد؟ آیا به صرف امضا یا مهر شخص متعهد، تعهد ایجاد می‌گردد؟

در اسناد تجاری دو مورد را باید از یکدیگر تفکیک نمود؛ در مواردی که سند (سفته یا چک) در وجه حامل صادر می‌گردد، دارنده می‌تواند بدون امضا یا مهر آن را به دیگری منتقل نماید و همینطور متوالی به دست‌های بعدی انتقال یابد. همچنین اسناد تجاری (برات، سفته و چک) چنانچه بدون قید منتقل‌الیه و به صرف امضا دارنده ظهرنویسی گردد و به صورت سند در وجه حامل در آید. در چنین مواردی «تسلیم سند» متضمن قصد انشاء دارنده است؛ در این حالت اعلام اراده و تحقق اثر حقوقی انتقال به دارنده جدید به صرف تسلیم است. اما در غیر حالت مذکور در باب نحوه بیان اراده متعهدین اسناد تجاری اعم از صادرکننده، ظهرنویس، ضامن و براتگیر یک نظر ابراز اراده با امضا یا مهر متعهد است؛ در تأیید این نظریه می‌توان گفت؛ در قانون تجارت ماده‌ای که لزوم تسلیم را تصریح نماید دیده نمی‌شود، اصل عدم تشریفات و در نتیجه عدم لزوم تسلیم است؛ بنابراین با امضا یا مهر سند، عمل حقوقی مزبور انجام گردیده و صاحب امضا یا مهر را مسؤول دانست؛ نتیجه پذیرش نظر مزبور در عمل ممنوعیت رجوع امضاکننده پس از امضا یا مهر سند است؛ زیرا عمل حقوقی صدور یا ظهرنویسی با ترکیب دو قصد انشاء صادرکننده، دارنده یا ظهرنویس و دارنده ایجاد شده است. آنچه گفته شد در خصوص ضامن و براتگیر نیز جاری است، ضامن عقدی است که بین ضامن و مضمون‌له انجام می‌گیرد، در اسناد تجاری طرف ضامن در واقع دارنده

ملاک در خصوص صدور سفته و برات و همچنین قبولی برات با مهر بر آن بود که برای مسئولیت ضامن، امضا موضوعیت ندارد. (فخاری، ۱۳۸۷: ۴۰) و مهر نیز مانند امضا حکایت از اراده صاحب آن برای قبول تعهد دارد؛ لذا دلیل قانونی برای بطلان چنین ضمانتی وجود ندارد. (نیک فرجام، ۱۳۸۱: ۹۶) در واقع صدور برات و سفته و همچنین قبولی برات مسؤولیت بیشتری را در پی دارد در صورتی که ضمانت ضامن فقط با مضمون‌عنه است، لذا مهر ضامن در این خصوص کافی خواهد بود.

دوم قائل به عدم کفایت مهر شد؛ در توجیه عدم کفایت مهر می‌توان گفت؛ عموماً امضا وسیله ابراز اراده در اسناد تجاری است و پذیرش مهر نیاز به تصریح دارد بویژه اینکه از نظر عملی نیز جعل مهر بسیار ساده‌تر از امضا است و همچنین تشابه وضعیت ضامن با ظهرنویس به جهت مسؤولیت وی خارج از مرحله صدور و قبولی، این تئوری را تقویت می‌کند، به نظر نگارنده این نظر بر پذیرش مهر ترجیح دارد. البته در خصوص ضمانت در چک نظر به اینکه صدور و ظهرنویسی آن صرفاً با امضا صورت می‌گیرد، بدیهی است که در این خصوص یعنی مرحله ضمانت نیز، مهر مؤثر نمی‌باشد.

۳ تسلیم سند تجاری

در حقوق قراردادهای مطابق مواد ۳۶۷ و ۳۶۸ قانون مدنی «تسلیم» زمانی حاصل می‌شود که مورد قرارداد در اختیار طرف مقابل قرار گیرد، به نحوی که امکان استفاده مورد نظر از آن را داشته باشد، مطابق ماده ۳۶۷ این انتقال مادی به اعتبار انتقال دهنده «تسلیم» و به اعتبار استیلاء انتقال‌گیرنده «قبض» خوانده می‌شود.

به عنوان قاعده‌ای عام، اجرای تعهد یا تسلیم موضوع معامله از تعهدات قراردادی است که اساساً هدف از انعقاد قرارداد نیز همان است؛ شرط قدرت بر تسلیم از ارکان پایه‌ای برای صحت مطلق معاملات است که جدا از شروط صحت عقد مانند قصد و رضا



صادرکننده به جریان نیفتاده ولی متضمن امضای اوست هرگاه در دست دارنده قانونی باشد به طرفیت صادرکننده قابل ارائه و وصول است، در چنین صورتی فرض می‌شود که صادرکننده، برات کامل صادر کرده و با رضایت او به جریان افتاده است، خلاف این فرض را نیز نمی‌شود ثابت نمود). (اسکینی، ۱۳۷۳: ۳۸) در حقوق فرانسه نیز زمانی رضایت صادرکننده کامل است که برات پس از صدور توسط او نیز تسلیم شده باشد، لکن با توجه به اینکه صادرکننده آن را ایجاد نموده است مسؤول خسارات ناشی از جریان آن توسط اشخاص ثالث است لذا در برابر دارنده باحسن‌نیت مسؤول می‌باشد. (اسکینی، ۱۳۷۹: ۳۸)

بنابراین در این دیدگاه تحلیل منطقی و اصولی پذیرش ضرورت تسلیم از سوی امضاکننده، تکمیل اعلام اراده است که با آن آخرین مرحله اعلام اراده صورت می‌پذیرد؛ بر مبنای این نظر با امضا یا مهر صادرکننده، سند به دارنده منتقل نمی‌گردد؛ چه بسا امضاکننده قصد انتقال سند را در آن لحظه ندارد بلکه امضای آن صرفاً تمهیدی است تا در زمان مناسب سند ممضی یا مهور را به دارنده تسلیم منتقل نماید، بر این اساس در مواردی که تسلیم سند تجاری از طریق پست انجام می‌گیرد. با پذیرش نظریه ارسال باید لحظه ارسال سند امضا یا مهر شده را زمان قطعیت قصد انشا آن دانست؛ زیرا با تحویل سند تجاری امضا شده به پست امکان استرداد آن را ندارد و بیان اراده قطعی است.

با پذیرش این تئوری امضاکننده تا قبل از تسلیم سند تجاری می‌تواند از امضای خود رجوع نماید؛ چه صادرکننده و ظهرنویس پس از امضا و تا قبل از تسلیم سند به منتقل‌الیه (دارنده)، می‌تواند از ارائه آن خودداری کند و یا دارنده را تغییر و سند را به دیگری تسلیم نماید، ضامن نیز می‌تواند تا قبل از تسلیم سندی که آن را به عنوان ضمانت امضا نموده است از امضا رجوع نماید؛ مثلاً با خط کشیدن بر

سند است. تعهد براتگیر نیز ناشی از قبول ایجاب صادرکننده به براتگیر است که موضوع تعهد وی پرداخت مبلغ سند در سررسید تعیین شده به دارنده است.

قانون تجارت ایران در خصوص «تسلیم سند تجاری» پس از امضا یا مهر ساکت است؛ اما اسناد بین‌المللی از این موضوع غفلت نکرده‌اند. ماده ۱۳ کنوانسیون آنسیترال تصریح می‌دارد که سند بوسیله ظهرنویسی و تحویل سند از سوی ظهرنویس به ید بعدی منتقل می‌گردد. (عرفانی، ۱۳۷۵: ۱۲۰) این ماده به «تحویل سند» جهت انتقال آن اشاره می‌کند، همچنین عبارت «تحویل سند از سوی ظهرنویس» نیز دربردارنده تسلیم با رضایت و اراده امضاکننده است. علاوه بر آن در ماده ۴۵ کنوانسیون مذکور آمده است: «باستثناء توافق خلاف، کسی که سندی را با ظهرنویسی و تسلیم یا صرف تسلیم انتقال دهد، نشانگر این است که سندی را به دارنده انتقال داده است که ...» این ماده نیز ضرورت تسلیم پس از ظهرنویسی را مقرر داشته است.

مطابق بند اول ماده ۲۱ قانون انگلیس، برات تا وقتی تسلیم نشده، ناقص است و صادرکننده حق رجوع از تعهد خود را دارد، بند دوم این ماده نیز مقرر داشته است تسلیم زمانی مؤثر است که توسط شخص متعهد یا کسی که از طرف او نمایندگی دارد انجام شده باشد، ضمناً تسلیم ممکن است مشروط باشد و یا به خاطر هدف خاصی انجام گرفته باشد، هدفی غیر از انتقال مالکیت برات. (اسکینی، ۱۳۷۹: ۳۸)

در بخش مقدمه، تعریف اصطلاحات قانون ۱۹۸۲ انگلیس، تسلیم تحت عنوان Delivery به معنای انتقال مالکیت (تصرف، مایملک) واقعی یا قانونی (مفروض یا حکمی)، از شخصی به شخص دیگر است.^۱ در حقوق انگلیس «براتی که توسط

^۱ "Delivery" means transfer of possession, actual or constructive, from one person to another.

مهر، به جهت وضوح بیشتر مسأله و همگام شدن با مقررات بین‌المللی و قوانین سایر دولتهاست. رویکرد این اصلاح، به ویژه با توجه به روند فزاینده اهمیت کمی و کیفی تجارت بین‌الملل، سهولت در تعاملات تجاری بین‌المللی از یک سو و همچنین توجیه اصولی و منطقی عمل تسلیم از سوی دیگر است.

با پذیرش نقش تکمیلی تسلیم برای اعلام اراده متعهد اسناد تجاری به نظر می‌رسد اصولاً براتگیری نیز که به عنوان قبولی، برات را امضا می‌کند تا قبل از تسلیم آن به دارنده می‌تواند عدول نماید، هر چند به تصریح ماده ۲۳۱ قانون تجارت برات‌گیر پس از قبولی حق رجوع ندارد. (ستوده تهرانی، ۱۳۹۰: ۴۵) شبهه ایجاد نگردد، عدم حق رجوع از قبولی با این نظر، یعنی ضرورت تسلیم برای انجام عمل حقوقی قبولی مغایرت ندارد؛ زیرا ماده مزبور تصریح می‌دارد، پس از قبولی حق رجوع ساقط است و مطابق نظر مطروحه، عمل قبولی با امضا یا مهر به انضمام «تسلیم برات» به دارنده یا نماینده وی تحقق می‌یابد نه فقط امضا یا مهر؛ بنابراین عدول از امضا یا مهر چنانچه قبل از اولین تسلیم باشد می‌تواند ابطال گردد اما رجوع از آن پس از تسلیم امکانپذیر نیست. (Ripert, 1996: 210)

در واقع به موجب ماده ۲۳۱ ق.ت رجوع پس از قبولی ممنوع است نه رجوع پس از امضا یا مهر. پذیرش این تئوری با اصل حاکمیت اراده انطباق بیشتری دارد و از نظر عملی نیز مفیدتر است زیرا چه بسا براتگیر پس از امضا متوجه اشتباه خود گردد و منطقی نیست که حق عدول از وی سلب گردد و بعد از تسلیم در واقع قصد انشا به نحو مطمئن تحقق یافته است.

در شیوه الکترونیک با ایجاد سند در محیط الکترونیک یا تبدیل اسکن آن به داده الکترونیکی به سرعت قابل انتقال به مقصد خواهد بود. (شکری،

قید نام دارنده وی می‌تواند به صرف تسلیم آن را به دیگری منتقل نماید.

روی امضا یا قید عبارتی مبنی بر رجوع از امضا و سپس امضا ذیل عبارت مذکور از ضمانت منصرف گردد.

بر اساس این نظر پس از تسلیم سند امضا یا مهر شده است که حسب مورد عمل حقوقی ایجاد شده و امکان انصراف وجود ندارد، زیرا در این مرحله قصد انشا بطور کامل و قطعی اعلام و توافق اراده‌ها حاصل شده است، البته تسلیم زمانی صحیح و مؤثر صورت گرفته است که با «رضایت» امضاکننده انجام شود؛ گفته شد آنچه ضرورت دارد تسلیم است و تسلیم در تصرف منتقل‌الیه قرار دادن سند از سوی امضاکننده با اختیار و رضایت وی است. چنانچه تسلیم از روی رضایت نباشد عمل حقوقی امضاکننده واجد اثر نیست، همچنین اگر سند با سرقت یا اجبار در تصرف انتقال‌گیرنده قرار گیرد و یا با اکراه و فریب سند تسلیم گردد یکی از عناصر تسلیم یعنی رضایت در آن وجود ندارد؛ در این موارد تسلیم حقوقی صورت نگرفته بلکه فقط سند بطور فیزیکی منتقل شده است.^۱

در تعدیل نظریه و منطقی نمودن آن با توجه به ویژگی‌های خاص اسناد تجاری و ماده ۲۴۹ قانون تجارت، ادعای فقدان رضایت به تسلیم، صرفاً در مقابل دارنده و طرف مستقیم امکانپذیر است و در برابر دارنده باحسن‌نیت این ایراد قابل طرح نیست و امضاکننده مسؤولیت تضامنی دارد، البته پرداخت‌کننده در صورت تأدیه وجه سند، متعاقباً مطابق قواعد عام حقوق مدنی می‌تواند به کسی که سند را بدون رضایت او به جریان انداخته است، مراجعه کند. همچنین اصل استقلال امضاها که در ماده ۲۴۹ نهفته است سایر امضاکنندگان و متعهدین کماکان در برابر دارنده مسؤولیت دارند.

هر چند استدلال طرح شده تلاشی مبنایی برای رفع نقص صراحت قانون است لکن ضرورت اصلاح قانون و تصریح به ضرورت تسلیم پس از امضا یا

۱- در اسناد تجاری در وجه حامل ابراز اراده در صدور و انتقال به صرف تسلیم سند تجاری است؛ زیرا به دلیل عدم



گیرد و چنانچه وسیله سند جداگانه باشد موجب تعهد براتی و مسئولیت ماده ۲۴۹ قانون تجارت نخواهد شد و صرفاً تعهدی مدنی به شمار می‌آید، ثانیاً با وجود اختلاف نظر، به جهاتی و از جمله جلوگیری از سهولت در جعل، عدم پذیرش مهر و ضرورت اعلام اراده صرفاً با امضا موجه‌تر است. قصد و اعلام اراده در اسناد تجاری همانند سایر اعمال حقوقی ممکن است توسط وکیل یا نماینده حقوقی صورت پذیرد، اشخاص حقوقی اعمال حقوقی خود را توسط نمایندگان خود انجام می‌دهند، نحوه انجام عمل به نمایندگی معمولاً در اساسنامه یا شرکتنامه تعیین می‌شود که عموماً امضا اشخاص متعدد (دونفر) به همراه مهر شرکت ضروری است، نقص امضا اشخاص تعیین شده یا فقدان مهر شرکت موجب می‌شود که عمل نماینده خارج از اختیارات تلقی گردد ولی امضاکننده یا امضاکنندگان در برابر دارنده با حسن نیت که از نقائص مزبور اطلاع ندارد، مسئولیت تضامنی خواهند داشت.

در سند در وجه حامل و انتقال سند پس از ظهرنویسی بدون نام دارنده، اعلام اراده با صرف تسلیم است. در غیر این مورد، اعلام اراده با امضا یا مهر اسناد تجاری زمانی کامل است که متعاقب امضا یا مهر، تسلیم گردد، در واقع وسیله بیان اراده، تسلیم پس از امضا یا مهر است، رویکرد این نظر امکان رجوع از قصد تا قبل از تسلیم است، در مورد قبولی برات که نظر به تصریح ماده ۲۳۱ قانون تجارت مقرر می‌دارد، «قبول‌کننده حق نکول ندارد»، ناقض تئوری تکمیل اعلام اراده با تسلیم سند امضا یا مهرشده نخواهد بود؛ زیرا مطابق ماده مزبور، قبول‌کننده حق نکول ندارد نه امضا یا مهرکننده؛ تسلیم زمانی موجد اثر است که به رضایت امضا یا مهرکننده صورت گیرد و از نظر ثبوتی، تسلیم به اجبار و اکراه و فریب مؤثر نمی‌باشد، هر چند از نظر اثباتی، اصل بر این است که تسلیم صورت گرفته با رضایت بوده مگر خلاف آن ثابت گردد. در مواد ۱۳ و ۴۵ قانون آنسیترال ۱۹۸۸ نیز ضرورت تسلیم سند تصریح شده است و براساس ماده ۲۱ قانون

۱۴۰۰: ۲۲۸-۲۲۹) در اسناد تجاری الکترونیکی منظور از قبض کنترل انحصاری دارنده بر سند الکترونیکی است، بنابراین شخصی که آن را در اختیار دارد و قادر به کنترل انحصاری بر آن باشد، متصرف آن قلمداد می‌گردد. (شیروی و میری، ۱۳۸۷: ۲۰) سند تجاری پس از امضا باید به دارنده تسلیم شود، اهمیت موضوع تسلیم قانونگذار را به انتخاب دیدگاه وصول داده پیام واداشته است؛ به طوری که پس از خروج داده پیام از کنترل اصل ساز و ورود آن به سیستم مخاطب، عمل ارسال یعنی صدور سند تجاری تحقق یافته است. (شیروی و میری، ۱۳۸۷: ۲۱) و چنانچه به هر علت، سند الکترونیکی به مخاطب واصل نگردد، عمل وی اعم از صدور، ظهرنویسی و . . . ناتمام و گان لم یکن است. (شیروی و میری، ۱۳۸۷: ۲۲) این دیدگاه نیز مبتنی بر این است که در اسناد تجاری تسلیم سند امضاء شده برای تکمیل اعلام اراده و در نتیجه تحقق عمل صدور و ظهرنویسی با آن موضوعیت دارد

۴ نتیجه

در اسناد تجاری نحوه اعلام اراده در صدور، ظهرنویسی اسناد تجاری و قبولی برات با امضا یا مهر متعهد بر روی سند تجاری است، قبول‌کننده ثالث در برات باید قصد خود را با امضا آن هم در اعتراضنامه اعلام نماید که عدم ذکر ضرورت امضا وی در سند تجاری -علاوه بر اعتراضنامه- مورد انتقاد می‌باشد و مرجح است این ضرورت در قانون اصلاح شود؛ زیرا تعهد ثالث مذکور نیز ناشی از برات است. ظهرنویسی جز در خصوص چک، خواه برای انتقال اسناد تجاری سفته یا برات باشد و یا جهت وکالت در وصول، صرفاً با امضا ظهرنویس ممکن است که به استناد وحدت ملاک با مرحله صدور، ظهرنویسی با مهر را نیز می‌توان پذیرفت.

در خصوص اعلام اراده جهت ضمانت در اسناد تجاری، قانون تجارت ساکت است؛ اولاً ضمانت اسناد تجاری باید بر روی خود سند تجاری صورت



حسن‌نیت مسئول جبران خسارات ناشی از جریان سند می‌باشد.

انگلیس، قبل از تسلیم، برات ناقص بوده و صادرکننده حق رجوع دارد، در حقوق فرانسه نیز تکمیل رضایت صادرکننده منوط به تسلیم سند توسط اوست، هر چند صادرکننده در برابر دارنده با



References

1. Abdipour, Ibrahim; Fatuhi-Rad, Ali (2015), economic analysis of commercial documents as a payment system, *Encyclopaedia of Economic Laws*, No. 9, pp. 112-135. (In Persian)
2. Abhari, Hamid; Fatemian Amir Masoud; Hosni, Alireza; Kaynia, Mohammad (2016), a comparative study of the rules governing the rights of electronic documents from the perspective of Iranian laws, UNCITRAL regulations and French law, *Iranian and International Comparative Legal Research*, year 10, number 37, pp. 1-29. (In Persian)
3. Akhlaghi, Behrouz (2019), commercial documents in the realm of international trade law, views of the 1930 Geneva Convention, *International Legal Journal*, Volume 10, No. 12, pp. 83-166. (In Persian)
4. Akhlaghi, Behrouz (2009), Check in the realm of international trade law, *International Legal Journal*, Volume 10, No. 13, pp. 5-50. (In Persian)
5. Amin, Sidamir Mehdi; Shabiri Zanjani, Seyyed Hasan (1400), a comparative study of the legal nature of the condition of power to surrender in the laws of Iran, France and Imami jurisprudence, comparative research of Islamic and Western law, year 6, no. 4, pp. 36-60. (In Persian)
6. Angela MIFF, Rodica Diana APAN (2016), CASE LAW AND THEORETICAL PERSPECTIVES REGARDING THE PAYMENT AND CREDIT INSTRUMENTS; THE BILL OF EXCHANGE, THE PROMISSORY NOTE AND THE CHEQUE, *Curentul Juridic - Juridical Current*, 2016, Vol. 67, No. 4, pp. 28-51.
7. Cristea, Silvia (2013), Comparison between the Juridical Regime of the Debt Instruments: Bill of Exchange, Promissory Note and Cheque, *Acta Universitatis Danubius*, No: 4, Page Range: 117-131.
8. Cristea, Silvia (2013), Comparison between the Juridical Regime of the Debt Instruments: Bill of Exchange, Promissory Note and Cheque, *Acta Universitatis Danubius*, No: 4, Page Range: 117-131.
9. Catană, Radu N., *Drept comercial. În power point*, Bucharest: Universul Juridic, 2013, pp.53 - 54.
10. Convention Providing a Uniform Law for Cheques. Done at: Geneva Date enacted: 1931-03-19, In force: 1934-01-01.
11. Convention Providing a Uniform Law for Bills of Exchange and Promissory Notes (Geneva, 1930) The League of Nations.
12. Demarchili, Mohammad and others (2005), *Commercial law in the current legal order*, 4th edition, Tehran: Mithaq Adalat. (In Persian)
13. Erfani, Mahmoud. (1996). *International Trade Law*, Tehran, Jihad University Publications (Majeed), first volume. (In Persian)
14. Fakhari, Amir Hossein. (1996). Responsibility of the signatories of commercial documents, legal research of Shahid Beheshti Faculty of Law, No. 16-17. (In Persian)



15. German Civil Code BGB.
16. Golbaghi Masuleh, Seyyed Ali-Jabbar (2018), What is Daman from the perspective of Shia jurisprudence, Studies in Islamic jurisprudence and law, year 11, no. 20, pp. 324-301. (In Persian)
17. Hosseini Moghadam, Seyyed Hasan and Mohammadi, Sam (2019), the effect of private agreement on the duties and obligations of the holder of a commercial document in Iranian law with a comparative study on the Geneva Conventions of 1931 and 1930, Research Journal of Comparative Law, Volume 4, Issue 5, pp. 107-134 .
<https://doi.org/10.22080/lps.2019.16508.1158> (In Persian)
18. Hosseini Moghadam, Seyyed Hassan and Mohammadi, Sam (2018), Creation of a legal work by declaration of will, Tehran: Majd. (In Persian)
- 19 .Jaafari Langroudi, Mohammad Jafar. (2008). The effect of will in civil rights, Tehran, Ganj Danesh Publications, second edition. (In Persian)
- 20 .Jaafari Langroudi, Mohammad Jaafar (2009) Civil and Trade Encyclopaedia, first edition, Tehran: Ganj Danesh. (In Persian)
- 21 .Jalali, Mahmoud; Khakzad, Hossein (2012), Globalization of commercial document law and its effect on criminal liability arising from checks in Iran's legal system, Comparative Law Studies, Volume 3, Vol. 2, pp. 23-40. (In Persian)
- 22 .Katouzian, Nasser. (2005). Moin contracts period, Tehran, publishing company, 9th edition, first volume. (In Persian)
- 23 .Katouzian, Nasser. (2006). General rules of contracts, Tehran, Sohami Publishing, 7th edition, first volume. (In Persian)
- 24 .Kaviani, Koresh (2013), Laws of commercial documents, Tehran: Mizan. (In Persian)
25. Ludwig, Teller, Agency, New York, Harmon publications, 1948
- 26 .Mohseni, Saeed; Rabati, Mahsa; Esfandiari, Tahmineh (2018), analysis of the principle of reflecting the rights and obligations of the commercial document itself in the process of issuance and circulation, private law studies, volume 49, vol. 1, pp. 87-105. (In Persian)
- 27 .Mousavi Al-Khomeini, Al-Sayed Ruhollah (1996). Kitab al-Bai, Tehran, Esmailian Publishing House, 4th edition. (In Persian)
28. Mousavi Khoei, Saydabul al-Qasim (1991). Misbah al-Faqaha fi al-Maamalat, Beirut, Dar al-Hadi, first edition. (In Persian)
- 29 .Nik-Farjam, Kamal (2008) Warranty in commercial documents, Legal Perspectives Quarterly, Faculty of Judicial Sciences and Administrative Services, Year 7, No. 25, pp. 93-115. (In Persian)
- 30 .Noorani Moghadam, Sidiones; Haji-Azizi, Bijan; Mahmoudi, Hossein (2016), comparative study of



- determining the deadline in contractual and contractual obligations (law of Iran, England, Geneva Convention and UNCITRAL), comparative study of Islamic and Western law, year 3, vol. 3, pp. 157-186. (In Persian)
31. Qanovati, Jalil. (2004). A comparative study of demand and acceptance, Qom, Qom Book Bostan Institute Publications, first edition. (In Persian)
32. Qurbani Lachwani, Majid; Darash, Ferishte (2019), suspension of effect and suspension of liquidation in the act of issuing, endorsing and guaranteeing commercial documents and acceptance of bill of exchange, legal studies, volume 12, number 1, pp. 281-253. (In Persian)
33. Ramzani-Akerdi, Habib; Mousavi, Seyyed Amirhassam (2021), the legislative and interpretive role of formalism in commercial documents, Legal Studies, Volume 13, Vol. 4, pp. 97-123.
34. Ripert Georges et Roblet Rene, (1996) Trait de droit commercial, T 2, 15e ed., paris, L.G.D.J. (In Persian)
35. Stoudeh Tehrani, Hassan. (2011). Commercial Law, Tehran, Dadgstar Publishing House, 8th edition, 3rd volume. (In Persian)
36. Shokri, Mohammad and Taghizadeh, Ibrahim (2021), jurisprudential and legal approach of intention and consent in commercial documents, Fiqh and Islamic Law Research, year 17, vol. 66, pp. 225-205. (In Persian)
37. Shokri, Mohammad (2021), the right holder of commercial documents; Ideas and regulations with a critical approach, Islamic economics and banking, vol. 35, pp. 197-220. (In Persian)
38. Shokri, Mohammad (2021), the inadequacies of Iran's electronic judicial services in facing the rights of clients, Laws of New Technologies, Volume 2, No. 4, pp. 251-227. (In Persian)
39. Shahidi, Mahdi. (2012). Civil rights, Moin 6 contracts, Tehran, Majd Publications, first edition.
40. Shahidi, Mahdi (2010). Forming contracts and obligations, Tehran, Ansharat Majd, second edition. (In Persian)
41. Saqri, Mohammad (2018), Validity of apparent authenticity in commercial law (a discussion on Iranian and French law), Perspectives on Judicial Law, No. 53, pp. 89-114. (In Persian)
42. Shiravi, Abdul Hossein; Miri, Hamid (2007), comparative study of electronic transfer of commercial documents (promissory note, promissory note and check), private law, year 5, vol. 13, pp. 5-29. (In Persian)
43. Skini, Rabia. (1994), Comparative Business Law, Tehran, Majd Publications, first edition (In Persian).
44. Skini, Rabia. (2000). Trade Laws (promissory notes, promissory notes, ...), Tehran, Samt



- Publications, fifth edition. (In Persian)
45. Swiss Obligations Act passed March 30, 1911
46. Treitel, G.H., The Law Of Contract, 9th/ed, London, Sweet and Maxwell, 1995
47. Turcu, Ion, Contractele bancare în noul Cod Civil, Comentarii și explicații, Bucharest: C.H. Beck, 2013, pp.397-407;
48. United Nations commission International Trade Law (UNCITRAL) 1988, available at: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf>
49. Vahedi, Javad (2015). Swiss Law of Obligations, Tehran, Mizan Publishing House, first edition. (In Persian)
50. Wells. Cella, (1993), corporation and criminal Responsibility, clarendon press, oxford.

Original Article

The Concept of National Security in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights

Sattar Azizi¹ , Hossein Hosseini Mahjoob²

¹ Professor of International Law, Faculty of Humanities, Bu-Ali Sina University, Hamedan, Iran.

² PhD in Public International Law, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.



[20.1001.1.24237566.1402.7.1.3.7](https://doi.org/10.1001.1.24237566.1402.7.1.3.7)



[10.22080/LPS.2022.24255.1390](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.24255.1390)

Received:

September 3, 2022

Accepted:

September 29, 2022

Available online:

October 23, 2022

Keywords:

National security, Human rights, Case law, European Court of Human Rights, Minority rights

Abstract

Protecting "national security" is one of the reasons that allows governments to limit the enjoyment of civil and political rights by individuals, organizations, and parties. Compliance with the requirements of this concept, such as the need to protect the rights and freedoms of others, is a reassuring tool for governments to protect their existence, vital interests, and territorial integrity. Despite this, in those governments where national security is organized on a one-dimensional and power-oriented structure, the rights and interests of opponents, including minority groups, may be violated under the pretext of observing "national security". The main question of this article is: "How the jurisprudence of the European Court of Human Rights has interpreted the concept of "national security" in the aforementioned cases?" The present research is written in a descriptive-analytical method using library and internet sources. The author's hypothesis is that the judicial procedure has been devoted to editing and revising this concept to change and adjust it from a one-dimensional and government-oriented concept to a multi-dimensional and people-oriented concept, in such a way that the interests and aspirations of all groups and communities living in a country are provided based on the components of national security in that government.

***Corresponding Author:** Sattar Azizi

Address: Professor of International Law, Faculty of Humanities, Bu-Ali Sina University, Hamedan, Iran.

Email: S.azizi@basu.ac.ir



Extended Abstract

1. Introduction

National security is the most basic area in every society, both in terms of recognition and its subject. National security is known by the criterion of "absence of threat to the state-nation" based on which the state and the nation are both subjects of national security. From this point of view, national security has a direct connection with the individual and the government. Trying to achieve a desirable level of national security in a sustainable manner has always been one of the main strategies and goals of political systems. National security studies can be followed in two traditional and modern approaches. The traditional approach is almost equivalent to strategic studies in Western countries and has a military aspect while the new approach has a broad view of various aspects of national security. It seems that the current complex world, more than ever, needs this kind of comprehensive view with military, political, economic, social, environmental, cyber, etc. dimensions. Researchers in the field of national security believe that relying on the military dimension of national security is not sufficient in any way for the correct understanding and full realization of national security, and it is necessary that all the considerations related to the civilian dimensions be placed in the center of security calculations according to the conditions and requirements of the day (Eftekhari, 1999, p. 37). The main question of this article is: "How has the concept of "national security" been interpreted as one of the reasons recognized in human rights documents, including the European Convention on Human Rights, in the procedure of the European Court of Human Rights, and how can the court

balance between the rights of society and people in this regard?"

2. Methods

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

3. Findings

Human rights institutions, especially the European Court of Human Rights, have interpreted the rule related to maintaining national security in such a way that the sum of its application is to secure the interests of all communities and transnational groups living in a country, and the content of this rule is only in pursuit of protecting the interests of the government (even if it does not depend on the interests of the ethnic group or the majority society). In this way, by preserving the human rights of all groups and people living in the society, "national security" in its comprehensive sense will be provided. Despite this, it seems that the court, especially in the area related to religious parties, followed an ideological approach and considered the activity of religious parties (which demanded the establishment of a religious government) to be contrary to the principle of secularism, democracy, and the norms and principles of the Convention.

4. Conclusion

By examining the judicial procedure of the European Court of Human Rights, we come to the conclusion that the court decided to adopt an evolutionary approach and avoid the conventional one-dimensional interpretation of national security. In the government-oriented concept of national security, the general and reductionist characteristics of this concept are given. If the civil society and the government do not reach a compromise in the definition of the



national security, this uncertain situation may lead to the formation of a critical situation, a situation that exists in Turkey between the government and the Kurdish minority of that country.

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

مفهوم امنیت ملی در رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر

ستار عزیززی^{۱*}، حسین حسینی محجوب^۲

^۱ استاد حقوق بین الملل، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران
^۲ دکتری حقوق بین الملل عمومی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.



[20.1001.1.24237566.1402.7.1.3.7](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.24255.1390)



[10.22080/LPS.2022.24255.1390](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.24255.1390)

چکیده

پاسداشت «امنیت ملی» از موجباتی است که به دولت‌ها اجازه می‌دهد تا بهره‌مندی افراد حقیقی و تشکلهای و احزاب از حقوق مدنی و سیاسی از حقوق مشروط بشری را محدود کنند. رعایت ملزومات این مفهوم همچون لزوم حفظ حقوق و آزادیهای دیگران، ابزاری اطمینان بخش به دولت‌هاست تا از موجودیت، منافع حیاتی و تمامیت ارضی خود پاسداری نمایند. با وجود این، در آن نوع حکومتهایی که امنیت ملی بر ساختاری تک بعدی و و قدرت محور، انتظام یافته است، حقوق و منافع مخالفان از جمله گروههای اقلیت ممکن است به بهانه رعایت «امنیت ملی» نقض گردد. پرسش اصلی این مقاله آن است که رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشری، مفهوم «امنیت ملی» را در قضایای مطرح شده به چه نحوی تفسیر کرده است؟ تحقیق حاضر به روش توصیفی-تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و اینترنتی نگاشته شده است. فرضیه نگارنده آن است که رویه قضایی به ویراستاری و تنقیح این مفهوم، اهتمام ورزیده است تا آن را از مفهومی تک بعدی و حکومت محور، به مفهومی چندبعدی و مردم محور، تبدیل و تعدیل نماید. به گونه‌ای که منافع و آمال تمامی گروه‌ها و جوامع مختلف ساکن در یک کشور، در بنای مولفه‌های امنیت ملی در آن دولت، تامین گردد.

تاریخ دریافت:

۱۲ شهریور ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۰۷ مهر ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۰۱ آبان ۱۴۰۱

کلیدواژه‌ها:

امنیت ملی، حقوق بشر، رویه قضایی، دیوان اروپایی حقوق بشر، حقوق اقلیت‌ها

* نویسنده مسئول: ستار عزیززی

آدرس: استاد حقوق بین الملل، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه ایمیل: S.azizi@basu.ac.ir

بوعلی سینا، همدان، ایران

۱ مقدمه

در بسته منافع ملی پیچیده و از آن به عنوان ابزاری جهت نادیده گرفتن حقوق دیگران استفاده نمایند.

از سویی، باید به این واقعیت گردن نهاد که مجموعه‌ای از ارزشهای مادی و معنوی وجود دارند که افراد یک ملت نسبت به آنها احساس تعلق و وابستگی و احساس مالکیت می‌کنند و در صورتی که این منافع و ارزشها در معرض تهدید قرار گیرد و از سوی دیگران به آن دست یازی شود، حاضر به پرداخت هزینه برای حفظ آن هستند. از این رو، در اسناد مختلف حقوق بشری، حفظ «امنیت ملی» به عنوان یکی از موجبات محدودکننده در برخورداری از برخی حقوق بشری، تصدیق شده است و افراد و گروهها حق ندارند به بهانه بهره‌مندی از آن حقوق، امنیت ملی جامعه را با خطر و تهدید مواجه سازند.

از سوی دیگر، باید محتاط بود که اسب سرکش قدرت، به بهانه و دستاویز پاسداری از این ارزشها اما در واقع برای حفظ منافع قدرت حاکم، حقوق و منافع گروههای غیرحاکم را پایمال نکند. نباید فراموش کرد که برخی اقدامات غیرانسانی حکومتها به نام حفظ منافع ملی (و در واقع، حفاظت از منافع گروهی اقلیت از حاکمان) صورت گرفته است از جمله این اقدامات می‌توان به حبس طولانی مدت نلسون ماندلا به بهانه حفظ امنیت ملی آفریقای جنوبی اشاره کرد. مجازاتی که برای حفظ تسلط غیرانسانی سفیدپوستان بر سیاهان انجام گرفت. بنابراین باید مدافه کرد که میان حفظ امنیت ملی راستین و برخورداری افراد از حقوق بشری، توازنی منصفانه برقرار کرد و هیچ یک را فدای دیگری نساخت.^۱ (Eliadis, 2011:5).

دادگاههای حقوق بشر منطقه‌ای به عنوان حافظ و ناظر بر رعایت حقوق انسانی مندرج در اسناد مذکور، نقش مهمی در ایجاد این توازن بر

امنیت ملی چه در معیار شناخت و چه از دید موضوع آن، اساسی‌ترین حوزه در هر جامعه است. امنیت ملی با سنج «نبود تهدید برای دولت-ملت» شناخته می‌شود و بر پایه همین معیار است که دولت و ملت هر دو موضوع امنیت ملی هستند. ازین دیدگاه امنیت ملی پیوند مستقیم با فرد و دولت دارد. از دیدگاه کن بوث، «رهایی، آزاد کردن مردم (چه افراد و چه گروهها) از محدودیتهای فیزیکی و انسانی است که آنها را از انجام آنچه آزادانه انتخاب می‌کنند، باز می‌دارد. امنیت واقعی، زاده رهایی است، نه زاده قدرت و نظم» (عالی پور، ۱۳۹۹:۵۳)

محققان حوزه امنیت ملی براین باورند که تکیه بر بعد نظامی امنیت ملی برای درک صحیح و تحقق کامل امنیت ملی به هیچ وجه کافی نیست و ضروری است تاملات مربوطه به ابعاد غیر نظامی باتوجه به شرایط و مقتضیات روز در کانون محاسبات امنیتی قرار گیرند (افتخاری، ۱۳۷۷:۳۷).

امنیت به معنای رهایی از عواملی همچون ترس، تهدید، خطر، زور و حمله است (Kempen, 2013:1). امروزه خطراتی انسان ساخته همچون تروریسم و جنگ و عواملی طبیعی نظیر سیل و زلزله می‌توانند امنیت ملی را با خطر مواجه سازند (Dembour, 2006:54). در عین حال نظر به این واقعیت که «امنیت ملی»، مفهومی انتزاعی است، ممکن است در رویه و عملکرد نهادهای اجرایی و قضایی حکومتها، تصویری حاکمیت-پسند از آن ارائه گردد و حاکمان با سوء استفاده از این مفهوم، در پی تحدید حقوق مردم بویژه گروههای غیرحاکم و اقلیت برآیند و منافع طبقه، گروه، قوم و ایدئولوژی حاکم را

حق ندارد به نام استفاده از آزادی به استقلال سیاسی، فرهنگی، اقتصادی، نظامی و تمامیت ارضی ایران کمترین خدشه‌ای وارد کند و هیچ مقامی حق ندارد به نام حفظ استقلال و تمامیت ارضی کشور، آزادی‌های مشروع را، هر چند با وضع قوانین و مقررات، سلب کند.

۱. اصل نهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در همین راستا و براساس چنین رهیافتی مقرر می‌دارد:
«در جمهوری اسلامی ایران آزادی و استقلال و وحدت و تمامیت ارضی کشور از یکدیگر تفکیک ناپذیرند و حفظ آنها وظیفه دولت و آحاد ملت است. هیچ فرد یا گروه یا مقامی



امنیت است و در نبود آن، هرج و مرج و آناشسی، واقعیت صحنه خواهد بود.

تعاریف زیادی از مفهوم امنیت ملی از نگاه متخصصان علوم سیاسی و روابط بین‌الملل، ارائه شده است. «امنیت ملی» در ساده‌ترین تعریف، به معنای محفوظ ماندن یک کشور در برابر کلیه تهدیدات و خطراتی است که متوجه بنیانهای ملی آن کشورند. (قنبرلو، ۱۳۹۷: ۴۳) به بیانی دیگر می‌توان گفت پاسداری و حفاظت از عناصری همچون حفظ تمامیت ارضی در برابر هجوم خارجی، حقوق و آزادیهای اساسی ملت، بقای دولت در برابر تهدیدات طبیعی و انسانی از زمره اصولی هستند که در تعریف «امنیت ملی» باید به آنها توجه داشت. بیان تمامی تعاریف ذکر شده از مفهوم امنیت ملی در کتب و مقالات متعددی که بدان اشاره داشته‌اند، در حوصله این مقاله نمی‌گنجد و هدف از نگارش این مقاله نیز تبیین این تعاریف نیست.

نقطه ثقل این مقاله در بررسی این امر مهم است که رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر، چه تفسیر و برداشتی از این مفهوم در موارد اختلاف میان دولت‌ها و شاکیان در پرونده‌های مطروحه داشته است؟

لازم به ذکر است که برخی از عناصر و مولفه‌های موجود در تعریف امنیت ملی همچون دفاع از کشور در برابر تهاجم خارجی، حفاظت از حقوق و آزادیهای بنیادین ملت و پاسداری از کشور در برابر تهدیدات طبیعی ویرانگر، مواهب و خیراتی هستند که عموم افراد جامعه (اعم از حاکمان، گروههای اپوزیسیون، اقلیت‌ها و...) از آن برخوردار خواهند شد اما مولفه‌هایی همچون بقای نظام سیاسی مستقر، همسان‌سازی زبانی و فرهنگی جهت رفع تهدیدات احتمالی معطوف به همبستگی جامعه، عناصری هستند که تمامی گروههای جامعه در حفظ و دستیابی به این اهداف نه تنها ذینفع نیستند بلکه آنها را مغایر آمال، آرزوها و اهداف خود می‌دانند. طبیعی است که گروههای مخالف نظام سیاسی و یا گروههای اقلیت مذهبی و زبانی، بقای رژیم سیاسی

عده دارند. در میان محاکم مختلف منطقه‌ای از جمله محاکم اروپایی، آمریکایی و آفریقایی حقوق بشر؛ رویه و عملکرد دیوان اروپایی حقوق بشر به دلیل سابقه و رویه غنی‌تر (زمانی، ۱۳۹۴: ۱۹)، موضوع بررسی این مقاله قرار گرفته است تا مفهوم «امنیت ملی» را از روزنه‌ی رویه این دادگاه، تشریح نماییم.

سوال اساسی این مقاله آن است که مفهوم «امنیت ملی» به عنوان یکی از موجبات تحدید کننده در اسناد حقوق بشری از جمله کنوانسیون اروپایی حقوق بشری، در رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر، چگونه تفسیر شده است و دیوان چه نوع توازنی میان حقوق جامعه و افراد در این ارتباط، برقرار کرده است؟

فرضیه نویسندگان مقاله آن است که دیوان اروپایی با ارائه مفهومی چند بعدی و همه جانبه، منافع تمامی گروهها، بخشها، اقوام و مذاهب متفاوت ساکن در دول عضو را در مفهوم «امنیت ملی» قرار داده و اقدام دولت‌ها در تحدید حقوق این گروهها به نام «امنیت ملی» را ناقض مقررات کنوانسیون اروپایی حقوق بشر دانسته است.

نظر به اینکه تفسیر مراجع بین‌المللی ناظر بر رعایت مقررات حقوق بشری، به این سو حرکت کرده است که مضمون واحدی از قواعد و مفاهیم مربوط به حقوق بشر، بدست دهند (فلسفی، ۱۳۹۹: ۲۳۳)، می‌توان این انتظار را داشت که تفسیر دیوان اروپایی حقوق بشر، مورد پذیرش و راهنمای سایر نهادهای نظارتی منطقه‌ای و جهانی نیز قرار گیرد. از جمله رویه دیوان اروپایی حقوق بشر در تفسیر متکامل و همه جانبه مفهوم «امنیت ملی» می‌تواند راهنمای محاکم ملی در این ارتباط باشد.

۲ مفهوم امنیت ملی

«امنیت»، بنیادی‌ترین نیاز هر جامعه و مهمترین عامل برای دوام زندگی اجتماعی به شمار می‌رود و ازین رو از گذشته‌های دور، مورد توجه صاحب‌نظران و نظریه‌پردازان بوده است. ماندگاری جامعه در گرو

هیچ کس را به دلایلی مانند حمایت از حقوق و آزادی دیگران، پاسداری از نظم عمومی و حفظ امنیت ملی و.. شکنجه کرد و یا عقایدش را مورد بازخواست قرار داد (قاری سید فاطمی، ۱۳۹۰: ۱۸۷، ۱۸۹). جهت تبیین این موضوع اشاره به یکی از آرای دیوان، مفید فایده است.

در قضیه چاهال علیه بریتانیا، دیوان اروپایی حقوق بشر، این استدلال دولت بریتانیا را رد کرد که در ارزیابی اینکه آیا اخراج شاکی از بریتانیا را می‌توان ناقض ماده ۳ کنوانسیون دانست یا خیر؟ باید خطرات محتمل ناشی از اخراج به کشور ثالث و این احتمال که ممکن است در آنجا شکنجه شود را باید در مقایسه با تهدیدات ناشی از عدم اخراج او که متوجه امنیت ملی بریتانیا خواهد شد، مقایسه کرد (Chahal and others v. United Kingdom, judgment of 15 November 1996) در واقع، دیوان معتقد بود که عدم اخراج فردی که در معرض شکنجه در کشور دیگر است، تعهدی مطلق است و در هر حال، باید رعایت گردد^۱.

در میان عوامل و موجبات محدود کننده در بهره‌مندی از حقوق بشری، تامین برخی مواهب مانند «امنیت ملی»، «رفاه اقتصادی کشور» و «تمامیت ارضی»، در زمره منافع صرف عمومی هستند که مردم از مواهب آن تنها از آنها به صورت جمعی استفاده می‌کنند. از سوی دیگر، مواهبی نیز مانند «حقوق و آزادیهای دیگران»، «حمایت از حیثیت و حقوق دیگران»، معطوف به حقوق و آزادیهای افراد خاصی است. خیرهایی نیز مانند بهداشت و اخلاق بسته به شرایط و اوضاع و احوال، می‌تواند فردی یا جمعی باشد (Greer, 2006:258).

۱۹۵۱ مقرر داشته است که اعطای پناهندگی در صورتی که تهدیدی متوجه دولت پذیرنده کند و یا متقاضی مرتکب اعمالی خلاف اهداف و اصول منشور ملل متحد شود، انجام نخواهد شد. اما دیوان اروپایی حقوق بشر معتقد بود چون حق بر منع شکنجه، از حقوق مطلق و غیرمقید است، دولت بریتانیا حق ندارد او را به کشوری مسترد کند که در خطر شکنجه شدن قرار دارد.

و همسان‌سازی زبانی و فرهنگی را ناقض حقوق و منافع خود می‌دانند و چنین تفسیر و تعریفی از «امنیت ملی» را تک بُعدی و در راستای حفظ قدرت گروه حاکم می‌پندارند.

نگاهی به پرونده‌ها و شکایات مطرح شده در دیوان اروپایی حقوق بشر، به خوبی نشان می‌دهد که چگونه در پاره‌ای موارد، دیوان اروپایی حقوق بشر، تفسیر حکومت از مفهوم «امنیت ملی» را با توجه به موازین حقوق بشری مندرج در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، نپذیرفته و اقدام دولت را ناقض حقوق بشری شاکی دانسته است ولو آنکه دولت در محدودسازی حق شاکی به عامل «امنیت ملی» استناد جسته باشد اما در مواردی نیز، ادعای شاکی دال بر نقض کنوانسیون را نپذیرفته و استناد به مفهوم عامل «امنیت ملی» را موجه دانسته است.

۳ جایگاه امنیت ملی در نظام حقوق بین‌الملل بشر

مصادیق حقوق بشر از منظر دامنه و گستره‌ی بهره‌مندی افراد از آنها به حقوق «مقید» یا «غیرمقید» و یا به تعبیر دیگر، حقوق «مطلق» و «مشروط» تقسیم می‌شوند. مثلا حق بر آزادی عقیده و نه اظهار آن- و همچنین حقوقی مانند منع شکنجه و منع برده‌داری به عنوان حقوق غیر مقید از آنها نام برده می‌شود اما حقوقی مانند آزادی بیان، آزادی اجتماعات و آزادی انجمنها و مانند اینها در زمره حقوق مشروط یا مقید قرار می‌گیرند. حقوق مطلق یا غیرمقید، تحت هیچ عنوان و بنا بر هیچ موجب و عاملی، قابلیت تحدید را ندارند. بنابراین نمی‌توان

۱. چاهال فردی سیک تبار بود و متهم به شرکت در توطئه ترور راجیو گاندی بود. وزیر کشور بریتانیا مدعی بود که حتی اگر چاهال در معرض اذیت و آزار در هندوستان باشد، باز هم او مستحق حمایت‌های کنوانسیون ۱۹۵۱ نیست زیرا حضور او در بریتانیا تهدیدی علیه امنیت ملی بریتانیاست. لازم به ذکر است که کنوانسیون



تعریف آن نیز باید منافع عموم مردم یک کشور، لحاظ گردد. لذا گروهی و یا طبقه‌ای از مردم و یا حاکمان نمی‌توانند به بهانه امنیت ملی، حقوق و آزادیهای مشروع جامعه را نادیده گیرند (Jayawickrama, 2002:194).

امکان استناد به «امنیت ملی» به عنوان یکی از موجبات محدود کننده در برخورداری از حقوق بشری، اقدامی مشروع و در عین حال، مخاطره برانگیز است. از یکسو، این استناد می‌تواند با توجه به تامین منافع عمومی، موجه باشد زیرا تهدیداتی همچون اقدامات تروریستی و یا جاسوسی برای دشمن، منافع عالی کشور را تهدید می‌کند اما از سوی دیگر ممکن است دولتها در استناد به این عامل، زیاده روی کنند و با سوءاستفاده از این اختیار، حقوق بشری شهروندان و یا ساکنان جامعه را بیش از اندازه لازم، محدود نمایند. امنیت ملی از منظر سیاستمداران، آن نوع امنیتی است که میل به تامین سود و پرهیز از ورود ضرر دارد. در نظامهای دیکتاتوری، این سود و زیان معطوف به منافع حاکمانی است که بدون اراده مردم بر مسند قدرت تکیه زده‌اند اما در نظامهای دموکراتیک، این سود و زیان، ناظر بر منافع اکثریت مردم است. در هر حال، ممکن است که سود و زیان گروههای اقلیت در طرح‌ریزی و تعریف مولفه‌های امنیت ملی، نادیده انگاشته شود. رویه قضایی دیوان در جستجوی رفع این نقیصه بوده است.

در ادامه و برای آزمون فرضیه نگارندگان مقاله، اعمال محدودیت بر سه حق بشری مشروط اما بسیار مهم با استناد به عامل امنیت ملی توسط دولتهای عضو کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و تفاوت ارزیابی آنها از این عامل، با قضاوت و ارزیابی دیوان اروپایی حقوق بشر را در موضوع آزادی اجتماعات، آزادی بیان و آزادی فعالیت احزاب سیاسی، بررسی خواهیم کرد.

میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی به عنوان یکی از مهمترین اسناد حقوق بشری از شش عامل تحدید کننده نام می‌برد که می‌تواند دامنه برخورداری اشخاص از حقوق مقید را محدود سازد. این عوامل حصری بوده و عبارتند از: امنیت ملی (National Security)، ایمنی عمومی (Public Safety)، نظم عمومی (Public Order)، حمایت از سلامت (Protection of Public Health)، اخلاق عمومی (Protection of Morals) و حمایت از حقوق یا آزادیهای دیگران (Protection of the Rights and Freedoms of others).

در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر نیز به صورت مشخص در مواد ۸ تا ۱۱ به «امنیت ملی» به عنوان یکی از موجبات تحدیدکننده آزادیها اشاره شده است (Peers, 1996:393). کنوانسیون و همچنین کمیسیون و دادگاه اروپایی حقوق بشر، تاکنون تعریفی از این مفهوم ارائه نداده‌اند تنها به این موضوع اشاره شده است که در حوزه‌ها و زمینه‌هایی همچون تروریسم، جاسوسی، تحریک به اقدامات تروریستی، جدایی طلبی و تحریک به نقض اصول نظامی، می‌توان به این عامل استناد کرد (National Security and European Case-Law, Council of Europe / European Court of Human Rights, 2013, paras.4-5). سازمان ملل متحد هم در سند سیراکوس، از پاسداشت «امنیت ملی» به عنوان یکی از موجبات مشروع تحدید کننده حقوق مشروط نام برده است:

«تأمین امنیت ملی به عنوان یکی از اهداف مشروع دولتها در اعمال محدودیت {بر حقوق بشر} تنها زمانی می‌تواند مورد استناد قرار گیرد که اعمال این محدودیت برای حفظ توانایی و قابلیت کشور در پاسداری از موجودیت ملت، تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی آن علیه تهدیدی قابل توجه و یا توسل به زور خارجی ضرورت داشته باشد» (E/CN.4/1985/4, annex, para.29).

«امنیت ملی» در گروه مواهب و خیرهایی قرار دارد که عموم مردم از مزایای آن بهره می‌برند لذا در

۳،۱ جایگاه امنیت ملی در تحدید آزادی اجتماعات

حق بر تشکیل آزادانه «اجتماعات مسالمت‌آمیز» (the right to peaceful assembly)، از نوع حقوق مشروط بشری است که زیر شاخه حقوق مشارکت در امور عمومی با مشخصه سیاسی-مدنی می‌باشد (موسوی و امیر حسینی، ۱۴۰۱: ۳۳۷). مشارکت سیاسی از بنیادهای اساسی برای جوامع دموکراتیک و نمادی از حق انسان بر تعیین سرنوشت خویش است. آزادی اجتماعات با بسیاری از حقوق فردی رابطه مستقیم داشته و چه بسا بسیاری از حقوق فردی به سبب عدم امکان اعتراض به آن تضييع شده تلقی گردند، تا جایی که ممانعت از این حقوق، ممکن است بستر ایجاد شورش و برون‌ریزی‌های اغتشاش‌آمیز در سطح جامعه سیاسی و تهدید ساختارهای حقوق عمومی را فراهم آورد (دوفار، ۱۳۹۱: ۳۶).

کمیته حقوق بشر در آخرین تفسیر عمومی خود از حق بر آزادی اجتماعات، ضمن پذیرش عامل امنیت ملی به عنوان یکی از موجبات مشروعی که می‌تواند حق بر اجتماعات را محدود سازد بر این واقعیت اصرار دارد که در خصوص اجتماعات مسالمت‌آمیز، رسیدن به این آستانه در موارد بسیار استثنایی تحقق می‌یابد. بویژه در مواردی که دلیل وجودی بهم خوردن امنیت ملی، سرکوب حقوق بشر باشد چه آنکه نقض سیستماتیک حقوق بشر، خود عامل تهدید امنیت ملی و تهدید کننده صلح و امنیت بین‌المللی است (E/CN.4/1985/4, annex, para.32). بنابراین اگر تجمعی مسالمت‌آمیز در واکنش به نقض حقوق شهروندی برگزار گردد، حکومت حق ندارد به بهانه حفظ امنیت ملی، برگزاری تجمع را خلاف امنیت ملی دانسته و اجازه برگزاری آن را ندهد.

کمیته معتقد است که در خصوص اجتماعات مسالمت‌آمیز، رسیدن به این آستانه در موارد بسیار استثنایی تحقق می‌یابد. بویژه اگر دلیل وجودی بهم خوردن امنیت ملی، سرکوب حقوق بشر باشد؛ از این

عامل نمی‌توان برای توجیه محدودیتهای بیشتری از جمله حق بر تجمع مسالمت‌آمیز بهره برد (General comment no. 37,2020:para.42).

همچنین کمیته حقوق بشر به صورت ضمنی معتقد است که حفظ و بقای نظام سیاسی مستقر نمی‌تواند از مولفه‌های امنیت ملی محسوب شود زیرا کمیته اشعار می‌دارد: «نباید از محدودیتهای برگزاری تجمع مسالمت‌آمیز به صورت صریح یا ضمنی جهت سرکوب ابراز مخالفت سیاسی با حکومت، به چالش کشیدن قدرت سیاسی از جمله مطالبات مربوط به وقوع تغییرات دموکراتیک در حکومت، قانون اساسی یا نظام سیاسی و یا تعقیب اعمال حق تعیین سرنوشت استفاده کرد. همچنین نباید از برگزاری اجتماعات تنها به دلیل منع توهین به حیثیت و آبروی مقامات یا ارگانهای دولتی جلوگیری کرد» (General comment no. 37,2020:para.49).

در عین حال، کمیته خاطر نشان ساخت که با توجه به ماده ۲۰ میثاق (در مورد ممنوعیت نفرت پراکنی قومی، ملی و مذهبی) «نباید از اجتماعات مسالمت‌آمیز برای تبلیغ جنگ (بند ۱ ماده ۲۰) یا حمایت از نفرت پراکنی ملی، نژادی یا مذهبی که باعث تحریک به تبعیض، دشمنی یا خشونت می‌شود (بند ۲ ماده ۲۰) استفاده کرد» (General comment no. 37,2020:para.50).

به اعتقاد دیوان اروپایی حقوق بشر، مادامی که تجمعی به صورت مسالمت‌آمیز برگزار می‌گردد و حاضران در آن تجمع، به خشونت متوسل نشده‌اند، دولت نباید اقدام به متفرق کردن تجمع کنندگان نماید (Kudrevičius and Others v. Lithuania, [GC], 2015, § 92). همچنین مجازات شرکت کنندگان در تجمعات مسالمت‌آمیز قابل قبول نیست. دیوان اروپایی حقوق بشر در یکی از آرای اخیر خود در فضیه «کمال شتین علیه ترکیه»، مجازات یکی از شرکت کنندگان در تجمع به دلیل سردادن شعار و حمل دست نوشته را ناقض ماده ۱۱ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر تشخیص داد



و مغایر ماده ۱۰ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر بوده است. دادگاه ترکیه ممنوعیت انتشار مصاحبه و توقیف نشریه را از جمله به خاطر حفظ «امنیت ملی» لازم دانسته بود. لازم به ذکر است که شاکیان مصاحبه‌ای با سخنگوی پ.ک.ک (گروه چریکی که از سال ۱۹۸۴ تاکنون برای کسب خودمختاری در داخل سرزمین ترکیه با آن کشور می‌جنگد) انجام داده بودند. دیوان اروپایی حقوق بشر، شکایت شاکی را وارد دانست.

دیوان معتقد بود که صرف این واقعیت که مصاحبه شونده، سخنگوی یک سازمان تروریستی (پ.ک.ک) است، برای ممنوعیت انتشار مصاحبه کافی نیست، مشروط بر اینکه این مصاحبه شامل تحریک به خشونت یا نفرت، نباشد. همچنین دیوان معتقد بود که عموم مردم حق دارند از تفسیری متفاوت از وضعیت کشور در جنوب شرقی ترکیه مطلع شوند و ممنوعیت انتشار این مصاحبه، حق عموم مردم برای آزادی دریافت اطلاعات را نقض می‌کند (Sürek and Özdemir v. Turkey [GC], nos. 23927/94 and 24277/94, § 61, 8 July 1999). در مقابل، در پرونده سورک علیه ترکیه، شاکی اقدام به انتشار گزارشی نموده بود که طی این گزارش، سورک اعلام کرده بود که پ.ک.ک، به مثابه ارتش آزادیبخش ملی اقدام کرده است. در این پرونده، دیوان محکومیت سورک در محاکم داخلی ترکیه را ناقض ماده ۱۰ کنوانسیون ندانست. زیرا به اعتقاد دیوان، در این گزارش سورک، خواهان توسل به زور علیه دولت ترکیه شده و مردم را تشویق به نبرد مسلحانه کرده است (Sürek v. Turkey (no.) [GC], no. 24735/94, § 40, 8 July 1999).

به نظر می‌رسد که دیوان اروپایی حقوق بشر معتقد است مادامی که نویسنده و سخنران، مخاطبان را دعوت به خشونت و مبارزه مسلحانه نکرده است، حق او و مخاطبان اوست که از دیدگاه‌های مختلف درباره نحوه روابط میان اکثریت حاکم و اقلیت محکوم، مطلع شوند. نباید فراموش کرد که در کشور ترکیه با گروه اکثریت و حاکم ترک

(Kemal Çetin v. Turkey, 2020, § 26). دیوان در قضیه دیگری، ممنوعیت برگزاری تجمعات در موضوعات خاص را هم مغایر موازین کنوانسیون تشخیص داد. لازم به ذکر است که گروهی از مقدونی‌تبارها که در جنوب غربی کشور بلغارستان سکونت دارند، با برگزاری تجمعی، خواهان اعطای خودگردانی به این منطقه شده بودند. دولت بلغارستان متعاقباً برگزاری هرگونه تجمع در این ارتباط را به دلیل مغایرت با حفظ تمامیت ارضی و امنیت ملی بلغارستان، ممنوع اعلام کرده بود. در پی شکایت «سازمان متحد مقدونیه»، دیوان اروپایی حقوق بشر اعلام کرد که صرف تقاضای تغییر در قوانین عادی و اساسی کشور از جمله در خصوص تغییرات اداری کشور در تجمعات مسالمت‌آمیز، نمی‌تواند ممنوعیت برگزاری تجمعات مسالمت‌آمیز را حتی به بهانه حفظ امنیت ملی، توجیه نماید (Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria, 2001, § 97).

۳٫۲ جایگاه امنیت ملی در حوزه آزادی بیان

ضرورت حمایت از آزادی بیان آنگاه برجسته می‌شود که شخصی می‌خواهد «در برابر اندیشه رایج و متکی بر قدرتهای اجتماعی و دولتی سخن بگوید و از وضع موجود انتقاد کند، و گرنه هیچ کس در آزادی تمجید و ستایش از قدرت، تردید نمی‌کند و این چهره آزادی نه ارزش است و نه نیاز به حمایت دارد» (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۱۴). حکومتها نیز معمولاً انتقاد از سیاستهای دولت را به بهانه نقض امنیت ملی، برنمی‌تابند و آزادی بیان را محدود می‌کنند. بر همین اساس است که حمایت از آزادی بیان یکی از ارزشهای قابل توجه در نظام حقوق بشر است و در ماده ۱۰ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر نیز بر آن تاکید شده است.

در قضیه سورک و اوزدمیر علیه ترکیه، شاکی مدعی بود که توقیف نشریه او ناقض حق آزادی بیان

افشای منافع دولت در یک سلاح معین و اطلاعات فنی مربوطه که می‌تواند داده‌هایی را در مورد وضعیت پیشرفت تولید آن ارائه دهد، به طور قابل توجهی می‌تواند به «امنیت ملی» آسیب برساند. دادگاه همچنین به «وظایف» و «مسئولیت‌های» خاص اعضای نیروهای مسلح به حفظ اطلاعات شغلی‌شان اشاره کرد (*Hadjianastassiou v. Greece*, 16 December 1992, §§ 46-47, Series (A no. 252).

۳٫۳ جایگاه امنیت ملی در حوزه فعالیت و انحلال احزاب سیاسی

یکی از مهمترین حوزه‌هایی که در آن، موضوع اعمال امنیت ملی به عنوان یکی از عوامل تحدید کننده فعالیتها قابل طرح است به بحث فعالیت احزاب سیاسی مربوط می‌شود. در برخی از کشورهای عضو شورای اروپا، نظر به اساسنامه برخی احزاب، به محض تشکیل و یا پس از گذشت مدتی از فعالیت حزب، با توجه به عملکرد آنها، دولت مربوطه با استناد به حفظ «امنیت ملی» حکم به انحلال حزب مربوطه می‌داد. در بسیاری از موارد، احزاب منحل شده به دیوان اروپایی حقوق بشر مراجعه کردند و به استناد نقض ماده ۱۱ (مربوط به آزادی تشکیل احزاب و سندیکاهای^۲) مدعی بودند که دولت متبوع آنها، مفاد این ماده را نقض کرده است. در این بخش از مقاله به بررسی عملکرد دیوان اروپایی در ارزیابی مشروعیت استناد به «امنیت ملی» در انحلال این احزاب می‌پردازیم.

در برابر گروه اقلیت کرد مواجه هستیم. بنابراین دیوان در بررسی شکایات متعددی که از سوی افراد متعلق به اقلیت قومی گرد به دلیل نقض آزادی بیان علیه دولت ترکیه مطرح شده بود و تعداد آنها به بیش از ۱۷ پرونده می‌رسد، بر این امر تأکید نمود که مردم حق دارند از دیدگاه‌های متفاوت در مورد وضعیت گروه اقلیت خود برخوردار شوند و دولت (نمایندگی گروه اکثریت) نباید خود را منبع انحصاری اعلام عقاید و نظرات در این رابطه بداند.^۱

در قضیه «وگت علیه آلمان» در مورد محرومیت یک معلم به دلیل ارتباط او با حزب کمونیست آلمان و عدم وفاداری به قانون اساسی آلمان، دادگاه به این نتیجه رسید که شغل خواهان هیچ خطر امنیتی ندارد، آموزش عملاً در انحصار دولت است و معلم هرگز هیچ نفوذ مشکوکی بر دانش آموزان خود اعمال نکرده است، و هرگز هیچ گاه اظهارات خلاف قانون اساسی برای دانش آموزان خود حتی خارج از محل کار خود بیان نکرده و در نهایت اینکه فعالیت حزب متبوع او در آلمان ممنوع اعلام نشده است. بنابراین دیوان اعلام کرد که آلمان با اخراج این معلم، ماده ۱۰ کنوانسیون را نقض کرده است (*Vogt v. Germany*, 26 September 1995, § 60, Series (A no. 323).

در قضیه *Hadjianastassiou* علیه یونان، خواهان یک افسر نیروی هوایی یونان بود که به دلیل انتشار مقاله‌ای که حاوی اطلاعات فنی در مورد یک موشک بود و در دسته بندی اطلاعات محرمانه قرار داشت، محکوم شده بود. دادگاه معتقد بود که

^۲ ماده ۱۱ چنین اشعار می‌دارد: ۱- هر کس حق برگزاری اجتماعات صلح آمیز با دیگران و تشکیل انجمن از جمله اتحادیه‌های صنفی را دارد.

۲- اعمال این حق تنها در صورتی محدود خواهد شد که به موجب قانون بوده و در یک جامعه‌ی دموکراتیک برای حفظ امنیت یا سلامت عمومی، جلوگیری از بی‌نظمی و ارتکاب جرم، حمایت از بهداشت و اخلاق و یا دفاع از حقوق و آزادی‌های دیگران ضروری باشد. این ماده مانع انجام اقدامات محدود کننده‌ی قانونی که از سوی پلیس یا مقامات عمومی انجام می‌شود، نخواهد گردید.

^۱ *Sürek and Özdemir v. Turkey*, op.cit, para.61, *Arsalan v. Turkey*. App.no.23462/94; *Baskaya and Okcuoglu v. Turkey*. App.nos.23536 and 24408/94; *Ceylan v. Turkey*. App.no.23556/94; *Erdogdu and Ince Turkey*. App.nos.25067 and 25068/94; *Gerger v. Turkey*. App.no.24919/94; *Karatas v. Turkey*. App.no.23168/94; *Okcuoglu v. Turkey*. App.no.24246/94; *Polat v. Turkey*. App.no.23500/94;



اروپایی حقوق بشر به اتفاق آراء اعلام نمود که به دلایل ذیل ماده ۱۱ کنوانسیون نقض شده است:

۱- اساسنامه‌ی حزب نشان می‌دهد که ساختار حزب دموکراتیک بوده و به دنبال تأمین اهداف سیاسی خود از طرق مسالمت آمیز می‌باشد.

۲- دولت ترکیه ثابت نکرده که حزب مذکور خواهان نابودی سیستم دموکراتیک و کثرت‌گرا در ترکیه بوده است.

۳- آن قسمت از اساسنامه نیز که به مسأله‌ی کردها مربوط می‌شود، پیشنهادی برای دست یازی به خشونت یا دیگر ابزار غیر دموکراتیک و مغایر قانون اساسی ندارد. همچنین حزب در پی تأسیس دولتی کردی با استفاده از زور نیست (Case of Freedom and Democracy Party v. Turkey, Application No. 23885/94, Judgment 8 (December 1999, para.36).

در اولین پرونده که به قضیه‌ی انحلال حزب کمونیست مربوط می‌شود و رأی آن در ۳۰ ژانویه ۱۹۹۸ صادر گردید، دولت ترکیه مدعی بود که ماده ۱۱ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر در خصوص احزاب سیاسی اعمال نمی‌گردد اما دیوان این موضع دولت را نپذیرفت:

«احزاب از مصادیق انجمن‌ها هستند که وجود آنها برای کارکرد دموکراسی ضروری است. با توجه به اهمیت دموکراسی در سیستم کنوانسیون، شکی وجود ندارد که احزاب سیاسی در محدوده‌ی ماده ۱۱ قرار دارند» (United Communist Party of Turkey and others v. Turkey. para.25).

بنابراین دولت ترکیه با آشنایی از با علم به اهتمام دیوان به پیروی از آراء پیشین خود در دعای بعدی از استناد به ایراد فوق‌الذکر خودداری نمود.

احزاب منحل شده در دفاعیات خود در دیوان اعلام نمودند که خواهان حل مسالمت‌آمیز و دموکراتیک مسأله‌ی کردها در چارچوب مقررات حقوق بین‌الملل بوده‌اند. دولت ترکیه نیز در دفاع از حکم دادگاه قانون اساسی می‌گوید که اساسنامه و

قبل از بررسی قضایا لازم است به این نکته مهم اشاره نماییم که غالب پرونده‌ها به آن دسته از دولت‌های عضو شورای اروپا مربوط می‌شود که در آنها، اقلیت‌های ملی زندگی می‌کنند. این اقلیت‌ها نسبت به عملکرد دولت متبوعشان در نادیده گرفتن هویت فرهنگی گروه‌های اقلیت و تلاش برای همسان‌سازی فرهنگی آنها با قوم اکثریت، معترض بودند و با تاسیس احزاب قومی و از رهگذر فعالیتهای سیاسی مسالمت‌آمیز، خواهان احقاق حقوق سیاسی و فرهنگی خود بودند. اما دولت‌های مربوطه، اساسنامه این احزاب مبنی بر برجسته سازی هویت قومی و تلاش برای ایجاد ساختارهای غیرمتمرکز در کشور را مغایر قانون اساسی موجود دانسته و با استناد به مفهوم امنیت ملی، رای به انحلال آن احزاب صادر کرده بودند.

در ابتدا به رویه دیوان اروپایی در خصوص انحلال احزاب سیاسی در کشور ترکیه می‌پردازیم. در خصوص دولت ترکیه، شاهد دو رویه متفاوت هستیم. دیوان در خصوص انحلال احزاب سیاسی وابسته به کردها یا احزابی که در اساسنامه خود، خواهان احقاق حقوق اقلیت‌ها بودند، اقدام دولت ترکیه در انحلال این احزاب را مغایر ماده ۱۱ تشخیص داد اما در مورد انحلال حزب اسلام‌گرای رفاه، آن را مغایر مفاد کنوانسیون ندانست. در اینجا به اختصار به بررسی این آراء خواهیم پرداخت.

کمیسیون و دیوان اروپایی حقوق بشر؛ انحلال حزب کمونیست، حزب آزادی و دموکراسی و حزب کار خلق ترکیه و.. را که به حق تعیین سرنوشت کردهای این کشور اشاره کرده بودند، مغایر ماده ۱۱ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر اعلام کردند. لازم به توضیح است که در اساسنامه‌ی احزاب مذکور به وجود دو ملت ترک و کرد در ترکیه و حق تعیین سرنوشت کردها اشاره شده بود. دولت ترکیه معتقد بود که بر اساس ماده ۸۰ قانون تشکیل احزاب، تلاش احزاب برای تغییر سیستم متمرکز و بسیط کشور ممنوع می‌باشد، لذا انحلال احزاب فوق‌الذکر، اقدامی غیر قانونی نبوده است اما کمیسیون

paras.29-30, Case of Yazar and Others (v.Turkey,para.51).

حال دیوان می‌بایست ببیند که انحلال این احزاب در یک جامعه‌ی دموکراتیک، ضروری بوده است یا خیر؟

دیوان به پیروی از رویه‌ی خود بر این اعتقاد بود که علی‌رغم ماهیت مستقل ماده ۱۱، می‌بایست آنرا در پرتو ماده ۱۰ (آزادی بیان) بررسی نمود زیرا حمایت از ابراز آراء و نظرات گوناگون در جامعه، یکی از اهداف آزادی تشکیل انجمن و اجتماعات می‌باشد. در این ارتباط، دیوان در دیگر آراء خود بارها بر این نکته تأکید نموده است که بدون وجود احزاب، دموکراسی معنا نخواهد داشت چه آنکه وجود احزاب مختلف حاکی از وجود کثرت‌گرایی در کشور می‌باشد. به همین دلیل است که آزادی بیان نه تنها شامل «اطلاعات» یا «آیده‌هایی» است که در موافقت (با دولت) ابراز می‌شوند و یا آنکه ضرری متوجه دیگران نمی‌سازند و یا دیگران نسبت به ابراز این دیدگاه‌ها بی‌تفاوت هستند؛ بلکه اطلاعات و آیده‌های شوک‌آور، ناراحت‌کننده و آزاردهنده را نیز در بر می‌گیرد.^۱

دیوان خاطرنشان نمود که احزاب سیاسی تنها به این دلیل که فعالیت آنان مغایر ساختار قانون اساسی است از حمایت‌های مندرج در کنوانسیون محروم نخواهند شد. به اعتقاد دیوان؛ آزادی بیان بدون تنوع وجود احزاب سیاسی در کشور که نمایندگی تمامی نحله‌های مختلف افکار عمومی را بر عهده داشته باشند؛ غیر قابل تصور است.

لازم به ذکر است که دولت ترکیه مدعی بود که اشاره به وجود اقلیت کرد و حق تعیین سرنوشت آنها نه تنها با مقررات قانون اساسی ترکیه مغایرت دارد بلکه آشکارا متضاد با مفاد منشور ملل متحد و اساسنامه‌ی تشکیل شورای اروپا می‌باشد که به

اقدامات احزاب مذکور برخلاف مقررات قانون اساسی ترکیه بوده است. دولت ترکیه در دعوی انحلال حزب آزادی و دموکراسی اعلام نمود که مواضع این حزب به مراتب از مواضع حزب کمونیست افراطی‌تر بوده زیرا علاوه بر اشاره به حق تعیین سرنوشت کردها از مبارزه‌ی سازمان‌های تروریستی علیه دولت ترکیه نیز حمایت کرده است (عزیزی، ۱۳۹۴:۳۶۸).

لازم به ذکر است که دیوان اروپایی حقوق بشر به عنوان یک قاعده کلی در بررسی ادعای نقض کلیه‌ی حقوق موضوع کنوانسیون اروپایی حقوق بشر از معیار ذیل استفاده می‌کند تا مشروعیت اقدام و دخالت دولت را احراز نماید. در این دعاوی نیز دیوان به ترتیب به بررسی این سه موضوع پرداخت:

۱- آیا دخالت در بهره‌مندی از حق مندرج در ماده ۱۱ به موجب قانون انجام شده است یا خیر؟

۲- آیا این دخالت و ایجاد محدودیت برای تأمین یکی از اهداف مشروع ذکر شده در کنوانسیون بوده است یا خیر؟

۳- آیا انحلال احزاب مذکور؛ در یک جامعه‌ی دموکراتیک ضروری بوده است یا خیر؟ (Karolin,2001,p.136)

دیوان به حکم دادگاه قانون اساسی ترکیه اشاره کرد که انحلال احزاب فوق‌الذکر به موجب قانون شماره ۲۸۲۰ (مربوط به احزاب سیاسی) و به منظور حمایت از امنیت ملی و حفظ تمامیت ارضی کشور صورت گرفته است. بنابراین اقدام دولت ترکیه؛ منطبق با دو شرط از شرایط فوق‌الذکر است زیرا انحلال احزاب مذکور بر اساس قانون بوده و در تعقیب یکی از اهداف مشروع کنوانسیون انجام شده است (United Communist Party of Turkey and others v. Turkey. Paras.40-41; Freedom and Democracy Party v. Turkey,

Turkey, applications nos. 23927/94 and 24277/94, para.57, Case of Yazar and Others v. Turkey, Applications nos. 22723/93, 22724/93 and 22725/93, para.46

1. Handyside v. the United Kingdom, Stankov and the United Macedonian; Organization Ilinden v. Bulgaria, op.cit, para.86, Sürek and Özdemir v.



از سوی دیگر، موسسان حزب، رای دادگاه قانون اساسی را ناقض ماده ۱۱ کنوانسیون دانسته و به دیوان اروپایی حقوق بشر مراجعه کردند. دیوان در بررسی این دعوا از رویه‌ی خود در رسیدگی به مشروعیت انحلال احزاب ترکیه پیروی نمود. در حقیقت میان این قضیه با دعاوی پیشین، وجوه تشابه زیادی وجود داشت. انحلال حزب اتحاد مقدونیه به مانند احزاب ترکیه به موجب قانون اساسی و برای تأمین یکی از اهداف مشروع مندرج در کنوانسیون یعنی حفظ امنیت ملی صورت گرفته بود که دیوان؛ این بار نیز حکم دادگاه قانون اساسی دولت عضو را مغایر الزامات جوامع دموکراتیک دانست:

«دیوان یادآوری می‌کند که احزاب سیاسی می‌توانند برای انجام تغییرات در ساختار حقوقی و سیاسی کشور با رعایت دو شرط به رقابت دست یازند. اولاً ابزار مورد استفاده برای رسیدن به اهداف مورد نظر؛ می‌بایست قانونی و دموکراتیک باشد ثانیاً خود تغییرات مورد نظر نیز باید منطبق با اصول بنیادین دموکراتیک باشند» (Case of the United Macedonian Organisation Ilinden – PIRIN and Others v. Bulgaria, Application no. 59489/00, para.59, Case of Yazar and Others v. Turkey, para.49).

دیوان در بررسی تحقق شرط اول به حکم دادگاه قانون اساسی اشاره کرد که دادگاه مذکور نیز بر این واقعیت اذعان دارد که رهبران و اعضای حزب لیندن، قصد دست یازی به خشونت یا دیگر ابزار غیر دموکراتیک را نداشته‌اند.

به نظر می‌رسد که دیوان معتقد است نظام حقوق بین‌الملل بشر، مجال متفاوت بودن از نظام سیاسی یا حتی مخالفت با آن با توسل به شیوه‌های مسالمت‌آمیز، باز گذاشته شده است. به عبارت دیگر، برای موافقان و مخالفان نظام سیاسی موجود، بایستی فضایی برابر و مساوی ایجاد شود تا همگان بتوانند در بازار آزاد سیاست، ایده و نظرات خود را در معرض تقاضای مردم بگذارند. نظام حقوق

صراحت از تمامیت ارضی دولت‌ها حمایت به عمل آورده‌اند اما دیوان در پاسخ به ادعای دولت ترکیه چنین اشعار می‌دارد:

«این واقعیت که پروژهی سیاسی حزب مذکور مغایر اصول و ساختارهای سیاسی دولت ترکیه است؛ به معنای تناقض آن برنامه‌ها با قواعد دموکراتیک نیست. طرح و پیشنهاد پروژهای سیاسی مختلف و آنها را مورد بحث و گفتگو قرار دادن؛ حتی اصولی که روش سازماندهی دولت را مورد سؤال قرار می‌دهند و آنرا به چالش می‌کشند، اساس و جوهر دموکراسی است به شرط آنکه پروژهی مذکور به خود دموکراسی لطمه نزند» (Case of Freedom and Democracy Party v. Turkey, para.41, United Communist Party of Turkey and others v. Turkey. Para57, Case of Yazar and Others v. Turkey, para.48).

دیوان اروپایی حقوق بشر در رأی مورخ ۲۰ اکتبر ۲۰۰۵ نیز در قضیه‌ی مربوط به انحلال «حزب اتحاد مقدونیه علیه بلغارستان» با استفاده از آراء پیشین خود؛ انحلال حزب مذکور را ناقض ماده ۱۱ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر دانست.

لازم به توضیح است که انجمن لیندن (متعلق به اقلیت مقدونی ساکن در کشور بلغارستان) در ۲۸ فوریه ۱۹۹۸ اعلام نمود که از این تاریخ به عنوان یک حزب سیاسی به فعالیت خود ادامه می‌دهد. اعلام موجودیت حزب اتحاد مقدونیه با مخالفت شدید محافل سیاسی کشور بلغارستان روبرو شد و با تقاضای ۶۱ نفر از نمایندگان مجلس این کشور؛ موضوع انحلال این حزب در دستور کار دادگاه قانون اساسی قرار گرفت. دادگاه، موضع حزب اتحاد مقدونیه که خواهان اعطای خودمختاری به منطقه‌ی پیرین (محل سکونت مقدونی‌ها) بود را مغایر با مفاد اصل ۲ قانون اساسی بلغارستان دانست که به صراحت تشکیل نواحی خودمختار در کشور را مجاز نمی‌داند. دادگاه اضافه نمود که هدف نهایی حزب مذکور؛ تجزیه‌ی این منطقه از کشور می‌باشد.

وسایل خشونت آمیز دست یازیده و با توسل به زور بخواهند برنامه سیاسی خود را اجرا نمایند؟

نهادهای حقوق بشری بویژه دیوان اروپایی حقوق بشر، قاعده مربوط به حفظ امنیت ملی را به گونه‌ای تفسیر کرده‌اند که حاصل جمع اعمال آن، تامین منافع تمامی جوامع و گروههای فروملی ساکن در یک کشور باشد و مضمون و محتوای این قاعده، تنها در پی حمایت از منافع حکومت (ولو متکی بر منافع گروه قومی و یا جامعه اکثریت) نباشد. بر همین اساس است که دیوان اروپایی اعلام می‌دارد:

«امکان حل مشکلات کشور از طریق مذاکره و گفتگو و بدون توسل به خشونت، یکی از خصایص اساسی دموکراسی است لذا نمی‌توان گروهی را از انجام فعالیت منع نمود؛ صرفاً به این دلیل که می‌خواهد وضعیت بخشی از جمعیت کشور را در عرصه عمومی به بحث گذارد و بر اساس قواعد دموکراسی، راه‌حلی برای آن بیابد» (Stankov and the United Macedonian Organization (Ilinden v. Bulgaria, para.88).

دیوان تأکید نمود که در یک جامعه دموکراتیک که اداری امور آن بر حاکمیت قانون مبتنی است، می‌بایست فرصت مناسب برای ابراز و تبلیغ آن دسته از ایده‌های سیاسی فراهم گردد که از طریق برگزاری اجتماعات و یا دیگر ابزار قانونی می‌خواهند نظم موجود را به چالش کشند و برای تحقق آن تلاش می‌کنند از ابزار مسالمت‌آمیز استفاده نمایند (. Stankov and the United Macedonian Organization (Ilinden v. Bulgaria, para.88). همچنین دیوان پیرو رویه‌ی خود که تلاش مسالمت‌آمیز برای ایجاد تغییرات سرزمینی را مجاز تلقی می‌نماید، توقف انتشار و توزیع کتابی در مورد تاریخ سرزمین باسک در کشور فرانسه را به بهانه‌ی حفظ نظم عمومی رد نمود. لازم به ذکر است که کتاب مذکور به ۴ زبان باسک، انگلیسی، فرانسوی و اسپانیولی در چند کشور از جمله فرانسه و اسپانیا توزیع گردید اما وزیر کشور فرانسه با صدور دستوری توزیع و فروش این کتاب را در فرانسه ممنوع اعلام

بین‌الملل بشر نیز این عرضه بی‌طرفانه را تضمین می‌کند.

طبیعی است که هر گروهی طالب منافع و مطلوبهای خویش هستند. «تعادل وقتی به وجود می‌آید که هیچ کس اجباری به دست شستن از منافع و مطلوبهای خود نداشته باشد». ابتدای فعالیت‌های سیاسی بر رقابت مسالمت‌آمیز در عرصه سیاسی و اجازه ظهور و بروز ایدئولوژیها و گفتمانهای رقیب، باعث می‌شود که در تکوین مفهوم امنیت ملی، قرائت تک‌گفتاری غالب نشود. اگر تمامی احزاب سیاسی در چارچوب رعایت قواعد بازی سیاسی و فعالیت‌های مسالمت‌آمیز اجازه طرح برنامه‌های متعارض را داشته باشند و قضاوت در خصوص انتخاب این برنامه‌های متعارض به مردم واگذار گردد، آنگاه مناسبات اجتماعی در عرصه‌ای پایدار به تعادل می‌رسد.

در این صورت است که هیچ گروهی احساس غبن در میدان سیاست نخواهد کرد و بازی «برد-برد» در گستره مناسبات اجتماعی، تحقق پیدا خواهد کرد. در واقع، «تنها آن نوع نظام اجتماعی، کارآمد و عادلانه است که بیشترین بخت‌های کسب منفعت و مطلوبها را برای بیشترین افراد و گروههای اجتماعی در بیشترین زمان فراهم می‌آورد» (فراستخواه، ۱۳۹۶: ۱۸۲).

یکی از حوزه‌های حساس و مورد بحث در این ارتباط، مساله فعالیت مسالمت‌آمیز گروههای اقلیت و قومی در جوامع متکثر اروپایی است. تردیدی نیست که یکی از مولفه‌های مهم حفظ امنیت ملی، پاسداری از تمامیت ارضی و جلوگیری از تجزیه کشور است. حال این سوال قابل طرح است که طرح مباحثی مانند حق تعیین سرنوشت و یا اعطای خودگردانی به گروههای اقلیت اگر بدون توسل به ابزارهای خشونت‌آمیز و از طریق پرسش از مردم و کسب آراء و نظریات عمومی باشد، آیا همچنان باید آنها را اقدامات ممنوعه و مجرمانه تلقی کرد یا خیر؟ یا آنکه تنها زمانی به مقابله با فعالیت‌های هویت‌گرا برخواست که حامیان این دیدگاه به



حزبی که سابقه برپایی نظامی توتالیتر را دارد و ممکن است بار دیگر از حق فعالیت سیاسی، سوءاستفاده کند، خطری متوجه «امنیت ملی» و «بنیادهای جامعه دموکراتیک» خواهد ساخت (The Committee for the organization and registration of the Romanian Communist Party v. Romania (application no. 20401/15)).

دیوان بر اساس رویه تثبیت شده خود، به این نتیجه رسید که اعمال این محدودیت بر حق آزادی تشکیل انجمن (مصرح در ماده ۱۱ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر)، پاسخگوی «نیاز مبرم اجتماعی» (overriding social need) است و اقدام دادگاه رومانی را نباید اقدامی نامتناسب برای رسیدن به اهداف مورد نظر در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر دانست و اقدام دادگاه در عدم صدور مجوز را باید اقدامی ضروری در یک جامعه دموکراتیک، محسوب کرد.

دیوان همچنین انحلال دو حزب نوپید که طرفدار اقدامات و فعالیتهای گروه تروریستی اتا (حزب متعلق به باسکها) بودند را مغایر ماده ۱۱ کنوانسیون تشخیص نداد. دیوان اروپایی بر استدلال دادگاه قانون اساسی اسپانیا در انحلال این دو حزب، مهر تایید نهاد زیرا احزاب نوپید، خشونت اعمال شده از سوی گروه اتا طی سی سال گذشته را محکوم نکرده بودند. دیوان همسو با دادگاه قانون اساسی اسپانیا معتقد بود سکوت اساسنامه احزاب مذکور در خصوص فعالیتهای اتا، به معنای تایید ضمنی تروریسم است (Herri Batasuna and Batasuna v. Spain, nos. 25803/04 and 25817/04, §§ 88-95, ECHR 2009). بنابراین همچون مورد انحلال حزب کمونیست رومانی، انحلال این دو حزب را نیز متناسب با تامین «نیاز مبرم اجتماعی» دانست.

همچنین لازم است به رای دیوان اروپایی حقوق بشر، در قضیه انحلال حزب اسلام‌گرای رفاه اشاره کنیم. دادگاه قانون اساسی ترکیه، حکم به انحلال

نمود. وزیر کشور مدعی بود کتاب مذکور مشوق جدایی سرزمین باسک از فرانسه می‌باشد و مردم را به انجام خشونت تحریک می‌کند اما دیوان ممنوعیت انتشار این کتاب را اقدامی ضروری در یک جامعه دموکراتیک ندانست (Case of Association Ekin v. France, Application no. 39288/98, Judgment of 17 July 2001, (para.64)).

در سوی مقابل و در پرونده‌های دیگری شاهد همدلی دیوان اروپایی حقوق بشر با رویکرد محاکم و مراجع داخلی دولت‌های عضو در انحلال احزاب سیاسی هستیم. این پرونده‌ها عمدتاً به اساسنامه و یا عملکرد احزابی مربوط می‌شود که به زعم دیوان؛ پیشینه و یا ایدئولوژی این احزاب، حکایت از حمایت آنها از توسل به خشونت و اقدامات تروریستی در تامین اهداف حزب است و یا آنکه اگر حزب به قدرت سیاسی برسد، برنامه‌ای را اجرا خواهد کرد که با اصول و هنجارهای دموکراتیک منافات خواهد داشت. همچنان که دیوان در رأی مربوط به انحلال حزب کمونیست ترکیه اعلام کرده بود که ارائه‌ی پیشنهادهای مختلف سیاسی، اساس و جوهر دموکراسی را تشکیل می‌دهد. به شرط آنکه پروژه‌ی مذکور به خود دموکراسی لطمه نزند. بنابراین به زعم دیوان، اگر برنامه‌های حزب با خود پروژه و الزامات دموکراسی در تعارض باشد، قابل پذیرش نیست. در این بخش نیز لازم است به اختصار به بررسی این پرونده‌ها بپردازیم.

پس از دوران فروپاشی رژیم کمونیستی در آن کشور و سرنگونی چائوشسکو، «حزب کمونیست رومانی» مجدداً به دنبال فعالیت سیاسی بود اما رژیم جدید، اجازه فعالیت به این حزب را نداد. شکایت حزب کمونیست از دولت در محاکم داخلی رومانی رد شد. متعاقباً حزب کمونیست رومانی به دیوان اروپایی حقوق بشر مراجعه کرد.

دیوان اروپایی آزای محاکم بدوی و تجدیدنظر بخارست را پذیرفت. دیوان، با پذیرش رویکرد مراجع داخلی رومانی، اعلام کرد که اعطای مجوز تاسیس به

این حزب، تعلیق موقت فعالیت‌های سیاسی رهبران حزب و مصادره دارایی‌های آن (انتقال به خزانه داری) صادر کرده بود. دادگاه قانون اساسی معتقد بود که این حزب به مرکزی برای فعالیت‌های غیرقانونی ناسازگار با اصل سکولاریسم تبدیل شده بود، زیرا رهبران حزب خواهان استقرار شریعت و برپایی نظامی دینی در آن کشور بودند.

دیوان اروپایی حقوق بشر بر این اعتقاد بود که با توجه به اهمیت اصل سکولاریسم در نظام دموکراتیک ترکیه، انحلال حزب رفاه با استناد به حفظ امنیت ملی موجه است. دیوان با استناد به رویه پیشین خود اظهار داشت که هر حزب سیاسی می‌تواند خواهان تغییراتی در قوانین عادی و اساسی کشور و ساختارهای سیاسی کشور شود مشروط بر آنکه این دو شرط رعایت گردد:

الف: ابزار مورد استفاده در فعالیت‌های حزب، قانونی و دموکراتیک باشد.

ب: خود آن تغییرات پیشنهادی حزب باید با اصول اساسی دموکراتیک سازگار باشد.

بنابراین دیوان معتقد است که اگر رهبران یک حزب سیاسی، مردم را به خشونت تحریک کنند و یا به دنبال تحقق برنامه‌ای سیاسی باشند که هدف آن از بین بردن دموکراسی است، نمی‌توانند به حمایت‌های کنوانسیون متکی باشند. دیوان معتقد است با توجه به برنامه سیاسی حزب و اظهارات رهبران و اعضای آن، به نظر می‌رسد که حزب رفاه به دنبال تاسیس نظام شریعت اسلامی در ترکیه بوده است.

دیوان اضافه کرد، به نظر می‌رسد که تاسیس رژیم مبتنی بر شریعت با ارزشهای کنوانسیون، به ویژه با توجه به قواعد آن در مورد قوانین کیفری و آیین دادرسی کیفری، و جایگاهی که برای زنان در قوانین حقوقی تعیین می‌کند، ناسازگار است (Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey [GC], nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, §§ 67,

۴ نتیجه گیری

«امنیت ملی» به معنای محفوظ ماندن یک کشور در برابر کلیه تهدیدات و خطراتی است که متوجه بنیانهای ملی آن کشورند. «امنیت ملی» در گروه مواهب و خیرهایی قرار دارد که عموم مردم از مزایای



برداشت مذکور از «امنیت ملی»، ارائه تفسیری تک‌گفتاری از این مفهوم است و به لحاظ نادیده گرفتن منافع گروههای اقلیت، آن را باید کنار نهاد. دیوان با ارائه تفسیر چند گفتاری از امنیت ملی بر آن است تا کاستیها، نقصانها و کژریختی‌ها در فرایند تامین امنیت واقعی برای کلیه آحاد مردم را از میان بردارد.

با بررسی رویه قضائی دیوان اروپایی حقوق بشر به این نتیجه می‌رسیم که دیوان بر آن بوده است تا با اتخاذ رویکردی تکاملی؛ از تفسیر تک بعدی مرسوم از امنیت ملی دوری گزیند. در مفهوم حکومت محور از امنیت ملی، خصوصیات کلی و تقلیل‌گرایانه از این مفهوم، به دست داده می‌شود. در صورتی که جامعه مدنی و حکومت به حد میانگین مصالحه‌آمیزی در تعریف امنیت ملی دست نیابند، این وضعیت نامتعین ممکن است به شکل‌گیری وضعیتی بحرانی بیانجامد، وضعیتی که در کشور ترکیه میان حکومت و اقلیت کرد آن کشور وجود دارد.

در مجموع، نهادهای حقوق بشری بویژه دیوان اروپایی حقوق بشر، قاعده مربوط به حفظ امنیت ملی را به گونه‌ای تفسیر کرده‌اند که حاصل جمع اعمال آن، تامین منافع تمامی جوامع و گروههای فروملی ساکن در یک کشور باشد و مضمون و محتوای این قاعده، تنها در پی حمایت از منافع حکومت (ولو متکی بر منافع گروه قومی و یا جامعه اکثریت) نباشد. به این ترتیب، با حفظ حقوق بشری تمامی گروهها و افراد ساکن در جامعه، «امنیت ملی» در مفهوم جامع آن، تامین خواهد شد. با وجود این، به نظر می‌رسد که دیوان بویژه در حوزه مربوط به احزاب دینی، از رویکردی ایدئولوژیک پیروی کرده و فعالیت احزاب دینی (که خواستار برپایی حکومت دینی بوده‌اند) را به جهت مغایرت با اصل سکولاریسم، مغایر دموکراسی و هنجارها و اصول کنوانسیون اروپایی حقوق بشر دانسته است.

آن بهره می‌برند و در تعریف آن نیز باید منافع عموم مردم یک کشور، لحاظ گردد. لذا گروهی و یا طبقه‌ای از مردم و یا حاکمان نمیتوانند به بهانه امنیت ملی، حقوق و آزادیهای مشروع جامعه را نادیده گیرند. بنابراین شایسته است تا با اتخاذ رویکردی «مردم-محور»، تمامی عناصر و مولفه های زیست شایسته جمعی از جمله حقوق و آزادیهای بشری، امنیت و تمامیت ارضی در لوای حفظ «امنیت ملی» تامین گردد. رویه قضایی محاکم حقوق بشری در این چارچوب اهتمام ورزیده و کژری رفتار نهادهای دولتی را به نفع رویکردی «مردم محور» از امنیت ملی، اصلاح کرده‌اند.

در این مقاله، رویه قضایی دیوان در ارتباط با سه حق بشری که معمولاً از سوی دولتها با استناد به حفظ امنیت ملی، محدود می‌شوند، بررسی گردید. دیوان اروپایی حقوق بشر در خصوص آزادی اجتماعات، بر این اعتقاد است که برگزاری تجمعات، مادامی که ویژگی مسالمت‌آمیز داشته باشد، نباید به بهانه امنیت ملی، محدود و ممنوع گردد. در حوزه آزادی بیان نیز دیوان بر این اعتقاد است مادامی که نویسنده و سخنران، مخاطبان خود را دعوت به خشونت و مبارزه مسلحانه نکرده است، حق او و مخاطبان اوست که از دیدگاههای مختلف درباره امور و مسائل مختلف کشور، مطلع شوند و دولتها حق ندارند به بهانه حفظ امنیت ملی، اظهارنظر و تفاسیر اشخاص از امور کشور را محدود و ممنوع سازند. در حوزه آزادی فعالیت احزاب نیز بویژه احزاب متعلق به گروههای اقلیت نیز دیوان بر آن بوده است تا از فعالیت مسالمت‌آمیز آنها حمایت نماید.

در واقع، یکی از بنیانهای پارادایم حاکم بر مفهوم امنیت ملی، حفظ تمامیت ارضی دولتهاست. برخی دولتها با ارائه تفسیری تک بعدی از مفهوم امنیت ملی، هرگونه ترویج هویت قومی اقلیتها را تهدیدی برای همبستگی ملی و حفظ تمامیت ارضی کشور دانسته‌اند. اما دیوان اروپایی حقوق بشر بر این اعتقاد بوده است که





References

- Azizi, Sattar (2014). **Protection of Minority Rights in International Law**, Tehran, Shahrddanesh Institute of Legal Studies and Research. (In Persian).
- Aalipour, Hassan (2019) Legal Foundations of National Security in the Islamic Republic of Iran, *Strategic Studies Quarterly*, vol:23, no. 4. Pp.49-77.(In Persian).
- Dembour, Marie Be'ne'dicte (2006), **Who Believes in Human Rights?**, Cambridge University Press.
- Dufar, Jean (2012), **Group Freedoms**, translated by Ali-Akbar Gurji-Azandriani, first edition, Tehran: Majd Publications. (In Persian)
- Eftekhari, Asghar (1998) National Security: Approaches and Works, *Strategic Studies Quarterly*, vol:2, no. 2, pp.27-60.(In Persian).
- Eliadis, Pearl (2011), National Security and Human Rights, Canadian Human Rights Commission.
- Farastkhah, Maqsood (2016). **The Mind and everything: Schemas for Living**, Tehran, second edition, kargadan Publications.(In Persian)
- Falsafi, Hedayatullah (2019), The course of reason in the international law system, second edition, New Publishing Farhang.(In Persian).
- Greer, Steven (2006), **the European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects**, Cambridge University Press.
- Jayawickrama, Nihal (2002), **The Judicial Application of Human Rights Law: National, Regional and International Jurisprudence**, Cambridge University press.
- Katouzian, Nasser (2012), **Freedom of Thought and Expression**, Tehran, Faculty of Law and Political Science Publications. (In Persian).
- Kempen, Piet Hein van (2013), Four Concepts of Security: A Human Rights Perspective, *Human Rights Law Review*, vol:13, No:1, pp.1-23.
- Mousavi Mirkalai, Seyed Taha & Seyed Sadegh Amin Hosseini (1401). Criteria of restriction of freedom of assembly in the practice of the European Court of Human Rights. *Legal Studies*, Volume 14, No.1, pp.335-370. (In Persian).
- Peers, Steve (1996), National Security and European Law, *Yearbook of European Law*, Volume 16, Issue 1, pp. 363-404.
- Qari Seyyed Fatemi, Seyyed Mohammad (2013). **Human rights in the contemporary world, volume one: an introduction to theoretical issues: concepts, foundations, scope and sources**, Tehran, Institute of Legal Studies and Research. (In Persian).
- Qanberlou, Abdullah (2017). National Security: Concept, Theory and Practice. *Two scientific-specialist Quarterly Journals of Applied Politics*, vol:1, no.1. pp.41-67(In Persian).
- Zamani, Seyyed Qasim, Amir Saed Vakil and Pouria Askari (2014), **Regional Institutions and Mechanisms for the Protection of Human Rights**, Shahrddanesh Institute of Legal Studies and Research. (In Persian).
- Chahal and others v. United Kingdom, judgment of 15 November 1996
- Sürek and Özdemir v. Turkey [GC], nos. 23927/94 and 24277/94, § 61, 8 July 1999.



- Sürek v. Turkey (no. 3) [GC], no. 24735/94, § 40, 8 July 1999.
- Sürek and Özdemir v. Turkey, op.cit, para.61, Arsalan v. Turkey.App.no.23462/94; Baskaya and Okcuoglu v. Turkey. App.nos.23536 and 24408/94; Ceylan v. Turkey.App.no.23556/94; Erdogdu & Ince Turkey.App.nos.25067 and 25068/94; Gerger v. Turkey.App.no.24919/94; Karatas v. Turkey.App.no.23168/94; Okcuoglu v. Turkey. App.no.24246/94; Polat v. Turkey.App.no.23500/94;
- Vogt v. Germany, 26 September 1995, § 60, Series A no. 323.
- Hadjianastassiou v. Greece, 16 December 1992, §§ 46-47, Series A no. 252.
- Case of Freedom and Democracy Party v. Turkey, Application No. 23885/94, Judgment 8 December 1999, para.36
- United Communist Party of Turkey and others v. Turkey. para.25
- United Communist Party of Turkey and others v. Turkey. Paras.40-41; Freedom and Democracy Party v. Turkey, paras.29-30, Case of Yazar and Others v. Turkey, para.51
- .Handyside v. the United Kingdom, Stankov and the United Macedonian; Organization Ilinden v. Bulgaria, op.cit, para.86, Sürek and Özdemir v. Turkey, applications nos. 23927/94 and 24277/94, para.57, Case of Yazar and Others v. Turkey, Applications nos. 22723/93, 22724/93 and 22725/93, para.46
- Case of Freedom and Democracy Party v. Turkey, para.41, United Communist Party of Turkey and others v. Turkey. Para57, Case of Yazar and Others v. Turkey, para.48
- Case of the United Macedonian Organisation Ilinden - PIRIN and Others v. Bulgaria, Application no. 59489/00, para.59, Case of Yazar and Others v. Turkey, para.49
- Stankov and the United Macedonian Organization Ilinden v. Bulgaria, op.cit, para.88
- Case of Association Ekin v. France, Application no. 39288/98, Judgment of 17 July 2001, para.64
- The Committee for the organization and registration of the Romanian Communist Party v. Romania (application no. 20401/15)
- .Herri Batasuna and Batasuna v. Spain, nos. 25803/04 and 25817/04, §§ 88-95, ECHR 2009.
- Refah Partisi (the Welfare Party) and others v. Turkey [GC], nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, §§ 67, 98, 110, 120, 130, 132, ECHR 2003-II.
- Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights (E/CN.4/1985/4, annex).
- General comment no. 37 (2020) on the right of peaceful assembly (article 21) : Human Rights Committee, CCPR/C/GC/37.

Original Article

Obstacles to Recognition and Enforcement of New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (1958) and International Commercial Arbitration Act of Iran (1995)

Homayoun Mafi^{*1}, Mahshid Eshaghi²

¹ Professor, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran.

² Master of Private Law, Institute for Management and Planning Studies, Tehran, Iran.



[20.1001.1.24237566.1402.7.1.9.3](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.24482.1418)



[10.22080/LPS.2022.24482.1418](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.24482.1418)

Received:

October 30, 2022

Accepted:

November 30, 2022

Available online:

January 4, 2023

Keywords:

Obstacles, Award, New York Convention, Enforcement, Arbitration

Abstract

The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (1958) is the most successful multilateral document in the field of international trade law, designed to increase the efficiency of the arbitral institution. This document, as one of the most important transnational documents on which the main framework of the international arbitration regime is based, has been created with the aim of facilitating the implementation and effectiveness of arbitration as much as possible. However, Article 5 of the New York Convention has been provided for a condition that, if fulfilled, the non-enforcement of the judgment would be arbitrated. Some of these cases, according to Article (1) 5, require citation and proof by the defendant of the arbitral award in the country where the request is made and are limited to the territory of the court that recognizes or enforces the award. Others, according to Article (2) 5, prevent the implementation of the needs required by the court of the country of identification and implementation, and cases such as public order, and the applicability of the dispute. This article examines the reasons for refusing to recognize and enforce arbitral awards to address the principle of narrow interpretation in favor of enforcement and the exclusion of the grounds for non-recognition and enforcement set forth in Article 5 of the Convention. The New York Convention and International Commercial Arbitration Act of Iran are reviewed in comparison to each other.

***Corresponding Author:** Homayoun Mafi

Address: Professor, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran.

Email: Hmynmfi@yahoo.com



Extended Abstract

1. Introduction

The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (1958) is the most successful multilateral document in the field of international trade law, designed to increase the efficiency of the arbitral institution. This document, as one of the most important transnational documents on which the main framework of the international arbitration regime is based, has been created with the aim of facilitating the implementation and effectiveness of arbitration as much as possible. However, Article 5 of the New York Convention has been provided for a condition that, if fulfilled, the non-enforcement of the judgment would be arbitrated. Some of these cases, according to Article (1) 5, require citation and proof by the defendant of the arbitral award in the country where the request is made and are limited to the territory of the court that recognizes or enforces the award. Others, according to Article (2) 5, prevent the implementation of the needs required by the court of the country of identification and implementation, and cases such as public order and the applicability of the dispute. This article examines the reasons for refusing to recognize and enforce arbitral awards to address the principle of narrow interpretation in favor of enforcement and the exclusion of the grounds for non-recognition and enforcement set forth in Article 5 of the Convention.

2. Methodology

In this article, to obtain the results, a descriptive method has been used to analyze the data obtained through the study of the available sources.

3. Findings

Despite determining the cases of obstruction in the enforcement of the arbitration award in Article 5 of the New York Convention, no clear definition or interpretation has been provided regarding the defenses mentioned in the Convention. However, according to the above article, it is clear that the refusal to execute must be preceded by the request and reference of the convicted person for certain reasons in the convention, unless the cases listed in paragraph 2 of article 5 are proven, which is left to the discretion of the competent authority in the country where the execution takes place. Therefore, for example, the courts cannot withdraw from its enforcement due to a mistake in the decision. The exclusive feature of the exceptions to the enforcement of the vote in the New York Convention is that they must be interpreted narrowly.

4. Conclusion

From the examination of the existing procedures, it appears that the courts tend to interpret Article 5 narrowly and cases of refusal to implement are considered exceptions to the rule of the necessity of enforcing foreign arbitral awards. That is, the New York Convention is more focused on the implementation of international commercial arbitration awards and international investment arbitration awards, and the judges of the courts pay attention to the implementation of arbitration awards by complying with it. Also, to solve the conflicts that occurred in finding the main purpose of the convention, the practical procedure is to put forward the arbitration agreement which is the manifestation of the will of the parties. After that, in cases



such as competence, the role of the law of the parties becomes important, while in cases such as violations in the formation of the arbitration court or the principles of arbitral proceedings, the law of the seat of arbitration plays an alternative role so that ambiguity can be resolved. In examining the aforementioned cases, the courts refuse to enter into the nature of the decision and only deal with the objected case, thus maintaining the independence of the arbitrators.

Funding

There is no funding support

Authors' contribution

Authors contributed equally to the preparation of the manuscript.

Conflict of interest

Authors declare no conflict of interest

علمی پژوهشی

موانع شناسایی و اجرای رای داوری در کنوانسیون نیویورک راجع به شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی (۱۹۵۸) و قانون داوری تجاری بین المللی ایران (۱۳۷۶)

همایون مافی^{۱*}، مهشید اسحق^۲

^۱ استاد گروه حقوق خصوصی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران.
^۲ کارشناس ارشد حقوق خصوصی، موسسه عالی آموزش و پژوهش مدیریت و برنامه ریزی، تهران، ایران.



[20.1001.1.24237566.1402.7.1.9.3](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.24482.1418)



[10.22080/LPS.2022.24482.1418](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.24482.1418)

چکیده

کنوانسیون نیویورک در مورد شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی (۱۹۵۸) به عنوان موفق ترین سند چند جانبه در زمینه حقوق تجارت بین الملل به منظور افزایش کارایی نهاد داوری تنظیم شده است. این سند به عنوان یکی از مهم ترین اسناد فراملی که چارچوب اصلی رژیم بین المللی اجرای آراء داوری بر آن مبتنی است با هدف تسهیل اجرا و اثربخشی هرچه بیشتر آرای داوری ایجاد گردیده است. با این وجود، ماده ۵ کنوانسیون نیویورک شرایطی را پیش بینی نموده است که در صورت تحقق، موجب عدم شناسایی اجرای رای داوری می شود. برخی از این موارد به استناد ماده ۵(۱) مستلزم استناد و اثبات از سوی خواننده رای داوری در کشور محل تقاضای اجرا بوده و محدود به قلمرو سرزمین متبوع دادگاهی است که رای را شناسایی یا اجرا می کند. برخی دیگر نیز به استناد ماده ۵(۲) برای مانعیت اجرای رای نیازمند احراز توسط دادگاه کشور محل شناسایی و اجراء است و مواردی همچون نظم عمومی و قابل داوری بودن اختلاف را در بر می گیرد. این مقاله با مذاقه و واکاوی در علل امتناع از شناسایی و اجرای آراء داوری در صدد است تا به حاکمیت اصل تفسیر مضیق به نفع اجرا و استثنائی بودن مبانی عدم شناسایی و اجرا مندرج در ماده ۵ کنوانسیون بپردازد. کنوانسیون نیویورک و قانون داوری تجاری بین المللی ایران به طور تطبیقی با یکدیگر مقایسه می شوند.

تاریخ دریافت:

۱۴۰۱ آبان ۰۸

تاریخ پذیرش:

۱۴۰۱ آذر ۰۹

تاریخ انتشار:

۱۴۰۱ دی ۱۴

کلیدواژه ها:

موانع، رای، کنوانسیون نیویورک، اجرا، داوری

* نویسنده مسئول: همایون مافی

ایمیل: Hmynmafi@yahoo.com

آدرس: استاد گروه حقوق خصوصی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران.

۱ مقدمه

کنوانسیون شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی نیویورک ۱۹۵۸ به عنوان موفق ترین سند چند جانبه در حوزه حقوق تجارت بین الملل به منظور افزایش کارآمدی نهاد داوری تهیه گردیده است که شامل قواعدی در مورد نحوه و چگونگی اجرای آرای داوری است. اثر بخشی و اعتبار حقوقی به رای داوری در گرو دو ابزار شناسایی و اجرای رای در خارج از کشور محل صدور رای است. با شناسایی و اجرای رای داوری، رای مذکور به جزئی از نظام حقوقی ملی کشور محل درخواست تبدیل می‌شود. با این حال در قواعد مذکور مواردی پیش‌بینی گردیده است که به موجب آن‌ها دادگاه‌ها می‌توانند از شناسایی و اجرای رای خودداری نمایند. کنوانسیون نیویورک اصل را بر تفسیر به نفع اجرای آراء داوری قرار داده است.

با وجود تعیین موارد ممانعت در اجرای رای داوری در ماده ۵ کنوانسیون نیویورک، هیچ‌گونه تعریف یا تفسیر روشنی در خصوص دفاعیات مذکور در کنوانسیون ارائه نشده است. اما، مطابق ماده فوق روشن است که امتناع از اجرا می‌بایست مسبوق به تقاضا و استناد محکوم‌علیه به دلایل معین در کنوانسیون باشد مگر موارد مندرج در بند ۲ ماده ۵ محرز گردد که این به تشخیص مرجع صالح در کشور محل اجرا واگذار شده است. بنابراین، به عنوان مثال دادگاه‌ها راسا نمی‌توانند به دلیل اشتباه در رای از اجرای آن استنکاف نمایند. ویژگی انحصاری استثنائات اجرای رای در کنوانسیون نیویورک این است که می‌بایست به طور مضیق تفسیر شوند (Van Den Berg, 1981: 267 & 268).

پس از بررسی عدم اهلیت و موافقت‌نامه داوری به ترتیب به مساله عدم ابلاغ صحیح به طرفین و عدم امکان ارائه دفاعیات و ادعاها و سپس به موضوع خروج از قلمرو موافقت‌نامه داوری پرداخته می‌شود. سپس موضوع ابلاغ صحیح به طرفین و امکان ارائه دفاعیات بررسی خواهد شد. در نهایت

ایرادات موجود در تشکیل دیوان داوری و فرآیند رسیدگی داوری و سپس موضوع رای غیر قطعی و غیر الزام آور، ابطال یا تعلیق شده مورد بررسی و واکاوی خواهد گرفت. مذاقه در داوری ناپذیری و مغایرت با نظم عمومی بخش آخر تحلیل را تشکیل خواهد داد.

۲ عدم اهلیت و بطلان موافقت‌نامه داوری

دارا بودن اهلیت لازم برای طرفین در انعقاد قرارداد داوری و تعیین داور و نیز وجود برخی ارکان از ضروریات تامین صحت جریان داوری می‌باشد. در حقیقت حسن جریان رسیدگی ایجاب می‌کند که شرایطی در روند داوری از زمان انعقاد قرارداد یا تعیین شرط داوری از سوی طرفین موجود باشد تا طرفین از سلامت فرآیند رسیدگی به اختلافشان اطمینان حاصل نمایند. وجود اهلیت طرفین و هم-چنین صحت موافقت‌نامه داوری از جمله این شرایط است که عدم وجود آن به موجب شق (الف) از بند ۱ ماده ۵ به عنوان یکی از موجبات عدم اجرا قلمداد شده است، اما عدم ذکر توضیحات مشخص درباره جزییات دو مورد مذکور در آن ایجاد ابهام نموده است. مورد مشابه در قوانین داخلی ایران را می‌توان در ماده ۳۳ قانون داوری تجاری بین‌المللی مشاهده نمود که در بند (الف) و (ب) به صراحت به آن اشاره شده است. لذا در این بخش برای رفع ابهام موجود به بررسی آن خواهیم پرداخت.

۲.۱ عدم اهلیت

مطابق شق الف از بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک چنانچه: « طرفین موافقت‌نامه داوری مورد اشاره در ماده دوم طبق قانون متبوع ایشان به جهتی فاقد اهلیت بوده یا اینکه موافقت‌نامه مذکور حسب قانونی که طبق توافق طرفین حاکم بر این موافقت-نامه است یا در غیاب هرگونه نشانه‌ای بر توافق طرفین در مورد قانون حاکم، حسب قانون کشوری که حکم داوری در آنجا صادر گردیده فاقد اعتبار باشد». هم‌چنین ماده ۳۳ قانون داوری تجاری



و فصل می‌شد. هنگامی که شرکت هونگ چون مبلغ توافق شده را مطابق قرارداد دریافت نکرد در مرکز داوری بین‌المللی هنگ کنگ تقاضای داوری نمود. شرکت غلات آنهوئی در دفاعیه خود اینگونه ادعا نمود که این شرکت طرف آن قرارداد نبوده است. استدلال شرکت مذکور این بود که مهر شرکت بدون رضایت وی تصرف شده است و قرارداد مورد اختلاف بدون اجازه صریح یا بعدی آن منعقد شده است. در حالیکه مرجع داوری اظهار داشت شرکت غلات آنهوئی نتوانسته عدم اهلیت خود را اثبات نماید و از این رو رای داوری را به نفع شرکت هونگ چون صادر کرد. در حالیکه با اعتراض شرکت آنهوئی دادگاه تجدید نظر آنهوئی اذعان داشت که شرکت مذکور طرف قرارداد محسوب نشده و اجرای رای بر اساس ماده (۷۳) از "توافق‌نامه اجرای متقابل آرای داوری میان هنگ کنگ و منطقه مرکزی" ناقض منافع عمومی چین می‌باشد. دادگاه عالی نیز تایید کرد که رای داوری به علت این‌که خوانده طرف قرارداد محسوب نمی‌شود، نباید شناسایی و اجرا گردد.

در کنوانسیون نیویورک تعیین نشده است که قانون حاکم در تشخیص اهلیت یا عدم اهلیت طرفین کدام قانون است. از همین رو به نظر می‌رسد در صورت وجود تعارض باید به قوانین حل تعارض محل شناسایی و اجرای رای استناد نمود که معمولاً منتهی به اعمال قانون محل اقامتگاه شخص حقیقی و یا قانون محل ثبت یک شرکت می‌گردد (شورای بین‌المللی داوری تجاری، ۱۳۹۴: ۹۶). با این حال، طرفین یک موافقت‌نامه داوری باید به موجب قانون صالح حاکم مربوطه اهلیت قانونی برای انعقاد قرارداد داشته باشند. این قانون می‌تواند حسب تبصره (ب) بند ۴ ماده ۱ قانون نمونه آنسیترا قانون اقامتگاه شخص حقیقی یا محل سکونت عادی او باشد یا قانون محلی باشد که شرکت در آن و به موجب قانون آن محل ثبت شده یا قانون محل عمده فعالیت شغلی شرکت باشد. وقتی که یک شرکت ثبت شده دارای بیش از یک محل فعالیت شغلی باشد طبق تبصره (الف) بند ۴ ماده ۱ قانون

بین‌المللی ایران نیز مقرر نموده: "رای داوری در موارد زیر به درخواست یکی از طرفین توسط دادگاه موضوع ماده (۶) قابل ابطال است: الف - یکی از طرفین فاقد اهلیت بوده باشد...." در داوری‌های بین‌المللی وجود اهلیت طرفین دعوا برای ارجاع اختلاف به داوری لازم و ضروری است. نتیجه عدم اهلیت طرفین قرارداد داوری بی اعتباری قرارداد داوری است (مافی: ۱۳۹۷، ۴۳۴) به همین دلیل این سوال مطرح می‌شود که مقصود از اهلیت چیست و فقدان اهلیت بر مبنای چه قانونی منتج به عدم اجرای رای می‌گردد؟

اهلیت با قدرت و اختیار شخص در انعقاد قرارداد که توانایی قانونی شخص برای انعقاد قرارداد به نام خود و از طرف خود است متفاوت است (Fouchard et al., 1999:242). اهلیت تا زمانی که خلاف آن ثابت نشده مفروض تلقی می‌گردد، در حالی که اختیار و قدرت شخص در انجام معامله باید ثابت شود و کسی که به نام و به حساب دیگری معامله کرده است باید ثابت کند که اختیار چنین معامله ای را داشته است (باتیفل، ۱۳۹۶: ۱۱۳). در حقیقت وقتی فردی اهلیت دارد به این معنا است که شایستگی دارا شدن حق و اعمال و اجرای آن را دارد. اصل بر اهلیت اشخاص است و عدم اهلیت خلاف اصل بوده و جنبه استثنائی دارد (مافی، ۱۳۹۷: ۴۳۴). مطابق کنوانسیون نیویورک چنانچه یکی از طرفین نیز برای انعقاد موافقت‌نامه داوری فاقد اهلیت باشد، این امر به تنهایی در بی‌اعتباری موافقت‌نامه تاثیرگذار است. قاعده کلی آن است که هر فردی که برای انعقاد قرارداد اهلیت دارد، برای انعقاد موافقت‌نامه داوری هم واجد اهلیت خواهد بود (Redfern, 2004:145).

در این خصوص می‌توان به پرونده Hong Kong Heung Chun Cereal, Oil and Food Co., Ltd. v. Anhui Cereal, Oil and Food Import and Export Corp (2003) اشاره نمود. مطابق قرارداد فی‌مابین دو شرکت، کلیه دعاوی حاصله از آن می‌بایست از طریق ارجاع به داوری در هنگ کنگ حل

از این رو چنانچه موافقت‌نامه‌ای وجود نداشته باشد یا غیر مشروع باشد یا امضا نشده باشد و یا به دلیل اجبار یا اکراه یا تدلیس منعقد شده باشد، محکوم‌علیه رای صادره می‌تواند به استناد همین بند از شناسایی و اجرای آن استنکاف نماید (Martinez, 1958: 497). برخی اوقات یک خواننده در جایی که مدعی است اساساً وی طرف موافقت‌نامه داوری نبوده است به این مبنا استناد می‌کند. این ادعا مستقل از تصمیم داوران توسط دادگاه می‌باید مورد ارزیابی قرار گیرد تا مشخص شود که آیا خواننده شرط داوری را مورد پذیرش قرار داده یا خیر (شورای بین‌المللی داوری تجاری، ۱۳۹۴: ۹۷).

در مواقعی خواننده ممکن است مدعی گردد که وی طرف موافقت‌نامه داوری نبوده است. به عنوان مثال در پرونده Sarhank Group v. Oracle Corporation (2005) خواننده مدعی بود که طرفین هیچ‌گونه موافقت‌نامه داوری میان خود امضا ننموده‌اند. دادگاه تجدیدنظر فدرال آمریکا این‌گونه نظر داد که استناد دادگاه بدوی به رای داوران راجع به این موضوع که بر اساس قانون مصر (قانون حاکم بر قرارداد) خواننده ملزم به تبعیت از شرط داوری است، اشتباه است چرا که در زمان رسیدگی می‌بایست قانون فدرال آمریکا را اعمال می‌نمود و بر اساس آن تعیین نماید که خواننده شرط داوری را پذیرفته است یا خیر. بر همین اساس مطابق قوانین آمریکا شخصی که قراردادی را در خصوص داوری امضا نکرده باشد نمی‌تواند ملزم به این امر گردد مگر آنکه قراین و شواهد قانع‌کننده که بیان‌گر رضایت وی در ارجاع اختلاف به داوری است وجود داشته باشد.

۳ عدم ابلاغ صحیح به طرفین و عدم امکان ارائه دفاعیات و ادعاها

مساله دیگری که در ماده ۵ کنوانسیون نیویورک به عنوان مانعی در امر شناسایی و اجرای رای داور

نمونه آنسیترال محلی که نزدیک‌ترین ارتباط را با موافقت‌نامه داوری دارد محل فعالیت شخص در نظر گرفته خواهد شد. علت مورد توجه قرار دادن اهلیت طرفین یک موافقت‌نامه داوری این است که آیا آن‌ها امکان ایجاد یک تعهد قانوناً قابل اجرا دایر بر ارجاع به داوری را دارند یا خیر (انیم، ۱۳۹۹: ۳۷-۳۶).

۲٫۲ بطلان موافقت‌نامه داوری

شق الف از بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک مقرر می‌دارد که چنانچه اعتبار موافقت‌نامه داوری مطابق "حسب قانونی که طبق توافق طرفین حاکم بر این موافقت‌نامه است یا در غیاب هرگونه نشانه-ای بر توافق طرفین در مورد قانون حاکم، حسب قانون کشوری که رای داوری در آنجا صادر گردیده فاقد اعتبار باشد". همین دلیل کنوانسیون عدم رعایت آن را که در تضاد با حفظ منافع اطراف داوری است از موجبات عدم شناسایی و اجرای رای آورده است. حکم مشابه کنوانسیون در بند (ب) ماده ۳۳ قانون داوری تجاری بین‌المللی مقرر گردیده که مطابق آن چنانچه " موافقت‌نامه داوری به موجب قانونی که طرفین بر آن موافقت‌نامه حاکم دانسته‌اند معتبر نباشد و در صورت سکوت قانون حاکم، مخالف صریح قانون ایران باشد" رای صادره از مرجع داوری بی اثر تلقی خواهد شد. موافقت‌نامه داوری مبنای صلاحیت و مشروعیت مرجع داوری است. چنانچه به هر علت از قبیل فسخ، انفساخ و اقاله موافقت‌نامه داوری معتبر نبوده یا باطل باشد یا فاقد یکی از شرایط اساسی صحت معامله مندرج در ماده ۱۹۰ قانون مدنی باشد مرجع داوری فاقد صلاحیت تلقی شده و رای صادره از آن بی اثر تلقی می‌گردد. (مافی، ۱۳۹۷: ۴۳۷)

عدم اعتبار موافقت‌نامه داوری می‌تواند از دو جنبه شکلی و ماهوی باشد. اعتبار شکلی و ماهوی حسب مورد تابع قانون منتخب طرفین یا قانون محل داوری است.



اختلاف است، لزومی به تبعیت از قواعد خاص مطرحه در ابلاغ دادگاهها در آن نیست. به این مفهوم که نیازی نیست ابلاغها در فرم خاص بوده یا رسمیت ویژه ای داشته باشند و مهمترین نکته در ابلاغ صرف انجام صحیح آن است.

در پرونده Telenor Mobile Communication AS ("Telenor") v. Storm LLC (2007) طرفین درگیر اختلافی در رابطه با توافق سهامداران راجع به حاکمیت و مدیریت شرکتی شدند. شرکت تله نور (خواهان) پیرو شرط داوری مندرج در قرارداد به داوری رجوع نمود و نتیجه رسیدگی صدور حکم جزیی نهایی به رد اعتراض به صلاحیت از سوی استورم (خوانده) و نیز حکم نهایی به نفع تله نور گردید. شرکت تله نور درخواست تایید رای داوری را نزد دادگاه محلی ایالات متحده با استناد به بخش ۲۷ قواعد داوری فدرال مطرح کرد. در حالی که شرکت استورم نیز در پی نقض حکم صادره بود و در راستای همین اقدام نیز با استناد به ماده ۵ کنوانسیون ادعا نمود: (۱) موافقت نامه داوری مطابق شق الف بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک فاقد وجهت قانونی است، (۲) شرکت استورم بر اساس بند ب همان ماده امکان ارائه مدارک و شواهد خود را نداشته است، (۳) همچنین مرجع رسیدگی کننده بر اساس بند ج ماده مذکور از حدود اختیارات خود تجاوز نموده و در حقیقت فاقد صلاحیت بوده است و (۴) اجرای رای مطابق شق ب بند ۲ ماده ۵ مخالف با نظم عمومی نیویورک خواهد بود. اما، دادگاه پس از بررسی دلایل، اعتراضات مطرحه را وارد ندانسته و خصوصا در رابطه با مورد دوم صراحتا اعلام داشت که شرکت استورم فرصت کافی جهت ارائه مدارک، علیرغم امتناع از حضور در روند داوری داشته است و از این رو این ادعا را نیز بی مبنا محسوب کرد (Del Duca Louis, 201: p (83),

۴٫۱ عدم امکان ارائه دفاعیات و ادعاها

این که خواننده از اقامه دعوا علیه خود مطلع گردد و هم چنین در جریان دفاعیات و ادله ارائه شده از

مطرح گردیده است مرتبط با رفتار غیرمنصفانه با هر یک از طرفین داوری است که یا ابلاغ به صورت صحیح و در زمان لازم به او صورت نگرفته و یا امکان ارائه دفاعیات از وی سلب شده است. عدم رعایت این دو مورد موجب تضییع حقوق طرفین می گردد. به

با این حال، صرف بیان آن بدون تشریح جزئیات و شرایط موجب ابهام در اعمال کنوانسیون می گردد. از این رو به بررسی بیشتر آن در این بخش خواهیم پرداخت.

۴-۱-۳ عدم ابلاغ صحیح به طرفین

این اصل در اکثر قواعد داوری انعکاس یافته است و در تمامی مراحل که نیازمند اطلاع طرفین از جریان رسیدگی، حضور یا ارائه شواهد و دفاعیات می باشد جریان دارد. به عنوان مثال شق ۳ از بند ۱ ماده ۳۳ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران به رفتار غیر منصفانه با طرفین داوری اشاره نموده که ابلاغ مناسب به او صورت نگرفته است و این امر خود ناقض ماده ۱۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی است که به موجب آن: "رفتار با طرفین باید به نحو مساوی باشد و به هر کدام از آنان فرصت کافی برای طرح ادعا یا دفاع و ارایه دلایل داده شود" (مافی: ۱۳۹۷، ۴۳۸). اما کنوانسیون تنها به ذکر این موضوع کفایت نموده و عدم اجرای آن را، در صورت اثبات، از موجبات امتناع از اجرای رای برشمرده است. حال آن که هیچ سخنی از شرایط و چگونگی انجام ابلاغ مناسب به میان نیاورده است و این سوال را متبادر می نماید که عدم ابلاغ در چه زمانی می تواند در مخالفت با اجرای رای مورد استناد قرارگیرد؟

ابلاغ از اقدامات لازم جهت برقراری رسیدگی عادلانه و یکی از قواعد نظم عمومی شکلی در رسیدگی داوری است. اما نکته قابل توجه در این زمینه این است که معمولا تاکید دادگاههای کشورهای مختلف بر انجام ابلاغ است و نه آن که بر آگاهی فرد تاکید شود. از سویی نیز با عنایت به این امر که داوری یک شیوه خصوصی حل و فصل

صورت جدی مورد ارزیابی و موشکافی قرار گیرد. در پرونده *Lenmorniiprojekt OAO v. Arne Larsson & Partner Leasing Aktiebolag* سال ۲۰۱۰ دیوان عالی کشور سوئد به دلیل این که مکاتبات راجع به داوری به آدرس قبلی طرف سوئدی ارسال شده و به عنوان نامه تحویل نشده عودت داده شده بودند و داوران این واقعیت را نادیده گرفته بودند از پذیرش تقاضای اجرای رای خودداری کرد. شورای بین المللی داوری تجاری، ۱۳۹۴، ص ۱۰۱)

۵ خروج از قلمرو موافقت نامه داوری

در شق ج بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک مقرر شده است که داوران صلاحیت رسیدگی و تصمیم گیری در خصوص موضوعاتی را دارند که از سوی طرفین داوری به ایشان محول گردیده است. بند "ه" ماده (۱) ۳۳ قانون داوری تجاری بین المللی ایران مقرر می دارد که اگر (داور خارج از حدود اختیارات خود رای داده باشد) رای داوری به درخواست یکی از طرفین از دادگاه موضوع ماده ۶ قابل ابطال است. قلمرو صلاحیت دیوان را می توان هم از نظر شخصی و هم از لحاظ موضوعی مورد بررسی قرار داد. منظور از صلاحیت شخصی محدود کردن رسیدگی و استماع دعوا و صدور رای به طرفین قرارداد داوری است. زیرا اصل نسبی بودن قراردادها، مستلزم محدود کردن رسیدگی داور و صدور رای به طرفین قرارداد داوری و عدم شمول آن به اشخاص ثالث است. منظور از صلاحیت موضوعی رعایت قلمرو موضوع قرار داد و استماع موضوع ارجاعی بر اساس توافق طرفین داوری است، زیرا توافق اصحاب دعوا در تعریف دقیق و جامع موضوع مورد اختلاف هم در موقعیت دیوان داوری موثر است و هم حدود صلاحیت داوران را به خوبی مشخص و معین میکند. (مافی: ۱۳۸۷، ۱۸۷)

کنوانسیون نیویورک دقیقاً مقرر نکرده که خروج از صلاحیت در چه مواردی رخ می دهد؟ با این وجود، اختلافاتی که در موافقت نامه داوری مورد

سوی خواهان قرار گیرد، شرط کافی عادلانه بودن رسیدگی نمی باشد. علاوه بر اطلاع از طرح ادعاها، می بایستی به طرفین امکان و فرصتی معقول به منظور ارائه ادله و دفاعیات اعطا شود.

به نظر می رسد وجود چنین شرطی در کنوانسیون به منظور تحقق رسیدگی منصفانه صورت گرفته است تا چنانچه عدالت در رسیدگی داور مورد خدشه واقع شد بتوان تا مرحله نهایی که اجرای نتیجه حاصله از جریان داوری است از تضییع (مافی: ۱۳۹۷، ۴۴۰) حق جلوگیری نمود. با این حال، سند مذکور هیچ معیار صریحی از این که رسیدگی منصفانه تحت چه شرایطی شکل می گیرد ارائه نمی دهد. مصداق همین مقرر کنوانسیون در بند (د) ماده (۱) ۳۳ قانون داوری تجاری بین المللی نیز پیش بینی گردیده است که مطابق آن چنانچه "در خواست کنند ابطال، به دلیلی که خارج از اختیار او بوده، موفق به ارائه دلایل و مدارک خود نشده باشد" می تواند تقاضای ابطال رای صادره را بنماید. نادیده گرفتن حق دفاع و عدم اعطای فرصت کافی به طرفین در دفاع از مواضع خود و عدم امکان ارائه دلایل و اسناد بی اعتباری رای داوری را به دنبال خواهد داشت. ضرورت رعایت حق دفاع و طرح و اقامه ادعا های طرفین ریشه در رسیدگی عادلانه و منصفانه دارد و عدول از آن در رسیدگی های داوری موجب نقض رای صادره خواهد شد. (مافی: ۱۳۹۷، ۴۴۰)

در این خصوص دادگاه های آمریکا روند رسیدگی را به صورت کلی مورد بررسی قرار می دهند تا دریابند که آیا خوانده یا خواهان فرصت مناسب و عادلانه ای برای دفاع و ارائه ادله داشته است یا خیر. از این رو، چنان چه به طور مثال خوانده از بخشی از فرآیند پرونده خویش جا مانده باشد (مانند معرفی یکی از شاهدان) امکان توسل به این قسمت از کنوانسیون را به منظور عدم اجرای رای صادره نخواهد داشت. (Martinez, 1990: p 499) در رسیدگی هایی که خوانده در آنها غائب است دلیل اثبات ابلاغ صحیح به وی باید در تمامی مراحل به



همزمان با انقلاب ایران بود، ایران ادعا نمود که کوبیک با حذف متخصصان خدمات خود از ایران و عدم تحویل تجهیزات نظامی هر دو قرارداد را نقض کرده است. حال آن که کوبیک اذعان داشت در فوریه و مارس ۱۹۷۹ اعلامیه‌هایی را از قرارداد فروش و پرداخت ۵۴۰۳۶۵۱ دلار به ایران ارسال کرد که در قبال آن پاسخی دریافت ننمود. به همین جهت ایران برای حل اختلاف حاصله به اتاق بازرگانی بین‌المللی مراجعه نمود. در نهایت رای به محکومیت کوبیک مبنی بر پرداخت ۶۰۰۰۰ دلار آمریکا توسط هیئت داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی صادر شد و ایران نیز متعاقباً به دنبال اجرای رای صادره برآمد. دادگاه مجری حکم پس از دریافت تقاضای اجرا اعلام نمود با توجه به محدود بودن اختیارات دادگاه محلی، در صورت عدم وجود دلایل عدم اجرا (مذکور در ماده ۵ کنوانسیون)، رای داوری شناسایی و اجرا خواهد شد. پس از ارجاع موضوع به دادگاه تجدیدنظر آمریکا، دادگاه مذکور اعلام کرد وقتی طرفین در موافقت‌نامه داوری به اعمال اصول کلی حقوق بین‌الملل و عرف تجارت بین‌الملل به عنوان مقررات تکمیلی ارجاع می‌دهند، دیوان داوری مجاز است اصل حسن نیت و انصاف را اعمال کند و با این کار از اختیاراتش فراتر نرفته است.

۶ نقض در تشکیل دیوان داوری و فرآیند رسیدگی

کنوانسیون نیویورک در شق «د» بند ۱ ماده ۵ در مقام بیان یکی از مبنای امتناع از شناسایی و اجرای رای مقرر می‌نماید: «نحوه تشکیل دادگاه داوری یا تشریفات داوری منطبق با توافق طرفین نبوده یا در فقدان چنین توافقی با قوانین کشوری که داوری در آنجا انجام شده مطابق نباشد». بند مذکور علاوه بر تایید ماهیت توافقی بودن رویه داوری، نقش فرعی قانون محل داوری را تاکید می‌نماید. با این وجود کنوانسیون علی‌رغم عدم ذکر جزئیات، در مورد دو شرط فوق‌تر تحدید حدودی اعمال نموده است. لذا به بررسی بیش‌تر این بند خواهیم پرداخت.

تصریح قرار نگرفته اند یا آرایبی که خارج از توافق طرفین در ارجاع به داوری می‌باشند از موارد عدم شناسایی و اجرا تحت شق ج بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون می‌باشند.

مستنبط از بند (ج) ماده فوق این است که مبنای اصلی در تعیین صلاحیت و اختیارات داوران موافقت‌نامه داوری می‌باشد. در حقیقت موافقت‌نامه داوری تعیین‌کننده کلیه موضوعاتی است که طرفین با توافق یکدیگر در موافقت‌نامه داوری تعیین کرده اند. علاوه بر موافقت‌نامه، خواسته دعوا نیز در مرحله بعد نقش مهمی در صلاحیت داوران دارد. چراکه خواسته طرفین در دعوا باید در قالب موارد پیش‌بینی شده در قرارداد بوده و به همین ترتیب موجب اعطای اختیارات در حدود مشخص شده به داوران می‌گردد (شورای بین‌المللی داوری تجاری، ۱۳۹۴:۱۰۵).

بر اساس بخش دوم شق (ج) از بند ۱ ماده ۵ در صورتی که رأی داوری قابل تفکیک باشد، بخش صحیح آن شناسایی و اجرا خواهد شد. این قسمت در واقع نتیجه اصلاح ماده ۲ کنوانسیون ژنو ۱۹۲۷ است. ماده مذکور امکان تأخیر در اجرای رأی داوری-ای را مطرح می‌کرد که کلیه امور ارجاع شده به داوری را در بر نمی‌گرفت. حال آن که ماده ۲ کنوانسیون ژنو بر «کمتر از آنچه درخواست شده» متمرکز بود، کنوانسیون نیویورک «فراتر از آنچه درخواست شده» را پیش‌بینی نموده است. بر همین اساس کنوانسیون نیویورک از این نظر از کنوانسیون ژنو منعطف‌تر عمل نموده است، چراکه شناسایی و اجرای بخشی از یک رأی داوری را مجاز می‌داند (Van Den Berg, 1981:318).

نمونه خروج از قلمرو موافقت‌نامه داوری را می‌توان در پرونده Ministry of Defense and Support v. Cubic Defense Systems, Inc. (1998) که در نتیجه دو قرارداد منعقد در خصوص فروش و ارائه خدمات در ارتباط با مانور نبرد هوایی جهت استفاده نیروی هوایی ایران شکل گرفت مشاهده نمود. در اواخر سال ۱۹۷۸ و اوایل ۱۹۷۹ که

۶٫۱ نقض در تشکیل دیوان داوری

طرفین داوری در خصوص تعیین داوران، تعداد و نحوه انتخاب آن‌ها دارای اختیار و آزادی کامل هستند. در حقیقت اراده طرفین در این امر بسیار حائز اهمیت می‌باشد. پس از آن و چنانچه توافقی در این خصوص صورت نگرفته باشد، قانون کشور مقرر داوری ملاک عمل قرار می‌گیرد. به این شرح که اگر ترکیب مرجع داوری یا کیفیت تعیین ایشان خلاف قوانین ملی مقرر باشد از موجبات عدم شناسایی و اجرای رای خواهد بود. با این حال کنوانسیون نیویورک میزان تاثیر قانون ملی را معین نموده و همچنین مشخص نگردیده است که اقدامات مربوط به تعیین مرجع داوری تا چه میزان تابع آزادی اراده طرفین است؟ در قانون داوری تجاری بین المللی هر جا قانون حکم خاص داشته باشد و منظور از آن منع از ایجاد رابطه حقوقی باشد مقتضای نهی همراه با ضمانت اجرای آن یعنی بطلان معامله مواجه است. (مافی: ۱۳۹۷، ۴۴۳)

متن شق «د» بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک بیانگر میزان اهمیت توافق طرف‌های داوری در تعیین ترکیب مرجع یا شیوه رسیدگی می‌باشد. در حقیقت کنوانسیون به توافق مزبور ارزشی بالاتر از قانون کشور محل داوری اعطا نموده است. کنوانسیون اعمال قانون مقرر داوری در فرض سکوت طرفین را مشروط به تصریح در قرارداد یا امر دیگری ننموده است. از همین رو برخی مفسران برای قانون مزبور نقش جایگزینی در نظر گرفته‌اند؛ به این مضمون که در فرض سکوت طرفین جانشین اراده آن‌ها می‌گردد (جنیدی، ۱۳۹۵: ۲۵۳). برخی از حقوق‌دانان نیز برای قانون مقرر نقش مکمل با اراده طرفین قائل‌اند (Van Den Berg, 1981: 319)؛ یعنی در صورت نقض توافق اطراف داوری قانون محل داوری قابل اعمال بوده و اراده ایشان را تکمیل می‌کند و دیوان داوری نمی‌تواند بر خلاف این قانون عمل نماید.

در پرونده *Manufacturer v. Supplier* (2006) طرفین قرارداد تولیدی را امضا نمودند که

حاوی شرط ارجاع اختلافات به دیوان داوری تجاری بین‌المللی واقع در اتاق بازرگانی و صنایع اکراین بود. ناتوانی تامین کننده از پرداخت چندین فاکتور باعث ایجاد اختلاف گردید که در پی آن تولیدکننده به داوری رجوع نمود و نهایتاً منتج به صدور رای به نفع وی گردید. در پژوهش‌خواهی صورت گرفته، دادگاه تجدیدنظر مونیخ اعتراض مطرح شده در این خصوص که رجوع به داوری خلاف توافق طرفین بوده است را رد کرد. در این پرونده علی‌رغم توافق طرفین بر حضور دو یا چند داور دیوان داوری متشکل از یک داور بود. دادگاه اظهار داشت که خواننده از تشکیل دیوان داوری با حضور یک داور مطلع بوده است و با این حال هیچ‌گونه اعتراضی در طی روند داوری ابراز ننموده است.

۶٫۲ نقض در فرآیند رسیدگی داوری

هدف پیمان نیویورک این است که برای خواهان به بهترین شکل که مطابق با خواسته اطراف داوری است احقاق حق صورت گیرد. از سویی نیز با پیش‌بینی شق «د» بند ۱ ماده ۵ در پی رفع نقض‌های موجود در مسیر احقاق حق مذکور بوده است.

طراحان کنوانسیون نیویورک با تنظیم ماده فوق سعی در تقلیل نقش قانون کشور مبدا داشته‌اند (Van Den Berg, 1981: 323) تا از این طریق اجرای رای داور را تسهیل نمایند و سهم بیش‌تری را برای موافقت‌نامه طرفین اختصاص دهند. امروزه این موضوع بیش‌تر از سوی دادگاه‌ها مورد حمایت و پذیرفته واقع شده است؛ به این معنا که آنچه طرفین توافق نموده‌اند، خلاف قوانین محل داوری، اجرا گردد (Born, 2009: 2768).

در پرونده *China National Chartering Corp. v. Pactrans Air & Sea Inc* (2008) خواهان در دادگاه بدوی فدرال مدعی گردید که داوری بر اساس قانون جمهوری خلق چین انجام نشده است. زیرا دیوان داوری در ابتدا دعوای متقابل طرف مقابل را رد کرده حال آن که پس از آن به همان طرف اجازه طرح دعوای مستقل که با دعوای او توأم گردید را داد. این ادعا از سوی دادگاه رد شد و



برخی نیز قائل بر این نظرند که عبارت «الزام‌آور» می‌بایستی مستقل از هر قانون ملی تفسیر شود. در این صورت رای داور به محض صدور می‌تواند مستقیماً در سایر کشورهای عضو اجرا شده و برای اعتراض به آن نیز می‌توان از امکانات قانونی کشور مجری استفاده نمود و از مقام صالح تقاضا نمود تا بر اساس ماده ۶ کنوانسیون نیویورک عمل نماید (Van Den Berg, 1981: 341). از آن جا که تدوین کنندگان کنوانسیون نیویورک بر آن بودند که از توصیف ملی مورد نظر کنوانسیون ژنو فاصله بگیرند تفسیر مستقل و خود سامانی از واژه «الزامی» ترجیح دارد. اگر رای در معرض تجدیدنظرخواهی واقعی نزد هیات داور دوم یا دادگاه نباشد باید الزامی محسوب شود. آراء جزئی نیز الزامی و قابل اجرا محسوب می‌شوند (لیو و دیگران، ۱۳۹۱: ۷۱۶-۷۱۵). برخی دیگر معتقدند که بهتر است واژه «الزام-آور» بر اساس قانون داخلی تفسیر شود. زیرا اگر آن را مستقل معنا کنیم وجود و ذکر آن در ماده ۵ بی دلیل خواهد بود چرا که در هر حال رای صادره در کشور محل اجرا لازم‌الاجرا محسوب می‌گردد. به علاوه تفسیر صورت گرفته باید با روح کنوانسیون هم‌سو باشد این مضمون که اجرای آرا و تحقق حقوق اشخاص را تسهیل کرده و محکوم‌علیه را از حق اعتراض به رای محروم ننماید (نیکبخت، ۱۳۹۳: ۱۳۷).

۷،۲ رای ابطال یا تعلیق شده

به موجب قسمت (ه) از بند (۱) ماده ۵ اگر «رای هنوز نسبت به طرفین الزام آور نشده یا این که به وسیله مرجع صالح کشوری که رای در آنجا یا تحت قانون آنجا صادر شده ابطال یا معلق گردیده باشد» محکوم علیه می‌تواند تقاضا کند تا از شناسایی و اجرای رای استنکاف به عمل آید.

در مورد این که رای در چه شرایطی معلق می‌گردد برخی حقوق‌دانان قائل بر این هستند زمانی که قابلیت اجرای رای در کشور محل صدور توسط دادگاه تعلیق شود مشمول این بند از کنوانسیون می‌گردد (Van Den Berg, 2005: 308). از طرف

استدلال دادگاه این بود که خواننده نتوانسته اثبات نماید که تصمیم داوران مطابق با قانون چین نادرست است.

۷ رای غیر قطعی و غیر الزام آور، ابطال یا تعلیق شده

دلیل دیگری که در کنوانسیون به عنوان یکی از موجبات عدم شناسایی و اجرای آرا ذکر گردیده است زمانی است که رای برای طرفین الزام‌آور نشده، باطل شده و یا توسط مقام صالح معلق گردیده است. این ماده به طور ضمنی قوانین محل اجرای رای را قابل اعمال می‌داند. برای مثال در قوانین داخلی برخی کشورها مثل فرانسه بطلان یا نقض آرا در کشور محل صدور از موجبات مستقل عدم شناسایی و اجرای رای به موجب ماده ۱۵۰۲ قانون آیین دادرسی مدنی به شمار نمی‌رود. در ذیل به ترتیب به موجبات عدم شناسایی و اجرای مذکور در بند ۱ ماده (۵) کنوانسیون نیویورک خواهیم پرداخت.

۷،۱ رای غیر قطعی و غیر الزام آور

مطابق شق ه بند (۱) ماده ۵ هنگامی است که رای هنوز برای طرفها لازم‌الرعایه نشده باشد. در این صورت، محکوم‌علیه رای می‌تواند تقاضای امتناع از شناسایی و اجرای رای را بنماید. تدوین کنندگان پیمان نیویورک به جای استفاده از عبارت «نهایی» که در کنوانسیون ژنو به کار رفته بود از اصطلاح «قطعی» استفاده نمودند، چراکه با استفاده از این عبارت محکوم‌له بتواند به محض صدور رای تقاضای شناسایی و اجرای آن را بنماید. حال این سوال مطرح است که تعریف واژه الزام‌آور دقیقاً چیست؟ به عبارت دیگر آیا رای الزام‌آور یک عبارت مستقل به حساب می‌آید یا در تعیین مصداق آن باید تابع تعاریف موجود در قانون داخلی بود؟

در پاسخ به سوال فوق نظرات مختلفی مطرح شده است؛ مطابق نظر برخی حقوق‌دانان قانون حاکم بر رای، قانون کشور محل صدور و یا قانون کشوری است که رای تحت آن صادر گردیده است.

داوری مسائلی است که به موجب عدم تعارض با نظم عمومی امکان طرح رسیدگی از طریق جریان داور را داشته باشند. در حقیقت در این خصوص این سوال مطرح می‌شود که بر اساس قوانین ملی موضوع دعوی به حوزه دادگاه‌های داخلی اختصاص دارد یا خیر. با این تفسیر مسائل قابل رسیدگی از جریان داور جنبه موضوعی می‌یابند (Mante, 2017: 277). مبنای داور ناپذیری برای عدم شناسایی و اجرای رای در جایی قابل استناد است که دعوای مطروح در مورد موضوعی باشد که حل و فصل آن صرفاً در صلاحیت دادگاهها قرار دارد. گرایش جدید حرکت به سوی در نظر گرفتن دامنه محدود تری از اختلافات در قلمرو انحصاری دادگاهها است. تعیین داور پذیرگی یک دعوا باید به موجب قانون کشور محل درخواست شناسایی و اجرا انجام شده و طبق بخش عمده و اصلی ادعا مشخص شود و نه صرفاً بر اساس یک بخش کوچک و فرعی آن (شورای بین‌المللی داور تجاری، ۱۳۹۴: ۱۱۷-۱۱۸).

بر اساس بند ۱ ماده ۳۴ قانون داور تجاری بین‌المللی "در صورتی که موضوع اصلی اختلاف به موجب قوانین ایران قابل حل و فصل از طریق داور نباشد"، رأی «داور» اساساً باطل و غیر قابل اجراست. گرچه به طور کلی، کلیه اختلافات را می‌توان از طریق داور حل و فصل نمود اما برخی موارد، همان‌گونه که در بالا ذکر شد، در قوانین داخلی کشورها از ارجاع به داور مستثنی گردیده‌اند. در حقوق ایران مصادیق ماده (۱) ۳۴ قانون داور تجاری بین‌المللی عبارتند از: دعوای ورشکستگی و دعوای راجع به اصل نکاح، فسخ آن، طلاق و نسب (ماده ۴۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی)، موضوعات مربوط به وقوع جرمی که در رای داور موثر بوده و امکان تفکیک جهات مدنی از کیفری ممکن نباشد (ماده ۴۷۸ قانون آیین دادرسی مدنی)، مواردی همچون اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۷۷

دیگر، تنها دادگاه‌هایی صلاحیت ابطال رای داور را دارند که در کشور مقر داور اختیار اعمال نظارت و اعمال صلاحیت اولیه بر رای را دارند. یگانه صلاحیت دادگاه‌های که از آنها تقاضای شناسایی و اجرای رای به عمل می‌آید این است که تشخیص دهند آیا مبنای مورد نظر کنوانسیون برای عدم شناسایی و اجرای رای وجود دارد یا خیر. برای این که ایراد ابطال رای داور کارگر و موثر واقع شود قاعده در اغلب کشورها این است که رای باید به صورت قطعی به وسیله دادگاهی که واجد صلاحیت اولیه است ابطال گردد. لذا، صرف درخواست ابطال رای داور کافی نیست. اعمال این قاعده باعث می‌شود که دادباخته نتواند با آغاز فرآیند ابطال رای داور اجرای رای را به تعویق اندازد (شورای بین‌المللی داور تجاری، ۱۳۹۴: ۱۱۵).

۸ داور ناپذیری و مغایرت با نظم عمومی

هدف کنوانسیون ایجاد سهولت اجرای رایی است که در منصفانه‌ترین حالت صادر شده باشد و اجرای آن متضمن ایجاد اختلال در نظم عمومی دولت‌ها نباشد. به همین منظور ماده (۲) ۵ موارد دیگری را مطرح نموده است تا به وسیله آن هدف مذکور را محقق سازد. به موجب بند ۲ ماده ۵: «در صورتی ممکن است از شناسایی و اجرای حکم داور نیز امتناع به عمل آید که مرجع صالح کشوری که شناسایی و اجرای حکم از آن درخواست شده احراز کند که: الف - موضوع اختلاف به موجب قانون کشور محل تقاضا داور پذیر نباشد؛ ب - شناسایی و اجرای رای بر خلاف نظم عمومی آن کشور باشد».

۸/۱ داور ناپذیری اختلاف

به موجب بند الف ماده ۵ (۲) کنوانسیون موضوع اختلاف می‌بایست قابلیت ارجاع به داور را داشته باشد. منظور از قابلیت حل موضوعات از طریق

EC Regulation No. ۴۴/۲۰۰۱, of ۲۲ December ۲۰۰۰, Article ۲۲(۴)

^۱ به عنوان مثال در اتحادیه اروپا اختلافاتی که مستقیماً بر وجود و اعتبار یک حق مالکیت معنوی تاثیر می‌گذارند در صلاحیت دادگاه‌های کشورهای عضو بوده و در نتیجه قابل رسیدگی از طریق داور نیستند. ر.ک:



مخالف با نظم عمومی یا اخلاق حسنه کشور و یا قواعد آمره این قانون باشد" آن رای اساسا باطل و غیرقابل اجراست. در هر حال ضابطه تشخیص نظم عمومی در قانون داوری تجاری بین المللی منافع و مصالح عالیله جامعه است که اراده افراد نمی تواند آنها را نقض کند. در قانون داوری تجاری بین المللی آنچه از نظم عمومی افاده می شود همان نظم است که در حقوق بین الملل خصوصی وجود دارد و از آن با استثنای نظم عمومی یاد می شود و مفهوم مضیق از نظم عمومی در آن مد نظر است (مافی، ۱۳۹۷: ۴۶۲-۴۶۳) کنوانسیون نیویورک هیچ-گونه تعریفی از نظم عمومی ارائه نمی دهد و مشخص نیست که مقصود از نظم عمومی مذکور، نظم عمومی داخلی است یا بین المللی؟ با این حال، نظم عمومی را می توان مفهومی سیال که ترجمان ارزش های متغیر جامعه است محسوب کرد. اکثر دادگاه های ملی با اعمال قواعد ماهوی متخذه از منابع بین المللی معیار محدود تر و مضیق تر نظم عمومی بین المللی را در مقایسه با نظم عمومی داخلی به کار می برند. توصیه نامه های انجمن حقوق بین الملل راجع به نظم عمومی (۲۰۰۲) یکی از بهترین اسناد جهت انعکاس برترین رویه های بین المللی می باشد. به موجب بند (د) ۱ آن اصطلاح نظم عمومی بین المللی مندرج در کنوانسیون نیویورک اشاره به مجموعه اصول و قواعد پذیرفته شده توسط یک دولت دارد که بر اساس ماهیت خود می تواند مانع شناسایی و اجرای یک رای داوری تجاری بین المللی گردند. این اتفاق زمانی می افتد که شناسایی و اجرای رای موجب نقض این اصول و قواعد از نظر شکلی و یا از جهت ماهوی شود (شورای بین المللی داوری تجاری، ۱۳۹۴: ۱۲۰-۱۱۹). نظم عمومی بین المللی در نظر برخی نویسندگان ارزشها و منافی است که با تشکیل جامعه بین المللی ظاهر شده و گسترش یافته و تشکیل دهنده نظم عمومی بین المللی است. (Gunther, 1985: 315)

در پرونده سلیمانی علیه سلیمانی (۱۹۹۸) دادگاه استیناف مقرر داشت که دادگاه های انگلیس بر

قانون آیین دادرسی مدنی که ارجاع موضوع به داوری منوط به شرایطی است که از جهت حفظ نظم عمومی و محافظت از اموال عمومی و دولتی الزامی می باشد. علاوه بر آنها دعاوی ناشی از اختلافات مالکیت فکری و دعاوی ناشی از اختلافات بین کارگر و کارفرما به علت منطبق نظم عمومی قابل ارجاع به داوری نیستند. (مافی، ۱۳۹۷: ۴۶ - ۴۵۶).

به طور کلی، مطالعه قوانین کشورهای مختلف بیانگر این امر است که قوانین ضد تراست، معاملات سهام، مالکیت های معنوی و دعاوی مرتبط با حقوق خانواده و یا ورشکستگی از جمله موضوعات غیرقابل ارجاع به داوری هستند (جنیدی، ۱۳۹۵: ۲۶۸).

از جمله رسیدگی هایی که در نهایت به موجب همین بند به عدم اجرای رای منجر شده است، پرونده AO Slovenska Konsolidachna, A.S v. KB SR Yakimanka (2004) می باشد که در آن دادگاه تجاری مسکو به این علت که خوانده روس در دادگاه محکوم به ورشکستگی شده است و با این حال دیوان داوری اقدام به صدور رای نموده است رای صادره در اسلواکی را غیر قابل اجرا دانست. چرا که به موجب قانون ورشکستگی فدراسیون روسیه، در تعیین میزان و ماهیت مطالبات ورشکسته علیه مدیران دادگاه های تجاری همین کشور منحصر صلاحیت رسیدگی را دارند. از این رو، دادگاه تصمیم خود را به بند ب ماده ۵ مستند نمود و داوری پذیری این موضوع را در قالب نظم عمومی غیر قابل اجرا قلمداد کرد. (Van Den Berg, 2008: 654-657)

۸،۲ مغایرت با نظم عمومی

بند ب ماده ۵ (۲) به دادگاهی که رای را مورد شناسایی و اجرا قرار می دهد این امکان را اعطا کرده تا چنانچه رای صادره را خلاف نظم عمومی کشور متبوع دولت وی بود از شناسایی و اجرای آن خودداری نماید. حکم مذکور عینا در ماده (۲) ۳۴ قانون داوری تجاری بین المللی ایران منعکس شده است که به موجب آن " در صورتی که مفاد رای

معیار بازنگری رای بر اساس استثنای نظم عمومی این امر می باشد که آیا رای داوری در تعارض با اصول اساسی نظام حقوقی اتریش می باشد یا خیر؟ در حقیقت دادگاه بر مخالفت «اجرای» رای با نظم عمومی داخلی تاکید نمود و نه مواردی چون روند رسیدگی یا دلایل ارائه شده. از نظر دادگاه «جریان داوری یا دلایلی که در طی آن مطرح می شود تعیین کننده مطابقت یا عدم مطابقت رای با نظم عمومی نیستند و این نتیجه حاصله از رای است که میبایست مطابق با نظم عمومی باشد. Van Den Berg, 2005, 428-429)

در پرونده D.S.T v. Ras Al Khaimah National Oil Co. (1987) انگلستان تقاضای اجرای رای داوری شده بود که در آن دیوان داوری از اعمال یک حقوق ملی خاص، در جهت حفظ اصول حقوقی بین‌المللی پذیرفته شده حاکم بر روابط قراردادی امتناع نموده بود. خواننده با استناد به سوابق موجود در حقوق داخلی که اعلام نموده بود: «سیاست این کشور این است که داوران می‌بایستی از یک نظام حقوقی شناخته شده پیروی نموده و از اعمال نظر شخصی و یا اصول انصاف خودداری نمایند»، سعی در جلوگیری از اجرای رای نمود. با این حال تصمیم دادگاه تجدیدنظر به شرح ذیل اعلام شد:

«نمی‌توان از ملاحظات مربوط به نظم تعریف کاملی ارائه نمود، اما باید با نهایت احتیاط به آن نزدیک شد... باید اثبات شود که یکی از مبانی عدم مشروعیت وجود دارد یا اجرای رای آشکارا مغایر با نظم عمومی بوده و یا وجدان یک شهروند متعارف را که به نام او اختیار دولت اعمال می‌شود، جریحه‌دار می‌کند ... با انتخاب داوری بر اساس قواعد اتاق بازرگانی بین‌المللی، به ویژه بند ۳ ماده ۱۳، طرفین تعیین قانون حاکم را به داوران واگذار کرده‌اند، بدون این که صریحا این حق انتخاب را به نظام‌های حقوقی ملی محدود کرده باشند. دلیلی نمی‌بینیم که حقوق قابل اعمال انتخاب شده توسط داوران یعنی

جریان رسیدگی داوری اعمال نظارت می‌کنند و در مواردی که نظم عمومی دخیل باشد واسطه شدن رای داوری، دعوای طرف برنده را از غیر قانونی بودن قرارداد که منشاء آن بوده منفصل نمی‌کند. لذا، دادگاه مجری رای از اجرای رای داوری به دلیل ملاحظات نظم عمومی خودداری کرد. (لیو و دیگران، ۱۳۹۱، ص ۷۲۲) نظریات مطرح شده در خصوص امکان نظارت قضایی بر رعایت نظم عمومی توسط مراجع داوری را می‌توان به چهار دسته تقسیم نمود:

- گروه نخست قائل به این امر هستند که اعمال نظارت بر رای داور باید محدود به این امر گردد که آیا معیار نظم عمومی موجود طی روند رسیدگی توسط داوران در نظر گرفته شده است یا خیر. به عقیده گروه دوم بازنگری رای از سوی دادگاه تنها شامل بررسی سازگاری نظم عمومی با راه حل‌های ارائه شده توسط داوران برای دعوای مطرح شده نزد ایشان می‌شود. برای مثال دادگاه در خصوص ارتباط میان حقوق طرفین و نظم عمومی که توسط داوران بررسی شده است امکان تجدیدنظر نخواهد داشت. برخی نیز معتقدند امکان بازنگری در رای داور شامل بخش‌هایی از رای می‌شود که جنبه حل و فصل دارند. به عنوان مثال چنانچه رای متضمن اعطای خسارات به خواهان باشد قابلیت امتناع از اجرا به علت مغایرت با نظم عمومی را از دادگاه سلب می‌نماید. گروه دیگر بر این باورند که نظارت قضایی وقتی مربوط به نقض صریح و آشکار نظم عمومی است رای صادره را قابل بازنگری می‌سازد. (Gaillard & Di Pietro, 2008: 812-813)

در یک پرونده خریدار اتریشی علیه فروشنده صربستانی و مونته‌نگرو (۲۰۰۵) که برخاسته از یک قرارداد فروش و حمل قارچ بود، دیوان عالی اتریش اعطای سطح سود سالیانه ۱۰۷٫۳۲٪ توسط مرجع داوری در سال ۲۰۰۲ را، حتی با وجود میزان تورم شدید در مقر داوری در آن زمان، بر اساس ماد ۵۷ پاراگراف ۱ کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ را خلاف نظم عمومی دانست. دیوان عالی مقرر داشت که



نپرداخته است. این امر می‌تواند نتایجی چون ایجاد برداشت‌های متفاوت و هم‌چنین اجرای سلیقه‌ای و موسع سند مذکور را در پی داشته باشد. با این حال، از بررسی رویه‌های موجود چنین بر می‌آید که دادگاه‌ها در اعمال ماده ۵ تمایل بر تفسیر و تاویل مضیق دارند و موارد امتناع از اجرا استثنائاتی بر قاعده ضرورت اجرای آراء داوری خارجی به شمار می‌روند. یعنی کنوانسیون نیویورک بیشتر بر بستر اجرای آراء داوری تجاری بین‌المللی و آراء داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی متمرکز است و قضات دادگاه‌ها با رعایت آن به اجرای آراء داوری اهتمام می‌ورزند. هم‌چنین برای حل تعارضات پیش آمده در یافتن مقصود اصلی کنوانسیون رویه عملی بر مقدم نمودن موافقت‌نامه داوری که تجلی خواست و اراده طرفین است می‌باشد. پس از آن در مواردی چون اهلیت نقش قانون متبوع طرفین اهمیت می‌یابد. در حالی که در مواردی چون نقض در تشکیل دیوان داوری یا اصول رسیدگی ترافیعی قانون مقر داوری نقش جایگزینی می‌یابد تا به وسیله آن بتوان رفع ابهام نمود. دادگاه‌ها در بررسی موارد مذکور از ورود در ماهیت رای امتناع نموده و تنها در رابطه با مورد اعتراض رسیدگی می‌نمایند و از این طریق استقلال اختیارات داوران را حفظ می‌نمایند.

قدر مشترک اصول حاکم بر روابط قراردادی در نظام‌های حقوقی کشورهای مختلف، خارج از اختیاری باشد که طرفین به داوران داده‌اند».

۹ نتیجه

در عرصه بین‌المللی قابلیت اجرای آراء یکی از امتیازات مهم داوری بین‌المللی است. مهم‌ترین رژیم بین‌المللی اجرای آراء داوری خارجی کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ است که علاوه بر مقبولیت جهانی به عنوان یک سند فراگیر به تسهیل اجرای آراء داوری خارجی و اجرای موافقت‌نامه‌ها در سطح بین‌المللی مساعدت قابل توجهی نموده است. از بررسی مطالب مطروحه مشخص شد که کنوانسیون نیویورک که به منظور تسهیل اجرای آراء داوری و افزایش کارآمدی نهاد مذکور تهیه و تصویب گردیده است سعی نموده تا رسالت خود را در یکسان‌سازی رویه‌های شناسایی و اجرای آراء داوری به اجرا در آورد. به همین دلیل جهاتی را در ماده ۵ پیش‌بینی نموده تا چنان‌چه رایی مورد اعتراض است بتوان با استناد به جهات موجود امکان عدم شناسایی و اجرای آن را فراهم آورد. اما با مطالعه دقیق‌تر دلایل رد مذکور در ماده فوق مشاهده شد که کنوانسیون صرفاً به ذکر موارد رد شناسایی و اجرای رای بسنده نموده و به ارائه جزئیات اعمال ماده و تشریح موارد

References

- Gunther, Jaenicke, (1985), "International Public Order", Encyclopedia of Public International Law, Vol. 7,
- "ICCA'S Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges, International Council of Commercial Arbitration", (*Shahr-e-Danesh Institute for Legal Studies and Research* 2015), (Translated in Persian by Mir Hossein Abedian, Reza Eftekhari).
- Julian D. M. Lew; Loukas A Mistelis & Stefan Kröll, "Comparative International Commercial Arbitration", (*Mofid University Press* 2012), (Translated in Persian by Mohammad Habibi Mojandeh).
- Joneydi Laya, "Enforcement of Foreign Commercial Arbitral Awards", (*Institute of Legal Studies and Research* 2016), Tehran, (in Persian).
- Mafi, Homayoun, An Analyse of Iran-United States Arbitration Claims Tribunal, Law and Politic Research (1987), Vol. 10, No 24.
- Mafi Homayoun, "A Commentary on International Commercial Arbitration Act of Iran", (*University of Judicial Sciences and Administrative Services*, 2nd ed. 2018), (In Persian).
- Mante Joseph (2017), Arbitrability and Public Policy: An African Perspective, **Arbitration International**, Vol. 33, Issue. 2.
- Martinez Ramona (1990), Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards Under the United Nations Convention of 1958: The "Refusal" Provisions, **The**
- Batiffol Henri (2017), "The Contracts in Comparative Private International Law", Mizan Legal Foundation.
- Born, Gary (2009), **International Commercial Arbitration**, The Netherlands, Kluwer Law International.
- Carbonneau Thomas E. (1986), 'Mitsubishi: The Folly of Quixotic Internationalism', **Arbitration International**, Vol. 2, Issue 2
- Del Duca Louis (2014), Enforcement of Foreign Arbitration Agreements and Awards: Application of the New York Convention in the United States, **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 62.
- Gaillard. Emmanuel & Di Pietro Domenico (2008), Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Awards, The New York Convention in Practice.
- Fouchard Philippe, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, John Savage, and Philippe Fouchard (1999), Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, **The Hague: Kluwer Law International**.
- Gaillard Emmanuel & Di Pietro Domenico (2008), **Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice**, Cameron May.
- Gaillard, Emmanuel, (2014), Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making? **Arbitration International**, Vol. 17, Issue 1.



Arbitration. London: Sweet & Maxwell (2004).

Van Den Berg Albert. J., (1981), *The New York Arbitration Convention of 1958*, **Kluwer Law International**

Van Den Berg. Albert. J., (2008) **Yearbook of Commercial Arbitration**, Vol XXX.

Van Den Berg, Albert. J., (2005), *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*. The Hague: Kluwer Law International.

International Lawyer, Vol. 24, No. 2.

Nikbakht Hamidreza, "Recognition and Enforcement of Arbitral Awards in Iran", (*The Institute for Trade Studies & Research* 2014), (In Persian).

Onyema Emilia, "International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract", (*Commercial Publishing Company* 2020), (In Persian).

Redfern, Alan. Law and Practice of International Commercial

Cases:

Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden), (1958), available at:

https://en.wikipedia.org/wiki/Boll_case Last visited January 8. 2021.

Kuwait Airways Corporation v Iraqi Airways Company and Others (2002), available at:

<https://publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd020516/kuwait-1.htm> , Last visited January 8. 2021.

Seung Woo Lee v. Imaging3, Inc. (2008), Available at:

<https://casetext.com/case/seung-woo-lee-v-imaging3>, Last visited January 8. 2021.

Telenor Mobile Communication AS ("Telenor") v. Storm LLC (2007) available at:

<https://newyorkconvention1958.org/>

[index.php?lvl=notice_display&id=445](https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=445) , Last visited January 8. 2021.

Deutsche Schachtbau-und Tiefbohr-Gesellschaft M.B.H. v. Ras Al Khaimah National Oil Co. Available at:

https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=1474 , Last visited January 8. 2021.

Soleimany v Soleimany (1998). Available at:

<https://www.casemine.com/judgement/uk/5a938b3f60d03e5f6b82bc18> , Last visited January 8. 2021.

Thales Air Defence BV v. GIE Euromissile (2004), available at:

<https://arbitrationlaw.com/library/france-sa-thal%D0%B8s-air-defence-v-gie-euromissile-et-al-international-arbitration-court>, Last visited January 8. 2021.

Original Article

Legal Ambiguities of the Principle of Active Personal Jurisdiction in Iranian Criminal Law Considering the Laws and Regulations of England

Bahram Malekpour¹ , Hasan Hajitabar Firozjaee^{*2} , Mohammad Nabipour³ 

¹ PhD Student in Criminal Law and Criminology, Islamic Azad University, Ayatollah Amoli Branch, Amol, Iran.

² Associate Professor of Law, Islamic Azad University, Ghaemshahr Branch, Ghaemshahr, Iran.

³ Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Humanities, Shomal University, Amol, Iran.



[20.1001.1.24237566.1402.7.1.10.4](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.24305.1396)



[10.22080/LPS.2022.24305.1396](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.24305.1396)

Received:

September 15, 2022

Accepted:

October 21, 2022

Available online:

January 5, 2023

Keywords:

Active personal jurisdiction, Legal ambiguities, Crimes, Prohibition of retrial, Mutual guilt

Abstract

The principle of active personal jurisdiction, as one of the aspects of extraterritorial jurisdiction, applies to crimes committed by a citizen of a country outside the territory of that country. Based on this principle, the courts of the country of the criminal will have jurisdiction under the conditions that are agreed in the international field. In this article, by using the descriptive-analytical and library method, by addressing the legal ambiguities surrounding this principle in Iranian Criminal Law and its solutions by looking at British Criminal Law, it has been obtained that in the British Criminal Law, while the crimes under this principle only include very important crimes such as murder, intentional assault, polygamy, and such examples, all internationally agreed conditions, including the conditions of no prior trial and the prohibition of double punishment, and mutual guilt are accepted and the British Criminal Law applies its jurisdiction to all crimes covered by this principle. Hence, it has greater compliance with international standards. However, in the Iranian Criminal Law, while all crimes, even light crimes, are subject to this principle, the condition of prohibition of retrial and re-punishment is accepted only in non-Sharia crimes, and the aforementioned conditions and the condition of mutual guilt are not accepted in crimes subject to sharia limits, retribution punishment, blood money, and Sharia prescribed punishments. To solve this challenge in the Iranian Criminal Law, it is suggested to establish a balance and create a proportion of legal standards with the internationally agreed conditions and take measures regarding the duality of crimes and the consideration of punishments and previous trials for all crimes in compliance with Sharia standards in such a way that, while preventing damage to the governance of countries, the conditions for prosecution and punishment of criminals are also provided.

*Corresponding Author: Hasan Hajitabar Firozjaee

Address: Associate Professor of Law, Islamic Azad University, Ghaemshahr Branch, Ghaemshahr, Iran.

Email: Hajitabar@yahoo.com



Extended Abstract

1. Introduction

Expansion of communication, sciences, and advancement of transportation industry have also had effects on criminal phenomena in such a way that the criminal can easily flee from the country of which the crime has taken place and continue their criminal activities in other places. Therefore, to maintain international order as well as preventing widespread crimes, especially those happening outside the territory of a country, it is essential that countries can develop their jurisdiction outside the territory of sovereignty. Otherwise, it will cause disorder, injustice and impunity of criminals, which is in the contrary with the goals of International Criminal Law. Thus, it is necessary to predict other principles of jurisdiction to remove the limitations of applying the principle of territorial jurisdiction. One complementary solution to eliminate the violation of territorial jurisdiction is to recognize the principle of active personal jurisdiction. This principle is raised when the criminal is a citizen of a country of which that country considers itself jurisdiction qualified in prosecution and investigation of the crime. The scope of this article is to examine the principle of active personal jurisdiction in the criminal laws between Iran and England. For doing so, it is attempted to explain individual rights in the legal system of Iran and England and also refer to international documents.

2. Methods

This article was done by using the existing sources related to the principle of active personal jurisdiction in the criminal law of Iran and England and international

documents, as well as reviewing and analyzing the content of relevant documents. Based on the collected data, the framework of the mentioned article, including goals, structure, and legal sources were determined. The authors of this article by using a descriptive-analytical method, first defined the legal sources and basics and then addressed how active personal jurisdiction must be applied in legal laws of Iran and England viewing international documents.

3. Results

The findings of this article regarding the application of the principle of active personal jurisdiction in the Iranian Criminal Law and its compliance with British Criminal Law, based on the legal sources and studies, are as follows: Both Iran and England have accepted the principle of active personal jurisdiction in their laws. The examples of the crimes under this principle are given in Iran's relevant laws, including Articles 6 and 7 of the Islamic Penal Code approved in 2013, which includes all crimes committed. However, in the British Criminal Law, examples of crimes subject to the principle of active personal jurisdiction in various laws include the Offences against the Person Act 1861, the Criminal Code 1977, the Civil Aviation Act 1982, the Bribery Act 2010 and various laws at Suppression of Terrorism, etc, which only includes serious crimes. On the one hand, In the Iranian Criminal Law, if the behavior committed by an Iranian citizen abroad is a crime according to Iran's law, regardless of where the crime is committed, principle of active personal jurisdiction is implemented. On the other hand, in the British Criminal Law, according to the laws including Article 92 of the Civil Aviation

Act 1982, if the behavior committed by a British citizen abroad is a crime both under the current law of England and that of the country where the crime was taken place, the principle of active personal jurisdiction is implemented.

4. Conclusion

According to the proposed hypotheses and findings, this article concludes that in the criminal laws of both countries, accepting the rule of protecting nationals and preventing criminals from going unpunished is accepted by the legislators as a condition governing the principle of active personal jurisdiction, i.e., in the Iranian Criminal Law, examples of active personal jurisdiction crimes constitute all kinds of crimes while in the British Criminal Law, examples of active personal jurisdiction crimes are limited to specific and serious crimes which are mentioned in various laws. Furthermore, in the Iranian Criminal Law, the condition of prohibiting retrial according to Articles 6 and 7 of the Islamic Penal Code approved in 2013 is only accepted for non-prescribed religious crimes while it is not accepted in the crimes subject to religious limits, retribution punishment, blood money, and punishment prescribed by religious. The case is different in the British Criminal Law, however. The

condition of prohibiting retrial is applied in all crimes covered by this principle; this condition is also accepted by the international community according to paragraph 7 of Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights 1966. In the Criminal Law of Iran, regarding the condition of mutual criminality, the criminality of the act committed in Iran is emphasized by the legislator. This is while in the Criminal Law of England, the condition of mutual guilt is accepted. Furthermore, the condition of trial in absentia is rejected in the criminal laws of both Iran and England regarding the application of the principle of active personal jurisdiction.

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

ابهامات قانونی اصل صلاحیت شخصی فعال در حقوق جزای ایران با نگاهی به قوانین و مقررات انگلستان

بهرام ملک پور^۱، حسن حاجی تبار فیروزجائی^{۲*}، محمد نبی پور^۳

^۱ دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم شناسی، واحد آیت‌الله آملی، دانشگاه آزاد اسلامی، آمل، ایران.
^۲ دانشیار گروه حقوق، واحد قائمشهر، دانشگاه آزاد اسلامی، قائمشهر، ایران.
^۳ استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه شمال، آمل، ایران.



[20.1001.1.24237566.1402.7.1.10.4](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.24305.1396)



[10.22080/LPS.2022.24305.1396](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.24305.1396)

چکیده

اصل صلاحیت شخصی فعال به عنوان یکی از جنبه‌های صلاحیت فراسرزمینی، در خصوص جرائمی اعمال می‌شود که توسط تبعه یک کشور در خارج از قلمرو آن کشور، ارتکاب یابد. برپایه این اصل دادگاه‌های کشور متبوع مجرم تحت شرایطی که در عرصه بین‌المللی مورد توافق است، صلاحیت رسیدگی خواهند داشت. در این نوشتار با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی و کتابخانه‌ای، با پرداختن به ابهامات قانونی پیرامون این اصل در حقوق جزای ایران و راهکارهای برون رفت آن با نگاهی به حقوق جزای انگلستان، چنین نتایج حاصل شده‌است که، حقوق جزای انگلستان ضمن اینکه جرائم موضوع این اصل صرفاً جرائم بسیار مهم از قبیل، قتل، ضرب و جرح عمدی، تعدد زوجات و امثالهم را شامل می‌گردد، کلیه شرایط مورد توافق بین‌المللی از جمله شروط عدم رسیدگی قبلی و منع مجازات مضاعف و همچنین مجرمیت متقابل را در قوانین خود پذیرفته‌است و نظام کیفری انگلستان در خصوص کلیه جرائم مشمول این اصل صلاحیت خود را اعمال می‌نماید. این امر حاکی از مطابقت بیشتر حقوق جزای انگلستان با موازین بین‌المللی دارد. ولی در مقابل در حقوق جزای ایران ضمن اینکه کلیه جرائم حتی جرائم سبک مشمول این اصل می‌باشد، لیکن شرط منع محاکمه و مجازات مجدد را صرفاً در جرائم غیرمنصوص شرعی پذیرفته و شروط مذکور و شرط مجرمیت متقابل را در جرائم مستوجب حدود، قصاص، دیات و تعزیرات منصوص شرعی نپذیرفته‌است. از راهکارهای برون رفت از چالش‌های این اصل در حقوق جزای ایران می‌توان به برقراری توازن و ایجاد تناسب موازین حقوقی با شرایط مورد توافق بین‌المللی و اتخاذ تدابیری در خصوص دوگانگی جرائم و احتساب محاکمه و مجازات قبلی برای کلیه جرائم با رعایت موازین شرعی اشاره داشت، به نحوی که ضمن جلوگیری از لطمه به حاکمیت کشورها، موجبات تعقیب و مجازات مجرمین نیز فراهم گردد.

تاریخ دریافت:

۲۴ شهریور ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۲۹ مهر ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۱۵ دی ۱۴۰۱

کلیدواژه‌ها:

صلاحیت شخصی فعال،
ابهامات قانونی، جرائم،
منع محاکمه مجدد،
مجرمیت متقابل

* نویسنده مسئول: حسن حاجی تبار فیروزجائی

ایمیل: Hajitabar@yahoo.com

آدرس: دانشیار گروه حقوق، واحد قائمشهر، دانشگاه آزاد اسلامی، قائمشهر، ایران.

۱ مقدمه

باید اضافه نمود که در حقوق جزای ایران ضمن برخی از مقررات پراکنده و الحاق به برخی از قوانین بین‌المللی، یکی از منابع قانونی اصلی اصل صلاحیت شخصی فعال، قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ می‌باشد ولی در حقوق جزای انگلستان مصادیق جرائم و شرایط اعمال این اصل در قوانین مختلف آمده‌است که در متن مقاله بدان پرداخته شده‌است.

بنابراین پرسش‌های اساسی پیرامون موضوع نوشتار این‌است که وضعیت حقوق جزای ایران از حیث مبانی و ابهامات و چالش‌های موجود در شرایط حاکم بر اصل صلاحیت شخصی فعال در مقایسه با حقوق جزای انگلستان چگونه‌است؟ آیا رسیدگی به جرائم موضوع اصل صلاحیت شخصی فعال در دادگاه صالح کشور غیر از محل وقوع جرم، از موارد منع محاکمه مجدد در محاکم ایران و انگلستان است؟ آیا امکان رسیدگی غیابی نسبت به جرائم اصل صلاحیت شخصی فعال در قوانین جزایی ایران و انگلستان وجود دارد؟

با توجه به بررسی تحقیقات انجام شده در خصوص اصل صلاحیت شخصی فعال، مشاهده گردید که در هیچ‌یک از مقالات و تحقیقات پیشین به تطبیق و ابهامات اصل مزبور با حقوق جزای انگلستان پرداخته نشده‌است. از این‌رو، پرداختن به موضوع در این نوشتار ضرورت دارد. نگارندگان در این مقاله با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی و کتابخانه‌ای برآند تا ابتدا به جایگاه قانونی این اصل در دو کشور، مفهوم و مبانی آن و سپس به شناسایی ابهامات موجود در شرایط اعمال اصل مذکور و تحلیل و تبیین آن در حقوق جزای ایران و انگلستان با نگاهی تطبیقی پرداخته‌شود.

۲ مبانی اعمال اصل صلاحیت شخصی فعال

اصل صلاحیت شخصی فعال یا به عبارت دیگر اصل صلاحیت شخصی مبتنی بر تابعیت مجرم به عنوان صلاحیت قوانین کیفری در خارج از قلمرو حاکمیت

به موازات توسعه ارتباطات، علوم و پیشرفت در صنعت حمل و نقل، پدیده مجرمانه نیز دچار تحول شده و امکان اینکه مجرم به راحتی از کشور محل وقوع جرم فرار کند و در کشورهای دیگر به ادامه فعالیت‌های مجرمانه بپردازد، آسان‌تر شده‌است. بنابراین، پیش‌بینی اصول صلاحیتی دیگر برای رفع محدودیت‌های اعمال اصل صلاحیت سرزمینی ضرورت دارد که نقطه اشتراک کلیه این اصول، گسترش دامنه قوانین جزایی يك کشور به خارج از قلمرو حاکمیت آن می‌باشد. یکی از راه‌حل‌های تکمیلی در جهت رفع نقض صلاحیت سرزمینی، شناخت اصل صلاحیت شخصی است؛ این اصل در موردی مطرح می‌شود که مرتکب یا مجنی علیه جرم تبعه یک کشور بوده و کشور مزبور، خود را صالح به تعقیب و رسیدگی و مجازات موضوع بداند. در جایی که مرتکب جرم تبعه کشور بوده‌باشد جنبه فعال اصل صلاحیت شخصی مطرح است که در جهت حمایت از اتباع دولت متبوع به شرط عدم اجرای قبلی اصل صلاحیت سرزمینی وارد عمل می‌شود. (آزمایش، ۱۳۵۶: ۱۰۷-۱۰۶) در واقع به موجب اصل صلاحیت شخصی مبتنی بر تابعیت مجرم که از آن به اصل صلاحیت شخصی فعال نیز یاد می‌شود، قوانین جزایی هر کشوری می‌تواند بر اتباع خود که در خارج از کشور مرتکب جرم شوند صلاحیت خود را اعمال نماید.

لذا به منظور برقراری حفظ نظم داخلی و بین‌المللی و همچنین جلوگیری از ارتکاب جرائم گسترده در داخل و به‌ویژه در خارج از قلمرو حاکمیت و عدم تمایل افراد به ارتکاب جرم، ضروری است که کشورها بتوانند صلاحیت خود را به خارج از قلمرو حاکمیت توسعه دهند. زیرا در غیر این صورت باعث بی‌نظمی، بی‌عدالتی و نیز بی‌کیفری مرتکبین جرائم خواهد شد، که مغایر با اهداف حقوق جزای بین‌الملل است.



قانونی قرارداد دهند، تا موجب تکرار این اعمال مجرمانه در کشور متبوع یا سایر کشورها نگردد.

۲،۳ جلوگیری از بی‌کیفر ماندن مجرمین و اجرای عدالت

در صورت فرار مرتکب جرم به کشور متبوعش، کشور محل وقوع جرم به دلیل عدم دسترسی نمی‌تواند او را مجازات نماید و این موجب بی‌کیفر ماندن مجرم شده و او می‌تواند رفتار مجرمانه را در کشور خود یا در هر جای دیگر ادامه دهد. بنابراین به منظور جلوگیری از بی‌کیفر ماندن مجرمین و اجرای عدالت ضروری است که هر دولتی، اتباع خود را که در خارج از کشور مرتکب جرم شده‌اند مورد تعقیب، محاکمه و مجازات قرار دهد. با این حال براساس قواعد حقوق بین‌الملل، توسعه اصول دسترسی به عدالت و جلوگیری از بی‌کیفر ماندن مجرمین، هر دولتی را ملزم می‌کند که با استفاده از اختیارات قضایی و با گسترش قوانین داخلی، از صلاحیت خود در زمینه‌های مجاز بین‌المللی به صلاحیت فراسرزمینی نیز بپردازد.

۳ جایگاه قانونی اصل صلاحیت شخصی فعال در حقوق جزای ایران و انگلستان

به منظور آشنایی بیشتر با اساس اجرای اصل صلاحیت شخصی فعال در حقوق جزای دو کشور ایران و انگلستان با تکیه بر اسناد بین‌المللی، قوانین و مقررات مربوطه در این زمینه ارائه می‌گردد.

۳،۱ در حقوق جزای ایران

قیل از قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به عنوان یکی از منابع اصلی اعمال اصل صلاحیت شخصی فعال در حقوق جزای ایران، می‌توان به برخی منابع قانونی در خصوص این اصل که قبل از تصویب قانون مذکور مطرح و در حال حاضر نیز اجرایی می‌باشند به اختصار اشاره داشت، از جمله: قانون

مورد پذیرش جهانی قرار گرفته‌است. برای توجیه این اصل مبانی متعددی بیان شده‌است که در ذیل به بررسی آن‌ها می‌پردازیم:

۲،۱ عدم لطمه به اعتبار و هویت کشور

اگر شخصی که در خارج از کشور جرمی را مرتکب شده باشد، صرفاً به خاطر گریز و رجوع به کشورش از کیفر نجات یابد، هموطنان او به خاطر این‌که او به کیفر اعمالش نرسیده‌است، نگران و پریشان خاطر می‌شوند. مضافاً اینکه امکان دارد اعمال مجرمانه خود را در کشور متبوع تکرار کند. (علی‌آبادی، ۱۳۹۲: ۱۳۸) همچنین احترام به قوانین و مقررات هر کشوری ضروری است، لذا اگر تبعه کشوری به خارج از کشور عزیمت نماید، لازم است به قوانین و مقررات آن کشور احترام بگذارد، در غیر اینصورت اگر در خارج از کشور مرتکب جرم شود، بی‌مجازات ماندن اعمال مجرمانه او در خارج از کشور متبوع به اعتبار و هویت کشورش لطمه خواهد زد.

۲،۲ حفاظت از نظم عمومی داخلی

تجربیات حاصل از جرم‌شناسی نشان می‌دهد که دولت‌ها بایستی با حالت خطرناک و ضداجتماعی مجرمین مبارزه نمایند و چون ارتکاب جرم نمودار بارز حالت خطرناک است، لذا دولت‌ها بایستی این حالت را خنثی نمایند. بنابراین اعم از این‌که جرم ارتكابی در داخل مملکت اتفاق افتاده باشد یا در خارج از مملکت، توسل به اصل صلاحیت شخصی قوانین کیفری اجازه می‌دهد که دولت با اجرای آن، وظیفه خود را نیز انجام دهد. با توجه به این دلایل بوده، که اصولاً حقوق‌دانان اصل شخصی بودن قوانین کیفری را نیز مورد قبول قرار داده و آن را به نحوی در قوانین خود پیش‌بینی نموده‌اند. (محسنی، ۱۳۹۶: ۳۸۹) لذا دولت‌ها وظیفه دارند به منظور حفظ نظم عمومی، اتباع خود را که در خارج از کشور مرتکب جرم شده‌اند، در صورت بازگشت به کشور یا در صورت استرداد به کشور متبوع، مورد پیگرد

ملاحظات فوق‌الذکر، مجرمانه بودن آن عمل برطبق قوانین ایران کافی است و قرارداد شرط جرم بودن عمل در محل وقوع برای اعمال قسمت اول ماده ۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به دور از هدف قانون‌گذار و برخلاف مبانی آن ماده است (خالقی، ۱۳۹۵: ۵۹).

در ماده ۷ این قانون نیز با تأکید بر اعمال اصل صلاحیت شخصی فعال آمده است: «علاوه بر موارد مذکور در مواد فوق، هر یک از اتباع ایران در خارج کشور مرتکب جرمی شود، در صورتی که در ایران یافت و یا به ایران اعاده‌گردد، طبق قوانین جمهوری اسلامی ایران محاکمه و مجازات می‌شود مشروط براین‌که، الف- رفتار ارتكابی به‌موجب قانون جمهوری اسلامی ایران جرم باشد. ب- در صورتی که جرم ارتكابی از جرائم موجب تعزیر باشد، متهم در محل وقوع جرم محاکمه و تبرئه نشده و یا در صورت محکومیت، مجازات کلاً یا بعضاً در مورد او اجرا نشده باشد. پ- طبق قوانین ایران، موجبی برای منع یا موقوفی تعقیب یا موقوفی اجرای مجازات یا سقوط آن نباشد.» همچنین، قانون‌گذار با قید عبارت یافت یا اعاده شدن متهم به ایران، شرط محاکمه غیابی را نیز در اعمال این اصل نپذیرفته است. لذا در این ماده قاعده منع محاکمه و مجازات مجدد صرفاً در جرائم غیرمنصوص شرعی مطابق با اسناد بین‌المللی. از جمله میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مصوب ۱۹۶۶ بوده که در بند ۷ ماده ۱۴ این میثاق نیز با تأکید بر اصل صلاحیت شخصی فعال و پذیرش قاعده منع محاکمه و مجازات مجدد می‌گوید: «هیچکس را نمی‌توان برای جرمی که به علت اتهام آن به موجب حکم قطعی صادره طبق قانون آئین دادرسی کیفری هر کشوری محکوم یا تبرئه شده است، مجدداً مورد تعقیب و مجازات قرار داد.»

الحاق به قرارداد بین‌المللی برای جلوگیری از اشاعه و معامله نشریات مستهجن مصوب ۱۳۰۹ (ماده ۲)، قانون هواپیمایی کشوری مصوب ۱۳۲۸ (ماده ۳۱) که منطبق با ماده ۴ کنوانسیون توکیو مصوب ۱۹۶۳ نیز می‌باشد، قانون استرداد مجرمین مصوب ۱۳۳۹ (ماده ۳)، پروتکل الحاقی به کنوانسیون حقوق کودک درخصوص فروش، فحشاء و هرزه‌نگاری کودکان مصوب ۱۳۸۶ (بند ۲ ماده ۴)، قانون جرائم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸ (بند ت ماده ۲۸)، قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۸۹ (ماده ۱۷ الحاقی) که منطبق با کنوانسیون پالرمو مصوب ۲۰۰۰ نیز می‌باشد.

نهایتاً قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ که از منابع قانونی این اصل در حقوق موضوعه ایران می‌باشد، در مواد ۶ و ۷ به اصل صلاحیت شخصی فعال پرداخته است. در ماده ۶ این قانون اعلام می‌دارد: «به جرائم مستخدمان دولت، اعم از ایرانی یا غیرایرانی که در رابطه با شغل و وظیفه خود در خارج از قلمرو حاکمیت ایران مرتکب شده‌اند و به جرائم مأموران سیاسی و کنسولی و دیگر وابستگان دولت ایران، که از مصونیت سیاسی برخوردارند، طبق قوانین جمهوری اسلامی ایران رسیدگی می‌شود»، در این ماده شرط ارتکاب جرم در خارج از کشور توسط افراد مذکور را در صلاحیت محاکم ایران می‌داند.

از مسائل خاصی که در ماده ۶ مطرح است، اشتراط یا عدم اشتراط مجرمیت متقابل است. برخی این شرط را در مورد جرائم مستخدمین دولت اعم از ایرانی یا خارجی، لازم ندانسته‌اند و در مورد جرائم ارتكابی توسط وابستگان دولت ایران که از مصونیت سیاسی استفاده می‌کنند، این شرط را لازم دانسته‌اند و معتقدند که در مورد برخی از جرائم که به شخصیت خاص مرتکب عملی مباح، جرم شناخته می‌شود یا مجازات جرمی به این اعتبار تشدید می‌گردد، نمی‌توان از دولت خارجی انتظار برداشتن گامی به نفع دولت ایران داشت، بلکه بنابر

¹. International Covenant on Civil and Political Rights 1966



۳،۲ در حقوق جزای انگلستان

همانگونه که در مقدمه اشاره شد مصادیق جرائم و شرایط اعمال اصل صلاحیت شخصی فعال در حقوق جزای انگلستان در قوانین مختلف آمده است که ذیلاً به برخی از منابع و مستندات قانونی این اصل می پردازیم:

۳،۲،۱ قانون جرائم علیه شخص مصوب ۱۸۶۱

در این قانون درخصوص رسیدگی به جرائم توطئه برای قتل، قتل و تعددزوجات اشاره شده است. که در آن ضمن تعیین مصادیق جرائم مشمول اصل صلاحیت شخصی فعال به شرایط اعمال آن نیز تأکید دارد. در ماده ۴ این قانون آمده است: «هر کس که بخواهد تشویق کند، متقاعد کند، یا برای متقاعد کردن، به کسی پیشنهاد قتل شخص دیگری را بدهد، خواه تابع ایالات پادشاهی انگلستان باشد یا نباشد، و خواه در قلمرو ملکه باشد یا نباشد، مجرم خواهد بود». که در این ماده معاونت و مشارکت در جرم نیز چه سرزمینی و چه فراسرزمینی جزء جرائم شدید بوده که از جنبه فراسرزمینی مشمول اصل مورد موضوع این پژوهش می باشد.

در ماده ۹ این قانون در مورد قتل در خارج از انگلستان آمده است: «در مواردی که قتل در سرزمینی خارج از بریتانیا انجام شود، خواه در قلمرو ملکه باشد یا خارج از آن، و خواه افراد کشته شده تابع انگلستان بوده باشند یا نه، و یا هر جرمی که توسط هر یک از رعایای پادشاهی انگلستان در رابطه با موارد مذکور انجام شود، در صورتی که این جرم به منزله قتل باشد، در انگلستان یا ایرلند با آن برخورد، محاکمه و تعیین مجازات می شود ... مشروط بر اینکه هیچ چیز مانع از محاکمه شخصی که در خارج از انگلستان یا ایرلند مرتکب قتل شده است، وجود نداشته یا در خارج از انگلستان محاکمه نشده باشد.» که این ماده ضمن تأکید بر جرم قتل بدون توجه به تابعیت مجرم، به عنوان یکی از جرائم

شدید و قابل پیگیری بر اساس اصل صلاحیت شخصی فعال، به شرط عدم محاکمه مجدد نیز تأکید دارد. که ماده مذکور با ماده ۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در مغایرت می باشد به طوری که در ماده ۷ صرفاً تابعیت مجرم ایرانی مورد توجه قانونگذار بوده است و در صورت قتل عمدی که از جرائم مستوجب قصاص می باشد، شرط عدم محاکمه مجدد را نیز نپذیرفته است.

در ماده ۱۰ این قانون نیز در خصوص مقررات محاکمه قتل، که در آن مرگ یا علت مرگ در انگلستان و ایرلند اتفاق بیافتد، آمده است: «در صورتی که هر فردی در اثر عمل مجرمانه ای مسموم شده یا به شکل دیگری صدمه دیده باشد، یا در خارج از انگلستان یا ایرلند، بر اثر چنین عمل مجرمانه ای سخته مغزی، مسمومیت، صدمه دیده باشد یا بمیرد، کسی که عمل مجرمانه انجام داده است، مجرم شناخته می شود و مورد پیگرد، بازجویی، محاکمه و مجازات در انگلستان یا ایرلند قرار می گیرد.» حال اگر فردی که در انگلستان مرتکب قتل شده و به کشور فرانسه بگریزد، دادگاه های انگلستان صلاحیت محاکمه وی را دارند، اما پلیس انگلستان باید از مقامات فرانسه درخواست کند تا او را دستگیر و برای محاکمه به کشور انگلستان مسترد نمایند. (Akehurst, 1988: 109) در این قسمت نیز به قتل یا عمل مجرمانه ای که منجر به قتل فرد دیگری گردد، تأکید شده است، و در صورتی مجرم در انگلستان محاکمه خواهد شد که به آن کشور مسترد گردد.

در ماده ۵۷ این قانون در خصوص چندهمسری آمده است: «هرکسی که متأهل است، اگر در طول زندگی، زن یا شوهر با شخص دیگری ازدواج کند خواه ازدواج دوم در انگلستان یا ایرلند یا هر جای دیگر صورت گرفته باشد مرتکب جرم خواهد شد و محکوم به زندان کمتر از ۷ سال می شود، ...» در این ماده نیز به جرم چند همسری به عنوان یکی دیگر از گستره مصادیق جرم چه سرزمینی و چه فراسرزمینی

¹ . Offences against the Person Act 1861

۳،۲،۳ قانون مبارزه با تروریسم مصوب ۱۹۷۸

در این قانون به جرائمی که صلاحیت شخصی فعال در مورد آنها اعمال می‌شود، پرداخته شده‌است. در ماده ۴ از فصل ۲۶ این قانون در خصوص صلاحیت قضایی در مورد جرائم ارتكابی در خارج از انگلستان مقرر می‌دارد: «۱- اگر شخصی، اعم از این‌که شهروند بریتانیا و مستعمرات آن باشد یا نباشد و در کشوری که متعهد به کنوانسیون اروپایی مبارزه با تروریسم است، عملی را انجام دهد که اگر این اقدام او در هر بخشی از بریتانیا انجام می‌شد، جرم محسوب شده و دادگاه‌های انگلیس صلاحیت رسیدگی به آن را داشتند، این عمل او جرم محسوب می‌گردد. این جرائم عبارتند از: الف- جرائم مندرج در بندهای ۱، ۲، ۴، ۵، ۱۰، ۱۱ (ب)، ۱۲، ۱۳، ۱۴ و ۱۵ از جدول ۱ (فهرست جرائم)؛ این قانون، ب- تلاش و توطئه برای ارتكاب هریک از این جرائم... ۳- اگر شخصی که تبعه کشور متعهد به کنوانسیون باشد، اما شهروند بریتانیا و مستعمرات آن نباشد، در خارج از بریتانیا و کشورهای متعهد کنوانسیون اقدامی انجام دهد که این اقدام، او را در کشور متعهد به کنوانسیون مرتکب جرم می‌کند دادگاه‌های کشورهای متعهد به کنوانسیون صالح به رسیدگی می‌باشند، و اگر شهروند بریتانیا و مستعمرات آن باشد، به جرمی که در بندهای ۱، ۲ و ۱۳ از جدول ۱ این قانون ذکر شده‌است، مرتکب شود، در هر بخشی از بریتانیا می‌توان وی را محکوم نمود... ۷- در این بند هر عمل مجرمانه: الف - اگر در روی کشتی ثبت‌شده در یک کشور متعهد به کنوانسیون صورت گیرد که اگر این عمل در کشتی ثبت‌شده انگلستان صورت می‌گرفت، جرم محسوب می‌شد، رسیدگی به این جرم در

اشاره دارد که در حقوق جزای ایران این عمل، با در نظر گرفتن شرایطی جرم محسوب نمی‌گردد.

۳،۲،۲ جرم تبانی در قانون جزا مصوب ۱۹۷۷

در قسمت «الف» از ماده ۱ این قانون، صلاحیت محاکم انگلستان و ولز را برای رسیدگی به تبانی‌ای که در قلمرو انگلستان برای ارتكاب جرمی در خارج از انگلستان شکل گرفته‌است، به رسمیت می‌شناسد، و این اعمال صلاحیت را محدود به تحقق ۴ شرط زیر می‌داند: ۱- شیوه رفتاری مورد توافق، توسط یک یا چند نفر از تبانی‌کنندگان در خارج از قلمرو بریتانیا ارتكاب یابد. ۲- چنین رفتاری طبق قانون کشور خارجی جرم محسوب گردد. ۳- اگر رفتار مورد نظر در صورت ارتكاب در قلمرو انگلستان نیز جرم تلقی گردد. ۴- طرف توافق باید: الف- قبل از شکل‌گیری توافق، عملی را در قلمرو انگلستان در ارتباط با توافق انجام دهد. ب- در قلمرو انگلستان به چنین توافقی ملحق شود. ج- فعل یا ترک فعلی را متعاقب توافق در انگلستان، مرتکب شود. (سمیعی زنوز، پاییز ۱۳۹۱: ۱۷۰-۱۶۹) در این قانون ضمن تأکید بر جرم بودن تبانی در رفتار مجرمانه، به شرط مجرمیت متقابل رفتار مجرمانه در دو کشور تبعه مجرم و محل وقوع جرم نیز بر اساس اصل صلاحیت شخصی فعال تأکید دارد که در بند ۲ و ۳ قسمت «الف» ماده ۱ مورد پذیرش قانون‌گذار قرار گرفته است.

جرائم موضوع مقررات مندرج در قانون مواد منفجره مصوب ۱۸۸۳ شامل: الف- ایجاد انفجار که احتمال دارد جان یا مال را به خطر اندازد، ب- انجام هر عملی به جهت ایجاد انفجار، توطئه برای ایجاد انفجار، یا ساختن یا در اختیار گذاشتن ماده منفجره و اسلحه گرم، ۱۴- جرائم موضوع قانون اسلحه‌گرم شامل: الف- داشتن اسلحه به قصد ایجاد جراحت، ب- استفاده از اسلحه گرم یا اسلحه تقلیدی برای مقاومت در برابر دستگیری، ۱۵- جرائم موضوع قانون اسلحه‌گرم ایرلند شمالی مصوب ۱۹۸۱ شامل: الف- داشتن هرگونه سلاح گرم یا مهمات و قصد استفاده از آن برای به خطر انداختن زندگی دیگران، ب- استفاده از سلاح گرم یا اسلحه تقلیدی برای مقاومت در برابر دستگیری که شامل استفاده یا اقدام از سلاح گرم می‌باشد.

1. Criminal Code 1977

2. Suppression of Terrorism Act 1978

۳. جرائمی که در بندهای ۱، ۲، ۴، ۵، ۱۰، ۱۱، ۱۱(ب)، ۱۲، ۱۳، ۱۴ و ۱۵ از جدول ۱ این قانون ذکر شده‌است، عبارتند از: ۱- قتل، ۲- قتل عام، ۴- آدم‌ربایی، ۵- حبس عمدی یا غیرقانونی، ۱۰- آدم‌ربایی دختر مجرد زیر ۱۶ سال، ۱۱(ب)- کودکربایی توسط شخص دیگر غیر از والدین، ۱۲- جرائم موضوع هریک از مفاد قانون جرائم علیه شخص مصوب ۱۸۶۱ که شامل: الف- ایجاد صدمه بدنی توسط باروت، ب- انفجار باروت و غیره به قصد آسیب و صدمه به بدن، ج- قرار دادن باروت در مجاورت ساختمان و غیره، ۱۳ -



فعل یا ترک فعل در هواپیمای ثبت شده در کشوری غیر از انگلستان اتفاق بیافتد و طبق قانون جاری در آن کشور نیز جرم محسوب شود.» در این ماده به مجرمیت متقابل در اعمال اصل صلاحیت شخصی فعال توجه شده است. همچنین، در بند ۳ این ماده در خصوص اعمال صلاحیت قضایی آمده است: «هر جرمی در انگلستان یا در خارج از آن، در هواپیمای در حال پرواز انجام شود، در هر مکانی از بریتانیا که مجرم ممکن است به آنجا رفته باشد، ارتکاب جرم تلقی خواهد شد.» این بند با توجه به اصل صلاحیت شخصی فعال، کشور متعهد به کنوانسیون را صالح به رسیدگی به پرونده فراری می‌داند که بطور ضمنی منع محاکمه مجدد مورد پذیرش قانون‌گذار می‌باشد. این قانون نیز در انطباق با اسناد بین‌المللی، منطبق با کنوانسیون راجع به جرایم و برخی اعمال ارتكابی دیگر در هواپیما مصوب ۱۹۶۳ (توکيو)، می‌باشد.

۳،۲،۵ قانون جرائم جنسی مصوب ۲۰۰۳

بخش ۱ فصل ۴۲ این قانون، در خصوص جرایم جنسی خارج از بریتانیا مقرر می‌دارد: «۱- اگر الف- یک تبعه بریتانیایی در کشوری خارج از انگلستان اقدامی انجام دهد، ب- و عمل او در انگلستان و ولز یک جرم جنسی محسوب شود، او در انگلستان و ولز برای آن جرم جنسی مقصر بوده و مجازات در مورد او اعمال می‌شود. ۲- اگر الف- یک مقیم بریتانیا اقدامی را در کشوری خارج از بریتانیا انجام دهد، ب- این عمل او طبق قانون جاری در آن کشور جرم محسوب شود و ج- اگر عمل وی در انگلستان و ولز نیز یک جرم جنسی محسوب گردد، مقیم بریتانیا در انگلستان و ولز برای انجام این جرم جنسی مجرم بوده که مجازات در مورد وی اعمال می‌شود. ۳- اگر الف- شخصی در زمانی که اقدامی را در کشوری خارج از انگلستان انجام می‌دهد، ب- آن شخص تبعه انگلستان یا مقیم انگلستان نباشد، و ج- این عمل طبق قانون جاری در آن کشور جرم

صلاحیت در یار سالار آن کشتی محسوب می‌شود. ب- در هواپیمای ثبت شده یک کشور متعهد به کنوانسیون، در حالی که هواپیما در جایی دیگر از آن کشور یا در آن کشور پرواز می‌کند، صورت گیرد، یا ج- سوار بر هاورکرافت ثبت شده در یک کشور متعهد به کنوانسیون و یا در حالی که هاورکرافت در سفر به جای دیگر از آن کشور برود، رسیدگی به این جرائم، در صلاحیت آن کشور می‌باشد.» این ماده، به بحث‌های کاربردی، اعمال اصل صلاحیت شخصی فعال در خصوص جرائم ارتكابی در خارج از انگلستان که از جرائم مهم می‌باشد، پرداخته است.

طبق این قانون، نه تنها برخی از جرائم تام بدون در نظر گرفتن محل وقوع جرم قابل محاکمه می‌شود، بلکه صریحاً این صلاحیت را به تلاش‌ها و توطئه‌هایی که در خارج از کشور اتفاق می‌افتد گسترش می‌دهد. (Gilbert, 1992: 437) بنابراین قانون مذکور نیز اصل صلاحیت شخصی فعال را در مورد قتل و بطور ضمنی در توطئه برای انجام آن، به رسمیت شناخته است.

۳،۲،۴ قانون هواپیمایی کشوری مصوب

۱۹۸۲

ماده ۹۲ این قانون در خصوص اعمال قوانین جزایی در هواپیما می‌گوید: «۱- هرگونه فعل یا ترک فعلی که در هواپیمای تحت کنترل انگلیس در حین پرواز بر فراز آن یا در جایی دیگر غیر از انگلستان انجام شود که اگر آن فعل یا ترک فعل در انگلستان یا در هر بخشی از آن واقع می‌شد طبق قانون جاری انگلستان یا هر بخش آن جرم محسوب می‌گردید، جرم خواهد بود. اما این قانون در مورد هرگونه فعل یا ترک فعلی که صریحاً یا بطور ضمنی ارتکاب آن بر اساس قانون در خارج از انگلستان مجاز باشد، اعمال نخواهد شد. این بند، در مورد فعل یا ترک فعل در هواپیمای خارجی نیز اعمال می‌شود در صورتی که: الف- فرود بعدی هواپیما در انگلستان باشد، ب- اگر

². Sexual Offences Act 2003

¹. Civil Aviation Act 1982

(مریدا) مصوب ۲۰۰۳ و میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی مصوب ۱۹۶۶ مطابقت دارد.

۳،۲،۶ قانون آزار و اذیت خانگی مصوب ۲۰۲۱

۲

ماده ۷۲ این قانون در خصوص ارتکاب جرم در خارج از انگلستان و ولز اعلام می‌دارد: «۱- اگر، الف- شخصی که دارای تابعیت انگلستان است یا به طور معمول در انگلستان و ولز اقامت دارد، در کشوری خارج از انگلستان اقدامی انجام دهد که، ب- این اقدام وی طبق قانون جاری در آن کشور جرم محسوب شود و، ج- اگر این اقدام در انگلستان و ولز نیز جرم محسوب شود، این شخص در انگلستان و ولز نسبت به آن جرم مقصر است، که مفاد این ماده در مورد وی اعمال می‌گردد. ۲- جرائمی که بند ۱ شامل آن‌ها می‌شود عبارتند از: الف- قتل، ب- قتل عمد، ج- جرائم موضوع بندهای ۱۸، ۲۰ یا ۴۷ قانون جرائم علیه شخص مصوب ۱۸۶۱ در مورد صدمه یا جراحت بدنی، د- جرائم موضوع بند ۲۳ یا ۲۴ آن قانون در رابطه با تجویز سم، ه- جرم موضوع ماده ۱ قانون حفاظت از کودکان مصوب ۱۹۲۹. ۳- عدم اعمال بندهای فرعی ۱، در مواردی که یک شخص طبق قوانین انگلستان و ولز به جرم قتل، یا قتل عمد مجرم باشد. ۴- اقدامی که بر اساس موارد مندرج در بند ۱(ب) قانون شرح داده شده است، جرم محسوب می‌شود، طبق قانون جاری در هر کشوری قابل مجازات است. ۵- شرایط مندرج در بند ۱(ب) باید رعایت شود مگر اینکه دادگاه ممکن است مقرر کند، متهم به دفاع از خود درخواستی را به دادسرا ارائه نماید، الف- این‌که بیان نماید، موارد اتهامی که به وی نسبت داده شده، توسط او انجام نشده است، ب- ارائه دلایل رفع اتهام، و ج- درخواست از دادستانی برای اثبات تحقق آن. ۶- اما دادگاه، در صورت صلاحدید، ممکن است به متهم اجازه دهد

محسوب شود، و د- اگر این عمل، در انگلستان و ولز نیز یک جرم جنسی محسوب شود و شخص در زمان مربوطه شرایط اقامت یا تابعیت را داشته باشد، مجازات در مورد وی اعمال می‌شود. ممکن است علیه این شخص در انگلستان و ولز به خاطر آن جرم جنسی، اعاده دعوی شود که گویی آن شخص در آنجا این عمل را انجام داده است. ۴- اگر در زمان شروع رسیدگی به اتهام، فرد تابعیت انگلستان یا مقیم انگلستان باشد، در زمان مربوطه شرایط اقامت یا تابعیت را دارد. ۵- عملی که طبق قانون جاری در هر کشور قابل مجازات است، طبق آن قانون برای اهداف بندهای فرعی ۲ و ۳ فوق‌الذکر، جرم محسوب می‌شود. ۶- شرایط مندرج در بندهای ۲(ب) یا ۳(ب) باید احراز شود، مگر اینکه دادگاه مقرر کرده باشد، متهم درخواستی را حداکثر تا زمان تعیین شده به دادسرا ارائه کند: الف- دال براینکه، اتهامات نسبت داده شده به او، توسط وی انجام نشده است، ب- ارائه دلایل رفع اتهام، و ج- درخواست از دادستان به اثبات تحقق آن. ۷- اما دادگاه، در صورت صلاحدید، ممکن است به متهم اجازه دهد که بدون ارسال درخواست مندرج در بند ۶ از دادستان بخواهد که احراز شرایط اتهام را اثبات کند. ۸- در دادگاه عالی، این موضوع که آیا شرایط اتهام برآورده شده است یا خیر، تنها توسط قاضی تعیین می‌شود. «...» در این قانون به تابعیت و مقیم بودن مجرم تأکید داشته و حتی اگر مجرم بعد از ارتکاب جرم تابعیت و یا اقامت انگلستان را داشته باشد دادگاه‌های انگلستان و دادگاه‌های محل وقوع جرم را صالح به رسیدگی می‌داند، و در این ماده به مجرمیت متقابل نیز اشاره دارد. همچنین در قوانین انگلستان در بحث جرائم جنسی و رسیدگی به آن در بند ۲ قانون کودک‌ربایی مصوب ۱۹۸۴ و قانون کودک‌آزاری مصوب ۱۹۹۷ نیز اشاره شده است. قانون فوق‌الذکر با اسناد بین‌المللی از جمله کنوانسیون مبارزه با فساد

². Domestic Abuse Act 2021, Offences committed outside the UK

¹. International Covenant on Civil and Political Rights 1966



خارج از قلمرو کشور متبوع متهم ارتکاب یافته‌باشد، فقط وقتی کشور متبوع صالح به رسیدگی است که، متهم به کشور خود مراجعه نماید.

در حقوق جزای انگلستان نیز مراجعت ارادی متهم پذیرفته شده است. به عنوان مثال، یک تبعه بریتانیایی را می‌توان به دلیل قتلی که در خارج از کشور انجام داده است در بریتانیا تحت پیگرد قانونی قرار داد، و تا زمانی که، تبعه به قلمرو ایالت خود بازنگردد، صلاحیت قضایی قابل اعمال نیست.^۱ در بحث استرداد، در حقوق جزای انگلستان تعهد براین است که به سایر کشورها برای تعقیب جرائمی که در حوزه قضایی آن‌ها رخ می‌دهد، کمک کند. از این رو بریتانیا ترتیبی برای ارائه کمک‌های حقوقی متقابل به دیگر کشورها را دارد، و برخلاف تعدادی از شرکاء استرداد اتباع را با رعایت ضمانت‌های قانونی مجاز می‌داند.^۲ همچنین چنانچه تبعه انگلیس در خارج از کشور متبوع خود مرتکب جرم شود برای محاکمه می‌بایستی به انگلستان مسترد گردد. به عنوان مثال، در حقوق انگلستان، مقامات ایرلند خانمی فرانسوی را به عنوان مهاجر غیرقانونی بازداشت و به حبس در انگلستان بازگرداندند که در آن‌جا به اقامت غیرقانونی تبعه بیگانه در انگلستان متهم و محکوم شد، که ظاهراً تعریف دادگاه در آن زمان، عمل ارادی منظور گردیده است. اما امروزه دادگاه‌ها گاهی «غیرارادی» را به نحو بسیار مضیق تعریف می‌کنند. (الیت و کوئین، ۱۳۹۱: ۴۶) در نتیجه حقوق جزای هر دو کشور ایران و انگلستان با حضور ارادی و غیرارادی به صورت قانونی موافقت داشته ولی با حضور غیرارادی غیرقانونی مخالفت دارند.

ابهام قابل توجه در خصوص این شرط از شرایط اصل صلاحیت شخصی فعال این است، که به کار بردن عبارت «اعاده» متهم در صدر ماده ۷ قانون مجازات اسلامی با ابهام در نحوه حضور متهم در کشور مواجه بوده که ممکن است حضور غیرارادی

که بدون ارسال درخواست مندرج در بند ۵ از دادستان بخواهد که احراز شرایط اتهام را ثابت کند. ۷- در دادگاه عالی، این سؤال که آیا شرایط احراز اتهام برقرار است یا خیر؟ تنها توسط قاضی تصمیم‌گیری می‌شود.» همانگونه که مشاهده می‌گردد ضمن تعیین جرائم مشمول اصل صلاحیت شخصی فعال که در بند ۲ ماده فوق بدان تأکید شده است در بند ۱ «ب» و «ج» ماده فوق شرط مجرمیت متقابل مورد پذیرش قانون‌گذار می‌باشد، که در مطابقت این قانون با اسناد بین‌المللی می‌توان به کنوانسیون ملل متحد علیه جنایات سازمان یافته فراملی (پارمو) مصوب ۲۰۰۰ اشاره نمود.

۴ شرایط اصل صلاحیت شخصی فعال در حقوق ایران و انگلستان با مذاقه در ابهامات قانونی

از آنجا که کشورها اصولاً نفعی در مجازات اتباع خود که در خارج از محدوده کشور مرتکب جرائمی می‌شوند، ندارند، بنابراین اعمال قوانین و مقررات جزائی آن‌ها نسبت به مجرمین تبعه خود مطلق و بدون شرط نیست. در ذیل به شرایط و چگونگی اعمال آن در حقوق جزای دو کشور ایران و انگلستان با مذاقه در ابهامات قانونی پرداخته می‌شود:

۴/۱ حضور متهم به کشور

در حقوق جزای ایران، در ماده ۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با توجه به عبارت، «در ایران یافت یا به ایران اعاده گردد»، قانون‌گذار رسیدگی و محاکمه غیابی را نپذیرفته است. لذا وقتی که جرمی

2. <http://www.gov.uk/government/publications/Note-on-the-investigation-and-prosecution-of-crimes-of-universal-jurisdiction>

1. <https://www.open.edu/openlearn/society-politics-law/exploring-the-boundaries-international-law/content-section.4.3.3>.

در حقوق جزای ایران در ماده ۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، برخلاف موازین بین‌المللی به اهمیت جرم ارتكابی توجهی نشده است بلکه کلیه جرائم به صورت عام و صرف‌نظر از نوع جرم ارتكابی یا میزان مجازات آن مورد پذیرش قرار گرفته‌است، که مغایر با سیاست‌های کیفرزدایی بوده و هزینه‌های مادی و معنوی فراوانی را بر کشور تحمیل می‌کند.

در حقوق جزای انگلستان، اصل صلاحیت شخصی عمدتاً در خصوص جرائم شدید اعمال می‌شود این جرائم عبارتند از: جرائم خشونت‌آمیز، قتل عمد مطابق بند ۷۲ قانون آزار و اذیت خانگی ۲۰۲۱، جرائم مربوط به صدمه یا جراحت بدنی طبق بندهای ۱۸، ۲۰ یا ۴۷ قانون جرائم علیه اشخاص مصوب ۱۸۶۱ و جرم تجویز سم مطابق بند ۲۳ یا ۲۴ این قانون و در خصوص جرم تباهی و ازبین‌بردن نوزاد براساس بند ۱ قانون حفظ زندگی نوزاد مصوب ۱۹۲۹، جرم به‌خطرانداختن زندگی افراد، مطابق بند ۴ قانون حفاظت از آزار و اذیت مصوب ۱۹۹۷ و رفتار کنترلی یا اجباری در روابط خانوادگی تحت بند ۷۶ قانون جنایات جدی مصوب ۲۰۱۵ و جرائم جنسی مطابق قانون جنایات جنسی مصوب ۲۰۰۳ رسیدگی می‌شود. همچنین در قوانین کلاهبرداری مصوب ۲۰۰۶، مبارزه با تروریسم و امنیت مرزی مصوب ۲۰۱۹ و دزدی دریایی مصوب ۱۸۳۷ نیز اعمال اصل صلاحیت شخصی مورد توجه قرار گرفته‌است. به عنوان نمونه در بخش ۲ قانون دزدی دریایی مصوب ۱۸۳۷، آمده‌است، «هر کس به قصد ارتکاب جرم دزدی دریایی، در زمان یا بلافاصله قبل یا بلافاصله پس از ارتکاب به جرم در هر کشتی، به قصد قتل، به هر شخصی که در کشتی بوده و یا خدمه آن کشتی باشد، حمله‌کند و یا شخصی را با چاقو بزند، یا زخمی‌کند یا به‌طور غیرقانونی عملی انجام دهد که جان آن شخص را به‌خطر بیندازد، مرتکب جرم است...» و دادگاه‌های انگلستان صلاحیت رسیدگی به آن را دارند. همچنین در ماده ۱۳۴ قانون عدالت کیفری ۱۹۸۸ در مورد شکنجه آمده‌است: «یک مقام

غیرقانونی نیز از آن استنباط شود، بنابراین بکارگیری عبارت استرداد برای برون رفت از این ابهام را الزامی خواهد کرد. از ابهامات کلی که در بحث استرداد مجرمین در اکثر کشورها از جمله ایران وجود دارد این است که تبعه خود را که در خارج از کشور مرتکب جرم شده باشد در صورت مراجعت به کشور متبوع، به کشور محل وقوع جرم مسترد نخواهد کرد، زیرا کشور متبوع می‌تواند به استناد اصل صلاحیت شخصی فعال، به جرم متهم تبعه رسیدگی نماید، حال این ابهام به وجود می‌آید که کشوری که تبعه خود را برای جرم ارتكابی به کشور محل وقوع جرم مسترد نمی‌نماید، آیا مجرم را در کشور متبوع بدون اغماض محاکمه و یا به مجازات متناسب با جرم مربوطه محکوم خواهد نمود؟ ولی در انگلستان این ابهام در قانون با استناد به اسناد بین‌المللی وجود ندارد و حتی در صورت اثبات جرم توسط تبعه انگلیس در کشور محل وقوع جرم، انگلستان از استرداد تبعه خود نیز خودداری نمی‌کند. ابهام دیگر این‌که در صورت یافت شدن متهم در کشور متبوع، آیا دسترسی به مستندات و شواهد انجام جرم برای محاکم کشور متبوع فراهم است؟ چگونه این دسترسی شفاف نیست. به نظر می‌رسد را هکار مناسب برای برون رفت از این ابهام این است که، در قوانین برای بازجویی از شهود و مطلعین و تحقیقات محلی و کارشناسی در محل وقوع جرم و جمع‌آوری دلایل و مستندات، تشکیل دادگاه تخصصی و ارتباط با پلیس اینترپل و تعیین نیابت قضایی به طور شفاف و صریح برای رسیدگی به این جرائم مشخص گردد.

۴٫۲ از لحاظ نوع جرم ارتكابی

یکی دیگر از شرایط اعمال اصل صلاحیت شخصی فعال این‌است که جرم ارتكابی تبعه در خارج از کشور، از جرائم مهم و جدی باشد، زیرا جرائم سبک موجب تحمیل هزینه‌های زیاد و اتلاف وقت برای محاکم قضایی کشور می‌شود.



صورت ارتکاب در خارج از کشور در صورتی که قابل گذشت نیز باشد مورد تعقیب و محاکمه و مجازات قرار گیرد؟ برای رفع این چالش بهتر است در حقوق جزای ایران نیز همانند موازین بین‌المللی صرفاً جرایم شدید مورد توجه قانونگذار قرار گیرد.

۴/۳ از لحاظ مجرمیت متقابل

جرم‌بودن عمل ارتكابی تبعه در کشور محل وقوع، هم یکی دیگر از شرایط اصل صلاحیت شخصی فعال مورد پذیرش جامعه بین‌المللی است که برخی کشورها، آن را پذیرفته‌اند. ماده ۷ قانون جزای سوئیس، ماده ۱۲ قانون جزای نروژ و بند ۲ ماده ۷ قانون جزای آلمان هم جرم‌بودن عمل ارتكابی تبعه کشور محل وقوع (مجرمیت متقابل) را شرط اعمال اصل صلاحیت شخصی می‌دانند. (پوربافرانی، ۱۳۹۵: ۱۹-۱۸)

در حقوق جزای ایران شرط مجرمیت متقابل در اعمال اصل صلاحیت شخصی فعال، در ماده ۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مورد پذیرش قانونگذار قرار نگرفته‌است.

در حقوق جزای انگلستان، مطابق بند ۳ قسمت «الف» ماده ۱ قانون جزای مصوب ۱۹۷۷، چنانچه رفتار ارتكابی طبق قانون کشور خارجی جرم محسوب شده و همچنین در صورت ارتكاب آن رفتار در قلمرو انگلستان نیز جرم تلقی‌گردد، مورد پیگرد قانونی خواهد بود. در این بند، شرط مجرمیت متقابل مورد پذیرش قانونگذار قرار گرفته‌است.

بنابراین در حقوق جزای انگلستان با توجه به پذیرش شرط مجرمیت متقابل در اعمال اصل صلاحیت شخصی فعال با موازین بین‌المللی مطابقت بیشتری دارد.

ابهام قابل توجه در خصوص این شرط از شرایط اصل صلاحیت شخصی فعال این‌است، که

دولتی یا یک مقام رسمی، صرف نظر از ملیتش، اگر در انگلستان یا هر جای دیگر عمداً در انجام وظایف رسمی خود درد یا رنجی شدید را به دیگری وارد کند، مرتکب جرم شکنجه می‌شود...» و در بخش (۱) قانون کارکنان سازمان ملل متحد مصوب ۱۹۹۷ آمده‌است: «اگر شخصی در خارج از بریتانیا اقدامی از جرائم ذکر شده در بند ۲، را نسبت به یک پرسنل سازمان ملل انجام دهد که اگر این اقدام وی در هر نقطه از انگلستان جرم باشد، او در آن قسمت از انگلستان مجرم خواهد بود...»^۱. ضمناً انگلستان نیز مانند برخی از کشورها علاوه بر اتباع، اقامت‌کنندگان دائمی در کشور خود را هم موضوع اصل صلاحیت شخصی فعال قرار داده‌است. (Akchurst, 1973: 156-157 & Brownlie, 1990: 303 از آنجایی که در حقوق جزای انگلستان با توجه به اینکه صرفاً جرائم شدید و جدی مشمول اعمال این اصل می‌باشند بنابراین از لحاظ شرط نوع جرم حقوق جزای انگلستان با اسناد بین‌المللی مطابقت بیشتری دارد.

از ابهامات قابل توجه در این شرط این‌است که با توجه به اینکه قوانین جزایی اکثر کشورها از جمله قانون جزای فرانسه مصوب ۱۹۹۲ و برخی کشورهای مبتنی بر کامن‌لا از جمله انگلستان، اصل صلاحیت شخصی فعال را در خصوص جرائم بسیار مهم اعمال می‌نمایند، ولی در حقوق جزای ایران، در قانون مجازات اسلامی توجهی به مهم بودن جرم ارتكابی نشده‌است. در این قانون علاوه بر جرائم مهم (جرائم مستوجب حدود، قصاص، دیات و تعزیرات منصوص شرعی) و جرائم غیرمنصوص شرعی، جرائم کم اهمیت و سبک نیز مشمول اعمال این اصل می‌باشد که با چالش‌های فراوانی از جمله تحمیل زیان‌های مادی و معنوی بر دستگاه قضایی کشور مواجه بوده و این ابهام وجود دارد که برخی از این جرائم سبک در صورت ارتكاب در داخل کشور گاه قابل گذشت می‌باشند، آیا ضرورت دارد که این جرائم سبک در

^۱ http://twitter.com/UKUN_NewYork, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, pp. 6-7.

تعزیر، منصرف از تعزیرات منصوص شرعی است. در نتیجه شرط عدم رسیدگی قبلی و مجازات مجدد، صرفاً در جرائم تعزیری غیرمنصوص شرعی پذیرفته شده و نسبت به همه جرائم اعمال نمی‌شود؛ بلکه اجرای آن مشروط به این امر است که جرم ارتكابی از جرائم مستوجب مجازات حد، قصاص، دیه و یا تعزیر منصوص شرعی نباشد.

در حقوق جزای انگلستان به استناد ماده ۹ قانون جرائم علیه شخص مصوب ۱۸۶۱، در مواردی که جرم قتل در سرزمینی خارج از انگلستان توسط یک تبعه انگلیسی انجام‌شود کشور انگلستان می‌تواند به آن رسیدگی و تعیین مجازات نماید و این امر مانع از رسیدگی به جرم در محل وقوع آن نخواهد بود. در این ماده شرط عدم رسیدگی قبلی و مجازات مجدد مورد پذیرش قانونگذار می‌باشد. همچنین در حقوق انگلستان به صورت عام به تمام جرائم خاص مربوط به این اصل و محاکمه و مجازات آن، طبق قوانین انگلستان با در نظر گرفتن نحوه مراجعت متهم، توجه شده‌است که با دید کلی و قوانین خاص مرتبط با اصل صلاحیت شخصی فعال، خود را صالح به رسیدگی می‌داند.

از ابهامات این شرط نیز می‌توان به دو ابهام اشاره کرد: اول اینکه شرط عدم محاکمه مجدد و مجازات مضاعف در خصوص جرائم مستوجب حدود، قصاص و دیات و تعزیرات منصوص شرعی در قانون مجازات اسلامی پذیرفته نشده است و ابهام آن در این است که اگر محاکمه و مجازات تعیین شده در کشورهای اسلامی که قوانین آنها مطابق با شرع بوده، صورت گرفته باشد نیز مورد پذیرش قانونگذار نمی‌باشد؟ و یا این‌که در صورت یکسان بودن نوع مجازات در کشور محل وقوع جرم با کشور ایران باز هم محاکمه و مجازات مجدد صورت خواهد گرفت؟ به نظر می‌رسد راهکار مناسب برای برون رفت از این ابهام این است که تدابیر قانونی و پروتکل‌های لازم که با موازین بین‌المللی مطابقت داشته و مغایر با موازین شرعی نیز نباشد، اتخاذ گردد و همچنین با تصویب کنوانسیون بین‌المللی یا

همان‌گونه که گفته شد مطابق بند «الف» ماده ۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، بدون توجه به قوانین و مقررات محل وقوع جرم، چنانچه رفتار ارتكابی مجرم تبعه به استناد قانون جزای ایران جرم باشد، محاکم ایران را صالح به رسیدگی می‌داند، در اینجا این ابهام وجود دارد که اگر رفتار ارتكابی تبعه، طبق قوانین کشور محل وقوع، جرم باشد ولی در قوانین ایران جرم نباشد آیا محاکم کشور محل وقوع جرم صالح به رسیدگی به جرم تبعه خواهند بود؟ سکوت قانون در این خصوص موجب ابهام است. در حالی‌که با تکیه بر موازین بین‌المللی و قوانین اکثر کشورها از جمله انگلستان، یک مجرم در صورتی تعقیب و محاکمه و مجازات می‌شود که جرم ارتكابی وی در قوانین جزایی هر دو کشور محل وقوع و کشور متبوع، جرم باشد. که برای رفع این ابهام پذیرش شرط مجرمیت متقابل ضروری به نظر می‌رسد

۴٫۴ عدم محاکمه و مجازات مضاعف

محاکمه‌های متعدد قطعیت آرای محاکم را تحلیل می‌برد و متهم را در معرض آزار و اذیت دولت قرار می‌دهد. مهم‌تر این‌که توانایی متهم را برای دفاع از خود تضعیف می‌کند، نه فقط به جهت هزینه‌هایی که دعوای قضایی بار می‌کند بلکه همچنین به جهت این‌که هر محاکمه فرصت پیش‌بینی و تنظیم استراتژی دفاع را به دولت می‌دهد، به نحو متناهی، محاکمات مجدد احتمال این که شخص بی‌گناه محکوم شود را افزایش می‌دهد. (Hessick, F. Andrew, 2011: 59)

در حقوق جزای ایران در بند «ب» ماده ۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در خصوص رعایت این شرط، آمده‌است: «در صورتی‌که جرم ارتكابی از جرائم تعزیری باشد، متهم در محل وقوع جرم محاکمه و تبرئه نشده، یا در صورت محکومیت، مجازات کلاً یا بعضاً در باره او اجرا نشده باشد.» و طبق تبصره ۲ ماده ۱۱۵ همین قانون، اطلاق عنوان



مجازات نخواهد بود. به موجب بند «پ» ماده ۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ یکی از شرایط اعمال اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت مجرم این است که طبق قوانین ایران موجبی برای منع یا موقوفی تعقیب یا موقوفی اجرای مجازات یا سقوط آن نباشد. که این شروط، فقدان موجبات منع تعقیب طبق قوانین ایران است. موارد منع تعقیب در ماده ۲۶۵ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و موارد موقوفی تعقیب در مواد ۱۳، ۲۰۲ و ۶۹۲ قانون مذکور بیان شده است.

در حقوق جزای انگلستان یکی از موانع کاربردی در تعقیب، «دفاع از خود»^۱ می‌باشد. این بیانگر آنست که در حقوق انگلیس برخلاف حقوق ایران دفاع مشروع تحت عنوان دفاع از خود قلمروی محدودتری دارد. (خاکی و مهرا، ۱۴۰۰: ۱۴۳) همچنین یکی دیگر از موانع تعقیب جنون بوده که در خصوص مرتکب مجنون، قانون آیین دادرسی کیفری انگلستان مصوب ۱۹۹۱ گزینه‌های مختلفی را برای صدور حکم مناسب ارائه داده است. در این راستا در مصادیق جرم مربوط به قتل عمد، دادگاه همچنان باید دستور نگهداری در بیمارستان روانی صادر کند. ولی در خصوص سایر جرائم یکی از دستورهای مراقبتی را صادر کند. (خاکی و مهرا، ۱۴۰۰: ۱۵۱) به نظر می‌رسد در حقوق جزای انگلستان همانند حقوق جزای ایران تأکید به ابعاد علل رافع مسئولیت کیفری و علل موجه جرم شده است.

از ابهامات موجود در این بحث این است که قانون‌گذار کشور ایران در بند «پ» ماده ۷ قانون مجازات اسلامی توجهی به برخورداری مجرم از موجبات منع یا موقوفی در حقوق جزای کشور محل وقوع جرم نداشته، و صرفاً با استناد به دلایل موارد منع و موجبات موقوفی در ماده ۷ قانون مذکور و ماده ۲۶۵ قانون آیین دادرسی کیفری، تبعه متهم را از تعقیب و محاکمه و مجازات منع می‌کند. از ابهامات دیگر مطرح در این شرط در خصوص ابهام در بحث مرور زمان است که زمان محاسبه آن در

حداقل بین دول اسلامی در جرائم مستوجب حدود، قصاص و دیات و تعزیرات منصوص شرعی نیز عدم محاکمه مجدد و احتساب مجازات‌های اعمال شده مورد توجه قانون‌گذاران قرار گیرد.

دوم اینکه، قانون‌گذار ایران در بند «الف» ماده ۷ جرم ارتكابی را یک طرفه قبول داشته و خود را صالح به رسیدگی دانسته است و همچنین مشخص نیست در صورتی که متهم در کشور محل وقوع جرم محاکمه و مجازات شده باشد آیا دادگاه‌های ایران مجدداً وی را محاکمه و مجازات می‌نمایند یا با توجه به بند «ب» ماده ۷ مجازات انجام شده وی را محاسبه می‌نمایند؟ در صورتیکه در ماده ۵ قانون به صراحت به احتساب مجازات انجام شده، پرداخته است ولی در بند «ب» ماده ۷ شرط احتساب مجازات، به صراحت بیان نشده است. در حالیکه به استناد موازین بین‌المللی و مقررات اکثر کشورهای از جمله انگلستان، اصل صلاحیت شخصی فعال در خصوص تبعه‌ای که در خارج مرتکب جرم شده باشد، زمانی اعمال می‌شود که مجرم در کشور محل وقوع جرم یا هر کشوری خارج از کشورش محاکمه یا مجازات نشده باشد.

۴٫۵ فقدان موانع تعقیب و محاکمه و اجرای مجازات

یکی دیگر از شرایط اجرای اصل صلاحیت شخصی فعال، عدم برخورداری متهم از موجبات قانونی برای منع تعقیب، موقوفی تعقیب و اجرای حکم است. تبعه در صورتی در کشور متبوع تحت تعقیب قرار می‌گیرد که شکایت شاکی موجود باشد یا متهم مشمول علل رافع مسئولیت کیفری و علل موجهه جرم نباشد. زیرا اگر شخصی که تبعه کشور «الف» است در کشور «ب» مرتکب جرمی شود که مطابق قانون کشور، صغیر یا مجنون شناخته شده و یا عمل او مشمول علل موجهه جرم مثل دفاع باشد، این شخص در کشور متبوع خود هم قابل تعقیب و

¹ self-defense

شرایط حاکم بر اصل صلاحیت شخصی فعال با اسناد بین‌المللی در تطابق بیشتری قرار دارد.

۳- در خصوص امکان رسیدگی غیابی نسبت به جرائم اصل صلاحیت شخصی فعال در حقوق جزایی ایران، قانون‌گذار با آوردن عبارت «یافت یا اعاده شدن مرتکب» در ماده ۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ این شرط را پذیرفته است. بنابراین با توجه به شرط حضور متهم، کشور متبوع مجرم، زمانی صالح به رسیدگی است که در داخل کشور به متهم دسترسی پیدا کند، لذا محاکمه غیابی مورد پذیرش قانون‌گذار نمی‌باشد. این شرط همچنین در حقوق جزای انگلستان نیز در اعمال اصل صلاحیت شخصی فعال پذیرفته نشده است.

شرط مجرمیت متقابل نیز با توجه به بند «الف» ماده ۷ قانون مجازات اسلامی مورد پذیرش قانون‌گذار نبوده و جرم بودن عمل ارتكابی در ایران مورد تأکید می‌باشد. لیکن در حقوق جزای انگلستان از جمله در بند ۲ و ۳ قسمت «الف» ماده ۱ قانون جزای مصوب ۱۹۷۷ شرط مجرمیت متقابل پذیرفته شده است. همانگونه که بیان شد به نظر می‌رسد در تطبیق حقوق جزای ایران با انگلستان کلیه شروط مورد توافق جامعه بین‌المللی که در بالا به آن اشاره شد مورد پذیرش قانونگذار انگلیس در قوانین مربوطه آمده است ولی در حقوق جزای ایران اعمال این شروط گاهاً مورد پذیرش قانونگذار نبوده و در مواردی با ابهام مواجه است. لذا موارد ذیل پیشنهاد می‌گردد:

- ۱- در حقوق جزای ایران، بهتر است که قلمرو اعمال اصل صلاحیت شخصی فعال را صرفاً محدود به جرائم خاص و مهم نماید، نه هر جرمی.
- ۲- لازم است شرط مجرمیت متقابل در مورد اصل صلاحیت شخصی فعال، به بند «الف» ماده ۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ اضافه گردد.

صورت عدم دسترسی یا وجود موانع برای دعوی قربانی علیه مجرم در قانون شفاف نیست.

۵ نتیجه‌گیری

حقوق جزای هر دو کشور ایران و انگلستان، اصل صلاحیت شخصی فعال را در قوانین خود پذیرفته‌اند. با توجه به بررسی‌ها و تحقیقات به عمل آمده پیرامون موضوع و سؤالات مورد نظر در مقدمه نتایج ذیل حاصل شده است:

۱- در حقوق جزای ایران از حیث مصادیق اعمال اصل صلاحیت شخصی فعال که در ماده ۶ و ۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ آمده است، شامل کلیه جرائم تعزیری غیرمنصوص شرعی می‌باشد. ولی در حقوق جزای انگلستان محدود به جرائم خاص و جرائم شدیدی است، که در قوانین مختلفی از جمله در مواد ۴ (توطئه یا تحریک برای ارتکاب به قتل)، ۹ (قتل) و ۵۷ (تعدد زوجات) قانون جرائم علیه شخص مصوب ۱۸۶۱ و در ماده ۱ قانون جزا مصوب ۱۹۷۷ در مورد جرم تبانی و همچنین در قوانین مبارزه با تروریسم مصوب ۱۹۷۸، هواپیمایی کشوری مصوب ۱۹۸۲، جرائم جنسی مصوب ۲۰۰۳ و آزار و اذیت خانگی مصوب ۲۰۲۱ پذیرفته شده است.

۲- در قوانین جزایی هر دو کشور پذیرش قاعده حمایت از اتباع و جلوگیری از بی‌مجازات ماندن مجرمین از شرایط حاکم بر اصل صلاحیت شخصی فعال می‌باشد. با این تفاوت که در حقوق جزای ایران در راستای اعمال این اصل، شرایط عدم رسیدگی قبلی و عدم اجرای مجازات مضاعف برطبق بند «ب» ماده ۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ صرفاً در خصوص جرائم تعزیری غیرمنصوص شرعی که در دادگاه صالح خارج از کشور محاکمه شده باشد، پذیرفته شده است، ولی در جرائم مستوجب حدود، قصاص، دیات و تعزیرات منصوص شرعی مورد پذیرش قانون‌گذار نمی‌باشد. لیکن در حقوق جزای انگلستان این شروط در کلیه جرائم مشمول اعمال اصل صلاحیت شخصی فعال پذیرفته شده است. بنابراین حقوق جزای انگلستان در بحث مصادق و



۴- بهتر است نیابت قضایی به عنوان ابزار همکاری در امور کیفری بین‌دول در امر رسیدگی به جرائم مشمول اصل صلاحیت شخصی فعال در قوانین پیش‌بینی گردد.

۳- در جرائم مستوجب حدود، قصاص، دیات و تعزیرات منصوص شرعی، لااقل قانون‌گذار بر مبنای قاعده احتساب جزایی در صورت رسیدگی قبلی و اجرای مجازات، با سازوکار مشخصی، آن بخش از مجازات اجرا شده قبلی را محاسبه و کسر نماید.



References

- Aliabadi, Abdul Hossein. (2012). Criminal Law, vol.3, 4th edition, Tehran: Ferdowsi. (In Persian)
- Azemayesh. Ali. (1977). "The Fields of International Criminal Law in Iran's Legislation". Neda Institute of Comparative Law, No. 3. (In Persian)
- Akehurst. Michael. (1973). Jurisdiction in International Law.
- Akehurst. Michael. (1988), A Modern Introduction to International Law, 6th edition, UNWIN Hyman.
- Brownlie, Ian, (1990), Principles of Public International Law, 4th Edith, Oxford.
- Criminal cod 1977 at: www.legislation.gov.uk (Accessed 20 may 2020)
- Civil Aviation Act 1982, Chapter 16, Article 92. At: www.legislation.gov.uk (Accessed 20 may 2020)
- Domestic Abuse Act 2021, Section 72, Offences committed outside the UK, at: www.legislation.gov.uk, (Accessed 20 September 2021)
- Elit, Catherine and Francis Quinn, (2011), Criminal Law, translators: Vahedi Navaei and Nastern Ghazanfari, 2nd edition, Tehran: Mizan.
- Gilbert, Geoff, (1992), "Crimes sans Frontiers: Jurisdictional Problems in English Law", the British Yearbook of International Law, Vol. 63. Issue1.
- Hessick, Carissa Byrne, and F. Andrew Hessick, (2011), Double Jeopardy as a limit on punishment, Cornell Law Review.
- <http://www.gov.uk/government/publications/jurisdiction/> Note on the investigation and prosecution of crimes of universal jurisdiction. (Accessed 11 March 2020)
- <https://www.open.edu/openlearn/society-politics-law/Exploring-the-boundaries-International-law-Content,section4.3.3>. (Accessed 20 may 2020)
- http://twitter.com/UKUN_NewYork/ United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland
- International Covenant on Civil and Political Rights 1966, clause 7 of Article 14
- Khaki, Mohammad and Nasreen Mehra, (2021), "The Nature and Judicial Effects of Obstacles to Criminal



- Liability in Iranian and British Laws". *Journal of Humanities Research and Studies*, 3rd year, No. 22, 142-159 (In Persian)
- Khaleghi, Ali, (2015), *Criminal Procedure Code*, Volume 1, 30th edition, Tehran: Shahr Danesh. (In Persian)
- Mohseni, Morteza, (2016), *General Criminal Law Course (General Criminal Law)*, vol .1, 15th Edition Tehran: Ganj Danesh. (In Persian)
- Offences against the Person Act 1861, Article 57, at: www.Legislation.gov.uk. (Accessed 20 May 2021)
- Pourbafrani, Hassan, (Spring 2018), *Jurisdiction to apply criminal laws outside the jurisdiction of the Iranian law*, Doctoral Dissertation in Criminal Law, Tarbiat Modares University.
- Pourbafrani, Hassan, (Winter 2015), "The Basics and Developments of Jurisdiction Principles Based on the Citizenship Relationship", *Journal of Criminal Law Research*, Year 5, Number 17. (In Persian)
- Samiei Zenouz, Hossein. (Autumn 2013). *collusion in the criminal law of Iran and England*. dadgostar Publications. (In Persian)
- Suppression of Terrorism Act 1978, Chapter 26, at: www.Legislation.gov.uk. (Accessed 18 June 2021)
- Sexual Offences Act 2003, Chapter 42, Part 1, at: www.Legislation.gov.uk. (Accessed 18 June 2021)
- www.isdc.ch. Comparative study of national legal Frameworks Governing, Criminal Accountability for Offences Committed Abroad and/or on UN Missions Current to: 02.08.2017. (Accessed 2 September 2021)

Original Article

Damages and Termination of Contract: A Review of Law in Iran and Egypt Considering Islamic Jurisprudence and Judicial Decisions

Hamid Miri^{*1}, Ebrahim Javanmard², Mohammad Hossain TaghiPour Darzi Naghibi³ 

¹ Assistant Professor of Theology, Faculty of Human Sciences, University of Gonbad Qavous, Gonbad Qavous, Iran.

² Assistant Professor of Theology, Faculty of Human Sciences, University of Gonbad Qavous, Gonbad Qavous, Iran.

³ Assistant Professor of Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Mazandaran, Babolsar, Iran.



[20.1001.1.24237566.1402.7.1.8.2](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.24155.1382)



[10.22080/LPS.2022.24155.1382](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.24155.1382)

Received:

August 15, 2022

Accepted:

November 13, 2022

Available online:

January 25, 2023

Keywords:

Damages, Termination of contract, Egypt, Iran, Breach of contract

Abstract

In this research, it has been examined that on what basis and under what circumstances, the breach of the contract creates a right to compensation and the right of termination from the viewpoint of Iranian and Egyptian law and Islamic jurisprudence. Using an analytical-descriptive method, it has been found that in the Egyptian law, after breaching an obligation, the obligee is free to keep the contract and receive damages or terminate it, while in the Iranian law and Islamic jurisprudence, the first right available is the obligation of the obligor to fulfill his obligation. In the Iranian law and Islamic jurisprudence, the right to terminate an agreement is the result of the failure of specific performance, not a confrontation of obligations or a fundamental breach. It is based on the rules of Tort, not breach of contract. Also, in the Egyptian law, contrary to the Iranian law and Islamic jurisprudence, one of the conditions for claiming damages or terminating a contract is to send a notice to the obligor to fulfill the obligation. Against Article 230 of the Iranian civil code, regarding the agreement on damages, in the Egyptian legal system, the courts have authority to adjust the agreed amount.

***Corresponding Author:** Hamid Miri

Address: Assistant Professor of Theology, Faculty of Human Sciences, University of Gonbad Qavous, Gonbad Qavous, Iran. **Email:** HamidMiri1387@gmail.com



Extended Abstract

1. Introduction

Compelling the promisor to fulfill his promise is one of the most important remedies for breach of contract. This can be seen in Islamic Jurisprudence as it has been emphasized in Islamic teachings and researches, so that it is usually considered as the first right for promisee. In the Iranian law, although there is an opposite view, according to the popular view and the practice of the courts, as long as it is possible to perform the contract even by specific performance, there is no reason for termination. In the Egyptian law, despite the silence of the model law (France), by applying the Islamic jurisprudence approach, a similar method has been accepted. Notwithstanding, the obligee has option to select between specific performance and the termination of the contract based on the theory of confrontation reciprocal obligations

According to the literature, the lack of general research on this regard is so obvious that it is valuable to pay attention to this subject especially with a comparative view and with an emphasis on judicial procedure. The Egyptian law is important as the French law and the Islamic jurisprudence partially affect it and it is a pioneer Islamic country in the codification of the Civil Law. In this way, it is possible to compare the Iranian law and the judicial procedure with the Egyptian law to know the similarities and differences between these two systems in this field.

Based on these explanations, we will have an attempt to answer to the following questions: "What is the basis of contractual liability for breach of contract in the Islamic jurisprudence, the Iranian law, and the Egyptian law? Is it possible to

establish a comprehensive theory in the field of the right to terminate the contract under breach in the Islamic jurisprudence?

2. Study Method

The present article has been written using a descriptive-analytical method to analyze the library studies.

3. Findings

Reciprocation between contractual obligations is the main basis for the emergence of the right to terminate the contract under breach in the Egyptian law, while this ability is available in the Iranian law and Islamic jurisprudence based on the failure to specific performance and special rulings.

4. Conclusion

In the Islamic jurisprudence and Iranian law, if the contract is valid, obligation under it must be performed based on the emphasis of Islam and legislator on performing the obligations. Therefore, if one of parties to the contract breaches the contract, he will be forced to do it. Such an approach in the Islamic jurisprudence and Iranian law has caused a focus on the method of specific performance. Thus, especially in the Islamic jurisprudence, efforts are made to fulfill obligation using various means from direct performance to imprisoning the obligor. It can be well understood that until the fulfillment of the obligation is possible, it is not the time to arise the right to damages for non-fulfillment of the obligation or breaking the contract. From this point of view, simply breaching the commitment does not give the other party the right to terminate for the other party. Also, the necessity of the violation that creates such a right to be fundamental is also ambiguous. From this point of view, the acceptable theory is the theory of the right of rescission arising from the excuse of the



obligee with special and exceptional rules. Moreover, in the Egyptian law, the obligation of the obligee to perform the same contractual obligation is possible in addition to cancellation or damages.

In the Egyptian law, the promise will be entitled to damages if he has given to the obligor a notice, incur losses, and can establish causation between the loss and the breach of the obligation. Regarding fault requirement, the mere failure to fulfill the obligation is considered as fault. The same conditions are available in the Iranian law albeit with this difference that, except in the case of damages for late payment, there is no obligation to provide a warning to the obligor. Also, in the Egyptian law, the termination of the contract under the breach of obligation must have a warning to the obligor and filing a lawsuit in court, while, as a rule,

this is not necessary in the Iranian law and Islamic jurisprudence.

5-Funding

There is no funding support for his essay.

6-Authors' contribution

Authors contributed 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.

7- Conflict of interest


Authors declared no conflict of interest.

8- Acknowledgments

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

علمی پژوهشی

خسارت و فسخ قرارداد؛ بازخوانی رویکرد حقوق ایران و مصر با نگاهی به رویه قضایی و فقه اسلامی

حمید میری^{۱*}، ابراهیم جوانمرد فرخانی^۲، محمدحسین تقی پور درزی نقیبه^۳ 

^۱ استادیار گروه الهیات، دانشکده ی علوم انسانی، دانشگاه گنبدکاووس، گنبدکاووس، ایران
^۲ استادیار گروه الهیات، دانشکده ی علوم انسانی، دانشگاه گنبدکاووس، گنبدکاووس، ایران.
^۳ استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران



[20.1001.1.24237566.1402.7.1.8.2](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.24155.1382)



[10.22080/LPS.2022.24155.1382](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.24155.1382)

چکیده

در این نوشتار با روش تحلیلی-توصیفی به بررسی این امر پرداخته شده است که از نظر حقوق ایران، مصر و فقه اسلامی بر چه مبنا و در چه شرایطی، حق جبران خسارت و نیز حق فسخ پدیدار می‌شود. در حقوق مصر با نقض تعهد، متعهدله آزاد است که قرارداد را ننگه داشته و خسارت دریافت نماید و یا آن را برهم زند در حالی که در حقوق ایران و فقه اسلامی، نخستین حق پیش‌بینی شده برای وی، الزام متعهد به انجام تعهد خویش است. در حقوق ایران و فقه اسلامی، حق فسخ دستاورد تعدد در الزام است نه تقابل تعهدات و یا نقض بنیادین. البته در فقه اسلامی از پیدایش حق خسارت قراردادی سخنی به میان نیامده و اگر هم خسارتی پیش‌بینی شده، مبنای آن قواعد ضمان قهری است. همچنین، در حقوق مصر برخلاف حقوق ایران و فقه اسلامی، یکی از شرایط مطالبه‌ی خسارت یا فسخ قرارداد، ارائه هشدار مبنی بر اجرای تعهد به متعهد است. در حقوق این کشور در زمینه‌ی توافق بر میزان خسارت، برخلاف ماده‌ی ۲۳۰ قانون مدنی ایران و نظریه‌ی تعهدات در فقه اسلامی، به دادگاه اختیار تعدیل مبلغ توافقی داده شده است.

تاریخ دریافت:

۲۴ مرداد ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۲۲ آبان ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۵ بهمن ۱۴۰۱

کلیدواژه‌ها:

خسارت، فسخ، مصر، ایران،
نقض تعهد

* نویسنده مسئول: حمید میری

آدرس: استادیار گروه الهیات، دانشکده ی علوم انسانی، دانشگاه گنبدکاووس، گنبدکاووس، ایران
ایمیل: HamidMiri1387@gmail.com

۱ مقدمه

عبدالحسین شیروی؛ «آثار فسخ در کنوانسیون بیع بین المللی کالا و حقوق مدنی ایران، مصر و فرانسه» نوشته علی عباس حیاتی؛ «جبران خسارت نقض قرارداد در کنوانسیون بیع بین المللی کالا حقوق ایران، فرانسه، مصر و لبنان» نوشته محسن قاسمی و «حق فسخ قرارداد با وجود امکان الزام به اجرا در حقوق ایران» نوشته امیر صادقی نشاط اشاره نمود. آنچه در این نوشتار برآنیم درباره‌ی آن سخن بگوییم، مربوط می‌گردد به بررسی مسئله خسارت و فسخ به ویژه با نگاهی تطبیقی به رویکرد دیگر کشورها و با تاکید بر رویه قضایی و فقه اسلامی. بررسی حقوق مصر به دلیل پیروی و تاثیر از حقوق فرانسه و نیز نیم نگاه آن به فقه اسلامی و به عنوان کشور اسلامی پیشگام در نگارش قانون مدنی اهمیت به‌سزایی دارد. بدین‌سان، می‌توان در کنار مقایسه‌ی حقوق ایران و رویه قضایی موجود در دادگاه‌ها با حقوق مصر، میزان تاثیر فقه اسلامی و نیز همسانی‌ها و ناهمسانی‌های موجود میان این سیستم‌ها را مورد بررسی قرار داد.

با این توضیحات در این نوشتار تلاش خواهد شد به این پرسش‌ها پاسخ داده شود که مبنای پیدایش مسئولیت قراردادی در فقه اسلامی و حقوق ایران و مصر چیست و آیا می‌توان قائل به نظریه‌ای فراگیر در زمینه پیدایش حق فسخ قرارداد در فرض تخلف از مفاد قرارداد شد؟

۲ جبران خسارت برخاسته از پیمان‌شکنی

در بسیاری از دادوستدها، طرف دیگر قرارداد از نظر منافع متصور برای انجام تعهد، ترجیح می‌دهد که با برهم‌زدن قرارداد، ضمن الزام متعهد به انجام تعهد خویش، زیان برخاسته از دیرکرد در انجام تعهد را

تعهدات، وکیل محترم خواهان باید الزام به ایفای تعهد خوانده را از دادگاه بخواهد، در نتیجه دادگاه به استناد مواد ۲۱۹ و ۲۳۱ از قانون مدنی حکم به ردّ دعوای خواهان صادر و اعلام می‌گردد».

الزام متعهد به انجام تعهد یکی از برجسته‌ترین ضمانت اجراها در برابر نقض تعهد قراردادی است به گونه‌ای که به طور معمول به عنوان نخستین حق برای متعهدله در نظر گرفته می‌شود. در این راستا به حاکم اجازه داده شده است که برای برقراری توازن میان وعده‌های داده شده، شیوه‌های سختگیرانه‌ای را مناسب با حال متعهد از تعزیرات سبک گرفته تا شدید بر وی به‌کار بندد (انصاری، ۱۴۲۰ق، ۶، ۲۷۶؛ نجفی، ۱۳۶۵، ۲۳، ۲۱۹؛ مامقانی، بی‌تا، ۲۳۴).

در حقوق ایران، طبق نظر نویسندگان مشهور حقوقی (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ۳، ۱۹۲؛ گرجی، ۱۳۷۲، ۱، ۴۲) و رویه دادگاه‌ها^۱ تا زمانی که انجام قرارداد و اجبار طرفین به مفاد آن امکان‌پذیر باشد، دلیلی برای فسخ وجود ندارد. این در حالی است که در حقوق مصر طبق ماده‌ی ۱۴۷ قانون مدنی این کشور و بر پایه‌ی نظریه‌ی رویارویی تعهدات متقابل، متعهدله میان درخواست اجبار و فسخ پیمان آزاد گذارده شده است. ماده‌ی ۱۴۷ قانون مدنی مصر در این‌باره این‌گونه آورده است: «در قراردادهایی که برای دو طرف الزام‌آور قلمداد می‌گردند، اگر یکی از دو سوی قرارداد تعهد خود را انجام ندهد، طرف دیگر می‌تواند پس از دادن اخطار به وی، انجام قرارداد یا برهم‌زدن آن را همراه با گرفتن خسارت اگر امکانش باشد، بخواهد...». با این وصف، باید دید ترتیب کاربست شیوه‌های جبرانی در برابر سرپیچی از انجام تعهد قراردادی در قلمرو نظام‌های مورد گفتگو چگونه خواهد بود.

از دید پیشینه‌ی پژوهشی می‌توان به برخی مقالات از جمله: «فسخ قرارداد در صورت امتناع متعهد از انجام تعهد در حقوق ایران» نوشته

۱. در رای صادر شده از سوی شعبه‌ی ۲۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران که پیرو دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۱۰۱۳۹۷ تایید گردیده است، آمده است: «...نظر به اینکه در قرارداد برای خواهان حق فسخی در نظر گرفته نشده است و در صورت عدم انجام



قاعده‌ی جبران خسارت براساس قاعده لاضرر و دیگر قواعد فقهی پذیرفته شده است اما احکام عمومی جبران خسارت برپایه‌ی قواعد ضمان قهری تعریف شده است و امکان گرفتن خسارت ناشی از نقض قرارداد وجود ندارد (محقق‌داماد، ۱۴۰۶، ۴، ۱۳۱). به همین جهت ضمان اجیر در نگهداری از بار حمل شده و یا کالایی که برای تعمیر در اختیار دارد و ضمان پزشک درباره‌ی زیان‌های وارده بر بیمار به دنبال درمان یا جراحی و ضمان امین و مستعیر درباره‌ی تلف مال سپرده شده، همگی بر پایه‌ی اتلاف و تسبیب توجیه شده است نه نقض عهد زیرا در فقه اسلامی حق دریافت خسارت قراردادی برای متعهدله پیش‌بینی نشده است (انصاری، ۱۴۲۰، ۶، ۲۷۶). با این وجود، برخی از نویسندگان (بکیر، ۱۳۶۸، ۶۴۹-۶۴۶) در این زمینه تلاش داشته‌اند که با تمسک به مواردی چون ضمان عیب و ضمان مورد اجاره، نظریه‌ای فراگیر درباره‌ی امکان مطالبه‌ی خسارت قراردادی در فقه اسلامی ارائه دهند. در تحلیلی دیگر، منظور از واژه‌ی "بدل" در ماده‌ی ۵۳ مجله احکام العدلیه^۱ همان خسارت قراردادی دانسته شده و تکلیف به تحویل مثل یا قیمت مال در صورت اتلاف آگاهانه‌ی مبیع از سوی فروشنده را به مانند نمونه‌ای برای جبران زیان قراردادی در فقه اسلامی شمرده‌اند (محمدحبیب، ۲۰۰۴، ۱۰۶؛ Amkhan, 1994, 325). گفتنی است، اعطای مال به عنوان جبران زیان تنها در صورت تقابل اموال ممکن است و این رویارویی به این معناست که مالی داده شده یا از بین رفته باشد تا بتوان در برابر آن مالی گرفت. پس اگر فروشنده از تسلیم مبیع خودداری ورزد، چنانچه کالا موجود باشد، خریدار می‌تواند الزام وی را بر آن بخواهد و نیز در صورتی که فروشنده از دادن منافع مبیع که پس از بستن قرارداد پدید آمده است سرباز زند، خریدار می‌تواند الزام وی را خواستار شود. اگر عین یا منافع، تسلیم نشده و تلف شوند، خریدار می‌تواند از فروشنده خسارت بخواهد

بخواهد و یا اگر انجام تعهد به دلیل نقض تعهد ناممکن شود یا به دلیل اهمیّت زمان، انجام تعهد دیگر سودی به همراه نداشته باشد، جبران زیان وارد بر خود در برابر عدم انجام تعهد را خواستار شود.

۲،۱ بنیان حق

حقوق مصر و ایران در زمینه‌ی حق جبران زیان ناشی از نقض تعهد تصریح دارند ولی برخلاف حقوق مصر که مطالبه‌ی چنین زیانی را وابسته به عدم بهره‌گیری از اختیار موجود میان الزام و فسخ قرارداد دانسته است، قانون مدنی ایران در این زمینه مسکوت است و اگرچه جای این بحث در اینجا نیست ولی آنچه از مواد ۲۱۹، ۲۴۳، ۳۷۶، ۳۹۵، ۴۰۳، ۲۳۴ تا ۲۳۷، ۳۷۹ و ۴۹۶ قانون مدنی، دیدگاه مشهور حقوقی و رویه‌ی دادگاه‌ها برمی‌آید، نبود چنین تخییری است. از این روی، طرف دیگر هنگامی سزاوار دریافت خسارت در برابر عدم انجام تعهد طرف دیگر است که از الزام وی سودی ننموده باشد که در این صورت میان فسخ قرارداد و یا دریافت خسارت آزاد است. گفتنی است در حقوق مصر، اگر الزام متعهد به انجام تعهد منجر به زیان سنگین بر وی شود در حالی که انجام نیافتن تعهد، چنین زیانی بر متعهدله نمی‌زند، تخییر جایی خویش را به صدور حکم به خسارت خواهد داد (سنه‌وری، ۱۳۷۵، ۲، ۷۸۷-۷۸۵). در حقوق ما، تنها بنیانی که با بهره‌گیری از آن می‌توان به این حکم نزدیک شد، قاعده‌ی منع سوءاستفاده از حق است هرچند کاربست آن در این راستا از سوی رویه‌ی قضایی دور از اندیشه است.

همچنان که در قسمت فسخ خواهیم دید، در فقه اسلامی در زمینه‌ی ضمانت اجرای نقض قرارداد، تنها تخییر یا ترتیب میان الزام یا فسخ مورد بررسی و اختلاف قرار گرفته ولی پیرامون اختیار طرف قرارداد بر حفظ قرارداد و مطالبه‌ی غرامت در برابر انجام نشدن تعهد و یا دیرکرد در انجام آن سخنی به میان نیامده است. به راستی در فقه اسلامی اگرچه

ماده‌ی ۵۳: «چنانچه اتیان به مفاد عقد برای یک طرف امکان‌پذیر نباشد، بدل آن را می‌دهد».

۱. مجله الاحکام العدلیه مجموعه احکام مدنی است که براساس فقه حنفی در ۱۸۵۱ ماده نگاشته شده است.

۲٫۲ نوع زیان قابل جبران

در ماده‌ی ۲۲۱ قانون مدنی مصر^۱ از زیان اٲکا (زیان برخاسته از تحمّل هزینه به اعتبار نقض تعهّد طرف دیگر) و زیان متوقّع (زیان از دست‌دادن نفعی که از انجام تعهّد بدست می‌آید) به عنوان دو گونه زیان قابل جبران در برابر نقض تعهّد یاد شده است.

در حقوق ایران، اگرچه ماده‌ی ۷۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی پیشین (مصوب ۱۳۱۸)^۲ نیز به همین راه رفته بود ولی در قانون نوین (مصوب ۱۳۷۹) با آنکه از ماده‌ی ۳۵۱۵ جبران هر دو زیان را می‌توان برداشت کرد ولی این ظهور پیرامون زیان متوقّع را تبصره‌ی دوم^۴ با جبران‌ناپذیر خواندن عدم‌النفع از میان می‌برد. با وجود این، قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ که چند ماه پیش از قانون آیین دادرسی مدنی به تصویب رسیده بود، در بند دوم ماده‌ی ۹،^۵ منافع ممکن‌الحصول را قابل مطالبه می‌دانست به گونه‌ای که برخورد میان این نصوص مایه‌ی پیدایش اختلاف‌هایی میان حقوقدانان و رویه‌ی دادگاه‌ها شده بود؛ همچنان که در دادنامه‌ی شماره‌ی ۱۸۶۷۱۴۰۰۲۲۱۰۰۹۹۷۰۹۳۰ صادر شده از شعبه‌ی ۱۸۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران آمده است: «در خصوص دعوی... به خواسته‌ی الزام خوانده به انجام تعهّد و مطالبه خسارات ناشی از عدم انجام تعهّد و دادرسی که وکلای خواهان مدّعی هستند خوانده، متعهّد به چاپ و نشر ۱۳ عنوان کتاب آرایشی و

که در این فرض، غرامت متصوّر مثل عین یا منفعت تلف شده خواهد بود (محمّدحبيب، ۲۰۰۴، ۱۶۲-۱۶۳). در همین راستا، نگاهی به برخی پرسش و پاسخ‌ها پیرامون مسئله‌ی خسارت تأخیر تادیه نشان از ناملموسی این نهاد در اندیشه‌های فقهی دارد (لجنه الفتوی بالشبکه الإسلامیه، ۱۴۳۰، ۱۰۸۷۱).

با وجود همه‌ی این‌ها، به باور ما برجسته‌ترین دلیل برای عدم بررسی جبران خسارت قراردادی در فقه اسلامی، عدم پیچیدگی اجرائی بسیاری از تعهّدات در کنار ارائه‌ی شیوه‌های مستقیم و نامستقیم اجرائی گوناگون برای حاکم شرع همچون حبس متعهّد، واداشتن او به کسب‌وکار و کیفرهای بدنی همچون شلاق است. چنین رویکردی در فقه اسلامی و حقوق ایران سبب شده است که بر روی شیوه‌های انجام عین تعهّد تمرکز شود به گونه‌ای که در نتیجه‌ی کاربست این روش‌ها در بسیاری از موارد، تعهّد انجام یافته، نوبت به گفتگو از شیوه‌های جانشین نمی‌رسد مگر آنکه موضوع تعهّد امری عینی بوده که با تقصیر متعهّد از میان رفته باشد که در این حالت، پرداخت خسارت در جامه‌ی تحویل مثل یا قیمت آن نمود یافته است. از اینجا به خوبی بر می‌آید که تا انجام عین تعهّد ممکن باشد، نوبت به پیدایش حقّ خسارت در برابر عدم انجام تعهّد نمی‌رسد.

از دادرسی یا تأخیر انجام تعهد یا عدم انجام آن را که به علت تقصیر خوانده نسبت به اداء حق یا امتناع از آن به وی وارد شده یا خواهد شد، همچنین اجرت‌المثل را به لحاظ عدم تسلیم خواسته یا تأخیر تسلیم آن از باب اتلاف و تسبیب از خوانده مطالبه نماید...».

۴. «خسارت ناشی از عدم‌النفع قابل مطالبه نیست و خسارت تأخیر تادیه در موارد قانونی، قابل مطالبه می‌باشد».

۵. «... ضرر و زیان قابل مطالبه به شرح ذیل می‌باشد:
۱ - ضرر و زیان‌های مادی که در نتیجه ارتکاب جرم حاصل شده است. ۲ - منافع‌ی که ممکن‌الحصول بوده و در اثر ارتکاب جرم، مدعی خصوصی از آن محروم و متضرر می‌شود».

۱. «هرگاه جبران خسارت در عقد معین نشده و قانون نیز بدان تصریح نکرده باشد قاضی مقدار آن را مشتمل بر خسارتی که به طلبکار رسیده و منافع‌ی که از دست داده است مشخص می‌نماید به شرط اینکه زیان‌های مذکور نتیجه متعارف عدم ایفاء تعهد یا تأخیر در انجام تعهد از سوی متعهد باشد؛ ملاک متعارف بودن ضرر آن است که در توان متعده‌له نباشد که با کوشش معقول از آن زیان‌ها پیشگیری کند».

۲. «ضرر ممکن است به واسطه از بین رفتن مالی باشد یا به واسطه فوت شدن منفعتی که انجام تعهد حاصل می‌شده است».

۳. «خواهان حق دارد ضمن تقدیم دادخواست یا در اثنای دادرسی و یا به‌طور مستقل جبران خسارات ناشی



۲،۳ شرایط سزاواری برای دریافت خسارت

عدالت و انصاف دستور می‌دهد که تنها کسی که تعهد خویش را نقض نکرده بتواند جبران زیان برخاسته از نقض تعهد طرف دیگر را بخواهد. رویه‌ی دادگاه‌های ایران نسبت به این شرط رویکردی روشن دارد؛ همچنان که در دادنامه‌ی شماره‌ی ۹۳۰۱۹۲ مورخ ۹۳/۲/۳۰ صادر شده از شعبه‌ی پنجم دادگاه عمومی حقوقی اسلام‌شهر آمده است: «در خصوص خواسته‌ی مطالبه‌ی خسارت قراردادی، نظر به مفاد قرارداد طرفین که حکایت از تعهدات متقابل طرفین دارد و اینکه در مطالبه‌ی خسارت قراردادی علاوه بر احراز تخلف خوانده، انجام تعهدات متقابل از جانب مدعی نیز باید احراز گردد که خواهان دلیلی بر انجام تعهدات قراردادی متقابل ارائه ننموده است، لذا... مستنداً به مواد ۱۹۴-۱۹۷ قانون مذکور حکم بر بی‌حقی خواهان صادر و اعلام می‌نماید».

افزون بر این، پیرو ماده‌ی ۲۱۸ قانون مدنی مصر^۲ ارائه‌ی هشدار به متعهد در راستای برقراری جبران خسارت الزامی است زیرا از یک طرف هنگامی که زمان انجام تعهد فرا رسیده ولی متعهدله انجام آن را از بدهکار نمی‌خواهد، گویا انجام نیافتن تعهد در سررسید آن زیانی به وی نرسانده و از طرف دیگر، می‌توان این‌گونه قلمداد نمود که متعهدله به طور ضمنی به تمديد مهلت انجام تعهد رضایت داده است. در برابر، قوانین ایران دربردارنده چنین قیدی نیست. با این وجود از ماده‌ی ۲۲۶ قانون مدنی^۳ برمی‌آید که در فرض تعیین مدت معین نیازی به مطالبه نیست زیرا متعهد به طور پیشاپیش بر این امر آگاه است که انجام تعهد در سررسید تعیین شده، مورد خواست طرف دیگر است. همچنین،

پیرایشی بوده است و از تعهدات خود استنکاف ورزیده است. خوانده‌ی دعوا که به شرح صورت جلسه‌ی مورخ ۹۲/۰۵/۰۶ خود را مسئول انتشارات اعلام نموده، اظهار داشته بر اساس قرارداد تعهد انجام شده و فقط دو سوم قرارداد مانده است. علی‌هذا دادگاه دعوی خواهان را وارد دانسته، خوانده و مسئول انتشارات را ملزم به انجام تعهد مبنی بر چاپ و نشر ۱۳ عنوان کتاب مطابق قرارداد و تحویل آن به خواهان محکوم می‌نماید». این دادنامه در شعبه‌ی ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان بدین‌گونه شکسته شد: «... بر استنباط محکمه‌ی نخستین در این قسمت خدشه و اشکال وارد است زیرا این خسارت بر مبنای نظریه‌ی هیات کارشناسی که در بند ج اظهار داشته‌اند: مؤلف با فروش کتاب‌هایش برای هر صفحه می‌توانسته معادل... ریال سود کسب کند و با فروش ۴۰۰ نسخه از کتاب‌ها رقمی معادل... ریال نصیب وی می‌شده، منطبق بر عنوان عدم‌النفع بوده که مطابق ماده‌ی ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی قابلیت مطالبه ندارد...».

ماده‌ی ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ با اصلاحات ۱۳۹۴ نیز اگرچه به همان راه قانون پیشین رفته است ولی در تبصره‌ی دوم مقرر نموده است: «منافع ممکن‌الحصول تنها به مواردی اختصاص دارد که صدق اتلاف نماید...». با این همه، به نظر ما تقویت منفعت محقق‌الحصول، ضرر قلمداد شده و باید جبران شود در حالی که خسارت عدم‌النفع احتمالی، غیرقابل مطالبه است. علت این امر آن است که از دست دادن نفع، زیان به شمار نرفته تا قابل جبران باشد.

۳. «در مورد عدم ایفاء تعهدات از طرف یکی از متعاملین، طرف دیگر نمی‌تواند ادعای خسارت نماید مگر اینکه برای ایفاء تعهد مدت معینی مقرر شده و مدت مزبور منقضی شده باشد (...).»

۱. «شاک می‌تواند جبران تمام ضرر و زیان‌های مادی و معنوی و منافع ممکن‌الحصول ناشی از جرم را مطالبه کند.»

۲. «جبران خسارت تنها پس از هشدار به بدهکار امکان‌پذیر است، مگر اینکه بر غیر این صورت توافق شود.»

حالی که دیگران آن را انکار نموده‌اند (باریکلو، ۱۳۹۲، ۸۵). به نظر می‌رسد طرفین قرارداد همچنان که بهره‌های احتمالی ناشی از اجرای قرارداد را پیش‌بینی می‌نمایند، زیان‌های برخاسته از آن را نیز پیش‌بینی کرده و نسبت به چنین بهره و زیانی، خود را سزاوار و پاسخگو می‌دانند. در حقیقت قابلیت پیش‌بینی زیان در مسئولیت قراردادی را می‌توان از ماده‌ی ۲۲۱ قانون مدنی ایران^۴ برداشت کرد زیرا پیرو این ماده، شرط سزاواری بستانکار برای دریافت خسارت در برابر نقض قرارداد، وجود توافق یا دلالت عرفی پیرامون آن است. بنابراین از نگاه قانونگذار، زیانی در مقابل نقض پیمان قابل جبران است که طرفین هنگام قرارداد، آشکارا آن را پیش‌بینی نموده و یا این حق به لحاظ دلالت عرف به مانند پیش‌بینی در قرارداد باشد.

سرانجام در حقوق مصر، تقصیر قراردادی همان انجام نشدن تعهد است زیرا در قانون مدنی این کشور، نامی از این رکن برده نشده بلکه با صرف انجام نشدن تعهد، مسئولیت قراردادی پدیدآمده پنداشته شده است (ماده‌ی ۲۱۵). دکتترین حقوقی^۵ و رویه‌ی قضایی این کشور نیز آشکارا، انجام نشدن تعهد را به مانند تقصیر قراردادی دانسته و همین که

ماده‌ی ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی^۱ پیرامون زیان تاخیر تادیه، مطالبه‌ی بستانکار را جزء ارکان سزاواری وی دانسته است. البته برخلاف حقوق مصر نیازی نیست که مطالبه به طور رسمی باشد. در برابر در زمینه‌ی اسناد تجاری، وخواست عدم پرداخت دارای کارکردی همسان با هشدار رسمی در حقوق مصر است.

پیرامون رابطه‌ی سببیت، طبق ماده‌ی ۲۲۱ قانون مدنی مصر^۲ زیان باید به طور مستقیم از نقض تعهد برخاسته و نیز قابل پیش‌بینی باشد. البته پیرو مفهوم بند دوم این ماده، اگر تعهد تقلب و یا تقصیر سنگینی انجام داده باشد، حتی در برابر زیان پیش‌بینی‌ناپذیر پاسخگو خواهد بود. در برابر از نگاه حقوق ایران، اگرچه ماده‌ی ۵۲۰ قانون آیین دادرسی مدنی^۳ به لزوم مستقیم بودن زیان در مسئولیت قراردادی تصریح دارد ولی پیرامون قابلیت پیش‌بینی زیان مسکوت است. به راستی در حقوق ما نه تنها در مسئولیت قراردادی بلکه در مسئولیت برون - قراردادی نیز سخنی از این رکن نیامده است. از این رو، پاره‌ای از نویسندگان با بهره‌گیری از برخی مقررات و انصاف به ضرورت جبران زیان پیش‌بینی-پذیر تصریح نموده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۲۹۷) در

۳. «درخصوص مطالبه خسارت وارده، خواهان باید این جهت را ثابت نماید که زیان وارده بلاواسطه ناشی از عدم انجام تعهد یا تأخیر آن و یا عدم تسلیم خواسته بوده است در غیراین صورت دادگاه دعوای مطالبه خسارت را رد خواهد کرد».

۴. «اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند، در صورت تخلف، مسئول خسارت طرف مقابل است، مشروط بر این که جبران خسارت، تصریح شده و تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا برحسب قانون موجب ضمان باشد».

۵. یکی از حقوقدانان بنام مصری (سنهوری، ۱۳۷۵ق، ۲، ۵۳۸) دراین باره بیان نموده است: «برخلاف آنچه معمول است، گفته نمی‌شود که تقصیر قراردادی از طرف متعهد مفروض بوده بلکه انجام نشدن تعهد به منزله‌ی خود تقصیر است».

۱. «در دعوایی که موضوع آن دین و از نوع وجه رایج بوده و با مطالبه داین و تمکن مدیون، مدیون امتناع از پرداخت نموده، در صورت تغییر فاحش شاخص قیمت سالانه از زمان سررسید تا هنگام پرداخت و پس از مطالبه طلبکار، دادگاه با رعایت تناسب تغییر شاخص سالانه که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تعیین می‌گردد محاسبه و مورد حکم قرار خواهد داد مگر این که طرفین به نحو دیگری مصالحه نمایند».

۲. «هرگاه جبران خسارت در عقد معین نشده و قانون نیز بدان تصریح نکرده باشد قاضی مقدار آن را مشتمل بر خسارتی که به طلبکار رسیده و منافی که از دست داده است مشخص می‌نماید به شرط اینکه زیان‌های مذکور نتیجه متعارف عدم ایفاء تعهد یا تاخیر در انجام تعهد از سوی متعهد باشد؛ ملاک متعارف بودن ضرر آن است که در توان متعدهله نباشد که با کوشش معقول از آن زیان‌ها پیشگیری کند».



ایران، اطلاق ماده ۲۳۰ قانون مدنی^۱ مقتضی آن است که ناقض تعهد در صورت درخواست طرف دیگر، وجه التزام را پرداخت نماید هرچند هیچ خسارتی به آن طرف وارد نشده باشد.

این نکته نیز قابل ذکر است که امکان کاهش مبلغ وجه التزام برپایه‌ی میزان خسارت واقعی در حقوق مصر وجود دارد؛ چنانچه بند دوم ماده ۲۲۴ قانون مدنی این کشور مقرر نموده است: «هرگاه متعهد نشان دهد که مبلغ تعیین شده بسیار مبالغه‌آمیز و گزاف بوده یا این‌که بخشی از تعهد انجام یافته است، دادرس می‌تواند مبلغ شرط را کاهش دهد». البته پیرو ماده‌ی ۲۱۵ همان قانون^۲ در صورتی که خسارت وارده بیشتر از مبلغ توافق شده باشد، امکان افزایش وجه التزام وجود ندارد زیرا با توافق نسبت به اندازه‌ی خسارت، گویا متعهدله از مسئولیت متعهد کاسته است. با وجود این، اگر زیان وارده برخاسته از تقلب یا خطای سنگین متعهد باشد، دادرس به مبلغ شرط خواهد افزود تا برابر با زیان واقعی شود چه اینکه در چنین حالتی، مبلغ توافق شده از نگاه قانونگذار ارزشی نداشته و در نتیجه دادرس به تعیین اندازه زیان وارده بر متعهدله خواهد پرداخت (سنه‌وری، ۱۹۵۲م، ۱، ۸۲۰). با این حال در حقوق ایران، هم‌هی آنچه در حقوق مصر پیرامون چنین توافقی مورد گفتگوست، پیرامون یک ماده یعنی ۲۳۰ قانون مدنی جریان دارد به‌گونه‌ای که چیستی و پیامدهای چنین توافقی یکی از پربحث‌ترین موضوعات حقوقی پیرامون مسئولیت قراردادی بوده است. روی هم رفته، بسیاری از حقوقدانان نامور (امامی، ۱۳۷۰، ۱، ۲۴۷؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۴، ۲۴۳؛ شهیدی، ۱۳۹۱، ۲۰۱) بر اعمال مطلق مفاد این ماده و ناممکن بودن کاهش یا افزایش مبلغ وجه التزام به دلیل جریان اصل حاکمیت اراده، اصل آزادی قراردادی و اصل لزوم نظر داده‌اند. در نتیجه،

متعهد، تعهد خویش را انجام ندهد (به عمد یا کوتاهی) حتی اگر به راستی تقصیری را نتوان به وی نسبت داد، تقصیر قراردادی را مستقر دانسته‌اند؛ رویکردی که به باور برخی از نویسندگان، مایه‌ی همسانی مفهوم تقصیر قراردادی در حقوق این کشور با مفهوم «نقض قرارداد» در حقوق کامن‌لا شده است (شلقانی، ۱۹۷۰م، ۶۱۸). در حقوق ایران نیز با وجود سکوت قانون مدنی، دکترین حقوقی و رویه‌ی قضایی به همین راه رفته و تقصیر قراردادی را همان انجام نیافتن تعهد دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ۳، ۱۷۴). سرانجام، روشن است که میان تقصیر قراردادی و زیان پدید آمده باید رابطه سببیت نیز باشد (در حقوق مصر، ماده‌ی ۲۱۵ قانون مدنی و در حقوق ایران، ماده‌ی ۲۲۹ قانون مدنی).

۲،۴ توافق پیرامون خسارت

ممکن است طرفین از همان آغاز پیرامون میزان خسارت قابل پرداخت توافق نمایند که در حقوق بدان وجه التزام، شرط کیفری، شرط جریمه مالی و یا شرط خسارت پیش‌بینی شده گفته می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ۵، ۳۷۴). البته هرچند چنین خسارتی قراردادی است ولی اگر منظور از آن پیش‌برآوردی از میزان خساراتی باشد که در آینده نسبت بدان باید حکم داده شود، در این صورت سبب سزاواری متعهدله ورود زیان به وی است نه صرف توافق. بر همین مبنا در حقوق مصر، چنانچه از انجام نشدن تعهد یا دیرکرد در انجام آن، زیانی به متعهدله نرسد، وی سزاوار چنین خسارتی نیست زیرا زیانی رخ نداده تا نوبت به اجرای مفاد توافق رسد (سنه‌وری، ۱۳۷۵ق، ۲، ۸۰۰). از همین روی است که در بند نخست ماده‌ی ۲۲۴ قانون مدنی این کشور آمده است: «هرگاه متعهد نشان دهد که هیچ زیانی به بستانکار نرسیده است، خسارت تعیین شده برپایه‌ی توافق مطالبه‌شدنی نیست». اما در حقوق

۱. «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی به‌عنوان خسارت تادیه نماید حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه که ملزم شده است محکوم کند».

۲. «چنانچه زیان واقعی بیشتر از مبلغ وجه التزام باشد، متعهدله نمی‌تواند مبلغ بیشتر را مطالبه کند مگر اینکه ثابت کند متعهد مرتکب غش یا خطای سنگینی شده است».

۱۳۹۰/۱/۲۰... نظر به این که تعیین وجه به عنوان خسارت عدم پرداخت بدهی از مصادیق ربا می باشد و مستند دعوی از حیث مذکور مفید ربوی بودن خسارت مقرر می باشد، لذا حکم به بطلان آن صادر می گردد...». دیدگاه دیگر این است که چنین توافقی پیرو بخش پایانی ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی^۱ معتبر است همچنان که در دادنامه شماره ۴۳ دادگاه تجدیدنظر در جایگاه رسیدگی به دادنامه بالا صادر شده است، آمده است: «... در حالی که خسارت عدم پرداخت بدهی در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی پیش بینی و مجاز شناخته شده و عنوان قانونی آن خسارت تأخیر تأدیه می باشد که در صورت عدم توافق، طبق شاخص بانک مرکزی محاسبه می شود و در صورت توافق با توجه به جمله پایانی این ماده، طرفین به نحو دیگر مصالحه و توافق نموده اند. بنابراین، طبق ماده ۱۰ قانون مدنی و ماده فوق الذکر این خسارت قابل مطالبه است». این برداشت درست نیست زیرا قانونگذار در ماده مورد بررسی از واژه «مصالحه» بهره گرفته است و در عرف حقوقی، مصالحه به حالتی می نگرد که اختلافی - که همین دعوی مطالبه - ی خسارت دیرپرداخت است - پیرامون این حق یا میزان خسارت مطرح شده و سپس طرفین پیرامون آن سازش نمایند. از این روی، نه تنها از این ماده نمی توان مجاز بودن چنین توافقی را برداشت کرد بلکه درست خلاف آن قابل برداشت است. با وجود این، رای وحدت رویه شماره ۸۰۵ مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۱۶ هیات عمومی دیوان عالی کشور،^۲ با پذیرش رویکرد نخست به این اختلاف پایان داد.

تعیین می گردد محاسبه و مورد حکم قرار خواهد داد مگر این که طرفین به نحو دیگری مصالحه نمایند». ۲. «تعیین وجه التزام قراردادی به منظور جبران خسارت تأخیر در ایفای تعهدات پولی، مشمول اطلاق ماده ۲۳۰ قانون مدنی و عبارت قسمت اخیر ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ است و با عنایت به ماده ۶ قانون

چنانچه میزان خسارت چندین برابر زیان واقعی و یا بسیار بیشتر از ارزش اصل تعهد باشد و یا اینکه بسیار کمتر از زیان واقعی باشد، دادرس اختیار تعدیل آن را نخواهد داشت.

در فقه امامیه، برخی از نویسندگان (تسخیری، ۱۳۸۲، ۷۱؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۵ق، ۱۶۷) بر پایه روایات صحیح السند و قاعده «المومنون عند شروطهم» مشکلی برای درستی و اجرای ظاهر ماده ۲۳۰ قانون مدنی ندیده اند ولی برخی دیگر از اندیشمندان بنام (محقق داماد، ۱۳۸۸، ۵۲۰) با وجود پذیرش این دیدگاه بر این باورند که در فرضی که بر متعهدله خسارتی نرفته و یا بسیار ناچیز باشد، دریافت خسارت توافق شده با عدل و انصاف ناسازگار بوده و مهم تر از آن، این شرط از مصادیق شرط خلاف اخلاق حسنه و به نوعی اکل مال به باطل شمرده می شود. با این وجود، در فقه عامه دریافت خسارت به هر میزانی و به طور مطلق درست دانسته شده است (لجنة الفتوى بالشبكة الإسلامية، ۱۴۳۰ق، ۶۹۸۸).

گفتنی است پیرامون نظر مشهور حقوقی، پیش بینی خسارت تأخیر تأدیه در جایی که موضوع تعهد پول است نیز مشمول اطلاق ماده ۲۳۰ قانون مدنی بوده و ایرادی، صحت این پیمان را تهدید نمی کند. در برابر در یک نظر می توان گفت که این پیمان به دلیل سرشت ربوی خود بی اعتبار است؛ همچنان که در دادنامه شعبه ۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران آمده است: «در خصوص دعوی... به خواسته ی مطالبه ی... ریال خسارت روزانه... از تاریخ ۱۳۹۰/۱/۲۰ لغایت ۱۳۹۰/۶/۲۰ به علت عدم پرداخت اصل بدهی مبلغ... ریال مستند به موافقت نامه ی عادی مورخ

۱. «در دعوایی که موضوع آن دین و از نوع وجه رایج بوده و با مطالبه داین و تمکن مدیون، مدیون امتناع از پرداخت نموده، در صورت تغییر فاحش شاخص قیمت سالانه از زمان سررسید تا هنگام پرداخت و پس از مطالبه طلبکار، دادگاه با رعایت تناسب تغییر شاخص سالانه که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران



۳ فسخ قرارداد به دلیل نقض تعهد

برخلاف حق دریافت خسارت که وابسته به حفظ قرارداد، وقوع زیان و وجود رابطه سببیت میان تقصیر و زیان بوده و دست‌کم این حق حتی با وجود الزام طرف به انجام تعهد خویش، مستند به تاخیر در آن قابل تصور است ولی حق فسخ قرارداد، ارتباطی با وقوع زیان نداشته و بستگی به عدم امکان الزام متعهد به انجام تعهد یا بنیادین بودن تعهد نقض شده و یا تعدد اجرا دارد. از این رو، در این قسمت مبنای پیدایش حق فسخ و چگونگی اجرای آن را بررسی خواهیم کرد؛

۳/۱ مبنای حق فسخ

با بررسی حقوق ایران و مصر و قواعد فقه اسلامی می‌توان ایده‌های متفاوتی را در راستای توجیه مبنای حق فسخ در برابر نقض تعهد قراردادی برداشت نمود؛

۳/۱/۱ رویارویی تعهدات

طبق مواد ۱۱۷، ۱۷۳ و ۱۷۴ قانون مدنی مصر، در قراردادی که پدیدآورنده تعهد برای طرفین است، تعهد هر طرف سبب تعهد طرف دیگر به شمار می‌آید. پس اگر یکی از این تعهدات به انجام نرسد، علتی برای انجام تعهد معلول بر آن برجای نخواهد ماند. به همین جهت برخی نویسندگان حقوقی مصر، امکان فسخ قرارداد را در فرض نقض تعهد بر پایه‌ی همین امر توجیه و آن را طبیعی و عادلانه خوانده‌اند (سنه‌وری، ۱۳۷۵ق، ۲، ۵۶۹). در این

راستا، حق فسخ در صورت کوتاهی متعهد از انجام تعهدات خویش، فقط در قراردادهایی که برای طرفین، تعهدات دوطرفه داشته باشد اجرا می‌شود؛ زیرا حق فسخ در این صورت مبتنی بر ایده ارتباط متقابل میان تعهدات است و این نظریه در قراردادهایی که فقط یک طرف در آن متعهد است مانند هبه‌ی غیرمعوّض، یا ودیعه قابل اجرا نیست زیرا در این قراردادها، چنانچه متعهد تعهد خود را انجام ندهد، برای طرف مقابل هیچ منفعت و سودی از فسخ وجود ندارد (سنه‌وری، ۱۹۵۸م، ۶، ۲۱۷).

در حقوق ایران، با آنکه رویارویی تعهدات قراردادی پایه‌گذار پیدایش حق حبس و ضمان معاوضی دانسته شده و نگرش به فلسفه‌ی قرارداد نیز توجیه‌گر آن است ولی دکتترین حقوقی (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ۳، ۲۶۴) و رویه‌ی قضایی، این امر را به عنوان منشا حق فسخ نپذیرفته است زیرا از مواد ۲۳۹، ۳۷۶ و ۴۷۶ قانون مدنی و دیگر مقررات به روشنی برمی‌آید که تنها در فرض ناممکن بودن الزام متعهد به انجام تعهد، چنین حقی متصور خواهد بود.

در فقه امامیه همچون حقوق ایران البته با وجود دیدگاه مخالف^۱، مشهور بر این باور است که قرارداد معاوضی به دلیل نقض تعهد قابل فسخ نبوده و برای متعهدله جز امکان درخواست اجرا، حق دیگری نیست (نجفی، ۱۳۶۵، ۲۳، ۲۱۹؛ مامقانی، بی‌تا، ۲۳۴) و حتی تا آنجا پیش‌رفته‌اند که در فرض تعدد الزام نیز تنها به دلیل اجماع به حق فسخ باور نموده‌اند.^۲ از این روی، به دشواری می‌توان پذیرفت که با

پیمان در معرض نقض قرار می‌گیرد و قرارداد لازم به جایز دگرگون شده و بنابراین متعهدله می‌تواند آن را برهم‌زند (شهیدثانی، ۱۴۱۲ق، ۳، ۵۰۶).

۲. صاحب جواهر معتقد است که اگر اجماع بر ثبوت خیار فسخ در حال تعدد الزام نبود، ممکن بود قائل شویم به اینکه هرگز حق فسخ ثابت نمی‌شود زیرا اصل، لزوم قراردادهاست و از این اصل چنین برمی‌آید که در زمینه‌ی اختیارات باید به قدر متیقن اکتفاء نماییم (نجفی، ۱۳۶۵، ۲۳، ۲۱۹).

اخیرالذکر، مبلغ وجه التزام تعیین شده در قرارداد، حتی اگر بیش از شاخص قیمت‌های اعلامی رسمی (نرخ تورم) باشد، در صورتی که مغایرتی با قوانین و مقررات امری از جمله مقررات پولی نداشته باشد، معتبر و فاقد اشکال قانونی است.»

۱. در برابر، برخی از فقها براین باورند که اگر متعهد به تعهد خویش عمل نکند، نمی‌توان او را به انجام تعهد مجبور نمود، زیرا در موارد شک در اصل تکلیف، برائت جاری است و تنها اثر عدم انجام تعهد این است که

دیگر جایی برای حق فسخ باقی نخواهد ماند (انصاری، ۱۴۲۰ق، ۶، ۷۲)، چنین پاسخ می‌دهند که الزام به اجرای تعهد نمی‌تواند از میان برنده‌ی زیان باشد (خوبی، ۱۳۶۶، ۷، ۳۹۶؛ حسینی‌عاملی، ۱۴۱۸ق، ۲، ۲۸۱) زیرا با چشم‌پوشی از اتلاف وقت و هزینه، الزام متعهدله برای مراجعه به دادگاه، تکلیف به ماندگاری قرارداد را تبدیل به حکمی ضرری و گاه حرجی می‌کند که با عدالت و انصاف سازگار نیست (خوبی، ۱۴۱۰ق، ۲، ۴۴). برخی دیگر از فقها در راستای پذیرش این دیدگاه گفته‌اند که متعهدله در هنگام بستن قرارداد، تعهد به بقای قرارداد را وابسته به انجام تعهد طرف دیگر کرده است. از این‌روی، اگر وی از انجام تعهد سرباز زند، طرف دیگر تکلیفی ندارد تا به قرارداد پایبند بماند (نراقی، ۱۴۱۷ق، ۱۳۶).

با وجود این، بررسی فتاوی‌ نوین حتی در فقه اهل سنت نشان می‌دهد که فسخ در برابر نقض تعهد هنوز در اندیشه اسلامی جایگاه چندانی ندارد بلکه حتی اگر عدم انجام تعهد زیان سنگینی به طرف دیگر وارد آورد، متعهدله نخست باید الزام متعهد را درخواست نماید و فقط با تعدر الزام می‌توان قرارداد را فسخ نمود. برای نمونه، پیرامون خودداری پیمانکار از ساخت آپارتمانی به جایز نبودن فسخ قرارداد جز با عذر شرعی نظر داده‌اند و دلیل آن لزوم قرارداد اجاره و نیز پافشاری اسلام بر انجام تعهد و بایستگی وفای به عهد عنوان شده است (زحیلی، بی‌تا، ۴، ۳۱۶۹).

۳/۱/۲ نقض بنیادین

با توجه به آنچه بیان شد، قاعده این است که نقض تعهد به طرف دیگر حق فسخ نمی‌دهد. با این حال، این‌گونه نیست که طرف قرارداد در هر حال پایبند به هرگونه پیمان‌شکنی باشد بلکه نقض آن تعهد به

صرف نقض تعهد یکی از دو طرف قرارداد، طرف دیگر امکان فسخ آن را بیابد زیرا اگرچه تعهدهای فرعی همچون لزوم سلامت کالا و خودداری از ورود زیان، مبنای پیدایش حق فسخ قرارداد شمرده شده، ولی اینکه تنها با عدم تعهد یکی از دو طرف قرارداد، تعهد دیگر قید خویش را از دست داده و طرف دیگر اختیار برهم‌زدن آن را بدست آورد، به دلیل نبود رابطه میان تعهدهای متقابل در فقه اسلامی ممکن نخواهد بود. افزون بر این، در فقه اسلامی به دلیل پافشاری بر لزوم قرارداد، راهکارهای گوناگونی برای الزام متعهد به انجام تعهد پیش‌بینی شده است که بکار بستن آن‌ها شانس برای امکان فسخ قرارداد در عرض الزام متعهد برجای نمی‌گذارد (نجفی، ۱۳۶۵، ۲۳، ۲۱۹).

در فقه اهل سنت بنا بر نظر برخی از فقها، در صورت کوتاهی متعهد از انجام تعهدات خویش، متعهدله در انتخاب روش مقابله با نقض قرارداد میان الزام و فسخ مخیر است (جزیری، بی‌تا، ۲، ۲۳۰). از این منظر، در مواردی همچون «خیار نقد»، آشکارا به انفساخ قرارداد در صورت پرداخت نشدن ثمن در مدت ویژه‌ای تصریح شده است. همچنین در برخی از قراردادهای با امکان فسخ با نقض قرارداد اشاره شده است همچنان که حنا بله در جایی که مرتهن تعهد خود را نقض می‌نماید، به چنین چیزی باور نموده‌اند.^۲ این دیدگاه دقیقاً مطابق با نظریه‌ی غیرمشهور در فقه امامیه است که معتقد به هم عرض بودن حق فسخ و الزام است (حلی، بی‌تا، ۱، ۴۹۰؛ موسوی‌خمینی، ۱۳۶۶، ۵، ۲۲۰). این دسته از اندیشمندان در برابر این برداشت که تأخر حق فسخ از حق الزام برخاسته از این امر است که با وجود الزام به اجرای تعهد، زیان متعهدله منتفی شده و

۱. نباشد، این شرط صحیح است که به این امر خیار نقد گفته می‌شود».

۲. وأجاز الحنا بله للراهن فسخ عقد الرهن إذا لم یقم الدائن المرتهن بتنفيذ التزامه (بهوتی‌حنبلی، ۱۴۱۴ق، ۲، ۱۸۷).

۱. در فقه حنفی آمده است که اگر دو طرف قرارداد توافق نموده باشند که ثمن در مدت مشخصی داده شود و این‌گونه نشود، عقد منفسخ می‌گردد. چنین امری در ماده‌ی ۳۱۳ مجله الاحکام العدلیّه نیز آمده است: «اگر بیعی انجام و شرط شود که خریدار در مدت مشخصی ثمن را بدهد و چنانچه ندهد، دیگر بیعی میان آن‌ها



را انجام ندهد، دست‌کم در قیاس با برابری ارزش عوضین، اگر نقض بنیادین‌تر نباشد، کم اهمیت‌تر نخواهد بود و از این روی، باید به طرف دیگر حق فسخ قرارداد را داد و به عکس در جایی که خریدار بخش بسیاری از بدهی خود را پرداخته است، حق فسخی به فروشنده اعطا نمود.

۳،۱،۳ تعذر الزام و احکام خاص

حقیقت آن است که با وجود تلاش‌های گوناگون دکترین حقوقی از جمله توجیحات بالا و دیگر برداشت‌ها همانند استناد به بنای طرفین بر اختیار متعهدله در گزینش میان فسخ یا اجبار متعهد و یا استناد به چالش‌های عملی عدم پذیرش این اختیار (صفایی و همکار، ۱۳۸۹، ۶۰-۵۴)، باید پذیرفت که در حقوق و فقه اسلامی، حق فسخ در برابر نقض تعهد یا برخاسته از قاعده‌ی تعذر الزام متعهد به انجام تعهد خویش است و یا ناشی از اوصاف اساسی انحصاری موضوع قرارداد (همچون عیب و غبن) و یا نشات گرفته از سنت حقوقی همچون خیار تاخیر ثمن.

۳،۲ شرایط فسخ

۳،۲،۱ درخواست از طرف غیرناقص

در حقوق مصر با وجود سکوت قانون، برخی از نویسندگان (سنهوری، ۱۳۷۵ق، ۲، ۵۸۱) گفته‌اند که خواستار فسخ نباید خود نیز ناقص تعهد باشد زیرا منصفانه نیست کسی که تعهد خویش را انجام نداده است، به دلیل انجام نشدن تعهد مقابل، درخواست فسخ آن را پیش کشد. قانون مدنی و دکترین حقوقی ایران در این زمینه چیزی دربر ندارند ولی نگرش به رویکرد دادگاه‌ها تردیدی در لزوم این امر برجای نخواهد گذاشت؛ همچنان که در دادنامه-ی نخستین به شماره‌ی ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۳۲۰۰۷۹۱ صادر شده از شعبه‌ی پنجم دادگاه عمومی حقوقی اسلام‌شهر آمده است: «در خصوص خواسته مطالبه‌ی خسارت قراردادی، نظر به مفاد قرارداد طرفین که حکایت از تعهدات متقابل طرفین دارد و اینکه در مطالبه‌ی خسارت قراردادی علاوه بر احراز

طرف دیگر اختیار فسخ قرارداد را می‌دهد البته در صورتی که بخش انجام نیافته، قید قرارداد بوده و یا عدم انجام تعهد به نحوی باشد که طرف دیگر را از حاصل اجرای آن محروم نماید. همچنان که شماری از نویسندگان حقوقی این تئوری را پذیرفته‌اند (صادقی‌نشاط، ۱۳۸۸، ۳۰۷)، این رویکرد هم در فقه امامی به عنوان سنت حقوقی ما و هم در قانون مدنی دیده می‌شود چه اینکه مشهور فقها و قانونگذار به صرف نقض تعهد، به طرف دیگر حق فسخ قرارداد را نبخشیده‌اند بلکه اختصاص گفتاری به خیارات و گفتگو از خیاراتی چون عیب و غبن، گویای نگرش فقه و قانون به جنبه‌های بنیادینی از قرارداد همچون سلامت کالا و یا برابری در ارزش عوضین است. تلاش برای برداشت حکمی به خلاف این، با استناد به مبحث شروط ضمن عقد در نوشتارهای فقهی و یا مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی با این مشکل روبروست که پیرو دیدگاه فقهی و قانونی، صرف نقض تعهد برای طرف دیگر حق فسخ پدید نخواهد آورد.

با این حال، مشکلی که این دیدگاه با آن روبروست، آن است که آیا از دید حقوق و فقه اسلامی ما، این مبنا تنها دربرگیرنده‌ی سلامت کالا (عیب)، برابری ارزش دو عوض (غبن)، رعایت حسن-تیت (تدلیس) و پاسداری از یکپارچگی قرارداد (تبعض صفقه) می‌شود و یا اینکه دیگر موارد همچون عدم انجام تعهد با وجود گذر زمان بسیار از سررسید و یا انجام ناقص تعهد را نیز دربرمی‌گیرد؟ به دیگر سخن، پرسش بنیادین این است که خیاراتی که با پیمان‌شکنی ارتباط دارند، جنبه‌ی حصری داشته و یا اینکه می‌توان از آن‌ها قاعده‌ای برداشت نمود؟ در پاسخ باید گفت که از یک طرف، تردیدی نیست که صرف انجام ندادن تعهد را نمی‌توان به معنای نقض بنیادین بدانیم، آن‌گونه که در تئوری رویارویی تعهدات از آن گفتگو می‌شود و از طرف دیگر، مرز میان بنیادین بودن یا نبودن تعهد نقض شده نیز روشن نیست. برای نمونه، اگر متعهد بخش قابل توجهی از تعهد خویش برای ساخت آپارتمانی

بوده و اوست که باید میان انجام تعهد و چشم‌پوشی از آن یکی را برگزیند». به هر روی، قانونگذار مصری بسته به مورد به دادرسی اختیار اعطای شانس دوباره برای انجام تعهد را داده است و حقوقدانان نامور این کشور (سنهوری، ۱۳۷۵ق، ۲، ۵۸۱) بر این باورند که اگر دادگاه عمد یا کوتاهی متعهد را در عدم انجام تعهد احراز کند، بدون اعطای چنین مهلتی حکم به فسخ خواهد داد. سرانجام در گام پایانی، حکم دادگاه، قرارداد را نه از هنگام صدور بلکه از هنگام پیدایش برهم‌زده یعنی اثر قهری خواهد داشت.

در حقوق ایران، با چشم‌پوشی از مسئله‌ی وجود یا نبود حق فسخ به دلیل عدم انجام تعهد جز در مواردی که از سوی طرفین و یا قانون تصریح شده است، لزومی برای ارائه اخطار و یا هشدار به ناقض تعهد جهت بهره‌مندی از حقوق وجود ندارد. البته این امر را نباید با مفهوم «مطالبه یا درخواست انجام تعهد به طور کلی» یکی دانست یعنی مفهوم هشدار و مطالبه همیشه همپوشانی ندارد چرا که در فرض حال بودن یا وجود سررسید مشخص برای انجام تعهد، فرض این است که بستانکار پیشاپیش انجام تعهد را بی‌درنگ و یا در سررسید درخواست نموده در حالی که در حقوق مصر، حتی در این موارد نیز ارائه‌ی هشدار الزامی است. در زمینه‌ی حق فسخ نیز اجرای چنین حقی نیازی به نقش‌آفرینی دادگاه ندارد. فسخ نیز پس از پیدایش تنها در آینده کارساز خواهد بود؛ به دیگر سخن، اصولاً اثر فسخ نسبت به آینده است. در فقه اسلامی، ابوحنیفه با استناد به احتمال رفتن زیان به طرف ناآگاه از فسخ اعمال‌شده به لزوم آگاهی وی درباره شرط خیار نظر داده است (ابن‌قدمه، ۱۳۸۸ق، ۳، ۵۰۳) ولی در هر حال این امر پیوندی با لزوم ارائه هشدار برای انجام تعهد نخواهد داشت.

۴ نتیجه‌گیری

در فقه اسلامی و حقوق ایران به دلیل پافشاری شارع مقدس و قانونگذار حکیم بر وفای به تعهدات، چنانچه قرارداد درست و لازم باشد، انجام آن بایسته

تخلّف خوانده، انجام تعهدات متقابل از جانب مدعی نیز باید احراز گردد که خواهان دلیلی بر انجام تعهدات قراردادی متقابل ارائه ننموده است، لذا دعوی خواهان را غیر ثابت تشخیص مستنداً به مواد ۱۹۷-۱۹۴ قانون مذکور حکم بر بی‌حقی خواهان صادر و اعلام می‌نماید» و یا در دادنامه‌ی شماره‌ی ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۴۴۰۰۹۶۶ صادر شده از شعبه‌ی ۱۲۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران بیان شده است: «نسبت به وجه التزام قراردادی، نظر به اینکه تعهدات قراردادی متعاملین در مقابل یکدیگر بوده و متعهدله در صورتی استحقاق دریافت وجه‌التزام آن را دارد که خود در مهلت‌های مقرر به اجرای تعهدات متقابل آن اقدام نموده باشد و الاً موجبی برای محکومیت متعهد به پرداخت وجه‌التزام فراهم نیست. لذا به استناد ماده‌ی ۲۳۰ قانون مدنی حکم به بیحقی خواهان صادر و اعلام می‌دارد».

گفتنی است چون در فقه اسلامی، وجود حق فسخ در فرض انجام نشدن تعهد مورد تردید است، در نوشته‌های فقها چیزی درباره‌ی انحصار فسخ برای غیرناقص دیده نمی‌شود.

۳،۲،۲ ارائه‌ی هشدار به متعهد برای انجام تعهد

در حقوق مصر، مگر در صورت بودن شرط مخالف، خواستار فسخ در نخستین گام باید به طرف دیگر هشدار برای انجام تعهد بفرستد (مواد ۱۵۷ و ۲۱۸ قانون مدنی). در گام دوم، فسخ وابسته به صدور حکم دادگاه است. همچنین به نظر برخی از حقوقدانان نامور این کشور (سنهوری، ۱۳۷۵ق، ۲، ۵۹۱)، چون همواره انجام تعهد برای متعهدله ارزشمندتر از فسخ آن است، فسخ قرارداد جز با خواست وی پدیدار نخواهد گشت. پس، وی آزاد است که میان فسخ قرارداد یا انجام تعهد یکی را برگزیند. همچنان که در رای‌ی آمده است «اینکه با صرف نپرداختن اجاره بها از طرف مستاجر، قرارداد به خودی خود فسخ شود، همچون این است که قرارداد به صورت قانونی و قهری با پرداخت نشدن کرایه فسخ شود در حالی که فسخ قرارداد حق موجر



استثنایی است. در برابر در حقوق مصر، الزام متعهد به اجرای عین تعهد قراردادی در کنار فسخ یا خسارت، امکان‌پذیر است.

در حقوق مصر در راستای سزاواری نسبت به خسارت، ارائه‌ی هشدار، ورود زیان و رابطه سببیت میان زیان و نقض تعهد، الزامی است و پیرو قانون مدنی این کشور، صرف انجام نیافتن تعهد به مانند تقصیر است. این شرایط در حقوق ما نیز هست با این تفاوت که به جز در مورد زیان دیرپرداخت، از مقررات، الزامی برای ارائه هشدار انجام تعهد به متعهد برداشت نمی‌شود. همچنین در حقوق مصر، فسخ قرارداد به دنبال نقض تعهد نیازمند ارائه‌ی هشدار انجام تعهد به ناقض و برپایی دعوا در دادگاه دارد در حالی که به عنوان قاعده، در حقوق ما و فقه اسلامی چنین ضرورتی دیده نمی‌شود.

است. بنابراین اگر یکی از آنان آزادانه به تعهد خویش عمل نکند به انجام آن الزام خواهد شد. چنین رویکردی در فقه اسلامی و حقوق ایران سبب شده است که بر روی شیوه‌های انجام عین تعهد تمرکز شود. بدین‌سان و به‌ویژه در فقه اسلامی کوشش بر این است که با بهره‌گیری از ابزارهای گوناگون، خواه از اقدام مستقیم اجرایی تا زندانی کردن متعهد، تعهد به انجام رسد. از اینجا به خوبی بر می‌آید که تا انجام عین تعهد ممکن باشد، نوبت به پیدایش حق خسارت در برابر عدم انجام تعهد و یا فسخ قرارداد نمی‌رسد. از این روی، باید از این دیدگاه دست شست که صرف نقض تعهد، موجب حق فسخ برای طرف دیگر می‌شود. همچنین، لزوم اساسی یا بنیادین بودن نقضی که پدیدآورنده‌ی چنین حقی است، نیز با ابهاماتی روبروست. در نتیجه، تئوری پذیرفتنی، نظریه‌ی حق فسخ برخاسته از تعدد در الزام متعهد همراه با احکام خاص و

References

- Al-Fatwa Al-Islamiya Network (2018), **Al-Shabka Al-Islamia fatwa**, Qatar: Al-Shabka Al-Islamiya Fatwa Center.
- Amkhan, A. (1994) "The Effect of Change in Circumstances in Arab Contract Law", **Arab Law Quarterly**, Vol.9, No.3, 258-275, 1994.
- Amkhan, A. (1995) "Termination for Breach in Arab Contract Law", **Arab Law Quarterly**, Vol. 10, No.1: 17-30.
- Ansari, M. (1999), **Al-Makaseb**, Vol.6, Qom: Al-Fikr Islamic Group.
- Bariklou, A.R. (2012), **Civil Liability**, Tehran: Mizan Publishing Co. (In Persian)
- Bekir, S. (1989) "Al-Ta'vidh in Islamic Jurisprudence", **Al-Azhar Journal**, Vol. Al-Ashron, No. 7.
- Gurji, A. (1993), **Legal Articles**, Vol.1, Tehran: University of Tehran Publishing Co. (In Persian)
- Hali, H.Y, **Tazkira al-Foqaha**, Vol.1, Mashhad: Al-Mortazawieh School.
- Hosseini-Aamili, M.J. (1997), **Miftah Al-Karamah**, Vol.2, Beirut: Dar Al- Ihya Al-Tarath Al-Arabi.
- Ibn Qudama, M.D. (1968), **Al-Mughni**, Vol.3, Egypt: Al-Muqabah Al-Cairo.
- Imami, S.H. (1991), **Civil Law**, Vol.1, Tehran: Islamiya Bookstore. (In Persian)
- Jafari-Langroudi, M.J. (1999), **Expanded in Legal Terminology**, Vol.5, Tehran: Ganj-e- Danesh Publishing Co. (In Persian)
- Jaziri, A, **Jurisprudence on Four Religions**, Vol.2, Beirut: Dar al-Fikr.
- Kasani, A. (1982), **Bada'i al-Sana'i in Tartib al-Shari'a**, Beirut: Dar al-Kitab al-Arabi.
- Katouzian, N. (1997), **General Rules of Contracts: Performance of Contract**, Vol.4, Tehran: Enteshar Co. (In Persian)
- Katouzian, N. (1999), **Tort**, Tehran: University of Tehran Publishing Co. (In Persian)
- Katouzian, N. (2009), **General Rules of Contracts: Effects of Contract**, Vol.3, Tehran: Enteshar Co. (In Persian)
- Katouzian, N. (2013), **General Rules of Contracts: Termination of Contracts**, Vol.5, Tehran: Enteshar Co. (In Persian)
- Khatib-Sharbini-, M.H. (1957), **Mughni Al-Muthaghat**, Egypt: Mustafa Al-Babi Al-Halabi.
- Khoei, A. (1987), **Misbah al-Faqaha**, Vol.7, Najaf: Hajiani.
- Khoei, A.Q. (1989), **Minhaj-al-Salehin**, Qom: Medina-al-Alam.
- Mamqani, M.H.A, **Ghayat al-Amal fi Sharh al-Makasab and al-Bay'e**, Vol.3, Qom: Al-Zakhair al-Salamiyyah.
- Mohagheq Damad, S.M. (2008), **General Theory of Terms and Obligations in Islamic Law**, Tehran: Islamic Sciences Publishing Center. (In Persian)
- Mohammadhabib, A.j. (2004), **Specific Performance for Contractual Obligations**, Beirut: Dar al-Fikr al-Jamaei.



- Mousavi Khomeini, R. (1987), **Kitab Al-Bai'e**, Vol. 5, Qom: Ismailian Publishing.
- Najafi, M.H. (1945), **Javahir Al-Kalam**, Vol.23, Tehran: Al-Kotob Al-Islamiyeh Center. (In Persian)
- Naraghi, A. (1996), **Awaid Al-Ayyam**, Qom: Islamic Publishing Center. (In Persian)
- Sadeghi Nishat, A. (2009) Termination of Contracts with Possibility of Enforcement in Iranian law", **Private Law Studies Quarterly**, Vol.39, No.4: 297-314. (In Persian)
- Safaei, S.H. and Olfat, N. (2010) "Specific Performance and its Priority over Avoidance", **Two Quarterly Journal of Comparative Law**, No.2: 43-62. (In Persian)
- Sanhoury, A.R. (1955), **al-Wasit fi Sharh al-Qanun al-Madani al-Jadeed**, Beirut: Dar al-Ahiya al-Tarath al-Arabi.
- Sanhoury, A.R. (1952), **Al-Wasit fi Sharh al-Qunun al-Madani al-Jadeed**, Vol.1, Beirut: Dar al-Ahiya al-Tarath al-Arabi.
- Sanhoury, A.R. (1958), **Sources of Truth in Islamic Jurisprudence**, Vol. 6, Beirut: Dar al-Ahiya al-Tarath al-Arabi.
- Shahid Thani, Z. (1999), **Al-Rawza al-Bahiyyah fi Sharh al-Luma'ah al-Damashqiyya**, Beirut: Dar al-Ahiya al-Tratah al-Arabi.
- Shahidi, M. (2008), **Discharge of Obligations**, Tehran: Majd Publication Co. (In Persian)
- Shalgani, A.F. (1970) "The Provisions of Damages on the Breach of Contract in England and American Law and the Corresponding Rules in Egyptian Law", **Al-Hukumiyyah Administration Journal**, No. 3.
- Taskhiri, M.A. (2003) "Penalty Clause in Banking without Usury", **Ahl al-Bayt Fiqh Quarterly**, Year 9, No.35.
- Zaheili, W, **Al-Fiqh Al-Islami and Adlata**, Vol.4, Damascus: Dar al-Fikr.

Original Article

Regulatoryism of Voluntary and Involuntary Withdrawal in the Attempt of Crime in the Light of American Law

Reza Nikkhah¹ , Seyyed Hesam Seyyed Esfahani² , Mohammad Hasan Javadi³ , Hamid Alizadeh^{*4} 

¹ Assistant Professor, Department of Islamic Jurisprudence, Faculty of Literature and Human Sciences, Urmia University, Urmia, Iran.

² Assistant Professor, Department of Law, University of Moncton, Moncton, Canada.

³ Assistant Professor, Department of Islamic Jurisprudence, Faculty of Literature and Human Sciences, Urmia University, Urmia, Iran.

⁴ PhD student, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Urmia University, Urmia, Iran.



[20.1001.1.24237566.1402.7.1.7.1](https://doi.org/10.1001.1.24237566.1402.7.1.7.1)



[10.22080/LPS.2022.24234.1386](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.24234.1386)

Received:

September 1, 2022

Accepted:

November 9, 2022

Available online:

December 15, 2022

Keywords:

Attempt of crime,

Withdrawal,

Voluntary,

Involuntary,

Suspension of

intent,

Regulatoryism

Abstract

Measuring the will of the perpetrator at the time of withdrawing from committing a crime in proportion to whether it is voluntary or involuntary is one of the most important topics of attempt of crime since the main core of renunciation is the spiritual element, which cannot be easily understood. Therefore, it is necessary to make a fine distinction between voluntary and involuntary withdrawal by codification. Finally, in this article, by using the descriptive-analytical and library method, it was found that there are two types of withdrawal criteria for the existence of conditions beyond the perpetrator's will. The first category is human obstacles, which are either third parties or victims, and the second category is non-human obstacles, which are either indirect obstacles or direct obstacles related to crime. In the first type, withdrawal is involuntary, and in the second type, indirect obstacles are voluntary withdrawal, and in direct obstacles, involuntary withdrawal. The American Criminal Law has regulated voluntary withdrawal by adding the phrase "full intent to withdraw" and specifying conditions such as the presence of a third party, the severity of the crime or the victim's resistance, or changing the criminal purpose of voluntary withdrawal. In contrast, Iran's approach is only accepting the principle of withdrawal without stating the rules. Therefore, it seems that the American approach in expressing the rules is considered more efficient. However, the attention of the two criminal systems to the development of the circle of renunciation to prevent the crime or sometimes the irreparable damages of the total crime and to encourage the criminals to avoid committing the crime seems to be considered.

***Corresponding Author:** Hamid Alizadeh

Address: PhD student, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Urmia University, Urmia, Iran.

Email: Ha.alizadeh@urmia.ac.ir



Extended Abstract

1. Introduction

The legal systems of Iran and the United States have basically adopted a single approach to accept withdrawal while adopting different approaches when faced with it since the core of these differences is in the scope of exclusion. In fact, the lack of precise rules in determining the boundary between the voluntary and involuntary withdrawal has made this issue challenging. In other words, by adopting a criterion, we ensure that the definite intention of the perpetrator is suspended at any moment due to factors outside of his will, or that he desists from continuing the crime by his own will. A person's firm will to commit a crime or refrain from it cannot be leveled and punished because it is an internal and sensual act. Therefore, this important thing should be sought in the obstacles outside of the person's will. Accordingly, in this article, to measure the domestic law in a comparative manner with the United States, we will address these questions: "What are the factors outside of the will of the perpetrator? Which country has adopted more efficient rules? Should every obstacle be considered involuntary withdrawal? Which country has adopted a more efficient approach in the face of leaving crime at will?" In the following, we will address these questions using a comparative approach.

2. Methods

This research uses a descriptive-analytical method and a comparative approach to analyze the data obtained from the library study.

3. Findings

In American Criminal Law, a more effective approach is adopted to criminal

renunciation due to the expression of rules such as the presence of a third party, the difficulty in committing a crime, the risk of detection and arrest, and the use of the term full intent.

4. Conclusion

Renunciation of the crime, continuing the crime, or leaving the crime at will is accepted in the two criminal systems of Iran and the United States. Nevertheless, despite the existence of a single approach in the principle of acceptance of renunciation, the two criminal systems of Iran and the U. S. have adopted different approaches to it. In the Criminal Law of Iran, the legislator, without stating any rules in Article 124 of the Islamic Penal Code approved in 2012, simply points out that abandoning a crime voluntarily is not a cause for prosecution, unless it is the predestined act of committing a crime, which is sentenced to the same punishment. However, in American Criminal Law, the legislator expresses the rules in paragraph 4 of Article 5-01 of the Model Penal Code in such a way that the presence of a third party, the difficulty of committing a crime, the risk of detection or arrest, and the change in the criminal purpose do not indicate the complete intention of criminal withdrawal. In addition, in American jurisprudence, the special circumstances of the victim, such as the threat of the criminal or pregnancy in the crime of trespassing, are considered as involuntary obstacles in renunciation of the crime. It seems that the American approach is more effective in stating the rules. Nevertheless, accepting the dangerous state of the perpetrator as the basis for withdrawal causes the circle of voluntary withdrawal to be limited. In contrast, in the Iranian Law, it seems that the basis of acceptance of withdrawal is paying attention to the delicate function of



utilitarianism and preventing irreparable damages.

Funding

There is no funding support.

Authors' contribution

Authors contributed equally to the conceptualization and writing of the article. All of the authors approved the

content of the manuscript and agreed on all aspects of the work.

Conflict of interest

Authors declared no conflict of interest.

Acknowledgments

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

ضابطه انگاری انصراف ارادی و غیرارادی در شروع به جرم در پرتو حقوق آمریکا

رضا نیکخواه سرنقی^۱ ID، سید حسام الدین سید اصفهانی^۲ ID، محمد حسن جوادی^۳ ID، حمید علیزاده^۴ * ID

^۱ استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه ارومیه، ارومیه، ایران.

^۲ استادیار، گروه حقوق، دانشگاه مونکتون، مونکتون، کانادا.

^۳ استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه ارومیه، ارومیه، ایران.

^۴ دانشجوی مقطع دکتری، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه ارومیه، ارومیه، ایران.



[20.1001.1.24237566.1402.7.1.7.1](https://doi.org/10.1001.1.24237566.1402.7.1.7.1)



[10.22080/LPS.2022.24234.1386](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.24234.1386)

چکیده

سنجش اراده مرتکب در زمان انصراف از شروع به جرم در تقارن با ارادی یا غیر ارادی بودن آن از کلیدی‌ترین مباحث شروع به جرم است. زیرا، هسته اصلی انصراف رکن معنوی است که سنجش آن به آسانی قابل درک نیست. پس می‌بایست با ضابطه‌انگاری تفکیک‌ظرفی بین انصراف ارادی و غیر ارادی انجام داد. النهایه، در این نوشتار با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی و کتابخانه‌ای چنین نتایج حاصل شده است که ضابطه تشخیص انصراف وجود شرایط خارج از اراده مرتکب است که دو گونه هستند. دسته اول موانع انسانی که یا شخص ثالث است یا بزه‌دیده و دسته دوم موانع غیر انسانی که یا موانع غیر مستقیم است یا موانع مستقیم مربوط به جرم. در گونه اول انصراف غیرارادی است و در گونه دوم موانع غیر مستقیم انصراف ارادی و در موانع مستقیم انصراف غیر ارادی است. حقوق کیفری آمریکا با افزودن عبارت «قصد انصراف کامل» و بیان ضوابطی مانند حضور شخص ثالث، دشواری جرم یا مقاومت بزه‌دیده و یا تغییر هدف مجرمانه انصراف ارادی را ضابطه مند کرده است. در مقابل رویکرد ایران تنها پذیرش اصل انصراف بدون بیان ضابطه‌ها است. بنابراین، به نظر می‌رسد، رویکرد آمریکا در بیان ضابطه‌ها کارآمدتر تلقی شود. لیکن توجه دو نظام کیفری به توسعه دایره انصراف از جهت جلوگیری از جرم یا گاه صدمات غیر قابل جبران جرم تام و ترغیب بزهکاران به چشم‌پوشی از ارتکاب جرم، قابل تامل به نظر می‌رسد.

تاریخ دریافت:

۱۰ شهریور ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۱۸ آبان ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۲۴ آذر ۱۴۰۱

کلیدواژه‌ها:

شروع به جرم، انصراف، ارادی، غیر ارادی، تعلیق قصد، ضابطه انگاری

* نویسنده مسئول: حمید علیزاده

آدرس: دانشجوی مقطع دکتری، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، ایمیل: Ha.alizadeh@urmia.ac.ir

دانشکده حقوق، دانشگاه ارومیه، ارومیه، ایران.

۲ مبنای پذیرش انصراف ارادی

برخی کشورها مانند انگلیس انصراف از وقوع جرم را نپذیرفته اند، اما برخی دیگر کشور های مانند ایران^۱، آلمان (Bohlander, 2009: 138)، آمریکا^۲ آن را به صراحت پذیرفته‌اند. البته توسعه دایره شروع به جرم نیز خلاف مبانی و اصول حقوق کیفری است (قیاسی و سلیمی، ۱۳۹۵: ۱۲۶). چرا آنکه برخی کشورها تنها در جرایم مهم، شروع به جرم را قابل مجازات می‌دانند (فرهودی‌نیا، ۱۳۸۸: ۹۱). در واقع پذیرش محدود شروع به جرم (مانند رویکرد ایران که در همه جرایم شروع به جرم را نپذیرفته است) و توجه به دایره انصراف در واقع در مبنای پذیرش آن حایز اهمیت است. زیرا، مبنای پذیرش این امکان را به ما می‌دهد که به چه نحوی دایره شمول انصراف را تعیین و تفسیر کنیم. به نظر می‌رسد، در حقوق کیفری ایران با توجه پذیرش محدود شروع به جرم و عدم تعیین ضابطه‌های محدود کننده در پذیرش انصراف مبنای پذیرش مبتنی بر منفعت‌گرایی باشد. از این رو، این نظریه قابل دفاع است که به اشخاصی که از وقوع جرم منصرف می‌شوند، دلیل قاطعی برای انصراف از جرم یا عدم ادامه جرم بدهیم. به دیگر سخن، جلوگیری از ادامه جرم با پذیرش انصراف ارادی و دادن یک امتیاز خاص به مرتکب برای جلوگیری از جرمی که گاه صدمات آن غیر قابل جبران است. پس در مقام شک می‌بایست تفسیر به نفع متهم کرد و توقف اعمال اجرایی را انصراف ارادی تلقی کرد (اردبیلی، ۱۴۰۰: ۱۵۸). در حقوق کیفری آمریکا با توجه به عبارت «قصد انصراف کامل» حاکی از رویکرد نگاه حالت خطرناک به مرتکب است که این امر موجب می‌شود، دایره انصراف ارادی محدود گردد. کسانی که با میل خود از قصد مجرمانه در حال انجام صرف نظر می‌کنند، افراد خطرناکی نیستند، آنها احتمالاً در وهله اول حتی تمایلی به ارتکاب جرم نداشتند. بعلاوه آنچه که مهم است جلوگیری از آسیبی که جنایت کامل

۱ مقدمه

زمانی که شروع به ارتکاب جرمی شد و قصد شخص به واسطه اراده خارج از او معلق شد، شروع به جرم محقق است. اما، اگر شخصی به اراده خود جرم را ترک نماید، شروع به جرم فاقد وصف کیفری است. بنابراین، یکی از چالش‌های شروع به جرم در مسئله انصراف ارادی و غیر ارادی نهفته است. با وجود اینکه دو نظام حقوقی ایران و آمریکا در اصل پذیرش انصراف رویکرد واحدی اتخاذ نموده‌اند، اما در مواجهه با آن رویکرد های مختلفی اتخاذ نمودند. زیرا، هسته اصلی این اختلافات در دامنه شمول انصراف است. در واقع عدم بیان ضابطه های دقیق در تعیین مرز بین انصراف ارادی و غیر ارادی موجب شده این مسئله چالش برانگیز باشد. به دیگر سخن، با اتخاذ چه ضوابطی اطمینان حاصل کنیم که قصد قطعی مرتکب هر لحظه بر اثر عوامل خارج از اراده او معلق یا با اراده خود از ادامه جرم منصرف می‌شود. اراده جازم و قطعی شخص به ارتکاب جرم یا انصراف از آن به این دلیل که یک عمل درونی و نفسانی است، قابل ترازش و مجازات نیست (مصدق، ۱۴۰۰: ۲۹/ اردبیلی، ۱۴۰۰: ۱۴۸ / Chawla, 2006: 35). پس می‌بایست این مهم را در موانع خارج از اراده شخص جستجو کرد. بنابراین، در این نوشتار برای سنجش حقوق داخلی به نحو تطبیقی با کشور آمریکا به این سوالات می‌پردازیم که عوامل خارج از اراده مرتکب کدام‌اند؟ کدام کشور ضوابط کارآمدتری اتخاذ نموده‌اند؟ آیا هر مانعی را باید داخل در انصراف غیر ارادی تلقی کرد؟ کدام کشور در مواجهه با ترک جرم به میل خود، رویکرد کارآمدتری را اتخاذ نموده است؟ از این رو، در ادامه با رویکرد تطبیقی به این سوالات می‌پردازیم.

^۲ -Model Penal Code 5.01 (4).

^۱ - ماده ۱۲۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.



عرف نیز حضور پلیس را مانع تلقی می‌کند. برخی شنیدن صدای آژیر نیروهای انتظامی توسط شخص و انصراف او را ارادی تلقی کرده‌اند (الهام و برهانی، ۱۴۰۱: ۲۴۷). برخلاف این نظر در آمریکا صدای شنیدن آژیر پلیس انصراف از جرم غیر ارادی است^۱ (Hoebert, 1986:404-405). البته، برخی در تفسیر انصراف، صرف صدای یک شخص یا رویت سایه چیزی در زمان شروع به عملیات اجرایی را موجب انصراف غیر ارادی تلقی می‌نمایند (شریفی، ۱۴۰۰: ۴۰). برخی دیگر اساساً انصراف را بحثی موضوعی دانسته و به عهده قاضی واگذار نموده‌اند (شمس‌ناتری و همکاران، ۱۳۹۸: ۲۶۴). به نظر می‌رسد، در جایی که شخص ثالث از ارتکاب جرم جلوگیری می‌کند، می‌بایست داخل در عنوان مانع قلمداد شود. خود بزه دیده نیز جزء موانع خارج از اراده محسوب می‌شود. به عنوان مثال شخصی به قصد تجاوز وارد خانه دیگری می‌شود و در زمان به آغوش کشیدن فرد، بزه‌دیده او را هل می‌دهد یا او را می‌زند در این حالت قصد مرتکب معلق و شروع به جرم محقق است. اما اگر از قبل توسل به عملیات اجرایی به دلیل قدرت بدنی بزه‌دیده، از جرم منصرف شود، انصراف او ارادی است. در قضیه لو بارون علیه دولت^۲ دادگاه دفاعیات دیوید لو بارون مبنی بر اینکه او داوطلبانه از طرح خود تجاوز به جودین راندن صرف نظر کرده بود، رد کرد (Samaha, 2014: 277). این نظر قابل دفاع نیست. زیرا، محور استدلال متهم، مبنی بر اینکه شواهد کافی برای محکوم کردن او به جرم اقدام به تجاوز جنسی کافی نیست، دو جنبه دارد: اول، متهم قبل از اینکه فرصتی برای ایجاد قصد داشته باشد از تلاش خود برای برقراری رابطه جنسی با شاکی خودداری کرد که چنین آمیزشی را به زور و برخلاف میل او انجام دهد. و ثانیاً، عاملی که باعث شده است از منصرف شدن وی منصرف شود، یعنی حاملگی شاکی، ذاتی بوده و «عامل خارجی» به معنای ثانویه نیست (Samaha, 2014: 278). اما به نظر می‌رسد،

شده به قربانیان وارد می‌کند. این دفاع مجرمان بالقوه را تشویق می‌کند تا با وعده فرار از مجازات، از طرح‌های مجرمانه خود دست بکشند. البته، مخالفان می‌گویند پذیرش انصراف ارادی افراد بد را تشویق می‌کند تا اولین گام‌ها را برای ارتکاب جنایت بردارند. زیرا می‌دانند که می‌توانند از مجازات بگریزند (Moriarity 1989: 1). برخی بیان داشته‌اند که دلایل پذیرش انصراف ارادی بر عدم پذیرش آن برتری دارد (LaFave, 2003: 608).

۳ انصراف غیر ارادی

انصراف در لغت به معنای ترک کردن رفتاری به میل خود است (دهخدا، ۱۳۷۷: ۴۳۲). و منظور انصراف غیر ارادی وجود مانع است. مانع نیز در لغت نیز به معنای جلوگیری، بازدارنده، دافع و مزاحمت است (دهخدا، ۱۳۷۷: ۸۷۰). آنچه از معنای لغوی متبادر می‌شود این است که در عمل رفتاری یا صرف حضور آن به نحوی باشد که عنوان مانع بر آن صادق باشد، به همین دلیل رجوع به عرف می‌تواند راهگشا باشد. زیرا، عرف هر چیزی را مانع حساب نمی‌کند. لیکن منظور مقنن از مانع شدن چیست؟ آیا منظور این است که شخص ثالث است یا هر مانع مادی؟ آیا صرف حضورش کافی است یا اینکه می‌بایست با انجام عملی مانع ارتکاب جرم شود. با توجه به کارکرد موانع خارجی، این موانع خارج از دو عنوان نیست. موانع خارج از انسان است یا غیر انسان که به شرایط جرم یا مقدمات آن مرتبط است. دسته اول یا مانع شخص ثالث است مانند پلیس یا یک رهگذر و یا خود بزه‌دیده است. به نظر می‌رسد، منظور مقنن، مانع شدن او برای ارتکاب جرم است، پس صرف حضور شخص ثالث مانع خارج از اراده فرد محسوب نمی‌شود. زیرا، شخصی که مصمم به ارتکاب جرم است، در حضور دیگری نیز مرتکب جرم می‌شود. پس، صرف حضور شخص مانع تلقی نمی‌شود، مگر در جایی که شخص پلیس باشد، زیرا، وظیفه اصلی پلیس دستگیری مرتکبان است. و

² -Le Barron v. State (1966).

¹ -State v. Hansen 1971.

موجب می‌شود که فردی خطرناک از مسئولیت کیفری رهایی پیدا نماید (Stocksdale, 1987: 388). شرایط جرم نیز ممکن است یا به دلیل دشواری یا شرایط سخت خود موضوع جرم باشد. چه در حقوق کیفری آمریکا یا ایران مشکل فیزیکی یا شرایط دشوار جرم ترک ارادی محسوب نمی‌شود. لیکن به نظر می‌رسد زمانی که ارتکاب جرم به دلیل پایین بودن ارزش مال ارتكابی یا وجود یک عنصر نامطلوب در موضوع جرم، شروع به جرم محقق نشود. در حقوق کیفری آمریکا با توجه به عبارت ترک کامل جرم، انصراف غیر ارادی است. لیکن در حقوق ایران با توجه به عدم ضابطه‌ای که دایره انصراف را محدود کند، این انصراف ارادی تلقی گردد.

در بند ۴ ماده ۵۰۱-۵ قانون جزای نمونه ترک به میل خود می‌بایست با قصد انصراف کامل از هدف مجرمانه باشد. در ایالت میشیگان نیز به همین نحو انصراف از ادامه جرم پذیرفته شده است اما، می‌بایست این انصراف ترک ارادی کامل از جرم باشد. از این رو، شرایطی که احتمالاً کشف یا دستگیری متهم یا یکی دیگر از شرکت کنندگان در عملیات مجرمانه را افزایش می‌دهد و یا انجام جرم را دشوارتر می‌کند. یا تصمیم برای به تعویق انداختن رفتار مجرمانه به زمان دیگری یا جایگزینی قربانی دیگری یا هدف دیگری اما مشابه نشان از قصد انصراف کامل نیست^۲ (Samaha, 2014: 276). در ایالت ویسکونسنین ترک جرم به میل خود در صورت مداخله شخص ثالث یا سایر عوامل خارجی پذیرفته شده نیست (فلچر، ۱۳۹۵: ۳۱۱).

سوال اساسی دیگری که قابل طرح است این است که زمان انصراف ارادی چه زمانی است؟ منظور این است تا کدام مرحله انصراف، انصراف ارادی است؟ پاسخ به سوال توجه به عملیات اجرایی است که در بالا بیان شد. در واقع گستره انصراف ارادی از توسل به عملیات اجرای یعنی مرحل اول آغاز و تا قبل ارتکاب جرم تام است. زیرا، مقنن بیان داشته

زیرا، زمانی که قصد تجاوز داشت راندن به لو بارون گفت که وی حامله است به همین دلیل لو بارون از تجاوز دست کشید، این انصراف ناشی از شرایط جرم بود. به دیگر سخن قصد جازم و توسل به عملیات اجرایی جرم دیگر ترک به میل خود را بی معنا می‌کند و یک عامل خارج از اراده فرد محسوب می‌شود. مواردی که شخص بزه‌دیده او را با حرف یا تهدید از ادامه جرم منصرف کند آیا انصراف غیر ارادی قلمداد می‌شود؟ دادگاه های آمریکا تمامی این موارد را شروع به جرم تلقی می‌نمایند^۱. دیوان عالی آلمان این انصراف را ارادی می‌داند (به نقل از: فلچر، ۱۳۹۵: ۳۱۱). این نظر قابل دفاع است. زیرا، مرتکب قدرت اختیار تصمیم‌گیری را در دست دارد و اگر مصمم به ارتکاب جرم بود آن را انجام می‌داد.

دسته دوم از موانع خارج از اراده مرتکب موانعی است که یا به به نحو مستقیم به شرایط جرم برمی‌گردند. یا به نحو غیر مستقیم. این موانع می‌بایست به نحوی باشد که قدرت اختیار تصمیم‌گیری را از مرتکب بگیرد. در واقع عوامل قهری خارج از اراده مرتکب هر جا حضور داشته باشند، مانع تحقق قصد و غیر ارادی محسوب می‌شوند و عرف نیز آن را غیر ارادی می‌داند. مگر، قبل از توسل به عملیات اجرایی. بدین معنا زمانی که فرد به قصد سرقت از یک ساختمان به آنجا می‌رود، اما با دوربین‌های مداربسته مواجه می‌شود، و از ادامه جرم منصرف شود، این انصراف ارادی است. زیرا، مرتکب هنوز قدرت تصمیم‌گیری دارد. موانع غیر مستقیم نیز هر جا حضور داشته باشند مانند تهیه مقدمات، انصراف ارادی است. زیرا، خود این اعمال جرم تلقی نمی‌شوند. اما، هرگاه قصد مجرمانه و اعمال مادی او با شکست روبه رو شود (مانند اینکه مرتکب برای سرقت تلاش نماید، ولی قفل گاوصندوق شکسته نشود)، این انصراف غیر ارادی است (Bohlander, 2009: 149). در واقع، عدم پذیرش انصراف در زمانی که شخص متوسل به عملیات اجرایی شده است،

² -People v. Kimball (1981).

¹ -see, e.g., People v. crary 1968. // People v. staples 1970. // People v. graham 1916.



نمونه زمانی که فرد بر اثر صرف حضور دیگری جرم را به زمانی دیگر موکول می‌نماید، انصراف همچنان ارادی است. اما مطابق با قانون جزای نمونه این انصراف ارادی محسوب نمی‌شود. بعلاوه زمانی که فرد هدف خود را به جرمی دیگر، یا بزه‌دیده دیگر تغییر می‌دهد، مطابق قانون جزای نمونه انصراف غیرارادی است (بند ۴ ماده ۵۰۱-۵۰۱ قانون جزای نمونه). زیرا، قصد انصراف کامل محسوب نمی‌شود. لکن بر طبق قسمت دوم ماده ۱۲۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ایران اگر همان مقدار جرم باشد، مجازات همان بر مرتکب بار می‌شود. پس صرف حضور فرد مانع حساب نمی‌شود. پس اگر شخص ثالثی به مرتکب زشتی عمل را گوش زد نماید، این عامل انصراف ارادی است (اردبیلی، ۱۴۰۰: ۱۴۸). انصراف می‌بایست واقعاً داوطلبانه باشد نه تحت فشار یا در نتیجه مقاومت قربانی (Ohlin, 2016: 396). بنابراین، انصراف ارادی به میل و رضای شخص است در جای که شخص هنوز قدرت تصمیم‌گیری دارد. بعلاوه ترک به میل خود می‌تواند دلایل متعددی داشته باشد. مانند ترس از مجازات یا، حس ترحم به بزه‌دیده و ترس از گناه و غیره باشد. در خصوص قدرت تصمیم‌گیری نیز می‌توان به عرف مراجعه کرد که آیا رفتار او ترک اجباری است یا ارادی؟ به عنوان مثال اگر شخصی طبقه بالای یک بانک را به قصد سرقت اجاره نماید و شروع به تخریب سقف نماید ولی از کرده خود پشیمان شود و آنجا را ترک کند سپس صاحب خانه بعد از ترک فرد با تخریب نیم‌کاره مواجه گردد و به پلیس گزارش دهد و فرد دستگیر شود. آیا انصراف ارادی است؟ پاسخ به سوال مثبت است. و به همین دلیل مقنن ماده ۱۲۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ایران را وضع نموده است. زیرا فرد قدرت تصمیم‌گیری دارد. همان‌گونه که بیان شد زمان انصراف تا قبل وقوع جرم تام است (Kamalova, 2020: 3124)، بر خلاف نظر برخی که این زمان را قبل شروع به جرم می‌دانند (به نقل از مصدق، ۱۴۰۰: ۴۱). زیرا، انصراف قبل شروع به جرم در واقع همان مرحله تهیه اعمال مقدماتی است که غالباً قابل مجازات نیست. به

اگر همان مقدار از رفتار جرم باشد، فقط به مجازات آن محکوم می‌شود، موید این معنا است. در واقع هسته اصلی شروع به جرم سه رکن است. قصد ارتکاب جرم، توسل به عملیات اجرایی و وجود مانع. پس برای اینکه رکن اول احراز شود می‌بایست شخص از مرحله عملیات مقدماتی عبور کرده باشد و متوسل به عملیات اجرایی گردد. از این رو، اگر در مرحله اعمال مقدماتی مانعی ایجاد شود، شروع به جرم محقق نشده است. زیرا، غالباً اعمال مقدماتی قابل مجازات نیست و وجود مانع در این مرحله بی معنا است. به عنوان مثال، اگر شخصی شروع به عملیات اجرایی نکند و تنها در مرحله تهیه مقدمات باشد. مثلاً ابزار لازم برای شکستن قفل فراهم نشود. این امر مانع خارج از اراده محسوب نشده، زیرا اساساً شروع به عملیات اجرایی نکرده و عامل خارج از اراده او بی معنا خواهد بود. پس توسل به عملیات اجرایی جرم است که نقش بسزایی در پذیرش انصراف ارادی و غیر ارادی دارد. زیرا مقنن بیان داشته همان مقداری که مرتکب شده، جرم باشد، به مجازات همان محکوم می‌شود. پس انصراف از وقوع جرم تا قبل اتمام عملیات اجرایی قابل پذیرش است.

۴ انصراف ارادی

شناخت ترک جرم به اراده یا به میل خود چندان آسان نیست. زیرا، هر ترک جرمی را نمی‌توان ارادی قلمداد نمود. از این رو، ترک جرم در زمانی که جرم محقق شده است، دیگر قابل پذیرش نیست. در واقع این امر، پشیمانی و ندامت است که ناشی از وجدان درونی است و بعد از ارتکاب جرم به وجود می‌آید (گلدوزیان، ۱۴۰۰: ۳۲۱)، در ماهیت جرم موثر نیست. در واقع منظور این است زمانی که شخص متوسل به عملیات اجرایی شد یا جزئی از عملیات اجرایی را انجام داد، عاملی خارج از اراده فرد وجود نداشته باشد که مانع ارتکاب جرم شود. پس هسته اصلی انصراف ارادی بر رکن معنوی استوار است. از این رو، می‌بایست ابتدا از اوضاع و احوال و سپس بر اساس رفتار مادی این قصد احراز شود. به عنوان

شخص در حال جعل است و هنوز سند نیمه تمام رها می‌شود، انصراف قابل پذیرش است.

۵ نتیجه گیری

انصراف از جرم ادامه جرم یا ترک جرم به میل خود در دو نظام کیفری ایران و آمریکا مورد پذیرش قرار گرفته است. با این وجود و به رغم رویکرد واحد در اصل پذیرش انصراف دو نظام کیفری رویکردهای متفاوتی در قبال آن اتخاذ کرده اند. در حقوق کیفری ایران مقنن بدون بیان هیچ ضابطه‌ای در ماده ۱۲۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ صرفاً به این امر اشاره کرده که ترک جرم به میل خود موجبی برای تعقیب نیست، مگر همان مقدر رفتار جرم باشد که به مجازات همان محکوم می‌شود. لیکن در حقوق کیفری آمریکا مقنن در بند ۴ ماده ۵-۰۱ قانون جزای نمونه به بیان ضابطه‌ها پرداخته است. به نحوی که حضور شخص ثالث، دشواری ارتکاب جرم، خطر کشف جرم یا دستگیری، تغییر در هدف مجرمانه را حاکی از قصد کامل از انصراف مجرمانه ندانسته است. بعلاوه در رویه قضایی آمریکا نیز اوضاع و احوال خاص بزه‌دیده نظیر تهدید بزه‌کار یا حاملگی در جرم تجاوز از موانع غیر ارادی در انصراف از جرم تلقی شده‌اند. به نظر می‌رسد، رویکرد آمریکا در بیان ضابطه‌ها کارآمدتر باشد. با این وجود، پذیرش حالت خطرناک مرتکب در مبنای انصراف موجب می‌شود که دایره انصراف ارادی محدود شود. لیکن در حقوق ایران به نظر می‌رسد، مبنای پذیرش انصراف توجه به کارکرد ظریف منفعت‌گرایی و جلوگیری از صدمات غیرقابل جبران باشد.

دیگر سخن، زمانی که مرتکب وارد عملیات اجرایی جرم شد و در آن حین از ادامه جرم منصرف شد، ترک ارادی است. در واقع سیاست حقوق کیفری ایران بر این بوده است که از وقوع جرم که به تبع خسارت بیشتر یا صدمات وسیع تری دارد جلوگیری نماید. زیرا هدف مقنن جلوگیری از خسارت بیشتر و تشویق او به عدم ارتکاب جرم است. به همین دلیل مقنن ماده ۱۲۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ایران را وضع نموده است. اگر غیر از این معنا را اراده کنیم، وجود ماده و تشویق متهم به انصراف از جرم فاقد کارآیی می‌شود. در واقع، دفاع از انصراف ارادی مجرمان بالقوه را از ادامه تلاش برای تحقق تصمیمات مجرمانه در ازای رهایی از مجازات باز می‌دارد. از این رو، با پذیرش انصراف ارادی مجازات اعمال نمی‌شود. مگر اعمالی که مرتکب تا قبل انصراف انجام داده جرم، باشد که در این صورت همان میزان رفتار مجازات خواهد شد. البته به نظر می‌رسد که می‌بایست به دلیل انصراف ارادی این میزان رفتار را مشمول تخفیف مجازات می‌دانست، هر چند دادرس می‌تواند به قواعد عام تخفیف نیز رجوع کند. در بیش از نیمی از ایالت‌های آمریکا و دولت مرکزی انصراف ارادی نسبت به اتهام شروع به جرم دفاع محسوب می‌شود. البته این دفاع بدین گونه است که اثبات ارادی بودن انصراف بر عهده متهم است. بعلاوه برخی بر این باورند که در جرایم مطلق انصراف ارادی بی معنا است. زیرا، فاصله آغاز و پایان بسیار کوتاه است و نمی‌توان تصور کرد که چه زمانی منصرف شده است (اردبیلی، ۱۴۰۰: ۱۵۹/ زراعت، ۱۳۸۷: ۳۱۱). البته توجه به اوضاع و احوال خاص هر جرم نیز می‌تواند راهگشا باشد. زیرا، اطلاق ماده همه جرایم را شامل می‌شود. به عنوان نمونه در جرم جعل سند می‌توان زمانی را تصور کرد که



References

- Ardabili, Muhammad Ali (2021). General criminal law, first volume, 67th edition, Tehran: Mizan publishing house. (In Persian)
- Bohlander, Michael (2009). Principles of German Criminal Law, Portland: Hart Publishing.
- Chawla, Monica (2006). Criminal Attempt and Punishment, New Delhi: Deep & Deep Publications.
- Dehkhoda, Ali Akbar (1998). Dictionary, second edition, Tehran: Publishers: University of Tehran Printing and Publishing Institute. (In Persian)
- Elham, Gholamhossein and Burhani, Mohsen (2021). An income on general criminal law; Crime and criminal, first volume, sixth edition, Tehran: Mizan Publishing. (In Persian)
- Farhoudiniya, Hassan (2008), incomplete crimes (comparative review), first edition, Tehran: Forozesh publishing house. (In Persian)
- Fletcher, George P (2015). Basic concepts of criminal law, translation; Seyed Mehdi Seyedzadeh Sani, 5th edition, Mashhad: Razavi University of Islamic Sciences.
- Ghiasi, Jalaluddin and Salimi, Ehsan (2015). "The approach of Islamic Penal Code 1392 to the punishment of uncompleted crime", Criminal Law Doctrines, No. 12, 117-136. (In Persian)
- Goldouzian, Iraj (2021). General Penal Laws of Iran (with revisions and additions of 2013) with amendments to the Law on Reduction of Imprisonment Punishment approved in 2019, 18th edition, Tehran: University of Tehran Printing and Publishing Institute. (In Persian)
- Hoebert, Paul R (1986), The Abandonment Defense to Criminal Attempt and Other Problems of Temporal Individuation, California Law Review, Vol. 74, 377-427.
- Kamalova, Dildora (2020). "The abandonment defense", European Journal of Molecular & Clinical Medicine, Volume 07, Issue 03.
- LaFave, Wayne R (2003). Criminal law, 4th edn, Minn Paul: Thomson West.
- Mossadegh, Mohammad (2021). Commentary on the Islamic Penal Code (Crimes, Criminal Responsibility, Evidence), Volume II, Edition IV, Tehran, Jangal Publishing House. (In Persian)
- Moriarty, Daniel G, (1989) "Extending the Defense of Renunciation." Temple Law Review 62.
- Ohlin, Jens David (2016). Criminal law; Doctrine, Application, and Practice, New York: Wolters Kluwer.
- Samaha, Joel (2011). Criminal law, 11th edn, Belmont, Wadsworth.
- Sharifi, Mohsen (2021). "Research on the transformations of initiation into crime in Iran's criminal system", Journal of Legal Research, No. 46, Volume 20, 29-54. (In Persian)
- Shams Natri Ibrahim, Hamidreza Kalantari and Zainab Riazat (2018). Islamic penal code in the current legal order, first volume, fifth edition, Tehran, Mizan publication. (In Persian)



Stocksdale, A. Dean (1987), Casenotes: Criminal Law – Maryland Adopts the Model Penal Code's Substantial Step Test for Criminal Attempt. *Young v. State*, 303 Md. 298, 493 A.2d 352 (1985), University of

Baltimore Law Review, Volume 16, Issue 2, 379-388.

zeraat, Abbas (2008). Description of the Islamic Penal Code - General, 4th edition, Ghoqnos Publishing. (In Persian)

Original Article

Concept of Modern Constitution and its Conceptual Requirements

Seyyed Mojtaba Vaezi^{*1}

¹ Associate Professor of Public Law, Faculty of Law and Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran.



[20.1001.1.24237566.1402.7.1.11.5](https://doi.org/10.22080/lps.2022.24480.1417)



[10.22080/lps.2022.24480.1417](https://doi.org/10.22080/lps.2022.24480.1417)

Received:

October 30, 2022

Accepted:

December 20, 2022

Available online:

January 10, 2023

Keywords:

Constitution, Dynamic interpretation, Freedom, Modernity, Social contract

Abstract

In the system of the Islamic Republic of Iran, despite the acceptance of the description of the republic for the system and the adoption of an important legal framework of the "Constitution", it seems that the requirements of this description and format have not been carefully and completely considered and elaborated. However, by diluting its concepts, it is thought that the necessary alignment can be easily created. A review of the Islamic Republic's forty years of experience shows that many challenges are the result of such an easy-going approach. In this article, we intend to show that the Constitution is not a neutral and flexible document at the disposal of the ruling power, and its basic and conceptual requirements must be understood and considered in the context of modern public law. Therefore, the Constitution is one of the fundamental concepts of modern public law and is therefore considered as the object or result of the "social contract", the indication of the primacy of freedom over power, and a document and text of the "present" that must be interpreted dynamically and up-to-date, taking into account public opinion. At the same time, it cannot be interpreted in a way that ignores or diminishes the basic principles of modern public law, such as the legality of crime and punishment, or the limitation of power and the incompetence of public authorities.

Extended Abstract

1. Introduction:

Since Iranians decided to modernize their political and legal system and use the

***Corresponding Author:** Seyyed Mojtaba Vaezi

Address: Associate Professor of Public Law, Faculty of Law and Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran.

Email: Mojtaba_vaezi@yahoo.com



western models so far, one of the most important challenges has been the use of modern institutions and the possibility of combining them with local requirements. Moreover, the degree of the originality of the imported concepts and terms and the need to adhere to their content requirements has also been a complicated issue, so that it can be said that one of the most important lasting disputes in the modernization of governance is the dispute of terms and legal concepts. In the meantime, one of the controversial concepts is the Constitution and the conceptual requirements arising from it.

Several items have been mentioned as distinguishing the modern application of the Constitution from its pre-modern application, the most important of which include the instrumentalist view of the government as an agent of people's well-being, considering the Constitution as a document containing rights and fundamental freedoms which is at the top of the pyramid of regulations, regarding it as a legal document that creates the state, is rigidity and inflexible, separates the establishing and established power, and finally, as a legal document and not just a political and moral one.

2. Method:

The meaning of modern is also considered as an interpretation that has an inherent connection with the context of modern public law and the concept of republic (of course, not only in a formal sense); it is actually against any neutral or undemocratic and tasteful use. The recent confrontation is a more sensitive and challenging confrontation for countries that decide to modernize and benefit from public rights in its modern sense despite their complex historical and cultural traditions. In other words, the main and

fundamental confrontation in the countries in question is between the modern and valuable aspect of the Constitution as a modern public law document, on the one hand, and the neutral and flexible view as a container that accepts any substance, on the other hand. Therefore, we have sought to show this dimension and interpretation of the modern use of the Constitution, and investigate what legal requirements it has for a system, whether it is possible to put any substance in it as a container considering its value foundations, and whether it can be confronted using any method.

3. Findings:

From a modern point of view, two important features can be mentioned for the Constitution which leave a significant impact on the realization of the democratic system: on the one hand, the constitution is considered as the object or result of the social contract, and on the other hand, it is considered as a public law document. Considering the Constitution as a manifestation of the social contract, in turn, has two important effects: the lack of necessity to include freedoms in the Constitution and the principle of the lack of competence of public officials and the minority of power. However, this explanation that the freedoms in the Constitution are usually mentioned for the four reasons of emphasizing, guaranteeing, restricting, and regulating them is considerable. Also, regarding the Constitution as a legal document of public law has two important effects: considering the Constitution as a modern document which causes the dynamics of its interpretation and the significant influence of public opinion on the interpretation of the Constitution (the social dimension of interpretation). It

means that the interpreter at any time, consciously or unconsciously, pays attention to the public opinion and the common understanding of the Constitution in the society and is influenced by it.

In addition to the mentioned cases, the acceptance of the Constitution as a document of modern public law and the guarantee of fundamental rights and freedoms prevents the acceptance of any concept or understanding at the time of establishing or interpreting the principles of the Constitution. Therefore, the Constitution is not a neutral container in which any substance can be entered regardless of its basis and function. Perhaps the most famous interpretation in this regard is Article 16 of the Declaration of Human and Citizen Rights of France, which declares any system without separation of powers as unconstitutional. Also, in this regard, principles such as the principle of the legality of crime and punishment, the principle of people's sovereignty and fundamental rights such as the prohibition of torture, the principle of equality and the prohibition of unfair discrimination, as well as the limitation of power and the principle of incompetence of public authorities, are among the inherent concepts of the modern interpretation of the Constitution. If it is violated in a document, it cannot be considered in its modern and universal sense.

4. Conclusion:

The interpretation of the Constitution in the sense of a modern document can be contrasted with several other ones. Each of these contrasts and dualities is

considered important according to the context of their application. Considering its general legal aspect, the Constitution is considered a current document that requires a dynamic and up-to-date interpretation and does not allow us to be bound by the will of the authors. Also, the republic's reliance on public will and the centrality of people's sovereignty in the structure of modern public law, requires that the interpretation of the constitution, as well as its approval, be done in terms of public opinion while paying attention to its technical and legal dimensions. Finally, considering the centrality of freedom, the interpretation of the principles of the Constitution should be compatible with democratic values and not lead to the violation of important principles such as the sovereignty of the people, the principle of legality of crime and punishment, and the limitation of political power.

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

قانون اساسی مدرن و الزامات مفهومی آن در رویکردی تطبیقی

سید مجتبی واعظی^{*۱}

^۱ دانشیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران.



[20.1001.1.24237566.1402.7.1.11.5](https://doi.org/10.1001.1.24237566.1402.7.1.11.5)



[10.22080/lps.2022.24480.1417](https://doi.org/10.22080/lps.2022.24480.1417)

چکیده

مسأله تقابل و تعامل سنت و مدرنیته، در ایران پس از گذشت بیش از یکصد سال از جنبش قانون-خواهی مشروطه ظاهراً هنوز حل نشده و همچنان بحث‌های مختلفی را به خود اختصاص می‌دهد. به نظر می‌رسد در نظام جمهوری اسلامی ایران، علی‌رغم پذیرش وصف جمهوریت برای نظام و اخذ قالب حقوقی مهم «قانون اساسی»، لوازم و اقتضائات وصف و قالب مذکور به‌طور دقیق و کامل مورد اعتنا قرار نگرفته و با ترقیق مفاهیم، پنداشته شده است می‌توان هم‌خوانی لازم را به‌راحتی ایجاد کرد. لکن مروری بر تجربه چهل-ساله جمهوری اسلامی نشان می‌دهد بسیاری چالش‌ها نتیجه چنین رویکرد آسان‌گیرانه‌ای است. در این نوشتار برآنیم تا نشان دهیم قانون اساسی، یک سند خنثی و انعطاف پذیر در اختیار قدرت حاکم نیست و الزامات مبنایی و مفهومی آن در بستر حقوق عمومی مدرن باید فهم و در نظر گرفته شود. بر این مبنا قانون اساسی، یکی از مفاهیم بنیادین حقوق عمومی مدرن است و از همین روی، در رویکردی تطبیقی ملاحظه می‌شود به عنوان عین یا نتیجه «قرارداد اجتماعی» و دالّ بر تقدم آزادی بر قدرت، و یک سند و متن «حال» تلقی می‌گردد که در زمان تفسیر باید به صورت پویا و روزآمد، با در نظر گرفتن افکار عمومی تفسیر گردد. در عین حال، نمی‌توان آن را طوری تفسیر کرد که اصول بنیادین حقوق عمومی مدرن مانند قانونی بودن جرم و مجازات، یا محدودیت قدرت و عدم صلاحیت مراجع عمومی، نادیده یا کمرنگ انگاشته شود.

تاریخ دریافت:

۰۸ آبان ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۲۹ آذر ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۲۰ دی ۱۴۰۱

کلیدواژه‌ها:

آزادی، تفسیر پویا، قانون اساسی، قرارداد اجتماعی، مدرنیته.

* نویسنده مسئول: سید مجتبی واعظی

ایمیل: Mojtaba_Vaezi@yahoo.com

آدرس: دانشیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران.

۱ مقدمه

۲ صورت‌های دریافت مدرن از قانون اساسی

می‌دانیم که مفهوم قانون اساسی، دارای پیشینه‌ای طولانی است و در طول زمان و ادوار مختلف تاریخی، با معانی مختلفی به کار رفته است؛ در یونان و به طور خاص در نگاه ارسطو قانون اساسی به معنای نوع حکومتی است که دولت-شهر خاصی را تشکیل می‌دهد (ارسطو، ۱۳۷۱: ۱۵۵) و (وینسنت، ۱۳۷۶: ۱۲۶)، در قرون میانه تا قرن هجدهم، قانون اساسی به‌عنوان مجموعه‌ای از قوانین بنیادی و عرفی به کار برده می‌شود اما معنا و کاربرد امروزی آن از انقلاب آمریکا و تصویب قانون اساسی ایالات متحده در سال ۱۷۸۷ و اعلامیه حقوق بشر فرانسه ۱۷۸۹ مبتنی بر ایده حقوق طبیعی پدیدار می‌گردد (Spiro, 2021: 6). به عنوان ویژگی‌های متمایز کننده قانون اساسی مدرن در مقایسه با کاربرد ماقبل مدرن آن، از موارد متعددی نام برده شده است:

۲/۱ نگاه ابزاری به حکومت به عنوان عامل بهروزی مردم

نگاه مندرج در قانون اساسی مدرن به حکومت، نگاه ابزاری است به این معنا که حکومت شأنی جز تحقق بهروزی مردم براساس تشخیص خود آنها ندارد (شوالیه، ۱۳۷۸: ۵۷). با این مبنا تمرکز قانون اساسی بر وظایف و حدود صلاحیت دولت بوده و استفاده از عنصر قدرت جز در جهت تأمین حقوق و آزادی-های مردم پذیرفته نیست به نحوی که به موجب ماده ۲ «اعلامیه حقوق بشر و شهروند»^۱ امنیت، که یکی از مهم‌ترین کارکرد دولت‌هاست به عنوان بخشی از حقوق مردم تلقی شده و جز در موارد

از اولین روزهایی که ایرانیان عزم جزم مدرن‌سازی نظام سیاسی و حقوقی خود و بهره‌گیری از الگوهای پیش‌افتاده غربی نمودند تا هم‌اکنون، یکی از مهم‌ترین چالش‌ها نحوه به‌کارگیری نهادهای مدرن و امکان و چگونگی ترکیب آنها با اقتضائات بومی بوده است (نک: آجودانی، ۱۳۸۵: ۸)؛ از سوی دیگر میزان اصالت مفاهیم و اصطلاحات وارداتی و لزوم پای-بندی به محتوا و الزامات محتوایی آنها نیز مسأله‌ای بغرنج بوده است به نحوی که می‌توان گفت یکی از مهم‌ترین دعوای ماندگار در مدرن‌سازی حکمرانی، دعوای ترم‌ها و مفاهیم حقوقی بوده و هست و در این میان، از جمله مفاهیم بحث‌انگیز، قانون اساسی و الزامات مفهومی ناشی از آن است (طباطبایی، ۱۳۹۸: ۷۹). بحث راجع به انواع قانون اساسی و دسته‌بندی‌های آن، بحثی جدید نیست و عمده کتب حقوق اساسی، تا اندازه‌ای به آن پرداخته‌اند. دسته-بندی قانون اساسی به انواع دوگانه‌های *مادی-شکلی*، *مدون-غیرمدون*، *عرفی-موضوعه* و نیز *اعطایی-دموکراتیک* از این جمله است (قاضی، ۱۳۷۲: ۹۶ و عباسی، ۱۳۸۸: ۵۴) که پرداختن به آنها در این‌جا ضرورتی ندارد. همچنین برخی دوگانه‌های کمتر رایج، که مستلزم چالشی فرا-حقوقی، تاریخی و جامعه‌شناختی است، نیز مورد نظر این نوشتار نیست؛ چالشی بین دو رویکرد که در یکی، قانون اساسی کارآمد را غیرقابل «وضع» و حاصل شکل-گیری تدریجی مفاهیم و نهادهای بنیادین مربوطه می‌داند، در مقابل رویکردی که امکان وضع و اجرای رسمی قانون اساسی را در هر مقطع زمانی و عرصه سیاسی-اجتماعی می‌پذیرد (لاگلین، ۱۳۸۸: ۲۶۲). اما دوگانه بنیادینی که از چالش‌های نظری و عملی در نظام حقوقی و فضای سیاسی ایران محسوب می-گردد و موضوع این نوشتار است، دوگانه قانون اساسی «مدرن» و «خنثا» است.

^۱ هدف همه نهادهای سیاسی باید حفاظت از حقوق طبیعی و همیشگی انسان‌ها باشد. این حقوق آزادی و دارایی و امنیت و ایستادگی در برابر سرکوب هستند.



مکتوب یا عرفی، تعریف شده است (Kelly, 1990: 18).

۲٫۴ قانون اساسی، رأس هرم مقررات

براساس تحلیل کلسن، لازمه شکل‌گیری نظام حقوقی، وجود هرمی از مقررات است که که دارای انسجام و همگنی بوده و از قاعده به سمت رأس هرم، بر اهمیت آنها افزوده می‌شود تا به سندی واحد در رأس هرم منتهی گردد. دو مؤلفه اصلی سلسله مراتب مقررات عبارت است از این که ۱- هیچ قاعده‌ای نباید بدون مجوز قاعده فرازین وضع گردد، ۲- محتوای هیچ قاعده‌ای نباید مغایر محتوای قاعده فرازین باشد (کلسن، ۱۳۸۷: ۱۰۵). در نظام حقوقی-سیاسی مدرن که ادعای جمهوریت دارد، طبقاً قانون اساسی در رأس هرم هنجارهای حقوقی قرار می‌گیرد. قرار گرفتن در قلّه مقررات حقوقی صرفاً وضعی نمادین نیست؛ احترام به اصول قانون اساسی باید در عمل توسط تمامی مراجع قدرت و در کلیه متون حقوقی رعایت و تضمین گردد. مهم‌ترین سازوکار تضمین برتری مذکور، دادرسی اساسی است که در گونه‌های مشهور آمریکایی (قضایی) و اروپایی (سیاسی) به صورت پسینی یا پیشینی به کنترل مصوبات پارلمان بر اساس قانون اساسی می‌پردازد (واعظی، ۱۳۹۰: ۱۷۳-۱۵۵). در سطح پایین‌تر نیز دادرسی قضایی نقش مشابهی را در خصوص مقررات دولتی، بر اساس قانون اساسی و مصوبات پارلمان ایفا می‌نماید (Favoreu, 1992: 3). با این حال نقش قانون اساسی را نمی‌توان در کارکرد سلبی و محدود کننده آن نسبت به مقررات مادون، خلاصه نمود: «گسترش صیانت از قانون اساسی و حقوق بنیادین، قوانین را به ابزار تحقق اهداف مندرج در قانون اساسی تبدیل کرده است. در این مفهوم، قانون اساسی نه تنها مشتمل بر قواعد بازی، بلکه معیاری برای تمام نظام حقوقی است.» (دیزپیکازو، ۱۳۸۶: ۲۱۱)

ضرورت و با هدف کلی حفظ حقوق آحاد ملت مورد استناد قرار نمی‌گیرد.

۲٫۲ قانون اساسی، سند حقوقی موجد دولت

دولت در نگاه مدرن، مفهومی اعتباری و حاصل توافق و جعل آدمیان است. به تعبیر دیگر، اجتماع و افراد انسانی به لحاظ وجودی، مقدم بر قدرت سیاسی حاکم قلمداد می‌شوند و قانون اساسی به عنوان سند حاوی قرارداد اجتماعی، اساسنامه دولت و سند وجودی آن تلقی می‌گردد (Pane, 1792: 129). نتیجه عملی چنین دریافتی، تقدم قانون بر زمامداران و جلوگیری از شخص‌سالاری است (طباطبایی، ۱۳۹۸: ۱۷۴) همچنین قانون اساسی به عنوان مهم‌ترین سند مبین صلاحیت‌ها و اختیارات دولت، مورد توجه و استناد قرار می‌گیرد (لاگلین، ۱۳۹۵: ۳۲۶).

۲٫۳ قانون اساسی، سند حاوی حقوق و آزادی‌های بنیادین

چنان‌که در ادامه بیان می‌گردد در عین بی‌نیازی اصل وجودی آزادی، از ذکر در قانون اساسی، اما قریب به اتفاق قوانین اساسی مدرن، به دلایل و علل مختلف، به مهم‌ترین حقوق و آزادی‌های شهروندان اشاره نموده‌اند. در واقع، به تبع ماهیت حقوق اساسی مدرن که ناظر بر جمع آزادی و قدرت سیاسی است (نویمان، ۱۳۷۳: ۱۵۴) مؤسسان نظام-های حقوقی-سیاسی مدرن نیز به عنوان ساده‌ترین نشانه و تضمین حقوق و آزادی‌ها، و جهت اثبات روزآمدی و ارزش اخلاقی مصوبه خود (لاگلین، ۱۳۹۵: ۳۳۴) ذکر آزادی‌ها را در متن قانون اساسی، ضروری پنداشته‌اند. ازین طریق، دوسویگی حکمرانی نیز مورد تأکید قرار گرفته و سند مذکور، از حالت یک اساسنامه سازمانی صرف، خارج می‌گردد. اما در مقابل، چنانچه به مفهوم سازمانی صرف اکتفا شود می‌توان گفت تمامی انواع دولت‌ها حتا از نوع غیر دموکراتیک آن، صاحب قانون اساسی هستند چرا که بهرحال سازمان قدرت و روابط داخلی آن به نحو

فراهم نباشد (عباسی، ۱۳۸۳: ۹۹)، به عبارت دیگر همانگونه که تامس پین بیان نموده است قانون اساسی، اراده مردم است نه دولت (McIlwain, 1975: 20).

۲،۷ قانون اساسی به عنوان سند حقوقی و نه صرفاً سیاسی و اخلاقی (خاصیت استناد پذیری)

قانون اساسی، دیگر صرفاً به عنوان یک اعلامیه سیاسی یا منشور اخلاقی حکام دیده نمی‌شود و خاصیت حقوقی آن باعث می‌شود در بسیاری موارد امکان استناد به اصول و مفاهیم آن بدون نیاز به وساطت قوانین عادی در نزد مراجع قانونی و به ویژه قضایی فراهم گردد (لاگلین، ۲۰۱۸: ۳۴۳). در هر حال نگاه حقوقی به قانون اساسی به عنوان نگاهی نو در مقابل تلقی‌های قدیمی قرار می‌گیرد که آن را صرفاً به عنوان متنی اخلاقی و صرفاً سیاسی می‌پنداشته‌اند.^۱ خصلت قضایی قانون اساسی و استنادپذیری آن از جمله مهم‌ترین آثار چنین رویکردی است که در دهه‌های اخیر در بطن جریان اساسی‌سازی حقوق مورد تأکید قرار گرفته (Favoreu, op.cit: 3) و باعث خلق تعابیری چون «قانون اساسی نرماتیو» شده است (Favoreu, 2004: 69). نیاز به توضیح چندانی ندارد که این حکم را با کیفیتی مساوی، لزوماً بر همه اصول قانون اساسی نمی‌توان بار کرد و به‌طور مثال در خصوص اصول ناظر به مبانی و بنیادهای اخلاقی نظام، شاید استنادپذیری قضایی به راحتی ممکن نباشد.

برتری قانون اساسی نسبت به تصمیمات حکومتی، و امکان استناد به اصول آن در محاکم قضایی که به ویژه در الگوی دادرسی اساسی آمریکایی می‌تواند منجر به کنار گذاشتن مصوبات حکومتی به دلیل مغایرت احتمالی با قانون اساسی، توسط قضات گردد، موجب شده است برخی صاحب‌نظران از حکومت قضات یا برتری قضات

۲،۵ سختی قانون اساسی و انعطاف ناپذیری آن

از دیگر لوازم تحقق مفهوم مدرن قانون اساسی و برای این‌که متن مذکور به عنوان یک سند حقوقی در رأس سلسله مراتب مقررات قرار بگیرد آن است که امکان تغییر قانون اساسی به سهولت سایر مقررات فراهم نباشد. تشریفات ویژه‌ای که در عموم کشورها در خصوص هر دو نوع قانون اساسی نرم و سخت برای تغییر آن در نظر گرفته شده گواه چنین وضعی است. به بیان دقیق‌تر، قانون اساسی به عنوان تجلی اراده مستقیم مردم و متن حاوی تعهدات و اختیارات اساسی حاکمیت، نیاز به مراقبت ویژه‌ای نسبت به سایر مقررات دارد و نباید به راحتی در معرض دخل و تصرف دولت‌مردان قرار گیرد (Lauvaux, 1998: 123). هر چند این نکته در خصوص قوانین اساسی غیرمدون صدق نمی‌کند و به لحاظ حقوقی، امکان تغییر، فاقد دشواری به نظر می‌رسد (Barendt, 1998: 1)) اما در عالم واقع و به لحاظ سیاسی، به آسانی اتفاق نمی‌افتد چرا که ارزش‌های نهادینه شده و نیز ملاحظه افکار عمومی در یک نظام دموکراتیک، مهم‌ترین قید بر اراده مقنن محسوب می‌شود.

۲،۶ تفکیک بین قوه مؤسس و قوه تأسیسی

قوه مؤسس به عنوان منشأ حاکمیت و سایر نهادهای پیش‌بینی شده برای اعمال حاکمیت تلقی می‌شود. از همین روی، قانون اساسی به عنوان اراده قوه مؤسس (مردم) و موجد نهادهای قدرت، بر اعمال و تصمیمات زمامداران، حاکم است و تقدم دارد. تفکیک قوه مؤسس از نهادهای تأسیسی، نیز حاصل رویکرد مدرن به قانون اساسی است (Lauvaux, op.cit: 123). بنابراین نهادهای تأسیسی همواره باید در چارچوب اراده قوه مؤسس حرکت کنند و با هیچ دستاویزی، امکان عبور از اراده مؤسس برای آنها

^۱ داشته و بیشتر مصداق مفهوم شکلی قانون اساسی محسوب می‌گردند (نک: ضرونی و دیگران، ۱۴۰۱: ۸۶).

^۱ بدیهی است قوانین اساسی که در گذشته، برخی از اصول آنها بهر دلیلی به موضوعات جزئی متعلق به حوزه قانون ورود کرده‌اند وضعی استثنایی



۳ الزامات حقوقی مفهوم مدرن قانون اساسی

دو ویژگی مهم در این رابطه می‌توان برای قانون اساسی ذکر کرد که آثار قابل توجهی در تحقق نظام دموکراتیک به جای می‌گذارد: قانون اساسی از طرفی به عنوان عین یا حاصل قرارداد اجتماعی تلقی می‌شود و از طرفی دیگر به عنوان یک سند حقوق عمومی محسوب می‌گردد.

۳٫۱ قانون اساسی، تجلی قرارداد اجتماعی

همان‌گونه که گفته شد تلقی قانون اساسی به عنوان عین یا محصول وفاق عمومی در تشکیل سازمان سیاسی و حقوقی دولت، بیان‌گر این نکته مهم است که آزادی شهروندان، مقدم بر اقتدار دولت است و نحوه استفاده از قدرت سیاسی باید با تأیید قانون اساسی و در محدوده پیش‌بینی شده در آن باشد. چنین فرضی واجد دو نتیجه مهم در ساحت حقوق است: اول آن که حقوق و آزادی‌های شهروندان به اعتبار جایگاه انسانی‌شان قبل از قانون اساسی وجود داشته و بنابراین، اعتبار و ارزش آنها منوط به پیش‌بینی شدن در قانون اساسی نیست. دوم آن‌که درست در نقطه مقابل، اختیارات مقامات عالی‌تر عمومی به صورت کلی یا جزئی، و تلویحی یا صریح باید به نوعی در قانون اساسی پیش‌بینی شده باشد و بنابراین می‌توان گفت اصل بر عدم صلاحیت مقامات مذکور است (نویمان، ۱۹۹۴: ۷۱)، و بنابراین در جایی که برخی اصول به ذکر اختیارات می‌پردازند اگر قرینه دالّ بر ذکر تمثیلی اختیارات در الفاظ اصول موجود نباشد باید حکم اصل مذکور را از باب ذکر سقف و حداکثر اختیارات مقام عمومی، تلقی نمود.

نسبت مقامات سیاسی سخن بگویند (Zoller, 2010: 140)، در مقام بیان جایگاه و نقش قضات گفته می‌شود «ما تابع قانون اساسی هستیم اما با برداشتی که قضات بیان می‌کنند» (Rossum, 2007: 2).

با این حال، کاربست تعبیر مدرن، در خصوص مجموعه ویژگی‌های فوق که به درجات مختلف ممکن است در کشورهای متفاوت پذیرفته و اعمال شود بیشتر در تقابل با کاربرد غیرمدرن آن قرار می‌گیرد که در واقع سندی محوری و کارآمد در امر حکمرانی تلقی نمی‌شده و بیشتر جنبه اخلاقی و نمادین داشته است.

اما معنای مدرنی را می‌توان از منظر دیگر نیز مورد توجه قرار داد: به عنوان تعبیری که پیوستگی ذاتی با زمینه حقوق عمومی مدرن و مفهوم جمهوریت (البته نه فقط به معنای شکلی) داشته و در مقابل هرگونه کاربرد خنثا و یا غیر دموکراتیک و سلیقه‌ای آن قرار می‌گیرد. تقابل اخیر، تقابلی حساس‌تر و پرچالش‌تر برای کشورهای است که با وجود سنت‌های تاریخی و فرهنگی پیچیده خود، عزم مدرن شدن و بهره‌مندی از حقوق عمومی را به معنای مدرن آن کردند. به تعبیر دیگر، مصاف وجه مدرنی و ارزشی قانون اساسی به عنوان یک سند حقوق عمومی مدرن از طرفی، با تلقی خنثا و انعطاف‌پذیر به عنوان ظرفی که پذیرای هرگونه سنتی است از طرف دیگر، مصاف اصلی و بنیادی در کشورهای مورد نظر است.

با ذکر این مقدمه برآنیم تا نشان دهیم تلقی دوم از مدرنی قانون اساسی، واجد چه الزامات حقوقی برای یک نظام است و آیا می‌توان با توجه به بنیادهای ارزشی آن، هر مضرافی را در ظرف آن ریخت یا خیر و آیا با هر نوع شیوه‌ای می‌توان با آن مواجه شد؟

۳،۱،۱ عدم لزوم درج آزادی‌ها در قانون اساسی

در قاموس حقوق عمومی مدرن، تشکیل نظام سیاسی و ظهور دولت، حاصل قرارداد اجتماعی است (روسو، ۱۳۸۸: ۱۱۴). حکومت از این دیدگاه، امری است که متعلق به خود انسان است و تصدی آن جز از طریق رضایت افراد و انعقاد یک قرارداد اجتماعی، مشروع نیست. مهم‌ترین انعکاس قرارداد اجتماعی در ارکان حکومت، تصویب قانون اساسی براساس آراء مستقیم مردمی است؛ قانون اساسی به عنوان سند حاوی میثاق ملی و مؤسس دولت محسوب می‌شود چنین تعبیر و تلقی موجز و البته مهمی از قانون اساسی، به لحاظ حقوقی دارای آثار جزیی‌تری است. مهم‌ترین نتیجه چنین دریافتی، پذیرش تقدم آزادی بر قدرت، یا جامعه و فرد بر دولت است (لاک، ۱۳۹۷: ۱۴۱). تقدم آزادی بر قدرت واجد آثار و نتایج حقوقی مهمی است از جمله این که اصل بر آزادی شهروندان است (Sudre, ..., 2009: 189) و اختیارات دولت، خلاف اصل و محتاج نص است. در نتیجه چنین فرضی، آزادی‌ها برای برخورداری از ارزش حقوقی، نیاز به پیش‌بینی و تصریح در قانون اساسی ندارد (هایک، ۱۳۹۲: ۱۵۶) از همین روی گفته می‌شود هیچ قانون اساسی کاملاً مدونی وجود ندارد (Lauvaux, op.cit: 123) چرا که همواره بخشی از آزادیها همواره به صورت نانوشته در فضای جامعه جاری است و حتا از اصول فرا-قانون اساسی سخن گفته می‌شود که حاوی آزادی‌های بنیادین شهروندان و مقدم بر قوانین اساسی به شمار می‌آیند (Debbasch, 2001: 86). اما اختیارات دولت، حداقل در قالب عناوین کلان آن باید در قانون اساسی ذکر شود. بنابراین در جایی که تردید در اختیارات دولت می‌کنیم باید اصل را بر عدم آن نهاد.

با این حال ملاحظه می‌شود که غالب قوانین اساسی کشورها به ذکر دسته ای از آزادی‌ها

پرداخته‌اند؛ به نظر می‌رسد بتوان دلایل چهارگانه ذکر آزادی‌ها در قوانین اساسی را به شرح زیر توضیح داد.

۳،۱،۲ جهات ذکر آزادی‌ها در قانون اساسی

قوانین اساسی امروزی همه حاوی اشارات متعدد به حقوق و آزادی‌های بنیادین افراد هستند حتی در کشورهایمانند فرانسه که در قانون اساسی فعلی آن (۱۹۵۸) بجز یک اصل، صرفاً به تنظیم روابط قدرت و سازمان‌دهی آن پرداخته و اشاره‌ای به حقوق و آزادی‌ها ندارد اما در مقدمه آن، پای‌بندی ملت فرانسه را به مقدمه قانون اساسی ۱۹۴۶ (حاوی حقوق و آزادی‌های سیاسی و مدنی نسل دوم) و اعلامیه حقوق بشر و شهروند ۱۷۸۹ (حاوی حقوق و آزادی‌های سیاسی مدنی) اعلام نموده است. همچنین مقدمه مختصر قانون اساسی جمهوری چهارم (۱۹۴۶) ارجاع مجددی به «اصول بنیادین شناخته شده در قوانین جمهوری»^۱ داده است که در عمل، متن گشوده‌ای را در اختیار دادرسی اساسی و نیز دادرسی اداری فرانسوی قرار داده است تا با اجتهاد خود، همواره بر فهرست آزادی‌های مورد حمایت قانون اساسی، به تناسب شرایط روز بیافزایند. بنابراین، عدم ذکر برخی از حقوق و آزادی‌ها در قانون اساسی، مانع از صدور حکم دادرسی اساسی بر مبنای آن‌ها به‌عنوان حقوق بنیادین مورد حمایت حقوق اساسی کشور نشده است (Rousseau, 2001: 385). با این حال، همان‌گونه که گفته شد به چهار جهت عمده، ذکر برخی آزادی‌ها در قانون اساسی، ضرورت یافته است.

الف- تأکید: در واقع ذکر برخی آزادی‌ها در قانون

اساسی در درجه اول از باب تأکید مؤسس بر آنهاست که معمولاً عنوان یا سرلیستی برای پوشش مجموعه‌ای از حقوق و آزادی‌ها قلمداد می‌گردد. با ذکر این آزادی‌ها مؤسس در مقام اعلام پای‌بندی خود به ارزش‌های مورد قبول عموم و اعتباربخشی به متن مصوبه خود یعنی قانون اساسی برمی‌آید. به-

¹ Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République



اصل قانونی بودن جرم و مجازات و تشریفات دادرسی و تعقیب متهم، دو الزام مذکور در اصل یعنی ضرورت «ابلاغ کتبی به متهم» و «ارسال پرونده ظرف حداکثر ۲۴ ساعت از بازداشت، به مراجع قضایی»، تدابیر و تضمیناتی است که قانون اساسی به منظور حراست از آزادی شهروندان پیش‌بینی نموده است. همچنین در مورد دوم نیز تأکید بر «صلاحیت حصری دادگاه‌های عمومی» در رسیدگی به جرایم سیاسی و مطبوعاتی، و «برگزاری دادگاه به صورت علنی» و با «حضور هیأت منصفه»، سه تضمین مهمی است که برای جلوگیری از تضییع احتمالی حقوق منتقدان و مخالفان دولت در نظر گرفته شده است.

علاوه بر تضمین از طریق تشریفات، چنانچه کارکرد تضمین را با مفهوم موسع کلمه و فراتر از صرف راهکارهای مادی در نظر بگیریم، می‌توان برخی اصول دیگر را نیز در اینجا اضافه نمود؛ اصل سی- هشتم مقرر می‌دارد: «هرگونه شکنجه برای گرفتن اقرار و یا کسب اطلاع ممنوع است. اجبار شخص به شهادت، اقرار یا سوگند، مجاز نیست و چنین شهادت و اقرار و سوگندی فاقد ارزش و اعتبار است...». ملاحظه می‌شود هرگونه شکنجه به نحو مطلق ممنوع اعلام شده و بنابراین با هیچ توجیه و مبنایی نمی‌توان جواز آن را پذیرفت. منع شکنجه از جمله حقوق بنیادینی است که حتی به استناد اصل ۷۹ قانون اساسی^۳ نیز نمی‌توان آن را نادیده گرفت. در واقع، اصل مذکور با اطلاق که در عبارت خود دارد به نوعی بهانه‌زدایی کرده و از طریق بستن راه هرگونه توجیهی، ممنوعیت شکنجه را تضمین نموده است.

ج- تقیید و تحدید: در استفاده از کلیه آزادی‌ها همواره امکان سوءاستفاده و تعدی به حقوق دیگران یا نظم عمومی وجود دارد. اما تعدی از برخی از آنها

طور مثال، آزادی سکونت که در اصل ۳۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی^۱ بیان شده یا آزادی عقیده مذکور در اصل ۲۲۳ از جمله آزادی‌هایی است که وجود آن در یک جمهوری معاصر، بدیهی تلقی شده و ضرورتی به ذکر آنها جز از باب تأکید و اعتباربخشی به خود قانون اساسی به عنوان یک قانون اساسی مدرن و دموکراتیک وجود ندارد؛ واضح است که هر انسان آزاد، دارای حق اختیار سکونت‌گاه در هر جا و بهر نحو مشروع است و نیز می‌تواند مصون از تعرض دولت، به هر مرامی ایمان داشته باشد و چنانچه قانون اساسی غیر چنین جوازی را منظور نماید از اعتبار خود در داوری عموم کاسته است.

ب- تضمین: دلیل دیگر پرداختن قوانین اساسی به آزادی‌ها، ضرورت پیش‌بینی ضمانت اجراها و حمایت‌های عملی ناظر بر آنهاست: برخی آزادی‌ها به اعتبار ماهیت‌شان در معرض تهدید و احتمال نقض بیشتری از جانب دولت یا سایر اشخاص هستند مانند آزادی اعتراض و نقد قدرت یا احترام به حقوق اقلیت‌ها، همچنین تحقق برخی آزادی‌ها مستلزم پیش‌بینی سازوکار مشخصی است و از همین روی، قانون اساسی به ذکر آنها همراه با شیوه‌های تضمین‌شان پرداخته است؛ به طور مثال به- موجب اصل ۳۲ قانون اساسی «هیچ‌کس را نمی‌توان دستگیر کرد مگر به حکم و ترتیبی که قانون معین می‌کند. در صورت بازداشت، موضوع اتهام باید با ذکر دلایل بلافاصله کتباً به متهم ابلاغ و تفهیم شود و حداکثر ظرف مدت بیست و چهار ساعت پرونده مقدماتی به مراجع صالحه قضایی ارسال و مقدمات محاکمه، در اسرع وقت فراهم گردد...» و نیز به موجب اصل ۱۶۸ «رسیدگی به جرایم سیاسی و مطبوعاتی علنی است و با حضور هیأت منصفه در محاکم دادگستری صورت می‌گیرد...». همان‌گونه که ملاحظه می‌شود در مورد اول، ضمن تأکید بر رعایت

۳ «...در حالت جنگ و شرایط اضطراری نظیر آن، دولت حق دارد با تصویب مجلس شورای اسلامی موقتاً محدودیت‌های ضروری را برقرار نماید، ولی مدت آن به هر حال نمی‌تواند بیش از سی روز باشد و در صورتی که ضرورت همچنان باقی باشد دولت موظف است مجدداً از مجلس کسب مجوز کند».

۱ اصل سی و سوم: هیچ‌کس را نمی‌توان از محل اقامت خود تبعید کرد یا از اقامت در محل مورد علاقه اش ممنوع یا به اقامت در محلی مجبور ساخت، مگر در مواردی که قانون مقرر می‌دارد.

۲ اصل بیست و سوم: تقیید عقاید ممنوع است و هیچ‌کس را نمی‌توان به صرف داشتن عقیده ای مورد تعرض و مواخذه قرار داد.

در حالت جنگ و شرایط اضطراری نظیر آن، دولت حق دارد با تصویب مجلس شورای اسلامی موقتاً محدودیت‌های ضروری را برقرار نماید، ولی مدت آن به هر حال نمی‌تواند بیش از سی روز باشد و در صورتی که ضرورت همچنان باقی باشد دولت موظف است مجدداً از مجلس کسب مجوز کند».

۳،۱،۳ اصل عدم صلاحیت مقامات عمومی و اقلی بودن قدرت

اصل عدم صلاحیت موجب می‌شود ذکر اختیارات مقامات عمومی را در قانون، از باب بیان استثنا بنگریم و در زمان تردید، حکم به اکتفای به قدر متیقن صادر کنیم. بنابراین، فهرست اختیارات بر شمرده شده برای هر مقام را در قانون اساسی باید حداکثری و به عنوان سقف صلاحیت‌های آن مقام محسوب کرد و به هیچ دلیل خارج از قانون اساسی نمی‌توان بر این فهرست افزود.

۳،۲ قانون اساسی به عنوان سند حقوقی عمومی

قانون اساسی قبل از هر چیز یک متن و سند حقوقی است. تلقی حقوقی از این متن، خود برداشتی مدرن است؛ به این معنا که با تقسیم اصول قانون اساسی به اصول ناظر بر قواعد حقوقی و قواعد سیاسی (Gicquel, 1993: 171) و فراتر از یک متن و بیانیه سیاسی و صرف بیان آرمان‌های سیاسی و اخلاقی یک ملت (Daintith, Page, 1999: 16)، قابلیت استناد در مراجع حقوقی داشته و نمی‌توان استفاده از مضمون آن را مطلقاً منوط به وساطت مقنن قلمداد نمود (Debbasch, ..., op.cit: 86). جریان

حای خطرات بزرگتری است و لذا نمی‌توان آنها را مطلق در نظر گرفته یا راجع به حدود آنها سکوت کرد. از همین روی، قوانین اساسی به ذکر قیود و الزامات بهره‌مندی از این دسته آزادی‌ها پرداخته- اند (Sudre, ..., op.cit: 189) که خود به خود مستلزم تصریح به آزادی‌های مذکور نیز بوده است. به طور مثال اصل ۲۷ قانون اساسی بیان می‌دارد «تشکیل اجتماعات و راهپیمایی‌ها، بدون حمل سلاح، به شرط آن که مخل به مبانی اسلام نباشد آزاد است». ملاحظه می‌شود که شرط «عدم حمل سلاح» و «عدم خدشه در مبانی اسلام»، قیودی است که در قانون اساسی، نسبت به بهره‌مندی از آزادی تجمع پیش‌بینی شده است. با همین مبنا اصول بیست- وچهارم^۱، بیست‌وششم^۲ و بیست‌وهشتم^۳ نیز قابل توجه است.

د-تنظیم: حقوق و آزادی‌ها اصولاً در مفهوم خود تعارضی با یکدیگر ندارند و از قوه مؤسس هم تقریر مفاهیم متعارض، قبیح و بعید است، اما بهر حال برخی اصول یا حق‌ها ممکن است در زمان اجرا دچار تراحم با یکدیگر شوند (Aguila, 1999: 46-51) یا اعمال برخی از آنها در شرایطی با منافع عمومی و نظم عمومی در تعارض واقع شود. به همین دلیل، قانون اساسی با پیش‌بینی برخی تراحمات احتمالی، به توازن و تنظیم حقوق و آزادی‌ها، تعیین اولویت‌ها و شیوه‌های احتمالی رفع تراحم پرداخته است. به طور مثال اصل نهم قانون اساسی، لزوم حفظ توازن بین آزادی و امنیت را در مفهومی کلی بیان کرده است^۴ یا به موجب اصل چهلم «هیچکس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد» و نیز حسب اصل هفتادونهم «برقراری حکومت نظامی ممنوع است.

جامعه به مشاغل گوناگون، برای همه افراد امکان اشتغال به کار و شرایط مساوی را برای احراز مشاغل ایجاد نماید».

^۴ اصل نهم: در جمهوری اسلامی ایران آزادی و استقلال و وحدت و تمامیت ارضی کشور از یکدیگر تفکیک ناپذیرند و حفظ آنها وظیفه دولت و آحاد ملت است. هیچ فرد یا گروه یا مقامی حق ندارد به نام استفاده از آزادی، به استقلال سیاسی، فرهنگی، اقتصادی، نظامی و تمامیت ارضی ایران کمترین خدشه‌ای وارد کند و هیچ مقامی حق ندارد به نام حفظ استقلال و تمامیت ارضی کشور آزادی‌های مشروع را، هر چند با وضع قوانین و مقررات، سلب کند.

^۱ «نشریات و مطبوعات در بیان مطالب آزادند مگر آنکه مخل به مبانی اسلام یا حقوق عمومی باشد. تفصیل آن را قانون معین می‌کند».

^۲ «اجزاب، جمعیت‌ها، انجمن‌های سیاسی و صنفی و انجمن‌های اسلامی یا اقلیت‌های دینی شناخته شده آزادند، مشروط به این که اصول استقلال، آزادی، وحدت ملی، موازین اسلامی و اساس جمهوری اسلامی را نقض نکنند. هیچکس را نمی‌توان از شرکت در آنها منع کرد یا به شرکت در یکی از آنها مجبور ساخت».

^۳ «هرکس حق دارد شغلی را که بدان مایل است و مخالف اسلام و مصالح عمومی و حقوق دیگران نیست برگزیند. دولت موظف است با رعایت نیاز



۱۳۷۰: ۱۶۰). بنابراین گفته می‌شود قراردادهای حقوق خصوصی اصولاً قراردادهای ماضی است اما در خصوص قراردادهای حوزه عمومی چون حداقل یک طرف، شخص عمومی است که به نمایندگی مردم عمل می‌کند و مفهوم مردم و منافع عمومی در طول زمان دارای سیالیت است، صرفاً اراده زمان انعقاد قرارداد ملاک نیست (Péquignot, 1945: 603) و به شرایط زمان تفسیر نیز باید توجه نمود.^۱ این رویکرد در مورد اصول ناظر بر حقوق و آزادی‌های مذکور در قانون اساسی به طور خاص صدق می‌کند به نحوی که «شیوه‌های تفسیری پویا و یا روش‌های تفسیری آزاد و یکسره عملگرا [...] تنها با رویکردهای واقع‌گرا و یا حق‌محور نسبت به قانون اساسی سازگار است» (جعفری، ۱۳۹۲: ۱۵۲). با همین منطقی «در پیشبرد و تحقق بسیاری از حقوق و آزادی‌های کنونی در آمریکا تفاسیر پویای دیوان‌عالی از قانون اساسی نقش محوری داشته است (جعفری، ۱۳۹۲: ۱۵۳). «تفسیر بر مبنای روش‌های پویا مستلزم در نظر داشتن تحولات حقوقی و همچنین زمینه اجتماعی مربوط به متن، علاوه بر سوابق و زمینه تاریخی آن است. مکاتب پویا در برابر منشأگرایی، عینیت مبتنی بر معنای زمان تصویب را رد می‌کنند. از دید آنها واژگان دارای معنای ثابت و محصلی در طول زمان نیستند بلکه این شرایط و زمینه دگرگون شونده آن‌هاست که به آنها معنی می‌دهد» (یاوری و دیگران، ۱۳۹۶: ۴۲).

چنین رویکردی با اصول دموکراتیک یک نظام سازگارتر است چرا که چنانچه قانون اساسی، تجلی اراده عمومی باشد، بدیهی است اراده عموم یا شرایط زیست جمعی ممکن است در طول زمان دچار تحولاتی گردد که لزوماً نیاز به فرایند و تشریفات بازنگری نداشته باشد و مفسران آن بتوانند در قالب متن موجود اما با تفسیر روزآمد تحولات مذکور را در عمل لحاظ کنند.

اساسی‌سازی که متأثر از رویکرد آمریکایی در دادرسی اساسی است مورد اقبال حقوق‌دانان اروپایی قرار گرفته و بر استنادپذیری اصول قانون اساسی در شاخه‌های مختلف حقوقی، تأکید نموده است؛ به نحوی که از بنیادهای قانون اساسی حقوق جزا و حقوق مدنی نیز سخن می‌رود (Rousseau, op.cit: ۴۳۲). در هر صورت به نظر می‌رسد مسأله استنادپذیری اصول قانون اساسی در دکتترین حقوقی و نیز و رویه قضایی کشورمان هنوز کاملاً حل نشده و اختلاف نظرهایی را می‌توان ملاحظه نمود که البته موضوع بحث این نوشتار نیست. تلقی قانون اساسی به عنوان یک سند حقوقی، مسأله تفسیر آن را در مقاطع زمانی مختلف، پُر اهمیت می‌سازد. علاوه بر مسایل و اصول عامی که در خصوص تفسیر یک سند حقوقی می‌توان مطرح نمود تفسیر قانون اساسی به عنوان سند حقوق عمومی مدرن با معنایی که در ابتدای این مقاله بدان اشاره شد دارای سه ملاحظه مهم است: اول آن که عبارات یک متن حقوق عمومی اصولاً تا جایی که امکان داشته باشد باید «حال» تلقی شده و برخلاف اسناد حقوق خصوصی، معنای صرفاً ماضی بر آن بار نشود. دوم آن که قانون اساسی، متنی اجتماعی است که اثر آن محدود به طرف‌های قراردادی مشخصی نمی‌شود و بنابراین در مقام تفسیر باید تلقی و افکار عمومی را نیز مورد توجه قرار داد. سوم آن که سند مبتنی بر ارزش‌های جمهوریت است و در تفسیر عبارات و اصول آن، از برداشت‌های غیردموکراتیک باید پرهیز نمود.

۳،۲،۱ قانون اساسی به عنوان سند حال

در قراردادهای خصوصی که ناظر بر حقوق و منافع طرفین قرارداد است چنانچه نیاز به تفسیر متن قرارداد باشد مهم‌ترین راهکار و معیار، کشف اراده طرفین است که در زمان اختلاف، چاره‌ای جز مراجعه به اراده آنان در زمان انعقاد قرارداد نیست (کاتوزیان،

عمل‌گرایی و واقع‌گرایی حقوقی در بین اصحاب حقوق عمومی بیشتر طرفدار دارد. (نک: کیوانفر، ۱۳۹۰: ۷۴ به بعد).

^۱ بی دلیل نیست که مکاتب فرمالیسم (اصالت صورت) و پوزیتیویسم حقوقی در بین اصحاب حقوق خصوصی، و مکاتب حقوق طبیعی‌گرایی،

زنی‌های سیاسی، نقش ایفا می‌کند اما در دادگاه، قاضی یا قضات معدود، تصمیم فردی می‌گیرند (والدرون، ۱۳۹۷: ۴۶)، با این حال متن قانون اساسی واجد جنبه‌های سیاسی هم است و در اینجا نظر به تفسیر، نه در مقام دادرسی به معنای سنتی (یعنی فصل دعوی خصوصی) بلکه در مقام تدبیر حقوق عمومی است. موارد متعددی را می‌توان نشان داد که دادرسی اساسی در نتیجه تغییر شرایط و فهم اجتماعی، در طول زمان نظریه تفسیری خود را تغییر داده است (لوشر، ۱۳۹۰: ۵۹).^۱

۴ شرط محتوایی قانون اساسی مدرن

قانون اساسی به مفهوم مدرن آن، همزاد جمهوریت و دموکراسی است. تلقی قانون اساسی به عنوان میثاق ملی و تجلی‌دهنده ایده قرارداد اجتماعی به معنای پذیرش حاکمیت مردم به علاوه احترام به حقوق و آزادی‌هاست (Favoreu, ..., 2000: 91). به تعبیر دیگر با برتری قانون اساسی، در واقع دموکراسی به شکل سیاسی خود لعاب حقوقی می‌بخشد و با تقدم قانون اساسی بر مصوبات پارلمان، حاکمیت اکثریت را در چارچوب احترام به حقوق و آزادی‌ها قرار می‌دهد (زولر، ۱۳۹۶: ۱۸۴). به هر صورت پذیرش چنین مبنایی برای قانون اساسی به عنوان یک سند حقوق عمومی مدرن و تضمین کننده حقوق و آزادی‌های بنیادین، مانع از پذیرش هر مفهوم یا برداشتی در زمان وضع یا تفسیر اصول قانون اساسی می‌شود. بنابراین، قانون اساسی، ظرف خنثایی نیست که بتوان، هرگونه مظلوفی را صرف نظر از مبنا و کارکرد، در آن وارد کرد. شاید مشهورترین تعبیر در این خصوص، ماده ۱۶ اعلامیه حقوق بشر و شهروند فرانسه است که هر نظام فاقد تفکیک قوا را فاقد قانون اساسی اعلام نموده

همچنین در عرصه زیست جمعی، با عنایت به شتاب تحولات اجتماعی و تغییرات مدام در فناوری اصولاً موضوعات کاملاً جدیدی مطرح می‌شود که به هیچ وجه در مخیله مؤسس نمی‌گنجیده و تطبیق احکام قانون اساسی بر مسایل جدید جز از طریق شیوه پویا مقدور نیست. به طور مثال حقوق مربوط به فضای مجازی با استناد به قانون اساسی که چهل سال پیش به تصویب رسیده است جز از طریق استناد به اصول حقوق و آزادی‌های رسانه و ارتباطات میسر به نظر نمی‌رسد.

۳،۲،۲ افکار عمومی و تفسیر قانون اساسی (بعد اجتماعی)

«قانون اساسی یک سند عمومی است که علاوه بر واضعان و اصلاحگران آن، موضوع فهم عموم مردمی نیز قرار می‌گیرد که قرار است ذیل حاکمیت آن زندگی کنند؛ قانون اساسی، ابزار زندگی واقعی است که زندگی مردم را شکل می‌دهد» (Rossum, Tarr, 2000: 2). وجه دموکراتیک و مدرن نظام فقط در مرحله تصویب قانون یعنی از طریق مراجعه به آراء عمومی یا نمایندگان آنها نمود نمی‌یابد بلکه تجلی مردم‌سالاری را باید در هنگام تفسیر قانون هم ملاحظه نمود. از همین روی مفسر قانون اساسی نمی‌تواند صرفاً بر اساس ادله منطقی و ذهنی دست به تفسیر بزند بلکه باید به فهم عمومی حاکم بر جامعه که از طرق مختلف مانند مطبوعات و سایر رسانه‌ها قابل احراز است نیز توجه کند. به تعبیر دیگر، مفسر در حقوق عمومی باید علاوه بر متن، به فرامتن یا زمینه اجتماعی تفسیر هم توجه کند، و به بیان دیگر، تفسیر در حقوق عمومی به ویژه در خصوص قانون اساسی، از تفسیر فردی فراتر رفته و تبدیل به یک تفسیر جمعی یا عمومی می‌گردد. هرچند که تفاوت مهم تقنین با دادرسی را در آن می‌دانند که در تقنین، عقل جمعی از طریق چانه-

^۱ در مقاله‌ای الیزابت زولر گزارش می‌دهد دیوان عالی فدرال آمریکا در طول سالهای ۱۸۱۰ تا ۱۹۹۱ دویست و ده مورد از نظرات خود را کاملاً تغییر داده است (لوشر، ۱۳۹۰: ۶۰).



و بنابراین هر تفسیری که باعث شود محور نظارت، به جای اطمینان از راستی «اجرای انتخابات»، تبدیل به اطمینان از درستی «تشخیص انتخاب‌گران» گردد عملاً نظارت بر اراده و تشخیص مردم تلقی شده و با اصل حاکمیت مردم و در نتیجه، با برداشت مدرن از قانون اساسی، سازگار به نظر نمی‌رسد.

۵ نتیجه

تلقی قانون اساسی به معنای سند مدرن می‌تواند در تقابل با تلقی‌های متعددی قرار گیرد. هریک از این تقابل‌ها و دوگانه‌ها به تناسب زمینه کاربست آنها مورد توجه قرار گرفته و اهمیت می‌یابد. در نظام جمهوری اسلامی ایران، با عنایت به آرمان‌ها و شعارهای رهبران انقلاب و تأکید بر امکان تلفیق سنت و مدرنیته و نیز تلقی جمهوریت به‌عنوان ظرف، و اسلام به عنوان محتوا، به نظر می‌رسد تقابل محوری بین قانون اساسی به عنوان یک قالب خنثا و پذیرای هرگونه مظلوفی از سویی و قانون اساسی به‌عنوان یک سند حقوق عمومی مدرن حاوی الزامات شکلی و مفهومی ویژه از سوی دیگر، برقرار می‌شود. قانون اساسی با عنایت به جنبه حقوقی عمومی آن، سندی حال تلقی می‌شود که تفسیری پویا و روزآمد را ایجاب می‌کند و اجازه نمی‌دهد صرفاً در بند اراده مؤلفان گرفتار شویم. همچنین ابتدای جمهوریت بر اراده عمومی و اصولاً محوریت حاکمیت مردم در ساختار حقوق عمومی مدرن، اقتضا می‌کند که تفسیر قانون اساسی همانند تصویب آن، با لحاظ افکار عمومی، در عین توجه به ابعاد فنی و حقوقی آن صورت پذیرد. و بالأخره با عنایت به محوریت آزادی، تفسیر اصول قانون اساسی باید دارای تلائم با ارزش‌های دموکراتیک باشد و منجر به نقض اصول مهمی چون حاکمیت مردم، اصل قانونی بودن جرم و مجازات و محدودیت قدرت سیاسی نگردد.

است. همچنین در این راستا اصولی مانند اصل قانونی بودن جرم و مجازات، اصول ناظر بر حاکمیت مردم و حقوق بنیادینی مانند منع شکنجه، اصل برابری و منع تبعیض ناروا و نیز محدودیت قدرت و اصل عدم صلاحیت مراجع عمومی، از جمله مفاهیمی هستند که ملازمه ذاتی با مفهوم مدرن قانون اساسی داشته و در صورت نقض آن در یک سند، نمی‌توان آن را قانون اساسی به معنای مدرن و جهانی آن دانست. بنابراین چنانچه از منظر حقوق عمومی و مبانی قانون اساسی مدرن بخواهیم به طور مثال، اصل ۱۶۷ قانون اساسی^۱ را تفسیر کرده و منظور از «دعوا» را تبیین نماییم نمی‌توان مفهوم دعوی به‌کار رفته در اصل مذکور را ناظر بر موضوعات کیفری نیز دانست چرا که چنین تفسیری با اصل قانونی بودن جرم و مجازات سازگاری ندارد.

همچنین، و بعنوان مثال دیگر، اصل حاکمیت ملت که بعنوان مبنای جمهوریت نظام و به‌صراحت در عنوان فصل هفتم و اصل ۵۶ قانون اساسی بیان شده است ماهیت نظارت شورای نگهبان بر انتخابات عمومی را که در اصل ۹۹ قانون اساسی مورد اشاره قرار گرفته است معین می‌سازد: بدین شرح که می‌دانیم بحث‌های مشهوری در خصوص ماهیت نظارت شورای نگهبان راجع به انتخابات نمایندگان مجلس شورای اسلامی، درگرفته و دو دیدگاه در این خصوص، مطرح شده است که عده-ای، نوع نظارت را استطلاعی یا اطلاعی، و عده دیگر استصوابی تلقی نموده‌اند (نک: هاشمی، ۱۳۸۲: ۱۷۲). در نهایت هرچند ماده ۳ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی، نوع نظارت را استصوابی اعلام نموده اما نکته مهم‌تر، نحوه تفسیر و اجرای نظارت استصوابی است. امر بدیهی آن است که نظارت پیش‌بینی شده برای شورای نگهبان، به منظور اطمینان از صحت انتخابات و انعکاس واقعی آراء عمومی در نتایج اعلام شده توسط مجریان است

نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد».

^۱ اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا



نیست که بتوان هر مفهومی را در آن گنجانده و هر قاعده‌ای را از آن استنباط نمود. بنابراین به منظور پرهیز از بروز ابهام در مفاهیم که منجر به بروز اشکال در مفاهمه بین حاکمیت و مردم و جدال‌های دامنه‌دار جریان‌ات سیاسی در جامعه می‌گردد بهتر است در صورت عدم پذیرش مؤلفه‌های اساسی و بنیادین حقوق عمومی مدرن، استفاده از تعبیر کلیدی آن را کنار گذارده و از الفاظ متناسب با دریافت واقعی‌مان از نظام مرجح استفاده بریم.

یکی از دعاوی اصلی مشروطه به بعد، بحث راجع به همسانی برخی قالب‌های مدرن با نهادهای موجود در سنت فقهی بوده است که در این نوشتار با تمرکز بر یکی از مفاهیم کلیدی، به دنبال نشان دادن دشواری‌های تلفیق بوده‌ایم. در نهایت، بدون آن‌که به دنبال ارزش‌داوری و ترجیح اصول دموکراسی و حقوق عمومی مدرن نسبت به ارزش‌های اتخاذی و ادعایی مربوط به اسلامیت نظام یا بعکس برآییم، تنها مدعا آن است که جمهوریت، بر خلاف تلقی اولیه برخی نظریه‌پردازان جمهوری اسلامی، ظرفی خنثا نیست و به تبع آن، قانون اساسی سند و قالبی



References

- Abbasi, Bijan (2018), *Fundamentals of Constitutional Law*, Jangal. (In persian)
- Abbasi, Bijan, "Distinction between founding powers and established powers", *Constitutional Law Journal*, No. 3, 2013. (In persian)
- Aguila (y), *Le Conseil constitutionnel et la philosophie du droit*, L.G.D.J, 1999.
- Ajodani, Masha Allah (2015), *Iranian Constitution*, Akhtaran Publishing House. (In persian)
- Aristotle(1992), *Politics*, translated by Hamid Enayat, Islamic Revolution Publications and Education. (In persian)
- Barendt, Eric, *An introduction to constitutional law*, Oxford University Press, 1998.
- Chevallier, Jacques (1999), *Rule of Law*, translated by Hamidreza Malek-Mohammadi, Daddgostar Publishing House. (In persian)
- Daintith, Trencce, Alan Page, *The executive in the Constitution*, Oxford University, 1999.
- Debbash, C, J-M, Pontier, J, Bourdon, J-C, Ricci, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Economica, 2001.
- Dizpicazo, Louise Maria, "The Transformation of the Concept of Law in the West", translated by Mohammad Reza Vjeh, *Journal of Theology and Law*, Vol. 23, 2016. (In persian)
- Hashemi, Seyyed Mohammad, "The supervision of the Guardian Council is disciplinary, neither discretionary nor survey", *Humanities Lecturer - Comparative Law Researches*, no. 31, winter 2003. (In persian)
- Favoreu, Louis, P, Gaia, ..., *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2004.
- Favoreu, Louis ,..., *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2000.
- Favoreu, Louis ,Thierry S. Renoux, *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, Sirey, 1992.Press, 1999.
- Favoreu, Louis , L, Philipp, ..., *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*, Dalloz, 2009.
- Gicquel, Jean, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, 1993.
- Hayek, Friedrich von (2013), *Law, Legislation and Freedom*, Volume, III, translated by Mahshid Moiri and Musa Ghannejad, World of Economics Publications. (In persian)
- Jaafari, Mohammad Hossein (2012), *Principles Governing the Interpretation of the Constitution in Iran and America*, Majd. (In persian)
- Katouzian, Nasser (1991), *Civil Law, Preliminary Course (Legal Acts)*, Borna and Bahman Publishing Company,. (In persian)
- Keiwanfar, Shahram (2019), *Philosophical Foundations of Law Interpretation*, Enteshar Company. (In persian)
- 36-Kelly, A, W, Harbison, H, Belz, *The American constitution, its origins and development*, Norton-Company, 1990.



- Kelsen, Hans (2017), *Pure Legal Theory*, translated by Ismail Nematollahi, Samt Publications and Center for Research and Development of Human Sciences. (In persian)
- Lauvaux, Philippe, *Les grandes démocraties contemporaines*, PUF, 1998.
- Lock, John (2017), *A treatise on government*, translated by Hamid Azdanlou, Ney Publishing. (In persian)
- Loglin, Martin (2018), *Basics of Public Law*, translated by Mohammad Rasakh, Ney Publishing. (In persian)
- Loglin, Martin (2015), *Basics of Public Law in the West*, translated by Mohammad Moqtadar, Majd Publications. (In persian)
- Loscher, Francois (2000), *Constitutional Justice*, translation and research: Seyed moatba Vaezi, Javadane. (In persian)
- McIlwain, Charles Howard, *Constitutionalism: ancient and modern*, Magi, 1975.
- Neuman, Frants (1994), *Freedom and Power and Law*, translated by Izatollah Fouladvand, Khwarazmi Publications. (In persian)
- Pane, Thomas, *The rights of man*, 1792.
- Péquignot, M, *Théorie du contrat administratif*, Thèse, Montpellier, 1945.
- Qazi Shariat-Panahi, Abolfazl (1993), *Constitutional Law and Political Institutions*, first volume, Tehran University Publications. (In persian)
- Rossum, Ralph, G.Alan Tarr, *American constitutional law*, v.2, Thomson, 2007.
- Rousseau, Jean-Jacques (2018), *Social Contract*, translated by Morteza Kalantarian, Age Publishing. (In persian)
- Rousseau, Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 2001.
- Spiro, Herbert John, *Constitution*, www.britanica.com/article/134169. 2021.
- Sudre, Frederic, ..., *Les grands arrêts de la Cour Européenne des droits de l'homme*, PUF, 2009.
- Tabatbayi, Seyed Javad (2018), *Nation, State and Rule of Law*, Minooye Kherad Publications. (In persian)
- Vaezi, Seyed moatba, "Comparative study of the foundations and function of constitutional justice models", *Modares Journal of Humanities, Comparative Law Researches*, 15th year, No. 2, 2013. (In persian)
- Vincent, Andrew (1997), *Theories of the State*, translated by Hossein Bashiriyeh, Nei publication. (In persian)
- Waldron, Jeremy (2017), *Legislation; Concepts, theories and principles*, translated by Hasan Vakilian, Negah Maazer. (In persian)
- Yavari, Asdollah (2016), Mehdi Moradi Berlian, Parham Mehraram, *Principles and standards of judicial interpretation in public law*, Judiciary Press and Publications Center. (In persian)
- Zarooni, Dariush, Gorji Azandraiani, Ali Akbar, Behdoyan, Behrouz, "Citability of the principles of the Constitution in the decisions of the courts", *Public Law Research*, 1401, No. 23-74. (In persian)



- Zoller, Elizabeth (2016), *An introduction to public law*, translated by Seyed mojatba Vaezi, Javadane. (In persian)

-Zoller, Elizabeth, *Les grands arrêts de la cour suprême des Etats-Unis*, Dalloz, 2010.

Journal of Comparative Law

Publisher: *University of Mazandaran*

Director-in-Charge: *Dr, Javad Taghizadeh*

Editor-in-Chief : *Dr. Hamid Abhari*

Internal Manager: *Dr. Seyyed Hasan Hosseini Moghaddam*

Executive Director: *Ehsan Nemati*

Editorial Board:

Dr. Hamid Abhari, Professor University of Mazandaran
Dr. Mohsen Izanlou, Associate Professor, University of Tehran
Dr. Abdul Reza Javan Jafari, Associate Professor of Ferdowsi University of Mashhad
Dr. Mehrab Darabpour, Professor of Shahid Beheshti University
Dr. Abolhasan Shakri, professor University of Mazandaran
Dr. Ebrahim Shaareyan Sattari, Professor University of Tabriz
Dr. Bijan Abbasi, Associate Professor, University of Tehran
Dr. Mohsen Abdulahi, Associate Professor of Shahid Beheshti University
Dr. Sattar Azizi, professor of Bo ali Sina University
Dr. Kyomarth Kalantari, professor at University of Mazandaran
Dr. Homayoun Mafi, Professor of University of Judicial Sciences and Administrative Services
Dr. Sam Mohammadi, Professor University of Mazandaran
Dr. Pejman Mohammadi, Professor of Tarbiat Modares University
Dr. Ali Mashhadi, Associate Professor of Qom University
Dr. Alireza Yazdani, Associate Professor University of Isfahan

Editors:

- *Dr. Ebrahim Fakhri* (English) *Mr. Ehsan Nemati* (Persian)

Frequency: *Semiannual*

Print ISSN: 2423-7566

Online ISSN: 2770-282

Printing and Binding: *Katibeh Printing Co*

Address: *Office of Scientific Journal, Faculty of Law and Political Sciences, Pardis of University of Mazandaran, Shahid Beheshti St. Babolsar, Iran.*

Email: pajohesh.l-p@umz.ac.ir

TeleFax: +981135302104

Web page: www.lps.umz.ac.ir

This journal is following of Committee on Publication Ethics (COPE) and complies with the highest ethical standards in accordance with ethical laws.



Journal of Comparative Law

Vol. 7 No. 1 2023

University Of Mazandaran



Scientific Association of
Iranian Judicial Sciences



University of Mazandaran

COMPARATIVE LAW SEMI ANNUAL

Articles



Concept and historical background of franchise contract and comparing it with commercial agency

Mostafa Elsan; Kholoud Deriss; MohammadReza Fathi

A Comparative Study on the Functions of Political Parties in Parliamentary Oversight

Seyed Ahmad Habibnezhad; Fatemeh Sadat Dehnad; Mohammad Shafaghi

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

The Ruling on Jurisdiction of the International Criminal Court in the State of Palestine from the Perspective of Amicus Curiae

Zahra Saedi; Javad Salehi

International Collective Responsibility of Nuclear-Weapon States for Omission: Scrutinizing ILC Articles 2001 and NPT

Mohamad Setayeshpur

An Expression of Intention in Negotiations Instruments: A Study of the Law in Iran and Geneva and UNCITRAL Conventions

Mohammad shokri; amir ahmadi

The Concept of National Security in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights

Sattar Azizi; Hossein Hosseini mahjoob

Obstacles to Recognition and Enforcement of New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958 and International Commercial Arbitration Act of Iran 1997

Homayoon Mafi; Mahshid Eshaghi

Legal Ambiguities of the Principle of Active Personal Jurisdiction in Iranian Criminal Law Considering the Laws and Regulations of England

Bahram Malekpour; Hasan Hajitabar Firozjaee; Mohammad Nabipour

Damages and Termination of Contract; A Review of Iran and Egypt Law Approach with a Look at Islamic Jurisprudence and Judicial Decisions

Hamid Miri; Ebrahim Javanmard; Mohammadhossein Taghipour darzi naghbi

Regulatoryism of Voluntary and Involuntary Withdrawal in the Attempt of Crime in the Light of American Law

Reza Nikkhah; Seyyed Hesam Seyyed Esfahani; Mohammad Hasan Javadi; Hamid Alizadeh

Concept of Modern Constitution and its Conceptual Requirements

Seyyed Mojtaba Vaezi



Journal of Comparative Law



Volume 7, Issue 1 - Serial Number 11, April 2023

