

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

به استناد مجوز ۳/۴۷۹۶ مورخ ۸۶/۶/۱۱ وزارت علوم، تحقیقات و فناوری
مجله تحقیقات حقوقی، مجله‌ای علمی - پژوهشی شناخته شده است

دانشکده حقوق

مجله تحقیقات حقوقی

شماره ۴۵

بهار - تابستان

۱۳۸۶

مجله تحقیقات حقوقی

مدیر مسؤول: دکتر گودرز افتخار جهرمی

سردبیر: دکتر محمدعلی اردبیلی

مدیر اجرایی: صادق نجار فیروزجانی

اعضای هیات تحریریه:

دکتر محمد آشوری، دکتر محمد رضا احمدی، دکتر محمد رضا پاسبان، دکتر عبدالله شمس،
دکتر سید حسین صفایی، دکتر عزت‌اله عراقی، دکتر امیرحسین فخاری، دکتر هدایت‌اله فلسفی،
دکتر سید مصطفی محقق داماد، دکتر رضانوربها، دکتر سید محمد هاشمی

با همکاری انجمن ایرانی حقوق تطبیقی، انجمن ایرانی حقوق جزا و انجمن ایرانی داوری

بهار - تابستان ۱۳۸۶

شمارگان ۲۰۰۰ نسخه

قیمت: ۱۲۰۰۰ ریال

مرکز پخش:

فروشگاه کتاب انتشارات دانشگاه شهید بهشتی

تهران، اوین، دانشگاه شهید بهشتی، ساختمان مدیریت رایانه و خدمات ماشینی، طبقه همکف، تلفن ۲۹۹۰۲۷۰۰

لیتوگرافی، چاپ و صحافی: سازمان چاپ و انتشارات دانشگاه شهید بهشتی

راهنمای نگارش و ارسال مقاله

- ۱- «مجله تحقیقات حقوقی» هر شش ماه یک بار منتشر می‌شود و مقالاتی (اعم از تألیف یا ترجمه) را در زمینه‌های مختلف حقوقی و مباحث مرتبط با این رشته منتشر می‌نماید.
- ۲- نوع مقالاتی که برای چاپ ارسال می‌شود، باید محصول تحقیقات نویسندگان و متضمن دست‌آورد علمی جدید باشد.
- ۳- در مواردی که مقاله از منابع علمی معتبر خارجی ترجمه شده باشد، متن اصلی مقاله ترجمه شده با مشخصات کامل نشریه مربوط باید ارسال شود.
- ۴- مقاله قبلاً در مجلات داخل کشور چاپ نشده باشد و همزمان به نشریه داخلی دیگری ارسال نشده باشد.
- ۵- زبان مجله فارسی است، بنابراین تا جای ممکن بهتر است از کلمات و معادل‌های فارسی برای بیان مطالب علمی در مقاله استفاده شود.

مقاله باید مشتمل بر قسمت‌های زیر باشد:

- ۱- نام نویسنده یا مترجم و نشانی کامل پستی، شماره نمابر، تلفن و در صورت امکان نشانی پست الکترونیک.
- ۲- چکیده فارسی مقاله (حداکثر ۲۵۰ کلمه) با گل‌واژگان (حداقل ۳ و حداکثر ۵ عبارت) باید پس از مقدمه‌ای کوتاه، دست‌آورد اصلی مقاله را به طور اختصار بیان نماید.
- ۳- ترجمه چکیده مقاله به انگلیسی یا فرانسوی شامل عنوان مقاله، نام نویسنده به یکی از این زبانها باشد.
- ۴- منابع در متن به ترتیب شماره‌گذاری شده و برطبق شماره‌ای که در متن به آن داده شده در زیرنویس همان صفحه و در فهرست منابع در آخر مقاله به ترتیب الفبایی نام خانوادگی نویسندگان آورده شود.
- ۵- اطلاعات منابع به صورت مقاله: نام خانوادگی / نام نویسنده، عنوان مقاله داخل گیومه / نام ناشر / سال انتشار / جلد / صفحات.
- ۶- اطلاعات منابع به صورت کتاب: نام خانوادگی / نام نویسنده، عنوان کتاب، نام مترجم یا مصحح، محل انتشار، نام ناشر و سال انتشار.
- ۷- مسؤولیت صحت مطالب مندرج در مقاله و یا ترجمه به عهده نویسنده یا مترجم است.
- ۸- مقاله دریافت شده را سردبیر و هیأت تحریریه بررسی خواهند کرد و هیأت تحریریه در اصلاح دستوری و املائی آن آزاد است.

نحوه فرستادن مقاله

مقاله اصلی و سه نسخه تصویر آن همراه با تمامی متن بر روی یک لوح فشرده (CD) تاپپ شده با WindowsXP-Word2003 همراه با تقاضای کتبی نویسنده یا مترجم به نشانی دفتر مجله، تهران، بزرگراه شهید چمران، اوین، دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق، معاونت پژوهشی، دفتر مجله تحقیقات حقوقی ارسال گردد.

مجله تحقیقات حقوقی
شماره ۴۵

صفحه

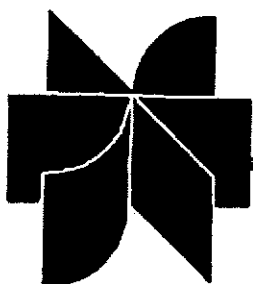
بخش تحقیق

- ۱۱ ♦ همکاری دولتها با دیوان کیفری بین‌المللی
دکتر محمدعلی اردبیلی
- ۴۹ ♦ کیفر و چگونگی تعیین آن در فرایند کیفری انگلستان
(با تکیه بر کارکردهای کیفر)
دکتر نسرین مهرا
- ۹۷ ♦ شرایط اثر قابل حمایت در نظام مالکیت‌های ادبی و
هنری (کی‌رایت)
دکتر باقر انصاری
- ۱۵۳ ♦ اصول اخلاق زیستی
مصطفی‌السان

بخش ترجمه

- ۱۸۷ ♦ آیین دادرسی کیفری بین‌المللی: توافقی، تفتیشی یا مختلط
دکتر حسین آقائی جنت مکان
- ۲۳۹ ♦ قواعد عمومی حقوق شرکت‌ها مطالعه ای برای اقتصادهای
در حال گذار
ماشاءالله بناء نیاسری
- ♦ خلاصه مقالات به زبان انگلیسی و فرانسوی





بخش

تحقیق

همکاری دولت‌ها با دیوان کیفری بین‌المللی

دکتر محمدعلی اردبیلی*

چکیده

پدیده بی‌کیفر ماندن بزهکاران به‌ویژه آن دسته از بزهکارانی که در روزگار ما به جنایات بین‌المللی متهم‌اند، دشواری‌هایی را در روابط میان دولت‌ها ایجاد کرده است. تاریخ نشان داده است که در بین متهمان به جنایات بین‌المللی عموماً کسانی که از مصونیت یا اقتدار کافی برخوردار بوده‌اند، هیچ‌گاه تسلیم عدالت نشده‌اند. از این رو، در نیمه دوم سده بیستم، جامعه دولت‌ها بر آن شدند که با تنظیم ساز و کارهای حقوقی از جمله مرور زمان ناپذیری جنایات بین‌المللی، تکلیف دولت‌ها به استرداد، معاضدت قضایی و تأسیس دیوان‌های بین‌المللی راه را بر بی‌کیفر ماندن این دسته از جنایتکاران مسدود کنند. اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی در زمره اسنادی است که در فصل نهم با عنوان «همکاری بین‌المللی و معاضدت قضایی» وجوب ایفای تعهد دولت‌ها را با دیوان مذکور در اشکال گوناگون متذکر شده است. به موجب این معاهده، همه دولت‌های عضو مکلف‌اند برای همکاری با دیوان مقرراتی را در نظام حقوقی داخلی پیش‌بینی کنند. فصل نهم اساسنامه درباره درخواست‌های دستگیری و تحویل متهمان همچنین اشکال دیگر همکاری، چگونگی تعامل دولت‌ها را

* استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

با دیوان مذکور تعیین نموده است. با این همه، دولت‌ها در اجرای مفاد اساسنامه بنا به تعهداتی که پیش از الحاق به آن در قبال سایر دولت‌ها سپرده‌اند ممکن است با محدودیت‌هایی روبه‌رو شوند. افزون بر آن، خودداری از همکاری با دیوان آثار و تبعاتی دارد که حقوق بین‌الملل به بررسی آنها پرداخته است.

واژگان کلیدی: تحویل، استرداد، معاضدت قضایی، دیوان کیفری بین‌المللی، تعهدات عام‌الشمول.

مقدمه

پدیده بی‌کیفر ماندن بزهکاران در روزگار ما به یکی از مسائل حاد در روابط بین دولت‌ها تبدیل شده است.

از اواخر سده نوزدهم دولت‌ها به منظور دستیابی به بزهکارانی که با ترفندهای گوناگون از چنگال عدالت می‌گریختند و به سرزمین کشورهای دیگر پناه می‌بردند، رفته‌رفته ساز و کارهایی را فراهم آوردند تا با همکاری یکدیگر راه‌های فرار از مجازات را بر بزهکاران ببندند. دولت‌ها در نخستین گام با انعقاد معاهدات دو جانبه و گذر از فراز و نشیب‌هایی که حمایت از حقوق فردی و ملاحظات حاکمیت ملی ایجاد می‌کرد به تدریج پذیرفتند که عبور بزهکاران از سرزمین‌های یکدیگر نباید به منزله گذرنامه بی‌کیفری آنان قلمداد شود.

همکاری دولت‌ها در سده بیستم به دلیل گسترش ارتباطات مردمی و پدیده جهانی شدن شتاب بیشتری به خود گرفت. عوامل متعددی را می‌توان در تقویت این همکاری‌ها بر شمرد؛ نخست، جابجایی جمعیت و سهولت هر چه بیشتر عبور از مرزها؛ دوم، رشد فن‌آوری ارتباطات و دستیابی به شگردهای گوناگون پوشاندن فعالیت‌های مجرمانه و انتقال سریع اموال و درآمدهای حاصل از فعالیت‌های مذکور؛ سوم، نفوذ تبهکاران در سازمان‌ها و تشکیلات دولتی و گسترش شبکه‌های بزهکاران سازمان یافته و نوعاً فراملی.

لیکن، علیرغم تحولات سه دهه اخیر در زمینه همکاری میان دولت‌ها هنوز جامعه بین‌المللی نتوانسته است یک نظام چندجانبه همکاری قضایی

ایجاد نماید. در سطح صرفاً بین‌المللی تنها اصول کلی ترسیم شده است. تلاش‌های مستمر سازمان ملل متحد برای توسعه همکاری دولت‌ها در قلمرو پیشگیری از جرم به ویژه جرایم سازمان یافته و تروریسم در هشتمین کنگره سازمان ملل متحد درباره پیشگیری از جرم و اصلاح مجرمان (هاوانا ۱۹۹۰) به اوج خود رسید. در این نشست نمایندگان دولت‌ها تصویب نمونه‌هایی از قراردادهای همکاری بین‌المللی در قلمرو عدالت کیفری همچون استرداد، معاضدت قضایی و احاله دادرسی را پس از پذیرش به مجمع عمومی سازمان ملل متحد توصیه نمودند. پیش‌نویس قراردادهای مذکور متعاقباً در شصت و هشتمین اجلاس (۱۴ دسامبر ۱۹۹۰) به تصویب مجمع عمومی رسید.

در آستانه هزاره سوم، همبستگی جهانی چهره دیگری از بزهکاری‌ها را آشکار نمود که همکاری دولت‌ها را باید در این زمینه نمونه عالی تلاش کشورها در جهت اعاده صلح و ثبات و تأمین امنیت شهروندان تلقی نمود. جامعه کشورها با درک این موضوع که طی قرن گذشته میلیون‌ها کودک، زن و مرد قربانی فجایع و ددمنشی‌های تصورناپذیری شده‌اند که وجدان بشریت را عمیقاً جریحه‌دار نموده است و با پذیرفتن این واقعیت که تعقیب و مجازات مرتکبان این جنایات در گرو همکاری مؤثر آنها با یکدیگر است مصمم شدند این همکاری‌ها را توسعه دهند.

حقوق بین‌الملل کیفری از همان سال‌های آغازین سده گذشته موضوع استرداد جنایتکاران جنگی را قطع‌نظر از نوع همکاری میان

دولت‌ها بر اهمیت تلقی نمود. پس از جنگ اول جهانی، دولت‌های فاتح در پاریس گرد هم آمدند و معاهده ورسای را به امضا رساندند. معاهده ورسای در ماده ۲۲۷ خود پیش‌بینی کرده بود که جنایتکاران جنگی آلمان به دولت‌های متفق تحویل داده خواهند شد تا به جنایات آنها در دادگاه‌های نظامی کشورهای مذکور رسیدگی شود. در اثنای جنگ دوم جهانی نیز متفقین بارها مقامات آلمان را از قصد خود مبنی بر تعقیب جنایتکاران «در دورترین نقطه زمین» و «باز گرداندن آنها به کشورهایی که در آن مرتکب اعمال نفرت انگیز شده‌اند» اعلام کردند (اعلامیه مسکو مورخ ۳۰ اکتبر ۱۹۴۳ که بعداً به موجب ماده ۴ پیمان لندن مورخ ۱۹ اوت ۱۹۴۵ تأیید گردید).

بلافاصله پس از تأسیس سازمان ملل متحد دو قطعنامه به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل متحد رسید که در هر دو به کشورهای جهان توصیه شده بود که تدابیر لازم را برای تضمین انتقال فوری جنایتکاران به کشورهایایی که در آن مرتکب جنایت شده بودند اتخاذ نمایند (قطعنامه شماره ۳ مورخ ۱۳ فوریه ۱۹۴۶ درباره استرداد و مجازات جنایتکاران جنگی و قطعنامه ۱۷۰ مورخ ۳۱ اکتبر ۱۹۴۷). در آخرین تصمیم مجمع عمومی در این خصوص (قطعنامه شماره ۳۰۷۴ مورخ ۳ دسامبر ۱۹۷۳ درباره ردیابی، بازداشت و استرداد و مجازات افراد متهم به جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت) پیش‌بینی شده است:

«افرادی که علیه آنان ادله ارتکاب جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت وجود دارد باید به دست عدالت گرفتار آیند و چنانچه مقصر

شناخته شوند قاعدتاً در کشوری که مرتکب این جنایات شده‌اند کیفر ببینند. به این منظور، دولت‌ها نسبت به هر آنچه که به استرداد این افراد مربوط است با یکدیگر همکاری می‌کنند ...».

علاوه بر آن، سازمان‌ها و نشست‌های بین‌المللی متعددی نیز دولت‌ها را به امتناع از پذیرفتن حق پناهندگی این دسته از جنایتکاران دعوت کردند.

در سال‌های پس از جنگ تعهد دولت‌ها به مقابله با پدیده فرار بزهکاران از مجازات در مقررات شماری از موافقتنامه‌ها به طور ضمنی یا صریح بار دیگر تکرار گردید. از جمله:

- به موجب ماده ۷ مقاله‌نامه ۹ دسامبر ۱۹۴۸ درباره پیشگیری و مجازات کشتار جمعی، طرف‌های متعاقد مکلف‌اند بر طبق قوانین کشور خود و قراردادهای موجود با استرداد موافقت نمایند.

- به استناد مواد ۴۹، ۵۰، ۱۲۹ و ۱۴۶ مندرج در قراردادهای به ترتیب اول، دوم، سوم و چهارم ۱۲ اوت ۱۹۴۹ ژنو، دولت‌های متعاقد مکلف‌اند به جای تعقیب و محاکمه، متهمان به جنایات جنگی را به کشورهای دیگر که علاقمند به تعقیب آنان باشند تسلیم نمایند.

- ماده ۸ پروتکل شماره یک الحاقی به کنوانسیون‌های ژنو ۱۰ ژوئن ۱۹۷۷ تعهد دولت‌ها را به همکاری در زمینه استرداد جنایتکاران بار دیگر متذکر می‌شود.

- ماده ۳ کنوانسیون مرور زمان ناپذیری جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت مورخ ۲۶ نوامبر ۱۹۶۸، دولت‌های متعاقد را از طریق وضع قوانین

داخلی به اتخاذ اقدامات ضروری به منظور استرداد اشخاص موضوع کنوانسیون بر طبق مقررات حقوق بین‌الملل مکلف می‌کند.

۱- تعهد به همکاری با دادگاه‌های بین‌المللی

تعهد به همکاری تکلیفی است بر مبنای حقوق بین‌الملل برای اعضای جامعه بین‌المللی به منظور شناسایی و محاکمه مرتکبان جنایات بین‌المللی و مشارکت در مبارزه علیه بی‌کفایتی و پیشگیری از ارتکاب جنایات جدید که باید در قبال درخواست‌های دادگاه‌های کیفری بین‌المللی انجام شود. همکاری با دو دادگاه نظامی بین‌المللی پس از جنگ مشکل بزرگی محسوب نمی‌شد، زیرا مظلومان عموماً در اختیار دولت‌های فاتح بودند و یا با توجه به اشغال سرزمین‌های دولت‌های مغلوب و عزم دولت‌ها به محاکمه مجرمان، شناسایی و دستگیری آنان دشوار نبود. ماده ۳ موافقتنامه لندن ۸ اوت ۱۹۴۵ مقرر کرده بود که دولت‌های امضاکننده باید «اقدامات ضروری به منظور تضمین حضور جنایتکاران بزرگ جنگ در مرحله تحقیقات و دادرسی» را در برابر دادگاه نورنبرگ به عمل آورند. بند ۳ دستور ۹۶۶۰ درباره دادگاه توکیو نیز به دادستان اختیار داده بود که همکاری تمام دولت‌های خارجی را جلب نماید.

مبنای حقوقی همکاری با دادگاه‌های خاص (*Ad hoc*) برای یوگسلاوی سابق و روندا را باید در اسناد حقوقی متعدد جستجو کرد. بر طبق مواد ۲۵ و ۴۸ منشور ملل متحد، قطعنامه‌های ۸۲۷ (۱۹۹۳) و ۹۵۵ (۱۹۹۵) برای همه دولت‌های عضو الزام‌آور است. بندهای ۴ و ۲

این قطعنامه‌ها دولت‌ها را به همکاری با دادگاه‌های مذکور ملزم می‌سازد. این الزام بار دیگر و به طور دقیق در اساسنامه هر دو دادگاه آمده است. مواد ۲۹ و ۲۸ اساسنامه‌های به ترتیب دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و دادگاه کیفری بین‌المللی برای روندا، دولت‌ها را ملزم می‌دارد با این دو مرجع قضایی بین‌المللی به طور گسترده همکاری نمایند.^۱ رعایت مفاد این دو اساسنامه که جزء ضمایم قطعنامه‌های شورای امنیت محسوب می‌شوند و در بند اول و در آغاز قطعنامه‌ها به هر یک از این دو سند صریحاً اشاره شده برای دولت‌ها الزام‌آور است.

به هنگام تأسیس دیوان کیفری بین‌المللی در سال‌های پایانی دهه ۱۹۸۰، بار دیگر مسئله نحوه همکاری دولت‌ها با مرجع قضایی مذکور مطرح گردید. مباحثات کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد درباره چگونگی تأسیس دیوان از طریق اصلاح منشور یا قطعنامه شورای امنیت یا مجمع عمومی یا هر دو و یا تنظیم معاهده بین‌المللی، سرانجام با

۱ - مواد ۲۹ و ۲۸ اساسنامه‌های دادگاه‌های مذکور مقرر می‌دارند:

یک) دولت‌ها مکلف‌اند در انجام تحقیق و تعقیب اشخاصی که به ارتکاب نقض فاحش حقوق بشر دوستانه بین‌المللی متهم‌اند با این دادگاه بین‌المللی همکاری نمایند.

دو) دولت‌ها مکلف‌اند هرگونه درخواست تعاون قضایی یا دستوری را که یکی از شعب دادگاه صادر کرده باشد، بدون تأخیر ناموجه به موقع اجرا گذارند، از جمله موارد ذیل بی آن که جنبه حصری داشته باشد:

الف) شناسایی و یافتن اشخاص،

ب) استماع شهادت و تحصیل دلیل؛

ج) تسلیم اسناد؛

د) دستگیری یا بازداشت اشخاص؛

ه) تحویل یا انتقال متهم به دادگاه بین‌المللی.

برگزاری کنفرانس دیپلماتیک نمایندگان تام‌الاختیار ملل متحد در ۱۹۹۸ در رم به قبول رویکردی قراردادی منتهی شد. اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی در این سال به امضای ۱۲۰ کشور رسید و از اول ژوئیه ۲۰۰۲ لازم‌الاجرا گردید. رویکرد قراردادی اساسنامه مذکور از جهت نظم حقوقی همکاری دولت‌ها با دیوان این مزیت را دارد که تعهدات دولت‌هایی را که عضویت در اساسنامه را پذیرفته‌اند، تابع حقوق معاهدات و الزامات ناشی از اجرای معاهده تأسیس دیوان کیفری بین‌المللی می‌کند.

اساسنامه در فصل نهم با عنوان «همکاری بین‌المللی و معاضدت قضایی» تعهد عامی را مبنی بر همکاری با دیوان بر عهده دولت‌های عضو نهاده است و از دولت‌های عضو خواسته است کمال همکاری را با دیوان به عمل آورند. در ماده ۱۸۶ اساسنامه آمده است: «بر طبق مقررات این اساسنامه، دولت‌های عضو در انجام تحقیق و تعقیب جرایمی که در صلاحیت دیوان است با دیوان کاملاً همکاری خواهند کرد».

این تعهد عمومی در تأمین هدف‌های اساسنامه در کنار تعهدات دیگر دولت‌ها حایز اهمیت است. مواد ۸۷ تا ۱۰۲ فصل نهم، در ادامه به اشکال مختلف همکاری اختصاص دارد. آیین دادرسی و ادله که به تصویب مجمع دولت‌های عضو رسیده است جزئیات دقیق نحوه همکاری را در این فصل بر طبق قواعد ۱۷۶ تا ۱۹۸ تعیین کرده است. لیکن مستنبط از ماده ۸۶ نوع همکاری و معاضدت دولت‌های عضو به آنچه در این فصل مقرر گردیده محدود نیست، بلکه تعهد آنها به همکاری با دیوان به تمام مقررات دیگر اساسنامه نیز باز می‌گردد. دولت‌های عضو بنابر اصل حسن

نیت در اجرای تعهدات بین‌المللی وظیفه دارند بدون تأخیر غیرموجه و با مراقبت کامل به تعهدات خود جامه عمل بپوشانند.

تعهد دولت‌ها به همکاری با دیوان، مندرج در فصل نهم اساسنامه، منوط به درخواست دیوان از دولت‌ها است. این موضوع به طور ضمنی و بدون هیچ ابهامی از فحوای ماده ۸۷ اساسنامه استنباط می‌شود. عبارت صدر این ماده مقرر می‌دارد: «دیوان اختیار طرح درخواست همکاری از دولت‌ها را دارد...». تعهد دولت‌ها در اجرای درخواست دیوان به موجب فصل نهم اساسنامه به موارد دستگیری و تحویل متهم (مواد ۸۹-۹۲ و مواد ۱۰۱ و ۱۰۲ اساسنامه) و اشکال دیگر همکاری (مواد ۹۳-۹۶ و ۹۹) خلاصه می‌شود. لیکن دولت‌های عضو در اجرای همکاری خود با دیوان نسبت به مواردی مانند جرایم علیه اجرای عدالت (ماده ۷۰ اساسنامه) و اجرای جریمه نقدی و اقدامات مربوط به مصادره اموال (ماده ۱۰۹ اساسنامه) نیز ملتزم‌اند.

۲- مضمون تعهد به همکاری با دیوان

در تمام موضوعاتی که به همکاری بین‌المللی و معاضدت قضایی مربوط می‌شود، فصل نهم اساسنامه دیوان مرتباً بین دولت‌های عضو و دولت‌های غیرعضو تمایز قایل شده است. مخاطب تعهدات مندرج در اساسنامه فقط دولت‌های عضو هستند. اساسنامه دیوان، همچون معاهده‌ای بین‌المللی بنا به قاعده نسبی بودن آثار حقوقی معاهدات، برای دولت‌های غیرعضو هیچ تکلیفی ایجاد نمی‌کند. اساسنامه برای دولت‌هایی که عضو

آن نیستند امکان پذیرش صلاحیت دیوان را نسبت به جنایت مورد نظر آن دولت پیش‌بینی کرده است (بند ۳ ماده ۱۲ اساسنامه). در این حال دولت پذیرنده باید به موجب فصل نهم بدون هیچ گونه تأخیر یا استثناء با دیوان همکاری کند.

دولت پذیرنده باید با سپردن اعلامیه‌ای به دفتر دادگاه رضایت خود را نسبت به صلاحیت دیوان صریحاً اظهار کند. در این صورت مقررات اساسنامه به موجب قاعده کلی مندرج در ماده ۳۵ عهدنامه ۱۹۶۹ وین در خصوص حقوق معاهدات برای دولت ثالث تعهداتی ایجاد می‌کند که مهم‌ترین آن تعهد به همکاری با دیوان است. دولتی که بر اساس اعلامیه صلاحیت رسیدگی دیوان را نسبت به جنایت خاص پذیرفته است وضعی مشابه تعهدات سایر دولت‌های عضو نسبت به جنایت مذکور دارد.

همچنین، دیوان می‌تواند بر اساس قرار خاص (*Ad hoc*) یا موافقتنامه یا هر نوع مبنای مناسب دیگری، هر دولت غیرعضو را برای همکاری در اجرای مقررات فصل نهم دعوت کند (بند ۵ ماده ۸۷ اساسنامه).

دولتی که با امضای قرار خاص یا موافقتنامه، همکاری با دیوان را به موجب فصل نهم پذیرفته در برابر تمام دولت‌های عضو اساسنامه تعهدی بین‌المللی پیدا می‌کند. تفاوت میان این دولت و دولتی که به موجب ماده ۱۲ اساسنامه صلاحیت دیوان را نسبت به جنایت خاص پذیرفته در این است که همکاری دولت مذکور با دیوان به معنی پذیرش صلاحیت دیوان

در قبال جنایات مندرج در ماده ۵ اساسنامه نیست. دولت مذکور مختار است قلمرو همکاری خود را در تحقیق جرم یا تعقیب متهم تعیین کند. بدیهی است دولتی که عضویت اساسنامه را نپذیرفته ولی حاضر است با دیوان در حدود تمام یا بعضی از مقررات فصل نهم اساسنامه همکاری کند تعهد کاملی همانند دولت‌های عضو در قبال درخواست‌های دیوان ندارد.

فقط به موجب تصمیم شورای امنیت است که همه دولت‌ها چه عضو و چه غیرعضو تعهدی برابر به همکاری با دیوان دارند. علاوه بر آن، با آن که اساسنامه دیوان فقط برای امضا، تصویب یا الحاق دولت‌ها مفتوح است، دیوان خود می‌تواند از همکاری سازمان‌های بین دولتی یا هر تشکیلات دیگر بین‌المللی در حدود صلاحیت و مأموریت آنها بهره‌مند گردد. بر طبق بند ۶ ماده ۸۷: «دیوان می‌تواند از سازمان‌های بین دولتی اطلاعات یا اسنادی را درخواست کند. دیوان همچنین می‌تواند اشکال دیگری از همکاری و تعاون را به نحوی که با چنین سازمان‌هایی توافق کرده است در حدود صلاحیت یا مأموریت آنها درخواست نماید». علاوه بر آن، دادستان به عنوان رکنی از ارکان دیوان می‌تواند به منظور شروع تحقیقات از هر منبعی از جمله ارکان ملل متحد، سازمان‌های بین دولتی یا غیردولتی یا منابع معتبر دیگری که مناسب تشخیص دهد درخواست اطلاعات نماید (بند ۲ ماده ۱۵ اساسنامه).

اساسنامه امکان این که یک سازمان بین‌المللی به موجب قطعنامه شورای امنیت بر اساس فصل هفتم منشور ملل متحد مکلف به دادن

اطلاعات به دیوان باشد مردود ندانسته است. بنابراین، مقامی که در صدد کسب اطلاعات است نباید تصور کند قبول اطلاعاتی که بدون درخواست یکی از ارکان دیوان به دست آمده ممنوع است.

اشکال دیگر همکاری و تعاون مانند دستگیری و تحویل مظنون یا متهم، حفظ و گردآوری ادله و تسلیم اسناد قضایی منوط به انعقاد موافقتنامه با سازمان مذکور است. هیچ سازمان بین‌المللی خارج از صلاحیت و مأموریتی که به موجب اساسنامه برای آن تعیین شده تعهدی در اجرای موافقتنامه با دیوان ندارد. این اصل پیشتر در شق ج بند ۳ ماده ۵۴ اساسنامه مقرر شده بود؛ دادستان می‌توانست از هر دولتی یا سازمان بین‌دولتی بخواهد که با او همکاری نماید یا در حدود «صلاحیت و یا مأموریت» آنها قول و قرار بگذارد. در هر حال، همکاری در حد انتقال اطلاعات یا اسناد اختیاری است، ولی باز هم وضع در مواردی که همکاری به موجب تصمیم شورای امنیت بر اساس فصل هفتم منشور درخواست شده متفاوت خواهد بود.

با توجه به ماهیت تکمیلی بودن صلاحیت دیوان، تردید نمی‌توان کرد که دیوان می‌تواند خود به تحقیق یا تعقیب متهمان در مناطق استقرار نیروهای بین‌المللی که از طرف شورای امنیت مأموریت یافته‌اند بپردازد. در کنفرانس رم مباحثات دامنه‌داری درباره ذکر نام نیروهای حافظ صلح در اساسنامه دیوان در گرفت. سرانجام آنچه به توافق جمع رسید تعبیر شق ج بند ۳ ماده ۵۴ به «قرار»^۲ بود تا نیروهای حافظ صلح را نیز شامل شود.

۳- اجرای تعهد به همکاری با دیوان

بر اساس معاهده تأسیس دیوان کیفری بین‌المللی، همه دولت‌های عضو باید در خصوص اجرای تعهدات خود از جمله همکاری با دیوان مقرراتی را به این منظور در قوانین خود وضع کنند. ماده ۸۸ اساسنامه صریحاً به تکلیف دولت‌ها به این شرح اشاره کرده است: «دولت‌های عضو تضمین خواهند کرد که در قوانین ملی خود روش‌های متناسب برای همه اشکال همکاری مورد نظر در این فصل مقرر شده است». به موجب اصل مسلمی که در حقوق بین‌الملل پذیرفته شده است هیچ دولتی نمی‌تواند در امتناع از اجرای تعهدات بین‌المللی خود به مقررات داخلی یا فقدان آن استناد کند. این قاعده بر طبق ماده ۲۷ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین راجع به حقوق معاهدات این‌گونه تصویب شده است: «یک طرف معاهده نمی‌تواند به حقوق داخلی خود به عنوان توجیهی برای قصور خود در اجرای معاهده استناد نماید ...».

مفاد ماده ۸۸ معلوم نمی‌کند که دولت‌های عضو چه رفتارهایی را باید در اجرای تعهد خود به همکاری با دیوان برگزینند. مقررات داخلی هر یک از دولت‌های عضو نحوه همکاری آنان را در اجرای فصل نهم اساسنامه تعیین خواهد نمود. اساسنامه در جهت تحقق هدف‌های خود از همه دولت‌های عضو انتظار دارد که به درخواست‌های همکاری دیوان بدون تأخیر غیرموجه پاسخ گویند. به عبارت دیگر تعهد دولت‌ها به همکاری با دیوان تعهد به نتیجه است. آنچه در این جا ممکن است نقض تعهد قراردادی یک دولت تلقی شود رفتار مخالفی است که یک دولت در

اجرای درخواست همکاری دیوان برگزیده است. این مخالفت ممکن است بنا به ادعای دولت عضو فقدان مقررات داخلی ناظر بر چگونگی همکاری با دیوان باشد. ماده ۸۸ دولت‌های عضو را متعهد می‌سازد که در جهت تحقق همکاری و تعاون قضایی با دیوان به وضع قوانین یا اصلاح مقررات داخلی خود پردازند.

مواد ۸۹ و ۹۳ اساسنامه راجع به درخواست‌های دستگیری و تحویل متهمان و همچنین اشکال دیگر همکاری در این باره تصریح می‌کند که دولت‌های عضو درخواست‌های دیوان را «مطابق با مقررات این فصل و آیینی که در قوانین ملی آنها پیش‌بینی شده است» اجابت خواهند کرد. به این ترتیب، اساسنامه دیوان در خصوص اقداماتی مانند گردآوری ادله، استماع شهادت گواهان، بازرسی و مانند آنها در اصل پذیرفته است که تحقیقات مذکور تحت نظارت مقامات اجرایی و قضایی دولت عضو و بر طبق مقررات داخلی این دولت به عمل آید. از این رو، بر عهده دولت‌های عضو است که در تأمین حق خود، شیوه اجابت درخواست‌های دیوان را در قوانین داخلی منظور کنند.

۴- چگونگی اجرای تعهد به همکاری با دیوان

مواد ۸۷ (بندهای ۱ تا ۳) و ۱۰۰ فصل نهم اساسنامه شامل یک رشته مقررات عمومی است که بر همه اشکال همکاری و تعاون حاکم است؛ مقرراتی همچون مجاری انتقال درخواست‌ها، زبان مکاتبات و اسناد، تعهد دولت همکار به رعایت محرمانه بودن درخواست‌ها و سرانجام تعیین سهم

هزینه‌ها بین دیوان و دولت طرف درخواست. ماده ۸۷ (شق الف بند ۱) مقرر می‌دارد: «درخواست‌ها از طریق دیپلماتیک یا هر طریق مناسب دیگری که دولت عضو در زمان تصویب، پذیرش، تأیید یا الحاق به این اساسنامه تعیین می‌کند به آنها منتقل خواهد شد». در ادامه (شق ب بند ۱) می‌افزاید: «هر گاه اقتضا نمود و بدون خدشه به مقررات شق الف، درخواست‌ها ممکن است از طریق سازمان بین‌المللی پلیس جنایی (اینترپول) یا هر سازمان منطقه‌ای صلاحیت‌داری منتقل شود». قاعده ۱۷۷ (۱) از آیین دادرسی و ادله دیوان کیفری با عنوان مجاری انتقال، ضرورت تعیین مقام صلاحیت‌دار را این چنین یادآوری می‌کند: «اطلاع‌رسانی در خصوص مقام داخلی مسئول دریافت درخواست‌های همکاری ... تمام اطلاعات مربوط به چنین مقامی را شامل خواهد شد». و در بند ۲ مقرر می‌دارد: «هنگامی که دیوان بر طبق بند ۶ ماده ۸۷ از یک سازمان بین‌دولتی درخواست همکاری می‌نماید، مدیر دفتر، در صورت لزوم، طریق ارتباطی که این سازمان مشخص کرده بر می‌گزیند و تمام اطلاعات مربوط به آن را به دست می‌آورد».

همچنان که مشاهده می‌شود، مقررات مذکور از جهاتی شباهت بسیار با مقررات حاکم بر نحوه همکاری و تعاون قضایی بین دولت‌ها دارد. در حالی که طریق مناسب انتقال درخواست‌های دیوان به دولت‌ها به انتخاب خود آنها محول شده است، ماده ۸۷ (بند ۱) اساسنامه همان طریق سنتی انتقال درخواست‌ها بین دولت‌ها یعنی مجاری دیپلماتیک را به عنوان طریق متداول توصیه می‌کند. امروزه در بسیاری از معاهدات دو یا چند

جانبه استرداد مجرمین، دولت‌ها برای سهولت ارتباط و سرعت بیشتر در کار، طرق ارتباطی بین وزیران دادگستری در کشور یا مقامات دیگر در این حوزه را ترجیح می‌دهند. در موارد ضروری حتی ارتباط مستقیم بین دو مرجع قضایی رسیدگی کننده اولی شناخته شده است.^۳

بر این اساس، به نظر نمی‌رسد مقررات اساسنامه دیوان در زمینه همکاری، بر مشکلاتی که هم اکنون دولت‌ها در این زمینه با آن رو به رو هستند و ناشی از کندی روند اداری است فائق آمده باشد. از این رو، امید می‌رود دولت‌های عضو با انتخاب طرق مناسب همکاری بتوانند در کوتاه‌ترین مدت و به شیوه‌ای مؤثر به درخواست‌های دیوان پاسخ گویند.

در خصوص زبان ارتباط با دیوان در ماده ۸۷ (بند ۲) چنین آمده است: «درخواست‌های همکاری و اسناد ضمیمه درخواست باید یا به زبان رسمی دولت مورد درخواست یا همراه ترجمه آن به زبان دولت مذکور یا به یکی از زبان‌های کاری دیوان به انتخاب دولت در زمان تصویب، پذیرش یا تأیید اساسنامه یا الحاق به آن باشد...». قاعده ۱۷۸ (بند ۱) آیین‌نامه دادرسی و ادله در توضیح ماده مذکور بیان می‌دارد که هر گاه یک دولت مورد درخواست دارای بیش از یک زبان رسمی باشد، می‌تواند تعیین کند که درخواست و اسناد ضمیمه آن به هر یک از زبان‌های رسمی این کشور تنظیم شود. بر طبق این قاعده (بند ۲)، هر گاه دولت مورد درخواست زبانی را برای ارتباط با دیوان انتخاب نکرده باشد، درخواست

۳ - برای اطلاع بیشتر در این زمینه مراجعه کنید به کتاب معاضدت قضایی و استرداد مجرمین صص ۱۴۰ به بعد، به قلم نویسنده.

همکاری باید به یکی از زبان‌های کاری دیوان یا همراه با ترجمه آن باشد. همین قاعده در مورد دولت غیرعضو که بر طبق ماده ۸۷ (بند ۵) همکاری با دیوان را پذیرفته است جاری است که در قاعده ۱۷۹ آیین دادرسی و ادله تصریح شده است.

دولت‌ها به موجب ماده ۸۷ (بند ۳) اساسنامه مکلف‌اند محرمانه بودن درخواست همکاری و اسناد ضمیمه آن را حفظ کنند، مگر ضرورت اجرای درخواست آشکار شدن بخشی از آن را اقتضاء نماید.

در مجموع مقررات عمومی، ماده ۱۰۰ اساسنامه به هزینه‌های اجرای درخواست‌ها اختصاص دارد. فهرست بلند بالایی از هزینه‌ها که شامل هزینه‌های سفر و اقامت، ترجمه اسناد و تهیه مدارک، مخارج کارشناسی و مانند آنها است در بند ۱ این ماده تنظیم شده است. اساسنامه هزینه‌های متعارف را در اجرای درخواست به عهده دولت مورد درخواست گذاشته است. هزینه‌های فوق‌العاده را دیوان پس از مشورت با دولت مورد درخواست تقبل خواهد نمود. در این باره و بر اساس پیشینه همکاری و تعاون قضایی میان دولت‌ها نمی‌توان قاعده خاصی را مبنای تقسیم سهم هر یک از طرفین تعیین نمود. در نهایت همه چیز بر اساس تراضی و توافق طرفین در این زمینه حل و فصل خواهد شد.

۵- حدود تعهد به همکاری با دیوان

اساسنامه دیوان در خصوص دستگیری و تحویل متهمان، هیچ دلیل خاصی را برای رد درخواست دیوان همانند آنچه در معاهدات استرداد

میان دولت‌ها معمول است مانند رد درخواست بنا به دلایل سیاسی یا اجرای مجازات اعدام در کشور متقاضی پیش‌بینی نکرده است. اما در مورد اشکال دیگر همکاری، استثنائات سه‌گانه‌ای را در اجرای درخواست دیوان صریحاً پذیرفته که دولت‌ها می‌توانند در رد درخواست دیوان به آنها استناد کنند؛ نخست به موجب ماده ۹۳ (بند ۳)، اگر اجرای همکاری خاصی که در درخواست دیوان به موجب بند ۱ آمده است از نظر دولت مورد درخواست بنا به اصل مهم و عامی ممنوع باشد و دولت مذکور پس از مشورت با دیوان نتواند مسئله را حل کند. دوم، بر طبق مواد ۷۲ و ۹۳ (بند ۴) یک دولت عضو می‌تواند درخواست دیوان را رد کند اگر چنانچه موضوع این درخواست تهیه اسناد یا انتشار ادله‌ای باشد که به امنیت ملی آن دولت مربوط می‌شود. و بالاخره سوم، رد درخواست همکاری خاصی که در فهرست مندرج در ماده ۹۳ (بند ۱) مقرر نشده و به موجب «قانون دولت مورد درخواست منع نشده باشد» (شق ل بند ۱ ماده ۹۳).

سئوالی که در این جا مطرح می‌شود این است که گذشته از استثنائاتی که در اساسنامه تصریح شده آیا دولت‌ها با وجود تعهد عام همکاری در ماده ۸۶ و تعهد دستگیری و تحویل متهمان در ماده ۸۹ و تعهدات مندرج در ماده ۹۳ راجع به اشکال دیگر همکاری، تعهدات بلاشرطی در اجرای درخواست‌های دیوان با عضویت در اساسنامه تقبل می‌نمایند؟ قدر مسلم، در موارد تعارض میان مقررات قانون داخلی و مقررات اساسنامه، بنا به اصل معروف حقوق بین‌الملل، دولت‌ها نمی‌توانند برای فرار از تعهدات بین‌المللی مندرج در اساسنامه، در پشت قوانین داخلی خود پنهان شوند.

ماده ۸۸ توأم با مواد ۸۹ و ۹۳ تکلیف دولت‌ها را در زمینه وضع مقررات داخلی تعیین نموده است. بنابراین، در رد درخواست همکاری با دیوان هیچ یک از این مقررات اعم از اصول قانون اساسی یا قوانین عادی دولت‌ها قابل استناد نیست.

به عبارت دیگر، مقررات مذکور، در صورت مغایرت با اساسنامه باید در جهت امکان اجرای تعهد دولت عضو اصلاح شود. با این همه، مقررات متعدد اساسنامه دولت‌ها را موظف کرده است که در پاسخ به درخواست دیوان مبنی بر تحویل متهمان یا اجرای اشکال دیگر همکاری ضمن مشورت با دیوان شرایط مقرر در قانون داخلی خود را به اطلاع مرجع مذکور برسانند (بند ۴ ماده ۹۱ و بند ۳ ماده ۹۶).

یکی از مسائل پیچیده‌ای که دولت‌ها ممکن است با آن رو به رو شوند تراحم میان تعهد به همکاری با دیوان به موجب اساسنامه و تعهدات بین‌المللی به موجب حقوق عرفی یا قراردادی در قبال درخواست دولت‌های غیرعضو است. یکی از نتایج مهم تأسیس دیوان بر اساس یک معاهده این است که علی‌الاصول تصمیمات دیوان هیچ نوع برتری نسبت به وظایف دولت عضو در قبال دولت غیرعضو به موجب حقوق عرفی یا قراردادی ندارد. بر همین اساس، موقعیت دیوان کیفری به موجب اساسنامه کاملاً با وضع دو دادگاه خاص که به استناد فصل هفتم منشور تأسیس شده‌اند تفاوت دارد. نظر به این که دو دادگاه خاص بر طبق قطعنامه شورای امنیت تشکیل شده‌اند تصمیمات آنها به موجب ماده ۱۰۳ منشور ملل متحد مقدم بر سایر تعهدات دولت‌ها بر طبق هر موافقتنامه

دیگر خواهد بود.^۴ از این رو، تعهدات دولت‌ها به همکاری با دو دادگاه خاص بر هر تعهد دیگر این دولت‌ها بر طبق هر نوع موافقتنامه‌ای از جمله اساسنامه دیوان حاکم خواهد بود. این موضوع در خصوص وضعیتی که شورای امنیت بر طبق اساسنامه به دیوان ارجاع می‌کند نیز صادق است.

برخی از مقررات اساسنامه دولت‌های طرف درخواست را در مواردی که اجرای درخواست به نقض تعهدات بین‌المللی دولت مذکور در قبال دولت‌های غیرعضو می‌انجامد صریحاً مستثنی کرده است. مواد ۹۰ و ۹۳ (شق الف بند ۹) اساسنامه ناظر به درخواست‌های موازی تحویل اشخاص و اشکال دیگر همکاری که هم زمان از طرف دیوان و یک دولت غیرعضو دریافت شده است، تصمیم نهایی را به اختیار دولت مورد درخواست و انواده است که چگونه درخواست‌های مذکور را اجابت کند تا متهم به نقض تعهدات بین‌المللی نشود.

مواد ۷۳ و ۹۳ (شق ب بند ۹) اساسنامه به دولت‌های عضو اختیار داده است که از تسلیم اسناد یا اطلاعات محرمانه‌ای که دولت دیگری یا یک سازمان بین‌المللی به آن سپرده است به دیوان امتناع کنند. اگر تسلیم یا افشای اسناد یا اطلاعات مذکور منوط به جلب رضایت دولت ثالث یا سازمان بین‌المللی باشد دولت درخواست شونده بر طبق تعهدات خود اهتمام خواهد ورزید.

۴ - ماده ۱۰۳ منشور ملل متحد: «در صورت تعارض بین تعهدات اعضای ملل متحد به موجب این منشور و تعهدات آنها بر طبق هر موافقتنامه بین‌المللی دیگر تعهدات آنها به موجب این منشور مقدم خواهد بود».

ماده ۹۸ اساسنامه مقرر می‌دارد که دیوان نمی‌تواند همکاری دولت عضوی را درخواست نماید که دولت مورد درخواست ملزم شود بر خلاف تعهداتی که به موجب حقوق بین‌الملل یا موافقتنامه‌های بین‌المللی درباره مصونیت دولت‌ها یا مصونیت سیاسی شخص یا اموال دولت ثالث پذیرفته است عمل نماید، مگر این که قبلاً رضایت آن دولت ثالث را جلب نماید. در این خصوص قاعده ۱۹۵ آیین دادرسی و ادله متذکر می‌شود هنگامی که دولت مورد درخواست به دیوان اطلاع می‌دهد که درخواست تحویل یا تعاون، مسئله اجرایی در خصوص ماده ۹۸ اساسنامه به وجود می‌آورد، «دولت مورد درخواست هر نوع اطلاعاتی مربوط به همکاری با دیوان را در اعمال ماده ۹۸ اساسنامه تهیه می‌کند. هر دولت ثالث یا دولت فرستنده می‌تواند اطلاعات بیشتری به منظور همکاری با دیوان تهیه نماید».

سرانجام، در مواد متعدد اساسنامه سعی شده است در خصوص دستگیری و بازداشت اشخاص توسط دولت مورد درخواست مجموعه قواعدی صریح پیش‌بینی و مقرر شود تا حتی‌المقدور در اجرای تعهد همکاری با دیوان مبنی بر دستگیری و بازداشت اشخاص، دولت مورد درخواست در اجرای معاهدات حقوق بشری ناظر به آزادی و امنیت شهروندان با مشکل مواجه نشود. همچنین، مقررات مشابهی در خصوص شناسایی، ردیابی، و ضبط اموال در اساسنامه آمده است که رعایت حق مالکیت اشخاص را در قبال اقدامات مورد درخواست دیوان تضمین می‌کند.

به طور کلی، مقررات اساسنامه نشان می‌دهد که تدوین‌کنندگان این سند همواره به مسئله تعارضی که دولت‌ها ممکن است در اجرای تعهدات خود با آن روبه‌رو شوند توجه داشته‌اند و در هر مورد بر آن بوده‌اند که راه‌حلی برای آن بیابند. مع‌هذا، همه مشکلات قابل پیش‌بینی نیست. ماده ۹۷ اساسنامه با عنوان مشورت‌ها تکلیف عامی را بر عهده دولت‌های مورد درخواست گذاشته است تا در هر مورد که در اجرای درخواست با مسئله‌ای مواجه شدند برای حل مسئله با دیوان مشورت کنند. در بین مسائلی که ممکن است مانع اجرای یک درخواست تلقی شود ماده ۹۷ (بند ج) به مسئله‌ای تصریح کرده است که اگر دولت مورد درخواست بخواهد به درخواست دیوان به شکل معمول آن ترتیب اثر بدهد ناگزیر خواهد بود تعهد پیشینی خود را که به موجب یک معاهده در قبال دولت دیگر پذیرفته است نقض کند. ماده ۹۷ ضمناً وضعیت متعارضی را که ناشی از تعهدات قراردادی دولت‌ها پس از عضویت در اساسنامه است می‌پذیرد.

در چنین وضعیتی راه‌حل مسئله بستگی دارد به این که دولتی که از اجرای درخواست دیوان توسط دولت مورد درخواست مدعی تزییع حق خود است عضو اساسنامه باشد یا خیر؟ در صورت عضویت، دولت‌ها باید بدون تأخیر برای حل مسئله با دیوان مشورت کنند. لیکن، مقررات اساسنامه تلویحاً رد درخواست همکاری را در مورد دولتی که با اجرای درخواست دیوان به حق دولت غیر عضو خدشه وارد می‌کند پذیرفته است.

۶- تضمینات خودداری از همکاری با دیوان

کوتاهی یا قصور دولت‌ها در همکاری با دیوان موضوعی است که ماده ۸۷ اساسنامه در دو بند (۷ و ۵) به آن پرداخته و در مقام چاره‌جویی بر آمده است. قصور هر یک از دولت‌های عضو بر خلاف انتظار اساسنامه در اجرای درخواست همکاری دیوان، اگر مانع از اجرای وظایف و اختیارات دیوان گردد به مرجع مذکور این اختیار را می‌دهد که «موضوع را احراز کند و آن را به مجمع دولت‌های عضو یا در مواردی که شورای امنیت موضوع را به دیوان ارجاع نموده است به شورای امنیت ارجاع نماید».

لیکن در مورد دولت‌های غیرعضو که به موجب قرار خاص یا موافقتنامه یا هر نوع مبنای مناسب دیگری رضایت خود را به همکاری با دیوان اعلام نموده‌اند، امتناع از اجابت درخواست‌های دیوان با واکنش ملایم‌تری روبه‌رو است. در این باره، بر خلاف وضع دولت‌های عضو، دیوان صلاحیت احراز موضوع را ندارد و فقط می‌تواند موضوع را بر طبق ماده ۸۷ (بند ۵) به «اطلاع» مجمع دولت‌های عضو یا شورای امنیت برساند. لحن ملایم اساسنامه در واکنش به این گروه از دولت‌ها را شاید بتوان ناشی از تفاوت وضع دولت‌های عضو و غیرعضو اساسنامه تصور کرد. اما در ماهیت امر و نظر به تعهدی که دولت غیرعضو مبنی بر همکاری با دیوان در حدود موافقتنامه خاص سپرده است توجیه قابل قبولی بر این نوع تبعیض نمی‌توان یافت.

هر گاه شورای امنیت وضعیتی را به موجب فصل هفتم منشور ملل متحد به دادستان ارجاع نماید (بند ب ماده ۱۳) و این وضعیت مربوط به

دولت یا اتباع دولتی باشد که از همکاری با دیوان امتناع می‌ورزد، شورای امنیت می‌تواند بر طبق صلاحیت خود تصمیم بگیرد. همچنین در مواردی که چنین وضعیتی را شورای امنیت در ابتدا به دیوان ارجاع نکرده باشد، لیکن شورای امنیت دولت مذکور از همکاری با دیوان را تهدیدی علیه صلح یا نقض صلح تشخیص داده باشد، شورای امنیت می‌تواند در این قبیل موارد نیز بر طبق فصل هفتم منشور برای حفظ یا اعاده صلح و امنیت بین‌المللی تصمیم بگیرد. اساسنامه در این خصوص ساکت است، لیکن آقای کاسسه عقیده دارد که اساسنامه دیوان مداخله شورای امنیت را در موارد مذکور منع نکرده است و تصریح آن را در اساسنامه توصیه می‌نماید.^۵

در سایر موارد، دیوان موضوع را به اطلاع مجمع دولت‌های عضو می‌رساند. مجمع دولت‌های عضو به موجب ماده ۱۱۲ دارای وظایف و اختیاراتی است که یکی از این وظایف بررسی «هر مسئله‌ای مربوط به عدم همکاری» است (شق و بند ۲). اساسنامه دیوان نوع تصمیمات مجمع دولت‌های عضو را علیه دولت خاطی تعیین نکرده است. لیکن نخستین تصمیمی که به نظر می‌رسد مجمع مذکور می‌تواند اتخاذ کند بررسی نقض تعهد دولت مذکور در اجرای اساسنامه و اعلام مسئولیت او است. مجمع دولت‌های عضو در این صورت می‌تواند اقدامات جمعی دولت‌ها را علیه دولت خاطی خواستار شود.

5 - Cassese (A.), *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, p. 360.

اگر هیچ یک از مراجع مذکور یعنی نه مجمع دولت‌های عضو و نه شورای امنیت در این باره تصمیمی نگرفتند یا توصیه‌ای به عمل نیاوردند، دولت‌های عضو اساسنامه یا هر یک از اعضای سازمان ملل می‌توانند خود در جهت الزام دولت خاطی به همکاری با دیوان بر اساس موازین حقوق بین‌الملل تصمیم بگیرند. بنابراین، تصمیم در این باره از اختیارات منحصر مجمع دولت‌های عضو و شورای امنیت نیست. وانگهی قواعد مندرج در ماده ۸۶ اساسنامه تعهداتی عام‌الشمول (*Erga Omnes*) برای همه دولت‌های عضو تعیین نموده، یعنی تعهداتی چند جانبه منبث از معاهده. چنین وصفی از حیث ضمانت اجرای نقض تعهد اولیه مبنی بر همکاری بسیار مهم است. حفظ و ایفای تعهد در این گونه موارد تضمین نفع مشترک همه دولت‌ها است. در نتیجه منفعت حقوقی دولت‌های عضو اقتضاء می‌کند که رعایت آن را از دولت خاطی بخواهند.^۶

۷- دستگیری و تحویل اشخاص به دیوان

یکی از مهم‌ترین نوع همکاری‌های دولت‌های عضو با دیوان دستگیری اشخاص و تحویل آنها به ارکان دیوان است. مواد ۸۹ تا ۹۲ و ۱۰۱ و ۱۰۲ از فصل نهم اساسنامه دقیقاً به چگونگی تحویل مظنونان، متهمان و محکومان بر حسب درخواست دیوان اختصاص دارد. غیر از

6 - Ubéda (M.), L'obligation de coopérer avec les juridictions internationales, in; Ascensio (H.), Decaux (E.) et Pellet (A.), Droit International Pénal, Ed. Pedone, Paris, 2000, p. 954.

مواد مذکور، مواد ۵۸ و ۵۹ از فصل نهم اساسنامه با عنوان تحقیق و تعقیب و در حوزه اختیارات مراجع قضایی تکالیفی نیز در این خصوص برای دولت‌ها مقرر نموده است.

اساسنامه دیوان به طور کلی محاکمات غیابی را متفی دانسته است. بنابراین، تحویل اشخاص و حضور آنان در جریان رسیدگی شرط لازم کارآمدی عدالت کیفری بین‌المللی است. از سوی دیگر، دیوان کیفری بین‌المللی در اجرای دستور و احکام خود فاقد نیروی اجرایی لازم است و ناگزیر در تأمین هدف‌های اساسنامه به این نوع همکاری‌ها متکی است.

اساسنامه دیوان در ماده ۱۰۲ اصطلاحات «تحویل»^۷ و «استرداد»^۸ را تعریف و این دو شیوه انتقال را به اعتبار مقام درخواست کننده از هم متمایز کرده است. «تحویل» عبارت است از این که یک دولت شخصی را در اجرای مقررات اساسنامه به دیوان بسپارد. در حالی که منظور از «استرداد» اقدام یک دولت در سپردن شخص در اجرای یک معاهده، قرارداد یا قوانین داخلی خود به دولت دیگر تعریف شده است. بعضی از حقوقدانان در نوشته‌های خود اصطلاح «انتقال»^۹ را بنا به سابقه دو اساسنامه دادگاه‌های خاص به «تحویل» ترجیح داده‌اند.^{۱۰} اصطلاح اخیر در فصل دهم اساسنامه و در آیین دادرسی و ادله نیز بارها به کار رفته است.

7 - Surrender (E), Remise (F).

8 - Extradition (E), Extradition (F).

9 - Transfert.

10 - Buchet (A.), Le transfert devant les juridictions internationales, in; Ascensio (H.), Decaux (E.) et Pellet (A.), Droit International Pénal, p. 969.

در هر حال، هر دو اصطلاح انتقال و تحویل نسبت به استرداد استقلال مفهومی پیدا کرده‌اند و در اسناد بین‌المللی هر دو لفظ عموماً در یک معنی به کار می‌روند.

نوع تعهد دولت‌ها به دستگیری و تحویل اشخاص مورد درخواست دیوان، بر حسب عضویت یا عدم عضویت آنها در اساسنامه متفاوت است. دولت‌های عضو بدون هیچ گونه استثنایی مکلف‌اند درخواست دیوان را مبنی بر تحویل اشخاص به دیوان اجابت کنند. استثنائاتی که در رد درخواست استرداد در معاهدات دو جانبه یا چند جانبه استرداد بین دولت‌ها عموماً دیده می‌شود، مانند منع استرداد اشخاص در جرایم سیاسی یا نظامی،^{۱۱} در روابط بین دولت‌ها و دیوان کیفری بین‌المللی محلی از اعراب ندارد. مصونیت‌های مقرر در قوانین اساسی یا قوانین عادی دولت‌ها نسبت به مقامات نیز همین حکم را دارد؛ هیچ یک از سران و رهبران دولت‌ها برای جنایاتی که رسیدگی به آنها در صلاحیت دیوان است از تعقیب و مجازات مصون نیستند. همچنین، هیچ یک از دولت‌های عضو نمی‌توانند به دلیل این که جنایات در صلاحیت دیوان به موجب قوانین داخلی دولت‌های مذکور جرم شناخته نمی‌شود از دستگیری و تحویل اشخاص مورد درخواست دیوان امتناع ورزند. اجرای صحیح تعهدات مندرج در اساسنامه باید دولت‌های عضو را بر آن دارد که جنایات در صلاحیت دیوان را بر طبق موازین مذکور در مواد ۵ تا ۸ و ۲۲ تا ۳۳

۱۱ - برای اطلاعات بیشتر در این زمینه مراجعه کنید به کتاب معاضدت قضایی و استرداد مجرمین، صص ۹۸-۱۲۸، به قلم نویسنده.

اساسنامه در قوانین داخلی خود جرم تلقی کنند. زیرا، همچنان که در دیباچه اساسنامه آمده است وظیفه هر یک از دولت‌ها است که صلاحیت کیفری خود را بر کسانی که مسئول ارتکاب جنایات بین‌المللی هستند اعمال نمایند. به عبارت دیگر دیوان کیفری فقط زمانی که دولتی قادر یا مایل به تحقیق یا تعقیب نباشد می‌تواند صلاحیت خود را اعمال کند.

از آن گذشته، موضوع انتقال تبعه که در معاهدات استرداد یا قوانین داخلی اغلب دولت‌ها منع شده است نیز نباید دلیلی بر رد درخواست دیوان مبنی بر تحویل تبعه تلقی شود. قاعده منع استرداد تبعه هر چند در روابط همکاری میان دولت‌ها نیز رفته‌رفته رو به افول گذاشته است، در برابر درخواست دیوان قابل استناد نیست. دولت‌هایی که تمایلی به تحویل تبعه خود به دیوان ندارند باید قادر باشند خود به اتهامات تبعه رسیدگی کنند.

به طور کلی، رسیدگی به اتهامات اشخاص مورد درخواست دیوان در مراجع قضایی ملی یا محکومیت یا براءت آنها در مراجع مذکور به هیچ وجه دلیل رد درخواست دیوان نیست. زیرا، به محض آن که دیوان به موجب ماده ۱۷ اساسنامه تصمیم گرفت موضوع اتهام در دیوان قابل پذیرش است، جایی برای رد درخواست دیوان باقی نمی‌ماند. دلیل آن این است که تصمیم دیوان بر قابلیت پذیرش متضمن این معنی است که دولت مذکور قادر یا مایل به تعقیب یا مجازات شخص مورد درخواست نیست.

در مورد دولت‌های غیرعضو، اساسنامه دیوان که معاهده‌ای است میان طرف‌های متعاقد، هیچ تکلیفی برای این دسته از دولت‌ها مبنی بر اجابت

درخواست دیوان تعیین ننموده است. در هیچ یک از مواد متعددی از اساسنامه که از دولت‌های غیرعضو به مناسبت درخواست‌های دیوان دعوت به همکاری شده است، ضمانتی در موارد رد درخواست دیده نمی‌شود. لیکن می‌توان تصور کرد که اگر دولت غیرعضو از طرفی مایل به همکاری با دیوان نباشد و از طرف دیگر به موجب معاهده دو یا چند جانبه استرداد با دولت‌های دیگر از جمله دولت عضو مکلف باشد با درخواست دولت مذکور مبنی بر دستگیری و استرداد متهم به ارتکاب جرایم در صلاحیت دیوان یا هر جرم دیگر موافقت کند، آیا دولت متقاضی استرداد می‌تواند پس از رسیدگی و محکومیت این شخص او را برای رسیدگی به سایر اتهامات به دیوان تحویل دهد؟ در اغلب معاهدات استرداد برای رد اشخاص مورد درخواست دولت ثالث، تحصیل اجازه از دولت فرستنده شرط شده است. در این جا نیز به موجب ماده ۹۸ (بند ۲)، دیوان باید قبلاً رضایت دولت فرستنده را برای تحویل شخص مورد درخواست تحصیل نموده باشد. زیرا، دیوان نمی‌تواند تحویلی را درخواست نماید که دولت مورد درخواست مجبور شود بر خلاف تعهداتی که به موجب معاهدات بین‌المللی رضایت دولت فرستنده برای تحویل تبعه دولت مذکور به دیوان شرط شده است عمل نماید.

احتمال دارد دولت‌های غیرعضو با پیوستن به معاهدات دیگر بین‌المللی ناظر به جنایات در صلاحیت دیوان ناگزیر شوند به طریقی دیگر با مرجع اخیر همکاری نمایند. برای مثال، در هر دو کنوانسیون

سازمان ملل متحد راجع به جلوگیری از کشتار جمعی و مجازات آن^{۱۲} و کنوانسیون بین‌المللی منع و مجازات آپارتاید^{۱۳} تأسیس یک دادگاه بین‌المللی کیفری پیش‌بینی شده است. دولت‌های عضو این کنوانسیون‌ها مکلف‌اند عاملان جنایات کشتار جمعی یا آپارتاید را تعقیب و مجازات یا به دولت دیگری که استرداد آنها را درخواست نموده است منتقل کنند. شق دیگر این است که با شناسایی صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی به عنوان مرجع قضایی مذکور در هر دو کنوانسیون، دولت‌های غیرعضو عاملان این جنایات را به دیوان مذکور تحویل دهند.

همچنین، در برخی از معاهدات بین‌المللی مانند کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو، پروتکل یکم الحاقی، و کنوانسیون سازمان ملل درباره منع شکنجه که دولت‌های عضو آنها مکلف‌اند بر طبق قاعده «یا تعقیب یا استرداد»^{۱۴} به تعهدات خود عمل کنند، می‌توانند با تحویل عاملان جنایات بین‌المللی به دیوان کیفری به ایفای تعهد خود اطمینان حاصل کنند. اگر تعهد مذکور به عنوان یک قاعده حقوق بین‌الملل عرفی شناخته شده باشد اثر به سزایی بر نوع روابط میان دولت‌ها و مقابله با پدیده بی‌کیفر ماندن عاملان جنایات بین‌المللی خواهد بخشید. لیکن، در این باره تردید است که حقوق بین‌الملل عرفی برای دولت‌هایی که خود در ارتکاب جنایات

۱۲ - دولت ایران به موجب ماده واحده مصوب ۳۰ آذر ۱۳۳۴ به «قرارداد راجع به جلوگیری از کشتار جمعی و مجازات آن» پیوسته است.

۱۳ - دولت جمهوری اسلامی ایران به موجب ماده واحده مصوب ۴ بهمن ۱۳۶۳ به «کنوانسیون بین‌المللی منع و مجازات جنایات آپارتاید» پیوسته است.

14 - Aut dedere aut prosequi.

بین‌المللی درگیر شده‌اند تکلیف اولیه مبنی بر مبارزه با این جنایات مقرر کرده باشد.^{۱۵}

۸- اشکال دیگر همکاری با دیوان

ماده ۹۳ اساسنامه با عنوان «اشکال دیگر همکاری» به مواردی از تعاون قضایی غیر از دستگیری و تحویل اشخاص می‌پردازد. این ماده در ده بند شامل مقرراتی است مبسوط که با مقررات فصل دوم (اصل تکمیلی بودن)، فصل پنجم (تحقیق و تعقیب) و فصل ششم (دادرسی) مرتبط است.

نوع همکاری دولت‌ها در فهرستی جامع (ماده ۹۳، شق الف - ک بند ۱) اما نه منحصر تنظیم شده است، چندان که در ادامه بند مذکور (شق ل) آمده است: «هر نوع دیگری از همکاری که در قانون دولت مورد درخواست منع نشده باشد و تحقیق و تعقیب جنایات در صلاحیت دیوان را تسهیل نماید». بعضی از اشکال همکاری در این فهرست با انواع دیگر همپوشانی دارد. با این همه، توصیف چگونگی همکاری دولت‌ها در این بخش اهمیت و ضرورت دستیابی دیوان را به ادله‌ای که در تحقیقات جنایی مورد نیاز مرجع قضایی است باز خواهد نمود.

به طور کلی در آیین دادرسی دیوان هیچ یک از ادله جرم موضوعیت ندارد و اساساً کشف حقیقت برای دیوان از طرق گوناگون حاصل می‌شود.

15 - Bert (S.), Arrest and Surrender, in; The Rome Statute of the International Court: A commentary, V. II, Oxford University Press, 2002, pp. 1658-1663.

یکی از این طرق اظهارات شفاهی گواهان و قربانیان جنایات در صلاحیت دیوان است که با طبع نظام اتهامی هماهنگی کامل دارد. ماده ۵۴ (شق ب بند ۳) در بیان اختیارات دادستان مقرر می‌دارد که مقام مذکور می‌تواند: «اشخاصی را که باید بازجویی شوند چه قربانیان و چه گواهان احضار و از آنان سؤال نماید». برای این منظور دیوان باید ضرورتاً از اقدامات مقامات ملی دولت مورد درخواست اطمینان پیدا کند. ماده ۹۳ (شق الف بند ۱) در زمره تعهدات دولت‌های عضو مبنی بر اجابت درخواست دیوان «تشخیص هویت و محل اشخاص» را بر شمرده است. این «اشخاص» اعم‌اند از مظنونان و گواهان. شق ب به «تحصیل دلیل شامل گواهی به قید سوگند و ... نظریه کارشناس» و شق ج به «سؤال از اشخاصی که موضوع بازجویی یا تعقیب واقع شده‌اند» اختصاص یافته است. همکاری‌های مذکور به گونه‌ای است که تماماً باید در قلمرو دولت مورد درخواست و به موجب قوانین داخلی دولت مذکور انجام گیرد. هنگامی که این اقدامات مستقیماً توسط دادستان یا شعبه دادگاه در مقرر دیوان انجام می‌گیرد دولت‌های عضو مکلف‌اند «تدابیر لازم به منظور حضور اختیاری اشخاص به عنوان گواهان یا کارشناسان در برابر دیوان» به عمل آورند (شق ه). این امر متضمن ابلاغ موضوع به شخصی است که حضور او را دیوان درخواست نموده است. به این منظور «ابلاغ اوراق شامل اوراق قضایی» (شق د) جزو تعهد دولت‌ها است. نحوه ابلاغ در اساسنامه تعیین نشده است. در نتیجه، این اوراق به همان شیوه مقرر در قوانین داخلی دولت‌ها

ابلاغ می‌گردد و اگر معنی در این قوانین دیده نشود به شیوه‌ای که در درخواست دیوان تعیین شده است، ابلاغ انجام خواهد شد. در خصوص احضار گواهان و ضرورت توسل به قوای قهری همانند جلب گواه در مقررات داخلی بعضی از کشورها، اساسنامه حضور «اختیاری» این اشخاص را مقرر نموده است. بنابراین، دولت‌های عضو در اجرای تعهد خود در این زمینه جز فراهم کردن تسهیلات حضور وظیفه دیگری ندارند.

اگر شخصی که شهادت یا کمک‌های او از طرف دیوان درخواست شده در بازداشت باشد ممکن است بر طبق شروط مقرر در ماده ۹۳ (شق الف بند ۷) موقتاً به دیوان منتقل گردد. یکی از شروط این است که «شخص آزادانه و با آگاهی از علت، رضایت به انتقال به دیوان بدهد» و علاوه بر آن «دولت مورد درخواست با انتقال او تحت شروط مورد توافق این دولت و دیوان موافقت کند». شق ب این بند مقرر می‌دارد: «شخص انتقال یافته در بازداشت باقی خواهد ماند. به محض آن که هدف‌های انتقال تأمین شد، دیوان بدون تأخیر شخص مذکور را به دولت مورد درخواست اعاده خواهد کرد».^{۱۶}

۱۶ - آیین انتقال شخص در بازداشت به این شرح در قاعده ۱۹۲ از قواعد دادرسی و ادله آمده است: یک) انتقال شخص در بازداشت به دیوان مطابق بند ۷ ماده ۹۳ توسط مقامات ملی مربوط و ضمن ارتباط با مدیر دفتر و مقامات دولت میزبان برنامه‌ریزی می‌شود. دو) مدیر دفتر جریان صحیح انتقال را که شامل نظارت بر شخص در زمانی که در بازداشت دیوان است تضمین می‌کند. سه) شخص در بازداشت نزد دیوان حق طرح موضوعاتی راجع به شرایط بازداشت خود با شعبه مربوط را دارد.

دیوان به موجب ماده ۹۳ (بند ۲) این قدرت را دارد که امنیت اشخاصی که برای گواهی یا اظهار نظر کارشناسی به مقرر دیوان فراخوانده شده‌اند تأمین کند تا «از تعقیب، بازداشت یا هر نوع محدودیت از جهت آزادی شخصی به دلیل ارتکاب هر فعل یا ترک فعلی قبل از عزیمت از دولت مورد درخواست مصون باشند».

مقررات این ماده بیان قاعده معروف اختصاصی بودن^{۱۷} در تعاون قضایی بین دولت‌ها است. به موجب این قاعده تعقیب یا مجازات فراسوی قلمرو اصلی استرداد اعطایی ممنوع است مگر با رضایت صریح دولت مورد درخواست که استرداد را پذیرفته است. ماده ۱۰۱ اساسنامه با همین عنوان مفاد قاعده مذکور را در مورد هر شخص که در اجرای مقررات اساسنامه به دیوان تحویل داده می‌شود گسترانده است. زیرا، رعایت قاعده اختصاصی بودن بیش از هر چیز در مورد حقوق مظنونان یا متهمان موضوعیت دارد. علاوه بر آن، هنگامی که گواهان و قربانیان جنایات برای ادای شهادت نزد مقامات دیوان یا مقامات دولت‌ها حضور می‌یابند حمایت از آنها ضروری است. این حمایت در ماده ۹۳ (شقوق بند ۱) و مواد ۵۴ و ۵۵ و ۶۴ اساسنامه اعلام و در مراحل متعدد رسیدگی، مسئولیت آن به عهده دادستان، شعبه بدوی و دادگاه گذاشته شده است.

بخش دیگری از همکاری دولت‌ها به خدماتی همچون «انتقال پرونده‌ها و اسناد، شامل پرونده‌ها و اسناد رسمی» (شقوق ط)، شناسایی

چهار) مدیر دفتر، مطابق بند ۷ (ب) ماده ۹۳ و زمانی که هدف‌های انتقال تأمین شده است، برای بازگرداندن شخص در بازداشت به دولت مورد درخواست برنامه‌ریزی می‌کند.

17 - Rule of speciality.

«محل اموال» (شق الف)، «بررسی مکان‌ها یا جاها، شامل نبش قبر و آزمایش اجساد مدفون در گودال‌های دسته جمعی» (شق ز)، «اجرای بازرسی و توقیف» (شق ح) و سرانجام «شناسایی، ردیابی، ضبط یا توقیف درآمدهای ناشی از جرم، اموال، دارایی‌ها و آلات و ادوات جرم به منظور مصادره احتمالی آنها ...» (شق ک) خلاصه می‌شود. لیکن تا آنجایی که به چگونگی اجرای درخواست‌های مذکور مربوط می‌شود، ماده ۹۳ (بند ۱) دولت‌ها را مکلف می‌کند تا به درخواست‌های دیوان مطابق فصل نهم و «آیین‌های مقرر در قوانین ملی» ترتیب اثر دهند. در ادامه ماده مذکور، ماده ۹۹ (بند ۱) بر این نکته تأکید می‌کند که «درخواست‌های همکاری مطابق با آیین مقرر در قانون دولت مورد درخواست اجرا خواهد شد و اگر قانون مذکور منع نکرده باشد به ترتیبی که در درخواست آمده است به ویژه به همان آیینی که در درخواست مشخص شده یا به اشخاصی که در درخواست معین شده‌اند اجازه می‌دهد در اجرا حضور یابند و در آن مشارکت کنند». هم‌چنان که پیشتر اشاره کردیم همه دولت‌های عضو بر اساس تعهد عام خود مبنی بر این که مقررات داخلی آنها اجرای درخواست‌های دیوان را ممکن و میسر می‌سازد، فقدان مقررات داخلی را نمی‌توانند بهانه رد درخواست‌های دیوان قرار دهند. در این صورت دولت‌ها ممکن است به ناتوانی در اجرای تعهدات قراردادی خود متهم شوند. حتی در موقعیت‌های استثنایی که اساسنامه رد درخواست دیوان را از جانب دولت متقاضی عهه پذیرفته است، عدم همکاری دولت مذکور با

دیوان مطلق نیست، بلکه دولت مورد درخواست، همچنان که در ماده ۹۳ (بند ۶) تصریح شده است مکلف است «دلایل [رد درخواست] خود را بدون تأخیر به دادگاه یا دادستان اعلام کند» و در نهایت با مشورت با دیوان به چاره‌جویی و یافتن راه‌حلی برای چگونگی اجرای درخواست بپردازد.

در پایان، یادآوری این نکته حایز اهمیت است که اساسنامه در موقعیت‌های استثنایی به دیوان این اختیار را داده است که خود بدون درخواست همکاری، در قلمرو دولت عضو به تحقیق و گردآوری دلیل بر طبق فصل نهم اساسنامه (به موجب ماده ۹۹ بند ۴) و یا خارج از نظام همکاری فصل نهم به موجب مواد ۵۴ (شق ب بند ۲) و ۵۷ (شق د بند ۳) بپردازد. ماده ۹۹ (بند ۴) به دادستان اجازه داده است «... هنگامی که به اجرای مؤثر یک درخواست بدون توسل به قوه قهری می‌توان ترتیب اثر داد، ... دادستان می‌تواند موضوع مورد درخواست را مستقیماً در سرزمین آن دولت به موقع اجرا بگذارد». ماده مذکور به مواردی از چگونگی اقدامات دادستان در قلمرو دولت دیگر از جمله استماع اظهارات اشخاص با رضایت شخص یا کسب اطلاعات بدون حضور مقامات آن دولت که ممکن است اجرای مؤثر درخواست را به خطر اندازد اشاره کرده است. لیکن اختیارات دادستان در زمینه گردآوری دلیل در خاک کشور دیگر به موارد مندرج در این ماده محدود نمی‌شود.

در خارج از چارچوب مقررات ناظر به همکاری دولت‌ها با دیوان، مواد ۵۴ و ۵۷ نیز به دادستان اختیار تحقیق را در قلمرو هر دولتی با حفظ

موازن مقرر در فصل نهم داده است، مشروط بر اینکه شعبه مقدماتی انجام این تحقیق را تجویز کرده باشد. در اجرای این تحقیق دادستان بی- نیاز از صدور درخواست همکاری است؛ وی حتی در مواقعی بدون مشورت با دولت عضو می‌تواند تحقیقات را به پیش برد و این هنگامی است که به «دلیل فقدان مرجع یا هیئت صلاحیتدار دستگاه قضایی ملی، دولتی قادر به اجابت درخواست همکاری موضوع فصل نهم نیست ...».

این مورد تنها استثنایی است که دیوان کیفری بین‌المللی بر طبق اساسنامه اجازه می‌یابد که خارج از چارچوب فصل نهم، تحقیقات را خود در قلمرو دولت عضو متقبل شود. در دیگر مقررات (فصل پنجم و ششم) اساسنامه که به ارکان دیوان در تحصیل دلیل اختیاراتی داده شده است رعایت ساز و کارهای تنظیم درخواست همکاری بر طبق فصل نهم الزامی است.

کیفر و چگونگی تعیین آن در فرایند کیفری انگلستان (با تکیه بر کارکردهای کیفر)

دکتر نسرین مهرا*

چکیده

فرایند تعیین مجازات و صدور حکم محکومیت کیفری یکی از مراحل حساس در فرایند کیفری انگلستان محسوب می‌شود. زیرا کسانی که فرد متهم را محاکمه کرده و مجرمیت او را احراز می‌کنند (مرحله اول رسیدگی)، همان شخص یا اشخاصی نیستند که نوع و میزان مجازات مجرم را پس از بررسی محتوای پرونده و کسب نظر کارشناسان مختلف تعیین می‌کنند. تعیین مجازات در واقع، پایان یک فرایند طولانی است، که شامل دستگیری، توقیف یا احضار شخص مظنون می‌شود. این امر، در مقایسه با آیین دادرسی معمول در کشورهای متعلق به خانواده حقوقی رومی-ژرمنی، یکی از ویژگی‌های برجسته آیین دادرسی کیفری انگلستان که متعلق به خانواده حقوقی کامن‌لا است محسوب می‌شود.

مقاله حاضر ابتدا به خصوصیات دادگاه‌ها و «تعیین‌کنندگان مجازات» و سپس به چگونگی صدور حکم محکومیت و تعیین کیفر برای متهم پرداخته است و به این مناسبت دلایل توجیهی کیفر و انواع آن را که به

* استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی و رئیس انجمن ایرانی حقوق جزا.

هنگام تعیین مجازات مناسب مورد توجه قاضی مسئول واقع می شود توصیف و تحلیل کرده است.

کلید واژگان: قضات دادگاه صلح، قضات صلح غیرحرفه‌ای و قضات حقوق‌بگیر دادگاه صلح، تبعیض در مجازات، توجیه کیفر، شیوه التقاطی تعیین مجازات، اعمال صلاح‌دید در تعیین مجازات، مجازاتهای اجباری.

در آمد

نظام کامن لا، برخلاف نظام رومی- ژرمنی، در جرایم قابل کیفرخواست (Indictable offences)، با تبعیت از اصل تقطیع دادرسی کیفری ماهوی، رسیدگی دادگاه را به دو مرحله تقسیم می کند: مرحله نخست شامل محاکمه متهم توسط هیئت منصفه است که در انتهای آن تکلیف وی از نظر "محکومیت- مجرمیت" یا "برائت- عدم مجرمیت" (conviction or acquittal) مشخص می شود؛ در صورتی که مجرمیت متهم احراز شود، قاضی دادگاه بلافاصله با اعلام تنفس به منظور دریافت گزارش‌های دیگر یا دریافت نتیجه محاکمه شرکا و یا معاونان متهم و ... مجازات قانونی متناسب را متعاقباً تعیین و صادر می کند (sentencing): بدین ترتیب، هیئت منصفه به عنوان محاکمه‌کنندگان واقعه مجرمانه، نسبت به وقوع جرم و انتساب آن به متهم و مجرمیت او تصمیم می گیرند و قاضی، با لحاظ جنبه‌های مختلف پرونده کیفری، ضمانت‌اجرا را با استفاده از اختیارات قانونی خود صادر می کند. تفکیک دو مرحله محاکمه و تعیین (صدور) کیفر از یکدیگر، در واقع به هیئت منصفه، یعنی نمایندگان مردم، اجازه می دهد تا جرم ارتكابی و مجرم را از جهات مختلف مورد ارزیابی قرار دهند، و به قاضی که همزمان راهنما و مشاور حقوقی هیئت منصفه نیز می باشد اجازه می دهد تا نوع مجرمیت را با قانون منطبق کرده و مجازات متناسب صادر نماید.

نظام کیفری انگلستان که موضوع این نوشتار را تشکیل می‌دهد نیز از آیین دادرسی مبتنی بر اصل تقطیع در جرایم قابل کیفرخواست تبعیت می‌کند.

مرحله تعیین مجازات، یکی از حساس‌ترین مراحل در فرایند کیفری انگلستان محسوب می‌شود که طی آن پاسخ کیفری تعیین و صادر می‌شود. در حقوق انگلستان شدیدترین شکل پاسخ کیفری، سلب آزادی از بزه‌کاران است، که مجرمیت آنان باید قبلاً با رعایت تشریفات دادرسی احراز شده باشد. به همین جهت است که اصول اساسی ناظر به فرایند کیفری، یعنی حقیقت، عدالت و انصاف، چه در جریان محاکمه و چه در جریان تعیین مجازات، بیش از حد گسترش یافته است. تعیین مجازات اساساً در مرحله پایانی یک فرایند کیفری طولانی و پیچیده انجام می‌شود. ولی احضار یا دستگیری شخص مظنون و نیز تصمیماتی که در مراحل قبل از محاکمه، شامل تصمیم‌گیری درباره آزادی یا بازداشت متهم و تعیین دادگاه صلاحیتدار برای محاکمه او می‌باشد، تأثیر به‌سزایی بر مرحله تعیین کیفر دارند. تحقیقات در انگلستان نشان داده است که تصمیمات اتخاذی در مراحل اولیه فرایند کیفری بر تصمیم نهایی دادگاه تأثیر زیادی می‌گذارد.^۱

1 - Ashworth, A (1988), *The Criminal Process: An Evaluating Study*, 2nd edn, Oxford: OUP; Sanders, A and Young, R (2001), *Criminal Justice*, 2nd edn, London: Butterworths.

بی‌تردید، مهم‌ترین تصمیم قبل از مرحله تعیین مجازات، در ارتباط با مجرمیت متهم است. تصویر سنتی این فرایند، تصویری است که در آن، مجرمیت متهم به دنبال اتهامات و دفاعیات مفصل و طولانی وکیل دادستانی^۲ و وکیل متهم در برابر قاضی و هیئت منصفه، مشخص می‌شود. ولی در عمل، اکثر متهمان مجرمیت خود را قبول می‌کنند و بدین سان، ضرورت محاکمه منتفی می‌شود.^۳

۲- نهاد دادستانی سلطنتی یا (Crown Prosecution Service) در سال ۱۹۸۵ تأسیس شد. این نهاد متشکل از حقوقدانانی است که وظیفه عمده آنان بررسی پرونده‌هایی است که پلیس به منظور تصمیم‌گیری درباره این موضوعات که: آیا تعقیب باید آغاز شود؟ آیا موارد اتهامی باید تغییر داده شوند؟ و آیا تعقیب پرونده‌ها در دادگاه صلح است؟ ارسال کرده است. ادامه امر تعقیب در دادگاههای بالاتر مانند دادگاه کیفری، چنانچه ضروری باشد توسط وکلای خصوصی که با آنها برای این کار قرارداد منعقد می‌شود، انجام می‌گیرد.

۳- عدم قبول مجرمیت (Plea of not guilty) توسط متهم، دلایل دادستان را زیر سؤال می‌برد. بنابراین لازم است که بر اساس معیار اثبات ادله در پرونده‌های کیفری، یعنی اثبات همراه با یقین (beyond reasonable doubt)، کلیه عناصر متشکله جرم اتهامی به نحوی که در قانون تعریف شده است، ارایه شود. در صورتیکه دادستان نتواند ادله لازم را جهت قانع ساختن هیئت منصفه برای محکومیت متهم فراهم نماید، قاضی چاره‌ای جز راهنمایی هیئت منصفه به صدور حکم برائت نخواهد داشت. از سوی دیگر، قبول مجرمیت توسط متهم (Plea of guilty) باعث می‌شود که نیازی به حضور هیئت منصفه نباشد. زیرا متهم داوطلبانه خود را محکوم کرده است. بنابراین، دادگاه فوراً وارد مرحله دوم، یعنی مرحله تعیین مجازات، خواهد شد و اگر نیازی به اطلاعات بیشتر باشد رسیدگی، موقتاً برای کسب گزارش از دادستان متوقف خواهد شد. به‌طور خلاصه، قبل از تعیین مجازات توسط دادگاه، نماینده دادستان اوضاع و احوال وقوع جرم شامل سوابق کیفری، تحصیلی، کاری و وضعیت مالی متهم را برای دادگاه به‌طور خلاصه شرح می‌دهد. سپس وکیل متهم در صورتی که کیفیات مخففه وجود داشته باشد، آنها را ارائه خواهد کرد و نهایتاً دادگاه مبادرت به صدور حکم مجازات خواهد کرد. رک.

Spark, J (2005), A Practical Approach To Criminal Procedure, Oxford, pp.281-289.

تصمیم‌گیری درباره نوع و میزان مجازات در انگلستان از بحث انگیزترین موضوع‌های حقوق کیفری و اقدام‌های قضایی در این کشور به شمار می‌آید. پرونده‌ای که در سال‌های اخیر موجب جلب توجه افکار عمومی و اظهارنظر درباره چگونگی تعیین مجازات برای متهم آن شد، پرونده "تونی مارتین" است که به اتهام قتل سارقی که در مزرعه دور افتاده خود، غافلگیرش کرده بود، به حبس محکوم شد. افکار عمومی که، با بازتاب این پرونده توسط رسانه‌های گروهی، در جریان واقعه مجرمانه قرار گرفته بود، حکم کیفر دادگاه را شدید تلقی کرد و انتقادات و فشارهای زیادی را علیه دستگاه قضایی، به طور کلی و قوانین کیفری، به طور خاص، ایراد و وارد کرد، چنان که احزاب سیاسی نیز دادگاهها را به "سختگیری زیاد" یا "ملایمت بی‌رویه" در زمان تعیین مجازات متهم کردند و خواستار اصلاح و روزآمد کردن قوانین مربوط شدند.

بدین ترتیب است که موضوع اقدام‌های قضایی دادگاه‌ها و به طور کلی تعیین‌کنندگان مجازات (الف) و نیز موضوع کیفر و چگونگی تعیین آن (ب) در انگلستان همواره مورد توجه افکار عمومی و دستگاه‌های قضایی و تقنینی بوده است. مطالعه آنها که از نظر مطالعات مقایسه‌ای برای حقوق‌دانان آشنا با آیین دادرسی کیفری نظام‌های رومی-ژرمنی نیز جالب می‌نماید، موضوع نوشتار حاضر خواهد بود.

الف- دادگاهها و تعیین‌کنندگان مجازات

در نظام کیفری انگلستان، همان‌گونه که در نمودار شماره ۱ مشاهده می‌شود، دو دادگاه در زمینه تعیین مجازات مداخله می‌کنند:

نمودار ۱: نظام دادگاه‌ها در انگلستان

ردیف	دادگاه	دادگاه‌های ملزم به تبعیت از آن	دادگاه‌هایی که بایستی از آنها تبعیت کند
۱	دیوان عدالت اروپایی	دادگاهی که ارجاع اولیه را انجام داده است	ملزم به تبعیت از هیچ دادگاهی نیست
۲	دیوان عالی کشور	کلیه دادگاه‌های انگلستان	ملزم به تبعیت از هیچ دادگاهی نیست
۳	دادگاه استیناف	شعبات مختلف دادگاه‌های عالی، دادگاه‌های جزایی، دادگاه‌های صلح	دیوان عالی کشور
۴	دادگاه عالی	دادگاه‌های جزایی، دادگاه‌های صلح	دیوان عالی کشور و دادگاه استیناف
۵	دادگاه‌های جزایی دادگاه‌های مدنی دادگاه‌های صلح	هیچ دادگاهی ملزم به تبعیت از آنها نیست	دیوان کشور، دادگاه استیناف، دادگاه عالی

دادگاه صلح^۴ و دادگاه کیفری^۵. تقریباً همه پرونده‌ها ابتدا در دادگاه صلح مطرح شده، و عمده آن‌ها (یعنی نزدیک به ۹۷ درصد) در همین دادگاه حل و فصل می‌شوند.^۶ دادگاه‌های صلح که به اتهام‌های کم اهمیتی

4 -Magistrates Court.

5 -Crown Court.

6 -Ashworth, A (1998), op.cit.

مانند جرایم سبک علیه آسایش (نظم) عمومی^۷ رسیدگی می‌کنند، تقریباً به تمامی پرونده‌های نوجوانان نیز می‌رسند.^۸ در این دادگاه‌ها جرایم اصولاً به صورت اختصاری^۹ رسیدگی می‌شوند. دادگاه‌های صلح می‌توانند تا حداکثر یک سال حبس و ۵۰۰۰ پوند جزای نقدی حکم صادر کنند. از سوی دیگر، دادگاه‌های کیفری به جرایم شدید قابل کیفرخواست مانند قتل و تجاوز به عنف رسیدگی می‌کنند. گونه سوم جرایم، یعنی جرایم دو وجهی،^{۱۰} مانند جرم سرقت، دارای ماهیت نسبتاً شدیدی بوده که هم در

7 - Minor public order offences.

۸- دادگاه‌های اطفال (Youth Courts) در واقع جلسات خاصی از دادگاه‌های صلح هستند که به جرایم اشخاص زیر ۱۸ سال رسیدگی می‌کنند. این دادگاه‌ها بدون در نظر گرفتن نوع جرم (اختصاری، قابل کیفرخواست و یا جرایم دو وجهی) اقدام به رسیدگی می‌کنند. متهمین زیر ۱۸ سال اما قابل محاکمه بر اساس کیفرخواست در دادگاه کیفری بزرگسالان هستند، اگر اتهام موضوع رسیدگی قتل باشد و یا طفل، متهم به ارتکاب جرم قابل مجازات با ۱۴ سال حبس باشد (مانند قتل ناشی از رانندگی خطرناک و یا رانندگی از روی بی‌مبالاتی) و یا طفل با شخص بزرگسالی مشترکاً مرتکب جرمی شده باشد که موجب محاکمه شخص بزرگسال بر اساس کیفرخواست می‌شود و دادگاه بر این عقیده باشد که محاکمه هر دو بر اساس کیفرخواست به نفع عدالت است. مقررات خاصی حاکم بر فرایند تعیین مجازات برای این گروه سنی است، از جمله محدودیت صلاحیت دادگاه‌های اطفال به تحمیل جزای نقدی حداکثر ۲۵۰ پوند برای اطفال زیر ۱۴ سال و ۱۰۰۰ پوند برای اطفال بین ۱۴ تا ۱۸ سال. به موجب قانون جرم و بی‌نظمی مصوب ۱۹۹۸ و قانون ادله کیفری مصوب ۱۹۹۹، اختیارات جدیدی در زمینه تعیین مجازات اطفال پیش‌بینی شده است. برای اطلاعات بیشتر رک. مهرا، نسرين، ترمیمی شدن عدالت کیفری صفار در انگلستان و ویلز، علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر آشوری)، تهران، انتشارات سمت، پاییز ۱۳۸۳، صص ۱۷۸-۱۵۹.

۹- Summary offences: این جرایم در دادگاه‌های صلح توسط قضات صلح محاکمه و تعیین مجازات می‌شوند.

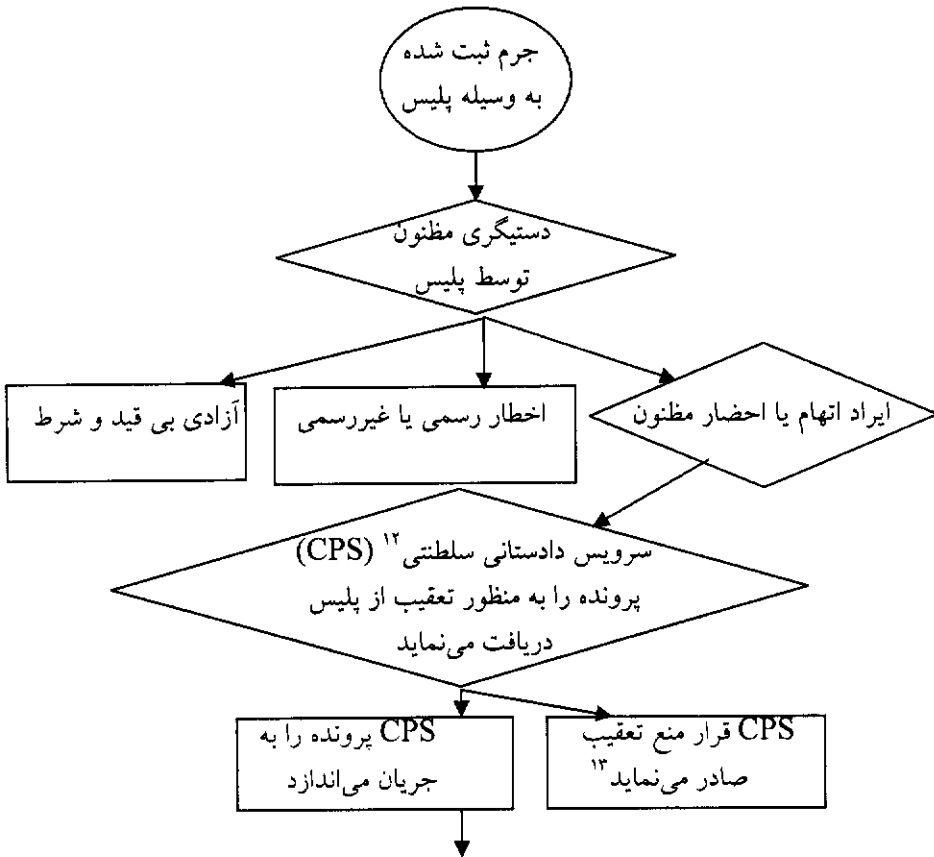
10 - Either way offences.

دادگاه کیفری و هم در دادگاه صلح قابل محاکمه هستند. جرایم دو وجهی، امروزه بحث‌های زیادی را از نظر رسیدگی با حضور هیئت منصفه برانگیخته است. متهمینی که به اتهام جرایم دو وجهی تحت تعقیب قرار می‌گیرند (رک. نمودار شماره ۲: فرایند تعقیب)، در صورت تصمیم دادگاه صلح مبنی بر محاکمه در این دادگاه، می‌توانند دادگاه کیفری را برای محاکمه خود انتخاب نمایند. برخلاف اعتقاد عمومی که به موجب آن تعداد زیادی از پرونده‌های جرایم دو وجهی در دادگاه کیفری محاکمه می‌شوند، در عمل پرونده‌ها از دادگاه صلح به دادگاه کیفری ارجاع می‌شوند؛ به عبارت دیگر، متهم در عمل نسبت به انتخاب دادگاه کیفری نقشی نداشته است.^{۱۱}

۱۱- توضیح اینکه اگر جرایم دو وجهی توسط شخص بزرگسالی ارتکاب یابند قابل محاکمه بر اساس کیفرخواست و یا به صورت اختصاری هستند. اگر جرم به موجب قانون دادگاه‌های صلح مصوب ۱۹۸۰ دو وجهی محسوب شود، دادگاه صلح با توجه به اظهارات وکیل دادستانی و وکیل متهم و لحاظ دیگر شرایط مانند سابقه متهم، شدت جرم ارتكابی، اوضاع و احوالی که در آن جرم ارتكاب یافته است، و اختیارات دادگاه صلح در زمینه مجازات یعنی ۵۰۰۰ پوند جزای نقدی و یکسال حبس در مورد محاکمه آن بر اساس کیفرخواست یا به صورت اختصاری اتخاذ تصمیم می‌نماید. اگر دادگاه صلح تصمیم بگیرد که جرم به صورت اختصاری قابل محاکمه است در این صورت تصمیمش را به متهم اعلام می‌کند. متهم می‌تواند این تصمیم دادگاه را بپذیرد و یا محاکمه توسط هیئت منصفه در دادگاه کیفری را ترجیح بدهد که در مورد اخیر پرونده را پس از انجام رسیدگی انتقالی به منظور حصول اطمینان از کفایت ادله علیه وی به دادگاه کیفری ارجاع می‌کند. اما اگر دادگاه صلح محاکمه بر اساس کیفرخواست را مناسب تشخیص دهد، دیگر متهم اختیاری برای مخالفت با این تصمیم ندارد و پرونده برای محاکمه توسط هیئت منصفه به دادگاه کیفری ارجاع می‌شود. رک.

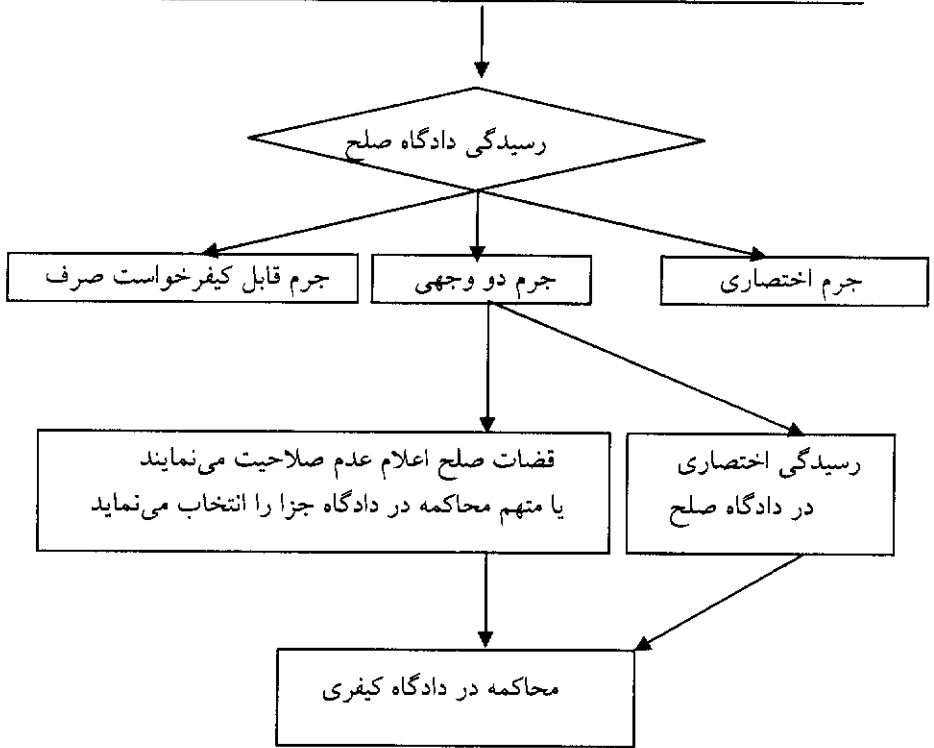
Sanders, A and Young, R (2001), *Criminal Justice*, 2nd edn, London: Butterworth.

نمودار ۲: فرایند تعقیب در حقوق انگلستان



۱۲ - هر چند که تعقیب‌ها توسط CPS انجام می‌شود، اما برخی از جرایم هنوز توسط پلیس قابل تعقیب می‌باشند، در حالی که برخی از جرایم توسط سازمان‌های خصوصی یا نهادهای دولتی، مانند وزارت اقتصاد و دارایی انجام می‌گیرد.

۱۳ - پرونده‌ها تحت نظارت مداوم می‌باشند و می‌تواند در هر مرحله، قبل از رسیدگی دادگاه صلح متوقف شوند یا چنانچه به مرحله رسیدگی در دادگاه ماجستریت رسیده باشند و در این مرحله دادستانی تصمیم به منع تعقیب بگیرد، از ارائه ادله خودداری می‌نماید. به علاوه اتهام وارده می‌تواند تا زمان تصمیم نهایی دادگاه تغییر یابد.



دو گونه قاضی در دادگاه‌های صلح برای تعیین مجازات وجود دارند: قضات غیرحرفه‌ای^{۱۴} و قضات حرفه‌ای (حقوق بگیر)^{۱۵}. قضات غیرحرفه‌ای از اعضای جامعه محلی هستند و به صورت افتخاری فعالیت می‌کنند. این قضات، برای آشنایی با شیوه دادرسی، باید دوره‌های آموزشی خاصی را طی کنند. قضات غیرحرفه‌ای، معمولاً به صورت دو یا سه نفره تشکیل جلسه داده توسط منشی دادگاه^{۱۶} راهنمایی فنی (قضایی) می‌شوند. منشی دادگاه از نظر قانونی باید بی‌طرف باشد، فرض بر این است که وی تنها در زمینه موضوعات حقوقی‌ای چون شرح مواد قانون،^{۱۷} شیوه رسیدگی^{۱۸} و تعیین مجازات پیشنهاداتی به قضات غیرحرفه‌ای ارائه می‌کند. بنابراین نباید نقش تعیین‌کننده‌ای در زمینه مجرمیت،^{۱۹} براءت^{۲۰} و یا نوع مجازات ایفا کند. اما تحقیقات اندکی که در مورد نقش واقعی و عملی

۱۴-گفتنی است که مقام قضات صلح غیرحرفه‌ای (Lay or Justices of the Peace Magistrate) از سال ۱۱۹۵ میلادی، یعنی از هنگامی که ریچارد اول آنان را به عنوان حامیان نظم و آرامش به کار گمارد، بوجود آمده است. امروزه ۳۰۰۰۰ قاضی غیرحرفه‌ای در ۷۰۰ دادگاه صلح مشغول به کار هستند.

۱۵-قانون دسترسی به عدالت مصوب ۱۹۹۹ نام قضات حرفه‌ای را از Stipendiary Magistrate به District Judge (magistrates' Court) تغییر داد. این قضات در آن دسته از دادگاه‌های صلحی که با تورم پرونده روبه رو هستند و استفاده از قضات صلح غیرحرفه‌ای در آنها عملی نیست، به کار گمارده می‌شوند.

16 -Justice's Clerk.

17 - Law.

18 - Procedure.

19 - Guilt.

20 - Innocence

منشی‌های دادگاه صلح انجام گرفته، نشان می‌دهند که آنها نقش بسیار فعال‌تری، نسبت به آنچه تصور می‌شود، در تصمیم‌گیری مربوط به مجازات ایفا می‌کنند.^{۲۱}

استفاده از قضات غیرحرفه‌ای تاریخچه‌ای طولانی دارد و بر مبنای نظریه عدالت محلی با شرکت دادرسانی که در فاصله ۱۵ مایلی محل قضاوت خود سکونت دارند، انتخاب می‌شوند.^{۲۲} بدین ترتیب، دادرسان غیرحرفه‌ای ترکیبی از جمعیت محلی و نماینده مردم محسوب می‌شوند. اصولاً هر کسی می‌تواند قاضی غیرحرفه‌ای باشد. اما در عمل قضات صلح غیرحرفه‌ای غالباً از میان افراد سفید پوست طبقه متوسط انتخاب می‌گردند،^{۲۳} تقریباً ۵۰٪ آنان زن و ۵۰٪ بقیه مرد هستند که از میان گروه‌های مسن‌تر انتخاب می‌شوند و به هر حال اقلیت‌های قومی در میان آنان کم‌تر دیده می‌شود.^{۲۴} این امر، در عمل نگرانی‌هایی را موجب شده است، زیرا قضات صلح غیرحرفه‌ای بزهکارانی را محاکمه می‌کنند که غالباً از طبقات پایین‌تر و گروه‌های سنی جوان‌تر بوده و اکثریت‌شان جزو اقلیت‌های قومی هستند. صاحب‌نظران چندی این امر را ناشی از سیستم انتخاب قضات صلح غیرحرفه‌ای می‌دانند، زیرا در گذشته‌ای نه چندان دور، این

21- Darbyshire, P (2002), 'Magistrates' in McConville, M and Wilson, G (eds), *The Handbook of the Criminal Justice Process*, Oxford: OUP.

22 -Raine, J (1989), *Local Justice*, London: T& T Clark.

23 -Baldwin, J and McConville, M (1977) و *Negotiated Justice*, Oxford: Martin Boreertson.

24-Lord Chancellor's Department (2003), *Judicial Statistic*, March, available at: www.dca.gov.uk

قضات، توسط قضات صلح غیرحرفه‌ای شاغل انتخاب می‌شدند. ریاست قوه قضاییه^{۲۵} برای نخستین بار در سال ۱۹۹۲ فعالیت‌های انتخاباتی وسیعی در سطح ملی جهت تغییر شیوه انتخاب قضات صلح غیرحرفه‌ای انجام داد و برنامه‌هایی را برای افزایش تعداد قضات صلح از میان اقلیت‌های قومی به اجرا گذاشت. با وجود این، شرایط انتخاب این قضات به گونه‌ای است که برخی از اقشار جامعه در بین آنان کمتر حضور دارند. داریی شایر در گزارشی درباره شرایط و معیارهای محلی انتخاب قضات پیش گفته، متذکر می‌شود که بیکاران، جوانان و کسانی که به تازگی به محل جدید نقل مکان کرده‌اند عملاً از انتخاب شدن محروم‌اند.^{۲۶}

ولی قضات صلح حرفه‌ای که قبلاً به عنوان قضات دارای تحصیلات حقوقی شناخته می‌شدند، باید حداقل دارای ۷ سال سابقه کار حقوقی باشند. این قضات به صورت انفرادی تشکیل جلسه می‌دهند.^{۲۷} قضات صلح حرفه‌ای می‌توانند در هر نقطه‌ای از کشور به قضاوت بپردازند. شواهد در انگلستان نشان می‌دهد که قضات صلح حرفه‌ای به پرونده‌های مهم‌تر رسیدگی می‌کنند، زیرا فرض بر این است که سریع‌تر رسیدگی می‌کنند و بدین ترتیب به پرونده‌های بیشتری می‌رسند و در نهایت موجب کاهش تأخیر در رسیدگی‌های کیفری می‌شوند. به همین دلیل، برخی

25 - Lord Chancellor.

26 - Darbyshire, P; op.cit.

۲۷- قضات حرفه‌ای دادگاه‌های صلح به صورت منفرد کار بررسی پرونده‌ها را در شهرهای بزرگ انجام می‌دهند. گفتنی است که در سال ۲۰۰۳، ۱۰۵ قاضی حرفه‌ای تمام وقت و ۱۵۰ قاضی حرفه‌ای پاره وقت مشغول به کار بوده‌اند.

صاحب‌نظران پیشنهاد می‌کنند که قضاات حرفه‌ای بیشتری به کار گرفته شوند، چنان که سیستم قضاات صلح حرفه‌ای به طور کلی جایگزین قضاات غیر حرفه‌ای دادگاه‌های صلح شود.^{۲۸} به هر حال، احتمال اینکه چنین پیشنهادی عملی گردد، از یک سو، به دلیل هزینه‌هایی که این رفرم به دنبال خواهد داشت و از سوی دیگر، به این دلیل که یک قاضی - حتی حرفه‌ای - همزمان دادرس،^{۲۹} هیئت منصفه^{۳۰} و نیز مسئول تعیین اعتبار ادله،^{۳۱} احراز و اثبات مجرمیت و تعیین مجازات خواهد شد، کم است. در دادگاه‌های صلح قضاات حرفه‌ای و قضاات غیرحرفه‌ای، هر دو در مورد مجرمیت، نوع و میزان مجازاتی که اعمال خواهد شد تصمیم‌گیری می‌کنند.

ولی این مسئولیتها در دادگاه کیفری بین هیئت منصفه که در مورد مجرمیت و محکومیت تصمیم‌گیری می‌کند و قاضی که مجازات را تعیین می‌کند تقسیم شده است. در عمل هر کس می‌تواند به عنوان عضو هیئت منصفه انتخاب شود.^{۳۲} دولت‌های زیادی در انگلستان، موارد استفاده از هیئت منصفه را، به این دلیل که بعضی صاحب‌نظران بر این عقیده‌اند که قضاوت آن هیئت عادلانه نیست، چنان که مجرم را تبرئه و بی‌گناه را

28- Morgan, R and Russell, N (2000), *The Judiciary in the Magistrates' Courts*, London: Home Office and Lord Chancellor's Department.

29 - Judge.

30 -Jury.

31 -Admitting Evidence .

۳۲- اعضای هیئت منصفه به صورت تصادفی از فهرست افرادی که برای شرکت در انتخابات ثبت نام

می‌کنند انتخاب می‌شوند.

محکوم می‌کنند، محدود کردند. در حالی که بر عکس، برخی صاحب-نظران، حضور و مداخله هیئت منصفه را سنگ بنای مردم‌سالاری قضایی در فرایند کیفری می‌دانند و بنابراین مخالف ایجاد محدودیت در صلاحیت این هیئت هستند.^{۳۳}

قضات دادگاه‌های کیفری، حقوقدانان با تجربه‌ای هستند که امر رسیدگی را در این دادگاه‌ها انجام می‌دهند. وظایف آنان عبارتند از: راهنمایی هیئت منصفه در زمینه حقوقی، تعیین اعتبار ادله و بالاخره تعیین مجازات. براساس "دکترین استقلال قضایی"^{۳۴}، اختیارات قانونگذار (پارلمان) و اختیارات قوه قضاییه باید از یکدیگر جدا باشد. این امر در واقع مانع از مداخله سیاستمداران در تصمیمات قضایی شده و استقلال آنان را تقویت کرده است. پرسش عمده این است که پارلمان تا چه اندازه می‌تواند اختیارات قضات را محدود کند و تصمیمات خود را به آنان تحمیل نماید.^{۳۵}

33 -Findley, M and Duff, P (eds) (1988), *The Jury Under Attack*, London: Butterworths.

34 - *Doctrine of Judicial Independence*.

۳۵- گفتنی است که قضات هنگام اعمال قانون باید به‌طور کامل بی‌طرف باشند و نباید جهت‌گیری سیاسی و یا پیش‌داوری، قضاوت آنها را تحت تأثیر قرار دهد. اندیشه استقلال قضات از دولت برای سیستم عدالت‌گیری حائز اهمیت است و عدم امکان برکناری قاضی و نیز دکترین مصونیت قضایی باعث استحکام استقلال قضات می‌گردد. قبل از قانون اصلاح قانون اساسی مصوب ۲۰۰۵ (Constitutional Reform Act 2005)، وضعیت (Lord Chancellor) ناموزون و بی‌تناسب بود، زیرا او رئیس قوه قضاییه، عضو کابینه و سخنگوی مجلس لردان بود. قانون مذکور بسیاری از وظایف وی را به رئیس دادگاه‌های انگلستان و ویلز داده است. این قانون وزرای دولت را نیز قانوناً موظف به رعایت استقلال قضات نموده و آنها را از تلاش در جهت تأثیرگذاری بر تصمیمات قضات

این قضات معمولاً از میان اقلیت جامعه یعنی افراد متعلق به طبقات بالا و متوسط جامعه انتخاب می‌شوند.^{۳۶} دفتر قوه قضائیه تلاش می‌کند با بازبینی معیارهای گزینش، این عدم تعادل را که بی‌تردید در نحوه تعیین کیفر و صدور حکم کیفری مؤثر خواهد بود، از میان بردارد.

ب- کیفر و چگونگی تعیین و صدور آن

مرحله تعیین مجازات، به طور کلی فرایندی است که حاکمیت از طریق آن نسبت به افرادی که قانون را نقض کرده و مجرمیتشان قبلاً طی مرحله مستقلی ثابت شده است، واکنش نشان می‌دهد. همان‌گونه که اشورت بیان می‌کند «زمانی که دادگاه مجازات را تعیین می‌کند، در واقع اعمال مجازات توسط حاکمیت علیه مرتکب جرم را مجاز می‌نماید».^{۳۷} شیوه تعیین مجازات و نوع آن، در نظام کامن‌لا، از یک کشور به کشور دیگر متفاوت است.

مجازات‌ها در پادشاهی متحده انگلستان به طور کلی در سه دسته طبقه‌بندی می‌شوند: محرومیت از بعضی حقوق، محدودیت در انجام

منع می‌نماید. این قانون همچنین تأسیس دیوان کشور مستقل را پیش بینی نموده است که از مجلس لردان مجزا خواهد بود. دست اندرکاران امیدوارند که دیوان کشور مستقل در سال ۲۰۰۸ تأسیس شود. البته تا آن زمان، مجلس لردان فعالیت خواهد کرد. رک. Routledge Cavendish, (2006), *English Legal System, 5th edn, London.*

۳۶- اکثر این قضات از افراد سفید پوست، از جنس مذکر و از دانش‌آموختگان حقوق دانشگاه‌های آکسفورد و کمبریج هستند. به همین علت گفته می‌شود که با ارزش‌های اخلاقی نسلی که مورد محاکمه قرار می‌دهند و برایشان مجازات تعیین می‌کنند، نا آشنا هستند. گفته می‌شود که کمیسیون انتصابات قضایی در حال بررسی یافتن راهی جهت افزایش تنوع اجتماعی در میان قضات، در عین رعایت یک اصل اساسی که به موجب آن، قضات باید با توجه به شایستگی‌شان انتخاب شوند، است.

37- Ashworth, A (2002), 'Sentencing' in Maguire, M, Morgan, R and Reiner, R(eds), *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford: OUP.

بعضی امور و الزام به انجام یک عمل. محرومیت ممکن است مجازات حبس که بزهکار را از آزادی محروم می‌کند و جزای نقدی که بزهکار را از بخشی از سرمایه‌اش محروم می‌کند باشد. محدودیت از جمله شامل قرارهای منع رفت و آمد^{۳۸} و استفاده از برچسب‌های الکترونیکی،^{۳۹} الزام به انجام یک عمل، یعنی الزام بزهکار به انجام کار در اجتماع بدون دریافت حق‌الزحمه است. به هر حال، مجازات از هر نوعی که باشد متضمن مقداری سرزنش، نکوهش، تقبیح و انگ نسبت به شخص بزهکار و بعضاً خانواده‌اش است.^{۴۰}

تنها تعداد اندکی از جرایم، یعنی نزدیک به ۲ درصد آنها، واقعاً منجر به اعمال مجازات می‌گردد.^{۴۱} بنابراین تغییر مجازات‌ها تأثیر بسیار کمی در نرخ ارتکاب جرایم دارد. به‌رغم این موضوع، فرایند تعیین مجازات، در انگلستان کارکرد اجتماعی و نمادین مهمی دارد. کیفر، نماد اجتماعی رفتاری است که جامعه آن را بر نمی‌تابد. مجازات در واقع برچسب "مجرم" را بر کسانی می‌زند که قبلاً مستحق آن تشخیص داده شده‌اند.

مجازات ممکن است آثار شدید و طولانی بر بزهکار داشته باشد. نتایج مجازات ممکن است مستقیم مانند از دست دادن آزادی، پول و وقت و یا غیرمستقیم باشد. نتایج غیرمستقیم مجازات نیز متنوع بوده، تأثیر آن، مدت‌های طولانی پس از اعمال آن باقی می‌ماند. زندانیان ممکن است به

38- Curfew Order.

39-Electronic Tags.

40-Ashworth 2002, op.cit.

41 -Ibid.

عنوان مثال، شغل و محل زندگی خود را در اثر مجازات از دست بدهند یا زمانی که به جامعه بر می‌گردند شغلی به دست نیاورند. بدین‌سان است که کیفر به طور کلی و اعمال آن، به ویژه نیاز به توجیه دارد.

۱- توجیه کیفر

دو دیدگاه عمده برای توجیه کیفر مطرح می‌شود: دیدگاه سودمدار و دیدگاه تنبیه‌مدار. بر اساس دیدگاه سودمدار، کیفر تنها از این جهت توجیه‌پذیر است که موجب کاهش ارتکاب جرم می‌شود. بدین ترتیب است که کیفر سودمند تلقی می‌شود، زیرا هدف آن کاهش میزان جرم است، بنابراین دیدگاه سودمدار، یک رویکرد آینده‌نگر به مجازات است، زیرا به امکان ارتکاب جرم در آینده توجه می‌کند. ولی، دیدگاه تنبیه‌مدار، قبل از هر چیز گذشته‌نگر است، یعنی تنها به عمل مجرمانه‌ای که ارتکاب یافته است توجه دارد. براساس این دیدگاه، مجازات بزهکار از نظر اخلاقی موجه است. بزهکاران مستحق مجازات هستند، هیچ توجیه دیگری نیاز نیست. بزهکاران، از رهگذر ارتکاب جرم، سود و یا لذت نامشروع غیرعادلانه از اعضای دیگر جامعه به دست آورده‌اند که باید از طریق تحمل مجازات به آن پاسخ دهند.^{۴۲}

۱-۱- دیدگاه سودمدار

۴۲- در این مورد رک. کوادینو، دیگان. توجیه کیفر، ترجمه دکتر علی صفاری، مجله تحقیقات حقوقی، شماره‌های ۴۲ و ۴۳، سال‌های ۱۳۸۴ و ۱۳۸۵، به ترتیب ص ۲۸۷ و بعد، ص ۴۰۹ و بعد.

دیدگاه سودمدار کیفر مبتنی بر توجیهاتی مانند: بازدارندگی، توان‌گیری از بزه‌کار^{۴۳} و بازپروری^{۴۴} او است.

۱-۱-۱- بازدارندگی^{۴۵}

بازدارندگی کیفر یک اعتقاد عمومی است که به موجب آن افراد ممکن است به دلیل پیامدهای کیفر از ارتکاب جرم منصرف شوند. همان‌گونه که واکر می‌نویسد «مردم زمانی از یک عمل بازداشته می‌شوند که پیامدهای احتمالی انجام آن عمل، ناخوشایند باشد».^{۴۶} بنابراین در مورد اعمال مجازات، ما مشخصاً به قدرت بازدارندگی مجازات از ارتکاب جرم توجه می‌کنیم. بر اساس این دیدگاه، بزه‌کاران افرادی منطقی و حسابگر هستند که هزینه‌ها و منافع یک جرم را ارزیابی می‌کنند. اگر هزینه‌های جرم (مجازات) بیشتر از منافع جرم (سود و لذت) باشد، جرم به وقوع نخواهد پیوست.^{۴۷} افزون بر این، به موجب این دیدگاه برای پیشگیری از ارتکاب یک جرم خاص، مجازات آن باید افزایش یابد. اما آیا بزه‌کاران قبل از ارتکاب جرم، دست به ارزیابی منطقی آن می‌زنند؟ این پرسشی است که راجع به پاسخ آن بحث‌های زیادی شده است. این موضوع که دست کم

43 - Incapacitation .

44- Rehabilitation.

45 - Deterrence .

46 - Walker, N (1991), Why Punish? Oxford: OUP.

۴۷- در این مورد رک. پرادل، ژان، تاریخ اندیشه‌های کیفری، ترجمه علی حسین نجفی ابرند آبادی، انتشارات سمت، ۱۳۸۱.

تعدادی از جرایم به صورت اتفاقی و بدون برنامه‌ریزی قبلی ارتکاب می‌یابند، سئوالاتی را درباره اعتبار نظریه بازدارندگی مطرح کرده است.^{۴۸}

میزان و شدت مجازات، به منظور افزایش کارکرد مؤثر بازدارندگی آن، باید تدریجی باشد، چنان که هر چه جرم شدیدتر باشد، مجازات آن نیز شدیدتر شود. در غیر این صورت، نمی‌توان با وسیله دیگری مرتکبان را از ارتکاب شدیدترین جرایم، منصرف کرد. به عنوان مثال، در صورتی که مجازات جرم نگهداری اسلحه گرم با مجازات جرم قتل یکسان باشد، دلیلی وجود ندارد که مجرم از ارتکاب قتل در جریان سرقت مسلحانه انصراف حاصل کند، زیرا صرفنظر از نتیجه، مجازات در هر دو مورد یکی است. بنابراین، تشدید تدریجی مجازات، سود و لذت بالقوه را برای مرتکبان بالقوه جرایم شدیدتر از بین می‌برد و بنابراین آنان را از ارتکاب این جرایم بازخواهد داشت و بزه‌دیدگان را نیز در برابر صدمات شدیدتر حمایت بیشتری خواهد کرد.

دو نوع بازدارندگی وجود دارد: بازدارندگی عام و بازدارندگی خاص. بازدارندگی خاص که در برخی مواقع به بازدارندگی شخصی نیز تعبیر می‌شود، زمانی محقق خواهد شد که بزه‌کاران با مجازاتی که متحمل می‌شوند از ارتکاب جرایم دیگر بازداشته شوند. به عبارت دیگر، تجربه مجازات موجب می‌شود که شخص هزینه جرم را بیشتر از سود یا لذت آن تلقی کند. ولی بازدارندگی عام، زمانی تحقق پیدا می‌کند که تعداد

48- Bennett, T and Wright, R (1984), *Burglars on Burglary*, Aldershot: Gower

زیادی از افراد، با توجه به تهدید مجازات و با علم به اینکه افراد خاصی به علت ارتکاب جرم مجازات شده‌اند، از ارتکاب جرم منصرف شوند. بنابراین، بازدارندگی عام مستلزم سنجش مجازات‌هاست: دیگران، به چه وسیله‌ای از ارتکاب جرایم مشابه منصرف خواهند شد؟

اثبات یا انکار وجود بازدارندگی مفید کیفر بنا به دلایلی دشوار است. مهم‌ترین این دلایل عبارتند از: میزان بالای جرایم کشف نشده، یعنی تعدادی از بزه‌کاران تعقیب و مجازات نشده‌اند و تفکیک تأثیر بازدارندگی مجازات از تأثیر سایر عوامل (مانند عوامل محیطی، شیوه زندگی و روابط با افراد) دشوار است؛ و میزان بالای محکومیت‌های مجدد،^{۴۹} که به نوبه خود، نشان می‌دهد مجازات یک عامل بازدارنده فعال نیست.^{۵۰} اما امروزه، دلایلی وجود دارد که فقدان کلی ساختار پلیسی مانند وضعیت پلیس در دوران جنگ و یا در زمان آشوب منجر به افزایش اعمال ضدقانونی می‌گردد، همان‌گونه که می‌توان در عراق کنونی، یعنی عراق پس از فروپاشی نظام صدام و ساختارهای پلیسی - امنیتی آن، مشاهده کرد.^{۵۱}

عمده تحقیقات بر ارزیابی تأثیر ماهیت، شدت و حتمیت مجازات بر بازدارندگی متمرکز شده است. در مورد دو گزینه اول پرسش‌های اساسی

۴۹-در انگلستان این میزان در مورد نوجوانان بزهکاری که از زندان آزاد شده‌اند به ۷۰ درصد می‌رسد.

رسد. رک.

Home Office (2003), One Year Juvenile Reconviction Rates, London: Home Office.

50-Home Office (2002a), Criminal Statistics England and Wales 2003, Cm 5696, London: Home Office.

51-Beylvald, D (1980), A Bibliography of General Deterrence Research, London: Saxon House.

این است که آیا مجازات‌های اجتماعی (جامعه‌مدار از قابلیت بازدارندگی مشابه با بازدارندگی کیفر حبس برخوردارند؟ آیا افزایش میزان مجازات، وقوع جرایم خاصی را کاهش خواهد داد؟ پاسخ‌های روش‌شناسانه به این سئوالات زیاد نیست، ولی نتایج این پژوهش‌ها حاکی از آن است که: مجازات‌ها را باید بسیار افزایش داد تا تأثیر ناچیز و نامشخصی بر میزان جرایم داشته باشند؛ مجازات‌های اجتماعی دست‌کم در مورد آمار محکومیت‌های مجدد تأثیری مشابه تأثیر حبس دارند؛ بزهکاران و سایر افراد از میزان مجازات‌ها و تغییرات آنها کمتر مطلع می‌شوند؛ و بالاخره در مورد حتمیت مجازات‌ها، احتمال کشف عامل بازدارنده، مهم است. اما منظور از احتمال، احتمال ظاهری است و نه احتمال واقعی دستگیری که مهمتر نیز می‌باشد؟^{۵۲}

۲-۱-۱- توان‌گیری از بزهکاران

توان‌گیری نیز ناظر به پیشگیری از وقوع جرم در آینده است. این امر با ایجاد محدودیت‌های ساده انجام می‌گیرد چنان که بزهکار را ناتوان از ارتکاب جرم می‌سازد. اگر چه مراکز مراقبت و دستورهای منع رفت و آمد به وسیله نظارت الکترونیکی نیز ممکن است توان مجرمانه را از بزهکاران سلب کنند، اما معمول‌ترین شیوه توان‌گیری در انگلستان و ویلز، مجازات سلب آزادی است. از میان توجیهاتی که برای بازدارندگی کیفر مطرح شده است، سلب توان بزهکاری از مرتکب، کم‌ترین پشتوانه فلسفی را دارد. با

52-Roberts, J (2002) 'Public Opinion and Sentencing Police', in Rex, S and Tonry, M (eds), Reform and Punishment: The Future of Sentencing, Cullompton: Willan.

وجود این به نظر می رسد که مهم ترین توجیه و دلیل نزد عامه مردم باشد، زیرا کیفر یکی از راه های حمایت عموم در برابر افراد خطرناک تلقی می شود. همان گونه که لانگدن و دانبار بیان می کنند: «سادگی و صراحت هدف،... بیشترین قدرت سیاسی را به آن می دهد.»^{۵۳} توان گیری از مجرم به صورت یک رویکرد بدبینانه جلوه می کند که در چارچوب دیدگاه مارتینسون در مورد کارکرد بازپروری کیفر و جمله مشهور او: "هیچ چیز کارایی ندارد" یا "هیچ چیز مؤثر نبوده است"^{۵۴} قرار می گیرد، زیرا هیچ انتظاری نیست که بزهکاران بتوانند، ضمن تحمل مجازات، اصلاح و درمان نیز بشوند.

زمانی که موضوع توان گیری از بزهکار مطرح می شود، معمولاً مقصود توان گیری گزینشی^{۵۵} از اوست، یعنی تنها مجرمینی که بیشترین آمادگی را برای ارتکاب مجدد جرم دارند و یا به عنوان خطرناک ترین مجرمین تشخیص داده شده اند، مشمول برنامه ها و اقدامات سلب توان بزهکاری قرار می گیرند. به این ترتیب است که جامعه در برابر خطرناک ترین و "فعال ترین" بزهکاران حمایت می شود. برای اجرای این اقدامات ابتدا باید این قبیل بزهکاران شناسایی شوند. بدین سان، توان گیری از بزهکار تا حد زیادی با پیش بینی خطرناکی او برای جامعه ارتباط پیدا می کند. به نظر فون هرش سه اقدام برای تقویت کارایی برنامه توان گیری از مجرم لازم است: تعریف خطرناکی، شیوه های صحیح پیش بینی و رابطه مشخص میان

53-Dunbar, I and Langdon, A (1998), Tough Justice: Sentencing and Penal Polices in the 1990s, London: Blackstone.

54 - Nothing Works .

55 - Selective Incapacitation .

خطرناکی و خشونت.^{۵۶} در مورد اولین اقدام باید گفت که تعریف اجماعی از خطرناکی هنوز وجود ندارد. در این مورد آقای فلاذ در گزارش خود چنین نتیجه‌گیری کرده است که «هیچ موجود انسانی تحت عنوان شخص خطرناک وجود ندارد. این یک پدیده عینی نیست. خطرات ریسک‌های غیرقابل قبول می‌باشند ... از نظر اصولی ریسک یک واقعیت است، در حالی که خطر یک قضاوت و یا یک عقیده است».^{۵۷}

مشکلات مشابهی در ارتباط با شیوه‌های صحیح پیش‌بینی نیز وجود دارد. توان‌گیری مستلزم پیش‌بینی رفتارها در آینده است. روش معمول برای انجام این کار بررسی سابقه و تاریخچه اعمال مجرمانه بزه‌کار و وضعیت اقتصادی و اجتماعی وی است. تحقیقات مختلفی در انگلستان نشان داده است که از نظر علمی توانایی محدودی برای پیش‌بینی ارتکاب عمل مجرمانه در آینده وجود دارد.^{۵۸} شواهد نشان می‌دهد که پیش‌بینی بیشتر منجر به اغراق می‌شود. برای نمونه فلاذ در گزارش خود چنین نتیجه‌گیری کرده است که احتمال نادرست بودن پیش‌بینی‌ها زیاد است.^{۵۹} به علاوه، پیش‌بینی‌ها بیشتر به صورت پیشگویی ظاهر می‌شوند که به زندانی شدن هر چه بیشتر افراد منجر می‌شود؛ زیرا مجازات‌های حبس در

56- Dangerousness and Violence.

57-Von Hirsch, A (1984), 'The ethics of selective incapacitation: observations on the contemporary debate', *Crime and Delinquency*, Vol 30, April, pp. 175-199.

58-Greenwood, P (1984), 'Selective incapacitation: A method of using our prisons more effectively', *NIJ Reports*, January, pp. 4-7.

59- Floud, J and Young, W (1981), *Dangerousness and Criminal Justice*, London: Heinemann.

پرتو تشخیص بزهکاران خطرناک تعیین و اعمال می‌شوند، اما از یک سو، در موارد چندی این تشخیص‌ها نادرست بوده و بنابراین عده‌ای بی‌جهت به حبس اعزام شده‌اند و از سوی دیگر، بزهکارانی که خطرناک تشخیص داده نشده‌اند آزاد شده‌اند، لیکن پس از مدتی دوباره مرتکب جرم گردیده‌اند.^{۶۰}

رابطه مستقیمی که غالباً گفته می‌شود میان خطرناکی و خشونت وجود دارد توسط مؤلفان انگلوساکسون مورد انتقاد واقع شده است. به عنوان نمونه، واکر معتقد است که خشونت غالباً در ارتباط با وضعیت‌ها، اعمال و یا فعالیت‌های خاصی اتفاق می‌افتد تا در رابطه با افراد خاص. او در این مورد، به پایین بودن میزان محکومیت مجدد بزهکاران به اتهام قتل عمد اشاره می‌کند و می‌افزاید که توان‌گیری از مرتکبان جرایم شدید تأثیر کمی در پیشگیری از جرم دارد، زیرا بیشتر جرایم شدید توسط مجرمینی ارتکاب

می‌یابد که تنها یک دفعه مرتکب جرم شده‌اند (قاتلان عمدی نمونه‌ای از آن به شمار می‌آید). از سوی دیگر، اعمال سیاست توان‌گیری ممکن است باعث افزایش مشکلات عملی نیز بشود.^{۶۱} با حبس روز افزون مجرمین، آن هم برای مدت طولانی، زندان‌ها تبدیل به مجموعه‌های انسانی پرهزینه‌ای برای جامعه می‌شوند. وانگهی اغلب مجرمین باید دیر یا زود از زندان آزاد

60-Von Hirsch (1984), op.cit.

61-Walker, N (1980), Punishment, Danger and Stigma: The Morality of Criminal Deterrence: An Analysis of Recent Research, Oxford: Hart.

شوند، ولی در صورتی که مدت‌های طولانی را در زندان گذرانده باشند، بازپذیرسازی موفق آنان در جامعه، به دلیل افزایش مسائل روانی، قطع ارتباطات اجتماعی و نیز فرهنگ‌پذیری از محیط زندان^{۶۲} با مشکل بیشتری روبه‌رو خواهد شد.

۳-۱-۱- بازپروری

بازپروری از طریق اصلاح شخصیت بزهکاران در واقع به دنبال پیشگیری از تکرار جرم آنان در آینده است. بزهکاران برای بازگشت به جامعه و رفتار مشابه با رفتار شهروندان قانونمدار بازپروری می‌شوند. درمان بزهکاران اساساً شامل اصلاح شخصیت، رفتار، نگرش و عادات بزهکاران می‌شود. بازپروری بزهکار از مدل پزشکی معاینه و درمان بیمار اقتباس و تبعیت می‌کند. در این چارچوب است که پزشکان، روانشناسان، جامعه‌شناسان و ... علت یا علل ارتکاب جرم را مطالعه کرده و سپس پیشنهادهاتی را برای رفتار اصلاحی- درمانی با بزهکار ارائه می‌کنند. بنابراین مجازات و نحوه اعمال آن باید مناسب بزهکار باشد. در این صورت، جرم ارتكابی، یکی از جنبه‌های زندگی و شخصیت او را آشکار می‌سازد. در این چارچوب، هیچ‌گونه محدودیتی برای مداخله در زندگی بزهکار وجود ندارد.

اصول بازپروری به این ترتیب است که اولاً مجازات‌ها باید فردی بشوند، چنان‌که نوع و میزان آن متناسب با شرایط بزهکار باشد و نه جرم

۶۲- در این خصوص رک. نجفی ابرندآبادی، علی حسین و هاشم بیگی، حمید، دانشنامه جرم‌شناسی، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۷، ص ۲۷۵.

ارتكابی او؛ ثانیاً مجازات‌ها باید بینابین باشند، چنان که آزادی بزه‌کار از زندان منوط به بهبودی و اصلاح او باشد. بدین ترتیب، تصمیم آزادی زندانی توسط مسئولین اجرای کیفر همراه با نظر کارشناسانی که به طور روزانه با او سروکار دارند اخذ می‌شود و نه دادگاه صادر کننده حکم. ثالثاً، برنامه‌های درمانی شامل گروه درمانی، مشاوره و آموزش، باید در دسترس همه بزه‌کاران باشد. رابعاً، بهترین روش برای برخورد بازپرورانه با بزه‌کاران، از رهگذر معاینه و تشخیص پزشکی، طبقه‌بندی بزه‌کاران و درمان مناسب هر یک محقق می‌شود.

در طول سده بیستم میلادی، بازپروری توجیه غالب برای کیفر بود. رویکرد بازپرورانه در سراسر دهه شصت سده بیستم میلادی امیدهای زیادی را بین کیفرشناسان ایجاد کرده بود. محبوبیت این شیوه در دهه شصت، همراه با این خوش‌بینی بود که دولت می‌تواند با هزینه کردن پول مشکلات خود را در مقابله با جرم حل کند. صاحب‌نظران چندی نیز در همین دهه با خوش‌بینی بر کارکرد بازپرورانه کیفر، به این دلیل که انسان-مدار نیز هست، تأکید می‌کردند. اما از اواسط دهه هفتاد میلادی رویکرد بازپروری با انتقادهای زیادی روبه‌رو شد و تا اواسط دهه هفتاد استفاده از این شیوه به شدت کاهش یافت. اولین و شاید مهم‌ترین دلیل بر شکست سیاست بازپروری بزه‌کاران، تحقیق آقای مارتینسون در سال ۱۹۷۴، بود. این پژوهش، همان‌طور که پیشتر اشاره شد، نشان داد که هیچ برنامه بازپرورانه‌ای تا آن زمان کارایی نداشته و نتایج مطلوبی از نظر اصلاح

بزهکاران و کاهش تکرار جرم در پی نداشته است.^{۶۳} ثانیاً به‌رغم مبالغی که برای برنامه‌های اصلاحی مجرمین هزینه شده بود، آمار جرم همچنان افزایش یافته بود. این امر باعث شد که مردم نسبت به توانایی دولت در پیشگیری از وقوع جرم تردید کنند. بازپروری به تدریج به عنوان پاسخ کیفری آسانی به بزهکار متجلی شد. ثالثاً استفاده از مجازات‌های بینابین به نظر ناعادلانه آمد که باعث لطمه به حقوق بزهکاران می‌گردید. برای مثال، بزهکارانی از زندان آزاد می‌شوند که رفتار خود را با الگوی رفتاری مطلوب زندان و زندانبانان تطبیق داده باشند، این امر لزوماً به معنای اصلاح و بازپروری زندانی نیست؛ زیرا وی می‌تواند برای آزادی زودرس از زندان، به نوعی، نقش فرد متنبه از نظر اخلاقی را ایفا کند. مجازات‌های بینابین منجر به نابرابری در اعمال مجازات نیز می‌شده و از همه مهم‌تر به مسئولان اجرای مجازات اختیار بی‌حد و حصری در آزادسازی زودرس زندانیان اعطا می‌کرد که این خود می‌توانست مورد سوءاستفاده قرار گیرد. زندانیان ملزم بودند خود را تحت هر برنامه درمانی تعیین شده قرار دهند؛ ترس از عدم آزادی، مانع از اعتراض آنان به برنامه مربوط می‌شد. رابعاً دستگاه عدالت کیفری، بدین ترتیب بی‌طرفی، عادلانه بودن و مشروعیت خود را از دست می‌داد، زیرا اختیاراتی که در مورد چگونگی اجرای کیفر به کارشناسان و متخصصان می‌داد، منجر به نابرابری در مجازات‌ها و اعمال سلیقه در بعضی موارد شده بود.

63- Martinson, R (1974), 'What Works? – Questions and Answers about Prison Reform', The Public Interest, Vol. 35, Spring, pp. 22-54.

به دنبال این انتقادات، کارکرد بازپروری کیفر به تدریج مشروعیت خود را از دست داد. اما در عین حال در دفاع از جنبه درمانی-اصلاحی مجازات باید گفت: اولاً بسیاری از اندیشه‌های عمده بازپروری هرگز به طور کامل به مرحله اجرا در نیامدند، وانگهی ارزیابی برنامه‌های به اجرا گذاشته شده به طور ناقص و جزئی انجام شده است.^{۶۴} ثانیاً تحقیق مارتینسون در ۱۹۷۴ که حاکی از کارنامه منفی سیاست بازپروری بزهکاران بود از نظر روش‌شناسی با انتقاداتی روبه‌رو شد. چنان‌که امروزه اتفاق‌نظر در مورد کارایی بعضی اشکال بازپروری در مورد بزهکاران خاص وجود دارد.^{۶۵} این امر موجب انجام یک تحقیق گسترده در مورد اینکه چه چیزی کارایی دارد، گردیده است. نتایج تحقیق مک‌گیر و پرستلی به طور اساسی نشان می‌دهد که اگر اهداف سیاسی بازپروری به درستی انتخاب شود و مطابق با برنامه پیش‌بینی شده به اجرا گذاشته شود، می‌تواند مؤثر واقع شود.^{۶۶}

۲-۱- دیدگاه تنبیه مدار / سزامدار مجازات

توجه دیگر برای مجازات، سزامداری است که با دیدگاه سودمدار ناظر به گذشته تفاوت دارد. همان‌گونه که پیشتر دیدیم، در دیدگاه سزامدار،

64- Hudson, B (1991), *Penal Policy and Social Justice*, London: Macmillan.

65- Raynor, P (2002), 'Community Penalties' in Maguire, M, Morgan, R and Reiner, R (eds), *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford: OUP.

66-McGuire, J and Priestley, P (1995), 'Reviewing "What Works": Past, Present and Future' in McGuire, J (ed), *What Works: Reducing Reoffending*, Chichester: Wiley.

مجازات پاسخ طبیعی و مناسب به جرم است. این دیدگاه پس از شکست سیاست بازپروری مجرم، جایگزین آن شده است. سزادهی در سال‌های اخیر در قالب نظریه «آنچه شایسته است»^{۶۷} یا کیفرهای استحقاقی یا «مجازات‌های بایسته»^{۶۸} مطرح شده است.

به موجب نظریه «آنچه شایسته است»، مجازاتی که بزهکار متحمل می‌شود، متناسب با جرم ارتكابی است و نه شخصیت مجرم. یعنی شدت کیفر باید با شدت خطرناکی جرم متناسب باشد. بنابراین هرچه جرم شدیدتر باشد مجازات نیز شدیدتر خواهد بود. مجازات‌ها از نظر نوع و میزان اساساً بیانگر میزان شدت جرم‌اند. ایرادی که به این نظریه وارد شده است، درباره مجازات‌های متناقضی است که توصیه می‌کند؛ بدین معنا که مجازات بر اساس وقایع شناخته شده قبلی تعیین می‌شود نه بر اساس شخصیت بزهکاران. شدت و خطرناکی جرم به دو روش قابل تشخیص است: میزان خسارت ناشی از عمل مجرمانه و میزان قابلیت سرزنش و تنبیه بزهکار. اگرچه دیدگاه سزامدار عاری از ایرادهای رویکرد بازپرورانه است، لیکن ایرادهای خاص خود را دارد. اولاً با همه بزهکاران یکسان برخورد می‌کند که این خود ممکن است منجر به بی‌عدالتی و تبعیض گردد، زیرا بزهکاران مطمئناً مثل هم نیستند.^{۶۹} تفاوت‌گذاری میان بزهکاران

67 - Just Deserts .

۶۸- در این خصوص رک. غلامی، حسین، بررسی حقوقی-جرم‌شناختی تکرار جرم، تهران، انتشارات

میزان، چاپ اول، پاییز ۱۳۸۲.

69- Ashworth, A and Player, E (1998), 'Sentencing, equal treatment and the impact of sanction' in Ashworth, A and Wasik, M (eds), *Fundamentals of Sentencing Theory*, Oxford: Clarindon.

براساس جنسیت، سن، درآمد و غیره به این معنی است که یک مجازات معین محدودیت‌ها و رنج‌های متفاوتی را برای مجرمان متفاوت ایجاد می‌کند. به عنوان مثال، جریمه نقدی ۱۰۰ پوندی محرومیت متفاوتی برای فردی که از نهادهای عمومی کمک هزینه^{۷۰} دریافت می‌کند نسبت به فردی که ۴۰۰۰۰ پوند درآمد سالیانه دارد بوجود می‌آورد. ثانیاً برآورد نوع خسارت ناشی از جرم در عمل غیرممکن است و میزان خسارت وارده بستگی به موقعیت، شخصیت و... بزه‌دیده دارد. به عنوان نمونه، سرقت ۱۰۰ پوند از دو فرد پیش گفته آثار متفاوتی برای آنان در پی خواهد داشت. نظریه کیفری "آنچه شایسته است" به پیامدهای ناخواسته مجازات مانند از دست دادن کار، از دست دادن سازگاری با جامعه و آثار آن بر خانواده بزهکار، به طور کلی توجهی ندارد. همان‌گونه که واکر نوشته است، این بدین معناست که تمامیت مجازات و سایر آثار آن ممکن است بیش از چیزی باشد که مورد نظر بوده است. خلاصه اینکه، آثار تبعی مجازات بر بزهکاران متفاوت است و بدین ترتیب، اصل تناسب جرم با مجازات از میان می‌رود.^{۷۱}

۳-۱- جبران خسارت

اصل دیگری که در تعیین مجازات از اهمیت روزافزونی برخوردار است، جبران خسارات ناشی از جرم توسط بزهکار است. مبنای فکری این امر تنها بر برقراری مجدد تعادل میان بزهکار و جامعه استوار نیست، بلکه

70-Income Support .

71- Walker (1991), op.cit.

به آگاه ساختن بزهکاران از نوع و میزان خساراتی که با عمل ضد قانونی-شان ایجاد کرده‌اند نیز تکیه می‌کند؛ زیرا در صورتی که بزهکاران با نتایج و آثار اعمال مجرمانه‌شان آشنا شوند، به خطای خود بهتر پی خواهند برد. جبران خسارت ممکن است نسبت به بزه‌دیده واقعی و یا بطور کلی نسبت به جامعه صورت گیرد. جبران وقتی به صورت انجام خدمات عام-المنفعه رایگان به منظور جبران خسارات وارده بر جامعه اعمال می‌گردد یک جزء مهم از مجازات‌های اجتماعی است (قرارهای خدمات اجتماعی سابق)^{۷۲} جبران خسارت یکی از ارکان مسلم عدالت ترمیمی نیز محسوب می‌شود. عدالت ترمیمی در سال‌های اخیر به یکی از شیوه‌های مهم در فرایند کیفری به ویژه برای بزهکاران نوجوان تبدیل شده است. همان‌گونه که کرافورد و نیویرن بیان کرده‌اند، عدالت ترمیمی به معنای اقدامات متفاوت برای افراد متفاوت است، لذا ارائه یک تعریف از آن بسیار مشکل است. به هر حال کاویندو و دیگران اهداف عدالت ترمیمی را ترمیم و «تقویت روابط خدشه‌دار شده میان بزهکاران، بزه‌دیدگان و به طور کلی جامعه محلی» می‌دانند.^{۷۳}

۲- سیاست تعیین مجازات

۷۲- گفتنی است که به موجب ماده ۴۴ قانون عدالت کیفری و خدمات دادگاه‌ها مصوب سال ۲۰۰۰ (Criminal Justice and Court Services Act 2000) که از آوریل سال ۲۰۰۱ به مرحله اجرا در آمد قرار خدمات اجتماعی (Community Service Order) به قرار مجازات جامعه‌مدار (Community Punishment Order) تغییر نام یافت.

73-Crawford, A and Newburn, T (2003), Youth Offending and Restorative Justice, Cullompton: Willan.

یکی از ویژگی‌های سیاست تعیین کیفر این است که همزمان بیشتر از یک هدف را دنبال می‌کند. به عبارت دیگر، سیاست تعیین کیفر یک هدف واحد ندارد.^{۷۴} قانونگذاری انگلستان و ولز در زمینه تعیین کیفر به صورت خرد گسترش یافته و عاری از یک طرح جامع است.^{۷۵} بدین‌سان، قانونگذاری در ارتباط با چگونگی و کیفیت تعیین مجازات فاقد انسجام است، تعیین مجازات برای جرایم در زمان‌ها و موقعیت‌های متفاوت، بدون توجه به سایر جرایم، صورت می‌گیرد.

تغییرات قانونی مجازات که بخشی از آن به دلیل حساسیت‌های عینی و سیاسی است، همواره وجود داشته است. هر دوره مجلس، حداقل یک پیش‌نویس قانون مرتبط با جرم را به خود دیده است و تقریباً همه آنها حاوی تغییراتی در فرایند تعیین مجازات هستند.

توجه مهم سیاست تعیین کیفر در دو دهه اخیر ایجاد سازش میان دو فشار متناقض بوده است. از یک سو، جمعیت زندان‌ها افزایش زیادی پیدا کرده و دولت‌های مختلف انگلستان تلاش کرده‌اند که آن را ثابت نگه داشته یا دست کم کاهش دهند، این توجه، به ویژه معطوف به کمبود فضای داخل زندان و هزینه بالای نگهداری تعداد زیادی زندانی می‌شد.

۷۴- گفتنی است که تعیین‌کنندگان مجازات در انگلستان و ولز در امر پیروی از اهداف مجازات از یک شیوه تقاطعی تبعیت می‌کنند.

75 -Thomas, D (2003), 'Judicial Discretion in Sentencing' in Gelsthorpe, L and Padfield, N (eds), *Exercising Discretion: Decision Making in the Criminal Justice System and Beyond*, Cullompton: Willan.

متعاقباً مقررات جدیدی وضع شدند که هدفشان کاهش جمعیت زندان‌ها بود. این مقررات شامل مجازات‌های جامعه‌مدار مانند قرارهای منع رفت و آمد قابل کنترل از راه دور^{۷۶}، و نیز اعمال بیشتر مجازات‌های اجتماعی و بالاخره تغییراتی در برنامه‌های زندان که اجازه می‌داد زندانیان قبل از موعد آزاد شوند (مانند حبس در منزل) می‌شود.

از سوی دیگر، دولت‌های مختلف انگلستان به دلیل آمار بالای جرم و توجه عمومی به جرم مایل بودند، در زمینه پیشگیری از جرم نیز خود را نزد مردم فعال نشان دهند، بنابراین ناچار بودند اطمینان حاصل کنند که توسل به مجازات‌های اجتماعی، به جای کیفر سالب آزادی، آنان را در معرض اتهام برخورد ملایم با جرم و مجرم قرار ندهد. ناگفته پیداست، هر اقدام سریع با هدف کاهش جمعیت زندان‌ها و یا فراهم کردن زمینه آزادی زودرس زندانیان می‌توانست دولت‌ها را در معرض این قبیل اتهامات قرار دهد.

مدیریت این دو دیدگاه، سیاست دوگانه تعیین کیفر را موجب شد که در عرض هم به حیات خود ادامه داد و شامل گروه‌های مختلف بزهکاران شد. این مدیریت، اصل تفکیک واکنش در برابر جرایم شدید و جرایم سبک نامیده می‌شود.^{۷۷} بدین‌سان، در زمینه سیاست تعیین مجازات، بزهکاران مزمن و خطرناک به حبس‌های طولانی محکوم می‌شوند، امری که به دولت‌ها اجازه می‌دهد تا خود را به عنوان حامی جامعه در برابر این

76 - Electronically Monitored Curfew Order

77 - Bifurcation .

دسته از بزهکاران معرفی کنند؛ در حالی که، برعکس، «بزهکاران آفتابه دزد»^{۷۸} به جای حبس، به کیفر نقدی یا مجازات‌های اجتماعی محکوم می‌شوند.

قانون عدالت کیفری ۱۹۹۱ برای نخستین بار تلاش کرد تا چارچوب منسجمی برای سیاست تعیین مجازات تعریف کند، و بدین منظور بود که واکنش در برابر جرایم شدید و جرایم سبک را از هم تفکیک کرد. ویژگی این قانون کاهش موارد کیفر حبس و توسل به مجازات‌هایی بود که می‌بایست در جامعه علیه بزهکاران به اجرا گذاشته شوند. به همین جهت، قسمت‌های اصلی قانون بر مبنای نظریه "آنچه شایسته است" یا "مجازات‌های استحقاقی" تنظیم شد. بر این اساس، مجازات‌ها باید، همان طور که پیشتر اشاره شد، بر مبنای شدت جرم تعیین و صادر شوند. به هر حال، اساس این منطق فراگیر مفاد ماده‌ای را تشکیل می‌داد که بر مبنای اصول بازدارندگی و خنثی‌سازی بزهکار تنظیم شده بود و اجازه می‌داد تا مجازات‌های طولانی مدت نسبت به بزهکاران خطرناک (مرتکبان جرایم خشونت‌آمیز و جنسی) اعمال شود.^{۷۹} تصویب این قانون، نوعی ابتکار و نوآوری در قانونگذاری محسوب می‌شد، اما متولیان تعیین مجازات از برخی مقررات و محدودیت‌هایی که این قانون ایجاد کرده بود ناراضی بودند. به همین جهت، پاره‌ای از این مقررات با تصویب قانون عدالت کیفری ۱۹۹۳ اصلاح شد.^{۸۰}

78 - Run of mill.

79 - Sections 1, 2 and 14 of Criminal Justice Act 1991.

80 - Criminal Justice Act 1993.

جیمز بالگر^{۸۱} توسط دو کودک ۱۰ ساله در سال ۱۹۹۳ به قتل رسید. شوک ناشی از این جنایت در جامعه انگلستان، موجب اصلاح سیاست عدالت کیفری، به طور کلی و سیاست تعیین مجازات، به طور خاص شد. پس از آن، وزیر کشور، مایکل هووارد،^{۸۲} سخنرانی مشهور خود را با عنوان «کارکردهای زندان» ایراد کرد که حاکی از پایان سیاست زندان‌زدایی و اجماعی بود که قانون عدالت کیفری ۱۹۹۱ در این مورد بنا نهاده بود: زندان تنها «مردم بد را بدتر می‌کند».^{۸۳} بدین‌سان، عصر کیفری آغاز شد که در آن زندان به عنوان تنها و بهترین راه‌کار برای مقابله با بزهکاران، به‌ویژه مرتکبان جرایم خطرناک و بزهکاران مقاوم و مزمن، معرفی شد. حمایت از جامعه از رهگذر مجازات‌های طرد‌کننده به اصل حاکم بر سیاست تعیین مجازات تبدیل شد. از این پس، سیاست تعیین مجازات بر مجازات‌های طولانی‌تر و شدیدتر برای بزهکارانی که تهدیدی علیه جامعه محسوب می‌شدند، متمرکز شد، خواه این تهدید ناشی از شدت جرایم ارتكابی یا ناشی از تکرار جرم آنان باشد که در مقررات قانون جرم (مجازات) ۱۹۹۷ متجلی گردیده است. هم‌زمان با این سیاست، دولت انگلستان مجازات‌های اجتماعی را نیز به اجرا گذاشت، اما با استقبال متولیان/ مسئولان تعیین مجازات روبه‌رو نشد؛ زیرا به‌موجب قانون ملزم شده بودند که این نوع کیفرها را بیشتر تعیین و اعمال کنند. به هر حال

81 - James Bulger .

82 - Michael Howard .

83 - Make bad people worse .

اعمال سیاست جدید تعیین مجازات باعث شد جمعیت زندان‌ها بیش از پیش افزایش یابد و به بالاترین حد خود برسد.^{۸۴}

۳- رویه عملی تعیین مجازات^{۸۵}

کیفرهای متفاوت توجیهات و دلایل متفاوتی را می‌طلبد. از این رو مسئولان/متولیان تعیین مجازات ممکن است از توجیهات متفاوتی برای کیفر هر بزهکار استفاده نمایند. این امر منجر به چیزی می‌شود که از آن به عنوان شیوه "التقاطی" تعیین مجازات^{۸۶} یاد می‌شود، یعنی وقتی که فرایند تعیین مجازات هدف مشخصی را دنبال نمی‌کند و تعیین‌کنندگان مجازات می‌توانند هر مجازاتی را که تصور می‌کنند برای بزهکار مناسب است، صادر و اعمال کنند. نبود اصول کلی ناظر بر تعیین مجازات، موجب اختیارات گسترده‌ای برای تعیین‌کنندگان مجازات می‌شود. نوآوری‌های قانونگذار با هدف محدود کردن اختیارات تعیین‌کنندگان مجازات عقیم ماند، زیرا مسئولان تعیین مجازات می‌توانستند استدلال کنند که مجازات بزهکار یک علم نیست، بلکه یک فن و هنر است که با تدوین و رعایت رهنمودها، قواعد و مقررات در مورد چگونگی برخورد، به هنگام تعیین کیفر، قابل تنظیم و کنترل نیست^{۸۷} (رک. نمودار شماره ۳: فرایند تعیین مجازات).

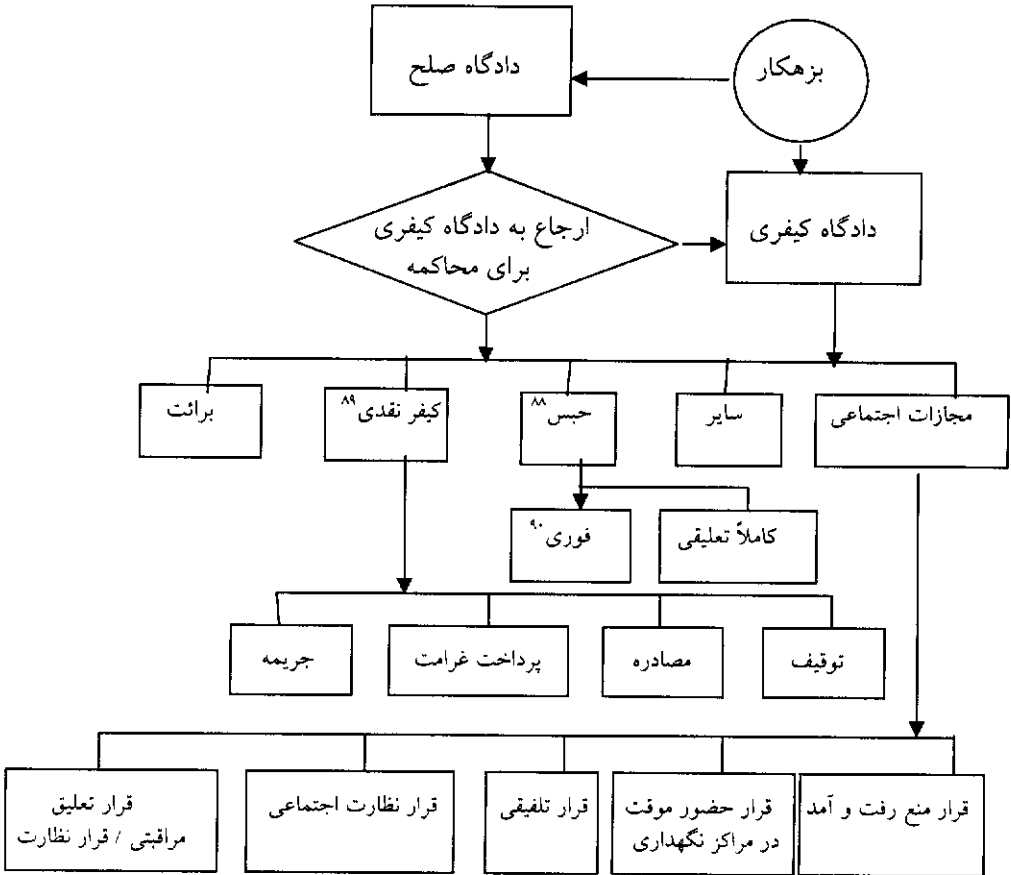
84- Home Office 2002a, op.cit..

85 - Sentencing practice

86- Cafeteria style

87-Walker, N and Padfield, N (1996), Sentencing-Theory, Law and Practice, London: Butterworths.

نمودار ۳: فرایند تعیین مجازات در حقوق انگلستان



۸۸ - دادگاه‌های صلح و دادگاه‌های کیفری، در زمینه اختیار تعیین جزای نقدی و مجازات‌های سالب آزادی با یکدیگر تفاوت دارند.

۸۹ - کیفر نقدی ممکن است تنها مجازات صادره و یا همراه مجازات دیگری تعیین شود.

۹۰ - شامل حبس بزهکاران جوان در موسسات ویژه و حبس غیرتعلیقی می‌باشد.

اختیارات گسترده تعیین‌کنندگان مجازات به دلایلی که مورد بررسی قرار خواهند گرفت، باز هم افزایش یافته است. اولاً، در پادشاهی متحده (انگلستان) بر اساس یک سنت قدیمی تنها به ذکر حداکثر مجازات قناعت می‌شود. به عنوان نمونه، تنها رهنمود قانونی موجود در مورد جرم سرقت، مجازات آن را حداکثر ۷ سال حبس تعیین کرده است، ولی جرم سرقت از لحاظ شدت دارای گستره وسیعی است چنان که شامل سرقت یک جعبه شیرینی و سرقت میلیون‌ها پوند نیز می‌شود. ثانیاً تعیین‌کنندگان مجازات، برای تعیین و اعمال مجازاتی کمتر از حداکثر قانونی^{۹۱}، اختیارات وسیعی دارند که معمولاً به صورت حبس و یا کیفر نقدی متجلی می‌شود. مجازات‌ها را می‌توان در سه دسته طبقه‌بندی کرد: حبس، مجازات‌های اجتماعی (احکام مجازات اجتماعی، قرارهای بازپروری، احکام ترکیبی مجازات اجتماعی و بازپروری) و کیفر نقدی و تعویق صدور حکم به صورت قطعی و مشروط^{۹۲}. تعیین‌کنندگان مجازات در دادگاه صلح با محدودیت‌هایی در زمینه تعیین و اعمال مجازات روبه‌رو هستند.^{۹۳} اما چنین محدودیتی در دادگاه کیفری وجود ندارد، چنان‌که تعیین‌کنندگان

۹۱- توضیح اینکه بر خلاف اکثر سیستم‌های رومی-ژرمنی که قانونگذار حداقل و حداکثر مجازات‌ها را تعیین می‌کند قانونگذار انگلیسی همواره حداکثر مجازات‌ها را مشخص می‌نماید.

92-Discharge.

۹۳- دادگاه صلح برای صدور حکم مجازات حبس تا ۱۲ ماه و جزای نقدی تا ۵۰۰۰ پوند صلاحیت دارد. اختیار تعیین مجازات حبس توسط دادگاه‌های صلح به موجب قانون عدالت کیفری ۲۰۰۳ از ۶ ماه به ۱۲ ماه افزایش یافته است.

مجازات می‌توانند از میان طیف وسیعی از مجازات‌ها یک یا چند کیفر را انتخاب کنند، زیرا در پادشاهی متحده (انگلستان) سنت قوی استقلال قضایی از دیر باز وجود دارد. تفکیک قوای مقننه و قضاییه در جوامع دموکراتیک بدان معناست که تصمیمات دولت‌ها در ارتباط با تغییر سیاست تعیین مجازات با مخالفت قضایی روبه‌رو می‌شود. جدال میان دولت‌ها (قوه مجریه) و قوه قضاییه در زمینه سیاست تعیین مجازات همیشه وجود داشته است. نمونه جالب این اختلاف نظر را می‌توان در انصراف دولت محافظه‌کار دید که مجبور شد فعالیت خود را برای تأثیرگذاری بر سیاست تعیین مجازات در قانون عدالت کیفری ۱۹۹۱ کنار بگذارد. تعیین‌کنندگان مجازات با این قانون مخالفت کردند، زیرا بر این باور بودند که قانون مزبور اختیارات آنان را در چگونگی تعیین کیفر کاهش داده است. دولت‌ها اخیراً به منظور حفظ کنترل بیشتر تصمیم‌های مربوط به تعیین مجازات، سعی کردند برای برخی از جرایم مجازات‌های حداقل پیش‌بینی کنند. به‌رغم مخالفت قضایی نسبت به برخی از این لوایح، تعدادی از آنها مورد تصویب قرار گرفت که مهم‌ترین آنها در قانون راجع به جرم (مجازات‌ها) ۱۹۹۷ پیش‌بینی شده است. این قانون مجازات‌های حداقل اجباری یا به عبارت دیگر مجازات حبس ابد اتوماتیک را برای بزهکاران به عادت، شامل بزهکاران مواد مخدر، سارقان منازل، مورد

تصویب قرار داد^{۹۴} و مجازات حبس ابد اجباری^{۹۵} برای جرم قتل عمد را مورد تاکید قرار داد.

به‌رغم تلاش‌های دولت در جهت کاهش اختیارات تعیین‌کنندگان مجازات از رهگذر پیش‌بینی مجازات‌های حداقل اجباری، رهنمودها و ...، آنان هنوز اختیارات وسیعی برای تعیین مجازات در پرونده‌های مختلف دارند. البته این اختیارات ممکن است مثبت باشد: برای نمونه با استفاده از این اختیارات، می‌توان در صورت وجود دلایل خاص، مجازات را کاهش داد و نیز از تحمیل مجازات‌های غیرمنصفانه جلوگیری کرد. اختیارات مصلحت‌مدار به طور کلی دارای دو پیامد منفی است.

۹۴- Automatic Life Sentence. ماده ۲ قانون جرم (تعیین مجازات) مصوب ۱۹۹۷ قضاات را ملزم به تحمیل مجازات اتوماتیک به مجرمینی می‌نماید که برای دومین بار محکوم به یکی از جرایم شروع به قتل، زنا، به عنف، قتل غیرعمد، ایراد ضرب و جرح و ایراد صدمه شدید بدنی به منظور ارتکاب جرم سرقت به عنف با اسلحه واقعی یا غیرواقعی می‌گردند. قضاات این قانون را یک جنجال سیاسی برای حزب محافظه‌کار و یک مداخله بی‌جا در اعمال اختیارات قضاات تلقی می‌کردند و یک صدا با آن به مخالفت پرداختند. به همین علت هنگامی که این قانون در سال ۱۹۹۸ به مرحله اجرا گذاشته شد قانونگذار اختیار بسیار محدودی را برای اعمال صلاحدید قضاات پیش‌بینی کرد که به موجب آن در صورت وجود «وضعیت استثنایی»، قضاات می‌توانستند از صدور حکم حبس ابد خودداری نمایند.

۹۵- Mandatory Life Sentence. هنگامی که در سال ۱۹۶۵ مجازات اعدام برای قتل عمد لغو شد مجازات حبس ابد اجباری جایگزین آن گردید، به این معنی که، چنانچه فردی محکوم به قتل عمد شود دادگاه مجبور به صدور حکم مجازات حبس ابد است. اصولاً مجازات حبس ابد، زندانی کردن بزهکار برای مدتی نامعلوم است. اما در عمل مدتی تعیین می‌شود که شخص باید آن را قبل از آنکه پرونده او در هیئت بررسی و اعطای آزادی مشروط مورد رسیدگی قرار گیرد، گذرانده باشد. گفتنی است که با وجود مخالفت‌های شدید قضاات، مدت مزبور را در انگلستان وزیر کشور تعیین می‌نماید. در سال ۲۰۰۱ اسکاتلند و ایرلند از رهگذر قوانین پارلمانی مستقل، اختیار تعیین دوران حبس را به قضاات رسیدگی‌کننده باز گرداندند.

اولین پیامد منفی، تفاوت مجازات بر حسب دادگاه محل محاکمه است؛ به عبارت دیگر، نوع و به ویژه میزان مجازات صادره به دادگاهی که فرد در آنجا محاکمه می‌شود بستگی دارد و، نه به جرمی که مرتکب شده است. بدین ترتیب، افرادی که مرتکب جرایم مشابه شده‌اند، مجازات‌های متفاوتی متحمل خواهند شد.^{۹۶} این واقعیت قضایی که به «عدالت کیفری جغرافیایی» مشهور شده است تا اندازه زیادی ناشی از فرهنگ‌های متفاوت قضات دادگاه‌های صلح^{۹۷} است. قضات صلح تصمیمات خود را صرفاً براساس اعتقادهای قضایی خود اتخاذ نمی‌کنند، بلکه آنها را بیشتر بر اساس آنچه از آنان در جامعه انتظار می‌رود صادر می‌کنند. تحقیقات مختلف وجود فرهنگ‌های دادگاهی (قضایی)^{۹۸} متنوعی را نشان می‌دهند، یعنی قواعد و هنجارهایی غیررسمی که به تدریج از رهگذر ارتباطات کاری و اجتماعی میان قضات و کارکنان دفتری دادگاه‌ها ایجاد می‌شود. فرهنگ‌های مختلف دادگاه قضایی نه تنها به درک بهتر تفاوت طرز کار و تصمیمات دادگاه‌ها کمک می‌کند، بلکه چرایی تأثیر تغییرات حقوقی و سیاسی غالباً خلاف انتظار را نیز در انگلستان روشن می‌کند.

دومین پیامد، اختیارات عملی دادگاه‌ها در رفتار و تصمیم‌های متفاوت بر اساس نژاد، طبقه اجتماعی و یا جنسیت بزهکار است. دلایل بسیاری حاکی از آن است که برخورد دادگاه‌ها با زنان و مردان متهم متفاوت است، اما روشن نیست که این رفتار متفاوت قاضی منجر به تصمیم ملایم‌تر

96-Moxon, D and Hedderman, C (1994), 'Mode of Trial Decisions and Sentencing between Courts', Howard Journal, Vol. 33, pp. 97-108.

97-Bench Cultures .

98-Court Cultures .

درباره زنان می شود یا خیر؟ مطالعات در انگلستان نشان می دهد که برخورد قضات با برخی اقلیت های نژادی در فرایند تعیین مجازات متفاوت است. جمعیت زندان ها قطعاً بیشتر از بزهکاران رنگین پوست به ویژه سیاهپوست تشکیل شده است.

برخی ابتکارات در انگلستان، در واقع به دنبال کاهش اختیارات عملی در تعیین مجازات و افزایش انسجام مجازات ها بودند. اولاً، اصول راهنمای تعیین مجازات برای دادگاه های صلح تنظیم شد، ولی این اصول اثر قانونی ندارند، زیرا بیشتر ارشادی هستند و بنابراین قضات می توانند به آنها توجه نکنند. ثانیاً، دادگاه تجدیدنظر گاه آرای صادر می کند که اثری همچون رویه قضایی^{۹۹} برای بقیه دادگاه ها دارند. این رویه های قضایی رهنمودهای کلی در مورد میزان معمول مجازات برای جرایم مشخص ارائه می کنند. این رویه ها برای جرایم مورد نظر مفیدند اما موجب ایجاد هماهنگی میان جرایم نمی شوند. یا صرفاً، جرایم سبک را مورد بررسی قرار می دهد که کار اصلی دادگاه های صلح را تشکیل می دهند. ثالثاً، در برخی از ایالات امریکا، مشخصاً در ایالت منه سوتا، اصول ناظر بر استفاده از مجازات ها به صورت یک جدول تنظیم و تدوین شده اند. بدین معنی که مجازات مناسب بر اساس عواملی تعیین می گردند که اختیارات صلاحیدیدی مجازات دهندگان را به حداقل کاهش می دهد. رابعاً، قانون جرم و بی نظمی ۱۹۹۸^{۱۰۰}، یک شورای مشورتی برای تعیین مجازات^{۱۰۱} ایجاد کرد، که یک

99 - Guideline Judgment .

100 - Crime and Disorder Act 1998.

101 - Sentencing Advisory Council .

نهاد مستقل با صلاحیت مشورتی به منظور گسترش یکپارچگی مجازات‌های صادره است. یکی از وظایف این شورا تهیه و تنظیم رهنمودهای تعیین مجازات برای دادگاه استیناف است. شورا دارای یک نقش صرفاً مشورتی است، بنابراین تصمیم‌های آن برای دادگاه‌های استیناف الزام‌آور نیست. این شورای مشورتی فاقد شورای تعیین مجازات^{۱۲} که به نظر بسیاری مناسب‌ترین راه برای برخورد با عدم یکپارچگی در فرایند تعیین مجازات می‌باشد است.^{۱۳} ایجاد شورای مشورتی تعیین مجازات، پیش‌بینی شده در قانون عدالت کیفری مصوب ۲۰۰۳، تا حدودی این نگرانی‌ها را مرتفع می‌سازد.^{۱۴} ریاست این دادگاه بر عهده رئیس دادگاه استیناف است و مرکب از اعضای قضایی و غیرقضایی است. قرار است، این شورا رهنمودهایی را در مورد مجرمین خاص، جرایم و دیگر موضوعات مرتبط صادر کند. در هر حال، هدف این شورا گسترش یکپارچگی در مجازات‌ها است، اما در عین حال ملزم به بررسی هزینه‌ها و گسترش اعتماد عمومی نیز است.

102-Sentencing Council .

103-Ashworth (2002), op.cit; Cadadino and Dignan (2002), op.cit.

۱۰۴- در ماه مه سال ۲۰۰۳ وزیر کشور وقت وعده ایجاد یک سیستم قانونی را در ارتباط با تعیین مجازات برای محکومین به قتل عمد و نیز تأسیس یک شورای راهنما برای تعیین مجازات به منظور ارشاد قضات در این زمینه را داد. هم شورا و هم رهنمودهای تعیین مجازات در قالب ماده ۲۶۹ قانون عدالت کیفری مصوب ۲۰۰۳ مورد تصویب قرار گرفت. این ماده یک سیستم سه قسمتی را در ارتباط با مجازات مجرمین قتل عمد ابداع نمود که قضات را ملزم به پیروی از اصول تعیین مجازات خاص می‌نماید.

Slapper, G and Kelly, D (2004), "The English legal system" London, Kavendish, p.56-57

نتیجه گیری

بدین ترتیب، می‌توان گفت تصمیمی که دادگاه درباره متهم اخذ می‌کند، کمتر به عمل ارتكابی او توجه دارد؛ این تصمیم بیشتر به دادگاهی بستگی دارد که در آن محاکمه می‌شود. به علاوه، مشکلات اساسی در ارتباط با ترکیب قضاات صلح و قضاات حرفه‌ای، که به طور کلی از قشرهای خاص جامعه انتخاب می‌شوند، وجود دارد؛ زیرا این قشر اغلب از قشرهای اجتماعی متهمین و مجرمین آگاهی ندارند. به‌ویژه مشکلاتی در ارتباط با کار قضاات حرفه‌ای دادگاه صلح نیز که به صورت انفرادی در دادگاه جلوس می‌کنند و در ارتباط با قابلیت استماع ادله، تقصیر یا عدم تقصیر متهم، مجازات تعیین و صادر می‌کنند، وجود دارد.

تعیین مجازات کارکرد سیاسی و نمادین مهمی نیز دارد. اما تأثیر زیادی در آمار جرایم در فرایند عدالت کیفری ندارد. اهمیت سیاسی آن باید در تلاش مستمر دولت‌های انگلستان برای محدود کردن استقلال قضاات از طریق اعمال محدودیت بر اختیارات آنان، جستجو شود. این تلاش‌ها تا به امروز تا حدود زیادی ناموفق بوده است. ولی به نظر می‌رسد، دولت‌های متوالی که در انگلستان به قدرت رسیده‌اند سعی بر کنترل بیشتر جهت‌گیری‌های سیاست تعیین مجازات کرده‌اند. اخیراً، دولت راهبرد اعمال مجازات‌های حداقلی را در دستور کار خود قرار داده است. اما این راهبرد دارای قواعدی است که تعیین‌کنندگان مجازات، به استناد آنها می‌توانند از اعمال مجازات حداقلی خودداری کنند. این بدان معناست

که "تعیین کنندگان مجازات"، می‌توانند از اعمال سیاست دولت خودداری کنند چه این سیاست‌ها را بیش از اندازه سختگیرانه یا بیش از اندازه ملایم تشخیص دهند. مبانی اخلاقی که تعیین کنندگان مجازات براساس آن اقدام می‌کنند، یکی از قدیمی‌ترین مباحث در سیستم عدالت کیفری است. از یک سو، تأکید تعیین کنندگان مجازات بر کیفر حبس و عدم اعتماد آنان به مجازات‌های اجتماعی به عنوان جایگزین‌های حبس باعث افزایش بی-سابقه جمعیت زندان‌ها شده است، چنان‌که اکنون جمعیت کیفری انگلستان در بالاترین میزان خود قرار دارد، و در مقایسه با دیگر کشورهای اروپایی از بالاترین درصد زندانی برخوردار است.^{۱۰۵} از سوی دیگر، تلاش دولت‌ها به منظور کنترل جمعیت زندان‌ها از طریق سیاست تعیین مجازات، به علت اختیارات وسیع عین کنندگان کیفر و نیز به لحاظ نادیده گرفتن اصول راهنمای تعیین مجازات، تا حد زیادی ناموفق بوده است.

ولی سؤال مهم همچنان این است که: اهداف مجازات کدامند؟ آیا کیفرها باید سزادهنده، بازدارنده، سلب کننده توان مجرمانه یا صرفاً بازپرورانه باشد؟ توان‌گیری و صرف تنبیه، به این جهت که مجرمین آشکارا مجازات می‌شوند و ممکن است برای مدت‌های طولانی در حبس باقی بمانند، امکان دارد در کوتاه مدت بهترین راه‌حل به نظر آید، اما آثار مفید آنها در دراز مدت محدود است، زیرا اکثر بزهکاران، بالاخره به

105-Home Office (2002c), The Prison Population in 2001: A Statistical Review, Home Office Research Findings, 195, London: Home Office; Home Office (2002d), World Population List, Home Office Research Findings, 188, London: Home Office.

جامعه باز می‌گردند. در این زمینه به نظر می‌رسد که بهتر است تعیین-کنندگان مجازات به مسائل و مشکلات زیربنایی بزهکاران توجه کنند؛ زیرا، محیط زندان وضعیت آنان را بالقوه از زمان ورودشان به حبس وخیم‌تر می‌کند. بدین ترتیب است که احتمال تکرار جرم آنان، بعد از گذر از زندان، بیشتر نیز می‌شود.

شرایط اثر قابل حمایت در نظام مالکیت‌های ادبی و هنری (کپی‌رایت)

دکتر باقر انصاری*

چکیده

شرایط اثر قابل حمایت یکی از مسائل مطرح در نظام مالکیت‌های ادبی و هنری است. در قوانین بسیاری از کشورها از جمله ایران، آثاری به‌نحو تمثیل شمرده شده و مستحق برخورداری از حمایت‌های قانونی اعلام گردیده است؛ اما درخصوص شرایط قابل حمایت شدن آنها حکم مشخصی ذکر نشده است؛ این درحالی است که شرایط برخورداری آثار ادبی و هنری از حمایت‌های قانونی، نقش زیادی در قبض و بسط قلمرو مالکیت‌های ادبی و هنری در هر کشور دارد. به‌همین دلیل، نظریه‌پردازان و مفسران حقوق مالکیت‌های ادبی و هنری قواعدی را از منابع و مبانی فلسفی حقوق مذکور استنباط کرده و برای شناسایی آثار قابل حمایت از آثار غیرقابل حمایت به‌کار برده‌اند.

هدف مقاله حاضر آن است که با روش عمدتاً توصیفی و با نگاه تطبیقی، قواعد مذکور را با توجه به خاستگاه فکری آنها شناسایی کرده و

* عضو هیئت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

با توجه به آثارشان مورد مطالعه قرار دهد. بر این اساس، اصالت اثر، بیان اثر در صورت مادی و ثبت به عنوان شرایط اثر قابل حمایت مطالعه و بررسی شده است.

واژگان کلیدی: مالکیت‌های فکری، کپی‌رایت، اثر، اصالت، ابتکار، ایده، بیان، ثبت.

مقدمه

یکی از پرسش‌های مطرح در نظام مالکیت‌های ادبی و هنری آن است که چه موضوعات یا آثاری به‌عنوان اثر ادبی یا هنری قابل حمایت هستند. در پاسخ به این پرسش، منابع حقوقی ملی و بین‌المللی (اعم از قوانین، رویه‌های قضایی و کنوانسیون‌های بین‌المللی) آثاری را به‌نحو تمثیل برشمردند و مستحق برخورداری از حمایت‌های قانونی دانسته‌اند. برای مثال ماده ۲ قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸ در ۱۲ بند، آثار مورد حمایت قانون مذکور را برشمرده است.^۱ اما

۱. ماده ۲ قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان می‌گوید:

« اثرهای مورد حمایت این قانون به شرح زیر است:

- ۱) کتاب و رساله و جزوه و نمایش‌نامه و هر نوشته دیگر علمی و فنی و ادبی و هنری.
- ۲) شعر و ترانه و سرود و تصنیف که به‌هر ترتیب و روش نوشته یا ضبط یا نشر شده باشد.
- ۳) اثر سمعی و بصری به منظور اجرا در صحنه‌های نمایش یا پرده سینما یا پخش از رادیو یا تلویزیون که به هر ترتیب و روش نوشته یا ضبط یا نشر شده باشد.
- ۴) اثر موسیقی که به هر ترتیب و روش نوشته یا ضبط یا نشر شده باشد.
- ۵) نقاشی و هرگونه اثر تزئینی و اثر تجسمی که به هر طریق و روش به‌صورت ساده یا ترکیبی بوجود آمده باشد.
- ۶) هرگونه بیکره (مجسمه).
- ۷) اثر معماری از قبیل طرح و نقشه ساختمان.
- ۸) اثر عکاسی که با روش ابتکاری و ابداع پدید آمده باشد.
- ۹) اثر ابتکاری مربوط به هنرهای دستی یا صنعتی و نقشه قالی و گلیم.
- ۱۰) اثر ابتکاری که بر پایه فرهنگ عامه (فولکلور) یا میراث فرهنگی و هنر ملی پدید آمده باشد.
- ۱۱) اثر فنی که جنبه ابداع و ابتکار داشته باشد.
- ۱۲) هرگونه اثر مبتکرانه دیگر که از ترکیب چند اثر از اثرهای نامبرده در این فصل پدید آمده باشد.

نکته مهم درخصوص هریک از آثار مذکور و نیز سایر آثار ادبی و هنری آن است که تحت چه شرایطی مورد حمایت قرار می‌گیرند؟ به دیگر سخن، اثر ادبی و هنری باید واجد چه ویژگی‌ها و شرایطی باشد تا مورد حمایت قرار گیرد؟ اهمیت این پرسش به‌ویژه از این لحاظ است که شرایط پیش‌بینی شده در کشورهای مختلف برای برخورداری آثار ادبی و هنری از حمایت‌های قانونی، نقش زیادی در قبض و بسط قلمرو مالکیت‌های ادبی و هنری در هر کشور دارد. همچنین است نقش شرایطی که در کنوانسیون‌های بین‌المللی مربوط به مالکیت‌های ادبی و هنری در مورد آثار و موضوعات مشمول آن کنوانسیون گنجانده می‌شود.

هدف مقاله حاضر آن است که شرایط آثار قابل حمایت را در نظام‌های ملی و بین‌المللی مالکیت‌های ادبی و هنری، شناسایی کرده و مورد مطالعه قرار دهد.

بدین منظور، با توجه به اینکه شرایط موجود در نظام‌های ملی، از مبانی حمایت از کپی‌رایت متأثر شده است، نخست مبانی حمایت از کپی‌رایت و نتایج ناشی از این مبانی، سپس، شرایط آثار قابل حمایت در نظام‌های ملی کپی‌رایت مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

بخش نخست - مبانی شرایط اثر قابل حمایت در نظام‌های ملی

کپی‌رایت

بند اول - مبانی حمایت از کپی‌رایت و تأثیر آن بر شرایط آثار قابل حمایت
مبانی فلسفی حمایت از مالکیت به‌طور کلی و مالکیت‌های فکری به-
طور خاص بر شرایط آثار قابل حمایت تأثیر مستقیم داشته است. پاسخ به
مسائلی همچون: منشأ مالکیت خصوصی و میزان حرمت آن، اشیاء و
چیزهای قابل تملک و غیرقابل تملک و استثنا یا قاعده بودن مالکیت‌های
فکری نقش زیادی در تعیین آثار ادبی و هنری قابل تملک داشته و دارد.
در مجموع، سه دیدگاه مهم درخصوص مبنا و ضرورت حمایت از
مالکیت‌های فکری وجود دارد که یکی به دیدگاه شخصیت - مالکیت،
دومی به دیدگاه کار - مالکیت و سومی به دیدگاه حمایت از گنجینه دانش
عمومی و انتشار دانش موسوم است. گرایش‌های موجود میان حقوقدانان و
قوانین کشورهای مختلف جهان عمدتاً از این سه دیدگاه تأثیر پذیرفته
است.

الف - شخصیت - مالکیت

برخی از اندیشمندان معتقدند که حمایت از مالکیت به‌طور کلی و به
تبع آن، حمایت از مالکیت‌های فکری ریشه در حمایت از شخصیت انسان
دارد. انسان با تولید آثار فکری، در واقع، مکنونات و مشخصه‌های
شخصیتی خود را آشکار می‌سازد و آنچه از فکر او صادر می‌شود ماهیتی

مستقل از شخصیتش ندارد.^۲ خاستگاه این دیدگاه در آثار کانت و هگل است.^۳ بر این اساس، آثاری که از تجلیات شخصیت نباشند و از خود انسان نشأت نگرفته باشند قابل حمایت نیستند؛ تنها آثار اصیل قابل حمایت هستند و برای برخوردار شدن از حمایت، رعایت تشریفات خاصی لازم نیست. همچنین، حمایت از آثاری که ادعا می‌شود توسط اشخاص حقوقی یا ماشین و غیر انسان تولید شده است با مشکل مواجه است. علاوه بر این، ارتباط بین مالکیت‌های فکری و شخصیت پدیدآورنده آنها مانع از آن است که او به آسانی بتواند به نقل و انتقال آن مالکیت‌ها پردازد. سرانجام آنکه، این دیدگاه سبب می‌شود حمایت از مالکیت‌های فکری به دلیل ارتباط با شخصیت انسان‌ها، صبغه حقوق بشری پیدا کند و در نتیجه، از نظام حقوق بشر متأثر شده و بر آن نظام تأثیر گذارد.

کشورهایی نظیر فرانسه، آلمان، بلژیک و سوییس که از سنت حقوق نوشته پیروی می‌کنند، حقوق مؤلفان را به‌عنوان حقوق طبیعی بشر و یا بخشی از حق افراد نسبت به شخصیت‌شان محسوب می‌کنند. در این سنت حقوقی، اهمیت حقوق معنوی بیش از حقوق مادی است. حقوق معنوی بدان گونه که در ماده ۶ مکرر کنوانسیون برن منعکس شده است، عمدتاً عبارتست از حق انتشار اثر، حق مؤلف نسبت به نامیده شدن

2. Justin Hughes, *The Philosophy of Intellectual Property*, Geo. L.J., Vol. 77, 1988, p.337.

3. Ricardo J. Colmener G., *Intellectual Property as Human Right Harmonized Conception?*, *JuríPolis*, No. 1, S/A, México, p. 42. At: <http://www.cndh.org.mx/cenadeh/bibliot/hemero2.asp?offset=3630>.

به‌عنوان مؤلف یک اثر و نیز حق اعتراض به استفاده‌هایی از اثر که به شهرت و اعتبار مؤلف یا اثر او صدمه و لطمه می‌زند. در نظام‌های حقوق نوشته، غالباً حقوق معنوی بخشی از شخصیت مؤلف محسوب شده و غیرقابل انتقال و حتی غیرقابل اسقاط و اعراض نیز می‌باشد. در این نظام‌ها، تنها آثاری که اصیل هستند یعنی انعکاسی از شخصیت مؤلف - که یک شخص حقیقی است - به‌شمار می‌روند مستحق برخورداری از حمایت حقوق مؤلفان هستند و آثاری که فاقد اصالت هستند لکن تا اندازه‌ای محدود شایستگی حمایت دارند، تحت نظام «حقوق مشابه»^۴ مورد حمایت قرار می‌گیرند که اشخاص حقوقی هم می‌توانند دارنده این حقوق باشند.

ب- نظریه کار- مالکیت

از نظر جان لاک، عالم طبیعت موهبتی الهی در حق بشر است و در مالکیت فرد خاصی قرار ندارد. آنچه در جهان وجود دارد به همه بشر تعلق دارد؛ اما بشر می‌تواند با کار خود بخشی از مباحات جهان را تملک کند. منشأ مالکیت کاری است که شخص صورت می‌دهد تا از اموال مباح و بدون مالک خاص که در تملک مشترک بشر قرار دارد حاصلی ببرد. انسان به جسم و نیروی ید خود حق مالکانه معنوی دارد و به تبع این مالکیت، مالک تمام اموالی است که در نتیجه استفاده از نیروی کارش حاصل می‌شود. نیروی کار انسان با اموال مباح، ممزوج شده و آنچه از این

4. Neighbouring Rights(EN); Droits Voisins(FR).

طریق تولید شود به ملکیت مالک نیروی کار در می آید. کار منشأ است و حاصل آن هر چه باشد به شخصی که کار را انجام داده است تعلق می یابد. علاوه بر این، ایجاد مالکیت اصیل و اولیه تنها در مورد مباحات میسر است؛ یعنی در مورد اموالی مسموع است که قبلاً شخص دیگری در مورد آنها ادعای حقوق مالکانه نداشته باشد.^۵

از نظریه لاک تفسیرهای مختلفی شده است: برخی نظریه وی را با یک نگاه ابزارگرایانه توجیه می کنند که درصدد است مالکیت را پاداش کار قرار دهد و در نتیجه، با حمایت از مالکیت به افزایش کار منجر شود.^۶ برخی دیگر نیز معتقدند از نظر لاک، چون انسان به مدد نیروی خود در چیزهای عالم دست می برد و به ارزش آنها می افزاید پس باید مالک آن ارزش افزوده باشد.^۷

اعمال نظر لاک در مورد مالکیت های فکری با این نتیجه همراه است که مالکیت زمانی ایجاد می شود که انسان با نیروی کار و زحمت خود چیزی به اموال موجود اضافه کند و به دیگر سخن نیروی کارش را با یک مال از پیش موجود ممزوج کند؛ برای مثال یک مجسمه ساز با نیروی کار خود سنگی را به مجسمه تبدیل کند. اما در مورد چیزهای انتزاعی و غیرعینی، همانند خلق یک رمان یا ارائه یک ایده، یا ساخته و پرداخته کردن

5. Kenneth Himma, **Justifying Intellectual Property Protection: Why the Interests of Content-Creators Usually Wins over Everyone Else's**, P.2, Berkeley Center for Law and Technology, 2005, Paper 13, p. 2. At: <http://repositories.cdlib.org/bclt/lts/13>.

6. Justin Hughes و *op.cit.*, p. 301.

7. *Ibid.*, p. 305.

مفاهیم، چیز از پیش موجودی وجود ندارد تا انسان نیروی کار خود را با آن ممزوج کند و محصولی را تولید کند.^۸ آنچه خلق می‌شود مستقل از وجود یک شیء خارجی و عینی است. با وجود این، برخی در تفسیر نظر لاک معتقدند آنچه از نظر لاک منشأ مالکیت محسوب می‌شود صرف استفاده از نیروی کار است، اعم از اینکه این نیروی کار جسمی باشد یا فکری، و نتیجه آن یک چیز عینی باشد یا یک چیز ذهنی و انتزاعی.^۹

بنا بر نظر فوق، مالکیت‌های فکری استثناً بر مالکیت‌های عمومی محسوب می‌شوند؛ تنها آثار اصیل قابل حمایت هستند؛ ایده‌هایی که حاصل کار و زحمت هستند قابل حمایت هستند؛ برای برخوردار شدن از حمایت حقوق مؤلفان، رعایت تشریفات خاصی لازم نیست و در نتیجه ایجاد ارتباط بین حق مالکیت‌های فکری و حق مالکیت، حق مذکور می‌تواند صبغه حقوق بشری پیدا کند و شأن حق مالکیت در نظام حقوق بشر را داشته باشد.

ج- حمایت از افزایش گنجینه دانش عمومی و انتشار دانش

در برخی کشورها همانند ایالات متحده آمریکا، ترویج پیشرفت علم و هنرهای سودمند، مهم‌ترین مبنا و هدف کپی‌رایت شناخته شده است. دیوان عالی آمریکا نیز در آرای متعدد خود در مورد اهداف کپی‌رایت اعلام کرده است: «نباید فراموش کرد که طراحان قانون اساسی آمریکا کپی‌رایت را به‌عنوان موتور (محرکه) آزادی بیان مدنظر قرار داده‌اند. به بیان‌های

8. Kenneth Himma, *op.cit.*, pp. 3-4.

9. *Ibid.*, p. 5.

سودمند یک حق قابل داد و ستد در بازار سرمایه - موسوم به کپی‌رایت - اعطا کرده‌اند تا برای مؤلفان، انگیزه‌های اقتصادی نسبت به خلق و اشاعه ایده‌ها فراهم شود».

بر این اساس، هدف اصلی مالکیت‌های فکری نه حمایت از شخصیت مؤلفان است و نه پاداش دادن به کار آنها؛ بلکه، مبنای اصلی کپی‌رایت کمک به اشاعه دانش است. فلسفه اقتصادی‌ای که کپی‌رایت به آن متکی است تشویق تلاش‌ها و کوشش‌های فردی با اعطای منافع محسوس در قبال آن کوشش‌ها است، چراکه این شیوه، بهترین راه برای توسعه رفاه عمومی با استفاده از استعداد‌های مؤلفان و مخترعان است. بدون تردید، روزهای طاقت‌فرسا و با ارزشی که صرف چنین فعالیت‌های مبتکرانه‌ای شده است استحقاق پاداشی معادل با آن فعالیت‌ها و خدمات ارائه شده را دارد.^{۱۰} اما، امتیازات انحصاری‌ای که حقوق مالکیت‌های فکری به مؤلفان و مخترعان اعطا می‌کند و به‌موجب این امتیازات اینان می‌توانند در مورد نحوه انتشار(زبان انتشار، قلمرو انتشار، شکل انتشار چاپی یا صوتی یا صوتی - تصویری، مخاطب انتشار و غیره) تصمیماتی مطابق با منافع خود اتخاذ کنند، نه نامحدود است و نه هدف اصلی آنها تأمین منافع شخصی مؤلفان و مخترعان می‌باشد؛ بلکه، این امتیازات، جنبه استثنایی داشته، محدود بوده و وسیله‌ای هستند که به کمک آنها یک هدف عمومی بسیار مهم، یعنی افزایش گنجینه دانش عمومی به‌دست می‌آید.

10. *The Digital Dillema: Intellectual Property in the Information Age*, Committee on Intellectual Property Rights and The Emerging Information Infrastructure, Washington National Academy Press, 2002, p. 97.

بنابراین، قوانین مربوط به مالکیت‌های فکری باید از آثار اصیل و ابتکاری حمایت کنند؛ زیرا این آثار در حکم بذر و ماده گنجینه دانش جامعه هستند. حقوقی نیز که برای حمایت از مالکیت‌های فکری اعطا می‌شوند باید جهت کمک به اشخاصی تنظیم و طراحی شوند که به افزایش گنجینه دانش عمومی کمک می‌کنند.^{۱۱}

بر مبنای این نظر، برخی از کشورها همانند ایالات متحده امریکا حدود ۱۰۰ سال از پیوستن به کنوانسیون برن خودداری کردند و زمانی نیز که این کنوانسیون را مورد پذیرش قرار دادند از پذیرش حقوق معنوی (ماده ۶ مکرر) امتناع نمودند، زیرا این ماده را مانع پیشرفت دانش و افزایش گنجینه معلومات عمومی می‌دانند.

علاوه بر ایالات متحده، کشورهایی که از سنت حقوقی آنگلو-امریکن پیروی می‌کنند از این مبنای نظری حمایت می‌نمایند. تمرکز اصلی نظام‌های «کپی‌رایت» این کشورها ترویج ایجاد و خلق آثار جدید، با تکیه بر حمایت از حقوق اقتصادی مؤلفان می‌باشد. مبنای این حمایت آن است که اعطای حمایت اقتصادی به آثار ادبی و هنری، خلق و ایجاد آثار بیشتر را تشویق کرده و به پیشرفت علم منجر می‌شود. در این نظام حقوقی، آثار اصیل مورد حمایت هستند؛ رعایت برخی تشریفات برای برخورداری از حمایت‌های حقوق مؤلفان ضروری است؛ ایده‌ها مورد حمایت نیستند؛ اشخاص حقوقی نیز می‌توانند همانند اشخاص حقیقی دارنده کپی‌رایت

11. Bruce A. Lehman, **Intellectual Property and National Information Infrastructure: The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights**, United States, 1995, p. 22.

باشند و حمایت از مالکیت‌های فکری ارتباط محکمی با نظام حقوق بشر پیدا نمی‌کند.

بند دوم - نتایج حاصل از چندگانگی مبنای کپی‌رایت در نظام‌های ملی و بین‌المللی کپی‌رایت

گفته شد که در برخی کشورها از جمله کشورهای تابع سنت حقوق نوشته، بر مبنای نظریه شخصیت - مالکیت بر شخصیت مؤلف تأکید می‌شود؛ در برخی دیگر از کشورها از جمله کشورهای کامن‌لا بر مبنای نظریه کار - مالکیت از کارهای اصیل و در برخی دیگر بر مبنای منافع عمومی از مالکیت‌های فکری حمایت می‌شود. در نظام‌های اخیر، گفته می‌شود که نفس اثر، واجد ارزش و قابل حمایت است و قانونگذار نیز باید توجه خود را به حق‌هایی معطوف کند که باید به اثر اعطا شود نه به مؤلف، چراکه اعطای حق به مؤلف با محدود ساختن گردش و توزیع آزاد یک اثر به منافع عمومی لطمه می‌زند. به همین دلیل، در نظام حقوق نوشته اصطلاح «حقوق مؤلف» استعمال می‌شود که ارتباط آن را با شخصیت پدیدآورنده نشان می‌دهد و در نظام کامن‌لا اصطلاح «مالکیت ادبی و هنری» و یا در بیشتر موارد اصطلاح «کپی‌رایت» به کار می‌رود که ارتباط آن را با اثر نشان می‌دهد.^{۱۲}

علاوه بر این، در حقوق کشورهای همانند فرانسه که در زمره کشورهای حقوق نوشته است این نظر غالب است که صرف خلق یک اثر

12. Andre Franc, On, Le Protection d'auteur Au-delà des Frontières : Une Comparaison des Conceptions Civilst et Common Law, Revue International de Droit d'auteur, No. 149, 1991, pp. 3-4.

ادبی و هنری، حقوقی را به مؤلفش اعطا می‌کند، بدون آنکه نیازی به رعایت برخی تشریفات باشد. این حقوق که به نفع مؤلف ایجاد می‌شوند و از تجلیات حقوق طبیعی به‌شمار می‌روند، تنها به اشخاص حقیقی و خلق‌های اصیل اعطا می‌شوند و نه به هر اثری. به هر مؤلفی نیز دوگونه حقوق اعطا می‌شود: حقوق مادی و حقوق معنوی. حقوق معنوی از شخصیت مؤلف حمایت می‌کند و حقوق مادی از منافع مادی ناشی از اثر.^{۱۳}

در عرصه بین‌المللی، کنوانسیون برن بیشترین تأثیر را از نظام حقوق-نوشته پذیرفته است.

بر عکس، در کشورهای نظام کامن‌لا همانند امریکا، از آثاری حمایت می‌شود که منتشر یا تثبیت شده باشند. مؤلف باید برخی تشریفات همانند ایداع کپی‌رایت (اثر)، ثبت کپی‌رایت و هشدار کپی‌رایت بر روی اثر (C) را رعایت کند. در این کشورها بر حقوق مادی بیش از حقوق معنوی تأکید می‌شود و اشخاص حقوقی نیز می‌توانند واجد این حقوق باشند. در سطح بین‌المللی، کنوانسیون جهانی کپی‌رایت از نظام کامن‌لا تأثیر پذیرفته است.

بند سوم- تلاش برای سازش نظام‌های حمایت از حقوق مالکیت‌های فکری کنوانسیون‌های بین‌المللی توانسته‌اند کشورهای حقوق نوشته و کامن‌لا را در زمینه شرایط حمایت از مالکیت‌های فکری به یکدیگر نزدیک سازند.

13. *Ibid.*, p. 10.

کشورهای کامن‌لا با عضویت در کنوانسیون برن، رعایت تشریفات را برای کسب حمایت کپی‌رایت حذف یا بسیار محدود کرده‌اند؛ برای مثال، انگلستان، کانادا و ایالات متحده آمریکا در زمره کشورهای هستند که پس از عضویت در کنوانسیون برن رعایت تشریفات را از شرایط آثار قابل حمایت حذف کرده و یا به آن جنبه اختیاری داده‌اند (شرط اختیاری). همچنین کنوانسیون مذکور، سبب رسوخ برخی از حقوق معنوی در نظام کامن‌لا شده است؛ برای مثال، قانون کپی‌رایت ۱۹۸۸ انگلستان در فصل چهارم خود به این موضوع پرداخته و در کانادا نیز قانون ۱۹۸۹، مواد ۲-۱۴ به بعد و ۱-۲۸ به بعد را به این امر اختصاص داده است. با وجود این، آمریکا به‌هنگام ملحق شدن به کنوانسیون برن اعلام کرد که نیازی به پذیرش مواد راجع به حقوق معنوی آن کنوانسیون ندارد، زیرا با تکنیک‌های دیگری نظیر «حقوق شخصی»،^{۱۴} «هتک حرمت»^{۱۵} و «حقوق مصرف‌کنندگان»^{۱۶} از این حقوق حمایت می‌کند؛ اما در ۲۷ اکتبر ۱۹۹۰ به‌هنگام تصویب قانون «حقوق هنرمندان تصویری»^{۱۷} از ایده حقوق معنوی کمک گرفت.^{۱۸}

به‌همین ترتیب، بینش اقتصادی نظام کامن‌لا در کشورهای حقوق نوشته رسوخ کرده است. شناسایی «حقوق مشابه حقوق مؤلف» در فرانسه و سایر کشورهای حقوق نوشته نمونه بارزی از نفوذ ایده‌های کامن‌لایی در

14. Personal Rights.

15. Defamation.

16. Consumer's Protection Law.

17. Visual Artist's Act.

18. Andre Franc, On, *op.cit.*, pp. 20-22.

نظام حقوق نوشته است. حقوق فرانسه که تنها پدیدآورندگان حقیقی آثار اصیل را مورد حمایت قرار می‌داد (اشخاص حقیقی)، تولیدکنندگان فونوگرام‌ها و رادیوگرام‌ها و ویدئوگرام‌ها را که فاقد شرایط سنتی لازم برای برخورداری از حمایت حقوق مؤلف بودند تحت عنوان «حقوق مشابه» مورد حمایت قرار داد.^{۱۹}

بخش دوم - شرایط آثار قابل حمایت در نظام‌های ملی کپی‌رایت

همان‌طور که در صفحات قبل اشاره شد، پیش از کنوانسیون‌های بین‌المللی و سایر اقداماتی که در جهت ایجاد وحدت بین نظام‌های حقوق نوشته و کامن‌لا در زمینه حقوق مالکیت‌های فکری صورت گرفت، نظام حقوق نوشته، با هدف حمایت از شخصیت پدیدآورنده و نظام کامن‌لا با هدف حمایت از افزایش گنجینه دانش عمومی جامعه شرایط آثار قابل حمایت را تعریف می‌کردند. به‌همین دلیل در نظام حقوق نوشته، حمایت از آثار پدیدآورندگان تابع تشریفات خاصی نبود، در حالی که در نظام کامن‌لا اصل بر رعایت تشریفات بود. لیکن، اکنون این وضعیت متحول شده است و در نتیجه این تحول، شرایط آثار قابل حمایت و در نتیجه تعداد و تنوع آثار قابل حمایت تغییر یافته است.

به‌طور کلی، اکنون دو دسته شرایط در سطح جهانی برای آثار قابل حمایت مشاهده می‌شود. شرایط اجباری که در همه کشورها به چشم می‌خورد و شرایط اختیاری که غالباً در کشورهای کامن‌لا مشاهده می‌شود.

19. *Ibid.*, p.26.

این شرایط که ذیلاً به معرفی و تشریح آنها می‌پردازیم در کنوانسیون‌های بین‌المللی نیز کم و بیش منعکس شده‌اند.^{۲۰}

بند اول - شرایط اجباری

شرایط اجباری آثار قابل حمایت به وسیله کپی‌رایت عبارتند از:

الف - اصالت اثر.^{۲۱}

ب - ابراز اثر در صورت مادی.^{۲۲}

اکنون به ترتیب به مطالعه این شرایط می‌پردازیم:

الف- اصالت اثر

۱ - مفهوم اصالت اثر

اصالت یا ابتکاری بودن اثر یکی از مفاهیم کلیدی در ادبیات کپی‌رایت است. اصیل بودن، مهم‌ترین ضابطه‌ای است که بین آثار قابل حمایت و غیرقابل حمایت در نظام کپی‌رایت تفاوت ایجاد می‌کند.

اصطلاح «اصالت اثر» در لسان کپی‌رایت، معنای متفاوت با زبان عرفی دارد: نو بودن، اختراعی بودن یا فقدان هرگونه سابقه مشابه یک اثر برای

۲۰. به نظر می‌رسد که در یک دید کلی، شرایط آثار قابل حمایت در کنوانسیون‌های بین‌المللی به دو دسته شرایط حقوقی و شرایط سیاسی قابل تقسیم است. شرایط حقوقی مشتمل بر شرایط ماهوی و شکلی، مورد توجه در نظام های ملی کپی‌رایت است که به نوعی در کنوانسیون‌های بین‌المللی نیز با عنوان شرایط اجباری و گاه تخییری منعکس شده‌اند. شرایط سیاسی نیز عبارتند از تابعیت، محل نشر، اجرا، بخش، تثبیت اثر، ثبت اثر و غیره. همچنین می‌توان شرایط حقوقی را به شرایط ماهوی و شرایط سیاسی را به شرایط شکلی تعبیر کرد.

21. Originality.

22. Expression.

اصیل محسوب شدن آن اثر لازم نیست، بلکه اثر باید به گونه‌ای باشد که از مؤلف آن نشأت گرفته باشد. رویه قضایی برخی کشورها، اصیل بودن اثر را معادل ترجمان شخصی مؤلف و نشأت گرفته از او تعریف کرده‌اند. بنابراین، به لحاظ نظری، دو شخص نقاش که چشم‌انداز واحدی را مشاهده می‌کنند، مشروط بر آنکه یکی از دیگری الهام نگیرد می‌توانند دو اثر و خلق اصیل غیروابسته به هم ایجاد کنند که هر دو نیز مورد حمایت کپی‌رایت قرار گیرد؛^{۲۳} یا در مورد یک واقعه تاریخی، چندین اثر ادبی یا هنری ایجاد شود یا بر اساس یک داستان ممکن است چندین اثر سینمایی ساخته شود و همه آن آثار مورد حمایت کپی‌رایت قرار گیرد.

از شرط اصالت اثر نتایجی به شرح زیر قابل استنباط است:

۱-۱ - نو بودن اثر یا صلاحیت ماهوی آن شرط نیست

یکی از تفاوت‌های بارز آثار قابل حمایت به وسیله حقوق اختراعات و مالکیت‌های ادبی و هنری آن است که برای برخورداری یک اثر از حمایت‌های مالکیت‌های ادبی و هنری کافی است آن اثر اصیل و ابتکاری بوده و صورت مادی داشته باشد. برخلاف اختراعات، نو بودن اثر ایجاد شده هیچ تأثیری در تصمیم‌گیری نسبت به اعطای کپی‌رایت به آن اثر ندارد؛ برای مثال، چنانچه فردی تصمیم به خلق یک برنامه رایانه‌ای برای پردازش Word بگیرد، از حمایت‌های کپی‌رایت برخوردار خواهد شد حتی اگر پردازشگر Word وی جدید نباشد.^{۲۴}

23. S.M Stewart, *International Copyright and Neighbouring Rights*, Second Edition (London: Butterworths, 1989), p. 50.

24. *Intellectual Property Issues in Software*, Computer and Science and Telecommunications Board (SCTB), Washington National Academy Press, 2002, p. 24.

همچنین، بررسی صلاحیت ماهوی اثر و اینکه آیا حرف تازه‌ای در آن وجود دارد، برای برخورداری آن از کپی‌رایت لازم نیست. چنانچه اعطای حمایت‌های کپی‌رایت تنها برای آثاری که استحقاق ماهوی آن را دارند مورد شناسایی قرار گیرد، نتایج خطرناکی به دنبال خواهد داشت، زیرا به قضاوت‌هایی در مورد کیفیت زیباشناختی آثار دیگران منجر خواهد شد؛ یا اگر چنین شرطی لازم باشد در این صورت برای مثال آثار اولیه پیکاسو را نباید اصلاً قابل حمایت به وسیله کپی‌رایت دانست؛ چراکه در آن زمان تنها تعداد بسیار کمی از مردم از آثار او خوششان می‌آمد و به استعداد او پی‌نبرده بودند. بنابراین، همان‌طور که «پوییه»^{۲۵} نیز گفته است، «قانون کپی‌رایت در مورد آثار قضاوت نمی‌کند؛ نه به سبک و سنگین کردن ماهیت و محتوای اثر می‌پردازد و نه به اهمیت آن نظر دارد؛ قانون از همه آثار به‌طور چشم بسته حمایت می‌کند، اعم از اینکه کوتاه باشند یا طولانی، خوب باشند یا بد، مفید باشند یا خطرناک، محصول یا ثمره هوش و ذکاوت باشند یا ثمره فکر معمولی، از کار ساده ناشی شده باشند یا محصول کار طاقت‌فرسا باشند. هر اثر ادبی یا هنری می‌تواند از مقررات کپی‌رایت به نفع خود برخوردار شود».^{۲۶}

بنابراین، اصیل بودن اثر با نو بودن آن تفاوت دارد. از مطالعه احکام و مباحث مربوط به اصیل بودن اثر و نو بودن آن چند تفاوت بارز میان این دو مفهوم به دست می‌آید که عبارتند از:

25. Pouillet.

26. Claude Colombet, *Propriete Literaire et Artistique et Droit Voisins*, Paris, Editions Dalloz, 1997, p. 25.

اول - اصیل بودن به شکل بیان اثر برمی گردد ولی نو بودن به ماهیت اثر؛^{۲۷}

دوم - اصیل بودن در مورد آثار ادبی و هنری لازم است اما نو بودن در مورد آثار صنعتی؛^{۲۸}

سوم - اصیل بودن نشان و مشخصه یک تلاش خلاقانه است اما نو بودن به معنی فقدان مشابه یک اثر در گذشته است؛^{۲۹}

چهارم - اصیل بودن جنبه شخصی دارد ولی نو بودن جنبه نوعی دارد؛^{۳۰}

پنجم - اصیل بودن گاهی جنبه مطلق دارد و گاهی نسبی، ولی نو بودن همیشه جنبه مطلق دارد؛^{۳۱}

ششم - هر اثر نو اثر اصیل و ابتکاری نیز می باشد، اما برخی از آثار ابتکاری اثر نو نیستند.^{۳۲}

با یک مثال، تفاوت های فوق بهتر قابل درک هستند؛ دو مجسمه - ساز را در نظر بگیرید که یکی اثرش را بدون هرگونه نمونه و مدل قبلی می سازد و دیگری مجسمه اش را با تقلید از اولی درست می کند. اثر اول هم اصیل و ابتکاری است و هم نو؛ اما اثر دوم، اصیل است بدون آنکه نو باشد. در مورد مجسمه ساز اول، با ابتکار مطلق مواجه هستیم اما در مورد دومی با ابتکار نسبی. بر همین اساس، تمام آثاری که با استفاده از آثار

27. Shu Zhang, *De l'ompl au GAT*, Paris, Editions Litec, 1994, p. 77.

28. *Ibid.*

29. *Ibid.*

30. Claude Colombet, *op.cit.*, p. 27.

31. *Ibid.*, p. 27.

32. *Ibid.*, p. 28

دیگران به صورت اثر ترکیبی یا اشتقاقی ایجاد می‌شوند ابتکاری هستند اما ابتکاری نسبی. با وجود این، هر دو نوع ابتکار مورد حمایت کپی‌رایت قرار می‌گیرد.^{۳۳}

۱-۲ - وقایع^{۳۴} مشمول کپی‌رایت نمی‌شوند

از این شرط حقوقی که «تنها آثار اصیل از حمایت کپی‌رایت برخوردار می‌شوند» چنین استنباط می‌شود که تنها، آثاری که حتی با نوآوری بسیار اندک ایجاد می‌شوند مورد حمایت کپی‌رایت قرار می‌گیرند نه وقایعی که در جهان موجود هستند و کشف می‌شوند. به عبارت دیگر کپی‌رایت تنها از آثار خلق شده و اصیل و ابتکاری حمایت می‌کند و نه از آثار کشف شده. برای مثال، چنانچه شخصی واقعتی را که خود کشف کرده است توصیف کند، کار وی درخصوص آن واقعتی صرفاً کشف و ضبط بوده است و نه ایجاد یا خلق؛ در حالی که اثر اصیل از مؤلفش ناشی می‌شود. بنابراین، وی نسبت به واقعتی که کشف کرده حق انحصاری ندارد و نمی‌تواند دیگران را از استناد به واقعتی مذکور و استفاده از آن منع کند. لیکن این شخص نسبت به شیوه بیان آن واقعتی می‌تواند ادعای اصالت کرده و از حمایت کپی‌رایت برخوردار شود؛ به-عنوان مثال، اگر آن واقعتی را در یک کتاب بیان کند می‌تواند نسبت به کتاب (نه مطالب داخل آن) ادعای کپی‌رایت داشته باشد. بنابراین، در مورد

33. S.M Stewart, *op.cit.*, p. 51.

34. Facts.

واقعیت‌ها به‌طور مطلق نمی‌توان کسی را که واقعیتی را کشف و بیان می‌کند از حمایت‌های کپی‌رایت محروم ساخت.^{۳۵}

با توجه به مطالب فوق، این پرسش مطرح می‌شود که آیا اخبار شبکه‌های رادیویی یا تلویزیونی را می‌توان مشمول کپی‌رایت دانست یا نه؛ زیرا، اخبار مذکور، وقایع را یافته و اعلان می‌کنند نه ایجاد.

اتحادیه رادیو و تلویزیون‌های آسیا و اقیانوسیه در پاسخ به این پرسش که آیا واقعیت‌ها را می‌توان با کپی‌رایت مورد حمایت قرار داد یا نه می‌گوید:^{۳۶}

«خیر، حمایت‌های کپی‌رایت شامل واقعیت‌ها نمی‌شود. هیچ‌کس نمی‌تواند درمورد واقعیت‌ها مدعی حقی شود. شخصی که واقعیت‌ها را کشف می‌کند ایجادکننده آنها نیست. واقعیت‌ها را صرفاً می‌توان کشف و ضبط کرد نه خلق. از این گذشته، واقعیت‌ها به‌خودی خود شرایط آثار ادبی یا هنری را ندارند. لیکن، شیوه بیان واقعیت‌ها ممکن است از حمایت‌های کپی‌رایت برخوردار شود».

همچنین اتحادیه مذکور در پاسخ به دو پرسش زیر که در ارتباط با گزارش‌های خبری مطرح شده‌اند چنین پاسخ داده است:

«پرسش اول - اگر واقعیت‌ها مورد حمایت کپی‌رایت قرار نمی‌گیرند، رویدادهای خبری چه وضعیتی دارند؟ آیا ایستگاههای پخش می‌توانند در مورد پخش گزارش‌های خبری مدعی حق انحصاری شوند؟

35. Kenneth P. Norwick and Jerry Simon Chasen, *An American Civil Liberties Union Handbook on the Rights of Authors, Artists, and Other Creative People*, Southern Illinois University Press, 1992, pp.10-11.

36. Asian- Pasific Broadcasting Union, *Copyright Working Party, FAQs*. At: <http://www.abu.org.my/Programme/Copyright/faq/Answer.HTM>.

پاسخ: خیر، هیچ ایستگاهی را نمی‌توان به استناد قواعد کپی‌رایت از گزارش یک خبر منع کرد. بنابراین، ایستگاه خبری می‌تواند خبر سقوط یک هواپیما را در حالی که ایستگاههای دیگر به پخش همان گزارش اقدام می‌کنند، پخش کند.

پرسش دوم - اینکه گزارش‌های خبری مورد حمایت کپی‌رایت قرار نمی‌گیرند، به معنای آن است که ایستگاههای پخش می‌توانند گزارش‌های خبری سایر ایستگاهها را به رایگان پخش کنند؟

پاسخ: خیر، شیوه «بیان اخبار» مورد حمایت قواعد کپی‌رایت قرار دارد. این قواعد از نحوه بیان گزارش خبری، شیوه گزارش آن، و سبک و طرز بیان واقعیت‌ها حمایت می‌کند. به‌طور خلاصه باید گفت کپی‌رایت از شیوه بیان گزارش خبری و نه از خود گزارش حمایت می‌کند. بنابراین، هیچ‌یک از سازمان‌های پخش نمی‌توانند از فیلم‌های خبری ایستگاههای دیگر به رایگان استفاده کنند. استثنایی که در این مورد وجود دارد استفاده از یک گزارش خبری در قالب استفاده منصفانه به‌منظور گزارش رویدادهای خبری است».

۱-۳ - نام‌ها، عناوین، واژه‌ها و عبارت‌های کوتاه اصولاً از شمول کپی‌رایت خارج هستند

برای اینکه بتوان اثری را مشمول کپی‌رایت دانست لازم است مقداری هرچند اندک از تألیف و خلاقیت در قالب بیان اصیل ادبی یا هنری وجود داشته باشد، این در حالی است که نام‌ها، عناوین، واژه‌ها و عبارت‌های

کوتاه فاقد این خصیصه هستند.^{۳۷} با وجود این، قاعده مذکور نیز مطلق نیست و اعمال آن به بررسی مورد به مورد قضایا بستگی دارد؛^{۳۸} برای مثال، اتحادیه رادیو و تلویزیون‌های آسیا و اقیانوسیه استعمال نام «اکسون» را موجد حق انحصاری کپی‌رایت ندانسته است. اتحادیه مذکور در پاسخ به این پرسش که آیا واژه واحد را می‌توان مورد حمایت کپی‌رایت قرار داد چنین پاسخ داده است:^{۳۹}

«احتمال اینکه یک واژه ابداعی واحد که به‌خودی خود معنایی ندارد، یک «اثر ادبی اصیل» تلقی شود بسیار کم است.»

در پرونده شرکت نفتی اکسون علیه بیمه اکسون، این شرکت وقت و تلاش زیادی را برای ابداع واژه‌ای که معرف این شرکت و شرکت‌های وابسته به آن باشد، صرف کرده بود، اما یک شرکت بیمه بدون جلب رضایت او این نام را برای خود برگزید. شرکت خواهان در دادگاه مدعی شد که اندازه یک اثر ادبی اهمیتی ندارد و تلاش مؤثری که برای انتخاب نام «اکسون» صرف شده، این نام را واجد شرایط یک اثر ادبی اصیل می‌سازد.

این استدلال پذیرفته نشد. دادگاه اعلام کرد:

«اکسون واژه‌ای است که گرچه ابداعی و از این رو نو است، لیکن معنایی ندارد و به‌خودی خود حاکی از هیچ چیز نیست ... خود این واژه یک عنوان یا نام متمایزکننده نیست و تنها وقتی که عملاً با دیگر واژه‌ها

37. Lionel Bently and Brad Sherman, *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 2001, p. 55.

38. Kenneth P. Norwick and Jerry Simon Chasen, *op.cit.*, p. 12 .

39. Asian -Pasific Broadcasting Union, *op.cit.*

مورد استفاده قرار بگیرد و مثلاً حاکی از نام یک شرکت یا مثلاً در مورد کالاها حاکی از یک تقابل^{۴۰} خاص باشد، معنا یا اهمیت می‌یابد».

۴-۱- قوانین، اسناد دولتی و بین‌المللی از شمول کپی‌رایت خارج هستند
قوانین اعم از مصوبات مجالس قانونگذاری و مصوبات سایر مراکز رسمی تصویب مقررات (نظیر مصوبات هیئت وزیران و شوراهای عالی حکومتی)، گزارش‌های دولتی (نظیر گزارش سازمان‌های بازرسی و محاسباتی کشور، گزارش‌های عملکرد دستگاه‌های مختلف حکومتی و شبه‌حکومتی) به دلیل تبعیت از تشریفات خاصی که بر تدوین آنها حاکم است، عاری از اصالت بوده و تولید آنها، از نظر حقوقی، به شخص یا اشخاص خاصی قابل انتساب نیست. همچنین است حکم سایر اسناد و اطلاعات دولتی که با تشریفات خاص و نه بر اساس آزادی و ابتکار عمل یک یا چند شخص خاص تهیه می‌شوند؛ برای مثال، نمونه قراردادهای دولتی یا نمونه پروپزال‌ها یا مدل‌های کاری تهیه شده توسط مراکز دولتی به دلیل فقدان اصالت قابل حمایت نیستند. همچنین است حکم اسناد و گزارش‌های بین‌المللی.

۲- اصالت اثر در کنوانسیون‌های بین‌المللی

۲-۱- اصالت اثر در کنوانسیون برن^{۴۱}

با آنکه کنوانسیون برن در خصوص اصیل بودن یک اثر به‌عنوان شرط لازم جهت برخورداری از حمایت‌های مقرر در کنوانسیون تصریحی ندارد، اما مفسران کنوانسیون مذکور معتقدند که اصیل و ابتکاری بودن اثر

40. Juxtaposition.

41. Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Paris, Act of July 24, 1971, as amended on September 28, 1979. At: http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/pdf/trtdocs_wo001.pdf.

در مفهوم موسع آن یکی از شرایط اجباری آثار قابل حمایت در کنوانسیون برن می‌باشد.^{۴۲} بر این اساس، هر نوع محصول اصیل ادبی، علمی و هنری، همانند کتاب، رساله، آثار ادبی و موسیقی و آثار سینماتوگرافیک، نقاشی‌ها، طراحی‌ها، عکاسی‌ها، مجسمه‌سازی‌ها و معماری‌ها مورد حمایت این کنوانسیون هستند. کنوانسیون برن، در بندهای سه و پنج ماده ۲ و بند یک ماده ۱۴ مکرر خود، آثاری را که بر مبنای آثار اصیل دیگران ساخته می‌شوند مورد حمایت قرار داده و آنها را نیز به نوبه خود و در حد کاری که برای پدیدآوردن آنها صورت گرفته است قابل حمایت دانسته است. ترجمه‌ها، شرح و تعلیق بر آثار دیگران و سایر آثاری که برای ایجاد آنها از آثار دیگران کمک گرفته می‌شود (بند سه ماده ۲)، همچنین آثاری که از جمع‌آوری آثار ادبی یا هنری دیگران پدید می‌آیند، نظیر دایرةالمعارف‌ها و گلچین‌های ادبی و هنری (بند پنج ماده ۲) و آثار سینماتوگرافیک هرچند که با استفاده از آثار ادبی یا هنری دیگران ساخته شده باشند (بند یک ماده ۱۴ مکرر) آثار اصیل شناخته شده و قابل حمایت اعلام شده‌اند.

۲-۲ - اصالت اثر در کنوانسیون رم^{۴۳}

موضوع کنوانسیون رم، حقوق وابسته است^{۴۴} که به حقوق ناشی از اجرا، تولید و پخش آثار دیگران اطلاق می‌شود. این کنوانسیون بر مبنای

42. Shu Zhang, *De l'ompl au GAT*, *op.cit.*, 1994, pp. 76- 80.

43. **International Convention for the Protection of Performers , Producers of Phonograms and Broadcasting Organisations, Done at Rome on October 26, 1961.** At: <http://www.wipo.int/clea/docs/en/wo/wo001en.htm>.

اصول و مفاهیم موجود در نظام کامن لا تهیه و تصویب شده است. به همین دلیل، کشورهای نظام کامن لا، تفاوت چندانی میان حقوق پیش‌بینی شده در این کنوانسیون و حقوق ناشی از کپی‌رایت مشاهده نمی‌کنند و اصطلاح «کپی‌رایت» را در مورد آثار مشمول کنوانسیون مذکور نیز به کار می‌برند. لیکن کشورهای نظام حقوق‌نویسته به دلیل تفاوت‌های اساسی که میان حقوق پیش‌بینی شده در این کنوانسیون و حقوق موسوم به «حقوق مؤلف» مشاهده می‌کنند از عنوان «حقوق وابسته یا مجاور» برای تسمیه حقوق پیش‌بینی شده در کنوانسیون رم استفاده می‌کنند؛ برای مثال، قانون کپی‌رایت انگلستان و آمریکا تحت یک عنوان «کپی‌رایت» از همه حقوق ناشی از آن سخن گفته‌اند، ولی قانون مالکیت‌های فکری فرانسه در کتاب نخست از «حقوق مؤلف» و در کتاب دوم از «حقوق مجاور حقوق مؤلف» سخن گفته است.

در کنوانسیون رم، برای برخورداری یک اثر از حمایت‌های پیش‌بینی شده در کنوانسیون لازم نیست که آن اثر، اصیل و ابتکاری باشد، زیرا مبنای این حقوق، نه حمایت از شخصیت پدیدآورندگان آثار بلکه حمایت از سرمایه‌گذاری در تولید و پخش آثار دیگران است. به همین دلیل، در کنوانسیون رم نیز متأثر از آنچه در قوانین آمریکا و انگلستان مذکور است، اصیل و ابتکاری بودن اثر در زمره شرایط آثار قابل حمایت موضوع کنوانسیون ذکر نشده است.⁴⁵

44. Related Rights.

45. S.M. Stewart, *op.cit.*, pp. 190-192.

۳-۲ - اصالت اثر در موافقت‌نامه تریپس (TRIPS) ^{۴۶}

بعد از کنوانسیون رم، موافقت‌نامه تریپس در زمره مهم‌ترین اسناد بین‌المللی راجع به حمایت از مالکیت‌های فکری از جمله کپی‌رایت می‌باشد. ماده ۹ موافقت‌نامه تریپس در مورد شرایط آثار قابل حمایت به مواد ۱ تا ۲۱ کنوانسیون برن ۱۹۷۱ و ضمیمه آن ارجاع داده و بدین طریق، اصیل بودن را در زمره شرایط آثار قابل حمایت اعلام کرده است.

۴-۲ - اصالت اثر در عهدنامه کپی‌رایت سازمان جهانی مالکیت فکری ^{۴۷}

در مقدمه عهدنامه WIPO اعلام شده است که هدف از آن حمایت از حقوق پدیدآورندگان آثار ادبی و هنری است تا با وجود کنوانسیون‌های پیشین در مورد حمایت از کپی‌رایت، قواعد بین‌المللی جدیدی جهت حمایت مؤثر و متحدالشکل از کپی‌رایت ارائه شود و به منظور پاسخگویی به پرسش‌هایی که در پرتو تحولات اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و تکنولوژیک مطرح شده‌اند تفاسیر برخی قواعد موجود روشن‌تر شود.

در ماده ۱ این عهدنامه اعلام شده است که عهدنامه مذکور، یک موافقت‌نامه خاص در چارچوب ماده ۲۰ کنوانسیون برن است ^{۴۸} و هیچ

46. Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights.

At: <http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaties/1995/38.html>.

47. WIPO Copyright Treaty, adopted in Geneva on December 20, 1996.

At:

http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/pdf/trtdocs_wo033.pdf.

۴۸. ماده ۲۰ کنوانسیون برن که مبنای تصویب این عهدنامه قرار گرفته است، می‌گوید: «کشورهای عضو اتحادیه برن این حق را برای خود محفوظ می‌دارند که موافقت‌نامه‌های خاصی را بین خود منعقد سازند، مشروط بر آنکه این موافقت‌نامه‌ها، حقوقی بیش از آنچه در کنوانسیون برن پیش‌بینی شده است به پدیدآورندگان اعطا کند یا حاوی مقرراتی باشد که در تخالف با مقررات کنوانسیون برن نباشند...».

ارتباطی با دیگر عهدنامه‌ها ندارد و حقوق و تعهدات ناشی از دیگر عهدنامه‌ها را تحت تأثیر قرار نمی‌دهد.

عهدنامه سازمان جهانی مالکیت‌های فکری، همانند موافقت‌نامه تریپس اعلام کرده است که طرف‌های متعاقد باید مواد ۱ تا ۲۱ کنوانسیون برن و ضمیمه آن را رعایت کنند (بند ۴ ماده ۱).

۳- اصالت اثر در حقوق تطبیقی

۳-۱- کشورهای اروپایی

به‌طور کلی، نظر غالب کشورهای اروپایی آن است که تنها آثاری از طریق کپی‌رایت قابل حمایت هستند که اصیل باشند، لیکن در مورد ضابطه و معیار شناسایی اصالت اثر وحدت‌نظر وجود ندارد و در نتیجه، تعریف این ضابطه، در قوانین ملی و رویه قضایی این کشورها متفاوت است. همان‌طور که قبلاً نیز گفته شد، برای اینکه اثری اصیل تلقی شود کافی است ذره‌ای از صبغه ابراز شخصیت در آن وجود داشته باشد و نوع اثر، محتوا و شیوه بیان آن مهم نیست.

در حقوق آلمان، ضابطه اصالت اثر را با «خلق فکری شخصی»^{۴۹} برابر دانسته‌اند.^{۵۰} ماده ۲ قانون کپی‌رایت آلمان^{۵۱} پس از ذکر برخی از مصادیق بارز آثار قابل حمایت، در پایان فهرست مصادیق، اعلام می‌کند که

49. Personal Intellectual Creation.

50. Strawel, *Droit d'auteur et Copyright*, Bruylant Brussels, 1993, p. 438.

51. Germany, *Law on Copyright and Neighboring Rights* (Copyright Law), Text of September 9, 1965, as last amended by the Law of July 16, 1998. At: <http://www.wipo.int/clea/en/fiche.jsp?uid=de080>.

تولیدات فکری شخصی به تنهایی مورد حمایت این قانون هستند؛ یعنی لازم نیست یک اثر فکری حتماً در یکی از مقوله‌های آثار قابل حمایت مذکور در قانون قرار گیرد تا قابل حمایت باشد.

ماده ۶ قانون کپی‌رایت ایتالیا^{۵۲} نیز مقرر می‌دارد، حمایت کپی‌رایت به آن دسته از آثار خلق شده تعلق می‌گیرد که محصول یک تلاش فکری باشند.

همچنین، در حقوق انگلستان نیز شرط حمایت از برخی آثار، اصیل بودن آنها است و منظور از اصیل بودن آن است که اثر باید از مؤلفش ناشی شود؛ بدین‌سان که حاصل میزان قابل توجهی از مهارت، تجربه یا صنعتی باشد که مؤلف آن به‌کار برده است.^{۵۳} با وجود این، بخش دوم قانون کپی‌رایت مصوب ۱۹۸۸ انگلستان^{۵۴} که به موضوع کپی‌رایت و آثار قابل حمایت پرداخته است، در مورد برخی آثار، اصیل بودن آنها را لازم ندانسته است. هدف از این اقدام قانونگذار حمایت از اشخاص سرمایه‌گذار در بنگاههایی است که آثار مؤلفان را در اشکالی که به‌لحاظ تجاری قابل بهره‌برداری هستند نگهداری می‌کنند (دارند). در این کشور، صداهای ضبط شده، فیلم‌ها، برنامه‌های کابلی و پخش‌های صوتی یا صوتی - تصویری آثار در زمره موضوعاتی هستند که مورد حمایت

52. **Itali, Copyright Statute**, Law N.633 of April 22, 1941, as amended up to November 16, 1994. At:

http://www.wipo.int/clea/docs_new/pdf/en/it/it001en.pdf.

53. **University of London Press V University Tutorial Press (1916); Cornish Material in Intellectual Property**, Oxford, 1990, p. 213.

54. **United Kingdom, Copyright, Designs and Patents Act 1988 (C. 48)**. At: http://www.wipo.int/clea/docs_new/pdf/en/gb/gb019en.pdf.

کپی‌رایت قرار می‌گیرند، بدون آنکه اصیل باشند. در حقوق فرانسه نیز اصیل و ابتکاری بودن اثر گرچه صریحاً در قانون مالکیت‌های فکری ذکر نشده است، ولی توسط رویه قضایی و دکترین مورد پذیرش واقع شده است.^{۵۵}

در دستورالعمل‌های اتحادیه اروپا نیز که درصدد تعریف و تعیین شرایط کپی‌رایت در برخی آثار برآمده است، اصیل بودن اثر مورد پذیرش قرار گرفته و از آن به «خلق فکری مؤلف» تعبیر شده است؛ برای مثال، دستورالعمل راجع به «هماهنگ‌سازی مدت حمایت از کپی‌رایت و برخی حقوق وابسته به آن»^{۵۶} مقرر می‌دارد که فونوگرام‌ها در صورتی اصیل تلقی می‌شوند که «مخلوق فکری خود مؤلف» باشند. همین‌طور، دستورالعمل‌های مربوط به حمایت از برنامه‌های رایانه‌ای^{۵۷} و حمایت قانونی از پایگاه‌های داده‌ها^{۵۸}، از همین عبارت و ضابطه برای تعریف اصیل بودن اثر استفاده می‌کنند. پیش‌بینی می‌شود که این ضابطه راهبرد آتی اتحادیه در تعریف اصالت آثار مشمول کپی‌رایت باشد.

55. Claude Colombet, *op.cit.*, pp. 27-28; S.M. Stewart, *op.cit.*, p. 375.

56. Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the **Harmonization of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society**. At:

http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnum doc&numdoc=32001L0029&model=guichett&lg=en.

57. **Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs**. At:

http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEX num doc&numdoc=31991L0250&model=guichett&lg=en.

58. Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the Legal Protection of Databases. At:

<http://www2.sims.berkeley.edu/courses/is205/s06/Readings/EU%20Directive%20on%20Databases.doc>.

۲-۳ - ایالات متحده امریکا و کانادا

در قانون کپی‌رایت امریکا^{۵۹} نیز تنها از آثار اصیل حمایت شده است. برای اینکه اثری اصیل تلقی شود لازم نیست نو و بدیع باشد، بلکه حتی اگر اثری از روی اثر دیگری کپی شده باشد ممکن است اصیل شناخته شود. کافی است اثر دوم تغییرات قابل تمییزی در مقایسه با اثر اصیل اولیه داشته باشد. بنابراین، اگر از اثری که وارد حوزه عمومی شده و دیگر از شمول حمایت کپی‌رایت خارج شده است، یک اثر تقلیدی با تغییرات قابل تمییز خلق شود این اثر می‌تواند از حمایت کپی‌رایت برخوردار شود.^{۶۰}

ماده ۱۰۲ قانون کپی‌رایت امریکا درمورد آثاری که به وسیله کپی‌رایت قابل حمایت هستند می‌گوید:

«حمایت کپی‌رایت در ... آثار اصیل ناشی از تألیف که در یک وسیله محسوس بیان شده باشد، وجود دارد. این وسیله ممکن است اکنون شناخته شده باشد و یا در آینده ایجاد شود و آثار بیان شده، از طریق آن وسیله، قابل دریافت، قابل تکثیر و یا به انحای دیگر، خواه به‌طور مستقیم و خواه به کمک یک ماشین و یا وسیله، قابل انتقال و مخابره باشد».

به اعتقاد برخی حقوقدانان امریکا، از ماده فوق چنین برمی‌آید که سه شرط عمده برای برخورداری از حمایت‌های کپی‌رایت لازم است و دادگاه‌های امریکا نیز در آرای مختلف خود به این سه شرط تأکید

59. At: http://www.law.cornell.edu/uscode/17/uscode_sec_17_00000102----000-notes.html.

60. Strawel, *op.cit.*, p. 441.

کرده‌اند. این سه شرط عبارتند از: اصالت اثر، داشتن خلاقیت و تثبیت اثر.^{۶۱}

شرط‌های اول و دوم از این قید قانونی استخراج می‌شوند که حمایت کپی‌رایت تنها شامل آثار اصیل ناشی از تألیف می‌گردد. برای اینکه اثری، اصیل تلقی شود کافی است که یک خلق مستقل باشد و از آثار دیگران کپی نشده باشد.^{۶۲} اثر لازم نیست جدید و نو و یا منحصر به فرد باشد. برای اینکه اثری، مبتنی بر خلاقیت تلقی شود کافی است ذره‌ای از خلاقیت در آن مشاهده شود و سطح بالایی از خلاقیت لازم نیست.^{۶۳} در حقوق امریکا برخی آثار و موضوعات، صریحاً از حمایت قانون کپی‌رایت استثنا شده‌اند، هرچند که این آثار واجد شرایط سه‌گانه اصالت، خلاقیت و تثبیت در شکل مادی باشند. به موجب قانون مذکور، عناوین، نام‌ها، عبارت‌های کوتاه و شعارها عموماً نمی‌توانند از حمایت‌های کپی‌رایت برخوردار شوند. آثار دیگری که از قلمرو کپی‌رایت استثنا شده‌اند عبارتند از سمبل‌ها یا طرح‌های خانوادگی، اشکال ساده ژئومتریکی، نام‌نگاری یا رنگ‌کردن و آثار مشترک که در زمره اموال عمومی محسوب می‌شوند و ...

در حقوق کانادا نیز اصالت اثر برای برخورداری از حمایت کپی‌رایت لازم است. در قوانین راجع به مالکیت‌های فکری کانادا^{۶۴} تعریف خاصی از

61. Bruce A. Lehman, *op.cit.*, p. 24.

62. Pobert Schuman, **Creation d'un Produit Multimedia: Negotiation des Droits de Propriete Intellectuelle** (Center D'Etudes Europeennes , 1998), p. 10.

63. *Ibid.*, p. 25.

64. Copyright Act. At: <http://www.cb-cda.gc.ca/info/act-e.html>.

اصالت مشاهده نمی‌شود و در عمل تشخیص این ضابطه با دادگاهها است. تاکنون آرای مختلفی در محاکم این کشور صادر شده که اصالت اثر از نظر دادگاه به معنای «نشأت گرفتن اثر از پدیدآورنده» و گاه به معنای «عدم کپی‌برداری اثر از آثار دیگران» مورد توجه واقع شده است. همچنین رویه قضایی کانادا تصریح دارد که اصالت، در مورد بیان و شکل اثر لازم است نه در مورد ایده و محتوایی که در آن گنجانده شده است.⁶⁵

۳-۳- کشورهای آسیایی و آفریقایی

بند ۱ ماده ۲ قانون کپی‌رایت کره جنوبی⁶⁶ «اثر» را یک تولید خلاقانه تعریف کرده است که متصف به وصف اصالت بوده و در یکی از مقوله‌های آثار ادبی، علمی و هنری قرار می‌گیرد. قانون مذکور پس از ارائه فهرستی تمثیلی از آثار قابل حمایت (مواد ۴، ۵ و ۶)، در ماده ۷ از آثاری نام برده است که از شمول حمایت‌های کپی‌رایت خارج هستند؛ قوانین و مقررات، دستورالعمل‌های و تذکرات عمومی و سایر مطالب مشابه که توسط مؤسسات عمومی ملی یا محلی صادر می‌شوند، تصمیمات، احکام، قرارها و دستورات دادگاههای دادگستری یا محاکم شبه‌قضایی، آثاری که از گردآوری آثار مذکور تهیه شده‌اند یا ترجمه‌های آثار مذکور در صورتی

65. **Supporting Culture and Innovation: Reporter on the Provisions and Operation of the Copyright Act**, October 2002, p. 5. At: <http://strategies.ic.gc.ca/pics/rrpf/rapport92.pdf>.

66. **Republic of Korea, Copyright Act**. Act No. 3916, December 30, 1989, as last amended by Act No. 5015, December 6, 1995. At: <http://www.wipo.int/clea/docs/new/pdf/en/kr/kr001en.pdf>.

که مؤسسات عمومی ملی یا محلی، ترجمه‌کننده یا گردآورنده این آثار باشند، گزارش‌های خبری متداول که انعکاس‌دهنده صرف وقایع باشند و سخنرانی‌های ارائه شده در مجالس قانونگذاری ملی یا محلی یا در جلسات علنی محاکم آثاری هستند که از شمول حمایت‌های کپی‌رایت مستثنایند.

بند ماده ۲ قانون کپی‌رایت آفریقای جنوبی^{۶۷} مقرر می‌دارد: «تنها آثار اصیل مستحق حمایت قانون هستند».

۴-۳ - اتحادیه رادیو و تلویزیون‌های آسیا و اقیانوسیه

اتحادیه رادیو و تلویزیون‌های آسیا و اقیانوسیه نیز در پاسخ به این پرسش که آیا برای برخورداری از حمایت‌های کپی‌رایت، اثر باید اصیل و ابتکاری باشد یا خیر، چنین پاسخ داده است:^{۶۸}

«بله، شرط برخورداری از حق انحصاری کپی‌رایت اصیل بودن اثر است؛ مثلاً نمی‌توان اظهارات روزمره را از این حق برخوردار ساخت. با وجود این، معنای حقوقی اصیل بودن به خلاقیت، تازگی یا فکر بکر ارتباطی ندارد. حق انحصاری اثر ممکن است در مورد گلچین اشعار یک شخص دیگر، خبر یک روزنامه، جدول زمانی حرکت قطارها، آگهی تبلیغ دندان مصنوعی، رشته جداول ریاضی یا برنامه مسابقات فوتبال مصداق

67. South Africa, Copyright Act, 1978, (No. 98 of 1978, as amended by the respective Copyright Amendment Acts No. 56 of 1980, No. 66 of 1983, No. 52 of 1984, No. 39 of 1986, No. 13 of 1988, No. 61 of 1989 and No. 125 of 1992).

68. Asian-Pacific Broadcasting Union, *op.cit.*

پیدا کند. همچنین، یک شرکت تلویزیونی در فهرست برنامه‌های آتی خود از حق انحصاری اثر برخوردار است».

۵-۳- اصالت اثر در حقوق ایران

در قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸ در مورد برخی آثار، شرط *ابتکاری* بودن تصریح شده و در مورد برخی دیگر از مطلق اثر حمایت شده است. ماده ۱ این قانون اعلام کرده است، به آنچه از راه دانش یا هنر و یا ابتکار پدید می‌آید «اثر» اطلاق می‌شود و این اثر مورد حمایت قانون است. در این ماده، ابتکار یکی از منابع ایجاد اثر به‌شمار رفته و در مورد اینکه آیا آثاری که از راه دانش یا هنر ایجاد می‌شوند *ابتکاری* بودن شرط است یا نه سخنی به میان نیامده است. در ماده ۲ نیز که اثرهای مورد حمایت قانون نام برده شده‌اند، در مورد برخی آثار همچون کتاب، رساله، جزوه، نمایش‌نامه، نوشته، شعر، ترانه، سرود، تصنیف آثار سمعی و بصری، آثار موسیقی، نقاشی و آثار تزئینی و تجسمی، پیکره و آثار معماری سخنی از *ابتکاری* بودن به‌عنوان شرط حمایت از این آثار به میان نیامده است. تنها در مورد آثار عکاسی، آثار مربوط به هنرهای دستی یا صنعتی و نقشه‌قالی و گلیم، آثار پدید آمده بر پایه فرهنگ عامه (فولکلور) یا میراث فرهنگی و آثاری که از ترکیب چند اثر از اثرهای نامبرده پدید آمده باشد از شرط *ابتکاری* بودن روش به‌کار رفته برای ایجاد اثر یا از شرط *ابتکاری* بودن اثر ایجاد شده سخن گفته شده است.

همچنین، ابتکاری بودن در خصوص نرم‌افزارهای رایانه‌ای نیز لازم دانسته شده است. ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی مواد (۲) و (۱۷) قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۳/۴/۲۱ هیئت وزیران در این باره می‌گوید: «پدیدآورنده نرم‌افزار، شخص یا اشخاصی هستند که براساس دانش و ابتکار خود کلیه مراحل مربوط اعم از تحلیل، طراحی، ساخت و پیاده‌سازی نرم‌افزار را انجام داده و کلیه نظام‌های نرم‌افزاری را در ایجاد و توسعه آن لحاظ کنند».

همچنین برخلاف آنچه در خصوص قاعده بودن عدم قابلیت حمایت از نام‌ها و عناوین گفته شد، ماده ۱۷ قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان مقرر می‌دارد: «نام و عنوان و نشانه ویژه‌ای که معرف اثر است، از حمایت این قانون برخوردار خواهد بود و هیچ‌کس نمی‌تواند آنها را برای اثر دیگری از همان نوع یا مانند آن به ترتیبی که القای شبهه کند به‌کار برد». همین حکم در ماده ۳ قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای مورخ ۱۳۷۹/۱۱/۴ تکرار شده و «نام، عنوان و نشانه ویژه‌ای که معرف نرم‌افزار است» مورد حمایت اعلام شده و نقض‌کننده این حمایت، علاوه بر جبران خسارت، به حبس از نود و یک روز تا شش ماه و جزای نقدی از ده میلیون تا پنجاه میلیون ریال قابل محکوم خواهد بود.

ب - بیان اثر در یک صورت محسوس

۱- مفهوم بیان اثر

طبق یکی دیگر از قواعد کپی‌رایت، تنها آثاری که در صورت مادی و محسوس بیان شده‌اند مشمول حمایت کپی‌رایت قرار می‌گیرند و افکار، ایده‌ها و بیان‌های بسیار ناچیز افراد از شمول حمایت کپی‌رایت خارج هستند. بیان یک ایده، اشاره به یک مطلب یا بیان جزء بسیار کوچکی از یک مطلب مفصل تنها در همین حد قابل حمایت است و نمی‌تواند مانع از توسعه و گسترش آن بیان جزئی توسط سایرین شود. البته بیان اثر با ضبط و تثبیت آن در یک صورت مادی متفاوت است. بیان به هر صورت که باشد اعم از شفاهی یا مکتوب یا حتی در قالب حرکت، معتبر است.

از این قاعده که «تنها آثاری که در صورت مادی و محسوس بیان شده‌اند مشمول حمایت کپی‌رایت قرار می‌گیرند»، دو نتیجه به‌دست می‌آید؛ اول آنکه اثری مورد حمایت کپی‌رایت قرار می‌گیرد که بیان شده باشد و دوم آنکه بیان اثر باید به‌صورت مادی و محسوس باشد.^{۶۹}

۱-۱- ایده‌ها و مفاهیم ذهنی^{۷۰} از حمایت کپی‌رایت برخوردار نیستند در قوانین یا رویه قضایی بسیاری از کشورهای جهان و نیز در برخی از کنوانسیون‌های بین‌المللی، ایده‌ها و مفاهیم ذهنی صریحاً از شمول حمایت مالکیت‌های ادبی و هنری خارج شده‌اند.

در توجیه این امر که اکنون حالت قاعده به خود گرفته است به چند دلیل استناد شده است:

69. S.M. Stewart, *op.cit.*, p. 52.

70. Ideas and Concepts.

اول - ایده‌ها به عالم مالکیت مشترک و نه اختصاصی تعلق دارند. ایده‌ها در قلمرو اموال عمومی قرار می‌گیرند که تنها به جریان انداختن و ابراز آنها به مؤلفشان قابل استناد بوده و در همین حد نیز قابل حمایت هستند. آنها محصول کار و تلاش نیستند و غالباً در نتیجه شهود و خیال و بدون زحمت به دست می‌آیند.

دوم - در مرحله ایده، خلق اثر هنوز کامل نیست، زیرا، داشتن ایده اولین مرحله از مراحل خلق یک اثر فکری است و معلوم نیست آیا آن ایده را می‌توان در عالم واقعیت پیاده و اجرا کرد یا نه.^{۷۱} زحمت و تلاشی که برای کاربردی ساختن ایده‌ها و سودمند ساختن آنها برای جامعه صورت می‌گیرد شایسته حمایت و پاداش است و نه نفس داشتن یک ایده.

سوم - حمایت از ایده‌ها با توسل به نظام مالکیت‌های ادبی و هنری نتایج خطرناکی را در پی خواهد داشت،^{۷۲} زیرا مانع از اشاعه دانش و ابتکارت در جامعه می‌شود. یکی از اهداف اصلی نظام مالکیت‌های ادبی و هنری آن است که به افزایش گنجینه دانش عمومی و انتشار و اظهار ابتکارت در جامعه کمک کند. اگر از ایده‌ها یا از

71. Jacques Larrieu, *Idee et Propriete*(1999), p. 3. Disponilbe At: <http://www.univ-tlse1.fr>.

72. Claude Colombet, *op.cit.*, p. 20.

محتوای دانش حمایت شود و اختیار تصمیم‌گیری درخصوص استفاده دیگران از آن در انحصار ارائه‌دهنده ایده قرار گیرد پیشرفت دانش متوقف می‌شود؛ برای مثال اگر برداشت و مفهوم ذهنی هر مؤلفی در مورد نمایش یک درام از حمایت کپی‌رایت برخوردار می‌شد اکنون دیگر انواع بازی‌ها و نمایش‌های مردمی، یا ایجاد نشده بودند و یا مورد بهره‌برداری قرار نمی‌گرفتند.

چهارم - مفاهیم ذهنی نظیر تئوری‌های ریاضی پیش از کشف هم وجود داشته‌اند و جزء واقعیت‌های جهان به‌شمار می‌روند. این مفاهیم از شخص یا سازمانی که آنها را گزارش می‌کند نشأت نمی‌گیرند.

با توجه به دلایل فوق، مشخص می‌شود که دیدگاه غالب آن است که ایده‌ها مورد حمایت نظام مالکیت‌های ادبی و هنری قرار ندارند و تنها شکل و سبک ابراز و آرایش آنها مورد حمایت است. با وجود این، در سال‌های اخیر تلاش برای حمایت از ایده‌ها افزایش یافته است و در رویه قضایی برخی از کشورها نیز این تلاش‌ها نتیجه داده است. عمده‌ترین دلایلی که برای حمایت از ایده‌ها ابراز شده است به شرح زیر است:

اول - برخی از ایده‌ها محصول مدت زمان زیادی کار و تلاش هستند؛ برای مثال، شخصی پس از مدت‌ها پژوهش راجعه به یک مسئله (به‌عنوان مثال در رساله دکتری خود) به ایده‌های بکری دست می‌یابد. آیا

می‌توان گفت که این ایده‌ها قابل حمایت نیستند؟ آیا عدم حمایت از این ایده‌ها تنبیه و مجازات ارائه‌دهنده ایده است یا تشویق وی؟

دوم - خلق هر اثر فکری از مراحل تشکیل شده است. برای اینکه یک ایده بتواند شکل خارجی پیدا کند باید این مراحل را پشت سر گذارد. حال پرسش این است، آیا در هیچ‌یک از مراحل نمی‌توان از ایده حمایت کرد؟ برخی به این پرسش پاسخ مثبت می‌دهند. به اعتقاد اینان، خلق هر اثر از سه مرحله تشکیل شده است: ایده، انشاء^{۷۳} و بیان. در مرحله انشاء، می‌توان گفت که ایده شکل مادی پیدا کرده و از مؤلفش منفک شده است، زیرا از این پس، دیگران می‌توانند بر اساس شکلی که ارائه‌دهنده ایده به آن داده است آن را به‌کار گیرند. زحمت اصلی را دارنده ایده کشیده است.^{۷۴} بنابراین، هر زمان که حدود و چارچوب یک ایده مشخص شود می‌توان گفت آن ایده، هیئت و شکل مادی پیدا کرده و لذا قابل حمایت است.

سوم - علاوه بر آنچه گفته شد، امروزه، نظام مالکیت‌های ادبی و هنری به‌عنوان ابزاری برای تشویق و ترویج نوآوری و خلاقیت و انتشار دانش و فناوری به‌کار

73 . Composition.

74. Gacques Larrieu, *op.cit.*, p. 8.

می‌رود. عدم حمایت از ایده سبب می‌شود که دارندگان ایده‌های بکر با استفاده از سازوکارهای خاصی نظیر قراردادهای عدم افشا، به حمایت از ایده‌های خود برخیزند و جامعه را از آن ایده‌ها محروم کنند.

با توجه به آنچه درخصوص دلایل مخالفان و موافقان حمایت از ایده‌ها گفته شد می‌توان این‌گونه نتیجه‌گیری کرد که نمی‌توان به‌طور مطلق ایده‌ها را از نظام مالکیت‌های ادبی و هنری خارج دانست. در مورد ایده‌هایی که حاصل کار و تلاش فکری هستند و نیز ایده‌هایی که حدود آنها مشخص شده است اعمال حمایت لازم است.

۱-۲- لازم نیست بیان اثر در وسیله‌ای ضبط شود

همان‌طور که اشاره شد، بیان به هر صورت که باشد معتبر بوده و اثر بیان شده را قابل حمایت می‌سازد. بر این اساس، کلیه مخلوقات هنری نظیر مجسمه‌ها، نقاشی‌ها، آثار ادبی، عکاسی‌ها، آثار رادیو - تلویزیونی (سمعی - بصری)، برنامه‌های رایانه‌ای پایگاههای اطلاع‌رسانی و وب-سایت‌های اینترنتی مخلوقات مادی و قابل درک به وسیله حواس بوده و به همین دلیل، قابل حمایت هستند.

بدین ترتیب، همین‌که یک ایده و فکر به‌نحوی ابراز شود و صورت عینی پیدا کند از حمایت کپی‌رایت برخوردار می‌شود و دیگر لازم نیست که ایده و فکر ابراز شده در یک وسیله‌ای ثبت و ضبط شود. حتی بیان-کننده یک ایده و فکر از این حق برخوردار است که ثبت و ضبط اثرش

توسط دیگران را منع کند و یا تحت شرایط خاصی این اجازه را به فرد خاصی بدهد؛ برای مثال، شخصی که یک برنامه نمایشی در یک مکان عمومی اجرا می‌کند از این حق برخوردار است که ضبط رادیویی یا تلویزیونی اجرای خود را به‌طور کلی ممنوع کند یا در قبال دریافت مبلغ معینی و تحت شرایط خاصی آن را به تولیدکنندگان خاصی اجازه دهد. با وجود این، برخورداری از حمایت‌های مربوط به حقوق وابسته در برخی از کشورها منوط به آن است که آثار موضوع این حقوق در یک صورت مادی تثبیت شده باشند؛ برای مثال، بند (الف) ماده ۱۰۲ قانون کپی‌رایت فدرال امریکا چنین الزامی را پیش‌بینی کرده است.

۲- شرط بیان اثر در کنوانسیون‌های بین‌المللی

۱-۲- کنوانسیون برن

از نظر کنوانسیون برن، طرح‌ها و ایده‌ها و اندیشه‌ها مادام که ابراز نشده باشند مشمول حمایت کپی‌رایت قرار نمی‌گیرند. اما، شکل ابراز ایده‌ها و افکار و طرح‌ها موضوعیت ندارد و به هر طریق که ابراز شده باشند کافی است.

بند دو ماده ۲ کنوانسیون برن در مورد شرط تثبیت اثر در اشکال مادی بدان‌گونه که برخی کشورها همانند بلژیک (در نظام حقوقی رومی ژرمنی) و امریکا (در نظام حقوقی کامن‌لا) در مورد آثار قابل حمایت شرط دانسته‌اند، اعلام می‌دارد که کشورهای عضو اتحادیه‌ای که طبق ماده ۱ کنوانسیون ایجاد می‌شود مخیرند در قوانین داخلی خود پیش‌بینی کنند

که برخی مقوله‌های خاص آثار ادبی یا هنری قابل حمایت کپی‌رایت نیستند، مگر آنکه در یک شکل مادی تثبیت شده باشند. البته، مفهوم این بند نشان می‌دهد که در مورد همه مقوله‌های مشمول کپی‌رایت نمی‌توان تثبیت را شرط دانست.

با وجود این، برخی مؤلفان معتقدند که در مورد آثار سینما توگرافیک، کنوانسیون برن، شرط تثبیت اثر را به‌طور ضمنی پذیرفته است و در واقع در زمره شرایط اجباری آثار مذکور قرار داده است و لذا کنوانسیون از این لحاظ قابل انتقاد است. از نظر این کنوانسیون، آثار سینما توگرافیک اعم از آثاری است که به‌طور سنتی به این نام موسوم شده‌اند و شامل تمام آثاری می‌شود که با یک پروسه‌ای مشابه سینما توگرافی بیان شده‌اند. لازم دانستن وجود یک پروسه که یا همان سینما توگرافی است و یا چیزی شبیه آن، دقیقاً معادل است با لازم دانستن تثبیت در مورد آثار سینما توگرافیک؛ زیرا، در صورتی که تثبیت در میان احراز اینکه پروسه‌ای به‌کار رفته است یا نه بسیار دشوار خواهد بود. نتیجه آنکه، این بند کنوانسیون با منظور بند دوم ماده ۲ در تعارض است؛ زیرا بند مذکور اعلام کرده است که تثبیت اثر در زمره شرایط اختیاری آثار قابل حمایت است و پیش‌بینی آن در مورد برخی آثار به اختیار دولت‌های متعاقد می‌باشد.^{۷۵}

نتیجه آنکه، کنوانسیون برن، همانند شرط اصالت و ابتکاری بودن اثر، ابراز و بیان را در مفهوم موسع آن به‌عنوان شرط اجباری آثار قابل حمایت

75. Irini A. Stamatoudi, *Copyright and Multimedia Works*, Cambridge University Press, 2002, p. 106.

اعلام کرده است. بند یک ماده ۲ کنوانسیون با مفروض گرفتن اینکه اثر باید بیان شده باشد تا قابل حمایت قرار گیرد، اعلام کرده است که شکل و شیوه بیان موضوعیتی ندارد. تثبیت اثر نیز به عنوان شرط تخییری در کنوانسیون پیش‌بینی شده است، ولی از ضرورت ثبت اثر سخنی به میان نیامده است.

۲-۲- موافقت‌نامه تریپس

ماده ۹ موافقت‌نامه تریپس (TRIPS) در مورد شرایط آثار قابل حمایت، به مواد ۱ تا ۲۱ کنوانسیون برن ۱۹۷۱ و ضمیمه آن ارجاع داده است. طبق بند دوم ماده ۹ موافقت‌نامه مذکور، حمایت‌های پیش‌بینی شده در آن تنها به آثار بیان و ابراز شده تعلق می‌گیرد و ایده‌ها، آیین‌های کار، روش‌های عملیاتی یا مفاهیم ریاضی از شمول آن خارج هستند. بدین‌سان مشاهده می‌شود که شرایط آثار قابل حمایت به وسیله کپی‌رایت در موافقت‌نامه تریپس همان شرایط پیش‌بینی شده در کنوانسیون برن است.

۲-۳- عهدنامه کپی‌رایت سازمان جهانی مالکیت فکری

عهدنامه سازمان جهانی مالکیت‌های فکری (WIPO) همانند موافقت‌نامه تریپس اعلام کرده است که طرف‌های متعاقد باید مواد ۱ تا ۲۱ کنوانسیون برن و ضمیمه آن را رعایت کنند (بند ۴ ماده ۱).

ماده ۲ عهدنامه همانند بند ۲ ماده ۹ موافقت‌نامه تریپس تصریح کرده است که حمایت کپی‌رایت تنها شامل آثار بیان و ابراز شده می‌گردد و

ایده‌ها، آیین‌های کار، روش‌های عملیاتی و مفاهیم ریاضی از شمول آن خارج هستند. با وجود این، برخلاف موافقت‌نامه تریپس ماده ۳ عهدنامه طرف‌های متعاقد را موظف ساخته است که مقررات مواد ۲ تا ۶ کنوانسیون برن را با ایجاد تغییرات لازم جهت برقراری حمایت‌های پیش‌بینی شده در آن عهدنامه اعمال کنند.

۳ - شرط بیان اثر در حقوق تطبیقی

۳-۱ - حقوق کشورهای اروپایی

کشورهای عضو اتحادیه اروپا با توجه به اصول کلی حاکم بر کپی‌رایت، ایده‌ها و مفاهیم ذهنی را از شمول حمایت‌های آن خارج ساخته‌اند. این کشورها، یکی از شرایط آثار قابل حمایت به وسیله کپی‌رایت را بیان آن در یک صورت مادی اعلام کرده و تنها از مخلوقات مادی فکر انسان حمایت کرده‌اند.

ماده ۱-۱۱۱ «قانون مالکیت‌های فکری»^{۷۶} فرانسه که تحت عنوان «موضوع حقوق مؤلف» به ماهیت این حقوق پرداخته است اعلام می‌دارد: «مؤلف یک اثر فکری به‌صرف ایجاد آن اثر، از حقوق انحصاری غیرمادی و قابل استناد در برابر همگان نسبت به اثر خود برخوردار می‌شود.

76. *Loi Relative au Code de la Propriété Intellectuelle (Partie Législative)* (n° 92-597 du 1er Juillet 1992, Modifiée en Dernier Lieu par les Lois n° 94-361 du 10 Mai 1994 et 95-4 du 3 Janvier 1995). At: http://www.wipo.int/clea/docs_new/pdf/fr/fr003fr.pdf.

این حقوق متضمن خصیصه‌های نظام فکری و معنوی و همچنین خصیصه‌های نظام مالی است که در کتاب‌های اول و سوم این قانون به آنها پرداخته شده است...».

بنابراین، در حقوق فرانسه، اثر به‌صرف ایجاد و بدون رعایت هرگونه تشریفات دیگر از حمایت حقوق مالکیت‌های ادبی و هنری برخوردار می‌شود. اما چه زمانی می‌توان گفت که اثر ایجاد شده است؟ ماده ۲-۱۱۱ در پاسخ به این پرسش می‌گوید:

«اثر، ایجاد شده محسوب است به‌صرف واقعیت پیدا کردن مفهوم ذهنی مؤلف، هرچند که این واقعیت پیدا کردن ناقص باشد و اثر برای عموم منتشر نشده باشد».

حقوق کشورهای آلمان و هلند نیز وضعیتی مشابه حقوق فرانسه دارند، ولی در حقوق بلژیک برخلاف کشورهای خانواده حقوق‌نویسته، علاوه بر آنکه اثر باید بیان شده باشد و افکار و ایده‌ها مورد حمایت کپی‌رایت قرار نمی‌گیرد، تثبیت اثر نیز در زمره شرایط آثار قابل حمایت می‌باشد.^{۷۷}

در حقوق انگلستان به‌موجب قانون کپی‌رایت ۱۹۸۸ ابراز و بیان اثر، شرط عمومی آثار قابل حمایت به وسیله کپی‌رایت اعلام شده است، اما در مورد برخی آثار، علاوه بر بیان، تثبیت آن نیز شرط شده است. آثار ادبی، دراماتیک، موسیقی یا هنری علاوه بر آنکه باید اصیل و ابتکاری باشند باید در یک صورت مادی نیز تثبیت شده باشند؛ یعنی باید در یک وسیله مادی

77. Laurant Carrier et Leger Robic Richard, *Le Droit d'auteur: Notions Générales*. At: <http://www.robic.ca/publication/pdf/195-lc.pdf>.

به نحوی ثبت، ضبط یا ذخیره شده باشند و الا پدیدآورنده آن اثر نمی‌تواند علیه دیگران تحت عنوان نقض کپی‌رایت دعوا اقامه کند. در مورد نوارهای صوتی، فیلم‌های سینما توگرافیک و نسخه منتشر شده یک اثر نیز شرط تثبیت باید مورد توجه قرار گیرد، اما در مورد برنامه‌های کابلی، پخش‌های صوتی و صوتی - تصویری و نیز آثار ایجاد شده به وسیله کامپیوتر، تثبیت، شرط مورد حمایت واقع شدن نیست.

۲-۳ - حقوق ایالات متحده امریکا و کانادا

در حقوق ایالات متحده امریکا و کانادا نیز علاوه بر آنکه اثر باید بیان شده باشد، تثبیت آن در یک صورت مادی محسوس در زمره شرایط آثار قابل حمایت به وسیله کپی‌رایت شناخته شده است که این شرط در دل خود شرط بیان را دارد، چه، اثر تا زمانی که بیان نشده باشد قابل تثبیت نیست. به موجب قانون کپی‌رایت ایالات متحده، ایده‌ها، آیین کارها، فرایندها، مفاهیم ذهنی، اصول و اکتشافات از حمایت‌های کپی‌رایت خارج هستند. در کانادا، شرط تثبیت صریحاً در قانون پیش‌بینی نشده است، اما برخی آرای قضایی بر آن اصرار داشته و معتقدند تنها آثاری به وسیله کپی‌رایت قابل حمایت است که در یک شکل مادی تثبیت شده باشند.^{۷۸} در این کشور، دادگاهها همواره بین ایده و بیان ایده تمایز قائل شده و صرفاً ابراز ایده را مشمول کپی‌رایت می‌دانند. یکی از قضات امریکا درباره این موضوع می‌گوید:

78. Supporting Culture and Innovation, *op.cit.*

«تفکیک ایده و بیان ایده، عمدتاً با این هدف صورت می‌گیرد که حق مؤلفان را نسبت به بیان اصیل خود تضمین کند و در عین حال، سایرین را تشویق کند تا بر مبنای ایده‌ها و اطلاعات بیان شده در یک اثر، فعالیت کنند و از آنها استفاده کنند. اگرچه ممکن است چنین به نظر آید که استفاده دیگران از ثمره کار مؤلفان، بدون اینکه پرداختی در قبال آن انجام دهند، غیرمنصفانه است لیکن کمک به پیشرفت علم و هنرهای سودمند، این امر را توجیه می‌کند».^{۷۹}

در مورد مفهوم تثبیت، قانون کپی‌رایت امریکا می‌گوید:

«اثر هنگامی تثبیت شده قلمداد می‌شود که محتوای آن در یک نوار ضبط صوت و یا در سایر وسایل مشابه به اندازه کافی شکل پایدار و ثابت پیدا کرده باشد، به‌گونه‌ای که امکان دریافت، تکثیر یا مخابره آن را به صورت‌های دیگر در خلال مدتی که عرفاً بایستی بیش از یک مدت گذرا و موقتی باشد، فراهم آورد».^{۸۰}

در ماده ۱۰۲ قانون کپی‌رایت امریکا، ظرفیت لازم برای پیشرفت‌های فنی در عرصه تثبیت آثار، پیش‌بینی شده است و تثبیت از طریق وسایل و امکانات موجود و امکاناتی که در آینده ممکن است ایجاد شوند به رسمیت شناخته شده است. شکل و شیوه وسیله به‌کار رفته برای تثبیت یک اثر ادبی یا هنری تقریباً نامحدود است. اثر را ممکن است در قالب «کلمات، شماره‌ها، صداها، تصاویر و شاخص‌های گرافیکی و یا سمبلیک تثبیت

79. Bruce A. Lehman, *op.cit.*, p. 34.

80. *Ibid.*, p. 25.

کرد. همچنین ممکن است محتوای یک اثر در اشکال نوشته، پرینت شده، فتوگرافیک، مگناتیک و یا سایر اشکال ثابت، تثبیت شود؛ برای مثال، دیسک‌های فلاپی، سی‌دی رام‌ها، دیسک‌های تصویری (نوری) - نوارهای دیجیتال و یا سایر وسایل ذخیره دیجیتال، مجموعاً اشکال پایدار تثبیت آثار به‌شمار می‌روند.^{۸۱}

ارسال و مخابره یک اثر، فی‌نفسه، تثبیت آن به‌شمار نمی‌آید. البته ممکن است ارسال و مخابره یک اثر منجر به تثبیت آن شود، لکن به استناد صرف ارسال و مخابره اثر نمی‌توان مدعی تثبیت آن شد. بنابراین، ارسال‌های زنده، واجد شرط تثبیت نیستند و از طریق قانون کپی‌رایت قابل حمایت نخواهند بود، مگر آنکه در زمان ارسال، تثبیت اثر نیز انجام گرفته باشد. طبق قانون کپی‌رایت، اثری که شامل صدا، تصویر و یا هر دو می‌شود و ارسال می‌گردد تنها در صورتی تثبیت شده قلمداد می‌گردد که همزمان با ارسال آن تثبیت نیز صورت گرفته باشد.^{۸۲}

۳-۳ - نظر اتحادیه رادیو و تلویزیون‌های آسیا و اقیانوسیه

اتحادیه رادیو و تلویزیون‌های آسیا و اقیانوسیه نیز تثبیت اثر را برای برخوردارگی از حمایت‌های کپی‌رایت لازم دانسته است. اتحادیه مذکور در پاسخ به این پرسش که آیا ایده‌ها و مفاهیم و طرح‌های ذهنی از حمایت کپی‌رایت برخوردارند یا خیر، چنین پاسخ داده است:^{۸۳}

81. *Ibid.*, p. 26.

82. *Ibid.*, p. 27.

83. Asian_Pacific Broadcasting Union, *op.cit.*

«بله، اما مشروط به اینکه اثر تثبیت شود، زیرا یک طرح ذهنی تا وقتی تثبیت نشده باشد، از حق انحصاری اثر برخوردار نیست، هر چند نو باشد».

اگر طرح یک داستان کوتاه به کسی داده شود و داستانی بر مبنای آن طرح نوشته شود، حق انحصاری اثر نقض نمی‌شود، زیرا حق انحصاری اثر در مورد طرح‌ها مصداق ندارد. یا در صورتی که یک نویسنده مقاله‌ای مثلاً درباره بازی گلف بنویسد، پس از نوشتن این مقاله، در زمینه نوشتن مقالات درباره گلف از حق انحصاری برخوردار نمی‌شود. حمایتی که وجود دارد، به مهارت و کاری مربوط می‌شود که در انتخاب واژه‌ها و شیوه بیان طرح‌ها صرف می‌شود.

یک قاضی انگلیسی تمایز بین طرح‌ها (که از حمایت کپی‌رایت برخوردار نیستند) و نحوه پرداخت موقعیت‌ها را (که ممکن است از این حق برخوردار باشند) چنین بیان می‌کند:

«برای اینکه تخلف اثبات شود، ضرورتی ندارد که واژه‌های گفتگو یکسان باشند: موقعیت و رویدادها، شیوه تدوین طرح‌ها و ارائه آنها ممکن است بخش اصلی کل نمایش‌نامه را تشکیل دهد و دادگاه باید ارزش نمایشی و اهمیت آن چیزی را مدنظر قرار دهد که اخذ شده است، حتی اگر این بخش در واقع بسیار کوچک باشد و البته اگر اساساً چیزی اخذ شده باشد».

از سوی دیگر طرح بنیادین دو نمایش‌نامه ممکن است یکسان باشد، اما اگر این دو نمایش‌نامه جداگانه و بر اساس طرح‌های مستقلی نوشته

شده باشند ممکن است به قدری متفاوت باشند که هیچ شباهتی به یکدیگر نداشته باشند».

۴-۳- حقوق ایران

در قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸ نیز از آثاری حمایت شده است که ابراز شده و صورت خارجی پیدا کرده باشند. این قانون به صورت ضمنی حمایت از ایده‌ها و مفاهیم ذهنی را از شمول حمایت خود خارج دانسته است؛ در ماده ۱ این قانون از پدید آمدن، بیان و یا ظهور و ایجاد آثار سخن گفته شده و اماره‌ای که حاکی از حمایت از ایده‌ها و مکنونات ابتکاری باشد به چشم نمی‌خورد. برعکس، مصادیق آثار قابل حمایت که در ماده ۲ قانون مذکور نامبرده شده‌اند اماره- ای بر حمایت از آثاری است که صورت عینی و خارجی یافته و به نحوی ابراز یا بیان شده است: کتاب، رساله، جزوه، نمایش‌نامه، نوشته، شعر، ترانه، سرود و تصنیف که نوشته یا ضبط یا نشر شده باشد؛ اثر سمعی و بصری که نوشته یا ضبط یا نشر شده باشد؛ اثر موسیقی که نوشته یا ضبط یا نشر شده باشد؛ نقاشی و هرگونه اثر تزئینی و اثر تجسمی که بوجود آمده باشد؛ پیکره، اثر معماری و اثر عکاسی که پدید آمده باشد؛ اثر ابتکاری مربوط به هنرهای دستی یا صنعتی و نقشه قالبی و گلیم، اثر ابتکاری که بر پایه فرهنگ عامه (فولکلور) یا میراث فرهنگی و هنر ملی پدید آمده باشد؛ اثر فنی که جنبه ابداع و ابتکار داشته باشد؛ و هرگونه اثر مبتکرانه دیگر که از ترکیب چند اثر از اثرهای نامبرده در این فصل پدید آمده باشد.

همچنین، تبصره ۲ ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی مواد (۲) و (۱۷) قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای به صورت روشن اعلام کرده است که «خلق عملیات نرم‌افزاری در ذهن یا بیان مخلوق ذهنی بدون اینکه برنامه‌های رایانه‌ای و مستندات و دستورالعمل‌های آن تدوین شده باشد، نرم‌افزار محسوب نمی‌شود و برای خالق آن حقوقی ایجاد نمی‌نماید».

بند دوم - ثبت اثر (شرط اختیاری)

با توجه به اینکه کپی‌رایت به محض خلق یک اثر ایجاد می‌شود، برای اینکه آن اثر تحت حمایت کپی‌رایت قرار گیرد نیازی به ثبت ندارد. اما از سوی دیگر به دلیل فقدان ثبت اجباری، اثبات اینکه اشخاص، پدیدآورنده یک اثر و در نتیجه مالک آن اثر هستند دشوار می‌گردد. به همین دلیل توصیه می‌شود که آثار مشمول کپی‌رایت نیز به طریقی ثبت شوند تا در صورت بروز هرگونه اختلاف، بتوان اثبات کرد که فلان اثر متنازع‌فیه در تاریخ فلان به ثبت رسیده است و مالک مشخصی دارد. با وجود این، نمی‌توان ثبت را به عنوان یکی از شرایط مورد حمایت کپی‌رایت واقع‌شدن تلقی کرد.

طبق ارزیابی سازمان جهانی مالکیت فکری از قوانین کپی‌رایت کشورهای هند، چین، ژاپن، فیلیپین، آلمان، اسپانیا، فرانسه، مجارستان، کانادا، آرژانتین، مکزیک، کلمبیا و ایالات متحده آمریکا، هیچ‌یک از کشورهای مذکور، ثبت اجباری آثار را برای حمایت از آنها لازم ندانسته‌اند. تنها در آرژانتین، ثبت اثر ملی منتشرشده برای ناشر الزامی است

و عدم ثبت سبب می‌شود وی حقوق مادی یا اقتصادی ناشی از آن اثر را از دست بدهد. در آلمان تنها آثار بی‌نام و آثار منتشرشده با نام مستعار قابل ثبت اعلام شده‌اند و این ثبت داوطلبانه بوده و تنها برای مشخص ساختن مدت حمایت از آثار مذکور کاربرد دارد. در کشورهای چین، ژاپن، فیلیپین، مجارستان، مکزیک، کلمبیا و ایالات متحده آمریکا، برنامه‌ها و نرم‌افزارهای رایانه‌ای موضوع ثبت هستند. در هیچ‌یک از کشورهای مذکور، ایجاد حقوق ناشی از کپی‌رایت به ثبت اثر منوط نشده است. مهم‌ترین اثر حقوقی ثبت عبارت است از ایجاد فرض قابل رد مؤلف یا مالک بودن شخصی که اثر به نام او ثبت می‌شود و تعیین مدت دقیق حمایت از اثر ثبت شده. همین حکم در مورد ثبت حقوق وابسته جاری است.^{۸۴}

در حقوق ایران، ثبت آثار ادبی و هنری مشمول قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان اختیاری است. ماده ۲۱ قانون مذکور می‌گوید: «پدیدآورندگان می‌توانند اثر و نام و عنوان و نشانه ویژه اثر خود را در مراکزی که وزارت فرهنگ و هنر با تعیین نوع آثار آگهی می‌نماید به ثبت برسانند». لیکن ثبت نرم‌افزارهای رایانه‌ای اجباری است. ماده ۸ قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان، نرم‌افزارهای رایانه‌ای در این خصوص می‌گوید، ثبت نرم‌افزارهای موضوع ماده (۱) پس از صدور تأییدیه فنی توسط شورای عالی انفورماتیک، توسط وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی

84. Survey of National Legislation in Voluntary Registration Systems for Copyright and Related Rights, Standing Committee on Copyright and Related Rights, November 9, 2005, pp. 9-12.

انجام می‌پذیرد. درخصوص اثر حقوق ثبت، ماده ۹ قانون مذکور، بدون آنکه ایجاد حقوق ناشی از اثر را به ثبت آنها منوط ساخته باشد، اعلام کرده است که «دعوی نقض حقوق مورد حمایت این قانون، در صورتی در مراجع قضایی مسموع است که پیش از اقامه دعوا، تأییدیه فنی یادشده در ماده (۸) این قانون صادر شده باشد. در مورد حق اختراع، علاوه بر تأییدیه مزبور، تقاضای ثبت نیز باید به مرجع ذیربط تسلیم شده باشد»؛ یعنی اثر ثبت همانند برخی از کشورها تنها جنبه اثباتی دارد و نه ثبوتی.

نتیجه گیری

در بسیاری از تألیفات راجع به حقوق مالکیت‌های ادبی و هنری از پاره‌ای قواعد صحبت شده است، بدون آنکه مبانی و توجیحات نظری لازم برای فهم آنها ارائه شده باشد. این درحالی است که قواعد مذکور بر مبانی عمیق فلسفی و حقوقی مبتنی است و فهم و تفهیم آن قواعد بدون توجه به مبانی آنها دشوار است. شرایط اثر قابل حمایت نیز از جمله مسائلی است که ریشه در مبانی مذکور دارد ولی کمتر به آن پرداخته شده است. بر این اساس، در این تحقیق، ابتدا به اجمال به مبانی حقوق مالکیت-های فکری پرداخته شد و سپس شرایطی که بر اساس مبانی مذکور، در قوانین یا رویه قضایی کشورهای مختلف درخصوص آثار قابل حمایت ارائه شده است شناسایی شده و به دو دسته شرایط اجباری (اصیل و ابتکاری بودن، بیان و ابراز اثر) و اختیاری (ثبت اثر) تقسیم شد. تلاش

نویسنده این بوده است که دلیل وجودی این شرایط و آثار هرکدام را با توجه به مبانی حقوق مالکیت‌های فکری تبیین کند.

در واقع، هدف اصلی نویسنده از تألیف این مقاله بیش از آنکه ارائه مطلب باشد، معرفی متد و روشی بوده است که به نظر می‌رسد در کشور ما برای غنا بخشیدن به ادبیات حقوقی در این حوزه نوپا و اقناع خاطر علاقمندان و منتقدان باید مورد توجه قرار گیرد.

اصول اخلاق زیستی

مصطفی السان*

چکیده

نخستین مفاهیم دستوری که انسان موظف به اطاعت از آن شده، در قالب «اخلاق» شکل گرفته‌اند. تضمین وجدانی تفکر و کردار، هرچند همواره اثربخش نیست، اما می‌تواند مقدمه، توجیه یا مبنایی برای قواعد حقوقی بعدی قرار گیرد. از سوی دیگر، عملی کردن اخلاق، در باب دغدغه‌های جدی بشریت، یعنی حقوق و تکالیف زیستی، مستلزم تعریف مبانی و اصول جامع و مقبول برای اخلاق زیستی است. برای موفقیت و کاربردی شدن، این اصول باید با لحاظ اشتراکات ملت‌های مختلف جهان تدوین شده و متضمن همگرایی و عزم بین‌المللی در صیانت از محیط زیست به مفهوم عام آن باشند. مسئله مهم‌تر دیگر، وضع ضمانت‌اجرای حقوقی برای «اجرایی» کردن اصول اخلاق زیستی است که همگرایی، زمینه تحقق آن را در سطح بین‌المللی فراهم خواهد کرد.

واژگان کلیدی: اخلاق زیستی، اشتراکات ملل، ضمانت‌اجرا، حقوق بشر و محیط زیست.

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی.

مقدمه

اخلاق، به‌عنوان زاینده زندگی اجتماعی و لازمه استمرار آن در طول اعصار مختلف همزاد بشر بوده است. منشأ هرچه که باشد، یک نیاز همیشه وجود اخلاق را الزامی کرده و آن «میل به زندگی» و استمرار آن است. از زمانی که زیست انسان‌ها در کنار هم، از حداقل قواعدی برخوردار بوده، اخلاق زیستی نیز معنا داشته است. با این‌حال، نیاز به امنیت و آرامش و عدم احساس نیاز به حفظ طبیعت، منجر به ایجاد اخلاق زیستی در معنای مضیق آن، یعنی منحصر در حیطه زیست انسان‌ها گردید. تحول اخلاق زیستی با مبنای توسعه قلمرو و شفافیت مبانی، تنها در قرن‌های اخیر میسر شده است. احترام به حریم دیگران به‌عنوان نخستین جلوه اخلاق زیستی از زمان شکل گرفتن کوچکترین اجتماع زیستی ایجاد گردید و بعدها به عرصه محیط زیست و حیوانات نیز کشیده شد. در واقع، بازم نیاز انسان‌هاست که تحول اخلاق زیستی را رقم زده و حیطه عمل آن را گسترش داده است. البته تغییر رویکرد نسبت به علوم از «ضرورت و نیاز» به «دانایی»، اخلاق زیستی را نیز متأثر ساخته است. استقلال وجودی طبیعت زنده در مطالعات بشر و تلاش برای اجرایی کردن مطالعات اخلاق زیستی از جمله نموده‌های این تحول به‌شمار می‌آید. ارتباط میان علوم نیز از واقعیات زندگی معاصر است که اخلاق زیستی مجرد از آن نبوده و از جمله با حقوق پیوند یافته است.

پیوستگی حقوق و اخلاق، به مفهوم استفاده از اصول اخلاقی برای توجیه قواعد حقوقی و به‌کارگیری قواعد حقوقی برای تضمین اخلاقیات

می‌باشد. این پیوند زمینه «عمل‌گرایی اخلاقی» را از یک سو و «همگرایی حقوقی» را از سوی دیگر فراهم می‌آورد. بنابراین در آینده می‌توان مدعی هماهنگ بودن تمام یا اکثر جوامع جهانی در زمینه اخلاق زیستی بود و بر بین‌المللی شدن تضمین‌های اجرایی برای صیانت از محیط زیست جهانی اصرار ورزید. کما اینکه در حال حاضر نیز عهدنامه‌ها، اعلامیه‌ها و توصیه‌نامه‌های بین‌المللی بر مبنای همین واقعیت تنظیم گردیده‌اند.

پیش‌شرط ارتباط حقوق و اخلاق و جهانی شدن اخلاق زیستی، تعریف چارچوبی یکنواخت برای آن است تا بتوان راهبرد آتی حقوق زیستی را بهتر ترسیم کرد. این چارچوب با «اصول اخلاق زیستی» که هرکدام دارای محدودیت‌ها و ویژگی‌های خاص خود می‌باشند، ارائه می‌گردد. برخی از اصول چنان در هنجارهای اجتماعی و قوانین موضوعه رسوخ کرده‌اند که تردیدی در درستی آنها وجود ندارد. در عین حال، برخی دیگر از اصول مورد مناقشه بوده و ارائه نظریه‌های اخلاقی متفاوت، مانع از رسیدن به نتیجه‌ای جهان شمول در خصوص آنهاست. تحلیل اصول دسته‌آخر به‌ویژه از آن جهت ضروری به نظر می‌رسد که متضمن پیشرفته‌ترین مفاهیم حقوق بشر و حقوق زیستی به‌عنوان نیاز آیندگان می‌باشند. در این مقاله که به بررسی اصول اخلاق زیستی اختصاص دارد، این اصول و جایگاه و ضمانت‌اجرای هرکدام را در گفتارهایی به شرح زیر مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

۱. مفهوم اخلاق زیستی
۲. مفهوم و قلمرو اصول اخلاق زیستی
۳. شمار اصول اخلاق زیستی

۱. مفهوم اخلاق زیستی

نگاهی به گذشته بشر نشان می‌دهد که مفاهیم مبنایی اخلاق، همچون حق بر زندگی، از همان ابتدا وجود داشته و به‌ندرت انکار شده‌اند. در واقع، تعرض به حق زندگی، هرچند به‌سهولت انجام می‌شده و تضمین‌های حقوقی این حق، بعدها ایجاد یا تقویت شده‌اند؛ با این همه، اخلاق عمومی - حداقل در رابطه بین انسان‌ها - حق بر زندگی را فرصت مغتنم و غیرقابل تکراری می‌دانست که حتی خود شخص نیز در مورد تعرض به آن، با محدودیت‌هایی مواجه بود. آنچه که تثبیت شده و در گذر زمان، با حوادثی که فرهنگ همزیستی بشریت را ترقی داده‌اند، دچار تحول شده است، تمام اخلاق زیستی نیست. امروزه، سخن از اخلاق زیستی، گستره عام‌تری دارد و فراتر از وجدان و عاطفه غریزی انسانی، با توجیهاتی که پیشینه در گذار سخت نوع بشر دارد، تبدیل به ساختار محکمی شده است که می‌توان وجود آن را از بدو ایجاد نسل آدمی تا زیست همه موجودات جست.

آنچه گفته شد، مبین حقیقت مهم‌تری است: هر تعریف فطری (حقوق طبیعی) که از اخلاق زیستی ارائه شود، با نوعی ابهام یا عدم شمول روبرو خواهد بود و اساساً اخلاق زیستی بدان جهت پیشرفت کرده

است که به جای اتکا به منابع شخصی همچون وجدان و احساس، موضع خود را به گزاره‌های جهانی و عینی‌تری همچون «اعتماد»، «امنیت»، «برابری»، «تعهدات فراسرزمینی» و «الزامات بین‌المللی» تغییر داده است. این تغییر موضع، اگر زمانی به تجربه‌های تلخ بشری در نسل‌کشی‌های جنگ جهانی اول و دوم و تخریب محیط زیست پس از انقلاب صنعتی منتسب بود، اکنون از شعور منبعث از محاسبات دقیق علمی و تجربی نشأت می‌گیرد. همین امر، اخلاق زیستی را در مقابل تهدیدهای مستمری همچون «سیاست» و «تغییر ناگهانی رویه متعارف برای نیل به اهدافی که کمتر با مذاکره قابل حصولند»، مصون یا قابل اتکا می‌سازد.

با مقدمات فوق، می‌توان مؤخراتی که سعی در روشنگری مفهوم، مبانی و اصول اخلاق زیستی دارند را توجیه کرد. زمانی انسان «چیزی برای ذکر کردن نبود»^۱ و اکنون در جایگاهی است که می‌تواند برای تمام موجودات تصمیم بگیرد. هدف اخلاق زیستی نیز، به تناسب این تحول، از صرف «نظارت» به «همراهی راهنما» تغییر یافته است.

۱-۱. مفهوم اخلاق زیستی

اخلاق زیستی و حقوق زیستی،^۲ دو قالب فلسفی هستند که مسائل غیرتجربی ناشی از مطالعات زیستی جدید و اجرای نتایج تحقیقات این علوم را مورد توجه قرار می‌دهند.^۳ غیرتجربی بودن اخلاق زیستی، به

۱. سوره مبارکه انسان (دهر)، آیه شریفه (۱).

2. Biolaw.

3. Poland, Susan Cartier, Bioethics, Biolaw, and Western Legal Heritage, *Kennedy Institute of Ethics Journal*, Vol. 15-2, Jun 2005, p. 211.

مفهوم وابستگی آن به علوم انسانی بوده و به هیچ وجه نباید این پندار تقویت گردد که اخلاق زیستی، در تحلیل خود از مزایا و معایب اخلاقی پژوهش‌های علمی صورت گرفته و آثار عملی آنها، بی‌نیاز از «تجربه» می‌باشد. اخلاق زیستی را می‌توان «به پژوهش و عملکردی با ماهیت بین‌رشته‌ای که هدف آن تنقیح و حل مسائل اخلاقی ناشی از معرفی و اجرای مطالعات پزشکی زیستی و زیست‌شناختی است»،^۴ تعریف کرد.

در پیش‌نویس اعلامیه جهانی اخلاق زیستی و حقوق بشر، این اصطلاح بسیار مضیق تفسیر شده و به مسائل اخلاقی راجع به پزشکی، علوم زیستی و فناوری‌های مرتبط که در مورد انسان قابل اجرا بوده و به ابعاد اجتماعی، حقوقی و زیست‌محیطی بشر ارتباط می‌یابند، محدود شده است. به موجب این توصیف، مسائل اخلاقی راجع به موجوداتی غیر از انسان، نه به عنوان مباحثی مستقل، بلکه به دلیل وابستگی انسان بدان‌ها قابل بررسی است.^۵ حال آنکه برخی دیگر، از اخلاق زیستی، تعبیری عمل‌گرایانه و عینی‌تر داشته و آن را به رشته‌ای که در صدد تشریح مسائل اخلاقی راجع به سلامت است، تعریف کرده‌اند.^۶

4. Miller, Judith, *Is Legislation in Bioethics Desirable? An Explanation of Aspects of Intersection of Bioethics and Biolaw*, In: *Bioethics and Biolaw*, Vol. 1, Judgment of Life, Petr Kemp; Rendtorff, Jacob Dahl and Niels Mattsson Johanessen, Rhodeos International Science and Art Publisher and Centre for Ethics and Law, Copenhagen 2000, p. 246.

5. Häyry, Matti & Takala, Tuija, *Human Dignity, Bioethics, and Human Rights*, *Developing World Bioethics*, Vol. 5, Number 3, 2005, p. 226.

6. Kuczewski MG., *Ethics in Long-Term Care, Are the Principles Different?* *Theoretical Medicine*, Vol. 20, 1999, p. 15.

اصطلاح اخلاق زیستی، صرفاً از سال ۱۹۷۰ به طور جدی مطرح شد و تحقیقات متعددی درباره آن به عمل آمد.^۷ البته اصل مفهوم به گذشته‌ای دور تعلق دارد.^۸ برخی از محققین، در بیان مفهوم اخلاق زیستی، مراحل زیر را برای آن برشمرده‌اند:^۹

- اخلاق زیستی توصیفی.^{۱۰} به مفهوم نوع نگاه مردم به زندگی است. به نظر می‌رسد که اخلاق زیستی در وهله اول از توجه انسان و احترام او به جسم و جان خویش آغاز شده است. در واقع، نقطه شروع عشق به زندگی، علاقه به خویشتن است و حتی می‌توان گفت که دوست داشتن دیگران نیز به نحوی خودخواهی به‌شمار می‌آید.

- اخلاق زیستی بینشی.^{۱۱} در این مرحله، اشخاص به لحاظ پیشرفت تمدن بشری این حق را پیدا کرده‌اند که حقوق و تکالیف خود و دیگران را در مقابل هم متذکر شوند و نظریاتی برای اصلاح جامعه خویش از این حیث ارائه دهند.

اخلاق زیستی تعاملی.^{۱۲} به مفهوم بحث در مورد دو مفهوم فوق‌الذکر در میان افراد اجتماع است. این مرحله در واقع تکامل ایده‌های اخلاقی و سخن گفتن از آنها برای رسیدن به نوعی همگرایی است. این

7. Potter, V.R., **Bioethics, A Bridge to the Future**, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, 1971.

8. Macer, Darryl R. J., **Bioethics for the People by the People**, Christchurch, Eubios Ethics Institute, 1994; Macer, Darryl R. J., **Bioethics is Love of Life**, Christchurch, Eubios Ethics Institute, 1998.

9. Macer, 1998, *Id.*

10. Descriptive.

11. Perspective.

12. Interactive .

نوع از اخلاق در جهان همه‌روزه به سوی پیشرفت می‌رود؛ این ترقی را باید مرهون صبر و شکیبایی و احترام به عقاید منطقی دیگران دانست. در مقام بررسی رابطه اخلاق زیستی با سایر علوم، برخی معتقدند که اخلاق زیستی، وجود خویش را مدیون حقوق است. این علم به‌عنوان ساختار، در فرایند شکل‌گیری، محصول آرای دادگاهها و نظریات حقوق‌دانان در باب رضایت، سقط جنین و مرگ خودخواسته است.^{۱۳} حتی اگر این تعبیر صحیح باشد، با توجه به تکامل اخلاق زیستی و مشخص شدن نسبی ابعاد مختلف آن، اکنون زمان آن فرا رسیده تا به حکم تعامل علوم، اخلاق زیستی حقوق را متأثر سازد. مقاله حاضر به نوعی درصدد بررسی این تأثیر و تأثر نیز خواهد بود.

۱-۲. ضرورت اصول اخلاق زیستی

یافتن مبنا، نقطه شروع تلاش برای رسیدن به مقررات الزام‌آور در زمینه مسائل زیستی است. حقیقت این است که تنها می‌توان انجام یا ترک آن دسته از اعمالی را به انسان تحمیل کرد که توجیه شده باشند. هرچه مبانی قوی‌تر باشد، تدوین مقررات دقیق‌تر و قابل اجرا نیز آسان‌تر می‌شود. در علم حقوق، هنوز هم اخلاق یکی از منابع است؛ منبعی که پیدایش حقوق از آن بوده است. تقریباً در تمام مواردی که حق یا تعهدی مطرح شود، بارقه‌هایی از اخلاق را می‌توان دید. گستردگی اخلاق، وجود آن در تمام جوامع و پویایی مفاهیم اخلاقی در طول زمان، موقعیت برجسته‌ای

13. Powers, Madison, Bioethics as Politics: The Limits of Moral Expertise, *Kennedy Institute of Ethics Journal*, Vol. 15-3, Sep. 2005, p. 306.

در میان منابع موجود بدان بخشیده است؛ از این ویژگی می‌توان برای رسیدن به مقررات متحدالشکل و قابل اجرا در سطح داخلی و بین‌المللی سود جست.

اخلاق زیستی، علاوه بر توصیفات عامه اخلاقی، خصوصیات منحصر به فردی دارد که از جمله آنها می‌توان به جهانی بودن مفاهیم، قدمت آنها، کاربردی و ضروری بودن و پیشرفته بودن آنها اشاره کرد. این مفاهیم تنها در صورتی قابل استفاده‌اند که در چارچوب خاصی تدوین شده و به صورت کدهای اخلاقی یا قواعد حقوقی مطرح شوند. عبارت «زیست» به‌تنهایی دلالت بر محدود نبودن آن به کشور یا منطقه معین دارد و همین امر خود مقتضی جهانی بودن اصول اخلاق زیستی است. در صورت تعریف و توجیه این اصول می‌توان از اتحاد جهانی اخلاقی در آینده نه چندان دور سخن گفت.

۲. مفهوم و قلمرو اصول اخلاق زیستی

آینده زیست انسان‌ها و دیگر موجودات، به واسطه نقشی که در حیات انسان دارند، از مهم‌ترین دغدغه‌های بشریت است. تسلط کشورها بر منابع طبیعی و داشتن منافع استراتژیک مغایر با طبیعت، حداقل در سطح داخلی می‌تواند با مانع قانونی روبرو نباشد، زیرا دولت‌ها به‌عنوان واضع مقررات می‌توانند خود را از قید محدودیت‌ها برهانند و یا حتی با اقدامات مخفی، مانع از تحقق اهداف عهدنامه‌های بین‌المللی شوند. در این شرایط تنها چیزی که کارایی دارد، پایبندی عموم به اخلاق زیستی و تحت فشار قرار

دادن دولت یا شهروندان متخلف از سوی مؤسسات غیرانتفاعی داخلی و بین‌المللی است. به‌عنوان نکته بدیهی، اجبار به پای‌بندی به اخلاق زیستی از جمله منوط به تعریف اصول و موازین منسجم و استاندارد برای آن است.

۲-۱. مفهوم اصول در اخلاق زیستی

اصول اخلاقی در مفهوم ساده، عبارت از هنجارهای رفتاری هستند که تعهدات، اعمال مجاز و رفتارهایی را که شایسته به‌شمار می‌آیند، توصیف می‌کند. اصل، راهبردی قاعده‌مند است که اسلوب تعهد، حق و کیفیت اعمالی را که در حدود اصل قرار می‌گیرند، مشخص می‌کند.^{۱۴}

سخن گفتن از «اصول» در هر علم، بدان معناست که پایه‌ها و بنیان آن دانش بر چه چیزی استوار است. تعریف چارچوب نخستین گام برای بررسی نظری و رسیدن به نتایج عملی است و علم اخلاق زیستی نیز از این مقوله مستثنا نیست. جامع بودن اصول مستلزم دو رکن مهم یعنی توجه به مقبولیت آنها در سطح بین‌المللی و قابل اجرا بودن آنها در راستای اهداف عملی اخلاق زیستی می‌باشد. ارائه اصول برای اخلاق زیستی معنی دیگری نیز دارد: اینکه اجتماع بدون اخلاق پا نمی‌گیرد یا دوام پیدا نمی‌کند. ادعای حمایت از حقوق بشر یا تعریف قالبی برای اخلاق در سطح جهانی تنها از طریق معرفی اصول اخلاق زیستی قابل پذیرش است

14. Beauchamp, Tom, Principles and Other Emerging Paradigms for Bioethics, *Indiana Law Journal*, Vol. 69-3, 1994, p. 956.

و بدون آن باید حقوق را مفهومی نظری محسوب داشت که هیچ پشتوانه وجدانی و اخلاقی ندارد.^{۱۵}

۲-۲. محدوده اصول اخلاق زیستی

معرفی مبانی و قواعد در قالب «اصل» برای اخلاق زیستی، به مفهوم شفاف کردن حدود و قالبی است که افراد باید بدان پای‌بند باشند؛ لذا اصول اخلاق زیستی باید در مواردی که شائبه نقض آنها مغایر با حقوق بنیادین بشر یا محیط زیست نیست، به‌طور مضیق تفسیر شوند. عدم پذیرش این امر مستلزم جلوگیری از تمام تحقیقات علمی و پزشکی است که حتی اگر در راستای آن نظریه‌پردازی شود، قابل تحقق نیست.

نقطه شروع اصول اخلاق زیستی، تعریف حق حریم برای بشر در وهله نخست و محیط زیست در گام بعدی است.^{۱۶} قلمرو این حریم با تحول جوامع و پیشرفت‌های علمی دچار تغییر می‌شود، اما هیچ‌گاه زوال آن قابل تصور نیست. اصول مذکور با لحاظ حقیقت و منطق تدوین می‌شوند و همین امر امکان به‌کار بستن آنها را از سوی قوای حاکم، مراجع بین‌المللی و حتی عامه مردم فراهم می‌سازد. دولت در سطح داخلی یا سازمان‌های بین‌المللی در سطح جهانی، علاوه بر التزام به اخلاق زیستی، از طریق ضمانت‌اجراهای مختلف، زمینه رعایت آن را از سوی دیگران

15. See: Bandman, E. L. & B. Bandman, **Bioethics and Human Rights: A Reader for Health Professionals**, Little, Brown and Company, Boston, 1978.

16. See: Deryck, Beylvelde & Roger, Brownsword, **Human Dignity in Bioethics and Biolaw**, Oxford University Press, 2001.

فراهم می‌سازند. اصول اخلاق زیستی در مرحله تدوین به فرهنگ یا تمدن خاصی منتسب نبوده و البته ناقض حقوق اجتماعی یا مغایر با فرهنگ عامه به‌شمار نمی‌آیند. در نگاه وسیع‌تر، تدوین اصول اخلاق زیستی فی‌نفسه فرهنگ خاصی را بوجود می‌آورد که ضامن دو رکن مهم یعنی اخلاق جهانی و همگرایی می‌باشد. پذیرش این دو نیز خود در استمرار مفاهیم اخلاق زیستی و تحول آن به موازات پیشرفت‌های علمی یا آثار حوادث ناشی از آزمایش‌های مرتبط با عوامل زیستی مؤثر است.

اکنون جای طرح این پرسش است که آیا التزام به اصول اخلاق زیستی موجب بهبود اوضاع زیستی می‌شود؛ یا تنها از بدتر شدن وضع جلوگیری می‌کند؟ اگر هدف اخلاق رسیدن به بهترین شرایط قابل تصور (سعادت) باشد، اصول اخلاق زیستی نیز باید با همین هدف تفسیر شوند. بنابراین اصول مذکور بهبود وضعیت موجود را تضمین می‌کنند که البته این تضمین خود مستلزم پیش‌بینی قواعد حقوقی و تصویب مقررات الزام‌آور در سطح داخلی و بین‌المللی است.

عمل‌گرایی، یکی دیگر از اوصاف اصول اخلاق زیستی از حیث قلمرو است. نیل به این مهم مستلزم توجه به اشتراکات اخلاقی ملل و صرف‌نظر کردن از تأکید بر مرام یا مسلک خاص به‌عنوان منشأ اصل یا اصول خاص می‌باشد. در واقع یافتن ریشه‌های اخلاق زیستی به بحث مبانی یا فلسفه آن مربوط می‌شود و اصول در صدد معرفی چارچوب اجرایی این مبانی و منابع می‌باشند. ترسیم این هدف نتیجه دیگری می‌دهد

و آن طرح عبارت «اصول اخلاقی مشترک»^{۱۷} به عنوان بهترین ساختار برای توصیف اصول اخلاق زیستی است. بدین معنا که این اصول انسان، حیوانات و طبیعت زنده را شامل می‌شوند.^{۱۸}

۳. شمار اصول اخلاق زیستی

اخلاق زیستی، در آن مفهوم که علم به شمار می‌آید، همانند سایر علوم از اصول و مبانی مشخصی تبعیت می‌کند که اختصاص به قوم و سرزمین مشخص ندارد و در واقع پایه‌های آن را تشکیل می‌دهد. برای رسیدن به همگرایی باید این اصول را بازساخت و بر جهانی کردن آنها تأکید ورزید. این اصول را به اختصار می‌توان به شرح زیر دسته‌بندی و تشریح کرد:

۳-۱. اصل عدالت

نخستین اصل در اخلاق زیستی، «عدالت» است؛ البته باید آن را در جایی که به زیست موجودات غیرانسانی ارتباط می‌یابد، «تعادل» نامید. اگر مفهوم عدالت توزیعی^{۱۹} پذیرفته شود که به موجب آن باید عدالت بر

17. Common Ethical Principles.

18. Rendtorff, Jacob Dahl, Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw: Autonomy, Dignity, Integrity and Vulnerability – Towards a Foundation of Bioethics and Biolaw, **Medicine, Health Care and Philosophy** 5, 2002, p. 236.

19. Cohen, Merrill A., The Bioethical Principle of Distributive Justice and the State, **Medical Sentinel**, Vol. 7-2, 2002, pp. 50-55.

کارایی، و آزادی بر امتیازات اقتصادی و اجتماعی تفوق یابد،^{۲۰} نتیجه اخلاقی که در حیطه زیستی می‌توان گرفت، آن است که همگان باید - صرف‌نظر از نژاد، جنس، سن و.. - از امکانات بهداشتی و درمانی بهره‌مند شوند.^{۲۱} لذا عدالت اقتضا دارد که نتوان افراد را در معرض آزمایش‌های خطرناک قرار داد و این حق (آزادی و حق بر جان و تن) بر مزایای اقتصادی و اجتماعی آن غلبه دارد.

با وجود شمول اخلاق زیستی بر انسان، حیوان و طبیعت زنده، مفهوم عدالت در رابطه با انسان‌ها با توصیفی که از آن در محیط زیست به‌عمل می‌آید، تفاوت دارد. تأمین عدالت در روابط انسانی، علی‌الاصول مستلزم دخالت دولت یا به‌عبارتی نمایندگان منتخب مردم است؛ برعکس در رابطه با حیوانات و محیط زیست، برقراری تعادل با عدم دخالت زیان‌آور انسان فراهم می‌شود. طبیعی بودن عدالت در محیط، البته انسان را دربر می‌گیرد و تنها ویژگی عقل و برتری‌جویی، دخالت‌عامل انسانی را برای تأمین یا تضمین عدالت ایجاب نموده است. قانون طبیعت «تعادل» است و این تعادل فقط در صورت مداخله‌عامل انسانی یا حوادث قهری نادر بر هم می‌خورد که در این صورت، برقراری دوباره موازنه که لازمه استمرار حیات یا سلامتی طبیعت می‌باشد، نیازمند دخالت مثبت انسان خواهد بود.

20. Rawls, John, *A Theory of Justice*, Revised Edition, Oxford University Press, 1994, pp. 261-262.

21. Smith II, George P., *Human Rights and Biomedicine*, Kluwer Law International, Hague 2000, *op.cit.*, p. 12.

بنابراین، تفاوت عدالت و تعادل در آن است که اولی به دست می‌آید، اما دومی از دست می‌رود. بدیهی است که رسیدن به عدالت با وصف فوق بسیار آسان‌تر از بازگرداندن تعادل طبیعی پس از زوال آن می‌باشد: مداخله، تعهدی در حیطه اخلاق زیستی است و معلوم نیست که منجر به بازگرداندن تعادل طبیعی شود. مهم آن است که «عدالت» اجرا شود، حتی اگر امکان برقراری موازنه برای همیشه از دست رفته باشد.

دقیقاً به دلایل فوق است که تعادل، هیچ‌گاه بدون استثنا نمی‌ماند و در مواردی دایره آن محدود گشته و حتی به‌طور کامل کنار گذاشته می‌شود. هرچند به‌عنوان قاعده، تا آنجا که ممکن است، نباید «تعادل طبیعی» را برهم زد و تنها ضرورت‌های بالاتر از طبیعت، آن‌هم به تشخیص اکثریت نمایندگان جامعه جهانی، اختیار خدشه بر عدالت طبیعی را به انسان‌ها خواهد داد. یکی از این ضرورت‌ها، دایر بودن حیات انسان به اصلاح یا تغییر در محیط زیست اوست که البته در این مورد نباید حالت ضرورت، عمدی و کلی باشد. بنابراین اگر امکان حفظ حیات به طریقی دیگر میسر باشد، نباید موازنه طبیعی را در معرض خطر قرار داد. اولویت انسان بر موجودات دیگر تنها در اصل حیات و منحصر به حریم اوست و نمی‌توان برای هدفی دیگر تعادل را قربانی نمود. نیز انسان نمی‌تواند در محیطی تصرف نماید که بدان تعلق نداشته و نسبت به او وحشی به حساب می‌آید. تعادل را می‌توان برای یک هدف دیگر نیز برهم زد و آن «رسیدن به وضعیتی بهتر از آنچه در حال حاضر وجود دارد»،

می‌باشد. لذا اصلاح ژنتیکی گونه‌های مختلف گیاهی و جانوری تنها در صورتی مجاز خواهد بود که وضعیت را برای این گونه‌ها و انسان متمتع از آنها بهتر و نه بدتر کند.^{۲۲} تا زمانی که درستی یک فرضیه مدعی بهبود اوضاع اثبات نشده، اجرای آن تنها در سطحی محدود (برای مثال، آزمایشگاه) مجاز خواهد بود.

۲-۳. اصل رضایت

رضایت یا اراده آزاد در اخلاق زیستی، با تعبیری که در حقوق خصوصی از آن به عمل می‌آید، تفاوت دارد. در قراردادهای خصوصی، هدف از احراز قصد و اراده شخص، انتساب تعهد ارادی به اوست و با احراز آن، تعهد ایجاد و علی‌الاصول زایل نمی‌گردد. در روابط دو یا چندجانبه، شخص ممکن است طرف حق یا تکلیف یا هر دو قرار گیرد. اما در مطالعات زیستی، مقصود از رضایت تحمیل تعهد به شخصی که اعلام رضایت کرده نیست،^{۲۳} بلکه می‌توان مفاهیم پنج‌گانه زیر را به اراده شخص نسبت داد: اهلیت تمتع و استیفای حق با هدف استمرار زندگی؛ توان اخلاقی تصمیم‌گیری و تعیین سرنوشت؛ آزادی تصمیم‌گیری بدون عامل فشار خارجی؛ اراده ایجاد تعهد شخصی که خود بیانگر وجود حق حریم می‌باشد و سرانجام، آزادی اعلام رضایت.

22. See: Elizabeth Rose Hall, **Summary Report: Bioethics and Biotechnology: What is at Stake for Humanity Now?** United Nations University, Tokyo, 2 June, 2003.

23. See: Dworkin, Roger B., **Emerging Paradigms in Bioethics: Introduction**, Indiana Law Journal, Vol. 69-4, Fall 1994, p. 950.

به‌عنوان مثال عینی، رضایت بیماری که نیاز به عمل جراحی مغز دارد، ناشی از اهلیت او بر حق زندگی خویش، توان تصمیم‌گیری مستقل، اجازه به دیگری برای ورود به حریم خصوصی و قابلیت پذیرش تمام آثار ناگواری است که امکان دارد به دلیل ماهیت جراحی - و نه فعل یا خطای پزشک - بر وی وارد شود.

بحث رضایت را باید به‌طور جداگانه در مورد انسان و محیط زیست (حیوان و طبیعت زنده) مطرح ساخت.

۱-۲-۳. اعمال اصل رضایت در مورد انسان

در مورد انسان بحث کافی انجام شده و رضایت به‌عنوان شرط براءت پزشک معرفی شده است. مطابق با ماده ۶۰ قانون مجازات اسلامی، «چنانچه طبیب قبل از شروع درمان یا اعمال جراحی از مریض یا ولی او براءت حاصل نموده باشد ضامن خسارت جانی، یا مالی یا نقص عضو نیست و در موارد فوری که اجازه گرفتن ممکن نباشد طبیب ضامن نمی‌باشد». البته صرف رضایت کافی نبوده و رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی، بنابر آنچه در بند (۲) ماده ۵۹ همین قانون قید شده، شرط براءت می‌باشد.

مبنای اخلاقی وضع مواد فوق‌چندان دور از ذهن نیست. در حقیقت، صیانت از زندگی یا سلامتی هر کس، حق و تکلیف خود اوست و در مواردی که زندگی یا سلامتی یا هر دو در معرض خطر قرار می‌گیرد، خود شخص است که اهلیت تصمیم‌گیری در مورد استمرار طبیعی آن یا قرار گرفتن در معرض خطرات پزشکی را داراست؛ هرچند این حق نیز خود

دارای شرایط و محدودیت‌هایی در جهت حفظ حیات است. در مورد افراد فاقد اهلیت، اعلام رضایت از سوی ولی یا قیم انجام می‌شود و در حالت اضطراری پزشک می‌تواند با احراز سه شرط عدم دسترسی به سرپرست، خطرناک بودن وضعیت و ضروری بودن معالجه، بدون رضایت شخص اقدام به جراحی نماید (مستنبط از بند ۲ ماده ۵۹ قانون مجازات اسلامی).

در همین جا باید به سه پرسش مهم پاسخ داد: نخست اینکه، اگر پزشک با احراز سه شرط فوق و بدون اخذ رضایت قبلی، اقدام به درمان نماید؛ آیا رضایت بعدی ضروری خواهد بود؟ نیز اگر پزشک در حالت عادی، بدون اخذ رضایت اقدام به معالجه کند، آیا رضایت بعدی مؤثر خواهد بود؟ سوم اینکه، اگر با وجود ضروری بودن درمان، شخص بیمار یا سرپرست او از اعلام رضایت امتناع نماید، آیا پزشک می‌تواند بدون قید رضایت، رأساً بیمار را درمان نموده یا تحت عمل جراحی قرار دهد؟

در مورد پرسش نخست، از آن جهت که فوری بودن امر، رکن «رضایت» را از میان برمی‌دارد، لذا نیازی به رضایت بعدی بیمار وجود ندارد. در واقع چون «در موارد فوری که اجازه گرفتن ممکن نباشد طیب ضامن نمی‌باشد» (قسمت اخیر ماده ۶۰ ق.م.ا)، بنابراین رضایت بعدی تأثیری در فعل درمانی قبلی ندارد. در مواردی که معالجه بدون رضایت بیمار بوده، فوریت نداشته و منجر به تلف جانی یا نقص عضو یا خسارت مالی شود، رضایت بعدی موجب اسقاط مسئولیت مدنی خواهد شد؛ زیرا این امر در حکم اسقاط تعهد پس از ثبوت آن است و آنچه بر عهده پزشک می‌ماند، تخلف از نظامات دولتی و حرفه‌ای می‌باشد.

آنچه که ارتباط ملموس‌تری با اخلاق زیستی پیدا می‌کند، پرسش سوم است. امتناع بیمار یا سرپرست او در صورت فوری و ضروری بودن درمان، تعهدی برای پزشک از حیث معالجه ایجاد نمی‌کند؛ زیرا تعهد قانونی و حرفه‌ای او به درمان، از جمله منوط به احراز رضایت بیمار یا سرپرست اوست و بدون آن اقدام وی تخلف به‌شمار می‌آید. برای راحتی اثبات رضایت است که در اکثر کشورها، أخذ کتبی رضایت بیمار یا سرپرست او الزامی محسوب می‌گردد.^{۲۴} در مورد مسئولیت شخص بیمار یا سرپرست او، هرچند نص قانونی وجود ندارد، به استناد مبانی اخلاقی و شرعی، همچون احترام جان انسان‌ها و ضرورت صیانت از زندگی و سلامتی، می‌توان به حق- تکلیف شخص بیمار یا سرپرست او (اعم از ولی یا قیم و...) در حفظ جان و سلامتی وی استناد کرد و تخلف از آن را موجب مسئولیت محسوب داشت. در این‌گونه موارد، بهترین راه آن است که به‌موجب قانون موضوعه، به بیمارستان‌ها اجازه داده شود که با احراز فوریت و ضرورت درمان و جراحی، بدون نیاز به رکن رضایت اقدام به درمان نمایند. این راه‌حل، به‌ویژه از حیث تعیین تکلیف پزشکان، آسایش وجدان ایشان و جلوگیری از سوءاستفاده بیماران روانی و مایل به خودآزاری یا خودکشی، مفید به نظر می‌رسد.

به‌لحاظ تطبیق با اسناد بین‌المللی، رضایت انسان به هرگونه عمل جراحی،^{۲۵} و دست‌بردن در ساختار بدنی ضرورت دارد. بند (ب) و (ج)

24. Gert, Bernard, *Bioethics : A Return to Fundamentals*, Cary, NC, USA: Oxford University Press, 1997, p. 149.

25. Mason, J. K; McCall Smith & Laurie, G.T., *Law and Medical Ethics*, Sixth Edition, Butterworth (LexisNexis), 2002, p. 309 ff.

ماده ۵ اعلامیه جهانی ژنوم انسانی و حقوق بشر،^{۲۶} به ضرورت اعلام رضایت آگاهانه فرد برای آزمایش‌های مجاز ژنتیکی اشاره دارد. البته، آزادی شخص در اعلام رضایت نامحدود نبوده و مشروط به دو شرط مهم است: اولی، اصل «زیان نرساندن» است که بررسی می‌شود و دومی اینکه، آزادی هرکس در اعلام رضایت بر عمل جراحی و درمانی تا جایی است که نسل او را - که در واقع جزئی از نسل بشر به‌شمار می‌آید - در معرض انحطاط یا تغییر خطرناک قرار ندهد.

۲-۲-۳. اعمال اصل رضایت در مورد حیوانات و محیط زیست

مسئله‌ای که مطرح می‌شود این است که آیا اصل رضایت در مورد موجوداتی غیر از انسان نیز قابل اعمال است یا اینکه باید این اصل را منحصر به زیست انسانی محسوب داشت؟ نگاه به این مسئله از دو بعد اخلاقی و حقوقی بیانگر اطلاق اصل در تمام موارد و اعمال آن برای تمامی موجودات زنده است. در مورد حیوانات و ضرورت اخذ رضایت مالک برای درمان آنها، مقررات کیفری به اندازه کافی صراحت دارد. مطابق با مفهوم مخالف مواد ۳۲۱ و ۳۲۲ قانون مجازات اسلامی، درمان حیوان از سوی دامپزشک، بدون اذن صاحب آن در هر صورت موجب ضمان وی خواهد بود.

آنچه از دو ماده فوق قابل استنباط و منطبق با اصول مسئولیت مدنی است، چندان در اخلاق زیستی کارگشا نیست؛ زیرا هدف از اخذ رضایت

26. Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights, UNESCO, 11 November 1997; Endorsed by General Assembly Resolution 53/152 of 9 December 1998. At: www.ohchr.org/english/law/genome.htm

مالک پیش از درمان حیوان، حمایت از حق مالکیت و منافع مادی اوست و نمی‌توان آن را برای حمایت از طبیعت زنده بدون مالک به‌کار بست. از آن جهت که مالک به مفهوم حقوقی آن، در مورد حیوانات وحشی، محیط زیست داخلی و آبهای آزاد بین‌المللی صدق نمی‌کند، دریافت رضایت برای ترمیم یا نابودی آنها، حتی اگر مطرح باشد، هدفی جز آنچه که در حقوق خصوصی مدنظر است را دنبال می‌کند. در موارد اخیر ناگزیر باید مدعی شد که برای تغییر در محیط زیست نیز رضایتی که مقید به دو شرط فوق است، ضرورت دارد. این رضایت را برای تغییرات زیست-محیطی داخلی، مراجع ذیصلاح داخلی و در تغییرات فراسرزمینی، حسب مورد، مقامات صالح بین‌المللی یا منطقه‌ای اعلام می‌نمایند.

احراز اخلاقی بودن حکم اخیر با اشکال خاصی روبرو نمی‌شود؛ تنها مشکل موجود، تضمین حقوقی آن از طریق وضع قوانین داخلی و عهدنامه‌های بین‌المللی است تا زمینه اجرایی شدن اخلاق فراهم آمده و زندگی و سلامتی محیط زیست در مفهوم عام تأمین گردد.^{۲۷} وجود ضمانت‌اجرا، به‌ویژه در عرصه بین‌المللی برای جلوگیری از اتخاذ رویه‌های گوناگون و گاه متناقض ضروری به نظر می‌رسد.

۳-۳. اصل زیانبار نبودن^{۲۸}

27. Rendtorff, J.D. and P. Kemp, **Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw**, Vol. I-II, Barcelona and Copenhagen: Institut Borja di Bioètica and Centre for Ethics and Law, 2000, pp. 141-143.

28. Principle of Non Malfeasance.

هر پژوهشی در زیست انسانی یا محیط زیست او باید به گونه‌ای انجام شود که منجر به ضرر برای انسان یا محیط اطراف او نشود. زیانبار نبودن تحقیقات علمی و زیستی در مورد انسان و محیط پیرامون او، علاوه بر اینکه یکی از اصول اخلاق زیستی به‌شمار می‌آید، تثبیت‌کننده دو اصل عدالت و رضایت است. بدین معنا که این اصل عادلانه بوده و هرگونه رضایتی که سلامتی انسان یا طبیعت زنده را در معرض خطر قرار دهد، غیرقابل پذیرش خواهد بود.

اصل زیانبار نبودن حیطة عامی داشته و تمام مراحل برنامه‌ریزی، انجام یا واگذاری اجرای طرح‌های بیولوژیکی مضر را شامل می‌شود.^{۲۹} بدین مفهوم که دولت‌ها نمی‌توانند با سپردن انجام تحقیقات یا اجرای نتایج آنها در سطحی گسترده به مؤسسات داخلی یا خارجی، خود را از مسئولیت مبرا بدانند. با آنچه گفته شد، روشن می‌گردد که بر خلاف اصول قبل، اعمال این اصل دارای آثار عملی و عینی بیشتری بوده و در اکثر موارد نیازمند تصدی دولت بر فعالیت‌ها و مطالعات زیستی است.

عبارت «زیانبار نبودن»، خود مسئله دیگری را مطرح می‌سازد و آن اینکه آیا زیانبار نبودن پژوهش‌های زیستی کافی است، یا این‌گونه از مطالعات و آزمایش نتایج آنها می‌بایست علاوه بر اینکه زیانی نداشته باشد، مفید نیز باشند؟ در این مورد باید اذعان داشت که هدف اخلاق زیستی، ترغیب به اجتناب از ضرر است و نمی‌توان جلوی مطالعات

29. See: Bernal, Susan Kerr, *Bioethics and Law Forum, Twin Autonomy*, Journal of Andrology, Vol. 25, No. 1, January/February 2004, p.3.

بی‌زیان را گرفت. البته مبهم بودن نتایج بررسی یا نامعلوم بودن ضرر به هنگام آزمایش‌های اولیه، مانع از آن نیست که به‌موجب قانون موضوعه، آزمایش‌های مربوطه در فضایی محدود و محصور انجام گیرد تا از ضررهای احتمالی پیشگیری شود.

اصل زیانبار نبودن مطالعات و آزمایش‌های بیولوژیکی، مصون از استثنا نمانده است. این اصل را در صورتی که امر مهم‌تری در میان باشد، می‌توان تعدیل کرد؛ برای مثال زیان به طبیعت را برای حفظ انسان می‌توان پذیرفت. باید توجه داشت که هرگونه استثنایی بر اصل فوق باید به‌صورت محدود تفسیر شده و از افراط خودداری شود. در هر پژوهشی باید این اصل مهم را مدنظر داشت که تجربه‌آموزی مبتنی بر خطر برای نسل بشر ممنوع و محکوم است. به‌علاوه، اگر این اصل به‌طور مطلق پذیرفته شود، در آن صورت باید مطالعات و آزمایش‌هایی که منجر به تحول علوم پزشکی و بهداشتی و کمک به ارتقای سطح سلامت بشر شده را ممنوع کرد؛ زیرا در هر مورد احتمال خطر و ضرر وجود دارد.

عبارت «زیان» در مفهوم عام آن تفسیر می‌شود و شامل تمام ضررهای مادی، معنوی، آتی و نامحسوس است. توجه روزافزون به محیط زیست نیز منجر به آن شده که اصل زیانبار نبودن به دنیای انسانی محدود نمانده و تمام موجودات زنده را شامل شود. توسعه اخلاق زیستی در این مورد، از این حقیقت ناشی می‌شود که زیان نهایی ورود خسارت به طبیعت بر انسان تحمیل می‌گردد و تجربه بیانگر ضرورت پیشگیری و حمایت همه‌جانبه از طبیعت است.

از بعد حقوقی، اسناد بین‌المللی متعددی با موضوع حمایت از محیط زیست و حمایت از شأن و منزلت انسان‌ها در مقابل آزمایش‌های زیانبار تدوین گردیده است. مقررات داخلی کشورها نیز مطالعات بیولوژیکی مضر را منع و در موارد ضروری، تنها به محیط آزمایشگاهها محدود می‌نمایند. منشور جهانی طبیعت، مصوب ۱۹۸۲ مجمع عمومی سازمان ملل متحد،^{۳۰} پیش‌نویس کنوانسیون بین‌المللی محیط زیست و توسعه (۱۹۹۵)،^{۳۱} و کنوانسیون تنوع زیستی، تدوین شده در ریودو ژانیرو به سال ۱۹۹۲،^{۳۲} هر کدام به‌نحوی، مطالعات زیانبار بیولوژیکی بر روی انسان و طبیعت را منع کرده‌اند.

۳-۴. اصل احترام

این اصل نیز از ارزش‌های اخلاقی نشأت می‌گیرد: رضایت به انجام مطالعات و آزمایش‌های زیستی، هیچ‌وقت مجوز ورود در حریم خصوصی انسان و توهین به شأن و منزلت او نیست. وضعیت برجسته انسان در گیتی اقتضا می‌کند تا حیثیت او با انجام مطالعات زیستی در معرض خطر قرار نگیرد. این نکته در مورد تمام انسان‌ها صدق می‌کند و اختصاص به

30. **World Charter for Nature**, The General Assembly of United Nations, A/RES/37/7, 48th Plenary Meeting, 28 October 1982. Available at: www.un.org/documents/ga/res/37/a37r007.htm

31. **Draft International Covenant on Environment and Development**, 1995, the IUCN Commission on Environmental Law, in Cooperation with the International Council of Environmental Law [UNCED]. At: www.iucn.org/themes/law/pdfdocuments/EPLP31ENsecond.pdf

32. **Convention on Biological Diversity**, 1992. At: www.biodiv.org/convention/articles.asp.

قوم یا نژاد خاصی ندارد، چراکه ماده یک اعلامیه جهانی حقوق بشر (۱۹۴۸) شأن و حیثیت بشر را به طور مطلق محترم شمرده است. اصل احترام، تعهد اخلاقی دانشمندان را یادآور می‌شود که این تعهد دارای ابعاد مختلف به شرح زیر است:

- مغایر نبودن مطالعات زیستی با اخلاق پزشکی، از جمله به دلیل در معرض خطر قراردادن سلامتی انسان‌ها.
- غیرقابل مبادله بودن انسان‌ها و اجزای بدن آنها. بشر موجودی نیست که قیمت‌گذاری شده و به عنوان کالای تجاری به فروش رسد.

- توجه به ارزش‌های اخلاقی همچون شرم، حیا، احساس، حقارت و سایر اوصافی که به انسان اختصاص دارد.

- محرمانه بودن اطلاعات بیولوژیکی و شخصی افرادی که به هر دلیل مورد مطالعات زیستی قرار گرفته‌اند. این امر از حیث عدم لطمه به موقعیت اجتماعی ایشان ضروری به نظر می‌رسد و البته در مطالعات جزئی‌تر، خود اصل مستقلی را تشکیل می‌دهد.^{۳۳}

چنانکه ملاحظه می‌شود، اصل احترام از یک سو با سایر اصول اخلاق زیستی ارتباط می‌یابد و از سوی دیگر، به گونه‌ای طرح شده که گمان می‌رود تنها به انسان اختصاص داشته باشد. مورد اخیر، با هدفی که برای اصول اخلاق زیستی تبیین گردید، هماهنگی ندارد. بنابراین باید فراتر از آنچه اندیشمندان اخلاق زیستی گفته‌اند، به دنبال گسترش قلمرو

33. See: Gert, op.cit., Chap. 8 (Confidentiality), p. 181 ff.

این اصل بود: احترام به طبیعت زنده، اگرچه ابعاد محدودتر از انسان دارد، اما مفهوم پیشرفته‌ای است که شرط بقای نسل موجودات زنده به-شمار می‌آید. اصلی که تقریباً تمام فجایع زیست‌محیطی، ناشی از بی‌توجهی به آن و قائل نبودن حریمی برای حیوانات و محیط زیست است.

در تحلیل کلی ارتباط اصل احترام با سایر اصول باید اذعان داشت، آزادی اعلام رضایت به هیچ‌وجه توجیه‌کننده تعرض به حریم طبیعت زنده و نقض احترام به شأن و حیثیت انسان نیست. در این رابطه مسائلی همچون فلسفه حیات و نقش اخلاق در ترسیم حق حریم مطرح می‌شود؛^{۳۴} برای مثال، اهدای اعضای بدن انسان برای پیوند زدن آنها به بیماران نیازمند یا انجام آزمایش‌های پزشکی، ممکن است بحث عدول از شأن انسانی را مطرح سازد. در اینجا، تنها «حسن‌نیت» و «بی‌زیان بودن اهدا برای شخص دهنده» یا استفاده از اعضای بدن افراد مرده است که مسئله را توجیه می‌کند. در هر حال هیچ استثنایی بر این منع وجود ندارد که «اعضای بدن انسان، کالای تجاری نیست».^{۳۵} امری که ادعای آن در مورد طبیعت زنده غیرعملی به نظر می‌رسد.

۳-۵. اصل اجتناب از پژوهش‌های مخفی

34. Campbell, Alastair v. *Public Policy and the Future of Bioethics, Genomics, Society and Policy*, Vol.1, No.1, 2005, p. 89.

35. Rendtorff, Jacob Dahl, *The Second International Conference about Bioethics and Biolaw: European Principles in Bioethics and Biolaw, Medicine, Healthcare and Philosophy*, Vol. 1, 1998, p. 273.

هرگونه پژوهشی بر روی انسان یا محیط زیست باید آشکار بوده و نتیجه آن به طور دقیق و به دور از پنهان‌کاری به جهانیان گزارش شود. البته می‌توان برای جلوگیری از فاش شدن اسرار علمی مُجاز، اعلام نتیجه را با جلب رضایت مقامات ذیصلاح، به بعد از نهایی شدن پژوهش موکول کرد.

اسناد بین‌المللی نیز متعرض این امر شده و آن را لازمه پیشرفت جهانی دانسته‌اند. به طور کلی، جز در مواردی که منافع استراتژیک و گاه نظامی مطرح باشد، هدف از فعالیت‌های علمی در حوزه زیستی، کمک به ارتقای سطح سلامتی و زندگی بشر است؛ بنابراین دلیلی بر انحصار در این زمینه وجود ندارد. ماده ۴۵ پیش‌نویس میثاق بین‌المللی محیط زیست و توسعه،^{۳۶} بر ضرورت ارائه اطلاعات و دانش لازم به عموم مردم و به‌طور تلویحی اجتناب از اقدام مخفی تأکید دارد.

۳-۶. اصل حمایت قانونی (ضمانت اجرا)

تفاوت اخلاق و حقوق در ضمانت اجراست. با اینکه قواعد اخلاقی ضمانت اجرای عینی و محسوس ندارند، در برخی از موارد تضمین وجدانی از حیث نیل به حقیقت قضیه و کشف واقع کارایی بیشتری دارد. البته وجود ضمانت اجرای قانونی به قواعد اخلاقی ماهیت حقوقی

36. Draft International Covenant on Environment and Development, Third Edition, International Union for the Conservation of Nature and Natural Resources (IUCN), 2004. At: www.i-c-e-l.org/english/EPLP31EN_rev2.pdf

می‌بخشد و رنگ و بوی وجدانی را از آنها می‌گیرد. متأسفانه شرایط به گونه‌ای است که نمی‌توان با قید و بند اخلاق، از تمام مواردی که در آن زیست مورد تعرض قرار می‌گیرد، اجتناب کرد. راه‌حل آن است که اصول اخلاق زیستی در قالب «قواعد استاندارد» یا عهدنامه‌ها و مقررات بین‌المللی معرفی شوند. باید توجه داشت که این اصول نباید به صنف خاصی - برای مثال، پزشکی یا صنعت - محدود گردد و در هر حال باید به فکر عمومیت بخشیدن به آنها بود.

اصول اخلاق زیستی تنها در صورتی اعتبار می‌یابند که با ضمانت‌اجراهای قانونی همراه شوند. اگرچه این اصل به نوعی از محدوده اخلاق زیستی بیرون است، اما می‌توان آن را تضمین همگرایی در این زمینه محسوب داشت. به‌ویژه در مواردی که ضمانت‌اجراها به موجب معاهده‌ای جهانی تعیین گردند و توسل به آنها در صورت عدول از اصول اخلاق زیستی، الزامی به‌شمار آید.

۳-۷. اصل تبادل دانش علمی

ماده ۴۳ پیش‌نویس کنوانسیون بین‌المللی محیط زیست و توسعه، به ضرورت انتقال فناوری زیستی و همکاری کشورها در این زمینه اختصاص دارد. ماده ۸ همین پیش‌نویس «حق بر توسعه» را یادآور می‌شود که از جمله از طریق تبادل دانش علمی محقق می‌شود. به موجب ماده ۲۴ پیش‌نویس اعلامیه جهانی اخلاق زیستی و حقوق بشر یونسکو،^{۳۷} دولت‌ها

37. United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO), 2005. **Universal Draft Declaration on Bioethics and Human**

باید نهادهایی را برای ارائه اطلاعات علمی و تشویق تشریک مساعی علمی و فنی پیش‌بینی نمایند (بند الف). در همین راستا دولت‌ها باید موافقت‌نامه‌های علمی و فرهنگی دو یا چندجانبه‌ای برای افزایش مشارکت و تبادل دانش علمی منعقد کنند (بند ب).

باید تذکر داد که این اصل را نمی‌توان به‌طور کامل قابل اجرا دانست و در شرایط کنونی جایگاه ثابتی برای آن وجود ندارد. اما از مذاکراتی که در سطح جهانی و برای تنظیم معاهدات مربوط به پیشرفت‌های علمی و پزشکی انجام شده، می‌توان دریافت که دولت‌ها باید تبادل دانش علمی در زمینه مسائل زیستی را با دیگر اعضای جامعه جهانی، در برنامه خود قرار دهند. پای‌بندی به این اصل، به‌ویژه از آن جهت اهمیت دارد که مانع از پنهان‌کاری و اقداماتی می‌شود که برای زیست انسانی زیان‌آور به‌شمار می‌آیند، زیرا بدیهی است که در صورت اطلاع دقیق، کشورها همدیگر را از توسعه کاربردی نتایج آزمایش‌ها و پژوهش‌های علمی خطرناک منع می‌کنند.

نتیجه‌گیری

پیوستگی حقوق و اخلاق درباره «زندگی» باعث شده تا موازین حقوقی، جنبه اخلاقی داشته و مباحث اخلاقی، صبغه حقوقی باشند. این تلاقی و تلازم، نخست از اخلاق به حقوق سرایت کرده و سپس،

وجه الزام در قواعد حقوقی باعث شده تا به خصوص در اخلاق زیستی، این امتیاز به نوعی مورد توجه قرار گیرد. عمل‌گرایی اخلاقی از ثمرات این تلاقی است که به نظر می‌رسد برای تکوین آن باید به الزامات حقوقی تمسک کرد. حداقل تأثیر نفی این ادعا و اصرار بر استقلال اخلاق زیستی، به تعویق افتادن درک عمومی درباره اهمیت این رشته در حیات مستمر نسل انسان و محیط اطراف اوست. نیز، ارتباط اخلاق زیستی با حقوق بشر، باعث شده که نوعی نرمش از «اخلاقیات صرف» به «مقررات الزام‌آور» در عهدنامه‌های منطقه‌ای و جهانی بوجود بیاید. نمونه بارز این تحول را می‌توان در پیش‌نویس اعلامیه جهانی اخلاق زیستی و حقوق بشر یونسکو (۲۰۰۵) مشاهده کرد که در آن، موازین اخلاق زیستی عملاً به عنوان مصادیق حقوق بنیادین بشر معرفی شده‌اند.

اصول اخلاق زیستی باید بر مبنای فلسفه ارزش توجیه شوند تا بتوان مدعی عمومیت آنها بود. این توجیه نباید به دین یا مرام خاصی تأکید داشته باشد. اخلاق در مفهوم عام آن به معنی وجدان جمعی انسان‌هاست که در طول زمان و با لحاظ تحولات، نیازها و الزام‌های زندگی تغییر پیدا می‌کند. این رویکرد برای اخلاق زیستی باعث می‌شود تا اکثریت بتوانند آنچه را اخلاقی می‌دانند بر اقلیتی که خود را مقید به ارزش‌های غالب نمی‌دانند، تحمیل نمایند. بنابراین از یک سو، اخلاق زیستی مفهوم دموکراتیک پیدا می‌کند که از همان مبنای اجتماعی، تحمیل عقیده اکثریت بر اقلیت مخالف با تصمیم‌گیری‌های جمعی، تبعیت می‌کند و از سوی

دیگر، ورود آن به حقوق و رویه قضایی به‌عنوان رویه عمومی تسهیل می‌گردد.

تحلیل آزادانه از اخلاق زیستی، خطراتی نیز دارد. این مفهوم می‌تواند به ابزاری سیاسی در دست برخی دولت‌ها بدل شود تا اصول اخلاق زیستی را به مستمسکی برای تحمیل تعهداتی به رقبا یا تحدید آنان در مطالعات زیستی بدل نمایند. در عرصه بین‌المللی، حداقل آنجا که بحث و جدل سیاسی بالا می‌گیرد، تنها می‌توان با معرفی مقررات اخلاقی استاندارد و ارائه چارچوبی مشخص از «وجدان جمعی»، زمینه را برای اعمال واقعی اراده شهروندان جهانی فراهم ساخت.

زمان زیادی برای درک جهانی این واقعیت نیاز است، که جلوه‌ای از اخلاق ناب و عمل‌گرا می‌تواند بسیاری از مشکلات و دغدغه‌های سیاسی را برای همیشه از میان بردارد. به نظر می‌رسد، با معرفی اصول اخلاق زیستی می‌توان به آینده اخلاق و حذف کامل نقش انگیزه‌های سیاسی در منع، تحدید یا گسترش فعالیت‌های بیولوژیکی امیدوار بود.



بخش

ترجمه

آیین دادرسی کیفری بین‌المللی: توافقی، تفتیشی یا مختلط*

نویسنده: کای امبوس**

مترجم: دکتر حسین آقای جنت مکان***

چکیده

هدف این مقاله بررسی این مسئله است که آیا آیین دادرسی کیفری بین‌المللی «توافقی»،^۱ «تفتیشی» یا «مختلط» است. در این مقاله همچنین مقررات دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و دیوان کیفری بین‌المللی، از جمله رویه قضایی مربوط به آن، مورد بررسی قرار می‌گیرند. مقررات فوق با اصلاحات مکرر در آیین دادرسی و ادله (PRE) دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و پیش‌نویس اساسنامه رم از یک نظام توافقی به یک آیین دادرسی حقیقتاً مختلط تحول پیدا کرده است؛ این مقررات عناصر حقوق‌نویشته و کامن‌لا را در یک آیین دادرسی بین‌المللی

* مشخصات اصلی مقاله به قرار زیر است:

Kai Ambos, *International Criminal Procedure: Adversarial, Inquisitorial or Mixed*, *International Criminal Law Review* 3: 1-37, 2003.

** محقق ارشد مؤسسه ماکس پلانک برای حقوق کیفری بین‌المللی.

*** استادیار گروه دانشگاه چمران اهواز.

۱. لازم به ذکر است که برخی نویسندگان نظام دادرسی کیفری در کشورهای کامن‌لا را «توافقی» و برخی دیگر «اتهامی» خوانده‌اند. برخی نویسندگان نیز معتقدند نظام رسیدگی توافقی و اتهامی مکمل یکدیگرند. اما عملاً برابر نیستند (م).

ادغام کرده است. مهم نیست که یک قاعده ترافعی یا تفتیشی است، مهم این است که آیا این قاعده به دیوان‌ها در انجام وظایفشان کمک می‌کند؟ و آیا این قاعده با معیارهای اساسی محاکمه منصفانه منطبق است یا خیر؟

راجع به انجام یک محاکمه مؤثر، گروهی از متخصصان سازمان ملل متحد، درباره اداره دادگاه و جمع‌آوری ادله، نقش فعال‌تری را برای قضات درخواست کردند. در این زمینه، مسلم است که حقوق‌نویسه همانند آیین دادرسی ساخته دست قضات بهتر می‌تواند مانع از تأخیرهای حاصل از رابطه متقابل آزاد طرفین شود. با این حال، مقررات آیین دادرسی تنها یک چارچوب کلی در این رابطه فراهم می‌آورد، کارکرد شفاف و روشن یک سیستم قضایی به عوامل آن بستگی دارد. آیین دادرسی حقیقتاً مختلط مستلزم این است که دادستان‌ها، وکلای مدافع و قضات نسبت به هر دو نظام کاملاً و حقوق‌نویسه از اطلاعات کافی برخوردار باشند، و بتوانند نگاهی فراتر از نظام‌های حقوقی خودشان داشته باشند.

واژگان کلیدی: آیین دادرسی کیفری بین‌المللی، ترافعی، تفتیشی و مختلط.

پیشگفتار مترجم

در طول مذاکرات مربوط به بررسی طرح اساسنامه رم در خصوص تعیین رژیم دادرسی ای که می‌بایست به کار گرفته شود اختلافات فراوانی وجود داشت. آن‌گونه که یکی از حاضران در کنفرانس رم در توصیف این اختلاف‌ها بیان می‌دارد: «حقوقدانان هر کشور سعی و تمایل‌شان بر این بود که بگویند نهادها و ارزش‌های نظام جزایی خودشان از همه برتر است». به‌ویژه، این اختلاف در بین حقوقدانان کامن‌لا و نظام حقوقی رومی - ژرمنی شدیدتر بود. به‌طوری که هیئت نمایندگی فرانسه (گیلبرت بیٹی) مجبور شد به دولت خود در مورد تسلط نظام دادرسی کامن‌لا در اساسنامه دیوان هشدار دهد. اما سرانجام، همان‌گونه که یک ناظر بین‌المللی می‌گوید: «جنگ بین نظام کامن‌لا و نظام حقوق رومی - ژرمنی، جای خود را به توافق بر سر اصول مشترک داد».

رژیم آیین دادرسی دیوان کیفری بین‌المللی عمدتاً ترکیبی از دو نظام متفاوت است: یکی نظام دادرسی ترافعی کامن‌لا و دیگری نظام دادرسی تفتیشی رومی - ژرمنی. البته شاید این مرزبندی خیلی دقیق نباشد؛ زیرا در درون هریک از این دو نظام تنوعی از نظام‌های حقوقی به چشم می‌خورد.

مقدمه

با اینکه تنها برخی مقررات کلی آیین دادرسی در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق (ICTY) - همچنین در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی برای رواندا (ICTY) - پیش‌بینی شده است و «مجموعه مقررات شکلی» آن در مجموعه قواعدی که توسط قضات تهیه شده آمده است (از این به بعد آیین دادرسی و ادله)،^۲ مجموعه مقررات دیوان کیفری بین‌المللی در یک معاهده بین‌المللی آمده که در رم به سال ۱۹۹۸ پذیرفته شده است (از این به بعد اساسنامه رم یا دیوان کیفری بین‌المللی).^۳ اساسنامه (رم) تا حدود زیادی متأثر از مقررات و رویه قضایی دیوان‌های موقت بوده است. آیین دادرسی دیوان کیفری بین‌المللی که نهایتاً در نوامبر ۲۰۰۰^۴ به تصویب کمیسیون مقدماتی رسید و رسماً از سوی اولین مجمع دولت‌های عضو در سپتامبر ۲۰۰۲ پذیرفته شد (ماده ۱۱۲ اساسنامه رم) قصد شفاف کردن مقررات شکلی مذکور در اساسنامه دیوان را دارد و به‌عنوان مکمل این مقررات عمل می‌کند (ماده ۵۱ اساسنامه). آیین‌نامه (داخلی) دیوان، یعنی مقرراتی که از سوی خود دیوان پذیرفته شده است به‌عنوان سومین سند محسوب می‌شود (ماده ۵۲ اساسنامه). این سه دسته مقررات می‌بایست در مذاکرات منتهی به تصویب اساسنامه رم مورد بحث قرار گیرند.

2. Rules of Procedure and Evidence, as amended 10 October 2002, IT/ 32/ Rev. 25, <WWW . un. org/ icty/ bsic. Htm>.

3. Rome Statute of the ICC, UN- Doc. A/ conf. 18319. At www. un. org/ law. icc.

4. Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court.

تفاوت مهم اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق (ICTY) و اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی (ICC) در این است که تنها دیوان یوگسلاوی سابق مقررات خود را تاکنون در عمل اجرا کرده است، بنابراین، درباره اینکه در صورت وجود (نظام‌های مختلف)، کدام نظام در سطح بین‌المللی بیشتر قابل قبول است، می‌تواند واقعی‌تر و دقیق‌تر راهنمایی کند.

قبل از تحلیل مقررات اساسنامه دیوان یوگسلاوی سابق و دیوان کیفری بین‌المللی، در پاسخ به سؤال فوق، یک مسئله از نظر لغوی باید بررسی شود؛ اصطلاح تفتیشی، آن‌گونه که معمولاً از سوی حقوقدانان برای توصیف نظام حقوق «نوشته» قاره‌ای استفاده می‌شود بسیار نامناسب است، زیرا این اصطلاح ما را به یاد تاریک‌ترین دوران قرون وسطی می‌اندازد. در این دوران تعقیب و رسیدگی به یک پرونده به نهاد واحدی - یک قاضی که فعالانه تحقیق می‌کرد (Inquisition = Enquiry, Inquest) - سپرده شده بود، آیین دادرسی منحصرأ مکتوب و محرمانه بود و از شکنجه به‌عنوان شیوه‌ای مشروع برای دستیابی به اعترافات استفاده می‌شد.

از دیدگاه تاریخ حقوق، اصطلاح «آیین دادرسی تفتیشی» معمولاً برای نوعی انضباط، و نیز برای آیین دادرسی کیفری که از سوی پاپ اینوسان سوم در قرن سیزدهم ایجاد شده بود، مورد استفاده قرار می‌گرفت. بعداً هم این آیین دادرسی در مقررات شرعی و قوانین سکولار (جدایی دین از سیاست) نمود پیدا کرد و تا قرن نوزدهم به‌طور کامل ادامه یافت.

رسوایی ضمنی نظام «تفتیشی» چندان از سوءاستفاده‌های بعدی و افراط‌گرایی‌های آیین دادرسی تفتیشی قاعده‌مند ناشی نمی‌شود، این رسوایی بیشتر ناشی از این بود که آیین دادرسی تفتیشی با یک نوع آیین دادرسی اختصاری و بدون قاعده شباهت لغوی داشت که به‌منظور تعقیب و مجازات ملحدان (Inquisition haereticae pravitatis) در اروپای قاره‌ای، به‌ویژه، در اوج «اداره مقدس تفتیش عقاید» استفاده می‌شد. با این حال، حقوقدانان کامن‌لا سعی دارند از آن به عنوان آیین دادرسی سیاست نفرت‌آور، سری و ظالمانه یاد کنند.

در هر صورت، آیین دادرسی تفتیشی به معنای «تفتیش عقاید (Inquisition)» با ظهور انقلاب ۱۹۸۹ فرانسه کنار گذاشته شد؛ آلمان نیز شیوه رسیدگی‌های کیفری (Reformiertes strafverfahren) خود را که بعد از انقلاب ۱۸۴۸ برقرار شده بود اصلاح کرد. در نتیجه، در حال حاضر، رسیدگی‌های تفتیشی در دو مرحله و توسط افراد مشخص با مسئولیت‌های جداگانه صورت می‌گیرد، مرحله تحقیقات مقدماتی که دادستان و یا قاضی تحقیق (قاضی بررسی‌کننده) (Juge d' instruction) آن را به‌عهده دارد و مرحله محاکمه که توسط یک قاضی دادگاه (رسیدگی‌کننده) انجام می‌شود. با وجود این، حتی می‌توان گفت که هر دو نظام ترافعی و تفتیشی، تفتیشی هستند زیرا رسیدگی در مرحله مقدماتی توسط دولت، یعنی، پلیس و دادستان آغاز و هدایت می‌شود. همین‌طور، هر دو نظام «اتهامی» هستند زیرا مرحله تعقیب و محاکمه به-

عهده نهادی جدا از قاضی مرحله مقدماتی است (دادستان یا قاضی تحقیق). مفهوم اولیه دادرسی اتهامی (Processus per accusationem) یعنی روشی که توسط یک شهروند خصوصی شروع می‌شود، اعتبار خود را از دست داده است. از این رو، اتهامی دانستن نظام ترافعی گمراه‌کننده است، زیرا این موضوع به روش جدید حقوق نوشته‌ای اشاره دارد که دادستان به شیوه اتهامی به آن عمل نمی‌کند. در کل، تقسیم‌بندی تفتیشی - اتهامی، در اصطلاحات تاریخی، و به‌خصوص در دوران قبل از انقلاب (فرانسه) معنا می‌یابد. امروزه، آیین دادرسی کیفری جدید بر اساس اصول شفاهی و فوریت استوار است. به‌عبارت دیگر، تنها عاملی که می‌تواند اصطلاح «تفتیشی» را برای این نوع آیین دادرسی توضیح دهد ماهیت حقیقت‌جویی آن است؛ در حالی که در نظام اتهامی تلاش برای یافتن حقیقت از نظر «شکلی»، اغلب، بر عهده طرفین است و در نتیجه، اختلاف طرفین کانون رسیدگی (رویکرد دو طرفی) می‌باشد، در نظام تفتیشی مسئولیت انجام تعقیب کیفری به‌عهده مقامات دولتی است (رویکرد یک طرفی). در این مفهوم، مدل حقوق‌نویسته به‌عنوان مدل «قاضی - ساخته» (Instruktorich) یا مطابق رویکرد ساختاری‌تر داماسکا (Damaska) مبتنی بر سلسله مراتب بهتر توضیح داده می‌شود، در حالی که نظام کامن‌لا ترافعی است و دادستان و متهم «مخالف» یا «موافق» هستند. نام بی‌مسمای دیگر (برای آیین دادرسی کامن‌لا) آیین دادرسی «آنگلو - امریکن» است؛ عنوانی که به آیین دادرسی (کشورهای

انگلیس و ایالات متحده امریکا اطلاق شده است، البته در صورتی که قائل به وجود چنین آیین دادرسی‌ای باشیم. در حالی که، در واقع، آیین دادرسی انگلیس (شامل انگلیس، اسکاتلند و ایرلند) و همین‌طور آیین دادرسی ایالات متحده امریکا در ایالت‌های مختلف با هم تفاوت دارند. در هر صورت، حتی بدتر از سوءاستفاده از یک اصطلاح، انتساب یک معنای غلط و نامناسب به آن است. متأسفانه حقوقدانان کامن‌لا اغلب این اشتباه را مرتکب می‌شوند، چنانکه گاهی اوقات صرفاً بر اساس منابع کامن‌لا در مورد حقوق نوشته قضاوت می‌کنند و مدل فرانسوی - یک قاضی بررسی - کننده را به‌عنوان تنها مدل حقوق‌نویسته می‌شناسند، با اینکه حداقل باید بین مدل حقوق‌نویسته و مدل دادرسی (اصلی آلمان) تفاوت قائل شد. چنانچه نگاه دقیق‌تری به نظام‌های مختلف عدالت کیفری در کشورهای عضو اتحادیه اروپا و - حتی فراتر - شورای اروپا داشته باشیم، هماهنگی یا همگرایی (بین این نظام‌ها) به هیچ‌وجه به‌طور خودکار ایجاد نشده است. با همه این شرایط، اصطلاحات اتهامی / تفتیشی در اینجا تنها در مفهوم کلی استفاده می‌شود تا نشان دهد که تقسیم‌بندی حقوق‌نویسته - کامن‌لا هنوز وجود دارد. روی هم رفته، یک حقیقت باقی می‌ماند و آن اینکه هنگامی که ما در مورد مسائل شکلی و مقررات خاصی صحبت می‌کنیم، استفاده از سنخ‌شناسی به‌عنوان یک ابزار تحلیل سخت و دشوار خواهد بود.

با اشاره به سؤال فوق، در حال حاضر توافق کلی وجود دارد که نظام آیین دادرسی دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و دیوان

کیفری بین‌المللی یک نظام مختلط است، زیرا این نظام در بردارنده عناصر یا اجزای ساختاری هر دو نظام «اتهامی» و «تفتیشی» است. با این حال، نمی‌توان نادیده گرفت که تنها تحولات اخیر باعث تقویت عناصر حقوق-نوشته در آیین دادرسی کیفری بین‌المللی گردیده است. مقررات دیوان‌های موقت، که ابتدا توسط حقوقدانان کامن‌لا طراحی شده بود و پیش‌نویس اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی که از سوی کمیسیون حقوق بین‌الملل تهیه شده بود یک آیین دادرسی اتهامی را پیشنهاد می‌کرد. هرچند یکی از شعبه‌های دیوان یوگسلاوی سابق در سال ۱۹۹۶ مقرر داشت که آیین دادرسی دیوان یوگسلاوی سابق «ترکیب منحصربه‌فردی از ویژگی‌های کامن‌لا و حقوق نوشته است، و دقیقاً از آیین دادرسی حقوق‌نویس یا کامن‌لا تبعیت نکرده است....»، با این حال، در این مرحله از رویه عملی دیوان‌ها، هنوز رویکرد اتهامی به‌طور گسترده حاکم است. مطابق گزارش سال ۱۹۹۹ متخصصان «در اساسنامه‌ها تا حدود زیادی نظام ترافعی منعکس است....». نه به دلیل آنچه در گزارش گروه متخصصان آمده است بلکه تنها به دلیل اصلاحات انجام شده در آیین دادرسی دیوان یوگسلاوی سابق - آخرین بازنگری (شماره ۲۵) مورخ ۱۹ اکتبر ۲۰۰۲ - این آیین دادرسی به سمت یک آیین دادرسی مختلط تمایل پیدا کرده است، به-نحوی که در حال حاضر می‌توان تا حدود زیادی از یک مدل منحصربه‌فرد صحبت کرد. راجع به دیوان کیفری بین‌المللی، در شروع بحث‌های کمیته مقدماتی در سال ۱۹۹۵ نظام کامن‌لا حاکم بود تا آنجا که نماینده هیئت

فرانسوی گیلبرت بیتی به دولت متبوع خود «هشدار» داد که برای اجتناب از استقرار یک نظام کامن‌لای محض واکنش جدی لازم است. هرچند برخی صدور بیانیه از سوی دولت فرانسه را اغراق‌آمیز تلقی کردند و فرانسه را به خاطر صدور این بیانیه به تأخیر در مذاکرات متهم می‌کردند، اما واقعیت مسئله این است که آنچه «پیش نویس فرانسه» در ۱۹۹۶ نامیده می‌شد در کشاندن بحث‌های واقعی بین کامن‌لا و حقوق نوشته مهم بود. این مباحث سرانجام به همگرایی هر دو نظام در اساسنامه و آیین دادرسی دیوان کیفری بین‌المللی منجر شد.

در اینجا نگاه دقیق‌تری خواهیم داشت به مقررات و رویه قضایی دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و دیوان کیفری بین‌المللی در رابطه با مراحل رسیدگی در آیین دادرسی بین‌المللی یعنی، مرحله تحقیقات، مرحله مقدماتی و محاکمه.

مرحله تحقیقات

در هر دو دیوان (موقت)، دادسرا تحقیقات را با قدرت و به‌طور مستقل آغاز و به انجام می‌رساند. چنانچه به‌ظاهر پرونده‌ای به تحقیقات بیشتر نیاز داشته باشد دادستان تصمیم به تعقیب می‌گیرد. دادستان می‌تواند صرفاً اقدامات تحقیقاتی را انجام دهد یعنی، اقداماتی که به حقوق متهم لطمه‌ای وارد نمی‌کند، مانند احضار و تحقیق از مظنونان، قربانیان و شهود؛ همچنین جمع‌آوری هرگونه ادله دیگر (ماده ۱۸ (۲) اساسنامه دیوان کیفری

بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق، قاعده ۳۹ (ط)؛ ماده ۵۴ (۳) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی). با این حال، دادستان برای انجام اقدامات قهرآمیز، مانند بازداشت مظنونان (قاعده ۵۴ به بعد؛ ماده ۵۷ (۳) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی) به کسب مجوز قضایی نیاز دارد. اولین تفاوت مهم بین دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی به قلمرو و زمان کنترل و نظارت بر دادستان بستگی دارد. در حالی که دادستان دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق رسماً به‌طور مستقل تصمیم می‌گیرد که آیا کیفرخواست تنظیم کند یا پرونده را مختومه نماید، و تنها تابع بررسی بعدی کیفرخواست می‌باشد (ماده ۱۸ (۴)، ۱۹ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق، قاعده ۴۷)، در مورد دیوان کیفری بین‌المللی، شورای امنیت سازمان ملل متحد می‌تواند تحقیقات را برای دوره‌ای دوازده ماهه که قابل تمدید نیز است، به حالت تعلیق درآورد (ماده ۱۶ اساسنامه دیوان). هنگامی که دادستان تصمیم می‌گیرد که آیا دلایل معقولی برای شروع به رسیدگی وجود دارد یا خیر، یعنی، مدت طولانی قبل از این که کیفرخواست تهیه شده باشد (ماده ۱۵ (۳) و ۵۳ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی) شعبه مقدماتی تصمیم می‌گیرد. با این حال، تا آنجا که به بحث ما مربوط است تا حدودی می‌توان از این تفاوت نتیجه گرفت که دخالت قضایی قبل از تنظیم کیفرخواست احتمالاً به این خاطر پیش‌بینی شده است که هر دو نظام دادرسی ترافعی و تفتیشی کنار گذاشته شوند، زیرا هر دو نظام، تصمیم‌گیری در این مورد را تنها به عهده دادستان واگذار می‌کنند.

بدیهی است قدرت و استقلال دادستان دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و دیوان کیفری بین‌المللی را نمی‌توان نشانه نظام کامن‌لا تلقی کرد، زیرا یکی از موفقیت‌های مهم نظام «اتهامی» این است که نظام قدیم تفتیشی را به‌منظور تعیین یک دادستان که مسئول انجام تحقیقات است، اصلاح می‌کند. با این حال، می‌توان گفت که ایده کلی کنترل یا نظارت قضایی مقدماتی بر دادستان - از طریق نوعی آیین دادرسی بینابینی و شعبه مقدماتی - حاصل نفوذ فرانسه و آلمان است و در کل «یک خصوصیت بارز نظام تفتیشی» را از مرحله مقدماتی در دیوان کیفری بین‌المللی نشان می‌دهد. در واقع، در طول مذاکرات، هیئت‌هایی از کشورهای همفکر کامن‌لا (طرفدار دیوان کیفری بین‌المللی) احساس کردند که هرگونه مداخله قضایی در طول تحقیقات، جدای از صدور احکام جلب و غیره می‌تواند استقلال دادستان را به مخاطره افکند، اما آنها باید خیلی زود در می‌یافتند که پیشنهاد جایگزین از سوی کشورهای مخالف ایده دادستان مستقل بودند کنترل سیاسی (دادستان) از سوی شورای امنیت سازمان ملل متحد بود، یعنی از سوی پنج کشوری که دو تای آنها مخالف شکل دیوان بودند (ایالات متحده آمریکا و چین) و دیگری (روسیه) که در خوشبینانه‌ترین صورت نسبت به دیوان کیفری بین‌المللی بی‌طرف بود.

بنابراین، در پایان گروه همفکر (کامن‌لا) در کل احساس کرد مجبور است صرف‌نظر از تقسیم‌بندی کامن‌لا - حقوق‌نویسته از یک دادستان

مستقل تابع نظارت قضایی حمایت کند. جالب است در این زمینه اشاره کنیم که تصمیم ایالات متحده امریکا برای اطلاع به دبیرکل سازمان ملل متحد مبنی بر اینکه ایالات متحده هیچ تعهدی در برابر امضای دولت کلیتون (برای عدم امضای معاهده دیوان) احساس نمی‌کند، به موجب نظام رسیدگی اساسنامه رم موجه بود زیرا این دولت یک قدرت مطلق بود. اشاره به وظایف دادستان، بی‌طرفی او، تکلیف او به احراز حقیقت و ارائه نه تنها دلایل مجرمیت، بلکه همچنین ادله تبرئه‌کننده - که صریحاً از سوی یک شعبه دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و در ماده ۵۴ (۱) (الف)، ۶۷ (۲) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی شناسایی شده است^۵ - می‌تواند به‌عنوان یک ویژگی بارز آیین دادرسی حقوق‌نویسته شناخته شود.

هرچند در نظام ترافیعی، دادستان همچنین باید به اصول حقیقت و بی‌طرفی پایبند باشد، نظام حقوقی نوشته اساساً متفاوت است، زیرا بر حسب پرونده دادستان و متهم عمل نمی‌کند و در نتیجه، دادستان نه به‌عنوان یک طرف دعوا، بلکه به‌عنوان یک عامل مستقل شناخته می‌شود. از طرف دیگر، دادستان در رابطه با تصمیم‌گیری جهت شروع به تحقیق،

۵. پرونده دادستان علیه کاپرسکیچ، تصمیم مربوط به مکاتبات بین طرفین و شهود آنان، ۲۱ سپتامبر ۱۹۹۸؛ «... دادستان دیوان نه تنها یک طرف رسیدگی ترافیعی نیست بلکه یک ارگان دیوان است و یک ارگان عدالت کیفری که هدفش صرفاً محکوم کردن نیست بلکه، ارائه پرونده برای رسیدگی است، که نه تنها ادله متهم‌کننده، بلکه همچنین ادله تبرئه‌کننده را به‌منظور کمک به شعبه برای کشف حقیقت در یک رسیدگی قضایی ارائه می‌دهد...».

صلاحیت گسترده‌ای دارد که در نهایت به سود برقراری عدالت خواهد بود (ماده ۵۳ (۱) (ج)، (۲) (ج) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی) و حتی می‌تواند موافقت‌نامه‌هایی با دولت‌ها، سازمان‌های بین‌دولتی یا اشخاص خصوصی برای جلب همکاری آنها منعقد نماید (ماده ۵۴ (۳) (د) اساسنامه دیوان). برای حقوقدانان نظام حقوقی نوشته این فرمول شبیه به معامله اتهام است، که یک ویژگی سنتی کامن‌لا به‌شمار می‌آید.

مرحله مقدماتی

هرچند آیین دادرسی دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و آیین دادرسی دیوان کیفری بین‌المللی بین مرحله تحقیقات و مرحله مقدماتی تفکیک قائل نشده‌اند، در رابطه با ارائه کیفرخواست (دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق) یا اتهامات (دیوان کیفری بین‌المللی) دادستان می‌تواند این تفکیک را انجام دهد. در این مرحله تحقیقات پایان می‌یابد و مرحله مقدماتی شروع می‌شود.^۶ اینجا تفاوت‌های مهمی را بین دو دیوان ملاحظه می‌کنیم. در حالی که در دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق، همان‌گونه که گفته شد، کیفرخواست

۶. مرحله مقدماتی تنها با تأیید کیفرخواست از سوی قاضی شروع می‌شود (و با ارائه ادله از سوی دادستان در محاکمه پایان می‌پذیرد). به هر حال، مفهوم آن این است که مدت بین ارائه کیفرخواست و تأیید قضایی جزء مرحله تحقیقات است، هرچند، معمولاً دادستان در این دوره تنها منتظر تصمیم قضایی است.

تحت نظارت یک قاضی است (ماده ۱۹ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق، قاعده ۴۷)، در دیوان کیفری بین‌المللی شعبه مقدماتی باید اتهامات را تأیید کند که (نظام) «تأیید اتهامات» نامیده می‌شود (ماده ۶۱ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی)؛ در حالی که «کیفرخواست» می‌تواند بدون حضور متهم تأیید شود و دادستان می‌تواند حتی به موجب قاعده ۶۱ رسیدگی غیابی نماید، علی‌الاصول، اتهامات در صورتی تأیید می‌شود که متهم حضور داشته باشد (ماده ۶۱ (۱) بخش دوم اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی). همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، جلسه تأیید اتهامات از هر دو طرف مورد حمایت کلی واقع شده است، و در واقع، آن را هم در شیوه ترافعی و هم تفتیشی می‌توان یافت: آن‌گونه که حقوقدانان کاملاً معتقدند می‌توان آن را به‌عنوان فیلتری دانست برای حصول اطمینان از اینکه تنها در پرونده‌های واقعاً مهم محاکمه برگزار می‌شود یا - همان‌گونه که حقوقدانان نوشته، به‌ویژه، فرانسوی (که آن را ابداع کرده‌اند) معتقدند - آن را به‌عنوان یک مرحله مقدماتی طولانی‌تر به‌منظور «تأیید» یا ارزیابی اتهامات و برای جلوگیری از اتلاف وقت که صرف اختلافات مربوط به افشای ادله در مرحله محاکمه می‌شود، دانست. در این مورد، می‌توان آن را با روش فرانسوی در مورد جرایم در مقابل شعبه اتهامی (Chamber d'accusation) یا چنانکه در اصلاحات اخیر قانون آیین دادرسی کیفری آمده است در مقابل شعبه تحقیقات جنایی (Chamber de l'instruction criminelle) (ماده

۱۹۱- ۲۳۰ قانون آیین دادرسی کیفری) مقایسه کرد. در هر صورت، در دسامبر ۱۹۹۸ یک روش «فیلتر» مانند در دیوان‌های موقت در رابطه با کنفرانس‌های مقدماتی و پیش از دفاع مطرح شد (قواعد ۷۳ و ۷۳ مکرر دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق)، که قبلاً هم به موجب کنفرانس‌های وضعیت وجود داشت (قاعده ۶۵ مکرر دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق). پیش‌بینی قاضی مقدماتی (قاعده ۶۵ دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق)، دخالت قضایی در مرحله مقدماتی بر اساس مدل حقوق‌نوشته را تقویت می‌کند، هرچند این قاضی تنها هماهنگ‌کننده است و وظیفه تحقیقاتی ندارد.

تعارض دیگر بین نظام حقوق کامن‌لا و نوشته به بیان اتهامات از سوی دادستان اشاره دارد. با اینکه آرای بسیاری از دیوان‌های موقت در مورد کل کیفرخواست (ماده ۱۸ (۴) اساسنامه دیوان یوگسلاوی سابق، قاعده ۴۷) شرح دقیق وقایع و طبقه‌بندی قانونی جرایمی را که به متهم منتسب هستند، لازم می‌دانند^۷ لکن کاملاً روشن نیست که آیا اتهامات در مرحله تعقیب تأثیر الزام‌آوری بر رسیدگی‌های بعدی دارند یا خیر. در کل، روشن است که بعد از تأیید اتهامات هرگونه اصلاحی نیازمند مجوز

۷. در پرونده *Kunara C and Kouok* علیه دادستان علی، تصمیم مربوط به نحوه تنظیم کیفرخواست، ۴ نوامبر ۱۹۹۹ (IT-96-23-PT)، بند ۶ آمده است: «کیفرخواست باید ماهیت مسئولیت انتسابی، شیوه ارتکاب جرم از سوی متهم و وقایعی که باعث مسئولیت او شده است را روشن کند. کیفرخواست همچنین باید مکان و زمان ارتکاب جرایم و اشخاصی که در آنها دخالت داشته‌اند را مشخص کند».

قضایی است؛ از طرف دیگر، اگر چنین اجازه‌ای صادر شود، اصلاح واقعی وظیفه دادستان است. در پرونده کاپرسکیچ (*Kupreskic*)، یک شعبه بدوی اجازه اصلاح کیفرخواست را تنها در رابطه با جرایم خفیف‌تر یا رد اتهامات صادر کرد؛ راجع به جرایم شدیدتر یا مختلف، شعبه بدوی باید دادستان را برای اصلاح کیفرخواست دعوت کند.

در مورد دیوان کیفری بین‌المللی، مطابق ماده ۷۴ (۲) بند ۲ اساسنامه، رأی دیوان باید «بر اساس واقعیات و اوضاع و احوال بیان شده در اتهامات و اصلاحات مربوط به آن» باشد؛ به هر حال، روشن نیست که این اتهامات، هنوز همان‌گونه که دادستان آنها را طراحی کرده است، اتهامات اصلی باشند؛ یا اینکه شعبه مقدماتی در جلسه تأیید اتهامات حق دارد آنها را رأساً اصلاح کند یا خیر. رویکرد اول، مورد تأیید کامن‌لا است، زیرا در نظام کامن‌لا، دادگاه حق تغییر طبقه‌بندی قانونی را که دادستان از اتهامات ارائه کرده است، ندارد. رویکرد دوم، به حقوق‌نویسته شبیه‌تر است، زیرا دیوان نه تنها حق تأیید یا رد اتهامات را دارد، بلکه، همچنین، مطابق با اصل "*Jura notiv curia*" حق دارد اتهامات را اصلاح کند. در نگاه اول، به نظر می‌رسد اساسنامه دیوان از رویکرد کامن‌لا پیروی کرده است زیرا شعبه تنها می‌تواند اتهامات را تأیید یا رد کند (ماده ۶۱ (۷) الف)، (ب) یا رسیدگی را به تأخیر اندازد و از «دادستان بخواهد تا ماده ۶۱ (۷) ج را مدنظر قرار دهد، یعنی ادله بیشتری را جمع‌آوری کند (الف) یا به‌خاطر وجود شرایط قانونی مختلف اتهام را اصلاح کند (ب)». از طرف

دیگر، با توجه به اختیارات وسیع شعبه مقدماتی و بدوی، می‌توان نتیجه گرفت که شعبه برای اصلاح اتهامات مادامی که به حقوق دفاعی متهم لطمه‌ای وارد نشود صلاحیت ذاتی دارد، یعنی، مادامی که متهم فرصت کافی برای پاسخ دادن به این‌گونه اصلاحات را داشته باشد. در واقع، شفاف نبودن اساسنامه دیوان در این موضوع به‌خاطر عدم توافق حقوقدانان کامن‌لا و حقوق‌نویس‌ها در طول مذاکرات رم بوده است؛ در نتیجه، مسئله حل نشده باقی ماند.

در رابطه با مقررات مربوط به افشای ادله مسائلی بیشتری مطرح می‌شود. در هر دو دیوان دادستان ملزم است تا اکثر ادله (متهم‌کننده) خود را برای متهم افشا کند، خواه رأساً یا بنا به درخواست (قاعده ۶۶ دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق؛ ماده ۶۱(۳) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، قواعد ۷۶(۲) و ۷۷ و ۱۲۱). راجع به ادله تبرئه‌کننده «تا آنجا که ممکن است» دادستان باید آنها را افشا کند (قاعده ۶۸ دیوان یوگسلاوی سابق؛ ماده ۶۷(۲) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، قاعده ۸۳). نماینده دادستان باید تأیید کند که در خصوص همه مسائل ذیربط تحقیق صورت گرفته است. افشاکردن باید به صورت موردی باشد؛ برای مثال، در رابطه با شهود تاریخ و محل تولد، جنس و محل اقامت (بدون آدرس) باید افشا شود، زیرا یک دفاع مناسب «نه یک مواجهه کورکورانه در دادگاه مدنظر است».

با این حال، به خاطر لزوم حفاظت از برخی شهود و گمنام نگه‌داشتن آنها چنین مواجهه کورکورانه‌ای ممکن است ضروری باشد (ماده ۲۲

اساسنامه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق، قواعد ۷۵، ۶۹؛ ماده ۶۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق، قواعد ۸۷ و ۸۸). هرچند لزوم حفاظت از شهرد ممکن است در کل هم به شهرد دادستان و هم شهرد متهم مربوط شود، لکن، این امر اغلب مانع از حق متهم برای مواجهه می‌شود، و در نتیجه برقراری تعادل بین حق مواجهه (حضور) و حفاظت از شهرد دشوار خواهد بود. متهم تنها در رابطه با دفاعیات خاص ملزم به افشای موردی است، برای مثال، در مورد دلایل و شواهد عدم حضور در محل وقوع جرم (*Alibi*) (قاعده ۶۷ دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق، قواعد ۷۸ و ۷۹ دیوان کیفری بین‌المللی) متهم را نمی‌توان مجبور به افشای ادله متهم‌کننده کرد، زیرا این امر مغایر با حقوق متهم در مقابل متهم شناختن خویش می‌باشد (ماده ۶۷(۱)(ح) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی). در کل، اصل تساوی سلاح‌ها منابع قوی‌تری به دادستان داده است.

با این حال، قاعده ۷۳ دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق که یک کنفرانس قبل از دفاع را مقرر می‌دارد به افشای شهرد متهم (نه اظهارات آنان) به منظور اجتناب از بازجویی‌های طولانی در مرحله محاکمه اشاره دارد. گزارش‌ها، یادداشت‌ها یا سایر اسناد داخلی مشمول افشاگری نمی‌شوند (قاعده ۷۰ دیوان یوگسلاوی سابق، قاعده ۸۱ دیوان کیفری بین‌المللی). در غیر موارد فوق، شعبه بدوی اختیار دارد تا در مورد افشای (ادله) مورد نظر در قاعده ۶۶ (ج) دیوان یوگسلاوی سابق، مانند یک داور تصمیم بگیرد. بنابراین، افشا کردن یک جریان مداوم است که با یک «تعهد

مستمر» همراه می‌باشد. این تعهد به مراحل بعد از محاکمه نیز، از جمله تجدیدنظر، گسترش می‌یابد. از نظر مفهومی، این گونه مقررات مربوط به افشای ادله به‌وضوح به مدل توافقی دلالت دارند، زیرا «رویکرد دو طرفی» افشا کردن (دو جانبه) را ضروری می‌دانند تا اطمینان حاصل شود که هر دو طرف میزان اطلاعات مشابهی دارند. برعکس، چنین قواعدی در نظام حقوق‌نویسته ضروری نیست، زیرا مطابق «رویکرد یک طرفی» انجام تحقیقات به‌عهده دادستان است و وی هم در مورد ادله مجرمیت و هم ادله تبرئه‌کننده تحقیق می‌کند. با این اوضاع و احوال، بهتر است قبل از شروع رسیدگی اجازه دسترسی به پرونده (دادستان) را در برخی مسائل به متهم بدهیم. در این صورت، پرونده دادستان کارکرد قواعد افشاکننده کامن‌لا را تکمیل می‌کند. در واقع، قاعده ۱۲۱(۲)(ج) دیوان کیفری بین‌المللی که قواعد افشاکننده را در ارتباط با پرونده می‌داند، ارسال همه ادله افشاشده به شعبه مقدماتی را ضروری می‌داند.

مطمئناً، چنانچه همگرایی روشنی بین نظام‌ها وجود داشته باشد، تفاوت مفهومی بین افشا کردن و پرونده، عملاً اعتبار چندانی نخواهد داشت، زیرا دادستان اساساً خود در مورد پرونده تحقیق می‌کند و تلاش می‌نماید تا جایی که ممکن است ادله خود را محرمانه نگه دارد. حتی یک قاضی فعال حقوق‌نویسته به سختی قادر است تا امتیاز دادستان را که از مرحله تحقیقات ناشی می‌شود جبران کند. بنابراین، از نقطه‌نظر حقوق بشر، تنها گسترش مقررات مربوط به افشای ادله می‌تواند حقوق متهم را به اندازه کافی تضمین نماید. این تنها در یک نظام آیین دادرسی توافقی اجرا

نمی‌شود. در این معنا، رویکرد «همه کارت‌ها روی میز است»^۸ که به موجب مواد آیین دادرسی و ادله دیوان کیفری بین‌المللی (به ویژه قواعد ۷۷ و ۷۸) پذیرفته شده، رعایت می‌شود.

در خصوص منافع احتمالی امنیت ملی می‌توان به یکی از این سه صورت عمل کرد: اطلاعات عادی باید در اختیار خود متهم قرار گیرد، اطلاعات محرمانه تنها در اختیار وکیل او باشد، و برخی اطلاعات ملی محرمانه هرگز نباید افشا شود. مصداق بارز هماهنگی مقررات فعلی دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و دیوان کیفری بین‌المللی، تحول مفهوم اقرار به مجرمیت - یا همان‌گونه که در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی (ماده ۶۵) آمده - «رسیدگی بر اساس اقرار به جرم» می‌باشد. همین‌طور، قواعد ۶۲(۳)(۵) دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق، شیوه ساده کامن‌لا را در مورد اقرار به جرم پیش‌بینی می‌کند، یعنی بلافاصله از مرحله محاکمه به مرحله تعیین مجازات می‌رود. به این ترتیب چنانچه متهم اقرار به مجرمیت نماید، جلسه رسیدگی جداگانه‌ای برای تعیین مجازات تشکیل می‌گردد، یعنی، برای احراز مجرمیت یا بی‌گناهی متهم، و برای تعیین مجازات تصمیم جداگانه گرفته می‌شود.

این نظام خیلی سریع با محاکمه «آردمویچ» از هم پاشید، هنگامی که متهم نتوانست به‌خوبی از خود دفاع کند و اعتراف کرد که مجبور به کشتن غیر نظامیان بوده است. اقرار او ابتدا از سوی شعبه بدوی به‌عنوان اقرار به

۸ رویکرد فوق به این معناست که دادستان و وکیل مدافع متهم باید کلیه اسناد و مدارک تحت اختیار یا کنترل خود را در اختیار طرف دیگر قرار دهند. به عبارت دیگر، همه چیز برای رویت مفتوح است.

مجرمیت معتبر شناخته شد، لکن شعبه تجدیدنظر تصمیم شعبه بدوی را نقض کرد. این شعبه چهار شرط را برای اقرار معتبر بیان داشت که در حال حاضر در قاعده ۶۲ مکرر آمده‌اند: اقرار به مجرمیت باید داوطلبانه، آگاهانه و صریح باشد و دلیل واقعی و کافی برای جرم و مشارکت متهم در آن وجود داشته باشد. تنها در صورتی که این شرایط محقق شود شعبه بدوی می‌تواند اقرار را بپذیرد و زمان جلسه را برای تعیین مجازات مشخص کند (قواعد ۶۲ مکرر و ۱۰۰ دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق).

همچنین، قاعده ۶۲ نحوه توافق دادستان و متهم را در مورد دفاع مقرر می‌دارد که مهم‌ترین ویژگی آن در این خصوص الزام‌آور نبودن توافقی‌های حاصله برای شعبه بدوی است. در واقع، شعبه بدوی ملزم نیست وقایعی را که دادستان و متهم در مورد آنها توافق کرده‌اند مدنظر قرار دهد، «زیرا وظیفه اساسی دادگاه این است که اطمینان حاصل کند که دلایل واقعی و کافی برای جرم و مشارکت متهم در آن وجود دارد یا خیر. تنها در صورتی که دادگاه فرد را مجرم بداند، علی‌الاصول، باید به حقایق مورد توافق در مرحله تعیین مجازات توجه کند».^۹

همین‌طور، ماده ۶۵ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی و قاعده ۱۳۹، کاملاً تحت تأثیر قضیه /ردمویچ بوده است. براین اساس شعبه بدوی اختیار کامل دارد تا با در نظر گرفتن معیارهای فوق، در مورد اعتبار «اقرار

9. *Prosecutor v. Jelusic*, Judgment 5 July 2001 (IT- 95- 10- A), para. 87; also *Prosecutor v. Sikirica et al.*, Judgement 13 November 2001 (IT- 95- 8- 5), para. 49.

به مجرمیت» تصمیم بگیرد. مضافاً، هرگونه توافق یا مصالحه‌ای بین دادستان و متهم - اساسنامه دیوان به بحث‌ها اشاره دارد - شعبه بدوی را مقید و محدود نمی‌سازد (قاعده ۶۲ ج) دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق، ماده ۶۵ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی). بنابراین، هر چند لازم است که بحث‌ها بین طرفین به رسمیت شناخته شود، این امر مانع از آن نمی‌شود که قربانیان و شهود در مورد «حقیقت تاریخی» در یک دادگاه علنی صحبت کنند.

به‌سختی می‌توان ماده ۶۵ را یک توافق نامید؛ این ماده بیشتر نشان می‌دهد که نفوذ حقوق‌نویسه چه قدر قوی است. بدینی‌ای که در این مورد وجود دارد متوجه ایده کلی سازوکارهای معامله اتهام (Plea bargaining) در محاکمات کیفری است. در واقع، می‌توان گفت که «فرا - قانونی بودن» اقرار به مجرمیت، به هدف آن که همانا کوتاه کردن رسیدگی‌ها می‌باشد لطمه می‌زند؛ زیرا نتیجه آن به صرف اقرار تغییر می‌یابد.

این نوع اقرار به جرم می‌تواند در بین حقوقدانان کامن‌لا ناامیدی شدیدی ایجاد نماید. نویسنده خود شاهد یک محاکمه در تیمور شرقی به- موجب مقررات ۲۰۰۰/۱۵ سازمان ملل متحد برای تیمور شرقی (UntAET) بوده است - که اساساً مشابه اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی است. مطابق رویه عملی دیوان‌های موقت،^{۱۰} متهم بر اساس معامله اتهام با دادستان (به‌شیوه انگلیسی) اقرار به جرم نمود. وی صریحاً

10. *Ibid.*

پایان محاکمه خود را خواستار شد، لکن (اقرار وی) از سوی یک هیئت سه نفره از حقوقدانان نظام حقوق نوشته (دو قاضی بین‌المللی از ایتالیا و بنین و دیگری از تیمور شرقی) به شدت مورد تردید قرار گرفت. سرانجام متهم به منظور اینکه قضات، به‌ویژه قاضی آفریقایی را متقاعد کند که در واقع او مجرمیت را داوطلبانه، آگاهانه و صریح پذیرفته است تن به محاکمه داد. در پایان نیز اقرار (متهم) پذیرفته نشد و محاکمه برای مدت طولانی به روال عادی ادامه یافت.

خلاصه، مقررات فعلی در خصوص اقرار به مجرمیت نمونه خوبی از اصلاحات گسترده در حقوق نوشته از طریق نهادهای مسلم کامن‌لا است. این امر کار را برای حقوقدانان حقوق نوشته آسان می‌سازد تا همچون نمونه تیمور شرقی حتی اقرار به مجرمیت «صریح» را هم نپذیرند؛ حال آنکه، از نظر حقوقدانان کامن‌لا مقررات فوق غیرقابل اجرا است و کاملاً با رویه جاری آنها مخالف است.

مرحله محاکمه

ارائه پرونده

به‌درستی تصدیق شده است که محاکمه، مرحله‌ای از رسیدگی است که در آن اصول حقوق نوشته و کامن‌لا خیلی جدی‌تر با هم در تعارض هستند. اینجا ما می‌توانیم مجدداً اصلاحات حقوق نوشته را در چارچوب نظام کامن‌لا در زمینه‌های مختلف، قبل از هر چیز در ارتباط با ارائه پرونده

مشخص کنیم (قواعد ۸۲ به بعد دیوان یوگسلاوی سابق). در نگاه اول، به نظر می‌رسد قواعد دادرسی و ادله دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق شبیه به نظام ترافیکی باشد (نهاد ترافیکی): بیانات افتتاحیه دادستان و متهم (قاعده ۸۴)، ارائه ادله از سوی دادستان و متهم که بعد از انکار و پاسخ دفاعی صورت می‌گیرد (قاعده ۸۵ الف) دیوان یوگسلاوی سابق)، سؤال از شاهد، سؤال از شاهد طرف مقابل و سؤال مجدد از شاهد (قاعده ۸۵ ب) دیوان یوگسلاوی سابق). با این حال، نگاه دقیق‌تر معلوم می‌سازد که شعبه بدوی می‌تواند جریان حوادث را به «نفع عدالت» تغییر دهد (قاعده ۸۵ الف) دیوان یوگسلاوی سابق) و ادله اضافی را رأساً مقرر دارد (قواعد ۸۵ الف) (۵) در رابطه با قاعده ۹۸). به علاوه، قاعده ۸۴ مکرر به متهم اجازه می‌دهد که بعد از بیانات طرفین «تحت نظارت شعبه بدوی» بیانات افتتاحیه را داشته باشد. بنابراین، حداقل از نظر مفهومی، متهم در طول محاکمه از یک شیء صرف، آن‌طور که در نظام اتهامی به نظر می‌رسد، به یک عضو فعال که در نظام حقوق‌نویسته شناخته شده است تبدیل می‌شود. از طرف دیگر، متهم همچنین می‌تواند در دفاع از خود به-عنوان شاهد حضور یابد (قاعده ۸۵ ج) دیوان یوگسلاوی سابق) و در نتیجه، موقعیتی را که در کامن‌لا به دنبال آن است کسب نماید. تفاوت بین این قواعد در این حقیقت نهفته است که سخنان افتتاحیه همان ارزش و اعتبار بازجویی از متهم به‌عنوان شاهد را ندارد، زیرا تنها بازجویی است که با سوگند انجام گرفته و با سؤال از شاهد طرف مقابل آزمایش می‌شود.

در هر صورت، ورود عناصر حقوق نوشته بیش از حد مرموزانه بوده است. در سال ۱۹۹۸ یک شعبه دیوان یوگسلاوی سابق حتی مقرر کرد، زمانی که شاهد اظهارات رسمی (Solemn declaration) داشته باشد، برای مثال ادای سوگند، خودش «شاهد حقیقت» محسوب می شود و نمی تواند «شاهد طرف دیگر» باشد.^{۱۱} این امر به وضوح از این واقعیت حکایت دارد که رسیدگی توافقی محض وجود ندارد. در پرونده بلاسکیچ، شعبه بدوی بارها شهود را به موجب قاعده ۹۸ احضار کرد و انهاییه معلوم شد که آنها از همان ابتدا آزادانه و تنها بعد از اینکه از سوی طرفین مورد بازجویی قرار گرفتند شهادت داده اند. درباره اصل محاکمه منصفانه باید گفت، این موضوع که طرح سؤال اضافی از شاهد طرف مقابل، از سوی یک طرف، اصل تساوی سلاح ها را که در قاعده ۸۵ آمده است، نقض می کند، نیز تأیید شده است.^{۱۲}

در رسیدگی های دیوان کیفری بین المللی، نقش شعبه بدوی تعیین کننده تر است. شعبه بدوی مسئول انجام محاکمه می باشد (ماده ۶۴ (۶) الف) در رابطه با ماده ۶۱ (۱۱) اساسنامه دیوان کیفری بین المللی) و می تواند درخواست کند که ادله ارائه شود (ماده ۶۴ (۶) ب)، (د) دیوان کیفری بین المللی) و هر مورد دیگری را که لازم تشخیص دهد مقرر دارد

۱۱. دادستان علیه کاپرسکیچ، تصمیم مربوط به مکاتبه بین طرفین و شهودشان، ۲۱ دسامبر ۱۹۹۸ (IT- 95- 16- T) بند ۳. شاهد دادستان یا متهم، زمانی که بر اساس قاعده ۹۰ (ب) آیین دادرسی و ادله اظهارات رسمی داشته باشد، در دیوان شاهد حقیقت محسوب می شود، و تا آنجا که لازم است به احراز حقیقت کمک می کند، و صرفاً شاهد یکی از طرفین نیست.

12. *Prosecutor v. Delalic et al.*, 1 may 1997 (IT- 96- 21- T), para. 28- 29.

(ماده ۶۴ (ب) (و) دیوان کیفری بین‌المللی). رئیس شعبه جلسه رسیدگی را اداره می‌کند (ماده ۶۴ (۸) دیوان کیفری بین‌المللی): تنها در صورتی که رئیس شعبه مایل باشد دادستان و متهم می‌توانند «در مورد ترتیب و طریق ارائه ادله، توافق نمایند» (قاعده ۱۴۰ (۱) دیوان کیفری بین‌المللی). این نقش تعیین‌کننده شعبه و رئیس آن نه تنها در رم بلکه، همچنین بعداً در نیویورک در کمیسیون مقدماتی هنگامی که قواعد مورد بحث قرار گرفت، نیز در نظر گرفته شد، تا اختلافات بین حقوقدانان کامن‌لا و حقوق‌نویسته به حداقل برسند. ناظران از «برخورد فرهنگی بین حقوق رومی - ژرمنی و کامن‌لا» صحبت کردند، حقوق رومی - ژرمنی به طرفداری از یک قاضی قوی که محاکمه را اداره می‌کند، حقوق کامن‌لا به طرفداری از یک قاضی بی‌طرف که اساساً انجام محاکمه را به طرفین واگذار می‌کند و به‌ویژه به آنها اجازه می‌دهد تا آزادانه از شهود سؤال نمایند. توافق نهایی منجر به پیش‌بینی قاعده ۱۴۰ (۲) شد که بر اساس آن، دادستان و متهم می‌توانند بدون دخالت شعبه از شاهد سؤال نمایند و شعبه حق دارد تنها قبل یا بعد از طرفین سئوالات خود را از وی مطرح نماید. بنابراین، احتمال پرسش از شاهد طرف مقابل به‌طور ضمنی مورد تأیید قرار گرفت اما، نهایتاً به عوامل اصلی رسیدگی بستگی خواهد داشت که آیا و چگونه این امکان مورد استفاده قرار گیرد. جالب است که اصطلاحاتی نظیر سؤال از شاهد طرف مقابل و سایر اصطلاحات فنی شاخص (لغات مهم) حقوق‌نویسته یا کامن‌لا آگاهانه از قواعد و اساسنامه حذف شده است. طراحان قصد داشتند روشن سازند که به‌دنبال یک آیین دادرسی حقیقتاً مختلط هستند.

اصول و قواعد حاکم بر ادله اثبات دعوا

کلیات

با وجود این، به موجب آیین دادرسی و ادله دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و دیوان کیفری بین‌المللی به شعب بدوی اختیارات بیشتری داده شده است. به‌طور کلی، شعبه اختیار دارد در خصوص قابلیت «پذیرش»، «ارتباط» و «ارزش اثباتی» ادله تصمیم بگیرد (قاعده ۹۸ (ج) دیوان یوگسلاوی سابق؛ ماده ۶۴ (۹)، ۶۹ (۴) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، قاعده (۲۶۳). شعبه بدوی صلاحیت گسترده‌ای دارد - به‌منظور استفاده از عبارات شعبه تجدیدنظر در پرونده آکسوسکی^{۱۳} - تا «با اتخاذ تصمیم منصفانه در مورد مسائلی که نزد او مطرح است»، «روح اساسنامه و اصول کلی حقوقی» (قاعده ۹۸ (ب) دیوان یوگسلاوی سابق) و «لزوم برقراری یک محاکمه منصفانه» را مدنظر قرار دهد (قاعده ۹۸ (د) دیوان یوگسلاوی سابق). با این حال، ادله‌ای که با نقض حقوق بشر تحصیل شده باشند، نامربوط شناخته می‌شوند (*A Limine*) و باید کنار گذاشته شوند (قاعده ۹۵ دیوان یوگسلاوی سابق؛ ماده ۶۹ (۷) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی). شعبه همچنین می‌تواند ادله دیگری را که برای «تشخیص» یا «کشف» حقیقت لازم است درخواست نماید (قاعده ۹۰ (ز) (۱) دیوان یوگسلاوی سابق؛ ماده ۶۹ (۳) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی). هر چند این مهم نفوذ حقوق نوشته را نشان می‌دهد، با این

13. *Prosecutor v. Aleksovski*, Decision on the Prosecutor's Appeal on the Admission of Evidence, 16 February 1999 (IT- 95- 14/1- Ar 73), para. 15.

حال، حقوقدانان نظام حقوق نوشته به علت عدم درک صحیح معتقدند که نظام ترافعی به دنبال کشف حقیقت نیست. در واقع، تلاش برای دستیابی به حقیقت، خصوصیت مشترک هر دو نظام است، تنها شیوه رسیدن به حقیقت متفاوت است. می توان گفت که نظام کامن لا از یک مفهوم موسع-تر حقیقت پیروی می کند - نوعی آیین دادرسی غیر از حقیقت مادی. در هر صورت، تلاش برای دستیابی به حقیقت با نظام حقوقی کامن لا مغایرتی ندارد، به شرط آنکه تنها شامل یک حق (ماده ۶۹ (۳) اساسنامه دیوان کیفری بین المللی: «دیوان اختیار دارد») و نه - آن گونه که در ابتدا از سوی آلمان پیشنهاد شد - یک وظیفه، باشد.

شعبه بدوی بر نحوه و ترتیب بازجویی از شهود نظارت می کند (قاعده ۹۰ (و) دیوان یوگسلاوی سابق؛ ماده ۶۹ (۲) اساسنامه دیوان کیفری بین المللی). با این حال، همان گونه که در بالا گفته شد، شعبه بدوی نباید سؤال از شاهد توسط طرفین را قطع کند، بلکه تنها می تواند قبل یا بعد از طرفین، از شاهد تحقیق نماید (قاعده ۱۴۰ (۲)(ج) اساسنامه دیوان کیفری بین المللی). در حالی که قاعده اخیر تنها یک اشاره تلویحی به امکان تحقیق از شهود طرف مقابل دارد (نک. قواعد ۶۷ (۱)، ۶۸ دیوان کیفری بین المللی)، این امکان صریحاً در قاعده ۹۰ (ز) دیوان یوگسلاوی سابق پیش بینی شده است. با این حال، سؤال از شاهد طرف مقابل، محدود خواهد بود «به مسائل مربوط به ادله اصلی، مسائلی که بر اعتبار شهود تأثیر دارد، ... و به مسائل پرونده». بنابراین، دیوان یوگسلاوی سابق از رویه قضایی دیوان توکیو و قواعد فدرال امریکا پیروی کرده است.

همچنین، شعبه بدوی می‌تواند «امور بدیهی (بدهات قضایی Judicial notice) که مورد رسیدگی قرار گرفته‌اند و مدارک مستند در سایر رسیدگی‌های دیوان که با مسائل در حال رسیدگی مرتبط هستند را در نظر بگیرد» (قاعده ۹۴ (ب))؛ به عبارت دیگر، لزومی به اثبات مجدد چنین وقایعی نیست. در حالی که این امر می‌تواند در پرتو شباهت رسیدگی‌ها، که ناشی از یک چارچوب سیاسی یا نظامی خاص می‌باشد نادیده گرفته شود - همین مطلب در خصوص ادله مربوط به الگوی هماهنگ رفتار (قاعده ۹۳) اجرا می‌شود - بسیار دشوار است که به مقررات مربوط به شهادت کتبی و شفاهی ارزش مساوی دهیم؛ ما بعداً به این مسئله خواهیم پرداخت. نهایتاً، در رابطه با جمع‌آوری ادله مربوط به خشونت‌های جنسی مقررات خاصی وجود دارد (قاعده ۹۶)؛ به‌ویژه، تأیید شهادت قربانیان لازم نیست (قاعده ۹۶ (۱) نک. همچنین، قواعد ۷۲-۷۰ دیوان کیفری بین‌المللی).

به‌طور کلی، مقررات فوق به جای رویکرد محدود نظام کامن‌لا در خصوص مقررات مربوط به رد ادله و مدارک، در راستای اصل «انعطاف-پذیری Flexibility principal»، به سمت رویکرد منعطف حقوق-نوشته با اعطای صلاحیت تشخیص گسترده به دادگاه گرایش دارد. به‌ویژه، قاعده ۹۸ (ب) دیوان یوگسلاوی سابق که با عنوان دعوت به رویکردهای «مفهوم مشترک Common sense» و «معقولیت Reasonable» تفسیر شده است، فرصتی طلایی را برای بالا بردن کیفیت کار و رژیم شکلی و اثباتی فراهم می‌آورد، که به سود منافع عدالت بین‌المللی خواهد بود.

قابلیت پذیرش انواع مختلف ادله

یکی از پیامدهای مهم «اصل انعطاف‌پذیری» این است که در کل، ادله افواهی (مسموعات Hearsay evidence)، یعنی شهادت بر شهادت، بر اساس آنچه شخص دیگری گفته (اعم از شفاهی، کتبی یا به هر نحو دیگر) پذیرفته می‌شود. رویه مسلم شعب بدوی دیوان یوگسلاوی سابق از زمان تصمیم مربوط به پرونده تادیچ^{۱۴} همین بوده و شعبه تجدیدنظر در سال ۱۹۹۹ نیز آن را تأیید کرده است.^{۱۵} در همین راستا، لازم به ذکر است که در نظام کامن‌لا ادله افواهی فقط به‌طور استثنایی پذیرفته می‌شود.^{۱۶} همین‌طور برای پذیرش ادله شفاهی - و انواع دیگر ادله - محدودیتی وجود ندارد، بلکه به ارتباط و «ارزش اثباتی» این ادله بستگی دارد (قاعده ۹۸ (ج) دیوان یوگسلاوی سابق). در مقابل، ارزش اثباتی (ادله)، روی هم رفته به اعتبار ادله‌ای بستگی دارد که با سؤال از شاهد طرف مقابل مشخص می‌شود. به‌طور کلی، مسموعات در مقایسه با ادله‌ای که به‌طور مستقیم حاصل می‌شوند از ارزش و اعتبار اثباتی کمتری برخوردار هستند.^{۱۷}

همان‌گونه که پیش‌تر اشاره شد، هر نوع ادله‌ای که ارزش اثباتی آن اساساً بیش از حد لازم برای برقراری محاکمه منصفانه ارزیابی شده باشد (قاعده ۹۸ (د) دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق) یا اگر به

14. *Prosecutor v. Tadic*, 5 August 1999 (IT-94-1-T), para. 7.

15. *Prosecutor v. Aleksovski*, *op.cit.*, pra. 15.

۱۶. پاورقی ۱۶، بند ۸ به بعد.

۱۷. پاورقی ۱۷، بند ۵.

شیوه‌ای به دست آمده باشد که اعتبار ادله را اساساً متزلزل کند، پذیرفته نخواهد شد (قاعده ۹۵ دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق؛ ماده ۶۹ (۷) الف) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی). با در نظر گرفتن مجموعه رسیدگی به عنوان یک کل، قاعده ۹۵ دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق باید با توجه به قاعده ۴۲ در مورد حقوق مظنونان در طول تحقیقات تفسیر شود. ماده ۹۵ از سوی شعبه به عنوان «ماده مربوط به رد ادله و مدارک زاید»^{۱۸} شناخته شده، و مکمل قاعده کلی ۸۹ (د) مربوط به رد ادله و مدارک، که یک «منبع معتبر» خاص را لازم می‌داند اعلام گردیده است. چون ارزش اثباتی و تأثیر آن بر محاکمه منصفانه، در راستای قاعده ۸۹ (د)، اغلب تنها بعد از ارزیابی ادله تعیین می‌شود، در نتیجه ممکن است ابتدا برخی از ادله را پذیرفت و سپس آنها را کنار گذاشت.

در تصمیم پرونده تادیچ، شعبه بدوی راجع به ادله شفاهی قابلیت استناد را «جزئی از قابلیت پذیرش» دانست و «اماره‌های قابلیت استناد» را گسترش داد.^{۱۹} در پرونده کوردیچ و سرکز، شعبه بدوی پذیرش اظهارات شهود نسبت به شهادت دادستان را رد کرد، زیرا این امر پذیرش کلی شایعه به‌شمار می‌رود که به‌موجب سؤال از شاهد طرف مقابل ارزیابی نشده است ... و ارزش اثباتی ندارد.^{۲۰} سؤال از شاهد طرف مقابل

18. *Prosecutor v. Delalic et al.*, 2 September 1997 (IT- 96- 21- T), para. 44.

۱۹. پاورقی ۱۶، بند ۱۶-۱۵.

20. *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, 29 July 1999 (IT- 95-14/2), para. 23.

مؤثرترین شیوه رفع نقص از ادله غیرمعتبر است.^{۲۱} همین‌طور، شعبه تجدیدنظر اظهارات یک شاهد بیمار را به‌خاطر غیرقابل اعتماد بودن آن نپذیرفت: «بخشی از ادله ممکن است به‌خاطر غیرقابل استناد بودن پذیرفته نشوند، زیرا «معتبر» نیستند و در نتیجه باید کنار گذاشته شوند». این شعبه ضابطه غیرقابل استناد بودن را چنین اعلام داشت: «عدم سؤال از شاهد طرف مقابل و ضعف ادله افواهی که دست اول نبوده، بلکه تنها شایعه‌ای هستند که بیشتر نقل شده‌اند،^{۲۲} و مضافاً به‌واسطه نقل قول‌های متفاوت ارزش خود را از دست داده‌اند».^{۲۳} با این حال، شعبه نمی‌خواست تصمیمش تحت عنوان «دگرگون کردن» اصل کلی پذیرش ادله افواهی شناخته شود،^{۲۴} لذا به‌طرز قابل توجهی استفاده از ادله افواهی را محدود ساخت؛ حتی تصمیم دیوان تحت عنوان انتظارات سنتی کامن‌لا در مورد استناد به قاعده، شایعه تفسیر شده است. سرانجام، شعبه تجدیدنظر در پرونده کاپرسکیچ، «هنگام ارزیابی هویت یک شاهد متهم، که به‌موجب اوضاع و احوال مختلفی انجام گرفت، با احتیاط زیادی رفتار کرد».^{۲۵}

۲۱. دادستان علیه برانجین و تالیک، ۱۸ ژانویه ۲۰۰۲، بند ۸: «اگر متهم (Bradjanin) نگران است که محتویات اظهارات او به طریقی از سوی بازجو که اظهارات را می‌نوشته تحت تأثیر قرار گرفته است، راه جبران آن این است که شاهد مورد نظر برای سؤال متقابل از وی دعوت شود».

۲۲. پاورقی ۲۴، بند ۲۳.

۲۳. همان، بند ۲۷.

۲۴. همان.

۲۵. پاورقی شماره ۱۵، بند ۳۹.

راجع به ادله کتبی، شعبه بدوی در مورد قابلیت پذیرش برخی اسناد بر اساس ارزش و اعتبار اثباتی آنها تصمیم گرفت؛ برای مثال، در حالی که گزارش‌های نظامی و یادداشت‌های روزانه جنگی کاملاً معتبر و «گویا» در نتیجه به‌طور معمول قابل پذیرش هستند،^{۲۶} اسنادی نظیر گزارش‌های سری، که بر اساس منابع گمنام یا اظهارات شفاهی به‌دست می‌آید ... و امکان ارزیابی آنها بر اساس سؤال از شهود طرف مقابل نیست، نمی‌تواند پذیرفته شود، زیرا ارزش اثباتی آنها به حدی کاهش می‌یابد که در راستای قاعده ۹۸ (د) «اساساً بیشتر از نیاز به تأمین محاکمه منصفانه ارزیابی می‌شود».^{۲۷}

شعبه برای حصول اطمینان، امکان سؤال از شاهد طرف مقابل توسط متهم را، برای مثال در این پرونده سؤال از شاهد طرف مقابل در خصوص اسناد، شرط اساسی تأمین محاکمه منصفانه اعلام داشت.^{۲۸} با این حال، بیان فوق به این مفهوم نیست که اسناد تنها در صورتی اعتبار دارند که شاهدی برای تأیید آنها معرفی شود - آن‌گونه که کامن‌لا لازم می‌داند - بلکه به‌طور کلی حقوق متهم را برای سؤال از شاهد علیه خود تأیید می‌کند، چنانکه در ماده ۱۴ (۳)(۵) میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، ماده ۶ (۳)(د) کمیسیون اروپایی حقوق بشر و به‌موجب ماده ۲۱ (۴)(۵) اساسنامه دیوان یوگسلاوی سابق این مهم پذیرفته شده است.

26. *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, para. 43-44.

27. *Ibid.*

همچنین، دیوان یوگسلاوی سابق در رابطه با پذیرش دست‌نوشته‌ها و شهادت‌نامه‌ها ضوابط محاکمه منصفانه حاکم است.

با اینکه قاعده ۹۴ که مربوط به شهادت‌نامه‌ها بود، در جریان اصلاح مقررات در دسامبر ۲۰۰۰ حذف شد، مسئله رونوشت‌برداری از پرونده‌های دیگر اهمیت خود را حفظ کرد. همین‌طور، مطابق قاعده ۷۱، استفاده از شهادت کتبی به‌عنوان دلیل، به‌جای رسیدگی فوری به شهادت شهود در دادگاه، نتیجه مشابهی دارد. شعبه تجدیدنظر در پرونده بلاسکیچ، رونوشت شهادت دریاسالار دمازی را در محاکمه دیگری در پرونده آکسوسکی به‌عنوان اماره پذیرفت، زیرا امکان سؤال از شاهد طرف مقابل، قبلاً در محاکمه بلاسکیچ وجود داشت و «ویژگی خاصی در خصوص سؤال از شاهد طرف مقابل که به پرونده آکسوسکی مربوط و از اهمیتی نسبت به پرونده وی برخوردار باشد، وجود نداشت؛ بلکه، همچنین آن شهادت مربوط و مخصوص پرونده بلاسکیچ نبوده است».^{۲۹} شعبه بدوی این رویه را در پرونده کوردیچ نیز دنبال کرد، هنگامی که رونوشت شهادت شهود را از محاکمه بلاسکیچ پذیرفت، زیرا وکیل بلاسکیچ که با وکیل پرونده کوردیچ «منافع مشترک» داشت از شهود سؤال کرده بود.^{۳۰} از طرف دیگر، در پرونده دلایک و سایرین، شعبه رسیدگی کننده تصمیم گرفت که مصاحبه پلیس استرالیا را با یکی از متهمان به‌عنوان دلیل نپذیرد، زیرا مقررات آیین دادرسی ایتالیا در آن زمان با ماده ۱۸ اساسنامه دیوان

28. *Ibid.*, para. 40-41.

29. *Prosecutor v. Aleksovski*, para. 14 *et al.*

30. *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, para 24 *et al.*

یوگسلاوی سابق و قاعده ۴۲ آیین دادرسی و ادله راجع به شناسایی حق دفاع مغایرت داشت.^{۳۱} به موجب قاعده ۵، مصاحبه مذکور باید در محاکمات دیوان یوگسلاوی سابق باطل شناخته می‌شد.^{۳۲} این تصمیم موضع جدی دیوان یوگسلاوی سابق را در مورد محاکمه منصفانه منعکس می‌کند و می‌تواند مستقیماً با قاعده ۹۵ مذکور ارتباط داشته باشد.

افزایش اعتبار ادله مکتوب

هرچند تصمیماتی که تاکنون ذکر شد، به‌عنوان نقطه شروع، اصل شهادت زنده (Principal of live testimony) را به‌نحوی که در قاعده ۹۰ (الف) سابق مطرح شده بود مد نظر داشتند،^{۳۳} این قاعده در جریان نوزدهمین اصلاح مقررات که در دسامبر ۲۰۰۰ صورت گرفت، حذف شد. در نتیجه، قاعده‌ای که ادای شهادت از طریق ارتباط ویدیویی را پیش‌بینی کرده بود، اهمیت خود را از دست داد^{۳۴} و - از همه مهم‌تر - به‌جای آن قاعده ۸۹ (ب) پیش‌بینی شد که به شعبه بدوی اجازه می‌دهد تا

31. *Prosecutor v. Delalic et al.*, para. 46 et seq.

32. *Ibid.*, para 55.

33. *Prosecutor v. Tadic*, Decision on the Defense Motion to Summon and Protect Defense Witnesses and on the Giving Evidence by Video- Link, 25 June 1996 (IT- 94- 1- T), para. 19:

«می‌توان قویاً گفت قاعده این است که شاهد باید در مقر دادگاه بین‌المللی حضور فیزیکی داشته باشد
...»

۳۴. در حالی که قاعده ۹۰ (الف) سابق ادای شهادت از طریق ارتباط ویدیویی را تنها در شرایط استثنایی اجازه می‌داد، قاعده ۷۱ مکرر استفاده از آن را منحصراً به درخواست یکی از طرفین و با رعایت منافع عدالت ممکن می‌داند. بنابراین، معیارهای صریح ایجادشده در پرونده تادیچ برای استفاده از چنین ادله‌ای و اعتبار اندک آن نمی‌تواند معتبر شناخته شود.

«ادله شهود را به صورت شفاهی دریافت کند، یا چنانچه منافع عدالت اقتضا کند، به صورت کتبی شهادت را دریافت دارد». قاعده فوق با قاعده ۹۲ مکرر (الف) تکمیل می‌شود که بر اساس آن «شهادت کتبی» می‌تواند در ردیف شهادت شفاهی پذیرفته شود، چنانچه «به منظور اثبات مسئله‌ای غیر از اعمال و رفتار متهم مورد استفاده قرار گیرد». این قاعده در صدد است تا فهرستی از عواملی که پذیرش ادله کتبی را مطلوب می‌دانند فراهم نماید، و مجموعه‌ای از مقررات هماهنگ در مورد پذیرش ادله مکتوب را که اساساً مبتنی بر رویه قضایی دیوان یوگسلاوی سابق در بالا هست مقرر می‌دارد (برای مثال، قاعده ۹۲ مکرر (د) در رابطه با رونوشت‌ها). با وجود این، اصلاحات فوق به ویژه، از سوی حقوقدانان کامن‌لا شدیداً مورد انتقاد قرار گرفت. قاضی امریکایی دیوان یوگسلاوی سابق Patricia M. Wald اصلاحات فوق را نوعی «چرخش ۱۸۰ درجه‌ای از تأکید قبلی بر اصل شهادت زنده» دانست. وی اضافه کرد که حتی قبل از این اصلاحات «مقررات دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق از مقررات مربوط به ادله کامن‌لا فاصله گرفته بود». وی آنچه را در دسامبر ۲۰۰۰ روی داد به عنوان «ظهور حاکمیت ادله مکتوب» می‌داند.

هرچند نباید منکر شد که حذف اصل شهادت زنده (قاعده ۹۰ (الف)) و پذیرش شهادت مکتوب برای اجرای عدالت (قاعده ۸۹ (و)) به یک تغییر قانونی مهم اشاره دارد، اما وضعیت آن قدر هم که همفکران کامن‌لا ترسیم می‌کنند نگران کننده نیست؛ برای مثال، درست است که مرز بین ادله مربوط به مسائل کلی و ادله مربوط به اعمال و رفتار متهم ممکن

است در موارد خاصی به‌ویژه در ارتباط با مسئولیت مافوق مشوش شود.^{۳۵} با این حال، ظاهر قاعده ۹۲ مکرر (الف) به‌وضوح نشان می‌دهد که اظهارات مکتوب نمی‌تواند برای اثبات مجرمیت متهم در رابطه با اتهامات خاصی در کیفرخواست پذیرفته شود (اثبات مسئله‌ای غیر از اعمال و رفتار متهم ...). خلاصه، برای اثبات مجرمیت متهم ادای شهادت به‌صورت زنده ضروری است. این دیدگاه در تصمیم اخیر شعبه بدوی در پرونده نالکتیلیچ و مارتینوویچ تأیید شده است.^{۳۶} به‌علاوه، شعبه مقرر داشت که شرط صدر قاعده ۹۲ مکرر (الف) باید با تفسیر غایی در مورد قاعده ۹۲ مکرر (ج) اجرا شود که، همان‌گونه که در حقوق مقایسه‌ای شناخته شده است،^{۳۷} شهادت مکتوب را در صورت فوت یا دیگر ناتوانایی‌های شهود برای حضور در دادگاه، اجازه می‌دهد.^{۳۸} در نتیجه، به‌موجب شرایط فوق، شهادت مکتوب تنها در صورتی پذیرفته می‌شود که به اعمال یا رفتار متهم مربوط نباشد. این مسئله به‌طور کلی، در مورد همه اشکال شهادت مکتوب مشمول قاعده ۹۲ مکرر اجرا می‌شود؛ همین‌طور، بند «د» این قاعده فرمول مشابهی دارد. به‌علاوه، همان‌گونه که در بالا دیدیم، رویه قضایی دیوان

35. *Prosecutor v. Bardjanin & Talic*, Decision on Objection and/ or Consent to Rule 92 bis Admission of Witness Statements Number One Filed by Bardjanin on 16 January 2000 etc., 30 January 2002 (IT- 99- 36- T), para. 17-18.

36. *Prosecutor v. Nalectilic & Martinovic*, Decision on the Prosecutor, Request for Public Version of Trial Chamber, Decision on the Motion to Admit Statement of Deceased Witness [...], of 22 January 2002, 27 February 2002 (IT- 99-34- T).

۳۷. ماده ۱۹۵ قانون آیین دادرسی کیفری ایتالیا.

38. *Prosecutor v. Nalectilic & Martinovic*, 27 February 2002 (IT- 99- 34- T), para. 8.

یوگسلاوی سابق بر اساس ماده ۲۱ (۴)(۵) اساسنامه و قاعده ۹۸ (ب) — (د)، و به‌ویژه با بررسی اعتبار ادله، معیارهای روشنی را برای تضمین محاکمه منصفانه متهم گسترش داده است. معیارهای فوق نیز استفاده از شهادت مکتوب را محدود می‌کنند.^{۳۹} در پرونده میلوزویچ، پذیرش شهادت مکتوب به ۲۳ شاهد دادستان محدود شد و شهودی که شهادت آنان پذیرفته شد مجبور شدند که برای سؤال از شاهد طرف مقابل حضور پیدا کنند؛ چنانچه شاهدهی حاضر نمی‌شد، شهادت مکتوب او پذیرفته نبود.^{۴۰}

با این حال، شعبه معتقد بود که شهادت شهود مشمول صدر قاعده ۹۲ مکرر (الف) می‌شود؛ به عبارت دیگر، آنها به دنبال اثبات مسائلی غیر از اعمال متهم هستند،^{۴۱} و «به ویژگی مهم پرونده دادستان^{۴۲} مربوط می‌شوند» و در نتیجه، شرایط محاکمه منصفانه اقتضا دارد که به متهم حق سؤال از شاهد طرف مقابل داده شود.^{۴۳} در هر صورت، چنانچه ادله مکتوب در کل پذیرفته شود، فی‌نفسه همان ارزش اثباتی شهادت مکتوب را نخواهد داشت.^{۴۴} چنانچه بین اظهارات شفاهی و کتبی شهود تعارضی وجود داشته باشد، طرفین می‌توانند از شاهد درخواست کنند «تا در مورد اختلاف،

39. *Prosecutor v. Sikirica et al.*, Decision on Prosecutor's, Application to Admit Transcripts under Rule 92 bis, 23 May 2001 (IT- 95- 08- T).

40. *Prosecutor v. Milosevic*, Decision on prosecutor's, Application to Admit Transcripts under Rule 92 bis, 21 March 2002 (IT- 01- 47- T), para. 27.

41. *Ibid.*, para. 22.

42. *Ibid.*, para. 24.

43. *Ibid.*, para. 25.

44. *Prosecutor v. Nalectilic and Martinovic*, Decision on the Admission of Witness Statement in to Evidence, 14 November (IT- 98- 34- T).

مغایرت یا تعارض» موجود به دیوان توضیح دهد و بعد از آن، ارزش اثباتی اختلاف مورد نظر تعیین خواهد شد.^{۴۵}

یادآور می شود که در کل به لحاظ سیاسی اصلاحات دسامبر ۲۰۰۰ واکنشی به انتقاد از طولانی شدن محاکمات در دیوان بود. این مدت - از ۱۰ تا ۲۲۴ روز (در پرونده میلیزویچ، دادستان مدت محاکمه مشترک هر سه کیفرخواست را حدود سه سال برآورد کرده بود) و از ۱۰۰ تا ۲۰۰ روز (در پرونده میلیزویچ حدود ۳۸۰ تا ۶۰۰ روز) - تا حدود زیادی به خاطر شمار زیاد شهادت شهود به صورت زنده است. شهادت یک شاهد به طور متوسط یک روز وقت دادگاه را می گیرد. استناد به شهادت شهود محاکمات فعلی را از محاکمات نورمبرگ و توکیو تفکیک می کند؛ زیرا در آن محاکمات پرونده دادستان تا حدود زیادی بر اساس مدارک کتبی بنا شده بود. هرچند این وضعیت می تواند در محاکمه رهبران نظامی و سیاسی که شخصاً (با دستان خودشان) هیچ گونه خشونت (جرمی) را مرتکب نمی شوند، بلکه در پشت صحنه عمل می کنند، تغییر کند و بنابراین، آنها تنها ممکن است بر اساس دلایل مستند و ادله مربوط به اوضاع و احوال محکوم شوند. به یک دلیل ساده شهادت شهود یک نقش اساسی را بازی می کند و آن اینکه دیکتاتورهای امروز، لزوماً ردپایی از خود برای محاکمه بعدی به جا نمی گذارند.

45. *Prosecutor v. Kayeshima and Rozendina*, 17 April 1997 (ICTY- 95- 1-T).

بنابراین، در گزارش سال ۱۹۹۹ گروه متخصصان استفاده از انواع ادله، به‌ویژه «شهادت مکتوب» که قبلاً تهیه شده،^{۴۶} توصیه شده است. چنین انعطافی، به‌خاطر ماهیت جرایمی که دیوان‌های کیفری بین‌المللی به آنها رسیدگی می‌کنند نیز موجه است؛ آنها جرایم عادی نیستند بلکه جرایمی بین‌المللی هستند که در زمینه تاریخی و سیاسی مشخصی واقع می‌شوند. نخست، این زمینه باید روشن و معلوم شود تا بتوانیم به‌نحو مناسبی مسئولیت فردی را به مظنونان مختلف که در اقدام کیفری مشارکت داشته‌اند نسبت دهیم. برای اثبات زمینه فوق، شیوه‌های مختلف و بازتری باید به‌کار گرفته شود، همچنان‌که، برای مثال، در قاعده ۹۳ دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق در خصوص ادله مربوط به الگوی رفتار یکنواخت و در قاعده ۹۴ در رابطه با بداهت قضایی تأکید شده است.

سرانجام، ترس حقوقدانان کامن‌لا از گرایش به یک آیین دادرسی ساخته دست قضات «تفتیشی» را می‌توان این‌گونه پاسخ داد که ترس از محاکمه در مقابل افراد عوام، نظیر هیئت منصفه خیلی بیشتر است. در سطح بین‌المللی، انتظار می‌رود با توجه به اقتضات ضروری عدالت و به‌ویژه حقوق متهم، شعبه‌ای مرکب از قضات حرفه‌ای و با تجربه کافی برای ارزیابی ادله داشته باشیم.

به‌علاوه، در گزارش گروه متخصصان آمده است که قضات «بر این اعتقادند که طولانی بودن رسیدگی‌ها به عدم کنترل کافی مربوط است ...

۴۶. گزارش گروه متخصصان ناظر بر عملکرد مؤثر دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و

رواندا، ۲۲ نوامبر ۱۹۹۹.

نه طرز رسیدگی قضات».^{۴۷} به عبارت دیگر، طولانی بودن رسیدگی‌ها به عنوان یک مسئله مطرح است، زیرا آیین دادرسی تفتیشی بیش از آنچه بر نقش متقابل طرفین متکی باشد، بر تشخیص قضایی وابسته است. به هر حال، توقع محاکمه سریع از سوی حقوقدانان کامن‌لا بهبود یافته است، چنانچه همزمان شیوه سنتی کامن‌لا برای دستیابی به هدف فوق، اقرار به مجرمیت، به حدی محدود شود که نتواند وظیفه مزبور را انجام دهد، آن‌گونه که در یک محاکمه توافقی انجام می‌شود. بحث در مورد مدت زمان رسیدگی‌های بین‌المللی تنها از حیث کارایی این‌گونه محاکمات نیست، بلکه، همچنین مربوط به حقوق بشر است، زیرا حق محاکمه سریع به نفع متهم می‌باشد، لکن سرعت در رسیدگی نباید حق او را برای یک دفاع مناسب محدود نماید.

با توجه به اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، اصل این است که شهادت زنده، «حضور» است.^{۴۸} همچنین، دیوان می‌تواند اجازه دهد که ادای شهادت به نحو شفاهی یا به صورت ضبط شده از طریق وسایل شنیداری یا دیداری و از طریق ارائه اسناد یا دست‌نوشته‌ها انجام پذیرد (ماده ۶۹ (۲)، قواعد ۶۸ و ۶۷). طرفین می‌توانند به طریق توافقی در مورد برخی حقایق مشخص توافق نمایند، لکن - به موجب حقوق‌نویس - چنین توافقی برای شعبه الزام‌آور نیست؛ با وجود این، شعبه می‌تواند واقعه‌ای را

۴۷. گزارش گروه متخصصان، بند ۷۷.

48. *Prosecutor v. Tadic, op. cit.*

که ثابت نشده، بررسی کند و ادله بیشتری را در مورد آن استماع نماید (قاعده ۶۹). همچنین، درخصوص ادله مربوط به خشونت جنسی مقررات خاصی وجود دارد (قواعد ۷۲-۷۰). استفاده از وسایل شنیداری و دیداری، که به طور گسترده از سوی دیوان‌های موقت صورت گرفته، اشاره دارد به اینکه ادله‌ای که قبلاً ضبط شده است پذیرفته می‌شود، و در نتیجه از اصل فوریت فاصله گرفته می‌شود؛ بنابراین، دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق به منظور استفاده از چنین تکنولوژیی معیارهای محدود را متحول کرده است: شهادت باید به اندازه کافی مهم باشد، شاهد مایل یا قادر به حضور نباشد و حق مواجهه با متهم باید حفظ شود.^{۴۹} استفاده از دست‌نوشته‌ها یقیناً خطرناک‌تر است، زیرا این کار نه تنها اصل فوریت را، بلکه اصل شفاهی بودن را نیز تحت تأثیر قرار می‌دهد. به همین دلیل، بهتر است دیوان کیفری بین‌المللی رویکرد محدودتری از آنچه دیوان یوگسلاوی سابق به کار گرفته است انتخاب کند؛ رویکرد فوق لازم می‌داند که طرفین در مرحله‌ای از رسیدگی امکان سؤال از شاهد را داشته باشند (قاعده ۶۸). این رویکرد از ماده ۶ (۳) (د) کمیسیون اروپایی حقوق بشر و رویه قضایی دادگاه استراسبورگ الهام گرفته است که بر اساس آن، حق دفاع مؤثر ایجاب می‌کند متهم حداقل در یک مرحله از رسیدگی امکان سؤال از شاهد را داشته باشد.^{۵۰}

49. *Prosecutor v. Tadic*, para. 19.

50. *Van Meachelen et al., vs. Netherlands*, Judgment 23 April 1997, Reports 1997- III, para. 51; *Ludi vs. Switzerland*, Judgment 15 June 1992, Series A-

به علاوه، مطابق قاعده ۱۲۱ (۱۰) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، «سوابق کامل و دقیق همه رسیدگی‌ها نزد شعبه مقدماتی» توسط دبیرخانه حفظ خواهد شد (قاعده ۱۳۱ (۱) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی)، یعنی اساساً، ادله‌ای که در جلسه رسیدگی برای تأیید (قوانین و مقررات مربوط به افشای ادله) به شعبه مقدماتی ارائه می‌شود باید جمع‌آوری شوند. این سوابق به شعبه بدوی فرستاده خواهد شد (قاعده ۱۳۰). هرچند قواعد دادرسی و ادله آگاهانه به این مسئله نپرداخته‌اند (ابهام ساختاری) که آیا شعبه بدوی حق نظارت بر سوابق را دارد یا خیر - قاعده ۱۳۱ تنها به دادستان، متهم، نمایندگان دولت و قربانیان (جرم) اشاره دارد - از نظر کامل‌لا، صرف وجود سوابق (هر چند نمی‌تواند همانند پرونده فرانسوی کامل باشد) این خطر را در بردارد که شعبه بدوی بتواند به جای تصمیم‌گیری بر اساس ادله‌ای که در محاکمه ارائه می‌شود به این سوابق استناد نماید. بدیهی است تفسیر درست نیز به وظایف و نقش رئیس دادگاه در طول محاکمه بستگی دارد: چنانچه او واقعاً بخواهد محاکمه را انجام دهد، همان‌گونه که ماده ۶۴ (۸) اساسنامه دیوان به او اجازه می‌دهد، ممکن است برای انجام مؤثر محاکمه به سوابق پرونده نیاز داشته باشد؛^{۵۱} چنانچه او محاکمه را - به یک شیوه ترافعی - به طرفین واگذار کند، به این اطلاعات نیازی ندارد. سرانجام، همان‌گونه که رویه قضایی دیوان‌های موقت نشان داده است، قضات می‌توانند گزینه‌ای را انتخاب کنند که از

238, para. 49; *P. S. vs. Germany*, Judgment 20 December 2001, No. 33900/96, para. 21.

51. *Prosecutor v. Dokmanovic*, Order of 28 November 1997, IT-95-13 A-PT.

نظام حقوقی ملی‌شان بهتر است. این محدودیت به‌وضوح در ماده ۷۴ (۲) اساسنامه دیوان مطرح شده است که رأی باید مبتنی بر «ادله ارائه شده و مورد بحث قرار گرفته در محاکمه باشد»؛ به عبارت دیگر، سوابق تنها می‌تواند حداکثر یک نقش حمایتی را بازی کند. با این حال، چنین کارکردی می‌تواند با توجه به پیچیدگی‌های واقعی و قانونی در رسیدگی به جنایات جنگی همیشه لازم باشد.

در کل، بهتر است بگوییم که آیین دادرسی - علی‌رغم اختیارات گسترده شعبه بدوی - با ترکیب ویژگی‌های حقوق‌نویسته و کامن‌لا رویکرد مختلطی را پذیرفته است. اجرای عملی این مقررات، سرانجام، به پیشینه قانونی قضاتی بستگی دارد که به‌لحاظ خصوصیات شخصی‌شان به آنها قدرت تشخیص کافی برای انجام محاکمات داده شده است.

سایر جنبه‌ها

در هر دو دیوان صدور رأی باید مستدل و منطقی باشد (ماده ۲۳ (۲) اساسنامه دیوان یوگسلاوی سابق، قاعده ۹۸ (ج)؛ ماده ۷۴ (۵) دیوان کیفری بین‌المللی)؛ مشخصه‌ای که در نظام حقوقی کامن‌لا با حضور هیئت منصفه در محاکمات شناخته شده نیست.

دیوان یوگسلاوی سابق و دیوان کیفری بین‌المللی به دادستان حق تجدیدنظرخواهی از رأی برائت را می‌دهند (ماده ۲۵ (۱) اساسنامه دیوان یوگسلاوی سابق؛ ماده ۸۱ (الف) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی). در نظام‌های کامن‌لا چنین حقی فی‌نفسه برای تجدیدنظر از رأی برائت

وجود ندارد، زیرا برای اکثریت حقوقدانان کامن لا عمیقاً غیرقابل تحمل است که متهم را دو بار به خاطر فعل واحد محاکمه نماییم؛ این کار نقض قاعده منع به مخاطره افکندن مجدد است (منع محاکمه مجدد برای جرم واحد). با اینکه قلمرو گسترده حق تجدیدنظر شبیه به نظام حقوق نوشته است، شیوه تجدیدنظر بر اساس نظام کامن لا می باشد، زیرا در نظام کامن لا اعاده دادرسی مجاز نیست، بلکه تنها بازنگری در تصمیم بر اساس مسائل موضوعی و حکمی کاملاً روشن، با فرصت محدود برای ارائه ادله جدید، ممکن است.^{۵۲}

در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق، ابتدا رویکرد دو مرحله‌ای نظام ترافی در رابطه با احراز مجرمیت (مقصر شناختن) و تعیین مجازات پذیرفته شده بود، سپس هم به علت کارایی و هم به موجب قاعده ۸۷ (ج) رویکرد دو عملی انتخاب شد. اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی تصمیم‌گیری در خصوص مجازات را به جلسه‌ای جداگانه محول می‌کند که اساساً در اختیار قضات است (ماده ۷۶ (۲)؛ قاعده ۱۴۳).

راجع به تصمیمات الزام‌آور شعبه تجدیدنظر برای شعبه بدوی - به -
 طور کلی در کامن لا از نظر دکترین، سابقه الزام‌آور شناخته شده است -

۵۲. راجع به قبول ادله اضافی، مطابق قاعده ۱۱۵ دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق، معیارهای متفاوتی در رویه قضایی ایجاد شده است که، در هر صورت، اختیار وسیعی به شعبه تجدیدنظر می‌دهند (دادستان علیه کاپرسکیچ، بند ۴۲ به بعد). این قاعده در اکتبر ۲۰۰۲ اصلاح شد و درخواست ادله اضافی به «احراز یک حقیقت خاص» از سوی شعبه بدوی که به او مربوط است محدود شد.

شعبه تجدیدنظر در پرونده آلكسوسكى با پیروی از رویکرد کامن لا مقرر داشت که جنبه اصلی (*Ratio decedendi*) تصمیمش الزام آور است.^{۵۳} ماده ۲۱ (۲) اساسنامه دیوان با اتخاذ رویکرد منعطف تری بیان می دارد: «دادگاه می تواند اصول و قواعد حقوقی را چنان که در تصمیمات قبلی اش تفسیر کرده است به کار بندد»؛ به عبارت دیگر، دادگاه مجبور نیست که از تصمیمات سابقش پیروی کند، بلکه اختیار وسیع دارد که آیا این کار را انجام دهد یا خیر.

مجازات وکلای مدافع به خاطر اخلال در جلسات دادرسی (قاعده ۷۷ دیوان یوگسلاوی سابق؛ مواد ۷۰ و ۷۱ اساسنامه دیوان کیفری بین المللی) یک شیوه سنتی در نظام کامن لا است؛ این شیوه در نظام حقوق نوشته شناخته شده نیست. مطابق نظر شعبه تجدیدنظر، رسیدگی به اخلال در دادگاه «در صلاحیت ذاتی دیوان است» چراکه اعمال صلاحیت دیوان نباید عقیم بماند، و کارکرد قضایی اصلی آن بایستی تضمین گردد. شایان ذکر است، پذیرش مقررات رسیدگی به اخلال در نظم دادگاه مشمول «مسائل ضروری دیگر» در مفهوم ماده ۱۵ اساسنامه دیوان یوگسلاوی سابق می شود.^{۵۴}

53. *Prosecutor v. Aleksovski, (Judgment), para. 113; Prosecutor v. Bardjanin & Talic, Decision on Application by Momir Talic for the Disqualification and Withdrawal of Judge, 18 May 2000 (IT- 99- 36- PT), para. 6.*

54. *Prosecutor v. Tadic, Appeals Judgment of Allegations of Contempt Against Prior Counsel, Milan Vujin, 27 February 2000 (IT- 94- 1- A- AR 77).*

نتیجه گیری

در زمینه آیین دادرسی کیفری بین‌المللی، تقسیم‌بندی سنتی کامن‌لا - حقوق‌نویسته، حاکم شده است. هرچند ریشه بسیاری از قواعد (دادرسی) به کامن‌لا یا حقوق‌نویسته بر می‌گردد، لکن با اجرای آنها در دیوان‌های کیفری بین‌المللی نظام منحصربه‌فرد و یگانه‌ای ایجاد شده است.^{۵۵} بنابراین، «مهم نیست که یک قاعده، ترافعی یا تفتیشی باشد بلکه مهم این است که آیا این قاعده به دیوان‌ها در انجام وظایفشان کمک می‌کند یا خیر...» و آیا با معیارهای اساسی محاکمه منصفانه مطابقت دارد یا خیر. با توجه به انتقادات گسترده در این رابطه، لازم است یادآور شویم که کمیسیون اروپایی حقوق بشر (ECHR) تأیید کرده است که آیین دادرسی دیوان یوگسلاوی سابق کلیه تضمین‌های لازم دادرسی، از جمله بی‌طرفی و استقلال دیوان را مقرر داشته است. هرچند درست است که در آیین دادرسی کیفری بین‌المللی «بهن خاطر اینکه هر یک از نظام‌های (حقوق-نویسته یا کامن‌لا) توازن ساختاری دقیقی را بین حقوق طرفین محاکمه ایجاد می‌کنند»، «مشکلات اساسی وابستگی و امنیت قضایی» وجود دارد، لکن آن‌گونه که اخیراً برخی همکاران کامن‌لا پیشنهاد کرده‌اند، راه‌حل این مسائل این نیست که شعب کامن‌لا و حقوق‌نویسته ایجاد کنیم.

در بررسی اینکه آیا اجرای یک سیستم در محاکمات کیفری بین‌المللی از سیستم دیگر مناسب‌تر است یا خیر، باید بر اساس رویکرد

55. *Prosecutor v. Delalic et al.*, para. 15:

«یک قاعده می‌تواند ریشه در کامن‌لا یا حقوق‌نویسته داشته باشد لکن، محصور نهایی آن می‌تواند ترکیبی از هر دو باشد... چنان که از آن یک قاعده منحصربه‌فرد بسازد.»

موضوع محوری^{۵۶} بین رسیدگی‌های مقدماتی و بدوی تفاوت قائل شد. به نظر می‌رسد به کارگیری نظام حقوق‌نوشته در مرحله رسیدگی‌های مقدماتی، در رابطه با (اصل) تساوی سلاح‌ها بین دادستان و متهم مناسب‌تر باشد. تجربه دیوان‌های موقت نشان می‌دهد که متهم از جمله به این علت که با تأخیر زیاد (در مرحله مقدماتی) وارد پرونده می‌شود، از امکانات مساوی یا مشابه دادستان برای تهیه پرونده برخوردار نیست. بخشی از این عدم تساوی به لحاظ فقدان منابع انسانی است که اعزام افراد به صحنه جرم برای تحقیق در مورد پرونده را غیرممکن می‌سازد؛ با این حال، مهم‌تر از همه، علت عدم تساوی به خاطر ضرورت همکاری دولت‌ها برای جمع‌آوری ادله است. در صورتی که دولتی همکاری نکند، همان‌گونه که دادستان به سختی می‌تواند برای انجام تحقیقات وارد سرزمین آن کشور شود، این مهم، برای وکیل کاملاً غیرممکن خواهد بود. در موارد زیادی وکلای مدافع اجازه ورود به سرزمین جمهوری سربرسکا و رواندا را نیافتند. در مورد پرونده میلوزویچ،^{۵۷} که دادستان تا حدود زیادی نیازمند اطلاعات محرمانه بود، (چگونه) می‌توان باور داشت که سازمان امنیتی آمریکا CIA یا هر سازمان امنیتی دیگر داوطلبانه با وکلای مدافع همکاری کرده باشند؟

بنابراین، تنها امکان وکیل برای دستیابی به اطلاعات لازم جهت آماده کردن پرونده‌اش این است که دادستان در هر دو جهت تحقیق کند و

۵۶. فلسفه این رویکرد توجه به موضوعات به‌جای لغت است.

۵۷. وی رئیس جمهور سابق یوگسلاوی بود که در زندان دیوان در شهر لاهه هلند فوت کرد (م).

اطلاعات خود را در اختیار وکیل نیز قرار دهد. در واقع، این دلیلی است بر اینکه دادستان وظیفه دارد ادله را به طور محدود افشا نماید.^{۵۸} می‌توان استدلال کرد که از نظر مفهومی، یک دادستان بی‌طرف، همچنان که در نظام حقوق نوشته پیش‌بینی شده است، حداقل حمایت از حقوق متهم را تضمین می‌نماید و چنانچه بخواهد، می‌تواند اطمینان حاصل نماید که حقوق متهم رعایت شده است یا خیر. این مسئله، همچنین، در طول مذاکرات مقدماتی در کنفرانس رم مورد تأکید قرار گرفت.

با نگاهی به روند رسیدگی به‌طور کلی و محاکمه به‌طور خاص، به نظر می‌رسد که باید برای قضات یک نقش فعال‌تر یا همان‌گونه که گروه متخصصان پیشنهاد کرده‌اند «نقشی مداخله‌گرایانه» در نظر گرفت تا اطمینان حاصل شود که محاکمه به‌نحو مؤثرتری انجام می‌گیرد و در نتیجه، به کوتاه کردن رسیدگی کمک خواهد شد. هرچند گروه کاری متخصصان صریحاً اشاره نکرده است که «در نظام توافقی کامن‌لا روند انجام محاکمه پیشرفتی ندارد، ولی تحلیل و توصیه‌های آنان به‌وضوح یک آیین دادرسی ساخته دست قضات در راستای سنت حقوق نوشته را معرفی می‌کند». در واقع، نمی‌توان منکر شد که محاکمه‌ای که از سوی یک قاضی مجرب انجام و هدایت می‌شود می‌تواند از تأخیرات حاصله به‌خاطر رابطه متقابل آزاد و غیرکنترل شده طرفین ممانعت به‌عمل آورد. همین وضعیت در مورد مرحله بدوی نیز که توسط قاضی بدوی هماهنگ می‌شود وجود دارد

۵۸. در پرونده دادستان علیه کرجسینیک و پلاویسک، دیوان به اصل تساوی سلاح‌ها به نفع افشای ادله استناد کرد.

قاعده ۶۵ دیوان یوگسلاوی سابق). از طرف دیگر، توافقی که بین دادستان و متهم تحت نظارت یک قاضی حاصل می‌شود نباید از سوی حقوقدانان نظام حقوقی نوشته به‌عنوان یک مسئله بی‌ربط (*A limine*) نادیده گرفته شود، زیرا این توافق عامل مهمی برای جلوگیری از اطاله دادرسی است.

به هر حال، نباید فراموش کرد که قواعد مربوط به آیین دادرسی (شکلی) تنها یک چارچوب کلی فراهم می‌آورند؛ کارکرد شفاف نهایتاً به بازیگران عمده آیین دادرسی، به‌ویژه، قضات بستگی دارد. یک آیین دادرسی مختلط و منحصربه‌فرد نیازمند دادستان‌ها، وکلای مدافع و قضاتی است که هم از نظام کامن‌لا و هم حقوق‌نویشته مطلع باشند، و بتوانند نگاهی فراتر از نظام حقوقی خودشان داشته باشند. هرچند مقررات فعلی آیین دادرسی این امکان را برای حقوقدانان کامن‌لا و حقوق‌نویسته فراهم می‌نمایند تا رسیدگی‌ها را مطابق با حقوق ملی خودشان انجام دهند، رویه عملی دیوان‌های موقت، به‌ویژه دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق، نشان می‌دهد که با افزایش تجربه عملی دیوان در چارچوب یک نظام عدالت کیفری بین‌المللی، که نمونه‌ای است به سمت همگرایی‌های هر دو نظام، در آیین دادرسی محدودیت‌های ملی می‌تواند نادیده گرفته شود. در آینده، مشکل بزرگ‌تری که می‌تواند بوجود آید استفاده از نظام‌های حقوقی‌ای است که بر سنت‌های غربی مبتنی نیستند، برای مثال حقوق اسلام.^{۵۹}

۵۹. نظام حقوقی چین را نیز می‌توان مثال زد.

قواعد عمومی حقوق شرکت‌ها مطالعه‌ای برای اقتصادهای در حال گذار*

نویسندگان: گاینان آویل اف و همکاران
مترجم: ماشاءالله بناء نیاسری**

چکیده

قواعد عمومی‌ای که فراروی شما است، توسط گروه کاری‌ای که سازمان همکاری اقتصادی و توسعه^۱ تشکیل داد، ساخته و پرداخته شده است. گروه کاری موصوف از جمله شامل متخصصان حقوق شرکت‌ها از کشورهای فرانسه، آلمان، روسیه و ایالات متحده امریکا بود. هدف این مجموعه قواعد آن است که هم تدوین‌کنندگان قانون شرکت‌ها را در اقتصادهای در حال گذار راهبری کند و هم گزینه‌های ممکن و پیش روی را برای نویسندگان طرح قانون فراهم آورد تا در مورد آن بیانده‌شدند. تدوین‌کنندگان قانون شرکت‌ها همچنین در صورت تمایل می‌توانند به دو قانون نمونه‌ای که به‌طور کلی با اصول مذکور در این مجموعه هماهنگ و همسو هستند، نیز مراجعه کنند؛ این دو قانون نمونه عبارتند از: (۱) قانون

* مشخصات اصلی مقاله به قرار زیر است :

Gainan Avilov , Bernard Black , Dominique Carreau , Oksana Kozyr , *et al* ,
General Principles of Company Law for Transition Economies , Journal
of Corporation Law , vol. 24 , Issue 2 , Winter 1999 , pp. 190-292

** دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی .

1. Organisation for Economic Co-operation and Development (**OECD**) .

نمونه راجع به شرکت‌های سهامی که به زبان‌های انگلیسی و روسی توسط برنارد بلاک و آنا تراسوا تهیه شده و در کتاب «راهنمایی بر حقوق شرکت‌های سهامی در روسیه» نوشته برنارد بلاک، رینیر کراکمن و آنا تراسوا مجدداً به چاپ رسیده است (۱۹۹۸)؛ و (۲) پیش‌نویس قانون نمونه راجع به شرکت‌های سهامی که به زبان روسی از سوی مرکز مشاوره و مطالعات حقوق خصوصی جامعه کشورهای استقلال یافته اتحاد جماهیر شوروی سابق تهیه شده است (۱۹۹۸).

این مجموعه قواعد با حمایت سازمان همکاری اقتصادی و توسعه فراهم آمده است.

نویسندگان

گاینان آویلوف^۲

مؤسسه مطالعات قانونگذاری و حقوق تطبیقی، فدراسیون روسیه

برنارد بلاک^۳

دانشکده حقوق استانفورد، ایالات متحده آمریکا

دومینیک کارو^۴

2. Gainan Avilov.

3. Bernard Black.

4. Dominique Carreau.

دانشگاه پاریس، فرانسه

اکسانا کزیر^۵

پژوهشگاه حقوق خصوصی، فدراسیون روسیه

استیلپون نستور^۶

سازمان همکاری اقتصادی و توسعه

سارا رینولدس^۷

مرکز داویس برای مطالعات روسیه، دانشگاه هاروارد، ایالات متحده امریکا

ویراسته

استیلپون نستور، فردریک وهرل^۸، و سیاستیان مولینئوس^۹

سازمان همکاری اقتصادی و توسعه

5. Oksana Kozyr.

6. Stilpon Nestor .

7. Sarah Reynolds.

8. Frederic Wehrle.

9. Sebastian Molineus.

پیش درآمد

در چارچوب برنامه مرکز همکاری با اقتصادهای غیرعضو سازمان همکاری اقتصادی و توسعه (سی سی ان ام)^{۱۰}، گروهی از متخصصان حقوق شرکت‌ها گردهم آمدند تا مجموعه قواعد عمومی حقوق شرکت‌ها را که بتواند برای سیاستگذاران در کشورهای تازه استقلال یافته اتحاد جماهیر شوروی سابق و همچنین در سایر اقتصادهای در حال گذار^{۱۱} مورد استفاده باشد، بررسی و تدوین نمایند. این مجموعه قواعد که در نشریه حاضر ارائه شده است، چهار هدف اصلی را دنبال می‌کند: (۱) شناسایی «بهترین تجارب» یا اصلی‌ترین رویکردهای ممکن که با توجه به مقتضیات خاص اقتصادهای در حال گذار می‌توان جهت تدوین قانون مدرن شرکت‌ها برگزید؛ (۲) تنظیم این قواعد عمومی به سبک و سیاقی که بتوان از آن به عنوان مبنایی برای اصلاحات در حال انجام و اصلاحات آینده در قوانین استفاده کرد؛ (۳) کمک و مساعدت به تدوین‌کنندگان قانون نمونه/تطبیقی برای شرایط یک اقتصاد در حال گذار؛ و (۴) کمک به قانونگذاران و به ویژه کمک به قضات در تفسیر و اجرای قوانین موجود و آینده.

همکاری سازمان همکاری اقتصادی و توسعه با اقتصادهای در حال گذار کشورهای اروپای مرکزی و اروپای شرقی و دولت‌های تازه استقلال یافته اتحاد جماهیر شوروی سابق، در مرکز همکاری با اقتصادهای غیرعضو

10. OECD's Centre for Co-operation with Non Member Economies (CCNM)
11. Transition Economies.

(سی سی ان ام) تمرکز یافته است. مأموریت و مسئولیت عمده مرکز همکاری با اقتصادهای غیرعضو (سی سی ان ام) طراحی و اداره برنامه‌ها و مباحث سیاستگذاری است که می‌تواند به اشکال مختلفی از قبیل کنفرانس‌ها، سمینارها، نشست‌های کارشناسی و ارائه مشورت به کشوری خاص جلوه‌گر شود؛ در این برنامه‌ها و گفتمان‌ها مسائل راجع به سیاستگذاری به دقت بررسی و پیش‌نویس قوانین مورد بازنگری قرار می‌گیرند. سازمان همکاری اقتصادی و توسعه به عنوان بخشی از برنامه مداوم کمک و معاضدت که بر عهده دارد، با مشارکت سازمان همکاری‌های بین‌المللی ترکیه و دولت آلمان، مرکز توسعه بخش خصوصی را در استانبول تأسیس نموده است. نشریه‌ای که فراروی شما است و جلسات مرتبط با آن در چارچوب همین مرکز به سامان رسیده است.

در سپتامبر سال ۱۹۹۶ گروه کوچکی از متخصصان تشکیل شد تا پیش‌نویس این مجموعه قواعد را تهیه کنند. این گروه شامل متخصصان زیر بود: دکتر گاینان آویل‌اف، پژوهشگر ارشد مؤسسه مطالعات قانونگذاری و حقوق تطبیقی وابسته به دولت فدراسیون روسیه؛ پروفیسور برنارد بلاک از دانشکده حقوق دانشگاه کلمبیا، ایالات متحده آمریکا (گزارشگر عمومی)؛ پروفیسور دومینیک کارو، از دانشگاه پاریس ۱؛ دکتر اکسانا ام. کزیر، قائم مقام پژوهشگاه حقوق خصوصی وابسته به نهاد ریاست جمهوری فدراسیون روسیه؛ آقای استیلپون نستور، رئیس واحد خصوصی‌سازی و اصلاحات تجاری در سازمان همکاری اقتصادی و توسعه؛ و دکتر سارا رینولدس، عضو مرکز داوینس برای مطالعات روسیه،

از دانشگاه هاروارد، ایالات متحده امریکا. پیش‌نویس این مجموعه قواعد که توسط این گروه تخصصی به تفصیل تهیه شد، برای بحث و بررسی به گروه کارشناسان عالی‌رتبه‌ای که از ۹ تا ۱۱ دسامبر ۱۹۹۶ در استانبول گردهم آمدند، تسلیم شد. شرکت‌کنندگان در این گردهمایی شامل نمایندگان ارشد و متخصصان حقوق شرکت‌ها از کشورهای تازه استقلال یافته اتحاد جماهیر شوروی سابق و کشورهای عضو سازمان همکاری اقتصادی و توسعه بودند (بنگرید به فهرست شرکت‌کنندگان).

پس از ارائه متن پیش‌نویس و بحث و بررسی وسیعی که توسط کارشناسان به عمل آمد، نتایجی که از این همایش حاصل شد، مبنای قواعد عمومی‌ای که در اینجا منتشر شده را تشکیل داده است. النهایه متن انگلیسی این مجموعه قواعد توسط دبیرخانه سازمان همکاری اقتصادی و توسعه از جمله شامل استیلپون نستور، فردریک وهرل، و سباستیان مولینئوس ویرایش شد. با توجه به هدف این مجموعه قواعد عمومی، تصمیم گرفته شد که مجموعه حاضر همزمان به زبان روسی نیز منتشر گردد. گاینان آویل‌اف و اکسانا کزیر متن روسی این مجموعه را تهیه کردند. این مجموعه قواعد با مسئولیت دبیرکل سازمان همکاری اقتصادی و توسعه انتشار می‌یابد.

ژان-پی یر تووری^{۱۲}

مدیر هماهنگی، مرکز همکاری با اقتصادهای غیرعضو، سازمان همکاری اقتصادی و توسعه

12. Jean-Pierre Tuveri.

مقدمه

۱. این سند اصول و قواعد پیشنهادی راجع به تدوین قانون شرکت‌های سهامی^{۱۳} را که برای کشورهای در حال گذار از اقتصاد متمرکز و برنامه‌ریزی شده^{۱۴} به اقتصاد بازار^{۱۵} مناسب دیده شده، بیان می‌دارد. در خصوص هر یک از این اصول و قواعد دیدگاه‌های راجع به موضوع شرح و گزینه‌ها و رویکردهای ممکن دیگر بررسی شده است. رویکردها و گزینه‌های ممکن دیگری که ما به آن پرداخته‌ایم شامل رویکردها و گزینه‌هایی است که هم‌اکنون در کشورهای عضو سازمان همکاری اقتصادی و توسعه و همچنین در فدراسیون روسیه که اخیراً قانون جدید شرکت‌ها را به تصویب رسانده، مورد استفاده است.

۲. تمرکز این سرمشق بر قانون شرکت‌ها است، یعنی قانونی که شرکت‌های تجاری با مسئولیت محدودی را که سرمایه آنها به سهام تقسیم شده، تنظیم و سازماندهی می‌کند، آنچه در ایالات متحده امریکا «Corporation»، در آلمان «Aktiengesellschaft»، در فرانسه «Société Anonyme»، و در روسیه «Joint Stock Company» نامیده می‌شود. اگرچه قانون راجع به شرکت‌های سهامی موضوع بیشترین توجه است، اما کلیه کشورها نیاز دارند در قوانین خود سایر اشکال شرکت‌های تجاری را نیز پیش‌بینی کنند.^{۱۶} مع‌هذا، این اقسام از شرکت‌های تجاری در نوشتار

13. Joint Stock Company.

14. Centrally Planned Economy.

15. Market Economy.

۱۶. برای دیدن سایر انواع شرکت‌های تجاری موجود و در دسترس بنگرید به شماره ۱۱.

حاضر مورد بحث قرار نمی‌گیرد، مگر آن هنگام که مقررات این‌گونه شرکت‌ها با اصول بنیادین این سند مرتبط باشد. به هر حال، لازم به تذکر است که قانون باید کلیه اشکال شرکت‌های تجاری در دسترس را به نحو جامعی برشمارد و آیین ثبت شرکت‌ها به گونه‌ای باشد که شناسایی و تعیین هویت دقیق هر یک از اشخاص حقوقی ثبت شده تأمین و تضمین گردد. این عمدتاً از آن روی است که تشکیل نادرست و ناقص یک شخص حقوقی نتایج نامطلوبی را هم برای سرمایه‌گذاران و هم برای اشخاص ثالث به همراه دارد.

۳. بحث از اصول و قواعد حقوق شرکت‌ها مبتنی بر فرض وجود ساختار حقوقی مدون و نوشته در یک کشور است؛ به دیگر سخن، این بحث مبتنی بر فرض وجود یک قانون مدنی عام می‌باشد. قوانینی که بازار بورس اوراق بهادار را تنظیم می‌کند و قواعد مربوط به عرضه عمومی سهام به مردم از موضوع مطالعه ما خارج است. مع‌هذا، باید به یاد داشت که گاهی مرزهای بین قانون شرکت‌ها و قانون بازار بورس اوراق بهادار محو می‌گردد. برخی کشورها پاره‌ای از موضوعات مربوط به شرکت‌های پذیرفته شده در بورس و مسائل مربوط به سهامداران این‌گونه شرکت‌ها را، از طریق قانون بورس اوراق بهادار ساماندهی و تنظیم کرده‌اند، حال آنکه سایر کشورها این مسائل را در قانون عام شرکت‌ها گنجانده‌اند. اصول و قواعدی که در اینجا مورد بحث قرار گرفته و ناظر به مسائلی است که در این منطقه سایه روشن قرار می‌گیرد، می‌تواند در هر یک از این دو حوزه به کار گرفته شود. قوانین مربوط به رابطه معمولی بین شرکت‌های

سهامی و کارگران این شرکت‌ها و قواعد خاص مربوط به تنظیم و اداره بعضی مسائل که برای گروه‌های مالی و صنعتی ایجاد می‌شود، نیز در اینجا مورد مطالعه قرار نمی‌گیرد.

بخش اول - قواعد عمومی

قاعده یکم - تفاوت‌های بین اقتصادهای عضو سازمان همکاری اقتصادی و توسعه و اقتصادهای در حال گذار از یک سوی، و تفاوت‌هایی که بین خود اقتصادهای در حال گذار وجود دارد از سوی دیگر، منجر به ایجاد تفاوت‌هایی در قانون شرکت‌ها می‌شود.

۴. چندین تفاوت مهم بین اقتصادهای در حال گذار و اقتصادهای توسعه‌یافته‌تر بازار وجود دارد. این تفاوت‌ها منجر به ایجاد تفاوت‌هایی در قانون شرکت‌های این کشورها می‌شود. مهم‌تر اینکه وضع بازار، شهرت و اعتبار، و محظورات و محدودیت‌های فرهنگی در مورد معامله مدیران با خود یا سوءرفتار با سهامداران اقلیت چه بسا در اقتصادهای در حال گذار در مقایسه با اقتصادهای بازار بالنسبه ضعیف و شکننده است. در پاسخ به این شرایط، محدودیت‌ها و الزاماتی که قانون شرکت‌ها در مورد معامله مدیران با خود و حمایت از سهامداران اقلیت وضع می‌کند، باید نسبتاً دقیق و آمره باشد.

۵. اقتصادهای در حال گذار احتمالاً فاقد زیربنای حقوقی‌ای هستند که بر اساس آن بتوانند راه‌حل مسائل پیچیده تجاری را بیابند. بنابراین، نویسندگان قانون شرکت‌ها در یک اقتصاد در حال گذار باید برای وضوح

قانون و وضع قواعدی ساده و روشن که به آسانی قابل اجرا باشد، تلاش کنند. تفاوت‌های ظریفی که در طول زمان در قوانین شرکت‌های عضو سازمان همکاری اقتصادی و توسعه، تکامل یافته است گاهی در یک اقتصاد در حال گذار بی‌جا و نامناسب می‌نماید؛ زیرا این تفاوت‌ها به ابهام و پیچیدگی قانون خواهد افزود. نتیجه‌ای که بلافاصله از این قاعده متفرع می‌شود این است که قانون شرکت‌ها در اقتصادهای در حال گذار باید پا به پای توسعه این اقتصادها تحول و تکامل یابد. به خصوص بعضی از مقرراتی که در اینجا پیشنهاد شده و به شدت از سهامداران حمایت می‌کند، ممکن است انعطاف‌پذیری قالب شرکت سهامی را کاهش دهد. در یک اقتصاد بازار تکامل‌یافته‌تر، قانون شرکت‌ها ممکن است به نحو متفاوتی بین انعطاف‌پذیری و حمایت از سهامداران تعادل برقرار نماید، چندان که در این تعادل به انعطاف‌پذیری قانون ارزش بالاتری داده شود.

۶. همچنین بی‌تردید تفاوت‌های مهمی بین اقتصادهای در حال گذار گوناگون وجود دارد. این تفاوت‌ها خود ناشی از سطوح متفاوت توسعه اقتصادی و تفاوت در نظام‌های حقوقی ملی است. بنابراین، برای یک کشور در حال گذار چندان مناسب نیست که قانون کشوری با اقتصاد تکامل‌یافته بازار و یا حتی قانون کشوری را که در مرحله مشابهی از توسعه اقتصادی است، صرفاً کپی‌برداری و مورد تقلید قرار دهد.

قاعده دوم - بین دارایی شرکت و دارایی سهامداران آن باید تفکیک و تمایزی واضح نهاد.

۷. تلقی شرکت سهامی به عنوان یک شخص حقوقی مستقل و علی- حده متضمن تفکیکی روشن بین دارایی متعلق به شرکت و دارایی سهامداران آن می‌باشد. سهامداران مالک سهامند؛ پس از تشکیل شرکت و تا قبل از انحلال و تصفیه آن، سهامداران به صرف اینکه سهامدارند، هیچ-گونه طلب مستقیم یا حق مالکانه‌ای بر دارایی شرکت ندارند. علی‌الاصول، سهامداران صرفاً می‌توانند از طریق مکانیسم‌ها و نهادهایی که قانون شرکت‌ها به منظور حمایت از سهامداران و نظارت بر مدیران پیش‌بینی کرده، بر اداره این دارایی تأثیر بگذارند.

۸. به همین ترتیب شرکت تعهدات خود را بر عهده گرفته و آنها را ایفا می‌کند، اما نه می‌تواند تعهداتی را از جانب سهامدارانش بر عهده گیرد و نه تعهداتی که از سوی سهامدار خاصی بر عهده گرفته شده را ایفا نماید. تنها در صورتی که دارایی شرکت به وضوح از دارایی سهامداران و تعهدات شرکت به وضوح از تعهدات سهامداران تفکیک شده باشد، مفهوم مسئولیت محدود معنا خواهد یافت.

قاعده سوم - قانون شرکت‌ها نباید به سهامداران اجازه دهد سرمایه (آورده) خود را مسترد دارند.

۹. یکی از صفات اصلی حقوق شرکت‌ها دوام و بقای سرمایه سهامداران در شرکت است: هیچ یک از سهامداران نمی‌تواند آزادانه آورده خود را مسترد کند مگر از طریق فروش سهام خود که وسیله اصلی خروج از شرکت است. این دوام و بقای سرمایه شرکت یکی از تفاوت‌های

بنیادین بین قالب شرکت سهامی و سایر اشکال شرکت‌های تجاری است که در آنها شرکا حقوق بسیار گسترده‌تری برای استرداد آورده‌شان دارند.^{۱۰} بر این اصل کلی که سهامداران نمی‌توانند آزادانه آورده خود را مسترد دارند، بی‌شک استثنائاتی وارد است؛ این استثنائات باید اندک بوده، به نحو جامعی احصا شده و صراحتاً در قانون تعیین شود. این استثنائات به موقعیت‌هایی ناظر است که امکان بالقوه زیادی برای برخی سهامداران وجود دارد تا به زیان سایر سهامداران منتفع شوند.

قاعده چهارم - قانون شرکت‌ها باید ساختار واحد و یک‌دستی داشته باشد و بین شرکت‌های سهامی کوچک و بزرگ تفکیکی نگذارد.

۱۱. در اکثر کشورهای عضو سازمان همکاری اقتصادی و توسعه، قانون قالب‌های حقوقی گوناگونی را برای شرکت‌های تجاری پیش‌بینی می‌کند. شرکت سهامی معمولاً قالب حقوقی اصلی برای شرکتی است که تعداد زیادی سرمایه‌گذار دارد. قالب شرکت با مسئولیت محدود^{۱۷} منحصراً برای شرکت‌هایی در نظر گرفته شده است که تعداد اندکی سرمایه‌گذار دارند. شرکت‌ها همچنین ممکن است به شکل شرکت مختلط غیرسهامی^{۱۸} یا شرکت مختلط سهامی^{۱۹} تشکیل شوند. شکل‌های موجود هنوز در حال تکامل و تحول هستند و قالب‌های حقوقی دیگری نیز ممکن است در بعض نظام‌های حقوقی در دسترس باشد.

17. Limited Liability Company.

18. General Partnership.

19. Limited Partnership .

۱۲. در بعض کشورها، قانون شرکت‌ها دو سری قواعد پیش‌بینی کرده است: دسته اول قواعدی است که برای شرکت‌های سهامی بزرگ با تعداد زیادی سهامدار در نظر گرفته شده، و دسته دوم قواعدی است که برای شرکت‌های سهامی با تعداد اندکی سهامدار مقرر شده است. این شیوه قانونگذاری علاوه بر امکان استفاده از قالب حقوقی جداگانه شرکت با مسئولیت محدود، گزینه دیگری را نیز در اختیار سرمایه‌گذار قرار می‌دهد.

۱۳. مع الوصف، به نظر می‌رسد وجود ساختار واحد و یک‌دست برای قانون شرکت‌های سهامی که بین شرکت‌های سهامی با تعداد اندکی سرمایه‌گذار و شرکت‌های سهامی با تعداد زیادی سرمایه‌گذار تفکیکی کلی نگذارد، برای اقتصادهای در حال گذار مناسب‌تر باشد. روی هم رفته، این رویکرد ملایم و سهل‌الوصول اهداف سادگی و هماهنگی و انسجام قوانین را که اهمیت فراوانی برای تقویت حاکمیت قانون در اقتصادهای در حال گذار دارند، بهتر برآورده می‌سازد. گذشته از این، پذیرش ساختار واحد و یک‌دست بدین معنا نیست که قانون شرکت‌ها کلیه شرکت‌های سهامی را یکسان و علی‌السویه تلقی نماید. در صورت لزوم، می‌توان به منظور ایجاد انعطاف‌پذیری و کارایی، مقررات خاصی را برای شرکت‌های سهامی که تعداد محدودی سهامدار دارند، در مواد معینی از قانون گنجانند. قاعده پنجم - حمایت از سهامداران اقلیت^{۲۰}، به‌ویژه در شرایط اقتصادهای در حال گذار، دارای اهمیت است.

20. Minority Shareholders.

۱۴. حمایت از سرمایه‌گذاران اقلیت در مقابل سوءاستفاده‌ها و اجحاف اکثریت یکی از اهداف قانون شرکت‌ها در تمامی اقتصادهای بازار است. این حمایت به‌ویژه در اقتصادهایی که صفت مشخصه آنها این است که بخش عظیمی از شرکت‌هایشان توسط سهامدار واحد یا گروه اندکی از سهامداران کنترل می‌شود یا مالکیت مدیران بر بخش عمده‌ای از سهام شرکت در آنها شایع است، اهمیت بیشتری می‌یابد. افزون بر اوصاف فوق، همچنین اقتصادهای در حال گذار اغلب به عنوان اقتصادهایی توصیف می‌شوند که محدودیت‌ها و قیود غیرحقوقی نسبتاً ضعیفی را بر اختیار مدیران و سهامداران کنترل‌کننده‌ای که به سود خود و به زیان سهامداران اقلیت عمل می‌کنند، تحمیل می‌نمایند. این محدودیت‌های غیرحقوقی نسبتاً ضعیف را معمولاً بهره‌وری سرمایه و بازارهای محصول تحمیل می‌کند. در عین حال، شرکت‌ها در اقتصادهای در حال گذار اغلب نیازمند سرمایه «اشخاص خارج از شرکت»^{۲۱} می‌باشند که جذب این سرمایه ممکن است به شکل تملک سهام توسط اقلیتی باشد که خارج از شرکتند و اداره شرکت را در دست نداشته و از اوضاع شرکت بی‌اطلاعند. این اقلیت خارج از اداره شرکت می‌خواهند اطمینان حاصل نمایند که حقوقشان مورد سوءاستفاده قرار نخواهد گرفت.

۱۵. در پاسخ به این ضعف‌ها، قانون شرکت‌ها در اقتصادهای در حال گذار باید با وضع قواعدی آمره از سهامداران اقلیت حمایت کند. این‌گونه

21. Outsiders.

حمایت خطر استثمار سرمایه «اشخاص خارج از اداره شرکت» از سوی مدیران و سهامداران کنترل‌کننده را کاهش داده و بدین‌سان سرمایه‌گذاری را در این کشورها تشویق می‌نماید. نمونه‌ای از این قواعد آمره که برای حمایت از سهامداران اقلیت ایجاد شده، عبارت است از استفاده از سیستم رأی ادغامی^{۲۲} برای انتخاب اعضای هیئت مدیره؛ قاعده یک سهم (عادی)، یک رأی^{۲۳}؛ وضع قواعدی خاص برای تصویب معاملاتی که مدیران یا سهامداران عمده در آن معاملات تعارض منافع دارند؛ شرایطی که بر اساس آن شرکت سهام [جدید] صادر نموده یا سهام [موجود] خود را فقط به نرخ بازار تحصیل و خریداری می‌نماید؛ ایجاد حق ارزیابی و بازفروش سهام برای سهامدارانی که با تجدید سازمان شرکت، معاملات عمده شرکت، و تغییراتی که در اساسنامه به عمل آمده و حقوق آنها را محدود می‌کند، موافق نیستند؛ و حق خروج از شرکت که به سرمایه‌گذاران اجازه می‌دهد، چنانچه یک سهامدار آن میزان از سهام شرکت را تحصیل نماید که کنترل شرکت را به دست او می‌دهد، سهام متعلق به خود را به این سهامدار فروخته و از شرکت خارج شوند.

قاعده ششم - بسیاری از قواعد گوناگونی که در قانون شرکت‌ها گنجانده می‌شود، می‌تواند قواعد «پیش‌فرض» باشند که از طریق توافق سهامداران قابل تغییر هستند.

22: Cumulative Voting.

23: One (Common) Share , One Vote Rule .

۱۶. نیازهای تمام شرکت‌ها را نمی‌توان از طریق مجموعه قواعد واحدی برآورده ساخت. به‌علاوه، در بسیاری موارد شرکای یک شرکت در موقعیت بهتری از قانونگذاران هستند تا تصمیم بگیرند چه قواعدی برای وضعیت خاص آنها مناسب‌تر است. بسیاری از قواعدی که در قانون شرکت‌ها آورده می‌شود، بایست قواعد «پیش‌فرض» باشد، یعنی قواعدی که با تصمیم سهامداران در اساسنامه شرکت قابل تغییر هستند. به عنوان مثال، قانون می‌تواند حداقل آرای لازم برای تصویب ادغام شرکت یا اصلاح اساسنامه را مشخص نماید و در عین حال اجازه دهد که در اساسنامه شرکت میزان آرای بیشتری برای تصویب این امور مقرر شود. همچنین قانون می‌تواند فهرست حداقلی از اعمال شرکت را که نیازمند تصویب سهامداران است مشخص کرده، اما اجازه دهد که در اساسنامه شرکت موارد دیگری نیز به این فهرست اضافه شود.

۱۷. از سوی دیگر، به دو دلیل مهم باید وضع و پذیرش قواعد الزام-آور به جای قواعد پیش‌فرض را مورد عنایت قرار داد: نخستین دلیل، لزوم حمایت از سهامداران اقلیت است که نمی‌توان انتظار داشت پیشاپیش کلیه راه‌هایی را که سهامداران اکثریت ممکن است از آن طرق از موقعیت خود سوءاستفاده کرده و به نفع خود بهره‌برداری کنند، پیش‌بینی و پیش‌گیری نمایند؛ دلیل دوم، لزوم حمایت از طلبکاران در مقابل اعمال و اقداماتی است که از سوی شرکت سهامی یا سهامداران به‌عمل آمده و به ناحق مانع استیفای مطالبات ایشان می‌گردد. غالباً تصمیم‌گیری در خصوص اینکه آیا قاعده باید قاعده‌ای پیش‌فرض باشد یا قاعده‌ای الزام‌آور مستلزم این است

که میان مزایای ناشی از انعطاف‌پذیری قاعده پیش‌فرض در برابر مزایای ناشی از حمایت سهامدار و شخص ثالث که قاعده الزام‌آور به همراه دارد، سبک و سنگین شده و تعادلی برقرار گردد.

قاعده هفتم - هزینه تأسیس شرکت باید اندک باشد.

۱۸. یکی از ابعاد اصلی گذار از اقتصاد متمرکز و برنامه‌ریزی شده به اقتصاد بازار این است که بخش عظیمی از سرمایه‌های مولد به کاربردها و مصارف کارآفرینی جدید انتقال داده شود. بر این اساس، اقتصادهای در حال گذار عموماً لازم است تشکیل شرکت‌های تجاری جدید را تشویق کنند. امکان تشکیل این شرکت‌ها با هزینه‌ای معقول دارای اهمیت است. هزینه‌های اصلی عبارتند از هزینه‌های مربوط به تهیه پیش‌نویس اساسنامه شرکت و سایر اسناد تأسیس، هزینه‌های مربوط به بررسی اساسی یا تصدیق اساسنامه‌ای که برای ثبت لازم است، و هزینه‌های مربوط به ثبت رسمی شخص حقوقی نزد مرجع دولتی.

۱۹. چنانچه قانون شرکت‌ها مشتمل بر قواعد پیش‌فرضی باشد که تقریباً بر میزان وسیعی از اعمال شرکت حکومت نماید، هزینه تشکیل یک شرکت تجاری ممکن است به‌طور عمده‌ای کاهش یابد. در این حالت، کار تنظیم اساسنامه شرکت آسان می‌شود. اگر وضع بدین‌گونه باشد، دیگر تصدیق اساسنامه توسط یک سردفتر یا مقام عمومی ممکن است لازم نباشد. در صورتی که برای تنظیم یا بررسی اساسنامه مشروح شرکت رجوع به سردفتر لازم دانسته شده باشد، نرخ تعرفه آن باید کنترل شود. به علاوه، مراحل ثبت رسمی شرکت نزد مرجع دولتی باید ساده و سریع بوده

و حقالثبت اندک باشد. بررسی اساسنامه شرکت توسط مقامات دولتی‌ای که متصدی ثبت اشخاص حقوقی می‌باشند باید به این امر محدود شود که تصدیق کنند اطلاعات لازم در اساسنامه آورده شده و مهم‌ترین مقررات الزام‌آور قانون مورد متابعت قرار گرفته است. در غیر این صورت، دعاوی روزافزون راجع به بی‌اعتباری تشکیل شرکت، ممکن است موانع و تنگناهای اجرایی خطرناکی ایجاد نماید.

قاعده هشتم - قانون شرکت‌ها، تا آنجا که ممکن است باید ضمانت اجراهای تخلف از مقررات خود را مقرر نماید.

۲۰. قواعد حقوقی مناسب و دقیق تنها یکی از وجوه قانون شرکت‌های سهامی‌ای است که به خوبی تدوین شده‌اند. مقررات راجع به ضمانت اجراها و آثار تخلف از آن قواعد حقوقی نیز به همان میزان دارای اهمیت است. شاغلان تجاری و حقوقی در اقتصادهای در حال گذار به تازگی با مفاهیم و مدل‌های حق و ضمانت‌اجراها که برای ساماندهی شرکت‌ها معمول و مرسوم است، خوی گرفته‌اند. در این محیط، قانون باید به خصوص آثار و تبعات تخلف از شرایط مقرر در قانون را به‌طور دقیق و مشخص اعلام کند و به اصول کلی حقوقی که ممکن است ضمانت اجراهای مناسب و کارآمدی را فراهم نکند، اتکا ننماید.

قاعده نهم - اشخاص ثالث باید تضمین قوی داشته باشند که قراردادهای توأم با حسن نیت که با شرکت منعقد می‌کنند، صحیح و نافذ خواهد بود.

۲۱. در محیطی که مملو از بی‌ثباتی اقتصادی و حقوقی است، کاستن از هزینه‌ها و خطراتی که انعقاد قراردادهای استاندارد تجاری به همراه دارد، اهمیت فراوانی می‌یابد. بنابراین، اقتصادهای در حال گذار باید قواعدی وضع نمایند که تضمین بالایی را برای اشخاص ثالث فراهم آورد که قراردادهایشان با شرکت صحیح و نافذ خواهد بود. به عنوان مثال، شرکت باید به‌طور کلی اهلیت استیفای کلیه حقوق و تعهدات مدنی و اهلیت وارد شدن به هرگونه فعالیت و عمل تجاری را واجد باشد. چنانچه اساسنامه شرکت میزان و قلمرو فعالیت‌های مجاز شرکت را محدود کند، این محدودیت نباید بر [حقوق] اشخاص ثالث تأثیری بگذارد، مگر اینکه اشخاص ثالث پیشاپیش اطلاع واقعی از این محدودیت داشته باشند.

۲۲. قانون باید آثار و نتایج معامله‌ای را که شرکت بدون رعایت تشریفات اداری داخلی که در قانون شرکت‌ها یا در اساسنامه شرکت آمده با اشخاص ثالث منعقد می‌نماید، مشخص کند. ابطال این گونه قراردادهای باید نادر باشد و صرفاً محدود به مواردی گردد که تخلف از تشریفات مورد نیاز جدی و فاحش بوده و شخص ثالث با حسن نیت عمل نکرده باشد. به هر تقدیر، باید به قاضی این صلاح‌دید و اختیار داده شود که قرارداد را ابطال نکند. بدین سان مدیران شرکت قادر نخواهند بود که عدم تبعیتشان از تشریفات صحیح را به عنوان دلیلی برای شانه خالی کردن از معامله تجاری مربوطه، قلمداد و از آن استفاده نمایند.

بخش دوم - مقررات عمده

گفتار اول - اهلیت حقوقی شرکت

۲۳. شرکت برای مدت زمان نامحدودی تشکیل خواهد شد، مگر اینکه در اساسنامه شرکت به نحو دیگری شرط شود. شرکت برای اشتغال به هر نوع تجارت مشروع یعنی هرگونه فعالیتی که برای سایر اشخاص منع نشده و/ یا صراحتاً انجام آن محدود به دسته خاصی از اشخاص حقوقی نشده است، اهلیت کامل خواهد داشت. فعالیت‌هایی که انجام آن برای سایر اشخاص منع شده و/ یا صراحتاً انجام آن ویژه دسته خاصی از اشخاص حقوقی شده، عادتاً شامل حوزه‌هایی از قبیل بانکداری و بیمه می‌باشد. شرکت‌هایی که به این فعالیت‌ها اشتغال دارند، تابع قواعد سازمانی و مالی خاصی می‌باشند. قانون باید تعیین هویت واضح و بدون ابهام این نوع شرکت از سایر انواع شرکت‌ها را که برای موضوعات عام دیگر تشکیل می‌شود، الزامی نماید.

۲۴. شرکت اهلیت بهره‌مند شدن از کلیه حقوق مدنی و اهلیت بر عهده گرفتن کلیه تعهدات مدنی را، که برای انجام فعالیت‌های آن لازم است، دارا خواهد بود. بعضی کشورها محدود کردن موضوع و اختیارات در اساسنامه شرکت سهامی را اجازه می‌دهند. مع‌ذلک، امکان محدود کردن موضوع شرکت این خطر را ایجاد می‌کند که اشخاص ثالث از روی حسن نیت معامله‌ای با شرکت منعقد کنند اما پس از آن متوجه شوند که معامله به علت تجاوز از حدود اختیار و موضوع شرکت، بی‌اعتبار است.

۲۵. در اقتصادهای در حال گذار، چنانچه اساسنامه شرکت بتواند اختیارات شرکت را محدود کند، خطر ورود زیان به اشخاص ثالث بیش از

منافع احتمالی‌ای خواهد بود که امکان تحدید اختیارات ممکن است به‌همراه آورد. در صورتی که تحدید اختیارات شرکت مجاز باشد، تکلیف تحقیق در خصوص اینکه آیا شرکت با موضوع محدود، در هر مورد اختیار (اهلیت) انعقاد معامله خاصی را دارد یا خیر، نباید بر دوش اشخاص ثالث قرار داده شود. در چنین فرضی بهتر آن است که قاعده صریحی وضع شود که بر اساس آن شخص ثالث بتواند حقوق ناشی از قرارداد را در مقابل شرکت با موضوع محدود به اجرا گذارد، مگر اینکه ثابت شود شخص ثالث به اینکه معامله خارج از حدود اختیارات شرکت است، واقعاً علم داشته است. این علم را نمی‌توان با ثبت اساسنامه شرکت مفروض انگاشت.

گفتار دوم - تأسیس شرکت

تشریفات تشکیل شرکت

۲۶. تشریفات تشکیل شرکت باید ساده و سریع باشد. اسناد لازم برای ثبت رسمی شرکت نزد مرجع دولتی باید به حداقل ممکن رسانده شود. بررسی و تطبیق اظهارنامه ثبت شرکت و مواد اساسنامه با قانون از سوی اداره ثبت شرکت‌ها باید به موضوعاتی اساسی از قبیل اینکه آیا اساسنامه مشتمل بر نام و اقامتگاه شرکت است، مبالغ لازم از سرمایه اسمی شرکت تأدیه شده، حق‌الثبت مقرر پرداخت گردیده، و اسناد مورد نیاز تسلیم شده است یا خیر محدود باشد. اداره ثبت شرکت‌ها مجاز نخواهد بود تسلیم اسنادی را درخواست نماید که در قانون لازم دانسته نشده

است. اداره مزبور مجاز نیست که از ثبت شرکت امتناع کند، مگر اینکه یکی از شرایط قانونی فوق برای تأسیس شرکت محقق نشده باشد. اصل ثبت سریع شرکت و اصل تحدید دقیق اختیارات اداره ثبت شرکت‌ها، در مورد ثبت تغییرات اساسنامه شرکت نیز باید رعایت شود. یک کشور برای ثبت اشخاص حقوقی باید نظام ثبت واحدی داشته باشد تا تضمین گردد که دو شرکت تحت نام یکسانی در دو اداره ثبت مختلف به ثبت نرسد، این امر مانع از این امکان نخواهد بود که مرجع ثبت شرکت‌ها به منظور راحتی و آسایش اشخاصی که مایل به تأسیس اشخاص حقوقی هستند، دوایر متعددی را ایجاد کند.

۲۷. اطلاعات موجود در مرجع ثبت شرکت‌ها علی‌الاصول در دسترس عموم مردم خواهد بود. مع‌هذا، با توجه به وضعیت اجرای قانون در بعض کشورهای در حال گذار، می‌توان به منظور حمایت از مؤسسين و سهامداران در مقابل بزهکاران افشای این اطلاعات را تابع تشریفات و مجوز خاصی نمود.^{۲۴}

۲۸. بعض کشورهای برای شرکت‌هایی که به فعالیت‌های خاصی (از قبیل فعالیت‌های مربوط به بهداشت عمومی) می‌پردازند شرایط و الزامات مفصلی را در خصوص پروانه‌های بهره‌برداری وضع نموده‌اند. این تشریفات خاص صنعت باید از تشریفات عمومی ثبت که برای تشکیل شرکت لازم است، مستقل و متمایز باشد. در غیر این صورت، برای

۲۴. برای اطلاع از مباحث مرتبط با این موضوع بنگرید به شماره ۱۲۶.

شرکت‌ها در کلیه بخش‌ها هزینه‌های اداری اضافی ایجاد شده و باعث بروز سردرگمی و آشفتگی هم در سطح اداری و هم در سطح قضایی خواهد شد.

۲۹. با وضع قواعدی ساده برای تشکیل شرکت، دعاوی اندکی در خصوص ثبت معیوب و ناقص شرکت مطرح خواهد شد. به هر تقدیر، صرفاً به اشخاص مستقیماً ذینفع باید حق داد که برای درخواست ابطال ثبت شرکت نزد دادگاه طرح دعوا کنند. مرجع ثبت شرکت‌ها نباید دارای چنین حقی باشد، اما به دادسرا (یا سایر نهادهای معادل که نماینده نفع عمومی هستند) می‌توان حق اقامه چنین دعوایی را اعطا کرد. چنانچه موارد ثبت معیوب شرکت رخ دهد، قراردادهای شرکت باید تا آنجا که ممکن است صحیح و نافذ باقی بماند، آن چنان که گویا شرکت به نحو صحیحی به ثبت رسیده است. در صورت امکان باید به سهامداران امکان داده شود که عیوب و نواقص ثبت شرکت را تصحیح و برطرف نمایند. چنانچه تصحیح عیوب و نواقص ثبت شرکت ممکن نباشد، شرکت باید به همان نحوی که گویا صحیحاً تشکیل شده، تصفیه شود. مطالبات طلبکاران باید از محل دارایی شرکت و از محل دارایی مؤسسين یا سهامدارانی که در ثبت معیوب شرکت مقصر و مسئولند، پرداخت گردد.

مسئولیت مؤسسين در قبال تعهداتی که پیش از ثبت رسمی شرکت بر عهده می‌گیرند.^{۲۵}

۲۵. بنگرید به شماره ۱۱۳.

۳۰. مشکلات و مسائل مربوط به مسئولیت مؤسسين در قبال تعهداتی که ایشان پیش از تشکیل رسمی شرکت از جانب شرکت بر عهده گرفته‌اند، و نیاز به اینکه تعهداتی را که مؤسسين از جانب شرکت آینده بر عهده گرفته‌اند، توسط شرکت مورد قبول و پذیرش رسمی قرار گیرد، با آیین ثبت سریع شرکت به حداقل می‌رسد. مع‌هذا، این موضوعات باید در قانون شرکت‌ها مورد اشاره و تصریح قرار گیرد.

۳۱. قاعده عمومی این است که مؤسسين در قبال تعهداتی که هر یک از ایشان از جانب شرکت آینده بر عهده می‌گیرند، در مدت زمانی موقت متضامناً مسئول می‌باشند. این دوره زمانی موقت از موقع تصمیم به تشکیل شرکت آغاز و با ثبت رسمی شرکت پایان می‌گیرد. به محض اینکه شرکت تشکیل می‌شود، مؤسسين می‌توانند توافق کنند شرکت مسئولیت تعهداتی که ایشان پیش از ثبت شرکت در برابر اشخاص ثالث بر عهده گرفته‌اند را تقبل نماید. این امر لزوماً مؤسسی که تعهد را بر عهده گرفته است از مسئولیت بری نمی‌کند، اما شخص ثالث بر حسب قرارداد می‌تواند قبول نماید هنگامی که شرکت به ثبت می‌رسد و اهلیت بر عهده گرفتن تعهد را می‌یابد، مؤسس از مسئولیت بری‌الذمه شود. بعض کشورها مقرر داشته‌اند شرکت برای دیونی که در طی دوره تشکیل بر عهده گرفته شده، به‌طور قهری قائم‌مقام مدیون می‌گردد. مع‌الوصف، این قاعده در نظام‌های حقوقی‌ای که مفهوم «شرکت در شرف تأسیس»^{۲۶} یعنی شخص حقوقی‌ای که هنوز تشکیل نشده اما به عنوان یک بنگاه و واحد اقتصادی دارای

موجودیت و شخصیتی نسبتاً متمایز از مؤسسين آن است، نه در قوانین و نه در رویه قضایی‌شان یافت نمی‌شود، به دشواری قابل اجرا است.

اساسنامه شرکت

۳۲. اساسنامه شرکت^{۲۷} سهامی سندی است که ساختار شرکت، طرح و تقسیم‌بندی‌های داخلی و آیین اداره شرکت، حقوق سهامداران و سایر موضوعات بنیادین را تعیین و تعریف می‌کند. اگر چه برخی نظام‌های حقوقی سند دومی را نیز که حاکم بر بخشی از تشریفات اداره داخلی شرکت است، پیش‌بینی نموده‌اند^{۲۸} لیکن به منظور حصول سادگی و وضوح باید اساسنامه تنها سند تأسیس مورد نیاز بوده و بیانگر دقیق قواعد اداره داخلی و روابط شرکت باشد. هر یک از سهامداران حق خواهد داشت یک نسخه از اساسنامه را به‌طور رایگان از شرکت دریافت نماید.

۳۳. قانون شرکت‌ها باید مجموعه کاملی از قواعد تکمیلی را مقرر دارد. این امر مؤسسين شرکت را در مرحله تهیه و تدوین اساسنامه یاری

27. Charter of Company.

۲۸. نظام حقوقی انگلستان همین روش را اتخاذ نموده است. در حقوق این کشور برای تأسیس شرکت دو سند لازم دانسته شده: نخستین سند ("Articles of Association") ناظر به امور و روابط داخلی شرکت است. در این سند به عنوان مثال حقوق سهامداران در مقابل یکدیگر و نحوه انتخاب و اختیارات مدیران بیان می‌گردد (رک. مواد ۷-۹، ۱۴، و ۱۲۸ قانون شرکت‌ها مصوب ۱۹۸۵). مواد مندرج در این سند تابع سند دوم است و در این سند نمی‌توان اختیاراتی اعطا کرد که در سند دوم اعطا نشده است. سند دوم ("Memorandum of Association") نامیده می‌شود و روابط شرکت با اشخاص خارج از شرکت را ساماندهی می‌نماید. در این سند به عنوان مثال نام، موضوع، اقامتگاه، میزان سرمایه اسمی، تعداد و مبلغ سهام شرکت درج می‌گردد (رک. مواد ۴، ۱۲، ۱۰۸، و ۱۱۰ قانون شرکت‌ها مصوب ۱۹۸۵). مترجم.

می‌رساند. قانون شرکت‌ها همچنین باید مجموعه‌ای از قواعد آمره را در خصوص موضوعاتی که لازم است در اساسنامه هر شرکتی درج شود، وضع نماید. این موضوعات از جمله شامل موارد زیر است: (۱) نام کامل و اختصاری شرکت که باید عنوان شرکت سهامی در آن قید شود؛ (۲) اقامتگاه شرکت؛ (۳) سرمایه اسمی و نوع و تعداد سهامی که ممکن است صادر شود؛ (۴) در صورت صدور سهام ممتاز، حقوق سهامداران برای هر نوع از سهام ممتاز؛ (۵) تشریفات تشکیل مجامع عمومی سهامداران؛ و (۶) تعداد اعضای هیئت مدیره شرکت، یا چنانچه قانون اجازه دهد^{۲۹} شرحی مبنی بر اینکه شرکت فاقد هیئت مدیره است. اساسنامه شرکت می‌تواند مشتمل بر مواد دیگری نیز باشد که به نحو دقیق‌تری ساختار شرکت، اختیارات سهامداران و اختیارات ارکان مدیریت شرکت را مشخص نماید. مع‌هذا، مقررات آمره قانون شرکت‌ها بر هر نوع شرط خلاف مندرج در اساسنامه مقدم و حاکم است.

گفتار سوم - مسئولیت محدود و روابط بین شرکت مادر و شرکت‌های وابسته

مسئولیت محدود سهامداران در قبال تعهدات شرکت و استثنائات وارد بر مسئولیت محدود

۳۴. یکی از مشخصه‌های اصلی شرکت در تمامی اقتصادهای بازار مسئولیت محدود سهامداران است. به عنوان یک قاعده عمومی طلبکاران

۲۹. بنگرید به شماره ۱۱۳.

حق طرح هیچ ادعا (مطالبه)یی را علیه سهامداران ندارند. در مورد سهامدارانی که در مدیریت یا کنترل شرکت دخالتی ندارند، اصل مسئولیت محدود باید مطلق و بدون قید باشد. اصل مسئولیت محدود سهامداران این امکان را برای شرکت فراهم می‌آورد که سرمایه تعداد زیادی از سرمایه‌گذاران را که نه کنترلی بر فعالیت‌های شرکت داشته و نه از فعالیت‌های شرکت اطلاعات تفصیلی دارند، جمع‌آوری نماید. مع‌هذا، مسئولیت محدود رافع مسئولیت سهامداران در قبال اعمال شخصی خودشان نیست. به عنوان مثال، اگر سهامداری طلبکار شرکت را در خصوص میزان دارایی شرکت مغرور کند و بفریبد، سهامدار ممکن است بر اساس قواعد عمومی راجع به غرور در مقابل طلبکار مسئول شناخته شود.

۳۵. قوانین تمامی اقتصادهای بازار موارد مشخصی را پیش‌بینی نموده‌اند که سهامدار ممکن است در آن موارد در قبال تعهدات شرکت مسئول دانسته شود. یکی از این موارد استثنایی فرضی است که سهامدار در مقابل طلبکار مسئول است به این علت که شرکت به واسطه نوعی تقصیر سهامدار ورشکسته شده و عاجز از پرداخت مطالبات طلبکاران می‌باشد. استثنائات اصل کلی مسئولیت محدود سهامداران باید اندک بوده و با دقت هر چه تمام‌تر در قانون معین شود. مسئولیت سهامدار باید راهی فرعی باشد که برای طلبکاران به منظور وصول مطالباتشان مفتوح است. بر طبق این اصل مناسب است مقرر شود طلبکار نخست به سایر ضمانت‌اجراهای موجود از قبیل فسخ قراردادهای مشکوک از طریق آیین ورشکستگی متوسل گردد [و در نهایت چنانچه طلب وی بلاوصول ماند، بتواند به سهامداری که مسئول شناخته شده، رجوع کند].

۳۶. سهامداران کنترل‌کننده شرکت تنها در صورتی مسئول خواهند بود که مرتکب تقصیر سنگینی^{۳۰} شوند. خطاها و اشتباهات عادی در اداره امور بازرگانی شرکت باید بخشی از خطراتی باشد که طلبکاران تحمل می‌نمایند. در اداره امور شرکت بسیار پیش می‌آید که به امید تحصیل سود و بر اساس اطلاعاتی اندک باید به سرعت خطر کرد و تصمیم گرفت. از آنجا که تصمیمات تجاری پس از آنکه انجام شد و نتایج نامطلوب آن آشکار گردید توسط دادگاه‌ها ارزیابی می‌شود، علی‌هذا این گونه ارزیابی باعث خواهد شد سهامداران کنترل‌کننده شرکت از پذیرش خطرات عادی تجاری که ممکن است زیان‌های زیادی ایجاد کند، اما در عین حال ممکن است منافع سرشاری نیز به همراه داشته باشد، گریزان باشند. اینکه مفهوم تقصیر سنگین دقیقاً چگونه تعریف شود و اینکه چه درجه‌ای از تقصیر لازم است تا شخص مسئول به شمار آید، بر حسب نظام حقوقی یک کشور متفاوت است. اغلب موضوع مسئولیت محدود سهامداران بین دو گزینه عدم مسئولیت سهامدار در قبال تعهدات شرکت و مسئولیت تضامنی^{۳۱} سهامداران در مقابل تعهدات شرکت شکل گرفته است. اما روش‌های بینابینی از قبیل مسئولیت نسبی و مشترک^{۳۲} (مسئولیت سهامدار به نسبت سهامی که مالک است) نیز در وضع قانون برگزیده شده است.^{۳۳}

30. Serious Fault.

31. Joint and Several Liability.

32. Proportional Liability.

۳۳. درباره موضوع مسئولیت اعضای هیئت مدیره و ارکان اجرایی شرکت همچنین بنگرید به شماره‌های

مسئولیت شرکت مادر در قبال تعهدات شرکت وابسته

۳۷. استثنای دیگری که بر اصل مسئولیت محدود سهامداران وارد شده، مسئولیت شرکت مادر^{۳۴} در مقابل تعهدات شرکت فرعی^{۳۵} یا شرکت وابسته^{۳۶} می‌باشد. بعض کشورها قواعد خاصی را وضع نموده‌اند که بر اساس آن در مواردی شرکت مادر در برابر طلبکاران یا سهامداران شرکت فرعی یا وابسته مسئول است. دیگر کشورها به وضع چنین قواعدی دست نیازیده‌اند. اگر چه به دلایل راهبردی و مصلحتی نیاز است که قواعدی در خصوص گروه‌های شرکت‌ها^{۳۷} وضع شود، اما لازم نیست علاوه بر تنظیم قواعدی برای مسئولیت سهامداران کنترل‌کننده شرکت، قواعدی نیز در خصوص مسئولیت شرکت مادر در مقابل تعهدات شرکت فرعی یا وابسته به عنوان فصلی جداگانه از قانون شرکت‌ها آورده شود. از این لحاظ، بهتر است این موضوعات را با همین عناوین تحت فصل کلی «سوءاستفاده از سرپوش و قالب شخص حقوقی»^{۳۸} جای دهیم.

گفتار چهارم - تغییرات اساسی در شرکت: تغییرات در اساسنامه، موارد تجدید سازمان، معاملات عمده، و انحلال و تصفیه
تغییرات در اساسنامه شرکت

-
34. Parent Company.
35. Subsidiary Company.
36. Dependent Company.
37. Groups of Companies.
38. Piercing the Corporate Veil.

۳۸. بعض کشورها اجازه می‌دهند که تغییرات در اساسنامه شرکت^{۳۹} در جلسه‌ای که حداقل تعداد لازم برای تشکیل جلسه در آن حاضرند، با اکثریت آرای سهامداران حاضر به تصویب رسد. بعض دیگر از کشورها قاعده سختگیرانه و مضیق‌تری را به کار گرفته‌اند که به موجب آن تغییر در اساسنامه شرکت باید به تصویب اکثریت آرای کلیه سهامداران برسد نه صرفاً اکثریت سهامدارانی که عملاً در رأی‌گیری شرکت دارند. در هر صورت، ثبت هر گونه تغییر در اساسنامه شرکت، باید الزامی باشد.

۳۹. در اقتصادهای در حال گذار می‌توان به منظور حمایت از سهامداران اقلیت حداقل آرای بالاتری را برای تغییر اساسنامه لازم شمرد. به فرض اینکه سیستم‌های ارتباطی و مقررات رأی‌گیری این امکان را برای سهامداران فراهم آورد که از طریق پست رأی دهند، بهتر است به جای اکثریت نسبی^{۴۰} یا اکثریت مطلق^{۴۱} آرای سهامداران حاضر در جلسه، اکثریت نسبی یا اکثریت مطلق آرای کلیه سهامداران دارای حق رأی^{۴۲} به عنوان حداقل آرای لازم برای تصویب تغییرات در اساسنامه (و سایر تغییرات اساسی) تعیین گردد. بدین‌سان مدیران شرکت یا سهامداران کنترل‌کننده نخواهند توانست با حصول اطمینان از اینکه صرفاً اشخاصی قادر به حضور در مجمع سهامداران هستند (یا از طریق دیگری رأی

39. Amendments to Company's Charter.

40. Majority.

41. Supermajority.

42. Voting Shares.

می‌دهند) که از پیشنهاد مورد نظر آنها احتمالاً حمایت می‌کنند، بر نتیجه حاصله تأثیر بگذارند.

۴۰. شماری از قوانین شرکت‌ها در مورد تغییراتی که در اساسنامه به عمل می‌آید و حقوق سهامداران را محدود می‌کند، قواعد خاصی را وضع نموده‌اند. نمونه‌ای از این تغییرات، ایجاد دسته دیگری از سهام با امتیازات بیشتری از سهام ممتازه موجود است. در خصوص این اعمال مقتضی است قواعد رأی‌گیری خاص مورد، مقرر گردد. قواعد مزبور می‌توانند مقرر نمایند که اکثریت نسبی یا اکثریت مطلق دارندگان آن دسته از سهام که حقوقشان تحت تأثیر قرار می‌گیرد، با این تغییرات موافقت کنند. افزون بر این، باید به سهامدارانی که با این تغییر موافقت نمی‌کنند حق داد که سهامشان را به نرخ بازار که از طریق تقویم مستقل ارزش آن تعیین می‌شود، به شرکت بازفروش کرده، بهای آن را دریافت نمایند.

تجدید سازمان شرکت^{۴۳}

۴۱. اکثر قوانین شرکت‌ها مکانیسم‌هایی را برای تجدید سازمان یک شرکت پیش‌بینی کرده‌اند؛ مکانیسم‌هایی از قبیل ادغام^{۴۴} (دو شرکت در یک شرکت جدید ادغام می‌شوند)، الحاق^{۴۵} (یک شرکت به شرکت دیگری که از قبل موجود بوده ملحق می‌گردد)، تجزیه^{۴۶} (یک شرکت به

43. Reorganisation of Company.

44. Merger.

45. Accession.

46. Division.

دو شرکت جدید تجزیه می‌شود)، تفکیک^{۴۷} (یک شرکت جدید از دل یک شرکت موجود ظهور می‌کند)، و/ یا تبدیل^{۴۸} (یک شرکت خود را به شرکتی از نوع دیگر تبدیل می‌کند) در این زمره‌اند. قانون شرکت‌ها باید کلیه اقسام ممکن تجدید سازمان را ذکر نموده و شیوه و آیین انجام آنها را مشخص کند.

۴۲. غالباً اشکال گوناگون تجدید سازمان می‌تواند به نحو بدلی و به جای یکدیگر مورد استفاده قرار گیرد. گذشته از این، یک معامله‌ای که [ذاتاً] تجدید سازمان به شمار نمی‌آید، گاهی ممکن است همان هدف تجاری تجدید سازمان را دنبال کند. به عنوان مثال، فروش کلیه دارایی شرکت (الف) به شرکت (ب) که [ذاتاً] تجدید سازمان محسوب نمی‌شود، می‌تواند جایگزین و بدل الحاق شرکت (الف) به شرکت (ب) باشد. بنابراین، قانون شرکت‌ها برای فرضی که بخش قابل توجهی از کلیه دارایی شرکت به فروش می‌رسد، باید همان حمایتی را از سهامداران به عمل آورد که در فرض الحاق شرکت، آن حمایت‌ها را پیش‌بینی نموده است.

۴۳. تجدید سازمان ممکن است معامله بسیار وسیعی بوده یا ممکن است ماهیت سرمایه‌گذاری سهامداران را در حد زیادی تغییر دهد و بنابراین توأم با خطر بالای ورود زیان به سهامداران می‌باشد. در نتیجه، تجدید سازمان عموماً نیازمند تصویب و موافقت سهامداران است. به

47. Separation.

48. Transformation.

منظور حمایت از سهامداران اقلیت تعیین اکثریت مطلق آرا برای تصویب تجدید سازمان مرجح خواهد بود. به سهامدارانی که با تجدید سازمان مخالفت کرده یا در مورد تجدید سازمان شرکت رأی نداده‌اند، باید حق داده شود که سهام خود را به شرکت بازفروش کرده، بهای آن را دریافت کنند. همچنین به جای این، قانون می‌تواند مقرر دارد که سهامدار باید به‌طور مشخص با تجدید سازمان شرکت مخالفت نموده باشد، نه اینکه صرفاً از دادن رأی در این مورد امتناع کرده باشد، تا حق بازفروش سهام را به شرکت دارا گردد. به هر حال، این راه‌حل به سطح زیرساخت‌های موجود در اقتصادهای در حال گذار (برای مثال، زیرساخت‌هایی از قبیل شبکه پستی) که برای انجام رأی‌گیری به نحو مؤثر و نظارت بر آن لازم و ضروری است، وابسته است.

۴۴. در مورد فرضی که یک شرکت مادر مالک بیش از ۹۰ درصد سهام یک شرکت فرعی است، وضع یک استثنا مفید می‌نماید. الحاق شرکت فرعی به شرکت مادر معامله‌ای است که احتمالاً حاوی تعارض منافع است و بنابراین همچون نوع این گونه معاملات نیازمند موافقت و تصویب سهامداران غیرذینفع می‌باشد. مع‌هذا، در این فرض حق بازفروش سهام به شرکت توسط سهامداران اقلیت، می‌تواند جایگزین و بدیل کافی از برای حق رأی و موافقت آنان باشد، مشروط بر اینکه ارزش سهام با روشی عادلانه تعیین گردد.

حمایت از طلبکاران به‌هنگام تجدید سازمان شرکت

۴۵. یکی از مسائل مهم در خصوص تجدید سازمان شرکت این است که قانون شرکت‌ها تا چه میزان باید حاوی قواعدی آمره برای حمایت از طلبکاران باشد. بعضی کشورها حمایت بسیار اندکی از طلبکاران به عمل آورده‌اند و به طور کلی صرفاً این تضمین را پیش‌بینی نموده‌اند که شرکت پس از تجدید سازمان نیز در قبال تعهدات شرکت مسئول باقی خواهد ماند. بعضی دیگر از کشورها در کلیه اشکال تجدید سازمان به طلبکاران حق داده‌اند که پرداخت دیون شرکت را پیش از سررسید درخواست کنند.^{۴۹}

۴۶. ایجاد و ترویج انضباط مالی در روابط بازار یکی از پیش شرط‌های مهم برای موفقیت در گذار از اقتصاد برنامه‌ریزی شده به اقتصاد بازار است. بنابراین، قانون شرکت‌ها در اقتصادهای در حال گذار باید به هنگام تجدید سازمان شرکت از طلبکاران حمایت کند. در خصوص آن موارد از تجدید سازمان که ممکن است آثار بسیار نامطلوب و سوئی برای طلبکاران ایجاد نماید، طلبکاران باید حق داشته باشند پرداخت دیون

۴۹. در حقوق شرکت‌های فرانسه تجدید سازمان هرگز به حقوق طلبکاران لطمه‌ای وارد نمی‌کند، به طوری که به عنوان نمونه دارندگان اوراق قرضه طرف مشورت قرار گرفته و در صورت تمایل مبلغ اوراق قرضه به آنها بازپرداخت می‌گردد؛ به کلیه طلبکاران دیگر اطلاع داده شده و ایشان می‌توانند برای صدور دستور پرداخت یا دادن تضمین جدید در دادگاه طرح دعوا کنند. همچنین، حقوق شرکت‌های آلمان از طلبکاران به هنگام تجدید سازمان به شدت حمایت می‌کند: به عنوان مثال، در صورت تجزیه شرکت کلیه شرکت‌هایی که دارایی شرکت ناقل را دریافت می‌کنند، متضامناً مسئول پرداخت دیون [شرکت] سابق هستند؛ به علاوه در صورت تبدیل شرکت هر یک از طلبکاران می‌تواند برای دیونی که در هنگام تبدیل شرکت هنوز موعد پرداخت آن نرسیده، درخواست وثیقه نماید.

شرکت را قبل از سررسید درخواست کنند. در خصوص آن دسته از موارد تجدید سازمان که احتمال ورود زیان به طلبکاران در آنها کمتر است، می‌توان اجازه داد که با ارسال اطلاعیه قبلی عادی^{۵۰} به طلبکاران، به انجام رسد. این نوع اطلاعیه باید حداقل شرطی باشد که برای تمام اشکال تجدید سازمان لازم است. این اطلاعیه به طلبکاران اجازه می‌دهد که هرگونه حقوق قراردادی که ممکن است داشته باشند، به اجرا گذارند، درباره تغییرات اطلاع یابند، و چنانچه منطقاً بتوان آثار نامطلوب و سوئی را پیش‌بینی کرد، احتمالاً پیش از سررسید دین، طلب خود را مطالبه کنند. در بعض موارد، حمایت‌های دیگری نیز ممکن است برای طلبکاران پیش-بینی شود؛ به عنوان مثال، در صورت تجزیه شرکت به دو شخص حقوقی یا در صورت ایجاد (تفکیک) یک شرکت جدید از دل شخص حقوقی اصلی، هر دو شخص حقوقی ممکن است در مدت زمانی مشخص برای دیون «سابق» متضامناً مسئول باشند.

معاملات عمده^{۵۱} مشتمل بر تحصیل یا انتقال اموال از سوی شرکت

۴۷. تحصیل و انتقال اموال در سطح وسیع^{۵۲} توسط شرکت، از این

حیث که ممکن است ماهیت سرمایه‌گذاری سهامداران را به نحو قابل توجهی تغییر دهد، با تجدید سازمان مشابه است. به منظور حمایت مؤثر از سهامداران اقلیت، لازم است دسته‌ای از معاملات عمده منوط به

50. Simple Prior Notice.

51. Major Transactions.

52. Large Acquisitions and Dispositions of Property.

تصویب و موافقت سهامداران گردد. افزون بر این، می‌توان علاوه بر حق رأی برای سهامداران حق عدول از موافقتشان را نیز پیش‌بینی کرد.

۴۸. انواع معاملاتی که در این دسته قرار می‌گیرد از یک سوی به نظر قانونگذار از هزینه‌ها و تأخیراتی که در صورت لازم دانستن موافقت سهامداران ایجاد می‌شود، بستگی دارد و از سوی دیگر به دیدگاه قانونگذار در خصوص حمایت از سهامدار که در صورت لازم دانستن بازنگری معاملات بسیار عمده توسط سهامداران حاصل می‌گردد، وابسته است. یک روش ممکن این است که درصدی از دارایی شرکت را به عنوان حد نصاب مشخص کنیم (میزان دارایی شرکت را می‌توان در آخرین ترازنامه‌ای که به هنگام تصویب معامله توسط هیئت مدیره در دسترس است، مشاهده کرد) و مقرر نماییم که چنانچه ارزش اموال موضوع تحصیل یا انتقال از این حد نصاب تجاوز کند، هیئت مدیره ملزم به اخذ موافقت سهامداران باشد. حد نصاب مقرر در قانون به عنوان حداقل حمایت به حساب می‌آید و شرکت‌ها می‌توانند حد نصاب پایین‌تر و مضیق‌تری را در اساسنامه خود پیش‌بینی کنند.

۴۹. چنانچه هیئت مدیره شرکت مجاز باشد از طریق تجزیه معامله ماهیتاً واحد به چند معامله که هر یک به‌طور مجزا پایین‌تر از حد نصاب مقرر در قانون قرار می‌گیرند، از هدف قانون بگریزند، تعیین حد نصاب برای معاملات عمده‌ای که نیازمند تصویب سهامداران است، فایده‌ای نخواهد داشت. احتمالاً مقرره‌ای لازم است که با تعریف معاملات دقیقاً

مرتبط یا با متصل کردن معاملاتی که از حیث زمان به یکدیگر مرتبطند، مانع این امر شود. مدیران مسئول ارائه اطلاعات کافی در مورد سایر معاملات مرتبط با یکدیگر، به سهامداران می‌باشند.

۵۰. مسئله دیگری که در خصوص معاملات عمده مطرح می‌شود، حمایت از حقوق اشخاص ثالثی است که معاملات عمده را با شرکت منعقد می‌کنند. نمی‌توان انتظار داشت اشخاص ثالث از اینکه معامله بر حسب ارزش آن نسبت به دارایی شرکت نیازمند موافقت خاصی است، اطلاع داشته باشند. قانون باید از حقوق اشخاص ثالث با حسن نیت^{۵۳} حمایت کند. اگر هیئت مدیره از تحصیل موافقت سهامداران خودداری کرده است، این قصور مسئله‌ای است که مربوط به اداره داخلی شرکت است. در این حالت، سهامداران حق اقامه دعوا علیه اعضای هیئت مدیره را خواهند داشت. مع‌هذا، چنانچه شخص ثالث علم داشته است که برای انعقاد آن معامله موافقت سهامداران لازم بوده و این موافقت اخذ نشده است، شرکت قادر خواهد بود که تقاضای ابطال معامله را بنماید.

ارزیابی و باز فروش سهام

۵۱. اکثر قوانین شرکت‌ها باز خرید سهام توسط شرکت را، حقی عام برای سهامداران نشناخته‌اند. دوام و بقای نسبی آورده سهامدار یک قاعده عمومی است و باید یک قاعده عمومی باقی بماند.^{۵۴} مع‌هذا، قانون

53. The Bona Fide Third Party.

۵۴. همچنین بنگرید به شماره‌های ۱۰-۹.

شرکت‌ها باید برای فرضی که شرکت اقداماتی به عمل می‌آورد که ماهیت شرکت یا ماهیت سرمایه‌گذاری سهامداران را به‌طور اساسی تغییر می‌دهد و سهامداران آن اعمال را تصویب نمی‌کنند، قواعد خاصی (حق ارزیابی و بازفروش سهام) پیش‌بینی نماید.

۵۲. در چند مورد استثنایی می‌توان حق ارزیابی و بازفروش سهام^{۵۵} را در اختیار سهامداران قرار داد. این موارد عبارتند از: (۱) در صورتی که تغییری در اساسنامه به عمل آید که حقوق سهامداران را محدود نماید؛ (۲) در صورت تجدید سازمان شرکت؛ و (۳) در مورد معاملات عمده.^{۵۶} قاضی یا یک ارزیاب مستقل ارزش سهام مورد بازفروش را تعیین خواهد کرد. در مورد ارزیاب مستقل مکانیسمی لازم است تا بر اساس آن سهامدار و شرکت مشترکاً ارزیاب را انتخاب نمایند: اگر هیئت مدیره شرکت تنها طرفی باشد که ارزیاب را انتخاب کند، احتمال می‌رود ارزیاب سهام را به گونه‌ای تقویم کند که به منافع هیئت مدیره نزدیک باشد. به علاوه، در فرضی که سهام توسط ارزیاب مستقل تقویم می‌شود، سهامدار عمده^{۵۷} حق خواهد داشت به بهای تقویمی اعتراض کند و قیمت بالاتری را درخواست نماید. صرفاً سهامدارانی که به عمل پیشنهادی شرکت رأی مخالف داده و همچنین سهامدارانی که در مورد آن عمل رأی نداده‌اند، از حق ارزیابی و

55. Appraisal and Redemption Rights.

۵۶. بنگرید به شماره‌های ۴۰، ۴۳ و ۴۷.

57. Large Shareholder.

بازفروش سهام بهره‌مند خواهند بود^{۵۸}، اما سهامدارانی که له آن پیشنهاد رأی داده‌اند فاقد چنین حقی هستند. قانون شرکت‌ها برای اعمال این حق باید مهلت کوتاهی مقرر نماید.^{۵۹}

۵۳. اگر حق ارزیابی و بازفروش سهام به طرقی که در بند قبل بیان شد، محدود گردد علی‌الاصول دیگر دلیلی وجود ندارد برای میزان سهامی که به واسطه عمل شرکت قابل بازفروش می‌شود، درصدی تعیین نماییم. با وجود این، در بعض کشورها حق ارزیابی و بازفروش سهام به درصد خاصی از دارایی خالص شرکت محدود گردیده است.^{۶۰} به هر تقدیر، به منظور حفظ ملاتت مالی شرکت و بقای سرمایه اسمی آن، بازفروش سهام باید تابع قیود و شرایطی گردد.^{۶۱} شرکت مکلف است ظرف مدتی پس از بازخرید سهام، یا با صدور سهام جدید، یا از طریق کاهش سرمایه اسمی

۵۸. بنگرید به شماره ۱۰۲.

۵۹. به عنوان مثال، به موجب بندهای ۳ و ۴ ماده ۷۶ قانون شرکت‌های سهامی روسیه «سهامدارانی که خواهان بازفروش سهام خود به شرکت می‌باشند، مکلفند ظرف ۴۵ روز از تاریخ اتخاذ تصمیم مربوط به این موضوع در مجمع عمومی سهامداران، درخواست خود را به شرکت تسلیم کنند. با انقضای این مهلت، شرکت مکلف است ظرف مدت ۳۰ روز سهام سهامدارانی که درخواست بازفروش سهام خود را تسلیم کرده‌اند، بازخرید نماید».

۶۰. به عنوان مثال، به موجب بند ۵ ماده ۷۶ قانون شرکت‌های سهامی روسیه «مجموع میزان دارایی‌ای که شرکت برای بازخرید سهام خود اختصاص می‌دهد، نمی‌تواند از ۱۰ درصد دارایی خالص شرکت در تاریخ اتخاذ تصمیمی که باعث ایجاد حق درخواست بازفروش سهام برای سهامداران می‌گردد، تجاوز کند».

۶۱. بنگرید به شماره ۱۰۲.

خود به میزان سهام بازخرید شده، یا از طریق افزایش مبلغ اسمی سهام موجود به میزانی که از کاهش سرمایه اسمی شرکت بسنده شود، بازخرید سهام را جبران و ختشی نماید.

۵۴. به منظور اینکه سهامداران آسان‌تر بتوانند حق ارزیابی و بازفروش سهام خود را اعمال کنند، هیئت مدیره شرکت باید در اطلاعیه-ای که برای سهامداران جهت موافقت ایشان با معامله اصلی ارسال می‌کند، قیمت پیشنهادی سهام شرکت را اعلام کند. این قیمت که بر اساس ارزش بازاری سهام توسط ارزیاب مستقل تعیین می‌شود، به محض مطالبه سهامدار باید پرداخت گردد.

انحلال و تصفیه شرکت^{۶۲}

۵۵. کلیه قوانین شرکت‌ها آیین انحلال اختیاری^{۶۳} را برای شرکت پیش‌بینی نموده‌اند. انحلال اختیاری همواره مستلزم موافقت و تصویب سهامداران است. اگر قانون شرکت‌ها برای تغییر اساسنامه و تجدید سازمان شرکت موافقت اکثریت مطلق سهامداران را لازم دانسته است، باید برای تصویب انحلال اختیاری نیز حداقل همین اکثریت را مقرر دارد.

۵۶. مسئله انحلال اختیاری موضوعی است که سهامداران بدون نیاز به پیشنهاد هیئت مدیره در مورد آن اتخاذ تصمیم خواهند کرد. چه اینکه

62. Liquidation of Company.

63. Voluntary Liquidation.

ممکن است اعضای هیئت مدیره در بقا و استمرار شرکت ذینفع باشند، علی‌رغم اینکه انحلال شرکت مطلوب کلیه سهامداران است.

گفتار پنجم - سرمایه اسمی (سرمایه اساسنامه‌ای)

حداقل سرمایه اسمی شرکت و حداقل مبلغ پرداخت شده آن

۵۷. در کشورهای اروپایی اکثر قوانین شرکت‌ها مقرر می‌دارند که شرکت مکلف است دارای حداقلی از سرمایه اسمی^{۶۴} که معادل مجموع ارزش اسمی کلیه سهام صادره از سوی شرکت است، باشد و در طول حیات خود نیز این حداقل سرمایه را حفظ کند. هدف اصلی از این الزام قانونی فراهم آوردن این تضمین و اطمینان است که شرکت اموالی برای پرداخت مطالبات طلبکارانش در اختیار دارد. چنانچه دارایی خالص^{۶۵} شرکت از این حداقل پایین‌تر آید، شرکت مکلف است افزایش سرمایه داده و در غیر این صورت منحل شود. در اقتصادهای در حال گذار بهتر است که قانون شرکت‌ها از الگوی اروپایی تبعیت نموده و حداقلی از سرمایه اسمی را که میزان آن چندان ناچیز نباشد، برای تشکیل شرکت لازم شمارد. مسئله مهمی که در این زمینه باید مورد توجه قرار گیرد تعدیل حداقل سرمایه اسمی مقرر در قانون به واسطه تورم است، تورمی که ممکن است در مراحل اولیه گذار به اقتصاد بازار به نحو قابل توجهی رو به افزایش باشد. به منظور تعدیل حداقل سرمایه اسمی بر حسب تورم،

64: Charter Capital.

65. Net Assets.

شاخص‌های مختلفی اندیشیده شده است.^{۶۶} شایان تذکر است که مقررات راجع به تعدیل سرمایه اسمی نسبت به شرکت‌هایی که از قبل موجودند، عطف به ما سبق نمی‌شود؛ این مقررات صرفاً بر شرکت‌های جدیدالتأسیس اعمال خواهد شد.

۵۸. قطع نظر از اینکه حداقل لازم برای سرمایه اسمی شرکت چه میزان باشد، طلبکاران باید قادر باشند به مقداری از دارایی که عملاً به شرکت تسلیم شده امید ورزند. به دیگر سخن، تنها دارایی‌هایی که به فرض انحلال شرکت می‌تواند در دسترس طلبکاران قرار گیرد، شایسته آن است که به عنوان سرمایه اسمی به شمار آید. آورده‌های «غیرنقد»^{۶۷} باید علی‌الاصول از طریق ارزیابی مستقل تقویم شود. با وجود این، برای آورده‌های غیرنقدی که ارزش اندکی دارند می‌توان از این حیث استثنا قائل شد. به علاوه، می‌توان در فرضی که آورده غیرنقد بیش از ارزش واقعی آن تقویم شده، مؤسسين و/یا ارزیاب را در مقابل طلبکاران تا مدتی پس از تشکیل شرکت مسئول دانست. آورده‌های غیر قابل فروش^{۶۸} از قبیل مهارت‌های تجاری مؤسسين یا تعهد مؤسسين به انجام کار برای شرکت در آینده را نمی‌توان در سرمایه اسمی شرکت منظور نمود و در شمول عنوان سرمایه اسمی قرار داد.

۶۶. برای نمونه در روسیه حداقل میزان سرمایه اسمی به عنوان ضریبی از «حداقل دستمزد ماهیانه» که بر حسب تورم تغییر می‌کند، تعیین می‌گردد.

67. "In Kind" Contributions.

68. Non-Saleable Assets.

۵۹. به منظور اینکه به‌طور مؤثری از طلبکاران حمایت به‌عمل آید، قانون شرکت‌ها باید مقرر دارد که بخش عمده‌ای از سرمایه اسمی شرکت، نزدیک به زمان تأسیس، به شرکت تسلیم شود. چنانچه حداقل سرمایه اسمی مقرر در قانون نسبتاً اندک باشد، می‌توان پرداخت کامل این سرمایه را در زمان تأسیس شرکت الزامی کرد. اگر تعیین موعد برای پرداخت مجاز باشد، باید حداقل ۵۰ درصد سرمایه اسمی فوراً پرداخت و تنه آن ظرف مدت کوتاهی قابل مطالبه باشد. به علاوه، سهامداران تا میزان آورده‌های پرداخت نشده در مقابل طلبکاران مسئول خواهند بود.

۶۰. استعمال مفهوم سرمایه اسمی و مفهوم ارزش اسمی سهام مانع از آن نخواهد بود که شرکت سهام را به قیمتی بالاتر از مبلغ اسمی آن بفروشد. این اختیار زمانی ضرورت می‌یابد که شرکت در نوبت‌های مختلف مبادرت به صدور سهام نموده و بنابراین ارزش بازاری سهام مختلف می‌باشد. این‌گونه فروش سهام با این تلقی که سرمایه اسمی به مثابه حداقل اموالی است که پرداخت دیون شرکت به طلبکاران را تضمین می‌کند، منافاتی ندارد. چنانچه شرکت سهام را به قیمتی بالاتر از مبلغ اسمی آن بفروشد، طلبکاران حق هیچ اعتراضی ندارند، زیرا این‌گونه فروش سهام صرفاً میزان دارایی خالص شرکت را افزایش می‌دهد.

شیوه‌های افزایش یا کاهش سرمایه اسمی شرکت

۶۱. سرمایه اسمی شرکت عبارت است از مجموع ارزش اسمی کلیه سهام صادره از سوی شرکت. برای افزایش سرمایه اسمی شرکت دو

روش وجود دارد: صدور سهام جدید و بالا بردن مبلغ اسمی سهام از قبل موجود. مع‌هذا، مجموع سرمایه اسمی شرکت نباید از میزان دارایی خالص شرکت که در آخرین ترازنامه سهامداران میزان آن قابل مشاهده است، فزونی یابد. شرکت همچنین می‌تواند از دو راه سرمایه اسمی خود را کاهش دهد: کاهش سرمایه از طریق خرید و ابطال سهام صادر شده قبلی و کاهش سرمایه از طریق تقلیل مبلغ اسمی سهامی که قبلاً صادر شده‌اند. مبلغ اسمی^{۶۹} سهام صادره باید در اساسنامه شرکت مشخص گردد.

آثار کاهش سرمایه اسمی شرکت

۶۲. چنانچه دارایی خالص شرکت کمتر از سرمایه اسمی آن (اما با این حال بیش از سرمایه اسمی مقرر در قانون) باشد، شرکت ملزم خواهد بود که سرمایه اسمی خود را به میزانی برابر با دارایی خالصش کاهش دهد. قاعده مشترک میان اکثر کشورهای که وجود سرمایه اسمی را برای شرکت‌ها الزامی دانسته‌اند، این است که چنانچه شرکت سرمایه اسمی خود را کاهش دهد طلبکاران محق می‌شوند که مطالبات خود را از شرکت پیش از سررسید مطالبه نمایند. در عمل کاهش سرمایه اسمی غالباً به انحلال شرکت می‌انجامد. به منظور اجتناب از چنین وضعی، قاعده‌ای که بر اساس آن [در صورت کاهش سرمایه اسمی شرکت] طلبکار شرکت حق می‌یابد طلب خود را پیش از سررسید مطالبه کند، می‌تواند صرفاً به عنوان یک قاعده تکمیلی تلقی گردد؛ طلبکاران در قراردادهایی که با شرکت منعقد می‌کنند، می‌توانند به اسقاط این حق توافق کنند. به علاوه،

69. Nominal Value.

(یا به عنوان راهی دیگر) می‌توان حد نصاب حداقلی را پذیرفت (بدین معنا که میزان افزایش/کاهش سرمایه را به عنوان درصدی از سرمایه اسمی کنونی شرکت تعیین کرد) و مقرر نمود که چنانچه تغییرات در سرمایه اسمی شرکت پایین‌تر از این حداقل باشد، بر حقوق طلبکاران تأثیری نمی‌گذارد.

۶۳. چنانچه دارایی خالص شرکت کمتر از حداقل سرمایه اسمی مقرر در قانون باشد، شرکت دیگر نخواهد توانست سرمایه اسمی خود را کاهش دهد. قاعده مشترک میان حقوق کشورهای اروپای قاره‌ای این است که چنین شرکتی باید یا ادعای ورشکستگی نماید یا درخواست انحلال اجباری کند. اگر مدیران شرکت از انجام این تکلیف خودداری کنند، برای خسارات اضافی‌ای که طلبکاران به جهت خودداری مدیران از انجام به موقع این تکلیف متحمل شده‌اند، ممکن است شخصاً در مقابل طلبکاران مسئول دانسته شوند. این رویکرد باعث می‌گردد که برخی از اقلام مثبت دارایی برای شرکت محفوظ باقی بماند تا شرکت با توان بیشتری بتواند مطالبات طلبکارانش را پرداخت کند. در صورت اقامه دعوای ورشکستگی، طلبکاران می‌توانند با طرح بازسازی شرکت / قرارداد ارفاقی موافقت کنند، مشروط بر اینکه ارزش شرکت بدهکار به عنوان یک مؤسسه دایر^{۷۰} بیش از ارزشی باشد که در صورت انحلال به جا می‌ماند.

۶۴. مع‌هذا، رویکرد فوق مبتنی بر فرض وجود یک نظام ورشکستگی منعطف می‌باشد، نظامی که در اقتصادهای در حال گذار

70. As a Going Concern.

همواره نمی‌توان دید. رویکرد میانه و منعطف‌تر در تدوین قانون شرکت‌ها می‌تواند این باشد که اگر سرمایه شرکت ناکافی بود، وضع شرکت به طلبکاران اطلاع داده شود. مدیران در صورت خودداری از دادن اطلاع، در مقابل طلبکاران مسئول خواهند بود. مع‌ذلک، شرکت (به عبارت دیگر، رکن مدیریت آن) نباید ملزم باشد که اعلام ورشکستگی نماید مگر اینکه یک سهامدار، یک طلبکار، یا دادستان (در مواردی که دادستان مجاز است دعوی ورشکستگی شرکت را اقامه کند) به منظور صدور حکم ورشکستگی علیه شرکت طرح دعوا کند. رویکرد مورد بحث برای شرکت این مجال را فراهم می‌آورد تا چنانچه کلیه سهامداران و طلبکاران موافق باشند شرکت به فعالیت خود ادامه دهد و چه بسا به سوددهی بازگردد بدون اینکه ناگزیر به تشریفات رسمی و خشک ورشکستگی قدم بگذارد. با این حال، طلبکاران با موافقت خود با ادامه حیات شرکت پا به عرصه‌ای می‌نهند که (در بسیاری از کشورها) ملالت‌آور و طاقت‌فرسا است و لذا گرایش بیشتر به انحلال شرکت است. به هر حال، اگر این رویکرد پذیرفته شود طلبکاران آینده از اینکه شرکت فاقد حداقل سرمایه لازم است، اطلاع نخواهند داشت. بنابراین، شرکت باید ملزم باشد که کلیه طلبکاران جدید را از این امر مطلع نماید. مدیران شرکت نیز در صورت خودداری از دادن این اطلاع به طلبکاران جدید، مسئول خواهند بود.

گفتار ششم - انواع سهام

انواع سهامی که از سوی شرکت قابل صدور است.

۶۵. قوانین شرکت‌ها نوعاً مقرر می‌دارند که شرکت مکلف است سهام عادی^{۷۱} صادر نماید. این قوانین همچنین مقرر می‌نمایند که شرکت اختیار دارد یک یا چند نوع سهام ممتاز^{۷۲} که حقوق و امتیازات آن قاعدتاً در اساسنامه شرکت مشخص می‌شود، صادر کند.

۶۶. یکی از مباحث عمومی این است که آیا شرکت قادر است بیش از یک دسته سهام دارای حق عادی رأی (به عنوان مثال، در انتخاب هیئت مدیره شرکت) صادر کند. بعضی از کشورها اجازه می‌دهند که شرکت فقط یک نوع سهام عادی داشته باشد و مواردی را که شرکت می‌تواند انواع مختلفی از سهام دارای حق رأی صادر کند یا حق رأی متفاوت به سهام بدهد یا از لحاظ حق رأی تفاوت‌هایی بین انواع مختلف سهام دارای حق رأی ایجاد نماید، محدود کرده‌اند. بعضی دیگر از کشورها صدور دسته‌های مختلفی از سهام دارای حق رأی را محدود و مقید نکرده‌اند.

۶۷. اقتصادهای در حال گذار با توجه به ضعف و نابالغی و طفولیت بازارهای سرمایه‌شان می‌توانند رویکرد حمایت بیشتر از سهامدار را برگزینند؛ بدین نحو که صدور فقط یک نوع سهام عادی یا به عبارت دیگر قاعده یک سهم، یک رأی را مجاز بدانند. این قاعده به نحو بهتر محرک-های اقتصادی را با قدرت رأی‌گیری منطبق کرده، به بازار اجازه می‌دهد بر شرکت‌ها نظارت نماید تا مانع اداره بد آنها شود و تمایل مؤسسين را برای

71. Common Shares.

72. Preferred Shares.

در دست گرفتن کنترل شرکت در جهت مخالف با منافع دیگر سهامداران، کاهش می‌دهد.

حقوق دارندگان سهام ممتازه

۶۸. سهام ممتازه معمولاً از حیث دریافت سود و پرداخت مبلغ سهام به هنگام انحلال و تصفیه شرکت بر سهام عادی اولویت و تقدم بیشتری دارد. در کشورهای در حال گذار بهتر است در مقابل سهام ممتازه رویکرد نسبتاً مضیق و سختگیرانه اتخاذ شود. این‌گونه سهام باید علی‌الاصول فاقد حق رأی باشد. دارنده سهام ممتازه به‌طور کلی فقط در دو فرض در مورد انتخاب مدیران مجاز به دادن رأی خواهد بود: (۱) هنگامی که شرکت سود سهام ممتازه را نپرداخته باشد، و (۲) هنگامی که سهام ممتازه قابل تبدیل به سهام عادی است. در فرض اخیر، سهام ممتازه دارای تعداد رأیی برابر با تعداد رأی سهام عادی‌ای که سهام ممتازه قابل تبدیل به آن است، خواهد بود.^{۷۳} میزان سود قابل پرداخت به سهام ممتازه (به صورت درصدی از سود)، نوع اولویت سهام ممتازه به هنگام انحلال و تصفیه شرکت و سایر حقوق دارندگان سهام ممتازه باید در اساسنامه قید شود.

۶۹. چنانچه قانون شرکت‌ها قاعده یک سهم، یک رأی را در خصوص سهام عادی مقرر نماید، همچنین لازم خواهد آمد که مقرر شود

۷۳. برای مطالعه در خصوص اینکه آیا شرکت‌ها در اقتصادهای در حال گذار باید مجاز به انتشار اوراق قرضه قابل تبدیل به سهام عادی باشند یا خیر بنگرید به شماره‌های ۸۴-۸۳.

سهام ممتازه، هم از حیث تقسیم سود و هم از لحاظ پرداخت مبلغ سهام به‌هنگام انحلال و تصفیه شرکت بر سهام عادی اولویت دارد. در غیر این صورت، مثلاً سهام ممتازه‌ای که از حیث پرداخت مبلغ سهام به‌هنگام انحلال و تصفیه شرکت دارای اولویت است اما به‌هنگام پرداخت سود دارای اولویت و تقدم نیست، در شرایط عادی که احتمال انحلال شرکت در آینده نزدیک نمی‌رود، ممکن است به‌عنوان بدیل و جایگزینی شبیه سهام عادی فاقد حق رأی مورد استفاده قرار گیرد.

۷۰. در بعضی از کشورها، تا درصدی از سرمایه اسمی شرکت می‌توان سهام ممتازه صادر نمود. به هر حال، در اقتصادهای عضو سازمان همکاری اقتصادی و توسعه تعداد بسیار اندکی از شرکت‌ها عملاً میزان عمده‌ای از این نوع خاص سهام را صادر می‌کنند.

سهام بی‌نام^{۷۴} در مقابل سهام بی‌نام^{۷۵}

۷۱. در بعضی از کشورها شرکت مکلف شده است که دفتر ثبت نام سهامداران خود (اعم از صاحبان واقعی یا صاحبان صوری سهام) را حفظ و نگاهداری کند و مقرر داشته‌اند کلیه سهام به نام صاحبان سهام صادر شود. بعضی دیگر از کشورها صدور سهام بی‌نام را اجازه می‌دهند. سهام بی‌نام عبارت است از برگه‌هایی که معرف سهام بوده و نام هیچ دارنده یا مالک خاصی بر روی آن قید نشده است. در مورد سهام بی‌نام، تصرف

74. Registered Shares.

75. Bearer Shares .

مادی برگه سهام فی‌نفسه حقوق همراه با سهام را به دارنده اعطا می‌کند. این سهام یا برگه‌ها به راحتی و بدون نیاز به دادن اطلاع به شرکت قابل نقل و انتقال است.

۷۲. استفاده از سهام بی‌نام در اقتصادهای در حال گذار خطرات خاصی را به همراه دارد. سهام بی‌نام در بردارنده چهار خطر است که با استفاده از سهام با نام می‌توان به نحو قابل توجهی از آنها احتراز کرد: (۱) خطر کلاهبرداری از طریق فروش اوراق مجعولی که معرف سهام بی‌نام است؛ (۲) خطر سرقت سهام بی‌نام؛ (۳) این خطر که سهامداران کنترل کننده با استفاده از سهام بی‌نام، کنترل خود بر شرکت را مخفی کنند؛ و (۴) مشکلات راجع به دادن رأی توسط دارندگان سهام بی‌نام، زیرا در مورد سهام بی‌نام رأی دادن از طریق پست ممکن نیست. اگر چه استفاده از سهام بی‌نام این خطر را که شرکت به ناحق از ثبت نقل و انتقال سهام در دفاتر خود امتناع ورزد، مرتفع می‌کند اما به منظور رفع مشکلات مربوط به ثبت نقل و انتقال در دفاتر شرکت می‌توان از ضمانت اجراهای دیگری استفاده کرد. بنابراین، تجویز صرفاً صدور سهام بانام از سوی شرکت حسن و امتیاز حمایت از سهامداران را به همراه دارد که در مقایسه با حسن انعطاف‌پذیری استفاده از سهام بی‌نام، مزیتی برتر و بالاتر است.

گفتار هفتم - صدور و نقل و انتقال سهام و سایر اوراق بهادار شرکت
تشریفات صدور سهام

۷۳. در بیشتر کشورها در اساسنامه شرکت حداکثر تعداد سهامی که قابل صدور است، مشخص می‌شود (سهام مجاز^{۷۶} یا سهام اعلام شده^{۷۷}). در عین حال، شماری از کشورها مکانیسمی پیش‌بینی نموده‌اند که بر اساس آن سهامداران می‌توانند به هیئت مدیره اجازه دهند که سهام اضافی - ای نیز حداکثر به میزان سهام اعلام شده، صادر کند.

۷۴. تفویض اختیار صدور سهام اضافی به هیئت مدیره، وسیله بسیار ارزشمند و منعطفی را برای تأمین منابع مالی مورد نیاز شرکت فراهم می‌آورد. به هر حال این اختیار باید در اساسنامه قید و حدود و ثغور آن مشخص شود: هیئت مدیره نباید اختیار داشته باشد که سهامی مشابه با سهام ممتاز «سفید امضا»^{۷۸} که در ایالات متحده امریکا دیده می‌شود، یعنی سهامی با هر نوع حقی که هیئت مدیره برای آن برگزید، صادر کند.^{۷۹} به هر تقدیر، مادامی که مبلغ سهامی که قبلاً صادر شده تماماً پرداخت نگردد، نباید هیچ سهام جدیدی صادر شود.

۷۵. شرکت مجاز خواهد بود اساسنامه خود را به منظور افزایش سرمایه اسمی‌اش فقط تا میزانی که شرکت، سهامی را که در اساسنامه اعلام شده صادر کرده است، اصلاح نماید. یکی از مکانیسم‌های انجام این امر به عنوان نمونه این است که سهامداران اختیار محدودی به هیئت

76. Authorized Shares.

77. Announced Shares.

78. "Blank Check" Preferred Shares.

۷۹. بنگرید به شماره‌های ۷۰-۷۸.

مدیره تفویض کنند تا اساسنامه شرکت را اصلاح کند، به نحوی که اساسنامه تعداد سهامی را که شرکت واقعاً صادر نموده، انعکاس دهد. این اختیار باید به هنگامی که سهامداران در خصوص میزان سهامی که صدور آن مجاز است، اتخاذ تصمیم می‌کنند به هیئت مدیره تفویض شود.

حق تقدم سهامداران به هنگام صدور سهام از سوی شرکت

۷۶. سهامداران گذشته از اینکه حق دارند تعداد سهام قابل صدور را تصویب نمایند، به هنگام صدور سهام جدید نیز نیازمند حمایت بیشتری می‌باشند تا از اینکه این‌گونه سهام به ثمن بخش به خریداران خاص و منتخبی فروخته شود، جلوگیری به عمل آید و مانع از آن شود که با استفاده از این گونه صدور سهام نفوذ و تأثیر سهامدارانی خاص یا گروهی از آنان در شرکت کاهش داده شود. نیاز به چنین حمایتی به ویژه در اقتصادهای در حال گذار که عوامل و مهارهای نظارتی خارج از شرکت، از قبیل واکنش بازار که از سوءاستفاده‌های سهامداران اکثریت یا رکن مدیریت شرکت به هنگام صدور سهام [جدید] جلوگیری می‌کند، هنوز به اندازه کافی تکامل و توسعه نیافته بیشتر احساس می‌گردد. قانون راجع به شرکت‌های سهامی می‌تواند به هنگام صدور سهام [جدید] یک یا چند گونه حمایت را به نفع سهامداران پیش‌بینی کند؛ حمایت‌هایی از قبیل حق تقدم^{۸۰} سهامداران در خرید سهام جدید، الزام به اینکه سهام جدید به

80. Preemptive Rights.

قیمت روز بازاری فروخته شود، و/یا مشروط نمودن صدور عمده سهام به موافقت خاص سهامداران.^{۸۱}

۷۷. حق تقدم، یعنی دادن نخستین فرصت به سهامداران برای خرید سهامی که جدیداً صادر شده است، از سهامداران هم در مقابل فروش «از پیش تعیین شده و هدف‌دار» سهام جدید به دیگران و هم در مقابل تلاش‌های معمول که برای رقیق کردن و تضعیف حق رأی سهامداران موجود به انجام می‌رسد، مراقبت و حمایت به عمل می‌آورد. قانون باید مقرر دارد که برای هر بار که سهام جدید صادر می‌شود، این حق در اختیار سهامداران است. این حق در موارد خاصی می‌تواند با رأی اکثریت سهامداران (یا اکثریت سهامداران ذینفع) ساقط گردد. صدور جزئی سهام به منظور تخصیص آن به مدیران و کارگران شرکت نباید تابع مقررات حق تقدم باشد. به منظور حمایت از سهامدارانی که به نفع اسقاط حق تقدم رأی نداده‌اند، قانون می‌تواند «حق مشارکت»^{۸۲} را پیش‌بینی کند. حق مشارکت به این دسته از سهامداران اجازه می‌دهد تا با خرید سهام بیشتر با همان قیمتی که سهام در پذیره‌نویسی و عرضه اصلی فروخته می‌شود، در پذیره‌نویسی سهام مشارکت جویند. به منظور سادگی در تهیه و تدوین اساسنامه و ایجاد وضوح و شفافیت، مناسب است که قانون تشریفات آسانی را برای اعمال این حقوق مقرر دارد. مقررات راجع به حق تقدم سهامداران که به هنگام صدور سهام جدید از سوی شرکت، قابل اعمال

۸۱. بنگرید به شماره‌های ۷۷-۸۲.

می‌گردد همچنین به هنگامی که شرکت، سهام متعلق به خود را که به نحوی تحصیل نموده (خریداری کرده) یا از سهامداران بازخرید کرده است، به فروش می‌رساند نیز اعمال خواهد شد.^{۸۳}

صدور سهام و فروش آن به نرخ بازار

۷۸. دومین ابزار ارزشمند حمایت از سهامداران به هنگام انتشار سهام، ایجاد این الزام است که سهام صادره به قیمتی کمتر از قیمت بازاری آن فروخته نشود. البته قیمت بازاری سهام، به ویژه در مورد شرکتی که بازار رسمی و ثابتی برای داد و ستد سهام آن وجود ندارد، ممکن است دقیق و مشخص نباشد. اما این قاعده همچنان می‌تواند تا اندازه‌ای از سهامداران حمایت نماید و مانع از آن شود که شرکت، سهام صادره را به برخی از افراد داخل شرکت یا دوستان آنها به ثمن بخش بفروشد، چه این‌گونه فروش سهام می‌تواند مورد ایراد و اعتراض سایر سهامداران قرار گیرد و احتمالاً اعضای هیئت مدیره را در معرض مسئولیت ناشی از اعمال با سوءنیتشان قرار دهد.^{۸۴}

۷۹. در بعضی از کشورهای عضو سازمان همکاری اقتصادی و توسعه، به عنوان قسمی پاداش و مشوق، سهام به قیمتی پایین‌تر از نرخ بازاری آن به مدیران و کارگران فروخته می‌شود. امید و انتظار می‌رود که مدیر در مقام یک سهامدار انگیزه بیشتری داشته باشد تا ارزش سهام ترقی

۸۳ بنگرید به شماره‌های ۱۰۳-۱۰۰.

۸۴ بنگرید به شماره‌های ۱۲۲-۱۲۰.

یابد. به علت نگرانی‌های مهمی که در اقتصادهای در حال گذار در مورد رفتار سهامداران مدیر وجود دارد، بهتر است که به جهت اعطای پاداش به مدیران هیچ گونه استثنایی بر مقررات حمایت از سهامداران وارد نکنیم. بر این اساس، مدیران و کارگران شرکت ملزم خواهند بود سهام مورد نظر را به نرخ بازار خریداری کنند. بنابراین، محرک‌ها و مشوق‌ها می‌تواند از طریق دادن وجوه نقدی که مرتبط با خرید سهام به نرخ بازار است، برآورده و تأمین گردد.

۸۰. چنانچه قانون بخواهد مفهوم نرخ بازاری^{۸۵} سهام را به کار گیرد، بایست این مفهوم را تعریف کند. نرخ بازاری سهام را می‌توان به عنوان قیمتی تعریف کرد که فروشنده و خریدار با اطلاع کامل از ارزش مال و بدون اینکه مکره به فروش یا خرید سهام باشند، برای خرید و فروش سهام بر سر آن توافق می‌کنند. در خصوص شرکت‌هایی که سهام آنها توسط عموم مردم در بازار سهام مورد داد و ستد قرار می‌گیرند، می‌توان قواعد خاص‌تری وضع نمود.

موافقت سهامداران با صدور عمده سهام

۸۱. یکی دیگر از اشکال حمایت از سهامداران به هنگام صدور سهام این است که چنانچه صدور سهام جدید از درصد خاصی از میزان سهامی که شرکت قبلاً صادر نموده تجاوز کند، صدور سهام مشروط به تصویب اکثریت سهامداران گردد. این قاعده در فرض صدور عمده سهام^{۸۶} از

85. Market Value.

86. Large Issuances of Shares.

سهامداران حمایت بیشتری می‌کند. در فرض صدور عمده سهام، چنانچه سهام جدید با قیمت بسیار پایینی عرضه شود، ارزش پایه سهامی که شرکت قبلاً صادر نموده به نحو قابل توجهی کاهش می‌یابد.

۸۲ هنگامی که سهامداران در خرید سهام جدید حق تقدم دارند، موافقت اکثریت نسبی سهامداران [حاضر در مجمع] برای صدور سهام کفایت می‌کند. مع الوصف، در بعض موارد ممکن است حق تقدم برای سهامداران وجود نداشته باشد؛ به عنوان نمونه، هنگامی که سهامداران به اسقاط حق تقدمشان رأی داده‌اند، وضع بدین گونه است. خریداران آینده - ای که قرار است سهام جدیدالصدور به آنها فروخته شود و اشخاص منتسب به ایشان، به هنگام رأی‌گیری در مورد اسقاط حق تقدم، حق رأی نخواهند داشت.

اوراق قرضه قابل تبدیل به سهام عادی^{۸۷} و اوراق قرضه قابل تعویض با سهام عادی

۸۳ بسیاری از قوانین شرکت‌ها صدور اوراق قرضه قابل تبدیل به سهام و/یا اوراق قرضه‌ای که اختیار خرید سهام را به دارنده آن اعطا می‌کند^{۸۸} (اوراق قرضه قابل تعویض با سهام)، تجویز نموده‌اند. در اقتصادهای عضو سازمان همکاری اقتصادی و توسعه به منظور دادن پاداش به مدیران و کارگران شرکت، به جای تملیک سهام به ایشان عمدتاً

87. Securities Convertible in to Common Shares.

88. Options to Acquire Common Shares.

از این‌گونه اوراق قرضه استفاده می‌شود. آنانی که این‌گونه اوراق قرضه را به عنوان پاداش دریافت می‌کنند، به منظور به حداکثر رسانیدن ارزش اختیار خرید سهام، انگیزه کار کردن می‌یابند تا ارزش سهام شرکت افزایش یابد و [بالتبع] ارزش اختیار خرید سهام نیز تا آنجا که ممکن است بالا رود. نظر به اینکه تعیین قیمت عادلانه اختیار خرید سهام بسی دشوار است، از این روی در اقتصادهای در حال گذار ممکن است اختیار خرید سهام استفاده و کاربرد محدودی داشته و مورد سوءاستفاده‌هایی قرار بگیرد.

۸۴. با توجه به وجود خطرات فوق‌الذکر بهتر است در اقتصادهای در حال گذار انتشار اوراق قرضه قابل تبدیل به سهام و اوراق قرضه‌ای که به دارنده آن اختیار خرید سهام اعطا می‌کند (اوراق قرضه قابل تعویض با سهام)، اجازه داده نشود. موضع بینابینی که انعطاف‌پذیری بیشتری را ممکن می‌سازد آن است که تجویز انتشار این اوراق را مشروط به آن کنیم که تعداد و شرایط این اوراق قرضه پیش از انتشار آنها به تصویب سهامداران برسد. به عنوان یک قاعده عمومی، همان سطح حمایت که قانون شرکت‌ها به هنگام صدور سهام برای سهامداران پیش‌بینی می‌کند باید به هنگام انتشار اوراق قرضه قابل تبدیل و اوراق قرضه‌ای که به دارنده اختیار خرید سهام اعطا می‌کند (اوراق قرضه قابل تعویض) نیز برای سهامداران مقرر گردد. در غیر این صورت، شرکت از طریق انتشار اوراق قرضه قابل تبدیل یا اوراق قرضه‌ای که به دارنده اختیار می‌دهد سهام را به قیمتی پایین‌تر از نرخ بازاری خریداری کند، به آسانی از احکام

راجع به حق تقدم در خرید سهام یا احکام مربوط به امکان صدور سهام فقط به نرخ بازار خواهد گریخت.
انتشار اوراق قرضه ساده^{۸۹}

۸۵. گذشته از اینکه لازم است انتشار اوراق قرضه قابل تبدیل به سهام و اوراق قرضه‌ای که به دارنده اختیار خرید سهام اعطا می‌کند (اوراق قرضه قابل تعویض با سهام)، تنظیم و قانونمند گردد این پرسش مطرح می‌گردد که آیا در مورد انتشار اوراق قرضه ساده غیرقابل تبدیل به سهام نیز باید مقررات موافقت خاص یا تشریفات دیگری اعمال گردد یا خیر.

۸۶. برخی از کشورها بر اساس این فرض که مدیران در ایجاد بهترین شرایط برای شرکت نفع و علاقه دارند، انتشار اوراق قرضه ساده را یکسره به تشخیص و صلاحدید هیئت مدیره واگذار کرده‌اند و موافقت سهامداران را شرط ندانسته‌اند. بر عکس، دسته دیگری از کشورها با ظن و تردید بیشتری به انتشار اوراق قرضه ساده نگریسته‌اند. بعضی از کشورها انتشار اوراق قرضه ساده را برای یک دوره زمانی خاصی (تا ۳ سال) پس از تشکیل شرکت ممنوع کرده و انتشار این اوراق را پس از این دوره زمانی منوط به تصویب سهامداران کرده‌اند. در بعضی دیگر از کشورها در صورت فقدان ضمانت از جانب شخص ثالث، مجموع ارزش اسمی اوراق قرضه ساده‌ای که منتشر می‌شود حداکثر تا میزان سرمایه اسمی شرکت می‌تواند بود.^{۹۰}

89. Bonds.

۹۰. به عنوان مثال، به موجب بند ۲ ماده ۳۳ قانون شرکت‌های سهامی روسیه، شرکت بنا به تصمیم هیئت مدیره می‌تواند اوراق قرضه ساده منتشر کند، مگر اینکه در اساسنامه شرکت به نحو دیگری مقرر

۸۷. علی‌الاصول به نظر می‌رسد که مشروط نمودن انتشار اوراق قرضه ساده به تصویب سهامداران باعث می‌گردد که بین انواع گوناگون معاملات استقرایی، بدون وجود دلیل موجهی تفاوت گذاشته شود. البته این نظر مبتنی بر این فرض است که در برابر معاملات مشتمل بر تعارض منافع مقررات حمایتی مناسب و لازم‌الاجرای در قانون وجود دارد. اگر واقع امر بدین‌گونه نباشد مقامات تصمیم‌گیر داخل شرکت ممکن است از طریق انتشار اوراق قرضه ساده بخشی از درآمد شرکت را بر خلاف قانون تصاحب کنند. در محیط یک اقتصاد در حال گذار قانون باید رویکرد نسبتاً مضیق‌تر و محدودتری را در این خصوص برگزیند، بدین‌نحو که برای انتشار اوراق قرضه ساده حداقلی از کنترل و نظارت سهامداران را لازم بداند.

گفتار هشتم - معاملات مشتمل بر تعارض منافع

لزوم تصویب معاملات مشتمل بر تعارض منافع و ضمانت اجراها

۸۸. یکی از مسائل مهم قانون شرکت‌ها در هر کشوری عبارت از تنظیم و ساماندهی معاملاتی است که مقامات تصمیم‌گیرنده داخل

شده باشد. در فرانسه یک شرکت در طی دو سال اول تشکیل و مادامی‌که تمام سرمایه اسمی آن کاملاً پرداخت نشده است، نمی‌تواند مبادرت به انتشار اوراق قرضه ساده نماید. قاعده‌ای که مقرر نماید شرکت نمی‌تواند در طی سه سال اول تشکیل خود اوراق قرضه ساده منتشر کند، از حیث عملی دارای اهمیت چندانی نخواهد بود، چه اینکه مقررات بازار سرمایه نیز معمولاً به شرکت‌ها اجازه نمی‌دهند که در طی این مدت اوراق قرضه ساده منتشر کنند.

شرکت^{۹۱} به علت داشتن نفع مالی مستقیم یا غیرمستقیم در آن معامله، درگیر تعارض منافع‌اند. این مشکل در اقتصادهای در حال گذار به خصوص حاد و خطرناک است و به همین نسبت قواعد مضیق و سختگیرانه‌ای را ایجاب می‌کند.

۸۹. در خصوص معاملات مشتمل بر تعارض منافع^{۹۲} سه رویکرد متصور است: (۱) رویکرد مضیق و سختگیرانه؛ قوانین شرکت‌ها در اوایل قرن بیستم که تمامی این گونه معاملات را ممنوع کرده‌اند، این رویکرد را پذیرفته‌اند. هر چند این رویکرد به آسانی قابل اجراست، لیکن از این گذشته مشکلات جدی‌ای را در اداره روزمره شرکت ایجاد می‌نماید، زیرا پاره‌ای از معاملات را که به نفع شرکت است تا با مدیران منعقد گردد نامشروع اعلام می‌کند. (۲) رویکرد دوم آن است که اغلب معاملات مشتمل بر تعارض منافع، بر اساس قواعدی روشن و دقیق ممنوع گردد، اما در عین حال با امکان تصویب انواع مشخصی از معاملات توسط

91. Insiders.

اصطلاح «تصمیم‌گیرندگان داخل شرکت» در اینجا به معنای عام استعمال می‌شود. قانونگذاران ملی از اشخاصی که در شمول این اصطلاح قرار می‌گیرند، تعاریف گوناگونی به دست داده‌اند. به عنوان مثال، در ایالات متحده امریکا قانون بورس اوراق بهادار مصوب ۱۹۳۴ تصمیم‌گیرنده داخل شرکت را، از نظر اعمال محدودیت‌های راجع به خرید و فروش کوتاه مدت، به عنوان تمام مدیران عامل و مدیران شرکت و هر شخصی که بیش از ۱۰ درصد از سهام آن شرکت را مالک است، تعریف می‌نماید. در فرانسه به نحو مشابهی تصمیم‌گیرندگان داخل شرکت به‌طور کلی شامل اعضای ارکان مدیریت شرکت یا سهامداران عمده می‌گردد. حقوق شرکت‌های آلمان حتی تفسیری وسیع‌تر از این اصطلاح ارائه می‌دهد. بدین معنا که تصمیم‌گیرنده داخل شرکت را شامل هر شخصی می‌داند که در مقام و موقعیتی است که می‌تواند بر شرکت تأثیر و نفوذ بگذارد.

92. Transactions Involving a Conflict of Interest .

اعضای غیرذینفع هیئت مدیره و سهامداران غیرذینفع تا اندازه‌ای که انعطاف‌پذیری نیز فراهم گردد. (۳) رویکرد و گزینه سوم آن است که معاملات مشتمل بر تعارض منافع را صرفاً منوط به تصویب قبلی اعضای غیرذینفع هیئت مدیره و سهامداران غیرذینفع کنیم. در دو مورد اخیر، مقررات تشریفاتی دقیق و آمرانه‌ای لازم است تا این خطر را که مدیران پیشاپیش تصویب معامله را به وسیله سهامداران دوست و آشنای خود جهت‌دهی کنند، کاهش دهد. به هر تقدیر، قانون باید دو نوع از معاملات را که در خصوص آنها هیچ توجیه تجاری وجود نداشته و خطر سوءاستفاده در مورد آنها بالا است، منع نماید: پرداخت‌ها (پورسانت‌ها)ی که از سوی شخص ثالث در ارتباط با معامله‌ای که بین شرکت و شخص ثالث مزبور منعقد شده به مقام تصمیم‌گیرنده داخل شرکت به عمل می‌آید، و وام‌هایی که شرکت به یک مقام تصمیم‌گیرنده داخل شرکت، بدون ارائه اسناد لازم یا بدون پرداخت نرخ بهره متعارف از جانب او، اعطا می‌کند.

۹۰. قانون باید انواع معاملاتی را که تحت شمول محدودیتها و کنترل قرار می‌گیرد، مشخص کند. معاملات تحت کنترل از جمله شامل معاملاتی می‌گردد که مقامات تصمیم‌گیرنده داخل شرکت، اقربای نسبی یا سببی نزدیک ایشان، اعضای ارکان مدیریت شرکت، و سهامداران عمده در آن معامله نفع مالی مستقیم یا غیرمستقیم دارند. این محدودیت‌ها و کنترل به علاوه می‌تواند بر مواردی که شخص واحدی نسبت به هر دو طرف معامله مقام تصمیم‌گیرنده داخل شرکت به شمار می‌آید و همچنین بر

مواردی که خویشاوند نزدیک یکی از اعضای ارکان مدیریت شرکت، عضو ارکان مدیریت طرف دیگر معامله است، نیز شمول و تسری یابد. قانون باید حداقل تعداد سهامی را که یک سهامدار عمده باید مالک باشد تا تصمیم‌گیرنده داخل شرکت تلقی گردد، مشخص کند (به عنوان مثال، مالکیت ۲۰ درصد از سهام عادی شرکت) و همچنین تصریح نماید که کدام یک از اقربای نسبی یا سببی در زمره تصمیم‌گیرندگان داخل شرکت به شمار می‌آیند.

۹۱. ضمانت اجرای معاملات مشتمل بر تعارض منافع باید در قانون مشخص گردد. تصمیم‌گیرنده داخل شرکت که با وجود تعارض منافع، با شرکت معامله‌ای منعقد می‌کند در قبال خسارات وارده به شرکت از جمله محرومیت از منافی که ممکن بود با انعقاد قراردادی با شرایط بهتر با شخص دیگر نصیب شرکت شود اما نشده، مسئول خواهد بود. در مواردی که اثبات ورود زیان به شرکت دشوار است، اما می‌توان منافی را که به این تصمیم‌گیرنده داخل شرکت یا اقربای نسبی و سببی او رسیده است به اثبات رساند، تصمیم‌گیرنده داخل شرکت تا میزان سودی که برده مسئول خواهد بود. معذک، قانون باید موارد ابطال معامله‌ای که با تخلف از تشریفات مربوط به معاملات مشتمل بر تعارض منافع منعقد شده، را محدود نماید تا بدین‌سان از حقوق اشخاص ثالثی که از روی حسن‌نیت با شرکت معامله‌ای منعقد کرده‌اند، حمایت شود.^{۹۳}

۹۳. همچنین بنگرید به شماره ۲۲.

گفتار نهم - کنترل و تغییر در کنترل شرکت

قواعد راجع به تغییر در کنترل شرکت^{۹۴}

۹۲. هنگامی که یک سهامدار کنترل شرکت معینی را به دست می‌گیرد، توانایی سهامداران اقلیت برای فروش سهامشان به قیمتی عادلانه و متناسب غالباً از میان می‌رود. این امر ارتباط چندانی با عملکرد واقعی شرکت ندارد؛ این وضع معلول واقعه‌ای است که ربطی به رفتار سهامداران یا امکانات و استعدادهای بالقوه شرکت ندارد. قانون به منظور مقابله با این مشکل، همچنین حفظ نقدینگی در بازار سرمایه، و به حداقل رسانیدن تأثیر نابرابری‌های اطلاعاتی میان سهامداران، می‌تواند سیستم «حق خروج»^{۹۵} را برای سهامداران اقلیت پیش‌بینی نماید: هنگامی که یک سهامدار آن قدر از سهام یک شرکت دارای تعداد زیادی سهامدار را تملک می‌نماید که کنترل شرکت را به دست وی می‌دهد، سهامدار مزبور مکلف است پیشنهاد خرید کلیه سهام باقی مانده شرکت را به قیمتی عادلانه ارائه کند. این امر به سهامداران باقی مانده فرصت می‌دهد که تصمیم بگیرند آیا می‌خواهند به عنوان سهامدار در شرکت تحت کنترل باقی بمانند یا خیر. سیستم حق خروج که توسط کشورهای مختلفی در اروپا پذیرفته شده، با قواعد مقرر در پیش‌نویس دستورالعمل اتحادیه اروپایی همسو و هماهنگ است.

94. Change in Control.

95. Takeout Rights.

۹۳. حق خروج باید توسط اقتصادهای در حال گذار پذیرفته شود و قانون شرکت‌ها تعریفی دقیق از این حق به دست دهد. قانون باید حداقل میزان سهامی را که تملک آن، سهام کنترل‌کننده به شمار می‌آید، مشخص کند (به عنوان مثال، مالکیت ۳۰ درصد از سهام عادی شرکت). این حق همچنین به هنگامی که کنترل شرکت توسط تعدادی از اشخاص منتسب^{۹۶} به یکدیگر به‌طور جمعی در دست گرفته می‌شود، نیز باید برای سهامداران شناخته شود.^{۹۷} حداقل تعداد سهامدارانی که یک شرکت باید داشته باشد تا مشمول این قاعده قرار بگیرد نیز باید در قانون آورده شود. افزون بر این، مطلوب است که در قانون حداقل قیمت پیشنهادی، مهلت ارائه پیشنهاد و سایر شرایط پیشنهادی که سهامدار کنترل‌کننده به سهامداران باقی مانده ارائه می‌کند، تعیین گردد. قیمت پیشنهادی می‌تواند برابر با بالاترین قیمتی باشد که سهامدار کنترل‌کننده و اشخاص منتسب به وی در طی یک دوره زمانی، فرضاً شش ماهه، پیش از تاریخی که سهامدار کنترل‌کننده میزان سهم کنترل‌کننده شرکت را تحصیل کند، برای خرید سهام شرکت پرداخته‌اند. نکته آخر که از نکات قبل کم اهمیت‌تر نیست آنکه قانون باید برای تخلف از حکم الزام به خرید کلیه سهام باقی مانده ضمانت‌اجراهای نسبتاً شدیدی مقرر نماید تا بدین‌سان متابعت از این حکم قانونی تضمین گردد. می‌توان شخص کنترل‌کننده و اشخاص منتسب

96. Affiliated Persons.

۹۷. قانون می‌تواند از اشخاص منتسب به یکدیگر تعریف واحدی ارائه کند، تعریفی که هم معاملات منجر به تحصیل کنترل شرکت و هم معاملات مشتمل بر تعارض منافع را در برگیرد.

به وی را، از حق رأی مربوط به سهامشان محروم کرد، مگر اینکه سایر سهامداران با اعاده حق رأی ایشان موافقت کنند.

۹۴. کشورهای دارای اقتصاد در حال گذار علاوه بر حق خروج ممکن است بخواهند برای ساماندهی و قانونمند کردن تغییرات در کنترل شرکت‌ها، قواعد دیگری نیز وضع نمایند. این دسته قواعد دارای دو وصف اساسی می‌باشد. وصف نخست عبارت است از لزوم تعیین حداقل مهلت برای دادن اخطار^{۹۸} قبلی، پیش از اینکه میزانی از سهام که باعث کنترل بر شرکت می‌گردد، توسط شخصی خریداری شود: دادن اخطار قبلی، به مدیران شرکت فرصت خواهد داد تا در پی یافتن پیشنهاد بالاتر برای سهام شرکت از سوی سایر اشخاص، جستجو نمایند یا در فرضی که مدیران به منظور به دست گرفتن کنترل شرکت قصد دارند سهام سایرین را خریداری کنند، لزوم دادن اخطار قبلی به اشخاص خارج از رکن اداری شرکت فرصت خواهد داد قیمت بالاتری برای سهام پیشنهاد نمایند. دومین وصف و ویژگی این قواعد عبارت است از ممنوع نمودن اقداماتی که مدیران شرکت ممکن است به منظور جلوگیری از تغییر در کنترل شرکت به عمل آورند. اگر قانون حداقل مهلتی برای دادن اخطار قبلی، مقرر دارد، لازم است که تاکتیک‌ها و شگردهای دفاعی مدیران را نیز در طی این دوره تحت نظارت و محدودیت قرار دهد. قانونی که حداقل مهلت را برای دادن اخطار قبلی پیش‌بینی کند اما تاکتیک‌ها و شگردهای

98. Notice.

دفاعی را محدود و تحت نظارت قرار ندهد، ممکن است قدرت بسیار وسیعی را به مدیران شرکت بدهد تا در جهت حفظ مشاغل و پست-هایشان تلاش کنند ولو اینکه این امر سهامداران را از این فرصت که سهامشان را به قیمتی مطلوب بفروشند، محروم نماید.

معاملات «وادارکننده به اخراج»

۹۵. بحث دیگری که کنترل و به دست گرفتن کنترل شرکت در پی دارد حق سهامدار کنترل‌کننده برای سوق دادن شرکت به سوی تجدید سازمان یا انعقاد سایر معاملات است؛ معامله‌ای که در نتیجه آن، سهامدار کنترل‌کننده مالکیت ۱۰۰ درصد سهام یا دارایی شرکت را به دست خواهد آورد و سهامداران اقلیت قبلی، دیگر فرصت سهم شدن در منافع آینده شرکت را نخواهند داشت. این عمل گاهی معامله «وادارکننده سهامدار به اخراج»^{۹۹} نامیده می‌شود، زیرا سهامداران اقلیت دیگر از ادامه مشارکت در منافع شرکت مأیوس و محروم می‌گردند.

۹۶. بعضی از کشورها ترجیح داده‌اند که به منظور حمایت از سهامداران اقلیت معاملات وادارکننده به اخراج را محدود نمایند. به عنوان مثال، قواعد عمومی راجع به لزوم تصویب معاملات مشتمل بر تعارض منافع از سوی سهامداران غیرذینفع، و شناسایی حق ارزیابی و بازفروش سهام به هنگام تجدید سازمان یا انعقاد معاملات عمده، ممکن است برای

99. "Freezeout" Transactions.

تضمین و تأمین رفتار عادلانه با سهامداران اقلیت مفید افتد. این قواعد ممکن است مانع معاملات و ادارکننده به اخراج نگردد، لیکن می‌تواند تضمین نماید که در فرض بازفروش سهام، قیمت پرداخت شده برای سهام عادلانه بوده و در مورد انعقاد معامله مشتمل بر تعارض منافع، اکثریت سهامداران غیرذینفع با انعقاد آن معامله موافقت کرده‌اند.^{۱۰۰}

گفتار دهم - حمایت از سهامدار و طلبکار به هنگام پرداخت سود سهام، و به هنگام خرید و بازخرید سهام شرکت توسط خود شرکت
پرداخت سود سهام

۹۷. در سنت کشورهای اروپای قاره‌ای، سود^{۱۰۱} وسیله‌ای است که شرکت‌ها از طریق آن بخشی از منافی که در یک دوره زمانی به تدریج حاصل و انباشته شده را بین سهامداران توزیع می‌کنند. در سنت حقوقی کامن‌لای انگلوساکسون افزون بر این، سود می‌تواند به عنوان وسیله‌ای برای توزیع سرمایه‌ای که دیگر مورد نیاز شرکت نیست در میان سهامداران و همچنین به عنوان وسیله‌ای برای تغییر در ساختار سرمایه شرکت نیز مورد استفاده قرار گیرد. در هر دو حالت، قوانین شرکت‌ها به منظور حمایت از طلبکاران اختیار شرکت برای پرداخت سود یا تقسیم سایر اموال در میان سهامداران را محدود کرده‌اند. شرکتی که ورشکسته است،

۱۰۰. بنگرید به شماره‌های ۵۴-۴۳ و ۴۷، ۵۱، ۸۹.

101. Dividends.

اعم از ورشکستگی به معنای ترازنامه‌ای (دارایی کمتر از دیون) یا ورشکستگی به معنای کمبود جریان نقدینگی (عدم توانایی پرداخت دیون به هنگام سررسید)، مجاز نخواهد بود سود سهام بپردازد. شرکت‌ها همچنین می‌توانند سود هر فصل یا هر نیم سال را پرداخت کنند، مشروط بر اینکه سهامداران این رویه را در مجمع عمومی سالانه خود به تصویب رسانند.

۹۸. نظامی که پرداخت سود به سهامداران را صرفاً از محل منافع جاری اجازه بدهد، سرمایه‌گذاری بر روی سهام را تشویق نمی‌کند، امری که در موقعیت گذار از اقتصاد برنامه‌ریزی شده به اقتصاد بازار بسیار مورد نیاز است. این گونه نظام پرداخت سود به شرکت‌ها امکان نمی‌دهد که برنامه‌ریزی بلند مدت ساختار مالی و اندوخته‌های خود را به نتیجه‌ای رسانده و سیاست و خط‌مشی خود را نسبت به سهامداران به سامانی برسانند. سهامداران معمولاً سیاست با ثبات‌تر تقسیم سود را بر سیاستی که منحصراً مبتنی بر تقسیم منافع جاری است، ترجیح می‌دهند. از سوی دیگر، امکان بی‌قید و شرط تقسیم دارایی (مازاد بر سرمایه اسمی) میان سهامداران احتمال ریسک و زیان طلبکاران را، به ویژه در محیطی با نابرابری‌های اطلاعاتی بسیار شدید که مشخصه اقتصادهای در حال گذار است، افزایش می‌دهد. از این طریق می‌توان با ارزش‌ترین اموال شرکت را، از مالکیت شرکت خارج کرد بدون اینکه طلبکاران از این امر مطلع گردند. در جایی که نظام حقوقی وثیقه‌ها و تضمینات دین هنوز آن چنان توسعه و

تکامل نیافته باشد، حتی این امر به احتمال بیشتری ممکن است اتفاق افتد. بنا به ملاحظات فوق، رویکرد متعادل و معقول آن است که صرفاً منافی که در گذشته به تدریج حاصل و انباشته شده و همچنین منافع جاری را به عنوان سود، قابل تقسیم بدانیم. این رویکرد باید در قالب قاعده‌ای تکمیلی ریخته شود؛ شرکت‌ها باید مجاز باشند که در اساسنامه خود تقسیم سود را بیش از این محدود نمایند، تا بدین‌سان بتوانند بیشتر رضایت طلبکاران را جلب کرده و حامی آنان باشند.

۹۹. در بعضی کشورها اعلام تقسیم سود سهام منحصرأ به اختیار هیئت مدیره و انبوه شده است. در این گونه از کشورها، لازم نیست سهامداران سودی را که از سوی هیئت مدیره اعلام می‌شود، به تصویب رسانند و همچنین سهامداران نمی‌توانند از شرکت درخواست کنند که تقسیم سود را اعلام کند.^{۱۰۲} در بعضی دیگر از کشورها، سهامداران باید تقسیم سود را در مجمع عمومی سالانه به تصویب رسانند، اگرچه می‌توان به هیئت مدیره اختیار داد که سود موقت و علی‌الحساب سهام^{۱۰۳} را از محل منافع سال‌های قبل یا به عنوان «پیش‌پرداخت» تصویب و پرداخت کند تا بعداً سود [قطعی] سهام تعیین و به تصویب رسد.^{۱۰۴} در اقتصادهای

۱۰۲. در حقوق شرکت‌های ایالات متحده وضع به همین گونه است. در حقوق این کشور اعلام تقسیم سود منحصرأ در اختیار هیئت مدیره است.

103. Interim Dividends.

۱۰۴. بدین‌سان، به موجب بند ۳ ماده ۴۲ قانون شرکت‌های سهامی روسیه «تصمیم پرداخت سود موقت و علی‌الحساب (سه ماهه یا شش ماهه)، میزان سود و نحوه پرداخت آن در مورد هر دسته (نوع) از سهام

در حال گذار درباره انگیزه‌های هیئت مدیره (یا رکن مدیریت) برای اتخاذ تصمیم در مورد اعلام تقسیم سود یا عدم اعلام آن ممکن است دل-مشغولی‌ها و نگرانی‌هایی وجود داشته باشد. در این وضع، قاعده‌ای که به سهامداران امکان دهد با ملحوظ نمودن محدودیت‌های فوق‌الذکر در مورد اختیار شرکت برای پرداخت سود که قبلاً مورد بحث قرار گرفت^{۱۰۵}، میزان سود سالانه سهام را تعیین نمایند، علی‌رغم این خطر که سهامداران ممکن است سودی بیش از آنچه شرکت مجاز به پرداخت آن است تصویب کنند، مناسب و مفید به نظر می‌رسد.

خرید سهام شرکت توسط خود شرکت

۱۰۰. خرید سهام^{۱۰۶} شرکت از سوی خود شرکت ممکن است مشکلاتی را هم برای طلبکاران و هم برای سهامداران ایجاد کند. از منظر طلبکار، خرید سهام شرکت توسط خود شرکت (همچنین بازخرید سهام توسط خود شرکت) اموال شرکت را که برای پرداخت مطالبات طلبکاران قابل استفاده و در دسترس است، کاهش می‌دهد. سهام خود شرکت در هیچ معنای قابل فهمی دارایی شرکت نمی‌باشد. چنانچه سایر اموال شرکت برای پرداخت طلب طلبکاران ناکافی باشد، اوراق سهام خریداری شده [از

توسط هیئت مدیره شرکت اتخاذ می‌گردد... تصمیم پرداخت سود سالانه، میزان سود و نحوه پرداخت آن در مورد هر دسته (نوع) از سهام توسط مجمع عمومی سهامداران به پیشنهاد هیئت مدیره شرکت اتخاذ می‌گردد... ۴۰۰.

۱۰۵. بنگرید به شماره‌های ۹۸-۹۷.

سوی شرکت] که در صندوق‌های اداره مرکزی شرکت نگاهداری می‌شود، هیچ ارزش مالی‌ای نخواهد داشت. همچنین خرید سهام شرکت توسط خود شرکت، از منظر سهامداران نیز خطرات گوناگونی را به همراه دارد. خرید سهام شرکت توسط خود شرکت به قیمتی بالاتر از نرخ بازاری آن به سهامدارانی که سهامشان خریداری نشده، زیان می‌رساند. شرکت همچنین ممکن است از جهل سهامداران نسبت به ارزش واقعی سهام شرکت سوءاستفاده کرده و سهام ایشان را به قیمتی کمتر از ارزش بازاری آن خریداری کند که این امر به سهامدارانی که سهامشان خریداری شده زیان رسانده و به نفع سهامدارانی که سهامشان را به شرکت نفروخته‌اند، به ویژه سهامداران کنترل‌کننده، خواهد انجامید.

۱۰۱. بعضی قوانین شرکت‌ها خرید سهام شرکت توسط خود شرکت را به‌طور کلی منع نموده یا این گونه خرید سهام را صرفاً در موارد مصرح و احصا شده در قانون اجازه داده‌اند. بعضی دیگر از قوانین شرکت‌ها به نحو قابل توجهی این عمل را محدود نکرده‌اند.^{۱۰۷} یک راه‌حل برای

۱۰۷. به عنوان مثال، در آلمان شرکت اصولاً نمی‌تواند سهام خود را خریداری نماید. معذک، استثنائات مشخصی بر این اصل وارد شده؛ یکی از این استثنائات خرید سهام شرکت از سوی خود شرکت به منظور جبران خسارات سهامداران اقلیت در فرضی است که در اثر یک معامله، کنترل شرکت در دست سهامدار یا سهامداران خاصی قرار می‌گیرد یا سهامداران اقلیت را وادار و ناگزیر به اخراج می‌کند یا در مورد کاهش سرمایه اسمی است؛ استثنای دیگر فرضی است که برای جلوگیری از خطر ورود زیان شدید و قریب‌الوقوع به شرکت، خرید سهام شرکت توسط خود شرکت لازم و ضروری است. قانون شرکت‌های سهامی روسیه به‌طور کلی حداکثر تا ۱۰ درصد از سهام شرکت را قابل بازخرید می‌داند. در ایالات متحده بازخرید سهام شرکت به‌طور کلی بلامانع است.

اقتصادهای در حال گذار می‌تواند آن باشد که این گونه معاملات کاملاً ممنوع گردد. این راه‌حل بیشترین حمایت را برای طلبکاران و سهامداران به همراه خواهد داشت. اما از دیگر سوی، شرکت‌ها در بعض موارد در خصوص خرید سهام متعلق به خود نیازمند انعطاف‌پذیری هستند تا از این طریق بتوانند ساختار مالی‌شان را تعدیل و با شرایط جدید تطبیق دهند. این امکان به‌ویژه در یک محیط بی‌ثبات در حال گذار مفید و سودمند می‌باشد.

۱۰۲. راه‌حل دیگری که می‌توان به جای ممنوع کردن خرید سهام شرکت توسط خود شرکت اختیار کرد، این است که به شرکت اجازه دهیم فقط تا درصد مشخصی از سرمایه اسمی‌اش، سهام خود را خریداری کند. در این صورت این پرسش مطرح می‌شود که چگونه ارزش اسمی سهامی را که شرکت خریداری کرده است، کنترل نماییم. به منظور اینکه تا حدودی از طلبکاران حمایت به‌عمل آید قانون می‌تواند مهلتی، به عنوان مثال یک ساله، را مقرر کند که در طی آن شرکت مکلف باشد سهامی را که خریداری نموده، انتقال دهد؛ قانون می‌تواند مقرر نماید که در طی این مهلت شرکت مکلف است سهام را فروخته یا با ابطال سهام خریداری شده سرمایه اسمی خود را کاهش دهد، یا اینکه سهام خریداری شده را ابطال و همزمان مبلغ اسمی سهام باقی مانده خود را به میزانی که از کاهش سرمایه اسمی شرکت بی‌نیاز شود، افزایش دهد. همین قیود و محدودیت‌ها باید در جریان و فرایند ارزیابی و بازخرید سهام نیز اعمال شود. به نظر می‌رسد مهلت یک ساله برای انجام این اقدامات و تدابیر

مهلتی مناسب و مفید باشد، زیرا در این صورت برای اینکه تصمیم کاهش سرمایه اسمی یا افزایش مبلغ اسمی سهام باقی مانده در مجمع عمومی سالانه آینده صاحبان سهام اتخاذ گردد، زمان کافی در اختیار خواهد بود. تعیین مهلتی کوتاه‌تر از یک سال ممکن است شرکت را ناگزیر نماید که مجمع عمومی سهامداران را به‌طور فوق‌العاده تشکیل دهد و در غیر این صورت سهام را اصلاً به منظور خلاص شدن از آن به قیمت نازل بفروشد. به علاوه، شرکت تنها در صورتی مجاز خواهد بود که به‌طور ارادی سهام خود را خریداری کند که پس از خرید سهام، شرکت همان ملاک ملائت مالی را که در مورد تقسیم سود سهام اعمال می‌شود، همچنان واجد باشد.^{۱۰۸}

۱۰۳. به منظور حمایت از منافع طلبکاران می‌توان بازرسی حساب و حسابرسی^{۱۰۹} ویژه‌ای را لازم شمرد تا بدین‌سان خرید سهام شرکت توسط خود شرکت به ملائت مالی شرکت صدمه‌ای نرساند و آن را تضعیف نکند. به منظور کاهش خطر ورود زیان به سهامداران اقلیت، می‌توان مقرر نمود که شرکت سهام را فقط به نرخ بازاری آن خریداری کند. قانون همچنین می‌تواند مقرر نماید که کلیه ایجاب‌های شرکت برای خرید سهام خود به تصویب سهامداران برسد، یا حداقل آن دسته از ایجاب‌های خرید سهام که برای کلیه سهامداران به نسبت سهامی که مالکند مفتوح نیست، نیاز به تصویب سهامداران داشته باشد. چنانچه اشخاصی که قرار است

۱۰۸. بنگرید به شماره‌های ۹۸-۹۷.

سهامشان خریداری شود مطلع شده باشند، می‌توان به هنگام اخذ رأی برای تصویب خرید سهام، این اشخاص را به جهت وجود تعارض منافع از دادن رأی محروم کرد.

سایر محدودیت‌های راجع به معاملاتی که به طلبکاران زیان می‌رساند.

۱۰۴. هرگونه معامله‌ای که توسط شرکت در زمانی نزدیک به ورشکستگی یا در دوره ورشکستگی منعقد می‌شود، می‌تواند وسیله‌ای برای خارج کردن اموال از شرکت به زیان طلبکاران (و غالباً سهامداران) باشد. آزمون دشواری که ما با آن مواجهیم عبارت است از یافتن راهی برای مسدود کردن معاملاتی که به هدف خارج کردن اموال از شرکت منعقد می‌شود، بدون اینکه مانع از انعقاد معاملات تجاری عادی شویم.

۱۰۵. بعضی قوانین مفهوم «انتقال متقلبانه»^{۱۱۱} را به کار گرفته‌اند^{۱۱۲} چنانچه شرکت در ازای انتقال مال، ارزشی معادل^{۱۱۳} دریافت نکند و/یا شرکت پس از معامله بر اساس معیار ترازنامه‌ای یا براساس معیار فقدان نقدینگی ورشکسته باشد، طلبکار می‌تواند از طریق طرح دعوا در دادگاه معامله را فسخ نماید. ضابطه دادن ارزش معادل در قبال انتقال مال، دقیق و مشخص نیست اما این ضابطه حداقل در موارد بسیار فاحش و نمایانی

110. Fraudulent Conveyance.

۱۱۱. در ایالات متحده امریکا، انتقال متقلبانه به‌طور کلی عبارت است از هر گونه انتقالی که به انگیزه به تعویق انداختن پرداخت طلب طلبکاران (معطل کردن طلبکاران) یا فریب طلبکاران به‌عمل آمده یا فرض می‌شود که به این انگیزه به‌عمل آمده است، مشروط بر اینکه منتقل‌آیه به این انگیزه علم داشته باشد.

112. Equivalent Value.

که شرکت بیشتر اموال باقی مانده خود را به اشخاص ثالث به ثمن صوری و ناچیز انتقال می‌دهد تا از پرداخت طلب طلبکاران فرار کند، تحقق می‌یابد. راه‌حل دیگری که می‌توان برگزید این است که قانون ورشکستگی دوره زمانی طولانی‌ای قبل از تاریخ ورشکستگی را پیش‌بینی نماید تا بتوان معاملات مشکوکی^{۱۱۳} را که در طی این دوره زمانی منعقد می‌شود مورد اعتراض قرار داده و در موارد مقتضی فسخ نمود.^{۱۱۴} این قواعد را می‌توان در قانون ورشکستگی یا در بخش خاصی از مقررات قانون مدنی که راجع به معاملات قابل ابطال^{۱۱۵} است، گنجانند.

گفتار یازدهم - اختیارات سهامداران^{۱۱۶}

تصمیماتی که نیازمند اقدام سهامداران است .

۱۰۶. اکثر قوانین شرکت‌ها مقرر می‌دارند که فهرست مشخص و محدودی از اعمال مهم شرکت از قبیل تجدید سازمان، انحلال و تصفیه، صدور عمده سهام یا تغییرات در اساسنامه بایست به تصویب سهامداران برسد. همچنین قوانین عموماً اجازه می‌دهند که اساسنامه شرکت اختیارات تصمیم‌گیری بیشتری به سهامداران اعطا کند. قوانین شرکت‌ها معمولاً

113. Suspect Transactions.

۱۱۴. در حقوق ورشکستگی فرانسه وضع به همین گونه است. در حقوق این کشور معاملاتی که حداکثر تا ۱۸ ماه پیش از تاریخ تقدیم دادخواست ورشکستگی منعقد شده، قابل فسخ می‌باشد.

115. Voidable Transactions.

116. Shareholders Powers.

قواعد مربوط به اکثریت آرای لازم برای تصویب اعمال مختلف را معین می‌کنند، اما اجازه می‌دهند اساسنامه شرکت حداقل آرای (حد نصاب) بالاتری را مشخص کند. تنها استثنای وارد بر این روش منعطف مربوط به موضوعات انتخاب^{۱۱۷} و عزل^{۱۱۸} هیئت مدیره شرکت است که در این فرض تعیین حداقل آرای (حد نصاب) بالاتر در اساسنامه ممکن است به عنوان حيله‌ای برای تثبیت و بقای مدیران کنونی شرکت مورد استفاده قرار گیرد.

۱۰۷. موضوعات زیر در زمره موضوعاتی است که در غالب نظام‌های حقوقی منحصراً نیازمند اتخاذ تصمیم سهامداران است و پذیرش و تصویب آنها به عنوان قواعدی آمره باید مورد توجه و عنایت کشورهای در حال گذار قرار گیرد:

. تغییرات در اساسنامه شرکت (شماره‌های ۴۰-۳۸). این قاعده [یعنی نیاز به تصویب سهامداران] اگر تمام تغییراتی را که در هر بخش از اساسنامه به عمل می‌آید در بر نگیرد، حداقل باید تغییر در نوع شرکت، افزایش یا کاهش تعداد سهام مجاز یک یا چند دسته (نوع) از سهام، تغییر در مبلغ اسمی یک یا چند دسته از سهام، و تغییر در تعیین تعداد اعضای هیئت مدیره را شامل گردد؛

. تجدید سازمان شرکت (شماره‌های ۴۴-۴۱)؛

. انعقاد معامله عمده (شماره‌های ۵۰-۴۷)؛

117. Election.

118. Removal.

- انحلال و تصفیه شرکت (شماره ۵۶-۵۵)؛
- سلب حق تقدم سهامداران برای خرید سهام [جدید] شرکت (شماره‌های ۷۶-۷۷) یا اوراق قرضه قابل تبدیل به سهام (شماره ۸۴)؛
- موافقت با صدور میزان عمده سهام (شماره‌های ۸۱-۸۲)؛
- انتشار اوراق قرضه قابل تبدیل به سهام و اوراق قرضه قابل تعویض با سهام، مشروط بر اینکه انتشار این‌گونه اوراق قرضه مطابق قانون شرکت‌ها مجاز باشد (شماره‌های ۸۳-۸۴)؛
- موافقت با انتشار اوراق قرضه ساده (شماره‌های ۸۷-۸۵)؛
- انعقاد معامله مشتمل بر تعارض منافع (شماره‌های ۹۱-۸۸)؛
- اتخاذ تصمیم در خصوص پرداخت سود سالانه سهام (شماره‌های ۹۹-۹۷)؛
- موافقت با خرید سهام شرکت توسط خود شرکت (شماره‌های ۱۰۳-۱۰۰)؛ و
- انتخاب اعضای هیئت مدیره شرکت و پایان دادن به اختیارات اعضای هیئت مدیره پیش از موعد مقرر. چنانچه هیئت مدیره در قانون پیش-بینی نشده باشد، انتخاب مدیر و پایان دادن به سمت او پیش از موعد (شماره‌های ۱۱۹-۱۱۷).
- اختیار سهامداران برای اتخاذ تصمیم و اقدام به‌طور مستقل از هیئت مدیره
۱۰۸. مسئله کلی‌ای که در خصوص اختیارات سهامداران مطرح می‌باشد راجع به اعمال و اقداماتی است که سهامداران به تنهایی و مستقل

از هرگونه پیشنهاد از جانب هیئت مدیره شرکت می‌توانند به آن مبادرت ورزند. به منظور حراست و مراقبت از اختیار سهامداران و حمایت از منافع سهامداران اقلیت مقتضی است که قانون شرکت‌ها در اقتصادهای در حال گذار به سهامداران اختیار دهد اعمال و تصمیماتی را به ابتکار خود اتخاذ نموده و به آن اقدام کنند.

۱۰۹. به منظور اینکه حق سهامداران مبنی بر اتخاذ تصمیم بدون نیاز به ارائه پیشنهاد از جانب هیئت مدیره در عمل تحقق یابد، قانون باید مشتمل بر تشریفات باشد که سهامداران بر اساس آن بتوانند پیشاپیش موضوعات مورد نظر را در دستور جلسه مجمع عمومی سهامداران قرار بدهند. این قواعد از جمله می‌تواند شامل موارد زیر باشد: (۱) تشریفات و شرایط مربوط به مالک بودن حداقل تعداد سهام از سوی سهامدار (فرضاً مالکیت ۲ درصد از سهام عادی شرکت از سوی سهامدار) جهت پیشنهاد موضوع برای بررسی در مجمع سالانه سهامداران شرکت؛ (۲) تشریفات مربوط به تحصیل فهرست اسامی سایر سهامداران به منظور اینکه حمایت ایشان را برای پیشنهادات خود تقاضا و جلب نماید؛ و (۳) تشریفات که بر اساس آن سهامداری (سهامدارانی) که مالک تعداد زیادی سهام است (فرضاً ۱۰ درصد) بتواند از هیئت مدیره شرکت در خواست نماید (نمایند) مجمع عمومی را به‌طور فوق‌العاده جهت بررسی موضوعات خاصی که آن سهامدار (آن سهامداران) پیشنهاد می‌دهد (می‌دهند) تشکیل دهد و چنانچه هیئت مدیره از تشکیل مجمع امتناع ورزید، خود سهامدار (سهامداران) مجمع عمومی را تشکیل دهد (دهند).

تشریفات دادن رأی توسط سهامداران

۱۱۰. کلیه قوانین شرکت‌ها حاوی تشریفات است که ناظر به سازوکارهای دادن رأی از سوی سهامدار می‌باشد. از جمله روش‌ها و تشریفات مهم دادن رأی توسط سهامدار عبارت است از:

. تدوین شیوه‌ها و سازوکارهایی که بر اساس آن سهامداران می‌توانند از طریق پست رأی بدهند به جای اینکه شخصاً حضور یابند، امکان دادن رأی به واسطه نماینده^{۱۱۹}، یا رأی دادن به صورت مکتوب (استفاده از آرای کتبی^{۱۲۰} در شرکت‌هایی که تعداد سهامداران آن از یک حد نصابی تجاوز کند باید الزامی باشد). علی‌الاصول، در اقتصادهای در حال گذار مدیران باید از درخواست و جمع‌آوری حمایت برای بالا بردن آرای خود یا قبول وکالت از جانب سهامداران برای دادن رأی ممنوع باشند؛ این ممنوعیت تضمین می‌نماید که سهامداران فرصت مناسب و معقولی بیابند تا پیشنهادات خود را جهت بررسی ارائه کنند و بالمآل بر مدیران که در این اقتصادها تحت قیود و محدودیت‌های اندکی شرکت را اداره می‌کنند، نظارت نمایند. از دیگر سوی، مستثنا کردن مدیران از دایره اشخاصی که می‌توانند برای دادن رأی در مجمع از جانب سهامداران قبول نمایندگی کنند، ممکن است به علت فقدان حد نصاب لازم برای تشکیل و رسمیت جلسه، به انسداد و بن‌بست در تصمیم‌گیری بیانجامد. از این روی، می‌توان قبول نمایندگی برای دادن رأی توسط مدیران را در قانون پیش‌بینی نمود، مشروط بر اینکه مکانیسمی مطمئن و قابل

119. Proxy Vote.

120. Written Ballots.

اجرا برای درخواست و جمع‌آوری حمایت تدوین شود که تضمین نماید به نمایندگان حامی دیگر سهامداران نیز در این فرایند فرصتی عادلانه داده می‌شود به نحوی که یک رقابت آزاد و همگانی میان نمایندگان را ممکن سازد؛

. تدوین سازوکاری که از طریق آن اطمینان معقولی ایجاد شود که آرا به درستی و صادقانه شمارش می‌شود، از قبیل اینکه هیئت مستقلی تعیین گردد که آرا را شمارش نموده و به صورت جدول تنظیم نماید؛

. تدوین روش‌ها و سازوکارهایی که سهامداران بر اساس آن بتوانند کلیه اطلاعات لازم را برای اتخاذ تصمیمی آگاهانه در خصوص موضوعاتی که از آنها خواسته می‌شود به آن رأی دهند، به دست آورند؛

. تدوین سازوکارهایی که براساس آن سهامدار بتواند فهرست اسامی، نشانی‌ها و میزان سهامی را که دیگر سهامداران مالکند، از شرکت درخواست نماید. همچنین سهامدار بتواند هرگونه اطلاعات دیگری را که شرکت در خصوص سهامداران ذینفعی که به‌طور غیرمستقیم و به واسطه دارندگان صوری مالک سهامند، در اختیار دارد از شرکت تقاضا نماید؛ و

. تدوین سازوکاری که از طریق آن سهامداران بتوانند پیشنهادات و اسامی نامزدهای منتخب خود را در مجمع سالانه در ورقه‌ای درج کنند و تعیین تشریفاتی که سهامداران از طریق آن می‌توانند تشکیل مجمع عمومی سهامداران را به‌طور فوق‌العاده درخواست کنند.

۱۱۱. در اقتصادهای در حال گذار که مالکیت کارگران بر بخش قابل توجهی از سهام صفت مشخصه آنها است، لازم است قانون مشتمل بر تشریفاتی باشد که تضمین نماید کارگران می‌توانند آزادانه و بدون اکراه از سوی مدیران، در رأی‌گیری شرکت کنند و سهام خود را بفروشند. به عنوان نمونه، قانون می‌تواند مدیران را از دریافت وکالتنامه از سوی سهامداران کارگر به منظور دادن رأی به نیابت از آنها منع نماید یا مدیران را، از ایجاد تراست سهام کارگران که در اثر آن کارگران از فروش سهام یا دادن رأی محروم می‌شوند، منع کند.

گفتار سیزدهم - ارکان مدیریت و نظارت^{۱۲۱}

ترکیب و اختیارات هیئت مدیره^{۱۲۲}

۱۱۲. بعضی کشورها ساختار مدیریت دولایه^{۱۲۳} را مقرر داشته‌اند، ساختاری که هم شامل هیئت نظار^{۱۲۴} است و هم هیئت مدیره‌ای^{۱۲۵} که توسط هیئت نظار تعیین می‌شود. در اقتصادهای در حال گذار، قانون

121. Management and Supervisory Organs.

۱۲۲. اصطلاح «هیئت مدیره» در این بخش از متن به عنوان اصطلاحی عام استفاده می‌شود. هیئت مدیره در معنای عام شامل نهادی است که توسط سهامداران انتخاب می‌شود تا بر مدیریت شرکت نظارت نماید. بنابراین، در مورد حقوق شرکت‌های آلمان این اصطلاح به هیئت نظار ("Aufsichtsrat") اشاره دارد، در حالی که در مورد فرانسه این اصطلاح به شورای اداره (Conseil "d'administration") راجع است.

123. Two-Tier Board Structure.

124. Supervisory Board.

125. Management Board.

شرکت‌ها می‌تواند نظام مدیریت دولایه را اجازه دهد اما آن را الزامی ننماید. این انعطاف‌پذیری می‌تواند بدین نحو حاصل شود که هیئت مدیره‌ای را پیش‌بینی نماییم که توسط سهامداران انتخاب می‌شود و همچنین به شرکت اجازه بدهیم یا رکن اجرایی یک نفره^{۱۲۶} (مدیر کل یا مدیر عامل) و یا رکن اجرایی گروهی^{۱۲۷} (هیئت مدیران عامل) داشته باشد. انتخاب یکی از این دو گزینه باید در اساسنامه شرکت معین شود یا چنانچه اساسنامه ساختار مورد انتخاب را مشخص نکرد، توسط هیئت مدیره این انتخاب صورت گیرد.

۱۱۳. بعضی از قوانین شرکت‌ها، به شرکت‌ها اجازه می‌دهند که در اساسنامه خود قید نمایند شرکت هیئت مدیره نخواهد داشت.^{۱۲۸} در این صورت، اختیاراتی که به‌طور معمول توسط هیئت مدیره اعمال می‌شود، مستقیماً توسط خود سهامداران اعمال خواهد شد. این رویکرد برای شرکت‌هایی که تعداد بسیار اندکی سهامدار دارند، راه‌حلی منعطف و از لحاظ هزینه به صرفه است. معذک، چنانچه این گزینه‌ها و حق انتخاب در اختیار شرکت باشد، باید مجموعه قواعد واضحی که متناسب با هر یک

126. Individual Executive Organ.

127. Collegial Executive Organ.

۱۲۸. به عنوان مثال، حقوق شرکت‌های فرانسه اجازه می‌دهد که شرکت رکن اجرایی یک نفره یا رکن اجرایی شورایی را برگزیند و سهامداران مجازند سیستمی را که مایلند برگزیده و در اساسنامه شرکت بگنجانند. حقوق شرکت‌های آلمان این حق‌گزینش را صرفاً در مورد شرکت‌های با مسئولیت محدود روا می‌داند؛ اما در حقوق این کشور در مورد شرکت‌های سهامی نظام مدیریت دولایه الزامی است.

از این گزینه‌ها است فراهم و تدوین گردد؛ این قواعد باید از جمله شامل حدنصاب‌های آمرانه (حداکثر تعداد سهامداران) باشد تا در صورت فراتر رفتن از این حدنصاب‌ها دیگر تکلیف وجود هیئت مدیره برای شرکت را نتوان نادیده گرفت و همچنین این قواعد بالصراحه وجود هیئت مدیره را در صورت احراز حدنصاب‌ها قاعده‌ای تکمیلی اعلام کند.

۱۱۴. بسیاری از قوانین شرکت‌ها به هیئت مدیره که به طور مرتب در دوره‌های زمانی معینی از سوی سهامداران انتخاب می‌شوند، اختیارات وسیعی داده‌اند تا مدیریت روزمره شرکت را تحت نظارت قرار داده و اشخاصی را که اداره روزمره شرکت را در دست دارند، انتخاب یا عزل و تعویض کنند. بعضی از قوانین شرکت‌ها حداقل تکالیف هیئت مدیره را مشخص نموده و در عین حال اجازه داده‌اند که هیئت مدیره تکالیف و وظایف بیشتری را برعهده گیرد مشروط بر اینکه این اختیارات اضافی در اساسنامه قید شده یا به تصویب سهامداران برسد. بعضی قوانین همچنین اجازه می‌دهند که هیئت مدیره جدای از مدیریت، اختیارات دیگری نیز دارا شود، مشروط بر اینکه هیئت مدیره معتقد باشد که این اختیارات لازم و ضروری است. مع‌ذلک، عملاً توان هیئت مدیره برای اقدام و فعالیت محدود و اندک است، زیرا اعضای هیئت مدیره در مقایسه با مدیران روزمره درباره امور شرکت به مراتب اطلاع کمتری دارند.

۱۱۵. پرسش‌ها محوری و عمده‌ای که در خصوص اختیار هیئت مدیره مطرح است عبارت است از: (۱) کدام یک از اعمال شرکت الزاماً

باید به تصویب سهامداران برسد و بنابراین نمی‌توان صرفاً با تصمیم هیئت مدیره به انجام رساند؛ (۲) کدام یک از اعمال را می‌توان به‌طور یک جانبه با تصمیم سهامداران به انجام رساند، بدون اینکه نیاز به تصویب هیئت مدیره باشد؛ (۳) حداقل وظایفی که به هیئت مدیره محول شده چیست؛ (۴) آیا هیئت مدیره اختیار نصب و عزل مقامات ارشد شرکت، به ویژه مدیر عامل، را دارد؛ و (۵) آیا هیئت مدیره اختیار دارد در خصوص اینکه چه وظایف اضافی‌ای را بر عهده گیرد، اتخاذ تصمیم کند.^{۱۲۹}

۱۱۶. مهم‌ترین وظایف هیئت مدیره عبارت است از انتخاب و عزل و تعویض مدیر عامل (یا گروه هیئت عامل) شرکت. موارد زیر فهرست سایر وظایف هیئت مدیره است؛ این فهرست را می‌توان در اساسنامه شرکت بسط و توسعه داد و موارد دیگری را نیز به آن افزود:

. تعیین اعمال بازرگانی اصلی شرکت؛

. تهیه و تنظیم دستور جلسه اصلی مجمع عمومی سهامداران که از جمله متضمن پیشنهادهای که هیئت مدیره و سهامداران ارائه می‌کنند، می‌باشد؛

. تشکیل مجمع عمومی سالانه و مجمع عمومی فوق‌العاده صاحبان سهام؛

. تعیین تاریخ تنظیم فهرست سهامداران دارای حق رأی در مجمع عمومی صاحبان سهام و سایر موضوعات مرتبط با تشکیل مجمع عمومی صاحبان سهام؛

۱۲۹. بنگرید به شماره‌های ۱۰۹-۱۰۷، ۱۱۲، و ۱۱۶.

- . تصویب اعمال شرکت و ارائه آن به سهامداران برای تصویب در مواردی که تصویب ایشان نیز لازم است؛
- . صدور سهام با رعایت محدودیت‌های مربوط به تعداد و دسته (نوع) سهام مجازالصدور، و با رعایت محدودیت‌های مقرر در قانون و اساسنامه شرکت؛
- . انتشار اوراق قرضه ساده و سایر انواع اوراق قرضه با رعایت محدودیت‌های مربوط به اجازه و تصویب سهامداران، و با رعایت محدودیت‌های مقرر در قانون و اساسنامه شرکت؛
- . استقراض وجه نقد بیش از یک حد نصاب مشخص (این حد نصاب در مجمع عمومی صاحبان سهام تعیین می‌شود)؛
- . تعیین نرخ بازاری سهام یا سایر اموال شرکت، در مواردی که تعیین ارزش مطابق قانون شرکت‌ها لازم است؛
- . عملی کردن خرید و بازخرید سهام، اوراق قرضه ساده و سایر انواع اوراق قرضه [صادره از سوی] شرکت توسط خود شرکت؛
- . تعیین اعضا، ترکیب، و صلاحیت رکن اجرایی شرکت، تعیین اجرت و پاداش مدیر عامل و سایر مدیران ارشد و پایان دادن به اختیارات مدیر عامل و سایر مدیران ارشد؛
- . تصویب اسناد داخلی شرکت که آیین و تشریفات مربوط به فعالیت‌ها و اعمال ارکان مدیریت شرکت را مقرر می‌دارند؛
- . گماشتن و تعیین اجرت بازرس مستقل شرکت، چنانچه شرکت بازرس مستقل داشته باشد؛

. تصویب گزارش سالانه^{۱۳۰} و گزارش‌های مالی شرکت پیش از تقدیم آن به مجمع عمومی صاحبان سهام؛ و
 . تصویب پرداخت‌های موقت و علی‌الحساب، به سهامداران مشروط بر اینکه قانون شرکت‌ها اتخاذ این تصمیم توسط هیئت مدیره را مجاز شمارد.

انتخاب هیئت مدیره^{۱۳۱}

۱۱۷. نظارت و کنترل اصلی‌ای که در مورد هیئت مدیره وجود دارد، حق سهامداران برای انتخاب این هیئت در دوره‌های زمانی مشخص است. به منظور حفظ و پاس داشت حق نظارت سهامداران در یک محیط اقتصاد در حال گذار، مقتضی است حداکثر مدت نسبتاً کوتاهی، فرضاً فقط مدت یک سال، برای تصدی هیئت مدیره در قانون پیش‌بینی گردد. به همین منظور، سهامداران اختیار خواهند داشت رأساً و به تشخیص خود اعضای هیئت مدیره را در هر زمان و بدون علت موجه و اعلام شده‌ای عزل نمایند. همچنین چنانچه قانون مقرر نماید که کلیه مدیران به‌طور همزمان انتخاب گردند، اختیار و قدرت سهامداران به‌نحو مطلوبی تقویت خواهد شد. بعضی کشورها اجازه داده‌اند که هیئت مدیره به چند گروه مختلف تقسیم شده که هر یک از این گروه‌ها به مدت ۳ یا ۴ سال تصدی نموده و به تناسب هر سال یک گروه از آنها انتخاب گردد. استفاده از یک چنین

130. Annual Report.

131. Board of Directors.

هیئت مدیره «نوبتی» عزل اکثریت هیئت مدیره را برای سهامداران دشوارتر می‌سازد و بالمآل حفظ و بقای کنترل سیاست‌ها و خط مشی‌های شرکت در دست گروهی از مدیران را آسان‌تر می‌گرداند.

۱۱۸. در اقتصادهای در حال گذار، وضع یک مقرر قانونی آمره در مورد سیستم رأی ادغامی به هنگام انتخاب اعضای هیئت مدیره در شرکت‌های دارای تعداد زیادی سهامدار، مفید و ارزشمند خواهد بود. نظام رأی ادغامی به سهامدار اقلیتی که سهام عمده‌تری را مالک است، امکان می‌دهد که در هیئت مدیره نماینده‌ای به دست آورد یا گروهی از خرده سهامداران را قادر می‌سازد که یک «شخص غیروابسته»^{۱۳۲} را که ارتباطی با اکثریت یا مدیران ندارد، در هیئت مدیره وارد کنند.

۱۱۹. در عمل، مدیرانی که از طریق رأی ادغامی از سوی سهامداران اقلیت انتخاب شده‌اند، در اغلب موارد به هنگام رأی‌گیری در هیئت مدیره شکست خورده و از آرای کمتری برخوردار می‌شوند. مع‌ذک، وجود نمایندگانی در هیئت مدیره به سهامداران اقلیت کمک می‌کند که اطلاعات راجع به موفقیت‌ها و شکست‌های تجاری شرکت را به دست آورند و به سهامداران اعلام خطر کنند که لازم است مشکل خاصی را تحت بررسی و نظر قرار دهند. گذشته از این، بعضی تصمیمات از سوی تمام هیئت مدیره اتخاذ نمی‌شود بلکه توسط اعضای مستقل یا غیرذینفع هیئت مدیره اتخاذ می‌گردد(به عنوان مثال، تصویب معامله‌ای که یکی از اعضای هیئت مدیره

یا مدیر عامل شرکت در آن معامله نفع مالی مستقیم یا غیرمستقیم دارد). در خصوص این گونه تصمیمات مدیرانی که از سوی سهامداران اقلیت از طریق نظام رأی ادغامی انتخاب شده‌اند، گاهی می‌توانند بر نتیجه تأثیر گذارند. افزون بر این، تصمیمات دیگری از قبیل تصمیمات راجع به تعیین نرخ بازاری سهام شرکت نیز وجود دارد که در مورد آنها رأی مخالف از سوی یک مدیر ممکن است به نحو قابل توجهی این خطر را افزایش دهد که اعضای موافق هیئت مدیره به علت نقض تکالیفشان در مقابل شرکت با مسئولیت شخصی مواجه شوند. این افزایش خطر بدان خواهد انجامید که مدیران تصمیمات دقیق‌تر و عادلانه‌تری را اتخاذ کنند و بدین‌سان نتایج بهتری برای سهامداران اقلیت فراهم آید.

تعهدات و مسئولیت اعضای ارکان مدیریت شرکت

۱۲۰. قانون شرکت‌ها باید معیارها و استانداردهای اداره و راهبری^{۱۳۳} صحیح را برای اعضای هیئت مدیره و اعضای سایر ارکان مدیریت شرکت مشخص نماید. پاره‌ای از کشورها، مسئولیت اعضای ارکان مدیریت شرکت (از جمله اعضای هیئت مدیره شرکت) را پذیرفته‌اند مشروط بر اینکه ایشان به نحو معقولی عمل نکنند. بعضی دیگر از کشورها در صورتی این اشخاص را مسئول دانسته‌اند که مرتکب تقصیر فاحش شده باشند.^{۱۳۴}

133. Standards of Conduct.

۱۳۴. در آلمان، حقوق شرکت‌ها ارکان مدیریت شرکت را در صورتی مسئول می‌داند که «مراقبت یک مدیر محتاط، کوشا و وظیفه شناس» به عمل نیامده باشد. در ایالات متحده امریکا برای اینکه مدیرعامل یا مدیر به جهت نقض تکلیف مسئول شناخته شود، باید به‌طور معمول مرتکب تقصیر فاحش شده یا عمداً اقداماتی به عمل آورده باشد، و در برخی ایالات برای اینکه دادگاه مسئولیت شخصی بر مدیرعامل

با این حال، حتی در کشورهایی که صرف تقصیر علی‌الاصول می‌تواند مبنایی برای مسئولیت باشد، مواردی که دادگاه‌ها عملاً این اشخاص را مسئول دانسته‌اند، نادر است.

۱۲۱. علی‌القاعده، معیارهای حداقلی اداره صحیح که قانون شرکت‌ها بر اعضای ارکان مدیریت شرکت تحمیل می‌کند، باید بر مفاهیم حسن‌نیت و رعایت منافع شرکت مبتنی باشد. تکلیف رعایت حسن‌نیت و منافع شرکت قواعد عمومی‌ای است که کلیه معاملات را شامل می‌گردد. این معیارها باید توأمان با مقررات خاص‌تر راجع به تعارض منافع^{۱۳۵} به اجرا درآید تا تضمین گردد که مدیران تکالیفشان را نسبت به شرکت ایفا می‌کنند. منطقی است مواردی را که اعضای ارکان مدیریت شرکت در قبال اعمالی که با حسن‌نیت و بدون تعارض منافع به عمل می‌آورند، مسئول به شمار می‌آیند، محدود نماییم. تصمیمات تجاری لاجرم متضمن خطر بوده و غالباً باید براساس اطلاعات اندکی اتخاذ شود. پاره‌ای از تصمیمات ریسکی و پرمخاطره، بسیار سودده از آب درخواهد آمد، در حالی که شماری دیگر از این تصمیمات چنانچه پس از اینکه به عمل آمد و نتایج نامطلوبی نشان داد ارزیابی شوند، احتمالاً به نظر خواهند رسید. اگر مدیران را برای تصمیماتی که در زمان اتخاذ، نتایج نامطلوب آن قابل

یا مدیر تحمیل کند حتی تقصیر بسیار شدید لازم است. در واقع ضابطه معمول در ایالات متحده، بر خلاف رویکرد آلمانی، بیشتر شخصی است تا نوعی، به عبارت دیگر آنچه مدیرعامل یا مدیر واقعاً می‌داند یا مستعد دانستن آن است بیشتر مورد توجه است تا آنچه یک مدیرعامل یا مدیر «محتاط» در همان اوضاع و احوال ممکن بود انجام دهد.

۱۳۵. بنگرید به شماره‌های ۸۸-۹۱.

پیش‌بینی نبوده اما پس از اجرا نتایج نامطلوبی به همراه آورده و احمقانه به نظر می‌رسند، مسئول بشناسیم، دیگر مدیران رغبتی به خطر کردن نخواهند داشت. گذشته از این، قضات در موقعیت و جایگاه چندان مناسبی نیستند که ارزیابی نمایند آیا یک تصمیم تجاری که به نتایج نامطلوبی انجامیده، در زمان اتخاذ معقول بوده است یا خیر.

۱۲۲. قانون شرکت‌ها باید به اعضای هیئت مدیره شرکت و همچنین به سهامداران شرکت حق بدهد علیه اعضای ارکان مدیریت شرکت در دادگاه طرح دعوا نمایند و در این دعوا اعضای هیئت مدیره و/یا سهامدار (سهامداران) به نمایندگی از شرکت خساراتی که در اثر تخلف این اشخاص از وظایفشان به شرکت وارد شده را مطالبه کنند. مقتضی است مقرر شود که سهامداران جهت طرح دعوا تعداد حدقلی از سهام را مالک باشند. این الزام قانونی کمک می‌نماید از طرح دعاوی «واهی و بی‌اساس جهت ایجاد مزاحمت» جلوگیری شود؛ دعاوی واهی ممکن است به این منظور اقامه شود که مدیران را وادار کند دعوا را در مقابل پرداخت مبلغی پول که میزان آن قابل توجه بوده اما کمتر از هزینه‌هایی باشد که مدیران در صورت دفاع از خود در دادگاه متحمل می‌شوند، به صلح خاتمه دهند. یک عضو هیئت مدیره یا یک سهامدار که علیه ارکان مدیریت دعاوی مسئولیت اقامه می‌کند و در مطالبه خسارت به نمایندگی از شرکت محق تشخیص داده می‌شود، حق خواهد داشت هزینه‌هایی که متحمل شده، از جمله هزینه دادرسی را دریافت کند مشروط بر اینکه این هزینه‌ها در مقایسه با میزان خسارات معقول باشد.

گفتار چهاردهم - افشاء و انتشار اطلاعات راجع به شرکت^{۱۳۶}
 بازرسی مستقل حساب^{۱۳۷} و سایر انواع بازبینی‌ها در گزارش‌های مالی
 شرکت

۱۲۳. این الزام که گزارش‌های مالی^{۱۳۸} شرکت از سوی یک بازرسی
 مورد واری و بازبینی قرار گیرد، می‌تواند ایمنی و سپر دفاعی ارزشمندی
 را در مقابل تقلب و کلاهبرداری مدیران اجرایی شرکت فراهم آورد. در
 عین حال، برای یک شرکت با گردش مالی پایین یا دارای تعداد اندکی
 سهامدار، بازرسی سالانه حساب‌ها ممکن است هزینه‌ای معتدله و
 غیرضرور به حساب آید. بنابراین، قانون شرکت‌ها باید به عنوان یک قاعده
 بازرسی سالانه را الزامی شمارد، اما به شرکت‌های با گردش مالی پایین یا
 دارای تعداد اندکی سهامدار نیز اجازه دهد که در مواد اساسنامه الزام به
 بازرسی حساب را ساقط کنند. همچنین به عنوان راهی دیگر، به این‌گونه
 شرکت‌ها می‌توان اجازه داد که در فرجه‌های زمانی طولانی‌تری
 حساب‌هایشان مورد بازرسی حساب قرار گیرد یا صرفاً در صورت
 درخواست سهامداران بازرسی حساب‌هایشان الزامی باشد. به هر صورت،
 چنانچه گردش مالی یا میزان سهام شرکت از حد نصاب‌های پیش‌بینی
 شده در قانون تجاوز نماید، این مقررات اساسنامه دیگر غیرقابل اجرا
 محسوب خواهد شد.

136. Disclosure of Information about a Company.

137. Independent Audit.

138. Financial Statements.

افشای اطلاعات برای سهامداران^{۱۳۹}

۱۲۴. کلیه قوانین شرکت‌ها مقرر می‌دارند که شرکت در دوره‌های زمانی مشخصی مکلف است اطلاعات اساسی و پایه را به سهامداران ارائه نماید. قانون باید الزام نماید که شرکت حداقل سالی یک بار، ترازنامه^{۱۴۰}، حساب سود و زیان^{۱۴۱}، و گزارش مکتوبی راجع به عملکرد شرکت^{۱۴۲} را در اختیار سهامداران بگذارد. همان‌گونه که پیش از این بررسی شد^{۱۴۳}، سهامدار همچنین باید حق داشته باشد فهرستی از اسامی سایر سهامداران شرکت، نشانی، و میزان سهام آنها را نیز به دست آورد. این اطلاعات می‌تواند برای جمع‌آوری حمایت در مجمع عمومی سهامداران به هنگام معرفی و انتخاب نامزدهای تصدی هیئت مدیره یا به هنگام اتخاذ تصمیم در مورد سایر پیشنهادات مورد استفاده سهامدار قرار گیرد. قانون می‌تواند شرایط حداقلی را برای این‌گونه درخواست‌ها وضع نماید تا از ارائه درخواست‌هایی که تولید مزاحمت می‌کند، جلوگیری شود.

۱۲۵. پرسش دشوارتری که مطرح می‌شود راجع به حقوق سهامداران برای کسب اطلاعات مالی بیشتر از این، درباره شرکت است. ممکن است ضرورت داشته باشد که حق دسترسی به این اطلاعات محدود گردد تا هم از ایجاد هزینه برای شرکت و هم از افشای اطلاعات تجاری حساس و

139. Disclosure to shareholders.

140. Balance Sheet.

141. Statement of Profits and Losses.

142. Written Report on the Company's Activities.

۱۴۳. بنگرید به شماره ۱۱۰.

دقیق که رقیبان مایل به اطلاع از آنند، جلوگیری به عمل آید. قانون می‌تواند مقرر نماید که حق دسترسی به این اطلاعات مشروط به داشتن حداقلی از سهام، مثلاً ۵ یا ۱۰ درصد از سهام شرکت بوده، و/یا مشروط به آن است که سهامدار التزام دهد اطلاعات را محرمانه نگاه دارد. همچنین می‌توان دسترسی به اطلاعاتی را که افشا و انتشار آن ممکن است به‌طور جدی به کسب و کار شرکت لطمه وارد کند، مردود دانست. مع‌ذلک، این استثنا باید به دقت تعریف شود، زیرا ممکن است مدیران جهت محدود کردن دسترسی سهامداران به هرگونه اطلاعات مهم، از این استثنا [سوء] استفاده نمایند. به هر صورت، کلیه اعضای هیئت مدیره (از جمله مدیرانی که توسط سهامداران اقلیت از طریق سیستم رأی ادغامی انتخاب شده‌اند) حق خواهند داشت از حساب‌های شرکت و سایر اطلاعات مربوط بازرسی نمایند. تکلیف عام رعایت حسن‌نیت و منافع شرکت در اینجا تضمین مناسب و کافی‌ای است که مانع استفاده از این اطلاعات به نحو نادرستی می‌گردد.

افشای اطلاعات برای عموم^{۱۴۴}

۱۲۶. اساسنامه شرکت باید برای ملاحظه در مرجع ثبت شرکت‌ها در ازای پرداخت هزینه معقولی در دسترس باشد. اطلاعات راجع به مؤسسين و همچنین گزارش‌های مالی شرکت‌های بزرگ که تعداد سهامداران آن از یک حد نصابی، مثلاً ۵۰ سهامدار، تجاوز می‌کند، نیز می‌تواند در دسترس

عموم مردم قرار داده شود. اما یک شرکت دارای تعداد اندکی سهامدار را نباید مکلف نمود که گزارش‌های مالی خود را برای عموم مردم افشا نماید. این امر در کشورهایی که اعمال مجرمانه‌ای همچون اخاذی هنوز به نحو مؤثری تحت کنترل درنیامده، دارای اهمیت بیشتری است.

فهرست شرکت کنندگان

آقای الکساندر ایوانوویچ کیسلی اف^{۱۴۵}

نایب رئیس دادگاه عالی اقتصادی، بلاروس

آقای بدری متریولی^{۱۴۶}

وزارت دادگستری، گرجستان

پروفسور دکتر پتر بهرنس^{۱۴۷}

دانشگاه هامبورگ، دانشکده حقوق، آلمان

پروفسور دکتر اریک شانز^{۱۴۸}

دانشگاه مریبورگ، دانشکده حقوق، آلمان

پروفسور دکتر وای. باسین^{۱۴۹}

وزارت دادگستری، قزاقستان

145. Mr. Alexander Ivanovich Kiseliov.

146. Mr. Badri Metreveli.

147. Prof. Dr. Peter Behrens.

148. Prof. Dr. Erich Schanze.

149. Prof. Dr. Y. Basin.

پروفسور ام. کی. سلیمان اف^{۱۵۰}

وزارت دادگستری، قزاقستان

آقای از نور کازن اف^{۱۵۱}

نایب رئیس دیوان عالی کشور، قزاقستان

خانم لاریا وی. گوتینچنکو^{۱۵۲}

وزارت دادگستری، قرقیزستان

خانم نلیا بیشنالیفا^{۱۵۳}

رئیس بخش حقوقی، نهاد ریاست جمهوری، قرقیزستان

آقای اوبار ماتساوا^{۱۵۴}

قائم مقام دیوان عالی داور، قرقیزستان

آقای والتین ایوانوویچ پرمینکو^{۱۵۵}

نماینده پارلمان، مولداوی

آقای ان. چینبات^{۱۵۶}

مدیر، اداره مالکیت معنوی، مغولستان

آقای بی. شینباتار^{۱۵۷}

150. Prof. M. K. Suleymenov.

151. Mr. Aueznur Kazenov.

152. Ms. Larisa V. Gutnichenko.

153. Ms. Nellya Beyshenaliyeva.

154. Mr. Aubar Matisaev.

155. Mr. Valentin Ivanovich Peremienko.

156. Mr. N. Chinbat.

157. Mr. B. Shinebaatar.

رئیس اداره، کمیته اموال دولتی، مغولستان

دکتر ویلیام بی. سیمونز^{۱۵۸}

مؤسسه حقوق اروپای شرقی و مطالعات روسیه، دانشگاه لیدن، هلند

آقای میخائیل واسیلیو گربان اف^{۱۵۹}

پژوهشگاه حقوق خصوصی، روسیه

خانم نینا ایوانیکوا^{۱۶۰}

دیوان عالی داوری، روسیه

خانم گالینا شاپکینا^{۱۶۱}

دیوان عالی داوری، روسیه

آقای اس. شیشکین^{۱۶۲}

معاون مدیر، مؤسسه بین‌المللی اقتصاد قانون محور، روسیه

پروفسور آناتولی ایتانووویچ دوگرت^{۱۶۳}

وکیل دادگستری، قائم‌مقام، گروه کاری تدوین قانون مدنی، اکراین

پروفسور ناتالیا سمینونا کوزنتسوا^{۱۶۴}

رئیس گروه حقوق مدنی، دانشگاه کیف، دانشکده حقوق، اکراین

آقای برونیسلاو استانیسلاووویچ استچینسکی^{۱۶۵}

158. Dr. William B. Simons.

159. Mr. Mikhail Vasiliev Gorbounov.

160. Ms. Nina Ivannikova.

161. Ms. Galina Shapkina.

162. Mr. S. Shishkin.

163. Prof. Anatoli Stepanovich Dovgert.

164. Prof. Natalia Semenovna Kuznetsova.

165. Mr. Bronislav Stanislavovich Stechinski.

معاون وزیر دادگستری، اکراین

پروفسور خوزی - اکبر راتچمانکول اف^{۱۶۶}

رئیس گروه تدوین کننده پیش نویس قانون مدنی ازبکستان، ازبکستان

required definition of universal and acceptable measures and principles for bioethics. For prosperity and practicability, these principles shall be draft in light of harmonies of nations and have consideration to propensity and international impetus to protecting environment as whole. As an important fact, just having legal sanctions will fulfill “pragmatic ethics”.

Keywords: Bioethics, Nations Harmonies and convergence, Sanctions, Human Rights and Environment.

philosophical foundations of copyright have inferred that originality and expression are common obligatory requirements and registration is common voluntary requirement for copyrightable works across the world.

In this article, the writer has endeavored by a descriptive and comparative method to study those requirements and their legal effects on a given copyright system with due reference to their theoretical and historical origins.

Principles of Bioethics

Mostafa ELSAN

Persian text, pp. 153-183

Abstract

The incipient directive concepts that human being obliged to submission it, configured in the form of "Ethics". Although, conscionable assurance of thought and act is not effective always; but it can be a prelude, justification or measure for legal rules. Again, the actualization of ethics in the context of humorless problems of human being, namely rights and duties, has

as, at its most extreme, it can deprive people of their liberty for very long periods of time. For sentences to be seen as legitimate, they must be imposed after the accused has been found guilty as a result of a fair trial in which the decision has been reached by those with the authority to do so. Sentencing decisions must also be consistent between individuals and geographic location. We shall see in this article that the fundamental principles of English criminal justice process of truth, justice and fairness are stretched by the court and sentencing process.

Protectable Subject-matters of Copyright

Bagher ANSARI

Persian text, pp. 97-151

Abstract

Copyrightability is one of the main issues in the copyright systems across the world. There are some copyrightable subject-matters which are nonexclusively mentioned in the copyright laws, but there are no explicit legal texts regarding their conditions of copyrightability which have some significant effects on the extent of copyrightable works in a given territory. Due this fact, copyright theorists and interpreters by recourse to

enact laws in their domestic legal systems. The Part 9 also contains provisions in respect of requests for the arrest and handing over of the offenders, other forms of cooperation and the manner of interaction between the states and the Court. Nonetheless, the member states may in following the provisions of the Statute encounter certain constraints resulting from their previous commitments to other nations prior to their joining the Statute.

Keywords: Handing over, Extradition, Judicial assistance, International Criminal Court.

Sentencing and Court Processes in England

Nasrin MEHRA

Persian text, pp. 49-96

Abstract

This article aims to introduce readers to some principal issues arising from the operation of the courts and, in particular, the sentencing of offenders. The process of sentencing is one of the most cohesive actions that the state can apply to individuals

The Cooperation of States with the International Criminal Court

Mohammad Ali ARDEBILI

Persian text, pp. 11-48

Abstract

In our time, the nation of going unpunished particularly amongst those offenders who are suspected of international crimes, has caused major difficulty in the relations between the nations. Historically, those suspects of international crimes who were in possessions of enough power and immunity have never had to surrender to justice. In the latter part of the twentieth century therefore, the concensus of the nations was to enact laws and procedures such as making international crimes resistant againts limitation of action provisions, obligationg the nations to extradition, legal aid and assistant and establishment of International Criminal Courts in order to prevent the international criminals to escape punishment. The Statute of International Criminal Courts is an instrument, in the Part 9 of which entitled "international cooperation and judicial assistance" contains the requirement of carrying out the commitments by the nations in various forms. According to this Statute in order to cooperate with the Court all the member states are obliged to

Articles

- ◆ **THE COOPERATION OF STATES WITH THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT**

Mohammad Ali ARDEBILI

- ◆ **SENTENCING AND COURT PROCESSES IN ENGLAND**

Nasrin MEHRA

- ◆ **PROTECTABLE SUBJECT-MATTERS OF COPYRIGHT**

Bagher ANSARI

- ◆ **PRINCIPLES OF BIOETHICS**

Mostafa ELSAN

Translated Articles

- ◆ **INTERNATIONAL CRIMINAL PROCEDURE: ADVERSARIAL, INQUISITORIAL OR MIXED**

KAI AMBOS

Translated by Hossein AGHAEI JANATMAKAN

- ◆ **GENERAL PRINCIPLES OF COMPANY LAW FOR TRANSITION ECONOMIES**

GAINAN AVILOV, BERNARD BLACK, DOMINIQUE CARREAU,

OKSANA KOZYR, ET AL

Translated by Mashaallah BANA NIASARI

REVUE DE RECHERCHE JURIDIQUE

Directeur
G.EFTEKHAR JAHROMI

Rédacteur en chef
M.A. ARDEBILI

Directeur exécutif
S. Najjar Firouzjaie

Comité de Rédaction

*Mohammad ACHOURI, Mohammad-Reza AHMADI, Mohammad-Reza PASBAN,
Abdollah SHAMS, S.Hossein SAFAIE, Ezatollah ERAGHI, Amir-Hossein FAKHARI,
Hedayatollah FALSAFI, S.Mostafa MOHAGHEGH-DAMAD, Reza NOURBAHA,
S.Mohammad HACHEMI*

*Avec la collaboration de l'Association Iranienne du Droit Comparé,
l'Association
Iranienne du Droit Pénal et l'Association Iranienne d'Arbitrage*

Édition:
**Université Shahid Beheshti
Faculté de droit**

Téhéran – Evine

**N°. 45
2007**