

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## فهرست مطالب

پژوهشها

- ۳ ..... در تکاپوی صلح پایدار/ دکتر ابراهیم بیگ زاده
- ۳۷ ..... تعارض قوانین - تعریف و جایابی عامل ارتباط/ دکتر فرهاد خمایی زاده
- ۵۷ ..... لزوم تصویب مقرراتی در مورد حمل و نقل جاده‌ای مسافر/ دکتر امیرحسین فخاری
- ۶۹ ..... شهادت بر شهادت در حقوق کیفری ایران و انگلیس/ علیرضا قرجه‌لو
- ۸۹ ..... نقش بیمه در حل و فصل دعاوی کیفری/ عبدالله خدابخشی و تیره عابدین زاده شهری
- ۱۱۱ ..... مبانی حق شرط در حقوق بین‌الملل و اسلام/ سیدمحمدحسن موسوی خراسانی
- ۱۴۳ ..... بحثی پیرامون حق تقدم دولت در وصول مطالبات مالیاتی/ سعید صفیان
- بررسی تصمیمات شورای امنیت سازمان ملل متحد توسط دیوان بین‌المللی دادگستری
- ۱۶۱ ..... یوآنا پتکولسکو/ ترجمه دکتر محمدعلی صلح‌چی و هیبت‌الله نژندی منش

ترجمه‌های

- ۱۹۵ ..... ترجمه عربی (موجز المقالات)/ محمد سلامی
- ۲۰۴ ..... ترجمه انگلیسی (Abstracts)/ رحمت‌الله کریم‌زاده

## راهنمای تدوین مقالات

- مقالات باید علمی، پژوهشی، مستند و دارای نوآوری باشند.
  - مقالات ارسالی نباید قبلاً در نشریه دیگری چاپ شده یا برای نشریه دیگری ارسال شده باشد.
  - مقالات برای یک شماره آماده شود و دنباله‌دار نباشند.
  - مقاله ارسالی از ۲۵ صفحه حروف چینی شده (هر صفحه ۲۵۰ کلمه) بیشتر نباشد.
  - دو نسخه از مقاله حروف چینی شده در محیط word به همراه دیسکت یا لوح فشرده آن ارسال گردد.
  - تیتراهای اصلی با شماره‌های ۱، ۲، ۳... و زیرمجموعه آنها با ۱-۱، ۱-۲، ۲-۲، ۲-۳... مشخص شود.
  - چکیده مقاله که آئینه تمام‌نما و فشرده بحث است، به سه زبان فارسی، عربی و انگلیسی، حداکثر در ده سطر ضمیمه باشد و واژگان کلیدی مقاله (سه تا هفت واژه) به دنبال هر چکیده بیاید.
  - ارجاعات در متن مقاله بین پرانتز به صورت (نام خانوادگی مؤلف، سال انتشار: شماره صفحه یا شماره جلد/صفحه) نوشته شود.
  - اگر ارجاع بعدی بلافاصله به همان مأخذ باشد از (همان یا همان: صفحه) و اگر به مأخذ دیگری از همان نویسندگان باشد (همان، سال انتشار: صفحه) استفاده شود.
  - منابع لاتین، به صورت لاتین و از سمت چپ در بین پرانتز (صفحه: سال انتشار، نام خانوادگی) و در ارجاع بعدی اگر بلافاصله باشد (Ibid.) نوشته شود.
  - نقل قولهای مستقیم به صورت جدا از متن با تورفتگی (یک و نیم سانتی متر) از راست درج شود.
  - شکل لاتینی نامهای خاص، واژه‌های تخصصی و ترکیبات خارجی در پاورقی درج شود.
  - یادداشتهای توضیحی (توضیحاتی که به نظر مؤلف ضروری به نظر می‌رسد) در پاورقی درج شود.
  - ارجاع در یادداشتهای همان ترتیب متن و مشخصات تفصیلی مأخذ در فهرست پایان مقاله بیاید.
  - اگر مقاله ترجمه است، متن اصلی، معرفی نویسنده و معرفی کتاب یا مجله مأخذ، همراه ترجمه ارسال گردد.
  - منابع مورد استفاده در متن، در پایان مقاله و بر اساس ترتیب الفبایی نام خانوادگی یا نام مشهور نویسنده (نویسندگان) به شرح زیر آورده شود:
- کتاب: نام خانوادگی، نام (نویسنده/نویسندگان)، نام کتاب، نام مترجم، محقق یا مصحح، نوبت چاپ (در صورتی که چاپ نخست باشد نیاز نیست)، محل نشر، نام ناشر، تاریخ انتشار ش. ق. یا م. (به ترتیب برای سالهای شمسی، قمری یا میلادی).
- مقاله: نام خانوادگی، نام (نویسنده/نویسندگان)، «عنوان مقاله داخل گیومه»، نام نشریه، دوره/سال، تاریخ انتشار، شماره جلد، شماره صفحات مقاله.
- پایگاههای اینترنتی: نام خانوادگی، نام نویسنده، «عنوان موضوع داخل گیومه»، نام و آدرس پایگاه اینترنتی.
- نام کامل نویسنده، رتبه دانشگاهی یا عنوان علمی و نام مؤسسه متبوع وی به دو زبان فارسی و انگلیسی قید شود و همراه با نشانی پستی، شماره تلفن و نشانی الکترونیکی ارسال گردد.
  - مجله در ویرایش مقالات آزاد است.
  - رعایت دستور خط فارسی مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی الزامی است.
  - مقالات رسیده به هیچ وجه عودت داده نمی‌شود.
  - نویسندگان می‌توانند مقاله‌های خود را به نشانی دفتر مجله (مشهد، صندوق پستی: ۹۱۷۳۵-۴۶۱) یا نشانی الکترونیکی (razaviunmag@gmail.com) یا (razaviunmag@yahoo.com) ارسال کنند.

## در تکاپوی صلح پایدار

- دکتر ابراهیم بیگزاده<sup>۱</sup>
- دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

### چکیده

صلح و امنیت جهانی از آرزوهای همیشگی بشر است و همیشه نیز از سوی پدیده‌های مختلف تهدید شده است. سؤال این است که آیا می‌توان با پدیده‌هایی مانند مخاصمات مسلحانه، جنایات علیه بشریت، تروریسم، فقر، بیماری‌های لاعلاج، بلایای طبیعی و سوانح صنعتی و... مبارزه کرد و جهانی با صلح و امنیت ساخت، دولت قانون‌مدار چیست و چه وظیفه‌ای درباره صلح پایدار جهانی دارد؟ این مقاله به بررسی دولت قانون‌مدار و راه‌های ایجاد صلح پایدار می‌پردازد.

واژگان کلیدی: صلح پایدار، امنیت، دولت قانون‌مدار، سازمان ملل متحد، شورای امنیت.

### مقدمه

مفید می‌نماید که مطلب با این جمله آغاز شود که «دستیابی و نیل به سعادت،

پیشرفت و تعالی انسانها فقط از راه صلح پایدار ممکن می‌باشد».

از زمان سرپیچی آدم از فرمان الهی و خوردن میوه ممنوعه و هبوط وی به این ناکجا آباد همواره صلح سواره، و او و فرزندانش پیاده و دوان دوان در پی رسیدن به آن می‌باشند. بدین ترتیب خشونت، تنفر، انتقام، کینه توزی و در یک کلام، جنگ و درگیری دائمی به گونه‌ای با زندگی بشر عجین گردیده است. منشأ این درگیریها گاهی نژادی، قومی و ملی و زمانی فقر و تبعیض، روزگاری مذهب و عصری جملگی آنها بوده است. این درگیریها در دوران ماقبل دولت در شکل وسیع و گسترده‌ای در قالب برخوردهای نظامی وجود داشت. تعرض و دخالت امپراطوری سن - ژرمن و کلیسا در عرصه‌های مختلف و حتی به حریم خصوصی زندگی افراد سبب پیدایش پروتستانتیسم گردید. حاصل ظهور این نهضت و مخالفت قدرت‌مداران آن روزگاران با آن، جنگهایی بود که اروپا را برای مدت سی سال به ورطه خشونت و خونریزی کشاند؛ تا اینکه سرانجام با انعقاد معاهدات وستفاليا در ۱۶۴۸<sup>۱</sup> این نزاعها پایان یافت و نهاد جدیدی تحت عنوان دولت - ملت<sup>۲</sup> پا به عرصه وجود گذاشت. بدین ترتیب ساختار جامعه بین‌المللی تغییر یافت و ساختاری بین‌الدولی به خود گرفت و روابطی جدید در صحنه بین‌المللی هویدا گشت. امید آن بود که انعقاد این معاهدات بتواند صلح جهانی را به ارمغان آورد. مع‌هذا روابط ناشی از این معاهدات نه مبتنی بر صلح، بلکه بر امنیت استوار گشتند. معاهدات وستفاليا با اتکا به عقل و منطق محض، اصل برابری حاکمیت دولت - ملتها را به ارمغان آورد. اصلی که ضمن داشتن امتیازاتی، امکان نمی‌داد تا قاعده یا هنجاری بین‌المللی به رغم میل و اراده دولت حاکم بر آن تحمیل گردد. بنابراین فضای امنیتی این بار در ساختاری بین‌الدولی همچنان به حیات خود ادامه داد. طبیعی است که در چنین فضایی دولت بر حقوق مسلط است. در این حالت است که به قول ژان - ژاک روسو، انسان در حال توحش<sup>۳</sup> مجبور

۱. در وستفاليا دو معاهده مونستر (munster) و اسنابروک (osnabröck) منعقد شد که طبق آنها کلیسا و امپراطوری ژرمن مقدس قدرت و اقتدار خود را از دست دادند.

۲. Nation - State یا Etat - Nation.

۳. État de nature.

می‌شود که با انعقاد «قرارداد اجتماعی» به مثابه یک میثاق جمعی از آزادیهای افسارگسیخته خود به نفع جامعه و هیأت حاکمه صرف نظر نماید یا آنها را بسیار محدود کند. اما روسو، که تحت تأثیر افکار هابز می‌باشد، از این مسئله بسیار مهم غافل است که در صورت تعارض میان منافع جمعی، یعنی میثاق جمعی یا قرارداد اجتماعی و منافع هیأت حاکمه چه باید کرد. ضمن آنکه روسو از این امر مهم هم تا حدودی غافل است که انسانها تمایل دارند تا بر اساس اشتراکات با یکدیگر ارتباط داشته باشند. بنابراین به نظر می‌رسد قرارداد اجتماعی پیشنهادی جان لاک، ارزش بیشتری داشته باشد. جان لاک هم به وجود یک «قرارداد اجتماعی» میان انسانها و جامعه معتقد است، ولی دو حق را همچنان برای خود محفوظ می‌دارند که عبارتند از:

- ۱- حق صیانت از خود (که همانا حقوق بشر و در رأس آن حق حیات می‌باشد).
- ۲- حق مالکیت.

این حقوق بیانگر مهمترین اشتراکات انسانها و عوامل ارتباط آنان با یکدیگر است. برای حفظ این دو حق هم باید سازوکارهایی بر عملکرد هیأت حاکمه نظارت کند. این حقوق عوامل معنوی و در واقع ریشه‌های اصلی صلح می‌باشند. رعایت آنها نه فقط امنیت را حفظ می‌کند، که صلح در مفهوم برقراری روابط دوستانه و پایدار را نیز ایجاد می‌کند. این اشتراکات میان انسانها در نهایت اجازه می‌دهد تا بتوان از جامعه بین‌المللی<sup>۱</sup> مبتنی بر همکاری، به جامعه جهانی<sup>۲</sup> مبتنی بر همبستگی گذار نمود؛ نظریه‌ای که توسط بزرگانی چون لئون دوگی در قلمرو حقوق عمومی و ژرژ سل در حوزه حقوق بین‌الملل مطرح شده است. در جامعه جهانی است که در کنار اشتراکات مادی (موجود در جامعه بین‌المللی) می‌توان اشتراکات معنوی و در رأس آنها صلح را مشاهده نمود.

مع هذا بروز دو جنگ جهانی اول و دوم سبب شد که همواره امنیت بر صلح اولویت یابد و جامعه بین‌المللی بر مبنای همکاری<sup>۳</sup> همچنان به حیات خود ادامه

۱. International Society یا La Société Internationale.

۲. International Community یا La Communauté Internationale.

۳. Cooperation.

دهد. بالطبع همکاری فقط عاملی برای رفع نیازهای مادی اعضای جامعه خواهد بود، و عنایت چندانی به نیازهای معنوی ندارد، و در صورت عدم تساوی میان اعضا همکاری خود عامل سلطه می‌گردد که این به نوبه خود سبب تداوم مناقشه و مخاصمه می‌شود. استمرار در گیربها و جنگها و خشونت‌های بعد از دو جنگ جهانی مثبت چنین ادعایی است. با تشکیل سازمان ملل متحد بارقه‌های امید ایجاد یک «جامعه جهانی» به چشم می‌خورد. منشور ملل متحد در پیشگفتار خود با اعلام عزم راسخ ملل متحد به جلوگیری از جنگ، رعایت حقوق بشر و آزادیهای بنیادین، ایجاد جامعه‌ای بر اساس ارزشهای مشترک انسانها را نوید داد. جامعه‌ای مبتنی بر همبستگی که بتواند صلحی جاودان و پایدار را به ارمغان آورد. اما اندک زمانی پس از تأسیس سازمان ملل متحد، بار دیگر جنگ و این بار از نوع سرد، سایه شوم خود را بر سر آن گستراند. بدین ترتیب اهداف مندرج در منشور در مقابل اهداف عملی دولتها به مسلخ کشیده شدند، و همچنان امنیت بر صلح و دولت بر حقوق به ویژه حقوق افراد برتری خود را تداوم بخشیدند.

فروپاشی بلوک شرق و اضمحلال کمونیسم (حداقل در مهمترین بخشهای جهان) برای لحظاتی نویدبخش تحقق آمال و آرزوی «ملل متحد»، یعنی ایجاد جامعه جهانی مبتنی بر همبستگی شد. مع‌هذا نه تنها این امر تحقق نیافت، بلکه سرنوشت بشر وضعیتی به مراتب پیچیده‌تر و دشوارتر به خود گرفت؛ چون که تهدیدات جدیدی فراروی صلح احتمالی جهانی قرار گرفت و سبب شد که فضای جهان به مراتب امنیتی‌تر شود. علاوه بر مخاصمات مسلحانه بین‌المللی، که به گونه‌ای در همیشه تاریخ تداوم داشته و دارد، تحولات دهه نود، قرن بیستم و تغییر شرایط عینی جامعه بین‌المللی سبب شد تا درگیرها به سوی مخاصمات مسلحانه داخلی سوق پیدا کند. مخاصماتی که مبنای اغلب آنها تنفرهای قومی، نژادی، مذهبی، ملی... می‌باشد. بحرانهای سومالی، بوسنی و هرزه‌گوین، رواندا، کنگوی دموکراتیک و دارفور (سودان) نمونه‌هایی از چنین مخاصمات فاجعه‌آمیز می‌باشد. بر اینها باید تهدیداتی دیگر از جمله عقب‌ماندگیهای اقتصادی، بروز بیماریهای صعب یا لاعلاج، بروز بلاهای طبیعی و سوانح صنعتی، تروریسم، اشاعه سلاحهای کشتار جمعی و جنایات

سازمان یافته فراملی را نیز افزود. بروز چنین پدیده‌هایی نه تنها مانع برقراری صلح شده است، بلکه حتی امنیت را نیز در معرض مخاطره جدی قرار داده است.

حال سؤال این است که چگونه می‌توان با این پدیده‌ها مبارزه کرد. پدیده‌هایی که هر یک به تنهایی می‌تواند حیات و هستی بشری را با خطر نابودی مواجه کند؛ به عبارت دیگر به نظر می‌رسد که در ساختار فعلی جامعه بین‌المللی، یعنی ساختار بین‌الدولی فقط با برتری حقوق بر دولت یعنی ایجاد دولت قانون‌مدار است که بتوان جامعه جهانی بنا نهاد. اما دولت قانون‌مدار چیست؟ و نقش آن در ایجاد صلح پایدار چه می‌باشد؟ این مقاله به بررسی مسائل فوق می‌پردازد.

## ۱. دولت قانون‌مدار

در اینجا مفهوم و وظایف دولت قانون‌مدار به اجمال بررسی می‌شود.

### ۱-۱. مفهوم دولت قانون‌مدار<sup>۱</sup>

در این گفتار به بررسی اجمالی مفهوم دولت قانون‌مدار پرداخته می‌شود. دولت قانون‌مدار در واقع برگرفته از تئوری آلمانی رشت اشتات<sup>۲</sup> است که در نیمه دوم قرن نوزدهم در دکترین حقوقی آلمان مطرح گردید. علی‌رغم معانی متعددی که اصطلاح «دولت قانون‌مدار» دارد، در اینجا این مفهوم از آن مد نظر است که دولت در رابطه خود با اداره‌شوندگان باید از حقوق و یک نظام حقوقی تبعیت کند. در چنین دولتی، قدرت فقط از طرفی که نظام حقوقی جاری مجاز دانسته است اعمال می‌گردد و اداره‌شوندگان هم از سازوکارهای حقوقی برای برخورد با سوء استفاده‌های دولت از حق برخوردارند. نکته مهمی که در اینجا باید مورد توجه قرار گیرد اینکه منظور از حقوق و نظام حقوقی حاکم بر دولت هر نوع حقوق و نظام حقوقی نیست؛ یعنی صرف اینکه دولتی از یک نظام حقوقی تبعیت کند به معنای مشروعیت آن و قانون‌مدار بودن در مفهومی که مد نظر ماست نمی‌باشد. بلکه مراد

۱. Rule of Law یا Etat de Droit.

۲. Recht Staat.

تبعیت از نظام حقوقی است که حقوق بنیادین افراد در آن از بالاترین ارزش و اعتبار برخوردار باشد. به عبارت دیگر دولت باید دارای مشروعیت دموکراتیک باشد. این چنین نظامهای حقوقی ابتدا با بروز انقلابات در برخی از کشورها ایجاد شد و حقوق بنیادین افراد در قوانین اساسی پیش‌بینی گردید. اما شکست نهضت‌های لیبرالی مبتنی بر قوانین اساسی (دستورگرایی)<sup>۱</sup> در مقابل توتالیتاریسم در ایتالیا، آلمان و فرانسه سبب شد تا پوزیتیویسم حقوقی به فکر پیش‌بینی حقوق در سطحی برتر از نظام حقوق داخلی، یعنی در نظام بین‌المللی بیفتد. با تدوین مقررات بین‌المللی در قلمرو حقوق بنیادین افراد، این بار این قواعد بین‌المللی بودند که توانستند بر مقررات داخلی تأثیر گذارند و دولت‌ها را وادار نمایند تا در عالی‌ترین سطوح قوانین داخلی خود، یعنی در قوانین اساسی، حقوق بنیادین افراد را بپذیرند. پر واضح است که این پذیرش نباید صرفاً جنبهٔ شکلی و تشریفاتی داشته باشد، بلکه باید سازوکارهایی نیز برای حمایت از آنها پیش‌بینی گردد. این حرکت اول بار بعد از جنگ دوم جهانی در آلمان آغاز شد تا نشان از گسیختگی کامل آن کشور با رژیم ناسیونال - سوسیالیست باشد، و بعد توانست در سایر کشورهای اروپایی مانند فرانسه، ایتالیا پیش رود، و حتی در کشورهای با نظام حقوق کامن‌لا مانند کانادا و انگلستان نیز پذیرفته شود. این روند امروز جنبهٔ جهانی یافته و کمتر کشوری را می‌توان یافت که در مقررات مهم داخلی خود به حقوق بنیادین افراد توجه نکرده باشد. مع‌هذا باید گفت که متأسفانه در بسیاری از آنها پذیرش این مقررات فقط جنبهٔ صوری و شکلی دارد.

## ۱-۲. وظایف دولت قانون‌مدار

وظایف دولت قانون‌مدار در راه دستیابی و حفظ صلح پایدار را می‌توان در حول دو محور تقسیم و مطالعه نمود:

- وظیفهٔ دولت قانون‌مدار در اعلام و تضمین حقوق افراد برای ایجاد شرایط لازم جهت برقراری و حفظ صلح پایدار؛
- وظیفهٔ دولت قانون‌مدار در مبارزه با پدیده‌های تهدیدکنندهٔ صلح پایدار.

۱. Constitutionalisme.



## ۱-۲-۱. وظیفه دولت قانونمدار در اعلام و تضمین حقوق افراد

اعلام و تضمین حقوق افراد در واقع فراهم نمودن بستر مناسب برای ایجاد و حفظ صلح پایدار می‌باشد. در این قلمرو دولت باید ضمن اعلام و تضمین حقوق بشر، مشارکت افراد را در زندگی عمومی بدون هیچ گونه تبعیضی تأمین کرده، شفافیت در عمل و پاسخ‌گو بودن را رعایت کند.

### الف- اعلام و تضمین حقوق بشر

همان گونه که اعلامیه حقوق بشر و شهروند فرانسه مورخ ۶ اوت ۱۷۸۹ اعلام می‌دارد: عدم رعایت، فراموشی و تحقیر حقوق بشر تنها منشأ تیره‌بختی و سیه‌روزی مردم و فساد حکومتهاست.<sup>۱</sup>

باید گفت که حقوق بشر ذاتی انسان است؛ و بنابراین این حقوق بر او عارض نمی‌شود. اگرچه مصادیق مختلف حقوق بشر اغلب در قالب اسناد داخلی، منطقه‌ای و بین‌المللی پیش‌بینی شده، اما جملگی این اسناد حکایت از آن دارند که این حقوق مجموعه‌ای تفکیک‌ناپذیر و غیر قابل تجزیه‌اند که باید برای فراهم نمودن بستر مناسب جهت ایجاد و حفظ صلح پایدار اعلام و اجرا شوند.

همان طور که قبلاً گفته شد حقوق بنیادین افراد در پی انقلابات دموکراتیک ابتدا در قوانین داخلی به ویژه در قوانین اساسی اعلام و حتی تضمین شد، اما شکست نهضت‌های مبتنی بر قانون اساسی سبب شد تا فکر پیش‌بینی حقوق بنیادین افراد در اسناد بین‌المللی مطرح شود. مع‌هذا ساختار کلاسیک جامعه بین‌المللی امکان تدوین هنجارهای بین‌المللی را در قلمرو حقوق بشر نمی‌داد. اصل تعادل در قدرت از یک سو، و حفظ منافع ملی از سوی دیگر، اجازه نمی‌داد که عکس‌العملی حتی در مقابل نقض بارزترین حق بشری، یعنی حق حیات نشان داده شود. اصل برابری حاکمیت دولت‌ها هم توجیه‌کننده این بود که نمی‌توان در امور داخلی دولتی که رفتارهای ضد بشر با افراد واقع در قلمرو صلاحیت خود دارد مداخله نمود.

۱. Delmas - Marty, M., Lucas de Leyssac. c «Libertés et droits fondamentaux», éditions du seuil, Paris, ۱۹۹۶, p.۴۱.

حقوق بین‌الملل در آن روزگاران فقط محدود به تنظیم روابط دولتها بود. به استثنای موارد معدودی از جمله حقوق بیگانگان در سرزمین یک دولت و یا مختصری در خصوص حقوق بشردوستانه،<sup>۱</sup> حقوق دیگری تحت عنوان «حقوق بشر» به خصوص در مفهوم امروزی آن مطرح نبود.

پایان جنگ اول جهانی فرصت مناسبی را برای جامعه بین‌المللی فراهم نمود تا بتواند اولین حرکت مهم خود را در قلمرو حقوق بشر آن هم در حوزه حمایت از بخشهایی از این حقوق آغاز کند. این حرکت به طور عمده مبتنی بر این فکر بود که می‌توان صلح جهانی را از طریق حقوق برقرار کرد. تدوین حقوق بشر در بعد از جنگ اول جهانی فقط در قلمروهای محدودی و آن هم در مورد اقشار خاصی امکان‌پذیر شد. باید منتظر بود تا جنگ دوم جهانی پایان یابد تا ظهور هنجارهای بین‌المللی حقوق بشری را نه فقط در عرصه‌های خاص، بلکه در قلمروهای عام نیز مشاهده نمود.

بدین ترتیب بر ویرانه‌های جنگ اول جهانی کنفرانسی در پاریس برگزار شد که در پایان آن یکی از مهمترین معاهدات تاریخ بشری یعنی معاهده ورسای منعقد گردید. این معاهده برای اولین بار در حقوق موضوعه مسئله حقوق بشر را در رابطه با اقلیتها و کارگران مورد توجه قرار داد. بدین شکل که اقلیتهای زبانی، قومی و مذهبی در سرزمینهای لهستان و چکسلواکی مورد حمایت قرار گرفتند. آنان توانستند از آزادیهای زبانی، مذهبی و تشکیل اجتماعات برخوردار شوند و سهم منصفانه‌ای از منابع عمومی مختص به تعلیم و تربیت، مذهب و نوع دوستی را به دست آورند. حتی در برخی از کشورها از جمله چکسلواکی نیز مقرر شد که برای برخی مناطق اقلیت نشین باید خودمختاری لحاظ شود. ضمانت اجرای این حقوق هم بر عهده شورای اجرایی جامعه ملل گذاشته شد، و حل اختلافات ناشی از تفسیر و اجرای این حقوق هم به دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی سپرده شد. این معاهده برای اولین بار امکان پذیرش شکوائیه اقلیتها را از سوی شورای اجرایی اعلام کرد؛ و این به معنای آغاز شکست انحصار روابط بین‌المللی در دست دولتهاست.

۱. اولین کنوانسیون حقوق بشردوستانه در سال ۱۸۶۴ در مورد بهبود وضعیت نظامیان مجروح در مخاصمات مسلحانه منعقد شد.

معاهده ورسای در ضمن، خالق یک سازمان بین‌المللی در قلمرو کار می‌باشد. سند مؤسس سازمان بین‌المللی کار اعلام می‌دارد که ایجاد صلح جهانی مستلزم برقراری عدالت اجتماعی است. صلح جهانی می‌طلبد که شرایط کار برای کارگران عادلانه گردد.

ایجاد سازمان بین‌المللی کار نیز سبب شد تا انحصار ساختارهای دولتی در روابط بین‌المللی فرو ریزد. حضور نمایندگان کارگران و کارفرمایان در هیئت‌های نمایندگی دولتها در این سازمان و شرکت آنان در تصمیم‌گیریهای سازمان، گویای فروپاشی و اضمحلال چنین انحصاری است.

بنابراین دوران بعد از جنگ اول جهانی را می‌توان عصر پیدایش اولین هنجارها و نهادهای بین‌المللی در قلمرو حقوق بشر دانست.

روند جهانی شدن حقوق بشر در بعد از جنگ دوم جهانی از شتاب و گستره بیشتری برخوردار شد. منشور ملل متحد تا آنجا پیش رفت که صلح بین‌المللی را با سرنوشت بشر در نظام حقوق داخلی گره زد.

ویرانه‌های جنگ دوم جهانی نمادی بارز از نقض فاحش و گسترده حقوق بشر می‌باشد؛ به همین دلیل هم سازمان ملل متحد در سند مؤسس خود توجه وافری به حقوق بشر نموده است. جنایات ارتكابی بر ضد حقوق بنیادین افراد از سوی حکومت‌های فاشیستی آلمان، ایتالیا و ژاپن نشان داد که نظام موجود در دوران جامعه ملل تا چه حد شکننده و سست بوده، قادر به صیانت از حقوق اساسی انسانها نبود. به همین دلیل منشور ملل متحد در پیشگفتار خود اعلام داشت که سازمان ملل متحد برای اجتناب از جنگ باید به حقوق بنیادین، به کرامت و منزلت انسان و ارزش وی و همچنین به برابری حقوق زنان و مردان و کلیه ملل اعم از کوچک و بزرگ احترام بگذارد. این به آن معناست که نظام‌های سیاسی ناقض حقوق بشر دیر یا زود تهدیدی فراروی صلح جهانی خواهند شد. منشور به این اکتفا نکرده، رعایت حقوق بشر را در ماده یک خود در زمره اهداف سازمان ملل قرار داد، ضمن آنکه در مواد ۵۵، ۵۶، ۶۲ (بند ۲) و ۶۸ نیز به آن توجه کرده است. منشور ملل متحد حل مشکلات بین‌المللی، اقتصادی، اجتماعی، فکری و بشری را در گرو توسعه و تشویق

احترام به حقوق بشر و آزادیهای بنیادین برای کلیه افراد صرف نظر از نژاد، جنسیت، زبان و یا مذهب دانسته است. اگرچه در عمل گاهی در سازمان ملل متحد، به ویژه در دوران جنگ سرد، استفاده اعضای دائم شورای امنیت از حق وتو مانع طرح نقض حقوق بشر از سوی کشور یا کشورهای خاصی شده است، اما بعد از دهه نود این وضعیت رو به بهبودی نهاده است. از آن جمله قطعنامه ۶۸۸ مورخ ۵ آوریل ۱۹۹۱ شورای امنیت در مورد عراق است. شورا در این قطعنامه سرکوب مردم عراق توسط رژیم بعثی را محکوم و آن را تهدیدی علیه صلح و امنیت بین‌المللی در منطقه می‌داند و از دولت عراق می‌خواهد بدون وقفه به سرکوب مردم پایان دهد و درخواست می‌کند که گفتگو به منظور استقرار و رعایت حقوق بشر و حقوق سیاسی شهروندان عراقی برقرار شود. اگر این درخواست اجابت می‌شد شاید امروز شاهد چنین وضعیت اسفباری در عراق نبودیم.

مع‌ذلک باید گفت که منشور ملل متحد به بیان کلیات حقوق بشر می‌پردازد، بدون آنکه این حقوق را به طور دقیق مشخص نماید. به همین دلیل مجمع عمومی سازمان ملل متحد در ۱۰ دسامبر ۱۹۴۸ قطعنامه‌ای تحت عنوان اعلامیه جهانی حقوق بشر تصویب نمود. این قطعنامه در واقع اولین سند در خصوص جهانی شدن حقوق بشر عام می‌باشد؛ و در پی آن است که اسناد الزام آور حقوق بشری در قلمروهای عام منعقد شدند. ضمن آنکه توسعه حقوق بشر در قلمروهای خاص نیز مد نظر قرار گرفت.

### الف-۱. اعلام و تضمین حقوق بشر عام

اعلامیه جهانی حقوق بشر: منشأ بین‌المللی کردن حقوق بشر عام:

منشأ اعلامیه جهانی حقوق بشر، کمیسیون حقوق بشر شورای اقتصادی و اجتماعی (اگوسوک) سازمان ملل متحد می‌باشد.

پیشگفتار این اعلامیه به رابطه میان حقوق بشر و حفظ صلح اشاره دارد و یادآور می‌شود که دولتها مکلفند به منظور حفظ حقوق بشر و آزادیهای بنیادین با سازمان ملل متحد همکاری کنند. همچنین یادآور می‌گردد که مفهوم مشترک از این حقوق و آزادیها اهمیت زیادی برای اجرای چنین تعهداتی دارد. مع‌ذلک اعلامیه اشعار

می‌دارد که این یک آرمان مشترک است که باید توسط کلیه مردمان و ملتها به آن دست یافت تا کلیه افراد بتوانند از حقوق بشر و آزادیهای بنیادین برخوردار گردند. در واقع اعلامیه می‌خواهد به این مطلب اشاره کند که این سند نقطه آغازین حرکتهای ملی و بین‌المللی است و باید روزی فرا رسد که برنامه مندرج در اعلامیه تحقق یابد. اگرچه این اعلامیه، به عنوان مصوبه مجمع عمومی، فاقد قدرت الزام‌آورد بود، اما یک مبنای مهم و باارزشی شد که به ارکان مختلف سازمان ملل امکان توسعه فعالیت‌هایشان را برای حفظ و رعایت حقوق بشر داد.

میثاقهای حقوق مدنی - سیاسی و حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی:  
الزامی نمودن حقوق بشر عام:

مفاد اعلامیه جهانی حقوق بشر در دو سند الزام‌آور تحت عناوین میثاقهای «حقوق مدنی - سیاسی» و «حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی» در سال ۱۹۶۶ (قطعه‌نامه ۲۲۰۰ مورخ ۱۶ دسامبر ۱۹۶۶) تبلور یافت. این دو سند از ۱۹۷۶ لازم‌الاجرا شدند. این اسناد مهمترین و بنیادی‌ترین حقوق بشر را اعم از حق تعیین سرنوشت و حق حیات و آزادیهای بیان، مذهب و اعتقادات و حق تشکیل اجتماعات، ممنوعیت شکنجه، تساوی افراد در برابر قانون، حق کار، حق آموزش و پرورش، حق تشکیل خانواده، حق مالکیت و غیره را مورد توجه قرار داده‌اند. در ضمن باید توجه داشت که دو پروتکل نیز به میثاق حقوق مدنی و سیاسی منضم شده‌اند.

اولین پروتکل در خصوص صلاحیت «کمیته حقوق بشر» است. این پروتکل در واقع سازوکار قراردادی برای نظارت بر اجرای میثاق حقوق مدنی - سیاسی می‌باشد. دومین پروتکل در مورد لغو مجازات اعدام می‌باشد. به نظر می‌رسد که با توجه به رویه دولتها ممنوعیت اعدام در زمره قواعد عرفی بین‌المللی در آمده باشد. از میان ۱۹۲ کشور عضو سازمان ملل متحد حدود ۱۲۰ کشور یا به طور رسمی مجازات اعدام را از مجموعه مقررات کیفری خود حذف نموده‌اند و یا در عمل اجرا نمی‌کنند.

مجمع عمومی سازمان ملل متحد در ارزیابی خود از این میثاقها، آنها را به مثابه ابزاری برای همکاری جهت تحقق مواد ۵۵ و ۵۶ منشور و اعلامیه جهانی حقوق بشر می‌داند. بدین ترتیب حرکت برای جهانی کردن حقوق بشر عام به ثمر نشست. از

این پس شاهد تداوم حرکت جامعه بین‌المللی در جهت توسعه حقوق بشر در قلمروهای خاص می‌باشیم.

## الف-۲. توسعه و تضمین حقوق بشر خاص

باید گفت که جامعه بین‌المللی کنوانسیونهای بسیار زیادی را در قلمروهای خاص حقوق بشر تدوین نموده است، و بدین ترتیب این حقوق را به طور قابل توجهی توسعه بخشیده است. برخی از آنها در قالب اسناد مؤسس سازمانهای بین‌المللی با صلاحیت خاص می‌باشند. در این مورد می‌توان برای مثال به اساسنامه‌های سازمانهای جهانی بهداشت، یونسکو، فائو و واپو اشاره نموده که به ترتیب هدفشان تشویق و ترغیب و تحقق حق بهداشت، حق تعلیم و تربیت و فرهنگ، حق غذا و اجتناب از گرسنگی و حق مالکیت خلاقیت‌های فکری افراد می‌باشد. برخی از حقوق بشر خاص هم موضوع کنوانسیونهای بین‌المللی قرار گرفته‌اند، که از آن جمله می‌توان به کنوانسیونهای پیشگیری و سرکوب جنایت نسل‌کشی، ممنوعیت آپارتاید، منع هرگونه تبعیض نسبت به زنان، حقوق کودک، منع شکنجه و منع ناپذیری اجباری اشاره نمود. آخرین سندی که در این قلمرو منعقد شده است کنوانسیون حمایت از معلولین (افراد توان‌خواه) می‌باشد که در سال ۲۰۰۶ توسط مجمع عمومی سازمان ملل متحد به تصویب رسیده است.

در کنار تلاشهای مذکور در جهت جهانی کردن حقوق بشر، این حقوق در سطح منطقه‌ای نیز پیش‌بینی و تضمین شده‌اند. در این مورد می‌توان به کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر و منشور حقوق بشر خلق‌های آفریقا اشاره نمود. البته از این لحاظ باید اذعان نمود که قاره کهن و پهناور آسیا بسیار عقب مانده است. اگرچه تلاشهایی تا کنون صورت گرفته است. دولت باید ضمن پذیرش حقوق بشر در نظام حقوق داخلی خود و تضمین رعایت آنها، مشارکت بدون تبعیض افراد را نیز در زندگی جمعی فراهم نماید.

۱. در مورد جهانی شدن حقوق بشر و سازوکارهای تضمین آن ر. ک: ابراهیم بیگ‌زاده، «جهانی شدن حقوق بشر و سازوکارهای تضمین آن»، پیک خبری کمیسیون حقوق بشر اسلامی ایران، آذرماه ۱۳۸۵، ص ۵-۱۰.

## ب- تضمین مشارکت مردم در زندگی عمومی

یکی از ویژگیها و شاید بهتر است بگوییم یکی از وظایف دولت قانونمدار تأمین مشارکت مردمی در فرایند تصمیم‌گیریهای جمعی است. دولت نه تنها باید قدرتش برخاسته از جمع و عموم در جریان انتخابات آزاد و ادواری باشد، بلکه مکلف است زمینه‌های لازم اعم از حقوقی و غیر حقوقی را نیز برای کلیه اقشار مردم و نهادها و سازمانهای غیر دولتی جهت شرکت در زندگی عمومی فراهم نماید. مردم باید بتوانند در فرآیند تصمیم‌گیری و اتخاذ تصمیمات عمومی مشارکت نمایند. در ضمن این مشارکت باید حتماً بدون تبعیض و صرف نظر از زبان، مذهب، نژاد، جنسیت، رنگ و غیره تضمین گردد. تضمین مشارکت مردمی خود طرق مختلفی دارد که از آن جمله اعمال صحیح و درست نظام عدم تمرکز و اجرای فدرالیسم و غیره می‌باشد. چنین مشارکتی قطعاً سبب ایجاد اعتماد میان مردم و قدرت عمومی می‌شود، و زمینه به وجود آمدن آرامش و صلح پایدار را در جامعه داخلی و در پی آن در جامعه بین‌المللی فراهم می‌کند. اعتماد شرط بقای هر نظام سیاسی است. جالب است به مطالبی از کنفوسیوس در ۵۰۰ سال پیش اشاره شود. او می‌گوید قدرت بر سه پایه ارتش (زور)، تأمین مایحتاج مردم (غذا) و اعتماد مردم، استوار است. حال اگر امر دائر بر این شود که دولت از اینها دست بردارد، ابتدا باید از زور و سپس از غذا دست بردارد؛ اما از اعتماد مردم هرگز، چرا که بدون اعتماد مردم قدرت توان پایداری و استمرار را نخواهد داشت.

## ج- شفافیت در عمل و پاسخ‌گو بودن

دولت برای اینکه بتواند از ویژگی قانونمداری برخوردار باشد، باید عملکرد خود را نیز شفاف نماید، و پاسخ‌گوی اعمال خود چه در صحنه داخلی و چه در سطح بین‌المللی باشد. در اینجاست که دولت مکلف است نظام شایسته‌سالاری را به دقت رعایت کرده، از افراد ذی‌صلاح برای انجام وظایف خود استفاده نماید. در ضمن دولت باید پاسخ‌گوی اعمال خلاف خویش بوده، مسئولیت آنها را نیز بپذیرد. عدم شفافیت در عمل و عدم پاسخ‌گویی همانند عدم مشارکت دادن بدون تبعیض مردم

در تصمیم‌گیریها سبب سلب اعتماد و بیگانگی مردم از قدرت عمومی می‌شود و زمینه را برای اشاعهٔ فساد و ارتکاب سایر جرایم فراهم می‌نماید. سرنوشت محتوم چنین دولتی پیوستن به تاریخ آن هم با سابقه‌ای ننگین می‌باشد. همان‌طور که گفته شد دولت قانون‌مدار در کنار اعلام و تضمین حقوق افراد به عنوان ایجاد زمینهٔ لازم برای برقراری و تداوم صلح پایدار باید با پدیده‌های تهدیدکنندهٔ صلح نیز مبارزه نماید.

## ۲. نقش دولت قانون‌مدار در ایجاد صلح پایدار

دولت قانون‌مدار در راستای استقرار و حفظ صلح باید با فقر، توسعه‌نیافتگی، بیماریهای صعب یا لاعلاج، بلایای طبیعی، جنایات بین‌المللی ارتكابی در زمان جنگ یا صلح، تروریسم، جنایات سازمان‌یافته و اشاعهٔ سلاحهای کشتار جمعی نیز مبارزه نماید.

### ۲-۱. مبارزه با فقر، توسعه‌نیافتگی و بیماریهای صعب و لاعلاج

توسعه یکی از پایه‌های مهم نظم عمومی بین‌المللی به ویژه در سده‌ای است که آغاز شده است (رک: پطرس غالی، ۱۳۸۱: ۲۳۷-۲۶۷). یکی از مهمترین علل بروز تنشها و درگیریها و مانع مهم در راه استقرار صلح پایدار اختلاف سطح توسعهٔ اقتصادی و اجتماعی میان ملتها می‌باشد. اگرچه فکر توسعه و زدودن نابرابری میان ملتها حداقل بیش از نیم قرن است که در جامعهٔ بین‌المللی و به خصوص در سازمان ملل متحد مطرح است، اما متأسفانه باید گفت که در پایان چهارمین دهه، استراتژی توسعهٔ ملل متحد هیچ یک از اهداف حداقلی پیش‌بینی شده تحقق نیافت. به همین دلیل سران جهان در اعلامیهٔ هزارهٔ ملل متحد دگر بار مجبور شدند به توسعه توجه وافر نشان دهند. بر اساس مصوبهٔ سران کشورها کلیهٔ ۱۹۲ عضو ملل متحد متعهد شده‌اند که تا سال ۲۰۱۵ به اهداف زیر دست یابند:

- ریشه‌کنی فقر و گرسنگی شدید؛
- دستیابی به آموزش ابتدایی همگانی و رفع تبعیض جنسیتی در مسائل آموزشی؛
- رعایت برابری جنسیتی و توانمندسازی زنان؛



- کاهش مرگ و میر کودکان؛

- بهبود وضعیت بهداشت مادران و جلوگیری از مرگ و میر آنان به خصوص در هنگام زایمان؛

- تضمین پایداری محیط زیست؛

- ایجاد مشارکت جهانی در راستای توسعه؛

- مبارزه با ایدز، مالاریا و سایر بیماریها.

البته این به معنای آن نیست که آنان تصمیم گرفته‌اند که کلیه پدیده‌ها باید به طور کامل مضمحل شوند، بلکه باید این پدیده‌ها کاهش یابند. اگرچه تحقق برخی از این اهداف به تنهایی از سوی دولتها، به ویژه دولتهای جهان سوم ممکن نیست، اما باید دانست که وظیفه اصلی نیل به این اهداف بر عهده خود آنها می‌باشد. تجربه چهار دهه توسعه ملل متحد ثابت کرد که مهمترین عامل ناکامیها ساختار فاسد و از درون پوسیده اغلب کشورها و عدم وجود یک نظام دموکراتیک در آنها می‌باشد.

بنابراین نیل به این اهداف مستلزم تجدید ساختار اداری و سیاسی اغلب کشورها می‌باشد، تا بتوان هم از منابع خود آنها و هم از کمکهای بین‌المللی برای کاهش شکافهای فاحش استفاده نمود. نباید فراموش کرد در جهانی زندگی می‌کنیم که حدود یک میلیارد نفر با کمتر از روزی یک دلار زندگی می‌کنند. برنامه جهانی غذا که در سال ۱۹۶۵ برای مدت دو سال ایجاد شد، نه تنها همچنان وجود دارد بلکه پس از چهل سال از حیات خود شعارش آن است: «به امید روزی که کلیه انبای بشر حداقل یک وعده غذا در شبانه روز بخورند». در جهانی هستیم که بیش از ۴۰ میلیون نفر به طور قطعی به بیماری ایدز مبتلا شده‌اند و میلیونها نفر ناقل ویروس این بیماری (HIV) می‌باشند. آثار شوم انسانی اقتصادی و اجتماعی این بیماری بیشتر گریبان فقیرترین کشورهای جهان را به ویژه در آفریقا گرفته است. در جهانی به سر می‌بریم که محیط زیست آن به شدت در حال تخریب است. ایجاد آلودگی، عدم توجه به تنوع زیستی، بی‌اعتنایی به تغییرات آب و هوایی (که طبق نظر کارشناسان تا سال ۲۰۵۰ کلیه برفهای قطب شمال آب خواهد شد و فاجعه عظیم زیست محیطی ایجاد خواهد شد)، تولید عظیم گازهای گلخانه‌ای (که نه فقط سبب گرم شدن کره

زمین شده‌اند، بلکه برخی از گازهای تولیدی در صنعت سبب ایجاد پارگی در لایه اوزون زمین شده و باعث ورود اشعه ماورای بنفش خورشید به درون زمین گردیده است که خود منشأ بسیاری از بیماریها شده است) نمونه‌های قابل توجه از اقدامهای تخریبی محیط زیست می‌باشد. ضمن آنکه تخریب محیط زیست خود زمینه‌ساز بروز بلایای طبیعی و یا افزایش قدرت تخریبی آنها شده است.

## ۲-۲. مبارزه با بلایای طبیعی

انسان از بدو زندگی خود در جدال دائمی با حوادث و بلایایی بوده است که طبیعت بر سرش آورده است و از این رهگذر متحمل خسران فراوانی شده است. بروز زلزله، آتشفشان، رانش زمین، سیل، طوفانهای سهمگین، خشکسالی، قحطی، گرم شدن کره زمین، پاره شدن لایه اوزون، برخورد شهاب سنگها به کره زمین، سونامی و غیره هر روز بر مصائب بشری می‌افزایند. البته این جدا از مصائبی است که بشر خود برای خویش ایجاد می‌کند که مهمترین آنها سوانح صنعتی و بلایای سیاسی مانند جنگ می‌باشند. بروز بلایای طبیعی اغلب اوقات و در اندک زمانی مهمترین حق بشری، یعنی حق حیات او را با خطر نابودی مواجه می‌کند ضمن آنکه در بسیاری از موارد کرامت و حیثیت و منزلت انسانی آنانی را که جان سالم بدر می‌برند زایل می‌سازد. تجربه ثابت کرده است که مبارزه با این بلایا و زدودن آثار آنها اغلب از توان یک کشور خارج است، و یک حرکت جهانی برای مبارزه با آنها لازم است. به همین دلیل رساندن کمکهای بشردوستانه هم ضروری می‌نماید. در همین راستاست که مجمع عمومی سازمان ملل در سالهای ۱۹۸۸ و ۱۹۹۰ با تصویب دو قطعنامه رساندن این کمکها را پیش‌بینی کرده است. مجمع عمومی همچنین در جریان شصتمین اجلاس خود مبادرت به ایجاد صندوق مداخله فوری بشردوستانه نیز کرده است. همچنین کنفرانس جهانی برای پیشگیری از بلایای طبیعی در ژانویه ۲۰۰۵ در هیوگو (ژاپن) برگزار و یک برنامه اقدام برای دهه ۲۰۰۵-۲۰۱۵ جهت کاهش بلایای طبیعی به تصویب رسانده است. آنچه که در این میان مهم است نقش خود دولتهایی است که این بلایا در آن رخ داده است. در مواقعی این دولتها، به

بهانهٔ مداخله در حاکمیت خود، از قبول این کمکها امتناع می‌کنند. در مواردی هم که این کمکها را می‌پذیرند عدم مدیریت صحیح سبب می‌شود تا کمکهای بشردوستانه به دست قربانیان واقعی بلایا نرسد. به نظر می‌رسد در صورتی که دولتی از پذیرش این کمکها امتناع کند و خود نیز نخواهد یا نتواند چنین کمکهایی را ارائه نماید بتوان این کمکها را با مداخله در اختیار قربانیان قرار داد؛ چون که چنین دولتی با این عمل خود در واقع حقوق بنیادین قربانیان، یعنی حق حیات و حق کرامت و منزلت انسانی آنان را زایل می‌کند. آنچه مسلم است اینکه انسانها باید بتوانند در هر شرایطی از جمله بروز بلایای طبیعی از حقوق بنیادین خود از جمله حق حیات، بهداشت، غذا، کرامت و... برخوردار شوند، و نگرانی ناشی از تعرض به حاکمیت دولتها نمی‌تواند مانعی برای تضمین و اجرای این حقوق گردد. ضمن آنکه بر این مجموعه از حقوق افراد باید یک حق مهم دیگر انسان نیز اضافه شود و آن «حق زندگی امن» می‌باشد. تضمین چنین حقی در درجهٔ اول بر عهدهٔ دولتهاست که می‌تواند با ایجاد یک نظام درست اطلاع‌رسانی و آموزش مردم و اقدامهای پیشگیرانه از بروز این بلایا جلوگیری کرده و یا آثار زیان‌بار آنها را به حداقل برساند (ر.ک: بیگزاده، ۱۳۸۴: ۲۹۵-۳۰۵؛ بیگزاده، ۱۳۸۵).

## ۳-۲. جنایات بین‌المللی

ایجاد صلح پایدار همیشه نیازمند اجرای عدالت است. در غیر این صورت ممکن است برای مدتی صلح برقرار شود، اما قطعاً شکننده خواهد بود. بحران بالکان در آخرین دههٔ قرن بیستم نمونهٔ بارز آن می‌باشد. پس از فروپاشی یوگسلاوی صربهای ارتدوکس به انتقام‌کشی از مسلمانان پرداخته، تراژدیهای انسانی فراوانی در بوسنی و هرزه‌گوین خلق نمودند. همین مسئله در حال حاضر در رابطهٔ میان ترکها و ارمنه نیز وجود دارد. ارمنه هنوز نسل‌کشی سال ۱۹۱۵ را از یاد نبرده، با پی‌گیریهای مجدانه خواهان آن هستند که ترکیه مسئولیت این جنایت را بر عهده بگیرد. بحران فعلی دارفور سودان نماد دیگری از این وضعیت و جنایات ناگوار می‌باشد. لذا عدم اجرای عدالت در این موارد می‌تواند منجر به ارتکاب جنایات شدیدتری شود، فقط

شرایط عینی ارتکاب آنها باید فراهم گردد.

فکر اجرای عدالت در مورد مرتکبان جنایات فجیع در ادیان مهم جهان هم وجود دارد. در این مورد می‌توان به فرمان خلیفه اول اسلام در جریان جنگ شام اشاره نمود که دستور داد سربازان مسلمان حق ندارند متعرض زنان، کودکان و سالمندان شده، خانه‌ها و نخلستانها را به آتش کشند و چاههای آب را مسموم کنند. مرتکبان این گونه اعمال مجازات خواهند شد.

اجرای عدالت در مورد مرتکبان این نوع جنایات مانند جنایات جنگی در سایر مناطق نیز مورد توجه بوده است. در این مورد می‌توان اروپا را مهد و سرزمین موعود برای اجرای عدالت کیفری در مورد مرتکبان جنایات بین‌المللی دانست. اولین بار اجرای عدالت در محاکم برساخ در قرن پانزدهم مطرح شد. سپس کنوانسیونهای ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷، که در جریان اولین و دومین کنفرانسهای صلح لاهه به تصویب رسیدند، نقض حقوق و عرفهای جنگی جرم‌انگاری شدند. اگرچه مسئولیت کیفری فردی را لحاظ نکردند، اما مسئولیت دولت را در قبال نقض این مقررات مورد توجه قرار دادند.

نقطه عطف در شناخت مسئولیت بین‌المللی کیفری فردی به بعد از جنگ اول جهانی و انعقاد معاهدات و رسال ۱۹۱۹ و سور<sup>۱</sup> ۱۹۲۰ با آلمان و ترکیه باز می‌گردد. بر اساس معاهده ورسای (مواد ۲۲۷ تا ۲۳۰) مقرر شد که ویلهلم دوم، امپراطور آلمان، به علت «نقض معاهدات بین‌المللی و تعرض به حریم اخلاق» در محکمه‌ای محاکمه و مجازات شود. مع‌هذا پناهنده شدن ویلهلم دوم به هلند و عدم استرداد وی از سوی آن کشور سبب شد که این بخش از مقررات معاهده ورسای اجرا نشود. در معاهده سور هم ترکیه متعهد شده بود که مسئولان جنایات نسل‌کشی ارامنه را برای محاکمه تسلیم نماید، اما معاهده سور هم هرگز اجرا نشد و با معاهده ۱۹۲۳ لوزان جایگزین شد. اگرچه معاهدات ورسای و سور (در این قسمت) اجرا نشدند، اما یکی از مهمترین اصول حقوق بین‌الملل کیفری، یعنی مسئولیت بین‌المللی کیفری افراد، صرف نظر از مقام و منزلت اجتماعی، سیاسی، اقتصادی و نظامی آنان مورد پذیرش

قرار گرفت؛ یعنی دیگر مصونیت برخی افراد عاملی برای جلوگیری از اجرای عدالت در مورد آنان نیست. اوج این وضعیت را در بعد از جنگ دوم جهانی و تشکیل محاکم نظامی نورنبرگ و توکیو می‌توان مشاهده نمود. در این محاکم بود که سران رژیم نازی آلمان و ژاپن محاکمه و مجازات شدند. تعدادی از آنان به مجازات مرگ و عده‌ای نیز به زندان محکوم و معدودی هم تیرئه شدند. تحولات آخرین دهه هزاره دوم سبب شد که جامعه بین‌المللی در میان ناباوری زیاد شاهد تکرار تراژدیهای انسانی و ارتکاب جنایات بین‌المللی فجیعی گردد که حاصل آن جرم‌انگاری جنایت نسل‌کشی، جنایات بر ضد بشریت و جنایات جنگی در اساسنامه‌های دادگاههای بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق و رواندا، دادگاه ویژه سیرالئون، شعب فوق‌العاده کامبوج و محکمه عالی کیفری عراق بود. آنچه که می‌توان به عنوان وجه اشتراک کلیه این محاکم ذکر کرد آن است که جملگی ویژه و خاص بوده، از لحاظ صلاحیت مکانی<sup>۱</sup> محدود به قلمروهای سرزمینی خاصی می‌باشند؛ ضمن آنکه از لحاظ صلاحیت زمانی<sup>۲</sup> نیز موقت بوده، پس از پایان رسیدگیهای خود منحل می‌شوند. اما جامعه بین‌المللی از فردای جنگ دوم جهانی نیاز به ایجاد یک محکمه دائمی کیفری بین‌المللی را احساس کرد. این خواسته سرانجام با انعقاد اساسنامه رم در ۱۹۹۸ و تشکیل دیوان بین‌المللی کیفری تحقق یافت. این اساسنامه از اول جولای ۲۰۰۲ لازم‌الاجرا شده است و در حال حاضر دیوان جنبه عملیاتی یافته، در حال بررسی برخی از قضایای ارجاعی به آن می‌باشد. از آن جمله رسیدگی به قضیه دارفور و بررسی وضعیت ۵۱ تن از سودانیهایی است که طبق قطعنامه شورای امنیت متهم به ارتکاب جنایت نسل‌کشی و جنایات جنگی در دارفور سودان می‌باشند.

اگرچه صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری محدود به سه دسته جنایات است، اما می‌توان فهرست این جنایات را افزایش داد.<sup>۳</sup> آنچه که در این میان جالب می‌نماید

۱. Rationae loce.

۲. Rationae temporis.

۳. ر.ک: ماده ۱۲۳ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری.

ذکر چند نکته است:

اولاً هر کس مرتکب جنایات بین‌المللی (به ویژه آنهایی که جنبه عرفی یافته‌اند، یعنی جنایت نسل‌کشی، جنایات بر ضد بشریت و جنایات جنگی) شود مسئول و مستحق مجازات می‌باشد، و این فارغ از مقام و منزلتی است که مرتکب ممکن است به لحاظ سیاسی، اقتصادی، اجتماعی، نظامی، فرهنگی و غیره داشته باشد. این یک قاعده عرفی هم می‌باشد و اولین اصل از اصول هفتگانه‌ای است که کمیسیون حقوق بین‌الملل با توجه به اساسنامه و محاکمات نورنبرگ استخراج و مجمع عمومی آن را در قطعنامه‌ای تصویب نموده است.<sup>۱</sup>

ثانیاً مواعی که قبلاً می‌توانستند به عنوان مانع و رادع برای طرح مسئولیت کیفری بین‌المللی افراد مطرح شوند دیگر قابل پذیرش نمی‌باشند. مهمترین موانع در به کیفر رساندن مرتکبان جنایات بین‌المللی «مصونیت» برخی مقامات، «مرور زمان» و «عفو» است. مرور زمان از سال ۱۹۶۸ با انعقاد کنوانسیون در خصوص عدم مرور زمان در مورد جنایات بر ضد بشریت و جنایات جنگی کنار گذاشته شد. در حال حاضر در مورد جنایت نسل‌کشی هم مرور زمان جاری نمی‌شود.

مصونیت هم در گذشته در مورد مقامات عالی‌رتبه کشورها مطرح می‌شد که این مقامات را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد:

دسته اول شامل افرادی می‌شود که دیگر در مصدر کار قرار ندارند و در دوران تصدی مقام خود مرتکب جنایات بین‌المللی شده‌اند. مصونیت در مورد این افراد با انعقاد معاهده ورسای و قابل تعقیب دانستن و مجازات کردن ویلهلم دوم، امپراطور آلمان به دلیل نقض معاهدات و تعرض به حریم اخلاق کنار گذاشته و به وادی فراموشی سپرده شد. در روزگاران ما نیز این عدم مصونیت را می‌توان در مورد میلوسویچ، رئیس‌جمهور سابق صربستان و متهم به جنایات جنگی در کوزوو و ژنرال آگوستو پینوشه، رئیس‌جمهور سابق دولت نظامی شیلی، ملاحظه نمود. متأسفانه اجل امان نداد تا آنان محاکمه و به سزای اعمال خود برسند.

۱. ر.ک: قطعنامه شماره ۹۶ مجمع عمومی سازمان ملل متحد مورخ ۱۹۴۶.

گروه دوم دربرگیرنده مقاماتی است که همچنان در رأس کار هستند. بسیاری بر این عقده‌اند که آنان از مصونیت برخوردار می‌باشند، در حالی که رأی دادگاه بدوی پاریس بر ضد معمر قذافی، رئیس جمهور فعلی لیبی، ثابت نمود که چنین مصونیتی نمی‌تواند مطرح شود. اگر هم بتوان مصونیتی برای آنان قائل شد فقط در مقابل محاکم داخلی است. رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه عبدالله یرو دیا اندومباسی (اختلاف بین کنگوی دموکراتیک و بلژیک) در سال ۲۰۰۲ تأییدی بر این مسئله بود. اما قطعاً این افراد در صورت ارتکاب جنایات بین‌المللی در مقابل محاکم بین‌المللی از مصونیت برخوردار نیستند، و این را از همان رأی دیوان در قضیه مزبور نیز می‌توان استنباط نمود.<sup>۱</sup>

عفو هم که یکی از موانع مسئولیت کیفری است، رفته رفته از میان قواعد حقوقی رخت برمی‌بندد. اسناد بین‌المللی فعلی در قلمرو کیفری صراحتاً اعلام نموده‌اند که مرتکبان جنایات بین‌المللی نمی‌توانند مشمول عفو قرار گیرند. در این مورد می‌توان به اساسنامه‌های شعب فوق‌العاده کامبوج، دادگاه ویژه سیرالئون و محکمه عالی کیفری عراق اشاره نمود. به عبارت دیگر عصر بی‌کیفری پایان یافته و موانع امحای بی‌کیفری از میان رفته است و مرتکبان این گونه جنایات باید به کیفر برسند تا امکان صلح پایدار فراهم گردد. اگرچه ایجاد این سازوکارهای قضایی خاص و جهانی، برای امحای بی‌کیفری بسیار خوب است و نویدبخش آن است که من بعد مرتکبان جنایات بین‌المللی محاکمه و مجازات خواهند شد و عدالت جاری می‌گردد، اما به نظر می‌رسد که اگر در کشورها دولتهای قانون‌مدار وجود داشته باشند، علی‌الاصول چنین جنایاتی ارتکاب نمی‌یابد یا حداقل در این ابعاد فاجعه‌آمیز رخ نمی‌نماید؛ چرا که اغلب این جنایات به دستور مقامات دولتی ارتکاب می‌یابد و طراحان اصلی آنها خود آنان می‌باشند. نگاهی به کشورهای که این جنایات در آنها ارتکاب یافته، مانند صربستان، رواندا، کامبوج، سیرالئون، عراق و سودان، چنین ادعایی را به اثبات می‌رساند.

۱. ICJ, Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et ordonnances, Affaire relative au Mandat d'arrêt, République Démocratique du Congo c. Belgique, Arrêt du ۱۴ février ۲۰۰۲.

شناخت صلاحیت تکمیلی برای دیوان بین‌المللی کیفری، در واقع شانس برای دولتهاست تا خود عنان محاکمه واقعی و مجازات مرتکبان جنایات بین‌المللی را در دست داشته باشند. این هم ممکن نیست مگر آنکه دولتها خود تابع حقوق باشند و با جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی در مجموعه قوانین و مقررات کیفری خود به مبارزه واقعی با مرتکبان این جنایات برآیند.

## ۲-۴. مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و داخلی

تهدید یا بروز مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و داخلی یکی دیگر از مواردی است که مانع ایجاد صلح پایدار است. دولت قانون‌مدار نه فقط باید از توسل به زور برای حل و فصل اختلافات بین‌المللی خود امتناع نماید و آنها را از طرق مسالمت‌آمیز حل کند، بلکه باید با استفاده از طرق سیاسی مسالمت‌آمیز جواب‌گوی نیازها و درخواستهای حتی مخالفان خود نیز باشد، به گونه‌ای که از بروز درگیریهای داخلی اجتناب کند. بالطبع دولت باید از تحریک احساسات مذهبی و ایجاد تفرقه‌های قومی و نژادی برای درگیری در درون مرزهای خود امتناع نماید و از ارتکاب آنها از سوی دیگران نیز پیشگیری و در صورت لزوم برخورد نماید. پایان جنگ سرد می‌توانست نویدبخش پایان مخاصمات مسلحانه باشد، اما متأسفانه این مخاصمات نه تنها پایان نیافت، بلکه افزایش یافتند و به طور عمده در قالب مخاصمات مسلحانه داخلی بروز نمودند، فقط در سال ۲۰۰۳ با ۴۰٪ کاهش شاهد ۳۰ مخاصمه مسلحانه داخلی بودیم. قطعنامه‌های مصوب شورای امنیت در خصوص تهدیدهای بین‌المللی از آغاز دهه نود تا به حال مثبت چنین ادعایی است. شورای امنیت در طول ۴۵ سال حیات خود یعنی از ۱۹۴۵ تا ۱۹۹۰ کمتر از ۷۰۰ قطعنامه تصویب کرده است، در حالی که از ۱۹۹۰ تا حال، یعنی در ظرف ۱۸ سال تعداد قطعنامه‌های شورای امنیت از مرز ۱۸۰۰ گذشته است، یعنی تعداد قطعنامه‌های صادره در عرض این ۱۸ سال بیش از ۱/۵ برابر تعداد قطعنامه‌های صادره در عرض ۴۵ سال اول حیات سازمان ملل متحد بوده است. در این مورد می‌توان به گزارش هیئت عالی‌رتبه دبیر کل سازمان ملل متحد نیز اشاره کرد که طبق آن میانگین قطعنامه‌های صادره برای فیصله



تهدیدهای بین‌المللی در سال از ۱۵ به ۶۰ افزایش یافته است. شورای امنیت تا سال ۱۹۸۹ تنها در دو مورد از تحریمهای مندرج در ماده ۴۱ منشور بهره‌جسته است، در حالی که از آن سال تا به حال بیش از ۱۸ مورد از تحریمها استفاده نموده است که متأسفانه در اغلب موارد، قربانیان آنها مردمان بی‌گناه آن سرزمینها بوده‌اند. به همین جهت یک کمیته اعمال مجازات در شورای امنیت تشکیل شده است که هدفش اعمال تحریمهای هوشمند می‌باشد، یعنی تحریمهایی که فقط گریبان‌ناقصان مقررات بین‌المللی را بگیرد. این تحریمها بیشتر شامل تحریمهای مالی، دیپلماتیک، تسلیحاتی، هوانوردی، مسافرتی و امثالهم می‌باشد. در این مورد می‌توان به قطعنامه مصوب شورای امنیت در مورد ممنوعیت سفر سه تن از مقامات سودانی به علت ارتکاب جنایت نسل‌کشی در دارفور اشاره نمود.

البته یکی از معضلات دیگر مخاصمات مسلحانه وضعیتهایی است که پس از پایان آنها به وجود می‌آید که صلح را بسیار شکننده می‌کند. اگر این وضعیتها به درستی مدیریت نشوند می‌توانند مجدداً منشأ مخاصمات شوند. به همین دلیل مجمع عمومی و شورای امنیت سازمان ملل یک «کمیسیون تحکیم صلح» ایجاد نموده‌اند. این رکن از این نظر بدیع می‌نماید که هم رکن فرعی مجمع عمومی است، و هم رکن فرعی شورای امنیت می‌باشد. هدف عمده این رکن اداره وضعیتها بعد از پایان مخاصمات مسلحانه و رفع نیازها و ایجاد یک دولت قانون‌مدار در سرزمینهایی است که شاهد مخاصمه بوده‌اند (ر.ک: بیگزاده، ۱۳۸۶: ۱۳-۲۷).

## ۲-۵. جنایات سازمان‌یافته فراملی

با فروپاشی بلوک شرق یک سری جرایم که اغلب به صورت فردی و فقط گاهی به صورت گروهی ارتکاب می‌یافتند، در چارچوب گروههای جنایتکار سازماندهی شده، ارتکاب می‌یابند. این جنایات نه فقط تهدیدی فراروی خود دولتها و در درون آنها هستند، بلکه مانع جدی برای ایجاد صلح پایدار می‌باشند؛ چون که در اغلب حالات درآمدهای حاصل از ارتکاب این جنایات صرف ارتکاب جرایم دیگری از جمله تروریسم می‌شوند. به همین دلیل جامعه بین‌المللی سرانجام تصمیم

گرفت که کنوانسیون برای مبارزه با این جرایم تدوین کند. حاصل این تصمیم انعقاد کنوانسیون ۲۰۰۰ ملل متحد در مورد جنایات سازمان یافته فراملی همراه با دو پروتکل در مورد ممنوعیت خرید و فروش انسان به خصوص زنان و کودکان و قاچاق مهاجران از طریق زمین، هوا و دریا در شهر پالمیرو ایتالیا بود. سپس پروتکل سومی هم در مورد قاچاق تسلیحات گرم، قطعات و مهمات آنها نیز بر این مجموعه اضافه شد. اما از آنجا که کنوانسیون ۲۰۰۰ در مورد برخی جرایم پیش بینی شده در خود نتوانست تدقیق بیشتری ارائه نماید و یا آنها را به طور محدود پیش بینی کرده بود، لذا کنوانسیون دیگری در مورد فساد و ارتشا<sup>۱</sup> در سال ۲۰۰۳ در شهر «مریدا» در کشور مکزیک منعقد شد. ضمن آنکه کنوانسیون جامعی هم در مورد «تطهیر درآمدهای نامشروع»<sup>۲</sup> (پولشویی) ممکن است منعقد گردد، اگرچه این چنین کنوانسیونی در سطح برخی از مناطق جهان از جمله اروپا منعقد شده است.

در اسناد فوق اعمال زیر جرم انگاری شده اند:

۱- عضویت در گروه های جنایتکار؛

۲- تطهیر درآمدهای نامشروع (پولشویی)؛

۳- ارتشا و فساد؛

۴- جلوگیری از اجرای عدالت؛

۵- خرید و فروش انسان به ویژه زنان و کودکان؛

۶- قاچاق مهاجران از طرق زمین، هوا و دریا؛

۷- قاچاق تسلیحات گرم، قطعات و مهمات آنها.

همان طور که ملاحظه می شود این اسناد با جرم انگاری اعمال فوق تلاش می کنند که تعریف متحدالشکلی از این جرایم ارائه نمایند. بنابراین با پذیرش این اسناد از سوی دولتها و جرم انگاری این اعمال مقررات تقریباً یکسانی را می توان در قلمرو کیفری در رابطه با این جرایم مشاهده نمود.

این اسناد از دولتها می خواهند که با تصویب قوانین داخلی، اعمال فوق را در

۱. Corruption.

۲. Money Laundring یا Blanchiment des Capitaux.

نظام حقوق کیفری داخلی خود جرم‌انگاری نمایند.

چندین نکته در مورد این اسناد جلب توجه می‌کند:

۱- این اسناد نظام پیشگیری را پیش‌بینی کرده‌اند. پیشگیری که در این اسناد به ویژه کنوانسیون مریدا در مورد ارتشا و فساد لحاظ شده است پیشگیری وضعی می‌باشد و نه پیشگیری مبتنی بر «شخصیت مجرم». در پیشگیری اخیر با تغییر شرایط می‌توان از وقوع جرم پیشگیری کرد، اما در پیشگیری وضعی، پیشگیری نه بر اساس مجرم، بلکه با توجه به مجنی علیه یا بزه‌دیده (اعم از بزه‌دیده بالقوه یا بالفعل) می‌باشد. به همین دلیل گاه ممکن است این نوع پیشگیری منجر به محدود شدن حقوق افراد و حتی تعرض به حریم خصوصی آنان گردد.

برای مثال در قلمرو مبارزه با «تطهیر درآمدهای نامشروع» (پولشویی) اصل حفظ اسرار بانکی به شدت متزلزل و تعدیل شده است، اگر نخواهیم بگوییم که به طور کلی از میان رفته است؛ چون که دیگر نمی‌توان با استناد به اصل اسرار بانکی از ارائه اطلاعات به مقامات ذی صلاح خودداری نمود. دولتها مکلفند مقرراتی وضع نمایند که بانکهای آنها عملیات بانکی را به طور دقیق ثبت نمایند تا امکان بررسی مدارک توسط نهادهای داخلی مسئول مبارزه و سرکوب جرم «تطهیر درآمدهای نامشروع» ممکن باشد. به نظر می‌رسد که مهمترین مبارزه بر ضد جرایم سازمان‌یافته هم مبارزه با «تطهیر درآمدهای نامشروع» باشد. این درآمدها که سالانه بالغ بر میلیاردها دلار می‌باشد خود تأمین‌کننده منابع مالی برای ارتکاب سایر جنایات از جمله تروریسم است. ضمن آنکه امکان می‌دهد تا گروههای جنایتکار بتوانند قدرت سیاسی را در کشورها در دست گرفته یا آن را کنترل کنند. وضعیت برخی از کشورهای آمریکای لاتین گویای چنین واقعیتی است.

۲- این اسناد یک نظام سرکوب را هم پیش‌بینی کرده‌اند که در مواردی بسیار شدید هم می‌باشد.

اولاً- بر اساس این اسناد اماره براءت جای خود را به اماره مجرمیت داده است. لذا این بر متهم است که ثابت نماید مرتکب جرم نشده است، در حالی که در نظام کلاسیک حقوق جزا اصل بر براءت است.

ثانیاً- این اسناد به ویژه کنوانسیونهای ۲۰۰۰ پالرمو و ۲۰۰۳ مریدا خود اسنادی برای استرداد مجرمین و معاضدت قضایی نیز محسوب می‌شوند. بدین ترتیب که دولتها با پیوستن به این اسناد در واقع می‌پذیرند که مرتکبان جنایات سازمان یافته فاقد «پناهگاه امنی» شوند. طبق این اسناد تقاضای استرداد، به صرف اینکه جرم ارتكابی مالی می‌باشد، نمی‌تواند رد شود. همچنین بر اساس این اسناد کمکها و معاضدتهای قضایی باید تحت نظارت مقامات مرکزی و ذیصلاح (قضایی) انجام شوند. نکته جالب اینکه تقاضاها می‌توانند از طریق الکترونیک نیز ارائه شوند تا در کارها تسریع ایجاد شود. ثالثاً- با توجه به خطراتی که بزه‌دیدگان و شهود این نوع جنایات را تهدید می‌کند، دولتها مکلفند تدابیر مناسب را برای حمایت از آنان در مقابل انتقام‌کشی و مقابله به مثل احتمالی اتخاذ نمایند. در این حالت می‌توان جابجایی این افراد و انتقال آنان به اماکن جدید و همچنین مخفی کردن هویت آنان را لحاظ نمود. البته عدم شناخت شهود برای متهم می‌تواند در یک دادرسی منصفانه محل اشکال باشد، اما به علت خطراتی که آنان را تهدید می‌کند این مسئله حتی در دادرسهای بین‌المللی از جمله در دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق نیز پذیرفته و اعمال می‌گردد. رابعاً- طبق این اسناد دولتها باید تدابیر لازم را برای مصادره و ضبط اموال مکتسبه از ارتکاب جرایم سازمان یافته پیش‌بینی کنند.

۳- در این اسناد تلاش شده است که یک همبستگی نیز بین کشورها برای مبارزه با جنایات سازمان یافته ایجاد شود. از آنجا که اجرای پاره‌ای از مقررات مندرج در این اسناد نیاز به امکانات فنی و مالی دارد، برای مثال برای مبارزه با قاچاق مهاجران دولتها مکلفند اسناد مسافرتی خود را تغییر داده، به گونه‌ای تنظیم کنند که امکان تقلب و جعل آنها ممکن نباشد یا به حداقل کاهش یابد، لذا از دولتها خواسته شده است تا به یکدیگر به خصوص به کشورهای در حال توسعه کمک کنند تا آنها بتوانند با این جرایم مبارزه نمایند.

۴- استفاده از شرط در این اسناد ممنوع است و فقط در مورد حل و فصل اختلافات ناشی از تفسیر و اجرای آنها استفاده از شرط ممکن می‌باشد. بنابراین دولت قانون‌مدار برای مبارزه با این جرایم مکلف است:

اولاً- ظرفیتهای فنی خود را برای مبارزه با این جرایم افزایش دهد؛  
ثانیاً- از نفوذ سازمانهای تبهکار و جنایتکار در ساختارهای عمومی و دولتی  
جلوگیری نماید یا از همکاری با آنها که در مواردی دیده می‌شود، خودداری نماید؛  
ثالثاً- چارچوبهای حقوقی مناسب و مؤثری را در نظام داخلی خود برای مبارزه  
با این جرایم پیش‌بینی نماید. به عبارت دیگر باید حاکمیت قانون خوب را برقرار  
نمایند که این خود نشان از یک دولت قانون‌مدار دارد.  
نکته‌ای که جلب توجه می‌کند اینکه کلیه اسناد مربوط به مبارزه با جنایات  
سازمان‌یافته فراملی لازم‌الاجرا شده‌اند. بدین ترتیب که:

- کنوانسیون ۲۰۰۰ پالمو از ۲۹ سپتامبر ۲۰۰۳؛

- پروتکل مربوط به ممنوعیت خرید و فروش افراد به خصوص زنان و کودکان  
از ۲۵ دسامبر ۲۰۰۳؛

- پروتکل مربوط به قاچاق مهاجران از طریق زمین، هوا و دریا از ۲۸ ژانویه ۲۰۰۴؛  
- پروتکل مربوط به ساخت و قاچاق تسلیحات گرم قطعات و مهمات آنها از  
سوم جولای ۲۰۰۵؛

- کنوانسیون مریدا در مورد ارتشا و فساد از ۱۴ دسامبر ۲۰۰۵؛

لازم‌الاجرا شده‌اند (ر.ک: ۲۰۰۴, Beigzadeh).

## ۲-۶. تروریسم

تروریسم، برخلاف جنایات سازمان‌یافته فراملی که هدف مالی دارند، اغلب فاقد  
چنین هدف است. تروریستها بیشتر مقاصد سیاسی را دنبال می‌کنند. مع‌هذا پی‌گیری  
این مقاصد و اهداف توأم با ارتکاب جرم می‌باشد که اغلب قربانیان آن انسانهای  
بی‌گناه می‌باشند. ضمن آنکه حقوق بشر، حاکمیت قانون، حمایت از غیرنظامیان در  
مخاصمات مسلحانه، بردباری و تسامح و تساهل فی‌مابین ملتها و حل و فصل  
مسالمت‌آمیز اختلافات بین‌المللی نیز از دیگر قربانیان تروریسم می‌باشند.

یکی از مشکلات اصلی در مبارزه با تروریسم عدم وجود تعریفی جهان‌شمول از  
آن است، و به همین دلیل هم هنوز مجازاتی برای آن در یک سند بین‌المللی لحاظ

نشده است. البته تروریسم از جمله جرایمی است که از دیرباز توجه جامعه بین‌المللی را به خود جلب نموده است و اولین سند بین‌المللی در مبارزه با آن در سال ۱۹۳۷ تصویب شده است. حتی در پیش‌نویس اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری نیز به عنوان یکی از جنایات واقع در صلاحیت دیوان پیش‌بینی شده بود که به علت عدم توافق دولتها بر روی تعریفی از آن حذف گردید. شاید بتوان گفت که تروریسم عبارت از ارتکاب اعمال خشونت‌بار توأم با ایجاد وحشت می‌باشد که هدفش جلوگیری از اجرای حاکمیت دولت و یا اخذ امتیازی از آن می‌باشد، جامعه بین‌المللی بدون آنکه قادر به تعریفی فراگیر از جرم تروریسم باشد به جرم‌انگاری مصادیق آن پرداخته است و تا به حال ۱۳ کنوانسیون در این قلمرو منعقد شده است که از آن جمله کنوانسیونهای مربوط به مبارزه با تروریسم هوایی، کنوانسیون ضد گروگان‌گیری و کنوانسیون بمب‌گذاری تروریستی می‌باشند که آخرین آنها کنوانسیون مربوط به امحای اعمال تروریستی هسته‌ای می‌باشد.

ذکر دو نکته در مورد جرم تروریسم حائز اهمیت است:

- لحاظ نمودن تروریسم به عنوان تهدیدی علیه صلح و امنیت بین‌المللی و ملحوظ کردن آن در حکم حمله مسلحانه و پذیرش دفاع مشروع در مقابل آن است. این مسئله در قطعنامه ۱۳۶۸ که در ۱۲ سپتامبر ۲۰۰۱، یعنی در روز بعد از حوادث ۱۱ سپتامبر، تصویب شده، مورد پذیرش قرار گرفته است. فراموش نشود که این قطعنامه در چارچوب فصل هفتم منشور تصویب شده است و برای کلیه دولتها لازم‌الاتباع می‌باشد. تسری دفاع مشروع به اعمال تروریستی خود منشأ تحول مهمی در مفهوم این نهاد کلاسیک حقوق بین‌الملل یعنی دفاع مشروع شده است.

- الزام دولتها به پذیرش کنوانسیونهای ضد تروریستی

الزام دولتها به پذیرش کنوانسیونهای ضد تروریستی موضوع قطعنامه ۱۳۷۳ شورای امنیت است که در همان سال ۲۰۰۱ به تصویب رسیده است. از آنجا که این قطعنامه نیز بر اساس فصل هفتم منشور ملل متحد صادر شده است برای دولتها لازم‌الاتباع می‌باشد. این قطعنامه دو پیامد می‌تواند داشته باشد:

۱. ایجاد یک نهاد قانون‌گذاری بین‌المللی: طبق این قطعنامه این نهاد در شکل

شورای امنیت تجلی یافته است. چیزی که جامعه بین‌المللی به دلیل برابری حقوقی دولتها فاقد آن بوده است.

۲. گذار از پذیرش ارادی به قبول الزامی مقررات بین‌المللی است. به عبارت دیگر گذار از حقوق بین‌الملل مبتنی بر رضا<sup>۱</sup> به حقوق بین‌الملل مبتنی بر الزام می‌باشد. آنچه مهم می‌نماید و هیئت عالی‌رتبه دبیر کل هم به آن اشاره کرده است اینکه تروریسم حاصل ناامیدی، تحقیر، فقر، سرکوب سیاسی، افراطی‌گری، نقض حقوق بشر و امثالهم می‌باشد. لذا اگر دولتی قانون‌مدار باشد و با این پدیده‌ها، که منشأ تروریسم هستند، مبارزه کند اقدامهای تروریستی از میان رفته یا به حداقل ممکن کاهش می‌یابند. در غیر این صورت نه تنها این جرم شیوع بیشتری می‌یابد، بلکه متأسفانه زمینه را برای سوء استفاده و نقض مقررات بین‌المللی از سوی برخی از دولتها به بهانه مبارزه با تروریسم فراهم می‌کند. وجود مراکزی همچون جزیره گوانتانامو برای نگهداری متهمان به تروریسم و ایجاد کمیسیونهای نظامی برای محاکمه و مجازات آنان بدون رعایت قواعد حاکم بر دادرسیهای منصفانه از سوی آمریکا نمونه‌ای از این سوء استفاده و نقض مقررات بین‌المللی می‌باشد. البته در مبارزه قطعی با تروریسم علاوه بر تلاش هر دولت قانون‌مدار در سطح داخلی باید آنها در سطح بین‌المللی نیز با یکدیگر همکاری نمایند. پیشنهاد ایجاد یک اتفاق<sup>۲</sup> بر ضد تروریسم از سوی نخست وزیر اسپانیا در روز سه‌شنبه ۱۹ دسامبر ۲۰۰۶ در سازمان ملل متحد و حمایت برخی از کشورها از جمله ترکیه و به خصوص حمایت دبیر کل سازمان ملل متحد از آن در این راستا قابل توجه می‌باشد.

## ۷-۲. اشاعه سلاحهای کشتار جمعی

آخرین پدیده از مجموعه پدیده‌هایی که مانع و رادع در مقابل صلح پایدار جهانی می‌باشد گسترش سلاحهای کشتار جمعی است که به طور عمده شامل تسلیحات باکتریولوژیک یا میکروبی، شیمیایی و هسته‌ای می‌باشد. در خصوص دو دسته اول

۱. Consensualisme.

۲. Alliance.

کنوانسیونهایی در خصوص ممنوعیت ساخت، انباشت و استفاده از آنها تدوین شده است که کنوانسیونهای ۱۹۷۲ در مورد سلاحهای باکتریولوژیک و ۱۹۹۳ در خصوص تسلیحات شیمیایی می باشد. اگرچه این کنوانسیونها لازم الاجرا شده اند، اما هنوز نتوانسته اند به طور کامل موفق به جلوگیری از ساخت و انهدام این گونه تسلیحات شوند. برای مثال از ۷۰۰۰۰ هزار تن متریک عاملهای تولید تسلیحات شیمیایی که اظهار شده است سازمان منع سلاحهای شیمیایی (OPCW) فقط توانسته است حدود ۹۶۰۰ تن متریک آنها را راستی آزمایی<sup>۱</sup> کند. در حالی که طبق این کنوانسیون این گونه عوامل و تسلیحات باید تا سال ۲۰۱۲ منهدم شوند. روند کند کنونی امکان تحقق چنین تصمیمی را نخواهد داد. وضعیت در مورد تسلیحات هسته ای به مراتب وخیم تر است؛ چون که سندی در مورد ممنوعیت ساخت و انباشت این تسلیحات برای همه کشورهای در دست نیست، ضمن آنکه استفاده از آنها نیز به صراحت ممنوع نشده است. معاهده منع گسترش سلاحهای هسته ای<sup>۲</sup> هم ساخت و دست یابی به این تسلیحات را برای کشورهای فاقد این گونه تسلیحات پیش بینی کرده است و کشورهای دارنده این سلاحها را فقط مکلف به مذاکره در جهت خلع سلاح اتمی نموده است. البته کشورهای دارنده این تسلیحات معتقدند که این تعهد به فعل است نه تعهد به نتیجه؛ به عبارت دیگر این تعهد بیشتر جنبه سیاسی دارد تا حقوقی. متأسفانه دیوان بین المللی دادگستری هم در این خصوص نظر دقیقی ارائه نکرد. اولاً دیوان در پاسخ سؤال سازمان جهانی بهداشت در مورد مشروعیت کاربرد تسلیحات اتمی به لحاظ آثار مخرب آن بر سلامت انسان و محیط زیست اعلام کرد که با توجه به وظایف آن سازمان این مسئله خارج از حدود صلاحیت آن می باشد و نمی تواند چنین درخواستی کند.<sup>۳</sup>

ثانیاً- پاسخ دیوان به سؤال مجمع عمومی هم که آیا امکان استفاده از تسلیحات اتمی

۱. Verification.

۲. Non-Proliferation Treaty (NPT).

۳. ICJ, Recueil des Arrêt, Avis consultatifs et ordonnances, Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé, Requête pour avis consultative présenté Par l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS), Avis consultative du ۸ Juillet ۱۹۹۶.



در مخاصمات مسلحانه به عنوان آخرین حربه در مقام دفاع مشروع ممکن است یا نه؟ نتوانست گروه‌ای از کار بگشاید. در برابر تقسیم قضات دیوان به دو گروه برابر هفت نفره موافق و مخالف کاربرد تسلیحات اتمی، رئیس دیوان که در این موارد نظرش ملاک قرار می‌گیرد، اظهار داشت که «در شرایط فعلی حقوق بین‌الملل نمی‌توان به طور قطع اعلام نمود که کاربرد تسلیحات اتمی مشروعیت دارد یا نه». آنچه که در این میان خطرناکتر می‌نماید اشاعه تسلیحات هسته‌ای و امکان دست‌یابی نهادهای غیر دولتی به آنها می‌باشد. ضمن آنکه برخی از کشورها، مانند کره شمالی، حتی در قالب معاهده منع گسترش سلاحهای اتمی توانسته‌اند به تسلیحات اتمی دست یابند که این خود فروپاشی نظام منع گسترش را نیز به دنبال دارد. اگرچه سازوکارهایی از جمله موافقتنامه‌های پادمان هسته‌ای، پروتکل ۲+۹۳ و غیره نیز در کنار معاهده منع گسترش منعقد شده‌اند، اما اشاعه این تسلیحات یا تهدید به اشاعه این تسلیحات همچنان وجود دارد. حال اگر دولت قانون‌مدار باشد اعم از اینکه فاقد یا دارنده تسلیحات باشد می‌تواند با اجرای دقیق معاهده منع گسترش سلاحهای هسته‌ای و سایر اسناد بین‌المللی در خصوص این گونه تسلیحات از دست‌یابی به این سلاحها امتناع کند و دارندگان این تسلیحات نیز به امحای کامل آنها مبادرت نمایند.

در پایان این قسمت باید گفت که توسعه جرایم بین‌المللی از مخاصمات مسلحانه و جنایات ارتكابی در آنها گرفته تا ارتكاب جرایم سازمان‌یافته و گسترش تسلیحات کشتار جمعی و غیره سبب شده است که فضای جامعه بین‌المللی امنیتی‌تر شده و همچنان امنیت و برقراری و حفظ آن بر صلح اولویت داشته باشد و همچنان فاصله یا ایجاد جامعه جهانی مبتنی بر همبستگی زیاد باشد.

## نتیجه‌گیری

در پایان به جای نتیجه‌گیری مطالب را با اشاره به وصایای دبیر کل سازمان ملل

۱. ICJ, Recueil des Arrêts, Avis consultatifs et ordonnances, Licéité de l'utilisation des armes nucléaires, Requête pour avis consultatif présenté Par l'Assemblée Générale des Nations Unies, Avis consultatif du ۸ Juillet ۱۹۹۶.

متحد، آقای کوفی عنان، در آخرین روزهای زعامتش بر سازمان ملل متحد و امکان تحقق آنها به پایان می‌بریم. دبیر کل سازمان ملل متحد در آخرین سخنرانی خود در مقام دبیر کلی در روز دوشنبه ۱۲ دسامبر ۲۰۰۶ در کتابخانه و موزه هری ترومن در میسوری آمریکا پنج مطلب را تحت عنوان پنج درس به عنوان وصایای خود به جامعه بین‌المللی عرضه نمود و خواستار رعایت آنها شد.

۱- ما جملگی در جهان امروز برای تأمین امنیت خود مسئول می‌باشیم. بنابراین هیچ ملتی نمی‌تواند به تنهایی امنیت خود را از طریق سلطه و برتری بر دیگران تأمین و تضمین نماید؛

۲- ما همگی مسئول سعادت، آرامش و آسایش خویش می‌باشیم، و این ممکن نیست مگر با همبستگی. جهانی شدن باید بیانگر این همبستگی بوده، نباید فقط منافع عده‌ای محدود را تأمین کند. جهانی شدن باید در صدد تأمین و تضمین نفع میلیاردها انسان فقیر و گرسنه باشد؛

۳- امنیت و شکوفایی مستلزم رعایت حقوق بشر و ایجاد دولت قانون‌مدار می‌باشد؛  
۴- حکومتها باید چه در سطح داخلی و چه در صحنه بین‌المللی پاسخگوی اعمال و تصمیمات خود باشند.

۵- ملتها و دولتهای قدرتمند مسئولیت خاص در لحاظ نمودن منافع سایر اعضای جامعه بین‌المللی دارند. باید دولتهای فقیر و در حال توسعه از قدرت بیشتر در نهادهای مالی و اقتصادی بین‌المللی برخوردار شوند. نهادهایی که تصمیماتشان می‌تواند زندگی یا مرگ را برای مردم این دولتها به ارمغان بیاورد.<sup>۱</sup>

اگرچه این وصایا به ویژه ایجاد دولت قانون‌مدار واقعی که بالطبع می‌تواند در ساختار فعلی جامعه بین‌المللی با بی‌عدالتی، جرایم بین‌المللی، اشاعهٔ سلاحهای کشتار جمعی و... تا حدودی مبارزه کند و حقوق بشر و آزادیهای اساسی را نیز در حدی

۱. Les cinq lecons de Kofi Annan/. Le phane No ۲۹۸۰, Mardi ۱۲,۱۲,۲۰۰۶, Secrétaire Général SG/SM/۱۰۷۹۳ «Responsabilité collective et Mutuelle, Solidarité Mondiale, Primauté du Droit et Multilatérisme: Principes Dircteurs des relations Internationales, Selon Kofi Annan.

تضمین کند بسیار نیکو می‌نماید، اما این سؤال اساسی مطرح است که آیا تا زمانی که اعضای واقعی جامعه بین‌المللی، یعنی افراد، اسیر چنگال بی‌رحم بازیگران اصلی جامعه و ستفالیایی هستند، یعنی تا زمانی که دولت مدبر و تصمیم‌گیرنده اصلی در زندگی بین‌المللی است می‌توان انتظار داشت که حقوق بر دولت و قدرت برتری یابد و صلح در جهان برقرار گردد، صلحی که باید قطعاً پایدار هم باشد، چون که صلح ناپایدار و شکننده، که بارها در جامعه بین‌المللی تجربه شده است، به کار نمی‌آید و نباید مد نظر هم باشد. به نظر نمی‌رسد که پاسخ به این سؤال مثبت باشد. امید است شاهد روزگارانی باشیم که جامعه بین‌المللی ساختاری مدنی به معنی واقعی یابد و ملتها بتوانند ضمن حفظ تنوع خود با یکدیگر در برابری، آرامش و آسایش زندگی کنند و منافی برتر از منافع جمعی و واقعی انسانها و سعادت آنان وجود نداشته باشد، حتی مطرح نشود. در این حالت است که به نظر می‌آید بتوان شاهد صلح پایدار و واقعی بود. این هم امری خیالی و اتوپیک نیست، بلکه امری شدنی و دست‌یافتنی است. یکی از مناسب‌ترین وسایل برای دستیابی به چنین جامعه‌ای ایجاد و بسط سازمانها و نهادهای غیر دولتی واقعی می‌باشد. دبیر کل خود نیز در وصایای خویش به این امر اذعان نموده است. او اعلام می‌دارد که دولتها دیگر قادر نیستند که به تنهایی در ستیز با مشکلات جهانی بر آنها فائق آیند. وجود و مشارکت بازیگران غیر دولتی در این مبارزه مرگ و زندگی امری حتمی و ضروری است. نهادهای غیر دولتی واقعی، به عنوان نماد جامعه مدنی، گاه آنچنان عرصه را بر دولت و ستفالیایی تنگ می‌کنند که حتی برخی از دموکراتیک‌ترین آنها مانند فرانسه لب به شکوه و شکایت می‌کشایند و مراتب ناخرسندی خود را از آنها و مداخلاتشان در زندگی عمومی و بین‌المللی ابراز می‌دارند. ظهور این نهادها که تجلی جامعه مدنی است نشان از بحران عمیق ساختار فرسوده و پوسیده و ستفالیایی جامعه بین‌المللی بین‌الدولی می‌کند. دیر یا زود این ساختار فرتوت و ناتوان فرو ریخته، دگرگون می‌شود چون که دیگر جواب‌گوی نیازها و مطالبات اعضای واقعی جامعه بین‌المللی یعنی افراد نیست. البته این گذار و تغییر ساختار نیاز به زمان دارد و باید با تدبیر انجام شود و از شتاب بیهوده هم پرهیز گردد. در غیر این صورت ممکن است روند تغییر کند و حتی با نشیبهایی هم مواجه شود اگرچه هرگز متوقف نخواهد شد.

## کتاب‌شناسی

۱. غالی، پطرس، «حقوق بین‌الملل در تکاپوی ارزشهای خود: صلح، توسعه، دموکراسی»، ترجمه ابراهیم بیگزاده، *مجله تحقیقات حقوقی*، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۳۵-۳۶، ۱۳۸۱.
  ۲. بیگزاده، ابراهیم و محمد حبیبی، «بلایای طبیعی و حقوق بین‌الملل»، *مجله الهیات و حقوق*، مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ویژه حقوق، شماره ۱۵ و ۱۶، بهار و تابستان ۱۳۸۴.
  ۳. بیگزاده، ابراهیم، «جایگاه کمکهای بشردوستانه در بلایای طبیعی و سوانح صنعتی»، *سالنامه ایرانی حقوق بین‌الملل و تطبیقی*، شماره ۲، گنج دانش، تهران، ۱۳۸۵ ش.
  ۴. بیگزاده، ابراهیم، «کمیسیون تحکیم صلح: ره‌آوردی جدید در چارچوب اصلاح ساختار سازمان ملل متحد»، *مجله الهیات و حقوق*، مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۲۳، بهار ۱۳۸۶، ص ۱۳-۲۷.
- o. Beigzadeh Ebrahim «La presentation des instruments internationaux en matière des crimes organisés» in Revue «Archive des politiques criminelles», A. pedone, Paris, ۲۰۰۴.

# تعارض قوانین - تعریف و جایابی عامل ارتباط<sup>۱</sup>

- دکتر فرهاد خممامی زاده<sup>۲</sup>
- استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

## چکیده

عامل ارتباط مندرج در قاعده حل تعارض در مواردی که رابطه حقوقی مطروحه دارای عامل خارجی است، قانون حاکم را تعیین می‌نماید و قانونی که عامل ارتباط را تعیین می‌نماید خود نیز باید آن را تعریف نماید. جایابی عامل ارتباط ممکن است با مشکلاتی مواجه و در مواردی منجر به غیر قابل تعیین شدن قانون مورد نظر قاعده حل تعارض شود. واژگان کلیدی: تعارض قوانین، عامل ارتباط، تابعیت، اقامتگاه.

## مقدمه

قواعد حل تعارض<sup>۳</sup> در هر کشور، قانون صلاحیتدار حاکم بر روابط حقوقی مربوط به حقوق خصوصی واجد خصیصه بین‌المللی را تعیین می‌نمایند. در واقع گروهی از

۱. Element de rattachement - Connecting factors.

۲. farhad\_khomamizadeh@yahoo.com

۳. Regles de conflit.

روابط حقوقی متجانس و همگون که تحت عنوان خاصی مثل احوال شخصیه قرار می‌گیرند و به دسته ارتباط<sup>۱</sup> موسومند تحت حاکمیت قانون کشور خاصی قرار داده می‌شوند. وسیله‌ای که در هر قاعده حل تعارض برای تعیین قانون حاکم بر یک دسته ارتباط مورد استفاده واقع می‌شود عامل ارتباط نام دارد. جایابی عامل ارتباط ممکن است منتهی به اعمال قانون مقر دادگاه و یا قانون یک کشور خارجی گردد.<sup>۲</sup>

مثلاً در قاعده حل تعارضی که مقرر می‌دارد احوال شخصیه اشخاص، تابع قانون کشور متبوع ایشان است دسته ارتباط احوال شخصیه که مشتمل بر تعدادی روابط حقوقی متجانس مثل ازدواج، طلاق، وصیت و ارث می‌باشد به وسیله عامل ارتباط تابعیت تحت حکومت قانون کشور متبوع ذی‌نفع قرار گرفته است. گاهی نیز بیشتر از یک عامل ارتباط در یک قاعده حل تعارض تعیین می‌شود مثلاً ممکن است به موجب یک قاعده حل تعارض روابط زوجین تابع قانون متبوع ایشان و در صورت متفاوت بودن تابعیت زوجین تابع قانون اقامتگاه مشترک آنها قرار داده شده باشد که عامل ارتباط دوم (اقامتگاه مشترک) به عامل ارتباط فرعی یا جانشین<sup>۳</sup> موسوم است؛ زیرا تنها در صورت عدم قابلیت اجرایی عامل ارتباط اول (تابعیت) به علت تابعیتهای متفاوت زوجین، می‌تواند مورد استفاده واقع شود.

در مقاله حاضر ابتدا به موضوع تعریف عامل ارتباط و اینکه به موجب قانون کدام کشور باید انجام شود پرداخته می‌شود و سپس مشکلاتی که ممکن است در جریان جایابی عامل ارتباط و تعیین قانون صلاحیتدار پدید آید بررسی خواهند شد.

۱. Catagorie de rattachement.

۲. قواعد حل تعارض قوانین به طور معمول به صورت دو جانبه وضع می‌شوند.

Le character bilateral des regles de conflit de lois.

مع‌ذلک در مواردی نیز به صورت یک‌جانبه وضع شده‌اند، از جمله در ماده ۳ قانون مدنی فرانسه که مقرر می‌دارد قوانین فرانسه در رابطه با اهلیت و وضعیت در مورد فرانسویان حتی اگر در یک کشور خارجی سکونت داشته باشند جاری می‌باشد.

۳. Le point de rattachement subsidiare.

## ۱. تعریف عامل ارتباط

هنگامی که قاعده حل تعارض محل وقوع عمل زیانبار،<sup>۱</sup> اقامتگاه،<sup>۲</sup> محل وقوع مال،<sup>۳</sup> محل تنظیم سند، محل انعقاد قرارداد<sup>۴</sup> را به عنوان عامل ارتباط تعیین کننده قانون صلاحیتدار معرفی می‌نماید، تعریف و تفسیر عوامل ارتباط مذکور که جایابی آنها را میسر می‌سازد چگونه باید انجام شود؟ مثلاً ممکن است قاعده حل تعارض مقرّ دادگاه که قانون اقامتگاه را بر احوال شخصیه افراد حاکم می‌داند تعریفی از اقامتگاه داشته باشد که به موجب آن اقامتگاه ذی‌نفع خود کشور مقرّ دادگاه است و نتیجتاً قانون مقرّ دادگاه باید بر ماهیت امر اجرا شود، در حالی که ذی‌نفع با ارائه مدارکی مدعی داشتن اقامتگاه در کشور خارجی الف طبق تعریف اقامتگاه در این کشور باشد. همچنین در رابطه با قاعده حل تعارضی که تعهدات ناشی از قرارداد را تابع قانون محل انعقاد قرارداد می‌داند در موردی که موضوع تعیین قانون حاکم بر یک قرارداد از راه دور مطرح باشد باید دید که آیا نظر قانون مقرّ دادگاه در اتخاذ نظریه وصول یا ارسال باید اتخاذ گردد یا باید در این رابطه به قانون دیگری مراجعه نمود؟ بدیهی است تعیین قانون صلاحیتدار به پاسخ این سؤال بستگی دارد. در واقع در اینجا موضوع تفسیر قاعده حل تعارض در رابطه با عامل ارتباط مندرج در آن مطرح است.<sup>۵</sup>

با توجه به اینکه عامل ارتباط جزئی از قاعده حل تعارض مقرّ دادگاه است مثل

۱. Lieu du delit.

۲. Domicile.

۳. Situation des biens.

۴. Lieu de conclusion.

۵. این بحث با آنچه که تحت عنوان توصیف در تعارض قوانین مطرح می‌شود متفاوت است. در توصیف رابطه حقوقی موضوع یک قاعده حل تعارض باید تعیین شود رابطه حقوقی مطروحه در کدام یک از دسته‌های ارتباط قرار می‌گیرد تا بر اساس آن قاعده حل تعارض مربوطه مشخص گردد. این توصیف اصولاً باید به موجب قانون مقرّ دادگاه انجام شود (ر.ک: الماسی، ۱۳۸۳: ۱۱۰؛ سلجوقی، ۱۳۷۷: ۱۰۶؛ ارفع‌نیا، ۱۳۷۶: ۹۸؛ ۱۸۱: ۱۹۹۳ (Lousuarn)).

بعد از این مرحله با جایابی عامل ارتباط ذکرشده در قاعده حل تعارض است که قانون صلاحیتدار تعیین می‌گردد.

دیگر اجزای آن بایستی با توجه به معیارهای مقرر دادگاه تعریف شود. در واقع حاکمیت کشور مقرر دادگاه که عامل ارتباط خاصی را در قاعده حل تعارض تصریح نموده خود باید آن را تعریف نماید. بنابراین در مورد قاعده حل تعارضی که قانون محل وقوع مال را حاکم بر وضعیت مال می‌داند بر اساس تعاریف مقرر دادگاه مشخص خواهد شد که محل وقوع مال در کجاست<sup>۱</sup> و اگر قانون مقرر دادگاه محل وقوع مال را بر اساس معیارهای کشور خود در همین کشور بداند ادعای احتمالی ذی نفع مبنی بر اینکه محل وقوع مال به موجب موازین کشور دیگری در آن کشور است پذیرفتنی نیست. البته رعایت تعاریف مقرر دادگاه در تعریف عامل ارتباط ممکن است به تعیین قانون مقرر دادگاه یا قانون یک کشور خارجی منتهی شود، مثلاً در موردی که قاعده حل تعارض مقرر دادگاه احوال شخصیه افراد را تابع قانون متبوع ایشان بداند بسته به تابعیت ذی نفع قانون صلاحیتدار تعیین خواهد شد. بدیهی است در این حالت چنانچه به موجب مقررات تابعیت مقرر دادگاه ذی نفع تبعه این کشور محسوب نشود باید با توجه به مقررات تابعیت کشورهای دیگر، تابعیت او را مشخص کرد. به عبارت دیگر در این حالت برای تعیین این که ذی نفع تابعیت کدام کشور خارجی را داراست نمی‌توان به ضوابط تابعیتی مقرر دادگاه رجوع کرد.<sup>۲</sup> در موردی که قاعده حل تعارض ناشی از یک معاهده منعقد شده بین دو یا چند کشور باشد تعریف عامل ارتباط بر چه اساسی انجام می‌شود؟

به طور معمول کشورهای امضاکننده یک معاهده، متضمن راه‌حلهایی برای حل تعارض قوانین هستند که پس از طی تشریفات که در قانون هر کشور برای پذیرش رسمی قواعد مربوطه مقرر شده، جزئی از حقوق داخلی آن محسوب خواهند شد،

۱. در این رابطه، در حقوق انگلستان مثلاً ر.ک: X A/G v. A Bank (۱۹۸۳)، ۲ All ER ۴۶۴.

در رابطه با تعریف اقامتگاه ر.ک: Re Annesley, ۱۹۲۶: Ch. ۶۹۲.

۲. استثنای دیگری که در حقوق انگلستان پذیرفته شده در موضوعات صلاحیتی است و در دو حالت تشخیص اقامتگاه به عهده قانون خارجی قرار داده شده است.

Family Law Act ۱۹۸۶, s.۴۶(۵), p.۳۲۴ below; Civil Jurisdiction and Judgments Act ۱۹۸۲, Sched. ۱.

استثنای دیگری نیز در رابطه با احاله مطرح شده است (در این رابطه ر.ک: ۱۳، ۲۰۰۶، Collier).

در رابطه با مواضع متخذه در حقوق انگلیس همچنین ر.ک: ۱۱، ۲۰۰۶، Clarkson.



مثلاً در کشور جمهوری اسلامی ایران ماده ۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «مقررات عهودی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد در حکم قانون است». زمانی که مندرجات یک معاهده در کشور جمهوری اسلامی ایران پس از تصویب مجلس شورای اسلامی و طی سایر تشریفات مقرر در حکم قانون تلقی می‌شود ممکن است در مقام اجرای آن، تعریف و تفسیرهای معمول داخلی به کار گرفته شود که با آنچه مورد نظر متعاهدین در زمان انعقاد معاهده بوده متفاوت باشد و لذا در این حالت اگر تعاریف داخلی اعمال گردد منظور امضاکنندگان معاهده حاصل نمی‌شود و چه بسا عامل ارتباط مندرج در قاعده حل تعارض موضوع معاهده در هر یک از کشورهای عضو به طریق متفاوتی تفسیر و اعمال گردد و هدف اصلی انعقاد معاهده یعنی ایجاد وحدت در حل تعارض قوانین لوث شود.

برای حل چنین معضلی است که در بسیاری از معاهدات، تعریفی هم از عامل ارتباط ارائه می‌شود مثلاً در کنوانسیون لاهه مورخ ۱۵ ژوئن ۱۹۵۵ عامل ارتباط اقامتگاه به عنوان «محل سکونت معمولی»<sup>۱</sup> تعریف شده است. بدیهی است کشورهای عضو چنین معاهده‌ای چون قاعده را با تفسیر خاص آن پذیرفته‌اند اجرای یکنواختی از آن خواهند داشت. گاهی هم خود معاهده تفسیر عامل ارتباط را به حقوق یک کشور ارجاع می‌دهد مثل کنوانسیون لاهه مورخ ۱۵ اکتبر ۱۹۶۱ در مورد تعارض قوانین مربوط به شکل تنظیم وصیت‌نامه که در ماده یک مقرر داشته یک وصیت‌نامه از نظر شکلی معتبر تلقی می‌شود اگر مطابق مقررات قانون داخلی یکی از کشورهایایی که در این ماده مشخص شده تنظیم شده باشد<sup>۲</sup> از جمله کشور محل اقامت موصی که در همین ماده «محل» که موصی مستقر در آن تلقی می‌شود»<sup>۳</sup> معرفی شده است.

۱. Lieu de la residence habituelle.

۲. این نوع قواعد حل تعارض را آلترناتیو (Alternative) می‌نامند که با تعیین چند نوع عامل ارتباط این امکان فراهم می‌شود که در صورت مطابقت فرم وصیت‌نامه با هر یک از عوامل ارتباط تعیین شده وصیت‌نامه از نظر شکلی معتبر تلقی خواهد شد و به عبارت دیگر برای موصی حق انتخاب در اتخاذ شکل وصیت‌نامه قائل می‌شود.

۳. La loi du lieu ou il est cense etre situe.

لازم به ذکر است در صورتی که حسب قاعده حل تعارض مقرر دادگاه و با جایابی عامل ارتباط مندرج در آن که علی‌الاصول طبق قانون مقرر دادگاه انجام می‌شود، قانون یک کشور خارجی به عنوان قانون صلاحیتدار اعلام شود و در فرض قبول احاله در سیستم حقوقی مقرر دادگاه، به قاعده حل تعارض کشور خارجی مذکور رجوع شود برای جایابی عامل ارتباط ذکرشده در قاعده مذکور باید از تعاریف استفاده شده در همان کشور استفاده کرد هر چند با تعاریف کشور مقرر دادگاه منطبق نباشد.<sup>۱</sup>

## ۲. مشکلات جایابی عامل ارتباط

تا زمانی که عامل ارتباط ذکرشده در قاعده حل تعارض جایابی نشود قانون مورد نظر قاعده حل تعارض قابل تعیین نخواهد بود. مع ذلک جایابی عامل ارتباط گاهی با مشکلاتی مواجه می‌شود تا جایی که ممکن است اجرای قاعده حل تعارض را ناممکن سازد. این مشکلات و موانع را می‌توان به شرح ذیل برشمرد:

### ۱-۲. عدم وجود عامل ارتباط<sup>۲</sup>

گاهی در پروسه اجرای قاعده حل تعارض، مشکل در عدم وجود عامل ارتباط تعیین شده است مثلاً زمانی که موضوع احوال شخصیه در قاعده حل تعارض یک کشور تابع قانون کشور متبوع ذی‌نفع دانسته شده مشخص شود که وی تابعیت هیچ کشوری را ندارد و به عبارت دیگر بی‌تابعیت یا آپاتراید می‌باشد.<sup>۳</sup> ایجاد چنین وضعیتی با توجه به متفاوت بودن مقررات تابعیت در کشورهای مختلف و اختیار مطلق کشورها در وضع مقررات مربوط به تابعیت قابل درک است. مثلاً ممکن است

۱. با جایابی عامل ارتباط مندرج در قاعده حل تعارض کشور خارجی ممکن است قانون صلاحیتدار، قانون خود کشور خارجی، قانون مقرر دادگاه (احاله درجه اول) و یا قانون یک کشور خارجی دیگر (احاله درجه دوم) باشد (برای مطالعه بیشتر در مورد احاله ر.ک: الماسی، ۱۳۸۳: ۱۱۷؛ سلجوقی، ۱۳۷۷: ۱۱۶؛ ارفع‌نیا، ۱۳۷۶: ۱۰۷).

۲. L inexistence de L element de rattachement.

۳. Apatriade.

به موجب قوانین جزایی کشوری از یکی از اتباع این کشور سلب تابعیت شود و این شخص نتواند تابعیت کشور دیگری را تحصیل نماید. همچنین امکان دارد طفلی که متولد می‌شود در بدو تولد تابعیت هیچ کشوری را نداشته باشد؛ زیرا مشخصاتش با شرایط احراز تابعیت هیچ کشوری منطبق نیست.

برای رفع این معضل وقتی مثلاً عامل ارتباط تابعیت در رابطه با احوال شخصیه افراد اتخاذ می‌شود در مواردی عامل ارتباط اقامتگاه به عنوان عامل ارتباط جانشین معرفی شده است. البته ممکن است شخصی که به ترتیب فوق فاقد تابعیت است فاقد هرگونه اقامتگاهی هم شناخته شود.

برای روشن شدن موضوع، ذکر یکی از مواردی که در محاکم فرانسه مطرح شده می‌تواند مفید باشد. پرونده Beinolou مربوط می‌شد به زوجین دارای تابعیتهای متفاوت فرانسوی و یونانی که در سال ۱۹۵۵ در فرانسه ازدواج نموده و در ۱۹ اوت ۱۹۵۹ در آتن صاحب فرزندی شده بودند. در ۳ آوریل ۱۹۶۰ زوجه در دادگاه پاریس دعوی طلاق مطرح نمود. به موجب قانون فرانسه موضوع طلاق زوجین دارای یک تابعیت، تابع قانون متبوع ایشان و در صورت متفاوت بودن تابعیت زوجین، تابع قانون اقامتگاه مشترک ایشان است و لذا دادگاه رسیدگی کننده با استناد به قانون یونان به عنوان قانون اقامتگاه مشترک زوجین غیر قابل پذیرش بودن درخواست طلاق را اعلام نمود. متعاقب اعتراض زوجه در دادگاه پژوهشی و ادعای اینکه زوجین اقامتگاه مشترک واقعی در یونان نداشته‌اند، دادگاه پژوهشی عدم وجود اقامتگاه مشترک و در نتیجه قابلیت اعمال قانون فرانسه به عنوان قانون مقرر دادگاه را پذیرفت.<sup>۱</sup> ملاحظه می‌شود که در مثال یادشده عامل ارتباط اصلی و حتی عامل ارتباط فرعی وجود ندارد تا بر اساس آنها قانون صلاحیتدار تعیین شود و به همین جهت محکمه، قاعده حل تعارض مربوط را رها نموده و برای حل موضوع بر

۱. Paris, ۲۶ Janvier ۱۹۶۵, R.C. ۱۹۶۵, p.۳۵۹, note. M. Franciscakis. Ph., J.D.I., ۱۹۶۵, p.۸۹۶; note B.G.; Trib. Bruxelles. ۶ juil. ۱۹۵۷, Revue critique de droit international prive, ۱۹۵۷, p.۶۶۲; Trib. Casablanca, ۷ mars ۱۹۵۱, Revue.jur.et pol.de l union francaise, ۱۹۵۲, p.۳۱۳.

اساس قانون مقرر دادگاه تصمیم‌گیری نموده است.<sup>۱</sup>

## ۲-۲. چندگانگی عامل ارتباط<sup>۲</sup>

ممکن است جایابی عامل ارتباط منجر به تعیین دو یا چند قانون گردد مثلاً در زمانی که به موجب قاعده حل تعارض مقرر دادگاه احوال شخصیه شخصی تابع قانون متبوع وی باشد و ذی نفع دارای دو یا چند تابعیت باشد<sup>۳</sup> چگونه باید عمل کرد؟ در این رابطه قبل از هر چیز باید توجه داشت که تابعیت یک امر حاکمیتی است و هر دولتی با توجه به منافع و مقتضیات خاص خود مبادرت به وضع مقررات تابعیتی می‌نماید. چنانچه شخصی دارای دو یا چند تابعیت بود باید بین دو وضعیت ذیل قائل به تفکیک شد:

الف- یکی از تابعیتهای ذی نفع تابعیت کشور مقرر دادگاه باشد. در این حالت با توجه به اینکه هر حاکمیتی جز در موارد استثنایی که خود مقرر می‌کند اعمال الزامات و مقررات خود را بر مقررات سایر کشورها مقدم می‌دارد در رابطه با تابعیت که موضوعی کاملاً سیاسی و حاکمیتی محسوب می‌شود اگر شخصی به طور هم‌زمان تابعیت کشور مقرر دادگاه و تابعیت یک کشور خارجی را داشته باشد نمی‌تواند در مقابل کشور مقرر دادگاه به تابعیت خارجی خود استناد نماید مثلاً یک ایرانی که بدون رعایت مقررات مربوط به ترک تابعیت ایران، تابعیت کشور خارجی را تحصیل نموده باشد<sup>۴</sup>

### ۱. La vocation subsidiaire de la loi du for

در حقوق فرانسه برای این صلاحیت عمومی قانون فرانسه از جمله به رأی صادره در پرونده Bisbal اشاره می‌شود که به موجب آن قانون فرانسه دارای صلاحیت عمومی «برای اعمال بر روابط حقوق خصوصی ارجاع‌شده به قاضی می‌باشد» (همان).

### ۲. Pluralite de rattachement.

۳. این حالت تعارض مثبت تابعیت نامیده می‌شود (Cumuls de nationalites یا Conlit positive).  
 ۴. به موجب ماده ۹۸۹ قانون مدنی ایران «هر تبعه ایرانی که بدون رعایت مقررات قانونی بعد از تاریخ ۱۲۸۰ شمسی تابعیت خارجی تحصیل کرده باشد تابعیت خارجی او کأن لم یکن بوده و تبعه ایران شناخته می‌شود، ولی در عین حال کلیه اموال غیر منقوله او با نظارت مدعی العموم محل به فروش رسیده و پس از وضع مخارج فروش قیمت آن به او داده خواهد شد و به علاوه از اشتغال به وزارت و معاونت وزارت و عضویت مجالس مقننه و انجمنهای ایالتی و ولایتی و بلدی و هرگونه مشاغل دولتی محروم خواهد بود».

نمی‌تواند در رابطه با احوال شخصیه خود با استناد به ماده ۷ قانون مدنی خواهان اعمال قانون کشور متبوع خارجی خود در ایران گردد<sup>۱</sup> بلکه به موجب ماده ۶ قانون مدنی ایران<sup>۲</sup> احوال شخصیه وی تابع قوانین ایران خواهد بود.

همین وضعیت در مورد عامل ارتباط اقامتگاه نیز ممکن است ایجاد شود، یعنی شخصی به موجب قوانین چند کشور در همه آن کشورها اقامتگاه داشته باشد. در این صورت کشوری که به موضوع احوال شخصیه چنین شخصی رسیدگی می‌نماید و قانون اقامتگاه را حاکم بر احوال شخصیه افراد بداند اگر اقامتگاه شخص مذکور را در قلمرو خود بداند به ادعا یا مدارک ارائه شده از سوی ذی‌نفع مبنی بر اینکه اقامتگاهی در کشور دیگری دارد و لذا بر اساس قانون همان کشور باید به احوال شخصیه وی رسیدگی شود، ترتیب اثر نخواهد داد. به عبارت دیگر استناد به قانون خارجی و اجرای آن در قلمرو مقرر دادگاه تنها در صورتی که خود مقرر دادگاه چنین مجوزی را صادر نموده باشد میسر می‌باشد.

ب- ذی‌نفع دارای دو یا چند تابعیت خارجی می‌باشد. گاهی کشور مقرر دادگاه در امر تابعیت ذی‌نفع نیست. در این صورت اگر قرار باشد مثلاً موضوعی در رابطه با احوال شخصیه فردی خارجی را به موجب قانون کشور متبوعش حل کنیم و مدارکی مبنی بر داشتن تابعیت دو یا چند کشور خارجی وجود داشته باشد برای نتیجه‌بخش نمودن عملیات جایابی عامل ارتباط باید راه حلی برای این دو یا چند تابعیت پیدا کنیم. ممکن است در این حالت قائل شد به اینکه چون با پی‌گیری عامل ارتباط ذکر شده در قاعده حل تعارض به بن‌بست رسیده‌ایم بهترین راه حل عدم توجه به تمام تابعیتها و اجرای قانون مقرر دادگاه به عنوان قانونی که صلاحیت کلی و عمومی برای اعمال بر تمام موضوعات را دارد (Batiffol, ۱۹۹۳: n.۳۴۶ et s) می‌باشد و

۱. به موجب ماده ۷ قانون مدنی ایران «اتباع خارجه مقیم در خاک ایران از حیث مسائل مربوط به احوال شخصیه و اهلیت خود و همچنین از حیث حقوق ارثیه در حدود معاهدات مطیع قوانین و مقررات دولت متبوع خود خواهند بود».

۲. به موجب ماده ۶ قانون مدنی ایران «قوانین مربوط به احوال شخصیه از قبیل نکاح و طلاق و اهلیت اشخاص و ارث در مورد کلیه اتباع ایران ولو اینکه مقیم در خارج باشند مجری خواهد بود».

به عبارت دیگر از اعمال قاعده حل تعارض صرف نظر نماییم.<sup>۱</sup> مثل مورد قبل در رابطه با عامل ارتباط اقامتگاه هم در حالتی که حسب قاعده حل تعارض مقرّ دادگاه قانون اقامتگاه باید اعمال شود و مدارکی دالّ بر وجود چند اقامتگاه وجود داشته باشد، با پدیده چند اقامتی مواجه می شویم که در این حالت نیز یا باید کلاً تمام اقامتگاههای مورد ادعا را نادیده بگیریم و بر مبنای قانون مقرّ دادگاه بر مبنای صلاحیت عمومی آن عمل نماییم یا اینکه به فکر تعیین ضابطه‌ای برای اتخاذ یکی از اقامتگاهها باشیم.

به هر حال همان گونه که در قسمت تعریف عامل ارتباط نیز ذکر شد، باید توجه داشت تعیین اینکه شخصی تابعیت یا اقامتگاه کشور خارجی معینی را دارد یا خیر باید با عنایت به قوانین و مقررات مربوطه در همان کشور خارجی صورت گیرد (Mayer, ۱۹۹۱: n.۹۳۹) و نمی توان به موجب موازین مقرّ دادگاه تابعیت یک کشور خارجی را به فردی داد یا بر اساس تعاریف مقرّ دادگاه از اقامتگاه، شخصی را مقیم یک کشور خارجی تلقی نمود.

## ۲-۳. عامل ارتباط وجود دارد ولی ناشناخته است<sup>۲</sup>

در مواردی عامل ارتباط تعیین شده در قاعده حل تعارض وجود دارد، ولی محل آن ناشناخته است و قابل کشف نیست. مثلاً وقتی دعوی در رابطه با مال منقولی مطرح شود و به موجب قاعده حل تعارض مقرّ دادگاه باید بر اساس قانون محل وقوع مال تصمیم گیری شود<sup>۳</sup> با توجه به قابلیت تغییر محل وقوع مال ممکن است قاضی قادر به تعیین محل دقیق مال در زمان معینی نباشد.<sup>۴</sup> مثلاً در مورد مالی موضوع یک بیع بین المللی بوده و در یک روز از کشورهای متعددی عبور کرده تا در کشور خاصی

۱. مع ذلك راه حلی که امروزه بیشترین مقبولیت را دارد اتخاذ تابعیت مؤثر، فعال و غالب ذی نفع است یعنی تابعیت واقعی که فرد در طول مدت زندگی خود بیشترین ارتباط را با آن داشته است.

La nationalite effective-active.

۲. L element de rattachement inconnu.

۳. Lex rei sitae.

۴. بدیهی است با توجه به ثابت بودن محل استقرار اموال غیر منقول چنین مشکلی در رابطه با این گونه اموال مطرح نمی شود (Batiffol, ۱۹۹۳: ۵۶۴).

تحویل داده شود اگر قرار باشد محل وقوع مال در زمان خاصی تعیین کننده قانون حاکم باشد و معلوم نباشد در زمان مورد نظر، مال در حال حرکت در کدام کشور بوده مسلماً تعیین قانون تعیین شده به وسیله قاعده حل تعارض ممکن نخواهد بود. همین مشکل می تواند مطرح شود در زمانی که در رابطه مسئولیت ناشی از ارتکاب جرم قاعده حل تعارض قانون محل وقوع جرم را حاکم می داند و همیشه نمی توان محل وقوع جرم را به آسانی جایابی نمود. بدیهی است وقتی که جرمی در یک وسیله نقلیه که قانوناً تابع کشور خاصی نیست<sup>۱</sup> و در حال عبور از کشورهای مختلف است رخ می دهد ممکن است نتوان دقیقاً تعیین نمود در زمان ارتکاب جرم وسیله نقلیه در قلمرو کدام کشور بوده است.

در این حالت نیز اگر هیچ فرض معقولی قابل تصور نباشد تصمیم قاضی در اجرای قانون مقرر دادگاه موجه به نظر می رسد (Ibid).

## ۴-۲. عامل ارتباط ماهیتاً قادر به تعیین یک سیستم حقوقی نیست<sup>۲</sup>

وقتی قاعده حل تعارض با استفاده از یک عامل ارتباط معین قانون محل خاصی را بر موضوع مطروحه حاکم بداند و محل مذکور تابع حاکمیت هیچ کشوری نباشد و در نتیجه قانونی در آنجا حاکم نباشد که بتوان اعمال نمود اعمال قاعده حل تعارض با بن بست مواجه می شود. این چنین است مثلاً اگر قرار باشد قانون محل وقوع مال اجرا شود و متوجه شویم در زمان مورد نظر مال در منطقه دریای آزاد و یا در فضا بوده، یعنی مناطقی که تحت هیچ حاکمیت و قانون خاصی قرار ندارد. به عبارت دیگر در این حالت محل مورد نظر قابل جایابی و تشخیص است ولی قانونی ندارد که اعمال شود.

چنین وضعیتی در جریان رسیدگی به پرونده Lanten et autres c/ Vigouroux

۱. مثلاً به موجب قانون کشور بلژیک روابط حقوقی بین اشخاص تابع قانون کشور متبوع هویما می باشد (Article ۱۰ de la loi du ۲۷ juin ۱۹۳۷, mis en vigueur par l'arret royal du ۲۵ mars ۱۹۵۴).

ماده ۳۶ این قانون همین قاعده را در رابطه با جرائم رخ داده در یک هویمای در حال پرواز عنوان می نماید.

۲. L'element de rattachement par nature indeterminable.

در محاکم فرانسه مطرح شد. ماجرا مربوط بود به نتایج خسارت بار تصادم یک کشتی جنگی هلندی با یک کشتی صیادی فرانسوی در دریای آزاد. دادگاه رن فرانسه قانون فرانسه را در رابطه با جبران خسارات وارده اعمال نمود. در درخواست پژوهش به رأی مذکور اعتراض شد از این حیث که چون حادثه در خاک فرانسه رخ نداده قانون این کشور قابل اجرا نیست. دیوان عالی کشور فرانسه نهایتاً در مقام رسیدگی به پرونده با عنوان نمودن اینکه محل وقوع حادثه (عامل ارتباط تعیین شده به وسیله قاعده حل تعارض فرانسه) که در دریای آزاد بوده هیچ قانونی ندارد تا بر اساس آن نسبت به اعمال قاعده حل تعارض اقدام نمود، قانون فرانسه را قابل اجرا دانست.<sup>۱</sup>

همچنین زمانی که در یک کشور به لحاظ شرایطی از قبیل وجود جنگ داخلی یا انقلاب وضعیت حاکمیت داخلی مشخص نیست تعیین و اجرای قانون آن محل نیز ناممکن به نظر می‌رسد و در واقع با وضعیتی مشابه حالت قبل یعنی سرزمین بدون حاکمیت مواجه می‌شویم که چاره‌ای جز اعمال قانون مقرر دادگاه به نظر نمی‌رسد.<sup>۲</sup>

## ۲-۵. نبود وحدت سیستم حقوقی<sup>۳</sup>

گاهی کشور تعیین شده به وسیله قاعده حل تعارض دارای وحدت حقوقی نیست. به عبارت دیگر دو یا چند قانون در چنین کشوری حاکم می‌باشد و تعارض داخلی قوانین وجود دارد.<sup>۴</sup> تعدد قوانین ممکن است در حالات ذیل به وجود آید:

وضع قوانین جداگانه برای قسمتهای مختلف قلمرو یک کشور<sup>۵</sup> که نمونه بارز آن در کشورهای فدرال ملاحظه می‌شود مثل سوییس که به کانتونها و ایالات

۱. Com. ۹ mars ۱۹۶۶, R.C. ۱۹۶۶, p.۵۷۲, note Jambu-Merlin, J.C.P. ۱۹۶۷(II), ۱۴۹۹۴, note MM. Juglart et Pontavice.

همچنین در رابطه با تصادف دریایی در دریای آزاد که مشمول کنوانسیون بروکسل ۲۳ سپتامبر ۱۹۱۰

نباشد ر.ک: R.G. ۱۲ novembre, ۱۹۳۲ (RGZ, ۱۳۸-۲۴۳), Revue ۱۹۳۵, ۳۹۸, note M. Guyot.

۲. Trib.gr.inst.Paris ۲۵ novembre ۱۹۷۱, R.C. ۱۹۷۳, p.۴۹۹. note M. Laparadelle. G.a propos de la Manchourie en ۱۹۴۶.

۳. Le default d unite legislative.

۴. البته این نوع تعارض قوانین با تعارض قوانین موضوع حقوق بین الملل خصوصی که در آن تعارض قوانین صادره از کشورهای مستقل مطرح می‌شود متفاوت است (Rigaux, ۱۹۷۷: no.۳۵۲, p.۲۸۱).

۵. Conflit inter-territoriaux.



متحدۀ آمریکا که به ایالات مختلف تقسیم شده‌اند و هر کانتون و ایالت قانون خاص خود را داراست.

وضع قوانین مختلف برای اقشار و گروههای متنوعی که در یک کشور زندگی می‌نمایند،<sup>۱</sup> این تنوع ممکن است جنبۀ مذهبی،<sup>۲</sup> اجتماعی<sup>۳</sup> و یا... داشته باشد مثلاً در ترکیه تا قبل از وضع قوانین جدید قوانین مختلفی بر مسلمانان و مسیحیان حاکم بود. زمانی که جایابی عامل ارتباط به کشوری که دارای تنوع قوانین است منتهی می‌شود لازم است با توجه به قواعد حل تعارض داخلی چنین کشوری قانونی از بین قوانین حاکم در آن تعیین و اعمال گردد.<sup>۴</sup> مثلاً زمانی که موضوعی در رابطه با احوال شخصیهٔ یک تبعۀ ایالات متحدۀ آمریکا در محاکم ایران مطرح باشد با توجه به حاکم بودن قانون متبوع ذی‌نفع به موجب قاعدۀ حل تعارض ایرانی، یافتن و اجرای قانون کشور معرفی شده که خود متشکل از قوانین حاکم بر ایالات مختلف است میسر نیست، مگر اینکه قاعدۀ حل تعارض داخلی کشور مذکور قانون ایالتی را به عنوان قانون حاکم بر موضوع تعیین نموده باشد. بدیهی است در صورت عدم وجود چنین قاعدۀ ای تعیین قانون حاکم ممکن نیست و به نظر می‌رسد در این حالت بهترین راه حل مراجعه به قانون مقرّ دادگاه و تعیین تکلیف به موجب آن باشد.

## ۲-۶. عدم شناسایی دولت / حکومت خارجی<sup>۵</sup>

گاهی قاعدۀ حل تعارض مقرّ دادگاه قانون محلی را تعیین می‌نماید که دولت یا حکومت آن به وسیلۀ حاکمیت مقرّ دادگاه مورد شناسایی قرار نگرفته است. آیا این عدم شناسایی مانع اجرای قانون کشور خارجی خواهد شد؟  
شناسایی یک دولت به منزلهٔ این است که شناسایی کننده موجودیت مجموعهٔ

۱. Les conflit interpersonnels.

۲. Conflit interreligieux.

۳. Conflit intersociaux.

۴. در این رابطه از جمله می‌توان به قانون دوم اوت ۱۹۲۶ لهستان اشاره نمود که مقرر داشته: «زمانی که قانون حاضر قانون کشوری را تعیین نماید که در آن چند قانون مدنی حاکم باشد حقوق داخلی همان کشور باید تعیین نماید که کدام قانون باید اجرا شود».

۵. L Etat ou le gouvernement non-reconnu.

جمعیت، سرزمین و سازمان سیاسی آن را به رسمیت شناخته است و دولت شناسایی شده شرایط لازم را دارد که در جامعه بین‌المللی به عنوان یک شخص حقوقی کامل شناخته شود (ر.ک: ۶۶: p. ۹۵، no. ۱۹۹۳؛ Dupuy, ۱۹۹۳: no. ۷، p. ۷۱۸؛ Ency. dr. int(II), به هر حال شناسایی یک دولت تازه تأسیس به وسیله سایر دولتها یک عمل اختیاری می‌باشد و هر دولت به تشخیص خود در رابطه با شناسایی دولت جدید تأسیس تصمیم‌گیری می‌نماید.<sup>۱</sup>

در رابطه با قابلیت اجرای قانون وضع شده در دولت شناسایی نشده نظرات مختلفی عنوان شده است. بنا بر نظریه کلاسیک اجرای قانون یک دولت تازه تأسیس تا زمانی که دولت مذکور صریحاً یا به طور ضمنی به وسیله دولت مقرر دادگاه یا طبق موازین مصرّحه در قانون اساسی این کشور مورد شناسایی قرار نگرفته امکان پذیر نمی‌باشد و در مقابل وقتی که چنین شناسایی صورت گرفت محاکم کشور مقرر دادگاه نمی‌توانند از اجرای قانون دولت/حکومت تازه تأسیس امتناع نمایند؛ زیرا شناسایی یک دولت/حکومت، متضمن شناسایی قوه قانون‌گذاری آن نیز می‌باشد (Maury, ۱۹۳۶: ۳/۳۲).<sup>۲</sup> در این رابطه می‌توان به عنوان مثال به موضع متخذه به وسیله کشور فرانسه متعاقب اضمحلال دولت روسیه تزاری و ایجاد اتحاد جماهیر شوروی در ۱۹۱۷ اشاره نمود. در واقع محاکم فرانسه تا قبل از شناسایی رسمی اتحاد جماهیر شوروی به وسیله دولت فرانسه از اجرای قوانین وضع شده به وسیله دولت مذکور امتناع ورزیده و کماکان قائل به اعتبار قوانین صادره از دولت روسیه تزاری و لزوم تبعیت قوه قضاییه از قوه مجریه در این موضوع بودند (Ibid: ۳۹۷).<sup>۳</sup>

۱. در رابطه با آثار شناسایی نظرات مختلفی ابراز شده است. عده‌ای شناسایی را دارای اثر اعلامی می‌دانند (declarative). در حالی که از دید عده‌ای دیگر شناسایی دارای اثر تأسیسی می‌باشد (constructif). بعضی نیز هر دو خصیصه را برای شناسایی قائل هستند (برای مطالعه بیشتر ر.ک: ۶۵: ۱۹۳۵؛ Cavare, ۷۰: p. ۹۸، no. ۱۹۹۳؛ Dupuy).

۲. هم‌زمان با فرانسه تئوری کلاسیک در عمده سیستمهای حقوقی اعمال می‌شد (مثلاً در انگلستان ر.ک: ۵۳۲، ۳ K.G. ET ۴۵۶ (K.B.; ۱۹۲۴: ۲۳۶ (J.D.I. ۱۹۲۱، ۱۲ may ۱۹۲۱، Cour d appel, Luther c/Sagor) و در بلژیک ر.ک: ۱۹۶: ۱۹۲۹، J.D.I. ۱۹۲۶، ۵ juin ۱۹۲۶).

۳. در این رابطه از جمله می‌توان به رأی صادره در ۱۲ دسامبر ۱۹۳۳ از دادگاه سن در پرونده Frere Alexandre et Meutor Bouniadiou c/ La Societe Cie Optorg مراجعه کرد

تنها پس از شناسایی اتحاد جماهیر شوروی به وسیله دولت فرانسه بود که قانون آن اجرا شد.

در این رابطه می‌توان به رأی صادره به وسیله دادگاه استیناف پاریس در ۳۰ آوریل ۱۹۲۶ اشاره نمود که به موجب آن «این شناسایی، محاکم فرانسه را ملزم می‌کند که در موضوعات مربوط به احوال شخصیه اتباع اتحاد جماهیر شوروی قانون این کشور را اجرا نمایند و تنها ملاحظات ناشی از حقوق عمومی ممکن است مانع اجرای قانون مذکور گردد».

تئوری کلاسیک به واسطه نادیده انگاشتن واقعیت، مورد ایراد واقع شد. علی‌الاصول اینکه دولتی بنا به دلایل سیاسی با یک دولت/حکومت جدید ارتباط ندارد<sup>۱</sup> و از شناسایی آن امتناع می‌ورزد نباید بر رسیدگی دادگاه به موضوع مطروحه در محاکم تأثیر نهد. دکتترین جدید معتقد است ادامه اجرای قوانین قدرتی که ساقط شده بی‌معنی است (Hollaux, ۱۹۸۷: no.۵۴۳). باید نظام حقوقی را به شکل موجود در نظر گرفت نه به شکلی که ما می‌خواستیم باشد (Bischoff, ۱۹۶۷: ۲/۱۵۲۶۶).

در همین راستا رویه قضایی فرانسه تفکیک بین بخش اجرایی و قضایی را پذیرفته و در موارد بسیاری قانون کشور خارجی شناسایی نشده به وسیله دولت فرانسه را اجرا نموده است. دیوان عالی کشور فرانسه از جمله در رأی صادره در ۳ می ۱۹۷۱ صریحاً اجرای قانون صادره را از حکومتی که به نحو مؤثری اعمال حاکمیت می‌نماید، پذیرفته حتی اگر دولت فرانسه حکومت مذکور را شناسایی ننموده باشد.<sup>۲</sup> بنابراین رویه قضایی معاصر فرانسه نقش قاضی و حکومت فرانسه را از هم جدا می‌داند و به قاضی اختیار می‌دهد که خود با توجه به وضعیت دولت/حکومت تازه تأسیس نسبت به اجرا یا عدم اجرای قانون آن تصمیم‌گیری

(Trib.civ.de la Seine.ch.۵., ۱۲ dec, ۱۹۲۳, Gaz.Pal., ۱۹۲۴: ۲۶; J.D.I., ۱۹۲۴: ۱۳۳)

۱. به عنوان مثال می‌توان به وضعیت حکومت پکن در دهه پنجاه اشاره کرد که اکثر دول غربی از شناسایی آن امتناع می‌نمودند (در رابطه با عدم شناسایی چین کمونیست به وسیله ایالات متحده آمریکا ر.ک: ۵۵۶, ۱۹۵۰: Les Etats-Unis c/ y Wright, Am.Journ).

۲. C. Cass.civ.۱, ۳ may ۱۹۷۳, R.C., ۱۹۷۵: ۴۲۸., note Loussuarn; J.D.I., ۱۹۷۴: ۸۵۹, note B.G.; J.C.P., ۱۹۷۳: ED.G.۴, ۲۱۸; Bull.civ.I, no.۱۴۴, p.۱۲۸.

نماید. به عبارت دیگر قاضی با احراز اینکه قدرت اعمال شده به وسیله یک حکومت در سرزمینش به نحو مؤثری اعمال می‌شود می‌تواند قانون صادره از آن را اجرا نماید.

یکی از دلایل عمدهٔ مقبولیت این رویه را می‌توان در امتناع غیر موجه کشورها در شناسایی دولتها/حکومت‌های تازه تأسیس دانست. مع ذلك باید در نظر داشت که پذیرش این اختیار برای قاضی و اینکه قاضی مقر دادگاه قانون یک دولت/حکومت شناسایی نشده به وسیلهٔ دولت متبوع خود را اجرا نماید به منزلهٔ شناسایی دولت مذکور از بعد حقوق بین‌الملل عمومی نباید تلقی شود و به عبارت دیگر قاضی هیچ اختیاری در قلمرو حقوق بین‌الملل عمومی ندارد.

البته نظریهٔ دیگری نیز وجود دارد که به موجب آن چون در مثال مربوط به اتحاد جماهیر شوروی این حکومت به وسیلهٔ کشور مقر دادگاه شناسایی نشده و حکومت قبلی یعنی روسیه تزاری نیز وجود واقعی ندارد، باید قانون مقر دادگاه را اجرا نمود. در واقع در این حالت با توجه به خلأ ایجاد شده در نتیجهٔ قابل اجرا نبودن قانون خارجی که به طور معمول باید اجرا شود قانون مقر دادگاه که صلاحیت کلی و عمومی برای حل تمام موضوعات را دارد باید اعمال گردد (Arminjon, ۱۹۴۷: no. ۱۰۱, p. ۲۱۵).<sup>۱</sup> با توجه به وجود واقعی قانون خارجی، پذیرش نظریهٔ اخیر خالی از اشکال نخواهد بود و صرفاً اجرای غیر موجه قانون مقر دادگاه را موجب خواهد شد در جایی که هیچ دلیلی برای دخالت آن نیست.

بنابراین چنانچه امروزه در کشوری تفکیک پذیرفته شده در حقوق فرانسه بین بخش اجرایی و قضایی پذیرفته نشده باشد محاکم چنین کشوری از اجرای قانون دولت خارجی که مورد شناسایی دولت مقر دادگاه قرار نگرفته خودداری خواهند نمود و در این حالت چنان که ذکر شد احتمالاً قانون مقر دادگاه را جایگزین قانون

۱. این راه حل در تعدادی از کشورها پذیرفته شده است از جمله:

En Suisse: Trib.fed., ۳۰ mars ۱۹۶۵, A.T.F., ۹۱.II, ۱۱۷., Zeiss.

En Espagne: Trib.supr., ۳۰ janv., ۱۹۶۰, cite Riv.espagnol, ۱۹۷۶: ۱۹۲.

En Italie: C. Cass, ۷ fev, ۱۹۷۵, Riv.dir.int, ۱۹۷۶: ۱۳۹.

تعیین شده به وسیله قاعده حل تعارض مقر دادگاه خواهند نمود.

## ۷-۲. نبود قواعد انتقالی در فرض تغییر قوانین

گاهی هنگام رجوع به قانون خارجی تعیین شده به وسیله قاعده حل تعارض مقر دادگاه در رابطه با یک رابطه حقوقی قبلاً ایجاد شده متوجه می‌شویم قواعد مادی که در زمان ایجاد رابطه حقوقی وجود داشته‌اند تغییر یافته و جای خود را به قواعد جدیدی داده‌اند.

در این حالت علی‌الاصول و بنا به نظر غالب علمای حقوق قواعد انتقالی خود سیستم حقوقی خارجی باید تعیین کننده قاعده مادی حاکم بر رابطه حقوقی مطروحه و آثار آن، از بین قواعد قدیم و جدید باشد.<sup>۱</sup> مع ذلك ممکن است سیستم حقوق خارجی فاقد قواعد انتقالی باشد. در این حالت تکلیف قاضی مقر دادگاه چیست؟

در چنین مواردی بعضی معتقد به اجرای قواعد انتقالی مقر دادگاه هستند چه از جهت صلاحیت کلی و عمومی قانون مقر دادگاه و چه با فرض یکسان بودن قواعد انتقالی مقر دادگاه و قواعد انتقالی کشور خارجی (Graulich, ۱۹۸۷: no.۶۵, p.۹۸). مع ذلك در زمان نبود هیچ یک از این دو، قواعد انتقالی بر مبنای قواعد مادی مقر دادگاه رأی صادر خواهد شد؛ زیرا اجرای قاعده حل تعارض با مانع مواجه شده است و در نتیجه قانون مقر دادگاه به مناسبت صلاحیت عام خود مجال اجرا

۱. در این رابطه Mayer معتقد است حقوق انتقالی یک کشور هدفش تعیین محدوده زمانی اجرای هر یک از قواعد جدید و قدیم می‌باشد و برای اجرای درست قانون خارجی باید تمام ابعاد مشخص شده به وسیله واضع آن در رابطه با اشخاص، وضعیتها، موقعیت مکانی و زمانی را رعایت نمود (Mayer, ۱۹۹۱: no.۲۵۶, p.۱۶۶; Batiffol, ۱۹۵۰: ۲۹۲).  
در خصوص تأیید این نظریه به وسیله رویه قضایی ر.ک:

Civ., ۳ mars ۱۹۸۷, Revue critique de droit international prive, ۱۹۸۸: ۶۹۵; note Simon-Depitre, J.C.P., ۱۹۸۹(II).۲۱۲۰۹; Note Agostini, E.; Civ. 1er, ۲۲ dec, ۱۹۷۰: ۲eme espece, J.D.I., ۱۹۷۲: ۲۷۰; note Ponsard.A., Revue critique de droit international prive, ۱۹۷۲: ۴۶۴.

مع ذلك عده‌ای معتقدند در این گونه موارد باید به قواعد انتقالی مقر دادگاه رجوع نمود (در این رابطه ر.ک: Graulich, ۱۹۸۷: no.۶۳).

### نتیجه

اجرای قاعده حل تعارض و تعیین قانون مورد نظر آن ممکن نیست، مگر با جایابی عامل ارتباط که رابطه حقوقی مطروحه را با قانون کشور معینی مرتبط می‌نماید. عامل ارتباط اصولاً باید بر اساس موازین و معیارهای کشور واضح آن تعریف شود، بنابراین اگر قاعده حل تعارض کشوری عامل ارتباط محل وقوع مال را مبنای تعیین قانون صلاحیتدار بداند بر اساس معیارها و تعاریف مقرر دادگاه این محل تعریف می‌شود. البته در موارد خاصی مثل اینکه در پرونده‌ای قرار باشد بر اساس تابعیت یک فرد خارجی قانون صلاحیتدار تعیین شود باید تعریف و ضوابط کشور خارجی در امر تابعیت لحاظ گردد و طبعاً نمی‌توان بر اساس قانون مقرر دادگاه در مورد تابعیت خارجی فرد مذکور تصمیم گرفت.

جایابی عامل ارتباط همیشه منجر به تعیین قانون صلاحیتدار نمی‌شود. گاهی عواملی از قبیل عدم وجود عامل ارتباط یا سایر مواردی که ذکر شد مانع جایابی عامل ارتباط و نتیجتاً تعیین و اجرای قانون مورد نظر قاعده حل تعارض مقرر دادگاه می‌شود. در چنین مواردی عمدتاً اجرای قانون مقرر دادگاه به عنوان قانونی که صلاحیت عمومی برای اعمال بر تمام موارد مطروحه را دارد به عنوان یک راه حل واقع‌گرایانه مورد پذیرش قرار گرفته است.<sup>۱</sup> مع‌ذلک نباید خطر استفاده غیر موجه از این راه حل برای اعمال هر چه بیشتر قانون مقرر دادگاه و فرار از اجرای قاعده حل تعارض به وسیله قاضی مقرر دادگاه را از نظر دور داشت و لذا اعمال کنترلهای لازم در این رابطه ضروری به نظر می‌رسد.

۱. در این رابطه باتیفول معتقد است قانون مقرر دادگاه برای تمام موضوعات حقوق خصوصی پاسخی دارد: وجود عمل خارجی در یک رابطه حقوقی نباید تأثیری بر ماهیت موضوع مطروحه داشته باشد و در مواردی که اجرای قانونی که به طور معمول باید اجرا شود با مشکل مواجه شود راه حل نرمال و مستقیم یعنی قانون مقرر دادگاه قابلیت اجرا می‌یابد (Batiffol, ۱۹۹۳: ۵۶۴).

## کتاب‌شناسی

۱. ارفع‌نیا، بهشید، حقوق بین‌الملل خصوصی، جلد دوم، انتشارات بهتاب، ۱۳۷۶ ش.
۲. الماسی، نجاد علی، حقوق بین‌الملل خصوصی، چاپ دوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۳ ش.
۳. سلجوقی، محمود، حقوق بین‌الملل خصوصی، جلد دوم، «تعارض قوانین»، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۷ ش.

۴. Arminjon, P., "PRECIS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE", Paris, ۱۹۴۷.
۵. Batiffol, H., "CONFLIT DE LOID DANS L ESPACE ET CONFLIT DE LOIS DANS LE TEMPS", Melanges Repert, Paris, ۱۹۵۰.
۶. Batiffol, H., Lagarde, P., "DROIT INTERNATIONAL PRIVE", ۸<sup>th</sup> ed., Paris, ۱۹۹۳.
۷. Bischoff, J.M., note sous Trib.gr.Seine, ۱۲ janv, ۱۹۶۶, J.C.P., ۱۹۶۷.
۸. Cavare, L., "LA RECONNAISSANCE D ETAT ET LE MANCHOUKOUÉ", Revue general du droit international public, ۱۹۳۵.
۹. Clarkson, C.M.V., Hill, J., "THE CONFLICT OF LAWS", ۳<sup>rd</sup> ed., Oxford University Press, ۲۰۰۶.
۱۰. Collier, J.G., "CONFLICT OF LAWS", ۳<sup>rd</sup> ed., Cambridge University Press, ۲۰۰۶.
۱۱. Dupuy, P.M., "DROIT INTERNATIONAL PUBLIC", ۲<sup>nd</sup> ed., Dalloz, Paris, ۱۹۹۳.
۱۲. Graulich, P., "INTRUCTION A L ETUDE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE", Liege, ۱۹۸۷.
۱۳. Hollaux, D., Foyer, J., Gerard de Geouffre de la Pradelle, "DROIT INTERNATIONAL PRIVE", Paris, ۱۹۸۷.
۱۴. Loussuarn, Y., Bourel, P., "DROIT INTERNATIONAL PRIVE", ۴<sup>th</sup> ed., Precis Dalloz, Paris, ۱۹۹۳.
۱۵. Maury, J., "REGLES GENERALES", Recueil des cours de l Academie de droit international de LaHaye, ۱۹۳۶.
۱۶. Mayer, P., "DROIT INTERNATIONAL PRIVE", ۴<sup>th</sup> ed., Montchrestien, Paris, ۱۹۹۱.
۱۷. Rigaux, F., "DROIT INTERNATIONAL PRIVE", Bruxelles, ۱۹۷۷.





## لزوم تصویب مقرراتی

# در مورد حمل و نقل جاده‌ای مسافر

- دکتر امیرحسین فخاری
- استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

### چکیده

در کشوری که بیشترین حمل و نقل مسافر آن از طریق جاده و اتوبوس انجام می‌گیرد نداشتن مقررات لازم و کافی در این زمینه اسفبار است. رابطه حقوقی مسافر با فروشندگان بلیت و متصدیان حمل و نقل به طور دقیق مشخص نیست و اینکه در صورت بروز حادثه به کجا مراجعه کنند و جبران خسارت را از چه کسی بطلبند، نامعلوم است.

این مقاله بررسی معضل حمل و نقل جاده‌ای مسافر است که نقاط ضعف آن را نشان می‌دهد و خواستار تصویب مقررات و قوانینی از سوی قانون‌گذاران در این زمینه است.

واژگان کلیدی: مسافرت، مسافر، حمل و نقل جاده‌ای، قوانین، قانون بیمه اجباری.

۱- متأسفانه در کشور ما قسمت اعظم مسافرت‌های بین شهری از طریق جاده و عمدتاً با اتوبوس انجام می‌گیرد. در سفرهای درون شهری هم به علت آنکه در تهران

خطوط مترو محدود است و فقط بخشهای کوچکی از شهر به آن دسترسی دارد و دیگر شهرهای ایران از این نعمت بزرگ محروم هستند، اهمیت حمل و نقل جاده‌ای مسافر جای ذره‌ای تردید باقی نمی‌گذارد. تعداد حیرت آور و فوق‌العاده تأسّف آور سوانح جاده‌ای که در بسیاری از موارد به فوت سانحه‌دیدگان می‌انجامد نشان‌دهنده آن است که یکی از مسائل مهم و یکی از معضلات جامعه ما، جابجایی اشخاص در نقاط مختلف کشور است و ضرورت فوری و اساسی اقتضا دارد که ابعاد مختلف این معضل مورد توجه قانون‌گذاران و مسئولان اجرایی قرار گیرد.

۲- یکی از ابعاد قضیه مورد گفتگو، نبودن مقررات اطمینان‌بخش و مؤثر و منطبق با مقتضیات و عدالت است. مؤسساتی عمومی دست‌اندرکار حمل و نقل اشخاص چه در درون شهرها و چه در مسافرت‌های بین شهری هستند و افراد به این مؤسسات مراجعه می‌کنند و بلیت تهیه می‌نمایند و کرایه حمل را با اخذ بلیت می‌پردازند. تهیه بلیت چیزی نیست جز انعقاد قرارداد حمل و نقل بین مسافر از یک طرف و مؤسسه حمل و نقل از طرف دیگر. ممکن است گفته شود که معمولاً بلیتهای مسافرتی فاقد امضای طرفین قرارداد یا یکی از آنها (بیشتر مسافر) است. اما نقص امضا به هیچ وجه موجودیت قرارداد را زیر سؤال نمی‌برد. در انواع مختلف حمل و نقل در همه کشورهای از جهت سهولت کار و ایجاد سرعت در برقراری ارتباط، قرارداد از نظر شکلی فاقد امضای طرفین یا یکی از آنهاست. بنابراین، ابزار مبین قرارداد (بلیت، تیکت یا نوشته) به هر صورتی که تنظیم یا تهیه شود، چه با دست پر شود یا با ماشین و رایانه صادر شود و چه چاپ شده باشد، قرارداد تلقی می‌شود و بر اساس آن مشخص می‌گردد که بین طرفین آن رابطه قراردادی ایجاد شده است.

۳- اصولاً انواع قراردادهای حمل و نقل، چه حمل و نقل اشخاص و چه اشیا تابع مقرراتی است آمره و رهایی از حکومت آن مقررات ممکن نیست و چنانچه در قرارداد شروطی مندرج باشد و بر اساس آن توافق شده باشد که قرارداد در مورد یا مواردی از آن مقررات آمره تبعیت نکند، به لحاظ مخالفت با آن مقررات که به خاطر نظم عمومی وضع شده باطل و فاقد اعتبار خواهد بود.

مسئله مسئولیت متصدی حمل و نقل و تدابیری که حمل‌کنندگان اتخاذ می‌کردند

که در صورت بروز حادثه مسئولیت‌زا، از جبران خسارت وارد شده به طرف دیگر قرارداد معافیت پیدا کنند سابقه‌ای بسیار طولانی دارد، مخصوصاً در حمل و نقل دریایی که مسبوق به پیشینه‌ای دیرین است. متصدیان حمل و نقل یا در قرارداد شرط عدم مسئولیت درج می‌کردند و یا اینکه در مورد حمل و نقل کالا اعمال رزرو می‌نمودند. در رویه قضایی، کمتر موردی پیدا می‌شود که دادگاهها در زمینه ارزیابی شروط معاف‌کننده یا تخفیف‌دهنده مسئولیت اتخاذ تصمیم نکرده باشند. هدف اساسی قانون‌گذاران در وضع مقررات آمره در خصوص حمل و نقل مقابله با آن شروط و حمایت از فرستندگان کالا و مسافران بوده که مورد اجحاف متصدیان حمل و نقل قرار نگیرند.

۴- می‌دانیم که حمل و نقل از جهت موضوع حمل به دو دسته بزرگ تقسیم می‌شود: حمل و نقل اشیا و حمل و نقل اشخاص. در برخی از انواع حمل و نقل، جابجایی اشیا در درجه اول اهمیت قرار دارد و در بعضی دیگر به عکس حمل و نقل اشخاص. به عنوان مثال، در حمل و نقل هوایی، انتقال مسافران است که فوق‌العاده مورد توجه می‌باشد و به لحاظ گرانی هزینه سفر هوایی، مسلماً هواپیما برای حمل و نقل اشخاص مورد استفاده قرار می‌گیرد و فقط در مورد کالاهایی که ضروری است به فوریت و سرعت انتقال پیدا کند هواپیما به کار برده می‌شود. عکس قضیه در حمل و نقل دریایی مصداق دارد که جابجایی کالاها واجد اهمیت فراوان می‌باشد. می‌توان گفت حدود ۹۰٪ کالاهایی که در سطح جهانی جابجا می‌شود یا تماماً از طریق دریاست و یا اینکه قسمتی از مسیری که باید طی شود دریایی است. حمل و نقل دریایی مسافر به ندرت انجام می‌شود و مخصوص کشورهای است که راه خشکی ندارند و اشخاص یا از طریق دریا و یا از طریق هوا می‌توانند به آن کشورها وارد شوند و یا از آن کشور به جاهای دیگر سفر کنند، مثل انگلیس.

۵- در مورد حمل و نقل دریایی مسافر کنوانسیون در سال ۱۹۶۱ به تصویب رسیده و ایران هم به آن ملحق است. تذکر این نکته ضرورت دارد که فصل هشتم قانون دریایی ایران که اختصاص دارد به حمل و نقل مسافر تماماً مقتبس است از کنوانسیون مذکور.

۶- در زمینه حمل و نقل هوایی هم مقررات بسیاری در سطح بین‌المللی به تصویب رسیده و سازمان بین‌المللی هوانوردی کشوری (ایکائو) به طور دائم سرگرم آن است که مقررات هوایی را با توجه به تحولات چشمگیر و بدون وقفه که در تکنولوژی هوانوردی ایجاد شده و می‌شود به روز کند. جدیدترین این مقررات که حاصل سالها تجربه و مطالعه و کار مداوم می‌باشد کنوانسیون ۱۹۹۹ مونرال است که در ۲۰۰۲ قابلیت اجرا پیدا کرده است. کنوانسیون مونرال هم درباره مسئولیت متصدی حمل و نقل هوایی در حمل کالا و هم در حمل مسافر مقررات مفصلی دارد و در مورد مسافر تا سقف یکصد هزار S.D.R. مسئولیت حمل‌کننده برقرار است، به نحوی که به هیچ وجه نمی‌تواند از زیر بار آن شانه خالی کند، مازاد بر آن در صورت اثبات تقصیر حمل‌کننده نیز مطرح می‌باشد. دولت جمهوری اسلامی ایران هنوز به این کنوانسیون ملحق نشده، ولی در سال ۱۳۵۴ به کنوانسیون ۱۹۲۹ ورشو، پروتکل ۱۹۵۵ لاهه، پروتکل ۱۹۷۱ گواتمالا<sup>۱</sup> و کنوانسیون ۱۹۶۱ گوادالاجارا ملحق شده است.<sup>۲</sup>

۷- در مورد حمل و نقل ریلی باید توجه داشت که راه آهن وسیله‌ای است که به طور یکسان هم برای حمل مسافر و هم برای حمل بار به کار می‌رود و در مورد هر کدام از آن دو، مقررات مفصل از قدیم الایام وجود داشته و هر چند سال یک بار، اصلاح و تجدیدنظر شده است و در حال حاضر کنوانسیون ۱۹۸۵ COTIF در سطح جهانی لازم الاجراست. کشور ما هم در سال ۱۳۶۳ به این کنوانسیون پیوسته و در سال ۱۳۷۳ نیز اصلاحاتی را که در آن به عمل آمده پذیرفته است.

۸- در مورد حمل و نقل جاده‌ای عمومی، آنچه در سطح جهانی دارای اهمیت فراوان است حمل و نقل بار می‌باشد، نه حمل و نقل اشخاص؛ زیرا نقل و انتقال اشخاص در کل قاره اروپا و ایالات متحده آمریکا و بسیاری از کشورها، در صورت استفاده از وسیله نقلیه عمومی با راه آهن است، می‌توان گفت تقریباً تمام اروپا حتی

۱. قابلیت اجرایی پیدا نکرد.

۲. قانون اجازه الحاق دولت ایران به کنوانسیون ورشو، پروتکل لاهه، پروتکل گواتمالا و کنوانسیون گوادالاجارا، مجموعه قوانین سال ۱۳۵۴.

شهرها و جاهای کوچک به برکت راه آهن به هم متصل هستند و راه آهن برقی دو خطه به طور شبانه‌روزی به جابجایی اشخاص و اشیاء می‌پردازد. آنچه در ایران معمول است که بین شهرها با اتوبوس عمدتاً به حمل و نقل اشخاص مبادرت می‌ورزند پدیده‌ای است مخصوص ایران. مسلماً اتوبوس وسیله‌ای امن و مطمئن برای مسافرت نیست و دولتها که حمل و نقل عمومی و برقراری امکانات لازم در این زمینه از وظایف اساسی آنهاست نباید درباره مسئله‌ای با این اهمیت، تا این حد بی‌اعتنا باشند و جان عده‌ای بی‌حد و شمار را هر روز و هر ساعت به دست رانندگانی بسپارند که معلوم نیست قابلیت و توانایی انجام آن را داشته باشند.

دیدیم که در مورد حمل و نقل جاده‌ای بار، کنوانسیون در سال ۱۹۵۶ به تصویب رسیده و در سال ۱۹۸۷ هم اصلاح شده که به کنوانسیون C.H.R. معروف است و ایران هم در سال ۱۳۷۶ به آن ملحق شده است. این کنوانسیون فقط در مورد حمل و نقل جاده‌ای اشیا حکومت دارد و حمل و نقل اشخاص از آن کنوانسیون تبعیت نمی‌کند. علت چیست؟ چرا جامعه بین‌المللی خود را موظف ندیده که به وضع مقرراتی در این زمینه بپردازد. دلیل آن کاملاً روشن است. حمل و نقل اشخاص از طریق جاده با اتوبوس از نظر ایمنی و سلامت و از جهت وظیفه‌ای که دولتها در حفظ و حراست جان اشخاص دارند معمول نیست و چنانکه دیدیم در آن کشورها راه آهن است که به حمل و نقل اشخاص می‌پردازد و کشورهای عقب‌افتاده هستند که مسئولان آن به حیات شهروندان خود واقعی نمی‌گذارند و به جای آنکه در صدد برآیند خطوط راه آهن را افزایش دهند و خطوط فعلی را ترمیم، برقی و دو خطه نمایند، دائم در مقام آن هستند که بر تعداد اتوبوسهای مورد استفاده بیفزایند.

جالب است خاطر نشان سازیم که ظاهراً فقط افغانستان فاقد راه آهن است. بنابراین، وقتی از جاده برای حمل و نقل اشخاص استفاده نمی‌شود، دیگر لازم نیست مقرراتی بین‌المللی راجع به حمل و نقل مسافر از طریق جاده به تصویب برسد. اتوبوس به طور درستی برای پیک‌نیک و مسافرتها کوتاه علمی به کار برده می‌شود.

۹- متأسفانه، نه تنها مسئولان امر از نظر فنی در حل مشکلات اقداماتی بجا و مؤثر معمول نداشته‌اند که از جهت حقوقی هم متصدیان حمل و نقل را به حال خود رها

کرده و در باب مسئولیت آنها مقررات لازم را وضع نموده‌اند. در مورد رابطه ناشی از قرارداد حمل و نقل، مقررات اساسی که در حقوق ایران وجود دارد عبارتند از: مواد ۵۱۶ و ۵۱۷ قانون مدنی و فصل هشتم قانون تجارت از ماده ۳۷۷ تا ماده ۳۹۴.

بدون ذره‌ای شک و تردید، هر دو دسته مقررات ناظر به حمل و نقل اشیاست و مطلقاً در مورد حمل و نقل اشخاص حکومت ندارد. درست است که مطابق بند ۲ ماده ۲ قانون تجارت، حمل و نقل چه از طریق دریا و هوا و زمین عملی تجارتي محسوب می‌شود و با توجه به اطلاق واژه «حمل و نقل»، بالاترید حمل و نقل هوایی، دریایی و زمینی (ریلی - جاده‌ای) اشخاص هم تحت شمول بند مذکور قرار می‌گیرد و تجارتي محسوب می‌شود.

اما با کمال تأسف، در مورد حمل و نقل جاده‌ای مسافر در حقوق ایران مقررات خاصی یافت نمی‌شود، در حالی که فصل هشتم قانون دریایی ایران، در مورد حمل و نقل دریایی مسافر حاوی مقرراتی است و وظایف و حقوق و مسئولیت طرفین قرارداد تابع آن مقررات می‌باشد و در خصوص حمل و نقل هوایی مسافر هم باید توجه داشت که مطابق قانون مصوب سال ۱۳۶۴، مسئولیت متصدی حمل و نقل هوایی در داخل کشور تابع مقررات کنوانسیون ۱۹۲۹ ورشو و پروتکل ۱۹۵۵ لاهه می‌باشد<sup>۱</sup> و همچنین در زمینه حمل و نقل ریلی هم در سطح داخلی و هم حمل و نقل ریلی بین‌المللی مقرراتی موجود و مجراست. پس با وجود آنکه با تهیه بلیت مسافرت، بین متصدی حمل و نقل قرارداد منعقد می‌گردد، ولی مقرراتی وجود ندارد که بر اساس آنها حقوق و وظایف طرفین آن قرارداد معلوم و معین باشد.

۱۰- به غیر از مقررات قانون مدنی و قانون تجارت در زمینه حمل و نقل که دیدیم در مورد حمل و نقل مسافر قدرتی ندارد در صورتی که قتل و جرح و ضرب غیر عمدی با وسیله نقلیه موتوری اتفاق افتد، راننده مسئولیت کیفری دارد و علاوه بر مجازات وی که جنبه عمومی دارد، مرتکب به پرداخت دیه به نحوی که در

قانون مجازات اسلامی مقرر است محکوم می‌شود. پس بر اساس این مقررات<sup>۱</sup> راننده وسیله نقلیه موتوری مقصر در برابر سانحه دیده یا اولیای دم او مسئولیت دارد و در صورت فوت مصدوم، مبلغی که بابت جبران خسارت وارد شده، محکوم به پرداخت می‌شود دیه است.

۱۱- قانون دیگری که در زمینه مورد گفتگو وجود دارد و در جهت حمایت از اشخاص ثالثی که در اثر حوادث رانندگی آسیب می‌بینند و یا جان خود را از دست می‌دهند به تصویب رسیده قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۴۷ می‌باشد. طبق این قانون، راننده وسیله نقلیه موتوری زمینی مسئول جبران خسارت بدنی و مالی است که در اثر حوادث وسیله نقلیه مزبور و یا محمولات آن به اشخاص ثالث وارد شود.

بر اساس همین قانون، دارندگان وسایل نقلیه موتوری موظفند وسایل نقلیه خود را از بابت خساراتی که به اشخاص ثالث وارد می‌شود بیمه کنند. بنابراین، مطابق این قانون، اگر راننده وسیله نقلیه در بروز حادثه مقصر تشخیص داده شود و وسیله نقلیه او بیمه شده باشد، خسارات وارد شده باید توسط شرکت بیمه‌ای که اتومبیل او را بیمه کرده جبران شود.

نه راننده که به موجب قانون دیات مسئول است و نه راننده اتومبیل و بیمه‌گر او که مطابق قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی مسئول جبران خسارات می‌باشند، هیچ کدام با مصدوم و یا مجنی علیه رابطه قراردادی ندارند. این رابطه بین مسافر از یک طرف و متصدی حمل و نقل جاده‌ای از طرف دیگر انعقاد یافته است که نه تنها در دو قانون اخیرالذکر که در قانون تجارت و قانون مدنی و قوانین دیگر نیز نصی خاص در مورد مسئولیت آن دیده نمی‌شود، اگر به جای موضوع قرارداد که حمل و نقل مسافر از نقطه‌ای به نقطه دیگر باشد، موضوع قرارداد عبارت باشد از حمل کالا از جایی به جای دیگر و در فاصله بین تحویل گرفتن کالا توسط متصدی حمل و نقل در مبدأ و زمان تحویل دادن آن در مقصد از طرف متصدی حمل و نقل به گیرنده

۱. ر.ک: مواد ۷۱۴ و بعد فصل بیست و نهم قانون مجازات اسلامی تحت عنوان جرائم ناشی از تخلفات رانندگی.

کالا، کالا از بین برود و یا آسیب ببیند، مسئولیت متصدی حمل و نقل مفروض است و موظف می‌باشد کلیه خسارات وارد شده را جبران نماید. آیا قابل توجیه است که متصدی حمل و نقل در قبال صاحب کالا دارای مسئولیت عینی باشد و سالم نرسیدن کالا به مقصد تقصیر او تلقی گردد و موظف باشد کلیه خسارات را پرداخت کند، ولی اگر موضوع قرارداد، حمل مسافر باشد، چنین مسئولیتی در مورد او قابل اعمال نباشد. این نکته نیز لازم به ذکر است که در خصوص حمل کالا، خساراتی که جبران آن به عهده حمل کننده می‌باشد منحصر به پولی نیست که بابت خرید کالا پرداخت شده، بلکه کلیه وجوهی است که برای حمل کالا، بیمه، انبارداری، حقوق و عوارض گمرک و غیره به کالا تعلق گرفته است، خواه تأدیه شده و خواه باید تأدیه شود. یعنی مجموع این ارقام قیمت کالا را تشکیل می‌دهد و مطابق ماده ۳۸۶ قانون تجارت نسبت به کلیه این ارقام متصدی حمل و نقل مسئول است، مگر اینکه در قرارداد شرطی مندرج باشد که بر اساس آن مبلغی کمتر از ارزش کالا جهت جبران خسارت توافق شده باشد. مطابق کنوانسیونهای بین‌المللی راجع به حمل و نقل مسئولیت حمل کننده دارای سقف است و معمولاً از آن پا فراتر نمی‌گذارد، در حالی که طبق قانون تجارت، حد و سقف ندارد.

به هیچ وجه قابل توجیه نیست که حمل کننده در صورت سالم نرسیدن کالاهای موضوع حمل به مقصد چنان مسئولیت سنگینی داشته باشد، هم اصل مسئول بودن او باشد و هم اثبات اینکه در وقوع حادثه هیچ گونه تقصیری به او منتسب نیست، مسئولیت او را زائل نکند، ولی وقتی موضوع قرارداد حمل مسافر باشد و حمل کننده به تعهد خود به سالم رسانیدن طرف قرارداد عمل نکند مسئولیتی متوجه او نباشد و یا اینکه حداقل مقررات خاصی در این زمینه موجود نباشد.

۱۳- حال این سؤال می‌تواند مطرح شود که آیا مسئولیت متصدی حمل و نقل بر اساس قانون مسئولیت مدنی قابل توجیه است؟ دو ماده از مواد این قانون قابل امعان نظر هستند: یکی ماده ۱۲ و دیگری ماده ۱.

ماده ۱۲ مقرر می‌دارد «کارفرمایانی که مشمول قانون کار هستند مسئول جبران خساراتی می‌باشند که از طرف کارکنان اداری و کارگران آنان در حین انجام کار





اشخاص ذی مدخل در قرارداد حمل و نقل اشخاص، همه چیز لوٹ می شود. وقتی مسئله مسئولیت متصدیان حمل و نقل به درستی روشن نباشد، به هیچ وجه جهت برقراری نظم و ترتیب و رعایت احتیاطهای لازم دلسوزی به خرج نمی دهند. یک بی توجهی و غفلت کوچک ممکن است جان تمام افراد سرنشین یک اتوبوس را به خطر اندازد. راننده خسته، خواب آلود، معتاد و در مواردی فاقد تربیت صحیح اخلاقی و اجتماعی استخدام کردن و جان اشخاص را به او سپردن معلوم است که چه فجایعی را در پی خواهد داشت، اما اگر این کار نظم و ترتیب درستی به خود بگیرد و حمل و نقل مسافران به مؤسساتی سپرده شود که از نظر مالی دارای بنیه کافی باشند و مقررات لازم و منطبق با استانداردهای جهانی در زمینه حمل و نقل مسافر وضع شود، این وضع شدیداً آشفته و غیر قابل تحمل و آبروریزانه خاتمه پیدا خواهد کرد. اگر ترتیب درست و اطمینان بخشی برقرار شود، عده زیادی که دارای سرمایه های بیکران هستند و نمی دانند که سرمایه هایشان را کجا به کار اندازند، حاضر می شوند که در زمینه حمل و نقل سرمایه گذاری کنند. النهایه در مقابل سودهای خوبی که نصیب آنها خواهد شد، باید خود را با مقررات بسیار دقیق منطبق سازند و توجه داشته باشند که در قبال مسافران طرف قرارداد خود دارای مسئولیت سنگینی هستند و کوچکترین بی احتیاطی، اهمال و غفلت ممکن است مسئولیت آنها را برقرار کند. مسلماً وقتی حمل کننده بداند که تخلف از مقررات او را مسئول می نماید دلسوزیهای لازم را اعمال خواهد کرد و در انتخاب راننده واجد صلاحیت و قابلیت و وسایل نقلیه مجهز دقت به خرج خواهد داد. مسلماً متصدی امر حمل و نقل باید به بخش خصوصی واگذار شود. ترمینالها یا به آنها فروخته و یا اجاره داده شود با این قید که ارگانهای بلدی و دولتی ذی ربط کنترلهای لازم را معمول دارند.

مؤسسات حمل و نقل لازم است که مسافران را در قبال هزینه های مربوط به معالجات، صدمات و جراحات و آسیبهای مختلف و بیکاری و از دست دادن کار تحت پوشش بیمه ای قرار دهند. اگر لازم باشد دولت باید به شکل و ترتیب قابل قبول مؤسسات حمل و نقل و بیمه را از نظر مالی حمایت کند. امر حمل و نقل عمومی یکی از وظایف مسلم دولت است و تعداد تلفات و ضایعات جسمی ناشی از حوادث





# شهادت بر شهادت

## در حقوق کیفری ایران و انگلیس

□ علیرضا قرجه‌لو<sup>۱</sup>

□ دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه شهید بهشتی

### چکیده

اثبات موضوعات کیفری از دو طریق صورت می‌گیرد: گاه توسط ادله غیرمستقیم، مانند امارات کیفری و گاه توسط ادله مستقیم انجام می‌شود. ادله مستقیم ادله‌ای هستند که در آن برای درک واقعه مجرمانه از حواس پنجگانه استفاده می‌شود. در این مقاله، به بررسی ارزش نقل قول انجام‌شده نسبت به واقعه کیفری پرداخته می‌شود. بررسی موضوع، با مطالعه تطبیقی در حقوق کامن‌لا و ایران به انجام خواهد رسید. واژگان کلیدی: شهادت بر شهادت، دلیل، اثبات، حقوق انگلیس.

### مقدمه

به جهت کثرت دعاوی که با شهادت ثابت می‌شوند، همواره شهادت مورد توجه بوده است. بینه شرعی معادل شهادت می‌باشد و بخصوص در گذشته که سایر طرق اثبات مثل اثر انگشت، «دی. ان. ای» و... وجود نداشته، بینه از طرق مهم اثبات

به شمار می‌رفته است. از مباحث قابل طرح بعد از ویژگیها و صفات شاهد، ارزش اثباتی شهادت بر شهادت می‌باشد.

اهمیت این تحقیق در درک مبانی مفاهیمی از جمله شهادت بر شهادت، در حقوق ایران و انگلیس می‌باشد. منظور از مبانی، میزان تأثیرگذاری قواعد فقهی، حقوقی و عرفی در شکل‌گیری ارزش شهادت بر شهادت می‌باشد. با دیدن ریشه ادله اثبات، از جمله شهادت بر شهادت در ایران (عرف، قواعد فقهی یا حقوقی) و انگلیس (رویه قضایی و نظر دکترین) می‌توان به تقارب یا دوری حقوق دو کشور در این مفهوم از جهت مبانی شکل‌دهنده نظر داد. هرچند که تعمیم نتایج آن در سایر حوزه‌ها دشوار می‌باشد.

هدف از انتخاب این موضوع حل ابهاماتی بود که در مفهوم شهادت بر شهادت نهفته است. اینکه شهادت بر شهادت تا چه درجه‌ای مورد پذیرش بوده و اعتبار آن به چه میزان است؟ در دادگاهها چه ارزشی برای آن قائل هستند و بین رویه و آنچه در قانون هست، تعارض وجود دارد یا نه؟ حقوق انگلیس نیز با تعریف خود از شهادت بر شهادت به درک درست از شهادت بر شهادت کمک بیشتری می‌کند و نقاط ضعف و قوت یک سیستم دیگر با حقوق ایران سنجیده می‌شود.

تأثیر تحقیق فوق حل معضلاتی خواهد بود که احتمالاً دادگاهها در شناخت شهادت بر شهادت با آن روبرو هستند. علی‌رغم پذیرش قانونی، دادگاهها در قبول شهادت بر شهادت با تأمل بیشتری برخورد می‌کنند و احتیاط بیشتری می‌نمایند. شاید این معضل با بیان برخی مصادیق و پرونده‌ها و سپس ارائه راهکارهای حل آنها، کمک بیشتری به تلطیف نظر دادگاههای ایران داشته باشد.

## ۱. کلیات

از موضوعاتی که در آیین دادرسی قابل بحث می‌باشد، «شهادت بر شهادت» به عنوان یکی از ادله اثبات دعواست. این موضوع به جهت ارتباط بیشتر با مسائل کاربردی، حائز اهمیت است. امروزه در مواردی که شاید هم، کم نباشند، حضور شاهد اصلی متعذر بوده و حکم دادگاه موقوف به شاهد فرعی است. بحث تطبیقی

کمک می کند تا ارزش اثباتی شهادت بر شهادت و علت چنین ارزشی، در دو کشور مشخص شده و نحوه برخورد هر کدام، با این دلیل اثباتی معلوم شود.

## ۱-۱. مفهوم دلیل و بار اثبات

قبل از ورود به مفهوم شهادت بر شهادت ضرورت دارد، دو مفهوم در ایران و انگلیس توضیح داده شود. مفهوم اول دلیل است. در این مفهوم، به آنچه که در دو نظام حقوقی «دلیل» می باشد، پرداخته خواهد شد و سپس مفهوم بار اثبات و معیاری که در آن برای سنجش ادله به کار می رود، بررسی می شود.

### ۱-۱-۱. مفهوم دلیل

دلیل در حقوق ایران و انگلیس از نظر دکتربین تعریف شده است. علی رغم انگلیس، در حقوق ایران در قانون نیز، معنای دلیل بیان شده است. در یک معنا، دلیل به عنوان اثبات کننده موضوعات می باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۷: ۳۰۹). این ویژگی است که ماده ۱۹۴ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ ذکر نموده: «دلیل عبارت از امری است که اصحاب دعوا برای اثبات یا دفاع از دعوا به آن استناد می نمایند». البته اثبات ممکن است نسبت به یک امر وجودی یا عدمی باشد. امر وجودی مثل شهادت به دیدن قتل و عدمی (فرهنگ حقوقی بلک، ۲۰۰۴: ۵۹۵) مثل حالتی که فردی شهادت بدهد، متهم شب حادثه در محل وقوع جرم، حضور نداشته است (Alibi Evidence).

در ماده ۱۲۵۸ قانون مدنی بدون اینکه تعریفی از دلیل ذکر شود، صرفاً مصادیق آن آمده: «دلایل اثبات دعوی از قرار ذیل است: ۱- اقرار ۲- اسناد کتبی ۳- شهادت ۴- امارات ۵- قسم». در اصول فقه عنوان شده که «دلیل چیزی است که امور مجهول را واضح و روشن می کند و برای کشف واقع و پی بردن به حکم واقعی یا موضوعات احکام به کار می رود» (محمدی، ۱۳۸۱: ۲۷۳). یکی از ویژگیهایی که در تعریف دلیل علاوه بر کشف واقع مطرح می باشد، اقناع آوری دلیل برای قاضی است (Best, ۱۸۷۰: ۲۰۸). این ویژگی بخصوص در امور کیفری مطرح است؛ همچنان که ماده ۱۹۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸، اقرار را در صورتی معتبر می داند که هیچگونه شک و شبهه ای همراه آن نباشد.

تعریف دیگری از دلیل وجود دارد که در آن دلیل مجموعه «اطلاعاتی» است که هدفش اثبات موضوع مورد نظر می‌باشد (Kean, ۲۰۰۰: ۱). لفظ «اطلاعات» هم کلی و هم غیر حقوقی است؛ زیرا می‌تواند مشتمل بر چیزهای مختلف باشد. علاوه بر این دلیل چیزی است که برای قاضی اقناع آور است. پس علی‌رغم نظر برخی (Tapper, ۱۹۹۹:۱) ضرورتی ندارد که «مأمور تحقیق» یا افرادی مانند آن به اقناع برسند. راجع به حقوق انگلیس می‌توان گفت که در قوانین خود تعریفی از دلیل به دست نداده‌اند، هرچند در قوانین مختلفی بحث ادله مطرح شده است. از جمله آنها، قانون ادله جزایی مصوب ۱۸۹۸<sup>۱</sup> (مواد ۱ تا ۳)، قانون شهادت دروغ مصوب ۱۹۱۱<sup>۲</sup> (مواد ۱۳ و ۱۴)، قانون تروریسم مصوب ۲۰۰۰<sup>۳</sup> (ماده ۱۲۰) و... می‌باشد. با مقایسه حقوق دو کشور در تعریف دلیل، هیچکدام به طور کامل نتوانسته‌اند در قانون موضوعه به آن پردازند و صرفاً حقوقدانان در عباراتی کوتاه، دلیل را تعریف نموده‌اند که بعضاً ناقص می‌باشد.<sup>۴</sup>

## ۱-۱-۲. مفهوم بار اثبات

در حقوق جزا، اصل بر بی‌تقصیری و عدم مجرمیت می‌باشد. این اصل دارای آثاری است، از جمله اینکه بار اثبات بر عهده دادستان قرار می‌گیرد. تبصره ۲ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر مؤید این مطلب است. اصل بی‌تقصیری در حقوق انگلیس به «نخ طلایی» (Golden Thread) معروف است. اصل ۳۷ قانون اساسی در حقوق ایران، مرتبط با این موضوع می‌باشد: «اصل، براءت است و هیچ کس از نظر قانون مجرم شناخته نمی‌شود، مگر اینکه جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد».

توجه بار اثبات به دادستان دارای استثنائاتی است، به این معنی که گاه بار اثبات مقلوب می‌شود و متهم باید بی‌تقصیری خود را ثابت کند. از جمله این موارد، ماده

۱. Criminal Evidence Act ۱۹۸۹.

۲. Perjury Act ۱۹۱۱.

۳. Terrorism Act ۲۰۰۰.

۴. این تعریف می‌تواند برای دلیل ارائه شود: «دلیل آن چیزی است که برای اثبات موضوع، به منظور ایجاد اقناع برای قاضی و به هدف معلوم نمودن امور مجهول به کار می‌رود».



۵ تبصره ۳ و ماده ۲۸ تبصره ۳ «قانون سوء استفاده از مواد ممنوعه»<sup>۱</sup> می‌باشد. به موجب این قانون اگر مواد ممنوعه‌ای نزد فرد یافت شود، اصل بر این است که وی می‌دانسته این مواد ممنوعه‌اند، مگر اینکه خلاف آن را ثابت کند.<sup>۲</sup> در حقوق ایران طبق ماده ۱ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۷۶: «اعمال زیر جرم است و مرتکب به مجازاتهای مقرر در این قانون محکوم می‌شود: ۱- کشت خشخاش و کوکا مطلقاً و کشت شاه‌دانه به منظور تولید مواد مخدر...».

همان گونه که از این ماده برمی‌آید، اصل بر این است که کشت خشخاش و کوکا برای مقاصد نامشروع است، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود.

از موارد دیگری که در حقوق ایران بار اثبات مقلوب شده، ماده ۲۴۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ در باب لوٹ می‌باشد که اگر لوٹ، به موجب ماده ۲۳۹ ق.م.ا. ثابت شود، وظیفه مدعی علیه است که بی‌تقصیری خود را ثابت کند. از موارد دیگری که در حقوق انگلیس بار اثبات مقلوب شده، ماده ۵ تبصره ۱ بند ب «قانون ترافیک جاده‌ها»<sup>۳</sup> مصوب ۱۹۸۸ است که احتمال در حد مجاز بودن الکل موجود در خون، ادرار و نفس متهم مورد قبول نیست، مگر اینکه متهم آن را ثابت کند. همانگونه که لرد بینقام<sup>۴</sup> استدلال می‌کند، شاید پذیرش مقلوب شدن بار اثبات در قانون ترافیک جاده‌ها به دلیل خطر مرگ یا جراحتهایی باشد که توسط راننده مست ایجاد می‌شود و وی این توصیه را مستند به خطر اجتماعی، تاریخچه جرم و متناسب بودن قرار دادن بار اثبات بر دوش متهمی که نسبت به افعال خود آگاهی دارد، می‌داند (Tausz, ۲۰۰۵: ۲۱۳-۲۱۷).

## ۲-۱. مفهوم شهادت

ادله در حقوق انگلیس به دو دسته تقسیم می‌شوند: ۱- ادله مستقیم ۲- ادله غیر مستقیم. منظور از ادله مستقیم مواردی هستند که در آنها حواس پنجگانه دخیل می‌باشند،

۱. Misuse of Drug Act ۱۹۷۱.

۲. R v. McNamara, [۱۹۸۸].

۳. Road Traffic Act ۱۹۸۸.

۴. Lord Bingham.

مثل شهادت که به واسطه دیدن یا شنیدن تحقق پیدا می‌کند. در مقابل، ادله غیر مستقیم همان ادله اوضاع و احوال هستند که به واسطه قرائن و امارات و نه حواس، به نتیجه مطلوب می‌رسند (Allen, ۲۰۰۴: ۱۹).

از نظر حقوق انگلیس شهادت، یعنی خبر دادن از حادثه‌ای که در گذشته به وقوع پیوسته است. از نظر نویسندگان ایرانی نیز شهادت، یعنی خبر دادن از اموری که به واسطه حواس قابل درک می‌باشد و این اخبار به ضرر خود و به نفع غیر نمی‌باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۷: ۳۹۳). پس شاهد بودن تقارنی با سلامت همه حواس ندارد. یعنی هر واقعه‌ای یکی از حواس را اقتضا می‌کند. مثلاً شهادت بر قتل با بینایی تقارن دارد، پس فرد کُر می‌تواند شاهد آن باشد. توهین، نیازمند شنیدن است و فرد کور می‌تواند به آن گواهی دهد.

یعنی بین استنباط از یک واقعه و دیدن یا شنیدن آن تفکیک قائل شده‌اند. به این معنی که وظیفه شاهد صرفاً بیان دیده‌ها یا شنیده‌هاست، نه بیان استنباط یا اظهار عقیده شخصی؛ زیرا اظهار عقیده درباره مسموع یا مرئی شاهد، با قاضی است. هرچند این امر دارای استثنائاتی است و آن اظهار نظر یا عقیده کارشناس است (حسینی‌نژاد، ۱۳۸۱: ۱۰۲).

### ۱-۳. مفهوم کارشناس به عنوان شاهد

در حقوق انگلیس کارشناس به نوعی شاهد است و برای کارشناس، لفظ شاهد را به کار می‌برند (Expert Opinion witness). نظر افراد خبره باید در حیطه تخصص آنها باشد و خارج از تخصص خود اظهار نظر زائدی نداشته باشند. متقابلاً زمانی از آنها دعوت به عمل می‌آید که اظهار نظر تخصصی آنها ضروری باشد. در غیر این صورت از آنها دعوت نمی‌شود. به عبارت دیگر زمانی که هیأت منصفه یا قاضی به تنهایی می‌تواند موضوع را پیگیری کنند و به اثبات برسازند، لزومی برای حضور خبره نیست. برای مثال در یک پرونده،<sup>۱</sup> بیان شد که نظر افراد خبره می‌تواند راجع به موضوعات تخصصی نظیر بیماری روانی، علوم، تکنولوژی، مهندسی، هنر و... باشد که افراد عادی آشنایی کافی و کامل راجع به آنها ندارند. در مقابل افراد کارشناس

۱. R v. Turner [۱۹۷۵].

که شاهد نیز نام دارند، افراد و شهود غیر خبره (Non expert opinion witness) قرار دارند که در حقوق انگلیس نمی‌توانند نظر کارشناسی بدهند. به عبارت دیگر توصیفات آنها راجع به موضوع جرم یا صحنه جرم در حد توصیفات افراد عادی است، نه بیشتر. برای مثال در پرونده‌ای<sup>۱</sup> قاضی لرد مک درمونت<sup>۲</sup> نمونه‌هایی از توصیفات غیر تخصصی را بیان می‌کند که توسط شاهد ارائه شده و مورد پذیرش است: «تشخیص وضعیت افراد از جمله مرگ یا بیماری، وضعیت هیجانی مثل مضطرب بودن، عصبانی بودن، تشخیص وضعیت اشیا نظیر مرتب نبودن اشیا، تازه یا کهنه بودن چیزی و...» (Emson, ۲۰۰۴: ۳۵۴-۳۵۷).

علت اینکه به کارشناس، شاهد گفته می‌شود آن است که هر چند وی شاهد واقعه نبوده، استنباط و توضیح وی نسبت به موضوع، به جهت دقت، خود نوعی شهادت است. در برخی کتب فقهی از جمله مکاسب، از کارشناس برای تعیین قیمت معیب و سالم، نظرخواهی می‌شود که در آنجا اهل خبره باید همان شرایط شاهد را داشته باشد (حسینی‌نژاد، ۱۳۸۱: ۱۰۳). در حقوق هر دو کشور هر چند در نظر برخی، کارشناس به نوعی ویژگیهای شاهد را دارد، در نظر اکثریت حقوقدانان، این دو از هم جدا بوده و در یک فصل بررسی نشده‌اند، در حقوق ایران در قانون آ.د.ک. نیز این دو تفکیک شده‌اند، و علی‌رغم اینکه در ماده ۲۰۲، تعدد مترجم مانند شاهد ضروری ذکر شده، ولی در ماده ۲۰۳ با عبارت «... موارد رد مترجم همان جهات عدم پذیرش شاهد است» این دو را جدا نموده؛ زیرا در غیر این صورت، ضرورتی برای چنین تأکیدی در صورت یکسان بودن آنها وجود نداشت.

#### ۴-۱. مفهوم شهادت بر شهادت<sup>۳</sup>

گاه شاهد، مستقیماً واقعه را ندیده و نشنیده، ولی از فردی که شاهد امر بوده، نسبت به وقوع آن اطلاع یافته است. به عبارت دیگر مشهود<sup>۴</sup> به، خود شهادت دیگری است

۱. Sherrard v. Jacob [۱۹۶۵].

۲. Mac Deremott.

۳. معادل لفظ شهادت بر شهادت در حقوق انگلیس Hearsay می‌باشد که گاهی در ترجمه فارسی ادله افواهی یا مسموعات نیز گفته شده است.

که اصطلاحاً شهادت فرع یا شهادت بر شهادت می‌نامند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۷: ۳۹۸). پس شهادت بر شهادت فقط نسبت به شنیده‌ها تحقق می‌یابد، نه دیده‌ها؛ یعنی شاهد فرع به بیان آنچه از شاهد اصلی شنیده می‌پردازد. در اصطلاح فقها، شهادت به دو شکل قابل تحقق است. گاهی شهادت به شکل تحمل شهادت است، یعنی در جایی که جرمی در حال وقوع است، فرد اقدام به دیدن یا شنیدن آن می‌کند و در مقابل اگر فردی اقدام به دیدن یا شنیدن جرم در هنگام وقوع آن نکند، عمل تحمل صورت نپذیرفته است و گاهی به صورت بیان شهادت است، یعنی فردی که واقعه مجرمانه را دیده یا شنیده و اصطلاحاً آن را تحمل نموده، در این مرحله به بیان واقعه در محکمه می‌پردازد (محقق داماد، ۱۳۷۷: ۵۹). در تعریف شهادت مورد اخیر مورد نظر است و شهادت بر شهادت نیز نسبت به «گواهی» شاهد اصلی تحقق می‌یابد.

در حقوق انگلیس شهادت بر شهادت (Hearsay Evidence)، یعنی استناد به سخنان (کتبی یا شفاهی) و اشارات ارائه‌شده، در خارج از دادگاه که اصل واقعه توسط فرد دیگری درک شده و ثالثی به عنوان فرع به نقل قول آنها در دادگاه می‌پردازد (Emson, op cit: ۱۴۰). شهادت بر شهادت ممکن است نسبت به مطالبی باشد که یک طفل یا یک بزرگسال در خارج از دادگاه ارائه نموده. پس فرقی در صلاحیت شاهد اصل وجود ندارد؛ زیرا در هر حال نتیجه یکسان است و آن عدم پذیرش شهادت بر شهادت در انگلیس است.

## ۲. مصادیق و ارزش شهادت بر شهادت

در این قسمت دو موضوع بررسی می‌شود. اول مصادیق مذکور در رویه و قانون که در ایران و انگلیس وجود دارد، سپس ارزش موارد مذکور مورد مذاکره قرار می‌گیرد. رویه، مختص به انگلیس بوده و قانون نیز در ایران بررسی می‌شود؛ زیرا انگلیس بیش از آنکه به این موضوع در قوانین خود بپردازد، در رویه پرداخته است.

### ۱-۲. مصادیق رویه‌ای و قانونی

رویه انگلیس بررسی می‌شود تا دریافت چه مواردی از نظر حقوق انگلیس شهادت

بر شهادت می‌باشد و به این طریق به تمیز شهادت بر شهادت از سایر مفاهیم پرداخته شود. به همین منظور به برخی پرونده‌های مذکور در حقوق انگلیس اشاره می‌شود. در پرونده‌ای<sup>۱</sup> فرد «ب» متهم به لواط و قتل عمد یک پسر بچه ۱۲ ساله شد. وی برای دفاع از خود در صدد برآمد تا:

۱. ادله‌ای را ارائه کند که شخص ثالثی به نام «ام» اقرار به انجام جرایم فوق نموده است.

۲. ادله‌ای را ارائه کند که «ام» حرفهایی زده که نشان می‌دهد، قبل از پیدا شدن پسر بچه، می‌دانسته که قتل عمدی اتفاق افتاده است.

۳. فرد «ب» در صدد مجبور کردن «ام» برای حضور در دادگاه برآمد، تا نسبت به آنچه گفته، تحت سؤالات متقابل قرار گیرد.

در این جرم متهم با منحرف نمودن پرونده به سمت فرد ثالث، سعی در تبرئه خود داشته است و با ابراز دلایلی، به بی‌گناهی خود قوت بیشتری بخشید، ولی این موارد همگی از نظر حقوق انگلیس صرفاً شهادت بر شهادت بوده و نهایتاً درخواست او (ب) پذیرفته نشد و وی به هر دو فقره اتهام محکوم گشت. وی درخواست تجدید نظر به مجلس اعیان نمود بر این مبنا که:

اولاً اقرار فرد «ام» به طور نادرستی، نادیده گرفته شده است.

ثانیاً اظهارات «ام» باید به عنوان ادله‌ای که نشان از علم «ام» به وقوع قتل می‌باشد، مد نظر قرار گیرد.

با وجود این، مجلس اعیان ادله مورد نظر «ب» را به دلیل اینکه جزء شهادت بر شهادت بود نپذیرفت. تنها در یک صورت اظهارات «ام» شهادت بر شهادت نخواهند بود و آن در صورتی است که اقرار او نزد محکمه صورت گیرد و نه خارج از دادگاه که در این پرونده چنین اتفاقی نیفتاده است.

در پرونده‌ای<sup>۲</sup> فرد سفیدپوستی متهم به ایذای جنسی طفل ۳ ساله‌ای شد. طفل بعد از وقوع جرم، به مادرش گفت، که مجرم یک پسر سیاه‌پوست بوده است. متهم بر

۱. R v. Blastland [۱۹۸۵].

۲. Sparks v. R [۱۹۶۴].

این مبنا خود را مبرا فرض کرد. در حالی که قاضی و متعاقباً شورای سلطنتی اظهارات بزه‌دیده را صرفاً یک شهادت غیر قابل قبول در نظر گرفتند؛ زیرا اظهارات ارائه‌شده، با واسطهٔ مادر طفل به دادگاه منتقل شده است (Emson, op cit: ۱۴۰-۱۴۴).

در پروندهٔ دیگری<sup>۱</sup> راننده‌ای به پلیس اطلاع داد که یک ماشین نیشان به طور خطرناکی در اتوبان ام بیست و هفت، رانندگی می‌کند و شمارهٔ آن را نیز ذکر نمود. پلیس بعد از تحقیق دریافت که چنین ماشینی با این شماره، به فرد «د» کرایه داده شده است. در محاکمه، افسر پلیس راجع به شمارهٔ ثبتی گزارش شده حرفی نزد؛ ولی دادگاه بدوی بر مبنای ارتباط بین شمارهٔ دیده‌شده در اتوبان و ماشین «د» وی را محکوم نمود. دادگاه عالی حکم را بر این مبنا نقض نمود که ادلهٔ پلیس، جزء شهادت بر شهادت به حساب می‌آید؛ زیرا راننده‌ای که شاهد وقوع عمل بوده، مستقیماً نزد دادگاه شهادت نداده است.

باید توجه داشت که اگر شاهدی حتی با ایما و اشاره، در نزد مأمورین تحقیق و در دادگاه به بیان مطلبی پردازد، مورد پذیرش است و شهادت بر شهادت به حساب نمی‌آید.<sup>۲</sup> این در واقع از استثنائات شهادت بر شهادت است که بعداً ذکر می‌شود. گاه شهادت بر اقرار مطرح است که باز هم مورد قبول نیست. مثلاً اگر فروشندهٔ اموال مسروقه به خریدار بگوید که این اموال را سرقت کرده‌ام، این جملات نمی‌تواند در دادگاه علیه او استناد شود؛ زیرا به نوعی شهادت بر شهادت و نقل قول هستند.<sup>۳</sup>

بعد از مصادیق رویه‌ای، به موادی که در قوانین ایران در ارتباط با موضوع می‌باشد، اشاره می‌شود. در قانون مدنی، مادهٔ ۱۳۲۰ عنوان می‌دارد: «شهادت بر شهادت در صورتی مسموع است که شاهد اصل وفات یافته یا به واسطهٔ مانع دیگری مثل بیماری و سفر و حبس و غیره نتواند حاضر شود». این ماده موارد پذیرش شهادت بر شهادت را مقید به برخی دلایل موجه نموده است.

در مادهٔ ۲۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ آمده: «در کلیهٔ دعاوی که

۱. Ahmed v. DPP [۱۹۸۸].

۲. Chanrasekera v. R [۱۹۳۷].

۳. R v. Marshall, [۱۹۹۷].

جنبه حق الناسی دارد، اعم از امور جزایی یا مدنی (مالی و غیر آن) به شرح ماده فوق، هرگاه به علت غیبت یا بیماری، سفر، حبس و امثال آن حضور گواه اصلی متعذر یا متعسر باشد، گواهی بر شهادت گواه اصلی مسموع خواهد بود.<sup>۱</sup> در این ماده نیز موارد پذیرش شهادت بر شهادت، محدود شده است.

## ۲-۲. ارزش شهادت بر شهادت

اصولاً در انگلیس، شهادت بر شهادت دلیل خوبی نیست؛ زیرا احتمال اشتباه و فراموشی در بازگویی مطلب توسط شاهد فرع، وجود دارد. در ضمن راستگویی گوینده (شاهد فرع) از طریق سؤالات متقابل سنجیده نمی‌شود.<sup>۱</sup> در ضمن شهادت بر شهادت، نوعی اظهارات ارائه شده در خارج از دادگاه می‌باشد که نمی‌توان گفت درست یا غلط‌اند. در غیر این صورت اگر این امر قابل تمییز باشد، آنها یک دلیل اصلی هستند.

در خصوص مبانی این دلیل در گذشته آمده:<sup>۲</sup> «دلیل اصلی بر اینکه سالها پیش، قضات شهادت بر شهادت را در شمار ادله قرار داده‌اند، شاید به خاطر ترسی بود که آنها از پذیرفته شدن این دلیل توسط هیأت منصفه به جهت عدم وجود سؤالات متقابل نسبت به آن داشتند». همچنان که گفته شده،<sup>۳</sup> مبنای بی‌ارزش بودن شهادت بر شهادت، عبارت از مشکل بودن ارزیابی و سنجش اظهاراتی است که هیأت منصفه مستقیماً شنیده و در معرض سؤالات متقابل قرار نگرفته است. شهادت بر شهادت در حقوق انگلیس دارای استثنائاتی است، یعنی در مواردی مورد پذیرش می‌باشد. از جمله زمانی که شاهد فرع، یک بار نیز خود واقعه را مستقیماً دیده یا شنیده باشد. یعنی علاوه بر اینکه آن واقعه را از کسی شنیده، خود نیز آن را دیده یا شنیده باشد. دومین استثنا زمانی است که شاهد فرع آنچه را بیان می‌کند؛ مثلاً به طور کتبی نوشته باشد که در این حالت نیز مورد پذیرش است.

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا شهادت بر شهادت می‌تواند در حد اماره (Presumption) دارای ارزش باشد؟ به نظر می‌آید بنا به دلایل ذیل

۱. Teper v. R [۱۰۵۲].

۲. R v. Sharp [۱۹۸۸].

۳. R v. Blastland [۱۹۸۵].

شهادت بر شهادت در حقوق انگلیس، اماره نیست:

۱. شهادت بر شهادت، به طور مستقل در فصلی جدا از امارات بحث می‌شود و هیچگاه در امارات به آن اشاره نشده است (۴۶-۶۵: Heydon, ۱۹۹۱).
۲. در مورد شهادت بر شهادت، لفظ عدم پذیرش و عدم مقبولیت به کار می‌رود و هیچگاه بحث نشده که مورد پذیرش هستند، ولی درجه اثباتی کمتری دارند. این در حالی است که درباره امارات اگرچه احتمالات (Probabilities) مطرح می‌شود، ولی هیچگاه لفظ عدم پذیرش به کار نمی‌رود.
۳. در مورد استثنائات شهادت بر شهادت نیز، آنها به عنوان دلیل مورد قبول هستند نه اماره.

در مقایسه با حقوق ایران، منظور از شهادت بر شهادت بیان آن چیزی است که شاهد فرع خود مستقیماً آنها را حس نکرده یا ندیده، ولی دیده‌ها و شنیده‌ها یا سایر محسوسات فرد ثالثی را نقل می‌کند (شمس، ۱۳۸۴: ۲۳۱). ارزش شهادت، همانگونه که ماده ۱۲۵۸ ق.م. می‌گوید، در حد دلیل است. یعنی قطع آور است و بر خلاف امارات، ایجاد ظن نمی‌کند. اما آیا شهادت بر شهادت نیز اینگونه است یا اینکه شهادت بر شهادت ارزشی جدای از دلیل یا اماره دارد؟

راجع به ارزش شهادت بر شهادت می‌توان دو نظر را ابزار نمود. در یک نظر شهادت بر شهادت از دو جزء تشکیل یافته است. یک جزء آن اماره و جزء دیگر آن شهادت می‌باشد. طبق این نظر کسی که شاهد مستقیم می‌باشد، شهادتش بر طبق قواعد کلی، که همان پذیرش شهادت بر شهادت است، مورد قبول می‌باشد، ولی کسی که به طور غیر مستقیم و از زبان شاهد اصل به بیان واقعه می‌پردازد، سخنان وی با توجه به «اماره صحت» مورد پذیرش است. در نظر دومی آمده که اعتبار شاهد اصل نیز، بنا بر «اماره صحت و درستی» است و دلیلی بر اختصاص دادن این ویژگی به شاهد فرع وجود ندارد. لکن تفاوت واقعی این دو شاهد (اصل و فرع) از لحاظ ارزش در این است که اعتبار شاهد مستقیم، مبتنی بر اصل راستگویی و درستی دریافت اوست و اعتبار شاهد غیر مستقیم، علاوه بر آن اصل، مستلزم اصل راستگویی و درستکاری شاهد واسطه نیز هست (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۲۰-۲۱).



ماده ۲۳۱ ق.آ.د.م. راجع به شهادت بر شهادت می گوید: «در کلیه دعاوی که جنبه حق الناسی دارد، اعم از امور جزایی یا مدنی (مالی و غیر آن) به شرح ماده فوق، هرگاه به علت غیبت یا بیماری، سفر، حبس و امثال آن، حضور گواه اصلی متعذر یا متعسر باشد، گواهی بر شهادت گواه اصلی، مسموع خواهد بود». البته پذیرفتن شهادت بر شهادت همانگونه که مواردی از آن در ق.م. آمده، فقط در موارد مصرح مذکور و مواردی که در حد و اندازه این موارد باشند، مورد پذیرش است. در ضمن در حقوق ایران شهادت بر شهادت مورد پذیرش است و افزودن یک شاهد دیگر بر شاهد فرع نمی تواند مورد قبول باشد.

برخی بین استرعاء و شهادت بر شهادت تفکیک قائل شده اند. منظور از استرعاء این می باشد که شاهد اصل از دو نفر عادل می خواهد که شهادت او را برای رعایت حق و حفظ حقوق مشهود له، استماع کنند که این امری مجزا از شهادت بر شهادت است (شکاری، ۱۳۸۱: ۸۱). طبق نظر این عده از نویسندگان شهادت بر شهادت زمانی است که فردی در دادگاه حاضر است و می شنود که چهار شاهد عادل، شهادت بر زنا داده اند، در اینجا وی می تواند در محکمه حقوقی، اگر مورد شهادت نشر حرمت و مانع از دواج باشد، شهادت بر شهادت دهد (همان: ۸۲).

قانون مدنی نیز با مضامین مشابه، به تکرار ماده ۲۳۱ ق.آ.د.م. در ماده ۱۳۲۰ پرداخته: «شهادت بر شهادت در صورتی مسموع است که شاهد اصل وفات یافته یا به واسطه مانع دیگری مثل بیماری و سفر و حبس و غیره نتواند حاضر شود». این ماده نیز مانند ق.آ.د.م. مصادیق شهادت بر شهادت را تمثیلی می داند. در قانون آ.د.ک. مصوب ۱۳۷۸ نیز تبصره ماده ۵۹ به شهادت بر شهادت اشاره نموده: «در مواردی که اقرار متهم و یا شهادت شاهد و یا شهادت بر شهادت شاهد، مستند رأی دادگاه باشد، استماع آن توسط قاضی صادرکننده رأی الزامی است».

در صورتی که چنین ماده ای نیز وجود نداشت، باز هم به موجب ماده ۲۳۱ ق.آ.د.م. شهادت بر شهادت در امور کیفری پذیرفته شده بود؛ زیرا ماده ۲۳۱ شامل همه امور اعم از مدنی و جزایی است. هرچند این ایراد باقی است که چگونه ق.آ.د.م. برای امور کیفری تکلیف معین نموده است.

در مقایسه حقوق ایران با انگلیس، حقوق ایران شهادت بر شهادت را پذیرفته و این امر مستند فقهی دارد، ولی این پذیرش فقط در امور حق الناسی است. پس در اموری مثل زنا، شرب خمر و مانند آن وجود شاهد اصل ضروری است. عدم پذیرش آن در انگلیس به رویه قضایی برمی گردد، همانگونه که پذیرش آن در برخی از موارد استثنایی نیز به همین دلیل می باشد. در حقوق ایران به منظور جلوگیری از پایدال شدن حقوق افراد و با توجه به اینکه موارد شهادت بر شهادت کم نیستند و در صورت عدم پذیرش معضلات زیادی را ایجاد می کرد و با توجه به سابقه فقهی، مورد پذیرش قرار گرفته اند. به این ترتیب پذیرش آن در حقوق ایران نیز مطلق نبوده و دارای استثنائاتی است (عدم پذیرش در حق الله، عدم پذیرش در صورتی که عسر و حرجی برای حضور شاهد اصلی نباشد، عدم پذیرش شاهد سوم؛ زمانی که شاهد فرع از فرد دیگری نقل می کند) و از جهت این استثنائات با حقوق انگلیس شبیه می باشد.

### ۳. مفاهیم نزدیک به شهادت بر شهادت

گاه شهادت بر شهادت وجود ندارد، ولی اموری شبیه به آن مطرح می باشد که ایجاد شبهه می کند که چه چیز هستند. این موارد خود به سه بخش تقسیم می شوند:

- ۱- دلیل اصلی ۲- ادله الکترونیکی ۳- شیان. این مفاهیم گاه قرابت و گاه وجوه افتراقی با شهادت بر شهادت دارند که بررسی آنها ضروری است.

#### ۳-۱. دلیل اصلی<sup>۱</sup>

مفهومی که ممکن است با شهادت بر شهادت در حقوق انگلیس خلط شود، «دلیل اصلی» است. منظور از دلیل اصلی، دلیلی می باشد که اگرچه خارج از دادگاه ابراز شده، دارای آن چنان قوت و اعتبار است که می تواند مستند حکم قرار گیرد. مثلاً در دعوی که فرد، متهم به خرید اموال مسروقه است، دادستان می تواند به این دلیل استناد کند که سارق در زمان فروش مال، به مال خر گفته، آنها مسروقه اند و این یک

۱. Original Evidence.

دلیل اصلی است نه شهادت بر شهادت.

حالت دیگر این است که اگر متهمی دفاع اکراه را ارائه کند، به قصد اثبات عدم انجام عمل نیست (یعنی وی اصل عمل را قبول دارد، در حالی که در شهادت بر شهادت فرد اصل عمل را قبول نداشت)، بلکه هدفش توجیه انجام عمل مجرمانه است. در اینجا برای فهم اینکه آیا اکراهی وجود داشته، باید متوسل به قرینه شد. مثلاً در دعوی قتل اگر مکره مدعی اکراه باشد، باید از طریق قرائنی ثابت کند که اعتقاد وی به عملی شدن تهدید، معقول بوده است. این قرائن می‌تواند قدرت فیزیکی تهدیدکننده و...، یعنی قرائنی برای اثبات معقول بودن تفکر او باشد. مفاهیم فوق اگرچه راجع به وقایع خارج از دادگاه می‌باشد، قرابتی با شهادت بر شهادت نداشته و در انگلیس مورد پذیرش هستند.

در پرونده‌ای<sup>۱</sup> متهم در نگهداری غیر قانونی مهمات جنگی، دفاع اکراه را مطرح نمود. شورای سلطنتی گفت که باید به متهم اجازه داد تا ادله‌ای را ارائه کند که اگر این کار را نمی‌کرد یا به قتل می‌رسید یا به شدت، مجروح می‌شد. دلیل اصلی در اینجا تهدید می‌باشد که هر چند در خارج از دادگاه تحقق یافته، نقل قول آن شهادت بر شهادت نیست.

در یک تقسیم‌بندی ادله اصلی به ادله صریح (یا واژگان مؤثر) (Operative words) و ادله ضمنی تقسیم می‌شوند. ادله نوع اول به جهت صراحتی که در صحت و سقم امور دارند، مورد پذیرش هستند (برعکس شهادت بر شهادت که درستی و نادرستی آن مشخص نبود).

برای حالت اول پرونده‌ای<sup>۲</sup> مطرح است که در آن فردی به موجب ماده ۳۳ قانون جرایم جنسی مصوب ۱۹۵۶<sup>۳</sup> متهم به اداره یک فحشاخانه شد. دلیل موجود در پرونده اظهاراتی بود که پلیس راجع به کشف آلات جنسی برای استمناء وجود زانی برای ارائه خدمات و... بیان داشت. دادگاه مجسرتیت این اظهارات را شهادت

۱. Subramaniam v. Public Prosecutor [۱۹۵۶].

۲. Woodhose v. Hall, [۱۹۸۰].

۳. Sexual Offences Act ۱۹۵۶.

بر شهادت دانست، ولی دادگاه تجدید نظر آنها را «ادله اصلی صریح»، فرض نمود و مورد پذیرش قرار داد.

در پرونده دیگری «ادله اصلی ضمنی»، مطرح شد که مورد پذیرش نیستند. فرد «تی»، صاحب مغازه، متهم به آتش زدن عمدی مغازه جهت گرفتن خسارت از بیمه شد. در طی محاکمه از افسر پلیسی دعوت به عمل آمد. وی گفت که در شب حادثه از زن ناشناسی شنیده که فریاد می‌زد: «مغازه شما (متهم) آتش گرفته، از آتش فاصله بگیرید». جمله اخیر نشان از حضور متهم در شب حادثه بوده که بیانگر عمدی بودن آتش سوزی است. وی محکوم شد، ولی متعاقباً شورای سلطنتی محکومیت را نقض نمود؛ زیرا این ادله صریح نبودند و در حد شهادت بر شهادت ارزش داشتند. در حالی که در پرونده قبل، وجود آلات مرتبط با ارائه خدمات جنسی، جزء ادله صریح بودند؛ زیرا هر زمان دسترسی و استناد به آنها ممکن بود (Emson, op cit: ۱۴۵-۱۶۱).

در مقایسه با حقوق ایران بسیاری از موارد مذکور جزء شهادت بر شهادت بوده و مورد پذیرش هستند و در مواردی نیز که به عنوان شهادت بر شهادت قابل احتساب نیستند؛ جزء امارات بوده و در حد ظنون قابل استناد هستند. البته باید توجه داشت که در تطبیق آنها بر امارات، قانونی یا قضایی بودن اماره را باید مد نظر قرار داد و بعد از تمیز قضایی یا قانونی بودن، برای هر کدام ارزش خود را قائل شد. ماده ۱۳۲۱ ق.م. در تفکیک امارات عنوان می‌دارد: «اماره عبارت از اوضاع و احوالی است که به حکم قانون یا در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می‌شود».

### ۲-۳. ادله الکترونیکی و بررسی شیاع

در دو نظام حقوقی، ممکن است ادله‌ای مثل ثبت ویدئویی، رادار، نمایش تلویزیونی، اطلاعات کامپیوتری و... مطرح شود. چنین ادله‌ای در چه قالبی قرار می‌گیرند و ارزش اثباتی آنها، به چه میزان است؟ دو گزینه برای آنها وجود دارد: ۱- شهادت بر شهادت ۲- اماره.

چنین مواردی در انگلیس، شهادت بر شهادت نیست؛ زیرا شهادت بر شهادت در

حقوق انگلیس، همواره با یک واسطه انسانی همراه است نه ابزار. اماره نیز نمی‌تواند باشد؛ زیرا ویژگیهای اماره را ندارد و در رویه قضایی و قانون جزء اماره شمرده نشده است. چنین مواردی در حقوق انگلیس جزء «ادله واقعی» (Real Evidence) است و دارای ارزش اثباتی بالایی است. پس تصاویر تلویزیونی<sup>۱</sup> یا ضبط صوت<sup>۲</sup> دارای اعتبار است. در پرونده «یادمان آزادی»<sup>۳</sup> رأی داده شد که ثبت رادار دارای اعتبار «دلیل واقعی» است.

با وجود این، در مورد هر ماشین و سیستمی که فرد انسانی به آن اطلاعات می‌دهد، مانند کامپیوتر، اخیراً تردیدهایی به وجود آمده است. این تردیدها منتهی به این امر شد<sup>۴</sup> که (مخصوصاً در سازمانهای دولتی در صورتی که احتمال استفاده چند نفر از یک کامپیوتر و اطلاعات آن وجود دارد) تا حدی ارزش اطلاعات کامپیوتر، بسته به ارزیابی دقیق هیأت منصفه باشد. با وجود این، رویه قضایی انگلیس همچنان در دعوی مختلف<sup>۵</sup> برای ثبت رایانه‌ای و حتی ثبت دستگاه، ارزش یک دلیل واقعی را قائل هستند، از جمله آنها سرعت سنج و یا هر دستگاه دیگری است که دارای حافظه می‌باشد. شاید این ایراد وارد شود که شاهد نیز دارای حافظه است. ولی باید توجه داشت که حافظه شاهد، قابل خدشه و ضعیف شدن است. به همین جهت می‌باشد که قاضی مک فرسون<sup>۶</sup> فرق بین شاهد و دستگاه را اساسی دانسته و به دستگاه ارزش یک دلیل واقعی را می‌دهد.<sup>۷</sup>

در حقوق ایران قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰، قانون آیین دادرسی مدنی و قانون مدنی راجع به ادله الکترونیک مطلبی ذکر نکرده‌اند و فقط در قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲، موادی به این امر و ارزش اثباتی اطلاعات رایانه اختصاص

۱. Kajala v. Nobel [۱۹۸۲].

۲. R v. Maqsd Ali [۱۹۶۵].

۳. Statue of Liberty [۱۹۶۸].

۴. R v. Coventry.

۵. Garner v. D.P.P [۱۹۸۹] ۹۰ Cr. App. R. ۱۷۸.

۶. Mac Pherson.

۷. Case Comment, Computer Printouts-Real Evidence or Documentary Evidence, Criminal Law Review, ۱۹۹۱, Mar, pp. ۱۹۹-۲۰۲.

داده شده است. در ماده ۱۲ قانون تجارت الکترونیک راجع به ادله الکترونیک ذکر گردیده: «اسناد و ادله اثبات دعوی ممکن است به صورت داده پیام بوده و در هیچ محکمه یا اداره دولتی نمی‌توان بر اساس قواعد ادله موجود، ارزش اثباتی «داده پیام» را صرفاً به دلیل شکل و قالب آن رد کرد». مفهوم داده پیام<sup>۱</sup> در ماده دو بیان شده که هر نمادی از واقع، اطلاعات یا مفهوم که با وسایل الکترونیکی، نوری و یا فناوریهای جدید اطلاعات تولید، ارسال، دریافت، ذخیره یا پردازش می‌شود.

چنین مواردی در حقوق ایران جزء ادله شهادت نیستند؛ زیرا شاهد، فرد انسانی می‌باشد نه ابزار. از طرفی شهادت بر شهادت نیز نمی‌باشد؛ زیرا واسطه در شهادت بر شهادت، انسان است نه ابزار. پس چنین مواردی نمی‌توانند دلیل به معنای اخص (قطع آور)، باشند. تنها حالتی که باقی می‌ماند این است که چنین مواردی اماره فرض شوند. ولی یک انتقاد اساسی وارد است و آن اینکه چرا چنین مواردی که گاه درصد خطای آنها صفر می‌باشد، اماره بوده و جزء ظنون هستند، ولی شهادت یک فرد انسانی که احتمال خطا، نسیان و... در آن وجود دارد، جزء ادله بوده و قطع آور است!

موضوع دیگری که می‌توان بررسی کرد، مقایسه «شیاع» و شهادت بر شهادت است. در حقوق ایران موردی را می‌توان مثال زد که در آن شاهد فرع، سخنان هیچ شاهد اصلی را نقل قول نمی‌کند، بلکه صرفاً سخنانی را که در نزد مردم دهان به دهان بازگو می‌شود، مستند قرار می‌دهد. چنین موردی به طریق اولی در حقوق انگلیس مورد پذیرش نیست؛ زیرا وقتی سخنان شاهد فرع که با یک واسطه به بازگویی موضوع می‌پردازد مورد پذیرش نمی‌باشد، چگونه در شیاع که تعداد واسطه‌ها در آن بیشتر نیز می‌باشد مورد پذیرش باشد. به لحاظ فقهی نیز چنین موردی اعتبار ندارد. هرچند در برخی موارد، ناگزیر از پذیرش آن هستیم. مثلاً وقتی طفلی متولد می‌شود و تنها افراد قلیلی آن را دیده‌اند، ولی تعداد زیادی می‌دانند که طفل متعلق به آن خانواده است، در صورت عدم پذیرش شیاع، مشکلاتی پیش خواهد آمد (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۲۱-۲۲).

۱. Data message.

از طرفی شیاع به اماره نزدیکتر است تا دلیل (شهادت)؛ زیرا:

۱. شهادت کسانی را شامل می‌شود که در واقعه حضور فیزیکی داشته‌اند و از طریق یکی از حواس خود واقعه را درک کرده‌اند و شامل سایرین نیست.
۲. اصل در شیاع عدم پذیرش است و این اصل به امارات که جزء ظنون هستند و اصل در آنها عدم پذیرش می‌باشد، نزدیکتر است (همان: ۲۳).

## نتیجه‌گیری

در بررسی برخی موضوعات، ریشه قواعد و قوانین می‌تواند در نوع نتایج حاصل مؤثر باشد. مبنای فقهی شهادت بر شهادت ما را از دستیابی به نتایج متعدد، بی‌نیاز نموده و باعث تأثیر و تصدیق همان تصوراتی می‌شود که در قانون ذکر شده است. قانونگذار نیز با فراغ کامل از اینکه در عمل چه معضلاتی وجود دارد، به تقنین پرداخته و در عباراتی کوتاه تکلیف موضوع را با ابتر گذاشتن آن، کامل فرض نموده است. اولین نتیجه حاصل وجود نواقصی است که بین قانون و بستر اجرایی آن (دادگاه) وجود دارد. حل نکردن برخی موضوعات از جمله شهادت بر اقرار که در باب قسامه و فقط در لوث آمده، قابل ذکر می‌باشد. این در حالی است که حکم خاصی راجع به آن در سایر مباحث کیفری و حقوقی وجود ندارد.

حقوق دو کشور راجع به یک موضوع، هر یک به راهی متفاوت رفته‌اند که نشان از ناهمگرایی و شاید اهداف متمایز دارد. این اولین باری نیست که چنین مواردی دیده می‌شود و البته هر کشور را و می‌دارد تا تأمل بیشتر در قواعد خود نموده و با دیدگاهی منتقدانه تر حقوق خود را بررسی کنند.

جایگاه شهادت در میان مصادیق یقینی و ظنی، بنا بر تأکید قانون، تمایل به امور یقینی است. شهادت بر شهادت جزء دلایل است و اماره بودن آن در معنای خاص دلیل، جایگاهی ندارد. هر چند قانون مدنی در ماده ۱۲۵۸ به بی‌راهه رفته و اماره را شامل دلایل می‌داند. البته قوانین راجع به ادله، منتج به این می‌شود که تشخیص «دی.ان.ای» که از دقیق‌ترین طرق کشف جرایم است، اماره بوده و ظنی، ولی شهادت بر شهادت که در آن احتمال خطا هست، جزء دلایل محسوب گردد.

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، چاپ نهم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۷ ش.
  ۲. حسینی نژاد، حسینقلی، *ادله اثبات دعوی*، تهران، انتشارات دانش‌نگار، ۱۳۸۱ ش.
  ۳. شکاری، روشنعلی، *ادله اثبات دعوی*، تهران، انتشارات نسل نیکان، ۱۳۸۱ ش.
  ۴. شمس، عبدالله، *آیین دادرسی مدنی*، جلد سوم، چاپ سوم، تهران، انتشارات دراک، ۱۳۸۴ ش.
  ۵. کاتوزیان، ناصر، *اثبات و دلیل اثبات*، جلد دوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۳ ش.
  ۶. محقق داماد، مصطفی، *قواعد فقه ۳ (بخش قضایی)*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۷ ش.
  ۷. محمدی، ابوالحسن، *مبانی استنباط حقوق اسلامی*، چاپ پانزدهم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۱ ش.
۸. Allen, Christopher, *Practical Guide to Evidence*, ۳<sup>rd</sup> Edition, Cavendish Publishing, London, ۲۰۰۴.
  ۹. Best, W. M., *Principles of the Law of Evidence*, ۵<sup>th</sup> Edition, H Sweet, London, ۱۸۷۰.
  ۱۱. Case Comment, Computer Printouts – Real Evidence or Documentary Evidence, *Criminal Law Review*, ۱۹۹۱.
  ۱۲. Emson, Raymond, *Evidence*, ۲<sup>nd</sup> Edition, Palgrave Publishing, London, ۲۰۰۴.
  ۱۰. Garner, Bryan, A., *Black's Law Dictionary*, ۸<sup>th</sup> Edition, West Publishing, US, ۲۰۰۴.
  ۱۳. Heydon, J. D. & Mark Ockelton, *Evidence (Cases and Materials)*, ۳<sup>rd</sup> Edition, Butterworths Publishing, ۱۹۹۱.
  ۱۴. Kean, A., *The Modern Law of Evidence*, ۵<sup>th</sup> Edition, Butterworth, London, ۲۰۰۰.
  ۱۵. Tapper, C., *Cross and Tapper on Evidence*, ۹<sup>th</sup> Edition, Butterworth, London, ۱۹۹۹.
  ۱۶. Tausz, Dilys and A. J. Ashworth, *Case Comment: Burden of Proof: Whether Reverse Burden of Proof on Road Traffic and Terrorism Legislation is Compatible with Presumption of Innocence in Art ۶(۲) of the European Convention on Human Rights*, *Criminal Law Review*, ۲۰۰۵.



# نقش بیمه در حل و فصل دعاوی کیفری

- عبدالله خدابخشی (دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران)
- نیره عابدین زاده شهری (دادیار دادرسی عمومی و انقلاب مشهد)

## چکیده

بیمه علاوه بر نقشی که در قواعد مسئولیت مدنی داشته و کمیت و کیفیت دعاوی آن را دگرگون نموده است، در حقوق کیفری نیز بدون تأثیر نیست؛ گذشته از نقش اساسی آن در مباحث دیات، می توان آثار مفید آن را در دیگر دعاوی کیفری نیز مشاهده کرد. بیمه می تواند از وقوع اختلاف جلوگیری کند و طرفین دعوی را در وضعیت متعادل قرار دهد، مانع استمرار اختلاف شود و در جرم زدایی عملی نیز موفق باشد. این رویکردها و آثار می توانند به حقوق کیفری کمک نمایند و سبب وضع قواعد قابل پذیرش شوند. این نوشتار در صدد بررسی آثار مذکور است.

واژگان کلیدی: بیمه، دعاوی کیفری، حقوق ایران، حقوق فرانسه.

## درآمد

روابط اجتماعی وقتی رنگ و بوی حقوقی به خود می گیرند، پیچیدگی بیشتری می یابند. منطق واقعی و عینی آنها تبدیل به منطق اعتباری شده و قواعد حقوقی جای

قواعد عینی را می‌گیرد. بسیاری از تعارضات، تراحمات و اشکالات ناشی از تحلیل مسائل به دلیل عدم توجه به تفاوت منطق و فلسفه حاکم بر قواعد حقوقی است (قربان‌پور، ۱۳۸۴: ۶۲-۷۴). دخالت هر نهاد حقوقی نیز بر پیچیدگی روابط سابق می‌افزاید و در چنین وضع پیچیده‌ای که تارهای قواعد حقوقی به هم تنیده شده، احراز مسائل از یک سو و ارائه راه حل مفید و شایسته برای آنها، از سوی دیگر، بسیار دشوار می‌شود. بدون جهت نیست که نام چنین موضوعاتی را «پرونده‌های دشوار»<sup>۱</sup> گذاشته‌اند (تیبیت، ۱۳۸۴: ۹۲-۱۲۲؛ ۱۳۶-۱۲۰: ۲۰۰۳: mcleod).

در چنین وضعی گذشته از دشواری خاص در تحلیل رویه قضایی، عملکرد قانون‌گذار نیز بدون دشواری نخواهد بود و تعیین راه حل مناسب با هر مسئله، که در درجه نخست به عهده او گذاشته شده است، نیازمند بررسی همه‌جانبه روابط حقوقی و اثر آنها بر واقعیات اجتماعی است. دخالت بیمه و حقوق بیمه با عوارض ذاتی و فرعی خود نیز یکی از این دشواریهاست که نقش بسیاری در روابط حقوقی داشته و به‌ویژه دو حوزه بسیار گسترده حقوق، یعنی مسئولیت مدنی و حقوق کیفری را تحت تأثیر قرار داده است. علی‌رغم اینکه مسئولیت مدنی وابسته به حقوق مدنی است و تغایر ذاتی با حقوق کیفری دارد، ولی از این منظر یعنی تأثیر و نقش بیمه، می‌توان شاهراهی مشترک را میان آنها پیدا کرد. این مسیر مشترک را می‌توان در «جبران خسارت و اعاده وضع»<sup>۲</sup> خلاصه کرد که علت اساسی دعاوی مسئولیت مدنی و کیفری است. اهمیت و نقش بیمه در حقوق مسئولیت مدنی بر کسی پوشیده نیست (خدابخشی، ۱۳۸۱)، اما بحث از تأثیر بیمه در حل و فصل دعاوی کیفری، پیشبرد سیاستهای کیفری و جبران خسارت و اعاده وضع بزه‌دیدگان نیز حایز اهمیت بسیار است.

حقوق کیفری و دعاوی آن از چند جهت تحت تأثیر بیمه، به‌ویژه بیمه‌های مسئولیت<sup>۳</sup> قرار دارند. در بسیاری موارد بیمه مانع از تشکیل و تحقق دعاوی کیفری می‌شود و قواعد حقوق کیفری را کنار می‌زند (رویگرد کنشی بیمه). در مواردی

۱. hard cases.

۲. rparation et restitution.

۳. Liability insurance = assurance de responsabilité.

این نهاد سبب قلع مایه اصلی نزاع شده و در حل مسائل حقوق کیفری تسریع می‌نماید (رویکرد واکنشی سخت). علاوه بر این، دعاوی چه در مراجع رسمی مطرح شوند یا نشوند، دخالت بیمه از استمرار اختلاف و در نتیجه، امکان طرح دعاوی بالقوه جلوگیری می‌کند (رویکرد واکنشی نرم)، بنابراین وجوه مذکور را به ترتیب ذیل در دو گفتار بررسی می‌کنیم.

## ۱. تأثیر بیمه در پیشگیری از طرح دعاوی کیفری (رویکرد کنشی بیمه)

همان‌طور که در مسائل پیشگیری از وقوع جرم، بین تأثیر کنشی (پیشینی) و واکنشی (پسینی) پیشگیری تفاوت است (عباجی، ۱۳۸۳: ۵۶-۶۵؛ رایجیان اصلی، ۱۳۸۳: ۱۲۳-۱۶۸)، همین دوگانگی را می‌توان در مورد تأثیر بیمه نیز مشاهده نمود. هرگاه دخالت بیمه، بدون قواعد حقوق کیفری و یا با دخالت فرعی این قواعد، سبب اعاده وضع، رفع موانع حقوقی و حل و فصل مسائل شود و قسمت عمده دخالت خود را در خارج از مراجع قضایی ساماندهی کند، در واقع دخالت کنشی داشته است. در این رویکرد، حقوق بیمه با استفاده از فنون و اصول خود، راهکاری می‌یابد که در بسیاری از موارد، طرفین اختلاف، دچار احساس بیگانگی و دوگانگی و تعارض منافع نشده و هر دو در تحقق عملی که به ظاهر مجرمانه است اتفاق نظر دارند یا چنان وانمود می‌کنند که گویی هیچ‌یک احساس بزه‌دیدگی ندارند. این رویکرد، بهترین نقش را در اتحاد منافع اشخاص و جلوگیری از حضور آنها در مراجع قضایی ایفا می‌کند.

### ۱-۱. تأثیر بیمه در جرم‌زدایی عملی

هرگاه صلاحیت رسمی نظام کیفری تغییری نکند، ولی با تغییر رفتارهای حقوقی اشخاص، مراجعه به دادگاه کمتر یا حذف شود، جرم‌زدایی عملی<sup>۱</sup> به عمل آمده است (گزارش جرم‌زدایی اروپا، ۱۳۸۴: ۱۰). برای مثال در نظام «اقتضا داشتن تعقیب»، دادستان در صورت صلاح‌دید به امر تعقیب اقدام یا با متهم به سازش می‌رسد و مانع

۱. Practical decriminalisation

از جریان دعوی کیفری می شود (آشوری، ۱۳۸۳: ۱۰۵؛ استفانی، لواسور، بولوک، ۱۳۷۷: ۷۲۱) میانجی گری کیفری نیز همین وظیفه را ایفا می کند (پرو، ۱۳۸۴: ۵۰۵-۵۱۱) و به ویژه پیش از طرح دعوی کیفری می تواند طرفین را به اعاده موقعیت و حل مسائل مساعدت نماید.

در این میان نقش بیمه نیز حائز اهمیت است و در جرم زدایی عملی و محدود کردن قلمرو عملی حقوق کیفری کمک بسیار می کند. اموال و مالکیت یا مسئولیت مدنی، امروزه تحت پوشش انواع بیمه های قرار دارد که در هنگام تحقق اعمال مجرمانه به یاری بزه دیده می آیند و با جبران خسارت وی، تشفی خاطر او را فراهم می نمایند یا از طرح دعوی کیفری منصرف و انگیزه های او را منتفی می کنند. برای مثال، در بیمه سرقت اتومبیل، با پیچیدگی های متعدد دعاوی کیفری آن و اطاله رسیدگی و نیاز فوری بزه دیده، بیمه گر با انعقاد صلح و پرداخت خسارت بیمه گذار مطابق ماده ۳۰ قانون بیمه، قائم مقام او می شود و بدیهی است کمتر شرکت بیمه ای است که الزامات اداری خود را رها نماید و در صدد تعقیب دعوی کیفری باشد که مشخص نیست نتیجه آن چگونه خواهد بود. «هر زمان بتوان برای خسارت وارد شده غرامت پرداخت کرد، بیمه می تواند در آن ایفای نقش کند. این امر ممکن است بر ارزیابی آن جرم تأثیر بگذارد؛ زیرا این واقعیت که بیمه خسارت وارد شده را به طور کامل تحت پوشش قرار می دهد، آسیب وارد شده و در نتیجه شدت جرم را کاهش می دهد» (گزارش جرم زدایی اروپا، ۲۳۲-۲۳۳). به همین دلیل است که از قراردادهای اولیه و الحاقی بیمه و پرداخت خسارت توسط شرکت بیمه گر و نفوذ چنین توافقاتی با زیان دیده از جرم، دفاع شده است و علی رغم ممنوع بودن پوشش مسئولیت کیفری و خسارت عمدی،<sup>۱</sup>

۱. ماده ۴ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶/۲/۷ با بیان «موضوع بیمه ممکن است مال باشد اعم از عین یا منفعت یا هر حق مالی یا هر نوع مسئولیت حقوقی...» و مفاد ماده ۵ قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث مصوب ۱۳۴۷ با بیان «در مورد عمد راننده در ایجاد حادثه... شرکت بیمه پس از پرداخت خسارت زیان دیده می تواند برای استرداد وجوه به شخصی که موجب خسارت شده مراجعه نماید» و بند ۵ ماده ۴ این قانون با بیان «موارد ذیل از شمول بیمه موضوع این قانون خارج است: ۱... ۲... ۳... ۴... ۵... خسارت ناشی از محکومیت جزایی و پرداخت جرایم» مجموعاً دلالت بر بطلان بیمه خسارت عمدی و خسارت ناشی از عمل مجرمانه دارند.

این توافقات صحیح می‌باشند،<sup>۱</sup> زیرا آنها در صدد کمک به مجرم نیستند بلکه وضعیت ناشی از جرم را به سود بزه‌دیده تغییر می‌دهند و اثری در حق مجرم ندارند، ولی در هر صورت به دلیل گردش مالی شرکت‌های بیمه، حفظ شهرت آنها و مشکلات اداری، کمتر موردی را می‌توان یافت که شرکت بیمه پس از پرداخت خسارت در صدد طرح دعوی کیفری در دادگستری باشد.

سرقت یا تخریب وسایل جزئی که اثری جز تراکم پرونده در دادگستری ندارند نیز به دلیل دخالت بیمه، به سمت و سوی شرکت‌های بیمه هدایت و از دادگستری خارج می‌شوند. برای مثال، سرقت از سوپرمارکتها، وسایل اتومبیل و نظایر آن، معمولاً متهم معینی ندارد و تنها می‌تواند حجم عظیمی از پرونده‌ها را وارد دادگستری نماید. شرکت‌های بیمه در این وضعیت دخالت می‌نمایند و با حداقل مدارک اثباتی یا مشاهده عینی وضعیت تخریب مال و سرقت، خسارت را جبران می‌کنند و عملاً دعوای کیفری اقامه نمی‌شود. این رویکرد در چند زمینه مورد موافقت بیمه مرکزی ایران و شرکت‌های دیگر نیز قرار گرفته است و خسارات ناشی از سرقت‌های وسایل اتومبیل (دستگاه پخش، پنل و...) از محل بیمه‌نامه‌های مالکین اتومبیل جبران می‌شود.

### ۱-۱-۱. وضع ویژه تصادفات رانندگی - حقوق فرانسه و ایران

بی‌گمان ملموس‌ترین اثر ویژه بیمه در جبران خسارت زیان‌دیده را می‌توان در

۱. به موجب رأی اصراری شماره ۷۹/۳/۱۷-۱۰ قرارداد صلح منعقدشده بین مال‌باخته‌ای که اتومبیل او سرقت شده بود با شرکت بیمه مبنی بر پرداخت خسارت و قائم‌مقامی حقوق زیان‌دیده، معتبر شناخته شده است هر چند مبلغ مال موضوع سرقت بیشتر از خسارت پرداختی شرکت بیمه باشد. در این رأی آمده است «به موجب ماده ۱۹ قانون بیمه که مقرر داشته (مسئولیت بیمه‌گر عبارت است از تفاوت قیمت مال بیمه‌شده بلافاصله قبل از وقوع حادثه با قیمت باقی‌مانده بلافاصله بعد از حادثه) خسارت حاصله بر این اساس نسبت به اتومبیل مسروقه به کیفیتی که در سند صلح آمده محاسبه و مورد توافق طرفین قرار گرفته و چون سازمان بیمه بر طبق ماده ۱ قانون مذکور فقط متعهد به جبران خسارت می‌باشد و خسارت هم نمی‌تواند از قیمت معینه در بیمه‌نامه تجاوز نماید بنابراین و با عنایت به مبلغ بیمه‌شده و نظر به اینکه سند صلح تنظیمی متضمن جبران خسارت متصوره و واقعه مصالح بوده و دلیلی هم بر کره و اجبار مصالح ابراز نگردیده، حکم تجدیدنظر خواسته که بر خلاف قانون و مقررات موضوعه اصدار یافته، مخدوش تشخیص و ضمن نقض آن...» (مذاکرات و آرای هیئت عمومی دیوان عالی کشور سال ۱۳۷۹، ۱۳۸۲: ۱۶۶).

تصادفات رانندگی مشاهده کرد. همان طور که تصادفات رانندگی مهمترین فعل زیانبار دنیای معاصر است (کاتوزیان، جنیدی، غمامی، ۱۳۸۰: ۵۹) و عده کشته شدگان آن از مجموع جنگهای جهانی بیشتر است (۱۰: ۱۹۷۱، Tunc)، سهم جبران خسارت ناشی از بیمه نیز بسیار و به درستی ادعا شده است که اتومبیل بدون بیمه قادر به حرکت نیست و باید تمام هزینه‌های خود را از این طریق جبران کند.<sup>۱</sup> ما در صدد بیان تفصیلی تأثیر بیمه نیستیم و تنها به سهم آن در جرم‌زدایی عملی و ممانعت از طرح دعاوی کیفری گسترده اشاره می‌نماییم (خدابخشی، ۱۳۸۱: ۵۴-۶۰؛ ۳۸۳: ۱۵-۲۲).

### ۱-۱-۲. حقوق فرانسه

تحولات این کشور و سهم بیمه در متوقف ماندن طرح دعاوی کیفری مشهود است. در آخرین تحول و پس از تصویب قانون ۱۹۸۵ معروف به قانون بدنتر،<sup>۲</sup> مؤسسات و شرکتهای بیمه مکلف شدند تا بلافاصله پس از تحقق خسارت، پیشنهاد جبران خسارت خود را به زیان‌دیدگان یا وراثت او ارائه داده و نیمی از کل خسارت را بلافاصله پرداخت نمایند. طرح دعاوی به جای دادگاه در شرکت بیمه متمرکز می‌شود و به طور معمول، خسارت بدون اختلافی جبران می‌شود. حتی در صورت استنکاف بیمه‌گر از ارائه پیشنهاد یا پرداخت خسارت، ضمانت اجرای سنگین پیش‌بینی شده است. بدین نحو که علاوه بر اصل خسارت، بیمه‌گر ممکن است مجبور به پرداخت دو برابر آن به عنوان جریمه شود و این ضمانت اجرا، عملاً باعث شده تا کمتر شرکت بیمه‌ای از پرداخت خسارت و تصفیة فوری با زیان‌دیده سر باز زند. نتیجه این رویکرد حل و فصل دعوی در شرکتهای بیمه‌ای است و نوبت به طرح دعاوی کیفری نمی‌رسد. این وضعیت را می‌توان در تصادفاتی که سبب خسارت مالی شده‌اند نیز مشاهده کرد.

این نکته را نیز متذکر می‌شویم که این رویکرد تقریباً جهانی شده و حوادث

۱. As said by keeton and O'connell: "The automobile should pay its way through society" (Tunc, ۱۹۹۸: ۴۶۲).

۲. Loi Badinter (۱۹۸۵) - علت نام‌گذاری این است که پس از مخالفت‌های بسیار شرکتهای بیمه با پیش‌نویس اولیه لایحه مذکور، به همت بدنتر وزیر دادگستری وقت فرانسه، این لایحه تصویب شد.

رانندگی به طور معمول در شرکتهای بیمه‌ای متمرکز و دعاوی آن به سرعت حل و فصل می‌شوند (بادینی، ۱۳۸۴: ۳۴۹-۳۶۷؛ خدابخشی، ۱۳۸۱: ۵۷-۵۸).

### ۳-۱-۱. حقوق ایران

در حقوق ایران با اجباری شدن بیمه اجباری مسئولیت ناشی از وسیله نقلیه و اقبال مناسب رانندگان و دارندگان به بیمه نمودن وسایل مذکور، کمک بسیاری به دعاوی کیفری شده است. اما بر خلاف حقوق فرانسه و دیگر کشورها که دعاوی خسارات بدنی و مالی، در شرکتهای بیمه متمرکز می‌شود، در ایران تنها تصادفات خسارتی است که با مساعی بیمه‌گران، حل و فصل می‌شود. بدیهی است که این تصادفات، به دلیل غیر عمدی بودن جرم تلقی نمی‌شود و دخالت بیمه از این نظر کمکی به حقوق کیفری و دعاوی آن نمی‌کند، لکن به دلیل مرسوم بودن مراجعه اشخاص به مراجع کیفری و طرح دعاوی در این مراجع، وجود بیمه از این نظر که مانع از ورود چنین پرونده‌هایی می‌شود بسیار حائز اهمیت است. در عین حال در مواردی که راننده‌ای بعد از تصادف اقدام به فرار می‌کند شرکتهای بیمه خسارت اتومبیل حاضر را جبران نمی‌کنند و شخص مجبور به مراجعه به دادگستری است. وجود بیمه‌های بدنه اتومبیل می‌تواند این مشکل را نیز حل و فصل نماید و با رجوع مستقیم به بیمه‌گر خسارت را دریافت کرد. تنها در جایی که دو وسیله نقلیه تصادف می‌کنند و یکی از آن دو بیمه نیست، شرکت بیمه از پرداخت خسارت، بعضاً امتناع می‌کند و شخص بدون بیمه را مجبور به تهیه پوشش بیمه‌ای می‌نماید و در مواردی که شخص از این امر سر باز می‌زند، طرف مقابل (زیان‌دیده) مجبور به رجوع به دادگاه خواهد بود. رعایت تکلیف قانونی از سوی بیمه‌گران در این فرض نیز می‌تواند این بخش از دعاوی را که به طور معمول در مراجع کیفری مطرح می‌شوند، منتفی نماید.

راجع به تصادف رانندگی که صدمات بدنی به وجود می‌آورد به دلیل ماهیت خاص دیه و احتساب آن در زمره کیفرها و تصریح مواد ۷۱۴ الی ۷۱۷ قانون مجازات اسلامی به جرم بودن این عمل، دعاوی جزایی را می‌توان در مراجع قضایی مشاهده نمود و به نظر می‌رسد که جرم‌زدایی عملی و نقش بیمه در این فرض، قابل توجه نباشد؛

زیرا رویه مسلم شرکتهای بیمه این است که باید حکم قطعی بر محکومیت و تعیین دیه وجود داشته باشد تا از محل بیمه‌نامه جبران شود و رجوع مستقیم به بیمه‌گر و حل و فصل خارج از دادگستری مرسوم نیست. این رویه باعث اشکالات متعددی می‌شود و در همین جا اشاره می‌گردد که هر چند اصول حاکم بر حقوق بیمه، اجازه می‌دهد در این موارد هم بیمه‌گران بدون دخالت دادگاه به پرداخت خسارت اقدام نمایند، ولی جهت تثبیت این رویه صحیح، هنگام تنظیم پیش‌نویس لایحه بیمه اجباری مسئولیت مدنی ناشی از حوادث رانندگی که اکنون در کمیسیون اقتصادی مجلس روند نهایی خود را طی می‌کند، این مورد نیز در نظر گرفته شده است.<sup>۱</sup>

#### ۱-۱-۴. طرحهای تکمیلی بیمه اجباری<sup>۲</sup>

اهمیت و نقش این طرحها و هدفی که دنبال می‌کنند خارج از حوصله این نوشتار است (۷۹۸: ۲۰۰۷، Mark and Ken)، ولی باید این نکته را متذکر شد که گسترش بیمه‌های مسئولیت، به تنهایی کافی برای جبران خسارت زیان‌دیده نیست و دعاوی کیفری را به تنهایی حل و فصل نمی‌کند. اگر مسئولیت مدنی و بسیاری دعاوی جزایی بدون بیمه، قادر به ایفای نقش خود نیستند، بی‌گمان بدون حضور طرحهای تکمیلی بیمه هم نمی‌توانند راه به جایی ببرند. برخی از مهمترین طرحهای

۱. پیش‌نویس اصلاحیه قانون بیمه اجباری از سوی بیمه مرکزی و وزارت امور اقتصادی و دارایی، جهت اظهار نظر به قوه قضاییه ارسال گردید. با توجه به فعالیت تخصصی خود در مورد بیمه مسئولیت، ایرادات اساسی و نواقص پیش‌نویس را به معاون محترم حقوقی و توسعه قضایی، آقای دکتر جمشیدی اعلام نمودم. ایشان مسئله را با ریاست محترم قوه قضاییه مطرح نمود و تهیه پیش‌نویس جامع بیمه اجباری به عهده اینجانب قرار گرفت. پس از تهیه پیش‌نویس، طی چندین جلسه با حضور ریاست محترم قوه قضاییه، معاون محترم حقوقی و مدیر کل اداره تدوین لوایح، تک تک موارد را بررسی و نهایتاً به تصویب ریاست محترم قوه قضاییه رساندیم. در جلسات مسئولان عالی قضایی نیز مطرح و بعد از آن چندین جلسه با نمایندگان بیمه مرکزی ایران، وزیر محترم اقتصادی و دارایی و رئیس محترم کمیسیون اقتصادی مجلس در این خصوص بحث و تبادل نظر به عمل آمد. نمایندگان دولت (بیمه مرکزی و وزارت امور اقتصادی و دارایی) در ابتدا به شدت مخالف پیش‌نویس قوه قضاییه بودند که نهایتاً با دخالت قاطع رئیس محترم قوه قضاییه و همراهی رئیس محترم کمیسیون اقتصادی مجلس، قرار بر آن شد که موضوع در جلسات کمیسیون اقتصادی مجلس با حضور تمام نمایندگان ذی‌نفع بررسی شود.

۲. Complementary schemes to compulsory insurance.



تکمیلی را که در نظامهای حقوقی مطرح شده‌اند می‌توان به صورت زیر برشمرد (خدابخشی، ۱۳۸۱: ۷۴-۷۲؛ ۱۳۸۳: ۳۴-۳۵):

۱- صندوق جبران زیانهای ناشی از عمل مجرمانه<sup>۱</sup> که در سال ۱۹۶۴ در انگلستان تدوین شده و بهترین طرح برای جبران خسارت توسط دولت است. تحولات آن در سال ۱۹۹۵ منجر به پیش‌بینی اصولی نظیر طبقه‌بندی جرایم و نحوه دخالت بزه‌دیده و پرداخت خسارت تا سقف ۲۵۰ هزار دلار (حداکثر تا ۵۰۰ هزار دلار) گردید. زیان‌دیدگان ناشی از عمل مجرمانه علیه این صندوق طرح دعوی می‌کنند تا وضعیت خود را اثبات نمایند (۶: ۱۹۷۶، Rogers, op. cit; Mark Ken).

۲- کنسرسیوم بیمه‌گران اتومبیل انگلستان<sup>۲</sup> که در سال ۱۹۴۶ و برای پرداخت خسارت ناشی از اتومبیل‌های بیمه‌نشده تشکیل گردید و هر حکمی که از سوی دادگاهها علیه این صندوق صادر شود مورد اعتراض قرار نمی‌گیرد (۲۶: Mark Ken, op. cit).

۳- صندوق تضمین خسارت اتومبیل<sup>۳</sup> در سال ۱۹۵۱ در فرانسه تشکیل شد و برای جبران خسارت ناشی از حوادث رانندگی که راننده متواری شده یا اتومبیل بیمه نیست استفاده می‌شود و تقریباً شبیه صندوق تأمین خسارتهای بدنی ایران عمل می‌کند (کاتوزیان، غمامی، جنیدی، ۱۳۸۰: ۲۰۷-۲۰۸).

۴- صندوق تأمین خسارتهای بدنی موضوع ماده ۱۰ قانون بیمه اجباری ۱۳۴۷ که برای جبران خسارتهای بدنی مقرر شده و بر اساس تصویب هیأت وزیران، سقف تعهدات آن متغیر خواهد بود. مواردی نظیر فرار کردن راننده، بیمه نداشتن، تعلیق قرارداد بیمه یا تأمین بیمه‌گر، باعث دخالت این صندوق و پرداخت خسارت می‌شود. سازمان، وظایف تخصصی، نحوه و عملکرد دادگاهها نسبت به آن، قانونی بودن تعیین سقف تعهدات آن، حق دفاع و محکومیت مستقیم صندوق توسط دادگاهها، نحوه ارتباط با بیت‌المال در هنگام قتل و مسائلی از این قبیل را در بحث دیگری تشریح نموده‌ایم که در این قسمت ضرورتی به تکرار نیست (خدابخشی، ۱۳۸۳: ۱۳۸۳).

۱. Criminal injuries compensation Board.

۲. The motor insurers's Bureau.

۳. Fond de garantie automobile.

۳۳-۴۰؛ ۱۳۸۴: ۴۴-۶۳). طرحهای تکمیلی مذکور با جبران خسارت بزه دیدگان، آنها را از رجوع به دادگاه و طرح دعاوی جزایی بی‌نیاز می‌کند و از این منظر در جرم‌زدایی عملی نقش مهمی ایفا می‌نماید.<sup>۱</sup>

## ۱-۲. نقش بیمه در جرم‌زدایی رسمی یا قانونی

در جرم‌زدایی رسمی، صلاحیت نظام کیفری به نفع دیگر نظامها (مدنی و اداری)، کنار گذاشته و عنوان جرم از برخی رفتارها برداشته می‌شود (گزارش جرم‌زدایی اروپا، ۱۳۸۴: ۱۰-۱۳). بدیهی است علل و عوامل مختلفی باعث جرم‌انگاری رفتار می‌شود. یکی از مهمترین اصول حاکم بر جرم‌انگاری، اصل صدمه یا لزوم خسارت به شخص است. این اصل، حقوق کیفری را از اخلاق جدا می‌کند و تا زمانی که صدمه ناروایی به شخص وارد نشود که قابلیت سرزنش را نداشته و لزوم دخالت حقوق کیفری را ایجاب نکند، مسئله حل و فصل آن با نظام حقوق مدنی یا اداری خواهد بود (تبیث، ۱۳۸۴: ۱۷۵-۱۹۵؛ کلی، ۱۳۸۲: ۴۹۴-۵۰۲). صدمات بدنی که در جریان فعالیت‌های متعدد ناشی از صنایع پیچیده به وجود می‌آید (روابط کار، عیب تولید، مجاورت املاک، نظایر آن) در مواردی، دخالت حقوق کیفری را اقتضا می‌کند تا سهم جبران خسارت و صدمه پررنگ‌تر جلوه کند. در حالی که اگر مکانیسم ساده‌تری مانند بیمه با پشتوانه مالی مناسب دخالت نماید، لزومی به دخالت حقوق کیفری نخواهد بود. بی‌گمان صدمات بدنی ناشی از حوادث رانندگی در کشور فرانسه چنین وضعی دارند و تنها در صورت تحقق عمد یا تقصیر نابخشودنی است که دعوی جزایی اقامه می‌شود و در غیر این موارد پرداخت خسارت به وسیله بیمه‌گر، مانع از طرح هرگونه دعوایی می‌شود؛ زیرا چنین اعمالی جرم تلقی نشده‌اند. روابط ناشی از کار نیز همین وضعیت را دارند و در بیشتر نظامهای حقوقی، صدمات به بار آمده در جریان کار، فاقد وصف مجرمانه تلقی شده‌اند؛ زیرا پوشش بیمه‌ای بهتر از هر نوع دعوای جزایی می‌تواند عمل نماید.

اندکی دقت در حقوق ایران نیز نشان می‌دهد در واقع امر و به‌ویژه در روابط

۱. نقش بیمه در جرم‌زدایی عملی از جهات دیگری نیز قابل بررسی است (مبرقی، ۱۳۸۳: ۱۹-۴۳).

ناشی از کار که صدمات بدنی (دیه) حادث می‌شود، تنها در برخی موارد به دلیل بی احتیاطی کارفرما جریمه‌ای مختصر در نظر گرفته شده است تا نظارت بیشتری به عمل آید و اگر مساعی بیمه‌گران و تأمین اجتماعی در این موارد بیشتر شود و خود از طریق کارشناسی به پرداخت دیه اقدام نمایند، هیچ ضرورتی برای مراجعه به مرجع قضایی و دادگاه وجود نخواهد داشت.

## ۲. تأثیر بیمه در تسریع حل و فصل دعاوی جزایی (رویکرد واکنشی سخت)

بیمه می‌تواند مسائل و دعاوی جزایی مطرح شده در مراجع قضایی را به صورت عادلانه‌تر و سریع‌تر حل و فصل نماید. این نقش را با عناوین زیر بررسی می‌نماییم.

### ۱-۲. پرداخت تمام یا بخش عمده خسارت

دعاوی جزایی که به دلیل حدوث صدمات بدنی مطرح می‌شوند به طور معمول به دلیل قصور پزشکان، روابط ناشی از کار یا حوادث رانندگی است. پرداخت این منافع و جبران هزینه‌ها بسیار دشوار و در مواردی غیر ممکن است؛ زیرا معادل چندین برابر کل دارایی مثبت شخص مرتکب است. در این موارد بیمه بهترین نقش را ایفا می‌کند و تنها با اخذ مبالغ ناچیزی به عنوان حق بیمه، کل صدمات را جبران می‌کند.<sup>۱</sup> به جای آنکه فشار ناشی از سنگینی صدمات بر عهده یک شخص قرار گیرد، توزیع شده و بر عهده شرکت بیمه قرار می‌گیرد (André Tunc, op. cit: ۵۱). این امر باعث تسریع در حل و فصل دعاوی جزایی شده و آرای قضایی نیز به سرعت به مرحله اجرا در می‌آیند. امروزه به جرأت می‌توان گفت که حقوق کیفری و مسئولیت مدنی، بدون بیمه نمی‌توانند از عهده وظایف خود در رابطه با جبران خسارت برآیند و در صورت فقدان

۱. یکی از نویسندگان با بررسی ماهیت دیه که جنبه جزایی هم دارد می‌گوید: «با توجه به آرای وحدت رویه شماره ۶۳/۱۰/۱۰۴ و ۶۳/۱۱/۱۸۰۵۴ ... دیه از نقطه نظر قضایی، کیفری (مجازات) مستقل قلمداد گردیده... بنابراین... به نظر می‌رسد که شرکتهای بیمه نتوانند این گونه محکومیتها و جرایم را تحت پوشش بیمه‌ای قرار دهند» (معزی: ۸). خواننده یک لحظه تصور کند که در مورد روابط ناشی از کار و حوادث رانندگی، دیه تحت پوشش بیمه نباشد. چه فاجعه‌ای به بار خواهد آمد؟!».

بیمه، راهکارهای حقوق کیفری بسیار ناعادلانه و غیر منصفانه جلوه می‌نماید.<sup>۱</sup>

## ۲-۲. ملاحظات بیمه‌ای در هنگام صدور حکم روان‌شناسی - قضایی

دادگاهها و دادرسان بر اساس شرایط دادرسی، وضعیت طرفین، ملاحظات انصاف و دیگر عوامل، به نتیجه دادرسی نایل می‌آیند و سپس برای توجیه آن، استدلال می‌کنند. یعنی حرکت از «نتیجه به استدلال» و توجیه قضاوت (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۴۴؛ خدابخشی، ۱۳۸۳: ۳۹-۳۹). بی‌گمان یکی از این عوامل که دادرس را متوجه تصمیم مناسب خود و تسریع در اعلام نظر می‌کند وجود بیمه است. بیمه باعث می‌شود که بسیاری از مسئولیتها چهره نوعی و اجتماعی به خود بگیرند و تحلیل‌های ظریف حقوقی به‌ویژه حقوق کیفری لازم نیاید. «از حیث اجتماعی، احساس عمومی بر این تعلق گرفته است که هر کس از عمل دیگری زیان می‌بیند، استحقاق جبران خسارت را دارد. این تفکر، روان‌شناسی قضایی و قانون‌گذاری را تحت تأثیر قرار می‌دهد و تحولات و توسعه بیمه، پاسخ این احساس خواهد بود» (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۱۰ و ۴۱؛ ۵۰۸-۵۰۷، ۱۹۶۸: Der Glickzare Izvolksy).

بیمه نه تنها باعث می‌شود طرفین دعوای جزایی، سعی در طولانی کردن جریان دادرسی نداشته و معمولاً اقرار به مسئولیت<sup>۲</sup> داشته باشند، بلکه دادگاهها نیز وقتی از پوشش بیمه‌ای اطمینان حاصل نمایند، بلافاصله تصمیم نهایی و حکم محکومیت شخص مسئول را صادر می‌نمایند تا از محل بیمه‌نامه وی جبران خسارت به عمل آید.<sup>۳</sup>

۱. حتی در ماجرای قتل چند دانش‌آموز در دبیرستان کلمباین آمریکا که شدت وخامت اجتماعی آن بسیار بود، بیمه‌گران به جبران خسارت پرداختند و حال آنکه خسارت، ناشی از عمل مجرمانه قتل بود و اصولاً بیمه‌ها مسئولیتی نداشتند ولی به تعبیر «گریفین Griffin» سخنگوی انجمن بیمه‌گران مستقل، پرداخت خسارت به دلیل بی‌احتیاطی والدین در تحویل دادن اسلحه به فرزندان آنها بود!! (باغ‌جدی، ۱۳۸۴: ۶۳-۶۶) در ایران سالانه ۲۵ الی ۳۰ هزار کشته ناشی از حوادث رانندگی اتفاق می‌افتد و نزدیک به دو سصد تا سیصد هزار تصادف منتهی به صدمه بدنی. آیا این حجم از خسارت را جز از طریق بیمه می‌توان جبران کرد. آیا زندانیان ناشی از این حوادث جز به دلیل نداشتن یا محدود بودن سقف بیمه‌نامه آنهاست؟

### ۲. Reconnaître de responsabilité.

۳. لرد دنینگ (Lord Denning) یکی از قضات انگلستان در دعوی Nettleship v. Weston (۱۹۷۱) می‌گوید: «از نظر اخلاقی، راننده‌ای که آموزش می‌بیند، تقصیری ندارد. اما از نظر قانونی او مسئول است زیرا بیمه است و خطر باید بر عهده او تحمیل گردد».

این رویکرد به نحوی مشهود است که بیمه‌گران را معترض نموده و ادعا می‌کنند باید در جریان دادرسی حضور داشته باشند تا مانع از اقرار بدون جهت یا تبانی طرفین شوند (Nicolas, ۱۹۷۴: ۲۴۱; Mazeaud, ۱۹۵۰: ۸۶۴).

## ۳-۲. نقش دعوای مستقیم در حل و فصل دعوای جزایی

دعوای مطالبه حق اعم از عینی یا دینی به دو دسته تقسیم می‌شوند. دسته اول که دعوای مرسوم بوده و رابطه میان بدهکار و طلبکار را نشان می‌دهند. دسته دوم آنهایی هستند که دخالت شخص ثالثی را لازم دارند. به عبارت دیگر شخص ثالث که خارج از رابطه حقوقی طرفین باشد جزء ذاتی این دعوای محسوب است. این دسته خود به سه بخش تقسیم می‌شوند:

۱. دعوای ابطال معامله به قصد فرار از دین که در حقوق فرانسه به دعوای پل<sup>۱</sup> مشهور و در ماده ۲۱۸ و ۲۱۸ مکرر قانون مدنی ایران نیز مذکور است (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۲۱۶-۲۵۳؛ شهیدی، ۱۳۷۷: ۳۸۱-۳۶۹).

۲. دعوای غیر مستقیم<sup>۲</sup> که طلبکار شخص الف، علیه شخص ب که خود، مدیون به الف است، مطرح می‌نماید و آنچه از نتیجه دعوای به دست می‌آید متعلق حق ویژه و منحصر خواهان نیست، بلکه به دارایی الف می‌پیوندد و خواهان و سایر طلبکاران از آن بهره‌مند می‌شوند.

۳. دعوای مستقیم<sup>۳</sup> که طلبکار الف، علیه شخصی که تعهداتی نسبت به الف دارد مطرح و نتیجه دعوای را مستقیماً و منحصراً عاید خود می‌کند (خدابخشی، ۱۳۸۴: ۴۹-۸۱ و ۱۸۳-۲۱۸).

یکی از مهمترین دعوای مستقیم را می‌توان در روابط بیمه‌ای و با مراجعه زیان‌دیده به بیمه‌گری که مسئولیت عامل زیان را پوشش می‌دهد مشاهده نمود. زیان‌دیده با استناد به قرارداد بیمه و به دلیل تعهدات بیمه‌گر مقابل عامل زیان، خسارت وارد به خود یا دیه صدمات بدنی را از بیمه‌گر مطالبه می‌کند و این امر

۱. L'action paulienne.

۲. L'action oblique.

۳. L'action directe.

نقش مؤثری در حل و فصل دعاوی جزایی و تسریع در پرداخت دیه صدمات بدنی دارد که از آن جمله می‌توان آثار زیر را نام برد:

۱- می‌دانیم که پرداخت دیه در صدمات عمد، شبه عمد یا خطای محض، به ترتیب ۱، ۲، ۳ سال مهلت دارد و محکوم‌علیه با این استناد می‌تواند حقوق زیان‌دیده را با تأخیر پرداخت کند، ولی رجوع مستقیم به بیمه‌گر و اجرای تعهدات شرکت بیمه مقابل زیان‌دیده، باعث پرداخت فوری دیه صدمات و پایان یافتن نزاع می‌گردد.

۲- با فرض گذشت مهلت مقرر جهت پرداخت دیه، ممکن است محکوم‌علیه به دلیل عدم پرداخت آن به تقاضای زیان‌دیده بازداشت شود، ولی حکمت دعوی مستقیم و مراجعه به بیمه‌گر این امکان را نیز منتفی می‌کند و قبل از اعمال هر نوع بازداشتی، حقوق محکوم‌له استیفا می‌گردد.

۳- در صورت فوت مقصر حادثه رانندگی یا عامل زیان که تحت پوشش بیمه است وضعیت زیان‌دیده بسیار دشوار می‌شود؛ زیرا حکم قطعی مبنی بر پرداخت دیه کمکی به او نمی‌کند و باید وراثت محکوم‌علیه با اثبات پذیرش ترکه و سایر مسائل مخاطب اجرا قرار گیرند حال آنکه وجود بیمه‌گر که بنا به فرض دارای پشتوانه عظیم مالی و سازمانی است و به صورت شخصیت حقوقی و بدون احتمال انحلال به کار خود ادامه می‌دهد، این دشواری را نیز مرتفع می‌کند و دعوی جزایی و حکم قطعی شده به آسانی اجرا می‌شود. به‌ویژه اینکه به دلیل تعلق حق انحصاری و ویژه<sup>۱</sup> نسبت به محکوم‌له، دیگر طلبکاران ادعایی نسبت به وجه پرداختی بیمه ندارند و این وجه تنها متعلق به زیان‌دیده است.<sup>۲</sup>

#### ۱. droit propre

۲. نظر اکثریت قضات دادگستری استان تهران در خصوص این مسئله چنین است: «با توجه به ماده ۱ قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی... ۱۳۴۷، دارندگان اتومبیل که ممکن است برای حادثه خسارات بدنی و مالی به شخص یا اشخاص ثالث وارد سازند و مسئولیت خود را در این خصوص تا سقف مشخصی نزد شرکت بیمه‌گر بیمه نموده‌اند به محض تصادف و تقصیر راننده (وسیله نقلیه بیمه‌شده) و ایجاد مسئولیت برای وی، ذمه شرکت بیمه‌گر نیز در قبال زیان‌دیده مشغول می‌شود که مؤید این نظر رابطه حقوقی ناشی از الزام قانونی (مواد ۶ و ۷ قانون فوق‌الذکر) و قسمت اخیر ماده ۱۹۶ قانون مدنی و تعهد به نفع شخص ثالث است. لذا زیان‌دیده مختار است به وراثت متوفی یا شرکت بیمه‌گر مراجعه نماید» (معاونت آموزش دادگستری استان تهران، ۱۳۸۲: ۶۴).

## ۳. نقش بیمه در پیشگیری از استمرار اختلاف

### (رویکرد واکنشی نرم)

حقوق کیفری همیشه انعکاس دقیق واقعیت اجتماعی نیست و چه بسا اعمالی که بدون قواعد آن، بهتر بتوان آنها را هدایت کرد و با استفاده از مکانیسم مدنی یا اداری از ریشه‌دار شدن نزاع، جلوگیری کرد. به همین دلیل، کنترل‌پذیری نظام کیفری نسبت به مدنی سخت‌تر و حصول آن دشوارتر است (گزارش جرم‌زدایی اروپا، ۱۳۸۴: ۴۴-۵۴).

امروزه حمایت از بزه‌دیده، میانجی‌گری کیفری، عدالت ترمیمی و دیگر نهادهای مشابه در حقوق کیفری بازتاب گسترده‌ای دارد (صفاری، ۱۳۸۳: ۲۸۹-۳۲۴). هدف این حرکتها، گسترش حمایت از شخص و تأکید بر جبران خسارت است؛ زیرا اعمال کیفر به خودی خود سودی برای شخص ندارد و خاطر او را آسوده نمی‌کند. دهها سال حبس برای مجرم، از نظر زیان‌دیده به نیم طبق نانی که شکم او را سیر کند نمی‌ارزد. وجود بیمه به طرق مختلف می‌تواند این هدف را برآورده و اختلاف قابل حل طرفین را کاهش دهد یا منتفی سازد.

### ۳-۱. رابطه عاطفی و دعاوی خویشاوندان

بسیاری از صدمات، خسارتها و زیانها در رابطه اشخاصی تحقق می‌یابد که وابستگی عاطفی و خویشاوندی دارند. از یک سو نمی‌توان همانند اشخاص بیگانه، در صدد مطالبه حق برآمد و مطالبه رسمی آن بعضاً با قواعد اخلاقی و رعایت احترام متقابل سازگاری ندارد. از سوی دیگر این خسارت می‌تواند مایه اختلافی بین بستگان باشد یا رابطه عاطفی و دوستی اشخاص را بر هم زند و در درازمدت شعله آن روشن و در آن زمان، مطالبات گذشته، یکی یکی رو شوند. فرض کنید تصادف رانندگی، حادثه ناشی از کار، معالجه پزشکی، خسارت محموله و مال‌التجاره و دیگر روابط حقوقی، تحقق یابد. آیا صدمات بدنی و مالی باید کنار نهاده شده و عاطفه و احساس جایگزین شود و وضعیت بغرنج خانواده‌مصدوم، قربانی این رابطه مبتنی بر احساس گردد یا شعله نزاع گسترش یابد و دعاوی جزایی مطرح و تقابل اشخاص

در دادرسی، هر نوع احساس قلبی را نیز از میان بردارد. خانوادهٔ مصدومی که دچار فلج پا یا نقص عمده شده است چگونه می‌تواند به طرح دعوی جزایی علیه برادر یا خواهر یا دیگر بستگانی که مقصر حادثه هستند اقدام نماید و چگونه می‌تواند شاهد بدبختی خود باشند.

وجود بیمه‌های مسئولیت، می‌تواند این دوگانگی را جمع و بین آنها آشتی برقرار کند؛ زیرا طرح دعوی جزایی علیه شخصی که بیمه دارد به معنی معارضه و درگیری با مخاطب نیست، بلکه الزام رسمی برای مطالبهٔ حق از محل بیمه‌نامه است و طبعاً مورد پذیرش و اصرار مقصر حادثه نیز می‌باشد.

به تعبیر یکی از نویسندگان «مسئول شناختن کسی که به قصد احسان و به رایگان دیگری را با اتومبیل خود به مقصد رسانده، از نظر اخلاقی گران و از دیدگاه حقوقی دشوار است (هل جزاء الإحسان إلا الإحسان)، ولی همین که پای بیمه به میان آید، مسئله بدین ترتیب طرح می‌شود که آیا این سرنشین اتومبیل نیز مانند سایر مسافران، شایستهٔ حمایت اجتماعی به وسیلهٔ بیمه هست یا نه؟ و طبیعی است که پاسخ آن با فرضی که صاحب اتومبیل، مسئول قرار می‌گیرد، تفاوت می‌کند» (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۴۲).

مازوها، نویسندگان فرانسوی نیز معتقدند: «همین که عامل زیان بیمه باشد، تمام تردیدها و وسوسها محو می‌گردد؛ زیرا این بیمه‌گر است که نهایتاً تمام نتایج زیان را متحمل خواهد شد. اغلب موارد، بیمه‌گذار، خود از زیان دیده می‌خواهد که علیه او طرح دعوی نماید، دعوی که علیه والدین و دوستان در زمینهٔ حوادث اتومبیل طرح می‌شود و حال آنکه سوار نمودن صدمه‌دیده، از روی لطف و مهربانی بوده است، جز بیمه نمی‌تواند منشأ دیگری داشته باشد. وجود بیمه، همیشه تردید را در درخواست خسارت منتفی می‌کند و محاکم نیز متمایل هستند که نسبت به دعوی، به صورت گسترده، حکم به جبران خسارت دهند» (Mazeud, op. cit: ۱۳). این اثر با توجه به حجم دعوی جزایی تصادفات و حوادث ناشی از کار بسیار قابل توجه است و از ریشه‌دار شدن اختلاف طرفین جلوگیری می‌کند و نهایتاً سهولت حل و فصل این دعوی را به همراه دارد.



## ۲-۳. جبران بخش فوری خسارت

زیان دیده نیز مانند هر شخص دیگری انسان است و تابع خصایص انسانی. قهر و غلبه و مهر و عطوفت را همراه خود دارد و وقتی مساعدت و کمک فوری عامل زیان را ببیند، نرمش بیشتری نشان می‌دهد. وجود بیمه این اثر را بیشتر می‌کند و در ترمیم اختلاف به وجود آمده ناشی از خسارت سهم بسزایی دارد. عامل زیان، با توجه به پوشش بیمه‌ای خود سعی در فرار از مسئولیت نداشته و خسارت و هزینه‌های فوری زیان دیده را جبران می‌کند. در تصادفات رانندگی، حوادث کار، پزشکی و نظایر آن، مقصر، بخشی از هزینه‌های درمان اولیه را پرداخت می‌کند و چه بسا همین رفتار، سبب حصول رضایت قطعی و پایان یافتن دعوای جزایی احتمالی شود.

قانون‌گذار نیز با علم به اینکه وجود بیمه چه نقشی در این میان به عهده دارد پرداخت هزینه‌های فوری حادثه را الزامی نموده است تا زیان دیده و خانواده او در عسرت قرار ننگرفته و به فکر تشدید اختلاف نباشند. می‌دانیم که امتناع بدهکار در پرداخت حقوق زیان دیده چگونه می‌تواند سبب دعوای متعدد جزایی شده و رابطه‌ای تیره بین آنها به وجود آورد، اما وقتی پوشش بیمه مطرح شود دلیلی بر امتناع یا مخفی‌کاری یا فرار از محل وجود ندارد. قانون‌گذار به‌ویژه در حوادث رانندگی، الزام قانونی مقرر نموده تا درصدی از حق بیمه‌ها و هزینه‌های درمان مصدوم پرداخت شود و امکان بالقوه و بالفعل هر نوع دعوای جزایی واقعی که مبتنی بر انتقام، خصومت و اختلاف ریشه‌دار است منتفی شود. در ماده ۹۲ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران ۱۳۸۳ آمده است: «وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی مکلف است نسبت به درمان فوری و بدون قید و شرط مصدومین حوادث و سوانح رانندگی در مراکز خدمات بهداشتی و درمانی اقدام کند. به منظور تأمین منابع لازم برای ارائه خدمات فوق، ۱۰ درصد حق بیمه شخص ثالث، سرنشین و مازاد توسط شرکتهای بیمه تجاری وصول و به حساب درآمدهای اختصاصی وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی نزد خزانه‌داری کل واریز می‌گردد و هزینه‌های درمان کلیه مصدومان ترافیکی، جاده‌ای و رانندگی از محل وجوه واریز شده به این حساب و

سایر منابع موجود پرداخت خواهد شد. توزیع این منابع بر اساس عملکرد هر یک از سازمانهای بیمه گر پایه توسط وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، هر شش ماه یک بار صورت خواهد گرفت». این قاعده با حمایت بیمه وضع شده و می تواند در موارد مشابه نیز اقتباس گردد.

### ۳-۳. حفظ موقعیت بیمه گران و لزوم کاهش اختلاف

کاهش اختلاف و حل و فصل سریع دعوی، نه تنها خواست طرفین است بلکه مؤسسات بیمه نیز در آن ذی نفع می باشند. اعتماد مشتری به نظام بیمه ای وقتی بیشتر می شود که در هنگام نیاز او، خسارت بلافاصله پرداخت شود و مانع تراشی به عمل نیاید. شهرت بیمه گران در حل و فصل سریع اختلافات باعث می شود تا سیر دعاوی از مراجع قضایی به طرف بیمه گران هدایت شود و با پرداخت فوری خسارت، زمینه حذف دعوی فراهم آید. در ایالات متحده آمریکا بیمه گران مکلف به اعمال شیوه های منصفانه در برخورد با زیان دیده و بیمه گذار هستند و در صورت خودداری از پرداخت خسارت و عدم رعایت انصاف، امکان طرح دعوی علیه آنها وجود دارد. این دعاوی که به دعاوی first-party معروف است در سال ۱۹۷۹ و به موجب رأی دادگاه عالی کالیفرنیا تجویز شد<sup>۱</sup> پیشنهادات جبران خسارت بیمه گران خطاب به زیان دیده نیز که در ابتدای این نوشتار بیان شد، می تواند در حل و فصل دعوی و پایان دادن به اختلاف مؤثر باشد و انگیزه اصلی شخص را در اقامه دعوی جزایی منتفی کند (Peter and Jane, ۱۹۹۸: ۳۷۰).

### نتیجه گیری

مطالعه تطبیقی در نظامهای حقوقی نشان می دهد که حضور بیمه با توجه به نکات زیر منشأ اثرگذاری در فرایند قضایی بوده است. این موارد را در قالب پیشنهادات عملی مطرح می نماییم.

۱- حضور فعال بیمه گران در حل و فصل دعاوی از طریق پرداخت فوری خسارات

۱. Royal Globe Ins. Co. v. Superior Court (۱۹۷۹).

بدون حکم مراجع قضایی و بدون اینکه منتظر فرایند قضایی باشند. ملاحظه نظریات کارشناس تصادفات و گواهی پزشکی قانونی، می تواند مقصر حادثه و صدمات را نشان دهد و بر همان اساس اقدام به پرداخت دیه و خسارت گردد.

۲- در مواردی که صدمات بدنی نیازمند معاینات متعدد و مجدد است، قدر متیقن خسارات و دیه پرداخت شود و پرونده ای برای زیان دیده تشکیل شود تا سایر گواهیهای پزشکی قانونی اخذ و خسارت نهایی پرداخت گردد.

۳- صندوق جبران خسارتهای بدنی موضوع ماده ۱۰ قانون بیمه اجباری توسعه یابد و مراکز از آن در استانها تشکیل یا نمایندگیهای آن تأسیس و رجوع مستقیم زیان دیده با مدارک لازم (نظر کارشناسی، گواهی پزشک) و بدون حکم دادگاه به آن فراهم شود، همچنان که در آیین نامه آن آمده، ولی متأسفانه در عمل، مراجع قضایی به صدور حکم در این مورد مبادرت می کنند و رویه مذکور مورد اقتباس صندوق جبران خسارتهای بدنی قرار گرفته و در مواردی به اصل مدارک توجهی نمی کند.

۴- تنظیم شهادت نامه رسمی در حضور سردفتر اسناد رسمی برای اثبات اصل تصادف یا متواری بودن راننده و رجوع به صندوق تا این دعاوی عملاً در محاکم مطرح نشده و تنها بر موجودی شعب افزوده نشوند.

۵- ملاحظه می شود که در صورت عمد راننده یا گواهی نامه نداشتن وی، شرکت های بیمه پس از اخذ تأمین مناسب مانند چک، سفته یا نظایر آن از مقصر حادثه، حاضر به پرداخت خسارت به زیان دیده هستند و حال آنکه اولاً تهیه این تضمینها در مواردی دشوار و غیرممکن است، ثانیاً در ماده ۵ قانون هیچ نصی بر آن وجود ندارد، بلکه حکم به پرداخت خسارت، مطلق و بدون اشاره به لزوم اخذ تأمین از مقصر حادثه است.

۶- در مواردی که اتومبیل متواری می شود، چون سقف تعهدات صندوق محدود است (در سال ۱۳۸۴ تنها ۴ میلیون تومان حداکثر پرداخت خسارت از سوی صندوق بود) با اثبات اصل تصادف و تشکیل پرونده در صندوق جبران خسارتهای بدنی، استعمال از شرکت های بیمه به عمل آید و اگر اتومبیل تحت پوشش بیمه است، کل خسارات از آن محل پرداخت شود نه اینکه صندوق تنها بخشی ناچیز از کل

خسارت را پردازد.

۷- سقف تعهدات صندوق بیشتر شود و هزینه‌های دارای اولویت مانند هزینه درمان فوری را بلافاصله پرداخت کند و منتظر مدارک نهایی نباشد.

۸- در حوادث ناشی از کار، به جای تشکیل پرونده در مراجع قضایی، بازرس کار و نماینده تعاون اجتماعی یا اداره کار و امور اجتماعی، اعلام نظر نماید و زیان دیده با معرفی به پزشک قانونی و اخذ گواهی، بدون رأی مرجع قضایی جبران خسارت گردد. هیچ توجیهی برای اطاله رسیدگی و صدور حکم نهایی در این موارد نیست و ضرورت حمایت از اشخاص کارگر اقتضا دارد که پرداخت خسارت فوری باشد.

۹- دخالت فوری بیمه‌گران و تأمین اجتماعی در حوادث ناشی از وسایل نقلیه و کار به سود خود آنها نیز می‌باشد؛ زیرا می‌توانند با پرداخت فوری بخشی از خسارت، در بسیاری موارد رضایت زیان دیده را تحصیل نمایند و نیازی به اعلام نظر قطعی پزشکی قانونی نباشد. بسیاری از زیان‌دیدگان آمادگی دارند بخشی از خسارت فردی را دریافت نمایند و منتظر چندین ماه یا سال برای دریافت کل خسارت نباشند.

۱۰- به ماده ۸ قانون نحوه رسیدگی تخلفات و اخذ جرایم رانندگی مصوب ۱۳۵۰/۳/۳۰ و تبصره آن توجه لازم در مراجع قضایی نشده است؛ زیرا در مواردی که راننده هیچ تقصیری هم نداشته باشد قانون مقرر می‌دارد که خسارت و دیه از محل بیمه‌نامه پرداخت شود. همین وضعیت نسبت به ماده ۴ قانون ایمنی راهها و راه آهن مصوب ۱۳۴۹/۴/۷ با اصلاحات و الحاقات بعدی اعمال می‌شود و عدم مسئولیت راننده را مانع استفاده از بیمه‌نامه برای جبران خسارت نمی‌داند.

۱۱- تهیه لایحه جامع در زمینه امور بیمه‌گری حوادث (رانندگی، کار و پزشکی) لازم است تا مراجعات مستقیم به بیمه بیشتر شده و ضرورتی به رجوع به دستگاه قضایی نباشد. بسیاری از این دعاوی، با اندکی قبول مسئولیت از سوی بیمه‌گران حل و فصل خواهند شد و ضرورتی به اطاله جریان دادرسی و دخالت مراجع قضایی نخواهد بود.

## کتاب‌شناسی

۱. آشوری، محمد، *آیین دادرسی کیفری*، چاپ هفتم، تهران، سمت، ۱۳۸۳ ش.
۲. اداره کنترل مواد مخدر و پیشگیری از جرم سازمان ملل، مرکز بین‌المللی پیشگیری از جرم، *عدالت برای بزه‌دیدگان*، ترجمه علی شایان، انتشارات سلسیل، ۱۳۸۴ ش.
۳. اداره وحدت رویه و نشر مذاکرات هیئت عمومی دیوان عالی کشور، *مذاکرات و آرای هیئت عمومی دیوان عالی کشور سال ۱۳۷۹*، ۱۳۸۲ ش.
۴. استفانی، گاستون، ژرژ لواسور و برنار بولوک، *آیین دادرسی کیفری*، جلد دوم، جریان دادرسی کیفری، ترجمه دکتر حسن دادبان، انتشارات دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۷۷ ش.
۵. بابایی، ایرج، *حقوق بیمه*، تهران، سمت، ۱۳۸۲ ش.
۶. بادینی، حسن، *فلسفه مسئولیت مدنی*، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴ ش.
۷. باغ‌جدی، محمود، «بیمه و خسارتهای ناشی از اعمال محرمانه»، *تازه‌های جهان بیمه*، ش ۸۲، ۱۳۸۴ ش.
۸. پرو، روزبه، *نهادهای قضایی فرانسه*، ترجمه شهرام ابراهیمی، عباس تدین و غلامحسین کوشکی، انتشارات سلسیل، ۱۳۸۴ ش.
۹. تیت، مارک، *فلسفه حقوق*، ترجمه حسن رضایی خاوری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۸۴ ش.
۱۰. خدابخشی، عبدالله، «اجرای حقوق و اقامه دعای بدکار به وسیله طلبکاران او»، *فصلنامه دیدگاههای حقوقی*.
۱۱. همو، «بررسی ماده ۱۰ قانون بیمه اجباری»، *ماهنامه قضاوت*، دادگستری استان تهران، شماره ۲۹، بهمن و اسفند ۱۳۸۳ ش.
۱۲. همو، «تازه‌های جهان بیمه»، *ماهنامه خبری - آموزش بیمه مرکزی ایران*، شماره ۸۲، ۱۳۸۴ ش.
۱۳. همو، «دعای مستقیم و رجوع زبان‌دیده به بیمه‌گر»، *مجله پژوهشهای حقوقی*، شماره ۸، ۱۳۸۴ ش.
۱۴. همو، استدلالهای پنهان «آرای هیئت عمومی دیوان عالی کشور»، *ماهنامه پیام آموزش*، شماره ۱۰، مهر و آبان ۱۳۸۳ ش.
۱۵. همو، *تأثیر بیمه در حقوق مسئولیت مدنی*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۱ ش.
۱۶. همو، *تضمین حقوق بیمه‌گر از طریق دخالت در دعوی مسئولیت مدنی*، پژوهش ارائه‌شده در بیمه مرکزی ایران، ۱۳۸۳ ش.
۱۷. همو، *ماهنامه قضاوت*، دادگستری استان تهران، شماره ۲۹.
۱۸. رایجیان اصلی، مهرداد، «رهیافتی نو به بنیادهای نظری پیش‌گیری از جرم»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۴۸ و ۴۹، پاییز و زمستان ۱۳۸۳ ش.
۱۹. شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، نشر حقوقدانان، ۱۳۷۷ ش.
۲۰. صفاری، علی، «حمایت از بزه‌دیده و نهادهای مردمی»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۴۰، پاییز - زمستان ۱۳۸۳ ش.
۲۱. عباچی، مریم، «پیش‌گیری از بزهکاری و بزه‌دیدگی کودکان»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۴۷، تابستان ۱۳۸۳ ش.
۲۲. قربان‌پور، امیرمهدی، «تنازع حقیقت و اعتبار در برخی از حوزه‌های علم حقوق»، *فصلنامه دیدگاههای حقوقی دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری*، شماره ۳۴-۳۵، بهار و تابستان ۱۳۸۴ ش.

۲۳. کاتوزیان، ناصر، *الزامهای خارج از قرارداد، ضمان قهری*، جلد اول، مسئولیت مدنی، چاپ دوم، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۸ ش.
۲۴. همو، *فلسفه حقوق*، جلد سوم، منطق حقوق، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷ ش.
۲۵. همو، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد دوم، چاپ چهارم، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، ۱۳۷۱ ش.
۲۶. کاتوزیان، ناصر، مجید غمامی و لعلیا جنیدی، *مسئولیت مدنی ناشی از حوادث رانندگی*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۰ ش.
۲۷. کلی، جان، *تاریخ مختصر تنوری حقوقی در غرب*، ترجمه محمد راسخ، تهران، طرح نو، ۱۳۸۲ ش.
۲۸. گروهی از نویسندگان شورای اروپا، *گزارش جرم‌زدایی اروپا*، ترجمه مرکز مطالعات توسعه قضایی، انتشارات سلسبیل، ۱۳۸۴ ش.
۲۹. مبرقی، سیدمحمدناصر، «گذر از منطق کیفری به منطق بیمه‌ای در سیاست جنایی ره‌آورد نوین عدالت ترمیمی»، *مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی*، سال چهارم، شماره ۱۳، پاییز ۱۳۸۳ ش.
۳۰. مشایخی، همایون، *مبانی و اصول حقوق بیمه*، انتشارات مؤسسه عالی حسابداری، ۱۳۴۹ ش.
۳۱. معاونت آموزش دادگستری استان تهران، *مجموعه دیدگاه‌های حقوقی و قضایی قضات دادگستری استان تهران و مروری بر گزیده قوانین و مقررات سال ۱۳۸۱*، نشر اشراقیه، ۱۳۸۲ ش.
۳۲. معزی، فرهاد، «بررسی اجمالی ماهیت حقوقی بیمه دیه»، *فصلنامه بیمه مرکزی ایران*، سال پنجم، شماره اول.
۳۴. Der Glickzare, Heinrich, Izvolsky, *Chambers Encyclopedia*, New revised edition, vol. ۸, International learning systems corporation limited, London, ۱۹۶۸.
۳۵. <http://www.lao.ca.gov/initiatives/۲۰۰۳/۳۰/۰۳۲۰۰۰.html>.
۳۶. Mark, Lunney and Oliphant Ken, *Tort law, text and materials*, Oxford University Press, London, ۲۰۰۰.
۳۷. Mazeaud, Henri, *Traité theorique et pratique de la responsabilité civile, delictuelle et contractuelle*, Tom. III, librairie de recueil sirey, ۴eme edition, ۱۹۵۰.
۳۸. Mcleod, Ian, *Legal theory*, Palgrave Macmillan, ۲<sup>nd</sup> edition, ۲۰۰۳.
۳۹. Nicolas, Jacob, *Assurance et Responsabilité civile*, Tom. II, *Les Assurance*, J.G.D, paris, ۱۹۷۴.
۴۰. Peter, Cane and Stapleton Jane, *The law of obligation*, Oxford Clarendon Press, ۱<sup>st</sup> published, New York, ۱۹۹۸.
۴۱. Rogers, W.V.H., *Winfield and jolowicz on tort*, ۱۰<sup>th</sup> edition, ۱۹۷۶.
۴۲. Tunc, André, *International Encyclopedia of comparative law*, vol. XI, Torts, Interoduction.
۴۳. Tunc, André, *Towards a European civil code*, Kluwer law international, second revised and expanded, London, ۱۹۹۸.
۴۴. Williams, K.S., *Textbook on criminology*, ۴<sup>th</sup> edition, Blackstone Press limited, London, ۲۰۰۱.

# مبانی حق شرط در حقوق بین‌الملل و اسلام

- سیدمحمدحسن موسوی خراسانی<sup>۱</sup>
- عضو هیئت علمی دانشگاه علوم اسلامی رضوی

## چکیده

به کارگیری ابزارهای حقوقی در معاهدات بین‌المللی جهت گریز از آثار سلبی این معاهدات و مناسبات، امری ضروری است. کشورهای اسلامی و از جمله جمهوری اسلامی ایران با تکیه بر مبانی شریعت مقدس اسلام و تطبیق مقررات حقوق بین‌الملل با آن، می‌توانند صحیح‌تر و کارآمدتر از این ابزارها استفاده نمایند. اعمال حق شرط،<sup>۲</sup> به هنگام التزام به معاهدات بین‌المللی به کشور متعاقد کمک می‌کند، منافع و مصالح ملی خود را نیز حفظ کند. در این میان با اعمال حق شرط اگرچه کلیت یک معاهده خدشه‌دار می‌شود، تعداد بیشتری از کشورها می‌توانند به آن پیوسته و به طور محدود ملتزم شوند. ایران نیز در برخی از معاهدات بین‌المللی از این راه کار حقوقی استفاده کرده است. حق شرطهای ایران خصوصاً پس از انقلاب، در این مقاله بررسی شده است.

۱. mosavi.kh@gmail.com

۲. Reservation.

واژگان کلیدی: حقوق بین‌الملل معاهدات، حقوق بین‌الملل اسلامی، حق شرط، شرط ضمن معاهده و عقد، حق شرطهای ایران.

### مقدمه

امروزه معاهدات و عرف بین‌المللی، مهمترین منابع شکلی حقوق بین‌الملل به شمار می‌آیند. توافق کشورها به طور صریح در معاهدات بین‌المللی و به طور ضمنی در عرف بین‌المللی شاکله منابع حقوق بین‌الملل را تشکیل می‌دهد. لذا حقوق بین‌الملل امروزین را حقوقی برخاسته از توافق اراده حاکمیتها می‌دانند. مکتب و حیانی اسلام و فقه پویای آنکه تئوری چگونه زیستن را از گهواره تا گور برای بشریت به ارمغان آورده، مشحون از قواعد و مقررات حاکم بر مناسبات بین‌المللی است. حتی می‌توان ادعا کرد که برخی از مباحث حقوق بین‌الملل در مبانی فکری مکتب اسلام ریشه داشته، نمونه‌های عملی آن نیز در عملکرد دولت اسلامی خصوصاً در صدر اسلام دیده شده است (ر.ک: حمیدالله، ۱۳۸۰: ۳).

از بخشهای مهم و ضروری در حقوق بین‌الملل، حقوق بین‌الملل معاهدات است که به بیان قواعد و ضوابط شکل‌گیری یک معاهده بین‌المللی می‌پردازد. معاهده بین‌المللی با ویژگیهایی چون نظم و دقت، تعیین حدود و چهارچوب حقوق و تعهدات بهترین صورت تجلی اراده صریح اعضای جامعه بین‌المللی در التزام به حقوق و تعهدات است.

در حقوق اسلامی نیز حقوق معاهدات در قالب عنوان کلی «عقود» یکی از مهمترین مباحث فقه اسلامی است که در اصلی‌ترین منابع آن؛ قرآن و سنت؛ جایگاه ویژه‌ای دارد و مبانی و احکام آن با دقت بیان شده است.

ضمناً همیشه این دغدغه وجود داشته و دارد که جامعه جهانی جهت قانونمندی، نیازمند معاهدات همه‌جانبه و التزام همه یا اکثریت اعضای آن به یک معاهده می‌باشد. این هماهنگی عمومی در التزام به یک معاهده، با توجه به اختلاف نظر کشورها به عنوان بازیگران اصلی و متأثر از مکاتب حقوقی مختلف، دور از دسترس به نظر می‌رسد؛ چه اینکه «... فرض وجود معاهده کامل در جامعه بین‌المللی تکامل نیافته و ناقص اصولاً فرض لغو و بی‌محتواست...» (فلسفی، ۱۳۷۹: ۲۴۷).



در این میان تأسیس حقوقی «حق شرط» به یک کشور امکان التزام به معاهده‌ای را می‌دهد که به هر دلیل بخشی از آن را بر نمی‌تابد؛ بدون اینکه آن کشور از آثار نامطلوب آن معاهده هراس داشته باشد. استفاده از «حق شرط» که از نیمه قرن نوزدهم نسبتاً رایج گردیده و خصوصاً در مورد معاهدات چند جانبه زیاد به کار برده شده است (عمادزاده، ۱۳۶۶: ۲۰۱) عامل بقای صفت جهان‌شمولی معاهدات بین‌المللی می‌باشد و در واقع می‌توان آن را فصل الخطاب تعارض دو قاعده عرفی «تمامیت معاهده»؛ یعنی حفظ چهارچوب مقررات یک معاهده و «جهان‌شمولی معاهده»؛ یعنی التزام حداکثری کشورهای جهان دانست.

## ۱. «حق شرط» در حقوق بین الملل

«مبحث حق شرط از مباحث مهم و بحث‌انگیز حقوق معاهدات در کمیسیون حقوق بین‌الملل<sup>۱</sup> است. در حال حاضر نیز با توجه به افزایش اعضای جامعه بین‌المللی و تعداد فزاینده معاهدات، حق شرط به موضوعی دارای اهمیت اساسی تبدیل شده است» (طاهری شمیرانی، ۱۳۷۸: ۱۲۷) مخصوصاً با توجه به حق شرط‌های نامشروع از نظر حقوق بین‌الملل نسبت به برخی از معاهدات به ویژه معاهدات حقوق بشر و مباحثی که در خصوص شرایط و ضوابط اعمال حق شرط و آثار آن و اعتراض به حق شرط مطرح است، این موضوع همواره در کمیسیون حقوق بین‌الملل، دیوان بین‌المللی دادگستری و کمیته حقوق بشر، منشأ اظهار نظرهای مختلف گردیده است. مقررات مدون در کنوانسیونهای حقوق معاهدات،<sup>۲</sup> تعریف و شرایط و ضوابط اعمال حق شرط را مشخص کرده است. در عین حال وجود برخی ابهامات در ضوابط اعمال حق شرط و اعتراض به آن، این موضوع را یک موضوع زنده و مورد توجه محافل حقوقی پیش‌گفته قرار داده است.

۱. International law commission.

۲. کنوانسیون ۱۹۶۹ وین حقوق معاهدات میان کشورها - کنوانسیون ۱۹۷۸ وین راجع به جانشینی کشورها در معاهدات و کنوانسیون ۱۹۸۶ وین راجع به حقوق معاهدات میان کشورها و سازمانهای بین‌المللی و یا سازمانهای بین‌المللی با یکدیگر.

## ۱-۱. تعریف حق شرط (Reservation)

به موجب بند دال ماده ۲ معاهده ۱۹۶۹ حقوق معاهدات، اصطلاح حق شرط عبارت است از: «بیانیه یک‌جانبه‌ای که یک کشور تحت هر عنوان یا به هر شکل، به هنگام امضا، تصویب، پذیرش یا تصدیق یک معاهده یا الحاق به آن صادر می‌کند و به وسیله آن، منظور خود را در خصوص عدم شمول یا تغییر اثر حقوقی برخی از مقررات معاهده در زمینه اجرای همان معاهده نسبت به خود بیان می‌دارد».

با به کارگیری این ابزار حقوقی تعداد کشورهای ملتزم به یک معاهده افزایش می‌یابد و در عین حال منافع یک کشور هم خدشه‌دار نمی‌شود. در واقع پذیرش یک معاهده همراه با اعمال حق شرط نسبت به برخی مقررات آن، بهتر از عدم عضویت در معاهده به دلیل مخالفت برخی از مقررات آن با منافع یک کشور است.

## ۱-۲. تفاوت حق شرط با شرط، قید شرط و پذیرش مشروط

حق شرط (یار رزرو) نوعی تحدید تعهد است و معنای سلبی دارد پس با «شرط» که معنای ایجابی داشته و به صورت شرط فعل، صفت یا نتیجه در عقود خصوصی و یا احیاناً معاهدات بین‌المللی مطرح می‌شود تفاوت دارد.

«حق شرط» با «قید شرط» هم تفاوت دارد و هر چند در اصطلاح، هر دو عمل حقوقی، محدودکننده تعهدات طرفهای یک معاهده هستند، دو تفاوت میان آنها وجود دارد:

اول آنکه «قید شرط» از ابتدا محصول اتفاق اراده طرفهای معاهده می‌باشد، در حالی که حق شرط حاصل اراده یک‌جانبه کشور شرط‌کننده است که البته اثر حقوقی آن منوط به پذیرش طرفهای دیگر معاهده می‌باشد.

دوم آنکه «قید شرط» در حین مذاکرات مطرح می‌شود و در نهایت در متن معاهده گنجانده می‌شود، در حالی که حق شرط در قالب یک بیانیه یا اعلامیه و خارج از متن معاهده بیان می‌گردد (ر.ک: فلسفی، ۱۳۷۹: ۲۳۰).

پس در واقع باید «شرط در معاهده» را از «شرط بر معاهده» تفکیک نمود. تعبیر

اول متضمن معنی «قید شرط» و عبارت دوم مبین اصطلاح «حق شرط» است. «پذیرش مشروط» یک معاهده نیز غیر از «حق شرط» است، چه آنکه این اصطلاح در واقع منوط کردن پذیرش یک معاهده در کلیت آن به قید و شرطی خاص و عمدتاً سیاسی می‌باشد (ضیائی بیگدلی، جزوه درسی). با توجه به این نکات، ترجمه اصطلاح «Reservation» به قید شرط و پذیرش مشروط صحیح و دقیق نمی‌باشد.<sup>۱</sup>

### ۳-۱. حق شرط طبق کنوانسیون حقوق معاهدات ۱۹۶۹ وین

رژیم حقوقی حاکم بر حق شرط، استناد قابل ملاحظه‌ای به کنوانسیون حقوق معاهدات (وین ۱۹۶۹) دارد و آنچه در کنوانسیونهای دیگر حقوق معاهدات یا نظریات کمیسیون حقوق بین‌الملل و کمیته حقوق بشر آمده، تکرار یا تفسیر و توضیح آن مقررات است.

تعریف و مقررات مربوط به رزرو (حق شرط) در مقدمه و مواد ۱۹ تا ۲۳ این کنوانسیون تدوین گردیده است.

ماده ۱۹ مقرر می‌دارد: «یک کشور می‌تواند به هنگام امضاء، تصویب، پذیرش، تصدیق یا الحاق به یک معاهده نسبت به آن حق شرط قائل شود مگر آنکه: الف: حق شرط به موجب معاهده منع شده باشد.

ب: معاهده مقرر کند که فقط حق شرطهای خاص مجاز است که حق شرط مفروض از آن موارد نیست. یا

ج: در مواردی به جز بندهای الف و ب مذکور، حق شرط نباید با هدف و موضوع معاهده مغایرت داشته باشد».

با توجه به ماده ۲۰ این کنوانسیون، علاوه بر شرط عدم مغایرت حق شرط با موضوع و هدف معاهده (ماده ۱۹)، ارزش حقوقی چنین عملی منوط به پذیرش طرفهای دیگر معاهده یا لاقبل یک کشور متعاقد است.

۱. این اصطلاح در زبان فارسی به حق امتناع، حق تحفظ، قید شرط، پذیرش مشروط و مقید، شرط یک‌جانبه، حقوق محفوظ، قید ناقض مقررات و تحدید تعهد ترجمه شده است.

## ۱-۴. تشخیص مشروعیت حق شرط: «صلاحیت تشخیص

### صلاحیت»

سؤالی که درباره تطابق حق شرط با موضوع و هدف معاهده مطرح می‌شود این است که چه مرجعی برای تشخیص این امر صالح است؟ کشور شرط‌گذار، طرفهای دیگر متعاقد یا مرجع ثالث؟

مهمترین سابقه در خصوص این اختلاف به قضیه حق شرطهای ایرادشده بر معاهده منع کشتار دسته‌جمعی (ژنوسید ۱۹۴۸) می‌باشد. از آنجا که معاهده مزبور متضمن هیچ ماده شرطی نبود، دبیر کل در مقام حافظ اسناد معاهده، متن این حق شرطها را به همه دولت‌های ذی‌نفع ابلاغ نمود و درخواست نمود که نظر رسمی خود را درباره این تحفظات به وی اعلام کنند. اتحاد جماهیر شوروی در مخالفت با اقدامات دبیر کل اعلام کرد که دبیر کل از حدود صلاحیت خود تجاوز کرده است. گواتمالا نیز با استناد ضمنی به ماده ۶ (بند ۳) پیمان ۱۹۲۸ هاوانا اعلام کرد: «شروطی که هنگام امضا و تصویب بر معاهده‌ای بین‌المللی وارد می‌شود، اعمال حقوقی هستند که دولت‌ها با توجه به حاکمیت خود انجام می‌دهند و از این رو دولت‌های دیگر حق ندارند درباره قابل قبول بودن یا نبودن آنها اظهار نظر کنند. روابط قراردادی میان دولت‌ها اصولاً بر تعهداتی استوار می‌گردد که در حدود متن مورد پذیرش آنها قرار گرفته است» (فلسفی، ۱۳۷۹: ۲۳۶).

این اعتراضات و اختلاف نظرها باعث شد که مسئله به مجمع عمومی و سپس به دیوان بین‌المللی دادگستری جهت ارائه رأی مشورتی ارجاع شود.

دیوان در رأی مشورتی خود، مرجع صالح برای مطابقت یا عدم مطابقت حق شرط با مقصود و هدف معاهده را سایر دولت‌های متعاقد می‌داند؛ البته تا آن حد که خود را با دولت اعلام‌کننده حق شرط به سبب مطابقت یا عدم مطابقت، طرف معاهده بدانند یا خیر؟ و آن دولت را عضو معاهده تلقی کنند یا خیر؟ (I.C.J. Report, ۱۹۵۷, p. ۲۴). از طرف دیگر نظریه سومی نیز مطرح است مبنی بر اینکه طبق یک توافق عام یا خاص، یک نهاد و مرجع ثالث (غیر از دولت اعلام‌کننده حق شرط و سایر دولت‌های

متعاقد) در خصوص مطابقت یا عدم مطابقت حق شرطهای وارد بر یک کنوانسیون اظهار نظر کند. «بعضی از این نهادها، مثل کمیته حقوق بشر سازمان ملل متحد با احتیاط زیاد در این قلمرو گام برداشته‌اند.<sup>۱</sup> اما نهادهای دیگر مثل ارگانهای معاهده اروپایی حقوق بشر در موارد بسیار خود را برای اعلام نظر در این باره صالح تشخیص داده و درباره شروط یا اعلامیه‌های تفسیری دولتهای متعاقد اظهار نظر قضایی کرده‌اند. مثلاً کمیسیون اروپایی حقوق بشر، بعضی از شروط دولت ترکیه بر اعلامیه مربوط به پذیرش دادخواستهای فردی را مغایر با معاهده اروپایی حقوق بشر دانست» (فلسفی، ۱۳۷۹: ۲۴۵). «همچنین در قضیه Belilos دادگاه اروپایی حقوق بشر شرط سوئیس را مغایر با کنوانسیون اروپایی حقوق بشر ارزیابی و خود را برای بطلان آن صالح قلمداد کرد» (حبیبزاده، ۱۳۸۳: ۱۲۱).

## ۱-۵. دیدگاه کمیسیون حقوق بین‌الملل

با توجه به ابهامات موجود در کنوانسیون وین ۱۹۶۹ در مورد حق شرط و از جمله موضوع تشخیص مطابقت یا عدم مطابقت شرط با موضوع و هدف معاهده، در سال ۱۹۹۳، با تصویب قطعنامه ۴۸/۳۱ در مجمع عمومی موضوع حق شرط در دستور کار کمیسیون حقوق بین‌الملل قرار گرفت. کمیسیون حقوق بین‌الملل در سال ۱۹۹۴ دی آلن پله را به عنوان مخبر ویژه برگزید. وی سال بعد، اولین گزارش خود را ارائه نمود که در آن تنها به بررسی کارهای قبلی کمیسیون حقوق بین‌الملل در مورد حق شرط پرداخته و عنوان نمود که هدف از بررسی موضوع حق شرط، تغییر و اصلاح مقررات اساسی کنوانسیون وین نیست (UN Doc. A/۵۰/۱۰ (۱۹۹۵), par. ۴۹۱).

«مخبر ویژه در گزارش دوم خود در سال ۱۹۹۷ با توجه به مباحث مربوط به تحفظ در کمیته ششم، جمع‌بندی زیر را ارائه می‌نماید:

۱- پیشنهاد تغییر عنوان مورد بررسی به «حق شرط به معاهدات».

۲- تأکید بر ضرورت حفظ دست‌آوردهای رژیم حقوقی وین در خصوص حق

۱. کمیته حقوق بشر در سال ۱۹۹۴ با ارائه تفسیر شماره ۲۴ خود درباره حق شرط بر ميثاق سياسي و مدني، با انتقاد ضمنی از نظام انعطاف‌پذیر وین، بر اختیار این کمیته نسبت به بررسی تحفظات و حتی ارزیابی و نتیجه‌گیری راجع به صحت و بطلان آن تأکید کرد (General Comment, ۱۹۹۴, par. ۱).

شرط که کارایی و پذیرش آن اثبات شده است.

۳- ضرورت پرداختن به ابهامات مربوط به رژیم حقوقی وین و از بین بردن خلأهای آن، از جمله آثار حقوقی تحفظ و اعتراض به آن.

۴- اتفاق نظر بر ضرورت تدوین مجموعه اصول راهنما در خصوص حق شرط که مورد استفاده دولتها و سازمانهای بین المللی قرار گیرد» (فلسفی، ۱۳۷۹: ۲۴۳).

«کمیسیون حقوق بین الملل بر اساس گزارشات مخبر ویژه، ضرورت حفظ چهارچوب اساسی کنوانسیون وین ۱۹۶۹ را تأکید کرده و معتقد است نظام حقوقی کنوانسیون وین بر تمام معاهدات چند جانبه تقنینی، از جمله معاهدات حقوق بشر قابل اعمال است. اگر ابهامات و خلأهای موجود در کنوانسیون وین نگرانیهایی را در مورد معاهدات مربوط به حقوق بشر موجب شده است، این نگرانیها در خصوص سایر معاهدات نیز وجود دارد» (حبیبزاده، ۱۳۸۳: ۱۲۲).

«جمع بندی مخبر ویژه این بود که ارکان ناظر بر حقوق بشر می توانند بر مبنای وظیفه نظارتی خود، به ارزیابی شرطها پردازند، اما نمی توانند آثار و نتایج مترتب بر اعلام شرط را مشخص نموده و در مورد عضویت دولت شرط گذار در معاهده تصمیمی اتخاذ کنند» (همان، ۱۲۳).

### ۱-۶. پذیرش و اعتراض به حق شرط

با توجه به ماده ۱۹ و ۲۰ کنوانسیون وین، دو معیار اساسی در مورد پذیرش حق شرط از نظر حقوق بین الملل معاهدات مطرح است:

اول: عدم مغایرت حق شرط با هدف و موضوع معاهده.

دوم: موافقت سایر کشورهای متعاقد.

آنچه نیاز به تأمل بیشتر دارد این است که این دو معیار چگونه در کنار یکدیگر قرار می گیرند؟

در مورد اعتبار حق شرط بر اساس کنوانسیون وین ۱۹۶۹ دو دیدگاه وجود دارد: نظریه «قابلیت پذیرش حق شرط» که معیار اصلی اعتبار حق شرط را عدم مغایرت با هدف و موضوع معاهده می داند و دیگر، نظریه «قابلیت مخالفت با حق شرط» که

ملاک اعتبار یا عدم اعتبار تحفظ را واکنش مثبت یا منفی سایر دولتهای متعاقد می‌داند.

«به نظر طرفداران مکتب «قابلیت پذیرش» در صورتی که تحفظ با موضوع و هدف معاهده مطابقت نداشته باشد، صرف نظر از واکنش سایر دولتهای متعاقد، بلااعتبار و غیر نافذ است. در مقابل، به نظر مکتب «قابلیت مخالفت با حق شرط» مبنای اعتبار یا عدم اعتبار حق شرط، نظر دولتها می‌باشد و تنها معیار و ملاک در این رابطه مخالفت یا واکنش سایر دولتهای متعاقد است. به عبارت دیگر در صورت موافقت تمام طرفهای معاهده، مطابقت با موضوع و هدف معاهده، موضوعیت پیدا نمی‌کند» (طاهری شمیرانی، ۱۳۷۸: ۱۳۷). «اگر شرطی در واقع مغایر با هدف و موضوع معاهده باشد، ولی همه طرفهای دیگر معاهده با آن موافقت نمایند، این امر به معنی تجدید نظر در معاهده خواهد بود» (حبیبزاده، ۱۳۸۳: ۱۲۵).

نظام حقوقی کنوانسیون وین ۱۹۶۹ این دو معیار را در مواد ۱۹ و ۲۰ گنجانده است، اما نظر کنوانسیون در خصوص دیدگاههای مذکور، شفافیت لازم را ندارد. در جمع‌بندی این دو ماده، هر دو معیار در اعتبار حق شرط لازم الرعایه است؛ یعنی حق شرط می‌بایست مطابق با هدف و موضوع معاهده باشد و در عین حال باید مورد پذیرش دیگر دولتهای متعاقد قرار گیرد.

### ۷-۱. آثار اعتراض به حق شرط

در بررسی بند ۴ (ب) ماده ۲۰ و بند ۳ ماده ۲۱، می‌توان دریافت که به محض اعتراض صرف به حق شرط، اثر حقوقی آن، میان اعلام‌کننده حق شرط و دولت معترض به آن منتفی خواهد شد.

بند ۳ ماده ۲۱ در این باره مقرر می‌دارد: «هرگاه کشوری که به حق شرط اعتراض کرده به لازم الاجرا شدن معاهده، میان خود و کشور انشاکننده حق شرط معترض نباشد، آن قسمت از مقررات معاهده که حق شرط متضمن آن است، در حدی که طبق حق شرط پیش‌بینی شده بین دو کشور اعمال نخواهد شد».

بند ۴ (ب) ماده ۲۰ نیز مقرر می‌دارد: «اعتراض به حق شرط از جانب کشور دیگر

معاهده، مانع اجرای معاهده میان کشور اعتراض کننده و کشور انشاکننده حق شرط نخواهد بود، مگر آنکه کشور اعتراض کننده قصد خلاف آن را صریحاً بیان کند».

«توجهی که از این قاعده به عمل آمده، به این صورت بوده است که معاهده اصولاً ممکن است با وجود عدم توافق دو دولت در موارد مشخص به طور کلی (in globo) میان آنها به اجرا درآید؛ زیرا مخالفت دولت معترض با چند حق محفوظ به معنای آن نیست که آن دولت به طور کلی از هم پیمان شدن با دولت واضع شرط منصرف شده است» (فلسفی، ۱۳۷۹: ۲۳۹، پورقی).

«برخی از علمای حقوق بین الملل، از جمله پروفیسور سینکлер معتقدند که اعطای این اختیار به کشور اعتراض کننده که بتواند به رغم حق شرط اعلام شده، معاهده را کلاً در مناسبات خود و کشور شرط کننده مجرا بداند و توجهی به حق شرط نداشته باشد، خلاف اصل برابری طرفین و خلاف اصل عدالت و انصاف است؛ زیرا کشور اعلام کننده حق شرط را در موضعی قرار می دهد که به هیچ وجه با آن موافق نیست» (ضیائی بیگدلی، جزوه درسی).

در مجموع، دو دیدگاه در خصوص بطلان حق شرط (به سبب غیر مجاز بودن یا اعتراض به آن) مطرح است:

۱- دیدگاه غیر قابل تفکیک بودن شرط از مقررات مربوط. بر این اساس بطلان شرط موجب بی اعتباری رضایت دولت شرط گذار شده و این دولت عضویت معاهده را از دست می دهد و این امر به معنی اخراج دولت شرط گذار از معاهده بوده و چه بسا دولتها ترجیح بدهند که به جای پرداختن چنین هزینه بالایی، شرط خود را پس بگیرند یا تعدیل نمایند (ر.ک: حبیبزاده، ۱۳۸۳: ۱۲۷).

۲- دیدگاه قابل تفکیک بودن شرط غیر مجاز از مقررات موضوع شرط و التزام دولت شرط گذار در قبال تمام معاهده از جمله مقرراتی که بر آنها اعلام شرط شده است.

این راه حل با مخالفت گسترده دولتها و برخی از اعضای کمیسیون حقوق بین الملل و نویسندگان روبرو شده است (همان).

استدلال مخالفین دیدگاه اخیر این است که نمی توان دولتی را در قبال مقرراتی



از معاهده ملزم دانست که صراحتاً از پذیرش آن خودداری کرده است؛ زیرا این امر بر خلاف اصل رضایت و حاکمیت اراده دولتها می‌باشد.

با وجود این، برخی از صاحب‌نظران معتقد به قابلیت تفکیک شرط بوده و اظهار می‌دارند که گاهی دولتها شرایط ایده‌آلی را در جهت منافع ملی خود در نظر گرفته و شرطهایی را اعلام می‌کنند که مبنا و اساس رضایت آنها را به التزام در قبال معاهده تشکیل نمی‌دهد. از این گونه شرطها به شرطهای غیر ضروری یا فرعی تعبیر می‌شود.... بدین ترتیب، اگر شرطهای ضروری و اساسی قابل تفکیک از مقررات مربوط نیستند، شرطهای نه چندان ضروری قابل تفکیک بوده و به مقرراتی که نسبت به آنها اعلام شرط شده لطمه‌ای وارد نمی‌کند.... کمیته حقوق بشر نیز با استناد به رأی دادگاه اروپایی حقوق بشر در قضیه Belilos نظریه قابلیت تفکیک شرط از مقررات مربوط را مورد تأکید قرار می‌دهد (General Comment, ۱۹۹۴, par.۱). بر اساس رأی این دادگاه، شرط غیر مجاز باطل می‌شود بدون اینکه رضایت دولت در قبال معاهده مخدوش گردد (حبیبزاده، ۱۳۸۳: ۱۲۷-۱۲۹).

در کل آنچه منصفانه‌تر به نظر می‌رسد و شاید بتوان با تأمل در بند ۳ ماده ۲۱ و بند ۴ (ب) ماده ۲۰ آن را استفاده کرد، دیدگاه دیگری است. چه اینکه بند ۳ ماده ۲۱ در مقام بیان اثر اعتراض به حق شرط بوده پس به طور طبیعی مفاد حق شرط بین دو کشور اعمال نمی‌شود: «هرگاه کشوری که به حق شرط اعتراض کرده، به لازم الاجرا شدن معاهده میان خود و کشور انشاکننده حق شرط معترض نباشد، آن قسمت از مقررات معاهده که حق شرط متضمن آن است، در حدی که طبق حق شرط پیش‌بینی شده بین دو کشور اعمال نخواهد شد». در عین حال کشور معترض به حق شرط به لازم الاجرا شدن معاهده معترض نیست که این عدم اعتراض به لازم الاجرا شدن معاهده میان آنها می‌تواند به معنی عدم اعتراض به امکان اجرا تفسیر شود نه لزوم اجرا. پس وقتی کشور معترض به حق شرط، به لازم الاجرا شدن معاهده معترض نیست، یعنی امکان ایجاد رابطه معاهداتی بین خود و دولت شرط‌گذار را بدون اعمال حق شرط محفوظ می‌داند. همین معنی در بند ۴ (ب) ماده ۲۰ لحاظ شده است: «اعتراض به حق شرط از جانب کشور دیگر معاهده، مانع

اجرای معاهده میان کشور اعتراض کننده و کشور انشاکننده حق شرط نخواهد بود، مگر کشور اعتراض کننده قصد خلاف آن را صریحاً و قطعاً بیان کند». پس اگر کشور معترض به حق شرط صراحتاً خواستار عدم طرفیت با اعلام کننده حق شرط در معاهده نباشد و فقط به حق شرط اعتراض کند، صرف اعتراض مانع رابطه معاهداتی ممکن الوقوع میان دو کشور نیست. امکانی که تحقق آن به تصمیمات بعدی کشور اعلام کننده حق شرط مبنی بر تعدیل حق شرط یا بازپس گیری آن و تصمیمات کشور معترض به حق شرط مبنی بر پذیرش شرایط جدید یا معاهده بدون رزرو، وابسته است. حتی ممکن است کشور معترض به حق شرط صراحتاً اعلام کند به لازم الاجرا شدن معاهده میان خود و دولت شرط گذار معترض نیست. اما این کفایت نمی کند، چرا که از بدیهیات حقوق معاهدات مبتنی بر رضایت در چنین فرضی آن است که عدم اعتراض یک کشور به لازم الاجرا شدن نباید مساوی با لازم الاجرا شدن معاهده تصور گردد، بلکه هر آینه حق کشور دیگر برای اخذ تصمیم مطابق با وضعیت جدید محفوظ خواهد بود.

چنین تفسیر و تأویلی از مواد مذکور با روح کنوانسیون وین ۱۹۶۹ راجع به معاهدات و اصول حاکم بر آن مطابق و به انصاف نزدیک تر است. بیان مذکور در عین حال که برای اعتراض، اثر مناسب و مقتضی در نظر گرفته، امکان اجرای معاهده در فضا و شرایط جدید را نیز پیش بینی کرده است.

## ۲. «حق شرط» در حقوق اسلامی

«تحفظ یا حق شرط» یکی از مباحث مهم حقوق معاهدات است و مقررات مربوط به آن در منابع حقوق بین الملل تا حدودی پیش از این بیان گردید؛ با وجود این از منظر حقوق اسلامی نیز این موضوع از دو جهت قابل طرح است:

اول: از این جهت که آیا این تأسیس در تاریخ سیاسی اسلام و روابط حقوقی دولت اسلامی با سایر دولتها سابقه دارد یا خیر؟

دوم: اینکه ماهیت آن در فقه اسلامی چیست؟

اما بررسی سابقه تاریخی حق شرط در اسلام، از آن جهت که تحفظ در معاهدات

بین‌المللی منوط به احراز وجود معاهده بین‌المللی در صدر اسلام است. بدین سبب لازم است مقدمتاً، معاهدات صدر اسلام را با در نظر گرفتن معیارهای مورد قبول حقوق بین‌الملل، به طور مختصر بررسی کنیم و سپس بحث مذکور را پی بگیریم.

## ۱-۲. معاهده بین‌المللی در قرآن کریم

«در اسلام تردیدی در مشروعیت معاهدات بین‌المللی نیست؛ چون انعقاد آنها راه و وسیله‌ای برای تحقق اهداف عالی اسلام است و قرآن مجید در این رابطه انعقاد معاهدات را با حکومت‌های غیر اسلامی و یا اقوام و جماعات و یا گروه‌های غیر اسلامی مجاز تلقی کرده» (عنایت، ۱۳۷۰: ۱۹) و تعبیرات یا اصطلاحاتی در این باره به کار برده که به نظر مفسرین، مختص معاهدات بین‌اقوام و ملل است و یا بیشتر در این رابطه استفاده می‌شود. از جمله این اصطلاحات قرآنی؛ میثاق، عهد، ایلاف، إل، ذمه و عقد می‌باشد. ضمن اینکه در فقه و تاریخ اسلام معاهداتی تحت عنوان موادعه، مهاده، عقد ذمه بین دولت اسلامی با سایر اقوام وجود داشته است. اصطلاح «میثاق» به معنی معاهده میان اقوام یا ملل در برخی از آیات قرآن کریم به کار رفته است (ر.ک: نساء/ ۹۰ و ۹۲؛ انفال/ ۷۲).

مرحوم شیخ طبرسی رحمته الله علیه میثاق را به معنی عهد به نوع «عقد ذمه» دانسته است (بی‌تا: ۲۷۹/۱). اما مرحوم علامه طباطبایی رحمته الله علیه میثاق را به معنی مطلق عهد اعم از عقد ذمه و یا هر معاهده دیگری می‌داند (طباطبایی، ۱۳۹۴: ۴۰/۵). به هر حال استعمال این اصطلاح برای معاهده میان اقوام یا ملتها قطعی است.

«عهد» نیز به معنی معاهده بین اقوام و ملتها در قرآن در شکل‌های مختلف استعمال شده است (ر.ک: توبه/ ۱، ۴ و ۷؛ اسراء/ ۳۴). در سوره توبه این اصطلاح به معنی معاهده «امان» (با موضوع و هدف «حفظ صلح و عدم تعرض» میان حکومت اسلام و مشرکان) به کار رفته است (طباطبایی، ۱۳۹۴: ۱۴۷/۵).

«ایلاف» نیز نوعی معاهده بوده که ملل ساکن عربستان با حکام سوریه، حبشه، ایران و غیره، به منظور عبور کاروانهای تجاری از سرزمینهای آنان با حفظ امنیت کامل، منعقد می‌کرده‌اند و از آن به «نظام ایلاف» تعبیر می‌شود (حمیدالله، ۱۳۷۴: ۶۷).

این کلمه دو مرتبه در سوره «قریش» به کار رفته است. برخی از مفسرین (مکارم شیرازی، ۱۳۵۳: ۶۲/۴)؛ دلالت این کلمه بر پیمان و عهد را بعید و آن را به معنی «الفت گرفتن» دانسته‌اند. در مقابل برخی از نویسندگان (حمیدالله، ۱۳۷۴: ۶۷) آن را اشاره به «نظام ایلاف» می‌دانند که در واقع بیانگر یک «معاهده بین‌المللی امنیتی» می‌باشد. دو اصطلاح دیگر که در قرآن کریم به معنای معاهده به کار رفته، «ال»<sup>۱</sup> و «ذمه»<sup>۲</sup> می‌باشد. ضمن اینکه عهد و عقد که در متون اسلامی زیاد به کار رفته، هم شامل عقدهای خصوصی بین افراد و هم عقدهای بین‌المللی (معاهدات) است. چنانکه مفسرین از کلمه «العقود» در آیه یک سوره مبارکه مائده «عمومیت» را استفاده می‌کنند و آن را دلیل روشنی بر این مدعا می‌دانند (طباطبایی، ۱۳۹۴: ۱۵۸/۵).

مهادنه، معاهده، مواعده و مصالحه نیز اصطلاحاتی است که در متون فقهی و تاریخ اسلام به کار رفته و در معنی، بسیار مشابه یکدیگرند. «هدنه یا مهادنه، نوعی قرارداد آتش‌بس و متارکه جنگ است که بین دولت اسلامی و دولت بیگانه منعقد می‌شود که ممکن است افزون بر تبیین اصل آتش‌بس و چگونگی آن، شروط و مواد دیگری نیز -از جمله شروط مربوط به حقوق بیگانگان- در آن گنجانده شود».

## ۲-۲. معاهدات بین‌المللی در تاریخ سیاسی صدر اسلام

با بررسی قیود و عناصر تعریف یک معاهده بین‌المللی در حقوق بین‌الملل معاهدات درمی‌یابیم که معاهده بین‌المللی تحت شرایطی از نظر حقوق اسلامی لازم‌الرعیه و معتبر است و حتی در حد یک منبع حقوقی ظاهر می‌شود. منبعی که اعتبار خود را از اصول کلی قرآن و روایات در لزوم وفای به عهد و پیمان گرفته است؛ «ولی روشن است که در تدوین حقوق بین‌الملل بر اساس قراردادها (معاهدات) به خود قرارداد مراجعه می‌شود، نه به کتاب و سنت. بر این اساس در حقیقت منبع این بخش از حقوق خود قراردادهاست چنان که عرف بین‌الملل و... نیز منابع دیگری هستند که

۱. «إل» در آیات ۸ و ۱۰ سوره توبه به معنی «خویشاوندی» یا «عهد و پیمان» می‌باشد (مکارم شیرازی، ۱۳۵۳: ۲۹۷/۷).

۲. اشاره به معاهده‌ای تحت همین نام (عقد ذمه) دارد که میان مسلمانان و کفار اهل کتاب منعقد می‌شد (طباطبایی، ۱۳۹۴: ۱۶۷/۹).

همانند قرارداد منبع مستقل حقوق محسوب می‌شوند» (دفتر همکاری حوزه و دانشگاه، ۱۳۷۲: ۲۸۱).

«در اسلام تردیدی در مشروعیت معاهدات بین‌المللی نیست، چون انعقاد آنها راه و وسیله‌ای است برای تحقق اهداف عالی اسلام و لذا امام و پیشوای مسلمین می‌تواند با غیر مسلمین موافقت‌نامه‌هایی را چنانچه صلاح دین و امت باشد و یا موجب تألیف قلوب آنان به سمت مسلمین گردد، منعقد نماید» (عنایت، ۱۳۷۰: ۱۹).

## ۲-۳. نمونه‌هایی از معاهدات بین‌المللی صدر اسلام

- ۱- پیمان عقبه میان پیامبر اکرم صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم و نمایندگان قبایل اوس و خزرج که مفاد آن شامل اعتقاد و التزام به اسلام، هجرت رسول خدا به یثرب و اتحاد و دفاع مشترک بود.<sup>۱</sup>
- ۲- معاهده بین‌المللی امنیت و اتحاد که به «منشور مدینه» شهرت یافته، میان

---

۱. نظر به این که در آن تاریخ (قبل از هجرت) هنوز دولت اسلامی تشکیل نگردیده بود، بعضی از اساتید معتقدند: دادن عنوان «قرارداد بین‌المللی» به پیمان عقبه محل تردید است (ضیایی بیگدلی، ۱۳۷۵: ۴۰). در حالی که با دقت نظر بیشتر می‌توان گفت این معاهده یک معاهده بین‌المللی متناسب با زمان خود بوده است. توضیح این که طبق ماده ۲ کنوانسیون وین ۱۹۶۹: معاهده عبارت است از یک توافق بین‌المللی مکتوب میان دولت‌ها با حاکمیت حقوق بین‌الملل.... منظور از دولت در این خصوص «دولت - کشور» یا مختصراً «کشور» است که به معنی یک کشور با حاکمیت سیاسی (قدرت سیاسی)، جمعیت و قلمروی مستقل می‌باشد (قاضی، ۱۳۷۳: ۳۹). در رابطه با عنصر اول و دوم می‌توان گفت در زمان انعقاد «پیمان عقبه» آن دو وجود داشته، چرا که جمعیت کوچک مسلمانان و مستقل تحت نظارت سیاسی (قدرت سیاسی) پیامبر اعظم اسلام این پیمان را منعقد کرده‌اند. فقدان عنصر سوم (سرزمین) به رغم اهمیتش، به گفته دکتر ابوالفضل قاضی نمی‌تواند موجودیت دولت - کشور را به یک باره از آن بگیرد چنانکه تاریخ نشان داده بسیاری از دولت‌ها در مکانی خارج از محل استقرار بعدی و نهایی خود تشکیل شده و موجودیت خود را از طریق اعمال سیاسی و نظامی و غیره به منصف ظهور رسانده‌اند. فرانسویان به رهبری ژنرال دوگل دولت آزاد فرانسه را در خاک بریتانیا و فلسطینیها قدرت عمومی خود را در خارج از سرزمین فلسطین سازمان داده‌اند (همان: ۴۴). ضمن این که می‌دانیم در سالهای اول ظهور اسلام میان قبایل و شهرهای شبه جزیره عربستان هیچ گونه وحدت سیاسی وجود نداشت و هر یک تقریباً «واحد سیاسی» مستقلی به حساب می‌آمدند (ضیایی بیگدلی، ۱۳۷۵: ۴۲). در رابطه با قید «حاکمیت حقوق بین‌الملل» نیز به طور کلی اسلام موازین حقوق بین‌الملل را در هر زمان در صورتی که مغایر با اصول مسلم اسلام نباشد و منجر به حاکمیت کفار بر مسلمین نشود می‌پذیرد (قاعده نفی سبیل، آیه ۱۴۱ سوره مبارکه نساء، رک: مکارم شیرازی، ۱۳۵۳: ۱۷۵/۴؛ امام خمینی، بی تا: ۴۸۶/۱).

حکومت نوپای اسلام و واحدهای سیاسی مستقل یهودی و غیر یهودی مدینه و اطراف آن منعقد گردید.

۳- معاهده بین‌المللی صلح تحت عنوان «صلح حدیبیه» میان حکومت اسلام و قبایل متحد با آن از یک طرف و مشرکان مکه و قبایل متحد با آنها از طرف دیگر بسته شد. مفاد این معاهده عبارت بود از: ترک مخاصمه به مدت ۱۰ سال، احترام به پیمانهای یکدیگر، تأمین امنیت راههای تجاری، آزادی تبلیغ اسلام و انجام مراسم مذهبی مسلمانان در مکه و بعضی از حقوق و تکالیف دیگر (رسولی محلاتی، ۱۳۶۴: ۵۰۳؛ حمیدالله، ۱۳۸۰: ۳۱۲).

۴- پیمانهای سال نهم هجری: در این سال هیئتهای زیادی از طرف قبایل و اقوام مختلف شبه جزیره عربستان برای انعقاد پیمان به مدینه آمده با رسول خدا ﷺ پیمان بستند (ر.ک: رهایی، ۱۳۷۸: ۴۳؛ فلسفی، ۱۳۷۹: ۱۲۷؛ رسولی محلاتی، ۱۳۶۴: ۳۳۸؛ خدوری، ۱۳۳۵: ۳۰۴). به طوری که این سال به «عام الوفود» (سال آمد و شد هیئتها) معروف گردید. این پیمانها علاوه بر اینکه حقوق و تکالیفی را در پی پذیرش اسلام برای طرفین ایجاد می‌کرد، بعضاً متضمن مسائل امنیتی یا توافقهایی بر سر سرزمین (اقطاعات یا بخششها) و غیره نیز بود (رسولی محلاتی، ۱۳۶۴: ۶۲۸-۶۳۱؛ حمیدالله، ۱۳۸۰: ۲۳۵).

۵- از جمله پیمانهایی که می‌توان آنها را نیز به عنوان قراردادهای بین‌المللی صدر اسلام تلقی کرد، مواردی است که به وسیله رد و بدل کردن نامه منعقد گردیده است. اکثر قریب به اتفاق وقوع این گونه قراردادهای، پس از صلح حدیبیه بوده است (واقعی، ۱۳۷۴: ۲۴۳). زیرا پیامبر اکرم ﷺ با خیالی آسوده به تبلیغ دین مبین اسلام و دعوت از واحدهای سیاسی مستقل داخل شبه جزیره عربستان و حکومتهای بزرگ آن روز، نظیر ایران، روم، حبشه، غسان، عمان، یمامه و... پرداختند (احمدی، ۱۳۶۳: ۳۵-۵۹؛ حمیدالله، ۱۳۷۴: ۴۰ به بعد).

۶- قرارداد با نصارای نجران: یکی از حوادث مهم سال نهم هجرت، جریان «مباهله» رسول خدا ﷺ و نصارای نجران است که پس از خودداری نصارا از مباهله، منجر به انعقاد یک معاهده بین‌المللی میان دولت اسلامی و نصارای نجران

گردید (ر.ک: شیخ مفید، ۱۳۷۷: ۷۷ و ۷۹؛ ابن اثیر، ۱۳۸۵: ۲۹۳/۲-۲۹۴؛ ابن هشام، بی تا: ۲۲۲/۲-۲۲۳).

## ۴-۲. آیا «حق شرط» در معاهدات صدر اسلام به کار رفته است؟

در تاریخ سیاسی صدر اسلام در زمینه انعقاد معاهدات به برخی از اعمال حقوقی برمی خوریم که امروزه در حقوق بین الملل معاهدات، بیشتر با «قید شرط» منطبق است. از آن جهت که قید شرط با «حق شرط» از جهت تحدید تعهدات مشترک است ذکر آن مصادیق خالی از فایده نیست، ضمن اینکه بعضی موارد و مصادیق نیز به چشم می خورد که به مفهوم حق شرط و آیین شکل گیری آن طبق حقوق بین الملل معاهدات فعلی بسیار نزدیک است. به این جهت با بررسی اجمالی تاریخ معاهدات زمان رسول اکرم صلی الله علیه و آله به مواردی شامل هر دو مفهوم برمی خوریم که در ذیل به آنها اشاره می شود:

۱- «زمانی که پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله در ابتدای سال هفتم و یا بنا به نقلی در سال ششم هجری، نامه های دعوت به اسلام را می نوشت، نامه ای به هودة بن علی الحنفی و اهل «یمامه» نوشت و آنها را به اسلام دعوت کرد (که با پیامبر در عهد و پیمان اسلام یا جزیه در آیند) (بلاذری، ۱۳۵۰: ۹۷).

رهبر یمامه پاسخ داد: «آنچه که تو بدان فرا می خوانی چه نیکو و زیباست! من شاعر و سخنگوی قبیله خودم هستم و تازیان از منزلت و پایگاه من می هراسند، بخشی از این کار را (امر رسالت) به من بسپار تا از تو پیروی کنم» (حمیدالله، ۱۳۷۴: ۲۰۶). چنانکه ملاحظه می شود هم پیمانی با پیامبر خدا در مورد پذیرش اسلام، مستلزم قبول تمامی حقوق و تکالیف ناشی از آن و از جمله مسئله رهبری جامعه اسلامی است. رهبر یمامه با محدود کردن بخشی از تعهدات خود خواهان اعمال رهبری در بخشی از سرزمین گردید. البته این تحدید تعهد، مورد پذیرش پیامبر قرار نگرفت.

۱. البته این معاهدات عمدتاً دو جانبه است و حق شرط در آن منجر به تغییر معاهده شده و دیگر شکل مصطلح خود را ندارد.

۲- «احتمالاً در سال پنجم هجرت بود که رسول الله ﷺ یک قرارداد اتحاد و بی طرفی (و همکاری امنیتی) با قبیله بنو عبد بن عدی منعقد ساخت که درباره آن مورخان چنین نوشته اند:

رسول الله، هیئت نمایندگی بنو عبد بن عدی را به حضور پذیرفت... آنها گفتند: ای محمد، ما از ساکنان ارض اقدس (یعنی اطراف مکه) هستیم و از نیرومندترین قبایلی هستیم که در آن جا زندگی می کنند. ما با تو سر جنگ نداریم، اما آماده ایم در جنگها تو را یاری کنیم، به جز جنگ با قریش مکه، زیرا نمی خواهیم با قریش به جنگ بپردازیم» (حمیدالله، ۱۳۸۰: ۳۳۸).

قبیله مذکور با چنین تحدید تعهدی (همکاری در تمام جنگها به جز جنگ با قریش) با پیامبر اکرم ﷺ معاهده امنیتی منعقد کردند.

۳- «با پیشرفت اسلام و توسعه آن در سراسر جزیره العرب، بزرگان طائف از نظر مذهب خود را در محاصره دیدند و تصمیم گرفتند تا هیئتی را به نزد رسول خدا ﷺ فرستاده و اسلام اختیار کنند» (رسولی محلاتی، ۱۳۶۴: ۶۲۸) هیئت مذکور پس از ملاقات با رسول اکرم ﷺ التزام به اسلام را به شرایطی مشروط نمود: «قبیله طائف در صورتی به آیین توحید می گروند که بتخانه بزرگ طائف سه سال به همان حال باقی بماند و بت بزرگ قبیله «لات»، در این مدت مورد پرستش قرار گیرد. آنان هنگامی که با ناراحتی پیامبر روبرو شدند، از درخواست خود تنزل کرده، درخواست نمودند که بتخانه آنها یک ماه باقی بماند... (باز پیامبر اکرم ﷺ چنین استثنایی را نپذیرفت. بدین جهت آنها گفتند) اکنون که پیامبر با چنین شرطی موافقت نمی کند، پس افراد قبیله را از شکستن بتها به دست خود معاف بدارد و افراد دیگر را مأمور سازد که بتهای طائف را بشکنند. پیامبر با این شرط موافقت نمود... شرط دیگر آنها این بود که پیامبر آنها را از خواندن نماز معاف بدارد. (پیامبر اکرم ﷺ ضمن رد این خواسته) در پاسخ فرمودند: دینی که در آن نماز نباشد، در آن خیری نیست. (به این ترتیب) عهدنامه ای شامل مواد و شرایطی به امضا رسید» (سبحانی، ۱۳۶۳: ۴۱۴-۴۱۶).

۴- قبل از اسلام یک پیمان همکاری امنیتی میان قبیله «نوفل» و «خزاعه» منعقد شده بود. «پیامبر اکرم ﷺ بر پیمانی که نوفل و برادرزادگان او عبدشمس و



عبدالمطلب، با خزاعه بسته بودند صحنه گذارد و آن را با خزاعه تجدید کرد، ولی فرمود: ... با این شرط که به هیچ ستمگری یاری نرساند و تنها به یاری ستمدیده برخیزد» (حمیدالله، ۱۳۷۴: ۳۳۰).

مفاد معاهده آنها، یاری و کمک و تأمین امنیت طرفین متعاقد به طور مطلق (چه در یک قضیه بر حق باشند یا بر باطل) بود. پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله با این «تحفظ» همکاری را منحصر به موردی نمود که طرف متعاقد ستمکار نبوده، در موضع حق باشد. نمایندگان «خزاعه» پذیرفتند و به دنبال آن اسلام اختیار کردند.

جالب اینکه در این مورد شباهت زیادی با «حق شرط» وجود دارد چه اینکه پیمانی از سابق وجود داشته و پیامبر در هنگام الحاق به آن دایره تعهدات را محدود نمودند. ۵- «جهیش بن انیس نخعی همراه تنی چند از کسان قبیله مذحج، به نمایندگی از سوی آن قبیله، نزد پیامبر آمدند (تا با پیامبر در مورد پذیرش اسلام هم پیمان شوند) ایشان گفتند: ما با این شرط به اسلام می‌گرویم که آب، چراگاه و درختان همدال سرزمین ما از آن خود ما باشد.

پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله فرمودند: بارخدا یا انبوهی جمعیت و سروری را بر مردم مذحج و سرزمین آنان مبارک گردان...» (همان: ۲۹۴).

هم‌عهدی با رسول خدا صلی الله علیه و آله در مورد اختیار اسلام، مستلزم پذیرش احکام مالی اسلام نیز است و در دو مورد پیش گفته، مسئولیت قبایل تازه‌مسلمان در این خصوص و به نفع آنان محدود گردیده است.

۶- در صلح حدیبیه، ابتدا قرار بود (طبق معاهده) هر کسی از اتباع طرفین به طرف دیگر پناه آورد مسترد گردد. نماینده طرف قریش این بند را نپذیرفت. بند مذکور به طور یک‌جانبه از طرف مسلمین اعمال گردید.

این امر، محدود کردن تعهدات قریش نسبت به پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و مسلمین بود. در نهایت در مفاد معاهده صلح حدیبیه چنین آمد:

«چنانچه کسانی از بین قریش بدون اینکه اجازه‌ای از رئیس یا مولای خود بگیرند به محمد صلی الله علیه و آله پیوندند او آنها را به قریش برگرداند، لکن هر کسی که از سوی محمد صلی الله علیه و آله به قریش بیاید آنها او را باز نخواهند گرداند» (حمیدالله، ۱۳۸۰: ۳۱۲).

جالب اینکه «پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله اصطلاح استرداد را به گونه‌ای تفسیر کرد که فقط شامل مردان باشد و زنان را استثنا کرد که قبل از عزیمت پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله از حدیبیه، مواردی از آن نوع پیش آمده بود و قریش با اکراه به قبول آن، تن داده بودند» (همان: ۳۱۴).

این تفسیر پیامبر خود نوعی محدود کردن تعهد است و امروزه در حقوق بین‌الملل معاهدات چنین تفسیری در حکم حق شرط است، هر چند به صورت اعلامیه تفسیری بیان گردد (ر.ک: طاهری شمیرانی، ۱۳۷۸: ۱۵۱-۱۵۲). در پیمان صلح حدیبیه حذف عنوان رسول الله صلی الله علیه و آله از طرف قریش، که ابتدائاً در متن معاهده پیش‌بینی شده بود نیز مصداقی از تحدید تعهد بشمار می‌رود.

## ۲-۵. «حق شرط» در آینه فقه

در بررسی تاریخ سیاسی صدر اسلام، به مواردی اشاره گردیده که مفهوم «حق شرط» یا مفهومی نزدیک به آن را تداعی می‌کند. در عین حال در فقه اسلامی نیز تأسیسات حقوقی و مفاهیمی وجود دارد که هر چند دقیقاً منطبق با مفهوم حق شرط نیست، هر کدام با آن مرتبط است و از بررسی آنها اولاً مشروعیت اعمال چنین تأسیسی در معاهدات بین‌المللی توسط دولت اسلامی اثبات می‌گردد، ثانیاً کیفیت و شرایط اعمال آن بیشتر روشن می‌شود.

شرط و اشتراط «در فقه و حقوق مدنی، در معنی تعهد به کار رفته است. خواه تعهد به صورت شرط ضمن عقد باشد خواه نه» (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳: ۳۲). در مورد Reservation، عمدتاً حقوقدانان فارسی‌زبان آن را به «حق شرط» ترجمه نموده‌اند و می‌توان این عنوان را با «شرط» در فقه مقایسه کرد.<sup>۱</sup>

۱. مفاهیم دیگری نیز در فقه وجود دارد که دقیقاً تحدید تعهد را تداعی می‌کند. مانند موضوع «استثنا» در فقه که هر چند از نظر مفهومی با اصطلاح «قید شرط» در حقوق معاهدات منطبق است نه با حق شرط، در عین حال از نظر موضوع این مقاله حائز اهمیت است. استثنا در معاملات مثل بیع چنان است که مثلاً زید در بیع یک خرمن گندم به عمرو می‌گوید: این خرمن گندم را خریدم به جز ۳ کیلو از آن را (شهید اول، ۱۳۷۲: ۲۶۴/۲) در بحث قید شرط و حق شرط هم دقیقاً دایره مسئولیت و تعهد اطراف معاهده در فرایند شکلی خاص خود محدود می‌شود.

«شرط در لغت به معنی عهد است و آن در اصطلاح حقوقی، تعهد فرعی است که ضمن عقد اصلی قرار می‌گیرد و (عقد مشروط) عقدی است که یکی از شروط و یا قیدی در آن درج شده باشد» (امامی، ۱۳۷۵: ۵۹/۴-۶۰؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۲۰ و ۱۲۲؛ گرجی، ۱۳۶۹: ۲۷؛ انصاری، ۱۳۷۴: ۲۸۹/۲-۲۹۰).

«اگر همه موارد به کارگیری واژه شرط را بررسی کنیم ملاحظه می‌کنیم که حقیقت معنای شرط، منوط بودن چیزی به چیز دیگر است و این گاهی در امور تکوینی به چشم می‌خورد و مانند اناطه وجود معلول به وجود علت و گاهی در امور اعتباری مانند معاهدات و تعهدات دیده می‌شود. شروط در معاهدات، اناطه محض اعتباری هستند که توسط یک طرف به عنوان جاعل، جعل و اعتبار می‌شوند» (توحیدی، ۱۴۱۷: ۲۹۸/۷؛ امام خمینی، بی‌تا: ۱۶۳).

مطابق ماده ۲۳۴ قانون مدنی شرط بر ۳ قسم است: ۱- شرط صفت، ۲- شرط نتیجه، ۳- شرط فعل اثباتاً و نفیاً.

شرط صفت، کمیت و کیفیت خاصی در مورد عقد و عوضین، شرط نتیجه، تحقق امری حقوقی به تبع اشتراط و شرط فعل، اشتراط اقدام یا عدم اقدام یکی از طرفین را بیان می‌کند. این هر سه در واقع به صورت تبعی و با اشتراط ضمن عقد، امری را به معاهده مورد نظر اضافه می‌کنند. پس شرط در اشکال مذکور در واقع معنای ایجابی دارد در حالی که حق شرط در اصطلاح حقوق بین‌الملل معاهدات معنای سلبی دارد. اگر نتوان دقیقاً حق شرط را با یکی از سه نوع شرط احصا شده در فقه تطبیق داد، می‌توان گفت که شرط و اشتراط در کلیت خود، حق شرط را شامل می‌شود، زیرا نهایتاً قید و شرطی در ضمن یک معاهده برای تحدید برخی از تعهدات مندرج در آن است. به این جهت می‌توان گفت شرایط و مقررات صحت شرط ضمن عقد هرآینه باید در مورد حق شرط نیز رعایت شود. این شرایط با الهام از فقه در ماده ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی بیان گردیده است:

«ماده ۲۳۲: شروط مفصله ذیل باطل است ولی مفسد عقد نیست:

۱- شرطی که انجام آن غیر مقدور باشد.<sup>۱</sup>

۲- شرطی که در آن نفع و فایده نباشد.

۳- شرطی که نامشروع باشد.<sup>۲</sup>

ماده ۲۳۳: شروط مفصله ذیل باطل و موجب بطلان عقد است.

۱- شرط خلاف مقتضای عقد.<sup>۳</sup>

۲- شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود.<sup>۴</sup>

شرایط صحت شرط ضمن عقد در هر عقد، قرارداد یا معاهده‌ای که میان افراد یا کشورها منعقد می‌گردد، باید رعایت گردد؛ چه آنکه ملاک و مناط در همه یکی است. ضمن اینکه قبلاً اشاره شد که شرط به معنای کلی خود حق شرط را نیز در بر می‌گیرد. مثلاً دولت اسلامی در مقام دولت شرط‌کننده یا پذیرنده شرط باید این ویژگی را رعایت کند که با شرط و اشتراط مرتکب امر حرام نشود؛ زیرا التزام به حرام هرگز تعهد آور نخواهد بود. منظور از این ویژگی برای اعمال شرط آن است که نفس الزام و التزام امری جایز (فی نفسه حلال) باشد (خویی، ۱۴۱۴: ۹۴/۱). و اینکه حق شرط به مانند شرط ضمن عقد نباید مبهم و مجهول باشد. به کار بردن عبارت «بعضی مقررات» در تعریف حق شرط (بند دال ماده ۲ کنوانسیون حقوق معاهدات ۱۹۶۹ وین) دقیقاً مفید این معناست. دکتر فلسفی در این باره می‌گوید: «گوا اینکه علت اصلی درج این عبارت در ماده ۲، مردود شمردن شروط کلی و غیر دقیقی است که امکان دارد بر خصوصیت الزام آور بودن معاهده تأثیر بگذارد و آن را به کلی از میان ببرد» (فلسفی، ۱۳۷۹: ۲۳۲).

۱. برای توضیح شرط غیر مقدور ر.ک: انصاری، ۱۳۷۴: ۵/۲؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۶۸).

۲. برای توضیح شرط نامشروع ر.ک: انصاری، ۱۳۷۴: ۷/۲؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۷۲. در کتابهای روایی از شرط نامشروع به شرط خلاف کتاب و سنت تعبیر شده است (حر عاملی، بی تا: ۳۵۲/۱۲ و ۳۵۴).

۳. برای توضیح شرط خلاف مقتضای عقد ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۷۲ و ۱۷۴؛ شهید اول، ۱۳۷۲: ۷۹۲. جالب اینکه ممنوعیت حق شرط مخالف با موضوع و هدف معاهده (بند ج ماده ۱۹ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین) را می‌توان با ممنوعیت شرط خلاف مقتضای عقد در فقه مقایسه کرد.

۴. برای توضیح شرط مجهول ر.ک: انصاری، ۱۳۷۴: ۲۳/۲؛ نوری، ۱۳۷۵: ۳۹. همچنین در خصوص مفهوم شرط و شرایط آن ر.ک: خویی، ۱۴۱۴: ۱۰/۱-۳۴.

### ۳. نگاهی به حق شرطهای جمهوری اسلامی ایران

پس از انقلاب اسلامی و حاکمیت جمهوری اسلامی ایران، تلاش نهادهای سیاسی و قانونی بر آن بوده که در وضع قوانین و اعمال آن، چهارچوب شریعت اسلام تا حد ممکن رعایت گردد. در عرصه بین‌المللی نیز ارگانهای ذی‌ربط با استفاده از تأسیسات حقوقی مثل «حق شرط» در مورد معاهدات بین‌المللی، در این راستا تلاش کرده‌اند، اما شاید در عکس‌العمل به تفریطهای صورت پذیرفته قبل از انقلاب به هنگام التزام به برخی از معاهدات بین‌المللی (ر.ک: الهی‌پور، ۱۳۷۷: ۴۱۵) و یا به ملاحظات سیاسی و تنها برای کاستن از فشارهای سیاسی و بین‌المللی علیه نظام مقدس جمهوری اسلامی ایران، نهاد قانونگذاری پس از انقلاب در چند نوبت از حق شرط به گونه‌ای قابل نقد از نظر حقوق بین‌الملل و فقه استفاده کرده است.

در اینجا لازم است نمونه‌هایی از حق شرطهای ایران برای بررسی بیشتر ذکر شود:

۱- «قانون الحاق به کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با قاچاق مواد مخدر و داروهای روانگردان (۱۹۸۸ م.)».

مادهٔ واحده: به دولت اجازه داده می‌شود که به کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با قاچاق مواد مخدر و داروهای روانگردان مصوب کنفرانس مورخ ۲۰ دسامبر ۱۹۸۸ برابر با ۲۹ آذر ۱۳۶۷ در ششمین جلسهٔ عمومی، با توجه به بند (۱) «الف» مادهٔ ۲۸ کنوانسیون، مشروط بر آنکه مفاد کنوانسیون در مواردی که با قوانین داخلی و موازین اسلام معارض گردد از طرف جمهوری اسلامی ایران لازم‌الرعایه نباشد، ملحق و اسناد آن را مبادله نماید» (ادارهٔ کل قوانین، مجموعه قوانین سومین دورهٔ مجلس شورای اسلامی، بی‌تا).

این قانون در ۱۳۷۰/۹/۳ به تصویب مجلس و در ۱۳۷۰/۹/۱۷ به تأیید شورای نگهبان رسید.

۲- «قانون الحاق جمهوری اسلامی ایران به موافقت‌نامهٔ نظام جهانی ترجیحات بازرگانی بین کشورهای در حال توسعه».

ماده واحده: موافقت‌نامهٔ نظام جهانی ترجیحات بازرگانی بین کشورهای در حال

توسعه مشتمل بر ۳۴۰ ماده و ۴ ضمیمه به شرح پیوست، تصویب و اجازه تسلیم اسناد و الحاق به آن داده می‌شود. مشروط بر آنکه مفاد آن در مواردی که با قوانین داخلی و موازین اسلامی معارض گردد از طرف جمهوری اسلامی ایران لازم الرعایه نباشد» (همان).

این قانون در ۱۳۷۰/۹/۱۳ به تصویب مجلس و در ۱۳۷۰/۹/۲۷ به تأیید شورای نگهبان رسید.

۳- کنوانسیون حقوق کودک مصوب ۲۰ نوامبر ۱۹۸۹.

«جمهوری اسلامی ایران هنگام امضای کنوانسیون در ۵ دسامبر ۱۹۹۰ (شهریورماه ۱۳۶۹) به این شرح اعلام حق شرط نمود: «جمهوری اسلامی ایران نسبت به مواد و مقرراتی که مغایر با شریعت اسلامی باشد، اعلام حق شرط می‌نماید و این حق را برای خود محفوظ می‌دارد که هنگام تصویب، چنین حق شرطی را اعلام نماید» (مهریور، ۱۳۷۷: ۱۴۵).

«متن ماده واحده مصوب اسفند ۱۳۷۲ مجلس شورای اسلامی چنین است: کنوانسیون حقوق کودک مشتمل بر یک مقدمه و ۵۴ ماده به شرح پیوست تصویب و اجازه الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به آن داده می‌شود. مشروط بر اینکه مفاد آن در هر مورد و هر زمان در تعارض با قوانین داخلی و موازین اسلامی باشد یا قرار گیرد، از طرف دولت جمهوری اسلامی ایران لازم الرعایه نباشد» (همان).

۴- کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان مصوب ۱۸ دسامبر ۱۹۷۹<sup>۱</sup>:

«ماده واحده به دولت جمهوری اسلامی ایران اجازه می‌دهد به «کنوانسیون محو کلیه اشکال تبعیض علیه زنان» به شرح پیوست منوط به برقراری تحفظات و شروط زیر ملحق گردد و اسناد مربوط را تودیع و تسلیم نماید:

الف: جمهوری اسلامی ایران مفاد کنوانسیون مذکور را در مواردی که با شرع مقدس اسلام مغایرت نداشته باشد قابل اجرا می‌داند.

ب: جمهوری اسلامی ایران خود را موظف به اجرای بند ۱ ماده ۲۹ این

۱. لازم به ذکر است که این کنوانسیون از طرف شورای محترم نگهبان مورد تأیید قرار نگرفت و ایران به آن ملحق نشده است.

کنوانسیون در خصوص حل و فصل اختلافات از طریق داوری و یا ارجاع به دیوان بین‌المللی دادگستری نمی‌داند» (اداره کل قوانین، لایحه الحاق جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون محو کلیه اشکال تبعیض علیه زنان، مجلس شورای اسلامی، دوره ششم، سال دوم، ص ۳).

### ۳-۱. نقد از دیدگاه حقوق بین‌الملل

تدوین کنندگان کنوانسیون حقوق معاهدات (۱۹۶۹ وین) با آگاهی نسبت به هدف تشریع حق شرط، در تعریف آن (بند دال ماده ۲ «۱»)<sup>۱</sup> عبارت «بعضی مقررات» که به طور واضح انصراف به «بعضی مقررات معین» دارد را برای مردود شمردن شروط کلی و غیر دقیق درج کردند. اما به نظر می‌رسد تحفظات جمهوری اسلامی ایران نسبت به برخی از معاهدات بین‌المللی، چنان که قبلاً نمونه‌های آن بیان گردید شروط کلی و غیر دقیق است که در واقع مشخص نیست ایران به کدام یک از مواد کنوانسیونهای مذکور پایبند است و کدام یک را مغایر با شرع و قوانین داخلی خود می‌داند. ضمن اینکه «این بدان معنی است که در عین تصویب کنوانسیون، دولت جمهوری اسلامی ایران فقط به اجرای قوانین داخلی خود و مقررات کنوانسیون که با آن قانون مغایرت ندارد متعهد است و هیچ گونه تعهدی ندارد که قوانین خود را بر اساس کنوانسیون اصلاح و یا در آینده بر آن اساس قانون وضع کند» (مهرپور، ۱۳۷۷: ۱۴۵).

این گونه شروط کلی و غیر معین به هیچ وجه نمی‌تواند با تعریف حق شرط و موازین حقوق بین‌الملل معاهدات منطبق باشد.<sup>۱</sup> بدین جهت مورد اعتراض برخی از

۱. این گونه شرطهای کلی یادآور تحفظ خودکار (Automatic Reservation) است که برخی از کشورها در اعمال قید اختیاری پذیرش صلاحیت اجباری دیوان بین‌المللی دادگستری (Optional Clause) مطرح کرده‌اند. اولین بار این گونه رزرو توسط آمریکا در سال ۱۹۴۶ مطرح شد. این تحفظ معروض می‌داشت: «اختلافات مربوط به اموری که بنا به تشخیص ایالات متحده اساساً مشمول صلاحیت داخلی آمریکاست، از صلاحیت دیوان بین‌المللی دادگستری مستثنا می‌باشد». بنابراین موضوعی که در صلاحیت داخلی آمریکا می‌باشد مطابق ملاک نامعین که ممکن است حقوقی یا سیاسی باشد از صلاحیت اجباری دیوان مستثناست. این شرط که به «شرط کانالی» یا «اصلاحیه کانالی» نامیده می‌شود سالها مورد انتقاد حقوقدانان بود تا اینکه متعاقب دعوی نیکاراگوا علیه آمریکا در سال ۱۹۴۸ این اعلامیه پس گرفته شد (میرعباسی و سادات میدانی، ۱۳۸۴: ۴۲۴).

کشورهای متعهد قرار گرفته است. در مورد حق شرط ایران نسبت به کنوانسیون حقوق کودک «دولت آلمان در ۱۱ اوت ۱۹۹۵ اعلام نمود که با توجه به مبهم بودن شرط ایران، آن را مغایر با الزامات ناشی از حقوق بین الملل دانسته و با آن مخالف است. اما مخالفت آن مانع از لازم الاجرا شدن کنوانسیون حقوق کودک در روابط میان دو دولت نیست. دولت ایرلند نیز در ۵ سپتامبر ۱۹۹۵ اعلام می کند که حق شرط ایران این مشکل را برای دولتهای عضو کنوانسیون به دنبال دارد که نمی دانند جمهوری اسلامی ایران کدام یک از مواد را نمی خواهد اجرا کند و بنابراین حدود و قلمرو تعهدات دولت شرط گذار معلوم نیست. اکثر دولتهای مخالف شرط ایران اعلام داشتند که مخالفت آنها مانع از لازم الاجرا شدن کنوانسیون در روابط فیما بین نیست. با وجود این، لزوم احترام به هدف و موضوع معاهده را یادآور شده و شرط ایران را بی اعتبار تلقی نموده اند. اگرچه کنوانسیون حقوق کودک، مقام و مرجع صالحی را برای تشخیص مغایرت حق شرط دولتها با هدف و موضوع معاهده مشخص نکرده است، این امر مانع از آن نیست که کمیته حقوق کودک نیز شرط کلی ایران را غیر مجاز ارزیابی کند. با اینکه ارزیابی رکن ناظر بر اجرای کنوانسیون برای دولتها الزام آور نیست، اما دولت ایران نمی تواند در مقابل این اعتراضات بی تفاوت بماند» (حبیبزاده، ۱۳۸۲: ۱۳۱).

از طرف دیگر با بررسی یکایک کنوانسیونهای پیش گفته به اشکالات حقوقی دیگری نیز برمی خوریم.

در مورد کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با قاچاق مواد مخدر و داروهای روانگردان (۱۹۸۸ م.)، تصریح شده است که حق شرط نسبت به بندهای ۲ و ۳ ماده ۳۲ این کنوانسیون امکان پذیر است. مطابق بند (ب) ماده ۱۹ کنوانسیون حقوق معاهدات (۱۹۶۹) در چنین مواقعی تحفظات خارج از موارد پیش بینی شده و مصرح در یک کنوانسیون صحیح نخواهد بود.

راجع به موافقت نامه نظام جهانی ترجیحات بازرگانی بین کشورهای در حال توسعه، کنوانسیون حقوق کودک و کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان نیز با توجه به اینکه هدف تدوین چنین کنوانسیونهایی تا حد ممکن، یکسان سازی حقوق و قوانین کشورها در



موضوعات مطروحه در این معاهدات می‌باشد، حق شرطهای بی حساب و کلی می‌تواند محل به این هدف باشد که اولاً: به موجب بند ج ماده ۱۹ کنوانسیون وین ۱۹۶۹ و ثانیاً: به موجب تصریح و تأکید آن معاهدات<sup>۱</sup> مبنی بر لزوم عدم مغایرت حق شرطها با هدف و موضوع آن معاهدات چنین حق شرطهایی و جاهت حقوقی ندارد.

### ۲-۳. نقد از دیدگاه فقه

ابهام و جهل در مورد عوضین در معاهدات معوض و به وحدت ملاک در عقود غیر معوض و حتی معاهدات میان کشورها عقلاً و شرعاً جایز نیست<sup>۲</sup> و شرط مجهول در ضمن عقد و معاهده از آن جهت که موجب ابهام و جهل در مورد تعهدات و تکالیف ناشی از عقد و معاهده می‌شود باطل و مبطل عقد و معاهده است.<sup>۳</sup>

علت این امر آن است که شرط مجهولی که به عقد و معامله سرایت می‌کند موجب «غرر» می‌شود و غرر و ضرر به طور مطلق بر اساس روایتی از رسول اکرم صلی الله علیه و آله نفی شده است (انصاری، ۱۳۷۴: ۲۳/۳). در این میان بعضی از فقهای بزرگ معتقدند شرط مجهول در هر حال موجب مقداری غرر در معامله می‌گردد (همان: ۱۸۴/۲ و ۲۳/۳). این مطلب حاکی از آن است که در هر حال جهل به عوضین سرایت می‌کند.

بند ۲ ماده ۲۳۳ قانون مدنی ایران در این رابطه مقرر می‌دارد: «شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود، باطل و موجب بطلان عقد نیز می‌شود». همان طور که شرط مجهول در مورد عقد خصوصی موجب بطلان عقد می‌گردد، حق شرط مجهول در معاهدات بین‌المللی به جهت نامشخص بودن التزامات طرفین علی‌القاعده باطل و موجب بطلان آن معاهده خواهد شد. از بعد دیگر با توجه به مفهوم حق شرط که در واقع استثنا و تعدیل مفاد یک

۱. ماده ۳۱ کنوانسیون ترجیحات بازرگانی، بند ۲ ماده ۵۲ کنوانسیون حقوق کودک و بند ۲ ماده ۲۸ کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان که تأکیدی بر مضمون بند ج ماده ۱۹ کنوانسیون ۱۹۶۹ معاهدات است.

۲. نظر غالب حقوقدانان و فقها (مثلاً ر.ک: امامی، ۱۳۷۵: ۳۷۰/۴).

۳. ماده ۲۱۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است».

کنوانسیون است، باید دانست در فقه اسلامی، استثنای مجهول<sup>۱</sup> نیز همانند شرط مجهول می‌باشد. پس چون مستثنی مجهول بود، عقد، ایقاع و معاهده متضمن آن نیز مجهول و غرری و از این جهت باطل خواهد بود.

## نتیجه و راهکار

قبل از اظهار نظر نهایی راجع به اعمال رزرو، مناسب است این مطلب را یادآور شویم که در ارتباط با حق شرط، معضل دیگری نیز در کشور وجود دارد. بی‌مبالاتی نظام شاهنشاهی نسبت به موازین شرعی قبل از انقلاب منجر به التزام بی‌قید و شرط ایران نسبت به برخی از معاهدات، مخصوصاً در زمینه حقوق بشر گردیده است. در حالی که بعضی مقررات آن برخلاف شریعت مقدس اسلام است. حال بدون اینکه وارد شرح و بسط این موضوع شویم به دنبال اظهار نظر در مورد حق شرطهای کلی، بی‌مناسبت نیست که پیشنهادی در این ارتباط نیز مطرح شود.

الف) حق شرطهای کلی:

معاهدات بین‌المللی را که متضمن مفادی مغایر با شرع یا منافع ملی ایران باشد، می‌توان به دو دسته تقسیم نمود:

۱) معاهداتی که مفاد آن تا حد زیادی با شرع، قانون و منافع ایران مغایرت دارد (معاهدات چنداشکالی). پیشنهاد می‌شود در این قسم معاهدات به طور کل از التزام به معاهده خودداری گردد. چه اینکه اعمال حق شرط به صورت کلی و مبهم اگرچه از این جهت که ظاهراً تنها با یک رزرو (در صورت عدم مخالفت با شرع...)، ایران به کنوانسیون ملحق شده، اما نقد آن از نظر حقوق بین‌الملل و فقه ایرادات آن را نمایان نمود. از طرف دیگر اعمال حق شرط جزئی و دقیق هم در چنین معاهده‌ای پیامد حق شرطهای متعدد را به دنبال دارد که با فلسفه رزرو تعارض دارد. در این گونه

۱. «استثنای مجهول باطل است. بنابراین در بیعها و دیگر عقود باطل است اینکه گفته شود: این خرمن خوب مگر جزئی از آن را به تو فروختم و در صحیح مسلم از جابر روایت شده است که پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله از «ثیا» نهی کرد (و آن بنا بر آنچه بعضی از شارحین گفته‌اند چنان است که به طور مجهول در بیع استثنا شود...) و چه بسا که استثنای مجهول در ایقاعات (هم) آمده است. مانند اینکه در اعتاق گفته شود: «عدهای من آزادند مگر یکی» (شهید اول، ۱۳۷۲: ۲۶۴).

معاهدات به نظر می‌رسد در مجموع تحمل فشارهای سیاسی - تبلیغاتی گذرا که احتمالاً بر اثر عدم الحاق ایران متوجه می‌شود، بر اشکالات حقوقی ماندگار برتری دارد.

۲) معاهداتی که بعضی مفاد آن (به طور محدود) با شریعت اسلام یا منافع ملی در تعارض است. در این گونه معاهدات اعمال شرط، حق مشروعی است که کشور می‌تواند با رعایت ضوابط از آن بهره‌گیری کند. به نظر می‌رسد در این مورد از دو جهت باید کار کارشناسی دقیق صورت گیرد. اول، الزامات مغایر با شرع و قانون دقیقاً استخراج شود. این کار بهتر است در حاشیه کار مجلس و به هنگام تصویب یک معاهده بین‌المللی با اخذ نظر کارشناسی از علما و یا درخواست نظر مشورتی از شورای نگهبان انجام گیرد. دوم، با بهره‌گیری از اساتید و کارشناسان حقوق بین‌الملل در اعمال رزرو، عرفهای بین‌المللی و ضوابط کلی کنوانسیون حقوق معاهدات (۱۹۶۹) لحاظ شده، احیاناً ضوابط خاص اعمال رزرو مندرج در معاهدات مورد نظر نیز مراعات گردد. در این گونه معاهدات، اعمال حق شرط مبهم و کلی سردرگمی کشورها را به دنبال خواهد داشت چه اینکه مشخص نیست ایران نسبت به کدام مواد کنوانسیون ملتزم است و نسبت به کدام، نیست و چه مرجعی باید موارد معارض را به تفکیک مشخص نماید.

ب) برخی از معاهدات منعقد شده قبل از انقلاب اسلامی:

در نظام طاغوت، به جهت عدم حساسیت لازم نسبت به موازین شرعی، دولت ایران نسبت به برخی از معاهدات بدون اعمال شرط متعهد شده است؛ این امر امروزه معضل دیگری برای نظام محسوب می‌شود، چرا که از یک طرف بر اساس اصل «دوام کشورها» ایران همچنان پای‌بند به این معاهدات محسوب می‌گردد. از طرف دیگر اصولاً اعمال رزرو طبق منطوق ماده ۱۹ کنوانسیون ۶۹ معاهدات، تنها در زمان امضا، تصویب، پذیرش، تصدیق و الحاق به معاهده امکان‌پذیر است. در عین حال با توجه به اینکه در حقوق بین‌الملل معاهدات، توافق و رضایت مهمترین اصل است که تدوین‌کنندگان کنوانسیون ۱۹۶۹ معاهدات با اذعان به این امر و با علم به اینکه پویایی معاهده و روزآمد بودن آن به اندازه دوام و قوام آن اهمیت دارد، نظام

تجدید نظر و اصلاح معاهدات را پیش‌بینی کرده‌اند. لذا به نظر می‌رسد جلب رضایت طرفهای دیگر متعاقد از طریق مذاکرات مستمر می‌تواند زمینه‌ساز تغییراتی در تعهدات ایران گردیده محدودیتهایی در قالب اصلاح و تجدید نظر و یا حتی حق شرطهای جدید را رقم زند. بر این اساس پیشنهاد می‌شود:

۱) ابتدا کمیته‌ای برای استخراج دقیق مواد مغایر با شرع در کنوانسیونهای مورد نظر تشکیل شود. اتفاق نظر در این رابطه حائز اهمیت است و تشتت آرا در این خصوص می‌تواند موضع ایران را تضعیف نماید.

۲) یک کنفرانس بین‌المللی با دعوت از کشورهای دیگر متعاقد و نهادهای حقوق بشری ترتیب داده شود. در این کنفرانس می‌توان وضعیت و موقعیت جدید ایران را برای آن کشورها تبیین نموده عدم امکان اجرای آن معاهدات در موقعیت جدید به اطلاع آنها رسانده شود. تأکید بر این امر بسیار مهم است که، حقوق بین‌الملل در صورت عدم امکان اجرای کلی معاهده، راه کارهایی را پیش‌بینی کرده است که امکان فسخ کل معاهده را به طور مشروع برای یک کشور ایجاد می‌کند پس به طریق اولی نباید راه را برای محدود کردن معاهده تحت شرایط جدید مسدود دانست. اعمال شرط ظاهراً بی‌موقع در صورت موافقت سایر متعاهدین می‌تواند محمل حقوقی داشته باشد.

ضمن اینکه می‌توان اعمال رزرو را تحت عنوان «خروج جزئی» از معاهده مطرح نمود که اگر حساب شده و موجه باشد می‌تواند پایه‌گذار عرف جدید و احیاناً زمینه‌ساز توسعه حقوق بین‌الملل معاهدات در این ارتباط باشد.

۱. ابن اثیر، *الکامل فی التاریخ*، بیروت، دار صادر للطباعة و النشر، ۱۳۸۵ ق.
۲. ابن هشام، *السیری النبویه*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۳. احمدی میانجی، علی بن حسینعلی، *مکاتیب الرسول ﷺ*، قم، نشر یس، ۱۳۶۳ ش.
۴. اداره کل قوانین، *مجموعه قوانین سومین دوره مجلس شورای اسلامی*، تهران، اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی، بی تا.
۵. امام خمینی، *سیدروح الله، البیع*، قم، اسماعیلیان، بی تا.
۶. همو، *تحریر الوسیله*، قم، اسماعیلیان، بی تا.
۷. امامی، *سیدحسن، حقوق مدنی*، تهران، اسلامی، ۱۳۷۵ ش.
۸. انصاری، *شیخ مرتضی، المکاسب*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۷۴ ش.
۹. بلاذری، *ابوالحسن، فتوح البلدان*، مصر، المطبعة المصریة بالازهر، ۱۳۵۰ ق.
۱۰. توحیدی تبریزی، *محمدعلی، مصباح الفقاهه*، قم، انصاریان ۱۴۱۷ ق.
۱۱. جعفری لنگرودی، *محمدجعفر، دوره حقوق مدنی (حقوق تعهدات)*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۶۳ ش.
۱۲. حبیبزاده، توکل، «جمهوری اسلامی ایران و حق شرط بر معاهدات بین المللی حقوق بشر»، *فصلنامه پژوهشی امام صادق علیه السلام*، ش ۲۴.
۱۳. حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۱۴. حمیدالله، محمد، *سلوک بین المللی دولت اسلامی*، ترجمه و تحقیق سیدمصطفی محقق داماد، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۰ ش.
۱۵. همو، *نامه‌ها و پیمانهای سیاسی حضرت محمد ﷺ و اسناد صدر اسلام*، ترجمه سیدمحمد حسینی، تهران، سروش، ۱۳۷۴ ش.
۱۶. خدّوری، مجید، *جنگ و صلح در قانون اسلام*، مترجم سیدغلامرضا سعیدی، تهران، اقبال، ۱۳۳۵ ش.
۱۷. خوبی، محمدتقی، *الشروط و الالتزامات التبعی فی العقود*، بیروت، دار المورّخ العربی، ۱۴۱۴ ق.
۱۸. دانش پژوه، مصطفی، *اسلام و حقوق بین الملل خصوصی*، تهران، انتشارات وزارت خارجه، ۱۳۸۱ ش.
۱۹. دفتر همکاری حوزه و دانشگاه، *اسلام و حقوق بین الملل عمومی*، تهران، سمت، ۱۳۷۲ ش.
۲۰. رسولی محلاتی، سیدهاشم، *تاریخ انبیا (زندگانی حضرت محمد خاتم النبیین ﷺ)*، تهران، انتشارات علمیه اسلامی، ۱۳۶۴ ش.
۲۱. رهایی، سعید، *عهدنامه‌های بین المللی و تعهدات دولتهای ثالث*، تهران، المهدی، ۱۳۷۸ ش.
۲۲. سبحانی، جعفر، *فروع ابدیت*، قم، نشر دانش اسلامی، ۱۳۶۳ ش.
۲۳. شهید اول، محمد بن مکی، *قواعد فقه*، ترجمه القواعد و الفوائد، ترجمه سیدمهدی صانعی، مشهد، دانشگاه فردوسی، ۱۳۷۲ ش.
۲۴. شیخ مفید، محمد بن محمد، *الارشاد*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۷۷ ق.
۲۵. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، *اسلام و حقوق بین الملل*، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۵ ش.
۲۶. همو، *جزوه درسی حقوق معاهدات*، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی، ترم دوم، ۷۷-۷۸.
۲۷. همو، *جزوه درسی شرح مواد کنوانسیون وین ۱۹۶۹*، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی، ترم دوم، ۷۷-۷۸.

۲۸. طاهری شمیرانی، صفت‌الله، «حق شرط به معاهدات»، *مجله سیاست خارجی*، سال سیزدهم، شماره یک، بهار ۱۳۷۸ ش.
۲۹. طباطبایی، سیدمحمدحسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، بیروت، مؤسسة الاعلمی للمطبوعات، ۱۳۹۴ ق.
۳۰. طبرسی، فضل بن حسن، *جوامع الجامع*، نقد و تصحیح ابوالقاسم گرجی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، بی تا.
۳۱. عمادزاده، محمدکاظم، «استفاده از حق شرط در معاهدات بین‌المللی»، *مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌الملل*، شماره ۸، ۱۳۶۶ ش.
۳۲. عنایت، سیدحسین، *تنظیم معاهدات بین‌المللی در حقوق کنونی ایران*، تهران، دفتر خدمات حقوقی بین‌الملل، ۱۳۷۰ ش.
۳۳. فلسفی، هدایت‌الله، *حقوق بین‌الملل معاهدات*، تهران، فرهنگ نشر نو، ۱۳۷۹ ش.
۳۴. قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل، *بایسته‌های حقوق اساسی*، تهران، یلدا، ۱۳۷۳ ش.
۳۵. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)*، تهران، ۱۳۷۶ ش.
۳۶. گرجی، ابوالقاسم، *مقالات حقوقی*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۶۹ ش.
۳۷. مکارم شیرازی، ناصر و جمعی از نویسندگان، *تفسیر نمونه*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۵۳ ش.
۳۸. مهرپور، حسین، *نظام بین‌المللی حقوق بشر*، تهران، اطلاعات، ۱۳۷۷ ش.
۳۹. میرعباسی، سیدباقر و سیدحسین سادات میدانی، *دیوان بین‌المللی دادگستری در تئوری و عمل*، تهران، جنگل، ۱۳۸۴ ش.
۴۰. نوری، رضا، *فقود و ایقاعات در حقوق مدنی*، تهران، پیام، ۱۳۷۵ ش.
۴۱. واقدی، محمد بن سعد کاتب، *الطبقات*، ترجمه محمود مهدوی دامغانی، تهران، فرهنگ و اندیشه، ۱۳۷۴ ش.

۴۲. General Comment, ۱۹۹۴, par. ۱.

۴۳. I.C.J. Report, ۱۹۵۷, p. ۲۴.

۴۴. Multilateral Treaties Deposited with the Secretary General.

۴۵. Status at ۳۱ December ۱۹۹۱. ST/LEG/SER.E/۱۰.

## بختی پیرامون

# حق تقدم دولت در وصول مطالبات مالیاتی

- سعید صفیان
- کارشناس ارشد حقوق خصوصی

### چکیده

هر چند در حالت ورشکستگی بدهکار، اصل تساوی بدهکاران، در تصفیه مطالبات، لازم الرعایه است، قانون گذار، در پاره‌ای موارد، بنا به دلایلی بعضی از بستانکاران را در وصول مطالباتشان از اموال ورشکسته، بر سایر بستانکاران رجحان می‌دهد. بر این اساس، مطالبات دولت از بابت مالیات متعلق به مؤدیان مالیاتی، قانوناً جزء مطالبات ممتاز شناخته شده است. اما، هیئت عمومی دیوان عالی کشور، به موجب رأی وحدت رویه شماره ۱۳۵۰/۸/۶۲۱۲ که در حال حاضر نیز معتبر است، حق تقدم دولت را در وصول مطالبات مالیاتی، در حالت ورشکستگی مؤدیان مالیاتی، سلب کرده است. این رأی دیوان عالی کشور که ناشی از تفسیر ناقص از ماده ۵۸ قانون تصفیه امور ورشکستگی سال ۱۳۱۸ است، صورت قانونی ندارد.

واژگان کلیدی: ورشکستگی، اصل تساوی بستانکاران، مطالبات مالیاتی، حق تقدم در وصول مطالبات مالیاتی.

در صورتی که دارایی بدهکار تکافوی مجموع بدهیهایش را نکند در حالت ورشکستگی بدهکار، اصل تساوی بستانکاران، در تقسیم دارایی بدهکار لازم الرعایه است. مطابق این اصل، تمامی بستانکاران، به نسبت طلبی که دارند از اموال بدهکار سهم گرمایی می‌برند و هیچ بستانکاری نسبت به سایر بستانکاران، از این حیث برتری ندارد. با وجود این، اصل تساوی بستانکاران مطلق نبوده و دارای استثناست. در واقع، چنانچه بستانکاری دارای وثیقه و یا طلب او قانوناً اولویت در وصول داشته باشد، چنین طلبکاری می‌تواند قبل از سایر بستانکاران، طلب خود را استیفا نماید. طلبی که بواسطه انعقاد قرارداد وثیقه‌ای در اولویت وصول قرار می‌گیرد، طلب وثیقه‌ای و طلبی که به حکم مستقیم قانون‌گذار، دارای این مزیت است، طلب ممتاز نامیده می‌شود. از جمله مطالبات ممتاز، طلب دولت بابت مالیات متعلقه به مؤدیان مالیاتی است. حقّ تقدم دولت در وصول مطالبات مالیاتی، از همان سالهای اولیه قانون‌گذاری مدّ نظر قانون‌گذار بوده است. در واقع، همان دلایلی که برای وضع مالیات بیان می‌شود، نظیر توزیع عادلانه ثروت و بقای حکومت که ملازمه با نظم عمومی دارد، از دیدگاه قانون‌گذار، مبنایی برای تعلق امتیاز به مطالبات مالیاتی محسوب گردیده است (پیرنیا، ۱۳۵۵: ۱۲۱-۱۲۲؛ امامی تلامی، ۱۳۷۰: ۱۷۸-۱۷۵). در حقوق ایران، رویه قضایی، در سطح عالی‌ترین مرجع قضایی، مجال اظهار نظر راجع به این موضوع را یافته است. هیئت عمومی دیوان عالی کشور، به موجب رأی شماره ۲۱۲ مورّخ ۱۳۵۰/۸/۶ که وحدت رویه و در حکم قانون است، در دعوی وزارت دارایی به طرفیت اداره تصفیّه امور ورشکستگی، حقّ تقدم دولت در وصول مطالبات مالیاتی را در حالت ورشکستگی مؤدیان مالیاتی، کأن لم یکن اعلام کرده است. از آنجا که حقّ تقدم ناشی از طلب ممتاز، مخصوصاً در مطالبات ممتاز مالیاتی که دارای ارقام قابل توجهی است، عمدتاً در حالت ورشکستگی بدهکاران قابل استفاده است، می‌توان گفت با صدور رأی وحدت رویه قضایی شماره ۲۱۲ مورّخ ۱۳۵۰/۸/۶ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، این امتیاز قانونی دستگاه مالیاتی، عملاً سلب و بی‌اثر گردیده است. ما در این مقاله عمدتاً به نقد این رأی می‌پردازیم، امّا، چون



تجزیه و تحلیل رأی، مستلزم بررسی موقعیت حقوقی طلب ممتاز و سابقه حق تقدم دولت در وصول مطالبات مالیاتی است، بخش اول را به این موضوع اختصاص می‌دهیم. در بخش دوم، به تجزیه و تحلیل رأی می‌پردازیم. در خاتمه نیز نتیجه مباحث، ارائه خواهد شد.

## ۱. موقعیت حقوقی طلب ممتاز و سابقه حق تقدم دولت در وصول مطالبات مالیاتی

در این بخش، ابتدا موقعیت حقوقی طلب ممتاز را البته در حد اختصار بررسی می‌کنیم، سپس به سابقه حق تقدم دولت در وصول مطالبات مالیاتی می‌پردازیم.

### ۱-۱. موقعیت حقوقی طلب ممتاز

در قوانین موضوعه ایران، تعریفی از طلب ممتاز دیده نمی‌شود. اما، با توجه به تألیفات حقوقی و استقرا در مقررات قانونی که حاوی طلب ممتاز است، می‌توان تعریفی از این تأسیس حقوقی به دست داد. بر این اساس، طلب ممتاز طلبی است متضمن یک امتیاز که بنا به کیفیت طلب و به حکم مستقیم قانون‌گذار ایجاد و به موجب آن طلبکار در استیفای طلب خود از مجموع اموال یا مال معینی از اموال مدیون، بر سایر طلبکاران رجحان می‌یابد (صفیان، ۱۳۷۹: ۸۱-۷۵). در فرهنگ حقوقی بلاک (Black)، حق تقدم ناشی از طلب ممتاز چنین تعریف شده است: «حقی که بر مبنای طبیعت طلب، به طلبکار اعطا می‌شود و به موجب آن، او می‌تواند قبل از سایر طلبکاران، طلب خود را وصول کند» (Black, ۱۹۹۰: ۱۱۹۷).

ماده ۲۰۹۵ قانون مدنی فرانسه، به تعریف طلب ممتاز اختصاص دارد. در این ماده می‌خوانیم: «طلب ممتاز حقی است که بر حسب کیفیت طلب به بستانکار داده می‌شود و به موجب آن نسبت به سایر طلبکاران، حتی دارندگان رهن (ای پوتک) اولویت می‌یابد» (Code civil français, ۱۹۸۳-۸۴).

مطابق بند اول ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی مصر نیز، حق تقدم ناشی از طلب ممتاز، که از آن به حق الامتیاز تعبیر شده «اولیتی که بنا به خصوصیت طلب و به حکم

قانون برقرار گردیده» تعریف شده است (القانون المدني المصري، ۱۹۴۹).

با توجه به تعاریف بالا، طلب ممتاز دارای عناصر سه گانه ذیل است:  
الف) امتیاز در وصول طلب یک حق است.

امتیاز در وصول طلب یک حق است. هرگاه این امتیاز، بر روی مال یا اموال خاصی از مدیون برقرار شده باشد، حق عینی تبعی و چنانچه ناظر به مجموع اموال بدهکار باشد، حق شخصی خواهد بود. برای مثال، حق تقدم موضوع ماده ۲۹ قانون دریایی مصوب سال ۱۳۴۳، حق عینی تبعی و اولویتی که برای طلبکاران مندرج در طبقات چهارگانه ماده ۵۸ قانون تصفیه امور ورشکستگی و ماده ۲۲۶ قانون امور حسبی پیش‌بینی شده است، حق شخصی محسوب می‌گردد.<sup>۱</sup> در حقوق فرانسه نیز، تقریباً همین تفکیک بین مطالبات ممتاز عام و خاص پذیرفته شده است (۱۳۱: ۱۹۶۵، mazeaud). در حقوق مصر، با آنکه طلب ممتاز در ذیل باب چهارم از کتاب چهارم قانون مدنی که ناظر به حقوق عینی تبعی است، آمده، لیکن پاره‌ای از حقوقدانان این کشور، جز در خصوص طلب ممتاز خاص، مطالبات ممتاز عام را مشمول حق عینی تبعی نمی‌دانند (وکیل، ۱۹۵۶: ۵۰۹-۵۱۰).

ب) امتیاز در وصول، بنا به کیفیت طلب ایجاد می‌شود.  
امتیاز در وصول طلب، بنا به کیفیت طلب ایجاد می‌شود (Black, Op.cit: ۱۱۹۷). بنابراین، آنچه موجب تقدم طلب ممتاز بر سایر مطالبات می‌گردد، خصوصیتی است که در طلب ملحوظ است و امتیاز مستقیماً به آن تعلق می‌گیرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۱۱۶). در مواردی که قانون‌گذار، برای بیان مفهوم این تأسیس حقوقی، عبارت طلب

۱. در ماده ۳۸ قانون دریایی مصوب سال ۱۳۴۳ آمده است: «انتقال مالکیت کشتی تأثیری در حقوق ممتاز نخواهد داشت». به عبارت دیگر، دارندگان این قبیل مطالبات، علاوه بر حق تقدم نسبت به سایر طلبکاران، برای استیفای مطالباتشان، حق تعقیب کشتی را نیز خواهند داشت و این دو خصوصیت، از جمله آثار مهمی است که از حق عینی ناشی می‌شود. قانون بین‌المللی یکنواخت کردن بعضی از مقررات مربوط به حقوق ممتاز و رهن دریایی (بروکسل - ۱۰ آوریل ۱۹۲۶) که دولت ایران به موجب قانون مصوب ۲۸ تیرماه ۱۳۴۵ (مجموعه قوانین سال ۱۳۴۵، چاپ روزنامه رسمی: ۱۷۸) به آن ملحق گردیده است، در این باره صراحت بیشتری دارد. در ماده ۸ این قرارداد می‌خوانیم: «مطالبات ممتاز نسبت به کشتی از جمله حقوق عینی است» (برای مطالعه بیشتر در این زمینه ر.ک: امید، ۱۳۵۳: ۱۴۶).

ممتاز را به کار برده، نظیر ماده ۱۲۰۶ قانون مدنی - ماده ۱۴۳ قانون شرکتهای تعاونی و امثال آن، توجّهاً به اینکه طلب، موصوفی برای وصف امتیاز محسوب شده، این معنا که حقّ تقدم در وصول طلب، بنا به کیفیت آن برقرار می‌شود، کاملاً محرز است. اما، در مواردی نیز که دین ممتاز (تبصره یک ماده ۱۳ قانون کار) حقّ تقدم (ماده ۱۶۰ قانون مالیاتهای مستقیم) و اصطلاحاتی نظیر آن برای نام‌گذاری این تأسیس حقوقی انتخاب شده است، بنا به فراین حالی و مقالی و ادله خارجی، نقش طبیعت طلب، در تعلق امتیاز به آن ثابت است. برای مثال، در طبقات پنج‌گانه ماده ۵۸ قانون تصفیه امور ورشکستگی و ماده ۲۲۶ قانون امور حسبی، در طبقات چهارگانه اول که مربوط به مطالبات ممتاز است، آنچه مبنای طبقه‌بندی قرار گرفته است، طلب است و نه طلبکار و یا ضابطه‌های دیگر. دلیل انتخاب چنین ملاکی نیز جز اینکه امتیاز، در درجه نخست، به ماهیت طلب تعلق می‌گیرد امر دیگری نمی‌تواند باشد، به همین سبب است که در طبقه پنجم مندرج در مواد بالا، که طبیعت طلب مدخلیتی در موضوع ندارد از «سایر بستانکاران» نام برده شده نه از «سایر مطالبات» (صفیان، ۱۳۷۹: ۷۸-۷۹).

چنان که گذشت، در حقوق فرانسه و مصر، در تعریفی که از طلب ممتاز به عمل آمده، بر کیفیت طلب، در تعلق امتیاز به آن، تأکید گردیده است.

ج) منشأ ایجاد امتیاز منحصرأ قانون است.

در حقوق ایران، نصّی مشعر بر قانونی بودن حقّ تقدم در وصول طلب وجود ندارد، اما، از آنجا که اصل تساوی بستانکاران در استیفای مطالباتشان از مجموع دارایی بدهکار، شناسایی شده است، جز در مورد حقّ تقدم ناشی از قراردادهای وثیقه‌ای و تأمین خواسته که تأسیسات حقوقی جداگانه‌اند و طبیعت طلب نیز در ایجاد آنها بی‌تأثیر است، اعطای حقّ تقدم به طلبی، برای آنکه قبل از سایر مطالبات تصفیه گردد، منوط به تصریح قانون‌گذار است. شعبه سوم دیوان عالی کشور نیز، به موجب رأی شماره ۹۶۲ مورخ ۱۳۱۹/۳/۲۵ به این موضوع تصریح کرده است. در این رأی می‌خوانیم: «دیان متوقف در استیفای طلب خود، در عرض یکدیگرند، مگر ممتاز بودن بعضی مدلل شود» (صبری، ۱۳۳۴: ۱۸).

در حقوق کشورهای عربی، نظیر مصر و لبنان، قاعده‌ای وجود دارد که به قاعده

«لا امتیاز بدون نص» مشهور است. متن این قاعده، در مقررات قانونی این کشورها وارد و در آرای محاکم قضایی نیز بر آن تأکید شده است. برای مثال، در بند اول ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی مصر، چنین آمده است: «۲- و لایکون للحق امتیاز، إلا بمقتضی نص فی القانون» (مرسی پاشا، ۱۹۵۰: ۶۵۶؛ سنهوری، ۱۹۷۰: ۹۱۹). در رأی شماره ۴۴۲ مورخ ۱۹۵۶/۴/۱۰ دادگاه استیناف بیروت نیز، به این قاعده که امتیازی بدون تصریح قانون گذار وجود ندارد، استناد و تأکید شده است (دیاب، ۱۹۸۸: ۱۷۰).

## ۱-۲. سابقه حق تقدم دولت در وصول مطالبات مالیاتی

سابقه حق تقدم دولت در وصول مطالبات مالیاتی، به سال ۱۳۱۴ برمی گردد. برای اولین بار، به موجب ماده ۱۹ قانون متمم بودجه مملکتی مصوب سال ۱۳۱۴ وزارت دارایی برای وصول مطالبات ناشی از مالیات، جز در حالت ورشکستگی مؤدیان مالیاتی، دارای اولویت شناخته شد. حکم این ماده چنین است: «وزارت مالیه برای وصول مالیات و عوارض مال الاجاره و حق الامتیاز و منافع جرایم مربوط به آنها نسبت به سایر طلبکاران، مدیونین و ضامنین آنها حق تقدم خواهد داشت، مگر در موارد ورشکستگی. مقصود از ورشکستگی مذکور در این ماده ورشکسته‌ای است که قبل از ۱۵ اسفند ۱۳۱۳ ورشکسته و قرار تصفیه بدهی خود را با وزارت مالیه نداده باشد». این حکم قانونی برای سالیانی لازم الاجرا بوده و دیوان عالی کشور نیز، در آرای درباره آن اظهار نظر کرده است.<sup>۱</sup> بعد از آن، بدواً به موجب ماده ۲۶ قانون مالیات بر درآمد مصوب سال ۱۳۳۴ و متعاقباً بر اساس ماده ۳۰ قانون مالیات بر درآمد مصوب سال ۱۳۳۵ این امتیاز وزارت دارایی ابقا و استثنای ورشکستگی مؤدیان نیز برداشته شد. در این ماده می‌خوانیم: «در موقع وصول مالیات و جرایم آن

۱. برای مثال، در رأی شماره ۲۲۵ مورخ ۱۳۱۸/۲/۱۲ آمده است: «مطابق ماده ۱۹ قانون متمم بودجه سال ۱۳۱۴ وزارت دارایی مقدم بر سایر طلبکاران است و مقصود از حق تقدم نسبت به اموال طلق مدیون است نه ملکیه مقید و عیناً متعلق حق دیگری است...». در رأی شماره ۲۲۶۱ مورخ ۱۳۱۷/۱۱/۵ می‌خوانیم: «حق تقدم وزارت دارایی برای وصول مالیات و عوارض مال الاجاره و حق الامتیاز و موضوعات دیگری که در ماده ۱۹ قانون متمم بودجه مذکور گردیده است همین قدر است که وزارت دارایی در ردیف طلبکاران ممتاز قرار داده شده و این امر موجب حق تقدم بر دیون ممتازة با وثیقه نخواهد بود» (بروجردی عبده، ۱۳۸۲: ۴۶-۴۵).

از درآمد و اموال مؤدیان یا ضامن آنها، وزارت دارایی نسبت به سایر طلبکارها حق تقدم خواهد داشت». رأی وحدت رویه قضایی ۱۳۵۰/۸/۶۲۱۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشور که در بخش بعدی به آن می‌پردازیم، مربوط به دعوی است که این قانون نسبت به آن مجری بوده است.

با تصویب قانون مالیاتهای مستقیم مصوب ۱۳۴۵/۱۲/۲۸، این امتیاز قانونی، البته با تعیین رتبه برای طلب مالیاتی، نسبت به سایر مطالبات ممتاز، تکرار شد. در ماده ۱۵۳ این قانون چنین آمده است: «وزارت دارایی برای وصول مالیات و جرایم و زیان دیرکرد متعلق از مؤدیان و مسئولان پرداخت مالیات، نسبت به سایر طلبکاران، به استثنای صاحبان حقوق نسبت به مال مورد وثیقه و مطالبات کارگران و کارمندان ناشی از خدمت، حق تقدم خواهد داشت». حکم ماده ۱۵۳ قانون مالیاتهای مستقیم سال ۱۳۴۵ با حذف زیان دیرکرد از متفرعات بدهی مالیاتی، در ماده ۱۶۰ قانون مالیاتهای مستقیم مصوب ۱۳۶۶/۱۲/۳ تکرار شده است. با این توضیح که به موجب لایحه قانونی ۱۳۸۰/۱۱/۲۷ وزارت امور اقتصادی و دارایی جای خود را به سازمان امور مالیاتی که سازمان اداری جدید التاسیسی است، داده است. متن ماده ۱۶۰ قانون مالیاتهای مستقیم مصوب ۱۳۶۶ با اصلاحات سال ۱۳۸۰ که در حال حاضر لازم الاجراست، به این شرح است: «سازمان امور مالیاتی، برای وصول مالیات و جرایم متعلق از مؤدیان و مسئولان پرداخت مالیات، نسبت به سایر طلبکاران، به استثنای صاحبان حقوق نسبت به مال مورد وثیقه و مطالبات کارگران و کارمندان ناشی از خدمت، حق تقدم خواهد داشت. حکم قسمت اخیر این ماده مانع وصول مالیات متعلق به انتقال مال مورد وثیقه نخواهد بود».

لازم به تذکر است، با آنکه ماده ۳۰ قانون مالیات بر درآمد مصوب سال ۱۳۳۵ که رأی وحدت رویه شماره ۱۳۵۰/۸/۶۲۱۲ در مورد آن صادر گردیده، نسخ شده است، و لیکن با توجه به اینکه حکم این ماده، بدو در ماده ۱۵۳ قانون مالیاتهای مستقیم سال ۱۳۴۵ و در حال حاضر در ماده ۱۶۰ قانون مالیاتهای مستقیم سال ۱۳۶۶ تکرار شده، تغییر شماره ماده قانونی، موجبات نسخ رأی وحدت رویه قضایی را فراهم نمی‌سازد. بنابراین، اعتقاد به نسخ رأی وحدت رویه قضایی ۱۳۵۰/۸/۶۲۱۲ با

آنکه حکم موضوع آن در متن قانونی دیگری تکرار شده است، موجه نیست (صفایی و امامی، ۱۳۷۰: ۱۵۴-۱۸۶). خاصه آنکه در حال حاضر نیز همان طور که خواهد آمد، به این رأی در مباحث مربوط به ورشکستگی و تصفیه مطالبات، از سوی حقوقدانان استناد می‌شود و نظریه مخالف در اقلیت قرار دارد.

مطابق ماده ۱۱۳۹ قانون مدنی مصر، مطالبات خزانه عمومی، بابت مالیات و عوارض و هر آنچه مشمول این عناوین است، بر اساس شرایط مندرج در قوانین و دستورالعملهای مربوطه، در زمره مطالبات ممتاز به حساب می‌آید.<sup>۱</sup> بر این مبنا، شعبه مدنی دیوان عالی کشور مصر، طی رأی مورخ ۱۹۶۶/۵/۲۱ به اینکه مطالبات خزانه عمومی، جز به تجویز قوانین و مصوبات خاص ممتاز نخواهد بود، اظهار نظر کرده است. (سنهوری، ۱۹۷۰: ۹۴۹). با این وصف، قانون مالیات بر درآمد مصوب سال ۱۹۳۹ (ماده ۱۶) و قانون مالیات بر ارث مصوب سال ۱۹۴۴ (ماده ۴۳) از جمله مصوباتی اند که در آنها برای خزانه عمومی در وصول مطالبات مالیاتی، حق تقدم قائل گردیده است (وکیل، ۱۹۵۶: ۵۸۰؛ مرسی پاشا، ۱۹۵۰: ۵۲۳).

در حقوق لبنان، به موجب ماده ۳۲ قانون مصوب سال ۱۹۵۹/۶/۱۲ خزانه عمومی برای وصول مطالبات ناشی از مالیات و عوارض، دارای حق تقدم، آن هم با رتبه اول است. بنابراین، بر خلاف حقوق مصر، در حقوق لبنان، لزومی به تصریح به حق اولویت دولت در استیفای مطالبات مالیاتی نیست و حکم کلی مندرج در قانون سال ۱۹۵۹ برای شناسایی حق تقدم دولت در استیفای مطالبات مالیاتی کافی است (دیب، ۱۹۸۸: ۱۷۵). در عین حال، به موجب ماده ۱۱۷ قانون سال ۱۹۵۹ بر حق تقدم دولت (خزانه عمومی) در وصول مطالبات مالیاتی، حتی در حالت ورشکستگی بدهکار، تأکید شده است.<sup>۲</sup>

۱. بند اول ماده ۱۱۳۹ قانون مدنی مصر چنین است: «المبالغ المستحقة للخزانه العامة من ضرائب و رسوم و حقوق أخرى من أى نوع كان، يكون لها امتياز بالشروط مقررة فى القوانين و الأوامر الصادرة فى هذا الشأن».

۲. متن ماده ۱۱۷ قانون سال ۱۹۵۹ لبنان به این صورت است: «إنّ الضرائب و الغرامات و المبالغ الأخرى المستحقة للدولة بمقتضى هذا المرسوم الاشتراعى تتمتع بامتياز عامّ من الدرجة الأولى على جميع أموال المكلفين بها أو المسؤولين عن تأديتها إلى الخزينة و يسرى هذا الامتياز فى حالة الصلح الاحتياطى أو التصفية القضائية أو الإفلاس على حدّ نصّ المادة ۱۱۷». برای ملاحظه ترتیب حق تقدم بستانکاران در حالت ورشکستگی در حقوق لبنان ر.ک: ناصیف، ۱۹۸۶: ۳۳۷-۳۴۳.

در حقوق فرانسه، طلب ممتاز خزانه‌داری، بوسیله قانون خاص برقرار می‌گردد (Mazeaud: ۲۱۶) در حقوق انگلیس، نیز بر طبق قانون ورشکستگی مصوب سال ۱۹۸۶ مطالبات مالیاتی به عنوان یک طلب ممتاز پس از وضع مطالبات کارگزاران ورشکسته، قابل وصول است (W.J. Brown, ۱۹۸۹: ۹۵).

## ۲. تجزیه و تحلیل رأی وحدت رویه قضایی ۱۳۵۰/۸/۶-۲۱۲

از آنجا که بررسی رأی وحدت رویه مستلزم نقل رأی است، در گفتار اول شرح مختصری از دعوی را آورده، در گفتار دوم، به بررسی رأی می‌پردازیم.

### ۲-۱. شرح دعوی

مطابق خلاصه جریان پرونده، بین شعب چهارم و پنجم و دهم دیوان عالی کشور در خصوص حق تقدم دولت در وصول مطالبات مالیاتی، در حالت ورشکستگی بدهکار، آرای مختلفی صادر می‌گردد. با این توضیح که شعبه چهارم دیوان عالی کشور به استناد ماده ۳۰ قانون مالیات بر درآمد سال ۱۳۳۵ قائل به حق تقدم دولت در وصول مطالبات مالیاتی، حتی در حالت ورشکستگی بدهکار بوده و لیکن شعب پنجم و دهم دیوان عالی کشور، حق تقدم دولت در وصول مطالبات مالیاتی را ناظر به غیر حالت ورشکستگی بدهکار دانسته و در نتیجه، طلب مالیاتی دولت را در عداد مطالبات عادی منظور نموده‌اند. خلاصه آرای این شعب به این صورت است:

الف) در پرونده مربوط به شعبه پنجم دیوان عالی کشور، بدو وزارت دارایی دادخواستی به طرفیت اداره تصفیه امور ورشکستگی، مبنی بر الزام خوانده به رعایت حق تقدم دولت برابر ماده ۳۰ قانون مالیات بر درآمد مصوب سال ۱۳۳۵ تقدیم کرده که به شعبه ۲۶ دادگاه شهرستان ارجاع شده و پس از ختم دادرسی این شعبه چنین رأی می‌دهد:

ملخص اعتراض وزارت دارایی این است که به موجب ماده ۳۰ قانون مالیات بر درآمد سال ۱۳۳۵، وزارت دارایی در استیفای طلبش از سایر بستانکاران تقدم دارد و اقدام اداره تصفیه در منظور داشتن مطالبات وزارت دارایی در طبقه پنجم، بر خلاف مقررات قانون مرقوم می‌باشد. ادعای وزارت دارایی به نظر وارد نیست؛

زیرا ماده ۵۸ قانون تصفیة امور ورشکستگی، در استفاده از اموال متوقّف برای دپان ترتیب خاصی مقرر داشته که (باید) به همان نحو عمل و خاتمه یابد و موافق مدلول همین ماده، حقّ تقدّم هر طبقه بر طبقه دیگر، به طور وضوح معین گردیده است. ماده ۳۰ قانون مالیات بر درآمد سال ۱۳۳۵ نیز، در موقع وصول مالیات و جرایم از درآمد و اموال مؤدیان یا ضامنان آنها، وزارت دارایی را نسبت به سایر طلبکاران مقدم دانسته است، و با توجّه به رأی شماره ۱۳۳۹/۱۰/۱۹-۲۷۱ هیئت عمومی دیوان عالی کشور که ماده ۲۶۹ قانون آیین دادرسی مدنی (سال ۱۳۱۸) را ناظر به ورشکسته ندانسته است و از تلفیق دو ماده مزبور و عدم ترجیح بین دو ماده مذکور، می توان نتیجه گرفت که چون در ماده ۵۸ قانون تصفیة امور ورشکستگی، قیدی از طلب دارایی دیده نمی شود، بنابراین، منطوق ماده ۳۰ قانون مالیات بر درآمد سال ۱۳۳۵ ناظر به طبقات چهارگانه اول نبوده و نظر مَقْنَن در تدوین ماده ۳۰ قانون مالیات بر درآمد این نبوده است که مقررات قانون تصفیة را که امری خاص و دارای ترتیب مخصوص است، به هم زند، لذا به نظر دادگاه اقدام اداره تصفیة در منظور داشتن مطالبات خواهان در طبقه پنجم، فاقد اشکال قانونی است، حکم به رد و بطلان دعوی خواهان صادر می نماید.

از این حکم پژوهش خواهی می شود و حکم پژوهش خواسته، در دادگاه استان تأیید می گردد. در پی فرجام خواهی وزارت دارایی، پرونده در شعبه پنجم دیوان عالی کشور مطرح و نهایتاً حکم فرجام خواسته ابرام می شود.

ب) در پرونده مربوط به شعبه دهم دیوان عالی کشور نیز، در پی تجدیدنظر خواهی وزارت دارایی از رأی دادگاه شهرستان، مبنی بر سلب حقّ تقدّم دولت در وصول مطالبات مالیاتی، دادگاه استان به حذف حقّ تقدّم دولت در حالت ورشکستگی بدهکار رأی داده و این رأی در شعبه دهم دیوان عالی کشور تأیید می گردد.

ج) در پرونده مربوط به شعبه چهارم دیوان عالی کشور، بدو وزارت دارایی دادخواستی به طرفیت اداره تصفیة امور ورشکستگی، به خواسته الزام خواننده به رعایت حقّ تقدّم دولت برابر ماده ۳۰ قانون مالیات بر درآمد مصوّب سال ۱۳۳۵ تقدیم دادگاه شهرستان می نماید. این بار نیز شعبه ۲۶ دادگاه شهرستان که رأی مذکور در بند (الف) را صادر کرده بوده با همان استدلال و حتی با به کار بردن



همان عبارات مندرج در رأی قبلی، دعوی وزارت دارایی را مردود اعلام می‌نماید. حکم مذکور در مرحله پژوهشی تأیید می‌شود، اما در مرحله فرجام‌خواهی، شعبه چهارم دیوان عالی کشور به این شرح حکم فرجام‌خواسته را نقض می‌نماید:

حکم فرجام‌خواسته که بر استواری حکم دادگاه شهرستان صادر شده به نحوی که اعلام گردیده مخدوش است؛ زیرا وجوهی که فرجام‌خواه خود را از شرکت مرکزی با مسئولیت محدود طلبکار دانسته و از اداره تصفیة امور ورشکستگی تهران مطالبه نموده و تقاضای تصدیق طلب دولت را کرده و به عنوان مالیات مورد ادعا قرار گرفته به لحاظ آنکه طلب دولت بابت مالیات سالهایی بوده که مطابق ماده ۳۰ قانون مالیات بر درآمد و املاک مزروعی سال ۱۳۳۵ که در سالهای مزبور لازم‌العمل بوده وزارت دارایی در موقع وصول مالیات و جرایم آن از درآمد و اموال مؤدیان، نسبت به سایر طلبکارها حق تقدم داشته و تغییر وضع تجاری مؤدی (ورشکسته شدن او، هر چند در ماده ۵۸ قانون تصفیة امور ورشکستگی ذکری از حق تقدم دولت در استیفای طلب از دارایی نشده است) سلب حق تقدم در استیفای طلب را از دولت نسبت به اموال ورشکسته ننموده است. بنابراین، حکم مزبور که بدون توجه به مفاد ماده مذکور و سایر مقررات مربوطه در استواری حکم ابتدایی صادر شده قانونی نبوده و به موجب ماده ۵۵۹ قانون آیین دادرسی مدنی به اتفاق آرا شکسته می‌شود.

با توجه به اختلاف آرای شعب چهارم و پنجم و دهم دیوان عالی کشور، دادستان کل کشور به تجویز قانون وحدت رویه قضایی مصوب سال ۱۳۲۸ ضمن دفاع از حکم شعبه چهارم دیوان عالی کشور، از هیئت عمومی دیوان عالی کشور می‌خواهد با صدور رأی وحدت رویه، بین شعب مذکور حل اختلاف نماید. در بخشی از گزارش مرحوم دکتر عبدالحسین علی‌آبادی، دادستان کل کشور آمده است: «به نظر دادسرای دیوان عالی کشور حق تقدم وزارت دارایی در وصول مالیات بر درآمد تا سال ۱۳۳۷ طبق ماده ۳۰ قانون مالیات بر درآمد سال ۱۳۳۵ در رجه اول و از سال ۱۳۳۷ تا سال ۱۳۴۵ با توجه به ماده ۳۴ قانون کار مصوب سال ۱۳۳۷ در رجه دوم و از سال ۱۳۴۵ به بعد با توجه به ماده ۱۵۳ قانون مالیات بر درآمد مصوب ۱۳۴۵ در رجه سوم خواهد بود».

اما، هیئت عمومی دیوان عالی کشور، علی‌رغم توضیحات مفصل دادستان کل کشور در دفاع از رأی شعبه چهارم، نهایتاً آرای شعب پنجم و دهم دیوان عالی کشور را مطابق موازین قانونی تشخیص می‌دهد. رأی هیئت عمومی دیوان عالی کشور به این شرح است:

قانون تصفیۀ امور ورشکستگی مصوب سال ۱۳۱۸ ترتیب خاصی برای پرداخت دیون ورشکسته مقرر داشته و بستانکاران از ورشکسته را به پنج طبقه تقسیم و حق تقدم هر طبقه را بر طبقه دیگر تصریح نموده و ماده ۳۰ قانون مالیات بر درآمد مصوب ۱۳۳۵ راجع به وصول مالیات و جرایم آن از اموال و دارایی عموم مؤدیان، ناظر به اشخاص ورشکسته که وضع مالی آنها تابع قانون خاصی می‌باشد، نبوده و آرای شعب پنجم و دهم دیوان عالی کشور که وزارت دارایی را در مورد وصول مالیات و جرایم متعلق به آن، از بازرگان ورشکسته در طبقه پنجم و در ردیف سایر بستانکاران عادی شناخته صحیحاً صادر گردیده و به اکثریت آرا تأیید می‌شود (علی‌آبادی، ۱۳۵۶: ۱۱۵-۱۳۰).

## ۲-۲. تجزیه و تحلیل رأی وحدت رویه ۲۱۲-۱۳۵۰/۸/۶

هر چند رأی وحدت رویه شماره ۲۱۲ مورخ ۱۳۵۰/۸/۶ هیئت عمومی دیوان عالی کشور کمتر مورد تجزیه و تحلیل حقوقدانان قرار گرفته است، با جمع‌بندی نظریاتی که از آنان به مناسبت‌هایی پیرامون این رأی ابراز شده، می‌توان به دو نظریه مخالف و موافق در این زمینه قائل بود. ما، برای سهولت بحث، نظریه مخالفین و موافقین را در دو بند جداگانه مطرح و در بند سوم نیز نظریه انتخابی خود را عنوان خواهیم کرد.

### بند اول: نظریه مخالفین رأی ۲۱۲-۱۳۵۰/۸/۶

به عقیده مخالفین، مالیات برای بقای دولت و حفظ نظم و امنیت و تأمین منافع عمومی گرفته می‌شود و منافع عمومی باید بر منافع خصوصی مقدم باشد. به عبارت دیگر، مالیات مبتنی بر نظم عمومی است و از این رو باید در صدر مطالبات ممتاز قرار گیرد. مخالفین می‌افزایند از لحن ماده ۱۵۳ قانون مالیاتهای مستقیم مصوب ۱۳۴۵ و ماده ۱۶۰ قانون مالیاتهای مستقیم سال ۱۳۶۶ چنین برمی‌آید که قانون‌گذار مطالبات مالیاتی را در صدر مطالبات ممتاز قرار داده و فقط طلب دارای وثیقه و مطالبات کارگران و

کارمندان ناشی از خدمت را بر آن مقدم داشته است (صفایی و امامی، ۱۳۷۰: ۱۸۶). به عقیده این حقوقدانان، تعارض ماده ۳۰ قانون مالیات بر درآمد با ماده ۵۸ قانون تصفیه امور ورشکستگی از باب تعارض عام و خاص است، بنابراین برای حل تعارض و تشخیص قانون لازم الاجرا باید از روشهای علم اصول استفاده کرد. از آنجا که مطابق موازین اصولی، در فرض تعارض عام و خاص، عده‌ای قائل به توقّف‌اند، بدین معنی که اگر مرجّحات خارجی وجود داشته باشد، باید حکم عام را نسخ حکم خاص والا حکم خاص را مخصّص حکم عام دانست و این مرجّحات در لزوم رجحان مطالبات مالیاتی بر سایر مطالبات، به دلیل ارتباط آن با نظم عمومی، کاملاً محرز است. بنابراین، رأی وحدت رویه قضایی ۱۳۵۰/۸/۶-۲۱۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشور که بدون ملاحظه این جهات صادر گردیده مخدوش است (علی‌آبادی، ۱۳۵۶: ۱۲۰).

در عین حال، برخی از این حقوقدانان اظهار نظر کرده‌اند رأی وحدت رویه شماره ۱۳۵۰/۸/۶-۲۱۲ ناظر به ماده ۳۰ قانون مالیات بر درآمد سال ۱۳۳۵ است و شامل قوانین مالیاتی ۱۳۴۵ و ۱۳۶۶ نمی‌گردد و در نتیجه این رأی در مورد قوانین اخیر، لازم الاتباع نیست (صفایی و امامی، ۱۳۷۰: ۱۸۶).

بند دوم - نظریه موافقین رأی ۱۳۵۰/۸/۶-۲۱۲

به نظر این حقوقدانان، استدلال دیوان عالی کشور به این علت صحیح است که قانون مالیات بر درآمد سال ۱۳۳۵ که قانون عام و راجع به مدیران عادی است، نمی‌تواند ناقض قانون اداره تصفیه که قانونی خاص است، باشد. قانون تصفیه امور ورشکستگی انحصاراً راجع به مدیران ورشکسته است و از آنجا که برقرار کردن رجحان برای بعضی از طلبکاران ورشکسته، امری استثنایی و خلاف اصل تساوی بستانکاران است، باید تا قید صریح قانون نباشد، از تسری آن به غیر طلبکاران مذکور در قانون تصفیه خودداری کرد. برعکس، هرگاه در یکی از قوانین خاص، قید خاص ورشکستگی وجود داشته باشد، برای طلبکار باید حق رجحان قائل شد، مانند بند

۱. با این وصف، همان طور که در متن توضیح داده شد قول به نسخ رأی وحدت رویه ۱۳۵۰/۸/۶-۲۱۲ موجه نیست. در عین حال، پاره‌ای از حقوقدانان، صدور این رأی را نقطه پایانی بر مباحث مربوط به دوران امر بین عام و خاص دانسته‌اند (محمدی، ۱۳۶۸: ۱۱۷).

(د) ماده ۴۱ قانون پولی و بانکی کشور، مصوب ۱۳۳۹ که در واقع نوعی وثیقه قانونی برای بانک مرکزی در مقابل بدهکاران او ایجاد کرده است. به جز این مورد که به لحاظ صراحت قانون، رجحان بانک مرکزی (طلبکار) بر دیگر طلبکاران مدیون، در حدود موجودی مدیون نزد بانک مرکزی، قابل تردید نیست، در دیگر موارد مندرج در قوانین خاص، طلبکاران جزء طلبکاران عادی خواهند بود (اسکینی، ۱۳۵۷: ۱۸۶).

خاطر نشان می‌سازد که پاره‌ای از حقوقدانان، بی‌آنکه انتقادی نسبت به این رأی داشته باشند، در تألیفات خود آن را مورد استناد قرار داده‌اند و این موضوع، ظاهر در موافقت آنان با رأی استنادی است (برای مثال رک: ستوده تهرانی، ۱۳۷۵: ۲۷۴-۲۷۵؛ صقری، ۱۳۷۶: ۴۲-۴۱؛ افتخاری، ۱۳۷۹: ۲۳۵-۲۳۶؛ عرفانی، ۱۳۶۹: ۱۷۶).

#### بند سوم - نظریه انتخابی

به نظر ما نظریه موافقین و مخالفین رأی وحدت رویه قضایی شماره ۲۱۲، مورخ ۱۳۵۰/۸/۶ با آنکه هر کدام حاوی بخشی از حقیقت است، از جهت استدلال ناتمام است:

اولاً- قانون تصفیه امور ورشکستگی به واسطه اینکه ناظر به تصفیه بدهی ورشکستگان است، قانون خاص و قانون مالیاتهای مستقیم به دلیل آنکه مربوط به عموم مؤدیان اعم از ورشکسته و غیر آن است، قانون عام محسوب می‌شود. بنابراین و با توجه به نظریه اکثریت اصولیین که نظریه مشهوری است، تخصیص عام مؤخر، بواسطه خاصّ مقدم تا حدی که تعارضی وجود دارد، محرز خواهد بود. از این رو، تمسک به مرجحات خارجی، برای ترجیح قانون عام به قانون خاصّ مقدم التصویب، در فرضی هم که وجود چنین مرجحاتی مسلم باشد، مآلاً چیزی جز توسل به قاعده استحسان که نزد فقهای امامیه باطل است، نخواهد بود (مظفر، ۱۴۱۴: ۱۶۰-۱۶۶؛ شهبابی، ۱۳۵۸: ۹۶).

ثانیاً- مرجحات خارجی، که برای حکومت قانون عام مالیاتی نسبت به قانون خاصّ تصفیه امور ورشکستگی عنوان شده است، در هر قانونی و از جمله در ماده ۵۸ قانون تصفیه امور ورشکستگی وجود دارد. در واقع، هر چند اخذ مالیات برای توزیع عادلانه ثروت و حفظ نظم عمومی لازم و ضروری است، مع‌هذا، تقدم مطالباتی همچون نفقه زوجه (طبقه چهارم ماده ۵۸ قانون تصفیه امور ورشکستگی)

بر مطالبات مالیاتی، که در مقابل سنگینی ارقام مالیاتی، معمولاً مبلغ ناچیزی است و برای امرار معاش زوجه و رفع حوائج اولیه او، ضرورت دارد، هیچگاه مخالف نظم عمومی نبوده و بلکه برای بقای آن لازم است.

ثالثاً- با وجود این، اشکال رأی وحدت رویه قضایی هیئت عمومی دیوان عالی کشور این است که پس از ترجیح مطالبات مندرج در طبقات اول تا چهارم ماده ۵۸ قانون تصفیه امور ورشکستگی به مطالبات مالیاتی - که البته از این جهت رأی دیوان فاقد اشکال است- وزارت دارایی را در عداد بستانکاران عادی محسوب داشته است. حال آنکه، قدر مسلم و متیقن این است که مطالبات مالیاتی ممتاز تلقی شده و شناسایی حق اولویت برای وزارت دارایی در وصول مطالبات مالیاتی از این حیث هیچگونه منافاتی با ماده ۵۸ قانون تصفیه امور ورشکستگی ندارد. در واقع، ماده ۵۸ قانون تصفیه امور ورشکستگی، فقط در حدی که برای پاره‌ای مطالبات ممتاز، تعیین مرتبه کرده با قانون مالیاتهای مستقیم تعارض دارد و این قانون که در طبقه پنجم نامی از «سایر بستانکاران» یعنی بستانکاران عادی برای وصول مطالباتشان برده است، متضمن هیچ حکم خاصی که قانون مالیاتهای مستقیم را تخصیص دهد، نیست. به عبارت دیگر، اینکه عموم بستانکاران حق دارند مطالبات خود را از دارایی بدهکار وصول نمایند امر مسلمی است و ذکر آن در ماده ۵۸ قانون تصفیه امور ورشکستگی، چیزی جز تأکید بر یک واقعیت نیست و بنابراین، هیئت عمومی دیوان عالی کشور که مطلقاً و بدون آنکه اساساً از این جهت تعارضی موجود باشد، با تمسک به حکم کلی تخصیص عام به وسیله خاص، از هر جهت ماده ۵۸ قانون تصفیه امور ورشکستگی را مخصّص قانون مالیاتهای مستقیم دانسته و در نتیجه، حق تقدم دولت در وصول مطالبات مالیاتی را حتی پس از تسویه مطالبات مندرج در طبقات اول تا چهارم ماده ۵۸ قانون تصفیه امور ورشکستگی الغا کرده، مرتکب اشتباه شده است. بر این اساس، به نظر ما، قوانین مالیاتی که قائل به امتیاز دولت در وصول مطالبات مالیاتی است، وارد بر این قسمت از ماده ۵۸ قانون تصفیه امور ورشکستگی است و در نتیجه باید طلب مالیاتی قبل از مطالبات عادی و بعد از مطالبات ممتاز مندرج در ماده ۵۸ قانون تصفیه امور ورشکستگی به حیطة وصول در آید.

رابعاً- همان طور که تعلیق حکم بر وصف، مشعر بر علیت است، نبودن هر گونه قیدی نیز دلالت بر اطلاق حکم نسبت به تمام افراد موضوع حکم خواهد داشت. از آنجا که حق تقدم دولت در وصول مطالبات مالیاتی، به حالت‌های خاصی مقید نگردیده است، در هر حالتی که مدیون در آن قرار گرفته باشد، همچون حالت ورشکستگی، این امتیاز نافذ خواهد بود. علاوه بر این، باید به یاد داشته باشیم که حق تقدم در وصول طلب، عمدتاً در حالت ورشکستگی کاربرد دارد و اولویت داشتن در وصول مطالباتی که به دلیل تکافوی دارایی مدیون، نوبت به تشکیل هیئت طلبکاران (غرما) نمی‌رسد، بی‌فایده است.

نظریه انتخابی، علاوه بر اینکه حاوی قاعده حل تعارض بین عام و خاص است با قاعده «الجمع مهما أمکن أولى من الطرح» نیز مطابقت دارد.

با وجود این، اعتقاد به بقای حق تقدم دولت در وصول مطالبات مالیاتی در حالت ورشکستگی بدهکار، پس از وضع مطالبات مندرج در بندهای اول تا چهارم ماده ۵۸ قانون تصفیه امور ورشکستگی، به معنای اولویت مطلق دولت نسبت به سایر بستانکاران، حتی بستانکاران دارای طلب ممتاز نخواهد بود. هر گاه پس از تصفیه مطالبات مذکور در طبقات چهارگانه ماده ۵۸ قانون تصفیه امور ورشکستگی، علاوه بر طلب دولت بابت مالیات، مطالبات ممتاز دیگری نیز باشد، چنانچه در بین این مطالبات، مرتبه هر طلبی نسبت به طلب دیگری قانوناً تعیین نشده باشد، مطابق اصل تساوی بستانکاران، این مطالبات در عرض یکدیگر به حساب خواهند آمد (صفیان، ۱۳۷۹: ۸۰). اما در هر حال، هر بستانکاری که قانوناً و علی‌الاطلاق دارای حق تقدم در وصول مطالباتش باشد، مثل دولت از بابت مطالبات مالیاتی، چنین بستانکاری حتی در حالت ورشکستگی بدهکار بر سایر طلبکاران عادی برتری خواهد داشت. امری که توسط هیئت عمومی دیوان عالی کشور در تفسیر ناقصی از ماده ۵۸ قانون تصفیه امور ورشکستگی مصوب سال ۱۳۱۸ نادیده گرفته شده است.

### نتیجه گیری

مطابق ماده ۱۶۰ قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۶۶ که به جای ماده ۱۹ قانون

متمم بودجه سال ۱۳۱۳، ماده ۳۰ قانون مالیات بر درآمد سال ۱۳۳۵ و ماده ۱۳۵ قانون مالیاتهای مستقیم سال ۱۳۴۵، وضع شده طلب دولت بابت مالیات متعلق به مؤدیان، جزء مطالبات ممتاز محسوب شده است. طلب ممتاز، طلبی است حاوی یک امتیاز که به موجب آن طلبکار برای وصول طلبش از مجموع اموال و یا مال معینی از اموال مدیون بر سایر طلبکاران اولویت می‌یابد. از آنجا که اعطای این امتیاز از سوی قانون‌گذار، به حالتهای خاصی منوط نگردیده است، در هر حالتی که مدیون در آن قرار گرفته باشد، از جمله حالت ورشکستگی، این امتیاز باقی خواهد بود و در نتیجه رأی شماره ۱۳۵۰/۸/۶-۲۱۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشور که با تمسک به ماده ۵۸ قانون تصفیۀ امور ورشکستگی مصوب سال ۱۳۱۸ حق تقدم دولت در وصول مطالبات مالیاتی را در حالت ورشکستگی بدهکار به طور مطلق سلب و دولت را در ردیف طلبکاران عادی به شمار آورده مخدوش است. هر چند ماده ۵۸ قانون تصفیۀ امور ورشکستگی قانونی خاصّ مقدم و قانون مالیاتهای مستقیم عامّ مؤخر است و در چنین حالتی خاصّ مقدم منحصصّ عامّ مؤخر خواهد بود، اما، این در فرضی است که حکم عامّ مؤخر، کاملاً با حکم خاصّ مقدم تعارض داشته باشد. حال آنکه حکم ماده ۵۸ قانون تصفیۀ امور ورشکستگی، فقط در حدی که برای طلبکاران ممتاز تعیین رتبه کرده با حکم قانون مالیاتهای مستقیم تعارض دارد و به هیچ وجه در مقام نفی حقّ تقدم مطالباتی که قانوناً دارای امتیاز در وصول‌اند، نیست. در واقع، ماده ۵۸ قانون تصفیۀ امور ورشکستگی که در طبقه پنجم، سایر بستانکاران را محق در وصول مطالباتشان دانسته است، حاوی هیچ حکم جدیدی که متضمن نفی امتیاز مطالبات ممتاز مندرج در قوانین دیگر باشد، نبوده و تصریح به سایر بستانکاران در این ماده، قید تأکیدی است. علاوه بر این، با مسلم بودن حقّ تقدم دولت در وصول مطالبات مالیاتی و عدم تعلیق این حق به غیر حالت ورشکستگی، شناسایی این حق برای دولت در همه حالات ثابت است و بر خلاف نظریۀ هیئت عمومی دیوان عالی کشور در رأی شماره ۱۳۵۰/۸/۶-۲۱۲ حکم ماده ۵۸ قانون تصفیۀ امور ورشکستگی، جز در حدی که رتبه مطالبات ممتاز مالیاتی را به بعد از مطالبات ممتاز مندرج در طبقات چهارگانه این قانون تنزل داده، با قانون مالیاتهای مستقیم تعارضی ندارد.

## کتاب‌شناسی

۱. اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت (ورشکستگی و تصفیه امور ورشکستگی)، تهران، سمت، ۱۳۷۵ ش.
۲. افتخاری، جواد، حقوق تجارت (ورشکستگی و تصفیه امور ورشکستگی)، تهران، ققنوس، ۱۳۷۹ ش.
۳. امامی تلامی، محمد، «اصول حقوقی حاکم بر روابط بین مؤدی و مالیه و ترتیب رسیدگی به اختلافات مالیاتی، مجله کانون وکلای دادگستری، شماره ۱۵۴-۱۵۵، ۱۳۷۰ ش.
۴. امید، هوشنگ، حقوق دریایی، جلد اول، تهران، مؤسسه عالی بیمه، ۱۳۵۳ ش.
۵. بروجردی عبده، محمد، اصول قضایی - حقوقی، قسمت دوم، تهران، رهام، ۱۳۸۲ ش.
۶. پیرنیا، حسین، مالیه عمومی، تهران، امیر کبیر، ۱۳۵۵ ش.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه حقوقی، جلد سوم، تهران، امیر کبیر، ۱۳۷۲ ش.
۸. دیاب، اسعد، «بحاث فی التأمینات العینیة، بیروت، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزیع، ۱۹۸۸ م.
۹. ستوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت، جلد چهارم، تهران، دادگستر، ۱۳۷۵ ش.
۱۰. سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی، جلد دهم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۷۰ م.
۱۱. شهبایی، محمود، تقریرات اصول، تهران، خیام، ۱۳۵۸ ش.
۱۲. صبری، خلیل، روش دادرسی (حاوی تصمیمات دیوان عالی کشور از سال ۱۳۱۵ تا ۱۳۲۲)، تهران، بی‌نا، ۱۳۲۴ ش.
۱۳. صفایی، سیدحسین و اسدالله امامی، حقوق خانواده، جلد اول، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۰ ش.
۱۴. صفیان، سعید، «طلب ممتاز»، مجله دادرسی، شماره ۱۹، ۱۳۷۹ ش.
۱۵. صقری، محمد، حقوق بازرگانی (ورشکستگی)، تهران، بی‌نا، ۱۳۷۶ ش.
۱۶. عرفانی، محمود، حقوق تجارت، جلد سوم، جهاد دانشگاهی، ۱۳۶۹ ش.
۱۷. علی‌آبادی، عبدالحسین، مجموعه آراء وحدت رویه از سال ۱۳۳۸ تا ۱۳۵۶، تهران، روزنامه رسمی کشور، ۱۳۵۶ ش.
۱۸. القانون المدنی المصری، ۱۹۴۹ م.
۱۹. محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۶۸ ش.
۲۰. مرسی پاشا، محمد کامل، الحقوق العینیة التبعية، قاهره، دار نشر الثقافه، ۱۹۵۰ م.
۲۱. مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، جلد اول، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۲۲. ناصیف، الیاس، الکامل فی قانون التجاره (الافلاس)، جلد چهارم، بیروت - پاریس، منشورات البحر المتوسط و منشورات عویدات، ۱۹۸۶ م.
۲۳. وکیل، شمس‌الدین، نظری التأمینات فی القانون المدنی الجدید، جلد اول، قاهره، دار المعارف، ۱۹۵۶ م.
۲۴. Black, H.C., *Blacks law dictionary*, sixth edition, west publishing Co, ۱۹۹۰.
۲۵. Brown, W.J., *Gces law*, London, sweet-maxwell, ۱۹۸۹.
۲۶. *Code civil français*, Paris, Dalloz, ۱۹۸۳-۸۴.
۲۷. Mazeaud. H.L., *Loçons de droit civil français*, T۳-۴ eme ed.



## بررسی تصمیمات شورای امنیت سازمان ملل متحد توسط دیوان بین‌المللی دادگستری<sup>۱</sup>

□ یوآنا پتکولسکو

□ ترجمه دکتر محمدعلی صلح‌چی<sup>۲</sup> و هیبت‌الله نژندی‌منش<sup>۳</sup>

### مقدمه

فصل هفتم منشور ملل متحد به شورای امنیت حق داده، تا به منظور استقرار و حفظ صلح و امنیت بین‌المللی، به استفاده جمعی از زور متوسل شود. شورای امنیت، در طول ۴۵ سال اولیه حیات خود، به سبب مخالفت همیشگی اتحاد جماهیر شوروی سابق و ایالات متحده آمریکا و استفاده مکررشان از اختیار وتو، عمدتاً فلج بود و به سختی توانست این مأموریت خود را انجام دهد. احیای «نظم نوین جهانی» با سقوط پرده آهنین در دهه ۱۹۹۰، امید و اعتماد به آینده مسالمت‌آمیز روابط بین‌المللی را ایجاد کرد، اما از آنجا که تهدیدات نوین و انواع جدیدی از مخاصمات در صحنه

۱. اصل این مقاله در منبع زیر موجود است:

*Netherlands International Law Review*, LII: ۱۶۷-۱۹۵, ۲۰۰۵.

۲. استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی.

۳. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل عمومی دانشگاه علامه طباطبایی (heybatnajandi@yahoo.com).

جهانی بروز کرد، این احساس هم به سرعت از بین رفت. سازمان ملل متحد تلاش کرد تا این وضعیت را با استفاده گسترده از سازوکار فصل هفتم و اقتدار استثنایی شورای امنیت پاسخ دهد.

احیای سیستم امنیت جمعی، نگرانیهای جدیدی را ایجاد کرد و سبب طرح واکنشهای مختلفی در میان دولتها و ادبیات حقوقی شد. مداخلات سازمان ملل متحد، به ویژه در مخاصمات داخلی، به نحو فزاینده مورد انتقاد قرار گرفت و شورای امنیت به تجاوز از اختیارات خود به موجب منشور، متهم شد. این اعتراض زمانی به اوج رسید که شورای امنیت، بعد از بمب گذاری لاکربی، تحریمهایی را علیه لیبی اعمال نمود. در پاسخ [به این تحریمها]، لیبی دعوایی را علیه ایالات متحده آمریکا و انگلستان، نزد دیوان بین المللی دادگستری به ثبت رساند و ادعا کرد که قطعنامه های شورای امنیت غیر قانونی می باشند؛ چرا که هم با کنوانسیون مونترال برای سرکوب اقدامات غیر قانونی علیه امنیت هوایمایی کشوری (پذیرفته شده در ۲۳ سپتامبر ۱۹۷۱) - از این به بعد کنوانسیون مونترال- و هم با منشور ملل مغایرت دارد؛ از این رو از دیوان درخواست کرد تا به بررسی تصمیمات شورای امنیت بپردازد.

مسئله بررسی بین المللی قضایی به طور مسلم یکی از حساس ترین مسائل در حقوق بین الملل و چالشی به قواعد مسلم سازمانهای بین المللی است. آن گونه که همگان مطلع هستند، نظام ملل متحد، تفکیک قوای رایج در نظم حقوقی داخلی را نمی پذیرد. به ویژه، همان گونه که قاضی سابق دیوان، مانفرد لاکس (Lachs)، به درستی یادآور شد، «سازمانهای بین المللی، به طور کلی، هنوز در حال محک و آزمایش اسناد اساسی هستند که خودشان برای اهداف دوگانه تصمیم گیری مؤثر و حراست از عدم تعادل یا سوء استفاده بین اعضا یا ارکان صلاحیتدار به آنها اعطا کرده اند».

دیوان بین المللی دادگستری نشان داده است که تمایلی برای به چالش کشاندن قطعنامه های شورای امنیت به موجب فصل هفتم منشور ندارد. دیوان، که طبق ماده ۹۲ منشور، رکن اصلی قضایی سازمان ملل متحد است، همواره اولویت را به کارایی این سازمان جهانی، در حفظ صلح و امنیت بین المللی داده است. با این حال، رویه نشان داده است زمانی که شورای امنیت کارکردهای خود را به تأخیر می اندازد

قاضی بین‌المللی آمادگی دارد تا فعالیت این رکن سیاسی را مورد مذاقه قرار دهد. دیوان با اختتام قضایای لاکربی، که بعد از توافق طرفین از فهرست دعاوی حذف شد، این فرصت را از دست داد تا به اختلافی پایان دهد که قبلاً مجموعه‌ای مؤثر از ادبیات حقوقی را ارائه کرده بود. اما این امر باعث نمی‌شود که تحقیق در مورد یک سازوکار مربوط به بررسی بین‌المللی قضایی رها شود. مقاله حاضر به طور دقیق بر تعریف یک سازوکار کارآمد بررسی تصمیمات شورای امنیت توسط دیوان بین‌المللی دادگستری و با عنایت به وضعیت موجود توسعه حقوق بین‌الملل تمرکز می‌نماید. همچنین این نوشتار به بررسی گستره بررسی قضایی، من جمله اختیارات بررسی قاضی بین‌المللی، می‌پردازد. در نهایت به مسئله بررسی، توسط محاکم دیگر پرداخته می‌شود و در این راستا مشکل ارتباط بین دیوان بین‌المللی دادگستری و دیگر محاکم یا دیوانهای بین‌المللی در خصوص بررسی قطعنامه‌های شورای امنیت سازمان ملل متحد به موجب فصل هفتم منشور ملل متحد مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

## ۱. تعریف بررسی بین‌المللی قضایی

در این جا استدلال می‌شود که یک بررسی قضایی عینی در حقوق سازمان ملل متحد لازم است. با بررسی کارکرد نظام ملل متحد، [درمی‌یابیم که] میان ارکان این سازمان نوعی تعارض بالقوه وجود دارد، چرا که تمام آنها در حفظ صلح جهانی نقش دارند. این مشکل عمدتاً در مورد شورای امنیت و دیوان بین‌المللی دادگستری مطرح می‌شود. این دو، تنها ارکان سازمان ملل متحد هستند که می‌توانند تصمیمات الزام‌آور اجباری برای دولتها طبق مواد ۲۵ و ۹۴ منشور اتخاذ کنند. در صورت اختلاف، به خاطر تساوی شکلی دیوان و شورا، رویارویی اجتناب‌ناپذیر است. به تعبیر شبتای روزن «موازی کاری کارکردی» (functional parallelism) دقیقاً به این معناست که «هر یک از [این دو رکن اصلی ملل متحد]، به موجب منشور و اساسنامه، صلاحیت رسیدگی به اختلاف واحد را دارند». در نتیجه، دیوان ملزم نیست تا یک دعوی خاص را به شورای امنیت ارجاع دهد و برعکس. بنابراین، دولتها در مقابل دو تصمیم مختلف قرار می‌گیرند، یکی تصمیمی که رکن سیاسی اتخاذ کرده و

دیگری تصمیمی که رکن قضایی سازمان ملل متحد می‌پذیرد. دولتها با اجرای یکی از این دو تصمیم، دیگری را نقض خواهند کرد. یک راه حل احتمالی برای این مشکل، بررسی قطعنامه‌های شورای امنیت توسط دیوان بین‌المللی دادگستری است. افزون بر آن، دلیل اصلی پیش‌بینی بررسی بین‌المللی قضایی، ضرورت حراست از مشروعیت بین‌المللی و سپس، مشروعیت و کارایی اقدام سازمان ملل متحد در حوزه حفظ صلح و امنیت بین‌المللی است. به طور مسلم شورای امنیت یک رکن سیاسی است که برای تصمیم‌گیری معیارهای سیاسی را به کار می‌گیرد. اما، اگر شورا خودسرانه عمل کند و به طور کلی فاقد یک مبنای حقوقی باشد، اقداماتش هیچ‌گونه اعتباری نخواهد داشت. موضوع از این وخیم‌تر خواهد بود، در صورتی که شورای امنیت قانون را نقض کند، به‌ویژه آن دسته از قواعدی که کل دولتها، آنها را بنیادین می‌دانند [که در این صورت اقدامات شورا فاقد مشروعیت خواهد بود]. بنابراین، باید به نظارتهای سیاسی موجود، یک بررسی قضایی افزوده شود. در واقع، اختیار و تو که به اعضای دائم شورای امنیت اعطا شده و اقتدار مجمع عمومی، به عنوان رکن فراگیر این سازمان جهانی، برای نظارت بر فعالیت شورا، هر چند مفید است، از یک کارکرد کاملاً متفاوت برخوردار است و نمی‌تواند جایگزین یک نظارت قضایی شود. یک ارزیابی «قضایی» (judicial) و «حقوقی» (legal) (یعنی اعمال‌شده بر مبنای معیارهای حقوقی)، تضمین کافی را برای رعایت سلسله مراتب هنجاری بین‌منشور -سند مؤسس سازمان ملل متحد- و قواعد وضع‌شده توسط شورای امنیت فراهم می‌سازد.

## ۱-۱. منشور ملل متحد و اقدامات خارج از اساسنامه

شورای امنیت هنگامی که بر طبق فصل هفتم منشور ملل متحد اقدام می‌کند، مأخوذ به قانون است.

«شورای امنیت رکن [اصلی] یک سازمان بین‌المللی است که بوسیله معاهده‌ای تأسیس شده که به عنوان چارچوب اساسی آن سازمان محسوب می‌شود. از این‌رو، شورای امنیت تابع محدودیتهای معین ناشی از اساسنامه است، هر چند اختیاراتش به

موجب اساسنامه گسترده باشد. در هر صورت، این اختیارات نمی‌تواند فراتر از محدودیتهای صلاحیت آن سازمان در کل باشد، نیازی به ذکر دیگر محدودیتهای خاص یا محدودیتهای ناشی از تقسیم قدرت درونی در داخل سازمان نیست. در هر صورت، نص و روح منشور، هیچ کدام شورای امنیت را به عنوان *legibus solutes* تلقی نمی‌کند». [به عبارت دیگر باید گفت شورای امنیت هنگام تصمیم‌گیری مأخوذ به نص و روح منشور ملل متحد است].

قطعنامه‌های شورای امنیت باید بر طبق قواعد بسیار مهم حقوق بین‌الملل، که قواعد مورد ارجاع بررسی بین‌المللی قضایی محسوب می‌شوند، اتخاذ شوند. این مجموعه قواعد در فصلهای ۱، ۴، ۷ و به‌ویژه ۸ منشور ذکر شده است که اختیارات شورای امنیت را در موضوعات حفظ صلح و امنیت بین‌المللی معین می‌کند و همچنین فصول مختص صلاحیتهای تفویضی به دیگر ارکان اصلی ملل متحد نیز برخی از این قواعد را بیان کرده است. به‌ویژه، بند ۲ ماده ۲۴ به طور صریح بیان می‌دارد که «شورای امنیت، [هنگام ایفای تکالیف خود] باید بر طبق اهداف و اصول ملل متحد عمل نماید». منظور این است که شورای امنیت هنگام اقدام به موجب فصل هفتم منشور نمی‌تواند به طور خودسرانه عمل نماید. اختیارات شورای امنیت، به استثنای آنچه که به حوزه حفظ صلح و امنیت بین‌المللی مربوط می‌شود، به اصل مشروعیت محدود می‌شوند. بنابراین، هر قطعنامه‌ای که مغایر با قواعد بنیادین منشور اتخاذ می‌شود، خارج از صلاحیت شورا [و مشمول قاعده *ultra vires*] است و در نتیجه غیر مشروع می‌باشد.

تئوری اقدامات خارج از صلاحیت [یعنی اقدامات مشمول قاعده *ultra vires*]، که ریشه در حقوق کامن‌لا دارد، توسط «سر لیهو لاتریپاخت» در مقاله‌اش که به «سر آرنولد مک‌نر» تقدیم شده، در حقوق بین‌الملل وارد شده است. به نظر وی، یک اقدام خارج از صلاحیت که در زمینه سازمانهای بین‌المللی مطرح می‌شود:

نوعی عمل غیر قانونی است که متضمن اشاره به ماهیت خاص سازمانهای بین‌المللی به عنوان اشخاص حقوقی تصنعی است که تمام اختیارات خود را از یک منبع کنوانسیون یا اساسنامه‌ای می‌گیرند و باید تنها در چارچوب این محدودیتها و بر

طبق اجازه‌ای که به آنها داده شده، عمل کنند. اعمال غیر قانونی از این نوع، شامل اعمال صلاحیت توسط یک رکن غیر صالح... یا اعمال نادرست صلاحیت بر مبنای شناخت غیر دقیق یا ناقص یا بنا بر دلایل یا انگیزه‌های اشتباه است.

به طور مسلم، در حقوق سازمان ملل متحد این فرض وجود دارد که «وقتی سازمان، اقدامی را انجام می‌دهد که مستلزم اعلان این است که انجام آن، برای اجرای یکی از اهداف بیان‌شده سازمان مناسب بود،... چنین اقدامی خارج از صلاحیت سازمان نیست». مع‌هذا «فرض اعتبار» تنها یک فرض نسبی است و همواره می‌تواند با بررسی قضایی نقض شود.

### ۱-۲. منشور ملل متحد به عنوان یک «قانون اساسی»

تعیین «قواعد مرجع» و به طور کلی تعریف بررسی قضایی بین‌المللی مسئله ماهیت منشور ملل متحد را مطرح می‌کند. معمولاً، منشور یک معاهده تلقی می‌شود. مع‌هذا، منشور یک معاهده صرف نیست، بلکه سند مؤسس تنها سازمان بین‌المللی با صلاحیت عام است که نمایندگی شبه جهانی جامعه دولتها را بر عهده دارد. در مجموع، منشور «سنگ بنای نظم، بعد از جنگ جهانی دوم» و سند برتر جامعه بین‌المللی است که نباید با دیگر توافقات بین‌المللی مقایسه شود. مقایسه منشور با نظم حقوقی ملی، آن را بسیار شبیه یک قانون اساسی جلوه می‌دهد. کارکرد قانون اساسی منشور در موارد متعددی مورد تأکید قرار گرفته است. عناصر بنیادین قوانین اساسی داخلی - یعنی قاعده‌گرایی، برتری و تفکیک قوا- تنها در نص آن می‌تواند احصا شود. حیات خود منشور می‌تواند از حیث الگوی قانون اساسی تبیین شود. بنابراین، خود بررسی بین‌المللی قضایی مستلزم یک بعد قانون اساسی است.

به طور مسلم، طرح مفهوم «قانون اساسی» در حقوق بین‌الملل نه تنها خطرناک بلکه نادرست است، زیرا حقوقدانان معمولاً آن را با یک مفهوم اولیه دیگر یعنی دولت پیوند می‌دهند. با وجود این، امروزه بسیاری از نویسندگان وحدت پیچیده (حل‌نشدنی) بین «دولت» و «قانون اساسی» را نفی می‌کنند. نخست آن که، اصطلاح قانون اساسی می‌تواند در یک معنای موسع به کار برده شود. بسیاری از سازمانهای

بین‌المللی تابع یک معاهده به نام «اساسنامه» (Constitution) هستند. یک نمونه، سازمان بین‌المللی کار است. در این جا، اساسنامه مترادف آن چیزی است که ماده ۵ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات (۱۹۶۹) «سند مؤسس» می‌نامد و به طور مسلم در این معنا این واژه توسط دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق در پرونده تادیج استعمال شد. دوم، حتی مفهوم «اساسنامه» (Constitution) در معنای مضیق تر قاعده بنیادین یک نظم حقوقی، نمی‌تواند تنها به حقوق داخلی مرتبط باشد. همچنین می‌تواند به مجموع قواعد بین‌المللی اطلاق شود که ارزشهای بنیادین و منافع مشترک جامعه دولتها را متجلی می‌سازد. یا، عبارت نظم عمومی بین‌المللی مقدمتاً در منشور ملل متحد وجود دارد. حتی اگر این را هم بپذیریم، یک سؤال باقی می‌ماند که باید به آن پاسخ داد و آن به نقش قواعد آمره و جایگاه آنها در میان «قواعد مرجع»، من جمله ارتباط آنها با خود منشور، مربوط می‌شود.

### ۳-۱. تصمیمات شورای امنیت و قواعد آمره

همان‌گونه که پیش از این بیان شد، اصطلاح نظم عمومی بین‌المللی مقدمتاً در منشور وجود دارد. مقدمتاً، اما نه منحصرأ، مادامی که قواعد آمره بیانگر مجموعه‌ای از قواعد حافظ تمامیت نظم عمومی بین‌المللی و بقای جامعه بین‌المللی هستند. شورای امنیت نیز باید بر طبق قواعد برتر (آمره) بین‌المللی عمل نماید. بدون شک اقداماتی که شورای امنیت به منظور استقرار یا حفظ صلح و امنیت بین‌المللی اتخاذ می‌کند هرگز نمی‌تواند علیه چنین اصولی باشد، من جمله آن دسته از اصولی که از تساوی حاکمیت دولتها، تمامیت سرزمینی دولتها یا غیر قابل تعرض بودن مرزهایی که در سطح بین‌المللی محرز شدند، حمایت می‌کنند. همین طور این رکن سیاسی باید بنیان حقوق بشر را که حافظ کرامت موجودات انسانی است، یعنی حقوق غیر قابل تخطی مندرج در ماده ۴ میثاق ملل متحد در مورد حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶) و همچنین اصول بنیادین حقوق بشر دوستانه بین‌المللی، من جمله ماده ۳ مشترک کنوانسیونهای چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ و قواعد منع‌کننده شکنجه، نسل‌زدایی، آپارتاید یا دیگر اشکال تبعیض نژادی را رعایت نماید. گاهی این قواعد آمره (یا برتر) که در

منشور ملل متحد خود را نشان می‌دهند، خارج از نص آن و ریشه در دیگر معاهدات بین‌المللی یا حقوق عرفی دارند.

اما منظور این نیست که شورای امنیت در ایفای مأموریت خود برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی به تمام قواعد معاهده‌ای و عرفی ملزم باشد. برعکس، مسلم است که «هرگونه اقدام اجرایی [یا قهری] که شورای امنیت تصمیم دارد اتخاذ نماید، ناگزیر بر حقوق قانونی دولتها تأثیر دارد، هم دولت یا موجودیتی که این اقدامات علیه آن اتخاذ می‌شوند و هم تمام دیگر دولتهایی که با دولت یا موجودیت مزبور ارتباطاتی دارند». بنابراین شورای امنیت خود یک قانون‌گذار است. غیر از این نمی‌تواند باشد زیرا، «بدون اختیار تخطی از حقوق [منظم عرفی یا معاهده‌ای]، کل نظام فصل هفتم (که مرکز ثقل منشور است، و برتری را به صلح و امنیت بین‌المللی می‌دهد) کارایی نخواهد داشت». در نتیجه، گستره بررسی قضایی باید به طور مضیق تفسیر شود.

## ۲. گستره بررسی بین‌المللی قضایی

گستره بررسی بین‌المللی قضایی باید بر اساس یک عامل تعیین‌کننده، یعنی اختیارات استثنایی تفویضی به شورای امنیت به موجب فصل هفتم منشور ملل متحد تعیین شوند. از این‌رو، صلاحیت تشخیصی موسعی به شورای امنیت داده شده است، به‌ویژه وقتی که وجود تهدیدی علیه صلح، نقض صلح یا اقدام تجاوز را بررسی می‌کند، مفاهیمی از قبیل آنچه که در ماده ۳۹ منشور فهرست شده، لزوماً مبهم و از این‌رو تابع یک تفسیر انعطاف‌پذیر هستند. شورای امنیت یگانه قاضی‌ای است که فرصت دارد تا حسب شرایط یک یا چند شرط را به کار ببرد. افزون بر آن، شورا می‌تواند اگر مناسب تشخیص دهد، از اتخاذ تصمیم خودداری نماید. کارهای مقدماتی منشور به طور صریح قصد تدوین‌کنندگان را منعکس می‌کند، مبنی بر اینکه صلاحیت موسعی را به شورای امنیت اجازه دهند و آن را تابع محدودیتهای شدید در هنگام تصمیم‌گیری نسازند.

ابتدا، این اقتدار استثنایی یک تأثیر قطعی بر موضوع (یا هدف) بررسی دارد. دوم، این اقتدار میزان اختیار بررسی شناخته‌شده برای قاضی بین‌المللی را محدود



می‌کند و آیینی را که در بررسی از تصمیمات شورا باید تبعیت شود، تحت تأثیر قرار می‌دهد. در نهایت، به منظور احراز آثار تصمیم به عدم مشروعیت، این اقتدار باید مورد توجه قرار بگیرد.

## ۲-۱. موضوع بررسی بین‌المللی قضایی

اختیار ارزیابی اعطاشده به شورا به موجب فصل هفتم منشور چنان گسترده است که به شدت صلاحیت قضایی را برای بررسی محدود می‌کند. از این رو، این اختیار متضمن محدودیتهای مهمی بر موضوع بررسی است و اختیار بررسی خود قضایی را محدود می‌سازد.

### ۲-۱-۱. محدودیتهای موضوع بررسی

مداخله شورای امنیت در موضوعات مربوط به صلح و امنیت بین‌المللی حاکی از یک اقدام دوگانه است: اقدام اول تصمیم در مورد یک وضعیت طبق ماده ۳۹ منشور است؛ اقدام دوم پذیرش اقدامات هماهنگ برای رسیدگی به آن موضوع است. از این رو، سؤال این است که آیا دیوان بین‌المللی دادگستری می‌تواند هر دو اقدام را بررسی کند یا آیا باید خود را تنها به تأیید مشروعیت اقدامات اجباری محدود سازد.

حقوق تطبیقی می‌تواند در یافتن پاسخ این پرسش بسیار مفید باشد. ارزش حقوق داخلی برای توسعه نظم حقوقی، مورد شناسایی حقوق معاهده‌ای و همچنین علمای حقوق قرار گرفته است. ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری مشخصاً به «اصول کلی حقوقی پذیرفته شده توسط ملل متمدن» به عنوان منبع حقوق بین‌الملل اشاره می‌کند. به ویژه نویسندگان غالباً اهمیت حقوق تطبیقی را در زمینه حقوق سازمانهای بین‌المللی خاطر نشان می‌سازند، تأثیر حقوق تطبیقی یا حقوق سازمانهای بین‌المللی از سه جنبه مهم تحلیل و تجزیه شده است:

«[کارکرد حقوق تطبیقی] در فرایند تشریح حقوق (قواعد و مقررات اساسنامه‌ای)، کارکرد آن در زمینه تفسیر حقوق یک سازمان بین‌المللی و در نهایت کارکرد آن در فرایند توسعه اصول کلی مناسب در چارچوب قلمرو یک سازمان... ساختار و هدف یک سازمان بین‌المللی معین عامل قطعی برای اهمیت حقوق تطبیقی

در زمینه تفسیر اساسنامه سازمان، تشریح اصول «کلی» سازمان و همچنین برای تلاشهایی در جهت یکسان کردن حقوق، در چارچوب گستره سازمان بوده است.»  
به طور مسلم، به خاطر تفاوت‌های بارز بین این دو نظم حقوقی، روش تطبیقی در حقوق بین‌الملل باید با دقت مورد استفاده قرار گیرد. با وجود این، چنین امری نباید یک حقوقدان بین‌المللی را از منبع ارزشمند الهامی که فایده آن قبلاً محرز شده است، محروم سازد.

در مورد حاضر، حقوق تطبیقی برای شفاف‌سازی بررسی قضایی مهم است وقتی که یک رکن سیاسی نظم حقوقی ملی از اختیارات گسترده صلاح‌دید بر خوردار است. مشهورترین این موارد «دکترین مسئله سیاسی» است که توسط دیوان عالی آمریکا در تصمیم تاریخی‌اش در پرونده بیکر علیه کار در سال ۱۹۶۲ توسعه یافته است. این دکترین، که تجلی خودمحدودسازی است، مسائل حقوقی را در مقابل مسائل سیاسی قرار می‌دهد. مسائل سیاسی بر طبق معیارهای معینی تعیین می‌شوند که دیوان عالی به شرح زیر تعیین کرده است:

«نکته برجسته هر قضیه متضمن یک مسئله سیاسی نوعی التزام ناشی از قانون اساسی برای یک واحد منظم سیاسی، یا فقدان معیارهای قضایی قابل مدیریت برای حل آن، یا عدم امکان تصمیم‌گیری بدون یک تصمیم اولیه سیاسی بدون صلاح‌دید قضایی، یا عدم امکان راه حل مستقل بدون بیان عدم توجه مقتضی به بخشهای منسجم حکومت، یا نیاز غیر معمول حمایت مسلم از تصمیم سیاسی که قبلاً اتخاذ شده، یا پتانسیل جلوگیری از دیدگاههای مختلف بخشهای گوناگون در مورد یک مسئله قلمداد می‌شود.»

چنین معیارهایی به طور مسلم ناقص هستند و نویسندگان تأکید می‌کنند که، اگرچه وجود یک «دکترین مسئله سیاسی» مسلم است، اما در مورد هر چیز دیگری راجع به آن، یعنی مبنا و گستره آن به موجب قانون اساسی، اینکه آیا امتناع الزامی است یا اختیاری، نحوه تصمیم‌گیری محاکم در یک مسئله «سیاسی»، و اینکه مسائل سیاسی کدامند، اختلاف زیاد وجود دارد. یک امر مسلم است و خود دیوان عالی هم به طور صریح بیان کرده است: «این رابطه بین قوه قضائیه و شعب حکومت فدرال است...، که منجر به طرح «مسئله سیاسی» می‌شود... غیر قابل دادرسی بودن

یک مسئله سیاسی اساساً یکی از کارکردهای تفکیک قدرت است». از این رو، «دکترین مسئله سیاسی» بسیار محتمل است در حوزه صلاحیت ریاست جمهوری یا کنگره مورد استناد قرار بگیرد. حوزه امور خارجی، حوزه امنیت ملی، مسائل راجع به اعمال اختیارات جنگ و روند اصلاح، اشتغال سنتی دادگاه نیستند، بلکه امروزه شامل تعریف «دکترین مسئله سیاسی» هستند.

شاید این سؤال مطرح شود که آیا «دکترین مسئله سیاسی» می تواند به عنوان یک نمونه در مورد دیوان بین المللی دادگستری در رابطه اش با شورای امنیت به کار رود. ظاهراً پاسخ این سوال منفی است؛ زیرا تمایز بین موضوعات «سیاسی» و «حقوقی» و در نتیجه، تمایز بین اختلافات «قابل رسیدگی در دادگاه» و «غیر قابل رسیدگی در دادگاه»، من جمله توسط خود دیوان بین المللی دادگستری، به شدت رد شده است. افزون بر آن، حتی می توان گفت، «بر خلاف دیوان عالی آمریکا، که غالباً «دکترین مسئله سیاسی» را مطرح می کند و حتی اگر این کار را نکند، مکرراً «یک طرز فکر مسئله سیاسی» را ارائه می نماید»، دیوان بین المللی دادگستری دکترین «مسئله حقوقی» را مورد استقبال قرار داد و به طور طبیعی «طرز فکر مسئله حقوقی» را نشان داده است. مع هذا، باید به روح این دکترین به منظور طرح یک نتیجه نهایی توجه داشت. اساساً، در کانون «دکترین مسئله سیاسی»، همان گونه که دیوان عالی ایالات متحده آمریکا استنباط کرده است، نگرانی تفکیک بین قوا وجود دارد و نه تمایز بین اختلافات «سیاسی» و «حقوقی». در نتیجه، قبلاً بیان شده است که هیچ تفکیک قوایی، به مفهوم آنچه که در نظام داخلی مطرح است، در چارچوب سازمان ملل متحد وجود ندارد. به همین دلیل، «پذیرش یک دکترین مسئله سیاسی در رویه قضایی دیوان بین المللی دادگستری بدون تفسیر سنجیده ناشایست است». اما غیر قابل انکار است که منشور، با تمایز بین اقدامات قضایی و سیاسی و تفویض آنان به ارکان مختلف، نوعی تفکیک اشتغالات را بیان می نماید. از این رو، «دکترین مسئله سیاسی» الهام بخش دیوان بین المللی دادگستری است؛ زیرا آنچه که دیوان عالی ایالات متحده آمریکا از انجام آن امتناع می ورزد می تواند با بررسی آن توسط مرجع سیاسی جایگزین شود. قاضی بین المللی همچنین باید رویکرد «خودداری اختیاری»

«self-restraint» را راجع به تصمیمات اتخاذی توسط شورای امنیت به موجب ماده ۳۹ منشور ملل متحد بپذیرد. اینها اکثراً تصمیمات سیاسی، مبتنی بر یک بررسی پیچیده از مسائل موضوعی و اوضاع و احوال هستند، که منحصرأ در صلاحیت شورای امنیت سازمان ملل متحد هستند. بنابراین، دیوان باید بتواند مشروعیت اقدامات اجباری را که یک رکن سیاسی در مورد آنها تصمیم گرفته، مورد بررسی قرار دهد، اما نمی‌تواند تصمیم شورای امنیت در مورد تلقی یک وضعیت به عنوان تهدید علیه صلح، نقض صلح یا اقدام تجاوز را مورد بررسی قرار دهد.

## ۲-۱-۲ میزان اختیار قاضی برای بررسی

اختیار قاضی برای بررسی مطابقت اقدامات اتخاذی شورای امنیت با منشور ملل متحد و با دیگر «قواعد مرجع» نیز باید محدود شود. از این رو، میزان بررسی (یا ارزیابی قضایی) نباید به اقتدار شورای امنیت برای تصمیم‌گیری در مورد اقدامات معینی لطمه وارد کند. مجدداً، روش تطبیقی تحلیلی به نظر می‌رسد که راهنمای خوبی باشد. این بار، مصداق روش تطبیقی از حقوق اداری انگلستان، و به طور دقیق‌تر، از دکترین «غیر معقول بودن» (unreasonableness) مشتق می‌شود؛ مفهوم «غیر معقول بودن» در قضیه مشهور Associated Picture Houses Ltd توسط لرد گرین تبیین شده است:

«برای نمونه، شخصی که صلاح‌دیدگی به وی واگذار شده، باید... از نظر حقوقی به درستی عمل نماید. وی باید توجه خود را به موضوعاتی جلب نماید که موظف به بررسی آن است. او نباید به موضوعاتی پردازد که با رسیدگی او ارتباطی ندارند. در صورتی که وی این قواعد را رعایت نکند، به درستی می‌توان گفت وی... «به طور غیر معقول» عمل می‌کند. ... همین طور، ممکن است چیزی وجود داشته باشد که چنان نامعقول باشد که هیچ شخص عاقلی هرگز تصور نمی‌کند که آن در چارچوب اختیارات آن مرجع قرار دارد. قاضی وارینگتون در قضیه شورت علیه شرکت پول (۱۹۲۶). ... مصداق معلم موزم را رد کرد، زیرا وی موی قرمز داشت. این امر در یک معنایی غیر معقول است. در معنای دیگر این امر موضوعات غیر

طبیعی را مورد توجه قرار می‌دهد. این مسئله چنان غیر معقول است که می‌توان آن را این گونه تلقی کرد که با سوء نیت انجام شده است؛ و در واقع، تمام اینها با چیزی دیگر برخورد می‌نماید. اینکه بگوییم، اگر تصمیمی در مورد یک موضوع ذی‌ربط چنان غیر معقول است که هیچ مرجع معقولی هرگز نمی‌تواند به آن رسیدگی نماید، آن گاه محاکم می‌توانند مداخله نمایند، درست است».

همانند «دکترین مسئله سیاسی» در حقوق آمریکا، «غیر معقول بودن» با هدف دور زدن اختیار قاضی به منظور مذاقه در اقدام سیاسی اتخاذی توسط رکنی که صلاحدید وسیعی به آن تفویض شده، توسعه یافته است. این خود قاضی است که رویکرد خودداری اختیاری (self-restraint) را با امتناع از جایگزینی بررسی خود با بررسی مرجع صلاحیتدار ارائه می‌نماید. این استراتژی مطلقاً قابل درک است، زیرا «این وظیفه محاکم نیست تا انتخاب خود را نسبت به نحوه اعمال صلاحدید جایگزین انتخاب مرجع اداری نمایند».

به همین شیوه، دیوان بین‌المللی دادگستری باید از اظهار نظر در زمینه اقدامات اجباری که شورای امنیت در مورد آنها تصمیم گرفته، خودداری نماید. به موجب ماده ۲۴ منشور، جوهره و اساس نقش شورای امنیت در حفظ صلح و امنیت در توانایی آن در اقدام سریع و قطعی به منظور جلوگیری از «تهدید علیه صلح، نقض صلح یا اقدام تجاوز» و مجازات آن قرار دارد. به طور مسلم دیوان به خوبی مجهز نیست تا در مورد فوریت و شایستگی یک واکنش بین‌المللی در یک وضعیت خاص قضاوت نماید. در نتیجه، دیوان بین‌المللی دادگستری باید تنها مشروعیت اقدامات خاص پذیرفته شده توسط رکن سیاسی، یعنی مطابقت آنان با «قواعد مرجع» مشخص را مورد مذاقه قرار دهد. به ویژه، قاعده «غیر معقول بودن» باید اصل تناسب را به کنار بگذارد، اصلی که بر اساس آن تصمیم یک رکن عمومی باید نقض شود اگر آثار منفی آن بر یک نفع یا حق تحت حمایت قانون از آنچه که می‌تواند به منظور نیل به هدف مشروع آن تصمیم توجیه شود، فراتر باشد. معیار تناسب به قاضی بین‌المللی اختیار بررسی بیشتری می‌دهد و لطمه به توانایی شورای امنیت برای اتخاذ تصمیم در موارد اضطراری را در پی خواهد داشت.

## ۲-۲. روشها و ابزار بررسی نزد دیوان بین‌المللی دادگستری

دیوان بین‌المللی دادگستری می‌تواند در هنگام رسیدگی به یک دعوی ترافیعی یا از رهگذر یک نظر مشورتی تصمیمات شورای امنیت را مورد بررسی قرار دهد. از این‌رو، وقتی که اختلافی بین دو یا چند کشور مطرح می‌شود، مشروعیت یک قطعنامه مبتنی بر فصل هفتم می‌تواند به طور استثنایی به چالش کشانده شود. این دقیقاً همان چیزی است که در قضایای لاکربی اتفاق افتاد. در این قضایا، لیبی به بی‌اعتباری قطعنامه‌های ۷۳۱ و ۷۴۸ (۱۹۹۲) که مورد استناد خوانندگان، ایالات متحده آمریکا و انگلستان بود، استناد کرد. از سوی دیگر، مجمع عمومی یا حتی خود شورای امنیت می‌تواند در رابطه با اعتبار حقوقی یا آثار حقوقی تصمیمات معین پذیرفته شده در موضوعات متضمن حفظ صلح و امنیت بین‌المللی درخواست نظر مشورتی نمایند. تنها نظر مشورتی که شورای امنیت در قضیه نامیبیا درخواست کرد، یکی از این موارد است. هر دو احتمال را قبل از تصمیم‌گیری در مورد آیین بررسی قضایی مناسب باید مطمح نظر قرار داد.

### ۲-۲-۱. بررسی غیر مستقیم در دعاوی ترافیعی

بررسی از رهگذر تصمیمات الزام‌آور توسط دیوان بین‌المللی دادگستری در دعاوی ترافیعی توجه حقوقدانان را به خود جلب کرده است. بسیاری از حقوقدانان بین‌المللی با مقایسه بین ماده ۲۵ منشور و ماده ۵۹ اساسنامه دیوان که بر اساس آن «تصمیم دیوان اثر الزام‌آور ندارد، جز بین طرفین و در خصوص همان دعوی خاص» بر اهمیت ارائه یک سازوکار کارآمد برای قاضی در مقابل فعالیت شورای امنیت تأکید کرده‌اند، با این فرض که آیین ترافیعی تنها آیین تضمین «تساوی سلاحها» (equality of arms) بین دو رکن اصلی ملل متحد است. در نبود یک تصمیم نهایی در مورد ماهیت دعوا در قضایای لاکربی، برخی از نویسندگان از این دیدگاه

۱. تساوی سلاحها را می‌توان برابری اصحاب دعوا در نظر دادگاه و در مقام بیان مرافعات و دلایل خود دانست به طوری که دسترسی هیچ یک از طرفین به محتویات پرونده محدودتر از دیگران نباشد و هیچ کدام از حقوقی بیشتر از دیگری بهره‌مند نباشد (م).

حمایت کردند که دیوان حق دارد، رأساً و بدون هرگونه اصلاح یا تغییر قبلی [حق] منشور اعمال بررسی غیر مستقیم قضایی از تصمیمات شورای امنیت را داشته باشد. از نظر آنان قاضی بین‌المللی، در یک دعوی ترافیعی، اختیار بررسی را خواهد داشت که به طور ضمنی از کارکردهای قضایی آن، از اساسنامه دیوان و حتی از خود منشور ناشی خواهد شد. از این‌رو، هیچ چیز وی را از بررسی اعتبار یک قطعنامه مبتنی بر فصل هفتم منشور هنگام رسیدگی به یک ایراد مقدماتی که توسط یکی از طرفین در خلال رسیدگی ترافیعی مطرح می‌شود، باز نخواهد داشت.

از سوی دیگر، شمار زیادی از علمای حقوق به درستی به این نکته اشاره کرده‌اند که هیچ اختیار ضمنی برای بررسی قضایی در حقوق سازمان ملل متحد وجود ندارد. از این‌رو، نمی‌توان وجود چنین اختیاری را مفروض دانست، بلکه باید از سند مؤسس سازمان، طبق مواد ۳۱ و ۳۲ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات (۱۹۶۹)، در پرتو نص آن، و با در نظر گرفتن معنای طبیعی آن در سیاقش و همچنین در پرتو موضوع و هدف، رویه سازمان، و احتمالاً کارهای مقدماتی منتج شود. کارهای مقدماتی منشور مشخصاً در این خصوص موضوعیت دارند. از همان ابتدا، بنیانگذاران این سازمان جهانی، پذیرفتند که دیوان بین‌المللی دادگستری اختیار تفسیری مقتدرانه از سند مؤسس این سازمان داشته باشد یا این اختیار کاملاً به اختیار بررسی قضایی ارتباط دارد. کمیته کنفرانس ملل متحد در مورد سازمان بین‌المللی (UNCIO) تصمیم گرفت تا تفسیر را به هر یک از ارکان سازمان ملل متحد که متساوی در شأن و مقام هستند در اعمال کارکردهایش واگذار نماید. بعد از آن، هرگونه تلاشی برای ارائه یک سازوکار نظارتی بر اقدامات شورای امنیت، توسط دیوان یا مجمع عمومی، از سوی دولتهای عضو رد شد.

افزون بر آن، این دیدگاه که حکم صادره در قضیه ماربوری علیه مادیسون در حقوق بین‌الملل غیر ممکن است می‌تواند توسط تصمیمات دیوان در قضایای لاکربی حمایت شود. قضات در قراردایی که در ۱۴ آوریل ۱۹۹۲ صادر کردند یک رویکرد خودداری اختیاری را از خود نشان دادند که اقدامات موقتی مورد درخواست لیبی را رد می‌کند به این دلیل که:

«در حالی که هم لیبی و هم انگلستان، به عنوان اعضای ملل متحد، ملزم به پذیرش و اجرای تصمیمات شورای امنیت بر طبق ماده ۲۵ منشور هستند؛ در حالی که بر طبق ماده ۱۰۳ منشور ملل متحد، تعهدات طرفین در این زمینه بر تعهدات آنها به موجب هر موافقت‌نامه بین‌المللی دیگر، من جمله کنوانسیون مونترال، برتری دارند؛ و در حالی که دیوان، که در مرحله رسیدگی به اقدامات موقتی است، معتقد است که علی‌الظاهر این تعهد به تصمیمات مندرج در قطعنامه ۷۴۸ (۱۹۹۲) تسری می‌یابد.»

بعدها، دیوان با دقت بررسی قضایی را به عنوان ابزاری برای حفاظت از کارکردهای قضایی خود در مقابل تلاش خواندگان برای منحرف کردن قضات از رسیدگی به پرونده، پیش‌بینی کرد. دیوان بین‌المللی دادگستری در احکام راجع به ایرادات مقدماتی صادره در ۲۷ فوریه ۱۹۹۸ نظر داد که یک اختلاف واقعی بین طرفین در رابطه با تفسیر و اجرای برخی از ترتیبات کنوانسیون مونترال وجود دارد و صلاحیت خود را در این پرونده اعلام کرد. دیوان، در رابطه با استثنائات راجع به قابلیت پذیرش، به‌ویژه استثنای قابل بحث که از وجود یک قطعنامه فصل هفتم ناشی می‌شود، تصمیم گرفت تا به این استثنائات در مرحله شکلی رسیدگی ننماید و آنان را به مرحله رسیدگی ماهوی موکول کرد.

ابهام تصمیم تردیدهای زیادی را نسبت به اعمال بررسی قضایی در آینده مطرح کرد. اما باید پذیرفت که قضات بین‌المللی هرگز علناً از این امکان سخن نگفتند و هیچ چیز در قرارهای صادره توسط آنان این نتیجه را به همراه ندارد که دیوان در نهایت قطعنامه ۷۴۸ را بررسی کرد. برعکس، اختلافات میان اعضای دیوان بین‌المللی دادگستری حاکی از عدم تمایل رکن اصلی قضایی برای مذاقه در تصمیمات راجع به حفظ صلح و امنیت بین‌المللی در خلال رسیدگی‌های ترافیعی است. در چنین موضوع حساسی، اولویت از آن شورای امنیت است، و همان‌گونه که قاضی ویرامانتری اشعار داشت «این دیوان خود را در موقعیت رویارویی با شورای امنیت قرار نمی‌دهد در جایی که قبلاً این رکن اختیاراتش را به شیوه‌ای اعمال کرده است که تعهداتی را بر تمام اعضای ملل متحد تحمیل کرده است.»

عدم تمایل دیوان به رسیدگی ترافیعی می‌تواند به دلایل بسیاری توجیه شود. در



واقع، نه تنها دولتها می‌توانند از دیوان بین‌المللی در مقابل شورای امنیت بر طبق منافع خود و مغایر با اصل همکاری نهادی ناظر بر سازمان ملل متحد استفاده کنند، بلکه چنین امری می‌تواند خطر تضعیف مأموریت بنیادین سازمان ملل متحد، حفظ صلح و امنیت بین‌المللی را به همراه داشته باشد. افزون بر آن، قطعیت حقوقی در روابط بین‌المللی به شدت لطمه خواهد دید؛ زیرا یک اختلاف می‌تواند سالها بعد از پذیرش یک قطعنامه فصل هفتم توسط شورای امنیت مطرح شود. در این زمان، بررسی قضایی به شمشیر داموکلس (sword of Damocles) بر رژیم تحریمها که شورای امنیت ممکن است در مورد آنها تصمیم بگیرد، تبدیل خواهد شد.

## ۲-۲-۲. بررسی قضایی از رهگذر نظرات مشورتی

روش دیگر بررسی قضایی می‌تواند استفاده از نظرات مشورتی باشد. در این روش، دیوان بین‌المللی دادگستری در سمت مشاور حقوقی سازمان ملل متحد عمل می‌کند. همانند قضات که در رویه قضایی خود قبلاً نشان داده‌اند، آیین مشورتی روش مناسبی برای نیل به بررسی قضایی بین‌المللی است؛ زیرا این روش با منطق همکاری میان نهادها مناسب است و با منطق رویارویی طرفین که ویژگی رسیدگیهای ترافعی نزد دیوان است، مناسب ندارد.

دیوان، هر چند انکار می‌کند، عملاً در دو موقعیت در بررسی تصمیمات شورای امنیت اعمال اختیار کرده است: در قضایای هزینه‌های معین و نامیبیا. هر دو قضیه نتیجه درخواستهای نظرات مشورتی بودند که به ترتیب، مجمع عمومی و خود شورای امنیت مطرح کردند و در هر دو قضیه دیوان احراز اعتبار حقوقی اقدامات پذیرفته‌شده توسط سازمان را به منظور ارائه یک پاسخ مفید به ارکان سازمان ملل متحد مطلقاً ضروری دانست. اما، رویکرد آنها در هر دو مورد متفاوت بود. در قضیه نخست، قضات بررسی قضایی از قطعنامه‌های مربوط به مأموریت‌های حفظ صلح در خاورمیانه و کنگو را بدون تردید دنبال کرد. در مقابل، قضات در نظریه مشورتی ۱۹۷۰ رویکرد محتاطانه‌تری را از خود نشان دادند و این راه را انتخاب کردند تا زمینه را با یک اظهار نظر جنبی که مدعی فقدان صلاحیت است، هموار سازند:

«بدون تردید، دیوان اختیار بررسی یا تجدیدنظر قضایی در خصوص تصمیمات اتخاذی توسط ارکان ذی‌ربط سازمان ملل متحد را ندارد. مسئله اعتبار یا مطابقت قطعنامه ۲۱۴۵ یا قطعنامه‌های مرتبط شورای امنیت با منشور ملل متحد موضوع این درخواست نظر مشورتی نیست. اما، دیوان، در اعمال اشتغال قضایی خود و از آنجا که ایراداتی مطرح شده است، در خلال استدلال خود، این ایرادات را بررسی خواهد کرد قبل از آنکه در مورد پیامدهای حقوقی ناشی از این قطعنامه‌ها تصمیم بگیرد».

به طور مسلم این استراتژی دیوان بود تا از هرگونه اختلاف یا اتهام افزایش اعمال اختیاراتش به موجب منشور و اساسنامه‌اش اجتناب نماید. از این‌رو، قضات می‌توانند با دقت قطعنامه‌های مختلف پذیرفته شده توسط مجمع عمومی و شورای امنیت را مورد مذاقه قرار دهند و در نهایت در مورد اعتبار حقوقی آنها به موجب حقوق بین‌الملل نتیجه بگیرند. آنها می‌توانند این کار را انجام دهند، زیرا از آنها خواسته شده تا یک رأی مشورتی صادر نمایند. خود دیوان بارها پذیرفته است که نباید از ارائه نظر مشورتی خودداری نماید مگر اینکه درخواست به نحو آشکاری اشتغالات قضایی آن را به مخاطره اندازد، از این‌رو هشدار می‌دهد که دیوان به عنوان رکن اصلی قضایی ملل مأخوذ به مشارکت کامل در اقدام برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی است.

به طور دقیق از آنجا که نظرات مشورتی ابزار گفتگوی نهادی هستند که برای کمک به دیگر ارکان ملل متحد و نهادهای مجاز طراحی شده تا مأموریت‌های خود را به نحو احسن انجام دهند، لذا آیین مشورتی می‌تواند بررسی بین‌المللی قضایی را فراهم سازد. اگر این آیین پذیرفته شود، دو مشکل اصلی ایجاد می‌شود که می‌تواند یک بررسی قضایی کارآمد را به مخاطره اندازد.

مشکل اول، هم سیاسی و هم حقوقی، در شرایط موجود برای شروع یک نظر مشورتی وجود دارد. در واقع، امکان اعمال صلاحیت مشورتی برای دیوان در زمینه مشروعیت یک قطعنامه فصل هفتم نسبتاً محدود است. از این‌رو، توجه قاضی بین‌المللی باید یا از طریق شورای امنیت یا مجمع عمومی به این موضوع جلب شود؛ زیرا، طبق ماده ۹۶ منشور، این دو رکن تنها ارکان مجاز به درخواست یک نظر

مشورتی «در مورد هر مسئله حقوقی هستند». فرضیه یک حرکت ابتکاری از طرف شورای امنیت بسیار بعید است، اگرچه آن گونه که از قضیه نامیبیا برمی آید چندان کاملاً غیر ممکن نیست. از نظر سیاسی، این اقدام نیازمند اتفاق رأی اعضای دائم شورای امنیت است که تحصیل آن در برخی شرایط می تواند بسیار دشوار باشد. به همین دلیل باید فرض کرد که مسلم ترین وضعیت، درخواست توسط یک رکن فراگیر سازمان ملل متحد است. اما سؤال این است که آیا مجمع عمومی سازمان ملل متحد می تواند از دیوان راجع به مسئله ای که در دستور کار شورا است درخواست نظر مشورتی نماید یا نه. ماده ۱۲ منشور سازمان ملل متحد اهلیت مجمع عمومی برای ارائه توصیه وقتی که شورای امنیت «اشتغالات خود را در مورد اختلاف یا وضعیت محوله به آن به موجب منشور اعمال می کند» محدود کرده است. دیوان بین المللی دادگستری از این مقرر در نظر مشورتی راجع به پیامدهای حقوقی ساخت یک دیوار در سرزمین اشغالی فلسطین، تفسیر جدیدی را ارائه کرد. در این نظر مشورتی دیوان این دیدگاه را ابراز کرد که «درخواست نظر مشورتی به خودی خود «توصیه» مجمع عمومی در خصوص یک اختلاف یا وضعیت نیست». افزون بر آن دیوان در ادامه با یادآوری اینکه «یک گرایش فزاینده ای در طول زمان برای مجمع عمومی و شورای امنیت وجود داشت تا به طور موازی به موضوع مشابهی در رابطه با حفظ صلح و امنیت بین المللی بپردازد... لذا رویه پذیرفته شده مجمع عمومی، ... با بند ۱ ماده ۱۲ منشور سازگار است». دیوان بین المللی دادگستری در خصوص اقتدار مجمع عمومی برای درخواست نظر مشورتی در آن مورد خاص (قطعنامه ۱۰/۱۴-ES که در ۸ دسامبر ۲۰۰۳ پذیرفته شد) تأکید کرد که، در خلال جلسه خاص فوق العاده که از ۱۹۹۷ به وضعیت سرزمینهای اشغالی در فلسطین اختصاص داده شد، «مجمع عمومی می تواند هر قطعنامه را در چارچوب موضوعی که برای آن، جلسه مزبور تشکیل شده است، و در چارچوب اختیاراتش قرار دارد، من جمله قطعنامه ای که خواهان نظر دیوان است، بپذیرد. در این خصوص اینکه هیچ پیشنهادی برای چنین درخواستی خطاب به شورای امنیت مطرح نشده است، موضوعیت ندارد». در نهایت دیوان تنها به بررسی این مسئله پرداخت که آیا

جلسه خاص فوق‌العاده طبق شرایط مقرر در قطعنامه اتحاد برای صلح (قطعنامه ۳۷۷ مورخ ۳ نوامبر ۱۹۵۰) تشکیل شده است که به مجمع عمومی اختیار می‌دهد تا هرگاه شورای امنیت نمی‌تواند در یک مورد خاص به واسطه استفاده از حق وتو تصمیم بگیرد، اقدام نماید. این تحولات اخیر در رویه قضایی بین‌المللی مؤید این است که این احتمالاً برای مجمع عمومی وجود دارد تا در مورد مشروعیت یک تصمیم شورای امنیت از دیوان درخواست نظر مشورتی نماید.

دومین مانع سر راه یک بررسی قضایی کارآمد از رهگذر آرای مشورتی می‌تواند از اثر غیر الزام‌آور آن ناشی شود. در این خصوص، باید گفت که نظرات دیوان بین‌المللی دادگستری پاسخهای مقتدرانه حقوقی هستند که توسط عالی‌ترین رکن قضایی بین‌المللی صادر می‌شود که تبعیت از آن با کنسانسوس تضمین می‌شود. از این رو، یک نظر اعلامی ایجابی، اقتدار شورای امنیت را بیشتر ارتقا می‌دهد. از سوی دیگر، تصور اینکه شورای امنیت یک نظر اعلامی دیوان را مبنی بر اینکه یکی از تصمیماتش با منشور یا با «قواعد مرجع» در حقوق بین‌الملل مغایرت دارند، بدون نتیجه بگذارد، غیر ممکن است. سپس رکن سیاسی تمام مشروعیت را از دست خواهد داد و اقدامش به طور کامل مورد مصالحه قرار می‌گیرد، و هر دولتی می‌تواند به آن نظر اعلامی دیوان استناد نماید و از اجرای تصمیم غیر قانونی شورای امنیت امتناع ورزد. حال این مسئله باقی می‌ماند که با عنایت به اهمیت مأموریت محوله به شورای امنیت به موجب فصل هفتم منشور، این آثار کدامند.

## ۲-۳. آثار بررسی قضایی بر تصمیمات شورای امنیت

دیوان بین‌المللی دادگستری در اعمال بررسی قضایی می‌تواند به این نتیجه برسد که یک قطعنامه فصل هفتم با برخی از «قواعد مرجع»، یعنی مقررات منشور و یا قواعد آمره، مغایرت دارد. در این صورت ممکن است این سؤال مطرح شود که آیا تصمیم اتخاذی توسط شورای امنیت صرفاً باطل و کأن لم یکن است. این ضمانت اجرا در پرتو ماده ۵۳ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات به نظر اجباری می‌رسد. بر اساس ماده ۵۳ «یک معاهده در صورتی که در زمان انعقادش، با یک قاعده آمره

حقوق بین الملل عام در تعارض باشد، باطل است». اگرچه این کنوانسیون تنها به معاهدات اشاره دارد، اما دکترین به طور گسترده پذیرفته است که این در مورد تمام اقدامات بین المللی، من جمله اقدامات سازمانهای بین المللی، اعمال می شود.

بطلان (Nulity) مفهوم مشترکی بین نظم حقوقی داخلی و بین المللی است، در حالی که کارکرد آن به عنوان ضمانت اجرای مجازات اعمال نامعتبر، یعنی اعمالی که در نقض قواعد شکلی و یا ماهوی انجام شده اند، می باشد. در تفکر حقوق بین الملل، این مفهوم ویژگیهای خاص خود را داراست: نقض قواعد شکلی به ندرت مجازات در پی دارد، علل بطلان کاملاً مشخص هستند و بطلان به نظر می رسد در موارد استثنایی اعمال می شود، وقتی که قواعد مهمی نقض شده باشد. جنبه مهم دیگر به تمایز سنتی در حقوق داخلی، بین بطلان مطلق و قابلیت ابطال مربوط می شود. در واقع، عملی وجود دارد که از ابتدا باطل و کأن لم یکن است [(بطلان کامل)] و از سوی دیگر، عملی وجود دارد که در معرض بطلان از سوی یک دادگاه یا دیگر مقام صالح قرار دارد (قابل ابطال [(بطلان نسبی)]). در مورد اخیر، بطلان نسبی ex tunc اعلام می شود و نه بطلان کامل ex nunc، که به این معناست که آثار حقوقی ناشی از عمل قبل از بطلان آن حفظ خواهد شد. سؤالی که در اینجا مطرح می شود این است که «تلاش برای اعمال این تمایز در حقوق بین الملل، به ویژه با توجه به فقدان صلاحیت اجباری عام، که به نظر می رسد اساس تمایز بین بطلان مطلق و قابلیت ابطال باشد، چقدر صحیح و مفید است».

در رابطه با آثار حقوقی اعمال غیر قانونی پذیرفته شده توسط شورای امنیت طبق فصل هفتم، بسیاری از حقوقدانان بطلان مطلق را تنها یک پیامد احتمالی می دانند. منصرف از ماده ۵۳ کنوانسیون وین ۱۹۶۹، دکترین حقوقی به نظر مستقل قاضی مورلی در قضیه هزینه های معین استناد می کنند که اشعار می دارد:

«در مورد اقدامات سازمانهای بین المللی، و به ویژه اقدامات سازمان ملل متحد، چیزی همانند راهکارهای موجود در حقوق داخلی در رابطه با اقدامات اداری وجود ندارد. پیامد این امر این است که امکان اعمال مفهوم قابلیت ابطال در مورد اقدامات سازمان ملل متحد وجود ندارد. اگر قرار باشد که عمل یک رکن سازمان ملل متحد

باید عمل نامعتبر محسوب شود، چنین بی‌اعتباری تنها می‌تواند بطلان مطلق آن عمل محسوب شود».

قاضی مورلی، به نحو کاملاً تعجب‌برانگیز، همچنین اعلام کرد که نقض قواعد ناظر بر صلاحیت داخلی یک رکن سازمان نباید تأثیری بر اعتبار آن عمل داشته باشد و از این رو، هرگز نباید ماشه ضمانت اجرا را چکانید.

اعمال بطلان مطلق در مورد تصمیمات غیر قانونی شورای امنیت مستلزم پیامدهای شدیدی خواهد بود. اثر اصلی عطف بما سبق، بطلان تمام اقدامات جمعی است که این رکن سیاسی در مورد آنها تصمیم گرفته و بازگرداندن آنان به وضعیت موجود است. در غالب موارد، اعاده وضع به حال سابق به خاطر ویژگی بازگشت‌ناپذیر اقداماتی که قبلاً اجرا شده، امکان‌پذیر نیست. بنابراین، قطعنامه‌های شورای امنیت در صورتی که غیر قانونی تشخیص داده شدند، نباید باطل و کأن لم یکن اعلام شوند، علی‌رغم اینکه این قطعنامه‌ها با قواعد آمره حقوق بین‌الملل مغایرت داشته باشند. در عوض، این رکن سیاسی باید از امکان اصلاح تصمیمات غیر قانونی بر طبق یافته‌های دیوان را داشته باشد. این راه حل تنها راه حلی است که با آیین مشورتی بررسی و همچنین با توازن نهادی سازمان ملل متحد سازگار است، [البته به شرط آنکه] دیوان در موقعیت نظارت یا موقعیت مادون در رابطه با دیگر ارکان اصلی سازمان باشد. این راه حل همچنین ماهیت استثنایی سیستم امنیت جمعی را در نظر می‌گیرد و نظریه مجازات (ضمانت اجرا) را رد می‌کند. این نظریه بهتر به نظر می‌رسد، زیرا به شورای امنیت یک خروج شرافتمندانه می‌دهد که در این راه حل هم به منظور دفاع از مشروعیت سازمان ملل متحد و هم همکاری نهادی بین ارکان اصلی سازمان عمل می‌کند.

### ۳. بررسی قضایی توسط محاکم بین‌المللی

رویه اخیر نشان می‌دهد که نه تنها دیوان بین‌المللی دادگستری، بلکه دیگر دیوانها و دادگاهها به مشکلات مرتبط با مشروعیت قطعنامه‌های شورای امنیت که بر اساس فصل هفتم شورای امنیت صادر شدند، رسیدگی نمودند. این امر قبلاً نزد دادگاههای

کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق (دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی) و روآندا (دادگاه بین‌المللی برای روآندا) اتفاق افتاده است. همین وضعیت می‌تواند نزد دیوان تازه تأسیس دیوان کیفری بین‌المللی اتفاق بیفتد که رابطهٔ پیچیده‌ای را با شورای امنیت دارد. این وضعیت مسئلهٔ تعارضات احتمالی صلاحیت و تعارض تصمیمات دیوان را مطرح می‌کند. باید راه حلی پیدا شود که به طور متحدالشکلی تفسیر و اجرای حقوق بین‌الملل و انسجام رویهٔ قضایی بین‌المللی را تضمین نماید.

### ۳-۱. صلاحیت متقارن در باب موضوعات مشروعیت تصمیمات

#### شورای امنیت

در اینجا باید رابطهٔ جدال‌آمیز بین دیوان کیفری بین‌المللی و شورای امنیت، و همچنین بررسی قضایی اعمال‌شده توسط دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی (قضیهٔ تادیچ) و دادگاه بین‌المللی روآندا (قضیهٔ کانیاباشی) در مورد تصمیمات شورای امنیت که این دو دادگاه کیفری اختصاصی را تشکیل داده، مورد بررسی قرار گیرد.

### ۳-۱-۱. رابطهٔ شورای امنیت و دیوان کیفری بین‌المللی: همکاری یا

#### تعارض؟

دیوان کیفری بین‌المللی که اساسنامهٔ آن در ۱۷ ژوئای ۱۹۹۸ پذیرفته شد، رسماً نه رکن سازمان ملل متحد است و نه یکی از نهادهای تخصصی آن. مع‌هذا، این دیوان رابطهٔ نزدیکی با سازمان ملل متحد و عمدتاً با شورای امنیت دارد، زیرا اساسنامهٔ دیوان به شورای امنیت اختیارات مهمی را در زمینهٔ اشتغال دیوان می‌دهد.

طبق شق د بند ۱ مادهٔ ۵ اساسنامه، صلاحیت دیوان، از جمله دیگر جنایات شدید بین‌المللی، به جنایت تجاوز تسری می‌یابد. یا آن‌گونه که بند بعدی به طور ضمنی می‌پذیرد، در حقوق بین‌الملل هیچ تعریفی از جنایت وجود ندارد که مورد توافق باشد. قطعنامهٔ ۳۳۱۴ راجع به تعریف تجاوز که در مورخ ۱۴ دسامبر ۱۹۷۴ توسط مجمع عمومی پذیرفته شد، اثر الزام‌آور ندارد و یک راهنمایی ساده برای شورای امنیت در تعیین عمل تجاوز قلمداد می‌شود. به‌ویژه، این تعریف تنها به تجاوز توسط

دولت اشاره دارد و از این رو با مسئولیت کیفری افراد به موجب حقوق بین الملل مطابقت ندارد. به همین دلیل است که بند ۲ ماده ۵ اساسنامه دیوان مقرر می‌دارد که «شورای امنیت باید صلاحیت بر جنایت تجاوز را اعمال نماید وقتی که مقرره‌ای طبق مواد ۱۲۱ [اصلاحات] و ۱۲۳ [تجدیدنظر در اساسنامه] پذیرفته می‌شود که این جنایت را تعریف می‌نماید و شرایطی را بیان می‌کند که دیوان به موجب آن در زمینه این جنایت اعمال صلاحیت خواهد کرد». اما مشکل اصلی از عبارت آخر این بند ناشی می‌شود که مقرر می‌دارد «چنین مقرره‌ای نباید با مقررات ذی ربط منشور سازمان ملل متحد مغایرت داشته باشد». اکثر نویسندگان توافق دارند بر این که «وقتی بند ۲ ماده ۵ اساسنامه دیوان تصریح می‌نماید که اصلاح باید با منشور سازمان ملل متحد سازگار باشد، این بند به طور صریح به یافته‌های شورای امنیت و دیوان مربوط می‌شود که یک دولت یا موجودیت دیگری مرتکب تجاوز شده است یا نه. برای دیوان یافته‌ای بدین منظور اساسی است؛ زیرا یک جنایت تجاوز به موجب حقوق بین الملل بدون یک دولت یا دیگر موجودیت که مرتکب تجاوز شده است، متقاعد کننده نیست».

بنابراین، رسیدگی‌های مربوط به تجاوز ممکن است تنها زمانی مطرح شود که شورای امنیت، در اعمال اختیارات خود طبق فصل هفتم و ماده ۳۹ منشور، ابتدا تصمیم گرفته باشد که دولتی مرتکب عمل تجاوز شده است.

در واقع، شورای امنیت هرگز چنین تصمیمی نگرفته است و این رویه می‌تواند منشأ تعارض بین رکن سیاسی و دیوان کیفری بین المللی باشد. شورای امنیت به نظر می‌رسد در تعیین وجود تجاوز دارای انحصار است و این انحصار، من جمله از قطعنامه ۳۳۱۴ ناشی می‌شود. بعلاوه، تعریف مذکور در آن قطعنامه تمثیلی نیست، همان گونه که در ماده ۴ قطعنامه آمده است. این ماده می‌افزاید که «شورای امنیت می‌تواند تصمیم بگیرد که دیگر اقدامات [غیر از موارد مذکور در مواد ۲ و ۳] به موجب مقرره منشور تجاوز محسوب می‌شوند». بنابراین، به نظر می‌رسد که بررسی قضایی تجاوز می‌تواند وزنه تعادل مفیدی برای انحصاری کردن اختیارات شورای امنیت باشد.

بررسی قضایی تصمیمات شورای امنیت توسط دیوان کیفری بین المللی نیز



می‌تواند در شرایط مربوط به مداخله شورای امنیت در رسیدگی دیوان امکان‌پذیر باشد. ابتدائاً، بند ب ماده ۱۳ اساسنامه دیوان به شورای امنیت اجازه می‌دهد تا از طریق یک قطعنامه فصل هفتم، هر وضعیتی را که در آن یک یا چند جنایت تحت صلاحیت دیوان به نظر می‌رسد ارتکاب یافته است، به دادستان دیوان ارجاع دهد. این مقررہ بدین منظور پیش‌بینی شد تا با تسری صلاحیت آن به دعاوی که معمولاً نباید توسط دیوان رسیدگی شوند «به دیوان اختیار دهد، نه شورای امنیت». از این‌رو، نباید فراموش کرد که دیوان کیفری بین‌المللی دارای یک صلاحیت تکمیلی با محاکم داخلی طبق ماده ۱ اساسنامه دیوان دارد. استثنائات وارد بر این قاعده بنیادین در ماده ۱۷ پیش‌بینی شده است و اساساً به عدم تمایل یا ناتوانی «واقعی» دولت صلاحیت‌دار برای تحقیق یا تعقیب در یک دعوی خاص مربوط می‌شود. بسیاری از حقوق‌دانان بین‌المللی معتقدند که چنین استثنایی، به طور دقیق ارجاع یک وضعیت توسط شورای امنیت به موجب بند ب ماده ۱۳ است. از سوی دیگر، این مقررہ به دیوان یک صلاحیت واقعی جهانی می‌دهد، زیرا ارجاع توسط شورای امنیت طبق فصل هفتم منشور سازمان ملل متحد برای همه دولت‌ها الزام‌آور است، منصرف از اینکه طرف اساسنامه دیوان باشند یا نه.

دوم، ماده ۱۶ اساسنامه، تعلیق تحقیق یا تعقیب به درخواست شورای امنیت را پیش‌بینی می‌نماید. مقررہ اخیر از همان زمان پیشنهاد آن در کنفرانس مقدماتی دیوان، به واسطه آثار منفی آن بر عدالت بین‌المللی، مورد بحث بود. این ماده با این واقعیت توجیه می‌شد که «در سطح بنیادین، هدف از ایجاد یک دیوان بین‌المللی کیفری کمک به حفظ صلح و امنیت بین‌المللی است، که به طور مسلم نمی‌تواند انجام شود در حالی که مانع فعالیت رکنی شود که به موجب منشور احراز صلح و امنیت بین‌المللی به آن واگذار شده است». شورای امنیت در قطعنامه‌های ۱۴۲۲ (سال ۲۰۰۲) مورخ ۲ ژولای ۲۰۰۲ و ۱۴۸۷، مورخ ۱۲ ژوئن ۲۰۰۳ خود به ماده ۱۶ استناد کرده است. مشروعیت این قطعنامه‌ها، هم از حیث اساسنامه و هم از حیث منشور سازمان ملل متحد، قبلاً در دکترین بسیار مورد بحث قرار گرفت، که تا حد زیادی به این نتیجه رسید که شورای امنیت سند مؤسس سازمان ملل متحد را نقض نکرده است.

ارجاع یک وضعیت و تعلیق درخواست توسط شورای امنیت، علی‌رغم اینکه سازوکار همکاری بین دیوان کیفری بین‌المللی و شورای امنیت سازمان ملل متحد است، به نوبه خود می‌تواند منشأ تعارض بین دو رکن بین‌المللی باشد. به موجب بند ۱ ماده ۱۹ و بند ۱ ماده ۱۱۹ اساسنامه، دیوان کیفری بین‌المللی برای اتخاذ تصمیم در مورد صلاحیت خود و قابلیت پذیرش یک دعوا صلاحیت دارد. دیوان در اعمال کارکرد قضایی خود می‌تواند رعایت شرایط شکلی مذکور در بند ب ماده ۱۳ و ۱۶ اساسنامه توسط شورای امنیت را تأیید نماید. دیوان در تعیین صلاحیت خود، حتی ممکن است نیاز به اعمال بررسی ماهوی در مورد تصمیمات مبتنی بر فصل هفتم منشور در مورد ارجاع یا تعلیق داشته باشد، که بنابراین ملزم باشد تا نظر خود را در مورد اختیارات شورای امنیت به موجب منشور اعلام نماید. این دقیقاً همان چیزی است که محاکم کیفری اختصاصی برای یوگسلاوی سابق و روآندا به منظور حمایت از مشروعیت تأسیس خود انجام داده‌اند.

### ۳-۱-۲- بررسی اساسنامه محاکم کیفری بین‌المللی توسط خود این محاکم

شورای امنیت سازمان ملل متحد، محاکم کیفری اختصاصی را با هدف دست‌یابی به صلح و امنیت بین‌المللی از رهگذر عدالت و مجازات [مرتکبین] جنایات علیه بشریت و جنایات جنگی ارتكابی در سرزمینهای یوگسلاوی سابق و روآندا تأسیس کرد. این دو دادگاه، در ابتدای فعالیت خود، مجبور بودند تا اسناد مؤسس خود را مورد بررسی قرار دهند که از این طریق از صلاحیت خود و مشروعیت تأسیس خود که از سوی نخستین افراد تحت تعقیب که نزد آنان حضور پیدا کردند، یعنی دوسکو تادیچ (دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی) و کانیاباشی (دادگاه بین‌المللی روآندا) به چالش کشانده شد، دفاع نمایند. متهمین مدعی بودند که این محاکم به طور مشروع تأسیس نشدند؛ زیرا شورای امنیت به موجب منشور اختیار تأسیس محاکم بین‌المللی کیفری را ندارد. از نظر آنان، شورای امنیت از اختیارات خود تجاوز کرده و در نتیجه قطعنامه‌هایی که در این خصوص پذیرفته است - یعنی

قطعنامه ۸۲۷ برای دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی و قطعنامه ۹۵۵ برای دادگاه بین‌المللی رواندا نامعتبر است. شعبه تجدیدنظر در قضیه تادیچ و شعبه ۲ دادگاه بدوی در قضیه کانیاباشی بر این دیدگاه بودند که برای رسیدگی به ایرادات مقدماتی در رابطه با تأسیس قانونی این محاکم اختصاصی صلاحیت دارند. این دو دادگاه، هر چند به روشهای مختلفی، اما به نتیجه واحدی رسیدند.

شعبه تجدیدنظر دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی، با استناد به قاعده «صلاحیت برای تعیین صلاحیت» که به موجب آن هر دادگاهی خودش تصمیم می‌گیرد که آیا یک پرونده خاص در صلاحیتش هست یا نه، ادعای عدم صلاحیت را که قبلاً شعبه بدوی به آن نظر داده بود رد کرد و اختیارات شورای امنیت به موجب فصل هفتم منشور را به طور کامل مورد تجزیه و تحلیل قرار داد. همان‌گونه که پیش از این بیان شد، این حکم از این فرض ناشی شد که اختیارات شورای امنیت از منشور مشتق می‌شود و نمی‌تواند از اقتدار تفویض شده، تجاوز نماید. شعبه تجدیدنظر با یادآوری اینکه استفاده از اقدامات اجباری به موجب مواد ۴۱ و ۴۲ منوط به تصمیم شورای امنیت در مورد یک وضعیت طبق ماده ۳۹ است، پذیرفت که رکن سیاسی برخوردار از یک صلاحیت گسترده می‌باشد که تعیین کند چه چیزی دقیقاً «تهدید علیه صلح، نقض صلح یا اقدام تجاوز» محسوب می‌شود و چه اقداماتی در هر مورد خاص مناسب است. با وجود این، شعبه مذکور همچنین اشعار داشت که چنین صلاحیتی نامحدود نیست، و بعلاوه تلاش کرد تا محدودیتهای ناشی از اساسنامه را که در بند ۱ ماده ۲۴ منشور آمده، تبیین نماید:

«وضعیت‌های توجیه‌کننده توسل به اختیارات مقرر در فصل هفتم منشور، «تهدید علیه صلح، نقض صلح یا اقدام تجاوز هستند». در حالی که «اقدام تجاوز» بیشتر تابع یک تصمیم حقوقی است، «تهدید علیه صلح» عمدتاً یک تصمیم سیاسی است. اما این تصمیم که چنین تهدیدی وجود دارد یک صلاحیت کاملاً بی‌قید و بند نیست، چرا که باید در چارچوب محدودیتهای اهداف و اصول منشور ملل متحد باقی بماند».

در عین حال، شعبه تجدیدنظر بسیار مبهم ارائه نظر کرد و تصمیم گرفت که بررسی مسئله محدودیتهای صلاحیت شورای امنیت در احراز وجود یک «تهدید

علیه صلح» ضروری نیست، زیرا:

«مدتها قبل از تصمیم شورای امنیت برای تأسیس این دادگاه بین‌المللی، یک مخاصمه مسلحانه (یا مجموعه‌ای از مخاصمات مسلحانه) در قلمرو یوگسلاوی سابق صورت گرفته است. در صورتی که این مخاصمه، یک مخاصمه بین‌المللی مسلحانه قلمداد شود، شکی نیست که در چارچوب معنای لغوی واژگان «تهدید به صلح» (بین طرفین یا دست کم، «تهدید علیه صلح» دیگران)، ... قرار دارد، علی‌رغم اینکه صرفاً یک «مخاصمه داخلی مسلحانه» قلمداد شود، هنوز هم یک «تهدید علیه صلح» بر طبق رویه مسجل شورای امنیت و برداشت مشترک اعضای سازمان ملل متحد به طور کلی محسوب خواهد شد».

شعبه تجدیدنظر در نهایت نتیجه گرفت که در واقع شورای امنیت یک رکن فرعی قضایی را تأسیس کرده است، زیرا تأسیس دادگاه اعمال مشروع اختیارات شورای امنیت برای اتخاذ اقدامات غیر نظامی مندرج در ماده ۴۱ منشور سازمان ملل متحد به منظور اعاده و حفظ صلح در یوگسلاوی است.

قضات دادگاه بین‌المللی روآندا نیز دیدگاه مشابهی را اتخاذ کردند. شعبه دوم دادگاه بدوی در تصمیم خود در مورد ایرادات راجع به صلاحیت (به تاریخ ۱۸ ژوئن ۱۹۹۷)، از رأی دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی مورخ ۱۲ اکتبر ۱۹۹۵ در مورد یک نکته قطعی، یعنی صلاحیت شورای امنیت به موجب ماده ۳۹ منشور، عدول کرد. از این رو، دادگاه بین‌المللی روآندا، نسبت به آنچه که به شرح زیر توسط دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی بیان شد، دیدگاه متفاوت، حتی مخالفی را در پیش گرفت:

«اگرچه شورای امنیت به مقررات مندرج در فصل هفتم منشور ملل متحد و به‌ویژه ماده ۳۹ منشور ملزم است، اما این شورا از صلاحیت گسترده‌ای در تصمیم‌گیری در مورد زمان و مکان وجود تهدید علیه صلح و امنیت بین‌المللی برخوردار است. با وجود این، چنین بررسی‌هایی، بواسطه ماهیتی که دارند، قابل تعقیب قضایی نیستند، زیرا که متضمن بررسی عوامل اجتماعی، سیاسی و اوضاع و احوالی هستند که نمی‌تواند توسط این شعبه بدوی ارزش‌گذاری و به نحو عینی متوازن شوند» (بند ۲۰).

از این رو، قضاات دادگاه بین‌المللی روآندا، بایستی شایستگی اجتناب از ابهام حکم تادیح را پذیرفته باشند، با بیان اینکه وجود هرگونه تهدید علیه صلح و امنیت بین‌المللی موضوعی است که منحصرأ شورای امنیت باید در مورد آن تصمیم بگیرد. ضمن پذیرش این اظهارات می‌توان هنوز این سؤال را مطرح کرد که آیا واقعاً ضروری - و به‌ویژه مطلوب - بود که این دو دادگاه خودشان در مورد قطعنامه‌های مؤسس خود بررسی قضایی به عمل آورند. شکی نیست که از نظر سیاسی برای آنها به مصلحت بود تا در مورد مسئله مشروعیت تأسیس خود تصمیم بگیرند، بنابراین، در مورد مسئله‌ای به ارزیابی پرداخته شد که می‌توانسته در رسیدگیهای دیگر مطرح شود. از سوی دیگر، چنین مسئله مهمی مثل مسئله محدودیتهای میزان و اعمال اختیارات شورای امنیت ممکن است به نحو مناسب‌تری توسط دیوان بین‌المللی دادگستری، رکن اصلی قضایی سازمان ملل متحد، مورد رسیدگی قرار گیرد. محاکم کیفری اختصاصی، به جای تصمیم‌گیری در مورد تأسیس خود، می‌توانستند از طریق شورای امنیت، برای یک نظر مشورتی به دیوان مراجعه نمایند. دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی و دادگاه بین‌المللی روآندا تفسیر متفاوتی را در مورد یک مسئله بسیار مهمی مثل اختیارات شورای امنیت به موجب منشور از خود نشان دادند که این حاکی از آن است که مداخله دیوان بین‌المللی دادگستری برای تضمین وحدت حقوق بین‌الملل و وحدت رویه قضایی بین‌المللی لازم و ضروری است. این امر می‌تواند به کمک یک حکم مقدماتی در مورد مطابقت تصمیمات راجع به حفظ صلح و امنیت بین‌المللی با منشور صورت بگیرد.

### ۲-۳. تأسیس یک سازوکار مقدماتی صدور حکم در حقوق

#### بین‌الملل

همان‌گونه که پیش از این بیان شد، بررسی بین‌المللی قضایی با تفسیر حقوق بین‌الملل، و مهمتر از همه، تفسیر منشور ملل متحد ارتباط نزدیکی دارد. دیوان بین‌المللی دادگستری، که خود رکن منشور است، همواره تفسیر سند مؤسس سازمان ملل متحد را ذاتی اشتغالات قضایی خود دانسته است. دیوان، که به عنوان

«حافظ نهایی مشروعیت سازمان ملل متحد» بوسیله بررسی در مورد تصمیمات شورای امنیت عمل می‌کند، مجبور خواهد بود تا هم در مورد «قواعد مرجع» و هم قطعنامه بررسی تفسیری را ارائه نماید. این تفسیر نه تنها برای شورای امنیت باید الزام‌آور باشد، که از این‌رو نقش دیوان بین‌المللی دادگستری را در درون سیستم ملل متحد تقویت می‌کند، بلکه برای دیگر دادگاهها و دیوانهای بین‌المللی نیز الزام‌آور خواهد بود. بنابراین، یک نقش برتر باید توسط دیوان بین‌المللی دادگستری به عنوان «دیوان قانون اساسی» جامعه بین‌المللی دولتها پذیرفته شود.

گسترش دیوانها و دادگاههای بین‌المللی چالش عمده‌ای برای دیوان بین‌المللی دادگستری و نظم حقوقی بین‌المللی به طور کلی محسوب می‌شود. دیوان باید مسئول هماهنگی فعالیت دادگاههای بین‌المللی باشد. یک سازوکار می‌توان تعبیه کرد که ابزار لازم را در اختیار دیوان قرار دهد تا یک رویه قضایی منسجم را تضمین نماید و از تناقضات بین تعهدات دولتی اجتناب نماید. سازوکارهایی از این نوع تقریباً وجود دارد. شناخته‌شده‌ترین نمونه، به طور مسلم حکم مقدماتی در حقوق اتحادیه اروپاست، و این آیینی است که شکلی از گفتگوی بین دیوان دادگستری اروپا و محاکم دولتهای عضو را سازماندهی می‌نماید. رابطه بین دیوان دادگستری اروپا و محاکم ملی در دعاوی به موجب ماده ۲۳۴ (ماده ۱۷۷ سابق) معاهده روم نسبت به سلسله مراتب ماهوی مشارکتی‌تر است. ارجاع به دیوان دادگستری به هیچ معنا تجدیدنظر از تصمیم یک دادگاه ملی نیست، اگرچه ممکن است در آینده این گونه بشود. این سازوکار بوسیله خود قاضی داخلی فعال می‌شود که می‌تواند یک حکم مقدماتی یا در مورد تفسیر اقدامات نهادهای جامعه یا در مورد اعتبار آنها از دیوان دادگستری اروپا درخواست نماید. یک حکم در مورد تفسیر «برای دادگاه ملی در مورد تفسیر مقررات و اقدامات مورد بحث جامعه الزام‌آور است». حکمی که عمل یکی از نهادهای جامعه را باطل اعلام می‌کند، برای دادگاه ارجاع‌دهنده نیز الزام‌آور است و «دلیل کافی برای دیگر محاکم ملی می‌شود تا آن عمل را باطل بدانند».

یک سازوکاری مشابه حکم مقدماتی به موجب ماده ۲۳۴ جامعه اروپا نیز

می‌تواند در نظم حقوقی بین‌المللی ارائه شود. ایده تبدیل دیوان بین‌المللی دادگستری به یک «دیوان مرجع» ایده جدیدی نیست. سر هرش لوترپاخت در سال ۱۹۲۹ پیشنهاد کرد که «عالی‌ترین محاکم ملی... از دادگاههای بین‌المللی صالح، ترجیحاً دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری، در مورد مسائل مشکل یا حل‌نشده حقوق بین‌الملل که متضمن منافع ملی هستند، درخواست نظر مشورتی نمایند». بعداً، استفان شوبل، قاضی و رئیس سابق دیوان بین‌المللی دادگستری، این دیدگاه را بیان داشت که «به منظور کاهش احتمال تفاسیر متعارض از حقوق بین‌الملل، این امکان می‌تواند وجود داشته باشد تا دیگر دادگاههای بین‌المللی بتوانند از دیوان بین‌المللی دادگستری در مورد موضوعات حقوق بین‌الملل که در قضایای مطروحه نزد آن دادگاه مطرح می‌شود و برای وحدت حقوق بین‌الملل حایز اهمیت هستند، درخواست نظر مشورتی نمایند». اخیراً، نمایندگان بوسنی و هرزگوین، رومانی و نیوزیلند در کمیسیون مقدماتی دیوان کیفری بین‌المللی پیش‌نویس پیشنهادی را در رابطه با شرایطی به ثبت رساندند که بر اساس آنها دیوان جدید باید صلاحیت خود را در زمینه جنایات تجاوز اعمال نماید. بر اساس این پیشنهاد، در صورت فقدان تصمیم شورای امنیت در مورد تجاوز، دیوان کیفری بین‌المللی از این اختیار برخوردار خواهد بود تا وضعیتی را که در آن به نظر می‌رسد جنایتی با این ماهیت ارتکاب یافته است و از شورای امنیت می‌خواهد تا اختیارات خود را به موجب ماده ۳۹ منشور اعمال نماید. در صورتی که شورای امنیت تصمیم نگرفته یا در ظرف شش ماه به ماده ۱۶ اساسنامه دیوان استناد ننماید، دیوان کیفری بین‌المللی می‌تواند از مجمع عمومی بخواهد تا از دیوان بین‌المللی دادگستری در مورد مسئله وجود یک عمل تجاوز در آن وضعیت خاص درخواست نظر مشورتی نماید.

تا آنجا که به احراز تجاوز مربوط می‌شود این پیشنهاد اخیر باید رد شود. همان‌گونه که پیش از این نشان داده شده است، دیوان بین‌المللی دادگستری بر آن نیست تا بررسی خود را جایگزین بررسی شورای امنیت در احراز یک وضعیت طبق ماده ۳۹ قرار دهد. مع‌هذا، این پیشنهاد وقتی که به همکاری بین دیوان بین‌المللی دادگستری و دیوان کیفری بین‌المللی در موضوعات مورد بررسی قضایی بین‌المللی در خصوص

مداخله شورای امنیت در رسیدگیهای دیوان کیفری بین‌المللی طبق بند ب ماده ۱۳ و ماده ۱۶ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی ارتباط پیدا کند، ارزشمند به نظر می‌رسد. اذعان شده است که دیوان کیفری بین‌المللی ممکن است مجبور به بررسی از قطعنامه‌های فصل هفتم در اعمال کارکردهای قضایی خود باشد. در این اوضاع و احوال، دیوان تنها رعایت قواعد شکلی، از قبیل پذیرش یک قطعنامه فصل هفتم را می‌تواند بررسی نماید. ماهیت و نقش شورای امنیت و موضع دیوان کیفری بین‌المللی در قبال سازمان ملل متحد از هرگونه نتیجه‌ای ممانعت می‌نماید که دیوان بتواند از یک تصمیم شورای امنیت به طور ماهوی بررسی به عمل آورد. تنها دیوان بین‌المللی باید یک بررسی ماهوی در زمینه مطابقت یک قطعنامه الزام‌آور با منشور و دیگر قواعد بنیادین مرجع انجام دهد. برتری این مورد اخیر در زمینه بررسی قضایی بین‌المللی می‌تواند بوسیله سیستمی مشابه آنچه که بوسنی و هرزه‌گوین، رومانی و نیوزیلند نزد کمیسیون مقدماتی دیوان کیفری بین‌المللی پیشنهاد کردند، تضمین شود.

با وجود این، باید قبول کرد که مداخله یک رکن سیاسی، حتی اگر مجمع عمومی باشد، در یک قضیه مطروحه نزد یک دیوان یا دادگاه می‌تواند عناصری را ارائه نماید که با تصمیم در مورد یک قضیه طبق حقوق بین‌الملل هماهنگ نباشد. به همین دلیل است که این پیشنهاد در ادامه، گزینه دیگری را ارائه می‌نماید که آن عبارت است از این امکان برای مجمع عمومی سازمان ملل متحد که به خود دیوان کیفری بین‌المللی اجازه دهد تا از دیوان بین‌المللی دادگستری درخواست نظر مشورتی نماید. این راه حل یک گفتگوی واقعی را بین قضات فراهم می‌سازد که در عین حال به وحدت حقوق بین‌الملل و انسجام رویه قضایی بین‌المللی خدمت می‌کند.

### نتیجه‌گیری

بحث حقوقی در مورد مشروعیت تصمیمات شورای امنیت و پتانسیلهای بررسی بین‌المللی قضایی غالباً شدت مسئله را مضاعف می‌سازد و از گامی در جهت متهم ساختن رکن سیاسی به نقض منشور سازمان ملل متحد فراتر می‌رود. واقعیت، همان‌گونه که باردو فاسبندر، مطرح کرد:



«شورای امنیت سازمان ملل متحد را می‌توان والی دانست که بنا به دلایلی شناخته یا ناشناخته، بخش عمده‌ای از زیستش را در دریا‌های آزاد می‌گذراند. حدود ده سال پیش، این وال از خواب بیدار و یک یا دو بار جابه‌جا شد، موجهایی را به سواحل دور فرستاد که به نوبه خود، کشتیها و قایقها و بلمهای علم حقوق را به حرکت درآورد. آنها هنوز با عصبانیت در حال درنوردیدن دریا هستند، در حالی که وال، همچنان حرکت خود را کند کرد، واقعاً جای خود را ترک نکرد.»

در واقع، از ۱۹۹۰ شورای امنیت تنها اختیارات درست و واقعی خود را نشان داد که در خلال دهه‌های پیشین بوسیلهٔ مخاصمه شرق - غرب بی‌نتیجه مانده بود. افزون بر آن، اکثر قطعنامه‌های مربوط به حفظ صلح و امنیت بین‌المللی و قطعنامه‌هایی که دکنترین آنها را غیر قانونی می‌دانست، با اتفاق آرا مورد پذیرش قرار گرفتند.

با وجود این، نگرانیهایی در مورد استفادهٔ افراطی توسط شورا از اختیارات استثنایی فصل هفتم نیز باید مورد توجه قرار بگیرد. در مجموع، باید آگاه بود که اعتراضات فزاینده علیه مداخلات شورای امنیت می‌تواند مشروعیت و در نهایت، کارآیی - اقدام خود را در حفظ صلح تضعیف نماید و از این رو بتواند بر نقض کل این سازمان جهانی تأثیر بگذارد. به طور مسلم، عدم مشروعیت می‌تواند منابع مختلفی داشته باشد، از جمله برای یک ارگان قصور در انجام مأموریتی که به آن واگذار شده است. بنابراین، حمایت از غیر مشروعیت می‌تواند به آسانی ترک فعل از فعل ناشی شود. مع‌هذا، سبب اصلی در از دست دادن مشروعیت سوء استفاده از اقتدار است. در نتیجه، یک رکن بین‌المللی باید همزمان اقتدار خود را به نحو مؤثر و به شیوه‌ای به کار ببرد که عموماً مشروع تلقی می‌شود، یعنی با صداقت. صداقت ممکن است از رهگذر پاسخگویی آن رکن در یک دادگاه، از طریق بررسی قضایی تصمیمات آن توسط یک قاضی مستقل ارتقا داده شود.

این مقاله تلاش کرده است تا احراز نماید که یک سازوکار بررسی قضایی در حقوق بین‌المللی و به طور دقیق‌تر در حقوق سازمان ملل متحد مطلوب و امکان‌پذیر است. بررسی قضایی بین‌المللی می‌تواند هم احترام به مشروعیت ملل متحد و هم اقدام مؤثر رکنی را تضمین نماید که اصولاً مسئول حفظ صلح و امنیت جهانی

است. این نگرانی اخیر مهم شده است؛ زیرا «تقویت شورای امنیت شاید بزرگترین موفقیت سالهای گذشته باشد. مهم است که کارایی بازکشف شده شورای امنیت در حال حاضر نباید تضعیف شود».

## موجز المقالات

### على أمل استتباب السلام الدائم

- الدكتور إبراهيم بيگ زاده
- أستاذ مساعد بكلية القانون بجامعة الشهيد بهشتي

يعتبر السلام والأمن العالميّ من آمال البشر الدائمة ولكن قد هُددَ هذا الأمل دوماً من ناحية ظواهر وأسباب عدّة. والسؤال الذي يطرح نفسه هو أنّه هل يمكن مكافحة أمور كالخصامات المسلّحة والجنايات ضدّ البشر والإرهاب والفقير والأمراض الصعبة والكوارث الطبيعيّة والمشاكل الصناعيّة...؟ وهل بإمكاننا بناء عالم مليء بالسلام والأمن؟

ما هي الدولة العاملة على معيار القانون وما هو واجبها في تمهيد الظروف والأرضيات اللائقة بالسلام الدائم. رام الكاتب في هذه المقالة إلى دراسة الدولة الخاضعة للقانون من جانب، وسبل تحقّق السلام الدائم، من جانب آخر.

الكلمات الرئيسيّة: السلام الدائم، الأمن، الدولة الخاضعة للقانون، منظّمة الأمن المتّحدة، مجلس الأمن.

## تعارض القواعد؛ التعريف بعنصر العلاقي والفحص عن محلّه

□ الدكتور فرهاد خمامي زاده

□ أستاذ مساعد بكلية القانون بجامعة الشهيد بهشتي

عنصر العلاقة المُدرجة في قاعدة حلّ التعارض في الموارد التي للصلة القانونية المطروحة عنصر أجنبيّ يُثبت القاعدة الحاكمة والقاعدة التي تُثبت عنصر الصلة لا بدّ وأن يعرف بالقاعدة الحاكمة.

الفحص عن موضع عنصر العلاقة ومحلّه يمكن أن يجابه في مواضع خاصّة صعباً وفي ظروف معيّنة لا يمكن إثبات القاعدة التي نروم الاستفادة منها لحلّ التعارض. الكلمات الرئيسيّة: تعارض القواعد، عنصر العلاقة، الجنسية، محلّ الإقامة.

## ضروري المصادقي على قواعد خاصّي بشأن نقل المسافرين

□ الدكتور امير حسين فخّاري

□ أستاذ كلية القانون بجامعة الشهيد بهشتي

مع الأسف، في البلد الذي يتمّ أكثر نقل المسافرين فيه عبر الطريق والحافلة، لا توجد قواعد وأنظمة لائقة وكافية بشأن هذه القضية. علاقة المسافر القانونية مع بائعي البطاقة وكذلك علاقته مع موظفي النقل غير محدّدة وليست على غرار معيّن ومضبوط، لذلك، حينما وقع حادث له لا يدري إلى من لا بدّ وأن يراجع، وممن له مطالبة حقّه الشرعيّ.

هذه المقالة ترمي إلى دراسة قضية نقل المسافرين عبر الطريق، إضافة إلى التأكيد على مشاكل ونقاط ضعف هذه المسألة، كما تدعو المشرّعين إلى المصادقة على قواعد وأنظمة خاصّة في هذا الحقل.

الكلمات الرئيسيّة: السفر، المسافرين، الشحن والنقل، القواعد، قاعدة التأمين الإلزامية.

## الشهادي على الشهادي في القانون العقوبيّ الإيرانيّ والإنكليزّيّ

□ علي رضا قرجه لو

□ طالب في مرحلة الدكتوراه في فرع قانون العقوبات وعلم الإجرام بجامعة الشهيد بهشتي

تثبت المواضيع الجزائية على نمطين: تارة من ناحية الأدلة الغير المستقيمة، مثل الأمارات العقوبية وأخرى بسبب الأدلة المستقيمة. الأدلة المستقيمة هي التي تستفاد من الحواس الظاهرة الخمسة في إدراك الظاهرة العقوبية.

رام الكاتب في هذه المقالة إلى معالجة قيمة نقل القول الذي صدر بالنسبة إلى الظاهرة العقوبية ولقد تمّت هذه المعالجة ضمن الدراسة المقارنة بين القانون العرفي (الغير المدون) والقانون الإيراني.

الكلمات الرئيسية: الشهادة على الشهادة، الدليل، الإثبات، القانون الإنكليزي.

## دور التأمين في حلّ الدعاوى العقوبية وحسمها

- عبدالله خدابخشي (طالب في مرحلة الدكتوراه في فرع القانون الخاص بجامعة طهران)
- نيره عابدينزاده شهري (قاضية في المحكمة العامة والثورة بمشهد المقدسة)

لا شك أنّ للتأمين دور هامّ في قواعد المسؤولية المدنية ولقد غير وحول كمّية الدعاوى وكيفيتها. فلا تجوز الغفلة عن دورها في القانون الجزائي. إضافة إلى دورها الأساس في مباحث الديات، يمكن لنا ملاحظة آثارها الإيجابية والفاعلة في بقية الدعاوى العقوبية.

للتأمين أن يحول دون وقوع الخلاف، وأن يجعل طرفي الدعوى في حالة متعادلة وأن يردع عن استمرار الخلاف الحادث كما له دور فاعل في المكافحة العملية للجريمة.

هذه الرؤى والآثار تساعد القانون الجزائي وتسرّب وضع القواعد والقوانين اللاتقة بالقبول. تطرقت هذه المقالة إلى دراسة ومعالجة هذه الآثار والمعالم المرموز إليها. الكلمات الرئيسية: التأمين، الدعاوى العقوبية، القانون الإيراني، القانون الفرنسي.

## مبادئ حقّ الشرط في القانون الدوليّ والإسلاميّ

- محمّدحسن الموسوي الخراساني
- عضو الهيئة العلمية بجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية

الاستفادة من الطرق والوسائل الشرعية في العلائق الدولية من الشروط والمعدّات

اللازمة للعلاقة الصحيحة بين البلاد. البلاد الإسلاميّة ومنها الجمهوريّة الإسلاميّة الإيرانيّة تستطيع، اعتماداً على مبادئ شريعة الإسلام المقدّسة، أن تقارن بين قواعد القانون الدوليّ والإسلام وأن تستفاد من هذه الطرق والوسائل بشكلٍ أصحّ وأفعل. ولا يخفى في هذه الحالة، لعقد المعاهدات الدوليّة دور بالغ الأهميّة وهذه المعاهدات تستدعي بمقتضى التعاون بين الحاكميّات المستقلّة، سبل وأساليب خاصّة ولائقة.

من المعلوم، حينما يتعهد أيّ بلد بالمعاهدات الدوليّة، يساند أعمال حقّ الشرط (reservation) هذا البلد في المحافظة على منافعها القوميّة ومصالحها. مع أنّنا ندعّن أنّ أعمال حقّ الشرط، يخدش المعاهدة على نحو، لكن ثمرته لحقّ بلاد أكثر إليه والتزام هذه البلاد على شكلٍ محدّد.

كما نرى أنّ إيران لحقت في شطر من المعاهدات الدوليّة إليه واستفادت من هذا الطريق الشرعيّ.

لقد تمّت في هذه الدراسة أنماط وأنواع حقّ إيران للشرط، خاصّة بعد الثورة الإسلاميّة الإيرانيّة.

الكلمات الرئيسيّة: القانون الدوليّ للمعاهدات، القانون الدوليّ الإسلاميّ، حقّ الشرط، الشرط المطويّ في المعاهدة والعقد، حقوق إيران للشرط.

## بحث حول أولويّ حقّ الدوليّ في وصول طلباتها الماليّة

□ سعيد صفيان  
□ ماجستير في القانون الخاصّ

لا ريب أنّ في حالة إفلاس المدين، المبدأ الذي تجب رعايته هو تساوي الغرماء في تسوية الطلبات. لكنّ المُشرّع -وذلك في بعض الأحيان- يرجّح بعض الغرماء على الآخرين في وصول طلباتهم من أموال المفلّس وهذا الترجيح بملاحظة بعض المقتضيات والأدلة. وعليه، طلبات الدولة أو الحكومة من جهة الضرائب المتعلّقة بدافعي الضرائب، تعتبر شرعاً من الطلبات الممتازة. لكن الهيئة العامّة للمحكمة العليا للقضاء استناداً إلى رأي التوحيد القضائيّ رقم ٢١٢ / ١٣٥٠/٨/٦ والذي الآن يعمل عليه-

قد سلبت حقّ أولويّة الحكومة في وصول الطلبات الضريبيّة في حالة إفلاس دافعي الضرائب. يرى الكاتب أنّ هذا الرأي للمحكمة العليا للبلاد ناجم عن تفسير ناقص للمادّة ٥٨ من قانون تسوية شؤون الإفلاس سنة ١٣١٨، ولا صورة شرعيّة له إطلاقاً.

الكلمات الرئيسيّة: مبدأ تساوي الغرماء، الطلبات الضريبيّة، حقّ الأولويّة في وصول الطلبات الضريبيّة.

kind of legal mechanism. The reservations of Iran especially after the Islamic Revolution have been considered in this paper.

**Key words:** *International law of contracts, Islamic international law, Reservation, Proviso, Reservations of Iran.*



## **An Argument about the State Right of Priority in Collection of Taxes**

□ *Saeed Safiyan*

□ *An A.M of private law*

**A**lthough in bankruptcy of a debtor the foundation of the equal right of all creditors should be observed; in some cases the legislator for some reasons gives priority to some creditors than the others. Thus the tax that is to be taken from the taxpayers by government is legally part of privileged debts. But the Supreme Court in verdict ۲۱۲-۱۳۵۰/۸/۶ which is now valid too, has cancelled the state right of priority in collecting the taxes of taxpayers who are in state of bankruptcy. This verdict of Supreme Court which is the result of an improper interpretation of article ۵۸ of the settlement bankruptcy affairs act is not legalized.

**Key words:** *Bankruptcy, The foundation of the equal right of all creditors, Tax claims, The right of priority in collecting of taxes, Verdict of Supreme Court.*



in criminal law, too. Besides its basic function in problems of blood money, we can see its useful effects in other criminal disputes too. Insurance can prevent from disputes and its continuation and put the both sides in a balanced condition and succeed in actual removing of the crime. These attitudes and effects can help criminal law and gives rise to enact acceptable rules. This paper tries to consider these effects.

**Key words:** *Insurance, Criminal disputes, Iran law, French law.*

## **The Foundations of the Right of Reservation in International Law and Islam**

- *Muhammad Hasan Mosavi Khorasani*
- *A Member of Academic Board of Razavi University of Islamic Sciences*

**T**he application of the legal tools in international relations requires the correct communication among countries. Depending on the foundations of the holy religious law of Islam and conforming it to the regulations of the international law, Islamic countries, including Islamic Republic of Iran, can benefit from these tools more correctly and efficiently.

Meanwhile, the conclusion of the international contracts according to the collaboration among independent countries is very important.

Exercising the reservation at the time of international contracts can help those countries to defend their national profits and interests. Although applying the reservation can alter the generality of a contract, many countries join it and undertaking to it limitedly. Joining some international contracts, Iran also has used from this

The present article is aiming to survey the transportation of passenger by road and indicate the defects of this issue and demands the legislators to ratify some rules and regulations concerning this difficulty.

**Key words:** *Journey, Passenger, Transportation, Regulations, The law of obligatory insurance.*

## Hearsay Evidence in Iran and English Law

□ *Alireza Gharajehloo*

□ *A PhD student of criminal law and criminology of Shahid Beheshti University*

It is possible to prove the criminal subjects in two ways: sometimes with indirect evidence like criminal evidence and sometimes with direct evidence. Indirect evidence is the evidence that for understanding the criminal event it should be used from the five senses. This paper deals with the value of quotation in regard to the criminal event. This consideration can be done by comparative study in Iran and English Law.

**Key words:** *Hearsay evidence, Evidence, Proof, English law.*

## The Effect of Insurance in Settlement of Criminal Disputes

□ *Abdollah Khodabakhshi (A PhD student of Private Law of Tehran University)*

□ *Nayyereh Abedinzade Shahri (Assistant of prosecutor's public and revolutionary office)*

In addition to the function of insurance in rules of civil liability and changing the quantity and quality of actions, it has an effect

## Conflict of Laws;

### Definition and Localization of Connecting Factors

- *Dr. Farhad Khomamizadeh*
- *Associate professor of the law faculty of Shahid Beheshti University*

**T**he connecting factors employed by choice of law rules connect the legal categories to applicable law in cases which contain a foreign element. The legal system which determines the connecting factor must also define it.

Localization of connecting factors may confront with different problems which, in certain cases, will make the determination of applicable law impossible.

**Key words:** *Contradiction of laws, Connecting factor, Nationality, Residence.*

### The Necessity of Sanction Some Regulations Concerning Transportation of Passenger

- *Dr. Amirhoseyn Fakhari*
- *Professor of faculty of law of Shahid Beheshti University*

**I**t is unfortunate that in a country which its most transportation of passenger is performed by road and bus, lacks of necessary and adequate rules and regulations in this respect.

The legal relationship between passenger and the sellers of the tickets and the agents of transportation is not exactly manifest. And when an occurrence occurs, it is pretty ambiguous to whom should be referred and who will compensate his harms and damages?



# Abstracts

## To Be in Search of Lasting Peace

- *Dr. Ebrahim Bigzade*
- *Associate professor of the law faculty of Shahid Beheshti University*

**P**ace and the security of the world is a permanent wish of humanity and it is always threatened with various phenomena. The question is this, is it possible to fight against phenomena like: armed hostilities, crimes against humanity, terrorism, poverty, incurable diseases, natural calamities and industrial accidents and make the world full of peace and security?

What is a law abiding government and what is its obligation towards the lasting peace? This article considers the nature of law abiding government and the ways for establishing the lasting peace.

**Key words:** *Lasting peace, Security, Law abiding government, United Nations, Security Council.*

## Table of contents

### Researches:

To Be in Search of Lasting Peace/ Dr. Ebrahim Bigzade .....	۳
Conflict of Laws; Definition and Localization of Connecting Factors	
Dr. Farhad Khomamizadeh .....	۳۷
The Necessity of Sanction Some Regulations Concerning Transportation of Passenger	
Dr. Amirhoseyn Fakhari .....	۵۷
Hearsay Evidence in Iran and English Law/ Alireza Gharajehloo .....	۶۹
The Effect of Insurance in Settlement of Criminal Disputes	
Abdollah Khodabakhshi & Nayyereh Abedinzade Shahri .....	۸۹
The Foundations of the Right of Reservation in International Law and Islam	
Muhammad Hasan Mosavi Khorasani .....	۱۱۱
An Argument about the State Right of Priority in Collection of Taxes/ Saeed Safiyan ..	۱۴۳

### Translations:

The Review of the United Nations Security Council Decisions by the International Court of Justice/ Ioana Petculescu/ Trans. by: Dr. M.A. Solhchi & H. Najandi Manesh .	۱۶۱
--	-----

### Translation of Abstracts:

Arabic Translation/ Muhammad Salami .....	۱۹۵
English Translation/ Rahmatollah Karimzadeh .....	۲۰۴

## قابل توجه نویسندگان محترم مقالات

آنچه در ارزیابی مقالات قابل توجه است نکات زیر می باشد:

۱. پاسخ گویی به نیازهای جامعه
۲. کیفیت و ارزش علمی
۳. نوآوری (ارائه فرضیه جدید و راه حل)
۴. اعتبار منابع و مآخذ
۵. کاربرد صحیح اصطلاحات علمی
۶. تحلیل متن مورد نقد
۷. قوت و استحکام نقد
۸. تناسب عنوان مقاله با محتوا
۹. ترتیب منطقی مطالب
۱۰. روانی و شیوایی نوشتار

## قابل توجه مشترکان و خوانندگان گرامی

۱. برای اطلاع از وضعیت اشتراک، تمدید یا اشتراک جدید با شماره تلفن

۰۵۱۱-۲۲۵۲۳۵۲ (روابط عمومی دانشگاه علوم اسلامی رضوی) تماس بگیرید.

۲. فرم اشتراک را به صورت پرفراژ در آخر مجله یا در سایت [www.magiran.com](http://www.magiran.com)

جستجو کنید.

۳. سیر چاپ مقالات:

دریافت

دبیر علمی

ارزیابی

اصلاح در صورت نیاز

تحریریه

ویرایش

چاپ