

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
٢٩١٥
١٠٧
٣



شهر دانش
پژوهش‌های
دانشگاه تهران

مجله تحقیقات حقوقی

شماره ۱۶۱۷
از پاییز ۷۴ تا بهار ۷۵

مجله تحقیقات حقوقی

مدیر مسوول: دکتر گودرز افتخار جهرمی

تاریخ نشر: از پاییز ۷۴ تا بهار ۷۵

تعداد: ۲۰۰۰ نسخه

دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، تهران، اوین، تلفن ۲۹۳۱۹۹
مرکز پخش: انتشارات دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران
تهران: خیابان طالقانی نبش فرصت شمالی شماره ۱۴۰ تلفن ۸۸۲۵۰۷۱

فکس ۸۸۲۹۵۹۲

فهرست مطالب

بخش تحقیق:

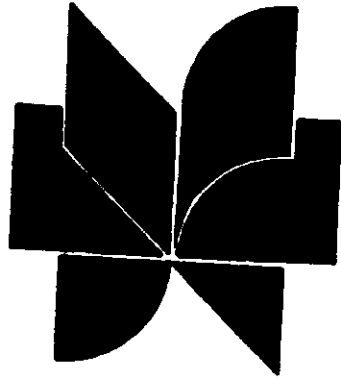
- تعهد به نفع شخص ثالث از نظر شیخ انصاری و دکترینهای حقوقی معاصر..... ۹
- حجة الاسلام دکتر سیدمصطفی محقق داماد
- مسؤولیت امضاء کنندگان اسناد تجاری..... ۳۷
- دکتر امیرحسین فخاری
- دویخت کوتاه بر مورد تعدد زوجات..... ۶۵
- ۱- استیفای عده در نکاح منقطع
- ۲- محدود کردن تعدد زوجات
- دکتر حسین مهرپور
- صلاحیت ملی دولتها و منشور ملل متحد..... ۷۹
- دکتر گودرز افتخار جهرمی
- تدوین و اعتلای حقوق بشر در جامعه ' بین المللی..... ۹۳
- دکتر هدایت الله فلسفی
- ضمانت نامه بانکی..... ۱۳۷
- دکتر سید محمود کاشانی
- تامین بر تامین خواسته..... ۱۹۱
- دکتر عبدالله شمس
- مسؤولیت کیفری ناشی از فعل دیگری..... ۲۲۱
- در حقوق کیفری ایران.....
- دکتر محمد علی اردبیلی
- بدیع بودن معاهده ' منع گسترش سلاحهای هسته ای در قلمرو حقوق بین الملل..... ۲۴۹
- دکتر ابراهیم بیگ زاده

بخش ترجمه:

- عقد بیمه در حقوق و فقه..... ۲۹۵
دکتر حسینقلی حسینی نژاد
- توصیف و حقوق بین الملل خصوصی..... ۳۲۱
دکتر عبدالرسول قدک
- اصول کلی حقوق بین الملل در نظام منابع
حقوق بین الملل عمومی..... ۳۴۱
دکتر اردشیر امیرارجمند
- نظام عدالت کیفری در انگلستان و ولز..... ۳۵۹
نسرین مهرا
- حل و فصل اختلافات هواپیمایی کشوری بین المللی..... ۴۰۷
محمد جواد میرفخرایی

بخش رویدادهای حقوقی

- گاه شمار حقوق و روابط بین الملل (۱۹۹۰-۲۰۰۰)..... ۴۳۹
دکتر هدایت الله فلسفی - دکتر ابراهیم بیگ زاده
- پانزدهمین کنگره 'بین المللی حقوق جزا (انجمن بین الملل حقوق جزا) ۴۴۳..
۱۰ سپتامبر ۱۹۹۴ ریودوژانیرو (برزیل)
دکتر منوچهر خزانی - دکتر محمدعلی اردبیلی - دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی
- گزارش سفر پرفسور پل تاورنیه به ایران
۲۴ تا ۳۱ فروردین ۱۳۷۴..... ۴۸۵
دکتر ابراهیم بیگ زاده:
- ۱- تغییر ساختار شورای امنیت سازمان ملل متحد: نقش قدرتهای بزرگ. ۴۸۹
- ۲- دادگاه جزایی بین المللی: تحولات اخیر..... ۵۰۹
- کنفرانس ملل متحدراجع به ذخایر ماهیهای دوکاشانه ای و ماهیهای مهاجر
دور و موافقتنامه اوت ۱۹۹۵ نیویورک..... ۵۲۵
دکتر اردشیر امیرارجمند
- فهرست پایان نامه های پذیرفته شده..... ۵۴۵




بخش

تحقیق








سید مصطفی محقق داماد

تعهد به نفع شخص
ثالث از نظر شیخ انصاری و
دکترین های حقوقی معاصر





اصل شخصی بودن قراردادها (Privacy of Contracts) یکی از اصول حاکم بر عقود است که در حقوق اروپا، هم در نظام حقوق کامن لا^۱ و هم در نظام مدون^۲ پذیرفته شده است. منظور از این اصل آن است که در قراردادی که میان اشخاص منعقد می شود، فقط طرفین قرارداد از آن عقد منتفع می گردند و تنها آنان خواهند توانست درباره آن عقد به عنوان ذی نفع در دادگاه طرح دعوی نمایند، و نیز هیچ کس خارج از عقد، مسؤلیت و تعهدی نسبت به عقد نخواهد داشت. به عبارت دیگر کسانی که خارج از عقد می باشند و طرفین عقد نیستند به هیچ وجه نفع و یا زیانی از عقد نخواهند داشت. این اصل مبتنی است بر اصل استقلال و آزادی فردی در ایجاد روابط حقوقی و به عبارت دیگر اصل حاکمیت اراده که به موجب آن

۱. اصل فوق را حقوقدانان نظر به مقابل فرانسوی آن (Relativité de Contrat) نسبی بودن قراردادها ترجمه کرده اند ولی ما برای مقابل انگلیسی آن با توجه به تعریفی که ارایه خواهیم داد ترجمه فوق را ترجیح دادیم.

2. Cheshire & Fifoot, The Law of Contract, Seventh edition, London ButterWorths, 1992, p. 903.

۳. سنهوری، الوسیط، ج ۱، ص ۵۶۶.

هیچکس نمی تواند اراده خود را بر دیگری تحمیل نماید و بدون اینکه طرف دیگر دخالتی داشته باشد، دینی را بر عهده او گذارد و یا حقی را برای او بوجود آورد و یا از او سلب نماید.

ریشه تاریخی

ریشه این اصل را در حقوق روم یافته اند. حقوقدانان رومی معتقد بودند که قرارداد نمی تواند حقی را برای غیر ایجاد نماید. آنان در پایبندی به این قاعده آنقدر اصرار داشتند که حتی نیابت و وکالت در انعقاد عقود را نیز قبول نداشته و آن را بی اثر می دانستند و نیز معتقد بودند چنانچه در عقد بیع، بایع به جهتی نتواند شخصاً ثمن را دریافت کند، قادر نخواهد بود خریدار را ملزم کند که ثمن را به دیگری تسلیم نماید. خواه او را وکیل کرده و یا به او هبه کرده باشد.^۱

اثر مترتب بر این اصل، با این عمومیت و اطلاق، این بود که هیچکس نمی توانست ضمن عقد هبه و یا عقد صلح و یا بیع، شرط کند که متَّهب و یا متصالح و یا مشتری مالی را به شخص ثالثی بدهد، و یا عملی را برای وی انجام دهد و به عبارت دیگر هرگونه تعهدی که در ضمن تعهد به نفع ثالث مطرح گردد، بی اثر و لغو و باطل است.

برای بلااثر بودن تعهد برای شخص ثالث، استدلال می نمودند که شخص ثالث نمی تواند از تعهدی که میان دو نفر به عمل آمده منتفع شود، زیرا مداخله در عقد نداشته است و طرفین عقد نیز نمی توانند از آن تعهد منتفع گردند، چرا که تعهد به نفع آنان نبوده و خود آنها هم چنین اراده ای را نداشته اند.

این اصل و یا قاعده حقوقی به قدری وضوح داشت که حقوقدانان بحث درباره آن را بی فایده می دانستند و هنگام طرح، به سرعت از آن عبور می کردند و آن را از اصول مسلمة می پنداشتند.

۲. همان مأخذ.

این قاعده اگرچه در حقوق انگلیس و فرانسه عیناً وارد شده، ولی توسعه روابط اقتصادی و بوجود آمدن احتیاجات جدید زیست اجتماعی، بخصوص پدید آمدن موضوع بیمه، موجب آن شده که بعضی مکاتب حقوقی جوامع مزبور انعطافهای اساسی و استثنائاتی را بر این اصل پذیرا گردند و از این رهگذر تحولات شگرفی به وجود آید. در حقوق انگلیس علی‌رغم نشیب و فرازهای مختلف، این قاعده هنوز به صلابت خود پایرجاست ولی در حقوق فرانسه، استثنائات زیادی بر آن وارد آمده است که ما ذیلاً به آن اشاره می‌کنیم:

در حقوق انگلیس

اصل شخصی بودن قراردادها که به موجب آن طرفین قرارداد فقط باید بتوانند اقامه دعوا نمایند، تا نیمه دوم قرن نوزدهم بخوبی جانيفتاده و تثبیت نشده بود.⁵

در سال ۱۸۳۳ در قضیه Price. V. Easton چنین رأی داده شد که خواهان، بدون اینکه طرفی از قرارداد باشد، قادر به اقامه دعوی و مطالبه چیزی نیست و بدین ترتیب اصل نسبیت به معنای فعلی آن مطرح شد. در سال ۱۸۶۱ در قضیه "Tweddle V. A. thinson" این اصل به خوبی تثبیت گردید. در این قضیه، پدران زن و شوهری، طی قراردادی بین خودشان به نفع زوج تعهد نمودند که یکی از آنها ۲۰۰۰ پوند و دیگری ۱۰۰۰ پوند به شوهر پرداخت کنند. بعداً شوهر که طرفی از قرارداد نبود جهت اخذ مبلغ مورد تعهد، علیه پدرزن خود اقامه دعوا نمود ولی به دلیل عدم وجود رابطه قراردادی، دعوی او رد شد.

در سال ۱۹۱۵ این اصل توسط مجلس لردها مورد تأیید قرار گرفت و طی آن قاضی «لردهالدين» اظهار داشت: «در حقوق انگلیس برخی اصول بنیادی و اساسی هستند، یکی از آنها این است که فقط فردی که

5. Chitty on Contract, vol. 1, General principle, ed. 20 Th, 1989, p. 831.

طرف قرارداد است می تواند بدان جهت اقامه دعوا نماید.^۶
 مجدداً در سال ۱۹۳۷ کمیته تجدید نظر به علت وجود مشکلات
 اجتماعی با پیشنهاد الغای عموم و کلیت اصل مزبور موافقت کرد.^۷
 در سال ۱۹۶۸ اصل مزبور برای چندمین بار توسط مجلس لردها
 تأیید شد و هنوز در حقوق عرفی (کامن لا) عامل تعیین کننده ای محسوب
 می شود.^۸

در حقوق فرانسه

حقوق قدیم فرانسه که وارث حقوق روم بود، قاعده مزبور را پذیرفت
 ولی بتدریج با روبرو شدن با تحولات اجتماعی ناچار به انعطاف و قبول
 استثنائاتی بر آن شد که ناپلئون قاعده رومی را با عموم و کلیت آن به
 عنوان یک اصل پذیرفت و در ماده ۱۱۲۱ مقرر داشت: «متعاقد
 نمی تواند چیزی را شرط نماید مگر برای خود». قانونگذاران فرانسوی
 بعداً ناچار شدند که شرط در ضمن عقد هبه به نفع دیگری و بالاخره
 بتدریج کلاً تعهد به نفع شخص ثالث را بپذیرند.^۹

مشکل عمده ای که حقوق فرانسه را وادار به پذیرش استثناء بر اصل
 شخصی بودن قراردادهای کرد، پیدایش پدیده بیمه بود. در قرارداد بیمه
 عمر، بیمه گر با بیمه گذار قراردادی منعقد می سازد و طی آن تعهد می کند
 در قبال مبلغی که بیمه گذار به اقساط معین به او می دهد، مبلغ معینی در
 انقضای مدت به بیمه گذار بدهد و هرگاه در مدت مزبور فوت کند،
 بلافاصله آن را به کسی که نام او در قرارداد بیمه برده شده که نوعاً اولاد
 یا عیال بیمه گذار است، بپردازد.

مفاد اینگونه قراردادهای، تعهد به نفع شخص ثالث است، چرا که

6. Chity on Contract, p.823-no. 1338.

۷. همان مأخذ.

8. Chesshire & Fifoot, p.403.

۹. سنهوری، همان مأخذ.

عیال و اولاد بیمه گذار که طرف قرارداد نبوده اند از عقد منتفع می گردند و چنانچه اصل شخصی بودن قراردادها به عموم و کلیت خود باقی باشد، چنین اجازه نخواهد داد و قبول قرارداد حقوقی بیمه، در واقع قبول استثنایی بر اصل مزبور است.

حقوقدانان اروپایی از یک سو تحت فشار نیازها و تحولات اجتماعی ناچار به قبول شده و از سوی دیگری به تحلیل ماهیت حقوقی و توجیه خریدپذیر آن دست یازدیده اند که بسیاری از توجیهات مزبور کاملاً متکلفانه و همراه با عدم قبول ذوق سلیم است. ما نخست به نمونه ای از راه حل های آنان می پردازیم و سپس طرحی را که در حقوق اسلامی مطرح و توسط شیخ انصاری مورد نقد و تحلیل قرار گرفته است، ارائه خواهیم داد.

تحلیل ماهیت حقوقی تعهد به نفع شخص ثالث در حقوق جدید

در ماهیت حقوقی تعهد به نفع شخص ثالث و توجیه اینکه چگونه به موجب قراردادی، حقی برای شخصی که طرف قرارداد نبوده است ایجاد می شود، نظریه های مختلفی ابراز شده است که مهمترین آنها دکتترین زیر است:

۱- دکتترین پیشنهاد

به موجب این نظریه در قراردادی که به نفع شخص ثالث می شود، نخست حق به نفع طرف قرارداد (شرط کننده) ایجاد می شود و سپس او استفاده و بهره گیری از مزایای شرط را به شخص ثالث پیشنهاد می کند و حق در صورتی و از زمانی برای شخص مزبور ایجاد می گردد که آن را قبول نماید. نتیجه این نظریه آن است که به موجب آن، شخص ثالث مستقیماً ذی حق نمی گردد و حق حاصل از شرط نخست، وارد دارایی شرط کننده نمی شود و از زمان موافقت شخص ثالث به وی تعلق می یابد، و چنانچه مشروط له قبل از قبول شخص ثالث فوت کند، موردی برای قبول و موافقت

او باقی نمی ماند. و از طرف دیگر قبل از قبول شخص ثالث، حق از اموال و دارایی مشروطه است و بستانکاران می توانند اقدام به توقیف آن بنمایند.

این نظریه مشکل بیمه را حل نمی کند زیرا در اغلب موارد شخص ثالث که منتفع از بیمه عمر است تا زمان فوت بیمه گذار از قرارداد بیمه آگاه نمی شود و قبل از قبول شخص ثالث، طلبکاران مشروطه می توانند مورد شرط را بازداشت نمایند و در صورتی که بیمه گذار قبل از قبول شخص ثالث، فوت کند، تعهد جزء ترکه متوفی و متعلق حق طلبکاران قرار می گیرد و آنان می توانند از آن استیفاء طلب خود را بنمایند.

۲- دکترین معامله فضولی

به موجب این نظریه، تعهد به نفع ثالث یک معامله فضولی است که توسط متعهدله به نمایندگی از سوی شخص ثالث انجام گرفته است. چنانچه شخص ثالث عمل مزبور را قبول نماید، عمل متعهدله به وکالت تبدیل می شود و گویی به حساب او و نمایندگی از او انجام یافته است و در حقیقت متعهدله واقعی همان شخص ثالث بوده که به نام او قرارداد واقع شده است. بعضی این نظریه را به شکل اداره مال غیر (موضوع ماده ۳۰۶ قانون مدنی ایران) تقریر کرده اند.^{۱۰}

این نظریه را حقوقدان معروف فرانسوی Pothier نخستین بار ابراز داشت که بعدها تفصیل یافت.^{۱۱} ایراد عمده ای که به این نظریه وارد است این است که شرط کننده در اینگونه اعمال حقوقی، شخصاً و اصالتاً خود طرف قرارداد است و به حساب خود عمل می کند نه به حساب دیگران و نمایندگی از آنان.

۱۰. دکتر سید حسین صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، ص ۲۲.

۱۱. دکتر سید حسن امامی، ج ۱، ص ۲۵۶.

۳- دکترین تعهد یک طرفی

بعضی از علمای حقوق غرب تحت تأثیر دکترین آلمان اظهار نظر نموده‌اند که تعهد به نفع شخص ثالث از موارد تعهد یک طرفی (ایقاع) است. متعهد، یک جانبه در مقابل شخص ثالث متعهد می‌شود. ایرادی که به این نظریه گرفته‌اند این است که در مسأله مورد نزاع، ارادهٔ یک جانبه شخص نیست که ایجاد تعهد به نفع شخص ثالث نموده است، بلکه این تعهد ناشی از توافق ارادهٔ دو طرف قرارداد است. «البته به نظر می‌رسد که این نظریه به نحوی قابل دفاع است که ما در آینده به بعضی وجوه آن خواهیم پرداخت.

نظریه شیخ انصاری با جعل حق مستقیم

نظریه شیخ انصاری، مبتنی بر دکترین جعل حق مستقیم و یا تعهد مستقیم است. تحلیل حقوقی این نظریه آن است که: قراردادی که میان متعاملین منعقد می‌گردد و در آن یکی از طرفین تعهدی به نفع شخص ثالث می‌نماید، و مستقیماً به نفع شخص مزبور از طریق تعهد ایجاد حق می‌شود، بدون آنکه احتیاج به قبول و موافقت او داشته باشد. یعنی شخص ثالث بدون آنکه مداخله در قرارداد کند، متعهدله می‌گردد و می‌تواند از قرارداد منتفع شود و از این رهگذر می‌تواند در دادگاه علیه متعهد اقامه دعوی کند به موجب این نظریه عموم قاعده «شخصی بودن قراردادها» پذیرفته نشده است.

البته باید توجه داشت که مشکل قرارداد بیمه از نظر بعضی فقهای امامیه از جهت غرری بودن آن است که بیمه‌گر نمی‌داند در مقابل مورد تعهد، چه مقدار بدست خواهد آورد و در بعضی از اقسام قرارداد بیمه، مقدار مورد تعهد بیمه‌گر نیز معلوم نیست، چنانکه در بیمه خسارت اتومبیل رانی چنین است.

ما اینک در مقام توجیه و حل مشکل عقد بیمه نمی‌باشیم و آن را به

جای خود ایكال می‌کنیم. ولی چنانچه تعهد به نفع شخص ثالث از نظر فقهی حل گردد، برای قرارداد بیمه از این نظر، مشکلی مطرح نخواهد بود، چرا که شیخ انصاری در موارد متعدّد اموری را پذیرفته که از مصادیق تعهد به نفع شخص ثالث محسوب می‌گردد که ما ذیلًا به نمونه‌هایی از آن اشاره می‌کنیم.

مورد اول: جعل خیار برای شخص ثالث

شیخ انصاری در این مسأله مانند بسیاری دیگر از فقیهان معتقد است علاوه بر آنکه در عقد به موجب شرط طرفین یا یکی از آنان می‌توانند دارای خیار باشند، برای شخص ثالث، یعنی کسی که نسبت به عقد بکلی بیگانه است نیز ممکن است خیار قرار داده شود: «و یصح جعل الخیار لاجنبی»^{۱۳} وی پس از نقد و بررسی متونی از قدما،^{۱۴} از قول علامه چنین نقل می‌کند:

«قال فی التذکرة لوباع العبد و شرط الخیار للعبد صحّ البیع و الشرط عندنا و حکى الاجماع فی الاجنبى قال لان العبد بمنزلة الاجنبى»^{۱۵}
یادآوری این نکته لازم است که علامه در تذکره، قبل از عبارت فوق حکم کلی صحت وضع خیار به نفع شخص ثالث را به شرح زیر پذیرفته است:

«اذا شرط الخیار للاجنبى صحّ سواء جعله و کيلاً فی الخیار اولاً».^{۱۶}
در فقه عامه بعضی بر این نظرند که اگر کسی خیار برای شخص ثالث قرار دهد، خیار به تنهایی برای آن شخص به وجود نمی‌آید، بلکه به موازات او خود شارط نیز دارای خیار می‌گردد. علامه این نظر را به طور غیرمستقیم، به نقل از جامع‌الصغیر از ابوحنیفه نقل می‌کند، به شرح زیر:

۱۳. شیخ انصاری، مکاسب، ص ۲۲۹، چاپ طاهر.

۱۴. برای مطالعه اقوال رک. محقق عاملی.

۱۵. مکاسب، همان مأخذ، تذکرة الفقهاء، چاپ قم، ج ۱، ص ۵۲۱.

۱۶. علامه حلی، تذکرة الفقهاء، چاپ قم، ج ۱، ص ۵۲۱.

«لو قال بعتك على ان الخيار لفلان كان الخيار له ولفلان»^{۱۷}.

این نظریه بر این مبنا استوار است که جعل خیار برای اجنبی از باب توکیل غیر می باشد. فقهای امامیه این امر را پذیرفته و معتقدند که در این موارد طرفین از هیچگونه حقی در مورد خیار برخوردار نیستند و در تحلیل ماهیت حقوقی شرط مزبور بعضی آن را تملیک حق برای دیگری می دانند و بعضی آن را نوع تحکیم محسوب می کنند. شهید می گوید:

«و اشتراط الاجنبی تحکیم لا توکیل عن جعل عنه»^{۱۸}.

علامه می گوید:

«لو شرط الخيار للاجنبی دونهما صح البيع و الشرط عندنا و یثبت الخيار للاجنبی خاصه عملاً بالشرط»^{۱۹}.

به هر حال جعل خیار برای شخص ثالث، از مصادیق بارز تعهد به نفع شخص ثالث است. زیرا بازگشت آن چنین است که شخصی که به کلی بیگانه از عقد می باشد و هیچگونه سمت و قائم مقامی هم از جانب متعاقدین ندارد، از ناحیه عقد دارای حقی شده و مداخله در عقد خواهد کرد.

ممکن است در نظر آید که جعل خیار برای شخص ثالث از قبیل تعهد به نفع او نیست. ولی ناگفته پیداست که به هر حال شخص ثالث با عقد مزبور دارای حقی شده و مشروط علیه نمی تواند از اعمال حق او جلوگیری کند.

حق محسوب شدن این امر وقتی کاملاً روشن می گردد که بدانیم در فرض مرگ شخص ثالث قبل از استیفاء تکلیف، تعهد مزبور چه خواهد

۱۷. همان مأخذ و جامع المقاصد، ج ۱، ص ۵۲۱.

۱۸. الروضة البهیة، ج ۲، ص ۴۵۳؛ مفتاح الکرامه، ج ۴، ص ۶۰۹؛ ریاض، ج ۱، ص ۵۲۹.

۱۹. همان مأخذ، علامه حلی با توجه به موضع صریحی که در کتاب تذکره به شرح فوق اخذ نموده است، به نظر نمی رسد نظرش با آنچه در کتاب قواعد اختیار نموده متفاوت باشد. عبارت قواعد چنین است: «لو شرط الخيار للاجنبی کان الفسخ الیه لا الی المشترط، الا ان نقول ان شرط الخيار للاجنبی شرط له و توکیل للاجنبی»، قواعد الاحکام، کتاب متاجر، المقصد الخامس فی لزوم البيع، المطلب الثانی. ذیل عبارت فوق اشاره به همان قول عامه دارد و هیچ تمایلی از این جمله استفاده نمی شود.

شد. شیخ انصاری در پاسخ به سؤال مزبور سه وجه به شرح زیر تصویر می‌کند:

الف- حق مزبور به وراثت شخص ثالث منتقل شود. توجیه این نظریه آن است که حق مزبور از ترکه متوفی محسوب، و علی القاعده باید به وراثت وی منتقل گردد.

ب- به شرط بازگشت کند، با این توجیه که شخص ثالث در اینجا به منزله وکیل از سوی شرط است و با مرگ وی به شرط بازگشت می‌کند. این قول مبتنی بر عدم پذیرش تعهد به نفع شخص ثالث است. زیرا همان طور که ملاحظه می‌کنید رابطه میان شرط و مشروط له را رابطه وکالت دانسته است.

شیخ انصاری نظریه سومی مطرح می‌کند، مبنی بر اینکه با مرگ شخص ثالث خیار به کلی ساقط گردد و چنین توجیه می‌کند:

«من ان ظاهر الجعل او محتمله مدخلية نفس الاجنبی، فلا یدخل فی ما ترکه و هذا لا یخلو عن قوة لاجل الشک فی مدخلية نفس الاجنبی».^{۲۰}

نقد نظریه شیخ

همانطور که ملاحظه می‌کنید، شیخ انصاری انتقال حق خیار را به وارث شخص ثالث نپذیرفته است، ولی این بدان معنی نیست که به نظر ایشان تعهد مزبور ایجاد حق نمی‌کند و شخص ثالث ذی حق محسوب نخواهد شد، بلکه شیخ انصاری در اینجا براساس روش خاص خود در تفسیر قراردادهای خصوصی توسط دادگاه، اظهار نظر نموده و گفته است: قرارداد خصوصی مورد بحث، ظهور در اعتبار مباشرت دارد و یا لااقل احتمال اعتبار می‌رود، و در هر دو فرض، حق مزبور از ترکه محسوب نخواهد شد. این استدلال مبتنی بر تفسیری است که ایشان از قرارداد در موارد وجود ابهام ارایه می‌دهد و نتیجه آن است که در فرض تصریح و عدم

۲۰. شیخ انصاری، مکاسب، احکام الخیار.

وجود هرگونه ابهام، محلی برای تغییر توسط دادگاه نخواهد بود. مثلاً چنانچه در متن قرارداد به صورت صریح در خصوص مداخلت نفس شخص ثالث و عدم مداخلت او تعیین تکلیف شده باشد، بی گمان بایستی وفق قرارداد عمل نمود و در فرض تصریح به عدم مداخلت، نظر به انتقال حق مزبور به ورثه وی داد و در فرض تصریح به مداخلت، سقوط حق را مرجح دانست.

بناباه مراتب فوق نتیجه می گیریم که شیخ بی تردید تعهد مزبور را موجد حق می داند. افزون بر آن، شیخ انصاری در مبحث شرط خیار، پس از نقد و بررسی همه اقوال بالصرحة چنین می گوید:

«فحینئذ یجوز للمتبايعین اشتراط حق للاجنبی فی العقد».^{۲۱}

شیخ، حق خیار را از حقوق معنوی محسوب نموده و از این رهگذر به این نتیجه رسیده است که هرگونه حقی اعم از حقوق مادی و عینی و معنوی برای شخص ثالث در ضمن عقد قابل جعل است.

مخالفین شیخ انصاری در مسأله شرط خیار برای ثالث، کسانی هستند که معتقد به حاکمیت اصولی از جمله اصل شخصی بودن قرارداد (Privacy of Contracts) می باشند. آنان بر این باورند که شرط خیار برای ثالث، مخالف اصول و قواعد آمره حاکم بر عقود است که مرادشان از اصل و قواعد مزبور در این مسأله عبارت است از:

الف- اصل لزوم، که به موجب آن هیچ عقدی قابل فسخ نیست، مگر

آنکه خلاف آن ثابت شود.

ب- اصل حاکمیت اراده، که به موجب آن طرفین عقد می توانند با اراده و توافق طرفین در مورد معامله تصمیم بگیرند. این اصل بر اصل قبل، اولین استثناء را وارد می سازد و انحلال عقد را از طریق تفاسخ و اقاله ممکن می نماید.

ج- اصل محدودیت اراده به ضوابط قانون، که به موجب آن موارد خیارات منصوصه از طریق ضوابط شرعیه استثناء دیگری بر اصل اولیه وارد

۲۱. شیخ انصاری، مکاسب، ص ۲۲۹.

می سازد.

د- اصل شخصی بودن قراردادها، که به موجب آن هیچ کس جز طرفین عقد از عقد منتفع نمی شوند و از این رهگذر ممکن نیست شخصی خارج از ناحیه عقد، دارای سلطه و اقتدار گردد. شیخ انصاری مطالب فوق را به صورت متن زیر آورده است:

«ثم انه ربما يتخیل ان اشتراط الخيار للاجنبی مخالف للمشروع نظراً الى ان الثابت فی الشرع صحة الفسخ بالتفاسخ او بدخول الخيار بالاصل كخيارى المجلس والشرط او بالعارض كخيار الفسخ برد الثمن لنفس المتعاقدين».^{۲۲}

شیخ انصاری از میان اصول فوق، اصل اخیر را انکار می کند و می گوید:

«و هو ضعيف لمنع اعتبار كون الفسخ من احد المتعاقدين شرعاً ولا عقلاً بل المعتبر فيه تعلق حق الفاسخ بالعقد او بالعین و ان كان اجنبياً فحينئذ يجوز للمتبايعین اشتراط حق فی العقد و سيجى نظيره فی ارث الزوجه للخيار مع عدم ارثها من العین».^{۲۳}

از نظر شیخ محدود بودن حق انتفاع و مداخله در عقد به طرفین عقد (اصل شخصی بودن قراردادها) امری مخدوش و اعتبار آن مردود است. چرا که اعتبار آن نه توسط نصوص شرعیه ثابت گردیده و نه مقتضای موازین عقلی حقوقی چنین است. بلکه مقتضای موازین مزبور از جمله اصل حاکمیت اراده، آن است که اولاً، طرفین عقد بتوانند با اراده خود هرگونه حقی اعم از مادی و معنوی^{۲۴} برای هرکس که بخواهند وضع نمایند، هر چند که شخص مزبور نسبت به معامله فردی بیگانه باشد و ثانیاً، جدایی و

۲۲. همان مأخذ.

۲۳. همان مأخذ.

۲۴. منظور از حق مادی، حق عینی است که برای شخص ثالث متصور می گردد و مراد از حق معنوی سلطه ای است که از طریق شرط ضمن عقد، برای شخص ثالث نسبت به فسخ معامله ایجاد می گردد و یا از طریق توارث به وی منتقل می گردد. مثل موردی که خیار به زوجه منتقل می شود بدون آنکه نسبت به عین حقی داشته باشد.

تفکیک حق عینی از حق معنوی (حق خیار) مواردی در شرع تحقق یافته که دلیل بر تأیید است. مثل موردی که زوجه از طریق توارث خیار، دارای حق و اقتدار بر هم زدن معامله می‌گردد، بدون آنکه نسبت به عین غیر منقول حقی داشته باشد.

وضعیت قبول متعهدله

فقیهان متقدم که جعل خیار برای شخص ثالث را پذیرفته‌اند، ذکر از نیاز و یا عدم نیاز به قبول توسط ثالث به میان نیاورده‌اند، آنچه آنان مطرح نموده‌اند، صرفاً توانایی رد خیار توسط شخص ثالث است که البته این مطلب چیزی جز آن است که ما اینک در آن سخن می‌گوییم. سخن ما در اینجا این است که آیا در اصل تحقق خیار، قبول شخص ثالث معتبر است یا خیر. به هر حال، از اینکه شیخ انصاری همانند بسیاری از پیشینیان خود خیار را برای شخص ثالث بطور مطلق پذیرفته است و حتی سخنی از اطلاع وی به میان نیاورده، چه رسد به رضا و اراده وی، می‌توان استنباط کرد که نظر ایشان بر عدم اعتبار قبول است.

فقیهان پس از شیخ انصاری، درخصوص اعتبار قبول در تحقق خیار برای شخص ثالث، تحلیلهایی ارائه داده‌اند^{۲۵} که به طور خلاصه به بررسی آنها می‌پردازیم:

الف- ثبوت قهری خیار برای شخص ثالث، با اصل تسلیط مردم بر

خویش منافات دارد.

ب- همانطور که گفته شد، ماهیت حقوقی خیار برای بیگانه، یا از قبیل توکیل است و یا تحکیم و یا تملیک حق. در فرض اول و دوم اعتبار قبول روشن است. فرض سوم نیز از مصادیق تملیک قهری است و مشروعیت تملیک قهری جز در موارد ارث و وقف بر بطون اثبات نشده

۲۵. منیة الطالب، ج ۲، ص ۴۳؛ حاشیه طباطبایی بزدی بر مکاسب، ص ۲۵؛ حاشیه محقق اصفهانی بر

مکاسب، ج ۲، ص ۴۰.

است.^{۲۶}

انتقاد

به نظر می‌رسد برای تحقق حق شخص ثالث نیازی به قبول وی نمی‌باشد، اگرچه اعمال و تنفیذ خارجی وی متوقف بر قبول خواهد بود و اینک نقد دلایل ارایه شده:

اولاً، اصل تسلیط مردم بر خویش توسط هیچ نصّ شرعی به اثبات نرسیده و صرفاً در کلمات فقهاء دیده شده است.^{۲۷} ثانیاً، «اگر هم دلیلی بر آن وجود داشته باشد، اصل مزبور اعتبار قبول را اثبات نمی‌کند زیرا، همین که شخص ثالث، قادر بر رد باشد برای تسلط وی کفایت می‌کند».^{۲۸} درخصوص دلیل دوم (عدم مشروعیت تملیک قهری) می‌گوییم: به نظر طباطبایی «موارد زیادی در شرع، تملیک قهری به اثبات رسیده از جمله وقف و وصیت تملیکی»^{۲۹} محقق اصفهانی نیز بر همین نظر است «نذر و صدقه به نحو شرط نتیجه موجب ملکیت است و نیازی به قبول نیست، بلکه نظر محققانه بر آن است که وصیت تملیکی از انواع ایقاع است، و با جواز رد از ناحیه موصی له منافاتی ندارد... بلکه وقف هم بخصوص بالنسبه به بطون آتیّه از همین قبیل است، زیرا ولایت حاکم و یا متولی حاضر بر اشخاص غیر موجود بالفعل که او از طرف آنان قبول کند قابل توجیه نمی‌باشد»^{۳۰} نگارنده نیز در کتاب بررسی فقهی و حقوقی وصیت این نظر را ترجیح داده که وصیت تملیکی، ایقاع است و تملیک از ناحیه موصی صورت می‌گیرد بدون قبول موصی له، و همین است ماهیت

۲۶. منیه الطالب، همان مأخذ

۲۷. شیخ انصاری، مکاسب، ص ۳۰۶، سطر ۲.

۲۸. مبانی العروة الوثقی، ج ۲، کتاب الوصیه، ص ۳۶۶.

۲۹. حاشیه طباطبایی یزدی بر مکاسب، ج ۲، ص ۲۵.

۳۰. حاشیه اصفهانی بر مکاسب، ج ۲، ص ۲۰.

وصیت اگرچه تصرف مالکانه موصی له، متوقف به هر قبول او خواهد بود.^{۳۱} بنابراین، تحقق خیار برای شخص ثالث متوقف بر قبول وی نیست، چرا که مشروعیت موارد زیادی از تملیک قهری از ناحیه شرع به اثبات رسیده، افزون بر آنکه منافاتی با سلطه و اقتدار او بر خویشتن ندارد. البته اعمال و تنفیذ خارجی حق مزبور، متوقف بر قبول او خواهد بود. آری، چنانچه ماهیت حقوقی جعل خیار برای ثالث را از نوع توکیل بدانیم، به نظر بزرگانی از فقها بی گمان نیاز به قبول دارد، زیرا وکالت از ایقاعات نیست بلکه از عقود است و صحت آن محتاج به ایجاب و قبول است و در صرف انشاء توکیل از متعاقدین، مادام که شخص ثالث قبول نکند، اقدامات وی مبنی بر فسخ و یا امضاء فاقد وجهه شرعی است.^{۳۲}

البته جای این سخن باقی است که چه مانعی دارد، حتی در مواردی مثل وکالت نیز همین نظر را انتخاب کنیم و چنین بگوییم که اگرچه وکالت به نحو رایج شرعی از عقود است، ولی چه مانعی وجود دارد که نحوه دیگری از نمایندگی به نحو ایقاعی از طریق شرط ضمن العقد نیز مشروع باشد؟ منع شرعی در این زمینه به نظر نمی‌رسد، افزون بر آنکه، چنانچه پذیرفتیم که توکیل دیگری از طریق شرط نتیجه، امکان پذیر و محقق می‌گردد به ناچار همین امر را باید پذیرفت. چرا که کلیه اعمال حقوقی مذکور در ضمن عقد به نحو شرط نتیجه، به محض قبول تحقق می‌یابد و چنانچه تحقق وکالت منوط به قبول وکیل باشد، لازمه اش آن است که اولاً، عمل حقوقی مزبور همزمان با انعقاد عقد محقق نشده باشد و این خلاف فرض است. و ثانیاً، چنانچه در ضمن عقد، وکالت در بیع داده باشد و وکیل قبل از قبول بفروشد، باید بیع نافذ نباشد، چون هنوز وکالت محقق نشده است. بنابراین، بعید نیست بگوییم، ماهیت حقوقی وکالت و اعطای نمایندگی به شخص ثالث، ضمن عقد لازم نیز ایقاع است و تحقق آن نیاز به قبول وکیل ندارد. البته این بدان معنی نیست که وکالت بصورت عقد

۳۱. ر.ک. کتاب فوق، ص ۵۰، اولین چاپ، سال ۱۳۶۲.

۳۲. مبانی العروة الوثقی، کتاب النکاح، ج ۲، صص ۲۳۶-۲۳۷.

ممکن نیست، بلکه منظور آن است که اعطای نمایندگی بر دو گونه است، یکی به صورت عقدی است که از طریق ایجاب و قبول متحقق می‌گردد و دیگری ایقاعی که از طریق شرط ضمن عقد حاصل می‌شود.

از میان محققان معاصر، طباطبایی یزدی چنین ابراز نظر نموده است که به طور کلی وکالت ایقاع است ولی می‌توان آن را به صورت عقد نیز انجام داد.^{۳۳}

وضعیت اسقاط شرط خیار برای شخص ثالث

خیاری که از طریق شرط برای شخص ثالث ملحوظ می‌گردد، آیا توسط شارط قابل اسقاط است یا خیر؟ این سؤال بطور خاص در کلمات فقیهان چندان مطرح نشده است. ولی به نظر می‌رسد که با توجه به قواعد عامه و موازین حقوقی حاکم بر شروط، پاسخ سؤال روشن است. توضیح: شرط خیار برای ثالث یکی از مصادیق شرط نتیجه است، و شرط نتیجه، از سوی شارط قابل اسقاط نیست چرا که اسقاط متوقف است بر وجود حقی سابق و مادام که حقی وجود نداشته باشد، اسقاط آن ممکن نیست. و چون آن دسته از اعمال حقوقی که نتیجه آن در ضمن عقد شرط می‌شود همزمان با انعقاد عقد، تحقق می‌یابد بنابراین، پس از انعقاد عقد حقی به نفع شارط وجود ندارد تا مشروط علیه را الزام به انجام آن نماید و چون الزام مطرح نیست، لذا اسقاط آن هم ممکن نیست. ولی حق خیاری را که از طریق شرط نتیجه برای شخص ثالث ایجاد شده است، شخص مزبور می‌تواند اسقاط نماید و باید توجه داشت که میان حق خیار که نتیجه حاصل شده از شرط است و قابل اسقاط است، با خود شرط که گفته شد قابل اسقاط نیست، تفاوت آشکار است. چرا که مجدداً متذکر می‌شویم اسقاط، متوقف است بر وجود یک تعهد قابل الزام. و در شرط نتیجه، همزمان با شرط ضمن عقد، نتیجه عمل حقوقی متحقق می‌شود و تعهدی باقی نمی‌ماند تا اسقاط شود.

۳۳. رک. طباطبایی حکیم، العروة الوثقی، ج ۲، ص ۱۱۹.

چنانچه شرط نتیجه را با شرط فعل مقایسه کنیم، مطلب کاملاً روشن می شود. هرگاه در ضمن عقد، فعلی اعم از حقوقی یا مادی شرط شده باشد، شارط می تواند آن را قبل از انجام اسقاط کند، چرا که به موجب شرط تعهدی به عهده مشروط علیه قرار گرفته که شارط می تواند آن را الزام کند و لذا می تواند آن را هم اسقاط نماید.

مورد دوم: جعل ملك برای شخص ثالث از طریق شرط نتیجه

شیخ انصاری جعل ملك برای شخص ثالث را هم به نحو شرط نتیجه پذیرفته است. شرط نتیجه را شیخ به شرط غایت تعبیر کرده است. وی پس از طرح اشکال در صحت شرط نتیجه بطور کلی، ورد دلیل قائلین به عدم صحت اینگونه شروط با توجه به عموم «المؤمنون عند شروطهم» و دلیل «اوفوا بالعقود» می گوید:

«و کیف كان الاقوی صحة اشتراط الغایات التي لم يعلم من الشارع اناطتها باسباب خاصة كما یصح نذر مثل هذه الغایات بأن ینذركون المال صدقة أو الشاة اضحیة أو كون المال لزيد»^{۳۴}.

شیخ انصاری تحقق کلیه اعمال حقوقی را که از طریق نذر امکان پذیر است، از طریق شرط نتیجه، امکان پذیر می داند. شیخ بطور کلی در تقسیم شرط به شرط صفت و شرط فعل و شرط نتیجه می گوید:

«و اما ان یتعلق بما هو من قبیل الغایة للفعل کاشتراط تملیک عین خاصة و انعتاق مملوک خاص و نحوهما...»^{۳۵}.

به نظر ایشان صرفاً آن دسته از اعمال حقوقی که محتاج به اسباب خاصه باشد، تحقق آن از طریق شرط نتیجه غیرممکن است و به صراحت می گوید تملیک مال از آن موارد نیست:

۳۴. مکاسب، ص ۲۸۳.

۳۵. همان مأخذ.

«و اما توقف الملك و شبهه على اسباب خاصة فهي غير مسموعة».^{۳۶}
در کلمات ایشان مطلبی که تملیک مال را مقید به موردی کند که طرف آن یکی از متعاقدین باشد، وجود ندارد و از این نظر اعم است از آنکه متعهدله، شخص ثالث باشد یا احد از طرفین.

محقق نایینی بطور صریح تر این مطلب را ابراز داشته، وی در مثالی که آورده دقیقاً شخص اجنبی را ذکر نموده است:

«كان يقال بعتك هذا الكتاب بدرهم على ان يكون هذا القميص لي
أو لزيد».^{۳۷}

همانطور که ملاحظه می کنید، در مثال فوق مورد معامله کتاب است و تملیک پیراهن برای فروشنده و یا زید که شخص ثالث است، در ضمن معامله شرط شده است. وی در تحقیق موضوع، نسبت به اشتراط تملیک بنحو شرط نتیجه می گوید:

«بالجملة فالظاهر انه لا ينبغي الاشكال في عدم اختصاص الملكية
بسبب خاص و لذا يجوز حصولها بالصلح عليها بلاخلاف فيه ظاهراً و اذا جاز
حصولها بالتسالم عليها جاز حصولها بالاشتراط ايضاً فانهما توأمان يرتضعان
من ثدى واحد».^{۳۸}

به موجب بیان فوق، از نظر ایشان تفاوتی میان ماهیت حقوقی صلح بر تملیک و شرط نتیجه تملیکی، وجود ندارد. و چون صلح بر تملیک امکان پذیر است بنابراین از طریق شرط نتیجه نیز ممکن است.

بعضی از معاصرین از جمله محقق طباطبایی یزدی، تملیک به شخص ثالث را به شرح زیر مورد نقد قرار می دهد:

«ويمكن أن يقال شرط الملكية انما يصح في كل مورد يكون المتعلق
مما يمكن ضمّه الى المبيع كحمل الدابة أو دابته الاخرى أو نحو ذلك اذا
اشترط لخصوص احد المتعاقدين لا اذا اشترط لثالث... والوجه في الفرق ان

۳۶. همان مأخذ.

۳۷. محقق نایینی، (تقریرات) منة الطالب، ج ۲، ص ۱۲۸.

۳۸. همان مأخذ.

الملکية حينئذ كأنها حاصلة بالبيع لا بلاسبب بخلاف القسم الثاني فإنه لو حكم لمصلحة كان بلاسبب».^{۳۹}

به نظر محقق طباطبایی یزدی به موجب اصل شخصی بودن عقود (Privacy of Contracts) چنانچه شرط ملکیت به گونه ای به مورد معامله پیوست گردد که صرفاً طرفین عقد از آن منتفع شوند نه شخص اجنبی، ملکیت بلاسبب تحقق نیافته، بلکه از طریق عقد محقق شده است، در حالی که در شرط ملکیت برای شخص ثالث، ملکیت بلاسبب است. محقق طباطبایی در نهایت امر، نقد خود را چنین پاسخ می دهد:

«والتحقیق ما عرفت من ان عموم المؤمنون... کاف فی السببیه و یدل علی اعتبار سبب آخر، خرج ما خرج و بقى الباقي».

به نظر ایشان سبب شرعی برای ملکیت را می توان از عموم قاعده شروط استنباط کرد و گفت، همانطور که ملکیت از طریق بیع، صلح و... حاصل می گردد، همچنین یکی از طرق شرعیه ملکیت، می تواند اشتراط در ضمن عقد محسوب شود. بنابراین به نظر ایشان قاعده شخصی بودن عقود توسط قاعده شروط تخصیص خورده است.

مورد سوم: تعهد به نفع شخص ثالث به صورت شرط فعل

تعهد به نفع شخص ثالث به صورت شرط فعل همان نوع معمول و طریق رایج است که به صور مختلف انجام می گیرد. در عبارت شیخ انصاری صوری برای عهد بر نفع ثالث، تصویر شده که بی گمان همه از باب نمونه محسوب است:

۱. شرط عتق (آزاد کردن عبد)

۲. فروش مبیع به شخص ثالث به کمتر از ثمن المثل

۳. صدقه دادن مبیع به شخص ثالث

اصل تعهد به گونه شرط فعل برای شخص ثالث، مورد پذیرش

۳۹. طباطبایی یزدی، حاشیه بر مکاسب، ج ۲، ص ۱۲۲.

ایشان است. ولی در تحلیل ماهیت حقوقی آن اختلاف نظر نسبتاً شگرفی میان ایشان و متقدمین وجود دارد که کلاً می‌توان آن را به شرح زیر در دو نظریه دسته بندی کرد:

نظریه اول: شهید اول در دروس و بعد از ایشان علامه حلی در تذکره معتقدند، در مورد شرط عتق در کنار حق بایع که شرط است از یک سو و حق خداوند به جهت آنکه آزاد کردن بردگان از امور عبادی است از سوی دیگر، شخص ثالث، یعنی همان اراده‌ای که آزادی او مورد شرط قرار گرفته نیز ذی حق می‌گردد. شیخ انصاری از قول علامه در تذکره چنین نقل می‌کند:

«قال فی التذکره: الاقوی عندی ان شرط العتق اجتمع فیہ حقوق: حق لله و حق للبايع و حق للعبد ثم استقرب بناءً علی ما ذکره مطالبه العبد بالعتق لو امتنع المشتري».^{۲۰}

همان طور که ملاحظه می‌کنید، بر این نظریه دو اثر مهم حقوقی مترتب است. یکی، همان چیزی که علامه در آخر کلامش آورده است یعنی، حق مطالبه عبد در فرض امتناع مشتری از انجام تعهد، و دوم، عدم امکان اسقاط توسط بایع. این مطلب را فخرالمحققین، فرزند علامه در کتاب ایضاح الفوائد، افزوده است: (... فلا یسقط بالاسقاط).^{۲۱} شهید اول در دروس نیز این امر را تأیید کرده: لو اسقط البایع الشرط جاز الا العتق لتعلق حق العبد...^{۲۲}

نظریه دوم: علامه حلی، در کتاب دیگر خود قواعد الاحکام، از این نظریه برگشته و نظریه دیگری اختیار نموده که مورد پیروی متأخرین قرار گرفته است. وی در کتاب قواعد چنین گفته است:

«لوبايع العبد بشرط العتق مطلقاً أو عن المشتري صح و الاقرب انه حق للبايع لاله تعالیٰ فله المطالبة به، ولو امتنع المشتري تخیر البایع فی

۲۰. مکاسب، ص ۲۸۶.

۲۱. همان مأخذ.

۲۲. همان مأخذ.

الفسخ و الامضاء لاجبار المشتري».^۳

علامه حلی در متن فوق، در فرض امتناع مشروط علیه، بایع را ذی حق دانسته و سخنی از حق عید به میان نیاورده و مبتنی بر نظریه خودش در مبحث شروط، در فروض مختلف اجبار مشروط علیه را نپذیرفته و صرفاً برای مشروط له (بایع) حق خیار فسخ قایل شده است.

شیخ انصاری در مکاسب، کلام علامه در قواعد را نقل نمی کند و صرفاً نظریات تذکره و دروس و ایضاح الفوائد را مطرح ساخته و سپس به نقد می پردازد بدین شرح:

«اقول اما کونه حقاً للبايع من حيث تعلق غرضه بوقوع هذا الامر المطلوب للشارع فهو واضح و اما کونه حقاً للعبد فانه ارید به مجرد انتفاعه بذلك فهذا لا يقضى سلطنة له على المشتري بل هو متفرع على حق البايع دایر معه وجوداً و عدماً و ان ارید ثبوت حق على المشتري يوجب السلطنة على المطالبة فلا دليل عليه و دليل الوفاء لا يوجب الاثبوت الحق للبايع، و بالجمله اشتراط عتق العبد ليس الا كاشتراط ان يبيع المبيع بأدون من ثمن المثل او يتصدق به عليه و لم يذكر احد ان لزید المطالبة...»^۳

همان طور که ملاحظه می کنید، ظاهراً به نظر شیخ انصاری، گرچه شخص ثالث در فرض مطالبه شارط و انجام تعهد توسط مشروط علیه از شرط منتفع می گردد ولی این بدان معنی نیست که بتواند مطالبه نماید. به نظر ایشان دلیل وجوب وفاء، صرفاً حق را برای بایع اثبات می کند نه شخص ثالث و اگر بگوییم برای شخص ثالث حق ایجاد می شود تالی فاسدش آن است که باید به امری گردن نهیم که هیچ فقیهی قائل به آن امر نیست. و آن این است که چنانچه در ضمن عقد شرط شود که مبیع به شخص ثالث به کمتر از قیمت فروخته شود و یا به او صدقه داده شود، در فرض امتناع مشروط علیه، شخص ثالث بتواند مطالبه حق نماید، و به نظر ایشان این امر را هیچ فقیهی قائل نشده است.

۳۳. قواعد الاحکام، کتاب المتاجر، الفصل الثالث فی الشرط، قریع سوم.

۳۴. مکاسب، همان مأخذ.

این صفحه در اصل مجلد ناقص بوده است

این صفحه در اصل مجلد ناقص بوده است

می‌هراسد و آن را غیرقابل قبول توسط فقیهان محسوب می‌کند، مسلم و قابل اجتناب نیست، ولی به نظر می‌رسد که توالی مزبور از نظر فقهی فاسد نیست. بلکه با موازین سازگاری دارد هرچند که در کلمات فقهاء به صراحت مطرح نشده باشد.

خروج از اصل شخصی بودن قراردادها در قانون مدنی ایران

قانون مدنی ایران به موجب ماده ۲۳۱ اصل شخصی بودن قراردادها را پذیرفته و تعهد به نفع شخص ثالث را به صورت استثناء بر آن دانسته است بدین شرح:

«معاملات و عقود فقط درباره طرفین متعاملین و قائم مقام قانونی آنها مؤثر است مگر در مورد ماده ۱۹۶».

ماده ۱۹۶ بدین شرح است:

«کسی که معامله می‌کند آن معامله برای خود آن شخص محسوب است، مگر اینکه در موقع عقد خلاف آن را تصریح نماید یا بعد خلاف آن ثابت شود، معذک ممکن است در ضمن معامله که شخص برای خود می‌کند تعهدی هم به نفع شخص ثالث بنماید».

مستفاد از ظاهر ماده فوق آن است که تعهد به نفع شخص ثالث، از راه شرط ضمن عقد میسر است، ولی با توجه به مواد دیگری در قانون مدنی راههای دیگری نیز برای تعهد به نفع شخص ثالث وجود دارد که ذیلاً به ذکر آن می‌پردازیم:

۱- از طریق انعقاد قرارداد خصوصی

ماده ۱۰ قانون مدنی می‌گوید:

«قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است».

به موجب ماده فوق، می توان از طریق انعقاد قرارداد خصوصی به نفع شخص ثالث تعهد نمود. و چون نصّی در قانون مخالف آن وجود ندارد پس خلاف قانون تلقی نمی شود.

۲- از طریق عقد صلح

در قانون مدنی در این زمینه چند ماده پی در پی وجود دارد.

ماده ۷۶۸:

«در عقد صلح ممکن است احد طرفین در عوض مال الصلحی که می گیرد متعهد شود که نفقه معینی همه سال یا همه ماهه تا مدت معین تأدیه کند. این تعهد ممکن است به نفع طرفین مصالح یا به نفع شخص یا اشخاص ثالث واقع شود.»

ماده ۷۶۹:

«در تعهد مذکوره در ماده قبل به نفع هر کس که واقع شده باشد ممکن است شرط شود که بعد از فوت منتفع، نفقه به وارث او داده شود.»

ماده ۷۷۰:

«صلحی که برطبق دو ماده فوق واقع می شود به ورشکستگی یا افلاس متعهد نفقه فسخ نمی شود مگر اینکه شرط شده باشد.»

همان طور که ملاحظه می شود، در موارد فوق چنین تصور شده که تعهد به تأدیه نفقه در مقابل مال الصلح، همانطور که ممکن است به نفع یکی از طرفین مصالحه باشد، همچنین ممکن است تعهد مزبور به نفع شخص ثالث باشد که به یکی از دو طریق زیر فرض می شود:

الف- از طریق شرط ضمن العقد


بدین نحو که شخصی به دیگری مال معینی را مصالحه می کند و

ضمن عقد صلح شرط می‌کند که متصالح، نفقه معینی را به مصالح یا شخص ثالث بدهد. این شرط برای شخص ثالث به طور ایقاع ایجاد حق می‌کند و نیازی هم به قبول وی ندارد و می‌تواند به استناد حق مزبور اقامه دعوی نماید. و در صورت تخلف مشروط علیه و عدم امکان اجبار توسط حاکم، شرط می‌تواند مصالحه را فسخ کند.

ب- از طریق صلح معوض

بدین نحو که شخصی مصالحه معوضی انجام می‌دهد، یکی از عوضین معاوضه مال الصلح است و عوض دیگر تعهد متصالح است به تأدیه نفقه به شخص ثالث.

قانون مدنی در مواد فوق از فقه پیروی کرده زیرا همانطور که گفته شد، قاعده شخصی بودن عقود در فقه اسلامی، اگرچه از نظر کلی پذیرفته شده ولی مواردی بر آن تخصیص وارد آمده است، از جمله تعهد به نفع شخص ثالث است که توسط فقیهان امامی از جمله علامه حلی مطرح گردیده و شیخ انصاری آن را پس از تحلیل و بررسی پذیرفته است.



امیر حسین فخّاری

مسئولیت امضاکنندگان اسناد تجاری





باب چهارم قانون تجارت ایران به «برات، سفته و چک» اختصاص دارد. این سه سند مهمترین و متداول ترین اسناد تجاری بشمار می روند. از این جهت مقنن عنوان «اسناد تجاری» را برای باب مورد گفتگو اختیار نکرده که در نظام های حقوقی گوناگون در خصوص تعداد این اسناد اختلاف نظر وجود دارد. در حقوق آنگلو ساکسون اصطلاح «اسناد قابل انتقال»^۱ که معادل اصطلاح «اسناد تجاری»^۲ در حقوق نوشته می باشد شامل برات، سفته، چک، اسناد بانکی، اسناد خزانه و برخی اوراق بهادار می باشد.^۳ در حقوق فرانسه قدیمی ترین و مهم ترین سند از این نوع برات است که صدور و کلیه معاملات مربوط به آن ذاتاً تجارته می باشد. سفته نیز چنانچه توسط تاجر امضاء شود سند تجارته محسوب می شود. در قرن نوزدهم سند دیگری متداول گردید بنام "Warrant" که عبارت است از سفته ای که با وثیقه تضمین شده باشد.^۴

چک از اواسط قرن نوزدهم در فرانسه راه پیدا کرد و چون همه اشخاص از آن استفاده می کنند باید در ردیف عملیات بانکی قرار گیرد و

1. Negotiable instruments.

2. Effets de commerce.

3. Georges RIPERT et René ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial* Librairie générale de droit et de jurisprudence, huitième édition n° 1912.

4. Ibid.

نباید به عنوان سند تجارتي شناخته شود. ليکن از آنجا که مقررات اساسی حاکم بر برات در مورد چک نیز لازم‌الرعايه است، بسیاری از حقوق‌دانان فرانسوی چک را در ردیف اسناد تجاری مورد بررسی قرار می‌دهند.^۵

اسناد بانکی^۶ نیز سابقاً در حقوق فرانسه اسناد تجاری تلقی می‌شدند، ولی به لحاظ آنکه پول واقعی هستند و باید در پرداخت‌ها پذیرفته شوند نمی‌توان آنها را در شمار اسناد تجاری قرارداد.

ایضاً اسناد صندوق^۷ که توسط بازرگانان صادر می‌شود اسناد تجارتي نیستند، زیرا چنین اسنادی به عنوان قرض کوتاه مدت تلقی می‌شوند.^۸

بنابراین، قانونگذار ما از آن جهت که اسناد تجاری متفاوتی وصف تجارتي پیدا کرده بودند عمداً از بکاربردن این عنوان خودداری کرده و باب چهارم را به همان سه سند تجارتي مهم یعنی: برات، سفته و چک تخصیص داده است.

بنا به مطالبی که فوقاً بیان گردید موضوع مقاله حاضر مسؤلیت اشخاصی است که تحت عناوین مختلف اسناد تجاری را امضا می‌کنند. یادآوری این نکته هم ضروری بنظر می‌رسد که در زمینه مورد بحث امضا موضوعیت ندارد و بجز دو مورد، مقنن مهر را هم‌تراز امضا دانسته است: مورد اول ظهر نویس است و مورد دوم صدور چک می‌باشد.

ماده ۲۴۶ قانون تجارت شرایط شکل ظهرنویسی را برشمرده است. دو شرط را به عنوان شرایط اساسی و الزامی معرفی کرده که عبارتند از: کتبی بودن ظهرنویسی و انعکاس آن در خود برات. تاریخ ظهرنویسی و نام شخصی را که در نتیجه ظهرنویسی دارنده سند می‌شود تحت عنوان شرایط اختیاری معرفی کرده است. آنجا که شرایط اجباری را احصا می‌کند، فقط به ذکر امضا اکتفا می‌نماید و از آوردن مهر خودداری می‌نماید، در صورتی که برای صدور برات و سفته به مهر همان ارزشی را می‌دهد که به امضا. علاوه بر ماده ۲۴۶ که مطابق ماده ۳۰۹ در مورد سفته نیز لازم‌الرعايه

5. Ibid.

6. Billets de banque.

7. Bons de caisse.

8. RIPERT et ROBLOT, Ibid.

می باشد، ماده ۳۱۱ در فصل مربوط به چک مقرر می دارد که چک «به صرف امضا در ظهر به دیگری منتقل می شود».

ممکن است این توهم بوجود آید که شرط تحقق انتقال سند تجارته از طریق ظهرنویسی این است که دارنده سند حتماً اقدام به امضا نماید و در صورتی که بجای امضاء از مهر استفاده کند انتقال واقع نمی شود. لیکن حق این است که گفته شود که در اینجا امضا از آن چنان خصوصیتی برخوردار نیست که فقدان آن و جایگزینی مهر موجب گردد که انتقال حقوق دارنده سند به منتقل الیه و مسؤولیت وی در قبال وی بوجود نیاید. وقتی برات و سفته با مهر صادرکننده می تواند موجودیت پیدا کند، چرا ظهرنویسی آنها نتواند با مهر تحقق پیدا کند و وقتی ظهرنویسی برات و سفته را با توجه به استدلالی که کردیم بپذیریم، چرا ظهرنویسی چک را با مهر مورد قبول قرار ندهیم.

مورد دومی که مقنن امضاء را به تنهایی بکار برده و مهر را به همراه امضا نیاورده در خصوص صدور چک می باشد. ماده ۳۱۱ ق. ت. تصریح دارد که چک باید به امضای صادرکننده برسد. بنظر می رسد قانونگذار در اینجا تعمداً از مهر ذکری به میان نیاورده و در حقیقت می خواسته که اشخاص بیسواد قادر به صدور این سند نباشند و خود را در معرض گرفتاریهای ناشی از صدور چک قرار ندهند.

در ایران از زمان لازم الاجرا شدن قانون تجارت مصوب سالهای ۱۳۰۳ و ۱۳۰۴ تاکنون، در صورتی که چک با عدم پرداخت مواجه شده باشد، صادرکننده قابل تعقیب کیفری بوده است. ابتدا بر اساس ماده ۲۳۸ قانون مجازات عمومی تعقیب و محکومیت متهمان زیر عنوان کلاهبرداری انجام می گرفت. آنگاه در هفتم امرداد ماه ۱۳۱۲ ماده واحده ای بتصویب رسید و به موجب آن ماده ۲۳۸ مکرر به قانون مجازات عمومی افزوده شد. مطابق این ماده که شامل ۲ بند «الف» و «ب» بود کلیه اشخاصی که بدون داشتن محل و یا بیشتر از محل مبادرت به صدور چک می نمودند قابل تعقیب جزایی بودند.

سپس در بیست و هفتم آبان ماه ۱۳۳۱ قانون مستقلی تحت عنوان

«لایحه قانونی چک بلامحل» بر طبق قانون اعطای اختیارات مصوب مرداد ماه ۱۳۳۱ به تصویب مرحوم دکتر مصدق نخست وزیر وقت رسید. قانون اخیرالذکر مدت زمانی مجری بود و کمیسیون مشترک مجلسین آن را ملغی ساخت و وضع چک بصورت قبل از آن قانون درآمد، تا این که در بیست و ششم بهمن ماه ۱۳۳۷ لایحه قانونی راجه به چک بی محل به تصویب مجلسین رسید.

قانون مصوب سال ۱۳۳۷ تا سال ۱۳۴۴ به قوت خود باقی بود. در این سال قانون صدور چک از تصویب گذشت. تا زمان لازم الاجرا شدن قانون سال ۱۳۴۴، صادرکنندگان چک بلامحل بر اساس ماده ۲۳۸ مکرر قانون مجازات عمومی تعقیب می شدند. برای نخستین بار در خود قانون چک ۱۳۴۴ مجازات صادرکنندگان پیش بینی شد و ماده ۱۸ آن قانون صریحاً ماده ۲۳۸ مکرر را نسخ نمود.

قانون ۱۳۴۴ تا زمان لازم الاجرا شدن قانون چک مصوب تیرماه ۱۳۵۵ لازم الاجرا بود، آنگاه مطابق ماده ۲۲ قانون مذکور منسوخ اعلام شد.

قانون ۱۳۵۵ در سال ۱۳۷۲ مورد اصلاح قرار گرفت و در حال حاضر قانون ۱۳۵۵ با اصلاحات سال ۱۳۷۲ عمده در زمینه های کیفری در خصوص چک قابل اجراست.

با ذکر اجمالی سیر قانونگذاری در زمینه چک، این مطلب را مجدداً عنوان می کنیم که صدور چک از ابتدا تا زمان حاضر جرم بوده و صادرکننده قابل تعقیب کیفری می باشد. اینجاست که می رسیم به این نتیجه که قانونگذار در ماده ۳۱۱ ق.ت. از روی عمد مقرر داشته که صادرکننده چک را امضا کند و به نظر می رسد که اگر چک دارای امضای صادرکننده نباشد، دیگر نباید مشمول مقررات راجع به چک بشود.

ماده ۲۴۹ ق.ت. نوع مسؤلیت امضاکنندگان برات را تعیین کرده است. بموجب ماده ۳۰۹ آن قانون ماده ۲۴۹ در مورد سفته نیز لازم الاجرا می باشد و مطابق ماده ۳۱۴ قانون مذکور مقررات ماده مورد بحث در خصوص چک نیز قابلیت اجرایی دارد.

چنانکه ماده ۲۴۹ بالصراحه مقرر می‌دارد، مسؤولیت امضاکنندگان اسناد تجاری تضامنی است، بدین معنی که دارنده سند در صورت مراجعه به متعهد اصلی و عدم تأدیه وجه سند حق دارد به کلیه امضاکنندگان و یا برخی از آنان جهت مطالبه وجه سند رجوع کند. «اقامه دعوی بر علیه یک یا چند نفر از مسؤولین موجب اسقاط حق رجوع به سایر مسؤولین نیست». همچنین در مراجعه دارنده به اشخاص مسؤول ملزم نیست که ترتیب تعهد آنان را از حیث تاریخ رعایت کند.

پرواضح است که مسؤولیت تضامنی فرع بر تعدد مسؤولین می‌باشد و در صورتی فرض مسؤولیت تضامنی متصور است که حداقل دو نفر مسؤول وجود داشته باشد. بنابراین، فرض مسؤولیت تضامنی با مسؤول واحد منتفی است.

در نظام حقوقی ما، در مسؤولیت جمعی، اصل مسؤولیت نسبی یا مشترک است و مسؤولیت تضامنی کاملاً جنبه استثنایی دارد و در صورتی مسؤولیت تضامنی برقرار می‌گردد که نص خاصی چنین مسؤولیتی را پیش بینی نموده باشد. این نص می‌تواند قانون باشد یا قرارداد. ایجاد مسؤولیت تضامنی مطابق قانون و یا موافق قرارداد در ماده ۴۰۳ قانون تجارت تصریحاً بیان شده است. بنابراین، هرگاه قانون و یا قرارداد مصرحاً چنین مسؤولیتی را مقرر نداشته باشد، بناچار باید به اصل مراجعه کنیم و مسؤولیت را نسبی یا مشترک بدانیم. همین طور اگر در این خصوص ابهام و یا اجمالی وجود داشته باشد، ناگزیریم به اصل عمل کنیم. در زمینه اسناد تجاری همانطوری که دیدیم ماده ۲۴۹ مسؤولیت را از نوع تضامنی شناخته است.

ماده مزبور اشخاصی را که با امضای سند تجاری قبول مسؤولیت می‌نمایند احصا کرده است. این افراد عبارتند از: ۱. صادرکننده سند ۲. ظهرنویس یا ظهرنویسان ۳. براتگیر قبول کننده (در مورد برات) ۴. ضامن یا ضامنین اشخاص مذکور در فقرات ۱ و ۲ و ۳ و ۵. شخص ثالث قبول کننده (در برات).

بنابراین، در ۵ گفتار جداگانه به بررسی مسؤولیت اشخاص

فوق الذکر می پردازیم:

گفتار اول

صادرکننده

در خصوص مسؤلیت صادرکننده بین برات از یک طرف و سفته و چک از طرف دیگر دو تفاوت وجود دارد: تفاوت اول این است که از نظر منطقی و عقلانی و بطور معمول هنگامی برات دهنده اقدام به صدور برات می نماید که حداقل معادل مبلغ سند از براتگیر طلبکار باشد. بدین سبب بدهکار اصلی براتگیری است که برات را قبول کرده است. هنگام سررسید دارنده برات باید به براتگیر مراجعه کند و وجه سند را از او مطالبه نماید. در مورد سفته و چک مدیون واقعی و اصلی سند صادرکننده سفته و چک می باشند. در مورد چک اگر مکانیسم عمل بدین نحو است که دارنده سند ابتداءً باید به محال^۱ علیه مراجعه کند، بدین معنی نیست که محال^۲ علیه بالاصاله مدیون سند محسوب می شود، بلکه نامبرده بدستور صادرکننده اقدام به پرداخت وجه چک می کند و به تعبیر دقیق تر محال^۳ علیه از جوهی که صادرکننده نزد او به ودیعه گذاشته، مبلغ چک را پرداخت می نماید.

در باره تفاوت دوم باید بگوییم که صادرکننده سفته و چک فقط مسؤلیت پرداخت را به عهده دارند، در حالیکه برات دهنده دو نوع مسؤلیت را عهده دار است، یا به عبارتی دیگر، ضامن دو چیز است: یکی قبول برات و دیگری تأدیه وجه آن در سررسید.

الف- مسؤلیت برات دهنده در صورت تکول برات

وقتی برات صادر می شود فقط امضای برات دهنده را داراست. دارنده سند جهت گرفتن قبولی به براتگیر مراجعه می کند و برات را به او ارائه می نماید. تا زمانی که براتگیر برات را قبول نکرده، می توان گفت

که سند ناقص است، چنین سندی به راحتی اسکننت نمی شود و همچنین دارنده آن در انتقال به دیگری کمتر با موفقیت روبرو می گردد. بنابراین دارندگان این نوع سند تردید بخود راه نمی دهند که در اولین فرصت ممکن نسبت به اخذ قبولی اقدام نمایند. با ارائه برات به براتگیر این احتمال وجود دارد که دارنده سند با نکول براتگیر مواجه گردد و در این صورت دلیلی وجود ندارد که تا سررسید صبر کند. زمانی دارنده سند ملزم است تا سررسید منتظر بماند که برات مورد قبول براتگیر واقع شده باشد. چنانچه براتگیر اقدام به نکول کرده باشد، دارنده برات حق دارد به برات دهنده مراجعه کند. یعنی برات دهنده در صورت نکول برات، مسؤول شناخته می شود. این مسؤولیت در ماده ۲۳۷ قانون تجارت برقرار گردیده است. به موجب این ماده، دارنده سند حق دارد به برات دهنده مراجعه کند و از او بخواهد جهت جلب اطمینان او به پرداخت برات در سررسید به او ضامن بدهد. چنانچه برات دهنده از دادن ضامن و یا ضامن مورد قبول دارنده برات خودداری نماید، دین مؤجل به دین حال تبدیل می شود. نهایتاً برای اینکه دارنده برات بتواند از حق مقرر در ماده ۲۳۷ برخوردار شود باید نسبت به برات نکول شده مبادرت به واخواست نکول کرده باشد.

ذکر این مطلب لازم بنظر می رسد که مسأله رجوع دارنده برات به برات دهنده بدین منظور که از وی بخواهد ضامن بدهد و این احتمال که ضامن معرفی شده توسط وی مورد پذیرش دارنده برات قرار نگیرد و یا این که اساساً ضامن معرفی نشود مشکلاتی را ایجاد می کند که با طبیعت اسناد تجاری سازگار نیست. این اسناد باید همچون پول کاغذی بعنوان ابزارهای پرداخت در معاملات و مبادلات بازرگانی مورد استفاده قرار گیرد و تکلیف آنها هرچه سریعتر روشن شود و تا آنجا که ممکن است ترتیبی داده شود که بین دارنده سند و صادرکننده آن اختلاف بروز نکند، لهذا راه حل قانون یکنواخت ژنو مصوب ۱۹۳۰ مناسب تر و مطلوب تر می نماید. مطابق قانون اخیرالذکر همینکه براتگیر اقدام به نکول برات نماید، دین مؤجل حال می شود و دارنده سند می تواند جهت مطالبه وجه آن

به برات دهنده رجوع نماید.

ب- مسؤولیت برات دهنده در صورت عدم تأدیه

در صورتی که دارنده برات در سررسید به براتگیر مراجعه کند و با عدم پرداخت مواجه شود، حق مراجعه وی به برات دهنده جهت مطالبه وجه سند در ماده ۲۴۹ قانون تجارت پیش بینی شده است. ممکن است براتگیر برات را قبل از سررسید قبول کرده باشد. این امکان هم وجود دارد که تا سررسید دارنده برات به وی رجوع نکرده باشد و در آن هنگام که برات را به وی ارائه می کند، هم از او می خواهد که آن را قبول کند و هم این که نسبت به پرداخت وجه آن اقدام نماید. یعنی اینکه گرفتن قبولی و درخواست تأدیه را همزمان انجام می دهد.

در خصوص مسؤولیت برات دهنده در قبال دارنده براتی که در سررسید با عدم پرداخت روبرو شده است باید قائل به تفکیک باشیم و بین موردی که دارنده برات به وظایف قانونی خود عمل کرده و یا عمل نکرده باشد تفاوت قایل شویم.

قسمت اول- مسؤولیت برات دهنده در مقابل دارنده براتی که به وظایف قانونی مقرر عمل کرده باشد.

درست است که مطابق ماده ۲۴۹ ق.ت. در صورت عدم تأدیه برات وسیله براتگیر به دارنده برات، دارای مسؤولیت تضامنی است، لیکن در ازای چنین حقی که مقنن برای او در نظر گرفته، وظایفی را نیز به عهده وی گذاشته است.

این وظایف عبارتند از: **وظایف دارنده برات:**

۱- مطالبه وجه سند در مهلت های مقرر

به موجب ماده ۲۷۹ ق.ت. «دارنده برات باید روز وعده وجه برات را مطالبه کند». این ماده در مورد سفته نیز لازم الرعایه می باشد. بنابراین نخستین وظیفه دارنده برات و سفته عبارت است از اینکه وجه آن را در

سررسید از متعهد آن مطالبه کند. درخصوص برات، مطالبه از براتگیر و در مورد سفته درخواست پرداخت وجه از صادرکننده آن باید به عمل آید. استثنایی که برای این قاعده مقرر شده ناظر بر برات و سفته‌هایی است که سررسید آنها به رؤیت یا به وعده از رؤیت تعیین شده باشد.^۱

با این وجود، از آنجایی که مطابق ماده ۲۸۰ قانون تجارت دارنده برات یا سفته‌ای که با عدم پرداخت روبرو شده باید ظرف مدت ۱۰ روز از تاریخ سررسید اقدام به واخواست عدم تأدیه نماید، در عمل اگر دارنده سند ظرف مدت مقرر جهت واخواست، سند را برای مطالبه وجه آن به متعهد ارائه کند، مشکلی برای وی به وجود نخواهد آمد.

در مورد چک در زمینه مهلت‌های تعیین شده جهت مطالبه وجه سند با وضعیت متفاوتی روبرو هستیم. مواد ۳۱۵ و ۳۱۷ قانون تجارت مهلت‌هایی را مقرر داشته که در ظرف آن دارنده چک باید وجه سند را از محال علیه مطالبه کند. در صورتی که مکان صدور و محل پرداخت در یکجا قرار داشته باشد، مطالبه باید ظرف مدت ۱۵ روز صورت گیرد، چنانکه این دو محل در دو مکان و یا در دو شهر مختلف واقع در ایران قرار داشته باشد، دارنده برات باید ظرف مدت ۴۵ روز پرداخت وجه چک را از محال علیه مورد تقاضا قرار دهد و هرگاه محل صدور چک خارج از کشور بوده و محل پرداخت در یکی از شهرهای ایران واقع باشد، تأدیه وجه ظرف مدت چهارماه باید انجام گیرد. ابتدای مهلت‌های مذکور تاریخ صدور چک می باشد.

۲- اقدام به واخواست عدم تأدیه

برابر ماده ۲۸۰ قانون تجارت «امتناع از تأدیه وجه برات باید در ظرف ۱۰ روز از تاریخ وعده بوسیله نوشته‌ای که اعتراض عدم تأدیه نامیده می شود معلوم گردد.»

«برحسب مستفاد از مواد ۲۸۰ و ۲۸۱ و ۲۸۸ قانون تجارت اعتراض عدم تأدیه بعد از روز وعده تا ده روز باید به عمل آید. بنابراین روز وعده یا سررسید که قانوناً موعد اقدام متعهد است نباید جزء ۱۰ روز رجوع کند به وظیفه دیگر دارنده سند مذکور در بند ۳ همین مقاله.

مقرر برای اعتراض عدم تأديه محسوب شود»^{۱۰} همچنین روز اقدام به واخواست جز مدت ده روز محسوب نمی شود.^{۱۱}

ایضاً اگر روز آخر مهلت مقرر با تعطیل رسمی مصادف شود، روز آخر موعد روزی خواهد بود که ادارات بعد از تعطیل باز می شود.^{۱۲} برای این که معلوم شود واخواست در ظرف مهلت مقرر صورت گرفته است یا نه، ملاک ثبت واخواست نامه در دفتر ثبت واخواست می باشد، نه تاریخ ابلاغ واخواست نامه.^{۱۳}

ابلاغ واخواست نامه به براتگیر و صادرکننده سفته کافی است و به هیچ وجه لازم نیست که به دیگر امضاکنندگان ابلاغ شود.^{۱۴} در مورد چک سالها اختلاف نظر وجود داشت. عده ای از حقوقدانان را اعتقاد بر این بود که به موجب قانون چک بانک محل علیه باید حسب تقاضای دارنده چک اقدام به صدور گواهی عدم پرداخت نماید، این گواهی به منزله اعتراض عدم تأديه تلقی می شود. عده ای دیگر معتقد بودند که چون در ماده ۳۱۴ قانون چک، پیش بینی شده که مقررات قانون تجارت در زمینه اعتراض مربوط به برات در مورد چک نیز لازم الرعایه است، گواهی عدم پرداخت موجب نمی شود که دارنده چک بتواند از حقوقی که قانون اخیرالذکر به نفع او برقرار کرده استفاده کند.

نظر اداره حقوقی وزارت دادگستری همراه بود با عقیده کسانی که

۱۰. نظریه کمیسیون مشورתי حقوق تجارت اداره حقوقی وزارت دادگستری مورخ ۱۳/۲/۱۳۴۹، شماره ۶۸ هفته دادگستری.

۱۱. ماده ۶۱۴ قانون آیین دادرسی مدنی.

۱۲. ماده ۶۱۳ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۲۸۱ قانون تجارت.

۱۳. نظریه مورخ ۲۴/۷/۱۱ کمیسیون مشورתי حقوق تجارت اداره حقوقی وزارت دادگستری، هفته دادگستری شماره ۳۶.

۱۴. نظریه مورخ ۲۴/۷/۱۱ کمیسیون مشورתי حقوق تجارت اراده حقوق وزارت دادگستری، هفته دادگستری شماره ۳۶.

گواهی عدم پرداخت را کافی می دانستند.^{۱۵} هیأت عمومی دیوان کشور نیز در رأی اصراری خود تشریفات مربوط به اعتراض عدم تأدیه را که در مورد برات سفته باید اعمال گردد، در خصوص چک لازم تشخیص نداد.^{۱۶}

سرانجام با صدور رأی وحدت رویه، هیأت عمومی دیوان عالی کشور به این اختلاف خاتمه داده شد و گواهی عدم پرداخت که توسط بانک محال علیه حسب تقاضای دارنده چک صادر می شود همان نقشی را ایفا می کند که واخواست عدم تأدیه. به لحاظ اهمیت موضوع عین رأی در این نقل می شود:

«قانون صدور چک مصوب ۱۳۵۵ در مادّتين ۲ و ۳ و قانون تجارت موادّ ۳۱۰ تا ۳۱۵ شرایط خاصی را در مورد چک از لحاظ موعد مراجعه به بانک و اقدام بانک محال علیه به پرداخت وجه چک یا صدور گواهی عدم تأدیه وجه آن و وظیفه قانونی بانک دایر به اخطار مراتب به صادرکننده چک می باشد. مسؤولیت ظهرنویس چک موضوع ماده ۳۱۴ قانون تجارت هم براساس این شرایط تحقق می یابد و واخواست برات و سفته به ترتیبی

۱۵. «واخواست مقرر در قانون تجارت در مورد پرداخت به منظور احراز نکول محال علیه است تا پس از تحقق نکول دارنده مجاز و محق برای مراجعه به صادرکننده یا ظهرنویس یا به همه آنان مجتمعاً باشد و در مورد چک طبق مستفاد از ذیل ماده ۳۱۵ قانون تجارت گواهی عدم پرداخت بانک ملاک تحقق نکول بوده و به استناد آن می توان بر ظهرنویس اقامه دعوی نمود». نظریه مورخ ۲۳/۲/۱۲ کمیسیون مشورتی حقوق تجارت، هفته دادگستری، شماره ۱۲.

۱۶. «بروتست مقرر در ماده ۲۹۳ قانون تجارت نسبت به بروات تجارتنی به منظور احراز نکول محال علیه است تا پس از تحقق نکول دارنده برات مجاز و محق برای مراجعه به صادرکننده برات یا ظهرنویس و یا به همه آنان مجتمعاً باشد و نسبت به چک اتیان این تشریفات به نحوی که ماده ۲۳۶ قانون تجارت پیش بینی نموده ضرورت ندارد و نامه بانک ملی ایران بر عدم تأدیه وجه چک کافی بوده و الزامی برای واخواست در مورد چک بر علیه بانک نیست، چون ظهرنویس در قبالی دارنده چک مسوول و عدم تأدیه وجه چک از طرف بانک نیز ضمن اظهارنامه ارسالی به فرجام خوانندگان اعلام و وجه چک مطالبه گردیده و دادگاه نیز نوجه دعوی را به نامبردگان پذیرفته و با این وصف قرار عدم استماع دعوی به استناد قانون تجارت در مطالبه وجه چک از ظهرنویس به عنوان اینکه واخواست نشده غیرموجه می باشد و قرار فرجام خواسته مخدوش تشخیص و... رأی شماره ۱۶۵۲، ۲۰/۵/۱۰، هیأت عمومی، مجموعه رویه قضایی کیهان، جلد دوم آرا مدنی، ص ۲۲۱ و بعد.

که در ماده ۲۸۰ قانون تجارت قید شده ارتباطی با چک پیدا نمی کند، بنابراین گواهی بانک محال علیه به عدم تأدیه وجه چک که در مدت ۱۵ روز به بانک مراجعه شده به منزله واخواست می باشد و رأی شعبه ششم دیوان عالی کشور که هیأت عمومی حقوقی دیوان عالی کشور هم با آن موافقت داشته، صحیح و منطبق با موازین قانونی است. این رأی برطبق ماده واحده، قانونی وحدت رویه قضایی مصوب ۱۳۲۸ برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاههای در موارد مشابه لازم الاتباع است». رأی شماره ۱۲۸۲/هـ مورخ ۱۳۶۹/۸/۲۸ موضوع پرونده وحدت رویه ردیف ۲۵/۹۶ هیأت عمومی، مجموعه قوانین سال ۱۳۶۹ ص. ۵۴۶ و بعد.

۳- اقدام به اخذ قبولی و مطالبه وجه براتهای به رویت و به وعده از رویت

مطابق ماده ۲۷۴ قانون تجارت، هرگاه سررسید برات به رویت یا به وعده از رویت تعیین شده باشد، دارنده برات باید ظرف مدت یک سال از تاریخ صدور جهت گرفتن قبولی و یا برای مطالبه وجه برات اقدام نماید. بدین ترتیب که در مورد براتهای به رویت ظرف مدت یک سال قبول بگیرد و درخصوص براتهای به وعده از رویت ظرف همان مدت پرداخت وجه برات را مطالبه کند. مهلت یک ساله مذکور می تواند کمتر یا زیادتر شود.^{۱۷} لیکن در عمل این مدت کمتر از یک سال تعیین می گردد، زیرا برات دهنده و ظهرنویسان که بدهکاران واقعی سند محسوب نمی شوند، مایلند هر چه سریع تر از زیر بار مسؤلیت تضامنی ناشی از امضای خود رهایی پیدا کنند.

ماده ۲۷۴ مورد گفتگو در مورد سفته نیز لازم الرعایه است. بنابراین در صورتی که سررسید سفته عندالمطالبه^{۱۸} باشد، دارنده آن باید ظرف مدت یکسال از تاریخ صدور نسبت به مطالبه وجه از صادرکننده اقدام کند. ذکر این مطلب نیز خالی از فایده نیست که مقررات راجع به سررسید، مذکور در فصل اول باب چهارم قانون تجارت درخصوص برات در مورد

۱۷. ماده ۲۷۵ قانون تجارت.

۱۸. ماده ۳۰۷ قانون تجارت.

سفته نیز قابل اجرا است. بنابراین سررسید سفته نیز می‌تواند به رؤیت و یا به وعده از رؤیت تعیین گردد.

۴- اقامه دعوی در مهلت‌های مقرر

در صورتی که دارنده برات با عدم تأدیه مواجه گردد، می‌تواند به برات دهنده رجوع کند. هرگاه برات دهنده طوعاً نسبت به پرداخت برات اقدام نماید موجبی برای دارنده سند به وجود نمی‌آید تا علیه وی اقامه دعوی نماید. اگر برات دهنده به تقاضای دارنده برات مبنی بر تأدیه وجه سند پاسخ مثبت ندهد، تنها چاره وی در این است که علیه وی اقامه دعوی نماید. مواد ۲۸۶ و ۲۸۷ مواعیدی را مقرر داشته و دارنده سند باید ظرف مواعد تعیین شده طرح دعوی کند، اگر محل پرداخت سند در ایران باشد، مهلت مقرر یک سال و در صورتی که قرار باشد سند در خارج از ایران تأدیه شود دو سال تعیین شده است.^{۱۹}

مهلت‌های یک سال و دو ساله به ترتیب سه ماه و شش ماه بود. شورای انقلاب تنگناهای مسوولین پرداخت از یک طرف و اعتصاب بانکها و مراکز اقدام از طرف دیگر که در مدت زمانی قبل از پیروزی انقلاب اسلامی موجود بود، به افزایش آن مهلت‌ها به ترتیبی که ذکر شد مبادرت ورزید. مسلماً اقدام شورای مذکور نسبت به اسنادی که پرداخت آنها با مشکل روبرو شده بود قابل توجیه و دفاع بود، لیکن تمدید مدت‌های یاد شده به یک سال و دو سال برای همشه نمی‌تواند موجه تلقی گردد. زیرا بدهکار واقعی در اسناد تجاری فقط یکی از امضاکنندگان است و سایرین در این جهت مسوول شناخته شده‌اند که سند دارای اعتبار و ارزش بیشتری گردد. بنابراین، آن اشخاص حق دارند که در حداقل زمان از زیر بار چنین مسوولیت سنگین خلاصی پیدا کنند.

نه تنها حق مراجعه دارنده سند تجاری به نحوی که ملاحظه شد مورد پیش بینی مقنن قرار گرفته است، بلکه این حق برای ظهرنویسانی هم که حسب تقاضای دارنده سند اقدام به پرداخت نموده و یا علیه آن اقامه

۱۹. مادهٔ واجده راجع به تمدید مهلت‌های مندرج در مواد ۲۸۶ و ۲۸۷ قانون تجارت مصوب شورای انقلاب، مجموعه قوانین سال ۱۳۵۸ صفحه ۴۴۸.

دعوی به عمل آمده شناخته شده است. النهایه ظهرنویس پرداخت کننده و یا ظهرنویسی که به طرفیت وی طرح دعوی شده فقط می تواند به صادرکننده و ایادی ماقبل خود رجوع کند و حق ندارد به ظهرنویسان مابعد و بطور کلی به ایادی بعد خود مراجعه نماید.

ماده ۲۸۸ ق. ت. ناظر به مهلت هایی است که ظهرنویس می تواند طرح دعوی کند. در اینجا همان مهلت های یک ساله و دو ساله مقرر است و ابتدای آن مواعد فردای ابلاغ احضاریه و یا تأدیه حسب مورد خواهد بود.^{۲۰}

مواد ۲۸۶ و ۲۸۷ و ۲۸۸ در مورد سه سند تجاری لازم الرعایه می باشد.^{۲۱}

قسمت دوم- مسؤولیت برات دهنده در قبال دارنده براتی که به وظایف مقرر قانونی عمل نکرده باشد.

چنانکه دارنده برات به وظایفی که قانوناً به عهده او محول است و فوقاً آنها را مورد بررسی قرار دادیم قیام ننماید، آیا نامبرده حق مراجعه خود را نسبت به برات دهنده از دست می دهد؟ مقتن جهت پاسخ به این پرسش قایل به تفکیک شده است، حسب اینکه برات دارای محل بوده یا نبوده باشد. مطابق مواد ۲۷۴ و ۲۹۰ قانون تجارت، اگر برات دهنده ثابت کند که محل برات را در سررسید نزد براتگیر تأمین کرده بود، حق مراجعه دارنده برات و همچنین حق مراجعه هر یک از ظهرنویسان به برات دهنده ساقط شده تلقی می گردد. لیکن هرگاه برات دهنده از عهده

۲۰. ماده ۲۸۸ چنین مقرر می دارد:

«هر یک از ظهرنویسها بخواهد از حقّی که در ماده ۲۴۹ به او داده شده استفاده نماید باید در مواعدی که به موجب مواد ۲۸۶ و ۲۸۷ مقرر است اقامه دعوی کند و نسبت به او موعد از فردای ابلاغ احضاریه محکمه محسوب است و اگر وجه برات را بدون اینکه بر علیه او اقامه دعوی شده باشد تأدیه نماید از فردای روز تأدیه محسوب خواهد شد.»

۲۱. به مواد ۳۰۸ و ۳۱۴ مراجعه شود.

اثبات این امر که محلّ برات را هنگام سررسید نزد براتگیر تأمین کرده بوده برنیاید، مسؤولیت او در قبال دارنده برات برقرار می باشد، حتی اگر دارنده برات به وظایف مقرر قانونی عمل نکرده باشد.^{۳۳}

گفتار دوم

ظهن نویسی

چنانکه ماده ۲۴۵ ق.ت. تصریح دارد ظهن نویسی مکانیسم انتقال اسناد تجاری محسوب می شود. لیکن تنها مکانیسم انتقال، ظهن نویسی نیست. در مورد اسناد در وجه حامل شیوه قبض و اقباض نیز موجب می گردد که حقوق مترتب بر سند به دارنده بعدی آن منتقل شود.^{۳۳}

ظهن نویسی صرفاً باعث نمی گردد که حقوق ناشی از سند مورد واگذاری قرار گیرد. ظهن نویسی علاوه بر آن ضامن هم باقی خواهد ماند. مسؤولیت ظهن نویسی حسب اینکه در مورد کدام یک از اسناد سه گانه تجاری انجام گیرد متفاوت است. اگر ظهن نویسی در سفته یا چک صورت پذیرد، ظهن نویسی ضامن پرداخت وجه سند خواهد بود. لیکن، هرگاه برات مورد ظهن نویسی قرار گیرد هم مسؤول قبول برات است و اگر براتگیر به هر علتی برات را نکول کند مسؤولیت دارد، هم اینکه در سررسید چنانکه براتگیر در مورد پرداخت وجه برات اقدام ننماید، در قبال دارنده سند مسؤولیت تضامنی خواهد داشت. بنابراین، باید مسؤولیت ظهن نویسی را بطور جداگانه مورد بررسی قرار دهیم.

الف- مسؤولیت ظهن نویسی ناشی از نکول برات

در صورتی که براتی مورد نکول براتگیر واقع گردد، مطابق ماده ۲۳۷ ق.ت. دارنده برات حق دارد به ظهن نویسی هم مراجعه کند و از او

۲۲. با وجودی که تئوری فرانسوی محلّ برات در حقوق ایران پذیرفته نشده، معذک ملاحظه می کنیم که یکی از آثار مترتب بر محلّ در مواد ۲۷۴ و ۲۹۰ قانون تجارت، مورد توجه قرار گرفته است.

۲۳. به ماده ۳۲۰ ق.ت. مراجعه شود.

بخواهد که جهت پرداخت سند در سررسید ضامن بدهد. چنانکه حاضر به دادن ضامن نشود و یا ضامنی که معرفی می نماید دارنده برات آن را نپذیرد، دین مؤجل حال می شود، مسوولیت ظهرنویس از این جهت با مسوولیت برات دهنده هیچگونه تفاوتی ندارد و عیناً یکسان است و به همانگونه که دارنده برات می تواند به ظهرنویس رجوع کند، ظهرنویس مابعد او هم که وجه سند پرداخت کرده و علیه او اقامه دعوی به عمل آمده حق دارد به او مراجعه نماید.

ب- مسوولیت ظهرنویس ناشی از عدم تأدیه

در اینجا تفاوتی بین سه سند مورد گفتگو وجود ندارد. در هر سه سند ظهرنویس در قبال دارنده برات و همچنین در مقابل ایادی مابعد خود دارای مسوولیت تضامنی می باشد و چنانکه سند به هر علتی با عدم پرداخت مواجه شود، متعهد است که در صورت مراجعه دارنده سند اقدام به پرداخت نماید.

کلیه مطالبی که در خصوص مسوولیت برات دهنده ناشی از عدم تأدیه مورد بررسی قرار گرفت در اینجا کاملاً قابل اعمال است، جز اینکه اگر دارنده برات به وظایف مقرر قانونی خود کلاً یا بعضاً اقدام ننماید حق مراجعه خود را علیه ظهرنویسان از دست می دهد و اثبات محل یا عدم محل هیچگونه تأثیری نخواهد داشت.

گفتار سوم

متعهد اصلی سند

در برات شخصی که متعهد اصلی و واقعی محسوب می گردد عبارت است از براتگیر، البته نه هر براتگیری، براتگیری که برات را قبول کرده است. عقلاً و منطقاً براتگیر وقتی اقدام به قبول برات می کند که حداقل معادل مبلغ سند به برات دهنده مدیون باشد. براساس همین قاعده است که ماده ۲۳۰ ق.ت. مقرر می دارد: «قبول کننده برات ملزم است وجه آن را

سر وعده تأدیه نماید. در حقیقت قبول برات به منزله اقرار براتگیر است به مدیون بودن خود، لذا همانطوری که انکاری بعد از اقرار مسموع نیست، نکول پس از قبولی نیز پذیرفته نیست. ماده ۲۳۱ ق.ت. مَصْرَحاً این معنی را بیان می‌دارد با این عبارات که: «قبول کننده حق نکول ندارد». بدین ترتیب، در برات، براتگیر قبول کننده است که بدهکار واقعی شناخته می‌شود و مسؤولیت او طبیعتاً از مسؤولیت دیگر امضاکنندگان باید شدیدتر باشد و در هر حال دارنده برات باید بتواند جهت وصول وجه سند به او مراجعه کند، حتی اگر به وظایف مقرر قانونی که به عهده او محوّل شده است عمل نکرده باشد.

در مورد سفته و چک بدهکاران واقعی، صادرکنندگان این دو سند هستند و مسؤولیت آنان بالنسبه به مسؤولیت ظهرنویسان و ضامنین سنگین می‌باشد. با این وجود، باید توجه داشت که وضعیت صادر کننده سفته عیناً مشابه وضعیت صادر کننده چک نمی‌باشد.

صادرکننده در همه حال در قبال دارنده سفته متعهد پرداخت باقی می‌ماند ولو آن که دارنده برات^{سفته} به وظایف مقرر قانونی عمل نکرده باشد. در کلیه موارد ذمه وی در برابر دارنده سفته باقی می‌ماند.

اما در خصوص چک با مواد ۳۱۵ و ۳۱۷ ق.ت. مواجه هستیم که براساس آن، دارنده سند باید ظرف مواعد ۱۵ روزه و ۴۵ روزه و چهارماه جهت مطالبه وجه چک به محال^{علیه} مراجعه کند. چنانکه در ظرف آن مواعد اقدام به مطالبه وجه سند ننموده باشد، دیگر دعوای او علیه صادرکننده نیز مسموع نیست، مشروط بر اینکه وجه چک به سببی که مربوط به محال^{علیه} است از بین برود.

گفتار چهارم

ضامن یا ضامنین

ماده ۲۴۹ ق.ت. در جزء آخر خود، ضامن را در مورد دیگر مسؤولان برات قرار داده است. این ماده همانطور که قبلاً بدان اشاره نمودیم در

خصوص سفته نیز لازم الرعایه است. ماده ۳۱۴ ق.ت. مصرح است به این که مقررات قانون تجارت راجع به برات در زمینه ضمان شامل چک نیز می باشد.

عبارات ماده ۲۴۹ در باب ضامن و مسؤولیت او بدین قرار است: «ضامنی که ضمانت برات دهنده با محال علیه یا ظهرنویس را کرده فقط با کسی مسؤولیت تضامنی دارد که از او ضمانت کرده است». بنابراین برات دهنده، و دیگر ظهرنویسان می توانند دارای ضامن باشند.

اولین مطلبی که در مورد دخالت ضامن باید مورد توجه قرار گیرد این است که موارد مداخله اشخاص به عنوان ضامن و امضای سند توسط آنان منحصر به موارد منصوص در قانون تجارت نیست. در قانون اخیرالذکر در دو ماده دخالت ضامن پیش بینی شده است: یکی ماده ۲۳۷ و دیگری ماده ۲۳۸.

پیش از این به مناسبت مسؤولیت برات دهنده و ظهرنویسان برات ناشی از نکول آن سند گفتگو کردیم و گفتیم که اگر برات توسط براتگیر نکول شود، و اعتراض نکول هم به عمل آمده باشد، دارنده برات حق دارد به برات دهنده و همچنین به هریک از ظهرنویسان مراجعه کند و از آنها بخواهد که ضامن بدهند و در صورتی که اشخاص یاد شده از معرفی ضامن و یا معرفی ضامن مورد قبول دارنده برات خودداری نمایند دین مؤجل به دین حال تبدیل می شود. بنابراین، بر اساس این ماده در مواردی برات دهنده و ظهرنویسان باید اقدام به دادن ضامن نمایند.

در ماده ۲۳۸ مقنن مواردی را ذکر می کند که براتگیر باید ضامن بدهد. به موجب این ماده «اگر به علیه کسی که براتی را قبول کرده ولی وجه آن را نپرداخته اعتراض عدم تأدیه شود، دارنده براتی نیز که همان شخص قبول کرده ولی هنوز موعد پرداخت آن نرسیده است می تواند از قبول کننده تقاضا نماید که برای پرداخت وجه آن ضامن بدهد یا پرداخت آن را به نحو دیگری تضمین کند».

موارد مداخله ضامن، چنانچه اشاره کردیم منحصر به آنچه در ماده

۲۳۷ و ۲۳۸ ق.ت. آمده نمی باشد و کاملاً بستگی دارد به اداره و تمایل اشخاص ذی مدخل در اسناد تجاری از برات دهنده و براتگیر و دارنده برات و ظهرنویس.

دومین مطلب قابل ذکر این است که مسؤلیت ضامن به طور مطلق و به نحو مستقل تضامنی نیست. عبارات قانون در این خصوص کاملاً رسا و روشن نیست. لیکن با عنایت به متن فرانسوی اساس اقتباس و ترجمه معلوم می شود که منظور آن است که در مواردی می توان به ضامن مراجعه کرد که دارنده سند حق رجوع به مضمون^{۲۴} عنه آن ضامن را دارا باشد.

به عنوان مثال اگر شخص به عنوان ضامن ظهرنویس، سندی را امضا کرده باشد و دارنده سند به علت عدم و خواست حق مراجعه به ظهرنویس را از دست بدهد، به طریق اولی حق مراجعه علیه ضامن ظهرنویس را هم از دست خواهد داد.

با این وجود باید توجه داشت که در برخی از موارد دارنده سند نمی تواند به مضمون^{۲۴} عنه رجوع کند، بدین سبب که تعهد مضمون^{۲۴} عنه باطل می باشد. می دانیم که یکی از اصول مسلم مورد قبول در سیستم های مختلف قانونگذاری و پذیرفته شده در قانون یکنواخت ژنو، اصل «غیر قابل استناد بودن ایرادات»^{۲۵} است. براساس این اصل، متعهد سند تجاری که مورد مراجعه دارنده سند قرار گرفته نمی تواند به ایرادات مبتنی بر روابط خود با ماقبل آن سند استناد کند. این اصل دارای سه استثناست بدین قرار: جعل، حجر، و نقص شکلی.

ضامن می تواند در قبال دارنده سند به نقص شکل استناد کند و از زیر بار مسؤلیت رهایی پیدا کند. مثلاً بگوید شرایط مقرر در ماده ۲۲۳ قانون تجارت در برات موجود نیست. لیکن در زمینه جعل و حجر دست او بسته است. یعنی این که اگر ثابت شود که امضای مضمون^{۲۴} عنه جعل شده است، دارنده سند حق مراجعه به او را از دست می دهد، اما اگر این مضمون^{۲۴} عنه ضامن داشته باشد، می تواند به ضامن رجوع کند. همین طور در مورد حجر، چنانکه احراز شود که مضمون^{۲۴} عنه محجور بوده است، دارنده سند حق مراجعه به مضمون^{۲۴} عنه را دارا نیست، ولی می تواند به ضامن او

24. L. inopposabilité des exceptions.

رجوع کند و وجه سند را از او مطالبه نماید.

مطلب سوم، این است که ضامن باید تصریح کند که از چه شخص ضمانت آورده است. با این وجود، تعیین نام مضمون‌عنه شرط صحّت ضمان نیست و چنانکه ضامن بدون ذکر نام مضمون‌عنه به عنوان ضامن مداخله کرده باشد مسؤولیت او برقرار می‌باشد. التّهایه باید معلوم کرد که وی از چه کسی ضمانت کرده است. قانون یکنواخت ژنو در این خصوص این اماره را بدست داده که در کلیه مواردی که معلوم نباشد ضامن از کدامیک از امضا کنندگان سند ضمانت کرده، باید فرض را بر آن گذاشت که از برات دهنده یا از صادرکننده سفته و چک ضمانت آورده است.

قانون تجارت ما متعرّض مطلب نشده است. حال باید دید آیا می‌توان راه حلّ قانون یکنواخت ژنو را پذیرفت. به نظر می‌رسد پاسخ به این پرسش مثبت باشد. زیرا از ماده ۲۷۳ ق.ت. و برخی دیگر از موادّ آن قانون به روشنی مستفاد می‌شود که مقنّن ایرانی هم این فکر را در وضع مقرّرات راجع به اسناد تجاری مطمح نظر قرار داده که به نوعی تعیین تکلیف کند که تعداد بیشتری از مسؤولان سند بری الذّمه شوند. ماده مرقوم چنین مقرر می‌دارد: «اگر دو شخص متفقاً هریک از جانب یکی از مسؤولان برات برای پرداخت وجه حاضر شوند پیشنهاد آن کسی پذیرفته است که تأدیه وجه از طرف او عدهّ زیادتری از مسؤولان را بری الذّمه می‌کند. اگر خود محالّ علیه پس از اعتراض برای تأدیه وجه حاضر شود، بر هر شخص ثالثی ترجیح دارد».

مسئلاً اگر بپذیریم که ضامن از برات دهنده ضمانت کرده کلیه ظهرنویسان برات ذمه پیدا می‌کنند. این ایراد ممکن است مطرح شود که در چنین مواردی چرا نگوئیم ضامن از براتگیر ضمانت کرده که در این صورت کلیه مسؤولین بری الذّمه شوند. جواب ایراد این است که اساس تأسیس حقوقی ضمان در اسناد تجاری و تأسیس های حقوقی مشابه آن، نظیر قبول شخص ثالث و پرداخت برات وسیله شخص ثالث و برات رجوعی بر این فکر است که برای نجات برات دهنده و ظهرنویسان که مورد مراجعه

دارنده برات قرار می گیرند از سلب اعتبار اقدام شود. اشخاص مذکور، در حقیقت بدهکاران سند شناخته نمی شوند و برقراری مسؤلیت تضامنی آنان از باب آن است که به ارزش و اعتبار سند تجاری افزوده شود. اینان اگر سند را امضاء کرده اند به اعتبار طلبی بوده که از دیگری داشته اند و یا به لحاظ حقیقی بوده که مورد انتقال قرار داده اند. در حالی که برانگیر و صادرکننده سفته و چک بدهکار واقعی محسوب می شود و به تعهد خود در پرداخت سند عمل نکرده اند. لهذا موجبی توجیه نمی کند که مقنن تأسیس یا تأسیس هایی حقوقی وضع کند به منظور حمایت از متعهدی که مدیون بوده و علیرغم تعهدی که کرده اقدام ننموده است. نتیجه این که اگر ضامن تعیین نکرده باشد که از چه کسی ضمانت کرده است، فرض را بر آن می گیریم که از صادرکننده سند ضمانت نموده است.

گفتار پنجم

قبولی شخص ثالث

دو ماده ۲۳۹ و ۲۴۰ قانون تجارت ایران به قبولی شخص ثالث اختصاص یافته است. می دانیم که برات ممکن است به هرعلتی از علل مورد نکول براتگیر واقع شود. به بیان دیگر براتگیر حتی اگر معادل مبلغ برات به برات دهنده هم مدیون باشد می تواند اقدام به نکول آن نماید و مطابق مقررات حاکم بر اسناد تجاری مسؤلیتی متوجه او نمی باشد و باز می دانیم که نکول برات می تواند آثار زیان باری به اشخاص وارد کند که برات را امضا کرده اند. یعنی می تواند برات دهنده و ظهرنویسان را در معرض آن قرار دهد که ورشکسته شوند و حداقل به حیثیت تجارتی این عده به شدت لطمه وارد می کند. لذا مقنن در مقام آن برآمده که شخص ثالثی را اجازه دهد که مداخله کند و برات را تحت همین عنوان قبول کند. در حقیقت شخص ثالث با قبول برات در موقعیت براتگیر قرار می گیرد. قبولی شخص ثالث به دو صورت می تواند تحقق یابد. یا اینکه

برات دهنده هنگام صدور، دخالت شخص معینی را پیش بینی می کند که هرگاه براتگیر از قبول برات امتناع کند، دارنده برات به آن شخص مراجعه کند. در این صورت، برات دهنده از ابتدا این احتمال را مد نظر قرار داده که براتگیر برات را نکول می کند و بدین سبب شخص ثالثی را معین کرده که دارنده برات به او رجوع کند. در اینجا در واقع امر، برات دهنده مثل این است که دو نفر را به عنوان براتگیر تعیین کرده که در صورت نکول یکی به دیگری مراجعه شود.

صورت دوم، این است که دخالت شخص ثالث در برات مورد توجه قرار نگرفته و با نکول برات، شخصی پیشنهاد می کند که تحت عنوان شخص ثالث برات را قبول کند.

به نظر می رسد که قانونگذار، به صورت دوم قبولی شخص ثالث نظر داشته است. چنانکه ماده ۲۳۹ ق.ت. صراحت دارد شخص ثالث به نفع برات دهنده یا یکی از ظهرنویسان مداخله می کند و برات را قبول می نماید. پس همانطوری که فوقاً ملاحظه شد دخالت شخص ثالث به نفع براتگیر اساساً نمی تواند مطرح باشد.

ماده ۲۴۰ ق.ت. به ترتیبی که تدوین گردیده ممکن است این فکر را القا کند که حتی با قبولی شخص ثالث، دارنده برات می تواند حق مراجعه خود را که از نکول ناشی شده، حتی علیه کسانی که دخالت شخص ثالث در وضع آنها مؤثر است اعمال کند. ماده مذکور عیناً نقل می شود تا با توجه دقیق به آن معلوم شود آیا واقعاً چنین معنایی از آن مستفاد می شود.

«بعد از قبول شخص ثالث نیز تا برات تأدیه نشده کلیه حقوقی که برای دارنده برات از نکول آن در مقابل برات دهنده و ظهرنویسها حاصل می شود محفوظ خواهد بود.»

عمل به ظاهر ماده و شناسایی حق مراجعه برای دارنده برات که به امضاکنندگان سند مراجعه کند و حقوق حاصل از نکول را اعمال نماید کاملاً مخالف فلسفه وجودی قبولی شخص ثالث است. مداخله شخص ثالث و قبولی برات توسط او به دو علت صورت می گیرد: یکی این که نگرانی

دارنده برات از نکول برات مرتفع شود و کسی را به جای براتگیر در مقابل خود مسؤول بشناسد و دیگر این که برات دهنده و ظهرنویسان که دخالت شخص ثالث در وضعیت آنان ذی تأثیر است آسوده خاطر شوند و مطمئن گردند که تا سررسید مورد مراجعه قرار نمی گیرد. چنانکه این دو منظور از مداخله شخص ثالث حاصل نگردد، اساساً باید پذیرفت که قانونگذار مرتکب عمل لغو شده است و از آنجا که متهم کردن مقنن به چنین اتهامی روا نمی باشد، باید ماده مورد بحث را به کیفیتی تفسیر کنیم که خلاف فلسفه وجودی تأسیس حقوقی شخص ثالث عمل نکرده باشیم.

همانطوری که خاطر نشان ساختیم قانونگذار در مواد ۲۳۹ و ۲۴۰ ق.ت. به صورتی از قبولی شخص ثالث که در برات پیش بینی شده باشد توجه نداشته است. بنابراین، در صورتی که در متن برات قید شده باشد که دارنده به شخص معینی مراجعه کند، باید پذیرفت که دارنده ملزم است به این قید توجه کند. در واقع دارنده سند، سند را با در نظر گرفتن کلیه مندرجات آن پذیرفته و نسبت به همه آنها مأخوذ است. مطلع بوده که برات ممکن است مورد نکول براتگیر قرار گیرد و به این امر هم وقوف داشته که در صورت نکول به شخص ثالث مراجعه نماید. پس ملزم است که به شخص ثالث رجوع کند. با مراجعه به شخص اخیرالذکر قضیه از دو صورت خارج نیست: یا این که نامبرده برات را به نوبه خود نکول می کند که در این حالت دارنده برات حق دارد از مزایای نکول استفاده کند و به برات دهنده و ظهرنویسان مراجعه نماید و از آنان بخواهد که ضامن بدهند و اگر از دادن ضامن امتناع نمایند دین مؤجل نسبت به آنان حال می شود.

صورت دوم این است که شخص ثالث برات را قبول می کند. در این حالت دارنده سند ملزم است که تا سررسید صبر کند و به هیچ کدام از امضا کنندگان حق مراجعه ندارد و مثل آن است که براتگیر برات را قبول کرده است.

اما چنانکه شخص ثالث به ابتکار خود پیشنهاد مداخله بدهد، خوب

طبیعی است که باید برای دارنده برات این حق را قایل شد که این مداخله را نپذیرد. زیرا، دارنده با توجه به اعتبار و ملائت شخص ثالث عمل می‌کند. اگر او را معتبر بدانند مسلماً با کمال میل تعهد او را به پرداخت می‌پذیرد و اگر فاقد اعتبار لازم باشد، دخالت او دردی از دارنده برات درمان نمی‌کند.

در فرض دخالت شخص ثالث به ابتکار خود او، این حالت هم ممکن است حادث شود که دارنده برات قبولی او را بپذیرد. اگر چنین حالتی رخ دهد باید بگوییم که دارنده برات نباید به شخص یا اشخاصی که قبولی شخص ثالث در وضع آنان تأثیر می‌گذارد بتواند مراجعه نماید.

در اینجا لازم است به این مطلب توجه شود که شخص ثالث مداخله کننده از دو جهت باید معلوم کند به نفع کدامیک از مسؤولان، برات را قبول کرده است: یکی از این بابت که فرد یا افرادی از امضاکنندگان تاسرسید مصون از مراجعه قرار بگیرند و دوم از این حیث که شخص ثالث قبول کننده در صورت پرداخت بتواند برای وصول آنچه تأدیه کرده مراجعه کند و معین باشد که به چه شخص یا اشخاص حق مراجعه خواهد داشت.

در مقررات قانون تجارت ما وجود ندارد که براساس آنها بتوانیم به سؤال فوق الذکر جواب بدهیم. در قانون یکنواخت ژنو مقرر گردیده که وقتی شخص ثالث به اراده خود اقدام به قبولی برات می‌کند، دارنده سند نمی‌تواند به او و ایادی ما بعد وی مراجعه کند. لیکن حق دارد به ایادی ماقبل وی رجوع نماید. بنابراین، مطابق قاعده مذکور اولاً شخصی که قبولی به نفع او صورت گرفته و ایادی ما بعد او تاسرسید مصون از مراجعه دارنده برات خواهد بود. ثانیاً اگر در سررسید شخص ثالث قبول کننده اقدام به پرداخت نماید می‌تواند جهت دریافت آنچه تأدیه کرده به شخصی که به نفع او برات را قبول کرده و ایادی ماقبل او مراجعه کند. این قاعده را می‌توانیم از مقررات راجع به تأدیه برات توسط شخص ثالث که در مواد ۲۷۰ تا ۲۷۳ قانون تجارت تشریح گردیده استنباط کنیم.

در خاتمه این بحث یادآوری این نکته ضرورت دارد که هرگاه شخص ثالث قبول کننده تعیین نماید که به نفع کدامیک از امضاکنندگان

اقدام به قبولی برات نموده با استفاده از وحدت ملاک ماده ۲۷۳ ق.ت. باید این قاعده را اعمال کنیم که به نفع برات دهنده برات را قبول کرده، زیرا با اعمال این قاعده تعداد بیشتری از مسؤولان تاسرسید مصون از مراجعه دارنده برات خواهند بود و همچنین اگر شخص ثالث مبادرت به پرداخت نماید به هیچکدام از ظهرنویسان حق مراجعه نخواهد داشت.

نتیجه

مقررات قانون تجارت، در زمینه اسناد تجاری همچون بسیاری از زمینه های دیگر بسیار کهنه هستند و در غالب موارد لازم است مورد اصلاح و تجدید نظر قرار گیرد. امید است این بازنگری هرچه زودتر انجام گیرد و اسنادی که به شدت متداول هستند تحت شمول مقررات جامع و مانعی قرار گیرند که با مقتضیات روز مربوط به معاملات و مبادلات بازرگانی انطباق داشته باشند. در اصلاح مقررات می توان از الگوهای بین المللی استفاده کرد مخصوصاً مقررات قانون های یکنواخت ژنو مصوب سالهای ۱۹۳۰ و ۱۹۳۱ مربوط به برات و سفته و چک، همین طور پروژه سازمان ملل متحد مصوب سال ۱۹۸۸ نیز می تواند مورد امعان نظر قرار گیرد.



دکتر حسین مهرپور

- دو بحث کوتاه در مورد تعدد زوجات:
- ۱- استیفای عده در نکاح منقطع
 - ۲- محدود کردن تعدد زوجات



مقدمه

مطابق نصّ قرآن کریم و اجماع تمام مسلمین، مرد می‌تواند چهار زن
دایم در عقد نکاح خود داشته باشد و داشتن بیش از چهار زن ممنوع است.
به اجماع شیعه امامیه نکاح منقطع نیز مجاز و مشروع است.
در خصوص اصل تعدّد زوجات، این مسأله مخصوصاً در دوران اخیر
مطرح است که آیا می‌توان محدودیتی برای آن قائل شد و خواست مرد
برای اختیار همسر جدید با وجود داشتن زن را موکول به شرایطی نمود و
اجازه دادگاه را شرط دانست یا خیر؟
همچنین با توجه به مشروعیت نکاح منقطع در فقه امامیه، این سؤال
مطرح است که آیا محدودیت چهار زن شامل نکاح منقطع نیز می‌شود یا
مخصوص نکاح دایم است و نکاح منقطع حدّ نصابی ندارد.
در بررسی کوتاهی که به مناسبت بحث حقوق خانواده داشتیم به
برخی نکات قابل توجه برخورد کردم که بر آن شدم به عنوان طرح بحث و
فتح باب، بحث کوتاهی در هر یک از دو زمینه مزبور داشته باشم. امید
است از نظرات مستدل و مفصل اهل نظر و ارباب فضل در این زمینه
مخصوصاً در مورد امکان برقرار کردن مقرّرات محدود کننده تعدّد زوجات
از سوی حکومت، بهره گیریم.

۱ - حکم استیفای عده در نکاح منقطع

مشهور بین فقهای امامیه، این است که ممنوعیت جمع بیش از چهار زن مخصوص عقد نکاح دائم است و در نکاح منقطع، هیچ گونه محدودیتی نیست و مرد می تواند هر تعداد زن که بخواهد به نکاح منقطع داشته باشد، این شهرت، آن چنان قوی است که صاحب جواهر، ادعا می کند، بعید نیست بگوییم از ضروریات مذهب امامیه است^۱ و بر این معنی به تعدادی روایات منقوله از ائمه اطهار علیهم السلام نیز استناد شده که مفاد آن روایات این است که زن منقطعه جزء نصاب چهار زن که در آیه سوم سوره نساء آمده نیست و مرد می تواند هر مقدار که بخواهد از آنها ازدواج کند.^۲ در میان فقها کسی که شدیداً در این امر تردید کرده و هر چند نظر و فتوای صریح نداده ولی در جواز آن سخت تردید نموده، شهید ثانی است که در شرح لمعه می گوید: اثبات چنین حکمی یعنی جایز بودن جمع بیش از چهار زن در نکاح منقطع، با وجود این که با ظاهر آیه قرآن (فَانكحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعًا) و اجماع سایر علمای اسلام مغایر است، دشوار می باشد. وی روایات وارده در این باب را نیز ضعیف و غیر صحیح می داند و در مقابل، به چند روایت استناد می کند که در آنها، زن منقطعه نیز جزو حدّ نصاب چهار زن به شمار آمده و نکاح بیش از چهار تا در مورد آنها نیز تجویز نشده است.^۳

۱. جواهر الکلام، جلد ۳۰، ص ۸.

۲. برخی از این روایات بدین شرح است: «... عَنْ عُبَيْدِ بْنِ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: ذَكَرْتُ لَهُ الْمَتْنَةَ أَيْ مِنَ الْأَرْبَعِ؟ فَقَالَ: تَزْوِجُ مِنْهُنَّ الْفَائِئِنَهُنَّ مُتَّجِرَاتٍ.»

«... عَنْ زُرَّارَةَ بْنِ أَعْيَنَ قَالَ: قُلْتُ: مَا يَجِلُّ مِنَ الْمَتْنَةِ؟ قَالَ: كَمْ شِئْتَ.» وسائل الشیعه جلد ۱۲،

ص ۴۲۶، باب ۲ از ابواب متعه.

۳. شرح لمعه، جلد ۵، صفحه ۲۰۷. از جمله روایت عمار ساباطی از امام صادق (ع) که امام فرمود: متعه

از فقهای متقدم قاضی ابن براج صاحب کتاب جواهر و المهدب نیز جمع بیش از چهار زن در نکاح متعه را جایز نمی‌داند، وی در این خصوص می‌گوید: «ولا يجوز للمتزوج متعة ان يزيد على اربع من النساء وقد ذكر ان له ان يتزوج ماشاء و الاحوط ما ذكرناه.»^۴

شهید ثانی از نحوه بیان علامه حلی در کتاب مختلف نیز استمراج می‌کند که ظاهراً آن فقیه مبرز هم تمایل به منع جمع بیش از چهار زن در نکاح منقطع داشته، زیرا وی صرفاً نظر مشهور را که در نکاح منقطع حدّ نصاب وجود ندارد نقل کرده و خود فتوای نداده است.^۵

شهید ثانی در کتاب مسالک نیز به این مطلب اشاره می‌کند و ادّعی اجماع بر جواز جمع بیش از چهار زن در نکاح منقطع را صحیح نمی‌داند.^۶

به هر حال به نظر می‌رسد، قول به شمول ممنوعیت جمع بیش از چهار زن بر نکاح منقطع، هم با ظاهر قرآن مطابق است و هم، به طوری که دیدیم مدلول برخی از روایات وارده از ائمه اطهار علیهم السلام است، روایاتی که دلالت بر جواز نکاح منقطع بدون حدّ و حصر می‌نمایند، علاوه بر آنکه، به قول شهید ثانی، سند آنها ضعیف یا مجهول یا مقطوع السند هستند و نمی‌توانند چنین حکم خلاف قرآن را اثبات کنند، نحوه بیان آنها نیز به گونه ای است که انسان در صدورشان از معصوم (ع) تردید می‌کند،

یکی از چهار زن است: عن عمّار السّاباطی هی اُبی عبد الله (ع) عن المتّعة فقال: هی احدى الأربعة و روایت محمد بن ابی نصر از حضرت رضا علیه السلام که با تأکید فرمودند: متعه یکی از چهار زن است و در پاسخ که وی می‌گوید: زواره از امام باقر (ع) نقل کرده که ایشان فرمودند متعه مانند کنیز است و هر تعداد شخص بخواهد می‌تواند ازدواج کند، امام (ع) می‌فرماید: لا هی من الأربیع. وسائل الشیعه، همان مأخذ، ص ۲۴۸.

۴. المهدب، جلد دوم، ص ۲۴۳، از قاضی عبدالعزیز البرّاج الطرابلسی، از انتشارات جامعه مدرسین قم.

۵. رجوع شود به: شرح لمعه، جلد ۵، صص ۲۰۶-۲۰۹.

۶. مسالک الافهام، جلد ۱، ص ۲۸۸. وی در آنجا با اشاره به نحوه بیان علامه می‌گوید: «و فی المختلف اقتصر من الحكم علی مجرد الشهرة و لم یصرح بمختاره و عذره واضح و دعوی الاجماع فی ذالک

زیرا درست است که اصل جواز و مشروعیت نکاح منقطع و استمرار جواز آن از مسلمات مذهب امامیه است و ائمه اطهار علیهم السلام نیز در بیاناتشان سعی داشتند این سنت، زنده بماند و اصل مشروعیت آن از بین نرود، ولی پیداست که حکمت این امر، امکان برآوردن نیاز جنسی افرادی که توانایی ارضای آن را از راه نکاح دائم ندارند و یا به عللی نیازشان ارضا نمی شود، می باشد، و در واقع تشریح و تداوم آن برای جلوگیری از فحشا و هرج و مرج جنسی و توجه به یک ضرورت و واقعیت اجتماعی است. به گونه ای که از امام علی علیه السلام نقل شده که فرمود: اگر عمر متعه را حرام نکرده بود جز افراد خبیث کسی مرتکب زنا نمی شد.^۷

تشویق به متعه گرفتن زیاد و در واقع، زن بارگی و تنوع طلبی با فرهنگ اهل بیت و ائمه اطهار علیهم السلام مطابقت ندارد و بنابراین چگونه می تواند معقول باشد که امام صادق (ع) در پاسخ سؤال مربوط به محدودیت متعه چهار زن بفرماید: می تواند هزار زن متعه بگیری زیرا آنها زن کرایه ای هستند، در حالی که در برخی از روایات، شدیداً از کسانی که زن دارند و در عین حال دنبال متعه می روند سرزنش شده، و تصریح شده که حکمت تشریح متعه برای استفاده کسانی است که از داشتن زن محرومند که بدین وسیله هم نیاز جنسی شان مرتفع می شود و هم دچار بی عفتی و بی بند و باری نمی گردند، برای روشن تر شدن مطلب بد نیست سه روایت گویا را در این زمینه نقل کنیم:

۱. علی بن یقظین می گوید: از امام موسی بن جعفر علیه السلام در مورد متعه سؤال کردم حضرت فرمود: تو را با متعه چکار؟ در حالی که با داشتن زن خدواند تو را از متعه بی نیاز کرده است. (سألتُ أبا الحسنِ علیه السلامَ عَنِ الْمُتَعَةِ فَقَالَ: مَا أَنْتَ وَ ذَاكَ قَدْ أَغْنَاكَ اللَّهُ عَنْهَا...)

۲. فتح بن یزید می گوید: از موسی بن جعفر علیه السلام در مورد متعه

۷. لَوْلَا أَنَّ عُمَرَ نَهَى عَنِ الْمُتَعَةِ مَا زُنِيَ إِلَّا شَقِيًّا، شرح لمعه، جلد ۵، ص ۲۸۳.

۸. اشاره به حدیث منقول در باورقی شماره ۲.

سؤال کردم حضرت فرمود: حلال و مباح است برای کسی که با داشتن زن از آن بی نیاز نیست، اگر زن داشت در صورتی برایش مباح است که از زنش دور باشد. (سَأَلْتُ أَبَاحْسَنَ (ع) عَنِ الْمُتَعَةِ فَقَالَ: هِيَ حَلَالٌ مُبَاحٌ لِمَنْ لَمْ يَغْنَهُ اللَّهُ بِالتَّزْوِيجِ فَلَيْسَتْ عَفِيفٌ بِالمُتَعَةِ فَإِنْ اسْتَغْنَى عَنْهَا بِالتَّزْوِيجِ فَهِيَ مُبَاحٌ لَهُ إِذَا غَابَ عَنْهَا).

۳. امام موسی بن جعفر علیه السلام به بعضی از دوستانش نوشت:
 اصرار بر متعه نداشته باشید آنچه بر شما واجب است به پاداشتن سنت است، بنابراین با روی آوردن زیاد به متعه از خانواده تان غافل نشوید که ممکن است کفر بورزند و بیزاری جویند و بر کسی که به این سنت امر کرده نفرین کنند و ما را مورد لعن قرار دهند. (... کتب ابوالحسن علیه السلام الی بعض موالیه: لَا تَلْحَوْا عَلَی الْمُتَعَةِ، اِنَّمَا عَلَیْكُمْ اِقَامَةُ السَّنَةِ فَلَا تَشْتَغَلُوا بِهَا عَنْ فَرُشِكُمْ وَ حَرَائِرِكُمْ فَيَكْفُرَنَّ وَ يَتَّبِرَنَّ وَ يَدْعِينَ عَلَی الْاَمْرِ بِذَالِكٍ وَ يَلْعَنُونَا.)

با این وصف، قویاً به نظر می رسد، ممنوعیت جمع بیش از چهار زن شامل نکاح دائم و منقطع هر دو می گردد و یک مرد در آن واحد نمی تواند بیش از چهار زن در حباله نکاح خود داشته باشد خواه همه دائم یا همه منقطع یا بعضی دائم و بعضی منقطع باشند.

۲- آیا می توان تعدد زوجات را محدود و موقوف به اجازه دادگاه کرد؟

چنانکه گفتیم اصل مشروعیت تعدد زوجات تا چهار زن از قواعد مسلم اسلامی است و البته بر تجویز اصل این موضوع و عدم ممنوعیت مطلق آن فواید و منافع اجتماعی نیز مترتب است که در اینجا مجال پرداختن به آنها نیست.^{۱۰}

ولی آنچه از آیه سوم سوره نساء فهمیده می شود، این است که اصل در نکاح، تک همسری است و استثنائاً اجازه داده شده که مرد بتواند تا چهار زن بگیرد ولی گرفتن بیش از یک زن، مشروط به این است که مرد بتواند بین آنها اجرای عدالت کند. یعنی یکسان، حقوق واجبه آنها را ادا نماید، بتواند نفقه همه را بدهد و از لحاظ اقامت نزد آنها یکسان رفتار کند یعنی به اصطلاح، قسم را رعایت نماید. آیه مزبور می فرماید: «... فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ آدْنَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا.»

خلاصه معنی این است که می توانید از زنانی که پاک و خوب می دانید تا چهار زن بگیرید ولی اگر خوف آن دارید که بین آنها به عدالت رفتار نکنید به یکی اکتفا نمایید که این امر یعنی اکتفا به یک زن نزدیک تر است به این که از عدالت دور نیفتید و بر زنها ظلم نکنید.

قرآن کریم، با همان بیان که ازدواج با چهار زن را مباح نموده، در صورت خوف عدم اجرای عدالت، آن را به یکی محدود نموده است، و منظور از خوف عدم اجرای عدالت، این است که مرد ظن بر عدم اجرای عدالت داشته باشد یا شک کند که می تواند عدالت را اجرا نماید یا خیر؟ بنابراین کسی می تواند با داشتن همسر، اقدام به ازدواج مجدد نماید که اطمینان یا ظن غالب داشته باشد که توانایی اجرای عدالت بین همسران

۱۰. برای آگاهی از این موضوع رجوع شود به: نظام حقوق زن در اسلام، نوشته استاد شهید مرتضی مطهری، صص ۳۷۰ به بعد.

خود را دارد."۱۱

بعید نیست بتوان از این آیه استنباط کرد که اگر کسی خوف عدم اجرای عدالت دارد و در عین حال اقدام به ازدواج مجدد نماید، ازدواج دوم او باطل است. زیرا در واقع، اباحه تعدد زوجات در این آیه معلق بر عدم خوف اجرای عدالت شده و با خوف عدم اجرای عدالت دستور داده شده که به یکی اکتفا نماید."۱۲

البته منظور از اجرای عدالت، جنبه بیرونی آن یعنی همان اجرای عدالت در نفقه و قسم و حقوق واجبه است و گرنه تساوی در تمایل قلبی و محبت باطنی، امری است که امکان پذیر نیست و از انسان خواسته نشده است.

خداوند در آیه دیگری از همین سوره به این معنی اشاره کرده و می فرماید: شما قادر نیستید بین زنها به عدالت رفتار کنید (یعنی یکسان به آنها بنگرید و تمایل داشته باشید) پس آنچه از شما خواسته شده، این است که از یکی، روی نگردانید و او را بلا تکلیف نگذارید (وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ. نساء: ۱۲۹).

۱۱. تفسیر المنار، جلد ۴، ص ۳۴۸.

۱۲. علامه طباطبایی، تفسیر المیزان، جلد ۴، ص ۱۸۰. در ذیل جمله: ذالک آدنی آلا تمولوا می گویند: و ذکر این جمله که متضمن حکمت تشریح تعدد زوجات است دلیل بر این است که اساس تشریح و قانونگذاری در احکام نکاح، بر عدل و نفی جور و ظلم و اجحاف در حقوق است.

در میان اهل سنت صاحب تفسیر المنار می گوید: از تأمل در دو آیه سوره نساء معلوم می شود که اباحه تعدد زوجات در اسلام سخت محدود است و انگار ضرورتی است که اگر کسی به آن نیاز داشته باشد، به شرط اطمینان به اجرای عدالت و ایمن بودن از ستم کردن به زن، برایش جایز است. سید محمد رشید رضا، تفسیر المنار، جلد ۴، ص ۳۲۹. دکتر یوسف القرضاوی نیز در این خصوص می گوید: شرطی که در اسلام برای تعدد زوجات وجود دارد این است که مرد مسلمان اطمینان به اجرای عدالت بین همسرانش داشته باشد و کسی که چنین اطمینانی ندارد، گرفتن بیش از یک زن بر او حرام است: دکتر یوسف القرضاوی با تعلیقات شیخ حسن محمد تقی جواهری، الحلال و الحرام فی الاسلام، انتشارات سازمان تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۹ هـ. ق.، ص ۲۹۶.

چه کسی باید امکان اجرای عدالت را احراز کند؟

اگر مخاطب قرآن را در آیه «... فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً...» صرفاً خود افراد بدانیم و بگوییم موضوع جنبه شخصی دارد، علی القاعده جایی برای دخالت حکومت و دادگاه باقی نمی ماند و این یک امر شخصی است، مرد اگر خود اطمینان داشت که قادر به اجرای عدالت است، می تواند همسر جدید اختیار کند و اگر چنین اطمینانی نداشت، شرعاً حق ندارد در پی ازدواج مجدد برآید ولی در این تشخیص، نظر مقام دیگری شرط نیست و مسوولیت امر با خود اوست، مداخله دادگاه هنگامی مورد پیدا می کند که زن مدعی شود شوهرش حقوق او را رعایت نمی کند.

به نظر می رسد، فقهای شورای نگهبان که در نظریه مورخ ۱۳۶۳/۵/۹ خود، مجازات متعاقدين و عاقد در مورد ازدواج مجدد بدون اخذ اجازه از دادگاه را خلاف شرع اعلام کردند،^{۱۳} همین تلقی و برداشت را داشتند.

ولی می توان این احتمال را مطرح ساخت که وقتی مشروعیت تعدد زوجات موکول به اجرای عدالت شده و اجرا یا عدم اجرای عدالت در خانواده بازتاب اجتماعی دارد که حکومت اسلامی نمی تواند نسبت به آن بی تفاوت باشد، به خصوص وقتی آثار و علایم تخلف مردان از رعایت این شرط، مشهود و نمایان باشد، حکومت می تواند مقرر نماید که باید اطمینان از امکان اجرای عدالت در حد معمول به وسیله دادگاه احراز شود تا مرد مجاز به انتخاب همسر جدید باشد و هر کس از این امر تخلف کند یعنی بدون مراجعه به دادگاه و اخذ اجازه از آن مرجع مبادرت به ازدواج مجدد کند، اگر نگوئیم ازدواجش باطل است به خصوص اگر معلوم شود توانایی اجرای عدالت را نداشته، حداقل برای تجربی و سرپیچیش از حکم قانون می توان گفت قابل تنبیه است. برقراری چنین ترتیب و وضع این مقررات، به معنای تغییر حکم الهی و از بین بردن اباحه تعدد زوجات نیست بلکه دخالت و اعمال اختیار حاکم در اعمال اختیاری مردم برای

۱۳. رجوع شود به: مجموعه نظریات شورای نگهبان، تدوین نگارنده، جلد ۳، ص ۲۶۸.

جلوگیری از مظالم و مفساد است.^{۱۳}

از این رو به نظر می‌رسد تصویب و اجرای مفاد ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده سال مصوب ۱۳۴۶ از سوی حکومت صالح اسلامی تضادی با مبانی شرعی با توضیحی که داده شد ندارد، ماده مزبور می‌گوید: «هرگاه مرد بخواهد با داشتن زن، همسر دیگری اختیار نماید، باید از دادگاه تحصیل اجازه کند. دادگاه وقتی اجازه اختیار همسر تازه خواهد داد که با انجام اقدامات ضروری و در صورت امکان، تحقیق از زن فعلی، توانایی مالی مرد و قدرت او را به اجرای عدالت احراز کرده باشد.

هرگاه مردی بدون تحصیل اجازه از دادگاه، مبادرت به ازدواج نماید، به مجازات مقرر در ماده ۵ قانون ازدواج مصوب ۱۳۱۰-۱۳۱۶ محکوم خواهد شد.»

مجازات موضوع ماده ۵ قانون ازدواج ۶ ماه تا دو سال حبس تأدیبی

بود.

در اصلاحیه سال ۱۳۵۳ قانون حمایت خانواده، ماده ۱۴ قانون مزبور نیز تغییر کرد. و به جای آن مواد ۱۶ و ۱۷ قانون مزبور به شرح زیر تصویب شد:

ماده ۱۶. «مرد نمی‌تواند با داشتن زن همسر دوم اختیار کند مگر در

موارد زیر:

۱. رضایت همسر اول
۲. عدم قدرت همسر اول به ایفای وظایف زناشویی
۳. عدم تمکین زن از شوهر
۴. ابتلای زن به جنون یا امراض صعب‌العلاج موضوع بندهای ۵ و ۶

۱۳. بنگرید عبارت علامه طباطبایی در تفسیر المیزان، جلد ۴، ص ۲۰۷ را در این خصوص که می‌گویند: «... فلو كان للاسلام و ال امکنه ان یمنع الناس عن هذه المظالم التي یرتکبونها باسم تعدد الزوجات و غیر ذالک من غیر ان یتغیر الحکم الالهی باباحتہ، و انما هو عزيمة اجرائية عامة لمصلحة نظیر عزم الفرد الواحد علی ترک تعدد الزوجات لمصلحة یراهان لا لتغییر فی الحکم بل لانه حکم اباحتی له ان یعزم علی ترکہ.»

ماده ۸

۵. محکومیت زن وفق بند ۸ ماده ۸
۶. ابتلای زن به هر گونه اعتیاد مضرّ برابر بند ۹ ماده ۸
۷. ترک زندگی خانوادگی از طرف زن
۸. عقیم بودن زن
۹. غائب مفقود الاثر شدن زن برابر بند ۱۴ ماده ۸.

ماده ۱۷. «متقاضی باید تقاضانامه ای در دو نسخه به دادگاه تسلیم و علل و دلائل تقاضای خود را در آن قید نماید، یک نسخه از تقاضانامه ضمن تعیین وقت رسیدگی به همسر او ابلاغ خواهد شد دادگاه با انجام اقدامات ضروری و در صورت امکان، تحقیق از زن فعلی و احراز توانایی مالی مرد و اجرای عدالت در مورد بند یک ماده ۱۶ اجازه اختیار همسر جدید خواهد داد.

به هر حال، در تمام موارد مذکور، این حق برای همسر اول، باقی است که اگر بخواهد تقاضای گواهی عدم امکان سازش از دادگاه بنماید. هرگاه مردی با داشتن همسر بدون تحصیل اجازه دادگاه، مبادرت به ازدواج نماید، به حبس جنحه ای از شش ماه تا یک سال محکوم خواهد شد، همین مجازات مقرر است برای عاقد و سردفتر ازدواج و زن جدید که عالم به ازدواج سابق مرد باشند. در صورت گذشت همسر اولی تعقیب کیفری یا اجرای مجازات فقط درباره مرد و زن جدید موقوف خواهد شد.»

در این قانون موارد امکان درخواست ازدواج مجدد، محدود به موارد خاصی شده است یعنی صرف تشخیص و احراز توانایی مالی مرد و اجرای عدالت، از سوی دادگاه نمی تواند مجوز صدور اجازه ازدواج مجدد باشد، بلکه باید، علاوه بر آن در موارد محدود و مشخص این تقاضا صورت گیرد. این ترتیب علی القاعده مغایر موازین شرعی است، زیرا در شرع آنچه شرط ازدواج مجدد قرار داده شده، تنها اجرای عدالت است.

به هر حال، در این قانون، مجازات تخلف تقلیل یافته و ۶ ماه تا یک سال جنس تعیین شده ولی علاوه بر مرد، زن جدید و سردفتر ازدواج

نیز در صورت عالم بودن مستوجب مجازات دانسته شده اند، و ضمناً در مورد مرد و زن جدید، مجازات جنبه خصوصی پیدا کرده و با گذشت زن اول، تعقیب یا اجرای مجازات موقوف شده است.

همچنین در این قانون پیش بینی شده که حتی با رضایت زن برای ازدواج مجدد، در صورت وقوع ازدواج، زن اول حق درخواست گواهی عدم امکان سازش و اجازه طلاق را دارد، در صورتی که در قانون حمایت خانواده سال ۱۳۴۶ وفق بند ۳ ماده ۱۱، در صورتی که زوج بدون رضایت همسر اول زن دیگری اختیار می کرد، این حق برای همسر اول به وجود می آمد.

مواد ۱۶ و ۱۷ قانون حمایت خانواده، هر چند نسخ نشده اند ولی از یک طرف با اعلام غیرشرعی بودن مجازات مقرر در آنها از سوی شورای نگهبان و از طرف دیگر مغایرت برخی از مقررات آنها با موازین شرع، تقریباً خاصیت خود را از دست داده اند و دادگاههای مدنی خاص هم چندان تمایلی به اجرای دقیق آنها ندارند و همان طور که قبلاً اشاره شد، به نظر می رسد، لازم باشد مقرراتی شبیه ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده سال ۱۳۴۶ تنظیم و تصویب و به مرحله اجرا در آید.

تعدد زوجات در قوانین برخی از کشورهای اسلامی

در بین کشورهای اسلامی کشور تونس تعدد زوجات را ممنوع و آن را جرم تلقی می نماید، وفق ماده ۱۸ قانون احوال شخصیه، ازدواج مجدد مجازات یک سال حبس و ۲۴۰/۰۰۰ فرانک جریمه یا یکی از آن دو مجازات را در پی دارد. و وفق ماده ۲۱ همان قانون، ازدواج دوم که بدون انحلال ازدواج اول صورت می گیرد، باطل است.^{۱۵}

قانون احوال شخصیه سوریه تعدد زوجات را مجاز می داند ولی به قاضی اجازه داده است که اگر تشخیص داد مرد قادر به دادن نفقه به بیش

۱۵. مجله احوال شخصیه، چاپ سوم، ۱۹۵۸، محمد طاهر سنوس.

از یک زن نیست، به او اجازه ازدواج مجدد ندهد.^{۱۶} در عین حال در مقدمه قانون مزبور، که وضع چنین ماده‌ای را توجیه می‌کند، تصریح شده که اگر چنین ازدواجی واقع شد، به هر حال حکم بر صحت آن می‌شود و باطل نیست.^{۱۷} همان گونه که از نظر حقوقدانان ما و وفق رویه قضایی حتی با وجود حکومت قانون حمایت خانواده در صورتی که کسی بدون اجازه دادگاه، ازدواج مجدد نماید، ازدواج دوم او باطل نیست و صرفاً مجازات کیفری را در پی دارد.^{۱۸}

قانون خانواده الجزایر نیز تعدد زوجات را در حدود موازین اسلامی و به شرط وجود وجه شرعی و شرط اجرای عدالت مجاز ولی مراجعه به دادگاه را لازم نمی‌داند ولی به هر یک از زن سابق و لاحق، این حق را داده است که اگر شوهر به آنها دروغ گفته و فرییشان داده باشد به دادگاه مراجعه نمایند و درخواست طلاق کنند.^{۱۹}

در مالزی، طبق قوانین برخی از ایالات، مرد برای ازدواج مجدد باید قبلاً از قاضی مربوطه یا شورای علما اجازه دریافت کند ولی در برخی از ایالات، چنین محدودیتی برای ازدواج مجدد وجود ندارد.^{۲۰}

۱۶. ماده ۱۷ قانون احوال شخصیه سوریه می‌گوید: «للقاضی ان لا یأذن للمتزوج بان یتزوج علی امراته اذا تسنق آتیه غیر قادر علی تفقهما».


۱۷. منبع فوق؛ ص ۷ مقدمه.

۱۸. دکتر کاتوزیان، حقوق خانواده، جلد اول، صص ۱۲۰-۱۲۱؛ همچنین نک. دکتر صفایی و دکتر

امامی، حقوق خانواده، جلد اول، ص ۱۳۳.


۱۹. قانون الاسرة، ماده ۸.

۲۰. حقوق خانواده در مالزی و سنگاپور، نوشته احمد ابراهیم، ص ۲۰۷.



دکتر گودرز افتخار جهرمی

صلاحیت ملی دولتها
و منشور ملل متحد





• اشارات کلی

هر جامعه ملی از اعضای برابر تشکل یافته که تجمع و اتحادشان سرانجام دولتی را پدید آورده است که جملگی تابع آن بشمار می آیند. البته این برابری بدان معنی نیست که آنان همگی از وضعیت اجتماعی یا قدرتی یکسان برخوردارند. برابری افراد در حقوق داخلی اصولاً حکایت از آن دارد که همه آنان بصورتی یکسان از اختیارات و آزادیهای قانونی بهره مندند. از این لحاظ، منزلت افراد و دولتها در جامعه ملی و بین المللی یک صورت دارد: افراد نیز همانند دولتها «برابر» متولد می شوند و از لحاظ حقوقی «برابر» باقی خواهند ماند.

با این همه، افراد برخلاف دولتها از حاکمیت برخوردار نیستند. در نظامهای داخلی، هرگاه از برابری افراد سخن به میان می آید، مقصود آن است که آنان، در محدوده سیستمی حقوقی که از منظر «قدرت» تبعیت می نماید، به یک صورت تابع دولت و همچنین مطیع آن قانونی هستند که ابزار اقتدار دولت در قبال جمیع آنان بشمار می آید. اما در نظام بین المللی، دولتها با هم برابرند زیرا دارای حاکمیت

هستند، به این معنی که چون هیچ یک از آنها تابع قدرتی برتر نیست با یکدیگر برابرند.

حاکمیت دولت از لحاظ بین المللی را نباید در مفهوم مثبت آن و به عنوان مجموعه ای از اقتدارات حاکم در نظر گرفت بلکه باید جنبه منفی آن را مورد توجه قرار داد به این معنی که دولت تابع هیچ قدرتی نیست. از این قضیه دو نتیجه گرفته شده است، یکی آنکه در جامعه بین المللی ابردولتی وجود ندارد و دیگر آنکه دولتها با یکدیگر برابرند؛^۲ بطوریکه اگر یکی از آنها بر دیگری اعمال قدرت کند، حاکمیت آن دولت را انکار و نتیجتاً در امور داخلی یا خارجی آن مداخله کرده است. از این رو بنا بر اصلی شناخته شده در حقوق بین الملل، دولتها نباید در امور داخلی و خارجی یکدیگر «مداخله» کنند. اما از آنجا که واژه «مداخله» به تناسب هر وضعیت معنای معینی بخود می گیرد. ابتدا باید دید که آیا بند ۷ ماده ۲ منشور ملل متحد،^۳ که ملل متحد را از مداخله در امور مربوط به صلاحیت ملی دولتها منع کرده، «مداخله» را در همین حد مورد نظر قرار داده است؟ آنگاه به این مسأله پرداخت که حدود مفهوم «امور اساساً ملی» کدام است؟

الف) مداخله ملل متحد و صلاحیت ملی

در حقوق بین الملل «مداخله» هیچگاه معنایی واحد نداشته است؛ زیرا از یک طرف به معنای حق هر یک از دولتها برای حمایت از اتباع و اموال آنان در خارج از مرزهای ملی به کار رفته و از طرف دیگر در برگیرنده عملیات قاهرانه یک یا چند دولت بوده است که با اعمال فشار دیپلماتیک یا استفاده از زور یا تهدید قصد داشته اند نظر خود را در مورد مسأله ای که در قلمرو صلاحیت ملی و حاکمیت دولتی دیگر قرار گرفته است به آن دولت تحمیل نمایند.

2. combacau J., Sur s "Droit international public", Paris, Montchrestien, 1993, pp. 23-24.

۳. بند ۷ ماده ۲ اشعار می دارد: هیچ یک از مقررات مندرج در این منشور، ملل متحد را مجاز نمی دارد در اموری که اساساً در قلمرو صلاحیت داخلی دولتها قرار دارد دخالت نماید و اعضاء را نیز ملزم نمی کند که چنین مسائلی را برای حل و فصل تابع مقررات این منشور قرار دهند، لیکن این اصل به اعمال اقدامات قهری پیش بینی شده در فصل هفتم لطمه وارد نخواهد آورد.

بند ۴ ماده ۲ منشور ملل متحد با تأیید مفهوم مداخله در معنای اخیر، دولت‌های عضو سازمان را از توسل به زور یا استفاده از آن بر ضد تمامت ارضی یا استقلال سیاسی یکدیگر منع کرده و قطعنامه شماره (۲۵) ۲۶۲۵ سال ۱۹۷۰ مجمع عمومی سازمان ملل در مورد «اصول حقوق بین‌الملل در قلمرو روابط دوستانه و همکاری میان دولت‌ها براساس منشور ملل متحد» قاعده مندرج در بند ۴ این ماده را تقویت کرده است.^۴ این قطعنامه مصداق مداخله را به مداخله نظامی محدود نکرده بلکه هرگونه مداخله یا هر نوع تهدیدی را که بر ضد شخصیت دولت یا عناصر سیاسی و اقتصادی و فرهنگی آن به کار رود، مغایر با موازین حقوق بین‌الملل شناخته است.

بعضی اعتقاد دارند که ممنوعیت موضوع بند ۷ ماده ۲ منشور که بموجب آن دولت‌های عضو سازمان از مداخله در اموری که اساساً مربوط به صلاحیت ملی هر دولت است بر حذر داشته شده اند فقط به مداخله در مفهوم اعمال زور یا تهدید اطلاق می‌گردد.^۵ ولی این نظر چندان درست نمی‌نماید، زیرا از آنجا که منشور، ارکان سازمان را از مداخله در امور اساساً ملی دولت‌ها منع کرده و با توجه به اینکه بموجب همین منشور فقط شورای امنیت حق استفاده از زور را دارد، چگونه می‌توان پذیرفت که عدم «مداخله» در امور ملی دولت‌های عضو سازمان فقط در محدوده مداخلات توأم با زور مورد نظر بوده است؟ به عبارت دیگر مگر ارکان سازمان ملل (بجز شورای امنیت که بند ۷ ماده ۲ با اشاره به «اقدامات قهری پیش‌بینی شده در فصل هفتم» خود بدان تصریح کرده است) حق استفاده از زور را دارند که در چنین حالتی از توسل به آن منع شده باشند؟

۴. بند ۴ ماده ۲ اشعار می‌دارد: کلیه اعضاء در روابط بین‌المللی خود از تهدید به زور یا استفاده از آن بر ضد تمامت ارضی یا استقلال سیاسی هر کشوری، یا از هر روش دیگر که با مقاصد ملل متحد مبیانت داشته باشد خودداری خواهند نمود.

۵. برای اطلاع از تحلیلهای مربوط به این مفهوم رجوع کنید به:

Bindschedler Rudolf L., "La délimitation des compétences des Nations Unies", RCADI., t.108, 1963- I, p.392;
Verdross Alfred, "Le principe de la non-intervention dans les affaires relevant de la compétence nationale d'un Etat et l'article 2 (7) de la Charte des Nations Unies", Mélanges Rousseau, 1974, p.268.

با آنکه پاسخ به این سؤال منفی است، مع هذا این سؤال نیز وجود دارد که آیا مجمع عمومی برای اطمینان از اینکه مسأله ای در قلمرو صلاحیت ملی دولت عضو قرار گرفته است یا خیر، می تواند رأساً به بررسی کم و کیف قضایای مربوط به آن مسأله بپردازد و آیا پرداختن به چنان مسائلی خود «مداخله» نیست؟

بدهی است که در این قبیل موارد چنانچه مجمع عمومی پیش از اظهار نظر قطعی، قضایای مربوط به چنان مسائلی را بررسی نکند هرگز نخواهد توانست در مورد حدود ملی یا بین المللی آن مسائل حکمی صادر نماید. ممکن است گفته شود که قطعنامه «اتحاد برای صلح» که در سوم نوامبر ۱۹۵۰ به تصویب مجمع عمومی رسید، دولتهای عضو سازمان ملل را در کمک به قربانی تجاوز ترغیب کرده و در نتیجه به رکن عمومی سازمان اجازه داده است که حتی در قلمرو مسائلی که حل آنها مستلزم استفاده از زور است، مداخله کند.

در پاسخ به این ایراد می توان گفت مجمع عمومی - که برای استقرار صلح و امنیت بین المللی حق استفاده از زور را ندارد - چگونه می تواند با تصویب قطعنامه ای صلاحیتی را به دولتها تفویض کند که خود فاقد آن است. فلسفه صدور قطعنامه «اتحاد برای صلح» آن بوده است که مجمع عمومی با استفاده از صلاحیت خود در صدور توصیه نامه، بتواند در مواردی که شورای امنیت به علت وتوی یکی از اعضاء قادر به تصمیم گیری نباشد، دولتهای عضو ملل متحد را به استفاده از حقی که ماده ۵۱ منشور برای آنها قائل شده است، ترغیب نماید و از آنها بخواهد که با استفاده از تمام امکانات خود به کمک دولت قربانی تجاوز بشتابند. از این رو

۶. برای اصلاح ساختار سازمان ملل و به منظور رفع موانعی که حق وتوی اعضای دائم شورای امنیت ایجاد می کرد، قطعنامه ۳ نوامبر ۱۹۵۰ [۳۷۷ (۵)] که به قطعنامه اتحاد برای صلح "L'Union pour le maintien de la paix" شهرت یافته است، راه دخالت مجمع عمومی را در حفظ صلح و امنیت هموار نمود. برای آنکه مجمع از عهده انجام این مأموریت برآید، مقرر شد دو کمیسیون، یکی کمیسیون نظارت بر صلح و دیگری کمیسیون اقدامات جمعی تأسیس گردد.

برای آگاهی از علل تصویب این قطعنامه رجوع کنید به:

Lewin A., "L'article 20 de la Charte" in Cot-Pellet, La Charte des Nations Unies, Economica, 1991, p.408 et s.

هرگز این اعتقاد درست نیست که این قطعنامه بر اصل مندرج در بند ۷ ماده ۲ استثنایی وارد کرده است. حال باید ببینیم که منظور از «اموری که اساساً در صلاحیت ملی دولتها قرار گرفته» و بدین اعتبار جزء لاینفک حاکمیت ملی آنها بشمار آمده است چیست؟

ب) حدود مفهوم «امور اساساً ملی»

بموجب بند ۷ ماده ۲ منشور «هرگونه مداخله ملل متحد» در اموری که اساساً در قلمرو صلاحیت ملی دولتها قرار گرفته باشد، ممنوع است.^۷ متن این ماده با متن بند هشتم ماده ۱۵ میثاق جامعه ملل که به همین موضوع اختصاص یافته بود از سه جهت تفاوت دارد. بموجب بند ۸ ماده ۱۵ میثاق «هرگاه یکی از طرفین اختلاف ادعا کند که اختلاف متضمن مسأله ای است که به لحاظ مقررات حقوق بین الملل در صلاحیت انحصاری کشورش قرار دارد، شورای اجرایی، بی آنکه راه حلی توصیه کند، می تواند این ادعا را تأیید نماید».

تطبیق این دو مقرره نشان می دهد که اولاً در بند ۷ ماده ۲ منشور به جای «مسأله» و «صلاحیت انحصاری» از «امور» و «صلاحیت ملی» سخن به میان آمده است؛ ثانیاً به معیار «حقوق بین الملل» برای تشخیص این امور اشاره ای نشده و مرجعی نیز برای تفکیک امور ملی از امور بین المللی تعیین نگردیده است.

دیوان دائمی دادگستری بین المللی در یکی از آراء مشورتی خود،^۸ صلاحیت انحصاری را متضمن آن مسائلی دانسته است که «اصولاً در محدوده مقررات حقوق بین الملل قابل حل نیست، هر چند که با منافع چند کشور مرتبط باشد. به همین سبب هر کشور می تواند به هر صورت که مقتضی می داند، آن مسائل را در محدوده نظام ملی خویش حل و فصل نماید». اما در مورد اینکه چه مسائلی داخل در صلاحیت انحصاری کشورهاست، دیوان اعلام نمود که «پاسخ به این مسأله فقط با توجه به اوضاع و احوال خاص روابط بین الملل میسر است». به این معنی که

7. Cf. Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc, CPJI., Série B, no.4, pp.23-24 in Quoc Dinh et..., "Droit international public", LGDJ, 1992, p.422

محدودیت یا گسترش صلاحیت انحصاری، متغیری از میزان همبستگی و همکاری کشورهاست که اگر توسعه یافته باشد، حوزه این صلاحیت محدود و اگر ضعیف باشد، قلمرو آن گسترده است. دیوان دائمی در نظر مشورتی خود فقط به پویایی این مفهوم اشاره کرده، ولی نتوانسته است حدّ دقیق آن را مشخص نماید. اما ژرژسل با تفسیری که از بند ۸ ماده ۱۵ میثاق بعمل آورده است، از صلاحیت انحصاری به عنوان عامل افسار گسیختگی کشورها یاد کرده است. وی با تأکید بر اینکه صلاحیت انحصاری مثل مفاهیم حقوق فردی یا اساسی افراد یا کشورها مفهومی کلی و مبهم است، اعلام داشته که چنین مفهومی مثل مفهوم حاکمیت که کشورها به آن دلبستگی بسیار دارند، مفهومی خطرناک و بحران‌زاست، زیرا که به ناتوانی شورای جامعه ملل و بسته شدن دست دیوان دائمی در حل و فصل دعاوی^۸ و در نتیجه افزایش دامنه صلاحیت انحصاری کشورهای قدرتمند می‌انجامد. شاهد این مدعا مخالفتی است که این دولتها در حذف بند ۸ ماده ۱۵ از خود نشان دادند؛ زیرا آن زمان که می‌خواستند پیمان بریان-کلوگ را با میثاق جامعه هماهنگ کنند، بعضی از کشورها حذف این بند از میثاق جامعه ملل را مطرح کردند که به سبب ایستادگی کشورهای که سخت به حاکمیت خود تعصب می‌ورزیدند، این پیشنهاد رد شد. از سوی دیگر نگرانی ژرژسل هم چندان موجه به نظر نمی‌رسید، چرا که مکانیسم رأی‌گیری در شورای اجرایی جامعه ملل اساساً مانع از این بود که دولتهای قدرتمند آن زمان با استفاده از مفاد بند ۸ ماده ۱۵ حوزه صلاحیت انحصاری خود را به ضرر کشورهای کوچک گسترش دهند، چه در واقع شورا خود مجمع کوچکی از این کشورها بود و اختیاراتی بیش از مجمع نداشت. گذشته از این هیچ کشوری حاضر نبود که «امروز» مانع اعمال صلاحیت ملّی دیگری بشود، و «فردا» خود مجبور گردد که به همان سبب از حقی محروم بماند.^۹

اما در مورد بند ۷ ماده ۲ منشور ملل متحد، ادعا شده است که فقط

8. Scelle G., "Précis du droit des gens", 1er. partie, Sirey, 1932, édition CNRS 1984, pp.93-94.

۹. رجوع کنید به: کلود آلبر کلییار، سازمانهای بین‌المللی، مجلد دوم، ترجمه و تحقیق از دکتر

هدایت‌الله فلسفی، نشر فاخته، ۱۳۷۱، صص ۱۰۳-۱۰۲، حاشیه مترجم.

مسائلی از قلمرو صلاحیت ملی دولتها خارجند که موضوع اصلی معاهدات بین‌المللی، خصوصاً منشور شده باشند. ولی از آنجا که مفاهیم مندرج در منشور دربرگیرنده تمامی جنبه‌های زندگی اجتماعی دولتهاست، چگونه می‌توان پذیرفت که اصولاً دولتی در قلمروی اجتماعی دارای صلاحیت ملی است؟ گذشته از این، چنانچه دولتها مسأله‌ای را موضوع معاهده‌ای بین‌المللی کرده باشند، باز نمی‌توان مدعی بود که آن مسأله به لحاظ سازمان ملل متحد از قلمرو صلاحیت ملی آنها خارج شده است، زیرا هر معاهده فقط نسبت به طرفین یا برای امضاء کنندگان آن اعتبار دارد و برای دولت امضاء کننده در قبال دولتهای ثالث الزام‌آور نیست.

پروفسور هانری رولن در این باره معتقد است که «صلاحیت ملی که منشور از آن سخن گفته و آن را مورد حمایت قرار داده است، متضمن آن مسائلی است که حقوق بین‌الملل بدانها نپرداخته یا کلاً با منافع سایر دولتها سر و کاری ندارد».¹⁰

بدین ترتیب چنین می‌نماید که در این باره دو نظر وجود دارد، یکی آنکه مسائل مرتبط به حقوق بین‌الملل بطور کلی از حوزه صلاحیت ملی خارج است و دیگر آنکه مسائلی که در منشور مطرح شده از جمله آن مسائلی است که با منافع بین‌المللی مرتبط است و از این رو می‌توان آنها را از حوزه اجرایی بند ۷ ماده ۲ خارج نمود؛ مثل مسائل مربوط به حقوق بشر، سرزمینهای غیرخودمختار و حق مردم در تعیین سرنوشت خویش.

به اعتقاد بسیاری از صاحب‌نظران، مواد ۱، ۵۵ و ۵۶ منشور ملل متحد، برای دولتها در قلمرو مسائل مربوط به حقوق بشر تعهداتی جدی در نظر گرفته‌اند که رسیدگی به آنها اصولاً با مراجع بین‌المللی است. همچنانکه بموجب ماده ۷۳ منشور نیز دولتهای اداره کننده سرزمینهای غیرمختار باید در مورد نحوه اداره سرزمینهای تحت اداره خود پاسخگوی سازمان ملل باشند و به همین علت بوده است که مجمع عمومی و نه دولت اداره کننده، می‌بایست درباره این مسأله که سرزمین غیرمختار به آن درجه از رشد رسیده که بتواند اداره امور خود را به عهده گیرد، اظهار نظر قطعی

10. Rolin H, International Organization, 1954, in Ross A, "La notion de compétence nationale dans la pratique des Nations Unies, in Mélanges Rolin, 1964; p.9.

نماید. قطعنامه (۱۵) ۱۵۱۲ مجمع عمومی در مورد «اعلامیه مربوط به اعطای استقلال به سرزمینها و مردم تحت استعمار» با توجه به همین واقعیت، به مجمع عمومی مأموریت داده است که مردم این قبیل سرزمینها را در نیل به استقلال یاری دهد.^{۱۱} اما در مورد حق مردم در تعیین سرنوشت خویش، گروهی اعتقاد دارند که چون این حق در بند ۲ ماده ۱ و ماده ۵۵ منشور ملل متحد صراحتاً مورد تأکید قرار گرفته است، اعمال آن در صلاحیت ملی دولتها نیست. اما دسته ای دیگر با تکیه بر متن انگلیسی منشور که در ماده ۵۵ مذکور بجای کلمه «حق مردم» از کلمه «اصل» استفاده کرده است، معتقدند که سازمان ملل متحد برای اجرای یک اصل نمی تواند وارد عمل شود. وانگهی بنظر اینان از آنجا که مواد ۱۱ و ۱۳ منشور به مجمع عمومی فقط در موارد مرتبط با بندهای ۱ و ۳ ماده یک حق صدور توصیه نامه داده است، موضوع بند ۲ ماده یک و ماده ۵۵ در قلمرو صلاحیت ملی دولتها قرار گرفته و مجمع عمومی حق اتخاذ تصمیم در قبال آنها را ندارد.^{۱۲} دسته سومی نیز هستند که اعتقاد دارند که در این مورد، باید میان اقلیتی که در اندرون مرزهای دولت استعمارگر استقرار یافته و مردمی که متعلق به سرزمینهای غیرمختار هستند قائل به تفاوت شده، مسائل مربوط به دسته نخست را در قلمرو صلاحیت ملی و امور دسته دوم را در حوزه صلاحیتهای بین المللی قرار داد.^{۱۳}

از مجموع گفته های این صاحب نظران، این نتیجه به دست می آید که تعاریف و نظریات علمای حقوق درباره حدود مفهوم «امور اساساً ملی» جامع و مانع نیست.

اما دولتها، هر یک به تناسب منفعت و مصلحت خود همواره در جلسات مذاکره شورای امنیت یا اجلاسهای مجمع عمومی از این مفهوم سخن گفته و با توجه به معیارهای سیاسی تلاش کرده اند که در هر مورد برای این مفهوم حدی معین نمایند. به همین سبب اگر به صورت مجلس مذاکرات مجمع عمومی و شورای امنیت رجوع شود، این واقعیت آشکار می گردد که بحث درباره این مفهوم فقط در سالهای اولیه تأسیس سازمان رواج داشته و

11. Guillaume G., Article 2 (7), in Cot-Pellet op. cit., p.155.

12. Ibid, p.156.

13. Ibid, loc. cit.

بعد از چندی، دیگر از آن حرفی به میان نیامده و مجمع عمومی حتی تقاضای نظر مشورتی از دیوان بین‌المللی را رد کرده است. علت این نابسامانی و تشتت در افکار علمی را باید در این جستجو کرد که «منشور برخلاف میثاق جامعه ملل، معیار [حقوق بین‌الملل] و مرجعی [سیاسی یا قضایی] برای تعیین این مفهوم مشخص و معین نکرده است و به همین سبب معیارهای مورد استفاده بیشتر قالبی سیاسی داشته‌اند تا حقوقی»¹⁴ و بسیار دیده شده است که از این لحاظ میان سازمان و اعضای آن اختلاف پدیده آمده و یا اجرای تصمیمات بین‌المللی با مشکل مواجه شده است.

نتیجه

هانس کلسن و پل گوگنهایم که هر دو از صاحب‌نظران بزرگ حقوق بین‌الملل هستند، اعتقاد دارند که قلمرو ملی محفوظ از مداخله¹⁵ اصولاً معنای صحیحی ندارد؛ زیرا همیشه این امکان وجود دارد که حقوق بین‌الملل با هر موضوعی مرتبط گردد. بنابراین با آنکه «امور» زیادی وجود دارد که وضعیت آنها طبعاً با مقررات داخلی به نظم کشیده شده است، نمی‌توان مدعی بود که این قبیل امور انحصاراً و اساساً در صلاحیت ملی دولتها قرار گرفته است.¹⁶

البته تردیدی نیست که می‌توان هر مسأله‌ای را که معمولاً در حوزه اقتدارات ملی قرار گرفته است، به نظام بین‌المللی منتقل نمود، مثل معاهده‌ای که در ۱۵ مه ۱۹۵۵ میان متفقین و جمهوری اتریش بسته شد و بموجب آن اتریش متعهد گردید که برای اداره امور خود، نظامی دموکراتیک و مبتنی بر انتخاباتی آزاد و عمومی برپا دارد. با این وصف آنچه در دیدگاه این دو حقوقدان قابل انتقاد بنظر می‌رسد، آن است که هر دوی آنها از این نکته غافل بوده‌اند که حقوق بین‌الملل در حدّ نظامی حقوقی که بر روابط میان دولتهای حاکم و مستقل سیطره دارد، فقط می‌تواند

14. Virally M., "L'organisation mondiale", Armand Collin, Paris, 1972, p.213.

15. Domain réservé.

16. Cf. Kelsen H., "Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", RCADI, 1932, vol. 42, pp.178, 300; Guggenheim P., "Traité de droit international, Genève, 1967, p.64.

آزادی دولت‌ها را در هر قلمرو محدود کند، نه آنکه بطور کلی آزادی و اراده آنها را در تمامی امور زائل سازد؛ زیرا جامعه بین‌المللی در حال حاضر براساس حاکمیت دولتهای مستقل بنا شده است. از این رو هر دولت، مختار است که فارغ از هر قید و بندی در قبال مسائل مربوط به این حاکمیت اتخاذ تصمیم کند. حدود این حاکمیت را می‌توان از قانون اساسی، ساختار سیاسی، حقوقی، اقتصادی و همچنین وضعیت و حقوق و تکالیف شهروندان، به استثنای حقوق اساسی بشر که تنظیم آن به حقوق بین‌الملل محوّل شده است، استنباط نمود. انتقال مفهوم اخیر به نظام بین‌المللی در واقع مؤید آن است که دولتهای، اراده خود را به دلایلی سیاسی در این جهت محدود کرده‌اند.

دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در نظر مشورتی ۷ فوریه ۱۹۲۳، که پیش از این به آن اشاره کردیم، صراحتاً اعلام نمود که مسأله تابعیت در وضعیت خاص حقوق بین‌الملل اصولاً متضمن آن اموری است که به قلمرو محفوظ ملی تعلق دارد. با این وصف دانستن این امر که آیا بعضی مسائل به قلمرو انحصاری تعلق دارد یا نه مسأله‌ای است که پاسخ به آن تابع رشد و توسعه حقوق بین‌الملل است.^{۱۷}

بند ۷ ماده ۲ منشور نیز از این لحاظ با بند ۸ ماده ۱۵ میثاق مشابهت دارد. به همین جهت، اگر تفسیر مجمع عمومی را از این ماده بپذیریم، در خواهیم یافت که کلمه «اساساً» مترادف کلمه «در اصل» است و در نتیجه آن مسائلی که در صلاحیت شورای جامعه ملل قرار می‌گیرد، ۱۷. مؤسسه حقوق بین‌الملل در اجلاس اوت ۱۹۳۳ در اسلو در این باره (حدود صلاحیت انحصاری) نیز قطعنامه‌ای به تصویب رساند که مشتمل بر شش بند بود. سه بند از آن شش بند که اهمیت زیادی داشت توجه محافل بین‌المللی را به خود جلب نمود.

۱. «صلاحیت انحصاری» مجموع آن مسائلی را دربرمی‌گیرد که حل آنها در صلاحیت مراجع بین‌المللی نیست؛

۲. حدود «صلاحیت انحصاری» را حقوق بین‌الملل معین می‌نماید؛

۳. حدود «صلاحیت انحصاری» اساساً نسبی است و میزان رشد و کاهش آن تابع تکامل یا درهم آمیختگی روابط بین‌الملل است.


Korowicz M.S., "Organisations internationales et souveraineté des Etats membres", Paris, pedone, 1961, pp.107-108.

نمی‌گرفت، از صلاحیت سازمان ملل متحد نیز خارج است. با توجه به آنچه گفته شد، می‌توان معتقد بود که بند ۷ ماده ۲ منشور ملل متحد که یکی از ستونهای اصلی نظام ملل متحد است، ناظر بر ایجاد تعادل میان منافع ملی و مصالح بین‌المللی است. با این حال از آنجا که تاکنون معیاری حقوقی برای تشخیص و تفکیک این دو مفهوم بدست نیامده است، بحث بر سر دامنه و حدود این مفاهیم همچنان ادامه دارد. چرا که دولت‌ها به رغم پذیرش تعهداتی بین‌المللی در جامعه جهانی و تفویض حل و فصل بسیاری از امور و قضایا به مراجع بین‌المللی و حاکمیت مقررات بین‌المللی و بالمآل محدود ساختن آزادی عمل خود در جامعه بین‌المللی، همچون دوران گذشته به حاکمیت خودسرانه و مطلق دل بسته و اجازه نمی‌دهند که از حرمت و قداست ساختگی آن کاسته شود. با این وصف ضرورت‌های حیات اجتماعی در مواردی آنها را ناگزیر ساخته که در جهت مخالف این طرز تفکر گام بردارند و منافع ملی را در جهت منافع بین‌المللی تعبیر و تفسیر نمایند. طرح مسائل مربوط به منافع جامعه متشکل از جمیع افراد انسانی از قبیل حفظ محیط زیست، حقوق و آزادیهای اساسی نوع بشر و ابتکار مکانیزمهای حمایتی از آنان شاهدی بارز بر این مدعا است.



هدایت الله فلسفی

تدوین و اعتلای حقوق بشر
در جامعه بین المللی





«خدایت آزاد آفرید، آزاد باش»

ابوسعید ابرالخیر*

● کلیات

حقوق بشر به معنای امتیازاتی کلی است که هر فرد انسانی طبعاً دارای آن است. این امتیازات در صورت تحقق، معیار واقعی مشروعیت و ملاک محدودیت اقتدار دولت در قبال افراد است.

حقوق بشر که از دو سده پیش به نظامهای موضوعه راه یافته و به دلایلی سیاسی در قالب مفاهیمی انتزاعی بیان شده است، در حال حاضر دچار تحولی عظیم گردیده و در نتیجه در مبانی کلاسیک «حاکمیت» دگرگونیهای پدید آورده است.

حقوق بشر به لحاظ سرشتی که دارد، زمان و مکان نمی شناسد و به همان اندازه که نماد گسستن از نظامهای کهنه بشمار آمده، عامل ظهور نظامهایی بوده که در خلاصی انسان از پندارهای جزمی و سوق دادن وی به منزلگاه واقعی تأثیری بسزا داشته است. حقوق بشر در این مفهوم مبشر اراده آزاد افراد و تواناییهای فطری آنان برای رشد و شکوفایی و یا همانطور که

* ابوسعید ابوالخیر (۳۵۷-۴۴۰ ه.ق) به نقل از مینوی مجتبی، «آزادی و رشد اجتماعی» مجله بنما،

کانت گفته است «رهایی انسان از قیمومت دیگران»^۱ بوده است. با همه این احوال، حقوق بشر در طول حیات کوتاه خود، تفصیل چندانی نیافته و همچنان در حصار مفاهیم جزمی باقی مانده است؛ در نتیجه میان مقررات کلی قانون اساسی و قوانین موضوعه عادی فاصله‌ای شگفت‌انگیز پدید آمده است. علت آن بوده است که قانونگذاران اساسی بطور کلی مایل نبوده‌اند که از فراز قله رفیع قانون اساسی، قلمرو واقعی این حقوق را به صاحبانش بنمایانند؛ زیرا هم اینان ناگزیر بودند که آنان را مجدداً از آن قله به پایین آورده، در نظم سیاسی خود قدم به قدم محصور نمایند. به همین دلیل، امتیازاتی که در هر قانون اساسی برای افراد در نظر گرفته شده در عالم خارج کمتر مصداق پیدا کرده است. وانگهی در طول این دو سده، بعضی از دولتها با استفاده از امکاناتی که داشته، همواره در صدد بوده‌اند که با امحاء یا نادیده گرفتن این حقوق بر قدرت خویش بیفزایند و افراد تحت حاکمیت خود را در انزوا نگاه دارند تا بتوانند فارغ از هرگونه قید و بندی بر حیات مادی و معنوی آنان چیره گردند. مسلم است که این قبیل دولتها، پس از آنکه حقوق افراد خود را زائل ساختند در صدد برمی‌آیند که با تاختن به سرزمینهای دیگر و تجاوز به حریم حقوق سایر اقوام، قلمرو حاکمیت خویش را گسترده‌تر سازند. این است که آرام آرام بر آنان می‌تازند و در روابط بین الملل اختلال می‌کنند؛ چندان که صلح و امنیت جهان را به مخاطره می‌افکنند و سرانجام با افروختن شعله جنگ تمدنهای بزرگ را در می‌نوردند. استقرار دولت خودکامه هیتلری در آلمان و تجاوزات رایش سوم به سرزمینهای دیگر و در نتیجه، شعله‌ور شدن جنگ جهانی دوم، شاهدی بارز بر این مدعاست. از همان رو بود که پس از جنگ عالمگیر دوم و تصویب منشور ملل متحد، ضرورت‌های اجتماعی حیات بین‌المللی، دولتهای جهان را ناگزیر ساخت که به نام مردم خویش، سازمان ملل متحد را ناظر بر تدوین و اعتلای این حقوق نمایند تا از این رهگذر «صلح و آرامشی» دیرپا در سرتاسر جهان پدید آید و حریم فطری انسان از گزند ظلم جابران زمان مصون بماند.

پیش از ۱۹۲۵، هیچگونه متن بین‌المللی که بر وجود یا تعریف این

1. Olivier Duhamel et Yves Mény, "Dictionnaire constitutionnel", PUF., Paris, 1992, p.334.

حقوق دلالت داشته باشد، وجود نداشت. آن معاهداتی هم که در ۱۹۱۹ میان متفقین از یکطرف و لهستان و چکسلواکی و یونان و رومانی و یوگسلاوی از طرف دیگر انعقاد یافته بود، اساساً به حقوق اقلیتها یعنی آن دسته از افراد بشر که به نژاد یا مذهب یا زبان خاصی تعلق داشتند، اختصاص یافته و از این حیث خود متضمن نوعی نابرابری میان اقلیت و اکثریت بود.^۲

اما در ۱۹۴۵، حقوق بشر که تا آن زمان از جمله مسائلی بشمار می آمد که به استناد ماده ۱۵ میثاق جامعه ملل در صلاحیت انحصاری دولتها قرار داشت، از زندان حاکمیت بی چون و چرای دولتها به در آمد و تحقق نخستین هدف ملل متحد که همانا حفظ صلح و امنیت بین المللی است، منوط به رعایت آن گردید؛ تا آنجا که رعایت حقوق اساسی بشر بموجب بند ۲ از مقدمه و بند ۳ از ماده یک منشور ملل متحد به صورت مرام اصلی سازمان ملل متحد درآمد و ماده ۵۵ همان منشور صراحتاً از ارتباط میان این دو مفهوم (صلح و امنیت جهان با حقوق بشر) سخن به میان آورد.

بموجب این ماده: «بمنظور ایجاد شرایط ثبات و رفاه که لازمه تأمین روابط مسالمت آمیز و دوستانه ملتها براساس احترام به اصل تساوی مردم و حق آنان در تعیین سرنوشت خویش است. سازمان ملل متحد... (ج) - احترام جهانی و مؤثر حقوق بشر و آزادیهای اساسی همه انسانها را، فارغ از تفاوتهای نژادی، جنسی، زبانی و مذهبی تشویق خواهد کرد».

پیش از آنکه این ماده به این صورت به تصویب کنفرانس سانفرانسیسکو برسد، فصل نهم از طرح دیمبارتن اُکس که به مقررات

2. Rousseau Ch. "Droits de l'homme et droit des gens", Mélanges René Cassin, t.IV, p.315.

البته، در بعضی موارد مثل خرید و فروش سیاهان (معاهده ۱۸۱۵ وین)، بردگی (۱۸۱۰)، حقوق بشردوستانه (از ۱۸۶۴ به بعد) موافقتنامه هایی بین المللی در قلمرو حقوق بشر انعقاد یافته بود. با این حال این موافقتنامه ها محدوده ای بسیار اندک داشتند، زیرا در آن دوران «عدم مداخله در امور داخلی کشورها» اصلی اساسی بود که رعایت بی چون و چرای آن لازم بشمار می آمد. این اصل با آنکه مضمون بند ۷ از ماده

۲ منشور ملل متحد است، در اثر ماده ۵۵ (بند ج) همان منشور محدودیت پیدا کرده است.

Cf. Valticos N., "Nations, Etats, Régions et communauté universelle: Niveaux et étapes de la protection des droits de l'homme", in Mélanges R.J. Dupuy, Paris, Pedone, 1991, p.342.

مربوط به همکاری اقتصادی و اجتماعی و بین‌المللی اختصاص یافته بود، در بند ۱ از بخش الف پیش‌بینی کرده بود که: «بمنظور ایجاد شرایط ثبات و رفاه که لازمه حفظ روابط مسالمت‌آمیز و دوستانه ملت‌هاست، سازمان باید در جهت مشکلات انسانی بین‌المللی در قلمرو مسائل اقتصادی و اجتماعی و سایر مسائل گام بردارد و در ترغیب دولت‌ها به رعایت حقوق بشر و آزادی‌های اساسی کوشش نماید. مجمع عمومی و زیرنظر آن، شورای اقتصادی و اجتماعی باید مسوول انجام چنین وظیفه‌ای باشند».^۲

با توجه به اینکه فصل نخست طرح دمبارتن آکس، اهداف ملل متحد را فقط در حفظ صلح و امنیت بین‌المللی و توسعه روابط دوستانه ملل و تحقق همکاری بین‌المللی در جهت حل مشکلات اقتصادی و اجتماعی انسانها در جامعه بین‌المللی خلاصه کرده بود و بدین ترتیب، هیچگونه دلالت صریحی بر مسأله حقوق بشر نداشت، اشاره کوتاه فصل نهم این طرح به حقوق بشر که حریم آن در هنگامه جنگ جهانی دوم سخت مورد تجاوز قرار گرفته بود، شگفت‌انگیز می‌نمود؛ خصوصاً آنکه این بی‌اعتنایی با شعارهای دولتهای بزرگ در منشور آتلانتیک، اعلامیه ملل متحد و اعلامیه فیلادلفیا سرسازگاری نداشت. با این همه، بند ۱ از بخش الف فصل نهم طرح به رغم ایهام و ایجازی که داشت، آشکارا از وظیفه سازمان در ترغیب دولت‌ها به رعایت حقوق بشر و آزادی‌های اساسی سخن به میان آورده بود و این خود نشان می‌داد که برای دولتهایی که قرار بود در سازمان ملل متحد عضویت پیدا کنند، تعهدی در این زمینه ایجاد خواهد شد که در نتیجه آن حقوق بشر بصورتی آرام اما استوار در جامعه دولتها منزلت خواهد یافت. حال کافی بود تا با تدابیر و تمهیداتی زیرکانه، چنان تعهدی را در قالب منشور ملل متحد جای دهند و برای رعایت مؤثر آن دستگاهی [سیستمی] مناسب تعبیه نمایند.

در کنفرانس سانفرانسیسکو، در پاسخ به این دو ضرورت، ابتدا مفهوم حقوق بشر را در بطن مواد مختلف منشور [بند سوم از ماده یک و

3. Cf. UNCIO [United Nations Conference on International Organization], Vol IV, p.18 .

مواد ۱۳، ۵۶، ۶۲، ۸۳ و ۸۷] داخل کردند، آنگاه با تصویب ماده ۶۸ به شورای اقتصادی - اجتماعی ملل متحد مأموریت دادند تا نهادی ویژه [کمیسیون حقوق بشر] برای ترویج این حقوق بنیاد نهد.

اما در مورد ماده ۵۵، چهار دولت میزبان کنفرانس یعنی انگلستان، ایالات متحد آمریکا، چین و شوروی، پیشنهاد کردند که بعد از عبارت «تشویق به رعایت حقوق بشر و آزادیهای اساسی، عبارت «برای همه، فارغ از [هرگونه] تفاوت در نژاد، زبان، آیین و جنسیت» اضافه شود که در واقع این متضمن دو اصل کلیت و عدم تبعیض در اعمال وظیفه سازمان بود که از زمان تأسیس سازمان ملل در رشد و توسعه مقررات مربوط به حقوق بشر بسیار مؤثر واقع شده است. این پیشنهاد با اندک تغییرات صوری [کلمه آیین به دین تبدیل شد و در ترتیب مفاهیم چهارگانه دخل و تصرفی مختصر بعمل آمد] به تصویب کنفرانس رسید.

در این کنفرانس، دیگر دولتهای شرکت کننده نیز، برای روشن شدن ماهیت حقوق بشر و نحوه حمایت از آن پیشنهادهایی کردند که هیچیک به تصویب نرسید. با این حال، برای آنکه وظیفه سازمان در ترغیب و تشویق دولتها به رعایت حقوق بشر به جد گرفته شود، کلمه احترام را به جهانی و مؤثر متصف کردند [: احترام جهانی و مؤثر حقوق بشر و آزادیهای اساسی ...] و در نتیجه، ماده ۵۵ به صورتی که در منشور آمده است به تصویب رسید.

با آنکه در این ماده و در سایر مواد مربوط به حقوق بشر از «حمایت» از حقوق بشر سخنی به میان نیامده است، نمی توان معتقد بود که منشور در این باره لفاظی کرده و تکلیفی از این لحاظ بر عهده سازمان نگذاشته است؛ زیرا کلماتی که این منشور در ماده ۵۵ و سایر مواد بکار برده و با آنها سازمان را به ترغیب و تشویق دولتها در احترام به حقوق بشر موظف کرده و یا از آن خواسته است که در راه رشد و تعالی حقوق بشر یا از میان برداشتن موانعی که بر سر راه این حقوق قرار گرفته است، تلاش نماید، همه گویای تکلیفی کلی است که بر عهده سازمان گذاشته شده است. با این وصف، منشور در هیچ مورد نخواستگی است که با تصریح به

عوامل و وسایل معین، دست سازمان جهانی را در انتخاب راههای مناسب ببندد؛ زیرا حقوق بشر اصولاً متضمن مفاهیم ظریف و دقیقی است که انطباق هر یک از آنها بر موارد عینی، در هر زمان، مستلزم وسیله و عاملی مناسب است. بدیهی است که این عوامل و وسایل را هیچگاه نمی توان از پیش معین کرد. زمان خود بهترین وسیله تشخیص مؤثرترین ابزار است. وانگهی، لازمه «رعایت جهانی و مؤثر حقوق بشر و آزادیهای اساسی برای همه» آن است که سازمان بتواند، نه تنها با شکستن موانع ناشی از حاکمیت ملی کشورها در هر مکان و قلمروی گام بردارد، که بصورتی مؤثر مسؤولیت رعایت آن حقوق را در هر یک از کشورهای عضو نیز متقبل گردد؛ چندان که بتواند وضعیت واقعی حقوق بشر را در کشورهای مختلف مورد بررسی دقیق قرار دهد و مطمئن شود که حریم این حقوق در آن کشورها بی هیچ تبعیضی از لحاظ جنس، زبان، نژاد و مذهب حفظ گردیده است.

اما مسأله ای که باقی می ماند، این است که بند ج از ماده ۵۵، در سیاق کلی منشور چه مقام و موقعی دارد و حدّ وظیفه سازمان در این مورد با توجه به سایر مواد منشور چگونه معین می گردد؟

در مورد اخیر، تنها ماده ای که در منشور دامنه اختیارات سازمان را در این قلمرو وسیع تر کرده، ماده ۵۶ است که اقدامات سازمان را متکی بر همکاری جداگانه یا جمعی اعضا در راه نیل به مقاصد ماده ۵۵ کرده است. این ماده، زیرکانه برای دولتهای عضو سازمان ملل الزامی حقوقی در جهت تضمین مؤثر قاعده کلی مندرج در ماده ۵۵ بوجود آورده است. به همین سبب هر یک از دولتهای عضو، در مقام شخصیتی مستقل از سازمان، باید از انجام هر عملی که با روح کلی ماده ۵۶ منافات دارد خودداری بورزد و با حسن نیت با سازمان ملل همکاری کند.^۴

اما برخلاف ماده ۵۶، ماده ای دیگر در منشور وجود دارد که ظاهراً با مقتضای ذات ماده ۵۵ (بند ج) در تعارض است و آن ماده ۲ (بند هفتم) منشور است که بموجب آن: «هیچیک از مقررات مندرج در این منشور،

4. Bouony L., "L'art 56 de la Charte des Nations Unies", in Cot-Pellet, "La Charte des Nations Unies", *Economica*, 1991, p.888.

ملل متحد را مجاز نمی‌دارد که در اموری که اساساً در قلمرو صلاحیت ملی کشورها قرار دارد، دخالت نماید و اعضاء را نیز ملزم نمی‌کند که چنان مسائلی را برای حل و فصل تابع مقررات این منشور قرار دهند...». مسلماً در بادی امر چنین بنظر می‌آید که مسائل مربوط به حقوق بشر که معمولاً از جمله مسائل داخلی بشمار می‌آمده است، در زمره آن مسائلی قرار گرفته که از حوزه اقتدار سازمان خارج است. اما آیا چنین تفسیر محدودی با منطق کلی حاکم بر منشور سازگاری دارد؟

از آنجا که بموجب ماده ۳۱ معاهده ۱۹۶۹ وین، مقررات «هر معاهده باید... در پرتو موضوع و هدف معاهده مورد تفسیر قرار بگیرد» و رعایت حقوق بشر از جمله اهدافی است که منشور در ماده ۱ بدانها اشاره کرده است و همچنین با توجه به اینکه بموجب ماده ۳۲ همان معاهده، در صورتیکه تفسیر به نتیجه‌ای غیرمنطقی یا غیرمتعارف منجر گردد، باید برای دریافت حدود مفاهیم معاهده از عوامل مکمل تفسیر، خصوصاً کارهای مقدماتی و اوضاع و احوال زمان انعقاد معاهده، استفاده کرد، در پاسخ به این سؤال می‌توان گفت که نویسندگان منشور با آنکه هیچگاه مایل نبودند که سازمان ملل متحد در قبال دولتهای عضو از اختیاراتی مطلق همچون اقتدارات یک ابردولت بهره‌مند گردد، هرگز در پی آن نبودند که مسؤولیتها و اختیارات ملل متحد را در قلمرو حقوق بشر نادیده بگیرند و از آن بسادگی درگذرند.^۵ به همین سبب به اعتقاد کسانی، رعایت موازین حقوق بشر از جمله تعهدات بین‌المللی دولتها بشمار می‌آید و بند ۷ از ماده ۲ منشور در این مورد محمل ندارد؛^۶ گوا اینکه بسیاری از کشورهای توسعه یافته با تأکید بر اینکه حقوق بشر اصولاً از جمله آن مسائلی است که رسیدگی به آن در صلاحیت ملی دولتها قرار گرفته است، اعتقاد دارند که نقض آن حقوق، چنانچه در روابط بین‌الملل اخلال کند و آنرا به مخاطره بیفکند، مسأله‌ای است که باید با توجه به مقررات حقوق بین‌الملل مورد رسیدگی قرار بگیرد. از این رو به نظر آنها، میان نقض اتفاقی حقوق بشر و نقض اصولی و منظم آن، که آثاری فرامرزی دارد و اجرای تعهدات ناشی از

5. Marie J-B, Questiaux N., "L'article 55, al. c", in Cot-Pellet, op. cit., p.872.

6. Guillaume G, "L'article 2, paragraphe 7", in Ibidem, p.154.

منشور را با مشکل مواجه می‌سازد تفاوتی زیاد وجود دارد. دولتهایی که در مجمع عمومی سازمان ملل به محکومیت سیاست تبعیض نژادی رأی داده‌اند، با داشتن همین طرز تفکر و با توجه به موازنه‌ای که باید میان مقررات منشور در مورد حقوق بشر و بند ۷ از ماده ۲ بوجود آید، ادامه آن سیاست را جنایتی ضد بشری دانسته‌اند که صلح و امنیت بین‌المللی را به مخاطره می‌افکند.^۷

تا اینجا ما صرفاً از مفهوم کلی حقوق بشر در نظام ملل متحد و الزام دولتها به رعایت آن سخن به میان آوردیم. حال این سؤال پیش می‌آید که از لحاظ منشور، حقوق بشر چه حد و حدودی دارد و راههای ترویج و تضمین آن کدام است؟ منشور با آنکه چارچوب مفهومی و نهادین این حقوق را یادآور شده است، نه تعریفی از حقوق بشر عرضه کرده، نه دقیقاً محتوای این حقوق را معین داشته و نه از شیوه‌های تضمین آن گفتگو کرده است؛ اما در ماده ۶۸ به شورای اقتصادی-اجتماعی ملل متحد مأموریت داده است که برای ترویج و توسعه حقوق بشر، کمیسیونی ویژه (کمیسیون حقوق بشر) تأسیس نماید.

این کمیسیون از بدو تأسیس، تحت نظر مجمع عمومی و شورای اقتصادی-اجتماعی سازمان ملل، تلاش کرده است که ابتدا کاستیهای منشور را در حوزه تدوین مقررات حقوق بشر برطرف نماید، آنگاه با ابتکار آیینهای مناسب، راه اجرای مؤثر حقوق بشر را در جهان هموار سازد و سپس دستگاهی (سیستمی) منظم برای تضمین مقررات آن تعبیه نماید.

۱- تدوین مقررات حقوق بشر

از ابتدای تأسیس سازمان ملل تا اواسط دهه پنجاه، کار کمیسیون به تعریف اصول اساسی حقوق بشر منحصر شده بود. این کمیسیون ابتدا طرح اعلامیه جهانی حقوق بشر و سپس طرح میثاقهای حقوق بشر را تهیه کرد. مجمع عمومی طرح نخستین را در ۱۰ دسامبر ۱۹۴۸ و طرح دوم را در ۱۹۶۶ به تصویب رساند.

۷. نک. قطعنامه ۹ دسامبر ۱۹۸۲ مجمع عمومی (۳۷/۶۹/۸) در قضیه آفریقای جنوب غربی.

اعلامیه جهانی حقوق بشر بهترین وسیله تفسیر مقررات منشور ملل متحد در زمینه حقوق بشر بشمار آمده است و میثاقهای حقوق بشر [یعنی میثاق بین المللی مربوط به حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و میثاق بین المللی مربوط به حقوق مدنی و سیاسی و پروتکل مربوط به آن] که الزاماتی حقوقی برای امضاء کنندگان بوجود آورده اند، عواملی مؤثر برای تضمین مقررات حقوق بشر و نظارت بر اجرای آن مقررات قلمداد شده اند.

البته کار تدوین مقررات بین المللی مربوط به حقوق بشر فقط به تهیه این اسناد و متون محدود نشده و سازمان ملل متحد در طول حیات پنجاه ساله خود، با تصویب معاهدات و اعلامیه های مختلف، با توجه به گروههای معین (پناهندگان، آوارگان، زنان، کودکان، معلولین و اسراء)، یا مسائل خاص (کشتار عام، جنایات جنگی، جنایت بر ضد افراد بشر، بردگی، خرید و فروش انسان، شکنجه)، در راه رشد و توسعه حقوق بشر گامهای مؤثر برداشته است.

در میان این اسناد و متون که همه با توجه به حقایق و وقایع موجود در جهان تدوین یافته اند، منشور بین المللی حقوق بشر یعنی اعلامیه جهانی ۱۹۴۸ و میثاقهای ۱۹۶۶ «هسته مرکزی فعالیت های تقنینی ملل متحد»^۸ در این قلمرو بوده و از این جهت از اهمیت زیادی برخوردارند. ما ابتدا محتوای اعلامیه جهانی را تحلیل خواهیم کرد و سپس نگاهی بر آن دو میثاق خواهیم افکند.

الف- اعلامیه جهانی حقوق بشر

اعلامیه جهانی حقوق بشر در ۱۰ دسامبر ۱۹۴۸، در پاریس به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل متحد رسید. فکر تهیه این اعلامیه ابتدا پس از جنگ جهانی اول در انجمنهای بزرگ علمی مثل اتحادیه حقوقی بین الملل، مؤسسه حقوق بین الملل، آکادمی دیپلماتیک بین المللی، اتحادیه حقوق بین الملل، انجمن گروسیوس و غیره مطرح شده بود، منتها تدوین آن به اینصورت، پس از جنگ جهانی دوم تحقق یافت.^۹

8. Quoc Dinh. N., "Droit international public", LGDJ, Paris, 1992, p.634.

9. Cassin R., "déclaration universelle des droits de l'homme", Répertoire de droit international", vol. 1 Dalloz, 1968, p.595.

در طرحی که پروفیسور کسن (Cassin) فرانسوی در مقام مخبر کمیسیون در نوامبر ۱۹۴۷^{۱۰} تهیه کرد، علاوه بر آنکه تأثیر و نفوذ مفاهیم مندرج در اعلامیه های کشورهای غربی (اعلامیه ۱۶۸۹ انگلستان، ۱۷۷۸ ایالات متحد آمریکا و ۱۷۸۹ فرانسه) در قبال مسائل مربوط به آزادیهای مدنی و سیاسی کاملاً مشهود بود، بر میزان سهم و اقتدار هر دولت در اجابت حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی بسیار تأکید شده بود.

کمیسیون حقوق بشر در سومین اجلاس خود (آوریل ۱۹۴۸) پس از مذاقه بسیار، متنی موزون به شورای اقتصادی-اجتماعی عرضه داشت. شورا این طرح را بی آنکه مطلبی تازه بر آن بیفزاید به مجمع عمومی ارسال نمود. مجمع عمومی نیز پس از استماع سخنان پرشور نمایندگان دولتهای عضو سازمان ملل که همگی تلاش می کردند تا طرح اولیه و توازن اصولی متن همچنان پابرجا بماند، سرانجام در ۱۰ دسامبر ۱۹۴۸، با ۴۸ رأی موافق و ۸ رأی ممتنع آنرا به تصویب رساند.

پان- تحلیل مختصر اعلامیه

اعلامیه جهانی حقوق بشر از مقدمه و متنی که مشتمل بر سی ماده است، ترکیب یافته و با آنکه به ظاهر دارای انضباط خاصی است، برخلاف اسناد علمی طرح منظمی ندارد. در مقدمه، اولیات معلوم و همچنین تفکراتی که الهام بخش نویسندگان اعلامیه بوده، بطور کلی بیان شده است: یگانگی خانواده بشری، شأن و منزلت انسان، حقوق اساسی (حقوق ثابت و غیرقابل انتقال) مرد و زن، بطور کلی محتوای این اصول، و تأمل در نتایج مصیبت بار خوار شمردن و زیرپا گذاشتن حقوق بشر، توجه به رابطه منطقی رعایت این حقوق با استقرار قانون و آزادی در نظامهای داخلی و برپایی صلح میان ملتها، زمینه های فکری پدیدآورندگان این اعلامیه

۱۰. این طرح براساس اسنادی که لوزیه Laugier معاون دبیرکل سازمان ملل و پروفیسور ژیرو Giraud و پروفیسور همفری Humphrey در اختیار پروفیسور کسن گذاشته بودند و همچنین مدارک دیگر، تهیه شد. طرح پروفیسور کسن در نوامبر ۱۹۴۷ ابتدا مورد بررسی کمیته نگارش و سپس کمیسیون حقوق بشر قرار گرفت.

بوده است.

ماده یک و دو این اعلامیه در واقع زیربنای اصلی و ستون مقررات اعلامیه بشمار می آیند: ماده یک از اصول کلی آزادی، برابری و برادری سخن گفته و ماده ۲ که قسمت اعظم آن ساخته و پرداخته مجمع عمومی است با قاطعیت از اصل «عدم تبعیض» گفتگو کرده است: هر کس می تواند از تمامی حقوق و کلیه آزادیهایی که در این اعلامیه بدانها اشاره شده است بهره مند گردد؛ بی آنکه [همانگونه که منشور ملل متحد اعلام کرده است] از لحاظ جنس، زبان و مذهب استثنایی در کار باشد، یا تمایز در رنگ، عقیده سیاسی یا هرگونه عقیده ملی یا اجتماعی، ثروت، تولد یا هر وضعیت دیگر و همچنین هرگونه تفاوت در موقع سیاسی، حقوقی، بین المللی مرز و بوم یا سرزمینی که فرد انسانی بدان تعلق دارد موجب تبعیض گردد.

اما محتوای اعلامیه را می توان به چهار مقوله، که دارای اهمیتی

یکسان هستند، تقسیم نمود.

مقوله نخست (مواد ۳ تا ۱۱)، مقوله حقوق و آزادیهایی است که پیش از این در اعلامیه های کلاسیک و اکثر متون اساسی قرن نوزدهم بدانها پرداخته شده است. به لحاظ این اعلامیه، حق حیات (ماده ۲) تنها متضمن مسؤلیت جامعه در حمایت از فرد در قبال آدمکشی، محکومیتها یا مجازاتهای سنگین ظالمانه نبوده، بلکه به دفاع جامعه از فرد در قبال فقر و فاقه، و خطراتی که احتمالاً به مرگ یا نقص عضو منجر گردد و قابل پیش گیری باشد، نیز تعمیم یافته است.

حق فرد به داشتن آزادی نه تنها مستلزم آزادی جسمانی یا امنیت (حمایت فرد در قبال هرگونه بازداشت، زندان یا تبعید خودسرانه، ممنوعیت بردگی، بندگی، خرید و فروش) فرد انسانی است، که در برگیرنده آزادی حقوقی (شناخته شدن شخصیت حقوقی فرد در همه جا، دفاع در مقابل محاکم جزایی و مدنی؛ حق شکایت قضایی مؤثر در قبال هرگونه تجاوز و ممنوعیت عطف به ماسبق شدن مقررات کیفری) اوست. در این مقوله، شکنجه و مجازاتها یارفتار ظالمانه و غیرانسانی و

موهن، مغایر با شأن و حیثیت انسانی شناخته شده و ممنوع گردیده است. نهایت آنکه همه باید در مقابل قانون یکسان بشمار آیند و به یک صورت از حمایت آن بهره مند گردند.

مقوله دوم، شامل حقوق فرد در روابط خانوادگی، سرزمینی و همچنین روابط وی با دنیای خارج است (مواد ۱۲ تا ۱۷): زن و مرد بصورتی یکسان حق دارند آزادانه ازدواج کنند، خانواده تشکیل دهند، اقامتگاهی برای خود اختیار نمایند و بدون دخالت عوامل بیرونی به زندگی خویش ادامه دهند.

در این مقوله، خانواده رکن طبیعی و اساسی جامعه بشمار آمده و بدین اعتبار مستحق حمایت جامعه، شناخته شده است. علاوه بر این حقوق، هرکس حق دارد که تابعیتی داشته باشد، آزادانه برای خود مسکنی برگزیند، جلائی وطن کند و در قبال مجازاتهای ناروا پناهنده جایی شود. تسلط فردی یا جمعی انسان بر اموال، حق او شناخته شده و در نتیجه محروم کردن وی از این حق منع شده است.

در مقوله دوم، موضوعات مورد بحث بصورتی منظم طبقه بندی شده اند و اشاره اعلامیه به حق مالکیت به همان اندازه که مبین حق کلی تسلط کثیری از نوع انسان بر اموال است، از حق مالکیت فرد انسانی بر اموال نیز حکایت دارد.

مقوله سوم، مقوله اختیارات معنوی، آزادیهای عمومی و حقوق سیاسی بنیادین است. در ماده ۱۸ از آزادی فکر، وجدان و مذهب که متضمن اختیار تغییر مذهب یا عقیده و همچنین آزادی اظهار عقیده یا نشان دادن اعتقادات مذهبی با موعظه، احترام به شعائر و اجرای مناسک دینی، بصورت فردی یا گروهی، علنی یا غیرعلنی است، گفتگو شده است. ماده ۱۹ از حق آزادی عقیده و بیان سخن به میان آورده که خود مشتمل است بر تحقیق و تفحص در آراء و عقاید و اخذ اطلاعات و نشر آنها به هر وسیله ممکن و بدون در نظر گرفتن مرزهای موجود. ماده ۲۰ نیز تشکیل انجمنها و اجتماعات مسالمت آمیز را حق هر فرد انسانی دانسته است. آخر آنکه، ماده ۲۱ صراحتاً به حق مشارکت هر فرد در اداره عمومی

کشور خود بصورت مستقیم یا به وساطت نمایندگان که آزادانه انتخاب شده باشند و همچنین حق شرکت در انتخابات ادواری و راست (بی غل و غش) که مظهر ارادهٔ مردم و اساس اقتدارات دولت بشمار آمده است، اشاره کرده و هر یک از افراد کشور را در نیل به مشاغل عمومی آن کشور محق دانسته است.

مقولهٔ چهارم که قرینهٔ نخستین مقوله است، مضمونی بدیع دارد؛ زیرا در مادهٔ ۲۲ که اساس این مقوله بشمار می‌آید، گفته شده است که هر کس در اکتساب حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی که لازمهٔ مقام و رشد آزاد شخصیت اوست، محق است. با این حال، همین ماده تأکید کرده است که چنان حقوقی باید به تدریج و از رهگذر کار و کوشش ملی و همکاری بین‌المللی و با توجه به سازمان [اجتماعی] و منابع هر کشور تأمین گردد. از این رو مواد ۲۳ تا ۲۷ در مورد حق انتخاب آزاد کار و پیشه، آزادیهای سندیکایی، تأمین اجتماعی، مراقبتهای بهداشتی، حقوق مادر، حقوق کودک، حق فراغت و استراحت، حق تحصیل، مشارکت هر فرد در حیات فرهنگی و سهمی بودن وی در پیشرفتهای علمی و نهایتاً حق ایجاد آثار علمی، ادبی و هنری، همه باید با توجه به مادهٔ ۲۲ تفسیر گردد.

ذیل چهار مقوله یاد شده، سه ماده وجود دارد [مواد ۲۸ تا ۳۰] که نویسندگان اعلامیه، آنها را همچون سرلوحهٔ کار در اعلامیه درج نموده‌اند تا روابط میان فرد و سایر اعضای اجتماع [منفرداً یا جمعاً] را نیز معین کرده باشند.

مواد ۲۸ تا ۳۰، ابتدا نظم اجتماعی ملی و بین‌المللی را لازمهٔ تحقق کامل حقوق و آزادیهای فردی دانسته، آنگاه به تکالیف فرد در قبال جامعه اشاره کرده و حدودی را که وی نباید فراتر از آنها گام بردارد، معین نموده‌اند؛ بدینصورت که فرد مکلف به رعایت حقوق و آزادیهای دیگران و احترام به ارزشهای اخلاقی، نظم عمومی و رفاه و آسایش همگانی - که در هر جامعهٔ آزادمنش، حد و حدود آنها معین گردیده - شده است. در این اعلامیه (بند ۲ از مادهٔ ۲۹) تصریح گردیده است که این حقوق و آزادیها نباید در هیچ موردی، در جهت خلاف اهداف و اصول ملل متحد اعمال

گردد. بدین ترتیب اعلامیه با ذکر تکالیف سلبی یا ایجابی فرد در قبال هموعانش پایان می‌گیرد.

دو- دامنه اخلاقی و سیاسی اعلامیه

اعلامیه جهانی حقوق بشر ابتدا در حد سندی بین‌المللی که حاصل کار جمعی دولتها، در مقام تابعان منحصر بفرد حقوق بین‌الملل و تنها اعضای جامعه بین‌المللی، باشد به رشته تحریر درآمد. اما به تدریج و با گذشت مدت زمانی کوتاه، این حقیقت عیان گشت که انسان هسته اصلی و محور اساسی این اعلامیه است؛ چندان که مسلم گردید که در کنار جامعه دولتها و یا بهتر بگوییم فراتر از جامعه دولتها، جامعه‌ای جهانی وجود دارد که هر فرد انسانی عضو آن است و از لحاظ حقوقی تابع آن.

این اعلامیه از آن رو جهانی است که بطور کلی از رابطه انسان با جامعه یعنی با دیگر افراد انسانی و با سایر گروههای اجتماعی که خود جزئی از آن است مثل خانواده، شهر، گروههای سرزمینی، حرفه‌ای (شغلی)، معنوی و مذهبی، سخن به میان آورده است که در این حالت با آنکه دولت در رأس گروههای سیاسی و سرزمینی قرار گرفته، تنها گروه ممکن قلمداد نشده است.

گذشته از این، آن آزادیها و حقوقی که اعلامیه از آنها یاد کرده است، بی‌هیچگونه استثنایی به همه افراد انسانی تعلق دارند: هر کس در هر مکان و به صرف آنکه موجودی زنده است، صرفنظر از اینکه در کجا زاده شده یا در کجا رحل اقامت افکنده است، می‌تواند از این حقوق و آزادیها بهره‌مند گردد.

با این وصف و به رغم آنکه این اعلامیه از لحاظ ملیت، قائل به هیچگونه تمایزی میان انسانها نشده است، در مواردی مثل حق بازگشت به میهن (بند ۲ از ماده ۱۳) یا مشارکت افراد در اداره عمومی کشور یا نیل به مشاغل عمومی در شرایط برابر (بند ۱ و ۲ از ماده ۲۱) از حق خاص تابعان حقوقی هر کشور سخن گفته و در موارد دیگر، مثل حق مهاجرت آزاد و استقرار در کشور بیگانه، سکوت اختیار کرده است. اما به

هر حال و با آنکه امکان دارد که شعاع محدودیتهای حقوقی ناشی از ارزشهای اخلاقی، نظم عمومی و رفاه و آسایش همگانی موجود در جوامع آزادمنش، در قبال بیگانگان وسیع تر باشد، می توان معتقد بود که «شناختن همین حقوق و آزادیهای اندک برای افراد بیگانه، خود هسته مرکزی حقوقی جهانی است که در جهت دفاع از اصول مشترک مورد قبول ملل متحد مانع ورود اصول مخالف می گردد».

اعلامیه جهانی حقوق بشر، براستی اعلامیه ای جهانی است. " اما از

۱۱. لریور بیژونیر حقوقدان فرانسوی، برای نخستین بار از تأثیر اعلامیه جهانی حقوق بشر بر حقوق بین الملل خصوصی فرانسه سخن به میان آورد.

برای اطلاع نک.

Lerebours-Pigeonière, "La déclaration universelle et le droit international privé in Le droit privé français au milieu de xxe siècle, Paris, 1950.

اما تا به حال مطالعات جامعی درباره تأثیر این اعلامیه بر وضعیت بیگانگان در مقایسه با آنچه حقوق ملل (*jus gentium*) در روم و خاورمیانه و حقوق کلیسای مسیحی، حقوق اسلام، حقوق بازرگانان *lex mercatorum*، کامن لو و اصول انقلاب فرانسه، در مقام حقوق اساسی مشترک گروههای وسیعی از افراد انسانی، در این قلمرو عرضه نموده اند، انجام نگرفته است.

رک.

Cassin R., "La déclaration universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme", RCADI., 1951, II, vol. 79, p.283, note. 1.

۱۲. البته با آنکه نویسندگان اعلامیه های حقوق بشر [اعلامیه ۱۷۷۸ آمریکا، اعلامیه ۲۶ اوت ۱۷۸۹ فرانسه] بر آن بوده اند که نه تنها از حقوق شهروندان که از حقوق نوع بشر سخن بگویند، اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸ به دو دلیل، محدوده ای وسیعتر از آن اعلامیه ها دارد: یکی آنکه جامعه جهانی به اعتبار این اعلامیه از تمامی حقوق و آزادیهایی که پیش از این فقط در قوانین اساسی یا اعلامیه های پراکنده هر یک از دولتها بدانها پرداخته شده بود، حمایت خواهد کرد و دیگر آنکه این اعلامیه که اعلامیه ای فراملی است، نه عصاره اعلامیه های ملی است و نه تصویری بزرگتر و یا به عبارتی سیمایی جهانی از این قبیل اعلامیه ها یا قوانین ملی.

اعلامیه ۱۹۴۸ از آن رو بدیع است که حقوق بشر را بصورتی در سطح جهانی مطرح کرده که هیچ اعلامیه یا قانونی قادر به طرح آن در این شکل نبوده است. چنانکه مثلاً بموجب ماده ۱۵ مقرر کرده است که «هر فرد حق دارد که ملیتی داشته باشد». مسلم است که هیچ قانون اساسی نمی تواند که در چنین موردی قاعده ای وضع کند که بموجب آن هر فرد انسانی بتواند در قلمروی ملی دارای تابعیت باشد؛ آنهم در جامعه ای که خود متکی بر تجمعات دولتی متفاوت است.

آنجا که این حقوق جهانی احیاء شده با دستگاه [سیستم] کلاسیک نظام بین المللی که فقط دولتها را تابع حقوق بین الملل شناخته است سر سازگاری ندارد، باید اصول و مفاهیم کلی آنرا مصادراتی (Postulats) دانست که دلالت دارد بر ارتقاء انسان تا حد عضو بلا فصل جامعه بشری جهانی و تابعیت مستقیم وی از نظامی که بر آن جامعه حکومت می نماید.

سه- اهمیت کلی و اعتبار و دامنه حقوقی اعلامیه جهانی حقوق بشر

۱- اهمیت کلی

اعلامیه جهانی حقوق بشر صرفاً سندی تاریخی نیست که به دست نمایندگان دولتها پدید آمده باشد. این اعلامیه به لحاظ محتوایی که داشته است از زمان تصویب تا کنون بصورتهای مختلف، دولتها و گروههای اجتماعی، مذهبی و انجمنهای علمی و نهایتاً افراد بشر را از هر صنفی که بوده اند، تحت تأثیر مستقیم خود قرار داده است؛ تا آنجا که در حال حاضر همچون سندی معتبر در جامعه بین المللی منزلت یافته است و این دقیقاً بدان سبب است که اعلامیه جهانی حقوق بشر در بند هیچ جزم مکتبی نبوده؛ به این معنی که خود را نه مقید به حقوق طبیعی و مطلق نموده و نه از مکتب اصالت فرد قرن هیجدهم الهام گرفته است؛ زیرا متضمن آن مفهومی است که جملگی بر سر آن همداستان بوده اند: وحدت خانواده بشری.

اعلامیه جهانی به دلیل مبنا و اهدافی که دارد، برتر از منشور ملل متحد است؛ زیرا چنانچه منشور به عللی اعتبار خود را از دست بدهد و یا سرنوشتی مشابه با میثاق جامعه ملل سابق پیدا کند، اعلامیه جهانی حقوق بشر، چون اعتبار بالفعل دارد و تا حدود زیادی بر نظامهای سیاسی و قوانین اساسی کشورهای جهان تأثیر گذاشته است، همچنان پایدار می ماند.^{۱۳}

از ۱۹۴۸ تا به حال، تمامی ارکان سازمان ملل متحد و همچنین نهادهای تخصصی از قبیل یونسکو، سازمان بین المللی کار، سازمان بهداشت جهانی، با الهام گرفتن از این سند معتبر در جهت ارتقاء حقوق

13. Cassin R., op. cit., p.291.

بشر فعال بوده اند و معاهدات، قطعنامه ها و اعلامیه های مختلفی از جمله اسناد بین المللی زیر حاصل آن:

معاهده منع و دفع کشتار عام (۱۹۴۸)، معاهده منع خرید و فروش انسان و فحشاء (۱۹۴۹)، معاهده مربوط به وضعیت پناهندگان (۱۹۵۱)، معاهده مربوط به حقوق سیاسی زن (۱۹۵۲)، معاهده مربوط به وضعیت افراد فاقد ملیت (۱۹۵۴)، معاهده الغای کار اجباری (۱۹۵۷)، معاهده مربوط به عدم تبعیض در کار و مشاغل (۱۹۵۸)، اعلامیه حقوق کودک (۱۹۵۹)، اعلامیه اعطای استقلال به سرزمینها و مردم تحت استعمار (۱۹۶۰)، قطعنامه (۱۷) ۱۸۰۳ مجمع عمومی در مورد «حاکمیت دائم بر منابع طبیعی (۱۹۶۲)، اعلامیه ملل متحد در مورد الغای هرگونه تبعیض نژادی (۱۹۶۳)، اعلامیه اصول همکاری فرهنگی بین المللی (۱۹۶۶)، میثاق بین المللی مربوط به حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (۱۹۶۶)؛ میثاق مربوط به حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶)، پروتکل اختیاری مربوط به میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶)، اعلامیه الغای تبعیض در قبال زنان (۱۹۶۷)؛ اعلامیه مربوط به پناهندگان سرزمینی (۱۹۶۷)، اعلامیه عدم شمول مرور زمان در قبال جنایات جنگی و جنایات بر ضد بشریت (۱۹۶۸)، معاهده بین المللی مربوط به الغاء و دفع جنایت تبعیض نژادی (۱۹۷۳)؛ اعلامیه جهانی برای از میان بردن فقر و گرسنگی (۱۹۷۴)، اعلامیه حمایت از زنان و کودکان در لحظات اضطراری و به هنگام مخاصمات مسلحانه (۱۹۷۴)، اعلامیه استفاده از پیشرفتهای علمی و فنی در جهت صلح و مصلحت افراد بشر (۱۹۷۵)، اعلامیه مربوط به حمایت از همه افراد انسانی در قبال شکنجه و سایر مجازاتهای ظالمانه، غیرانسانی و ترذیلی (۱۹۷۵)، اعلامیه حقوق افراد معلول (۱۹۷۵)، اعلامیه حق مردم به صلح (۱۹۸۴)، معاهده منع شکنجه و سایر مجازاتها و رفتارهای ظالمانه، غیرانسانی و ترذیلی (۱۹۸۴)، اعلامیه اصول اساسی عدالت مربوط به قربانیان جنایت و قربانیان تجاوز از حدود اختیارات (۱۹۸۵) مقررات مربوط به احقاق حقوق صغار (مقررات بی جینگ (Beijing). (۱۹۸۵)، اصول اساسی مربوط به استقلال قضات (۱۹۸۵)،

اعلامیه مربوط به حقوق بشری افرادی که تابعیت سرزمینی را که در آن زندگی می کنند دارا نیستند (۱۹۸۵)، اعلامیه حق توسعه (۱۹۸۶)، معاهده حقوق کودک (۱۹۸۹).

۲- اعتبار و دامنه حقوقی اعلامیه

به اعتقاد کسانی، قطعنامه مجمع عمومی ملل متحد ((۳) الف ۲۱۷) که دربرگیرنده اعلامیه جهانی حقوق بشر است، نه تنها از اعتبار تصمیمی (Décision) بین المللی برخوردار نیست که توصیه نامه ای ساده هم بشمار نمی آید. اینان برای اثبات مدعای خویش به عدم تصریح مجمع عمومی به عبارت «توصیه می شود» (Recommande) استناد کرده اند.

صرفنظر از اینکه تفسیر لفظی و صوری یاد شده قانع کننده بنظر نمی رسد و اعتبار هر قطعنامه را اصولاً باید با توجه به محتوا و مجموعه کارهای مقدماتی معین کرد؛ اعلامیه جهانی حقوق بشر اصولاً مبین بینش مشترک تمامی ملل و گویای آرمانی واحد و همچنین هدفی است که در تأمین تدریجی و تحقق آن حقوق از رهگذر اقدامات ملی و بین المللی خلاصه می گردد. بنابراین اعلامیه جهانی نه تنها توصیه نامه ای رسمی است که حتی اعتباری بیش از توصیه نامه های معمولی دارد، زیرا در ششمین بند مقدمه آن به تعهد حقوقی دولتهای عضو ملل متحد، یعنی همکاری موثر آنها با سازمان ملل در جهت استقرار حقوق بشر، که ماده ۵۶ منشور بدان تصریح نموده، اشاره کرده است.

بنابراین، حتی اگر اعلامیه جهانی حقوق بشر را توصیه نامه هم قلمداد نکنیم، هیچ چیز نمی تواند دولتها را از اجرای تعهد حقوقی آنها مبنی بر همکاری با سازمان ملل در جهت تحقق اصول این اعلامیه باز بدارد.

گذشته از این، مفهوم حقوق بشر پیش از آنکه منشور ملل متحد به تصویب برسد، از جمله آن اصول کلی حقوق بشمار می آمده که مورد قبول ملل متمدن بوده و دیوان دائمی دادگستری بین المللی بموجب ماده ۳۸ اساسنامه، خود را ملزم به رعایت آنها می دانسته است. حال اگر منشور

صراحتاً به «رعایت» این حقوق اشاره کرده، بدان منظور بوده است که این الزام را مضمون قاعده‌ای قراردادی کرده باشد.^{۱۵}

با این وصف، از آنجا که در حال حاضر همه اصول مندرج در اعلامیه جهانی بصورت قواعد لازم‌الاجراء درنیامده‌اند، دیوان بین‌المللی دادگستری فقط به شرطی می‌تواند به اصلی از آن اصول استناد کند که آن اصل در زمان صدور حکم، از لحاظ حقوقی در اکثر کشورهای جهان اعتبار اجرایی کسب کرده باشد.^{۱۶}

بنابر آنچه گفته شد، می‌توان معتقد بود که اعلامیه جهانی حقوق بشر که نه قانون است و نه معاهده، تا حال حاضر فقط در حد اعلامیه‌ای مؤثر و دارای اهداف بلند، فقط در قلمرو جامعه بین‌المللی - آنهم به استناد ماده ۵۶ منشور ملل متحد - از اقتدار بهره‌مند بوده است. به همین سبب این اعلامیه از زمان تصویب تاکنون، هیچگاه نتوانسته است که قوانین و مقررات مغایر با اصول حقوق بشر را از میان بردارد یا دولتهای عضو سازمان ملل متحد را مکلف کند که مقررات و قوانین مخالف با موازین حقوق بشر را نسخ یا ابطال نمایند.

برای آنکه این مشکل از میان برداشته شود و اصول مندرج در اعلامیه، در حد مقررات حقوق بین‌الملل قابل استناد باشند و همچنین سازمان ملل به سستی در اعتلای حقوق بشر متهم نگردد، لازم می‌نمود که اقداماتی برای حمایت از حقوق بشر انجام گیرد. اقدامات سازمان ملل متحد در این حوزه از اهمیتی یکسان برخوردار نبوده و هر یک درجه‌ای معین داشته است که بطور کلی می‌توان آنها را به سه دسته تقسیم نمود: ۱- اقداماتی که برای جلب توجه افکار عمومی بین‌المللی به حقوق بشر انجام گرفته است، مثل بزرگداشت حقوق بشر در مواقعی معین از سال؛ ۲- قطعه‌نامه‌هایی که اعمال مخالف حقوق بشر مثل آپارتاید (تفکیک نژادی) را محکوم کرده است؛ ۳- انعقاد معاهداتی بین‌المللی در جهت اعتلای حقوق بشر و حمایت از آن.

معاهداتی که از ۱۹۴۸ تا حال حاضر در این قلمرو انعقاد یافته، دو

15. Cassin R., op. cit., p.294.

16. Ibidem, loc. cit.

خصوصیت داشته‌اند: یکی آنکه زیر نظر سازمان ملل یا یکی از نهادهای تخصصی وابسته به آن تهیه شده و دیگر آنکه در مقام معاهداتی چندجانبه در قبال دولتهای امضاءکننده از اعتبار اجرایی لازم برخوردار بوده‌اند. دسته‌ای از این معاهدات، بی‌آنکه برای حمایت از این حقوق سیستمی (دستگاهی) تعبیه کرده باشند، فقط به مفاهیم حقوق بشر رسمیت داده و دسته‌ای دیگر فقط به حق یا مقوله و حتی شماری از این حقوق پرداخته‌اند. اما دسته‌ای از این معاهدات نه تنها به شماری از این حقوق رسمیت داده که مکانیسم یا مکانیسم‌هایی برای حمایت از حقوق بشر نیز ابتکار کرده‌اند.

میثاقهای حقوق اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی و حقوق مدنی و سیاسی در این دسته قرار گرفته‌اند. هر یک این میثاقها نه تنها متضمن فایده‌ای خاص است که در نوع خود ثمره تلاشهای گسترده سازمان ملل بشمار می‌آید.

تا ۱۹۶۶، سازمان ملل هم خود را مصروف تهیه و تدارک اعلامیه‌ها و معاهداتی جنبی در قلمرو حقوق بشر نموده بود که هیچیک از آنها متضمن مکانیسم حمایت بین‌المللی از این حقوق نبود. اما با تدوین این دو میثاق، سازمان ملل متحد برای نخستین بار متن معاهداتی را تهیه و عرضه نمود که در آنها رسماً از حمایت بین‌المللی از حقوق بشر سخن گفته شده بود. ثبات قدم بیست ساله سازمان ملل در این راه ستودنی است، زیرا سرانجام موفق گردید، که در جهت تحقق یکی از اهداف عالی ملل متحد، گامی مؤثر بردارد.

ب- میثاقهای بین‌المللی

در ۱۶ دسامبر ۱۹۶۶ مجمع عمومی سازمان ملل متحد سه متن اساسی مربوط به حقوق بشر را به تصویب رساند و با این کار مرحله‌ای مهم از اقداماتی را که می‌بایست در جهت اعتلای حقوق بشر انجام دهد، پشت سر گذاشت: میثاق بین‌المللی مربوط به حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی با ۱۰۵ رأی و بدون رأی مخالف و میثاق بین‌المللی مربوط به

حقوق مدنی و سیاسی با ۱۰۶ رأی و بدون رأی مخالف و پروتکل اختیاری مربوط به میثاق حقوق مدنی و سیاسی با ۶۶ رأی موافق، ۲ رأی مخالف و ۳۶ رأی ممتنع به تصویب رسید.^{۱۷}

در مقدمه هر یک از این دو میثاق که به یک صورت به عبارت درآمده است، نه تنها به اصول مندرج در منشور ملل متحد که به اعلامیه جهانی حقوق بشر اشاره شده و همچنین بر این واقعیت تأکید گردیده است که «شناسایی حیثیت ذاتی کلیه اعضای خانواده بشری و حقوق برابر و غیرقابل انتقال آنها، اساس آزادی، عدالت و صلح در جهان است» و [بموجب منشور ملل متحد] «ترویج مراعات جهانی و مؤثر حقوق و آزادیهای بشر، تکلیف دولتها».

گذشته از این، میثاقهای بین المللی نه تنها از دولتهای عضو که بموجب اعلامیه جهانی متعهد به تضمین رعایت جهانی مؤثر بشر شده اند، سخن گفته، بلکه بر این امر تأکید گذارده است که دولتها (اعم از دولتهای عضو و غیرعضو سازمان ملل)، مکلف به ترویج مراعات جهانی و مؤثر حقوق بشر هستند. از این رو، حمایت از حقوق بشر نه تنها تکلیف فردی که تکلیف جمعی آنان نیز بشمار آمده و الزام به رعایت حقوق بشر تنها در حد امتناع یا عمل انفعالی دولتها تنزل داده نشده، بلکه تا مرز تکلیف فعال آنها در جهت استقرار حقوق و آزادیهای بشری امتداد یافته است.

نیز، مقدمه این دو میثاق، «انسان» را در مفهومی وسیع مورد نظر قرار داده و از تمامی اعضای خانواده بشری و در نتیجه گروهها یعنی خانواده، نژادها و اقوام سخن گفته است؛ نتیجتاً انسان نه در مفهوم انتزاعی آن، که با توجه به شرایط جامعه شناختی هستی و همچنین ارتباطات انسان با گروههایی که وی را احاطه کرده اند، مورد توجه قرار گرفته است.

۱- مراحل تدوین میثاقهای بین المللی

برای تدوین میثاقهای بین المللی سه مرحله پشت سر گذاشته شد: در نخستین مرحله که از ۱۹۴۶ تا ۱۹۴۸ به طول انجامید، بر سر حدود و دامنه این حقوق اختلاف نظر وجود داشت؛ چنانکه بعضی از کشورها، مثل

17. Cf. Chronique mensuelle de l'O.N.U., vol. IV (1967), n° 2, p.44 sqq.

بریتانیای کبیر از تهیه معاهده‌ای بین‌المللی که متضمن شناسایی شماری زیاد از حقوق بشر و همچنین آیینهای حمایتی باشد، سخن به میان می‌آوردند و بعضی دیگر مثل ایالات متحد آمریکا از اعلامیه‌ای پشتیبانی می‌کردند که بنا بر آن به دولتها پیشنهاد شود که حقوق مندرج در آن اعلامیه را در نظامهای داخلی خود وارد کنند. دسته‌ای از دولتها، مثل فرانسه نیز خواستار آن بودند که فقط اعلامیه‌ای در این باره به تصویب برسد یا آنکه طرح چند معاهده به دولتها پیشنهاد شود.^{۱۸} کمیسیون حقوق بشر با استقبال از نظر اخیر، سرانجام در ۱۰ دسامبر ۱۹۴۸ اعلامیه جهانی حقوق بشر را به تصویب رساند.

اما در مرحله دوم، یعنی از ۱۹۴۹ تا ۱۹۵۴، کمیسیون حقوق بشر با تبعیت از دستورالعملهای مجمع عمومی و شورای اقتصادی-اجتماعی، پیش‌نویس مقدماتی این معاهدات را تهیه کرد. در این پیش‌نویس، کمیسیون حقوق بشر دو فهرست از این حقوق؛ فهرستی مربوط به حقوق مدنی و سیاسی و فهرستی از حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی تهیه کرد و سپس با اضافه کردن مقدمه‌ها، مقررات مربوط به حق مردم در تعیین سرنوشت خویش و مواد تفصیلی مربوط به مکانیسمهای حمایتی بین‌المللی، آنها را تکمیل نمود. البته بعضی از مسائل، مثل وارد کردن شرط بر این معاهدات و دادخواستهای فردی مسکوت ماند.

در مرحله سوم، که از ۱۹۵۵ شروع شد و در ۱۹۶۶ خاتمه یافت، کار سومین کمیسیون مجمع عمومی که به حکم مجمع مأمور بررسی طرحهای کمیسیون حقوق بشر شده بود، به بحث و مجادله‌های گاه تند دولتها درباره تعیین حقوق مورد نظر و دامنه آنها محدود گردید. با این وصف، در آن زمان که نوبت تصمیم‌گیری درباره مسائل مربوط به مکانیسمهای حمایتی بین‌المللی و همچنین پروتکل اختیاری مربوط به حقوق مدنی و سیاسی فرا رسید، کمیسیون که به ریاست خانم ورزاوی (Warzavi)، اهل مراکش، تشکیل جلسه داده بود، توانست ظرف مدت ۸ هفته (پاییز ۱۹۶۶) مقررات مربوط به این مسائل را به تصویب برساند و همانطور که

18. Lauterpacht H., "The International Protection of Human Rights", RCADI., 1947 (I), p.74 sqq.

گفته شد، مجموع عمومی نیز بی هیچ سخنی، پیشنهادهای کمیسیون را پذیرفت و دو معاهده و همچنین پروتکل مربوط به میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی را به تصویب رساند.

۲- تبیین بین المللی حقوق بشر

حقوق بشر، آنگاه واجد معناست که جنبه های مثبت و منفی آن بیان شده باشد. از این رو، در بررسی علمی حقوق بشر نه تنها باید نوع و ماهیت این حقوق را معین کرد، که از نارساییها و خلاء میثاقها در این قلمرو نیز سخن گفت تا حدّ دقیق مفاهیم حقوق بشر در این اسناد روشن گردد.

بک- نوع و ماهیت حقوق مورد نظر میثاقها

هر یک از این دو میثاق به مقوله ای از حقوق بشر اختصاص یافته است. میثاق حقوق مدنی و سیاسی از یک طرف از حقوق ذاتی فرد^۱ و از طرف دیگر از حقوقی که به افراد اجازه مشارکت در اداره امور جامعه را می دهد،^۲ سخن گفته است.

اما میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی همانطور که از عنوانش برمی آید، حقوقی را دربرگرفته است که به وضعیت مادی افراد مربوط می گردد.

هیچیک از این دو میثاق در هیچ مورد به ذکر و شمارش این حقوق بسنده نکرده، در هر مورد محتوای دقیق آن حقوق را نیز نمایانده است تا آنکه هر حق در مفهوم واقعی خود تبیین گردد. گذشته از این، سازمان ملل متحد در تهیه این متون کوشیده است تا به تفاوتهایی که میان افراد مخاطب این میثاقها وجود دارد نیز توجه نماید؛ چنانکه بند سوم از ماده ۱۹. حق حیات، ممنوعیت شکنجه و بردگی، امنیت فردی، ممنوعیت زندانی کردن خودسرانه، حق نظم، حق دفاع، حق داشتن شخصیت حقوقی، آزادی رفت و آمد و اقامت، آزادی وجدان، مذهب، عقیده، بیان، تشکیل اجتماعات، اتحادیه ها، حق ازدواج، حق ملیت (رک. مواد ۶ تا ۲۷ میثاق).

۲۰. حق مشارکت در اداره امور عمومی، بطور مستقیم یا با وساطت نمایندگان که آزادانه انتخاب شده اند، حق رأی و حق انتخاب شدن، حق دستیابی به مشاغل عمومی (نک. ماده ۲۵).

۱۳ میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به این نکته تصریح کرده است که دولتهای طرف معاهده، متعهد به رعایت آزادی والدین یا سرپرست قانونی اطفال در انتخاب مدرسه ای جز مدارس دولتی هستند و ماده ۲۷ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی برای اقلیتهای نژادی، مذهبی یا زبانی این حق را شناخته که جمعی از فرهنگ خود استفاده نمایند، به دین خود عمل کنند و زبان خود را به کار بندند. این میثاقها همچنین به جنبه بین المللی این حقوق نیز توجه کرده، به آن حقوق در چنین قلمروی رسمیت داده است. فی المثل ماده ۱۳ میثاق حقوق مدنی و سیاسی در مورد اخراج بیگانگان، به بیگانه ای که حکم اخراج او صادر شده، حق اعتراض داده و دولت صادرکننده حکم را موظف به رسیدگی به آن اعتراض نموده است؛ همچنانکه به هر متهمی که زبان دادگاه را نفهمد حق داده است که مجاناً از مترجم استفاده کند (بند «و» از ماده ۱۳ میثاق حقوق مدنی و سیاسی) و در ماده ۲۴ (بند ۳) به حق تحصیل تابعیت تصریح کرده است. مهمتر از همه آنکه ماده ۱۱ میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی از الزام به «همکاری بین المللی» و تلاش برای اطمینان یافتن از توزیع منصفانه منابع غذایی جهان «بمنظور اعمال حق مصونیت از گرسنگی» سخن گفته است.

دو- محدودیتهای و نارساییهای میثاقهای بین المللی

نارساییهای این دو میثاق را می توان در سکوت آنها یا مجمل بودن بعضی مقررات خلاصه نمود.

این دو میثاق به بعضی از حقوق که اعلامیه جهانی متذکر آنها شده است اصلاً نپرداخته اند، مثل حق مالکیت و حق پناهندگی. در این دو مورد، علت سکوت میثاقها قطعاً آن بوده است که دولتهای سوسیالیست از امضای این دو پیمان گریزان نشوند. در مواردی نیز، آن حقی را که میثاقها بدان پرداخته اند، محتوایی ضعیف تر از مورد مشابه در اعلامیه جهانی داشته است. مثلاً در ماده ۸ اعلامیه جهانی، از حق رجوع مؤثر به محاکم ملی صالح سخن گفته شده، اما میثاق مدنی و سیاسی فقط به حق «شکایت مفید» به «مرجع صالح» اشاره کرده است. با این حال نویسندگان منشور

با توجه به همین کاستیها، در بند ۲ از ماده ۵ هر دو میثاق به این نکته مهم اشاره کرده اند که هرگز نمی توان با استناد به اینکه میثاق، حقوقی را به رسمیت نشناخته یا آنکه آنها را در حدی کمتر مورد شناسایی قرار داده است، از سایر مقررات موجود بین المللی یا ملی مربوط تخطی نمود یا آنها را محدود کرد.

گذشته از این، میثاقهای بین المللی گاه به تعریف و طبقه بندی و وصف صورت مادی مفاهیم مربوط به حقوق بشر اکتفا کرده و بدین ترتیب راه را برای تفسیرهای مختلف باز گذاشته اند؛ چندانکه هر دولت بتواند با توجه به کیفیتی که خود مناسب تشخیص می دهد، حدود هر حق را مشخص بدارد؛ مثل جزء الف از بند ۲ از ماده ۱۳ میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی که به حق تحصیلات ابتدایی رایگان اشاره کرده است. از آنجا که تحصیلات ابتدایی رایگان، در کشورهای در حال توسعه و کشورهای توسعه یافته [که سازمان تحصیلات طولانی تر است] یکی نیست و میثاق، معیاری کمی برای این تحصیلات معین نکرده است، هر دولت می تواند از تحصیلات ابتدایی، تفسیری متناسب با منافع ملی خود بنماید. همچنین است اشاره بند ۲ از ماده ۹ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی به حق هر فرد به دریافت اختاریه در مورد اتهام انتسابی در «کوتاهترین مدت». بدیهی است که هر نظام حقوقی به تناسب اوضاع و احوال اجتماعی خود از «کوتاهترین مدت» استنباطی خاص دارد. مفاهیم شرایط عادلانه و مساعد (ماده ۷ میثاق حقوق اقتصادی...)، یا مفاهیم ظالمانه که در مواد مختلف بکار رفته است نیز از جمله این معیارهای کیفی به شمار می آیند.

سه - دامنه مقررات میثاقها

حق آنگاه منزلتی رسمی دارد که هم قابل تمتع باشد و هم قابل

استیفاء.

۱ - تمتع از حقوق بشر

نظر نویسندگان این دو میثاق آن بوده است که نخستین شرط برای

آنکه فرد بتواند از حقوق خود بهره برداری کند آن است که اجتماع مردمی متعلق به آن فرد خودمختار باشد.

بموجب ماده یک هر دو میثاق:

« ۱. همه ملت‌ها حق دارند که حاکم بر سرنوشت خویش باشند،

به موجب این حق، آنان وضعیت سیاسی خود را آزادانه معین می‌کنند و در جهت توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خویش آزادانه قدم برمی‌دارند؛

۲. برای نیل به هدف‌های خود، تمامی ملل، آزادانه و بی آنکه به

الزامات ناشی از همکاری اقتصادی بین‌المللی، که بر اصل منفعت متقابل و حقوق بین‌الملل مبتنی است، خللی وارد آید، می‌توانند ثروت‌ها و منابع طبیعی خود را در اختیار گیرند؛

۳. دولت‌های طرف این میثاق، از جمله دولت‌هایی که مسؤولیت اداره

سرزمین‌های غیرمختار و سرزمین‌های تحت قیمومت را بر عهده دارند، موظفند که راه‌های تحقق حق مردم در تعیین سرنوشت خویش را هموار سازند و این حق را بر طبق مقررات منشور ملل متحد محترم شمارند.»

این ماده ضمن آنکه مواد دیگر این دو میثاق را تقویت کرده^{۲۱}، برای

حق مردم در تسلط بر ثروت‌ها و منابع طبیعی، مبنایی قراردادی بوجود آورده است که تا آن زمان بی سابقه بود^{۲۲}.

دیگر آنکه سازمان ملل متحد با استفاده از این متون که به حقوق

بشر اختصاص یافته یک بار دیگر با یادآوری تعهد دولت‌ها در منشور بر

رهایی سرزمین‌های غیرمختار یا تحت قیمومت، تأکید گذارده است؛ گو

اینکه در این میثاقها غرض از حق تعیین سرنوشت سرزمین‌های غیرمختار،

۲۱. موادی که در این دو میثاق تحت تأثیر این ماده قرار گرفته‌اند، عبارتند از ماده ۲۷ میثاق حقوق مدنی

و سیاسی و ماده ۲۵ میثاق حقوق اقتصادی و اجتماعی، با این مضمون که هر یک از مقررات این میثاقها

نباید به گونه‌ای تفسیر شود که به حق ذاتی کلیه ملل در بهره برداری کامل و آزادانه از ثروت‌ها و منابع طبیعی

آنها لطمه‌ای وارد کند.

۲۲. از حق حاکمیت بر منابع طبیعی قلمنامه ۱۹۵۲ و همچنین بصورتی دقیق‌تر قلمنامه ۱۹۶۲، سخن

گفته بودند. برای اطلاع از مضمون دقیق این قلمنامه‌ها نک.

Fischer G., "La Souveraineté sur les ressources naturelles, AFDI, 1962, P. 516

استقلال آن سرزمینها بوده است.^{۲۳}

از این لحاظ می توان معتقد بود که میثاقهای دوگانه مکمل و تقویت کننده اعلامیه معروف اعطای استقلال به مردم تحت استعمار^{۲۴} و مبین میزان اهمیت کشورهای تازه استقلال یافته بوده است. اما مسأله ای که وجود دارد آن است که آیا شناسایی حق مردم در تعیین سرنوشت خویش، شرط لازم شناسایی حقوق بشر است؟ گروهی ضمن رد این نظر اعتقاد دارند که اصولاً آنگاه می توان از حقوق بشر سخن گفت که جامعه ای آزاد استقرار یافته باشد. بنابراین رهایی مردم از بند قیومت آنچنان طاقت فرساست که اساساً نمی تواند با رشد و شکوفایی حقوق بشر سازگار باشد.^{۲۵} اما دسته ای دیگر، خصوصاً طرفداران کشورهای تازه استقلال یافته، معتقدند که چون بندگی با آزادی انسان مغایرت دارد، آزادی فرد در تعیین سرنوشت، مستلزم آزادی همه افراد است. به عبارت دیگر وقتی می توان از حقوق بشر متمتع گردید که مردم از حق تعیین سرنوشت متمتع شده باشند. به همین سبب بر این نکته اصرار ورزیده اند که حق مردم در تعیین سرنوشت خویش در رأس حقوق بشر قرار گرفته و شرط لازم تمتع از سایر حقوق است.^{۲۶}

شرط دیگر تمتع از این حقوق که کمتر در مورد آن اختلاف نظر وجود داشته، عدم تبعیض است که این میثاقها آنرا، گاه بصورتی کلی و گاه بصورت جزئی مورد نظر قرار داده اند. عدم تبعیض در صورت کلی خود، با توجه به اوضاع و احوال کشورهای درحال توسعه، انعطاف پذیری بیشتری دارد؛ چنانکه بند ۲ از ماده ۲ میثاق حقوق اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی، و بند ۱ از ماده ۲ میثاق حقوق مدنی و سیاسی ابتدا از تعهد دولتها دایر بر ماده ۲۳. ماده یک هر یک از این دو میثاق سرزمینهای غیرمختار را از حق خودمختاری ملل (حق مردم در تعیین سرنوشت خویش) بهره مند ساخته و به این اعتبار استقلال نهایی آنها را مورد نظر قرار داده است، حال آنکه ماده ۷۳ منشور ملل متحد در مورد سرزمینهای غیرمختار حتی بطور ضمنی احتمال استقلال این سرزمینها را یادآوری نکرده است.

۲۴. اعلامیه ۲۸ نوامبر ۱۹۶۰.

۲۵. Cf. Mirking- Guezevitch, "L' O. N. U. et la doctrine moderne des droits de l' homme" RGDIP., 1954, p. 505 et. s.

۲۶. Chaumont Ch., "La décolonisation aux Nations Unies" in "Les Nations Unies, chantier de l' avenir, coll. Tiers Monde, 1961, t. 11, 1- 42.

اعمال حقوق مندرج در میثاق، فارغ از هرگونه تبعیض از لحاظ نژاد، رنگ، جنس، زبان، مذهب، عقیده سیاسی یا هرگونه عقیده دیگر، اصالت ملی یا اجتماعی، ثروت، ولادت یا هر وضعیت دیگر سخن گفته، آنگاه در بند ۳ از ماده ۲ مقرر نموده است که کشورهای در حال توسعه با توجه کامل به حقوق بشر و اقتصاد ملی خود می‌توانند معین بدانند که تا چه حد حقوق شناخته شده در این میثاق را برای اتباع بیگانه تضمین خواهند کرد. به اعتقاد کسانی، از متن این ماده که بصورتی صحیح نیز انشاء نشده است، این معنا به دست می‌آید که با تخطی از بند ۲ همان ماده امکان دارد که کشورهای در حال توسعه از اعمال حقوق اقتصادی بیگانگان امتناع بورزند. وانگهی، این سؤال نیز باقی است که حقوق اقتصادی قابل تفکیک از حقوق اجتماعی و فرهنگی چه حدودی دارد و کشورهای در حال توسعه کدام کشورها هستند؟^{۳۷}

به غیر از تبعیض کلی که میثاقهای بین‌المللی بدان پرداخته‌اند، تبعیض جزئی نیز مورد نظر قرار گرفته است؛ چنانکه بموجب بند ۱ از ماده ۴ میثاق حقوق مدنی و سیاسی، حتی در مواردی که تخطی از مقررات میثاق مجاز شمرده شده، تبعیض ممنوع اعلام گردیده است. بند ج از ماده ۲۵ در مورد نیل به مشاغل کشوری و ماده ۲۶ در مورد تساوی در مقابل قانون و استفاده از حمایت‌های قانونی، به عدم تبعیض تصریح کرده‌اند.

در این گونه موارد، با آنکه عدم تبعیض در مقوله اجرای حقوق بشر قرار گرفته، نباید این واقعیت مهم را از یاد برد که عدم تبعیض شرط لازم تمتع از حقوق بشر است، زیرا مانع از آن می‌شود که دسته‌ای از افراد انسانی از استفاده از این حقوق محروم بمانند.^{۳۸}

۲ - استیفای حقوق بشر

استیفای حقوق بشر به موجب این میثاقها سه شرط دارد. نخستین شرط، متضمن تکالیفی است که مستقیماً به افراد ذینفع مربوط می‌گردد، دومین شرط، مشتمل بر تکالیفی است که بطور غیرمستقیم و از طریق قانون

27. Mourgeon J., "Les Pactes internationaux relatifs aux Droits de l'homme", AFDI., 1967, P. 344.

28. Ibidem, loc. cit.

داخلی بر عهده افراد گذاشته می شود و سومین شرط آن تکالیفی را در بر می گیرد که بر عهده دولتها گذارده شده و از لحاظ اجرایی در سرنوشت این حقوق بسیار مؤثر است.

در مقدمه هر دو میثاق، بطور کلی گفته شده است که هر فرد در قبال افراد دیگر و همچنین در مقابل جامعه ای که بدان تعلق دارد (دارای وظایفی است و از این رو مکلف است که در ترویج و رعایت حقوقی که در این میثاقها به رسمیت شناخته شده است، تلاش نماید.

علاوه بر این، در بند ۱ از ماده ۵ هر دو میثاق آمده است که:

«هیچیک از مقررات این میثاق (ها) نباید به گونه ای تفسیر گردد که متضمن ایجاد حقی برای هر دولت، هر گروه و هر فردی گردد که با استناد به آن در تضييع هر یک از حقوق و آزادیهای شناخته شده در این میثاق (ها) و یا محدود کردن بیش از آنچه در این [دو] میثاق پیش بینی شده است، فعالیت کند یا اقدامی بعمل آورد.

تفسیر این ماده تا حدودی مشکل به نظر می رسد؛ زیرا امکان دارد که مضمون آن در جهت تضمین امنیت دولت مورد استفاده قرار بگیرد؛ مگر آنکه ادعا شود که این ماده همچون ماده ۱۷ پیمان اروپایی حقوق بشر، به نظامهای آزادمنش نظر داشته است؛ به این معنی که چون اعمال این حقوق فقط در جامعه ای آزادمنش امکان پذیر است، پس حراست از اساس چنان جامعه ای شرط پاسداری از چنین حقوقی است.²⁹

با این حال مشکل دیگری که وجود دارد، آن است که «جامعه آزادمنش» را با توجه به چه معیارهایی می توان تعریف کرد و ضرورتهای حفظ دوام و بقای آن جامعه کدام است؟ اما از آنجا که در تعریف جامعه آزادمنش و تشخیص ضرورتهای اجتماعی که طبعاً در توجیه محدودیتها و ممنوعیتهای دولتی مؤثر است، نظر یکسان وجود ندارد؛ در اجرای بند ۱ از ماده ۵ این دو میثاق ممکن است این شائبه پیش آید که این قبیل محدودیتها اصولاً اعمال حقوق بشر مندرج در میثاقها را منتفی ساخته است. محدودیت دومی که در استیفای این حقوق وجود دارد و ناشی از تصمیمات دولت است، دو نوع است؛ یکی آنکه دولت می تواند تا آنجا که

29. Ibidem, P. 345.

به امنیت ملی، نظم عمومی و حفظ آزادیهای دیگران مربوط می شود اعمال این حقوق را منوط به محدودیتهای قانونی کند. ماده ۴ میثاق حقوق اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی، این محدودیتهای را بطور کلی پیش بینی کرده است: دولتهای طرف این میثاق بر این قولند که در تمتع از حقوقی که هر دولت بموجب این میثاق، ضامن آن است، هیچ دولتی نمی تواند حقوق یاد شده را مقید به محدودیتهایی غیر از محدودیتهای قانونی کند؛ آنها تا حدودی که با ماهیت این حقوق سازگار بنماید و غرض از آن فقط توسعه رفاه عمومی در جامعه ای آزادمنش باشد. ماده ۸ همین میثاق نیز نوع این محدودیتهای را بطور دقیق در مورد آزادیهای سندیکایی معین کرده است. اما میثاق حقوق مدنی و سیاسی فقط در موارد معین به نوع این محدودیتهای اشاره کرده است.^{۳۰}

گذشته از این، میثاق حقوق مدنی و سیاسی متضمن قید تأمین (Clause de Sauvegarde) نیز هست (ماده ۴)، به این معنی که با این قید به هر یک از دولتهای طرف میثاق اجازه داده شده است که بطور موقت و تحت شرایطی معین اجرای مقررات میثاق را به حالت تعلیق درآورند. برای آنکه دولتها بتوانند از این قید استفاده کنند، اولاً باید خطری استثنایی موجودیت ملت را تهدید کرده و دولت آن وضعیت را طی اعلامیه ای رسمی منتشر ساخته باشد. با این حال اقداماتی که دولت در این زمینه بعمل می آورد نباید اساساً با دیگر تعهدات بین المللی آن دولت منافات داشته و از لحاظ نژاد؛ رنگ؛ جنس؛ زبان؛ مذهب یا اصالت اجتماعی، تبعیضی میان افراد بوجود آورد. علاوه بر این، چنان اقداماتی نباید موجب تخطی از بعضی مقررات این میثاق گردد.^{۳۱}

اعمال این حق [تخطی از مقررات] شرطی دیگر نیز دارد و آن مطلع ساختن سایر دولتهای عضو این میثاق است از علل تخطی، مقرراتی که

۳۰. ماده ۱۲ (آزادی گردش زندگی و اقامت)، ماده ۱۸ (آزادی وجدان و مذهب)، ماده ۱۹ (آزادی بیان)، ماده ۲۱ (آزادی تجمعات)، ماده ۲۲ (آزادی تشکیل انجمن و آزادی سندیکایی).

۳۱. ماده ۶ (حق حیات)، ماده ۷ (شکنجه)، ماده ۲۱ (بردگی)، ماده ۱۸ (آزادی وجدان و مذهب)، ماده ۱۹ (آزادی بیان)، ماده ۲۱ (آزادی اجتماعات)، ماده ۲۲ (آزادی تشکیل انجمن و آزادی سندیکایی).

اجرای آنها به تعلیق درآمد و زمانی که این تعلیق پایان می‌گیرد. دبیر کل سازمان ملل متحد بموجب بند ۳ از ماده ۲ مأمور ابلاغ مراتب امر به سایر دولتها شده است.

اما محدودیت سوم آن است که اعمال حقوق بشر تحت تأثیر تعهدات دولتها در اجرای مقررات میثاق قرار گرفته است. این قبیل تعهدات در مورد حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی بدین صورت است که هر یک از طرفین میثاق مکلف شده است که با سعی و کوشش خود و از طریق همکاری و امدادهای بین‌المللی، خصوصاً در طرحهای اقتصادی و فنی، با بهره‌برداری از حداکثر منابع موجودی که دارد، بمنظور محقق ساختن کامل حقوق شناخته شده در این میثاق و با استفاده از کلیه عوامل مناسب، خصوصاً با وضع مقررات قانونی، اقدام نماید [بند ۱ از ماده ۲ میثاق حقوق اقتصادی و اجتماعی].

در این میثاق به دفعات از دولتهای عضو خواسته شده است که در «تأمین» عوامل مؤثر در «توسعه» این حقوق و اجرای کامل آنها اهتمام بورزند، و این بدان معناست که اجرای این قبیل حقوق مبتنی بر اقدامات «فرد» نشده، بلکه منوط به تدابیر و ابتکارات دولتی گردیده است. تفاوتی که در این زمینه میان حقوق اقتصادی و حقوق مدنی و سیاسی وجود دارد، در این است که اجرای حقوق مدنی و سیاسی بیشتر تابع اقدامات فرد شده است تا دولت. به این معنی که تعهد دولتها در قلمرو حقوق مدنی و سیاسی بیشتر تعهد به حمایت و رعایت این حقوق است تا تعهد به «توسعه» یا اعتلای آن. به همین سبب در بند ۱ از ماده ۲ میثاق حقوق مدنی و سیاسی آمده است که «دولتهای طرف این میثاق متعهد می‌شوند که حقوق به رسمیت شناخته شده در این میثاق را در قبال افراد مقیم در قلمرو و تابع حاکمیتشان... رعایت و تضمین کنند.

با این حال، انجام چنین تعهدی نیز مستلزم آن است که قوانینی وضع شود یا تصمیماتی اتخاذ گردد تا نهایتاً این حقوق بطور مؤثر تضمین و رعایت گردد. به همین سبب، در این مقوله نیز همانند مقوله اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی استیفای حقوق مدنی و سیاسی تا حد زیادی منوط به

تصمیماتی شده است که به هر تقدیر در سرنوشت این حقوق تأثیری بسزا دارد.

۲- اعتلای مقام حقوق بشر و حمایت از آن

همانطور که پیش از این یادآور شدیم، تدوین حقوق بشر تنها به صدور اعلامیه جهانی حقوق بشر و تصویب میثاقهای بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و حقوق سیاسی و مدنی محدود نشده و تا به حال، متون مختلفی مقوله‌هایی معین از این حقوق را تدوین و تنظیم کرده‌اند. کمیسیون حقوق بشر نیز در انجام مأموریت خود نیز از کار باز نمانده و همچنان در این جهت فعال است.

این متون، جملگی منابع مهمی از مفاهیم مربوط به حقوق بشر بشمار می‌آیند و از این رو نباید آنها را حاصل توهمات صرف یا اندیشه‌های محض فلسفی دانست. گذشته از این، پاره‌ای از این متون برای نظارت بر اجرای این حقوق رکنی خاص بنیان نهاده‌اند. با این حال، از آنجا که تصویب داخلی بعضی متون کند و بطئی بوده است، هنوز نمی‌توان درباره آثار واقعی آنها در عالم خارج اظهارنظری قطعی کرد. مهمتر از همه آنکه جامعه بین المللی هنوز تجربه زیادی در این قلمرو گسترده بدست نیاورده است تا بتواند خود تضمینی مؤثر برای رعایت جهانی و مؤثر حقوق بشر ابتکار کند و سازمانهای بین المللی را ناظر بر اجرای آن نماید. از این رو اقداماتی که سازمان ملل متحد در جهت اعتلا و تضمین حقوق بشر بعمل آورده است، پراکنده بوده و از انسجامی کافی برخوردار نبوده‌اند.

الف) اعتلای مقام حقوق بشر

از اواسط دهه پنجاه، سازمان ملل اقداماتی در جهت اعتلای مقام حقوق بشر بعمل آورده است و در این راه از وسایل و عوامل مختلفی مثل برنامه خدمات مشورتی، سیستم گزارشهای ادواری دولتهای عضو و تحقیقات و تتبعات علمی در مورد حقوق معین، استفاده کرده است.

برنامه خدمات مشورتی در قلمرو حقوق بشر را کمیسیون حقوق بشر

در ۱۹۵۵ تهیه نمود. هدف از تهیه این برنامه فراهم آوردن زمینه های شناخت علمی مفاهیم حقوق بشر و گسترش و مبادله اطلاعات در مورد عوامل مؤثر در اعتلای واقعی حقوق بشر بوده است.

سازمان ملل از طریق خدمات مشورتی کارشناسان زبده، اعطای بورسهای تحصیلی و برگذاری سمینارهای علمی در جهت تحقق این هدف نیز تلاش نموده است.

اما در برنامه گزارشهای ادواری که کمیسیون حقوق بشر در ۱۹۵۶ آنرا تهیه کرده، پیش بینی شده است که دولتهای عضو در اوقات معین گزارشهایی درباره میزان تحول و رشد حقوق بشر در کشورهای خود تهیه کنند و سپس آنرا به دبیرکل سازمان ملل متحد تسلیم نمایند. این گزارشها باید متضمن اطلاعاتی درباره رشد و تحول مفاهیم مندرج در اعلامیه جهانی حقوق بشر و همچنین حق مردم در تعیین سرنوشت خویش باشد.

سازمان ملل متحد در اجرای این برنامه با مشکلات بسیار مواجه بوده و در نتیجه نتوانسته است بصورتی مطلوب در اعمال آن موفق باشد؛ خصوصاً آنکه با به اجرا درآمدن میثاق حقوق مدنی و سیاسی و تأسیس کمیته نظارت بر اجرای میثاق، پرداختن به آن برنامه دیگر به جد گرفته نشده است. البته از این نکته نیز نباید غافل ماند که کمیته فقط بر اجرای مقررات حقوق بشر و در محدوده طرفین میثاق حقوق مدنی و سیاسی نظارت دارد.

گذشته از این، تحقیق در مورد حقوق یا مقوله ای از حقوق بشر که از ۱۹۵۶ شروع شده است، این فایده را داشته که اطلاعاتی دقیق از وضعیتهای موضوعی یا حکمی مسائل مختلف و متنوع حقوق بشر، خصوصاً مسأله تبعیض، بدست آید. نتیجه این مطالعات و تحقیقات که بیشتر، از اطلاعات ارسالی دولتها بدست آمده، تصویب قطعنامه ها و وضع اصولی بوده که در جهت ایجاد تسهیلات برای محقق ساختن حق یا حقوق مورد مطالعه بسیار مؤثر افتاده است. این مطالعات گاه زمینه ساز اعلامیه ها یا انعقاد معاهداتی در قلمرو مسائل معین بوده است.^۳

32. Marie J.B., Questiaux N., op. cit., p.875.

ب) حمایت از حقوق بشر

در عمل، برای حمایت از حقوق بشر و تضمین مقررات آن دوراه وجود دارد: یکی استفاده از آیینهای غیرحقوقی و دیگری توسل به آیینهای حقوقی. وجه فارق آیینهای حقوقی از آیینهای دیگر، وضعیت رکنی نیست که در این قبیل موارد تصمیم گیری می کند، بلکه «تصمیماتی» است که از لحاظ حقوقی، لازم الاجراء بشمار می آیند. نتیجه استفاده از آیینهای غیرحقوقی که طبعاً تنوع بیشتری هم دارند، ارائه راه حلهایی است که الزاماً مبتنی بر قواعد حقوقی نبوده، در پذیرش آنها اجباری نیز دیده نمی شود. با این حال، راه حلهای غیرحقوقی چون خصلتی غیرحقوقی دارند، دامنه ای وسیعتر از تصمیمات حقوقی داشته، نیاز به مقدماتی استدلالی و براهینی خشک و بی روح نیز ندارند.

آیینهای غیرحقوقی اساساً بر دو نوعند: بعضی از این آیینها صرفاً سیاسی هستند و فقط مورد استفاده ارکانی قرار می گیرند که بیان کننده اراده دولتها هستند. بعضی دیگر از این آیینها با آنکه مورد استفاده ارکان غیرحقوقی قرار می گیرند چون آن ارکان سخنگوی دولتها نیستند، نمی توان آیینهای مورد استفاده آنها را، سیاسی صرف بشمار آورد. آیینهای اخیر را شبه سیاسی نیز نامیده اند^{۳۳} قلمرو کار رکنهای سیاسی یا شبه سیاسی وسعت زیادی دارد؛ چنانکه هم می توانند به تفحصی ساده بسنده کنند و هم تا حد تصمیم گیری پیش روند. با این وصف، در این حالت راه حلی که آنها ارائه می دهند، به هیچ روی قابل قیاس با تصمیمی قضایی نیست. همچنین، از آنجا که این آیینها مبنایی منطقی ندارند، نمی توان گفت که کدامیک از این آیینها در حمایت از حقوق بشر تأثیری بیشتر دارد. از این روی شاید بتوان میزان اهمیت این آیینها را با توجه به ماهیت حقوق مورد حمایت، اوضاع و احوال اجتماعی و سیاسی زمان حمایت و امکانات موجود و تأثیر عملی آنها معین کرد.

آیینهای مورد استفاده کمیسیون حقوق بشر صرفاً سیاسی است. اعضای این کمیسیون [۲۳ عضو] که همگی منتخب شورای اقتصادی و

33. Cf. Guyomar G., "Nations Unies et organisations régionales dans la protection des droits de l'homme", RGDIP., 1964, p.687.

اجتماعی سازمان ملل هستند و مدت مأموریت آنها نیز سه سال است، استقلال نظر ندارند و هر یک از آنها در این کمیسیون نماینده دولت متبوع خویش است. از این روی کمیسیون حقوق بشر در قلمرو مسائل حقوق بشر و در سطحی نازلتر از مسائل دیگر، آئینه تمام نمای اختلافات سیاسی و اقتصادی کشورها و یا اردوگاههای سیاسی بوده است؛ چنانکه این کمیسیون که در گذشته صحنه مبارزه شرق و غرب بود، در حال حاضر بصورت میدان نبرد شمال و جنوب و یا بهتر بگوییم بصورت نطق شطرنجی درآمد است که در آن مسائل حقوق بشر در درجه دوم اهمیت قرار گرفته اند. به همین سبب اعتبار کمیسیون تا حدود بسیار زیادی از میان رفته و در موارد بسیار مضحکه خاص و عام شده است.

کمیسیون صلاحیت دارد که به شکوائیه دولتها درباره مسائل حقوق بشر رسیدگی کند. گاه سازمانهای بین المللی غیردولتی نیز موارد نقض حقوق بشر را به کمیسیون اطلاع می دهند. در حال حاضر بیش از ۱۲۰ سازمان بین المللی غیردولتی، کمیسیون را در امر رسیدگی به مسائل حقوق بشر یاری می دهند و بی آنکه حق رأی داشته باشند، در کارهای آن کمیسیون مشارکت می نمایند. شورای اقتصادی و اجتماعی نیز به نوبه خود از دولتها دعوت کرده است در دوری سه ساله گزارشهایی در مورد نحوه اعمال حقوق بشر در کشورهايشان به کمیسیون عرضه بدارند: در سال اول در مورد حقوق مدنی و سیاسی، در سال دوم درباره حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و در سال سوم درباره آزادی اطلاعات. این سیستم که به دلیل غیراجباری بودن آن بسیار مورد توجه دولتها قرار گرفته، نتیجه ای دربر نداشته و دیده شده است که بعضی دولتها یا اصلاً گزارشی به کمیسیون نداده و یا آنکه با تأخیر، گزارشی ساده به آن تسلیم کرده اند.

اعضای کمیسیون، در اجرای قطعنامه ۱۲۳۲ شورای اقتصادی و اجتماعی که در ۱۹۶۷ به تصویب رسید، می توانند با اعلام نقض حقوق بشر در یکی از کشورها، خواستار تشکیل یک گروه تحقیق برای تهیه گزارش شوند. از این آیین در مورد سیاستهای ضد بشری اسرائیل در سرزمینهای اشغالی استفاده شده است. با این حال گزارش گروه تحقیق،

ضمانت اجرا ندارد و فقط محکومیت دولت ناقض حقوق بشر را اعلام می کند.

کمیسیون حقوق بشر، همچنین می تواند براساس قطعنامه ۱۵۰۳ شورای اقتصادی و اجتماعی در ۱۹۷۰، در مورد نقض حقوق بشر تا حدی به مداخله بپردازد و آن در وقتی است که سازمانهای بین المللی غیردولتی [N.G.O.] گزارشهایی مشابه از نقض حقوق بشر در یکی از کشورها، به کمیسیون عرضه داشته و یا افراد، خود در همان موارد به کمیسیون شکایت برده باشند. در این قبیل موارد، رسیدگی محرمانه است؛ به این صورت که کمیته ای ویژه با موافقت دولت ذینفع، محرمانه مأمور رسیدگی به مسأله مورد نظر می شود. بدیهی است که چون نتیجه این رسیدگی هیچگاه منتشر نمی شود، کار کمیسیون تاکنون درخور اعتنا نبوده است. تأسف بارتر آنکه این کمیسیون گاه به دلایل سیاسی فقط به مسائل خاصی رسیدگی نموده و گاه در قبال بعضی از دولتهای شکنجه گر تجاهل العارف کرده است: مثل سکوت این کمیسیون در قبال موارد مکرر نقض حقوق بشر در عراق در ۱۹۸۹.

اما، میثاقها، هر یک به تناسب موضوع خود، آیینی خاص برای حمایت از حقوق بشر برگزیده اند.

در محدوده میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، از آنجا که حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، حقوقی هستند که باید در اثر اقدامات دولتها شکوفا شوند و بیشتر توسعه آن حقوق مورد نظر بوده است تا رعایت آنها، حمایت از چنان حقوقی مستلزم نظارت بر توسعه آن مفاهیم بوده است تا رسیدگی به نقض مقررات مربوط به آن حقوق. دیگر آنکه چون اکثر دولتهای طرف میثاق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، کشورهای در حال توسعه هستند و به این لحاظ توانایی آنها ندارند که اهداف این میثاق را سریعاً محقق سازند، نظارت بیشتر در جهت کمک به این کشورها مورد توجه قرار گرفته است تا رسیدگی به تخلف هر یک از آنها. به همین سبب شورای اقتصادی و اجتماعی سازمان ملل متحد، مأمور رسیدگی به گزارش دولتها در این زمینه شده است. این گزارشها با وساطت دبیرکل

سازمان ملل به شورا تسلیم می‌گردد.^{۳۳}

اما در حوزه مسائل مدنی و سیاسی، تضمین و حمایت از حقوق مدنی و سیاسی مستلزم اقدامات پیچیده و فعالیتهای نفس‌گیر نبوده و تنها به پاسداری از حریم آن حقوق محدود شده است. علاوه بر این، نقض هر حق براحتمی قابل تشخیص است، زیرا در هر مورد اصولاً به حقی تجاوز شده که پیش از این محدوده‌ای مشخص داشته است؛ حال آنکه در قلمرو مسائل اقتصادی، اجتماعی که حقوقی بالقوه هستند و دولتها باید در فعلیت دادن به آن حقوق تلاش نمایند، تشخیص سستی دولتها در فراهم آوردن زمینه‌های رشد و توسعه آن حقوق دشوار می‌نماید. به همین سبب بوده است که حمایت از حقوق مدنی و سیاسی منوط به متهم کردن هر دولت به نقض آن حقوق شده است.

با این وصف در بدو امر، تأسیس مرجعی صالح برای رسیدگی به این اتهامات کارچندان آسانی نبود؛ زیرا اگر مرجعی قضایی برای رسیدگی به این اتهامات معین می‌کردند و یا چنانچه نظر نماینده دولت استرالیا در کمیسیون حقوق بشر مبنی بر ایجاد دیوان بین‌المللی حقوق بشر که به شکایات دولتها و افراد در این قلمرو رسیدگی کند، به تصویب می‌رسید،^{۳۴} این خطر وجود داشت که دولتهای زیادی به این میثاق نپیوندند. بنابراین با الهام گرفتن از سیستم انعطاف‌پذیر کمیسیون اروپایی حقوق بشر،^{۳۵} نویسندگان میثاق، کار حمایت از حقوق بشر را به کمیته‌ای به نام کمیته حقوق بشر محول نمودند که می‌بایست از نمایندگان دولتها تشکیل یابد، ولی مستقل از آنها عمل کند.

۳۴. در ۱۹۸۵، شورای اقتصادی و اجتماعی ملل متحد کمیته‌ای به نام کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی که از کارشناسان مستقل ترکیب یافته است، تأسیس کرد. کار این کمیته، نظارت بر کار دولتها در اجرای تعهدات ناشی از میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی است.

Cf. Quoc Dinh, N., "Le Droit international public", LGDJ., Paris, 1992, p.635.

35. Cf. Lauterpacht, "The International Protection of Human Rights", RCADI., 1944 (I), p.84.

۳۶. برای اطلاع از کار کمیسیون اروپایی حقوق بشر، نک

Monconduit F., La Commission européenne des droits de l'homme, Sijthoff, 1965.

همچنین

Cohen-Jonathan G., "La convention européenne des droits de l'homme", Economica, 1986;

Sudre F., "La convention européenne des droits de l'homme", PUF., 1992.

انتخاب اعضای این کمیته در جلسه ای که به دعوت دبیرکل سازمان ملل متحد از دولتهای طرف این میثاق در مرکز سازمان تشکیل می شود، انجام می گیرد. نصاب این جلسه، دو سوم دولتهای طرف این میثاق است و منتخبین، نامزدهایی خواهند بود که بیشترین رأی را در انتخاباتی که با حضور اکثریت مطلق کشورهای رأی دهنده و حاضر انجام گرفته است، بدست آورده باشند.

کمیته حقوق بشر در محدوده وظایفی که برایش در نظر گرفته شده است، گزارش دولتهای عضو میثاق را در مورد تداگیری که آنها برای رعایت موازین حقوق بشر ابتکار کرده اند و همچنین پیشرفتهایی که در جهت تمتع از این حقوق حاصل آمده است، بررسی می کند و در صورت لزوم، نظر خود را درباره آن گزارشها به دولتها اعلام می دارد (ماده ۴۰).

دولتهای طرف میثاق می توانند در مواردی، با اعلامیه ای یکجانبه صلاحیت کمیته را برای حل دوستانه اختلافات مربوط به اجرای میثاق بپذیرند. کمیته حقوق بشر از زمانی که کار خود را شروع کرده است، بیشتر از آنکه به تخلفات فلان یا بهمان دولت از مقررات میثاق پرداخته و آنها را بر ملا کرده باشد، هم خود را مصروف تعمق در مفاهیم نقض شده حقوق بشر و نارساییهای میثاق نموده است.

افراد نیز بموجب پروتکل اختیاری حق دارند که شکایات خود را که در متن پروتکل، اطلاعیه خوانده شده است در کمیته مطرح نمایند. کمیته پس از رسیدگی به شکایت، نظر قطعی خود را به دولتی که از آن شکایت شده عرضه می دارد. این امکان نیز وجود دارد که این نظر در گزارش سالانه فعالیتهای کمیته منعکس گردد.^{۳۷}

بنابر آنچه گفته شد، چنین می نماید که کمیته با اختیاراتی که برایش در نظر گرفته شده است، اصولاً نمی تواند در مقام حامی حقوق بشر ابراز وجود مؤثر نماید. با این حال این امید وجود دارد که این کمیته

۳۷. برای اطلاع از مضمون این گزارشها، رک.

Dhommeaux J., "Le Comité des droits de l'homme, 10 ans de Jurisprudence (1977-1987)", AFDI., 1987, p.447-477.

سرانجام بتواند با ایجاد دگرگونی‌هایی جنبی، در قبال دولتها عملاً استقلال بیابد و در نتیجه در سیستم بین‌المللی اجرای حقوق بشر تغییراتی پدید آورد. بدیهی است که این تغییرات و تحولات در صورتی مطلوب خواهند بود که دستگاهی مقتدر همچون دیوان بین‌المللی حقوق بشر حراست از موازین حقوق بشر را بعهدہ گیرد و در نتیجه، سازمان ملل متحد بتواند بصورت مرکز هماهنگ کننده فعالیت‌های ملل برای حصول هدف‌های مشترک که یکی از آنها اعتلای مقام حقوق بشر است، درآید. تحقق چنین آرمانی دور از انتظار نخواهد بود، زیرا سازمان ملل تا زمان حاضر که پنجاه سال از عمر آن می‌گذرد، برخلاف دولتها که از آرمان‌های مشترک قدرت ساخته و آنرا همچون نشان اقتدار خویش پاس داشته‌اند، توانسته است که از تجمع قدرت دولتها، آرمانی این چنین سترگ بوجود آورد؛³⁸ تا آنکه عاقبت منطق «رابطه قدرت» که مجموعه‌ای درهم آمیخته از عوامل اقتصادی، سیاسی، نظامی و حتی حقوقی است و متأسفانه بر کار تمامی ارکان این سازمان جهانی سایه افکنده است از میان برود و منطق برابری و همکاری جایگزین آن گردد.

ارزیابی کلی

اعتلای مقام حقوق بشر و حمایت از آن مشکلات و موانعی بر سر راه دارد که همه در وجود «حاکمیت دولتها» خلاصه می‌گردد. دولتها، خصوصاً دولتهای طرفدار مکتب ارادی حقوق بین‌الملل و همچنین دولتهای تازه به استقلال رسیده که اعتبار هر قاعده بین‌الملل را با معیار حاکمیت می‌سنجند، معتقدند که هیچ سازمان بین‌المللی حق ندارد که درباره مسائل حقوق بشر که در قلمرو صلاحیت آنها قرار گرفته است مداخله کند. این دولتها با استناد به بند ۷ از ماده ۲ منشور ملل متحد، همواره بر این نکته اصرار ورزیده‌اند که حقوق بشر از جمله آن مسائلی است که اساساً به قلمرو صلاحیت دولتها تعلق دارد و حدود آن نیز باید

38. Cf. Sur S., "Système juridique international et utopie", in Archives de philosophie du droit, t. 32, Sirey, 1987, p.42.

در همین قلمرو معین گردد.

با آنکه این طرز تفکر در اوضاع و احوال فعلی جهان دیگر جاذبه ای ندارد،^{۳۹} و صرفنظر از اینکه دولتها اصولاً مایل نبوده اند که اعمال آنها زیر ذره بین مراجع بین المللی قرار بگیرد، می توان معتقد بود که مواعنی که از این لحاظ بر سر راه سازمان ملل متحد قرار گرفته، بیشتر سرشتی جامعه شناختی داشته است تا سیاسی.

این مواعنی که از تفاوت در سنتها و اعتقادات و میزان تحول یافتگی دولتها با یکدیگر ناشی شده است، هرگاه پیامدی سیاسی داشته، از قالب طبیعی خود بیرون آمده، سیمایی فلسفی، اقتصادی و روان شناختی به خود گرفته است. به همین سبب ایجاد موازنه در مبانی گسترده حقوق بشر و مقید نمودن دولتها به اطاعت از قواعد کلی و یکسان، کاری بس دشوار بوده است؛ خصوصاً آنکه در این رهگذر پاره ای از دولتهای قدرتمند جهان از حقوق بشر عاملی برای ارباب دولتها و وسیله ای برای تحمیل نظریات سیاسی خود ساخته و در نتیجه با سوء استفاده از عدم تجانس اعضای جامعه بین المللی، ملتها را که تابعان واقعی حقوق بین الملل هستند و طبعاً مشترکاتی معنوی دارند و به این اعتبار می توانند فارغ از قید و بندهای حاکمیت دولتی با یکدیگر مانوس و مألوف باشند از هم دور نگاه داشته و هر روز با شعله ور ساختن آتش جنگ در یکی از مناطق عالم، فاصله میان آن سنتها و اعتقادات را زیادتر کرده و امید به آینده بهتر را به یأس و

۳۹. انستیتوی حقوق بین الملل در اجلاس ۱۳ سپتامبر ۱۹۸۹ در سن ژاک، قطمنامه ای درباره حمایت از حقوق بشر و اصل عدم مداخله در امور داخلی دولتها به تصویب رسانده که بموجب آن هر دولت در قبال کل جامعه بین المللی متعهد به رعایت حقوق بشر شناخته شده است. بنابراین آنچه در این اعلامیه آمده است، چون حقوق بشر متضمن منافع عمومی جامعه بین المللی است، هر یک از اعضای این جامعه مسؤول حفظ و بایبدری این حقوق است. از این رو، چنانچه دولتی به حریم این حقوق تجاوز کند، سایر دولتها حق خواهند داشت که با استناد به این حقوق، خواستار اعمال مجازاتهای دیپلماتیک، اقتصادی و هر نوع مجازات شناخته شده دیگر (از لحاظ حقوق بین الملل) بر ضد آن دولت گردند.

Cf. *Annuaire de l'Institut de droit international (AIDI)*, vol. 63-II, 1990, pp.338-345.

همچنین، نک

Rucz C., "Les mesures unilatérales de protection des droits de l'homme devant l'Institut de droit international", *AFDI.*, 1992, pp. 579-628.

اضطراب مبدل ساخته اند.

رشد و توسعه حقوق بشر به محیطی آرام و فارغ از جنگ و ستیز نیاز دارد. مسلم است که حقوق بشر آنگاه در هر جامعه اعتلا می یابد که برآستی صلح و امنیت بر بسیط زمین مستقر شده باشد، و این میسر نمی شود مگر آنکه عناصر اساسی همبستگی معنوی در جهان تقویت گردد.

مولانا جلال الدین رومی (۶۰۲-۶۷۲ هجری) عارف و متفکر بزرگ ایرانی، این مفهوم (مفهوم همبستگی) را به زبان شعر و در قالب غزلی نغز و شیوا بیان فرموده است:

«مؤمنان را خوانده اخوان در کلام خود خدا*

پس بیاید صلحشان دادن به هم ای کدخدا

جنگ باشد کار دیو و صلح کردار ملک

صلح را باید گزیدن تا بیابد جان صفا

روحهای پاک را از صلح آمیزد به هم

قطره ها چون جمع شد رودی شود ژرف ای فتی

جمله یک گردند بی غش تا به هم بحری شوند

بعد از آن از خوف کاهش وارهند و از فنا

ریزه های خاک گر با هم نگشتندی یکی

کی شدند بر مهان و بر کِهان جای و سرا

صد هزاران این چنین در نیک و بد بنگر یقین

در حریر و در حصیر و در بساط و در ردا

در ظروف و در حروف و در صنوف و در صفوف

در سیاه و در سپید و در سفول و در عنا

کائنات اجزای هم هستند و با هم متحد

بی عدد اجرام هستی از زمین و از سما

چون ز جمع جسمها آید چنین بنیادها

پس ز جمع روحها بنگر چها گردد چها

الجماعه رحمة فرمود آن صدر رسل


تاشوی دریای معنی کش نباشد منتها*

* اشاره به آیه دهم، سوره ۲۹ قرآن مجید:

إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ.

۲۰. غزلیات شمس، انتشارات امیرکبیر، تهران ۱۳۳۶، ص ۱۰۴.





دکتر محمود کاشانی

ضمانت نامه بانکی



100

ضمانت نامه بانکی^۱ یکی از ابزارهای رایج بانکی در روابط حقوقی و قراردادی در حقوق داخلی و بازرگانی بین المللی است. کاربرد مؤثر این ضمانتها و نقش مؤثری که بانک در پرداخت آنها انجام می دهد، موجب گسترش موارد به کارگیری آنها گردیده است. ضمانت نامه بانکی یک پدیده حقوقی نو می باشد. هر چند نزدیک ترین ارتباط را در قراردادهای ویژه، با ضمان عقدی دارد، با این حال قواعد آن را نمی توان از قواعد سنتی عقد ضمان بدست آورد. پیدایش ضمانت نامه بانکی به طور طبیعی وابسته به پیدایش بانک و نقش روزافزونی است که بانکها در زمینه های اقتصادی و حقوقی به عهده گرفته اند. بنابراین می توان گفت ضمانت نامه های بانکی پیش از هر چیز زاییده عرف بازرگانی داخلی و بین المللی است بسیاری از کشورهای از کشورهای مدون و پیشرفته ای در زمینه های مختلف اجتماعی دارند، در این زمینه قانونگذاری مهمی ندارند

۱. ضمانت، در لغت به معنی مرض ملازم و در حال پیشرفت است. ضمانت، نیز به همین معنی است و اصطلاح «مرض مزمن» از ریشه آن است (المنجد، ص ۴۷۰). ولی در عرف بانکی و حقوقی زبان باری، واژه ضمانت و ضمانت نامه به معنی ضمان به کار رفته و رایج گردیده است. بهتر است کانون بانکها با یک بخشنامه، واژه ضمان بانکی یا یک واژه باری نورا جایگزین آن سازد.

و قواعد حقوقی ضمانت نامه های بانکی را بر پایه عملکردهای بانکی و رویه قضایی استوار ساخته اند. در حقوق ایران نیز این پدیده از چند دهه اخیر تاکنون وارد عملکردهای بانکی و بویژه قراردادهای خارجی گردیده است. در قراردادهای متعددی که در سالهای قبل از انقلاب در ایران با پیمانکاران و شرکتهای خارجی بسته شده است در اکثر موارد از انواع مختلف ضمانت نامه بانکی استفاده شده و همین قراردادها زمینه اصلی بحثهای حقوقی مربوط به ضمانت نامه های بانکی می باشند.

ضمانت نامه های بانکی که به منظور تضمین تعهدات قراردادی و قانونی از طرف بانکها صادر می شوند، موضوع اصلی این بحث می باشد ولی به جهت ارتباط تنگاتنگی که این ضمانتها از نظر بانکی با «اعتبارات اسنادی» دارند توضیح مختصری در زمینه «اعتبارات اسنادی» ضرورت دارد تا همسانی ها و جدایی های این دو سند بانکی از یکدیگر بهتر شناسایی شوند. کاربرد مؤثر ضمانت نامه های تضمینی، در قراردادهای ساختمانی بیش از سایر رشته های قراردادی است. یک بررسی آماری که از طرف فدرال رزرو، کارگزار مالی دولت ایالات متحده امریکا، صورت گرفته است نشان می دهد که در ۳۰ سپتامبر ۱۹۷۸، یازده بانک اصلی امریکایی، به طور تقریبی مبلغ پنج میلیارد و ششصد میلیون دلار ضمانت نامه بانکی معتبر، به نفع مؤسسات ذی نفع خارجی داشته اند که مربوط به تضمین حسن انجام تعهدات ناشی از قراردادهای ساختمانی بوده است.^۲ در ایران نیز رقم کلی ضمانت نامه های تضمینی که در قراردادهای پیمانکاری و سایر قراردادهای با شرکتهای و مؤسسات خارجی در سالهای قبل از انقلاب وجود داشته به رقمی در حدود ۵۰۰ میلیون دلار تخمین زده شده است.^۳

این ارقام نشان دهنده اهمیت این پدیده حقوقی و بانکی است که در

2. CARL I. CABLE JR. Law and policy in international business, vol 12, stand by Letters of Credit in: Nomenclature has confounded analyses, p. 913.

۳. شرکت جی تی ای بین المللی در لایحه مورخ ۲۹ اوت ۱۹۸۳ که در پرونده الف ۱۶ به هیأت عمومی دیوان داوری ایران و امریکا تسلیم کرد، رقم کلی تعداد ۲۳۰ ضمانت نامه بانکی ایران را که از سوی

مورد آن قانونگذاری مهمی در حقوق ایران وجود ندارد و به طور عمده متکی بر قواعد یکنواخت اعتبارات اسنادی است که از سوی اتاق بازرگانی بین المللی تدوین گردیده است. با وقوع انقلاب در ایران، بحران بزرگی در روابط سیاسی و مالی ایران با کشورهای اروپایی و آمریکا در زمینه انبوهی از قراردادهای پیمانکاری و پروژه های گوناگون و قراردادهای خرید و فروش کالا و خدمات به وجود آمد و بحثهای حقوقی فراوانی در زمینه ضمانت نامه های مربوط به این قراردادها در دادگاههای اروپایی و آمریکایی و سپس در دیوان داوری ایران - ایالات متحده آمریکا مطرح شد. بررسی روتبه های قضایی مراجع مزبور شناخت بیشتری در به کارگیری این ابزار بین المللی برای حقوقدانان کشور ما فراهم می سازد. همچنین می تواند به برطرف ساختن بخشی از کمبودهای قانونی و ابهامهای فراوانی که در روابط مردم و بانکها و نیز در دادگاهها وجود دارد کمک کند. بنابراین در بخش اول این نوشته، قواعد عمومی ضمانت نامه های بانکی و در بخش دوم مسائل حقوقی ضمانت نامه های ایران را مورد بررسی قرار می دهیم.

اصطلاحاتی که در عرف حقوقی و بانکی در مورد اشخاص طرف این ضمانت نامه ها به کار می روند چنین است:

- ذی نفع، شخصی است که ضمانت نامه به سود او صادر می شود و در انگلیسی The Beneficiary و در فرانسه Le beneficiaire گفته می شود.
- دستور دهنده، شخصی است که بانک به دستور او ضمانت نامه صادر می کند و در انگلیسی به او گاه طرف حساب Account party و گاه اصیل The principal و در فرانسه Le Donneur d'ordre گفته می شود.
- بانک ضامن، یا صادرکننده ضمانت نامه که به او

The Guarantor یا The Issuing bank گفته می شود.

قرارداد پایه، که ضمانت نامه در ارتباط با آن صادر می شود و در

بانکهای آمریکایی صادر شده اند به حدود یک میلیارد دلار برآورده کرده است. (صفحه ۱۰ متن

انگلیسی).

انگلیسی underlying contract یا underlying transation و در فرانسه Contrat de base گفته می شود.

درخواست پرداخت یا مطالبه ضمانت نامه، در انگلیسی Call یا

claim و در فرانسه Appel de la garantie گفته می شود.

منابعی که در این نوشته از آنها بهره گرفته شده چنین است:

1. philippe Simler

Juris classeur civil, Notarial Répertoire, Garanties Autonomes,

بخش k، پیوست ضمان عقدی، مواد ۲۰۱۱ و ۲۰۴۳ قانون مدنی

فرانسه نوشته آقای فیلیپ سیملر، استاد دانشکده حقوق استراسبورگ،

سال ۱۹۹۰، انتشارات Editions Techniques.

در این بخش به تفصیل از نظرات حقوقدانان، مقالات حقوقی و رویه

قضایی فرانسه بحث شده و چکیده ای از آن در این نوشته آمده است.

2. mark P. Zimmert

Standby letters of credit. in Iran Litigation Two hundred problems
in Search of a Solution, Law and policy in international business.

جلد ۱۶ - ۱۹۸۴.

3. George Kimball and Barry A. sanders preventing wrongful
payment of Guaranty letters of credit- lessons from IRAN, The
Business Lawyer

فوریه ۱۹۸۴.

4. Iran- U.S. claims Tribunal Reports

جلدهای یکم تا ۲۵.

5. Carl I. Gable. JR. Standby letters of credit, Nomenclature has
confounded Analysis

Law and policy in international Business

جلد ۱۲ سال ۱۹۸۰ - شماره ۳.

6. Herbert A. GETZ

enjoining The international standby letters of credit, The Iranian
letters of credit, Harvard International Law Journal, 1980 Vol 21.

7. S.J. Whittaker

Chitty on Contracts, specific contracts.

۸. لوایح شرکت جی تی ای بین المللی، تسلیم شده به دیوان داوری

ایران و امریکا، در تاریخ های ۱۵ آوریل ۱۹۸۳ و ۲۹ اوت ۱۹۸۳ متن انگلیسی.

9. Uniform rules for contract guarantees,

نشریه شماره ۳۲۵ اتاق بازرگانی بین المللی.
۱۰. قوانین، آرای دیوان عالی کشور، دیوان عدالت اداری.

بخش یکم

قواعد عمومی ضمانت نامه های بانکی

۱- تعریف ضمانت نامه

در قراردادهای پیمانکاری و به طور کلی در مواردی که شخصی انجام کاری را به موجب قرارداد به عهده می گیرد، کارفرما برای اطمینان از انجام درست تعهد و یا انجام کار در موعد مقرر و یا استرداد پیش پرداخت از پیمانکار یا متعهد، درخواست یک ضمانت نامه بانکی می کند. پیمانکار نیز به منظور به دست آوردن موافقت کارفرما در امضای قرارداد ضمانت نامه ای به مبلغ و شروط مورد توافق که از سوی یک بانک معتبر صادر می شود به کارفرما تسلیم می کند.^۱ سادگی صدور ضمانت نامه از سوی بانکها و تعهد فسخ ناپذیر بانک صادرکننده در پرداخت وجه آن، ضمانت نامه را به صورت یک ابزار پرداخت اطمینان بخش در سراسر جهان درآورده است. ضمانت نامه بانکی در اصل یک شیوه معمول برای پرداخت بهای کالا بوده است ولی سپس به گونه ای روزافزون در زمینه تضمین انجام قرارداد به کار گرفته شد.^۲

فرهنگ حقوقی «بلاک»، در تعریف اینگونه ضمانت نامه های

بانکی چنین می گوید:

۴. در حقوق انگلیس و امریکا اصطلاح، performance bond و performance guarantee، و standby letters of credit در حقوق فرانسه اصطلاح garanties autonomes درباره ضمانت نامه بانکی

تضمینی به کار رفته است.

۵. Mark P. Zimmet، ضمانت نامه های بانکی در دعاوی ایران، مجله حقوق و سیاست در بازرگانی

بین المللی، جلد ۱۶، سال ۱۹۸۴.

«ضمانت نامه بانکی، گونه ای تضمین قراردادی است که در برابر زیان ناشی از ناتوانی و یا خودداری پیمانکار از انجام تعهداتش (طرف دیگر را) پشتیبانی می کند. چنین ضمانت نامه هایی معمولاً در پروژه های ساختمانی دولتی خواسته می شود».^۶

تعریف کامل تری در این زمینه در حقوق فرانسه ارائه شده است. یکی از مؤلفین در تعریف ضمانت نامه بانکی تضمینی می گوید:

«ضمانت نامه مستقل، تعهد پرداخت مبلغ معینی وجه نقد است که در رابطه با یک قرارداد پایه و به عنوان تضمین اجرای آن داده می شود. این ضمانت نامه، یک تعهد مستقل از قرارداد موضوع تضمین را تشکیل می دهد و دارای این ویژگی است که ایرادات مربوط به قرارداد پایه، نسبت به این تعهد، قابل استناد نیست».^۷

با توجه به این تعاریف می توان گفت، ضمانت نامه بانکی یک تعهد قراردادی است که بانک تعهد پرداخت آن را می کند و هدف از آن پرداخت مبلغ معینی وجه نقد به بستانکار است، در صورتی که بدهکار (متعهد، پیمانکار و مانند آنها) از انجام تعهدی که بر پایه قرارداد با بستانکار پذیرفته است کوتاهی کند. ویژگی این ضمانت نامه های بانکی این است که بانک به محض درخواست پرداخت وجه ضمانت نامه از طرف ذی نفع، مکلف به پرداخت است حتی اگر قرائن و اوضاع و احوال نشان دهند که بدهکار اصلی طرف قرارداد، از انجام تعهد خود کوتاهی نکرده و یا آنکه خود ذی نفع طبق قرارداد قصور و کوتاهی کرده است. به همین مناسبت گاهی اینگونه ضمانت نامه را، «ضمانت نامه اولین درخواست»، نامیده اند.^۸

6. "performance bond: Type of contract bond which protects against loss due to the inability or refusal of a contractor to perform his contract. such are normally required on public construction projects".

۷. Juris classeur civil, ش ۱

"une garantie autonome est un engagement de payer une certaine somme, pris en consideration d'un contrat de base et à titre de garantie de son exécution, mais constitutif d'une obligation indépendante du contrat garantie et caractérisé par l'inopposabilité des exceptions tirées de ce contrat".

۸. Chitty on contracts, قراردادهای ویژه، ش ۲۴۰۷. اصطلاح first demand guarantees در حقوق

انگلیس در مورد ضمانت نامه بانکی به لحاظ همین ویژگی به کار رفته است.

۲- تعریف اعتبار اسنادی

اعتبار اسنادی نیز نوعی ضمانت نامه بانکی است. در تعریف آن

گفته شده است:

«اعتبار اسنادی عبارت از التزام صادرکننده اعتبار، که معمولاً یک بانک است و به صورت اعتبار به تقاضای مشتری بانک گشایش می شود و بانک را مکلف می سازد به شرط رعایت شرایط مقرر در اعتبار اسنادی از جانب ذی نفع، وجه مذکور در اعتبار اسنادی را به ذی نفع یا به حواله کرد وی پرداخت کند.»

اعتبار اسنادی روش جاری پرداخت در قراردادهای بین المللی فروش کالا و خدمات است. هنگامی که خریدار و فروشنده در دو کشور مختلف اقامت دارند، از جهت تسلیم مبیع و پرداخت ثمن به یکدیگر دسترسی ندارند، برای حل این مشکل از بانکهای دو کشور به منظور پرداخت ثمن و تسلیم مبیع یا اسناد و مدارک مالکیت مبیع بهره گرفته می شود، امروزه با افزایش مبادلات بین المللی، از اعتبارات اسنادی به عنوان یک وسیله مؤثر برای پرداخت ثمن و تسلیم مبیع استفاده می شود. فروشنده ای که در کشور دیگری غیر از محل اقامت خریدار است اگر کالا را به امید پرداخت ثمن از طرف مشتری حمل و ارسال کند با خطر از دست دادن کالا و عدم دریافت ثمن مواجه می شود و هرگاه خریدار از پرداخت ثمن خودداری کند فروشنده باید در دادگاه محل اقامت خریدار که برای او بیگانه است اقامه دعوی کند. خریدار نیز اگر به پرداخت ثمن مبادرت کند، ممکن است با خطر عدم تسلیم مبیع از طرف فروشنده مواجه گردد و صرف اقامه دعوی در دادگاههای محل اقامت فروشنده که برای او بیگانه است، چاره کافی برای او نخواهد بود. ولی با به کار گرفتن شیوه اعتبار اسنادی این خطرات برطرف می شوند، در واقع بانکها با پذیرش نوعی نمایندگی از طرف

اتاق بازرگانی بین المللی (I.C.C) قواعد مربوط به ضمانت نامه های تضمینی را در نشریه شماره

۳۲۵ مدون کرده است. عنوان این قواعد چنین است:

Uniforme rule for contract guarantees, icc publication, no 325.

خریدار و فروشنده عمل پرداخت ثمن و تسلیم مبیع را به عهده می گیرند.^۱

۳ - مستند قانونی

در حقوق ایران، ضمانت نامه بانکی تضمینی، نخست در معاملات دولتی رایج گردید و در مواد ۱۱ و ۴۱ آیین نامه معاملات دولتی مصوب ۱۳۴۹/۱۲/۲۷ و سپس در ماده ۳۴ شرایط عمومی پیمان پیش بینی شد. مستند قانونی این ضمانت نامه ها قانون پولی و بانکی کشور مصوب تیرماه ۱۳۵۱ و تصمیمات شورای پول و اعتبار می باشد. "همچنین بند ۱۵ ماده یک قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۲۸ شهریور ۱۳۶۲ به طور صریح صدور این ضمانتها را از طرف بانکها تجویز کرده است. امروزه دامنه اینگونه ضمانت نامه ها گسترش یافته و در روابط غیرقراردادی مانند تضمین حقوق و عوارض گمرگی نیز از این ابزار بانکی بهره برداری می شود." بدین ترتیب از نظر قانونی، چنین ضمانت نامه هایی صحیح و

۹. اصطلاح «اعتبار اسنادی» ترجمه تحت اللفظی اصطلاح انگلیسی Letters of credit می باشد. مقررات مربوط به اعتبارات اسنادی توسط اتاق بازرگانی بین المللی "ICC" تحت عنوان «مقررات یکنواخت اعتبارات اسنادی "Uniforme costumes and practice for documentary credits" تدوین گردیده است. آخرین مجموعه از این دست، نشریه شماره ۵۰۰ اتاق بازرگانی بین المللی است که از سال ۱۹۹۳ لازم الاجرا گردیده است. اکثر بانکهای کشورهای گوناگون به آن پیوسته اند و در واقع نمودار عرف بانکی بین المللی در این زمینه است. مجموعه ۴۰۰ در ۱ مهرماه ۱۳۶۳ (اول اکتبر ۱۹۸۴) در ایران مورد تأیید شورای عالی بانکها قرار گرفته و به کلیه بانکهای کشور ابلاغ شده است. متن انگلیسی و ترجمه فارسی این مقررات در «مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی» شماره هفتم، ص ۲۵۹ به بعد منتشر گردیده است.

۱۰. به موجب بند ب ماده ۳۰ قانون پولی و بانکی کشور مصوب تیرماه سال ۱۳۵۱:

«تشخیص عملیات بانکی با شورای پول و اعتبار است».

شورای پول و اعتبار نیز در جلسه مورخ ۱۳۶۱/۱۲/۸ آیین نامه صدور ضمانت نامه از طرف بانکها را در جلسه ۲۸۲ به تصویب رسانیده است.

۱۱. از جمله بند ۱ ماده ۱۳۵ آیین نامه اجرایی قانون امور گمرگی مقرر می دارد:

«در مورد کلاهی مجاز که موقتاً وارد می گردد، مبلغی معادل حقوق گمرگی و سود بازرگانی و عوارض

معتبر هستند و مشکلی از جهت توجیه اعتبار قانونی آنها وجود ندارد. با این حال شناخت ماهیت حقوقی ضمانت نامه بانکی دارای اهمیت است تا در صورت پیدایش اختلاف بتوان در مورد آن تصمیم گیری کرد که در بحثهای آینده به آن می پردازیم.

۴- اقسام ضمانت نامه بانکی

ضمانت نامه های بانکی امروزه در موارد گوناگون کاربرد دارند. موارد رایج و اصلی آن در قراردادها چنین است:^{۱۲}

الف- ضمانت نامه حسن انجام کار: performance guarantee

تعهدی است از سوی بانک به پرداخت مبلغ معینی وجه نقد به کارفرما یا ذی نفع به طور کلی، در صورت کوتاهی پیمانکار یا متعهد از انجام درست تعهدات قراردادی.^{۱۳}

که به واردات قطعی آن کالا تعلق می گیرد به علاوه حداکثر جریمه احتمالی نقدی و یا با تضمین بانکی». ماده ۲۱ آیین نامه معاملات شرکت ملی انبارهای عمومی و خدمات گمرگی ایران مصوب ۱۳۶۴/۶/۲۰ نیز دریافت ضمانت نامه بانکی را به عنوان سپرده شرکت در مناقصه یا مزایده و یا تضمین حسن انجام معامله، بلامانع دانسته است.

همچنین ماده ۱۸ قانون اصلاح موادی از قانون صدور چک، مورخ ۱۳۷۲/۱/۱ مقرر می دارد: «در صورتی که وجه چک در بانک تأمین نشده باشد مرجع رسیدگی مکلف است وجه الضمان نقدی یا ضمانت نامه بانکی (که تا تعیین تکلیف نهایی معتبر باشد) معادل وجه چک یا قسمتی از آن که مورد شکایت واقع شده از متهم اخذ نماید».

۱۲. قانون بانکهای ایران در سال ۱۳۵۵ اقسام ضمانت نامه های بانکی و فرم آنها را به فارسی و انگلیسی تهیه کرده و در مجموعه قوانین و آیین نامه های بانکی، صفحات ۶۳ تا ۷۹ منتشر کرده است. همچنین مقررات یکنواخت ضمانت نامه های قراردادی، نشریه ۳۲۵، اتاق بازرگانی بین المللی، تعریف جامع تری از هر یک ضمانت نامه حسن انجام کار، استرداد پیش پرداخت و شرکت در مناقصه در ماده ۲ ارائه کرده است.

۱۳. اصطلاح حقوقی فرانسه آن *Garantie de bon fin* می باشد.

ب- ضمانت نامه استرداد پیش پرداخت: Repayment guarantee یا Advance payment guarantee

تعهدی است از سوی بانک به پرداخت مبلغ معینی وجه نقد به کارفرما یا ذی نفع، در صورت کوتاهی پیمانکار یا متعهد از بازپرداخت هر مبلغی که از پیش از سوی کارفرما به وی پرداخت شده است.^{۱۲}

ج- ضمانت نامه شرکت در مناقصه Tender guarantee

تعهدی است از سوی بانک به پرداخت مبلغ معینی وجه نقد در برابر طرفی که اشخاصی را برای شرکت در یک مناقصه یا مزایده دعوت کرده است در صورت کوتاهی برنده مناقصه یا مزایده از انجام تعهداتی که در پیشنهاد تسلیم شده خود به عهده گرفته است.

برای تسهیل صدور این قبیل ضمانت نامه ها، فرمهایی به زبان فارسی و انگلیسی توسط کانون بانکها تدوین گردیده که در هر مورد به عنوان الگو مورد استفاده بانکهای مختلف کشور قرار می گیرد. برای مثال فرم مربوط به ضمانت نامه حسن انجام کار یا حسن انجام قرارداد که به نفع مؤسسات دولتی مورد استفاده قرار می گیرد به شرح زیر است.

ضمانت نامه

«نسبت به اجرای تعهداتی..... که به موجب قرارداد.... شماره مورخ..... به عهده گرفته است بدین وسیله بانک ملی ایران شعبه..... متعهد می گردد در صورتی که.... به صرف مطالبه و اعلام کتبی آن مبنی بر قصور در انجام تعهدات مربوط بدون اینکه نیازی به اقامه دلیل باشد در وجه آن بپردازد. این تعهد نامه تا آخرین ساعت اداری روز.... معتبر بوده و پس از آن به خودی خود از درجه اعتبار ساقط خواهد بود.

به تاریخ.... ماه یکهزار و سیصد و.... شمسی

بانک ملی ایران شعبه....

۱۲. اصطلاح حقوقی فرانسه آن Garantie de restitution d'acompte می باشد.

این نوع ضمانت نامه که به درخواست پیمانکار از طرف بانک صادر می شود، به هنگام امضا و مبادله اسناد قرارداد تحویل کارفرما می شود. به موجب این ضمانت نامه، بانک تعهد پرداخت مبلغی وجه نقد را به عنوان تضمین حسن انجام تعهدات پیمانکار در مقابل کارفرما می کند. در صورتی که پیمانکار از انجام تعهدات قراردادی خود قصور کند، بانک وجه ضمانت نامه را با اعلام قصور پیمانکار از طرف کارفرما به وی پرداخت می کند.

۵- رابطه بانک و دستوردهنده

بانکها معمولاً با گرفتن وثیقه هایی از شخص دستوردهنده که می تواند سپرده نقدی باشد و بستگی به میزان اعتبار وی نزد بانک دارد، این نوع ضمانت نامه ها را صادر می کنند. بنابراین هرگاه بانک ناگزیر از پرداخت مبلغ مذکور در ضمانت نامه به ذی نفع گردد، به نوبه خود می تواند خسارات خود را از متعهد دریافت کند. همچنین در صورتی که بانک بنا به اعتبار شخص دستوردهنده یا پیمانکار برای او ضمانت نامه صادر می کند درصدی به عنوان بهره یا کارمزد برحسب مدت ضمانت نامه از وی دریافت می کند. در موردی که سپرده نقدی کمتر از میزان ضمانت نامه است بانکها برای صدور ضمانت نامه کارمزد یا بهره ای معادل ۲ درصد در سال نسبت به مازاد سپرده نقدی از متقاضی صدور ضمانت نامه دریافت می کنند. این کارمزد در سالهای پس از انقلاب به ۳ درصد افزایش داده شد که مورد اعتراض سندیکای شرکتهای ساختمانی قرار گرفت. این سندیکا دادخواستی به دیوان عدالت اداری تسلیم کرد که به اعتبار صلاحیت رسیدگی به موضوع به هیأت عمومی دیوان ارجاع گردید. سندیکای شرکتهای ساختمانی در دادخواست خود می گوید: در مواد ۳۴ و ۳۵ و ۳۶ شرایط عمومی پیمان، مقرر گردیده که شرکتهای ساختمانی در زمان انعقاد قرارداد مربوط به اجرای پروژه های عمرانی، ضمانت نامه هایی برای تضمین انجام تعهدات و حسن اجرای کار و استرداد پیش پرداخت از بانکهای کشور اخذ و به کارفرما تسلیم نمایند. کارمزد

صدور ضمانت نامه های مزبور تا اوایل پیروزی انقلاب اسلامی براساس تعرفه عمومی بانکها، مبلغی حداکثر تا ۲ درصد مبلغ ضمانت نامه در سال بود که توسط بانک صادرکننده ضمانت نامه محاسبه و از متقاضی دریافت می شد... ولی بانکهای کشور، عدم توجه بانک مرکزی به وظایف قانونی خود را مغتنم شمرده و پا را فراتر نهادند و نرخ کارمزد صدور ضمانت نامه را که قبل از تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا به موجب مصوبه شورای عالی بانکها ۲ درصد تثبیت شده بود به ۳ درصد افزایش دادند.

اداره حقوقی بانک مرکزی، طی نامه مورخ ۳۰/۱۰/۱۳۶۹ اعلام داشته است: بانک مرکزی با استفاده از اختیار مصرح در بند ۴ ماده ۱۴ قانون پولی و بانکی کشور می تواند با تصویب شورای پول و اعتبار، حداقل و حداکثر کارمزد دریافتی و پرداختی بانکها را تعیین نماید. نظر به اینکه در طی سالهای اخیر، بانک مرکزی از این اختیار خود استفاده ننموده است، بانکها نرخ کارمزد ضمانت نامه ها را تغییر داده اند و شورای پول و اعتبار، این اقدام بانکها را در جلسه مورخ ۲۰/۵/۱۳۶۹ مورد تأیید و تنفیذ قرار داده است.

هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در تاریخ ۱۵/۵/۱۳۷۰ پس از رسیدگی به دعوی و توجه به اظهارات طرفین، با اکثریت آراء، تنفیذ انجام شده در مورد افزایش ۲٪ مبلغ ضمانت نامه در سال را به ۳٪ کارمزد قبل از مهرماه ۶۹ و همچنین سرایت میزان ۳٪ کارمزد به تاریخ بعد از مهرماه ۱۳۶۹ را خلاف قانون تشخیص داده و حکم بر ابطال این دو مورد را صادر و اعلام نموده و نسبت به قسمت سوم یعنی تنفیذ شورای پول و اعتبار را در مدت دو ماه، قانونی تشخیص و از اختیارات بانک مرکزی تشخیص نمود.^{۱۵}

۶- ضمانت نامه مطلق و ضمانت نامه مشروط

چون اصل کلی، آزادی قراردادهاست، بنابراین تعیین شکل و شروط

۱۵. برای آگاهی از اظهارات طرفین می توان به مجموعه قوانین، روزنامه رسمی، سال ۱۳۷۰، صفحات ۵۵۶ تا ۵۶۰ رجوع کرد.

ضمانت نامه در اختیار طرفین آن است. چارچوبی که در همه ضمانت نامه وجود دارد مبلغ و مدت اعتبار آن است. طبیعت ضمانت نامه بانکی این است که بی قید و شرط باشد به همین جهت بیشتر ضمانت نامه ها اینگونه هستند. با این حال برای آنکه ذی نفع ضمانت نامه نتواند درخواست پرداخت آن را به گونه نادرست انجام دهد، شرطهای گوناگونی را می توان در ضمانت نامه پیش بینی کرد. اگر ذی نفع، آمادگی پذیرش مدارک و گواهی اشخاص مستقل دیگر را به عنوان شرط پرداخت ضمانت نامه نداشته باشد، کمترین شرط می تواند این باشد که برای نمونه در قرارداد پیمانکاری یکی از کارمندان شرکت کارفرما که نام و هویت او در ضمانت نامه نوشته می شود کوتاهی طرف قرارداد را از انجام تعهدات او بر طبق بندهای قرارداد گواهی کند.^{۱۶} همچنین برای اطمینان از صحت درخواست پرداخت ممکن است شرط شود این درخواست از طریق یک نامه سفارشی انجام گیرد و یا آنکه صحت امضا به گواهی یک بانک برسد.^{۱۷}

همچنین ممکن است یک ضمانت نامه بانکی بی آنکه استقلال خود را از دست بدهد مشروط به ارائه پاره ای از مدارک یا گواهی ها گردد. این مدارک موجب می گردد خطر به کار انداختن ضمانت نامه بی قید و شرط کمتر شود. این مدارک ممکن است از سوی خود شخص ذی نفع، صادر شوند. مانند فاکتورها و صورت حسابهای پرداخت نشده به گونه ای که این اسناد بستانکاری ذی نفع ضمانت نامه را اثبات کند و یا لااقل آن را مقرون به حقیقت سازد. این مدارک ممکن است از سوی اشخاص دیگر صادر شوند. مانند گزارش یک حسابرس مستقل، گزارش یک بازرس مستقل، ارائه حکم دادگاه یا تصمیم یک دیوان دآوری که در آن کوتاهی طرف قرارداد از انجام تعهد تصریح شده باشد.^{۱۸}

به هر حال هرگونه شرط یا مدرکی که ارائه آن در ضمانت نامه پیش بینی شده است باید جزییات آن در متن ضمانت نامه به روشنی ذکر

۱۶. George Kimball and Barry A. Sanders, همان منبع، ص ۲۳۷.

۱۷. Jur is classeur civil, همان بخش، ش ۱۰۵.

۱۸. George Kimball, همان منبع، ص ۲۳۶.

شود. هر مدرک یا گواهی اضافی که در متن ضمانت نامه خواسته می شود مسأله مطابقت یا عدم مطابقت را مطرح می سازد که بانک باید آن را به گونه مضیق کنترل کند. روش بانکها این است که هرگونه بی دقتی و یا عدم مطابقت را موجب خودداری از پرداخت به حساب می آورند. پرداخت ضمانت نامه هم بر پایه مدارکی که مطابق شروط ضمانت نامه نیست موجب مسؤلیت بانک می گردد.^{۱۱}

۷- ضمانت نامه با درخواست موجه^{۲۰}

در بیشتر ضمانت نامه های بی قید و شرط، اعلام کوتاهی پیمانکار از انجام تعهد یا اعلام تسلیم نشدن کالا و مانند آن به عنوان مقدمه یا شرط درخواست پرداخت ضمانت نامه شناخته می شود. در این مورد ارائه هیچ دلیل و مدرکی از سوی ذی نفع برای احراز کوتاهی طرف قرارداد لازم نیست. همین بس که ذی نفع در درخواست پرداخت خود بگوید که پیمانکار یا طرف قرارداد، تعهدات خود را انجام نداده یا کالاها را در زمان سودمند تسلیم نکرده یا کالاهای تسلیم شده دارای کیفیت بدی هستند. بانک صادر کننده ضمانت نامه هم حق خواستن هیچگونه مدرکی را برای اثبات این ادعاها یا انجام بررسی هایی را ندارد.^{۲۱} جدایی اینگونه ضمانت نامه از ضمانت نامه هایی که مشروط به ارائه مدارک هستند آشکار است ولی جدایی آن از ضمانت نامه های مطلق چندان آشکار نیست. در واقع در این مورد ویژگی بی چون و چرای ضمانت نامه کاهش نمی یابد تنها گفته می شود ذی نفع برای اعلام تخلف طرف قرارداد تا حدودی درنگ خواهد کرد چون با اعلام خلاف واقع، مسؤلیت او برانگیخته می شود و راه را برای اثبات عدم صحت ادعای ذی نفع، در برابر طرف قرارداد هموار می سازد.

در رونه قضایی فرانسه در زمینه طبیعت اینگونه ضمانت نامه

۱۱. George Kimball, همان منبع، ص ۲۳۷.

۲۰. در اصطلاح حقوق انگلیس و آمریکا به این نوع ضمانت نامه "Justified request" می گویند.

۲۱. Juris classeur civil, همان بخش، ش ۶۴.

اختلاف نظر وجود دارد. پاره‌ای از مؤلفین و دادگاهها وجود این عبارت در ضمانت نامه را نوعی شرط تلقی کرده‌اند ولی تفسیر دیگری که در رویه قضایی پذیرفته شده این است که این عبارت به مفهوم مشروط ساختن ضمانت نامه محسوب نمی‌شود.^{۲۲}

در سالهای نخستین وارد شدن ضمانت نامه‌های بانکی در روابط حقوقی قراردادی در کشور ما، بحثهایی بر سر ویژگی‌های گوناگون ضمانت نامه‌های بانکی در دادگاهها مطرح گردید. از جمله در زمینه اینکه آیا اعلام تخلف طرف قرارداد، شرط استحقاق ذی نفع در درخواست پرداخت ضمانت نامه است و یا آنکه درخواست پرداخت چنین ضمانت نامه‌ای به تنهایی به مفهوم این است که طرف قرارداد از انجام تعهد تخلف کرده است و نیز در این زمینه که آیا شخص ذی نفع باید اعلام تخلف و درخواست پرداخت کند یا آنکه می‌تواند انجام درخواست پرداخت و اعلام تخلف را به یک بانک دیگر به عنوان وکیل واگذار کند نظرات گوناگونی ابراز شد.

شعبه ۲ دادگاه شهرستان تهران در تاریخ ۱۶/۲/۱۳۴۱ در دادنامه

شماره ۱۵۶ چنین حکم داده است:

«نظر به اینکه ضمانت نامه مذکور مورد تکذیب قرار نگرفته بلکه ضمناً به اصالت و صدور آن اعتراف شده است با اعلام اصالت آن، تقاضای خروج از عداد دلایل همان طور که فوقاً اظهار شد مردود اعلام می‌شود و دفاع به اینکه مطالبه وجه ضمانت نامه از طرف شخص غیر صالح به عمل آمده نیز مؤثر در مقام نبوده و مردود است زیرا به موجب مستندات تقدیمی از طرف خواهان به تقاضای خواهان، بانک ایران و خاورمیانه در موعد، وجه ضمانت نامه را مطالبه نموده و در ضمانت نامه استنادی، خواهان این حق را از خود سلب ننموده که نتواند به دیگری وکالت یا نمایندگی در وصول وجه ضمانت نامه بدهد. بنا به مراتب و موجه نبودن مدافعات وکیل خواننده، چون به صراحت متن قسمت آخر ضمانت نامه مستند دعوی بدین شرح: (هر مبلغی را تا میزان هشتصد هزار ریال تمام به

صرف اظهار آقای داود... بدون اینکه احتیاجی به اثبات صحّت یا سقم آن باشد در وجه آقای داود... پردازد) که خواهان در موعد در مقام مطالبه بر آمده و خواننده دلیلی بر پرداخت وجه ضمانت نامه اقامه ننموده و صرف اظهار خواهان برای مطالبه وجه کافی می باشد. لذا خواننده محکوم به پرداخت مبلغ هشتصد هزار ریال بابت اصل و مبلغ ۲۰۶۶ ریال بابت هزینه دادرسی و مبلغ ۳۵۵۰۰ ریال بابت حق الوکاله می شود).^۳

از این حکم پژوهش خواهی می شود و شعبه ۱۰ دادگاه استان در رسیدگی پژوهشی حکم به گسیخته شدن دادنامه مورد پژوهش می دهد. در رسیدگی فرجامی، شعبه ۶ دیوان عالی کشور حکم دادگاه استان را نقض می کند و چنین اظهار نظر می کند:

«فرجام خواننده به شرح مستندات دعوی، متعهد بوده که وجه الضمان مرقوم در مستند را به مجرد تقاضای فرجام خواه پردازد. نمایندگی بانک ایران و خاورمیانه هم حسب مستندات دعوی در مطالبه و دریافت وجه الضمان از ناحیه فرجام خواه، مستند به اوراق مضبوط در پرونده و مورد قبول فرجام خواننده بوده به این ترتیب آنچه را که دادگاه استان در حکم فرجام خواسته به عنوان دلیل علیه فرجام خواه ذکر نموده علاوه از آنکه مستند قانونی ندارد، مباین مستندات دعوی است و با فرض لزوم می توانسته راجع به نمایندگی بانک ایران و خاورمیانه از فرجام خواه تحقیقات بیشتری نماید. لذا با توجه به ماده ۵۵ آیین دادرسی مدنی، حکم فرجام خواسته مخدوش بوده و حسب ماده ۵۵۸ آیین دادرسی مدنی شکسته می شود و رسیدگی مجدد با شعبه دیگر دادگاه استان مرکز خواهد بود».^۳

با نقض حکم شعبه ۱۰ دادگاه استان، رسیدگی دوباره به دادنامه ۱۵۶ شعبه ۴ دادگاه شهرستان به شعبه ۸ دادگاه استان واگذار می شود، شعبه ۸ نیز مانند شعبه ۱۰ دوباره اظهار نظر بر گسیخته شدن دادنامه مزبور می کند که متن رأی چنین است:

«اعتراض عمده و کیل پژوهش خواه خلاصتاً این است که مطالبه وجه

۲۳. مجموعه رویه قضایی کیهان، آرای هیات عمومی دیوان عالی کشور، سال ۱۳۴۶، ص ۲۱۵ و ۲۱۶.

۲۴. مجموعه رویه قضایی کیهان، آرای هیات عمومی دیوان عالی کشور، سال ۱۳۴۶، ص ۲۱۶ و ۲۱۷.

ضمانت نامه شماره ۸/۱۲۴ مشروط به تخلف شرکت پخش کنندگان فیلم از انجام تعهد بوده و پژوهش خواننده تخلف مزبور را اعلام نکرده و ضمانت مزبور که تعهدنامه می باشد بدون رضایت بانک تهران قابل واگذاری نبوده و مطالبه وجه تعهدنامه موصوف به وسیله بانک ایران و خاورمیانه مجوزی نداشته و حکم پژوهش خواسته صحیحاً صادر نشده این اعتراض موجه و مؤثر به نظر می رسد زیرا: ۱. ضمانت نامه شماره ۸/۱۲۴ به منظور حسن اجرای تعهدات شرکت پخش کنندگان فیلم تنظیم گردیده ضمانت به معنی و مفهوم ماده ۶۸۴ قانون مدنی محسوب نیست و ضمان دینی که سبب آن ایجاد نشده باشد به موجب ماده ۶۹۱ قانون مدنی باطل است و در حقیقت بانک تهران در مقابل پژوه خواننده متعهد و ملتزم شده که اگر شرکت پخش کنندگان فیلم با مسؤولیت محدود از اجرای تعهدات خود تخلف نمایند بانک تهران تا مبلغ هشتصد هزار ریال بپردازد و التزام به تأدیه به صراحت ذیل ماده ۶۹۹ قانون مدنی ممکن است معلق باشد. ۲. صرف تنظیم تعهدنامه مزبور دلیل مدیون بودن بانک تهران در مقابل پژوهش خواننده نمی باشد و حتی فرض اینکه مدت تعهدنامه مزبور پایان یابد و وجه التزام قابل مطالبه نباشد متصور است به عبارت دیگر مطالبه وجه التزام مزبور از بانک تهران مشروط به تخلف شرکت پخش کنندگان فیلم بوده به انقضای مدت تعهدنامه موصوف. ۳. با فرض اینکه بانک ایران و خاورمیانه به عنوان نمایندگی و وکالت از آقای داود... نامه شماره ۶۲۱۰-۳۹/۱۰/۱۷ را نوشته باشد مندرجات این نامه حکایت از اعلام تخلف شرکت پخش کنندگان فیلم ندارد و بانک تهران هم مادام که تخلف متعهد اصلی اعلام نگردیده مجوزی به پرداخت وجه التزام نداشته است. ۴. بانک ایران و خاورمیانه به شرح نامه شماره ۶۲۱۰-۳۹/۱۰/۱۷ از جهت اینکه مدت تعهدنامه در تاریخ ۴۰/۱۰/۲۰ منقضی می شده وجه التزام را مطالبه کرده و حتی تقاضا نموده که وجه مزبور به حساب شماره ۶۰۲۷ بانک موصوف ریخته شود در صورتی که مطالبه وجه التزام از طرف متعهد له مشروط به اعلام تخلف بوده و در این صورت بانک تهران بدون رسیدگی به صحت و سقم اظهار پژوهش خواننده دائر به تخلف بایستی وجه

التزام را تا مبلغ هشتصد هزار ریال پرداخت می نمود. بنا به مراتب و اینکه آقای داود... شخصاً وجه التزام را مطالبه نکرده و تخلف شرکت پخش کنندگان فیلم به بانک تهران اعلام نشده و قبل از حصول و تحقق شرط و اعلام تخلف مطالبه وجه التزام مجوزی نداشته دعوی آقای داود... در مطالبه هشتصد هزار ریال بی مورد است و حکم پژوهش خواسته شماره ۱۵۶ بدین وسیله گسیخته می شود...^{۲۵}

سپس وکیل ذی نفع ضمانت نامه بانکی در لایحه فرجامی خود این ضمانت نامه را مشمول ماده ۶۸۴ قانون مدنی و از مصادیق عقد ضمان دانسته و افزوده است بانک تهران نیز آن را به عنوان ضمانت قبول نموده است و هر دو شعبه ۱۰ و ۸ دادگاه استان با تصریح در ضمانت نامه که صرف اظهار آقای داود... ضامن را مکلف به پرداخت وجه ضمان کرده و رسیدگی به صحت و سقم را جائز ندانسته و رسیدگی به تخلف پخش کنندگان فیلم را معلوم نیست به چه دلیل ضروری دانسته اند، دوباره از رأی شعبه ۸ دادگاه استان فرجام خواهی کرده است. پرونده مجدداً به شعبه ۶ دیوان عالی کشور ارجاع و شعبه مزبور در تاریخ ۱۳۴۳/۷/۲۷ چنین رأی داده است:

چنانکه در حکم شماره ۱۴۵۲-۴۲/۶/۲۳ دیوان عالی کشور مرقوم گردیده مراجعه مضمون له به ضامن برای دریافت وجه الضمان مقید به قید و شرطی نبوده و صرف مراجعه برای دریافت مبلغ مورد ضمان کافی بوده ام از اینکه مستقیماً مراجعه نماید یا وسیله نماینده یا وکیل و آنچه در این زمینه به شرح حکم مورد تقاضای فرجام استدلال شده ملاک قانونی ندارد. نمایندگی بانک خاورمیانه از طرف آقای داود... در مطالبه وجه الضمان مستند به ادله است که در پرونده مورد استناد است و مع الوصف مانع نداشته که تحقیقات بیشتری (عند اللزوم) چنانکه در حکم شعبه ۶ دیوان عالی کشور اشعار گردیده انجام گیرد. دادگاه مرجوع الیه (پس از تقض) نظر دیوان کشور را برخلاف ماده ۵۷۱ آیین دادرسی مدنی ملحوظ قرار نداده و مراجعه بانک خاورمیانه را موثر تلقی نکرده و چنین

استدلال نموده است که اعلام تخلف نشده است در صورتی که نفس مراجعه کافی است و دال به تخلف است و بانک ضامن حق رسیدگی به موضوع تخلف را نداشته است بنا به مراتب حکم فرجام خواسته هم از حیث استدلال و هم از لحاظ موازین قانونی مخدوش است و به اتفاق آراء وفق ماده ۵۵۸ آیین دادرسی مدنی شکسته می شود و رسیدگی با شعبه دیگر دادگاه استان مرکز خواهد بود.^{۲۶}

با نقض حکم شعبه ۸ دادگاه استان، رسیدگی مجدد به شعبه سوم دادگاه استان ارجاع شده ولی شعبه سوم نیز بر حکم شعبه های ۱۰ و ۸ استان، اصرار ورزیده و چنین رأی داده است:

طبق این ضمانت نامه اظهار و اعلام آقای داود بر تخلف شرکت پخش فیلم شرط الزام بانک تهران به تأدیه وجه الضمان کلاً و جزئاً می باشد و عدم احتیاج به اثبات صحت و سقم این اظهار دلیل عدم لزوم اعلام تخلف شرکت فیلم به بانک تهران نخواهد بود و دلیلی اقامه نشده که مراتب تخلف شرکت پخش فیلم به بانک تهران در مدت مقرر در ضمانت نامه اعلام شده باشد و فرضاً که نمایندگی بانک ایران و خاورمیانه را هم از آقای داود کهن صحیح بدانیم باید تخلف شرکت فیلم به بانک تهران اعلام می گردید و اگر به علت انقضای مدت ضمانت نامه مزبور وجه الضمان از بانک تهران مطالبه شده چنین مطالبه ای بر مبنای ضمانت مرقوم نبوده و برای بانک ضامن تعهدی ایجاد نمی نماید و با این کیفیت چون اعتراضات وکیل پژوهش خواه بر حکم پژوهش خواسته وارد به نظر می رسد حکم پژوهش خواسته فسخ و حکم به بی حقی آقای داود... در دعوی مطروحه صادر و اعلام می گردد و نامبرده محکوم است مبلغ ۵۶۸۰۰ ریال بابت خسارت حق الوکاله مرحله بدوی و پژوهشی و ۸۰۰۳ ریال بابت خسارت هزینه دادرسی مرحله پژوهشی در حق بانک پژوهش خواه بپردازد.^{۲۷}

از حکم اصراری شعبه سوم دادگاه استان، در تاریخ ۱۳۴۴/۸/۱۹ فرجام خواهی شد. چون شعبه ۶ دیوان عالی کشور بر رأی خود باقی بود

۲۶. مجموعه رویه قضایی کیهان، ص ۲۱۹ و ۲۲۰.

۲۷. همان منبع، ص ۲۲۰.

رسیدگی به اختلاف نظر دادگاههای استان و شعبه ششم دیوان کشور به موجب ماده ۵۷۶ قانون آیین دادرسی مدنی در صلاحیت هیأت عمومی دیوان عالی کشور تشخیص گردید. هیأت عمومی نیز پس از گرفتن نظر دادستان کل دیوان کشور مبنی بر موافقت با نظر دادگاههای استان چنین رأی داد:

نظر به اینکه به دلالت صریح ضمانت نامه مستند دعوی تعهد بانک تهران به پرداخت مبلغی (تا حدود هشتصد هزار ریال) به فرجام خواه مطلق نبوده و مقید به اعلام تخلف شرکت پخش فیلم از ناحیه فرجام خواه به بانک تهران در اجرای مواد قراردادی که بین شرکت مزبور و نامبرده منعقد گردیده بوده است و نظر به اینکه هیچ یک از نامه های فرجام خواه بایگانی در پرونده خطاب به بانک ایران و خاورمیانه و بانک تهران اشعاری بر اعلام تخلف شرکت پخش فیلم ندارد و اعتراض وکیل فرجام خواه به اینکه نفس مراجعه موکل به بانک به دلالت الزام دال بر تخلف شرکت است وارد و موجه نمی باشد علی هذا دادنامه فرجام خواسته به اکثریت آرا ابرام می شود.^{۲۸}

چنانچه دیده می شود، هیأت عمومی دیوان عالی کشور، سرانجام «اعلام تخلف طرف قرارداد» را به سان شرط استحقاق ذی نفع دانسته و همسو با دادنامه های دادگاه استان، درخواست پرداخت را بی آنکه به تخلف قرارداد تصریح شود کافی ندانسته است. رأی هیأت عمومی چون اصراری است بر طبق ماده ۵۷۶ قانون آیین دادرسی مدنی تنها در همین پرونده اعتبار دارد و پیروی از آن برای دیگر دادگاهها و شعبه های دیوان عالی کشور الزامی نیست. به نظر می رسد رأی شعبه ششم دیوان عالی کشور که اعلام «تخلف طرف قرارداد» را به سان شرط استحقاق ذی نفع محسوب نکرده است بر رأی هیأت عمومی برتری دارد. زیرا درخواست پرداخت ضمانت نامه ای که در آن تصریح شده است «به صرف اظهار ذی نفع و بدون اینکه احتیاجی به صحت و سقم آن باشد بانک باید وجه ضمانت نامه را پرداخت کند»، به روشنی متضمن این است که طرف

قرارداد از انجام تعهدات خود تخلف کرده است. افزون بر آن همان گونه که به حق در این آرا پذیرفته شده است اگر بانک صادرکننده ضمانت نامه در زمینه وکالت بانک ایران و خاورمیانه از سوی ذی نفع ضمانت نامه تردیدی داشته می توانسته است از ذی نفع پرسش کند در زمینه لزوم اعلام تخلف نیز می توانسته است بخواهد درخواست پرداخت خود را کامل کند. طبیعت این ضمانت نامه چنانکه از عبارات آن برمی آید بی قید و شرط بوده است و ذکر نشدن تخلف طرف قرارداد بی گمان از روی فراموشی و بی دقتی بوده است. ضمانت نامه بانکی به عنوان یک ابزار کارا، ایجاب می کند بانک صادرکننده به هر بهانه ای نتواند از پرداخت آن خودداری کند و در این مورد بی عملی و نپرداختن بانک را می توان خودداری از انجام تعهد دانست.

همان گونه که حقوقدانان فرانسوی تصریح کرده اند حتی در ضمانت نامه ای که درخواست پرداخت آن باید به استناد مدارک باشد، هرگاه شرط خلافی وجود نداشته باشد یک مطالبه ساده ضمانت نامه بانکی پیش از سررسید موعد آن، بانک را ملزم به انجام تعهدی که پذیرفته است می کند. به این شرط که درخواست پرداخت، سپس با پیوست کردن مدارک مورد نیاز در ضمانت نامه تکمیل گردد.^۳

۸- نظام حقوقی ضمانت نامه بانکی

ضمانت نامه بانکی یک پدیده نو در روابط قراردادی است. در مجموعه های قوانین، قانونگذاری ویژه ای مانند دیگر قراردادها درباره آنها وجود ندارد. هدف از بهره گیری از ضمانت نامه، تضمین تعهدات قراردادی و یا قانونی جداگانه ای است که بین طرفین قرارداد به وجود آمده است بنابراین می توان همانند قرارداد ضمان، آن را گونه ای از تضمینات شخصی دانست. ولی آیا می توان به دلیل این همسانی، ضمانت نامه بانکی را مشمول قواعد حقوقی ضمان عقدی دانست؟ پیش از هر چیز یادآوری این نکته ضرورت دارد که مقررات قانون مدنی که ناظر

به ضمان نقل ذمه است امروزه پاسخگوی روابط قراردادی مربوط به ضمان نیست و به طوری که در فصل مربوط به ضمان عقدی بیان کرده ایم امروزه مقررات باب دهم قانون تجارت که ضمان ضم ذمه ساده و ضمان تضامنی را پیش بینی کرده است، اصولاً بر روابط قراردادی مردم حاکم است و در عمل، دیگر جایی برای ضمان نقل ذمه باقی نمانده است. با این حال قواعد سنتی قرارداد ضمان ضم ذمه را هم خواه به صورت ساده یا تضامنی که تعهد ضامن را یک تضمین شخصی برای تعهد بدهکار اصلی می سازد نمی توان درباره ضمانت نامه بانکی قابل اجرا دانست. ضمانت نامه بانکی یک پدیده حقوقی جدید است که مانند بسیاری از پدیده های حقوقی دیگر در پی پیشرفت روابط بازرگانی بین المللی وارد حقوق کشور ما گردیده است. همانند دیگر پدیده های حقوقی جدید، نمی توان با توسل به قواعد حقوقی کهن و صرفاً از طریق اجتهاد شخصی، به قواعد حاکم بر ضمانت نامه ها دست یافت. به هنگام وارد شدن ضمانت نامه بانکی در روابط قراردادی و عرف بانکی در ایران، چنین برخوردی از سوی پاره ای از دادگاهها صورت گرفت و همین روش موجب برخورد نادرست و تضییع حقوق دارندگان آن گردید. پیش از این دیدیم که شعبه هشتم دادگاه استان، ضمانت نامه بانکی را از مصادیق التزام به تأدیبه ذیل ماده ۶۹۹ قانون مدنی دانست. وکیل ذی نفع ضمانت نامه نیز که محکوم به بی حقی گردیده بود در لایحه دفاعی خود کوشش کرد ضمانت نامه را از مصادیق ضمان عقدی ماده ۶۸۲ قانون مدنی تلقی کند. در این میان هنگامی که بر اثر پیدایش اختلاف نظر میان دادگاههای استان و شعبه ششم دیوان کشور، موضوع در هیأت عمومی دیوان مطرح گردید، دادستان کل کشور با تحلیل مفصلی از ضمانت نامه بانکی، کوشش در اعلام بطلان آن بر پایه قواعد سنتی قانون مدنی می نماید.^{۳۰}

۳۰. متن این اظهار نظر چنین است:

«ضمانت نامه منعقد شده بین داود و بانک تهران هم از لحاظ موازین ضمان پیش بینی شده در قانون مدنی و هم از حیث قواعد مربوط به تعهد باطل می باشد. از لحاظ موازین ضمان طبق ماده ۶۹۱

نه تنها مقررات قانونی مدنی، بلکه مقررات باب دهم قانون تجارت

ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است و چون در موقع تنظیم ضمانت نامه بانکی هنوز تخلفی به منتهای ظهور نرسیده ضمانت بدون داشتن سبب منعقد شده و بنابراین باطل است. از حیث قواعد مربوط به تمهد نیز با درج جمله ذیل در ضمانت نامه بانکی (تمهد می شود در صورت تخلف شرکت بخش کنندگان فیلم هر مبلغی تا میزان هشتصد هزار ریال به صرف اظهار آقای داود... بدون اینکه احتیاجی به اثبات صحت یا سقم آن باشد در وجه آقای داود... پرداخت شود) تمهد مزبور باطل است و جهات بطلان آن به شرح زیر است:

در قانون مدنی در موارد مربوط به شرط سه قسم شرط ذکر شده است اول شرط باطل بدون اینکه مفسد عقد باشد دوم شرط باطل که مبطل عقد نیز می باشد سوم شرط صحیح.

یکی از شرایطی که باطل بوده و موجب بطلان عقد می شود شرط خلاف مقتضای عقد است مقتضای ذات عقد هدف اصلی متعاقدین بوده و از جهت تأمین آن عقد را منعقد می سازند. در قضیه مورد بحث به واسطه درج شرط خلاف مقتضای ذات عقد هم شرط و هم تمهد پرداخت وجه باطل می باشد. برای اثبات این مطلب باید مقتضای ذات عقد ضمانت نامه بانکی تجزیه و تحلیل شود. مقتضای انمقاد تمهد نامه مزبور از جهت تمهدله این بوده که در صورت تخلف شرکت بخش کنندگان فیلم از انجام تمهد خود بتواند بدون اقامه دلیل مبنی بر اثبات دعوی خسارات وارده بر خود را به توسط بانک تهران تأمین نماید.

مقتضای ضمانت نامه بانکی از لحاظ بانک تهران این بوده که در صورت تخلف شرکت از انجام تمهد خسارات وارده به داود را تا میزان هشتصد هزار ریال جبران کند.

با تجزیه و تحلیل فوق مسلم است که جمله ذیل مندرج در ضمانت نامه (به صرف اظهار آقای داود... بدون اینکه احتیاجی به اثبات صحت آن باشد) از لحاظ داود... فاقد اشکال قضایی بوده و موجب می شود که در موقع طرح دعوی در دادگاه تمهدله از اقامه دلیل مبنی بر عدم انجام تمهد بی نیاز باشد.

برعکس جمله ذیل (به صرف اظهار داود بدون اینکه احتیاج به اثبات صحت و سقم آن باشد) موجب می شود بانک تهران نتواند سقم و کذب اظهارات داود را مبنی بر تخلف شرکت بخش کنندگان فیلم ثابت نماید و این برخلاف مقتضای نظر او در انمقاد عقد می باشد زیرا محور تمهد او قائم بر تخلف شرکت مزبور بوده نه اینکه در صورتی هم که دلائل مسلم محکمه بذیر وجود داشته باشد که اظهار داود... مبنی بر وجود تخلف سقیم بوده نتواند آن را اقامه کند و بالنتیجه مجبور شود مبلغ هشتصد هزار ریال به داود... بپردازد با این توضیح چون بین مفاد شرط یعنی عدم امکان اثبات عدم تخلف شرکت بخش کنندگان فیلم در صورت تخلف نبودن آن و مفاد ضمانت نامه یعنی تأدیه خسارت در صورت متخلف

در زمینه ضمان ضمه که انعطاف بیشتری دارد و تعلیق در ضمان و ضمان از دینی را که هنوز سبب آن ایجاد نشده و به گونه کلی دین آینده را هم می پذیرد، نمی توانند توجیه کننده قواعد حاکم بر ضمانت نامه بانکی باشد. شناخت درست این سند بانکی، نیازمند آشنایی با سوابق حقوقی آن در کشورهای دیگر و اظهار نظرهای حقوقدانان و رویه های قضایی در این کشورهاست.

ضمانت نامه بانکی تضمینی، نخست در حقوق امریکا و انگلیس

بودن آن تضاد وجود دارد آثار هر یک از آن دو همدیگر را خنثی کرده و بالتیجه تعهد بانک تهران باطل می شود به علاوه طبق اصول قضایی امراضات طرفین در معاف بودن متعهدله در اثبات دعوی این نیست که هر چه او اظهار کند مسلم فرض شود بلکه مقصود این است که بار اقامه دلیل متوجه متعهد یعنی بانک تهران شود تا چنانچه ادعای متعهدله را سقیم می داند بتواند در مقام اثبات برآید، به عبارت اخری سمت طرفین در موقع طرح دعوی از لحاظ استدلال وازگون می شود و مدعی علیه به جای تکذیب تنها مجبور می شود بار اثبات عدم وجاهت اظهار متعهدله را عهده دار شود و متعهدله صرفاً ادعای خسارت نماید. با توضیح بالا مسلم می گردد که شرط اسقاط حق بانک تهران در اثبات سقم اظهارات داود... برخلاف مقتضای تعهد او بوده و موجب می شود که در صورت عدم وجاهت اظهار او مبنی بر وجود تخلف بانک مجبور شود من غیر حق مبلغ هشتصد هزار ریال در وجه او بپردازد. علاوه بر علیل بودن ضمانت نامه بانکی، ماده ۳۰۱ قانون مدنی طبق قاعده تحریم ملاتت بدون سبب بالصراحه مقرر داشته: (کسی که عمداً یا اشتهاً چیزی را که مستحق نبوده است دریافت کند ملزم است آن را به مالک تسلیم کند) آیا وجود این ماده و بطلان ضمانت نامه به شرح فوق اگر در طرح دعوی مطروح داود اعلام تخلف می کرد و بانک تهران هم با اقامه دلائل محکمه پذیر عدم وجاهت اظهار او را بر تخلف شرکت ثابت می کرد آیا دادگاه که حکم او باید استوار بر موازین عدل و نصفت باشد می تواند به استناد جمله ذیل (به صرف اظهار آقای داود... بدون اینکه احتیاج به اثبات صحّت و سقم آن باشد) دلائل متعهد را نادیده انگاشته حکم بر حقایقیت داود صادر کند؟

بنا به مراتب بالا دادسرای دیوان عالی کشور نتیجتاً حکم دادگاه تالی را تأیید می نماید. دادستان کل - دکتر عبدالحسین علی آبادی».

باآوری این نکته لازم است که ایشان دارای تألیفات گوناگون و آرای باارزشی در دوران کار قضایی خود هستند. ولی ضمانت نامه بانکی حتی در حقوق فرانسه نیز تازگی داشته است با این حال دیوان کشور و حقوقدانان فرانسه به ماهیت حقوقی ضمانت نامه بانکی توجه کرده و کوشش نکرده اند صرفاً با تکیه بر قواعد سنتی به اظهار نظر درباره این پدیده حقوقی نوین بپردازند.

مورد پذیرش قرار گرفت و سپس به صورت یک ابزار بازرگانی بین المللی درآمد. در حقوق فرانسه نیز ضمانت نامه بانکی، یک پدیده حقوقی نوین است. قواعد آن در رویه قضایی و دکترین در حدود سال ۱۹۷۰ و چارچوب دقیق آن در سالهای بعد آشکار گردید. آراییی که در دائرة المعارف حقوق مدنی فرانسه ذکر شده مربوط به سالهای پس از ۱۹۶۷ است.^{۳۲} ولی ویژگی های اساسی این نوع ضمانت نامه با صدور دو رأی از دیوان تمیز در سال ۱۹۸۲ مشخص گردید.^{۳۳} این آراء هرگونه استناد به قواعد مربوط به ضمان عقدی را در تفسیر مسائل حقوقی ضمانت نامه های بانکی منع کرده اند. بنابراین می توان گفت ضمانت نامه بانکی یک شیوه قراردادی و تابع قواعد مربوط به خود و شرایط عمومی صحت قراردادهاست.

۹- مقررات یکنواخت اعتبارات اسنادی

این مقررات که در مورد اعتبارات اسنادی وضع شده اند به طور اصولی نسبت به ضمانت نامه های تضمینی هم قابل اجرا هستند و در جهت استقلال ضمانت نامه های تضمینی گام برداشته و ضمانت نامه تضمینی یا اعتبار اسنادی را از قرارداد اصلی که در ارتباط با آن صادر شده، جدا ساخته اند. ماده ۳ این مقررات می گوید:

«اعتبارات، ماهیتاً معاملاتی جدا از قراردادهای فروش یا سایر قراردادهایی هستند که این اعتبارات مبتنی بر آنها هستند. و قراردادهای مبنای اعتبار به هیچ وجه ارتباطی به بانکها نداشته و تمهدی برای آنها ایجاد نمی کند. حتی اگر در اعتبار اسنادی هرگونه اشاره ای به این قراردادها شده باشد».^{۳۴}

ضمانت نامه بانکی تضمینی با اعتبار اسنادی از این جهت همسانی دارند که در هر دو مورد مسؤوولیت بانک جنبه ذاتی و مطلق دارد و تحت تأثیر ادعاهای مربوط به تخلف ذی نفع ضمانت نامه از قرارداد اصلی قرار

۳۱. Juris classeur civil، همان بخش، ش ۲۲.

32. Cass. Com 20 Dec 1982: Bull. civil IV.

۳۳. مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی، شماره ۷، مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی، ص

۲۶۰، ص ۲ متن انگلیسی.

نمی‌گیرد.^{۳۳} ولی از جهت دیگر ضمانت نامه‌های تضمینی را باید از اعتبارات اسنادی تفکیک کرد. در ضمانت نامه تضمینی، بانک ملتزم می‌شود به لحاظ تخلف دستور دهنده از انجام تعهداتش، نسبت به پرداخت وجه ضمانت نامه اقدام کند. ولی در اعتبار اسنادی بانک ملتزم می‌شود در ازای انجام تعهدات مذکور در اعتبار اسنادی توسط فروشنده کالا، نسبت به پرداخت وجه اقدام کند. صرف نظر از این تفاوت، اصولاً ضمانت نامه‌های تضمینی و اعتبارات اسنادی از روش و ترتیبات واحدی پیروی می‌کنند و به همین جهت مقررات یکنواخت اتاق بازرگانی بین‌المللی هر دو دسته مزبور را تحت عنوان "documentary credits" مورد بحث قرار داده است.^{۳۴}

۱۰ - ضمانت نامه بانکی و وجه التزام

ضمانت نامه بانکی با وجه التزام که یک تعهد قراردادی است شباهت دارد. وجه التزام، تعهد به پرداخت وجه نقد به مقدار معین است به عنوان خسارت حاصل از تخلف از انجام تعهد که یک طرف قرارداد در مقابل طرف دیگر به عهده می‌گیرد. (ماده ۲۳۰ قانون مدنی). بدین ترتیب، وجه التزام همان خسارت ناشی از عدم انجام تعهد یا قصور در انجام آن است ولی از دو جهت از ضمانت نامه مستقل متمایز است. در ضمانت نامه بانکی، بانک طرف قرارداد نیست. بانک شخص ثالث است و حال آنکه وجه التزام تعهدی است که یکی از طرفین قرارداد در مقابل دیگری به عهده می‌گیرد. افزون بر آن در ضمانت نامه‌های بانکی صرف اعلام قصور پیمانکار برای مطالبه وجه آن از بانک کافی است و کارفرما نیاز به اثبات تخلف یا قصور پیمانکار ندارد و حال آنکه کارفرما در صورتی استحقاق دریافت وجه التزام را دارد که مراتب تخلف یا قصور پیمانکار را در دادگاه اثبات کند. همین مشکلات باعث شده است که حتی در قراردادهای داخلی، شیوه وجه التزام تا حدودی کنار گذاشته شده و

۳۳. چیتی، قراردادهای ضمان، ش ۲۴۰۷.

۳۴. مواد ۱ و ۲ مقررات یکنواخت اعتبارات اسنادی.

در بیشتر قراردادهای پیمانکاری که توسط مؤسسات دولتی با پیمانکاران بسته می شود از ضمانت نامه بانکی مستقل استفاده می شود.

۱۱ - نظریه علت تعهد در ضمانت نامه بانکی

ضمانت نامه بانکی، یک شیوه قراردادی است بنابراین باید دارای شروط اساسی صحت، از جهت اهلیت، رضای طرفین، معین بودن موضوع و یک علت مشروع باشد. سه شرط اول مسأله مهمی را در ضمانت نامه مطرح نمی سازند ولی مسأله علت تعهد، در ضمانت نامه مورد بحث قرار گرفته و نظرات گوناگونی درباره آن ابراز شده است:

الف - نظریه رسند مجرد^{۳۶}

پاره ای از آراء در دادگاههای فرانسه، ضمانت نامه را از اسنادی می دانند که از علت خود جدا هستند و موجودیت و صحت آن، تابع علت نیست. ^{۳۷} این اسناد را در اصطلاح حقوقی، «سند مجرد» یا اسنادی که علت آنها بیان نمی شود می نامند. ^{۳۸} مانند اسناد تجاری که در متن آنها علت بدهکار بودن صادرکننده ذکر نمی شود. بر همین پایه، آرد دنینگ Lord Denning یکی از حقوقدانان مشهور انگلیس، ضمانت نامه بانکی را به یک سفته عندالمطالبه تشبیه کرده است که با اولین مطالبه از سوی دارنده سفته باید پرداخت گردد. ^{۳۹} در سفته ای که هیچ قید و شرطی در آن موجود نیست، بدهکار نمی تواند علت بستانکاری را از دارنده آن مورد پرسش قرار دهد. در مورد چک نیز گفته شده است صدور چک دلیل بر

36. acte abstrait.

۳۷. Juris classeur Civil، همان بخش ش ۶۸.

38. billet non causé.

۳۹. chitty on contracts، قراردادهای ویژه، ضمان، ش ۵۰۱۷ - همچنین در این زمینه می توان به مجموعه قواعد تدوین شده حقوق امریکا، Restatement of the law second، قراردادهای، بخش ۸۲، صفحه ۲۰۸ به بعد رجوع کرد.

بدهکار بودن صادر کننده آن است.^{۴۰} بنابراین ضمانت نامه بانکی هم به محض صدور دارای یک علت قانونی و مشروع است و نمی توان در زمینه علت تعهد بانک بحث کرد.

نظریه «سند مجرد» را نمی توان با عمل حقوقی یک جانبه یا ایقاع یکسان دانست. در ایقاع، اراده شخص واحد ایجاد کننده اثر حقوقی است ولی «سند مجرد» دارای یک علت واقعی است که بیان نمی گردد. هنگامی که بدهکار در مقام پرداخت بدهی خود یک سفته عندالمطالبه یا چک را امضاء می کند و به بستانکار می دهد، این سفته یا چک دارای یک علت قانونی است که همان بدهی امضاء کننده سفته یا چک به دارنده آن است. ولی در متن این اسناد هیچ اشاره ای به این بدهی نمی شود وجود سفته یا چک در دست دارنده، دلیل کافی بر بستانکار بودن وی می باشد.^{۴۱}

ب- سپرده یا وثیقه دستور دهنده

بر پایه این واقعیت که بانک صادر کننده ضمانت نامه، هیچ رابطه بدهکاری در برابر ذی نفع ضمانت نامه نداشته است، هرگاه نظریه «سند مجرد» را کنار گذارده و به جستجوی علت تعهد بانک در یک ضمانت نامه بپردازیم این پرسش مطرح می شود که علت تعهد بانک در برابر ذی نفع ضمانت نامه چیست؟ در اینکه تعهد بانک دارای یک علت است هیچ تردیدی نیست ولی چون تعهد بانک یک جانبه است و ذی نفع،

۴۰. مجموعه آرای دیوان کشور، گردآوری محمد بروجردی عبده، بخش دوم، ص ۲۶، حکم شماره ۲۲۰ مورخ ۱۳۱۸/۲/۱۲ «صدور چک دلیل اشتغال ذمه صادرکننده است».

۴۱. بند ۱ ماده ۳۰ قانون برات انگلیس bill of exchange Act، مصوب ۱۸۸۲ می گوید:

"Every party whose signature appears on a bill is prima facie deemed to have become a party thereto for value"

«هر طرفی که امضای او بر روی برات باشد در بدو امر فرض بر این است که در ازای عوض و علت مالی، طرف برات شده است».

چنانچه ضمانت نامه بانکی، همان گونه که گرد دینینگ ابراز عقیده کرده است همسان اسناد تجاری دانسته شود در این صورت وجود یک علت قانونی را در زمینه ضمانت نامه بانکی نیز می توان مفروض دانست.

هیچ تعهدی در برابر بانک ندارد، بنابراین عکلت تعهد بانک را ضرورتاً باید در خارج از ضمانت نامه جستجو کرد. بر پایه این نظر می توان گفت، تعهد بانک صادر کننده ضمانت نامه در برابر عوض و جبرانی است که دستور دهنده (پیمانکار یا متعهد) به صورت سپرده یا وثیقه و یا اعتبار در اختیار بانک می گذارد. به عبارت دیگر، عکلت تعهد بانک در پرداخت ضمانت نامه این است که می تواند از محل وثیقه سپرده شده از سوی بدهکار اصلی، آنچه را به ذی نفع ضمانت نامه پرداخت می کند به دست آورد. ایرادی که به این تحلیل حقوقی گرفته شده این است که چنین مفهومی از عکلت، در واقع یک انگیزه خصوصی برای بانک است و در چارچوب رابطه بانک و ذی نفع، داخل نیست. به عبارت دیگر یک انگیزه مشترک برای بانک و ذی نفع نیست تا بتوان آن را عکلت تعهد بانک دانست.^۳

پ- قرارداد پایه

تحلیل حقوقی دیگری که برای توجیه عکلت ضمانت نامه بانکی ارائه شده این است که چون در ضمانت نامه به قرارداد پایه اشاره می شود بنابراین عکلت تعهد بانک در برابر ذی نفع را می توان در تعهداتی جستجو کرد که ذی نفع در برابر طرف قرارداد (دستور دهنده - طرف حساب) می کند. برای مثال در قرارداد پیمانکاری، کارفرما با گرفتن ضمانت نامه، راضی به امضای قرارداد و قبول تعهد در برابر پیمانکار می شود. و یا در برابر گرفتن ضمانت نامه، پیش پرداختی به پیمانکار می دهد یا او را برای شرکت در یک مناقصه می پذیرد. بنابراین عکلت واقعی تعهد بانک صادر کننده ضمانت نامه، امضای قرارداد پایه با طرف قراردادی است که چنین ضمانت نامه ای را تسلیم می کند.^۳

چنین توجیهی از عکلت تعهد در ضمانت نامه بانکی و ارتباط دادن

۲۲. *Juris classeur civil*، همان بخش، ش ۷۶.

۲۳. *Juris classeur civil*، همان منبع، ش ۷۹.

آن به قرارداد پایه با اصل استقلال ضمانت نامه برخورد می‌کند. زیرا اگر قرارداد پایه ابطال یا فسخ شود، مفهوم آن این است که تعهد بانک نیز علت وجودی خود را از دست می‌دهد. حال آنکه پیش از این دانستیم که چون بانک تعهد پرداخت را به گونه مستقل پذیرفته است، هیچ عذری برای خودداری از پرداخت آن به دلیل از میان رفتن علت صدور آن ندارد. همچنین در صورتی که قرارداد پایه، دارای یک علت یا موضوع نامشروع یا برخلاف اخلاق باشد، استقلال ضمانت نامه و غیرقابل استناد بودن ایرادات، مانع از آن است که ضامن بتواند به نامشروع بودن علت قرارداد استناد کند. با این حال پاره‌ای حقوقدانان در این مورد چنین استدلال کرده‌اند که اگر قرارداد اصلی نامشروع یا برخلاف اخلاق حسنه باشد در این صورت خود ضمانت نامه هم نامشروع است و برای اعلام بطلان آن نیازی به استناد به قرارداد پایه نیست تا با مانع غیرقابل استناد بودن ایرادات برخورد کند.^۳

در پایان این بحث می‌توان گفت اگر ضمانت نامه را یک «سند مجرد» تلقی نکنیم در این صورت جستجوی علت می‌تواند در پاره‌ای از موارد راه‌گشای حل مسائل قضایی مربوط به ضمانت نامه باشد.

۱۲- استقلال ضمانت بانکی

از نظر تاریخی، ضمانت نامه‌های بانکی، نخست در قراردادهای فروش بین‌المللی و برای تضمین تعهداتی که انجام آن به عهده فروشنده است و نیز تعهد پرداخت ثمن از طرف خریدار به کار رفته‌اند. در مراحل بعدی این ضمانت نامه‌ها به لحاظ همین ویژگی استقلال نسبت به قرارداد پایه، در قراردادهای داخلی و برای تضمین انواع تعهدات قراردادی و یا قانونی به کار گرفته شدند. در حقوق فرانسه صحت ضمانت نامه بانکی در انواع گوناگون آن و به ویژه ضمانت نامه اولین درخواست که تعهد قاطعی برای ضامن است پذیرفته شده و این گونه ضمانت از ضمانت عقدی

۲۲. *Juris classeur civil*, همان منبع، ش ۸۳.

سنتی تفکیک گردیده است.^{۴۵} تعهد ضامن نسبت به تعهد بدهکار اصلی در قرارداد ضمان دارای ویژگی تبعی است. حتی شرط صریح قراردادی نیز نمی تواند این صفت را از عقد ضمان سلب کند. مواد ۲۰۱۲ و ۲۰۱۳ قانون مدنی فرانسه که این ویژگی را در مورد تعهد ضامن مقرر ساخته اند، از قواعد آمره محسوب شده اند.^{۴۶} ولی ضمانت نامه بانکی دارای استقلال است و تعهد بانک ارتباطی به قرارداد پایه که ضمانت نامه در زمینه تضمین تعهدات ناشی از آن صادر شده است ندارد. دیوان تمیز فرانسه برای اولین بار در رأی مورخ ۲۰ دسامبر ۱۹۸۲ این دوگانگی را میان ضمان عقدی و ضمانت نامه بانکی مورد تصریح قرار داد. دیوان تمیز در این رأی، نظر دادگاه پژوهش را مورد تأیید قرار داده است. به نظر دادگاه پژوهشی، تعهد بانک از مصادیق ضمان نیست بلکه یک ضمان مستقل است و در نتیجه بانک نمی تواند به ایراداتی که بدهکار اصلی می توانسته است در برابر بستانکار به آنها استناد کند و ناشی از قرارداد پایه است استناد کند.^{۴۷}

در توجیه استقلال ضمانت نامه بانکی تضمینی، در حقوق فرانسه گفته شده است فرض بر این است که بانک صادر کننده ضمانت نامه اولین درخواست، از استناد به هرگونه ایرادی که برای بدهکار اصلی وجود دارد از پیش صرف نظر کرده است.^{۴۸}

یکی از ویژگی های استقلال ضمانت نامه در این است که در غیر از مورد ضمانت نامه پیش پرداخت، که تعهد بانک و پیمانکار از یک جنس است، در سایر موارد تعهد ناشی از قرارداد اصلی در بسیاری از موارد جنبه غیر نقدی دارد و در واقع اجرای یک تعهد است که ارزش مالی آن برابر میزان ضمانت نامه است. از جهت مبلغ نیز ضمانت نامه بانکی تابع سقف

۴۵. *Juris classeur civil*، همان بخش، ش ۳۲ و ۳۵.

۴۶. همان منبع.

۴۷. *Juris classeur civil*، همان بخش، ش ۳۲.

۴۸. *Juris classeur civil*، همان بخش، ش ۳۶.

دین اصلی نیست و از این جهت با مقررات ضمان عقدی یکسان نیست. همچنین بانک صادر کننده ضمانت نامه نمی تواند به استناد اینکه میزان تعهد پیمانکار کمتر است و یا چون بخشی از آن انجام شده است درخواست کاهش یافتن میزان و مبلغ ضمانت نامه را بکند و اصولاً ضمانت نامه بانکی به دلیل استقلال آن از قرارداد پایه، بانک را موظف به تعهدی بالاتر از حدود و ماهیت تعهد مورد تضمین می کند.

با این حال استقلال ضمانت نامه را نمی توان چنان تفسیر کرد که رابطه آن را با قرارداد پایه منقطع دانست. ضمانت نامه، تعهدی است از طرف بانک که اجرای یک قرارداد یا تعهد را به نفع بستانکار تضمین کند. بنابراین بدون وجود قرارداد پایه، یا تعهد، این تضمین بی مفهوم است. این رابطه به صورت مخفی است ولی در پاره ای از موارد ممکن است دادگاهها مجبور شوند آن را مورد بررسی قرار دهند.

الف- غیر قابل استناد بودن ایرادات

با توجه به این واقعیت که بانک باید ضمانت نامه را با اولین درخواست پرداخت کند در این صورت نمی تواند به دلائلی که از قرارداد پایه سرچشمه می گیرند از پرداخت ضمانت نامه خودداری کند. بنابراین ایراداتی مانند بطلان قرارداد پایه، فسخ قرارداد پایه و یا اجرای آن به گونه کامل از سوی پیمانکار و نیز ادعای تهاتر و یا انتقال طلب، از سوی بانک صادر کننده ضمانت نامه قابل استناد نخواهد بود.^{۲۴} همچنین ممکن نبودن رجوع بانک به پیمانکار به گونه مؤثر به دلیل ورشکستگی پیمانکار و یا دلائل دیگر نمی تواند مجوز نپرداختن از سوی بانک باشد. به همین دلیل این گونه ضمانت نامه ها را غالباً با اوصافی چون «بی قید و شرط»، «غیر قابل فسخ»، «مستقل» همراه می سازند و هدف از آن این است که ارتباط حقوقی آن را از قرارداد پایه هر چه بیشتر جدا سازند.

۲۴. Juris classeur civil, همان منبع، ش ۲۴.

جداسازی رابطه ضمانت نامه از قرارداد پایه و غیرقابل استناد دانستن ایرادات مربوط به قرارداد پایه به هنگام درخواست پرداخت از سوی ذی نفع، برای استوار ساختن اعتبار ضمانت نامه و حفظ ارزش آن به عنوان یک ابزار کارآمد بانکی ضروری است. اگر بانک بتواند خود را درگیر روابط قراردادی طرفین سازد و یا دادگاهها بتوانند پیش از پرداخت ضمانت نامه با ورود در ماهیت روابط قراردادی مانع پرداخت آن بشوند، این سند بانکی کارایی و ارزش خود را در روابط قراردادی از دست می دهد.^{۵۰}

البته بدهکار اصلی که ضمانت نامه به دستور و برای تضمین بدهی او صادر شده است می تواند اگر ضمانت نامه از سوی ذی نفع به گونه ناموجه دریافت شده باشد، علیه او طرح دعوی کند. ولی در

۵۰. بانکها و دادگاههای کشور ترکیه در سالهای اخیر چنین روشی را درباره ضمانت نامه های بانکی که ذی نفع آن سازمانها و شرکتهای ایرانی بود در پیش گرفتند که این امر منجر به صدور بخشنامه ای از دفتر خدمات حقوقی بین المللی به شرح زیر گردید:

«دفتر خدمات حقوقی بین المللی ایران ضمانت نامه های تجاری بانکهای ترکیه را فاقد اعتبار اعلام کرد.

تهران- خبرگزاری جمهوری اسلامی:

معاون دفتر خدمات حقوقی بین المللی ایران به تمامی مؤسسات و اشخاص ایرانی که با ترکیه تجارت دارند به منظور جلوگیری از تضییع حقوق خود توصیه کرد که در معاملات تجاری با شرکتهای و مؤسسات ترکیه از پذیرفتن ضمانت نامه های بانکهای ترکیه خودداری کرده و ضمانت نامه هایی را که توسط بانکهای معتبر اروپا صادر می شود بپذیرند.

معاون دفتر خدمات حقوقی بین المللی که در گفتگو با خبرگزاری جمهوری اسلامی در این زمینه توضیح داد: اخیراً مشاهده می شود که برخی از شرکتهای ترکیه که در معاملات تجاری طرف قرارداد شرکتهای و مؤسسات ایرانی می باشند، با وجود تخلف از شرایط قرارداد، مانند کسر تحویل یا عدم انطباق کیفی کالا با شرایط قراردادی و یا عدم تحویل

ضمانت نامه های بین المللی و در قراردادهایی که طرفین در قلمرو دو کشور اقامت دارند و قرارداد اصلی، تابع قوانین یک کشور خارجی است امکان اقامه دعوی نیز محدود می گردد.^{۵۱}

ب- سوء استفاده آشکار

با آنکه وصف استقلال ضمانت نامه و اصل غیرقابل استناد بودن ایرادات به گونه قاعده کلی پذیرفته شده است با این حال به دلیل اینکه در پاره ای از موارد استثنایی، درخواست پرداخت ضمانت نامه با سوء نیت و حيله همراه است، در نظامهای حقوقی در این زمینه به چاره جویی پرداخته اند. چه در حقوق فرانسه و چه در حقوق انگلیس در موردی که درخواست پرداخت ضمانت نامه به گونه آشکار همراه با سوء استفاده باشد اجازه داده شده است که بدهکار اصلی بتواند از شیوه دادرسی فوری و گرفتن دستور موقت از دادگاه، بانک را از پرداخت ضمانت نامه منع کند.^{۵۲} البته در چنین موردی، خواهان باید نشان دهد که ضمانت نامه صرف نظر از قرارداد پایه، قابل اعتراض است و یا آنکه دلایل قوی بر

کالا در مقصد مقرر، با تقدیم دادخواست به دادگاههای ترکیه مبادرت به اخذ احکام منع پرداخت ضمانت نامه هایی که به منظور تضمین حسن اجرای قرارداد به نفع اشخاص ایرانی صادر شده است، می کنند.

وی گفت: در باره ای موارد برخی از شرکتهای ترکیه قبل از اینکه طرف ایرانی پرداخت ضمانت نامه را مطالبه کند و قبل از بروز هرگونه اختلاف، مبادرت به تقدیم دادخواست به دادگاههای ترکیه می کنند و دادگاههای مزبور قبل از ابلاغ دادخواستها به طرفهای ایرانی در ایران و فراهم شدن امکان دفاع برای شرکتهای و مؤسسات ایرانی، دستور منع پرداخت ضمانت نامه را صادر می کنند.

وی در پایان افزود: بانکهای ترکیه که صادر کننده ضمانت نامه های مذکور می باشند نیز خود را با استناد به احکام مزبور از پرداخت وجه ضمانت نامه ها معذور می دانند.

روزنامه اطلاعات. چهارشنبه ۱۳ شهریور ۱۳۷۰.

۵۱. chitty on contracts, قراردادهای ویژه، ضمان، ش ۵۰۱۷.

۵۲. Juris classeur civil همان بخش، ش ۲۴.

توجیه ضرورت دستور موقت ارائه کند.^{۵۳} در این زمینه در بخشهای آینده گفتگو خواهیم کرد.

۱۳- تمدید ضمانت نامه بانکی

ضمانت نامه بانکی عموماً برای یک مدت معین از سوی بانک صادر می شود. مانند چند ماه یا چند سال یا تا پایان وقت اداری روز معین در آینده که با سپری شدن آن اعتبار ضمانت و تعهد بانک نیز از میان می رود. گاه ممکن است ضمانت نامه در یک فاصله زمانی مشخص در آینده قابل مطالبه باشد که پیش از فرا رسیدن این موعد و پس از سپری شدن آن، درخواست پرداخت آن از بانک امکان پذیر نیست. با سقوط اعتبار ضمانت نامه، دیگر درخواست پرداخت بی نتیجه است و با ناکامی مواجه می شود. بنابراین هرگاه زمان اعتبار ضمانت نامه سپری شده باشد و بانک پس از آن وجه ضمانت نامه را به اشتباه پرداخت کند، حق رجوع به دستوردهنده را نخواهد داشت.

در هنگامی که در روزهای پایانی مدت اعتبار ضمانت نامه، عملیات مبنای ضمانت نامه هنوز حل و فصل نشده و ذی نفع تمایل به دادن مهلت بیشتری به طرف قرارداد یا متعهد داشته باشد در این صورت مسأله تمدید مهلت ضمانت نامه مطرح می شود. از آنجا که ضمانت نامه، یک رابطه حقوقی مستقل میان بانک صادر کننده و ذی نفع است، بنابراین ذی نفع ممکن است از بانک درخواست تمدید کند و یا آنکه طرف قرارداد به منظور جلوگیری از درخواست پرداخت، موافقت بانک را با تمدید مهلت به دست آورد. در پاره ای از موارد نیز ذی نفع از یک فرمول که متضمن اختیار برای بانک است بهره می گیرد و به بانک اعلام می کند مدت اعتبار ضمانت نامه را تمدید کند و یا وجه آن را بپردازد.^{۵۴} اگرچه در صحت چنین درخواستی شک و تردید به هم رسیده است و ممکن است

۵۳. chitty on contracts، همان منبع، ش ۵۰۱۷.

۵۴. Juris classeur civil، ش ۱۸، اصطلاح فرانسه در این مورد "prorogez ou payez" می باشد.

گمان شود که این امر نوعی اعمال فشار محسوب می شود ولی در حقوق فرانسسه اظهار نظر شده است که چنین روشی کاملاً هماهنگ با ضمانت نامه بانکی است. در اینجا در حقیقت یک درخواست پرداخت به همراه یک اختیار اضافی به بانک عرضه شده است که آن تمدید مدت اعتبار ضمانت نامه است و این امتیازی است که به بانک داده شده است و نه یک فشار. در این صورت هرگاه بانک با تمدید مهلت اعتبار ضمانت نامه موافقت نکند، چاره ای جز پرداخت نخواهد داشت.

در روشهای بانکی ایران نیز درخواست تمدید مهلت ضمانت نامه قابل پذیرش دانسته شده است. عبارتی که در پاره ای از ضمانت نامه ها به کار رفته چنین است:

«در صورتی که ضامن نتواند یا نخواهد مدت اعتبار این ضمانت نامه را تمدید کند و یا مضمون عنه، موجبات تمدید آن را فراهم نسازد و ضامن را با این تمدید موافق نسازد، ضامن تعهد نمود که بدون احتیاج به مطالبه مجدد، مبلغ مرقوم را در وجه یا به حواله کرد مضمون له پرداخت نماید.»

۱۲ - حق رجوع بانک به دستور دهنده

در عقد ضمان ساده، ضامن پس از پرداخت بدهی به بستانکار، حق رجوع به بدهکار اصلی را دارد.^{۵۵} در ضمانت نامه بانکی هم تعهد بانک اگرچه مستقل از تعهد بدهکار اصلی در قرارداد پایه است ولی بانک به درخواست بدهکار اصلی اقدام به صدور ضمانت نامه می کند. بنابراین هنگامی که ذی نفع درخواست پرداخت وجه ضمانت نامه را می کند و بانک نیز با رعایت شروط، آن را پرداخت می کند می تواند به بدهکار اصلی که ضمانت نامه به دستور او صادر شده است رجوع کرده و درخواست جبران کند. اگر دستور دهنده از بازپرداخت مبلغی که بانک پرداخته است خودداری کند، بانک می تواند از محل وثایقی که در هنگام

۵۵. ماده ۷۰۹ قانون مدنی و ماده ۲۱۱ قانون تجارت.

صدور ضمانت نامه از دستور دهنده گرفته است طلب خود را دریافت کند.^{۵۶}

۱۵- حق رجوع دستور دهنده به ذی نفع ضمانت نامه

هرگاه قراردادی که برای اجرای تعهدات ناشی از آن ضمانت نامه بانکی داده می شود و به طور کلی هنگامی که تعهد مبنای صدور ضمانت نامه اجرا شده باشد، درخواست پرداخت ضمانت نامه از سوی ذی نفع، موجه نیست. حال اگر ذی نفع به هر دلیل درخواست پرداخت ضمانت نامه را بکند اگر بانک با رعایت شرایط شکلی ضمانت نامه را پرداخت کند مسؤولیتی برای بانک به وجود نمی آید.^{۵۷} ولی دستور دهنده حق دارد علیه ذی نفع که ضمانت را بدون داشتن حق دریافت کرده است در دادگاه، طرح دعوی کند. بدیهی است که در بیشتر موارد، پیدایش اختلاف بین ذی نفع و دستور دهنده در زمینه شیوه اجرای تعهدات ناشی از قرارداد پایه است، ذی نفع از امتیازی که ضمانت نامه به او می دهد بهره می جوید و درخواست پرداخت آن را می کند. به طوری که در بحثهای گذشته دیدیم ضمانت نامه بانکی اصولاً بی قید و شرط است و بنابراین ضمانت نامه به ذی نفع اجازه می دهد در دوره رسیدگی به دعوی در دادگاه و یا یک هیأت داور، وجه ضمانت نامه را در اختیار داشته باشد و اصولاً توافق طرفین بر این است که وجه ضمانت نامه به عنوان یک تضمین در جریان حل اختلاف در اختیار ذی نفع باشد.^{۵۸} امتیاز دیگری که شیوه

۵۶. ماده یک آیین نامه صدور ضمانت نامه از طرف بانکها که در چهارصد و هشتاد و دومین جلسه شورای پول و اعتبار در تاریخ ۱۳۶۱/۱۲/۸ تصویب گردیده است، صدور ضمانت نامه از طرف بانکها را موکول به گرفتن وثیقه از مضمون عنه طبق شرایط مندرج در این آیین نامه دانسته است. ماده ۲ آیین نامه مزبور انواع وثایق برای صدور ضمانت نامه را تعریف کرده است و ماده ۳ مقرر می دارد که حداقل معادل ده درصد مبلغ ضمانت نامه به صورت وجه نقد و بقیه آن از یک و یا ترکیبی از انواع وثایق خواهد بود.

۵۷. Jures classeur civil، همان بخش، ش.

۵۸. George Kimball and Barry A. Sanders، جلوگیری از پرداخت نادرست ضمانت نامه، درسهایی از

ایران، مجله: The business Lawyer، 1984، شیکاگو، صفحه ۲۱۹.

بکارگیری ضمانت نامه بانکی به ذی نفع می دهد این است که بار دلیل را به دوش دستور دهنده (پیمانکار) قرار می دهد. زیرا اوست که باید دلائل کافی بر حسن انجام تعهدات خود برطبق قرارداد پایه در دادگاه بیاورد و بری بودن خود و بی حقی ذی نفع در درخواست پرداخت ضمانت نامه را اثبات کند.

۱۶- تضمین ضمانت نامه بانکی (ضمانت نامه متقابل)^{۵۹}

همان گونه که هر تعهدی می تواند از طریق یک تضمین عینی و یا شخصی تضمین گردد، هیچ چیز مانع از آن نیست که تعهد بانک صادر کننده ضمانت نامه به نوبه خود از یک تضمین دیگر برخوردار گردد. تضمین ضمانت نامه که گاه از آن به «ضمانت نامه متقابل» تعبیر می شود در قراردادهای بین المللی به کار گرفته شده است. در قراردادهایی که بین سازمانهای دولتی ایرانی و پیمانکاران خارجی در سالهای قبل از ۱۳۵۷ منعقد گردیده ضمانت نامه های متقابل حسن انجام کار و یا استرداد پیش پرداخت رایج بوده است. این ضمانت نامه ها در مرحله اول به صورت ریالی و از سوی بانکهای ایرانی صادر شده است. بانک ایرانی به دلائل گوناگون نمی خواهد یک پیمانکار خارجی را که طرف قرارداد با سازمانهای ایرانی است به طور مستقیم تضمین کند زیرا هرگاه بانک ایرانی در معرض پرداخت ضمانت نامه به ذی نفع ایرانی قرار گیرد، دسترسی به اموال پیمانکار خارجی و مسائل دیگری از جمله اقامه دعوی در دادگاههای کشور متبوع پیمانکار خارجی برای بانک ایرانی مشکلاتی را به وجود می آورد که بانک ایرانی ترجیح می دهد درگیر چنین مسائلی نشود. بنابراین بانک ایرانی در صورتی برای یک پیمانکار خارجی ضمانت نامه صادر می کند که یک بانک خارجی معتبر و شناخته شده که با بانک ایرانی در ارتباط است، ضمانت نامه ای با ارزش خارجی به نفع بانک ایرانی

۵۹. در حقوق فرانسه اصطلاح *contre garanties* و اصطلاح انگلیسی، *back to back letters of credit*

می باشد.

صادر کند. رسم بر این است که پیمانکار خارجی، ابتدا به یک بانک خارجی که معمولاً در کشور متبوع خود قرار دارد دستور می دهد یک ضمانت نامه ارزی به مبلغ و سررسید معین در وجه بانک ایرانی صادر کند. بانک ایرانی نیز با دریافت این ضمانت نامه، اقدام به صدور ضمانت نامه از سوی پیمانکار خارجی به نفع کارفرمای ایرانی می کند.^{۶۰} در اصطلاح حقوقی، بانک ایرانی، ضامن درجه اول و بانک خارجی، ضامن درجه دوم خوانده می شود. این نوع ضمانت نامه ها از سوی بانکهای ایرانی به محض تأیید و گواهی اینکه سازمانهای دولتی ایرانی ضمانت نامه درجه اول را مطالبه کرده است قابل وصول بود.

در پاره ای از ضمانت نامه های بانکی متقابل، به دلیل اهمیت و بالا بودن مبلغ، برای تضمین یک ضمانت نامه بانکی، چندین بانک با یکدیگر پیوند می خورند و همه آنها پرداخت وجه ضمانت نامه متقابل را تضمین می کنند. در پاره ای از موارد نیز یکی از این بانکها به عنوان وکیل دیگران و رئیس گروه، عمل می کند تا مطالبه ضمانت نامه متقابل آسان تر گردد.^{۶۱} ضمانت نامه متقابل تابع مقررات ضمانت نامه های بانکی است با این حال پاره ای از ویژگی های آن چنین است:

الف - استقلال دوگانه

چنانچه ضمانت نامه متقابل به صورت اولین درخواست صادر شود

۶۰. بر طبق ماده ۶ آیین نامه صدور ضمانت نامه از طرف بانکها مورخ ۱۳۶۱/۱۲/۸ شورای پول و

اعتبار:

«صدور ضمانت نامه ریالی در برابر تضمین بانکهای خارجی و همچنین صدور

ضمانت نامه ارزی منوط به موافقت قبلی بانک مرکزی ایران می باشد».

۶۱. *Juris classeur civil*، همان منبع، بخش ۳، ش ۲۳.

۶۲. دادگاه تجارت پاریس در رأی مورخ ۵ اکتبر ۱۹۸۲ در زمینه مسؤلیت بانکهای متمدد که به گونه

گروهی یک ضمانت نامه را تضمین می کنند چنین اظهار نظر کرده است که هرگاه یک نوشته صریح مبنی بر مسؤلیت این بانکها وجود نداشته باشد تنها بانک رئیس گروه دارای رابطه حقوقی با دستور دهنده و

یا ذی نفع ضمانت نامه است. منبع مذکور شماره ۲۳.

از دو سو دارای استقلال است.

تعهد بانک صادر کننده ضمانت درجه دوم (ضمانت نامه متقابل) از جهت رابطه این تضمین با ضمانت نامه درجه اول یک تعهد مستقل است. بنابراین ضمانت نامه ای که از سوی یک بانک خارجی به یک بانک ایرانی که ضمانت نامه درجه اول را صادر کرده است تسلیم شده، باید با اولین درخواست کتبی بانک ایرانی پرداخت شود. این تضمین مجدد نه یک ضمان ساده است و نه یک حواله. بانک دوم نمی تواند به مفهوم تبعی بودن تعهد که در یک ضمان ساده وجود دارد توسل جوید و یا آنکه از بانک صادر کننده ضمانت نامه درجه اول بخواهد که دلیلی بر درخواست پرداخت از سوی ذی نفع ضمانت نامه و یا پرداخت وجه ضمانت به ذی نفع ارائه دهد. مگر اینکه در ضمانت نامه متقابل چنین چیزی شرط شده باشد. همچنین به طریق اولی ضمانت نامه متقابل نسبت به تعهدات ناشی از قرارداد پایه، دارای استقلال است و بانک صادر کننده چنین ضمانت نامه ای نمی تواند به ایرادات ناشی از قرارداد پایه که احتمالاً پیمانکار می تواند به آنها متوسل شود استناد جوید. شعبه بازرگانی دیوان تمیز فرانسه در رأی مورخ ۲۰ نوامبر ۱۹۸۶ خود استقلال دوگانه ضمانت نامه متقابل را چنین بیان کرده است:

«در سلسله زنجیر ضمانت نامه های متقابل، هر تعهد مستقل از تعهد دیگر و از قرارداد پایه می باشد.»^۳

ب- قانون حاکم بر ضمانت نامه

در ضمانت نامه های داخلی، موضوع قانون حاکم مطرح نمی شود زیرا دستور دهنده و ذی نفع و بانک صادر کننده در قلمرو یک کشور اقامت دارند و مانند همه شهروندان تابع قوانین داخلی همان کشور هستند. ولی در ضمانت نامه های بین المللی این که چه قانونی بر ضمانت نامه متقابل حاکم است مورد بحث قرار می گیرد. قانون حاکم بر ضمانت نامه درجه اول

۶۳. Juris classeur civil, همان بخش، ش ۲۲.

و ضمانت نامه متقابل می تواند قوانین گوناگون باشد. استقلال ضمانت نامه متقابل از ضمانت نامه درجه اول و قرارداد پایه به این نتیجه می رسد که انتخاب قانون حاکم برای رسیدگی به اختلافات احتمالی، به اراده طرفین بستگی دارد. در صورتی که قرارداد ضمانت نامه متقابل چنین قانونی را پیش بینی نکرده باشد قانون محل اقامتگاه یا مرکز امور بانک صادر کننده ضمانت نامه متقابل بر این ضمانت نامه حاکم می باشد. قانون یکنواخت ضمانت نامه های قراردادی که از سوی اتاق بازرگانی بین المللی منتشر شده به همین قاعده استناد کرده است.^{۶۴}

ب- مرجع حل اختلاف

هرگاه در خود ضمانت نامه، مرجع قضایی یا داوری ویژه ای برای رسیدگی به اختلافات احتمالی ذی نفع و بانک صادر کننده ضمانت نامه پیش بینی نشده باشد، گفته شده است بر طبق قواعد کلی آیین دادرسی مدنی، دادگاههای محل اقامت ضامن دارای صلاحیت رسیدگی به اختلافات هستند. در موردی که در قرارداد پایه، شرط ارجاع اختلافات احتمالی به داوری درج شده است و یا پس از وقوع اختلاف در قرارداد پایه، طرفین توافق بر ارجاع آن به داوری می کنند، چنین شرطی به دلیل استقلال ضمانت نامه بانکی درجه اول و ضمانت نامه متقابل، شامل اختلافات احتمالی میان بانک و ذی نفع ضمانت نامه نمی باشد.^{۶۵} به موجب ماده ۱۱ مقررات یکنواخت ضمانت نامه های تضمینی، طرفین ضمانت نامه می توانند اختلافات خود را به داوری ببرند. به موجب بند ۲ همین ماده هرگاه اختلاف میان بانک و ذی نفع بر حقوق و تعهدات، طرف قرارداد پایه و یا دستور دهنده تأثیر گذارد، در این صورت این شخص حق

۶۴. ماده ۱۰ مقررات مزبور چنین است:

Article 10.

Applicable law

if a guarantee does not indicate the law by which it is to be governed, the applicable law is that of the guarantor's place of business. if the guarantor has more than one place of business, the applicable law is that of the branch which issued the guarantee.

۶۵. Juris classeur civil, همان بخش، ش ۵۰.

دارد در رسیدگی داوری مداخله کند. و بر طبق بند ۳ چنانچه ذی نفع و بانک در ارجاع اختلاف به داوری توافق نکنند، هرگونه اختلافی میان آنان منحصرأ در دادگاه صالح کشوری که، محل کسب و پیشه بانک صادر کننده ضمانت نامه در آن قرار دارد حل و فصل می شود.

۱۷- جلوگیری از پرداخت ضمانت نامه

هنگامی که ذی نفع، درخواست پرداخت یک ضمانت نامه بی قید و شرط را می کند، بانک اصولاً باید فوراً وجه ضمانت نامه را پرداخت کند و نمی تواند درخواست توضیح و یا توجیه بیشتر از ذی نفع بکند. همچنین بانک نمی تواند به بررسی در زمینه شیوه اجرای قرارداد پایه و ایرادات مربوط به آن بپردازد. دیوان تمیز فرانسه در رأی مورخ ۲۰ دسامبر ۱۹۸۲، هرگونه تأخیر غیرموجه بانک در اجرای ضمانت نامه را موجب محکومیت او به پرداخت ضرر و زیان دانسته است. "اصولاً هنگامی که درخواست پرداخت یک ضمانت نامه می شود، بانک نفع مهمی در عدم پرداخت آن ندارد و غالباً آمادگی پرداخت آن را نیز دارد. با این حال بند ۲ مقررات یکنواخت ضمانت نامه های قراردادی، برای حفظ حقوق احتمالی دستور دهنده چنین می گوید:

«به محض دریافت درخواست پرداخت ضمانت نامه، بانک باید طرف قرارداد یا دستور دهنده را بدون تأخیر از این درخواست پرداخت و مدارکی که دریافت کرده است آگاه سازد».

در این صورت دستور دهنده ممکن است به شیوه های گوناگون در مقام جلوگیری از پرداخت ضمانت نامه برآید:

الف- دستور منع پرداخت ساده

کسی که ضمانت نامه به دستور و برای تضمین تعهد او صادر شده است ممکن است درست یا نادرست بر این باور باشد که درخواست

پرداخت به طور ناروا صورت گرفته است. دستور دهنده ممکن است دلائل خوبی هم برای اعتراض به پرداخت ضمانت نامه داشته باشد. مانند بطلان قرارداد پایه یا فسخ آن به گونه غیرموجه از سوی ذی نفع و یا عدم امکان اجرای قرارداد به دلائلی که مستقل از اراده طرفین است مانند دلائل سیاسی، شورش، جنگ و مانند آنها. همچنین دستور دهنده ممکن است بر این باور باشد که تعهدات خود را به طور کامل انجام داده و یا لااقل بخشهای اساسی آن را انجام داده و خود را از ذی نفع ضمانت نامه در مورد تعهداتی که داشته و یا به دلیل ضرر و زیان، بستانکار هم بداند. آیا این موارد می تواند مبنای حقوقی کافی برای جلوگیری از پرداخت ضمانت نامه به صرف درخواست دستور دهنده از بانک باشد؟

می توان گفت هیچ یک از این موارد، اصولاً نمی تواند مانع بانک از پرداخت ضمانت نامه باشد. زیرا طبیعت ضمانت نامه بانکی بر پایه توافقه‌های طرفین، بی قید و شرط بوده و اکنون دستور دهنده نمی تواند به طور یک جانبه از تعهد قراردادی خود که طبق اصول کلی حاکم بر قراردادها به ویژه ماده ۲۳۹ قانون مدنی نسبت به طرفین الزام آور است پرهیز نماید. او خود به بانک دستور داده است ضمانت نامه ای صادر کند که مستقل بوده و با اولین درخواست قابل پرداخت باشد.

از سوی دیگر، دستور جلوگیری از پرداخت ملازمه آشکار با بررسی اعتراضات مربوط به قرارداد پایه دارد و حال آنکه ویژگی ضمانت نامه مستقل، کنار گذاردن هرگونه امکان بررسی و ارزیابی نسبت به قرارداد پایه می باشد.^{۶۷}

ب- دستور منع پرداخت از مرجع قضایی

در پاره ای از موارد دستور دهنده (پیمانکار یا متعهد) به این بسنده نمی کند که از بانک درخواست عدم پرداخت ضمانت نامه را بکند بلکه با مراجعه به دادگاه و طرح دعوی درخواست صدور حکم بر منع

۶۷. *Juris classer civil*، همان بخش، ش ۱۱۱.

پرداخت ضمانت نامه را از سوی بانک می‌کند. آیا دادگاه می‌تواند چنین دعوایی را بپذیرد؟ در فرانسه در سالهای ۱۹۸۱ تا ۱۹۸۳ تعدادی از این دعاوی که به طور عمده مربوط به ضمانت نامه‌هایی بود که ذی نفع آنها مؤسسات ایرانی بودند مطرح گردید و دادگاهها با دلایل گوناگونی این دعاوی را قابل پذیرش دانستند. توجیهاتی که برای پذیرش این دعاوی و صدور دستور موقت بر منع پرداخت و در مواردی در ماهیت دعوی و به صورت حکم قطعی ارائه گردیده در هیچ مورد قوی و مبتنی بر دلایل کافی نیست. برای نمونه در یک پرونده چنین توجیه شده است که دستور دهنده دارای طلبهای بزرگی از ذی نفع ضمانت نامه است (دادگاه تجارت بروکسل ۶ آوریل ۱۹۸۲ و دادگاه تجارت پاریس ۱۲ فوریه ۱۹۸۲). این آراء بر این نکته مبتنی بوده‌اند که درخواست پرداخت از سوی ذی نفع مبتنی بر تقلب و سوء استفاده و ناشی از انگیزه‌های سیاسی بوده است.^{۶۸}

این آراء قابل انتقاد شمرده شده‌اند. قدرت الزامی قراردادی که به طور درست منعقد شده است نه تنها به طرفین بلکه به قاضی نیز تحمیل می‌شود. دادگاه نمی‌تواند به دلیل انصاف و یا اوضاع و احوال و یا حتی پرهیز از ورود یک خسارت غیرقابل جبران به دستور دهنده، از اجرای قراردادی (ضمانت نامه)، که دستور دهنده از طرفین آن نیست و طرفین آن از ابتدا وصف استقلال به آن داده‌اند جلوگیری به عمل آورد. بر همین پایه، دادگاههای فرانسه در آرای دیگری درخواستهای جلوگیری از پرداخت وجه ضمانت نامه را بر اساس طبیعت تعهد بانک رد کرده‌اند.^{۶۹}

در یکی از این دعاوی، دستور دهنده توانسته بود در یک دادرسی فوری، دستور موقت بر منع پرداخت وجه ضمانت نامه را به دست آورد.

۶۸. *Juris classeur civil*، همان بخش، ش ۱۱۲.

۶۹. رأی مورخ ۱۲ مه ۱۹۸۰ هرگونه بحث و استدلال در مورد سوء نیت ذی نفع ضمانت نامه در چارچوب اجرای قرارداد پایه و با این استدلال که دستور دهنده نمی‌تواند در صورت پرداخت ضمانت نامه، حکمی از دادگاه بر استرداد وجه ضمانت نامه که از طرف ذی نفع، من غیر حق دریافت شده به دست آورد را رد کرده است.

این دستور موقت در مرحله پژوهشی ابطال شد. در فرجام خواهی به رأی دادگاه پژوهشی اعتراض شد. اعتراض فرجامی چنین بود که: دستور دهنده اجرای کامل تعهدات خود را در چارچوب قرارداد پایه نشان داده است و در این شرایط درخواست پرداخت ضمانت نامه همراه با سوء استفاده بوده است. دیوان کشور نیز به نوبه خود، این موضع گیری قاطع دادگاه پژوهشی را بر اساس طبیعت تعهد بانک در رأی مورخ ۲۱ مه ۱۹۸۵ تأیید کرد. رد اعتراض فرجامی با این استدلال بود که ویژگی استقلال ضمانت نامه، هرگونه استناد به شرایط اجرای قرارداد پایه را نفی می کند. بنابراین تصمیم دادگاه پژوهشی به درستی گرفته شده و نفس این واقعیت که دستور دهنده کلیه تعهدات قراردادی خود را انجام داده است و ظاهراً هم اثبات شده دارای چنان نتیجه ای نیست که بانک را از اجرای تعهدش بر پرداخت ضمانت نامه با اولین درخواست رها سازد.

ب- تأمین خواسته

ممکن است، دستور دهنده که در صدد جلوگیری از پرداخت ضمانت نامه بانکی است، بخواهد به ادعای داشتن طلب از ذی نفع ضمانت نامه، از دادگاه درخواست صدور قرار تأمین خواسته نسبت به ضمانت نامه را بکند. (ماده ۲۲۵ قانون آیین دادرسی مدنی). اگر ضمانت نامه در واقع طلب ذی نفع از بانک محسوب شود در این صورت مانند هر طلب دیگری قابل توقیف می باشد (ماده ۲۶۶ قانون آیین دادرسی مدنی). درخواست صدور قرار تأمین از نظر حقوقی با درخواست صدور دستور موقت بر منع پرداخت ضمانت نامه یکسان نیست. هنگامی که دستور دهنده درخواست قرار تأمین نسبت به ضمانت نامه را می کند، مفهوم آن این است که نه حقوق ذی نفع را نسبت به ضمانت نامه انکار می کند و نه استقلال ضمانت نامه را. شاید هر بستانکار دیگری که طلبی از ذی نفع ضمانت نامه دارد نیز بتواند ضمانت نامه را در دست بانک توقیف کند. در این صورت دستور دهنده

اگر بستانکار باشد و دلائلی بر آن در دست داشته باشد چرا نتواند از این شیوه بهره مند گردد؟

در فرانسه پاره‌ای از تصمیمات قضایی از این استدلال پیروی کرده و قرار تأمین روی ضمانت نامه بانکی را بنا به درخواست دستور دهنده صادر کرده‌اند.^{۷۰} با این حال این راه هم به روی دستور دهنده بسته شده است. زیرا دستور دهنده می‌خواهد با تکیه بر وصف بستانکار بودن خود درخواست توقیف و منع پرداخت ضمانت نامه را بکند. ولی این عنوان نیز نمی‌تواند به او امکان جلوگیری از پرداخت وجه یک ضمانت نامه مستقل را بدهد. طبیعت ویژه ضمانت نامه مستقل باید مانع اجرای هرگونه قرار تأمین خواسته نسبت به آن گردد. رویه قضایی که به مراتب گسترده‌تر از آرای سابق است در حقوق فرانسه بر همین شیوه مبتنی می‌باشد. دیوان تمیز فرانسه هم این راه حل را تأیید کرده است. دیوان تمیز در یکی از آرای اخیر خود چنین اظهار نظر کرد که: قرار تأمین خواسته که از دادگاه صادر شود نمی‌تواند مانع از اجرای تعهد مستقیم و غیرقابل فسخی که بانک در برابر ذی نفع بر عهده گرفته است باشد و بانک از هرگونه مسؤولیتی در پرداخت وجه ضمانت نامه حتی با وجود قرار تأمین خواسته مبری می‌باشد.^{۷۱}

استدلالی که از نظر حقوقی می‌توان در تأیید این نظر ارائه کرد همان است که پیش از این در مورد عدم پذیرش دستور موقت مبنی بر منع پرداخت قضایی مطرح گردید. درخواست صدور قرار تأمین خواسته از سوی دستور دهنده، معارض با تعهدی است که وی در تسلیم یک ضمانت نامه بی قید و شرط و مستقل که با اولین درخواست قابل پرداخت باشد بر عهده گرفته است. پذیرش صحت قرار تأمین خواسته به معنی این است که به یکی از طرفین قرارداد اجازه داده شود ولو به طور موقتی اجرای تعهد روشن و درستی را که با آگاهی کامل پذیرفته است فلج نماید. بنابراین می‌توان

۷۰. *Juris classeur civil*, همان بخش، ش ۱۲۲.

۷۱. *Juris classeur civil*, ش ۱۲۵، رأی مورخ ۲۷ نوامبر ۱۹۸۴.

چنین فرض کرد که دستور دهنده با پذیرش صدور یک ضمانت نامه مستقل، از هر گونه درخواست صدور قرار تأمین صرف نظر کرده است. افزون بر آن، قرار تأمین خواسته به استناد طلب دستور دهنده از ذی نفع یک شیوه انحرافی در استناد به تهاتر است و حال آنکه ضمانت نامه مستقل، دارای این ویژگی است که از هر گونه استناد به ایرادات مربوط به قرارداد پایه آزاد می باشد.^{۷۳}

بحث دیگری که پیش می آید این است که هرگاه دستور دهنده بخواهد بر پایه طلب دیگری که ارتباطی به قرارداد پایه ندارد، درخواست صدور قرار تأمین خواسته نسبت به ضمانت نامه را بنماید و یا حتی اشخاص ثالث بخواهند چنین کنند آیا دادگاه می تواند با صدور قرار تأمین یک ضمانت نامه بانکی را توقیف نماید؟ در این مورد اعتراض مربوط به غیرقابل استناد بودن ایرادات در برابر چنین درخواستی قابل طرح نیست، زیرا طلبی که برای آن درخواست صدور قرار تأمین می شود ارتباطی به قرارداد پایه ندارد.

با آنکه آرای از دادگاههای فرانسه به نفع این فکر صادر گردید ولی دیوان تمیز این کشور به طور صریح آن را محکوم کرد. در این مورد، مسأله استقلال ضمانت نامه مطرح نیست و تخلفی هم از قاعده غیرقابل استناد بودن ایرادات صورت نگرفته است. ولی هدف دیوان تمیز این بوده است که یک تضمین مطلق برای ذی نفع ضمانت نامه به وجود آورد. چیزی که قصد مشترک طرفین در تسلیم ضمانت نامه نیز بوده است. استدلالهای دیگری هم در این زمینه قابل ذکر است. می توان گفت دستور دهنده به طور ضمنی، ولی قطعی خود را از ایجاد هرگونه محدودیتی در پرداخت ضمانت نامه ممنوع ساخته است. همچنین در رابطه دستور دهنده و ذی نفع ضمانت نامه می توان گفت، ضمانت نامه در حقیقت جایگزین یک سپرده نقدی است و باید در حد یک سپرده نقدی برای ذی نفع ایجاد تضمین کند در نتیجه هرگونه حرکتی در جهت توقیف آن با طبیعت آن ناسازگار

است.^{۷۳} می توان افزود که ضمانت نامه با یک مکانیسم پیچیده به قرارداد پایه ارتباط دارد و درخواست پرداخت آن از سوی ذی نفع، عموماً وابسته به اعلام قصور پیمانکار یا متعهد از شروط قرارداد پایه می باشد. ممکن است در یک قرارداد پیمانکاری، که برای حسن انجام آن ضمانت نامه داده شده است، پیمانکار تعهدات خود را طبق قرارداد و به طور کامل انجام دهد. در این مورد هیچ ضرورتی در به کار انداختن تضمین مندرج در ضمانت نامه وجود نخواهد داشت. بنابراین با انجام موضوع قرارداد، ضمانت نامه نیز منتفی می گردد. به عبارت دیگر، ضمانت نامه بانکی در اصل، فراهم کننده یک تضمین است نه یک طلب و بنابراین نمی توان آن را موضوع قرار تأمین خواسته یا توقیف طلب محسوب کرد و بر همین اساس هرگونه اقدامی از سوی اشخاص ثالث در توقیف ضمانت نامه را نیز باید ممنوع دانست.^{۷۴}

ت- نقش بانک صادر کننده ضمانت نامه

بانکی که ضمانت نامه صادر می کند در برابر ذی نفع مسؤولیت دارد و باید بر طبق ضمانت نامه اگر بی قید و شرط است با اولین درخواست پرداخت کند اگر بانک از پرداخت خودداری کند ممکن است به پرداخت خسارت محکوم شود. ولی در موردی که بانک پیرو صدور دستور موقت یا قرار تأمین خواسته از پرداخت ضمانت نامه خودداری می کند، نمی توان مسؤولیتی برای وی در نظر گرفت. با این حال بانکها

۷۳. Juris classeur civil، همان بخش، ش ۱۲۶.

۷۴. در یکی از لویحی که در زمینه ضمانت نامه های بانکی از سوی شرکت جی تی ای، بین المللی به دیوان داوری ایران و امریکا تسلیم شد، در توصیف حق ذی نفع نسبت به ضمانت نامه به مفهوم حقوقی «حق احتمالی و بالقوه»، استناد شده است. بر این پایه، تا هنگامی که یک درخواست پرداخت صحیح و مطابق شروط ضمانت نامه از سوی ذی نفع در یک ضمانت نامه بانکی انجام نشده است، بانک دارای هیچ تعهدی نیست و بنابراین «سرمایه ای» وجود ندارد تا قابل توقیف باشد. لایحه مورخ ۱۵ آوریل ۱۹۸۳، شعبه دوم دیوان، صفحه ۲۳ متن انگلیسی.

ترجیح می‌دهند خود را درگیر اختلافات دستور دهنده و ذی نفع ضمانت نامه نکنند و برای حفظ اعتبار بین المللی خود، جانب ذی نفع ضمانت نامه را می‌گیرند مگر آنکه احساس کنند پس از پرداخت، رجوع بانک به دستور دهنده با موانعی برخورد می‌کند و دسترسی بانک به وثایق در معرض خطر قرار می‌گیرد که در این صورت کوشش می‌کند دستوری از دادگاه بر منع پرداخت دریافت کند.^{۷۵}

۱۸ - سوء استفاده آشکار در درخواست پرداخت^{۷۶}

در پاره ای از موارد درخواست پرداخت از سوی ذی نفع با شروط ظاهری ضمانت نامه منطبق نیست. مانند اینکه در ضمانت نامه سررسید معینی برای مطالبه شرط شده باشد و ذی نفع پیش از فرا رسیدن این موعد، ضمانت نامه را مطالبه کند و یا در موردی که ضمانت نامه تا موعد معینی اعتبار دارد و ذی نفع پس از انقضای این مهلت و از بین رفتن اعتبار ضمانت نامه آن را مطالبه کند. در این مورد دستور دهنده حق دارد به بانک دستور منع پرداخت دهد و بانک هم تکلیف دارد از پرداخت ضمانت نامه خودداری نماید. در این موارد مشکلی از نظر حقوقی پیش نمی‌آید. و ایراد بطلان مربوط به خود ضمانت نامه است نه مربوط به قرارداد پایه. اگر بانک با تخلف از شروط ضمانت نامه، آن را پرداخت کند تخلف کرده است و حق رجوع به دستور دهنده را از دست می‌دهد. ولی مسأله حقوقی تقلب و حيله در مطالبه ضمانت نامه هنگامی مطرح می‌شود که ذی نفع با رعایت شروط ظاهری ضمانت نامه، با سوء استفاده آشکار درخواست پرداخت نماید. فرض کنیم قراردادی برای احداث یک راه بین شهری میان کارفرما و پیمانکار امضا شده است. ضمانت نامه حسن انجام کار هم از سوی پیمانکار تسلیم گردیده است. هدف از تسلیم چنین ضمانت نامه ای این است که تضمین کافی در انجام تعهدات قراردادی پیمانکار به نفع کارفرما فراهم آید. طبیعی است که این امر مستلزم دادن

۷۵. Juris classeur civil، همان بخش، ش ۱۲۸.

76. Appel manifestement abusif de la garantie fraudulente demand.

فرصت کافی به پیمانکار و گذشتن زمان لازم برای انجام کار است. حال اگر کارفرما به جهت اینکه در تنگنای مالی است و نیاز فوری به پول دارد درصدد برآید پس از امضای قرارداد یا گذشتن مدت کوتاهی درخواست پرداخت ضمانت نامه را کند چنین درخواستی همراه با حيله و سوء استفاده آشکار از مفهوم و هدف ضمانت نامه بانکی است. آیا پیمانکار می تواند در چنین اوضاع و احوالی از دادگاه درخواست جلوگیری از پرداخت ضمانت نامه را کند؟

طرح مسأله حيله و تقلب در مطالبه ضمانت نامه بانکی از جهت نظری بحث انگیز است. طبیعت ضمانت نامه بانکی این است که با اولین درخواست پرداخت شود. مسؤلیت بانک یک مسؤلیت اولی و ذاتی است و تابع قصور و یا تخلف بدهکار اصلی از شروط قرارداد پایه نیست. همچنین مسؤلیت بانک صادر کننده تحت تأثیر ادعاهایی از این دست که ذی نفع ضمانت نامه قرارداد اصلی را که میان او و بدهکار اصلی منعقد شده نقض کرده است قرار نمی گیرد.^{۷۷} بنابراین حتی در موردی که از اوضاع و احوال به خوبی سوء استفاده در درخواست پرداخت محقق گردد، ریشه این سوء استفاده به قرارداد پایه باز می گردد و حال آنکه ویژگی استقلال ضمانت نامه و قاعده غیرقابل استناد بودن ایرادات مانع از این است که بانک یا دستور دهنده بتوانند به قرارداد پایه استناد کنند. در نتیجه می توان گفت که طرح مسأله سوء استفاده آشکار یا حيله و تقلب در درخواست پرداخت ضمانت نامه با مفهوم استقلال ضمانت نامه در تضاد است.

با این حال چه در حقوق انگلیس و چه در حقوق فرانسه این مسأله مطرح گردیده و آراییی از دادگاههای این کشورها بر منع پرداخت ضمانت نامه به دلیل تقلب در مطالبه یا سوء استفاده آشکار صادر گردیده است.^{۷۸}

۷۷. چیتی، قراردادهای ویژه، ضمان، ش ۵۰۱۷.

۷۸. رأی ۱۱ دسامبر ۱۹۸۵ دیوان کشور فرانسه، *Juris classeur civil*، همان بخش، ش ۱۳۵.

در حقوق فرانسه این قاعده کلی پذیرفته شده است که «تقلب، همه قواعد حقوقی را با استثناء مواجه می‌سازد».^{۷۹} احترام به اصل استقلال ضمانت نامه تا جایی است که از آن به طور آشکار و حيله آمیز سوء استفاده نشود. حال اگر دلایل روشنی در دست باشد که درخواست پرداخت با انگیزه محض حيله و تقلب است چرا این قاعده کلی به مورد اجرا گذارده نشود؟ مؤلفین فرانسوی در این مورد نه تنها استناد به قاعده حقوقی مزبور را تجویز کرده اند بلکه آن را با استقلال ضمانت نامه نیز ناسازگار ندانسته اند. زیرا ایراد تقلب در واقع ناشی از قرارداد پایه نیست و استقلال ضمانت نامه نیز نادیده گرفته نمی‌شود.^{۸۰} دادگاه استیناف پاریس در رأی مورخ ۱۲ ژوئن ۱۹۸۵ خود تنها سوء استفاده در درخواست پرداخت را کافی ندانست. زیرا درخواست پرداخت چیزی جز اجرای یک شرط قراردادی نیست و قابل تشبیه به حيله و تقلب نمی‌باشد. حيله و تقلب در موردی است که دلیل روشن و اثباتی بر قصد اضرار از سوی ذی نفع ضمانت نامه به دستور دهنده فراهم شده باشد.^{۸۱} ولی دیوان تمیز فرانسه در رأی مورخ ۲۰ ژانویه ۱۹۸۷ شرایط تحقق حيله و تقلب را تعدیل کرده است. دیوان تمیز، مفهوم سوء استفاده آشکار در درخواست پرداخت را همسان حيله و تقلب دانسته است. اگرچه مفهوم «سوء استفاده آشکار» وسیع تر از مفهوم «حيله و تقلب» است. زیرا سوء استفاده آشکار به محض اینکه بی حقی درخواست کننده بر اساس قرارداد پایه به نحو غیر قابل ردی اثبات گردد تحقق می‌یابد و حال آنکه حيله و تقلب اصولاً مستلزم این است که قصد اضرار اثبات گردد. در یک ضمانت نامه بانکی به دست آوردن دلیل اثباتی قصد اضرار از سوی ذی نفع ضمانت نامه چندان آسان نیست. ذی نفع در جستجوی تأمین یک امتیاز بدون داشتن حق است و انگیزه

۷۹. در مورد شروط اجرای قاعده رجوع کنید، به کتاب نظریه تقلب نسبت به قانون، از همین قلم،

انتشارات دانشگاه ملی ایران، صفحه ۲۳۷ تا ۲۴۱.

۸۰. *Juris classeur civil*، همان بخش، ش ۱۳۵.


۸۱. *Juris classeur civil*، همان بخش، ش ۱۳۶.

اصلی او زیان رساندن به ضامن نیست.^{۸۲}

با این حال صرف سوء استفاده و یا سوء نیت کافی نیست بلکه این سوء استفاده باید آشکار باشد و چنانکه یکی از مؤلفین فرانسوی می گوید، عنصر سوء استفاده باید چشم را خیره کند. زیرا در غیر این صورت بسیاری از موارد که در واقع ایرادات مربوط به قرارداد پایه هستند ممکن است مستند عدم پرداخت ضمانت نامه قرار گیرند که چنین چیزی با استقلال ضمانت نامه و اعتراض و انصراف قبلی ضامن از استناد به ایرادات مربوط به قرارداد پایه ناسازگار است.^{۸۳}

۸۲. همان منبع.

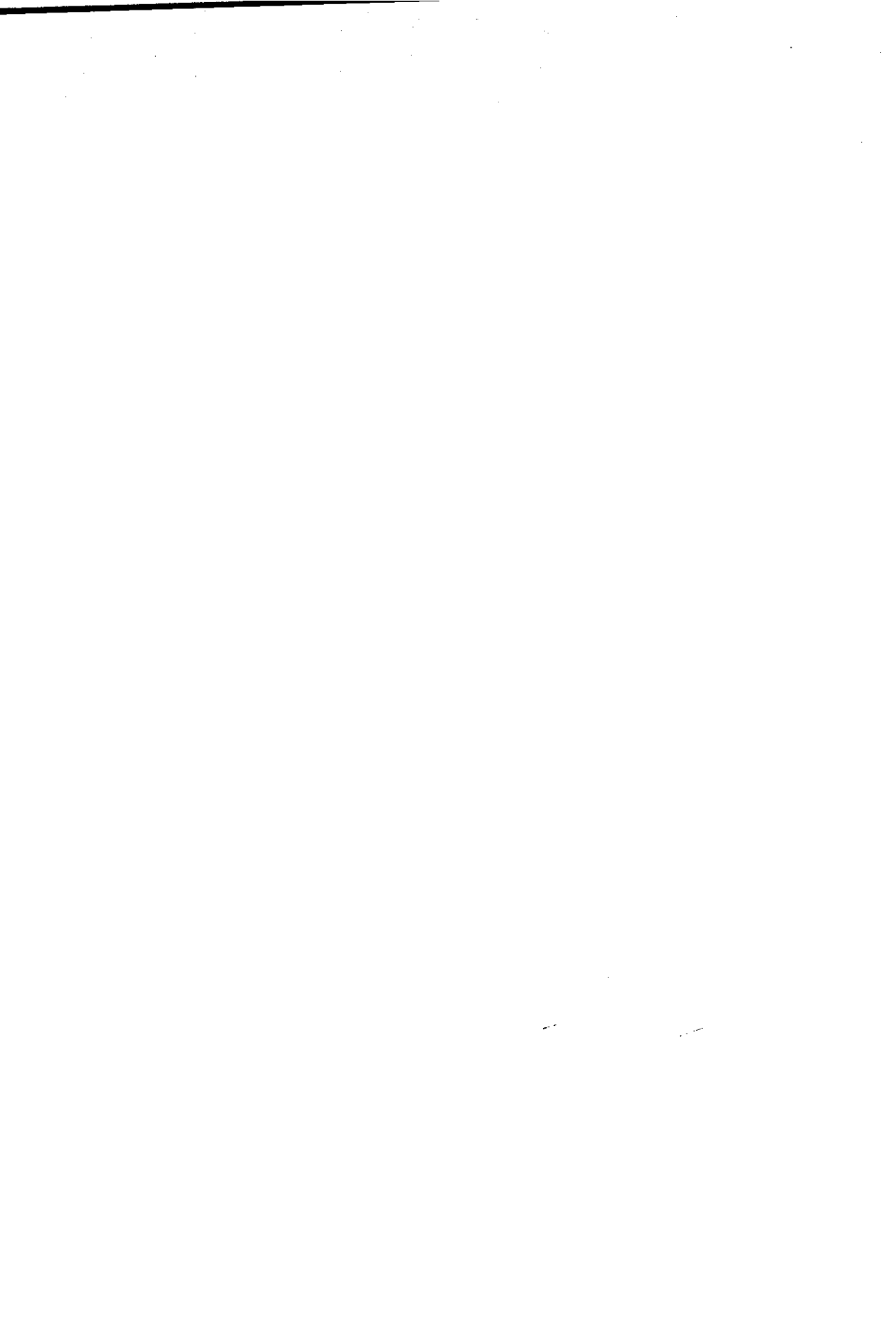
۸۳. *Juris classeur civil* همان بخش، ش ۱۴۰.



دکتر عبدالله شمس

«تأمین» در تأمین خواسته





از زمان اقامه دعوی تا صدور حکم لازم الاجراء مدتی معمولاً طولانی سپری می گردد که می تواند خواننده بی حسن نیت را در موقعیتی قرار دهد، تا با نقل و انتقال اموال خویش، اجرای حکمی را که خواهان با صرف وقت و معمولاً تحمل هزینه سنگین قانونی تحصیل نموده با مشکل مواجه یا، در مواردی، غیرممکن نماید. طولانی بودن مدت مزبور، حتی در مواردی که بهر علت موانع مزبور در راه اجرای حکم قرار نمی گیرد، نیز می تواند موجب شود اموالی که در زمان اقامه دعوی موجود بوده است، تا زمان اجرای حکم، بواسطه معاملات غرری یا پیش آمدهای قهری از مالکیت خواننده و یا از دسترس خارج شده و حتی از طریق بازداشت، متعلق حق دیگران قرار گیرد.

قانونگذار به منظور حفظ حقوق خواهان از خطرات مزبور مقرراتی را تدوین و تأسیساتی را جعل نموده که مهمترین آنها تأمین خواسته (موضوع مواد ۲۶۹-۲۲۵، به استثناء ۲۲۵ مکرر، قانون آیین دادرسی مدنی) می باشد. به موجب مقررات مزبور خواهان می تواند در موارد مشخص و تحت شرایطی، ضمن اقامه دعوی، قبل و یا بعد از آن، خواسته و یا معادل آن را، با تحصیل و اجرای قرار دادگاه، بازداشت و نتیجتاً از خطرات مزبور

مصون دارد.^۱

یکی از مواردی که براساس ماده ۲۲۵ قانون آ.د.م. خواهان می‌تواند، با وجود شرایط قانونی، از دادگاه قرار تأمین خواسته تحصیل نماید تأمین خساراتی است که از اجرای چنین قرار می‌تواند به خواننده وارد آید. بنابراین صدور قرار تأمین خواسته به نفع خواهان در این مورد، از جمله موکول به این است که مشارالیه باصطلاح معروف و معمول «تأمین» دهد و همین «تأمین» محور اساسی مطالعه ما را تشکیل می‌دهد. با مطرح شدن «تأمین» ذهن متوجه شرایط اخذ و همچنین تعیین نوع و میزان آن می‌گردد؛ این موضوعات و جوانب مختلف آن در اینجا مورد بررسی و مطالعه قرار خواهد گرفت. از طرف دیگر اخذ «تأمین» از خواهان، همانطور که گفته شد، به منظور جبران خسارات ناشی از اجرای قرار تأمین خواسته به خواننده‌ای است که، با پیروزی در دعوی، بناحق بودن بازداشت اموال وی مشخص گردیده است. بنابراین جزئیات مربوط به پرداخت وجه تودیع شده به خواننده داده برده نیز حائز کمال اهمیت و

۱. تدبیر احتیاطی تأمین خواسته در تاریخ حقوق سابقه دیرین دارد. در بازارهای هفتگی و یا سالانه‌ای که در شهرهای اروپا دایر می‌گردید از کسانی که در آن بازارها معاملات غیر نقدی (نسیه) انجام می‌دادند اخذ تأمین معمول شد. با توجه به همین پیشینه، بعدها توقیف احتیاطی Saisie-arret جهت حفظ حقوق خواهان در قوانین آیین دادرسی تدوین گردید. (دفتری مرحوم دکتر احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد سوم، چاپ ۱۳۴۸ - ص ۱۴۱)، در عین حال همانطور که اشاره گردیده است واژه «تأمین» و محتوای آن در این سوی دنیا بی سابقه و ناشناخته نبوده است. در حقیقت طبق موازین اسلامی، در مواردی که حکم قاضی علیه خواننده غایب صادر می‌گردد، چنانچه محکوم له ملکی نباشد، جهت حفظ حقوق احتمالی محکوم علیه غایب، پرداخت یا رد محکوم به منوط به دادن نوعی «تأمین از جانب محکوم له است. «الفائِب یَقْضِ علیه اذا قامت علیه البینه و بیاع ماله و یقْضِ عنه دینه و هو غائب و یكون الفائب علی حجتہ اذا قدم و لا یدفع المال الی الذی اقام البینه الا به کفلاء اذا لم یکن ملیا (از کتاب تهذیب مرحوم شیخ طوسی، به نقل مرحوم صاحب جواهر، جواهر الکلام، چاپ بیروت، جلد چهارم، صفحه ۲۲۴). و در حدود هزار سال قبل از آن، در ایران باستان، «دائن یا مدعی می‌توانست برطبق قاعده «حق ممتاز» از دادگاه حکم قبض فوری پول یا شیئی دیگری را با همان ارزش بگیرد... و تازمانی که حق او پرداخت نشده بعنوان وثیقه نزد خود نگاهدارد». (صانعی، دکتر پرویز، ترجمه مقدمه ماتیگان هزار دادستان، مجله حقوق مردم، سال هشتم، شماره ۳۱، ص ۴۹).

درخور مطالعه و بررسی است اما از حوصله این مقال خارج بوده و در جای دیگر خواهد آمد.

اخذ «تأمین» از خواهان

دفتر دادگاه ملکف است، با وصول درخواست تأمین خواسته، فوراً، آن را به نظر دادگاه برساند و دادگاه، بدون اخطار به طرف، دلائل متقاضی را مورد رسیدگی قرار داده، به صدور قرار تأمین خواسته، رد درخواست و یا تعیین «تأمین» اقدام می نماید (مواد ۲۲۵ و ۲۳۴ قانون که منظور ما در اینجا و از این پس، جز در مواردی که خلاف آن تصریح گردد، «قانون آیین دادرسی مدنی» است.) در حقیقت اگر شرایط اساسی پذیرش درخواست تأمین خواسته متحقق بوده و مورد مشمول یکی از بندهای ۱، ۲ و ۴ ماده ۲۲۵ باشد، دادگاه نسبت به صدور قرار تأمین خواسته اقدام می نماید و چنانچه شرایط اساسی پذیرش درخواست تأمین خواسته وجود نداشته باشد درخواست مردود و در صورتی که این شرایط متحقق باشد و مورد مشمول هیچ یک از شقوق ۱، ۲ و ۴ ماده ۲۲۵ نباشد، صدور قرار تأمین خواسته منوط به دادن «تأمین» می گردد. در این صورت است که نوع و میزان «تأمین» می بایست مشخص شود. اما منظور از شرایط اساسی صدور قرار تأمین خواسته چیست و در چه شرایطی می توان متقاضی قرار را مکلف به دادن «تأمین» نمود و در صورتی که شرایط اساسی صدور قرار تأمین خواسته وجود داشته و مورد از موارد مذکور در ماده ۲۲۵ باشد آیا دادگاه به صدور قرار تأمین خواسته مکلف است؟ از طرف دیگر چنانچه صدور قرار مستلزم اخذ «تأمین» باشد نوع و میزان آن چگونه باید مشخص شود؟ این موضوعات در پنج بخش آتی به ترتیب مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

اول: شرایط اساسی صدور قرار تأمین خواسته

همانطور که گفته شد احراز شرایط اساسی در هر حال لازمه صدور قرار تأمین خواسته می باشد. النهایه چنانچه مورد از موارد مذکور در شقوق ۱، ۲ و ۳ ماده ۲۲۵ باشد صدور قرار تأمین خواسته مستلزم دادن «تأمین» نبوده و در غیر اینصورت دادگاه می بایست صدور قرار را منوط به تودیع «تأمین» نماید. بنابراین شرایط اساسی صدور قرار تأمین خواسته می بایست در ابتدا مورد مطالعه قرار گیرد، که دو قسمت این بخش به آن اختصاص یافته است.

۱- شرایط عمومی اقامه دعوی

درخواست تأمین خواسته، با توجه به صدر ماده ۲۲۵ و ۲۲۹، قبل از اقامه دعوی، ضمن دادخواست و نیز در جریان دادرسی و حتی بعد از صدور حکم پیش بینی گردیده است. اما تجویز طرح درخواست تأمین خواسته قبل از اقامه دعوی، نمی بایست، به منزله پذیرش درخواست، قبل از تحقق شرایط عمومی اقامه دعوی، تلقی گردد. بنابراین همانطور که ترتیب اثر دادن به درخواست تأمین خواسته مطروحه ضمن دادخواست یا بعد از آن، در صورتی قابل تصور است که، از جمله، شرایط عمومی اقامه دعوی متحقق باشد، اجابت چنین درخواستی، قبل از اقامه دعوی نیز، علی الاصول، منوط به حصول این شرایط است. در نتیجه، اهلیت متقاضی، ذی نفعی او و سمت درخواست کننده، می بایست، با فرض صحت و اعتبار مدارک تقدیمی، قبل از صدور قرار تأمین خواسته، فی الجمله، معلوم باشد. اما در مورد منجز بودن حق مورد درخواست تأمین، ماده ۲۲۸ استثنایی را پیش بینی نموده است. به موجب این ماده نسبت به طلب یا مال معینی که هنوز موعد تسلیم آن نرسیده، در صورتی که حق مستند به سند رسمی بوده و در معرض تصبیح یا تفریط باشد، درخواست تأمین از این نظر بی اشکال است. لذا در مورد حق مشروط یا معلق، در هیچ صورتی، به استناد این ماده، درخواست تأمین خواسته پذیرفته نمی شود و تنها در مورد حق موجب،

یعنی حق متحقی که زمان ادای آن فرا نرسیده، چنانچه مستند آن رسمی بوده و ذی حق بتواند در معرض تضییع یا تفریط بودن آن را اثبات نماید، درخواست تأمین خواسته قابل قبول است. صرفنظر از این استثنا؛ شرایط عمومی درخواست تأمین خواسته، بنظر ما، همان شرایط عمومی اقامه دعوی است.

در مورد شکل درخواست، مسلم است، چنانچه خواهان مایل به طرح آن ضمن اقامه دعوی باشد، کافی است که در دادخواست تقدیمی راجع به اصل دعوی این تقاضا را نیز مطرح نماید ولی در مورد درخواست تأمین قبل از اقامه دعوی، یا پس از آن، اختلاف نظر وجود دارد. بعضی معتقدند درخواست تأمین خواسته مانند هر تقاضای رسیدگی و اتخاذ تصمیم دیگری محتاج تقدیم دادخواست است و بنابراین هرگاه قبل از تقدیم دادخواست خواهان مایل باشد از این وسیله استفاده نماید باید دادخواستی بخواسته صدور قرار تأمین بدهد.^۱ به نظر ما، درخواست تأمین خواسته، چنانچه قبل از اقامه دعوی باشد، نظر به اینکه دادخواست ماهوی تقدیم و ارجاع نگردیده می بایست روی فرم مخصوص دادخواست تنظیم گردد، بدین جهت که، جهت ارجاع، باید در «دفتر دادخواست» ثبت شود، و در این دفتر مخصوص منحصرأ برگ دادخواست قابل ثبت می باشد، ولی این امر برخلاف نظر بعضی از حقوقدانها، به هیچ وجه به منزله تقدیم «دادخواست بخواسته صدور قرار تأمین» نمی باشد، زیرا از یک طرف قانونگذار درخواست را کافی دانسته، با هزینه مشخص، و از طرف دیگر می دانیم که، با توجه به پیش بینی دادخواست تلگرافی، تنظیم و ارائه برگ دادخواست، الزاماً به مفهوم تقدیم دادخواست موضوع ماده ۷۰ نمی باشد. اما چنانچه خواهان بعد از اقامه دعوی تمایل به تأمین خواسته داشته باشد، با توجه به اینکه صدور قرار در هر حال با دادگاهی است که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوی را دارد، که با ارجاع دادخواست مشخص و مکلف به رسیدگی گردیده است، و بنابراین درخواست تأمین نیازی به ارجاع مجدد، و نتیجتاً ثبت در «دفتر دادخواست» ندارد، درخواست تأمین، بی آنکه نیازی به

۲. مدنی، دکتر سیدجلال الدین، آیین دادرسی مدنی، جلد دوم - ص ۱۶۲.

درج آن روی شکل مخصوص باشد، به نظر ما، می بایست مستقیماً به همان دادگاه (شعبه ای) که به اصل دعوی رسیدگی می نماید، تقدیم گردد و با بطور شفاهی عنوان و توسط دادگاه صورتجلسه گردد. موضوع دیگر اینکه چنانچه دادخواست ناقص تقدیم شده باشد، برای مثال از حیث هزینه دادرسی، دادگاه می بایست به درخواست تأمین خواسته مندرج در آن، در صورتی که حاوی شرایط مربوط به اقامه دعوی باشد، ترتیب اثر دهد.^۲

۲- شرایط خواسته دعوی

صدر ماده ۲۲۵ دادگاه را، در صورتی که مورد از موارد مذکور در شقوق چهارگانه این ماده باشد، مکلف به صدور قرار تأمین خواسته به درخواست خواهان نموده است. بنابراین در بادی امر به نظر می رسد که تأمین خواسته در کلیه دعاوی مالی، صرفنظر از خواسته آن، در صورتی که شرایط عمومی اقامه دعوی حاصل و مورد از موارد مذکور در ماده ۲۲۵ باشد، برای دادگاه الزامی است. اما با عنایت به ماده ۲۳۰ به روشنی احراز می گردد که درخواست تأمین منحصراً در صورتی قابل قبول است که خواسته عین معین بوده و یا میزان آن معلوم باشد. برای مثال در دعوی الزام به تنظیم سند رسمی مال معین، درخواست تأمین خواسته، حتی اگر مورد از موارد مذکور در شقوق چهارگانه ماده ۲۲۵ باشد، به این سبب که خواسته دعوی «عین معین» نبوده و نیز خواسته از اموال یا حقوقی نیست که «میزان» آن را بتوان «معلوم» نمود، قابل پذیرش نمی باشد.^۳

دوم: تکلیف دادگاه به پذیرش تقاضا

با توجه به نکاتی که مورد بررسی قرار گرفت، در صورتی که شرایط

۳. حکم شماره ۲۳۹۶-۱۲/۵/۱۳۱۷ دادگاه عالی انتظامی قضات منتشره در «موازین قضایی» گردآوری مرحوم موسی شهیدی چاپ سوم. چاپخانه علمی ص ۶۹.

۴. جهت ملاحظه نظر شاد مخالف به مجموعه نظرات قضات دادگاههای حقوقی دو تهران نسبت به مسائل حقوقی مطروحه در سال ۱۳۶۶ چاپ کیهان مسأله ۷۱ صفحه ۶۲ رجوع شود.

عمومی اقامه دعوی حاصل نبوده و یا خواسته دعوی هر دو خصوصیت مذکور در ماده ۲۳۰ را فاقد باشد، و یا بطریق اولی هیچ یک از این شرایط جزئاً یا کلاً موجود نباشد، و به تعبیر ما شرایط اساسی پذیرش درخواست فراهم نباشد، دادگاه اقدام به صدور قرار رد درخواست تأمین خواسته می نماید. اما چنانچه شرایط عمومی اقامه دعوی، بالحاظ استثناء مندرج در ماده ۲۲۸، فی الجمله حاصل و خواسته نیز عین معین بوده و یا میزان آن معلوم باشد و بدین تعبیر، شرایط اساسی صدور قرار تأمین خواسته فراهم بوده و مورد نیز از موارد مذکور در شقوق چهارگانه ماده ۲۲۵ باشد، آیا دادگاه می تواند، برای مثال به علت ضعف ادله موضوعی و یا ملائت بی چون و چرای خواننده، قرار رد درخواست تأمین را صادر نماید؟ در بادی امر شاید بتوان نظر داد که به استناد ماده ۲۳۴، علیرغم تکلیف مقرر در صدر ماده ۲۲۵، دادگاه می تواند قرار رد درخواست را از جمله به علل اخیرالذکر صادر نماید. معدودی از قضات محترم نیز به همین ترتیب عمل می نمایند. به موجب ماده ۲۳۴، «درخواست تأمین می بایست فوراً به نظر دادگاه برسد و دادگاه بدون اخطار به طرف فوراً به دلایل درخواست کننده رسیدگی نموده قرار رد یا قبول درخواست تأمین را صادر می نماید». در تأیید چنین نظری، معمولاً به موخر بودن نص فعلی ماده ۲۳۴، که اصلاحی سال ۱۳۳۴ می باشد، نسبت به صدر ماده ۲۲۵، استناد می گردد. ما نیز معتقدیم که دادگاه پس از بررسی دلایل درخواست کننده می تواند قرار رد درخواست تأمین خواسته را صادر نماید اما چنین حقی، منحصرأ، منصرف به مواردی است که شرایط عمومی اقامه دعوی، با توجه به دلایل درخواست کننده، به ترتیبی که در قسمت (۱) بخش اول گفته شد، حاصل نبوده و یا خواسته هیچ یک از دو خصوصیت مذکور در ماده ۲۳۰ را نداشته باشد. اما در صورت وجود شرایط اساسی، چنانچه مورد از موارد مذکور در شقوق ۱، ۲ و ۴ ماده ۲۲۵ باشد، دادگاه مکلف به صدور قرار تأمین خواسته می باشد و در صورتی که هیچ یک از این سه مورد متحقق نباشد، دادگاه می بایست، با تعیین میزان «تأمین»، صدور قرار تأمین خواسته را منوط به دادن آن نموده و مراتب را به متقاضی تأمین ابلاغ نماید، و چنانچه خواهان به مفاد

این تصمیم عمل نمود، نسبت به صدور قرار تأمین خواسته اقدام نماید. بنابراین، بنظر ما، در هیچ صورتی دادگاه نمی‌تواند به علت ضعف ادله یا ملائت خواننده از صدور قرار تأمین خواسته استنکاف نماید.

توجه به اصلاحاتی که در قانون آیین دادرسی مدنی بعد از سال ۱۳۱۸ به عمل آمده نظر ما را تأیید می‌نماید. در حقیقت بموجب ماده ۲۳۲ صدور قرار تأمین خواسته به دو مورد اجباری و اختیاری تقسیم می‌گردید. موارد اجباری، بموجب شقوق ۱، ۲ و ۳ همین ماده، عبارت بودند از مستند بودن دعوی به سند رسمی، در معرض تضییع یا تفریط بودن خواسته و مواردی که صدور قرار تأمین خواسته در قوانین دیگر پیش بینی شده باشد. در سایر موارد صدور قرار تأمین خواسته، با اخذ «تأمین»، به موجب صدر ماده، به نظر دادگاه واگذار شده بود. این امر، یعنی اختیار دادگاه در صدور قرار تأمین خواسته یا رد درخواست، در غیر سه مورد مزبور، مشکلات زیادی را برای محاکم و مردم بوجود آورد، زیرا در مواردی درخواست مردود اعلام می‌شد در حالی که بعداً ضرورت صدور آن احراز می‌گردید و بالعکس در موارد دیگری که قرار صادر می‌شد مشخص می‌گردید که صدور قرار تأمین، به علت ملائت خواننده، ضرورتی نداشته و، با به علت محکومیت خواهان، بی‌مورد بوده است. بنابراین قانونگذار، بموجب اصلاحاتی که در سال ۱۳۳۲ در قانون آ.د.م. به عمل آورد، ماده ۲۳۲ را نسخ و، با اصلاح ماده ۲۲۵، صدور قرار تأمین خواسته را اجباری و منحصر به سه مورد مذکور در ماده ۲۳۲ منسوخ نمود. اما این امر نیز مشکلات زیادی را بوجود آورد از این جهت که بسیار اتفاق می‌افتاد که در غیر این سه مورد، اگرچه حفظ حقوق خواهان مستلزم صدور قرار تأمین خواسته بود، اما دادگاه، به علت حذف قرار تأمین اختیاری، امکان مداخله و اقدام در این خصوص را علیرغم احراز لزوم آن فاقد بود. به علت وجود همین مشکلات بالاخره در سال ۱۳۴۹، با اصلاح ماده ۲۲۵ دادگاه، علاوه بر سه مورد مذکور در متن قبلی ماده ۲۲۵، در صورت تودیع خسارات احتمالی توسط خواهان، نیز مکلف به صدور قرار تأمین خواسته گردید. در حال حاضر، نتیجتاً، بنظر ما، چنانچه شرایط اساسی صدور قرار

تأمین حاصل باشد و مورد از موارد مذکور در شقوق چهارگانه ماده ۲۲۵ باشد، از جمله خواهان حاضر به تودیع خسارات احتمالی گردد، دادگاه مکلف به صدور قرار تأمین خواسته می‌باشد و بنابراین، اگرچه این ترتیب قانونی قابل انتقاد بنظر می‌رسد، اما فی الواقع اختیار دادگاه در رد درخواست تأمین خواسته منحصر به موردی است که یکی از شرایط اساسی صدور قرار که در فصل اول مطالعه گردید، حاصل نبوده و یا هیچ یک از موارد در ماده ۲۲۵ محقق نباشد. بهترین دلیل این نظر واحد بودن نص ماده ۲۳۴ تصویبی ۱۳۱۸، اصلاحی سال ۳۴ و اصلاحی سال ۴۹، از این حیث می‌باشد. به عبارت دیگر حتی در سال ۳۴ که به موجب ماده ۲۲۵ اصلاحی، صدور قرار تأمین منحصر به سه مورد و اجباری گردید، ماده ۲۳۴ حق رد درخواست تأمین را برای دادگاه حفظ نمود. در نتیجه اعمال چنین حقی، علی القاعده، باید منحصراً منوط به فقدان شرایط اساسی صدور قرار تأمین باشد و الا جعل تکلیف به انجام عملی در یک ماده قانونی و پیش بینی اختیار عدم انجام آن در ماده دیگری، آنهم در همان سال و به فاصله چند ماده، خلاف اصل و قاعده است.

سوم: صدور قرار تأمین خواسته در چند کشور دیگر

مطالعه ولو سریع مقررات سایر کشورها می‌تواند از جمله در روشن تر شدن موضوعات مورد بحث مؤثر افتاده و همچنین ذهن را متوجه لزوم اصلاحات در مقررات فعلی بنماید. بنابراین کلیات موضوع، بطور موجز، به تناسب فرصتی که وجود دارد، به ترتیب در سه کشور فرانسه، انگلستان و آمریکا مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱- فرانسه

در حقوق فرانسه با توجه به اصلاحات سال ۱۹۵۵ در این خصوص، که قانون جدید آیین دادرسی مدنی نیز تعرضی به آن ننموده است، در خصوص تأمین خواسته معمول در ایران دو تأسیس اساسی وجود دارد:

I. Saisie-Conservatoire (موضوع مواد ۴۸ به بعد قانون آ.د.م.ف.) بر مبنای مقررات مربوط به این تأسیس، خواهان می‌تواند، قبل از اقامه دعوی، در صورت وجود سه شرط، از دادگاه صالح درخواست صدور قرار «بازداشت تأمینی» اموال طرف مقابل را بنماید:

A - طلب مورد ادعا در اصل و اساس خود موجه به نظر برسد. وجود سند رسمی یا حتی عادی در این مورد لازم نبوده و قاضی در احراز این شرط، برای جلوگیری از هرگونه سوء استفاده‌ای، اختیارات وسیعی دارد.^۵

B - متقاضی باید وجود خطری که پرداخت طلب او را تهدید می‌نماید و همچنین فوریت امر را اثبات نماید. دادگاه در احراز این امور اختیار چندانی نداشته و درخواست کننده مکلف است دلایل لازم را در اثبات این دو امر اقامه نماید.^۶

C - بموجب ماده ۴۸ قانون آ.د.م.ف.، در اجرای این قرار، منحصراً اموالی قابل بازداشت است که منقول بوده و در اختیار خود بدهکار باشد. البته رویه قضایی پذیرفته است که مطالبات و پول و اموال منقولی که مشارالیه نزد اشخاص ثالث دارد نیز قابل بازداشت می‌باشد، در این صورت این تأسیس کاربرد تأسیس دیگر مشابه را که اکنون مورد اشاره قرار می‌دهیم، نیز پیدا خواهد نمود.^۷

Saisie-Arrêt-11 (مواد ۵۵۷ به بعد قانون آ.د.م.ف.) مقررات مربوط به این تأسیس صاحب حقی را که دارای سند رسمی یا عادی باشد، مجاز می‌دارد، که حتی بدون مراجعه به قاضی و تحصیل قرار تأمین، منحصراً اموال و وجوه نقد طرف مقابل را، که نزد شخص ثالث است، بازداشت نماید. در صورت فقدان سند، مراجعه به قاضی و تحصیل قرار الزامی است. براساس مواد ۵۸۲-۵۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه، حق مورد درخواست تأمین می‌بایست دارای سه شرط باشد:

A - مسلم باشد یا به عبارت دیگر معلق و مشروط نبوده و وجود آن صرفاً احتمالی نباشد.

5. Vincent-Jean. Voie D'execution, 18^e E.N.72.

6. Ibid, N.72 bis.

7. Ibid-N.73.

B- حق ادعا شده وجه نقد بوده و یا قابل تبدیل به پول باشد در صورتی که حق متقاضی مستند به سند رسمی یا عادی باشد وجه مندرج در سند مبنای اقدام قرار می‌گیرد و، همانطور که گفته شد، صدور قرار تأمین از طرف قاضی ضروری نمی‌باشد. اما در صورتی که سندی در بین نباشد مراجعه به قاضی لازم است و در این صورت، چنانچه مورد مطالبه از اموال غیرپول باشد، دادگاه بدو اقدام به ارزیابی آن نموده، و در صورت وجود شرایط مقرر، اقدام به صدور قرار می‌نماید.

C- موعد مطالبه حق فرا رسیده باشد - بنابراین نسبت به حقوق مسوول نمی‌توان به چنین تأسیسی تمسک نمود. البته چنانچه حق عندالمطالبه بوده، و یا به کیفیتی باشد که در تعیین زمان مطالبه مدیون دخالتی نداشته باشد، این شرط حاصل تلقی می‌شود.^۸

۲- انگلستان

در حقوق این کشور نیز دو تأسیس اساسی، در موضوع بحث، وجود

دارد:

I- Mareva Injunction که عنوان آن از پرونده Mareva Compania Naviera Sa Sylvaine^۹ اخذ شده است - این تأسیس شباهت زیادی به Saisie Conservatoire حقوق فرانسه دارد و به خواهان اجازه می‌دهد اموال بدهکار را، تا صدور یا اجرای حکم، توقیف نماید. این وسیله به خواهانی که بتوانند موجه و مدلل بودن دعوی خود و همچنین خطر واقعی اختفاء اموال خواننده را ثابت نماید امکان می‌دهد که قراری، مبنی بر منع خواننده از نقل و انتقال اموال و اختفاء یا خروج آنها از حوزه قضایی را از دادگاه تحصیل نماید. در اجرای این دستور قاضی می‌تواند خواننده را مکلف نماید که مدارک و اطلاعات مربوط به نوع اموال و محل اموال منقول و غیرمنقول خود و همچنین مشخصات بدهکاران خود و بانکهایی را که در آنها حساب دارد معرفی نماید.^{۱۰} قاضی می‌تواند حسابداری را، اگر لازم باشد، تعیین نموده و همچنین خواننده را از خارج نمودن اموال خود از حوزه قضایی ممنوع

8. Ibid- N° 91 et s.

9. Poillot Peruzzetto, Procedure Civile Anglaise, E.Litec, 1989; P.257

10. Ibid, N.386.

نماید. چهار شرط برای تحصیل چنین قراری لازم است:

A - سابقه اقامه دعوی در یکی از دادگاههای انگلستان یا کشورهای گال. B - دعوی اقامه شده مدلل و موجه باشد. در این خصوص لازم نیست که خواهان اطمینان خود را به پیروزی در دعوی اثبات نماید بلکه باید ثابت کند که شانس پیروزی دارد. C - خواننده اموالی در حوزه قضایی دادگاه صالح داشته باشد. D - و بالاخره اینکه خطر واقعی اختفاء اموال وجود داشته باشد. خواهان بنا بر این باید دلایلی که او را بر این باور داشته که اموال قبل از اتخاذ تصمیم در ماهیت دعوی، مخفی یا جایجا خواهد گردید، و آنهم به منظور لطمه زدن به حق وی، ارائه نماید. به همین علل در مواردی که خواننده دارای حسن شهرت تجاری است درخواست معمولاً مردود اعلام می گردد.¹¹

11- Garnishee Proceeding که معادل Saisie-Arrêt در حقوق فرانسه است و به موجب آن طلبکار دستور بازداشت وجوه خواننده (بدهکار) را نزد شخص ثالث دریافت می دارد. استفاده از این تأسیس جهت بازداشت وجوه بانکی بدهکار بسیار رایج است. درخواست طلبکار، بدون حضور او و در غیاب بدهکار، مورد بررسی قرار می گیرد و قاضی دستور بازداشت وجوه بدهکار نزد شخص ثالث را بطور موقت صادر نموده، و در همان قرار تاریخ جلسه بررسی مشخص می شود. قرار به شخص ثالث ابلاغ و بوسیله نامه برای بدهکار فرستاده می شود. در تاریخ تعیین شده چنانچه شخص ثالث حاضر نگردیده و یا در صورت حضور اعتراض ننماید دادرس Registrar یا Master اقدام به صدور قرار absolute (مطلق یا قطعی) می نماید. به موجب این تصمیم شخص ثالث مکلف است مستقیماً وجوه نزد خود در را به خواهان بپردازد. چنانچه شخص ثالث اعتراض نماید پرونده نزد قاضی ارسال می شود و در هر حال تصمیم دادرس قابل پژوهش نزد قاضی دادگاه است.¹²

11. Ibid, N.388.

12. Ibid, N.416-421.

۳- آمریکا

در حقوق آمریکا نیز در برابر آنچه تأمین خواسته می‌نامیم دو تأسیس عمده وجود دارد:

1- **Attachement** که از حیث وسعت دامنه اموال قابل بازداشت مشابه **Saisie-Conservatoire** در حقوق فرانسه است. از تلفیق تعاریف ارائه شده می‌توان نتیجه گرفت که **Attachement** وسیله‌ای است قانونی که به خواهان اجازه می‌دهد، با تحصیل دستور قضایی، اموال دیگری را، به منظور اجرای حکمی که هنوز صادر نگردیده بازداشت نماید. در ایالات مختلف آمریکا مقررات دقیقی بر این تأسیس حکومت می‌کند که در عین حال متفاوت نیز می‌باشد. برای مثال در اکثر ایالات استفاده از این تأسیس در زمان اقامه دعوی تا زمان ورود دادگاه در مرحله صدور حکم مجاز است و دادگاههای فدرال نیز مقررات محلی این تأسیس را اجرا می‌نمایند.¹³

11- **Garnishment** این تأسیس از جهت وسعت دامنه اموال قابل بازداشت شبیه **Saisie-Arrêt** در حقوق فرانسه است. مقررات مربوطه به خواهان طلبکار (تأمین کننده) اجازه می‌دهد، که به عنوان خواسته، با تحصیل دستور دادگاه، اموال و وجوهی را که مدیون نزد شخص ثالث دارد بازداشت نماید. این تأسیس در بعضی ایالات آمریکا **Trustee Process** خوانده می‌شود.¹⁴

با بررسی اجمالی مقررات سه کشور فوق‌الذکر می‌توان نتیجه گرفت که قانونگذار در این کشورها توقیف اموال خوانده به درخواست خواهان را تحت شرایطی پیش‌بینی نموده است. اگرچه احراز این شرایط علی‌الاصول در صلاحیت دادگاه است اما، همواره ادله مثبتی تحقق تعدادی از شرایط مقرر، برای مثال وجود خطری که ادای دین را تهدید نماید، و همچنین، منجر بودن حق مورد ادعا، باید در پرونده وجود داشته باشد.

13. Henry Campbell Black, Black's Law Dictionary, West Publishing C.1990 P.126.

14. Ibid, p.580.

چهارم: موارد صدور قرار تأمین خواسته بدون اخذ تأمین

وجود شرایط مذکور در فصل اول که به شرایط اساسی تعبیر گردید، به نظر ما، درخواست کننده قرار تأمین خواسته را در موقعیتی قرار می دهد که بتواند به اجابت درخواست خود کاملاً امیدوار باشد. در حقیقت به استناد ماده ۲۲۵، چنانچه مورد از موارد مذکور در بندهای ۱، ۲ و ۴ این ماده باشد، صدور قرار تأمین منوط به تحقق شرط دیگری نمی باشد، و در غیر این صورت، دادگاه می بایست خسارات احتمالی ناشی از اجرای قرار تأمین خواسته را تعیین نموده و صدور قرار تأمین خواسته را منوط به تأمین آن نماید. مواردی که با تحقق هر یک، در صورت حصول شرایط اساسی، دادگاه اقدام به صدور قرار تأمین خواسته می نماید، بی آنکه نیازی به اخذ «تأمین» باشد، ذیلاً مورد مطالعه قرار می گیرد.

۱- رسمی بودن مستند دعوی

با توجه به صدر ماده ۲۲۵ و بند اول آن، در صورتی که دعوی مستند به سند رسمی باشد، دادگاه، بدون اخذ «تأمین»، به درخواست خواهان، اقدام به صدور قرار تأمین خواسته می نماید. در احراز این شرط به نظر می رسد، دادگاه باید مقررات ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی را ملاک قرار دهد. بنابراین، از یک طرف بین اسناد رسمی لازم الاجرا و غیر لازم الاجرا تفاوتی، از این جهت، وجود ندارد و از طرف دیگر اگرچه قانونگذار در ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی، به اسناد عادی، در مواردی، اعتبار اسناد رسمی را بخشیده است، اما محدوده و نوع این اعتبار در این ماده و در ماده ۱۲۹۲ همین قانون مشخص گردیده و، از جهتی که مورد بررسی می باشد، این اسناد کماکان عادی محسوبند. نکته دیگر، اگرچه قانونگذار برخی اسناد عادی را لازم الاجرا دانسته، و از این جهت، مانند اسناد رسمی لازم الاجراء، دائن می تواند مفاد آنها را در اجرای ثبت به مورد اجزاء گذارد اما چنانچه دارنده، به استناد آنها، اقامه دعوی و درخواست تأمین خواسته نماید، دادگاه این قبیل اسناد را مشمول شق یک ماده ۲۲۵ نخواهد

دانست، اما در عین حال، شمول سند رسمی، باستناد ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی، به احکام صادر از مراجع صالح قضایی، بدون اشکال به نظر می‌رسد و بنابراین، چنانچه به موجب این آراء حقی احراز و اعلام گردیده باشد، مانند سایر اسناد رسمی، می‌تواند مستند درخواست تأمین قرار گیرد.^{۱۵} اما سؤالی که مطرح می‌شود این است که چنانچه رأی مورد نظر قابل شکایت و یا اعتراض بوده و در مهلت مقرر نیز شکایت یا اعتراض مطرح و در حال رسیدگی باشد آیا در این فاصله، دادگاه می‌تواند این رأی را مشمول بند یک قرار دهد؟ به نظر ما اگر بتوان نسبت به رأی مورد نظر با توجه به مرجع صدور و مقررات مربوطه، اعمال «اصل قطعیت» نمود پاسخ مثبت است و در غیر این صورت دادگاه منحصرأ می‌تواند، در مقام تعیین میزان «تأمین»، این امر را لحاظ نماید. همین ملاک، به نظر ما، در اجرای ماده ۲۳۹ قابل اعمال می‌باشد.

۲- در معرض تضییع یا تفریط بودن خواسته

در صورتی که درخواست کننده تأمین خواسته بتواند اثبات نماید که خواسته در معرض تضییع یا تفریط می‌باشد دادگاه، بدون اخذ «تأمین»، به درخواست وی ترتیب اثر می‌دهد (بند دوم ماده ۲۲۵). اثبات این امر، چنانچه خواسته عین معین باشد، نسبت به مواردی که خواسته کلی است با مشکلات کمتری مواجه است. در حقیقت اعمالی مانند قصد انتقال به غیر یا خارج نمودن مال از کشور، تقصیر در نگهداری، استفاده از مال برخلاف قانون یا قرارداد و همچنین استفاده و یا استفاده در غیر، وضع له (در صورتی که نفس استفاده مجاز باشد) اگر بتواند، در مورد اول، خواسته را در معرض تضییع یا تفریط قرار دهد اما، در صورتی که خواسته کلی است، علی‌الاصول، نمی‌توان انجام این اعمال نسبت به اموال ۱۵. برای مثال در حکم تعدیل اجاره بها، چنانچه به علت عدم درخواست خواهان، در دادخواست تعدیل ما به التفاوت دو اجاره بها، از زمان تقدیم دادخواست تا صدور حکم، مورد لحوق حکم قرار نگرفته باشد و موجر ناچار به اقامه دعوی جهت مطالبه آن گردد با عنایت به اینکه مستند این دعوی حکم صادره در زمینه نفس تعدیل می‌باشد، در صورت درخواست تأمین، و حصول شرایط اساسی، به نظر ما دادگاه باید، بدون اخذ «تأمین»، اقدام به صدور قرار تأمین خواسته نماید.

خواهان را موجب قرار گرفتن آن در معرض تضییع یا تفریط تلقی نمود. موضوع دیگر این که چنانچه خواهان تقاضای تأمین خواسته را به استناد شق دوم ماده ۲۲۵ مطرح نموده باشد، نه تنها می بایست انجام اعمال مؤثری نسبت به خواسته را اثبات نماید بلکه، از جانب دیگر، رابطه سببیت نیز باید محرز باشد؛ بدین معنی که خواهان اثبات نماید این اعمال خواننده موجب تضییع یا تفریط خواسته خواهد گردید و، با توجه به اصل عدم وقاعده تسلیط، مخصوصاً در مواردی که خواسته عین معین نمی باشد، اثبات این دو امر مشکل به نظر می رسد و شاید به همین علت است که در عمل نیز قرارهای تأمینی که به استناد این بند صادر شده باشد کمتر مشاهده می شود.

۳- پیش بینی صدور قرار تأمین خواسته در سایر قوانین

قانونگذار صدور قرار تأمین خواسته را در قوانین دیگری که قبل یا بعد از قانون آ.د.م. لازم الاجراء گردیده پیش بینی نموده است. به همین جهت، بند چهارم ماده ۲۲۵، با تصریح به تکلیف دادگاه به پذیرش درخواست تأمین مستند به قوانین مزبور، اراده خود را مبنی بر اعتبار آنها در این خصوص اعلام نموده است. بنابراین، در تمام مواردی که قبلاً درخواست تأمین در قانون دیگری پیش بینی شده باشد، خواهان می تواند، به استناد همان قانون، درخواست خود را مطرح نماید اگرچه مورد مشمول سایر شقوق ماده ۲۲۵ نباشد. این موارد عمدتاً عبارتند از:

— ماده ۲۹۲ قانون تجارت که با لحاظ ماده ۳۹ همین قانون، دارنده برات و سفته و اخواست شده را محق می داند که، با تحصیل قرار تأمین خواسته، معادل وجه این اسناد را از اموال خواننده بازداشت نماید.^{۱۶}

ماده ۶۸ و ۶۸ مکرر قانون آیین دادرسی کیفری، که به شاکی اجازه می دهد، با تحصیل و اجرای قرار تأمین خواسته معادل ضرر و زیان ناشی از

۱۶. رأی وحدت رویه شماره ۵۳۶ مورخ ۶۹/۷/۱۰ دیوان عالی کشور که همین حق را به دارنده چکی می دهد که بانک محال علیه، به علت فقدان یا کسری موجودی، نسبت صدور گواهی «برگشت» اقدام نموده است.

جرم اعلام شده را از اموال مشتکی عنه تأمین نماید.^{۱۷} ماده ۲۱۸ مکرر قانون مدنی، الحاقی آبان ماه ۱۳۷۱ که مقرر می‌دارد، در صورتی که دائن اقامه دعوی نموده و دلایلی اقامه نماید که مدیون قصد فروش اموال خویش را به قصد فرار از دین دارد، دادگاه می‌تواند قرار توقیف اموال وی را، به میزان بدهی به مدیون صادر نماید. ماده ۲۹۳ که در صورت توقیف دادرسی، تأمین خواسته را پیش بینی نموده است.

ماده ۲۲۱ قانون امور حسبی که توقیف دعاوی راجعه به ترکه یا بدهی متوفی را، در زمان تحریر ترکه، پیش بینی نموده و امکان تأمین خواسته به درخواست خواهان را مقرر نموده است.

نتیجه: با توجه به مطالبی که در این بخش مورد بررسی قرار گرفت چنانچه دعوی مستند به سند رسمی و یا خواسته در معرض تضییع یا تفریط باشد و نیز در صورتی که تأمین خواسته در قوانین دیگر پیش بینی شده باشد دادگاه مکلف است، با وجود شرایط اساسی تأمین خواسته، بدون اخذ «تأمین»، نسبت به صدور قرار اقدام نماید.

پنجم: نوع و میزان تأمین

همانطور که در فصول گذشته مطالعه گردید، در صورت حصول شرایط اساسی صدور قرار تأمین خواسته و تحقق یکی از موارد مذکور در بندهای اول و دوم و چهارم ماده ۲۲۵، دادگاه نسبت به صدور قرار تأمین

۱۷. علیرغم حذف دادرسی، نظر به اینکه اقداماتی را که قبلاً مرجع تحقیق در امور کیفری معمول می‌داشت در حال حاضر، با اجرای قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب، علی‌الاصول، توسط دادگاههای عمومی انجام می‌گیرد و «تمامی اقدامات... از بدو تا ختم قضیه وسیله حاکم دادگاه صورت خواهد گرفت...» (ماده ۱۲)؛ بنابراین به نظر ما صدور قرار تأمین خواسته مقرر در این مواد به عهده دادگاه می‌باشد مگر اینکه طبق تبصره همین ماده آن را به قاضی دیگر محول نماید (بند ۱۱ و ماده ۸ آیین نامه شرح وظایف قضات تحقیق مصوب خرداد ۷۲ رئیس قوه قضائیه. روزنامه رسمی شماره ۱۴۶۲۲ مورخ ۷۴/۳/۲۸).

خواسته اقدام می نماید. اما چنانچه شرایط اساسی صدور قرار تأمین خواسته فراهم باشد ولی مورد مشمول هیچیک از بندهای اول، دوم و چهارم این ماده نباشد، وفق بند سوم همین ماده، خواهان می تواند، با پرداخت خسارات احتمالی، یا به اصطلاح دادن «تأمین»، نسبت به تحصیل قرار تأمین خواسته اقدام نماید. اما دو سؤال در این ارتباط قابل طرح به نظر می رسد. اول اینکه چه مالی می تواند برای «تأمین» ارائه گردد و دوم «تأمین» به چه میزانی و بر چه اساسی باید تعیین گردد. پاسخ به این دو سؤال به ترتیب موضوع دو فصل این بخش را تشکیل می دهد.

۱- نوع تأمین

به موجب بند سوم و بالحاظ صدر ماده ۲۲۵، چنانچه «مدعی خساراتی را که ممکن است به طرف مقابل وارد آید نقداً به صندوق دادگاه بپردازد»، دادگاه، در صورت تحقق شرایط اساسی، نسبت به صدور قرار تأمین خواسته اقدام می نماید. سیاق عبارت این قسمت از ماده ظهور بر این دارد که «تأمین» مورد نظر می بایست به صورت وجه نقد داده شود و بنابراین دادگاه از پذیرفتن هر مالی جز وجه نقد بعنوان «تأمین» ممنوع است.^{۱۸} چنانچه بین این تأسیس و تأسیس مشابه آن، یعنی دستور موقت مقایسه ای صورتی گیرد ملاحظه می شود که قانونگذار، در مورد ماده ۷۸۱ علاوه بر اینکه دادگاه را در اصل اخذ تأمین از متقاضی دستور موقت مختار دانسته، نوع تأمین را نیز به صلاحدید دادگاه واگذار نموده است.^{۱۹} بنابراین در دستور موقت دادگاه، چنانچه صدور قرار را منوط به دادن تأمین از جانب خواهان نماید (که معمولاً بدینگونه عمل می شود)، می تواند هرگونه مالی را به عنوان تأمین بپذیرد و تکلیفی در منحصر نمودن ^{۱۸} «بند ۳ ماده ۲۲۵ قانون آ.د.م. صراحت به پرداخت وجه نقد از طرف خوانده (هكذا فی المتن) دارد چون به ضمانت نامه و اوراق مشابه آن وجه نقد اطلاق نمی گردد بنابراین مجوزی برای قبول ضمانت نامه و غیره نیست» (مجموعه نظریه های مشورتی اداره حقوقی وزارت دادگستری، گردآورنده دکتر محمود سلجوقی و بدالله امینی ص ۱۸۳-۱۸۴).

۱۹ «دادگاه می تواند برای جبران خسارات احتمالی که از دستور موقت حاصل می شود از مدعی تأمین بخواهد...».

آن به وجه نقد ندارد. البته معمولاً در ابتدا تأمین بصورت وجه نقد تعیین می‌گردد ولی متعاقباً، به درخواست خواهان، معادل وجه تعیین شده، مال (غیرمنقول) مورد پذیرش قرار می‌گیرد. در حالی که در مورد قرار تأمین خواسته، چنانچه مورد از موارد مذکور در بندهای اول و دوم و چهارم ماده ۲۲۵ باشد، دادگاه از اخذ «تأمین» ممنوع و، در صورتی که هیچ یک از موارد مذکور در این شقوق متحقق نباشد، دادگاه به اخذ «تأمین» مکلف بوده و از پذیرفتن هرگونه مالی جز وجه نقد ممنوع است. البته به نظر ما قانونگذار در هر یک از این دو تأسیس اختیار و ممنوعیت را در مورد بحث متوازن نموده است. بدین ترتیب که در دستور موقت پذیرش درخواست به میزان زیادی به صلاحدید دادگاه واگذار گردیده و بنابراین، به همان ترتیب که دادگاه در اصل اخذ و نوع تأمین مختار است در ارزیابی جهت یا جهاتی که خواهان در توجیه لزوم صدور دستور ارائه نموده، از این حیث که آیا مورد مقتضی صدور دستور موقت است یا نه، نیز آزادی عمل دارد (مواد ۷۸۱ و ۷۷۷-۷۷۰). اما در تأمین خواسته، به همان اندازه که دادگاه در اصل اخذ «تأمین» و نوع آن محدود است، در قبول درخواست تأمین خواسته نیز، با وجود شرایط اساسی، در مانحن فیه، ملزم می‌باشد (بند سه و صدر ماده ۲۲۵).

بناء علیهذا، درخصوص تأمین موضوع بند سه ماده ۲۲۵ دادگاه مکلف به اخذ «تأمین»، به صورت وجه نقد، به نحوی که قابل تودیع در صندوق دادگستری (بانک) باشد، از خواهان است و پذیرش هرگونه مال دیگری و یا سندی ممنوع است. در حقیقت، به نظر ما، اخذ تأمین به صورت پیش بینی شده در این بند، نه تنها به منظور تأمین مطمئن تر خسارات وارده به خواننده حاکم می‌باشد بلکه، به ترتیبی که خواهد آمد، می‌تواند قدرت تأثیر این وسیله را در منصرف کردن خواهان از اخذ تأمین، در غیر ما وضع له، افزایش دهد.

۲- میزان «تأمین»

همانطور که گفته شد، در تأمین خواسته، اصل اخذ «تأمین» و نوع

آن در قانون آیین دادرسی مدنی با صراحت پیش بینی گردیده است. اما در مقابل به موجب بند سوم ماده ۲۲۵، «تعیین میزان خسارت به نظر دادگاهی است که درخواست تأمین را پذیرفته است...».

بنابراین علی القاعده دادگاه می بایست، با عنایت به جمیع جهات، خساراتی را که ممکن است از اجرای قرار تأمین خواسته به خواننده وارد شود، با فرض پیروزی او در دعوی، تعیین نموده و صدور قرار را منوط به ایداع آن نماید. درخصوص اخذ «تأمین» موارد زیر قابل طرح به نظر می رسد:

الف) تودیع «تأمین» به نظر ما، نمی تواند محدود به مدت معینی گردد. البته در عمل دادگاهها، پس از تعیین میزان «تأمین»، به موجب خطاری، خواهان را از میزان آن مطلع و با تعیین ضرب الاجلی، معمولاً یک هفته ای، صدور قرار تأمین را منوط به تودیع آن می نمایند. اما نظر به اینکه بکارگیری این وسیله علیه خواننده مشروط به شرایطی است که در قانون پیش بینی گردیده و تودیع «تأمین»، در مهلت محدود، جزء این شرایط نبوده و اعمال هرگونه تضییقی محتاج نص است و از طرف دیگر تأخیر در تودیع هیچگونه خللی به حق خواننده وارد ننموده و اخلالی در جریان دادرسی بوجود نمی آورد و تأخیر در صدور قرار تأمین خواسته، با توجه به تجویز صدور آن در جریان دادرسی، مخالفتی با مقررات ندارد، به نظر ما تعیین ضرب الاجل غیرقانونی و بنابراین تودیع وجه نقد تعیین شده، خارج از مهلت اعلام شده، نمی تواند خواهان را از این امتیاز محروم نماید. بنابراین پس از وصول درخواست تأمین و احراز شرایط اساسی، و این امر که مورد مشمول هیچ یک از شقوق ۱، ۲ و ۴ ماده ۲۲۵ نمی باشد، دادگاه میزان «تأمین» را تعیین نموده و صدور قرار تأمین را منوط به ایداع آن می نماید و این تصمیم، به نظر ما تا پایان دادرسی آن مرحله، علی الاصول، معتبر و لازم الاجراء محسوب می شود.^{۲۰}

۲۰. البته صدور قرار تأمین خواسته و یارد درخواست الزامی است، رأی شماره ۱۳۴۹ مورخ ۱۳۱۳ د.ع.ا.ق. موازین قضایی ص ۶۸. اما به نظر ما با تعیین «تأمین» می توان گفت به این تکلیف عمل شده است.

ب) قابلیت شکایت و اعتراض نسبت به تصمیم دادگاه در خصوص اصل اخذ «تأمین»، نوع و میزان آن، در قانون پیش بینی نگردیده است. در حقیقت، اصل تأمین و نوع آن، صراحتاً در قانون پیش بینی گردیده و میزان آن به نظر دادگاه واگذار شده است. اما سؤالی که مطرح می شود این است که چنانچه دادگاه، در غیر موارد منصوص، صدور قرار تأمین خواسته را مشروط به تودیع «تأمین» نماید تکلیف خواهان، با توجه به سکوت قانون در خصوص قابلیت شکایت و اعتراض این تصمیم، چیست؟ آنچه مسلم است خواهان می تواند نظر دادگاه را به غیرقانونی بودن تصمیم معطوف دارد و دادگاه، بی آنکه در برابر خواهان تکلیفی داشته باشد، می تواند در آن تجدیدنظر نماید و خواننده بر فرض اطلاع حق اعتراض ندارد، اما اگر دادگاه از تجدیدنظر در تصمیم خود، اگرچه تخلف محسوب می شود، خودداری نماید طریقی قانونی جهت فسخ چنین تصمیمی به نظر ما وجود ندارد، اگرچه راه عملی آن با طرح درخواست مستقل مجدد و استناد به ماهیت دعوای مطروحه قبلی، اگر مطرح شده باشد، و... تحت شرایطی وجود دارد.

سؤال دیگری که مطرح می شود این است که آیا دادگاه می تواند در طول دادرسی، پس از تعیین میزان «تأمین» و حتی اخذ آن، به درخواست هر یک از اصحاب دعوی، بی آنکه مکلف باشد، در تصمیم خود تجدیدنظر نماید؟ چنانچه قرار تأمین خواسته صادر شده باشد و دادگاه احراز نماید که مورد از موارد اخذ «تأمین» نبوده است، به عللی که گفته شد، به نظر ما می تواند، به درخواست خواهان، دستور رد آن را صادر نماید. اما چنانچه قرار صادر شده باشد و مشخص گردد که وجه تودیع شده عطف به شرایطی که بعداً احراز گردیده، بیش از حد لازم است، با توجه به اینکه مورد از موارد تعیین «تأمین» بوده، و وجه تودיעی به نوعی متعلق حق خواننده قرار گرفته، دادگاه نمی تواند دستور رد قسمتی از آن را صادر نماید. اما در صورتی که چنین وضعی قبل از صدور قرار تأمین خواسته، قبل یا پس از تودیع وجه، اتفاق افتد، با توجه به اینکه، به صراحت بند سوم ماده ۲۲۵، تعیین میزان «تأمین» به نظر دادگاه می باشد، و تصمیم در این خصوص از

اعتبار امر مختومه برخوردار نبوده و وجه تودیع شده متعلق حق خواننده قرار نگرفته، دلیلی که دادگاه را از تجدیدنظر در میزان وجه تودیع شده منع نماید به نظر ما نمی‌رسد. البته در تمام موارد گفته شده هر اقدامی می‌بایست مبتنی بر درخواست ذی نفع باشد.

ج) چنانچه پس از صدور قرار تأمین خواسته و اجرای آن دادگاه احراز نماید که خسارات احتمالی بیشتر از میزان «تأمین» اخذ شده می‌باشد و یا حتی مورد از موارد اخذ «تأمین» بوده و قرار تأمین خواسته، برخلاف قانون، قبل از تودیع خسارت احتمالی صادر گردیده است آیا دادگاه می‌تواند خواهان را مکلف به تودیع ما به التفات و یا تمامی خسارات احتمالی نماید به نحوی که ابقاء قرار را منوط به آن نماید؟ به نظر ما، در این دو مورد باید قائل به تفکیک بود. در حقیقت با توجه به اینکه قرار تأمین خواسته صادر و اجرا گردیده و قانونگذار، در مواد ۲۲۷ و ۲۳۸، موارد الغاء و رفع اثر و ارتقاع تأمین را پیش بینی نموده و استنکاف از تودیع «تأمین»، در این مرحله، نمی‌تواند با هیچ یک از این موارد منطبق گردد و صدور دستوری که فاقد ضمانت اجراء باشد، عملی لغو محسوب است، لذلک مکلف نمودن خواهان به تودیع «تأمین» و یا تکمیل آن، به وجه ملزم، میسور نمی‌باشد. اما در صورتی که قرار تأمین خواسته، برخلاف قانون، بدون اخذ «تأمین» صادر شده باشد، خواننده می‌تواند، به استناد ماده ۲۳۵، از این جهت که صدور قرار منطبق بر هیچ یک از شقوق ماده ۲۲۵ نبوده، با اعتراض به آن، ظرف مهلت مقرر، به نتیجه مطلوب برسد ولی در فرض دیگر، یعنی لزوم افزایش در میزان وجه تودیع شده و دستور تکمیل آن، با توجه به ماده ۲۳۶ و ملاک ماده ۹ راه حلی به نظر نمی‌رسد.

د) سیاق عبارت شق سوم ماده ۲۲۵ ظاهر در این است که دادگاه می‌بایست میزان خساراتی را که از اجرای قرار تأمین خواسته ممکن است به خواننده وارد آید «پیش بینی» نموده و «تأمین» را متناسب با آن تعیین

نماید،^{۲۱} اما از یک طرف با توجه به اینکه میزان این خسارات بستگی به امکان عملی اجرای کامل قرار، مدت بازداشت اموال، نوع اموال بازداشت شده و ... دارد، تعیین آن، در همان ابتدای امر، به لحاظ غیرمشخص و حتی غیرقابل پیش بینی بودن این عوامل، نمی تواند با دقت کامل انجام گیرد. از طرف دیگر نظر به اینکه، با توجه به ماده ۲۲۵ خواهان می تواند، در صورت تحقق شرایط اساسی، با پرداخت خسارات احتمالی، دادگاه را مکلف به صدور قرار تأمین نماید، و این حق به نظر ما همواره وجود دارد و همانطور که گفته شد، دادگاه نمی تواند درخواست قرار تأمین خواسته را، حتی به علت احتمال ولو قوی صدور حکم بر بی حقی خواهان و یا ملائت بی چون و چرای خواننده محکوم به رد نماید، باید پذیرفت که دادگاه هیچگونه تکلیفی در تبیین وجود این تناسب نباید داشته باشد. بنابراین علت محول نمودن تعیین میزان «تأمین» به نظر «دادگاه»، بزعم ما، علاوه بر مشکل بودن پیش بینی خسارات از همان ابتدای امر، قراردادن این وسیله در اختیار دادگاه به منظور منصرف نمودن مدعیانی است که با سوء استفاده از این تأسیس، و بکارگیری آن در غیر ما وضع له، قصد ایذاء خواننده دعوی را دارند. بنابراین به نظر ما، دادگاه می تواند با تعیین نسبتی از خواسته، که متناسب با ضعف و قوت دلایل خواهان و حتی وضعیت مالی و ملائت خواننده باشد تحصیل قرار تأمین خواسته را مشکل یا آسان نماید. البته معمولاً محاکم ما با ملاک گیری از ماده ۷۱۹، میزان «تأمین» را در حدود ۱۲ درصد خواسته تعیین می نمایند اما تعیین «تأمین» به میزانی بیش از این، حتی تا چندین برابر خواسته، به نظر ما، مخالفتی با مقررات نمی تواند داشته باشد و در عمل نیز مشاهده می شود. اما تعیین خسارات، به میزانی که بطور فاحش نازل باشد، مخصوصاً در صورت قابل پیش بینی بودن محکومیت خواهان به بی حقی و اعسار وی، می تواند مسؤولیت دادگاه را چنانچه تقصیر تلقی گردد مطرح نماید.^{۲۲}

۲۱. ... و بنابراین دادگاه در تعیین خسارات احتمالی و تناسب میزان آن قبل از اخذ تأمین باید نهایت

دقت را به عمل آورد، نظر مشورتی اداره حقوقی ص ۸۱۹ ج اول.

۲۲. اصل ۱۷۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

ها) به موجب بند سوم ماده ۲۲۵، همانطور که گفته شد، «تعیین میزان خسارت به نظر دادگاهی است که درخواست تأمین را پذیرفته است». علت محول نمودن تعیین میزان «خسارات احتمالی» به نظر دادگاه را در سطور قبل مطالعه نمودیم. اما سوالی که مطرح می شود این است که آیا دادگاه در تعیین «تأمین» آزادی کامل داشته و محدود و مقید به هیچ حدّ و قیدی نمی باشد؟ آنچه مسلم است دادگاه، در تعیین میزان خسارات احتمالی، نه تنها باید ضررهایی را که ممکن است از اجرای قرار تأمین خواسته به خواننده وارد آید مورد لحاظ قرار دهد بلکه، همانطور که گفتیم، به نظر ما می بایست به ضعف و قوت ادله خواهان و حتی وضعیت مالی خواننده نیز، تا حدی که شواهد و مدارک منعکس در درخواست و ضمائم آن حکایت دارد، عنایت نماید. متعدد بودن مبانی و اساس برآورد، که هر یک می تواند نتایج متفاوتی را در برداشته باشد، قضاوت قاضی در این خصوص، و به موازات آن کنترل و بازرسی آن را مشکل می نماید و شاید به همین سبب است که آرای قدیمی و رویه فعلی مراجع انتظامی مفید قابلیت پذیرش شکایات مربوطه نمی باشد. در عین حال باید به این نکته توجه نمود که به موجب ماده ۷۱۹ در دعاوی که موضوع آن وجه نقد است خسارت تأخیر تأدیه معادل دوازده درصد محکوم به در سال است. بنابراین با توجه به ملاک این ماده و ماده ۷۲۲، چنانچه دادگاه میزانی کمتر از دوازده درصد تعیین نموده باشد، با توجه به مبانی و اساس مورد اشاره، به نظر ما، باید در شرایطی انجام شده باشد که، فی الواقع، گویای استثنایی بودن مورد باشد. در حقیقت سپری شدن مدتی کمتر از یکسال از زمان تأمین خواسته تا صدور حکم (نهایی) و ورود خسارت کمتر از دوازده درصد در اثر بازداشت مال، که معمولاً، جز در مورد اموال غیرمنقول ملازمه با بلااستفاده ماندن آنها در مدت بازداشت دارد، خلاف معمول بوده و استثناء محسوب است. وضعیت و موقعیت مالی خواننده حتی قوت ادله مورد استناد خواهان، با وجودی که خواننده تا آن زمان، علی الاصول، دفاعی ننموده، نمی تواند به نظر ما تغییر فاحشی در نتیجه بوجود آورد، مگر در موارد استثنایی و یا درخواست تأمینی که در جریان دادرسی و صدور حکم

تقاضا شده باشد. در نتیجه، با توجه به وضع موجود، به نظر ما، تعیین میزانی به مراتب بیش از آن هم باید موجه تلقی گردد. اما این نسبت تا چه میزانی می تواند افزایش یابد؟ آیا دادگاه می تواند خسارات احتمالی را به میزان خواسته و حتی بیش از آن تعیین نماید؟^{۲۳}

از واژه «خسارات» آنچه معمولاً متبادر به ذهن می شود در صورتی که در ارتباط با عین معین و یا حتی کلی باشد، کمبود و نقصانی است که عارض مال می شود. با این استدلال ضرر مربوطه نمی تواند حتی به ارزش کل نیز بالغ گردد چون در آن صورت تلف تلقی می شود. آنچه مسلم است در اجرای قرار تأمین خواسته، اگر خواسته عین معین بوده، علی الاصول، همان مال بازداشت می شود و در سایر موارد معادل ارزش خواسته از اموال خواننده توقیف می گردد. بازداشت اموال نیز، معمولاً، ملازمه با بلااستناده ماندن آنها دارد. از جمله بازداشت وجه نقد در حساب جاری یا بازداشت اموال منقول مانند ماشین آلات که معمولاً متوقف گردیده و به حافظ تحویل می گردد. در مورد اخیر نه تنها بلااستفاده ماندن مال ضرر و زیانی معادل منافع آن به مالک وارد می آورد بلکه نفس متوقف ماندن ماشین آلات، معمولاً خساراتی را به آن وارد می نماید و، چنانچه مدت بازداشت طولانی گردد، می توان انتظار داشت که خسارات مربوطه از میزان ارزش مال به نحو فاحشی تجاوز نماید. به این عوامل باید نحوه ارزیابی کارشناسان را اضافه نمود که مال مورد ارزیابی را اغلب به قیمتی به مراتب نازل تر از قیمت واقعی ارزیابی می نمایند که خود موجب می گردد که اموال بیشتری، به نسبت خواسته، توقیف گردد. در مورد بازداشت وجه نقد نیز، با توجه به کاهش روزافزون ارزش پول، خسارت سنگین است.

آیا تمام این توجیحات، حتی اگر ضعف ادله خواهان و وضعیت بد مالی خواننده را به آن اضافه نماییم، می تواند دادگاه را به تعیین وجهی بیش از ارزش خواسته به عنوان «تأمین» مجاز نماید؟ در بادی امر پاسخ منفی صحیح تر به نظر می رسد. زیرا همانطور که گفته شد مفهوم واژه

۲۳. خسارت، در لغت به معنی زیان، ضرر، کم آمدن حاصل فروش از قیمت خرید؛ ضرر در تجارت و زیان

در معامله آمده است. دهخدا، مرحوم علی اکبر، فرهنگ دهخدا.

«خسارت» مشخص است و عنایت قانونگذار به مفهوم این واژه، در زمان جعل، مفروض است. علاوه بر این، قانونگذار در ماده ۲۴۳ به بعد تحت شرایطی، به خواننده حق تبدیل مال توقیف شده به مال دیگر را داده و حتی به وی اجازه می‌دهد که، با دادن ضامن معتبر، از مال توقیف شده رفع بازداشت نماید. از طرف دیگر، در تأیید این نظر نه تنها حقوق خواننده به تبدیل تأمین را باید در نظر داشت بلکه مقررات ماده ۲۶۳ قانون را باید لحاظ نمود. این ماده مقرر می‌دارد: «در هر مورد که مالی اعم از منقول و غیرمنقول توقیف شود و بیم آن رود که ادامه توقیف عین مال موجب ضایع شدن مال یا تنزل بهای آن خواهد بود هر یک از طرفین حق درخواست فروش دارد». در نتیجه خواننده می‌تواند، با استفاده از این حق، از ورود خسارت سنگین به مال و یا ضایع شدن آن جلوگیری نماید. البته شاید گفته شود فروش مال و بنابراین تبدیل آن به وجه نقد نیز، با توجه به کاهش ارزش پول، ضرر را منتفی نمی‌نماید ولی باید پذیرفت که کاهش ارزش پول، در هیچ صورتی نمی‌تواند خسارتی حتی معادل اصل آن را داشته باشد. نظر به مراتب فوق تعیین خسارت احتمالی به میزان اصل خواسته و یا بیش از آن نباید مجاز دانسته شود. اما با توجه به اینکه در هر حال تعیین میزان خسارت، براساس شق سه ماده ۲۲۵، به نظر دادگاه محول گردیده است نهایتاً، بزعم ما می‌توان گفت که تعیین «تأمین» به میزان خواسته و یا حتی بیش از آن، در شرایط خاص، از اختیارات دادگاه است. حاصل تحقیقات به عمل آمده در نحوه بررسی شکایات انتظامی مطروحه در این خصوص نیز مؤید تأکید مراجع مربوطه بر نظر «دادگاه» است اگرچه نظر اول خالی از وجه نمی‌باشد.


نتیجه

همانطور که در بخش «دوم» ملاحظه گردید، مکلف نمودن دادگاه به صدور قرار تأمین خواسته، به «ضرب» دادن «تأمین»، برای اولین بار، در سال ۴۹، در حقوق ما وارد گردید. در حقیقت، در متن اولیه قانون

آ.د.م. مصوب ۱۳۱۸، طبق ماده ۲۳۲، جز در سه مورد اجباری صدور قرار، در سایر موارد این امر به نظر دادگاه محول گردیده بود. بنابراین در غیر موارد منصوص دادگاه در رد یا قبول درخواست مجاز بوده، النهایه، در صورت پذیرش درخواست، صدور قرار تأمین خواسته منوط به دادن «تأمین» از جانب خواهان بود.


به اعتقاد ما، با توجه به شرایط موجود، مقررات فعلی بهتر می‌تواند حقوق مردم را، در این خصوص، تحفیظ نماید. چه آنکه دادگاه می‌تواند، با استفاده بجا از «اهرم» «تأمین»، از یک طرف در صورتی که تأمین خواسته را لازم و «شانس» پیروزی خواهان در ماهیت دعوی را، فی الجمله، عطف به «اساس» آن، بعید ندانست، با «تأمین» نه چندان سنگین زمینه را برای صدور قرار فراهم نماید، و چنانچه به علت ملائت بی‌چون و چرای خواننده و یا ضعف مبنای دعوی و ادله استنادی، تأمین خواسته را غیرضرور و یا حق مورد ادعا را در «اصل» و «اساس» موجه تشخیص نداد، با تعیین «تأمین» سنگین، متقاضی را از تحصیل قرار منصرف نماید. اما به نظر ما، در هر مورد دلائل موجود در پرونده می‌بایست بتواند جهات و مبانی موجهه «نظر» و تصمیم دادگاه را، در این خصوص، با لحاظ تمامی جوانب، به نحوی که قابل داوری باشد، روشن نماید تا، خدای ناخواسته، «اهرم» مزبور در جهت معکوس بکار گرفته نشود.





دکتر محمد علی اردبیلی

مسئولیت کیفری ناشی از فعل
دیگری در حقوق کیفری ایران





مقدمه

به موجب یکی از قواعد مسلم حقوقی، هر انسانی مسؤول عمل خویش است و هیچکس را نمی‌توان برای فعلی که دیگری مرتکب شده است مسؤول دانست. به عبارت دیگر هر انسانی باید شخصاً پاسخگوی پیامدهای ناگوار اعمالی که از او صادر شده است باشد و ممکن نیست این بار را بر دوش دیگری نهاد. در حقوق مدنی قاعده این است که هر کس زیانی به دیگری وارد آورد ضامن است و باید آن را جبران کند. منتهای مراتب در حقوق مدنی گاه اشخاصی مسؤول جبران زیانهای ناشی از افعال دیگران شناخته شده‌اند که خود در ایجاد آن مداخله نداشته‌اند. برای مثال، در پاره‌ای از موارد کسانی که نگاهداری یا مواظبت مجنون یا صغیر به آنها سپرده شده مسؤول تدارک خساراتی هستند که از فعل مجنون یا صغیر به دیگری وارد شده است (ماده ۷ قانون مسؤولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹) ولی در حقوق جزا، تا زمانی که ثابت نشده که کسی در ارتکاب جرم مباشرت و یا به وجهی معاونت و یا مشارکت داشته و یا مسبب جرم بوده است چگونه می‌توان او را مواخذه کرد؟ آیا پذیرفته است که به فرض کسانی مانند اولیاء و یا سرپرستان قانونی در صورتی که صغیر

و یا مجنون مرتکب جرم شود طرف دعوی کیفری قرار گیرند؟ و اگر گفته شود که صغیر و مجنون در صورت ارتکاب جرم مبرا از مسؤلیت کیفری اند مبنای مسؤلیت اولیاء و یا سرپرستان قانونی چیست؟ درباره مبانی مسؤلیت مدنی ناشی از فعل غیر، حقوقدانان مدنی در مجموع به دو مصلحت استناد کرده اند؛ نخست اینکه اگر زیان زننده استطاعت نداشت و یا استطاعت کمی داشت برای زیان دیده مسؤلی مستطیع فراهم سازند. دوم آنکه کسانی را که حق اعمال قدرت دارند (مانند کارفرما نسبت به کارگر) برانگیزند تا این قدرت را برای جلوگیری از وقوع حوادث احتمالی بکار برند.^۱ بنابراین در مناسبات خصوصی اشخاص در مواردی می توان تصور کرد که کسی متحمل ضرر شود بی آنکه حتی تقصیری مرتکب شده باشد. ولی در حقوق جزا تصور اینکه انسان بی گناهی بازخواست شود و به کیفر برسد و یا مسؤل آثار شوم اعمال دیگران فرض شود بسیار دشوار است. زیرا به هیچ وجه نمی شود خاصه سزادهی حقوق کیفری را فراموش کرد. مجازات تاوانی است که فقط بزهکار باید به جبران تقصیری که مرتکب شده است بپردازد. بنابراین علاوه بر رعایت قاعده کلی که به موجب آن هیچکس را نمی توان جز به دلیل فعلی که شخصاً مرتکب شده به کیفر رساند باید فرض کرد که اراده متهم نیز در ایجاد جرمی که به مباشرت دیگری ارتکاب یافته کاملاً بی تأثیر بوده است. ولی موضوع این است که فرض مذکور همواره با واقعیت منطبق نیست. یا نهایتاً گاهی به طور جزئی منطبق است. زیرا اتفاق می افتد که کسی بی آنکه عملاً با دیگری همکاری کرده و یا بر رفتار او تأثیر بخشیده باشد با پدید آوردن وضعی مجرمانه و یا ارتکاب تقصیر، من غیر مستقیم بروز چنین رفتاری را موجب شود. تحلیل دقیق تصاویر افعال دیگری آشکار خواهد کرد که آیا در پس ظاهر این افعال سایه انسان دیگری نیز به چشم می خورد به طوری که به وقوع جرم معنی خاصی بخشیده باشد یا خیر؟ در این حال سؤال این است که آیا این نقش فرعی که بیش و کم به عنصری معنوی در رابطه علی

۱. میشل لورداسا: مسؤلیت مدنی، ترجمه دکتر محمد اشتری، از انتشارات مؤسسه مطالعات حقوق اسلامی

و تطبیقی، نشریه شماره ۳، دانشگاه تهران، ۱۳۵۹، ص ۲۷.

با جرم، تقلیل یافته ماهیتاً آنچنان است که مشمول قوانین کیفری قرار گیرد؟ در نظامهای کیفری کنونی تمایل به شناسایی مسؤولیت کیفری در پوشیدهترین تظاهرات و بعیدترین موجبات آن بسیار قوی است. در حقوق انگلستان مسؤولیت کیفری کارفرمایان به نیابت^۲ از کارگزارانی که در حین انجام دادن وظایف قانونی کارفرما مرتکب جرم شده اند شناخته شده است.^۳ در حقوق فرانسه نیز مسؤولیت کیفری ناشی از فعل دیگری^۴ در اثنای کار و یا به مناسبت آن متوجه کارفرمایانی است که بر کار کارگران و کارمندان خود نظارت نداشته اند.^۵ در حقوق کشور ما مورد و یا موارد چنین مسؤولیتی در نظام کیفری معلوم نشده و مسؤولیت کیفری ناشی از فعل دیگری به دلیل تعبیر و تفسیرهای ناصواب از موضوع، جایگاه شایسته خود را در مباحث کیفری نیافته است. بعضی از مصنفان حقوق کیفری معتقدند که: «در حقوق ایران... مقرراتی در این زمینه وضع نشده است».^۶ بعضی دیگر با قول به ترادف مفهوم مسؤولیت کیفری و ضمان عاقله، تعهد عاقله به پرداخت دیه در قبال جنایات دیگری را مصداقی از مسؤولیت کیفری ناشی از فعل دیگری دانسته اند.^۷ حقیقت این است که اصطلاح مسؤولیت کیفری ناشی از فعل غیر در زبان حقوقدانان ما بدرستی معنی نشده است. سهل است گاه با خلط بعضی از مفاهیم، مسائلی بدین عنوان مطرح گردیده که از قلمرو بحث مسؤولیت کیفری ناشی از فعل دیگری خارج و یا دست کم بر عنوانهای دیگری منطبق است. کوشش ما در این مقاله بر این است که در ضمن توضیح بعضی از مفاهیم و یافتن مهمترین اعمال مجرمانه^۸ موجد مسؤولیت کیفری ناشی از فعل غیر به مبانی و شروط تحقق این تأسیس پردازیم و در پایان درستی یا نادرستی بعضی از نظریاتی که اخیراً در این باره ابراز شده است باز نماییم. بر این اساس مطالب خود را به موضوعات

2. Vicarious liability.

3. Smith & Hogan; Criminal Law, Sixth Ed., London, Edinburgh, Butterworths 1988, pp. 162-176.

4. Responsabilité pénale du fait d'autrui.

5. Merle et Vitu; Traité de droit criminel, six^{ème} Ed., Paris, Cujas, pp. 635-644.

۶. دکتر پرویز صانعی: حقوق جزای عمومی، جلد دوم، تهران، دانشگاه ملی ایران، ۱۳۵۳، ص ۱۰۸.

۷. دکتر رضا نوربها: زمینه حقوق جزای عمومی، تهران، کانون وکلای دادگستری، ۱۳۶۹، ص ۲۵۸.

زیر اختصاص داده ایم:

- ۱- تمایز اصل فردی بودن مسوولیت کیفری از اصل شخصی بودن مجازاتها
- ۲- صور مختلف مسوولیت کیفری ناشی از فعل دیگری
- ۳- مبانی مسوولیت کیفری ناشی از فعل دیگری
- ۴- شروط تحقق مسوولیت کیفری ناشی از فعل غیر
- ۵- آیا «ضمان عاقله» مصداق مسوولیت کیفری ناشی از فعل غیر است؟

تمایز اصل فردی بودن مسوولیت کیفری از اصل شخصی بودن مجازاتها

نویسندگان حقوق کیفری در کشور ما فرقی میان اصل فردی بودن مسوولیت کیفری و اصل شخصی بودن مجازاتها ننهاده اند. حال آنکه هر یک از این اصول قلمرو حکومت جدا از یکدیگر دارند. تفکیک این دو اصل ما را به وصول مقصود یعنی درک دقیق مسوولیت کیفری ناشی از فعل غیرهدایت خواهد کرد. زیرا وقتی گفته می شود اصل، شخصی بودن مجازات است و استثنائاً ممکن است شخص دیگری غیر از بزهدکار بار مجازات را به دوش بکشد، این گفته لزوماً بدین معنی نیست که شخص مذکور جزائاً مسوول است. البته بر مبنای اصل شخصی بودن مجازاتها تنها محکوم علیه باید به جبران تقصیر خود بار کیفر را تحمل کند. عدالت اقتضا می کند که این بار جز بر دوش محکوم علیه بر دوش شخص بی گناهی سنگینی نکند. ولی گاه دیده شده است که قانونگذار از این اصل تخطی کرده و بار مجازات را بر عهده دیگری نهاده است. برای مثال در گذشته تبصره ماده ۱۷ قانون منع کشت خشخاش (مصوب ۱۳۳۸) مقرر کرده بود: «در کلیه جرائم مذکور در این قانون هرگاه مرتکبین متعدّد باشند جریمه

نقدی تضامناً از آنان وصول خواهد شد» بنابراین، هرگاه احد از محکوم علیهم در دادگاه معسر شناخته می‌شد، به قاعده تضامن، ذمه دیگران در ازاء پرداخت جریمه به دولت مشغول می‌گردید. هم اکنون نیز قاعده تضامن در وصول جریمه نقدی به عنوان یک قاعده عام همچنان متبع است (تبصره ۱ ماده ۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۵۱) مقصود قانونگذار کیفری از وضع این قاعده تأمین وثیقه مطمئن به نفع خزانه دولت است. ولی هیچگاه ضامن، مسوول عمل دیگری قلمداد نمی‌شود و الزام او به پرداخت جریمه علاوه بر سهم خود، الزام ناشی از محکومیت کیفری نیست بلکه الزام قانونی است.

از دیگر موارد تخطی از اصل شخصی بودن مجازات‌ها که مورد اختلاف حقوقدانان است استیفای مجازات‌های مالی از اموال محکوم علیه متوقی است. به عقیده جمعی، جزای نقدی به طور کلی بر دارایی محکوم علیه تحمیل می‌شود و اگر حکم محکومیت قطعی شده باشد باید آن را از دارایی متوقی وصول نمود.^۸ جمعی دیگر و از جمله دیوان عالی کشور معتقداند که غرامت و یا جریمه مجازات محسوب می‌شود و با فوت محکوم علیه قابل وصول نیست و نمی‌توان ورثه مرتکب را مسوول پرداخت آن شناخت و یا حکم به پرداخت آن علیه شرکتی که محکوم علیه متوقی مدیر آن بوده است صادر کرد.^۹ در هر حال، قول به وصول مجازات‌های مالی از اموال محکوم علیه متوقی بدین معنی است که سهم الارث کمتری نصیب ورثه گردد و یا به عبارت دیگر مجازات‌های مالی به سایر اشخاص نیز تسری یابد.

همچنین، در اجرای بعضی از مجازات‌ها مانند مصادره اموال و یا تعطیل و یا بستن مؤسسات ممکن است اشخاص دیگری همچون

۸. حسین سیمی: حقوق جزا، ج ۴، تهران (بی‌نا)، ۱۳۳۳، ص ۱۵۲ و محمدعلی هدایتی: آیین دادرسی

کیفری، ج ۳، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۲، ص ۵۶.

۹. مجموعه نظرهای مشورتنی اداره حقوقی وزارت دادگستری در زمینه مسایل کیفری، به اهتمام

مرتضی محسنی و مرتضی کلاتریان، ضمیمه مجله حقوقی وزارت دادگستری، تهران، وزارت دادگستری،

(بی‌نا)، ص ۱۷ و مجموعه رویه قضایی، به اهتمام احمد متین، تهران، (بی‌نا)، ۱۳۳۰، رأی شماره

۲۲۵-۲۰/۱۲/۲۸ شعبه ۶ و ۵۶۹-۲۹/۲/۲۸ شعبه ۲.

خویشاوندان و بستانکاران محکوم علیه و نیز سرمایه گذاران شرکتها و صاحبان کارخانه ها و مؤسسات بازرگانی غیر از محکوم علیه دچار مضیقه شوند. به همین دلیل قانونگذاران گاه برای کاستن از مشقتهایی که از اجرای محکومیت به مجازاتهای مالی ممکن است دامنگیر اشخاص دیگر شود تدابیری اندیشیده اند. برای مثال قانونگذار کشور ما در مصدوره اموال محکومان جرایم مواد مخدر، هزینه تأمین زندگی متعارف خانواده آنان را استثناء کرده است (بند ۴ ماده ۲ و بند ۶ ماده ۸ قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۳ آبان ۶۷) و یا در مورد ضبط اموالی که از راه نامشروع به دست آمده تسویه دیون محکوم علیه را لازم شمرده است (ماده ۱۲ لایحه قانونی آیین نامه دادگاهها و دادرهای انقلاب مصوب ۲۷ خرداد ۵۸) تا بدانجا که هرگاه محکوم علیه دارایی مشروعی نداشته باشد دولت را به پرداختن نفقه قانونی اشخاصی که نفقه آنها بر محکوم علیه واجب است متعهد کرده است (تبصره ماده مذکور).

ولی در مورد بستن و یا تعطیل محل کسب که آن را اقدام تأمینی عینی خوانده اند، در مقررات کشور ما تضمین ثابتی نسبت به حقوق مالکان و صاحبان سرمایه که به دلیل محکومیت کیفری مدیران مسؤل مؤسسات مذکور متضرر شده اند وجود ندارد. در بعضی از قوانین گاه تضمینهای قوی و کافی در مرتبه ای پیش بینی شده که احتمال زیان بعضی از اشخاص در نتیجه محکومیت دیگری بسیار اندک است. از جمله در قانون نظام صنفی (مصوب ۱۳ تیر ۵۹) آمده است هرگاه واحد صنفی یا محل کسب عمده فروشی به موجب حکم دادگاه تعطیل شد «کالاهای فاسد شدنی موجود به وسیله اتحادیه مربوط از طریق حراج به قیمت عمده فروشی به فروش می رسد و وجوه حاصل به صاحب آن پرداخت می گردد» (تبصره ماده ۷۷) و یا به موجب قانون الزام شرکتها و مؤسسات ترابری جاده ای به استفاده از صورت وضعیت مسافری و بارنامه (مصوب ۳۱ اردیبهشت ۶۸) صاحب امتیاز مؤسسات مذکور مکلف است که دستمزد کارکنان مؤسسه یا شرکت را در مدت تعطیل بپردازد (ماده ۶ قانون مذکور). لیکن قانونگذار کیفری تضمین دیگری برای مثال در قبال حقوق بستانکاران و

سهامداران شرکت در صورت تعطیل محل کار و یا واحد صنفی پیش بینی نکرده است.

در تمام مواردی که در پیش به آنها پرداختیم هیچگاه مسؤولیت کیفری اعمال دیگران متوجه کسانی که به نحوی از اجرای مجازات صدمه دیده اند نیست و در همه نظامهای کیفری که شخصی بودن مجازاتها را به عنوان یکی از اصول عدالت کیفری پذیرفته اند، سعی قانونگذاران بر این است که با تمهید وسایلی حتی المقدور از گسترش دامنه مجازاتها و سرایت آن به دیگران جلوگیری کنند. کوششی که به نظر دشوار می نماید و در عمل نیز تاکنون ناموفق مانده است. زیرا در ساده ترین وجه مسأله، اگر کسانی بر محکوم علیه حقی موجود یا احتمالی داشته باشند کافی است اجرای مجازات، محکوم علیه را از ادای تکلیف خود باز دارد و یا عمل به آن را دشوار سازد تا اثر غیرمستقیم مجازاتها آشکار گردد.

لیکن، وضع کسانی که مسؤول اعمال دیگری شناخته می شوند متفاوت و به مراتب سخت تر است. زیرا مسؤول کیفری اعمال دیگری باید خود شخصاً در دادگاه حاضر و برای جرمی که در ارتکاب آن به ظاهر مداخله مادی نداشته است محکوم و این محکومیت در سجل کیفری او ثبت شود. در اینجا اصل فردی بودن مسؤولیت کیفری که به موجب آن هر کس برای تقصیری که مرتکب شده است مؤاخذه می گردد از اصول حاکم بر دادرسی است.^{۱۰} زیرا مسؤول کیفری اعمال دیگری هر چند در اجرای جرم عملاً سهمی نداشته و حتی قصد بر ارتکاب جرم نکرده است، ولی دست کم باید با پدید آوردن وضعی پیش از جرم ارتکاب آن را ممکن و یا به عبارت دیگر تسبیب کرده باشد. در مقررات کیفری کشور ما دیده شده است که قانونگذار در بیان چنین وضعی صریحاً با تعبیر «سبب (یا مسبب) اقوی از مباشر» (ماده ۵۰ قانون حفاظت و بهره برداری از جنگلها و مراتع مصوب ۲۵ مرداد ۴۶ با اصلاحات بعدی و ماده ۱۷۲ قانون کار مصوب ۲۹ آبان ۶۹) بدون آنکه ضابطه اقوی بودن را در تحقق جرم تعیین

۱۰. قلمرو حکومت اصل فردی بودن مسؤولیت کیفری در مرحله دادرسی است. حال آنکه قلمرو حکومت

اصل شخصی بودن مجازاتها در مرحله اجرای حکم است.

کند، مسؤلیت عمل مباشر را متوجه دیگری کرده است. در دیگر موارد چنانکه خواهد گذشت، مبنای چنین مسؤلیتی تصریح، و به نظر نمی آید از اصل فردی بودن مسؤلیت کیفری تخطی شده است. تحقیق در پیشینه قانونگذاری نشان خواهد داد تا چه اندازه قانونگذار در وضع قوانین کیفری به این اصل وفادار بوده و آیا دلیلی بر عدول از این اصل وجود داشته است یا خیر؟

۲

صور مختلف مسؤلیت کیفری ناشی از فعل دیگری

یکی از مهمترین محدوده روابطی که مسؤلیت کیفری ناشی از فعل غیر در آن نمودار شده، گستره مشاغل نظام یافته و یا مشمول قواعد نظام صنفی است. از همان آغاز نهضت قانونگذاری جدید با سامان گرفتن فعالیت‌های گوناگون فرهنگی، بازرگانی، کشاورزی و به طور کلی اصناف مختلف رفته رفته این نوع مسؤلیت در قوانین کشور ما توسعه یافت. ادعا نیست اگر گفته شود نخستین قانونی که مسؤلیت کیفری ناشی از فعل غیر را بنا نهاد یکی از اولین مصوبات مجلس شورای ملی یعنی قانون مطبوعات (مصوب ۵ محرم الحرام ۱۳۲۶ قمری) بود. در این قانون (ماده ۴۸) "هر یک از «اقدام کنندگان به طبع»، «مدیران روزنامه»، «رئیس مطبعه»، «فروشنده و نشردهنده» و «اعلان کننده»، علی قدر مراتبهم در برابر قانون مسؤل اند. و به همان کیفرهایی که به حکم التزام برای مرتکبان جرایم مطبوعاتی پیش بینی شده است محکوم می شوند. همین نوع مسؤلیت با دامنه ای محدودتر به موجب قانون جدید مطبوعات (مصوب ۲۲ اسفند ۶۴) بار دیگر برای «مدیر مسؤل» نشریه شناخته شده و مدیر مذکور

۱۱. این ماده عیناً از ماده ۲۲ قانون مطبوعات فرانسه مصوب ۲۱ ژوئیه ۱۸۸۱ که هنوز معتبر است اقتباس شده است.

۱۲. ناشران.

«مسئولیت یکایک مطالبی [را] که در نشریه به چاپ می‌رسد و...» به عهده دارد (تبصره ۴ ماده ۹).

به موجب قانون نظام صنفی (مصوب ۱۳ تیر ۶۹) هر فرد صنفی مکلف است از نظامات صنف خود طبق مقررات این قانون تبعیت کند. فرد صنفی بر طبق ماده ۲ این قانون به هر شخص حقیقی یا حقوقی اطلاق می‌شود که در یکی از فعالیت‌های صنفی اعم از تولید، تبدیل، خرید و فروش، توزیع و انجام حرفه خدمات بدنی یا فکری سرمایه‌گذاری کند و به عنوان پیشه‌ور خواه شخصاً یا با مباشرت دیگران محل کسبی دایر و یا وسیله کسبی را فراهم کند و تمام یا قسمتی از کالا و یا محصول و یا خدمات خود را مستقیماً به مصرف‌کننده عرضه نماید. بنابراین فرد صنفی در صورت تخلف از مقررات صنفی نظیر گران‌فروشی، کم‌فروشی، تقلب در کیفیت کالا، پنهان نمودن و یا امتناع از فروش آن و... مسؤول است هر چند در ارتکاب تخلفات مذکور عملاً مباشرت نداشته باشد.

همچنین، به موجب قانون کار (مصوب ۲۹ آبان ۶۹) تمام کارفرمایان مکلف‌اند برای تأمین حفاظت و سلامت و بهداشت کارگران در محیط کار، وسایل و امکانات لازم را تهیه کنند و در اختیار کارگران قرار دهند و نیز چگونگی کاربرد این وسایل را به آنان بیاموزند و ضمناً در خصوص رعایت مقررات حفاظتی و بهداشتی نظارت نمایند (ماده ۹۱ قانون مذکور). بنابراین کارفرما نه تنها در صورت عدم اجرای مقررات و ضوابط فنی و بهداشت کار در برابر قانون مسؤول است، بلکه اگر بر اثر عدم رعایت این مقررات جرمی اتفاق افتد و معلوم شود کارفرما بر افعال کارگران در ضمن کار نظارت نداشته است شخصاً در مراجع قضایی پاسخگو خواهد بود.

قانون مواد خوردنی و آشامیدنی و آرایشی و بهداشتی (مصوب ۲۲ تیر ۴۶ با اصلاحات بعدی) که در تهیه و عرضه مواد مذکور اعمالی نظیر مخلوط کردن مواد خارجی، فروش جنس فاسد و... را جرم شناخته است، «علم و اطلاع» مدیر یا صاحب مؤسسه یا کارگاه نسبت به جرایم مذکور را که به مباشرت غیر ارتکاب یافته کافی برای توجه مسؤولیت کیفری به

مدیران دانسته و همان مجازاتی را که برای مباشر عمل پیش بینی کرده در حق آنان نیز جایز شمرده است (تبصره ۲ ماده ۳ قانون مذکور)!

در اجرای قانون مؤسسات حمل و نقل و تعمیرگاههای اتومبیل و گاراژهای عمومی (مصوب ۱۹ تیر ۲۵) آیین نامه قانون مذکور (مصوب ۲۲ تیر ۲۶ هیأت وزیران) مسؤلیت امور بنگاههای مسافربری، باربری و آموزشگاههای رانندگی را به عهده مدیر مسؤل گذاشته است (ماده ۶ آیین نامه) بنابراین مسؤلیت تخلفاتی که برای مثال ممکن است راننده مرتکب شود، مانند حمل بار غیر از توشه مسافران با اتوبوس مسافربری (ماده ۲۱) بارگیری و باراندازی در معابر عمومی و پیاده روها (ماده ۴۰) و نقض سایر مقررات موضوع این آیین نامه متوجه مدیر مسؤل بنگاه خواهد بود.

علاوه بر قوانین مذکور، صورتهای دیگری از مسؤلیت کیفری ناشی از فعل غیر را می توان در جرایم موصوف به غیر عمد یافت. در این قبیل جرایم هرگاه ثابت شود که خطای پیشینی ناشی از بی احتیاطی کسی سبب فعل دیگری و این فعل موجب وقوع جرم بوده است، مسؤلیت جرم مذکور به شخص خطاکار برمی گردد. مانند اینکه کسی از روی بی احتیاطی یا غفلت تفنگ خود را در دسترس کودکی بگذارد و او نیز با این وسیله دیگری را به قتل برساند. و یا فرضاً مدیر مسؤل مؤسسه حمل و نقل، کامیون دارای نقض فنی را به راننده بسپارد و او نیز بدین سبب حادثه ای بیافریند. در این قبیل موارد باید همواره تصور کرد که اراده مباشر جرم در رفع اثر از تقصیر دیگری ممکن نبوده است. وگرنه چنانچه در همین مثال اخیر، راننده بداند و یا به موجب قانون مکلف بوده باشد، پیش از حرکت، از بی عیب و نقص بودن کامیون اطمینان حاصل کند، تقصیر او نیز در تحقق مسؤلیت کیفری ملحوظ خواهد شد.

مثال دیگر، بزه های جرح و قتل غیر عمدی است که به هنگام تعلیم رانندگی به وقوع می پیوندد. مسؤلیت این قبیل جرایم بدون شک متوجه تعلیم دهنده ای است که هدایت تعلیم گیرنده را در اثنای رانندگی به عهده دارد، مشروط بر اینکه تعلیم گیرنده در حین آموزش رانندگی از

دستورهای معلّم تبعیّت کرده و آنها را در رانندگی بکار بسته باشد. به طور کلی، قاعده عامّی که از مجموع مقرّرات کیفری در این زمینه می توان استنباط کرد این است که هر کس وظیفه حفظ و مراقبت و یا نظارت بر افعال دیگری را به عهده داشته باشد و درادای تکلیف خود اهمال کند و بدین سبب جرمی از ناحیه دیگری ارتکاب یابد مسؤول است، هر چند تقصیر خود مرتکب و یا شخص ثالث نیز در وقوع این جرم مؤثر باشد.

۳

مبانی مسؤولیت کیفری ناشی از فعل دیگری

علمای حقوق درباره مبانی مسؤولیت کیفری ناشی از فعل غیر در مجموع از دو نظریه دفاع کرده اند؛ نظریه خطر و نظریه خطا.

الف- نظریه خطر

مدافعان این نظریه هر چند در استدلالهای خود این لفظ را به صراحت بکار نبرده اند ولی در اساس بر این عقیده اند که ثروت و قدرت بیشتر یعنی قبول مسؤولیت سنگین تر. بنابراین، سرمایه داران، مدیران و کارفرمایان مؤسسات صنعتی و کارخانه ها که هر یک بنابه وضع و مقام اجتماعی نسبت به کارگران، افزارمندان و یا گماشتگان خود در طلب کسب مزایا و امتیازهای بیشتری هستند باید خطرهای برخورداری از این مزایا و امتیازها را بپذیرند. بویژه منافی که بدین ترتیب کسب می کنند عموماً از قبل کسانی است که بیشتر در معرض ارتکاب جرم قرار دارند. مسؤولیت آنان را باید ما به ازاء سود حاصل از کار دیگران بشمار آورد.^{۱۳}

تعايير ضمنی دیگری نیز (زیرا در حقوق کیفری استناد صریح به نظریه خطر واکنشهای مخالف و تندی برانگیخته است) در توجیه مسؤولیت

13. De Lestang: J.C.P. 1956, II, 9098, cité par Puech (H)., in Droit pénal général, litéc, p. 362.

کیفری ناشی از فعل غیر بیان شده است که همگی دلالت بر شناسایی مسؤلیت عینی کارفرمایان و به طور کلی صاحبان اقتدار در حیطه کار دارد. از جمله گفته می شود در قلمرو فعالیت‌های اجتماعی یعنی محدوده‌ای که بعضی از التزامات قانونی اعمال نظارت بر نحوه کار و از جمله اعمال دیگران را جزیی از تکالیف فرد فرض می‌دارد، هر فعلی که نقض التزامات مذکور به شمار رود نشانه ترک تکلیف قانونی تلقی خواهد شد، هر چند نتوان ترک آن را حمل بر تقصیر کرد.

بعضی از مؤلفان حقوق کیفری مفهوم خطر را فرضی دور از واقع و مغایر با اصول کلی حقوق کیفری که هنوز حقوقی سزادهنده محسوب می‌شود شناخته و دست آویختن به آن را هیچگاه لازم ندانسته‌اند.^{۱۴} در واقع خطای کیفری تعبیر درست تری از این مسؤلیت به دست می‌دهد که ما را از نظریات دیگر بی‌نیاز می‌کند.

ب- نظریه خطا

برحسب این نظریه، منشأ مسؤلیت کیفری کارفرمایان و مدیران مؤسسات را باید در تخطی شخصی خود آنان جست و جو کرد. به عبارت دیگر، مبنای حقیقی مسؤلیت کیفری اشخاص مذکور که به دلیل فعل غیر تحت پیگرد قانونی قرار می‌گیرند، اهمال در انجام دادن وظیفه مراقبت بر افعال دیگری و عدم نظارت بر رعایت مقرراتی است که شخصاً به عنوان مدیر، کارفرما، فرد صنفی یا بطور کلی دارنده اسمی هر نوع حرفه‌ای، اجرای آن را به عهده گرفته‌اند. منتها، درباره این قبیل جرایم که به ظاهر با تحقق یافتن صرفاً عنصر روانی جرم مصداق پیدا می‌کند، بعضی از حقوقدانان گفته‌اند، همانگونه که معاون جرم عنصر مادی را از مباشر اصلی اخذ می‌کند، مسؤل کیفری نیز عنصر مادی را از فعل کارگر، کارمند یا مأمور تحت اقتدار خود وام می‌گیرد.^{۱۵} زیرا کارگر و یا گماشته در واقع به جای کارفرما و یا گمارنده عمل کرده ولی از جهت روانی همان خطایی که اینان مرتکب شده‌اند از آنان نیز سرزده است. شاید به این دلیل

14. Merle (R.) et Vitu (A.), *Traité de droit criminel*, t. I, 6^e éd, Cujas, pp. 639-640.

15. Stefani (G.) et Levasseur (G.), *Droit pénal général*, 9^e éd. Dalloz, p. 290.

است که بسیاری از علمای حقوق کیفری معتقدند مسوولیت کیفری ناشی از فعل غیر استثنای واقعی بر اصل فردی بودن مسوولیت کیفری نیست. چون درست است که مسوولیت کیفری کارفرما یا استاد کار با فعل کارگر یا گماشته متمین و متحقق شده، ولی منشأ آن در تخطی شخصی خود آنان نهفته است. تحلیل اخیر که بر مبنای خطا استوار است تا حدودی شروط تحقق مسوولیت کیفری ناشی از فعل غیر را بیان می‌دارد.

۴

شروط تحقق مسوولیت کیفری ناشی از فعل غیر

تحقق مسوولیت کیفری ناشی از فعل غیر مستلزم اجتماع شروطی در افعال مباشر جرم و نیز در افعال مسوول کیفری ناشی از فعل او است:

الف- شروط افعال مباشر جرم

نخستین شرط تحقق این نوع مسوولیت، فعل مادی قابل مجازات دیگری است. فعل مجرمانه غیر که مبنای عینی مسوولیت کیفری به شمار می‌آید مع هذا باید به اوصافی چند مقید باشد:

۱. فعل مذکور «تخلف» از مقرراتی باشد که مسوول کیفری فعل غیر شخصاً ملتزم به رعایت و اجرای آن بوده است.
۲. نقض مقررات مذکور عمدی نباشد.

۱. تخلف از مقررات که در مواردی به عدم رعایت نظامات دولتی تعبیر شده نقض کلیه آیین نامه‌ها، دستورالعملها و توصیه‌هایی است که بر چگونگی کار و اداره آن در همه بنگاهها، کارگاهها، کارخانه‌ها و واحدهای صنفی حاکم است. برخی از این مقررات که گاه قانونگذار به «نظام» از آن یاد می‌کند (قانون نظام معماری و ساختمانی مصوب ۵۲/۳/۱ و قانون نظام صنفی مصوب ۵۹/۴/۱۳) نحوه فعالیت خاص و یا چگونگی بهره برداری از تولید و یا استفاده از وسایل کاری را تعیین

می کند (مانند مقررات مربوط به قانون مواد خوردنی و آشامیدنی و آرایشی و بهداشتی مصوب ۲۶/۲/۲۲ با اصلاحات بعدی و یا قانون حفاظت در برابر اشعه مصوب ۶۸/۱/۲۰) و برخی دیگر «نظامات» عمومی محسوب و هر نوع فعالیت اقتصادی - بازرگانی را شامل می شود (مانند قانون کار مصوب ۶۹/۸/۲۹، قانون حفاظت و بهسازی محیط زیست مصوب ۵۳/۳/۲۸ و اصلاحیه ۷۱/۸/۲۲، قانون تأمین اجتماعی مصوب ۵۴/۲/۳ و...) در هر حال به هیچ وجه شرط نیست که نظامات مذکور به صراحت کارفرمایان و مدیران مسؤل را شخصاً به اجرای آن ملتزم کند. (تکالیفی که به موجب این نظامات فقط به عهده کارفرمایان و مدیران مسؤل یا قائم مقام آنان گذاشته شده در صورت عدم اجرا موجب مسؤلیت کیفری ناشی از ترک فعل خود آنان خواهد بود) کافی است که این تکلیف به نحوی با امور کارگاه یا کارخانه یا مؤسسه که جمعی مانند کارگر، کارمند، کارورز به انتظام آن پای بنداند مربوط باشد. در این صورت اگر این اشخاص به تخلف از مقررات مذکور متهم شدند مسؤلیت مدیر مؤسسه ثابت است. زیرا فرض بر این است که مدیر مسؤل از تکلیف خود مبنی بر نظارت و مراقبت غفلت کرده است.

۲. از اینکه مسؤل کیفری فعل غیر در دادرسی فقط پاسخگوی غفلت خود در اجرای وظیفه نظارت و مراقبت خواهد بود منطقاً چنین نتیجه می شود که نمی توان او را جز به سبب جرایم غیر عمدی (تخلف) دیگری محکوم کرد. زیرا در جرایم عمدی تصور قبول مسؤلیت کیفری در قبال افعال غیر دشوار است. چنین به نظر می رسد که تقصیر عمدی مباشر اصلی جرم، تقصیر ناشی از غفلت و بی مبالاتی فاعل میانجی (مسؤل کیفری فعل غیر) را بی تأثیر می گرداند. با این همه، در نظام قانونگذاری کشورمان چنانکه گذشت پذیرفتن مسؤلیت کیفری ناشی از فعل عمدی دیگری ۱۶. نظامات بدین معنی به اعتبار خاصیت ساماندهی مقررات مذکور بکار رفته که داخل در مفهوم قانون است. ماده ۱۷ قانون مجازات اسلامی وقتی از «مقررات و نظامات حکومتی» نام می برد نظر بر همین قواعد دارد. آقای دکتر جعفری لنگرودی در مدخل آیین نامه (ترمینولوژی حقوق) نوشته است که در حقوق اسلام این گونه مقررات را حکم می گفتند و آن را در مقابل «شرع» بکار می برند. وضع اینگونه مقررات را (که بنابر تدوین آن نداشتند) حکومت می نامیدند.

بی سابقه نیست. یکی از نمونه های اخیر چنین مسوولیتی ماده ۲۱ لایحه قانون مطبوعات (مصوب ۵۸/۵/۳۱) بدین مضمون است: «هرگاه در روزنامه یا مجله یا هرگونه نشریه دیگر مقالات یا مطالب توهین آمیز یا افترا و یا برخلاف واقع و حقیقت، خواه به نحو انشاء یا بطور نقل نسبت به مراجع مسلم تقلید درج شود مدیر روزنامه و نویسنده هر دو مسوول و هر یک از ۱ تا ۳ سال حبس محکوم خواهند شد» در این ماده قانونگذار سوء نیت مدیر مسوول روزنامه را مسلم گرفته است. در حالی که در جرایم غیر عمدی فرض تقصیر مسوول کیفری فعل غیر اماره قابل رد است.

ب- شروط افعال مسوول کیفری فعل غیر

از صراحتی که گاه قانونگذار در وضع بعضی از مقررات بکار برده است چنین استنباط می شود که در صورت اهمال و یا غفلت در اجرای نظامات دولتی، خطای کارفرمایان و مدیران مسوول مثبت فرض می شود. بعضی از حقوقدانان به این دلیل که فعل خلاف خود مؤید تخطی است، مرجع قضایی را بی نیاز از اثبات آن می دانند. به عبارت دیگر گفته اند با اثبات فعل، تخطی نیز به اثبات خواهد رسید. این قول هر چند درباره بعضی از جرایم فی حد ذاته درست است. ولی باید به این نکته توجه کرد که تأثیر فقدان تخطی در همه احوال یکسان نیست. برای مثال در ماده ۹۵ قانون کار آمده است که: «مسوولیت اجرای مقررات و ضوابط فنی و بهداشت کار بر عهده کارفرما یا مسوولین واحدهای موضوع ذکر شده در ماده ۸۵ این قانون خواهد بود. هرگاه بر اثر عدم رعایت مقررات مذکور از سوی کارفرما یا مسوولین واحد، حادثه ای رخ دهد، شخص کارفرما یا مسوول مذکور از نظر کیفری و حقوقی و نیز مجازاتهای مندرج در این قانون مسوول است». در قسمت اول این ماده، با فرض اینکه کارفرما وظیفه دارد خود مجری مقررات و ضوابط مذکور باشد و شخصاً و در هر زمان بر اجرای آن نظارت دقیق و مستمر داشته باشد، با عدم رعایت این مقررات به هر شکل، مسوولیت کیفری کارفرما به اثبات می رسد. بنابراین، نقض مقررات و ضوابط مذکور مؤید تخطی کارفرما از تکالیف قانونی است. البته به نظر

ما این اماره مطلق نیست. کارفرما باید بتواند ثابت کند که تمام کوشش خود را در اجرای مقررات و در ادای وظیفه نظارت و مراقبت بر اجرای آن بکار برده است. لیکن کارگران یا گماشتگان تحت اقتدار او فرضاً از این مقررات سرپیچی کرده اند و یا حتی ناچار بوده اند به دلیل اجبار، مقررات و ضوابط قانونی را نادیده بگیرند.

ولی در قسمت دوم ماده مذکور، فرض بر این است که بر اثر عدم رعایت مقررات و ضوابط فنی و بهداشت کار، حادثه ای رخ داده است که اگر فقط اگر مقررات و ضوابط مذکور رعایت می شد این واقعه پدید نمی آمد. ادعای برقراری این رابطه یعنی رابطه میان عدم رعایت نظامات دولتی و نتیجه مجرمانه نیاز به دلیل دارد و بار اثبات آن به دوش قاضی دادگاه است.

هرگاه بروز حادثه به علت بی احتیاطی یا بی مبالاتی مجنی علیه و یا معلول قوای قهری غیرقابل دفع مستقل از تخطی کارفرما از مقررات باشد، در این صورت فقط مسؤولیت تخطی از مقررات مذکور متوجه کارفرما خواهد بود. همچنین، ممکن است حادثه ای که در محیط کار اتفاق افتاده است در اثنای کار و یا به مناسبت آن نباشد، در این حال نیز کارگر بی احتیاط یا بی مبالات مسؤول عواقب عمل خود خواهد بود. بدیهی است اگر ثابت شود که کارگر تمام احتیاط لازم را در کاری که به او محول شده به جا آورده ولی نقض مقررات و ضوابط فنی و بهداشت کار ناشی از جهل او و یا آموزش و یا توصیه های غلط و یا عدم نظارت مدیر مسؤول بر اجرای آن و دقیقاً علت یگانه حادثه بود، است، از مسؤولیت مبری خواهد بود.

همچنین شرط نظارت و مراقبت بر اجرای مقررات کار بر ادای این تکلیف منوط به این است که کارفرما یا مدیر مسؤول بر رفتار کارگران و یا افراد زیر دست خود در حین کار قدرت فایق داشته باشد. زیرا اگر کارفرما یا قائم مقام او نتواند در کاری که انجام دادن آن باید با حفظ و رعایت مقررات باشد، قدرت خود را در هدایت رفتار دیگری که مستلزم امر و نهی است بکار برد، مسؤول شناختن او در قبال افعال دیگری بی مبنا خواهد بود. در واقع اقتدار کارفرما در این موارد ضمانت اجرای تکالیف

قانونی او محسوب می شود.

تفویض همه یا بعضی از اختیارات به نمایندگان خود نیز ممکن است کارفرما را از مسوولیت کیفری وارهاند. در اجرای بعضی از مقررات خصوصاً ضوابط ایمنی و بهداشت کار، داشتن صلاحیت علمی و فنی شرط اشتغال به کار مذکور به شمار می آید. گستردگی نوع فعالیت و ناتوانی از اعمال نظارت بر همه بخشها دلیل موجه دیگری بر اعطای نمایندگی است. در مواردی نیز وظیفه نظارت و مراقبت ممکن است منحصرأ به عهده کارفرما گذاشته شود و نتوان آن را به طریقی ساقط کرد. در هر حال، در قبول ادعای نمایندگی، کارفرما باید ثابت کند که دقیقاً چه اشخاصی را و با چه نوع صلاحیتی و برای چگونه فعالیتی به نیابت از طرف خود معرفی کرده است؟

۵

آیا رضمان عاقله، مصداق مسوولیت کیفری ناشی از فعل غیر است؟

پیش از آنکه در این گفتار به بحث درباره ماهیت «رضمان عاقله» و نظریاتی که در این باب بیان شده است و نیز به پاسخ به سوال مذکور بپردازیم، در آغاز طرح موضوع هر چند به اجمال ضروری به نظر می رسد. بنابه نظریه مشهور بین فقهای امامیه در قتل خطای محض که با بیته یا قسامه یا علم قاضی ثابت شده باشد (ماده ۳۰۵ ق.م.ا) و نیز جراحات موضحه و جنایتهای بیشتر از آن (ماده ۳۰۶ ق.م.ا) و همچنین در جنایات عمد و شبه عمد نابالغ و دیوانه که به منزله خطای محض تلقی می شود، دیه مجنی علیه به عهده بستگان ذکور نسبی جانی است که عاقله نامیده می شوند (ماده ۳۰۷ ق.م.ا). هرگاه جانی عاقله نداشته باشد و یا عاقله او نتواند دیه را در مدت سه سال بپردازد، دیه از بیت المال پرداخت می شود (ماده ۳۱۲ ق.م.ا). بنابراین به اعتبار اصولی که در گفتارهای پیشین متذکر شدیم، عاقله کسانی هستند که نه به ظاهر خطایی مرتکب شده و نه سبب تلف را فراهم کرده اند، بلکه فقط به دلیل خویشاوندی با جانی

عهده دار پرداخت دیه هستند. از این رو درباره مبنای این حکم گفته اند: «حمایتی است طبیعی که بین خویشان ذکور در میان افراد وجود دارد»^{۱۷} و در خصوص پیشینه تاریخی این نهاد در کتابهای فقهی آمده است که در دوره جاهلی رسم بوده که قبایل عرب از کسان خود که مرتکب جرم می شدند به حمایت برمی خاستند و نمی گذاشتند که اولیای مقتول بر او دست یابند و خون او را بریزند و حق خود را از جانی بستانند.^{۱۸} وجه تسمیه عاقله نیز از همین بوده است؛ زیرا یک معنی عقل «منع» است. یعنی کسانی که با تحمل دیه مانع از کشته شدن جانی می شدند. یک عقیده دیگر بر این است که نهاد عاقله نمونه ای از «بیمه متقابل» یعنی تعهد جمعی افراد قبایل به سهیم شدن در سختیها و مصایب یکدیگر بوده است.^{۱۹} حال، سؤالی که به مناسبت این بحث مطرح می شود این است که به طور کلی بدانیم وجه این تعهد که به ضمان مشهور است و همچنین ماهیت حقوقی دیه که بر عاقله است، چیست؟ و آیا می توان تمام شروط تحقق مسؤولیت کیفری ناشی از فعل غیر را در افعال عاقله نیز یافت؟ بنابراین، برای شناختن دو مفهوم «ضمان» و «دیه» ناگزیر از توضیح بیشتر در این باره هستیم.

الف- ضمان

ضمان در لغت به معنی بر عهده گرفتن و ملتزم شدن است. در واژگان حقوقی هرگاه ضمان را به التزام شخص به جبران خسارت یا انجام دادن امری در حق دیگری تعریف کردند مقصود ضمان قهری است. و اگر

۱۷. دکتر ابوالقاسم گرجی، ضمان عاقله، فصلنامه مطالعات حقوقی و قضایی (حق)، دفتر یازدهم-دوازدهم، پاییز- زمستان ۶۶ ص ۹۰.

۱۸. دکتر ابوالحسن محمدی (مترجم)، حقوق کیفری اسلام (دیات)، ترجمه کتابی از «مسالك الافهام» تألیف شهید ثانی و «شرايع الاحکام» تألیف محقق حلّی، مرکز نشر دانشگاهی، تهران، ج ۱، ۱۳۶۲، ص ۱۶۱.

۱۹. حجة الاسلام دکتر سیدمصطفی محقق داماد، بیمه متقابل در پیشینه اسلامی «ضمان عاقله و جریره»، مجله قضایی و حقوقی دادگستری، شماره ۶، زمستان ۷۱، صص ۳۹-۶۱.

آن را ناشی از تراضی یکدیگر دانستند منظور ضمان عقدی است که خود به دو معنی خاص و عام به کار رفته است. در همین معانی، تعبیر عام مسؤولیت مدنی نیز مصطلح است که با مفهوم ضمان قهری قرابت بیشتری دارد.

بعضی از مصنفان، ضمان را به معنی مسؤولیت اعم از کیفری و مدنی دانسته اند.^{۲۰} این مطلب، دست کم در مورد مسؤولیت کیفری وقتی درست است که فعل مجرمانه به تلف یا ایجاد نقص و به طور کلی آسیب غیرمنجر شود، اعم از آنکه به مباشرت و یا تسبیب ارتکاب یابد. وگرنه ممکن است که کسی مسؤل کیفری قلمداد شود ولی ضامن نباشد. فرق است میان مسؤولیت کیفری و ضمان. در نظام کیفری اسلامی تصور اینکه کسی قهراً ضامن باشد بی آنکه خاطی شناخته شود محال نیست. ولی قبول اینکه کسی مسؤل کیفری به شمار آید بدون آنکه تخطی کرده باشد دور از ذهن است. به عبارت دیگر، تقصیر شرط مسؤولیت کیفری است لیکن شرط تحقق ضمان نیست.

علاوه بر آن، توانایی درک و داشتن اختیار مطلق به هنگام ارتکاب جرم از لوازم مسؤولیت کیفری است. از این رو، صغیر و مجنون در صورت ارتکاب جرم به دلیل ضعف قوه تمیز یا اختلال اراده، قابلیت اسناد تقصیر را فاقد و در نتیجه مبرا از مسؤولیت کیفری اند. در حالی که، جنایت آنان موجب ضمان است. آری، در مواردی از جمله در جنایات شبه عمد چنین می نماید که مسؤولیت کیفری جانی با ضمان وی یکی است. ولی این حکم باز هم در جنایات یا صدمات بدنی ناشی از رانندگی (و تخطی از هر نوع مقررات دیگر) که در حکم شبه عمداند صادق نیست. زیرا راننده خاطی علاوه بر اینکه ضامن دیه قتل یا صدمات غیر عمدی است به دلیل تفریط در رانندگی نیز مسؤل است. یعنی به واسطه بی احتیاطی یا عدم مهارت و یا عدم رعایت نظامات دولتی بازخواست خواهد شد. بنابراین مسؤولیت کیفری راننده خاطی نیز مبتنی بر تقصیر است. ولی، به یقین حکم ضمان

۲۰. دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، (بی نا)، (بی جا)، (بی تا)، ج ۲، واژه ضمان،

دایر مدار این تقصیر نیست.

تفاوت شاخص دیگری که بین این دو مفهوم مشهود است همانا آثار هر یک در تأمین مصلحت خاصّ فردی و یا اجتماعی است. در موارد ثبوت ضمان، آنچه بر عهده ضامن استقرار می یابد جبران زیان در حقّ مجنی علیه یا ورّاث او است. حال آنکه در صورت احراز مسؤلیت کیفری، التزام مجرم همانا تحمّل رنج و مشقت مالی یا بدنی و حتی تبعات آن به منظور تأمین مصالحی از جمله ردع و منع فاعل از تکرار و یا نهی دیگران از ارتکاب همان جرم است.

و اما در مورد ضمان عاقله مسأله پیچیده تر از آن است که در ظاهر می نماید. زیرا در میان فقهای شیعه در این باره که دیه ابتدا بر عهده خود جانی است، نهایت این تکلیف بر عاقله است که آن را بپردازد، یا این ضمان بر عاقله تعلق می گیرد و اصولاً جانی در این خصوص تعهدی ندارد اقوال مختلف است. برخی از آنان ضمان عاقله را حکم تکلیفی محض می دانند. بدین معنی که اگر عاقله از پرداخت دیه عاجز بود یا از ادای آن خودداری کرد، حقّی در ذمه او نیست و ضامن حقیقی خود جانی است. برخی دیگر عقیده دارند که ضمان عاقله فراتر از یک تکلیف محض است و ظاهر ادله شرعی حکایت از اشتغال ذمه عاقله می کند که این اشتغال ملازم با حکم وضعی است.^{۲۱}

با آنکه قانون مجازات اسلامی از قول دوم پیروی کرده است، ولی

۲۱. برای آشنایی بیشتر با اقوال فقهای متقدم و متأخر شیعه به بخش نظرخواهی از فقها پیرامون مسائل فقهی و حقوقی مجله رهنمون. شماره ۷ صص ۱۲۲-۱۲۳ مراجعه کنید. همچنین مقاله های زیر حاوی نکته های دقیق و خواندنی است:

- دکتر ابوالقاسم گرجی، مقاله پیشین، ص ۷۸

- آیه الله موسوی بجنوردی، دو نکته از حقوق کیفری، فصلنامه مطالعات حقوقی و قضایی (حق)،

دفتر یازدهم - دوازدهم، پاییز - زمستان ۶۶ ص ۹۵

- آیه الله سید محمدحسن مرعشی، استفتائات فقهی و حقوقی، حقوق، نشریه دانشکده علوم قضایی

و خدمات اداری، سال اول، شماره دوم، سال ۷۱، ص ۷۰

- آیه الله سید محمدحسن مرعشی، ضمان عاقله (مسؤلیت عاقله در پرداخت دیه) تقدی بر مواد

مربوط به ضمان عاقله در قانون مجازات اسلامی، رهنمون، شماره ۷، ص ۴۸.

هیچگاه از مقررات قانون مذکور استنباط نمی‌شود که این ضمان ظهور در مسؤلیت کیفری عاقله دارد. زیرا علاوه بر اینکه تقصیری از عاقله سرزنده است، معنی ندارد که فرضاً در صورت عجز از ایفای تعهد، امام (دولت) این مسؤلیت را تقبل کند. اگر اتهامی (حتی ناشی از فعل غیر) متوجه عاقله بود، لازم می‌آمد که مقامات قضایی او را تعقیب و اتهام را به او تفهیم و فرضاً از او تأمین اخذ یا علیه او کیفرخواست صادر می‌کردند. حال آنکه چون عاقله متهم نیست تفهیم اتهام به او یا اخذ تأمین از او یا صدور کیفرخواست علیه او بنابه اصول و مقررات آیین دادرسی کیفری مجوزی ندارد.^{۲۲} ثانیاً، دیه در بیان قانونگذار (خصوصاً مواد ۳۰۴ تا ۳۰۹ و ۳۱۱، ۳۱۲، ۳۱۳) به معنی خسارت یعنی مالی که به جبران ضرر به دیگری باید پرداخت شود آمده است و این تعهد به مفهوم مسؤلیت مدنی نزدیکتر است. فقط نکته‌ای که همچنان در پرده ابهام باقی مانده موضوع دفاع عاقله از خود به هنگام دادرسی است. زیرا اگر پذیرفته شود که عاقله متهم نیست حضور او در محکمه کیفری برای چیست؟ ظاهراً قانونگذار برای خروج از این تناقض، آیین دادرسی نوظهوری را در مقررات قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۷۰) ابداع کرده است که از هر نظر شگفت‌آور است. به موجب ماده ۳۱۴ قانون مذکور: «در موارد قتل خطایی محض دادگاه مکلف است در حین رسیدگی عاقله را دعوت کند تا از خود دفاع نماید ولی عدم دسترسی به عاقله یا عدم حضور آن پس از احضار موجب توقف رسیدگی نخواهد شد». بنابر اصول نظام دادرسی کیفری، دفاع (متهم) یعنی انکار دعوی مدعی (العموم) که برخلاف اصل^{۲۳} اقامه شده است. و چون هیچ دلیلی علی‌الاصول بر اتهام عاقله در محکمه ابراز نمی‌شود و از این جهت مدعی در مقام اثبات حقی به نفع جامعه و به ضرر عاقله نیست، دفاع به معنای ردّ اتهام و اثبات بی‌گناهی عاقله موضوعاً

۲۲. نظریات شماره ۷/۶۶۲۹-۷۰/۱۱/۱ و ۷/۱۳۱۵-۶۳/۳/۲۹ و ۷/۳۷۶-۶۴/۳/۲۰ اداره حقوقی

قوه قضائیه.

۲۳. اصل، براءت است و هیچ کس از نظر قانون مجرم شناخته نمی‌شود، مگر اینکه جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد (اصل سی و هشتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران).

منتفی است. از ظاهر ماده ۳۱۰ همین قانون^{۲۳} نیز چنین بر می آید که موضوع دفاع عاقله به هیچ وجه رفع تقصیر از خود نیست، بلکه اثبات عمدی یا شبه عمد بودن جنایت و نهایتاً دفع ضرر از خود است. به عبارت دیگر، برخلاف اصول عاقله باید بر این ادعای خود که جنایت دیگری عمد یا شبه عمد است دلیل بیاورد و در صورت فقد دلیل قسم یاد کند در حالی که علیه او هیچ ادعایی نیست و کسی که در این دعوا متهم اصلی است خود جانی است. بنابراین، طرف قرار دادن او در این دعوا و بردوش او نهادن تکلیفی که در اثبات سوء نیت یا خطای جانی بر عهده دادگاه است فاقد وجاهت قانونی است. آری، اگر عاقله به حفظ و نگهداری دیگری تکلیف داشت مانند والدین و سرپرستان قانونی نسبت به طفل و دیوانه، و بر اثر ترک این تکلیف طفل یا دیوانه مرتکب جرمی می گردید، پذیرفته می بود که عاقله مورد بازخواست قرار گیرد، البته به شرطی که تقصیر او در محکمه ثابت می شد.^{۲۴} ولی در جایی که عاقله قانوناً هیچ تکلیفی در قبال اعمال دیگری ندارد و معلوم نیست در روزگار ما از محکومیت او چه سودی عاید فرد^{۲۵} و جامعه می شود بازخواست کردن او بیهوده است. وانگهی، مسؤلیت کیفری همواره با التزام فرد به تبعیت از اوامر و نواهی قانونگذار توأم است. تا زمانی که قانونگذار نگوید عاقله به کدام فعل یا

۲۲. ماده ۳۱۰ - هرگاه اصل قتل یا شهادت شهود عادل ثابت شود و قاتل مدعی گردد که خطا انجام شده و عاقله منکر خطایی بودن آن باشد در صورتی که عاقله سوگند یاد کند قول عاقله مقدم بر قول جانی می باشد.

۲۵. مصداق این نوع مسؤلیت (ناشی از فعل غیر) را می توان در بند ۱۱ آئین نامه امور خلافی (اصلاحی ۱۳۲۲/۵/۲۲) بدین شرح یافت: «کسانی که مسؤل حفظ و مراقبت اطفال نابالغ می باشند و در ادای تکلیف خود اهمال نموده و بدین جهت اطفال به واسطه جنجال و هیاهو و به نحوی از انحاء موجب سلب آسایش و استراحت دیگران بشوند و یا مرتکب جرمی گردند و یا آنکه اعمالی از آنها سر بزنند که برای خودشان یا دیگران احتمال خطر یا صدمه بدنی یا مالی باشد».

۲۶. نویسنده ای در این باره استدلال عجیبی کرده است. می نویسد: «یکی از فلسفه های بیمه عاقله این است که وقتی اعضاء خانواده جرمه گناه متخلف را پرداختند، شرمنده آنها می گردد و سعی می کند که دیگر مرتکب خطایی نشود». (عبدالکریم بی آزار شیرازی، رساله نوین، ج ۴ - مسائل سیاسی و حقوقی، تهران، مؤسسه انجام کتاب، ۱۳۶۰، ص ۲۸۳).

ترک فعل ملتزم است محکومیت او اخلاقاً قبیح است. با این همه، گمان نمی‌رود که کسی جز تنی چند، معتقد باشد که محکومیت عاقله به پرداخت دیه از نوع کیفری است. با اینکه می‌دانیم این محکومیت هیچ‌گاه در سبج کیفری عاقله درج و به عنوان سابقه محسوب نخواهد شد. بنابراین، ثبوت دیه بر ذمه عاقله برعکس آنچه درباره شروط تحقق مسوولیت کیفری ناشی از فعل غیر گفته شد، از هیچ یک از قواعد ماهیتی و شکلی معمول در نظام کیفری تبعیت نمی‌کند. دیه نیز ماهیتاً به گونه‌ای است که اجرای بعضی دیگر از این قواعد نظیر تخفیف، تشدید، تعلیق، عفو و ... مجازات را ممتنع می‌سازد. به این دلیل بسیاریها درباره ماهیت کیفری دیه نیز تردید کرده‌اند.

ب- ماهیت دیه

با آنکه قانونگذار دیه را در شمار کیفرهای مقرر در قانون مجازات اسلامی (ماده ۱۲)^{۲۷} آورده، لیکن همواره از دیه به مال معینی که به سبب جنایت بر نفس یا عضو به مجنی علیه یا به ولی یا اولیاء او داده می‌شود یاد کرده است (مضمون ماده ۱۵ و ۲۹۲ همان قانون) بدین ترتیب، در تعبیر قانونگذار، صفاتی برای دیه منظور شده که ظاهراً خصیصه‌ای مدنی- کیفری به آن بخشیده است. از یک سو، تعیین مقدار دیه قبل از وقوع جنایت، برعکس تعیین میزان خسارت پس از وقوع ضرر مفید این معنی است که دیه همانند سایر کیفرها تابع اصل لزوم قانونی بودن مجازاتها است. بنابراین کیفری مالی است و از سوی دیگر، پرداخت دیه در حق مجنی علیه یا خویشاوندان او و نه در حق خزانه دولت مؤید مدنی بودن طبع آن است. رأی وحدت رویه قضایی (رأی شماره ۱-۲۳/۳/۶۲) که دیه را از مصادیق ضرر و زیان مدعی خصوصی و اخص از آن دانسته این جنبه از دیه را نیز تقویت می‌کند.

ولی قصد ما در این گفتار تعیین ماهیت دیه به طور کلی و پاسخ به

۲۷. به نظر ما لفظ «مجازاتها» به صیغه جمع در ماده ۱۲ قانون مجازات اسلامی در معنی وسیع کلمه قابل فهم است، یعنی ضمانتهای اجرایی کیفری یا همان sanctions که شامل دیه نیز خواهد شد.

این سؤال که آیا دیه نوعی عقوبت و کیفر مالی است یا خسارت بدنی و جانی به طور اخص نیست. شاید قول به اینکه دیه واجد هر دو خصیصه است به دلیل آثار سودمندی که هر یک در بردارد سزاوارتر باشد. بلکه به اختصار بیان این موضوع است که محکومیت عاقله هیچ گاه محکومیت به جزا نیست و بر فرض تعهد عاقله به پرداخت دیه هیچ هدف کیفری از این محکومیت تعقیب نمی شود. و این مختصر در اثبات این نظریه است که ضمان عاقله به طور کلی از موضوع مسؤلیت کیفری ناشی از فعل غیرخارج است.

به دلالت ماده ۳۱۱ قانون مجازات اسلامی که مقرر می دارد: «عاقله فقط عهده دار پرداخت خسارتهای حاصل از جنایتهای خطایی محض از قتل تا موضحه است و...» خسارت در این ماده به معنی چیزی است که برای جبران ضرر داده می شود و این چیز همان مال معینی است که در عوض جنایت بر نفس یا عضو قرار می گیرد. آنچه بدین ترتیب بدل در مقابل تلف دریافت می شود حق خالص مجنی علیه یا اولیاء دم به شمار می آید که می توانند نسبت به آن با جانی مصالحه کنند.

عوض معین و مقدری که بر عهده عاقله نهاده شده است به هیچ وجه به بزرگی و کوچکی خطای جانی بستگی ندارد، بلکه متناسب با زیان وارد شده است. حال آنکه اگر دیه را کیفر مالی قلمداد می کردیم حق بود مقدار آن برحسب میزان خطای جانی تعیین می شد.


کیفر نشانه سرزنش عمومی است و زمانی ابراز می شود که کسی فعل قبیح و ناروایی مرتکب شده و یا دست کم تکلیف به رعایت احتیاط و نظامات دولتی را ترک کرده باشد. فعل خطئی محض به گونه ای است که اغلب بدون قصد از کسی صادر شده و یا اگر اراده ای در ارتکاب آن باشد اتفاقاً سبب جنایت گردیده است. عقل نمی پذیرد که فاعل در این موارد سزاوار ملامت و مستحق کیفر باشد. ولی، از این جهت که ضرر مستند به فعل جانی است می توان جبران آن را مطالبه کرد.

اصولاً، مجازات مکافات عمل به شمار می آید و بیش و کم بی تأثیر از نتایج زیان بار آن تعیین می گردد. مجازات با هدف زجر و ردع فاعل

بیش از هر چیز بزهکار را نشانه می‌رود. ولی جبران خسارت به اصلاح کار متضرر می‌کوشد، بدون آنکه شخصیت فاعل یا زیان‌زننده در میان باشد. البته، وضع مالی عاقله در جنایات خطئی محض از این جهت که حق مجنی‌علیه یا اولیاء دم او بهتر تضمین شود به حساب آمده است؛ عاقله همواره باید موسر (توانگر) باشد و معسر جزء عاقله محسوب نمی‌شود (ماده ۳۰۸ ق.م.ا.). گاه نیز بیت‌المال به دلیل عدم تمکن عاقله دیه را متقبل می‌شود (ماده ۳۱۲ ق.م.ا.). ولی تعیین مقدار آن در دادرسی هیچ‌گاه به وضع روانی-اجتماعی و تأثیر آن بر رفتار محکوم‌علیه چنانکه در تعیین میزان مجازات اغلب معمول است بستگی ندارد. و این هم خود دلیل دیگری است که تکلیف عاقله صرفاً مالی است و دیه نیز (پرداختن) خسارت به شمار می‌آید.


از آنچه گذشت در پایان این گفتار نتیجه می‌گیریم که عاقله تنها عهده‌دار (ضامن) پرداخت دیه (خسارت) به عوض جنایت بر نفس یا عضو مجنی‌علیه است و هیچ مسؤلیتی (ضمان) در قبال نفس جنایت بر عهده ندارد. حال آنکه در بحث مسؤلیت کیفری ناشی از فعل غیر نشان دادیم که فاعل میانجی مسؤل جرایمی است که دیگری مرتکب شده است و این مسؤلیت بر تقصیر او مبتنی است. دیه‌ای که گفته می‌شود بر عهده عاقله است نوعی دین به شمار می‌رود که مبنای آن ورود ضرر به دیگری است. ولی در ایجاد این ضرر، عاقله هیچگونه مداخله‌ای ندارد و حتی نمی‌تواند برخلاف فاعل میانجی که تکلیف دارد از ورود آن (یا وقوع جرم) جلوگیری کند مانع ایجاد آن گردد. بنابراین، اگر مقصود از دین تعهدی باشد که به نفع کسی بر ذمه دیگری استقرار یافته است این تعهد ماهیتاً با آنچه مسؤلیت کیفری نامیده می‌شود بنا به دلایل مذکور متفاوت و بحث در این باره در ابواب مسؤلیت کیفری ناشی از فعل غیر نا به جا است.





دکتر ابراهیم بیگ زاده

بدیع بودن «معاهده منع
گسترش سلاحهای هسته ای»
در قلمرو حقوق بین الملل



مقدمه

از زمان تشکیل سازمان ملل متحد تلاشهایی برای محدود کردن سلاحهای هسته ای صورت گرفته که در قالب موافقتنامه های دو یا چند جانبه تبلور یافته اند. آنچه در این میان در خور توجه است ماهیت دوجانبه بعضی از این معاهدات است که بعداً با پیوستن بسیاری از دولتها به آنها بصورت توافق جمعی ظهور نموده اند.

هدف دولتهای ایالات متحد آمریکا و اتحاد جماهیر شوروی سابق در انعقاد این معاهدات و بخصوص معاهده ۱۹۶۸ منع گسترش سلاحهای هسته ای آن است که «باشگاه هسته ای» را از نفوذ دولتهای ثالث مصون نگاه دارند و مانع از آن شوند که اینان جواز ورود به آن را کسب کنند، تا اینکه سرانجام با ایجاد توازن در قدرت موجود هسته ای به زعم خود صلح و امنیت را بر پهنه گیتی مستولی گردانند.

این هدف که قبل از هر چیز منافع آنها را تأمین می کند، نه تنها فنون و روشهای شکلی مربوط به انعقاد معاهدات را متحول نموده، بلکه اصل اساسی حاکم بر تعهدات بین المللی یعنی برابری در حقوق را دگرگون نموده است.

برای درک و شناخت این تحولات ما ابتدا به بررسی قواعد شکلی حاکم بر انعقاد معاهده منع گسترش سلاحهای هسته‌ای در پرتو مقررات حقوق بین‌الملل خواهیم پرداخت، و سپس قواعد ماهوی آن را مورد مطالعه قرار خواهیم داد تا ببینیم که چگونه سیاست بر حقوق غلبه می‌کند و منافع سیاسی صاحبان قدرت هسته‌ای به ماهیت اصول کلی حاکم بر روابط قراردادی بین‌المللی اثر می‌گذارد، و بدین ترتیب معلوم می‌شود که مقررات بین‌المللی تا چه حد متغیری از ساختار نامتعادل جامعه بین‌المللی است.

بخش اول

تفاوت شکلی معاهده منع گسترش سلاحهای

هسته ای با سایر معاهدات بین المللی

تا قبل از انعقاد کنوانسیون ۱۹۶۹ وین در مورد حقوق معاهدات اصول حاکم بر انعقاد معاهدات بین المللی تابع قواعد عرفی بود. کنوانسیون ۱۹۶۹ وین در مورد حقوق معاهدات در واقع تدوین قسمت اعظم از این قواعد عرفی است. معاهده براساس یک تعریف عرفی توافقی بین المللی است که فیما بین دولتها منعقد شده و تابع قواعد حقوق بین الملل می باشد. در هنگام انعقاد معاهدات باید یک سری قواعد شکلی که قبلاً در حقوق بین الملل عرفی وجود داشتند و حال در حقوق بین الملل قراردادی (کنوانسیون ۱۹۶۹ وین) موجودند رعایت شوند. برخی از این قواعد شکلی باید قبل از انعقاد معاهدات رعایت گردند و پاره ای نیز اغلب در متن خود معاهده مراعات می شوند.

فصل اول

قواعد شکلی قبل از انعقاد معاهدات بین المللی

و معاهده منع گسترش سلاحهای هسته ای

۱- مذاکره: (Negociation)

می دانیم که برای انعقاد یک معاهده بین المللی روش متداول و معمول آن است که دولتها به گفتگو می پردازند. این مذاکرات پس از تبادل اعتبارنامه ها توسط مقامات ذیصلاح دولتها آغاز می شود. مذاکرات گاه براساس یک متن از پیش تهیه شده انجام می شود (مانند کنوانسیون ۱۹۶۱ وین در مورد روابط دیپلماتیک، کنوانسیون ۱۹۶۳ وین در مورد روابط کنسولی، معاهده ۱۹۶۹ وین در مورد حقوق معاهدات، معاهده

۱۹۷۸ وین در مورد جان‌شینی دولتها در معاهدات و غیره که مذاکرات براساس متون از پیش تهیه شده توسط کمیسیون حقوق بین الملل انجام شد) و گاهی نیز ممکن است که مذاکرات بدون وجود پیش نویسی آغاز شود و در جریان مذاکرات پیش نویس یا پیش نویسهایی تهیه شود (مانند سوّمین کنفرانس سازمان ملل متحد در مورد حقوق دریا که کار خود را بدون پیش نویسی آغاز نمود و سپس پیش نویسهای آن توسط کمیسیونهای متشکله از دولتهای شرکت کننده در خود کنفرانس تهیه شد که اساس مذاکرات قرار گرفتند). ولی در هر حال آنچه اهمیّت دارد این است که برای تهیه متن نهایی یک معاهده بین المللی باید مذاکراتی میان دولتها انجام شود؛ اما چنین روندی در مورد معاهده منع گسترش سلاحهای هسته‌ای مشاهده نمی شود. برای روشن شدن روند انعقاد این معاهده ابتدا به پیدایش فکر «منع گسترش سلاحهای هسته‌ای» خواهیم پرداخت و سپس روند انعقاد معاهده منع گسترش سلاحهای هسته‌ای مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱- پیدایش فکر «منع گسترش» سلاحهای هسته‌ای

اگرچه فکر منع انتشار سلاحهای هسته‌ای از ابتدای تشکیل سازمان ملل متحد وجود داشت ولی بطور دقیق این فکر توسط ایرلند در سازمان ملل متحد اشاعه یافت. ایرلند، پس از ردّ پیش نویس قطعنامه‌ای که در مورد منع گسترش سلاحهای هسته‌ای به اجلاس سیزدهم مجمع عمومی تقدیم نموده بود، تلاش فراوانی را آغاز کرد و در ۲۸ اکتبر ۱۹۵۹ پیش نویس دیگری را به اجلاس چهاردهم مجمع عمومی ارائه کرد. در این پیش نویس ایرلند ضمن جلب توجه مجمع عمومی به خطر گسترش سلاحهای هسته‌ای پیشنهاد کرد که کمیته خلع سلاح (۱۰ قدرت) طرق مناسب برای اجتناب از توسعه سلاحهای هسته‌ای را مطالعه نماید. ایرلند خود انعقاد یک موافقتنامه بین المللی را پیشنهاد کرد که بازرسی و نظارت بر این سلاحها در آن پیش بینی شود براساس این موافقتنامه قدرتهای تولیدکننده سلاحهای هسته‌ای نظارت بر سلاحهای خود را به یک کشور فاقد این

سلاحها نمی دهند و کشورهای فاقد سلاح نیز متعهد می شوند که این سلاحها را تهیه نکنند. این پیش نویس با حمایت آمریکا در ۲۰ نوامبر ۱۹۵۹ تحت عنوان قطعنامه ۱۳۸۰ مجمع عمومی به تصویب رسید.^۱

این قطعنامه مورد حمایت شوروری سابق قرار نگرفت و همین امر سبب شد که ایرلند تلاش مجددی را آغاز نماید تا متن قطعنامه ۱۳۸۰ اصلاح گردد. سرانجام متن دیگری از طرف آن کشور در ۴ دسامبر ۱۹۶۱ به شانزدهمین اجلاس مجمع عمومی ارائه شد و به اتفاق آرا تحت عنوان قطعنامه ۱۶۶۵ مجمع عمومی به تصویب رسید. در این قطعنامه تعهدات امضاکنندگان بسیار مشخص تر بیان شده بودند؛ بخصوص دولتهای فاقد سلاحهای هسته ای متعهد بودند که نه تنها اینگونه سلاحها را نسازند بلکه آنها را به شکل دیگری نیز کسب نکنند.

علیرغم این اتفاق آرا مسأله انتقال سلاحهای هسته ای در چارچوب یک اتحادیه همچنان از انعقاد یک موافقتنامه بین المللی جلوگیری به عمل می آورد.

کمیته خلع سلاح (۱۸ قدرت) از ۱۹۶۲ امکان رسیدن به یک توافق براساس قطعنامه ۱۶۶۵ را در دستور کار خود قرار داد، ولی مواضع متضاد قدرتهای هسته ای بخصوص در مورد اینکه آیا ایجاد یک قدرت هسته ای چندجانبه در چارچوب یک اتحادیه نظامی مانند ناتو منطبق با اصل عدم گسترش سلاحهای هسته ای هست یا نه، به عنوان مانع بزرگی نمایان گشت؛ ولذا قدرتهای هسته ای نتوانستند تصمیمی اتخاذ نمایند. رفته رفته این مسأله خودنمایی کرد که بدون نزدیک شدن مواضع و دیدگاه دو قدرت بزرگ هسته ای یعنی ایالات متحد آمریکا و اتحاد جماهیر شوروی سابق امکان انعقاد معاهده ای در مورد منع گسترش سلاحهای هسته ای وجود ندارد؛ و این امکان در واقع از زمانی آغاز شد که این قدرتها بر سر آن به توافق رسیدند.^۲

۱. قطعنامه ۱۳۸۰ با ۶۸ رأی موافق در مقابل ۱۲ رأی متنع به تصویب رسید.

۲. برای اطلاع بیشتر رجوع شود به:

M.F.FURET "Le désarmement nucléaire", Éd.A.Pedone, Paris, 1972, P. 113 et seq.

۲- روند انعقاد معاهده منع گسترش سلاحهای هسته‌ای

روند انعقاد معاهده منع گسترش سلاحهای هسته‌ای با ارائه پیشنهادی مستقیم دو قدرت بزرگ هسته‌ای از ۱۹۶۵ آغاز شد. مذاکره میان دو قدرت بزرگ هسته‌ای در این جهت جریان داشت که متون پیشنهادی طرفین به یکدیگر نزدیک شوند.

اولین متن توسط آمریکا در ۱۷ اوت ۱۹۶۵ به کمیته خلع سلاح عرضه شد در حالی که نخستین متن شوروی در سپتامبر ۱۹۶۵ یعنی در روز افتتاح بیستین اجلاس مجمع عمومی ارائه گردید.

هر دو پیش نویس حاوی مقرراتی در خصوص تعهدات قدرتهای هسته‌ای به عدم دادن سلاحهای هسته‌ای به دولتهای غیرهسته‌ای بود. از سوی دیگر قدرتهای غیرهسته‌ای متعهد می شدند که تقاضای دریافت مستقیم یا غیرمستقیم، کنترل و یا کاربرد سلاحهای هسته‌ای را نکنند. روسها چنین تقاضاهایی را حتی در چارچوب اتحادیه‌های نظامی نیز ممنوع نمودند. ولی علی‌رغم قطعنامه ۲۰۲۸ مجمع عمومی کمیته خلع سلاح (۱۸ قدرت) موفق نشد پیش نویسی ارائه نماید؛ ولی نماینده شوروی اعلام کرد که در شرایط فعلی رسیدن به یک متن واحد چندان سخت نمی نماید.

با این دید نماینده آمریکا پیش نویسی را در اوّل فوریه ۱۹۶۷ به شوروی ارائه نمود که بسیار نزدیک به پیش نویس این کشور بود. این متن حاوی تعهدات قدرتهای هسته‌ای و غیرهسته‌ای همانند پیش نویس قبلی بود. سرانجام دو قدرت بزرگ هسته‌ای در ۱۸ ژانویه ۱۹۶۸ پیش نویس مشترک یک معاهده را به کمیته خلع سلاح ژنو تسلیم کردند. این پیش نویس حاوی اصول جدیدی همچون تعهد متعاهدین به ادامه مذاکره برای رسیدن به یک خلع سلاح عمومی، دادن مواد و ادوات انفجاری هسته‌ای به بهای کم به کشورهای غیرهسته‌ای برای مصارف صلح جویانه، تبادل اطلاعات علمی و فنی در مورد انرژی هسته‌ای، ایجاد مناطق عاری از سلاحهای هسته‌ای و امکان ردّ اصلاحیه به معاهده توسط امضاکنندگان بود.

این سند مورد انتقاد شدید برخی از کشورها از جمله سوئد و

سخنگوی کشورهای غیرمتعهد قرار گرفت. در پی اعتراض این کشورها سه اصلاحیه به متن ارائه شده قبلی وارد شد؛ که هدفش قطع کامل هرگونه آزمایش هسته‌ای، تلاش بیشتر برای قطع مسابقه تسلیحات هسته‌ای و تشکیل یک کنفرانس ادواری برای تجدیدنظر بود. سرانجام در پی توافق دو قدرت هسته‌ای مجمع عمومی طی قطعنامه ۲۳۷۳ از دولت‌ها خواست که هرچه زودتر به امضاء و تصویب پیش نویس معاهده منع گسترش سلاحهای هسته‌ای مبادرت نمایند. در این شرایط بود که معاهده برای امضاء در اوّل ژوئیه ۱۹۶۸ باز شد. برای لازم الاجرا شدن معاهده تصویب سه دولت بزرگ هسته‌ای (شوروی، آمریکا، انگلستان)، که خود امین معاهده نیز می‌باشند، و همچنین ۴۰ کشور دیگر لازم بود. اما این کار حدود دو سال به طول انجامید. دو علت عمده را برای این تأخیر می‌توان ذکر کرد. یکی تردید دولت‌ها در پی حمله شوروی در ۱۹۶۸ به چکسلواکی بود، و دیگری عدم موافقت سنای آمریکا با تصویب معاهده تا پایان دوره ریاست جمهوری جرالدفورد و جانشین شدن نیکسون به جای او بود. این اجازه در ۱۳ مارس ۱۹۶۹ به نیکسون داده شد؛ اما او به شوروی پیشنهاد کرد که تصویب معاهده باید هم زمان توسط دو کشور انجام شود که این پیشنهاد مورد قبول روسها قرار گرفت و هر دو دولت در ۱۴ نوامبر ۱۹۶۹ معاهده را تصویب نمودند، این معاهده پس از تکمیل شدن اسناد تصویبش از ۵ مارس ۱۹۷۰ لازم الاجرا شده و تا حال حاضر (دسامبر ۱۹۹۴) حدود ۱۶۵ کشور به آن پیوسته‌اند. اما دو قدرت هسته‌ای دیگر یعنی فرانسه و چین از پیوستن به آن امتناع نمودند ولی در عین حال تمایل خود به عدم انتقال سلاحهای هسته‌ای یا اطلاعات هسته‌ای در قلمرو کاربرد نظامی را به دولت‌های غیرهسته‌ای اعلام نمودند. آنچه می‌توان از روند انعقاد این معاهده استنباط نمود آن است که این معاهده در واقع در پی ایجاد برتری یک گروه معدود از دولت‌ها یعنی دولت‌های هسته‌ای بر اکثر دولت‌های جهان است. همانطور که نماینده چین می‌گویند این معاهده یک عذر و بهانه‌ای

۳. قطعنامه ۲۳۷۳ با ۹۶ رأی موافق، ۴ رأی مخالف و ۲۱ رأی ممتنع به تصویب رسید.

۴. فرانسه در سال ۱۹۹۲ به معاهده منع گسترش سلاحهای هسته‌ای ملحق شد.

است که توسط شوروری و آمریکا خلق شده برای اینکه انحصار سلاح اتمی را برای خود حفظ نمایند.^۵

در واقع عدم تشکیل یک کنفرانس دیپلماتیک برای مذاکره در مورد انعقاد معاهده منع گسترش سلاحهای هسته ای را می توان در این امر جستجو کرد که قدرتهای هسته ای خواستار امحاء کامل این سلاحها و حتی جلوگیری از گسترش عمودی آنها نبوده بلکه فقط عدم گسترش افقی آنها مد نظرشان بوده است. اگر کنفرانس دیپلماتیکی تشکیل می گردید که همه دولتها در آن شرکت می کردند شاید به این سهولت نمی توانستند معاهده تبعیض آمیزی را که، ابعاد مختلف آن در این مقاله مورد مطالعه قرار می گیرند، منعقد نمایند.

فصل دوم

قواعد شکلی بعد از انعقاد معاهدات بین المللی و معاهده منع گسترش سلاحهای هسته ای

I- عدم تعریف سلاح هسته ای

واضح است که هر توافق بین المللی در مورد موضوع یا موضوعهای مشخصی منعقد می شود. همانطور که از مفاد معاهده منع گسترش سلاحهای هسته ای بر می آید این سند در خصوص عدم اشاعه سلاحهای هسته ای به دولتهای غیرهسته ای می باشد و همانطور که بند ۳ ماده ۹ معاهده اشعار می دارد دولتهای هسته ای به دولتهایی اطلاق می شود که تا پیش از ژانویه ۱۹۶۷ سلاح هسته ای یا دیگر ادوات هسته ای ساخته و منفجر نموده باشند. با توجه به این ماده در واقع فقط پنج عضو دائم شورای امنیت مشمول این تعریف شده و دولت هسته ای محسوب می شوند. تلاش معاهده ۵. باید خاطر نشان کرد که مواضع چین در خلال کنفرانس مقدماتی ۱۹۹۴ برای تعیین دستور جلسه کنفرانس بازنگری و تمدید یا عدم تمدید معاهده منع گسترش سلاحهای هسته ای، که در ماه مارس ۱۹۹۵ در ژنو برگزار شد، بسیار تعدیل گردید.

منع گسترش سلاحهای هسته ای نیز در واقع تثبیت وضعیّت موجود (Statu quo) میان این دولتهاست. اما هیچ تعریفی از سلاح هسته ای ارائه نمی نماید. اگرچه در هنگام ارائه پیش نویسها ایالات متحد آمریکا تعریفی از سلاح هسته ای در پیش نویس ۱۹۶۶ خود ارائه نموده بود ولی سرانجام معاهده منع گسترش سلاحهای هسته ای تعریفی از این سلاحها بدست نمی دهد. بدیهی است که این امر خود نقص بسیار مهمی برای این معاهده بحساب می آید. چونکه لازمه تعیین تعهدات عمده دولتها، که در مواد ۱ و ۲ معاهده پیش بینی شده اند، ارائه یک تعریف دقیق از سلاح هسته ای است. برای مثال آیا سلاحهای هسته ای شامل بردارهای آنها نیز می گردد یا نه؟

البته اسنادی درخصوص این سلاحها وجود دارد که تعریفی از آنها ارائه می کنند. مهمترین این اسناد معاهده منع استقرار سلاحهای هسته ای در آمریکای لاتین (TLATELOLCO) مصوّب ۱۴ فوریه ۱۹۶۷ است. ماده ۵ این معاهده اشعار می دارد:

«سلاحهای هسته ای به ادواتی اطلاق می شوند که قادرند انرژی هسته ای را بطور غیرقابل کنترلی آزاد نمایند و مجموعه ویژگیهای آنها منتهی به کاربردشان در جهت اهداف نظامی می گردد. وسایلی که برای حمل و نقل و یا برای تولید این گونه ادوات مورد استفاده قرار می گیرند مشمول این تعریف نمی شوند مگر آنکه از آن ادوات جدا نشده و جزو لاینفک آنها محسوب گردند».

دولت آلمان فدرال نیز در یادداشت سیاسی خود به مناسبت الحاقش به معاهده منع گسترش سلاحهای هسته ای تعریفی از عبارت دیگر «ادوات هسته ای انفجاری» ارائه می نماید:

«با توجه به سطح پیشرفت فعلی علمی و فنی، ادوات انفجاری به ادواتی اطلاق می شود که قادرند در چند میکروثانیه و بطور غیرقابل کنترل مقدار زیادی انرژی هسته ای توأم با امواج شوک آور آزاد نمایند،

یعنی ادواتی که می‌توانند همانند سلاحهای هسته‌ای بکار برده شوند.^۶ از مجموعه تعاریف ارائه شده به نظر می‌رسد که بتوان «سلاح هسته‌ای» را فقط به بمبها و کلاهکهای هسته‌ای اطلاق نمود. تعریف آلمان فدرال از «سایر ادوات هسته‌ای انفجاری» خالی از اشکال نیست، چونکه به نظر می‌رسد بتوان آن را به هر گونه انفجار هسته‌ای از جمله انفجارهای هسته‌ای برای مقاصد صلح جویانه تسری داد. همین امر سبب شد که برخی از دولتهای جهان سوم به آن اعتراض کرده و خواستار حذف آن شوند. برای مثال نماینده برزیل اعلام کرد که هرگز دولت متبوعش معاهدای را که مانع تحویل ادوات هسته‌ای برای مقاصد صلح جویانه باشد امضاء نمی‌کند.

سرانجام آمریکا و شوروی پیشنهاد چنین تغییری را رد نمودند و اعلام داشتند که چنین تغییری شکاف خطرناکی را در معاهده سبب می‌شود زیرا تعیین ماهیت انفجارهای با مقاصد صلح جویانه از انفجارهای با اهداف نظامی سبب می‌شود که یک دسته از آنها سبب استتار کردن دسته دیگر گردد.

لذا ملاحظه می‌شود که عدم ارائه یک تعریف دقیق از سلاحهای هسته‌ای سبب می‌گردد که دولتهای غیرهسته‌ای برای رفع ابهام خود تابع نظر یا تفسیر قدرتهای بزرگ هسته‌ای شوند.

II- حق شرط یا حق تحفظ (Reservation)

یکی از وجوه افتراق میان معاهده منع گسترش سلاحهای هسته‌ای با دیگر معاهدات معمول در حقوق بین الملل عدم پیش بینی حق شرط در آن است.^۷ علت مهم منظور نمودن حق شرط در معاهدات بین المللی چندجانبه آن است که دولتهای بیشتری به آنها پیوسته دامنه اجرای آن توسعه یابد.

۶. برای اطلاع بیشتر رجوع شود به:

M.F. FURET, op. cit, P. 131.

۷. مراد از حق شرط آن است که یک دولت بتواند با محدود کردن قلمرو اجرایی یک معاهده بین المللی چندجانبه به آن بپیوندد.

اما چنین حقی همانگونه که ذکر شد در معاهده منع گسترش سلاحهای هسته‌ای پیش بینی نشده است. شاید بتوان گفت که این معاهده در واقع یک معاهده دوجانبه، حداقل از نظر دو قدرت بزرگ هسته‌ای، می باشد. یعنی توافقی است که میان شوروی سابق از یک طرف و کشورهای آمریکا و انگلستان از سوی دیگر به عمل آمده است؛ البته در این مورد باید توجه داشت که بعد از امضای منشور آتلانتیک در ۱۹۴۱ کشورهای آمریکا و انگلستان در مهمترین مسائل بین المللی از سیاست واحدی پیروی نموده اند. لذا به نظر می رسد که معاهده منع گسترش سلاحهای هسته‌ای، اگرچه توسط سه دولت آمریکا و انگلستان و شوروی در ابتدا امضاء شده است، ولی در اصل توافق دوجانبه‌ای بیش نباشد و با توجه به اینکه حق شرط در معاهدات دوجانبه امکان پذیر نیست بدین لحاظ اصلاً چنین مسأله‌ای برای آنها مطرح نبوده یا شاید نخواسته اند مطرح باشد.

حتی در این معاهده امکان صدور اعلامیه تفسیری نیز برای دولتها پیش بینی نشده است. در این خصوص باید توضیح داد که گاهی معاهدات بین المللی حق شرط را بطور کلی نپذیرفته و یا آن را بطور محدود و در موارد خاصی پذیرفته و اجازه می دهند؛ ولی در عوض حق صدور اعلامیه تفسیری را برای دولتها قائل می باشند؛ برای مثال معاهده ۱۰ دسامبر ۱۹۸۲ حقوق دریاهای می توان نام برد. این معاهده در ماده ۳۰۹ خود ضمن عدم قبول حق شرط در کلیه موارد مندرج در معاهده در ماده ۳۱۰ خود برای دولتها این حق را قائل شده است که در هنگام امضاء، تصویب و یا الحاق به معاهده ۱۹۸۲ اعلامیه تفسیری صادر نمایند.

اگرچه از نظر حقوقی اعلامیه تفسیری اعتباری کمتر از حق شرط دارد ولی به هر حال به دولتها اجازه می دهد تا مواضع خود را نسبت به مفاد یک معاهده اعلام نمایند.

علیرغم عدم پیش بینی چنین حقوقی (حق شرط، حق صدور اعلامیه تفسیری) برای دولتها در معاهده منع گسترش سلاحهای هسته‌ای، به نظر می رسد که دو قدرت بزرگ هسته‌ای جهان از پیوستن سایر دولتها به آن چندان نگران نبوده باشند. حداقل این عدم نگرانی در مورد اکثر

کشورهای اقمار آنها وجود نداشت و نتیجه آن است که در حال حاضر حدود ۱۶۵ کشور جهان به معاهده منع گسترش سلاحهای هسته ای پیوسته اند. برخی از دولتها هم که به دلایلی به آن پیوسته اند اعلام نموده اند که مفاد معاهده منع گسترش را در عمل اجرا خواهند کرد.

III حق تفسیر (interpretation)

با توجه به اهمیت تفسیر اغلب این حق در معاهدات بین المللی برای متعاهدین شناخته می شود. یکی از دلایل قبول چنین حقی آن است که معمولاً معاهدات بین المللی به چند زبان تدوین می شوند و این چند زبانی بودن خود یکی از مواردی است که سبب تفاسیر مختلف می شود. اتفاقاً این چند زبانی بودن متن در معاهده منع گسترش سلاحهای هسته ای نیز مد نظر قرار گرفته است. ماده ۱۱ معاهده اشعار می دارد: «این معاهده که متن انگلیسی، روسی، فرانسوی، اسپانیولی و چینی آن از اعتبار واحد برخوردار می باشد در بایگانی دولتهای امین ضبط و نگهداری خواهد شد». جالب است که در میان دولتها هسته ای رسمی براساس معاهده یعنی آمریکا، شوروی، فرانسه، انگلستان و چین هیچ دولت اسپانیولی زبان وجود ندارد. لذا به نظر می رسد که دو قدرت بزرگ هسته ای اصلاً معتقد به وجود چنین حقی برای سایر دولتها نبوده باشند.

شاید این سوال مطرح شود که معاهده از چنان صراحت و روشنی برخوردار است که نیاز به تفسیر ندارد؛ در حالی که چنین نیست و حتی برای خود قدرتهای هسته ای مسائل کاملاً روشن و خالی از ابهام نمی باشند. مذاکرات سنای آمریکا در هنگام تصویب این معاهده نشان می دهد که برای خود این دولتها نیز نکات مبهمی وجود دارد که نیاز به تفسیر داشته اند؛ از جمله مذاکرات آنها در مورد مفهوم سلاح هسته ای جالب می نماید که بالاخره اعلام می دارند که ناوهای پرتاب کننده موشک و همچنین زیردریایهای با سوخت هسته ای، سلاح هسته ای محسوب نمی شوند. دو قدرت بزرگ هسته ای با عدم پیش بینی حق تفسیر و به تبع آن عدم پیش بینی مرجع یا مراجعی جهت حل اختلافات ناشی از تفاسیر

متفاوت نشان داده اند که نمی‌خواهند چنین امکانی را برای دولتهای دیگر بوجود آورند، بلکه خواستار آنند که دولتهای دیگر از تفاسیر احتمالی آنها پیروی نمایند.

IV نحوه نظارت بر اجرای معاهده منع گسترش سلاحهای هسته‌ای

در معاهدات بین‌المللی معمولاً اجرای تعهدات بر عمده خود دولتهاست و اگر اختلافی فیما بین متعاهدین بروز کند طریق یا طرقی برای حل و فصل پیش‌بینی می‌شود. ولی معاهده منع گسترش سلاحهای هسته‌ای نظارت بر اجرای معاهده را، لااقل در آن قسمت که به تعهدات دولتهای غیرهسته‌ای مربوط می‌شود، به یکی از مؤسسات بین‌المللی یعنی آژانس بین‌المللی انرژی اتمی واگذار کرده است، که این خود یکی از نوآوریهای این معاهده و در عین حال عملی غیرعادی در حقوق بین‌الملل معاهدات محسوب می‌شود. چون که دولتهای حاکم به هر حال پذیرفته‌اند که تأسیسات حساس موجود در سرزمین خود را تحت نظارت اتباع بیگانه یعنی بازرسان آژانس بین‌المللی انرژی اتمی قرار دهند. ریشه پذیرش فکر نظارت آژانس بین‌المللی انرژی اتمی توسط دو قدرت بزرگ متفاوت است.

آمریکا، در پی شکست «سیاست سری»^۱ خود در مورد مواد و تکنولوژی هسته‌ای تصمیم گرفت از سیاست توسعه کنترل شده کاربرد مسالمت‌آمیز انرژی هسته‌ای تبعیت نماید. به همین جهت آیزنهاور در ۱۹۵۳ نطقی در سازمان ملل متحد تحت عنوان «اتم در خدمت صلح» ایراد نمود که منجر به انعقاد تعداد زیادی معاهدات دوجانبه گردید. افزایش این موافقتنامه‌ها مسأله نظارت بر کاربرد مسالمت‌آمیز انرژی هسته‌ای را مطرح نمود. این نظارت در ابتدا توسط بازرسان

۱. این سیاست در واقع اعمال موانع تجاری بطور کامل بر روی مواد و تکنولوژی هسته‌ای بود که در قانون

مک‌ماهون در ۱۹۴۶ پیش‌بینی شده بود. رجوع شود به:

Atomic Energy Act of 1946. c.724.60 stat. 755 (1946) in Simon COURTEIX "Le contrôle de la prolifération des armes nucléaires" MCGILL law Journal, vol 28, 1983, p. 595.

آمریکایی انجام می شد ولی آمریکاییان سعی کردند به دو دلیل انجام این عمل را به یک گروه از بازرسان بین المللی واگذار کنند. دلیل اول اجتناب از تحمل یک جانبه مخارج بازرسیها بود، و دلیل دیگر آرام نمودن کشورهای بود که به نظارت بازرسان آمریکایی به علت دخالت در قلمرو حاکمیت ملی خود اعتراض داشتند. بدین ترتیب رفته رفته آژانس بین المللی انرژی اتمی در سطح جهانی و آژانس اروپایی انرژی اتمی (اوراتوم) در کشورهای عضو جامعه اروپایی انرژی اتمی کار خود را آغاز نمودند.

شوروی سابق نیز تا سال ۱۹۶۳ با این روش نظارت مخالفت می کرد و مدعی بود که جهان سوم گرفتار استعمار نشده است. همین امر عملاً نظارت آژانس بین المللی انرژی اتمی را با مشکلات زیادی روبه رو کرده بود. ناگهان در پی حل بحران کوبا در ۱۹۶۳ شرایط دگرگون گشت و شوروی اعلام کرد که موافق ایجاد یک سیستم نظارت بین المللی است. این کشور با آنکه در پیش نویس ۱۹۶۵ خود مقرراتی در مورد نظارت پیش بینی نکرده بود ولی بزودی نظارت آژانس بین المللی انرژی اتمی را پذیرفت. روسها با قبول نظارت آژانس در واقع در پی آن بودند که بتوانند بر فعالیتهای هسته ای صلح جویانه آلمان نظارت نمایند. سرانجام معاهده منع گسترش سلاحهای هسته ای نظارت آژانس بین المللی انرژی اتمی را پذیرفت.

طبق ماده ۳ بند یک این معاهده نظارت آژانس شامل کلیه فعالیتهای هسته ای صلح جویانه دولتهای غیرهسته ای عضو معاهده منع گسترش می گردد. هدف از این نظارت جلوگیری از انحراف انرژی هسته ای از مصارف صلح جویانه به سوی مصارف نظامی یعنی تولید سلاحهای هسته ای و یا سایر ادوات انفجاری هسته ای می باشد. این نظارت بر کلیه مواد خام و مواد قابل شکاف مخصوص اعمال می شود خواه این مواد و فرآورده ها در داخل تأسیسات هسته ای اصلی تولید یا عمل آوری شده و یا بکار برده شده باشند، خواه در خارج از این قبیل تأسیسات قرار داشته باشند. همچنین نظارت آژانس در مورد کلیه مواد خام یا مواد قابل شکاف

مخصوص در همهٔ فعالیت‌های هسته‌ای صلح جویانه در سرزمین یا قلمرو تحت صلاحیت یا شرکت تحت کنترل چنین دولتی اعمال می‌شود.

همانطور که ملاحظه می‌شود این نظارت فقط شامل فعالیت‌های دولتهای غیرهسته‌ای می‌شود و دولتهای هسته‌ای از این نظارت مبری می‌باشند. که این مسأله مورد اعتراض دولتهای غیرهسته‌ای قرار گرفته و علیرغم ارائه پیشنهاداتی در این خصوص دو قدرت بزرگ هسته‌ای با آنها مخالفت کرده و سرانجام مورد قبول قرار نگرفتند.

برطبق مادهٔ ۳ بند ۴ نظارت آژانس بر فعالیت‌های دولتهای غیرهسته‌ای از طریق موافقتنامه‌هایی است که میان این دولتها و آژانس منعقد می‌شود. در این حال سؤالاتی مطرح می‌شود از جمله اینکه:

۱. آیا چنین موافقتنامه‌هایی با موافقتنامه‌هایی که خود آژانس برطبق اساسنامه اش منعقد می‌کند متفاوت است یا نه؟
۲. آیا نظارت آژانس در چارچوب این موافقتنامه‌ها کافی برای جلوگیری از گسترش سلاحهای هسته‌ای است یا نه؟

۱- آیا موافقتنامه‌های منعقد شده در چارچوب معاهده منع گسترش سلاحهای هسته‌ای با آژانس بین‌المللی انرژی اتمی با موافقتنامه‌های منعقد شده برطبق اساسنامه آن سازمان متفاوت است؟

در پاسخ به این سؤال باید گفت که موافقتنامه‌هایی که آژانس برطبق اساسنامه اش منعقد می‌نماید فقط شامل اجرای تضمیناتی است که این سازمان در مورد پروژه‌های مشخصی که خود با کمکهایش در آنها مشارکت نموده است می‌گردد. در حالی که معاهده منع گسترش سلاحهای هسته‌ای اجرای تضمینات «اجباری» و بسیار گسترده‌ای را در تمامی سرزمین دولتهای متعاقد پیش بینی می‌نماید.

بنابراین تضمینات مبتنی بر اساسنامه آژانس بطور خود به خود اجرا نمی‌شوند و در عین حال حقوق و تکالیف آژانس و دولتها در

موافقتنامه‌های تضمینات فردی مشخص شده است.^۹ آژانس در این موافقتنامه‌ها فقط اصول و آیین‌هایی که باید در هنگام اجرای تضمینات رعایت گردند شرح می‌دهد.

در حالی که در موافقتنامه‌های نظارتی منعقد در چارچوب معاهده منع گسترش سلاحهای هسته‌ای قواعد نظارت دقیق‌تر ذکر می‌شوند. برای مثال در مدرکی تحت عنوان ساختار و محتوای موافقتنامه‌هایی که باید میان آژانس و دولتها در چارچوب معاهده منع گسترش سلاحهای هسته‌ای منعقد گردد آمده است: «دولتهای طرف موافقتنامه نظارت آژانس را در مورد کلیه مواد خام یا مواد قابل شکاف که در سرزمینشان یافت می‌شوند می‌پذیرند و این برای آن است که این مواد و فرآورده‌ها به طرف سلاحهای هسته‌ای یا دیگر ادوات انفجاری هسته‌ای منحرف نشوند».^{۱۰}

معاهده منع گسترش سلاحهای هسته‌ای تعهدی که بر دولتها بار می‌کند عبارت از خودداری از ساخت سلاحهای هسته‌ای و منحرف نکردن مواد هسته‌ای از کاربردهای صلح‌جویانه به سوی اهداف نظامی است. این تعهد بنیادین از تعهدی که آژانس به دولتهای عضو خود و توسط اساسنامه‌اش تحمیل می‌کند متفاوت است. طبق اساسنامه آژانس دولتهای عضو نباید از مواد و تجهیزات دریافتی از آژانس برای اهداف نظامی استفاده نمایند.

معاهده منع گسترش سلاحهای هسته‌ای ساخت هرگونه سلاح و

۹. در این مورد می‌توان موافقتنامه‌ها را به سه دسته تقسیم کرد:

- موافقتنامه‌هایی که مربوط به دادن مواد، خدمات، لوازم و تجهیزات از آژانس به دولتهای عضو می‌باشند.

- موافقتنامه‌هایی که در آنها دولتها بطور یکجانبه نظارت آژانس را می‌پذیرند.

- موافقتنامه‌های سه‌جانبه که میان آژانس و دو دولت منعقد می‌شوند؛ که یکی از دولتها دهنده

و دولت دیگر گیرنده مواد و تجهیزات هسته‌ای می‌باشد و آژانس نظارت می‌نماید. برای اطلاعات بیشتر

رجوع شود به:

Angelo MIATELLO "L'arme nucléaire en droit international" Éd. peter LANG, Berne, 1987.
P. 359 et seq.

۱۰. رجوع شود به:

ادوات انفجاری هسته ای را توسط دولتهای غیرهسته ای ممنوع نموده است در حالی که اساسنامه آژانس هرگونه بهره برداری از مواد و تجهیزات را برای اهداف نظامی ممنوع می کند. بنابراین ممنوعیتهای مندرج در اساسنامه آژانس شامل ساخت ادوات هسته ای برای مقاصد صلح جویانه نمی شود؛ به علاوه معاهده منع گسترش سلاحهای هسته ای برخی از مصارف مواد هسته ای برای مقاصد نظامی به جز ساخت ادوات انفجاری را ممنوع نکرده است (برای مثال ساخت سوخت هسته ای برای زیردریاییها)، در حالی که چنین مصارفی بطور صریح در سیستم تضمینات آژانس بر مبنای اساسنامه اش ممنوع است (البته این ممنوعیت فقط شامل مواد و تجهیزات دریافتی از خود آژانس می شود).

باید گفت برخی دولتهای هسته ای نظارت آژانس را در چارچوب اساسنامه آن پذیرفته اند؛ برای مثال انگلستان و آمریکا با انعقاد موافقتنامه هایی با آژانس به آن سازمان اجازه داده اند که نظارت خود را بر فعالیتهای هسته ای این کشورها اعمال نماید بجز فعالیتهایی که بطور مستقیم با امنیت ملی آنها مرتبط می باشند.

فرانسه نیز در ۱۹۸۱ موافقتنامه هایی با آژانس بین المللی انرژی اتمی و اوراتوم منعقد نموده است.

شوروی نیز در ۱۹۸۵ سیستم تضمینات آژانس بین المللی انرژی اتمی را بر طبق اساسنامه آن سازمان در مورد برخی از تأسیسات هسته ای خود پذیرفته است.

چنین نیز در کنفرانس دوم تجدید نظر در ۱۹۸۵ اعلام داشت که بخشی از تأسیسات هسته ای غیر نظامی خود را تحت سیستم تضمینات آژانس قرار داده است.

در حال حاضر سیستم تضمینات آژانس بر طبق اساسنامه آن سازمان در مورد دولتهای غیرعضو معاهده منع گسترش سلاحهای هسته ای و غیرعضو

معاهده منع استقرار سلاحهای هسته‌ای در آمریکای لاتین اعمال می‌گردد.^{۱۱}

۲- آیا نظارت آژانس بین‌المللی انرژی اتمی در چارچوب موافقتنامه‌های

نظارت کافی برای جلوگیری از گسترش سلاحهای هسته‌ای است؟

در این مورد که آیا نظارت آژانس براساس موافقتنامه‌های منعقد شده در چارچوب معاهده منع گسترش سلاحهای هسته‌ای برای عدم انحراف مواد و تجهیزات هسته‌ای از کاربرد صلح‌جویانه به سوی استفاده نظامی کفایت می‌کند یا نه؟ باید گفت که سیستم تضمینات آژانس دارای یک ویژگی خاصی است و آن اینکه دولت‌ها باید اغلب فعالیت‌های هسته‌ای خود را منطبق بر تضمینات آژانس نمایند و آژانس فقط نتیجه را بررسی و اظهار نظر می‌نماید. هدف از سیستم تضمینات آژانس آشکارسازی سریع انحراف مقدار قابل توجهی^{۱۲} از مواد هسته‌ای از فعالیت‌های صلح‌جویانه به سوی ساخت بمبهای هسته‌ای یا دیگر ادوات انفجاری هسته‌ای و یا بطرف اهداف نامعلوم و همچنین بازداشتن دولت‌ها از اقدام به انحراف این مواد با ایجاد خطر کشف سریع این اقدامات از سوی آژانس می‌باشد.

بنابراین کار آژانس جمع‌آوری برخی از داده‌ها و بررسی پسمانهای حاصل از کاربرد مواد هسته‌ای می‌باشد که بدین ترتیب می‌تواند میزان کم شدن آن را کشف کند. البته این کمبود مواد گاه تصادفی است یا گاه ناشی از انحراف مواد هسته‌ای می‌باشد. در عمل نظارت حتی در آژانس کافی به نظر نمی‌رسد، زیرا از یک سو می‌تواند توأم با اشتباه باشد و طبق گزارش کارشناسان آمریکایی در ۱۹۸۳ هیچ امکان فنی دقیقی وجود ندارد. این کشورها عبارتند از آفریقای جنوبی، آرژانتین، اسپانیا، اسرائیل، برزیل، پاکستان، شیلی، کوبا و هند. لازم به یادآوری است که آفریقای جنوبی در سال ۱۹۹۱ به معاهده منع گسترش سلاحهای هسته‌ای پیوست.

۱۳. باید متذکر شد که عبارت «مقدار قابل توجه» خالی از ابهام نیست. بازرسان آژانس بین‌المللی انرژی اتمی در بازرسی که اخیراً از مراکز اتمی عراق نمودند موفق شدند فقط ۳ گرم بلی‌تونیم ۲۳۹ که در ساخت بمب اتمی بکار می‌رود کشف نمایند و به همین دلیل کلیه تأسیسات این کشور را از میان بردند در حالی که طبق نظر متخصصان برای ساخت یک بمب اتمی به چندین کیلوگرم از این ماده نیاز هست.

ندارد که مانع کاملی در مقابل انحراف فعالیت‌های صلح‌جویانه هسته‌ای به سوی فعالیت‌های غیرصلح‌جویانه شود. از طرف دیگر نظارت آژانس می‌تواند برای کارخانه‌های بازیافت مواد هسته‌ای و برخی کارخانه‌های جداسازی ایزوتوپها مشکل آفرین باشد.

از لحاظ نهادین و سیاسی نیز نظارت پیش‌بینی شده در معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای منجر به ایجاد یک وضعیت تبعیض‌آمیز می‌گردد و آن وجود نظارت آژانس در مورد فعالیت‌های هسته‌ای دولتهای عضو معاهده و عدم وجود چنین نظارتی برای دولتهای غیرعضو معاهده می‌باشد. معاهده منع گسترش یک سیستم نسبتاً سخت و الزام‌آوری را به دولتهای عضو تحمیل می‌کند، چونکه مجبورند تمامی تأسیسات و فعالیت‌های هسته‌ای صلح‌جویانه خود را تحت نظارت آژانس قرار دهند؛ در حالی که از دولتهای غیرعضو نمی‌خواهد که در صورت دریافت مواد هسته‌ای از یک کشور عضو تحت نظارت سیستم تضمینات آژانس درآیند. کشورهای غیرعضو فقط تحت نظارت آژانس آنهم براساس موافقتنامه‌های منعده برطبق اساسنامه آژانس درخواست دهند و نه طبق موافقتنامه‌های منعده با آژانس در چارچوب معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای؛ و همانطور که گفته شد این نظارت فقط در مورد مواد و تأسیسات هسته‌ای دریافتی از خود آژانس اعمال می‌شود و در مورد مواد و تأسیسات هسته‌ای موجود در آن کشور اعمال نمی‌گردد.

علیرغم مفید بودن نظارت آژانس، که در بسیاری از موارد سبب جلوگیری از گسترش افقی سلاح‌های هسته‌ای شده است، که نمونه اخیر آن مورد عراق می‌باشد، معهداً این نظارت نمی‌تواند مانعی کامل در مقابل دولتی باشد که تصمیم سیاسی خود را بردارند سلاح هسته‌ای اخذ نموده است. علیرغم تذکراتی که در مورد خلأهای موجود در سیستم نظارتی آژانس در خلال کنفرانس بازنگری ۱۹۷۵ داده شد ولی منجر به تجدیدنظر در آن نشد و همین خلأها سبب شد که برخی از دولتها بخصوص دولتهای غیرعضو معاهده بتوانند به سلاح اتمی دست یابند. براساس اطلاعات موجود اسرائیل در حال حاضر حدود ۲۰۰ بمب هسته‌ای دارد.

۷- اصلاحیه (Amendment)

در معاهدات بین‌المللی اغلب روشی برای اصلاحشان پیش بینی می‌شود. این امکان در ماده ۸ معاهده منع گسترش سلاحهای هسته‌ای نیز پیش بینی شده است و آنچه نو می‌نماید آن است که پس از موافقت حداقل $\frac{1}{3}$ از دولتهای عضو معاهده با پیشنهادات اصلاحی و تشکیل کنفرانسی به این منظور، اصلاحات پیشنهادی باید به تصویب اکثریت آرای کلیه دولتهای عضو معاهده از جمله آرای مثبت کلیه دولتهای مجهز به سلاحهای هسته‌ای عضو معاهده و همچنین کلیه دولتهای عضو معاهده که در تاریخ اعلام اصلاحیه پیشنهادی در شورای حکام آژانس بین‌المللی انرژی اتمی عضویت دارند برسد.

همانگونه که از منطوق عبارات ماده ۸ مستفاد می‌شود در واقع هیچگونه اصلاحیه‌ای مورد قبول قرار نخواهد گرفت مگر اینکه سه قدرت بزرگ هسته‌ای عضو معاهده یعنی آمریکا، روسیه فدراتیو (جانشین شوروی سابق) و انگلستان آن را بپذیرند. به عبارت دیگر اگر اصلاحیه توسط اکثریت دولتهای عضو و کلیه دولتهای عضو شورای حکام آژانس پذیرفته شود ولی توسط یکی از دولتهای هسته‌ای عضو معاهده مورد قبول واقع نشود آن اصلاحیه نمی‌تواند در معاهده لحاظ گردد. بدین ترتیب قدرتهای هسته‌ای امکان هرگونه اصلاحیه‌ای به معاهده را بدون موافقت خود از میان برده‌اند.

۷-۱ خروج (withdraw)

خروج از معاهدات بین‌المللی معمولاً امری است که در آنها پیش بینی می‌شود؛ این عمل اغلب با یک اعلان قبلی به امین معاهده انجام می‌شود. این امکان در ماده ۱۰ معاهده منع گسترش سلاحهای هسته‌ای به شکل بدیعی پذیرفته شده است. چون که دولت عضو معاهده در اعمال حق حاکمیت ملی خود با یک اعلان قبلی سه ماهه به کلیه دولتهای عضو معاهده

و شورای امنیت می‌تواند از معاهده خارج شود. این اعلان همچنین باید حاوی شرح حوادث فوق‌العاده‌ای باشد که به نظر دولت متقاضی خروج و در ارتباط با موضوع معاهده مصالح عالی‌ه آن کشور را به مخاطره انداخته است. همانطور که ملاحظه می‌شود این حق زمانی قابل تحقق است که تقاضای اعمال آن هم به دولت‌های عضو معاهده از جمله سه قدرت هسته‌ای داده شود و هم به شورای امنیت تسلیم شود که باز هسته اصلی آن را پنج قدرت اتمی به عنوان اعضای دائمی آن تشکیل می‌دهند. در ضمن در تقاضای خروج باید شرح حوادث نیز داده شود که این حوادث باید از ویژگی «فوق‌العاده بودن» برخوردار باشند که این خود خالی از ابهام نیست؛ زیرا ممکن است حوادثی بوجود آید که به نظر کشور متقاضی فوق‌العاده بوده و در تعارض با منافع عالی‌ه اش باشند در حالی که برای کشورهای دیگر این حوادث از چنین ویژگی برخوردار نباشند. از این گذشته آنچه مهم و نومی نماید ارائه این تقاضا به شورای امنیت است. حال اگر یکی از اعضای دائمی با خروج کشور متقاضی مخالفت نماید چگونه آن دولت می‌تواند از این حق استفاده نماید. برای مثال می‌توان درخواست اخیر کره شمالی برای خروج از این معاهده را نام برد که سرانجام تحت فشار آمریکا (که بالاخره با کمک‌های مالی هم توأم شد) این کشور نتوانست از معاهده خارج شود. لذا بنظر می‌رسد که اجرای حق خروج در واقع در ید قدرتهای هسته‌ای باشد و در صورت مخالفت حتی یکی از آنها با خروج چنین امکانی برای عضو معاهده وجود نخواهد داشت.

VII- ضمانت اجرا (Sanction)

یکی دیگر از مواردی که در معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای پیش بینی نشده است اعمال مجازات در مورد دولت‌هایی است که از تعهدات مندرج در معاهده تخطی نموده‌اند، بخصوص اینکه این تخطی در مواردی که با هدف و موضوع معاهده مرتبطند انجام شود، یعنی منحرف نمودن مواد قابل شکاف برای استفاده در ساخت سلاح‌های هسته‌ای باشد. آژانس بین‌المللی انرژی اتمی در این خصوص مقرراتی را پیش بینی

نموده است.^{۱۲} ماده ۱۲ بند ۲ اساسنامه این سازمان پیش بینی کرده است که مفاد اصلی این مقررات می توانند در موافقتنامه های تضمینات منعقد شده براساس معاهده منع گسترش سلاحهای هسته ای درج گردند. طبق این مقررات مدیرکل آژانس باید تجاوزات مسلمی که بازرسان آژانس گزارش داده اند را به اطلاع شورای حکام آژانس برساند. شورای اخیر باید فوراً مراتب را به شورای امنیت و مجمع عمومی سازمان ملل متحد اطلاع دهد. حال اگر دولت یا دولت های متجاوز تصمیمات مشخصی برای پایان بخشیدن به این تجاوزات اتخاذ نکنند شورای حکام آژانس می تواند یکی از دو مجازات را انتخاب و اعمال نماید:

۱. قطع کمک به دولت متجاوز و درخواست استرداد مواد و تجهیزات هسته ای دریافتی توسط آن دولت.

۲. محروم نمودن دولت متجاوز از برخورداری از امتیازات و حقوق ذاتی اعضای آژانس بین المللی انرژی اتمی.

ولی مشکلی که وجود دارد آن است که این مجازاتها فقط در مورد مواد و تجهیزات هسته ای دریافتی از آژانس بین المللی انرژی اتمی قابل اعمال است و نه در چارچوب اعمال عمومی که آژانس براساس معاهده منع گسترش سلاحهای هسته ای انجام می دهد. در این حالت تنها اقدام پیش بینی شده آن است که هرگونه تخطی از تعهدات معاهده باید به اطلاع شورای امنیت و مجمع عمومی سازمان ملل متحد رسانده شود و افکار عمومی بین المللی را نیز باید از خطرات ناشی از این تخطی آگاه نمود. در این حالت می توان تصور کرد که قدرتهای بزرگ با وارد کردن فشارهای سیاسی، اقتصادی یا نظامی و همچنین جلوگیری از تحویل هرگونه سوخت یا تجهیزات هسته ای به دولت متجاوز، آن دولت را وادار به تبعیت از مقررات نمایند؛ ولی اجرای موثر چنین سیاستی نیاز به هماهنگی میان دولت های صادرکننده مواد و تجهیزات هسته ای دارد برای اینکه به دولت متجاوز امکان ندهد که بتواند چنین مواد و تجهیزات را از جای دیگری تهیه کند.

۱۲. رجوع شود به:

مسأله دیگری که می‌تواند در نظر گرفته شود آن است که اگر این تجاوز از مقررات در شورای امنیت و در مجمع عمومی مطرح شود چه پیش می‌آید. برحسب اینکه آن عمل نامشروع بخواهد در چارچوب فصل ششم یا فصل هفتم منشور مد نظر قرار گیرد و مجازاتی برای آن لحاظ شود سه حالت قابل تصور است:

۱. شورای امنیت خود را براساس ماده ۱۲ بند یک منشور صالح به رسیدگی به قضیه می‌داند.^{۱۵}

۲. اگر شورای امنیت به دلایلی از رسیدگی به قضیه خودداری نماید این مجمع عمومی است که به آن قضیه رسیدگی می‌کند.

۳. اگر شورای امنیت نتواند تصمیمی اتخاذ نماید (برای مثال در اثر کاربرد حق وتو) در این صورت مجمع عمومی براساس قطعنامه (۵) ۳۷۷ که معروف به قطعنامه «اتحاد برای صلح» یا قطعنامه «آچسن» می‌باشد، می‌تواند به این قضیه رسیدگی نماید.

مسأله‌ای که در این مورد قابل ذکر است آنکه معلوم نیست سازمان ملل متحد با متجاوز از مقررات معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای می‌خواهد براساس کدامیک از فصول منشور (فصل ششم یا فصل هفتم) برخورد نماید چونکه تصمیمات متخذه براساس هر یک از دو فصل مذکور آثار متفاوتی دارد. لذا در عمل ممکن است برخورد با متجاوزان از مقررات معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای نیز یکسان نباشد؛ که این خود نیز یکی از موارد تبعیضی است که می‌توان در آن مشاهده نمود.

همانطور که ملاحظه می‌شود معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای از لحاظ شکلی در بسیاری از موارد با معاهدات معمول در حقوق بین‌الملل متفاوت می‌باشد و باید گفت که اگر این تفاوت شکلی از حد معینی خارج

۱۵. ماده ۱۲ بند یک منشور اشعار می‌دارد:

«تا زمانی که شورای امنیت به اختلاف یا وضعیتی براساس صلاحیتهای اعطایی از طرف منشور به آن رکن، رسیدگی می‌کند مجمع عمومی نباید هیچگونه توصیه‌ای در مورد اختلاف یا وضعیت مزبور صادر نماید، مگر آنکه شورای امنیت چنین درخواستی را از آن بنماید.»

شود، که در این معاهده چنین می‌نماید، می‌تواند بر روی قواعد ماهوی آن اثر بگذارد که بررسی این قواعد موضوع بخش دوم مطالعه ما می‌باشند.

بخش دوم

تفاوت ماهوی معاهده منع گسترش سلاحهای

هسته‌ای با سایر معاهدات بین‌المللی

یکی از مهمترین اصولی که جزو اصول کلی حقوق بین‌الملل نیز می‌باشد، و باید در انعقاد معاهدات بین‌المللی مورد توجه قرار گیرد اصل برابری دولتها در انعقاد معاهدات بین‌المللی است.

اصل برابری دولتها با انعقاد معاهدات و ستفالی در ۱۶۴۸، که پایان بخش جنگهای سی ساله در اروپا بود، مورد قبول قرار گرفت و از آن به بعد در سایر اسناد بین‌المللی نیز مورد توجه واقع شد. منشور ملل متحد نیز در ماده ۲ خود که اصول سازمان ملل متحد را بیان می‌نماید اشعار می‌دارد که «سازمان بر مبنای اصل برابری حاکمیت کلیه اعضا آن قرار دارد».

البته باید متذکر شد که از اصل برابری دولتها در انعقاد معاهدات

دو مفهوم استنباط می‌شود؛ یکی برابری در قبول تعهدات^{۱۶} و دیگری برابری در تعهدات^{۱۷} است. با توجه به معاهده منع گسترش سلاحهای هسته‌ای بنظر می‌رسد که برابری در قبول تعهدات یعنی برابری حقوقی دولتها وجود دارد به همین جهت برخی از دولتهای جهان سوّم مانند پاکستان و هندوستان از عضویت در این معاهده خودداری نمودند اما برابری در تعهدات یعنی برابری در حقوق وجود ندارد. معاهده منع گسترش سلاحهای هسته‌ای با تقسیم دولتها به دو گروه دارای سلاحهای هسته‌ای و فاقد سلاحهای هسته‌ای، تعهداتی بر آنها بار می‌کند که با بررسی مختصر آنها می‌توان مشاهده نمود که آیا اصل برابری دولتها در حقوق رعایت شده است یا نه؟

16. égalité Juridique.

17. égalité de droits.

فصل اول

تعهدات دولتهای غیرهسته‌ای براساس معاهده
منع گسترش سلاحهای هسته‌ای

براساس مواد ۲ و ۳ معاهده منع گسترش سلاحهای هسته‌ای دولتهای غیرهسته‌ای دو دسته تعهد را پذیرفته‌اند. اولاً این دولتها متعهد شده‌اند که از پذیرش سلاحهای هسته‌ای خودداری نمایند، ثانیاً نظارت آژانس بین‌المللی انرژی اتمی را در مورد کلیهٔ فعالیت‌های هسته‌ای خود قبول نموده‌اند. تعهد اخیر را قبلاً مورد مطالعه قرار دادیم اینک به بررسی دستهٔ اول از تعهدات این دولتها می‌پردازیم.

کشورهای غیرهسته‌ای دو نوع تعهد را در مورد اینگونه سلاحها پذیرفته‌اند. برطبق مادهٔ ۲ معاهدهٔ منع گسترش سلاحهای هسته‌ای کلیهٔ دولتهای غیرهسته‌ای عضو معاهده متعهد می‌شوند:

- اولاً، از قبول مستقیم یا غیرمستقیم انتقال سلاحهای هسته‌ای یا سایر ادوات انفجاری هسته‌ای یا کنترل چنین سلاحها یا چنین ادوات انفجاری خودداری نمایند.

- ثانیاً، نباید به هیچ طریقی مبادرت به ساخت یا تحصیل سلاحهای هسته‌ای یا سایر ادوات انفجاری هسته‌ای نمایند و در پی هیچگونه کمکی برای ساخت سلاحهای هسته‌ای و سایر ادوات انفجاری هسته‌ای برنیایند. همانطور که از منطوق عبارات این ماده برمی‌آید در واقع دولتهای غیرهسته‌ای ملزم شده‌اند که از داشتن هرگونه سلاح هسته‌ای یا سایر ادوات انفجاری هسته‌ای اعراض نمایند؛ به عبارت دیگر پذیرفته‌اند که در «باشگاه قدرتهای هسته‌ای» برای همیشه به روی آنها بسته بماند. همچنین دولتهای هسته‌ای با ایجاد چنین تعهدی برای دولتهای غیرهسته‌ای و جلوگیری از ورود آنها به جرگهٔ خود تلاش نموده‌اند که موازنهٔ قدرت جهانی که مبتنی بر تئوری تعادل وحشت^{۱۸} است بهم نخورد و به نظم متکی بر چنین موازنهٔ قدرتی خللی وارد نشود. واضح است که چنین تعهدی

منجر به ایجاد نابرابری دولتها در حقوق می شود. این مسأله از چشم کشورهای در حال توسعه هم به دور نمانده و بسیاری از آنها معتقدند که وضعیت ناشی از این تعهد ناقض اصل برابری دولتها در حقوق می باشد که خود یک اصل کلی حقوق بین الملل عمومی است. لذا بارها پیشنهاد نموده اند که چنین عدم تعادلی در تعهدات باید از میان برود. تردیدی نیست که این نظریه از لحاظ حقوقی صرف درست می باشد، معهذا با توجه به واقعیات موجود در روابط بین الملل به نظر نمی رسد که مورد قبول قرار گیرد؛ چون که معاهده منع گسترش سلاحهای هسته ای را باید در راستای اجرای سیاست موازنه قدرت میان قدرتهای بزرگ هسته ای جهان بخصوص دو قدرت بزرگ هسته ای مورد توجه قرار داد و اذعان نمود که در چنین سیاستی ایجاد برابری در حقوق میان دولتهای هسته ای و غیرهسته ای چندان محلی از اعراب ندارد؛ سیاستی که علیرغم تحولات بلوک شرق تغییر چندان نکرده است. روسیه فدراتیو نیز در تلاش است تا سلاحهای هسته ای که در برخی کشورهای جدیدالاستقلال مانند قزاقستان، اوکراین و بیلوروسی وجود دارند را به خود منتقل نماید، در این خصوص اعلامیه ۱۹۹۱ آلماتا قابل تأمل می باشد. همچنین دو قدرت بزرگ هسته ای یعنی آمریکا و روسیه فدراتیو سعی می کنند در این مرحله این کشورهای جدید هسته ای را وادار به ورود به مرحله کنترل تسلیحات نمایند. برای مثال می توان از امضاء مجدد معاهده سالت ۱ توسط این دو کشور با کشورهای قزاقستان، اوکراین و بیلوروسی در اوایل دسامبر ۱۹۹۴ نام برد. با توجه به عملکرد کشورهای غیرهسته ای عضو معاهده منع گسترش سلاحهای هسته ای به نظر می رسد به جز تعداد قلیلی از آنها که عملکردشان مورد اعتراض قرار گرفته است (کره شمالی) و یا با عکس العمل شدید آژانس بین المللی انرژی اتمی مواجه شده و تأسیسات هسته ایشان تخریب شده است (عراق) اکثر این کشورها به تعهدات خود عمل نموده باشند. این امر را می توان با قبول سیستم تضمینات آژانس بین المللی انرژی اتمی و نظارت بازرسان این نهاد از تأسیسات و فعالیتهای هسته ای صلح جویانه این کشورها تا حدود زیادی احراز نمود.

فصل دوم

تعهدات دولتهای هسته‌ای براساس معاهده منع
گسترش سلاحهای هسته‌ای

دولتهای هسته‌ای نیز تعهداتی را براساس معاهده منع گسترش سلاحهای هسته‌ای پذیرفته‌اند که بعضی از آنها ظاهراً برای کاهش ویژگی تبعیض آمیز معاهده مورد قبول قرار گرفته‌اند. تعهدات این دولتها بطور کلی عبارتند از:

۱- عدم انتقال سلاحهای هسته‌ای و سایر ادوات انفجاری هسته‌ای
به دولتهای غیرهسته‌ای

طبق ماده یک معاهده منع گسترش سلاحهای هسته‌ای دولتهای هسته‌ای متعهد می‌شوند که از انتقال مستقیم یا غیرمستقیم سلاحهای هسته‌ای با سایر ادوات انفجاری هسته‌ای و یا کنترل بر این سلاحها یا ادوات انفجاری هسته‌ای به هر دولت دیگری خودداری نمایند؛ و به هیچ طریقی هیچ یک از دولتهای فاقد سلاحهای هسته‌ای را در ساختن این سلاحها یا سایر ادوات انفجاری هسته‌ای یا در کسب این قبیل سلاحها یا ادوات انفجاری و یا در کنترل بر آنها کمک، تشویق یا ترغیب ننمایند. همانطور که از منطوق عبارات این ماده برمی آید انتقال مالکیت یا کنترل سلاحهای هسته‌ای و ادوات انفجاری هسته‌ای به دولتهای غیرهسته‌ای ممنوع است، ولی مستقر کردن و انبار نمودن چنین سلاحها یا ادوات انفجاری در خاک دولتهای غیرهسته‌ای ممنوع نمی‌باشد. همین امر سبب شد که بعضی از دولتها از جمله رومانی تلاش کند تا نظارت خاصی بر روی این نوع استقرارها اعمال شود و شورای امنیت تضمین نماید که دولتهای غیرهسته‌ای که عضو معاهده بوده و در سرزمین آنها پایگاههای نظامی خارجی وجود دارد تحت هیچ شرایطی نتوانند به سلاحهای هسته‌ای از طریق این پایگاهها دست یابند؛ اما دولتهای هسته‌ای از چنین تلاشهایی

استقبال نکردند. معهذ این احتمال وجود دارد که دولتهای غیرهسته‌ای در قالب اتحادیه‌های سیاسی یا نظامی بتوانند به این سلاحها دست یابند. این احتمال در تفسیری که نماینده آمریکا در مارس ۱۹۶۸ ضمیمه پیش نویس خود نمود مورد توجه قرار گرفت وی اعلام می‌کند که «معاهده فقط مواردی را که به صراحت منع شده‌اند شامل می‌گردد و نه مواردی که معاهده در آن موارد ساکت می‌باشد».

به هر حال مسأله استقرار و انبار کردن سلاحهای هسته‌ای توسط دو قدرت بزرگ هسته‌ای در خاک اروپا بخصوص در دوران جنگ سرد را شاهد بودیم. بنظر می‌رسد که این عمل به گونه‌ای نادیده گرفتن تعهد مندرج در ماده یک معاهده باشد، در عین حال از ویژگی تبعیض آمیز معاهده نیز چیزی نمی‌گاهد. در کنار این تعهد به عدم تحویل سلاحهای هسته‌ای و سایر ادوات انفجاری هسته‌ای، دولتهای هسته‌ای متعهد شده‌اند که تکنولوژی هسته‌ای را برای مقاصد صلح جویانه به دولتهای غیرهسته‌ای منتقل نمایند.

۲- انتقال تجهیزات، تکنولوژی و اطلاعات هسته‌ای به دولتهای غیرهسته‌ای

دولتهای هسته‌ای برای اینکه بتوانند تا حدودی تساوی در حقوق ایجاد نمایند طبق ماده ۴ معاهده منع گسترش متعهد شدند که تجهیزات و مواد و اطلاعات علمی و تکنولوژی هسته‌ای را برای مصارف صلح جویانه در اختیار کشورهای غیرهسته‌ای قرار دهند. البته طبق ماده ۳ بند ۲ دولتهای هسته‌ای مواد یا تجهیزات هسته‌ای را در اختیار دولتهای غیرهسته‌ای برای اهداف صلح جویانه قرار نمی‌دهند مگر آنکه اینگونه مواد قابل شکاف و تجهیزات مخصوص مشمول سیستم تضمینات آژانس بین المللی انرژی اتمی قرار گیرند.

۱۹. رجوع شود به:

Non-Proliferation of nucleare weapons Hearings before the Joint committee on atomic energy, 1968, p. 5.6. in M.F.FURET, op. cit. p.135.

مسأله مهمی که در انتقال تکنولوژی هسته ای مطرح می شود عبارت از آن است که دولتهای غیرهسته ای موفق به کسب تواناییهای هسته ای نظامی می شوند.

انفجار هسته ای در پورکهان (Porkhan) در هندوستان در ماه مه ۱۹۷۴ و همچنین انعقاد قراردادهای فروش چند کارخانه بازیافت مواد هسته ای در سالهای ۱۹۷۵ و ۱۹۷۶ توسط فرانسه با کره جنوبی و پاکستان و همچنین توسط آلمان فدرال با برزیل سبب شد که صادرکنندگان عمده مواد هسته ای به فکر اتخاذ یک سیاست هماهنگی باشند تا بتوانند بر انتقال اینگونه مواد و تجهیزات برای مصارف صلح جویانه نیز نظارت داشته باشند. به همین جهت دولتهای هسته ای از ۱۹۷۴ مشورتهای غیررسمی را در «کمیته زانگر»^۲ در آژانس بین المللی انرژی اتمی برای یافتن یک سیاست هماهنگ صادرات هسته ای آغاز کردند. این کمیته فهرستی از مواد هسته ای حساس که قابلیت کاربرد در فعالیتهای نظامی را دارند و در هنگام صادرات باید تحت سیستم تضمینات آژانس قرار گیرند قید نمود. این فهرست شامل مواد غیرهسته ای همچون آب سنگین و دتریوم نیز می گردد. این مواد و تجهیزات در صورت صدور به یک کشور غیرهسته ای و غیرعضو معاهده منع گسترش باید تحت سیستم تضمینات آژانس قرار گیرند. همچنین شوروی و آمریکا و انگلستان متعهد شدند که از قبل، صادرات مواد هسته ای خود به یک دولت غیرهسته ای را به اطلاع آژانس برسانند. از ۱۹۷۵ یک گروه محدود از کشورهای صادرکننده مواد هسته ای در لندن تحت عنوان «باشگاه لندن» یا «کنفرانس صادرکنندگان مواد هسته ای» برای اتخاذ سیاست واحدی برای صادرات مواد هسته ای مبادرت به برگزاری

۲۰. "Le comité zangger" زانگر نام یک مقام بلندپایه سویسی بود که ریاست این کمیته را به عهده

گردهمایی‌هایی نموده‌اند.^{۲۱} اعضای این باشگاه^{۲۲} در ژانویه ۱۹۷۸ به مدیرکل آژانس بین‌المللی انرژی اتمی دستورالعملی را که متعبد حاکم بر سیاست صادرات هسته‌ای آنها خواهد بود ابلاغ کردند. در سندی که بدین جهت تهیه شده بود فهرستی از مواد و ترکیباتشان که باید تحت سیستم تضمینات آژانس قرار گیرند اعلام شد. این فهرست که به فهرست تهیه شده توسط کمیته زانگر اضافه می‌شد دربرگیرنده تأسیسات تولید آب سنگین، تکنولوژی هسته‌ای بطور کلی و مواد لازم برای جدا نمودن ایزوتوپها یعنی برای غنی نمودن اورانیوم بود.^{۲۳} اصول بنیادین ناشی از سیاست متخذة توسط «باشگاه لندن» را می‌توان به شرح زیر خلاصه نمود:

۱. کشورهای واردکننده مواد هسته‌ای، اعم از عضو یا غیرعضو معاهده منع گسترش سلاحهای هسته‌ای متعهد می‌شوند که از مواد تحویلی برای ساخت ادوات انفجاری هسته‌ای استفاده نکنند. همچنین کشورهای واردکننده تأسیسات غنی کردن متعهد می‌شوند که در این تأسیسات اورانیوم را بیش از ۲۰٪ غنی نکنند^{۲۴} مگر آنکه قبلاً موافقت دولت صادرکننده را کسب نموده باشند. مفاد این موافقتنامه باید در هر معامله مربوط به مواد با ویژگی نظامی که احتمالاً ممکن است به کشورهای ثالث فروخته شود رعایت گردد.^{۲۵}

۲. مواد و تجهیزات در مقابل خطرات ناشی از خرابکاری و تروریسم

۲۱. رجوع شود به:

G-FISCHER "la deuxième conférence d'examen du traité sur la non-prolifération" AFDI, 1980, P. 64.

۲۲. اعضای این باشگاه در سال ۱۹۸۱ عبارتند از آلمان غربی، آلمان شرقی، ایالات متحده آمریکا، اتحاد جماهیر شوروی، استرالیا، انگلستان، ایتالیا، بلژیک، چکسلواکی، ژاپن، سوئد، سوئیس، فرانسه، فنلاند، لهستان، کانادا و هلند.

۲۳. این فهرست معروف به "trigger list" می‌باشد.

۲۴. علت ایجاد این محدودیت آن است که اگر اورانیوم تا ۹۳٪ غنی شود آماده برای ساخت بمب اتمی می‌شود.

۲۵. رجوع شود به:

تحت مراقبت قرار گیرند. برای این منظور دولتهای فروشنده مواد هسته ای قواعدی وضع کرده اند که باید در قراردادهای منعقد شده با خریدار درج گردند. در این مورد کنوانسیون نیز تحت عنوان «کنوانسیون حراست فیزیکی از مواد هسته ای» در ۳ مارس ۱۹۸۰ به امضاء رسید. این کنوانسیون از ۸ فوریه ۱۹۸۷ بعد از بیست و یکمین سند تصویب لازم الاجرا شده است. با این کنوانسیون در واقع نوعی هماهنگی در مقررات بین المللی و مقررات مورد نظر فروشندگان مواد هسته ای ایجاد شده است.

۳. کشورهای واردکننده متعهد می شوند که مواد و همچنین کلیه تأسیسات جنبی یا کپی شده از روی مواد و تکنولوژی خریدار شده را تحت سیستم تضمینات آژانس قرار دهند. نتیجه حاصل از این اصل آن است که سیستم تضمینات آژانس به کلیه کشورهایایی که دولت واردکننده اولیه تکنولوژی هسته ای به آنها مواد جنبی یا کپی شده صادر می کند تسری می یابد. بدین ترتیب تضمینات آژانس بر کلیه تأسیساتی که در کشور واردکننده ساخته شده اند برای مدت ۲۰ سال اعمال می گردد.

۴. در مورد صدور مجدد مواد خریداری شد، یا صدور فرآورده های جدید، که به کمک مواد خریداری شده قبلی تولید شده اند، دولت واردکننده قبلی باید شرایطی که به وی تحمیل شده اند را به دولت جدید خریدار بقبولاند. ضمناً دولت واردکننده باید رضایت قبلی دولت اولیه را برای صادرات مجدد تأسیسات غنی کردن یا بازیافت مواد هسته ای و همچنین تولید آب سنگین، قسمتهای اصلی تکنولوژی مربوط به آنها و همچنین مواد با ویژگی کاربری نظامی را جلب نماید.

همانگونه که می توان از اصول چهارگانه فوق استنباط نمود سیستم ایجاد شده توسط اعضای «باشگاه لندن» در مورد فعالیتهای هسته ای صلح جویانه دولتهای غیرهسته ای به مراتب محدودکننده تر از نظام ناشی از معاهده منع گسترش سلاحهای هسته ای می باشد، چونکه سیستم تضمینات آژانس را حتی به دولتهای غیرعضو معاهده منع گسترش نیز اشاعه داده است. البته باید گفت که از لحاظ حقوقی اصول اعلام شده توسط دولتهای عضو «باشگاه لندن» نمی تواند تعهد الزام آوری را به وجود

آورد. این اصول در واقع باید به عنوان یک مجموعه «مقررات رفتاری» یا «خطوط راهنما» لحاظ شوند که هیچگونه تضمینی برای اجرایشان نیست؛ چونکه این اصول در قالب یک موافقتنامه بین المللی آورده نشده اند.

معهدا کشورهای در حال توسعه به شدت دستورالعمل مصوب «باشگاه لندن» را مورد حمله قرار دادند. اعتراض کشورهای جهان سوم را می توان از دو زاویه مورد بررسی قرار داد:

الف. سیاسی: کشورهای جهان سوم «باشگاه لندن» را به مثابه یک کارتل محسوب می نمایند که هدفش حفظ وابستگی کشورهای غیرهسته ای در زمینه تکنولوژی هسته ای به خود می باشد.

ب. حقوقی: از لحاظ حقوقی می توان گفت که در دستورالعمل مصوب «باشگاه لندن» دولتهای عضو معاهده منع گسترش و صادرکننده تکنولوژی هسته ای در واقع به نوعی تناقض گویی دچار شده اند چرا که چنین دستورالعملی مقررات معاهده منع گسترش سلاحهای هسته ای در مورد الزام این دولتها به انتقال تکنولوژی هسته ای برای مقاصد صلح جویانه را به تمسخر گرفته است. طبق معاهده منع گسترش انتقال این تکنولوژی به دولتهای غیرهسته ای تابع چنین شرایط سختی نمی باشد.^{۲۶}

دستورالعمل لندن در جریان دومین کنفرانس بازنگری معاهده منع گسترش در ۱۹۸۰ مورد انتقاد شدید کشورهای جهان سوم قرار گرفت. در این مورد اظهارات نماینده رومانی گویا این واقعیت است. او اظهار داشت که تصمیمات «باشگاه لندن» «مغایر با اصل حاکمیت ملی دولتهای در حال توسعه و بر هم زننده تعادل موجود میان حقوق و تکالیف دولتهای عضو معاهده منع گسترش سلاحهای هسته ای است که مبتنی بر مواد ۳ و ۴ معاهده می باشد».^{۲۷}

کشورهای جهان سوم تلاش کردند که اعلامیه نهایی کنفرانس دوم به صراحت تصمیمات «باشگاه لندن» را محکوم نماید ولی کنفرانس در

۲۶. برای اطلاعات بیشتر رجوع شود به:

Pascal BONIFACE "Les Sources du desarmement" Éd. Economica/ Paris, 1989 p 171 et seq.

۲۷. رجوع شود به:

این زمینه اقدامی انجام نداد و کارش را با شکست خاتمه داد. باید گفت که از لحاظ حقوقی در واقع دستورالعمل لندن با افزایش نظارت یک جانبه به مقررات معاهده منع گسترش تجاوز نموده است و سبب شده است که ویژگی تبعیض آمیز بودن معاهده نه تنها کاهش نیابد بلکه افزایش نیز یابد. اما به نظر می رسد که مقررات ماده ۲ نوعی مابه ازای در مقابل مواد ۱ و ۲ همان معاهده نباشد؛ بلکه آنچه اهمیت دارد مسأله منع گسترش سلاحهای هسته ای است که هدف و موضوع معاهده ۱۹۶۸ می باشد. در این حالت انتقال تکنولوژی هسته ای برای مقاصد صلح جویانه یک امر فرعی و ثانوی می باشد. لذا از این دیدگاه شاید بتوان دستورالعمل لندن و محدودیتهای ایجاد شده توسط آن را توجیه نمود.

در واقع اعضای «باشگاه لندن» با این مقررات خواسته اند ضمن ادامه تجارت در زمینه تجهیزات و تکنولوژی و مواد هسته ای هژمونی خود را نیز حفظ نمایند. ولی سؤالی که مطرح می شود این است که آیا این هژمونی در چارچوب معاهده منع گسترش سلاحهای هسته ای قابل توجیه می باشد یا نه؟ که پاسخ به آن را باید در بررسی تعهد کشورهای هسته ای به متوقف کردن مسابقات تسلیحاتی و خلع سلاح هسته ای جستجو نمود.

۳- تعهد کشورهای هسته ای به متوقف کردن مسابقات تسلیحاتی

و خلع سلاح هسته ای عمومی

طبق ماده ۶ معاهده منع گسترش سلاحهای هسته ای دولتهای هسته ای متعهد شده اند که با شرکت در مذاکرات نه تنها به مسابقات تسلیحاتی پایان دهند بلکه این مذاکرات در مورد خلع سلاح هسته ای ادامه یافته و منجر به انعقاد یک معاهده خلع سلاح عمومی و کامل و تحت نظارت دقیق و موثر بین المللی گردد.

آنچه که در این ماده اهمیت دارد مسأله خلع سلاح است. خلع سلاح روندی است که براساس یک تعهد حقوقی با کاهش سلاحها آغاز و با امحاء کلیه آنها خاتمه می یابد.

در جهان امروز علیرغم هیاهوی فراوانی که در مورد خلع سلاح بریاست آنچه در حال انجام است نه خلع سلاح بلکه بطور عمده کنترل تسلیحات است. کنترل تسلیحات هم هدفش تحدید رشد سلاحها نیست بلکه نظارت و اداره تسلیحات می باشد. برخلاف خلع سلاح، کنترل تسلیحات با مشارکت در مسابقات تسلیحاتی نیز مغایرتی ندارد و فقط وجود یک هماهنگی بین المللی در جهت ایجاد و تعادل میان قدرتهای بزرگ را می طلبد. این امر را می توان با مطالعه اجمالی برخی از قراردادهای چندجانبه و دوجانبه هسته ای که دولتهای هسته ای در آنها عضویت دارند احراز نمود.

۱-۳- بررسی اجمالی موافقتنامه های چندجانبه کنترل سلاحهای هسته ای

عمده ترین موافقتنامه های چندجانبه ای که قدرتهای بزرگ هسته ای در آنها عضویت دارند را می توان بطور خلاصه به شرح زیر مطالعه کرد.

۱. موافقتنامه منع انجام آزمایشهای هسته ای در آتمسفر، فضای ماورای جو و زیر آب:

این موافقتنامه که در ۵ اکتبر ۱۹۶۳ در مسکو به وسیله شوروی، انگلستان، آمریکا به امضاء رسیده از ۱۰ اکتبر همان سال لازم الاجرا شده است.^{۲۸}

هدف اصلی این معاهده همانطور که از پیشگفتار آن برمی آید جلوگیری از خسارات وارده به محیط زیست و ایجاد مانع برای جلوگیری از افزایش دولتهای هسته ای می باشد به همین جهت فرانسه و چین به آن نپیوستند. معهدا این معاهده انجام آزمایشهای هسته ای زیرزمینی را ممنوع نکرده است. به نظر نمی رسد که حتی این معاهده مانع دولتی برای انجام آزمایشهای هسته ای زیرزمینی در مناطقی که در تحت صلاحیت یا کنترل آن دولت نیست شود.

۲. معاهده منع گسترش سلاحهای هسته ای که موضوع بحث ما می باشد.

۲۸. این معاهده تا سال ۱۹۸۹ توسط ۱۱۶ کشور تصویب شده است.

همانطور که از منطوق عبارات ماده ۶ برمی آید تعهد کشورهای هسته ای در دو قسمت پیش بینی شده است:

- پایان بخشیدن به مسابقات تسلیحات هسته ای
- انعقاد یک معاهده خلع سلاح عمومی که شامل خلع سلاح هسته ای

نیز می شود.

اما به زعم کشورهای هسته ای تعهد مندرج در ماده ۶ محدود به «مذاکره کردن است و نه رسیدن به یک نتیجه».^{۳۰}

۳. اولین معاهده در مورد قاره جنوبگان که در اوّل دسامبر ۱۹۵۹ در واشنگتن امضاء و از ۲۳ ژوئن ۱۹۶۱ لازم الاجرا گردید.^{۳۱} براساس این معاهده قاره جنوبگان فقط محدود به کاربردهای صلح جویانه است و هرگونه اقدام نظامی از جمله ایجاد پایگاه نظامی، مانور، آزمایش سلاح از جمله انفجار هسته ای ممنوع می باشد. معهدا این معاهده انجام انفجارهای هسته ای را در قالب موافقتنامه های بین المللی پیش بینی نموده است (ماده ۵ بند ۲).^{۳۲}

۴. معاهده اصول حاکم بر فعالیت دولتها در مورد کاربرد فضای ماورای جو از جمله ماه و سایر اجرام سماوی:
این معاهده در ۲۷ ژانویه ۱۹۶۷ امضاء و از ۱۰ اکتبر همان سال لازم الاجرا شده است.

در این معاهده غیر نظامی کردن کامل ماه و دیگر اجرام سماوی و ممنوعیت استقرار سلاحهای هسته ای یا سلاحهای با تخریب وسیع در فضای ماورای جو لحاظ شده است. معهدا این معاهده کاربرد پرسنل نظامی برای

29. Droit international, Bilan et Perspective Tome 2, éd.A. Pedone, paris 1991, P.870.

۳۰. این معاهده در ابتدا فیما بین ۱۲ کشور منعقد گردید.

۳۱. در مورد جنوبگان سه معاهده دیگر منعقد شده است:

۱. کنوانسیون مربوط به حفاظت از فکهای جنوبگان مورخ ۱ ژوئن ۱۹۷۲

۲. کنوانسیون مربوط به حفاظت از حیوانات و گیاهان دریایی جنوبگان مورخ ۲۰ مه ۱۹۸۰

۳. کنوانسیون مربوط به تنظیم فعالیتها در مورد منابع کانی جنوبگان مورخ ۲ ژوئن ۱۹۸۸.

برای اطلاعات بیشتر رجوع شود به:

Romualdo BERMEJO "Antarctique et ses ressources minérales: Le Nouveau Cadre Juridique" éd. puf, paris, 1990, p. 72.

انجام تحقیقات علمی و سایر اهداف صلح جویانه را ممنوع نکرده است. همچنین این معاهده هیچگونه مکانیسم کنترلی را بصورت صریح پیش بینی نکرده است.

۵. معاهده منع استقرار سلاحهای هسته ای و دیگر سلاحهای

با تخریب وسیع در بستر و زیر بستر دریاها:

این معاهده در ۱۱ فوریه ۱۹۷۱ در لندن، واشنگتن و مسکو امضاء و از ۱۸ مه ۱۹۷۲ لازم الاجرا شده است. در این معاهده دولتها نباید مبادرت به ساخت تأسیساتی در بستر و زیر بستر دریاها و اقیانوسها نمایند که برای انبار کردن یا آزمایش یا کاربرد سلاحهای با تخریب وسیع مورد استفاده قرار گیرند. معهدا این ممنوعیت در خارج از مناطق ۱۲ مایل پیش بینی شده است. به علاوه این معاهده کاربرد نظامی و غیرنظامی انرژی هسته ای را ممنوع نکرده است.

علاوه بر این معاهدات چندجانبه دو قدرت هسته ای مبادرت به انعقاد موافقتنامه های دوجانبه نیز کرده اند.

۲-۳- بررسی اجمالی موافقتنامه های دوجانبه کنترل سلاحهای هسته ای

اولین سری از موافقتنامه های دوجانبه که در اوایل دهه ۱۹۷۰ منعقد شده اند همان موافقتنامه های سالت ۱ (SALT I) می باشد که در ۲۶ مه ۱۹۷۲ در مسکو امضاء و از ۳ اکتبر همان سال لازم الاجرا شده اند. این اسناد شامل یک معاهده، یک موافقتنامه موقت و یک سری تفاسیر مشترک و اعلامیه های تفسیری است که توسط دو عضو معاهده یعنی آمریکا و شوروی صادر شده اند.

این معاهده پایگاههای موشکهای ضد بالیستیک (ABM) را محدود به دو پایگاه می کند که هر پایگاه می تواند ۱۰۰ پرتاب کننده موشکهای ضد بالیستیک داشته باشد. در پروتکلی که در ۲ ژوئیه ۱۹۷۴ به امضاء

SALT-۲ مخفف عبارت Strategic Arms Limitation Talks (Treaties) می باشد. مدت اعتبار این موافقتنامه نامحدود می باشد. این موافقتنامه ها در واقع شکل حقوقی دکترین "MAD" یعنی (Mutual Assured Destruction) می باشند.

رسید تعداد پایگاه‌های ABM به یک پایگاه برای هر یک از متعاهدین
تقلیل یافت.

همزمان یک موافقتنامه موقت با اعتبار پنج ساله منعقد شد که
محدودیتی را برای نیروهای هسته‌ای زمینی و زیردریایی بین قاره‌ای برای
هر یک از دو قدرت بزرگ ایجاد می‌کند.

معهداً امکان خروج برای هر یک از دو قدرت بزرگ هسته‌ای با
یک اعلان قبلی ۶ ماهه پیش بینی شده است. برای خروج نیز اعلان آن به
هیچ نهاد بین‌المللی پیش بینی نشده است.

۲. موافقتنامه‌های سالت ۲ (SALT II) در ۱۸ ژوئن ۱۹۷۹ در وین
به امضاء رسیدند ولی هرگز به تصویب دو قدرت بزرگ هسته‌ای نرسیده و
لذا لازم‌الاجرا نشدند. البته در عمل تا حدودی به مفاد آنها عمل شده
است. ولی آمریکا در ۲۸ نوامبر ۱۹۸۶ اعلام کرد که دیگر آنها را اجرا
نمی‌کند. این موافقتنامه‌ها فقط شامل سلاح‌های تهاجمی می‌شوند. براساس
این موافقتنامه هر یک از دو قدرت بزرگ هسته‌ای در نهایت یک مجموعه
۲۲۵۰ کلاهک را که می‌توانند حامل سلاح‌های هسته‌ای شوند دارا
می‌باشند.

موافقتنامه‌های سالت از این جهت جالب هستند که برای اولین بار
در روابط بین‌المللی دو قدرت بزرگ هسته‌ای به طور ارادی سعی کردند
سلاح‌های هسته‌ای خود را کنترل و تا حدودی تحدید نمایند.

۳. موافقتنامه ۱۹۸۷ واشنگتن:

این موافقتنامه در مورد انهدام سلاح‌های هسته‌ای میان بُرد و
کوتاه بُرد می‌باشد. برخی از کارشناسان بر این عقیده‌اند که از میان بردن
این سلاح‌ها بیشتر مبتنی بر دلایل فنی بود تا تمایل دو قدرت هسته‌ای به
کاهش تسلیحات خود. چونکه اگر این سلاح‌ها برای مدّت زیادی در انبارها
بماند از توانشان کم می‌شود.

۴. موافقتنامه‌های ۱۹۸۹ جکسن هول:

این موافقتنامه حاوی مقرراتی آزمایشی برای تحدید سلاح‌های

استراتژیک می‌باشد.

۵. موافقتنامه استارت I (START I):

این موافقتنامه در ۳۱ ژوئیه ۱۹۹۲ منعقد گردید. در این معاهده دو دولت متعهد شده‌اند که تا سال ۲۰۰۳ سلاح‌های هسته‌ای دوربرد خود را تا میزان ۳۰٪ کاهش دهند و در مجموع به ۳۰۰۰ تا ۳۵۰۰ کلاهک هسته‌ای برسانند.

با توجه به موافقتنامه‌های دوجانبه می‌توان گفت:

- اولاً، از مجموعه موافقتنامه‌های دوجانبه بجز موافقتنامه ۱۹۸۷ در مورد انهدام سلاح‌های هسته‌ای میان برد و کوتاه برد سایر موافقتنامه‌ها یا اصلاً اجرا نشده‌اند یا بطور دقیق به اجرا درنیامده‌اند یا حداقل دارای خلأیی می‌باشند.

- ثانیاً، این موافقتنامه‌ها (بجز موافقتنامه ۱۹۸۷) کمیت محدودی از جنگ افزارها را در برمی‌گیرند.

با بررسی اجمالی موافقتنامه‌های مصوب دو یا چندجانبه می‌توان گفت که چنین معاهداتی مانع مسابقه تسلیحات هسته‌ای بطور کامل نشده‌اند چه به اینکه منجر به خلع سلاح شوند. اکثریت آنها در قلمروهایی منعقد شده‌اند که منافع کشورهای قدرتمند نظامی را چندان تهدید نمی‌کند. برای مثال غیرهسته‌ای کردن فضا مانع عبور موشک‌های قاره پیما مجهز به کلاهک‌های هسته‌ای نمی‌شود؛ همانطور که معاهده مربوط به بستر دریاها مانع حرکت زیردریایی‌های پرتاب کننده موشک مجهز به کلاهک‌های هسته‌ای نمی‌گردد. همچنین موافقتنامه‌های سالت با کاهش سقف عددی سلاحها مانعی واقعی در مقابل یک مسابقه کمی تسلیحاتی محسوب نمی‌شود، چرا که امکان قرار دادن چندین کلاهک هسته‌ای در یک موشک بالیستیک ABM وجود دارد. در این حالت هیچکس از خسارات غیرقابل جبران در امان نیست. با توجه به واقعیات موجود و روند کنونی می‌توان گفت که هنوز کشورهای روسیه فدراتیو و آمریکا دارای زرادخانه عظیمی از سلاح‌های استراتژیک می‌باشند و اگر بخواهند از منطق بازدارندگی هسته‌ای که مبتنی بر نگهداری و حفظ کافی سلاح‌های هسته‌ای یا حفظ

حداقل قدرت است^{۳۳} تبعیت نمایند نمی‌توان امید چندانی به خلع سلاح داشت، لذا تعهد دولتهای هسته‌ای براساس ماده ۶ معاهده منع گسترش سلاحهای هسته‌ای که همانا پایان بخشیدن به مسابقات تسلیحات هسته‌ای و انعقاد یک معاهده خلع سلاح عمومی می‌باشد تحقق نمی‌یابد، بلکه فقط همانگونه که خود دولتهای هسته‌ای معتقدند این تعهد «فقط محدود به مذاکره کردن و نه رسیدن به یک نتیجه» می‌باشد؛ در چنین وضعی کنترل تسلیحات در واقع جانشین خلع سلاح شده است و لذا به نظر نمی‌رسد که قدرتهای هسته‌ای به تعهدات خود به درستی عمل کرده باشند.

در این حال طبیعی است که امنیت دولتهای غیرهسته‌ای مطرح شود که آیا دولتهای غیرهسته‌ای واقعاً مصون از هرگونه حمله هسته‌ای هستند یا نه؟

۲- امنیت دولتهای هسته‌ای در مقابل تهاجم هسته‌ای

مسأله امنیت دولتهای غیرهسته‌ای در ۱۹۶۸ قبل از امضاء معاهده منع گسترش نیز مطرح گردید و همین امر سبب شد که در ۱۷ ژوئن ۱۹۶۸ نمایندگان سه قدرت هسته‌ای یعنی آمریکا، انگلستان، شوروی تعهدات مشابهی را در مقابل شورای امنیت بپذیرند. آنها نه تنها کاربرد سلاحهای هسته‌ای بر ضد کشورهای امضاکننده معاهده منع گسترش را ممنوع کردند بلکه هرگونه تهدید هسته‌ای بر ضد دولتهای غیرهسته‌ای امضاکننده معاهده را منع کرده و خود را مکلف نمودند که سریعاً به چنین تهدیدی پاسخ دهند. صادرکنندگان اعلامیه بیان داشتند که «هر تجاوزی همراه با کاربرد سلاح هسته‌ای صلح و امنیت تمامی دولتها را به خطر خواهد انداخت. سه قدرت هسته‌ای اقدامات لازم را برای تنبیه متجاوز در چارچوب منشور ملل متحد انجام می‌دهند». این اعلامیه توسط قطعنامه

۳۳. باید گفت که هیچ یک از معاهدات دو یا چندجانبه‌ای که مورد بررسی اجمالی قرار گرفت با منطق بازدارندگی هسته‌ای مغایرتی ندارد. معاهده منع گسترش سلاحهای هسته‌ای نیز این امر را با اجتناب از تجزیه وضعیت قدرتهای هسته‌ای امتحان بخشیده است.

۲۵۵ شورای امنیت در ۱۹ ژوئن ۱۹۶۸ مورد تحسین و پذیرش قرار گرفت. ولی این به معنای آن نیست که شورای امنیت در اجرای این قطعنامه با مشکل وتو (لااقل از طرف چین) مواجه نشود. همچنین در مورد اعتبار حقوقی چنین تعهداتی نیز می توان فراوان بحث نمود که آیا اولاً این تعهدات یکجانبه می باشند یا نه؛ و ثانیاً به عنوان قطعنامه تا چه حد از اعتبار حقوقی برخوردار هستند. آنچه که می توان گفت این است که به هر حال این اعلامیه تحولی را در منشور ملل متحد و بخصوص فصل هفتم آن ایجاد نکرده است. اجرای این تعهدات فقط مبتنی بر تفاهم قدرتهای هسته ای و بخصوص دو قدرت بزرگ آمریکا و روسیه فدراتیو می باشد.

اگرچه کاربرد سلاح هسته ای از مشروعیت برخوردار نیست ولی ممنوعیت کاربرد صریح آن در صورت وقوع یک مخاصمه مسلحانه محل شبهه می باشد و چندان مشخص نیست. به دلیل همین عدم صراحت است که سازمان بهداشت جهانی در ۲۷ اوت ۱۹۹۳ با طرح سوآلی در مقابل دیوان بین المللی دادگستری از آن رکن تقاضای نظر مشورتی نموده است. سازمان بهداشت جهانی در اجرای قطعنامهٔ WHA ۴۶/۴۰ مصوب ۱۴ مه ۱۹۹۳ مجمع عمومی سازمان بهداشت جهانی، و طبق مادهٔ ۹۶ بند ۲ منشور ملل متحد، و براساس مادهٔ ۷۶ اساسنامه خود و بالاخره با عنایت به مادهٔ ۱۰ بند ۲ قرارداد منعقد فیما بین سازمان ملل متحد و سازمان بهداشت جهانی سوآل زیر را مطرح نموده است:

«آیا با توجه به آثار سلاحهای هسته ای بر روی سلامت و محیط زیست، کاربرد این سلاحها توسط یک دولت در جریان یک جنگ یا یک مخاصمه مسلحانه دیگر ناقض تعهدات آن دولت نسبت به حقوق بین الملل از جمله اساسنامه سازمان بهداشت جهانی محسوب می شود؟»^{۳۴}

همانطور که می دانیم در آرای مشورتی سازمانها و دولتها می توانند نظرات خود را به دیوان بین المللی دادگستری ارسال نمایند که این کار از طرف جمهوری اسلامی ایران نیز انجام شده است.

۳۴. رجوع شود به:

La C.I.J.: Requête pour avis consultatif transmise à la cour en vertu d'une résolution de l'Assemblée mondiale de la Santé du 14 mai 1993: "Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé"., 1993, Rôle général n° 93, p.3.

این مسأله مورد توجه کشورهای جهان سوم هم قرار گرفته است و به پیشنهاد آنها قطعنامه ای در چهل و نهمین اجلاس مجمع عمومی سازمان ملل (۱۹۹۴) به تصویب رسیده که در آن نیز نظر مشورتی دیوان بین المللی دادگستری در مورد مشروعیت کاربرد سلاحهای هسته ای درخواست شده است.

به هر حال لازم است که به صراحت حمله هسته ای هم از طرف کشورهای هسته ای عضو و غیرعضو معاهده منع گسترش ممنوع شود و هم سایر کشورهای هسته ای غیرعضو معاهده منع گسترش حق کاربرد چنین سلاحهایی را نداشته باشند، و اگر چنین حادثه ای اتفاق افتاد بتوان آن را یک «جنایت جنگی» محسوب نمود، تا بدین وسیله بتوان امنیت دولتهای غیرهسته ای را تا حدودی تأمین کرد.

نتیجه گیری

در پایان باید گفت که معاهده ۱۹۶۸ منع گسترش سلاحهای هسته ای نتوانسته بطور کامل به اهداف تعیین شده خود در مسائل اصولی، عملی یا مصالح امنیتی نایل آید. برای مثال تعداد کلاهکهای هسته ای از ۱۲۰۰۰ در سال ۱۹۶۸ به ۵۵۰۰۰ در سال ۱۹۸۸ افزایش یافته است؛^{۳۵} و همانگونه که ملاحظه شده مقررات عدم اشاعه سلاحهای هسته ای و بخصوص خلع سلاح هسته ای مندرج در معاهده ۱۹۶۸ بطور دقیق اجرا نشده اند. لذا لزوم یک معاهده جدید و مؤثرتری برای جامعه بین المللی در آستانه ورود به قرن بیست و یکم احساس می شود. بدین معنا که اگر قرار است معاهده ۱۹۶۸ منع گسترش سلاحهای هسته ای در ۱۹۹۵ تمدید شود باید اشکالات شکلی و ماهوی آن رفع گردد. اما به نظر می رسد بهتر باشد که کشورهای جهان سوم پیشنهاد انعقاد معاهده ای را ارائه نمایند که هدف و موضوعش خلع سلاح کامل هسته ای باشد. جهان عاری از سلاح هسته ای نیازمند کوششهای فکری و عملی دولتهاست. باید این باور را فروریخت

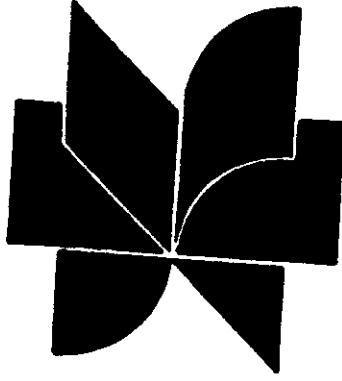
۳۵. رجوع شود به مجله پیام یونسکو سال بیست و پنجم، شماره ۲۸۱، انتشار مهرماه ۱۳۷۳، ص ۳۷.

که سلاح هسته ای وسیله ای کارآمد و حتی ضروری برای امنیت بین المللی است. خطر حقیقی گسترش سلاحهای هسته ای به قول جاسجیت سینگ در باوری نهفته است که او آن را «بنیادگرایی هسته ای» می خواند.^{۳۶}

برای مقابله با چنین باوری و تخریب آن اکثر کشورهای جهان سوّم کاری را که از ۱۹۷۸ در سازمان ملل متحد در مورد درخواست انعقاد یک معاهده منع کاربرد یا تهدید به کاربرد سلاحهای هسته ای آغاز کرده اند همچنان ادامه دهند؛ و در عین حال خواستار انعقاد یک معاهده کامل منع سلاح هسته ای باشند. باید این تفکر را از میان برد که هر دولتی برای حفظ حاکمیتش تنها به امنیت خود بیاندیشد و بر ضدّ امنیت دیگران عمل کند. در چنین وضعیتی طبیعی است که دولتها به تضعیف امنیت یکدیگر می پردازند. روند مذکور بایستی جای خود را به همبستگی بین المللی دهد که در آن امنیت کلیّه دولتها از یک درجه اهمیت برخوردار باشد و طرفین از بی ثبات کردن یکدیگر خودداری نمایند. بدین ترتیب جامعه ای می توان داشت که در آن نه تنها «حق بر صلح زیستن» تأمین می گردد، بلکه «حق بر توسعه» نیز همراه با آن به عنوان دو روی یک سکه، و به مثابه شاخه های مختلف مقوله سوّم حقوق بشر تأمین می شود.^{۳۷}

۳۶. جاسجیت سینگ «بمب یا صلح»، مرجع قبلی، ص ۳۹.

۳۷. لازم به تذکر است که این مقاله قبل از برگذاری کنفرانس تمدید معاهده منع گسترش سلاحهای هسته ای تهیه شده است. با توجه به خاتمه مدّت اعتبار این معاهده در سال ۱۹۹۵، کنفرانسی در ماههای آوریل و مه همین سال در نیویورک تشکیل و این معاهده بدون هیچگونه تغییری با کنسانسوس برای مدّت نامحدود تمدید شد.



بخش

ترجمه





آية...العظمى شيخ حسين حلي

ترجمه و تلخیص:

دکتر حسینی حلی نژاد

عقد بیمه در حقوق و فقه*

* اصل این مقاله با عنوان «التأمین»، از تقریرات مرحوم آية...العظمى شيخ حسين حلي است که به همراه چند مقاله دیگر، زیر نظر استاد عزالدین بحر العلوم جمع آوری و در کتاب زیر چاپ و منتشر گردیده است: بحوث فقهیه، بیروت، دارالزهراء، الطبعة الثالثة، ۱۴۰۵ هـ - ۱۹۸۵ م، ص ۲۷-۱۳.



مقدمه مترجم

تاریخ فقه بخوبی نشان می دهد که عقود فقهی و شروط ضمن عقد و خسارات بتدریج در فقه راه یافته اند و در آغاز دادوستد صورتی تشریفاتی و قطعی داشته است. به هنگام بیع بایع و مشتری پس از توافق در مبیع و بهای آن دست به دست یکدیگر می زده اند و این دست زدن دلیل بر آن بود که بیع صورت گرفته است و مجالی برای فسخ آن نیست. دست زدن را به عربی تصفیق و صفقه میگویند و چون این دست زدن مقارن با معامله است، به علت مجاورت خود معامله را هم صفقه می نامند و چون زندگی اجتماعی پیوسته در تغییر است صور فقهی و حقوقی، دیگر نمی تواند از عهده تعبیر مسائل تازه بر آید یا، ناگزیر باید مفاهیمی تازه در آن صور وارد کنند که تحول جدید را شامل شود و یا اصولاً صورتی تازه با مفهوم تازه در فقه بیافریند یا، به «صورت» یا به عبارت دیگر به «عنوان» عقد که بیع است یا صلح یا مزارعه مطلقاً توجهی نشود و رضای طرفین را برای ایجاد تعهد کافی بدانند. مسئله بیمه از مسائلی است که در تاریخ فقه اسلامی سابقه ای نداشته است و چون معامله در آغاز دقیقاً معلوم نبوده است به هنگامی که بحث آن در فقه به میان می آمده آن را با معامله غری

یکسان می دانسته اند. معامله غرری درست بر خلاف معامله قطعی است و به علت همین امر هم بسیاری از فقها این نوع معامله را جایز نمی دانند، ولی عقد بیمه در حقوق همه کشورهای اسلامی وارد شده و فقها برای اعطای حق توطن بدان راههایی پیشنهاد کرده اند که یکی از آن راهها راهی است که استاد شیخ حسین الحلی فقیه جامعه نجف اشرف پیشنهاد کرده است و ما ذیلاً ترجمه خلاصه آن را می آوریم:

ماهیت بیمه و نیاز جامعه بدان

بیمه یکی از معاملات جدیدی است که در زمان شارع اسلامی وجود نداشته است و به همین جهت می توان از نظر اجتماعی و دینی در جامعه از آن بحث کرد. از نظر اجتماعی باید گفت که در این جهان همه چیز آدمی در معرض خطر است. دارایی و جان و حتی مفاهیم معنوی نظیر شرف و دوستی. بدیهی است که انسان بر اثر غریزه حفظ حیات از خطر می گریزد و می کوشد به هر طریق که ممکن باشد خطر را از خود و دارایی خود دور کند.

بیمه یکی از وسایلی است که شبهه خطر را از انسان، چه از خود او و چه از دارایی او، از آتش سوزی و دزدی و سوانح در مقابل تادیه قسمتی از دارایی اگر محفوظ نکند لااقل خسارتی به بیمه گزار می دهد که می تواند مانند گذشته به زندگی اقتصادی و اجتماعی خود ادامه دهد.

ماهیت بیمه عوضی است در مقابل حوادث قضا و قدر، یعنی در مقابل آسیبی که از این حوادث به انسان می رسد، بیمه خسارتی به او می پردازد این هم بر حسب نوعی تقارن است که به قانون و آمار جدید بستگی دارد و با توجه بدین مسئله بیمه را چنین تعریف کرده اند:

«توافقی است میان بیمه گر یعنی شرکت بیمه از یکسو و فرد یا افرادی دیگر از سوی دیگر که آنان را بیمه گزار می نامند و بر حسب این توافق بیمه گر متعهد می شود که به مجرد وقوع حادثه ای که نوع آن صریحاً در سند بیمه ذکر شده است مبلغی معین به بیمه گزار پردازد و

تادیه این مبلغ در مقابل مبلغی است که بیمه گزار با توافق بیمه گر به اقساط به بیمه گر می پردازد و آن را اقساط بیمه مینامند». از نظر تاریخی، بیمه بصورت ابتدایی خود از مظاهر حقوقی جدید نیست بلکه از زمانهای دور وجود داشته است، اگرچه عامه مردم آن را مفهومی نمی دانسته اند که قانون و نظمی خاص خود داشته باشد. به عنوان مثال می توان گفت مساعدتهایی که خویشان و دوستان به کسی می کردند که بیماری یا سانحه ای برای او پیش آمده بود، نوعی بیمه بصورت ابتدایی بوده است. همچنین عادت قبيله به گرد آوردن ديه برای اولیای متتول، به هنگامی که یکی از افراد این قبيله ستمی به دیگری کرده حاکی از همین فکر بیمه است چه با این ديه زندگی قاتل را تضمین می کنند و این ديه در حکم قصاص از قاتل است. این مثال و نظایر آن صورت ابتدایی بیمه را نشان می دهد. تعهداتی دیگر، افراد در مقابل یکدیگر به عهده می گرفتند که همین نتایج بیمه را داشت، بدون آن که آن را بیمه بنامند یا آن را تابع قانونی خاص بدانند چنانکه امروزه همه شرکتهای بیمه تابع نظر آن قانون هستند.

محققان تاریخ تا آن جا پیش رفته اند که فکر بیمه را به یونان نسبت داده اند و آن، چنان بوده که مالکان برده، اقساطی به جمعیتهایی می پرداختند که این جمعیتها هنگامی که بنده می گریزد خسارت مالک را بپردازند.

در شهرهای روم برای حمل و نقل مردگان نیز نوعی بیمه وجود داشته است. بدین صورت که افراد مبلغی جزئی منتها به اقساط به جمعیتهایی می پرداختند و این جمعیتها مردگان را به محلی که از قبل مشخص شده بود می بردند و این قاعده اکنون هم در انگلستان جاری است.

عقد بیمه - قدمت عقد بیمه از وجود این نوع جمعیتها که تابع قانونی خاص هستند حکایت می کند. قدیمیترین عقد بیمه عقدی است که در سال ۱۳۴۷ میلادی در ایتالیا تنظیم شده و احتمال دارد که قدیمیترین تاریخ بیمه دریایی به سال ۱۳۶۱ میلادی برسد و نخستین بیمه آتش سوزی در سال ۱۶۶۶ در لندن تأسیس شد.

ولی بیمه حوادث از همه جدیدتر است و نخستین نوع آن بیمه علیه حوادث شخصی است که در سال ۱۸۴۵ میلادی به وجود آمد.

انواع بیمه

از آن جا که انسان پیوسته در معرض خطرهای گوناگون است بیمه را نمی توان به انواعی معین محدود کرد چه با گذشت زمان این خطرها اضافه می شود و نیاز بدان پیش می آید که نوعی دیگر به انواع بیمه بیفزایند. ولی می توان انواعی از بیمه را که رایج است و نام آنها را می دانیم در این جا ذکر کرد:

بیمه عمر، بیمه آتش سوزی و دزدی و نظایر آن، بیمه حمل و نقل دریایی و زمینی و هوایی، بیمه حوادث رانندگی و حوادث ناشی از هواپیما و کشتیها و غیر آن. البته انواع مشابه دیگری نیز وجود دارند که می توان پاره ای از آنها را صورتی دیگر از این انواع بیمه دانست.

شروط و ارکان عقد بیمه

بیمه شروط و ارکانی دارد که بدون آنها عقد بیمه محقق نمی شود و آن ارکان عبارت است از:

۱. ایجاب و قبول؛
۲. مورد بیمه، که شخص یا دارایی یا بیماری و مانند آن است؛
۳. مبلغ بیمه، و آن مبلغی است که شرکت بیمه هنگام وقوع خطر می پردازد؛ و اقساط بیمه، که آن مبلغی است که بیمه گزار به شرکت بیمه می پردازد.

شروط بیمه

۱- خطری که در برابر آن عقد بیمه منعقد می شود، آتش سوزی، مرگ، دزدی، درماندگی، بیماری، ...؛

۲- قسطی که بیمه گزار به بیمه گر می دهد در صورتی که این مبلغ به اقساط باشد، تعیین میزان قسط و نحوه پرداخت آن؛

۳- مدت عقد بیمه، تاریخ آغاز و تاریخ انجام.

اینها شرایط مهم عقد بیمه است که توضیحی اجمالی در باره آنها لازم به نظر می آید.

۱- ایجاب و قبول- ایجاب و قبول رکن عقد بیمه است و هنگامی ایجاب از طرف بیمه گزار صورت می گیرد که بیمه گر فرمی محتوی موارد ذیل را به او بدهد، مورد بیمه، مال یا دارایی یا نظایر آن، قسطی که طرفین بدان توافق کرده اند و مبلغی که هنگام وقوع خطر بیمه گر باید بپردازد، بعلاوه شروطی دیگر که بیمه گزار و بیمه گر بر آن توافق کرده اند. امضای این فرم بمنزله ایجاب از طرف بیمه گزار است. قبول و آن صادر کردن سند بیمه بر اثر عقد بیمه است و این سند را معمولاً شرکت بیمه صادر می کند و آن را به بیمه گزار می دهد و با این کار رکن اول از ارکان بیمه محقق می شود.

۲- مورد بیمه- ذکر مورد بیمه، از ارکان بیمه است و عقد بیمه به وجود آن بستگی دارد، چه مورد بیمه مختلف است، گاهی عمر بیمه گزار است، گاهی سوانح او و گاهی دارایی او و هر یک از این موارد خصایصی دارد که شرکت بیمه باید آنها را در نظر بگیرد و با توجه به آنها مبلغی را که در ازای مورد بیمه باید بپردازد معین کند. عدم ذکر مورد بیمه موجب عدم تحقق بیمه می شود، چه بیمه گر نمی داند خسارت را در مقابل چه چیزی باید بپردازد.

۳- مبلغ بیمه- مبلغ بیمه نیز از ارکان بیمه است و اگر آن را ندیده بگیریم باز عقد بیمه ناتمام می ماند، چه در آن صورت معلوم نیست که به

چه علتی کسی عمر یا مال خود را بیمه می کند. ذکر مبلغ بیمه یعنی مبلغی که شرکت بیمه باید به بیمه گزار در صورت وقوع خطر احتمالی بپردازد و همچنین ذکر اقساط بیمه که بیمه گزار برای جان خود یا دارایی خود باید بپردازد ضروری است.

۲- **بیمه خطره** - بیان خطر از شروط عقد بیمه است چه خطرها با یکدیگر تفاوت دارد و این تفاوت هم سبب اختلاف مبلغی می شود که بیمه گر باید بپردازد، مثلاً خصایص بیمه بیماری و درماندگی و پیری با هم تفاوت دارد و تفاوت آن با خصایص حوادث ناشی از دزدی از نوعی کاملاً مغایر است و برای هر یک از این خطرها بیمه ای خاص وجود دارد.

۳- **اقساط بیمه** - اقساط بیمه نیز متفاوت است، گاهی مبلغ اقساط را بیمه گزار یک جا می پردازد و گاهی آن را تقسیط می کند. در هر حال در این مورد نیز باید توافقی میان بیمه گر و بیمه گزار باشد.

۴- **مدت عقد و تاریخ آغاز و انجام آن** - از شرایط عقد بیمه آن است که طرفین مدت بیمه را ذکر کنند که آیا دائم است، یا بیمه گزار مورد بیمه را برای مدتی معین بیمه می کند. این شرط نباید مجهول بماند و مبلغ بیمه و قسطی که بیمه گزار باید بپردازد بدین شرط بستگی دارد.

رضایی بودن عقد بیمه

شرکت بیمه عقد بیمه را از عقود معاوضی می داند و عقدهی که با تعیین به تاننوم موضوعه عوضین در آن وجود دارد، چه هر یک از دو طرف عقد آنچه به دیگری می پردازد در مقابل تعهد اوست. چرا که شرکت مبلغ مورد تعهد خرید را با دریافت مبلغی که طرفین نسبت بدان توافق کرده اند می پردازد و بیمه گزار یا خود مبلغ بیمه را در وقت معین دریافت می کند یا وارث او در صورتی که آسیبی به جان یا دارایی او برسد.

سند بیمه

سند بیمه وجود عقد بیمه را میان طرفین ثابت می کند و اعتبار این سند به میزان مبلغ مورد بیمه بستگی دارد و از طرفی سند بیمه در عرف تجاری اهمیتی تجاری دارد چه به اعتبار این سند بیمه گزار می تواند وام بگیرد و اگر آسیبی به وام گیرنده برسد وام دهنده بموجب این سند حق بیمه وام گیرنده را از شرکت بیمه دریافت می کند، همچنین تاجری که از خارج جنسی وارد می کند کالای بیمه شده را برتر از کالای بیمه نشده می داند چه در کالای بیمه شده اگر آسیبی به کالا برسد شرکت بیمه خسارت آن آسیب را می پردازد.

ماهیت عقد بیمه از دیدگاه شرع

بیمه توافقی است میان دو طرف یعنی شرکت بیمه یا نماینده او و بیمه گزار یا وکیل او و نتیجه آن این است که اگر مال بیمه شده تلف شود، بیمه گر مبلغی را که طرفین بر آن توافق کرده اند به بیمه گزار می پردازد.

چون این نوع معامله جدید و به اصطلاح از مستحدثات است باید حکم آن را از لحاظ شرعی از طرق ذیل به دست آورد:

اولاً، مقایسه این نوع معامله با معاملاتی که در عهد تشریح وجود

داشته است به امید این که در آن معاملات معامله ای نظیر بیمه بیابیم؛ ثانیاً، اگر در معاملات هنگام تشریح مثالی یا مشابهی برای عقد بیمه نباشد یکی از قواعد کلی را با آن تطبیق دهیم؛

ثالثاً، اگر از آن جا هم راهی نیابیم چاره ای جز آن نیست که دست توسل به دامان اصول عملیه دراز کنیم. بزودی اصول عملیه را بنحو اختصار تعریف خواهیم کرد.

مقایسه عقد بیمه با معاملات شرعی

از مقایسه بیمه با عقد ضمان می بینیم که عقد بیمه و تعاریف آن با عقد ضمان و مضمون به یا مورد ضمان شباهت دارد و این شباهت ما را بر آن می دارد که باب ضمان و احکام آن را در مورد اشخاص و اشیای خارجی و کیفیت شباهت آن را با عقد بیمه شرح دهیم و مستفاد آن است که عقد بیمه یکی از مصادیق عقد ضمان است و احکام ضمان در باره آن صادق می آید.

دیدیم که ارکان مُشکِّل بیمه عبارتند از:

۱. ایجاب و قبول؛

۲. خطر مورد بیمه؛

۳. مبلغ بیمه.

و چون عقد ضمان نظیر همین ارکان را دارد، می توان بیمه را نوعی عقد ضمان دانست. در این جا باید دید که ضمان چیست. در باره ضمان می توان از نظر لغوی و از نظر فقهی بحث کرد.

از نظر لغوی میان صاحب نظران اختلاف است، پاره ای آن را مشتق از ضم می دانند که معنی آن پیوستن چیزی به چیز دیگر است و پاره ای دیگر آن را مشتق از ضمن می دانند که معنی آن وارد کردن چیزی در ملک یا در ذمه است (صاحب قاموس این رأی را پذیرفته است و غرض او این است که این مال را بر ذمه خود گرفتم نه آن که مال تو را ضمیمه مال خود کردم و دلیل دیگر آن است که اگر اصل ضمن، ضم باشد دلیلی نیست که آن را از یکی از دو میم خود جدا کنند و بجای آن «ن» بگذارند. قدر متیقن آن است که ضمن خود اصلی جداگانه است).

ضمان در اصطلاح فقها

ضمان در اصطلاح فقها وارد کردن مورد ضمان در ذمه ضامن و به جا

آوردن کلیه احکام ناشی از این وارد کردن و از این لحاظ به معنی لغوی آن نزدیک است. فقهای شیعه ضمان را مشتق از ضمن میدانند ولی فقهای عامه آن را مشتق از ضم می دانند. ضمان در فقه شیعه ناقل ذمه است ولی در فقه عامه ضم ذمه به ذمه است، بدین معنی که مضمون له می تواند مورد ضمان را هم از ضامن مطالبه کند و هم از مضمون عنه.

اقسام ضمان

در بادی امر ضمان به دو نوع تقسیم می شود:

اول. ضمانی که تحقق آن منوط به فعلی خارجی است یعنی باید از کسی فعلی در عالم خارج از ذهن صورت بگیرد تا او ضامن شود مانند ضمان ید که اگر کسی بر مالی مسلط شود ضامن است که آن مال را به صاحب آن برگرداند و ضمان تلف.

دوم. ضمانی که تحقق آن به انشا بستگی دارد یعنی به عقد ضمان، مانند ضمان دین، که ضامن دین مدیون را به عهده می گیرد. ضمان تلف تابع قاعده ای است که می گوید هر کس مال دیگری را تلف کند ضامن است که بدل آن مال یا قیمت آن را در صورتی که بدل نباشد بپردازد. در این جا نیازی به انشای طرفین نیست و نفس فعل برای ایجاد ضمان کافی است. اینها از آن نوع ضمانی است که تحقق آن محتاج فعلی خارجی است. هنگامی که به نوع دیگر ضمان می رسیم که محتاج انشا است می بینیم که یکی از طرفین موجب است و طرف دیگر قابل این ایجاب، به اصطلاح ایجاب از یکی است و قبول از دیگری و این ایجاب و قبول انشای عقد ضمان است. فقها در این نوع از ضمان اختلافی ندارند ولی در نوع دیگر آن اختلاف هست. آنچه در نظر فقها، وقوع ضمان در آن مسلم است، عبارت است از:

۱) ضمان دین - این نوع از ضمان ناظر به دینی است که بر ذمه است مثلاً اگر ذمه زید مبلغی به عمر و مدیون باشد و شخص ثالث ضامن مالی بشود که بر ذمه زید است و عمر و هم این ضمان را بپذیرد عقد ضمان

محقق می شود و دینی که بر ذمه زید است به ذمه ضامن منتقل می شود. تا این جا فقها اختلافی ندارند جز آن که پاره ای از آنان، ضمان انشایی را منحصر به همین نوع می دانند و ضمان انشایی در مورد اشیا و اشخاص به نظر آنان جایز است.

محقق در کتاب (الشرايع) می گوید (دوم در مورد حق مورد ضمان است و آن هر مالی است که در ذمه ثابت باشد) و صاحب جواهر به دنبال این نظر می گوید، (و مستند این نظر قواعد فقه است که مطابق آن شرط ضمان مال بودن و ثابت بودن در ذمه است اگر چه این ثبات متزلزل باشد مانند بهای مبیع در مدت خیار یا مهر قبل از دخول) و گفته اند که در باره اول (مال بودن) اجماع معلوم است و در مورد دوم هم اجماع صریح است. در کتاب محکی التذکره، آمده است که اگر کسی بگوید «آنچه به دیگری می دهی من ضامن آن هستم اجماعاً صحیح نیست» و این صورت اخیر از ضمان بدان علت اجماعاً صحیح نیست که هنگام انشای عقد ضمان ذمه به چیزی مشغول نبوده است تا ضمان محقق شود و آنچه فقها در باره ضمان اختلاف دارند بدین قرار است:

ضمان اعیان منصوبه - و شرح آن چنان است که کسی جامه دیگری را غضب کند و شخص ثالثی ضامن این جامه منصوب شود. در این نوع ضمان اختلاف هست، پاره ای آن را جایز می دانند و پاره ای دیگر ممنوع و محقق در الشرايع می گوید، جواز شبه است. چنانکه گفتیم پاره ای دیگر با آن مخالفند از جمله صاحب جواهر آن جا که شرحی بر عبارت محقق نوشته است و می گوید «به علت قواعد کلی و برای آن که مال مورد ضمان بر عهده خود مضمون عنه است. غرض این است که این ضمان قابل انتقال نیست و بعد هم اشکال کرده است که قواعد محکمی بر جواز دلالت نمی کند (بر خلاف گفته محقق) و آنچه از پیغمبر (ص) نقل کرده اند که کفیل ضامن است (الزعیم غارم) از اخبار ما نیست و حجت به شمار نمی آید و همچنین حکم عام وفا به عقد، قابل انطباق بر این مورد بر حسب مذهب ما نیست چه ضمان باعث انتقال مال از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن است و عین (یعنی جامه) مالی نیست که بر ذمه غاصب باشد و اگر

آن را بر این مسئله تطبیق کنیم مقتضای آن، این است که ضمان ضم به ذمه باشد که ما قائل بدان نیستیم.

ولی رویهمرفته باید پذیرفت که ضمان عین مغضوبه موجب انتقال ضمان غاصب به ذمه ضامن می شود و در این صورت اگر ضمان از غاصب به ضامن منتقل شود بقای عین معضوبه در ید غاصب از قبیل امانت است و نتیجه این امانت آن است که غاصب باید فوراً مال را به صاحب آن برگرداند و در این اثنا اگر عین تلف شود ضمان آن بر عهده ضامن جدید است نه بر عهده غاصب، بلی اگر غاصب عین را برنگرداند بقای مال در ید او موجب ضمان می شود و در این جا اگر مال تلف شود او ضامن بدل آن است.

در این جا چنانکه می بینیم فرقی میان ضمان عین مغضوبه و ضمان دین نیست و دلیلی ندارد که اولی ممنوع باشد و دومی مجاز، توضیحی که در این باره می دهند این است که آن دینار کلی که متعلق به عمرو و بر ذمه زید است، هنگامی که کسی ضامن این دینار می شود، ضمان او بدین طریق است که آن دینار کلی در عهده و ذمه ضامن است و باید وجود آن دینار مانند وجود آن در ذمه ضامن به همان صورت باشد یعنی بصورت کلی در معین، در این صورت آن مال مورد ذمه ضامن غیر از مالی است که بر ذمه مدیون است و نمی توان گفت که داین هر دو مال را با هم مالک است یعنی دیناری که بر عهده ضامن است و دیناری که بر عهده مدیون است.

در این جا چاره ای نیست جز آن که بگوییم آن دینار کلی که به عمر و تعلق داشت و در ذمه زید بود به علت ضمان از ذمه زید به ذمه ضامن منتقل شده است. این مسئله در ضمان دین صادق است ولی در ضمان عین مغضوبه این معنی وجود ندارد چه ضمان مال مغضوب از این عین یعنی از مال مغضوب، چنانکه بر عهده غاصب مستقر است از عهده غاصب خارج نمی شود. مال مالک از عین به عین دیگر تبدیل نمی شود (چنانکه در مال کلی نظیر دینار این کار صورت می گرفت) و آنچه در این میان است آن است که آن عینی که ملک مالک و بر عهده غاصب بود و اکنون ضامن

عاهده دار آن شده است مالی واحد است و دو ضمان بر آن عارض شده است. بر خلاف آن کلی در ذمه چه آن مال کلی که بر ذمه مدیون بود با آن کلی که بر ذمه ضامن است منطبق می شود و مال این همان است که بر عهده ضامن است و حق او بر مدیون ساقط می شود.

به عبارت دیگر ضامن، آن کلی را که بر ذمه مدیون است به ذمه خود منتقل می کند و ضامن عین اگر آن عین را به ذمه خود منتقل کند این انتقال با بقای خود عین در ید غاصب و تعلق آن به مالک آن منافاتی ندارد اگر چه به عهده ضامن هم باشد در این جا ضامن و غاصب هر دو ضامن یک چیزاند. اگر مماشات کنیم و بگوییم آن ضمان کلی که به عهده مدیون است بیش از ضمان عین معین که به عهده غاصب است نیست و نمی تواند موجبی برای آن باشد که ضمان دوم ضمان اول را ساقط کند خواه آن ضمان دوم از قبیل ضمان ید باشد یا ضمان ناشی از عقد، ولی اجماع و اخبار انتقال را فقط در مورد ضمان دین جایز می دانند نه در مورد ضمان عین و ما ناگزیر باید میان این دو ضمان تفاوتی قایل شویم و ضمان دین را موجب انتقال ذمه بدانیم نه ضمان عین را، در هر حال از کسانی که ضمان اعیان مغضوبه را جایز می دانند فقیه بزرگوار طباطبایی است که می گوید:

«در باره ضمان اعیان خارجی نظیر غصب و مقبوض به عقد فاسد و نظایر آن دو اختلاف وجود دارد. هر یک از این اختلافها را جماعتی هواداری کرده اند. ولی قول قویتر جواز آن است». و یکی از موارد اختلاف، ضمان امانت است. و آن عبارت از آن است که کسی ضامن ودیعه ای می شود که در دست دیگری است. بسیاری از فقها با تمسک به اجماع آن را منع کرده اند و محقق در «الشراعی» می گوید: «اگر کسی ضامن چیزی شود که امانت است مانند مضاربه یا ودیعه صحیح نیست و این مضاربه یا ودیعه در اصل عقد ضمان پذیر نیست» و همچنین علامه در «کتاب القواعد» خود و شهید ثانی در «کتاب المسالک» ضمان در عقد ودیعه را صحیح نمی دانند.

ولی سید طباطبایی در «عروة الوثقی» چنین می نویسد «در باره

ضمان اعیان غیر مضمون مانند مضاربه و رهن و ودیعه قبل از آن که سبب ضمان آنها که تعدی یا تفریط است پدید آید، فقها در عدم صحت آنها اختلاف ندارند ولی مقتضای عمومات صحت این نوع ضمان است. گمان می رود که علت منع ضمان در امانت نبودن مضمون عنه است چه مانند ضمان دین باید مضمون عنه وجود داشته باشد. چنانکه می دانیم ضمان دین چهار رکن دارد:

۱. مضمون له که داین است؛

۲. مضمون عنه که مدیون است؛

۳. مضمون که همان دین است؛

۴. ضامن که عارض بر عقد می شود.

و آن که ضمان را در اعیان غصب شده جایز می داند به نظر او ارکان چهارگانه ضمان در آن وجوب دارد، بدین قرار:

۱. مضمون له که صاحب مال باشد؛

۲. مضمون عنه که خود غاصب باشد؛

۳. مضمون که همان مال غصب شده است؛

۴. ضامن که به اصطلاح شخص جدید است.

و به همین دلیل می گوید در این عقد ضمان ناگزیر ضمان از ذمه غاصب به ذمه شخص جدید که ضامن است منتقل می شود ولی ضمان امانت، مضمون عنهی ندارد و شامل سه رکن است:

۱. مضمون له که صاحب امانت است؛

۲. مضمون که همان موضوع امانت است؛

۳. شخص جدید که ضامن است.

در این جا مضمون عنه وجود ندارد. چه کسی که مال در دست اوست امین است و امین هم ضامن امانت نیست و جایی که ارکان چهارگانه ضمان نباشد، ضمان مصداق نمی یابد.

ولی در این جا باید گفت که وجود رکن چهارم ضمان، ضروری حقیقت ضمان نیست و ضمان با همان سه رکن که ضامن و مضمون له و

مضمون باشد محقق می شود. از طرفی می توان گفت که ضمان اعیان غصب شده شامل مضمون عنه نیست، چه ضمان عین مقصوبه ضمان از غاصب نیست بلکه می تواند ضمان ابتدایی نه از غاصب بلکه از مالک باشد و این درست مانند ضمان از عینی است که در قعر دریاست و کسی ضامن می شود که آن را از دریا بیرون آورد یا بدل آن را به صاحبش بدهد که در این جا نیازی به مضمون عنه نیست و از همین روی اگر کسی عین مقصوبه را از غاصب بگیرد ضامن آن عین است ولی ضمان او ضمان ابتدایی است و ضامن غاصب نیست و نتیجه این است که حقیقت ضمان عین ارتباطی به مضمون عنه ندارد و این ارتباط فقط در ضمان دین وجود دارد. چه ضامن دینی را به عهده می گیرد که در ذمه مدیون است بر عکس ضمان عین که در غصب پیش می آید، چه ضمان غصب، ناظر به غاصب نیست تا موجب انتقال ضمان غاصب به ضامن شود.

ضمان اعیان شخصی - غرض از اعیان شخصی، اعیانی است که در دست صاحبان آنهاست بدون آن که امانت باشد یا مقصوب یا مقبوض به عقد فاسد و از آن جمله است کالاهای تجاری افراد، در کتابهای فقهی بحثی در این باره نفیاً یا اثباتاً نشده است و به همین دلیل باید دید که آیا این نوع از اموال قابل ضمان نیست یا ضمان آنها مانعی ندارد.

و اگر ما مبحث ضمان را در باره نظایر این نوع کالاها توسعه دهیم باید مبحث بیمه را از باب ضمان بدانیم وگرنه اگر ضمان همان منحصر به ضمان ذمه باشد یا ضمان اعیان مضمونه مانند غصب یا مقبوض به عقد فاسد، بیمه نمی تواند یکی از مصادیق ضمان باشد.

در این جا می بینیم که اگر بخواهیم بیمه یکی از مصادیق ضمان باشد باید دایره شمول ضمان را توسعه دهیم بنحوی که هر فردی را شامل شود اعم از این که مضمون، دین باشد یا عین در دست غاصب یا امانت یا عین شخصی خارجی در ید صاحب آن عین یا انسانی باشد اعم از بنده یا آزاد.

ضمان انشایی در اعیان خارجی (غرض از انشا در این جا انشای عقد ضمان است)

این ضمان بر دو نوع است:

اول آنست که: ضامن در مقابل ضمان خود عوضی نمی گیرد بلکه شخصی به علتی ضامن می شود و مضمون له هم این ضمان را می پذیرد. دوم آنکه: عوضی در میان است که ضامن به صاحب عین می گوید که برای ده سال ضامن مال او می شود به شرط آن که هر ماه پولی معین به او بدهد و مضمون له نیز این پیشنهاد را می پذیرد یا بر عکس، چنانکه مضمون له مبلغی پول معین بدهد که ضامن تا ده سال مال او را تضمین کند و ضامن هم این پیشنهاد را بپذیرد.

و با این نوع دوم از ضمان انشایی در اعیان خارجی می توان بیمه را یکی از مصادیق ضمان دانست چه ارکان بیمه در این نوع ضمان وجود دارد.

مورد بیمه - که در این جا از آن به مضمون تعبیر می شود و آن یا عین

خارجی است یا انسان.

مبلغ بیمه - آن هم در این جا وجود دارد و آن چنان است که مضمون

له عوضی به ضامن می دهد چنانکه در مثال بالا گفتیم.

و با تحقق این ارکان می توان بیمه را جزء یکی از مصادیق ضمان به شمار آورد. اکنون باید وجود ضمان انشایی را در اعیان خارجی توجیه کرد و دید که آیا ضمان فقط شامل مواردی خاص است مانند ضمان دین و پاره ای از ضمانهای مورد اختلاف، مانند ضمان غصب یا شامل افرادی دیگر نیز می شود.

دایره ضمان عقد گسترده تر از آن است که افرادی خاص را شامل شود. ضمان چنانکه در دیون وجود دارد در اعیان خارجی، اموال، املاک و افراد انسانی اعم از آزاد و بنده هم می تواند وجود داشته باشد و شرکت بیمه نیز می تواند ضامن این اشیا بشود. چه، چنانکه گفتیم، ضمان عبارت است از پذیرفتن چیزی بر ذمه و این هم اعتباری است که عقل آن را می پذیرد چه ضامن مال مضمون را به عهده خود می گیرد. برای آن که توسعه مفهوم ضمان کامل شود، باید به دو مسئله زیر توجه داشته باشیم:

اول. ادعای اجماع بر این که حق مضمون عبارت از مالی است که بر

ذمه ثابت شده است. ولی این ادعا چنانکه از کتاب «عروة الوثقی» و کتابهای دیگر نقل کردیم، اعتباری ندارد. دوم. آن که کاری لغو یا سفیهانه در میان نباشد که این نوع ضمان را باطل کند.

بدیهی است معامله بیمه سفاhti نیست، چه کسانی که به این نوع دادوستدها می پردازند، حساب کار را بخوبی کرده و تجاری اندوخته اند و پس از این حساب و تجارب است که مالی را بیمه می کنند و شرکت بیمه نیز با توجه به دارایی شخص و شرایط دیگر درخواست بیمه را می پذیرد و اقدام شرکت بیمه یا بیمه گزار هیچکدام نمی تواند محمول بر سفاht باشد. چه بیمه گزار با بیمه کردن مال یا جان خود می داند که با تلف شدن مال یا آسیبی نسبت به جان، مرجعی هست که بتواند خسارت خود را از آن دریافت کند و بیمه گر نیز با ملاحظه سوابق مالی بیمه گزار و تجارب خود با تفکر و اندیشه کامل درخواست بیمه را می پذیرد و عمل هر دو یعنی بیمه گر و بیمه گزار، معقول و دور از سفاht است. بدین طریق شرایط بیمه محقق می شود.

دلیل دیگر که بیمه می تواند از مصادیق باب ضمان باشد این است که ضمان بیش از تحمل مسؤلیت و قبول چیزی در ذمه ضامن نیست، بی آن که تفاوتی میان دین و عین خارجی و شخص آزاد و بنده باشد. در این صورت شرکت بیمه می تواند، بطریقی که گفتیم اموال شخص یا جان یا بنده او را تضمین می کند و ارکان در هر دو معامله یعنی ضمان و بیمه یکی است.

ممکن است اعتراض کنند که این نوع معامله بصورت ایقاع است و آن چنان است که یک طرف یعنی ضامن، یا شرکت مسؤلیت را بر عهده می گیرد. باید گفت که این نوع معاملات از صنف ایقاع نیست بلکه معامله ای دو جانبه است که ایجاب و قبول در آن وجود دارد، چه امضای ورقه شامل عقد بیمه یعنی ورقه ای که شرکت بیمه به بیمه گزار می دهد و بیمه گزار آن را امضا می کند بمنزله قبول است. صادر کردن ورقه از طرف شرکت ایجاب است. معنی امضای بیمه گزار آن است که شرایط مندرج در

عقد بیمه را پذیرفته است که از جمله آن شرایط تأدیه اقساط معین از طرف مضمون له (بیمه گزار) است و شرکت با امضای ورقه و تسلیم آن به مضمون له طرف ایجاب قرار می گیرد و مضمون له با گرفتن ورقه و امضای آن طرف قبول و این بر عکس مطلبی است که سابقاً گفتیم که بیمه گزار طرف ایجاب است و شرکت بیمه طرف قبول، و این تغییر اصطلاح برای آن است که از بحث آنکه شرط بیمه گزار نسبت به شرکت شرط نتیجه است یا سبب آسوده شویم. بدین طریق عقد بیمه از مبحث ایقاعات خارج می شود و شرط ضمن آن از قبیل شرط در ایقاع نیست که محل اشکال باشد، بلکه بیمه عقدی است مرکب از ایجاب از ناحیه شرکت و قبول از ناحیه مضمون له، چه اگر ما آن را فقط ایقاع بدانیم در این صورت موقع (طرف ایقاع) شرکت بیمه است و هیچ توجهی برای آن نیست که بیمه گزار را پیشنهاد کننده بدانیم، چه منشاء عقد ضمان است و ضامن این عقد را انشا می کند نه مضمون له و اگر بگوییم ایقاع هم می تواند شامل شرط باشد، می توانیم این جا نیز آن را بگوییم که مجعول (جماله) در این جا همان ضمان شرکت بیمه است. منتهی این ضمان مشروط است، و اگر مضمون له به شروطی که بر عهده دارد وفا کند، شرکت نیز باید از عهده ضمان خود بر آید. بدیهی است که اگر مضمون له به شروط خود وفا نکند، شرکت نیز ملزم به رعایت ضمان نیست. ولی در این جا اشکال معلق بودن عقد ضمان پیش می آید و تعلیق هم باعث بطلان معامله است. ناگزیر باید این نوع معامله را بر ضمان عقدی حمل کنیم که شرط در آن از قبیل الزام ضمن التزام است، چنانکه در شروط معامله بین دو طرف پیش می آید. بدیهی است، انشا از امور اعتباری است که فقط در عالم اعتبار وجود دارد و معنی انشای مسئله ای، قرارداد آن مسئله به هر علتی با هر لفظی در عالم اعتبار است و نیازی به لفظی خاص مانند فروختن و نظایر آن ندارد و هر لفظی می تواند مؤدی آن باشد.

خلاصه

از آنچه گذشت می توان دریافت که معامله بیمه می تواند جزء مصادیق ضمان باشد و احکام ضمان بر آن جاری شود ولی اگر شکی باشد که ضمان فقط ناظر به ذمه است و اعیان خارجی از مصادیق آن خارج است در این صورت می توان بیمه را با معاملات و عقود دیگر سنجید یعنی با معاملاتی که در زمان شارع اسلامی وجود داشته است. یکی از آن معاملات هبه به شرط تحمل زیان است.

هبه به شرط تحمل زیان - غرض هبه به شرط ضمان نیست تا در باره آن اشکال سابق در مورد ضمان اعیان خارجی به میان آید. بلکه شرط در این جا بمنظور تحمل زیانی است که به مشروط له یعنی واهب می رسد.

و صورت قضیه چنان است که شرکت تعهد می کند که از دارایی خود یا از آنچه نزد او فراهم می آید اگر زیانی به دارایی یا جان واهب برسد تدارک کند، در این جا بیمه گزار تعهد می کند که هر ماه مقداری از دارایی خود را به شرکت بیمه هبه کند، مشروط بر این که اگر تا ده سال خسارتی به جان یا مال او برسد شرکت از عهده این خسارت بر آید و شرکت هم این پیشنهاد را می پذیرد و این شرط از شروطی نیست که باطل باشد و هبه خارج از این شرط معتبر بماند، بلکه این شرطی جایز است که نه خود باطل می شود نه سبب بطلان عقد، و این هبه مشروط شامل همه ارکان بیمه است (ایجاب و قبول و مال مورد بیمه که جان یا مال باشد و مقدار خسارت که مبلغ بیمه است).

مطابق این نظر بیمه یکی از مصادیق هبه مشروط است و احکام هبه نسبت به آن جاری خواهد بود.

صلح به شرط تحمل خسارت - از جمله مواردی که می توان بیمه را بر آن عرضه کرد، باب صلح است. بدین طریق که طرفین بر این صلح می کنند که یکی از آن دو که شرکت باشد، خسارتی را که به طرف دیگر وارد می شود به عهده می گیرد مشروط بر این که طرف دیگر مقداری از مال خود را به او بدهد و باز ممکن است که بیمه گزار هر ماه مبلغی معین به شرکت

بیمه بدهد بدین شرط که اگر خسارتی به مال یا جان او رسید شرکت از عهده آن خسارت بر آید.

بدین طریق از اشکال ضمان خارج می شویم و تحمل خسارت مجوز بیمه می شود.

این نظر هم تازه نیست، سید طباطبایی در «عروة الوثقی» در مورد صحت شرط ضمان مستأجر نسبت به عین مستأجره بصورت تحمل خسارت می فرماید: «عین مستأجره در دست مستأجر امانی است و مستأجر جز در صورت تعدی یا تفریط ضامن تلف یا معیوب شدن آن نیست و اگر موجر بدون این تعدی و تفریط ضمان آن را بر مستأجر شرط کند، قول مشهور عدم صحت این شرط است ولی قول قویتر صحت این شرط است و از آن جهت صحت برتری دارد که موجر بر مستأجر شرط می کند که اگر عین مستأجره تلف شود یا بدان عیبی برسد، مستأجر مقداری از مال خود را از این بابت بدهد نه از بابت ضمان.»

بدیهی است که این راهها از هبه و صلح تفاوتی نمی کند که موضوع دین، عین خارجی یا جان باشد، چه ضمانی در میان نیست که اشکالات سابق به میان آید.

آنچه گفتیم عرضه کردن بیمه بر معاملاتی بود که سابقاً وجود داشته است و احکام بیمه را از احکام آنها اتخاذ کردیم.

عرضه کردن بیمه بر قواعد فقهی - در آغاز بیمه را بر معاملاتی که در سابق وجود داشت عرضه کردیم ولی قطع نظر از این معاملات می توان بیمه را عقدی مستقل دانست مرکب از ایجاب و قبول، چنانکه در معاملات انشایی دیگر این امر وجود دارد، در این صورت بیمه مشمول عمومات احکام می شود که وفای به عقد را لازم می داند مانند قول خداوند که می فرماید: «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود» (ای گرویدگان به پیمانها رفتار کنید) یا قول خداوند که می فرماید: «یا ایها الذین آمنوا لاتاکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تکون تجارة عن تراض منکم» (ای گرویدگان، به باطل دارایی یکدیگر را نخورید مگر آن که دادوستدی میان شما به تراضی باشد) التزام به عقد مختص به عقود سابق نیست،

بلکه ناظر به هر عقدی است که طرفین با یکدیگر منعقد می کنند مشروط بر این که از قبیل ربا یا آنچه شارع مقدس ممنوع کرده است نباشد، چه قاعده در هر عقدی لزوم آن است اگر چه آن عقد از عقدهای موجود نباشد. التزام و تعهد نیاز به الفاظی خاص ندارد. ایجاب و قبول بصورتی که حاکی از قصد معامله باشد معتبر است. چنین می نماید که این صورت از صور قبلی صحیحتر می باشد و بصورت معامله یا قراردادی خصوصی است، چه بازرگان به رضای خاطر برای حفظ اموال خود پیمانهای می بندد و اسنادی را امضا می کند و شرکت نیز صورتی از اموال اگر مورد بیمه مال باشد و بر آوردی از حالت جسمی بیمه گزار اگر بیمه عمر باشد فراهم می آورد و طرفین بموجب سندی که شرکت بیمه بدین منظور صادر می کند به وقوع معامله اعتراف می کنند و در این سند شروط طرفین و ایجاب و قبول و رضا ذکر شده است و با این کار معامله از صورت معامله سفهی خارج می شود زیرا هر یک از دو طرف برای حفظ نفع خود اقدام می کند.

باز باید گفت که معامله غرری هم نیست که مشمول حدیثی باشد که می گوید «نهی النبی عن الغرر» چه خطر یا غرری در این معامله نیست.

عرضه کردن بیمه بر اصول عملیه - از جهتی بیمه معامله ای است که

مشمول احکام اصول عملیه می شود چه اصول عملیه وظایفی است که کسی که از تحصیل دلیل اجتهادی عاجز شود بر آنها پناه می برد. صحت این نوع معامله یعنی بیمه را با دلایل اجتهادی ثابت کردیم و دیگر نیازی نیست که به اصول عملیه متوسل شویم ولی اگر بحث در این باره از نظر اصول عملیه نیز لازم باشد، باید گفت که اصل عملی این نوع معاملات را جایز نمی داند چه اصالت فساد که خود اصلی عملی است موجب ترتیب اثر ندادن به این معامله است چه اگر ما بدون توجه به دلایل دیگر، این معامله (بیمه) را در نظر بگیریم معلوم نیست که این معامله صحیح است یا باطل و در این موارد مرجح عدم ترتیب اثر بر این معامله است.

تنبیها - در پایان مسائلی را که با بیمه ارتباط دارد بیان می کنیم:

۱ - **بیمه متقابل -** دیدیم که بیمه از کارهای تجاری است و وفای به عقد شامل آن می شود و مانند معاملات تجاری دیگر است که مبنای آن بر

تراضی بیمه گزار و بیمه گر است.

استاد صالح عمود علوش پس از تعریف بیمه می گوید: «تعریف فوق منطبق بر بیمه در مقابل مزدی مشخص است و به عبارت دیگر مقابل اجرتی است که بیمه گزار به بیمه گر می دهد و غالباً این مزد یا اجرت بصورت اقساط است و همه هم معمولاً در یکی از شرکتهای بیمه صورت می گیرد و این کار از طرف شرکت کاری تجاری است ولی از طرف بیمه گزار بر حسب مورد ممکن است عملی تجاری یا مدنی یعنی غیر تجاری باشد.»

این نوع بیمه را ما تعریف کردیم ولی نوعی دیگر از بیمه هست که مؤلف بدان اشاره می کند: «و گاهی بیمه متقابل است و آن برای تدارک خسارتی است که به یکی از دو طرف عقد می رسد و صورت آن چنان است که گروهی از بازرگانان توافق می کنند که سرمایه ای مشترک برای تأدیة خسارتی که به یکی از آنان می رسد فراهم آورند و ظاهر آن است که این نوع بیمه تجاری است چه باعث ترمیم خسارت می شود». ما در بحث خود راجع به بیمه دیدیم که بیمه گر و بیمه گزار جز بوسیله سند بیمه ارتباطی با یکدیگر ندارند و بیمه گزار شریک بیمه گر نیست و فقط بیمه گزار مال یا نفس خود را نزد شرکت بیمه، بیمه کرده است آن هم در مقابل تأدیة مبلغی که مورد تراضی طرفین است ولی این نوع جدید بیمه تضامنی است میان اعضای شرکت که خطر یا خسارتی را که به یکی از آنان رسیده است، هر یک به اندازه سهمی که در دارایی شرکت دارد ترمیم کند، ولی این نوع بیمه را می توان مشمول احکام صلح یا از مصادیق عموماتی دانست که وفا به عهد را لازم می دانند و این مال میان آن گروه مشاع است و در آمد آن نیز به همه تعلق دارد خواه با آن خسارت یکی از شرکا را ترمیم کند یا از مال خاص یکی از شرکا».

۲ - بیمه مختلط با اشتراک در بهره - در این جا باید نوعی دیگر از بیمه را که بیمه عمر باشد ذکر کنیم و آن شرکت در سودی است که شرکت از استفاده از مبالغی که از شرکا نزد او فراهم آمده است به دست می آورد و تعریفی که شرکت بیمه مصر در کتاب بیمه از این نوع بیمه آورده است

بدین قرار است: «بیمه مختلط با شرکت در سود چنان است که مبلغ بیمه هنگام فوت بیمه گزار یا پس از انتهای مدت بیمه و اقساط بیمه تا هنگام وفات یا حداکثر تا انتهای مدت بیمه پرداخت می شود و بیمه گر به نسبت میزان سود، حق شرکت در آن سود را دارد. میزان سود هر سند بیمه ای به مبلغ بیمه اضافه می شود و آن را هنگام سر رسید بیمه خواه بر اثر فوت یا انتهای آن به بیمه گزار می پردازند.»

باید گفت که تأدیة مال بدین صورت از طرف بیمه گزار به شرکت چنانکه از ظاهر آن بر می آید محمول بر قرض نیست تا آنچه شرکت بیمه به بیمه گزار میدهد ربای آن قرض به شمار آید. این نوع بیمه از مقوله مضاربه است و عبارت است از آن که صاحب مال به دیگری مبلغی می دهد که با آن معامله کند و سود آن مطابق شرطی که کرده اند میان آن دو تقسیم شود.

و اگر چنین باشد این نوع بیمه باطل است چه شرایط مضاربه را ندارد و از شروط مضاربه یکی آن است که مال زر یا سیم مسکوک یا طبیعی باشد و این شرط غالباً در این نوع معاملات وجود ندارد ولی می توان وجه صحتی برای آن یافت و آن این است که آنچه بیمه گزار می دهد، هبه ای است که در صورت عدم وفای متَّهب به شرط، واهب حق دارد هبه را فسخ کند و آنچه داده، پس بگیرد.

۳- موضع شرع در مقابل سود روی در بیمه - چنانکه دیدیم محدود کردن انواع بیمه به افرادی معین مشکل است، ولی از ملاحظه انواع مختلف بیمه بر می آید که بسیاری از انواع بیمه متضمن سودی نیست که شرکت بیمه به بیمه گزار می دهد مثلاً در بیمه کالاهای تجاری شرکت بیمه آماده است که هنگام بروز حوادثی از قبیل آتش سوزی یا غرق شدن یا دزدی و نظایر آن مبلغی که مورد توافق طرفین بوده است به بیمه گزار بدهد ولی در پاره ای از موارد بیمه هایی وجود دارد که شرکت بیمه متعهد می شود سالیانه یا ماهیانه گذشته از مبلغ بیمه مقداری اضافی هم به بیمه گزار هنگام بروز حادثه بدهد. برای روشن شدن مثالی می آوریم:

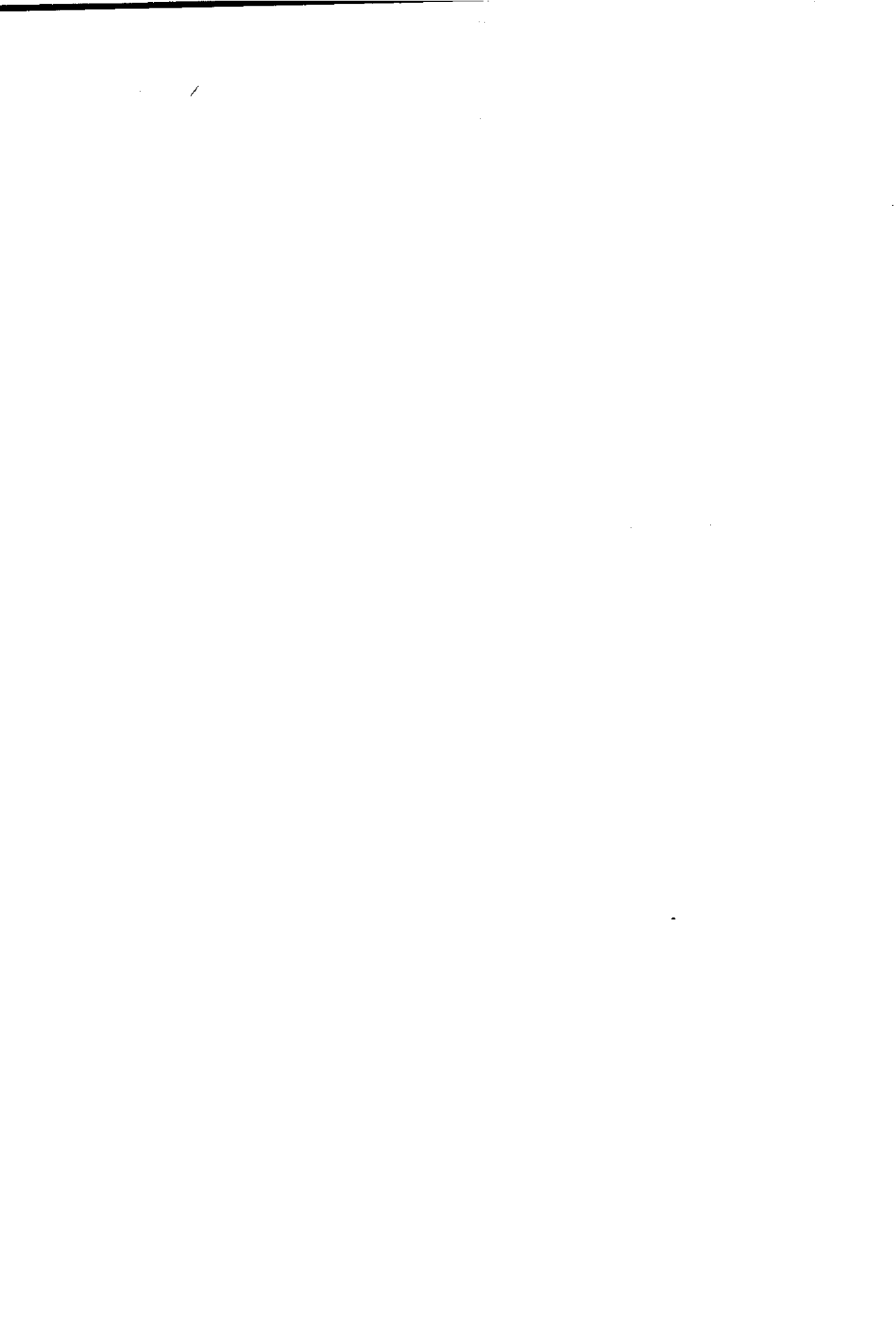
فردی عمر خود را نزد شرکت بیمه برای مدت بیست سال به مبلغ


دویست هزار ریال بیمه می کند و شرکت بیمه هر ماه اقساطی ماهیانه به مبلغ هزار ریال دریافت می کند که اگر بیمه گزار در مدت بیمه درگذرد به وارث او یا پس از انتهای بیمه به خود او پردازد، تا این حد شرکتهای بیمه با یکدیگر تفاوتی ندارند ولی پاره ای از شرکتهای بمنظور ترغیب مشتری ملزم می شوند که مبلغی بیش از مبلغ بیمه به بیمه گزار پردازند در این جا باید حکم این مبلغ اضافی را معین کرد که آیا این سود ربوی است یا نه:

در این نوع بیمه نامه می نویسند: «شرکت بیمه سالیانه یا هر شش ماه یا هر سه ماه یا ماهیانه ۳٪ مبلغی را که شرکت فراهم می آورد به بیمه گزار می پردازد و هنگام فوت بیمه گزار مبلغی را که شرکت فراهم آورده با سود آن به وارث بیمه گزار یا وصی او در صورتی که نظری مخالف ابراز نکرده باشد می دهد» و بسیاری از اسناد بیمه تصریح بر این گونه بیمه دارد.

نظر این است که این مبلغ اضافی که پرداخت می شود همان سود ربوی است چه این معاملات قرض ربوی است چون تأدیة مال از طرف بیمه گزار قرضی است که به شرکت می دهد و سودی که شرکت می دهد در قبال این قرض است و بدیهی است که توجیه این نوع بیمه تا هنگامی که معامله بصورت قرض باشد از نظر شرع توجیهی برای آن نمی توان یافت.

۲- بیمه اتکابی - و آن چنان است که پاره ای از شرکتهای بیمه، شرکت بیمه خود را نزد شرکتهای بیمه بزرگتر بیمه می کنند و این کار برای آن است که خسارت شرکت میان شرکتهای دیگر توزیع شود و این نوع بیمه از نظر شرعی اشکالی ندارد و تفاوتی میان آنها با انواع دیگر بیمه نیست.





Bernard Audit

برنار آدی

استاد دانشگاه پانتئون - آسس (پاریس ۲)
حقوق - اقتصاد - علوم اجتماعی

ترجمه:

دکتر عبدالرسول قدک

*
توصیف و حقوق بین الملل خصوصی

*. این مقاله در مجله فرانسوی «حقوق، ژانویه ۱۹۹۳، ش ۱۸، ص ۵۵» (Droits, n° 18, 1993, p.55) به رشته تحریر درآمده و از فرانسه به فارسی برگردانده شده است.



رئوس مطالب:

مقدمه

- الف - شناخت مسأله: قابليت بين المللى امر حقوقى و قواعد ملّى امرى
ب - راه حلّ مسأله: قواعد حلّ تعارض و توصيف
ج - كاهش مسأله: تدوين حقوق بين الملل خصوصى قراردادى

نتيجه



مقدمه

توصیف که عمل اساسی استدلال حقوقی است دو وظیفه عمده به عهده دارد. وظیفه نخست آن را در هر رشته می توان ملاحظه نمود. در این وظیفه، توصیف عبارت است از سهولت سخن، بدین ترتیب که یک واژه (رهن...) اجازه می دهد که یک تعریف طولانی به طور اجمالی بیان شود.^۱ وظیفه دوم که اختصاصی تر و ویژگی آن را بیشتر مشخص می سازد عبارت از این است که توصیف، یک نظام حقوقی را تعریف می کند. چنانکه اساسی ترین تقسیم حقوق فرانسه یعنی تمیز حقوق عمومی از حقوق خصوصی نشان دهنده این امر است. این تقسیم بندی حتی در تعیین حدود و رشته مورد بحث دخالت دارد: روابط خصوصی بین المللی. در حالی که مقام رسمی یک کشور احتمالاً یک قانون خارجی را درباره رابطه میان افراد به اجرا در می آورد، حقوق خارجی عمومی اصولاً غیرقابل اجرا تلقی می شود چون مستقیماً منافع دولت دیگری را تأمین می نماید. در اینجا نخست شایسته

۱. در این نقش، گاهی تعریف صرفاً اتفاقی است: از این قرار است هنگامی که یک کنوانسیون مالیاتی بین المللی بیان می کند که منظور از «فرانسه» چیست تا بتواند گستره اجرایی نظامی را که تدوین می نماید، مشخص سازد.

است که به جنبه دیگر موضوع یعنی ویژگی بین المللی امر حقوقی توجه شود زیرا تعارض قوانین یا دادگاهها را مطرح می سازد که تشکیل دهنده موضوع اصلی حقوق بین الملل خصوصی^۱ است (الف). سپس، توصیف نقش قاطعی را در طریقه غالب که برای حلّ تعارض قوانین گسترش یافته است، ایفا می نماید: قاعده حلّ تعارض دوجانبه (ب). سرانجام، هنگامی که با تدوین کنوانسیونها برای رفع گوناگونی نظامهای حقوق بین الملل خصوصی می کوشیم، باز هم مسائل توصیف را در پیش رو داریم (ج).

الف - شناخت مسأله: قابلیت بین المللی امر حقوقی و قواعد ملی امری

در عبارت «حقوق بین الملل خصوصی»، صفت «بین الملل» موضوع این رشته را مشخص می سازد و نه منبع قواعد آن را که هنوز غالباً مبنای ملی دارند (به همین جهت، گاهی، عبارت «حقوق خصوصی بین المللی» پیشنهاد شده است). حقوق بین الملل خصوصی در هر کشور نظام نکاح بین المللی و قرارداد بین المللی و داوری بین المللی را... تعیین می نماید. پیامدهای عادی قابلیت بین المللی امر حقوقی عبارتند از: ضرورت حلّ تعارض قوانین و گاهی اجرای قاعده مادّی که درباره روابط بین المللی تدوین یافته است. این قاعده خود می تواند مبنای ملی^۲ یا بین المللی^۳ داشته باشد. در هر مورد، نظام حقوقی متفاوتی به اجرا درمی آید که ۲. این شاخه از حقوق در مفهوم فرانسوی آن، شامل حقوق تابعیت و وضع بیگانگان نیز می شود. اساساً، حقوق تابعیت، بیانگر مسأله توصیف است زیرا برای یک دولت این موضوع مطرح است که اتباع خود را تعریف و دسته های ارتباط را مشخص سازد. این دسته ها حق بهره مندی از گسترده ترین حقوق بویژه حقوق سیاسی را که توسط دولت به رسمیت شناخته شده، به یک فرد اعطا خواهند نمود. پس از انجام این اقدامات، تعریف بیگانه صرفاً جنبه منفی به خود خواهد گرفت: بیگانه به کسی گفته می شود که تابعیت دولت را ندارد، خواه تابعیت یک دولت خارجی را دارا باشد - موردی که بسیار متداول است - خواه هیچ تابعیتی را دارا نباشد (رک. به تصویب نامه قانونی ۲ نوامبر ۱۹۲۵، مادّه ۱).

۳. از این قرار است قاعده ناشی از رویّه قضایی فرانسه که شروط بولی را در برداختهای بین المللی معتبر می داند.

۴. از این قرار است قواعد کنوانسیونهای مربوط به حمل و نقل بین المللی (زمینی، دریایی، هوایی) یا بیع بین المللی.

ویژگیهای خاص خود را، برای توصیف امر حقوقی بین المللی و در نتیجه تعیین ملاک قابلیت بین المللی، اعمال می نماید.

این ملاک مسلم و روشن به نظر می رسد: امر حقوقی که با بیش از یک نظام حقوقی ارتباط پیدا کند دارای ویژگی بین المللی می باشد. اما این سادگی فریبنده است و قابلیت بین المللی نهایتاً نسبی: زیرا برحسب اینکه در مد نظر قرار دادن عناصر یک امر حقوقی به بررسی کم یا بیش گسترده ای مبادرت ورزیم، آن امر حقوقی می تواند خصلت ملی یا بین المللی به خود گیرد. افزون بر این، ملاک مزبور قاطع هم نیست، چرا که وجود یک عنصر خارجی غیر قابل انکار، جهت توجیه حذف احتمالی قانون متبوع مرجع رسیدگی کننده، همیشه کفایت نمی کند. در صورت اقتضاء، این قانون به عنوان «قاعده بین المللی امری» یا «قانون مربوط به امنیت عمومی» (loi de police) به اجرا درمی آید.

معامله منعقد شده میان دو شرکت مشمول حقوق فرانسه که اقامتگاه آنها در این کشور واقع است یک معامله داخلی به شمار می آید. اما چنانچه یکی از آن دو شرکت شعبه ای باشد که سرمایه آن تماماً متعلق به یک شرکت خارجی است، غیر قابل تصور نیست که آن معامله را یک معامله بین المللی بدانیم. قرارداد تهیه کالا میان دو مؤسسه مستقر در یک کشور به عنوان یک قرارداد داخلی متجلی می گردد. اما چنانچه فروشنده کالاهایی را که باید تسلیم نماید از خارج وارد کرده باشد، آیا این قرارداد جنبه بین المللی به خود نمی گیرد به طوری که فروشنده مجاز به تغییر ثمن کالا براساس نرخ ارز باشد؟ ممکن است نواده یک مهاجر ناگهان متوجه شود که دارای دو تابعیت است زیرا به موجب سیستم خون، تابعیت نیاکان او بدون محدودیت به وی منتقل می شود و در نتیجه کوشش کند که از وضعیت حقوقی شخصی دیگری بجز آنچه که به نظر می رسد منحصرأ تابع آن باشد، استفاده نماید.

۵. معامله حداقل می تواند مشمول مقرراتی پیرامون سرمایه گذاریهای خارجی بشود. همچنین، مسأله قابل طرح که در قلمرو حقوق بین الملل عمومی قرار می گیرد این است که آیا دولت متبوع اشخاص حقیقی که شرکت مادر را کنترل می کنند صلاحیت وضع مقررات قابل اجرا در خصوص شعبه را دارد؟ برای مثال چنانچه آن را از برقراری روابط تجارتنی با برخی از کشورهای ثالث منع نماید.

این مثالها نشان می‌دهند که با بررسی عمیق عناصر یک امر حقوقی داخلی می‌توان به یک عنصر خارجی دست یافت که می‌تواند موجب شود این امر، یک امر حقوقی بین‌المللی توصیف شده و حتی شاید باعث گردد که یک حقوق خارجی به اجرا درآید. بدین ترتیب، درباره بسیاری از امور حقوقی داخلی می‌توان چنین نظر داد که اینها امور حقوقی بین‌المللی هستند که ناشناخته باقی مانده‌اند. آشکار شدن این ویژگی می‌تواند مورد استفاده افرادی قرار گیرد که می‌خواهند از یک نظام حقوق داخلی مزاحم به ناروا رهایی یابند (تقلب نسبت به قانون). مع‌هذا، این وضع بندرت اتفاق می‌افتد زیرا معمولاً چنین تلاشی به شکست می‌انجامد: بنابراین، در آخرین مثال پیش گفته، تعارض تابعیتها، اصولاً به نفع تابعیت محلی، در کشوری که ذی نفع با آن تنگاتنگ‌ترین پیوندها را دارد و همچنین در یک کشور ثالث به موجب ملاک تابعیت مؤثر، حل خواهد شد. اما گاهی دادگاهها می‌پذیرند که عناصر ثانوی یک امر حقوقی، جهت رهایی از مقررات داخلی که بیشتر نامناسب تشخیص داده می‌شوند تا مناسب، مورد توجه قرار گیرند. حقوق داوری نمونه خوبی از این مورد را ارائه می‌دهد. زمانی که حقوق فرانسه شرط داوری را بی‌قید و شرط ممنوع می‌کرد، مع‌هذا، این شرط در قرارداد بسته شده میان دو مؤسسه فرانسوی پذیرفته شد به دلیل اینکه قرارداد به درستی مشمول قانون انگلیس شده بود یعنی قانونی که شرط را، به خاطر اینکه قرارداد مزبور مصالح تجارت بین‌الملل را مطرح می‌ساخت، معتبر می‌دانست. این مفهوم به حدی مبهم است که به دشواری می‌توان از آن به عنوان ملاک سخن به میان آورد، هر چند که بعداً در ماده ۱۴۹۲ قانون جدید آئین دادرسی مدنی، برای تعریف داوری بین‌المللی به کار رفته است. اما در خصوص قرارداد یک نماینده تجارتنی مزد بگیر در خارج قابلیت بین‌المللی امر حقوقی برای توجیه حذف ممنوعیت شرط داوری که هنوز شامل اعمال حقوقی مختلط می‌شود، کافی

نبوده و در نتیجه، هیچ اثری بر این شرط بار نمی‌شود.^۶ نخستین نمونه نشان می‌دهد، به فرض اینکه همه عناصر امر حقوقی یکسان باقی بماند، ملاک نسبتاً انعطاف پذیر اعمال مصالح تجارت بین الملل، اجازه گذر از یک نظام داخلی نامطلوب (مبتنی بر ممنوعیت) را به یک نظام دیگر (مبتنی بر آزادی) می‌دهد. اما دومین نمونه حاکی از این است که چنانچه بعکس، دادگاهها به هر علت تصمیم بگیرند که بایستی نظام داخلی محترم شمرده شود، برای آنها امکان پذیر خواهد بود که ویژگی بین المللی امر حقوقی را منکر شوند. با این همه، به لحاظ اینکه چنین شیوه‌ای دلالت بر انکار واقعیت دارد می‌بایستی، برای تضمین اجرای یک قاعده امری داخلی در مورد یک رابطه حقوقی بین المللی، به شیوه دیگری رو آورد.

همچنین، نسبی بودن قابلیت بین المللی در موردی نمایان می‌گردد که عنصر خارجی در یک قضیه متنازع فیه می‌تواند جنبه اساسی داشته باشد در صورتی که تقریباً در قضیه دیگری بی اهمیت جلوه نماید. حتی هنگامی که اصول رایج یک قانون خارجی را صلاحیتدار تشخیص دهد - امری که بویژه در زمینه قراردادهای بین المللی بر اساس اصل حاکمیت اراده به سادگی امکان پذیر است - ما ناچار به نادیده گرفتن خصلت بین المللی یک امر حقوقی، هر چند مسلم، به دلیل آنکه به اندازه کافی معنی دار و رسا نیست، و در نتیجه، به اجرای قانون مقر دادگاه همچنانکه صرفاً در حقوق داخلی معمول است، خواهیم شد. بنابراین، در حالی که سایر عناصر یک امر حقوقی به یک کشور ارتباط حاصل می‌نماید، اصولاً تابعیت خارجی یک طرف برای بین المللی نمودن امر حقوقی کفایت می‌کند. این عنصر تقریباً، در یک قرارداد بسته شده میان افراد مقیم بی اهمیت است: اساساً در وهله نخست، قرارداد بین المللی را نباید در حکم قرارداد بسته شده میان اشخاص دارای تابعیتهای گوناگون، بلکه میان اشخاص مستقر در کشورهای گوناگون دانست. بویژه، قرارداد کار،

۶. دیوان عالی کشور، شعبه یکم مدنی، ۷ اکتبر ۱۹۸۰، رأی تاردیو (Tardieu)، مجموعه آرای مدنی، بخش نخست، ش ۲۲۲؛ قرارداد خصلت بین المللی نخواهد داشت، حتی اگر لازم باشد که یکی از طرفین آن در خارج اقامت گزینند.

این ملاحظات را به وضوح نشان می‌دهد. چنانچه تنها ملاک ابتدایی قابلیت بین‌المللی را که ناشی از وجود یک عنصر خارجی است، مورد توجه قرار دهیم، هر قرارداد کار بسته شده در یک کشور صنعتی توسط یک کارگر مهاجر یک قرارداد بین‌المللی تلقی می‌شود. نظر به اینکه معمولاً پی‌آمد نخستین این توصیف امکان تعیین حقوق ملی قابل اجرا در خصوص قرارداد است، می‌توان به سادگی پنداشت که کارفرما از این اختیار بهره برده و قرارداد را مشمول قانونی کند که جنبه حمایتی آن کم است، بویژه قانون دولت متبوع کارگر. برای خاتمه دادن به این احتمال، قانون مقرر دادگاه «قانون مربوط به امنیت عمومی» توصیف شده و تحت این عنوان، درباره هر کاری که در قلمرو کشور انجام می‌شود، قابل اجراست.

به طور کلی، قابلیت امری ویژه منتسب به هر یک از قواعد حقوق ملی می‌تواند، علی‌رغم ویژگی بین‌المللی رابطه حقوقی و صلاحیت احتمالی یک قانون خارجی با عنایت به قاعده حل تعارض قابل اجرا، سبب به اجرا درآمدن آن شود. پرونده بل (affaire Boll) نمایانگر این وضعیت در عالی‌ترین سطح قضایی است. در پرونده مزبور، دیوان بین‌المللی دادگستری موضع دولت سوئد را تأیید نمود. موضع این کشور از این قرار بود که قواعد ملی مربوط به حمایت از کودکان در خطر می‌توانست درباره یک صغیر به اجرا درآید و آن هم علی‌رغم صلاحیت قانون ملی خارجی متبوع وی که براساس کنوانسیون مربوط به قیمومت که هر دو کشور به آن پیوسته‌اند، تدوین یافته است (کنوانسیون لاهه ۱۹۰۲).^۷

بنابراین، مسأله توصیف می‌تواند از قلمرو بین‌المللی امر حقوقی به دایره شمول مفهوم قانون مربوط به امنیت انتقال یابد. تلاشهای بی‌شمار بکار رفته برای تعریف این مفهوم، خیلی بیش از آنهایی که سابق بر این برای تعریف مفهوم مشابه نظم عمومی^۸ انجام گرفته، سودمند واقع نشده‌اند. به اضافه، سودمندی چنین تعریفی پرسش برانگیز است، زیرا توصیف

۷. دیوان بین‌المللی دادگستری، ۲۸ نوامبر ۱۹۵۸، مجموعه آراء، ص ۵۵.

۸. تعریفی که ذکر آن بیشتر متداول است به فرانسسکاکیس (francescakis) تعلق دارد: «قوانینی که رعایت آن برای تضمین ساختار سیاسی و اجتماعی یا اقتصادی کشور ضروری است».

محض قانون مربوط به امنیت عمومی که حتی همراه با تعیین دسته ارتباط حاکم بر اجرای آن نیز باشد، نباید برای اجرای منظم آن کفایت کند. ضروری است که از یک سو، به همه دسته های ارتباط مربوط به قضیه که به کمک آنها مفهوم عنصر اساسی و معنی دار را تشخیص می دهیم و از سوی دیگر، به منافع متقابل دولتهای درگیر و طرفین توجه کنیم. این امر همچنین نشان می دهد که توصیف الزاماً برای تعیین یک نتیجه کافی نیست ولی می تواند سهمی در قضاوت و بررسی برای مفسر قائل شود.

ب- راه حل مسأله: قواعد حل تعارض و توصیف

معمولاً، تعارض قوانین حقوق خصوصی، مطابق روش «قاعده حل تعارض» حل می شود. به طور کلی، این روش عبارت است از تقسیم روابط حقوق خصوصی به دسته های ارتباط. هر یک از این دسته ها مشخص کننده ارتباطی است که نظام حقوقی صلاحیتدار را درباره یک موضوع متنازع فیه تعیین می نماید. توصیف یک امر حقوقی، برای اینکه به تعیین قانون قابل اجرا بینجامد در یک تسلسل «توصیف-ارتباط» تحلیل می شود که در آن عمل توصیف، به معنای واقعی کلمه، قاطع است.^۹

نقش توصیف مسأله بنامی را آفریده است: مسأله تعارض توصیفها. این مسأله هنگامی نمایان می شود که دو نظام حقوقی مطرح، امر حقوقی مورد بحث را در دسته ارتباط یکسانی جای نمی دهند. برآستی، مسأله مزبور یکی از جزئیات موضوع توصیف است که باعث می شود کل آن مدنظر قرار

۹. در این رابطه رک. کنوانسیون (ارویایی) رم به تاریخ ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰ پیرامون قانون قابل اجرا نسبت به تمهیدات قراردادی، ماده ۷، بند ۱.

۱۰. در جریان توصیف امر حقوقی و برقراری ارتباط برای تعیین قانون صلاحیتدار، ممکن است که دادگاه با مسأله تقاب نسبت به قانون روبرو شود. در اینجا، مقصود تقلبی است که در نتیجه توسل به عملیات متقلبانه موثر در توصیف بدید می آید و نه موثر در ارتباط (مثل تابعیت یا اقامتگاه) که تشکیل دهنده حالت سنتی تقاب است: این چنین است هنگامی که با انتقال مالکیت یک مال غیرمنقول به شرکتی، بخواهیم یک ارثیه غیرمنقول را (که تابع قانون محل وقوع شئی است) به ارثیه منقول که تابع قانون آخرین

نگیرد و بندرت هم رخ می دهد زیرا بر این فرض استوار است که هر دو نظام مطرح، بدون ابهام و به طور سازش ناپذیری، درخصوص توصیف موضوع متنازع فیه موضع خود را روشن ساخته اند. " در مقابل، این اتخاذ موضع بین توصیفهای گوناگون ممکن در نظام ملی قواعد حلّ است که جهت تدوین یا اجرای قواعد آن بیشتر اوقات مشکل می آفریند. برای تمیز این مسأله از مسأله پیشین، می توان آن را «تعارض دسته های ارتباطی» نامید. " از این قرار است هنگامی که می بایستی در مورد اینکه دعوی بطلان بیع مال غیرمنقول به دلیل غبن (rescision) در قلمرو دسته ارتباط عینی یا قراردادی جای می گیرد و یا دعوی بطلان قرارداد نکاح مشمول قانون شخصی یا قانون مربوط به نظام مالی زوجین می شود، تصمیم گرفت. بنابراین، اصولاً «بخش اختصاصی» یک کتاب مربوط به تعارض قوانین به بررسی موضوعات ویژه ای می پردازد که در دسته های ارتباط کلی (اشخاص، اموال، قراردادهای، مسؤلیت...) قرار می گیرد و آنهم به خاطر بررسی این است که هر موضوع مشمول دسته ای شود که به نظر می رسد بایستی وارد آن گردد، تا بدین ترتیب بتوان از ماهیت حقوقی غالب آن موضوع اطمینان حاصل نمود.

برای نیل به این هدف، بویژه به جایگاه نهاد حقوقی در شرح منظم حقوق داخلی و حتی در یک قانون (code) توجه خواهد شد. برای مثال، این ملاک باعث می شود قواعد نظام مالی زوجین را که نسبت به کلیه آنها قابل اجراست و نظام «پایه» (primaire) نامیده می شود تابع قانون مربوط به آثار نکاح و نه قانون راجع به نظام مالی زوجین به معنای واقعی بدانیم چرا که همه زوجین باید از آن پیروی نمایند. سپس، مناسب بودن

→
اقامتگاه متوفی است، تبدیل کنیم: رک. به دیوان عالی کشور، شعبه یکم مدنی، ۲۰ مارس ۱۹۸۵، رأی گارون (Garon)، مجموعه آرای مدنی، بخش نخست، ش ۱۰۳.

۱۱. از این رو، مسأله تعارض توصیفها می تواند مشکل دیگری را که مدتها مورد اعتنا واقع نشده مطرح سازد: مسأله احاله توصیف که از اختلاف مضمون دسته های ارتباط آمده است: رک. به لوکت (Lequette) مجریه مقالات تقدیمی به دومینیک اولو (Holleaux)، ص ۲۴۹ به بعد.

۱۲. ب. آنسِل، بایرداری تعارض توصیفها در برابر همه بین زوجین، ۱۹۷۷.

ارتباط‌هایی که به ترتیب در خصوص دسته‌های ارتباط درگیر با قضیه متنازع فیه پیش بینی شده، در نظر می‌گیریم. برای مثال، این امر موجب می‌شود که عیبهای رضا را در دسته ارتباط قراردادی و نه شخصی وارد کنیم، زیرا قانون شخصی با حمایتی هماهنگی دارد که حالت دائمی شخص (حالت عدم اهلیت) آن را توجیه کند و نه حمایتی که ناشی از یک حالت اتفاقی باشد. از این مطلب چنین برمی‌آید که گاهی نتیجه دلخواه بر توصیف رابطه حقوقی تأثیر می‌گذارد، موضوعی که بعداً ملاحظه خواهد شد.

دسته‌های ارتباط که با توجه به نهادهای حقوق ملی ایجاد شده‌اند، باید در صورت اقتضاء، در خصوص نهادهای خارجی که نسبت به آن بیگانه هستند، مورد استفاده قرار گیرند. به همین منظور، قلمرو دسته‌های ارتباط جهت پذیرش نهادهای خارجی، حسب مشکل اجتماعی که می‌بایستی برطرف نمایند، گسترده خواهند شد. بدین ترتیب، «موفق به ملاحظه اشتراک ماهیت در نهادهای گوناگون خواهیم شد، مشروط بر اینکه نقش آنها را بیش از ساختارشان مدنظر قرار دهیم».^{۱۳} بنابراین، تعدد زوجات و طرد زوجه (répudiation) که در حقوق کشورهای غربی شناخته شده نیست مشمول دسته‌های ارتباط «نکاح» و «طلاق» می‌شود. مطابق یک نظر سنتی، بررسی نهاد خارجی در زمینه مخصوص به خود، پیش از جایگذاری آن در یکی از دسته‌های ارتباط متبوع دادگاه، انجام می‌گیرد: «ما امر حقوقی خارجی را در یکی از دسته‌های ارتباط نظام ملی وارد می‌کنیم» (رآپ) (Raape). با این همه، ممکن است چنین اتفاق بیفتد که نهاد خارجی با یک دسته ارتباط متبوع دادگاه صرفاً قابل انطباق نباشد. از این قرار است وضعیت تراست (trust) در حقوقهای تابع نظام عرفی (Common Law)، یعنی نهادی که قابلیت دارد در زمینه‌های بسیار گوناگون بکار گرفته شود. دادگاههای فرانسه که با این مشکل روبرو شده‌اند، قاعده حلّ تعارض مربوط به دسته ارتباطی که به نظر آنان بیشترین رابطه را با امر حقوقی خارجی دارد به اجرا درآورده‌اند (ارث،

۱۳. باتیفول، جنبه‌های فلسفی حقوق بین‌الملل خصوصی، انتشارات سیره (Sirey)، ۱۹۵۶، ش ۱۹.

قرارداد...).

بنابراین، عمل توصیف غالباً اقتضاء می نماید که با منظور داشتن مدّت زمانی چند، پیرامون مفهوم نهادهای داخلی و خارجی بیندیشیم. از این روست که به آسانی برای مبحث تعارض قوانین، ارزشی ویژه و آموزنده، صرف نظر از موضوع مستقیم آن قائل می شوند.

در بعضی موارد، تعارض دسته های ارتباط چنان تردید برانگیز است که حتی ما می توانیم فکر کنیم که - برخلاف آنچه انشای یک حکم بیان می کند، بویژه مطابق شیوه استدلال قیاسی (deductif) مختص حقوق فرانسه («نظر به اینکه...») - قاضی توانسته است توصیف امر حقوقی را حسب نتیجه ای که بر آن مترتب است انتخاب نموده و سپس تصمیمی را که بر این مبنا اتخاذ کرده به ترتیبی انشاء نماید که به صورت یک پیامد اجتناب ناپذیر توصیف که با توجه به آن باب استدلال باز شده، متجلی گردد.^{۱۴}

این گونه استفاده احتمالی از توصیف توسط قاضی باعث شد که، طی سالهای دهه ۱۹۳۰ در امریکا، شیوه حلّ تعارض قوانین مورد انتقاد دکترین واقع شود. این انتقاد به اندازه کافی گسترش یافت و موجب شد که متعاقباً در اروپا از «بحران تعارض قوانین»^{۱۵} سخن به میان آید. نویسندگان حقوقی بر ویژگی «خودکار» یا (به غلط) «بی هدف» شیوه حلّ تعارض قوانین خرده گرفته و پیشنهاد کرده اند که انتخاب مستقیم یا فوری میان قواعد ماهوی متفاوت حسب اهداف سیاست قانونگذاری که حاکم بر تدوین متقابل آنها بوده و ارتباطات ویژه امر حقوقی (نظریه بررسی مصلحت دولت)، جایگزین انتخاب میان دو نظام حقوقی (حقوق دولت X و حقوق دولت Y) براساس یک قاعده حلّ تعارض، شود. بنابراین، در صورتی که یک حادثه رانندگی در خارج میان اشخاصی که

۱۴- این احتمال در حقوق داخلی وجود دارد: برای مثال، در موارد زیادی که برای قهری یا قراردادی قلمداد کردن یک مسؤولیت تردید می شود.

۱۵- کیگل (Kegel)، بحران تعارض قوانین، مجموعه درسهای آکادمی لاهه، جلد ۱۱۲، ۱۹۶۴، بخش دوم،

معمولاً در یک کشور ساکن هستند، رخ دهد و قانون محل حادثه تنها جبران خسارت اقتصادی را مجاز شمارد در حالی که قانون دولتی که طرفین در آن ساکن هستند ترمیم خسارت معنوی را نیز اجازه دهد، می بایستی به جای اینکه به طور خودکار قانون محل ارتکاب بزه را (مطابق قاعده سنتی حل تعارض قوانین) به اجرا درآوریم، از قانون محل سکونت مشترک طرفین پیروی کنیم. زیرا قانون اخیرالذکر واقعاً در مقام اجرا نسبت به قانون قبلی متضمن یک مصلحت عالی است. این شیوه از مدنظر قرار دادن هر عمل توصیف که به عنوان یک «نیرنگ» تلقی شود، جلوگیری به عمل می آورد.

انتقاد از توصیف مطابق شیوه حل تعارض قوانین بعضاً توجیه پذیر است چون می توان چنین پنداشت که گاهی اوقات قاضی واقعاً توصیف را حسب نتیجه برمیگزیند، اما انتقاد بسیار تند است زیرا منکر این امر می باشد که توصیف در بیشتر موارد، چیزی جز طریقه جهت دادن به استدلال است. در ضمن، یک توصیف غالب وجود دارد که با ماهیت امور سازگار است و در نتیجه، نمی تواند کاربردی غیر از کاربرد واقعی خود داشته باشد. می توان یک مثال بسیار کلی ذکر نمود. هر چند که طلاق به اتحادی که مبتنی بر رضا است پایان می بخشد و بیشتر اوقات هم به سبب تقصیر اعلام می شود، اما موضوعی است که بیش از آنکه جنبه قراردادی یا قهری داشته باشد به احوال شخصیه مربوط می گردد. درباره موضوعاتی که بحث برانگیزتر هستند، احراز توصیف اجازه پیش بینی راه حل را می دهد و لذا، از وسعت قضیه متنازع فیه می کاهد و آنهم به خاطر اینکه توصیف در برگیرنده و اختصاص دهنده تجزیه و تحلیلی است که مطابق دکترین پیش گفته، می بایستی به مناسبت طرح هر قضیه از سر گرفته شود.

این بحث، مطابق ترمینولوژی سنتی پیش گفته، مسأله تعارض توصیفها را به طور بسیار روشنی مشخص می سازد. در موارد بسیار مشکل، گزینش یک توصیف به موجب قانون مقرر دادگاه می تواند نموداری از یک سیاست قانونگذاری معین باشد و این امر عملاً راه حل تعارض قوانین با یک نظام حقوقی خارجی را تحمیل می نماید. به همین جهت، دیوان عالی

کشور فرانسه در یکی از آرای خود که به عنوان رأی اساسی قلمداد شده است نظر داد: «در مورد این پرسش که آیا یکی از عناصر انجام مراسم ازدواج مربوط به دسته قواعد شکلی یا قواعد ماهوی است قضات فرانسوی باید تصمیم بگیرند و آن هم مطابق مفاهیم حقوق فرانسه که به موجب آن ویژگی مذهبی یا غیرمذهبی ازدواج یک شرط کلی است.»^{۱۶} این رأی که مسأله - بس مجرد - تعارض توصیفها را به سود توصیف به موجب قانون مقرر دادگاه حلّ نموده، دارای یک پیامد بسیار ملموس است: به طور کلی، در صورت اختلاف، برتری سیاست قانونگذاری دولت مقرر دادگاه را بر سیاست قانونگذاری دولت خارجی تأیید می نماید. همچنین، رأی مزبور در رابطه با مسأله ویژه ای که حلّ می نماید اعلام می کند سیاست فرانسوی غیرمذهبی بودن (laïcité)، اجرای یک قانون خارجی که انجام مراسم مذهبی ازدواج را جزء شرایط ماهوی می داند مجاز نمی شمارد: کافی است فقط یک گام فراتر رویم تا قانون خارجی را مخالف نظم عمومی ملی اعلام کنیم. افزون بر این، بررسی بسیار ملایمی که از این راه حلّها تحت عنوان توصیف به موجب قانون مقرر دادگاه و توصیف مراسم مذهبی ازدواج به مثابه قاعده شکلی به عمل آمد، ویژگی مفهومی و قیاسی حقوق فرانسه را خاطر نشان می سازد. بدین ترتیب ملاحظه می کنیم که «بحران تعارض قوانین» دگرگون کننده تضاد میان استدلال قیاسی (raisonnement déductif) و استدلال استقرایی (raisonnement inductif) و همچنین تضاد میان رویه قضایی مبنی بر مفاهیم و رویه قضایی مبنی بر منافع است.^{۱۷} روش قاعده حلّ تعارض که کاملاً متکی بر توصیفها است کاملاً با نخستین تضاد سازگاری دارد اما تضاد دوم به سختی با آن هماهنگ می گردد.

۱۶. دیوان عالی کشور، شعبه یکم مدنی، ۲۲ ژوئن ۱۹۵۵، رأی کزشلانی (Caraslanis)، آرای مشهور رویه قضایی حقوق بین الملل خصوصی، چاپ دوم، ش ۲۸.

۱۷. رک. «ویژگی مربوط به نحوه عمل قاعده حلّ تعارض قوانین. پیرامون بحران تعارض قوانین»، مجموعه درسهای آکادمی لاهه، جلد ۱۸۶، ۱۹۸۲، بخش سوم، ص ۲۱۹.

ج- کاهش مسأله: تدوین حقوق بین الملل خصوصی قراردادی

به لحاظ نبودن یک حقوق مادی متحدالشکل که تحقق آن همیشه با مشکل روبروست، کوشش می شود که حقوق بین الملل خصوصی را لااقل، با تدوین قواعد حلّ تعارض قوانین واقعاً بین المللی یا قواعد راجع به صلاحیت قضایی یا قواعد مربوط به شناسایی احکام به منظور احتراز از تصمیمات متناقض، در قالب کنوانسیونهایی یکنواخت ساخت. بویژه، از یک قرن پیش، کنفرانس لاهه درباره حقوق بین الملل خصوصی چنین نقشی را به عهده دارد. مسائل توصیف در تمام سطوح مطرح می گردد. بخصوص هنگامی که مقدمتاً گستره اجرایی کنوانسیون یعنی زمینه مورد نظر معین می شود. زیرا، ما با گوناگونی مفاهیم یا با عدم تجانس احتمالی آنها از یک کشور به کشور دیگر روبرو می شویم. مسأله غالباً به سکوت برگزار شده است و آن هم به امید اینکه دادگاههای ملی که برای اجرای کنوانسیون دعوت می شوند، مفاهیم مشترکی را اتخاذ نمایند. موقعی که برای تدوین حقوق بین الملل خصوصی براساس کنوانسیون عمل می کنیم، کنوانسیون شیوه های گوناگونی را ارائه می دهد. یکی از این شیوه ها عبارت است از کنار گذاشتن اصطلاحی که دارای مفهوم کاملاً حقوقی است و جایگزین ساختن آن با عبارتی طولانی و توضیحی که حاکی از عناصری است که جنبه مادی بیشتری دارند: روی همین اصل است که کنوانسیون لاهه ۵ اکتبر ۱۹۶۱ درباره حمایت از صفار - که بدو از کاربرد اصطلاح «قیمومت» مندرج در کنوانسیون قبلی ۱۹۰۲ مذکور اجتناب می ورزد - از «اقدامات مربوط به حمایت از شخص و اموال صغیر» (ماده اول) سخن می گوید. شیوه دیگر عبارت است از روشن ساختن وضع بعضی از موضوعات که می توانند تردید برانگیز باشند: به همین جهت است که کنوانسیون لاهه ۱۹۷۸ درخصوص قانون قابل اجرا نسبت به نظامهای مالی زوجین، آشکارا تعهدات اتقاقی بین زوجین، حقوق ارثی همسر بازمانده و اهلیت زوجین را از گستره اجرایی خود خارج می سازد (ماده اول). ولی ملاحظه می شود که هر یک از این اصطلاحات خود قابلیت پذیرفتن معانی مختلف را دارد.

شیوه‌های مذکور صرفاً راه‌حلهای موقتی بوده که توانایی حذف مشکلات را ندارند. حل این مشکلات توسط محاکم دولتهای متعاقد قابلیت به وجود آوردن تعبیرات گوناگونی را دارد که برای اجتناب از آن فقط می‌توان با آسان نمودن دستیابی به رویه‌های قضایی ملی، تلاش کرد. تنها یک محکمه فراملی می‌تواند وحدت تفسیر دلخواه را تأمین نماید.

کنوانسیون اروپایی بروکسل درباره صلاحیت قضایی و اجرای احکام* استثنائاً از این مزیت برخوردار است چون تفسیر حقوقی آن به دیوان دادگستری جوامع اروپا محول شده است. در رابطه با گستره اجرایی کنوانسیون مزبور، چنانکه از عنوان آن برمی‌آید، کنوانسیون در «زمینه‌های مدنی و بازرگانی» اجرا می‌شود. این مفهوم کلی، حقوق خصوصی را از دیدگاه کشورهای تابع نظام حقوق رم، مدنظر قرار می‌دهد. با پیوستن کشورهای تابع نظام حقوقی کامن‌لا به کنوانسیون - نظامی که عملاً در آن حقوق بازرگانی از حقوق مدنی تمیز داده نمی‌شود - مقرر گردیده است که مفهوم کلی مزبور «بوئره موضوعات مالیاتی، گمرکی یا اداری» را در برنگیرد. اما حتی بین کشورهایی که دیدگاههای حقوقی آنها بیشتر به هم نزدیک است، توصیف یک قضیه متنازع‌فیه می‌تواند تردیدهای جدی در پی داشته باشد، چون در صورت اقتضاء، در یک نظام حقوقی نیز تردیدهایی بروز می‌نماید.^{۱۸} مبادرت به توصیف به موجب اصول حقوقی متبوع قاضی رسیدگی کننده می‌توانست این نتیجه را به بار آورد که گستره اجرایی کنوانسیون از یک کشور به کشور دیگر یکسان

* رک. به الن گودمه-تالون (Hélène Gaudemet-Tallon) کنوانسیونهای بروکسل و لوگانو، صلاحیت بین‌المللی، شناسایی و اجرای احکام در اروپا، کتابفروشی عمومی حقوق و رویه قضایی (L.G.D.J.)، ۱۹۹۳، ۲۲۳ صفحه... مترجم.

۱۸. در یک پرونده نمونه، محاکم فرانسوی به توصیف نقاشیهای دیواری جدا شده از تکیه‌گاه خود پرداخته و به ترتیب، برای تعیین آن که آیا دعوی بطلان بیع به دلیل غبن قابل استماع بوده و سپس جهت اجرای کنوانسیون قضایی فرانسه - سوئیس. محاکم مختلف رسیدگی کننده نقاشیهای دیواری را به ترتیب، به اموال غیرمنقول، به اموال غیرمنقول در حکم منقول، به اموال منقول در حکم غیرمنقول و سرانجام به اموال منقول توصیف کرده‌اند (هیأت عمومی دیوان عالی کشور (رای اصراری)، ۱۵ آوریل ۱۹۸۸، مجموعه آرای مدنی، ش ۴).

نباشد. از این رو، دیوان دادگستری جوامع اروپایی، در این مورد و موارد متعدّد دیگر پیش گفته، با عنایت به قواعد مربوط به صلاحیت مندرج در کنوانسیون و گستره اجرایی آن، چنین تصمیم گرفته است که برای انجام توصیف شایسته بود: «نه به حقوق یکی از کشورهای مربوطه، بلکه، از یک سو، به اهداف و به نظام حقوقی کنوانسیون، از سوی دیگر، به قواعد عمومی که از کلیه نظامهای حقوقی ملی ناشی می شود»^{۱۹} استناد جست. لذا، دیوان در این موارد کوشش نموده است به توصیفی مستقل و منحصرأ اروپایی مبادرت ورزد. این توصیف اصولاً کلیه دیدگاههای نظامهای حقوقی ملی را، جهت گزینش دیدگاهی که اولویت دارد، مورد توجه قرار می دهد. در واقع، موارد متعددی که دخالت دیوان را برای توصیف امر حقوقی به همراه داشته است، دشواری زیاد انجام توصیف را نشان داده و بیشتر اوقات از ناخرسندی مفسرین حکایت دارد. به طور شگفت آور، هنگامی که نهاد پیش بینی شده در کنوانسیون برای کلیه کشورهای شرکت کننده شناخته شده نیست، شرایط توصیف آسان تر است، چنین است درباره «تراست» که کنوانسیون لاهه اول ژوئیه ۱۹۸۵ ترتیب شناسایی آن را، بویژه برای کشورهایایی که نسبت به آن آگاهی ندارند، داده است.^{۲۰}

نتیجه

نظر به اینکه روابط خصوصی بیانگر یک عنصر خارجی، موضوع حقوق بین الملل خصوصی را تشکیل می دهد، این حقوق در بدو امر با

۱۹. دیوان دادگستری جوامع اروپایی، ۱۴ اکتبر ۱۹۷۶، رأی اوروکنترل (Eurocontrol) مجموعه آرای، ۱۹۷۶، ص ۱۵۴۱: در این خصوص دیوان چنین اظهار نظر کرده است که «تصمیم متّخذ در مورد دعوی یک شخص خصوصی به طرفیت مقام رسمی، که در آن مقام مزبور در رابطه با سمت رسمی خود اقدام نموده است، مشمول گستره اجرایی کنوانسیون نمی شود».

۲۰. با وجود این چنانچه مشکلی در رابطه با یک قضیه متنازع فیه مطرح شود، اصطلاح «تراست» به طور نسبتاً روشنی در آن تعریف شده است. (ماده ۲).

شناخت این مسأله برخورد می کند که امر حقوقی داخلی در کجا متوقف می شود و امر حقوقی بین المللی از کجا آغاز می گردد. به لحاظ دشواری این تعریف، مسأله ای که اغلب مطرح می باشد این است که آیا فلان قاعده داخلی تاب رقابت با قوانین خارجی را دارد یا نه؟ این موضوع نیز در نتیجه توصیف یعنی توصیف قانون مربوط به امنیت عمومی مشخص می شود. به هر حال، نهایتاً می بایستی پیرامون ویژگی قاطع یا غیر قاطع عناصر خارجی مطروحه اظهار نظر نمود، امری که به سختی می تواند از پیش و به طور کلی معلوم گردد.

علی رغم گوناگونی حقوقهای داخلی، برای یکنواخت ساختن مقررات حاکم بر روابط حقوقی که ویژگی بین المللی آنها غیر قابل انکار است، حقوق تعارض قوانین به یک روش غیر مستقیم که حاکی از بی طرفی کامل است یعنی قواعد حل تعارض قوانین، متوسل می شود. این روش ایجاب می کند که موضوع متنازع فیه در دسته های ارتباط حقوقی از پیش تعیین شده قرار گیرد. لذا جهت تحقق این امر لازم است به طور منظم قائل به تقسیماتی در روابط حقوقی شد که گاه به سختی صورت می پذیرد. افزون بر این، گوناگونی حقوقهای داخلی، نه تنها در راه حل های مادی بلکه در مفاهیم و حتی در تقسیم روابط حقوقی، نمایان می گردد. پدیدار شدن این مشکل باعث شد که بارتن (Bartın) به این نتیجه برسد که «دستیابی به حذف تعارض قوانین امری است غیر ممکن». «همچنین، این مشکل، هنگامی که دولتها باتفاق برای حذف تعارض قوانین از طریق کنوانسیون (یعنی برای تدوین راه حل های یکنواخت) تلاش می نمایند، آشکار می گردد. با این همه، به گونه ای اغراق آمیز، نتیجه گیری بارتن از آن بدبینانه بوده است: مشکلات غیر قابل حل چندان زیاد هم نیستند، زیرا به طور کلی وجوه اشتراک میان نظامهای حقوق خصوصی به اندازه ای است که می توان یک راه حل هماهنگ تعارض قوانین را واقعاً فراهم ساخت.

آلفرد فردروس*

ترجمه:

دکتر اردشیر امیر ارجمند

اصول کلی حقوق بین الملل در نظام
** منابع حقوق بین الملل عمومی

*. Alfred VERDROSS

-رئیس پیشین و پروفیسور صاحب کرسی دانشگاه وین، قاضی دیوان اروپایی حقوق بشر، عضو و

رئیس سابق مؤسسه حقوق بین الملل.

** LES PRINCIPES GENERAUX DE DROIT DANS LE SYSTEME DES SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC", in Mélanges Guggenheim", 1968, pp. 521 et s.



یادداشت مترجم

تئوری منابع صوری، مبنای تنظیم قالبهای صوری حقوق بین الملل در بینش وضعی ارادی است. این تئوری از دو ویژگی بارز برخوردار است: اول آنکه به بررسی منابع صوری - یعنی روشهای فنی ایجاد و اعتبار بخشیدن به قواعد حقوقی - اکتفا نموده و به ریشه های اخلاقی، اجتماعی و سیاسی یا به عبارت دیگر به مبانی و علل مادی آنها توجه نمی کند. ویژگی دوم این تئوری، در تقدم و اهمیت خاص آن در تحلیل پدیده حقوقی است، زیرا از طریق مطابقت روش ایجاد قاعده با فنون و روشهای حقوقی وضع آن است که اعتبار و در نتیجه التزام تابعان حقوق نسبت به آن مشخص می شود.^۱

تعمیم این بینش به نظام بین المللی این حسن را دارد که حقوق را از سیاست جدا می کند و تحلیل منظم آن را ممکن می سازد.

ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری به طور کلی در چهارچوب چنین بینشی قابل درک بوده و برای عرضه الگوی منابع حقوق بین الملل مورد استفاده قرار می گیرد.

۱. نک: «تأملی بر عرف بین المللی» در شماره ۱۳-۱۴ همین مجله.

برخی با فراموش نمودن این واقعیت که در حقوق بین الملل قواعد برتر بمانند حقوق داخلی وجود ندارد، برای این مقررات قراردادی (ماده ۳۸) اعتباری هم پایه آن دسته از قواعد قانون اساسی که منابع حقوق داخلی و سلسله مراتب آنها را تعیین می کند قائل شده اند. اگرچه این ماده در خور چنین جایگاهی نیست ولی باید اذعان داشت که راهنمای بسیار خوبی برای بررسی منابع حقوق بین الملل می باشد.

به نظر می رسد ویژگی اصلی این ماده کارایی عملی بالا یا به عبارت دیگر جنبه عملکردی قوی آن باشد. علی رغم آنکه عدم سلسله مراتب میان منابع حقوق بین الملل پذیرفته شده است، این ماده قاضی بین المللی را ملزم می کند چگونه و به چه ترتیبی در هر دعوا مقررات حقوق بین الملل را به مصادیق آن منطبق نماید. قاضی ابتداء به قواعدی که در قالب معاهدات، اراده متفق دولتها را به بهترین وجه بیان می کند رجوع می نماید. احراز وجود این قواعد آسان تر و محدوده آنها به جهت مدون بودن روشن تر است. در مرحله دوم قاضی به سراغ قواعد عرفی می رود، زیرا این قواعد به ترتیبی و تا حدودی حاصل توافق ضمنی اراده دولتها می باشند، هر چند احراز وجود این قواعد غیرمدون و همچنین تعیین حدود آنها برای قاضی سخت تر از قواعد قراردادی است. سپس و در مرحله سوم نوبت به اصول کلی حقوق می رسد که عمومیت محتوا و جنبه انتزاعی فوق العاده آنها موجب می شود که قاضی در مراتب بعدی به آنها متوسل شود. و در آخرین مرحله به منابع کمکی رجوع می شود که در حد خود ابزاری هستند برای شناسایی و تفسیر قواعد بین المللی (رویه قضایی و دکترین).

همان طور که ملاحظه شد اصول کلی حقوق با توجه به درجه و نقش اراده تابعان حقوق بین الملل در شکل گیری آن در مکان سوم در فهرست منابع مذکور در ماده ۳۸ آمده است، ولی این امر، علی رغم نظر بخشی از دکترین، به معنی آن نیست که اصول کلی حقوق منبع فرعی حقوق بین الملل است. اما مفهوم و اهمیت این اصول از دیرباز یعنی از هنگامی که کمیته ای از طرف شورای جامعه ملل مأموریت یافت پیش نویس اساسنامه دیوان

دائمی دادگستری بین المللی را تهیه نماید مورد بحث و اختلاف نظر بوده است. مهمترین مسائلی که در خصوص اصول کلی حقوق مطرح می باشد، استقلال این اصول نسبت به منبع دیگر حقوق بین الملل یعنی عرف عام و کارکرد و چگونگی اجرای این اصول است.

مقاله حاضر به دو علت انتخاب و ترجمه گردید:

۱. جلب نظر خوانندگان به این مطلب که پس از گذشت قریب به سه ربع قرن از تصویب اساسنامه دیوان دائمی دادگستری بین المللی و علی رغم آرای متعدد مراجع قضایی بین المللی که صراحتاً یا تلویحاً و به طرق گوناگون به اصول کلی حقوق اشاره داشته اند، بحث در خصوص مسائل عمده مربوط به این منبع حقوق بین الملل - البته اگر آن را منبع اصیل حقوق بین الملل بدانیم - همچنان و غالباً به همان صورت گذشته ادامه دارد. مقاله حاضر شاهی برای این مدعا است.
۲. در این مقاله، مؤلف عمده ترین و بحث برانگیزترین مسائل مربوط به اصول کلی حقوق را به صورت عمیق و مختصر مورد تجزیه و تحلیل قرار داده، بطوری که پس از گذشت قریب به سی سال از تاریخ انتشار آن هنوز از تازگی برخوردار است که این خود دلیلی بر چیرگی و توانایی علمی مؤلف آن می باشد.

۱ - تاریخچه بند ۱ (ج) ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری

هدف ما در این مقاله بررسی جامع و کامل آموزه اصول کلی حقوق به عنوان منبع حقوق بین‌الملل نیست و تنها به روشن نمودن بعضی از مسائل مورد اختلاف و احياناً جستجوی پاسخی مناسب برای آنها اکتفا خواهیم کرد.

می‌دانیم که از ماده ۳۸ اساسنامه دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی سابق، تفاسیر مختلفی صورت گرفته است. بخشی از آموزه حقوقی بر این عقیده بود که این ماده فقط حقوق از قبل، موجود در خصوص منابع حقوق بین‌الملل را تدوین نموده است. برای مثال بارون دکان (B. Descamps) رئیس کمیته‌ای که از طرف شورای جامعه ملل مأموریت یافته بود به تدوین پیش‌نویس اساسنامه دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی پردازد، چنین اعتقادی داشت. دکان در اثنای مذاکرات این کمیته صراحتاً اعلام می‌کند که این ماده صلاحیت یا اختیارات جدیدی را به قضات اعطاء نمی‌نماید، زیرا اجرای این قواعد [مندرج در ماده ۳۸] «عملکرد مستمر مراجع قضایی بین‌المللی» می‌باشد. این نظر مورد تأیید لرد فلیمور (Phillimore)، یکی دیگر از اعضای کمیته، قرار گرفت، به عقیده او:

«تمامی اصول مشترک حقوق در روابط بین الملل قابل اعمال می باشند و در حقیقت این اصول جزء قواعد حقوق بین الملل می باشند»^۲.
 به عقیده ما، رویه قضایی دادگاههای داوری مختلف و دیوان دائمی داوری این نظریه را تأیید می نماید.^۳ برعکس این مفهوم مورد انتقاد استاد فقید ایتالیایی دیونیزو انزیلوتی (Dionisio Anzilotti) قرار گرفته است. به نظر او «اصول کلی حقوق» مورد بحث، جزء منابع حقوق بین الملل که دولتها در روابط متقابل خود ملزم به اطاعت از آنها می باشند نیستند. به عقیده او، ماده ۳۸ اساسنامه، به دیوان اجازه می دهد که تنها در شرایط خاصی به این اصول که خارج از حقوق بین الملل هستند، استناد نماید. طبق این آموزه حقوقی، این قاضی است که قاعده جدیدی را در حقوق بین الملل براساس این اصول می آفریند، ولی خود این اصول با حقوق بین الملل بیگانه اند.^۴

اکنون متن جدید بند اول ماده ۳۸ این مشکل را حل نموده است: «دیوان که مأموریت دارد اختلافاتی را که به او رجوع می شود برطبق حقوق بین الملل قطع و فصل نماید موازین زیر را اجرا خواهد کرد...»

با گنجانیدن این عبارت که در ماده ۳۸ قبلی وجود نداشت، اساسنامه جدید تفسیری رسمی عرضه می نماید که به موجب آن تمامی منابع مذکور در ماده ۳۸ غیر از تصمیمات قضایی و دکتین، منابع مستقیم حقوق بین الملل بوده و طبق بند ۱ (د) ماده ۳۸، تصمیمات قضایی و

2. procès-verbaux, p. 316.

3. Die Verfassung der völkerrechtsgemeinschaft, 1926, p. 57; Les principes généraux du droit dans la Jurisprudence internationale, Recueil des Cours de l'Académie de Droit international, t. 52 (1935), pp. 195 et ss;

همچنین:

LAUTERPACHT, private law sources and Analogies of International law (1927), pp. 62 et ss.,

او به دکتین ما ارجاع می دهد (p. 58, note 6).

4. Corso di diritto internazionale (1923), p. 64; de même KOPELMANAS, Quelques réflexions sur l'art. 38, 3e du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, Revue générale de Droit international public, t. 43 (1936), pp. 285-308; MORELLI, Cours général de droit international public, Recueil des Cours de l'Académie de Droit international, t. 89 (1956), p. 430.

دکترین «روشهای فرعی تعیین قواعد حقوقی» می باشند. با وجود چنین عبارت روشنی، استناد استاد برجسته، تونکین (TUNKIN) به متن جدید ماده ۳۸ برای توجیه نظریه خود مبنی بر انکار «اصول کلی حقوق» به عنوان منبع حقوق بین الملل به سختی قابل درک می باشد. تونکین می گوید که این ماده به دیوان اجازه می دهد فقط حقوق بین الملل قراردادی و عرفی را اجراء نماید، و در نتیجه اصول کلی حقوق خارج از معاهدات و عرف، نمی توانند منبع حقوق بین الملل محسوب گردند.^۵ ولی واقع امر این است که ماده ۳۸ نمی گوید دیوان فقط می تواند معاهدات و حقوق عرفی را اجراء نماید، بلکه مقرر می دارد: «دیوان بین المللی دادگستری که مأموریت دارد اختلافاتی را که به اورجوع می شود برطبق حقوق بین الملل قطع و فصل نماید موازین زیر را اجرا خواهد کرد:

الف) عهدنامه ها... ب) عرف بین المللی... ج) اصول کلی حقوق...».

تفسیر ما با مقدمه منشور سازمان ملل متحد سازگار است. منشور از «رعایت الزامات ناشی از معاهدات و سایر منابع حقوق بین الملل» یاد می کند و روشن است که منظور از «منابع دیگر» (که به صورت جمع آورده شده است) نمی تواند چیزی جز حقوق عرفی و اصول کلی حقوق باشد. وجود چنین عبارتی در منشور سازمان ملل متحد همچنین نشان می دهد که حتی آن دسته از اعضای این سازمان نیز که از اول صلاحیت دیوان بین المللی را نپذیرفته اند، ملزم به رعایت این اصول می باشند.

۲- ویژگی اصول کلی حقوق

بعد از این ملاحظات می توان به این پرسش اصلی پاسخ داد که اصول کلی حقوق را در کجا باید جستجو کرد؟ به نظر می رسد که این جستجو باید در خارج از قلمرو حقوق معاهدات و حقوق عرفی صورت پذیرد زیرا اصول حقوقی موجود در این منابع جزء لاینفک آنها می باشند. این نظر

5. Völkerrecht der Gegenwart, 1963, pp. 121 et 129.

نه تنها متکی بر متن ماده ۳۸ اساسنامه است، بلکه همچنین متخذ از کارهای مقدماتی کمیته مأمور تدوین این اساسنامه نیز می باشد. در واقع، کمیته مأمور نگارش متن اساسنامه اولین دیوان بین المللی تصمیم داشت که بعد از برشمردن معاهدات و عرف به عنوان منابع حقوق بین الملل که دیوان مکلف به اجرای آنهاست از اصول کلی حقوق به عنوان منبع تکمیلی یاد کند. کما اینکه کارهای مقدماتی این کمیته نیز حاوی اطلاعاتی در مورد ویژگیهای این اصول می باشد. پیش از آن معاهده دیوان بین المللی غنائم، که البته از تصویب نگذشت صلاحیت تقنینی برای آن دیوان پیش بینی نموده بود، ولی کمیته مأمور تهیه اساسنامه دیوان بر این عقیده بود که نمی توان برای دیوان بین المللی چنین صلاحیتی شناخت. ماده ۷ آن معاهده به دیوان بین المللی غنائم اجازه می داد که در صورت فقدان مقررات قراردادی بر اساس «اصول کلی عدالت و انصاف» حکم کند. ولی چون کمیته حاضر نبود تشخیص اصول کلی حقوق را به وجدان شخصی قضات واگذارد، پیشنهاد آقای روت (Root) را قبول کرد که بر اساس آن دیوان می توانست نهایتاً «اصول کلی حقوقی مقبول ملل متمدن» را اجرا نماید.^۶ البته قصد دیوان از بکارگیری چنین عبارتی تفکیک و تمایز بین ملل مختلف نبود، بلکه فقط می خواست به این ترتیب بر ضرورت مبنای عینی برای این اصول در وجدان مشترک ملل تأکید ورزد.^۷ در نتیجه این عبارت را می توان همسو با بند ۱ ماده ۲ منشور سازمان ملل متحد که «برابری حاکمیت تمام دولتهای عضو» را به رسمیت می شناسد، تفسیر کرد.

تقارب و هماهنگی نظامهای حقوقی در قلمرو خاص می تواند بر مقبولیت اصول کلی حقوق صحه گذارد. لرد فلیمور این مسأله را در کمیته تدوین اساسنامه دیوان مورد توجه قرار داده و اظهار داشت:

6. Procès- verbaux, pp. 323 et ss.

7. Ibid., pp. 323-331.

«اصول کلی مذکور در شماره ۳، اصولی هستند که مورد قبول دادگاههای داخلی کل ملل قرار گرفته اند، مانند بعضی از اصول مربوط به آیین دادرسی، اصل حسن نیت، اصل اعتبار امر قضاوت شده و غیره».

با وجود این، بند ۱ (ج) ماده ۳۸ دست دیوان را برای اجرای تمامی قواعد متقارب یا هماهنگ موجود در قوانین ملل مختلف باز نمی گذارد. قضات دیوان تنها می توانند آن دسته از اصول کلی حقوق را اجراء نمایند که بازتاب یک اعتقاد حقوقی همگانی بوده و بنابراین در روابط بین المللی نیز معتبر باشند.

باری، چون اصول کلی حقوق از طبعی همگانی برخوردارند، لذا دیوان وظیفه دارد همواره آنها را در قضایای مورد بررسی، مشخص کند. از این رو، دادگاه داوری فرانسه - بلغارستان که بر اساس معاهدات صلح منعقد شده بعد از جنگ جهانی اول ایجاد شده بود اعلام می دارد:

«حقوق بین الملل موضوعه هنوز نه در مورد اصل مرور زمان و نه در خصوص مدت آن، قاعده مشخصی را که مورد قبول همگان باشد ارائه نداده است... با وجود این به نظر می رسد که مرور زمان یک قاعده حقوق موضوعه است که در کلیه نظامهای قانونگذاری پذیرفته شده است. مرور زمان یکی از جلوه های روشن صلح و مسالمت است که حقوق مشترک و تمامی نظامهای قضایی متمدن بر آن استوار گردیده... مرور زمان جزء لاینفک و ضروری تمام نظامهای حقوقی بوده و شایسته است که در حقوق بین الملل پذیرفته شود».

نظریه «دوگانگی یا چندگانگی» با اجرای اصول کلی حقوقی مورد قبول نظامهای حقوقی شاخص در روابط بین المللی مخالفت نموده است، اما طرفداران این نظریه فراموش می کنند که تفکیک کامل بین حقوق بین الملل و حقوق داخلی ملل مختلف، شدنی نیست زیرا حقوق بین الملل بر نظامهای حقوقی ملی استوار بوده و از طرف دیگر با وجود برتری بر

8. Procès-verbaux, p. 335.

9. BLÜHDORN, Le fonctionnement et la jurisprudence des tribunaux arbitraux mixtes... Recueil des Cours de l'Académie de Droit international, t. 41 (1932), pp. 194 et ss.

نظامهای حقوق ملّی از مبانی خود تفکیک پذیر نیست.

بدین دلیل با نظر پروفیسور کادری (Quadri) موافقیم که می گوید:

«وجدان حقوقی بین المللی تمایل دارد که تا حدود زیادی موازی با وجدان حقوقی داخلی شکل گیرد. اصول کلی چیززی نیست جز اصول مورد حمایت افکار عمومی جهانی که بیشتر اوقات در قوانین داخلی کشورهای مختلف ظهور یافته اند، زیرا تجربه حقوق داخلی ریشه دارتر و پربارتر از تجربه حقوق بین الملل است؛ با وجود این حقوق داخلی را نباید منبع حقوق بین الملل بلکه تنها اماره ای دالّ بر وضعیت وجدان حقوقی دولتها تلقی نمود که در هنگام مشابهت بین شرایط [در حقوق بین الملل و حقوق داخلی] این وجدان حقوقی برای نظام بین الدّولی تعیین کننده خواهد بود»¹⁰.

بنابراین، همانگونه که طرفداران مکتب دوگانگی معتقدند، قاضی بین المللی نمی تواند حقوق داخلی ملل مختلف را فی حدّ ذاته اجراء نماید. اما قاضی بین المللی می تواند و باید از تجارب حقوق داخلی برای استنباط اصول کلی حقوق قابل اجراء در روابط بین المللی الهام گیرد. از آنچه گذشت می توان نتیجه گرفت که به دنبال ایجاد شکاف و اختلاف در برداشتهای حقوقی در بین دولتهای سوسیالیستی و دیگر دولتها، تعداد اصول کلی حقوق قابل اجراء در روابط بین الملل روبه کاهش نهادند. اما به نظر می رسد که توسعه و گسترش روابط تجاری و فرهنگی بین دولتها می تواند جهت این حرکت را معکوس سازد.

در هر حال، ماده ۳۸ اساسنامه مقرر نمی کند که اصول مورد بحث باید در حقوق داخلی ملل مختلف پذیرفته شوند،¹¹ بلکه دولتها می توانند با

10. Cours général de droit international public, Recueil des Cours de l'Académie de Droit international, t. 113 (1964), p. 351.

11. دکترین مارکسیست منکر وجود چنین احتمالی است. بر اساس این دکترین، حقوق تنها وسیله و ابزاری در خدمت جنگ طبقاتی می باشد. اما این دکترین جزمی در تضاد آشکار با تجربه حقوقی قرار

دارد.

12. Voir notre cours, note 2.

شناسایی صریح اصول حقوقی مندرج در اعلامیه مجمع عمومی سازمان ملل متحد این اصول را پذیرا گردند.^{۱۳} البته این بدان معنی نیست که مجمع عمومی می تواند قواعد الزام آور جدیدی را برای دولتها ایجاد نماید. بلکه مجمع عمومی تنها می تواند بر اساس مواد ۱۲-۱۱ منشور سازمان ملل متحد توصیه هایی در خصوص موضوع مورد نظر به دولتها ارائه دهد. اما در عین حال هیچ یک از مقررات منشور، دولتها را از قبول و شناسایی اصول حقوقی مندرج در یکی از اعلامیه های مجمع سازمان ملل متحد در طی یکی از اجلاسهای آن مجمع یا خارج از آن منع نمی کند.

بنابراین باید بین رأی یک عضو در مجمع عمومی و اعلامیه ای که او در خلال اجلاس مجمع، مستقل از رأی گیری منتشر می سازد تفکیک قائل شد.^{۱۴}

شاهد مثال موردی است که در جلسه ۲۹ ژانویه ۱۹۶۶ شورای وزیران بازار مشترک اروپا رخ داد. در این جلسه اعضای شورا به توافق رسیدند «در مواردی که تصمیم گیری می تواند با رأی اکثریت انجام پذیرد»، «در صورت مطرح بودن منافع بسیار مهم یک یا چند عضو» سعی نمایند تا به «راه حلهایی که برای تمامی اعضاء قابل قبول است» دست یابند.

اختلاف بین ایجاد یک اصل حقوقی و ایجاد یک قاعده عرفی در این است که در حالت دوم، اعتقاد حقوقی در عملکرد مستمر دولتها ظهور می یابد، در صورتی که در حالت اول، اصل حقوقی از زمان شناسایی صریح آن به وسیله دولتها در داخل سازمان ملل متحد یا در خارج از آن پا به

13. ZEMANEK, *The United Nations and the law of outer space*, *The Yearbook of World Affairs*, t. 19 (1965), pp. 208 et ss.; VERDROSS, *Kann die Generalversammlung der Vereinten Nationen das Völkerrecht weiterbilden?* *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, t. 26 (1966), pp. 690-697.

14. VALLAT, *The competence of the United Nations General Assembly*, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international*, t. 97 (1959), p. 230.

15. MOSLER, *National- und Gemeinschaftsinteresse im Verfahren des EWG- Ministerrates*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, t. 26 (1966), pp. 1-32.

عرصه وجود می گذارد.^{۱۶}

۳- اجرای اصول کلی حقوق

این سؤال که تحت چه شرایطی - با این فرض که توافق خاصی صورت نگرفته باشد - دیوان یا هر دادگاه بین المللی دیگری می تواند اصولی کلی حقوق را اجراء نماید، بحثهای زیادی را برانگیخته است. به نظر دکان، قاضی باید با رجوع به منابع مختلف حقوقی روش تسلسل را اعمال نماید:

«قاعده اصلی این است که اگر نصّ یا قاعده ای قراردادی وجود دارد باید آن را اجراء نمود. در صورت فقدان چنین قاعده ای باید قواعد عرفی بین المللی را اجراء کرد.» آنگاه دکان سؤال می کند که آیا قاضی می تواند در فقدان نصّ و قاعده عرفی، از صدور حکم به دلیل «فقدان موجب قانونی» استنکاف ورزد؟ پاسخ دکان به این سؤال منفی است به نظر او: «قاضی باید در این صورت اصول کلی حقوق را اجراء نماید»^{۱۷}.

این بخش از سخنان دکان - اگر به تنهایی مورد مطالعه قرار گیرد - در تأیید نظریه غالب خلأ حقوقی^{۱۸} است، نظریه ای که مورد انتقاد شدید حقوقدانان شهیری مثل هانس کلسن^{۱۹} و گوگنهایم^{۲۰} قرار گرفت. ولی در واقع این برداشت مبنی بر سوء تفاهم است، چرا که اگر خواهان نتواند ثابت کند که خواننده به موجب قاعده ای ملزم به فعل یا ترک فعل مورد درخواست اوست، دادگاه باید دعوای خواهان را رد نماید، زیرا هر دولتی ۱۶. به نظر می رسد تفکیک بین این دو آیین ایجاد قواعد حقوق بین الملل در تحقیق بسیار خوب ویرالی مورد توجه قرار نگرفته است:

VIRALLY, Droit international et décolonisation devant Les Nations Unies, Annuaire Française de Droit international, t. 9 (1963), pp. 508 et 541.

*. non liquet.

17. Procès- verbaux, p. 318.

** Lacune du droit.

18. Principles of International Law, seconde édition (1966), pp. 433-440.

19. Traité de Droit international public, I, 1953, p. 139.

در چارچوب ترسیم شده به وسیله حقوق بین الملل آزادی دارد. بنابراین اگر منابع حقوق بین الملل فقط منحصر به معاهدات و قواعد عرفی می گردید، هر ادعایی که مبتنی بر آنها نبود باید مردود اعلام می شد. لذا مسأله خلأ حقوقی هرگز نمی بایستی مطرح شود.

به نظر ضرورتی ندارد که در اینجا به شرح و بسط مسأله خلأ حقوقی در حقوق بین الملل پرداخته شود.²⁰ این مسأله در عملکرد بین المللی نقشی بسیار محدود دارد²¹ و افزون بر آن خلط سخنان دکان با نظریه غلط «خلأ حقوقی» ناشی از بدفهمی اندیشه او می باشد. این امر از خلال یکی دیگر از جملات او کاملاً هویدا می گردد:

«اگر صلاحیت دیوان را به قواعد موضوعه شناخته شده محدود نماییم، دیوان غالباً مجبور به ردّ دعوی خواهد شد»²².

با توجه به اینکه این اندیشه مورد تأیید کمیته قرار گرفته و در متن ماده ۳۸ نیز بیان گردیده است، شکی نیست که معنای واقعی این ماده این است که دیوان نمی تواند به بهانه فقدان قاعده قراردادی یا عرفی مؤید ادعای خواهان دعوی او را رد نماید. دیوان باید کماکان بررسی کند که آیا دعوی خواهان می تواند مبتنی بر اصول کلی حقوق باشد یا خیر و در صورتی که پاسخ به این سؤال مثبت باشد، باید دعوی خواهان را وارد و موجه قلمداد کند.²³

دکترین گوگنهایم نیز بر همین اندیشه استوار است که آن را در عبارت زیر به روشنی تشریح می نماید:

«منظور نمودن اصول کلی حقوق به عنوان منبع خاص حقوق بین الملل، دلیل سیاسی- حقوقی دارد و آن عبارت است از گسترش صلاحیت و اختیار قاضی بین المللی از طریق تحدید دامنه اختیارات خودسرانه تابعان حقوق بین الملل که از اصل عرفی استقلال دولتها نشأت

20. Voir mon "Völkerrecht", 5^e édition, 1964, p. 149.

21. Sir Hersch LAUTERPACHT, The Development of International Law by the International Court, 1958, p. 145.

22. Procès- verbaux, p. 319.

23. voir note cours, note 2.

می‌گیرد. چنین قصد و کوششی با توجه به ابتدایی بودن نظام حقوق بین‌الملل، قابل درک است. محدود ساختن حقوق بین‌الملل به قواعد قراردادی و عرفی این نتیجه را به دنبال خواهد داشت که بسیاری از اختلافات باید تنها به استناد فقدان تکلیف حقوقی حلّ و فصل گردند. استناد به اصول کلی حقوق غالباً مستلزم استصحاب یک تکلیف حقوقی است که جایگزین صلاحیت‌گزینشی و مطلقه دولتها می‌گردد. بنابراین، قبول اصول کلی حقوق، تغییراتی را در سلسله مراتب سنتی منابع حقوقی ایجاد می‌کند. در واقع ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری به ترتیب معاهده، عرف و اصول کلی حقوق را ذکر می‌نماید و این بدان معناست که مابین این قواعد موجد حقوق، سلسله مراتبی به همین ترتیب وجود دارد. با این وجود، اصول کلی حقوق به شرطی قابل اعمال است که اصل استقلال دولتها اولویت داشته باشد»^{۲۴}.

ارائه سه نمونه از رویه دیوان دائمی داوری، دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی و دیوان بین‌المللی دادگستری می‌تواند به درک این اندیشه کمک کند. در ۱۹۱۲، دیوان دائمی داوری به درخواست دولت روسیه به این قضیه رسیدگی کرد که آیا دولت عثمانی ملزم به جبران مخارج جنگ ۱۸۷۸ بین دو کشور و خسارات وارده بر اثر این جنگ به روسیه می‌باشد یا خیر. این درخواست با استناد به ماده ۱۹ معاهده «مقدمات صلح» منعقد در سن استفانو صورت گرفت. اعتبار این معاهده مورد اعتراض دولت عثمانی نبود ولی این دولت به معاذیر رافع مسؤلیت بین‌المللی از جمله فورس مازور به دلیل بروز مشکلات بسیار سخت مالی استناد نمود. دیوان داوری اعتبار این اصل کلی حقوقی را که «در حقوق بین‌الملل نیز همانند حقوق خصوصی قابل اعمال است» مورد تردید قرار نداد، ولی مورد خاص مطروحه را از مصادیق اجرای این اصل ندانست و با مبالغه آمیز خواندن این استدلال که پرداخت مبلغ بدهی «موجودیت دولت عثمانی را به خطر می‌اندازد یا اینکه موقعیت داخلی و خارجی او را شدیداً دچار

24. GUGGENHEIM, op. cit., pp. 150-151.

مخاطره می سازد، ایراد فورس ماژور را وارد تشخیص نداد.²⁵ بنابراین، اگر ترکیه قادر بود ثابت نماید که پرداخت مبلغ بدهی موجودیت او را «به خطر می اندازد» یا اینکه «موقعیت داخلی و خارجی او را شدیداً دچار مخاطره می سازد»، دادگاه می توانست برای توجیه عدم رعایت یک عهدنامه معتبر، استناد به فورس ماژور را که مبتنی بر یک اصل کلی حقوقی است، بپذیرد.

به موجب عهدنامه لوزان مورخ ۱۹۲۳، شورای جامعه ملل اجازه یافت که مرز بین ترکیه و عراق را تعیین کند. به موجب ماده ۵ میثاق، تصمیمات جامعه ملل جز در موارد استثناء شده باید به اتفاق آراء اتخاذ شوند. چون در قضیه مورد بحث چنین مقرر استثنایی وجود نداشت، دیوان دائمی دادگستری بین المللی که از او نظر مشورتی خواسته شده بود، اعلام نمود که «قاعده اتفاق آراء با این قید اعمال می گردد که رأی مخالف نمایندگان طرفین ذریبط در قضیه مانع تحصیل اتفاق آراء نمی باشد». در تأیید این نظریه دیوان اعلام نمود: «به نظر می رسد که اصل مقرر در بندهای ۶ و ۷ ماده ۱۵ میثاق تکلیف مواردی را مانند آنچه اکنون به شورا ارجاع گردیده است تعیین می کند» (با وجود اینکه این ماده راجع به تصمیمات شورا نبوده بلکه موضوع آن گزارشهای مربوط به جلوگیری از آغاز جنگ می باشد). دیوان در ادامه می گوید:

«در این مورد همچنان بر قاعده کاملاً شناخته شده ای نظر داریم که به موجب آن هیچ کس نمی تواند در قضیه مربوط به خود قاضی باشد».²⁶ لذا این اصل کلی حقوق مبنای واقعی رأی صادره از طرف دیوان است.

در خصوص پذیرش اشتباه به عنوان یکی از عیوب رضا، دیوان بین المللی دادگستری، در قضیه معبد پرهاویهار (temple de préah vihéar) به یک اصل کلی حقوق استناد نمود. در این قضیه که به اختلافات مرزی بین کامبوج و تایلند مربوط می شود، کشور اخیر ادعا می کرد در نقشه ای که

25. SCHÜCKING, Das Werk vom Haag, Die gerichtlichen Entscheidungen, I, 3, 1914, p. 337.
26. C. P. J. I., Série B, No. 12, pp. 31-32.

مربوط به معبد مذکور می باشد، اشتباهی صورت گرفته است که مقامات تایلندی در هنگام قبول نقشه از وجود آن اشتباه بی اطلاع بوده اند.

دیوان این نظریه را رد و اعلام کرد:

«به موجب یک قاعده حقوقی کاملاً مستقر، یکی از طرفین نمی تواند در موارد زیر به اشتباه به عنوان عیب در رضا استناد نماید: اگر با رفتار خود در وقوع آن اشتباه مشارکت کرده باشد؛ اگر توانایی و امکان اجتناب از آن اشتباه را داشته است؛ و بالاخره اگر شرایط به گونه ای بوده که او می بایستی از امکان وقوع چنین اشتباهی اطلاع یافته باشد».

چون احراز این اصل به عنوان قاعده عرفی کاری است بس دشوار، اگر نه غیرممکن، دیوان در استناد به اصول کلی حقوق تردیدی به خود راه نداده^{۲۷} و بدین ترتیب دیوان بر اعتبار ذاتی این اصل در روابط بین المللی مهر تأیید می گذارد. شایان ذکر است که سرچشمه اصلی تقریباً تمامی قواعد حقوق بین الملل در خصوص جبران خسارت، اصول کلی حقوق توسعه یافته در رویه قضایی کشورهای مختلف بوده است.^{۲۸}

در خصوص ادله اثبات دعوا نیز وضع به همین منوال است؛ دادگاههای داوری غالباً در این مورد به اصول کلی حقوق^{۲۹} خارج از قواعد عرفی و قراردادی استناد کرده اند. در خصوص ادله غیرمستقیم نیز دیوان

27. C. I. J. Recueil, 1962, p. 26

کمیسیون حقوق بین الملل این اصل را در بند ۲ ماده ۴۵ پیش نویس مواد حقوق معاهدات مصوب

۱۸ و ۱۹ ژوئیه ۱۹۶۶ تدوین نمود.

[اصل موصوف متاقباً در متن نهایی کنوانسیون ۱۹۶۹ وین در قالب بند ۲ ماده ۴۸ به شرح زیر

مورد تصویب قرار گرفته:

«چنانچه کشور مزبور با رفتار خود به بروز اشتباه کمک کرده باشد یا اوضاع و احوال به گونه ای

باشد که وی می باید از امکان اشتباه آگاه می بود، بند ۱ ناظر بر موضوع نخواهد بود»-م.

۲۸. مثالهای متعددی در درسهای نویسنده در آکادمی لاهه مذکور در یادزنی شماره ۲ عنوان گردیده است.

29. Par exemple, la General Claims Commission mexico- américaine, American Journal of International Law, t. 25 (1931), p. 375; BIN CHENG, General principles of law, 1953, pp. 303 et ss.

بین المللی دادگستری از اصول «مقبول کلیه نظامهای حقوقی»³⁰ الهام گرفته است.

بنابراین، نقش سومین منبع حقوق بین الملل نیز غیرقابل اغماض است.³¹ البته آشکار است که به دنبال اجرای مستمر اصول کلی حقوق به وسیله مراجع قضایی بین المللی و تدوین تدریجی حقوق بین الملل، از موارد استناد قاضی بین المللی به این اصول - که ابتداءً در رویه قضایی داخلی کشورها شکل گرفته اند - کاسته می شود. چرا که از طریق آیینهای یاد شده، اصول کلی حقوق تبدیل به قاعده بین المللی عرفی یا قراردادی می شود. با وجود این، استفاده مستمر دولتها از امکان شناسایی اصول حقوقی اعلام شده به وسیله مجمع عمومی یا دیگر ارگانهای سازمان ملل متحد، بر نقش و اهمیت سومین منبع حقوق بین الملل خواهد افزود.

30. C. I. J. Recueil, 1949, p. 18.

31. SORENSEN, Principes de droit international public, Recueil des Cours de l'Académie de Droit international, t. 101 (1960), pp. 18-34.

نوشته:

گوردن بارکلی*

ترجمه:

نسرین مهرا

نظام عدالت کیفری در انگلستان و ولز

*. Barclay (Gordon C), Criminal Justice System in England and Wales. Second Edition, London, Home Office, 1993, 42 Pages

گفتنی است که مقاله حاضر به زبان های فرانسوی و لهستانی نیز ترجمه شده و در اینجا، علاوه بر زیرنویسهای اصل مقاله که با شماره های داخل برانتز در انتهای مقاله یکجا آمده است، زیرنویسهایی نیز در باورقی برای اطلاع بیشتر خوانندگان افزوده شده است. م

100
100
100
100

۱- مقدمه

۱.۱. تفاوت‌های موجود در چگونگی تحول نظام حقوقی کشورهای که پادشاهی متحده^۱ را تشکیل می‌دهند، ایجاب می‌کند که هر یک از آنها به طور جداگانه مورد بررسی قرار گیرند: یعنی از سوی، انگلستان و ولز، و از سوی دیگر، اسکاتلند و ایرلند شمالی. مقاله حاضر فقط به بررسی مختصر نظام عدالت کیفری انگلستان و ولز، آن طور که در پایان ۱۹۹۲ اعمال می‌شود، می‌پردازد.

۱.۲. در ۱۹۹۱، از ۵۵/۵ میلیون نفر جمعیت کل پادشاهی متحده، ۵۰ میلیون نفر در انگلستان و ولز زندگی می‌کردند. تقریباً $\frac{2}{3}$ جمعیت در مناطق شهری که ۱۴ درصد از مساحت کل کشور را تشکیل می‌دهد، مستقر هستند.

در حال حاضر ۴/۹٪ درصد جمعیت بریتانیای کبیر (انگلستان و ولز و اسکاتلند) به گروه‌های قومی اقلیت متعلقند که اندکی بیش از $\frac{1}{3}$ آنها از آنتیل^۲، گویان^۳، هند یا پاکستان می‌باشند. اکثریت مهاجرانی که از

1. United Kingdom
2. Antilles (West Indian)
3. Guyanese

کشورهای مشترک المنافع^۴ آمده اند در مراکز بزرگ انگلستان استقرار یافته اند. در ۱۹۹۱ به طور متوسط ۸/۳٪ از جمعیت فعال در انگلیس و ولز بیکار بوده اند.

۲- تاریخچه تحولات حقوق جزا و آیین دادرسی کیفری

۲.۱. خاستگاههای نظام حقوقی کنونی انگلستان و ولز به قرن دوازدهم، یعنی به زمان رشد سریع نهادهایی که به دنبال فتح انگلیس به وسیله دوک نورماندی^۵ در ۱۰۶۶ ایجاد شد، باز می گردد. نظامهای حقوقی که تا آن زمان، در ۳۲ استان^۶ تشکیل دهنده انگلستان وجود داشت، در جزئیات آیین دادرسی نسبت به یکدیگر متفاوت بودند.

بر خلاف سایر کشورهای اروپایی که حقوق روم اساس حقوقی آنها را تشکیل می داد، نظام حقوقی انگلستان موسوم به «حقوق عرفی» به طور مستقلی متحول می شد. دودادگاه اصلی، اساس این نظام حقوقی را تشکیل می داد: دادگاه عوام^۷ و دادگاه شاهی^۸.

در حدود سالهای ۱۲۰۰، طبقه ای از حقوقدانان حرفه ای به وجود آمد که مجاز بودند به عنوان نماینده موکلین خود در جریان محاکمه حضور پیدا کنند.

در عین حال، این سیستم یک نظام متمرکز بود که می باید با ضرورت انجام تحقیقات و محاکمه محلی منطبق گردد. در این زمان، با توجه به مشکلات عملی، دادگاههای کامن لا^۹ (The assize) به وجود آمدند که به نوبه خود با تاسیس دادگاههای جزا^{۱۰} در ۱۹۷۲ (۱)، منسوخ گردیدند.

۲.۲. در ولز نظام حقوقی مستقلی به وجود آمده و تحول یافته بود، و حتی پس از اشغال این کشور به وسیله ادوارد اول انگلستان در ۱۳۰۲، هیچ

4. Commonwealth countries

5. Duke of Normandy

6. Counties

7. Commons Bench

8. Kings Bench

9. Common law courts

10. Crown court

کوششی در جهت جایگزین کردن حقوق انگلستان به جای این نظام حقوقی مستقل صورت نگرفت. سرانجام در ۱۵۳۵ بود که حقوق ولز در چهارچوب حقوق عرفی انگلستان ادغام گردید. از سوی دیگر، در اسکاتلند نظام حقوقی ای در حال تحول بود که اساس آن را حقوق روم تشکیل می داد. پس از ادغام پارلمانهای اسکاتلند، انگلستان و ولز در ۱۷۰۷، هیچ کوششی در جهت ادغام دو نظام حقوقی انگلستان و اسکاتلند صورت نگرفت، به طوری که حتی امروز این دو نظام در کنار هم به طور مستقل متحول می شوند.

۲.۳. حقوق انگلستان و ولز را می توان از دو جنبه به شرح ذیل مورد بررسی قرار داد:

الف) حقوق عرفی

مرکب است از قواعد عمومی عرفی که از دیر باز به عنوان قانون کشور تلقی می گردیده است. بعضی قواعد مربوط به سلوک و رفتار، با توافق عمومی و اعمال آنها در دادگاهها از طریق آداب و رسوم به قانون تبدیل می شدند، و جرائم در چهارچوب این قوانین «جرائم عرفی» نامیده می شدند. (برای مثال ایجاد ترس و وحشت بین مردم و توطئه). یک بخش مهم از حقوق عرفی، رویه قضایی محسوب می شود که مبتنی است بر سوابق قضایی تاریخی.

ب) حقوق تقنینی یا حقوق ناشی از قانونگذاری

این حقوق عبارت است از کلیه قوانینی که با دستور مستقیم دولت در قالب «قوانین پارلمانی»^{۱۱} (قوانین مصوبه یا نوشته) تصویب می شوند یا قوانینی که در چهارچوب اختیارات پیش بینی شده به وسیله این قوانین وضع می گردند. بسیاری از جرائم عرفی را قوانین مصوبه نیز در خود پیش بینی کرده اند، بنابراین یک جرم همزمان می تواند جرم عرفی و جرم تقنینی باشد.

۲.۴. سایر مراجع نظام عدالت کیفری خاستگاه جدیدتری از به

11. The Statute Law.
12. Acts of Parliament

دادگاهها یا حرفه حقوقی دارند.

پلیس و سازمان زندانها در مقیاس ملی در قرن گذشته به وجود آمدند، سازمان مسؤل کنترل تعلیق مراقبتی مجازات^{۱۳} در اوایل قرن حاضر و تشکیلات دادستانی سلطنتی (دادسرا)^{۱۴} در ۱۹۸۶ ایجاد شدند. تشکیلات فعلی آنها در نوشته حاضر به تفصیل مورد بررسی قرار می گیرد.

۳- تشکیلات عدالت کیفری

دولت

۳.۱. سه سازمان دولتی و رسمی در انگلستان و ولز مسؤلیت عدالت کیفری را به عهده دارند.

الف- وزارت کشور

این وزارت خانه به مسائل مربوط به حقوق جزا، پلیس، زندانها و سازمان مسؤل کنترل تعلیق مراقبتی مجازات می پردازد. وزیر کشور مسؤلیت کلی امنیت ملی را نیز به عهده دارد.

ب- وزارت دادگستری^{۱۵} L. C. D:

به مسائل مربوط به قوه قضائیه می پردازد و دادگاههای عالی (از جمله دادگاه جزا) و دادگاههای صلح را اداره می کند و مسؤل معاضدت قضایی نیز می باشد.

LC^{۱۶} که عالی رتبه ترین مقام در سیستم قضایی است عضو هیأت وزیران و سخنگوی مجلس اعیان^{۱۷} می باشد.

- 13. Probation Service
- 14. Crown Prosecution Service
- 15. Lord Chancellor's Department
- 16. Lord Chancellor
- 17. House of Lords.

ج- تشکیلات دادستانی سلطنتی

(دادسرا)، به طور مستقل مسوول امر تعقیب تقریباً کلیه اعمال مجرمانه ای است که پلیس راجع به آنها شروع به تحقیق نموده است. این تشکیلات در راس خود DPP¹⁸ (رئیس دادسرا) را که زیر نظر دادستان کل انجام وظیفه می کند، دارد.

کمیته های عدالت کیفری

۳.۲. گزارش قاضی آرد woolf (۲) بر این واقعیت تاکید کرده است که میان مراجع عدالت کیفری، به میزان اندکی همکاری محلی وجود دارد. این موضوع در گزارش مزبور منجر به تشکیل شورای مشورتی عدالت کیفری و نیز تشکیل ۲۴ کمیته منطقه ای در ۱۹۹۲ گردید که در چهارچوب آنها مسائل مبتلا به بیش از یک مرجع قابل طرح و بررسی است.

اعضای این کمیته ها عبارتند از نمایندگان عالی رتبه پلیس، سازمانهای مسوول کنترل تعلیق مراقبتی مجازات، تشکیلات دادستانی سلطنتی (دادسرا)، سازمان زندانها، قضات، قضات دادگاه صلح و وکلا. قوه قضائیه ریاست شورای مشورتی و کمیته های منطقه ای را به عهده دارد.

پلیس

۳.۳. در انگلستان و ولز حدوداً ۱۲۸۰۰۰ مامور پلیس وجود دارد (افسر، درجه دار و پاسبان) که همگی متعلق به ۴۳ واحد هستند. ۴۱ واحد از آنها (به استثنای منطقه لندن) مسوول مستقلی در راس خود دارند که در مقابل یک مقام محلی پلیس یا کمیته پلیس (۳) متشکل از شماری از منتخبین محلی (از جمله قضات دادگاه صلح محلی)، پاسخگو می باشند. در پلیس مرکزی¹⁹ (که لندن و حومه را در برمی گیرد)، کمیسر اصلی پلیس

18. Director of Public Prosecution
19. Metropolitan Police

مرکز، به لحاظ اختیارات وسیعی که در زمینه امنیت دارد، مستقیماً در مقابل وزیر کشور مسوول می باشد.

بالاخره، کمیسر اصلی پلیس شهر لندن در مقابل شورای عمومی شهر لندن پاسخگو می باشد.

۳.۴. علاوه بر اعضای پلیس، حدود ۵۲۰۰۰ کارمند عادی در واحدهای پلیس به کار اشتغال دارند، حدود ۵۰۰۰ تن از آنها مسوول صدور برگ جریمه برای توقف غیر مجاز وسائل نقلیه می باشند. تعداد روز افزونی از آنها، بویژه در شهر لندن، به وسیله شهرداریهای محلی به این کار گمارده می شوند.

اداره بازرسی، تحت مدیریت رئیس کل بازرسی پلیس، وظیفه بازرسی مرکزی واحدهای پلیس را در وزارت کشور به عهده دارد. تعدادی مراجع خاص مسوول اجرای قانون نیز به منظور مبارزه علیه جرائم خاصی که غالباً با هم مرتبط هستند، ایجاد شده اند: برای مثال، واحدهای منطقه ای مبارزه با جرائم (۹)^{۲۰}، واحد مبارزه با تقلبهای عمده،^{۲۱} واحد ملی اطلاعات پیرامون مواد مخدر و واحد ملی اطلاعات پیرامون فوتبال.^{۲۲} مسائل ناشی از جرائم ارتكابی در قطارها و ایستگاههای قطار در صلاحیت پلیس حمل و نقل^{۲۳} انگلستان است. یک واحد مستقل مسوول امنیت موسسات تابعه وزارت دفاع است. علاوه بر آن، تعدادی واحدهای کوچک پلیس نیز وجود دارد که قانون آنها را به عنوان «نیروهای انتظامی اختصاصی» ایجاد نموده است، برای مثال پلیس پارکهای سلطنتی.^{۲۴} این نیروها دارای اختیارات محلی مشخص و معینی هستند.

20. Regional Crime Squads

21. Serious Fraud Squad

22. National Football Intelligence Unit

توضیح اینکه بازی فوتبال به عنوان یک ورزش محبوب مردم انگلستان دارای طرفداران و باشگاههای زیادی است. بازیها و مسابقات فوتبال غالباً همراه با خشونت و منجر به زد و خورد میان طرفداران تیمهای حریف می شود. لذا پلیس این کشور واحد ویژه ای را به منظور مبارزه و پیش گیری از خشونت‌های همراه با ناشی از مسابقات فوتبال در سازمان پلیس ایجاد نموده است.

23. British Transport Police

24. Royal Parks Police

دادگاهها^{۲۵}

۳۰۵. در ۱۹۷۲ به دنبال تصویب قانون راجع به دادگاهها (۱)، دادگاههای کامن لا^{۲۶} و دادگاههای کیفری^{۲۷} حذف شدند و به جای آنها فقط دادگاههای جزا^{۲۸} با صلاحیت ملی که می توانند در هر جای انگلستان و ولز به قضاوت پردازند، ایجاد گردیدند. دادگاه های اخیر از نظر سازمانی جزو دادگاه عالی^{۲۹} محسوب می شوند.

صلاحیت دادگاه جزا از یک سو، محاکمه جرائم و مجرمینی است که پرونده آنها همراه با کیفرخواست^{۳۰} به این دادگاه ارسال شده است و از سوی دیگر، تعیین مجازات برای اشخاصی است که به این دادگاه اعزام شده اند، و بالاخره دادگاه جزا نقش مرجع فرجامی را نیز برای تصمیمات دادگاههای پایین تر، از جمله موارد مربوط به صغار، ایفاء می کند.

قانون مزبور هیچ گونه محدودیت جغرافیایی در مورد منطقه ای که دادگاههای جزا می باید نسبت به آن صلاحیت داشته باشد، به وجود نیاورده است، حدود استان و شهرستان^{۳۱} هیچ اهمیت حقوقی برای محلی که محاکمه باید در آنجا صورت پذیرد، ندارد. در عمل، اکثریت پرونده هایی که دادگاه جزا باید به آن رسیدگی کند، با توجه به دادگاه صلحی که پرونده را ارسال داشته است، در مناسبترین محل رسیدگی و استماع می شود.

جرائم مهم به وسیله یک قاضی از دادگاه عالی^{۳۲} رسیدگی می شود و

۲۵. برای اطلاعات بیشتر راجع به طبقه بندی و سلسله مراتب دادگاهها در نظام کیفری انگلستان و ولز به

نمودار ضمیمه شماره ۱ رجوع شود.

26. The Courts of Assize

27. Quarter Sessions

28. Crown Court

29. The Supreme Court

30. Trial on Indictment

جرائم قابل کیفرخواست جرایم مهمی هستند که توسط قاضی و هیأت منصفه مورد بررسی قرار می گیرند.

31. District

32. High Court Judge

سایر جرائم ممکن است به وسیله یک قاضی سِرکت^{۳۳} یا به وسیله یک رکورد^{۳۴} مورد رسیدگی قرار گیرند. امروزه حدود ۹۰ دادگاه جزا موسوم به «سِرکتها»^{۳۵} در شش منطقه وجود دارد.

۳۶. جرائم ممکن است به طور اختصاری در یک دادگاه صلح^{۳۶} مورد رسیدگی قرار گیرد. این دادگاه به عنوان یک مرجع دارای صلاحیت اختصاری تعریف شده که تحت نظر یک یا چند قاضی صلح به رسیدگی می پردازد (۴). چنین دادگاهی در قلمرو دادگاههای خلاف یا دادگاههای پلیس مستقر می باشد، هر چند که در دیگر تجمعهای قضایی نیز ممکن است استقرار یابند. در دادگاه صلح هر پرونده یا به وسیله حداقل دو قاضی صلح (قضات غیر حرفه ای افتخاری)^{۳۷} یا به وسیله یک قاضی حرفه ای حقوق بگیر^{۳۸} که به تنهایی در دادگاهها انجام وظیفه می کند (۵) مورد رسیدگی قرار می گیرد. قضات صلح به وسیله مقام سلطنت (یعنی در واقع دولت) منصوب می شوند، هیچ گونه حقوقی دریافت نمی کنند^{۳۹} و در سن هفتاد سالگی بازنشسته می گردند. این قضات قبل از انتصاب، هیچ دوره آموزشی حقوقی را طی نکرده و معمولاً به طور تمام وقت در زمینه های کاری دیگر مشغول به فعالیت بوده اند. محاکمات در دادگاههای صلح بجز در مواردی که به جرائم اطفال رسیدگی می کنند، علنی است. قضات دادگاههای صلح معمولاً نمی توانند مجازاتهای حبس بیش از ۶ ماه و یا جریمه نقدی بیش از ۵۰۰۰ پوند را در احکام خود تعیین نمایند. برای جرائمی که ممکن است به یکی از دو صورت^{۴۰} اختصاری یا قابل کیفرخواست مورد رسیدگی قرار گیرند (رجوع کنید به بند ۴۰۴ همین نوشته)، در صورتی که مجازات شدیدتری ضروری به نظر برسد، برای

33. Circuit Judge قاضی تمام وقت دادگاههای جزا

34. Recorder قاضی پاره وقت دادگاه جزا

35. Circuits

36. Magistrates' Court.

37. Lay magistrates

38. stipendiary magistrate

۳۹. این قضات صرفاً هزینه های ناشی از کار خود را دریافت می دارند.

40. Offences Triable Either Way

تعیین میزان آن بزهکار ممکن است به دادگاه جزا اعزام گردد. دادگاههای صلح در انگلستان و ولز، در قالب بیش از ۵۰۰ دادگاه به صورت مستقل از یکدیگر و زیر نظر ۱۰۵ کمیته محلی دادگاههای صلح^{۴۱} به جرائم رسیدگی می کنند. در یک گزارش (۶) پیشنهاد شده بود که یک نهاد اداری برای دادگاهها حتی الامکان به صورت یک واحد مستقل ایجاد گردد. اما این پیشنهاد مورد قبول واقع نشد و امروزه به جای آن، پیشنهاد می گردد (۷) که دادگاهها تحت نظارت ۵۰ تا ۶۰ کمیته محلی دادگاههای صلح سازمان دهی شوند و منشیهای دادگاههای صلح کماکان به عنوان مشاوران حقوقی قضات و به عنوان مسوولان اداری دادگاهها به کار خود ادامه دهند، اما رئیس کل کارمندان دفتری مسوولیت اداره کارکنان کمیته محلی دادگاه را به عهده بگیرد.

۳۷. بعضی از دادگاههای صلح، به طور ویژه برای رسیدگی به جرائم صغار^{۴۲} تعیین شده اند. دادگاههای صغار از قضاتی که دارای آموزش خاصی هستند و صرفاً به اتهامات و تقاضاهای مربوط به نوجوانان رسیدگی می کنند، تشکیل شده است. این دادگاهها در اکثر موارد به جرائم اشخاص کمتر از ۱۸ سال که اتهام آنها همراه با اتهام اشخاص کبیر (۸) صادر شده است، رسیدگی می کنند. این دادگاهها مستقل از دیگر دادگاهها تشکیل شده و محاکمات آنها علنی نیست و حداقل از سه قاضی که در بین آنها باید حداقل یک مرد و یک زن یا یک قاضی حرفه ای وجود داشته باشد، تشکیل می شوند.

۳۸. دادگاههای بالاتر شامل دادگاه عالی است که خود تقسیم می شود به الف) دادگاه استیناف ب) دادگاه عالی عدالت^{۴۳} و ج) دادگاه جزا.^{۴۴} شخصی که در دادگاه صلح محکوم شده است، می تواند از رای دادگاه جزا فرجام خواهی کند، شخص محکوم شده در دادگاه جزا می تواند از حکم صادره در دادگاه استیناف، پژوهش خواهی و بالاخره در دیوان کشور،^{۴۵} فرجام خواهی نماید. تجدید نظر شکلی و ماهوی نسبت به تصمیمات

41. Local Magistrates' Courts Committee

42. Youth Courts

43. The High Court of Justice

44. Crown Court

45. The House of Lords

دادگاههای صلح، در صلاحیت دادگاه ملکه^{۳۶} که شعبه‌ای از دادگاه عالی عدالت است، می‌باشد. این دادگاه صلاحیت محدودی نسبت به موارد رسیدگی شده در دادگاه جزا دارد.

عالی‌ترین دادگاه کشور، مجلس لردها یا دیوان کشور است. این دیوان متشکل است از لردان استیناف که از میان حقوقدانان برجسته - معمولاً از میان قضات دادگاه استیناف - انتخاب و به صورت مادام‌العمر به این کار گمارده می‌شوند و بدین ترتیب از اعضای مجلس اعیان محسوب می‌گردند. این قضات به رسیدگی مواردی می‌پردازند که اهمیت و منافع عمومی دارد و در قالب پژوهش‌خواهی از دادگاه عالی به آنها ارجاع می‌گردد.

سازمان مسوول کنترل تعلیق مراقبتی مجازات

۳.۹. هر یک از ۵۵ منطقه تعلیق مراقبتی^{۳۷} در انگلستان و ولز، دارای یک کمیته مسوول تعلیق مراقبتی است. اکثر اعضای این کمیته از قضات دادگاههای صلح محلی می‌باشند و بقیه اعضا از افراد دیگر مشاغل اجتماعی هستند.

۳.۱۰. حدود ۷۱۵۰ مأمور تعلیق مراقبتی در پایان سال ۱۹۹۱، اجرای احکام محکومیت بزهکاران، از جمله کنترل تعلیق مراقبتی، خدمات عمومی عام‌المنفعه، تعلیق ساده مجازاتها و پرداخت جریمه‌های نقدی را نظارت می‌کردند. بزهکاران زندانی نیز قبل و بعد از آزادی، چه اجباراً از نظر قانونی و چه به صورت داوطلبانه، تحت نظارت قرار دارند. قواعد و مقررات ملی راجع به نظارت بر بزهکاران در جامعه، بعد از بحث و مشورت با سازمانهای مسوول کنترل تعلیق مراقبتی، در دست تصویب قرار می‌گیرند. حدود ۱۰٪ از منابع مالی موجود، برای انجام وظائف مأموران تعلیق مراقبتی در محل به حل و فصل مسائل مدنی از جمله مسائل خانوادگی و قیمومیت قضایی اختصاص دارند.

46. The Queen's Bench

47. Probation

۳۱۱. اداره بازرسی تحت مدیریت بازرس اصلی تعلیق مراقبتی،^{۴۸} کارهای سازمان را نظارت و کنترل می کند. مشروح مذاکرات ارائه شده توسط وزارت کشور درباره کنترل تعلیق مراقبتی در سال ۱۹۹۰، اشاره می کند به وجود قصد و برنامه مبنی بر تجدید نظر در بعضی از ساختارهای سازمان مزبور (۹). با ملاحظه مشروح این مذاکرات احساس می شود که کارهای افتخاری و داوطلبانه و بخش خصوصی ممکن است در آینده نقش فزاینده ای در زمینه نظارت بر بزهکاران ایفاء کنند. (۱۰)

سازمان زندانها

۳۱۲. سازمان زندانها که از نظر تشکیلاتی جزو وزارت کشور قرار دارد در ۲۸ اوت ۱۹۹۲ در موسسات تابعه خود ۴۶/۵۰۰ زندانی نگهداری می کرده است. این سازمان در ۱۵ حوزه جغرافیایی تحت نظارت یک مدیر کل که کمیسیون زندانها^{۴۹} (۱۱) را نیز ریاست می کند، سازمان داده شده است. موسسات زندانها به موسسات ویژه زنان محکوم، ویژه جوانان زندانی (جوانان زیر ۲۱ سال) و ویژه زندانیان بزرگسال و جوان که در بازداشت احتیاطی بسر می برند، تقسیم شده اند. در اول اکتبر ۱۹۸۸، موسسات ویژه جوانان بزهکار^{۵۰} جایگزین مراکز بازداشت^{۵۱} ویژه جوانان بزهکار و ندامتگاههای ویژه بزهکاران جوان^{۵۲} شده اند. قواعد و مقررات حاکم بر موسسات زندانها نخست در قانون^{۵۳} مربوط به زندانها (۱۲) مصوب ۱۹۶۴ (۱۳) برای زندانیان بزرگسال و در اساسنامه قانونی^{۵۴} مربوط به نهادهای ویژه جوانان بزهکار مصوب ۱۹۸۸ (۱۴) تبیین شده است.

48. Her Majesty's Chief Inspector

49. Prison Board

کمیسیون زندانها یا هیات مدیره زندانها مرجعی است که بر اساس قانون ایجاد شده است.

50. young offenders Institution

51. Detention centres

52. Youth custody centres

53. Act

54. Statutory Instrument

۳.۱۳. تشکیلات کنونی مؤسسات زندانها در چهارچوب پیشنهاد موسوم به «آغازی نوین»^{۵۵} در سالهای ۸۸-۱۹۸۷، به منظور تحقق انعطاف پذیری بیشتر در مدیریت و اداره زندانها ایجاد شده است. ساعات کار زندانبانان، به دنبال برنامه استخدام وسیع زندانبانان جدید، به طور محسوس کاهش داده شد. از اول آوریل ۱۹۹۳، تصمیم مارس ۱۹۹۲ مبنی بر تبدیل سازمان زندانها به یک سازمان اداری مستقل،^{۵۶} به دنبال توصیه ها و پیشنهادهای مندرج در گزارش دریا سالار سرریموند لیگو (۱۵)،^{۵۷} اعلام شد.

بنابر این از این پس سازمان زندانها به وسیله کمیسیون مدیریت به ریاست یک مدیر کل که از طریق استخدام عمومی تعیین و منصوب می شود، اداره می گردد. مدیر کل مستقیماً در مقابل وزیر کشور مسؤول می باشد. کمیسیون نظارت، تحت ریاست وزیر نظر مسؤول زندانها در چهارچوب وزارت کشور نیز ایجاد شده است.

تشکیلات دادستانی سلطنتی^{۵۸} (داسرا) (CPS)

۳.۱۴. تا سال ۱۹۸۵، پلیس مقام اصلی مسؤول تعقیب بود. تشکیلات دادستانی سلطنتی (۱۶) نخست در لندن و حومه^{۵۹} و سپس در سراسر انگلستان و ولز به عنوان مرجع ملی تعقیب، مستقر و شروع به کار نمود. مع ذلک قبل از ایجاد CPS تعدادی واحدهای پلیس شروع به سازمان دهی مجدد خود در زمینه کیفیت تعقیب کرده بودند و بدین منظور واحدهای حمایتی اجرایی یا اداری مرکزی را برای آماده کردن پرونده به منظور شروع تعقیب، ایجاد نمودند. CPS بیش از ۱۰۰ دفتر محلی دارد که مسؤول هدایت جریان کلیه تعقیبهای آغاز شده به وسیله پلیس است. (بجز بعضی تخلفات راهنمایی و رانندگی خفیف که در مورد آنها متهم با قبول

55. Fresh start

56. Executive Agency

57. Admiral Sir Rymond Lygo

58. Crown Prosecution Service

59. Metropolitan Area

مجرمیت از خود دفاع می کند). امروزه CPS در ۳۱ منطقه سازمان دهی شده است که انگلیس و ولز را تحت پوشش خود قرار می دهد. معمولاً هر یک از آنها با یک یا، گاهی، دو واحد پلیس را در برمی گیرد. مناطقی که دادستان اصلی سلطنتی^{۶۰} را در راس خود دارند، به نوبه خود به دو شعبه یا بیشتر تقسیم می شوند. یک دفتر مرکزی نسبتاً کوچک نیز در لندن وجود دارد. CPS می تواند پس از بررسی مدارک ارائه شده به وسیله پلیس، به لحاظ عدم کفایت دلایل یا به لحاظ مصالح و منافع عمومی، قرار منع تعقیب پرونده را صادر نماید.

۴- آیین دادرسی در نظام عدالت کیفری

کشف و اتهام

۴-۱. به دنبال کشف و دستگیری فرد متهم به ارتکاب جرم است که پلیس حق انتخاب یکی از این طرق را دارد:

توقیف تعقیب^{۶۱}

پلیس ممکن است به لحاظ عدم کفایت دلایل یا بدین جهت که اخطار غیر رسمی به متهم کافی به نظر می رسد، تصمیم به عدم تعقیب پرونده را بگیرد. از جمله این موارد باید به مصونیتی که افراد کمتر از ده سال دارند، یعنی افرادی که از نظر کیفری مسؤول نیستند (۱۷) و ممکن است موضوع اقدامات مدنی واقع شوند، اشاره کرد.^{۶۲}

60. Chief Crown Prosecutor
61. No Further Action

۶۲. اطفال بین ۱۰ تا ۱۴ سال از نظر کیفری مسؤول تلقی نمی شوند.

اخطار رسمی^{۶۳}

زمانی که بزهکار اقرار به مجرمیت خود می نماید، دلیل کافی برای صدور حکم محکومیت وی وجود دارد، بزهکار به آن محکومیت رضایت می دهد و به نظر می رسد که در این مورد اقامه دعوی کیفری در جهت منافع عمومی نباشد، در این صورت ممکن است اخطار رسمی به وسیله یک افسر ارشد پلیس به او داده شود. اگرچه این روش غالباً در باره جوانان و بزهکاران بی سابقه مورد استفاده قرار می گیرد، لیکن امروزه بیش از پیش در قبال بزهکاران مسن تر و بزهکاران مکرر نیز اعمال می گردد.

اتهام^{۶۴}

زمانی که شخصی به عنوان متهم مورد تعقیب قرار می گیرد، قانون حضور هر چه سریعتر وی را در مقابل دادگاه صلح لازم می داند. از سوی دیگر، پلیس یا هر شخصی دیگر می تواند اقامه شکایت^{۶۵} نماید، به طوری که دادگاه متهم را ملزم به حضور نماید و یا دستور توقیف وی را به پلیس بدهد (۱۸). قرار یا دستور توقیف^{۶۶} تنها در موارد زیر ممکن است صادر گردد: الف) زمانی که جرم از نوع قابل کیفرخواست یا مستوجب کیفر حبس باشد یا ب) زمانی که نشانی متهم به اندازه کافی برای ابلاغ برگ احضاریه، روشن نیست. هیچ یک از بخشهای قوه مجریه یا قوه قضائیه نمی توانند به پلیس دستور اقامه (یا عدم اقامه) دعوی کیفری را در موردی مورد خاص بدهد. حتی در مورد وزرا (۱۹). مع ذلک، با تأسیس دادسرای مجزا در سال ۱۹۸۶، یعنی تشکیلات دادستانی سلطنتی، امروزه اختیار ادامه تعقیب و یا عدم ادامه دعوی بر حسب مورد، از اختیارات تحقیق، توقیف و اتهام که از آن پلیس است، جدا است.

63. Cautioning

64. Charging

65. Lay An Information

66. Warrant of Arrest

امروزه دادستان سلطنتی،^{۶۷} مطابق معیارهای ناشی از قانون راجع به دادستانهای سلطنتی^{۶۸} اختیار رسیدگی مجدد به کلیه اتهامهایی را دارد که به وسیله پلیس وارد شده است را دارد (به استثنای بعضی تخلفات کم اهمیت)،^{۶۹} و دادستان سلطنتی می تواند، به موجب بند ۳ ماده ۲۳ قانون ۱۹۸۵ راجع به تعقیب جرائم^{۷۰} در صورتی که به نظر وی دلایل ارائه شده در مورد دعوی مطروحه در مقابل دادگاه کافی نبوده و یا به مصلحت جامعه نباشد آن را متوقف نماید. دادستانها و یا نمایندگان آنان از اتهام و مجرمیت صادره در مقابل دادگاه صلح دفاع می کنند، حال آنکه در مقابل دادگاه جزا، دفاع از اتهام به وسیله وکلایی^{۷۱} که تشکیلات دادستانی سلطنتی آنها را انتخاب می نماید صورت می گیرد.

توقیف احتیاطی یا آزادی با اخذ وثیقه^{۷۲}

۴۲. دادگاه صلح می تواند در هر زمان، رسیدگی به دعوایی را به تعویق بیندازد و در این صورت یا تصمیم به توقیف احتیاطی^{۷۳} متهم می گیرد و یا وی را به قید ضمانت^{۷۴} یا بدون ضمانت به طور موقت آزاد می سازد. به موجب مواد قانون ۱۹۷۶ (۲۰) راجع به آزادی به قید کفالت یا وثیقه، حق کلی متهم نسبت به آزادی موقت وجود دارد، اگر چه دادگاه می تواند از اعمال این حق در موارد خاص جلوگیری نماید. برای مثال: وقتی که دادگاه بنا به دلایل محکمی معتقد است که چنانچه متهم به صورت موقت آزاد شود از تسلیم خود به مراجع قانونی خودداری خواهد ورزید، یا اینکه پس از آزادی موقت مرتکب جرم خواهد شد، یا اینکه سعی در تطبیع شهود خواهد کرد، یا اینکه به طرقی مانع جریان عادی عدالت خواهد شد. دادگاه صلح می تواند متهم را تا ۸ روز قبل از تعیین جلسه استماع در

67. Crown Prosecutor

68. The Code for Crown Prosecutor

69. Minor Offences

70. Prosecution Of Offences Act 1983

71. Barristers

72. Remand

73. Custody

74. Bail

بازداشت احتیاطی نگهدارد، لیکن پس از آن می‌تواند او را تا ۲۸ روز در بازداشت نگهدارد، مشروط بر اینکه متهم در دادگاه حضور داشته باشد و قبلاً برای همان جرم در بازداشت احتیاطی به سر ببرد. (ماده ۱۲۸-۱ قانون ۱۹۸۰ راجع به محاکم صلح).^{۷۵}

۴.۳. علاوه بر دلایل فوق‌الذکر که دادگاه می‌تواند به استناد آنها از اعطای آزادی موقت امتناع ورزد، دادگاه می‌تواند صغیر کمتر از ۱۷ سال را نیز بنا بر تشخیص خود، به منظور حمایت از وی، در بازداشت نگهدارد. صغاری که دادگاه از اعطای آزادی موقت به آنها خودداری می‌کند، در مؤسسات محلی نگهداری می‌شوند، به استثنای پسران ۱۵ یا ۱۶ ساله که ممکن است، به منظور حمایت مردم از خسارات شدید احتمالی که آنها وارد خواهند کرد، در زندان نگهداری شوند. دولت متعهد شده است که هرگاه تعداد کافی محلهای مطمئن به وسیله مقامهای محلی در اختیارش گذارده شود، به بازداشت احتیاطی جوانان در زندان خاتمه دهد.

انواع جرائم

۴.۴. سه نوع جرم جدا از هم وجود دارد (۲۱):

الف) جرائمی که فقط بر اساس کیفرخواست^{۷۶} قابل تعقیب است: یعنی شدیدترین موارد نقض مقررات قانون جزا که قابل محاکمه به وسیله قاضی و هیأت منصفه در دادگاه جزا است. این جرائم قابل محاکمه بر اساس کیفرخواست است و شامل قتل عمد، قتل غیر عمد، تجاوز به عنف و سرقت مسلحانه می‌شود.

ب) جرائم قابل محاکمه به هر دو صورت اختصاری و یا قابل کیفرخواست،^{۷۷} جرائمی هستند که در دادگاه جزا بر اساس کیفرخواست و یا در دادگاه صلح به صورت اختصاری قابل محاکمه هستند.

ج) جرائم قابل محاکمه به صورت اختصاری،^{۷۸} که در دادگاههای

75. Magistrates' Courts Act 1980

76. Indictable offences

77. Either Way Offences

78. Summary Offences

صلح رسیدگی شده و بیشتر شامل خلافت‌های راهنمایی و رانندگی می‌شوند. خسارت جزایی^۶ چنانچه ارزش مال مورد نظر بیش از ۲۰۰۰ پوند نباشد جرمی اختصاری است، در غیر این صورت جرم قابل محاکمه به صورت اختصاری یا جرم قابل کیفرخواست محسوب خواهد شد.

طرز رسیدگی دادگاههای صلح

۴.۵. هر ساله حدود دو میلیون متهم در دادگاههای صلح مورد تعقیب و محاکمه قرار می‌گیرند: ۴۹۶/۰۰۰ از آنها برای جرائم قابل کیفرخواست (که شامل جرائم قابل محاکمه به هر دو صورت اختصاری یا کیفرخواست) و ۵۷۰/۰۰۰ نفر از آنها برای جرائم غیر از راهنمایی و رانندگی و ۸۹۰/۰۰۰ نفر برای جرائم راهنمایی و رانندگی قابل محاکمه به صورت اختصاری مورد تعقیب قرار می‌گیرند. هنگامی که به نظر تشکیلات دادستانی سلطنتی (دادسرا)، دلایل برای محکومیت کافی نیستند و یا محکومیت در جهت منافع عموم نیست، می‌تواند از اختیارات خود برای توقف دعوی، چه قبل و چه بعد از استماع به موجب ماده ۲۳ قانون ۱۹۸۵ راجع به تعقیب جرائم استفاده نماید. و یا می‌تواند عنداللزوم در صورت وجود دلایل کافی، فرد را به خاطر اتهام دیگری تحت تعقیب قرار دهد. در ۱۹۹۱، دادسرا تقریباً در ۱۷۰/۰۰۰ مورد، قرار موقوفی تعقیب صادر نمود.

۴.۶. در حدود ۱/۳ جرائم قابل کیفرخواست (شامل جرائم قابل محاکمه به هر دو صورت اختصاری و قابل کیفرخواست) هر سال به دادگاه جزا ارجاع می‌شوند. علل این ارجاعها، به شرح زیر است:

الف) یا جرم تنها بر اساس کیفرخواست قابل تعقیب است؛

ب) یا جرم قابل محاکمه به هر یک از دو صورت قابل کیفرخواست و یا اختصاری است که به دستور دادگاه صلح یا به انتخاب متهم، برای محاکمه به دادگاه ارجاع می‌گردد؛

ج) یا جرم قابل محاکمه به هر دو صورت قابل کیفرخواست و یا اختصاری است و دادگاه این اعتقاد را دارد که مجازات قابل اعمال بیش از محدوده صلاحیت وی است (بیش از ۶ ماه حبس یا ۵۰۰۰ پوند جریمه نقدی)، در این صورت متهم برای تعیین مجازات به دادگاه جزا اعزام می شود.

۴.۷. برای جرائمی که تنها بر اساس کیفرخواست تعقیب می شوند، وقتی که شخص متهم دارای وکیل است، دادگاه صلح می تواند با موافقت وی و بدون بررسی دلایل موجود، شخص متهم را برای محاکمه به دادگاه جزا اعزام دارد.

در دیگر موارد دادگاه صلح باید به اعتبار دلایل رسیدگی نماید و در این خصوص که آیا این دلایل برای ارجاع مورد به دادگاه بالاتر برای محاکمه کافی هستند یا خیر، تصمیم بگیرد. در غیر این صورت متهم باید آزاد گردد.

۴.۸. برای جرائم قابل محاکمه به هر دو صورت اختصاری و قابل کیفرخواست، قضات صلح باید تصمیم بگیرند که آیا مورد مطروحه شدیدتر از آن است که موضوع رسیدگی اختصاری قرار گیرد یا خیر؟ قضات صلح در هنگام تصمیم گیری، به هیچ وجه در جریان وضعیت متهم و یا سوابق کیفری احتمالی وی نیستند. اگر قضات به این باور باشند که مورد باید به صورت اختصاری رسیدگی شود، متهم در عین حال می تواند حق خود را مبنی بر محاکمه شدن به وسیله هیأت منصفه، اعمال نماید که در این صورت مورد به دادگاه جزا ارجاع خواهد شد. نزدیک به $\frac{2}{3}$ از موارد ارجاعی، بر اساس تصمیم قضات صلح صورت می گیرد. وقتی که یک مورد قابل محاکمه به صورت اختصاری یا کیفرخواست ارجاع می گردد، همان آیین ارجاع که برای جرائم قابل کیفرخواست اعمال می شود، قابل اجرا است (رجوع شود به بند ۷-۴ مقاله)

۴.۹. به کرات اتفاق می افتد که شخصی در ارتباط با چند جرم، متهم اعلام شود که بعضی از آنها قابل محاکمه به هر دو صورت اختصاری و یا قابل کیفرخواست و بعضی در چهارچوب رسیدگی اختصاری (۲۲) تعقیب

می شود. اگر جرائم قابل محاکمه به هر دو صورت اختصاری و یا قابل کیفرخواست به دادگاه جزا ارجاع گردد، بعضی جرائم قابل محاکمه به صورت اختصاری نیز ممکن است به کیفرخواست اضافه گردد. برای مثال راندن خودرو زمانی که پروانه رانندگی ضبط شده است، یا شروع به ایراد ضرب و جرح یا تملک خودرو بدون اجازه مالک. لیکن دادگاه جزا تنها می تواند به همان روش معمول در دادگاه صلح به آنها رسیدگی نماید. سایر جرائم باید به صورت اختصاری مورد رسیدگی قرار گیرند.

طرز رسیدگی قضات صلح

۴-۱۰. در محاکمات اختصاری، دادگاه متهمی را که در محکمه حضور دارد از اتهامات وارده مطلع نموده و از وی سؤال می کند که آیا مجرمیت خود را می پذیرد یا خیر؟ چنانچه متهم مجرمیت خود را نپذیرد، دادگاه باید پس از استماع دلایل تقدیمی به وسیله طرفین، یا متهم را محکوم، یا وی را تبرئه نماید. اگر متهم مجرمیت خود را قبول نماید (در چهارچوب ماده ۱۲ قانون ۱۹۸۰ راجع به دادگاههای صلح - این موضوع ممکن است در خصوص پاره ای جرائم به وسیله پست صورت بگیرد)، دادگاه می تواند بدون توجه به دلایل وی را محکوم نماید. اگر دادستان در دادگاه حضور پیدا کند، لیکن متهم آن طور که از وی خواسته شده است در دادگاه حاضر نشود، دادگاه می تواند به محض حصول اطمینان از اینکه احضاریه به متهم ابلاغ شده است در غیاب وی به موضوع رسیدگی نماید و یا جریان استماع و محاکمه را به تعویق بیندازد. اگر متهم در دادگاه حاضر شود، لیکن دادستان یا نماینده وی حضور نداشته باشد، دادگاه می تواند یا متهم را تبرئه نماید یا جلسه رسیدگی را به تعویق بیندازد. وقتی که مجرمیت متهم احراز می شود، دادگاه می تواند یا فوراً اقدام به صدور حکم نماید یا در صورتی که تحقیقات یا اقدامات تکمیلی قبل از صدور حکم ضروری باشد، صدور آن را به تعویق بیندازد.

محاكمه به وسيله هيات منصفه

۴۱۱. هیأت منصفه متشکل است از ۱۲ عضو که به دلخواه از میان کلیه اشخاص ۱۸ تا ۷۰ ساله که اسامی آنها در سیاهه «انتخاب کنندگان» برای شرکت در انتخابات منعکس شده است، برگزیده می شوند. اعضای هیأت منصفه سوگند یاد می کنند که «پرونده را به طور دقیق و واقعی رسیدگی نموده و حکم منصفانه ای مبتنی بر دلایل موجود صادر نمایند. وظیفه هیأت منصفه استماع شهادت شهود و توجه به سایر دلایل ارائه شده و صدور حکم محکومیت یا برائت متهم است. متهم حق دارد که هر یک از اعضای هیأت منصفه را بنا بر دلیل معینی جرح نماید، لیکن نمی تواند بدون دلیل این امر را انجام دهد (۲۳). اتفاق آرای اعضای هیأت منصفه در محاکمات جزایی ضروری نیست، لیکن حکم باید مبتنی به اکثریتی شامل ده رأی موافق باشد. در صورت احراز مجرمیت و محکومیت به تشخیص هیأت منصفه، قاضی مبادرت به تعیین مجازات و صدور حکم می نماید. در صورت محکومیت، محکوم علیه می تواند از حکم صادره در دادگاه استیناف و سپس در دیوان کشور به ترتیب پژوهش و فرجام خواهی کند. همچون دادگاه صلح، دادگاه جزا نیز می تواند قرار جبران خسارت بزه دیدگان را صادر نماید. اخیراً قانونگذار، این امر را در قالب قوانین جدید تشویق کرده و تعمیم داده است. (۲۴) دادگاه می تواند محکوم را ملزم به پرداخت تمام و یا بخشی از هزینه ها و مخارج ناشی از تعقیب کیفری بنماید. در صورت برائت، دادگاه می تواند دولت را مکلف به پرداخت هزینه ها و مخارج متهم نماید.

آیین رسیدگی معمول نسبت به صغار بزهکار

۴۱۲. اطفال بین ۱۰ تا ۱۷ سال تمام به وسیله دادگاههای ویژه صغار (دادگاه جوانان) مرکب از قضات صلح، آموزش دیده برای این منظور، محاکمه می شوند. این دادگاهها از اول اکتبر ۱۹۹۲ (۲۵) ایجاد

شده اند و جانشین دادگاههای اطفال سابق شده است^{۱۳} که فقط به جرائم مجرمین جوان تا ۱۶ سال تمام رسیدگی می کرد. اصولاً محاکمات در این دادگاهها غیرعلنی بوده و فقط اعضاء و کارمندان دادگاه و نیز طرفین دعوا (معمولاً والدین یا سرپرستان آنها و وکلای آنها)، شهود و نمایندگان مطبوعات حق حضور دارند. مطبوعات می توانند گزارش محاکمات را به اطلاع عموم برسانند، لیکن هویت صغار نباید فاش شود. صغار بدون توجه به نوع جرم ارتكابی، در این دادگاههای ویژه محاکمه می شوند، مگر اینکه:

الف - اتهام آنان، قتل (یعنی قتل عمد یا قتل غیر عمد) باشد که در این صورت باید برای محاکمه به دادگاه جزا اعزام شوند.

ب - صغار، ۱۴ سال تمام یا بیشتر داشته و متهم به ارتكاب جرمی شده باشد که این جرم معمولاً برای شخص بالغ، محکومیتی معادل حداقل ۱۴ سال حبس را در برداشته باشد. اگر نظر دادگاه ویژه صغار بر آن باشد که برای محکوم علیه، مجازاتی بیش از آنچه که در صلاحیت قانونی اش است، تعیین کند، باید پرونده چنین مجرم صغیری را برای محاکمه به دادگاه بالاتر، یعنی دادگاه جزا، ارسال نماید.

ج - این نظام جدید که از اکتبر ۱۹۹۲ به اجرا گذاشته شده است نسبت به افراد ۱۷ ساله در خصوص موارد قبل از محاکمه (یعنی در ارتباط با اختیارات پلیس در مورد بازداشت احتیاطی) معمول نمی گردد و با آنها مانند بزرگسالان رفتار می شود.

محاکمه و تعیین مجازات

۴.۱۳. به موجب مواد قانون جدید ۱۹۹۱ راجع به عدالت کیفری، مجازات باید متناسب با شدت جرم ارتكابی باشد، مع ذلک اعمال مجازات حبس ممکن است، به لحاظ ضرورت حفظ امنیت عمومی در مقابل خطرات احتمالی ناشی از مجرم جنسی یا مجرم خشن توجیه گردد. قاضی دادگاه صلح

یا قاضی دادگاه جزا برای تصمیم‌گیری راجع به مجازات موارد زیر را مورد توجه قرار می‌دهد:

الف- اوضاع و احوال ارتکاب جرم که به دادگاه ارائه می‌شود. به علاوه مجرمی که با قبول مجرمیت به دفاع از خود می‌پردازد ممکن است ارتکاب جرایم مشابه دیگری را نیز بپذیرد. در این صورت دادگاه این رویه را اتخاذ کرده است که برای ارتکاب جرایم اخیرالذکر، متهم را محکوم نمی‌کند، لیکن در هنگام تعیین مجازات برای جرم اولی، جرایم مشابه را مورد توجه خود قرار می‌دهد.

ب- وضعیت مجرم: دادسرا اطلاعات مربوط به وضعیت شخصی و خانوادگی، و نیز سوابق کیفری و مجازات‌های تحمیلی به بزهکار را ارائه می‌دهد. به علاوه در موردی که جرم ارتکابی از نوع شدید باشد، معمولاً یک گزارش مقدماتی که اطلاعات تفصیلی را ارائه می‌دهد به وسیله مامور تعلیق مراقبتی (Probation officer) تهیه و قبل از تعیین مجازات به دادگاه ارسال می‌شود.

این گزارش حاوی اطلاعاتی راجع به منش، شخصیت، محیط اجتماعی و خانوادگی متهم، تحصیلات و شغل احتمالی وی و احتمالاً اظهار نظری راجع به اعمال ضمانت اجراهای غیر سالب آزادی نسبت به وی می‌باشد.

ج- دفاعیات: در موارد نسبتاً مهم، متهم یا همراه یک وکیل^{۸۲} یا به اتفاق یک مشاور حقوقی^{۸۳} حضور می‌یابد. وکیل در دفاعیات خود کیفیات مخففه را مطرح می‌کند، توضیحات مربوط به جرم و اوضاع و احوال ارتکاب آن را که متهم، یعنی موکلش، به وی ارائه داده است به نفع وی به دادگاه تقدیم می‌نماید.

۴۱۴. اکثریت مجرمین در رابطه با «جرایم اختصاری» محکوم به پرداخت جریمه نقدی می‌شوند (۹۳ درصد برای جرایم راهنمایی و رانندگی و ۸۴ درصد برای جرایم غیر راهنمایی و رانندگی). قانون ۱۹۹۱ راجع به عدالت کیفری، نظام جریمه‌های تفکیک شده برای اشخاص محکوم به تحمل کیفر نقدی به وسیله دادگاههای صلح را وارد حقوق

82. Barrister (counsel)

83. Solicitor

انگلستان و ولز کرده است. (۲۶) این نظام پس از آزمایش و تجربه در ۴ دادگاه، قطعی گردید (۲۷). این نظام جدید، مشابه نظام روزهای جزایی^{۸۴} یا جریمه های روزانه معمول در کشورهای دیگر است، با این تفاوت که نظام جدید در انگلیس براساس درآمد هفتگی تعیین می شود تا درآمد روزانه. برای جرائمی که صرفاً قابل محاکمه براساس کیفرخواست هستند و جرائمی که قابل محاکمه یکی از دو صورت کیفرخواست و یا اختصاری می باشند، بیشتر از یک سلسله ضمانت اجراهای کیفری یا قرارهای مختلف استفاده می شود، اگر چه جریمه معمولترین مجازات برای جرائم قابل محاکمه به یکی از دو صورت اختصاری و قابل کیفرخواست است. مجازاتهای اصلی به شرح ذیل است:

الف) سلب آزادی - در مورد افراد بزرگسال

۴۱۵. سلب آزادی یا حبس شدیدترین مجازاتی است که دادگاههای صالح برای رسیدگی به جرم مستوجب حداکثر چنین مجازاتی، ممکن است به مجرم تحمیل نمایند. به موجب قانون ۱۹۹۱ راجع به عدالت کیفری، سلب آزادی تنها زمانی تعیین می شود که جرم به اندازه کافی شدید باشد یا برای حمایت مردم در مقابل خطر شدیدی که مجرم جنسی یا خشن برای آنها دارد، ضروری بنماید. حداکثر مجازات پیش بینی شده برای هر جرم، درجه شدت وخامت آن جرم را نشان می دهد؛ بدین ترتیب است که قتل عمد اجباراً مستوجب حبس ابد می شود، تجاوز به عنف، سرقت مسلحانه و قتل غیرعمد نیز مستوجب همین مجازات است، و همچنین سرقت از منازل برای مباشر آن ممکن است تا ۱۴ سال حبس به دنبال داشته باشد. دادگاه صلح نمی تواند برای یک جرم، حبسی بیش از ۶ ماه و برای بیش از یک جرم جمعاً بیش از ۱۲ ماه حبس تعیین کند؛ وقتی که مجرم برای چند جرم محکوم به مجازات حبس می شود، مجازاتها، در صورتی که کل آنها نامتناسب با درجه و خامت کل جرائم ارتكابی نیست، ممکن است با هم جمع شوند.

۴۱۶. کیفر حبس ابد باید به اشخاصی که ۲۱ سال یا بیشتر دارند

و در رابطه با قتل عمد محکوم می‌شوند، اعمال گردد. این مجازات ممکن است نسبت به مباشرین جرائم شدید، مانند قتل غیر عمد، سرقت مسلحانه، تجاوز به عنف، ایراد صدمه منجر به جرح شدید، سرقت مسلحانه یا توأم با خشونت از منازل و پاره‌ای جرائم همراه با استفاده از اسلحه گرم نیز اعمال شود. دادگاه می‌تواند برای این جرائم، به جای حبس ابد، حبس موقت برای هر مدتی که مناسب تشخیص می‌دهد، یا مجازات غیر سالب آزادی تعیین و به محکوم علیه تحمیل کند.

۴۱۷- حکم حبس ابد از نظر مدت کاملاً نامعین است. هیچ حقی برای آزاد کردن محکوم به حبس ابد، در هیچ یک از مراحل اجرای مجازات وجود ندارد. برای مجرمینی که برابر قانون باید به عنوان مجازات، اجباراً به حبس ابد محکوم شوند تنها وزیر کشور پس از توصیه کمیسیون آزادی مشروط،^{۴۸} پس از مشورت با قاضی القضاة (Lord chief Justice)، و در صورت امکان، با قاضی رسیدگی کننده به پرونده، می‌تواند اجازه آزادی محکوم علیه ذی نفع را صادر کند. برای سایر محکومین به حبس ابد، یعنی مجرمینی که به تشخیص قاضی و به عنوان مجازات اشد محکوم به این نوع حبس گردیده‌اند، با اجرای قانون ۱۹۹۱ راجع به عدالت کیفری (ماده ۳۴ آن) از اکتبر ۱۹۹۲، نحوه صدور اجازه آزادی تغییر کرده است. در چنین مواردی، خود دادگاه می‌تواند مدتی را که پس از انقضای آن، زندانی می‌تواند از این آزادی بهره‌مند شود تعیین کند (مقررات انتقالی به وزیر کشور امکان اعمال این رژیم جدید را نسبت به زندانیانی که در حال تحمل مجازات می‌باشند - یعنی زندانیان موجود در حبس - می‌دهد). در این صورت زندانی می‌تواند از وزیر کشور تقاضا کند که مورد او را به اطلاع کمیسیون صالح به رسیدگی به اعطای آزادی مشروط برساند. این کمیسیون می‌تواند، چنانچه وزیر کشور خود اجازه آزادی را نداده باشد و محکوم مدت اجباری قانونی را تحمل کرده باشد، از وزیر کشور بخواهد که در صورتی که دیگر نگهداری محکوم، به لحاظ ملاحظات امنیتی، در زندان ضروری نیست، او را تحت شرایطی آزاد نماید. این کیفیات و شرایط

جدید برای کلیه زندانیان، صرف نظر از سن آنها و حتی اطفال بزهکار قابل اعمال است. زندانی ابد که تحت شرایطی آزاد شده است، ممکن است در هر لحظه، چنانچه رفتارش مطلوب نباشد، مجدداً و برای همیشه به زندان بازگردانده شود.

ب- سلب آزادی در مورد اطفال بزهکار

۴۱۸. اوضاع و احوال و شرایطی که به موجب آن اطفال ممکن است به حبس ابد محکوم شوند در سال ۱۹۸۲ (۲۸) و نیز در مقیاس بیشتری در سال ۱۹۸۸ (۲۹) محدود شده است. این موضوع به کاهش تعداد زندانیان جوان که از ۷۷۰۰ نفر در سال ۱۹۸۱ به ۱۸۰۰ نفر در سال ۱۹۹۱ رسیده، کمک کرده است. قانون ۱۹۹۱ (۳۰) راجع به عدالت کیفری به نوآوری‌هایی در این زمینه دست زده است. از این پس، پسران و دختران را دیگر نمی‌توان به نگهداری در موسسه ویژه اطفال، قبل از ۱۵ سالگی محکوم کرد (قبلاً حداقل سن برای پسران ۱۴ سال و برای دختران ۱۵ سال بوده است). همچنین قانون مدت حداقل حبس یک جوان بزهکار دختر یا پسر بین ۱۵ تا ۱۷ سال را در موسسه ویژه بزهکاران نوجوان دو ماه تعیین می‌کند (قبلاً این مدت حداقل، برای پسران کمتر از ۱۷ سال، ۲۱ روز و برای دختران، ۴ ماه تعیین شده بود). مدت حداکثر حبس برای جوانان ۱۵ تا ۱۷ سال، ۱۲ ماه است. برای جوانان بزهکار بین ۱۸ تا ۲۰ سال، حداقل حبس ۲۱ روز و حداکثر آن، همانی خواهد بود که به مجرم بزرگسال مرتکب همان جرم تحمیل می‌شود.

۴۱۹. رسالت مؤسسه ویژه جوانان بزهکار، آماده کردن آنها برای بازگشت به جامعه است. یک برنامه انعطاف پذیر از فعالیتها که در عین حال منسجم و هماهنگ باشد، به منظور کمک به گسترش حس مسؤلیت، انضباط، سلامت جسمانی و آموزش حرفه‌ای، به آنان تحمیل می‌شود. اطفالی که در سن تحصیلات هستند باید حداقل در هفته ۱۵ ساعت کلاس درس داشته باشند. آموزش حرفه‌ای و کار در رژیم معمول نسبت به زندانیان بزرگتر، رکن مهمی را تشکیل می‌دهد. روابط با خانواده و جامعه

تا آنجایی که ممکن است حفظ خواهد شد.

۴۲۰. صفار ۱۴ تا ۱۶ ساله که در دادگاه جزا محاکمه می‌شوند ممکن است در جرائمی که حداکثر مجازات آن برای یک مجرم بزرگسال ۱۴ سال حبس یا بیشتر است، به همین میزان مجازات و حتی به حبس ابد نیز محکوم شوند (۳۱). در مورد صفار ۱۰ تا ۱۳ ساله که در ارتباط با قتل غیر عمد محکوم شده‌اند نیز وضع به همین منوال است. شخصی که به اتهام قتل ارتكابی در سنین ۱۰-۱۷ سال تمام محاکمه می‌شود، باید با «اراده و میل علیاحضرت ملکه»^{۸۶} به حبس محکوم شود.

زندانیان ممکن است در زندان یا در کانون^{۸۷} (۳۲) که به وسیله مقامهای محلی اداره می‌شود، نگهداری گردند. هر شخص که در رابطه با قتل عمد محکوم شده و به هنگام ارتكاب آن ۱۸ سال و به هنگام محکومیت کمتر از ۲۱ سال داشته باشد، باید به «حبس ابد» محکوم شود. وضعیت مجرمی که بیش از ۱۷ سال و کمتر از ۲۱ سال دارد و در رابطه با جرمی محکوم شده که چنانچه مباشر آن بزرگسال می‌بود مستحق حبس ابد بود، نیز به همین منوال است.

ج) محکومیت توأم با تعلیق در مورد بزرگسالان بیش از ۲۱ سال

۴۲۱. وقتی دادگاه تصمیم می‌گیرد که جرم، برابر سوابق کیفری مجرم بزرگسال، به اندازه کافی شدید و بنابراین مستحق حداکثر دو سال حبس می‌باشد، مجازات ممکن است به مدت حداقل ۱ سال و حداکثر ۲ سال تعلیق شود. چنانچه مجرم در دوران تعلیق مرتکب جرمی شود که مجازات آن حبس است، باید مجازات تعلیق شده را نیز متحمل شود.

د) مجازاتهایی که باید در جامعه به اجرا درآید (مجازاتهای اجتماعی)

۴۲۲. قانون ۱۹۹۱ راجع به عدالت کیفری تعداد مجازاتهایی را که در جامعه به اجرا در می‌آید و از طرف دیگر مجازاتهای خاصی را تشکیل

86. During Her Majesty's Pleasure، یعنی به نام الیزابت دوم، ملکه انگلستان.

87. Community Home

می دهند و بنابراین جایگزینهایی برای کیفر حبس محسوب می گردند را بیشتر و تقویت نمود. چنین مجازاتهایی زمانی به مجرم تحمیل می شود که جرم یا جرایم ارتكابی به اندازه کافی شدید باشند و برای حال مجرم مناسبترین به نظر آید.

انتخابهای اصلی در این زمینه به شرح زیر است:

۱) انجام کارها و خدمات عمومی و^{۸۸} عام المنفعه

دادگاه می تواند از مجرم بیش از شانزده سال که محکومیتش در رابطه با جرمی است که در صورت ارتكاب توسط بزرگسال، مجازات آن حبس می بود، بخواهد که به طور رایگان به نفع جامعه کار کند. رضایت مجرم ضروری است و چنین قرارهایی شامل حداقل ۴۰ و حداکثر ۲۴۰ ساعت کار در مدت ۱۲ ماه می شود. کار مشخص شده زیر نظر مأمور ویژه بخش تعلیق مراقبتی انجام می شود. چنانچه قرار لغو گردد مجرم ممکن است برای جرم اولی نیز محکوم شود. کارهای عمومی عام المنفعه متعددی بدین منظور وجود دارد، به عنوان مثال: طرحهای نگهداری فضاها شهری (مثلاً فضای سبز)، ساخت شهرهای بازی و کارهای رنگ آمیزی و تزئینات خانه ها و آپارتمانها برای اشخاص سالمند یا ناتوان.

۲) قرارهای تعلیق مراقبتی و نظارت^{۸۹}

مجرم ۱۶ ساله یا بیشتر ممکن است موضوع قرار تعلیق مراقبتی برای مدتی از ۶ ماه تا ۳ سال واقع شود. هر مجرم باید به وسیله یک مأمور تعلیق مراقبتی نظارت شود، لیکن دادگاه می تواند هر شرط دیگری که مناسب بداند، از جمله در خصوص محل اقامت، نوع فعالیتها، حضور منظم در یک مرکز تعلیق مراقبتی، و مداوای روانی یا ترک اعتیاد را در قرار خود اضافه نماید. مراکز روزانه تخصصی که محکومین مشمول تعلیق مراقبتی باید تا ۶۰ روز به آنجا مراجعه کنند نیز در تعدادی از محلها (شهرها) موجود است. حدود ۸۰ درصد از قرارهای تعلیق مراقبتی به طور رضایت بخشی اجرا می شود.

88. Community Service Orders.

89. Probation and Supervision Orders.

صغار حداکثر ۱۷ ساله ممکن است به مدت حداکثر ۳ سال موضوع قرار نظارت که معادل تعلیق مراقبتی است واقع شوند. نظارت کننده، یا یک مأمور پروبایسیون است یا یک مقام محلی، یعنی مددکار اجتماعی. یک سلسله شرایط مربوط به مسکن و نوع فعالیتها ممکن است در قرار ذکر شوند.

۳) قرار ترکیبی^{۹۰}

قرار جدیدی در اکتبر ۱۹۹۲ وارد حقوق انگلستان و ولز شده است که کلیه ارکان کارهای عمومی عام‌المنفعه و قرار نظارت یا تعلیق مراقبتی را با هم جمع و ترکیب نموده است. این قرار ممکن است علیه مجرمی که ۱۶ سال یا بیشتر دارد اعمال گردد. حداکثر مدت آزمایش ۳ سال و حداقل مدت آن ۱۲ ماه تعیین شده است. وقتی یک قرار ترکیبی صادر شده، نظارت بر تعلیق مراقبتی حداقل تا زمانی که کار عام‌المنفعه انجام نشده است ادامه می‌یابد. حداقل ساعت کار عام‌المنفعه بین ۴۰ تا ۱۰۰ ساعت در نوسان است.

۴) سایر اقدامات

عدالت کیفری در مقیاس کمتری، از تدابیر و اقدامهای دیگری نیز استفاده می‌نماید که از جمله آن می‌توان به تدابیر زیر اشاره کرد:

آزادی مشروط (مشروط بر اینکه محکوم علیه نظم عمومی را مختل نکند، یا از خود حسن رفتار نشان دهد)، قرارهای مراقبت، و قرارهای بر حضور اجباری در مراکز اجتماعی که مجرمین کمتر از ۲۱ سال ممکن است در آنجا مکلف به شرکت در برنامه‌ها و فعالیتهای سازمان یافته در بعد از ظهرهای شبیه به مدت چند هفته معین بشوند. قانون ۱۹۹۱ راجع به عدالت کیفری، قرار مراقبت الکترونیکی - "محکوم علیه با استفاده از ابزارهای برقی، از راه دور قابل کنترل است - را نیز وارد این تدابیر نموده است. این نوآوری که از تجربه‌های به دست آمده در قلمرو بازداشت

90. Combination Order

91. Curfew Order

موقت اقتباس شده (۳۳) هنوز به مرحله اجرا در نیامده است.

(د) جریمه

۴-۲۳. نظام جدید جریمه برای کلیه جریمه‌های تحمیلی به اشخاص به وسیله دادگاههای صلح، حتی پرداخت جریمه‌های تحمیلی به والدین در رابطه با اطفال ۱۸ سال خود، در اکتبر ۱۹۹۲ وارد سیاهه تدابیر و اقدامات موجود در حقوق انگلیس و ولز شد. اندیشه اصلی نظام مزبور این است که به دادگاه این امکان را بدهد تا محکوم علیه را از معادل (واحد) درآمد خالص هفتگی اش - پس از کسر مخارج اساسی وی - " بر حسب شدت جرم ارتكابی، به مدت چند هفته محروم نماید. این نظام نسبت به احکام جریمه‌ای که دادگاههای جزا صادر می‌کنند، به اجرا گذاشته نمی‌شود.

۴-۲۴. تعداد حداکثر واحدها به شرح زیر تعیین می‌شود:

- ۲ واحد برای جرم از درجه اول (یا از طبقه اول)
- ۵ واحد برای جرم از درجه دوم (یا از طبقه دوم)
- ۱۰ واحد برای جرم از درجه سوم (یا از طبقه سوم)
- ۲۵ واحد برای جرم از درجه چهارم (یا از طبقه چهارم)
- ۵۰ واحد برای جرم از درجه پنجم (یا از طبقه پنجم) یا جرم

حداکثر پیش بینی شده به وسیله قانون.

در مورد بزهکاران حقیقی، ارزش هر واحد تابعی است از اطلاعات ارائه شده به وسیله هر بزهکار پیرامون درآمد هفتگی اش و مبلغی که بابت جریمه بدون مشکل می‌تواند پردازد. ضروری نیست که دادگاه ارزیابی جامعی از وضعیت مالی ذی نفع بنماید. ارزش حداقل کنونی هر واحد ۴ پوند و ارزش حداکثر آن ۱۰۰ پوند است. بدین ترتیب مبلغ جریمه‌ها بر حسب شدت جرم در نوسان است: برای مثال سرقت، جرمی از درجه پنجم محسوب می‌شود، رانندگی همراه با بی احتیاطی یک وسیله نقلیه، جرمی از درجه چهارم است و تقلب مبنی بر عدم پرداخت مالیات تلویزیون، جرمی از درجه سوم را تشکیل می‌دهد.

۴۲۵. اجرای جریمه ها به وسیله دادگاههای صلح صورت می گیرد. چگونگی وصول جریمه ها برحسب جایگاه شغلی بدهکار متفاوت است: برای کارمندان و مستمری بگیران این جریمه در مبدا وصول می شود، حال آنکه در مورد سایرین، اموال آنان توقیف می شود. ضمانت اجرای نهایی ممکن است زندان باشد که مدت آن بستگی دارد به باقیمانده مبلغ پرداخت نشده جریمه. در ۱۹۹۰ حدود ۱۶۵۰۰ نفر به لحاظ عدم پرداخت جریمه زندانی شدند که به طور متوسط به مدت ۷ روز در حبس باقی مانده اند. غالب افرادی که تحت این عنوان به زندان اعزام شده اند از بیکاران بوده اند. قانون ۱۹۹۱ (۳۴) راجع به عدالت کیفری، اصل توقیف درآمد در مبداء، به منظور وصول جریمه را به پرداختهای ماهیانه یا هفتگی سازمان بیمه های اجتماعی به بیکاران نیز تسری داده است.

هـ- انصراف از محکوم کردن (تبرئه)

۴۲۶. وقتی دادگاه مناسب تشخیص دهد، می تواند به طور مشروط یا بدون هیچ گونه قید و شرطی از محکوم کردن متهم صرف نظر کند. در صورت انصراف بی قید و شرط از محکوم کردن، هیچ گونه تدبیر دیگری، صرف نظر از اوضاع و احوال ارتکاب جرم، قابل اتخاذ نیست. در صورت انصراف مشروط از محکوم کردن، چنانچه مجرم برای جرم جدید ارتكابی در دوران آزادی مشروط به مجازات جدیدی محکوم شود، دادگاه وی را برای جرم اولی نیز محکوم خواهد کرد.

و) جبران و ترمیم خسارت

۴۲۷. در صورت محکومیت، علاوه بر اعمال اقدامهایی که نسبت به محکوم اتخاذ شده است، دادگاه می تواند وی را مکلف به جبران خسارت جسمانی یا سایر خسارات وارده بر بزه دیده که از ارتکاب جرم ناشی شده است، بنماید.

ز) کیفر مرگ

۴۲۸. کیفر مرگ برای قتل عمد در ۱۹۶۵ (۳۵) لغو شده است، لیکن برای خیانت و چند جنایت دیگر حفظ شده است. از آن تاریخ تاکنون، هیچ حکم اعدامی صادر نشده است.

ع) استیناف (تجدید نظر خواهی)^{۹۳}

۴۲۹. در قلمرو جرائم جنایی، دادگاه جزا اصولاً به تجدید نظر خواهی اشخاصی که مجرم اعلام شده اند و یا به وسیله دادگاه صلح محکوم شده اند رسیدگی می نماید، چه این تجدید نظر خواهی از نوع محکومیت آنها، چه از نوع و میزان مجازات آنها و چه از هردوی اینها باشد. تجدید نظر خواهیها ممکن است فقط محدود به محکومیت یا به بخشی از مجازات باشد (برای مثال قرار جبران خسارت یا ضبط پروانه رانندگی)، لیکن دادگاه جزا در صورتی که مناسب تشخیص بدهد می تواند هر بخش از کیفر را که بخواهد تغییر دهد.

۴۳۰. شعبه کیفری دادگاه استیناف که در محل دادگاههای عدالت سلطنتی^{۹۴} در لندن واقع شده است، تقاضاهای مربوط به پرونده های کیفری رسیدگی شده در دادگاه جزا را مورد بررسی قرار می دهد. این دادگاه مرکب است از: قاضی القضاة (Lord Chief Justice) و قضات استیناف (Lords Justice) و نیز در صورت نیاز، قضات دادگاه عالی که از اعضای (High Court) هستند. تقاضای پژوهش ممکن است متعاقباً به دیوان کشور (House of Lords) تقدیم شود. دادستان (Attorney General) اختیار دارد رسیدگی مجدد به مجازاتهایی که با توجه به قانون، سبک و خفیف به نظر می رسد را به دادگاه استیناف احاله نماید (۳۶)

93. Appeals

94. Royal Courts of Justice

آزادی زود رس^{۹۵} (آزادی زودتر از موعد)

۴۳۱. به دنبال توصیه‌های کمیته لرد کارلایل (Lord Carlisle). نام رئیس کمیته - (۳۷)، شرایط و کیفیات جدیدی از اول اکتبر ۱۹۹۲ برای اعطای آزادی زودرس زندانیان پیش بینی گردید. این اصلاحات تخفیف مجازات را لغو کرد و تغییرات مهمی را نسبت به شرایط قدیمی اعطای آزادی مشروط و مراقبتی به وجود آورد.

۴۳۳. در چهارچوب نظام جدید، آزادی زودرس پاره‌ای از زندانیان، حتی جوانان مجرم - که به موجب بند دو ماده ۵۳ قانون ۱۹۳۳ راجع به اطفال و نوجوانان نگهداری می‌شوند - به مدت مجازاتی که باید نسبت به آنها اعمال شود بستگی دارد:

الف - احکام مجازات کمتر از ۲ سال

در چهارچوب آزادی مشروط خود به خود، زندانی باید نیمی از مجازات خود را متحمل شده باشد. مع ذلک، ممکن است اعطای آزادی مشروط به لحاظ تحمیل یک ضمانت اجرای انضباطی به دنبال تخلف محکوم علیه در زندان، به تعویق افتد. ارتکاب هر جرمی در مدت آزادی زود رس، که مستوجب مجازات حبس باشد، ممکن است موجب عودت دادن مجرم به زندان برای تحمل کل یا باقیمانده کیفر اولیه وی گردد. مجرمین بزرگسالی که نخست به ۱۲ ماه یا بیشتر حبس محکوم شده‌اند، و

کلیه مجرمین جوان، پس از اعطای آزادی مشروط تا $\frac{۳}{۴}$ مدت مجازاتشان

تحت نظارت اجباری قرار خواهند گرفت، با این قید که برای مجرمین جوان حداقل ۳ ماه نظارت ضروری است. برای بعضی از مجرمین جنسی - به تشخیص قاضی در زمان صدور حکم - این نظارت تا پایان مدت مجازات ادامه خواهد یافت. رسیدگی به موارد عدم رعایت شرایط و تکالیف دوران آزادی در صلاحیت دادگاههای صلح است. این دادگاهها می‌توانند چنین محکوم علیه‌ای را مجبور به پرداخت جریمه نمایند یا دستور عودت وی به

زندان را برای مدتی که نباید از شش ماه تجاوز کند، بدهند.

ب- احکام مجازات چهار سال یا بیشتر

کمیسیون آزادی مشروط در مورد اعطای این نوع آزادی، بر اساس تقاضای زندانیانی که نیمی از مجازات خود را تحمل کرده اند، صلاحیت دارد. مع ذلک، آزادی کلیه زندانیانی که تا $\frac{2}{3}$ کیفر خود را متحمل شده اند خود به خود انجام می گیرد. کلیه زندانیان، اعم از اینکه به صورت مشروط یا غیر مشروط آزاد شده باشند، تحت نظارت و شرایط مجوز آزادی تا $\frac{3}{4}$ از مدت مجازات خود قرار می گیرند، بجز بعضی از مجرمین جنسی که باید برای تمام مدت مجازات خود تحت نظر قرار گیرند. عودت زندانیان آزاد شده، به لحاظ عدم رعایت شرایط مندرج در آزادی مشروط، صادره توسط کمیسیون آزادی مشروط، صورت می پذیرد. از نظر رسمی، مقام صالح برای اعطای آزادی مشروط وزیر کشور است، لیکن در عمل وزیر کشور اختیارات خود را برای کلیه محکومینی که مجازات آنها کمتر از هفت سال حبس است به کمیسیون آزادی مشروط تفویض کرده است.

د- موقعیت بزه دیده

۵.۱. بزه دیدگان اعمال مجرمانه، صرف نظر از ملیتشان، مشمول رژیم جبران خسارت می شوند که شامل ترمیم خسارات ناشی از ناملایمات متحمله، از دست رفتن درآمد و عدم النفع ناظر به آینده است.

۵.۲. طرحهای محلی کمک به بزه دیدگان که وزارت کشور بودجه آن را در قالب کمک مالی به یک نهاد ملی افتخاری تامین می کند، ۹۷٪ جمعیت انگلستان و ولز را در برمی گیرد و به بزه دیدگان به صورت فردی کمک و مشاوره می دهند. منشور بزه دیده^۵ (۳۸) که در سال ۱۹۹۰ منتشر شده است، حقوق بزه دیدگان را معین می کند و توضیح می دهد که بخشهای مختلف عدالت کیفری چگونه باید با آنها رفتار کنند.

۵.۳. وقتی تشکیلات دادستانی سلطنتی (دادسرا) از به جریان انداختن تعقیب صرف نظر می کند، بزه دیده می تواند دعوایی به عنوان مدعی خصوصی در دادگستری طرح بنماید، لیکن این موضوع به ندرت اتفاق می افتد. دادگاهها در احکام محکومیت صادره می توانند صرفاً به جبران خسارت حکم دهند یا جبران خسارت را همراه با اقدامات دیگر در حکم قید نمایند. چنین احکامی در سال ۱۹۹۱ به وسیله دادگاههای صلح برای حدود ۱۵٪ از پرونده های مطروحه و به وسیله دادگاه جزا برای ۱٪ از موارد مطروحه صادر شده است.

۶- کمیسیون سلطنتی عدالت کیفری

۶.۱. کمیسیون سلطنتی در مارس ۱۹۹۱ به منظور بررسی همه جانبه نظام عدالت کیفری در انگلیس و ولز ایجاد شده است. رئیس این کمیسیون Vicount Runciman of DOXFORD است که گزارش خود را باید به زودی منتشر نماید.

۶.۲. مأموریت کمیسیون عبارت است از، ارزیابی و بررسی نظام عدالت کیفری در انگلستان و ولز و سنجش و حصول اطمینان از توانایی آن در خصوص محکوم کردن افراد مقصر و مجرم و تبرئه کردن افراد بی گناه، با توجه به امکانات و منابع موجود آن، کمیسیون مزبور می تواند، در صورت نیاز، در قلمروهای زیر نیز اصلاحاتی را پیشنهاد نماید:

۱. هدایت جریان تحقیقات پلیسی و نظارت مأمورین ارشد پلیس بر آنها، و بویژه کیفیت نظارت این مأمورین بر تحقیقات مزبور و نحوه جمع آوری و آماده کردن، دلایل.

۲. نقش دادسرا در نظارت بر جمع آوری دلایل و تصمیم گیری در مورد چگونگی تبادل اطلاعات مکتسبه به وکیل متهم- حتی اطلاعاتی که مورد استفاده قرار نمی گیرد.

۳. نقش کارشناسان در دعاوی کیفری، مسؤلیت آنها در قبال دادگاهها، دادستان و وکیل، و روابط میان بخشهای مختلف پزشکی قانونی و پلیس.

۴. ترتیبات حقوق دفاع از اشخاص متهم، و دسترسی به مشاور حقوقی و نظریه کارشناس.
۵. فرصت‌های موجود برای متهم جهت بیان موضع خود راجع به موارد اتهام، و حدودی که دادگاهها ممکن است برداشته‌های صحیح خود را از وقایع اولیه بنمایند. رفتار متهم و قصور وی در استفاده از فرصت برای اظهار موضع خود.
۶. اختیارات دادگاهها در اداره و هدایت تشریفات دادرسی، امکان دادگاهها در انجام تحقیقات قبل و در طی جریان محاکمه و بررسیهای لازم قبل از محاکمه، وظیفه دادگاهها در بررسی دلایل از جمله دلیل اقرار تایید نشده.
۷. نقش دادگاه استیناف در بررسی دلایل جدید در مرحله پژوهشی، شامل تحقیقات در خصوص ادعاهای جدید.
۸. ترتیبات برای ملاحظه و تحقیقات درباره ادعاهای مبنی بر وجود اشتباهات قضایی^۳ زمانی که حق و طرق تجدیدنظر عادی اعمال و طی شده است.

۷- گرایشهای کنونی آمار

جدول ۱- عملکرد نظام عدالت کیفری در انگلستان و ولز (۱۹۸۱-۱۹۹۱)

۱۹۹۱	۱۹۸۶	۱۹۸۱	
۵۲۷۷	۳۸۴۹	۲۹۶۴	جرایم ثبت شده به وسیله پلیس - (به هزار)
۲۹	۳۲	۳۸	جرایم روشن شده (به درصد)
			اشخاصی که مجرم تشخیص داده شده اند یا رسماً به آنها ابلاغ شده است* (به هزار)
۱۰۵	۱۴۲	۱۷۴	- بین ۱۰ و ۱۶ سال
۱۳۰	۱۲۶	۱۳۹	- بین ۱۷ و ۲۰ سال
۲۸۱	۲۵۲	۲۶۰	- از ۲۱ سال به بالا

97. Miscarriages of Justice

*. Indictable Offences Only: فقط شامل جرائم قابل کیفرخواست است

۳۵	۳۹	۴۵	محکومیت به جریمه (به درصد)
			محکومیت به حبس (به درصد)
۷/۶	۱۰/۶	۱۱/۱	- بین ۱۶ و ۱۴ سال
۱۳/۲	۱۹/۰	۱۷/۲	- بین ۲۰ و ۱۷ سال
۱۶/۵	۱۹/۲	۱۵/۹	- از ۲۱ سال به بالا
۴۵/۹	۴۶/۸	۴۳/۲	جمعیت کیفری (زندانه) (به هزار)
۱۰/۲	۱۰/۱	۷/۰	- متهمین (زندانی)
۳۵/۴	۳۶/۶	۳۶/۰	- محکومیت (زندانی)
%۳۸	%۲۴	%۳۰	- غیر کیفری
۲۰/۵	۱۸/۳	۱۶/۷	مدت متوسط مجازات**

الف- جرائم ثبت شده به وسیله پلیس

۷.۱. استفاده از آمارهای جرائم ثبت شده، روش اصلی برای اندازه گیری تعداد جرائمی که پلیس باید به آنها پردازد محسوب می شود. مع ذلک، ممکن است اتفاق بیفتد که پلیس در جریان پاره ای از جرائم قرار نگیرد یا آنها را ثبت ننماید. برآوردهای به عمل آمده از مطالعات و تحقیقات پیرامون جرم در بریتانیای کبیر^{۳۳} برای سال ۱۹۹۱، (۳۹) و سالهای قبل (۴۰) که مبتنی است بر مصاحبه هایی با صاحبان منازل، حاکی از آن است که افزایش میزان جرائم واقعی (بزهکاری واقعی) کمتر است از میزان جرائم ثبت شده به وسیله پلیس، با این قید که فقط $\frac{1}{3}$ از تمامی جرائم به وسیله پلیس ثبت می گردد.

۷.۲. در سال ۱۹۹۱، پلیس ۵/۳ میلیون جرم ثبت نموده است که ۹۴٪ آن علیه اموال، ۵٪ آن توام با خشونت و ۱٪ بقیه شامل سایر جرائم می باشد. تعداد کل جرائم ثبت شده در سال ۱۹۹۱ بیشتر از سال ۱۹۹۰ بوده است و افزایشی معادل ۱۷٪ را در ۱۹۹۰ نشان می دهد و در عوض، افزایش سالیانه متوسط میان ۱۹۸۰ و ۱۹۸۷ فقط ۵٪ بوده است. جرائمی

بزرگسالان مذکر در دادگاه جزا را شامل می شود: ** Adult Males at the Crown Court

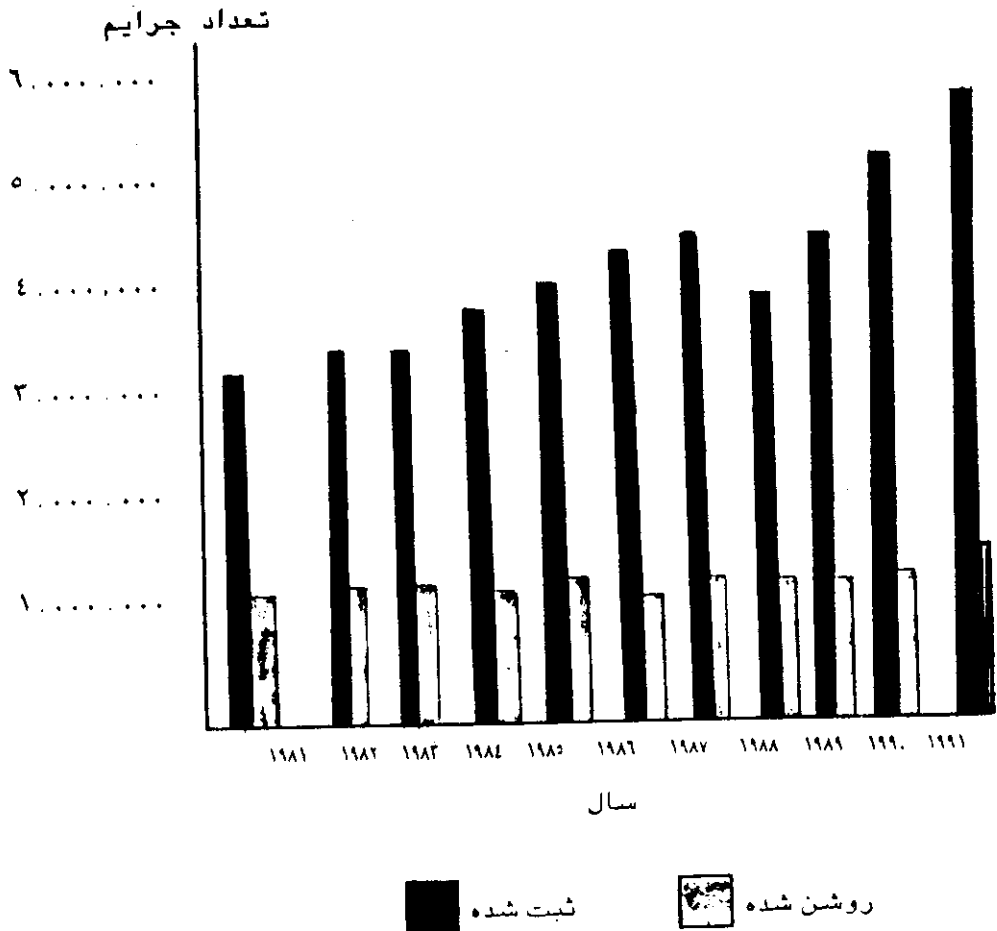
که موضوع آن وسایل نقلیه است، اندکی کمتر از $\frac{1}{3}$ کل افزایش میان ۱۹۹۰ و ۱۹۹۱ را نشان می‌دهد.

۷.۳. سرقت اندکی بیش از نصف جرائم ثبت شده را تشکیل می‌دهد، که اکثر آنها سرقت‌های خودرو و یا سرقت‌های از داخل خودرو است که بیش از $\frac{1}{4}$ جرائم می‌باشد، سرقت از منازل که عمدتاً سرقت اموال کم ارزش است، $\frac{1}{6}$ دیگر از کل جرائم را تشکیل می‌دهند.

۷.۴. در سال ۱۹۹۱ تعداد ۲۶۵/۰۰۰ جرم توأم با خشونت ثبت شده است که ۷۲٪ آن ایراد صدمه، ۱۷٪ سرقت‌های مسلحانه و ۱۱٪ جرائم جنسی بوده است. ایراد صدمه در سال ۱۹۹۱ افزایشی معادل ۱۳٪ را نشان می‌دهد. این رقم مشابه افزایش سال ۱۹۹۰ می‌باشد، افزایش متوسط ۱۲٪ در سال‌های بین ۱۹۸۷ و ۱۹۸۹ بوده است. مع ذلك، بیش از ۹۰٪ این جرائم، جرم‌های کم اهمیت بوده است. جرائم جنسی در سال ۱۹۹۱ فقط ۱٪ افزایش نشان می‌دهد، اگر چه تجاوز به عنف افزایشی معادل ۱۹٪ را به خود دیده است. مع ذلك این اندیشه وجود دارد که افزایش تجاوز به عنف تا حدودی ناشی از نسبت بالاتر شکایات مربوط به ارتکاب «تجاوز به عنف» است که به عنوان «جرائم» ثبت می‌شود.

۷.۵. در ۱۹۹۱، تکلیف ۲۹٪ از کلیه جرائم به وسیله پلیس روشن شده است، حال آنکه این درصد در ۱۹۹۰ شامل ۳۲٪ و در ۱۹۸۹ شامل ۳۴٪ می‌شده است. در میان جرایم روشن شده، ۵۰٪ منجر به اتهام یا احضار متهم به علت ارتکاب یک جرم بوده است؛ ۱۱٪ منجر به اخطار رسمی شده است، ۱۵٪ مربوط به جرایمی بوده است که مورد توجه و رسیدگی قرار گرفته است، ۱۶٪ به دنبال مصاحبه‌هایی با محکومین زندانی بوده است و ۸٪ یک اخطار غیر رسمی بوده یا آنکه هیچ اقدام دیگری صورت نپذیرفته است.

نمودار شماره ۱- جرائم شناخته و ثبت شده به وسیله پلیس در انگلستان و ولز



* گفتنی است که از نظر جرم شناسی هنگامی که جرائم ارتكابی و مباشران آنها کشف و دستگیر نشده اند از «رقم «سیاه» یا بخش تاریک بزهکاری سخن می گویند و هنگامی که جرائم ارتكابی کشف شده لیکن مباشران آنها مورد شناسایی پلیس قرار نگرفته و دستگیر نشده اند «رقم خاکستری» یا بخش نیمه تاریک بزهکاری نامیده می شوند.

ب- بزهکاران

۷.۶. در سال ۱۹۹۱، حادثترین دوره سنی بزهکاری برای بزهکاران مذکور بین ۱۵-۱۸ سال و برای بزهکاران مؤنث، در سن ۱۵ سالگی بوده است. این آمار مبتنی است بر تعداد مجرمین محکوم شده به وسیله دادگاه و یا مجرمینی که پلیس رسماً، به خاطر ارتکاب جرائم قابل کیفرخواست، به آنها اخطار کرده است. در سال ۱۹۹۱، تقریباً ۴۶٪ از کل بزهکاران شناخته شده کمتر از ۲۱ سال داشته‌اند. در این سال ۷۹٪ از نوجوانان بزهکار (سنین بین ۱۰-۱۶ سال) رسماً اخطار دریافت نموده‌اند، ۲۸٪ از آنها بین ۱۷-۲۰ و ۲۲٪ از آنها بیشتر از ۲۱ سال داشته‌اند. اصلاحات و ابتکارهای اخیر، شامل ایجاد کمیته‌های رابط نوجوانان در مناطق مختلف، موجب افزایش صدور اخطار رسمی به آنها شده است. این موضوع منجر به استفاده از سایر روشهای غیر رسمی تر رتق و فتق امور نوجوانان بزهکار خارج از نظام مرکزی عدالت کیفری شد. می‌توان امیدوار بود که ابتکارهای اخیر دولت اجازه خواهند داد تا صدور اخطار رسمی به بزهکاران مَسَن تر نیز تسری داده شود.

ج- مجازاتها

۷.۷. جرمه: جرمه رایج ترین مجازات محسوب می‌شود: ۸۴٪ از بزهکاران محکوم شده به خاطر تخلفات قابل محاکمه به صورت اختصاری به غیر از جرائم راهنمایی رانندگی و ۹۳٪ از اشخاص محکوم در رابطه با جرائم راهنمایی رانندگی به پرداخت جرمه محکوم شده‌اند. برای جرائم قابل کیفرخواست (شامل جرائم قابل محاکمه به هر دو صورت اختصاری و یا قابل کیفرخواست) جرمه رایج ترین مجازات می‌باشد، لیکن تنها ۳۵٪ از محکومیتها را شامل می‌شود. از آغاز سالهای ۱۹۷۰، جرمه برای جرائم قابل تعقیب براساس کیفرخواست به نحو چشم گیری تقلیل یافته است.

۷.۸. سلب آزادی: در طول سالهای اخیر، تعداد محکومیتهای زندان و نیز استفاده از مجازات حبس دادگاههای صلح و جزا به نحو قابل توجهی

کاهش یافته است. در دادگاههای صلح استفاده از کیفر زندان برای جرائم قابل کیفرخواست از ۸/۱٪ در ۱۹۸۶ به ۵/۳٪ در ۱۹۹۱ و در دادگاه جزا از ۵۲/۱٪ به ۴۴/۳٪ در همین سال تقلیل یافته است.

نسبت کسی از این کاهش (۱ تا ۲ درصد) نشانگر طبقه بندی مجدد بعضی از جرائم در اکتبر ۱۹۸۹ بوده است (برای مثال: نقض ممنوعیت رانندگی وسیله نقلیه موتوری) که بعضی از جرائم قابل کیفرخواست را به جرائم اختصاری تبدیل نموده است. چنین کاهشهایی در مورد جوانان بین ۱۴ تا ۱۷ سال قابل توجه ترین بوده است: تعداد محکومیت‌های حبس از ۴۵۰۰/ در ۱۹۸۶ به ۱۹۰۰/ مورد در ۱۹۹۱ و برای جوانان ۱۷ تا زیر ۲۱ سال از ۲۲۴۰۰ به ۱۵۱۰۰ مورد تقلیل یافته است.

۷.۹. سالهای اخیر شاهد افزایش تدریجی مدت کیفرهای حبس تحمیلی به مجرمین خشن و بویژه افزایش سریع مدت مزبور نسبت به مرتکبین تجاوز به عنف از ۴ سال در ۱۹۸۴ به ۶ سال در ۱۹۸۸ بوده است. افزایشهای دیگری نیز که ناشی از توسل به مجازاتهای غیر سالب آزادی برای جرائم نسبتاً کم اهمیت است نیز به چشم می‌خورد. برای بزرگسالان، مدت متوسط مجازات اعلام شده در احکام دادگاههای صلح، حدوداً ۲/۶ ماه و در احکام دادگاههای جزا ۲۰/۵ ماه است. مدت متوسط مجازاتهای اعلام شده در احکام دادگاههای جزا برای سرقت از منازل ۱۶ ماه، برای سرقت مسلحانه ۴۸/۳ ماه، برای ضرب و جرح ۱۹/۵ و برای جرائم مرتبط با مواد مخدر ۳۲/۶ ماه بوده است.

۷.۱۰. اقدامهای غیر سالب آزادی: حدود ۱۰٪ از مرتکبین جرائم قابل کیفرخواست، موضوع قرار تعلیق مراقبتی و ۹٪ موضوع قرار انجام کارهای خدمات و عمومی و عام‌المنفعه واقع شده‌اند و بالاخره ۱۹٪ از آنها تبرئه شده‌اند.

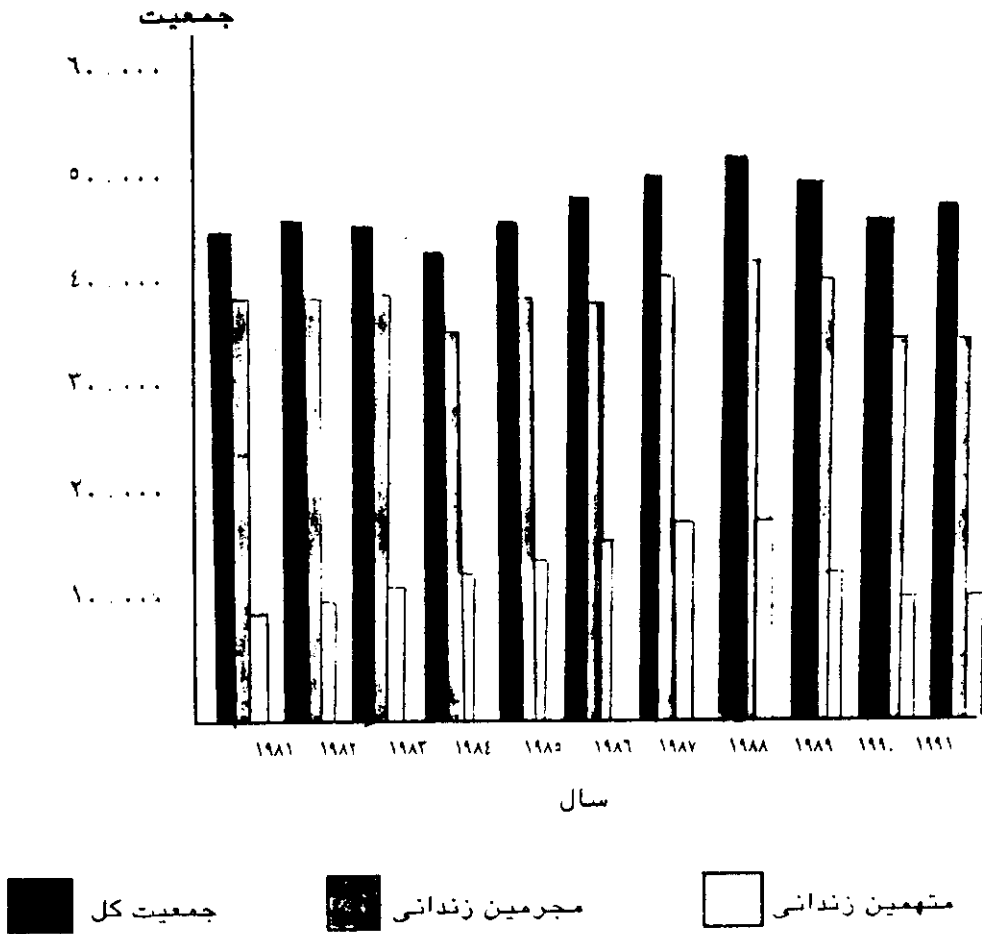
نتیجه کاهش اخیر در تعداد احکام محکومیت حبس این بود که دادگاههای جزا به جای کیفر زندان، به طور چشم‌گیری، از کارهای عمومی و عام‌المنفعه و یا تعلیق مراقبتی در احکامشان استفاده کرده‌اند، در

حالی که دادگاههای صلح بیشتر احکام تبرئه و آزادی متهمین را صادر نموده اند، که بدین ترتیب شاهد یک حرکت عمومی مبنی بر کاهش مجازات تعیین شده هستیم.

د- جمعیت کیفری (جمعیت زندانها)

۷-۱۱. جمعیت زندانها با افزایش روبه رو بوده است و به طور متوسط از ۴۳۰۰۰-۴۴۰۰۰ در سالهای ۱۹۸۱-۱۹۸۴ به رقم ۴۹,۰۰۰ در ۱۹۸۸ افزایش یافته است. این جمعیت در ۱۹۹۰ به ۴۵,۶۰۰ کاهش یافته و در ۱۹۹۱ با افزایش اندکی به ۴۵,۹۰۰ زندانی رسیده است. ترکیب جمعیت متوسط کیفری در ۱۹۹۱ به این شرح است: ۳۵۴۰۰ نفر محکوم، ۱۰۲۰۰ زندانیان محاکمه نشده یا در حال محاکمه (متهم)، ۳۰۰ زندانی غیر کیفری. حدود ۵۷۰۰ زندانی از جنس مذکر کمتر از ۲۱ سال و حدود ۱۶٪ آنها از اقلیتهای نژادی. در مقایسه، کمتر از ۵٪ کل جمعیت کیفری از اقلیتهای نژادی هستند. در سال ۱۹۹۰ حدود ۱۷٪ از متهمین زندانی، ۱۴٪ از محکومین جوان مذکر و ۱۶٪ از محکومین بزرگسال مذکر جزو گروههای نژادی اقلیت بوده اند. جمعیت کیفری در ۱۹۹۱، دو هزار نفر بیشتر از تعداد پیش بینی شده به عنوان تعداد عادی زندانی^{۱۱} با توجه به ظرفیت زندانها در ۳۰ ژوئن ۱۹۹۱- بوده است. به همین جهت برنامه فشرده ای برای ساخت مؤسسات زندان در دست اجرا است تا محلهای بیشتری در اختیار سازمان زندانها گذاشته و از تراکم جمعیت کیفری کاسته شود.

فردار شماره ۲- جمعیت متوسط کیفری (جمعیت متوسط زندانها در انگلیس و ولز)



۸- کتاب‌شناسی (آمارها و تحقیقات)

۸۱- مآخذ زیر نشریات سالیانه در خصوص آمار است:

Digest of information on the criminal justice system, Home Office
 Criminal statistics, England and Wales, HMSO
 Judicial statistics, HMSO
 Prison statistics, England and Wales, HMSO
 Probation statistics, England and Wales, Home Office
 Report of Her Majesty's Chief Inspector of Constabulary, HMSO
 Report of Her Majesty's Chief Inspector of Prisons for England
 and Wales, HMSO
 Report on the work of the Prison Service, HMSO
 In addition, the Home Office publishes Statistical Bulletins
 covering regular and ad-hoc analysis on specific topics. Such
 bulletins are obtainable free of charge from Research and
 Statistics Department, Lunar House, 40 Wellesley Road,
 Croydon CR09YD.

تحقیقات

۸۲- گزارش‌های مربوط به طرح‌های تحقیقاتی انجام شده به شرح زیر

منتشر می‌شود:

Home Office Research Studies (published by HMSO)
 Research and Planning Unit Papers
 Research Bulletin (bi-annual) eg. containing short accounts of
 recent projects.

Research findings eg. brief summaries of research reports

منابع و مآخذ (کتاب شناسی)

- (1) Courts Act 1971, Chapter 23
- (2) Prison disturbances April 1990: report of an inquiry by the Rt. Hon. Lord Justice Woolf (Parts I and II) and His Honour Judge Stephen Tumim (Part II), HMSO 1991 (Cm 1456)
- (3) s.1 Police Act 1964, Chapter 48
- (4) s.148 Magistrates' Court Act 1980, Chapter 43
- (5) s.13-16 Justices of the Peace Act 1979, Chapter 55
- (6) Magistrates' Courts: report of a scrutiny, HMSO, 1989
- (7) A new framework for local justice, HMSO, 1992 (Cm 1829)
- (8) s.70 Criminal Justice Act 1991, Chapter 53
- (9) Supervision and punishment in the community: a framework for action, HMSO, 1990 (Cm 966)
- (10) Partnership in dealing with offenders in the Community, Home Office, 1990
- (11) Report on the work of the Prison Service, April 1988-March 1989, HMSO, 1989 (Cm 835)
- (12) s.47 Prison Act 1952, Chapter 52
- (13) Prison Rules 1964- Statutory Instrument 388
- (14) Young Offender Institution Rules 1988- Statutory Instrument 1422
- (15) Management of the Prison Service : report by Admiral Sir Raymond Lygo KCB, Home Office 1991
- (16) Prosecution of Offences Act 1985, Chapter 23
- (17) s.50 Children and Young Persons Act 1933 Chapter 12 as amended by s.16 Children and Young Persons Act 1963, Chapter 37
- (18) s.1 Magistrates' Courts Act 1980, Chapter 43
- (19) Decision making in two English Police Forces, J B Morgan and D W B Webb Exeter 1984
- (20) Schedule Part 1 Bail Act 1976, Chapter 63
- (21) Criminal Law Act 1977, Chapter 45
- (22) s.40 Criminal Justice Act 1988, Chapter 33
- (23) s.12 Juries Act 1974, Chapter 23 as amended by s.118 of the Criminal Justice Act 1988, Chapter 33
- (24) Criminal Justice Act 1988, Chapter 33 and Home Office Circular 20/88
- (25) s.70 Criminal Justice Act 1991, Chapter 53
- (26) s.18 Criminal Justice Act 1991, Chapter 53

- (27) Unit fines: experiments in four courts, David Moxon, Carol Hedderman and Mike Sutton. Home Office 1990. (Research and Planning Unit Paper, No.59)
- (28) s.1(4) Criminal Justice Act 1982, Chapter 48
- (29) s.123 Criminal Justice Act 1988, Chapter 33
- (30) s.63 Criminal Justice Act 1991, Chapter 53
- (31) s.53 Children and Young Persons Act 1933, Chapter 12
- (32) s.8 Criminal Justice Act 1982, Chapter 48
- (33) Electronic monitoring: the trials and their results. G Mair and C Nee. HMSO, 1990 (Home Office Research Study 120)
- (34) s.24 Criminal Justice Act 1991, Chapter 53
- (35) Murder (Abolition of Death Penalty) Act 1965, Chapter 71
- (36) s.36 Criminal Justice Act 1988, Chapter 33
- (37) The Parole System in England and Wales - Report of the Review Committee. Chairman: The Rt. Hon. The Lord Carlisle of Bucklow QC, HMSO 1988 (Cm 532)
- (38) Victim's Charter: a statement of the rights of victims of crime, Home Office, 1990
- (39) Findings from the 1992 British Crime Survey, P. Mayhew and N. Aye Maung (Home Office 1992 Research findings, No.2)
- (40) The 1988 British Crime Survey, P. Mayhew, D. Elliot and L. Dowds. HMSO, 1989. (Home Office Research Study 111)

ضمیمه شماره (۱)

Criminal Courts System

HOUSE OF LORDS
 (appeals on points of law of
 general public importance)
 دیوان کشور
 پژوهش‌خواهی در مورد مسائل حقوقی (قانونی)
 که جنبه عمومی آن‌ها از اهمیت است

COURT OF APPEAL
 Criminal Division
 دادگاه استیناف
 شعبه کیفری

CROWN COURT
 Indictable offences
 tried before judge
 and jury
 دادگاه جزا
 رسیدگی به جرایم قابل کیفر خواست در
 مقابل قاضی و هیأت منصفه

**DIVISIONAL COURT
 OF THE QUEEN'S BENCH
 DIVISION**
 (Hears appeals on points
 of law by way of case stated)
 دادگاه ملکه (شعبه ای از دادگاه عالی است)
 رسیدگی پژوهشی به صورت شکلی

MAGISTRATES COURT
 دادگاه صلح

Summary offences جرایم اختصاری (هیأت منصفه حضور ندارد)	Committal proceedings رسیدگی به منظور تشخیص قابلیت محاکمه در جرایم قابل کیفرخواست مطروحه	Juvenile court دادگاه اطفال
---	---	--------------------------------

نوشته:

ترورسی. اترتون و ترودی-آن اترتون

ترجمه:

محمدجواد میرفخرایی

حلّ و فصل اختلافات

هواپیمایی کشوری بین المللی*

* مقاله حاضر تحت عنوان:

"The Resolution of International Civil Aviation Disputes"

از سری مقالات منتشره در مجله داوری بین المللی (جلد نهم، شماره ۲، ژوئن ۱۹۹۲، صص ۱۰۵-۱۲۲)

انتخاب و ترجمه شده است.

نویسندگان مقاله Trevor C. ATHERTON , Trudie-Ann ATHERTON هر دو عضو هیات

علمی دانشکده حقوق دانشگاه باند "Bond" استرالیا و وکیل دعاوی هستند.



۱
مقدمه

الف- تاریخچه و ساختار حقوق هوایی

پس از انجام مشورتهای گسترده بین نیروهای متفقین طی جنگ جهانی دوم، پنجاه و چهار کشور در ۱۹۴۴ در شیکاگو گرد آمدند و کنوانسیون هواپیمایی کشوری بین المللی «کنوانسیون شیکاگو» را تدوین کردند. هر چند در کنوانسیون مزبور تأکید شده بود که «هر کشور از حاکمیت کامل و انحصاری بر فضای هوایی بالای سرزمین خود برخوردار است،^۱ مع ذلک نیل به این هدف که «هواپیمایی کشوری بین المللی در کمال امنیت و نظم گسترش یابد و خدمات حمل و نقل هوایی بین المللی براساس امکانات و فرصتهای برابر انجام گردد و با توانایی و صرفه اقتصادی به فعالیت خود ادامه دهد»،^۲ نیازمند مقرراتی خاص بود.

از این رو، دو قرارداد چندجانبه به نامهای قرارداد ترانزیت خدمات هوایی بین المللی (قرارداد آزادیهای دوگانه)^۳ و قرارداد حمل و نقل هوایی

۱. کنوانسیون شیکاگو، ماده ۱.

۲. کنوانسیون شیکاگو، مقدمه.

*. The Two-Freedoms Agreement.

بین‌المللی (قرارداد آزادیهای پنجگانه)^{*}، به کنوانسیون شیکاگو ملحق شد. تاکنون ۱۶۷ کشور کنوانسیون را تصویب نموده و یا به آن پیوسته اند^{**} و تعداد زیادی از کشورها نیز قرارداد آزادیهای دوگانه را امضاء یا تصویب کرده اند، ولی قرارداد آزادیهای پنجگانه تاکنون به امضاء و تصویب معدودی از کشورها رسیده است و لذا آزادیهای هوایی مربوط به حقوق ترافیک هوایی می‌باید از طریق توافق و امضای شبکه گسترده‌ای از تقریباً ۱۲۰۰ قرارداد خدمات هوایی دوجانبه، تنظیم و تنسيق یابد. به موجب مواد ۸۱ تا ۸۳ کنوانسیون شیکاگو دولتهای متعاقد باید کلیه قراردادهای دوجانبه یاد شده را نزد سازمان هواپیمایی کشوری بین‌المللی به ثبت رسانند.

ب- ارگان‌های صنعت حمل و نقل هوایی

۱) سازمان هواپیمایی کشوری بین‌المللی (ایکائو):^{***} به موجب کنوانسیون شیکاگو، سازمان هواپیمایی کشوری بین‌المللی (ایکائو) به عنوان بازوی سازمان ملل متحد برای نظارت و تنظیم امور هواپیمایی بین‌المللی تأسیس شد. امضاکنندگان این کنوانسیون مجمع عمومی ایکائو را تشکیل می‌دهند و شورایی مرکب از سی و سه نماینده که برای مدت سه سال برگزیده می‌شوند، برای رسیدگی و حل و فصل اختلافات صلاحیت دارد. ایکائو می‌تواند در مورد تفسیر کنوانسیون شیکاگو از دیوان بین‌المللی دادگستری نظریه مشورتی بخواهد. گفتنی است در حالی که امضاکنندگان کنوانسیون و نیز قراردادهای دو یا چندجانبه ناظر بر هواپیمایی بین‌المللی، دولتهای مستقل به مفهوم حقوق بین‌المللی عمومی به شمار می‌روند، ولی هدف و غایت اصلی این دولتها چیزی نیست جز تأمین

*. The Five-Freedoms Agreement.

** گفتنی است که کشور ایران در سال ۱۳۲۸ به این کنوانسیون ملحق گردیده است. برای ملاحظه متن

فارسی مصوب کنوانسیون شیکاگو رک. مجموعه قوانین روزنامه رسمی، سال ۱۳۲۸، صص ۷۶ به بعد. م.

***. Int'l Civil Aviation Organization (ICAO).

سلامت و امنیت برای هواپیمای تحت پرچم خود، یعنی موضوعی که از مقولات حقوق بین‌المللی خصوصی است و احتمال دارد تحت مالکیت دولتی یا خصوصی قرار داشته باشد.

۲) اتحادیه حمل و نقل هوایی بین‌المللی (یاتا): اتحادیه حمل و نقل

هواپیمایی بین‌المللی (یاتا) سازمانی است خصوصی و متشکل از سرویس‌های هوایی منظم که در سال ۱۹۴۵ در شکل کنونی آن تأسیس یافت. اهداف یاتا به موجب قانون مبنای تشکیل آن، عبارت است از:

- گسترش حمل و نقل هوایی امن، منظم و ارزان برای استفاده مردم دنیا، نظارت بر تجارت هوایی و بررسی مشکلات مرتبط به آن؛

- تأمین موجبات همکاری بین شرکتهای خطوط هوایی که در امر خدمات حمل و نقل بین‌المللی به طور مستقیم یا غیرمستقیم فعالیت دارند؛

- همکاری با ایکائو و سازمانهای بین‌المللی دیگر.

وظایف مهم فنی و تجاری یاتا، تصدی یک اتاق پایاپای است جهت ترتیبات و توافقات بین خطوط هوایی^۲ و تثبیت نرخها از طریق برگزاری کنفرانس‌های ترافیک هوایی.^۱

ج- شبکه دوجانبه

کنوانسیون شیکاگو، ضمن تأکید بر حاکمیت دولتها بر فضای هوایی سرزمینی خود، نتوانست به توافقات چندجانبه و گسترده‌ای در زمینه

*. Int'l Air Transport Association (IATA).

۳. «یاتا» به منظور ایجاد ارتباط بین خدمات شرکتهای هوایی مختلف فعال در شبکه خطوط بین‌المللی، قراردادهای چندجانبه‌ای را بین خطوط تنظیم نموده که به موجب آنها بلیتهای هوایی به منزله پول نقد در هنگام تغییر شرکت هوایی توسط مسافر برای هر یک از خطوط هوایی معتبر خواهد بود. اتاق پایاپای مسؤل تسویه حساب بین شرکتهای هوایی است.

۴. در اغلب قراردادهای دوجانبه مربوط به خدمات هوایی بین‌المللی زمان بندی شده، موضوع کرایه‌ها به واحد تعیین نرخ «یاتا» ارجاع گردیده است.

حقوق رفت و آمد هوایی نایل آید. لذا لازم بود که دولتها خود این مسأله را براساس ترتیبات دوجانبه و متقابل سامان دهند. به موجب ماده ۵ کنوانسیون، پروازهای غیرمنظم یا چارترها عمدتاً به نظر و اختیار دولتهای عضو سپرده شده است تا آنها را به طور موردی تنظیم کنند، در حالی حسب ماده ۶ انجام پروازهای منظم به اخذ «پروانه خاص» یا مجوز دیگر یعنی توافق دوجانبه رسمی موکول و منوط گردیده است.

قرارداد ۱۹۲۶ برمودا (برمودا (I))^۴ فی مابین ایالات متحده و انگلستان به عنوان الگوی اصلی برای شبکه قراردادهای خدمات هوایی دوجانبه به شمار می رود و در حال حاضر حقوق ترافیک هوایی بین کشورها را تنظیم می کند. این قراردادها آزادیهای هوایی را مبادله، مسیرها را تعیین، ترتیبات تقسیم ظرفیت و درآمد را تنظیم و شرکتهای هواپیمایی دولتی را معرفی می کنند و غالباً متن پاره ای از مواد کنوانسیون شیکاگو عیناً در آنها درج می گردد. با توجه به موضوع این مقاله، گفتنی است که در قراردادهای مزبور اکثراً تشریفات حل و فصل اختلافات هوایی نیز پیش بینی شده است.

۲

تشریفات حل و فصل اختلافات هوایی

الف- الگو

اختلافات فی مابین طرفین در سیستم هوانوردی بین المللی که در بخش نخست تشریح شده است، با بهره گیری از روشهای مذکور در نمودار ۱ حل و فصل می شود. راههای رسیدگی به اختلافات هوایی را می توان به سه طریقه قضایی، داوری، مشورتی تفکیک کرد و ذیلاً مورد بررسی قرار داد.

۵. قرارداد برمودا (۱) فرمول استاندارد تبادل حقوق هوایی را پیش بینی کرده بود. این قرارداد در سال ۱۹۷۷ جای خود را به قرارداد برمودا (۲) داد و برمودا (۳) نیز تحت مذاکره قرار دارد.

ب- قضایی

۱) دیوان بین‌المللی دادگستری: صلاحیت عام: به موجب ماده ۳۶ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری «صلاحیت دیوان مشتمل است بر کلیه اختلافاتی که طرفین به آن ارجاع می‌کنند و نیز کلیه مسائلی که مشخصاً در منشور ملل متحد یا عهدنامه‌ها و یا کنوانسیونهای لازم‌الاجراء پیش بینی شده است».

۲) صلاحیت اجباری شورای ایکائو: طبق ماده ۸۴ کنوانسیون شیکاگو،^۶ در صورت تقاضای یکی از دولتهای متعاهد، شورای ایکائو صلاحیت دارد تا نسبت به هرگونه اختلاف مربوط به تفسیر یا اجرای کنوانسیون شیکاگو و پیوستهای آن (یعنی قراردادهای چندجانبه) که از طریق مذاکره قابل حل و فصل نباشد، تصمیم‌گیری کند.^۷ «چنگ»^{*} استدلال می‌کند که شورای ایکائو در مقام ایفای چنین وظیفه‌ای، باید خود را به منزله یک ارگان قضایی تابع اصول حقوق بین‌الملل تلقی کند. مع ذلک او اشاره می‌کند که در دعوی هندوستان علیه پاکستان (۱۹۵۲) اختلاف فی مابین

۶. اکثر اختلافاتی که مورد رسیدگی دیوان قرار گرفته، مربوط می‌گردد به اقدام نظامی علیه هوایمایی که وارد فضای هوایی سرزمینی کشور دیگر شده است. در نتیجه در این گونه دعوی عمدتاً مسائل مربوط به حقوق عمومی مطرح بوده و جنبه‌های حقوق خصوصی آنها از قبیل پرداخت خسارت وارده به مسافران، هوایمیا و اشخاص ثالث در روی زمین در مرتبه ثانوی قرار داشته‌اند. مع ذلک، در هر یک از این پرونده‌ها، خواننده از تمکین یا قبول صلاحیت دیوان استنکاف ورزیده و در نتیجه رسیدگی متوقف گردیده است.

۷. ماده ۸۴ کنوانسیون شیکاگو مقرر می‌دارد:

«هیچ یک از اعضای شورا در هنگام رسیدگی شورا به اختلافی که وی در آن طرفیت

دارد، حق رأی نخواهد داشت».

۸. ایکائو همچنین صلاحیت دارد که به اختلافات ناشی تحت شرایط خاصی پیش بینی شده در ماده ۷۵ و

مواد دیگر و نیز قراردادهای چندجانبه رسیدگی کند.

۹. در چهار دهه‌ای که از عمر کنوانسیون شیکاگو می‌گذرد، فقط سه دعوی برای حل و فصل قضایی رسمی به شورا ارجاع گردیده‌اند که عبارتند از: دعوی هندوستان علیه پاکستان (۱۹۵۲)، انگلیس علیه اسپانیا

(۱۹۶۹) و پاکستان علیه هندوستان (۱۹۷۱).

*. Professor Bin Cheng.

دو کشور از طریق بکارگیری مساعی جمیله توسط ایکائو مرتفع گردید نه اجرای دقیق تشریفات قضایی. دیدریکس فرشور* می گوید، بطوری که تاکنون شورا هیچگاه به واقع سمت قضایی خود را اعمال نکرده و در اکثر اختلافات به ایفای نقشی میانجیش بسنده نموده که در پاره ای از موارد نیز با توفیق روبرو بوده است.

(۳) دیوان بین المللی دادگستری: صلاحیت خاص: به موجب ماده ۸۴ کنوانسیون شیکاگو، طرفهای اختلاف می توانند از تصمیم صادره توسط شورای ایکائو در خصوص اختلاف ارجاع شده - که در بخش ۲-ب (۱) ذکر آن رفت - از دیوان بین المللی دادگستری درخواست پژوهش کنند.^{۱۰}

گفتنی است که چون تشریفات و آیین های قضایی یاد شده برای رفع اختلافات مربوط به قراردادهای خدمات هوایی دوجانبه (حقوق بین الملل خصوصی) قابل مراجعه و اعمال نیست، لذا به منظور ایجاد وحدت بیشتر در زمینه تفسیر قراردادهای دوجانبه پیشنهادهایی برای تشکیل یک دیوان بین المللی جهت رسیدگی به اختلافات هوایی مطرح شده است که هنوز به مرحله تصویب نرسیده و در حال حاضر داوری، یگانه آیین قضایی در دسترس دولتها برای حل و فصل ترافعات هوایی فی مابین به شمار می رود.

ج- داوری

(۱) پژوهش از رأی صادره از شورای ایکائو: علاوه بر حق رجوع به دیوان بین المللی دادگستری به منظور پژوهش از آرای شورای ایکائو - که در بخش ۲-ب (۳) به آن اشاره شد - به موجب ماده ۸۴ کنوانسیون شیکاگو، اصحاب دعوی می توانند از رأی صادره از شورای ایکائو درباره اختلافی که طبق بخش ۳ به آن ارجاع گردیده است از یک دیوان داوری

*. Diederiks-Verschoor.

۱۰. در دعوی پاکستان علیه هندوستان، هندوستان از رأی صادره توسط ایکائو تحت این ماده از دیوان بین المللی پژوهشخواهی نمود.

نیز پژوهشخواهی کنند.^{۱۱}

(۲) داوری بر مبنای قراردادهای دوجانبه: در قراردادهای دوجانبه و نیز در اکثر قراردادهای چندجانبه، طرفین شرط می‌کنند که در صورت بروز اختلاف به داوری مراجعه نمایند. در بخشهای آتی این مقاله درباره مقررات و تشریفات مربوط به داوری در این زمینه به نحو مبسوط تری بحث شده و چهار پرونده متضمن قراردادهای دوجانبه که این تشریفات نسبت به آنها اعمال گردیده، در بخش ۴ توضیح داده شده است.

(۳) صلاحیت اختیاری شورای ایکائو: در صورت تقاضای صریح کلیه طرفهای ذی ربط در پرونده، شورای ایکائو از این صلاحیت اختیاری^{۱۲} برخوردار است تا به عنوان یک نهاد داوری نسبت به هرگونه اختلاف بین دولتهای عضو در ارتباط با هواپیمایی کشوری اقدام کند.^{۱۳} به نظر می‌رسد آراییی که ایکائو با استناد به این صلاحیت صادر می‌کند، غیر قابل پژوهش است.

(۴) داوری توسط یکی از شعب دیوان بین‌المللی دادگستری: به موجب ماده ۲۶ اساسنامه، دیوان می‌تواند شعبه‌ای مرکب از حداقل سه قاضی تشکیل دهد تا به عنوان مرجع داوری نسبت به مسائلی از جمله اختلافات هوایی تصمیم‌گیری کند. باید یادآوری کرد که از این صلاحیت تاکنون برای این منظور استفاده نشده است.

۱۱. به نظر می‌رسد که درخواست رسیدگی پژوهشی از یک دیوان اختصاصی در مواردی صورت می‌گیرد که یکی از طرفین دعوی از امضاکنندگان اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری نباشد.

۱۲. اختیارات اولیه شورا در ماده ۶ (۸) قرارداد موقت شیکاگو پیش بینی شده بود. این مقررات هر چند در کنوانسیون شیکاگو تکرار نشده است، اما مبنای قطعنامه‌ای را تشکیل می‌دهد که توسط مجمع مؤسس در ماه مه ۱۹۲۷ به تصویب رسیده و مقرر می‌دارد که:

«شورا می‌تواند یک گزارش مشورتی صادر کند و یا در صورت توافق صریح طرفین ذی ربط، ایشان می‌توانند از پیش خود را به پذیرش رأی شورا ملتزم سازند. مقررات شکلی حاکم بر رسیدگی داوری با توافق بین شورا و طرفهای ذی ربط تعیین خواهد شد».

۱۳. در هر یک از پرونده‌هایی که تاکنون با بهره‌گیری از این آیین مورد رسیدگی قرار گرفته‌اند، اختلاف دارای بازتابهای سیاسی بوده و لذا در حل و فصل آنها شورا اغلب از مذاکره، دیپلماسی و مساعی جمیله استمداد نموده است.

۵) دوریهای یاتا: در چارچوب یاتا، حلّ و فصل اختلافات با توسلّ به داوری از سه طریق زیر امکان پذیر است:

- داوری اجباری توسط یک دیوان داوری به نحو مندرج در ماده ۵ اساسنامه یاتا برای رفع اختلافات بین یاتا و یکی از اعضای آن؛
- داوری بین یاتا و یک نماینده مجاز در صورت عدم رعایت قطعنامه های یاتا توسط نماینده مزبور؛
- داوری بین اعضای یاتا.

اختلافات بین اعضای یاتا، که همان خطوط هوایی باشند، از طریق داوری تحت مقررات داوری یاتا حلّ شدنی است.

د- رسیدگیهای مشورتی

حسب ماده ۹۶ (۲) منشور ملل متحد، ایکائو به عنوان یک ارگان تخصصی سازمان ملل متحد می تواند در مورد مسائل حقوقی ناشی از فعالیتهای خود از دیوان بین المللی دادگستری نظریه مشورتی بخواهد.

ه- نقد مکانیسم های حلّ و فصل اختلافات توسط ایکائو

استقبال کم دولتها از شورای ایکائو برای حلّ و فصل اختلافات هوایی خود به موجب کنوانسیون شیکاگو می تواند ناشی از دلایل زیر باشد:

- ماهیت شورا. از آنجا که ایکائو ارگانی است سیاسی و متشکل از نمایندگان دولتها، اعضای شورا از «آزادی و استقلال که لازمه یک مرجع قضایی مستقل و بی طرف است، بی بهره اند». افزون بر این، ملاک انتخاب این اعضا، آگاهیها و تواناییهای فنی و سیاسی ایشان است نه مهارتهای حقوقی آنها.

- هزینه و تاخیر. با توجه به اینکه شورای ایکائو از سی و سه عضو تشکیل شده است، رسیدگیهای قضایی آن در اغلب موارد طولانی و پرهزینه خواهد بود.

- **اداره شورا از رسیدگی قضایی** همانگونه که قبلاً اشاره شد، به موجب مقررات ۱۹۵۷، ترجیح شورا در این است که در حلّ و فصل اختلافات از مذاکره، « میانجیگری، سازش و استفاده محتاطانه از مساعی جمیله » بهره گیرد و حتی الامکان به رسیدگی قضایی و اعمال مجازاتها مبادرت نوزد.

- **استفاده محدود از اختیارات** برخی از صاحب نظران بر این عقیده اند که جهت دستیابی به یک سیستم منطقی تر هوایمایی بین المللی، ایکاٹو باید از مکانیسم هایی که برای حلّ و فصل اختلافات در اختیار دارد، بیشتر استفاده کند. ایکاٹو می تواند با ایجاد روّیه های قضایی به برقراری یک جریان منظم تجارت هوایی بین المللی کمک شایانی کند و این هدف را که نیل به آن با استفاده از وسایل و ترتیبات دوجانبه بین الدولی و توسّل به تدابیر حمایتی ملی امکان پذیر نیست، محقق سازد.

۳

داوری در اختلافات هوایی

اکنون که چارچوب تشریفات حلّ و فصل اختلافات هوایی دانسته شد، در این بخش آیین های داوری به تفصیل بیشتر مورد بحث قرار خواهند گرفت.

الف- کنوانسیون شیکاگو

موادّ مربوط به حلّ و فصل اختلافات در کنوانسیون شیکاگو عبارتند

از:

مادّه ۸۴. حلّ و فصل اختلافات:

« چنانچه اختلاف فی مابین دو یا چند دولت متعاهد در مورد تفسیر یا اجرای این معاهده و پیوستهای آن از طریق مذاکره قابل حلّ و فصل نباشد شورا، به تقاضای هر یک از دولتهای طرف اختلاف، نسبت به آن اخذ

تصمیم خواهد نمود. هیچ یک از اعضای شورا در هنگام رسیدگی به اختلافی که خود در آن طرفیت دارد، حق رأی ندارد. هر یک از دولتهای متعاقد می‌توانند، با توجه به ماده ۸۵، از رأی صادره از شورا به یک دیوان داوری خاص که در مورد تشکیل آن با طرفهای دیگر اختلاف توافق شده است و یا به دیوان بین المللی دادگستری پژوهشخواهی نمایند. تقاضاهای پژوهش ظرف ۶۰ روز از تاریخ دریافت اعلامیه رأی صادره از شورا، به اطلاع شورا خواهید رسید».

ماده ۸۵. آیین داوری

«چنانچه هر یک از دولتین متعاقد طرف اختلافی که رأی صادره در مورد آن تحت رسیدگی پژوهشی قرار دارد، اساسنامه دیوان دائمی دادگستری بین المللی را نپذیرفته باشد و نسبت به انتخاب دیوان داوری نیز توافقی حاصل نشود، هر یک از دولتهای متعاقد طرف اختلاف یک داور تعیین می‌کند تا آنان نیز سر داوری را انتخاب نمایند. در صورت استنکاف هر یک از دولتهای طرف دعوی از تعیین داور ظرف مدت سه ماه از تاریخ پژوهشخواهی، رئیس شورا از میان لیست افراد واجد شرایط که در اختیار دارد شخصی را به عنوان داور از جانب آن دولت برخواهد گزید. چنانچه داوران نتوانند ظرف ۳۰ روز در مورد سرداور به توافق برسند، رئیس شورا سرداور را از لیست یاد شده تعیین خواهد کرد. داوران و سرداور آنگاه مجتمعاً یک دیوان داوری را تشکیل خواهند داد. هر دیوان داوری متشکله به موجب این ماده یا ماده سابق، آیین دادرسی خود را تنظیم و آراء خود را به اکثریت آراء صادر خواهد کرد مشروط بر اینکه شورا می‌تواند در صورت بروز هرگونه تأخیری که آن را نامتعارف تشخیص دهد، نسبت به موضوعات شکلی تصمیم‌گیری نماید».

تشریفات مقرر در مادّتين فوق الذّکر برای حلّ و فصل اختلافات، در سال ۱۹۵۷ توسط شورای ای‌کائو انتشار یافته بود. ماده ۱۴ مقررات مزبور به شورا اجازه می‌دهد که اجرای ماده ۸۴ را به حال تعلیق درآورد و از

طرفهای اختلاف بخواهد که به مذاکرات مستقیم با یکدیگر پردازند و ضرب الاجلهای مشخصی را برای مذاکرات تعیین کنند و در این راه از هیچگونه مساعدت لازم، منجمله تعیین یک میانجی، کوتاهی نورزند. دمبسی* و برخی دیگر از صاحب نظران چنین گفته اند که در حلّ و فصل اختلافات توسط شورا تأکید اصلی بر «میانجیگری و سازش» و انجام مساعی جمیله است؛ به سخنی دیگر هدف حلّ و فصل اختلافات است تا رسیدگی قضایی به آنها.

ب- مادهٔ استاندارد (دوجانبه)

در اکثر قراردادهای دوجانبه ای که سابقاً در مورد حمل و نقل هوایی منعقد گردیده، از ایکائو به عنوان مرجع حلّ و فصل و رسیدگی به اختلافات نام برده شده است، ولی در قراردادهای جدید کمتر چنین سِمَتی برای ایکائو شناخته شده و فقط برخی از آنها به اختیار رئیس شورای ایکائو برای همکاری در انتخاب داوران اشاره کرده اند. برای مثال، شرایط استاندارد قراردادهای دوجانبه ای که در اجلاس سوم کنفرانس هواپیمایی کشوری اروپا در استراسبورگ (۱۹۵۹) به تصویب رسیده است، در مادهٔ ۱۳ اشعار می دارد که:

«(۱) در صورت بروز هرگونه اختلاف در مورد تفسیر یا اجرای قرارداد حاضر، طرفین قرارداد باید در وهلهٔ اوّل نسبت به حلّ آن از طریق مذاکره بکوشند.

(۲) چنانچه طرفهای قرارداد نتوانند از طریق مذاکره به حلّ اختلاف فی مابین نایل شوند، می توانند نسبت به ارجاع آن به شخص و یا ارگانی توافق نمایند و یا اختلاف را به تقاضای هر یک از طرفین قرارداد جهت اخذ تصمیم به دیوانی مرگب از سه داور، که یکی از آنها توسط هر یک از طرفین و عضو سوم توسط دو داور منتخب تعیین خواهد شد، تسلیم کنند. هر یک از طرفین قرارداد باید داور خود را

*. Dempsey.

ظرف مدت ۶۰ روز از تاریخ دریافت اطلاعاتی طرف دیگر از طریق مجاری دیپلماتیک مبنی بر تقاضای ارجاع اختلاف به داوری تعیین کند و داور ثالث ظرف یک مهلت ۶۰ روزه دیگر منصوب خواهد شد. در صورت عدم تعیین داور ظرف مهلت مذکور توسط طرفین قرارداد و یا عدم تعیین داور ثالث در مدت مقرر، هر یک از طرفین می‌تواند از رئیس شورای سازمان هواپیمایی کشوری درخواست کند تا حسب مورد به انتصاب داور و یا داوران اقدام نماید. در هر یک از این موارد، داور سوم باید از اتباع کشور ثالثی باشد و به عنوان رئیس هیأت داوری عمل کند.

۳) طرفین قرارداد تعهد کرده‌اند که رأی صادره طبق بند ۲ ماده حاضر را به اجرا گذارند».

بحث درباره این تشریفات داوری، در پرونده‌های مذکور در بخش ۴ مقاله حاضر خواهد آمد.

ج- ماده استاندارد (چندجانبه)

قرارداد آزادیهای دوگانه و قرارداد آزادیهای پنجگانه هوایی که مولود کنفرانس شیکاگو هستند از ایکائو در روند حل و فصل اختلافات هوایی استفاده نموده و تشریفات مذکور در مواد ۸۴ تا ۸۸ کنوانسیون شیکاگو را پذیرفته‌اند.

د- پژوهش، قطعیت و اجرای احکام

کنوانسیون شیکاگو مقرر می‌دارد:

ماده ۸۶. پژوهش

«جز در مواردی که شورا به گونه‌ای دیگر مقرر نماید، هرگونه تصمیم متخذ توسط شورا در مورد اینکه آیا یک شرکت هواپیمایی بین‌المللی در چارچوب مقررات این کنوانسیون فعالیت می‌کند [یا خیر]، مادام که در

مرحله پژوهشی تقض نشده است، معتبر خواهد بود. در سایر مسائل، تصمیمات شورا در صورتی که نسبت به آنها تقاضای پژوهش گردد، تا تعیین تکلیف مرحله پژوهشی به حال تعلیق درخواهد آمد. آراء دیوان دائمی دادگستری بین المللی و دیوانهای داوری، قطعی و لازم الاجراء خواهند بود».

ماده ۸۷. مجازات عدم رعایت توسط شرکت هواپیمایی
«هریک از دولتهای متعاقد تمهد می کند که چنانچه شورا به عدم رعایت و اجرای رأی نهایی صادره طبق مفاد ماده قبل توسط یک شرکت هواپیمایی رأی داده باشد، فعالیت شرکت هواپیمایی دولت متعاقد را بر فراز فضای هوایی خود ممنوع اعلام نماید».

ماده ۸۸. مجازات عدم رعایت توسط دولت
«مجمع حق رأی هر یک از دولتهای متعاقد را که تخلف وی از مواد این فصل احراز شده باشد، در مجمع و شورا معلق خواهد نمود». (فصل ۲۸، اختلافات و تخلفات: مواد ۸۴ تا ۸۸).
مواد یاد شده به منظور تضمین اجرای آراء صادره، مجازاتهای سنگینی را پیش بینی نموده اند. مع هذا این مانع از این نیست که سیستم نظارت و کنترل نادیده گرفته شود، به طوری که طرف داد باخته می تواند «از رأی صادره نزد یک مرجع بی طرف تر (یعنی دیوان بین المللی دادگستری و یا یک هیأت داوری خاص) به منظور تجدید نظر قضایی در آن حسب ماده ۸۶ پژوهشخواهی نماید».

ه نقدی بر داورهای اختصاصی هوایی

۱) محاسن

برخی از نویسندگان حقوقی بر این عقیده اند که در مقایسه با تشریفات رسیدگی در دیوان بین المللی دادگستری و یا شورای ایکائو، داورهای اختصاصی و موردی کم در دسترتر، ساده تر، مقرون به صرفه تر و اغلب از سرعت بیشتری نیز برخوردار است. به علاوه، این نوع داوری برای طرفین مقبولیت بیشتری خواهد داشت، چرا که می توانند در آیین رسیدگی

و قانون حاکم بر آن بیشتر اعمال نظر کنند و دستشان در انتخاب داور هم تابعیت با خود نیز باز است. مع الوصف، مزایا و محاسن مزبور تا اندازه بسیاری به نحوه نگارش و عبارت پردازی صحیح و دقیق موافقتنامه داوری و تنظیم مسائل مربوط به آن بستگی دارد، که طرح دعوی در دیوان بین المللی دادگستری و شورای ایکائو نیز از چنین مراقبت و دقتی بی نیاز نیست.

۲) تشکیل دیوان

درج ماده استاندارد داوری در قراردادهای دوجانبه قبل از بروز هرگونه اختلاف و در زمانی که طرفین قرارداد قطعاً از مجموعه توافقات به دست آمده در قرارداد رضایت دارند، می تواند موجبات تسهیل ارجاع اختلافات را به داوری فراهم آورد. ولی با وجود کارایی و سرعتی که در آیین های مربوط به تشکیل دیوانهای داوری پیش بینی می گردد، از آنجا که در اختلافات هوایی معمولاً ادعاها و خواسته های سنگینی مطرح بوده و شرایط محیط بر اینگونه اختلافات نیز متحوّل و متغیّر است، لذا به منظور شتاب بخشیدن بیشتر به روند حلّ و فصل اختلافات، اقدامات تلافی جویانه غالباً مورد استفاده قرار گرفته است. تفصیل بیشتر این مطلب در بخش ۴، در دعوای ایالات متّحده علیه فرانسه (۱۹۷۸) خواهد آمد.

در اکثر موادّ مربوط به داوری، محلّ برگزاری، آیین و هزینه های داوری مسکوت گذاشته شده و غالباً تصمیم گیری در مورد آن به توافق طرفین یا حکم دیوان داوری واگذار گردیده است.

۳) حقوق عمومی علیه حقوقی خصوصی

شایان ذکر است که در اختلافات هوایی معمولاً دو جنبه حقوق عمومی و خصوصی با یکدیگر تلفیق شده اند، زیرا هم قرارداد و هم داوری هر دو بین دولتها منعقد و برگزار می شود و در واقع هوایمان نماینده سیاست و اعتبار کشوری است که تحت پرچم آن به ثبت رسیده است. از طرف دیگر، موضوع اختلافات و دعاوی مطروحه در برگیرنده حقوق تجاری شرکتهای هوایمانی است که لزوماً تحت مالکیت دولت قرار ندارند، که

این خود از ویژگیهای بارز و مسلّم حقوق خصوصی به شمار می‌رود. در این زمینه لارسن* استدلال می‌کند که در اختلافات هواپیمایی آنچه فی الواقع در معرض خطر قرار دارد، موجودیت شرکت هواپیمایی است. خطوط هوایی از امتیازاتی بهره‌مند می‌شوند که دولت طرف قرارداد آنها را از یک قرارداد حمل و نقل هوایی دو جانبه به دست می‌آورد. خطوط هوایی مایلند که حقوق هوایی را به مثابه اموال و داراییهای خود تلقی نمایند و معتقدند که دولتهای آنها در تحصیل حقوق مزبور به نمایندگی از طرف آنها عمل می‌کنند. منافع و علایق عمیق و خصوصی شرکتهای هواپیمایی به دعاوی بین دولتها رنگ و جلوه داورى تجارى بین دو شرکت هواپیمایی را بخشیده، بطوری که تعیین نقطه‌ای که در آن منافع خصوصی پایان یافته و منافع دولتی آغاز می‌گردد، دشوار است.

(۴) دکترین سابقه

با توجه به این واقعیت که شبکه بین‌المللی قراردادهای دوجانبه اساساً با شرایط مشابه و واحدی تنظیم شده‌اند، لذا این امکان براحتی وجود دارد که به تفاسیر و رویه‌های مورد عمل دو کشور عقیف قراردادهای خاص کاربرد و میدان عمل بیشتری داده شود. معذک اجرای دکترین سابقه در این زمینه محدودیتهای خاص خود را دارد، زیرا در میان افرادی که به عنوان داور یا قاضی عمل می‌کنند، تقیّد چندانی به یکنواختی و استمرار در آراء دیده نمی‌شود. هیچگونه مرجع پژوهشی برای هماهنگ و یکدست ساختن دیوانهای داورى اختصاصی وجود ندارد و قاعده صدور رأی بر مبنای سابقه موجود، آن طور که در حقوق داخلی در مورد پرونده‌های مشابه اجرا می‌گردد، در بین آنها جایی ندارد و لذا کمتر می‌توان نتایج داورى را از قبل پیش بینی کرد.

(۵) حدّ فاصل بین مذاکره و رسیدگی قضایی

لارسن در این مورد چنین استدلال می‌کند که چون داورى به عنوان طریقه حلّ و فصل اختلافات، حدّ فاصل بین مذاکره و رسیدگی قضایی به

*. Larsen.

شمار می‌رود، با واقعیت‌های سیاسی و بازرگانی اختلافات هوایی تناسب و سازگاری بیشتری دارد.

(۶) اشتراک منافع

علی‌رغم اینکه اختلافات هوایی قهراً با عناصر رقابت بین شرکتهای هوایی و تعارض سیاستهای دولتهای متبوع آنها آمیخته است، ولی وجود منافع مشترک و متقابل قوی در حلّ و فصل آنها نیز انکارناپذیر است. هواپیمایی کشوری بین المللی خدمات ارزشمندی را در امر حمل و نقل سریع مسافر و بار عرضه داشته و تسهیل و گسترش روابط بازرگانی، اجتماعی و سیاسی نیز از همین رهگذر تأمین می‌گردد. لذا هیچ کشوری نمی‌تواند از حقوق ترافیک هوایی متقابلی که انجام این خدمات در گرو آنهاست، چشم‌پوشی نماید و همین عامل انگیزه‌ای اساسی برای همکاری و پایان دادن منظم به اختلافات هوایی است.

(۷) معایب

«دیدریکس فرشور» می‌گوید: «جالب است که چرا داوری علی‌رغم امتیازات و محاسن یادی که در حلّ و فصل اختلافات هوایی دارد، بندرت مورد مراجعه طرفین اختلاف قرار گرفته است. توجیه قضیه را شاید بتوان در علاقه و اشتیاق مفروطی یافت که دولتها در سرعت اداره شبکه خطوط هوایی بین المللی خود دارند و تشریفات طولانی و دست و پاگیر داوری را با آن ناسازگار می‌دانستند». «کوهونا»^{*} و «سادورسکا»^{**} عدم مراجعه ایالات متحده و استرالیا را داوری برای خاتمه بخشیدن به اختلاف دیرینی که در مورد ظرفیت پروازی در قرار داد دوجانبه فی مابین داشتند، ناشی از همین دلیل دانسته‌اند. که چرا داوری علی‌رغم امتیازات و محاسن بسیاری که در حلّ و فصل اختلافات هوایی دارد، بندرت مورد مراجعه طرفین اختلاف قرار گرفته است. توجیه قضیه را شاید بتوان در علاقه و اشتیاق مفروطی یافت که دولتها در سرعت اداره شبکه خطوط هوایی بین المللی خود دارند و تشریفات طولانی و دست و پاگیر داوری را با آن ناسازگار

*. Kohana.

** Sadurska.

می‌دانند». عدم مراجعه ایالات متحده و استرالیا را به داوری برای خاتمه بخشیدن به اختلاف دیرینی که در مورد ظرفیت پروازی در قرارداد دوجانبه فی مابین داشتند، ناشی از همین دلیل دانست.

۴

پرونده‌های مربوط به اختلافات هوایی

از دیرباز اختلافات هوایی بین المللی از طریق رایزنی و مذاکره فی مابین دولتها و خطوط هواپیمایی ذی ربط حلّ و فصل شده است. هرچند موادّ داوری اجباری در قراردادهای حمل و نقل هوایی دوجانبه رایج و متدوال بوده، ولی در پرونده‌های زیر استفاده از آنها محدود شده است.

الف- ایالات متحده علیه فرانسه (۱۹۶۳)

دعوی فوق الذکر نخستین پرونده از این نوع است که در آن داوری اجباری مورد استفاده قرار گرفت و راه را برای کاربرد این روش در پرونده‌های بعد هموار ساخت. به موجب یک قرارداد دوجانبه، فرانسه به ایالات متحده اجازه داده بود که برای مقاصدی در «خاور نزدیک» از طریق پاریس، خدمات هوایی برقرار و ارائه نماید. ترانس ورلدارلاین (TWA) و بعداً پان آمریکن (Pan Am) دو شرکت هوایی تابع پرچم آمریکا بودند که برای تأمین نیازهای این مسیر تعیین شدند. بعد از مدتی پان آمریکن تصمیم گرفت طول مسیر هوایی خود را به ترکیه و بعداً به ایران امتداد دهد و فرانسه این اقدام را خلاف قرارداد دوجانبه اعلام داشت و به آن اعتراض نمود. ولی این اختلافات، با انجام مذاکرات و دادن اجازه به شرکت فرانسوی «ارفرانس» برای برقرار کردن پرواز جهت مقاصدی در داخل آمریکا، فیصله یافت. اما دیری نپایید که با سودآور شدن پروازهای هوایی به ترکیه و ایران، فرانسه تأیید عملی خود را پس گرفت و درصد برآمد که بهره برداری از این مسیر را به یک شرکت هواپیمایی تحت پرچم خود واگذار کند. ایالات متحده به ماده داوری اجباری در

قرارداد دوجانبه متوسل شد و علی‌رغم تصریح ماده ۱۰ قرارداد به مشورتی نظر دیوان، طرفین «از طریق مکاتبه، خود را صریحاً ملزم ساختند که به تصمیمات و آراء دیوان را برای خود الزام آور دانستند».

دیوان داوری در مقام رسیدگی به اختلاف مزبور، با وجود تأیید و پذیرش استدلال فرانسه که مدعی بود ترکیه و ایران جزء مسیرهای خاور دور که خدمات هوایی آن به شرکتهای آمریکایی واگذار شده است به شمار نمی‌روند، مع الوصف عملاً به نفع ایالات متحده رأی داد و مقرر داشت که فرانسه نمی‌توانسته از رضایت و موافقتی که صریحاً یا ضمناً طی سالیان متمادی برای انجام خدمات شرکتهای هواپیمایی آمریکایی ابراز داشته است، عدول و رجوع نماید.

ب- ایالات متحده علیه ایتالیا (۱۹۶۵)

دومین پرونده داوری حاکی از استفاده از این روش برای حل و فصل اختلافات، ناشی از تغییر تکنولوژی در قراردادهای خدمات هوایی است. در قرارداد دوجانبه منعقد شده بین ایالات متحده و ایتالیا که براساس قرارداد نمونه برمودا (۱) تنظیم گردیده بود، به شرکتهای هوایی تابعه اجازه داده شده بود که نسبت به حمل و نقل «مسافر، بار و پست» اقدام نمایند. ولی شرکتهای آمریکایی TWA و بعداً نیز پان‌ام با استفاده از ناتوانی شرکت هواپیمایی ایتالیا در رقابت با آنها که از کمبود تجهیزات و تکنولوژی آن شرکت ناشی می‌شد و علی‌رغم اعتراض ایتالیا، بتدریج خدمات حمل بار خود را توسعه دادند. اقدام بعدی TWA در مورد وارد کردن هواپیمای پیشرفته جت به داخل مسیر، سقف حمل و نقل بار را به دو برابر افزایش داد و همین امر اعتراض ایتالیا را برانگیخت که مدعی بود ماده مربوطه در قرارداد دوجانبه، اجازه برقراری خدمات مخصوص حمل بار را به شرکتهای آمریکایی نداده است.

پس از شکست مذاکرات و رایزنیهای اصلاحی، ایالات متحده در ۱۹۶۴ به ماده ۱۰ قرارداد در مورد داوری اجباری توسل جست و دیوان داوری با اکثریت دو بر یک، هم بر مبنای تفسیر عبارت مورد استناد در

قرارداد دو جانبه و هم با استناد به رضایت مستنبط از سکوت ایتالیا در مورد خدمات انجام شده در طول سالیان دراز، علیه ایتالیا رأی داد. این پیروزی دیری نپایید و ایتالیا بعداً قرارداد دو جانبه مزبور را فسخ نمود. در سال ۱۹۷۰ پس از مذاکرات طولانی، قرارداد دو جانبه جدیدی بین دو دولت به امضاء رسید، ولی این قرارداد نیز نتوانست پاسخگوی شرایط جدیدی باشد که با ورود هواپیماهای مدرن و بزرگتر بویینگ ۷۴۷ در صحنه رقابتهای هوایی بروز نمود. این بار ایتالیا استدلال می کرد که این تکنولوژی در زمان امضای قرارداد ۱ موضوع قصد و توافق طرفین قرارداد نبوده و در نتیجه به پرواز درآوردن چنین هواپیماهای پیشرفته ای در این مسیر توسط آمریکا خلاف قرارداد است.

ج- ایالات متحده علیه فرانسه (۱۹۷۸)

این دعوی برخی از موضوعات اساسی تر مطروحه در داوری اختلافات هوایی بین المللی را روشن می سازد و استفاده بسیار مؤثری از این روش را به نمایش می گذارد. ریشه اختلاف در این بود که پان ام، به دلیل کاهش حجم بار و مسافر در در مسیر سانفرانسیسکو به لندن، هواپیماهای بویینگ ۷۴۷ را از مسیر خارج ساخت و به جای آن هواپیماهای بویینگ ۷۲۷ خط هوایی لندن به پاریس را داخل مسیر نمود. این اقدام با اعتراض فرانسه روبرو شد. در حالی که فرانسه ادعا می کرد که چنین تغییری در ظرفیت پروازی در قرارداد دوجانبه تجویز نشده است، شرکت آمریکایی آن را کاملاً موجه و منطبق با قرارداد می دانست. در ماه مه ۱۹۷۸، ژاندارمهای فرانسوی هواپیمای جت بونینگ ۷۲۷ پان ام را در فرودگاه اورلی پاریس توقیف و آن را مجبور نمودند که بدون سوار و یا پیاده کردن مسافران خود به لندن برود. این اقدامات به طرح دعوی از جانب پان ام در دادگاههای فرانسه انجامید.

ایالات متحده با استناد به ماده ۱۰ قرارداد دوجانبه تقاضای برگزاری یک داوری فوری را طرح نمود، ولی هنگامی که دولت فرانسه حاضر به همکاری نشد، انجمن هواپیمایی کشوری آمریکا با صدور

اخطاریه ای مبنی بر تعطیل پروازهای افرانس به لوس آنجلس از طریق مونترال، نسبت به این اقدام فرانسه واکنش نشان داد. همین اقدام در نرم شدن موضع فرانسه موثر افتاد و به تنظیم یک موافقتنامه داوری انجامید.^{۱۴}

دیوان داوری به نفع شرکت پانام رأی داد. دامروش اظهار نظر می کند: «در این گونه مواد داوری، اصل ارجاع اختلاف به داوری از قبل مورد توافق این قرار گرفته است ولی کیفیت و نحوه طرح یک دعوی خاص به داوری باید از طریق امضای یک توافق بین الدولی به نام موافقتنامه داوری تعیین گردد که می تواند شامل مقرراتی باشد در مورد گزینش داوران، محل داوری، موضوعات قابل طرح، آیین دادرسی، جدول زمانی رسیدگی، شرایط حاکم بر نحوه رفتار طرفین در خصوص مورد اختلاف در خلال مدتی که پرونده تحت رسیدگی قرار دارد و...»

در موافقتنامه مزبور ضرب الاجلهای سرمی جهت تبادل لوایح پیش بینی و از دیوان تقاضا شده بود که رأی خود را حداکثر تا ۱۰ دسامبر ۱۹۷۸ صادر کند. همچنین براساس ترتیبات موقتی مندرج در موافقتنامه، پانام اجازه داشت خدمات خود را با تغییر ظرفیت به نسبت دقیقاً نصف روزهای بین بروز اختلاف و ۱۰ دسامبر انجام دهد.^{۱۵}

گفتنی است که موضوع تحت رسیدگی یعنی تغییر ظرفیت اختلاف اصلی بین آمریکا و فرانسه را تشکیل نمی داد، بلکه ریشه اصلی اختلاف ۱۴. ماده ۱۰ قرارداد مقرر می داشت که:

«... هرگونه میان کشورهای متعاقد اختلاف ناشی از تفسیر یا اجرای این قرارداد یا پیوست آن که نتواند طریق مذاکره مرتفع گردد جهت اعلام نظریه مشورتی به دیوانی مرکب از سه داور ارجاع خواهد شد... طرفین قرارداد حداکثر تلاش خود را با استفاده از اختیارات محوله برای اجرای نظر ابرازی در از نظرات مشورتی مزبور معمول خواهند داشت.»

طبق موافقتنامه داوری فرانسه و آمریکا هر یک داوری را از اتباع خود برگزیدند و داور ثالث یک حقوقدان بین المللی هلندی بود که با توافق طرفین برگزیده شد. دیوان به اتفاق آراء به نفع اقدامات تلافی جویانه آمریکا رأی داد و در مورد تفسیر ظرفیت نیز اقدام آمریکا مورد تأیید اکثریت واقع شد و داور فرانسوی مخالفت کرد.

*. Damrosch.

۱۵. دامروش: «معامله بمثل یا داوری و یا هر دو؟» مجله حقوق بین الملل آمریکا، ۱۹۸۰، شماره ۷۴، ص

۸۰.

تلاشهای فرانسه بود برای بدست آوردن حق تردد هوایی «برفرار قطب» به سوی سواحل غربی آمریکا در ازای دادن این امتیاز به پانام. در این مورد بیلدر^{*} استدلال می کند که «هر دیوان داوری مکلف است لزوماً رسیدگی به موضوع «حقوقی» بی واسطه ای را که نزد وی مطرح گردیده، وجهه همت خود قرار دهد، هر چند ممکن است موضوع مزبور با منشأ واقعی اختلاف فیما بین طرفین ارتباط کمی داشته باشد». با این ترتیب وی خواسته است یکی از ایرادات و معایب داوری را به عنوان آیینی برای حل و فصل اختلافات تبیین نماید.^{۱۶}

دامروش ارتباطات درونی بین استفاده از اقدامات تلافی جویانه و متقابل برای تقلیل میزان خسارات وارده به خود و روشهای بیطرفانه حل و فصل اختلاف را بررسی و در این مورد بحث نموده است که چگونه در شرایط متعارف دعوی، فقط طرف زیان دیده است که به دنبال از میان بردن ماده اختلاف بوده و خطر و تهدید ناشی از توسل به اقدامات تلافی جویانه در کشاندن سریع طرف دیگر بر سر میز مذاکره و یا حل و فصل پرونده بسیار کارساز و مفید است. «دیوان داوری خود اذعان داشت که کاربرد با حسن نیت اقدامات متقابل قبل از اینکه دیوان داوری تشکیل شده باشد، پذیرش داوری و یا اقدامات قضایی در جهت حل و فصل اختلاف را برای دولتها آسان تر می سازد». دیوید^{*} پا را فراتر گذاشته است و اظهار می دارد که معامله بمثل و واکنشهای تلافی جویانه، جز «در موارد کم اهمیت» به تنهایی غالباً جانشین مؤثرتری برای داوری به شمار می رود. ولی به نظر نویسندگان مقاله، استدلال این مردود است و در اکثر موارد به جای رفع اختلاف، به تشدید آن خواهد انجامید.

د- بلژیک علیه ایروند (۱۹۸۱)

پرونده فوق الذکر، جزء آخرین پرونده های اختلافات هوایی مطروحه در داوری است که ریشه آن عدم توافق در مورد تقسیم ظرفیت بین خطوط

*. Bilder.

۱۶. بیلدر: محدودیتهایی بر رسیدگی قضایی به عنوان مکانیسم حل و فصل اختلافات بین المللی، ۱۹۸۲.

*. David.

هوایی ذی ربط بوده است. گفتنی است که موادهٔ مربوط به ظرفیت و سقف حمل مسافر و بار در قراردادهای دوجانبه سابق به شدت گنگ و مبهم بوده و رسیدن به ترتیبات مورد قبول به مذاکره و رایزنی های گاه و بیگاه طرفین نیاز داشته است. معمولاً هر یک از خطوط هوایی متعهد است ظرفیت کافی را برای حفظ یا بهبود سهم خود از بازار تأمین نماید، ولی ظرفیت مازاد و بیشتر به عوامل غیراقتصادی حمل و نقل خواهد انجامید. بلژیک در این دعوی استدلال می کرد که در این مسیر ظرفیتی اضافی وجود داشته است که باید اولاً تقلیل یابد و ثانیاً به نسبت برابر بین هواییماهای تابعهٔ هر یک از کشورها تقسیم شود. از سوی دیگر، ایرلند ضمن رد وجود ظرفیت اضافی و مازاد برای شرکت هوایی تابعهٔ خود یعنی ار لینگوس* به دلیل نقشی که در توسعه بازار داشته است، سهم بیشتری را مطالبه می کرد.

برای حل و فصل سریع موضوع، دو کشور داور منفردی را از سوئد برگزیدند و او، با احراز وجود ظرفیت اضافی و مازاد، دستور داد که این ظرفیت به ده پرواز در هفته کاهش یابد، که از این تعداد چهار پرواز به شرکت هوایی بلژیک، سابنا** و شش پرواز هم به ار لینگوس، به خاطر نقشی که در توسعه بازار ایفا کرده بود، اختصاص یافت.

هـ خطرات آینده برای داوری

(۱) رقابت

به موازات روند روبه افزایش مقررات زدایی از خدمات هوایی توسط دولتهای عضو، امروزه نقش قراردادهای دوجانبه و سیستم حل و فصل اختلافات به نحوی که در بخش ۲ تشریح گردید، مورد تأکید بسیاری قرار گرفته است. از یک طرف دولتهایی که از مقررات زدایی حمایت می کنند، سرگرم انعقاد قراردادهای دوجانبه ای هستند که توانایی پاسخگویی به اوضاع و احوال متحول را داشته و حاوی مقررات دست و پاگیر کمتری

*. Aer Lingus.

** Sabena.

باشد. در حالی که از سوی دیگر کشورهای محافظه کارتر که از دخالت و حمایت بیشتر دولت طرفداری می کنند، به شدت با این روند برخورد کرده اند. این مشکلات پس از توسعه و بهره برداری از سیستم های کامپیوتری جهانی رزرو جا و پیدایش شرکتهای عظیم هواپیمایی، تشدید شده است. «ومپسی» اظهار داشته است که سازمان توسعه و همکاری اقتصادی (DECD) برای حل و فصل اینگونه اختلافات بر «مبادله اطلاعات، هماهنگی، رایزنی و سازش» تأکید ورزیده و خاطر نشان ساخته است که تاکنون هیچ یک از دولتهای عضو از داوری برای پایان بخشیدن اختلافات ناشی از مقررات مربوط به رقابت بازرگانی در داخل کشور استفاده نکرده است.

۲) ازدحام

ازدحام و تراکم روبه افزایش در فضا و زمین گیر شدن ترافیک هوایی در فرودگاهها مهم ترین خطراتی است که صنعت حمل و نقل هوایی را در آینده تهدید می کند و همین عامل است که احتمالاً زمینه ساز اختلافات هوایی در سالهای بعد خواهد شد. از یک سو، حجم ترافیک هوایی از نه میلیون مسافر که در سال ۱۹۴۴، یعنی سال انعقاد کنوانسیون شیکاگو، جابجا گردیدند به بیشتر از یک میلیارد و دویست و پنجاه میلیون نفر در سال ۱۹۹۰ افزایش یافته است.^{۱۷} از سوی دیگر، استفاده بیش از حد از ظرفیت فرودگاهها توسعه آنها را با مشکل هزینه ها و مسائل پیچیده سیاسی و زیست محیطی در کلیه سطوح دولت در داخل کشورها روبرو ساخته است. نقطه اوج این مشکلات را در هیچ کجای دنیا نمی توان بخوبی منطقه آسیا و اقیانوسیه مشاهده کرد؛ منطقه ای که با داشتن بالاترین نرخ رشد ترافیک هوایی «تا سال ۲۰۰۰ بیشتر از ۳۹ درصد از حجم حمل و نقل مسافر هوایی را در مقایسه با ۲۰ درصد در

۱۷. طبق یک محاسبه، از فعالیت مزبور درآمدی بالغ بر ۲۰۰ میلیارد دلار تحصیل شده است.

سال ۱۹۷۸، به خود اختصاص خواهد داد».^{۱۸}

۵

نتیجه

با عنایت به آنچه گفته شد، به این ترتیب ساختاری پیچیده و آیینی تفصیلی برای حلّ و فصل اختلافات هواپیمایی کشوری تکوین یافته است که پایه‌های اصلی آن را باید در کنوانسیون ۱۹۴۴ شیکاگو جستجو نمود. هر چند دولتهای عضو کنوانسیون یاد شده نتوانستند به توافق در مورد مبادله همه جانبه آزادیهای اساسی هوایی نایل گردند، ولی نهادها و روشهایی را برای حلّ و فصل اختلافات هوایی از جمله مذاکره، میانجیگری، سازش و داوری پایه گذاری نموده اند.

با وجود برخوردهای اجتناب ناپذیری که در شبکه جهانی قراردادهای دو جانبه خدمات هوایی انجام شده توسط شرکتهای هواپیمایی رقیب وجود دارد، شمار اختلافاتی که به رسیدگی قضایی نیاز پیدا کرده باشد، انگشت شمار است و این خود شاخصی است برای درجه موفقیت مکانیسم حلّ و فصل اختلافات و کارایی ایکائو در نقشهای متفاوتی که به عنوان قانونگذار، میانجی، سازش دهنده و داور ایفا کرده است.

روشهای داوری ظریف و پیچیده‌ای که در داخل این سیستم به منظور حلّ و فصل اختلافات تحت قراردادهای چندجانبه و دوجانبه وجود دارد، به خوبی توانسته است از عهده رتق و فتق اختلافات هوایی خاصی که در آنها منافع و مصالح دولتی و خصوصی هر دو به هم آمیخته شده است، برآید. از آنجا که شبکه‌های قراردادهای دوجانبه بسیار جامع و فراگیر است، یک دکترین سابقه برای تفسیر و اجرای موادّ و مقررات مشابه پدید آمده و تواناییهای این سیستم به لطف مجموعه قوی و خودجوش تشریفات اجرایی تقویت گردیده است.

۱۸. سوخوره‌ای. ۱۹۸۹: «از هواپیمای دی سی ۳۰ به جت‌های مافوق صوت: ایکائو در یک فضای متحول»،

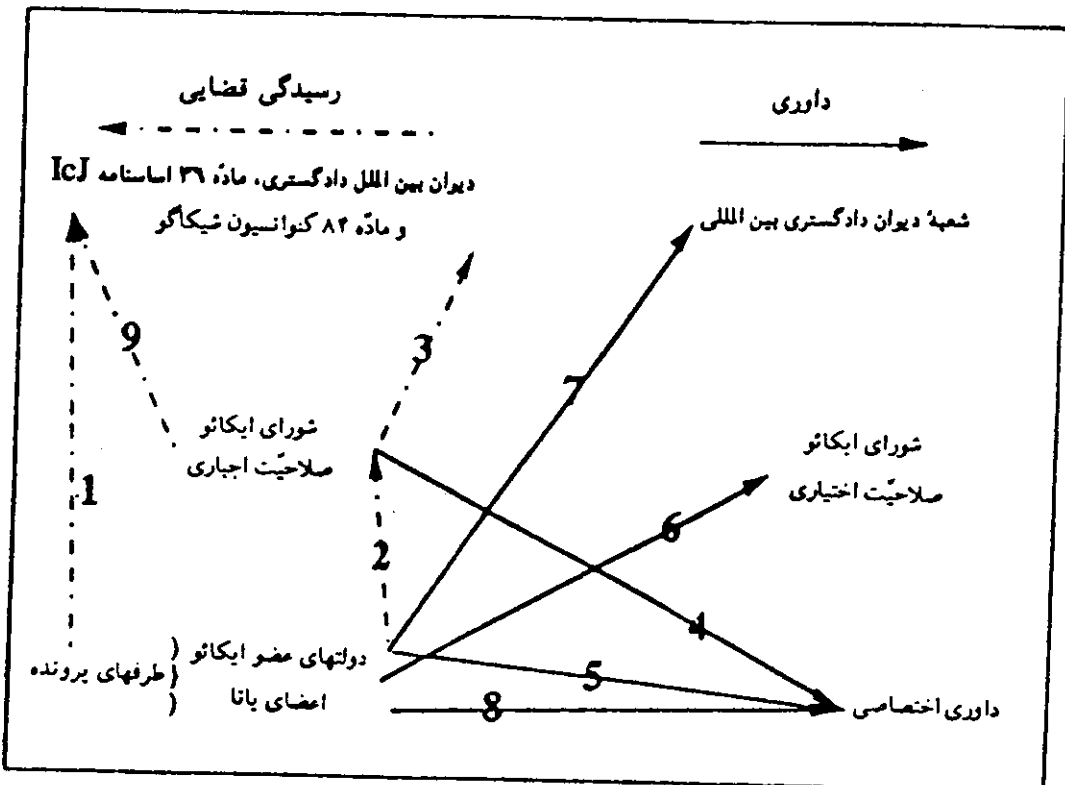
مجله حقوق هوایی و تجارت، شماره ۵۵، صص ۲۴۰-۲۰۷.

دولتهای عضو فقط در چهار مورد ناگزیر از توسل به داوری رسمی تحت یک قرارداد دو جانبه شده اند، که در هر یک از آنها تشریفات داوری، طریقه ای سریع و موثر برای حل و فصل اختلافات فراهم ساخته است. از سوی دیگر، در اغلب موارد آثار متقابل سایر روشهای خاتمه دادن به اختلافات از جمله مذاکره، معامله به مثل، سازش و مساعی جمعیله ایکائو در حصول نتیجه مطلوب موثر بوده است.

چالش آینده صنعت هواپیمایی بین المللی، انطباق و اجرای سیستمی است برای حل و فصل اختلافات گریزناپذیر ناشی از رقابت روزافزون خطوط هوایی و سنگین تر شدن فشار وارد بر تسهیلات فرودگاهی بویژه در منطقه آسیا اقیانوسیه که از سریع ترین نرخ رشد ترافیک هوایی برخوردار است.

نمودار ۱

الگوی حل و فصل اختلافات هوایی بین المللی



حلّ و فصل اختلافات هوایمایی کشوری بین‌المللی

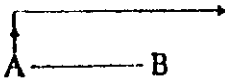
پیوست ۱

آزادهای هوایی

حقوق ترازیت

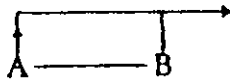
آزادی اول

حق پرواز و حمل بار و مسافر بدون توقف بر فراز سرزمین دولت اعطا کننده.



آزادی دوم

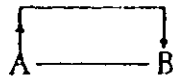
حق پرواز و انتقال بار و مسافر بر فراز سرزمین دولت اعطا کننده و یک یا چند توقف در آن سرزمین برای مقاصد غیر ترافیکی.



حقوق ترافیک

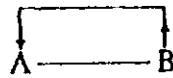
آزادی سوم

حق پرواز بر فراز سرزمین دولت اعطا کننده و تخلیه مسافر و بار وارده از هوایمایی تحت پرچم دولت ذی ربط.



آزادی چهارم

حق پرواز به سرزمین دولت اعطا کننده و سوار کردن مسافر و بارگیری به مقصد کشوری که هوایمایی تحت پرچم آن قرار دارد.

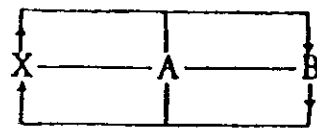


آزادی پنجم

حق پرواز به سرزمین دولت اعطا کننده به منظور سوار کردن و تخلیه مسافر و بار وارده از، یا به مقصد کشورهای ثالث.

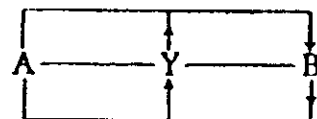
آزادی نقطه قبل

حق پرواز به داخل سرزمین کشور اجازه دهنده و سوار کردن بار و مسافر وارد از، یا عازم به مقصد کشور ثالثی که در مسیر توافق شده در نقطه ای قبل از کشور متبوع هوایمایی واقع است.

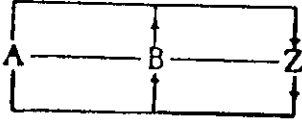


آزادی پنجم نقطه میانه

حق پرواز به داخل سرزمین کشور اجازه دهنده و سوار کردن بار و مسافر وارد از، یا عازم به مقصد



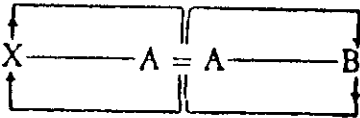
کشور ثالثی که در مسیر توافق شده در قطه ای میان کشور ثالثی که در مسیر توافق شده در قطه ای قبل از کشور متبوع هوایما واقع است.



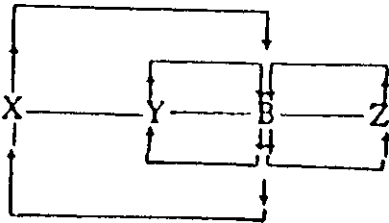
آزادی پنجم نقطه بعد

حق پرواز به داخل سرزمین کشور اجازه دهنده و پیاده و سوار کردن بار و مسافر وارد از، یا عازم به مقصد کشور ثالثی که در مسیر توافق شده در قطه ای بعد از کشور اجازه دهنده واقع است.

آزادی ششم (مورد اختلاف)



حق پرواز به داخل سرزمین کشور اجازه دهنده و پیاده و سوار کردن بار و مسافری که ظاهراً وارد از، یا عازم به مقصد کشور متبوع هوایماست و هوایما آنها را یا از کشور ثالثی با پرواز دیگری به کشور متبوع خود آورده و یا آنها را از کشور خود با پرواز دیگر به کشور ثالثی حمل می کند.



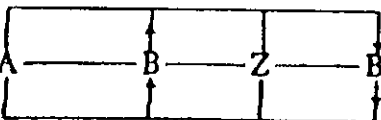
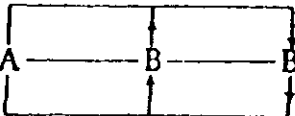
آزادی هفتم

حق هوایمایی که کاملاً خارج از سرزمین کشور متبوع خود فعالیت می کند، به پرواز به داخل سرزمین کشور اجازه دهنده و پیاده و سوار کردن بار و مسافر وارد از، یا عازم به مقصد کشور یا کشورهای ثالث.

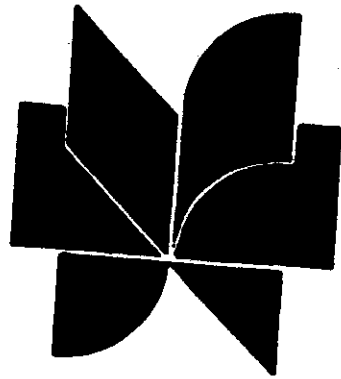


آزادی هشتم

حق حمل بار و مسافر از نقطه ای واقع در سرزمین یک کشور به نقطه ای دیگر در همان کشور.







بخش


رویدادهای

حقوقی



فهرست مطالب بخش رویدادهای حقوقی

- گاه شمار حقوق و روابط بین الملل (۱۹۹۰-۲۰۰۰)..... ۴۳۹
دکترهدایت الله فلسفی- دکترابراهیم بیگ زاده
- پانزدهمین کنفره' بین المللی حقوق جزا (انجمن بین الملل حقوق جزا)..... ۴۴۳
۱۰-۳ سپتامبر ۱۹۹۳ ریودوژانیرو (برزیل)
دکترمנוچهر خزانی- دکترمحمدعلی اردبیلی- دکترعلی حسین نجفی ابرندآبادی
- گزارش سفر پرفسور پل تاورنیه به ایران..... ۴۸۵
۲۴ تا ۳۱ فروردین ۱۳۷۴
دکتر ابراهیم بیگ زاده
- ۱- تغییرساختار شورای امنیت سازمان ملل متحد: نقش قدرتهای بزرگ..... ۴۸۹
- ۲- دادگاه جزایی بین المللی: تحولات اخیر..... ۵۰۹
کنفرانس ملل متحد راجع به ذخایر ماهیهای دوکاشانه ای و ماهیهای مهاجر دور و
موافقتنامه' اوت ۱۹۹۵ نیویورک..... ۵۲۵
دکتر اردشیر امیرارجمند
- فهرست پایان نامه های پذیرفته شده..... ۵۴۵




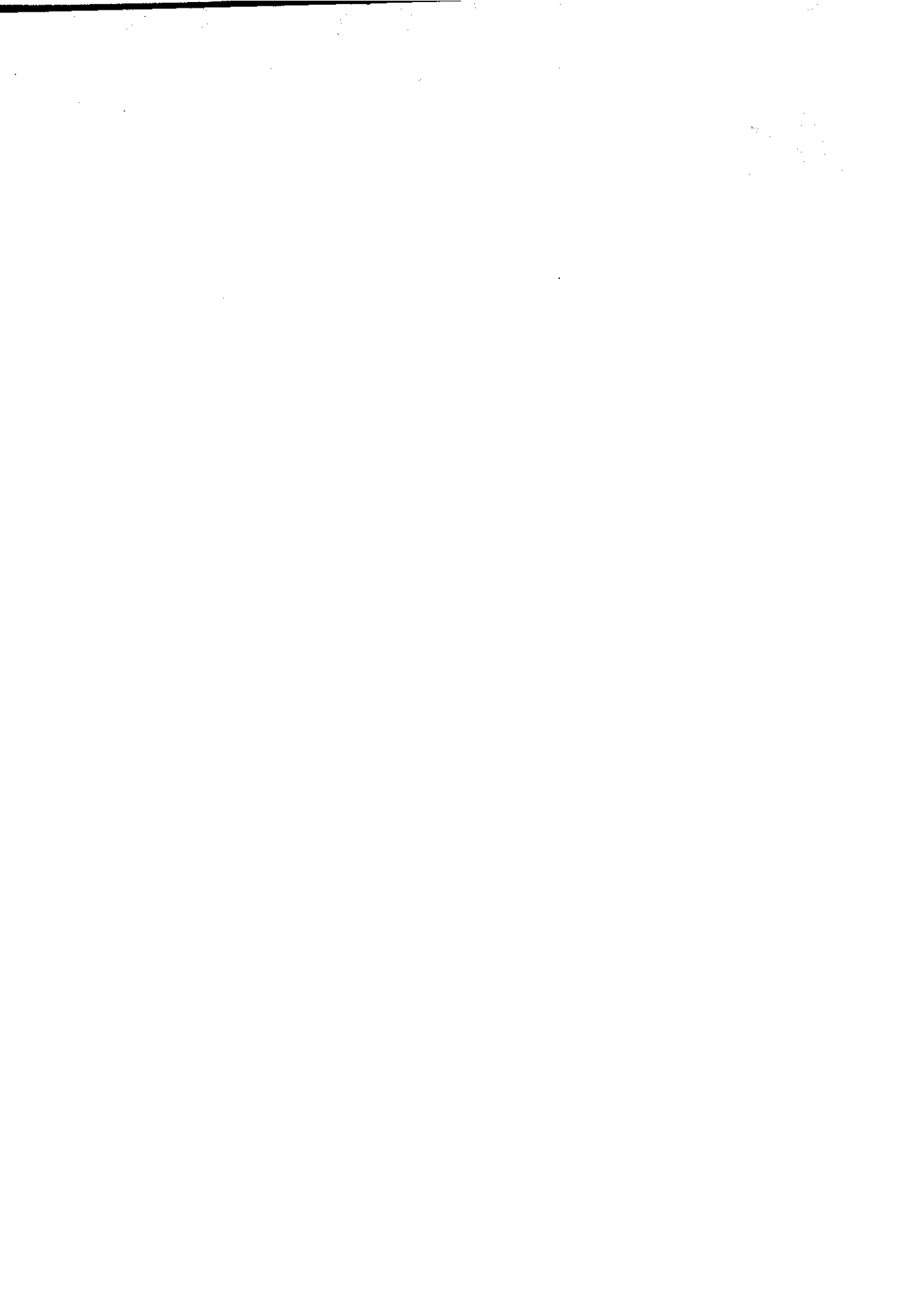
دکتر هدایت الله فلسفی

دکتر ابراهیم بیگ زاده

گاه شمار حقوق و روابط بین الملل

در دهه (۱۹۹۰-۲۰۰۰)






اعتذار

از ۱۹۹۳ تا زمان حاضر، وقایع و حوادث گوناگونی در جهان رخ داده و بطور کلی در تحول حقوق و روابط بین الملل تأثیر بسیار داشته است. این تطورات و تحولات نه تنها مبانی حقوق بین الملل را غنی تر کرده، که در محتوای منابع صوری نظام بین الملل نیز تغییراتی پدید آورده است. قطعنامه های متعدد و اعلامیه های پی در پی سازمانها و مراجع سیاسی بین المللی انعقاد معاهدات دوجانبه یا چندجانبه بین المللی، آراء و احکام متنوع محاکم قضایی بین المللی، خصوصاً دیوان بین المللی دادگستری، شاهدی بارز بر این مدعاست.

نویسندگان بخش رویدادهای بین المللی [گاه شمار حقوق و روابط بین الملل] این بار نیز تلاش کردند که با جمع آوری و تدوین اسناد و متون بین المللی، گزیده ای از اخبار و اطلاعات مربوط به اعمال حقوقی و وقایع مهم بین المللی را در اختیار پژوهندگان حقوق بین الملل قرار دهند؛ اما متأسفانه به دلیل تراکم مقالات این شماره و همچنین گلابه همکاران سایر گروهها از اینکه چرا بخش مهمی از شماره های قبلی این مجله به قیل و قال درباره این مسائل اختصاص یافته است، سعی خواهیم کرد که مطالب تدوین شده را تا حد امکان در شماره آینده درج نماییم.





دکتر منوچهر خزانی

دکتر محمد علی اردبیلی


دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی

پانزدهمین کنگره بین المللی حقوق جزا

(انجمن بین المللی حقوق جزا)

۴-۱۰ سپتامبر ۱۹۹۴ برابر با ۱۳ تا

۱۹ شهریور ۱۳۷۳، ریودوژانیرو، برزیل





مقدمه

انجمن بین‌المللی حقوق جزا از جمله سازمانهای غیردولتی محسوب می‌شود که اندکی بیش از یکصد و پنج سال قدمت دارد. این انجمن^۱ با تشکیل کنگره‌های بین‌المللی که هر پنج سال یکبار در یکی از کشورهای داوطلب عضو برگزار می‌شود، فرصتی فراهم می‌آورد تا جنبه‌های مختلف حقوق جزا و آخرین تحولات این رشته از حقوق با حضور بسیاری از متخصصان کیفری از کشورهای مختلف، مورد بحث و بررسی و تبادل نظر قرار گیرد.

پانزدهمین کنگره بین‌المللی حقوق جزا با همکاری دانشگاه ریودوژانیرو (برزیل) و فرمانداری ایالت ریو در روزهای چهارم تا دهم سپتامبر ۱۹۹۴ با حضور بیش از هزار حقوقدان (استاد دانشگاه، قاضی، وکیل دادگستری، مشاور حقوقی، مقامهای عالی‌رتبه پلیس و دانشجویان دوره‌های کارشنای ارشد و دکترا) از شصت و دو کشور جهان در این شهر

۱. درباره تاریخچه و فعالیتهای انجمن بین‌المللی حقوق جزا رک: نجفی ابرندآبادی (علی حسین) «نقش مطالعات و یافته‌های جرم‌شناسی در تحولات حقوق کیفری و سیاست جنایی»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۳-۱۴، سال ۱۳۷۳، صص ۵۵۷ و بعد.

برگزار گردید.^۱ در این کنگره عضویت انجمنهای ایرانی، آنگولایی و سنگالی حقوق جزا در انجمن بین المللی حقوق جزا مورد تصویب شورای مدیریت آن قرار گرفت.

موضوعهای کنگره بین المللی حقوق جزا معمولاً در آغاز با برگزاری گردهمایی های منطقه ای از قبل توسط اعضا مورد بررسی قرار می گیرد و گزارشهای نهایی آن برای بحث و بررسی وسیع تر و تصویب توصیه نامه ها و قطعنامه به اجلاس کنگره ارائه می گردد. این موضوعها چهار جنبه از حقوق جزا را شامل می شود که در چهار گروه کاری مورد علاقه شرکت کنندگان در کنگره قرار می گیرد. گروههای کاری تشکیل شده در کنگره ریو ابتدا به بررسی گزارشهای نهایی پیرامون موضوعهای ذیل پرداختند. در پایان شرکت کنندگان گروه پیش نویس توصیه نامه ها و قطعنامه مربوط به موضوع خود را با اصلاحاتی تصویب کردند:

۱. جرایم علیه محیط زیست،
 ۲. جرایم انفورماتیک و کامپیوتری و سایر جرایم علیه تکنولوژی انفورماتیک،
 ۳. جنبشهای اصلاح آیین دادرسی کیفری و حمایت از حقوق بشر،
 ۴. منطقه ای کردن حقوق جزا و حمایت از حقوق بشر از طریق شیوه های همکاری بین المللی در قلمرو کیفری.
- در گزارش حاضر سعی بر آن است تا اهم مطالب علمی کنگره و مطالعات و بحثهای هر گروه درباره موضوعهای چهارگانه بالا و نیز رئوس توصیه نامه ها و قطعنامه ها مورد بررسی قرار گیرد.

گروه ۱

جرایم علیه محیط زیست

در این گروه ابتدا، جنبه های مختلف جرایم علیه محیط زیست مورد

۲. گفتنی است که شانزدهمین کنگره بین المللی حقوق جزا در سال ۱۹۹۹ در شهر بوداپست (بایتنخت مجارستان) برگزار خواهد شد.

بررسی قرار گرفت و سپس متن توصیه نامه ها قرائت، بررسی و تصویب شد.

۱- مسایل مربوط به مسؤلیت و ضمانتهای اجرایی کیفری در قلمرو جرایم علیه محیط زیست.

حمایت از محیط زیست به یکی از مهمترین دل نگرانیهای بشر تبدیل شده است و تحت این عنوان، در چشم اندازهای عملی، علمی، اقتصادی و اخلاقی قرار می گیرد. از نظر علمی، حمایت از محیط زیست موضوع تحلیل عمیق « کمیسیون جهانی پیرامون محیط زیست و توسعه »^۳، مشهور به کمیسیون برنت لند،^۴ واقع شده است. این کمیسیون ریشه های مسأله (یعنی این که پدیده رشد، حدودی دارد و هوا، آب و سایر منابع طبیعی رایگان نیست) را روشن نمود. از نظر علمی، مسأله تابعی است از تعریف خود محیط زیست: آیا این مفهوم، محدود به محیط زیست انسانی می گردد؟ آیا محیط زیست زیست شناختی را در بر می گیرد؟ یا اینکه به تمام محیط زیست طبیعی تسری پیدا می کند؟ رکن اقتصادی، مسأله منافی را که باید حمایت شود، مطرح می نماید: آیا محیط زیست باید به عنوان « مالی » که به همه - از جمله نسلهای آینده - متعلق است تلقی گردد؟ یا به عنوان یک منبع که بین موجود انسانی و سایر گونه ها مشترک است؟ یا به عنوان یک « وجود » که فی نفسه باید حمایت گردد؟ چهارمین چشم انداز محیط زیست مربوط است به تلاش برای برقراری تعادل قابل قبول بین ارزشهای متضاد: آیا می توان به سازش عادلانه ای بین، از یک سو، حمایت از منابع (از قبیل هوا، آب) و توسعه صنعتی، ایجاد مشاغل و کار و پیشرفت اقتصادی از سوی دیگر، دست یافت؟

از نظر حقوقی، مسأله پیچیده تر است. اگر روزی حمایت از محیط زیست در الویت قرار داده شود، در آن صورت کدام شعبه از حقوق برای تضمین این حمایت مناسب است؟ بعضی حقوق جزا را انتخاب می کنند،

3. World Commission on Environment and Development, Our Common future. Oxford. University Press, 1987.

4. Burntland.

یعنی ابزار حقوقی که جوامع بشری، به منظور پیشبرد ارزشهای بنیادی و مجازات تخلفات نسبت به این ارزشها، مورد استفاده قرار می‌دهند. به نظر این عده، تمامیت محیط زیست در اغلب جوامع مدرن، به عنوان یک ارزش حیاتی و شرط لازم برای کیفیت زندگی مناسب، شناخته شده است. عده‌ای دیگر، حقوق کیفری را رد می‌کنند. به این جهت که این رشته از حقوق، بیشتر به اعمال و وقایع مقطعی، به رفتارهای خطرناک یا عمدی، به اعمال فردی و به خساراتی که به قربانیان معین وارد است توجه می‌کند. برعکس، خسارات زیست محیطی بیشتر از اعمال مستمر تا از اعمال مقطعی (چه به صورت ترک فعل و چه به صورت فعل)، بیشتر از اهمال و سهل‌انگاری تا از رفتارهای عمدی یا خطرناک و بالاخره بیشتر از رفتارهای جمعی ناشی می‌شود تا رفتارهای فردی. افزون بر این، جامعه بیشتر ترجیح می‌دهد به حقوق اداری متوسل شود؛ زیرا با توجه مقررات و رژیمهای بازرسی و سایر تاسیسات، این رشته از حقوق، راه‌حلهای بهتری را فراهم می‌کند.

به هر حال، تردیدی نیست که حقوق جزا در این زمینه دارای رسالت می‌باشد. رسوایی ناشی از تعقیب کیفری و اعمال ضمانتهای اجرایی کیفری - چه از نظر بین‌المللی و چه از نظر ملی - احتمالاً آثار مفید در قبال لطمات و صدمات عمدی یا غیرعمدی علیه محیط زیست دارد. به طور کلی، خسارات علیه محیط زیست ممکن است به سه نوع اعمال مربوط باشد: عدم رعایت مقررات، بی‌توجهی و اهمال شدید در انجام فعالیت صنعتی یا عمل عمدی صاحبان صنایع سودجو و بی‌دقت. اعمال نوع سوم در قلمرو حقوق جزای بین‌الملل قرار می‌گیرد. کسانی که عمداً میدانهای نفتی را به آتش می‌کشند، جنگلها را تخریب می‌کنند و مواد سمی در اقیانوس رها می‌کنند، بدون هیچ تردیدی شایسته تقبیح و تنبیه هستند که تنها حقوق جزای بین‌الملل می‌تواند آن را تضمین می‌نماید.

مع‌ذک، جرم‌انگاری «لطمات علیه محیط زیست» مسائلی را از نظر اصول ماهوی حقوق جزا مطرح می‌کند که از میان آنها می‌توان به مسؤولیت کیفری، عناصر تشکیل دهنده جرایم، حقوق دفاع، رژیم مجازاتها اشاره کرد.

مسأله مسؤولیت کیفری، به طور تنگاتنگی، به مفهوم «قابلیت انتساب عمل ارتكابی» مرتبط است. مرزهای مسؤولیت کیفری را در کجا باید تثبیت و تعیین کرد؟ آیا مسؤولیت کیفری باید محدود به اشخاص حقیقی شود یا این که باید آن را نسبت به اشخاص حقوقی و سایر تشکلهای گروهی تسری داد؟ این مسأله به ویژه از آن جهت مهم است که جرایم علیه محیط زیست غالباً به وسیله مؤسسات و شرکتهای ارتكاب می یابند تا افراد. مسأله عناصر تشکیل دهنده جرایم دو نوع سؤال را مطرح می کند: در وهله اول عنصر مادی جرایم، یعنی عمل آن طور که متن قانونی جزا تعریف است، مطرح می شود. بدین ترتیب است که می توان پرسید تا چه اندازه ترک عمل برای تشکیل جرم کافی است، و تا چه اندازه ترک عمل باید مربوط به تکلیفی باشد که در متن صراحتاً انشاء شده است؟ آیا جرایم ممکن است از یک رشته اعمال مستمر تشکیل شود؟ در وهله دوم عنصر روانی جرم مطرح می شود: به عنوان مثال، بی مبالاتی و بی احتیاطی چه مکانی را در حقوق جزا دارا است؟ چه نوع بی احتیاطی و بی مبالاتی مد نظر است؟ مسأله دفاع نیز مشکلاتی را، به ویژه در مورد ضرورت اعمال یک قدرت قانونی، بوجود می آورد:

– مثلاً هرگاه در یک دولت فدرال، قدرت ایالتی اجازه ساخت سدی را صادر کند که برق ارزان قیمت تولید نماید، لیکن این سد به محیط زیست صدمه وارد کند، و از سوی دیگر، قدرت مرکزی فعل خسارت آمیز به محیط زیست را به موجب قانون جرم تلقی کرده باشد، لیکن نه دولت مرکزی و نه دولت ایالتی هیچ یک دارای صلاحیت انحصاری در قبال محیط زیست نباشند، در این صورت چه باید کرد؟

موضوع اجرای مجازاتها نیز مسائلی را برمی انگیزد. بهترین شیوه برای تحت انقیاد درآوردن و تسلیم کردن صاحبان صنایع متخلف چیست؟ چه نوع مجازاتهایی موثر خواهد بود؟ اعدام یک شخص حقوقی کار دشواری است؟! در این شرایط باید رژیمهای جدید مجازات را خلق کرد.

۲- قطعنامه

با توجه به خطر روزافزون فعالیتهای صنعتی و فعالیتهای مشابه برای نسلهای کنونی و آتی و سلامت و محیط زیست آنها؛ با توجه به دل نگرانی جهانی در مورد تخریب و نابودی محیط زیست ناشی از ارتکاب جرایم علیه محیط زیست و نقض حقوق ملی و بین المللی؛ با توجه به گرایشهای اخیر قانونگذاران در جهت پیش بینی جرایم علیه محیط زیست در قوانین جزایی داخلی، وضع قوانین حمایت از محیط زیست و نیز پیش بینی آنها در معاهدات بین المللی، توصیه نامه ها و قطعنامه ها؛ با توجه به قطعنامه شماره ۴۵/۱۲۱ مصوب ۱۹۹۰ مجمع عمومی ملل متحد در مورد حمایت کیفری از محیط زیست که هشتمین کنگره پیشگیری از جرم و اصلاح بزهکاران سازمان ملل متحد تصویب آن را پیشنهاد کرده بود...؛ با توجه به توصیه نامه ارائه شده در گزارش کمیسیون حقوق بین الملل مجمع عمومی متحد در سال ۱۹۹۱ و اینکه پیش بینی کیفرهای مناسب برای تنبیه جرایم شدید علیه محیط زیست و ترمیم خسارات وارده بر آن، امری ضروری است.

توصیه نامه های زیر برای تصویب و اجرا بوسیله دولتها و سازمانهای بین المللی ارائه می گردد (ما در اینجا به اهم آنها اشاره می کنیم):

۲-۱- مقدمات

- واژه محیط زیست شامل کلیه مؤلفه های کره زمین چه زیست شناختی و چه بیوتیک می گردد: هوا، تمامی لایه های جو، آب، زمین و منابع کافی، گیاه، حیوان و کلیه روابط بوم شناختی بین این مؤلفه های مختلف.

- اصل توسعه معقول، آنطور که کمیسیون برنت لند آن را بیان داشته و مجمع عمومی در سال ۱۹۹۲ تصویب کرده است، ایجاب می کند که توسعه اقتصادی کنونی، موضوع بهره برداری نسلهای آینده از محیط زیست را فدا نکند.

- اصل احتیاط، آنطور که کنفرانس ملل متحد در مورد محیط زیست

و توسعه در ژوئن ۱۹۹۲ (ریودوژانیرو) بیان داشته است، ایجاب می کند که وقتی تهدیدهای مبنی بر خسارت شدید علیه محیط زیست وجود دارد، عدم اطمینان و یقین علمی، به عنوان دلیل برای به تأخیر انداختن تصویب تدابیر ضروری پیشگیرانه، مطرح نشود.

- برای تضمین رعایت اصل احتیاط و اصل توسعه معقول، دولت‌ها باید یک سلسله تدابیر اجرایی پیش بینی کنند که شامل تدابیر ترغیب و تشویق کننده، اختیارات مبنی بر صدور مجوز، حل و فصل موضوع و در صورت لزوم مجازات در صورت تخلف باشد. در این صورت، حقوق جزا مناسب به نظر می رسد.

۲-۲- مسائل خاصی مربوط به جرایم علیه محیط زیست

- براساس اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، باید تعریف دقیق و روشنی از جرم علیه محیط زیست بدست داد.

- باید بین ضمانت‌های اجرای اداری که به دنبال عدم رعایت مقررات اداری به متخلف تحمیل می شود و ضمانت اجرای کیفری که به منظور بازدارندگی و مجازات اعمال یا ترک اعمال مجرمانه ای که خسارت شدیدی را علیه محیط زیست موجب شده اند، تفکیک قائل شد.

- براساس اصول مداخله حداقل نظام کیفری، ضمانت‌های اجرای کیفری تنها زمانی باید اعمال شوند که ضمانت‌های اجرای اداری و مدنی و تدابیر مناسب نباشند و نتوانند به مسائل ناشی از جرم ارتكابی پاسخ دهند.

۲-۳- مسؤلیت کیفری اشخاص حقوقی

حقوق داخلی کشورها باید، بنا بر قوانین اساسی خود، ضمانت‌های اجرای کیفری متنوع و نیز هرگونه اقدام مقتضی علیه اشخاص حقوقی و ارکان‌های عمومی متخلف در این زمینه (اعم از اشخاص حقوقی حقوق خصوصی و اشخاص حقوقی حقوق عمومی) پیش بینی کنند، - صدور احکام کیفری علیه اشخاص حقوقی حقوق خصوصی نباید

مانع تعقیب و مجازات آن دسته از اشخاص حقیقی شود که در خدمت این اشخاص حقوقی هستند.

۲-۴- جرایم علیه محیط زیست

— جرایمی که به طور خاص به محیط زیست لطمه می‌زنند، یعنی جرایمی که تعریف آنها به قوانین دیگر بستگی ندارد، باید در قانون جزای کشورها پیش بینی شود،

— جرایم خاصی که در صلاحیت چندین دولت قرار می‌گیرد یا به یک ناحیه فراسرزمینی لطمه وارد می‌کند، باید به موجب معاهدات چندجانبه جرایم بین المللی تلقی شود،

— در چارچوب قانون اساسی هر نظام ملی، قانون باید شرکت شهروندان را در تعقیب کیفری علیه اینگونه جرایم تسهیل نماید.

۲-۵- صلاحیت

جرایم فراملی

— وقتی خسارت یا خطر جدی خسارت که اساس یک جرم خاص علیه محیط زیست را تشکیل می‌دهد - کلاً یا بخشی از آن خسارت - از دولتی صادر می‌شود که جرم در قلمرو آن واقع شده است، در این صورت تعقیب مباشر جرم بوسیله دولتی که جرم در آنجا ارتکاب یافته است، یا بوسیله دولتی که خسارت، یا خطر جدی خسارت در آنجا محقق شده است، باید ممکن باشد، مشروط بر اینکه حقوق دفاع تضمین شود و حقوق بین الملل قابل اعمال نیز رعایت گردد،

۲-۵-۱- جرایم فوق سرزمینی

وقتی خسارت یا خطر جدی خسارت که اساس یک جرم خاص علیه محیط زیست را تشکیل می‌دهد، در خارج از صلاحیت سرزمینی دولتها، یا در یک ناحیه فوق سرزمینی محقق گردد، دولتها باید در مورد تصویب یک معاهده بین المللی یا اجرای معاهدات موجود که امر تعقیب کیفری را به

ترتیب، با رعایت و اجرای اصل سرزمینی بودن، اصل تابعیت، اصل استرداد یا تعقیب کیفری و اصل جهانی بودن (زمانی که جرم از نظر جهانی بین المللی محسوب می گردد) ممکن می سازد، به توافق برسند.

۲-۵-۲- استرداد

- جرایم بسیار شدید علیه محیط زیست باید، در صورت لزوم، منجر به استفاده از نهاد کیفری استرداد گردد.

۳-۵-۲- دیوان کیفری بین المللی

- به منظور تسهیل امر تعقیب و مجازات جرایم بین المللی علیه محیط زیست، صلاحیت دادگاه کیفری بین المللی که کمیسیون حقوق بین الملل اساسنامه آن را تصویب کرده است و مجمع عمومی سازمان ملل متحد آن را در دست بررسی دارد، باید به آنها نیز تسری داده شود.

۴-۵-۲- اجرای معاهدات بین المللی

وقتی معاهدات بین المللی مربوط به جرایم علیه محیط زیست، در زمینه اجرای تضمینهای کیفری در حقوق داخلی به طور مستقیم قابل اعمال نیستند، دولت‌های امضاکننده باید این نوع معاهدات را، با تصویب قوانین داخلی مناسب، به اجرا گذارند.

گروه ۲

جرایم انفورماتیک و کامپیوتری و سایر جرایم

در قلمرو تکنولوژی انفورماتیک

موضوع کار این گروه، بررسی ابعاد مختلف جرایم انفورماتیک و سپس تدوین و تصویب توصیه نامه هایی در همین قلمرو بود:

۱- تحولات بزهکاری انفورماتیک

۱. نقطه آغاز حمایت کیفری از اطلاعات یا پیدایش «حقوق کیفری اطلاعات»^۵ به دهه ۱۹۶۰ میلادی برمی گردد. یعنی زمانی که رسانه های گروهی نوشتاری نخستین تفاسیر و اخبار خود را مربوط به بزهکاری انفورماتیک و انواع و اشکال مختلف آن، چون خرابکاری، جاسوسی و استفاده و دستکاری غیرقانونی در رایانه ها، منتشر ساختند.

در دهه ۱۹۷۰ میلادی، نخستین پژوهشهای علمی و جرم شناختی در این زمینه انجام شد و بدین ترتیب از یک سو به اشکال معدودی از بزهکاری انفورماتیک و از سوی دیگر به رقم سیاه قابل توجه در این نوع بزهکاری، پی برده شد.

در دهه ۱۹۸۰ میلادی، مفهوم عمومی و علمی بزهکاری انفورماتیک عمیقاً تغییر یافت، زیرا برای نخستین بار آشکار شد که از یک سو، قلمرو بزهکاری اقتصادی تحت تأثیر این نوع از بزهکاری قرار دارد و از سوی دیگر، جرایمی چون نقض حقوق مربوط به زندگی خصوصی افراد، به کمک و با استفاده از رایانه ارتکاب می یابد. با توجه به افزایش موارد سرقت داده ها و اطلاعات کامپیوتری و سوء استفاده از سیستمهای کامپیوتری در زمینه ارتباطات یعنی پدیده مشهور به Hacking که باعث آسیب پذیر شدن مؤسسات مختلف صنعتی، بانکی، بازرگانی و دولتی می گردد، اتخاذ خط مشیهای نوین برای کنترل امنیت انفورماتیک و پیشگیری از بزهکاری در این زمینه ضروری به نظر رسید.

امروزه در زمینه جرایم کامپیوتری و انفورماتیک، عمدتاً پدیده هکینگ (Hacking)، مسأله دستکاری غیرقانونی در سیستمهای نقل و انتقال الکترونیکی سرمایه ها مشاهده می شود. خطر پدیده هکینگ برای نخستین بار در سال ۱۹۸۹ زمانی برای عموم برملا شد که در دادگستری آلمان، دادرسی کیفری علیه چند آلمانی در جریان بود که از طریق شبکه های انفورماتیک بین المللی در سیستمهای انفورماتیک آمریکا، انگلستان و سایر کشورهای خارجی نفوذ کرده بودند و اطلاعات بدست

آمده از این طریق را به سرویسهای مخفی شوروی، یعنی K.G.B فروخته بودند. اینترنت - ورم* متعلق به یک دانشجوی امریکایی در همان سال موفق شده بود، شش هزار کامپیوتر «اینترنت - سیستم»** را به مدت چند روز فلج کرده و از کار بیندازد. تردیدی نیست که در آینده، سوء استفاده های جدید در قلمرو تکنیکهای اطلاعات سمعی - بصری (مانند انتقال اطلاعات و تصاویر از طریق ماهواره ها) اهمیت و ابعاد جرایم انفورماتیک و کامپیوتری را افزایش خواهند داد.

بدین ترتیب، پیدا است که پیشگیری از جرایم انفورماتیک، امروزه از اهمیت زیادی برخوردار است؛ زیرا اقتصاد، سیاست، عملیات اداری و جامعه در کل آن، در گرو وجود امنیت مؤثر در قلمرو انفورماتیک می باشد. به عنوان مثال، در بازار اقتصاد، اکثر نقل و انتقالات پولی و مالی از طریق کامپیوتر انجام می گیرد. امر تولید در بسیاری از شرکتها به مغز الکترونیکی وابسته است و بسیاری از مؤسسات تجاری، اطلاعات سری خود مربوط به معاملات و فعالیتهای بازرگانی را در کامپیوتر انبار می کنند. همینطور، ادارات با سیستمهای جدید انفورماتیک کار می کنند. این موضوع در مورد سیستمهای مراقبت هوایی، ناوبری هوایی و کنترل رفت و آمد کشتیها و سیستمهای کنترل امور پزشکی نیز صادق است.

استراتژی کلی پیشگیری و کنترل جرایم انفورماتیک را نمی توان به تدابیر قانونی محدود کرد. باید در زمینه آموزش و پرورش انفورماتیک و اشاعه فرهنگ کامپیوتر و نیز بازرندگی در مقابل تبهکاران بالقوه و استقرار و اعمال معیارهای ایمنی در دستگاهها و برنامه های کامپیوتری کوشید. بدیهی است که در مجموعه «تدابیر قانونی» و «تدابیر

*. Internet-Worm.

** . Internet-system.

شبکه جهانی اینترنت از سال ۱۹۸۸ میلادی برابر با ۱۳۴۷ خورشیدی وارد قلمرو ارتباطات شده است. میزان رشد سالانه تعداد مشترکان کنونی این شبکه اطلاعات جهانی از آغاز فعالیت صد درصد بوده است و در حال حاضر بیش از ۳۲ میلیون نفر است. امروزه ۲۷٪ کامپیوترهای دریافت کننده اطلاعات از شبکه جهانی اینترنت در مراکز بازرگانی کشورهای مختلف قرار دارد. برای اطلاعات بیشتر در مورد شبکه اطلاعات جهانی رک تقیب زاده مشایخ، «ایران و شبکه های اطلاع رسانی»، مجلس و پژوهش، شماره ۱۶، سال ۱۳۷۲ ص ۴۶ و بعد.

غیرتقنینی» که عمدتاً جنبه پیشگیرنده دارند، حقوق جزا نقش مهمی ایفاء می‌کند. به همین جهت مسؤولان سیاسی و اقتصادی و نیز قانونگذاران کشورها باید در هر دو زمینه با استفاده از دیدگاههای کارشناسانه نسبت به وضع قوانین اختصاصی- فنی و نیز ارتقاء آموزش عمومی درخصوص فواید و در عین حال آسیب‌پذیری سیستم‌های کامپیوتری و انفورماتیک، اقدام کنند.

۲- توصیه‌نامه‌ها در قلمرو جرایم انفورماتیک

۲-۱- تدابیر پیشگیرانه غیرکیفری

تدابیر غیرکیفری چندی برای پیشگیری از جرایم انفورماتیک وجود دارد. از قبیل:

- استفاده از تدابیر امنیتی داوطلبانه به وسیله استفاده‌کنندگان از کامپیوترها،

- اجباری کردن اعمال تدابیر امنیتی در بعضی از بخشهای حساس،

- سیاستگذاری دولتها از طریق وضع قوانین و اتخاذ تدابیر اجرایی-

اداری برای ارتقاء امنیت کامپیوتر،

- اشاعه و پیشبرد «اخلاق انفورماتیک» به وسیله بخشهای مختلف

جامعه، به ویژه از طریق مدارس، شرکتهای تجاری و دولتی،

- ترویج همکاری بزه‌دیده در افشاء و اعلام جرایم کامپیوتر و مراتب

بزه‌دیدگی خود در این قلمرو به مراجع قضایی

- تربیت کارگزاران متخصص پلیس و برگزاری دوره‌های تخصصی

برای قضات ویژه رسیدگی به این قبیل جرایم.

۲-۲- حقوق کیفری ماهوی

- توسعه فن‌آوری انفورماتیک، منافع و ارزشهای جدیدی را به وجود

آورده است که مستلزم حمایت کیفری است، به ویژه برای حفظ تمامیت

سیستمهای انفورماتیک و داده‌ها و اطلاعاتی که در آنها انباشته و

نگهداری می‌شود،

- با توجه به این که حقوق جزای سنتی فاقد مقررات و اصولی در این زمینه می باشد، قوانین موجود باید اصلاح شوند و جرایم جدیدی وضع گردند،

- در هنگام وضع قوانین و مقررات جدید، باید بر صراحت، دقت و تعریف جرایم در قالب عناصر عینی تأکید شود.

- قلمروهای حقوقی مشابه حقوق جزا نیز باید، به منظور اجتناب از تعارض قوانین، تقویت و تجدید شوند. به عنوان نمونه، فهرست اعمال مجرمانه در قلمرو انفورماتیک و کامپیوتر که به وسیله شورای اروپا تهیه و توصیه شده است به این شرح هستند:

تقلب نسبت به کامپیوتر، تقلب نسبت به انفورماتیک، وارد کردن خسارت به داده ها یا برنامه های انفورماتیک، خرابکاری و دستکاری غیرقانونی در کامپیوتر، ورود غیرمجاز به سیستمها و داده های انفورماتیک، رهگیری غیرمجاز ارتباطات کامپیوتری، تولید غیرمجاز برنامه کامپیوتر و انفورماتیک حمایت شده، تکثیر غیرمجاز یک توپولوژی، جاسوسی با کامپیوتر و استفاده غیرمجاز از یک کامپیوتر.

۲-۳- موضوعهای خاص مربوطه به حمایت زندگی و قلمرو خصوصی افراد

اهمیت حمایت از زندگی خصوصی افراد در مقابل خطرهای ناشی از فن آوری انفورماتیک باید مورد توجه قرار گیرد. در عین حال اهمیت جریان و توزیع مشروع اطلاعات و داده ها در جامعه از طریق این تکنولوژی جدید نیز باید مورد توجه قرار گیرد. منافع زندگی خصوصی شامل حق شهروندان نسبت به دسترسی داشتن به اطلاعات مربوط شخص خودشان که در اختیار شخص ثالثی قرار دارد (البته از طریق وسایل قانونی و با رعایت حقوق بشر بین المللی) و نیز حق آنان در مورد حمایت از زندگی خصوصی شان می باشد.

انجمن بین المللی حقوق جزا معتقد است که مقررات کیفری قابل اجرا در قلمرو زندگی خصوصی افراد باید: تنها در موارد مهم- به ویژه در مورد داده های انفورماتیک که جنبه بسیار حساس دارند یا شامل اطلاعاتی

می شوند که به طور سنتی مورد حمایت قانون است. با صراحت و دقت تعریف شود و محدود به اعمال عمدی شود و بالاخره به مقامات تعقیب کننده اجازه دهد تا برای پاره ای جرایم، نظریات مجنی علیه را در مورد دعوای عمومی مورد توجه قرار دهد.

۲-۴- آیین دادرسی کیفری

تحقیقات در قلمرو جرایم انفورماتیک، به منظور دفاع اجتماعی مؤثر، مستلزم آن است که اختیارات مناسبی - با رعایت حقوق بشر و زندگی خصوصی افراد - به مقامهای پلیس، دادسرا و دادگاه اعطاء شود. برای جلوگیری از هرگونه سوء استفاده از اختیارات، ایجاد محدودیتهایی نسبت به حقوق بشر و اجرای آن تنها زمانی باید پذیرفته شوند که این محدودیتهای روشن و دقیق و نیز مطابق قواعد و مقررات بین المللی حقوق بشر باشند. این موارد باید به طور صریح تعریف شوند:

- اختیارات در زمینه تحقیقات، محاکمه و ضبط به ویژه در مورد اموال نامشهود سیستمهای کامپیوتری متصل به هم،
- تکالیف در زمینه همکاری فعال بزه دیدگان، گواهان مستقیم و سایر استفاده کنندگان از فن آوری انفورماتیک، غیر از مظنون (به ویژه برای این که اطلاعات به شکل قابل استفاده برای اهداف قضایی تبدیل شود و در دسترس باشد)،
- اختیارات در زمینه رهگیری ارتباطات در سیستمهای کامپیوتری.

۲-۵- همکاری بین المللی

تحرک و جریان رو به رشد داده های انفورماتیک در سیستمهای ارتباطات دور بین المللی و وابستگی متقابل جوامع مدرن به یکدیگر در زمینه های اطلاعات، همکاری بین المللی را در زمینه پیشگیری و تعقیب جرایم، حیاتی می نماید. برای بعضی از اشکال همکاری بین المللی (مانند استرداد و معاضدت متقابل میان دولتها)، همکاری بین المللی مؤثر، با هماهنگ ساختن حقوق جزای ماهوی و ایجاد اختیارات در زمینه تدابیر

کیفری و قهرآمیز در کلیه کشورهای عضو، تسهیل خواهد شد. به علاوه همکاری در قلمروهای دیگر نیز ضروری است. این همکاری باید توسعه و گسترش موارد زیر را نیز دربرگیرد:

- قواعد و مقررات بین المللی برای امنیت سیستمهای انفورماتیک،
- تدابیر مناسب برای حل مسائل مربوط به صلاحیت قضایی نسبت به جرایم کامپیوتری فراملی و بین المللی،
- موافقتنامه های بین المللی بین دولتها که تدابیر لازم برای تحقیقات و توقیف و ضبط فراملی، مؤثر و فوری پیرامون سیستمهای انفورماتیک متصل به هم و نیز سایر اشکال همکاری بین المللی، همراه با حمایت حقوق و آزادی افراد و نیز حاکمیت ملتها را پیش بینی نماید.

۴-۲- اقدامهای ضروری برای آینده

برای رسیدن به اهداف مزبور، تشکلهای دانشمندان، دولتها، دست اندرکاران فن آوری اطلاعات و سازمانهای بین المللی باید محتوا و مفاد این توصیه نامه ها را منتشر کنند و امکانات و وسایل مناسب برای پیشگیری از جرایم، به منظور رویارویی با چالشهای جدید فن آوری اطلاعات، را مرتباً تأمین و فراهم کنند. تحقیقات جامعه دانشمندان و دولتها باید بیشتر بر آثار جرایم کامپیوتری، دامنه ضررها و خسارات، شیوه های ارتکاب جرم و خصوصیات بزهکاران متمرکز باشد. این تحقیقات باید در جستجوی راه حلها و تدابیر جایگزین مجازات نیز باشند و ضمانت اجرای کیفری در آخرین مرحله و به عنوان آخرین راه حل پیش بینی و اعمال گردد.

برای اینکه دانشمندان، دولتها و سازمانهای دولتی از تحولات معاصر در این زمینه آگاه شوند، کتابی که زیر نظر سازمان ملل متحد راجع به «جرم مرتبط با کامپیوتر» تدوین شده است باید هر چهار سال یکبار روز آمد گردد و نهمین کنگره سازمان ملل (قاهره/۱۹۹۵) در مورد «پیشگیری از جرم و اصلاح بزهکاران» باید موضع پیشگیری و تعقیب کیفری جرایم کامپیوتری را به عنوان بخشی از جرایمی فراملی مطرح و مورد

بحث قرار دهد.

گروه ۴

جنبشهای اصلاح آیین دادرسی

کیفری و حمایت از حقوق بشر

استقرار نظم عمومی در یک جامعه پیشرفته محتاج به قوانینی است که محتوی آن با معیارهای صحیح سنجیده شده و شایستگی و توان پاسداری از نظم جامعه را داشته باشد. در میان انبوه قوانین، قوانین کیفری به طور قطع و بالاخص مقررات مربوط به دادرسی کیفری نقش عمده‌ای در بقاء و دوام نظم جامعه ایفاء می‌نماید. تعقیب و محاکمه و صدور حکم محکومیت در باره بزهکاران و در عین حال ممانعت از صدمه به حقوق آنان و نیز حفظ افراد شریف و پاکدامن و جلوگیری از صدور محکومیت‌های ناروا که از اهم اهداف آیین دادرسی کیفری است، همه ارتباط دقیق بانظم جامعه دارد.

بدیهی است بنابر آنچه متقدمان و متخصصان کیفری امروز گفته‌اند، حفظ جامعه در قبال خطر بزهکاران با تعیین قوانین کیفری کم و بیش شدید تأمین نخواهد شد، بلکه قوانینی که کشف سریع جرم و محکومیت قطعی بزهکار به مجازات را ممکن سازد در تحقق این هدف مفید و مؤثر خواهد بود. آیین دادرسی کیفری باید طوری تدوین شود که با پیش بینی سازمانهای قضایی مجهز و متشکل از متخصصین در رشته‌های مختلف اعم از حقوقی و کیفری و غیره با تفکیک صلاحیت هر یک و ایجاد تأمینها و تضمینهای ضروری در دادرسی و مدافعات طرفین اجرای عدالت کیفری را ممکن کند.

بدیهی است در حفظ منافع جامعه نباید حقوق و منافع فرد، قربانی و نابود گردد. زیرا اگر عدالت اقتضاء می‌کند که بزهکار واقعی به مجازات محکوم شود، شرط اجرای عدالت هم این است که فردی که در مظان اتهام است، امکان دفاع از خود را داشته باشد. حیات و آزادی متهم زمانی از او

سلب می شود که ضمن رعایت حقوق دفاعی، طی محاکمه منصفانه، مسؤلیت کیفری و تقصیرش ثابت و به موجب حکم قطعی محکوم شده باشد.

بنابراین مقررات آیین دادرسی کیفری که ناگزیر از تغییر و تحول دائمی و انطباق آن با جامعه ای پیش رفته و متمدن است، باید متضمن قواعدی باشد که اجرای عدالت را در سطح تمدن جهانی عصر حاضر تأمین نماید. قوانین آیین دادرسی کیفری وقتی از ارزش و اعتبار کافی برخوردار است که بین دو حق، حق جامعه که از جرم متضرر شده از یک سو و حق انسانی که فعلاً به عنوان متهم شناخته شده است از سوی دیگر تعادل ایجاد نماید. نیل به این هدف حقوقدانان و متخصصین را به بحث و تبادل نظر ترغیب کرده و اصلاح آیین دادرسی کیفری ملی را ضمن حفظ حقوق بشر توصیه و پیشنهاد نموده است.

امروزه قوانین آیین دادرسی کیفری در بسیاری از کشورهای جهان در جریان اصلاح و تغییرات اساسی قرار گرفته است. این اصلاحات با توجه به گزارشها، عمدتاً ناظر به اصول حاکم بر آیین دادرسی است. هرچند عواملی که باعث این تحول در نظام کیفری می شود متعدد است، اما در اصل یک هدف مشترک در آن دیده می شود، که عبارت است از تلفیق حقوق بشر با آنچه که عدالت کیفری مفید و مؤثر به آن نیاز دارد. در اعمال این هدف نوع جرم و یا جنایت تأثیری ندارد. چنانچه فی المثل جرائمی چون تروریسم و یا جنایت سازمان یافته، و یا جرائم مواد مخدر و از این قبیل هر چند پراهمیت اند ولی سرکوبی یا پیش گیری از فزونی آن به هر حال و به هر کیفیت باید با رعایت حقوق بشر انجام پذیرد. مهمترین جنبشها در زمینه اصلاح آیین دادرسی کیفری در اروپای قرن نوزدهم نمایانگر این بود که از مرحله نخست چنین تغییر و تحولی را منوط به تأمین نیازهای مربوط به آن یعنی جایگزینی تضمینات حقوق بشر در مقررات جدید که غالباً در حقوق اساسی دولتها پیش بینی شده، نمودند و آن عبارت بود از اصول مربوط به احترام و شایستگی بشر و برابری و مساوات آنان در مقابل قانون و نیز حق مربوط به تمامیت جسمانی و از این قبیل. اقتباس قوانین عادی از

قانون اساسی موجب شد که در حقوق دادرسی تضمیناتی چون حق استماع مدافعات فرد در دستگاههای قضایی، منع تعقیب مجدد برای ارتکاب یک جرم و دیگر تضمینهای ضروری را قائل شوند. به علاوه به منظور مفید و مؤثر بودن مقررات آیین دادرسی کیفری در نظام سازمانها و تشکیلات دادگستری تجدید نظرهایی به عمل آمد. از جمله در آن زمان به تقلید از نظام آیین دادرسی کیفری فرانسه تأسیسی در بطن دادگستری در امور کیفری به نام «دادسرا» برای کشف و تعقیب جرم و نهادی به عنوان قاضی تحقیقات «بازپرس» ایجاد گردید، که به تدریج به قوانین بسیاری از کشورهای دیگر راه یافت و مورد عمل قرار گرفت.

بحث و گفتگو و توصیه هایی که در جلسات پانزدهمین کنگره انجمن بین المللی حقوق جزا در گروه سه انجام پذیرفت، ناظر به پی گیری و ادامه اینگونه تغییر و تحولات در آیین دادرسی کیفری بود. در کنگره ۱۹۷۹ در هامبورگ (کشور آلمان) فهرستی از مقررات درباره حداقل تضمینات نسبت به متهم اعلام شد که معاهدات بین المللی به آن تصریح و اجرای آن را تأکید نموده است.

نتیجه اینکه در اصلاحات آیین دادرسی کیفری آنچه ضروری به نظر می رسد، تشریح و توجیه و اعتلای هرچه بیشتر مضمون و اصولی است که در میثاقهای بین المللی پذیرفته شده و امروزه کم و بیش به آن عمل می شود. مثلاً از اصل برائت به معانی مختلف آن توجه و مقرراتی در جهت حفظ حقوق فرد تصویب گردد. برای رسیدن به این هدف در عین حال باید انواع تضمینها را در نظامهای مختلف آیین دادرسی کیفری یعنی نظامهای تفتیشی، اتهامی و مختلط بررسی نمود. زیرا ویژگی هر یک از آنها به کیفیتی است که به سهولت اعمال و اجرای تضمینات مورد نظر را پذیرا نمی باشد. کما اینکه در نظام قدیمی تفتیشی که در کشورهای امریکای جنوبی عمل می شد، قضات معمولاً متهم را برای مدت طولانی در بازداشت

۶. از مختصات نظام اتهامی این است که دادرسی تدافعی شفاهی- علنی است و در نظام تفتیشی دادرسی غیرتدافعی کتبی- غیرعلنی می باشد و در نظام مختلط یا فرانسوی در مرحله تحقیقات مقدماتی رسیدگی به شیوه تفتیشی و در مرحله تحقیقات نهایی و محاکمه در دادگاه رسیدگی به شیوه اتهامی انجام می شده است.

موقت نگه می‌داشتند و چون دفاع متهم و یا مداخله وکیل او ممکن بود که در عملکرد آنها اختلال ایجاد نماید، حق دفاع را فقط در مرحله‌ای که قسمت عمده دادرسی انجام شده بود، می‌پذیرفتند. در کشورهایی که پیرو روش مختلط یعنی (تفتیشی- اتهامی) هستند مثل سیستم فرانسوی مواردی نظیر همین گرایشها وجود دارد. زیرا در مرحله ابتدایی و تحقیقات مقدماتی به طریق تفتیشی عمل می‌شود و مرحله دادرسی و دادگاه از روش کم و بیش اتهامی پیروی می‌نماید. با وجود اینکه در هر دو سیستم تفتیشی یا اتهامی باید حتی الامکان حقوق دفاعی فرد تضمین و تقویت شود، مع هذا این کمال مطلوب عمومیت ندارد؛ چنانکه در روش اتهامی که در بعضی کشورها مثل انگلستان معمول است، مرحله مقدماتی تعقیب کیفری از وظایف مأموران پلیس آنهم با اختیارات فوق العاده می‌باشد. در واقع روش اتهامی که در تألیفات حقوق کیفری به نظام آزادمنشی معروف شده در این کشور در این مرحله، از اعتبار چندانی برخوردار نمی‌باشد.

به هر حال با وجود تغییر و اصلاحات مربوط به ساختار اولیه آیین دادرسی در جهان، نمی‌توان به سهولت انتخاب یکی از این نظامها را پیشنهاد نمود. می‌گویند در نظام اتهامی که صفت آزادمنشی دارد، حقوق متهم در آن بهتر تأمین می‌شود، به شرط آنکه بتواند به نحو شایسته از حق خود دفاع نماید. اما در سیستم تفتیشی به عکس وظیفه کشف حقیقت به عهده قاضی است که باید در عین حال تضمیناتی را که قانون برای متهم در نظر گرفته رعایت کند. بنابراین انتخاب هر یک از این دو سیستم منوط است به رسوم و تجارب گذشته و قواعد اجتماعی و نیز وضع مالی و اقتصادی دولتی با دولت دیگر. شکل سازمانها و تأسیسات قضایی نیز مبتنی بر همین عقیده است. فی‌المثل دادرسی ضعیف به شکل موجود در انگلیس یا قوی به شکل موجود در آلمان و بازپرس مقتدر در کشوری و بازپرس با اختیارات محدود در کشور دیگر مسائلی است که پاسخ به آن فقط از سوی دولتها امکان دارد که با توجه به عوامل مختلف چنین روشی را مناسب دانسته و انتخاب نموده‌اند. به همین مناسبت کنگره وین در ۱۹۸۹ مستدلاً در مورد رابطه بین تشکیلات قضایی و آیین دادرسی کیفری

در قطعنامه صادره چنین اعلام نمود که قضات باید مستقل و بی طرف باشند و دادسرا نیز مجزا و مستقل از قوه مجریه باشد. بعلاوه دستگاه قضایی با تقویت توان مالی امکان فعالیت بنحو مطلوب را داشته باشد.

۱- منشاء اصلاحات

نخست، قانون: سوابق تاریخی نشان داده که تغییر و اصلاح آیین دادرسی کیفری غالباً با دگرگونی یا تغییرات سیاسی نظام داخلی هر کشور شروع شده است. چنانکه در اروپای شرقی مثلاً در کشور لهستان پس از تغییر قانون اساسی در ۱۹۸۹ اینک اصول و برنامه تفصیلی قانون جدید آیین دادرسی کیفری آن کشور مطرح است. در چکسلواکی نیز گفته شده که قانون اساسی جدیدی در دست تهیه است و در نتیجه قانون آیین دادرسی کیفری نیز اصلاح خواهد شد. در رومانی وقایع سیاسی ۲۲ دسامبر ۱۹۸۹ سبب شده که آن کشور در قانون اساسی ۲۱ نوامبر ۱۹۹۱ تضمینات متعددی در مقررات مربوط به آیین دادرسی کیفری سابق پیش بینی نماید. در کشور پرتغال انقلاب ۲۵ آوریل ۱۹۷۴ موجب تجدید قانون اساسی ۱۹۷۶ و اصلاح قانون آیین دادرسی کیفری گردید. کشور برزیل در قانون اساسی جدید ۱۹۸۸ خود اصلاحاتی به عمل آورده است که با مقررات آیین دادرسی کیفری ارتباط دارد. همچنین در کلمبیا به موجب قانون اساسی جدید ۱۹۹۱ قانون آیین دادرسی کیفری آن کشور نیز تغییر یافته است. آرژانتین پس از بازگشت به آزادی در ۱۹۸۳ آیین دادرسی کیفری را اصلاح نمود. در افریقای شمالی هم با تغییرات سیاسی در تونس در ۷ نوامبر ۱۹۸۷ تغییراتی در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۹۶۸ آن کشور ایجاد شد. در ترکیه نیز تحول سیاسی و قانون اساسی آن کشور در ۱۹۸۲ موجب یک سری تغییرات در قانون آیین دادرسی کیفری شده است.

دوم، رویه قضایی: در بعضی کشورها مثل ایالات متحده، رویه قضایی و آرای دیوان عالی نقش بیشتری نسبت به قانونگذاری در اصلاح آیین دادرسی داشته است. در اسپانیا دادگاه قانون اساسی در تفسیر از قانون اساسی ۱۹۷۸ و همچنین اصل برائت نتایجی بدست داده است که مربوط

به مبانی و اصول آیین دادرسی کیفری می‌شود. در آلمان نیز از تأثیر عمیق دادگاه قانون اساسی بر مسائل آیین دادرسی کیفری و اصلاحات آن گزارش شده است و به هر حال سایر کشورها هم کم و بیش اشاره‌ای به فرضیات پیشرفته و متحول در روبه‌های قضایی داخلی و استفاده از آنها در قانونگذاری مقررات مربوط به دادرسی کیفری نموده‌اند.

۲- اصلاحات مربوط به سازمانها و ساختار اصلی دعوای کیفری

نکته جالب در این است که ببینیم جنبشهای اصلاح آیین دادرسی کیفری در جهان در مقایسه با مقررات سابق و ساختار اصلی این رشته تا چه حدودی پیشرفت کرده است. از نتیجه اطلاعات بدست آمده معلوم می‌شود که از یک سو در کشورهای اروپای غربی گرایش قابل ملاحظه‌ای در زمینه تقویت بیش از پیش موضع و موقعیت دادگاههای کیفری و همچنین اقتدار دادسرا خصوصاً در ارتباط با پلیس آن کشور وجود داشته است و از سوی دیگر تأسیس قدیمی قاضی تحقیق (بازپرس) که مبنای فرانسوی دارد و مورد تقلید بسیاری از کشورها واقع شده بود، اینک بقاء آن مورد شک و تردید قرار گرفته است.

در این خصوص حتی حقوقدانان فرانسوی معتقد به محدود کردن اختیارات بازپرسان و تقلیل آن در حد تأمینهای کیفری می‌باشند؛ همانند آنچه در ایتالیا و آلمان عمل می‌شود و قاضی آزادی نام گرفته است. در این کشورها قاضی آزادی در مورد موانع و محدودیتهای آزادی طبق مقررات آیین دادرسی کیفری رأی می‌دهد و قاضی تحقیق (بازپرس) را به کلی از نظام خود برداشته‌اند. اما در کشورهایی مثل اتریش و اسلونی با حفظ تأسیس قاضی تحقیق (بازپرس) مع‌هذا اختیارات او را بسیار محدود نمودند. از جهت دیگر در مجموع اصلاحات مربوط به آیین دادرسی کیفری، گرایشها به سوی تقویت موضع و اقتدار دادسرا خصوصاً در رابطه با پلیس است. مثل انگلستان که بخش دادستان دادگاه عالی Crown Prosecution Service را در ۱۹۸۵ در قانون وارد نمود. و یا برزیل که مقام

تعقیب کننده را که *Promotor de Justiça* می نامند به منزله چهارمین رکن اقتدار دولت توصیف نموده است.

تسهیل و تسریع دادرسی کیفری هم پدیده وسیع دیگری است که حقوق تطبیقی جدید به آن پاسخ داده است.

در غالب گزارشهای ملی آمده که تسریع دادرسی کیفری در عین حال ممکن است مخاطراتی در کشف حقیقت خصوصاً به ضرر متهم داشته باشد. در بعضی کشورها تسریع دادرسی کیفری به اراده و تصمیم متهم واگذار شده است؛ مثلاً در کشور اسپانیا با وجودی که این کشور پیرو نظام تفتیشی است و اصل قانونی بودن تعقیب را اعمال می نماید، حسب توافق (متهم و مدعی) دادرسی کوتاه انجام و دعوی سریعاً خاتمه می یابد. به این ترتیب با قبول روش «توافقی» چیزی شبیه اصل مناسب بودن تعقیب را همه پذیرفته اند.^۷ اعمال روش توافقی خصوصاً طریقه *Plea Bargaining* یا «معامله اتهام» که زحمت اثبات مسائل مشکل را کم می کند و توسط *Guilty plea* یا «اعتراف به مجرمیت» که دعوی را خاتمه می دهد در کشورهای ایالات متحده امریکا و انگلستان عمل می شود در تمام جرایم امکان دارد. ولی فکر ساده کردن آیین دادرسی کیفری و تسریع در رسیدگی تنها با اعمال روش توافق بین طرفین دعوی کفایت نمی کند. در بیشتر گزارشهای ملی یکی از موارد سرعت در رسیدگی کیفری را در جرایم مشهود محقق می دانند. زیرا در این قبیل جرایم وقوع عمل و انتساب آن به متهم مسلم است و تشکیل پرونده به منظور تحقیقات مقدماتی بیهوده و زائد خواهد بود. در ایتالیا که از ۱۹۸۱ سعی بر این بوده که ضوابط دادرسی به طریق اتهامی گنجانده شود، در قانون آیین دادرسی کیفری اصلاحی خود روش توافقی پذیرفته شده است. بدین توضیح که دادستان و متهم با درخواست مشترک از قاضی محکمه تقاضا می نمایند که به میزان مجازات توافق شده رأی صادر نماید. در این نوع دادرسی دیگر محتاج به ارائه شفاهی دلایل در جلسه دادرسی نمی باشد. قاضی به مدارک پرونده مراجعه

۷. برای شناخت بیشتر در مورد «اصل قانونی بودن» و «اصل مناسب بودن» تعقیب کیفری رک: به مقاله

آقای دکتر خزانی در مجله دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۲ سال ۱۳۶۵.

می‌کند و در تعیین مجازات اختیار قانونی خود را خصوصاً در تخفیف کیفر دارا می‌باشد.

در کنار این نوع دادرسی که رسماً «اجرای مجازات طبق تقاضای طرفین» نامیده شده است، ایتالیا دادرسی اختصاری را حتی در جرائم مهم با تقاضای طرفین دعوی پذیرفته است و در جرائمی که براساس شکایت زیان دیده مطرح شده و مجازات آن جزای نقدی است با صلح و سازش طرفین نزد دادستان قبل از مرحله دادگاه در صورت پرداخت فوری جزای نقدی پرونده مختومه اعلام می‌گردد. کشور پرتغال نیز در جهت ساده کردن و همچنین سرعت در رسیدگی علاوه بر اینکه توافق بین متهم و دادسرا در مورد مجازات پیشنهادی از سوی دادستان را در یک دادرسی بسیار مختصر و صدور حکم پذیرفته، طبق ماده ۲۸۳ قانون آیین دادرسی کیفری تعلیق در تعقیب متهم را با قبول الزاماتی که باید انجام دهد، از اختیارات و وظایف دادسرا قرار داده است. کشورهای اسکانندیناوی، آلمان، ژاپن در گزارشهای خود روشهایی مشابه کشور پرتغال را عنوان کرده‌اند. لیکن کشور فرانسه طبق «معامله اتهام» Plea Bargaining را پذیرفته است. قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه در عوض نظام «جنگه ای کردن قضایی»^۸ را که محتاج به قبول طرفین دعوی است، اعمال می‌نماید. اصولاً کشورهای یونان، روسیه، سوئد، سوریه و چکسلواکی با هر نوع همکاری و مذاکره بین متهم و دستگاه قضایی مخالف می‌باشند.

۳- آغاز دعوی کیفری و اهمیت حقوق مربوط به آن

در آیین دادرسی کیفری به سبک تفتیشی، رسیدگی با اقدام قاضی تحقیق (بازپرس) آغاز می‌گردد. اما در بعضی کشورها مثل برزیل هر چند پیرو طریق تفتیشی است، ولی قاضی تحقیق ندارد و کار تحقیقات مقدماتی را پلیس انجام می‌دهد. در حالی که در اغلب کشورها اولین مرحله دعوی کیفری با اقدام دادسرا آغاز می‌گردد. به هر حال اعم از اینکه تحقیقات

8. La correctionnalisation judiciaire.

مقدماتی دارای ماهیت اداری و یا به عکس قضایی باشد، آنچه واجد اهمیت است حفظ حقوق دفاعی است و رعایت تضمینات مربوط به حقوق طرفین از لحظه ای که تعقیب کیفری عملاً شروع می شود. باید در نظر داشت که حقوق و آزادیهای حداقلی که در معاهدات بین المللی مثل اعلامیه جهانی حقوق بشر سازمان ملل ۱۰ دسامبر ۱۹۴۸، میثاق بین المللی راجع به حقوق مدنی و سیاسی ۱۹ دسامبر ۱۹۶۶ و معاهدت منطقه ای راجع به حقوق و آزادیهای بشر پیش بینی شده است باید در هر دعوی کیفری بدون استثنا نسبت به طبقات مختلف مجرمین مثل صغار بزهکار و متهمان نظامی و غیره و همچنین در کلیه جرائم حتی جرائم تروریستی، مواد مخدر و جنایات سازمان یافته تضمین و اعمال گردد. تضمینات مربوط به حقوق و آزادیها در واقع پایه اولیه استانداردهای بین المللی در دعوی کیفری است؛ مثل منع شکنجه و سایر رفتارهای غیرانسانی و تزدیلی که حتی در موارد بحران جنگ نباید محدود شود.

۴- اصل برائت

اصل برائت آنچنان در امر دادرسی کیفری اهمیت دارد که بعضی کشورها مثل بلژیک و ژاپن صراحتاً در گزارش خود از این اصل به عنوان «اساس حقوق جزای جدید» یاد کرده اند. این اصل در واقع احترام به ارزش و احترام یک انسان است که فعلاً در موضع اتهام قرار گرفته است. با اعتقاد به اینکه مقتضای اصل برائت این است که حقوق پیش بینی شده در قانون اساسی و قوانین عادی متعلق به افراد دقیقاً رعایت شود. پس دعوی کیفری همانطور که در ماده ۶ معاهده اروپایی حقوق بشر تعریف و تعیین شده باید منصفانه باشد. در گزارشهای کشورهای آمده که اصل برائت در تمام مراحل دعوی کیفری معتبر است و وقتی پایان می پذیرد که دعوی به اعتبار امر مختومه بینجامد. اما اینکه این اصل در مرحله قبل از محاکمه و دادرسی هم باید اعمال شود، مورد بحث قرار گرفته است. گزارشگر سوئد اعتقاد دارد که تأمینهای کیفری که آزادی متهم را محدود و او را ملزم و مجبور می نماید، مثل قرار بازداشت موقت در مرحله تحقیقات

مقدماتی که هنوز اتهام به اثبات نرسیده، جنبه شبه مجازات دارد و مغایر با اصل براءت است که به موجب آن مجازات قبل از انجام یک دادرسی منصفانه ممنوع است. دادگاه اروپایی حقوق بشر حسب آراء صادره هر اقدامی که بر فرد آثاری شبیه مجازات باقی گذارد، به منزله کیفر واقعی تلقی نموده است. پس می توان نتیجه گرفت که بازداشت موقت وقتی از میزان مجازات پیش بینی شده در قانون و یا مجازاتی که احتمالاً برای عمل ارتكابی دادگاه تعیین خواهد نمود، تجاوز کند غیرقانونی است.

اصل براءت در مرحله قبل از دادرسی ضامن هر نوع اقدام کیفری الزام آور علیه متهم است. بنابراین اصل، بین موضوع اتهام و تأمینهای کیفری باید تناسب وجود داشته باشد و چون فرض بر بی گناهی متهم است در مرحله تحقیقات مقدماتی تا آنجا که ممکن است این اقدامات باید از نوع خفیفتر اتخاذ شود. در مرحله دادرسی و صدور حکم از نتایج اصل براءت این است که قاضی باید بی طرف باشد. منظور از بی طرف بودن فقط این نیست که قاضی جانبداری نکند، بلکه منظور شکل سازمانی است که به دعوی رسیدگی می نماید. یعنی با استفاده از فکر کلی تفکیک قوای دولتی (قوای سه گانه: قانونگذاری، قضایی، اجرایی) در تشکیلات مربوط به تعقیب کیفری قاضی ماهوی که نسبت به موضوع دعوی رسیدگی و حکم صادر می نماید از قاضی که امر تعقیب یا امر تحقیق را به عهده دارد، کاملاً جدا باشد. به عبارت دیگر دادستان، بازپرس یا قاضی تحقیق مطلقاً نباید به محاکمه و صدور حکم مبادرت ورزند.

۵- تحصیل دلایل در مرحله مقدماتی

در رسیدگی به امر کیفری هر نوع اقدامی که به حقوق اساسی فرد اختلال وارد آورد، باید مبنای قانونی داشته باشد. بنابراین، نه تنها بازداشت موقت و سایر اقدامات الزام آور و اجباری علیه متهم بلکه تمامی موارد تحصیل دلایل نیز در حدی که ارتباط با حقوق اساسی داشته باشد دارای اهمیت فوق العاده ای است که تخطی از آن نقض صریح قانون و

موجب مسؤولیت خواهد بود. صلاحیت اتخاذ تصمیم در خصوص اقدامات محدودکننده حقوق و آزادیهای فردی در اکثر کشورها به قاضی دادگاه واگذار شده است، هر چند به مأموران پلیس و دادسرا در موارد فوری اختیار در بعضی اقدامات داده شده است، اما تصمیمات آنها در مهلت کوتاهی باید مورد تأیید قاضی قرار گیرد. اصول مربوط به تحصیل دلائل که در گزارشها از آن یاد شده مربوط به آزادی و قانونی بودن دلائل است و معنی آن این است که در دعوی کیفری هر نوع دلیلی پذیرفته است، مگر آنهایی که صریحاً در قانون اساسی و یا قانون عادی منع شده باشد. در مورد وسائل جدید مثل شنود الکترونیکی از راه دور یا مراقبت خودکار با دوربین عکاسی گزارش کشورها مؤید این است که مصوبه قانونی در این باره وجود ندارد. اما غالباً چنین نتیجه گرفته اند که دلایل بدست آمده از این راه به آزادی و اسرار خصوصی فرد لطمه وارد می کند. مع هذا در بعضی گزارشها آمده که تحصیل دلیل با این وسایل به علت حساس بودن امر باید توسط قانونگذار پیش بینی و ضوابط آن دقیقاً تعیین شود.

در تحصیل دلائل، اسرار حرفه ای که ضامن اعتماد افراد است و معمولاً بین پزشک و بیمار و یا وکیل و موکل و از این قبیل مشاغل وجود دارد، باید محفوظ بماند و مورد احترام قرار گیرد. مطبوعات نیز در حفظ اسرار نقش مهمی دارند. مدیران مسؤول آن را نباید ملزم به ادای شهادت و افشاء اطلاعات و اخبار مربوط به مقاله های نویسندگان نمود. به علاوه از انتشار اخبار دادگستری راجع به محاکمات قبل از صدور حکم باید خودداری شود. به لحاظ اینکه آثار زیان بخش انتشار مطالب مربوط به جلسه دادرسی در مطبوعات احتمالی و غیرقابل جبران است، حداقل در کشورهایی که این آزادی به مطبوعات داده شده باید محدودیت یا ممنوعیتها در انتشار بعضی مطالب توسط مطبوعات یا به طور کلی رسانه های گروهی کنترل و لاقط تعیین گردد. در اکثر گزارشها با اعتقاد به اصل شایستگی و صحت دلائل، کلیه دلائلی را که با نقض حقوق اساسی اشخاص بدست آمده و مبنای صریح قانونی ندارد، باطل و بلااثر شناخته اند. این قبیل دلائل مطلقاً قابلیت سنجش را ندارد.

در مورد دلائل ممنوعه بعضی اشاره به شهود بدون هویت آشکار و نیز شهود وابسته به دولت یا مأمورانی که در شهادت یا گزارش مشخصات واقعی را افشاء نمی نمایند کرده، و قبول این نوع شهادت را خطر مهمی در کشف حقیقت و مسأله دفاع دانسته اند. می گویند شاهد و مأخذ اطلاعات او باید مشخص و آشکار باشد. گزارش اسرائیل حاکی است که به دادسرا اجازه داده شده که از مأموران مخفی به عنوان شاهد بدون اینکه هویت واقعی آنها معلوم شود در امر کیفری استفاده نمایند. در کشور آلمان سابقاً به همین نحو عمل می شد تا اینکه دادگاه فدرال این نوع اقدام را ممنوع کرد و مقرر داشت که در جلسه صورت مجلسی با حضور دادستان و وکیل متهم توسط قاضی تنظیم شود که در آن هویت کامل و واقعی شاهد مشخص و منعکس گردد.

۶- حق دفاع و وسائل استفاده از آن

در امر کیفری فردی که حق دفاع دارد از این حق باید در تمام مراحل رسیدگی استفاده نماید، اما این نظر در تمام نظامها کاملاً اعمال نمی شود. در بلژیک وکیل مدافع در مرحله مقدماتی وقتی پذیرفته می شود که متهم در بازداشت موقت باشد. به علاوه این مرحله رسیدگی باید با حضور متهم انجام شود. این روش تقلید از سیستم تفتیشی قدیمی است که در عین حال به سری بودن تحقیقات منتهی می شود. در کشورهایی که پیرو این روش هستند، دسترسی کامل و بدون محدودیت به اوراق پرونده کیفری در دادسرا وقتی امکان دارد که مرحله مقدماتی پایان یافته است. حق سکوت متهم تقریباً در تمام نظامهای حقوقی که گزارش داده اند تضمین و پیش بینی شده است. اعتقاد بر این بوده که هیچ فردی ملزم نیست به محکومیت خود کمک نماید و در اینکه آیا قاضی دادگاه می تواند از سکوت مجرم نتیجه منفی در تصمیمات نهایی اتخاذ نماید، پاسخ از سوی کشورهای چون بلژیک، ترکیه، ژاپن، لوکزامبورگ، اسلونی، فرانسه، ایتالیا و پرتغال منفی بوده است. اما اسرائیل نظر موافق نداشته، به طوری که در طرح اصلاح قانون آیین دادرسی کیفری تصریح نموده که

قاضی ملزم است به متهم تفهیم نماید که سکوت ممکن است به ضرر او تفسیر شود.

در مورد داشتن وکیل در امر کیفری تمامی گزارشها دلالت دارد که متهمان حداقل در جرائم مهم و نیز برای صغار بزهکار و یا متهمان زندانی باید وکیل معرفی نمایند و یا برای آنها وکیل تسخیری رایگان تعیین شود و اصولاً متهمانی که امکانات مالی نداشته باشند، حق داشتن وکیل رایگان برایشان تضمین گردد. وکیل مدافع حق حضور در تمام اقدامات تحقیقی را دارد و محدود کردن آن در هیچ گزارش دیده نشده است. همچنین از ارتباط وکیل مدافع با موکل زندانی او بدون مراقبت مأموران زندان یاد نشده است، فقط بعضی کشورها آنهم در پاره‌ای از جرائم مثل اعمال تروریستی در آلمان و جرائم مهم علیه امنیت کشور آنهم تا ۳۰ روز در اسرائیل ملاقات وکیل با متهم باید با حضور مأمور انجام شود.

۷- اصل قانونی بودن، دادرسیهای اختصاری و سایر صور توافقی در دادرسی کیفری

یکی از مواردی که در نظامهای مختلف آیین دادرسی کنونی ملاحظه می‌گردد، وجود دو اصل مختلف در ابتدا و شروع رسیدگی به دعوی کیفری است. اصل قانونی بودن تعقیب کیفری بسیار قدیمی است و پیروانی مثل کشورهای برزیل، سوئد و یونان دارد که با به کار بردن استثنائاتی به آن عمل می‌کنند. اما اصل دیگر یعنی مناسب بودن تعقیب کیفری بالنسبه جدید است. این اصل اختیار سنجش تعقیب کیفری را خصوصاً به مقام تعقیب کننده (اصولاً دادرسان) تفویض نموده است. حفظ اصل قانونی بودن تعقیب به طور مطلق به شیوه قدیم امروزه شدیداً مورد انتقاد قرار گرفته است؛ زیرا همانطور که در گزارش کشورها آمده کمبود کادر قضایی و اسباب و وسایل کار از یک سو و تراکم شدید پرونده‌ها از سوی دیگر اقتضا دارد که از این اصل به کلی عدول نمایند و یا لااقل انعطافی در موارد اعمال و اجرای آن در نظر گرفته شود. در واقع هیچ کشوری نتوانسته

در مقابل کندی کار و بار سنگین دادگستری‌های روز تدبیر و علاج واقع ارائه دهد. پس چه بهتر که در جرائم کم اهمیت و کوچک و یا در بعضی جرائم مهم به منظور حمایت از مجنی علیه از اصل مناسب بودن تعقیب با

تعیین ضوابطی که مانع هر نوع سوء استفاده شود، پیروی نمایند.

بالاخره راه حل دیگر سبک کردن وظایف سنگین دادگستری و

تسریع دادرسی کیفری همانطور که اشاره گردید پیش بینی محاکمات

اختصاصی در قانون است. در جرائم مشهود رسیدگی اختصاری است و نیاز

به اعلام رضایت مجرم نمی باشد. ولی در دادرسیهای توافقی، طرفین دعوی

در جرائم کم اهمیت باید به این نوع رسیدگی اعلام رضایت نمایند.

از طرفداران سیستم توافقی، کشور پرتقال است که با وجود حفظ

اصل قانونی بودن تعقیب در گزارش خود چنین بیان نموده است «جرائم

بزرگ و کوچک از لحاظ تبیین جرم شناختی واقعیت‌های مجزا و متمایزی

محسوب می شوند». پس در نوع اولی است که اختلاف و دعوی کیفری از

طریق دادرسی حل و فصل می شود، در صورتی که در نوع دومی این امر از

طریق ایجاد توافق بین طرفین مناسب می باشد.

در اسپانیا نیز این عقیده (اصل توافق) در اصلاح قانون آیین

دادرسی کیفری ۱۹۸۸ آن کشور مورد قبول واقع گردیده است. منافع این

اصل را در کاهش بار دادگستری و هزینه‌ها و نیز حمایت از متهم که قبل

از محکومیت پیشینه کیفری پیدا نکند، نام برده اند. در اغلب گزارشها

قبول این اصل را نوعی تحرک و جنبش آیین دادرسی کیفری می دانند که

در جرائم کم اهمیت توصیه می شود. اما در جرائم مهم به دلیل لزوم یک

دادرسی منصفانه و اجرای عدالت، دعوی کیفری قابل مذاکره و توافق

نمی باشد.

کنگره قبل از پایان اجلاس خود یادآور می شود که چون آیین

دادرسی کیفری محدودیتهایی در مورد حقوق اساسی افراد ایجاد می کند،

پس لزوماً مقررات آن توسط قوه قانونگذاری باید پیش بینی شود.

کما اینکه قانون اساسی ۱۹۵۸ فرانسه در ماده ۳۴ مصرح است که تنها

قانون موضوعه می تواند قواعد آیین دادرسی کیفری را تعیین نماید. به

علاوه قوه قانونگذاری در اجرای این مهم باید از نظریات و تجربیات قضات، وکلاء، استادان و دیگر افراد متخصص این رشته بهره مند شود.

۸- قطعنامه های نهایی

کنگره در بخش مربوط به اصلاح آیین دادرسی کیفری و حقوق بشر بالاخره در آخرین جلسه پس از تبادل نظر درخصوص مجموع مسائل مطرح شده با صدور قطعنامه نهایی پیشنهاد نمود که با توسعه مفاهیم تضمینات ضروری در دادرسی کیفری در هر کشوری به سیستم خود توصیه ای را که اعلام می گردد به عنوان «توصیه نامه Tolède^۹ برای دادرسی کیفری منصفانه» توسط قانونگذار تصویب نمایند.

۱. حمایت از حقوق بشر باید در کلیه مراحل دادرسی کیفری تضمین و تأمین شود.

۲. متهم باید از اصل براءت در طول رسیدگی به امر کیفری تا وقتی که حکم صادره اعتبار امر مختومه پیدا می کند، استفاده نماید.

۳. در مرحله تحقیقات مقدماتی یعنی قبل از مرحله دادرسی و صدور حکم، برحسب ضرورت های ناشی از اصل براءت، در تصمیماتی که اجبار و الزام متهم را به دنبال دارد، باید اصل تناسب که: «یک رابطه منطقی است بین اهمیت امری که متهم به آن مجبور می شود و با حقوق و آزادیهای او معارض است از یک طرف و هدف نهایی تحمیل چنین امری از طرف دیگر» رعایت شود. به همین لحاظ قانونگذار باید پیامدهای بازداشت موقت را که به هر حال یک اقدام کاملاً استثنایی محسوب می شود، پیش بینی نماید.

۴. در مرحله دادگاه بنا بر اصل براءت، بی طرفی قاضی نسبت به طرفین دعوی باید تضمین شود. نتیجه آن این است که در دعوی کیفری امر تعقیب باید از دادرسی و قضاوت جدا باشد و هیچگاه قاضی محکمه به اقدامات مربوط به تحقیقات مقدماتی نپردازد.

۹. شهری در کشور اسپانیا که جلسه مقدماتی گروه ۳ در آنجا تشکیل شد.

۵. به دلیل اهمیت اصل برائت است که بازداشت موقت را باید قاضی مستدلاً با توجه به عوامل ویژه تصمیم بگیرد. نگه داشتن متهم در بازداشت موقت بدون وجود قرائن کافی مطلقاً ممنوع است و اگر مدت آن از حداقل مجازات عمل ارتكابی فراتر رود، غیرقانونی است.

۶. هر تصمیمی که توسط مقام صلاحیت دار اتخاذ می شود، حتی اقدامات مأمورین پلیس که با حقوق اساسی فرد ارتباط دارد، باید مورد تأیید قاضی و با نظارت او باشد.

۷. کلیه دلائلی که با نقض حقوق اساسی افراد تحصیل شده باشد، باطل و بلاثر است و نمی تواند به هنگام دادرسی مورد ارزشیابی قرار گیرد.

۸. در تحصیل دلائل استفاده از وسایلی که مربوط به روابط خصوصی افراد می شود، مثل استماع مکالمات تلفنی وقتی پذیرفته است که قانونگذار صراحتاً اجازه داده باشد و قاضی در مورد استفاده از آن قبلاً تصمیم گرفته باشد. در مورد نمونه برداری ژنتیک و شنود الکترونیکی از راه دور نیز قانونگذار باید شرایط پذیرش آن را دقیقاً تعیین کرده باشد.

۹. اختصاص دادن مزایا و اولویتهایی به شهود یا مأموران مخفی در امر کیفری که بعضی دولتها به آن عمل می کنند، فقط در بعضی پرونده های مربوط به جرائم سازمان یافته ارزش دارد. مع هذا اگر هدایت این اشخاص در جلسه مشخص نباشد، گزارشها یا اظهارات آن هیچگونه ارزشی در اتخاذ تصمیماتی که اجبار و الزامی علیه متهم تحمیل می نماید، ندارد.

۱۰. در تحصیل دلائل باید اسرار حرفه ای کاملاً حفظ شود.

۱۱. انتشار بحث و گفتگوهای جلسه دادرسی توسط رادیو-تلویزیون می تواند محدود و یا ممنوع باشد.

۱۲. حق دفاع در کلیه مراحل دادرسی کیفری باید تضمین شود و هیچکس مجبور نیست مستقیماً یا بطور غیرمستقیم به محکومیت کیفری خود کمک کند.

۱۳. متهم حق دارد از مضمون اتهام خود از اولین تحقیقات مأمورین پلیس یا مرجع قضایی مطلع شود و در مقابل سؤال سکوت اختیار کند و

سکوت او نباید علیه او دلیل محسوب شود.

۱۴. دولت باید از ابتدای تشکیل پرونده برای هر فرد متهم یا محکوم علیه حق داشتن مشاور را تضمین نماید. این مشاور در صورتی که متهم قدرت مالی نداشته باشد، رایگان است و مخارج آن به عهده دولت و خواهد بود.

۱۵. متهم زندانی حق ارتباط با وکیل مدافع خود را به طور خصوصی دارد و وکیل او باید حق داشته باشد که در هر بازجویی از موکل خود، حضور یابد.

۱۶. وکیل مدافع باید بتواند به مدارک پرونده از اولین لحظه اتهام مراجعه نماید.

۱۷. آیین دادرسی اختصاری و آیین دادرسی که با توافق متهم باشد باید در جرائم بزرگ مستثنی شود. در سایر جرائم شرایط آن باید توسط قانونگذار تعیین شود.

۱۸. فردی که ادعای ضرر و زیان از جرم را دارد، باید بتواند در صورت مقتضی به طور رایگان مدعی خصوصی یا (اتهام زننده خصوصی) شود و یا از طریق دادگاه یا سازمان مستقل دیگری بتواند خودداری از تعقیب و یا بازپرسی توسط مقامات دولتی را بازرسی نماید. او باید در مواقع دعوی عمومی حق دخالت داشته باشد، به خصوص در کمک کردن به ارائه دلیل و پژوهشخواهی از حکم.

۱۹. هر فردی که معتقد است به حقوق اساسی او در اجرای مقررات آیین دادرسی کیفری زیان وارد شده، باید این امکان را داشته باشد که آن اقدامات را توسط دادگاه حقوق اساسی یا توسط دادگاه عالی یا دیوان بین المللی حقوق بشر کنترل نماید.

۲۰. اصلاحات آیین دادرسی کیفری در آینده که براساس توصیه های کنگره پیشنهاد شده و همچنین سایر تغییرات مربوط به قواعد اساسی آیین دادرسی کیفری در هر کشوری باید به شکل قانون توسط قوه قانونگذاری وضع شده باشد. بحث و گفتگوهای مشاوران و عقیده مقامات دادگستری و کانون وکلا و گروههای حقوقی در تدوین آن از اهمیت شایانی برخوردار

است.

گروه ۴

منطقه‌ای کردن حقوق کیفری بین‌المللی و حمایت از حقوق بشر در آیینهای همکاری بین‌المللی در قلمرو کیفری

در این گروه کاری که در واقع پیرامون حقوق کیفری بین‌المللی به بحث و تبادل نظر پرداخت، ابتدا ارتقا و پیشبرد حقوق جزا و همکاریهای کیفری در سطح منطقه‌ای (۱) مطالعه گردید، و سپس پیش‌نویس توصیه‌نامه‌ها و قطعنامه در این خصوص (۲) بررسی و تصویب شد.

۱- منطقه‌ای کردن حقوق کیفری

شرکت‌کنندگان در جلسات گروه چهارم دو موضوع را مورد مطالعه قرار دادند: ابتدا «منطقه‌ای کردن حقوق کیفری بین‌المللی» و سپس «حمایت حقوق بشر در معاضدت قضایی در قلمرو حقوق جزا».

۱-۱- منطقه‌ای کردن حقوق کیفری

واژه «منطقه‌ای کردن»، به گسترش کیفیات همکاری بین‌المللی اشاره دارد، که حداقل سه دولت مستقل و متعلق به یک واحد جغرافیایی مشخص را به هم مرتبط کند؛ اصطلاح «حقوق کیفری بین‌المللی»، شامل کلیه اشکال حقوق بین‌الملل عمومی می‌شود که حقوق جزای بین‌المللی یکی از شعبه‌های تخصصی آن محسوب می‌گردد. بنابراین «حقوق کیفری بین‌المللی»، مشتمل بر حقوق جرایم بین‌المللی، حقوق بین‌المللی معاضدت کیفری، پیشگیری و حل تعارضات مربوط به صلاحیت محاکم، حقوق پدیدآورنده دادگاههای بین‌المللی یا مراجعی که تصمیماتشان بر حقوق جزای داخلی کشورها تأثیر دارد (به عنوان مثال، دیوانها و کمیسیونهای حقوق بشر، دادگاههای داور) می‌باشد.

در سالهای اخیر، حقوق کیفری بین‌المللی، به لحاظ تدوین و تصویب

معاهدات بین‌المللی (چه دوجانبه و چه چندجانبه) به صورت قابل توجهی گسترش یافته است: در سطح دوجانبه، اغلب معاهدات، به بعضی از جنبه‌های همکاری کیفری بین‌المللی از قبیل استرداد، معاضدت قضایی، انتقال زندانیان از کشوری به کشور دیگر و اخیراً همکاری در زمینه ضبط و توقیف عواید ناشی از فعالیت‌های مجرمانه پرداخته‌اند؛ در سطح چندجانبه و به ویژه در سطح بین‌المللی، معاهدات حقوق جزای بین‌المللی حاوی مقررات حقوق جزای ماهوی است، یعنی جرایمی که باید در حقوق جزای داخلی طرف‌های معاهده وارد شود.

باید گفت که درجه توسعه پدیده «منطقه‌ای کردن» حقوق جزای بین‌المللی از یک منطقه تا منطقه دیگر بسیار متغیر و متفاوت است. مثلاً این پدیده در اروپا در سطوح متفاوتی گسترش یافته است. اگرچه شورای اروپا در زمینه تدوین و ایجاد حقوق جزای بین‌المللی به شهرتی دست یافته است (امضا حدود ۲۰ معاهده و تصویب بیش از هشتاد توصیه‌نامه)، لیکن سازمان‌های منطقه‌ای دیگری نیز در این زمینه فعالیت دارند. کشورهای عضو جامعه اروپا و نیز تعداد محدودتری از کشورهای عضو همین جامعه که از طریق قراردادهایی با هم مرتبط‌اند، به ابتکارهایی در این خصوص دست زده‌اند؛ مثلاً «موافقتنامه شینگن در مورد لغو کنترل رفت و آمد افراد در مرزهای کشورهای جامعه اروپا» که همکاری چندجانبه، به ویژه همکاری بین پلیس این کشورها را تقویت کرده است.

در سایر مناطق جهان، به علت فقدان زیربنای لازم، کمبود نیروی انسانی و امکانات مالی و اوضاع و احوال سیاسی و اقتصادی، کوشش‌های به عمل آمده برای فراهم کردن زمینه همکاری منطقه‌ای در حقوق کیفری بین‌المللی به نتیجه نرسیده است. پدیده منطقه‌ای کردن در بخشی از افریقا، امریکای لاتین، امریکای مرکزی و آسیای جنوب شرقی با هدف همکاری اقتصادی، تا حدی متجلی شده یا در شرف انجام است.

به طور کلی ایجاد و ساختار بندی منطقه‌ای حقوق کیفری بین‌المللی نیاز به درجه‌ای از ثبات اقتصادی و سیاسی در منطقه مربوط دارد. اما این ثبات کافی نیست، زیرا اجرای حقوق کیفری بین‌المللی در واقع مبتنی بر دو

رکن عمده است: احترام و اعتماد به نظام عدالت کیفری شرکا و طرفهای ذی نفع. این احترام و این اعتماد بر کار دقیق نظام قضایی استوار است.

۲-۱ - حمایت از حقوق بشر در معاضدت قضایی در قلمرو کیفری

حقوق اساسی افراد ممکن است به استناد معاهدات بین المللی، سایر اسناد و ابزارهای بین المللی مربوط به حقوق بشر و یا بوسیله قوانین اساسی کشورها حمایت شود. در سالهای اخیر، تحت تأثیر پیمانهای بین المللی - از جمله میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی، و معاهدات منطقه ای سازمان کشورهای آمریکایی و شورای اروپا - حمایت از حقوق بشر در چارچوب معاضدت قضایی در قلمرو جزا مورد توجه خاص قرار گرفته است. معاهده سازمان ملل علیه شکنجه (۱۹۸۴) و معاهده اروپایی علیه تروریسم (۱۹۷۷) نیز تأثیرات مشابه ای دارد.

اجرای کامل این معاهدات، مسائل سازگاری و مطابقت با اقتضائات متناقض پیمانهای معاضدت کیفری را مطرح کرده است.

این مسائل مربوط می شوند به:

الف) موقعیت فرد به عنوان تابع حقوق بین الملل،

ب) تضمینهای شکلی ای که باید برای فرد در نظر گرفت:

- از طریق قانون دولتی که از آن تقاضای کمک به دولت دیگری

می شود؛

- از طریق قانون دولت متقاضی که از دولت دیگری می خواهد تا دعوی کیفری اقامه شده علیه او (فرد) را به عهده گیرد یا حکم یا قرار ضبط و توقیف را به اجرا گذارد. حقوق اساسی که ممکن است با اجرای حقوق معاضدت کیفری بین المللی، تحت الشعاع قرار گیرد، شامل حق حیات، حق برخورداری از رفتار یا کیفری انسانی، حق برخورداری از محاکمه عادلانه، حق آزادی فردی، حق عدم اخراج، حق برخورداری از رفتار غیرتبعیضانه برحسب نژاد، مذهب، ملیت، جنسیت یا تعلقات سیاسی و حق احترام به زندگی خصوصی و مالکیت افراد. چون حقوق معاضدت کیفری به چند دولت مربوط می شود، ایجاد یک مرجع بین المللی برای حل و فصل

اختلافات میان دولت‌ها یا تفسیر تعهدات آنها از نظر حقوق بین‌الملل مناسب می‌نماید. از سوی دیگر در جایی که این معاضدت در سطح منطقه‌ای توسعه یافته، تدوین و تهیه اسناد و ابزارهای منطقه‌ای در مورد حمایت از حقوق اساسی را می‌توان مورد توجه قرار داد. ایجاد دادگاههای منطقه‌ای برای حمایت از حقوق بشر، با توجه به طبیعت خاص همکاری منطقه‌ای در مبارزه علیه بزهکاری می‌تواند یکی از این ابزارها محسوب شود.

۲- توصیه‌نامه‌ها و قطعنامه‌ها

بخش اول مربوط است به منطقه‌ای کردن حقوق کیفری بین‌المللی و بخش دوم به جایگاه فرد در اجرای این حقوق.

۲-۱- منطقه‌ای کردن حقوق کیفری بین‌المللی

بمنظور افزایش کارایی پیشگیری و سرکوبی بزهکاری به ویژه در سطح منطقه‌ای، تقویت امنیت داخلی و بین‌المللی و اجتناب از ایجاد مشکلات عملی در روابط جاری میان دولت‌ها، فعالیتهای سازمانهای مسوول همکاری در قلمرو کیفری و سایر اشکال معاضدت حقوقی باید در فعالیتهای سازمانهای منطقه‌ای که در داخل منطقه مربوط ایجاد شده است - با هدف تحقق همکاری اقتصادی نزدیکتر، آزادی بیشتر رفت و آمد اشخاص، حمل و نقل کالاها و جریان آسانتر سرمایه‌ها یا سایر اشکال توسعه منطقه مربوط - ادغام گردد،

تحقق امر هماهنگ کردن قوانین کیفری ماهوی و شکلی دولتهای عضو، هرچقدر برای همکاری در قلمرو جزا مفید باشد، غالباً دشوار است و نباید شرط مقدماتی برای تهیه و تدوین ابزارها و اسناد منطقه‌ای چندجانبه برای معاضدت کیفری محسوب شود.

دولتهای عضو باید مراقب باشند که مرحله تهیه و تدوین ابزارها و اسناد، تحت روشهای نظارتی دموکراتیک قرار گیرد؛ و کنترل قضایی نیز باید بر همکاری رسمی یا غیررسمی بین ارگانهای پلیس، اعمال گردد،

همکاری منطقه ای در قلمرو جزا باید اهمیت گسترش برنامه های تحقیقاتی جرم شناختی که به سمت سیاست جنایی جهت گرفته باشد و برنامه های آموزشی- تربیتی شبکه های اطلاعات و اسناد و مدارک که برای کارمندان پلیس و سایر دست اندرکاران حقوق جزا تهیه می شود و نیز تبادل اطلاعات و تجربه ها را بپذیرد،

از پیمانها و مدل معاهدات دوجانبه سازمان ملل متحد مربوط به شیوه های مختلف همکاری قضایی در قلمرو کیفری، می توان برای پیمانهای منطقه ای به عنوان الگو استفاده کرد،

اسناد منطقه ای همکاری کیفری می توانند روشهای حل و فصل اختلافها را پیش بینی کنند. به منظور اجتناب از بی مجازات ماندن بزهکاران بین المللی، باید همکاری بین المللی، پیشگیری، تحقیقات کیفری و تعقیب جرایم بین المللی با ایجاد دادگاههای دائمی بی طرف بین المللی با صلاحیت کیفری، چه در سطح منطقه ای و چه در سطح بین المللی، مورد بررسی قرار گیرد.

۲-۲-۲- حمایت از حقوق بشر در معاهدات بین المللی در قلمرو کیفری

دل نگرانی برای حمایت از حقوق بشر باید الهام بخش اشکال جدید هر کاری باشد، این حمایت نباید به عنوان مانعی در سر راه همکاری بین المللی تلقی شود، بلکه باید با آن به مثابه یک ابزار تقویت برتری و حاکمیت حقوق برخورد کرد،

دولتهای عضو پیمانهای همکاری در قلمرو کیفری باید مطابقت و همسویی آنها را با اقدامات بین المللی مربوط به حمایت از حقوق بشر مجدداً بررسی کنند،

به هنگام عقد پیمانهای جدید همکاری در قلمرو کیفری، دولتها باید اطمینان حاصل کنند که این پیمانها تعهد همکاری در مواردی که به نقض حقوق اساسی فردی منجر می شود بوجود نمی آورند؛ همچون اعمال انواع شکنجه، تبعیض، بازداشت خودسرانه، ضبط خودسرانه اموال و تعقیبهای کیفری که مطابق با شرایط عمومی یک محاکمه عادلانه و

منصفانه نیست،

هنگامی که از دولتها تقاضای معاضدت قضایی در قلمرو کیفری می‌شود، این دولتها باید به چگونگی و نحوه احترام به رفتارها و آزادیهای افراد در کشورهای متقاضی توجه کنند،

به هنگام تدوین اسناد و تهیه ابزارهای جدید همکاری در قلمرو کیفری، دولتها باید به تعریف و حمایت حقوق فرد و نیز نحوه پاسداری از منافع او در دعوا یا دعاوی کیفری اقامه شده براساس این ابزارها و اسناد، توجه خاصی مبذول دارند،

کشورهایی که در قوانین و مقررات خود در زمینه ادله اثبات دعوی کیفری، استفاده از دلایلی را که به صورت غیرقانونی و نامشروع کسب شده است، ممنوع یا محدود کرده‌اند، باید همین ممنوعیتها و محدودیتها را نسبت به دلایلی که از طریق معاضدت بین‌المللی در قلمرو کیفری کسب شده است، اعمال نمایند. همه کشورها باید دلایلی را که همراه با عدم رعایت حقوق اساسی فرد بدست آمده است، غیرقانونی اعلام کنند،

ربودن شخص توسط یک دولت خارجی با توسل به زور یا بردن او به بهانه‌های غیرواقعی یا مجبور کردن او به ترک کشوری که در آن اقامت دارد، با هدف توقیف یا تعقیب کیفری او، مخالف حقوق بین‌الملل عمومی است و باید به عنوان مانعی برای تعقیب و محاکمه کیفری تلقی گردد. قربانی چنین اعمال غیرقانونی حق دارد که خواستار اعاده وضع خود به قبل گردد و خسارت فردی که حقوقش نقض شده و نیز دولتی که با این اعمال حاکمیتش نقض گردیده جبران شود. شیوه‌های اخراج یا تبعید که به منظور اجتناب از تضمینهای مربوط به استرداد، به اجرا درمی‌آید باید کنار گذاشته شود،

مسأله اعطاء این حق به افراد که بتوانند تقاضای کنترل نحوه اعمال معاهدات بین‌المللی همکاری در قلمرو کیفری را توسط «یک قاضی بین‌المللی» بنمایند - به ویژه در سطح منطقه‌ای - باید موضوع مطالعات عمیق قرار گیرد و بدون تأخیر منجر به استقرار چنین نهادی گردد.

در آخرین روز برگزاری کنگره یعنی ۱۰ سپتامبر ۱۹۹۴، مجمع

عمومی انجمن بین المللی حقوق جزا با حضور کلیه اعضای شرکت کننده تشکیل شد. گروهی از اعضاء پیش نویس قطعنامه ای را خطاب به ارگانهای مختلف سازمان ملل متحد - به ویژه مجمع عمومی، شورای امنیت و دبیرکل - مطرح نمودند.

در این پیش نویس، با اشاره به مطالعات و تلاشهای کمیسیون حقوق بین الملل برای ایجاد یک دادگاه دائمی کیفری بین المللی، و با بیان خشنودی و رضایت انجمن از ایجاد دو دادگاه موقت کیفری بین المللی برای رسیدگی به جرایم بین المللی ارتكابی در یوگسلاوی سابق و رواندا، و با اعلام اعتقاد انجمن بر اینکه سیستم حقوق کیفری بین المللی به اجرای مفید حقوق جزا، به ویژه در زمینه کنترل جرم سازمان یافته، تروریسم، قاچاق اسلحه و مخصوصاً تسلیحات هسته ای و نقض مقررات حقوق بشر دوستانه بین المللی کمک خواهد کرد، و با توجه به اینکه عدالت کیفری بین المللی باید در سطح بین المللی، نقشی مشابه با نقش عدالت کیفری ملی در سطح داخلی ایفاء نماید، و با تأکید بر اینکه عدالت کیفری بین المللی باید از هرگونه ملاحظات سیاسی یا هر نوع اعمال نفوذی که ممکن است از تمامیت و کارایی آن جلوگیری کند، به دور باشد،...


از سازمان ملل متحد تقاضا گردید که بدون فوت وقت، یک کنفرانس بین المللی متشکل از نمایندگان تام الاختیار کشورها، به منظور بررسی گزارش کمیسیون حقوق بین الملل مبنی بر ایجاد یک دادگاه دائم کیفری بین المللی، در سال ۱۹۹۵ برگزار نماید، و نیز از کلیه دولتها تقاضا شد که از اهداف عدالت کیفری بین المللی و کار سازمان ملل متحد در این زمینه و شرکت در کنفرانس بین المللی ۱۹۹۵ که در جهت ایجاد فوری نظام عدالت کیفری بین المللی است، حمایت کنند،

بدین منظور، انجمن بین المللی حقوق جزا، آمادگی اعضاء و انجمن را برای بررسی حمایت و ارائه تجارب خود به سازمان ملل متحد و دولتهای ذی نفع اعلام نمود.

این قطعنامه به اتفاق آراء مورد تصویب مجمع عمومی انجمن قرار

گرفت.





دکتر ابراهیم بیگ زاده

گزارش سفر پرفسور پل تاورنیه به ایران

۲۴ تا ۳۱ فروردین ۱۳۷۴





بنا به دعوت دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی پرفسور پل تاورنیه (Paul TAVERNIER) استاد حقوق بین الملل و حقوق بشر دانشگاه روآن (Rouen) فرانسه از تاریخ ۲۴ تا ۳۱ فروردین ماه ۱۳۷۴ به ایران آمدند. حاصل این دعوت دو سخنرانی تحت عناوین

1. La réforme du conseil de sécurité des Nations Unies: Le rôle des grandes puissances

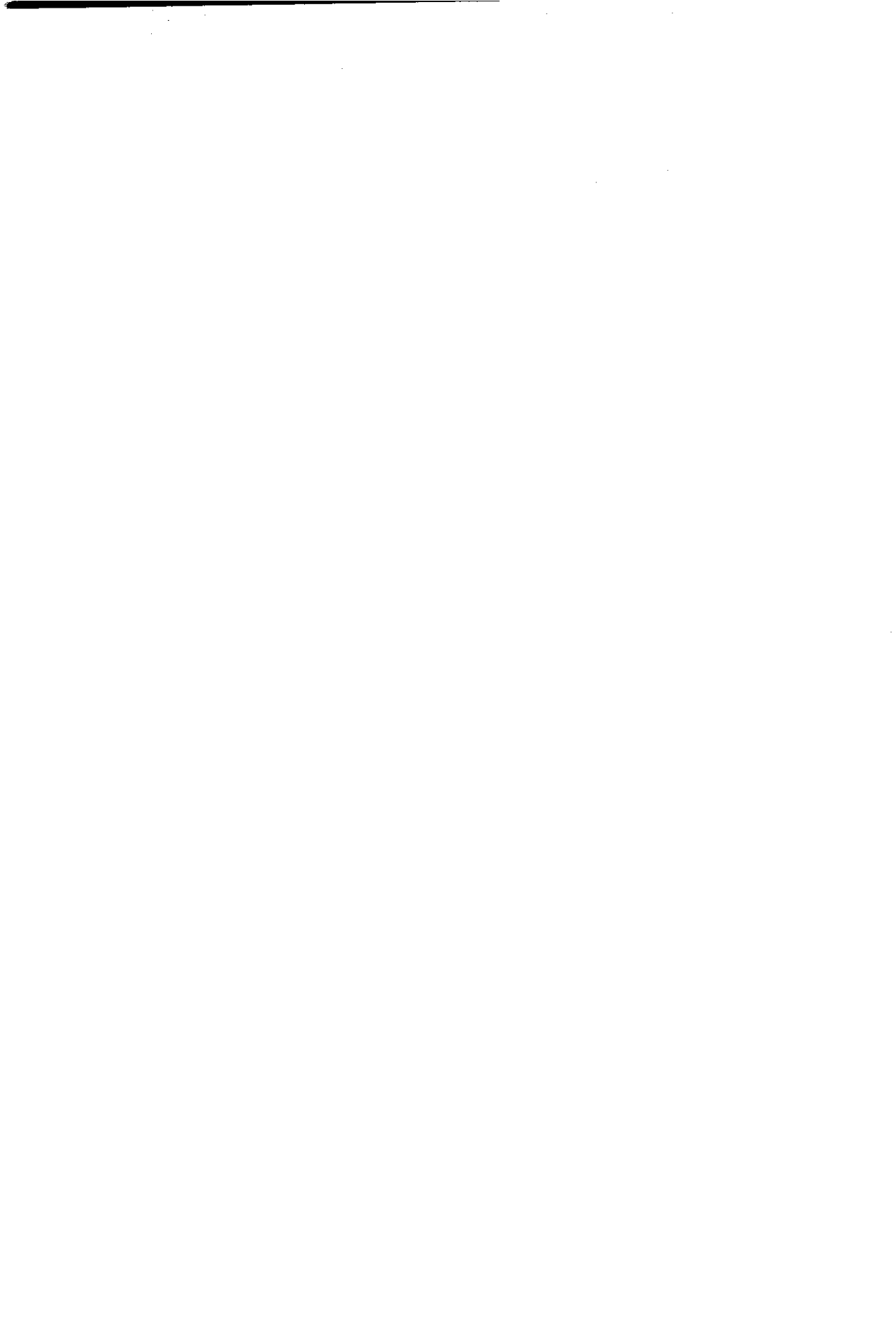
۱. تغییر ساختار شورای امنیت سازمان ملل متحد: نقش قدرتهای


بزرگ

2. Le tribunal Pénal international: L'évolution récente

۲. دادگاه جزایی بین المللی: تحولات اخیر

بود که ایشان به ترتیب در روز ۲۷ فروردین ماه ۱۳۷۴ در دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی تهران و در روز ۲۸ فروردین ماه ۱۳۷۴ در دانشکده حقوق دانشگاه شیراز ایراد نمودند که ترجمه هر دو سخنرانی به پیوست ارائه می شود. لازم است خاطر نشان گردد که مترجم پیشگفتاری به هر یک از دو سخنرانی اضافه نموده و کلیه پاورقیها نیز از آن او می باشند.





پل تاورنیه


Paul TAVERNIER

ترجمه:

دکتر ابراهیم بیگ زاده

تغییر ساختار شورای امنیت سازمان

ملل متحد: نقش قدرتهای بزرگ





پیشگفتار مترجم

می‌دانیم که یکی از مهمترین اهداف سازمان ملل متحد، حفظ صلح و استقرار امنیت بین‌المللی است و به همین دلیل هم بود که منشور رکنی دائم به نام شورای امنیت را با اختیارات وسیع و مسؤولیتی سنگین مأمور حفظ صلح و استقرار امنیت جمعی نموده است.

مع‌هذا شورای امنیت، در طول پنجاه سالی که از عمرش می‌گذرد، با آنکه تا حدودی در زدودن تنش‌های بین‌المللی مؤثر بوده، نتوانسته است که در مقام رکن اجرایی و انتظامی ملل متحد به نحو اکمل از عهده انجام مأموریت خود برآید. علت اصلی ناکامی شورای امنیت آن است که منشور ملل متحد در واقع انتظام امور اصلی عالم را بر عهده پنج عضو دائم آن گذاشته است؛ که غالباً در مورد مسائل اساسی جهان با یکدیگر همسو نبوده و هر یک مصالح و منافع جمع را با محک منافع ملی خویش سنجیده است، تا آن حد که این شائبه بوجود آمده که فلسفه اصلی حضور این پنج قدرت در سازمان ملل متحد، تدبیر امور سایر دولتها و حل اختلافات خود از طریق مذاکره مستقیم و خارج از محدوده نظام ملل متحد بوده است.

علاوه بر مسائل مربوط به حفظ صلح و استقرار امنیت بین‌المللی،

شورای امنیت در قبال مسائل مهم دیگری که با موجودیت، فعالیت‌های سازمان و تحولات مربوط به نظام منشور سر و کار دارد، آنگاه می‌تواند تصمیمی واقعی اتخاذ نماید که پنج عضو دائم درباره آن امور نظر موافق داشته باشند.

مسائل مربوط به پذیرش اعضای جدید در سازمان (ماده ۴ منشور)، تعلیق حقوق و امتیازات اعضای سازمان و برقراری مجدد آنها (ماده ۵ منشور)، اخراج اعضای خاطی (ماده ۶ منشور)، تهیه برنامه‌هایی در مورد استقرار نظام تسلیحاتی (ماده ۲۶ منشور)، استفاده از موافقتنامه‌ها یا نهادهای منطقه‌ای برای اجرای اقدامات تنبیهی متخذه توسط شورا (ماده ۵۳ منشور)، اجرای وظایف ملل متحد در مورد مناطق استراتژیک (ماده ۸۳ منشور)، تعیین شرایطی که به موجب آن دولتهای غیرعضو ملل متحد می‌توانند به عضویت دیوان بین‌المللی دادگستری درآیند (ماده ۹۳ منشور)، اتخاذ تدابیر ضروری برای اجرای احکام دیوان بین‌المللی دادگستری (ماده ۹۴ منشور)، انتصاب دبیرکل سازمان ملل متحد (ماده ۹۷ منشور)، تصویب اصلاحات منشور (ماده ۱۰۸ منشور)، تصویب تغییرات منشور توصیه شده توسط کنفرانس بازنگری (ماده ۱۰۹ منشور) از جمله این مسائل هستند.

ماده ۲۳ منشور در متن اولیه خود (۱۹۴۵) برای شورای امنیت یازده عضو یعنی پنج عضو دائم و شش عضو غیردائم در نظر گرفته بود. اما از آنجا که این شورا با گذشت زمان و افزایش تعداد اعضا، دیگر نمی‌توانست مظهر رکن اجرایی سازمان باشد، به موجب قطعنامه شماره (۱۸) ۱۹۹۱ مورخ ۱۷ دسامبر ۱۹۶۳ مجمع عمومی، منشور در این مورد اصلاح شد و از ۱۹۶۵ به بعد اعضای شورای امنیت به ۱۵ عضو یعنی ۵ عضو دائم و ده عضو غیردائم افزایش یافت. همانگونه که ملاحظه می‌شود تعداد اعضای دائم به همان صورت اول باقی ماند و تغییری در آن بوجود نیامد.

اما با تحولات عظیم جهانی در سالهای اخیر که یکی از نتایجش پیدایش دولتهای کوچک و مستقلی در جهان است که اکثر قریب به اتفاق

آنها به عضویت سازمان ملل نیز درآمده‌اند، تردیدی وجود ندارد که این بار باید ترکیب شورای امنیت تغییر کرده و هم تعداد اعضای دائم هم و غیردائم آن افزایش یابد. در این صورت است که این رکن می‌تواند از لحاظ شکلی با ساختار کل سازمان ملل متحد سازگار گردد و هم با توجه به مشکلاتی که در حال حاضر دامنگیر کلیه کشورهای جهان است دیگر ارکان سازمان را در صلاحیتی که مختص شورای امنیت است سهم نمود، چه حل مشکلات پیچیده امروز جهان مستلزم درک مشکلات سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی است که دیگر تجمعی محدود از دولتها یارای مقابله با آنها را ندارد.

پرفسور پل تاورنیه با اشراف کامل به مسائل و مشکلات سازمان ملل متحد و با توجه به نظام موضوعه منشور با مطرح ساختن ضرورت گسترش قلمرو شورای امنیت، ترکیب احتمالی شورای امنیت و حق وتو، مسأله تغییر ساختار شورای امنیت را بصورتی سودمند مورد بررسی قرار خواهند داد و آنگاه از جلسات غیررسمی و رابطه شورای امنیت با دولتهای غیرعضو آن سخن به میان خواهند آورد و به نقد و تحلیل آن خواهند پرداخت.



مقدمه

تغییر ساختار سازمان ملل متحد و سیستم ملل متحد یک اسطوره است، اسطوره در معنایی که ژرژ سورل^۱ تئورسین فرانسوی در نظر می‌گیرد یعنی «مجموعه پیوسته‌ای از تصاویر زنده». تعداد زیادی دولتهای کوچک، از ۱۹۴۵، در جریان کنفرانس سان فرانسیسکو، حق وتویی را که منشور ملل متحد (بند ۳ ماده ۲۷) برای پنج عضو دائم شورای امنیت شناخته است به شدت مورد انتقاد قرار دادند؛ و از اولین اجلاس مجمع عمومی پیشنهاد تغییر قواعد مربوط به رأی‌گیری در شورای امنیت مطرح شد. این انتقادات هرگز پایان نیافت. معذک، مسأله تجدید نظر در حق وتو تا ۱۹۶۹ در دستور کار سازمان ملل متحد قرار نگرفت؛ بلکه در این سال بود که این مسأله، در چارچوب بحثهای کمیته خاص منشور ملل متحد و تقویت نقش سازمان، مجدداً در دستور کار سازمان قرار گرفت. بحثها در این کمیته به نتیجه‌ای منجر نشد و آن به علت نیروهای باز دارنده‌ای بود که مانع هرگونه رفرم سازمان ملل متحد میشدند: متن منشور، علیرغم وجود مواد ۱۰۸ و ۱۰۹ در مورد اصلاح و بازنگری آن، عملاً غیر قابل

1. George SOREL.

تغییر می‌باشد، مگر برای اصلاحات جزئی همچون تغییراتی که در سال ۱۹۶۳، ۱۹۶۵ و ۱۹۷۱ مورد تصویب قرار گرفت. با این تغییرات تعداد اعضای شورای اقتصادی و اجتماعی در سالهای ۱۹۶۳ و ۱۹۷۱ افزایش یافته است. سایر اصلاحیه‌ها در مورد شورای امنیت است که تعداد اعضای آن از یازده به پانزده افزایش یافت. این مسأله سبب تغییر مواد ۲۳ (ترکیب شورا) و ۲۷ (رأی در شورا) شد؛ و اکثریت لازم برای اتخاذ تصمیمات از هفت رأی به نه رأی تغییر یافت. این تغییرات محدود با اصلاح ماده ۱۰۹ منشور در ۱۹۶۵ کامل شد، این اصلاحیه محدود به جایگزین نمودن اکثریت جدید در شورای امنیت برای اتخاذ تصمیمات مربوط به تشکیل کنفرانس تجدیدنظر می‌شد، که در تغییر سال ۱۹۶۳ از قلم افتاده بود. در تغییرات سالهای ۱۹۶۵-۱۹۶۳ توجه به افزایش تعداد دولتهای عضو سازمان ملل متحد بود بدون آنکه به امتیاز مضاعف پنج فاتح جنگ دوم جهانی، یعنی عضویت دائم و قدرت جلوگیری از اتخاذ تصمیمات شورا به غیر از تصمیمات آئین نامه‌ای، خدشه‌ای وارد شود. در واقع، هرگونه اصلاحیه‌ای که هدفش تغییر این امتیاز مضاعف باشد نیاز به اتفاق آراء اعضای دائم شورای امنیت دارد (مواد ۱۰۸ و ۱۰۹).

مسأله تغییر ساختار شورای امنیت در ۱۹۷۹ بنا به تقاضای الجزایر، آرژانتین، بنگلادش، بوتان، گویان، هند، مالدیو، نپال، نیجریه، سریلانکا مجدداً مطرح شد و مجمع عمومی تصمیم گرفت که «مسأله بازنمایی^۱ منصفانه دولتها در شورای امنیت و افزایش تعداد اعضای آنرا»، علیرغم مخالفت چهار عضو از پنج عضو دائم شورا، در دستور کار خود قرار دهد. اما بررسی این مسأله بطور دائم سال به سال از سی و پنجمین تا چهل و ششمین اجلاس مجمع عمومی به تأخیر افتاد. سرانجام مجمع عمومی در «دسامبر ۱۹۹۲ با تصویب بدون رأی قطعنامه A/۴۷/۶۲ از دولتها درخواست نمود که نقطه نظرات خود را (در مورد تغییر ساختار شورای امنیت) به دبیرکل تسلیم نمایند و از او تقاضا کرد گزارشی در آن خصوص به مجمع عمومی ارائه دهد. مجمع عمومی، پس از بررسی نقطه نظرات دولتها و گزارش دبیرکل، در ۱۹۹۳ تصمیم گرفت که «یک گروه کاری با تعداد

اعضای نا محدود برای بررسی کلیه ابعاد مسأله افزایش تعداد اعضای شورای امنیت و همچنین سایر مسائل مرتبط با شورا ایجاد کند». این گروه کاری گزارش مختصری را تهیه نمود ولی نتوانست در مورد توصیه های مشخص به مجمع عمومی به توافق برسد. بحث عمیقی در مجمع عمومی در این مورد انجام شد.

با آنکه هیچ تصمیم مشخصی در مورد تغییر ساختار شورای امنیت نتوانست اتخاذ گردد، ولی سال ۱۹۹۲ شاهد تحوّل بود، بدانسان که اصل تغییر ساختار از این پس پذیرفته شد؛ و اعضای دائم شورای امنیت، به استثنای چین، که مخالف چنین تغییر و تحوّل احتمالی بودند، عدم مخالفت خود را با هرگونه رفرمی اعلام داشتند. در این حالت بنظر میرسد که منهی اساسی^۲ مربوط به انحصار پنج عضو کنار گذاشته شده باشد، اما توافق در مورد محتوای تغییر ساختار همچنان بعید می نماید، گویانکه مفاهیم زیادی مطرح گردیده و راه‌حلهای ممکن مشخص شده‌اند.

دلایل عدیده‌ای، بخصوص «افزایش قابل توجه تعداد اعضای سازمان ملل متحد، بالاخص کشورهای در حال توسعه و همچنین تحوّل روابط بین‌المللی» (قطعنامه ۴۸/۲۶) تغییر ساختار شورای امنیت را توجیه می‌کنند. سازمان ملل متحد، در واقع هنگام تصویب اصلاحیه مربوط به افزایش اعضای شورای امنیت در ۱۹۶۳ دارای ۱۱۳ دولت عضو بود در حالیکه این سازمان در حال حاضر دارای ۱۸۵ عضو می‌باشد. بعلاوه توزیع قدرت در سالهای نود نسبت به سالهای بعد از جنگ دوم جهانی تغییر کرده است؛ آلمان و ژاپن قدرتهای بزرگی شده‌اند و سایر دولتها، مانند هند، برزیل یا مکزیک سهم مهمی در صحنه بین‌المللی پیدا کرده‌اند. علاوه بر آن، سقوط دیوار برلن، فروپاشی اتحاد جماهیر شوروی سوسیالیستی و پایان جنگ سرد تأثیر عمیقی بر روابط بین‌المللی داشته‌اند. در این وضعیت جدید است که گفت و شنوهای مربوط به تغییر ساختار شورای امنیت معین می‌گردد؛ مواضع دولتها بازتابی از آن گفت و شنودهاست.

در میان اندیشه‌ها و پیشنهادهای فراوانی که مطرح شده‌اند، برخی خواهان تغییر رسمی منشور یعنی گسترش شورای امنیت و افزایش تعداد

3. Le tabou fondamental.

اعضای آن بوده اند. برعکس، پاره‌ای دیگر از راه‌حلهای پیشنهادی بطور عمده مربوط به روش کار شورای امنیت بوده است که میتواند بدون تغییر منشور مورد پذیرش قرار گیرند.

فصل اول

گسترش شورای امنیت

هرگونه افزایش در شمار اعضای شورای امنیت نیاز به موافقت پنج عضو دائم دارد (مواد ۱۰۸ و ۱۰۹ منشور). تحوّل اوضاع و احوال بین‌المللی قدرتهای بزرگ راناکزیر از تأملی دیگر در اندیشه‌ها و دیدگاههای خود نموده است: آنها دریافته اند که در جهت نظارت بهتر بر روند این تغییر ساختاری بی‌تردید پذیرش بعضی درخواستها بخصوص درخواستهای ژاپن و آلمان، به صرفه آنهاست. این تغییر ساختار همانا شامل ترکیب شورای امنیت جدید و همچنین مقام و موقع اعضای آن می‌باشد.

الف- ترکیب شورای امنیت جدید

بنظر میرسد که اصل افزایش تعداد اعضای شورای امنیت، از آن موقع که قدرتهای بزرگ دیگر مخالف مطرح شدن این مسأله در مجمع عمومی نبوده‌اند، پذیرفته شده باشد. در عوض، نه فقط در مورد قواعد مربوط به چنین افزایشی، بلکه همچنین در خصوص حدود آن توافقی وجود ندارد. اعداد مختلفی در مورد تعداد اعضای شورای امنیت پیشنهاد شده است. بنظر برخی شورای امنیت باید دارای بیست عضو باشد، در حالیکه عده‌ای بیست و پنج و بالاخره پاره‌ای سی عضو را پیشنهاد کرده‌اند. اگر نسبت عددی اعضای شورای امنیت با کل اعضای سازمان ملل در ۱۹۴۵ محاسبه می‌گردد، عدد یازده به پنجاه و یک یعنی تقریباً بیست و یک درصد بدست می‌آید، که با چنین نسبتی تعداد اعضای شورای امنیت امروز میتواند تا سی و نه یا چهل عضو افزایش یابد. چنین گسترشی، که ممکن است با توجه به ضرورت بازنمایی دولتها در سازمان و استقرار

دموکراسی که دولتها اغلب اوقات بعنوان دلیل برای توجیه این تغییر ساختار ارائه کرده اند، مورد قبول قرار گیرد، در عوض احتمالاً با ضرورت دیگری که همان مؤثر بودن اقدامات شورای امنیت، که به موجب منشور شورا موظف به انجام آنها شده است، برخورد می کند. بهرحال این نکته، خود جای تأمل دارد که پیشنهادهایی در این جهت ارائه نشده و اغلب هیأت‌های نمایندگی نظرشان افزایش معتدل و محدود اعضای شورای امنیت بوده است تا از این طریق اغتشاشی در وضعیت فعلی بوجود نیاید.

معدلک تعداد زیادی از دولتها با استناد به ماده ۲۴ منشور، که بنا بر آن شورای امنیت در اجرای وظایف مربوط به حفظ صلح و امنیت بین‌المللی از سوی کلیه اعضای سازمان ملل متحد اقدام می کند، معتقدند مأموریتی که اینچنین از طرف دولتهای عضو سازمان به شورا واگذار شده است ایجاب می کند که ترکیب سازمان ملل متحد بصورت بهتری در ترکیب شورا منعکس گردد. هند خاطر نشان کرده است که «نسبت میان تعداد اعضای شورای امنیت و تعداد اعضای مجمع عمومی کاهش یافته است، بطوریکه از ۱ در مقابل ۴/۶ در ۱۹۴۵، امروز به ۱ در مقابل ۱۲ رسیده است». به خصوص دولتهای کوچک و متوسط از امید ضعیف خود که روزی بتوانند در میان اعضای غیر دائم شورای امنیت قرار گیرند، سخن به میان آورده اند.

علاوه بر این مسأله، مضمون مباحثات اساساً در مورد حفظ دو گروه از اعضا، دائم یا غیر دائم یا ورود گروهی سوم بوده است. در میان اسامی دولتهایی که ممکن است به عضویت دائم شورای امنیت در آیند اغلب نام آلمان و ژاپن به چشم می خورد. این دو دولت آمادگی خود را برای عهده دار شدن این مسئولیت اعلام نموده اند و مورد حمایت دولتهای زیادی از جمله، ایالات متحد آمریکا، فرانسه، هلند، رومانی، اردن، غنا، پرو، قزاقستان، ... قرار گرفته اند. معدلک، از دولتهای دیگر نیز برای عضویت دائم در شورای امنیت نام برده شده است. از آن جمله هند است که مدعی است که «دارای کلیه شرایط برای عضویت دائم در شورای امنیت است». هند بر اهمیت ملاک جمعیت بعنوان عنصر

دموکراسی و قدرت پافشاری می‌کند. ایتالیا نیز، به سهم خود، مدعی است که حق دارد در میان اعضای دائم جدید شورای امنیت قرار گیرد «زیرا ایتالیا از جمله آن دولتهایی است که در تأمین بودجه سازمان ملل متحد و اجرای عملیات حفظ صلح، که توسط شورای امنیت تصمیم‌گیری می‌شود، بیشترین سهم را داراست».

بنابراین آن مسأله‌ای که بیش از هر چیز اهمیت داشته مسأله معیارهای لازم برای اشغال کرسیهای شورای امنیت و بطور دقیق‌تر عضویت دائم در آن شورا بوده است. معذک اکثر دولتها فکر می‌کنند که بازنگری شرایط پیش‌بینی شده در بند یک ماده ۲۳ منشور ضرورتی ندارد، اگر چه حتی بعضی از آنها ممنوعیت عضویت در شورای امنیت را برای دولتی که از انجام تعهدات مالی‌اش سرباز زده است، پیشنهاد می‌کنند، که این خود میتواند برخی از اعضای دائم فعلی را نیز با مشکل مواجه کند.

از سوی دیگر، مسأله وارد کردن گروهی سوم از اعضاء مطرح شده است که به لحاظ دو گروه یادشده باید در وضعیتی میانه قرار گیرند. تعدادی راه حل در این مورد مطرح شده‌اند. ابتدا تفکیک میان دائمی بودن و بهره‌مند شدن از حق وتو مطرح شده است، بدین معنا که اعضای دائمی جدید نباید از حق وتو برخوردار باشند. فرانسه پیش از آنکه با اعطای وضعیت فعلی به آلمان و ژاپن موافقت نماید، ابتدا چنین راه حلی را برای این دو دولت پذیرفته بود.

همچنین با توجه به سابقه‌ای که در این زمینه در جامعه ملل وجود داشت و به زعم عده‌ای سرانجام اسفباری داشت ایجاد گروه اعضای نیمه دائم پیشنهاد گردید. این گروه نیمه دائم میتواند با قواعد متنوعی شکل گیرد بدینترتیب که یا مدت عضویت آنها، از دو سال فعلی، افزایش یابد یا ممنوعیت انتخاب مجدد و بلافاصله آنها که در آخر بند ۲ ماده ۲۳ منشور پیش‌بینی شده از میان برداشته شود.

ایجاد سومین گروه اعضا امکان میدهد که توزیع منطقه‌ای کرسیها به بهترین شکلی تضمین شود. بسیاری از هیأت‌های نمایندگی عدم تعادل

موجود در توزیع کرسیهای شورای امنیت را که عموماً به نفع اروپا و خصوصاً به نفع اروپای غربی می باشد، خاطر نشان کرده اند در حالیکه آفریقا هیچ کرسی دائمی در اختیار ندارد. اگر توزیع فعلی کرسیها، که ناشی از جنگ دوم جهانی است، در دوران جنگ سرد مورد قبول بود، حال دیگر با پایان یافتن این جنگ مقبولیتی ندارد و قابل توجیه نمی باشد. برعکس، اهمیت روزافزونی که برای موافقتنامه های منطقه ای در چارچوب فصل هشتم شناخته شده است باید در ترکیب شورای امنیت منعکس گردد. تعدادی پیشنهاد نیز در این جهت طرح شده اند.

کثرت پیشنهادها، که نشاندهنده پیشرفت اندک مذاکرات می باشد، تعجبی بر نمی انگیزد. کلیه این طرحها با اصلاح ماده ۲۳ منشور که تعیین کننده ترکیب شورای امنیت است ملازمت دارد، ولی در نهان غالباً با مسأله وضعیت خاص اعضای جدید شورا و بویژه سرانجامی که برای حق وتو مندرج در بند ۳ ماده ۲۷ منشور باید در نظر گرفته شود مرتبط است.

ب- وضعیت اعضای جدید شورای امنیت و حق وتو

اتفاق نظر کلیه اعضای دائم بر سر تغییر ساختار و گسترش اعضای شورای امنیت سبب از سرگیری مجدد بحثهای قدیمی مربوط به حق وتو شده است. بحثها حول دو محور عمده متمرکز شده اند؛ که یکی وجود حق وتو و دیگری نحوه استفاده از آن می باشد.

در مورد وجود حق وتو سه نوع موضع اتخاذ شده است: ۱- حذف این حق (بلافاصله یا با مهلت)؛ ۲- حفظ وضع موجود، یعنی حفظ امتیاز فقط برای پنج عضو دائم؛ ۳- گسترش حق وتو به اعضای دائم جدید، در این حالت اعطای حق وتو به یک یا گروهی از دولتها میتواند هر از گاهی مورد بازبینی قرارگیرد و این به منظور بررسی آنست که آیا شرایط برخورداری از حق وتو هنوز پا برجاست و وضعیت بین المللی تغییر نکرده است؟ از سوی دیگر به نظم کشیدن کاربرد حق وتو مورد توجه قرار گرفته است و آن بمنظور محدود کرد توسل به آن و کاهش آثارش می باشد.

مصر، که تأثیر بسزایی در این قلمرو داشته است، پیشنهاد های قبلی را مجدداً مطرح کرده و چندین نظر کم و بیش جدیدی نیز ارائه شده اند. برخی پیشنهاد کرده اند استفاده از حق وتو به مسائلی محدود گردد که در قلمرو فصل هفتم منشور مطرح شده است. عده دیگری خواستار برقراری وتوی مضاعف برای جلوگیری از اخذ تصمیم در شورای امنیت شده اند یا اینکه پیشنهاد کرده اند که به شورای امنیت، یا حتی به مجمع عمومی حق داده شود وتوی را که فقط توسط یک عضو دائم داده شده، باطل کند.

بنابراین در مقابل مجموعه ای از پیشنهادهای متنوع قرار داریم که باید عملکرد شورای امنیت را بهتر کرده و آنرا آزاد منشانه تر نمایند. این پیشنهادها در هر حال اصلاح رسمی منشور را بدنبال دارند درحالیکه سایر پیشنهادهای مربوط به تغییر ساختار روشهای کار شورای امنیت میتوانند بدون تغییر متن منشور مورد قبول واقع شوند.

فصل دوم

نوسازی روشهای کار شورای امنیت

لزوم نوسازی روشهای کار شورای امنیت اخیراً در شرایطی، پدید آمده است که دگرگونیهای عمیق جامعه بین المللی در سالهای نود، با پایان یافتن جنگ سرد و تضاد غرب - شرق تأثیر قابل ملاحظه ای بر نحوه دخالت شورای امنیت داشته است. حجم قضایا و مسائل رسیدگی شده در شورای امنیت تا حال به چنین میزانی افزایش نیافته بوده است، حتی با آنکه رسیدگی به برخی از قضایا را به سازمانهای منطقه ای و دولتها محول کرده است. بعلاوه شورای امنیت، که برای مدت مدیدی به علت تضاد ایدئولوژیک موجود میان دولتهای سوسیالیستی و سرمایه داری فلج شده بود، اقتداری بدست آورده که قبلاً از آن خبری نبوده چندان که از این رهگذر نیرویی تازه یافته است. بسیاری از ناظران و سیاستمداران از این امر به وجد آمده و صحبت از بازگشت به منشور را می کنند، چیزی که کاملاً نادرست می نماید. برعکس، این یقین وجود دارد که شورای امنیت

مجبور شده است روشهای تصمیم‌گیری خود را با وضعیت جدید تطبیق دهد. شورا مشورتهای غیر رسمی خود را به لحاظ ضرورتهای ناشی از سرعت عمل و اقدام مؤثر افزایش داده است، ولی گاهی فراموش کرده است که در این مشورتهای از دیگر دولتها یا دیگر ارکان سازمان ملل متحد که حق اظهار نظر دارند بهره برد.

برخی پیشنهاد تغییر بنیادین آئین نامه داخلی شورا را نموده اند که نزدیک به پنجاه سال است که بر مبنای یک آئین نامه موقتی عمل می‌کند. بحثها دو ضرورت را آشکار می‌سازد: یکی نمایان شدن کارهای شورای امنیت است و دیگری نوعی مشارکت دولتهای ذینفع در تصمیمات شورا برای سهولت بخشیدن به اجرای بعدی آنها.

الف - گردهماییهای غیر رسمی

شورای امنیت از دیرباز مبادرت به برگذاری گردهماییها و مشورتهای غیر رسمی کرده است، اما آنچه که بنظر نو می‌رسد، گستره این گردهماییها و مشورتهای و کاهش اعتبار واقعی جلسات رسمی می‌باشد. جلسات رسمی اغلب جلسات تشریفاتی و محدود به چند دقیقه است که هدفش ثبت نتایج جلسات غیر رسمی می‌باشد: صورتجلسه، به عنوان تنها مدرکی که در دسترس عموم قرار می‌گیرد، بیش از چند خط نمی‌باشد. از این پس هاله‌ای از ابهام مطلق بر کارها سایه افکنده و دیگر نمیتوان فهمید که شورای امنیت چگونه تصمیم می‌گیرد. البته درخواست صراحت کامل در کارهای شورای امنیت آرمانی دست نیافتنی بیش نیست، ولی کثرت نظرات و انتقادهای دولتها در این مورد نشانگر وجود یک مشکل واقعی است. بهمین جهت پیشنهاد محدود شدن تعداد جلسات غیر رسمی و تضمین انتشار برخی از مباحثات این جلسات شده است.

اما زدودن ابهام از گردهماییهای غیر رسمی به تنهایی کافی نیست بلکه باید جلسات علنی برگزار نمود. فرانسه روی این نکته پافشاری نموده و نظرات خود را در سندی تحت عنوان «تذکاریه در مورد روشهای کار شورای امنیت» توضیح داده است. کلید حل مسأله ممکن است در ماده ۴۸

آئین نامه داخلی موقت شورای امنیت یافت شود که طبق آن اصل «جلسات علنی» است؛ این ماده اشعار میدارد «جلسات شورای امنیت علنی است مگر آنکه خود شورا بنحو دیگری تصمیم بگیرد». بنظر دولت فرانسه «اطلاعات، مشورتها و تبادل نظرهای عمومی باید علی الاصول علنی باشند، و مذاکرات و تهیه جزئیات تصمیمی که باید اتخاذ گردد، معمولاً تابع آئین های دیگری می باشند».

فرانسه در این دیدگاه، برقراری توازن بهتری را میان جلسات رسمی و مشورتهای غیر رسمی پیشنهاد می کند. این کشور، بجای تشکیل جلسه علنی شورا برای تصمیماتی که از قبل اتخاذ شده اند، معتقد است که دو نوع جلسات علنی میتوانند تشکیل شوند، یکی «برپایی مذاکرات جهت دار با امکان مشارکت کلیه اعضای سازمان ملل در موقعی که شورا آماده شروع بررسی یک مسأله مهم می باشد»، و دیگری، «تبادل نظرهای علنی میان اعضای شورای امنیت» که میتوانند جانشین گردهمائیهای غیر رسمی شوند. این پیشنهاد میتواند امکان «زنده نمودن مجدد بحث علنی را فراهم کرده» و آنرا «از بی ثمری که در حال حاضر دچار آن است، و بیشتر با عملکرد زائد و جانبی مرتبط است نجات دهد». در واقع، بنظر فرانسه «شورای امنیت باید حداقل بخش قابل ملاحظه ای از کار خود را بی پرده و در مقابل دیدگان کلیه هیأت های نمایندگی انجام دهد».

ولی چنین تقاضایی خیلی بیش از درخواست ساده صراحت در کارهای شورا می باشد چونکه دولتها اغلب عادت دارند که در تدارک تصمیمات آن شورایی، که ظاهراً بنظرشان در مقام هیأت مدیره جهانی به دور از هرگونه آزاد منشی عمل می کند، مشارکت نکنند. البته برخی از دولتهای عضو غیر دائم شورا گاهی مخالفت خود را با چنین نظری ابراز داشته اند، برای مثال نظر ایتالیا در ۱۹۸۷ در هنگام تصویب قطعنامه ۵۹۸ در مورد جنگ ایران - عراق است، ولی این مسأله برای دولتهایی که عضو شورای امنیت نیستند هنوز بشدت مطرح می باشد.

ب- روابط با دولتهای غیر عضو شورای امنیت

عیوب ناشی از عدم مشارکت برخی دولتها در کارهای شورای امنیت مسأله‌ای بوده است که غالباً به باد انتقاد گرفته شده است و این انتقاد را بیشتر دولتهایی کرده‌اند که طرفین اختلاف مطروحه در شورای امنیت بوده‌اند.

پیشنهاد‌های زیادی برای نهادین کردن مشارکت دولتهای غیر عضو در قالب ارکان فرعی که میتوانند براساس ماده ۲۹ منشور ایجاد شوند، ارائه شده است. این مشارکت در درجه اول شامل حال دولتهایی می‌شود که نیروی نظامی در اختیار سازمان ملل قرار میدهند و در عملیات حفظ صلح شرکت می‌کنند. بعلاوه خاطر نشان شده است که ماده ۲۴ منشور پیش بینی کرده است که شورای امنیت باید از دولت غیر عضو شورا، که نیروهای نظامی در اختیار آن قرار میدهد، جهت شرکت در اخذ تصمیمات مربوط به استفاده از آن نیروها دعوت کند. اما باید همچنین موافقت کشورهای پذیرنده این نیروها یعنی کشورهایی که حضور نیروهای حافظ صلح سازمان ملل را در سرزمین خود می‌پذیرند جلب گردد، زیرا تصمیمات شورا بیشترین تأثیر را بر آنها می‌گذارد. بعلاوه، به نظر تعداد زیادی از دولتها، بیشترین مشورتها باید با کشورهایی انجام گیرد که مشمول مجازات‌های معین شورا هستند.

تعداد کثیری از دولتها بر لزوم تغییر مناسب تر روابط شورای امنیت با ارکان دیگر ملل متحد، که در برگیرنده تعداد بیشتری از دولتهاست، از جمله با مجمع عمومی، که متشکل از کلیه دولتهاست و همچنین با شورای اقتصادی و اجتماعی، پافشاری کرده‌اند. برای مثال، پاکستان نقش پیشگیرانه‌ای را که شورای اقتصادی و اجتماعی ملل متحد میتواند با جلب توجه شورای امنیت به «تنش‌ها و مخاصمات مهم» داشته باشد، خاطر نشان نموده است. پاکستان همچنین گردهم‌آئیهای منظمی را بین رؤسای شورای امنیت و مجمع عمومی برای هماهنگی کارهای دورکن پیشنهاد کرده و حتی پیشنهاد ایجاد یک رکن فرعی مجمع عمومی بر اساس ماده ۲۲ منشور را نموده است که مسؤل بررسی و بحث در مورد مسائل

مربوط به صلح و امنیت بین المللی باشد.

اکثر پیشنهادها مربوط به بهبود روابط میان شورای امنیت و مجمع عمومی، بخصوص در مورد ارائه بهتر گزارش سالانه از شورا به مجمع عمومی بوده است که در حال حاضر جنبه اختیاری دارد. و همچنین مربوط به اینستکه به کمک سازمان یک بحث واقعی در مجمع عمومی در مورد این گزارش انجام شود، و آن چیزی است که در حال حاضر وجود ندارد، اگر چه اخیراً اقداماتی در این جهت انجام شده اند. بعلاوه، طبق این پیشنهادها گزارش شورا به مجمع باید قاعدتاً افزایش یافته و به صورت سه ماه یکبار در آید.

بدین ترتیب، هر پیشنهادی که لازم می نموده مطرح شده است. معذک، میتوان بدروستی در مورد اینکه سرانجام این پیشنهادها چه خواهد شد، از خود سؤال نمود.

نتیجه گیری

تغییر ساختار شورای امنیت چه امکاناتی برای تحقق خواهد داشت؟

تغییر ساختار سازمان ملل، و بطور اخص تغییر ساختار شورای امنیت، از بسیاری جهات، شبیه مار دریا یا هیولای دریاچه نس⁴ است که هر از گاهی ظهور می کند. مع هذا بنظر میرسد که از ۱۹۹۲ یعنی از موقعیکه قدرتهای بزرگ دیگری مخالفتی با بحث در مورد این مسأله در مجمع عمومی نکرده اند وضع به گونه ای دیگر درآمده باشد. گزارش گروه کاری، که موجز بودن آن نشان دهنده عدم توافق عمومی در مورد مسائل ناشی از این رفرم می باشد، نشان میدهد که به هر حال اصل گسترش

4. Monstre du LOCH NESS.

هیولای دریاچه نس در واقع انعکاس نوری است که هر از گاهی در دریاچه نس در اسکاتلند بدیدار می شود. این انعکاس نور سبب شده است که مردم این ناحیه افسانه هایی را در مورد یک هیولا در این دریاچه نقل کنند.

اعضای شورای امنیت پذیرفته شده است. همانگونه که بدرستی برزیل خاطر نشان کرده که «مسأله دیگر این نیست که آیا شورای امنیت باید گسترش یابد یا نه، بلکه آنچه مطرح است تعیین تعداد اعضا و تعیین زمان تغییر می باشد». البته هر تغییر ساختاری، حداقل هر تغییر ساختاری که منجر به تغییر ترکیب شورای امنیت شود، نیاز به موافقت پنج عضو دائم و دو سوم اعضای سازمان ملل متحد دارد. آقای الاعرابی^۵ این مسأله را از طرف مصر مطرح کرده، و گفته است که «اکثریت دو سوم... آنچه را که مخالف منافع حیاتی اش باشد نمی پذیرد». در چنین شرایطی تغییر ساختار غیر قابل اجتناب بنظر میرسد.

در واقع زمان کاملاً مناسب بنظر می رسد، چون که جنگ سرد پایان یافته و تغییر ساختار شورای امنیت، که بیش از پیش مورد توجه قرار گرفته است، دیگر با تهدید دائمی حق و تو مواجه نیست. بعلاوه پنجاهمین سالگرد تأسیس سازمان ملل متحد فرصت مناسبی را برای تحقق بخشیدن به تغییری که از دیرباز مورد نظر بسیاری از کشورها، بخصوص کشورهای جهان سوم بوده، فراهم نموده است.


مع هذا، اصلاً اطمینانی وجود ندارد که تغییر ساختار شورای امنیت در ۱۹۹۵ تصویب شود. مجمع عمومی تا بحال هیچ تصمیمی در این مورد اتخاذ نموده است. نظرات در مورد فوریت داشتن این تغییر متفاوت بوده است: بنظر عده ای نمی توان آنرا به تأخیر انداخت، در حالیکه برای برخی نباید زیاد تعجیل کرد چونکه لازم است در مورد راه حل هایی که تمایل به تصویب شان وجود دارد، بطور دقیق فکر کرد. برخی «راه حل بی دردسر»^۶ را توصیه می کنند یعنی که باید از تغییر ساختار شورای امنیت صرف نظر نمود و فقط به تغییرات جزئی بسنده کرد. خطر بزرگی که در این حالت وجود دارد افتادن در دامی است که ملل متحد با آن بسیار آشنا است. بدون شک بسیار تأسف آور است، چونکه امکانات واقعی، اگر چه نسبتاً محدود، برای دستیابی به یک کنسانسوس وجود دارد. به نظر میرسد که دولتها و گروههای دولتها همگی برای رسیدن به یک توافق ذینفع

5. Elaraby.

6. Option Douce.

باشند: پنج عضو دائم درک کرده اند که نمیتوانند برای همیشه با درخواستهای به حق کشورهای کوچک و متوسط مخالفت نمایند و بی تردید فرصت مناسب برای قبول گسترش محدود شورای امنیت، از جمله پذیرش آلمان و ژاپن با حق و تو، به وجود آمده است؛ در مورد سایر دولتها این مسأله گوشزد شده است که از این فرصت مناسب که برایشان پیش آمده استفاده کنند و آن اقتدار منهی تغییر را، که غیر قابل شکست بنظر میرسد، از میان بردارند. بدینترتیب بنظر میرسد نیمی از راه برای رسیدن به یک توافق طی شده باشد چنانکه آقای اینسانالی،^۶ نماینده گویان و رئیس گروه کاری، بطور خلاصه وضعیت را اینطور تشریح کرده است: «ما فکر نمی کنیم که بتوان به یک توافق فوری برسر افزایش اعضای دائم رسید مگر آنکه هم زمان تعداد مناسبی نیز به اعضای غیر دائم افزوده شود که پاسخگوی توقع بازنمایی متعادل و منصفانه کلیه دولتها، اعم از توسعه یافته و در حال توسعه در شورای امنیت باشد».

دولتها در صورت نپیمودن راهی که در مقابلشان است دچار اشتباه خواهند شد، آنها باید مرحله، گریز ناپذیر، تبادل آزاد اندیشه را رها کرده به مذاکره جدی پردازند، مذاکره ای که هنوز در اوایل سال ۱۹۹۵ آغاز نشده است. آنها فقط در همین چند ماهی که به پایان پنجاهمین اجلاس مجمع عمومی باقی مانده است برای تصویب تغییر ساختار شورای امنیت فرصت دارند.



پل تاورنیه

Paul TAVERNIER

ترجمه:

دکتر ابراهیم بیگ زاده

دادگاه جزایی بین المللی:

تحوّلات اخیر





پشگفتار مترجم

فکر ایجاد یک دادگاه جزایی بین المللی از دیرباز وجود داشته است ولی این اندیشه که می‌رفت تا بعد از جنگ جهانی اول در اجرای ماده ۲۲۷ معاهده ورسای با محاکمه ویلهلم دوم امپراتور آلمان تحقق یابد به علت مخالفت هلند از استرداد نامبرده، عینیت نیافت و فقط بعد از جنگ دوم جهانی بود که توانست در قالب دادگاههای نورمبرگ و توکیو تحقق یابد. سازمان ملل متحد برای ایجاد یک دیوان کیفری بین المللی، تلاشهایی را در چارچوب کمیسیون حقوق بین الملل آغاز نمود که سرانجام منجر به تدوین طرح اساسنامه یک دیوان کیفری بین المللی در ۱۹۹۴ شد. مع هذا با وجود این تلاشها هنوز تشکیل دیوان کیفری بین المللی جامه عمل به خود پوشیده است.

تحولات جامعه بین المللی و فروپاشی بلوک شرق ضمن آنکه نوید بخش پایان حیات مارکسیسم بود، در ضمن خالق تراژدیهایی نیز بود که فجیع ترین آنها را در سرزمین بوسنی و هرزه گوین شاهد بوده و هستیم. شورای امنیت، با توجه به عمق فاجعه، با تصویب قطعنامه های ۸۰۸ و ۸۲۷ مبادرت به تشکیل یک دادگاه کیفری بین المللی برای رسیدگی به

جنایات ارتكابی در سرزمین یوگسلاوی کرد.

افكار عمومی مردم جهان که هنوز از شوک وارده توسط جنایات ارتكابی در سرزمین یوگسلاوی سابق رنج می برد یک بار دیگر شاهد سفاک‌یهایی بود که در آفریقا اتفاق افتادند. درگیریهای قومی، که شاید خود یادگار دوران استعمار باشد، سبب شد که قبیله هوتو (اکثریت) به قتل عام اعضای قبیله توتسی (اقلیت) در کشور رواندا پردازد و جامعه بین‌المللی برای دومین بار نظاره گر ددمنشی انسانها نسبت به یکدیگر در پایان قرن بیستم باشد. همین امر سبب گردید که شورای امنیت با تصویب قطعنامه ۹۵۵ اقدام به تشکیل دومین دادگاه جزایی بین‌المللی خاص برای رسیدگی به قتل عام و نقض حقوق بشر دوستانه در سرزمین رواندا و دولتهای همسایه آن نماید.

پرفسور پل تاورنیه، با آگاهی کامل از مسائل و مشکلات ناشی از تشکیل و عملکرد یک دادگاه جزایی بین‌المللی ابتدا طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل برای تشکیل یک دیوان کیفری بین‌المللی عام را مورد بررسی قرار می دهد و سپس دادگاههای جزایی بین‌المللی خاص برای یوگسلاوی سابق و رواندا را که شورای امنیت بوجود آورده است مورد مطالعه قرار می دهد.

مقدمه

ایجاد یک دادگاه جزایی بین‌المللی اندیشه‌ایست قدیمی که بطور ادواری نمود می‌کند، بخصوص به مناسبت بروز جنگ‌های بین‌المللی که کره زمین را از پایان قرن نوزدهم و اوایل قرن بیستم به لرزه در آورده و اغلب منجر به تغییر آن چیزی شده است که به تعبیری آنرا «نظم جهانی» می‌گویند که بی‌شک ارجح است آنرا «بی‌نظمی جهانی» نامید.

مسئله تشکیل دادگاه جزایی بین‌المللی مدت‌مدتی است که در دستور کار سازمان ملل متحد قرار دارد، ولی تا این اواخر پیشرفت بسیار اندکی نموده بود. تنها سابقه‌ای که وجود داشت دادگاه نورمبرگ (برای اروپا) و دادگاه توکیو (برای آسیا) بود. مسئله تشکیل چنین دادگاهی تا بحال چندین بار مطرح شده است که از آنجمله در مورد ویتنام یا در خصوص جنگ عراق علیه ایران یا در مورد جنگ عراق علیه کویت می‌باشد.

ولی می‌بایست تا بروز حوادث در سرزمین یوگسلاوی سابق منتظر ماند تا جامعه جهانی بالاخره تصمیم به تشکیل یک دادگاه جزایی بین‌المللی براساس قطعنامه مصوب شورای امنیت، که مبتنی بر فصل هفتم منشور سازمان ملل متحد است، بگیرد.

دومین دادگاه جزایی ویژه برای رواندا تشکیل شده است. معذک مشکلات حقوقی و عملی فراوانی وجود دارد که به کارگیری مؤثر محاکم ایجاد شده را با تأخیر مواجه می‌کند.

بهرحال ایجاد این دو دادگاه امکان داد تا تحرکی به کارهای کمیسیون حقوق بین الملل که سالهای متمادی است طرح اساسنامه یک دیوان کیفری بین المللی را تهیه نموده است داده شود. آنچه که ما در اینجا بطور خلاصه بیان میکنیم صورت فعلی تلاشهای فراوان و متنوع جامعه جهانی در اینمورد است.

فصل اول

پیش نویس اساسنامه دیوان کیفری بین المللی

الف- سوابق دور

مواد ۲۲۷ و ۲۲۸ و ۲۲۹ معاهده ۱۹۱۹ ورسای «اولین قدم در راه ایجاد دادگاه جزایی بین المللی است که جانشین دادگاه سیاسی ای که تصمیم به تبعید و زندانی کردن ناپلئون اول در جزیره سنت هلن گرفته بود میگردد» (J. Descheemaker). معذک فقط ماده ۲۲۷ به تشکیل یک دادگاه بین المللی واقعی تصریح می‌کشد: طبق این ماده وبلهلم دوم (امپراطور آلمان) متهم به «تجاوز به حریم اخلاق بین المللی و معاهدات» شده بود؛ این ماده تشکیل یک دادگاه ویژه مرکب از پنج قاضی از کشورهای ایالات متحد آمریکا، انگلستان، فرانسه، ایتالیا و ژاپن را پیش بینی کرده بود. در عوض، مواد ۲۲۸ و ۲۲۹ در مورد محاکمه جنایتکاران جنگی از چندان صراحتی برخوردار نبودند. در عمل ماده ۲۲۷ اجرا نشد چونکه هلند از استرداد گیوم دوم امتناع نمود و او توانست روزهای آرام و امنی را تا پایان عمر یعنی تا سال ۱۹۴۱ در آن کشور بگذراند. محاکمه جنایتکاران جنگی نیز به آلمان سپرده شد، ولی در حالیکه متفقین فهرستی حاوی نام ۹۰۰ نفر را تهیه کرده بودند، آلمان فقط محاکمه ۴۵ نفر را پذیرفت و تنها ۱۲ نفر از آن میان محاکمه شدند که شش نفر از این

تعداد به مجازاتهای نسبتاً جزئی محکوم شدند. تجربه ورسای به عنوان اولین تلاش جهت ایجاد یک دادگاه جزایی بین المللی سرانجام با شکست مواجه شد. پس از آن اعطای صلاحیت جزایی به دیوان دائمی دادگستری بین المللی مورد توجه واقع شد و مسأله مسئولیت جزایی بین المللی در میان دو جنگ جهانی بطور گسترده مورد بحث و بررسی قرار گرفت. حتی طرح کنوانسیون برای ایجاد یک دیوان جزایی بین المللی نیز در ۱۹۳۷ تهیه شد.

با ایجاد دادگاههای نورمبرگ و توکیو در ۱۹۴۵ مفهوم دادگاه جزایی بین المللی وارد قلمرو حقوق موضوعه می گردید. مع هذا به هر میزان که این سوابق اهمیت می داشتند باز تجاربی محدود و گذرا بودند. ولی در عین حال سبب برانگیختن بحثهایی در چارچوب سازمان ملل متحد شدند. مجمع عمومی در قطعنامه های ۳ و (۱) ۹۶ مورخ ۱۳ فوریه و ۱۱ دسامبر ۱۹۴۶ خود اصول نورمبرگ را تأیید نمود. مجمع عمومی در ۲۱ نوامبر ۱۹۴۷ کمیسیون حقوق بین الملل را مسؤل تنظیم کردن این اصول نمود، و کمیسیون از ۱۹۵۰ شروع به این کار کرد.

ب- کارهای کمیسیون حقوق بین الملل

مجمع عمومی همچنین تهیه طرح مجموعه مقررات کیفری برای جنایات بر ضد صلح و امنیت بشری را به کمیسیون حقوق بین الملل سپرد. یک طرح بازنگری شده در ۱۹۵۴ تصویب شد، ولی مجمع عمومی تصمیم گرفت که مذاکرات تا مشخص شدن تعریف «تجاوز» به تعویق افتد. تجاوز در ۱۹۷۴ تعریف شد.^۱ از آن پس کمیسیون حقوق بین الملل مسأله را مجدداً در دستور کار خود قرار داده و آنرا با تأنی عاقلانه ای بررسی کرده است. به موازات این مسأله ایجاد یک دیوان کیفری بین المللی نیز از ۱۹۴۸ در دستور کار قرار گرفت ولی کارهای انجام شده به نتیجه ای منجر نگردید تا آنکه فعالیت کمیسیون مجدداً از ۱۹۸۹ از سر گرفته شد.

۱. بر اساس قطعنامه مصوب بیست و نهمین اجلاس مجمع عمومی در ۱۹۷۴ «تجاوز عبارت است از بکارگیری نیروهای مسلح توسط یک کشور بر ضد حاکمیت، تمامت ارضی یا استقلال سیاسی کشور دیگر و با هر طریق دیگری که با منشور ملل متحد میابنت داشته باشد».

برخی از اعضای کمیسیون به این مسأله با دیده شک نگریسته اند. در ۱۹۹۱ آقای محمد بنونا،^۱ رئیس فعلی مؤسسه جهان عرب در پاریس، می نویسد «مانند «هیولای دریاچه نس»^۲ دادگاه جزایی بین المللی که بعد از پیدایش زودگذرش پس از جنگ دوم جهانی از اوام مردم رخت بریسته و به وادی فراموشی سپرده شده بود، از نو ظهور کرده است». به نظر او «ایجاد یک دیوان کیفری بین المللی یک بازی خیالی است» که «حتی تمرینش میتواند خطرناک باشد چنانچه توسط حاکمیت های موجود برای تضمین امور انجام شده یا تسکین بخشیدن به وجدانهای حاکم به تباهی کشیده شود».

کمیسیون حقوق بین الملل، علیرغم چنین مدعایی، طرح اساسنامه دادگاه کیفری بین المللی را در ۱۹۹۳ تنظیم نمود. مذاکره ای در چارچوب کمیسیون ششم^۳ انجام گرفت و مجمع عمومی از دولتها خواست تا نظرات خود را به دبیرکل سازمان تسلیم نمایند. کمیسیون حقوق بین الملل سرانجام در ۲۲ ژوئیه ۱۹۹۴ طرح اساسنامه یک دیوان کیفری بین المللی را تصویب کرد و به مجمع عمومی توصیه نمود که مبادرت به تشکیل کنفرانسی دیپلماتیک با حضور دولتها برای مطالعه طرح اساسنامه و همچنین انعقاد کنوانسیون برای تشکیل دیوان بنماید. مجمع عمومی در ۹ دسامبر ۱۹۹۴ تصمیم به تشکیل کمیته ویژه ای گرفت که مسؤل بررسی مسائل اداری و مالی ناشی از طرح کمیسیون حقوق بین الملل است. این کمیته ویژه در حال حاضر تشکیل شده است (از ۳ تا ۱۳ آوریل ۱۹۹۵) و مجمع عمومی ممکن است مجبور به تشکیل کنفرانسی دیپلماتیک در جریان پنجاهمین اجلاس خود گردد.

۲. محمد بنونا (Mohamed BENNOUNA) مراکشی است و رئیس دانشکده حقوق دانشگاه رباط می باشد.

۳. «هیولای دریاچه نس» در واقع انعکاس نوری است که هر از گاهی در دریاچه نس واقع در اسکاتلند به چشم می خورد و بعد ناپدید می شود و سبب شده است تا مردم افسانه هایی را در این مورد وجود یک هیولا در این دریاچه نقل کنند.

۴. کمیسیون ششم، کمیسیون حقوقی مجمع عمومی است.

طرح کمیسیون حقوق بین الملل حاوی شصت ماده به همراه توضیحات ماهوی می باشد. این طرح حاوی هشت بخش بشرح زیر است:

- ایجاد دیوان
- ترکیب و اداره
- صلاحیت
- تحقیق و تعقیب
- محاکمه
- استیناف و تجدیدنظر
- همکاری بین المللی و معاضدت قضایی
- اجرا

در عوض، طرح حاوی شرایط نهایی^۵ نیست و مسائل مهمی می بایست حل شوند: مانند تعداد اسناد تصویب مورد نیاز برای لازم الاجرا شدن اساسنامه، مسأله حق شرط یا حق تحفظ، مسائل مالی دیوان و غیره. همچنین کمیسیون حقوق بین الملل در مورد ارتباطاتی که باید میان دیوان کیفری بین المللی و سازمان ملل متحد برقرار شود اظهارنظری نکرده است، چیزی که مسائل زیادی را مطرح می نماید: کمیسیون فقط به بیان موارد اصلی بسنده کرده است.

تصویب طرح اساسنامه یک دیوان کیفری بین المللی نشان دهنده مرحله مهمی است. در واقع بگرات مخاصمات بین المللی حاد توجه را به وجود یک خلاء بزرگ در حقوق بین الملل و جامعه بین المللی جلب کرده است. این را می توان به خصوص در جنگ عراق - ایران ۱۹۸۸-۱۹۸۰ و در جنگ کویت (۱۹۹۰-۱۹۹۱) ملاحظه نمود که در آن احتمال محاکمه صدام حسین در مقابل یک دادگاه جزایی بین المللی، بخصوص توسط پرفسور جمشید ممتاز، طرح شده بود. بی شک سفاکیهای انجام شده در سرزمین یوگسلاوی سابق و ایجاد دادگاه ویژه به کارهای کمیسیون حقوق بین الملل برای ایجاد یک دیوان سرعت بخشیده اند، دیوانی که یک نهاد دائمی و جهانی خواهد بود و مختص یک مخاصمه مشخص نمی باشد.

5. Final clauses یا Les clauses finales.

بعلاوه، طرح ۱۹۹۲ در بسیاری از موارد تجربه حاصل از دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق را مدنظر قرار داده است (یعنی از اساسنامه و آئین‌نامه داخلی دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق استفاده کرده است).

فصل دوم

دادگاه‌های جزایی بین‌المللی ویژه

الف - ایجاد دادگاه بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق

شورای امنیت در ۲۲ فوریه ۱۹۹۳ با تصویب قطعنامه ۸۰۸ تصمیم به «تشکیل یک دادگاه بین‌المللی برای محاکمه اشخاصی که متهم به تجاوز شدید، به حقوق بشر دوستانه بین‌المللی در سرزمین یوگسلاوی سابق از اول ژانویه ۱۹۹۱ می‌باشند» گرفت. این تصمیم در ۲۵ مه در یک قطعنامه جدید (قطعنامه ۸۲۷) تأیید شد؛ قطعنامه اخیر دادگاه را بطور واقعی با تصویب اساسنامه‌اش به شکلی که دبیرکل در گزارش خود پیشنهاد نموده بود، ایجاد کرد. البته رخدادها نیز بنفع ایجاد چنین محکمه‌ای بوده است چونکه تنفر از جنایاتی که در سرزمین یوگسلاوی سابق اتفاق افتاده، سبب تحریک افکار عمومی در سطح وسیع شده است که سازمان ملل متحد، بخصوص به کمک گزارش‌های تکان‌دهنده آقای مازوویکی،^۶ مخبر ویژه کمیسیون حقوق بشر، منعکس کننده آن بوده است. در اوایل سال ۱۹۹۳ طرح‌های ملی زیادی در فرانسه، در ایتالیا، در روسیه فدراتیو و در ایالات متحد آمریکا تهیه شده‌اند، کنفرانس امنیت و همکاری اروپا و سازمان کنفرانس اسلامی نیز نقطه نظرات و پیشنهادات خود را ارائه نموده‌اند.

۶. خاطر نشان می‌سازد که مراد از حقوق بشر دوستانه بطور عمده چهار کنوانسیون ۱۹۴۹ ژنو و دو پروتکل ۱۹۷۷ ژنو منضم به این کنوانسیونها می‌باشد. این کنوانسیونها و پروتکلها حاوی مقرراتی است که در هنگام بروز مخاصمات لازم الاجرا می‌شوند.

قطعنامه ۸۰۸ بطور ضمنی مبتنی بر فصل هفتم منشور است. این قطعنامه همچنین با برقراری ارتباط میان حفظ صلح و رعایت حقوق بشر دوستانه، سهمی را که ایجاد این دادگاه در استقرار مجدد و حفظ صلح خواهد داشت متذکر می‌گردد. بهر حال عده‌ای معتقدند که این تصمیم شورای امنیت (تشکیل دادگاه کیفری بین‌المللی) بیانگر شکست و عدم توانایی آن در تحمیل یک راه حل می‌باشد.

این حقیقت وجود دارد که قطعنامه ۸۲۷ به صراحت به فصل هفتم منشور اشاره دارد و آن موجب می‌شود تا نظر عمومی بر الزامی بودن این تصمیم شورای امنیت برای کلیه دولتها باشد. معذک باید در مورد آثار ناشی از تصمیمات مبتنی بر فصل هفتم منشور بسیار محتاط بود. از سوی دیگر، شورای امنیت فقط بر طرح اساسنامه منضم به گزارش ۳ مه ۱۹۹۳ دبیرکل صحنه گذاشته است، بدون اینکه هیچگونه تغییری در آن بدهد. این بیانگر آنستکه دبیرکل و بطور مشخص تر سرویس حقوقی نقش اصلی و شاید بیش از حدی در تهیه قواعد مربوط به عملکرد و وظایف محوله به دادگاه را داشته است.

شورای امنیت تصمیم به تشکیل یک دادگاه بین‌المللی گرفته است که «هدفش فقط محاکمه اشخاصی است که متهم به نقض شدید حقوق بشر دوستانه بین‌المللی در سرزمین یوگسلاوی سابق بین اول ژانویه ۱۹۹۱ تا تاریخی که شورای امنیت بعد از استقرار مجدد صلح تعیین خواهد کرد هستند». اساسنامه دادگاه در برگیرنده سی و چهار ماده است. گزارش دبیرکل حاوی نکات دقیق و جالبی در مورد مبانی حقوقی ایجاد دادگاه، صلاحیت (موضوعی، شخصی، محلی و زمانی)، سازمان و تشکیلات و آئین دادرسی آن می‌باشد.

دادگاه دارای دو شعبه برای رسیدگی بدوی متشکل از سه قاضی و یک شعبه استینافی متشکل از پنج قاضی است. بعلاوه دادستان نقش قابل ملاحظه‌ای دارد چونکه او «مسؤل تحقیق در پرونده‌ها و تعقیب عاملان تجاوزهای شدید به حقوق بین‌الملل بشر. دوستانه می‌باشد (ماده ۱۶ اساسنامه) و اوست که کیفرخواست صادر می‌کند (ماده ۱۸ اساسنامه).

دادگاه دارای یک مدیر دفتر است که میان شعب و دادستان مشترک است (ماده ۱۱ اساسنامه). ماده ۲۱ اساسنامه از اهمیت خاصی برخوردار است چونکه حقوق متهم را پیش بینی می‌کند که براءت متهم (بند ۳) و حق برخورداری از یک محاکمه منصفانه (بند ۴) می‌باشند. این حقوق در واقع حقوقی است که در ماده ۱۴ بند ۳ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶ اعلام شده‌اند. شق دال از بند ۳ ماده ۱۴ میثاق فوق، حق متهم را برای حضور در جلسه دادرسی اعلام می‌کند، که وجود این حق امکان محاکمه غیابی را از میان می‌برد. در واقع، تعداد زیادی از دولتها، بخصوص دولتهای انگلو ساکسون، تمایل کم و حتی مخالفت خود را با امکان محاکمه غیابی اعلام کرده‌اند چرا که بنظر آنها چنین محاکمه ای برای متهم غیر منصفانه بوده و در ضمن مخالف نظام حقوق داخلی آنها می‌باشد. معهذا باعث تأسف است که هرگونه محاکمه غیابی رد شده‌است، چونکه این امر دادگاه را با خطر رخوت مواجه می‌کند. به همین جهت دادگاه تلاش کرده است که چنین خلاءیی را در آئین نامه داخلی با پیش بینی تأیید علنی کیفر خواست از میان ببرد. اما این روندی است که ممکن است چندان مؤثر واقع نشود. کمیسیون حقوق بین‌الملل در طرح ۱۹۹۲ خود هرگونه محاکمه غیابی را نفی نکرده است (ماده ۳۷).

بعلاوه، ماده ۲۹ اساسنامه دادگاه برای یوگسلاوی سابق مربوط به همکاری و معاضدت قضایی است. این ماده، تعهدات مشخصی را برای دولتها بوجود می‌آورد و با توجه به آن حتی از الزامی بودن قطعنامه شورای امنیت سخن به میان آورده است. معذک میتوان در مورد تأثیر عملی چنین اعلامیهایی تردید داشت، و آن مستقل از تجزیه و تحلیلهای حقوقی است که قابلیت گسترش بسیار زیادی دارد.

اساسنامه دادگاه فقط مجازات حبس را پیش بینی کرده است (ماده ۲۴) و بنابراین به آن اجازه اعلام مجازات مرگ را نمیدهد. مجازاتها در دولتی که آمادگی پذیرش محکومین را دارد اجراء می‌شود. مقر دادگاه در شهر لاهه است (ماده ۳۱) و زبانهای کار دادگاه، همانند آنچه که در دیوان بین‌المللی دادگستری عمل می‌شود، انگلیسی و فرانسه است، اگرچه

برخی طرحها فقط زبان انگلیسی را برای زبان کار در نظر گرفته بودند. ویژگی اصلی اساسنامه دادگاه درخواست یک همکاری مهم از سوی دولتهایی است که مستقیماً با این مسأله مرتبط می باشند، و این همکاری نه فقط باید قبل از محاکمه وجود داشته باشد چونکه بدون تحویل جنایتکاران به سازمان ملل متحد توسط دولتهایی که آنها را در اختیار دارند امکان محاکمه وجود ندارد، بلکه همچنین این همکاری باید بعد از محاکمه نیز وجود داشته باشد چونکه مجازات در زندانهای یک دولت و نه در زندان ملل متحد اجرا می شود. لذا تصویب قوانین داخلی اغلب ضرورت دارد و برخی کشورها در اینمورد خود را متعهد کرده اند که اسپانیا (قانون اول ژوئن ۱۹۹۲) و فرانسه (قانون ۲ ژانویه ۱۹۹۵) از آن جمله اند. ولی این مسأله مشکلات عدیده حقوقی (دامنه صلاحیت جهانی در امور جزایی) و سیاسی ایجاد می کند؛ چونکه تضمین چندانی برای همکاری فیما بین دولتها وجود ندارد و وضعیت در اینمورد با وضعیت موجود در ۱۹۴۵ در هنگام ایجاد دادگاه نورمبرگ بسیار متفاوت است؛ و علاوه بر آن افرادی که ممکن است در مقابل دادگاه کیفری برای یوگسلاوی سابق محاکمه شوند اغلب همانهایی هستند که جامعه جهانی برای مذاکره جهت دستیابی به توافق و راه حلی برای مشکلات ناشی از این مخاصمه در جستجوییشان می باشد. علیرغم چنین مشکلاتی، برپایی این دادگاه در شرایط تقریباً خوبی انجام شد. یازده عضو دادگاه در ۱۷ سپتامبر ۱۹۹۳ طبق ماده ۱۳ اساسنامه آن انتخاب و از ۱۷ نوامبر کار خود را آغاز نموده اند. دادگاه در روز بعد پرفسور آنتونیو کاسسه^۸ را بعنوان رئیس انتخاب نمود. نصب مدیر دفتر و دادستان کل مشکلاتی چند ایجاد نمود و تعداد زیادی مشکلات اداری و مالی مطرح شده اند. معذک، رئیس دادگاه در پائیز ۱۹۹۲ اعلام کرد که کلیه این مشکلات حل شده اند و سرانجام اولین کیفرخواستها توانستند صادر شوند. در اثنای این مدت دومین دادگاه ویژه ایجاد شده است.

ب- ایجاد دادگاه بین‌المللی برای رواندا

بعد از سفاکی‌ها و انواع جنایتها و عمل زشت «پاکسازی قومی» که در قلب اروپا، در یوگوسلاوی سابق و بطور مشخص‌تر در بوسنی-هرزه‌گوین، انجام شد، جامعه جهانی ناتوان نظاره‌گر قتل عامی بود که در ماه آوریل سال ۱۹۹۴ در رواندا، در قاره آفریقا، سرزمین قطعه قطعه شده توسط درگیرهای قومی، اتفاق افتاد. قتل عامی که باز هم افکار عمومی جهان را تکان داد و سازمان ملل متحد، براساس پیشنهاد آقای دنی-سگی، 'مخبر کمیسیون حقوق بشر و کمیسیون کارشناسی، تصمیم گرفت که یک دادگاه ویژه جدید ایجاد کند. این دادگاه مسوول «محاكمه اشخاصی است که متهم به کشتار عام یا تجاوزات شدید به حقوق بشر دوستانه در سرزمین رواندا بوده و همچنین محاکمه شهروندان رواندایی را که متهم به ارتکاب به چنین اعمال یا تجاوزاتی در سرزمین دولتهای همسایه در فاصله زمانی اول ژانویه تا ۳۱ دسامبر ۱۹۹۴ هستند به عهده دارد».

قطعنامه ۹۵۵ شورای امنیت مورخ ۸ نوامبر ۱۹۹۴ همانند مورد یوگوسلاوی سابق، مبتنی بر فصل هفتم منشور است و اساسنامه دادگاه ضمیمه آن می‌باشد که بطور عمده از اساسنامه دادگاه جزایی برای یوگوسلاوی سابق الهام گرفته است.

هر دو دادگاه (دادگاه برای یوگوسلاوی سابق و دادگاه برای رواندا) مرکب از یازده قاضی و سه شعبه می‌باشد. دو شعبه اول که رسیدگی بدوی می‌کنند هر یک دارای سه قاضی بوده و شعبه سوم که رسیدگی استینافی را به عهده دارد و از پنج قاضی تشکیل می‌شود میان دو دادگاه مشترک می‌باشد. دادستان نیز مشترک است: که همان قاضی آفریقایی جنوبی آقای گلدستون^{۱۰} می‌باشد. بنابراین وجوه مشترکی میان این دو نهاد وجود دارد، اما به هر حال جدا از یکدیگر می‌باشند، بخصوص از لحاظ مقر، چونکه دادگاه برای یوگوسلاوی سابق در شهر لاهه (هلند) مستقر است

9. Degni-Ségué.

۱۰. این کمیسیون در ژوئیه ۱۹۹۴ بوجود آمده است.

11. Goldstone.


در حالی که دادگاه برای رواندا در قاره آفریقا، در شهر آروشا (تانزانیا)، قرار دارد. دولت رواندا در ابتدا تمایل داشت که این دادگاه حتی در شهر کیگالی (پایتخت این کشور) تشکیل شود که این تقاضا اعتراضاتی را برانگیخت.

بنابراین ایجاد دادگاه بین المللی برای رواندا خیلی سریع انجام شده است، ولی همانند مورد دادگاه یوگسلاوی سابق، مشکلات زیادی باید حل شوند و قبل از همه اراده سیاسی دولتها برای اینکه این محاکم بطور مؤثر عمل کنند و همانند طبل توخالی نباشند ضروری است.

نتیجه


روند ایجاد یک دادگاه جزایی بین المللی، با ایجاد دادگاه ویژه برای یوگسلاوی سابق در ۱۹۹۳ و تسریع کارها در جهت ایجاد یک دیوان کیفری بین المللی نشان دهنده گرایشهای فعلی و تضادهای جامعه بین المللی است که در جستجوی یک «نظم نو جهانی» می باشد. ایجاد دادگاه بین المللی برای یوگسلاوی سابق و سپس دادگاه مسوول رسیدگی به جنایات ارتكابی در رواندا به عنوان اولین قدم به سوی ایجاد یک دادگاه جزایی بین المللی با صلاحیت جهانی تلقی شده است، دادگاهی که ممکن است بطور کامل سیاست «یک بام و دو هوا» را از میان ببرد. معذک عده ای از این ترس دارند که ایجاد دادگاه ویژه وسیله ای برای رفع اتهام نشود، یا بهانه ای جهت فرار از تعهدات پیش بینی شده در حقوق بین الملل بشردوستانه برای مجازات جنایتکاران جنگی نگردد، و از سوی دیگر، باعث تأخیر در ایجاد دادگاهی با صلاحیت عمومی نشود، برای پاسخ به اینها باید منتظر نتایج عملی این دادگاههای ویژه باشیم، که البته این خود نیاز به زمان و اندکی صرف وقت دارد. به هر حال می توان امیدوار بود که این ترسها بیهوده باشند و در آینده ای نزدیک ابزارهای ضروری برای زدودن ننگ ناشی از بی مجازات ماندن جنایتکارانی نظیر عیدی امین دادا، صدام حسین یا پول پوت بوجود آیند.





دکتر اردشیر امیرارجمند

کنفرانس ملل متحد راجع به ذخایر ماهیهای
دوکاشانه ای و ماهیهای مهاجر دور و
موافقتنامه اوت ۱۹۹۵ نیویورک



100

پیشینه تاریخی

در خلال سومین کنفرانس حقوق بین الملل حقوق دریاها که منجر به تصویب کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها گردید، دولتهای ساحلی، خصوصاً آن دسته از کشورهای جهان سوم که در نزدیکی سواحل آنها منابع آبی غنی یافت می شد برای حفاظت از این سرمایه ملی و کوتاه نمودن دست قدرتهای بزرگ دریایی از این منابع، خواستار گسترش حاکمیت و صلاحیت خود بر مناطق وسیع تری از دریای مجاور سواحل خود شدند.^۱ این گرایش منجر به ایجاد مناطق اقتصادی انحصاری و شناسایی این مفهوم جدید حقوقی به عنوان قاعده عرفی حقوق بین الملل و نهایتاً اختصاص بخشی از کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها به آن گردید. اما دولتهای ساحلی به زودی متوجه گردیدند که ایجاد مناطق اقتصادی انحصاری به تنهایی نمی تواند اهداف آنها در مورد حفاظت و بهره برداری پایدار از برخی منابع آبی یعنی ماهیهای دوکاشانه ای (Straddling Fish Stocks) و

۱. نک:

R.J. Dupuy, "La mer sous compétence nationale", C.A. Fleischer, "La pêche", in "Traité du nouveau droit de la mer", Paris, 1985, pp. 242 et sui, 879 et sui.

ماهیهای مهاجر دور (Highly Migratory Fish Stocks) را تأمین نماید. و شاید ذخایر این گونه ماهیها بعد از ایجاد مناطق انحصاری اقتصادی و ممنوعیت صید برای ناوگانهای بزرگ دریایی دول دیگر در این مناطق و اجبار این ناوگانهای صیادی به تمرکز فعالیت خود در آبهای آزاد، خصوصاً مناطقی از دریا آزاد که مجاور مناطق انحصاری اقتصادی بود، بیشتر در معرض خطر قرار گرفت. البته علت دیگری که ذخایر این گونه ماهیها را در معرض خطر جدی قرار داده و موجب افت میزان صید جهانی از اواخر دهه ۱۹۸۰ گردید، تمایل کشورهای جهان سوم به سرمایه گذاریهای قابل توجه و گاه غیرواقعی بینانه در بخش شیلات بود که از نظر اقتصادی موجب ترویج صید بی رویه می گردید.

نگرانیهای کشورهای ساحلی از خطر جدی که نسل ماهیهای مهاجر دور و دوکاشانه ای را تهدید می کند و تلاشهای آنها در سطح بین المللی برای یافتن راه حلی برای مقابله با آن، زمینه طرح مسأله ضرورت حفاظت از ذخایر این گونه ماهیها را در جریان کنوانسیون ۱۹۹۲ ریو در مورد حفاظت از محیط زیست و توسعه پایدار فراهم نمود. بند C بخش ۱۷ طرح اجرایی کنفرانس ریو برای قرن ۲۱ (Agenda 21) به استفاده پایدار و حفاظت از منابع آبرزی دریای آزاد اختصاص یافته است. در این بخش از طرح به مجمع عمومی سازمان ملل متحد پیشنهاد می گردد که برای حسن اجرای عملی و مؤثر تدابیر مقرر در کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها در خصوص صید در دریای آزاد و حفاظت از ذخایر ماهیهای مهاجر دور و دوکاشانه ای، چگونگی و راههای عملی توسعه همکاریهای بین المللی جهانی و منطقه ای در خصوص صید، یک کنفرانس بین المللی تشکیل دهد. بنابه دعوت مجمع عمومی سازمان ملل متحد^۱ اولین اجلاس این کنفرانس در ۱۹ آوریل ۱۹۹۳ در نیویورک آغاز بکار کرد^۲ و تا ژوئیه ۱۹۹۵ جمعاً شش اجلاس تشکیل گردید.

۲. قطنامه ۲۷/۱۹۲ مورخ ۲۲ دسامبر ۱۹۹۲.

۳. زک:

L. LUCCHINI, "Stocks chevauchants et grands migrateurs", pp. 6 et s.

(مترجم: سخنرانی در کنفرانس سازمان ملل متحد در مارس ۱۹۹۴ در قطر).

با اعلام مواضع و دیدگاه دولتها در خلال این اجلاسها معلوم شد که بین کشورهای ساحلی و کشورهای دارای ناوگانهای صید صنعتی بزرگ در نحوه برخورد با مسأله، اختلاف نظر اساسی وجود دارد. هر دو طرف معتقد به ضرورت حفاظت و حمایت از منابع ماهیهای دوکاشانه‌ای و مهاجر دور بودند ولی گروه اول معتقد بود، در مناطقی از دریای آزاد که در مجاورت منطقه انحصاری اقتصادی می باشد دارای حق ترجیحی برای حفاظت و حراست از منابع آبی مذکور بوده و به این عنوان اصولاً می تواند براساس مقررات بین المللی با صید بی رویه ناوگانهای بزرگ صیادی مقابله نموده یا آن را کنترل نماید. در صورتی که کشورهای گروه دوم حق ترجیحی برای کشور ساحلی در دریای آزاد قائل نبوده و معتقد بودند که ضمانت اجرای مقررات نه به عهده دولت ساحلی بلکه به عهده دولت صاحب پرچم است.

نهایتاً رئیس کنفرانس براساس پیشنهادهای مختلف، طرحی را تهیه نمود که این طرح در اجلاس ششم کنفرانس مورد بررسی و حک و اصلاح قرار گرفت و متن «موافقتنامه اجرای مقررات کنوانسیون ۱۰ دسامبر ۱۹۸۲ در مورد حفاظت و مدیریت ذخایر ماهیهای که در مناطق اقتصادی انحصاری و ورای این مناطق تردد می کنند (ذخایر دوکاشانه‌ای) و «ماهیهای مهاجر دور» مشتمل بر ۵۰ ماده و دو ضمیمه به تصویب کنفرانس رسید.^۲ این موافقتنامه از تاریخ ۴ دسامبر ۱۹۹۵ برای امضاء مفتوح گردیده است که به صورت اجمالی به بررسی مفاد آن می پردازیم.

بررسی اجمالی مفاد موافقتنامه

این موافقتنامه مشتمل بر یک مقدمه در ده بند، ۵۰ ماده در ۱۳ بخش و دو ضمیمه می باشد. در اینجا پس از بررسی مقدمه موافقتنامه به ترتیب اهداف، قلمرو اجرایی و رابطه موافقتنامه با کنوانسیون - حفاظت و مدیریت ذخایر ماهیهای دوکاشانه‌ای و مهاجر دور - اختیارات دولت

۲. متن موافقتنامه به زبان فرانسه در:

ساحلی- حقوق و تکالیف دولت صاحب پرچم- تدابیر متخذه از جانب دولت صاحب بندر و مکانیزمهای همکاریهای بین المللی را مورد بررسی قرار می دهیم.

۱- مقدمه

پس از یادآوری مقررات کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها، ضرورت حفاظت از ذخایر ماهیهای دوکاشانه ای و مهاجر دور، درخواست از دولتهای صاحب پرچم، بندر و ساحلی در اجرای موثر تدابیر حفاظتی و مدیریت ذخایر این ماهیها، این مقدمه در بند ۵ خود به علایق دولتها به حل مشکلات اصلی که در بند ۲ بخش ۱۷ طرح اجرایی کنفرانس ریو (ازاندا ۲۱) شناسایی شده اشاره می کند. اهم این مشکلات در خصوص عدم مدیریت صحیح استحصال منابع آبی در دریای آزاد و صید بی رویه عبارتند از: ۱- صید بی رویه و فقدان مقررات صید ۲- افزایش بیش از حد ظرفیت ناوگانهای صیادی بزرگ مجهز به ابزار و ادوات پیشرفته صیادی ۳- تغییر پرچم (استفاده از پرچم مصلحتی) برای فرار از مقررات دولت صاحب پرچم در مقابله با صید بی رویه ۴- استفاده از ابزار صید نامناسب (یعنی ابزاری که موجب صید ضمنی زیاد و ضایع شدن آنها می گردد). صید ضمنی به صیدی گفته می شود که منظور نظر نبوده ولی همراه با صید اصلی و احتمالاً به علت نامناسب بودن ابزار صید از آب خارج می گردد). ۵- کمبود و عدم اطمینان به اطلاعات و داده های مربوط به آبریان ۶- عدم همکاری کافی بین دولتها.

۲- هدف، قلمرو اجرایی و رابطه موافقتنامه با کنوانسیون ۱۹۸۲

هدف از این موافقتنامه تضمین حفاظت درازمدت و استحصال پایدار از ذخایر ماهیهای دوکاشانه ای و مهاجر بزرگ از طریق اجرای موثر مقررات و ترتیبات مقرر در کنوانسیون ۱۹۸۲ می باشد.

قلمرو اجرای این موافقتنامه، حفاظت و مدیریت ذخایر ماهیهای دوکاشانه ای و مهاجر دور در مناطق خارج از صلاحیت ملی دولتها- به جز

مواد ۶ و ۷ که در مورد حفاظت و مدیریت این ذخایر در مناطق تحت صلاحیت ملی نیز اعمال می شود. است.

هیچ یک از مقررات این موافقتنامه به حقوق و صلاحیتها و تعهدات دولتها ناشی از کنوانسیون ۱۹۸۲ آسیب نرسانده و مقررات این موافقتنامه در چهارچوب کنوانسیون ۱۹۸۲ و هماهنگ با آن قابل تفسیر و اعمال می باشد. بنابراین همان طور که قطعنامه مجمع عمومی تأکید دارد بین کنوانسیون ۱۹۸۲ و موافقتنامه ۱۹۹۵ هیچ گونه تضادی نمی تواند وجود داشته باشد. در واقع، این موافقتنامه نحوه اجرای مقررات کنوانسیون را مشخص و معین می نماید.

۳- حفاظت و مدیریت ذخایر ماهیهای دوکشانه‌ای و ذخایر ماهیهای مهاجر دور

به منظور حفاظت و مدیریت ذخایر این ماهیها دولتهای ذی نفع (دولتهای ساحلی و دولتهایی که اتباع آنها در دریای آزاد به صید مبادرت می نمایند) برای ایفای «تعهد به همکاری» که کنوانسیون ۱۹۸۲ برای آن ایجاد می نماید اقدامات ذیل را انجام می دهند:

۱. اتخاذ تدابیر لازم برای تضمین پایداری ذخایر این ماهیها در درازمدت با ترویج بهره برداری «مطلوب» (optimal)
۲. نظارت بر اینکه تدابیر متخذه مبتنی بر داده های عملی مفید باشد.

۳. اعمال تدابیر حزم و احتیاط به ترتیب مقرر در ماده ۶
۴. ارزیابی تأثیرات صید خصوصاً در مورد گونه هایی که بیشتر مورد توجه می باشند.

۵. کاهش آلودگی به حداقل ممکن
۶. حراست از تنوع بیولوژیکی منابع دریایی
۷. تلاش برای توقف صید بی رویه و خارج از ظرفیت
۸. در نظر گرفتن منافع صیادان سنتی

- ۹- جمع‌آوری و تلفیق داده‌های مکمل در فرصت زمانی مناسب، خصوصاً در مورد مکان ناوگانهای صیادی و گونه‌های صید شده
- ۱۰- ترویج و تشویق تحقیقات علمی
- ۱۱- اعمال تدابیر حفاظتی و مدیریت منابع و کنترل رعایت آنها از طریق ایجاد روشهای مؤثر نظارت و کنترل.
- ماده ۶ موافقتنامه به اعمال تدابیر حزم و احتیاط در حفاظت و مدیریت ذخایر ماهیها اختصاص یافته است. به موجب این ماده دولتها وسیعاً «تدابیر حزم و احتیاط برای حفاظت و مدیریت از ذخایر» را به منظور حفاظت از منابع بیولوژیک و حراست از محیط دریایی اعمال می‌نمایند. در این راستا، دولتها باید با توجه به اینکه داده‌ها چندان دقیق نبوده و از اعتبار کافی برخوردار نیستند حداکثر احتیاط را به خرج دهند. اما به هر صورت ضعف داده‌های علمی نباید بهانه‌ای برای عدم اتخاذ تدابیر مؤثر باشد.
- دولتها برای به اجرا گذاردن حزم و احتیاط، تدابیر ذیل را اتخاذ می‌نمایند.
- ۱- تقویت و بهبود تصمیم‌گیری در زمینه حفاظت و مدیریت منابع دریایی با جمع‌آوری و تلفیق مفیدترین اطلاعات علمی که در اختیار دارند و اعمال پیشرفته‌ترین فنون برای مقابله با عدم قطعیت‌های علمی
 - ۲- اعمال راه‌بردهای مندرج در ضمیمه ۲
 - ۳- ملحوظ داشتن عدم قطعیت داده‌ها در خصوص اهمیت عددی و کمی ذخایر، دوره تجدید آنها، شرایط اقیانوسی، زیست محیطی و اقتصادی و اجتماعی موجود و پیش‌بینی شده.
 - ۴- طرح ریزی برنامه‌های جمع‌آوری داده‌ها و تحقیقات برای ارزیابی
 - ۵- وقتی وضعیت ذخایر نگران‌کننده شوند، تدابیر حفاظتی باید تقویت گردد.
 - ۶- وقتی گونه‌های جدیدی صید می‌گردد، تا جمع‌آوری اطلاعات کافی تدابیر احتیاطی رعایت خواهد شد.
 - ۷- تأثیرات صید بر گونه‌هایی که هدف اصلی نیستند.

۸. اگر پدیده‌های طبیعی دارای آثار مضر قابل توجه بر وضعیت ذخایر ماهیهای دوکاشانه‌ای یا مهاجر دور باشند، دولت‌های ساحلی ذریبط و دولت‌هایی که در دریای آزاد صید می‌نمایند فوراً اقدامات لازم را برای جلوگیری از وخامت بیشتر اوضاع اتخاذ خواهند نمود.

۴- اختیارات دولت ساحلی

اصولاً، دولت ساحلی دارای هیچ حق یا امتیاز خاصی در آب‌های ماورای منطقه اقتصادی انحصاری خود نمی‌باشد. این دولت می‌تواند مثل سایر دولت‌ها، با تکالیف و تعهدات یکسان، در آب‌های آزاد به صید پردازد.

البته کنوانسیون ژنو ۱۹۵۸ در مورد ماهیگیری و حفاظت از منابع بیولوژیکی دریای آزادی، برای دولت ساحلی جایگاه و امتیاز خاصی قائل می‌گردد. هرچند به موجب این کنوانسیون تدابیر حفاظتی متخذه توسط یک دولت تنها برای اتباع همان کشور لازم‌الاتباع است، اما ماده ۷ این کنوانسیون این حق را برای دولت ساحلی می‌شناسد که تدابیری اتخاذ نماید که موقتاً برای کلیه دولت‌های عضو کنوانسیون لازم‌الاتباع باشد.

کنوانسیون ژنو و ماده ۷ آن نسبت به دولت‌های غیرعضو اثری ندارد و به نظر نمی‌رسد که در حقوق عرفی قبل از کنوانسیون ۱۹۸۲ نیز بتوان چنین حقی را برای یک دولت ساحلی در وضع مقررات یک جانبه حتی به صورت موقت قائل شد.^۶ به هر حال اگر چنین حقی وجود داشته باشد، تدابیر متخذه باید همان طور که بند ۳ ماده ۱۱۹ کنوانسیون ۱۹۸۲ مقرر می‌دارد بدون تبعیض نسبت به اتباع کلیه کشورها اعمال شود.

در طول کنفرانس سوم حقوق دریاها، دولت‌های ساحلی مدعی حقوق ترجیحی در مورد ذخایر و صید ماهیهای واقع در مجاورت منطقه اقتصادی انحصاری خود در دریای آزاد بودند. ادعای این دسته از دولت‌ها بر ملاحظات زیست محیطی و بیولوژیکی و وابستگی ذخایر ماهیهای مهاجر دور و دوکاشانه‌ای به سرزمین دولت ساحلی، خصوصاً منابع طبیعی و گیاهی فلات قاره آن استوار بود. این وابستگی در خصوص ماهیهای Anadrome

6. Lucchini, op. cit, p. 20.

مثل ماهی آزاد که تخم گذاری آنها در رودخانه صورت می گیرد، بیشتر و مشخص تر است.

ملاحظات فوق باعث شد که در کنوانسیون ۱۹۸۲ برای دولت ساحلی در حفاظت از ذخایر ماهیها در دریای آزاد حقوقی قائل گردند. ماده ۱۱۶ کنوانسیون اعلام می دارد که دولتهایی که در دریای آزاد صید می نمایند باید حقوق و تکالیف و همچنین منافع دولتهای ساحلی را، از جمله به ترتیبی که در بند ۲ ماده ۶۳ و مواد ۶۴ تا ۶۷ آمده، رعایت نمایند. بدین ترتیب کنوانسیون از شناختن حقوق ترجیحی برای دولت ساحلی خودداری ولی صراحتاً حقوقی را برای آنها می شناسد. اما به موجب بند ۲ ماده ۶۳، صید ذخایر مشترک بین منطقه اقتصادی انحصاری و منطقه مجاور آن در دریای آزاد از طرف دولتهای دیگر موقوف به توافق با دولت ساحلی برای حفاظت از این ذخایر می باشد.^۷ همچنین مواد ۶۶ و ۶۷ در مورد ماهیان Catadrome, Anadrome نیز می توانند مبنای حقوقی برای شناسایی حقوق ویژه برای برخی دولتها باشند.

پس از تصویب کنوانسیون ۱۹۸۲ دولتهای ساحلی با تفسیر وسیع از بند ۲ ماده ۶۳، در حفاظت از ذخایر ماهیهای دو کاشانه ای و مهاجر دور برای خود حقوق ترجیحی قائل گردیده^۸ و حتی برخی از کشورها با وضع قوانین خاص در صدد اعمال این حقوق ترجیحی برآمدند. از جمله می توان از مقررات وضع شده توسط شیلی و کانادا نام برد که در مورد اخیر منجر به درگیری بین ناوگان کانادا و کشتیهای اسپانیا و سپس ایجاد بحران بین کانادا و اتحادیه اروپا شد.

به نظر می رسد که ماده ۲۱ موافقتنامه تحت عنوان همکاریهای منطقه ای از بخش ششم آن (رعایت مقررات و مجازات تخلفات) تا حدودی خواست دولتهای ساحلی را تأمین و تفسیر موسع از بند ۲ ماده ۶۳ را تقویت نماید. به موجب بند ۱ ماده ۲۱ موافقتنامه در بخشهایی از دریای آزاد که تحت پوشش یک سازمان منطقه ای صید است، هر دولت عضو می تواند از

۷. نک:

M. Dahmani, "The Fisheries Regime of the EEZ", MNP, Dordrecht, 1987, pp. 34 et s.
8. Lucchini, op. cit., p. 7. et s.

طریق بازرسان ذیصلاح خود کشتیهای ماهیگیری حامل پرچم هر دولت دیگر عضو موافقتنامه را خواه عضو سازمان منطقه ای باشد یا غیر آن، جهت حصول اطمینان از رعایت مقررات مربوط به حفاظت و مدیریت ذخایر ماهیهای دوکاشانه ای و مهاجر دور مورد تفتیش و بازبینی قرار دهد. به موجب بند ۲ ماده ۲۱، این بازرسی تابع مقررات و تشریفات است که توسط سازمان منطقه ای صید ذیصلاح تنظیم می شود. البته اگر در ظرف دو سال از تاریخ تصویب این موافقتنامه یک سازمان منطقه ای مبادرت به تنظیم مقررات بازرسی و تفتیش ننماید، هر یک از دول عضو تا تصویب این مقررات می تواند رأساً مبادرت به تفتیش و بازرسی نماید (بند ۳ ماده ۲۱). اگر پس از بازرسی از طریق سازمان منطقه ای یا رأساً توسط خود دولت ساحلی، دلایل روشنی مبنی بر نقض مقررات حفاظت از ذخایر توسط کشتی ماهیگیری وجود داشته باشد دولتی که بازرسی را انجام داده است فوراً دولت صاحب پرچم را از تخلف احتمالی کشتی مطلع می سازد (بند ۵ ماده ۲۱) و این دولت نیز در ظرف سه روز به آن جواب داده (بند ۶ ماده ۲۱) و در اسرع وقت در خصوص واقعه تحقیق کرده و در صورت لزوم، تدابیر تنبیهی لازم را علیه کشتی اتخاذ نموده و دولت بازرسی کننده را در جریان نتیجه تحقیقات و اعمال مجازاتها قرار داده و همچنین به این دولت اجازه انجام تحقیقات را می دهد (شق a و b بند ۶ ماده ۲۱).

بند ۱۱ ماده ۲۱ تخلفات مهم و عمده را مشخص نموده است: صید بدون مجوز، صید در منطقه ممنوع، صید در زمان ممنوع، استفاده از ابزار صید ممنوع، اختفاء شواهد و دلایل که انجام تحقیقات را غیرممکن می سازد. در صورتی که کشتی مظنون به ارتکاب تخلفات مهم بوده و دولت صاحب پرچم به هر دلیلی از پاسخ دادن یا اتخاذ تدابیر لازم استنکاف نماید، بازرسان می توانند بر روی کشتی مانده و در صورت لزوم کشتی را رهیابی و آن را به نزدیکترین بندر هدایت کنند (بند ۸ ماده ۲۱). به منظور حفظ حقوق دولت صاحب پرچم و همچنین دولت بازرسی کننده، بازرسی باید طبق مقررات مندرج در ماده ۲۲ موافقتنامه صورت گیرد. بند ۱ این ماده به تکالیف دولت کنترل کننده و بند ۲ آن به تکالیف دولت

صاحب پرچم اختصاص یافته است. نکته حائز اهمیت اینکه برای تأمین نظر و اطمینان کشورهای صاحب ناوگانهای بزرگ صیادی به موجب شق ۴ بند ۱ ماده ۱۲ توسل به زور تنها در صورتی مجاز است که برای حفظ جان بازرسان یا انجام وظیفه آنها لازم باشد و به هر حال اصل تناسب در بکارگیری زور باید رعایت گردد.

۵- تکالیف دولت صاحب پرچم و اختیارات انتظامی آن در جهت رعایت مقررات

مواد ۱۸ و ۱۹ موافقتنامه در واقع آیین نامه اجرایی ماده ۹۴ کنوانسیون ۱۹۸۲ می باشند. این دو ماده وظایف دولت صاحب پرچم را که ماده ۹۴ کنوانسیون به آن اختصاص یافته است به صورت مشخص تر و جزئی تر معین می کنند.

ماده ۱۸ به تکالیف دولت صاحب پرچم و ماده ۱۹ به رعایت مقررات و اختیارات انتظامی و وظایف دولت صاحب پرچم در صورت نقض این مقررات اختصاص یافته اند.

به موجب ماده ۱۸ دولتهایی که کشتیهای آنها در دریای آزاد به صید مبادرت می کنند باید تدابیر لازم جهت رعایت مقررات منطقه ای مربوط به حفاظت از ذخایر را اتخاذ نموده (بند ۱) و تنها در صورت مبادرت به صدور مجوز برای صید در دریای آزاد نمایند که به صورت مؤثر و مستمر بتوانند بر فعالیت کشتیهای ماهیگیری حامل پرچم خود نظارت داشته و از عهده مسؤلیتهایی که در این زمینه براساس کنوانسیون ۱۹۸۲ و این موافقتنامه قبول نموده اند برآیند. این دولتها موظف خواهند بود که به ویژه تدابیر ذیل را درخصوص کشتیهای حامل پرچم خود معمول دارند.

۱. کنترل کشتیهای خود از طریق صدور پروانه صید.
۲. مشروط نمودن صدور پروانه به مواردی که ایفای تعهدات دولت صاحب پرچم در قبال طرحهای منطقه ای را ممکن سازد.
۳. غیرممکن نمودن صید بدون پروانه یا در غیر موارد و شرایط مذکور در پروانه

۴. الزام کشتیها به داشتن پروانه صید و ارائه آن در صورت بازرسی برطبق ضوابط
۵. مراقبت و نظارت بر اینکه کشتیها در منطقه تحت صلاحیت ملی کشورهای دیگر به صید غیرمجاز مبادرت ننمایند.
۶. داشتن دفترثبت ملی کشتیهای مجاز برای صید در دریای آزاد و ارائه این دفتر به کشورهای که درخواست ارجاع به آن را می کنند.
۷. وضع مقررات برای علامت گذاری کشتیها و ابزار صید به منظور فراهم آوردن امکان شناسایی آنها.
۸. وضع مقررات برای داشتن و ارسال دفتر ثبتی که در آن وضعیت جغرافیایی کشتی، میزان صید و دیگر اطلاعات لازم برطبق مقررات منطقه ای قید شده باشد.
۹. کنترل و نظارت بر فعالیتهای کشتیها از طریق:
 ۱. اعمال مکانیزمها و روشهای بازرسی ملی و منطقه ای که امکان انجام وظیفه بازرسان ذیصلاح را فراهم نماید.
 ۲. کاربست برنامه های نظارت ملی و منطقه ای که کشتیها را مجبور نماید به ناظران ذیصلاح اجازه ورود دهند.
 ۳. تهیه و کاربست برنامه های ملی و منطقه ای برای مراقبت و تحت نظر داشتن کشتیها از طریق سیستمهای مناسب از جمله ساتلایت.
 ۴. وضع مقررات جهت انتقال از کشتی به کشتی محصولات صیادی در دریای آزاد.
 ۵. وضع مقررات صیادی در سطح ملی برای تضمین رعایت تدابیر منطقه ای
 ۶. هنگامی که یک سیستم منطقه ای کنترل و مراقبت وجود دارد، دولتها مراقبت می نمایند تا تدابیری که آنها برای کشتیهای حامل پرچم خود وضع می نمایند با تدابیر منطقه ای مطابقت داشته باشند.
- ماده ۱۹ موافقتنامه وظایف دولت صاحب پرچم در صورت نقض مقررات صیادی را مشخص می نماید.
- به موجب بند ۱ این ماده، هر دولت عضو مراقبت می نماید که

کشتیهای حامل پرچم آن، مقررات منطقه ای در خصوص حفاظت از ذخایر ماهیهای دوکاشانه ای و مهاجر دور را رعایت کند و بدین منظور دولت مذکور:

۱. تخلف در هر مکانی که صورت گرفته باشد، کشتیها را ملزم به رعایت مقررات می نماید
 ۲. در صورت تخلف از مقررات، فوراً اقدام به انجام تحقیقات عمیقی می نماید که می تواند منجر به بازرسی مادی کشتیهای مظنون گردد و همچنین در اسرع وقت نتیجه تحقیقات را به دولت شاکی گزارش می کند.
 ۳. کلیه کشتیهای حامل پرچم خود را ملزم می نماید که اطلاعات مربوط به موقعیت جغرافیایی، صید، ابزار صید را در اختیار مقامات ذیصلاح تحقیق قرار دهند.
 ۴. اگر دلایل قانع کننده ای مبنی بر صحت تخلف استنادی در اختیار داشته باشد، فوراً مقامات ذیصلاح ملی را مأمور تعقیب تخلف براساس مقررات ملی نموده و کشتی را توقیف نماید.
 ۵. مراقبت می نماید که اگر یک کشتی مرتکب تخلفات مهم و عمده گردیده است تا هنگامی که کلیه مجازاتهای مقرر در خصوص آن کشتی اعمال نشده دوباره به صید در دریای آزاد نپردازد.
- به موجب بند ۲ ماده ۱۹، کلیه تحقیقات و اقدامات قضایی باید در اسرع وقت صورت گیرد. مجازاتهای مقرر برای تخلفات باید از شدت کافی برای پیشگیری از تکرار جرم برخوردار بوده و احتمالاً مجوز ناخدای کشتی ابطال یا مسترد گردیده و یا حتی ناخدای کشتی از انجام این شغل ممنوع گردد.

۶- تدابیر متخذ از جانب دولت صاحب بندر

ماده ۲۳ موافقتنامه به تدابیری که دولت صاحب بندر باید اتخاذ نماید اختصاص یافته این ماده در واقع ملهم از ماده ۲۱۸ کنوانسیون ۱۹۸۲ می باشد که در خصوص اختیارات دولت صاحب بندر در برابر کشتیهایی است که مقررات مربوط به آلودگی دریاها را نقض می نماید. به

موجب بند ۱ ماده ۲۳، اتخاذ تدابیر منطبق با حقوق بین الملل برای تضمین اجرای مؤثر مقررات منطقه ای و جهانی در رابطه با حفاظت و مدیریت ذخایر از جمله حقوق و تکالیف دولت صاحب بندر است و در اتخاذ چنین تدابیری دولت صاحب بندر باید اصل عدم تبعیض را رعایت نماید. بدین منظور دولت صاحب پرچم می تواند به ویژه اسناد و مدارک کشتی، ابزار صید و همچنین ماهیهای صید شده موجود در کشتی را در هنگامی که کشتی به میل و اراده خود و به صورت داوطلبانه به بنادر این کشور می آید کنترل نماید (بند ۲). دولت صاحب بندر می تواند مقرراتی وضع نماید که به مقامات ملی ذیصلاح اجازه دهد از تخلیه محموله کشتیهایی که ثابت شده است به صید غیر مجاز مبادرت کرده اند جلوگیری نمایند (بند ۳).

۷- مکانیزمهای همکاریهای بین المللی برای حفاظت از ذخایر ماهیهای دو کاشانه ای و مهاجر دور و نقش عمده سازمانهای منطقه ای

به موجب ماده ۸ موافقتنامه، دولتها موظفند به صورت مستقیم یا از طریق سازمانهای منطقه ای ذیصلاح برای حفاظت از ذخایر ماهیهای دو کاشانه ای و مهاجر دور با یکدیگر همکاری نمایند. با مرور موافقتنامه کاملاً مشخص می گردد که پایه و اساس این موافقتنامه بر اقدامات و فعالیتهای سازمانها و ترتیبات منطقه ای صید ذیصلاح استوار گردیده است و این سازمانها در تحقق اهداف موافقتنامه، وظیفه اساسی و مهمی را بر عهده دارند.

بخش سوم موافقتنامه به صورت اخص به سازمانها و ترتیبات منطقه ای صید می پردازد. در اینجا ما به دو مسأله اساسی در این خصوص که از اهمیت ویژه ای برخوردار بوده و موضوع بحث و اختلاف نظر می باشند می پردازیم. ابتداءً مسأله عضویت در سازمانهای منطقه ای را مورد بررسی قرار داده و سپس به حدود صلاحیت و اختیارات این سازمانها می پردازیم.

- عضویت در سازمانهای منطقه‌ای

مسأله عضویت در سازمانهای منطقه‌ای از آن جهت حائز اهمیت است که به نظر می‌رسد مقررات این موافقتنامه در این خصوص با ماده ۱۱۶ کنوانسیون ۱۹۸۲ در مورد حق آزادی ماهیگیری در دریای آزاد مغایر باشد و این در حالی است که - چنانکه قبلاً یادآور شدیم - مقررات این موافقتنامه اصولاً باید منطبق با کنوانسیون تفسیر گردیده و نمی‌توانند مغایر با آنها باشند.

اما این تضاد از آنجا نشأت می‌گیرد که به موجب بند ۳ ماده ۸ موافقتنامه، در مواردی که یک سازمان منطقه‌ای صید صلاحیت وضع مقررات جهت حفاظت از ذخایر ماهیهای دوکاشانه‌ای و مهاجر دور را دارد، تکلیف دولتهای ذی نفع (یعنی دولتهایی که ناوگانهای آنها به صید در این منطقه مبادرت می‌نمایند و دولتهای ساحلی) درخصوص «همکاری» از طریق عضویت در این سازمانها یا اجرای تدابیر متخذه توسط آنها تحقق می‌یابد. به عبارت دیگر دولتها موظفند به عضویت این چنین سازمانهایی درآمده یا تدابیر متخذه توسط آنها را اجرا کنند. و به موجب بند ۴ ماده ۸، تنها کشتیهای حامل پرچم دولتهایی که عضو چنین سازمانها یا ترتیباتی هستند یا قبول می‌نمایند مقررات وضع شده توسط آنها را رعایت کنند، می‌توانند در آبهای آزاد آن منطقه صید نمایند، اما بند ۳ ماده ۸ عضویت در این سازمانها را محدود به دولتهایی می‌نماید که دارای منافع واقعی در امر صید در منطقه می‌باشند.

به موجب ماده ۱۱۶ کنوانسیون ۱۹۸۲، اتباع کلیه کشور به شرط رعایت تعهدات قراردادی، حقوق و منافع دولتهای ساحلی، حق صید در دریای آزاد را دارند. اما چنانکه دیده شد به موجب موافقتنامه ۱۹۹۵ اتباع برخی از کشورها از صید در دریای آزاد محروم می‌شوند و این محرومیت در شرایط کنونی خصوصاً متوجه آن دسته از کشورهای جهان سوم می‌گردد که فعالیتهای صیادی آنها در دریای آزاد به جهت فقدان امکانات مادی و علمی لازم از درجه و اهمیت کافی برای اینکه دارای منافع واقعی

صیادی به موجب موافقتنامه شناخته شوند برخوردار نمی باشد، هر چند فصل پنجم موافقتنامه وضعیت کشورهای در حال توسعه را به صورت خاص مورد توجه قرار داده و ترتیباتی را برای کمک به آنها پیش بینی کرده، اما به نظر نمی رسد این ترتیبات بتواند با توجه واقعیت‌های موجود و فاصله بین دولتها در امر ماهیگیری در دریای آزاد، تا مدتی طولانی مؤثر باشد.

نکته حائز اهمیت دیگر اینکه به موجب ماده ۱۷، کلیه دولتهای که عضو سازمانها یا ترتیبات منطقه ای نبوده یا در آنها شرکت نمی کنند نیز موظف به همکاری در امر حفاظت از ذخایر ماهیهای دوکاشانه ای و مهاجر دور بوده (بند ۱) و به کشتیهای ماهیگیری حامل پرچم خود اجازه صید ذخایر مشمول مقررات حفاظتی منطقه ای را نخواهند داد (بند ۲). از مفاد این ماده چنین استنباط می شود که شرکت کنندگان در کنفرانس بر این اعتقاد حقوقی هستند که اصل همکاری در امر حفاظت از ذخایر ماهیهای دوکاشانه ای و مهاجر دور مقرر در کنوانسیون ۱۹۸۲ و این موافقتنامه، تدوین حقوق عرفی بوده و دول غیرعضو را نیز متعهد می نماید.

- صلاحیت سازمانهای منطقه ای صید و هماهنگی بین ترتیبات متخذه از جانب این سازمانها و مقررات ناظر بر فعالیتهای صیادی در دریای آزاد.

همان طور که گفته شد یکی از خواستههای اصلی دولتهای ساحلی تسری ترتیبات و مقررات حاکم در مناطق اقتصادی انحصاری به حفاظت از ذخایر آبرزی در دریای آزاد بود. در واقع دولتهای ساحلی به نحوی خواستار گسترش صلاحیتهای خود به مناطقی از دریای آزاد بودند، در صورتی که دولتهای دارای ناوگانهای صیادی بزرگ معتقد بودند برای همگون سازی ترتیبات حفاظتی حاکم در مناطق اقتصادی انحصاری و مقررات ناظر بر فعالیتهای صیادی در دریای آزاد، مقررات حفاظتی باید توسط سازمانهای منطقه ای صید برای کل حوزه و منطقه تردد ذخایر این گونه ماهیها وضع و تنظیم شوند.

ماده ۷ موافقتنامه سعی نموده است بین این دو دیدگاه آشتی برقرار کند، هرچند به نظر می‌رسد تا حدودی دیدگاه دوم غلبه یافته است. بموجب بند ۱/۵ ماده ۷، دولتهای ساحلی ذریبط و دولتهایی که اتباع آنها به صید ماهیهای دو کاشانه‌ای در دریای آزاد در مجاورت سواحل آنها می‌پردازند کوشش می‌نمایند مستقیماً یا از طریق سازمانهای منطقه‌ای در خصوص وضع مقررات ناظر بر عملیات بهره برداری از ذخایر این گونه ماهیها (ماهیهای دو کاشانه‌ای) در دریای آزاد به توافق برسند.

بند ۱/۵ ماده ۷ با تأمین نظر کشورهای دارای ناوگانهای صیادی مقرر می‌دارد که دولتهای ذی نفع مستقیماً یا از طریق سازمانهای منطقه‌ای برای حفاظت از ذخایر ماهیهای مهاجر دور در کل محل و حوزه تردد در مناطق تحت صلاحیت ملی و خارج از آن با یکدیگر همکاری می‌نمایند. به عبارت دیگر قواعد مربوط به حفاظت ذخایر ماهیهای مهاجر دور تنها به حفاظت از آنها در دریای آزاد منحصر نمی‌شود.

به موجب بند ۲ ماده ۷ برای اینکه همگونی و همسویی بین قواعد حاکم بر منطقه اقتصادی انحصاری و دریای آزاد در خصوص حفاظت از ماهیهای مهاجر دور و ماهیهای دو کاشانه‌ای ایجاد شود دولتهای ذی نفع باید در وضع مقررات عوامل ذیل را لحاظ نمایند.

۱. ترتیبات متخذه از جانب دولت ساحلی در خصوص این ذخایر

براساس ماده ۶۱ کنوانسیون ۱۹۸۲

۲. ترتیبات متخذه براساس توافقات قبلی بین دولت ساحلی و

دولتهای صاحب ناوگانهای صیادی

۳. ترتیبات متخذه براساس توافقات قبلی توسط سازمانهای منطقه‌ای

در خصوص این گونه ذخایر

۴. وحدت بیولوژیکی و دیگر ویژگیهای ذخایر

۵. شرایط وابستگی دولتهای ذی نفع نسبت به ذخایر

۶. مراقبت براینکه تدابیر متخذه دارای آثار زیانبار بر مجموعه

منابع بیولوژیکی دریایی نباشد.

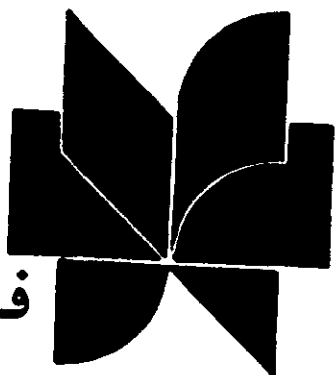
ماده ۱۰ موافقتنامه نیز به فعالیتهای سازمانهای منطقه‌ای و

اختیاراتی که دولتها می‌توانند به آنها واگذارکننده اختصاص یافته است (کسب اطلاعات علمی و ارزشیابی ذخایر - وضع معیارهای لازم برای جمع‌آوری، اشاعه، بررسی و تبادل داده‌ها درخصوص ذخایر - جمع‌آوری و اشاعه داده‌های علمی دقیق و کامل - ترویج حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات، ...).

نتیجه

بسیج افکار عمومی جهانی توسط سازمانهای غیردولتی فعال در زمینه حفاظت از محیط زیست دریایی و حفاظت از ذخایر ماهیهای دوکاشانه‌ای و مهاجر دور، توجه به این امر در کنفرانس ریو و توصیه‌های آن و سپس قطعنامه مجمع عمومی سازمان ملل، دولتهای صاحب ناوگانهای بزرگ دریایی را در موضعی انفعالی قرار داده است، این دولتها علی‌رغم اینکه این موافقتنامه را مطابق منافع خود نمی‌دانند و به نظر نمی‌رسد تا آینده نزدیک به امضاء و تصویب آن مبادرت نمایند ولی برای توقف صید بی‌رویه این ذخایر تحت فشار می‌باشند. نکته مهم آنکه اگر برای اصل حفاظت از ذخایر این گونه ماهیها، چنانکه در شرح ماده ۱۰ موافقتنامه گذشت، ارزش عرفی قائل شویم، به تدریج دولتهای صاحب ناوگانهای صیادی بزرگ مجبور خواهند شد با صید بی‌رویه این ذخایر از طرف کشتیهای حامل پرچم خود با جدیت بیشتری برخورد نمایند.





فهرست

پایان نامه های پذیرفته شده

در دانشکده حقوق

دانشگاه شهید بهشتی

تا بهمن ۱۳۷۴



گروه حقوق عمومی

عنوان: سازمان کنفرانس اسلامی و ماهیت حقوقی آن

دانشجو: محمدجواد دهقانی
استاد راهنما: دکتر ابراهیم بیگ زاده
مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق بین الملل

رئوس مطالب:

مقدمه

بخش اول: مبانی فکری و حقوقی سازمان کنفرانس اسلامی

بخش دوم: ارکان سازمان کنفرانس اسلامی: محملی برای همبستگی

اسلامی

بخش سوم: عملکرد سازمان کنفرانس اسلامی: تحقق همبستگی اسلامی

عنوان: سازمان همکاری اقتصادی (اكو) در پرتو همکاریهای اقتصادی

بین المللی

دانشجو: صدرالله زحمتکش

استاد راهنما: دکتر ابراهیم بیگزاده

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق بین الملل

رئوس مطالب:

مقدمه

بخش اول: مبانی نظری آکو در پرتو همکاری اقتصادی بین المللی

بخش دوم: محمل همکاری: سازمان همکاری اقتصادی (اکو).

بخش سوم: تحقق همکاری (عملکرد آکو) و موانع آن

عنوان: نهضتهای رهایی بخشی ملی و حقوق بین الملل

دانشجو: زهرا داور

استاد راهنما: دکتر حسینقلی حسینی نژاد

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق بین الملل

رئوس مطالب:

مقدمه

بخش نخست: شکل گیری و مشروعیت نهضتهای رهایی بخشی ملی در حقوق

بین الملل

بخش دوم: روند شناسایی نهضتهای رهایی بخشی

بخش سوم: حقوق و تکالیف نهضتهای رهایی بخشی ملی

عنوان: صلاحیت اجباری دیوان بین المللی دادگستری و اعلامیه دولتها در این

مورد

دانشجو: ابرالقاسم الوندی

استاد راهنما: دکتر هدایت الله فلسفی

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق بین الملل

رئوس مطالب:

مقدمه

بخش اول: اهمیت پذیرش آیین صلاحیت اجباری دیوان

بخش دوم: فرآیند تاریخی رسیدگی به دعاوی بین المللی
 بخش سوم: مفهوم آیین صلاحیت اجباری
 بخش چهارم: شرایط تحقق صلاحیت اجباری
 بخش پنجم: ماهیت حقوقی تمهیدات ناشی از پذیرش اختیاری صلاحیت اجباری

عنوان: بررسی مقایسه ای گات و آنکتاد

دانشجو: احمدعلی محمود درباطی
 استاد راهنما: دکتر ابراهیم بیگ زاده
 مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق بین الملل

رئوس مطالب:

مقدمه

بخش اول: کلیات

بخش دوم: قواعد بنیادین

بخش سوم: ساختار و نحوه عمل

بخش چهارم: قلمرو صلاحیت بررسی در مورد توسعه و تجارت و اعمال آن

عنوان: حق شرط در معاهدات بین المللی

دانشجو: عنرا دادرس جوان
 استاد راهنما: دکتر هدایت الله فلسفی
 مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق بین الملل

رئوس مطالب:

مقدمه

قسمت اول: ماهیت حقوقی حق شرط و نحوه اعمال آن

قسمت دوم: پذیرش حق شرط در حقوق بین الملل

عنوان: استفاده نظامی از دریاها و محدودیتهای آن

دانشجو: علیرضا آرش پور
 استاد راهنما: دکتر اردشیر امیرارجمند

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق بین الملل

رئوس مطالب:

مقدمه

فصل اول: حقوق دریاها و فعالیتهای نظامی

فصل دوم: محدودیتهای استفاده نظامی از دریاها

عنوان: بررسی توسعه و تحول اختیارات و وظایف سیاسی دبیرکل سازمان ملل

متحد

دانشجو: نسرین رجبی هنجنی

استاد راهنما: دکتر ابراهیم بیگ زاده

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق بین الملل

رئوس مطالب:

مقدمه

فصل اول: اختیارات و وظایف دبیرکل سازمان ملل متحد

فصل دوم: فعالیت دبیرکل سازمان ملل متحد در حل و فصل مسالمت آمیز

اختلافات بین المللی

عنوان: عرف و معاهده در رویه دیوان بین المللی دادگستری با تأکید بر قضیه

نیکاراگوئه

دانشجو: سیدقاسم زمانی

استاد راهنما: دکتر سیدجمال سینی

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق بین الملل

رئوس مطالب:

مقدمه

بخش اول: حقوق بین الملل عرفی

بخش دوم: رابطه عرف و معاهده

عنوان: حقوق اسیران جنگی در اسلام و حقوق بین الملل

دانشجو: محمدعلی حجازی

استاد راهنما: دکتر سیدمصطفی محقق داماد

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق بین الملل

رئوس مطالب:

مقدمه

- بخش اول: جنگ و حقوق اسیران جنگی از دیدگاه حقوق بین الملل و اسلام
- بخش دوم: حقوق بین الملل و وضعیت حقوقی اسیران جنگی
- بخش سوم: حقوق بین الملل اسلام و وضعیت حقوقی اسیران جنگی
- بخش چهارم: راههای پایان اسارت جنگی از دیدگاه حقوق بین الملل و اسلام

عنوان: قاعده محل وقوع مال و تعارض آن با حقوق بین الملل عمومی

دانشجو: مرتضی زهرایی

استاد راهنما: دکتر مجادعلی الماسی

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق بین الملل

رئوس مطالب:

مقدمه

- فصل اول: انعکاس حقوق داخلی اموال در زمینه بین المللی
- فصل دوم: شناسایی و تأثیر قاعده
- فصل سوم: دکرین عمل حاکم و مسائل نظم عمومی

عنوان: مسؤلیت بین المللی دولت در قبال نقض حقوق انسانی اتباع خود

دانشجو: مسعود جوادیه

استاد راهنما: دکتر سیدجمال سیفی

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق بین الملل

رئوس مطالب:

مقدمه

بخش نخست: نقض حقوق بشر و حقوق مسؤلیت بین المللی دولت
بخش دوم: حقوق بشر و تحول مفهوم سنتی مسؤلیت دولت

عنوان: مداخله بشردوستانه در امور داخلی دولتها با تأکید بر مبانی

دانشجو: حسن سواری

استاد راهنما: دکتر ابراهیم بیگ زاده

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق بین الملل

رئوس مطالب:

مقدمه

فصل اول: کلیات و داده های بحث

فصل دوم: مبانی مداخلات بشردوستانه

فصل سوم: جایگاه عرفی مداخلات بشردوستانه

فصل چهارم: منشور و مداخلات بشردوستانه

عنوان: حقوق صید در منطقه انحصاری اقتصادی

دانشجو: رحیم باغبان

استاد راهنما: دکتر اردشیر امیرارجمند

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق بین الملل

رئوس مطالب:

مقدمه

فصل اول: کلیات

فصل دوم: بهره برداری

فصل سوم: حفاظت

فصل چهارم: تحقیقات علمی و حل اختلافات

عنوان: مسأله جانشینی دولتها نسبت به معاهدات در مورد وحدت آلمان

دانشجو: مرتضی صفری آج پیشه

استاد راهنما: دکتر سیدجمال سیفی

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق بین الملل

رئوس مطالب:

مقدمه:

بخش نخست: کلیاتی پیرامون وضعیت حقوق جانشینی دولتها نسبت به معاهدات در نظریه و در رویه دولتها

بخش دوم: ماهیت حقوقی وحدت آلمان

بخش سوم: مسأله جانشینی نسبت به معاهدات در مورد وحدت آلمان

عنوان: اصل تغییر اوضاع و احوال در حقوق بین الملل

دانشجو: مسعود خراشادی زاده

استاد راهنما: دکتر هدایت الله فلسفی

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق بین الملل

رئوس مطالب:

پیشگفتار

بخش اول: مقدمه

بخش دوم: تحول تاریخی ماهیت حقوقی و منشأ اعتبار اصل تغییر اوضاع و احوال

بخش سوم: شرایط لازم برای حصول و اعمال اصل تغییر اوضاع و احوال و آثار و

نتایج آن

عنوان: جبران خسارت در حقوق بین الملل

دانشجو: حسن روشن

استاد راهنما: دکتر حسینقلی حسینی نژاد

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق بین الملل

رئوس مطالب:

مقدمه

فصل اول: کلیات

فصل دوم: انواع خسارت

فصل سوم: حدود و طرق جبران خسارت

عنوان: اجرای احکام دیوان بین المللی دادگستری

دانشجو: عزت الله مجدی نسب

استاد راهنما: دکتر ابراهیم بیگ زاده

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق بین الملل

رئوس مطالب:

کلیات

بخش اول: اجرای احکام دیوان بین المللی دادگستری براساس منشور ملل متحد
 بخش دوم: اجرای احکام دیوان بین المللی دادگستری در چارچوب اقتدارات
 دولتها

عنوان: جامعه اقتصادی اروپا و ساختار حقوقی آن (جلد اول)

دانشجو: مهدی علیاری

استاد راهنما: دکتر هدایت الله فلسفی

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق بین الملل

رئوس مطالب:

مقدمه

بخش اول: کلیات

بخش دوم: حوزه عمل معاهده رم

بخش سوم: ساختار جامعه اقتصادی اروپا

عنوان: شیوه های ایجاد قواعد حقوق بین الملل (با تأکید بر توسعه تدریجی
حقوق بین الملل و تدوین آن)

دانشجو: ارسلان صفائی پورزمانی

استاد راهنما: هدایت الله فلسفی

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق بین الملل

رئوس مطالب:

مقدمه

فصل اول: تحولات تاریخی حقوق بین الملل
فصل دوم: روشهای ایجاد قواعد حقوق بین الملل
فصل سوم: توسعه تدریجی حقوق بین الملل و تدوین آن

عنوان: انصاف و جایگاه آن در حل اختلافات بین المللی

دانشجو: سیدمحمدرضا رضوی زادگان

استاد راهنما: دکتر اردشیر امیرارجمند

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق بین الملل

رئوس مطالب:

مقدمه

قسمت اول: بررسی انصاف در دو نظام حقوقی خاص
قسمت دوم: نقش انصاف در حل اختلافات بین المللی

عنوان: وضعیت ناظرین در سازمانهای بین المللی

دانشجو: محمود شهابی

استاد راهنما: دکتر نادر ذوالعین

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق بین الملل

رئوس مطالب:

مقدمه

فصل اول: جایگاه ناظرین در سازمانهای بین المللی
فصل دوم: حقوق و امتیازات ناظرین نسبت به اعضای دائمی سازمانهای بین المللی

عنوان: مقایسه قانون نمونه داوری آنسیترال و لایحه داوری تجاری بین المللی

دانشجو: منصور جعفریان

استاد راهنما: دکتر هدایت الله فلسفی

رئوس مطالب:

مقدمه

فصل اول: توافقنامه داوری

فصل دوم: داوران

فصل سوم: قانون ماهوی حاکم

فصل چهارم: تصحیح و اعتراض به رأی

فصل پنجم: شناسایی و اجرای آرای داوری

عنوان: قراردادهای تأمینیه در رویه دیوان بین المللی دادگستری

دانشجو: یوسف فرزانه

استاد راهنما: دکتر اردشیر امیرارجمند

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق بین الملل

رئوس مطالب:

مقدمه

بخش نخست: مفهوم و ویژگیهای قراردادهای تأمینیه

بخش دوم: صلاحیت دیوان بین المللی دادگستری در صدور قراردادهای تأمینیه

بخش سوم: هدف از درخواست و صدور قراردادهای تأمینیه

بخش چهارم: آیین درخواست، شرایط و قلمرو صدور قراردادهای تأمینیه

بخش پنجم: رابطه دیوان و شورای امنیت و اجرای قراردادهای تأمینیه

عنوان: داوری بین المللی در حل و فصل اختلافات مربوط به سرمایه گذاری

میان کشورها و اتباع کشورهای دیگر در قلمرو پیمان ۱۹۶۵ واشنگتن

دانشجو: فرید فرزانه

استاد راهنما: دکتر هدایت الله فلسفی

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق بین الملل

رئوس مطالب:

مقدمه

فصل اول: صلاحیت مرکز

فصل دوم: قواعد حاکم بر داوری

فصل سوم: آثار حکم داوری

عنوان: ورود ثالث در دادرسیهای دیوان بین المللی دادگستری

دانشجو: مصطفی فضائلی
استاد راهنما: دکتر سیدجمال سیفی
مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق بین الملل

رئوس مطالب:

مقدمه

بخش یکم: کلیات
بخش دوم: شرایط (ورود) و نقش دیوان
بخش سوم: جایگاه ورود ثالث و آثار ورود

عنوان: جبران خسارت در سلب مالکیت از اموال بیگانگان

دانشجو: پدالله عسگری
استاد راهنما: دکتر سیدجمال سیفی

رئوس مطالب:

مقدمه

بخش اول: قواعد حقوقی جبران خسارت در سلب مالکیت
بخش دوم: مبانی و معیارهای حقوقی سنجش ارزش اموال مصادره شده

عنوان: اقدامات شورای امنیت در مورد عراق پس از دفع تجاوز به کویت:
بررسی تحول مفهوم تهدید بر صلح و گسترش اختیارات شورای امنیت

دانشجو: شیرین رشته احمدی
استاد راهنما: دکتر سیدجمال سیفی

رئوس مطالب:

مقدمه

فصل اول: حدود اختیارات شورای امنیت برای مداخله و وضع محدودیتهای...

فصل دوم: تعیین حدود مرزی
فصل سوم: اقدامات شوای امنیت در رابطه با خلع سلاح عراق
فصل چهارم: کمیسیون جبران خسارت سازمان ملل

عنوان: جایگاه شرکتهای فراملیتی در حقوق بین الملل

دانشجو: بابک صباحی
استاد راهنما: دکتر ابراهیم بیگ زاده

رئوس مطالب:

مقدمه
فصل اول: جایگاه شرکتهای فراملیتی در حقوق بین الملل: بررسی قرارداد دولتی و قانون حاکم بر آن
فصل دوم: جایگاه شرکتهای فراملیتی در حقوق بین الملل: بررسی داوری مختلط و قانون حاکم بر آن

گروه حقوق خصوصی

عنوان: شرایط تحقق غصب

دانشجو: سیدعلی حیدری بازاری
استاد راهنما: دکتر گودرز افتخار جهرمی
مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

رئوس مطالب:

مقدمه
فصل اول: کلیات
فصل دوم: رکن مادی غصب (استیلاء)
فصل سوم: رکن معنوی غصب (قصد عدوان)
فصل چهارم: سایر شروط تحقق غصب

عنوان: بررسی تطبیقی آثار حقوقی عدم پرداخت ثمن

دانشجو: زهره افشار

استاد راهنما: دکتر سید محمود کاشانی

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

رئوس مطالب:

مقدمه

بخش اول: امتناع از تسلیم مبیع

بخش دوم: حق فسخ

بخش سوم: خسارات

عنوان: بررسی شروط ضمن عقد نکاح

دانشجو: هدایت‌الله سلطانی نژاد

استاد راهنما: دکتر حسین مهرپور

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

رئوس مطالب:

مقدمه

بخش اول: کلیات

بخش دوم: انواع شروط ضمن عقد نکاح و آثار آن

عنوان: مسوولیت مدنی کارفرما موضوع ماده ۱۲ قانون مسوولیت مدنی

دانشجو: طیبه آرتیدار

استاد راهنما: دکتر عبدالله شمس

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

رئوس مطالب:

مقدمه

بخش اول: کلیات

بخش دوم: شرایط تحقق مسوولیت کارفرما و مراجعه به کارگر

بخش سوم: موارد معافیت کارفرما

عنوان: دستور موقت

دانشجو: محمدرضا ادریسیان

استاد راهنما: دکتر عبدالله شمس

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

رئوس مطالب:

مقدمه

کلیات

بخش اول: درخواست دستور موقت و ترتیب رسیدگی به آن

بخش دوم: موارد صدور دستور موقت، اقسام و اجرای دستور موقت و اختتام آن

عنوان: واگذاری اطلاعات فنی در حقوق ایران و تطبیقی (انتقال تکنولوژی)

دانشجو: بیژن حاجی عزیزی

استاد راهنما: دکتر گودرز افتخارجهرمی

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

رئوس مطالب:

مقدمه

کلیات

فصل اول: تعاریف، شناخت ماهیت حقوقی قرارداد، و مشروعیت

فصل دوم: پیش بینی های قانونی در قرارداد واگذاری دانش فنی

فصل سوم: تمهیدات طرفین و اجرای قرارداد

عنوان: تحدید مسوولیت تخلف از انجام تعهد

دانشجو: محمدرضا احمدآبادی

استاد راهنما: دکتر مهدی شهیدی

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

رئوس مطالب:

مقدمه

فصل اول: ماهیت و وضعیت حقوقی تحدید مسؤلیت
فصل دوم: حدود و قلمرو شرط تحدید مسؤلیت
فصل سوم: تقسیمات شرط تحدید مسؤلیت
فصل چهارم: شرایط درخواست اجرای شرط تحدید مسؤلیت و آثار آن
عنوان: مسؤلیت مدنی ناشی از تصادم وسائط نقلیه موتوری زمینی

دانشجو: احمدعلی فلاح
استاد راهنما: دکتر مهدی شهیدی
مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

رئوس مطالب:
مقدمه

مبحث اول: کلیات
مبحث دوم: شرایط تحقق، مبنای تحلیلی و منشأ مادی مسؤلیت
مبحث سوم: توزیع مسؤلیت ناشی از تصادم

عنوان: بررسی تطبیقی تغییر اوضاع و احوال در قراردادهای

دانشجو: محمدرضا شفانی
استاد راهنما: دکتر سید محمود مصطفوی کاشانی
مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

رئوس مطالب:
پیشگفتار
کلیات

بخش اول: مفهوم، ماهیت و مبنای حقوقی نظریه تغییر اوضاع و احوال
بخش دوم: اجرا و آثار حقوقی

عنوان: مکان انجام تعهد

دانشجو: رضا حسین گندمکار
استاد راهنما: دکتر مهدی شهیدی

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

رئوس مطالب:

مقدمه

فصل اول: کلیات

فصل دوم: تعیین مکان انجام تعهد با توافق طرفین

فصل سوم: تعیین مکان انجام تعهد بدون توافق طرفین

فصل چهارم: آثار حقوقی مربوط به مکان انجام تعهد

عنوان: داوری در حقوق ایران

دانشجو: حمیدرضا دهقانی پوده

استاد راهنما: دکتر سیدمصطفی محقق داماد

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

رئوس مطالب:

مقدمه

فصل اول: کلیات

فصل دوم: انواع داوری

فصل سوم: مبانی فقهی داوری

فصل چهارم: قرارداد داوری

فصل پنجم: قانون حاکم بر داوری

فصل ششم: داوران

فصل هفتم: آراء داوری

عنوان: انتقال طلب و آثار آن

دانشجو: منصور سلاجقه

استاد راهنما: دکتر امیرحسین فخاری

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

رئوس مطالب:

مقدمه

فصل اول: کلیات
فصل دوم: قرارداد انتقال طلب
فصل سوم: مصادیق ویژه و موارد مشابه با انتقال طلب

عنوان: اذن و آثار حقوقی آن

دانشجو: علیرضا فصیحی زاده
استاد راهنما: دکتر سیدمصطفی محقق داماد
مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

رئوس مطالب:

مقدمه

فصل اول: کلیات
فصل دوم: عناصر و ارکان اذن
فصل سوم: بی اعتباری و ارتفاع اذن
فصل چهارم: احکام و آثار حقوقی اذن

عنوان: اعتراض شخص ثالث در حقوق ایران و تطبیقی

دانشجو: هاشم فراهانی
استاد راهنما: دکتر عبدالله شمس
مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

رئوس مطالب:

مقدمه

بخش اول: شناخت اعتراض شخص ثالث و شرایط آن
بخش دوم: شیوه اعتراض شخص ثالث و آثار آن

عنوان: کمیسیون ماده صد قانون شهرداری

دانشجو: محمدرضا کریمی
استاد راهنما: دکتر عبدالله شمس
مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

رئوس مطالب:

مقدمه

فصل مقدماتی: تاریخچه تخلفات ساختمانی و ماهیت حقوقی آن

فصل اول: تشکیلات و صلاحیت کمیسیون ماده صد

فصل دوم: اجرای آراء کمیسیون ماده صد

عنوان: شرایط موقوف علیه

دانشجو: علی اکبر رضوانفر ایلامی

استاد راهنما: دکتر سیدمصطفی محقق داماد

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

رئوس مطالب:

مقدمه

بخش اول: شرایط اساسی موقوف علیه

بخش دوم: شرایط متفرقه موقوف علیه

عنوان: قاعده استاپل و کاربرد آن در دیوان داورى دعاوى ایران. ایالات

متحده

دانشجو: مرتضی شهبازی نیا

استاد راهنما: دکتر گودرز افتخارجهرمی

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

رئوس مطالب:

مقدمه

بخش یکم: کلیات

بخش دوم: استاپل های حقوقی (مبتنی بر کامن لا)

بخش سوم: استاپل مبتنی بر انصاف

بخش چهارم: کاربرد قاعده استاپل در دیوان داورى دعاوى ایران. ایالات متحده

عنوان: حق حبس در بیع

دانشجو: کاظم اسپرهم

استاد راهنما: دکتر سیدمصطفی محقق داماد

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

رئوس مطالب:

پیشگفتار

فصل اول: تعاریف، کلیات و مفاهیم

فصل دوم: شرایط و موانع پیدایش حق حبس و آثار آن

فصل سوم: انجام و اجرای حق حبس

عنوان: فسخ اجاره محل کسب و محل سکنی

دانشجو: جواد طالقیان

استاد راهنما: دکتر مهدی شهیدی

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

رئوس مطالب:

مقدمه

فصل اول: ماهیت و آثار فسخ اجاره محل کسب و محل سکنی

فصل دوم: اسباب فسخ اجاره محل کسب و محل سکنی

فصل سوم: تخلیه عین مستأجره

عنوان: راههای جبران تخلف بائع در کنوانسیون بیع بین المللی کالا و مقایسه

آن با حقوق ایران

دانشجو: علی حسن پورمافی

استاد راهنما: دکتر مهدی شهیدی

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

رئوس مطالب:

مقدمه: تاریخچه، مفهوم راههای جبران تخلف و روش بحث

فصل اول: الزام به اجرای عین تعهد

فصل دوم: ابطال و فسخ قرارداد و تعلیق اجرای تعهدات

فصل سوم: مطالبه خسارت
فصل چهارم: اعطای مهلت اضافی، تقلیل ثمن و مطالبه آرش

عنوان: حضانت در حقوق ایران و بررسی تطبیقی

دانشجو: جعفر بدری

استاد راهنما: دکتر سیدمصطفی محقق داماد

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

رئوس مطالب:

مقدمه

فصل اول: کلیات

فصل دوم: شروط حضانت

فصل سوم: ترتیب اولویت صاحبان حق حضانت

فصل چهارم: مراحل حضانت

فصل پنجم: اجرة حضانت

فصل ششم: ملاقات و انتقال طفل

فصل هفتم: ضمانت اجرای حضانت

ضمیمه: حضانت کودکان نامشروع

عنوان: مقایسه وقف در حقوق ایران و تراست در حقوق آمریکا

دانشجو: سیدقاسم شریفی

استاد راهنما: دکتر سیدمصطفی محقق داماد

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

رئوس مطالب:

مقدمه

بخش اول: مفهوم وقف و تراست

بخش دوم: ایجاد وقف و تراست

بخش سوم: ارکان وقف و تراست

بخش چهارم: پایان وقف و تراست

عنوان: تعهد ایمنی در قراردادها

دانشجو: محسن خدمتگزار

استاد راهنما: دکتر گودرز افتخارجهرمی

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

رئوس مطالب:

مقدمه

فصل اول: مفهوم، قلمرو پیشینه تعهد ایمنی

فصل دوم: منابع تعهد ایمنی

فصل سوم: مسؤلیت ناشی از نقض تعهد ایمنی

عنوان: بررسی تطبیقی دعوای متقابل

دانشجو: فخرالدین بدریان

استاد راهنما: دکتر عبدالله شمس

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

رئوس مطالب:

مقدمه

بخش اول: مفهوم، اقسام، قلمرو دعوای متقابل و مقایسه آن با تهاتر و مفاهیم

مشابه

بخش دوم: شرایط دعوای متقابل

عنوان: حدود تصرفات مالکانه

دانشجو: مجتبی نیک دوستی

استاد راهنما: دکتر مهدی شهیدی

رئوس مطالب:

مقدمه

بخش اول: اصل تسلیط

بخش دوم: مالکیت و تصرفات مالکانه

بخش سوم: مبنا، موارد و آثار محدودیت تصرفات مالکانه

عنوان: اجاره به شرط تملیک

دانشجو: سید مهدی موسوی شهری

استاد راهنما: دکتر مهدی شهیدی

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

رئوس مطالب:

مقدمه

فصل اول: اقسام و ماهیت اجاره به شرط تملیک و تشخیص آن از سایر قراردادها

فصل دوم: خصائص اجاره به شرط تملیک

فصل سوم: قواعد عمومی اجاره به شرط تملیک

فصل چهارم: شروط ضمن عقد اجاره به شرط تملیک

عنوان: تأثیر فعل زیان‌دیده در ورود خسارت در حقوق ایران و انگلیس

دانشجو: علی رادان‌جلیلی

استاد راهنما: دکتر مهدی شهیدی

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

رئوس مطالب:

مقدمه

کلیات

بخش اول: فعل زیان‌تبار زیان‌دیده

بخش دوم: رابطه سببیت میان فعل زیان‌دیده و ورود خسارت

بخش سوم: آثار حقوقی فعل زیان‌دیده

عنوان: نظریه علت تعهد (consideration) در نظام حقوقی کامن لا در

مقایسه با حقوق ایران و فرانسه

دانشجو: بهزاد پورسید

استاد راهنما: دکتر عبدالرسول قدک
مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

رئوس مطالب:

مقدمه

بخش اول: مفهوم علت تعهد

بخش دوم: نقش علت تعهد

عنوان: بررسی خطر در بیمه دریایی و شرایط بیمه ای کالا

دانشجو: شاهرخ نیلپور

استاد راهنما: دکتر امیرحسین فخاری
مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

رئوس مطالب:

مقدمه

فصل اول: تاریخچه

فصل دوم: خطر

فصل سوم: تقسیم بندی خطرات و مخاطرات

فصل چهارم: محدوده خطر تحت پوشش

فصل پنجم: مدیریت خطر

عنوان: اصل نسبی بودن قراردادها در حقوق ایران و انگلیس
(privity of contracts)

دانشجو: غلامنبی فیضی چکاب

استاد راهنما: دکتر سید محمود کاشانی
مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

رئوس مطالب:

مقدمه

بخش نخست: مفهوم حقوقی اصل نسبی بودن

بخش دوم: قلمرو اصل نسبی بودن درباره دو طرف قرارداد

بخش سوم: قلمرو اصل نسبی بودن درباره قائم مقامها
بخش چهارم: استثنای اصلی نسبی بودن قرارداد

عنوان: قصد انشاء در معاملات

دانشجو: سیدالهام‌الدین شریفی آل هاشم
استاد راهنما: دکتر مهدی شهیدی
مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

رئوس مطالب:

مقدمه

فصل اول: کلیات

فصل دوم: ماهیت قصد انشاء

فصل سوم: شرایط تأثیر قصد انشاء

فصل چهارم: کاشف و قلمرو قصد

فصل پنجم: توافق قصد متعاملین

عنوان: فسخ قراردادهای پیمانکاری توسط کارفرما در شرایط عمومی پیمان

دانشجو: سید محمود علیزاده طباطبایی
استاد راهنما: دکتر مهدی شهیدی
مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

رئوس مطالب:

پیشگفتار

طرح موضوع

مبحث نخست: ماهیت و مبنی و انواع فسخ در قراردادهای پیمانکاری

مبحث دوم: شرایط و موارد فسخ قراردادهای پیمانکاری

مبحث سوم: آثار فسخ قراردادهای پیمانکاری و اقدامات پس از فسخ

مبحث چهارم: بررسی فسخ پیمان در حقوق تطبیقی

گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی

عنوان: بررسی مقررات دسیسه و تقلب در کسب و تجارت در قوانین ایران

دانشجو: علی درودی

استاد راهنما: دکتر منوچهر خزانی

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی

رئوس مطالب:

مقدمه:

فصل اول: کلیات

فصل دوم: جرایم علیه آزادی قیمت‌ها

فصل سوم: تقلب در کیفیت و کمیت مبیع

فصل چهارم: جرایم راجع به علائم تجاری و حق اختراع

عنوان: بررسی فقهی، حقوقی مسؤلیت کیفری اطفال بزهکار

دانشجو: حسین فخریناب

استاد راهنما: دکتر رضا نوربها

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی

رئوس مطالب:

مقدمه:

فصل اول: کلیاتی درباره موضوع مسؤلیت کیفری

فصل دوم: سیر تاریخی مسؤلیت جزایی اطفال در جهان و در قوانین قبل از انقلاب

اسلامی ایران

فصل سوم: مسؤلیت کیفری اطفال در قوانین بعد از انقلاب اسلامی

عنوان: علم قاضی از دیدگاه فقه امامیه و حقوق موضوعه

دانشجو: حسین فرقانیها

استاد راهنما: دکتر منوچهر خزانی

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی

رئوس مطالب:

مقدمه:

بخش اول: علم قاضی در فقه امامیه

بخش دوم: علم قاضی در قوانین جزایی ایران

عنوان: سیاست جنایی ایران در قبال بزهکاری کودکان و نوجوانان

دانشجو: علی‌اکبر کاشانی مهر

استاد راهنما: دکتر محمدعلی اردبیلی

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی

رئوس مطالب:

مقدمه:

فصل اول: مفاهیم

فصل دوم: تشکیلات مبارزه با بزهکاری کودکان و نوجوانان تا قبل از ۱۳۰۴

خورشیدی

فصل سوم: تهیه و تدوین سیاست جنایی تقنینی ایران در زمینه صغار

فصل چهارم: تحولات قانونی سیاست جنایی ایران در زمینه بزهکاری اطفال

فصل پنجم: تحول انقلابی سیاست جنایی در زمینه کودکان

عنوان: طرق شکایت از احکام و قرارها در حقوق کیفری ایران

دانشجو: سلطانه‌لی شجاع

استاد راهنما: دکتر منوچهر خزانی

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی

رئوس مطالب:

مقدمه:

فصل اول: سیر تحول تجدیدنظرخواهی (پژوهش و فرجام) در قانون آیین دادرسی

کیفری و قوانین اصلاحی ۱۳۵۸ به بعد

فصل دوم: نحوه شکایت از قرارها

فصل سوم: اعتراض به احکام کیفری غیابی (واخواهی)
فصل چهارم: تجدیدنظر در احکام دادگاههای کیفری
فصل پنجم: اعاده دادرسی

عنوان: حقوق زندانیان در ایران

دانشجو: حمید مهدوی
استاد راهنما: دکتر محمدعلی اردبیلی
مقطع: کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی

رئوس مطالب:

مقدمه

فصل اول: کلیات

فصل دوم: حقوق زندانیان

عنوان: شروع به جرم در حقوق جزای ایران

دانشجو: محمدتقی درویش
استاد راهنما: دکتر منوچهر خزانی
مقطع: کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی

رئوس مطالب:

مقدمه

بخش اول: کلیات

بخش دوم: مراحل پیدایش جرم

بخش سوم: شروع به جرم

بخش چهارم: بررسی شروع به جرم در جرائم

عنوان: مسئولیت جزایی در امور پزشکی در حقوق کیفری ایران

دانشجو: محمد آرمیده
استاد راهنما: دکتر رضا نورها
مقطع: کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی

رئوس مطالب:

مقدمه

کلیات

بخش اول: تبیین اصطلاحات و قواعد مشترک

بخش دوم: نگرشی تاریخی به مسؤلیت جزایی در امور پزشکی

عنوان: جرم هواپیمارایی

دانشجو: عباس سلمانپور

استاد راهنما: دکتر رضا نوربها

مقطع: کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی

رئوس مطالب:

مقدمه

فصل اول: کلیات

فصل دوم: تعریف و عناصر متشکله جرم هواپیمارایی

فصل سوم: صلاحیت دولتها در رسیدگی به جرم هواپیمارایی

فصل چهارم: استرداد ربایندگان و تدابیر پیشگیرانه

عنوان: جرم تخریب در حقوق جزای ایران

دانشجو: سیدمحمد شریعتی فرد

استاد راهنما: دکتر رضا نوربها

مقطع: کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی

رئوس مطالب:

فصل اول: کلیات

فصل دوم: تعریف و جایگاه جرم تخریب در تقسیمات کلی جرائم و خصوصیات آن

فصل سوم: عناصر تشکیل دهنده جرم تخریب

فصل چهارم: معاونت و مشارکت و شروع به جرم تخریب و مجازاتهای تبمیمی

فصل پنجم: تقسیم بندی جرم تخریب بر مبنای موضوع جرم

عنوان: سقوط دعوی عمومی (در حقوق کیفری ایران)

دانشجو: سیدعباس هاشمی

استاد راهنما: دکتر منوچهر خزانی

مقطع: کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی

رئوس مطالب:

مقدمه

فصل اول: کلیات

فصل دوم: جهات شخصی سقوط دعوی عمومی

فصل سوم: جهات عینی سقوط دعوی عمومی

عنوان: نقد و بررسی ماده ۱۳۹ قانون تعزیرات

دانشجو: حسن خلیلیان بروجنی

استاد راهنما: دکتر محمدعلی اردبیلی

مقطع: کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی

رئوس مطالب:

مقدمه

فصل اول: تاریخچه محکوم به مالی در حقوق موضوعه ایران

فصل دوم: بررسی مبانی فقهی ماده ۱۳۹ قانون تعزیرات

فصل سوم: تجزیه و تحلیل حقوقی ماده ۱۳۹ قانون تعزیرات

عنوان: مشارکت مردم در سیاست جنایی ایران

دانشجو: محمدکریم فرهادی مهر

استاد راهنما: دکتر محمدعلی اردبیلی

مقطع: کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی

رئوس مطالب:

مقدمه

بخش اول: مفهوم مشارکت مردم در سیاست جنایی و سابقه آن در ایران

بخش دوم: مشارکت مردم در سیاست جنایی کنونی ایران

عنوان: اصول حاکم بر مجازاتها (در حقوق کیفری ایران)

دانشجو: ابراهیم تقی‌زاده و اشان
 استاد راهنما: دکتر محمدعلی اردبیلی
 مقطع: کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی

رئوس مطالب:

مقدمه

گفتار اول: کلیات

گفتار دوم: اصل قانونی بودن مجازاتها

گفتار سوم: اصل تساوی در مجازاتها

گفتار چهارم: اصل شخصی بودن مجازاتها

گفتار پنجم: اصل فردی کردن مجازاتها (اصلی‌ترین در حقوق کیفری)

عنوان: حوادث ناشی از عملیات ورزشی

(تحلیل بند ۳ ماده ۵۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰)

دانشجو: مهدی سلیمی

استاد راهنما: دکتر محمدعلی اردبیلی

مقطع: کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی

رئوس مطالب:

مقدمه

فصل اول: کلیات

فصل دوم: ورزش از دیدگاه فقه

فصل سوم: حوادث ناشی از عملیات ورزشی

عنوان: خیانت و جاسوسی

دانشجو: حیدر ملک‌زاده

استاد راهنما: دکتر محمدعلی اردبیلی

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی

رئوس مطالب:

مقدمه

فصل اول: کلیات

فصل دوم: خیانت و جاسوسی در حقوق کیفری ایران

عنوان: حمایت کیفری از محیط زیست

دانشجو: میرعظیم قوام

استاد راهنما: دکتر علی محمد اردبیلی

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی

رئوس مطالب:

مقدمه

فصل نخست: آلودگی محیط زیست و حمایت از آن

فصل دوم: حقوق جزا و محیط زیست

عنوان: قتل خطئی محض

دانشجو: ذبیح‌الله خدائیان

استاد راهنما: دکتر منوچهر خزانی

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی

رئوس مطالب:

مقدمه

بخش اول: تاریخچه، تعاریف و انواع قتل

بخش دوم: عناصر متشکله قتل خطئی محض

بخش سوم: کیفر قتل خطئی محض، تعریف دیه، انواع دیه، مقدار دیه، مقدار

تشدید و مهلت پرداخت آن، مسؤل پرداخت دیه

عنوان: مبانی فقهی و حقوقی اکراه در حقوق کیفری ایران

دانشجو: داراب حقی‌پور

استاد راهنما: دکتر رضا نوریها

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی

رئوس مطالب:

مقدمه

فصل اول: مفهوم و ماهیت اکراه

فصل دوم: مبانی اکراه

فصل سوم: حکم اکراه

عنوان: بررسی مقایسه قانون دادرسی و کیفر ارتش با قانون مجازات جرائم
نیروهای مسلح

دانشجو: سعید بیاتی

استاد راهنما: دکتر رضا نورها

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی

رئوس مطالب:

مقدمه

فصل اول: بررسی تاریخی حقوق کیفری نظامی

فصل دوم: آیین دادرسی نظامی

فصل سوم: بررسی و تطبیق قوانین ماهوی

عنوان: سقط جنین

دانشجو: بابک رزم‌ساز

استاد راهنما: دکتر منوچهر خزانی

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی

رئوس مطالب:

پیشگفتار

گفتار اول: مقدمه

گفتار دوم: تقسیم‌بندی سقط جنین با در نظر گرفتن ارکان سه‌گانه تشکیل دهنده آن

گفتار سوم: ارتکاب سقط جنین توسط پزشک و شغل‌های وابسته در گذشته و حال و

بیان ویژگی‌های آنها

عنوان: حمایت کیفری از صغار در قوانین ایران

دانشجو: محمدمهدی المجمع شعاع

استاد راهنما: دکتر محمدعلی اردبیلی

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی

رئوس مطالب:

مقدمه

فصل اول: حمایت کیفری قبل از تولد

فصل دوم: حمایت کیفری از تندرستی و بهداشت صغار

فصل سوم: حمایت کیفری از امنیت و تمامیت جسمی صغار

فصل چهارم: حمایت کیفری از شخصیت و اخلاق صغار

عنوان: بررسی و تحلیل مقررات جزایی قانون کار مصوب ۶۹/۸/۲۶

دانشجو: مرتضی ملک‌پور

استاد راهنما: دکتر محمدعلی اردبیلی

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی

رئوس مطالب:

مقدمه

فصل اول: آشنایی با تاریخچه، منابع و اصطلاحات ق.ک

فصل دوم: الزامات گوناگون کارفرما در امور رفاهی کارگران

فصل سوم: الزامات کارفرما در مسائل فرهنگی، هنری، ورزشی و تشکلات خاص

کارگری

فصل چهارم: الزامات کارفرما در اجتناب از بهره‌کشی و اعمال خلاف آزادی و

انسانیت

فصل پنجم: الزامات کارفرما برای کارگران خاص «زنان و کودکان»

فصل ششم: الزامات کارفرما در تأمین و حفظ سلامت و بهداشت کارگر

فصل هفتم: کار اتباع بیگانه

فصل هشتم: بازرسی کار

فصل نهم: الزامات کارگر به نفع کارفرما

فصل دهم: مسؤلیت جزایی و مبنای آن «کلیات»

فصل یازدهم: جرائم و مجازاتها
فصل دوازدهم: شیوه رسیدگی و نحوه اعمال مجازاتها
فصل سیزدهم: قانون تأمین اجتماعی

عنوان: تخریب اموال دولتی

دانشجو: حمیدرضا کرد

استاد راهنما: دکتر منوچهر خزانی

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی

رئوس مطالب:

مقدمه

فصل اول: کلیات و مفاهیم

فصل دوم: تخریب ابنیه و آثار ملی

فصل سوم: سایر موارد تخریب اموال دولتی