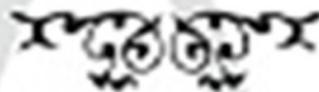




مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

سال پانزده، شماره سی و شش، پاییز ۱۴۰۳



- استفاده از مواد هسته ای در جرایم تروریستی: مطالعه تطبیقی در نظام کیفری افغانستان و ایران در پرتو توجه به اسناد بین‌المللی
عبدالملک پارسا؛ حمیدرضا دانش ناری؛ سیدمهدی سیزاده ثانی
- اهمیت شناسایی وضعیت «تعارض منافع» در حقوق شرکت‌های تجاری: مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و نظام کامن‌لا
محمد رضا پاسبان؛ صلاح محمودی
- تحلیل اقتصادی هزینه‌های معاملاتی عقد استصناع و نقد دستورالعمل استصناع بانکی شورای پول و اعتبار
سیدعلی تقوی؛ محمود باقری
- نگرش نهادهای قضایی بین‌المللی در خصوص دکترین حاشیه صلاحدید
نیلوفر راغب؛ حسن سواری
- مطالعه تطبیقی آثار حقوقی تعیین بندر امن در قراردادهای حمل و نقل بین‌المللی دریایی با تأکید بر حقوق ایران و انگلستان
محمدتقی رفیعی؛ امیر زرودی
- مطالعه تطبیقی اصول و بایسته‌های مرتبط با نهاد ناظر بر انتخابات و فرایند حاکم بر اعلام نتایج انتخابات
علی فتاحی زفرقندی؛ محمدجواد شفق؛ محمدحسن ابوالحسنی؛ محمدمتین سلمانی
- حمایت از حق تمامیت اثر پدیدآورنده فیلم سینمایی: مطالعه تطبیقی در نظام حقوقی امریکا و ایران
پدرام کشاورز؛ رضا دریائی
- اصل علم دادگاه به قانون به عنوان مبنایی برای زیست‌محیطی شدن ایکسید
زهرا محمودی کردی؛ ریحانه مقصودی
- تغییر کاربری موزه ایاصوفیه به مسجد از منظر حقوق بین‌الملل
علی مشهدی؛ حسین فالاحی بهار
- مطالعه تطبیقی ماهیت حق حکم و حق پذیره در مذاهب اسلامی با تکیه بر قوانین موضوعه کشورهای اسلامی
محمد مهریار

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

(نشریه علمی)

سال پانزدهم - شماره سی و شش

پاییز ۱۴۰۳

مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

نشریه علمی

صاحب امتیاز: دانشگاه تبریز

مدیر مسئول: دکتر رضا سکوتی نسیمی سردبیر: دکتر ابراهیم شعاریان ستاری

هیأت تحریریه

دکتر حمید ابهری:	استاد دانشگاه مازندران	دکتر رضا سکوتی نسیمی:	استاد دانشگاه تبریز
دکتر محمدعلی اردبیلی:	استاد دانشگاه شهید بهشتی	دکتر ابراهیم شعاریان ستاری:	استاد دانشگاه تبریز
دکتر حیدر باقری اصل:	استاد دانشگاه تبریز	دکتر مرتضی شهبازی نیا:	دانشیار دانشگاه تربیت مدرس
دکتر محمدرضا پاسبان:	دانشیار دانشگاه علامه طباطبایی	دکتر بیژن عباسی:	دانشیار دانشگاه تهران
دکتر منصور جباری:	استاد دانشگاه علامه طباطبایی	دکتر سید محمدتقی علوی:	استاد دانشگاه تبریز
دکتر سعید حبیبیا:	استاد دانشگاه تهران	دکتر حسین فخر:	دانشیار دانشگاه تبریز
دکتر ابوالفتح خالقی:	دانشیار دانشگاه قم	دکتر حسن محسنی:	استاد دانشگاه تهران
دکتر مهربان دارابپور:	استاد دانشگاه شهید بهشتی	دکتر محمدرضا مجتهدی:	استاد دانشگاه تبریز
دکتر احمد دیلمی:	دانشیار دانشگاه قم	دکتر پژمان محمدی:	استاد دانشگاه شهید چمران اهواز
دکتر محمد راسخ:	استاد دانشگاه شهید بهشتی	دکتر سام محمدی:	استاد دانشگاه مازندران
دکتر اسمعیل رحیمی نژاد:	استاد دانشگاه تبریز		

همکاران علمی این شماره:

علیرضا آرش پور، وحید آگاه، عادل ابراهیمپور، باقر انصاری، احسان جاوید، پرویز دهقانی، سید محمدحسن رضوی، سیدقاسم زمانی، رضا سکوتی نسیمی، حسن سواری، مرتضی شهبازی نیا، حسن عالی‌پور، مقصود عبادی بشیر، محمدتقی علوی، عقیقه غلامی، علیرضا فصیحی‌زاده، همایون مافی، پژمان محمدی، سیدهادی محمودی، یوسف مولایی، پیمان نمایان، محمدرضا ویژه، غلامرضا یزدانی

این نشریه براساس مصوبه شماره ۸۹/۳/۱۱/۲۱۹۷۵ مورخ ۱۳۸۹/۷/۶ کمیسیون بررسی نشریات علمی وزارت علوم، تحقیقات و فناوری حائز درجه علمی شده و براساس مجوز شماره ۹۱/۱۲۹۰۸ تاریخ ۱۳۹۱/۵/۳ وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی منتشر می‌شود.

- O ویراستار فارسی: ماندانا نعمت‌نژاد
- O ویراستار انگلیسی (تخصصی حقوقی): هیلدا بانان
- O مدیر اجرایی: عباس یگانه
- O صفحه آرایی: شیرین زمانی
- O قیمت این شماره: ۱۰۰۰۰۰ ریال
- O تاریخ چاپ: پاییز ۱۴۰۳
- O نوبت انتشار: فصلنامه

انتشارات دانشگاه تبریز

این نشریه در «*بیران ژورنال*» نظام نمایه‌سازی مرکز منطقه‌ای اطلاع‌رسانی علوم و فناوری به نشانی www.ricest.ac.ir و پایگاه استنادی علوم جهان اسلام (ISC) به نشانی www.isc.gov.ir نمایه می‌شود.

Email: law@tabrizu.ac.ir

نشانی: تبریز، بلوار ۲۹ بهمن، دانشگاه تبریز، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی
کدپستی: ۵۱۶۶۶۱۶۴۷۱، تلفن: ۰۴۱-۳۳۳۹۲۲۶۲، فکس: ۰۴۱-۳۳۳۵۶۰۱۳
❖ مسئولیت صحت مطالب مقاله‌ها با نویسندگان است.

راهنمای تدوین مقاله

ضوابط جدید انتشار مقاله در نشریه مطالعات حقوق تطبیقی معاصر که به تصویب هیات تحریریه رسیده است و از تاریخ اول شهریور ماه ۱۳۹۹ مبنای عمل خواهد بود، بر اساس آیین نامه جدید نشریات علمی مصوب ۱۳۹۸ و شیوه نامه ارزیابی و رتبه‌بندی نشریات علمی مصوب ۱۳۹۸ و همچنین سیاست‌های کلی نشریه تدوین گردیده است.

ضوابط شکلی

۱. حجم مقاله (متن اصلی) حداکثر در ۱۰۰۰۰ کلمه خواهد بود. چکیده فارسی و انگلیسی مقاله ۱۵۰ الی ۳۰۰ کلمه و تعداد واژگان کلیدی بین ۵ تا ۷ کلمه خواهد بود.
۲. مقاله بایستی دارای مقدمه شامل طرح مسئله، سوالات، پیشینه، هدف و بیان ساختار اصلی مقاله باشد.
۳. فاصله سطرها به صورت single حاشیه از راست و چپ ۴/۸، از بالا ۶/۵ و پایین ۶ سانتی‌متر باشد.
۴. عناوین اصلی و فرعی و فصل‌بندی موضوعی باید حاوی نظم منطقی باشد. در عناوین مقاله از روش شماره‌گذاری عددی استفاده شده و در عناوین فرعی اعداد از راست به چپ نوشته شود.
۵. فرمت ارسالی فایل مقاله (Docx Word 2013 یا جدیدتر) خواهد بود.
۶. صفحه اول مقاله مشتمل بر عنوان، چکیده و واژگان کلیدی فارسی باشد.
۷. نحوه ارجاع دهی منابع به صورت پاورقی، به صورت شماره‌های پیاپی و به شرح زیر خواهد بود:
* کتاب: نام، نام خانوادگی، عنوان کتاب (بصورت ایتالیک)، ج، (محل چاپ: ناشر، نوبت چاپ، سال)، ص.
نمونه: محمدعلی اردبیلی، حقوق جزای عمومی، ج ۱، (تهران: میزان، چ ۵۴، ۱۳۹۷)، ص ۸۱.
* مقاله: نام، نام خانوادگی، «عنوان مقاله» (داخل گیومه)، نام مجله، شماره مجله (سال)، ص.
نمونه: کمال الدین هریسی نژاد، «تأملی در عوامل تأثیرپذیری حقوق نوین ایران از نظام حقوقی رمی-ژرمنی»، مطالعات حقوق خصوصی، شماره ۲ (۱۳۸۸)، ص ۳۷۵.
* مقاله چاپ شده در کتاب: نام، نام خانوادگی، «عنوان کامل مقاله» (داخل گیومه)، نام و نام خانوادگی گردآورنده یا گردآوردگان کتاب، عنوان مجموعه مقالات (به صورت ایتالیک)، (محل چاپ: ناشر، نوبت چاپ، سال)، ص.
نمونه: سید حسین صفایی، «معامله وکیل به نام خود در حقوق ایران با بررسی تطبیقی» در: حسن جعفری تبار، بر منهج عدل: مقالات اهدا شده به استاد دکتر ناصر کاتوزیان، (تهران: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران، چ دوم، ۱۳۹۳)، ص ۲۴۶.
* تکرار با واسطه: نام، نام خانوادگی، پیشین، ص.
* تکرار بی‌واسطه: همان، ص.
* اگر در تکرار با واسطه علاوه بر منبع مورد نظر، از همان نویسنده، دیگر منابع هم در ارجاعات پیشین ذکر شده باشد: نام، نام خانوادگی، عنوان مقاله یا کتاب.
* در مورد منابع لاتین، استفاده از عبارت *op. cit* و *Ibid* (به صورت ایتالیک) در ارجاعات بعدی به تناسب با درج شماره صفحه.

* پایان نامه و رساله: نام، نام خانوادگی، عنوان رساله/پایان نامه (به صورت ایتالیک)، نام دانشگاه، سال چاپ.

* منبع الکترونیک: نام نویسنده، نام خانوادگی نویسنده، عنوان مقاله، آدرس سایت قابل دسترسی (داخل در علامت < >)

* از ذکر هرگونه القاب و عناوین برای اشخاص در ارجاعات خودداری شود.

۸. فهرست منابع می‌بایست به تفکیک نوع منبع (فارسی/زبان‌های خارجی و کتاب / مقاله/ قوانین / منبع الکترونیک / پرونده‌ها) درج شده و به صورت اعداد متوالی شماره‌گذاری گردند. نحوه تنظیم فهرست منابع به همان ترتیبی است که برای پاورقی‌ها ذکر شده است به استثنای اینکه در ذکر منابع نام خانوادگی قبل از نام نویسنده و بدون ذکر شماره صفحه درج خواهد شد.

راهنمای تنظیم اندازه و قلم مقالات

نوع فونت	اندازه	موضوع
B Mitra	Bold 14	عنوان مقاله به فارسی
B Mitra	Bold 11	اسامی نویسندگان به فارسی
B Mitra	<i>Italic</i> 13	متن چکیده فارسی
B Mitra	<i>Italic</i> 13	کلیدواژه فارسی
B Mitra	Bold 13	عنوان‌های داخل متن
B Mitra	Bold 12	عنوان‌های فرعی داخل متن
B Mitra	۱۳	متن مقاله
B Mitra	۹	پانویس فارسی
Times New Roman	۱۰	پانویس انگلیسی
B Mitra	۱۰	عناوین جداول، نمودارها و شکل‌ها
B Mitra	۱۳	منابع فارسی
Times New Roman	۱۱	منابع انگلیسی

راهنمای تنظیم اندازه و قلم چکیده انگلیسی

چکیده انگلیسی		
Times New Roman	Bold 13	عنوان مقاله انگلیسی
Times New Roman	Bold 11	اسامی نویسندگان انگلیسی
Times New Roman	Bold 13	عنوان Abstract
Times New Roman	<i>Italic</i> 11	متن چکیده انگلیسی
Times New Roman	13	کلید واژه انگلیسی

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۳۹-۱	۱- استفاده از مواد هسته ای در جرایم تروریستی: مطالعه تطبیقی در نظام کیفری افغانستان و ایران در پرتو توجه به اسناد بین‌المللی عبدالملک پارسا؛ حمیدرضا دانش ناری؛ سیدمهدی سیزاده ثانی.....
۸۱-۴۱	۲- اهمیت شناسایی وضعیت «تعارض منافع» در حقوق شرکت‌های تجاری: مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و نظام کامن‌لا محمد رضا پاسبان؛ صلاح محمودی.....
۱۰۹-۸۳	۳- تحلیل اقتصادی هزینه‌های معاملاتی عقد استصناع و نقد دستورالعمل استصناع بانکی شورای پول و اعتبار سیدعلی تقوی؛ محمود باقری.....
۱۴۰-۱۱۱	۴- نگرش نهادهای قضایی بین‌المللی در خصوص دکترین حاشیه صلاحیت نیلوفر راغب؛ حسن سواری.....
۱۷۵-۱۴۱	۵- مطالعه تطبیقی آثار حقوقی تعیین بندر امن در قراردادهای حمل و نقل بین‌المللی دریایی با تأکید بر حقوق ایران و انگلستان محمدتقی رفیعی؛ امیر زرودی.....
۲۰۶-۱۷۷	۶- مطالعه تطبیقی اصول و بایسته‌های مرتبط با نهاد ناظر بر انتخابات و فرایند حاکم بر اعلام نتایج انتخابات علی فتاحی زفرندی؛ محمدجواد شفق؛ محمدحسن ابوالحسنی؛ محمدمتین سلمانی.....
۲۳۳-۲۰۷	۷- حمایت از حق تمامیت اثر پدیدآورنده فیلم سینمایی: مطالعه تطبیقی در نظام حقوقی امریکا و ایران پدرام کشاورز؛ رضا دریائی.....

۸- اصل علم دادگاه به قانون به عنوان مبنایی برای زیست محیطی شدن ایکسید

زهرا محمودی کردی؛ ریحانه مقصودی..... ۲۳۵-۲۵۸

۹- تغییر کاربری موزه ایا صوفیه به مسجد از منظر حقوق بین الملل

علی مشهدی؛ حسین فلاحی بهار ۲۵۹-۲۸۲

۱۰- مطالعه تطبیقی ماهیت حق حکم و حق پذیره در مذاهب اسلامی با تکیه بر قوانین
موضوعه کشورهای اسلامی

محمد مهریار..... ۲۸۳-۳۰۹



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 15 Issue: 36

Autumn 2024

Article Type: Research Article

Pages: 1-39

Use of Nuclear Materials in Terrorist Crimes: A Comparative Study in the Criminal System of Iran, Afghanistan, and International Conventions

Abdulmalek Parsa¹ | Hamid Reza Danesh Nari² | Seyyed Mehdi Seyyedzadeh³

1. Ph.D Candidate in Criminal Law and Criminology, Ferdowsi University of Mashhad, Iran

abdulmalekparsa@gmail.com

2. Assistant Professor, Ferdowsi University of Mashhad, Iran (Corresponding Author)

daneshnari@um.ac.ir

3. Assistant Professor, Ferdowsi University of Mashhad, Iran

seidzadeh@um.ac.ir

Abstract

Nuclear terrorism is one of the modern types of terrorism in which nuclear materials are used as a tool of crime and sometimes as the object of crime. At the international level, only two international conventions deal with nuclear crimes as criminal treaties. Although for the first time, the Convention on the Physical Protection of Nuclear Materials criminalized criminal behavior related to nuclear materials, this crime was explicitly considered in the Convention on the International Convention on the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism. By defining nuclear and radioactive materials, this convention, in Article 2, criminalizes all criminal terrorist behaviors related to nuclear materials. The Afghan legislator has recognized the use of nuclear and radioactive materials as an example of nuclear terrorism first in the Law on Combating Terrorist Crimes and then in the Penal Code. The Afghan legislature has criminalized the use of nuclear and radioactive materials under the use and release of nuclear and radioactive materials. However, the realization of the crime of nuclear terrorism depends on killing, causing damage to persons, property, and facilities. Although Iran's legislature has not criminalized nuclear terrorism, including the use of nuclear and radioactive materials independently, the criminalization of the spread of dangerous materials as an example of Efsade Fel Arz can be extended to the spread of nuclear and radioactive materials as an example of nuclear terrorism. However, the determination of special conditions for the realization of the crime of Efsade Fel Arz has caused only some examples of the release of nuclear materials to be included under the title of corruption in the land.

Keywords: Nuclear Terrorism, Nuclear Material, Uranium, Nuclear Facilities, Isotope.

Received: 2024/04/16

Received in revised form: 2024/10/01

Accepted: 2024/10/14

Published: 2024/11/10

DOI: 10.22034/LAW.2024.61242.3381

Publisher: University of Tabriz

law@tabrizu.ac.ir





استفاده از مواد هسته‌ای در جرایم تروریستی: مطالعه تطبیقی در نظام کیفری افغانستان و ایران در پرتو توجه به اسناد بین‌المللی

عبدالملک پارسا^۱ | حمیدرضا دانش ناری^۲ | سیدمهدی سیدزاده^۳

abdulmalekparisa@gmail.com

daneshnari@um.ac.ir

seidzadeh@um.ac.ir

۱. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه فردوسی مشهد، ایران

۲. استادیار دانشگاه فردوسی مشهد، ایران (نویسنده مسئول)

۳. استادیار دانشگاه فردوسی مشهد، ایران

چکیده

تروریسم هسته‌ای یکی از گونه‌های مدرن تروریسم است که در آن، مواد هسته‌ای گاه به‌عنوان ابزار جرم و گاه به‌عنوان موضوع جرم استفاده می‌شود. هرچند نظام حقوق بین‌الملل نخستین بار در کنوانسیون حفاظت فیزیکی از مواد هسته‌ای، به جرم‌انگاری رفتارهای بزهکارانه مرتبط با مواد هسته‌ای و رادیواکتیو پرداخته، اما در کنوانسیون سرکوب اعمال تروریسم هسته‌ای، استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو به‌عنوان مصدق از تروریسم هسته‌ای به‌صراحت مورد توجه قرار گرفته است. با توجه به اهمیت موضوع و دغدغه‌های کشور ایران و افغانستان در باب تروریسم هسته‌ای، این پژوهش درصدد است تا با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی و با رویکرد تطبیقی، جرم استفاده از مواد هسته‌ای در جرایم تروریستی را در پرتو کنوانسیون‌های بین‌المللی در دو نظام کیفری ایران و افغانستان تحلیل کند. بر اساس یافته‌های این پژوهش، به‌کارگیری مواد هسته‌ای و رادیواکتیو در کنوانسیون سرکوب اعمال تروریسم هسته‌ای ذیل رفتارهایی چون استفاده از مواد، وسایل و تأسیسات هسته‌ای به‌گونه‌ای که باعث انتشار و یا خطر انتشار مواد هسته‌ای و رادیواکتیو شود، مورد جرم‌انگاری قرار گرفته است. قانونگذار افغانستان استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو را به‌عنوان مصدق از تروریسم هسته‌ای نخستین بار در قانون مبارزه علیه جرایم تروریستی و سپس در کود جزا به‌رسمیت شناخته است. قانونگذار افغانستان استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو را ذیل استعمال و انتشار مواد هسته‌ای و رادیواکتیو جرم‌انگاری کرده است. با این حال، تحقق جرم تروریسم هسته‌ای منوط به قتل، ایراد صدمه به اشخاص، اموال و تأسیسات است. گرچه قانونگذار ایران تروریسم هسته‌ای از جمله استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو را به صورت مستقل جرم‌انگاری نکرده است، اما جرم‌انگاری پخش مواد خطرناک به‌عنوان مصدق از جرم افساد فی‌الارض قابل تسری به انتشار مواد هسته‌ای و رادیواکتیو به‌عنوان مصدق از تروریسم هسته‌ای پیش‌بینی شده است. با این حال، تعیین شرایط خاص برای تحقق جرم افساد فی‌الارض موجب شده تا تنها برخی از مصدق انتشار مواد هسته‌ای ذیل عنوان افساد فی‌الارض قرار گیرد.

واژگان کلیدی: اورانیوم، ایزوتوپ، تأسیسات هسته‌ای، تروریسم هسته‌ای، مواد هسته‌ای.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۱/۲۸ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۷/۱۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۷/۲۳ تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۰۸/۲۰

DOI: 10.22034/LAW.2024.61242.3381



law@tabrizu.ac.ir

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

تروریسم^۱ چهره غیرمتعارف از جنگ است. طرف‌های منازعه اعم از گروه‌ها و دولت‌ها هنگامی که از پیشبرد جنگ به‌گونه مستقیم و متعارف عاجز می‌مانند، برای تحمیل خواسته‌های خود بر یکدیگر از شیوه‌های مبارزه و جنگ غیرمتعارف استفاده می‌کنند. یکی از این شیوه‌ها که از معضلات مهم برای جوامع و دولت‌ها در اعصار گوناگون و به‌خصوص در چند دهه اخیر بوده، تروریسم است. تروریسم در مفهوم جدید، بعد از انقلاب کبیر فرانسه در سال ۱۷۸۹، هنگامی که انقلابیون از تروریسم به‌عنوان وسیله‌ای برای ارباب ضدانقلابیون استفاده می‌کردند، مطرح شد.^۲ در گام بعد، اصطلاح تروریسم در مباحث کنفرانس یکسان‌سازی قوانین جزایی در سال ۱۹۳۰ در لهستان، وارد مباحث حقوقی گردید.^۳

در سطح بین‌المللی هم توافق در مورد تعریف تروریسم وجود ندارد. از وجوه اختلاف بر سر تعریف تروریسم، تفکیک این پدیده از جنبش‌های آزادی‌بخش است. لذا در نظام حقوق بین‌الملل، تعریف واحد و مورد اجماع از تروریسم صورت نگرفته است^۴، بلکه در اکثر موارد، جرم‌انگاری مصادیق تروریسم از طریق تصویب کنوانسیون‌های موردی، جایگزین ارائه تعریف مشخص شده است؛ چنان که ماده یک کنوانسیون ممانعت از تصرف غیرقانونی هواپیما بدون به‌کارگیری عبارت تروریسم، هر نوع اقدام به اشغال غیرقانونی هواپیما را جرم تروریستی تلقی کرده و در ماده دوم از دولت‌های عضو خواسته است تا شدیدترین مجازات را برای این جرم در نظر بگیرند.

قوانین کشورها در خصوص تعریف و جرم‌انگاری تروریسم، دو رویکرد کلی (تعریف بر مبنای انگیزه) و جزئی (تعریف بر مبنای رفتار) را اتخاذ کرده‌اند.^۵ حقوق کیفری افغانستان به تعریف تروریسم به‌عنوان یک رفتار مجرمانه خاص نپرداخته، اما با اتخاذ رویکرد تعریف کلی، ارتکاب تعدادی از رفتارهای مجرمانه با سوءنیت خاص را در قالب جرم تروریستی جرم‌انگاری کرده

1. Terrorism

۲. شهلا معظمی و پیمان نمایان، حقوق مبارزه با تروریسم هسته‌ای در اسناد بین‌المللی، (تهران: انتشارات دادگستر، ۱۳۹۳)، ص ۳۲.

۳. محمدعلی ناجی‌راد، جهانی شدن و تروریسم، (تهران: اداره نشر وزارت امور خارجه، ۱۳۸۸)، ص ۴۳.

۴. نوروژ کارگری، «چالش‌های فلسفی - مفهومی تروریسم در مواجهه با حقوق بشر»، تملدن حقوق، ش ۹ (۱۴۰۰)، ص ۱۳.

۵. همان، ص ۱۳.

است.^۶ در حقوق کیفری ایران جرایم خاصی تحت عنوان جرایم تروریستی وجود ندارد. تنها قانون موجود در این مورد، قانون مبارزه با تأمین مالی تروریسم مصوب سال ۱۳۹۴ است که به تشریح مصادیق تروریسم پرداخته است. با توجه به فقدان قانونگذاری مشخص در حوزه جرایم تروریستی، نظام کیفری ایران جهت مقابله با جرایم تروریستی از سایر عناوین مجرمانه همچون بغی، محاربه و افساد فی الارض استفاده می‌کند.^۷

با وجود اختلاف نظر در مورد ماهیت تروریسم، رفتارهای تروریستی از حیث استفاده از روش و وسایل به کاررفته برای ترور به دو گونه تروریسم متعارف و غیرمتعارف تقسیم می‌شود.^۸ در سال‌های اخیر، تروریسم از حالت سنتی خارج شده و گونه‌های مدرن آن در حال گسترش است. تروریسم هسته‌ای، گونه مخرب از تروریسم مدرن است.^۹ جهانی شدن و توسعه فناوری اطلاعات و ارتباطات، دسترسی گروه‌های تروریستی به ابزارهای غیرمتعارف از جمله مواد هسته‌ای و رادیواکتیو را ساده‌تر کرده است^{۱۰} و به همین دلیل، امروزه برخی گروه‌های تروریستی به سمت استفاده از مواد هسته‌ای در ارتکاب جرایم تروریستی ترغیب شده‌اند. تعاریف زیادی از تروریسم هسته‌ای وجود دارد. برخی تروریسم هسته‌ای را محدود به استفاده از مواد و وسایل هسته‌ای می‌دانند. در تعریف دیگر، تروریسم هسته‌ای، ارتکاب اعمال خشونت‌آمیز و تخریب‌گر از سوی بازیگران غیردولتی در مواردی که ابزار به کاررفته، وسایل انفجاری هسته‌ای باشد یا تهدید به استفاده از وسایل انفجاری با هدف تخریب، جلب توجه، باج‌گیری، و ایجاد ترس و بی‌ثباتی^{۱۱} بر اساس تعریف دیگر، تروریسم هسته‌ای عبارت است از استفاده و یا تهدید به استفاده از یک وسیله هسته‌ای و یا مواد رادیواکتیو از سوی یک سازمان تروریستی برای ایراد خسارت و کشتار

۶. بنیاد آسیا، شرح کود جزای افغانستان جلد اول، (کابل: انتشارات سعید، ۱۳۹۸)، ص ۱۰۳.

۷. امیر مصباح‌کیا و سعید اسنزاده، «رویکرد قوانین کیفری ایران و انگلیس در مبارزه با جرایم تروریستی»، مطالعات جنگ، ش ۱۴ (۱۴۰۱)، ص ۱۴۴.

۸. جواد اطاعت و علی‌اکبر دبیری، «ارزیابی جغرافیایی حملات تروریستی با استفاده از نظریه انتخاب عقلانی»، رهیافت‌های سیاسی و بین‌المللی، ش ۳۷ (۱۳۹۴)، ص ۹.

۹. فضل‌الله فروغی و همکاران، «پیشگیری وضعی از تروریسم هسته‌ای با تأکید بر تدابیر نظارتی بین‌المللی»، پژوهش حقوق کیفری، ش ۱۴ (۱۳۹۴)، ص ۲.

۱۰. زهرا مبینی کشه و علی امید، «موج چهارم تروریسم و روندهای آینده تروریسم بین‌المللی»، پژوهش‌نامه ایرانی سیاست بین‌الملل، ش ۲ (۱۳۹۸)، ص ۸.

11. Kazi Reshimi, *Nuclear Terrorism the New Terror of the 21st Century*, Institute for Defence Studies and Analyses, New Delhi, No. 1(2013), p. 13.

جمعی^{۱۲}. همچنین از دیدگاه برخی صاحب‌نظران، تروریسم هسته‌ای استفاده و یا تهدید به استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو به‌منظور ایجاد وحشت و انجام اقدامات تروریستی است^{۱۳}. ادگار گارسیا تعریف موسعی از تروریسم هسته‌ای ارائه می‌کند. از دیدگاه او، تروریسم هسته‌ای، در اختیار داشتن، استفاده و تهدید به استفاده از مواد، دستگاه‌ها و تأسیسات هسته‌ای یا رادیولوژیک از سوی بازیگران غیردولتی به‌منظور ایجاد خسارات فیزیکی یا مادی برای دستیابی به اهداف سیاسی است^{۱۴}. با توجه به تعاریف پیش‌گفته، تروریسم هسته‌ای مصادیق زیادی را شامل شده، استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو یکی از مصادیق تروریسم هسته‌ای است. کاربرد مواد هسته‌ای و رادیواکتیو روش‌های مختلف دارد، از جمله ساخت و انفجار وسایل هسته‌ای انفجاری؛ به‌کارگیری وسایل انتشار رادیولوژیک و استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو به صورت مستقیم از مهم‌ترین روش‌های استفاده از مواد هسته‌ای است.

در اسناد بین‌المللی، کنوانسیون سرکوب اقدامات تروریسم هسته‌ای با ارائه تعریف موسع از تروریسم هسته‌ای هرگونه استفاده از مواد و وسیله هسته‌ای و رادیواکتیو به‌منظور قتل، ایراد صدمه شدید جسمانی به اشخاص، ایراد خسارات اساسی به اموال و محیط زیست و یا مجبور کردن شخص حقیقی و حقوقی برای انجام و یا امتناع از انجام عمل مشخص را به‌عنوان مصادیقی از تروریسم هسته‌ای جرم‌انگاری کرده است. سند یادشده به جرم‌انگاری جرایم موردنظر اکتفا نکرده، بلکه بر جرم‌انگاری جرایم فوق و تعیین مجازات مناسب با رفتار مجرمانه از سوی کشورهای عضو نیز تأکید نموده است. قانونگذار افغانستان نیز با توجه به تعهدات بین‌المللی ناشی از عضویت افغانستان در کنوانسیون بین‌المللی حفاظت فیزیکی از مواد هسته‌ای و کنوانسیون سرکوب اعمال تروریسم هسته‌ای در راستای مبارزه با جرایم تروریستی هسته‌ای به جرم‌انگاری جرایم تروریستی هسته‌ای پرداخته است. قانونگذار افغانستان در ذیل فصل جرایم تروریستی بدون ارائه تعریف از تروریسم هسته‌ای، در کنار سایر مصادیق تروریسم هسته‌ای، استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو به‌منظور ارتکاب جرم تروریستی را جرم‌انگاری کرده است. با آنکه قانونگذار

12. Srdjan Z. Rutic, *Nuclear Terrorism*, Vojnotehnicki Glasnik/Military Technical Courier. (2016), p. 5.

۱۳. فضل‌الله فروغی و همکاران، پیشین، ص ۴.

14. Edgar Jiménez García, *Radiological and Nuclear Terrorism: Definition, Nature, Scenarios and Deterrence*, ieece.es. (2019), p. 2.

افغانستان استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو را ذیل عبارات عام و کلی «استعمال و انتشار» جرم‌انگاری کرده، اما نحوه استعمال و انتشار و اینکه استعمال و انتشار شامل استفاده از وسایل انفجاری هسته‌ای و یا استفاده از دستگاه‌های انتشار رادیولوژیک می‌شود یا خیر، مبهم است.

در این خصوص قانونگذار ایران نیز نسبت به جرم‌انگاری استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو رویکرد مبهمی را اتخاذ کرده است. با آنکه قانونگذار ایران در قانون مبارزه با تأمین مالی تروریسم به احصای مصادیق تروریسم پرداخته، اما استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو شامل مصادیق فوق نمی‌شود. هرچند قانونگذار ایران به صورت واضح به جرم‌انگاری استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو نپرداخته اما به باور برخی از نویسندگان، جرم‌انگاری پخش مواد خطرناک و قتل انسان‌ها در مقیاس گسترده به‌عنوان مصادیق افساد فی‌الارض و جرم محاربه به دلیل شباهت‌هایی که با استفاده از مواد هسته‌ای دارند، می‌توانند در قبال جرایم تروریستی هسته‌ای اعمال شوند.^{۱۵}

به این ترتیب، مسئله اصلی این پژوهش آن است که با توجه به جرم‌انگاری استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو در اسناد بین‌المللی از جمله کنوانسیون سرکوب اعمال تروریسم هسته‌ای، آیا جرم‌انگاری استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو به‌عنوان مصادیق از تروریسم هسته‌ای در حقوق کیفری افغانستان و تعمیم محاربه و افساد فی‌الارض به جرایم تروریستی هسته‌ای در حقوق کیفری ایران در راستای مقابله با تروریسم هسته‌ای جامع و مانع است؟ نگارندگان این پژوهش با این فرضیه که نظام کیفری افغانستان در مقایسه با نظام کیفری ایران، رویکرد جامع‌تری را در قبال جرم استفاده از مواد هسته‌ای اتخاذ کرده‌اند، درصدد ارزیابی وضعیت دو نظام کیفری ایران و افغانستان در قلمرو جرم تروریسم هسته‌ای است. برای تبیین بهتر موضوع، در ابتدا، مفهوم مواد هسته‌ای و رادیواکتیو ارائه می‌شود. در ادامه، استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو در اسناد بین‌المللی، حقوق کیفری افغانستان و ایران بررسی و در نهایت، نتیجه حاصل از این پژوهش ارائه می‌شود.

۱۵. سید مصطفی مشکات، «جستاری بر هم‌پوشانی محاربه و افساد فی‌الارض در مواجهه با اعمال تروریسم هسته‌ای» پژوهش‌های حقوقی، ش ۴۵ (۱۴۰۰)، ص ۱۲۹.

۱. مفهوم مواد هسته‌ای و رادیواکتیو

اصطلاح «مواد هسته‌ای» معمولاً برای اشاره به مواد شکاف‌پذیری استفاده می‌شود که می‌توانند در دستگاه‌های انفجاری هسته‌ای مورد استفاده قرار گیرند. از این رو، مواد هسته‌ای مواد شکاف‌پذیری هستند که هسته آن قابلیت شکافته شدن دارد^{۱۶}. در اثر این شکاف و متناسب با کاهش جرم هسته مقداری انرژی به نام انرژی هسته‌ای آزاد می‌شود. اصطلاح مواد هسته‌ای به طیف گسترده‌ای از مواد که در چرخه سوخت هسته‌ای قرار دارند، اطلاق می‌شود؛ از این رو، مواد هسته‌ای اغلب حاوی عناصر رادیواکتیو است. تمامی عناصر از ذرات کوچک به نام اتم ساخته شده‌اند. اتم‌های عناصر، متشکل از هسته و یک یا چند الکترون با بار منفی است که به دور هسته در چرخش هستند. ابعاد هسته در مقایسه با ابعاد اتم بسیار کوچک است اما بیش از ۹۹/۹ درصد جرم اتم در هسته متمرکز است. هسته اتم از ذرات کوچک به نام پروتون با بار الکتریکی مثبت و نوترون بدون بار الکتریکی تشکیل شده است. تعداد پروتون‌های یک اتم شاخص عدد اتمی و مجموع تعداد پروتون‌ها و نوترون‌ها شاخص عدد جرمی یک عنصر است. اتم‌های یک عنصر همیشه تعداد پروتون‌های یکسان دارند، اما تعداد نوترون‌ها در اتم‌های یک عنصر ممکن است متفاوت باشد. اتم‌های یک عنصر مشخص را که دارای عدد اتمی یکسان و عدد جرمی متفاوت باشند، ایزوتوپ می‌نامند^{۱۷}. به عبارت بهتر، اتم‌های یک عنصر با جرم‌های ایزوتوپ نامیده می‌شوند. پروتون‌های موجود در هسته اتم که بار الکتریکی مثبت دارند، نیروی دافعه قوی بر یکدیگر وارد می‌کنند. برای غلبه بر نیروی دافعه بین پروتون‌ها و جلوگیری از واپاشی هسته اتم باید یک نیروی جاذبه قوی بین پروتون‌ها و نوترون‌ها وجود داشته باشد. اندازه‌گیری‌های دقیق نشان می‌دهد که جرم هسته از مجموع جرم ذرات تشکیل‌دهنده آن یعنی پروتون و نوترون کمتر است. از این رو، انرژی معادل کاهش جرم را که باعث پایداری هسته می‌شود، انرژی هسته‌ای می‌نامند. با این حال، اتم‌های بعضی از عناصر، ناپایدار هستند. با گذشت زمان، اتم‌های ناپایدار در قالب تابش از خود انرژی ساطع می‌کنند و به عناصر پایدار تبدیل می‌شوند. به این

16. VERTIC (2012), *Illicit Trafficking of Nuclear and Other Radioactive Material*, the Verification Research, Training and Information Centre, London, United Kingdom.

۱۷. دفتر تدوین برنامه و طرح‌های راهبردی، *آشنایی با انرژی هسته‌ای و کاربردهای آن*، (تهران: انتشارات معاونت برنامه‌ریزی هسته‌ای سازمان انرژی اتمی، ۱۴۰۱)، ص ۲۳.

دسته از اتم‌ها، رادیواکتیو گفته می‌شود. اگر تابش انرژی در قالب دو پروتون و دو نوترون باشد، واپاشی آلفا رخ می‌دهد. ذرات آلفا سنگین و دارای بار الکتریکی زیاد هستند. به همین دلیل، قابلیت نفوذ تا اعماق مواد را ندارند، اما در صورتی که این ذرات از طریقی وارد بدن شوند، باعث ایجاد یونیزاسیون می‌شوند و به سلول‌های بدن آسیب جدی می‌رسانند.^{۱۸} در نقطهٔ مقابل، هرگاه تابش در قالب الکترون‌ها باشد، واپاشی بتا رخ می‌دهد. تابش‌های بتا ذرات سبک و باردار هستند، قدرت نفوذ آنها نسبت به ذرات آلفا بیشتر است و به علت بار الکتریکی، قدرت یونش بالا دارند.^{۱۹} گسیل ذرات بتا برای تخلیهٔ انرژی اتم برانگیخته (اتمی که ذرات آلفا و یا بتا را ساطع می‌کند) کافی نیست و اتم برای رسیدن به حالت پایداری، امواج الکترومغناطیس را در قالب فوتون‌ها ساطع می‌کند که به آن پرتو گاما گفته می‌شود.^{۲۰} پرتو گاما موج پرانرژی است، ولی قدرت یونش آن بالا نیست، اما از قدرت نفوذ بالا برخوردار است.^{۲۱} اشعهٔ ایکس نیز تقریباً شبیه به پرتو گاما است؛ با این تفاوت که پرتو ایکس ناشی از جابه‌جایی الکترون‌ها در مدار الکترونی است، اما پرتو گاما منشأ هسته‌ای دارد.^{۲۲}

بدین‌سان، مواد هسته‌ای به آن دسته از مواد رادیواکتیو گفته می‌شود که قابلیت شکافت زنجیره‌ای داشته، در تولید انرژی هسته‌ای از آنها استفاده می‌شود. اورانیوم و پلوتونیم، عناصر با تعداد پروتون و نوترون بالا از جمله عناصر ناپایدار و شکاف‌پذیر هستند که با ظرفیت تولید انرژی هسته‌ای در ایجاد این انرژی نقش مهمی دارند. اورانیوم به‌عنوان یکی از منابع اصلی سوخت هسته‌ای دارای ۱۴ ایزوتوپ است. اورانیوم طبیعی شامل ۹۹/۲۸ درصد ایزوتوپ ۲۳۸، ۰/۷۲ درصد ایزوتوپ ۲۳۵ و مقدار بسیار کمی ایزوتوپ‌های دیگر در طبیعت است.^{۲۳} تمامی ایزوتوپ‌های اورانیوم رادیواکتیوی و دارای نیمهٔ عمر متفاوت هستند. از جمله ایزوتوپ‌های

۱۸. رضا ریاضی و علی حقیقی، «مقدمه‌ای بر عناصر آلوده‌کنندهٔ رادیواکتیو و روش‌های رفع آلودگی»، *ابن‌سینا*، ش ۲ (۱۳۸۷)، ص ۲.
 ۱۹. الهام بهمنی و پیمان عزیزی، «بررسی انرژی هسته‌ای و اثرات آلودگی هسته‌ای روی محیط زیست و انسان»، *همایش ملی مهندسی قدرت و نیروگاه‌های هسته‌ای*، (۱۳۹۵)، ص ۶.
 ۲۰. برنامهٔ محیط زیست سازمان ملل متحد، *تابش اثرات و منابع*، ترجمهٔ پژوهشگاه علوم و فنون هسته‌ای ایران و مرکز نظام ایمنی هسته‌ای ایران، (۱۳۹۵)، ص ۵.
 ۲۱. جانت وود، *انرژی هسته‌ای*، ترجمهٔ علی حاج‌آقازاده، (پژوهشگاه علوم و فنون هسته‌ای: تهران، ۱۳۹۰)، ص ۹.
 ۲۲. دفتر تدوین برنامه و طرح‌های راهبردی، *پیشین*، ص ۱۲.
 ۲۳. سی. کی گوپتا و هاروپندرپال سینگ، *فرآوری منابع اورانیوم*، ترجمهٔ گروه مترجمان، (تهران: پژوهشگاه علوم و فنون هسته‌ای، ۱۳۹۵)، ص ۱۰.

اورانیوم، تنها ایزوتوپ‌های ۲۳۵ و ۲۳۳ قابلیت شکاف زنجیره‌ای داشته، در تولید انرژی و ساخت تسلیحات هسته‌ای نقش مهمی دارند. پلوتونیم به‌عنوان دیگر عنصر مهم در تولید انرژی هسته‌ای، از جمله عناصر ترانس اورانیک است که عدد اتمی آن بزرگ‌تر از اورانیوم است. تمام مواد ترانس اورانیکی موجود ساخته دست بشر هستند. پلوتونیم دارای ۱۵ ایزوتوپ از ۲۳۲ تا ۲۴۶ است. از این ایزوتوپ‌ها، تنها ۲ ایزوتوپ ۲۳۸ و ۲۳۹ کاربرد تجاری و نظامی دارد. پلوتونیم ۲۳۸ که در راکتورهای هسته‌ای از نپتونیم ۲۳۷ ساخته می‌شود، قابلیت حفظ شکافت زنجیره‌ای را نداشته، از این رو، قابلیت نظامی ندارد، اما برای ساخت ژنراتورهای ترموالکتریک فشرده استفاده می‌شود. با این حال، پلوتونیم ۲۳۹ برای تولید انرژی و سلاح هسته‌ای به‌کار می‌رود^{۲۴}.

در حقوق کیفری افغانستان و بر اساس بند ۹ ماده ۲۶۳ کود جزا، «مواد هسته‌ای عبارت است از پلوتونیم، اورانیوم که نه به شکل سنگ معدنی یا بقایای سنگ معدن بوده و مشتمل بر مخلوط از ایزوتوپ‌ها به شکل طبیعی باشد و اورانیوم غنی‌شده (اورانیومی که دارای ایزوتوپ‌های ۲۳۳ یا ۲۳۵ یا هر دو به مقداری باشد که نسبت فراوانی این ایزوتوپ‌ها در مقایسه با ایزوتوپ ۲۳۸ بزرگتر از نسبت فراوانی ایزوتوپ ۲۳۵ بر ایزوتوپ ۲۳۸ موجود در طبیعت باشد)». مطابق بند ۱۰ این ماده، مواد رادیواکتیو عبارت از مواد هسته‌ای و سایر مواد رادیواکتیو که دارای هسته بوده، به صورت خودبه‌خودی تجزیه می‌شوند. لازم به ذکر است که بند ۹ ماده ۳ قانون مبارزه علیه جرایم تروریستی، علاوه بر موارد پیش‌گفته اورانیوم ۲۳۳ را نیز به‌عنوان ماده هسته‌ای در نظر گرفته است.

بند ۲ ماده ۱ کنوانسیون سرکوب اقدامات تروریسم هسته‌ای در مورد تعریف مواد هسته‌ای چنین مقرر داشته است: «مواد هسته‌ای به پلوتونیم اطلاق می‌شود به استثنای مواردی که غلظت ایزوتوپی آن بیش از ۸۰ درصد در پلوتونیم ۲۳۸ باشد، اورانیوم ۲۳۳، اورانیوم غنی‌شده در ایزوتوپ‌های ۲۳۵ یا ۲۳۳، ایزوتوپ ۲۳۸ که در طبیعت وجود دارد؛ اورانیوم حاوی ترکیب ایزوتوپ‌هایی که در طبیعت به غیر از سنگ معدن یا باقیمانده سنگ معدن وجود دارد و هر ماده‌ای که حاوی یک یا چند مورد از موارد فوق باشد». بند ۱ ماده ۱ این کنوانسیون مواد رادیواکتیو را نیز مواد هسته‌ای و دیگر مواد رادیواکتیو در نظر می‌گیرد که به دلیل وجود نوکلئیدها

24. Institute for Energy and Environmental Research. Physical, Nuclear, and Chemical Properties of Plutonium, Science for Democratic Action (2012), p. 1.

به صورت خودبه‌خودی تجزیه می‌شوند. در نهایت با مقایسه تعاریف ارائه‌شده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو در حقوق کیفری افغانستان و اسناد بین‌المللی می‌توان بیان داشت که میان دیدگاه قانونگذار افغانستان و دیدگاه کنوانسیون‌ها در مورد تعریف مواد هسته‌ای و رادیواکتیو وجه اشتراک وجود دارد. شاید دلیل این امر آن باشد که قانونگذار افغانستان با در نظر گرفتن مواد مربوط در کنوانسیون‌های بین‌المللی، مواد هسته‌ای و رادیواکتیو را تعریف کرده است. با این حال، تنها تمایز در این حوزه آن است که قانونگذار افغانستان، پلوتونیم را به صورت مطلق در زمره مواد هسته‌ای آورده است؛ در حالی که در کنوانسیون، پلوتونیم با غلظت ایزوتوپی بیش از ۸۰ درصد در پلوتونیم ۲۳۸ مشمول تعریف مواد هسته‌ای نمی‌شود. دلیل این امر آن است که پلوتونیم ۲۳۸ قابلیت نظامی نداشته، در ساخت تسلیحات هسته‌ای کاربرد ندارد.

۲. استفاده از مواد هسته‌ای در اسناد بین‌المللی

سابقه ارتکاب تروریسم هسته‌ای به مفهوم موسع به نخستین حادثه هسته‌ای در تأسیسات هسته‌ای امریکا در سال ۱۹۶۱ برمی‌گردد.^{۲۵} با ظهور بزهکاری هسته‌ای، نخستین تلاش‌های بین‌المللی در راستای مبارزه با این نوع از بزهکاری، با تصویب کنوانسیون بین‌المللی حفاظت فیزیکی از مواد هسته‌ای در سال ۱۹۸۰ به ثمر نشست. با این حال، کنوانسیون حفاظت فیزیکی از مواد هسته‌ای، تنها به حفاظت از مواد هسته‌ای دارای کاربرد صلح‌آمیز توجه داشته و از این رو، مواد هسته‌ای دارای قابلیت نظامی از گستره شمول این کنوانسیون خارج بوده است. علاوه بر آن، کنوانسیون حفاظت فیزیکی از مواد هسته‌ای در خصوص تفکیک گونه‌های تروریستی و غیرتروریستی بزهکاری هسته‌ای و ارائه تعریف صریح از تروریسم هسته‌ای ساکت مانده است.^{۲۶} حادثه چرنوبیل از حوادث مهمی بود که یک بار دیگر توجه کشورها را به تهدید تروریسم هسته‌ای و تبعات آن جلب کرد.^{۲۷} با این حال، زمان زیادی گذشت تا در سال ۲۰۰۵، کنوانسیون

۲۵. کیوان غنی کلهو، بررسی تروریسم هسته‌ای با تأکید بر کنوانسیون سرکوب عمل تروریسم هسته‌ای مصوب ۲۰۰۵، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، (۱۳۸۶)، ص ۲۳.

۲۶. کریستوفرسی جویئر، «مقابله با تروریسم هسته‌ای: یک پاسخ معاهداتی»، ترجمه محمدرضا مهماندار، حقوقی، نشریه مرکز امور حقوق بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، ش ۳۸ (۱۳۸۷)، ص ۹.

27. Oliver Demmert-shelfo, *Asymmetric Threats: Analyzing the Future of Nuclear Terrorism & Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Bachelor of Arts in Political Science Department of Political Science & International Studies Dominican University of California.* (2020), p. 10.

سرکوب اقدامات تروریسم هسته‌ای تصویب شود.

در اسناد بین‌المللی نخستین بار استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو به‌عنوان یکی از مصادیق تروریسم هسته‌ای در کنوانسیون سرکوب اقدامات تروریسم هسته‌ای جرم‌انگاری شد. هرچند پیش از این، کنوانسیون حفاظت فیزیکی از مواد هسته‌ای به جرم‌انگاری بزهکاری هسته‌ای از جمله به‌کارگیری مواد هسته‌ای و رادیواکتیو پرداخته، اما به‌نظر می‌رسد تروریستی دانستن رفتارهای بزهکارانه یادشده در ماده ۷ کنوانسیون حفاظت فیزیکی از مواد هسته‌ای خالی از ایراد نیست؛ چنان‌که کنوانسیون نامبرده برای حفاظت از حمل و نقل مواد هسته‌ای برای استفاده صلح‌آمیز تهیه شده بود و مواد هسته‌ای با قابلیت نظامی را شامل نمی‌شد. با وجود کنوانسیون یادشده، سازمان ملل در سال ۲۰۰۵ کنوانسیون دیگری را با عنوان کنوانسیون سرکوب اقدامات تروریسم هسته‌ای به تصویب رساند؛ بدین‌سان، رکن قانونی به‌کارگیری مواد هسته‌ای به‌مثابه ابزار جرم تروریستی، پاراگراف «ب» بند ۱ ماده ۲ کنوانسیون سرکوب اقدامات تروریسم هسته‌ای است. بر اساس این ماده: «از لحاظ این کنوانسیون، شخصی مرتکب جرم می‌شود که آن شخص به‌طور غیرقانونی و عامدانه به هر طریقی از مواد رادیواکتیو یا یک وسیله استفاده کند یا از تأسیسات هسته‌ای استفاده یا به آن خسارت وارد کند به نحوی که باعث رها شدن یا خطر رها شدن مواد رادیواکتیو در موارد زیر باشد: ۱- به قصد کشتن یا ایراد صدمات شدید جسمانی؛ یا ۲- به قصد ایراد خسارت اساسی به اموال یا محیط زیست؛ یا ۳- به قصد مجبور نمودن یک شخص حقیقی یا حقوقی، یک سازمان بین‌المللی یا یک دولت به انجام یک فعل یا ترک فعل». چنان‌که مشخص است کنوانسیون در مواد یادشده تنها به جرم‌انگاری رفتارهای مجرمانه پرداخته و تعیین نوع و میزان کیفر برای هریک از رفتارهای فوق را به حقوق داخلی واگذار کرده است.

براساس ماده پیش‌گفته، رکن مادی جرم استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو در جرایم تروریستی که متشکل از رفتار مجرمانه در «هرگونه استفاده از مواد یا وسایل رادیواکتیو» است. کنوانسیون سرکوب اقدامات تروریسم هسته‌ای، با جرم‌انگاری هرگونه استفاده از مواد رادیواکتیو، شیوه‌های مختلف کاربرد مواد رادیواکتیو اعم از مواد هسته‌ای و سایر انواع مواد رادیواکتیو را جرم‌انگاری کرده است. به‌کارگیری مواد رادیواکتیو شیوه‌هایی مختلف همچون استفاده از مواد

رادیواکتیو برای قتل از طریق تزریق آن به بدن اشخاص یا ساخت وسیله انفجاری هسته‌ای و سایر وسایل انتشار رادیولوژیک دارد. برای همین کنوانسیون، علاوه بر جرم‌انگاری هرگونه کاربرد مواد رادیواکتیو، استفاده از وسیله رادیواکتیو را جرم‌انگاری کرده است.

بر اساس بند ۴ ماده ۲ کنوانسیون، «وسیله شامل هر نوع وسیله قابل انفجار و یا هر نوع وسیله پخش مواد رادیواکتیو یا هر وسیله ساطع‌کننده اشعه‌های رادیواکتیو است». کنوانسیون سرکوب اقدامات تروریسم هسته‌ای، با به‌کارگیری عبارت «به هر طریقی از مواد یا وسایل رادیواکتیو استفاده کند»، علاوه بر جرم‌انگاری هرگونه استعمال وسیله انفجاری هسته‌ای، انتشار مواد رادیواکتیو را نیز جرم‌انگاری کرده است. با توجه به عبارت «استفاده کردن» در متن ماده، می‌توان جرم‌انگاری انتشار مواد هسته‌ای و رادیواکتیو را استنباط کرد. دلیل نخست آن است که بر اساس ماده مورد اشاره، فردی که به هر طریق از مواد رادیواکتیو استفاده کند، با جمع شرایط مجرم محسوب می‌شود. با این حال، شیوه‌های استفاده از مواد رادیواکتیو شامل رفتارهای متفاوت است؛ از جمله استفاده به‌عنوان مواد سوخت بمب انفجاری هسته‌ای، انتشار این مواد و تزریق به بدن اشخاص به‌عنوان دارو. لذا، یکی از شیوه‌های استفاده از مواد رادیواکتیو، انتشار این مواد است. دلیل دوم آنکه انتشار مواد رادیواکتیو برای تروریست‌هایی که به مواد هسته‌ای دارای قابلیت نظامی دسترسی نداشته، یا تخصص لازم برای ساخت بمب هسته‌ای را ندارند، یک گزینه مناسب محسوب می‌شود؛ زیرا تروریست‌ها می‌توانند با گرد و غبار پلوتونیم مردم را مسموم یا با ریختن تنها چند گرم پلوتونیم، مخازن آب را به‌شدت رادیواکتیو کرده‌اند. علاوه بر آن، رادیونوکلئیدهایی چون استرانسیوم، رادیوم، اکتینیم، ید ۱۳۱ و سایر رادیونوکلئیدهای دارای کاربرد پزشکی و صنعتی که در مراکز سلامت و کارخانجات نگهداری می‌شوند، به‌شدت خطرناک هستند.^{۲۸} از این رو، از یک سو، عبارت عام «استفاده از مواد و وسیله رادیواکتیو» و تعمیم وسیله رادیواکتیو به وسایل انفجاری هسته‌ای و وسایل انتشار مواد رادیواکتیو در کنوانسیون و از سوی دیگر، ضرورت جرم‌انگاری موسع در قلمرو جرایم تروریستی هسته‌ای اقتضای آن را دارد که انتشار مواد هسته‌ای و رادیواکتیو نیز مشمول پاراگراف «ب» بند ۱ ماده ۲ کنوانسیون شود.

28. Srdjan Z Rutic, *Nuclear Terrorism*, Vojnotehnicki Glasnik/Military Technical Courier, No. 2 (2016), p. 9.

لازم به ذکر است که جرم استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو در کنوانسیون سرکوب اعمال تروریسم هسته‌ای به صورت مطلق جرم‌انگاری شده و رکن مادی آن متشکل از رفتار مجرمانه است. لذا برای تحقق جرم موردنظر نیاز به حصول نتیجه مجرمانه مانند قتل، ایراد خسارت به اموال و محیط زیست نیست. پیامدهای زیان‌بار جرایم تروریستی با توجه به حوادث تروریستی ۱۱ سپتامبر کنشگران نظام حقوق بین‌الملل را واداشته است تا در جرم‌انگاری تروریسم هسته‌ای به‌ویژه استفاده از مواد و وسایل رادیواکتیو، رویکرد جرم‌انگاری امنیت‌مدار را اتخاذ کنند. جرم‌انگاری امنیت‌مدار یا جرم‌انگاری حداکثری به معنی عدول از اصول و محدودیت‌های حقوق کیفری در فرایند جرم‌انگاری و مداخله و پیشروی حقوق کیفری در قلمرو اعمال مباح است.^{۲۹} جرم‌انگاری مطلق یکی از مؤلفه‌های جرم‌انگاری امنیت‌مدار است؛ چنان‌که در فرایند جرم‌انگاری در نظام حقوق داخلی کشورها، جرایم کم‌اهمیت از حیث آثار و پیامدها، مانند جرایم علیه اموال و اغلب جرایم علیه اشخاص به صورت مقید، و جرایم مهم از جمله جرایم علیه امنیت به صورت مطلق جرم‌انگاری می‌شوند.^{۳۰} با توجه به پیامدهای بالقوه ناشی از استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو، کنوانسیون برای بازداشتن افراد از ارتکاب چنین اعمالی سیاست جنایی سخت‌گیرانه اتخاذ کرده و صرف ارتکاب رفتار مجرمانه را بدون نیاز به وقوع نتیجه جرم‌انگاری نموده است. در نهایت، در بحث عناصر رکن مادی با توجه به عدم نیاز به نتیجه مجرمانه، اثبات رابطه سببیت در جرایم یادشده منتفی است.

در بحث رکن روانی، استفاده از مواد و وسیله رادیواکتیو در کنوانسیون سرکوب اقدامات تروریسم هسته‌ای از جمله جرایم عمدی است. مطابق کنوانسیون، برای تحقق جرم تروریستی هسته‌ای به‌ویژه استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو، رکن معنوی شامل علم یا آگاهی مرتکب، یعنی داشتن سوءنیت عام (اراده ارتکاب رفتار مجرمانه) و سوءنیت خاص (وجود قصد خاص که قانونگذار وجود آن را در مرتکب برای تحقق جرم لازم می‌داند) از سوی وی است. علم شامل آگاهی مجرم از هسته‌ای بودن مواد و وسیله مورد استفاده است. برای عمدی بودن و تحقق جرم

۲۹. حسین رضائی تودشکی و همکاران، «جلوه‌های ظهور جرم‌انگاری امنیت‌مدار در جرائم علیه امنیت در حقوق کیفری ایران»، پژوهش‌های اخلاقی، ش ۴ (۱۴۰۲)، ص ۱۳۹.

۳۰. سید محمود مجیدی و فاطمه تاج‌آبادی، «تکنیک‌های جرم‌انگاری امنیت‌مدار در حقوق کیفری ایران» مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ش ۲۱ (۱۳۹۸)، ص ۳۰۸.

موردنظر نباید علم را به دانش علمی شخص از خواص رادیواکتیو محدود کرد. بسته به پرونده و قوانین ملی، کافی است که مجرمان قصد داشته باشند مواد رادیواکتیو را با آگاهی از اینکه مواد یادشده می‌تواند موجب مرگ، آسیب جدی یا صدمات اساسی شوند، در اختیار بگیرند.^{۳۱}

سوءنیت عام در جرم استفاده از مواد و وسایل رادیواکتیو در عبارت «ارادة ارتکاب رفتار مجرمانه» نهفته است. برای تحقق جرم، مرتکب باید رفتار مجرمانه را به‌گونه‌ای ارادی و مخیر انجام داده باشد. ارتکاب جرم بدون اراده، مانند حالاتی است که شخص اکراه شده باعث عدم تحقق جرم موردنظر می‌شود. مطابق پاراگراف «ب» بند ۱ ماده ۲ کنوانسیون سرکوب اقدامات تروریسم هسته‌ای، سوءنیت خاص عبارت از قصد قتل یا ایراد صدمه شدید جسمانی، قصد ایراد خسارات اساسی به اموال و محیط زیست و قصد مجبور نمودن یک شخص حقیقی، حقوقی و یا یک سازمان بین‌المللی به اجرا یا امتناع از اجرای عمل است. پاراگراف «ب» بند ۱ ماده ۲ کنوانسیون در این خصوص اشعار داشته است که مرتکب جرم تروریسم هسته‌ای، فردی است که به هر طریقی از مواد یا وسایل رادیواکتیو یا از تأسیسات هسته‌ای استفاده یا به آن خسارت وارد کند؛ به نحوی که رها شدن و یا خطر رها شدن مواد رادیواکتیو را در موارد زیر در پی داشته باشد: ۱- قصد قتل یا ایراد صدمات شدید جسمانی یا ۲- قصد ایراد خسارت اساسی به اموال و یا محیط زیست یا ۳- قصد مجبور کردن یک شخص حقیقی یا حقوقی، یک سازمان بین‌المللی یا یک دولت به انجام یک فعل یا ترک فعل. در کنوانسیون سرکوب اقدامات تروریسم هسته‌ای، گستره سوءنیت خاص وسیع است. علاوه بر قصد ارتکاب جرم تروریستی که در کنوانسیون با عبارت «به قصد مجبور کردن یک شخص حقیقی یا حقوقی، یک سازمان بین‌المللی یا یک دولت به انجام یک فعل یا ترک فعل» آمده، باعث تحقق جرم می‌شود، وجود قصد قتل یا ایراد صدمات شدید جسمانی و یا ایراد خسارت اساسی به اموال و محیط زیست نیز موجب تحقق جرم تروریستی هسته‌ای می‌شود؛ با این توضیح که به‌کارگیری مواد رادیواکتیو با صرف وجود قصد قتل در مرتکب باعث تحقق جرم تروریستی هسته‌ای می‌شود. همچنین اگر شخصی به‌منظور ایراد خسارت اساسی به اموال و یا محیط زیست از مواد رادیواکتیو یا یک وسیله هسته‌ای و یا از

31. United Nations Office on Drugs and Crime, Fictional Cases Related to Offences under the International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism: a Manual, (Vienna, 2022), p. 14.

تأسیسات هسته‌ای استفاده کند یا به آن خسارت وارد کند، مرتکب جرم تروریستی هسته‌ای شده است.

۳. استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو در حقوق کیفری افغانستان

در حقوق کیفری افغانستان، تروریسم هسته‌ای از جمله استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو، نخستین بار با تصویب قانون مبارزه با جرایم تروریستی در سال ۱۳۸۷ مورد جرم‌انگاری قرار گرفت. بند ۱ ماده ۱۵ این قانون اشعار می‌دارد: «در صورتی که فرد مواد هسته‌ای را بدست آورد، در اختیار خویش قرار دهد یا استعمال، انتقال، تبادل، منهدم یا انتشار نماید و بر اثر آن سبب جراحت شدید یا قتل یا صدمه رسانیدن به دارایی گردد و یا احتمال مجروحیت شدید یا قتل را باعث شود و یا توانایی صدمه رسانیدن به دارایی‌ها را داشته باشد، مرتکب حسب احوال به حداکثر جزای حبس دوام و یا اعدام محکوم می‌شود». قانونگذار افغانستان در این ماده در کنار سایر مصادیق تروریسم هسته‌ای، استعمال، انهدام و انتشار مواد هسته‌ای را جرم‌انگاری و برای آن مجازات تعیین کرده است. قانونگذار در قانون پیش‌گفته، مصادیق تروریسم هسته‌ای را اعم از آنکه مواد هسته‌ای موضوع یا وسیله جرم باشند، ذیل یک حکم واحد قرار داد و بدون تفکیک این رفتارها از حیث آثار و پیامدهای احتمالی، مجازات مشابه برای آنها در نظر گرفت. با این حال، قانونگذار افغانستان با تصویب قانون انرژی هسته‌ای در سال ۱۳۹۵، به جرم‌انگاری برخی از رفتارهای بزهکارانه هسته‌ای پرداخته، اما تعیین کیفر در خصوص رفتارهای بزهکارانه هسته‌ای با انگیزه تروریستی را به قانون دیگر ارجاع داده است. در نهایت، قانونگذار افغانستان با تصویب کود جزا در سال ۱۳۹۶ احکام قوانین کیفری قبلی مخالف با این قانون را ملغی و جرایم مرتبط با مواد هسته‌ای را به صورت منسجم‌تر از قوانین کیفری قبلی مورد جرم‌انگاری قرار داد. کود جزا استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو به‌مثابه ابزار جرم از جمله استعمال و انتشار مواد فوق را به‌عنوان مصادیق تروریسم هسته‌ای در بند ۱ ماده ۲۶۸ جرم‌انگاری کرده است. بر اساس این ماده «شخصی که به‌منظور ارتکاب جرم تروریستی، مواد هسته‌ای و رادیواکتیو را استعمال، انتشار و تخریب نماید و در نتیجه سبب قتل یا وارد نمودن صدمه به اشخاص یا اموال یا تأسیسات گردد، به اعدام محکوم می‌گردد». قانونگذار در کود جزا استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو با انگیزه تروریستی را قبل از سایر مصادیق تروریسم هسته‌ای و به شکل مستقل جرم‌انگاری کرده

و شدیدترین کیفر را در میان تمامی رفتارهای بزهکارانه هسته‌ای اعم از تروریستی و غیرتروریستی برای آن در نظر گرفته است. به این ترتیب، در حقوق کیفری افغانستان رکن قانونی رفتارهای بزهکارانه به‌کارگیری مواد هسته‌ای و رادیواکتیو، بند ۱ ماده ۲۶۸ کود جزا است.

با توجه به مفهوم و اجزای رکن مادی جرم، در حقوق کیفری افغانستان رکن مادی جرم استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو در کود جزا تعریف شده است. بر اساس بند ۱ ماده ۲۶۸ کود جزا، رکن مادی جرم متشکل از رفتارهای مجرمانه شامل استعمال و انتشار، نتیجه مجرمانه شامل قتل، ایراد صدمه به اشخاص، اموال و تأسیسات و رابطه سببیت میان رفتار مجرمانه و نتیجه جرم است.

با توجه به ماده ۲۶۸ کود جزا، مصادیق رفتار مجرمانه در جرم استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو شامل دو عنوان استعمال و انتشار مواد هسته‌ای و رادیواکتیو است که شیوه‌های مختلف استفاده از این مواد را بیان می‌کند. استعمال مواد هسته‌ای گونه‌های مختلف دارد؛ از جمله سناریوهای استعمال مواد هسته‌ای و رادیواکتیو، ساخت و انفجار سلاح هسته‌ای، انفجار سلاح هسته‌ای کامل و استفاده مستقیم از مواد هسته‌ای مانند تزریق ایزوتوب رادیواکتیو در بدن یا مواد غذایی یک شخص خاص.

در سناریوی ساخت سلاح هسته‌ای، تروریست‌ها با دسترسی به مواد هسته‌ای، حداقل دو نوع سلاح هسته‌ای را می‌توانند بسازند. سلاح هسته‌ای از نوع تفنگی یا شلیک که در آن مواد هسته‌ای قبل از انفجار در تعدادی قطعه به‌طور جداگانه با جرم زیربحرانی نگهداری می‌شوند. با استفاده از ماده منفجره معمولی این توده‌ها به هم وصل می‌شوند و با تزریق نوترون به جرم بحرانی، واکنش زنجیره‌ای آغاز و سپس سلاح منفجر می‌شود. سلاح هسته‌ای استفاده‌شده در هیروشیما ژاپن از این نوع بود.^{۳۲} در سلاح هسته‌ای انفجاری یک توده کروی زیربحرانی از مواد هسته‌ای به‌طور متقارن چنان فشرده می‌شود تا توده پیش‌گفته بحرانی شود. برای بازدهی خوب، از اورانیوم غنی‌شده با غلظت بالا و یا پلوتونیم غنی‌شده استفاده می‌شود. بمب استفاده‌شده

32. Christoph Wirz and Emmanuel Egger, "Use of Nuclear and Radiological Weapons by Terrorists?", *International Review of the Red Cross*, No. 859, (2005), p. 2.

در ناکازاکی از نوع انفجاری بود.^{۳۳} ساخت و انفجار هریک از سلاح‌های هسته‌ای به دلیل مشکل دسترسی به مواد شکافت‌پذیر و قابلیت علمی، برای یک سازمان تروریستی دشوار است. هم‌زمان، غنی‌سازی اورانیوم و تولید پلوتونیم برای یک سازمان تروریستی بعید است، اما احتمال سرقت و یا خرید مواد شکافت‌پذیر وجود دارد.^{۳۴} طراحی نقشه کامل برای استعمال یک سلاح هسته‌ای بداهه یا دست‌ساز نیازمند تخصص در چندین زمینه از جمله خواص فیزیکی، شیمیایی و متالورژیکی مواد مختلف، خواص نیوترونیکی، آثار تشعشعات هسته‌ای است.^{۳۵} در مورد انفجار سلاح هسته‌ای کامل باید یادآور شد که انفجار یک سلاح هسته‌ای متناسب با سیستم طراحی سلاح، چالش‌هایی را برای یک سازمان تروریستی به همراه دارد. هرچند بسیاری از سلاح‌های هسته‌ای جدید مجهز به قفل‌های الکترونیکی از جمله کدها یا پیوندهای اقدام مجاز و ویژگی تلاش محدودند، اما برخی اطلاعات نشان می‌دهد که سلاح‌های هسته‌ای قدیمی ساخته‌شده از سوی روسیه ممکن است از چنین ایمنی برخوردار نباشند.^{۳۶}

با وجود شک و تردیدها در مورد توانایی و احتمال استفاده تروریست‌ها از سلاح هسته‌ای، اما استفاده از مواد هسته‌ای به‌ویژه ساخت و انفجار سلاح هسته‌ای، پیامدهای زبان‌باری به‌دنبال خواهد داشت. انفجار سلاح هسته‌ای شکافت‌پذیر، مقدار زیادی انرژی تولید می‌کند که منجر به گرما و تشعشعات انفجاری می‌شود. در این شرایط، باران رادیواکتیو، طوفان آتش و باد شدید ناشی از انفجار باعث تلفات و خسارات گسترده می‌شود.^{۳۷} هنگام انفجار مواد هسته‌ای، تا چهار مایلی مرکز انفجار، تنها بدنه ساختمان‌ها باقی می‌ماند و تا ده مایلی انفجار تشعشعات حرارتی آن‌قدر شدید است که باعث سوختگی پوست افراد می‌شود. در فاصله دو مایلی مرکز انفجار هیچ چیز نمی‌تواند انفجار با بادهای ۵۰۰ مایل در ساعت را تحمل کند.^{۳۸} برای مثال، انفجار بمب

۳۳. کیوان غنی کله‌لو، پیشین، ص ۴۳.

34. *Ibid*, p. 4.

35. James W. Moore, "Nuclear Terrorism: Exaggerating the Threat?", *Journal of Conflict Studies*, No. 1, (2006), p. 13.

36. Matthew Bunn and Anthony Wier, "Terrorist Nuclear Weapon Construction: How Difficult?", *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, No. 607, (2018), p. 12.

37. Muhammad Wajeed, "Nuclear Terrorism: A Potential Threat to World's Peace and Security", *Journal of Security & Strategic Analyses*, No. 2 (2021), p. 15.

38. Don G Bates, "The Medical and Ecological Effects of Nuclear War", *Mcgill Law Journal*, No. 28 (1983), p. 10

هسته‌ای به نام پسر کوچک بر فراز شهر هیروشیما در ژاپن موجب آتش‌سوزی تا فاصله دو مایلی از مرکز انفجار شد و محدوده دو مایل مربع را با خاک یکسان کرد.^{۳۹}

قانونگذار در کود جزا با ذکر کلمه استعمال، هرگونه به‌کارگیری مواد هسته‌ای و رادیواکتیو را جرم‌انگاری کرده است. قانونگذار افغانستان برخلاف کنوانسیون، استفاده از وسیله رادیواکتیو را جرم‌انگاری نکرده است و از این نگاه روش جرم‌انگاری در کنوانسیون دقیق به نظر می‌رسد. بهتر بود که قانونگذار افغانستان مانند کنوانسیون سرکوب اعمال تروریسم هسته‌ای با تعریف وسیله رادیواکتیو استفاده از وسایل رادیواکتیو اعم از وسایل انفجاری هسته‌ای و وسایل انتشار رادیواکتیو را به‌گونه‌ای مفصل جرم‌انگاری می‌کرد. اما با وجود کاستی‌های یادشده، رفتار مادی استعمال را می‌توان بر هرگونه به‌کارگیری مواد هسته‌ای و رادیواکتیو مانند استفاده از انواع بمب‌های منفجره هسته‌ای، استفاده از مواد هسته‌ای برای مسموم ساختن هدف موردنظر و سایر روش‌ها تعمیم داد. در واقع، قانونگذار یک قالب مجرمانه را به نام استعمال مواد هسته‌ای و رادیواکتیو مطرح کرده تا از طریق آن، هرگونه رفتار مجرمانه استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو را مجازات نماید. این مسئله را می‌توان در قالب تحلیل نظام جرم‌انگاری بررسی کرد. در قانونگذاری کیفی با توجه به منافع مورد حمایت قانون و پیامدهای احتمالی رفتارهایی که منافع مورد حمایت قانون را به مخاطره می‌اندازند، سیاست جنایی متفاوتی اتخاذ می‌شود. تأمین امنیت در جامعه به‌عنوان یکی از وظایف اساسی هر دولت، جرم‌انگاری امنیت‌مدار را در قبال رفتارهای بزهکارانه‌ای که امنیت جامعه را مختل می‌کنند، توجیه می‌کند. یکی از راهکارهای مهم جرم‌انگاری امنیت‌مدار، به‌کارگیری کمترین قیود قانونی برای توصیف رفتار مجرمانه است.^{۴۰} به این ترتیب، قانونگذار افغانستان در جرم‌انگاری جرایم تروریستی هسته‌ای از جمله استعمال مواد هسته‌ای و رادیواکتیو، از سیاست جرم‌انگاری امنیت‌مدار استفاده کرده و تمام جلوه‌های به‌کارگیری مواد هسته‌ای را با عبارت موسع استعمال جرم‌انگاری کرده است.

انتشار مواد هسته‌ای و رادیواکتیو روش دیگر استفاده از مواد هسته‌ای در جرایم تروریستی

39. Felicia McCrary and Mona Baumgarten, "Casualties of War: The Short- and Long-Term Effects of the 1945 Atomic Bomb Attacks on Japan", *Young Epidemiology Scholars Program*, (2007), p. 8.

۴۰. سید نصیر کلاتری و همکاران، «بررسی تطبیقی جرم‌انگاری امنیت‌مدار در جرایم علیه امنیت ملی (مطالعه موردی حقوق کیفی ایران و فرانسه)»، *جامعه‌شناسی سیاسی ایران*، ش ۱۲ (۱۴۰۱)، ص ۹.

هسته‌ای است. انتشار مواد هسته‌ای و رادیواکتیو یا تروریسم رادیولوژیک اشکال مختلف دارد. دو شیوه متداول آن، استفاده از بمب کثیف یا دستگاه پراکنده رادیولوژیک و دستگاه قرار گرفتن در معرض پرتوهای رادیولوژیک^{۴۱} است^{۴۲}. بمب کثیف یک وسیله ساده است که از مواد منفجره معمولی برای پخش ماده رادیواکتیو استفاده می‌کند و اگر در مناطق پرجمعیت مانند ایستگاه قطار شهری منفجر شود، خطرهای زیادی برای سلامت انسان دارد^{۴۳}. هرچند دستگاه‌های رادیولوژیک برای ایجاد تلفات گسترده ایدئال نیستند، اما تأثیرگذاری روانی آن‌ها بالاست؛ زیرا ممکن است دولت‌ها بتوانند آثار رادیولوژیکی حمله را پاک کنند، اما بازگرداندن اعتماد عمومی دشوار و زمان‌بر است.

هرچند مواد هسته‌ای با قابلیت نظامی شدیداً محافظت می‌شود و دستیابی تروریست‌ها به آن دشوار است، اما سایر انواع مواد رادیواکتیو دارای کاربرد پزشکی، صنعتی و تحقیقاتی، از معیارهای ایمنی لازم همانند مواد هسته‌ای دارای قابلیت نظامی برخوردار نیستند. از این رو، تروریست‌ها می‌توانند با به دست آوردن مواد رادیواکتیو و منفجر کردن مواد منفجره معمولی در کنار آن، یک دستگاه پراکنده رادیولوژیکی^{۴۴} ایجاد کنند. یک حمله تروریستی رادیولوژیک هرچند به وسعت انفجار سلاح هسته‌ای نیست، اما می‌تواند یک منطقه وسیع را آلوده سازد و زیان‌های اقتصادی زیادی را به دنبال داشته باشد. در کنار استفاده از بمب‌های کثیف، تروریست‌ها می‌توانند با آلوده کردن مواد غذایی از طریق مواد رادیواکتیو یا با استفاده از هواپیما، مواد رادیواکتیو را منتشر کنند و موجب ایجاد رعب و وحشت در جامعه شوند^{۴۵}.

اگرچه از زمان شکل‌گیری زمین، انسان‌ها و سایر موجودات زنده در معرض تشعشعات ساطع شده از عناصر رادیواکتیو مانند تشعشعات ناشی از هسته‌های پرتوزای طبیعی قرار گرفته‌اند^{۴۶}، اما میزان این پرتوها در حالت عادی محدود به مقداری است که برای موجودات زنده

41. RED

42. Pomper, Miles A and Gabrielle Tarini, ALP Conference Proceedings, (2017), p. 2.

43. Edgar Jiménez García, "Radiological and Nuclear Terrorism: Definition, Nature, Scenarios and Deterrence", *ieee.es* (2019), p. 8.

44. RDD

45. Jonathan Medalia, "Dirty Bombs": Background in Brief, Congressional Research Service, (2011), p. 1.

46. Health Physics Society, Background Radiation, Health Physics Society Specialists in Radiation Safety, (2012), p. 1.

از جمله انسان زیان‌بار نیست. انتشار مواد رادیواکتیو منجر به قرار گرفتن افراد و سایر موجودات زنده در معرض پرتو بیش از حد مجاز می‌شود. کاربرد پرتو رادیواکتیو بیشتر از دُز مجاز، وابسته به نوع پرتو، مدت زمان قرارگیری در معرض و خواص ماده قرار گرفته در معرض پرتو است. به‌طور کلی، دُزهای بیش از ۵۰ گری به دستگاه مرکزی اعصاب چنان آسیب می‌زنند که ظرف چند روز منتهی به مرگ می‌شود.^{۴۷}

مقنن افغانستان انتشار مواد هسته‌ای و رادیواکتیو را مانند رفتار مجرمانه استعمال به صورت عام به‌عنوان مصداقی از جرم تروریسم هسته‌ای در کود جزا، جرم‌انگاری نموده است. هرچند با جرم‌انگاری استعمال مواد هسته‌ای و رادیواکتیو نیاز به جرم‌انگاری انتشار آن نبود و کلمه استعمال قابل تعمیم به تمامی شیوه‌های استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو بوده، اما به‌نظر می‌رسد قانونگذار در ماده فوق با جرم‌انگاری انتشار مواد هسته‌ای و رادیواکتیو به تروریسم رادیولوژیک اشاره نموده است. قانونگذار افغانستان در ماده پیش‌گفته، شیوه انتشار، نوع مواد رادیواکتیو و وسیله استفاده شده در انتشار مواد رادیواکتیو را مشخص نکرده است. با توجه به اطلاق و عموم اصطلاح انتشار، به‌نظر می‌رسد که تمام شیوه‌های انتشار با هر وسیله‌ای مشمول این ماده می‌شود.

در بحث نتیجه مجرمانه، برخلاف دیدگاه نویسندگان کنوانسیون سرکوب اعمال تروریسم هسته‌ای که استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو را به صورت مطلق جرم‌انگاری نموده‌اند، قانونگذار افغانستان جرم یادشده را به صورت مقید جرم‌انگاری کرده است. بند نخست ماده ۲۶۸ کود جزا در این خصوص اشعار می‌دارد: «شخصی که به‌منظور ارتکاب جرم تروریستی، مواد هسته‌ای یا رادیواکتیو را استعمال، انتشار یا تخریب کند و در نتیجه سبب قتل یا وارد نمودن صدمه به اشخاص یا اموال یا تأسیسات گردد، به اعدام محکوم می‌گردد». قانونگذار در این ماده، تحقق جرم موردنظر را منوط به قتل یا مصدومیت اشخاص، اموال و تأسیسات کرده است. در خصوص قتل به‌عنوان نتیجه مجرمانه، دیدگاه قانون واضح است و ابهامی در آن وجود ندارد، لیکن در خصوص ایراد صدمه به اشخاص، اموال و تأسیسات مبهم به‌نظر می‌رسد. هرچند

۴۷. برنامه محیط زیست سازمان ملل متحد، تابش اثرات و منابع، ترجمه پژوهشگاه علوم و فنون هسته‌ای ایران و مرکز نظام ایمنی هسته‌ای ایران، (۱۳۹۵)، ص ۱۴.

قانونگذار افغانستان در قانون مبارزه علیه جرایم تروریستی در بحث ایراد صدمات به اشخاص، اموال و تأسیسات، تحقق جرم تروریستی هسته‌ای را به ایراد صدمه شدید به اشخاص به‌عنوان نتیجه مجرمانه مشروط کرده بود، اما کود جزا میزان صدمه وارده به اشخاص، اموال و تأسیسات را مشخص نکرده است. به‌نظر می‌رسد با توجه به متن ماده، حتی ایراد کوچک‌ترین صدمه هم موجب تحقق جرم تروریستی هسته‌ای شود. در بحث ایراد صدمه به اموال باید یادآور شد که با توجه به تعریف مال در قانون مدنی افغانستان که شامل «هر آن عین و حقی است که نزد مردم قیمت مادی داشته باشد»، با ایراد هر نوع صدمه به اموال، جرم تروریستی هسته‌ای محقق می‌شود. در مورد ایراد صدمه به تأسیسات، هرچند بر مبنای متن قانون، وارد کردن صدمه به تأسیسات باعث تحقق جرم می‌شود، اما مقنن در مورد مفهوم و نوع تأسیسات که ایراد صدمه به آنها باعث تحقق جرم می‌شود، توضیح نداده است. هرچند در بندهای ۶ و ۷ ماده ۲۶۳ کود جزا به تعریف تأسیسات زیربنایی و تأسیسات ثابت دریایی و بحری پرداخته شده، اما با توجه به متن ماده به‌نظر می‌رسد مراد از تأسیسات یادشده در بند نخست ماده ۲۶۸، تمامی تأسیسات اعم از زیربنایی، دریایی، هسته‌ای و سایر تأسیساتی است که برای ارائه انواع خدمات ساخته شده‌اند.

قانونگذار افغانستان در جرم‌انگاری استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو از یک سو جرایم فوق را به صورت مقید جرم‌انگاری کرده و از این جهت نسبت به کنوانسیون سرکوب اعمال تروریسم هسته‌ای روش سهل‌گیرانه‌ای اتخاذ نموده، اما از سوی دیگر برای شروع‌کننده و تبانی‌کنندگان برای ارتکاب جرایم فوق مجازات همسان با جرم کامل در نظر گرفته است. به این ترتیب، قانونگذار افغانستان، جرم استفاده از مواد هسته‌ای به‌منظور ارتکاب جرم تروریستی هسته‌ای را به‌گونه مقید جرم‌انگاری کرده است. لذا همان‌طور که مطرح شد، در جرایم مقید، وجود رابطه علیت میان رفتار مجرمانه و نتیجه آن الزامی است. بند اول ماده ۲۶۸ کود جزا چنین بیان می‌دارد: «شخصی که به منظور ارتکاب جرم تروریستی، مواد هسته‌ای یا رادیواکتیو را استعمال، انتشار یا تخریب کند و در نتیجه سبب قتل یا وارد نمودن صدمه به اشخاص یا اموال یا تأسیسات گردد، به اعدام محکوم می‌گردد». قانونگذار در این بند وجود رابطه سببیت را میان رفتار مجرمانه یعنی استعمال و انتشار مواد هسته‌ای و رادیواکتیو و نتیجه مجرمانه آن، یعنی قتل و ایراد صدمه به اشخاص، اموال و تأسیسات لازم می‌داند. لذا، برای تحقق کامل جرم و احراز

مسئولیت کیفری مرتکب، باید میان رفتار مجرمانه و نتیجه آن رابطه متعارف و منطقی وجود داشته باشد. در صورت عدم اثبات رابطه سببیت میان رفتار مجرمانه و نتیجه آن، جرم موردنظر محقق نمی‌شود.

در مبحث تروریسم هسته‌ای، به‌خصوص به‌کارگیری مواد هسته‌ای و رادیواکتیو، در مورد آثار فوری استعمال مواد رادیواکتیو، مانند قتل، جراحات و خسارات مالی و اقتصادی، اثبات رابطه علیت ساده است، اما در مورد آثار میان‌مدت و بلندمدت این جنایات، ممکن است مسئله تداخل اسباب در جنایت مطرح شود. برای مثال، شخصی که در اثر انتشار مواد رادیواکتیو به سرطان مبتلا شود و در اثر خطای پزشکی بمیرد، در این حالت مقصر کیست؟ پزشک خاطی یا شخصی که مواد هسته‌ای را منتشر کرده است؟ به‌نظر می‌رسد برای پاسخ به مسئله فوق باید به عرف رجوع کرد و دید که آیا ابتلا به سرطان به‌تنهایی برای مرگ مجنی‌علیه کافی بوده و یا در صورت عدم ابتلا به سرطان، خطای پزشکی فوق برای مرگ مجنی‌علیه کفایت می‌کرده است یا اینکه هردو سبب در ایجاد نتیجه سهیم‌اند.

علاوه بر جرم‌انگاری و ارتکاب رفتار مجرمانه از سوی مرتکب، وجود رکن روانی در مرتکب برای تحقق جرم موردنظر لازم است. ماده ۳۸ کود جزای افغانستان، رکن معنوی را چنین بیان می‌دارد: «عنصر معنوی جرم عبارت است از قصد جرمی، علم و آگاهی به جرم و نتیجه آن یا خطای جرمی». بر اساس این ماده، رکن معنوی در جرایم عمد قصد مجرمانه، علم و آگاهی به جرم و نتیجه آن و در جرایم غیرعمد خطای جزایی است. منظور از علم و آگاهی این است که مرتکب به موضوع و اجزای عنصر مادی جرم علم داشته باشد. به عبارت دیگر، علم شامل کل رکن مادی جرم است. از این رو، مرتکب باید به تمام اجزای رکن مادی که برای تحقق جرم لازم هستند، آگاهی داشته باشد. مراد از قصد مجرمانه نیز در ماده مورد اشاره، اراده ارتکاب رفتار و تحقق نتیجه مجرمانه است.

جرایم تروریستی هسته‌ای، به‌ویژه استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو، از جمله جرایم عمدی است. بر اساس بند اول ماده ۲۶۸ کود جزا «شخصی که به‌منظور ارتکاب جرم تروریستی، مواد هسته‌ای یا رادیواکتیو را استعمال، انتشار یا تخریب کند و در نتیجه سبب قتل یا وارد نمودن صدمه به اشخاص یا اموال یا تأسیسات گردد، به اعدام محکوم می‌گردد». هرچند قانونگذار در

این ماده بر عمدی بودن جرم تصریح نکرده، اما تحقق جرم را منوط به وجود سوءنیت خاص یعنی ارتکاب جرم با قصد تروریستی دانسته است. وجود سوءنیت عام مقدم بر سوءنیت خاص است؛ یعنی هنگامی که مقنن تحقق جرایم را منوط بر وجود سوءنیت خاص در مرتکب می‌داند، وجود سوءنیت عام به طریق اولی باید وجود داشته باشد. علاوه بر آن، در حقوق کیفری، اصل بر عمدی بودن جرایم بوده، ارتکاب جرم با خطای جزایی استثنا است. لذا، حتی اگر مقنن عمدی بودن جرم را در متن قانون تصریح نکرده باشد، باز هم اصل بر عمدی بودن جرم است.

در جرم استفاده از مواد هسته‌ای از نگاه قانونگذار افغانستان، علم مرتکب شامل آگاهی به هسته‌ای بودن مواد است؛ با این توضیح که جهل به هسته‌ای بودن مواد باعث زوال رکن روانی و غیرعمدی بودن جرم می‌شود. البته در مورد مواد هسته‌ای و رادیواکتیو این بحث قابل طرح است که آیا تشخیص هسته‌ای و غیرهسته‌ای بودن مواد برای همه مقدور است یا نیاز به اطلاعات علمی دارد. در پاسخ باید گفت که برای تحقق جرم موردنظر نیاز نیست که متهم دانش تخصصی نسبت به ماهیت مواد مورد استفاده داشته باشد، فقط کافی است شخص آگاه باشد که مواد و وسیله مورد استفاده خطرناک است و باعث قتل، ایراد صدمات شدید و یا خسارت اساسی می‌شود تا وی متهم به ارتکاب جرم موردنظر گردد.

در کنار علم و آگاهی، رفتار مجرمانه باید به گونه‌ای ارادی ارتکاب یافته باشد. در حقوق کیفری مادام که از اراده سخن به میان می‌آید، منظور رفتار اختیاری است؛ با این توضیح که فاعل با آگاهی کامل و برخورداری از قدرت انتخاب مرتکب رفتاری شود که قانونگذار آن را جرم‌انگاری کرده است.^{۴۸} بر مبنای دیدگاه عام نویسندگان حقوق کیفری، اراده ارتکاب رفتار مجرمانه را در حقوق کیفری سوءنیت عام می‌نامند. بر مبنای دیدگاه دیگر، سوءنیت عام در جرایم مطلقاً، صرفاً اراده ارتکاب رفتار مجرمانه است و در جرایم مقید، اراده ارتکاب رفتار مجرمانه و نیز تحقق نتیجه موردنظر قانون. حقوق کیفری افغانستان در جرم‌انگاری جرایم تروریستی به صورت عام و در جرم استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو به عنوان مصداقی از تروریسم هسته‌ای به صورت خاص، نظریه دوم را ملاک قرار داده است. مقنن افغانستان جرم استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو را به صورت مقید جرم‌انگاری نموده و سوءنیت عام در جرم موردنظر، اراده ارتکاب رفتار مجرمانه و

۴۸. محمدعلی اردبیلی، حقوق جزای عمومی، ج ۱، (تهران: میزان، ۱۴۰۰)، ص ۱۷۴.

تحقق نتیجه موردنظر قانون است. به خصوص استعمال و انتشار مواد هسته‌ای و رادیواکتیو از جرایم عمدی بوده، برای تحقق آنها متهم باید با اراده آزاد مرتکب رفتار مجرمانه شده باشد. ارتکاب هریک از رفتارهای یادشده بدون اراده، مانند حالت خواب یا در حالتی که مرتکب اکراه شده، باعث عدم تحقق جرایم موردنظر می‌شود.

کود جزای افغانستان تحقق جرایم تروریستی را که بعضی از آنها از جمله جرایم مقید بوده و برای تحقق آنها نیاز به نتیجه مجرمانه است، مشروط بر وجود سوءنیت خاص در مرتکب می‌داند. در جرم استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو، علاوه بر اینکه قانونگذار افغانستان در قانون مبارزه با جرایم تروریستی و کود جزا تحقق جرم موردنظر را منوط به تحقق نتیجه مجرمانه، یعنی قتل، ایراد صدمه به اشخاص، اموال و تأسیسات نموده، وجود سوءنیت خاص یعنی قصد ارتکاب جرم تروریستی را نیز لازم دانسته است. در نتیجه، سوءنیت خاص جرایم تروریستی هسته‌ای قصد ارتکاب جرم تروریستی است. بر اساس بند اول ماده ۲۶۳ کود جزا، ارتکاب اعمال مجرمانه مندرج در این فصل به منظور تحت تأثیر قرار دادن سیاست دولت جمهوری اسلامی افغانستان یا دولت خارجی و یا مؤسسه‌ها و سازمان‌های ملی یا بین‌المللی یا بی‌ثبات ساختن نظام دولت جمهوری اسلامی افغانستان و یا دولت خارجی موجب تحقق جرم تروریستی می‌شود. بر مبنای ماده یادشده، آنچه جرم تروریستی را از سایر جرایم علیه امنیت، دولت و مصونیت عامه تفکیک می‌کند، سوءنیت خاص است.^{۴۹} سوءنیت خاص در جرایم تروریستی ارتکاب جرایم مندرج در فصل دوم، باب اول از کتاب دوم کود جزا «به منظور تحت تأثیر قرار دادن سیاست دولت افغانستان، دولت خارجی و سایر نهادها و سازمان‌های ملی و بین‌المللی و یا بی‌ثبات ساختن نظام دولت افغانستان و یا دولت خارجی» است. همان‌طور که مشاهده می‌شود در حقوق کیفری افغانستان، انگیزه تروریستی یک سوءنیت خاص است؛ یعنی قانونگذار افغانستان ارتکاب یک تعداد از جرایم عادی مانند تخریب تأسیسات زیربنایی را با سوءنیت خاص یعنی تحت تأثیر قرار دادن سیاست دولت جمهوری اسلامی افغانستان و یا بی‌ثباتی دولت، جرم تروریستی می‌داند.

در جرم استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو، سوءنیت خاص همان قصد ارتکاب جرم تروریستی است؛ با این توضیح که مرتکب باید مواد رادیواکتیو را برای ایجاد بی‌ثباتی و یا تحت

۴۹. بنیاد آسیا، شرح کود جزای افغانستان جلد اول، (کابل: سعید، ۱۳۹۸)، ص ۲۳۵.

تأثیر قرار دادن سیاست دولت جمهوری اسلامی افغانستان یا دولت خارجی یا یک سازمان بین‌المللی به‌کارگرفته باشد تا وی به‌عنوان مرتکب جرم تروریسم هسته‌ای شناخته شود. لذا در جرم موردنظر سوءنیت خاص ارادهٔ پیدایش نتیجهٔ مجرمانه نیست، بلکه همان انگیزهٔ مجرمانه است که در حقوق کیفری به آن سوءنیت خاص گفته می‌شود. هرچند کود جزای افغانستان در مادهٔ ۴۶ بر عدم تأثیر انگیزه در رکن روانی جرم به‌عنوان یک اصل پرداخته است، اما به‌نظر می‌رسد چنین اصلی شامل همهٔ جرایم نمی‌شود؛ چنان‌که جرایم مرتبط با مواد هسته‌ای از جمله به‌کارگیری مواد هسته‌ای به‌منظور ارتکاب جرم تروریستی نیاز به انگیزهٔ مجرمانه یا سوءنیت خاص یعنی تحت تأثیر قرار دادن سیاست دولت و یا بی‌ثباتی دولت دارد.

۴. استفاده از مواد و وسایل هسته‌ای در حقوق کیفری ایران

تروریسم هسته‌ای به‌ویژه استفاده از مواد و وسایل هسته‌ای و رادیواکتیو در حقوق کیفری ایران به صورت مستقل جرم‌انگاری نشده است. هرچند قانونگذار ایران در قانون مجازات قاچاق اسلحه و مهمات و دارندگان سلاح و مهمات غیرمجاز مصوب ۱۳۹۰، خرید، فروش، نگهداری، حمل و توزیع مواد رادیواکتیو، سلاح مهمات و قطعات مهم رادیواکتیو را جرم‌انگاری کرده، اما استفاده از مواد و وسایل هسته‌ای و رادیواکتیو را به‌عنوان مصداقی از تروریسم هسته‌ای مورد جرم‌انگاری قرار نداده است. لذا، با توجه به عدم جرم‌انگاری تروریسم هسته‌ای به صورت مستقل، امکان تسری عناوین مجرمانهٔ محاربه و افساد فی‌الارض به جرایم تروریستی هسته‌ای از جمله استفاده از مواد و وسایل هسته‌ای و رادیواکتیو وجود دارد.^{۵۰} با درنظر داشت رویکرد کنوانسیون سرکوب اعمال تروریسم هسته‌ای و قانونگذار افغانستان در قبال جرایم یادشده، در ادامه به بررسی عناوین مجرمانهٔ محاربه و افساد فی‌الارض و امکان تسری آنها به جرایم تروریستی هسته‌ای پرداخته می‌شود.

محاربه از ریشهٔ حرب و به معنی جنگ یا ناسازگاری است.^{۵۱} محاربه از جمله جرایم حدی

۵۰. سید مصطفی مشکات، «جستاری بر هم‌پوشانی محاربه و افساد فی‌الارض در مواجهه با اعمال تروریسم هسته‌ای»، پژوهش‌های حقوقی، ش ۴۵ (۱۴۰۰)، ص ۱۲۹.

۵۱. مجید شریف‌زاد و محمدجعفر حبیب‌زاده، «بررسی رابطهٔ جرم محاربه و افساد فی‌الارض از مبانی فقهی تا رویهٔ قضایی»، مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، ش ۴۵ (۱۴۰۱)، ص ۸.

بوده، مبنای شرعی آن آیات ۳۲ و ۳۳ سوره مائده است. تفاسیر متعددی از آیات پیش گفته، منجر به ارائه تعاریف متعدد از جرم محاربه از سوی فقهای اسلامی شده است. از نگاه فقهای اهل سنت، محاربه به معنی راهزنی یا سرقت کبری است.^{۵۲} در دیدگاه مشهور فقهای امامیه، محاربه به معنی کشیدن سلاح به قصد ترساندن مردم است.^{۵۳} به عبارت دیگر، محاربه عبارت از برهنه کردن سلاح برای ترساندن مردم در شب یا روز در داخل یا برون شهر است.^{۵۴} با نگاه به این تعریف، محاربه به عنوان یک جرم مطلق با صرف کشیدن سلاح به قصد ترساندن مردم محقق می‌شود؛ هرچند مردم در اثر این عمل بترسند یا خیر. برخلاف دیدگاه یادشده، قانون مجازات اسلامی جرم محاربه را با گسترش سوءنیت خاص به گونه‌ای مقید جرم‌انگاری کرده است. ماده ۲۷۹ در این مورد اشعار می‌دارد: «محاربه عبارت از کشیدن سلاح به قصد جان، مال یا ناموس مردم یا ارباب آنها است، به نحوی که موجب نا امنی در محیط گردد. هرگاه کسی با انگیزه شخصی به سوی یک و یا چند شخص خاص سلاح بکشد و عمل او جنبه عمومی نداشته باشد و نیز کسی که به روی مردم سلاح بکشد ولی در اثر ناتوانی موجب سلب امنیت نشود محارب محسوب نمی‌شود». بر اساس ماده یادشده، رکن مادی جرم محاربه شامل رفتار مجرمانه، شرایط قانونی و نتیجه مجرمانه است.

رفتار مجرمانه شامل کشیدن سلاح است و از این جهت نیاز به رفتار اضافی دیگر برای تحقق جرم مورد نظر نیست.^{۵۵} شرایط قانونی شامل موضوع جرم، وسیله ارتکاب جرم، و رابطه علیت است. موضوع جرم محاربه عبارت از امنیت مردم است. با توجه به نتیجه مجرمانه‌ای (ناامنی) که برای محاربه در نظر گرفته شده، می‌توان گفت که جرم محاربه از جمله جرایم علیه امنیت بوده، موضوع آن امنیت مردم است. وسیله ارتکاب جرم در محاربه، سلاح است. با توجه به استفاده مطلق از سلاح و عدم تعیین نوعیت آن در ماده یادشده، به نظر می‌رسد منظور از سلاح در ماده قانونی پیش گفته، سلاح به مفهوم عرف است. در کنار ارتکاب رفتار مجرمانه و وجود شرایط

۵۲. عبدالقادر عوده، بررسی تطبیقی حقوق جزای اسلامی و قوانین عرفی، ترجمه حسن فرهودی‌نیا، ج ۴، (تهران: یادآوران، چ ۱، ۱۳۹۰)، ص ۳۱۸.

۵۳. مجید شریف‌زاد و محمدجعفر حبیب‌زاده، پیشین، ص ۱۱.

۵۴. احمدرضا توکلی، «بررسی ماهیت محاربه و افساد فی الارض و نقد قواعد کیفری مربوطه»، فقه و حقوق اسلامی، ش ۲۸ (۱۳۹۱)، ص ۴۵.

۵۵. حسن یوبافرانی، «تحلیل جرم محاربه»، فقه و حقوق اسلامی، ش ۴ (۱۳۹۱)، ص ۶۸.

قانونی، تحقق نتیجه مجرمانه و وجود رابطه علیت میان رفتار و نتیجه لازم است. جرم محاربه از جمله جرایم عمدی بوده، رکن روانی آن شامل علم و سوءنیت است. سوءنیت عام، شامل اراده ارتکاب رفتار مجرمانه و سوءنیت خاص، شامل اراده تحقق نتیجه مجرمانه است.

با توجه به مفهوم و ارکان جرم محاربه از لحاظ فقهی و قانونی، در مورد انطباق آن با جرم تروریسم هسته‌ای باید میان جرم تام و حالت شروع به جرم، تفکیک قائل شد. در جرم تام یا کامل استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو هرچند از حیث موضوع و وسیله ارتکاب جرم میان استفاده از مواد و وسایل هسته‌ای و رادیواکتیو و محاربه هم‌پوشانی وجود دارد- با این توضیح که جرایم تروریستی هسته‌ای و جرم محاربه هردو در زمره جرایم علیه امنیت قرار می‌گیرند و وسایل ارتکاب جرم در هردو مورد سلاح است- اما از حیث رفتار مجرمانه با هم تفاوت اساسی دارند؛ زیرا در جرم محاربه با توجه به دیدگاه فقها و اطلاق ماده ۲۷۹ قانون مجازات اسلامی، رفتار مجرمانه شامل کشیدن سلاح است، در حالی که در جرم استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو رفتار مجرمانه استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو است. لذا، اگر استفاده از مواد هسته‌ای در قالب ساخت سلاح هسته‌ای و رادیواکتیو فرض شود، باز هم نمی‌توان میان این دو جرم هم‌پوشانی ایجاد کرد و ماده ۲۷۹ قانون مجازات را بر جرم استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو اعمال کرد. اما در مورد شروع به جرم استفاده از مواد رادیواکتیو، به‌ویژه استفاده از سلاح هسته‌ای و رادیواکتیو، میان کشیدن سلاح هسته‌ای و رادیواکتیو به قصد قتل، ایراد صدمه شدید جسمانی و ایراد خسارت اساسی به اموال و محیط زیست، به‌عنوان شروع به جرم با جرم محاربه (کشیدن سلاح به قصد جان، مال یا ناموس مردم یا ارباب آنها) هم‌پوشانی وجود دارد. بنابراین ماده ۲۷۹ قانون مجازات اسلامی قابل تسری به موارد شروع به جرم استفاده از سلاح هسته‌ای و رادیواکتیو است.

افساد فی‌الارض یکی دیگر از جرایم حدی در نظام حقوق کیفری ایران است که با توجه به برخی مصادیق آن از جمله پخش مواد خطرناک، با بعضی از مصادیق جرم استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو هم‌پوشانی داشته، امکان تسری جرم موردنظر به مصادیق تروریسم هسته‌ای مطرح می‌شود. از نگاه فقهی در سنت فقهی امامیه، اساساً تأسیس مستقلی که به تعریف

و توضیح افساد فی الارض به‌عنوان جرم مستقل بپردازد، وجود ندارد.^{۵۶} در قوانین کیفری ایران جرم افساد فی الارض با تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به‌عنوان جرم مستقل تعریف شد. ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی در این مورد چنین اشعار می‌دارد: «هرکس به طور گسترده، مرتکب جنایت علیه تمامیت جسمانی افراد، جرایم علیه امنیت داخلی یا خارجی کشور، نشر اکاذیب، اختلال در نظام اقتصادی کشور، احراق و تخریب، پخش مواد سمی و میکروبی و خطرناک، یا دایر کردن مراکز فساد یا فحشا یا معاونت در آنها گردد، به گونه‌ای که موجب اختلال شدید در نظم عمومی کشور، نا امنی یا ورود خسارت عمده به تمامیت جسمانی افراد یا اموال عمومی و خصوصی، یا سبب اشاعه فساد یا فحشا در حد وسیع گردد مفسد فی الارض محسوب و به اعدام محکوم می‌گردد».

با توجه به ماده یادشده، رکن مادی جرم افساد فی الارض شامل رفتارهای مجرمانه متعددی از جمله پخش مواد خطرناک است که با انتشار مواد هسته‌ای و رادیواکتیو هم‌پوشانی دارد. هرچند قانونگذار ایران در ماده فوق به‌طور مستقیم به مواد هسته‌ای و رادیواکتیو اشاره نکرده اما با توجه به کسند بودن بالقوه مواد هسته‌ای و رادیواکتیو می‌توان این مواد را جزء مواد خطرناک دانست و ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی را به انتشار مواد رادیواکتیو به‌عنوان نوعی استفاده از مواد هسته‌ای در جرایم تروریستی هسته‌ای تعمیم داد. با آنکه ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی بر انتشار مواد هسته‌ای به‌عنوان مصداقی از جرم افساد فی الارض ذیل پخش مواد خطرناک قابل اعمال است، اما برخی شرایط قانونی خاص حاکم بر جرم افساد فی الارض باعث شده است تا مصداقی زیادی از انتشار مواد هسته‌ای از گستره جرم افساد فی الارض خارج شوند. بر این اساس، پخش مواد خطرناک در حقوق کیفری ایران هنگامی موجب تحقق جرم افساد فی الارض می‌شود که شخص به‌طور گسترده مواد خطرناک را پخش کرده باشد. قانونگذار ایران تعیین نکرده است که پخش مواد خطرناک به چه مقدار باید صورت گیرد که معیار گسترده بودن محقق شود؛ درحالی که کنوانسیون سرکوب اعمال تروریسم هسته‌ای و قانونگذار افغانستان بدون تعیین مقدار مشخص از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو، انتشار مواد هسته‌ای در هر مقیاس و اندازه را جرم‌انگاری

۵۶. محسن برهانی، «افساد فی الارض: ابهام مفهومی، مفاصد عملی (تحلیل حقوقی ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی)»، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، ش ۲ و ۳ (۱۳۹۴) ص ۲۲.

کرده‌اند. از این لحاظ، روش جرم‌انگاری کنوانسیون و کود جزای افغانستان در قیاس با قانون مجازات اسلامی دقیق و بازدارنده است.

کنوانسیون سرکوب اعمال تروریسم هسته‌ای، ارتکاب جرایم تروریستی از سوی اشخاص حقیقی و حقوقی به استثنای دولت‌ها را به رسمیت شناخته است. به تبع کنوانسیون سرکوب اعمال تروریسم هسته‌ای، قانونگذار افغانستان بدون محدود کردن مرتکبان، ارتکاب اعمال یادشده را از سوی اشخاص حقوقی و حقیقی به صورت عام جرم‌انگاری کرده است. اما در حقوق کیفری ایران چون جرم افساد فی‌الارض از جمله جرایم حدی است، تنها اشخاص حقیقی - یعنی افراد - دست به ارتکاب این‌گونه جرایم می‌زنند و اشخاص حقوقی نمی‌توانند مرتکب جرایم مستوجب حد شوند.^{۵۷} لذا ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی جرایم ارتكابی انتشار مواد هسته‌ای و رادیواکتیو از سوی اشخاص حقوقی از جمله سازمان‌های تروریستی را شامل نمی‌شود.

پخش مواد خطرناک در حقوق کیفری ایران مشروط به وقوع نتیجه مجرمانه از جمله اخلال شدید در نظم عمومی کشور، ناامنی یا ورود خسارت عمده به تمامیت جسمانی افراد یا اموال عمومی و خصوصی است. لذا، در صورت عدم وقوع نتیجه مجرمانه، جرم موردنظر محقق نشده، رفتار موردنظر در خصوص شروع به جرم بررسی می‌شود. با توجه به ماهیت خطرناک مواد هسته‌ای روش درست آن است که هر نوع استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو از جمله انتشار آن به‌گونه مطلق جرم‌انگاری شود؛ چنان‌که کنوانسیون سرکوب اعمال تروریسم هسته‌ای استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو را به‌گونه مطلق جرم‌انگاری کرده است.

۵. مقارنه و تطبیق

جرم استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو در حقوق کیفری افغانستان و پخش مواد خطرناک به‌عنوان مصداقی از جرم افساد فی‌الارض در حقوق کیفری ایران، از جمله جرایم علیه امنیت است. از این نگاه میان دیدگاه حقوق کیفری افغانستان و ایران وجه اشتراک وجود دارد، اما در حقوق کیفری افغانستان استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو به‌عنوان مصداقی از تروریسم

۵۷. سید مصطفی مشکات، «جستاری بر هم‌پوشانی محاربه و افساد فی‌الارض در مواجهه با اعمال تروریسم هسته‌ای» پژوهش‌های حقوقی، ش ۴۵ (۱۴۰۰)، ص ۱۳۷.

هسته‌ای از جمله جرایم تعزیری است؛ درحالی که افساد فی‌الارض و محاربه در حقوق کیفری ایران از جمله جرایم مستوجب حد شمرده می‌شود.

رکن مادی جرم استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو در اسناد بین‌المللی متشکل از رفتار مجرمانه و شرایط قانونی و در حقوق کیفری افغانستان و ایران متشکل از رفتار مجرمانه، شرایط قانونی، نتیجه مجرمانه و رابطه علیت است. از این جهت میان دیدگاه قانونگذار افغانستان و ایران وجه اشتراک وجود دارد، اما در مورد چپستی اجزا و عناصر موردنظر میان این دو و کنوانسیون، وجه افتراق دیده می‌شود. رفتار مجرمانه در کنوانسیون سرکوب اعمال تروریسم هسته‌ای متشکل از هرگونه استفاده از مواد و وسیله رادیواکتیو است. کنوانسیون با عبارت کلی فوق‌هرونوع استفاده غیرمجاز از مواد و وسایل رادیواکتیو را جرم‌انگاری کرده و رویکرد مناسبی در قبال جرایم یادشده اتخاذ نموده است.

در حقوق کیفری افغانستان رفتار مجرمانه متشکل از استعمال و انتشار مواد هسته‌ای و رادیواکتیو است. در بند نخست ماده ۲۶۸، شیوه استعمال و انتشار مواد هسته‌ای تعیین نشده و به نظر می‌رسد با توجه به متن قانون، مقنن افغانستان با به‌کارگیری عبارت استعمال و انتشار به صورت جداگانه، تروریسم هسته‌ای و رادیولوژیک را مورد جرم‌انگاری قرار داده است. هرچند استعمال و انتشار مواد هسته‌ای با توجه به اطلاق این ماده، قابل تعمیم به استفاده از وسایل انفجاری هسته‌ای و وسایل انتشار رادیولوژیک است، اما جرم‌انگاری استفاده از وسایل هسته‌ای و رادیواکتیو به صورت مستقل دقیق‌تر به نظر می‌رسد. در حقوق کیفری ایران رفتار مجرمانه پخش مواد خطرناک است. قانونگذار ایران روش پخش مواد موردنظر را تعیین نکرده و با توجه به اطلاق ماده به نظر می‌رسد پخش مواد خطرناک ناظر بر انتشار مواد هسته‌ای و رادیواکتیو با روش‌های مختلف است و استفاده از وسیله انفجاری هسته‌ای را شامل نمی‌شود.

شرایط قانونی برای ارتکاب جرم در کنوانسیون ناظر بر وسیله و مرتکب جرم است. از نگاه کنوانسیون وسیله ارتکاب جرم باید مواد و وسایل هسته‌ای و رادیواکتیو باشد. به عبارت دیگر، مجرم باید از مواد و وسایل رادیواکتیو برای قتل، ایراد صدمات شدید جسمانی یا ایراد خسارت اساسی به اموال و محیط زیست استفاده کند. در غیر این صورت، جرم موردنظر محقق نمی‌شود. کنوانسیون در این مورد به صورت واضح مواد و وسایل رادیواکتیو را تعریف کرده است. از حیث

مرتکب، جرایم یادشده در کنوانسیون ناظر بر استفاده غیرمجاز از مواد و وسایل رادیواکتیو از سوی اشخاص حقیقی و حقوقی به استثنای دولت‌ها است؛ به این توضیح که کنوانسیون کاربرد مواد و وسایل رادیواکتیو از جانب نیروهای مسلح در جریان درگیری مسلحانه و یا استفاده از مواد و وسایل رادیواکتیو از سوی نیروهای نظامی یک دولت در هنگام انجام وظایف رسمی را پوشش نمی‌دهد.

شرایط قانونی لازم برای تحقق جرم استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو در حقوق کیفری افغانستان، ناظر بر وسیله ارتکاب جرم است. از نگاه قانونگذار افغانستان جرم موردنظر هنگامی محقق می‌شود که مجرم از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو برای ارتکاب جرم تروریستی استفاده کند. در مورد مرتکب جرم، قانونگذار شرایط قانونی خاصی تعیین نکرده، لذا با توجه به صراحت بند نخست ماده ۲۶۸ کود جزا، ارتکاب جرم موردنظر از جانب هر شخص قابل تحقق است. از طرف دیگر با توجه به حدی بودن جرایم محاربه در نظام کیفری ایران، قانونگذار جرم پخش مواد خطرناک را به‌عنوان مصداقی از جرم محاربه از سوی اشخاص حقوقی قابل تحقق نمی‌داند؛ لذا جرم‌انگاری فوق قابل تعمیم به جرایم ارتكابی از جانب اشخاص حقوقی مانند سازمان‌های تروریستی نیست و از این جهت رویکرد قانونگذار ایران در جرم‌انگاری جرایم فوق ناقص است. از سوی دیگر، در بحث وسیله ارتکاب جرم، قانونگذار ایران برخلاف کنوانسیون و کود جزای افغانستان تعریفی از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو ارائه نداده و از عبارت «مواد خطرناک» به‌عنوان وسیله ارتکاب جرم استفاده کرده است. همچنان تحقق جرم «پخش مواد خطرناک» منوط به گسترده بودن آن است؛ با این توضیح که پخش مواد خطرناک هنگامی باعث تحقق بزه محاربه می‌شود که به صورت گسترده صورت گرفته باشد؛ در غیر این صورت، پخش مواد خطرناک به مقدار اندک باعث تحقق جرم موردنظر نمی‌شود.

از حیث نتیجه مجرمانه، کنوانسیون، جرم استفاده از مواد و وسیله رادیواکتیو را به صورت مطلق جرم‌انگاری کرده است و برای محقق شدن جرم موردنظر تحقق نتیجه مجرمانه الزامی نیست. قانونگذار افغانستان استعمال و انتشار مواد هسته‌ای را به صورت مقید جرم‌انگاری کرده و برای محقق شدن جرم موردنظر تحقق نتیجه لازم است. بر این اساس، استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو باید منجر به قتل، ایراد صدمه به اشخاص، اموال یا تأسیسات شود تا جرم موردنظر

محقق شود. قانونگذار ایران نیز جرم پخش مواد خطرناک مانند مواد هسته‌ای و رادیواکتیو را به صورت مقید جرم‌انگاری کرده است. از نگاه قانونگذار ایران پخش مواد خطرناک هنگامی باعث تحقق بزه محاربه می‌شود که منجر به اخلال شدید در نظم عمومی کشور، ناامنی یا ورود خسارت عمده به تمامیت جسمانی افراد یا اموال عمومی و خصوصی گردد. علاوه بر ارتکاب رفتار و تحقق نتیجه، وجود رابطه علیت میان رفتار و نتیجه مجرمانه نیز لازم است. با در نظر داشت کنوانسیون سرکوب اعمال تروریسم هسته‌ای، قانونگذار افغانستان و ایران با مقیدانگاری این جرایم روش سهل‌گیرانه‌ای در قبال جرایم یادشده اتخاذ کرده‌اند که این امر بازدارندگی در قبال این‌گونه جرایم را تضعیف می‌کند.

جرم استفاده از مواد و وسایل هسته‌ای و رادیواکتیو از جمله جرایم عمدی است و رکن روانی آن در کنوانسیون متشکل از علم، سوءنیت عام و سوءنیت خاص است. علم شامل آگاهی مجرم نسبت به اجزا و عناصر رکن مادی از جمله رفتار مجرمانه و موضوع جرم است. سوءنیت عام شامل اراده ارتکاب رفتار مجرمانه، و سوءنیت خاص با توجه به پاراگراف «ب» بند ۱ ماده ۲ کنوانسیون، شامل قصد قتل یا ایراد صدمات شدید جسمانی؛ قصد ایراد خسارت اساسی به اموال و محیط زیست؛ و یا قصد مجبور نمودن شخص حقیقی یا حقوقی، یک سازمان بین‌المللی یا یک دولت به انجام یا امتناع از انجام عملی است. در نظام کیفری افغانستان، استعمال و انتشار مواد هسته‌ای و رادیواکتیو از جمله جرایم عمدی بوده و رکن روانی آن متشکل از علم، سوءنیت عام و سوءنیت خاص است. علم شامل آگاهی مجرم نسبت به رفتار مجرمانه، شرایط قانونی و نتیجه مجرمانه است. سوءنیت عام شامل اراده ارتکاب رفتار مجرمانه و تحقق نتیجه است. سوءنیت خاص عبارت از قصد ارتکاب جرم تروریستی (تحت تأثیر قراردادن سیاست دولت جمهوری اسلامی افغانستان یا دولت خارجی و یا مؤسسه‌ها و سازمان‌های ملی یا بین‌المللی یا بی‌ثبات ساختن نظام دولت جمهوری اسلامی افغانستان و یا دولت خارجی) است. پخش مواد خطرناک به‌عنوان مصداقی از جرم افساد فی‌الارض در حقوق کیفری ایران از جمله جرایم عمدی است. رکن روانی جرم موردنظر متشکل از علم، سوءنیت عام و سوءنیت خاص است. علم شامل آگاهی مجرم نسبت به اجزا و عناصر رکن مادی و سوءنیت عام متشکل از اراده ارتکاب رفتار مجرمانه است. سوءنیت خاص در جرم موردنظر با توجه به ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی، قصد نتیجه مجرمانه (قصد اخلال شدید در نظم عمومی کشور، ایجاد ناامنی، ایراد خسارت عمده به تمامیت

جسمانی افراد، یا اموال خصوصی و عمومی) است. در بحث رکن روانی، تفاوت میان دیدگاه قانونگذار افغانستان و ایران این است که در نظام کیفری افغانستان در مبحث جرایم تروریستی هسته‌ای سوءنیت خاص همان انگیزه مجرمانه است که به‌عنوان یکی از عناصر رکن روانی برای تحقق جرم لازم است. اما در نظام کیفری ایران تحقق جرم پخش مواد خطرناک به‌عنوان مصداقی از افساد فی‌الارض نیاز به انگیزه مجرمانه ندارد و سوءنیت خاص عبارت است از قصد نتیجه مجرمانه. از این جهت جرم‌انگاری نظام کیفری افغانستان ناقض بوده، باعث دشوار شدن اثبات جرم و کاهش بازدارندگی قانون در قبال جرایم پیش‌گفته می‌شود. در مورد مجازات استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو، به‌ویژه انتشار مواد هسته‌ای و رادیواکتیو، میان دیدگاه نظام حقوق کیفری افغانستان و ایران وجه اشتراک وجود دارد. قانونگذار افغانستان و ایران، هر دو، برای انتشار مواد هسته‌ای و رادیواکتیو مجازات اعدام را پیش‌بینی کرده‌اند.

نتیجه

با وجود اختلاف نظر در مورد تعریف تروریسم، همواره بر ضرورت مبارزه با این پدیده از سوی تمامی کشورها تأکید می‌شود. به موازات پیشرفت جوامع بشری و گسترش ارتباطات، شیوه‌های ترور و وسایل به‌کار رفته در آن نیز متحول شده است. یکی از جلوه‌های تحول تروریسم هسته‌ای استفاده از مواد و وسایل هسته‌ای برای اهداف تروریستی است. تجربه تلخ بشریت از حملات هسته‌ای امریکا به هیروشیما و ناکازاکی ژاپن و همچنین حوادث هسته‌ای مانند چرنوبیل، ضرورت پیشگیری از چنین حوادث را آشکار ساخته است. به‌کارگیری مواد هسته‌ای و رادیواکتیو جلوه‌های متفاوت می‌تواند داشته باشد. در این بستر، انفجار سلاح هسته‌ای، استفاده از سلاح رادیولوژیک یا همان دستگاه پخش مواد رادیواکتیو با در نظر گرفتن عدم تأثیر بازدارندگی هسته‌ای به دلایلی چون ماهیت چندهسته‌ای و غیرمتمرکز گروه‌های تروریستی، عدم برخورداری گروه‌های تروریستی از قلمرو مشخص، پیشگیری از تروریسم هسته‌ای به‌ویژه به‌کارگیری مواد و وسایل هسته‌ای در اقدامات تروریستی از طریق وضع مقررات حقوقی ملی و بین‌المللی و حفاظت از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو امری لازم است.

در اسناد بین‌المللی کنوانسیون سرکوب اقدامات تروریسم هسته‌ای، بستر حقوقی لازم برای همکاری بین‌المللی در راستای پیشگیری از استفاده مواد هسته‌ای از سوی تروریست‌ها فراهم

آمده است. کنوانسیون تمامی اشکال استفاده از مواد و وسایل هسته‌ای و رادیواکتیو را در قالب مجرمانه به‌طور کلی جرم‌انگاری کرده است. کنوانسیون با عبارت هرگونه استفاده از مواد و وسایل هسته‌ای، تمامی اشکال استفاده از مواد رادیواکتیو مانند انفجار سلاح هسته‌ای، استفاده از دستگاه پخش مواد رادیواکتیو، به‌کارگیری دستگاه قرارگیری در معرض رادیولوژی و سایر شیوه‌ها را جرم‌انگاری کرده است. علاوه بر استفاده از مواد و وسایل هسته‌ای، کنوانسیون با تعریف واضحی از وسایل و تأسیسات هسته‌ای، استفاده و تخریب تأسیسات هسته‌ای را به‌منظور ارتکاب جرم تروریستی مورد توجه قرار داده است.

حقوق کیفری افغانستان استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو را به‌عنوان مصداقی از تروریسم هسته‌ای در قانون مبارزه علیه جرایم تروریستی جرم‌انگاری کرده است. با تصویب کود جزا، قانونگذار افغانستان استفاده از مواد هسته‌ای را ذیل عنوان استعمال و انتشار مواد هسته‌ای و رادیواکتیو جرم‌انگاری نموده است. عدم تعریف وسایل هسته‌ای و جرم‌انگاری کاربرد آن در قوانین کیفری افغانستان باعث ابهام در تعمیم جرایم استفاده از مواد هسته‌ای به مصداقی مانند به‌کارگیری وسایل انفجاری هسته‌ای و وسایل انتشار رادیولوژیک شده است. علاوه بر جرم‌انگاری استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو به صورت مقید با توجه به پیامدهای زیان‌بار ناشی از ارتکاب چنین جرایمی، ممکن است به کاهش بازدارندگی رویکرد یادشده در قبال بزهکاران بالقوه این دسته از جرایم بینجامد. به‌نظر می‌رسد جرم‌انگاری استفاده از وسایل رادیواکتیو به صورت مستقل و واضح از یک سو باعث رعایت حقوق و آزادی‌های افراد و از سوی دیگر سبب تأمین امنیت جامعه در قبال این‌گونه جرایم می‌شود.

هم‌زمان، قانونگذار ایران تروریسم هسته‌ای را به صورت مستقل جرم‌انگاری نکرده، از این رو، عناوین مجرمانه محاربه و افساد فی‌الارض در موارد محدود قابل تسری به استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو به‌عنوان مصداقی از تروریسم هسته‌ای است. عنوان مجرمانه محاربه با توجه به تعریف آن در قانون مجازات اسلامی، قابل تسری به جرم استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو نیست. با توجه به تعریف محاربه به معنی کشیدن سلاح به قصد جان و مال یا ناموس مردم یا جهت ارباب مردم، در مقایسه با جرم استفاده از مواد هسته‌ای و رادیواکتیو بیشتر شبیه شروع به جرم استفاده از مواد هسته‌ای در قالب سلاح هسته‌ای است تا جرم تام. لذا، پخش مواد

خطرناک به‌عنوان مصداقی از جرم محاربه قابل تعمیم به تمام مصداق استفاده از انتشار مواد رادیواکتیو نیست. پخش مواد رادیواکتیو هنگامی به‌عنوان مصداقی از جرم افساد فی‌الارض قابل مجازات است که در مقیاس گسترده باشد. لذا پخش مواد رادیواکتیو در مقیاس محدود به تحقق جرم افساد فی‌الارض منجر نمی‌شود. به این ترتیب و با توجه به توضیحات پیش‌گفته، فرضیه این پژوهش مبنی بر اینکه نظام کیفری افغانستان در مقایسه با نظام کیفری ایران، رویکرد جامع‌تری را در قبال جرم استفاده از مواد هسته‌ای اتخاذ کرده است، تأیید می‌شود. از این رو و با توجه به پیشرفت‌های هسته‌ای در ایران، لازم است قانونگذار ایران جرایم تروریستی هسته‌ای را به صورت مستقل مورد جرم‌انگاری قرار دهد.

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

- کتابها

۱. آیدلو، بنسن (۱۳۹۷). *جرم و انواع آن، پروگرام حمایت از انکشاف مسلکی متداوم*. کابل: سازمان بین‌المللی انکشاف حقوق.
۲. اردبیلی، محمدعلی (۱۴۰۰). *حقوق جزای عمومی*. تهران: میزان.
۳. الهام، غلامحسین و برهانی، محسن (۱۴۰۱). *درآمدی بر حقوق جزای عمومی*. تهران: میزان.
۴. برنامه محیط زیست سازمان ملل متحد (۱۳۹۵). *تابش اثرات و منابع*. تهران: پژوهشگاه علوم و فنون هسته‌ای ایران و مرکز نظام ایمنی هسته‌ای ایران.
۵. بنیاد آسیا (۱۳۹۸). *تسرح کود جزای افغانستان*. کابل: سعید.
۶. دفتر تدوین برنامه و طرح‌های راهبردی (۱۴۰۱). *آشنایی با انرژی هسته‌ای و کاربردهای آن*. تهران: سازمان انرژی هسته‌ای ایران.
۷. عوده، عبدالقادر (۱۳۹۰). *بررسی تطبیقی حقوق جزای اسلامی و قوانین عرفی*. ترجمه حسن فرهودی‌نیا. تهران: یاوران.
۸. گوپتا، سی. کی و هاروپندرپال سینگ (۱۳۹۵). *فرآوری منابع اورانیوم*. ترجمه گروه مترجمان. تهران: پژوهشگاه علوم و فنون هسته‌ای.
۹. معظمی، شهلا و پیمان‌نماین (۱۳۹۳). *حقوق مبارزه با تروریسم هسته‌ای در اسناد بین‌المللی*. تهران: دادگستر.
۱۰. ناجی‌راد، محمدعلی (۱۳۸۸). *جهانی‌شدن و تروریسم*. تهران: اداره نشر وزارت امور خارجه.
۱۱. وود، جانت (۱۳۹۰). *انرژی هسته‌ای*. ترجمه علی حاج آقازاده. تهران: پژوهشگاه علوم و فنون هسته‌ای.

- مقالات

۱۲. اطاعت، جواد و دبیری، علی‌اکبر (۱۳۹۴). ارزیابی جغرافیایی حملات تروریستی با استفاده از نظریه انتخاب عقلانی. *رهیافت‌های سیاسی و بین‌المللی*، ۵ (۳۷)، ۶۳-۸۹

۱۳. برهانی، محسن (۱۳۹۴). افساد فی الارض: ابهام مفهومی، مفاسد عملی (تحلیل حقوقی ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی). *مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی*، ۲ (۲ و ۳)، ۱۹-۴۴.
۱۴. بهمنی، الهام و عزیزی، پیمان (۱۳۹۵). بررسی انرژی هسته‌ای و اثرات آلودگی هسته‌ای روی محیط زیست و انسان. *همایش ملی مهندسی قدرت و نیروگاه‌های هسته‌ای*.
۱۵. پوربافرانی، حسن (۱۳۹۱). تحلیل جرم محاربه. *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۲ (۴)، ۴۹-۷۸.
۱۶. توکلی، احمدرضا (۱۳۹۱). بررسی ماهیت محاربه و افساد فی الارض و نقد قواعد کیفری مربوطه. *پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی*، ۸ (۲۸)، ۳۳-۵۲.
۱۷. جوینر، کرسٹوفرسی (۱۳۸۷). مقابله با تروریسم هسته‌ای: یک پاسخ معاهداتی. ترجمه محمدرضا مهماندار. *حقوقی بین‌المللی*، ۲۵ (۳۸)، ۲۸۵-۳۱۸.
۱۸. ریاضی، رضا و حقیقی، علی (۱۳۸۷). مقدمه‌ای بر عناصر آلوده‌کننده رادیواکتیو و روش‌های رفع آلودگی. *ابن‌سینا*، ۱۱ (۲)، ۱۳-۱۸.
۱۹. رضائی تودشکی، حسین؛ مجیدی، سید محمود و باقی‌زاده، محمدجواد (۱۴۰۲). جلوه‌های ظهور جرم‌انگاری امنیت‌مدار در جرائم علیه امنیت در حقوق کیفری ایران. *پژوهش‌های اخلاقی*، ۱۳ (۴)، ۱۳۷-۱۵۸.
۲۰. شریف‌زاد، مجید و حبیب‌زاده محمدجعفر (۱۴۰۱). بررسی رابطه جرم محاربه و افساد فی الارض از مبانی فقهی تا رویه قضایی. *مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق*، ۱۶ (۴۵)، ۵-۳۲.
۲۱. فروغی، فضل‌الله؛ غنی، کیوان؛ میرزایی، محمد (۱۳۹۴). پیشگیری وضعی از تروریسم هسته‌ای با تأکید بر تدابیر نظارتی بین‌المللی. *پژوهش حقوق کیفری*، ۴ (۱۴)، ۸۳-۱۱۳.
۲۲. کارگری، نوروز (۱۴۰۰). چالش‌های فلسفی- مفهومی تروریسم در مواجهه با حقوق بشر. *تمدن حقوق*، ۴ (۹)، ۲۸۵-۳۲۰.
۲۳. کلانتری، سید نصیر؛ سپهری، روح‌الله؛ شاطری‌پور اصفهانی، شهید (۱۴۰۱). بررسی تطبیقی جرم انگاری امنیت‌مدار در جرایم علیه امنیت ملی: مطالعه موردی حقوق کیفری ایران و فرانسه. *جامعه‌شناسی سیاسی ایران*، ۵ (۱۲)، ۵۶۱-۵۷۲.
۲۴. مبینی کشه، زهرا و امیدی، علی (۱۳۹۸). موج چهارم تروریسم و روندهای آینده تروریسم بین‌الملل. *سیاست بین‌الملل*، ۷ (۲)، ۲۳۹-۲۶۴.

۲۵. مجیدی، سید محمود و تاج‌آبادی فاطمه (۱۳۹۸). تکنیک‌های جرم‌انگاری امنیت‌مدار در حقوق کیفری ایران، *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، ۱۱ (۲۱)، ۲۸۹-۳۱۶.
۲۶. مشکات، سید مصطفی (۱۴۰۰). جستاری بر هم‌پوشانی محاربه و افساد فی‌الارض در مواجهه با اعمال تروریسم هسته‌ای. *پژوهش‌های حقوقی*، ۲۰ (۴۵)، ۱۲۵-۱۴۷.
۲۷. مصباح کیا، امیر و سعید اسدزاده (۱۴۰۱). رویکرد قوانین کیفری ایران وانگلیس در مبارزه با جرایم تروریستی. *مطالعات جنگ*، ۴ (۱۴)، ۱۳۹-۱۶۷.

- پایان نامه

۲۸. غنی کله‌لو، کیوان (۱۳۸۶). *بررسی تروریسم هسته‌ای با تأکید بر کنوانسیون سرکوب اعمال تروریسم هسته‌ای مصوب ۲۰۰۵*. پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه شهید بهشتی.

(ب) منابع انگلیسی

- Books

29. Demmert-shelfo, Oliver (2020). *Asymmetric Threats: Analyzing the Future of Nuclear Terrorism & Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements*. For the Degree of Bachelor of Arts in Political Science Department of Political Science & International Studies Dominican University of California.
30. García, Edgar Jiménez (2019). *Radiological and Nuclear Terrorism: Definition, Nature, Scenarios and Deterrence*. Ieee Publication.
31. Health Physics Society (2012). *Background Radiation*. Health Physics Society Specialists in Radiation Safety, HPS@BurkInc.com.
32. Institute for Energy and Environmental Research (2012). *Physical, Nuclear, and Chemical Properties of Plutonium*. Science for Democratic Action - <http://ieer.org/wp>.
33. McCrary, Felicia and Baumgarten, Mona (2007). *Casualties of War: The Short- and Long-Term Effects of the 1945 Atomic Bomb Attacks on Japan*. Young Epidemiology Scholars Program, www.collegeboard.com.
34. Medalia, Jonathan (2011). "Dirty Bombs": Background in Brief,

Congressional Research Service 7-5700 www.crs.gov

35. United Nations Office on Drugs and Crime (2022). Fictional Cases Related to Offences under the International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism: a Manual, Vienna.
36. VERTIC (2012). Illicit Trafficking of Nuclear and Other Radioactive Material, the Verification Research, Training and Information Centre, London, United Kingdom.

- Articles

37. Bates, Don G (1983). The Medical and Ecological Effects of Nuclear War. *McGill Law Journal*, 28(1), 717- 731
38. Bunn, Matthew and Anthony Wier (2018). Terrorist Nuclear Weapon Construction: How Difficult? *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 607 (3), 133-149
39. Kazi, Reshimi (2013). Nuclear Terrorism the New Terror of the 21st Century. *IDS Monograph Series*, 37 (3), 45-98
40. Moore, James W. (2006). Nuclear Terrorism: Exaggerating the Threat? *Journal of Conflict Studies*, 1 (6), 23-56
41. Pomper, Miles A. and Tarini, Gabrielle (2017). *ALP Conference proceedings*, Doi:10.1063/1.5009230.
42. Rutic, Srdjan Z. (2016). Nuclear Terrorism. *Vojnotehnicki glasnik/ Military Technical Courier*, 64 (2), 532- 551
43. Wajeeh, Muhammad (2021). Nuclear Terrorism: A Potential Threat to World's Peace and Security. *Journal of Security & Strategic Analyses*, 2 (2), 143-167
44. Wirz, Christoph and Egger, Emmanuel (2005). Use of Nuclear and Radiological Weapons by Terrorists? *International Review of the Red Cross*, 859 (87), 497- 510



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 15 Issue: 36

Autumn 2024

Article Type: Research Article

Pages: 41-81

The Importance of Identifying the Situation of “Conflict of Interests” in the Commercial Companies Law: A Comparative Study in the Iranian Law and the Common Law System

Mohammad Reza Paseban¹ | Salah Mahmoudi²

1. Associate Professor, Allameh Tabatabaei University, Tehran, Iran (Corresponding Author)

mpasban@atu.ir

2. Ph.D Candidate in private law, Allameh Tabatabaei University, Tehran, Iran

salah.mahmoodi@ut.ac.ir

Abstract

From the beginning of the emergence of the legal personality of the company, the direction, and governance of multiple interests of the Beneficiaries is one of the main issues facing the directors. In general, this part of the law is made up of legal rules about management, governance, and regulation of rights and duties related to the conflicting interests of the company's Beneficiaries. Establishing the Benefit and management of these conflicts first requires identifying the nature and types of conflict of interest and recognizing it from similar institutions and legal situations; this will lead to the formulation of useful laws and policies. Despite the lack of explicit policies regarding the identification of conflicts of interest and the existence of scattered In Iranian law, there are provisions such as: "Corporate Governance direction" approved on 11/27/2018 and Articles 129-131, 134, 172, and 189 of the Law Amending Part of the Commercial Code approved in 1968. Also, examples and solutions to deal with this situation have been developed in scientific works and the common law legal system. The present research, for the first time, aims to facilitate the identification of its nature and examples from other similar institutions using an analytical-comparative study of the basics of conflict of interest, its types, and conditions.

Keywords: board of directors, ethical standards, conflict of interest, corruption in the company, opportunistic behavior.

Received: 2023/11/19

Received in revised form: 2024/10/06

Accepted: 2024/10/28

Published: 2024/11/10

DOI: 10.22034/LAW.2024.59244.3342

Publisher: University of Tabriz

law@tabrizu.ac.ir





اهمیت شناسایی وضعیت «تعارض منافع» در حقوق شرکتهای تجاری:

مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و نظام کامن لا

محمد رضا پاسبان^۱ | صلاح محمودی^۲

mpasban@atu.ir

۱. دانشیار دانشگاه علامه طباطبائی تهران، ایران (نویسنده مسئول)

salah.mahmoodi@ut.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبائی تهران، ایران

چکیده

از آغاز پیدایش شخصیت حقوقی شرکت، اداره و راهبری منافع متعدد ذی‌نفعان از اصلی‌ترین موضوعات پیش روی مدیران است. به‌طور کلی این بخش از حقوق قواعد حقوقی ناظر بر مدیریت، راهبری و تنظیم حقوق و تکالیف ناظر بر منافع متعارض ذی‌نفعان شرکت است. ایجاد بهره‌مندی و مدیریت این تعارضات در آغاز امر مستلزم شناسایی وضعیت و اقسام تعارض منافع و بازشناسی آن از نهادها و وضعیت‌های حقوقی مشابه است؛ امری که به سیاست‌گذاری و تدوین قوانین و مقررات کارآمد منتج خواهد شد. علی‌رغم فقدان سیاست‌گذاری و تدوین قواعد صریح و روشن در باب تعارض منافع، مقررات پراکنده‌ای در لایه‌لای متون قانونی همچون «دستورالعمل حاکمیت شرکتی» مصوب ۲۷ تیر ۱۳۹۷ و مواد ۱۲۹-۱۳۱، ۱۳۴، ۱۷۲ و ۱۸۹ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ در این خصوص وجود دارد. همچنین در آثار علمی و نظام حقوقی کامن‌لا، مصادیق و راهکارهای مقابله با این وضعیت تدوین شده است. نگارندگان تحقیق حاضر برای اولین بار در صدد برآمده‌اند با مطالعه تحلیلی-تطبیقی مبانی تعارض منافع، اقسام و شرایط تحقق و ماهیت و مصادیق آن، ضمن شناسایی این وضعیت حقوقی، بازشناسی آن را از سایر وضعیت‌های حقوقی مشابه تسهیل نمایند.

واژگان کلیدی: تعارض منافع، ذی‌نفعان، رفتار فرصت‌طلبانه، فساد در شرکت، هیئت مدیره.

تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۰۸/۲۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۸/۰۷

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۷/۱۵

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۸/۲۸

DOI: 10.22034/LAW.2024.59244.3342



law@tabrizu.ac.ir

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

تشکیل شرکت‌های تجاری به منظور تأمین منافع مشترک ذی‌نفعان و جعل مسئولیت برای شخص حقوقی (شرکت) است.^۱ همگام با ایجاد شخصیت حقوقی، اشکال مختلف تعارض میان ذی‌نفعان نیز ایجاد می‌شود؛ به نحوی که این امر چالش‌های اساسی را در مسیر سیاست‌گذاری و راهبری شرکت به وجود خواهد آورد. در آثار حقوقی کمتر به مدیریت تعارض منافع پرداخته شده و غالباً از نقش اصلی هیئت مدیره و سایر ارکان شرکت صرف‌نظر از سایر مصادیق تعارض منافع سخن به میان آمده است.^۲ با وجود این، اهمیت شناسایی ماهیت این نهاد و بازشناسی آن از نهادهای مشابه به حدی است که تأثیر آن بر واقعیت‌های اقتصادی و حقوقی را نشان می‌دهد. در حقوق انگلستان دو طیف از قوانین و مقررات با درجات مختلف الزام تدوین شده است: «قانون شرکت‌های تجاری» که حاوی قواعد و مقررات الزام‌آور در بحث شرکت‌های تجاری است و «دستورالعمل راهبری شرکتی»^۳ که مقررات توصیه‌ای را در بخش حقوق شرکت‌ها ارائه می‌دهد. همچنین دستورالعمل‌های اتحادیه اروپا در باب شرکت‌های تجاری و «تعارض منافع» قابل توجه است؛ هرچند که این مقررات برای کشورهای عضو همچون فرانسه جنبه توصیه‌ای دارد. دستورالعمل کمیسیون مورخ ۱۵ فوریه ۲۰۰۵ در خصوص نقش هیئت مدیره و هیئت نظارت شرکت‌های سهامی عام و یا دستورالعمل کمیسیون مورخ ۱۴ دسامبر ۲۰۰۴ در خصوص رژیم جبران خسارت از سوی مدیران شرکت‌های سهامی عام از این دست به‌شمار می‌روند. در حقوق ایران، علاوه بر قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ و قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ در خصوص شرکت‌های سهامی پذیرفته‌شده در بورس، «دستورالعمل حاکمیت شرکتی» در تاریخ ۲۷ تیر ۱۳۹۷ به تصویب هیئت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار رسید که حاوی الزاماتی در خصوص اعضای هیئت مدیره، مدیرعامل و مجامع عمومی صاحبان سهام است.

علی‌رغم سیاست‌گذاری در حقوق داخلی کشورها، مقابله با تعارض منافع مستلزم شناسایی وضعیت‌های مختلف، تدوین دقیق قوانین و اساسنامه شرکت و تثبیت ضوابط اخلاقی و رفتاری^۴

۱. کوروش کاویانی، *حقوق اسناد تجاری*، (تهران: میزان، ج ۱۲، ۱۴۰۱)، ص ۱۵.

2. Andrie Shlifer. & Robert Vishny, "Management Entrenchment, the Case of Manager Specific Investments", *Journal of Financial Economics*, No. 25 (1989), pp. 737-738.

3. Recommendation of Corporate Governance.

4. Regulation.

مدیران است. همچنین اهمیت بررسی تعارض منافع میان سهام‌داران تا آنجاست که در فرض تملک اکثریت سهام از سوی سهام‌داران اقلیت، با دراختیار گرفتن کنترل شرکت، انتخاب مدیران تحت امر خود را نیز در اختیار خواهند گرفت. بر این اساس، ضوابط ناظر بر اعمال^۵ و ضوابط اخلاقی^۶ به‌عنوان راهکار نوین سیاست‌گذاری در حوزه مدیریت و مقابله با تعارض منافع به‌شمار می‌رود. بنابراین، حقوق‌دانان در نظام کامن‌لا به‌خوبی ضرورت تحکیم مقررات تعارض منافع را از طریق ضوابط رفتاری درک کرده‌اند و آن را ابزاری مفید در مسیر مدیریت، سیاست‌گذاری و مقابله با تعارض منافع می‌دانند.^۷

به‌نظر می‌رسد عدم شناخت کافی مدیران در مرحله اجرای مقررات، عدم اطلاع از ضوابط رفتاری، پیچیدگی بازشناسی مصادیق تعارض منافع از یکدیگر و از نهادهای مشابه و در عین حال، فقدان درک درست از مسائل مربوط به مسئولیت‌های اخلاقی و حقوقی مرتبط با شرکت‌های تجاری در راهبری شرکت مؤثر خواهد بود.

از دیگر موارد اهمیت شناسایی تعارض منافع، می‌توان به بازشناسی این وضعیت از سایر موارد مشابه اشاره نمود. در اغلب موارد، تعارض منافع با سایر اشکال و وضعیت‌ها نظیر تعارض تعهدات و فساد اشتباه گرفته می‌شود و در برخی از منابع رویکردهای افراطی، مفاهیم تعارض منافع را با فساد و حتی قوم‌گرایی درهم می‌آمیزند. بنابراین، شناسایی این نهاد حقوقی با نگاهی تطبیقی بسیار مؤثر و راهگشا خواهد بود.

۱. بررسی مبانی حقوقی تعارض منافع

وجود هر نوع مزایای اقتصادی از قبیل مالکیت عین، حق و منافع برای ذی‌نفعان مستلزم تبیین دقیق ارتباط آنها با شرکت است. ایجاد شخصیت حقوقی مستقل، استقلال مدیران و تبیین جایگاه ذی‌نفعان خصوصاً مدیران خواهد بود. نظریه‌پردازان با طرح نظریات مختلف همچون تفکیک مالکیت از کنترل، نظریه نمایندگی، نظریه رکنیت و ... سعی در تحلیل جایگاه مدیران و حل تعارض منافع در شرکت دارند. در شرکت‌های مدنی منافع به نسبت سرمایه شرکت قابل تعیین

5. Code of Conduct

6. Code of Ethic

7. Emily .F. Carasco, & Jang .B. Singh "The Content and Focus of the Codes of Ethics of the World's Largest Transnational Corporations". *Business and Society Review*, No. 108 (2003), p. 71.

بوده، اثر اصلی شرکت اشاعه در مالکیت است.^{۱۰} در این شرایط به جهت تعدد ارتباط هریک از سهام‌داران با یکدیگر و نیز شرکت و سهام‌داران با اشخاص ثالث، اختلافات و «تعارض منافع» در سطوح مختلف مطرح می‌شود؛ از این رو، تفکر ایجاد شخصیت حقوقی فرضی و ایجاد برگه تعهد سهم تا حدودی این مشکلات را کاهش داده است.^{۱۱} اما در پساپردۀ شخصیت حقوقی، اشکالی دیگر از تعارض منافع وجود دارد که حقوق و منافع ذی‌نفعان مختلف از جمله سهام‌داران، سرمایه‌گذاران، کارکنان شرکت، جامعه، دولت و محیط زیست را تحت‌الشعاع قرار می‌دهد.

از آغاز تشکیل شرکت‌های سرمایه‌ای، سهام‌دار(ان) اکثریت به‌عنوان یکی از ذی‌نفعان مستقیم شرکت، کنترل امور را در اختیار گرفتند. به‌منظور مقابله با این وضعیت، تئوری «جدایی مالکیت از کنترل» مطرح شد که به‌موجب آن با جدایی حق مالک(ان) اکثریت سهام نسبت به قدرت تصمیم‌گیری در شرکت، تسلط آنها بر مدیران کاسته شد. همچنین عدم لزوم مالکیت سهام وثیقه و عدم اختصاص سهام به مدیران از دیگر آثار این نظریه است و در شرکت‌های تجاری مدیران صرفاً حقوق و پاداش‌های مدیریتی خود را دریافت می‌کنند.^{۱۲} به‌موجب این نظریه، عدم استحقاق و بهره‌مندی مدیران از سود سهام ممکن است انگیزۀ آنها را به سمت منافع شخصی سوق دهد. البته برخی از صاحب‌نظران در کنار «تئوری نمایندگی»، از لحاظ اقتصادی «تفکیک مالکیت از کنترل» را به‌منظور مقابله با تعارض منافع و مشکلات نظریۀ نمایندگی شناسایی کرده‌اند.^{۱۳} در حقوق ایران با هدف تأمین حقوق سایر ذی‌نفعان و جلوگیری از سوگیری مدیران، به‌موجب ماده ۱۱۴ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷، مدیران می‌بایست سهامی را تحت عنوان «سهام وثیقه» تملک می‌کردند. اگرچه در برخی از موارد سهام وثیقه در جبران خسارت ناکارآمد خواهد بود، لیکن در صورت واقعی بودن مالکیت سهام تا حدودی از فعلیت تعارض منافع جلوگیری خواهد کرد؛ چراکه انگیزۀ مدیران در اجرای مسئولیت‌ها منطقی‌تر در گرو اصالت‌بخشی به منافع جمعی ذی‌نفعان خواهد بود.

۸. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲ (تهران: گنج دانش، چ ۷، ۱۴۰۱)، ص ۱۰.

۹. کوروش کاویانی، پیشین، صص ۱۴-۱۵.

10. Adolf A. Berle. & Gardiner. C. Means. "The Modern Corporation and Private Property", (New York: MacMillan Press, 4th, 1932), p. 119.

11. Barry Baysinger & Robert E. Hokinson, "The Composition of Board of Directors and Strategy", Academy of Management Review, No 1 (1990), p. 75.

در نظام کامن‌لا با تطبیق نهاد تراست بر مدیریت شرکت، مدیران را نماینده سهام‌داران می‌دانند؛ به نحوی که علی‌رغم توسعه حقوق شرکت‌های تجاری و تأسیس «شخصیت حقوقی»، سایه نهاد تراست بر جایگاه مدیریت شرکت سنگینی می‌کند.^{۱۲} از این رو در نظام کامن‌لا تئوری نمایندگی ملهم از سیر تطور تاریخی تحلیل ارتباط مدیر با شرکت و تأثیر نهاد تراست بر آن است؛ به نحوی که در صورت عدم تأمین منافع سهام‌داران، این گروه قادر به عزل نایب یا موکل خود خواهند بود.

همچنین تأثیر نظریه نمایندگی را در سیر تاریخ تقنینی مرتبط با شرکت‌های تجاری ایران می‌توان مشاهده کرد؛ به نحوی که در ماده ۵۱ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ مقرر شده است: «مسئولیت مدیر شرکت در مقابل شرکاء همان مسئولیتی است که وکیل در مقابل موکل دارد». به نظر می‌رسد تحلیل مدیریت شرکت به‌عنوان نماینده سهام‌داران دقیق نیست؛ چراکه این رکن از شرکت در مقابل کلیه ذی‌نفعان (خصوصاً شرکت و سهام‌داران) تصمیم‌گیرنده و در عین حال مسئول خواهد بود. اگرچه مدیران به‌موجب رأی اکثریت سهام‌داران انتخاب می‌شوند، اما با فوت و حجر یکی از شرکا مدیر من عزل نمی‌گردد و هیچ شریکی در شرکت حق عزل مدیر را ندارد و اختیارات مدیر قائم به هیچ‌یک از شرکا نخواهد بود.^{۱۳} با توجه به اهمیت حفظ استقلال مدیران و مدیریت بهینه تعارض منافع، قانون‌گذار در سال ۱۳۴۷ ضمن نسخ ماده ۵۱ قانون تجارت ۱۳۱۱، در ماده ۱۱۸ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت ۱۳۴۷ این‌چنین آورده است که مدیران در اتخاذ تصمیمات و اجرای مقررات مستقل هستند. همچنین به‌موجب ماده ۸۸ همان قانون، انتخاب مدیران از طریق رأی‌گیری در مجامع عمومی و عادی و با فلسفه جدایی مالکیت از کنترل صورت می‌گیرد. برای این نحوه انتخاب دو مزیت شمرده شده است: نخست، سهام‌داران اقلیت - حتی دارای یک سهام - با رأی‌گیری به شیوه یادشده، امکان رأی‌دهی به تمامی اعضای هیئت مدیره را با استفاده از تجمیع حق رأی متعدد در یکی از اسامی را خواهند داشت. از جنبه روانی نیز این روش این مزیت را دارد که سهام‌داران اقلیت با ائتلاف یکدیگر، میزان بالایی از آرا را در برابر سهام‌داران اکثریت شکل می‌دهند.^{۱۴}

۱۲. رنه داوید، نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، (تهران: نشر دانشگاهی، چ ۱۲، ۱۳۹۸)، ص ۳۴۵.

۱۳. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، (تهران: گنج دانش، چ ۷، ۱۴۰۱)، ص ۵۱.

۱۴. محمدرضا پاسبان، حقوق شرکت‌های تجاری، (تهران: سمت، چ ۱۷، ۱۴۰۱)، صص ۱۷۲ و ۱۸۸.

برخی از حقوق‌دانان بدون توجه به ماهیت نهاد مدیریت (تحلیل به نمایندگی، رکنیت و ...)، صرفاً به اوصاف این نهاد همچون «استقلال مدیران» توجه نموده، مدیران غیرمستقل را نمایندگان وابسته و در معرض تعارض منافع بالقوه می‌دانند که این امر مقتضی فعلیت تعارض منافع را فراهم می‌کند.^{۱۵} استقلال مدیران خود ناشی از این واقعیت است که مدیر در کنار سایر ارکان شرکت ماهیت شخصیت حقوقی را شکل می‌دهد و جوهر این ماهیت ذوالاجزاء و متشکل از سایر ارکان و ذی‌نفعان شرکت است. همچنین نباید از نظر دور داشت که موضوع استقلال مدیران عَرَضی برای مفهوم مدیریت به‌عنوان جوهر تلقی می‌شود؛ به عبارت دیگر، بدون درک واقعیت نهاد مدیریت، سخن گفتن از سایر اوصاف و مقابله با تعارض منافع امری عبث خواهد بود. همچنین تحلیل جایگاه مدیران به‌عنوان نماینده سهام‌داران، چالش اساسی را در حین اتخاذ تصمیمات پیش روی آنها قرار خواهد داد. برای مثال، مدیران در حل تعارض میان حقوق سهام‌داران اکثریت و اقلیت، خود را در معرض عزل از جانب منوب‌عنه (سهام‌داران اکثریت) خواهند دید. به‌منظور کاستن از آثار سوء تحلیل مدیریت به نمایندگی و جلوگیری و مقابله با تعارض منافع احتمالی و بالفعل نظریه «رکنیت» مطرح شد. به‌موجب این نظریه، مدیران صرفاً نماینده گروه خاصی از سهام‌داران نیستند؛ بلکه به‌عنوان یکی از ارکان مهم شرکت، استقلال آنها باید تأمین گردد.^{۱۶} البته اقتصاددانان تفسیر موسعی از موضوع نمایندگی دارند به نحوی که قرارداد عادی استخدامی را در مفهوم اقتصادی به نمایندگی تحلیل می‌کنند؛ چراکه رفاه کارفرما ارتباط مستقیم با عمل مستخدم و اجرای صحیح امور محوله دارد.^{۱۷} اما مقصود حقوق‌دانان از نظریه نمایندگی ارتباط میان نماینده به‌عنوان امین و منوب‌عنه است که مدیر به‌عنوان نماینده سهام‌داران به ایفای نقش می‌پردازد.

15. Michael Weisbach, "Outside Directors and CEO Turnover", *Journal of Financial Economics*, No. 20 (1998), p. 431.

۱۶. محمدرضا پاسبان، «اهلیت شرکت‌های تجاری و حدود اختیارات مدیران شرکت‌های تجاری»، تحقیقات حقوقی، ش ۵۱ (۱۳۸۹)، ص ۱۳۹.

۱۷. مهرداد صادقیان ندوشن و محمود باقری، «تعارض منافع ذینفعان شرکتها و راهکارهای حل آن»، حقوق تطبیقی، ش ۳ (۱۳۹۵)، ص ۱۳۹.

۲. اهمیت جایگاه مدیران بر وضعیت حقوقی تعارض منافع

در حقوق انگلستان مدیریت به صورت دوسطحی و متشکل از هیئت‌های مدیره^{۱۸} و نظارت^{۱۹} است. مدیر(ان) عامل از سوی هیئت نظارت انتخاب و عزل می‌شوند و مسئولیتی در قبال سهام‌داران ندارند. همچنین به جهت فعالیت پاره‌وقت هیئت نظارت، این اعضا ارتباط زیادی با فعالیت‌های روزمره شرکت ندارند و تا حدود زیادی از شائبه تعارض منافع دور خواهند بود؛ اما از سوی دیگر به جهت امکان فعالیت (پاره‌وقت) در بیش از یک شرکت (حسب مورد به‌عنوان هیئت مدیره یا هیئت نظارت) مصادیقی از تعارض منافع از قبیل افشای اطلاعات، رقابت با شرکت، و استفاده از فرصت‌های شرکتی در مورد آنها قابل طرح است.

شاکله هیئت مدیره در حقوق شرکت‌های تجاری ایران علی‌الاصول به صورت یک‌سطحی است؛ چنانچه قانون‌گذار در ماده ۱۰۸ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷، از انتخاب مدیران از سوی مجمع عمومی مؤسس و مجمع عمومی عادی سخن به‌میان آورده است. اما در شرکت‌های مسئولیت محدود و مختلط سهامی با رعایت شرایط مقرر در مواد ۱۰۹ و ۱۶۵ قانون تجارت ۱۳۱۱ در کنار هیئت مدیره، هیئت نظارت پیش‌بینی شده است که از حیث ترکیب، نحوه تصمیم‌گیری، صلاحیت و وظیفه دعوت از مجامع عمومی عادی و فوق‌العاده سکوت و ابهام وجود دارد که این امر چالش میان هیئت مدیره و هیئت نظارت از یک سو و این هیئت با سایر ذی‌نفعان (به‌خصوص سهام‌داران) را عمیق‌تر خواهد ساخت.

در حقوق انگلستان اهمیت شرکت‌های تجاری و مدیریت وضعیت «تعارض منافع» تا آنجاست که دو طیف از قوانین و مقررات در این خصوص حکمرانی می‌کنند؛ «قانون شرکت‌های تجاری» که حاوی قواعد و مقررات الزام‌آور است و «دستورالعمل راهبری شرکتی»^{۲۰} که مقررات توصیه‌ای را ارائه می‌دهد. در حقوق ایران، علاوه بر قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ و قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱، درخصوص شرکت‌های سهامی پذیرفته‌شده در بورس، «دستورالعمل حاکمیت شرکتی» در تاریخ ۲۷ تیر ۱۳۹۷ به تصویب هیئت مدیره سازمان بورس و

18. Board of Director.

19. Board of Supervisor.

20. Recommendation of Corporate Governance.

اوراق بهادار رسید. این مقررات در سال ۱۴۰۱ از جانب هیئت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار اصلاح گردید و برخلاف دستورالعمل سابق که تنها مختص شرکت‌های پذیرش شده در بورس تهران و فرابورس بود، شامل سایر ناشران ثبت شده سازمان بورس نیز می‌شود و حاوی الزاماتی در خصوص اعضای هیئت مدیره، مدیرعامل و مجامع عمومی صاحبان سهام است. «دستورالعمل حاکمیت شرکتی» برخلاف قواعد حقوقی کامن لا در موضوعات مرتبط با شرکت‌های سهامی پذیرفته شده در بورس، توأمان حاوی ضوابط رفتاری و مقررات الزام آور در خصوص شرکت‌های سهامی عام بورسی است.

۳. اهمیت شناسایی وضعیت تعارض منافع و اقسام آن

شرکت‌های تجاری فی‌نفسه از منافع متعدد و متعارض ذی‌نفعان تشکیل شده و قواعد حقوقی حاکم بر شرکت‌های تجاری در خصوص مدیریت و مقابله با تعارض منافع در مورد کلیه اشخاص و ذی‌نفعان شرکت است. بر این اساس، در صورت عدم سیاست‌گذاری دقیق در خصوص مدیریت وضعیت تعارض منافع، آثار منفی طرح دعاوی متعدد در محاکم، عدم امکان تصمیم‌گیری از سوی مدیران شرکت، سردرگمی مدیران و ذی‌نفعان و قضات در مقام تعیین مصادیق تعارض منافع و صعوبت بازشناسی از وضعیت‌های حقوقی مشابه را در پی خواهد داشت.

در نتیجه مهم‌ترین مسئله در خصوص تعارض منافع، ارائه ضابطه و یا تعریف جامع و مانع از اقسام تعارض منافع و سیاست‌گذاری در خصوص مدیریت و مقابله با تعارض منافع است.^{۲۱} برخی از حقوق‌دانان به‌منظور مقابله با تعارض منافع، سیاست‌های نظارت بازرسان، تصویب هیئت مدیره، مشوق‌های مالی، کنترل معاملات شرکت و به‌طور کلی راهبری شرکتی را توصیه کرده‌اند.^{۲۲} ممکن است این شائبه مطرح شود که با پیش‌بینی مقررات راهبری شرکتی وضعیت تعارض منافع مدیریت می‌شود و راهبری شرکتی مهم‌ترین و یا حتی تنها راهکار مدیریت و مقابله با وضعیت تعارض منافع خواهد بود. اما نباید از نظر دور داشت که نظام‌های حقوقی مختلف با توجه به شرایط متفاوت داخلی به‌منظور مدیریت شرکت‌های بورسی و مقابله با تعارض منافع

21. Michael Davis., "Conflict of Interest Revisited", *Business and Professional Ethics Journal*, No. 1214 (1993), pp. 21-25.

22. Diane Denis & Jhon McConnell, "International Corporate Governance", *Journal of Financial and Quantitative*, No. 38 (1), (2003), p. 48.

این مقررات را طرح‌ریزی کرده‌اند. همچنین نظام راهبری شرکتی در کشورها به شکل واحد نبوده، به شرایط اقتصادی، اجتماعی، حوزه، مقیاس شمول سیاست‌ها نسبت به ذی‌نفعان و تعریف و مصادیق ذی‌نفعان در نظام داخلی کشورها وابسته است و نمی‌توان از تجربه سایر کشورها در خصوص به‌کارگیری قواعد راهبری شرکتی به‌عنوان سیاست‌گذاری در مورد مدیریت و مقابله با تعارض منافع استفاده کرد.

در حقوق انگلستان هیچ تعریفی از «تعارض منافع» به میان نیامده، اما نکته اساسی این است که نقش مدیر به‌عنوان بازوی اجرایی شرکت در کنترل تعارض منافع و تعیین ضابطه‌های شناسایی وضعیت تعارض منافع غیرقابل انکار است. تبیین مفاهیم حقوقی از طریق تعیین ضابطه و مصادیق در موضوعات مختلف در حقوق انگلستان مسبوق به سابقه است؛ به نحوی که در اغلب موارد تعیین ضابطه و ارائه مصادیق از ارائه تعریف پیشی گرفته است. این موضوع را می‌توان میراث رویه قضایی و عرف در جعل مقررات و تنظیم روابط اجتماعی در انگلستان دانست. برای مثال، حقوق انگلستان در عوض تعریف مسئولیت غیرقراردادی یا الزامات خارج از قرارداد، آرا و دیدگاه‌های حقوق‌دانان و قضات در خصوص ضوابط «رفتار متعارف»، «رفتار معقول»، «تقصیر»، مسئولیت مطلق و... در تعیین مسئولیت نقش اساسی خواهد داشت.^{۲۳}

در موضوع تعارض منافع، به‌طور کلی هیئت مدیره و مدیرعامل مکلف‌اند ضوابطی را جهت پیشگیری از فعلیت تعارض منافع رعایت کنند. مواردی از قبیل احتراز و دوری از وضعیت‌های دارای تعارض منافع، سود و منافع ناشی از معاملات به مدیران و عدم پذیرش اختصاص منافع به اشخاص ثالث از این دست به‌شمار می‌روند.

اما سؤال اساسی در حقوق انگلیس این است که تعارض منافع چیست؟

بر اساس ماده ۱۷۵ قانون شرکت‌های تجاری انگلیس مصوب ۲۰۰۶، مدیران باید از وضعیت‌هایی که به صورت مستقیم یا غیرمستقیم دارای نفع شخصی بوده و در عین حال متعارض با منافع شرکت است یا احتمال دارد متعارض با منافع شرکت باشد، احتراز کنند. این ضابطه صرفاً شامل معاملات و قراردادهای منعقد شده با شرکت‌های متعدد نمی‌شود، بلکه علاوه بر

۲۳. سید حسین صفایی و حبیب‌الله رحیمی، حقوق مسئولیت مدنی، صص ۶۶-۷۸.

این، در تمامی امور حقوقی این ضابطه به‌عنوان قاعده کلی جاری است. بنابراین، در احتراز از وضعیت‌های دارای تعارض منافع، مهم‌ترین ضابطه، تشخیص تعارض منافع مدیر با سایر ذی‌نفعان شرکت و حتی خود شرکت است؛ به عبارت دیگر، در صورتی که حتی مدیران از این وضعیت‌ها (عمداً و یا سهواً) دوری نکنند، شائبه وجود تعارض منافع و فعلیت آن نیز مطرح خواهد شد. ناگفته پیداست که ضابطه یادشده بسیار کلی است، اما در مطالب آتی در خصوص امکان شناسایی «تعارض منافع» و اقسام آن به صورت مبسوط سخن خواهیم گفت.

همچنین با ارائه مصادیق در رویه قضایی حقوق انگلستان و حتی قانون شرکت‌های تجاری ۲۰۰۶، می‌توان مصادیق تعارض منافع را به‌روشنی مشاهده نمود؛ با این توضیح که این متون غالباً ناظر به جایگاه مدیران شرکت بوده، به‌نظر می‌رسد بیشترین تمرکز حقوق‌دانان در حوزه شرکت‌های تجاری به جهت اهمیت زیاد جایگاه معطوف به رفتار مدیران در شرکت است. برای مثال، اشتغال و فعالیت یک مدیر در دو شرکت رقیب به‌طور هم‌زمان، فعالیت مدیر به‌عنوان تأمین‌کننده یا مشتری شرکت رقیب، دستیابی مدیران به هرگونه دارایی و حتی اطلاعات با هدف جلب منافع شخصی یا هر نوع فرصت جهت جلب منافع [خواه بتواند به جلب منفعت منجر شود یا خیر] در حقوق انگلستان از مصادیق تعارض منافع به‌شمار می‌رود. بر اساس ماده ۲۵۲ قانون شرکت‌های تجاری انگلیس مصوب ۲۰۰۶ تا حدود زیادی دایره تعارض منافع گسترده شده است و والدین، همسر، فرزند یا نوادگان و نیز شریک تجاری را می‌توان هدف غیرمستقیم تعارض منافع و قواعد حاکم بر آن دانست. البته نباید تا آنجا پیش رفت که تمام منافع اشخاص مرتبط با مدیر را تحت عنوان تعارض منافع تحت نظارت، بررسی و محدودیت قرار داد؛ بلکه در صورت تعارض این وضعیت با منافع شرکت، سهام‌داران و ذی‌نفعان آن - ولو به صورت بالقوه - موضوع بررسی، نظارت و اعمال محدودیت‌های قانونی مطرح خواهد شد. البته بهترین راهکار این است که مدیران مکلف به رعایت دقیق تمامی اصول اقتصادی، مدیریتی و اخلاقی باشند و صرف اعلام اسامی تجاری و خانوادگی شائبه تعارض منافع را از اعمال و تصمیمات آنها دور خواهد کرد. نظام حقوقی انگلستان با تفکیک تعارض منافع به دو صورت «بالقوه» و «بالفعل» تمام تلاش خود را برای پیشگیری و مقابله با وضعیت‌های متضمن تعارض منافع به‌کار خواهد برد. به عبارت دیگر، در حقوق انگلستان تمام رفتارهای مدیران با این تفکیک، تحت نظارت و بازرسی

قرار خواهد گرفت؛ برای مثال، مدیران باید از وضعیت‌هایی که تحت عناوین مدیریت شرکت، مشتری، تأمین‌کننده و یا مشاور هم‌زمان شرکت مطرح خواهد شد، احتراز کنند.

در قوانین و مقررات تجاری ایران به‌صراحت سخنی از «تعارض منافع» به میان نیامده است، اما با جست‌وجو در سیر تطور نهاد شرکت‌های تجاری و قانون‌گذاری در این خصوص می‌توان مصادیقی را یافت که در تدوین و تصویب قوانین و حتی مقررات اساسنامه شرکت‌های تجاری مؤثر باشد. به‌طور کلی تعارض منافع یک وضعیت و موقعیت حقوقی به‌شمار می‌رود و اثر این وضعیت حقوقی قرار گرفتن اشخاص با شرکت در ورطه تعارض میان انتخاب منافع شخصی و منافع ذی‌نفعان و شرکت است و در این خصوص برای این اشخاص تردیدهایی به‌وجود می‌آید. به عبارت دیگر، به‌نظر می‌رسد که علاوه برضابطه‌های عینی، روابط شناختی و انتزاعی موجود برای ذی‌نفعان در تعیین وضعیت «تعارض منافع» راهگشا خواهد بود. نکته حائز اهمیت این است که مضمون «تعارض منافع» در برخی از قوانین و مقررات به‌طور پراکنده مورد توجه قرار گرفته است. برای مثال، مقررات مرتبط با حوزه قضایی در قانون آیین دادرسی کیفری، مراجع رسیدگی به تخلفات اداری یا انتظامی، لایحه قانونی راجع به منع مداخله وزرا و نمایندگان مجلسین و کارمندان دولت در معاملات دولتی و کشوری مصوب ۱۳۳۷، قانون ممنوعیت اخذ پورسانت در معاملات خارجی مصوب ۱۳۷۲، قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل مصوب ۱۳۷۳ و قانون رسیدگی به داری مقامات، مسئولان و کارگزاران جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۹۱ از این دست به‌شمار می‌رود.

همچنین تشخیص اقسام تعارض منافع از یکدیگر و از سایر نهادهای مشابه، نظیر تعارض تعهد، منافع رقابتی و فساد و مدیریت و مقابله با آن، از مهم‌ترین مسائل پیش روی سیاست‌گذاران و در عین حال، مدیریت شرکت است. از یک سو، منافع شرکت و منافع ذی‌نفعان، و از سوی دیگر، منافع شخصی مدیران، اساس این وضعیت‌ها را تشکیل می‌دهد. اهمیت شناسایی «تعارض منافع» و بازشناسی آن از سایر وضعیت‌های حقوقی تا آنجاست که سیاست‌گذاری و مقابله با این وضعیت تسهیل گردد. در این بخش تلاش شده است تا از رهگذر مطالعه تطبیقی، ضمن شناسایی مفهوم و مصادیق تعارض منافع، شرایط تحقق آن تبیین گردد.

۱.۳. تعارض منافع بالقوه

شرکت‌های تجاری متشکل از حقوق و تکالیف اشخاص (ذی‌نفع) مرتبط با شرکت است و حقوق شرکت‌های تجاری، قواعد حقوقی ناظر بر حقوق و تکالیف ذی‌نفعان و سیاست‌گذاری در زمینه مقابله با وضعیت «تعارض منافع» است. عدم سیاست‌گذاری در خصوص حقوق و تکالیف ذی‌نفعان شرکت تجاری موجب خدشه به «استقلال مدیران» و فعلیت تعارض منافع می‌شود. بر این اساس، وجود تعارض منافع جزء لاینفک شرکت‌های تجاری است که مستلزم راهبری و اداره بهینه این وضعیت خواهد بود. همچنین با وجود منافع شخصی، مداخله مدیر در منافع اصلی شرکت غیرقابل انکار است و این وضعیت تحت شمول وضعیت تعارض منافع بالقوه قرار می‌گیرد. برای مثال، مدیرانی که با سایر اعضای هیئت مدیره یا دارنده سهام اکثریت ارتباط خانوادگی، شغلی و نفع مالی دارند و یا در فرضی که شخصی سهام‌دار شرکت «الف» و در عین حال عضو هیئت مدیره شرکت «ب» باشد، در صورتی که معامله‌ای بین این دو شرکت انجام شود، این وضعیت در آینده به ایراد ضرر به ذی‌نفعان (خصوصاً سهام‌داران) منجر خواهد شد. بر اساس بند «الف» ماده ۱۷۵ قانون شرکت‌های تجاری ۲۰۰۶ انگلستان، مدیران می‌بایست از وضعیت‌های متعارض (مستقیم یا غیرمستقیم) با منافع اصلی شرکت احتراز کنند. این وضعیت‌ها تحت عنوان «تعارض منافع» مطرح خواهند شد. همچنین طبق ماده ۳۱۷ همان قانون، مدیر ذی‌نفع در انعقاد قرارداد با شرکت، مکلف به اعلام منافع خود به سایر اعضای هیئت مدیره است تا از این طریق حسب مورد نسبت به رد یا تأیید معامله اقدام گردد. اگرچه در حقوق ایران از تعارض منافع بالقوه سخن به میان نیامده، اما مقرراتی در خصوص مقابله با این وضعیت پیش‌بینی شده است. برای مثال، تأیید معاملات مدیران با اشخاص ثالث، مستلزم رعایت تشریفات است که این معاملات به ایراد ضرر منتج نگردد؛ چنان‌که در ماده ۱۲۹ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷، اجازه هیئت مدیره، اطلاع‌رسانی به بازرسان از سوی هیئت مدیره و ارائه گزارش به اولین مجمع عمومی لازم و ضروری است. همچنین در ماده ۱۳۰ همان قانون از ضمانت اجرای بطلان نسبی در صورت عدم تصویب در مجمع عمومی عادی و بطلان به‌طور مطلق در فرض مشارکت مدیر و شخص ثالث در تدلیس و تقلب مقرر گردیده و بر اساس ماده ۱۳۱ نیز در صورت عدم تصویب دو رکن هیئت مدیره و مجمع عمومی عادی، ابطال معامله پیش‌بینی شده است. تمهید

این مقررات صرفاً برای مقابله با وضعیت «تعارض منافع بالقوه» و جلوگیری از به‌فعولیت رسیدن آن است. در حقوق انگلیس علی‌رغم تصریح به‌عنوان «احتراز از تعارض منافع»، صرفاً سخن از احتراز مدیران از این وضعیت‌ها است و ضابطه‌های کلی و عینی در این خصوص ارائه شده است بدون اینکه تعریفی از آن به‌میان آمده باشد؛ به عبارت دیگر، مدیران با استمداد از قضاوت حرفه‌ای خود و با رفتار متعارف و حرفه‌ای باید از این وضعیت‌ها اجتناب کنند.

۲.۳. تعارض منافع واقعی یا بالفعل

تعارض منافع واقعی یا بالفعل، وضعیتی است که در صورت اجتماع شرایط، مدیر یا اشخاص دارای نفع متعارض، به جهت دارا بودن منافع شخصی در منافع اصلی شرکت دخالت می‌کنند. تعارض با منافع اصلی شرکت، ایجاد مانع اساسی در راه استقلال مدیران و گرایش به منافع شخصی از جانب مدیر از مهم‌ترین شاخصه‌های تعارض منافع واقعی است. در این مرحله، انگیزه مدیر در انجام اعمال حقوقی دستیابی به منافع شخصی خواهد بود. این موضوع در حقوق مدنی مشابه موضوع «جهت معامله» در ماده ۲۱۷ قانون مدنی است و جهت نامشروع طرفین معامله تا زمانی که ظهور نکند هیچ خللی به عمل حقوقی وارد نخواهد ساخت.^{۲۴} بنابراین، تا وقتی که هدف و انگیزه نامشروع مدیر پدیدار نشود، خللی به اقدامات و جایگاه مدیر وارد نخواهد شد و از طریق مقررات اساسنامه و تصمیمات مجامع می‌توان وضعیت شرکت را بهینه و مدیریت کرد.

عدم رعایت «بی‌طرفی» و نقض «استقلال مدیران»، تعارض منافع را تا حد گسترده‌ای میان شرکت و سهام‌داران و نیز مدیران و سهام‌داران دامن خواهد زد. با توجه به تعیین شرایط تصدی جایگاه مدیریت شرکت سهامی و وضع قواعد حقوقی در مواد ۱۱۱، ۱۴۲ و ۱۴۳ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ در خصوص صلاحیت مدیران و مسئولیت آنها در قبال ایراد خسارت به شرکت، رویکرد قانون‌گذار ایران پیشگیری و مقابله با تعارض منافع واقعی است. به نحوی که مدیران علاوه بر لزوم احراز شرایط تصدی جایگاه مدیریت، در صورت تخطی از مقررات اساسنامه و قانون تجارت و متعاقباً ایراد خسارت به شرکت و سهام‌داران، حسب مورد مسئولیت انفرادی یا تضامنی متوجه مدیر(ان) خواهد بود.

۲۴. ناصر کاتوزیان، اعمال حقوقی (تهران: شرکت سهامی انتشار، ج ۱۲، ۱۴۰۰)، ص ۲۲۵.

لازم به ذکر است در تحقق تعارض منافع واقعی، وجود سه عامل منافع اولیه، منافع شخصی، و دخالت در منافع اولیه و سرمایه شرکت از سوی مدیر غیر قابل انکار است.

۱.۲.۳. منافع اولیه

از آغاز تشکیل شرکت، یکی از مهم‌ترین اقدامات، به‌کارگیری مدیران کارآمد به‌منظور بهره‌وری شرکت و سهام‌داران بوده است. مدیران به‌عنوان نماینده شرکت و سهام‌داران، مسئولیت جذب سود و منفعت را برعهده دارند. بر این اساس، برخی از صاحب‌نظران مطابق «نظریه سهام‌داران»^{۲۵} و با تکیه بر یافته‌های اخلاقی در این حوزه بر این باورند که مدیران متعهد به افزایش ارزش سرمایه (متعلق سهام‌داران) خواهند بود.^{۲۶} مطابق این رویکرد، شرکت وسیله‌ای برای به‌حداکثر رساندن سود سهام‌داران و منافع شرکا است. منافع اولیه را به‌طور دقیق می‌توان سرمایه شرکت و ارزش اسمی سهام دانست که در صورت عدم مدیریت صحیح و ترجیح منافع شخصی بر آن، ضمن ایراد ضرر به شرکت و سهام‌داران، وضعیت تعارض منافع واقعی ایجاد می‌شود. غالباً آنچه از «تعارض منافع» استنباط می‌گردد، تعارض میان منافع مدیران (به‌عنوان نمایندگان سهام‌داران) با شخص سهام‌دار است. علت این موضوع را می‌توان در سایه نهاد تراست بر شرکت‌های تجاری و تحلیل ارتباط مدیر و سهام‌دار در نظام کامن‌لا جست‌وجو کرد.

به‌نظر می‌رسد در حقوق ایران علاوه بر تعارض منافع میان مدیر و سهام‌دار، به جهت عدم تفکیک مالکیت از کنترل، تعارض منافع میان مدیر و شرکت نیز مطرح خواهد شد. با تجمیع مالکیت یا اکثریت سرمایه در شخص واحد، کنترل شخص حقوقی نیز به نفع سهام‌دار رقم خواهد خورد و مدیر وسیله و ابزاری در دست سهام‌دار خواهد بود؛ در عین حال، به جهت وجود این مشکلات، نظریه استقلال مدیران، ضوابط اخلاقی و تئوری ذی‌نفعان با هدف جلوگیری از سوءاستفاده احتمالی مدیران طرح گردید. اهمیت ضرورت رعایت ضوابط اخلاقی، نظیر وظیفه امانت، وفاداری و مراقبت از سوی مدیران شرکت، ضمن بازدارندگی امور، سایر اشخاص فعال در شرکت^{۲۷} را نیز تحت‌الشعاع قرار خواهد داد.

25. Shareholder Theory.

26. Milton Friedman, "the Social Responsibility of Business is to Increase its Profits", *New York Times Magazine*, No. 3 (1970), p. 122.

۲۷. مراد از اشخاص فعال، حسابداران، بازرسان، کارمندان، سایر اعضاء هیئت مدیره و حتی هیئت نظارت است.

هدف حقوق دانان از طرح «نظریه ذی نفعان»، از بین بردن شخصی‌گرایی (به‌خصوص از جانب مدیران و سهام‌داران)، عدم توجه به انگیزه خصوصی، توسعه نفع جمعی و اهمیت حقوق سایر ذی‌نفعان و شرکت است؛ اگرچه پیروان این نظریه اساساً شرکت را جدای از ذی‌نفعان می‌دانند.^{۲۸} در حقوق ایران بر اساس ماده ۱۶۴ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷، حق پیش‌بینی افزایش ارزش سهام در اساسنامه شرکت و ایجاد حق در این زمینه برای مدیران به جهت تضاد با منافع ذی‌نفعان و شرکت سلب گردیده و این امر از صلاحیت‌های اختصاصی مجمع عمومی فوق‌العاده است. همچنین بر اساس مواد ۱۶۲ ناظر به ماده ۱۶۷ همان قانون، در صورت تفویض اختیارات از جانب مجمع عمومی فوق‌العاده به هیئت مدیره، افزایش سرمایه خصوصاً از طریق افزایش ارزش سهام باید دارای توجیه منطقی (حقوقی و اقتصادی) باشد.

۲.۲.۳. منافع شخصی یا ثانوی

منافع شخصی و اهداف مالی را می‌توان انگیزه و داعی مدیر دانست؛ چراکه این امکان وجود دارد که مدیران به‌منظور دسترسی به منافع شخصی خود، به صورت مستقیم و غیرمستقیم تحت لوای شخصیت حقوقی شرکت اقدام کنند.^{۲۹} همچنین نباید از نظر دور داشت که «اختلافات مالی» با «تعارض منافع» (با وجود مشابهت) کاملاً متفاوت با یکدیگرند. اختلافات مالی در ارتباط میان مدیران و سایر ذی‌نفعان تأثیری ندارد و برخلاف تعارض منافع (که غالباً مکتوم و پنهان است) کاملاً واضح به‌نظر می‌رسد؛ برای مثال، اختلافات مرتبط با پرداخت حقوق و مزایا و امور مالی مدیر از این دست به‌شمار می‌رود. در موضوع منافع شخصی، سخن از انگیزه مدیران تحت عنوان «جهت» و امور خارج از تراضی با شرکت و ذی‌نفعان خواهد بود؛ به عبارت دیگر، در صورتی که سبب تصدی جایگاه مدیریت در شرکت را توافق با شرکت و سهام‌داران بدانیم، در نتیجه تلاش به‌منظور دستیابی به منافع شخصی، «جهت قرارداد» برای مدیر خواهد بود.^{۳۰} به همین سبب صاحب‌نظران در حوزه حقوق شرکت‌های تجاری با شناسایی اقسام «تعارض منافع» و با استمداد از ضوابط حقوقی و اخلاقی سعی در پوشش تمام ابعاد تعارض منافع داشته و حتی

28. Lynn Stout, "The Shareholder Value Myth", *European Financial Review*, April-May (2013), p. 4.

29. Margit Osterloh. & Bruno Frey, "Motivation, Knowledge Transfer, and Organization Forms", *Organizational Science*, No. 11 (2000), p. 539.

۳۰. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۱۴۲.

منافع غیرمالی را تحت عنوان منافع شخصی مطرح نموده‌اند.^{۳۱} همچنین در بیان اقسام منافع شخصی، تمایل به پیشرفت مالی از جانب مدیران و تلاش در جهت نیل به منافع شخصی از طریق خانواده و دوستان نیز طرح شده است.^{۳۲}

بر اساس بند اول ماده ۱۷۵ قانون شرکت‌های تجاری مصوب ۲۰۰۶، ممکن است تصمیمات مدیران در حوزه‌های مالی و شخصی در تعارض با منافع شرکت باشد. از حیث مالی می‌توان به حقوق، پاداش، وام، استفاده از فرصت‌های تجاری شرکت، ادغام شرکت، تصاحب کنترل و انتقال و فروش کنترل شرکت اشاره نمود. قدر متیقن این است که ملاک تمییز منافع شخصی، مالیت داشتن، مستقیم بودن و عینیت منافع است، اما برخی دیگر علاوه بر این، منافع شخصی را شامل ارزش‌های غیرعینی نیز می‌دانند^{۳۳}؛ برای مثال، در فرض اعلام حمایت مدیر شرکت از یک تیم فوتبال، مطابق رویکرد اول، این نوع از پشتیبانی به جهت ملموس نبودن، تحت شمول عنوان تعارض منافع با سهام‌داران و حتی شرکت به جهت نبود منافع شخصی، مستقیم و عینی برای مدیر محسوب نخواهد بود. اما بر اساس رویکرد دوم، این قسم از حمایت وجود تعارض منافع را تأیید خواهد کرد. البته نباید از نظر دور داشت که حتی منافع غیرعینی بر رفتار و اعمال مدیران به‌عنوان نماینده شرکت و سهام‌داران تأثیر خواهد داشت؛ به نحوی که این وضعیت بالقوه می‌بایست از طریق مؤلفه‌هایی همچون رعایت اصل «بی‌طرفی»^{۳۴} یا اصل «عدم تبعیض»^{۳۵} نظارت و کنترل شود. در حقوق ایران اگرچه به موضوع تعارض منافع و ارکان آن پرداخته شده، اما نباید از نظر دور داشت که در مواد مختلف، منافع شرکت جهت تأسیس شرکت از اهمیت بسزایی برخوردار است. برای مثال، قانون‌گذار در مواد ۵ و ۶ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷، علاوه بر تعیین حداقل سرمایه برای تأسیس شرکت، مؤسسان را مکلف به سپردن ۳۵ درصد از ۲۰ درصد تعهدشده سرمایه شرکت نموده است. در عین حال در مواد متعدد مدیران مکلف‌اند در مواردی از قبیل ادغام شرکت، انعقاد معاملات، و منع رقابت با شرکت، منافع

31. Thompson. Dennies, "The Challenge of Conflict of Interest in Medicine", *German Journal for Evidence and Quality in Health Care*, No. 103 (2009), pp. 136 & 137.

32. Roger Foster, "Conflict of Interest Recognition Disclosure, and Management", *Journal of the American College of Surgeons*, No 196 (2003), p. 505.

33. Michael Davies, "Conflict of Interest. Business & Professional Ethics Journal", No. 3 (1982), p. 18.

34. Impartiality.

35. Non-Discrimination.

شرکت را مد نظر قرار دهند و از ترجیح منافع شخصی یا ثانوی بر منافع شرکت و سهام‌داران اجتناب کنند؛ در غیر این صورت، علاوه بر ابطال اقدامات، حسب مورد ضمانت اجرای مدنی و کیفری متوجه آنها خواهد شد که در ادامه به آن خواهیم پرداخت. بنابراین، مدیران در صورت عدم رعایت وظیفه متعارف صیانت از سرمایه شرکت و ترجیح منافع شخصی بر منافع شرکت و سهام‌داران، بدون تردید بر اساس ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی و اصول حاکم بر قانون تجارت مسئول شناخته می‌شوند.

۳.۲.۳. تمایل به دخالت در سرمایه شرکت

از دیگر ارکان تعارض منافع واقعی «تمایل به دخالت در سرمایه شرکت» است. نظریه‌پردازان به جهت اهمیت پیشگیری از تصرف غیرقانونی در سرمایه شرکت و شناسایی بهتر وضعیت تعارض منافع در این خصوص، اصطلاحات مختلفی از قبیل منافع ثانوی^{۳۶}، مداخله^{۳۷}، تأثیر^{۳۸}، تعارض^{۳۹}، تضعیف^{۴۰} و معارضه^{۴۱} را به کار برده‌اند^{۴۲}. البته این امکان وجود دارد که میزان مداخلات در سرمایه و منافع اولیه شرکت جهت نیل به منافع شخصی به صورت مستقیم یا غیرمستقیم باشد. در حقوق انگلستان به موجب بندهای سه‌گانه ماده ۵۶ قانون شرکت‌های تجاری به‌منظور جلوگیری از سوءاستفاده احتمالی مدیران، تکالیفی برعهده آنها وضع گردیده است؛ بر اساس بند اول این مقرر، مدیران مکلف‌اند ظرف مدت ۱۵ روز از تاریخ تصدی سمت مدیریت، گزارش‌های مالی را به کلیه سهام‌داران ارسال کنند؛ همچنین بر اساس بند دوم باید قبل از انقضای سال مالی گزارش‌های مالی را تهیه نمایند تا در دسترس هریک از سهام‌داران قرار بگیرد و بر اساس بند سوم، تشریفات از قبیل لزوم درج تاریخ، نام مدیران و امضای آنها در ذیل گزارش ضروری است. بر این اساس، ارائه گزارش مالی دقیق از بدو تصدی مدیریت، مسیر سوءاستفاده احتمالی و دخالت در سرمایه شرکت را خواهد بست.

36. Secondary Interest.

37. Interfere.

38. Influence.

39. Conflict.

38. Undermine.

41. Contrast.

42. Emiliano DiCarlo & Silvia Testarmata, *Recognizing and Managing Conflict of Interest: The Case of Italian Listed Companies*, (New York: McGraw-Hill Education, 20th, 2012), p. 22.

همچنین بر اساس بند اول ماده ۱۷۵ قانون شرکت‌های تجاری انگلیس سخن از منافع مستقیم و غیرمستقیم مدیران به‌عنوان یکی از ارکان تعارض منافع سخن به‌میان آمده است؛ با این تفسیر که چه در فرض تعدی مستقیم مدیران به سرمایه شرکت و منافع ذی‌نفعان و چه به‌طور مستقیم از طریق اشخاص ثالث، تعارض منافع محقق خواهد شد. بنابراین مدیران باید از وضعیت‌هایی که شائبه افتادن در ورطه تعارض منافع و جلب منافع مستقیم و غیرمستقیم وجود دارد، احتراز کنند.

در ارزیابی رفتار مدیران و تمییز تمایل آنها جهت دخالت در سرمایه شرکت، عواملی از قبیل میزان تلاش آنها و ارزش بالای منافع شخصی نسبت به حقوق و پاداش دریافتی مؤثر خواهد بود. میزان تلاش مدیران به‌منظور دسترسی به منافع شخصی وابسته به ارزش و اهمیت آن است، چراکه مدیران صرفاً در قبال انجام تعهدات خود حقوق و پاداش دریافت می‌کنند.^{۴۳} همچنین میزان آسیب ناشی از «مداخلات» در جبران خسارت، اعاده وضعیت به حالت سابق و سیاست‌گذاری در حوزه مقابله با تعارض منافع اثرگذار خواهد بود.

در وضعیت تعارض منافع، مدیران ممکن است راهی غیر از مقابله با تعارض منافع و سیاست‌های قانون‌گذار را درپیش گیرند و تصمیمات جانب‌دارانه و در مسیر تدارک منافع (مستقیم و غیرمستقیم) خود را اتخاذ نمایند. همچنین تعارض منافع ممکن است اعتماد به جایگاه مدیران را با خدشه مواجه نماید؛ چراکه مدیریت توأم با وضعیت تعارض منافع، قضاوت مغرضانه، ناصواب و دارای اشتباه را رقم خواهد زد. در این حالت، قضاوت مدیر به‌منزله دامسنج خرابی است که وضعیت شرکت را بیشتر یا کمتر از حد استاندارد ارزیابی می‌کند. حتی برخی از نظریه‌پردازان تا آنجا پیش‌رفته‌اند که نقض در ارزیابی و قضاوت را معادل فساد در اراده دانسته‌اند^{۴۴} و در این شرایط علی‌رغم وقوف و آگاهی کامل مدیر بر وظایف خود، تمایلی به تلاش جهت دستیابی به اهداف شرکت نخواهد داشت.

۳.۳. تعارض منافع آشکار

تعارض منافع آشکار که تحت عناوین تعارض منافع ظاهری یا محسوس نیز مطرح می‌شود،

43. Dennies Thompson, "The Challenge of Conflict of Interest in Medicine", German Journal for Evidence and Quality in Health Care, No. 103 (2009), pp. 136-140.

44. David Resnik, "Conflict of Interest in Science", Perspectives on Science, No. 4 (1998), p. 389.

وضعیتی است که به جهت آشکار بودن تداخل منافع شخصی یا ثانوی در سرمایه شرکت به سهولت قابل کشف خواهد بود. در اغلب موارد، تعارض منافع به حدی نمایان است که از جانب افرادی که هیچ ارتباطی با شرکت نداشته، حتی از انگیزه واقعی مدیران مطلع نیستند این امر به راحتی قابل تمییز و تشخیص است.

برخلاف تعارض منافع آشکار، در وضعیت تعارض منافع بالقوه، کلیه احتمالات در خصوص وجود منافع شخصی باید بررسی و در عین حال مدیریت شود؛ چراکه در این قسم از تعارض منافع این امکان وجود دارد که سایر ذی‌نفعان و اشخاص ثالث به جهت عدم تخصص، به ابعاد و ظرفیت‌های مداخله منافع شخصی در منافع اصلی شرکت وقوف و احاطه نداشته باشند. همچنین در تعارض منافع بالقوه به منظور جلوگیری از ارتکاب هرگونه تخطی، مدیران مکلف به رعایت شفافیت و اطلاع‌رسانی کلیه اقدامات خود خواهند بود. بر اساس مواد ۳۱۷، ۱۸۲، ۱۸۴، ۱۸۵ قانون شرکت‌های انگلستان مصوب ۲۰۰۶، مدیران مکلف‌اند در فرض وجود منافع مستقیم و غیرمستقیم در شرکت، ماهیت ارتباط و به‌طور کلی وجود منافع را در جلسات هیئت مدیره اعلام کنند. بنابراین در انگلستان در موضوع فعلیت تعارض منافع بالقوه و عدم اطلاع‌رسانی در این خصوص، مسئولیت جبران خسارت را متوجه مدیران می‌نمایند. در حقوق ایران، اگرچه به موضوع تعارض منافع و اقسام آن پرداخته نشده است، اما در مواردی می‌توان مصادیقی را یافت که تحت شمول تعارض منافع مطرح شده باشد؛ برای مثال، بر اساس ماده ۱۲۹ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷، معاملات مدیران علاوه بر تصویب سایر اعضای هیئت مدیره باید به تصویب سهام‌داران در مجمع عمومی عادی برسد. همچنین بر اساس ماده ۱۳۰ همان قانون، در صورت عدم تصویب این قسم از اقدامات مدیران در مجمع عمومی عادی، این معاملات در خصوص اشخاص ثالث، نافذ و معتبر است. در باب این مصادیق از تعارض منافع در مطالب آتی به آن پرداخته خواهد شد، لیکن نباید از نظر دور داشت که این قسم از تعارض منافع میان مدیران و سهام‌داران بر اساس فحوای کلام قانون‌گذار، علاوه بر فعلیت به جهت گزارش اطلاع‌بازرسان و ارائه گزارش به مجمع عمومی عادی از سوی بازرسان، مصداق بارز تعارض منافع خواهد بود.

برخی از نظریه‌پردازان بر این باورند شخصی که به صورت مستقیم یا غیرمستقیم از معامله با

شرکت منتفع می‌شود، باید از طریق ممنوعیت‌ها و ضمانت اجراهای قانونی با وی مقابله نمود^{۴۵}. همچنین از مکانیزم راهبری شرکتی به‌عنوان عامل اصلی مقابله با تعارض سخن گفته‌اند^{۴۶}. اما ناگفته پیداست راهبری شرکتی، وابسته به واقعیت‌های حاکم بر هر نظام حقوقی است و رویکرد واحدی در نظام‌های داخلی وجود ندارد. در نظام کامن‌لا این مقررات برای مدیران و سهام‌داران شرکت توصیه‌ای و در حقوق ایران با توجه به «دستورالعمل حاکمیت شرکتی» مصوب ۱۳۹۷ برای شرکت‌های سهامی عام پذیرفته‌شده در بورس الزام‌آور است.

۴. از تعارض منافع تا رفتار فرصت‌طلبانه یا توأم با فساد

همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، تعارض منافع وضعیتی است که نیازمند سیاست‌گذاری و نظارت است. همچنین «وضعیت» را به وضع حقوقی اشخاص در روابط حقوق خصوصی صرف‌نظر از حقوق و امتیازات مالی تعبیر کرده‌اند^{۴۷}؛ در نتیجه، وضعیت حقوقی شرکت روابط پیچیده‌ی ذی‌نفعان متعدد تحت عنوان «تعارض منافع» است. اداره‌ی بهینه این وضعیت، شرایط تهدیدآمیز را به فرصت‌های ایدئال برای کلیه‌ی ذی‌نفعان شرکت تبدیل خواهد کرد.

از نهادهای مشابه تعارض منافع «فساد مدیران شرکت» است که منافع خصوصی و شخصی مدیر بر منافع اصلی شرکت، سهام‌داران و کلیه‌ی اشخاص ذی‌نفع برتری دارد و در نتیجه، ذی‌نفعان متضرر خواهند شد. تفاوت این دو وضعیت این است که تعارض منافع با شرکت تجاری عجین شده که به صورت تعارض منافع بالقوه، واقعی و آشکار ظاهر می‌گردد؛ درحالی که فساد یک رفتار و عمل فرصت‌طلبانه است که غالباً به صورت مخفیانه ارتکاب یافته، نتیجه‌ی آن اضرار به شرکت، سهام‌داران و سایر ذی‌نفعان است. همچنین رفتار فرصت‌طلبانه متضمن اعمال ضرری است، در شرایطی که در تعارض منافع صرف‌نظر از مصادیق آن، در اغلب موارد سخن از شرایط وضعیت‌هایی است که متضمن ضرر یا ریسک بالقوه خواهد بود.

در برخی از آثار، فساد، مرحله‌ی نهایی بروز و عینیت تعارض منافع (بالقوه) تعبیر شده است؛ به

45. Mark Kohlbeck & Brian Mayhew, "Valuation of Firms that Disclose Related Party Transactions" *Journal of Accounting and Public Policy*, No. 2 (2010), p. 115.

46. Stuart Gillan, "Recent Developments in Corporate Governance: an Overview", *Journal of Corporate Finance*, No. 3 (2006), pp. 281 & 282.

۴۷. سید حسین صفایی و سید مرتضی قاسمزاده، *حقوق اشخاص و مجبورین*، (تهران: سمت، ج ۳، ۱۴۰۱)، ص ۲.

نحوی که این دیدگاه در بیانیه «سازمان همکاری اقتصادی و توسعه»^{۴۸} نیز انعکاس یافته است. اما برخی «فساد در شرکت» را به رفتار متضمن ضرر به ذی‌نفعان تعبیر نموده‌اند که هر نوع رفتار مجرمانه (برای دستیابی به منافع شخصی) از قبیل رشوه‌خواری، اختلاس، کلاهبرداری، اخاذی و ... را شامل می‌شود.^{۴۹} به نظر می‌رسد هر نوع رفتار مخفیانه متضمن مسئولیت (حقوقی و کیفری) و با قصد اضرار به شرکت، سهام‌داران و ذی‌نفعان که ذیل عنوان مجرمانه قرار گیرد، تحت شمول «فساد در شرکت» مطرح خواهد شد؛ درحالی که تعارض منافع وضعیتی است که در صورت الحاق به اقدامات خصمانه مدیر (جهت دستیابی به منافع شخصی) حسب مورد می‌تواند ضمانت اجرای مدنی یا کیفری را به دنبال داشته باشد. در عین حال، وضعیت تعارض منافع گستره وسیعی از ارتباطات شغلی، اجتماعی، اقتصادی، خانوادگی و ... را دربر می‌گیرد که غالباً مجرمانه نبوده، صرفاً مسئولیت جبران خسارت را مستند به مواد ۱۴۲ و ۱۴۳ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ متوجه شخص مدیر می‌نماید. البته نباید از نظر دور داشت که مدیریت تعارض منافع به صرف وضع ضمانت اجرای‌های قانون‌گذار میسر نخواهد شد، بلکه مواردی از قبیل ضوابط اخلاقی، مقررات اساسنامه و رویه‌های تجاری نیز در این مسیر راهگشا خواهند بود.

۵. تعارض منافع، تعارض تعهدات و منافع رقابتی

مدیران در تعیین مصادیق، مقابله با تعارض منافع و تمییز آن از نهادهای مشابه از قضاوت تجاری^{۵۰} خود بهره می‌برند. در این راه تشخیص تعارض منافع از «تعارض تعهدات» اهمیت بسزایی دارد و این امر از طریق ارائه تعریف دقیق تعارض منافع تاحدودی تسهیل خواهد شد. انجام تعهدات از سوی شخصی که بیش از یک شرکت را اداره می‌کند مستلزم تلاش مضاعف است. بر این اساس، در «تعارض تعهدات» سخن از تلاش مدیران جهت اجرای تعهدات در شرکت‌های متعدد است. مطابق ماده ۱۲۶ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷، مدیرعامل از تصدی جایگاه مدیریت در بیش از یک شرکت منع شده است و با استناد به ماده

48. Organization Economic Cooperation and Development (OECD).

49. Vito Tanzi, "Corruption Around the World, Cause, Consequences, Scope and Curse", *International Monetary Fund, Staff Paper*, No. 4 (1998), p. 559.

50. Business Judgment

۱۲۷ همان قانون، هر ذی‌نفع (به استثنای اشخاص ثالث و سهام‌داران) حق طرح دعوی عزل وی را خواهد داشت. به نظر می‌رسد تصمیمات مدیرعامل در مقابل اشخاص ثالث و سهام‌داران تا قبل از قطعیت حکم عزل وی معتبر است. علاوه بر این، به نظر می‌رسد محدودیتی در باب تصدی جایگاه مدیریتی بیش از یک شرکت در خصوص اعضای هیئت مدیره شرکت سهامی وجود ندارد؛ لیکن نباید از نظر دور داشت که عدم تصریح به ممنوعیت تصدی مدیریت بیش از یک شرکت به معنی لجام‌گسیختگی رفتار و اعمال مدیران در شرکت نخواهد بود و تصدی جایگاه مدیریت بیش از یک شرکت تا زمانی که به تعهدات مدیر خلی وارد نسازد، بلاشکال خواهد بود؛ در غیر این صورت، تحت عنوان تعارض منافع و ایراد خسارت به شرکت قابل پیگیری خواهد بود. در حقوق انگلیس هیچ محدودیتی در خصوص تصدی مدیریت بیش از یک شرکت برای مدیران پیش‌بینی نشده است، لیکن بر اساس ماده ۱۷۴ قانون شرکت‌های تجاری انگلیس، مدیران باید مهارت، مراقبت و وفاداری کافی در خصوص وظایفشان در مورد موضوعات اداره شرکت، حضور در جلسات هیئت مدیره و انجام تعهدات داشته باشند. تنها محدودیت این است که مدیران در انجام تعهدات خود «مهارت، مراقبت و پشتکار معقول» را در هنگام اداره یک شرکت به کار گیرند. به نظر می‌رسد تصمیمات مدیرعامل در مقابل اشخاص ثالث و سهام‌داران تا قبل از قطعیت حکم عزل وی معتبر است. در موضوع «تعارض تعهدات» به جهت تعدد مسئولیت‌های مشابه در اغلب موارد قضاوت تجاری صحیح از جانب مدیران اتخاذ نخواهد شد؛ درحالی که مدیران در مواجهه با وضعیت تعارض منافع با استمداد از قضاوت تجاری، بهترین تصمیمات را برای شرکت و سهام‌داران اتخاذ می‌کنند.

در موضوع «منافع رقابتی»، مدیران به منظور دسترسی به سود و منافع برای شرکت، ممکن است راه‌های مختلف را پیش روی خود داشته باشند^{۵۱}. در این وضعیت مدیر راه‌حل‌های مختلفی را برای دستیابی به منافع اصلی شرکت در پیش دارد، لیکن به جهت وجود منافع شخصی به دنبال بیشترین سود خواهد بود؛ صرف‌نظر از اینکه چه مسیری برای افزایش سرمایه مناسب است.

51. Jenik Radon & Julius Thaler, "resolving conflict of interest in state owned enterprises", *International Social Science Journal*, No. 51 (2009), p. 11.

وضعیت منافع رقابتی تا زمانی که در خدمت منافع شخصی مدیر نباشد خللی به تصمیمات وی وارد نخواهد ساخت؛ هرچند اتخاذ تصمیم اشتباه در انتخاب راه‌حل‌های مناسب مانع اساسی جذب سود بیشتر برای شرکت خواهد بود.

۶. مصادیق و راهکارهای مقابله با تعارض منافع

وجود تعارض منافع بیانگر این واقعیت است که در فرض فعلیت آن موجب محدودیت بر اعمال و تصمیمات مدیران و نقض حقوق و منافع سایر ذی‌نفعان شرکت خواهد شد. در این مبحث به مصادیق و راهکارهای مقابله با تعارض منافع پرداخته می‌شود.

۱.۶. منع ارتکاب رفتار متعارض از سوی مدیران

همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، فساد گسترده وسیعی از رفتار خصمانه مدیران را شامل می‌شود. ارتکاب جرایمی نظیر سرقت اموال شرکت، خیانت در امانت، کلاهبرداری و دریافت رشوه موجب مسئولیت کیفری و مدنی مدیران متخلف خواهد شد.^{۵۲}

بر اساس ماده ۱۴۲ قانون اصلاحی قسمتی از قانون تجارت ۱۳۴۷، تخلف از مقررات قانونی، اساسنامه یا مصوبات مجمع عمومی حسب مورد مسئولیت انفرادی و مشترک مدیران را در پی خواهد داشت و بر اساس مواد ۲۵ و ۲۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، در صورت ارتکاب جرایم از سوی مدیر (ابتدائاً و استداماً) موجب سلب صلاحیت وی خواهد شد. البته نباید از نظر دور داشت که جعل مسئولیت جبران ضرر و زیان برای شرکت در فرض تخلف مدیران قابل پذیرش است؛ چراکه بر اساس ماده ۱۴۳ قانون اصلاح قانون قسمتی از قانون تجارت، در صورتی که ورشکستگی (به تقلب یا تقصیر) شرکت معلول تخلفات مدیر(ان) باشد، حسب مورد منفرداً یا متضامناً مسئول خواهند بود. با توجه به اینکه مقنن در فرض ورشکستگی به تقصیر و تقلب مسئولیت را متوجه مدیر(ان) نموده است، به طریق اولی در فرض ارتکاب جرایم مسئولیت نهایی (حقوقی و کیفری) متوجه آنها خواهد بود؛ امری که در ماده ۳۲۸ قانون مدنی و با توجه به فلسفه «استقلال مدیران» و «استقلال شخصیت حقوقی» شرکت مورد تأیید است. لازم به ذکر است،

52. Klaus Hopt, "Comparative Corporate Governance, the State of the Art and International Regulation", The American Journal of Comparative Law. No 1 (2011), p. 54.

به موجب ماده ۱۳۲ قانون اصلاحی قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷، مدیران به استثنای اشخاص حقوقی حق أخذ وام و اعتبار از شرکت یا به نام شرکت تحت عنوان تضمین و... را ندارند؛ امری که به موجب بند ۳ ماده ۲۵۸ همان قانون جرم‌انگاری شده است. همچنین به موجب ماده ۲۷۳ همان قانون، مسئولیت تضامنی در صورت ورود خسارت به سبب بطلان شرکت برای مدیران پیش‌بینی شده است.^{۵۳} در حقوق انگلستان مواردی را می‌توان به‌عنوان نوآوری در برخورد با رفتار مدیران و مقابله با تعارض منافع مشاهده نمود. مواردی از قبیل جرم‌انگاری «عدم رعایت الزامات مرتبط با ثبت مشخصات مدیران» مستند به بند ۶ ماده ۱۶۲، «اعلام عدم منفعت معاملات موجود توسط مدیران» در مواد ۱۸۲ و ۱۸۳، الزام به نگهداری «قرارداد کار مدیران» در شرکت تحت شمول ماده ۲۲۸، عدم رعایت تشریفات مرتبط با تصویب معاملات منعده از سوی مدیران مطابق با ماده ۲۲۳ قانون شرکت‌های تجاری ۲۰۰۶ را به‌طور کلی می‌توان اشاره نمود. همچنین برخلاف حقوق ایران به‌طور خاص در ماده ۱۷۵ قانون شرکت‌های تجاری انگلیس و تحت ضابطه کلی از احتراز از وضعیت‌های متضمن تعارض منافع از سوی مدیران و به‌عنوان تعهدات مدیر سخن به‌میان آمده است و در مواد ۱۷۱ تا ۱۷۷ همان قانون به وظایف کلی مدیر پرداخته شده است که به‌نظر می‌رسد در صورت عدم اجرای این تعهدات وضعیت تعارض منافع عینیت خواهد یافت.

۲.۶. معامله با خود

در یک نگاه، انگیزه مدیران به‌عنوان نماینده ذی‌نفعان باید جذب حداکثر سود در معاملات باشد، اما در مواردی ممکن است مدیران ظاهراً به نمایندگی از ذی‌نفعان و برای خود وارد معامله شوند. با توجه به مطلق بودن اختیارات مدیران و استقلال آنها، حقوق‌دانان با دیده تردید به معاملات قسم اخیر نگریسته‌اند.^{۵۴} در نظام کامن‌لا معامله با خود^{۵۵} به‌عنوان یکی از مصادیق «تعارض منافع» و نقض «وظیفه وفاداری» تعیین شده و بر اساس ماده ۱۹۰ قانون شرکت‌های

۵۳. حمید حمیدیان و همکاران، «مسئولیت اجتماعی در نظام حقوقی، بازرگانی، و سرمایه‌گذاری ایران و تطبیق آن با مبانی فقهی»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۳۰ (۱۴۰۲)، ص ۱۵۳.

۵۴. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۱۲۵.

55. Self Delay.

انگلستان مصوب ۲۰۰۶، تصویب اکثریت سهام‌داران^{۵۶} در خصوص معاملات مدیران با شرکت و نقل و انتقالات املاک و دارایی غیرنقدی لازم و ضروری است.^{۵۷} همچنین در مورد برخی از معاملات منعقد شده از سوی مدیران، همچون قرارداد خدمت طولانی‌مدت موضوع مواد ۱۸۸ و ۱۸۹، معاملات اموال مهم و اساسی موضوع بند ۲ ماده ۱۹۱، قرض و شبه قرض موضوع ماده ۱۹۹ و معاملات اعتباری موضوع مواد ۱۹۷ تا ۲۱۴ قانون شرکت‌های تجاری ۲۰۰۶، مستلزم تصویب اعضای شرکت است و در صورت عدم رعایت شرط تصویب اعضای شرکت از سوی مدیران، ضمانت اجرای مدنی و جبران خسارت برعهده مدیران خواهد بود؛ امری که در ماده ۲۲۳ قانون یادشده بر آن تأکید و اشاره شده و حتی شامل مدیران در سایه خواهد شد. در حقوق ایران تأیید معاملات مدیران، مستلزم رعایت تشریفات است؛ چنان‌که مطابق ماده ۱۲۹ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت، اجازه هیئت مدیره، اطلاع‌رسانی به بازرسان از سوی هیئت مدیره و ارائه گزارش به اولین مجمع عمومی لازم و ضروری است. همچنین مطابق ماده ۱۳۰ همان قانون، ضمانت اجرای بطلان نسبی در صورت عدم تصویب در مجمع عمومی عادی و بطلان به‌طور مطلق در فرض مشارکت مدیر و شخص ثالث در تدلیس و تقلب و بر اساس ماده ۱۳۱ در صورت عدم تصویب ارکان هیئت مدیره و مجمع عمومی عادی ابطال معامله پیش‌بینی شده است. به‌نظر می‌رسد «معامله با خود» در فرض عدم تضاد با منافع شرکت صحیح است، چراکه ابطال آن بدون دلیل از سوی مقام کنترل‌کننده خلاف اصول و روح قانون بوده، هدف از مقررۀ فوق جلوگیری از ایجاد تعارض منافع و به‌منظور جذب منافع اقتصادی برای ذی‌نفعان است. به‌نظر می‌رسد با توجه به قواعد عام مسئولیت مدنی در صورت انجام معاملات از سوی مدیران شرکت و ایراد ضرر به شرکت و سهام‌داران، مدیران مسئولیت جبران خسارت را خواهند داشت؛ امری که در قانون شرکت‌های تجاری انگلیس به شرح پیش‌گفته به آن تصریح شده است.

۳.۶. اعمال متضمن رقابت با شرکت

از موارد منجر به ایجاد تعارض منافع، ارتکاب اعمال متضمن رقابت با شرکت از جانب مدیر شرکت است. اصولاً صرف تهیه مقدمات کار تا زمانی که جنبه عملی و عینی به خود نگرفته

56. Members Approval.

57. Paul Davis & Sara Worthington (2012), *Principles of Modern Company Law*, (London: Thomson, Sweet & Maxwell, 8th ed, 2012), p. 25.

است رقابت با شرکت نخواهد بود. در پرونده شرکت دلفین سی/ام/اس علیه سیمونه، شرکت تبلیغاتی دلفین به‌عنوان خواهان مدعی بود سیمونه (مدیرعامل سابق) پس از بازنشستگی، با تأسیس شرکت و از طریق دسترسی به اطلاعات سابق به جذب مشتریان خواهان مبادرت نموده است. در نهایت دادگاه به جهت تأسیس شرکت و جذب مشتریان خواهان، سیمونه را مسئول جبران خسارت دانست. به‌نظر می‌رسد که صرف اعمال رقابتی منجر به ایراد ضرر به شرکت، موضوع صدور مجوز از جانب ارکان صلاحیت‌دار شرکت نخواهد بود.^{۵۸} اثر این رأی بر رویه قضایی و نیز بر رویکرد قانون‌گذار انگلستان را نباید نادیده گرفت؛ با این تفسیر که در حقوق انگلستان به جهت تحلیل ارتباط مدیر با شرکت و سهام‌داران، عنوان رابطه امانی و وکالت و در عین حال آثار این توصیف بر این وضعیت بار شده است؛ به عبارت دیگر، رویه قضایی حقوق انگلستان با رویکرد شناسایی رابطه امانی مدیر و آثار آن، سعی در مدیریت این وضعیت داشته است. علاوه بر این، حفظ و صیانت از وصف امانت از مهم‌ترین تکالیف مدیران شرکت‌های تجاری به‌شمار می‌رود. بر این اساس، صرف انجام اعمال همانندی با شرکت به‌منزله رقابت با شرکت است و احراز هیچ شرط دیگری در این خصوص ضرورتی ندارد. موضوع دیگر عدم لزوم عینیت نقض وظیفه امانی است و صرف احتمال وقوع تعارض منافع در جعل مسئولیت برای مدیران شرکت کافی است. این موضوع در بند نخست ماده ۱۷۵ قانون شرکت‌های تجاری انگلیس مصوب ۲۰۰۶ به این صورت مطرح شده است: «مدیر شرکت تجاری از قرار گرفتن در وضعیت‌هایی که به صورت مستقیم و غیرمستقیم نفعی برای وی خواهد داشت و یا ممکن است داشته باشد و مغایر با منافع شرکت است و یا احتمال مغایرت با منافع شرکت را دارد باید احتراز کند».

در حقوق ایران بر اساس ماده ۱۳۳ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت ۱۳۴۷، مدیران و مدیرعامل نمی‌توانند معاملات متضمن رقابت با عملیات شرکت را انجام دهند، در غیر این صورت مسئول جبران ضرر خواهند بود.^{۵۹} مفهوم اعمال متضمن رقابت در حقوق انگلستان متفاوت با حقوق ایران است؛ به این صورت که مدیر از تصدی هم‌زمان دو جایگاه مدیریت منع

58. Alan Dignam & Jhon Lowry, *Company Law*, (London: Oxford University, 7th ed, 2012), p. 375.

۵۹. ربیعا اسکینی، حقوق شرکت‌های تجاری، ج ۱ (تهران: سمت، ج ۳۰، ۱۴۰۰)، ص ۱۴۷.

شده است. هدف از منع مدیران در انعقاد معاملات رقابتی در حقوق انگلستان، جلوگیری از اثبات حسن نیت یا عدم آن و ابطال آن بدون نیاز به مراجع قضایی است؛ درحالی که در حقوق ایران هدف اولیه جلوگیری از اضرار به شرکت است، لیکن در فرض عدم تصویب هیئت مدیره - ولو در فرض عدم اضرار - این اعمال باطل به نظر می‌رسد.^{۶۰}

۴.۶. بهره‌برداری از فرصت‌ها و نظریه فرصت‌های شرکتی^{۶۱}

از دیگر مصادیق تعارض منافع سوءاستفاده مدیران از فرصت‌های تجاری است. رعایت امانت از مهم‌ترین ضوابط اخلاقی پیش روی مدیران به‌شمار می‌رود. نقطه اشتراک «فرصت‌های شرکت» با «اعمال متضمن رقابت با شرکت» در جذب بیشترین سود است. اما تفاوت این دو در آن است که فرصت‌های شرکتی اغلب ناظر به زمان تصدی جایگاه مدیران است؛ درحالی که اعمال متضمن رقابت با شرکت مربوط به زمان قبل و پس از تصدی جایگاه مدیریت است، به نحوی که با توجه به مواد ۱۴۴، ۱۷۲ و ۱۸۹ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱، و ماده ۱۳۳ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷، این موضوع تأیید می‌شود. همچنین در موضوع فرصت‌های شرکتی، جذب سود به فعلیت نرسیده و شرایط بالقوه نیل به منافع مالی و شخصی برای مدیر فراهم شده است. لیکن در موضوع رقابت با شرکت، جذب سود فعلیت یافته و مدیر با استفاده از اطلاعات موجود و جذب مشتریان شرکت برای خود فعالیت می‌نماید. در پرونده شرکت *رگال هاستینگز علیه گالیور*^{۶۲}، مجلس اعیان این چنین مقرر داشت: «در فرض عدم امکان بهره‌برداری شرکت از فرصت تجاری به‌دست آمده و استفاده شخصی مدیران از این فرصت، این امر به نقض وظیفه وفاداری از سوی مدیران منجر خواهد شد»^{۶۳}. تأثیر این رأی را می‌توان در تعیین وظایف عمومی مدیران شرکت در ماده ۱۷۰ قانون شرکت‌های تجاری انگلیس مصوب ۲۰۰۶ مشاهده نمود که بر اساس آن حتی در فرض عزل مدیران یا اتمام مدت دوره تصدی مدیریت آنها و انتصاب مدیریت جدید، به‌عنوان یکی از موارد احتراز از وضعیت تعارض منافع (به شرح یادشده در ماده ۱۷۵ همان قانون) و جعل مسئولیت حفاظت و صیانت از اطلاعات و

۶۰ البرز جیدرپور، محدودیت‌های مدیران شرکتها در انجام معاملات، (اهواز: مه‌زیار، چ ۱، ۱۳۸۲)، ص ۳۲.

61. Corporate Opportunity Doctrine.

62. Regal (Hastings) Ltd v Gulliver

63. Nolan, Richard, *Regal (Hastings) Ltd v Gulliver 1942 In: Landmark Cases in Equity*, (London: Oxford, Hart Publishing Limited. 2012), p. 500.

فرصت‌های شرکتی برای مدیران صورت گرفته است. با تطبیق هر دو نظام حقوقی ایران و انگلیس می‌توان دریافت که علی‌رغم تمییز دو مصداق از تعارض منافع، راهکارهای حقوقی مقابل با این دو وضعیت را به‌طور متناسب و معقول می‌توان سیاست‌گذاری نمود. به‌نظر می‌رسد عرف تجاری مهم‌ترین ضابطه جهت تعیین وجود «فرصت تجاری» است و مدیران باید به‌طور مستقل در یک موقعیت مناسب از فرصت‌های تجاری به‌دست آمده به نفع شرکت و سهام‌داران استفاده کنند؛ ضابطه‌ای که با توجه به جایگاه دوگانه مدیران از حیث «استقلال» و «لزوم فعالیت در بازار اقتصادی» صحیح به‌نظر می‌رسد.

۵.۶. پرداخت پاداش و حق‌الزحمه به مدیران

مدیران در شرکت‌های تجاری به دو صورت موظف و غیرموظف فعالیت می‌کنند؛ مدیر موظف علاوه بر عضویت در هیئت مدیره، شغل دیگری نیز در شرکت دارد. اما مدیر غیرموظف غیر از رابطه مدیریت ارتباط دیگری با شرکت ندارد.^{۶۴} در حقوق ایران پرداخت دستمزد مدیران به‌موجب مواد ۱۲۶ به بعد از قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ تعیین شده، به مدیران موظف بر اساس ماده ۱۳۴ همان قانون مبلغی تحت عنوان حق جلسات تعلق می‌گیرد و حقوق اعضای موظف را هیئت مدیره تعیین می‌کند. البته یک نظر وجود دارد که به جهت عدم پیش‌بینی حقوق و مستمری برای مدیران موظف حقوق آنها به‌موجب قواعد کار تعیین و پرداخت خواهد شد.^{۶۵} اما به‌نظر می‌رسد که بر اساس تجارب و نیز دانش مدیران از حیث رویه عملی، حقوق مدیران موظف در جلسات هیئت مدیره تعیین و در مجمع عمومی پس از تصویب ترازنامه و صورت‌های مالی تأیید خواهد شد. در خصوص پاداش‌های مدیریتی نیز بر اساس همین مقرره و لحاظ ماده ۲۴۱ قانون یادشده، در صورت پیش‌بینی در اساسنامه شرکت و تصویب مجمع عمومی عادی می‌توان درصد خاصی را- که در شرکت‌های سهامی عام از ۵ درصد و در شرکت‌های سهامی عام از ۵ درصد سود خالص پرداختی به مدیران تجاوز کند- به مدیران (اعم از موظف و غیرموظف) اختصاص داد. در انگلستان به‌موجب «قواعد رتبه‌بندی»^{۶۶}، علاوه بر نحوه

۶۴. محمدرضا پاسبان، پیشین، ص ۱۹۲ و ۱۹۳.

۶۵. محمد دمرچیلی و همکاران، «قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی، توضیح ذیل ماده ۱۳۴ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت»، میثاق آوا، ص ۲۰۰ و ۲۰۱.

ثبت سهام جهت فروش در بازار سهام، در خصوص نحوه پرداخت حقوق و پاداش‌ها به مدیران شرکت سهامی در فرض تعارض با قواعد حاکمیت شرکتی مقرراتی وضع شده است.^{۶۷} بر اساس ماده ۴۳۹ قانون شرکت‌های تجاری انگلیس مصوب ۲۰۰۶، حقوق و پاداش مدیران شرکت‌های پذیرفته شده در بورس باید به تصویب مجمع عمومی عادی برسد. در حقوق انگلستان، هیچ تفاوتی میان مدیر موظف و غیرموظف و نیز پرداختی از نوع حقوق و مستمری به چشم نمی‌خورد و به جهت جلوگیری از عینیت تعارض منافع، سیاست واحد پیش‌بینی شده است. همچنین در صورت نبود نظام دقیق حاکم بر موضوع دستمزدها و پاداش‌ها، وضعیت تعارض منافع مدیران با شرکت و سهام‌داران مطرح خواهد شد و در فرض عکس نیز می‌تواند عامل اساسی در افزایش بهره‌وری و تشویق مدیران در نیل به اهداف شرکت باشد؛ امری که در حقوق ایران به آن توجه نشده است.

۶.۶. تصاحب^{۶۸} سهام شرکت هدف

در حقوق انگلستان بر اساس ماده ۱۷۴ قانون شرکت‌ها مصوب ۲۰۰۶، «تصاحب سهام» ناظر به فرضی است که یک شرکت با خرید اکثریت سهام شرکت دیگر، کنترل آن را در اختیار می‌گیرد؛ شرکت اول، شرکت خریدار^{۶۹} و شرکت عرضه‌کننده سهام «شرکت هدف»^{۷۰} است. مدیران شرکت هدف، اختیار کامل قبول یا رد پیشنهاد شرکت خریدار را دارند، اما این شائبه مطرح می‌شود که ممکن است مدیران شرکت هدف، منافع شخصی خود را بر منافع شرکت و سهام‌داران ترجیح دهند.^{۷۱}

در فرض ارائه پیشنهاد تصاحب سهام از جانب مدیران شرکت هدف و ارتکاب خیانت در امانت در قالب پیشنهاد خرید سهام شرکت تحت تصدی به شرکت (خریدار)، منافع سهام‌داران و سایر ذی‌نفعان شرکت با خطر مواجه می‌گردد. افزون بر این، منع مطلق خرید و فروش سهام نیز به نفع سهام‌داران نخواهد بود؛ چراکه در فرض افشای کامل اطلاعات و ایجاد شفافیت در زمینه

67. https://financialmarketstoolkit.cliffordchance.com/content/micro-facm/en/financial-markets/resources/resources-by-type/guides/a-guide-to-the-Uk-listing-regime/_jcr_content/parsys/download/file.res

68. Takeover

69. Acquirer

70. Target

71. Andrea Vicario, "Conflicts of Interest of Target Company's Directors and Shareholders in Leveraged Buy-Outs," *European Company and Financial Law Review ECFR*, No. 3 (2007), p. 346.

پیشنهاد فروش سهام از جانب مدیران مستقل و بی‌طرف، این امر موجه و قابل دفاع است.

در حقوق ایران مقررۀ خاصی در خصوص تصاحب سهام وجود ندارد، اما بر اساس مادۀ ۴۰ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی مصوب ۱۳۸۳، در صورت تصمیم مجمع عمومی فوق‌العادۀ شرکت خریدار مبنی بر گسترش و ادغام شرکت، این پیش‌بینی انجام شده است. همچنین بر پایۀ قانون اجرای سیاست‌های ابلاغی در موضع ادغام و تصاحب بنگاه‌های دولتی از سوی بخش‌های غیردولتی و رفع انحصار از دولت، گام‌های مثبتی برداشته شده است. در مقابل بر اساس فصل سوم قانون شرکت‌های تجاری انگلیس مصوب ۲۰۰۶م، به صورت دقیق و منظم به موضوع «پیشنهاد تصاحب» پرداخته شده است. مطابق مواد ۹۷۴ و ۹۷۵ قانون پیش‌گفته، این پیشنهاد باید دارای شرایط اساسی از قبیل پوشش تمامی سهام، پوشش تمامی سهام یک رده در صورت وجود نظام رده‌بندی سهام و ارائه پیشنهاد یکسان [از حیث مبلغ، نحوه پرداخت و ...] به تمام سهام موضوع تصاحب باشد. همچنین مادۀ ۹۷۶ همان قانون به‌طور تفصیلی در خصوص شرکت‌های دارای سهام متفاوت و نحوه و شرایط انتقال این سهام از سوی شرکت‌های خریدار و هدف را بیان نموده است. با بررسی این دو نظام حقوقی می‌توان دریافت که نظام حقوقی ایران بیشتر ناظر به رفع انحصار از شرکت‌های دولتی و در موضوعات تجاری و در عین حال صرف رفع مشکل ادغام شرکت است و کمتر به موضوع تعارض منافع ذی‌نفعان دو شرکت پرداخته است؛ درحالی که در حقوق انگلیس با پیش‌بینی مقررات دقیق و با جزئیات کامل سعی در مدیریت و مقابله با موضوع تعارض منافع میان مدیران و سهام‌داران شرکت هدف شده است.

۱.۶.۶. حفظ محرمانگی شرکت

مدیران به‌منظور حفظ رقابت و تجارت در بازار مکلف به حفظ اسناد و اطلاعات شرکت هستند. نکته حائز اهمیت در خصوص اسناد و اطلاعات و ارزش واقعی اسناد مهم شرکت است؛ زیرا اسناد و اوراق بهادار شرکت فی‌نفسه فاقد ارزش ذاتی بوده، برخلاف اشیای معین، با رجوع به ارزش موضوع سند می‌توان به ارزش آن پی برد^{۷۲}. اطلاع یافتن از ارزش واقعی سهام همواره از

۷۲ - محمد سلطانی، حقوق بازار سرمایه، (تهران: سمت، ج ۱، ۱۳۹۵)، ص ۱۰۰.

مهم‌ترین دغدغه‌های سرمایه‌گذاران است؛ از این رو، معمولاً مدیران و کارکنان شرکت در موقعیت برتر اطلاعاتی قرار دارند و وظیفه حفظ این اسناد و اطلاعات برعهده آنان است. همچنین مناسب‌ترین زمان افشای اطلاعات مربوط به اسناد و اوراق بهادار، هنگام عرضه عمومی در بازار بورس است که به‌موجب آن کلیه اطلاعات موردنیاز در خصوص ورقه سهم و ناشر آن منتشر می‌شود. بر اساس مواد ۴۶۰ و ۴۶۱ قانون شرکت‌های تجاری انگلیس مصوب ۲۰۰۶، اصل بر عدم افشای اطلاعات شرکت است؛ مگر در مواردی همچون امور مالیاتی یا ارائه به محاکم و یا از سوی برخی مقامات سیاسی و عمومی که دسترسی به اطلاعات شرکت ضرورت داشته باشد. همچنین بر اساس بند دوم ماده ۱۷۵ قانون یادشده، افشای اطلاعات از مصادیق تعارض منافع است که مدیران مکلف‌اند جز در موارد استثنایی از افشای این اطلاعات خودداری کنند؛ اگرچه حتی شرکت یا مدیران نتوانند از این اطلاعات برای شرکت و سهام‌داران جذب منافع نمایند. در قوانین تجارت و قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷، تصریحی در خصوص این وظیفه مشاهده نمی‌شود، لیکن به‌موجب بند ۳۲ ماده نخست قانون بازار مصوب ۱۳۸۴، ضمن تعریف «اطلاعات نهایی یا افشانشده» و لزوم صیانت از آن، از ضابطه تأثیرگذاری بر قیمت و تصمیم سرمایه‌گذاران به‌عنوان وجه متمایز تعیین شده و بر اساس بند ۳۰ ماده ۱ قانون یادشده به لزوم حفظ اطلاعات مربوط به ناشر و اوراق بهادار قبل از پذیره‌نویسی اشاره شده است. همچنین در احراز جرم افشای اطلاعات، هم‌زمانی تصدی جایگاه مدیریت در زمان دسترسی به اسناد و اطلاعات، لازم و ضروری نیست، بلکه تصدی جایگاه پس از کسب اسناد و اطلاعات جهت انتساب جرم و اعمال مجازات کافی خواهد بود.

در شرکت‌های با شعبات متعدد و نیز شرکت‌های مستقل مشترک‌المنافع، حفظ اسرار و اطلاعات از جانب مدیران امری ضروری است. اطلاعات و اسناد تا زمانی که در مجامع عمومی صاحبان سهام، روزنامه کثیرالانتشار و ... در دسترس عموم قرار نگرفته است محرمانه تلقی خواهد شد و وظیفه حفظ این اسناد و اطلاعات برعهده مدیران و کارمندان خواهد بود. در حقوق ایران تکالیفی از قبیل ارائه گزارش معاملات مدیران به مجمع عمومی (ماده ۱۲۹ ق.ا.ق.ت)، ارائه گزارش‌های مالی به درخواست سهام‌داران و امکان تهیه رونوشت ۱۵ روز قبل از تشکیل مجمع (ماده ۱۳۹ ق.ا.ق.ت) و آماده کردن صورت‌های مالی جهت ارائه بازرسان به مجمع عمومی (ماده ۲۳۲ ق.ا.ق.ت) از سوی قانون‌گذار مقرر شده است که هیچ منافاتی با مسئولیت حفظ اسرار و اطلاعات ندارد و در راستای صیانت از منافع شرکت و ذی‌نفعان خواهد بود.

نتیجه

۱- شرکت‌های تجاری خاستگاه حقوق و منافع ذی‌نفعان متعدد هستند و تأسیس این‌گونه نهادها با هدف تأمین منافع مشترک سهام‌داران و سرمایه‌گذاران و جعل مسئولیت برای شخص حقوقی (شرکت) انجام شده است. همگام با ایجاد شخصیت حقوقی، اشکال مختلف تعارض منافع ایجاد شده است؛ با وجود این، اهمیت شناسایی ماهیت این نهاد و بازشناسی آن از نهادهای مشابه به حدی است که تأثیر آن بر واقعیت‌های اقتصادی، اجتماعی و حقوقی غیرقابل انکار است.

۲- مقابله با تعارض منافع مستلزم شناسایی وضعیت‌های مختلف، تدوین دقیق قوانین و اساسنامه شرکت و تثبیت ضوابط اخلاقی و رفتاری مدیران است. همچنین اهمیت تعارض منافع میان سهامداران تا آنجاست که در فرض تملک اکثریت سهام از سوی سهام‌داران اقلیت، با دراختیار گرفتن کنترل شرکت، انتخاب مدیران تحت امر خود را نیز در اختیار خواهند گرفت. بر این اساس، ضوابط ناظر بر اعمال و ضوابط اخلاقی به‌عنوان راهکار نوین سیاست‌گذاری در حوزه مدیریت و مقابله با تعارض منافع به‌شمار می‌رود. حقوق‌دانان در نظام کامن‌لا به‌خوبی ضرورت تحکیم مقررات تعارض منافع را از طریق ضوابط رفتاری درک کرده، آن را ابزاری مفید در مسیر مدیریت، سیاست‌گذاری و مقابله با تعارض منافع می‌دانند. در حقوق ایران می‌توان قواعد برگرفته از عرف، رویه‌های مدیریتی، رویه قضایی، هنجارها و اصول اخلاقی، اجتماعی و اقتصادی را در قالب قواعد حقوقی و ضوابط رفتاری بر مدیران و ذی‌نفعان شرکت الزام نمود و یا پس از تبیین صحیح این قواعد و سیاست‌گذاری پیشگیرانه، با تمهید این مسائل مهم در قالب مقررات و قواعد حقوقی الزام‌آور شرکت را راهبری نمود.

۳- در حقوق انگلستان مدیریت به صورت دوسطحی و متشکل از هیئت مدیره و هیئت نظارت است. اگرچه به جهت فعالیت پاره‌وقت هیئت نظارت، این اعضا ارتباط زیادی با فعالیت‌های روزمره شرکت ندارند و تا حدودی از شائبه تعارض منافع دور خواهند بود، اما به جهت امکان فعالیت (پاره‌وقت) در بیش از یک شرکت (حسب مورد به‌عنوان هیئت مدیره یا هیئت نظارت)، مصادیقی از تعارض منافع از قبیل افشای اطلاعات، رقابت با شرکت، و

استفاده از فرصت‌های شرکتی در مورد آنها قابل طرح است. شاکله هیئت مدیره در حقوق شرکت‌های تجاری ایران اصولاً به صورت یک‌سطحی است. قانون‌گذار در ماده ۱۰۸ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷، از انتخاب مدیران از سوی مجمع عمومی مؤسس و مجمع عمومی عادی سخن گفته است. اما در شرکت‌های سهامی با مسئولیت محدود و مختلط، با رعایت شرایط مقرر در مواد ۱۰۹ و ۱۶۵ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱، در کنار هیئت مدیره، هیئت نظارت نیز پیش‌بینی شده که متأسفانه نحوه تصمیم‌گیری، حدود صلاحیت و وظیفه دعوت از مجامع عمومی عادی و فوق‌العاده از وظایف هیئت نظارت در نظر گرفته نشده است؛ بر این اساس، می‌توان با رویکردی صحیح در این قسم از شرکت‌های تجاری به جهت وضعیت خاص مدیریت و نظارت از طریق سیاست‌گذاری صحیح، ضمن رفع نواقص پیش‌گفته با تعیین مصادیق تعارض منافع، راهکارهای حقوقی پیشگیرانه و مقابله‌ای را متناسب با جایگاه هیئت مدیره و هیئت نظارت تدارک نمود.

۴- رویکرد صاحب‌نظران پیرامون لزوم تعریف تعارض منافع متفاوت است. تا جایی که رویکرد نظام کامن‌لا در باب عدم لزوم ارائه تعریف با توجه به تعیین مصادیق از این موارد به‌شمار می‌رود، اما این امکان وجود دارد که مدیران شرکت در موضوع واحد تفاسیر و رویکردهای متفاوت را در خصوص مصادیق تعارض منافع در پیش گیرند. به نظر می‌رسد مطالعات راهبری شرکتی و قواعد مستخرج از رویه قضایی نمی‌تواند مسائل و تفاوت‌های تعارض منافع بالقوه، واقعی و آشکار را معین کند؛ حتی اگر اصطلاحات بارها در رویه و نظریات تکرار شوند. در نتیجه، مهم‌ترین مسئله در تمییز مدیریت اقسام تعارض منافع، ارائه ضابطه و یا تعریف جامع و مانع از اقسام تعارض منافع است. در حقوق ایران با توجه به عدم تعریف تعارض منافع و لزوم تشخیص اقسام تعارض منافع از یکدیگر و سایر نهادهای مشابه، نظیر تعارض تعهد، منافع رقابتی و فساد، از مهم‌ترین مسائل پیش روی سیاست‌گذاران و مدیریت شرکت، ضرورت وجود قواعد کارآمد متناسب با وضعیت تعارض منافع در نظام قانون‌گذاری است.

۵- مدیران در تعیین مصادیق، مقابله و تمییز تعارض منافع از نهادهای مشابه، از قضاوت

تجاری خود استمداد می‌جویند. در این راه تشخیص تعارض منافع از «تعارض تعهدات» اهمیت بسزایی دارد و ارائه تعریف دقیق تعارض منافع در این مسیر راهگشا خواهد بود. در حقوق انگلیس بر اساس ماده ۱۷۵ قانون شرکت‌های تجاری ۲۰۰۶، صرفاً به موضوع احتراز از وضعیت‌های منجر به تعارض منافع از جانب مدیران سخن گفته شده و مصادیق آن به فهم و قضاوت تجاری مدیران واگذار شده است؛ درحالی که در حقوق ایران تعریف و ضابطه‌ای در خصوص تعارض منافع ارائه نگردیده و صرفاً به صورت پراکنده مصادیق تعارض منافع در قوانین تجاری بحث شده است؛ برای مثال، بر اساس ماده ۱۲۶ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷، مدیر عامل از تصدی جایگاه مدیریت در بیش از یک شرکت منع شده است و مطابق ماده ۱۲۷ همان قانون هر ذی‌نفع (به استثنای اشخاص ثالث و سهام‌داران) حق طرح دعوی عزل مدیران را خواهد داشت. همچنین در موضوع «تعارض تعهدات»، به‌کارگیری قضاوت تجاری در حین اتخاذ تصمیمات به جهت منع تصدی بیش از دو جایگاه موضوعاً منتفی است و می‌توان با استفاده از این ضابطه مقررات منع‌کننده یا محدودکننده در مورد اجرای تعهدات از جانب مدیران را به تصویب رساند

۶- در خصوص تفاوت تعارض منافع و منافع رقابتی، شایان ذکر است زمانی سخن از منافع رقابتی به‌میان می‌آید که مدیر راه‌حل‌های مختلفی را برای دستیابی به منافع اصلی شرکت درپیش گیرد، لیکن به جهت وجود منافع شخصی راهی را انتخاب می‌کند که بیشترین سود را عاید وی سازد. بر اساس ماده ۱۷۴ قانون شرکت‌های تجاری انگلیس، مدیران باید مهارت، مراقبت و وفاداری خود را در خصوص وظایف خود در باب اداره شرکت، حضور در جلسات هیئت مدیره و انجام تعهدات نشان دهند. تنها محدودیت این است که مدیران در انجام تعهدات خود «مهارت، مراقبت و پشتکار معقول» را در هنگام اداره یک شرکت به‌کار گیرند. در حقوق ایران صرفاً از استقلال مدیران در ماده ۱۱۸ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ سخن به‌میان آمده است، لیکن با استمداد از قواعد «قضاوت تجاری»، امانت و مراقبت در مقررات داخلی، ضمن تأمین استقلال مدیران، می‌توان این رکن از شرکت را به سمت و سوی جلب بیشترین منافع برای شرکت و ذی‌نفعان سوق داد.

لازم به ذکر است، تلاش مدیران بسان امینی دلسوز در این مسیر جهت اثبات رعایت تکالیف و مسئولیت‌های آنها کافی است؛ هرچند به بیشترین سود برای شرکت و ذی‌نفعان نینجامد.

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

– کتابها

۱. اسکینی، ربیعا (۱۴۰۰). *حقوق شرکتهای تجاری*. تهران: سمت.
۲. پاسبان، محمدرضا (۱۴۰۱). *حقوق شرکتهای تجاری*. تهران: سمت.
۳. حیدرپور، البرز (۱۳۸۲). *محدودیتهای مدیران شرکتهای در انجام معاملات*. اهواز: مهزیار.
۴. دمرچیلی، محمد؛ حاتمی، علی و قرائی، محسن (۱۳۹۰). *قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی*. تهران: آوا/ میثاق عدالت.
۵. صفایی، سیدحسین و رحیمی، حبیبالله (۱۴۰۲). *مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)*. تهران: سمت.
۶. رنه، داوید (۱۳۹۸). *نظامهای بزرگ حقوقی معاصر*. تهران: مرکز نشر دانشگاهی.
۷. سلطانی، محمد (۱۳۹۵). *حقوق بازار سرمایه*. تهران: سمت و مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی و دانشگاه شهید بهشتی.
۸. صفایی، سیدحسین و قاسمزاده سیدمرتضی (۱۴۰۱). *حقوق اشخاص و محجورین*. تهران: سمت.
۹. کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۱). *قواعد عمومی قراردادها*. تهران: گنج دانش.
۱۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸). *الزامهای خارج از قرارداد مسوولیت مدنی*. تهران: دانشگاه تهران.
۱۱. کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۰). *دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی*. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۲. کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۰). *دوره مقدماتی حقوق مدنی، حقوق اموال و مالکیت*. تهران: میزان.
۱۳. کاویانی، کوروش (۱۴۰۱). *حقوق اسناد تجاری*. تهران: میزان.

– مقالات

۱۴. پاسبان، محمدرضا (۱۳۸۹). *اهلیت شرکتهای تجاری و حدود اختیارات مدیران شرکتهای تجاری، تحقیقات حقوقی*، ۵۱ (۱۳): ۱۲۷-۱۶۴.

۱۵. حمیدیان، حمید؛ رضایی، علی و طالب احمدی، حبیب (۱۴۰۲). مسئولیت اجتماعی در نظام حقوقی، بازرگانی، و سرمایه‌گذاری ایران و تطبیق آن با مبانی فقهی. *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۳۰ (۱۴)، ۱۵۳.
Doi: 10.22034/LAW.2022.32751.2782

۱۶. صادقیان ندوشن، مهرداد و باقری، محمود (۱۳۹۵). تعارض منافع ذی‌نفعان شرکتها و راهکارهای حل آن. *حقوق تطبیقی*، ۲۰ (۳)، ۱۳۶-۱۶۳.

ب) منابع انگلیسی

- Books

17. Berle. Adolf A, Means Gardiner C (1932). *The Modern Corporation and Private Property*. New York: 4th, MacMillan.
18. Davis, Paul and Worthington, Worthington (2012). *Principles of Modern Company Law*. London: Thomson, Sweet & Maxwell, 8th edn.
19. Davis. Micael, Stark. Andrew (2007). *Conflict of Interest in the Professions*. New York: Oxford University Press.
20. Dignam, Alan & Lowry, Jhon (2012). *Company Law*. London: Oxford University, 7th.ed
21. Nolan, Richard (2012). *Regal (Hastings) Ltd v Gulliver 1942 In: Landmark Cases in Equity*. Oxford: Hart Publishing Limited.

- Instrument

22. Bawie, Norman & Edward freeman, Robert (1992). *Ethics and Agency Theory an Introduction*. New York: Oxford University Press.
23. Baysinger, Barry & Hokinson, Robert E. (1990). The Composition of Board of Directors and Strategy. *Academy of Management Review*.
24. Carney. Gerard (1998). *Conflict of Interest: Legislation, Ministers and Public Officials, Transparency*, International Working Paper.
25. Claessens. Stijn; Djankov. Simon; Lang. Larry (2000). The Separation of Ownership and Control in East Asian, Corporations. *Journal of Financial Economics*, 58 (1), 85-90.
26. Conac, Pierre-Henri, Enriques, Luca and Gelter, Martin (2007). Constraining Shareholders' Self-Dealing: The Legal Framework in

- France, Germany, and Italy. *European Company and Financial Law Review ECFR*, 30-38.
27. Davis. Michael (1982). Conflict of Interest. *Business & Professional Ethics Journal*, 1(13),
28. Davis. Michael (1993). Conflict of Interest Revisited, *Business and Professional Ethics Journal*, No. 1214.
29. Davis. Michael (1982). Conflict of Interest. *Business & Professional Ethics Journal*, 1(3), 66-81.
30. Denis Diane & McConnell. Jhon (2003). International Corporate Governance. *Journal of Financial and Quantitative*, 38 (1), 15-27.
31. Eisenhardt. Kathleen (1999). Agency Theory, Assessment and Review. *The Academy of Management Review*. 74 (1), 65-70.
32. Forbes. Daniel & Milliken. Frances (1999). Cognition and Corporate Governance: Understanding Board of Directors as Strategic Decision-Making Groups. *The Academy of Management Review*, 24 (3), 495-500.
33. Foster. Roger (2003). Conflict of Interest Recognition Disclosure, and Management. *Journal of the American College of Surgeons*, 196 (4), 505-507.
34. Friedman. Milton (1970). The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits. *New York Times Magazine*, 3, 173-178.
35. Friedman, Paul (1992). The Troublesome Semantics of Conflict of Interest. *Ethic and Behavior*, 2 (40), 245-251.
36. Gillan. Stuart (2006). Recent Developments in Corporate Governance: An Overview, *Journal of Corporate Finance*, 12 (3), 385-390.
37. Gorden. Elizabeth, Henry. Elaine, Palia. Darius, (2004). Related Party Transaction and Corporate Governance. *Corporate Governance Advances in Financial Economics*, 9 (1), 14-23.
38. Hopt, Klaus (2011). Comparative Corporate Governance, the State of the Art and International Regulation. *The American Journal of Comparative Law*. 59 (1), 15-27.
39. Jenik. Radon & Julius. Thaler (2009). Resolving Conflict of Interest in

- State Owned Enterprises. *International Social Science Journal*, 57 (51), 13-18.
40. Kohlbeck. Mark & Mayhew. Brian (2010). Valuation of Firms that Disclose Related Party Transactions. *Journal of Accounting and Public Policy*, 29(2), 120-130.
41. Lo. Bernard & Field. Marilyn (2009). Conflict of Interest in Medical Research, Education and Practice Committee on Conflict of Interest in Medical Research, Education, and Practice Institute of Medicine of the National Academies Washington(DC). *National Academies Press (US)*, 55-70.
42. Lynn. Stout (2013). The Shareholder Value Myth. *European Financial Review*, April-May, 4-7.
43. Mc Munigal. Kevin (1998). Distinguishing Risk from Harm in Conflict of Interest. *Business and Society Review*, 100 (101), 91-93.
44. Organization Economic Co-operation and Development (OECD) (2005). Managing Conflict of Interest in the Public Sector: A Toolkit, Paris, 94.
45. Osterloh. Margit & Frey. Bruno (2000). Motivation, Knowledge Transfer, and Organization Forms. *Organizational Science*, 11(5), 538-543.
46. Di Carlo. Emiliano & Testarmata. Silvia (2012). Recognizing and Managing Conflict of Interest the Case of Italian Listed Companies. *DSI Essay series*, 20-25.
47. Di Carlo. Emiliano (2013). How Much is Really Known About the Meaning of the Term Conflict of Interest International. *Journal of Public Administration*, 30 (2), 895-896.
48. Resnik. David (1998). Conflict of Interest in Science. *Perspectives on Science*, 6 (4), 1998, 390-401.
49. Schwartz, Mark. (2004). Effective Corporate Code of Ethics Perceptions of Codes of Ethics. *Journal of Business Ethics*, 59 (1-2), 30-37.
50. Shlifer. Andrie & Vishny. Robert (1989). Management Entrenchment, the Case of Manager Specific Investments. *Journal of Financial Economics*, 25 (1), 125-137.

51. Tanzi, Vito (1998). corruption around the world, cause, consequences, scope and curse. *international monetary fund, staff paper*, 45 (4), 565-570.
52. Mark.S, Schwartz (2005). Values for Corporate Codes of Ethics. *Journal of Business Ethics*, 59 (1-2), 27-44.
53. Thompson. Dennies (2009). The Challenge of Conflict of Interest in Medicine. *German Journal for Evidence and Quality in Health Care*, 3 (103), 11-20.
54. Vicario, Andrea (2007). Conflicts of Interest of Target Company's Directors and Shareholders in Leveraged Buy-Outs. *European Company and Financial Law Review ECFR*, 46-50.
55. Werhane. Patricia & Doering. Jeffrey (1997). Conflict of Interest and Conflict of Commitment. *Professional Ethics: A Multidisciplinary Journal*, 4th eds.1997, 54-63.
56. Weisbach. Michael (1998). Outside Directors and CEO Turnover, *Journal of Financial Economics*,. 20, 435-444.



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 15 Issue: 36

Autumn 2024

Article Type: Research Article

Pages: 83-109

Economic Analysis of the Transaction Costs of *Istisna* and Critique of the Banking *Istisna* Instruction of the Money and Credit Council

Seyyed Ali Taghavi¹ | Mahmoud Bagheri²

1. Master's Student in International Commercial and Economic Law, University of Tehran, Iran
(Corresponding Author) s.ali.taghavi@ut.ac.ir
2. Associate Professor, University of Tehran, Iran mahbagheri@ut.ac.ir

Abstract

In today's world, banks operate in the financial sector and their main function is to attract deposits from the public (customers) and provide loans to applicants (borrowers). Banks reduce transaction costs and act as intermediaries in money market transactions. If a bank enters the real economy sector, it essentially becomes involved in entrepreneurship, which conflicts with its primary function. Some Islamic contracts pose a risk to banks entering into entrepreneurship. One of these contracts is the Istisna contract. The Istisna contract has existed among people in traditional societies since the past, and general and Shia jurists have expressed different views on its validity and nature, and this issue has not been a point of agreement between them. Regardless of the nature of Istisna, supplementary rules for this contract must first be established by a specific legislator. On the other hand, a bank's Istisna contract was included in Islamic banking contracts by the directive of the Money and Credit Council. In this paper after examining the nature and economic analysis of Istisna outside the banking system, we criticize the Istisna directive of the Money and Credit Council and analyze the disadvantages of this contract in the banking system and its conflicts with the philosophy of banks' existence. In this article, using analytical and descriptive methods as well as library research, we conclude that the costs arising from Istisna contracts and similar contracts such as Murabaha lead to economic inefficiency, and due to increased transaction costs, information asymmetry, and lack of benefit-cost, the banking system should avoid entering this field.

Keywords: Economic Analysis of Law, Istisna Contract. Banking law, Efficiency, Transaction Costs, Economy.

Received: 2023/11/06 Received in revised form: 2024/07/10 Accepted: 2024/07/29 Published: 2024/11/10

DOI: 10.22034/LAW.2024.59116.3333

Publisher: University of Tabriz

law@tabrizu.ac.ir





تحلیل اقتصادی هزینه‌های معاملاتی عقد استصناع و نقد دستور العمل

استصناع بانکی شورای پول و اعتبار

سیدعلی تقوی^۱ | محمود باقری^۲

s.ali.taghavi@ut.ac.ir

۱. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق تجاری اقتصادی بین‌المللی، دانشگاه تهران، ایران (نویسنده مسئول)

mahbagheri@ut.ac.ir

۲. دانشیار دانشگاه تهران، ایران

چکیده

بانک در دنیای مدرن و در بخش اقتصاد مالی به وجود می‌آید. مهم‌ترین کارکرد آن، جذب سپرده‌های مردم (مشتریان) و اعطای تسهیلات به متقاضیان (تسهیلات‌گیرندگان) است. بانک هزینه‌های معاملاتی را کاهش داده، نقش واسطه‌گری در مبادلات بازار پول دارد. در صورتی که بانک وارد بخش اقتصاد واقعی شود، عملاً وارد بنگاه‌داری شده که این موضوع با کارکرد اصلی بانک در تعارض است. برخی از عقود اسلامی نیز خطر ورود بانک به بنگاه‌داری را در پی دارد. یکی از این عقود، عقد استصناع است. عقد استصناع از گذشته در بین مردم و در جوامع سنتی وجود داشته است، ولی فقهای عامه و شیعه در خصوص صحت و ماهیت آن مطالب مختلفی بیان نموده‌اند؛ از این دو حیث محل وفاق فقها نبوده است. فارغ از اینکه ماهیت استصناع چیست، ابتدا باید قواعد تکمیلی این عقد از سوی قانون‌گذار معین شود. از طرف دیگر، قرارداد استصناع بانکی به موجب دستور العمل شورای پول و اعتبار وارد عقود اسلامی در بانکداری اسلامی شده است. در این نوشتار، پس از بررسی ماهیت و تحلیل اقتصادی عقد استصناع خارج از نظام بانکداری به نقد دستور العمل استصناع شورای پول و اعتبار پرداخته، با تحلیل اقتصادی این عقد در نظام بانکداری، به معایب آن و تعارضات آن با فلسفه وجودی بانک‌ها می‌پردازیم. در این مقاله با شیوه‌ی تحلیلی - توصیفی و نیز روش کتابخانه‌ای، نتیجه خواهیم گرفت که هزینه‌های به‌وجود آمده ناشی از عقد استصناع و عقود مشابه به ناکارآمدی اقتصادی منجر شده، به علت افزایش هزینه‌های معاملاتی، عدم تقارن اطلاعاتی و عدم هزینه-فایده، نظام بانکی باید از ورود به این عرصه بپرهیزد.

واژگان کلیدی: اقتصاد، تحلیل اقتصادی حقوق، حقوق بانکی، عقد استصناع، کارایی، هزینه‌های معاملاتی.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۴/۲۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۵/۰۸ تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۰۸/۲۰

DOI: 10.22034/LAW.2024.59116.3333



law@tabrizu.ac.ir

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

اقتصاد هر کشور از دو بخش اصلی تشکیل می‌شود: بخش اقتصاد واقعی و بخش اقتصاد مالی. بخش اقتصاد واقعی شامل بخش‌های صنعت، بازرگانی، کشاورزی و خدمات است. به عبارت ساده‌تر، کلیه کارخانجات صنعتی، تجارت کشور، محصولات کشاورزی و نیز تمامی خدمات از قبیل حمل‌ونقل، آموزش، خدمات اینترنت و مشابه آنها زیرمجموعه بخش واقعی اقتصاد هستند. اما بخش مالی یک اقتصاد شامل بازار پول (یعنی بانک‌ها، مؤسسات اعتباری) و بازار سرمایه (بورس اوراق بهادار، شرکت‌های سرمایه‌گذاری، شرکت‌های بیمه، صندوق‌های بازنشستگی) است. وظیفه بخش مالی اقتصاد، «تأمین مالی» بخش واقعی اقتصاد است. به عبارت دیگر، بخش مالی در اقتصاد هر کشوری وظیفه دارد که منابع مالی لازم برای ایجاد پروژه‌ها و ظرفیت‌های اقتصادی و نیز منابع پولی لازم برای سرمایه در گردش واحدهای تولیدی و اقتصادی موجود را تأمین نماید.

بانک‌ها به‌عنوان اصلی‌ترین بخش توسعه سازمان اقتصاد کشور، بنابه موقعیت مهم خود، در سیستم مالی مورد پذیرش قرار گرفته‌اند. همچنین بانک‌ها نوعی مؤسسه مالی محسوب می‌شوند که نیازمند قوانین حمایتی ویژه‌ای به‌وسیله نهادهای تنظیم‌کننده مقررات هستند تا از حصول رقابت و کاهش خطر شکست آنها اطمینان حاصل شود.

در بازار پول به هر میزان که بانک‌ها فعالیت واسطه‌ای خود- یعنی جذب و تخصیص منابع- را صحیح‌تر انجام دهند، سرمایه‌ها در جهت اصولی‌تری حرکت کرده، ثروت عمومی نیز افزایش می‌یابد؛ چراکه در راستای وظیفه واسطه‌گری بانک‌ها، سیستم بانکی با خطرهایی از منظر بازپرداخت به‌موقع تسهیلات پرداختی مواجه است که باید با تدابیر مناسب ساماندهی شود.^۱ همچنین انجام فعالیت‌های بزرگ نیاز به وجوه فراوان دارد و یکی از ابزارهای مهم تحقق این هدف، بازار پولی و بانکی کارا است. بنابراین، موفقیت سیستم بانکی یکی از ارکان موفقیت اقتصاد کشور است و حقوق بانکی در این میان به‌عنوان یکی از تضمین‌های اجرای صحیح قواعد

۱. محمود باقری و غزاله صحرانورد، «راهکارهای امهال تسهیلات معوق بانکی؛ بررسی دستورالعمل نحوه امهال مطالبات مؤسسات اعتباری»، حقوق تطبیقی معاصر، ش ۲۳ (۱۴۰۰)، ص ۱.

و اصول بانکداری از اهمیتی خاص برخوردار می‌شود. سازوکار نامناسب در بازار پول به معنای عدم استفاده بهینه از منابع پولی و عدم حصول رشد اقتصادی مطلوب است. به همین جهت باتوجه به اهمیتی که بانک‌ها در حیات اقتصادی جوامع ایفا می‌کنند و همچنین با پیچیده شدن روزافزون جوامع و گسترش مفاهیم مرتبط با بانکداری، توجه به مفاهیم بانکداری بیش از پیش احساس شد. همچنین باید تحلیل دقیقی از عملکرد نظام حقوقی بانکداری بدون ربا در مواجهه با نظام بانکداری رایج به‌وجود آید. با مطالعه تاریخچه پیدایش بانک در ایران^۲ به این نکته پی می‌بریم که باتوجه به هزینه‌هایی که پیش از پیدایش بانک در ایران به مردم (اعم از وام‌گیرنده و وام‌دهنده) تحمیل می‌شد، بسیاری از تجار با درک این موضوع، به دنبال ایجاد یک ساختار مانند بانک در بازار پول بودند تا هزینه‌های مضاعف تحمیلی به تجار کاهش یابد. هزینه‌های یادشده شامل نداشتن اطلاعات موثق درباره تعداد قرض‌دهندگان و بالا رفتن نرخ بهره و شیوع استقراض با بهره‌های سنگین بود.

در سال‌های اخیر، مطالعات میان‌رشته‌ای پیرامون حقوق و اقتصاد در نظام حقوقی انگلستان و امریکا انجام شد که این مطالعات رفته‌رفته به نظام‌های حقوق نوشته نیز نفوذ کرد و مسائل حقوقی از دریچه مباحث علم اقتصاد بررسی شد. عقد استصناع نیز به‌عنوان یکی از عقود که از گذشته تا امروز کاربردهای متعددی داشته است، از این قاعده خارج نیست. پس از اینکه عقد استصناع در قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۹ نام برده شد، شورای پول و اعتبار در سال ۱۳۹۰ دستورالعمل اجرایی آن را ابلاغ کرد و سپس بانک مرکزی نمونه قرارداد یکنواخت آن را منتشر ساخت. در این نوشتار به این سؤال پاسخ خواهیم داد که اولاً در نظام حقوقی ایران عقد استصناع چه جایگاهی دارد و ثانیاً آیا عقد استصناع در نظام بانکی و خارج از نظام بانکی دارای کارایی اقتصادی است؟ لذا این مسئله را در کفه ترازو قرار خواهیم داد که آیا عقد استصناع بانکی به کاهش هزینه‌های معاملاتی - که از ثمرات پیدایش بانک است - منجر می‌شود یا خیر.

در این مقاله به شیوه توصیفی - تحلیلی و روش کتابخانه‌ای در پی پاسخ به پرسش‌های

۲. برای مطالعه بیشتر، رک. محمود باقری و همکاران، «تحلیل پیدایش بانک در بازار تجاری ایران بر مبنای نظریه هزینه‌های معاملاتی»، پژوهش‌ها و سیاست‌های اقتصادی، ش ۱۰۱ (۱۴۰۲)، ص ۳۹۳-۴۱۹.

پیش‌گفته هستیم. لذا دستورالعمل شورای پول و اعتبار در خصوص عقد استصناع بانکی نیز در بوتۀ نقد و تحلیل قرار خواهد گرفت.

ابتدا به سراغ پیشینه تحقیق رفته، پس از آن به مفهوم تحلیل اقتصادی حقوق و اهمیت آن در حقوق بانکی می‌پردازیم. سپس به ماهیت عقد استصناع و به تحلیل اقتصادی این عقد خارج از نظام بانکی خواهیم پرداخت. در نهایت به تحلیل اقتصادی عقد استصناع بانکی و نقد و مطالعه دستورالعمل شورای پول و اعتبار مصوب ۱۳۹۰ پرداخته خواهد شد.

پیشینه تحقیق

با توجه به اینکه مقاله پیش رو ناظر به نظام حقوقی ایران است، لازم است در خصوص پیشینه تحقیق حاضر به پژوهش‌های زیر اشاره شود:

اکبر کمبجانی و محمدنقی نظرپور (۱۳۸۷) در مقاله «چگونگی کاربرد عقد استصناع در قانون عملیات بانکی بدون ربا» به اثبات این فرضیه می‌پردازند که بانک‌ها می‌توانند برخی از خلأهای موجود در تخصیص منابع را با به‌کارگیری عقد استصناع به‌گونه‌ای مناسب‌تر پُر کنند. مؤلفان این مقاله مقدمه‌های نظری و اجرایی استفاده از این عقد در بانکداری اسلامی ایران را فراهم می‌دانند. با توجه به اینکه این مقاله قبل از دستورالعمل شورای پول و اعتبار نگارش یافته، به تحلیل آن پس از تصویب پرداخته نشده است.

سید عباس موسویان و احسان بازوکار (۱۳۹۲) در مقاله «بررسی فقهی - حقوقی اوراق استصناع موازی» به روابط اوراق استصناع پرداخته و آثار حقوقی آن را بررسی کرده‌اند. همچنین شرایط لازم برای ناشر اوراق استصناع و احکام انتشار این اوراق از حیث حقوقی و فقهی مورد مطالعه قرار گرفته است.

موسویان و بازوکار (۱۳۹۲) در مقاله‌ای دیگر با عنوان «احکام و آثار فقهی - حقوقی عقد استصناع» به صحت و مفهوم و ماهیت این عقد پرداخته و با بررسی در فقه امامیه و فقه عامه احکام و آثار عقد استصناع را بررسی کرده‌اند.

ابراهیم تقی‌زاده (۱۳۹۶) در مقاله «استصناع و کاربرد آن در نظام بانکی با تأکید بر

دستورالعمل‌های ۱۳۹۰/۵/۲۵ شورای پول و اعتبار» به ماهیت عقد استصناع و مبنای صحت این عقد پرداخته و در نهایت نتیجه گرفته است که این عقد در بین مشهور فقها و در حقوق ایران به عنوان یک قرارداد معتبر و نافذ است. همچنین به اوراق استصناع پرداخته و آنها را نیز از نظر اسلام مورد تأیید قرار داده است.

صادق الهام و یونس عباسی (۱۳۹۹) در مقاله «قرارداد استصناع بانکی در ترازوی تحلیل و نقد فقهی» به بررسی ماهیت فقهی عقد استصناع پرداخته و با مراجعه به آرای فقها در مورد صحت و ماهیت آن سخن به میان آورده‌اند.

از پژوهش‌های صورت‌گرفته مشخص می‌شود که اکثر نظریه‌پردازان در حوزه بانکداری، صحت عقد استصناع را پذیرفته‌اند و از حیث ماهیت، آن را دارای ماهیت مستقل و تابع ماده ۱۰ قانون مدنی می‌دانند. آنچه که این نوشتار را از سایر مقالات در این حوزه متمایز می‌سازد، تحلیل اقتصادی این عقد در نظام بانکداری و خارج آن و تطابق با معیارهای مکتب حقوق و اقتصاد است که تاکنون بررسی و تدقیق در خصوص آن انجام نشده است.

۱. مفهوم تحلیل اقتصادی حقوق و اهمیت آن در نظام بانکی

در این گفتار به جهت نوشتارهای متعدد در خصوص مباحث حقوق و اقتصاد (تحلیل اقتصادی حقوق) به مباحث کلی در این باره پرداخته خواهد شد و از تفصیل آن خودداری نموده، در مجال دیگری بحث خواهد شد. لذا ابتدا مفهوم تحلیل اقتصادی حقوق مورد بررسی قرار می‌گیرد و سپس به اهمیت آن در نظام بانکداری اشاره خواهد شد.

۱.۱. مفهوم تحلیل اقتصادی حقوق

مهم‌ترین هدف علم اقتصاد، دستیابی به حداکثر منفعت با استفاده از منابع محدود است و انسان متعارف به‌واسطه اینکه از قدرت تفکر برخوردار است، در تلاش است تا با انتخاب صحیح به منفعت حداکثری دست یابد. او در هنگام رویارویی با عمل یا انتخابی، آن را از لحاظ اقتصادی مورد بررسی قرار می‌دهد و در صورت داشتن صرفه اقتصادی به سمت آن عمل یا انتخاب

می‌رود.^۳ نتیجه مطالعه رفتار انسان متعارف در خصوص خواسته‌های نامحدود و مواجهه او با منابع محدود، منجر به اصولی می‌شود که علم اقتصاد را پایه‌ریزی کرده است. اینکه گفته می‌شود افراد همواره در صدد به حداکثر رساندن رفتار خود هستند، در خصوص رفتار و عکس‌العمل آنان نسبت به حقوق و قواعد حقوقی هم صدق می‌کند.^۴ پس می‌توان پدیده‌های حقوقی را نیز با نگاه اقتصادی نگریست. نگاه اقتصادی به مسائل و پدیده‌های حقوقی، تحلیل اقتصادی حقوق نام دارد.^۵ پیدایش این پیوند نوین از حقوق و اقتصاد، حاکی از افزایش اهمیت اقتصاد در تدوین یا تفسیر قوانین و قواعد حقوقی در قرن‌های اخیر است.^۶ به عبارت دیگر، دانشمندان حقوق و اقتصاد تعاریف متفاوتی از تحلیل اقتصادی حقوق ارائه داده‌اند اما تعریفی که متضمن هدف تحلیل اقتصادی حقوق نیز باشد، اشعار می‌دارد: «تحلیل اقتصادی حقوق عبارت است از به کارگیری نظریه‌های علم اقتصاد، خاصه کارایی به عنوان مبنای قواعد حقوقی به منظور ارزیابی این قواعد و عداللزوم اصلاح آن‌ها».^۷ در اقتصاد، معیاری که در نگرش اقتصادی به حقوق برای پیشبرد این مقاله اهمیت دارد و در تعریف پیش گفته به آن اشاره شده، عبارت است از: «کارایی اقتصادی»؛^۸ توضیح آنکه در نگرش اقتصادی، حقوق و قواعد و نهادهای حقوقی بر مبنای «کارایی اقتصادی» مورد ارزیابی قرار می‌گیرد.

در خصوص معنای کارایی اتفاق نظر بین دانشمندان حوزه حقوق و اقتصاد وجود ندارد و معیارهای متفاوتی از کارایی اقتصادی ارائه شده است. نظریه‌های مرتبط با کارایی اقتصادی مانند وضعیت بهینه پارتو، وضعیت برتر پارتو، معیار کالدور-هیکس، به حداکثر رساندن مطلوبیت و کارایی به عنوان راهبرد و خط مشی ارائه شده است که در ادامه به توضیح این معیارها پرداخته خواهد شد.

۳. محمود باقری و همکاران، «تحلیل اقتصادی حقوق بانکی (مطالعه موردی تسهیلات سندیکایی)»، دانش حقوق مالیه، ش ۸ (۱۳۹۸)، ص ۴۵.

۴. حسن بادینی، «مبانی فلسفی نگرش اقتصادی به حقوق» دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۶۲ (۱۳۸۲)، ص ۱۰۲.

۵. محمود باقری و همکاران، پیشین، ص ۴۵.

۶. حاجی‌عزیزی، بیژن، «به کارگیری تحلیل اقتصادی حقوق بر مبنای مستقلات عقلی و قاعده مصلحت»، حقوق تطبیقی معاصر، ش ۱۸ (۱۳۹۸)، ص ۲.

۷. کوروش کاویانی، پیشین، ص ۷۲.

۲.۱. اهمیت تحلیل اقتصادی حقوق بانکی

از آنجا که تمامی قوانین، نهادها، تأسیسات، اصطلاحات، مفاهیم و گزاره‌های حقوقی را می‌توان مورد تحلیل اقتصادی قرار داد، تحلیل اقتصادی حقوق بانکی نیز از این قاعده مستثنا نیست. چه بسا تحلیل اقتصادی حقوق بانکی، به جهت نقش مهم بانک‌ها در اقتصاد - و به خصوص اقتصاد مالی - از اهمیت بیشتری برخوردار باشد. منظور از تحلیل اقتصادی حقوق بانکی، نگاه اقتصادی به مسائل و پدیده‌های مرتبط با حوزه بانکداری، مانند پول و ماهیت آن، جذب و تخصیص منابع، تسهیلات بانکی، نرخ بهره در بانکداری، دولتی یا خصوصی بودن بانک، حاکمیت شرکتی، عقود بانکی، اعتبارات اسنادی و ضمانت‌نامه‌های بانکی، پول‌شویی و غیره است. هر کدام از موارد یادشده قابلیت بررسی از دریچه اقتصادی را دارد تا کارایی اقتصادی در نظام بانکی یک کشور محقق گردد. در ایران نیز مانند سایر کشورها، کارکرد بانک به‌عنوان یک شرکت تجاری و نیز کارکرد قراردادهای تسهیلاتی بانکی نمی‌تواند بدون توجه به تحلیل اقتصادی آن سازمان و قراردادهای متداول از سوی بانک‌ها صورت پذیرد. نظام بانکی و قراردادهای آن قادر نیست به هر قیمتی اهداف هنجاری ویژه و بسترهای قراردادی خاصی را بدون توجه به هزینه معاملات که ایجاد می‌کند و هزینه پول را بالا می‌برد، پیگیری کند. لذا باید به جهت اهمیت بانک در نظام اقتصادی امروز، فعالیت‌های بانک مورد تحلیل اقتصادی قرار گیرد. از آنجا که عقد استصناع ماهیت قراردادی دارد، نگرش اقتصادی به این عقد از شاخه‌های تحلیل اقتصادی حقوق است. به همین دلیل، پس از تحلیل اقتصادی این عقود در بانکداری، باید تلاش کرد بهترین، مناسب‌ترین و کم‌هزینه‌ترین شیوه تخصیص منابع با استفاده از عقود به کار بسته شود.

۲. مفهوم و ماهیت عقد استصناع و تحلیل اقتصادی آن خارج از بانکداری

در این بخش، از آنجا که فقها و حقوق‌دانان به تفصیل در مورد مفهوم و صحت و ماهیت عقد استصناع مقالات متعددی نگاشته‌اند، به‌طور مختصر مفهوم و ماهیت عقد استصناع را واکاوی نموده، در ادامه به تحلیل اقتصادی این عقد، خارج از نظام بانکداری، خواهیم پرداخت.

۱.۲. مفهوم عقد استصناع

در گذشته، مردم برای رفع احتیاجات خود گاهی از دارندگان کالا اجناس مورد نیاز خود را خریداری می‌کردند و گاهی از افراد متخصص که مهارت در ساخت وسایل مورد نظر آنها داشتند، درخواست می‌نمودند تا برای آنها کالای مناسب را بسازند. کالاها عموماً در پوشیدنی‌ها مانند کفش، انگشتر و یا ظروفی مانند کوزه و ادوات جنگی نظیر شمشیر خلاصه می‌شد و پیچیدگی خاصی نداشت. مطابق برخی از نقل‌ها، پیامبر اکرم (ص) سفارش ساخت منبر به نجار و انگشتر به زرگر داده بودند.^۹ با پیچیده‌تر شدن جوامع و فاصله گرفتن از صدر اسلام و روم باستان و نزدیک شدن به شکل‌گیری دولت مدرن و صنعتی شدن جوامع و پیشرفت تکنولوژی، به‌خصوص پس از انقلاب صنعتی، سفارش ساخت وارد مراحل جدیدتری شد؛ به طوری که در کنار سفارش ساخت اموال منقول و کالاهای مصرفی، سفارش ساخت اموال غیرمنقول نظیر ساخت فرودگاه، سد، بزرگراه، بیمارستان، دانشگاه و وسایل حمل‌ونقل جدید نظیر کشتی، هواپیما، قطار، اتومبیل رونق گرفت. امروزه در عرصه تجارت بین‌الملل بسیاری از پروژه‌ها مانند خط انتقال نفت و گاز و کارخانه‌های بزرگ و یا توسعه سامانه‌های برق در چارچوب این قرارداد منعقد می‌شود.^{۱۰}

بنابراین، سفارش ساخت کالاها، مورد جدید و نوظهوری در روابط قراردادی مابین مردم نیست، اما از نظر شکلی دچار پیچیدگی بیشتری شده است. در فقه به سفارش ساخت، استصناع گفته می‌شود.^{۱۱} استصناع فاقد حقیقت شرعیه است و برای شناخت مفهوم آن بایستی به عرف و لغت مراجعه کرد.

از آنجا که قرارداد استصناع در نصوص شرعی مطرح نشده و برای عقد آن نیز الفاظ خاصی در نظر گرفته نشده، فاقد مفهوم معین شرعی است و باید همانند سایر عقود و ایقاعات عرفی برای شناخت مفهوم آن، به عرف و لغت مراجعه کرد.^{۱۲} در اصطلاح حقوقی و به موجب ماده یک

۹. سید عباس موسویان و احسان بازوکار، «احکام و آثار فقهی حقوقی عقد استصناع»، بورس اوراق بهادار، ش ۲۱ (۱۳۹۲)، ص ۷.
۱۰. اکبر کمیجانی و محمدنقی نظریور، «چگونگی کاربرد عقد استصناع در قانون عملیات بانکی بدون ربا»، اقتصاد اسلامی، ش ۳۰ (۱۳۸۷)، ص ۷۰.

۱۱. استصناع در لغت از ریشه صنع به معنای طلب (درخواست) ساختن به کار می‌رود. یکی از معانی باب استفعال، طلب چیزی کردن است و در سفارش نیز فرد طلب ساخت کالا می‌کند.

۱۲. محمدعلی خادمی کوشا، «استصناع در توجیهی جدید»، فقه، ش ۲ (۱۳۹۲)، ص ۳۰.

دستورالعمل استصناع، استصناع عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین در مقابل مبلغی معین، متعهد به ساخت (تولید، تبدیل و تغییر) اموال منقول و غیرمنقول، مادی و غیرمادی با مشخصات مورد تقاضا و تحویل آن در دوره زمانی معین به طرف دیگر می‌شود. این دستورالعمل به دستورالعمل اجرایی عقود سه‌گانه استصناع، مباحه و خرید دین، مصوب ۱۳۹۰ شورای پول و اعتبار موسوم است و هدف از عقد استصناع را اعطای تسهیلات در قالب این عقد از سوی شبکه بانکی برای کمک به شکوفایی تولید داخلی در بخش‌های صنعت و معدن، مسکن و کشاورزی و غیره می‌داند. بنابراین، عقد استصناع را می‌توان همان قرارداد سفارش ساخت دانست که در ادامه به ماهیت حقوقی آن می‌پردازیم:

۲.۲. ماهیت استصناع در فقه و حقوق موضوعه

در خصوص ماهیت استصناع بین حقوق‌دانان و فقهای شیعه و سنی اختلاف نظر وجود دارد؛ در میان فقهای شیعه برخی آن را تنها بیع قلمداد می‌کنند (خامنه‌ای)، برخی دیگر آن را فقط اجاره (بهجت، حسینی شاهرودی)، بعضی آن را تنها صلح (صافی گلپایگانی)، گروهی بیع سلف (مکارم شیرازی)، برخی ترکیبی از عقود معین (گرامی، علوی گرگانی، منتظری، نوری همدانی) و دسته‌ای از فقها آن را عقد مستقل (جوادی آملی، روحانی، صانعی، فاضل لنکرانی، موسوی اردبیلی) می‌دانند.^{۱۳} در فقه اهل سنت و در میان مذاهب چهارگانه نیز اتفاق نظر وجود ندارد. عالمان مذهب حنفی معتقدند استصناع در قالب عقد بیع می‌گنجد و عقدی مستقل از عقد سلم، نقد و نسیه است. عالمان مذهب مالکی و شافعی و حنبلی نیز استصناع را تنها در صورتی که در قالب سلم قرار گیرد، می‌پذیرند؛ پس نزد عالمان مذاهب اربعه، اگر عقد استصناع در قالب عقد سلم بگنجد، صحیح است و در غیر این صورت جایز نمی‌دانند. پس در نتیجه عالمان مذاهب اهل سنت در دو قالب زیر، عقد استصناع را تصحیح نمودند: الف) در قالب عقد سلم با حفظ همه شرایط آن، ب) در قالب بیعی مستقل با شرایط و ویژگی‌های خاص خود.^{۱۴} اهمیت این بحث از آنجاست که عقد استصناع ذیل هر عقدی تعریف و آثار آن عقد بر آن بار می‌شود. لذا با تحلیل

۱۳. اکبر کمیجانی و محمدنقی نظریور، پیشین، ص ۹۱.

۱۴. برای مطالعه بیشتر، نک: نظریور، محمدنقی و محمدی، مرتضی، «صحت یا فساد عقد استصناع دیدگاه فقهای امامیه، مذاهب اربعه و حقوق ایران»، حقوق اسلامی، ش ۲۸ (۱۳۹۰)، ص ۳۷-۷۱.

اقتصادی عقد استصناع به این نتیجه خواهیم رسید که برای عقد استصناع بایستی قواعد تکمیلی مناسب از سوی نظام حقوقی در نظر گرفته شود، زیرا این تشتت نظرها و عدم اتخاذ یک شیوه، به ایجاد هزینه در معاملات منجر می‌گردد.

۳.۲. تحلیل اقتصادی عقد استصناع فارغ از نظام بانکداری

مباحث فوق نشانگر این است که عقد استصناع از عقود معین حاضر در قانون مدنی به‌شمار نمی‌رود؛ زیرا عقود معین دارای احکام و آثار منحصر به فرد خود هستند و نامی از عقد استصناع در قانون مدنی وجود ندارد؛ لذا این عقد در نظام حقوقی ایران در مقایسه با عقود معین ناشناخته است. به همین منظور برای استفاده از عقد یادشده در نظام حقوقی ایران، ابتدا باید قواعد تکمیلی، آثار و احکام آن مشخص شود و سپس در نظام حقوقی ایران مورد بحث قرار گیرد. فارغ از اینکه این عقد در نظام بانکی چه کاربرد و استفاده‌ای دارد، نخست باید جایگاه خود را در نظام حقوقی پیدا کند. در سال‌های اخیر که قراردادهای حوزه ساخت و به تعبیر عام‌تر حقوق ساخت‌وساز^{۱۵} و پیمانکاری روند رو به رشدی داشته، این عقد به تدریج در نظام حقوقی ایران جایگاه پیدا کرده است؛ به طوری که ماده ۱ دستورالعمل استصناع مصوب ۱۳۹۰ در تعریف آن بیان می‌دارد: «استصناع عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین در مقابل مبلغی معین، متعهد به ساخت (تولید، تبدیل و تغییر) اموال منقول و غیر منقول، مادی و غیر مادی با مشخصات مورد تقاضا و تحویل آن در دوره زمانی معین به طرف دیگر می‌گردد». تعریف اخیر، ساخت را اعم از اموال منقول و غیر منقول دانسته است. ساخت اموال منقول در گذشته در مقایسه با اموال غیر منقول رواج بیشتری داشته است؛ اما امروزه قراردادهایی نظیر «طراحی، تأمین کالا، ساخت»^{۱۶} یا «ساخت، بهره‌برداری، انتقال»^{۱۷} مرتبط با اموال غیر منقول و در پروژه‌های بزرگی مانند فرودگاه و سد و راه‌آهن و غیره به کار می‌رود. این موارد بیانگر آن است که عقد استصناعی که در گذشته مورد استفاده مردم قرار می‌گرفت با عقد استصناعی که امروزه از آن سخن به میان می‌آید، صرفاً اشتراک لفظ دارد و سازوکار و احکام و آثار آن متفاوت است. در گذشته، فرد سفارش ساخت یک مال منقول را به فرد متخصص مانند نجار، خیاط، آهنگر می‌داد و پس از

15. Construction Law

16. EPC= Engineering, Purchase, Construction

17. BOT= Build, Operation, Transfer

ساخت وسیله موردنظر، ثمن را به او پرداخت کرده، کالا را تحویل می‌گرفت؛ اما امروزه ساخت پروژه‌ها به این سادگی نیست و مباحث متعددی از جمله تأمین کالا و تجهیزات، مشاوره، طراحی، نظارت، پرداخت ثمن، تحویل پروژه، تأمین مالی، حل و فصل اختلافات وجود دارد و برای هر کدام ساعت‌ها مذاکره صورت می‌پذیرد و قراردادهای متعدد و پیچیده منعقد می‌شود. لذا باید احکام و آثار آن مورد تقنین واقع شود و سپس در نظام حقوقی جایگاه خود را باز یابد. از نظر تحلیل اقتصادی قراردادها باید توجه کرد که به دلیل ماهیت خاص برخی از کالاها و مصنوعات و منحصر به فرد بودن آنها، برای سازندگان تولید و فروش به صرفه نیست که ریسک تولید را بپذیرند؛ بنابراین، طی قرارداد سفارش ساخت، خریدار را نیز از اول در ریسک تولید شریک می‌کنند. به این ترتیب، از نظر تحلیل اقتصادی حقوق و تخصیص ریسک بین خریدار و فروشنده، عقد استصناع برآمده از شرایط خاص اقتصادی است.

اهمیت قانون‌گذاری در خصوص عقد استصناع از آنجایی است که مانند بیع، آثار آن مشخص گردد؛ برای مثال، تعهد طرفین چیست؛ کالا چه زمانی به مستصنع منتقل می‌گردد؛ در صورت تلف مبیع قبل و پس از ساخت از کیسه چه کسی می‌رود؛ عقد جایز است یا لازم؛ اگر با وسایل تهیه شده از سوی شخص ثالث ساخته شد، احکام آن چگونه است؛ لذا عقد استصناع از دکتین حقوقی باید به سمت قانون‌گذاری برود و از متن مقاله‌ها وارد متن قانون شود. به جهت اینکه موضوع مقاله حاضر تحلیل اقتصادی عقد استصناع (اعم از بانکی و غیربانکی) است، متن پیشنهادی آثار و احکام عقد استصناع به صورت امروزی و با توجه به پیچیدگی ساخت به مقاله دیگری موکول می‌گردد.

۳. تحلیل اقتصادی عقد استصناع بانکی و نقد دستورالعمل شورای پول و اعتبار

همان‌طور که در مباحث پیش‌گفته اشاره شد، برای تحلیل اقتصادی پدیده‌های حقوقی از جمله قراردادهای تسهیلات بانکی معیارهای متعددی وجود دارد که هر کدام از این معیارها می‌تواند مشخص کند که وجود عقد استصناع در نظام بانکداری چه میزان در کارایی اقتصادی تأثیر دارد. در این گفتار، ابتدا عقد استصناع بانکی را از دریچه اقتصادی بررسی می‌کنیم (تحلیل اقتصادی عقد استصناع بانکی) و سپس به نقد دستورالعمل استصناع بانکی و اشکالاتی که ایجاد خواهد کرد، می‌پردازیم:

۱.۳. تحلیل اقتصادی عقد استصناع بانکی

در این بخش به معیارهای مختلف حقوق و اقتصاد مانند کاهش هزینه‌های معاملاتی، هزینه-فایده، کارایی اقتصادی و تقارن اطلاعاتی و تطبیق آن با عقد استصناع در نظام بانکی خواهیم پرداخت.

۱.۱.۳. مغایرت عقد استصناع با کاهش هزینه‌های معاملاتی

پیش از بررسی مغایرت عقد استصناع با کاهش هزینه‌های معاملاتی، لازم است مفهوم هزینه‌های معاملاتی^{۱۸} تبیین گردد. نظریه‌ی کاهش هزینه‌های مبادلاتی را رونالد کوز در مقاله «ماهیت شرکت»^{۱۹} مطرح کرده است. از دیدگاه وی، انجام یک معامله در فضای عرضه و تقاضا مستلزم تحمیل هزینه‌های مختلفی بر طرفین قرارداد است. مطابق نظریه‌ی یادشده، انجام مبادله از سوی افراد براساس مکانیزم قیمت‌ها، یعنی تعیین قیمت از طریق تعامل عرضه و تقاضا دارای هزینه است و هر بار که شخصی به منظور خرید یا فروش کالای مدنظر خود سعی می‌کند مبادله‌ای انجام دهد باید هزینه‌هایی مانند پیدا کردن اشخاص متقاضی، انتخاب شخص مناسب از میان متقاضیان، هزینه مذاکره و انعقاد قرارداد، هزینه مکتوب یا رسمی کردن قرارداد، هزینه اجرای مبادله و نیز هزینه‌هایی را به منظور جابه‌جایی و انتقال موضوع مبادله متحمل گردد. از این حیث، با امان نظر به این واقعیت که گاهی اطلاعات درخصوص هزینه‌ها کامل نیست و همواره نمی‌توان تصمیمات را بر پایه‌ی اطلاعات هزینه‌ای متقنی برپا نمود یا تمامی احتمالات متناظر با آن را دقیقاً ملاحظه و محاسبه کرد، مراد از هزینه‌های مبادلاتی، طیف وسیعی از مفهوم یادشده است. هزینه مبادلاتی‌په‌رگونه هزینه که در جریان معامله و ایفای تعهدات، اعم از هزینه مذاکره، چانه‌زنی درباره‌ی شروط قراردادی، کسب اطلاعات و مبادله‌ی موضوع توافق، هزینه اجرای تعهدات و حتی هزینه‌هایی را که در جهت رفع موانع حقوقی و قانونی محتمل است، شامل می‌گردد. مجموع این هزینه‌ها، حداکثرسازی منفعت را دنبال می‌کند. همچنین نظریه‌ی کاهش هزینه‌های معاملاتی، علت اصلی تشکیل شرکت را تجمیع مبادلات واسطه‌ای و حذف یا پایین آوردن حداکثری هزینه انجام مبادلات در قالب ایجاد نظام کارآمد سازمانی می‌داند. بانک نیز به واسطه‌ی اینکه ماهیتاً شرکت

18. Transaction Cost

19. Ronald Coase, "The Nature of Firms", *Economia*, Vol. 4, (1937), p. 386-405.

محسوب شده، فعالیت سازمانی منسجم و تحت مدیریت شخص یا گروه اشخاص را انجام می‌دهد، از ایجاد یا افزایش بسیاری از هزینه‌ها در بازار پول جلوگیری می‌نماید. این هزینه‌ها شامل هزینه اطلاعات و فروکاستن مشکلات نقل و انتقال پول یا مخاطرات ناشی از اعمال طرفین قرارداد و ایفای تعهدات آنها می‌شود.^{۲۰}

در استصناع بانکی، بانک دو قرارداد منعقد می‌نماید؛ قرارداد اول، به قرارداد استصناع اول شهرت دارد. در عقد استصناع اول بانک و مشتری - به‌عنوان طرفین قرارداد - توافق می‌کنند که بانک مال غیرمنقول را که مشتری در نظر دارد آن را بسازد، خود آن را از طریق عقد استصناع دیگری که با پیمانکار منعقد می‌کند، بنا کند. به عبارت دیگر، بانک واسطه می‌شود و با پیمانکار عقد استصناع دیگری منعقد می‌کند تا مال غیرمنقول مدنظر مشتری را بسازد. به همین جهت قرارداد استصناع دوم مابین بانک و پیمانکار منعقد می‌شود. در واقع، بانک دو قرارداد منعقد می‌کند که هرکدام از این عقود مستلزم هزینه‌هایی است؛ از جمله پیدا کردن اشخاص متقاضی، انتخاب شخص مناسب از میان متقاضیان، هزینه مذاکره و انعقاد قرارداد، هزینه مکتوب یا رسمی کردن قرارداد، هزینه اجرای مبادله و نیز هزینه‌هایی به‌منظور جابه‌جایی و انتقال موضوع مبادله، هزینه ارزیابی و هزینه نظارت. بنابراین، چنین عقدی به جای کاهش هزینه‌های معاملاتی باعث افزایش هزینه معاملات شده، این افزایش مغایر با حداکثر مطلوبیت و کارایی است.

۲.۱.۳. مغایرت عقد استصناع بانکی با کارایی اقتصادی

تحقق کارایی یکی از اساسی‌ترین اهداف اقتصاد است. در تحلیل اقتصادی حقوق، چنانچه وضع یک قانون یا قاعده یا انعقاد یک قرارداد یا هر حالت و وضعیت حقوقی دیگر منتج به کارایی اقتصادی گردد، در آن صورت آن قاعده یا قانون یا قرارداد از دید اقتصادی سودمند و منطبق با معیارهای اقتصادی است. از کارایی تعاریف گوناگونی ارائه شده، اما مفهوم ابتدایی کارایی عبارت است از آنکه مجموع فواید فردی حاصل از امری بیش از ضررهای ناشی از آن باشد. در علم اقتصاد و مکتب تحلیل اقتصادی حقوق، معیارهایی برای محاسبه کارایی اقتصادی وجود دارد.

۲۰. محمود باقری و همکاران، «تحلیل پیدایش بانک در بازار تجاری ایران بر مبنای نظریه هزینه‌های معاملاتی»، پژوهش‌ها و سیاست‌های اقتصادی، ش ۱۰۱ (۱۴۰۲)، ص ۴۱۷.

معیار به‌حداکثر رساندن ثروت^{۲۱}، معیار کالدور-هیگس^{۲۲} و معیار کارایی پارتو^{۲۳}، از مهم‌ترین این معیارها هستند. نظریات دیگری در باب کارایی وجود دارد که باتوجه به اهمیت سه معیار ذکرشده، توضیح همه آنها در حوصله این تحقیق نمی‌گنجد. آنچه در هر سه این نظرها مشترک است، سودمند بودن قاعده حقوقی، قرارداد و یا وضعیت حقوقی ایجادشده برای افراد درگیر آن است. به عبارت دیگر، فارغ از تفاوت‌های جزئی در نظریات ارائه‌شده، هرکدام از این نظریات بر منفعت یکی از طرفین درگیر تأکید دارد.^{۲۴}

همان‌طور که از معیارهای یادشده برمی‌آید، عقد استصناع بانکی به جهت هزینه‌هایی که به طرفین تحمیل می‌کند از کارایی لازم برخوردار نیست. با این توضیح که اولاً اگر معیار پازنر را در نظر بگیریم- یعنی معیار حداکثرسازی ثروت- عقد استصناع به افزایش ثروت جامعه منجر نخواهد شد؛ زیرا اولاً بانک وارد بنگاه‌داری و اقتصاد واقعی شده، هزینه‌های متعددی به بانک تحمیل می‌شود؛ ثانیاً فرض کنیم تمامی هزینه‌هایی که بانک متحمل شده است از مشتری اخذ گردد، این مسئله منطبق با معیار پارتو نیست؛ زیرا وضع بانک پس از اخذ هزینه‌ها و سود خود بهتر می‌شود، اما وضع مشتری لزوماً بهتر نمی‌شود. اگر مشتری، خود، سازنده را مستقیم پیدا کند و بی‌واسطه با او قرارداد منعقد نماید، دیگر به پرداخت سود و کارمزد به بانک نیازی نیست. درنهایت در این مورد احتیاجی به دخالت بانک هم وجود ندارد. همچنین اگر فرض کنیم که هزینه‌های نظارت نیز برعهده مشتری قرار گیرد- همان‌طور که در تبصره ماده ۲۵ دستورالعمل ذکرشده است- در این صورت، باز براساس معیار کارایی پارتو، عقد استصناع کارایی لازم را ندارد؛ چراکه مشتری باید هزینه‌های متعددی پرداخت کند. در قراردادهای استصناع عموماً خاتمه

۲۱. معیار به‌حداکثر رساندن ثروت: هدف نهایی حقوق افزایش ثروت اجتماعی است و معیار کارایی اقتصادی تمایل به پرداخت است.

۲۲. معیار کارایی کالدور-هیگس: قاعده حقوقی ای کارایی دارد که به بهبود وضعیت عده‌ای از افراد جامعه بینجامد، هرچند که عده‌ای در نتیجه آن متحمل ضرر شوند، اما در کل منتفعین بتوانند خسارات متضررین را جبران کنند. به عبارت دیگر، سود حاصل برای یک فرد حتی اگر موجب ضرر دیگری شود، رفاه جامعه را افزایش می‌دهد. به‌گونه‌ای که منتفع می‌تواند ضرر زیان‌دیده را جبران و وضعیت او را بهتر از قبل نماید.

۲۳. معیار کارایی پارتو: این معیار ناظر به حالت و وضعیتی است که طی آن منابع به‌گونه‌ای تخصیص یافته است که بهتر کردن وضعیت یک نفر، وضعیت دست‌کم یک نفر را بدتر خواهد کرد. از نظر اقتصادی، زمانی تغییر بهینه پارتو محسوب می‌شود که در نتیجه آن تغییر، دست‌کم وضعیت یک نفر بهتر شود بدون اینکه شرایط دیگری بدتر از قبل شود.

۲۴. محمود باقری و همکاران، «تحلیل اقتصادی حقوق بانکی (مطالعه موردی تسهیلات سندیکیایی)»، دانش حقوق مالیه، ش ۹ (۱۳۸۲)

قرارداد و انجام کار با تأخیر صورت می‌پذیرد و این نیز موجب ضرر به بانک می‌شود؛ زیرا بانک در عقد استصناع اول تعهد می‌کند در مدت زمان مشخص پروژه را به مشتری تحویل دهد و در صورت تأخیر باید خسارت پرداخت نماید. اگر شرط خسارت تأخیر در قرارداد استصناع اول در نظر گرفته نشود، مشتری متحمل ضرر خواهد شد و ضرر او بدون جبران می‌ماند. این موضوع مغایر معیار کالدور-هیگس است؛ پس با توجه به تمامی معیارهایی که برای کارایی برشمرده‌اند، عقد استصناع از کارایی اقتصادی برخوردار نیست.

۳.۱.۳. عدم تقارن اطلاعاتی در عقد استصناع بانکی

عدم تقارن اطلاعاتی به این معناست که در یک مبادله، حداقل یکی از طرفین نسبت به طرف دیگر از دانش و اطلاعات ناکافی برخوردار باشد.^{۲۵} عدم تقارن اطلاعاتی و آثار زیان‌بار آن، از مهم‌ترین عوامل کاهش کارایی اقتصادی است. چنانچه در یک قرارداد یا عمل حقوقی یا معامله، عدم تقارن اطلاعاتی وجود داشته باشد و طرف قرارداد که دارای برتری اطلاعاتی است از تفوق اطلاعاتی خود سوءاستفاده نماید و در تعارض منافع خود و طرف دیگر قرارداد، منافع خود را ترجیح دهد، در این صورت اعضای قرارداد به منافع بایسته خود نمی‌رسند و هدف اقتصاد که تأمین و دستیابی به منافع افراد است، خدشه‌دار می‌شود.

یک قرارداد کارا و بهینه توافقی است که با صرف کمترین هزینه مبادلاتی، به افزایش سطح رفاه طرفین قرارداد بینجامد. از آنجا که از منظر اقتصادی تشکیل هر قرارداد به‌مثابه یک مبادله داوطلبانه است، فرایند تشکیل تا اجرای قرارداد نیز هزینه‌بر خواهد بود. به عبارت دقیق‌تر، وجود هزینه‌های جست‌وجو، چانه‌زنی، و اجرا در بطن انجام دادن هر مبادله داوطلبانه‌ای - از جمله انعقاد قرارداد - نهفته است. یکی از اقدامات پرهزینه در فرایند هر مبادله، کسب «اطلاعات» است. مقوله اطلاعات از آن جهت حائز اهمیت تلقی می‌شود که هزینه‌های کسب آن در همه مراحل - از جست‌وجو، چانه‌زنی تا اجرا - بر طرفین یک قرارداد تحمیل می‌شود. در حقیقت، به دلیل ناقص بودن اطلاعات طرفین در خصوص یکدیگر، مورد معامله و هرآنچه مرتبط با شکل‌گیری و انجام تعهدات ناشی از مبادله است، نوعی نااطمینانی بر فرایند مبادله حاکم خواهد شد. از آنجا که

۲۵. سعید فتحی و همکاران، «تأثیر عدم تقارن اطلاعاتی بر کیفیت بازار سهام شرکت‌ها»، چشم‌انداز مدیریت مالی، ش ۱۲ (۱۳۹۴)، ص

شکل‌گیری و اجرای قرارداد نیز متأثر از وجود همین نااطمینانی است، ناقص بودن اطلاعات طرفین با مرحله شکل‌گیری و اجرای قرارداد پیوند می‌خورد.^{۲۶}

در عقد استصناع بانکی مابین مشتری و سازنده اطلاعات برابری وجود ندارد و چون بانک با سازنده قرارداد استصناع دوم منعقد می‌کند و در نهایت مشتری صرفاً نظارت را برعهده می‌گیرد، تقارن اطلاعاتی بین سازنده و مشتری وجود ندارد و این مسئله کارایی و بهینه بودن قرارداد را با چالش مواجه می‌کند.

۴.۱.۳. هزینه- فایده^{۲۷} در عقد استصناع بانکی

اصل تناسب هزینه- فایده یک از مهم‌ترین و کاربردی‌ترین اصول اقتصادی به رسمیت شناخته شده است که با ماهیت اقتصادی افعال و تصمیمات انسان گره خورده است. در تعریفی ساده از این اصل می‌توان گفت چون در یک پیش‌فرض اقتصادی، تمام انسان‌ها عاقل و رفتار و تصمیم‌گیری آنها عقلایی فرض شده است، لذا انسان‌ها پیش از شروع به کاری ابتدا هزینه و فایده آن کار را می‌سنجند و تنها در صورتی اقدام به انجام آن می‌کنند که فواید آن کار بیش از هزینه‌های آن باشد؛ لذا کاری که هزینه‌های آن بیش از منفعتش باشد، غیر اقتصادی تلقی می‌شود. همچنین افراد بشر در مواجهه با گزینه‌های مختلف رتبه‌بندی می‌کنند و بیشینه‌گر هستند؛ یعنی می‌کوشند در قبال آنچه هزینه کرده‌اند به بیشترین سطح مطلوبیت دست یابند.

در عقد استصناع بانکی پس از بررسی هزینه- فایده‌ها از منظر تحلیل اقتصادی، درمی‌یابیم که هزینه‌های تحمیل شده به بانک از فواید آن بیشتر است؛ زیرا به علت عدم تخصص بانک برای ورود به پروژه‌ها، هزینه‌های نظارت و ارزیابی، هزینه انعقاد قرارداد و ریسک‌های ناشی از انعقاد دو قرارداد- عقد استصناع اول و عقد استصناع دوم- این نهاد اقتصادی در مقایسه با منفعتی که حاصل می‌کند بیشتر است؛ لذا از این منظر نیز کارایی لازم را ندارد. از طرفی بانکداری بدون ربا با توجه به ویژگی‌های خاص آن به‌طور نسبی با ریسک عملیاتی فراوانی

۲۶. مجتبی قاسمی و صبا صدیقی صفایی، «تحلیل اقتصادی حقوق قراردادهای با تکیه بر اقتصاد اطلاعات»، حقوق خصوصی، ش ۲ (۱۴۰۰)، ص ۵۴۳.

روبه‌رو است. از جمله عوامل مهم افزایش این ریسک^{۲۸} در نظام بانکی بدون ربا عبارت‌اند از:

- عدم تخصص کافی و آموزش مناسب کارکنان بانک در اجرای عقود اسلامی؛
- نبود نرم‌افزارهای جامع حسابداری مطابق با قراردادهای مالی اسلامی؛
- عدم وجود یک سامانه کنترلی جامع برای نظارت بر قراردادهای مالی بر مبنای قوانین اسلامی و به‌طور کلی بر کارکنان و نظام بانکی.

در بانکداری سنتی و رایج، سپرده‌گذاران صرف نظر از سودآوری و زیان‌بار بودن عملیات بانکی، هیچ مسئولیتی در قبال فعالیت‌های بانک ندارند و بانکدار متعهد است در هر وضعیتی اصل سپرده و بهره آن را در موعد مقرر به سپرده‌گذار پرداخت نماید. در اعطای وام نیز وقتی بانک وام می‌دهد، رابطه مالکیت خود را از آن وام قطع کرده، به مالکیت متقاضی در می‌آورد و او متعهد می‌شود در سررسیدهای معین، اصل و بهره‌های آن را به بانک بازگرداند. نظام بانکی ربوی^{۲۹} سعی کرده است که صنعت بانکداری را از درگیری با اقتصاد حقیقی دور کند، به طوری که در اکثر کشورها، بانک‌ها از سرمایه‌گذاری مستقیم در فعالیت‌های اقتصادی، خرید سهام شرکت‌ها، حتی خرید اوراق قرضه قابل تبدیل به سهام منع شده‌اند. این درحالی است که با حذف سیستم بهره و بانکداری مبتنی بر آن، ماهیت بانکداری متحول می‌شود و بانک تنها دیگر به‌عنوان یک مؤسسه گردش وجوه نبوده، سپرده‌گذاران، بانک‌ها و بنگاه‌های اقتصادی دیگر به صورت عناصری مجزا از هم شمرده نمی‌شوند. سود و زیان بانک‌ها و به دنبال آن سود و زیان سپرده‌گذاران بستگی به عملکرد و فعالیت بنگاه‌ها دارد. پس در ساختار غیرربوی علاوه بر آنکه بانک‌ها و مردم به یکدیگر متعهد بوده، مسئولیت دارند، بانک‌ها در چرخه اقتصادی نیز فعال هستند تا بتوانند پاسخگوی سپرده‌گذاران باشند. همین مسئله بانک را وارد فضای اقتصاد واقعی کرده، از کارکرد اصلی خود دور می‌سازد. پس تفاوت اصلی بین بانکداری ربوی و غیرربوی عمدتاً در مسئله تجهیز منابع و اعطای تسهیلات است که روش‌های تجهیز

۲۸. برای مطالعه بیشتر در خصوص تحلیل ریسک‌های بانکداری، نک:

Greuning, H., Bratanovic, S.B., 2000, Analyzing Banking Risk, Washington, D.C., The World Bank.

۲۹. در خصوص بهره و ربا دو نظریه وجود دارد: عده‌ای از متخصصان بهره و ربا را ماهیتاً دو مفهوم متفاوت می‌دانند و عده‌ای دیگر آن را یکسان می‌پندارند. در خصوص نظر اول، نک: غنی‌نژاد، موسی، «تفاوت ربا و بهره بانکی»، نقد و نظر، ش ۱۲ (۱۳۷۶) و در خصوص نظر دوم، نک: رجایی، محمدکاظم، «ماهیت بهره و ربا، دیدگاه مقایسه‌ای»، اندیشه حوزه، ش ۵۳ (۱۳۸۴)، ص ۴.

منابع در بانکداری بدون ربا عموماً عبارت‌اند از سپرده‌های قرض‌الحسنه جاری، سپرده قرض‌الحسنه پس‌انداز و سپرده سرمایه‌گذاری مدت‌دار. به همین جهت عقد استصناع برای فرار از ربا و شبه ربوی بودن بهره بانکی وارد نظام بانکداری بدون ربا شد. لذا با فرض برطرف شدن مسئله ربا در بانکداری همچنان مشکلات عدیده‌ای به نظام بانکی بار می‌شود که در ادامه به آنها خواهیم پرداخت.

۲.۳. نقد دستورالعمل استصناع بانکی شورای پول و اعتبار

پس از تحلیل اقتصادی عقد استصناع بانکی و در نتیجه عدم کارایی این عقد در نظام بانکی باید به نقد موادی از دستورالعمل استصناع شورای پول و اعتبار مصوب ۱۳۹۰ پرداخت. برخی از مواد این دستورالعمل با کارکردهای اصلی بانک در تعارض است و هزینه‌های زیادی به بانک تحمیل می‌کند. هزینه‌های نظارت، هزینه‌های ارزیابی، هزینه‌های انعقاد دو عقد به جای یک عقد، عدم تفکیک اقتصاد مالی از اقتصاد واقعی، همه از مواردی هستند که بانکداری را با مشکل مواجه می‌سازند که در ادامه بررسی خواهد شد.

۱.۲.۳. هزینه‌های نظارت

ماده ۲۵ دستورالعمل شورای پول و اعتبار اشعار می‌دارد: «بانکها موظف‌اند به منظور اطمینان از حسن اجرای عقد استصناع دوم در طول مدت قرارداد، نظارت لازم و کافی را به عمل آورند». نظارت بر استصناع هزینه‌زا است؛ بدین صورت که فرض کنیم وزارت راه و شهرسازی به پیمانکاری سفارش ساخت جاده مابین دو شهر را از طریق بانک داده است. در این صورت، بانک باید به صورت مرتب پروژه را بررسی کند و بر روند اجرای آن نظارت مداوم داشته باشد؛ به این ترتیب، بانک هزینه بازرسی، هزینه حمل‌ونقل و در صورت تخطی پیمانکار از قرارداد، خسارات وارده را متحمل می‌شود. اگر خود بانک مستقیماً نظارت کند هزینه‌های فوق به او بار می‌شود و اگر وکالت آن را به مشتری بدهد، ممکن است رابطه بانک با سازنده در عقد استصناع دوم قطع شود که برخلاف مقتضای عقد است^{۳۰}.

دستورالعمل اجرایی که احتمالاً واقف به این ایراد بوده، در تبصره ماده ۲۵ مشتری را وکیل و

۳۰. سلطانی، محمد، حقوق بانکی، (تهران: انتشارات میزان، ۱۳۹۰)، ص ۱۲۵.

نماینده خود در عقد استصناع دوم قرار داده و بیان داشته است: «بانک‌ها می‌توانند به منظور نظارت بر حسن اجرای عقد استصناع دوم، مشتری را به عنوان ناظر و نماینده خود منصوب نمایند». اما این تبصره مشکل صدر ماده ۲۵ را حل نمی‌کند، زیرا در صورتی که مشتری تمامی نظارت‌ها را انجام دهد اما پیمانکار از انجام قرارداد یا حسن انجام قرارداد تخطی کند، بر مشتری مسئولیتی بار نیست و مشتری ضامن عدم اجرا نخواهد بود. به عبارت دیگر، بانک‌ها برای رهایی از مسئولیت‌های انعقاد و اجرای قرارداد استصناع، تسهیلات‌گیرندگان را نماینده خود برای انجام تمامی فرایندهای قراردادی قرار می‌دهند و به این ترتیب، مسئولیت‌های ناشی از این قرارداد را به تسهیلات‌گیرندگان واگذار می‌کنند. این موضوع اگر به نحوی باشد که ارتباط حقوقی بانک و سازنده را عرفاً قطع کند، خلاف مقتضای ذات استصناع خواهد بود. در این راستا ماده ۲۵ دستورالعمل استصناع اشاره کرده است، بانک‌ها می‌توانند مشتری تسهیلات‌گیرنده را به عنوان ناظر قرارداد خود با سازنده تعیین نمایند. همچنین ماده ۵ قرارداد یکنواخت استصناع، تسهیلات‌گیرنده را وکیل بانک در اجرای قرارداد استصناع دوم دانسته است.

۲.۲.۳. هزینه انعقاد دو قرارداد به جای یک قرارداد

ایراد هزینه‌های انعقاد دو قرارداد را با ذکر مثالی روشن می‌نماییم: فرض کنید دانشگاهی برای احداث خوابگاه دانشجویی به بانک مراجعه می‌کند و بانک در صورت داشتن منابع لازم در قالب دو قرارداد به تأمین مالی این طرح می‌پردازد. قرارداد اول با مشتری است که عموماً به صورت فرم یکنواختی که بانک مرکزی در سال ۱۳۹۴ برای عقد استصناع منتشر کرده است به امضای مشتری می‌رسد.^{۳۱} هزینه‌های این قرارداد شامل هزینه مکتوب یا رسمی کردن قرارداد، هزینه اجرای مبادله و نیز هزینه‌هایی به منظور جابه‌جایی و انتقال موضوع مبادله است. سپس بانک قرارداد دوم را که به قرارداد استصناع دوم شهرت دارد، با سازنده منعقد می‌نماید. هزینه قرارداد استصناع دوم از قرارداد استصناع اول بیشتر است، زیرا بانک باید متناسب با هر پروژه سازنده مناسب آن را پیدا کند که این خود مستلزم هزینه است. پس از آن مذاکراتی که بین بانک و سازنده انجام می‌پذیرد، مستلزم هزینه است و در نهایت اگر عقد منعقد شود، هزینه مکتوب یا رسمی کردن قرارداد، هزینه اجرای مبادله و نیز هزینه‌هایی به منظور جابه‌جایی و انتقال موضوع

۳۱. برای دیدن فرم یکنواخت قراردادهای استصناع و سایر قراردادهای بانکی، نک: <https://cbi.ir/showitem/14322.aspx>

مبادله به آن اضافه می‌گردد، ولی اگر مستصنع (مستری) خود به دنبال سازنده برود چنین هزینه سنگینی به بانک تحمیل نمی‌شود. بنابراین، انعقاد دو عقد در دو زمان هزینه‌های بیشتری از انعقاد یک عقد خواهد داشت و این به معنای عدم کارایی اقتصادی است. چراکه اساساً بانک را وارد بنگاه‌داری می‌کند. به همین جهت دانشگاه برای احداث خوابگاه خود به‌طور مستقیم به دنبال سازنده رفته، هزینه‌های ناشی از یک قرارداد به طرفین تحمیل می‌شود و درنهایت پس از خاتمه قرارداد، درآمدی که از خوابگاه یادشده کسب می‌کند هزینه قرارداد را جبران می‌سازد؛ اما جبران هزینه دو قرارداد طولانی‌تر و دشوارتر است.

۳.۲.۳. هزینه ارزیابی

ماده ۱۷ دستورالعمل استصناع بیان می‌دارد: «بانکها مکلف‌اند قبل از انعقاد عقد استصناع دوم، اموال موردنظر را از لحاظ توجیه فنی، مالی و اقتصادی (درحد نیاز بانک) بررسی و ارزیابی نمایند»^{۳۲}. باتوجه به اینکه هر قرارداد استصناع مستلزم بررسی‌های پیشینی از سوی بانک و هر کدام از آنها منحصر به فرد است، ارزیابی هر قرارداد استصناع مستلزم هزینه است. یافتن سازنده مناسب که با دقت و در زمان مشخص پروژه را تکمیل کند و تحویل بانک دهد، برای بانک هزینه‌زا است و بانک را درگیر می‌کند. همچنین بانک باید وارد فضای فنی پروژه شود و هر پروژه اقتضای خود را دارد و بانک در همه پروژه‌ها تخصص لازم را ندارد. برای مثال، پروژه ساخت خوابگاه برای دانشگاه، با پروژه ساخت جاده برای وزارت راه و شهرسازی و با پروژه ساخت مکان‌های تفریحی برای وزارت گردشگری متفاوت است. این تفاوت‌ها از نظر زمانی و نیز از نظر فنی و مالی است و هرکدام اقتضای خود را دارد. همچنین برای ارزیابی دقیق‌تر، بانک باید کارشناسانی را استخدام نماید که این پروژه‌ها را بررسی کرده، به بانک گزارش دهند. این افراد پس از ارزیابی مستحق حقالزحمه‌هایی هستند که لازم است بانک به آنها پرداخت کند. حتی اگر بانک تمامی هزینه پیش‌گفته را از مشتری دریافت کند، همچنان با معیار کارایی سازگار نیست؛ چراکه مشتری باید هزینه‌ها را پرداخت نماید و شاید هیچ‌گاه بانک را برای عقد استصناع انتخاب نکند، زیرا او نیز هزینه- فایده کرده، هزینه‌های تحمیلی را بیشتر از فایده برای خود می‌داند.

۳۲. برای دیدن متن دستورالعمل شورای پول و اعتبار در خصوص عقود استصناع، مراجعه و خرید دین، نک:

<https://www.cbi.ir/page/8425.aspx>

۴.۲.۳. مغایرت با تفکیک اقتصاد مالی^{۳۳} و اقتصاد واقعی^{۳۴}

اقتصاد در یک تقسیم‌بندی، به اقتصاد مالی و اقتصاد واقعی قابل قسمت است. در اقتصاد واقعی کالا و خدمات وجود دارد و کالا اعم از کالای فیزیکی و فکری است. اقتصاد واقعی شامل بنگاه‌ها، خانوارها و سایر آژانس‌های فعال در تولید کالاها و خدمات است که می‌توانند در حال حاضر مصرف شوند یا در آینده با هدف تولید بیشتر مورد استفاده قرار گیرند. فعالیت‌های اقتصادی عمدتاً به‌عنوان اقتصاد واقعی تصور می‌شوند، زیرا منابع واقعی برای تولید چیزی که مردم می‌توانند بخرند و استفاده کنند به‌کار می‌روند. تولید غذا، گرمایش، روشنایی، کالاهای مصرفی و سرگرمی و سایر فعالیت‌ها در اقتصاد واقعی است. در مقابل، اقتصاد مالی وجود دارد که ناظر بر پول و اوراق بهادار است؛ در واقع بازار پول، بازار سرمایه در داخل بازارهای مالی تعریف می‌شوند. بانک‌ها به‌عنوان فعالان بازار مالی به‌دنبال واسطه‌گری بین سپرده‌گذار و تسهیلات‌گیرنده هستند. بانک پس از اعطای تسهیلات به وام‌گیرنده از او بهره دریافت می‌کند و به سپرده‌گذار سود سپرده‌اش را می‌پردازد. لذا بانک از ورود به اقتصاد واقعی پرهیز می‌کند و وارد بنگاهداری نمی‌شود. به‌موجب بند ۱ و ۲ ماده ۳۴ قانون پولی و بانکی کشور، بانک از خرید و فروش به‌منظور تجارت و معاملات غیرمنقول منع شده بود؛ چراکه این دو عملیات مصداق بارز ورود بانک به اقتصاد واقعی است. ماده ۳۴ قانون پولی و بانکی اشعار می‌دارد: «عملیات زیر برای بانک‌ها ممنوع است: ۱. خرید و فروش کالا به‌منظور تجارت ۲. معاملات غیرمنقول جز برای بانک‌هایی که هدف آنها انجام معاملات غیرمنقول است».

در قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲، بندهای پیش‌گفته که در قانون پولی و بانکی بود حذف گردید. عقد استصناع بانک را وارد بنگاهداری و دخالت در ساخت‌وساز می‌کند. قرارداد استصناع بانکی، به‌ویژه اگر به‌صورت واقعی اجرا شود، به معنای ورود بانک به فعالیت اقتصادی است که با نقش واسطه‌گری پولی بانک آشکارا منافات دارد. نگرانی اصلی در اعطای تسهیلات به‌وسیله عقد استصناع، آن است که بانک در پروژه موضوع ساخت مستقیماً درگیر می‌شود و هرگونه مسئولیت و عواقب ناشی از عدم پیشرفت پروژه برعهده بانک و در نتیجه

33. Financial Economics

34. Real Economics

سپرده‌گذاران خواهد بود. توجه به این نکته که اکثر پروژه‌های بزرگ با هزینه‌های بیشتر و مدت زمان طولانی‌تر از آنچه پیش‌بینی شده تحقق می‌یابند و نیز اختلافاتی که ممکن است در خصوص وصف و کیفیت اجرای پروژه مطرح شود، اهمیت موضوع را دوچندان می‌کند.

۵.۲.۳. عدم تخصص بانک در ورود به ساخت

بانک باید وارد فرایند پیچیده انعقاد و اجرای قرارداد با سازنده‌های مختلف برای پروژه‌های گوناگون شود و این درحالی است که هر پروژه خصوصیات منحصر به فرد خود را خواهد داشت. ذکر نمونه‌های زیر به روشن شدن بحث کمک می‌کند: یک شرکت کفش واقع در اندونزی سفارش ساخت یک میلیون کفش جهت تحویل در شش ماه آینده را دریافت می‌نماید. چون منابع شرکت یادشده برای تولید کافی نیست، به این لحاظ به بانک اسلامی اندونزی مراجعه و بانک یادشده کفش‌های مورد سفارش را با اوصاف مندرج در قرارداد و پرداخت برحسب پیشرفت کار خریداری می‌نماید و سپس کالا را به مشتری (سفارش‌دهنده) به صورت نقدی واگذار می‌کند.

دولت مالزی و شرکت آرسی‌سی قرارداد ساخت یک اتوبان ۲۰ مایلی را منعقد می‌کند. سپس شرکت یادشده با بانک اسلامی مالزی قرارداد استصناع می‌بندد. به موجب این قرارداد، مقرر می‌شود که پرداخت در ازای تکمیل هر مایل صورت گیرد و به هنگام اتمام کار، بانک اسلامی مالزی موضوع قرارداد را برحسب پیشرفت کار یا مجموعاً به دولت مالزی به صورت نقدی یا موجد می‌فروشد.

شرکت کشتی‌رانی عربستان سعودی با گروه کشتی‌سازی سئول برای سفارش ساخت تانکر صد هزار تنی وارد مذاکره می‌شود. شرکت کشتی‌رانی سعودی مشکل نقدینگی دارد. گروه کشتی‌سازی یادشده نیز به سرمایه در گردش برای خرید وسایل و پرداخت هزینه‌های بالاسری نیازمند است. شرکت کشتی‌رانی عربستان سعودی با بانک اسلامی بحرین وارد مذاکره می‌شود و بانک اسلامی بحرین هم به عنوان فروشنده، کالای موضوع قرارداد را به شرکت کشتی‌رانی عربستان سعودی می‌فروشد (یا به عبارت دیگر، شرکت کشتی‌رانی به عنوان خریدار، کالای موضوع قرارداد را از بانک اسلامی بحرین خریداری می‌نماید). براساس شرایط قرارداد، شرکت کشتی‌رانی پرداخت بهای معامله را به هنگام تکمیل دو سوم عملیات ساخت تانکر شروع می‌کند

و به مدت دوازده ماه بعد از تحویل تانکر ادامه خواهد داد. سپس بانک اسلامی بحرین به‌عنوان خریدار، قرارداد استصناع دیگری را با شرکت کشتی‌سازی سئول جهت ساخت تانکر و پرداخت ثمن برحسب پیشرفت کار منعقد می‌نماید^{۳۵} موارد پیش‌گفته که تجربه‌های سایر کشورها در روند عقد استصناع است، نشانگر این است که هر پروژه پیچیدگی منحصر به فرد خود را دارد و بانک باید تخصص لازم را در هر مورد کسب کند و گرنه با مشکلاتی در روند پروژه مواجه می‌شود که پیش‌تر به آن اشاره شد.

روشن است که بانک‌ها باید در استصناع دوم تدابیر لازم را به‌منظور پوشش خطر ناشی از عدم تحویل به‌موقع کالا یا عدم انطباق مشخصات کالا با ویژگی‌های موردنظر در قرارداد، پیش‌بینی نمایند (ماده ۲۴ دستورالعمل استصناع)؛ لیکن توجه به چنین فرایندهایی لزوماً ریسک بانک را کاهش نخواهد داد.

لازم به ذکر است که در حال حاضر و تا زمان نگارش این نوشتار، از ۲۶ بانک دولتی و خصوصی حاضر در ایران، تنها ۷ بانک، نمونه عقد استصناع را در کنار سایر عقود در سایت‌های رسمی خود قرار داده‌اند. با وجود گذشت ۱۲ سال از دستورالعمل شورای پول و اعتبار، به‌نظر می‌رسد بانک‌ها نیز تمایلی به استفاده از چنین عقدی ندارند؛ چراکه با توجه به موارد پیش‌گفته هزینه‌های آن از فواید عملی آن بیشتر است.

یکی از محققان حوزه بانکداری، در تأیید وجود عقد استصناع می‌نویسد: «یکی از دلایل صوری شدن قراردادها عدم تأمین نیاز متقاضیان وجوه در چهارچوب عقود موجود است. با به کارگیری عقد استصناع و پاسخگویی به برخی نیازهای واقعی متقاضیان می‌توان لاقلاً مانع استمرار و یا محدود نمودن چنین روندی شد»^{۳۶}. در پاسخ باید اشاره کرد که این سخن در مقام مقایسه دو عقد استصناع و عقد مشارکت بیان شده و وجود عقد استصناع دارای قابلیت توجیه بیشتری نسبت به عقد مشارکت شمرده شده است. همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، عقد استصناع بانکی فارغ از سایر عقود دچار مشکلات عدیده‌ای است. لذا بررسی عقود اسلامی و مقایسه آنها با یکدیگر و برتری هر کدام نسبت به یکدیگر باید در جای دیگر بررسی شود.

۳۵. مینا جزایری، «عقد استصناع و استفاده از آن در نظام بانکی کشور»، بانک و اقتصاد، ش ۵۲ (۱۳۸۳)، ص ۳۲.

۳۶. محمدنقی نظرپور، «کاربرد عقد استصناع در تخصیص منابع در عملیات بانکی»، پژوهشکده پولی و بانکی، ش ۵ (۱۳۹۰)، ص ۲۲.

نتیجه

پس از مطالعه تحلیل اقتصادی حقوق و اهمیت آن در نظام بانکداری، عقد استصناع و سیر تطور آن از گذشته تاکنون را بررسی کردیم و با تحلیل اقتصادی که از عقد استصناع خارج از نظام بانکداری ارائه شد، دریافتیم که این عقد مطابق هیچ‌کدام از عقود معین نیست و ذیل ماده ۱۰ قانون مدنی تعریف می‌شود؛ لذا نیازمند قواعد تکمیلی است که باید ابتدا از سوی قانون‌گذار و فارغ از عقد استصناع بانکی مشخص گردد، زیرا آثار و احکام آن برای طرفینی که عقد استصناع را منعقد می‌کنند از اهمیت بالایی برخوردار است. آثاری همچون تلف کالای ساخته‌شده پس از ساخت، انتقال ریسک، لازم یا جایز بودن عقد و غیره از موارد ضروری در خصوص تقنین در حوزه عقد استصناع است. همچنین باتوجه به مسائل جوامع امروزی و پیچیدگی‌هایی که جامعه کنونی دارد، کارایی این عقد پیش از تقنین محل تردید است و باید ابتدا ادبیات قانونی حول آن به‌وجود آید. فارغ از اینکه عقد استصناع باید خارج از نظام بانکداری تعریف و تبیین گردد، عقد استصناع بانکی در نظام بانکداری محل تردید جدی است؛ چراکه بانک برای کاهش هزینه معاملات بین طرفین در دنیای مدرن ایجاد شده است اما با تحمیل این عقد به بانک، هزینه‌های متعددی به بانک از جمله هزینه نظارت و ارزیابی و انعقاد قرارداد به‌وجود می‌آید. همچنین بانک در اقتصاد مالی تعریف می‌شود و یکی از فعالان بازار پول است؛ تحمیل عقد استصناع به بانک‌ها به علت عدم تخصص بانک در پروژه‌های مربوط به استصناع، موجب افزایش هزینه‌ها و ناکارآمدی اقتصادی شده، درنهایت باعث نقض تفکیک بازار مالی از بازار واقعی می‌گردد. همچنین باتوجه به عدم تمایل بانک‌ها در استفاده از این عقود و با عنایت به موارد فوق، حذف عقد استصناع بانکی از نظام بانکداری - به‌خصوص بانکداری اسلامی - ضروری به‌نظر می‌رسد. جدا از اینکه در عمل استفاده از عقد استصناع در نیل به اهداف هنجاری موردنظر قانون‌گذار در ایران موفق بوده است، تجویز این بستر و چارچوب حقوقی برای بازار پول ایران بدون درنظر گرفتن هزینه معاملات آن که در نهایت در قیمت تمام‌شده پول در بازار پول ایران منعکس می‌شود، انجام شده است. لذا در یک انتخاب هنجاری آنچه اهمیت دارد، خودآگاهی قانون‌گذار و عموم نسبت به هزینه‌های معاملاتی استفاده از عقد استصناع در بازار پول است که باید از ورود آن به نظام بانکی اجتناب شود.

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

- کتاب‌ها

۱. باقری، محمود و رحمانی، حامد (۱۴۰۱). *مبانی نظری حقوق مبارزه با پولشویی (ابعاد ملی و بین‌المللی)*. تهران: پژوهشکده حقوقی شهردانش.
۲. بادینی، حسن (۱۳۹۴). *فلسفه مسئولیت مدنی*. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳. سلطانی، محمد (۱۳۹۰). *حقوق بانکی*. تهران: میزان.

- مقالات

۴. آقایی طوق، مسلم (۱۳۹۲). تحلیل تحلیل اقتصادی حقوق. *مطالعات حقوق تطبیقی*، ۴ (۲)، ۱-۱۷.
 ۵. الهام، صادق و عباسی، یونس (۱۳۹۹). قرارداد استصناع بانکی در ترازوی تحلیل و نقد فقهی. *علمی اقتصاد اسلامی*، ۲۰ (۷۹)، ۸۷-۱۱۲.
 ۶. بادینی، حسن (۱۳۸۲). مبانی فلسفی نگرش اقتصادی به حقوق. *دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، ۶۲ (۹۱-۱۳۵).
 ۷. باقری، محمود؛ فرخانی، هدایت و محمدی، اسماعیل (۱۳۸۲). تحلیل اقتصادی حقوق بانکی (مطالعه موردی تسهیلات سندیکایی). *دانش حقوق مالیه*، ۹ (۹)، ۴۱-۵۵.
 ۸. باقری، محمود؛ احمدی، علی و صادقی، محمد (۱۴۰۱). تحلیل پیدایش بانک در بازار تجاری ایران بر مبنای نظریه هزینه‌های معاملات. *پژوهش‌ها و سیاست‌های اقتصادی*، ۳۰ (۱۰۱)، ۳۹۳-۴۱۹.
- Doi: 10.52547/Qjerp.30.101.395
۹. باقری، محمود و صحرانورد، غزاله (۱۴۰۰). راهکارهای امهال تسهیلات معوق بانکی؛ بررسی دستورالعمل نحوه امهال مطالبات مؤسسات اعتباری، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۱۲ (۲۳)، ۱۸-۳۶.
- Doi: 10.22034/LAW.2021.42628.2753
۱۰. تقی‌زاده، ابراهیم (۱۳۹۶). استصناع و کاربرد آن در نظام بانکی با تاکید بر دستورالعمل‌های ۱۳۹۰/۵/۲۵ شورای پول و اعتبار. *دانش حقوق مدنی*، ۶ (۱)، ۱۱-۱۸.

۱۱. جزایری، مینا (۱۳۸۳). عقد استصناع و استفاده از آن در نظام بانکی. *بانک و اقتصاد*، (۵۲)، ۲۹-۳۳.
۱۲. خادمی کوشا، محمدعلی (۱۳۹۲). استصناع در توجیهی جدید. *فقه*، ۲۰ (۲)، ۲۹-۴۷.
۱۳. سیفی زیناب، غلامعلی و حسن‌زاده، منصوره (۱۳۸۸). *استصناع در فقه و حقوق ایران*. تحقیقات حقوقی، ۱۲ (۵۰)، ۱۶۱-۲۱۷.
۱۴. قاسمی، مجتبی و صدیقی صفایی، صبا (۱۴۰۰). تحلیل اقتصادی حقوق قراردادهای با تکیه بر اقتصاد اطلاعات. *حقوق خصوصی*، ۱۸ (۲)، ۵۴۱-۵۶۰.
۱۵. کاویانی، کوروش (۱۳۸۶). درآمدی بر تحلیل اقتصادی حقوق. *پژوهش حقوق و سیاست*، ۹ (۲۳)، ۶۲-۱۰۲.
۱۶. کمیجانی، اکبر و نظریور، محمدنقی (۱۳۸۷). چگونگی کاربرد عقد استصناع در قانون عملیات بانکی بدون ربا. *پژوهشی اقتصاد اسلامی*، ۸ (۳۰)، ۶۹-۹۷.
۱۷. موسویان، سیدعباس و بازوکار، احسان (۱۳۹۲). احکام و آثار فقهی حقوقی عقد استصناع. *بورس اوراق بهادار*، ۶ (۲۱)، ۵-۳۲.
۱۸. نظریور، محمدنقی (۱۳۹۰). کاربرد عقد استصناع در تخصیص منابع در عملیات بانکی. *پژوهشکده پولی و بانکی*، (۵)، ۲-۴۳.
۱۹. نظریور، محمدنقی و محمدی، مرتضی (۱۳۹۰). صحت یا فساد عقد استصناع دیدگاه فقهای امامیه، مذاهب اربعه و حقوق ایران. *حقوق اسلامی*، ۸ (۲۸)، ۳۷-۷۱.

ب) منابع انگلیسی

- Articles

20. Zuhair Al-feel, Nada (2019). Manufacture Contract (ISTISNA'A), Concept, Importance & Risks. *Humanities & Social Sciences Review*, 7 (5), 1039-1052.
21. Tamkin Borhan, Joni (2002): Istisna in Islamic Banking: *Concept and Application*. *Jurnal Syariah*, 10 (2), 99-108.
22. Mordi, Charles N. O. (2010). The Link Between the Financial (Banking) Sector and the Real Economy; Central Bank of Nigeria. *Economic and Financial Review*, 48 (4), 7-30.
23. Coase Ronald (1937). The Nature of Firms. *Economia*, 4 (16), 386-405.



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 15 Issue: 36

Autumn 2024

Article Type: Research Article

Pages: 111-140

The Attitude of International Judicial Institutions Regarding the Doctorin of Margin of Appreciation

Niloufar Ragheb¹ | Hasan Savari²

1. PhD in International Law, University of Science and Research, Islamic Azad University, Tehran Branch, Iran
niloufarragheb@gmail.com
2. Associate Professor, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran (Corresponding Author)
savari@modares.ac.ir

Abstract

The margin of appreciation is one of the most controversial means in international law for making a balance between complying with international order and exercising the sovereignty of states. Whereas the promotion of world order requires that states avoid, as far as possible, discretionary and arbitrary measures, their increasing tendency toward the application of international requirements needs to vouchsafe certain degrees of appreciation. However, there is some ambiguity in its conditions and its scope. Using a descriptive-analytical approach, this research has considered the attitude of certain international and regional dispute settlement bodies, including the International Court of Justice, WTO dispute settlement body, International Criminal Court, European Court of Human Rights, and European Court of Justice about various dimensions of this matter. The research concluded that despite the of variety viewpoints among dispute settlement bodies and international tribunals, there is approximately a similar approach to them as a whole. But it isn't concluded that the margin of appreciation is the same in all international law fields.

Keywords: *Margin of Appreciation, International Dispute Settlement Bodies, Assessment Criteria, Nstitutional Pluriflaration, Case Law.*

Received: 2023/12/05 Received in revised form: 2024/06/21 Accepted: 2024/07/29 Published: 2024/11/10

DOI: 10.22034/LAW.2024.59437.3345

Publisher: University of Tabriz

law@tabrizu.ac.ir





نگرش نهادهای قضایی بین‌المللی در خصوص

دکترین حاشیه صلاحدید

نیلوفر راغب^۱ | حسن سواری^۲

niloufarragheb@gmail.com

۱. دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه علوم و تحقیقات دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران، ایران

savari@modares.ac.ir

۲. دانشیار دانشگاه تربیت مدرس تهران، ایران (نویسنده مسئول)

چکیده

حاشیه صلاحدید یکی از چالش‌برانگیزترین ابزارهای حقوق بین‌الملل برای ایجاد تعادل میان پیروی از نظم بین‌المللی و اعمال حق حاکمیت دولت است. درحالی که تقویت نظم جهانی ایجاب می‌کند دولت‌ها تا حد ممکن از اعمال اقدامات صلاحدید و خودسرانه اجتناب نمایند، توسعه تمایل آنها به سمت رعایت الزامات بین‌المللی خودخواسته نیازمند اعطای سطحی از اعمال صلاحدید است. با وجود این در خصوص شرایط بهره‌مندی و حدود و ثغور آن ابهاماتی وجود دارد. این تحقیق به شیوه توصیفی-تحلیلی به بررسی دیدگاه‌های نهادهای بین‌المللی و منطقه‌ای حل‌وفصل اختلاف از جمله دیوان بین‌المللی دادگستری، نهاد حل‌وفصل سازمان تجارت جهانی، دیوان کیفری بین‌المللی، دیوان اروپایی حقوق بشر و دیوان دادگستری اروپایی در حوزه‌های مختلف پرداخته است. نگارندگان پژوهش حاضر نتیجه می‌گیرند، علی‌رغم تنوع دیدگاه‌ها میان نهادهای حل‌وفصل اختلاف و محاکم بین‌المللی در کلیت امر رویکرد تقریباً مشابهی از سوی آنها نسبت به ابعاد حاشیه صلاحدید اتخاذ شده است. با وجود این، نمی‌توان نتیجه گرفت حاشیه صلاحدید در تمام حوزه‌های حقوق بین‌الملل یکسان است.

واژگان کلیدی: تکثر نهادی، حاشیه صلاحدید، رویه قضایی، معیارهای ارزیابی، نهادهای بین‌المللی حل‌وفصل اختلافات.

تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۰۸/۲۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۵/۰۸

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۴/۰۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۹/۱۴

DOI: 10.22034/LAW.2024.59437.3345



law@tabrizu.ac.ir

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

حاکمیت اراده دولت یکی از عناصر جدایی‌ناپذیر حقوق بین‌الملل است. این امر نه تنها در تدوین قواعد بین‌المللی، بلکه در اجرای آن نیز هر جا مجال ظهور پیدا کند خود را به نمایش می‌گذارد. دکترین حاشیه صلاحدید را می‌توان در واقع تبلور عینی حاکمیت اراده دولت‌ها در اجرای قواعد بین‌المللی در مواردی دانست که حقوق بین‌الملل شکل شفاف و خاصی را در مورد نحوه عملکرد دولت‌ها تعیین نمی‌کند. حق اعمال صلاحدید به دولت‌ها اجازه می‌دهد تا خود تصمیم بگیرند که مقرره‌ای را که ذیل یک معاهده توافق کرده‌اند تا چه زمانی اعمال و به چه شکلی اجرا نمایند. هرچند مبتنی بر این اصل که آنچه حقوق بین‌الملل مقرر نمی‌کند در حوزه صلاحیت دولت‌ها باقی می‌ماند، اساس حق اعمال صلاحدید دولت‌ها را می‌توان مورد پذیرش قرار داد؛ اما چنین امری می‌تواند شائبه عدول از تعهدات و گرایش به سمت تفسیر به رأی از سوی دولت‌ها و خروج از دامنه الزامات آنها را فراهم سازد.

بنابراین لازم است تا مرزهایی برای آنچه دولت‌ها می‌توانند در اعمال صلاحدید خود به آن عمل نمایند، و آنچه خروج از دامنه تعهدات آنها به واسطه واگرایی ناشی از اعمال اراده آنها تلقی می‌شود، مشخص گردد. هرچند اصول تفسیر مندرج در ماده ۳۱ کنوانسیون حقوق معاهدات می‌تواند راهنمایی در این خصوص ارائه دهد، اما به نظر نمی‌رسد که این مقرره به‌تنهایی برای مدیریت اعمال حاکمیت اراده دولت‌ها در اجرای تعهداتشان کفایت کند.

به همین جهت در مواردی که اختلافی در یک نهاد قضایی بین‌المللی مطرح شود که ذیل آن رفتار یک دولت مورد انتقاد قرار گیرد و دولت نیز در دفاع از خود به حق اعمال حاشیه صلاحدید خود متوسل شود، یکی از موضوعاتی که محاکم با آن روبه‌رو بوده‌اند چگونگی برخورد با این دفاع است. از سوی دیگر در برخی موارد نهادهای قضایی در اجرای اختیارات خود برای رسیدگی به قضایای مطروحه نزد آنها، به حق اعمال صلاحدید خود اذعان داشته، به آن متوسل شده‌اند.

این مسئله هم در خصوص اصل وجود حق اعمال صلاحدید و هم در مورد حدود و ثغور لازم برای احراز قابل پذیرش بودن یا نبودن آن صادق است. بدیهی است، متأثر از استقلال نهادهای

قضایی بین‌المللی از یک سو و معاهده‌ای که حق اعمال حاشیه صلاحیت نسبت به آن مطرح شده است از سوی دیگر، ابهاماتی در خصوص رویکرد قضایی نسبت به ابعاد مختلف این حق وجود دارد. این تحقیق به روش توصیفی-تحلیلی و با بررسی واکنش نهادهای قضایی بین‌المللی نسبت به حق اعمال حاشیه صلاحیت در صدد بررسی رویکرد نهادهای یادشده در خصوص این امر است. فرضیه پژوهش حاضر این است که دیدگاه نهادهای قضایی بین‌المللی نسبت به حق اعمال حاشیه صلاحیت از سوی دولت‌ها از رویکرد مشابه و متحدالشکلی پیروی نمی‌کند. برای این منظور در این تحقیق رویکرد نهادهای قضایی بین‌المللی و منطقه‌ای که با این دفاع مواجه بوده‌اند بررسی خواهد شد. علی‌رغم استقلال هر یک از نهادهای یادشده، نگارندگان تحقیق حاضر تلاش دارند که برآیند دیدگاه‌های آنها را استخراج نمایند تا از این طریق، دیدگاه کلی نهادهای قضایی بین‌المللی نسبت به حاشیه صلاحیت را مشخص سازند.

۱. دکترین حاشیه صلاحیت

جهت شناخت و درک صحیح از دکترین حاشیه صلاحیت، لازم است ابتدا پیشینه و مفهوم این نهاد حقوقی بررسی شود.

۱.۱. پیشینه حاشیه صلاحیت

این ایده از سوی کمیسیون اروپایی حقوق بشر در سال ۱۹۵۸ در قضیه قیرس علیه انگلستان ابداع شد و در دعاوی دیگر این نهاد و دیوان اروپایی حقوق بشر در قضیه هندی‌ساید علیه انگلستان در سال ۱۹۷۶ مطرح گردید ... این اصطلاح (حاشیه صلاحیت) برای نخستین بار در سال ۱۹۶۰ در دعاوی *Lawless* علیه ایرلند به کار گرفته شد؛ و در دعاوی بسیار مهمی از سوی این نهادهای اروپایی مورد استناد قرار گرفت و احکام متعددی بر اساس آن صادر شد.^۱

رای دادگاه اروپایی در پرونده هندی‌ساید علیه انگلستان سنگ بنای توسعه رویکرد دادگاه به حاشیه تفسیر شناخته می‌شود. هندی‌ساید یک ناشر انگلیسی بود که بر اساس قانون انتشارات انگلستان (مصوب سال‌های ۱۹۵۶ و ۱۹۵۹) به دلیل انتشار کتاب غیراخلاقی برای کودکان

۱. سعید رهایی، «دکترین حاشیه‌تفسیر و محدودیت‌های حق بر ابراز دین، با تأکید بر وضعیت مسلمانان در اروپا»، نامه مفید، ش ۷۹ (۱۳۸۹)، ص ۷۹.

محکوم شد. هندی‌ساید بعد از اینکه به این علت جریمه شد، نزد دادگاه اروپایی به استناد موادی از کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و از جمله ماده ۱۰ در مورد آزادی بیان شکایت کرد. دادگاه اعلام کرد ماده پیش‌گفته نقض نشده، زیرا مداخله در آزادی (هندی‌ساید) از سوی قانون تجویز شده و برای حمایت از اخلاقیات جامعه دموکراتیک ضروری است. برای رسیدن به این نتیجه‌گیری، دادگاه برخی عناصر را مورد توجه قرار داد که به اثبات وجود «حاشیه تفسیر برای دولت‌ها» منجر شد.^۲ چارچوب این دکترین محصول رسیدگی‌های دیوان اروپایی حقوق بشر می‌باشد. در سال ۲۰۱۳ در ماده ۱ پروتکل شماره ۱۵ الحاقی به کنوانسیون اروپایی حقوق بشر به‌طور صریح از عبارت حاشیه صلاحدید نام برده شده است.

۲.۱. مفهوم حاشیه صلاحدید

دکترین حاشیه مجاز تفسیر که در ادبیات مرتبط با حقوق بشر مورد توجه بسیار قرار گرفته است به‌عنوان آزادی عمل، قدرت مانور، جای نفس کشیدن و آزادی اختیار تعریف شده و آن را نقطه‌ای دانسته‌اند که در آن نظارت بین‌المللی باید مسیر را در اختیار دولت قرار داده تا دولت در تصویب یا اجرای قوانین، صلاحیت خود را اعمال نماید.^۳ بر مبنای این نظریه برای دولت‌ها اختیار و صلاحیددی در نظر گرفته شده که از طریق آن آزادی عمل و اختیاراتی برای ایشان در تفسیر مفاد کنوانسیون اروپایی فراهم گشته تا آنها را در عین تعهد به اجرای مفاد کنوانسیون در حفظ منافع ضروری‌شان یاری نماید.^۴

به عقیده برخی، استانداردهای حقوق بنیادین در اروپا در نتیجه تفاوت در سنت‌های حقوقی، ارزش‌های اساسی و توسعه تاریخی انشعاب یافته است. بنابراین، دیوان اروپایی حقوق بشر با چالش ایجاد تعادل میان نیاز به حمایت مؤثر و متحدالشکل از این حقوق در عین احترام به این تنوع مواجه شده است. اغلب تصور می‌شود که دکترین مشهور حاشیه صلاحدید یکی از ابزارهای

۲. مصطفی فضائلی و سجاد رضازاده، «کاوشی در سازگاری اعلامیه اسلامی با اعلامیه جهانی حقوق بشر بر پایه دکترین حاشیه تفسیر»، *مطالعات حقوقی معاصر*، ش ۱۹ (۱۳۹۸)، ص ۲۳۵.

۳. حسین شریفی طرازکوهی و جواد مبینی، «دکترین حاشیه مجاز تفسیر در رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر»، *حقوق عمومی*، ش ۴۴ (۱۳۹۳)، ص ۷۷.

۴. سید فضل‌الله موسوی و یاسر امین‌الرعاية، «بررسی حدود اختیارات کشورهای اروپایی در ممنوع کردن حجاب با تأکید بر دکترین صلاحدید دولتها»، *مطالعات زن و خانواده*، ش ۱ (۱۳۹۳)، ص ۹۳.

اصلی دیوان یادشده برای ایجاد این تعادل است.^۵ این دیدگاه حاشیة صلاحدید را به‌عنوان یک ابزار ایجاد تعادل برای دیوان اروپایی حقوق بشر برای انجام وظایف خود معرفی می‌کند. در کنار آن، برخی در خصوص این نهاد حقوقی اظهار می‌دارند استفاده از دکتترین حاشیة صلاحدید اولین بار از سوی کمیسیون اروپایی حقوق بشر ایجاد شد و با توجه به اینکه دیوان مفسر نهایی کنوانسیون است از این دکتترین استفاده نموده و استانداردهایی را برای اعمال آن که برای اجرای کنوانسیون حیاتی هستند توسعه داده است.^۶

برخی نیز در تبیین مفهوم حاشیة صلاحدید بر این عقیده‌اند که این مفهوم به این معناست که دیوان اروپایی حقوق بشر تحت شرایطی تفسیر مقامات و دادگاه‌های ملی از مقررات کنوانسیون را پذیرفته و آن را به‌عنوان تفسیر کنوانسیون قلمداد کرده است. شاید بتوان حاشیة صلاحدید را به‌عنوان خط مشی یا سیاست دیوان در تفسیر کنوانسیون در نظر گرفت و نه به‌عنوان یک قاعده تفسیر؛ زیرا بر اساس این نظریه، خود دیوان کنوانسیون را تفسیر نمی‌کند، بلکه تحت شرایطی تفسیر مقامات ملی از کنوانسیون را می‌پذیرد.^۷ از این منظر، حاشیة صلاحدید در واقع یک شیوة ارزیابی دیوان اروپایی حقوق بشر نسبت به تفسیر ارائه‌شده از سوی دولت‌های عضو این سند نسبت به مقررات مندرج در این سند است.

به عقیده برخی دیگر، مطابق کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، دولت‌ها می‌توانند پاره‌ای از حقوق مندرج در کنوانسیون را محدود کنند، مشروط بر اینکه محدودیت‌ها از اصول پیش‌بینی شده در خصوص هر مقررۀ مندرج در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر پیروی کنند.^۸ مطابق نظریة حاشیة صلاحدید، تشخیص خود دولت‌ها ملاک است؛ به‌عبارتی در مواردی خود دولت‌ها تشخیص می‌دهند که آیا محدودیت‌های ایجادشده منطبق با کنوانسیون بوده است یا خیر و

5. Gerards Janneke, "Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, No. 18 (2018), p. 495.
Doi: 10.1093/hrlr/ngy017
6. Thomas A. O'Donnell, "The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights". *Human Rights Quarterly*, No. 4 (1982), p. 474.
7. Arold Lorenz & Nina Louis, *The Legal Culture of the European Court of Human Rights*, (Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2007), p. 38.
8. A. Marie & V. Luttichau, "What Is the Meaning and Effect of the Principle of Margin of Appreciation within the Jurisprudence of the European Court of Human Rights? Is the Principle Compatible with the Concept of Effective Protection of Rights?", *B.L.J.*, No. 26 (1994), p. 106.

دیوان هم این تفسیر را می‌پذیرد.^۹

یکی از ایراداتی که در این تعاریف به چشم می‌خورد این امر است که حاشیه صلاحید صرفاً به اختیارات مربوط به محدودیت‌های مندرج در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر پیوند زده شده است. همان‌طور که خواهیم دید دامنه حاشیه صلاحید گسترده‌تر از این امر است. هرچند ادعا می‌شود که دکترین حاشیه صلاحید یک تأسیس اروپایی است و در چارچوب نظام حقوق بشر اروپایی نیز توسعه یافته است، اما این به آن معنی نیست که این تأسیس محدود به رژیم اروپایی حقوق بشر است، بلکه در هر حوزه موضوعی حقوق بین‌الملل که شرایط برای توسل به این تأسیس وجود داشته باشد، می‌توان انتظار نقش‌آفرینی آن را داشت؛ مسئله‌ای که در عمل نیز وقوع یافته است.

۲. نهادهای جهانی

در بررسی رویکرد نهادهای قضایی در مورد حاشیه صلاحید، ابتدا لازم است تا رویکرد نهادهای بین‌المللی مورد مطالعه قرار گیرد. در این میان دیوان بین‌المللی دادگستری، نهاد حل‌وفصل اختلافات سازمان جهانی تجارت و دیوان کیفری بین‌المللی نهادهایی بوده‌اند که با این مسئله مواجه شده‌اند. هرچند تفاوت‌هایی در مورد مسئله مطروحه نزد این نهادها وجود دارد. لذا در این قسمت، حاشیه صلاحید نزد هر یک از این نهادها مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱.۲. حاشیه صلاحید در دیوان بین‌المللی دادگستری

رویکرد اتخاذی از سوی مراجع قضایی، هم‌زمان که زمینه لازم برای انسجام در سیستم قضایی بین‌المللی را هموار می‌سازد، به شکل‌گیری مجموعه‌ای از رویه قضایی مختص مراجع قضایی مختلف می‌انجامد.^{۱۰} دیوان بین‌المللی دادگستری را می‌توان به‌عنوان یکی از چالش‌برانگیزترین نهادهای قضایی در برخورد با دکترین حاشیه صلاحید به‌شمار آورد. در قضایای نزد دیوان به‌ندرت این دکترین مطرح شده، اما رویکرد دیوان درخور توجه است. حاشیه

9. George Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, (Oxford: Oxford University Press, 2007), p. 85.

۱۰. آرامش شهبازی، «تکثر سیستم قضایی بین‌المللی»، حقوق عمومی، ش ۲۹ (۱۳۸۹)، ص ۱۲۳.

صلاحید تنها در دو پرونده صید نهنگ و تحدید حدود مناطق دریایی میان کاستاریکا و نیکاراگوئه به صراحت مطرح شده است. با وجود این، برخی بر این عقیده‌اند که قضایای دیگری نزد دیوان نیز به حاشیه صلاحید مرتبط هستند^{۱۱}. اما به نظر می‌رسد تنها معیار ارزیابی دیدگاه دیوان در مورد دکتترین حاشیه صلاحید همین دو پرونده است.

در قضیه صید نهنگ، حق اعمال حاشیه صلاحید نسبت به بند اول ماده ۸ کنوانسیون بین‌المللی قواعد صید نهنگ^{۱۲} مورد استناد قرار گرفت. وفق بند یادشده «علی‌رغم هرچیز در این کنوانسیون، هر کشور عضو می‌تواند به هریک از اتباع خود مجوز ویژه‌ای اعطا کند که آن تبعه اختیار کشتن، صید یا درمان نهنگ‌ها را برای اهداف تحقیقات علمی تحت محدودیت‌هایی در خصوص شمار و موضوعات دیگر که کشور عضو فکر می‌کند مناسب است، و کشتن، صید یا درمان نهنگ‌ها مطابق با مقررات این ماده باید از اجرای این کنوانسیون استثناء شود». همان‌طور که ملاحظه می‌شود محتوای این ماده به‌گونه‌ای است که چند شکل حاشیه صلاحید را می‌توان برای دولت‌های عضو متصور شد که عبارت‌اند از: ۱- اعطا یا عدم اعطای مجوز، ۲- محدودیت‌های مربوط به شمار صید نهنگ، ۳- محدودیت‌های مربوط به شرایط کشتن، صید یا درمان. البته صلاحید دولت‌ها در اعمال این ماده نامحدود نیست، بلکه باید با توجه به هدف مندرج در بند یادشده یعنی «برای تحقیقات علمی»^{۱۳} لحاظ شود. در همین راستا نیز دولت ژاپن به حق اعمال حاشیه صلاحید خود نسبت به ماده یادشده استناد نموده و بیان داشته است:

«این کشور [متبوع فرد یا نهاد متقاضی مجوز ویژه] در بهترین موقعیت برای ارزشیابی برنامه‌هایی است که با هدف تحقیقات علمی از سوی یکی از اتباع ارسال می‌شود. در این

۱۱. برخی در همین راستا پرونده/سکارچین در دیوان دائمی دادگستری را در نظر گرفته و بیان داشته‌اند: «این ایده که حقوق بین‌الملل به یک کشور قدرت تعیین الزامات سیاست عمومی را می‌دهد که می‌تواند به‌طور قانونی دامنه تعهدات بین‌المللی آن کشور را محدود کند، به‌طور دوره‌ای، صریح یا ضمنی، در تعدادی از آرا ظاهر شده است. در پرونده/سکارچین، دیوان دائمی دادگستری دریافت که بلژیک این اختیار را دارد که تعرفه‌های حمل‌ونقل در رودخانه کنگو را کاهش دهد و پس از تشریح تأثیر رکود اقتصادی و اهمیت حمل‌ونقل رودخانه‌ای برای اقتصاد مستعمره، دیوان اعلام کرد دولت بلژیک با توجه به وظیفه‌اش در احترام به تعهدات بین‌المللی تنها قاضی برای این وضعیت بحرانی و راه‌حل‌های آن است» و در رویه دیوان دادگستری بین‌المللی نیز به پرونده کاتال کورفو اشاره می‌کنند.

Enzo Cannizzaro, "Margin Of Appreciation Aand Reasonableness In The ICJ's Decision in the Whaling Case". *Lidrin*, (2014), p. 451.

12. International Convention for the Regulation of Whaling Washington, 2 December, 1946.

13. Or Purposes of Scientific Research.

خصوص وی از صلاحدید بهره می‌برد که می‌تواند به‌عنوان حاشیه صلاحدید تعریف شود... این صلاحدید در آن بخش از پاراگراف که مقرر می‌دارد: کشور متبوع می‌تواند با توجه به محدودیت‌هایی در مورد تعداد و موضوع و سایر شرایط که دولت عضو فکر می‌کند مناسب است، مورد تأکید قرار گرفته است»^{۱۴}. استرالیا بر این عقیده بود که این ماده حاوی اعطای صلاحدید به دولت در مورد تعیین این امر نیست که آیا مجوز ویژه برای کشتن، صید یا نگهداری وال‌ها در دامنه بند اول ماده ۸ قرار دارد. الزامات اعطای مجوز ویژه مندرج در این ماده یک استاندارد با ماهیت عینی را فراهم می‌سازد که دولت متبوع باید آن را رعایت کند. نیوزلند نیز معتقد بود ماده ۸ بیانگر یک «الزام عینی»^{۱۵} است، نه چیزی که باید از سوی دولت عضو اعطاکننده تعیین شود.^{۱۶} در این پرونده دیوان بر این عقیده بود که ماده ۸ به دولت صلاحدید برای رد درخواست مجوز ویژه یا تعیین شرایطی را می‌دهد که بر اساس آن می‌تواند مجوز اعطا کند. اما اینکه آیا کشتن، صید یا درمان وال‌ها متعاقب درخواست مجوز ویژه با هدف تحقیقات علمی است یا خیر، نمی‌تواند به ادراک آن دولت بستگی داشته باشد.^{۱۷} در ادامه دیوان بیان داشت: در بازبینی مجوز ویژه برای کشتن، صید و درمان نهنگ‌ها، دیوان موارد زیر را ارزیابی می‌کند: آیا برنامه‌ای که تحت آن این فعالیت‌ها انجام می‌شود شامل پژوهش‌های علمی می‌شود یا خیر؛ آیا کشتن، صید و درمان نهنگ‌ها برای تحقیقات علمی بوده است یا خیر؛ و برای این کار، آیا استفاده از روش‌های کشنده، طراحی آن و اجرای برنامه برای رسیدن به اهداف بیان شده معقول بوده است یا خیر.^{۱۸} این استاندارد بازبینی عینی است.^{۱۹} درنهایت دیوان نتیجه گرفت اگرچه برنامه‌ای که تحت آن فعالیت‌ها انجام می‌شود شامل تحقیقات علمی است، اما شواهد نشان نمی‌دهد که طراحی و

14. ICJ, (Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: NewZealand intervening)), 31 March 2014, Para. 59.

15. An Objective Requirement.

16. *Ibid*, Para. 60.

17. *Ibid*, Para. 61.

۱۸. در استدلال‌های طرفین نشان داده شد عناصر طراحی و اجرای برنامه ممکن است شامل این موارد باشد: تصمیم‌گیری در مورد استفاده از روش‌های کشنده، مقیاس استفاده برنامه از نمونه کشنده، روش مورد استفاده برای انتخاب اندازه نمونه، مقایسه اندازه نمونه هدف و برداشت واقعی، بازه زمانی مرتبط با برنامه، خروجی علمی برنامه و میزانی که یک برنامه فعالیت‌های خود را با پروژه‌های تحقیقاتی مرتبط هماهنگ می‌کند. نک: *Ibid*, Para. 88.

19. *Ibid*, Para. 67.

اجرای برنامه برای دستیابی به اهداف اعلام شده معقول باشد.^{۲۰}

رای دیوان نشان می‌دهد که این نهاد قضایی اولاً حق اعمال صلاحیت را برای دولت عضو کنوانسیون به رسمیت شناخته است و دیگر آنکه برای خود حق نظارت بر حاشیه صلاحیت اعمال شده از سوی دولت قائل می‌شود و برای این منظور هدف مندرج در بند اول ماده ۸، یعنی «برای هدف تحقیقات علمی» را معیار ارزیابی قرار می‌دهد. دیوان هرچند همچون دیوان اروپایی حقوق بشر چارچوبها و معیارهای اعمال دکتترین حاشیه صلاحیت را بیان نمی‌دارد، ولی در عمل در تحلیل خود در این پرونده آنها را مدنظر قرار داده است.

مسئله دکتترین حاشیه صلاحیت در پرونده تحدید حدود دریایی در دریای کارائیب و اقیانوس پاسیفیک کاستاریکا علیه نیکاراگوئه نیز در خصوص ماده ۸۳ کنوانسیون حقوق دریاها مطرح شد. در این پرونده، دیوان برای تحدید حدود منطقه انحصاری اقتصادی و فلات قاره میان دو کشور، دو ماده ۷۴ و ۸۳ کنوانسیون حقوق دریاها را مدنظر قرار داده که در هر دو ماده از الگوی مشابهی استفاده شده است. وفق ماده ۷۴: «تحدید حدود منطقه انحصاری اقتصادی میان کشورهای دارای سواحل مجاور یا مقابل باید از طریق توافق بر اساس حقوق بین‌الملل به منظور دستیابی به راه حل منصفانه حاصل شود». همین عبارت پردازی در ماده ۸۳ نیز برای فلات قاره به کار گرفته شده است. دیوان در این پرونده بیان می‌دارد: «گام اساسی در تحدید حدود مناطق دریایی شناسایی سواحل مرتبط است که شامل آنها می‌شود که پیش‌آمدگی را ایجاد می‌کنند که با پیش‌آمدگی ساحل طرف مقابل هم‌پوشانی به وجود می‌آورند. در موارد وجود هم‌پوشانی در این پیش‌آمدگی‌ها، هر دو طرف برای تعریف معیارهای قابل اعمال در تحدید حدود به رویه دیوان و رای داوری در قضیه مرزهای دریایی خلیج بنگال استناد می‌کنند»^{۲۱}.

در رای داوری یادشده (دعوی بنگلادش علیه هند)، دیوان دائمی داوری بیان داشت که «خط ترسیم شده به شمال شرق از جنوب نقطه ماسه‌ای با پیش‌آمدگی ساحل بنگلادش و رای ۲۰۰ مایل دریایی هم‌پوشانی دارد [دیوان بر این عقیده است] که حاشیه صلاحیت نسبت به این امر وجود دارد که در تحدید حدود پیش‌آمدگی‌هایی به وسیله بخش اصلی ساحل و نقطه‌ای

20. *Ibid*, Para. 227.

21. ICJ, (Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua)), 2 February 2018, Paras. p. 107-108.

که در آن خط ساحلی از یک زاویه حاده به سوی جهت کلی ساحل کشیده شده، ایجاد می‌شود و دیگر نمی‌توان به‌طور منصفانه گفت که این امر نمایانگر پیش‌آمدگی به سوی دریا در آن ساحل است»^{۲۲}.

در این پرونده، واژگان «راه‌حل منصفانه» موضوع مناقشه طرفین بوده است. بنگلادش در پاسخ به دفاعیه هندوستان استدلال کرد این مسئله که چه چیزی «ناعادلانه تلقی می‌شود» شامل حاشیه صلاحدید قابل‌توجه^{۲۳} و البته «تلقی‌کننده» قاضی یا داوری است که از وی تعیین حدود درخواست شده است. نکته این است که کنوانسیون حقوق دریاهای به این مسئله که قضاوت یا داوران هنگام مواجه شدن با بی‌انصافی به آن آگاه‌اند و بنابراین برای مقابله با آن اقدام می‌کنند، اعتماد کرده است^{۲۴}. همین‌طور این کشور در جای دیگر بیان می‌دارد در توسل به «راه‌حل منصفانه» در مواد ۷۴ و ۸۳ به‌طرز خاص و عامدانه حاشیه صلاحدید تعبیه شده است^{۲۵}. بنگلادش در تأیید اینکه حاشیه صلاحدید قابل‌توجه به کنوانسیون حقوق دریاهای دوخته شده است، به این حقیقت اشاره دارد که تاکنون از میان ۱۹ مورد تعیین حدود مناطق دریایی تنها در دو مورد^{۲۶} به خط منصف منتج شده است^{۲۷}. به عقیده این کشور هرچند تناسب می‌تواند نقش مشروعی را در ارزیابی اوضاع و احوال مرتبط ایفا کند، کاربرد آن در مرحله دوم شامل حاشیه صلاحدید برای اطمینان از این است که خط تعیین به هر دو کشور اجازه بهره‌مندی معقولی از مناطق دریایی روبه‌روی ساحل را می‌دهد^{۲۸}.

دیوان داوری در این پرونده بدون تصریح به مسئله حاشیه صلاحدید و با ارجاع به دیدگاه‌های دیوان بین‌المللی دادگستری در پرونده‌های مختلف مربوط به تعیین حدود مناطق دریایی بیان می‌دارد: از دیدگاه دیوان داوری وظیفه دیوان بررسی بیشتر عادلانه بودن خط تعیین

22. PCA, (Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India (Bangladesh v. India)), Case Number 2010-16, Award 7 July 2014, Para. 302.

23. Significant Margin of Appreciation.

24. PCA, (People's Republic of Bangladesh v. Republic of India, Reply of Bangladesh), No. 1 (2013), Para. 4.18.

25. *Ibid*, Para. 4.106.

۲۶. این دو مورد عبارت‌اند از تعیین حدود میان کامرون و نیجریه و نیز میان غنا و سورینام.

27. *Ibid*, Para. 4.107.

28. *Ibid*, Para. 4.157.

حدود است.^{۲۹} آنچه عدم تناسب را شکل می‌دهد می‌تواند از یک قضیه به قضیه دیگر متفاوت باشد. دیوان داوری همسو با دیوان بین‌المللی دادگستری بیان می‌دارد از عدم تناسب واضح باید اجتناب شود و اینکه آیا چنین عدم تناسبی وجود دارد یا خیر، به صلاحدید دادگاه سپرده شده است که با رجوع به جغرافیای کلی منطقه انجام می‌شود.^{۳۰} هرچند دیوان دائمی داوری در این پرونده تشخیص می‌دهد که عدم تناسب قابل‌توجهی رخ نداده، اما شیوه استدلال دیوان نشان می‌دهد به‌طور ضمنی با اساس وجود حاشیه صلاحدید در تشخیص «راه‌حل منصفانه» مندرج در مواد ۷۴ و ۸۳ کنوانسیون حقوق دریاها موافق است. همانند دیوان اروپایی حقوق بشر که معیارهایی شامل مشروعیت هدف و ایجاد تعادل میان منافع در تعارض و غیره را برای اعمال حاشیه صلاحدید در نظر می‌گیرد، دیوان دائمی داوری نیز هم‌راستا با دیوان بین‌المللی دادگستری معیار «عدم تناسب قابل‌توجه» را مدنظر قرار داده، با توجه به اوضاع و احوال، حاشیه صلاحدید دولت‌ها در ترسیم مناطق دریایی را ارزیابی می‌کند.

اما لازم است تا در ادامه به بررسی واکنش دیوان بین‌المللی دادگستری بعد از اشاره به رأی دیوان دائمی داوری در پرونده خلیج بنگال پرداخته شود. دیدگاه دیوان در پرونده کاستاریکا علیه نیکاراگوئه از چند جهت حائز توجه است؛ از جمله آنکه همچون دیوان دائمی داوری، این نهاد نیز در پرونده پیش‌رو به‌طور صریح هیچ اشاره‌ای به مقوله حاشیه صلاحدید نمی‌کند. با وجود این، نشانه‌هایی را در این رأی می‌توان دید که تأییدکننده نظر موافق دیوان به وجود این دکترین است؛ مانند اینکه دیوان به این امر اشاره دارد که نیکاراگوئه و کاستاریکا روش‌های متفاوتی را برای تحدید حدود سواحل مرتبط اتخاذ کرده‌اند. با وجود روش‌های واگرایانه^{۳۱}، آنها به راه‌حل‌های تقریباً مشابه با رویه دیوان در خصوص سواحل مرتبط با دریای کارائیب رسیده‌اند.^{۳۲}

دیوان در این پرونده به رویه سابق خود در پرونده تحدید حدود دریای سیاه^{۳۳} تأکید می‌کند

29. PCA, (Delimitation of the Maritime Boundary between Guinea and Guinea-Bissau), RIAA. Vol. XIX, p. 183-184, 14 February 1985, Paras. 94-95.

30. PCA, (Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India (Bangladesh v. India)), *op.cit.*, Paras. 492-494.

31. Divergence of Methods.

32. ICJ, (Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean), *op.cit.*, Paras. 109-110.

33. ICJ, (Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)), 3 February 2009, Para. 110, p. 99.

که بیان داشت محتوای قانونی «منطقه مرتبط»^{۳۴} باید به‌عنوان بخشی از روش تحدید حدود در نظر گرفته شود.^{۳۵} همان‌طور که ملاحظه می‌شود دیوان اولاً حق طرفین در مورد تعیین شیوه تحدید حدود را مورد مناقشه قرار نمی‌دهد و دیگر اینکه معیاری را برای ارزیابی ارائه می‌دهد که باید لحاظ شود. بنابراین، مشاهده می‌شود که دیوان نیز بدون اشاره مستقیم به اصل وجود یا نبود حاشیه صلاحدید، در عمل رویکردی مشابه با دیوان اروپایی حقوق بشر ولی با معیارهایی متفاوت را اتخاذ کرده است.

۲.۲. حاشیه صلاحدید در سازمان تجارت جهانی

نهاد حل‌وفصل اختلافات سازمان تجارت جهانی یکی دیگر از نهادهایی است که حاشیه صلاحدید در بستر آن مورد توجه قرار گرفته است. حاشیه صلاحدید در رسیدگی‌های این نهاد تنها به اعمال از سوی دولت‌ها محدود نبوده، بلکه در خصوص حدود اختیارات پنل‌های رسیدگی‌کننده نیز مطرح شده و در موارد مختلفی نیز اقدام پنل به‌عنوان خروج از حاشیه صلاحدید و نقض وظایف وی در مقابل نهاد تجدیدنظر مورد انتقاد قرار گرفته است.

چالش‌های مطرح‌شده در خصوص حاشیه صلاحدید پنل‌ها مربوط به وظایف این نهاد ذیل ماده ۱۱ موافقت‌نامه حل‌وفصل اختلاف است که بیان می‌دارد: «وظیفه پنل‌ها کمک به نهاد حل‌وفصل اختلاف در اجرای مسئولیت‌هایش ... است. بنابراین، پنل‌ها ارزیابی‌ای عینی از موضوعات موردنظر آن شامل ارزیابی عینی از حقایق قضیه ... به‌عمل می‌آورند...». در پرونده‌های متعددی از جمله پرونده‌های *آزبست*^{۳۶}، *تجارت ساردین*^{۳۷}، *ژاپن - سیب*^{۳۸}، *کره - لبنیات*^{۳۹} و ایالات متحده - *گلوتن گندم*^{۴۰} بر این مسئله تأکید شده است که پنل‌ها در ارزیابی خود از حقایق از

34. 'Relevant Area'.

35. ICJ, (Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean), *op.cit.*, Para. 116.

36. WTO, (Uropean Communities - Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos), Appellate Body Report, AB-2000-11, 12 March 2001, Para. 161.

37. WTO, (European Communities - Trade Description of Sardines), Appellate Body Report, AB-2002-3, 26 September 2002, Para. 229.

38. WTO, (Japan - Measures Affecting the Importation of Apples), Appellate Body Report, AB-2003-4, 26 November 2003, Para. 222.

39. WTO, (Korea-Definitive Safeguard Measure on Imports of Certain Dairy Products), Appellate Body Report, AB-1999-8, 14 December 1999, Para. 137.

40. WTO, (United States - Definitive Safeguard Measures on Imports of Wheat Gluten from the European Communities), Appellate Body Report, 11 October 1999, AB-2000-10, Para. 151.

حاشیه صلاحدید بهره می‌برند. بنابراین، اصل وجود حق اعمال صلاحدید بدون نیاز به شرایط خاصی مورد پذیرش است. با وجود این، در مورد گستره این حق و خروج از حدود اختیارات پنل‌ها به‌خصوص در «ارزیابی عینی واقعیات» ادعای مختلفی از سوی کشورها مطرح شده است.

یکی از مهم‌ترین این موارد که مبنای اعتراضات دیگر نزد شعبه تجدیدنظر قرار گرفت در دعوی ایالات متحده علیه اتحادیه اروپا در قضیه هورمون‌ها مطرح شد. اتحادیه اروپا در تجدیدنظرخواهی این پرونده معتقد بود که پنل در انجام وظیفه خود مبنی بر ارزیابی عینی حقایق نزد آن بر اساس ماده ۱۱ موافقت‌نامه حل‌وفصل اختلافات قصور کرده است. شعبه تجدیدنظر در عین حال بیان می‌دارد که هر اشتباهی در اعمال صلاحدید نسبت به ادله نمی‌تواند به‌عنوان قصور در انجام ارزیابی عینی حقایق تلقی شود. در این پرونده جامعه اروپا مدعی بود که پنل، ادله ارسال شده به وی و حتی عقاید کارشناس خود پنل را مورد بی‌توجهی یا تحریف یا ارائه نادرست قرار داده است. وظیفه ارزیابی عینی حقایق، تعهد به درنظر داشتن ادله ارائه شده به پنل و حقیقت‌یابی عملی بر مبنای آن ادله است. بی‌توجهی عمدی یا امتناع از توجه به ادله ارسالی، در تعارض با وظیفه پنل در ارزیابی عینی حقایق است. تحریف عمدی و ارائه اطلاعات نادرست ادله موردنظر پنل به‌طور مشابه در تعارض با ارزیابی عینی حقایق است. عدم توجه، تحریف و ارائه نادرست ادله در فرایند عادی قضایی، صرفاً یک اشتباه قضاوت در صلاحدید نسبت به ادله نیست، بلکه خطای فاحشی است که حسن نیت پنل را زیر سؤال می‌برد.^{۴۱}

عدم توجه به نظر کارشناسان از جمله مبنی بر خطر واقعی و پروژسترون فوق‌العاده قوی، بی‌توجهی به درخواست ارسال اطلاعات هورمونی، عدم توجه خودسرانه به تمام اطلاعات مرتبط که جامعه اروپایی برای پنل فراهم ساخته^{۴۲}، از جمله مواردی است که این نهاد برای خروج پنل از حاشیه صلاحدید خود مورد استناد قرار داده است. شعبه تجدیدنظر در خصوص نظر کارشناسان بیان می‌دارد، اینکه پنل تصمیم به دریافت نظر شخصی کارشناسان را عملی نماید مانعی قانونی برای توقف یا مشورت با طرفین اختلاف ایجاد نمی‌کند و مخالف با موافقت‌نامه نیست.^{۴۳} اگر پنل

41. WTO, (European Communities - Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)), Report of Appellate Body, 16 January 1998, Para. 133.

42. *Ibid.*, Paras. 134-136.

43. *Ibid.*, Paras. 148-149.

خود را در استنتاج صرفاً به استدلال‌هایی که طرفین اختلاف ارائه کرده‌اند محدود کند، ممکن است قادر به اجرای ارزیابی عینی موضوع، منطبق با ماده ۱۱ موافقت‌نامه نباشد.^{۴۴}

در سال ۲۰۱۱ در قضیه *اقدامات ضد/مپینگ*، چین با استناد به قضیه *هورمون‌ها* اظهار داشت: «مبرهن است که پنل، به‌عنوان ارزیابی‌کننده حقایق، از حاشیه صلاحیدیدی اساسی بهره می‌برد. [اما] این اختیار بی‌حد و حصر نیست، و «بی‌توجهی عمدی» یا امتناع از بررسی ادله یا در موارد «تحریف عمدی» یا «ارائه اطلاعات نادرست» می‌تواند قصور از ارزیابی عینی حقایق باشد»^{۴۵}. در این پرونده، اتحادیه اروپا معتقد بود که پنل، اطلاعات ارائه‌شده از سوی وی را به‌عنوان بخشی از کلیت ادله نزد وی، به شکل مناسبی در نظر گرفته است.^{۴۶} در مقابل، چین بر این عقیده بود که پنل به دلیل بی‌توجهی و چشم‌پوشی از ادله ارسال‌شده از سوی وی، از جمله برخی اسناد مکتوب، ماده ۱۱ موافقت‌نامه را نقض کرده است. به باور چین، هرچند این اسناد مکتوب قسمتی از اقدامات مورد بحث نبوده، ولی بخشی از ادله به‌شدت مرتبط با آزمایش موضوع تعریف صنعت داخلی بوده است.^{۴۷} اما شعبه تجدیدنظر بیان داشت که پنل سؤالاتی را در خصوص این اسناد از اتحادیه اروپا داشته و بنابراین به‌سادگی ادله ارسالی چین را مورد بی‌توجهی و چشم‌پوشی قرار نداده است. به این ترتیب، معتقد به این امر نیست که پنل از حاشیه صلاحدید ماده ۱۱ در تصمیم‌گیری برای اعطای وزن کمتری نسبت به آنچه چین از آن اسناد مکتوب در دستیابی به یافته خود داده، فراتر رفته است.^{۴۸} به عقیده شعبه تجدیدنظر، پنل از حاشیه صلاحدید خود در وزن بخشی به بخش‌های مختلف ادله و نتیجه‌گیری بر این مبنا فراتر نرفته است. هرچند پنل وزنی متفاوت با چین برای برخی از ادله قائل شده، ولی این امر برای اینکه بیان شود ارزیابی حقایق عینی نبوده، ناکافی است. در عین حال، نمی‌توانیم قائل به نقض ماده ۱۱ تنها با این نتیجه باشیم که ما ممکن است به حقایق علمی متفاوتی با آنچه پنل رسیده است، برسیم.^{۴۹}

دعوی ایالات متحده در خصوص اقدامات تأثیرگذار بر واردات برخی لاستیک‌های

44. *Ibid.*, Para. 156.

45. WTO, (European Communities - Definitive Anti-Dumping Measures on Certain Iron or Steel Fasteners from China), Report of the Appellate Body, AB-2011-2, 15 July 2011, Para. 198.

46. *Ibid.*, Para. 199.

47. *Ibid.*, Para. 448.

48. *Ibid.*, Para. 448.

49. *Ibid.*, Para. 454.

خودروهای سواری و کامیون‌های سبک از چین، از دیگر مواردی است که حاشیه صلاحدید در آن مطرح شده است. در این پرونده ایالات متحده در بخشی از دفاعیات خود اظهار داشت: پنل، آن گونه که چین ادعا می‌کند، با عدم پشتیبانی از نتیجه‌ای که USITC به آن رسیده، عامدانه به ادله بی‌توجهی نکرده است. پنل نمی‌تواند واقع‌بینانه به تمام بخش‌های ادله رجوع کند و باید به آن اجازه اعمال حاشیه صلاحدید اساسی در خصوص نحوه ارزیابی ادله نزد وی داده شود.^{۵۰} در این پرونده شعبه تجدیدنظر بیان می‌دارد: «نهاد تجدیدنظر مکرراً بیان داشته است که پنل‌ها در ارزیابی‌های خود از حقایق از حاشیه صلاحدید بهره می‌برند. این حاشیه شامل اختیار پنل است در تصمیم‌گیری در مورد اینکه کدام ادله برای بهره‌گیری در یافته‌های انتخاب شود و تعیین اینکه چه وزنی باید به هریک از آیت‌های مختلف ادله ارائه‌شده از سوی طرفین داده شود. پنل صرفاً به این دلیل که همان وزنی را که طرفین باور دارند نباید به ادله‌ای داده شود، نمی‌دهد، مرتکب اشتباهی قابل لغو نمی‌شود.^{۵۱}»

شعبه تجدیدنظر برای ارزیابی اینکه آیا پنل از حدود اختیارات خود عدول کرده است یا خیر، چندین فاکتور را بررسی می‌کند که عبارت‌اند از: ۱- کلیت ادله^{۵۲}، ۲- ارزیابی متعادل‌شده ادله، ۳- منطق و استدلال در تشخیص، و ۴- درنظر گرفتن برخی استدلال‌های ارائه‌شده از سوی خواهان^{۵۳}. در مورد کلیت ادله، آنچه پنل بررسی می‌کند باید به شکل گسترده‌ای منعکس‌کننده استدلال‌های طرفین نزد پنل باشد.^{۵۴}

همان‌طور که ملاحظه می‌شود در مواردی که حق اعمال صلاحدید برای یک نهاد رسیدگی‌کننده مطرح می‌شود، رویکرد اتخاذشده در مورد وجود این حق و شرایط آن از دیدگاه دیوان اروپایی حقوق بشر نسبت به همین جنبه‌ها در مورد دولت‌ها فاصله‌گرفته، به رویکرد دیوان دادگستری اروپایی و دیوان بین‌المللی دادگستری که به ترتیب به‌طور صریح و ضمنی قائل به

50. WTO, (United States - Measures Affecting Imports of Certain Passenger Vehicle and Light Truck Tyres from China), Appellate Body Report, AB-2011-4, 5 September 2011, Para. 101.

51. *Ibid.*, Para. 321.

52. Totality of the Evidence.

53. *Ibid.*, Paras. 323, 325, 328 & 332.

54. WTO, (United States - Countervailing Duty Investigation on Dynamic Random Access Memory Semiconductors (DRAMS) from Korea), Appellate Body Report, AB-2005-4, 27 June 2005, Paras. 188-190.

وجود حق اعمال صلاحدید بدون لزوم پیش‌شرطی هستند، نزدیک‌تر است. اما در مورد گستره این صلاحدید، شعبه تجدیدنظر دیوان نیز قائل به نامحدود بودن این حق نیست. در عین حال، با توجه به تفاوت میان اعمال‌کننده صلاحدید در اینجا معیارها نیز متفاوت است؛ با وجود این، با درنظر گرفتن کلیت امر، اجرای مؤثر و رعایت هدف مقرر موضوع اعمال صلاحدید را می‌توان از کلیت معیارهای بررسی‌شده در پرونده‌های مطروحه نزد شعبه تجدیدنظر استنباط نمود.

۳.۲. حاشیه صلاحدید در دیوان کیفری بین‌المللی

یکی از دادگاه‌های بین‌المللی قابل بررسی، دیوان کیفری بین‌المللی است. در بررسی رویه این نهاد به‌طور مشخص نهادی تحت عنوان حاشیه صلاحدید مشاهده نشد. اما در پرونده *عمر البشیر* نهاد مشابهی مطرح گردید که درخور توجه است. در پرونده یادشده شعبه تجدیدنظر دیدگاهی را تکرار می‌کند که در رویه دیوان در پرونده‌های دیگری همچون *دادستان علیه کنیاتا*^{۵۵} نیز بیان شده بود و بر اساس آن «در خصوص اجرای اختیارات بر مبنای نتیجه اشتباه از حقیقت، شعبه تجدیدنظر در اقدام به تجدیدنظر بر اساس ماده ۸۲ اساسنامه، «استاندارد معقولیت»^{۵۶} را به‌کار می‌برد که مطابق با «حاشیه احترام»^{۵۷} نسبت به یافته‌های شعبه است. تا زمانی که نشان داده نشود که شعبه بدوی مرتکب اشتباه واضحی شده است، یعنی درک نادرست از حقایق، درنظرگرفتن حقایق غیرمرتبط و قصور در مدنظر قرار دادن حقایق مرتبط، شعبه تجدیدنظر در یافته‌های عملی شعبه بدوی مداخله نمی‌کند»^{۵۸}.

همین‌طور دیوان در پرونده *دادستان علیه کاتانگا و چویی* بیان می‌دارد: شعبه تجدیدنظر ارزیابی‌های شعب بدوی از حقایق را صرفاً به این دلیل که شعبه تجدیدنظر ممکن است به نتیجه دیگری برسد تخریب نمی‌کند. تنها زمانی مداخله می‌کند که نتواند تشخیص دهد نتیجه آن شعبه از ادله چگونه به شکل معقولی گرفته شده است. به‌علاوه شعبه تجدیدنظر می‌تواند در تصمیمات صلاحیدیدی که به سوءاستفاده از صلاحدید منجر شود نیز مداخله کند. حتی اگر اشتباهی در قانون یا حقیقت شناسایی نشده باشد، هنگامی که تصمیم اتخاذی چنان غیرعادلانه یا غیرمعقول

55. ICC, (The Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta), ICC-01/09-02/11, 19 August 2015, Para. 24.

56. Tandard of Reasonableness.

57. Margin of Deference.

58. ICC, (The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir), The Appeals Chamber, ICC-02/05-01/09 OA2. 6 May 2019, Para. 35.

باشد که به این نتیجه بینجامد که شعبه [بدوی] در اجرای صلاحدید خود به شکلی عاقلانه قصور ورزیده است، سوءاستفاده از صلاحدید رخ داده است. شعبه تجدیدنظر همین‌طور بررسی می‌کند که آیا شعبه بدوی برای ملاحظات نامربوط و فرعی وزنی قائل شده است یا خیر و آیا در وزن قائل شدن یا وزن کافی قائل شدن برای ملاحظات مرتبط حین اعمال صلاحدید خود قصور ورزیده است یا خیر. میزان صلاحدید اعطاشده به شعبه می‌تواند به ماهیت تصمیم موردنظر بستگی داشته باشد.^{۵۹}

همان‌طور که ملاحظه می‌شود در دیوان کیفری بین‌المللی در بررسی لزوم مداخله شعبه تجدیدنظر، بررسی رعایت حدود صلاحدید اعطاشده به شعب بدوی نیز لحاظ می‌شود و برای این امر نیز معیارهایی در نظر گرفته شده است که معقول بودن نتیجه و عدم سوءاستفاده از حق اعمال صلاحدید بر پایه معیارهای پیش‌گفته مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۳. نهادهای منطقه‌ای

در تبیین رویکرد نهادهای قضایی نسبت به دکترین حاشیه صلاحدید، علاوه بر بررسی دیدگاه‌های نهادهای بین‌المللی، لازم است تا رویکرد نهادهای منطقه‌ای نیز مورد توجه قرار گیرد. در عمل نیز علاوه بر نهادهای بین‌المللی، دو نهاد دیوان اروپایی حقوق بشر و دیوان دادگستری اروپایی نیز با این دفاع مواجه شده، بنابراین لازم دیده‌اند تا دیدگاه خود را نسبت به آن اظهار دارند. به‌طور اخص دکترین حاشیه صلاحدید نزد دیوان اروپایی حقوق بشر دارای سابقه بوده و دیوان بارها با این نهاد به‌عنوان دفاع از سوی دولت مواجه شده است. همین امر سبب شده تا این نهاد رویه‌ای غنی در خصوص شرایط توسل و حدود و ثغور قابل پذیرش آن ارائه دهد که می‌تواند نوع نگرش آن را نسبت به ابعاد مختلف حق اعمال حاشیه صلاحدید منعکس نماید. دیوان دادگستری اروپایی هرچند به میزان کمتری با این امر مواجه بوده، اما بررسی دیدگاه این نهاد نیز در کشف دیدگاه نهادهای قضایی مؤثر است. لذا در این قسمت رویکرد دو دیوان یادشده مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

59. ICC, (The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui), Judgment in the Appeal by Mathieu Ngudjolo Chui of 27 March 2008 Against the Decision of Pre-Trial Chamber I on the Application of the Appellant for Interim Release², 9 June 2008, ICC-01/04-01/07 (OA4), para. 25.

۱.۳. حاشیه صلاحدید در دیوان اروپایی حقوق بشر

ماده ۱ پروتکل شماره ۱۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر بیان می‌دارد: «دولت‌ها مطابق با اصل فرعیّت^{۶۰}، مسئولیت اولیه برای تضمین حقوق و آزادی‌های تعریف‌شده در این کنوانسیون و پروتکل‌های آن را دارند و برای این امر از حاشیه صلاحیدی همراه با صلاحیت نظارتی دیوان اروپایی حقوق بشر برخوردارند»^{۶۱}. هرچند این حق در این ماده پیش‌بینی شده، اما چند مسئله در آن بیان نشده است؛ نخست اینکه آیا این حق مطلق است و دولت‌ها تحت هر شرایطی از آن برخوردار می‌شوند یا بهره‌مندی از آن نیازمند احراز شرایطی است؟ دوم اینکه حدود و ثغور این حق چگونه است و در نهایت اینکه در اعمال این حق چه معیارهایی باید لحاظ شود؟ این سه مسئله در رویه دیوان اروپایی حقوق بشر توضیح داده شده است.

اصل وجود حق برخورداری از اعمال صلاحدید در رویه دیوان در موارد متعددی بیان شده است. یکی از قضات سابق دیوان در تأیید این موضوع می‌نویسد: «حاشیه صلاحدید موضوع اصلی تقریباً همه دعاوی است که در دیوان اقامه می‌شود، چه صریحاً به آن اشاره شود و چه نشود»^{۶۲}. با کاربرد غیرضروری حاشیه صلاحدید در برخی موارد، این دکترین با تورم مواجه شده است^{۶۳}. بنابراین، دیوان با در نظر گرفتن اصول و استانداردها و اعمال آن در پرونده‌ها^{۶۴} سعی در پیشگیری از گسترش این امر دارد. به عقیده دیوان شرط اعمال این حق، نبود اجماع است^{۶۵}. در همین راستا نیز دیوان در پرونده ساتاکونان و ساتامدیاوی علیه فنلاند پرداختن شمار بسیار محدود اعضای شورای اروپا به مسئله دسترسی عمومی به اطلاعات مالیاتی را به‌عنوان دلیل

60. Principle of Subsidiarity.

61. Council of Europe Treaty Series - No. 213. Protocol No. 15 Amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Strasbourg, 24.VI. 2013, p. 2.

۶۲. سیدقاسم زمانی و ایوب عبدی، «حاشیه صلاحدید دولتها در آزادی دین در پرتو رویه دیوان اروپایی حقوق بشر»، *حقوق عمومی*، ش ۵۵ (۱۳۹۶)، ص ۶۵.

63. J. Kratochvil. "The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 29 (2011), p. 324. <https://doi.org/10.1177/016934411102900304>

64. J. Gerards, *op.cit.*, part. 3. B. (i).

۶۵. دیوان در بیشتر موارد با استناد به مفهومی به نام کنسانسوس اروپایی به تفسیر پویای کنوانسیون یادشده پرداخته و به نیازهای حادث پاسخ داده است. (محسن مجبی و اسماعیل سماوی، «نقش رویه دیوان اروپایی حقوق بشر در تفسیر پویای معاهدات حقوق بشری»، *حقوقی بین‌المللی*، ش ۵۸ (۱۳۹۷)، ص ۷.

طرح مسئله حاشیه صلاحدید دولت فنلاند بیان می‌دارد.^{۶۶}

یکی از دیگر جنبه‌های حق اعمال صلاحدید، گستره این حق است. گستره حاشیه صلاحدید با توجه به شرایط، موضوع و پیشینه متفاوت خواهد بود.^{۶۷} اما قبل از بررسی آن باید به قاعده پایه‌ای که حاشیه صلاحدید نسبت به آن اعمال می‌شود توجه شود. به‌طور کلی قاعده پایه موضوع حاشیه صلاحدید در کنوانسیون حقوق بشر از دو حال خارج نیست؛ یا این قاعده مربوط به اجرای یک حق بشری است و یا مربوط به اعمال محدودیت نسبت به یک حق بشری. در مواردی که قاعده پایه موضوع اعمال صلاحدید مبتنی بر اعمال محدودیت است، دیوان بیان می‌دارد که دولت‌ها در ارزیابی اینکه آیا مداخله در این حق ضروری است یا خیر و تا چه میزان ضرورت دارد، از حاشیه صلاحدید مشخصی بهره‌مند هستند.^{۶۸} تشخیص و ارزیابی اینکه آیا اختیارات و آزادی عملی برای دولت‌ها در یک پرونده وجود دارد یا خیر و اینکه حدود این اختیارات به چه میزان باشد، تنها برعهده دیوان اروپایی است.^{۶۹} ولی رویه دیوان نشان می‌دهد این نهاد قائل به وجود گستره ثابتی در تمام موارد نیست.^{۷۰} به عقیده دیوان، حاشیه صلاحدید اعطاشده به مقامات ملی صالح با توجه به ماهیت موضوع و جدیت منافع در خطر، متفاوت است^{۷۱} و دامنه آن به فاکتورهای مختلفی بستگی دارد که ماهیت حق موضوع کنوانسیون، اهمیت آن برای فرد، ماهیت

66. ECHR, (Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland [GC]), 931/13, 27 June 2017, Para. 121.

67. M. Ghantous, "Freedom of Expression and The 'Margin of Appreciation' or 'Margin of Discretion' Doctrine", *Revue Québécoise de Droit International*, (2018), p. 227.
https://www.sqdi.org/wp-content/uploads/221-241-Freedom-of-Expression-and-the-%E2%80%9CMargin-Of-Appreciation%E2%80%9D-or-%E2%80%9CMargin-Of-Discretion%E2%80%9D-Doctrine_corrige%CC%81.pdf

در جایی که مسائل اقتصادی یا نظم اجتماعی مطرح است، حاشیه صلاحدید گسترده‌تر و در نتیجه استانداردهای بررسی سهل‌تری در نظر گرفته می‌شود. رک.

D. McGoldrick, "A Defence of The Margin of Appreciation and an Argument for its Application By the Human Rights Committee", *International & Comparative Law Quarterly*, 65 (2016), Part II. B.
 Doi: 10.1017/S0020589315000457

68. ECHR, (Saure v. Germany (no. 2)), 6091/16, 28 March 2023, Para. 57.

۶۹ سید فضل‌الله موسوی و یاسر امین‌الرعايا، پیشین، ص ۱۰۵.

۷۰. این بدین خاطر است که اگر دیوان احراز کند مداخله‌ای صورت گرفته است به این پرسش بنیادین می‌پردازد که آیا مداخله بر اساس موازین تشریح‌شده در کنوانسیون موجه است یا باید مداخله ناموجه و از این رو نقض مفاد کنوانسیون به‌شمار آید (محمدرضا ویژه و رضوان پویا، «تعارض حقوق فردی و اخلاق عمومی در پرتو رویه دیوان اروپایی حقوق بشر»، حقوق عمومی، ش ۶۲ (۱۳۹۸)، ص ۱۲).

71. ECHR, (Strand Lobben and Others v. Norway [GC]), 37283/13, 10 September 2019, Para. 211.

مداخله و هدف از مداخله را شامل می‌شود.^{۷۲} این حاشیه در مواردی که حق مطروحه برای بهره‌مندی مؤثر از حقوق کلیدی یا شخصی افراد حیاتی است، به‌ویژه در مواردی که به موجودیت یا هویت اشخاص مربوط می‌شود، محدود است.^{۷۳} به‌طور مشابه حاشیه صلاحدید نسبت به شروط تحدید محدود است و کشورها، تنها حاشیه صلاحدید محدودی در مورد تعیین «ضرورت» اعمال محدودیت دارند.^{۷۴}

در مقابل، در مواردی که اجماعی در شورای اروپا در مورد اهمیت نسبی منافع موضوع و بهترین شیوه حمایت از آن وجود ندارد، حاشیه صلاحدید موسع‌تر خواهد بود.^{۷۵} برای مثال، دیوان در مورد آزادی اجتماعات صلح‌آمیز معتقد به حاشیه صلاحدید موسع است.^{۷۶} و همین‌طور نسبت به مداخله در ماده ۸ کنوانسیون.^{۷۷} به عقیده دیوان در بررسی انطباق این ماده، ماهیت اطلاعات افشاشده و این مسئله که آیا آنها به شخصی‌ترین جنبه‌های فرد از قبیل وضعیت سلامت وی مربوط هستند یا خیر، باید لحاظ شود. لذا در پرونده *ال.بی. علیه مجارستان*، در مورد انتشار اطلاعات شخصی مؤدیان مالیاتی با استناد به پرونده *اس.بی. علیه سوئیس*،^{۷۸} دیوان بر این عقیده است که اطلاعات صرفاً مالی شامل جزئیات خصوصی یا اطلاعاتی که مربوط به هویت وی است، نمی‌شود.^{۷۹} رویکرد مشابهی در تأیید حاشیه صلاحدید موسع هنگام قاعده‌مند کردن یک حق در خصوص اعتقادات شخصی عمیق^{۸۰} در چارچوب اخلاق یا مذهب^{۸۱} و یا سخنرانی در مورد موضوعات تجاری و تبلیغات^{۸۲} از سوی دیوان اتخاذ شده است. در عین حال، دیوان در مواردی نیز با اعتقاد به اینکه دو حق از احترام برابری برخوردار هستند بر این باور است که معیار در نظر گرفته‌شده برای حاشیه صلاحدید نسبت به یک حق در مورد حق دیگر نیز در اصل همسان

72. ECHR, (S. and Marper v. the United Kingdom [GC]), 30562/04 and 30566/04, 4 December 2008, Para. 102.

73. *Ibid.*, Para. 102. and (Connors v. the United Kingdom), 66746/01, 27 May 2004, Para.82.

74. ECHR, (Savenko and Others v. Russia), 13918/06, 14 September 2021, Para. 61. and (Sidiropoulos and Others v. Greece), 57/1997/841/1047, 10 July 1998, Para. 40.

75. ECHR, (Dickson v. the United Kingdom [GC]), 44362/04, 4 December 2007, Para. 78.

76. ECHR, (Ekrem Can and Others v. Turkey), 10613/10, 8 March 2022, Para. 91.

77. Right to Respect for Private and Family Life.

78. ECHR, (G.S.B. v. Switzerland), 28601/11, 22 December 2015, Para. 93.

79. ECHR, (L.B. v. Hungary), 36345/16, 9 March 2023, Para.120.

80. Intimate Personal Convictions.

81. ECHR, (Murphy v. Ireland), 44179/98, 10 July 2003, Para.67.

82. ECHR, (Sekmadienis Ltd. v. Lithuania), 69317/14, 30 January 2018, Para.79.

است^{۸۳} و بنابراین باید دلایل قوی‌ای برای جایگزین کردن دیدگاهش وجود داشته باشد^{۸۴}.

در عین حال، دولت‌ها باید در اعمال حاشیه صلاحدید خود تعادلی عادلانه میان منافع رقیب ایجاد نمایند^{۸۵}. این مسئله نه تنها در مورد تقابل میان منافی که از یک حق بشری با منافی که از اعمال محدودیت دنبال می‌شود مطرح است، بلکه در مورد تقابل دو حق بشری نیز موضوعیت دارد. از جمله در پرونده سور علیه آلمان، ایجاد تعادل میان دو حق آزادی بیان و احترام به حریم خصوصی در چارچوب اعمال حاشیه صلاحدید مطرح شده است^{۸۶}. تعادل منصفانه در طیف وسیعی از حقوق و آزادی‌های تضمین شده از سوی کنوانسیون اروپایی حقوق بشر دنبال می‌شود^{۸۷}. علاوه بر آن، اعمال صلاحدید باید به میزان کافی معقول باشد^{۸۸}.

دیوان در قضایای مختلف معیارهایی را نیز برای ارزیابی مشروعیت حاشیه صلاحدید اعمال شده از سوی دولت‌ها ارائه نموده است. اولین و مهم‌ترین معیار برای حاشیه صلاحدید «اجرای مؤثر» قاعده حقوقی است^{۸۹}. «تناسب با هدف مشروعی» که دولت دنبال می‌کند «مرتبط و کافی» بودن دلایل مورد استناد دولت از دیگر معیارهای ارزیابی دیوان است^{۹۰}. اجرای مؤثر قاعده حقوقی و تناسب اقدامات با هدف مشروع؛ معیارهایی همچون تضمین کافی، انعطاف،

83. ECHR, (Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland), *op.cit.*, Para.163.

84. ECHR, (Wojczuk v. Poland), 52969/13, 9 December 2021, Para.70.

85. ECHR, (Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland), *op.cit.*, Para.113. and (X v. the Czech Republic), 64886/19, 30 March 2023, Para.84.

86. ECHR, (Saure v. Germany (no. 2)), *op.cit.*, Para.49.

87. A, Mowbray, "A Study of the Principle of Fair Balance in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, 10 (2010), p. 289. <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngq006>

88. ECHR, (Rogalski v. Poland), 5420/16, 23 March 2023, Para. 53.

۸۹. در این خصوص دیوان در دو قضیه *روخه علیه انگلستان و سلاتاجی علیه صربستان*، اظهار داشته است: در اعمال این مقررات کشورهای عضو از حاشیه صلاحدید مشخصی بهره می‌برند. درحالی که تصمیم نهایی در خصوص رعایت الزامات کنوانسیون برعهده دیوان نهاده شده است، این بخشی از وظایف دیوان نیست که جایگزین ارزیابی مقامات ملی درباره هرگونه ارزیابی دیگری شود که ممکن است بهترین سیاست در این زمینه باشد. با وجود این، محدودیت‌های اعمال شده نباید دسترسی افراد را به گونه‌ای یا تا میزانی محدود کند که اساس آن حق صدمه ببیند.

ECHR, (Golder v. the United Kingdom), Series A 4451/70, 21 February 1975, Para. 36.

and (Roche v. the United Kingdom [GC]), 32555/96, 19.10.2005, para. 117.

and (Salontaji-Drobnjak v. Serbia), 36500/05, 13 October 2009, Para. 132.

90. ECHR, (Morice v. France [GC]), 29369/10, 23 April 2015, Para. 124.

and (Medžlis Islamske Zajednice Brčko and Others v. Bosnia and Herzegovina [GC]), 17224/11, 27 June 2017, Para. 75.

سرعت و اثربخشی موردنیاز برای رعایت این حقوق^{۹۱}؛ عدم خدشه به اساس یک حق؛ پیروی از قانون اساسی؛ لزوم ایجاد تعادل میان حقوق افراد و منافع جامعه^{۹۲} (در خصوص حقوق غیرمطلق) از دیگر معیارهای ارزیابی دیوان است. مسئله دیگر اینکه در مواردی که نسبت به موضوعی اعمال صلاحدید می‌شود که با دیگر قواعد حقوق بین‌الملل ارتباط داشته باشد، لازم است تا اصول و الزامات آن قواعد نیز مدنظر قرار گیرد. از جمله در پرونده *سیمونا میهالا علیه رومانی*، دیوان بیان داشت که مصالح عالیة کودک نیز در گستره حاشیة صلاحدید اعطاشده به مقامات ملی صالح باید لحاظ شود^{۹۳}.

۲.۳. حاشیة صلاحدید در دیوان دادگستری اروپا

مسئله حاشیة صلاحدید در دیوان دادگستری اروپا نیز مطرح بوده است. دیوان در عین حال می‌پذیرد که دولت‌ها در تعیین نوع اقدامی که در هر رابطه مناسب‌تر است، از حاشیة صلاحدید برخوردار می‌باشند. در پرونده *کمیسیون علیه فرانسه*، دیوان دادگستری اروپایی بیان می‌دارد ماده ۳۰ معاهده جامعه اروپا دولت‌ها را نه تنها ملزم به خودداری از اتخاذ اقداماتی می‌داند که سبب ایجاد مانع برای جابه‌جایی تجارت است، بلکه هنگامی که این ماده در کنار ماده ۵ در نظر گرفته می‌شود، آنها باید تمام اقدامات ضروری و مناسب را برای تضمین احترام به این آزادی اساسی در سرزمین خود نیز اتخاذ نمایند. بنابراین، کشورهایی که صلاحیت انحصاری برای حفظ نظم عمومی یا تضمین امنیت داخلی دارند، به‌طور قطع برای تعیین اقدامی که برای محو موانع واردات تولیدات در شرایطی خاص مناسب‌ترین است از حاشیة صلاحدید برخوردار هستند^{۹۴}. همان‌طور که ملاحظه می‌شود، دیوان هیچ شرطی همچون عدم اجماع را برای احراز وجود حق اعمال صلاحدید مطرح نمی‌سازد.

با وجود این، دیوان نسبت به نوع اقدام دولت فرانسه علیه تولیدات کشاورزی با منشأ خارجی بر این باور است که اقدام این دولت ایجادکننده مانع برای تجارت درون جامعه اروپا است. در

91. ECHR, (*Senigo Longue and Others v. France*), 19113/09, 10 July 2014, Para. 52.

92. ECHR, (*M.A. v. Denmark*), 6697/18, 9 July 2021, Para. 22.

93. ECHR, (*Simona Mihaela Dobre v. Romania*), 8361/21, 21 March 2023, Para. 59.

94. ECJ, (*Commission of the European Communities v. France*), Case C-265/95, 9 December 1997, Paras. 32.33.

برخی موارد، مقامات فرانسوی نسبت به تظاهرات قریب‌الوقوع کشاورزان هشدار داده بودند. این اختلال برای چندین ساعت ادامه داشت و اقدامات خرابکارانه‌ای از سوی افرادی با چهره‌های پوشیده صورت پذیرفته بود. با وجود این، تعداد بسیار کمی از عاملان شناسایی و تحت تعقیب قرار گرفتند. همین امر برای دیوان دادگستری اروپایی کافی بود تا به این نتیجه برسد که اقدامات اتخاذی از سوی دولت برای تضمین آزادی تجارت درون جامعه در خصوص محصولات کشاورزی در سرزمین فرانسه آشکارا ناکافی بود و این کشور نسبت به تعهدات خود ذیل ماده ۳۰ معاهده جامعۀ اروپا همراه با ماده ۵ آن قصور کرده است.^{۹۵} به نظر می‌رسد در رویکرد دیوان، معیار اجرای مؤثر تعهد، تناسب و معقول بودن اقدام اتخاذی، مستتر است.

نتیجه

دکترین حاشیۀ صلاحدید در عین حال که تلاش دارد تا سطحی از انعطاف‌پذیری را در حقوق بین‌الملل ایجاد کند، خود در ابعاد مختلف با چالش‌ها و ابهاماتی مواجه است. بررسی رویکرد دولت‌ها و نهادهای حل‌وفصل اختلاف، هرچند اساس وجود این حق را تأیید می‌کند، اما دیدگاه‌ها نسبت به پیش‌نیازها برای اعمال این حق و همین‌طور حدود و ثغور اختیارات ذی‌حق در اعمال صلاحدید یکسان نیست. در خصوص اصل اعمال صلاحدید، برخی از نهادها معتقد به وجود شرایطی از جمله عدم خلأ در شفافیت ناشی از عدم اجماع هستند؛ در حالی که در موارد دیگری این حق بدون هیچ پیش‌شرطی مورد پذیرش قرار گرفته است. در عین حال، برخی از نهادها نیز بدون ورود به این مسئله به حدود و ثغور آن پرداخته‌اند. این تفاوت دیدگاه‌ها ابهاماتی در این خصوص ایجاد می‌کند که چه زمانی یک بازیگر بین‌المللی حق اعمال صلاحدید دارد.

از سوی دیگر، تحقیق یادشده مؤید عدم یکسانی نسبت به حدود و ثغوری است که در اعمال صلاحدید باید رعایت شود. این امر نه‌تنها از نهادی به نهاد دیگر مشاهده می‌شود، بلکه در چارچوب یک نهاد، موضوعاتی چون اوضاع و احوال مختلف، ماهیت مقررۀ پایه‌ای که موضوع اعمال صلاحدید قرار گرفته و هدف از اعمال صلاحدید در تعیین گسترۀ قابل قبول آن، تأثیرگذار است. هرچند هریک از نهادهای رسیدگی‌کننده معیارهای متفاوتی را برای ارزیابی مشروعیت یا عدم مشروعیت گسترۀ اعمال صلاحدید معرفی می‌کنند، درنهایت به نظر می‌رسد همگی در پس

95. *Ibid*, Para. 52.

پرده این معیارهای متنوع، هدف مشترکی را مدنظر دارند که عبارت است از اجرای مؤثر مقررۀ پایه و اجتناب از سوءاستفاده از این حق. به عبارتی می‌توان یک معیار کلی را برای حاشیه صلاحدید قابل قبول در حقوق بین‌الملل استخراج نمود و آن اینکه اساس قاعدۀ پایه نباید تحت‌الشعاع قرار گیرد و لازم است تا کارکرد آن پابرجا باقی بماند.

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

- مقالات

۱. رهایی، سعید (۱۳۸۹). دکترین حاشیة تفسیر و محدودیت‌های حق بر ابراز دین، با تأکید بر وضعیت مسلمانان در اروپا. *نامه مفید*، (۷۹)، ۷۷-۱۰۰.
۲. زمانی، سیدقاسم و عبدی، ایوب (۱۳۹۶). حاشیة صلاحدید دولتها در آزادی دین در پرتو رویه دیوان اروپایی حقوق بشر. *حقوق عمومی*، (۵۵)، ۶۱-۸۲.
۳. شریفی طرازکوهی، حسین و مبینی، جواد (۱۳۹۳). دکترین حاشیة مجاز تفسیر در رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر. *حقوق عمومی*، (۴۴)، ۷۳-۱۰۳.
۴. شهبازی، آرامش (۱۳۸۹). تکرر سیستم قضایی بین‌المللی. *حقوق عمومی*، (۲۹)، ۱۱۶-۱۶۰.
۵. فضائلی، مصطفی و رضازاده، سجاد (۱۳۹۸). کاوشی در سازگاری اعلامیة اسلامی با اعلامیة جهانی حقوق بشر بر پایه دکترین حاشیة تفسیر. *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۱۰(۱۹)، ۲۲۷-۲۵۵.
۶. محبی، محسن و سماوی، اسماعیل (۱۳۹۷). نقش رویه دیوان اروپایی حقوق بشر در تفسیر پویای معاهدات حقوق بشری. *حقوقی بین‌المللی*، (۵۸)، ۷-۳۰.
۷. موسی‌زاده، رضا؛ سبحانی، محمدرضا؛ شریفی طرازکوهی، حسین؛ منصوری، سعید (۱۳۹۹). مفهوم و جایگاه صلاحدید در حقوق بین‌الملل. *تحقیقات حقوقی آزاد*، (۴۷)، ۱-۲۳.
۸. موسوی، سید فضل‌الله و امین‌الرعا، یاسر (۱۳۹۳). بررسی حدود اختیارات کشورهای اروپایی در ممنوع کردن حجاب با تکیه بر دکترین صلاحدید دولتها. *مطالعات زن و خانواده*، (۱)، ۹۳-۱۱۶.
۹. ویژه، محمدرضا و پویا، رضوان (۱۳۹۸). تعارض حقوق فردی و اخلاق عمومی در پرتو رویه دیوان اروپایی حقوق بشر. *حقوق عمومی*، (۶۲)، ۹-۳۷.

ب) منابع انگلیسی

- Books

10. Letsas, George (2007). *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press.

11. Lorenz, Arold, & Louis, Nina (2007). *The Legal Culture of the European Court of Human Rights*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff.

- Articles

12. Cannizzaro, E. (2014). Margin of Appreciation Aand Reasonableness in the ICJ's Decision in the Whaling Case. *Lidrin*, 449-455.

13. Gerards, J. (2018). Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review*, (18), 495-515. Doi: 10.1093/hrlr/ngy017

14. Ghantous, M. (2018). Freedom of Expression and the 'Margin of Appreciation' or 'Margin of Discretion' Doctrine. *Revue québécoise de droit international*, (31), 221-241. https://www.sqdi.org/wp-content/uploads/221-241-Freedom-of-Expression-and-the-%E2%80%9CMargin-Of-Appreciation%E2%80%9D-or-%E2%80%9CMargin-Of-Discretion%E2%80%9D-Doctrine-_corrige%CC%81.pdf

15. Kratochvil, J. (2011). The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, (29), 324-357. Doi: 10.1177/016934411102900304.

16. Marie, A, & Luttichau, V. (1994). What Is the Meaning and Effect of the Principle of Margin of Appreciation within the Jurisprudence of the European Court of Human Rights? Is the Principle Compatible with the Concept of Effective Protection of Rights? *B.L.J.*, (26).

17. McGoldrick, Dominic (2016). A Defence of the Margin of Appreciation and an Argument for its Application By the Human Rights Committee. *International & Comparative Law Quarterly*, 65(1), 21-60. Doi: 10.1017/S0020589315000457.

18. Mowbray, A. (2010). A Study of the Principle of Fair Balance in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review*, (10) 289-317. Doi: 10.1093/hrlr/ngq006

19. O'Donnell, Thomas A. (1982), The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights. *Human Rights Quarterly*, (4), 474-496.

- Documents

20. Council of Europe Treaty Series -No. 213. *Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Strasbourg, 24.VI. 2013.
21. International Convention for the Regulation of Whaling Washington, 2nd December, 1946.

- Cases

22. ECHR, (*Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland* [GC]), 931/13, 27 June 2017.
23. ECHR, (*Saure v. Germany* (no. 2)), 6091/16, 28 March 2023.
24. ECHR, (*Strand Lobben and Others v. Norway* [GC]), 37283/13, 10 September 2019.
25. ECHR, (*S. and Marper v. the United Kingdom* [GC]), 30562/04 and 30566/04, 4 December 2008.
26. ECHR, (*Connors v. the United Kingdom*), 66746/01, 27 May 2004.
27. ECHR, (*Savenko and Others v. Russia*), 13918/06, 14 September 2021..
28. ECHR, (*Sidiropoulos and Others v. Greece*), 57/1997/841/1047, 10 July 1998.
29. ECHR, (*Dickson v. the United Kingdom* [GC]), 44362/04, 4 December 2007.
30. ECHR, (*Ekrem Can and Others v. Turkey*), 10613/10, 8 March 2022.
31. ECHR, (*G.S.B. v. Switzerland*), 28601/11, 22 December 2015.
32. ECHR, (*L.B. v. Hungary*), 36345/16, 9 March 2023.
33. ECHR, (*Murphy v. Ireland*), 44179/98, 10 July 2003.
34. ECHR, (*Sekmadienis Ltd. v. Lithuania*), 69317/14, 30 January 2018.
35. ECHR, (*Wojczuk v. Poland*), 52969/13, 9 December 2021.
36. ECHR, (*X v. the Czech Republic*), 64886/19, 30 March 2023.
37. ECHR, (*Rogalski v. Poland*), 5420/16, 23 March 2023.

- 38.ECHR, (*Golder v. the United Kingdom*), Series A 4451/70, 21 February 1975.
- 39.ECHR, (*Roche v. the United Kingdom [GC]*), 32555/96, 19.10.2005.
- 40.ECHR, (*Salontaji-Drobnjak v. Serbia*), 36500/05, 13 October 2009.
- 41.ECHR, (*Morice v. France [GC]*), 29369/10, 23 April 2015.
- 42.ECHR, (*Medžlis Islamske Zajednice Brčko and Others v. Bosnia and Herzegovina [GC]*), 17224/11, 27 June 2017.
- 43.ECHR, (*Senigo Longue and Others v. France*), 19113/09, 10 July 2014.
- 44.ECHR, (*M.A. v. Denmark*), 6697/18, 9 July 2021.
- 45.ECHR, (*Simona Mihaela Dobre v. Romania*), 8361/21, 21 March 2023.
- 46.ECJ, (*Commission of the European Communities v. France*), Case C-265/95, 9 December 1997.
- 47.ICJ, (*Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand Intervening)*), 31 March 2014.
- 48.ICJ, (*Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua)*), 2 February 2018.
- 49.PCA, (*Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India (Bangladesh v. India)*), Case Number 2010-16, Award 7 July 2014.
- 50.PCA, (*People's Republic of Bangladesh v. Republic of India , Reply of Bangladesh*), Vol.1, 31 January 2013.
- 51.PCA, (*Delimitation of the Maritime Boundary between Guinea and Guinea-Bissau*), RIAA. Vol. XIX, pp. 183-184, 14 February 1985.
- 52.ICJ, (*Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*), 3 February 2009.
- 53.WTO, (*European Communities — Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos*), Appellate Body Report, AB-2000-11, 12 March 2001.
- 54.WTO, (*European Communities - Trade Description of Sardines*),

- Appellate Body report, AB-2002-3, 26 September 2002.
- 55.WTO, (Japan - Measures Affecting the Importation of Apples), Appellate Body report, AB-2003-4, 26 November 2003.
- 56.WTO, (Korea-Definitive Safeguard Measure on Imports of Certain Dairy Products), Appellate Body Report, AB-1999-8, 14 December 1999.
- 57.WTO, (United States-Definitive Safeguard Measures on Imports of Wheat Gluten from the European Communities), Appellate Body Report, 11 October 1999.
- 58.WTO, (European Communities-Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)), Report of Appellate Body, 16 January 1998.
- 59.WTO, (European Communities-Definitive Anti-Dumping. Measures on Certain Iron or Steel Fasteners from China), Report of the Appellate Body, AB-2011-2, 15 July 2011.
- 60.WTO, (United States-Measures Affecting Imports of Certain Passenger Vehicle and Light Truck Tyres from China), Appellate Body Report, AB-2011-4, 5 September 2011.
- 61.WTO, (United States-Countervailing Duty Investigation on Dynamic Random Access Memory Semiconductors (DRAMS) from Korea), Appellate Body Report, AB-2005-4, 27 June 2005.
- 62.ICC, (The Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta), ICC-01/09-02/11, 19 August 2015.
- 63.ICC, (The Prosecutor v.Omar Hassan Ahmad Al-Bashir), The Appeals Chamber, ICC-02/05-01/09 OA2. 6 May 2019.
- 64.ICC, (The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui,), Judgment in the Appeal by Mathieu Ngudjolo Chui of 27 March 2008 against the Decision of Pre-Trial Chamber I on the Application of the Appellant for Interim Release', 9 June 2008, ICC-01/04-01/07 (OA4).



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 15 Issue: 36

Autumn 2024

Article Type: Research Article

Pages: 141-175

A Comparative Study of the Legal Effects of Determining a Safe Port in International Maritime Transport Contracts with an Emphasis on the Laws of Iran and England

Mohammad Taghi Rafiei¹| Amir Zaroudi²

1. Associate Professor, Farabi Faculties, University of Tehran-Qom, Iran (Corresponding Author)

rafiei@ut.ac.ir

2. PhD Candidate in Oil and Gas Law, Kish International Campus, University of Tehran, Hormozgan, Iran

amir.zaroudi@ut.ac.ir

Abstract

With the globalization of the economy and the introduction of modern technologies in the field of transportation, developing and developed countries sought to use new methods for international trade. For a long time, maritime transport and related agreements in the field of international trade law have always been associated with certain challenges and complexities. Generally, ship rental contracts for the international transport of goods are concluded in the form of charter voyages, time charters, and closed charters. One of the most important obligations of a charterer in a contract is to use a safe port to load or unload goods; so, the question is what are the criteria for determining whether a port is safe or unsafe? In addition, it should be clarified whether the damage to the ship was due to an unsafe port or to other causes, and if so, what is the main reason for the damage? Answering these questions and clarifying the meaning and concept of safe ports in international maritime transport contracts is of great importance in determining the liability of the charterer to the shipowner due to damages caused by unsafe ports. Examining the documents and judicial procedures of different countries, we find that the English legal system has chosen an intermediate method in determining and introducing a safe port and tends to be an effective causal factor in resolving maritime disputes; On the contrary, the approach of the Iranian legal system in dealing with this issue is one of many ambiguities.

Keywords: Time Charterparty, Voyage Charterparty, Charterer Liability, International Maritime Transport, Safe Port.

Received: 2023/11/06

Received in revised form: 2024/09/22

Accepted: 2024/10/14

Published: 2024/11/10

DOI: 10.22034/LAW.2024.59108.3331

Publisher: University of Tabriz

law@tabrizu.ac.ir





مطالعه تطبیقی آثار حقوقی تعیین بندر امن در قراردادهای حمل و نقل بین‌المللی دریایی با تأکید بر حقوق ایران و انگلستان

محمدتقی رفیعی^۱ | امیر زرودی^۲

rafiei@ut.ac.ir

۱. دانشیار دانشکده‌گان فارابی دانشگاه تهران - قم، ایران (نویسنده مسئول)

amir.zarudi@ut.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری حقوق نفت و گاز پردیس بین‌المللی کیش، دانشگاه تهران، هرمزگان، ایران

چکیده

با جهانی شدن اقتصاد و ورود فناوری‌های مدرن در حوزه حمل و نقل، کشورهای درحال توسعه و توسعه‌یافته درصد برآمدند تا از روش‌های نوینی در مبادلات بین‌المللی بهره‌گیرند. از دیرباز، حمل و نقل دریایی و قراردادهای پیرامون آن در عرصه حقوق تجارت بین‌الملل، همواره با چالش‌ها و پیچیدگی‌های خاصی همراه بوده است. قراردادهای اجاره کشتی جهت حمل و نقل بین‌المللی کالا، بیشتر در قالب قراردادهای چارتر سفری، چارتر زمانی و چارتر دربست منعقد می‌شوند. از آنجا که یکی از تعهدات مهم مستأجر کشتی در قرارداد، استفاده از بندر امن برای بارگیری یا تخلیه کالا است، لذا این سؤال مطرح می‌شود که چه معیار و ضابطه‌ای برای تشخیص امن یا ناامن بودن بندر وجود دارد؟ علاوه بر این، باید روشن ساخت که آیا خسارات وارده به کشتی ناشی از ناامنی بندر بوده است یا از علل دیگر و نیز در صورت تعدد علت، دلیل اصلی ورود خسارت چیست؟ پاسخ به این سؤالات و روشن شدن معنی و مفهوم بندر امن در قراردادهای حمل و نقل دریایی بین‌المللی برای تعیین مسئولیت چارتر در مقابل مالک کشتی به سبب خسارات وارده ناشی از ناامنی بندر، از اهمیت بسزایی برخوردار است. با مطالعه اسناد و رویه قضایی کشورهای مختلف درمی‌یابیم که سیستم حقوقی انگلستان در تعیین و معرفی بندر امن، یک روش بینابینی را برگزیده و به ضابطه سبب مؤثر در حل و فصل اختلافات دریایی تمایل نشان داده است؛ ولی در مقابل، رویکرد سیستم حقوقی ایران در مواجهه با این موضوع ابهامات بسیاری دارد.

واژگان کلیدی: بندر امن، حمل و نقل بین‌المللی دریایی، قرارداد اجاره زمانی، قرارداد اجاره سفری، مسئولیت چارتر.

تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۰۸/۲۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۷/۲۳

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۷/۰۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۸/۱۵

DOI: 10.22034/LAW.2024.59108.3331



law@tabrizu.ac.ir

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

کشتی‌رانی و حمل کالا و مسافر از طریق دریا سابقه‌ای بسیار طولانی در تاریخ زندگی بشر داشته است. انسان‌ها از هنگامی که به اهمیت دریا و آب‌های آزاد به‌عنوان یک راه ارتباطی و تجاری مهم پی بردند، زمینه را برای دریانوردی فراهم ساختند و در این خصوص نیز از جهات مختلف (نظیر کشتی‌سازی، ساختن بنادر و تجهیزات مرتبط با آن و شیوه‌های بهره‌برداری از کشتی) به پیشرفت‌های زیادی دست پیدا کردند. امروزه اهمیت حمل و نقل دریایی به حدی است که ابتکار جاده ابریشم دریایی جهت همکاری‌های بین‌المللی بلندمدت مطرح شده تا حدود ۶۵ کشور جهان بتوانند یک سوم اقتصاد دنیا را در دست بگیرند.^۱ ماهیت خاص تجارت بین‌الملل همواره متضمن مبادله انواع کالاها از کشوری به کشور دیگر بوده است که در این بین، حمل و نقل دریایی به جهت کم‌هزینه بودن در قیاس با سایر شیوه‌های حمل و نقل مانند زمینی و هوایی، و نیز بهره‌گیری از بیشترین ظرفیت برای جابه‌جایی، مرکز اصلی توجه حمل و نقل بین‌المللی قرار گرفته است.^۲

از آنجا که بیش از ۹۰ درصد تجارت جهان از این طریق صورت می‌پذیرد، لذا می‌توان عنوان کرد که بنادر به‌عنوان دروازه اصلی تجارت هر کشور برای مبادلات دریایی بین‌المللی به‌شمار می‌روند. عموماً در قراردادهای حمل و نقل دریایی، هنگامی قرارداد اجاره کشتی به‌وقوع می‌پیوندد که مالک قبول می‌کند تا تمام ظرفیت کشتی خود را در یک «زمان معین»^۳ یا برای «سفری معین»^۴ به حمل کالا اختصاص دهد. بنابراین، اهمیت و جایگاه تعیین و معرفی بندر امن در قراردادهای منعقد شده میان «مالک کشتی»^۵ و «مستأجر»^۶ می‌تواند نقش تعیین‌کننده‌ای در انتساب مسئولیت به هریک از آنها ایفا نماید. تشخیص و تمییز بندر امن از بندر ناامن در حمل و

1. Lam, Jasmine; Siu Lee; Kevin Patrick; Brendan Cullinane and Paul Tae-Woo Lee. "The 21st-Century Maritime Silk Road: Challenges and Opportunities for Transport Management and Practice". *Transport Reviews*, No. 4 (2018), p. 413.

۲. عادل ظهیری؛ مسعودرضا رنجبر؛ رضا زارعی و حکمت‌اله عسکری، «بررسی مبنای مسئولیت طرف مجری در حمل و نقل دریایی کالا»، تحقیقات حقوقی بین‌المللی، ش ۴۶ (۱۳۹۸)، ص ۱۰۰.

3. Voyage Charterparty
4. Time Charterparty
5. Ship Owner
6. Charterer

نقل بین‌المللی دریایی، همیشه با چالش‌های بسیاری همراه بوده است.^۷ حال این پرسش مطرح می‌شود که در صورت بروز حادثه در نتیجه ناامنی بندر، از چه معیارها و ضوابطی در قراردادهای چارتر برای تعیین و معرفی بندر امن به منظور انتساب مسئولیت به مالک کشتی یا مستأجر استفاده می‌شود؟

در حقیقت، سؤال پیش‌گفته پرسش اصلی پژوهش حاضر را تشکیل می‌دهد و فرضیه ما این است که در برخی مواقع از سال بعضی بنادر به سبب وقوع طوفان‌های سهمگین و شرایط جوی نامناسب، از امنیت لازم برای بارگیری و یا تخلیه کالا برخوردار نیستند. پس به همین جهت مؤجر (مالک کشتی) در قراردادهای اجاره کشتی به منظور جلوگیری از وقوع خسارت‌های احتمالی تصریح می‌کند که بندر یادشده در قرارداد اجاره یا بندری که چارتر (مستأجر) بعداً معرفی می‌نماید باید بی‌خطر و امن باشد. اما در عمل، تشخیص این موضوع که چه بندری امن یا ناامن است، کاری بسیار دشوار به نظر می‌رسد. از یک طرف، منظور از خطر، تنها مخاطرات طبیعی و جوی نیست و از سوی دیگر ممکن است به سبب اغتشاش کارگران و یا بروز موارد غیرقابل پیش‌بینی دیگر، امکان ورود به بندر یادشده عملاً امکان‌پذیر نباشد که این خود می‌تواند اسباب ناامنی بندر را فراهم آورد و به تبع آن، شرایط و چگونگی تئوری انتساب مسئولیت به مالک کشتی یا چارتر را مطرح سازد. برای نمونه در قضیه *اسلندر شپینگ اینترپرایسز علیه امپرسا ماریتیم دِل استادو*^۸، به یک کشتی دستور داده شد تا به لنگرگاه وال پراسیو^۹ برود. کشتی در اسکله بارن^{۱۰} به علت وضعیت بسیار بد هوا، گرفتار طوفان شدید شد و امکان ترک بندر به سوی دریای آزاد را از دست داد. البته در بند ۶ فرم نمونه نیپ^{۱۱}، قید شده بود که «اجاره‌دهنده‌ها یا نمایندگان آنها در هر اسکله یا مکانی که قادر باشند می‌توانند محموله یا محموله‌ها را هدایت، بارگیری و یا تخلیه نمایند؛ مشروط بر اینکه کشتی بتواند همیشه در هنگام جزر و مد، با خیال راحت شناور باقی بماند». بر همین اساس، به‌رغم واکنش به‌موقع سیستم هشدار اولیه تشخیص آب و هوای بد، کشتی یادشده قادر به ترک اسکله نشد، زیرا لنگرگاه از سوی دو کشتی دیگر

7. Psaraftis, Harilaos N; Psaraftis Amboy; Psaraftis. *Sustainable Shipping*. (Berlin: Springer International Publishing, 2019), pp. 207-208.

8. "Slander Shipping Enterprises S.A. v Empresa Maritima Del Estado S.A. (The Khian Sea)". (1979).

9. Valparaiso

10. Baron Wharf

11. The New York Produce Exchange (NYPE).

متعلق به اجاره‌کننده‌های زمانی، به نحوی مسدود شده بود که امکان جابه‌جایی آنها تا زمانی که در لنگرگاه باقی می‌ماندند عملاً وجود نداشت. متعاقب این تأخیر، کشتی با قرار گرفتن در برابر اسکله، آسیب دید و خسارات شدیدی به آن وارد شد. در نهایت، دادگاه استیناف رأی دیوان داوری را مبنی بر ناامنی بندر مورد تأیید قرار داد و اظهار نمود که نظر قاضی دونالدسون^{۱۲} پیرامون بندر امن، ترکیبی از واقعیت و قانون است؛ زیرا هیچ نشانه‌ای از وجود سیستمی مطمئن در آنجا وجود نداشت که بتوان به وسیله آن اطمینان حاصل کرد که کشتی‌های دیگری هم که از این بندر استفاده می‌کنند، اگر مجبور به ترک فوری بندر باشند، فضای کافی برای آنها برای ورود به دریای آزاد وجود داشته باشد.^{۱۳}

به‌طور کلی در رویه قضایی دادگاه‌های کشور انگلستان، تعبیر متفاوتی از بنادر امن مشاهده می‌شود و این تعبیر، تفاسیر مختلفی از قراردادهای اجاره کشتی را با خود به همراه می‌آورد. اما در قانون دریایی ایران پیرامون تعیین و معرفی بندر امن، از آنجا که مواد مربوط به اجاره کشتی از مواد منسوخ‌شده در قانون تجارت فرانسه اخذ شده است، لذا به‌طور آشکار حکم خاصی در این زمینه وجود ندارد و از این منظر، با تفسیر و تحلیل مواد قانون یادشده می‌توانیم به درک صحیحی از آثار حقوقی تعیین بندر امن در قراردادهای چارتر برسیم. در این پژوهش سعی شده است تا با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی، ضمن بررسی قضایا و مقررات داخلی کشورهای ایران و انگلستان در راستای رفع ابهامات موجود پیرامون تعیین بندر امن، شیوه‌های انتساب مسئولیت ناشی از عدم شناسایی بندر امن را به چارتر در قراردادهای چارتر سفری و چارتر زمانی مورد واکاوی قرار دهیم.

۱. مفهوم بندر امن و ضابطه تشخیص آن

با نگاهی اجمالی به قانون دریایی ایران درمی‌یابیم که واژه بندر امن به‌طور اخص تعریف نشده، اما از آنجا که مستأجر موظف است بندری امن را برای بارگیری یا تخلیه کالا معرفی کند، ناگزیریم معنی و مفهوم آن را روشن سازیم. در ظاهر چنین استنباط می‌شود که مقنن عمداً بندر

12. Justice Donaldson

13. "Slander Shipping Enterprises S.A. v Empresa Maritima Del Estado S.A. (The Khian Sea)" [1977] 2 Lloyd's Rep 439; [1979] 1 Lloyd's Rep 545.

امن را تعریف نکرده و آن را به نظر قضات دادگاهها واگذار نموده است.^{۱۴} ارائه تعریفی مانع و جامع از بندر امن که بتواند کلیه ابواب مختلف مرتبط با موضوعات حوزه حمل و نقل بین‌المللی را پوشش دهد، به واسطه تعابیر گوناگون از مفهوم نسبی آن عملاً غیرممکن به نظر می‌رسد؛ زیرا گاه پیش آمده که یک بندر در فصلی از سال، امن و در فصلی دیگر ناامن تلقی می‌شود. همچنین، این امکان وجود دارد که عمق آب‌ها، تپه‌ها، موانع زیر آب‌ها، گلوگاه‌ها و نیز راه‌های ورودی یک بندر برای کشتی‌ها با توجه به وضعیت و کالایی‌هایی که حمل می‌کنند، امن باشد و برای حمل و نقل سایر کشتی‌ها ناامن تلقی شود.^{۱۵}

برای روشن شدن مفهوم بندر امن، شاید بهترین روش این باشد که به بعضی از آرا و تصمیمات دادگاه‌های کشور انگلستان مراجعه کنیم. بر همین اساس، قاضی سنکی^{۱۶} در قضیه *هال برُس علیه پُل*^{۱۷} در سال ۱۹۱۴، بندر امن را چنین تعریف کرد: «بندر امن، بندری است که کشتی بتواند ضمن پهلو گرفتن، همواره به حالت شناور باقی بماند». در اینجا عبارت «همواره شناور باقی بماند»^{۱۸} حاکی از آن است که کشتی نباید با بستر و کف دریا تماس یا برخوردی داشته باشد. در واقع، شرط تعیین و معرفی بندر امن در بعضی از فرم‌های استاندارد قراردادهای اجاره کشتی، به تعریف قاضی سنکی به این موضوع برمی‌گردد. البته نواقصی هم در تعریف وی دیده می‌شود که متوجه راه‌های ورودی یا خروجی بنادر و نیز گلوگاه‌ها است. چه‌بسا گاهی راه‌ها و گلوگاه‌هایی وجود دارند که برای عبور و مرور کشتی‌ها مناسب نبوده، زمینه خطرهای متعددی را فراهم می‌آورد؛ به نحوی که بندر موردنظر را برای کشتی‌ها ناامن می‌سازد.^{۱۹} برای مثال در پرونده دیگری^{۲۰}، مستأجر به فرمانده کشتی که تحت قرارداد اجاره کشتی زمانی قرار داشت، دستور داد تا به بندر هامبورگ برود. سپس فرمانده کشتی برای عمل به دستور چارترر، در نزدیکی بندر نامبرده با توده عظیمی از یخ برخورد کرد و خسارت دید. در نهایت، دادگاه، بندر

۱۴. مصطفی آبادی‌خواه، ارتباط حقوق بین‌الملل دریاهای و حقوق بین‌الملل دریایی، (تهران: خرسندی، ج ۱، ۱۳۹۸)، ص ۱۳۱.

۱۵. منصور پورنوری، حقوق دریایی، (تهران: انتشارات پیام عدالت، ج ۱، ۱۳۹۷)، ص ۱۶۳.

16. Judge Sankey

17. Hall Bros v. Paul Ltd

18. "Always Stay Afloat".

19. Kharchanka, Andrei. "The Meaning of a Good Safe Port and Berth in a Modern Shipping World". *Ph. D diss.* University of Groningen, Netherlands, (2019), p. 123.

20. "GW Grace and Co Ltd v General Steam Navigation Co Ltd". (1949).

هامبورگ را به لحاظ راه‌های ورودی غیر مطمئن، ناامن و خطرناک تشخیص داد و مستأجر را مسئول جبران خسارت به مالک کشتی قلمداد کرد. همان‌طور که ملاحظه می‌شود، در این قضیه، تعریف قاضی سنکی از بندر امن به هیچ وجه ناظر به خروج کشتی از بندر مربوطه نیست. بنابراین، بندر امن به بندری گفته می‌شود که علاوه بر دارا بودن خصایص یادشده از سوی قاضی سنکی، باید کشتی مربوطه بتواند به سلامت نیز از آن خارج شود.^{۲۱}

در پرونده لیدز شپینگ کمپانی علیه سوسایتی فرانسز بانج^{۲۲}، ذیل قرارداد اجاره کشتی پیش‌بینی شده بود که مستأجر موظف است دستور رفتن به یک یا دو بندر امن را در کشور مراکش صادر کند تا محموله در آنجا بارگیری شده، به بندری امن در ژاپن حمل گردد. چارترر به فرمانده کشتی دستور داده بود تا کشتی را به بندر موگادور^{۲۳} هدایت کند. در خصوص کشتی‌های بزرگ‌تر در ماه‌های زمستان معمول بود که به هنگام آب و هوای بد در دریای آزاد منتظر بمانند. اما از یک طرف، بندر یادشده به علت نداشتن پناهگاه در معرض بادهای شدید موسمی غیرقابل پیش‌بینی قرار داشت که در هنگام وقوع طوفان، منجر به درهم کوبیده شدن لنگر کشتی‌ها به یکدیگر می‌شد و از سوی دیگر، این بندر به سبب واقع شدن در نزدیکی صخره‌های ساحلی و نامناسب بودن بستر دریا، محوطه لنگرگاه را برای تخلیه کالا بیش از پیش محدود می‌ساخت. با این اوصاف، اندکی پس از رسیدن کشتی پیش‌گفته به بندر و قبل از بارگیری، باد شدیدی شروع به وزیدن گرفت که باعث کشیدگی جزئی لنگر شد. فرمانده کشتی در صدد برآمد تا لنگر را بالا بکشد و به سمت دریای آزاد حرکت نماید، ولی کشتی در انجام این فرایند به صخره‌ها برخورد کرد و در اثر انفجار غرق شد. سپس مالک کشتی علیه مستأجر به سبب عدم معرفی بندر امن، طرح دعوا نمود. در نهایت، دادگاه تجدیدنظر بندر موگادور را ناامن تشخیص داد و مستأجر به پرداخت خسارت محکوم شد.^{۲۴}

با توجه به وقایع پیش‌آمده در این قضیه، قاضی سلرز^{۲۵} در تعریف بندر امن چنین اظهار داشته

21. "GW Grace and Co Ltd v General Steam Navigation Co Ltd". (1949), Lloyd's Law Reports, 83 Ll.L.Rep. 297. Available at: <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=146992>.

22. "Leeds Shipping Company Ltd v. Societe Francaise Bunge". (1958).

23. Mogador

24. Leeds Shipping Co Ltd v Societe Francaise Bunge (The Eastern City): CA 1958.

Available at: <https://vlex.co.uk/vid/leeds-shipping-company-ltd-792989317>.

25. Judge Sellers

است: «بندری امن است که کشتی مربوطه در زمان مربوطه بتواند ضمن دسترسی و وارد شدن به آن، از بندر یادشده استفاده کرده، در نهایت به سلامت از آن مراجعت نماید. البته این بندر نباید به گونه‌ای باشد که در صورت نبود وقایع غیرمعمول در معرض خطرهایی قرار گیرد که حتی با وجود دریانوردی صحیح و دریانوردان خوب نتوان از آنها اجتناب نمود». در اینجا، ضابطه شناسایی بندر امن با توجه به تعریف قاضی سلرز، حاوی نکات دقیق‌تر و جامع‌تری نسبت به قاضی سنکی است. اول، استفاده از واژه «کشتی مربوطه»^{۲۶}، یعنی قصد داشت تا امن یا ناامن بودن بندر را مرتبط با خصوصیات کشتی در نظر بگیرد. دوم، واژه «زمان مربوطه»^{۲۷}، یعنی زمانی را در نظر گرفت که کشتی مربوطه قرار است از راه‌ها و گلوگاه‌ها به بندر وارد شود و پس از استفاده، از آن خارج گردد. سوم، قاضی سلرز در تعریف بندر امن از عبارت «در معرض خطرهایی قرار گیرد که حتی با وجود دریانوردی صحیح و دریانوردان خوب نتوان از آن خطرها اجتناب نمود» استفاده می‌نماید؛ یعنی آن دسته از خطرهای دریایی را که بشود از آنها با دریانوردی صحیح و داشتن دریانوردان خوب و کارآمد اجتناب کرد، اصولاً جزء خطرهای معمول دریاها و بنادر می‌داند و بر همین اساس، آنها را در شمار خطرهایی که بنادر را ناامن می‌سازد، قرار نمی‌دهد؛ زیرا به‌طور عمده همه بنادر با خطرهای گوناگونی همراه هستند و نباید تصور داشت که صرف وجود هر نوع خطری می‌تواند بنادر را ناامن و غیرقابل استفاده سازد. با وجود چنین ضابطه‌ای، خسارات ناشی از این خطرها را باید در «عدم قابلیت دریانوردی کشتی»^{۲۸} جستجو کرد. در این صورت، مالک کشتی به لحاظ نقض تعهد قابلیت دریانوردی کشتی، «مسئولیت مطلق»^{۲۹} خواهد داشت و ضامن جبران خسارت وارده به مستأجر می‌شود.^{۳۰} بنابراین، محاکم قضایی مکلف‌اند در هر پرونده به‌طور مجزا جهت تشخیص امن یا ناامن بودن بنادر، ورود پیدا کنند و با توجه به ضابطه‌هایی همچون «کشتی مربوطه» و «زمان مربوطه برای ورود یا خروج کشتی» و نیز سایر عوامل دخیل در آن، اتخاذ تصمیم نمایند.

26. Relevant Ship

27. Relevant time

28. Unseaworthiness

29. Strict liability

۳۰. مسعود اریابی، «استفاده از بندر امن یکی از تعهدات مستأجر کشتی»، تحقیقات حقوقی، ش ۳۹ (۱۳۸۳)، ص ۳۰۴-۳۰۵.

۲. معیارها و مصادیق مرتبط با امن یا ناامن بودن بندر

یکی از نکات و مسائل مهم در چارترهای سفری، بندری است که کشتی باید برای بارگیری یا تخلیه کالا به آن وارد شود و تعیین آن هم به دو روش صورت می‌پذیرد. در بعضی موارد، بندر مبدأ و مقصد در همان زمان انعقاد قرارداد مشخص شده، نام آن در قرارداد ذکر می‌گردد؛ اما در بسیاری از موارد، مستأجر به‌موجب قرارداد اختیار دارد که بعداً بندری را تعیین کند و متعاقباً به فرمانده کشتی دستور دهد تا به آن وارد و یا از آن خارج شود. اختیار مستأجر در انتخاب بندر امن را نمی‌توان مطلق و بدون قید و شرط برشمرد، بلکه این اختیار از دو جهت امکان محدود شدن دارد: نخست اینکه عموماً در قراردادهای حمل و نقل دریایی، یک رشته بندر را که کشتی می‌تواند در یک سفر خاص به آنها وارد شود، همراه با یک محدوده جغرافیایی تعیین می‌کنند و مستأجر یکی از آن رشته بندر و یا یکی از بندر واقع شده در آن محدوده جغرافیایی مشخص را انتخاب می‌نماید. دوم اینکه مستأجر به‌موجب قرارداد متعهد می‌شود که بندری را تعیین کند تا برای کشتی، امن و بی‌خطر باشد. ولی چنانچه مستأجر بندری ناامن را برگزیند، در مقابل مالک کشتی مسئول خواهد بود. پس اگر بندر به‌طور معقول و در زمان صدور دستور امن باشد، ولی پس از صدور دستور در اثر بروز برخی حوادث غیرعادی و غیرمنتظره ناامن شود، مستأجر مرتکب نقض تعهد نشده است و مسئول نخواهد بود.^{۳۱}

یکی از تعهدات مهم قراردادی مستأجر در چارترهای زمانی، معرفی و استفاده از بندری است که در حفظ سلامت و امنیت کشتی و کالاها نقش اساسی ایفا می‌کنند. همیشه تعهد به معرفی بندر امن در قراردادهای اجاره زمانی از اهمیت بیشتری برخوردار است، زیرا که مؤجر مدیریت تجاری کشتی خود را به مستأجر واگذار می‌کند. در ضمن، استناد و استفاده از عبارات ناظر بر قراردادهای حمل و نقل دریایی کشورها می‌تواند به‌عنوان یک راه‌حل برای تعیین و معرفی بندر امن قرار گیرد. در حقیقت، به دلیل ماهیت بینابینی این تعهد ممکن است در قرارداد اجاره سفری با تصریح به حق فسخ مالک کشتی در صورت عدم معرفی بندر امن، ثبات قرارداد اجاره به‌طور کامل به‌هم بخورد و مالک با فسخ قرارداد، خود را از سایر قیود قراردادی برهاند. اما این وضعیت

31. Cooke, Julian; Tim Young; Michael Ashcroft; Andrew Taylor; John Kimball; David Martowski; Leroy Lambert and Michael Sturley. *Voyage Charters*. (CRC Press, 5th Ed, 2022), p. 649.

در مورد قرارداد اجاره زمانی با تفاوت چشمگیری همراه است. در قرارداد یادشده، به مستأجر این امکان داده می‌شود تا با معرفی یک بندر جایگزین، قرارداد را به هر طریقی حفظ کند.^{۳۲}

سؤالی که گاهی از جانب برخی از حقوقدانان دریایی مطرح می‌شود، این است که در صورت ناامن بودن بندر اولیه جهت تخلیه کالا و معرفی بندر جایگزین از جانب مستأجر، آیا مالک کشتی مکلف به قبول بندر جایگزین خواهد بود؟ پرفسور ویلسون^{۳۳} در برخورد با این موارد، میان قراردادهای چارتر سفری و زمانی قائل به تفکیک است و استدلال می‌کند که در قراردادهای اجاره زمانی، مالک کشتی مکلف به اجرای تقاضای مستأجر در حرکت به سوی بندر جایگزین است. اما در صورتی که مالک کشتی بر اساس حقوق خود در مفاد قرارداد چارتر زمانی با استناد به بند خطرهای جنگ از ورود به بندر بارگیری یا تخلیه کالا خودداری کند، مکلف است موضوع را فوراً به چارترر اطلاع دهد. البته در صورت ناامنی بندر به واسطه بیم بروز جنگ، مالک کشتی می‌تواند بدون اطلاع قبلی به اجاره‌کننده در مورد قصد مؤجر نسبت به حمل و تخلیه کالا در بندر جایگزین دیگر، از انجام آن ممانعت به عمل آورد. لذا مالک کشتی می‌تواند از چارترر بخواهد تا یک بندر امن دیگر را برای تخلیه کالا معرفی نماید. در صورتی که مستأجر در مدت ۴۸ ساعت پس از دریافت چنین درخواستی آن را انجام ندهد، مالک کشتی باید به انتخاب خود محموله را در هر بندر امن دیگری تخلیه کند. در این صورت، تمام ریسک‌ها و هزینه‌های تخلیه در بندر امن جایگزین به حساب چارترر است. ولی در قراردادهای اجاره سفری که بنای آن، سفر دریایی ایمن در بین دو نقطه تعیین شده است، مالک کشتی مخیر به قبول یا رد بندر جایگزین از سوی مستأجر خواهد بود.^{۳۴}

از دیگر معیارهای تشخیص بندر امن در قراردادهای چارتر، به شرط معمول در آنها این گونه آمده است: «کشتی باید بین بنادر خوب و امن رفت و آمد کند و یا جایی که بتواند با ایمنی کامل روی آب شناور بماند». پس اگر مستأجر، کشتی را به بندری بفرستد که به علت وجود طوفان یا مه شدید ناامن است و این موضوع را به مالک کشتی اطلاع نداده باشد، چارترر مسئول پرداخت

32. Todd, Paul. *Principles of the Carriage of Goods by Sea*. (London: Routledge, 1st Ed., 2015), p. 219-220.

33. Professor Wilson

34. Wilson, John Furness. *Carriage of Goods by Sea*. (London: Longman, 7th Ed., 2010), p. 29.

خسارت به مؤجر می‌شود. برای نمونه، در قضیه تیچ برکلوند علیه مونتورو شیپینگ کورپ^{۳۵} یک کشتی به چات^{۳۶} در کانادا جهت حمل کالا اعزام شد و هنگام بارگیری، بر اثر وزش باد شدید و طوفان به گل نشست. مالکان کشتی به استناد اینکه بندر بارگیری فاقد پناهگاه و وسیله ارتباطی برای اعلام هوای بد به کشتی بوده است و مستأجران نیز از اعلام خطر به فرمانده کشتی در مورد چنین هوای بدی و یا امکان وقوع خطر کوتاهی نموده‌اند، شکایت کردند. در نهایت، دادگاه با بررسی جوانب پرونده عنوان نمود که بندر، امن نبوده است؛ مگر آنکه پیش‌تر به کشتی موارد زیر اطلاع داده شده باشد:

الف) کشتی‌ها باید به منابع فنی و تخصصی خود برای کسب اطلاع از وضعیت آب و هوا متکی باشند، زیرا اطلاعات لازم در این خصوص، تنها از طریق خشکی به آنها نمی‌رسد.

ب) در هوای طوفانی و باد شدید، بندر موردنظر برای ماندن کشتی ناامن است.

پس با جمیع جوانب، چون مستأجران فقط مورد «ب» را به اطلاع فرمانده کشتی رساندند و نسبت به مورد «الف» هیچ‌گونه اطلاعی نداده بودند، مسئول قلمداد شدند. ولی اگر فرمانده کشتی غیرمعقول عمل نماید و با وجود اطلاع از خطر احتمالی، به بندر معرفی شده از سوی مستأجر وارد شود، در این صورت، چارترر مسئول خسارات وارده به کشتی نخواهد بود^{۳۷}.

در خصوص «شرط بندر یا اسکله امن»^{۳۸} در «قراردادهای چارتر»^{۳۹} باید عنوان نمود که همیشه این بند قراردادی با توجه به اوضاع و احوال قضیه حادث شده، مورد ارزیابی محاکم قضایی کشورهای مختلف قرار می‌گیرد. برای مثال، می‌توان به قضیه پالایش آسفالت سینگو علیه فرسکاتی شیپینگ^{۴۰} اشاره کرد. بر این اساس، دادگاه عالی ایالات متحده آمریکا از سال ۲۰۰۴ تا زمان صدور رأی نهایی خود در ۳۰ مارس ۲۰۲۰، به مسئولیت هزینه‌های پاک‌سازی ناشی از نشت نفت به واسطه پارگی بدنه یک کشتی در رودخانه دل‌اور^{۴۱} نیوجرسی رسیدگی کرد.

35. "Tage Berglund v. Montoro Shipping Corpn". (1968).

36. Chat

37. Clarke, M. A. "Charterparty - Nomination of a Safe Port: The Dagmar. (Tage Berglund v. Montoro Shipping Corpn.)". *Malaya Law Review*, No. 2 (1969), p. 351-354.

38. Safe-Berth & Port Clause

39. Charter Parties

40. Citgo Asphalt Refining Co. v. Frescati Shipping Co., 140 S. Ct. 1081. (2020).

41. Delaware

در این پرونده، مالک کشتی (شرکت کشتی‌رانی فرسکاتی) مسئول هزینه‌های پاک‌سازی به مبلغ بیش از ۱۴۰ میلیون دلار شد؛ اما آنها اعتقاد داشتند که به‌موجب «قانون آلودگی نفتی سال ۱۹۹۰»^{۴۲} چون شرکت سیتگو محموله را سفارش داده، پس مسئولیت حمل و نقل آن را نیز برعهده گرفته است. البته مشکل اساسی در طولانی شدن روند رسیدگی به حل و فصل اختلاف این پرونده را می‌توان در زبان مبهم قراردادی پیرامون تفسیر واژگانی همچون «ضمانت‌نامه»^{۴۳} و «دقت لازم»^{۴۴} در بند اسکله امن عنوان نمود. از یک سو، ارائه شواهد بیرونی که نشان دهد طرفین نسبت به قرار دادن شرط اسکله امن دقیقاً چه هدفی را دنبال می‌کردند و از سوی دیگر، شناسایی این شرط قراردادی به‌عنوان یک ضمانت که باعث می‌شد تا اجاره‌کننده کشتی حتی اگر با احتیاط و بدون تقصیر عمل نماید و یا چنانچه فرمانده کشتی در نحوه نوبری کشتی دچار بی‌احتیاطی گردد، هر دو به صورت تضامنی متحمل پرداخت خسارت می‌شدند، تفسیر قرارداد را با چالش‌های عدیده‌ای مواجه می‌ساخت؛ زیرا در این صورت، چارترر و فرمانده کشتی باید بدون اثبات تقصیر و خطای هریک از آنها و تنها با وجود این شرط مبهم قراردادی، مسئولیت خسارت احتمالی به کشتی را می‌پذیرفتند.^{۴۵} با رجوع به قانون فدرال دریانوردی ایالات متحده، این سؤال به ذهن قضات رسیدگی‌کننده به پرونده یادشده متبادر شد که آیا بند اسکله امن در یک قرارداد چارتر سفری می‌تواند تضمینی برای ایمنی کشتی یا وظیفه احتیاط لازم برای فرمانده کشتی و چارترر به‌شمار آید یا خیر؟ پس از سال‌ها بررسی، سرانجام قاضی سونیا سوتوما‌یور^{۴۶} به دادگاه عالی ابراز داشت که بند اسکله ایمن در قرارداد چارتر سفری، طرف قراردادی را ملزم می‌سازد تا اسکله‌ای ایمن برای کشتی تعیین کند و این موضوع، خود می‌تواند ضمانت ایمنی ایجاد نماید. پس دادگاه ابتدا در متن بند اسکله امن در قرارداد چارتر را مورد بررسی قرار داد و دریافت که این بند وظیفه انتخاب اسکله ایمن را برعهده چارترر قرار داده است. در نهایت، دادگاه عالی پس از بررسی‌های زیاد و طولانی مدت هیئت رسیدگی‌کننده و با رأی اکثریت ۷ به ۲، به این نتیجه رسید که زبان قراردادی ایجادشده بین سیتکو و فرسکاتی حاکی از آن است که سیتکو موظف بوده تا اسکله‌ای

42. The Oil Pollution Act. (1990).

43. Warranty

44. Due Diligence

45. Zhang, Yuanyuan, "Case Note on Citgo Asphalt Refining Co. v. Frescati Shipping Co., 140 S. Ct. 1081 (2020)". *Oil and Gas, Natural Resources, and Energy Journal*, No.1 (2021), p. 58.

46. Sonia Sotomayor Justice

ایمن را برای کشتی فراهم آورد و در نتیجه، مسئول نشت نفت و جبران خسارت است.^{۴۷}

۳. تعیین و معرفی بندر امن در اقسام قراردادهای چارتر حمل و نقل دریایی بین‌المللی

مستأجر به‌موجب قرارداد اجاره کشتی متعهد می‌شود تا پس از اعلام آمادگی کشتی، کالاها را ظرف مهلت معینی بارگیری یا تخلیه نماید. در این خصوص، لزوم ارسال کالا به بنادر مطمئن از جمله شروط بسیار مهمی به‌شمار می‌رود که به‌طور گسترده در قراردادهای اجاره زمانی و سفری مورد استفاده قرار می‌گیرد. این شرط در قراردادهای چارتر زمانی و سفری به صورت‌های متفاوت مطرح می‌شود و به تبع آن، وظایف و مسئولیت‌های چارتر در هر یک از این قراردادها به‌گونه‌ای از یکدیگر متمایز می‌گردند.

۱.۳. تعیین بندر امن در قراردادهای چارتر سفری و مسئولیت مستأجر پیرامون آن

یکی از نکات و مسائل مهم در چارترهای سفری، بندری است که کشتی باید جهت تخلیه یا بارگیری کالا به آن وارد شود. تعیین این بندر به دو روش صورت می‌پذیرد. در بعضی موارد، بندر مربوطه در همان زمان انعقاد قرارداد مشخص شده، نام آن در قرارداد درج می‌گردد. اما در بسیاری از موارد به‌موجب قرارداد، مستأجر اختیار دارد که بعداً بندری را تعیین کند و به فرمانده کشتی دستور ورود به آن را بدهد. اختیار مستأجر در این زمینه همیشه مطلق و بی‌قید و شرط نیست، بلکه این اختیار از دو منظر می‌تواند محدود شود: نخست در قرارداد برای سفری خاص، یک رشته از بنادر و یا یک محدوده جغرافیایی مشخص را برای ناوبری تعیین می‌کنند. در این صورت، مستأجر قادر است که یکی از آن رشته بنادر و یا یکی از بنادر واقع شده در آن محدوده جغرافیایی را انتخاب کند. دوم مستأجر به‌موجب قرارداد، به انتخاب و معرفی بندری متعهد می‌شود که برای کشتی، امن و بی‌خطر باشد. البته اگر در قرارداد چارتر، تنها اختیار تعیین یک بندر برای بارگیری و تخلیه به مستأجر داده شود و متن قرارداد در مورد امن بودن بندر ساکت باشد؛ در این صورت هم، مستأجر دارای یک تعهد ضمنی مبتنی بر امن بودن بندر خواهد بود. چنانچه مستأجر به تعهد خود عمل نکند و بندری را انتخاب نماید که ناامن باشد، در مقابل مالک

47. Available at: <https://www.oyez.org/cases/2019/18-565>. (See on: 17/Oct/2023)

کشتی مسئول بوده، مکلف به پرداخت خسارت است. حال این سؤال مطرح می‌شود که بندر باید در چه زمانی امن باشد؟ آیا زمانی که مستأجر بندری را مشخص می‌کند و به فرمانده کشتی دستور ورود به آن را می‌دهد یا زمانی که بندر مورد استفاده قرار می‌گیرد و کشتی وارد آن می‌شود؟ در این زمینه، دو نظر بیان شده است: بر اساس نظر اول در خصوص تعهد و تضمین مستأجر مبنی بر امن بودن بندر، منظور زمان صدور دستور است و بر مبنای این زمان باید قضاوت کرد که آیا تعهد، رعایت و اجرا شده است یا خیر. بنابراین، اگر بندر مربوطه به‌طور معقول در زمان صدور دستور، امن باشد، ولی بعداً در اثر بروز برخی حوادث غیرعادی و غیرمنتظره (پس از صدور دستور) ناامن گردد، مستأجر مرتکب نقض تعهد نشده است و مسئولیتی برای وی در پی نخواهد داشت. به‌موجب نظر دوم، این تعهد اشاره به امن بودن بندر در زمانی دارد که مورد استفاده قرار می‌گیرد؛ لذا این امکان وجود دارد که یک بندر به دلیل وجود یخبندان در هنگام تعیین و صدور دستور ورود به آن، ناامن باشد؛ اما در زمان استفاده، دیگر یخبندانی در کار نباشد.^{۴۸}

تعیین و تشخیص بندر امن در قراردادهای چارتر از جهت مسئولیت مستأجر در حمل و نقل بین‌المللی دریایی به‌واسطه قضایای متعددی که امکان دارد در این حوزه به‌وقوع بپیوندد، همواره از ظرافت‌ها و پیچیدگی‌های خاصی برخوردار بوده است. قاضی اسکراتون^{۴۹} پس از بیان نظر اول عنوان می‌کند: «این شرط که بندر باید در زمان صدور دستور، امن باشد؛ مستلزم این نیست که بندر حتماً می‌بایست در آن لحظه خاص، امن تلقی گردد. به‌ویژه اینکه اگر بندر در زمان ورود و در صورت عدم وجود وقایع غیرمنتظره امن باشد مستأجر به تعهد خود، عمل کرده است. پس اگر بندر در زمان صدور دستور، ناامن باشد، اما قبل از ورود کشتی به بندر، مانع برطرف گردد؛ در این صورت چنانچه حادثه‌ای غیرمنتظره مانع از این شود که بندر به حالت امن برگردد، مستأجر ناقض تعهد نبوده، مسئول قلمداد نخواهد شد». در حقیقت، این مطلب را می‌توان جمع بین دو نظر اخیر عنوان کرد و مطلبی است که قابل قبول به‌نظر می‌رسد؛ زیرا انتظار تعیین بندری از سوی مستأجر که صد در صد هنگام ورود کشتی به آن امن باشد، محال خواهد بود؛ به دلیل اینکه از یک

48. Plomaritou, Evi. "A Review of Shipowner's & Charterer's Obligations in Various Types of Charter". *Journal of Shipping & Ocean Engineering*, No. 4 (2014), p. 311-313.

49. Scrutton

طرف، چنین پیش‌بینی به‌طور قطع امکان‌پذیر نیست و از سوی دیگر در هنگام تعیین بندر و صدور دستور ورود به آن، ممکن است بندر به علل مختلف ناامن شود، ولی حادثه‌ای که آن را ناامن ساخته مسلماً حادثه‌ای موقتی و گذرا است و به‌طور معقول هم انتظار می‌رود تا آن مانع برطرف شده، بندر در زمان ورود کشتی امن باشد.^{۵۰}

اینکه آیا بندری امن هست یا خیر، باید بیشتر به اوضاع و احوال خاص موجود در هر مورد رجوع کرد. بر این اساس، عوامل متعددی همچون نوع کشتی، کاری که قرار است در آن بندر انجام شود و نیز شرایط بندر در زمان موردنظر را مورد ارزیابی قرار می‌دهند. در نتیجه، ممکن است بندری در شرایط گوناگون برای یک کشتی، امن و برای کشتی دیگر ناامن باشد. افزون بر این، اگر مستأجر در چارترهای سفری بندری را تعیین نماید که ناامن است و فرمانده کشتی هم نسبت به ورود یا باقی ماندن در آن، غفلت یا مسامحه کند؛ در این صورت، مستأجر مسئولیتی در قبال خسارات وارده به کشتی نخواهد داشت. نکته قابل تأمل دیگر آن است که پس از تعیین بندر تخلیه از سوی مستأجر، مالک کشتی باید کشتی را به بندر تعیین‌شده هدایت نماید. حال این پرسش مجدداً مطرح می‌شود که اگر بندر یادشده امن نباشد، آیا در این صورت مالک کشتی یا نماینده وی می‌تواند دستور مستأجر را اجرا نکند و یا اینکه ملزم به اجرای آن است؟ در خصوص این مورد هم دو نظر وجود دارد: بر مبنای نظر اول، پس از تعیین بندر امن و در صورت ناامن شدن آن، مالک کشتی یا نماینده او (فرمانده کشتی) می‌تواند از اجرای دستور امتناع ورزد؛ اما اگر به‌طور معقول، دستور را اجرا کند و خسارتی متوجه کشتی شود، مستأجر مسئول است. بر مبنای نظر دوم، پس از تعیین بندر تخلیه و قبول آن از طرف مالک کشتی یا نماینده وی، مالک کشتی حق ندارد به علت ناامنی بندر، از رفتن به آن امتناع نماید؛ بلکه موظف است وارد آن بندر شود و در این صورت، حق مطالبه خسارت وارده به کشتی را خواهد داشت. در این مورد، برای محدود و مقید کردن تعهد مطلق مالک کشتی مبنی بر ورود به بندر تعیین‌شده، اغلب در قراردادهای چارتر سفری پس از ذکر این موضوع که کشتی باید به بندر یادشده در قرارداد یا بندری که از سوی مستأجر تعیین می‌شود، وارد گردد، عبارت «یا تا آنجا که بتواند (ممکن است) با خیال راحت به آن نزدیک شود»^{۵۱} را می‌آورند تا به علت وجود موانعی نظیر یخبندان، اگر کشتی نتوانست وارد

50. Girvin, Stephen. "The Obligation of Seaworthiness: Shipowner and Charterer". *Pan-American Conference of Naval Engineering*, NUS Law Working Paper No. 2017/019 (2017), p. 20.

51. "Or So Near Therto as She Can (May) Safely Get...".

بندر تعیین شده گردد، مالک کشتی یا نماینده او بتواند آن را به نزدیک‌ترین بندر امن هدایت کند و تخلیه کالا را در آنجا به انجام رساند. البته در این زمینه باید بین موانعی که کشتی هنگام ورود با آنها مواجه می‌شود تفکیک قائل شد. در صورتی که مانع مربوطه یک عامل بازدارنده موقتی باشد، مالک یا فرمانده کشتی موظف است برای مدت معقولی صبر کند تا مانع (اعم از ناکافی بودن آب، بادهای شدید و جزر و مدهای نامساعد) برطرف شود و در صورت زایل شدن مانع وارد بندر گردد. در همین مورد، مالک کشتی ملزم نیست برای مدت غیرمعقولی انتظار بکشد و می‌تواند در صورت برطرف نشدن مانع و با گذشت یک مدت معقول به نزدیک‌ترین بندر وارد شود. ولی اگر مانع پیش‌آمده از جمله موانعی باشد که بندر موردنظر را به‌طور دائم یا برای مدت زمان غیرمتعارف، ناامن ساخته است، مالک کشتی به محض بروز چنین مانعی حق دارد کشتی را به طرف محلی که کمترین فاصله با بندر موردنظر داشته است، هدایت نماید.^{۵۲}

در مواردی که مانع به‌طور دائمی ایجاد شده، یا مدت زمان مدیدی وجود داشته باشد و از بین نرود، مالک کشتی یا نماینده او در صورتی قادرند از پهلو گرفتن و تخلیه کالا در بندر تعیین شده، استنکاف کنند و محموله را در نزدیک‌ترین بندر امن تخلیه نمایند که هیچ‌گونه علم و اطلاعاتی از وضعیت بندر یادشده نداشته باشند و موضوع هم در زمره حوادث قابل پیش‌بینی قرار نگیرد. برای مثال در قضیه *متکالف علیه کارخانه آهن بریتانیا*^{۵۳}، محموله‌ای از ریل‌های راه‌آهن انگلستان به تاگرانوگ^{۵۴} در دریای آزوف^{۵۵} یا تا آنجا که کشتی می‌توانست با خیال راحت به آن نزدیک شود، حمل گردید. در نیمه ماه دسامبر با ورود کشتی به کرچ^{۵۶} (در تنگه‌هایی که از دریای سیاه به دریای آزوف منتهی است)، مشخص شد که دریای آزوف با توده عظیمی از یخ مسدود شده است و احتمالاً تا بهار آینده نیز همین‌طور خواهد ماند. لذا مجبور شدند تا محموله را در کرچ تخلیه نمایند.^{۵۷} دادگاه بدوی چنین حکم داد که مالک کشتی استحقاق دریافت کرایه حمل بابت تخلیه کالا را در نزدیک‌ترین بندر امن (بندری در دهانه دریای آزوف) ندارد، زیرا یخبندان دریای

52. Baatz, Yvonne. *Maritime Law: Charterparties*. (London: Informa Law from Routledge, 4th Ed, 2017), p. 156-157.

53. *Metcalfe v. Britannia Ironworks Co* (1877), 2 QBD 423.

54. *Tagranog*

55. *Sea of Azov*

56. *Kerch*

57. Nikpour, Hassan; Mohammad Sadeghi; Alireza Rajabzadeh and Alireza Mazloom. "The Voyage Charter Party Considerations According to International Maritime Law". *International Journal of Maritime Policy*, No.4 (2021), p. 78.

آزوف در آن وقت سال، امری است که طرفین (مستأجر و مالک کشتی) می‌توانستند آن را پیش‌بینی کنند. بنابراین، قاضی پرونده، لرد کولریج^{۵۸}، با تأیید رأی دادگاه بدوی علیه مالک کشتی، عنوان کرد که لازم نیست بیش از این گفته شود انسداد موقتی بوده، این امر می‌توانست در هر قراردادی برای هر کشتی در سفر به دریای یخ‌زده رخ دهد و نمی‌توان از آن اجتناب نمود. پس با توجه به نظر ایشان در تمام این قبیل قراردادهای به جای استفاده از عبارات «در آن زمان» یا «سپس و آنجا»، بهتر آن است که از عبارت «تا جایی که کشتی بتواند با خیال راحت به آن نزدیک شود» استفاده نمود^{۵۹}.

با نگاهی اجمالی به فرم‌های استاندارد حمل و نقل دریایی درمی‌یابیم که شرط بندر امن به‌طور ضمنی در همه آنها به‌عنوان یکی از شروط قراردادی وجود داشته است. برای نمونه، در «بند یخ در قرارداد سفری بیمکو ۲۰۰۵»^{۶۰} چنین آمده است «در صورتی که یخ مانع از رسیدن کشتی به بندر بارگیری شود، این بند سه راهکار را برای اجاره‌دهندگان ارائه می‌دهد: اول، یک بندر امن و قابل دسترس جایگزین را معرفی کنند. دوم، موافقت نمایند که زمان استراحت را طوری در نظر بگیرید که گویا بندر قابل دسترس است. سوم، اعلام کنند که قصد لغو چارتر پارتی را دارند»^{۶۱}. در این صورت، گزینه انتخاب‌شده از سوی چارترکننده‌ها باید ظرف مدت ۴۸ ساعت به مالکان اعلام گردد، زیرا به اجاره‌کننده‌ها باید زمان داده شود تا ترتیبی دهند که محموله جانشین از بندر بارگیری جایگزین در دسترس آنها قرار گیرد^{۶۲}. البته در مواردی که بخشی از محموله بارگیری شده و فرمانده نگران یخ‌زدن کشتی است، فرمانده و یا مالکان به اجاره‌دهنده‌ها اطلاع می‌دهند که کشتی به نزدیک‌ترین مکان امن حرکت کند^{۶۳}.

58. Lord Coleridge

59. Schofield, John. *Laytime and Demurrage*. (London: Informa Law from Routledge, 8th Ed, 2021), p. 186.

60. BIMCO Ice Clause for Voyage Charter Parties. (2005).

61. Under the BIMCO Ice Clause for Voyage Charter Parties, in the Event that Ice Impedes the Vessel from Arriving at the Loading port, the Clause Now Contains Three Options for the Charterers: (1) Nominate an Alternative Safe and Accessible Port; (2) Agree to Reckon Laytime as if the Port were Accessible; or (3) declare that they cancel the charter party.

62. Available at: https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-clauses/current/ice_clause_general_for_voyage_charter_parties_2005. (See on: 19/Aug/2024)

63. Luczywek, Cezary. "Standard Forms of Shipping Documents. BIMCO Contribution to their Creation and Development". *Prawo Morskie*, (2020), p. 24-25.

یکی دیگر از موارد تعیین بندر امن در فرم استاندارد بیمکو، بند مربوط به موضوع بیماری‌های مسری^{۶۴} و شیوه تقسیم مسئولیت بین مالک کشتی و اجاره‌کننده در قراردادهای زمانی و سفری است. در واقع، این مهم با تأثیر همه‌گیری کووید-۱۹ بر حمل و نقل دریایی به اوج خود رسید و ناامنی بنادر را از ممنوعیت ورود کشتی‌ها به بنادر گرفته تا ورود خدمه آنها برای ماه‌ها با چالش‌های عدیده‌ای مواجه ساخت. بر همین اساس، بند فرعی «ب» فرم استاندارد بیمکو حکم می‌کند که یک کشتی مجبور نیست در جایی تردد کند یا در مکانی باقی بماند که به تشخیص منطقی مالک پس از تاریخ چارتر پارتی به منطقه آسیب‌دیده (ناامن) تبدیل می‌شود.^{۶۵} در ادامه، بند «د» مطابق با بند «ب» بیان می‌کند که قبل یا بعد از رسیدن به بندر تخلیه، اگر این بندر به‌عنوان منطقه آسیب‌دیده تلقی شود، مالک می‌تواند از اجاره‌کننده درخواست کند تا بندر امن دیگری را در محدوده قرارداد اجاره معرفی کند.^{۶۶} البته اگر چارترکننده پس از دریافت اخطار از طرف مالک کشتی نتواند در عرض ۴۸ ساعت یک بندر امن جایگزین را معرفی نماید، مالک می‌تواند تصمیم بگیرد که محموله و یا هر محموله باقی‌مانده در کشتی با رعایت شرایط و بندهای قرارداد حمل و نقل در بندر امن انتخابی او تخلیه شود.^{۶۷} بنابراین در صورت تخلیه محموله در هر بندری غیر از بندر بارگیری یا هر بندری خارج از منطقه یادشده در چارتر، صاحبان این حق را خواهند داشت که هزینه‌های بیش‌ازحد چنین تخلیه‌ای را از چارترکننده مطالبه کرده، کل مبلغ پرداختی را به‌مثابه اینکه محموله به بندر تخلیه حمل شده است، دریافت نمایند. براساس مقررات بیمکو، در صورت بروز بیماری‌های عفونی و عدم شناسایی یا تعیین بندر امن در قرارداد سفری، مسئولیت می‌تواند بین اجاره‌کنندگان و مالکان کشتی تقسیم گردد؛ لذا، مالک کشتی مجبور می‌شود به‌طور مؤثرتری دقت لازم را به‌کار بندد، به‌ویژه زمانی که در ابتدا

64. BIMCO's Infectious or Contagious Diseases Clause (IOCD).

65. Subclause (b) Dictates that a Vessel is 'Not Obligated to Proceed to or Continue to or Remain at any Place Which, in the Reasonable Judgement of the Master/Owners, Becomes an Affected Area After the Date Of the Charter Party'.

66. Subclause (d), in Accordance with Subclause (b), States that Prior to or After the Arrival at the Port of Discharge, Should this Port be Deemed as an Affected Area, the Owner may Elect to Request the Charterer to Nominate Another Safe Port Inside the Range of the Charter Party.

67. After the Receipt of Notice from the Owner, If The Charterer Fails to Make a Nomination of an Alternative Safe Port Within Forty-Eight Hours, The Owner May Elect to Discharge the Cargo or any Cargoremaining On-Board in Case of Uncomplete Discharging to a Safe Port of Their Election Abiding the Terms and Clauses of The Contract of Carriage.

مسئولیت هزینه‌های بیش‌ازحد را نیز برعهده دارد.^{۶۸} در نتیجه، با توجه به مطالب مطروحه، قضایای مختلف، ظرافت‌ها و پیچیدگی‌های به‌وجود آمده برای تعیین بندر امن در قراردادهای چارتر سفری، شیوه‌های مختلفی از انتساب مسئولیت به مستأجر یا مالک کشتی توجیه می‌گردد.

۲.۳. معرفی بندر امن به عنوان یکی از مسئولیت‌های اصلی چارتر در قراردادهای اجاره زمانی

پایبندی به تعهدات قراردادی همواره از مسائل مهم حقوقی در عرصه تجارت بین‌الملل به‌شمار می‌آید.^{۶۹} مناسبات قراردادی در حوزه حمل و نقل بین‌المللی دریایی، بیشتر به مسئولیت طرفین بر ادعاهای ناشی از تحویل محموله بین مالک کشتی و اجاره‌کننده اشاره دارد که به‌طور معمول در قراردادهای اجاره زمانی برای تنظیم تقسیم‌بندی چنین مسئولیت‌هایی گنجانده می‌شود.^{۷۰} تعهد اصلی مالک کشتی در قراردادهای اجاره زمانی آن است که کشتی معلوم و مشخص شده طبق قرارداد را در موعد و مکان مقرر به چارترر تحویل دهد. در مقابل، مستأجر نیز موظف است تا اجرت استفاده از این منفعت را پرداخته، کشتی را با همان اوصاف به مؤجر برگرداند. البته در چارترهای زمانی، مستأجر متعهد است که تنها به تجارت مجاز و مشروع بپردازد و کالاهای مجاز را بارگیری کرده، نسبت به عدم بارگیری کالاهای خطرناک هم اهتمام ورزد. همچنین، مستأجر متعهد می‌گردد که دستور ورود به بنادر امن و بی‌خطر را صادر کند. اگرچه طرفین قرارداد مختار هستند آن‌طور که صلاح می‌دانند قراردادهای اجاره زمانی کشتی را تنظیم نمایند، اما معمول آن است که یکی از فرم‌های مخصوص قرارداد اجاره برای زمان معین مورد تأیید شورای اسناد اتاق کشتی‌رانی انگلستان مانند فرم ترانزیتین^{۷۱} و یا فرم بالتایم^{۷۲} را انتخاب کرده، در صورت نیاز آن را تغییر دهند. برای نمونه، ماده ۲ فرم استاندارد بالتایم در این زمینه مقرر می‌دارد: «کشتی می‌بایست در تجارت قانونی و مشروع برای حمل کالاهایی با چنین

68. Boviatsis, M. "Legal Assessment of BIMCO's Infectious or Contagious Diseases (IOCD) Clauses for Voyage and Time Charter Parties". *Marine Policy*, No. 144 (2022), p. 6.

۶۹. علی خیری جبر و همکاران، «آثار فسخ قرارداد در فرض تخلف از انجام تعهدات قراردادی در حقوق ایران و عراق و کنوانسیون وین ۱۹۸۰»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۲۵ (۱۴۰۰)، ص ۷۵.

70. Kasi, Arun. *Time Charter: Apportionment of Cargo-Claims Liability*. (The Law of Carriage of Goods by Sea, Springer, 2021), p. 499.

71. Transitime

72. Balttime

اوصاف و تنها بین بنادر امن و یا آن دسته از مکان‌هایی که کشتی بتواند در همه حال با ایمنی کامل بر روی آب شناور باقی بماند، به کار گرفته شود و مورد استفاده قرار گیرد». در حقیقت، بدین‌گونه است که اجاره‌کننده در قرارداد اجاره زمانی می‌تواند با مالک کشتی وارد مذاکره شود^{۷۳}.

اختیارات و تعهدات مستأجر در فرم‌های چارتر زمانی تحت عنوان «شرط به کارگیری (استفاده از کشتی) و تضمین غرامت»^{۷۴} آمده است و یکی از مواردی که مشمول این بند دانسته شده، تعهد به تردد بین بنادر امن است.^{۷۵}

نکات و مطالبی که پیش‌تر در خصوص رفت و آمد بین بنادر امن در چارترهای سفری عنوان شد، در این جا نیز صادق است؛ ولی اینک لازم به نظر می‌رسد به ذکر دو نکته مهم پیرامون تعهد به تردد بین بنادر امن در چارترهای زمانی اشاره کنیم که قضایای متعددی را نظیر قضیه *اورگیون*^{۷۶} در حوزه حمل و نقل بین‌المللی دریایی با خود به همراه داشته است. اول اینکه، گاهی در چارترهای زمانی شرط می‌شود که کشتی باید بین بنادر امن در یک محدوده تجاری معین و مورد توافق طرفین عبور و مرور نماید. در واقع، یکی از موارد شرط به کارگیری کشتی و تضمین غرامت آن است که مستأجر از کشتی، تنها در محدوده‌های مورد توافق استفاده کند. حال این سؤال مطرح می‌شود که اگر مستأجر دستور ورود به منطقه‌ای را در خارج از محدوده مورد توافق صادر کرده باشد، آیا فرمانده کشتی ملزم به اجرای چنین دستوراتی خواهد بود یا خیر؟ برخی در پاسخ به این سؤال، بین چارترهای سفری و زمانی قائل به تفکیک شده و گفته‌اند: در چارتر سفری، فرمانده کشتی ملزم به تبعیت از چنین دستوری نیست و اگر تبعیت کند، مستأجر مسئول پرداخت خسارت نخواهد بود؛ ولی در چارتر زمانی، این الزام وجود دارد و مستأجر مسئول پرداخت خسارت وارده می‌شود. بر همین اساس، عدم انتخاب مسیر رفت و آمد مناسب برای کشتی *اورگیون* منجر شد تا با حکم دادگاه مصر، کشتی یادشده توقیف شود و چارترر مسئول پرداخت خسارت گردید.^{۷۷} با دقت در علل و جهات شرط یادشده درمی‌یابیم که با توجه به حدود اختیارات

73. Yang, Yong-Cing. "The Important Reform of Significant Clauses within the Essential Standard Forms of the Time Charterparty". *Ph. D diss.* Durham University, (2015), p. 73.

74. Employment and Indemnity Clause

75. Tollosa, Hiwot Tsegaw. "The Extent of Ship Owners' Indemnity Claims for Complying with Charterers' Employment Orders: The English and Norwegian Perspectives". *Master's thesis.* University of Oslo, (2020), p. 103.

76. Ever Given

77. Cha, Jaung; Jinwoo Lee; Changhee Lee and Yulseong Kim. "Legal Disputes under Time Charter in Connection with the Stranding of the MV Ever Given". *Sustainability*, No. 19 (2021), p. 19.

مستأجر در قرارداد، فرمانده کشتی تحت اختیار او قرار دارد و باید دستورات وی را اجرا کند. همچنین، محدوده‌های تجاری که مستأجر می‌تواند دستور ورود به بنادر واقع در آنها را بدهد، به‌طور دقیق مشخص شده و خارج از این محدوده اختیارات، مستأجر نمی‌تواند دستوراتی را صادر نماید و اگر هم صادر کرد، فرمانده کشتی هیچ الزامی ندارد آنها را اجرا کند.

دوم اینکه، مستأجر در چارترهای زمانی دارای یک تعهد ثانوی و جدید پیرامون شناسایی و معرفی بندر امن است؛ با این توضیح که اگر مستأجر به تعهد اولیه خود عمل کرد و به کشتی دستور ورود به یک بندر امن را داد، اما آن بندر پس از صدور دستور و حرکت کشتی به آن سمت نامن شد؛ در این حالت، مستأجر تحت تعهد جدیدی مبنی بر لغو دستور اصلی و صدور دستور جدید برای اعزام کشتی به بندری که در آن زمان امن باشد، قرار می‌گیرد. همچنین، اگر وضعیت و شرایط ناامنی در زمانی که کشتی داخل بندر است ایجاد گردد، اما کشتی هنوز می‌تواند با ترک بندر از خطر اجتناب کند؛ در این صورت، مستأجر تحت تعهد جدیدی مبنی بر صدور یک دستور برای ترک بندر و صدور دستور جدیدی برای اعزام کشتی به بندری که در آن زمان امن است، قرار می‌گیرد. ولی اگر در عمل، امکان تغییر بندر دیگری وجود نداشته باشد و حادثه‌ای غیرمترقبه و غیرقابل اجتناب صورت بپذیرد؛ در این حالت، حتی اگر به کشتی یادشده (در اثر آن خطر) خساراتی در همان بندر اولیه وارد شود، مستأجر مسئولیتی نخواهد داشت. لذا به این علت است که در قراردادهای اجاره زمانی کشورهای مختلف، شروطی در قالب شناسایی و تعیین بندر امن از سوی چارترر گنجانده می‌شود تا هرچه بیشتر از منازعات پیش‌آمده در عرصه حمل و نقل بین‌المللی دریایی کاسته شود.^{۷۸}

در پرونده کودرس شیپینگ علیه امپرساکابانا^{۷۹}، یک کشتی طبق قرارداد چارتر زمانی به این شرط اجاره شده بود تا فقط بنادر امن را مورد استفاده قرار دهد. در واقع، کشتی یادشده بر اساس فرم استاندارد بالتایم اجاره گردید و از جانب اجاره‌دهندگان دستور داده شد تا محموله سیمان را در کوبا برای حمل به بصره بارگیری کند. کشتی طبق دستور مستأجران به سمت بندر مربوطه

78. Babazadeh, Araz. "Safe Port Clauses: A Comparison of English Law and Azerbaijani Law". *Baku St. UL Rev*, No. 2 (2018), p. 174-175.

79. "Kodros Shipping Corporation of Monrovia v. Empresa Cubana De Fletes (The Evia (No 2)): CA 1982".

حرکت نمود و در تاریخ ۲۰ اوت ۱۹۷۹ به بندر بصره رسید و تخلیهٔ محمولهٔ آن تا تاریخ ۲۲ سپتامبر به طول انجامید. اما کشتی پس از تخلیهٔ کالا به دلیل وقوع جنگ میان ایران و عراق، قادر به ترک بندر نشد. بر همین اساس، مالکان از مستأجران به دلیل تأخیر ۶ ماهه برای خروج کشتی از بندر بصره، تقاضای پرداخت خسارت کردند. مجلس اعیان انگلستان در خصوص این قضیه چنین نظر داد: «در زمانی که بندر بصره را تعیین نمودند، پیش‌بینی می‌کردند که بندر یادشده امن باشد؛ اما بعد از ورود کشتی و بروز حوادث غیرمترقبه و غیرمنتظره، بندر ناامن شد. پس، از آنجا که صدور دستور جدید مبنی بر تعیین بندر امن دیگر بی‌اثر به نظر می‌رسید و ظاهراً مستأجران هم تعهد ثانویه‌ای برای معرفی بندر امن دیگری نداشتند، در نتیجه آنها مسئول پرداخت خسارت قلمداد نشدند».^{۸۰}

در قراردادهای چارتر زمانی اگر در یک بندر، تأخیر در ترک آن به حدی باشد که کل سفر دریایی را منتفی سازد، می‌توان عنوان کرد که بندر ناامن است. برای مثال در پروندهٔ *اونیترا/مپ علیه گارناک گرین*^{۸۱}، یک کشتی در بندر بالتیمور^{۸۲} اجاره شد تا محموله‌اش را در بندر دسترهان^{۸۳} واقع در رودخانه می‌سی‌سی‌پی به مقصد اروپا بارگیری نماید. این کشتی بارگیری خود را در دسترهان به پایان رساند، اما به دلیل کاهش آب‌خور آن در رودخانه، نتوانست بندر را به قصد دریای آزاد ترک کند. در واقع، این امر معلول افزایش مداوم رسوبات ناشی از جریانات مخالف رودخانه بود. مالکان کشتی به دلیل تأخیر ۳۷ روزه، بندر دسترهان را بندری ناامن دانسته، علیه مستأجر به علت تأخیر بیش‌ازحد و غیرمعمول کشتی اقامهٔ دعوا کردند. سرانجام دو داور منصوب، جان سلوین^{۸۴} و الکساندر کازانتزیس^{۸۵}، به نفع اجاره‌کننده‌ها رأی دادند و معتقد بودند با توجه به اینکه تأخیر حادث‌شده کل سفر دریایی را منتفی نکرده، نمی‌توان اظهار داشت که بندر ناامن است؛ اما باید اذعان داشت که هنوز این موضوع برای قراردادهای اجارهٔ سفری معین مرتفع نشده است.^{۸۶} بنابراین، با توجه به مطالب عنوان‌شده، باید گفت که اصولاً بنادر در موقع انعقاد

80. Rogers, Anthony, Jason Chuah, and Martin Dockray. *Cases and Materials on the Carriage of Goods by Sea*. (London: Routledge, 5th Ed, 2019), pp. 146-147.

81. "Unitramp v. Garnac Grain Co. Inc., The Hermine, [1979] 1 Lloyd's Rep 212".

82. Baltimore

83. Destrehan

84. John Selwyn

85. Alexander Kazantzis

86. Todd, Paul, *op.cit.*, p. 227.

قراردادهای چارتر زمانی مشخص نمی‌شوند. بر همین اساس، در هنگام اجرای قرارداد است که برای هر سفر معین، بنادری را جهت بارگیری یا تخلیه کالا تعیین می‌کنند. ناگفته نماند که قوانین مرتبط با حمل و نقل دریایی بین‌المللی دریایی در حقوق داخلی برخی از کشورها، به‌طور معمول با پیچیدگی‌های خاصی همراه است؛ زیرا آثار حقوقی تعیین و معرفی بندر امن در سیستم‌های حقوقی کشورهای مختلف با توجه به رویه‌های قضایی محاکم داخلی آنها، همیشه زمینه را برای بروز اختلافات گوناگون به‌وجود می‌آورد.

۴. رویه قضایی کشورهای ایران و انگلستان در تعیین و معرفی بندر امن

رویه‌های قضایی در خصوص اختلافات دریایی، فی‌نفسه نشان‌دهنده پذیرش و شناسایی اهمیت قراردادهای حمل و نقل دریایی هستند. تشخیص رابطه و الزامات قراردادی در بیشتر آرای صادره از محاکم، ما را هرچه بیشتر با رویه قضایی سایر کشورها در برخورد با چنین اختلافاتی آگاه می‌سازد.

۱.۴. بندر امن و رویه قضایی کشور انگلستان

بندر امن در سیستم حقوقی کشور انگلستان، بندری است که یک کشتی با ویژگی‌های مخصوص به خود بتواند در آن پهلو بگیرد و عملیات تخلیه و بارگیری را به‌طور ایمن به‌پایان برساند. در واقع، رویه قضایی محاکم کشور یادشده پیرامون اختلافات حمل و نقل بین‌المللی دریایی، بیشتر ناظر به عواملی مانند «خصوصیات کشتی»، «امن بودن بندر در زمان ورود و خروج به آن» و نیز «خطرهایی است که حتی با وجود دریاوردی صحیح و دریاوردان خوب نتوان از آنها اجتناب نمود». در حقوق انگلستان، تعهد به معرفی بندر امن در دسته شروط بینابین قرار می‌گیرد؛ به این معنا که اگر نقض تعهد یادشده بتواند کارایی تجاری قرارداد را از بین ببرد، مؤجر حق فسخ خواهد داشت. اما اگر نقض آن چنین اثری نداشته باشد، مؤجر از حق مطالبه خسارت (آن هم پس از اثبات ورود ضرر به خود) بهره‌مند می‌گردد. در حقیقت، آنچه در این میان اهمیت دارد احراز رابطه علیت میان عدم معرفی بندر امن و ورود خسارت است؛ یعنی اگر خطرهای موجود در بندر از جمله خطرهای عادی و طبیعی باشند که با ناوبری مناسب قابل اجتناب هستند، دیگر نمی‌توان حوادث ایجادشده را به معرفی بندر نامن منتسب کرد. در نتیجه،

دادگاه‌های کشور انگلستان به هنگام بروز حادثه دقت می‌کنند که خسارت وارده به کشتی در اثر ناامنی بندر ایجاد شده است یا به سبب عدم قابلیت دریانوردی کشتی؛ زیرا اگر خسارت وارده به لحاظ ناامنی بندر باشد، مستأجر مسئول پرداخت خسارت به مالک کشتی است، ولی در صورتی که خسارت وارده به کشتی ناشی از عدم قابلیت دریانوردی باشد، مالک کشتی مسئول خسارت وارده به مستأجر خواهد بود.^{۸۷}

در حقوق انگلستان، غفلت در زمره درجات خطای کیفری به‌شمار می‌رود. اما باید توجه داشت که غفلت به دلیل ماهیت خاصش می‌تواند با بی‌مبالاتی تفاوت‌های عدیده‌ای داشته باشد.^{۸۸} لذا در سیستم حقوقی کشور یادشده، قضایای پیش‌آمده در عرصه مبادلات دریایی را بیشتر با ضابطه «سبب مؤثر»^{۸۹} حل و فصل می‌نمایند و «مسئولیت تضامنی یا نسبی»^{۹۰} طرفین را در این خصوص، فاقد مبنای حقوقی در نظر می‌گیرند؛ زیرا در انگلستان پیرامون قضایای دریایی و بر مبنای دکترین «غفلت و مسامحه مشترک»^{۹۱}، ابتدا میزان مسئولیت هریک از طرفین را مشخص می‌سازند و سپس ماهیت دعوا را مورد رسیدگی قرار می‌دهند. بنابراین، ضابطه و معیار تشخیص آن است که اگر دستور مستأجر مبنی بر اعزام کشتی به بندر امن با توجه به اوضاع و احوال و بررسی شرایط موجود، سبب مؤثر ورود خسارت باشد، در این صورت مسئولیت وی به‌واسطه غفلت و مسامحه فرمانده و کارکنان کشتی، منتفی تلقی نخواهد شد. ولی اگر غفلت و مسامحه آنها زنجیره سبب را بگسلد، در اینجا مستأجر به هیچ وجه مسئول قلمداد نمی‌شود. اما به‌طور معمول دادگاه‌های انگلستان در روبه‌رو شدن با اتهام سهل‌انگاری پیرامون اختلافات دریایی، نگاهی مسامحت‌آمیز به موقعیت فرماندهان کشتی دارند؛ زیرا در اکثر موارد، آنها هستند که تحت فشارهای زیادی از سوی چارترکننده‌ها و مالکان کشتی‌ها قرار می‌گیرند.^{۹۲}

در رویه قضایی محاکم انگلستان، موانع موقت از موانع دائم در حمل و نقل دریایی تفکیک

۸۷. مسعود زمانی و طلوع ابطی، تحلیل تطبیقی شروط ضمنی در اجاره کشتی، (تهران: مجد، چ ۱، ۱۳۹۷)، ص ۱۰۲.
 ۸۸. فاطمه احدی و سید رضا احسان‌پور، «امکان‌سنجی تطبیق مفهوم خطای کیفری در فقه و حقوق موضوعه ایران با ابعاد غفلت در انگلستان»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۲۸ (۱۴۰۱)، ص ۶۸.

89. Effective Cause

90. Joint or Relative Liability

91. Contributory Negligence

92. Thomas, D. Rhidian. "The Safe Port Promise of Charterers from the Perspective of the English Common Law". *Singapore Academy of Law Journal*, No. 18, Special issue (2006), p. 618-619.

شده است. بر این اساس، هرگاه حادثه‌ای که مانع ورود کشتی به بندر گردیده است، موقتی و قابل رفع باشد، چارترر نمی‌تواند به شرط نزدیک‌ترین بندر امن استناد نماید و باید برای یک دوره زمانی متعارف، منتظر رفع مانع بماند. اما اگر مانع یادشده در معنای عرفی خود دائمی باشد، در این صورت، فرمانده کشتی مخیر است تا به شرط نزدیک‌ترین بندر امن استناد کند و لازم نیست قابل پیش‌بینی بودن یا عدم آن را در زمان انعقاد قرارداد اثبات نماید. این موضوع، همانند حالتی است که فرمانده کشتی در اثر آتش‌سوزی یک شناور در بندر مجبور شود تا زمان برطرف شدن مانع منتظر بماند. اما چنانچه شناور به دلیل عدم برخورداری از عمق مناسب نتواند وارد بندر شود، معقول نیست فرمانده کشتی تا انجام لایروبی بندر منتظر باشد. در هر صورت، هرگاه معلوم شود که حادثه‌ای که مانع را ایجاد کرده، موقتی بوده و به رغم آن، فرمانده به شرط نزدیک‌ترین بندر قرارداد استناد نموده و بندر را ترک کرده است؛ در اینجا فرمانده کشتی در اجرای شرط قراردادی، دچار تقصیر شده و موظف است تا هزینه تخلیه و سبک‌سازی کالا را در نزدیک‌ترین بندر بپردازد و در این مورد، مستحق دریافت دموراژ نیز نخواهد بود. همچنین، در دادگاه‌های کشور انگلستان، برخلاف چارترهای زمانی، حکم و رویه خاصی در مورد تعهد ثانویه مستأجر پیرامون چارترهای سفری مبنی بر تعیین بندر امن جدید در صورت ناامن بودن بندر تعیین‌شده اولیه وجود ندارد؛ ولی در چارترهای سفری، اجاره‌کننده اکیداً مسئول خواهد بود، مگر آنکه طرفین قرارداد به نحو دیگری با هم توافق کرده باشند.⁹³

۲.۴. بندر امن و رویه قضایی کشور ایران

در چند دهه اخیر، تعیین بندر امن در قراردادهای حمل و نقل دریایی پیرامون کشتی‌هایی که در خلیج فارس رفت و آمد می‌کنند به یک امر مرسوم بدل گشته است، به طوری که کشور ایران نیز به واسطه قرار گرفتن در این منطقه سوق‌الجیشی از این قاعده مستثنی نبوده، چه بسا آرا و رویه‌های قضایی متعددی هم از سوی محاکم مختلف صادر شده است. البته باید اذعان داشت که ریسک‌های قراردادی خارج از شمول شرط بندر امن نظیر ریسک‌های اداری، فیزیکی، سیاسی و یا برخی از حوادث مربوط به قوه قهریه در صورتی که موقتی و یا حتی مقطعی باشند، به‌عنوان

93. Dogan, Burak and Hasan Tahsin Azazagatglu. "The Definition and Scope of the Safe Port Obligation under Charterparty Agreements in the Light of English Common Law". *Law & Justice Review*, No. 24 (2022), pp. 14-15.

مصدافی برای ناامنی بنادر از جمله بنادر ایران به‌شمار نمی‌روند.^{۹۴} بر همین اساس، دادگاه استیناف در قضیه شرکت مالی ترانس آتلانتیک علیه ایالات متحده آمریکا^{۹۵}، افترای ارائه‌شده از سوی این شرکت علیه آمریکا را که به‌موجب قرارداد اجاره سفری برای حمل محموله کامل گندم از یک بندر در خلیج ایالات متحده به بندری امن در ایران پوشش می‌داد، به دلیل هزینه‌های مرتبط با انحراف کشتی از مسیر عادی دریایی ناشی از بسته شدن کانال سوئز و نیز درخواست کارشناسی از سوی مقامات ایران جهت تأیید ناامن بودن بندر مقصد برای تخلیه کالا رد کرد.^{۹۶} حال این سؤال مطرح می‌شود که در صورت رجوع به قوانین ایران از چه معیارهایی می‌توان برای تشخیص امن یا ناامن بودن بندر استفاده نمود؟

از یک سو، در قانون دریایی ایران در خصوص تعیین و معرفی بندر امن صراحتی پیرامون تعهد مستأجر به معرفی و استفاده از بندر امن دیده نمی‌شود؛ اما با رجوع به بند یک ماده ۱۴۳ قانون یادشده درمی‌یابیم که مستأجر موظف شده است تا کشتی را مطابق با قرارداد اجاره بارگیری نماید. از آنجا که به‌کارگیری بندر امن از سوی مستأجر به‌طور معمول از تعهدات صریح قراردادی وی به‌شمار می‌رود، لذا مستأجر باید بندری امن را برای استفاده از کشتی به‌کار گیرد، والا مسئول پرداخت خسارت وارده به کشتی به سبب ناامنی بندر می‌شود. از سوی دیگر، در همین قانون تعریف صریحی از بندر امن و بی‌خطر دیده نمی‌شود و تنها ناگزیریم به حکم قانونی منع مستأجر از اعزام کشتی به چنین بنادری بسنده نماییم. همچنین، در صورت بروز خسارت وارده به کشتی باید بسیار دقت داشت که آیا خسارات یادشده به علت عدم قابلیت دریانوردی کشتی بوده است یا به سبب ناامنی بندر. در حقوق ایران، اگر خسارت به لحاظ ناامنی بندر ایجاد گردد، مستأجر مسئول خسارت وارده به مؤجر خواهد بود؛ ولی اگر خسارت یادشده به سبب عدم قابلیت دریانوردی کشتی به‌وجود آید در این صورت، نه‌تنها مستأجر مسئول شناخته نمی‌شود،

۹۴. سید محمدحسن رضوی و مجتبی عینی، «تحلیل حقوقی شرط بندر امن در قراردادهای چارترپارتی نفتکش‌ها و چالش‌های آن در شرایط تحریم اقتصادی»، مطالعات حقوق انرژی، ش ۱ (۱۴۰۲)، ص ۱۰۷.

95. *Transatlantic Financing Corporation v. United States of America*. (1966).

96. *Transatlantic Financing Corporation, Appellant, v. United States of America, Appellee*, 363 F.2d 312 (D.C. Cir. 1966).

Available at: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/363/312/264117>. (See on: 23/Aug/2024)

بلکه ممکن است مؤجر مسئول پرداخت به مستأجر قلمداد گردد.^{۹۷}

در قراردادهای نمونه ایران ملاحظه می‌کنیم که با وجود تصریح به تعهد مستأجر مبنی بر معرفی بندر امن، معیاری برای تشخیص آن ارائه نشده است. بی‌شک، با تفسیر برخی از مواد قانون دریایی ایران می‌توانیم معیارهایی را جهت تشخیص امن یا ناامن بودن بندر مورد شناسایی قرار دهیم. به‌طور مثال، ماده ۱۳۱ همین قانون پیرامون حقوق مسافران و عدم حرکت کشتی بیان می‌دارد: «هرگاه کشتی نتواند به علت ممنوع بودن تجارت با بندر مقصد و یا محاصره اقتصادی بندر مقصد حرکت کند؛ قرارداد مسافرت کان لم یکن تلقی می‌گردد و هیچ‌یک از طرفین حق مطالبه خسارت از طرف دیگر را نخواهد داشت». در اینجا ممنوعیت تجارت و محاصره اقتصادی بندر مقصد در زمره ناامن بودن بندر به‌شمار می‌رود. لذا این مهم می‌تواند به‌عنوان شروط تحریم در قراردادهای اجاره زمانی و سفری گنجانده شود تا چارترها ملزم شوند آن را در برنامه‌های صادره بگنجانند؛ در این صورت مالک کشتی قادر خواهد بود که به شرط یادشده در قرارداد حمل و نقل دریایی استناد کرده، خود را از هرگونه ادعایی نسبت به اشخاص ثالث مصون سازد.^{۹۸}

البته ماده ۱۵۵ قانون دریایی ایران عنوان می‌کند «هرگاه به علت محاصره بندر یا هر قوه قهریه دیگر، ورود به بندر مقصد ممکن نباشد؛ فرمانده کشتی مکلف است در صورت عدم دریافت دستور یا دریافت دستور غیر قابل اجرا، با توجه به حفظ منافع فرستنده کالا را در نزدیک‌ترین بندر تخلیه نماید و یا به بندر مبدأ عودت دهد». در واقع، این ماده بدون آنکه تعریفی جامع و دقیق از بندر امن ارائه دهد، به بعضی از مصادیق ناامنی تحت عنوان مصادره بندر یا قوه قهریه اشاره داشته است.^{۹۹} در ضمن، ماده فوق صرفاً تعهد و وظیفه فرمانده کشتی را بیان نموده و به آثار عدم دریافت دستور و یا دریافت دستور غیرقابل اجرا از جانب مستأجر اشاره نکرده است. بر اساس رویه قضایی محاکم ایران در برخورد با چنین مواردی (مانند مصادره بندر یا قوه قهریه)، اگر کشتی با تأخیر مواجه گردد، مستأجر در قراردادهای اجاره زمانی مسئول پرداخت اجاره‌بهای

۹۷. مسعود زمانی و طلوع ابطحی، پیشین، ص ۸۷.

۹۸. مجتبی عینی و سید محمدحسن رضوی، «تحلیل حقوقی شروط تحریم در قراردادهای چارترپارتی نفت‌کش‌ها؛ با تأکید بر آخرین تحولات شروط استاندارد»، مطالعات حقوقی، ش ۴ (۱۴۰۲)، ص ۸۵.

۹۹. علی زارع و مهدیه پازوکی، مباحثی از حقوق حمل و نقل دریایی، (تهران: گالوس، چ ۲، ۱۴۰۲)، صص ۹۲-۹۴.

مدت اضافه بر حسب نرخ تعیین شده در قرارداد و نیز سایر هزینه‌های به عمل آمده همچون حق بیمه اضافی خواهد بود؛ ولی چارتر در موارد مشابه پیرامون قراردادهای اجاره سفری، مسئول پرداخت خسارت ناشی از تأخیر و هزینه عودت کالا و تخلیه آن خواهد شد. در حقیقت، مسئولیت‌های فوق در صورتی مطرح می‌شوند که کشتی به بندر وارد نشده باشد. اما اگر مستأجر یک بندر ناامن را در قرارداد تعیین کرده و یا به موجب قرارداد دستور اعزام کشتی به بندر ناامن را بدهد و کشتی نیز وارد آن بندر شده، دچار آسیب و خسارت گردد، در این حالت، مستأجر علاوه بر مسئولیت در قبال تأخیر، مسئول آسیب‌های فیزیکی وارده به کشتی و سایر خسارات دیگر هم می‌شود. البته در این مورد نیز همانند رویه قضایی محاکم انگلستان، باید ثابت شود که خسارات وارده ناشی از معرفی بندر ناامن بوده و مالک کشتی نیز از نامنی بندر اطلاع داشته و در امور مربوط به دریانوردی نیز مرتکب هیچ‌گونه قصوری نشده است.^{۱۰۰}

نتیجه

در این پژوهش ملاحظه شد که یکی از تعهدات اساسی مستأجر، معرفی و استفاده از بندر امن است که نقش بسیار مهمی را در حفظ سلامت و ایمنی کشتی و نیز کالاها ایفا می‌کند. بندر امن این امکان را به وجود می‌آورد تا از وقوع بسیاری از مشکلات در عرصه مبادلات دریایی بین‌المللی نظیر به‌گل نشستن و خسارات وارده به کشتی و کالاها جلوگیری به عمل آید. در واقع، بندری امن است که کشتی ضمن شناور بودن، قادر به لنگر انداختن و تخلیه کالا باشد، به شرط آنکه کشتی موردنظر در زمان‌های مربوطه بتواند به آن وارد و یا پس از تخلیه کالا از آن خارج شود. لزوم ارسال کالاها به بنادر امن، از جمله شروط بسیار مهمی هستند که به‌طور گسترده در قراردادهای چارتر سفری و زمانی مورد استفاده قرار می‌گیرند. بر این اساس، مستأجر موظف است تا کشتی را در بندری به پهلو برساند که از هر جهت برای بارگیری یا تخلیه کالا ایمن باشد. البته شرط تعیین و معرفی بندر امن در قراردادهای اجاره زمانی و سفری از دو منظر قابل تفکیک است: نخست آنکه در قراردادهای چارتر سفری به هنگام انعقاد قرارداد، بنادر امن برای بارگیری و تخلیه کالا مشخص می‌شدند، زیرا ایمن بودن آنها وصف اساسی تلقی می‌شد. در واقع، حتی اگر فرمانده کشتی، مجاز به تخلیه محموله در چند بندر مشخص یا بندری که در یک خط ساحلی

۱۰۰. ابراهیم تقی‌زاده، حقوق حمل و نقل دریایی، (تهران: مجد، ج ۵، ۱۴۰۱)، ص ۱۶۹.

قرار داشتند، می‌بود، باز هم این انتخاب به انجای مختلف محدود می‌شد و فرمانده کشتی آزادی عمل مطلق نمی‌داشت. اما اصولاً بنادر امن در قراردادهای اجاره زمانی، از قبل تعیین نمی‌شدند و در زمان اجرای قرارداد برای هر سفر دریایی، بندر بارگیری یا تخلیه را معرفی می‌کردند.

آثار مترتب بر شرط تعیین و معرفی بندر امن در قراردادهای اجاره زمانی و سفری، کاملاً از یکدیگر متمایز هستند. هرگاه در چارتر سفری، بنداری که برای تخلیه یا بارگیری کالا تعیین شده‌اند ایمن نباشند، فرمانده کشتی می‌تواند محموله را در نزدیک‌ترین بندر امن تخلیه نماید. اما در چارتر زمانی، فرمانده از چنین اختیاری برخوردار نیست و صرفاً می‌تواند از انجام سفر یا ورود به بندر خودداری کند. در تعیین بندر امن، ناگزیریم به شاخصه‌های فیزیکی، سیاسی و بهداشتی بندر تعیین یا معرفی شده توجه داشته باشیم. بر طبق آن، بندر از لحاظ فنی و شرایط آب و هوایی باید به گونه‌ای باشد که کشتی بتواند در حالت شناور و بدون خطر در آن، پهلو بگیرد و فرمانده هم نگران بازداشت و مصادره کشتی خود در اثر شورش، انقلاب یا اعتصاب نباشد و یا با خطر بیماری‌های واگیردار مواجه نگردد. چنانچه فرمانده کشتی به دلیل ناامن بودن بندر از سفر یا ورود به آن خودداری نماید، مستأجر نمی‌تواند به استناد نقض تعهدات قراردادی به مالک کشتی مراجعه کند یا در صدد فسخ قرارداد برآید. بلکه برعکس، این خود مستأجر است که به دلیل بروز چنین حوادثی مسئول جبران خسارت وارده به کشتی قلمداد می‌شود. به بیان دیگر، تنها آن دسته از خطرهای دریایی (که ناشی از وقایع معمول نیستند) که حتی با دریانوردی صحیح و دریانوردان زبده هم امکان مقابله با آنها وجود ندارد، زمینه را برای بار کردن مسئولیت بر مستأجر فراهم می‌آورند.

رویه‌های قضایی در حقوق انگلستان به‌عنوان مهم‌ترین منابع حقوقی به‌شمار می‌روند که توانسته‌اند بسیاری از خلأهای موجود را در مقررات قانونی برطرف سازند. به این ترتیب، امروزه کشور یادشده از مقرراتی نسبتاً کامل و متناسب با مقتضیات اقتصادی خود به‌ویژه در صنعت حمل و نقل دریایی بهره می‌برد. در حقیقت، مقررات این کشور به علت اقتباس از تغییرات و اصلاحات مقررات لاهه، توانسته است با مقتضیات فنی روز انطباق بیشتری پیدا کند؛ به طوری که دادگاه‌های آن به جزئی‌ترین موارد (از جمله تعیین و معرفی بندر امن) در حل و فصل اختلافات دریایی اهمیت خاصی می‌دهند. در سیستم حقوقی کشور انگلستان، تعهد به معرفی بندر امن در

دسته شروط بینابینی قرار می‌گیرد؛ به این معنا که اگر نقض این تعهد بتواند کارایی تجاری قرارداد را به‌طور کامل از بین ببرد، مؤجر حق فسخ خواهد داشت. اما اگر نقض آن چنین اثری نداشته باشد، مؤجر تنها حق مطالبه خسارت را آن هم پس از اثبات ورود ضرر پیدا می‌کند. البته چگونگی احراز رابطه علیت میان عدم معرفی بندر امن و ورود خسارت با ظرافت‌های خاصی همراه است؛ یعنی اگر خطرهای موجود در بندر جزء خطرهای عادی و طبیعی هستند که با ناوبری مناسب قابل اجتناب‌اند، در این صورت نمی‌توان حوادث ایجادشده را به معرفی بندر ناامن منتسب کرد؛ برعکس، ملاحظه می‌گردد که قانونگذار ایران تا زمان حاضر به متن اولیه کنوانسیون لاهه وفادار مانده و با عدم پذیرش مقررات ویزی عملاً خود را با مقتضیات و تحولات اقتصادی، تجاری، فنی و حقوقی صنعت کشتی‌رانی منطبق نکرده است. در حقوق ایران از آنجا که مواد مربوط به اجاره کشتی از مواد منسوخ‌شده قانون تجارت فرانسه اخذ شده است؛ لذا در خصوص تعیین و معرفی بندر امن در اقسام قراردادهای چارتر، حکم خاصی به‌چشم نمی‌خورد. البته ماده ۱۵۵ قانون دریایی ایران بدون آنکه تعریفی جامع و دقیق از بندر امن ارائه دهد، فقط به ذکر برخی مصادیق نامنی تحت عنوان مصادره بندر یا قوه قهریه اشاره نموده است. از آنجا که این ماده در فصل ۹ قانون دریایی با عنوان قرارداد اجاره کشتی آورده شده است، لذا پیشنهاد می‌گردد که از اصطلاح مستأجر به جای فرستنده در این ماده استفاده شود.

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

– کتابها

۱. آبادی خواه، مصطفی (۱۳۹۸). *ارتباط حقوق بین الملل دریاها و حقوق بین الملل دریایی*. تهران: خرسندی.
۲. پورنوری، منصور (۱۳۹۷). *حقوق دریایی*. تهران: پیام عدالت.
۳. تقی زاده، ابراهیم (۱۴۰۱). *حقوق حمل و نقل دریایی*. تهران: مجد.
۴. زارع، علی و پازوکی، مهدیه (۱۴۰۲). *مباحثی از حقوق حمل و نقل دریایی*. تهران: گالوس.
۵. زمانی، مسعود و ابطحی، طلوع (۱۳۹۷). *تحلیل تطبیقی شروط ضمنی در اجاره کشتی*. تهران: مجد.

– مقالات

۶. احدی، فاطمه و احسان پور، سیدرضا (۱۴۰۱). امکان سنجی تطبیق مفهوم خطای کیفری در فقه و حقوق موضوعه ایران با ابعاد غفلت در انگلستان. *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۱۳(۲۸)، ۵۳-۸۲. Doi: 10.22034/law.2022.41011.2681
۷. اربابی، مسعود (۱۳۸۳). استفاده از بندر امن یکی از تعهدات مستاجر کشتی. *تحقیقات حقوقی*، ۳۹(۷)، ۲۹۹-۳۱۶.
۸. جبر، علی خیری؛ قبولی درافشان، سید محمد مهدی و انصاری، اعظم (۱۴۰۰). آثار فسخ قرارداد در فرض تخلف از انجام تعهدات قراردادی در حقوق ایران و عراق و کنوانسیون وین ۱۹۸۰. *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۱۲(۲۵)، ۷۵-۱۰۵. Doi: 10.22034/law.2021.43673.2802
۹. رضوی، سید محمدحسن و عینی، مجتبی (۱۴۰۲). تحلیل حقوقی شرط بندر امن در قراردادهای چارتری نفتکشها و چالشهای آن در شرایط تحریم اقتصادی. *مطالعات حقوق انرژی*، ۹(۱)، ۹۹-۱۱۸. Doi: 10.22059/jrels.2023.336362.476
۱۰. ظهیری، عادل؛ رنجبر، مسعودرضا؛ زارعی، رضا و عسکری، حکمت‌اله (۱۳۹۸). بررسی مبنای مسئولیت طرف مجری در حمل و نقل دریایی کالا. *تحقیقات حقوقی بین المللی*، ۱۲(۴۶)، ۹۹-۱۱۲.

۱۱. عینی، مجتبی و رضوی، سید محمدحسن (۱۴۰۲). تحلیل حقوقی شروط تحریم در قراردادهای چارترپارتی نفتکشها؛ با تأکید بر آخرین تحولات شروط استاندارد. *مطالعات حقوقی*، ۱۵(۴)، ۶۵-۹۳.
Doi: 10.22099/jls.2023.43161.4671

ب) منابع انگلیسی

- Books

12. Baatz, Yvonne. (2017). *Maritime Law: Charterparties*. Informa Law from Routledge. 4th Ed.
13. Cooke, Julian; Tim Young; Michael Ashcroft; Andrew Taylor; John Kimball; David Martowski; Leroy Lambert and Michael Sturley. (2022). *Voyage Charters*. CRC Press. 5th Ed.
14. Kasi, Arun. (2021). *Time Charter: Apportionment of Cargo-Claims Liability*. The Law of Carriage of Goods by Sea, International Publishing.
15. Psaraftis, Harilaos N; Psaraftis Amboy; and Psaraftis. (2019). *Sustainable Shipping*. Berlin: Springer International Publishing.
16. Rogers, Anthony; Jason Chuah; Martin Dockray. (2016). *Cases and Materials on the Carriage of Goods by Sea*. 5th Ed, London: Informa Law from Routledge.
17. Schofield, John. (2021). *Laytime and Demurrage*. 8th Ed, London: *Informa Law from Routledge*.
18. Todd, Paul. (2015). *Principles of the Carriage of Goods by Sea*. 1st Ed, London: Informa Law from Routledge.
19. Wilson, John Furness. (2010). *Carriage of Goods by Sea*. 7th Ed, London: *Longman*.

- Articles

20. Babazadeh, Araz. (2018). Safe Port Clauses: A Comparison of English Law and Azerbaijani Law. *Baku St. UL Rev*, 4(2).
21. Boviatsis, M. (2022). Legal Assessment of BIMCO's Infectious or Contagious Diseases (IOCD) Clauses for Voyage and Time Charter Parties. *Marine Policy*, 144(2022). Doi: 10.1016/j.marpol.2022.105206

22. Cha, Jaeung; Jinwoo Lee; Changhee Lee and Yulseong Kim. (2021). Legal Disputes Under Time Charter in Connection with the Stranding of the MV Ever Given. *Sustainability*, 13(19). Doi: 10.3390/su131910559
23. Clarke, M. A. (1969). Charterparty-Nomination of a Safe Port: The Dagmar. (Tage Berglund v. Montoro Shipping Corpn). *Malaya Law Review*, 11(2).
24. Dogan, Burak and Hasan Tahsin Azazagatglu. (2022). The Definition and Scope of the Safe Port Obligation under Charterparty Agreements in the Light of English Common Law. *Law & Justice Review*, 13(24).
25. Girvin, Stephen. (2017). The Obligation of Seaworthiness: Shipowner and Charterer. *Pan-American Conference of Naval Engineering*. NUS Law Working Paper, No. 2017/019.
26. Lam, Jasmine Siu Lee; Kevin Patrick Brendan Cullinane and Paul Tae-Woo Lee. (2018). The 21st-Century Maritime Silk Road: Challenges and Opportunities for Transport Management and Practice. *Transport Reviews*, 34(4). Doi: 10.1080/01441647.2018.1453562
27. Luczywek, Cezary. (2020). Standard Forms of Shipping Documents. BIMCO Contribution to their Creation and Development. *Prawo Morskie*. Doi: 10.24425/pm.2020.134441
28. Nikipour, Hassan; Mohammad Sadeghi; Alireza Rajabzadeh and Alireza Mazloom. (2021). The Voyage Charter Party Considerations According to International Maritime Law. *International Journal of Maritime Policy*, 1(4). Doi: 10.22034/irlsmp.2021.272839.1030
29. Plomaritou, Evi. (2014). A Review of Shipowner's & Charterer's Obligations in Various Types of Charter. *Journal of Shipping & Ocean Engineering*, 4(2014).
30. Thomas, D. Rhidian. (2006). The Safe Port Promise of Charterers from the Perspective of the English Common Law. *Singapore Academy of Law Journal*, 18 (2006).
31. Zhang, Yuanyuan. (2021). Case Note on Citgo Asphalt Refining Co. v. Frescati Shipping Co., 140 S. Ct. 1081 (2020). *Oil and Gas, Natural Resources, and Energy Journal*, 7(1).

- Theses

32. Font Manzano, Sergi. (2021). *The NYPE 2015 Time Charter Party. Bachelor's thesis*, Universitat Politècnica de Catalunya.
33. Kharchanka, Andrei. (2019). *The Meaning of a Good Safe Port and Berth in a Modern Shipping World. Ph. D diss.* University of Groningen, Netherlands.
34. Tollosa, Hiwot Tsegaw. (2020). *The Extent of Ship Owners' Indemnity Claims for Complying with Charterers' Employment Orders: The English and Norwegian Perspectives. Master's thesis*, University of Oslo.
35. Yang, Yong-Cing. (2015). *The Important Reform of Significant Clauses within the Essential Standard Forms of the Time Charterparty. Ph. D diss.*, Durham University.

- Cases

36. Citgo Asphalt Refining Co. v. Frescati Shipping Co., 140 S. Ct. 1081. (2020). Available at: <https://www.oyez.org/cases/2019/18-565>.
37. GW Grace and Co Ltd v General Steam Navigation Co Ltd, Lloyd's Law Reports ,83 Ll.L.Rep. 297. (1949). Available at: <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=146992>.
38. Kodros Shipping Corporation of Monrovia v. Empresa Cubana De Fletes (The Evia (No 2)): CA 1982. Available at: <https://swarb.co.uk/kodros-shipping-corporation-of-monrovia-v-empresa-cubana-de-fletes-the-evia-no-2-hl-1982/>.
39. Leeds Shipping Company Ltd v. Societe Francaise Bunge. (1958). Available at: <https://vlex.co.uk/vid/leeds-shipping-company-ltd-792989317>.
40. Metcalfe v. Britannia Ironworks Co (1877) 2 QBD 423.
41. Slander Shipping Enterprises S.A. v Empresa Maritima Del Estado S.A. (The "Khian Sea") [1977] 2 Lloyd's Rep 439; [1979] 1 Lloyd's Rep 545.
42. Slander Shipping Enterprises S.A. v Empresa Maritima Del Estado S.A. (The Khian Sea) [1977] 2 Lloyd's Rep 439; [1979] 1 Lloyd's Rep 545.

Available at: <https://app.justis.com/case/islander-shipping-enterprises-sa-v-empresa-maritima-del-estado/overview/c4GZm3KtnWWca>.

43. Tage Berglund v Montoro Shipping Corporation Ltd (The “Dagmar”) [1968] 2 Lloyd’s Rep 563. Available at: <https://www.ilaw.com/ilaw/doc/view.htm?id=147035>.
44. Transatlantic Financing Corporation, Appellant, v. United States of America, Appellee, 363 F.2d 312 (D.C. Cir. 1966). Available at: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/363/312/264117>.
45. Unitramp v. Garnac Grain Co. Inc., The Hermine, [1979] 1 Lloyd’s Rep 212.



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 15 Issue: 36

Autumn 2024

Article Type: Research Article

Pages: 177-206

Comparative Study of Principles and Requirements Related to the Electoral Oversight Body and the Process Governing the Announcement of Election Results

Ali Fattahi Zafarghandi¹| Mohammad Javad Shafaghi²| Mohammad Hassan Abolhasani³| Mohammad Matin Salmani⁴

1. Assistant Professor, Guardian Council Research Institute, Tehran, Iran

a.fattahi.zafarghandi@gmail.com

2. PhD student in Public Law, University of Tehran, Iran

m.shafaghi@ut.ac.ir

3. Master's student in International Law, Imam Sadeq University, Tehran, Iran

h.abolhasani@isu.ac.ir

4. Ph.D Candidate in political science, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran (Corresponding Author)

matinsalmani99@gmail.com

Abstract

Nowadays, in the constitutional law of many political systems, the right to determine one's destiny and political participation of people through elections is recognized as one of their fundamental rights and is considered essential to the social and political life of those communities. An essential assumption in any electoral system worldwide is the existence of an electoral oversight body as a supreme and determining institution that safeguards the general will; furthermore, in the post-election phase, the issue of announcing the results as the seal of approval holds great importance. To this end, this article aims to address the principles and requirements surrounding the oversight body for elections and announcing results using a descriptive-analytical method and relying on reputable library documents with a comparative perspective. The research findings indicate that by studying the electoral system existing within the legal framework of governments, the principles and necessities of the electoral oversight body and the announcement of results can be examined and scrutinized.

Keywords: *eligibility verification, principles and requirements, result announcement, elections, oversight body.*

Received: 2024/05/20

Received in revised form: 2024/10/11

Accepted: 2024/10/28

Published: 2024/11/10

DOI: 10.22034/LAW.2024.61420.3389

Publisher: University of Tabriz

law@tabrizu.ac.ir





مطالعه تطبیقی اصول و بایسته‌های مرتبط با نهاد ناظر بر انتخابات و فرایند حاکم بر اعلام نتایج انتخابات

علی فتاحی زفرقندی^۱ | محمدجواد شفق^۲ | محمدحسن ابوالحسنی^۳ | محمدمتین سلمانی^۴

a.fattahi.zafarghandi@gmail.com

۱. استادیار پژوهشکده شورای نگهبان، تهران، ایران

m.shafaghi@ut.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه تهران، ایران

mh.abolhasani@isu.ac.ir

۳. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل دانشگاه امام صادق (ع) تهران، ایران

matinsalmani99@gmail.com

۴. دانشجوی دکتری علوم سیاسی دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

چکیده

امروزه در قانون اساسی بسیاری از نظامات سیاسی، حق تعیین سرنوشت و مشارکت سیاسی مردم از طریق انتخابات به‌عنوان یکی از حقوق بنیادین آنان پذیرفته شده است و از ملزومات زندگی اجتماعی و سیاسی آن جوامع محسوب می‌شود. یکی از مفروضه‌های اساسی در هر نظام انتخاباتی در سراسر جهان، وجود نهاد ناظر به‌عنوان نهاد بالادستی و تعیین‌کننده است که پاسدار آرای عمومی است. همچنین در مرحله پسانتخابات نیز مسئله اعلام نتیجه به‌عنوان مهر خاتم از اهمیت فراوانی برخوردار است. به همین منظور نگارندگان این مقاله با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی و با تکیه بر اسناد کتابخانه‌ای معتبر و با نگاهی تطبیقی در پی پاسخ به این پرسش هستند که در راستای استیفای حقوق رأی‌دهندگان در خصوص نهاد ناظر بر انتخابات و اعلام نتایج، چه اصول و الزاماتی وجود داشته و نظام‌های حقوقی در دنیا چه تدابیری برای آن اندیشیده‌اند؟ یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که با مطالعه نظام انتخاباتی دولت‌ها، اصولی چون قانونی بودن، استقلال، بی‌طرفی و حاکمیتی بودن برای نهاد ناظر و مواردی چون پاسخگویی، مستدل بودن و حفظ محرمانگی از مهم‌ترین اصول حاکم بر مرحله اعلام نتایج انتخابات است و همچنین این اصول قوام‌بخش و حافظ حقوق شهروندان برای «انتخاب شدن» و «انتخاب کردن» است.

واژگان کلیدی: احراز صلاحیت، اصول و بایسته‌ها، اعلام نتایج، انتخابات، نهاد ناظر.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۲/۳۱ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۷/۲۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۸/۰۷ تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۰۸/۲۰

DOI: 10.22034/LAW.2024.61420.3389



law@tabrizu.ac.ir

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

انتخابات ابزاری مهم و شیوا در راستای عملیاتی‌سازی مشارکت سیاسی شهروندان و تعیین سرنوشت سیاسی آنان است. در این خصوص فرضیه‌های متعددی باید مدنظر قرار گیرد. یکی از مهم‌ترین این موارد نهاد ناظر بر انتخابات و اصول ناظر بر شکل‌گیری و عملکرد آن است که در نهایت منجر به اعلام نتایج انتخابات از سوی این نهاد یا تأیید آن می‌گردد. نظامات سیاسی با توجه به شرایط و اصول سیاسی و ایدئولوژیک و حقوقی خود، نهادی را جهت نظارت بر انتخابات تعیین می‌کنند. محدوده اختیارات و وظایف و همچنین اعضای تشکیل‌دهنده نهاد ناظر مبتنی بر نظم سیاسی اشکال متفاوتی می‌تواند داشته باشد، اما وجود آن ضروری و ذاتاً الزامی است. با تفحص و جست‌وجو در قوانین و مقررات مربوط به انتخابات در سایر نظام‌های حقوقی در کشورهای دنیا و نیز دکتترین حقوقی در این زمینه، اصول و بایسته‌هایی قابل استخراج و تبیین است. نهاد ناظر با توجه به اهمیتی که دارد، کل نظام انتخاباتی از ابتدای شروع فرایند انتخابات، یعنی نام‌نویسی تا انتهای آن، یعنی اعلام نتایج انتخابات و تأیید آن را برعهده دارد. این نهاد البته در کشورهای مختلف عناوین مختلفی می‌تواند داشته باشد، اما سلامت انتخابات در گرو عملکرد سالم این نهاد است.

مسئله اعلام نتایج انتخابات را نیز می‌توان همراه با مسامحه ماهر خاتم فرایند انتخابات دانست؛ جایی که با پایان‌یافتن فرایند رأی‌ریزی و شمارش آرا، نتیجه انتخابات ذیل اعلام انتخاب‌شدگان به صورت عمومی انجام می‌شود. این مهم البته برعهده بخشی از کلیت نهاد ناظر است. اعلام نتایج در پس خود الزامات و بایسته‌هایی را به همراه دارد که می‌تواند سلامت انتخابات را تأیید یا دچار خدشه کند. با دانستن این موضوع که اعلام نتایج نیز بخشی از وظایف نهاد ناظر است، اما در مقام نظر، در این مقاله این دو برای تبیین و تدقیق بهتر از یکدیگر تفکیک شده‌اند؛ بنابراین با عنایت به نقش این دو عامل بسیار پراهمیت مرتبط با یکدیگر در استیفای حقوق رأی‌دهندگان، در این پژوهش اصول و بایسته‌های حاکم بر نهاد ناظر بر انتخابات و نیز حاکم بر کارویژه مهم اعلام نتایج انتخاباتی مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

از این رو، نگارندگان مقاله پیش رو با نگاهی تطبیقی به قوانین و مقررات مربوط به انتخابات در سایر نظام‌های حقوقی در کشورهای مختلف دنیا و اسناد و مطالعات حقوقی مرتبط در این باره

به دنبال پاسخ به این پرسش اصلی‌اند که اصول و بایسته‌های حاکم بر نهاد ناظر بر انتخابات و همچنین اعلام نتایج چیست؟

در این باره مقالات و عناوین متعددی به‌عنوان کتاب منتشر شده‌اند که از جمله آن‌ها به کتاب «حقوق انتخابات دموکراتیک» (خسروی، ۱۳۸۷)، مقاله «آسیب‌شناسی نظام حقوقی حاکم بر فرایندهای نظارت بر انتخابات مجلس شورای اسلامی در پرتو سیاست‌های کلی انتخابات» (طحان نظیف و کدخدا مرادی، ۱۳۹۸)، مقاله «اصل مستند، مستدل و موجه بودن آرای دیوان عدالت اداری و مراجع شبه‌قضایی با بررسی رویه قضایی» (حاجی‌پور و همکاران، ۱۴۰۲) و همچنین آرشیو انتخاباتی وبسایت آدام کار از مهم‌ترین این منابع بوده که می‌توان به آنها اشاره کرد. در کنار اصول اشاره‌شده در مقاله دوم، اصول دیگری از جمله پاسخگویی، محرمانگی و دادخواهی نیز در مقاله پیش رو ذکر شده و این اصول به‌طور مشخص در خصوص فرایند انتخابات مورد بحث و بررسی قرار گرفته است.

این پژوهش ذیل دو بخش اصلی یعنی اصول و بایسته‌های نهاد ناظر بر انتخابات و اصول و بایسته‌های مربوط به اعلام نتایج انتخابات ارائه می‌شود. ذیل هر بخش، اصول و بایسته‌ها هرکدام تعریف شده و نهایتاً با استفاده از نمونه‌های تطبیقی مورد بررسی و تبیین دقیق قرار گرفته است.

۱. اصول و بایسته‌های مربوط به نهاد ناظر

در خصوص نهاد متولی امر انتخابات که تحت عنوان نهاد ناظر انتخابات می‌توان از آن نام برد، الزامات و بایسته‌هایی قابل شناسایی است که در ادامه برخی از مهم‌ترین آن‌ها با نگاهی به سایر کشورها بیان می‌شود.

۱.۱. اصل حاکمیتی بودن

مفهوم حاکمیت (Sovereignty) در اصل، نوعی حق انحصاری و مشروع یک نهاد (به‌ویژه حکومت) در اعمال نظارت و زور (حکومت) در مکان یا وضعیت مشخصی است. اساساً مفهوم حاکمیت مفهومی سیاسی و به‌خصوص نهادی است و کمتر می‌توان درباره سازمان‌های

غیرسیاسی به کار برد^۱. این مشروعیت و حق انحصاری به زبان ماکس وبر، جامعه‌شناس آلمانی، می‌تواند شکلی سنتی، کاریزمایی یا قانونی- عقلانی داشته باشد؛ البته که در نهایت نوع سنتی و کاریزمایی مشروعیت بعد از استقرار نهادهای دولتی و شکل‌گیری مبانی دولت مدرن، شکلی قانونی پیدا می‌کند^۲.

مفهوم حاکمیتی بودن^۳ اما ناشی از تأسی یک نهاد از حاکمیت اعلی در یک دولت است؛ به این معنا که شکل‌گیری و تداوم نهادی در یک دولت به‌واسطه نصّ قانون تصویب‌شده از سوی دولت امکان‌پذیر شده، عاملی بر ایجاد اقتدار عمومی برای نهاد نامبرده شده است، در واقع ثبات این نهاد ناشی از حاکمیت قانونی دولت در سرزمینی است. از طرف دیگر، مشروعیت‌زایی نهادهای دولتی به‌واسطه حاکمیت دولت نشان‌دهنده تداوم قدرت نهاد به شکلی حکومت‌پایه و نه مردم‌پایه است؛ به این معنی که در دوگانه حکومت و جامعه مدنی که شکل‌دهنده دولت است، نهاد دارای اصل حاکمیتی بودن، قدرت خود را نه از جامعه مدنی و سازمان‌های آن، بلکه از نهادهای رسمی حکومتی گرفته، در واقع جریان قدرت را از بالا به پایین پمپاژ می‌کند و شهروندان در شکل‌گیری، تداوم یا مشروعیت‌زایی آن دخالتی ندارند. حاکمیتی بودن می‌تواند به‌واسطه تصریح قانون اساسی، قوانین موضوعه و عادی و دیگر سیاست‌های رسمی دولتی ایجاد شود. در این معنا حتی می‌توان گفت چنین نهادی دارای صلاحیت ذاتی و حتی صلاحیت‌دهنده است و نیازمند صلاحیت یا مشروعیت‌بخشی دیگر نهادها نیست^۴.

در سال ۲۰۰۱، سه شهروند بلغاری به سبب ممانعت از آنها برای شرکت در انتخابات مجلس همان سال و نقض کنوانسیون اروپایی حقوق بشر به دادگاه اروپایی حقوق بشر شکایت کردند. دلیل اعلام‌شده از سوی دولت بلغارستان، همکاری این نامزدها با آژانس‌های امنیتی رژیم کمونیستی سابق بود. نائوم ایوانوف پتکوف، بوریس رادکوف گئورگیف و ونتسلاو آسنوف دیمیتروف^۵ در ابتدا شکایت خود را به دادگاه اداری ایالتی برده، توانستند رأی کمیسیون انتخابات را باطل کنند؛ اما با این حال به دلیل فشار نمایندگان دیگر احزاب و اعتصاب آنها و همچنین رأی

1. Giddens A & Griffiths S., *Sociology*. (Polity; 2006), p. 844.

2. Bendix R. & Max Weber: *an Intellectual Portrait*. (United Kingdom, Psychology Press; 1998), p. 294

3. Bieng Sovereignty

۴. سید ابوالفضل قاضی، *حقوق اساسی و نهادهای سیاسی*، (تهران: میزان، ج ۱۷، ۱۴۰۲)، ص ۱۸۰.

5. Naum Ivanov Petkov, Boris Radkov Georgiev and Ventseslav Asenov Dimitrov

ابطال کاندیداتوری این سه از سوی دادگاه قانون اساسی این کشور، نهایتاً این کاندیدها اجازه حضور در انتخابات مجلس سال ۲۰۰۱ را به دست نیاوردند. به این سبب، عملاً تأثیرگذاری بسزای گروه‌های مردم‌پایه از خارج از ساختار نهاد ناظر عامل تغییر رأی و ابطال حضور این کاندیدها در انتخابات مجلس شدند. ابطال رأی دادگاه ایالتی به واسطه فشار نمایندگان و احزاب، نشان از اختلال در اصل «حاکمیتی بودن» به عنوان اصل پشتیبان نهاد ناظر در نظام انتخاباتی این کشور بود.

دادگاه اروپایی حقوق بشر البته در رأی خود دولت بلغارستان را ناقض ماده ۳ پروتکل ۱ دانست و دلیل آن را عدم اجرای حکم نهایی دادگاه اداری ایالتی بلغارستان در مورد بازگرداندن این سه به لیست نامزدهای انتخاباتی اعلام کرد.^۶

۲.۱. اصل قانونی بودن^۷

اصل مهم دیگر در مورد نهاد ناظر، اصل «قانونی بودن» نهاد نامبرده است. اگر اصل «قانونی بودن» را هم‌ردیف با مفهوم مشروعیت در نظر بگیریم، اصل «قانونی بودن»، نوعی مشروعیت قانونی - عقلانی را دربر می‌گیرد؛^۸ که در این معنا نه تنها مشروعیت چیزی است که به سبب عقل سلیم^۹ سنجیده می‌شود، بلکه قوانین موضوعه و در واقع دولت و نهادهایش نیز آن را به صورت رسمی شناسایی کرده‌اند. می‌توان این‌گونه به موضوع این پژوهش تسری داد که وجود یک نهاد ناظر برای بررسی صلاحیت نامزدهای انتخاباتی و نظارت بر برگزاری انتخابات، نه تنها عقلانی بلکه در کشورهایی که انتخابات به هر شکلی در آنها برگزار می‌شود، در نص قانون نیز ذکر شده است. قانونی بودن از طرفی پاسخ به سؤال درباره میزان اختیارات یک نهاد یا ساختار سیاسی است و بدین سبب وظیفه دارد از خودسری‌ها و رفتارهای غیرقانونی نهادها جلوگیری کند. از طرف دیگر - آن‌چنان که گفته شد - قانونی بودن عاملی خواهد بود بر مشروعیت یک نهاد و این به منزله دارا بودن قدرت عمومی است. البته که قانونی بودن در رابطه‌ای تنگاتنگ با دیگر اصول

6. Petkov and Others v. Bulgaria
<https://www.eods.eu/alex/uploads/files/57c4469fbc072-PETKOV%20AND%20OTHERS%20v.%20Bulgaria.pdf>

7. Legality

8. Bendix R. *Max Weber: an Intellectual Portrait*. (United Kingdom, Psychology Press; 1998), p. 294

9. Common Sense

مانند اصل «بی‌طرفی» است و در این معنا ضامن منافع عمومی - و نه اشخاص - خواهد بود.^{۱۰} می‌توان این‌گونه نتیجه گرفت که اصل قانونی بودن خود می‌تواند ضامن دیگر اصول از جمله بی‌طرفی یا استقلال باشد.

یکی از موارد قضایی بین‌المللی در خصوص این اصل، در کشور لیتوانی و رئیس‌جمهور سابق این کشور رخ داده است. رولانداس پاکساس^{۱۱} در سال ۲۰۰۳ به‌عنوان رئیس‌جمهور کشور لیتوانی انتخاب شد. او در همان سال ذیل فرمان ۴۰ ریاست‌جمهوری به یک تاجر روس به نام یوریچ بوریسوف تابعیت لیتوانیایی اعطا کرد. در ادامه و در همان سال پارلمان لیتوانی مبنی بر عدم تطابق این شهروندی اعطایی به بوریسوف با قانون اساسی شکایتی را به دادگاه قانون اساسی این کشور برد و ادعا کرد این تابعیت به‌واسطه کمک‌های این تاجر به کمپین انتخاباتی پاکساس بوده است. او در نهایت با اتهامات جدی مواجه شد و در سال ۲۰۰۴ از سوی پارلمان لیتوانی استیضاح و برکنار شد. او سعی کرد در انتخابات ریاست‌جمهوری همان سال - برای جایگزینی خودش - شرکت کند، اما پارلمان در همان سال متممی برای قانون اساسی به‌تصویب رساند که به‌موجب آن افراد استیضاح‌شده به مدت پنج سال پس از استیضاح، از حضور در پست ریاست‌جمهوری منع شدند. در نهایت دادگاه قانون اساسی لیتوانی این اصلاحیه را ناقض قانون اساسی دانست و در عوض اعلام کرد که افرادی که قانون اساسی را نقض کرده‌اند یا سوگندهای خود را حفظ نکرده‌اند، دیگر نمی‌توانند مناصب دولتی را که نیاز به سوگند دارند، داشته باشند و این‌گونه پاکساس با محرومیت مادام‌العمر برای رسیدن به پست ریاست‌جمهوری مواجه شد. او شکایتی را علیه دولت لیتوانی به دلیل نقض مواد ۱۴ (بندهای ۱ و ۲)^{۱۲}،

۱۰. حسن خسروی، حقوق انتخابات دموکراتیک، (تهران: مجد، ج ۱، ۱۳۸۸)، ص ۱۳۰.

11. Rolandas Paksas

۱۲. همه در مقابل دادگاه‌ها و دیوان‌های دادگستری متساوی هستند. هر کس حق دارد که طبق قانون به دادخواهی او منصفانه و علنی در یک دادگاه صالح، مستقل و بی‌طرف رسیدگی بشود و آن دادگاه درباره حقیقت اتهامات جزایی علیه او یا اختلافات راجع به حقوق مدنی و الزامات آن اتخاذ تصمیم نماید.

تصمیم به سری بودن جلسات در تمام یا قسمتی از دادرسی خواه به جهات اخلاق حسنه یا نظم عمومی یا امنیت ملی در یک جامعه دموکراتیک و خواه در صورتی که مصلحت زندگی خصوصی اصحاب دعوی اقتضا کند و خواه در مواردی که از لحاظ کیفیات خاص علنی بودن جلسات مضر به مصالح دادگستری باشد تا حدی که دادگاه لازم بداند، امکان دارد، لیکن حکم صادره در امور کیفری یا مدنی علنی خواهد بود مگر آنکه مصلحت صغار طور دیگری اقتضا نماید یا دادرسی مربوط به اختلافات زناشویی یا ولایت اطفال باشد. هر کس به ارتکاب جرمی متهم شده باشد حق دارد بی‌گناه فرض شود تا این که مقصر بودن او بر طبق قانون محرز بشود.

۱۵ و ۲۵ (الف)، (ب) و (ج)^{۱۴} میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی^{۱۵} تنظیم کرد و تحویل کمیته حقوق بشر سازمان ملل داد. در نهایت نیز این دادگاه نقض ماده ۲۵ میثاق (حق انتخاب شدن و از بین بردن محدودیت‌های این حق) را از سوی دولت لیتوانی تشخیص داد؛ زیرا دادگاه این ممنوعیت را که یک «رد صلاحیت مادام‌العمر» بود دلیلی بر آن دید که مانع از «نامزدی در انتخابات ریاست‌جمهوری یا نخست‌وزیر یا وزیر بودن» پاکساس می‌شود. همچنین او به دادگاه اروپایی حقوق بشر به همین سبب شکایت برده بود.^{۱۶}

این مورد نشان می‌دهد که مشخص نبودن مرجعی معین، روشن و البته قانونی برای رسیدگی به دعاوی انتخاباتی، عاملی برای خدشه بر حق یک شهروند برای «انتخاب شدن» گردیده است.

در این باره در ایران و در فصل‌های ششم و نهم قانون اساسی به ترتیب درباره انتخابات مجلس شورای اسلامی و ریاست‌جمهوری سخن رفته است. در مورد شرایط نامزدی در انتخابات ریاست‌جمهوری، در اصل یکصد و پانزدهم شرایط آن ذکر شده است. مطابق اصل یکصد و هجدهم قانون اساسی، مسئولیت نظارت بر انتخابات ریاست‌جمهوری برعهده شورای نگهبان است: «مسئولیت نظارت بر انتخابات ریاست‌جمهوری طبق اصل نود و نهم بر عهده شورای نگهبان است؛ ولی قبل از تشکیل نخستین شورای نگهبان بر عهده انجمن نظارتی است که

۱۳. هیچ‌کس به علت فعل یا ترک فعلی که در موقع ارتکاب بر طبق قوانین ملی یا بین‌المللی جرم نبوده محکوم نمی‌شود و همچنین هیچ مجازاتی شدیدتر از آنچه در زمان ارتکاب جرم قابل اعمال بوده تعیین نخواهد شد. هرگاه پس از ارتکاب جرم قانون مجازات خفیف‌تری برای آن مقرر دارد مرتکب از آن استفاده خواهد نمود.

هیچ‌یک از مقررات این ماده با دادرسی و محکوم کردن هر شخصی که به علت فعل یا ترک فعلی که در زمان ارتکاب بر طبق اصول کلی حقوق شناخته‌شده در جامعه ملت‌ها مجرم بوده باشد، منافات نخواهد داشت.

۱۴. هر انسان عضو اجتماع حق و امکان خواهد داشت بدون (در نظر گرفتن) هیچ‌یک از تبعیضات مذکور در ماده ۲ و بدون محدودیت غیرمقول:

الف. در اداره امور عمومی بالمباشره یا بواسطه نمایندگانی که آزاد انتخاب شوند شرکت نماید.

ب. در انتخابات ادواری که از روی صحت به آرای عمومی مساوی و مخفی انجام شود و تضمین‌کننده بیان آزادانه اراده انتخاب‌کنندگان باشد رأی بدهد و انتخاب بشود.

ج. با حق تساوی طبق شرایط کلی بتواند به مشاغل عمومی کشور خود نایل شود.

<https://iran.un.org/en/106018-international-covenant-civil-and-political-rights> 15 International Covenant on Civil and Political Rights

16. Paksas v. Lithuania

[https://www.eods.eu/elex/uploads/files/57c43878b315a-Paksas%20v.%20Lithuania%20\(UNHRC%20-%2020155-2012\).pdf](https://www.eods.eu/elex/uploads/files/57c43878b315a-Paksas%20v.%20Lithuania%20(UNHRC%20-%2020155-2012).pdf)

قانون تعیین می‌کند». همچنین اصل شصت و دوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، بیان می‌دارد: «مجلس شورای اسلامی از نمایندگان ملت که به‌طور مستقیم و با رأی مخفی انتخاب می‌شوند تشکیل می‌گردد. شرایط انتخاب‌کنندگان و انتخاب‌شوندگان و کیفیت انتخابات را قانون معین خواهد کرد» و در اینجا، منظور از قانونگذار چنان‌که در قانون اساسی و قانون انتخابات مجلس آمده، همان نهاد ناظر انتخابات یا شورای نگهبان است.

۳.۱. اصل شفافیت

شفافیت^{۱۷}، موقعیتی در پدیده‌های اجتماعی و سیاسی است که در آن به شهروندان اجازه دسترسی، استفاده، سود بردن، فهمیدن و حسابرسی اطلاعات مراکز و نهادهای قدرت و فرایندهای برگزارشده از سوی آنان را می‌دهد. هدف شفافیت، کاهش ریسک‌های خاص یا مشکلات عملکرد از طریق افشای داوطلبانه اطلاعات از سوی نهادها و سازمان‌های سیاسی و غیرسیاسی است. پس شهروند به سبب آنکه دارای حقوق شهروندی در راستای عضویت در یک دولت و جامعه است و به همین جهت دارای حقوق و تکالیف و روابط متقابل با ساختار سیاسی است، باید در جریان رخدادهای داخلی دولت خود باشد^{۱۸}. البته در زمان و مکان‌های مختلف این شفافیت میزان و اشکال متفاوتی دارد. شفافیت خود می‌تواند عامل مشارکت سیاسی افراد شود و از طرف دیگر مشارکت سیاسی نیز عامل شفافیت است؛ چراکه انتخاب‌شونده در مقابل انتخاب‌کننده خود تکالیفی دارد و پیگیری این تکالیف ملزم به شفافیت و پاسخگویی است و از طرف دیگر این نوع شفافیت و پاسخگویی نشان‌دهنده تعیین‌کنندگی آرای رأی‌دهندگان است^{۱۹}.

در اینجا استقلال نهاد ناظر در مطالعه شفافیت این نهاد بسیار مؤثر است. نهادهای مشابه در کشورهایی مانند فرانسه و بلژیک، با آنکه با حضور چندین نهاد بالادستی یعنی دولت و مجلس تشکیل می‌شوند، ولی در نهایت مستقل از هر دو هستند. از طرف دیگر، مؤثر بودن دو قوه مجریه و مقننه در تشکیل این نهادها که به‌عنوان نهاد ناظر بر انتخابات حضور دارند، بسیار حائز اهمیت

17. Transparency

18. Khemani S, Dal Bó E, Ferraz C, Finan FS, Stephenson Johnson CL, Odugbemi AM, Thapa D, Abrahams SD. Making politics Work for Development: Harnessing Transparency and Citizen Engagement. The World Bank Report; (2016), pp. 172-173.

19. Hollyer JR, Rosendorff BP, Vreeland JR. "Democracy and transparency". The Journal of Politics. 73 (2011), p. 1195.

است و می‌تواند بر پاسخگویی و شفافیت آنها تأثیرگذار باشد.

در کشور آذربایجان، عارف حاجیلی^{۲۰} در سال ۲۰۰۶ به‌عنوان نامزد انتخاباتی مجلس محلی ثبت نام کرد و در انتخابات نیز یکی از پیشتازان منطقه خود برای ورود به مجلس بود، اما به دلیل ادعای «تغییرات غیرمجاز» از سوی نهاد ناظر انتخابات این کشور، اداره انتخابات آرای این کاندیدا را باطل اعلام کرد. وی شکایتی علیه دولت آذربایجان به اتهام نقض ماده ۳ پروتکل ۱ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر به دادگاه حقوق بشر اروپایی مطرح کرد و مدعی شد، اساساً دلایل دولت آذربایجان و نهاد ناظر انتخاباتی غیرشفاف و ناموجه است.

دادگاه در پاسخ به این شکایت اعلام کرد، قطعی بودن اینکه نامزد یادشده نامزد پیروز باشد غیرممکن است و از طرف دیگر ماده ۳ پروتکل ۱، پیروزی در انتخابات را فی‌نفسه تضمین نمی‌کند؛ بلکه حق نامزدی و انتخاب شدن در وضعیتی دموکراتیک را تضمین می‌کند. با این حال، این دادگاه پیشتاز بودن عارف حاجیلی را تصریح نمود و اعلام ابطال انتخابات از سوی اداره انتخابات دولت آذربایجان را بی‌اساس، خودسرانه، غیرقانونی و با دلایلی مبهم و غیرشفاف و نیز ناقض ماده یادشده اعلام کرد و در نهایت رأی به نفع عارف حاجیلی صادر شد^{۲۱}.

در ایران در حوزه شفافیت به‌طور مشخص اصول یا موادی در قوانین موضوعه یا انتخاباتی ذکر نشده است، اما هم در قانون انتخابات ریاست جمهوری و هم مجلس شورای اسلامی، شورای نگهبان موظف به رسیدگی به تخلفات گزارش شده خواهد بود و در صورت اثبات، افراد ذی‌ربط برکنار و به تخلفات آنها مشخصاً رسیدگی خواهد شد^{۲۲}. در ماده ۶۲ قانون انتخابات مجلس نیز به‌ویژه در حوزه پاسخگویی، هیئت نظارت استان موظف به رسیدگی به شکایات به‌صورت مستدل و شفاف است.

۴.۱. اصل بی‌طرفی

اصل «بی‌طرفی»^{۲۳} از لوازم و اصول بسیار مهم نهاد ناظر بر انتخابات است. بی‌طرفی یکی از

20. Arif Mustafa Oglu Hajili

21. Hajili v. Azerbaijan

<https://www.eods.eu/elex/uploads/files/57ce99610e722-HAJILI%20v.%20AZERBAIJAN.pdf>

۲۲. ماده ۶۱ قانون انتخابات ریاست جمهوری ایران مصوب ۱۳۶۴/۴/۵

23. Impartiality

اصول اساسی مفهوم «عدالت» است که بیان می‌کند تصمیمات شخص، سازمان یا نهاد باید بر اساس معیارهای عینی و نه بر اساس سوگیری، تعصب، یا ترجیح دادن منفعت یک فرد یا گروهی بر دیگری به دلایل شخصی و غیرعادلانه باشد؛ همچنین این اصل می‌گوید که در یک منازعه و داوری نباید از هیچ‌یک از طرفین درگیر هیچ‌گونه حمایتی شود.^{۲۴} واژه «بی‌طرفی» که یکی از الزامات تفکر مدرن است، مفهوم وسیعی را دربر می‌گیرد و البته نیازی به تفسیر اخلاقی ندارد. بسیاری مانند لاک، کانت و رالز آن را عامل زندگی مطلوب در عصر مدرن می‌دانند.^{۲۵} در این مفهوم گسترده، انتخاب بی‌طرفانه، انتخابی است که در آن نوع خاصی از ملاحظات (برخی از ویژگی‌های انتخاب‌شده در افراد یا پدیده‌ها) تأثیری نداشته باشد. در این راستا تحلیلی از سوی برنارد گرت^{۲۶} پیشنهاد شده که معتقد است: «A در رابطه با R با توجه به گروه G بی‌طرف است؛ اگر و تنها در صورتی که اقدامات A در رابطه با R به هیچ‌وجه تحت تأثیر هیچ‌کدام از اعضای G منتفع نشده یا آسیبی نبیند»^{۲۷}.

در بررسی اصل بی‌طرفی می‌توان به مورد رخ داده در فدراسیون روسیه اشاره کرد. در سال ۲۰۰۳ طی انتخابات مجلس این کشور احزاب اپوزیسیون دولت روسیه، از جمله حزب کمونیست روسیه^{۲۸}، به دلیل آنچه آنان «نابرابری در تبلیغات تلویزیونی برای احزاب» عنوان کردند، شکایتی را علیه دولت به دادگاه اروپایی حقوق بشر با اتهام نقض ماده ۳ پروتکل ۱ تنظیم و این عمل ایستگاه‌های تلویزیونی را مغرضانه اعلام کردند. همچنین آنان اظهار داشتند که به‌عنوان نامزدهای اپوزیسیون، برخلاف مواد ۱۳ و ۱۴ کنوانسیون، مورد تبعیض قرار گرفته‌اند و حزب «روسیه واحد»^{۲۹} فضای رسانه‌ای بیشتری برای تبلیغات در اختیار داشته و از طرفی این کار ادامه‌دار شده و امکان جلوگیری از آن وجود نداشته است.

دادگاه نهایتاً این درخواست را طبق ماده ۱۴ غیرقابل پذیرش تشخیص داد و ارزیابی کرد که

24. Cambridge Dictionary

۲۵. محمد راسخ و محمد رفیعی، «نسبت حکومت با زندگی مطلوب: نگرشی به رویکرد بی‌طرفی»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۱ (۱۳۸۹)، ص ۱۱۱.

26. Bernard Gert

27. Gert, B. "Moral impartiality". *Midwest Studies in Philosophy*. No. 20 (1995), p. 104.

28. *Kommunističeskaja Partija Rossijskoj Federacii*; KPRF Communist Party of the Russian Federation

29. United Russia

هیچ نقضی در خصوص ماده ۱۳ یا ماده ۳ پروتکل شماره ۱ صورت نگرفته است. البته دادگاه نوعی نابرابری در تبلیغات نامزدها و رفتار عمدی دولت برای بیشتر دیده شدن برخی احزاب را تشخیص داده بود، اما آن را برای اثبات نقض مواد یادشده و انتخابات آزاد از سوی دولت روسیه کافی نمی‌دانست.^{۳۰}

در این مورد با وجود اثبات نشدن نقض کنوانسیون، در خصوص اهمیت بی‌طرفی نهاد ناظر و دیگر نهادهای دخیل در فرایند احراز صلاحیت کاندیداها و فرایند خود انتخابات مطالعاتی انجام شده است

در انگلستان هم، نظام انتخاباتی و دولت این کشور به‌عنوان نهاد ناظر با اتهام عدم رعایت بی‌طرفی مواجه شد. در سال ۱۹۸۰ حزب لیبرال انگلستان و ایرلند شمالی به همراه دو شهروند انگلیسی دیگر، شکایتی را علیه دولت انگلستان به دلیل سیستم نامطلوب انتخاباتی اکثریت ساده مورد استفاده در انتخابات پارلمان این کشور و تناقض‌آمیز بودن آن و در نتیجه نقض ماده ۳ پروتکل ۱ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر^{۳۱} مطرح کردند.

در قانون انتخابات این کشور ذکر شده است که «رأی‌گیری با استفاده از برگه رأی انجام می‌شود. نتایج با شمارش آرای هریک از نامزدها مشخص می‌شود و نامزدهایی که اکثریت آرا به آنها داده شده است، منتخب اعلام می‌شوند». این شکل از رأی‌گیری از سال ۱۹۵۶ تاکنون در جریان بوده است و حتی دو حزب اصلی این کشور، یعنی حزب محافظه‌کار و حزب کارگر، این نظام انتخاباتی را به‌عنوان مطلوب‌ترین شکل رأی‌گیری و اعلام نتیجه برندگان پذیرفته‌اند. با اینکه حزب لیبرال این مسئله را نوعی پیروی از منافع این دو حزب بزرگ انگلستان می‌داند، اما در نهایت در رأی اعلامی از سوی دادگاه، هیچ نقضی بر ماده ۳ پروتکل ۱ اعلام نشد و شکایت مطرح‌شده غیرقابل قبول تلقی گردید.^{۳۲}

30. The Communist Party of Russia and Others v. Russia
<https://www.eods.eu/elex/uploads/files/57ce9d47277d0-COMMUNIST%20PARTY%20OF%20RUSSIA%20AND%20OTHERS%20v.%20RUSSIA.pdf>

۳۱. حق انتخابات آزاد: طرف‌های معظم متعاهد، متعهد به برگزاری انتخابات آزاد در فاصله زمانی معقول از طریق رأی‌گیری مخفی، تحت شرایطی که انتخاب اعضای مجلس قانونگذاری، بیان آزادانه افکار عمومی را تضمین خواهد نمود، می‌باشند.

32. Liberal Party. Mrs. R. and Mr. P. v. United Kingdom <https://www.eods.eu/elex/uploads/files/57cd7746a0e1d-LIBERAL%20PARTY,%20R.%20and%20P.%20v.%20the%20UNITED%20KINGDOM.pdf>

با وجود اتهام حزب لیبرال به دولت انگلستان مبنی بر ناعادلانه بودن سیستم انتخاباتی اکثریت ساده، اما آنچه سنت انتخاباتی انگلستان طی چندین قرن برگزیده، اکثریت ساده بوده که هم در سنت قدمای انگلیسی و هم سنت معاصر این کشور این سیستم انتخاباتی توانسته است بی‌طرفی را در انتخابات این کشور تضمین کند.

در ایران نیز در انتخابات ریاست جمهوری، در موادی از اصلاحیه سال ۱۳۶۵، افرادی را که در امر نظارت و برگزاری انتخابات دخیل هستند موظف به استعفا از منصب خود دانسته است.^{۳۳} همچنین هیچ‌یک از اعضای هیئت ناظر نباید دارای خویشاوندی نسبی یا سببی با داوطلبان انتخاباتی باشند.^{۳۴} از طرفی در مواد ۸۲ و ۸۷ قانون اخیر انتخابات مجلس تنظیم شده در اول مرداد ۱۴۰۲ بر بی‌طرفی و لزوم رعایت آن در این انتخابات تصریح شده است.

۵.۱. اصل استقلال^{۳۵}

مفهوم «استقلال» در ماهیت خود به معنای عدم وابستگی و آزادی عمل «در خود» است. استقلال می‌تواند اشکال مختلفی مثل استقلال سیاسی، فرهنگی و اقتصادی داشته باشد^{۳۶}، با این حال هیچ پدیده‌ای نمی‌تواند استقلال تمام و کمال را دریافت کند؛ چراکه حیات هر پدیده‌ای در ارتباط با دیگر پدیده‌ها و در غیریت با آنان شکل می‌گیرد. واژه‌نامه دهخدا نیز استقلال را وضعیتی معرفی می‌کند که کاری را بدون شرکت یا دخالت دیگری انجام دهیم.^{۳۷} در اصطلاح حقوقی و سیاسی آن، این مفهوم برای دولت‌ها و ملت‌ها به کار می‌رود؛ اما در وضعیتی که این پژوهش سعی در تسری دادن آن به یک نهاد سیاسی دارد، می‌توان گفت نهادی استقلال دارد که هیچ کارگزار یا بخشی از ساختار سیاسی نتواند آن را به واسطه فشارهای مالی، سیاسی، نظامی - امنیتی و اخلاقی تحت تأثیر قرار دهد.^{۳۸} شورای نگهبان در جمهوری اسلامی و حتی در

۳۳. ماده ۳۷ قانون انتخابات ریاست جمهوری اصلاحی ۱۳۶۵/۰۸/۲۵

۳۴. ماده ۴۰، همان.

35 Independence

۳۶. محسن ابوالحسنی، گزارش پژوهشی آشنایی با مفاهیم حقوق عمومی بررسی مفهوم «استقلال»، (تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۳)، صص ۴-۵.

۳۷. علی‌اکبر دهخدا، فرهنگ متوسط دهخدا، ج ۱، (تهران: دانشگاه تهران، ص ۱۴۲).

۳۸. محسن ابوالحسنی، گزارش پژوهشی آشنایی با مفاهیم حقوق عمومی بررسی مفهوم «استقلال»، (تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۳)، ص ۶.

دیگر کشورهایی که نهاد مشابه دارند، باید دارای استقلال باشد تا از هرگونه سوگیری شخصی، گروهی یا حزبی برای نظارت بر انتخابات یا بررسی صلاحیت نامزدهای انتخاباتی اجتناب کند.

در مورد اصل استقلال، کشورهایی که به نوعی دارای نهادی برای نظارت بر انتخابات هستند، همگی سعی می‌کنند با استفاده از ایجاد تکثر در نیروهای حاضر در آن، امکان استقلال را به همراه بی‌طرفی برای آن نهاد ایجاد کنند؛ نمونه آن کشور فرانسه است که در آن شورای قانون اساسی نهاد ناظر بر انتخابات است. اعضای این شورا رؤسای جمهور سابق که خواهان حضور در شورا هستند و همچنین ۹ عضو دیگر در دوره‌های ۹ ساله غیرقابل تمدید از سوی رئیس‌جمهور، رئیس مجمع ملی و رئیس سنای فرانسه انتخاب می‌شوند و رئیس شورا هم منتخب رئیس‌جمهور است.^{۳۹} به این سبب، نهاد ناظر می‌تواند به نوعی استقلال را از هر سه قدرت اصلی در دولت فرانسه حفظ کند.

مفهوم استقلال، مفهومی اساسی در بررسی نهاد ناظر بر انتخابات است. در ایران نیز شورای نگهبان به عنوان نهاد ناظر بر انتخابات از این قاعده مستثنا نیست. این شورا به واسطه دارا بودن اختیار در تصمیم‌گیری‌های نهادی، سازمانی و پرسنلی خود، دارای استقلال قابل توجهی در انجام وظایف و کارویژه خود است.^{۴۰} این مهم به ویژه با ارائه نظر تفسیری شورای نگهبان در سال ۱۳۸۶ رخ داد و این نهاد را در امر نظارت درونی کاملاً مستقل کرد.^{۴۱} همچنین اعضای این نهاد منتخب مقام معظم رهبری‌اند و بقای آنها وابسته به دیگر قوا نیست.

۲. اصول و بایسته‌های حاکم بر اعلام نتایج انتخابات

همانند سایر مراحل انتخابات، مرحله اعلام نتایج به عنوان یکی از مهم‌ترین مراحل در فرایند انتخابات مبتنی بر برخی بایسته‌ها و اصولی است که در ادامه مطرح می‌شود.

39. Constitutions Françaises

۴۰. فردین مرادخانی و ابراهیم صباغی ولاشانی، «حدود استقلال شورای نگهبان (مطالعه موردی استقلال مالی، اداری، استخدای و تشکیلاتی شورای نگهبان)»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۲۶ (۱۴۰۱)، ص ۲۲۳-۲۲۲.

۴۱. نظریه تفسیری شورای نگهبان به شماره ۸۶/۳۰/۲۱۹۳۴ در خصوص اصول چهارم، نود و یکم و نود و نهم قانون اساسی، ۱۳۸۶/۴/۱۹.

۱.۲. اصل پاسخگویی

اصل پاسخگویی^{۴۲} یکی از اصول بسیار مهم حکمرانی خوب است^{۴۳}. این اصل در پی افزایش نظارت عمومی و مردمی بر فعالیت‌های دولت است. در واقع پاسخگویی به معنای ابزاری برای پاسخ و توضیح دادن اعمال و تصمیم‌های یک فرد یا مقام یا نهاد دیگری است که آثار حقوقی و سیاسی و اداری به دنبال دارد^{۴۴}. در حوزه انتخابات، پاسخگویی اقتضا دارد تصمیمات و اقدامات نهادهای دخیل در انتخابات به صورت شفاف اتخاذ شود و چه در زمینه فرایند انتخابات که پیش‌تر مورد اشاره قرار گرفت و چه در زمینه اعلام نتایج به‌گونه‌ای عمل شود که مردم از میانی و دلایل تصمیمات اتخاذی آگاه شوند که این امر به دو صورت قابل تأمین است؛ یا به صورت عمومی به اطلاع عموم رسانده شود و یا به دنبال درخواست افراد و به صورت موردی پس از اعتراض و شکایت به اطلاع افراد برسد^{۴۵}. برای مثال بر اساس تبصره ۶ ماده ۶۴ (الحاقی در اصلاحیه مورخ ۱۴۰۲/۵/۱) قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۷۸ «داوطلب می‌تواند در فرایندهای انتخابات نماینده قانونی خود را با ارائه مدرک رسمی معتبر حسب مورد معرفی کند. دلایل عدم تأیید یا عدم احراز فقط به داوطلب اعلام می‌شود».

بنابراین چنان‌که مبرهن است، پاسخگویی ارتباط نزدیک و تنگاتنگی با اصل شفافیت دارد. ملاحظه‌ای که در مرحله اعلام نتایج انتخابات در این خصوص قابل طرح است، نسبت اصل پیش‌گفته با اصل محرمانگی اطلاعات و احترام به آبرو و کرامت افراد است. از این رو، شفافیت و پاسخگویی به هنگام اعلام نتایج انتخابات به معنای افشای اطلاعات خصوصی افراد نیست.

با عنایت به مطالب فوق و به‌خصوص بند یادشده می‌توان این‌گونه نتیجه گرفت، چنان‌که اعلام نتایج با امر عمومی همچون ابطال انتخابات و موارد این‌چنینی تلاقی کند و به‌نوعی جنبه

42. Accountability

43. Jashari M, Pepaj I. "The Role of the Principle of Transparency and Accountability in Public Administration". Acta Universitatis Danubius. Administratio. 10 (2018), p. 62.

Houlihan B, Policy S. Accountability and Good Governance. Action for Good Governance in International Sports Organisations. (2013), pp. 22-23.

۴۴. محمدحسین زارعی، «فرایند مردمی شدن، پاسخ‌گویی و مدیریت دولتی»، مجتمعه آموزش عالی قم، ش ۹ (۱۳۸۰)، ص ۱۲۲.

۴۵. حسن خسروی، حقوق انتخابات دموکراتیک، (تهران: مجد، چ ۱، ۱۳۸۸)، ص ۱۴۶.

عمومی یابد^{۴۶}، لازم است دلایل و مدارک مورد استناد به صورت عمومی به اطلاع مردم برسد؛ اما چنان که در حیطه خصوصی افراد و مربوط به دلایل شخصی عدم احراز یا رد صلاحیت افراد باشد، لازم است به صورت شخصی و حسب درخواست یا شکایت افراد به اطلاع ایشان برسد.

بند ۲-۱۱ سیاست‌های کلی انتخابات، ضمن تأکید بر شفافیت در انتخابات در تمام مراحل، پاسخگویی مکتوب در خصوص دلایل ابطال انتخابات و رد صلاحیت داوطلبان در صورت درخواست آنان را مورد تأکید قرار داده است^{۴۷}. ماده ۶۱ قانون انتخابات مجلس (اصلاحی ۱۴۰۲) بیان کرده که داوطلب می‌تواند پس از ابلاغ عدم تأیید یا عدم احراز صلاحیت، ظرف دو روز درخواست کتبی مبنی بر ارائه دلایل عدم تأیید یا عدم احراز صلاحیت خود را به هیئت اجرایی بدهد و آن هیئت موظف است دلایل را با رعایت قانون لزوم رسیدگی دقیق به شکایات داوطلبان رد صلاحیت شده در انتخابات مختلف مصوب ۲۲ آبان ۱۳۷۸ مجمع تشخیص مصلحت نظام در مدت چهار روز به وی ابلاغ کند.

در خصوص شورای نگهبان نیز تبصره ۱ ماده ۶۴ قانون یادشده (الحاقی ۱۴۰۲)، حق دانستن

۴۶. در خصوص جنبه عمومی یافتن موضوعات مرتبط با اعلام نتایج، شاید بتوان مطالبه عمومی را یکی از مصادیق آن دانست، به نحوی که اگر عدم احراز یا رد صلاحیت یک کاندید که از بدنه اجماعی قابل توجهی برخوردار است موجب ایجاد این مطالبه عمومی شود که دلایل آن به صورت عمومی منتشر شود و چنان که منتشر نشود تبعات و آثار سوئی برای حاکمیت به دنبال داشته و موجب سلب اعتماد عمومی گردد، عندالافتضا دلایل مزبور منتشر گردد. البته ضوابط تشخیص این امر از سوی نهاد ناظر باید منقح و تبیین گردد که مراد از مطالبه عمومی چه میزان از تقاضاها است و حسب مورد تبعات عدم افشای آن برای حاکمیت چیست و از سوی دیگر مصلحت افشای اطلاعات افراد در این موارد بر حرمت حفظ آبروی اشخاص ترجیح دارد یا نه؟ (هرچند در مواردی خود داوطلبان خواهان افشای دلایل مزبور هستند).

در این راستا می‌توان به تبصره ۵ ماده ۶۴ (الحاقی در اصلاحیه مورخ ۱۴۰۲/۵/۱) قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۷۸ اشاره کرد که در موارد خاصی به شورای نگهبان اختیار داده است در این باره اطلاع‌رسانی عمومی کند: تبصره ۵- مبنی بر اصل محرمانگی تعیین صلاحیت، اطلاعات و اسناد مربوط به بررسی صلاحیت داوطلبان، مشمول قانون مجازات انتشار و افشای اسناد محرمانه و سری دولتی مصوب ۱۳۵۳/۱۱/۲۹ است. در صورتی که انتشار و افشای اطلاعات و اسناد مذکور یا اخبار خلاف واقع مستلزم توضیح یا تبیین از سوی شورای نگهبان باشد، شورا می‌تواند به نحو مقتضی توضیحات خود را به صورت عمومی ارائه نماید.

۴۷. ۱۱- نظارت شورای نگهبان بر فرایندها، ابعاد و مراحل انتخابات ریاست جمهوری، مجلس شورای اسلامی و مجلس خبرگان رهبری از جمله تأیید نهایی صلاحیت داوطلبان، رسیدگی به شکایات و تأیید یا ابطال انتخابات به منظور تأمین سلامت انتخابات، جلب مشارکت حداکثری و تأمین حقوق داوطلبان و رأی‌دهندگان با:

۱- ۱۱- تعیین سازوکارهای شفاف، زمان‌بندی شده و اطمینان‌بخش و فراهم کردن حضور داوطلبان یا نمایندگان آنها در تمام مراحل.

۲- ۱۱- پاسخگویی مکتوب در خصوص دلایل ابطال انتخابات و رد صلاحیت داوطلبان در صورت درخواست آنان.

دلایل و ارائه دفاعیات و توضیحات داوطلب در مراحل بررسی صلاحیت در شورای نگهبان را تنها در صورتی می‌داند که یکی از شرایط زیر در مورد وی صدق کند:

الف) داوطلب در مراحل نظارتی پیشین، پس از ابلاغ و اطلاع از حق دانستن دلایل و ارائه توضیحات و دفاعیات، درخواست کتبی خود مبنی بر اعمال حق یادشده را ارائه داده، ولی امکان استماع دفاعیات وی فراهم نشده است.

ب) با عذر موجه یا خارج از اراده خود از برخورداری از این حق محروم بوده است.

ج) دلایل، مدارک یا مستندات جدیدی در مراحل بعد کشف شده است که در این صورت، تنها نسبت به همان دلایل جدید حق ارائه دلیل و اخذ دفاعیات انجام می‌شود.

در این خصوص باید گفت، هرچند موارد پیش گفته در اصلاحات اخیر قانون مجلس مورد توجه قرار گرفته و گام مثبتی است، اما محدود نمودن حق دانستن داوطلب به موارد پیش گفته با تحقق کامل اصل پاسخگویی فاصله دارد.

در این خصوص می‌توان به رد صلاحیت ترامپ در دیوان عالی ایالت کلرادو^{۴۸} استناد کرد. این حکم قضایی هرچند مربوط به مقوله اعلام نتایج در انتخابات نیست، اما نشانگر این مسئله است که در مواردی که امری با تأثیرات بزرگ سیاسی و ابعاد این چنینی مطرح می‌شود، جنبه عمومی یافته، در رسانه و فضای سیاسی بازتاب گسترده می‌یابد و می‌تواند از مصادیق اعلام عمومی رد صلاحیت یک نامزد انتخابات باشد. بر اساس این حکم، دیوان عالی کلرادو با استناد به بخش سوم متمم چهاردهم قانون اساسی امریکا^{۴۹} (افراد) که پس از ادای سوگند به حمایت

۴۸. ر.ک. تصمیم دیوان عالی کلرادو قابل دسترس در:

https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/23/23-696/294453/20231228124722255_20231228%20Anderson%20Resp%20Motion%20to%20Expedite.pdf

همچنین:

<https://www.nytimes.com/2023/12/19/us/politics/trump-colorado-ballot-14th-amendment.html>

۴۹. متمم چهاردهم، بخش ۳: شخصی که به‌عنوان یکی از مقامات ایالات متحده یا به‌عنوان عضو مجلس قانونگذاری یک ایالت یا در مقام یک مسئول اجرایی یا قضایی ایالتی، برای حمایت از قانون اساسی ایالات متحده قبلاً سوگند ادا کرده باشد، ولی بعداً علیه ایالت خود شورش کند یا به دشمنان وابسته آن یاری دهد، نمی‌تواند به‌عنوان نماینده سنا یا نماینده کنگره یا عضو هیئت انتخاب‌کننده رئیس جمهوری و معاون رئیس جمهوری انتخاب شود، یا هرگونه سمت کشوری و لشکری را در ایالات متحده یا در هریک از ایالات آن تصدی نماید. هرچند کنگره می‌تواند با رأی دو سوم اعضای هریک از دو مجلس، به عدم صلاحیت فرد مذکور پایان دهد.

از قانون اساسی دست به شورش می‌زنند)، ابراز داشت دونالد جی ترامپ، رئیس‌جمهور سابق آمریکا بار دیگر از تصدی پست ریاست‌جمهوری رد صلاحیت شده است، زیرا او با اقدامات خود در حمله به ساختمان کنگره در ۶ ژانویه دست به شورش زده است. در این حکم به دفتر منتخب قانون اساسی ایالت کلرادو دستور داده شد تا نام ترامپ را از رأی‌گیری مقدماتی جمهوری‌خواهان این ایالت حذف کند.

۲.۲. اصل مستند و مستدل بودن^{۵۰}

از جمله شرایط اساسی در هر انتخابات سالم و مردم‌سالاری، مستند و مستدل بودن تصمیمات اتخاذی از سوی نهادهای انتخاباتی است. اصل یادشده یکی از الزامات صدور آرای قضایی و شبه‌قضایی است.^{۵۱} با نگاهی کلی‌تر، آگاهی مردم از اصول و مبانی تصمیمات اداری فلسفه اصل یادشده است تا امکان بازنگری و اصلاح تصمیمات فراهم باشد. اصل نامبرده ارتباط محکمی با اصل حاکمیت قانون دارد، چراکه تصمیمات مقامات عمومی باید مبتنی بر قانون باشد و اصل مستند و مستدل بودن این امکان را فراهم می‌کند که مردم سنج‌های ارزیابی تصمیمات عمومی و تطبیق این تصمیمات بر قانون را در اختیار داشته باشند.^{۵۲}

قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۷۸ با آخرین اصلاحات در سال ۱۴۰۲ در بخش‌های مختلفی به مستند و مستدل بودن تصمیمات نهادهای انتخاباتی اشاره نموده است، از جمله تبصره ماده ۶۰ (اصلاحی ۱۴۰۲) که در خصوص هیئت‌های اجرایی چنین بیان کرده است، رد صلاحیت داوطلبان نمایندگی مجلس باید مستند به قانون و بر اساس مدارک و اسناد معتبر باشد. همچنین ماده ۶۲ قانون یادشده (اصلاحی ۱۴۰۲) ابراز داشته که هیئت نظارت استان در راستای بررسی دقیق صلاحیت داوطلبان و تحت نظارت هیئت مرکزی نظارت موظف است به‌صورت مستدل و مستند به قانون، مدارک، دلایل یا قراین اطمینان‌آور بر اساس تحقیقات لازم، آخذ سوابق و مدارک اثباتی از داوطلب، شنیدن توضیحات یا دفاعیات داوطلب و با رعایت موازین

50. The principle of Being Documented and Substantiated

۵۱. پرویز حاجی‌پور و همکاران، «اصل مستند، مستدل و موجه بودن آرای دیوان عدالت اداری و مراجع شبه‌قضایی با بررسی رویه قضایی»، پژوهش حقوق خصوصی، ش ۴۲ (۱۴۰۲)، ص ۲۸۰-۲۸۵.

۵۲. محمدجواد رضایی‌زاده و محسن داوری، «مبانی و اصول تشخیص صلاحیت نمایندگی مجلس شورای اسلامی»، دانش حقوق عمومی، ش ۱۴ (۱۳۹۵)، ص ۱۳۱.

شرعی و حقوقی، نظر خود را به همراه مستندات به هیئت مرکزی نظارت اعلام کند.

۳.۲. اصل محرمانگی^{۵۳} و حفظ حیثیت در اعلام نتایج

در قوانین موضوعه بسیاری از کشورهای جهان محدودیت‌های گوناگونی برای انتخاب‌شوندگان پیش‌بینی شده است که مرجع نظارتی با رعایت محدودیت‌های یادشده، به بررسی صلاحیت داوطلبان انتخاباتی می‌پردازد. نکته‌ای که در این زمینه حائز اهمیت است، بررسی اطلاعات داوطلبان و درنهایت اعلام نتایج بررسی با رعایت حفظ حیثیت آنها از طریق محرمانگی استدلال‌ها و مستندات است؛ به عبارت دیگر، عدم محرمانگی و بیان کامل دلایل عدم احراز یا رد صلاحیت داوطلبان در رسانه‌های عمومی، موجب تشویش اذهان عمومی، خدشه به حیثیت داوطلب و از سوی دیگر فشار اجتماعی به مرجع نظارتی خواهد شد.

برای مثال، وینچنزو تائانی^{۵۴} در سال ۱۹۹۶ از سوی دادگاهی در بنونتو^{۵۵} در ایتالیا ورشکست اعلام شد و به پرداخت بدهی‌های خود ملزم گردید. او با وجود پرداخت بدهی‌های خود، از برخی اموال و برخی حقوق خود از جمله حق انتخاب شدن محروم گردید. به همین دلیل، وی علیه جمهوری ایتالیا در سال ۲۰۰۱ به دلیل نقض برخی پروتکل‌های کنوانسیون اروپایی حقوق بشر بر اثر عدم رعایت حقوق محرمانگی اسناد ورشکستگی او از سوی دولت، سلب برخی حقوق وی مانند حق انتخاب شدن و حق تردد آزاد و طولانی شدن روند بررسی پرونده، به دادگاه اروپایی حقوق بشر شکایتی را ارائه کرد. قبل از آن، دولت ایتالیا به دلیل ورشکستگی متقاضی، او را ۵ سال از حضور در انتخابات به‌عنوان انتخاب‌شونده منع و با وجود گذراندن این دوران پنج‌ساله، وی همچنان از حقوق مدنی خود محروم بود و در وضعیت ممنوعیت برای حضور در انتخابات به‌عنوان کاندیدا قرار داشت. در نهایت نیز دادگاه، نقض ماده ۳ پروتکل ۱ را از سوی دولت ایتالیا در مورد تائانی مشهود دانست^{۵۶}.

فونگوم گورجی - دینکا^{۵۷}، تبعه کشور کامرون و ساکن بریتانیا، در سال ۲۰۰۲ شکایتی را علیه

53. Secrecy

54. Vincenzo Taiani

55. Bénévent

56. Taiani v. Italy

<https://www.eods.eu/elex/uploads/files/57c9471e7d358-TAIANI%20c.%20ITALIE.pdf>

57. Fongum Gorji-Dinka

دولت کامرون مبنی بر نقض مواد متعددی از میثاق حقوق مدنی و سیاسی سازمان ملل متحد به دلیل آنچه دولت کامرون «جدایی‌طلبی» می‌خواند و همچنین محرومیت از حقوق سیاسی خود از جمله حق انتخاب شدن تنظیم کرد.

دینکا نه تنها این اتهام دولت کامرون را غیرقانونی و بی‌اساس تلقی می‌کرد، بلکه رفتار دولت کامرون با او را نقض حقوق بشر و حقوق مدنی و سیاسی او می‌دانست که موجب خدشه به حیثیت او شده است. در این پرونده، دولت کامرون علاوه بر اینکه هیچ پاسخی به درخواست‌های کمیته حقوق بشر سازمان ملل نداد، اساساً هیچ‌گونه واکنشی در این مورد نشان نداد و سکوت کرد. به واسطه عدم پاسخگویی دولت کامرون و شواهد متقاضی، کمیته رأی به نقض بند ۱ ماده ۹، بندهای ۱ و ۲ ماده ۱۰، بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۲۵ میثاق از سوی دولت کامرون داد.^{۵۸}

۴.۲. اصل دادخواهی^{۵۹}

در جوامع دموکراسی، وجود راهکارهای منصفانه و عادلانه برای رسیدگی به اختلافات، ضروری است. اختلافات چه در مراحل ابتدایی انتخابات، یعنی مرحله ثبت نام و احراز صلاحیت‌ها، چه در مرحله برگزاری آن، یعنی تبلیغات و رأی‌گیری و چه در مرحله پسانتخاباتی یعنی اعلام نتایج و... رخ دهد، لازم است در بستری از انصاف و عقلانیت و با رعایت موازین و استانداردهای بین‌المللی حل و فصل شوند.^{۶۰}

از سوی دیگر نهادهای بررسی‌کننده صلاحیت داوطلبان انتخابات باید در قبال تصمیمات گرفته‌شده، پاسخگو باشند و از دل همین موضوع، سازوکار دادخواهی عادلانه مطرح می‌شود. البته پاسخگویی نهاد ناظر لزوماً پاسخگویی به حکومت نیست، بنابراین ممکن است نهاد ناظر تنها به دادگاه پاسخگو باشد. از این رو در نظامی که نهاد ناظر به دادگاه پاسخگو است و مشمول نظارت قضایی قرار گرفته، استقلال دادگاه پراهمیت و ضروری است.^{۶۱}

58. Fongum Gorji-Dinka v. Cameroon

<https://www.eods.eu/elex/uploads/files/578e4f24b4f61-Gorji-Dinka%20v.%20Cameroon.pdf>

59. Lawsuit

۶۰. حسین علانی، «مطالعه تطبیقی مکانیسم دادرسی انتخاباتی در انگلستان و اصول بین‌المللی حاکم بر دادرسی انتخاباتی»، پژوهش‌های

حقوقی، ش ۴۴ (۱۳۹۹)، ص ۳۰۰.

61. Gerardo, Munck & Verkuilen, Jay. "Conceptualizing and Measuring Democracy: Evaluating Alternative Indices", *Comparative Political Studies*, 35 (2002). p.10.

در نظام نظارت قضایی، سطح واقعی پاسخگویی نهاد ناظر به استقلال دادگاه‌ها بستگی کامل دارد؛ در واقع حتی اگر نوعی از استقلال ضمنی هم وجود داشته باشد، ممکن است نهاد ناظر به وسیله دادگاه منحل شود. همه این موارد بستگی به استقلال دستگاه قضایی و قوه قضائیه دارد؛ بنابراین، چنانچه دستگاه قضایی و سیستم دادگاه‌ها بی طرف یا کارآمد نباشند این امر ممکن است بر روند بی طرفی انتخابات لطمه جدی وارد کند.^{۶۲}

طبق اصل ۵۸ قانون اساسی فرانسه، شورای قانون اساسی بر حسن اجرای قانون انتخابات ریاست جمهوری نظارت می‌کند. این شورا به اعتراض‌ها رسیدگی کرده، نتایج انتخابات را اعلام می‌نماید.^{۶۳}

راهکارهایی که مؤسسه بین‌المللی پشتیبانی از دموکراسی و انتخابات^{۶۴} مقرر کرده، به این شرح است:

۱- چارچوب قانونی باید تضمین کند که هر رأی‌دهنده، نامزد و حزب سیاسی، زمانی که ادعا می‌شود نقض حقوق انتخاباتی رخ داده است، حق اقامه شکایت به نهاد انتخاباتی و یا دادگاه صالح را دارد.

۲- قانون باید الزام نماید که نهاد انتخاباتی صالح و یا دادگاه برای اینکه حزب مدعی نقض، حق انتخاباتی خود را از دست ندهد، تصمیمی فوری اتخاذ کند.

۳- قانون باید حق درخواست تجدیدنظر به نهاد یا دادگاه انتخاباتی صالح بالاتر را با اختیار بررسی و اعمال صلاحیت نهایی در این موضوع در نظر بگیرد. تصمیم دادگاه عالی باید فوراً صادر شود.

۴- قانون باید مهلت مناسبی را برای بررسی و تصمیم شکایت و نیز اطلاع از تصمیم، برای شاکی پیش‌بینی نماید.^{۶۵}

62. Eisenstadt, Tood.A. "Measuring Electoral Court Failure in Democratizing Mexico", *International Political Science Review*, No. 1 (2002), p. 14

63. Constitutions Françaises

64. The International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA)

65. "Challenging Elections in the UK, (2012, September)", Electoral Commission, Last Accessed January 6, 2017, <https://www.electoralcommission.org.uk/media/4005>.

در سال ۲۰۰۷، دو شهروند مولداویایی - رومانیایی، الکساندر تاناسه و دورین چیرتوآکا^{۶۶}، از دولت مولداوی به واسطه «ممنوعیت حضور شهروندان به علت تابعیت دوگانه در انتخابات» به کنوانسیون اروپایی حقوق بشر^{۶۷} شکایت کردند و خواستار لغو این قانون و امکان حضور در انتخابات مجلس مولداوی شدند. آنان به واسطه ارجاع به ماده ۱۴ پروتکل کنوانسیون یعنی «ممنوعیت تبعیض در حقوق سیاسی اجتماعی فارغ از نژاد و جنسیت» و همچنین ماده ۳ پروتکل شماره ۱ این کنوانسیون مبنی بر «حق انتخابات آزاد» شکایت خود را مطرح کردند.

دادگاه حقوق بشر اروپایی در این پرونده حتی با وجود استناد قوانین داخلی مولداوی به «غیرمجاز بودن حضور شهروندانی با تابعیت مضاعف در انتخابات»، به نقض ماده ۳ پروتکل شماره ۱ کنوانسیون^{۶۸} از سوی دولت مولداوی رأی داد و شکایت این دو شهروند را وارد دانست. جالب آن است که دادگاه در رأی خود حتی شرایط خاص تاریخی و سیاسی مولداوی را هم یادآور می‌شود، اما با این حال این قانون مولداوی را ناقض کنوانسیون می‌داند.^{۶۹}

در سال ۲۰۰۲ میکولا میکولایوویچ کواچ^{۷۰}، نامزد انتخابات مجلس اوکراین، شکایتی را علیه دولت اوکراین به اتهام نقض ماده ۳ پروتکل ۱ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر به دلیل ابطال آرای چهار حوزه انتخاباتی که سبب بازنده اعلام شدن نامزد یادشده در انتخابات مجلس این کشور شد، تنظیم کرد. از طرف دیگر دولت اوکراین دلیل این ابطال را وجود تخلفاتی در این حوزه‌های انتخاباتی عنوان نمود و مدارک خود را نیز به دادگاه اروپایی حقوق بشر تقدیم کرد. با این حال، دادگاه شواهد و مدارک دولت اوکراین را ناکافی دانست و به نقض ماده ۳ پروتکل ۱ کنوانسیون از سوی دولت اوکراین رأی داد و اعلام کرد موارد ابطال شده کاملاً خودسرانه بوده، این عمل مطابقتی با آنچه دولت اوکراین «اهداف قانونی» می‌نامد، ندارد.

66. Alexandru Tănase and Mr Dorin Chirtoacă

67. European Convention on Human Rights

۶۸. برای مطالعه مواد منشور، نک:

https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUK Ewih6om_qP-CAXUsYPEDHVB0AlwQFnoECA4QAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.echr.coe.int%2Fdocuments%2Fd%2Fechr%2Fconvention_ENG&usg=AOvVaw2znO_HcjW6NnBU24DZUXqD&opi=89978449

69. Tanase v. Moldova

<https://www.eods.eu/elex/uploads/files/57c448d285d90-TANASE%20v.%20MOLDOVA.pdf>

70. Mykola Mykolayovych Kovach

۵.۲. اصل کتبی بودن اعلام نتایج

اساساً یکی از ویژگی‌هایی که بایسته‌های مربوط به اعلام نتایج را تأمین می‌کند و باب دادخواهی از اعلام نتایج بررسی صلاحیت‌ها را فراهم می‌آورد، ویژگی رسمی بودن اعلام نتایج است. یکی از جلوه‌های رسمی بودن، نگارش و ثبت و ضبط نتایج بررسی است تا به موجب آن امکان دادخواهی فراهم شده، حیثیت اشخاص با حفظ محرمانگی این اسناد، در امان باشد.

یکی از ویژگی‌های کتبی بودن اعلام نتایج، جلوگیری از تفسیر موسع در مواجهه با نتیجه است. همین امر موجب می‌شود داوطلب در صورت وجود اعتراض به نتیجه یادشده، در حدود نظرهای تنقیح‌شده در اعلام نتایج، اعتراض خود را بازگو کند. همچنین این موضوع هم در اعلام نتایج و هم در رسیدگی به اعتراضات وارده پس از اعلام نتایج از اهمیت وافری برخوردار است.

برای مثال، شورای قانون اساسی فرانسه مانند دیگر دادگاه‌ها باید تصمیم‌های خود را بر پایه دلایل و مستندات حقوقی بگیرد و آرای خود را به پشتوانه استدلال درست، روشن و دقیق صادر کند. با آنکه این نهاد همواره چنین هدفی را دنبال کرده، ارزیابی حقوقدانان از شیوه استدلال شورا همیشه رضایت‌بخش نبوده است. گروهی با نیم‌نگاهی به آرای دیگر دادگاه‌های اساسی، به‌ویژه دادگاه فدرال آلمان^{۷۱}، کارنامه شورا را نسبتاً خوب می‌دانند^{۷۲}. گروهی دیگر بر این باورند که استدلال‌های به‌کاررفته در آرا ناکافی^{۷۳} یا شیوه کار شورا غیردقیق و پیش‌بینی‌ناپذیر است^{۷۴}.

نتیجه

نهاد ناظر و فرایند اعلام نتایج ذیل دو بخش مورد بررسی قرار گرفته و اصول و بایسته‌های آن استخراج شده است. گفته شد که اصول و بایسته‌های مربوط به نهاد ناظر به‌عنوان نهاد متولی امر خطیر انتخابات که تحت عنوان نهاد ناظر انتخابات می‌توان از آن نام برد، پراهمیت است.

71. Autorité Absolue de Chose Jugée.

72. ROUSSEAU, Dominique, GAHDOUN, Pierre-Yves et BONNET, Julien, *Droit du Contentieux Constitutionnel*, (Paris: Montchrestien, 11 Édition, 2016), p. 870.

73. SABETE, Wadgi, "De L'insuffisante Argumentation des Décisions du Conseil Constitutionnel", *Actualité Juridique. Droit Administratif*, No. 9 (2011), p. 885.

74. de Paul Tetang F. "À Propos de la Qualité Des Décisions du Conseil Constitutionnel". *Revue Française de Droit Constitutionnel*. No. 108 (2016), p. 5.

اصولی چون قانونی بودن، شفافیت، بی‌طرفی، حاکمیتی بودن و استقلال از مهم‌ترین بایسته‌های نهاد ناظر انتخابات است که در این پژوهش به‌عنوان اصول قوام‌بخش و حامی و حافظ منافع و حقوق شهروندی مانند حق «انتخاب شدن» و «انتخاب کردن»، به آنها پرداخته شده است. البته با مطالعه موارد متعددی در دولت‌های مختلف مشخص شد که این اصول نه جنبه‌ای محلی، بلکه جهانی و همه‌شمول دارد و اساس شکل‌گیری انتخابات آزاد به‌عنوان اصلی از اصول دموکراسی شمرده می‌شود.

در بخش دوم نیز اصول و بایسته‌های حاکم بر اعلام نتایج انتخابات بررسی و تبیین شده است. در این میان اصولی چون پاسخگویی، مستدل بودن، حفظ محرمانگی، امکان دادخواهی و کتبی بودن اعلام نتایج، به‌عنوان به‌وجودآورنده شرایط امکان اعلام نتایج انتخابات به صورتی عادلانه بررسی و تفسیر گردید. این اصول، شکل‌گیری نوعی نظم سازمان‌یافته و عادلانه را ممکن ساخته است که تمامی کاندیداها بتوانند منافع و حقوق خود را دریافت کنند و مهم‌تر از آن، امکان اعتراض و دادخواهی را نیز به شکلی قانونی که خدشه‌ای به نظام انتخاباتی کشور وارد نکند، داشته باشند.

در این میان و به‌ویژه در بخش نهاد ناظر سعی شد نگاهی کوتاه به وضعیت انتخابات و رعایت بایسته‌های آن انداخته شود و نتیجه آن بود که در ایران و به‌ویژه با پیروزی انقلاب اسلامی، شورای نگهبان به‌عنوان نهادی مستقل، قانونی و حاکمیتی، وظایف یک نهاد ناظر را عهده‌دار شد. از طرف دیگر این نهاد در امر اعلام نتایج در کنار وزارت کشور، دو عنصر حیاتی هستند که این مسئولیت مهم را به‌عهده دارند. در امر حاکمیتی و قانونی بودن، در انواع انتخابات اعم از ریاست‌جمهوری، مجلس شورای اسلامی و مجلس خبرگان رهبری، شورای نگهبان دارای صلاحیت ذاتی و قانونی برای اعمال نظارت و تصمیم‌گیری است و همچنین به‌عنوان نهاد پاسخگو موظف به رسیدگی به شکایات است. از زاویه استقلال و بی‌طرفی این نهاد، شورای نگهبان در راستای انجام وظایف و اختیارات خود مقرر در اصول ۴، ۹۴ و ۹۹ به ساختار و تشکیلات اداری مناسب نیازمند است و این مهم در گرو استقلال رأی در امور داخلی و سازمانی خود و همچنین بی‌طرفی اعضا و کارگزارانش در امر انتخابات است.

شورای نگهبان در ایران، شورای قانون اساسی در فرانسه، شورای ویژه انتخابات در ژاپن، همگی در شناخت مفهوم نهاد ناظر در کشورها و دولت‌های گوناگون به کار می‌روند. در این میان می‌توان نتیجه گرفت که ماهیت این نهادها یکسان (با تسامح)، اما دارای اختیارات یا مؤلفه‌های متفاوتی با یکدیگر هستند. با این حال، نتیجه‌گیری مهم آن است که به‌واسطه ماهیت یکسان این نهادها، وجود چنین نهادی برای پاسداری از مردم‌سالاری و امر انتخابات از اهم بایسته‌هاست و حتی کارویژه اعلام نتایج و پاسخگویی هم در گرو سلامت این نهاد است.

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

- کتابها

۱. ابوالحسنی، محسن (۱۳۹۳). گزارش پژوهشی آشنایی با مفاهیم حقوق عمومی بررسی مفهوم «استقلال»، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
۲. خسروی، حسن (۱۳۸۸). حقوق انتخابات دموکراتیک. تهران: مجد.
۳. دهخدا، علی اکبر (۱۳۸۵). فرهنگ متوسط دهخدا. تهران: دانشگاه تهران.
۴. شیخ الاسلامی، محسن (۱۳۹۸). حقوق اساسی تطبیقی. شیراز: شیراز.
۵. قاضی، ابوالفضل (۱۳۸۲). حقوق اساسی و نهادهای سیاسی. تهران: میزان.
۶. کرون، پاتریشیا (۱۴۰۱). جامعه‌های ماقبل صنعتی. تهران: ماهی.
۷. مدنی، سید جلال‌الدین (۱۳۷۹). حقوق اساسی تطبیقی. تهران: پایدار.
۸. منتسکیو، شارل (۱۳۴۳). روح القوانین. ترجمه علی اکبر مهتدی، تهران: امیرکبیر.

- مقالات

۹. بزرگمهری، مجید (۱۳۸۵). بررسی تطبیقی شرایط انتخاب‌کنندگان و انتخاب‌شوندگان در نظام انتخاباتی ریاست‌جمهوری ایران و فرانسه. حقوق اساسی، ۴(۷)، ۴۵-۵۵.
۱۰. حاجی‌پور، پرویز؛ فقیه حبیبی، علی و حبیب‌زاده، توکل (۱۴۰۲). اصل مستند، مستدل و موجه بودن آرای دیوان عدالت اداری و مراجع شبه‌قضایی با بررسی رویه قضایی. پژوهش حقوق خصوصی، ۱۱(۴۲)، ۲۷۷-۳۱۴. Doi: 10.22054/jplr.2023.68027.2675
۱۱. راسخ، محمد و رفیعی، محمدرضا (۱۳۹۳). نسبت حکومت با زندگی مطلوب؛ نگرشی به رویکرد بی‌طرفی. مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ۱(۱)، ۱۰۹-۱۳۱.
۱۲. رضائی‌زاده، محمدجواد و داوری، محسن (۱۳۹۵). مبانی و اصول تشخیص صلاحیت نمایندگی مجلس شورای اسلامی. دانش حقوق عمومی، ۵(۱۴)، ۱۱۷-۱۴۲.

۱۳. زارعی، محمدحسین (۱۳۸۰). فرایند مردمی شدن، پاسخ‌گویی و مدیریت دولتی. *نامه مفید*، مجتمع آموزش عالی قم، ۳ (۹)، ۱۲۱-۱۵۵.

۱۴. علانی، حسین (۱۳۹۹). مطالعه تطبیقی مکانیسم دادرسی انتخاباتی در انگلستان و اصول بین‌المللی حاکم بر دادرسی انتخاباتی. *پژوهش‌های حقوقی*، ۱۹ (۴۴)، ۲۹۷-۳۲۴.

Doi: 10.48300/jlr.2020.120710

۱۵. مرادخانی، فردین و صباغی و لاشانی، ابراهیم (۱۴۰۱). حدود استقلال شورای نگهبان (مطالعه موردی استقلال مالی، اداری، استخدامی و تشکیلاتی شورای نگهبان). *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۱۳ (۲۶)، ۲۱۵-۲۳۵.

Doi: 10.22034/law.2021.46318.2917

ب) منابع انگلیسی

- Books

16. Rousseau, D.; Gahdoun, P. Y.; Bonnet, J., & Vedel, G. (2016). *Droit du Contentieux Constitutionnel* (Vol. 7). Paris: Montchrestien.
17. Bendix R. & Max Weber (1998). *An Intellectual Portrait*. Psychology Press.
18. Giddens, A., & Griffiths, S. (2006). *Sociology*. Polity.
19. Houlihan, B., & Policy, S. (2013). *Accountability and Good Governance*. Action for Good Governance in International Sports Organisations.

- Articles

20. Adler, E. S., & Hall, T. E. (2013). Ballots, Transparency, and Democracy. *Election Law Journal*, 12(2), 146-161.
21. Bendix, R. (1998). Max Weber: An Intellectual Portrait. United Kingdom: *Routledge*.
22. Eisenstadt, Tood.A. (2002). "Measuring Electoral Court Failure in Democratizing Mexico", *International Political Science Review*, 23 (1), 47-68.
23. Gert, B. (1995). Moral Impartiality. *Midwest Studies in Philosophy*, 20(1), 102-128.

24. Hollyer, J. R., Rosendorff, B. P., & Vreeland, J. R. (2011). Democracy and transparency. *The Journal of Politics*, 73(4), 1191-1205.
25. Jashari, M., & Pepaj, I. (2018). The Role of the Principle of Transparency and Accountability in Public Administration. *Acta Universitatis Danubius*. Administratio, 10(1), 60-69.
26. Munck, G. L., & Verkuilen, J. (2002). Conceptualizing and Measuring Democracy: Evaluating Alternative Indices. *Comparative Political Studies*, 35(1), 5-34.
27. Murjani, M., & Sagama, S. (2022). The Existence of the Election Supervisory Agency Post 2024 Based on Positive Law. *Syiah Kuala Law Journal*, 6(3), 242-256.
28. Sule, B., Mohd Sani, M. A., & Mat, B. (2017). Independent National Electoral Commission and Campaign Financing Monitoring in Nigeria: The 2015 General Elections. *Journal of International Studies*, (13), 15-31.
29. Suyatno, S. (2021). The General Election Process Dispute Settlement Procedure By Election Supervisory Agency. *In Proceeding of International Conference on the Law Development For Public Welfare*. 1(1), 180-189.
30. Tetang, F. (2016). À propos de la Qualité des Décisions du Conseil Constitutionnel (Réflexions à la Lumière de la Jurisprudence Récente) *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 108(4), 1-36. <https://doi.org/10.3917/rfdc.108.0987>.

- Websites

31. ARRÊT TAIANI c. ITALIE. (2006). In Cour Européenne Des Droits De L'Homme. <https://www.eods.eu/elex/uploads/files/57c9471e7d358-TAIANI%20c.%20ITALIE.pdf>
32. CASE OF TĂNASE V. MOLDOVA. (2010). <https://www.eods.eu/elex/uploads/files/57c448d285d90-TANASE%20v.%20MOLDOVA.pdf>
33. CASE OF THE COMMUNIST PARTY OF RUSSIA AND OTHERS v. RUSSIA. (2012). <https://www.eods.eu/elex/uploads/files/57ce9d47277d0-COMMUNIST%20PARTY%20OF%20RUSSIA%20AND%20OTHERS%20v.%20RUSSIA.pdf>

34. Challenging Elections in the UK, (2012),” Electoral Commission”, <https://www.electoralcommission.org.uk/media/4005>.
35. Covenant on Civil and Political Rights <https://iran.un.org/en/106018-international-covenant-civil-and-political-rights> International
36. European Convention on Human Rights available at: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwih6om_qP-CAxUsYPEDHVB0AlwQFnoECA4QAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.echr.coe.int%2Fdocuments%2Fd%2Fchr%2Fconvention_ENG&usg=AOvVaw2znO_HcjW6NnBU24DZUXqD&opi=89978449
37. Fenster, M. (2005). The Opacity of Transparency. SSRN Electronic Journal. <https://doi.org/10.2139/ssrn.686998>
38. Fongum Gorji-Dinka v. Cameroon available at: <https://www.eods.eu/elex/uploads/files/578e4f24b4f61-Gorji-Dinka%20v.%20Cameroon.pdf>
39. Green, R. (2014). Rethinking Transparency in U.S. Elections. William & Mary Law School Scholarship Repository. <https://scholarship.law.wm.edu/facpubs/1724>
40. Human Rights Committee, Paksas, R., & Neuman, G. L. (2014). Views of the Human Rights Committee under article 5, paragraph 4, of the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights (110th session) concerning Communication No. 2155/2012. In S. Tomas & United Nations, International Covenant on Civil and Political Rights. [https://www.eods.eu/elex/uploads/files/57c43878b315a-Paksas%20v.%20Lithuania%20\(UNHRC%20-%202155-2012\).pdf](https://www.eods.eu/elex/uploads/files/57c43878b315a-Paksas%20v.%20Lithuania%20(UNHRC%20-%202155-2012).pdf)
41. Merriam-Webster Online Dictionary
42. Murray, J., Grimsley, S., Olson, E., Broer, I., & Olson Grimsley Kawanabe Hinchcliff & Murray Llc. (2023). Motion of the Anderson Respondents to Expedite Briefing on the Petitions for a Writ of Certiorari and for Expedited Merits Briefing If the Court Grants the Petitions. In the Supreme Court of the United States. https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/23/23-696/294453/20231228124722255_20231228%20Anderson%20Resp%20Motion%20to%20Expedite.pdf

43. PETKOV AND OTHERS v. BULGARIA. (2009). <https://www.eods.eu/elex/uploads/files/57c4469fbe072-PETKOV%20AND%20OTHERS%20v.%20Bulgaria.pdf>
44. Phillips, A., & Phillips, A. (1980). DECISION of 18 December 1980 on the admissibility of the application (A. Phillips, Interviewer). <https://www.eods.eu/elex/uploads/files/57cd7746a0e1d-LIBERAL%20PARTY,%20R.%20and%20P.%20v.%20the%20UNITED%20KINGDOM.pdf>
45. Sabete, W. (2011). De L'insuffisante Argumentation des Décisions du Conseil Constitutionnel. L'Actualité Juridique. Droit Administratif, 16, 885. <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-02219679>
46. Trump is Disqualified from 2024 Ballot, Colorado Court Says in Explosive Ruling. (2023, March 16). The New York Times. <https://www.nytimes.com/2023/12/19/us/politics/trump-colorado-ballot-14th-amendment.html>
47. Vajić, N., Steiner, E., Hajiyev, K., Trajkovska, M. L., Laffranque, J., Sicilianos, L.-A., & Møse, E. (2012). CASE OF HAJILI v. Azerbaijan. European Court of Human Rights. <https://www.eods.eu/elex/uploads/files/57ce99610e722-HAJILI%20v.%20AZERBAIJAN.pdf>
48. World Bank. (2016). Making Politics Work for Development: Harnessing Transparency and Citizen Engagement. *The World Bank*.

- Laws

49. Constitutions françaises



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 15 Issue: 36

Autumn 2024

Article Type: Research Article

Pages: 207-233

Protection of the Right of the Integrity of the Artwork of the Creator of Motion Picture: A Comparative Study in the legal System of the USA and Iran

Pedram Keshavarz¹| Reza Daryai²

1. Master of Private Law, University of Guilan, Iran (Corresponding Author)

pedramkeshavarz1995@gmail.com

2. Assistant Professor, University of Guilan, Iran

reza.daryaie@guilan.ac.ir

Abstract

In addition to economic rights that protect his financial interests, the creator of a motion picture has another set of rights called moral rights that focuses on the relationship between him and the work. Among the moral rights, we can refer to the right to integrity of the work, according to which any change in the work depends on the consent of its creator. This article seeks to answer the question that to what extent the right to the integrity of motion pictures is protected in the two legal systems of Iran and the United States. Is this protection considered sufficient? To achieve this answer, identifying the station of the right to the integrity of the work, its importance in protecting the interests of the creator, and the ways of protection in these two legal systems should be investigated. The current study, which was carried out in a descriptive-analytical method and using library tools, indicates that in the United States legal system, the right to the integrity of the work is only accepted in a certain category of works of art and that too under certain conditions And motion pictures are explicitly excluded from this protection. In this legal system, the protection of this right has been assigned to other legal institutions such as defamation, and the evidence shows the lack of adequate protection in this regard. Although, unlike United States law, in Iranian law, the right of integrity to the work is accepted regarding motion pictures; in practice, the issue of extensive censorship means that we don't see proper protection of this right.

Keywords: Author's Moral Rights, The Right of Integrity, Motion Pictures, Censorship, Public Policy.

Received: 2024/03/05

Received in revised form: 2024/10/16

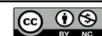
Accepted: 2024/10/28

Published: 2024/11/10

DOI: 10.22034/LAW.2024.60826.3375

Publisher: University of Tabriz

law@tabrizu.ac.ir





حمایت از حق تمامیت اثر پدیدآورنده فیلم سینمایی:

مطالعه تطبیقی در نظام حقوقی امریکا و ایران

پدرام کشاورز^۱ | رضا دریائی^۲

pedramkeshavarz1995@gmail.com

۱. کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه گیلان، ایران (نویسنده مسئول)

reza.daryaie@guilan.ac.ir

۲. استادیار دانشگاه گیلان، ایران

چکیده

پدیدآورنده فیلم سینمایی علاوه بر حقوق مادی که حافظ منافع اقتصادی وی است، دارای دسته‌ای دیگر از حقوق تحت عنوان حقوق معنوی است که بر رابطه بین وی و اثر تمرکز دارد. از جمله حقوق معنوی می‌توان به حق تمامیت یا یکپارچگی اثر اشاره داشت که به موجب آن هرگونه تغییر در اثر منوط به رضایت پدیدآورنده آن است. این نوشتار در پی پاسخ به این پرسش است که در دو نظام حقوقی ایران و امریکا تا چه میزان از حق تمامیت فیلم سینمایی حمایت به عمل می‌آید؟ آیا این حمایت کافی است؟ برای نیل به پاسخ‌ها، شناسایی جایگاه حق تمامیت اثر، اهمیت آن در حمایت از منافع پدیدآورنده و شیوه‌های حمایت از آن در این دو نظام حقوقی باید مورد بررسی قرار گیرد. مطالعه حاضر که به روش توصیفی-تحلیلی و با استفاده از ابزار کتابخانه‌ای صورت گرفته است، حکایت از آن دارد که در نظام حقوقی امریکا، حق تمامیت اثر تنها در خصوص دسته خاصی از آثار هنری و آن هم با شرایط خاصی مورد پذیرش واقع شده و به صراحت فیلم‌های سینمایی از شمول این حمایت خارج گردیده‌اند. در این نظام حقوقی، حمایت از این حق به نهادهای حقوقی دیگری نظیر هتک حرمت واگذار شده و شواهد گویای عدم حمایت کافی در این خصوص است. با اینکه برخلاف حقوق امریکا، در حقوق ایران حق تمامیت اثر در خصوص فیلم‌های سینمایی مورد پذیرش قرار گرفته، اما در عمل مسئله سانسورهای گسترده موجب آن شده است که شاهد برخورداری از حمایت شایسته از این حق نباشیم.

واژگان کلیدی: حق تمامیت اثر، حقوق معنوی پدیدآورنده، سانسور، فیلم سینمایی، نظم عمومی.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۲/۱۵ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۷/۲۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۸/۰۷ تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۰۸/۲۰

DOI: 10.22034/LAW.2024.60826.3375



law@tabrizu.ac.ir

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

حقوق معنوی جزء اساسی رابطه پدیدآورنده با اثر است. این حقوق به پدیدآورندگان این امکان را می‌دهد که حتی پس از فروش یا اعطای مجوز آن به دیگران، کنترل خود را بر نحوه ارائه و استفاده از اثر حفظ کنند. این کنترل در حصول اطمینان از اینکه دیدگاه پدیدآورنده نسبت به اثرش محترم است و از اعتبار آنها محافظت می‌شود، بسیار مهم است. مفهوم حق تمامیت در قلمرو آثار خلاقانه از اهمیت بالایی برخوردار است. برای پدیدآورندگان، حفظ یکپارچگی آثارشان از طریق حقوق معنوی و به‌طور ویژه حق تمامیت اثر حمایت می‌شود. به مدد این حق، پدیدآورندگان از بازتولید تحریف‌شده آثار خود جلوگیری کرده، از شهرت و اعتبار حرفه‌ای خود حمایت می‌کنند. حقوق ایران نیز با پیروی از نظام «حق مؤلف»، ارج نهادن به صاحبان اندیشه را بر خاسته از حقوق طبیعی دانسته، در واقع حمایت از این افراد را پاداش تلاش خلاقانه و مبتکرانه آنها تلقی می‌کند. این نظام حقوقی با رویکرد شخصیت‌محور خود، برای خالق اثر اهمیت ویژه‌ای قائل شده و علاوه بر حقوق مادی و اقتصادی، جهت حمایت از شخصیت و اعتبار مؤلف اثر، دسته‌ای دیگر از حقوق با نام حقوق معنوی و اخلاقی را هم در نظر گرفته است. در حقوق ایران، قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸ تنها قانونی است که به حق تمامیت در فیلم‌های سینمایی پرداخته و به‌موجب آن هرگونه تغییر و تحریف در اثر را منوط به اجازه پدیدآورنده دانسته است. در طرف دیگر، حقوق امریکا با پیروی از نظام «کی‌رایت»، اساساً بر حمایت از اثر استوار است. در این نظام حقوقی، با تبعیت از نظریه‌های فایده‌گرا، جنبه اقتصادی و مالی اثر از اهمیت اساسی برخوردار بوده، حقوق معنوی به‌طور کلی مورد پذیرش قرار نگرفته است. تنها در قانون حقوق هنرمندان تجسمی مصوب ۱۹۹۰ میلادی، اصل وجود این حقوق با محدودیت‌های زیادی پذیرفته شده است. البته فیلم‌های سینمایی از شمول حمایت قانونی مستثنا شده و حمایت از آنها به نهادهای حقوقی دیگری نظیر هتک حرمت و توهین واگذار شده است.

در خصوص حق تمامیت اثر و ضرورت حمایت از آن تاکنون مقالاتی نگاشته شده است. برای نمونه می‌توان به مقاله‌های «بررسی تطبیقی حق تمامیت اثر در حقوق داخلی و بین‌المللی»^۱، «حق تمامیت یا یکپارچگی اثر در نظام حقوق آثار هنری و ادبی مالکیت فکری»^۲،

۱. فهیمه فخاری، «بررسی تطبیقی حق تمامیت اثر در حقوق داخلی و بین‌المللی»، *قانون‌یار*، ش ۱۳ (۱۳۹۹)، ص ۲۴۹-۲۵۵.

۲. میلاد حبیبی هرزویلی، «حق تمامیت یا یکپارچگی اثر در نظام حقوق آثار هنری و ادبی مالکیت فکری»، *سیزدهمین کنفرانس بین‌المللی مطالعات حقوقی و علوم قضایی*، <https://civilica.com/doc/1636083>

«حمایت از حقوق معنوی در ایالات متحده و تأثیر قانون سرگرمی خانواده و کپی‌رایت بر تعهدات بین‌المللی امریکا»^۳ و «توجیه حقوق معنوی در مالکیت فکری»^۴ اشاره کرد. در همه این آثار، حق تمامیت به‌طور کلی مورد بررسی قرار گرفته است، لیکن در پژوهش حاضر این حق به‌طور ویژه در فیلم‌های سینمایی با توجه به ویژگی‌های خاص آن مورد مطالعه قرار خواهد گرفت و چالش‌ها و وضعیت موجود پیرامون آن در حقوق امریکا و ایران مورد بررسی انتقادی قرار می‌گیرد.

در این پژوهش با روش توصیفی-تحلیلی و بر اساس مطالعات کتابخانه‌ای به دنبال پاسخ به این پرسش هستیم که آیا اساساً نیاز به حق خاصی تحت عنوان حق تمامیت اثر وجود دارد و یا امکان حمایت از آن به شیوه‌های دیگر ممکن است؟ دو کشور آمریکا و ایران با چه روش‌هایی و تا چه میزانی از این حق حمایت می‌کنند؟ این حقوق از چه ابعادی برای پدیدآورنده اثر و سایر افراد جامعه دارای اهمیت است؟ با اینکه حقوق ایران در این خصوص تابع نظام حق مؤلف و حقوق امریکا تابع کپی‌رایت است و از این حیث دارای دو رویکرد مختلف به‌نظر می‌رسند، اما در عمل هر دو نظام حقوقی مورد مطالعه، حمایت لازم را در این خصوص به‌عمل نمی‌آورند.

به همین منظور در ادامه، ابتدا تعریفی از حقوق معنوی و حق تمامیت اثر بیان شده، سپس مشخص خواهد شد که هریک از دو نظام حقوقی امریکا و ایران به چه شکل و در چه محدوده‌ای، از این حق در خصوص فیلم سینمایی حمایت می‌کنند.

۱. مفهوم حقوق معنوی و حق تمامیت اثر

پدیدآورنده اثر فکری دارای دو دسته حقوق متمایز است؛ حقوق مادی یا اقتصادی و حقوق معنوی یا اخلاقی. اصل دوگانگی در حقوق مالکیت فکری دیدگاهی است که در آن ماهیت و موضوع حقوق مادی و معنوی را متفاوت می‌داند. در این دیدگاه حقوق مادی اثر ناظر به پدیده فکری و حقوق معنوی ناظر به پدیدآورنده است.^۵ در شرح مفهوم حقوق معنوی می‌توان گفت

3. B.Holland. Moral Rights Protection In The United States and the Effect of the Family Entertainment and Copyright Act of 2005 On U.S. International Obligations. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, No. 39 (2006), pp. 217-220.

4. B. A Lee, Making Sense of Moral Rights in Intellectual Property. *Temple Law Review*, No. 84 (2011), p. 71-80.

۵. مریم شیخی، اصول حقوق مالکیت فکری، (تهران: میزان، چ ۱، ۱۳۹۴)، ص ۳۷۲.

پدیدآورنده شخصیت خویش را در اثرش نمایان می‌سازد؛ به بیان دیگر اثر فکری به‌عنوان یک مخلوق ذهنی تجلی شخصیت پدیدآورنده است، لذا در دفاع از اثر خود منافع فکری، هنری و معنوی دارد.^۶ این حقوق از اعتبار و شخصیت پدیدآورنده آثار ادبی و هنری صیانت کرده، حقوق وی را از جهت حفظ حرمت نام و مصون بودن اثر از تحریف به‌رسمیت می‌شناسد.^۷ حقوق معنوی در معنای حقوق اخلاقی و غیرمالی پدیدآورنده اثر فکری در برابر حقوق مادی و اقتصادی قرار می‌گیرد. برخی از حقوق‌دانان بر اساس ترجمه لفظی Droit Moral آن را حقوق اخلاقی ترجمه کرده‌اند. با این حال، اصطلاح «حقوق معنوی» اصطلاح رایج امروزی است. حقوق معنوی منوط به شخصیت پدیدآورنده بوده، اجرای حقوق مادی به اعمال حقوق معنوی (افشای اثر) وابسته است.^۸

از حق تمامیت اثر با عنوان حق حرمت یا احترام به اثر یا یکپارچگی اثر نیز یاد می‌شود. اثر به‌نوعی شخصیت پدیدآورنده را نشان می‌دهد و هرگونه آسیب به اثر، آسیب به شخصیت وی و شهرت هنری وی است؛ بنابراین، تنها پدیدآورنده فیلم است که می‌تواند در اثرش تغییراتی را اعمال کند یا از هرگونه تغییر، تحریف، سانسور و اضافات نسبت به اثر ممانعت به‌عمل آورد.^۹ به این ترتیب، پدیدآورنده اثر حق دارد تمامیت اثرش را در برابر هرگونه تحریف و تغییر غیرمجاز حفظ نماید.^{۱۰} این حق مشتمل بر دو وجه ایجابی یا سلبی است. وجه ایجابی آن به این معناست که تنها پدیدآورنده اثر است که می‌تواند از حق جرح و تعدیل در اثرش برخوردار شود و جنبه سلبی آن به این مفهوم است که هیچ فرد دیگری بدون إذن پدیدآورنده حق تغییر و تحریف در اثرش را ندارد.

در بند نخست ماده ۶ مکرر کنوانسیون برن که به حقوق معنوی اختصاص دارد، به این حق اشاره شده و جهت حمایت از آن شرطی در نظر گرفته شده است. به‌موجب این بند، پدیدآورنده

۶. ستار زرکلام، حقوق مالکیت ادبی و هنری، (تهران: سمت، چ ۵، ۱۳۹۸)، صص ۱۰۸-۱۰۹.

۷. یاسمن جعفرپور و زهرا شاکری، «تحدید حق معنوی مولف با اعمال دکتری استفاده منصفانه در نظام حقوقی آمریکا»، مطالعات حقوق

تطبیقی معاصر، ش ۳۳ (۱۴۰۲)، ص ۵.

۸. مریم شیخی، پیشین، صص ۴۲۲-۴۲۵.

۹. ستار زرکلام، پیشین، ص ۱۱۸.

۱۰. زهرا حاجب، عکاسی و سینما در حقوق ایران و بین‌الملل (بوشهر: حله، چ ۳، ۱۳۹۹)، ص ۲۸۴.

می‌تواند به هرگونه تحریف، حذف یا هر نوع تغییر اثر یا هرگونه لطمه دیگر به آن که موجب خدشه‌دار شدن اعتبار یا شهرت او شود، اعتراض کند. لذا شرط حمایت، لطمه به حیثیت و اعتبار پدیدآورنده است.

۲. دلایل توجیهی شناسایی حق تمامیت اثر

حقوق معنوی و مخصوصاً حق تمامیت اثر از این جهت مهم است که ارزش خلاقانه فیلم‌های سینمایی را به رسمیت می‌شناسد. پدیدآورندگان آن آثار ممکن است زمان، هزینه، انرژی و ایده‌های مبتکرانه قابل توجهی را در اثر سرمایه‌گذاری کرده باشند که حقوق معنوی از این منافع خلاقانه و غیراقتصادی حمایت می‌کند. برای یک پدیدآورنده، حقوق معنوی در طول زندگی وی و حتی پس از مرگ دارای اهمیت فراوانی است؛ زیرا این حقوق از ارتباط وی با اثرش محافظت می‌کند که تجسم استعداد خلاق وی است. پدیدآورندگان بدون حقوق معنوی و شناسایی و حمایتی که فراهم می‌کنند، چگونه می‌توانند شهرت خود را بسازند و دیگران را از اصلاح اثرشان بدون اجازه بازدارند؟ مهم‌تر از آن، اینکه چگونه پدیدآورندگان می‌توانند بدون ضمانت‌هایی که حقوق معنوی ارائه می‌کند، پاداشی برای آثار خود تضمین کنند؟ حقوق معنوی نه تنها در طول حیات پدیدآورنده، بلکه پس از مرگ وی نیز نقش مهمی ایفا می‌کند؛ زیرا وارثان را قادر می‌سازد تا از خاطرات پدیدآورنده محافظت کنند.^{۱۱}

حق تمامیت اثر در حمایت از منافع مالی و اقتصادی پدیدآورنده نیز بسیار حائز اهمیت است. در صورتی که پدیدآورنده یک فیلم سینمایی از حقوق معنوی برخوردار نباشد و هر فرد یا نهادی این امکان را داشته باشد که اثر هنرمند را تغییر داده، تحریف یا سانسور کند و آن را به‌عنوان اثر اصلی وی معرفی نماید؛ این امر علاوه بر آسیب به شهرت و اعتبار هنری پدیدآورنده، ممکن است از لحاظ اقتصادی به خسارت‌های جبران‌ناپذیری منجر گردد، زیرا عامه مردم که اثر مشاهده‌شده بی کیفیت را به جای اثر اصیل می‌پندارند، از آن پس آثار آن پدیدآورنده را خریداری نکرده، سبد خرید فرهنگی خود را با آثار دیگری جایگزین می‌کنند. بنابراین، حمایت از حق تمامیت اثر نه تنها از جنبه شخصی و هنری برای پدیدآورندگان حائز اهمیت است، بلکه از لحاظ اقتصادی نیز اهمیت فراوانی دارد. نظام حق مؤلف و حقوق ایران نیز با در نظر گرفتن این مزایا،

11. J. A. Chávez, "COCCopyright and the Value of Moral Rights". *Wipo Magazine*, No. 4 (2018), p.14-21.

حق تمامیت فیلم سینمایی را به عنوان یک حق شخصی مورد پذیرش قرار داده است. لیکن در نظام کپی‌رایت و حقوق آمریکا، این حق با توجیهات اقتصادی در خصوص فیلم‌های سینمایی مورد انکار قرار گرفته است. مخالفان معتقدند وجود حقوق تمامیت به عنوان یک حق طبیعی غیرقابل انکار برای هر کدام از پدیدآورندگان فیلم سینمایی و امکان طرح دعوی نقض این حق از سوی آنها، تهدیدی دائمی علیه اقتصاد سینما است. لذا تفاوت دو رویکرد کاملاً مشخص است. لیکن همان‌گونه که پیش‌تر نیز بیان شد، فواید پذیرش حق تمامیت اثر برای مؤلف و جامعه بسیار بیشتر از زیان‌های احتمالی آن است. در ادامه رویکرد این دو کشور به صورت مجزا مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

۳. مفهوم فیلم سینمایی

یک اثر سینمایی که به دلیل ضبط تصاویر بر روی نوار فیلم، فیلم سینمایی نیز نامیده می‌شود^{۱۲}، از عناصر تصویر (به صورت مجموعه‌ای از فریم‌ها) و صدا (شامل گفتگو، صدا و موسیقی) تشکیل شده است^{۱۳}. در قانون کپی‌رایت آمریکا فیلم‌های سینمایی در دسته آثار دیداری- شنیداری قرار می‌گیرند^{۱۴}. در ماده ۱۰۱ این قانون و ذیل قسمت تعاریف، «فیلم» به این شرح تعریف شده است: «اثری شنیداری- دیداری که متشکل از مجموعه‌ای از تصاویر مرتبط است که به صورت متوالی نمایش داده می‌شود و حس حرکت را القا می‌کند، همراه با صدا، اگر داشته باشد». آثار دیداری- شنیداری اصطلاحی عام به نظر می‌رسد. این آثار همه ویژگی‌های مشترک آثار سینمایی یا آثار مرتبط با آن را دارا است، به جز تثبیت. آثار سینمایی و فیلم‌ها اخص از آن هستند و تثبیت در آنها الزامی است. فرایند تثبیت آنها نیز باید با سینماتوگرافی یا چیزی شبیه به آن یا هر نوع شکل تثبیت باشد. هیچ راه مشخصی برای تمایز بین آثار دیداری- شنیداری، فیلم‌ها و آثار سینمایی وجود ندارد و اکثر قوانین ملی کپی‌رایت از یکی از این اصطلاحات برای شمول بقیه یا کاربرد همه یا برخی اصطلاحات به جای یکدیگر استفاده

۱۲. حسین سینجلی، بررسی تطبیقی مالکیت معنوی آثار سینمایی در حقوق ایران و انگلستان و اسناد بین‌المللی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۶، ص ۱۰.

۱۳. زهرا حاجب، پیشین، ص ۱۵.

۱۴. رضا سالک، «کپی‌رایت آثار سینمایی در دنیا»، نقد سینما، ش ۱۹ (۱۳۷۸)، صص ۹۷-۹۹.

می‌کنند.^{۱۵}

در قانون حمایت حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸، تعریفی از فیلم سینمایی، اثر سینمایی یا شنیداری-دیداری ارائه نشده است؛ بنابراین در حال حاضر که این قانون مجری است هیچ تعریف قانونی از این آثار وجود ندارد که شایسته بود قانون‌گذار به تعریف این اثر می‌پرداخت. اما در بند ۶ ماده ۱ لایحه حمایت از مالکیت فکری مصوب ۱۳۹۳ هیئت وزیران^{۱۶}، از اثر شنیداری-دیداری نام برده و آن را به این شرح تعریف کرده است: «اثری متشکل از مجموعه‌ای از تصاویر پیاپی و پیوسته به گونه‌ای که مشاهده آن‌ها احساس متحرک بودن را در ذهن به وجود آورد و اغلب با صدا همراه است؛ مانند فیلم، سریال و پویانمایی».

بند ۱ ماده ۲ کنوانسیون برن که «آثار بیان‌شده با فرایندی مشابه سینماتوگرافی» را با آثار سینمایی ادغام می‌کند، شامل تثبیت‌های فیلم‌برداری شده یا ضبط‌شده از آثار نمایشی سنتی مانند نمایشنامه‌ها و کمدی‌های موزیکال است؛ اما همچنین، طبق راهنمای کنوانسیون برن در معاهده واپسو، شامل تمام اشکال ممکن محتوای فیلم‌برداری شده، از فیلم‌های مستند گرفته تا پویانمایی، بدون توجه به فرایند فنی استفاده‌شده است.^{۱۷}

۴. حق تمامیت فیلم سینمایی در حقوق آمریکا و ایران

در این بخش، وضعیت حق تمامیت فیلم سینمایی در حقوق آمریکا و ایران، شیوه‌های حمایت از این حق و نقاط ضعف و قوت هریک از این رویکردها بررسی خواهد شد.

۱.۴. حمایت از حق تمامیت فیلم سینمایی در حقوق آمریکا

در بررسی حق تمامیت اثر در حقوق ایالات متحده، ابتدا به تشریح پیشینه و دلایل عدم حمایت از حقوق معنوی در قوانین این کشور می‌پردازیم، سپس موارد استثنایی مورد حمایت و مبانی آن را مطالعه کرده، رویه قضایی موجود را مورد تحلیل قرار خواهیم داد. پس از آشنایی با

15. Irini A. Stamatoudi, *Copyright and Multimedia Products A Comparative Analysis*, (London: Cambridge University Press, First Edition, 2003), pp. 109-110.

۱۶. این لایحه که به مباحث مربوط به مالکیت ادبی و هنری پرداخته، در سال ۱۳۹۳ به مجلس واصل شده، اما تاکنون به دلایل نامعلوم مورد تصویب قرار نگرفته است.

17. Paul Goldstein and Bernt Hugenholtz, *International Copyright-Principles, Law and Practice*, (London: Oxford University Press, Fourth Edition, 2019), p. 190.

این موارد، چگونگی مواجهه حقوق آمریکا با حق تمامیت فیلم سینمایی نمایان می‌شود.

۱.۱.۴. عدم حمایت کپی‌رایت از حق تمامیت فیلم سینمایی

از ابتدا تمرکز قوانین کپی‌رایت ایالات متحده بر انتشار عمومی آثار خلاقانه و نه حمایت از شخصیت هنرمند بوده است. با انتقال نظریه مؤلف از اروپا به ایالات متحده، کارگردانان فیلم آمریکایی خواهان حقوق قانونی مشابه کارگردانان اروپایی بودند. این هدف ناممکن می‌نمود، زیرا قوانین کپی‌رایت اروپایی و ایالات متحده بر مبنای بسیار متفاوتی بنا شده‌اند. کپی‌رایت در ایالات متحده می‌تواند مورد خرید و فروش و معامله قرار گیرد. این مسئله مبتنی بر نظریه بازارمحور است که بر اساس آن پاداش دادن به مؤلفان و هنرمندان با توجه به منفعتی که برای جامعه به همراه دارد، ارزشمند شمرده می‌شود. با این حال، درنهایت همه آثار برای جامعه ساخته شده و درنهایت متعلق به جامعه است. در حقوق اروپایی، اثر هنری از شخصیت هنرمند سرچشمه می‌گیرد و لذا وی علاوه بر حقوق مادی دارای نوع دیگری از حق به نام حقوق طبیعی یا معنوی است. در ایالات متحده سیاست‌گذاران و قضات همواره تحت تأثیر درخواست‌های فیلم‌سازان برای حقوق معنوی قرار گرفته‌اند. بارها و بارها دادگاه‌ها و کنگره در آستانه اتخاذ حقوق معنوی برای فیلم‌سازان بوده‌اند، اما درنهایت منافع استودیوها همیشه غالب بوده است. در آن زمان استودیوهای فیلم‌سازی آمریکایی به سهولت فیلم‌های سینمایی اروپایی را کپی کرده، با تغییرات اندکی در آمریکا به نمایش درمی‌آوردند. لذا آنچه بسیاری از مؤلفان اروپایی به‌عنوان سرقت ادبی مورد تأیید دولت می‌دیدند، مانع از ورود ایالات متحده به کنوانسیون برن گردید. پس از تجدیدنظر بعدی در سال ۱۹۲۸، دولت‌های عضو کنوانسیون، ایالات متحده آمریکا را برای پیوستن به آن تحت فشار گذاشتند، اما مانع بزرگی به نام حقوق معنوی بر سر راه الحاق آمریکا به کنوانسیون وجود داشت.^{۱۸}

در طول دهه ۱۹۳۰، کنگره در مورد پیوستن یا عدم پیوستن به کنوانسیون برن بین سال‌های ۱۹۳۰ تا ۱۹۴۱، حداقل هفت لایحه جداگانه پیشنهاد کرد که به نتیجه‌ای نرسید. حتی برخی این لوایح را غیرآمریکایی می‌دانستند. کشمکش‌های قانون‌گذاری در دهه ۱۹۳۰ ناسازگاری حقوق

18. Peter Decherney, *Hollywood's Copyright Wars- from Edison to the Internet*, (New York: Columbia University Press, First Edition, 2012), pp. 157-159.

معنوی و سنت انگلیسی - امریکایی را ثابت کرد. در سال ۱۹۳۹، استودیوها در مورد مزایای حقوق معنوی بر اساس شرایط خود تجدیدنظر کردند و هیئتی را به جلسه‌ی اعضای برن فرستادند. نمایندگان هالیوود استدلال کردند که تهیه‌کنندگان فیلم - و نه کارگردانان - باید مؤلفان برحق فیلم در نظر گرفته شوند و تهیه‌کنندگان باید حقوق معنوی در فیلم داشته باشند. به هر حال، در رسانه‌ی مشارکتی و صنعت فیلم کاملاً مشخص نیست که چه کسی مؤلف اثر است.^{۱۹} در هالیوود، نه کارگردانان مستقل و نه انجمن کارگردانان آمریکا به اندازه‌ی کافی قدرتمند نبودند که خواستار کنترل هنری دائمی بر آثار خود باشند؛ بنابراین آنها امیدوار بودند که قانون یک حق طبیعی غیرقابل انکار را برای کنترل هنرشان به رسمیت بشناسد. آنها امیدوار بودند که حقوق معنوی کمبود قدرت مذاکره آنها را جبران کند.^{۲۰}

ریچارد گفارد، نماینده‌ی وقت ایالت میزوری در مجلس نمایندگان آمریکا، لایحه‌ای را پیشنهاد کرد که به کارگردانان فیلم حقوق معنوی موردنظرشان را می‌داد و آنها را از قراردادهای «اثر ساخته‌شده در استخدام» که مالکیت تام فیلم‌ها را به استودیوها می‌داد معاف می‌کرد؛ اما وی هالیوود را نادرست ارزیابی کرد، زیرا قدرت هنوز در اختیار استودیوها بود، نه استعدادهای آنها. به هر حال، استودیوها دقیقاً به چیزی که می‌خواستند رسیدند. ابتدا در سال ۱۹۸۸ و پس از نزدیک به صد سال، ایالات متحده کنوانسیون برن را تصویب کرد و به استودیوها قدرت داد تا در بسیاری از کشورهای دیگر خط مشی کپی‌رایت را اعمال کنند. آمریکا تا قبل از آن سال موضع مبهمی در خصوص حقوق معنوی داشت و حتی هنگام ملحق شدن به کنوانسیون نیز اعلام کرد به پذیرش مواد راجع به حقوق معنوی نیازی ندارد، زیرا با روش‌های دیگری از این حقوق حمایت می‌شود.^{۲۱} حتی دبیر کل سازمان جهانی مالکیت فکری اعلام کرد که لزومی ندارد آمریکا مواد قانونی موضوعه برای حمایت از حقوق معنوی را جهت تطابق با ماده‌ی ۶ مکرر کنوانسیون برن تصویب کند.^{۲۲} به‌طور کلی قانون اجرای کنوانسیون برن به کنگره این امکان را داد که از بحث در مورد اینکه حمایت بیشتری از حقوق معنوی هنرمندان به عمل آورد و آن را به رسمیت بشناسد، بگریزد.

19. *Ibid*, p. 160-162.

20. *Ibid*, p. 177.

۲۱. باقر انصاری، «شرایط اثر قابل حمایت در نظام مالکیت‌های ادبی و هنری (کپی‌رایت)»، تحقیقات حقوقی، ش ۴۵ (۱۳۹۶)، ص ۱۱۰.

۲۲. محمدهادی میرشمسی و میلاد حامدی، «تحلیل رویه عملی نظام کپی‌رایت راجع به حق معنوی»، پژوهش حقوق خصوصی، ش ۳۲ (۱۳۹۹)، ص ۱۷۷.

قانون حقوق هنرمندان تجسمی نیز در سال ۱۹۹۰ حقوق معنوی محدودی را در برخی از آثار هنری ایجاد کرد، اما به صراحت فیلم‌ها را از دسته آثار حمایت‌شده مستثنی نمود.

تنها امتیاز کوچکی که کارگردانان دریافت کردند، در قالب قانون ملی حفظ فیلم^{۳۳} در سال ۱۹۸۸ بود که هیئت ملی حفظ فیلم و ثبت ملی فیلم را تأسیس کرد. این قانون به هیئت مدیره اختیار داد تا هر سال ۲۵ فیلم را جهت قرار گرفتن در فهرست ملی فیلم انتخاب کند. فیلم‌های موجود در فهرست از نمایش یا توزیع به شکل تغییر یافته بدون برچسبی که تغییرات را اعلام می‌کند حمایت می‌شوند^{۳۴}. درحقیقت این قانون نیز هیچ‌گونه حمایتی از حقوق معنوی نکرده، تنها امکان بایگانی نسخه فیلم را فراهم می‌کند؛ بنابراین، کنگره موفق شد هنرمندان را بدون تأثیر واقعی بر قوانین کپی‌رایت راضی کند^{۳۵}.

با این حساب باید گفت، درنهایت پس از چندین دهه جدال قانونی بر سر حقوق معنوی و تصویب کنوانسیون برن، حق تمامیت به صورت محدود و با مستثنی شدن فیلم‌های سینمایی از شمول حمایت، مورد پذیرش ایالات متحده قرار گرفت. تنها نکته مثبت برای مؤلفان نیز قانون ملی حفظ فیلم بود که هر ساله چند فیلم را در فهرست ملی فیلم قرار داد تا از تغییرات بدون مجوز مصون بمانند.

۲.۱.۴. حمایت قانونی از حق تمامیت فیلم سینمایی؛ شرایط و محدودیت‌ها

اگرچه قانون کپی‌رایت آمریکا هرگز نسخه یکپارچه‌ای از حقوق معنوی را نپذیرفته، اما به طور کامل نیز از آن چشم‌پوشی نکرده و این مفهوم به چند طریق و به طور تدریجی به قانون راه یافته است^{۳۶}. قوانین ایالات متحده بسیاری از حقوق مندرج در مجموعه حقوق معنوی را از طریق دکترین‌های قانونی نظیر هتک حرمت^{۳۷}، نقض حریم خصوصی^{۳۸} و رقابت ناعادلانه^{۳۹} مورد

23. National Film Preservation Act of 1988

24. Decherney, *op. cit.*, pp. 203-206.

25. B Hayes, Integrating Moral Rights into U.S. Law and the Problem of the Works for Hire Doctrine. *Ohio State Law Journal*, No. 61(2006), pp. 1014-1033.

26. Marshall Leaffer, *Understanding Copyright Law*, (Durham: Carolina Academic Press, Seventh Edition, 2019), p. 670.

27. Defamation

28. Invasion of Privacy

29. Unfair Competition

حمایت قرار می‌دهند. دکتربین هتک حرمت که به دنبال جبران خسارت به شهرت است، ظاهراً مناسب بوده، از سوی برخی دادگاه‌ها نیز حمایت شده است. با این حال، مشکلات ذاتی در به‌کارگیری این نظریه در موضوع تمامیت هنری منجر به حمایت ناکافی شده است. همچنین برای پیروزی در دعوا، لازم است که هنرمند ورود خسارات خاص یا ویژه^{۳۰} به خود را ثابت کند که اغلب با دشواری بسیاری همراه است. تجاوز به حریم خصوصی بر آسیب رساندن به شهرت تمرکز دارد و به این ترتیب از خود اثر هنری فقط به صورت مادی حمایت می‌کند. علاوه بر این، اگر حق حفظ حریم خصوصی بر اساس قانون ایالتی وجود داشته باشد، خواهان باید ثابت کند که استفاده غیرمجاز خواننده از نام او برای اهداف تجاری بوده است، نه برای اهداف خبری. چنین موانعی اثربخشی تئوری حفظ حریم خصوصی را به عنوان محافظی برای حقوق معنوی بسیار محدود می‌کند. لذا هر کدام از این نظریه‌ها دارای مشکلاتی است که حمایت از حقوق معنوی را از سوی آنها با مشکل مواجه می‌سازد^{۳۱}.

قانون دیگری که در خصوص حمایت از حق تمامیت فیلم سینمایی مورد استناد قرار می‌گیرد، قانون لانهام^{۳۲} ۱۹۴۶ است. این قانون معمولاً از علائم تجاری حمایت می‌کند، اما حقوق معنوی هنرمندان نیز به طور غیرمستقیم از طریق همین قانون حمایت شده است. مهم‌ترین پرونده در خصوص حمایت از حقوق معنوی در آمریکا که در آن به این قانون استناد شده، دعوای گیلیام علیه آمریکن بردکستینگ کامپانی است. در این پرونده، خواننده، شبکه ای بی سی، مجوز پخش چندین برنامه گروه معروف کمدی بریتانیایی مانتی پایتون را دریافت کرده بود، اما برخلاف قرارداد، از هر برنامه ۹۰ دقیقه‌ای، ۲۴ دقیقه را کوتاه می‌کرد. خواهان نیز به دلیل از بین رفتن طنز و تمامیت نمایش و نقض حق تمامیت، اقدام به طرح دعوی نمود. رأی بدوی به نفع خواهان نبود، اما در یک حکم خیره‌کننده که شاید قوی‌ترین دفاع از حقوق معنوی در رویه قضایی ایالات متحده باشد، دادگاه تجدیدنظر حوزه دوم ایالات متحده، حکم قبلی را نقض کرد و به نفع خواهان رأی داد. قاضی جوزف لومبارد نوشت: «قوانین کپی‌رایت آمریکا، حقوق معنوی را به رسمیت نمی‌شناسد یا دلیلی برای طرح دعوی در خصوص نقض آنها ارائه نمی‌دهد، زیرا قانون به دنبال

30. Special Damages

31. Moral Rights for Artists under the Lanham Act: Gilliam V. American Broadcasting Cos, Wm. & Mary L. Rev, No. 18 (1977), p. 595-611.

32. Lanham act of 1946

اثبات حقوق اقتصادی و نه شخصی مؤلفان است؛^{۳۳} اما در ادامه، او استدلال کرد که قانون کپی‌رایت ایالات متحده ناکافی است. «انگیزه اقتصادی برای آفرینش هنری و فکری که به‌عنوان پایه و اساس قانون کپی‌رایت امریکا عمل می‌کند، نمی‌تواند با ناتوانی هنرمندان در جبران خسارت برای تحریف کردن یا ارائه نادرست آثارشان به مردمی که از نظر مالی به آنها وابسته هستند تطبیق یابد». لومبارد برای رفع نیازهای هنرمندان به قانون لانهام ۱۹۴۶ روی آورد که از مصرف‌کنندگان در برابر تبلیغات گمراه‌کننده حمایت می‌کند.^{۳۴} بر این اساس، دادگاه به این نتیجه رسید که نمایندگی یک محصول، اگرچه از نظر فنی درست باشد، چنانچه تصویر نادرستی از منشأ محصول ایجاد نماید، قانون علامت تجاری را نقض می‌کند و این در موردی که یک شبکه تلویزیونی برنامه‌ای را پخش کرده، اما بدون رضایت مؤلف به شکلی ویرایش شده است که اساساً از اثر اصلی فاصله دارد، اعمال می‌گردد.^{۳۵}

بند «الف» ماده ۴۳ قانون لانهام مقرر می‌دارد: «هر شخصی که در ارتباط با کالا یا خدمات... از هرگونه تعیین منشأ نادرست، توصیف یا نمایندگی غیرحقیقی یا گمراه‌کننده واقعیت... در تجارت استفاده کند که احتمالاً موجب عدم قطعیت، اشتباه یا فریب در خصوص منشأ، حمایت مالی یا تأیید کالای وی گردد... در یک دعوی مدنی توسط هر شخصی که معتقد است احتمال دارد با چنین عملی خسارت ببیند، مسئول است»^{۳۵}. این ماده اساساً هم حق انتساب و هم حق تمامیت اثر هنرمند را تنظیم می‌کند. حق تمامیت اثر به هنرمند اجازه می‌دهد از تغییر اثر جلوگیری کند. با این حال، تعریف بند «الف» ماده ۴۳ محدودتر است: ماده نامبرده مقرر می‌کند تمامیت اثر را نه به‌عنوان یک دستکاری، بلکه به‌عنوان یک تغییر اساسی در اثر بدون اجازه هنرمند تعریف می‌کند. ادعای هنرمند در مورد آسیب تحت ماده یادشده بر اساس اعتبار اثر نسبت داده شده به هنرمند است که مجوز نهایی خود را نداده است، نه بر اساس تغییر خود اثر؛ بنابراین، قانون لانهام مقرر می‌دارد هنرمند حق دارد از هرگونه نمایش عمومی آثار خود که شهرت او را تهدید می‌کند، جلوگیری کند. طبق بند «الف» ماده ۴۳، خواهان باید علاوه بر نقض واقعی حق تمامیت اثر، سردرگمی یا فریب واقعی مصرف‌کننده را ثابت کند. از این رو، فقط مؤلفانی در

33. Peter Decherney, *op. cit.*, p. 191-196.

34. Paul Goldstein and Bernt Hugenholtz, *op. cit.*, p. 343-344.

35. Sheldon Hardy, the Protection of Moral Rights through Section 43(A) of the Lanham Act. *DePaul Journal of Art, Technology & Intellectual Property Law*, (1993), p. 8.

ایالات متحده حمایت می‌شوند که تحریف‌های آشکار، مشخصات اثر را تغییر داده، نامی نادرست از منشأ اثر ارائه دهند و تحریفی که دیدگاه عمومی را در مورد منشأ خود به اشتباه نیندازد، تحت قانون لانهام قابل اجرا نخواهد بود.

شایان ذکر است قانون حقوق هنرمندان تجسمی^{۳۶} که از آن به‌عنوان مهم‌ترین اقدام در شناسایی حقوق معنوی در میان قوانین امریکا یاد می‌شود و پیرو الحاق این کشور به کنوانسیون برن به تصویب رسید، شامل فیلم‌های سینمایی نمی‌شود. این قانون تنها حق انتساب و تمامیت اثر را در گروه هنرهای تجسمی نظیر نقاشی و مجسمه‌سازی به رسمیت شناخته و بسیاری از آثار نظیر فیلم‌های سینمایی را صراحتاً از محدوده حمایت خود خارج نموده است. سؤال قابل طرح در این خصوص این است که چرا در این قانون حق تمامیت اثر فقط به آثار هنرهای تجسمی اختصاص یافته است؟

با توجه به ویژگی متمایز آثار هنری تجسمی اصیل، یعنی دردسترس نبودن نسخه‌های تکراری یکسان در صورت تغییر نسخه اصلی، می‌توان به این سؤال پاسخ داد. وقتی نسخه‌های تکراری کاملاً یکسان از نسخه اصلی وجود داشته باشد (هنگامی که اساساً چندین «اصل» وجود دارد)، آنگاه تغییرات در یک نمونه از اثر، تأثیر محدودی دارند. به عبارت دیگر، این تغییرات برگشت‌پذیر هستند؛ زیرا افرادی که مایل‌اند به نسخه اصلی دست‌نخورده - همان‌طور که هنرمند ساخته است - دسترسی داشته باشند، هنوز هم امکان این دسترسی را دارند. در واقع یک «اصل» حتی پس از تغییر، به حیات خود در شکل اصلی‌اش ادامه می‌دهد. در این خصوص، مسئله فیلم‌های سینمایی موردی جالب و پیچیده است. از آنجا که نسخه‌های متعدد و یکسان از فیلم اصلی وجود دارد، شاید استثنا شدن فیلم‌ها از حمایت حقوق معنوی تعجب‌آور نباشد. با این حال، در مورد فیلم‌ها، نه تنها وجود یک نسخه اصلی کاملاً دست‌نخورده مهم است، بلکه دردسترس بودن آن اصل برای کسانی است که می‌توانند آن را به‌جای کپی تغییر یافته ببینند نیز اهمیت دارد. معیار دردسترس بودن نیز از دو عنصر متمایز تشکیل می‌شود: اولین مورد، قابلیت دسترسی است؛ یعنی تا چه حد کسی که می‌خواهد اصل دست‌نخورده را ببیند، امکان این کار برایش فراهم است. از آنجا که رشد اتصال شبکه‌های کامپیوتری جهانی به گسترش شبکه‌های توزیع

36. Visual Artists Rights Act of 1990.

موجود برای آثار خلاقانه و مخازن آنلاین برای بایگانی آثار قدیمی منجر می‌گردد، ممکن است انتظار داشته باشیم که دسترسی به نسخه‌های تکراری یکسان آثار دیجیتالی همچنان افزایش یابد و با این افزایش، این انتظار به وجود می‌آید که شاهد افزایش مقاومت در برابر ارائه حقوق تمامیت اثر برای چنین آثاری باشیم. در صورتی که دلیل عدم دسترسی، انتخاب اختیاری خالق اثر باشد، همین امر صادق است. برای مثال، مالک فیلم می‌تواند انتخاب کند که آیا فیلم در دسترس عموم قرار گیرد یا نه و نیز این دسترسی در چه قالبی باشد. ادعای آنها برای حمایت از حقوق معنوی با انتخاب محدود کردن دسترسی به آن اثر، بعید است که اعتراض زیادی به دنبال داشته باشد. از طرف دیگر، غیرقابل دسترس بودن نسخه‌های اصلی دست‌نخورده یا موارد تکراری مشابه ممکن است به طور منطقی ادعای حمایت از حقوق معنوی را تضمین کند. دومین عنصر دردسترس بودن، تشخیص‌پذیری است؛ یعنی فردی که با یک کپی تغییر یافته از نسخه اصلی تعامل دارد، به راحتی می‌تواند تشخیص دهد که در واقع نسخه اصل دست‌نخورده نیست و بنابراین این فرصت را دارد که انتخاب کند که آیا به دنبال نسخه اصلی برود یا خیر. البته اگر عموم مردم ندانند که یک کپی تغییر یافته در واقع اصل نیست، یا از وجود یک نسخه اصلی دست‌نخورده بی‌اطلاع باشند، وجود آن اصل اهمیت عملی کمی خواهد داشت. چنین وضعیتی در دنیای دیجیتال امروزی و با وجود سرعت بسیار زیاد تبادل داده‌ها در بستر اینترنت بسیار شایع است.^{۳۷} لذا به نظر می‌رسد که فیلم‌های سینمایی نیز می‌توانند از حق تمامیت برخوردار باشند و عدم حمایت از این دسته از آثار بیشتر از اینکه مبتنی بر دلایل منطقی باشد، به سبب مسائل اقتصادی است.

۳.۱.۴. وضعیت کنونی حق تمامیت فیلم سینمایی در نظام حقوقی امریکا

در یک نگاه کلی واضح است که نظام حقوقی ایالات متحده از حق تمامیت فیلم‌های سینمایی مانند دیگر حقوق معنوی، حمایت کافی به عمل نمی‌آورد. حتی دور از واقعیت نخواهد بود اگر بیان کنیم، امروزه در نتیجه تصویب برخی از قوانین متفرقه در امریکا، حقوق معنوی و به طور مشخص حق تمامیت فیلم سینمایی تا حد زیادی نادیده گرفته شده است. برای نمونه با

37. B. A Lee, *op.cit.*, p. 112-115.

تصویب قانون سرگرمی خانوادگی و کپی‌رایت در سال ۲۰۰۵^{۳۸}، شرکت‌های فعال در زمینه سانسور فیلم، اکنون می‌توانند به‌طور قانونی و بدون هیچ عواقبی آثار اشتقاقی را که از تغییرات فیلم ناشی می‌شود، ایجاد نمایند. این معافیت از قانون اساساً سطح حمایت ایالات متحده از حق تمامیت را از حداقل به تقریباً هیچ، کاهش می‌دهد؛ به‌ویژه در مقایسه با حمایتی که سایر کشورهای عضو کنوانسیون برن ارائه می‌دهند^{۳۹}. البته برخی معتقدند تطبیق جامع‌تر حقوق معنوی به قانون کپی‌رایت امریکا با مقاومت جدی روبه‌رو خواهد شد. حمایت از حقوق معنوی ذاتاً با شیوه خلق بسیاری از آثار در صنایع فرهنگی و سرگرمی مانند فیلم‌سازی و پخش تلویزیونی تضاد خواهد داشت. این تلاش‌های مشارکتی از طریق بازارهای فرعی مورد بهره‌برداری قرار می‌گیرند. برای مثال، فیلم‌ها برای پخش تلویزیونی کوتاه می‌شوند. این بازار سودآور آثار اشتقاقی که سرمایه‌گذاری قابل توجهی را در صنایع سرگرمی و فرهنگی جذب می‌کند، با توافق قراردادی تنظیم می‌شوند؛ اما مفهوم گسترده حقوق معنوی که تهدید دائمی طرح دعوی حقوقی از سوی یک یا چند شریک را به همراه دارد، انتظارات اقتصادی و تخصیص ظریف حقوق حاصل از مذاکره خصوصی بین مؤلفان، کاربران و اتحادیه‌های کارگری را تضعیف می‌کند. نتیجه آن ممکن است حمایت مالی کمتر برای چنین تلاش‌های هنری مشترکی باشد و درنهایت به منافع عمومی آسیب برساند^{۴۰}.

با این حال، به‌نظر می‌رسد با رشد انفجاری اینترنت و خدمات دانلود رسانه، جهانی‌شدن مالکیت فکری به حرکت روبه‌جلو ادامه می‌دهد. ایالات متحده گزینه‌های متعددی دارد و اگر نمی‌خواهد در این مورد از اکثر کشورها جا بماند، باید به‌زودی دست به انتخاب زده، به‌جای تلقی حمایت از حقوق معنوی به‌عنوان یک مانع، قبول کند که پذیرش بیشتر حقوق معنوی برای آثار خلاقانه فرصتی را برای این کشور فراهم می‌کند تا یک بار دیگر به بازیگری مسلط در صحنه حقوق مالکیت فکری بین‌المللی تبدیل شود^{۴۱}.

38. Family Entertainment and Copyright Act of 2005.

39. B. Holland, *op.cit.*, p. 251.

40. Marshall Leaffer, *op.cit.*, p. 681.

41. R. Bird. & L. Ponte, Protecting Moral Rights in the United. *Boston University International Law Journal*, No. 24 (2006), p. 282.

۲.۴. حمایت از حق تمامیت فیلم سینمایی در حقوق ایران

در این بخش به بررسی وضعیت حق تمامیت در حقوق مالکیت ادبی و هنری ایران پرداخته و شرایط، محدودیت‌ها و موارد نقض این حق را از دیدگاه حقوق معنوی مورد تحلیل قرار خواهیم داد. در تشریح مباحث به لایحه حمایت از مالکیت فکری هم نظر خواهیم داشت.

۱.۲.۴. حمایت حق مؤلف از حق تمامیت فیلم سینمایی

نظام حقوق مالکیت فکری در ایران به تبعیت از حقوق فرانسه و نظام حق مؤلف، حق تمامیت اثر پدیدآورنده را به عنوان یک حق طبیعی و شخصی مورد پذیرش قرار داده است. طبق این نظریه، مؤلف نه تنها از منافع مادی و مالی اثر بهره‌مند می‌شود، بلکه دارای حقوق دیگری نیز بوده که ماهیت اقتصادی نداشته و مربوط به شخصیت وی است. ایجاد حقوق معنوی زاینده رویه قضایی و سپس دکترین حقوق فرانسه در قرن نوزدهم میلادی است که نظام حقوق مالکیت فکری ایران را نیز تحت تأثیر قرار داده است. ماده ۱۹ قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸ در خصوص حق تمامیت اثر بیان می‌دارد: «هرگونه تغییر یا تحریف در اثرهای مورد حمایت این قانون و نشر آن بدون اجازه پدیدآورنده ممنوع است»^{۴۲}. لذا با توجه به اینکه فیلم‌های سینمایی به موجب بند ۳ ماده ۲ این قانون مورد حمایت قرار دارند، این حق مشمول آنها نیز می‌شود. بنابراین، برخلاف حقوق امریکا که به صراحت فیلم‌های سینمایی را از شمول حمایت حقوق معنوی خارج نموده است، در حقوق ایران فیلم‌های سینمایی از حقوق معنوی و حق تمامیت اثر برخوردار هستند. لایحه حمایت از مالکیت فکری از این حق با نام حق حرمت اثر یاد کرده و در بند ۳ ماده ۸ این گونه بیان نموده است: «به موجب این حق، هرگونه دخل و تصرف یا دیگر تغییرات در محتوا، شکل، عنوان یا نشانه ویژه اثر منوط به کسب اجازه از پدیدآورنده است».

۲.۲.۴. شرایط حمایت از حق تمامیت فیلم سینمایی

برای اینکه فیلم سینمایی تحت حمایت قانونی قرار گیرد و از حقوق مربوطه برخوردار باشد، لازم است که شرایط معینی حاصل گردد. این شروط در حقوق ایران شامل اصالت، بیان، انتشار

۴۲. ستار زرکلام، پیشین، ص ۱۲۰.

نخست اثر در ایران و عدم مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه است.

۱.۲.۲.۴. شرط اصالت

اصیل بودن اثر به این معناست که باید زائیده تراوش‌های فکری خالق آن باشد. در حقوق ایران مفهوم اصالت تحت عنوان ابتکاری بودن اثر مورد توجه مقنن قرار گرفته است. قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان، اثر را چیزی تعریف می‌کند که از راه دانش، هنر یا ابتکار پدیدآورنده ایجاد می‌شود؛ لذا می‌توان گفت که ابتکاری بودن اثر مترادف اصیل بودن آن است.^{۴۳} اصالت به معنای نو و بی‌سابقه بودن نیست، مهم، مستند بودن اثر با ذوق و اندیشه پدیدآورنده آن است. در بند ۱۴ ماده ۱ لایحه حمایت از مالکیت فکری نیز همین معنا از اصالت برداشت می‌شود. این بند در تعریف اصالت بیان می‌دارد: «عبارت است از اینکه اثر از خلاقیت پدیدآورنده ناشی شده باشد و برگردان (کپی) از اثر دیگری نباشد، هرچند از لحاظ موضوع، محتوا یا شکل جدید نباشد»^{۴۴}. در تحلیل نهایی، منظور از اثر اصیل محصولی است که ناشی از کار، مهارت، تلاش و هزینه‌های خود فرد باشد. منظور از اصالت، ایده زیربنایی نیست، بلکه شکلی است که ایده در آن بیان می‌شود.^{۴۵}

۲.۲.۲.۴. شرط بیان

نظام حمایت از مالکیت ادبی و هنری از آثار در قالب یک شکل بیانی حمایت می‌کند، نه از صرف ایده. قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان در این زمینه صراحت کافی ندارد؛ ولی از مفاد ماده ۱ که پیدایش، بیان، ظهور، ایجاد را شرط حمایت می‌داند، این امر برداشت می‌شود.^{۴۶} شایان ذکر است در بند ۲ ماده ۵ لایحه حمایت از مالکیت فکری صراحتاً به عدم حمایت از ایده‌ها اشاره شده است. این بند «هرگونه فکر محض، طرز کار دستگاه‌ها یا ابزار و وسایل، روش‌های استفاده از سامانه‌ها، شیوه انجام کار، قواعد و اصول کلی و یا اکتشاف‌ها، داده‌های محض، وقایع تاریخی و مفاهیم از قبیل مفاهیم ریاضی» را از موارد غیرقابل حمایت دانسته است.

۴۳. همان، ص ۴۵-۴۶.

۴۴. زهرا حاجب، پیشین، ص ۲۸۳.

۴۵. مریم شیخی، پیشین، ص ۱۷۹.

۴۶. ستار زرکلام، پیشین، ص ۳۰-۳۱.

۳.۲.۲.۴. شرط انتشار نخست اثر در ایران

مطابق ماده ۲۲ قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان: «حقوق مادی پدیدآورنده موقعی از حمایت این قانون برخوردار خواهد بود که اثر برای نخستین بار در ایران چاپ یا پخش یا نشر یا اجرا شده باشد و قبلاً در هیچ کشوری چاپ یا نشر یا پخش و یا اجرا نشده باشد». بر این اساس، آثار خارجی که برای اولین بار در ایران پخش و نشر نشده باشد، از حمایت‌های قانونی در خصوص حقوق مادی برخوردار نیستند؛ لذا تنها فیلم‌هایی در ایران حمایت قانونی خواهند شد که برای نخستین بار در ایران پخش شده باشند. البته این شرط تنها مختص به حقوق مادی بوده، حقوق معنوی پدیدآورندگان خارجی همچنان از حمایت قانونی برخوردار است. در ماده ۱۰۸ لایحه حمایت از مالکیت فکری، علاوه بر آثاری که برای نخستین بار در ایران منتشر یا اجرا می‌شوند، آثار پدیدآورندگان یا اجراکنندگانی را که تبعه ایران هستند مورد حمایت قرار داده است. لذا این لایحه، حمایت فعلی از حقوق معنوی آثار خارجی را نادیده گرفته، از این دسته از آثار تنها در صورت انتشار اولیه در ایران، حمایت قانونی می‌کند.

۴.۲.۲.۴. شرط عدم مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه

آثار ادبی و هنری بدون توجه به شکل ارائه، نوع، شایستگی و هدف از ایجاد آن، مورد حمایت قرار می‌گیرند؛ البته این موضوع بدون حد و مرز نیست.^{۴۷} قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان در خصوص تأثیر محتوا بر حق مؤلف ساکت است. لیکن در قوانین جزایی ایران، ضمانت اجرای کیفری درباره تولیدکنندگان و ارائه‌دهندگان محتوای خلاف اخلاق عمومی وضع شده است. برای نمونه، می‌توان به ماده ۶۴۲ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات و ماده ۳ قانون مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت غیرمجاز دارند، اشاره داشت. اما در این قوانین نیز به صراحت در خصوص وضعیت حق مؤلف اشاره‌ای نشده است. با این حال، در ماده ۴ لایحه حمایت از مالکیت فکری، آثار مغایر با شرع شایسته برخورداری از حمایت دانسته نشده است. در بند ۸ ماده ۵ آن هم آثار ادبی و هنری که مفاد آن بر اساس قوانین موضوعه خلاف عفت و اخلاق عمومی باشد، غیرقابل حمایت شمرده شده است؛ بنابراین در این لایحه،

۴۷. همان، ص ۴۱.

محتوای اثر به صراحت عاملی است که بر اصل حمایت از حق مؤلف تأثیرگذار است. طبق این رویکرد، زمانی یک اثر برای صاحب خود مالکیت ایجاد می‌کند که ارزشی بر اجتماع بیفزاید. آثار مغایر با نظم عمومی و اخلاق حسنه نباید شایسته حمایت باشند، زیرا نه تنها ارزشی ندارند، بلکه ارزش‌های جامعه را هم خدشه‌دار می‌کنند.^{۴۸} در هر حال، طبق رویه فعلی، آثار فکری فقط در صورتی قابل حمایت هستند که از حیث شرعی خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشند. آثار فکری مبتذل و مستهجن در پرتو حمایت قرار نمی‌گیرند، بلکه تولید این آثار، فی‌نفسه دارای مجازات است. این شرط در قوانین مربوط به حق مؤلف مورد تصریح قرار نگرفته؛ ولی بنای مقنن بر این است که از منافع و مصالح اجتماعی حمایت کند و دولت نیز پاسدار ارزش‌های جامعه باشد؛ اثری که برخلاف نظم و مصلحت عمومی است خودبه‌خود از دایره حمایت‌های قانون خارج می‌شود.

۳.۲.۴. وضعیت عملی حمایت از حق تمامیت فیلم سینمایی

در وضعیت مطلوب تولید و عرضه فیلم‌های سینمایی، حق آزادی بیان هنری به‌عنوان یک اصل شناخته شده، محدودیت‌های آن استثنا تلقی می‌گردد. افزون بر آن، تعدد مصادیق یا تفسیر موسع آنها هم ممنوع شمرده می‌شود. بر این اساس، سانسور به معنای مداخله در جوه مختلف فیلم توجیهی ندارد و شیوه مقبول، نظام آزادی است که با قانون اساسی ایران نیز همخوانی دارد؛ به طوری که فیلم‌ها آزادانه ساخته و اکران می‌شوند و سینماگران در صورت نقض محدودیت‌ها باید پاسخگو باشند. اما در حقوق موضوعه ایران این شیوه پذیرفته نشده است و نظام مفصل مجوزدهی از ابتدای تولید تا پایان نمایش سینما را دربر گرفته که در واژه سانسور قابل تلخیص است. لذا مهم‌ترین عامل نقض حق تمامیت اثر سینمایی در ایران، از طریق نهادهای قانونی و نه اشخاص حقیقی است که در ادامه به آن پرداخته خواهد شد.

بر اساس مقررات فعلی، هر فیلم سینمایی جهت نمایش در سالن‌های سینما باید از چهار مرحله ممیزی عبور کند: تصویب فیلم‌نامه، پروانه ساخت، بررسی فیلم در شورای بازبینی، و پروانه نمایش. جهت صدور پروانه نمایش نیز موارد متعدد ممیزی در قوانین فعلی پیش‌بینی شده است.

۴۸. محمود صادقی و سارا علامه، «تحلیل رابطه حق مؤلف و محتوای اثر در آرای قضایی امریکا، بریتانیا و کانادا»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، ش ۲ (۱۳۹۴)، ص ۶۷۱.



اساساً مسئله ممیزی فیلم‌های سینمایی در ایران از همان ابتدای ورود سینما به کشور وجود داشته است.^{۴۹} در دوران پهلوی هدف اصلی ممیزی، تشویق همسانی سیاسی و حذف گرایش‌های ضد رژیم بود.^{۵۰} پس از انقلاب اسلامی نیز هدف جدید، اسلامی کردن سینما و تلاش جهت ایجاد یک سینمای عاری از ارزش‌های غربی بود.^{۵۱} این موضوع بدیهی است که اعمال ممیزی بر روی فیلم‌های سینمایی، تحدید آزادی بیان مؤلف و تحریف اثر است، زیرا موجب محدودیت مؤلف در بیان ایده‌های خود و حتی خودسانسوری می‌شود؛ اما نهاد ناظر رأساً به سانسور فیلم‌ها اقدام نکرده، تنها موارد ممیزی را به صاحب اثر اعلام می‌نماید. در این حالت، اگر پدیدآورنده با موارد ممیزی مخالفت کند، فیلم پروانه نمایش دریافت نمی‌کند و در صورت موافقت و اعمال موارد اصلاحی، فیلم مجوز نمایش عمومی دریافت می‌کند؛ لذا در این حالت، ظاهراً تغییری در اثر بدون رضایت پدیدآورنده صورت نگرفته و حق تمامیت اثر نیز نقض نشده است! اما این نگاه ساده‌انگارانه خواهد بود، زیرا کمتر پدیدآورنده‌ای را می‌توان یافت که فقط برای رضای دل خود اثر خلق کند و به دنبال دراختیار عموم قرار دادن اثر خود نباشد. این مسئله نیز به نوبه خود پدیدآورنده را مجبور به تغییر اثرش می‌کند. از سوی دیگر این نظارت‌ها در بسیاری از آثار به مرحله ساخت و تولید نیز تسری می‌یابد و این یعنی پدیدآورندگان حتی در مرحله ایجاد اثر و ایجاد حق نیز مورد ممیزی و محدودیت قرار می‌گیرند.^{۵۲} مسئله مهم دیگر، تعیین پدیدآورنده اثر سینمایی است. قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸ در این خصوص حکمی ندارد. در وضعیت فعلی، بهترین دیدگاه این است که فیلم را اثری مشترک و محصول تلاش جمعی گروهی از هنرمندان از جمله کارگردان، فیلمنامه‌نویس و آهنگساز بدانیم.^{۵۳} مشکل اعمال حقوق معنوی پدیدآورندگان متعدد نیز با قراردادهایی که برای ساخت فیلم منعقد می‌شود برطرف می‌گردد. طبق این قراردادها، کلیه حقوق مادی اثر به تهیه‌کننده منتقل شده، پدیدآورندگان از حقوق معنوی خود اعراض می‌کنند. لذا تهیه‌کننده به‌عنوان مالک اثر در خصوص

۴۹. محسن علوی‌پور، «چالش‌های اجتماعی-سیاسی ظهور سینما در ایران»، تحقیقات تاریخی/اجتماعی، ش ۱ (۱۳۹۷)، ص ۱۲۲.

۵۰. جمشید اکرمی، «قیچی‌های تیز در دست‌های کور؛ سانسور فیلم در ایران، از آغاز تا امروز»، ایران نامه، ش ۵۵ (۱۳۷۵)، ص ۴۵۷.

۵۱. وحید آگاه، «تحلیل ممیزی اخلاقی، سیاسی و فرهنگی-اجتماعی آثار سینمایی در حقوق موضوعه و رویه وزارت فرهنگ و ارشاد»، مطالعات فرهنگ و ارتباطات، ش ۵۷ (۱۴۰۱)، صص ۲۰۹-۲۱۷.

۵۲. سامان سعیدی، رابطه ممیزی اثر با حق تمامیت اثر، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه تربیت مدرس، ۱۴۰۰، ص ۱۲۰.

۵۳. زهرا حاجب، پیشین، ص ۱۸۱.

اعمال تغییر در آن تصمیم‌گیری می‌کند. ماده ۳۸ لایحه حمایت از مالکیت فکری، از کارگردان اصلی، نمایش‌نامه یا فیلم‌نامه‌نویس، نویسنده متن گفتگو و آهنگ‌ساز اثر به‌عنوان پدیدآورندگان آن نام برده است. ماده ۵۴ لایحه نیز مقرر می‌دارد که «بعد از تکمیل ساخت اثر شنیداری-دیداری، از بین بردن نسخه اصلی آن یا ایجاد هرگونه تغییر در تمام یا بخش‌هایی از آن از سوی تهیه‌کننده نیازمند کسب اجازه از پدیدآورنده یا پدیدآورندگان است، مگر به گونه دیگر توافق شده باشد». این ماده بیانگر حقوق معنوی پدیدآورندگان نسبت به کلیت اثر بوده، هرگونه جرح و تعدیل در آن را نیازمند کسب اجازه از آن‌ها می‌داند. از طرف دیگر در ادامه ماده، امکان توافق برخلاف این امر را نیز پیش‌بینی کرده و به‌طور ضمنی امکان اعراض پدیدآورندگان نسبت به این حقوق را بیان کرده است.

در خصوص فیلم‌های سینمایی ایرانی که از تلویزیون ملی پخش می‌شوند، موارد متعددی مشاهده شده که فیلم‌ها حتی پس از عبور از موارد متعدد اصلاحی و ممیزی و کسب مجوز برای نمایش در سینما، جهت پخش در تلویزیون مجدداً با سانسور مواجه شده‌اند. در این حالت، اگر اعمال تغییرات و حذف صحنه‌های فیلم بدون رضایت صاحب اثر انجام گیرد، مصداق بارز نقض تمامیت اثر بوده، قابل پیگیری قانونی خواهد بود. در خصوص ضمانت اجرای کیفری، ماده ۲۵ قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان، برای نقض حق تمامیت مندرج در ماده ۱۹ قانون، حبس تأدیبی از سه ماه تا یک سال را پیش‌بینی کرده است. در ماده ۲۸ نیز ضمانت اجرای مدنی جهت نقض حقوق مؤلف را پیش‌بینی نموده که به تبع امر کیفری است و ضمانت اجرای مدنی مستقلی ندارد. البته حتی اگر عمل مرتکب جرم شناخته نشود، زیان مادی و معنوی مطابق با ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ قابل مطالبه است. از سوی دیگر امکان طرح دعوای مسئولیت بر اساس قانون مسئولیت مدنی ۱۳۳۹ نیز وجود دارد؛ لیکن در این حالت تقصیر باید اثبات گردد^{۵۴} که با ماهیت حقوق مالکیت فکری سازگار نیست. به‌نظر می‌رسد در مواردی که به دلیل ورود خسارت استناد به قواعد مسئولیت مدنی لازم باشد، باید فرض تقصیر را ترجیح داد.^{۵۵}

۵۴. جمشید غلاملو و رضا دریایی، «توهین و افترا و نشر اکاذیب تعذیری؛ از جرم انگاری تا جرم زدایی با تأکید بر الگوی حقوق مدنی»،

آموزه‌های حقوق کیفری، ش ۲۳ (۱۴۰۱)، ص ۲۲۷-۲۳۱.

۵۵. ستار زرکلام، پیشین، صص ۴۰۲-۴۰۷.

در ایران، وضعیت فیلم‌های سینمایی خارجی از آثار داخلی نیز نامطلوب‌تر است. بیشترین میزان سانسور فیلم‌های خارجی در صدا و سیما به صورت سانسور محتوا صورت می‌گیرد. علاوه بر سانسور صحنه‌های فیلم، در دوبله فیلم‌ها کلمات عاشقانه و گاه سیاسی تغییر داده می‌شوند، به طوری که حتی روی داستان فیلم نیز تأثیر می‌گذارند؛ این امر ممکن است از سطح چند واژه تا کل داستان فیلم را دربر گیرد.^{۵۶} برخی معتقدند ایجاد چنین تغییراتی در فیلم به دلیل مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه نقض حق تمامیت اثر نیست.^{۵۷} اما باید در نظر داشت که سانسور در فیلم‌های سینمایی امری استثنایی بوده، باید دارای حدود و ثغور مشخصی باشد؛ به گونه‌ای که اصل را از بین نبرد. مواردی جهانی چون ممنوعیت بیان نامناسب برای کودکان، نشر بیان نفرت‌انگیز و تبعیض نژادی، دینی و مذهبی در این مبحث قرار می‌گیرند. اگر فهرست بلندبالایی برای مصادیق سانسور تهیه شود یا سانسور به چند مورد محدود گردد، اما این موارد مثل «نظم عمومی» و «اخلاق حسنه» آن قدر کلی باشد که همه مصادیق را دربر گیرد، تخصیص اکثر رخ داده که امری ناپسند است.^{۵۸} از سوی دیگر، اساساً هدف وجود حق تمامیت اثر این بوده است که از تغییرات و تحریفات در اثر جلوگیری کند. حال اگر یک نهاد این اختیار گسترده را داشته باشد که به صلاحدید خود هرگونه تغییری را در فیلم ایجاد نماید تا جایی که آن را چندپاره کرده، به طوری که دیگر از اثر اصلی قابل تشخیص نباشد، آیا این، نقض حقوق معنوی پدیدآورنده نیست؟ از طرف دیگر گاهی سانسور از حد یک تصویر یا یک واژه فراتر رفته، به تغییرات اساسی در محتوای فیلم منتهی می‌شود یا با تغییر داستان یا بخش‌هایی از آن، انسجام منطقی فیلم را به هم می‌زند. در مواردی هم سانسور از ملاحظات فرهنگی و اجتماعی فراتر رفته، شکل سیاسی و ایدئولوژیک به خود می‌گیرد.^{۵۹} وقتی یک فیلم برای پخش نیاز به حذف صحنه‌های زیادی دارد، شاید بهترین راه این باشد که اساساً پخش نشود؛ چون با سانسور سنگین روی یک فیلم علاوه بر اینکه اعتماد بیننده سلب می‌شود، حق تمامیت اثر نیز نقض می‌گردد. در این مورد نیز

۵۶. الناز پاکار، «سانسور فیلم در رسانه ملی»، مترجم، ش ۶۵ (۱۳۹۷)، ص ۱۲۴-۱۳۰.

۵۷. آمنه وندسازجو، بررسی حقوق پدیدآورندگان آثار سینمایی در نظام مالکیت ادبی و هنری ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۹۱، ص ۱۱۵.

۵۸. وحید آگاه، «تیغ و ابریشم: تحلیل مبانی نظری ممیزی آثار سینمایی»، پژوهش‌های حقوقی، ش ۴۱ (۱۳۹۹)، ص ۱۸۰-۱۸۱.

۵۹. الناز پاکار، پیشین، ص ۱۲۳.

مطالبه خسارت از سوی صاحب اثر قابل اعمال به نظر می‌رسد، لیکن چون در قوانین فعلی صراحتی در اعمال مجازات کیفری در مورد فیلم‌های خارجی وجود ندارد، نقض حق تمامیت با ضمانت اجرای کیفری مواجه نخواهد شد.

نتیجه

حق تمامیت پدیدآورندگان در فرایند خلافت‌تولید فیلم‌های سینمایی از اهمیت بالایی برخوردار است. این حق به پدیدآورندگان این امکان را می‌دهد که کنترل آثار خود را حفظ نموده، از شهرت خود محافظت کنند؛ از بازتولید تحریف‌شده آثار جلوگیری کرده، به هرگونه تغییر یا استفاده از اثر که ممکن است به اعتبار یا شهرت ایشان آسیب وارد کند، اعتراض نمایند. در نظام حقوقی امریکا، باوجود الحاق این کشور به کنوانسیون برن و پذیرش حق تمامیت در هنرهای تجسمی، حق تمامیت فیلم سینمایی به صراحت مورد انکار قانون‌گذار قرار گرفته، نهادهای حقوقی دیگری نظیر هتک حرمت و رقابت ناعادلانه نیز به دلیل آنکه اساساً برای حمایت از حقوق معنوی ساخته و پرداخته نشده‌اند، آن‌طور که ادعا می‌شود توان حمایت از این حق را ندارند. در حقوق ایران هم با وجود پذیرش صریح حق تمامیت فیلم سینمایی در قوانین، به دلیل وجود سانسور در سینما و تلویزیون، عملاً حمایت چندانی وجود ندارد. رعایت و حمایت از این حق، نه فقط از لحاظ قانونی، بلکه از جنبه عملی نیز امری ضروری است. با انجام این کار، می‌توان اطمینان حاصل کرد که بینش خلاق پدیدآورنده حفظ می‌شود، مشارکت وی در فرهنگ بشری به رسمیت شناخته شده، ارزش‌گذاری می‌شود. حمایت از حق تمامیت پدیدآورنده، محیطی را پرورش می‌دهد که در آن خلاقیت شکوفا شده و پدیدآورندگان به تولید آثار جدید و نوآورانه تشویق می‌گردند. رعایت حق تمامیت، نه تنها یک الزام قانونی، بلکه یک تکلیف اخلاقی است که افزون بر نفع خود پدیدآورنده، در نهایت به سود کل جامعه خواهد بود.

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

- کتابها

۱. حاجب، زهرا (۱۳۹۹). *عکاسی و سینما در حقوق ایران و بین‌الملل*. بوشهر: حله.
۲. زرکلام، ستار (۱۳۹۸). *حقوق مالکیت ادبی و هنری*. تهران: سمت.
۳. شیخی، مریم (۱۳۹۴). *اصول حقوق مالکیت فکری*. تهران: میزان.

- مقالات

۴. آگاه، وحید (۱۴۰۱). تحلیل ممیزی اخلاقی، سیاسی و فرهنگی - اجتماعی آثار سینمایی در حقوق موضوعه و رویه وزارت فرهنگ و ارشاد. *مطالعات فرهنگ و ارتباطات*، ۲۳ (۵۷)، ۱۹۷-۲۲۰.
Doi: 20.1001.1.20088760.1401.23.57.8.8
۵. آگاه، وحید (۱۳۹۹). تیغ و ابریشم: تحلیل مبانی نظری ممیزی آثار سینمایی. *پژوهش‌های حقوقی*، ۱۹ (۴۱)، ۱۷۳-۲۰۰.
Doi: 10.48300/JLR.2020.109259
۶. اکرمی، جمشید (۱۳۷۵). قیچی‌های تیز در دست‌های کور؛ سانسور فیلم در ایران، از آغاز تا امروز. *ایران‌نامه*، ۵۵ (۱)، ۴۵۷-۴۷۶.
۷. انصاری، باقر (۱۳۹۶). شرایط اثر قابل حمایت در نظام مالکیت‌های ادبی و هنری (کپی‌رایت). *تحقیقات حقوقی*، ۱۰ (۴۵)، ۹۷-۱۵۱.
۸. پاکار، الناز (۱۳۹۷). سانسور فیلم در رسانه ملی. *مترجم*، ۲۷ (۶۵)، ۱۲۳-۱۳۰.
۹. جعفرپور، یاسمن و شاکری، زهرا (۱۴۰۲). تحدید حق معنوی مؤلف با اعمال دکترین استفاده منصفانه در نظام حقوقی امریکا. *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۱۴ (۳۳)، ۵-۱۰.
Doi: 10.22034/LAW.2023.52920.3161
۱۰. سالک، رضا (۱۳۷۸). کپی‌رایت آثار سینمایی در دنیا. *نقد سینما*، ۹۷ (۱)، ۱۹-۹۹.
۱۱. صادقی، محمود و علامه، سارا (۱۳۹۴). تحلیل رابطه حق مؤلف و محتوای اثر در آرای قضایی امریکا، بریتانیا و کانادا. *مطالعات حقوق تطبیقی*، ۶ (۲)، ۶۵۱-۶۷۶.

۱۲. علوی پور، محسن (۱۳۹۷). چالش‌های اجتماعی - سیاسی ظهور سینما در ایران. *تحقیقات تاریخ اجتماعی*، ۸ (۱)، ۱۱۳-۱۳۱.

۱۳. غلاملو، جمشید و دریایی، رضا (۱۴۰۱). توهین و افترا و نشر اکاذیب تعذیری؛ از جرم انگاری تا جرم‌زدایی با تأکید بر الگوی حقوق مدنی. *آموزه‌های حقوق کیفری*، ۱۹ (۲۳)، ۲۰۳-۲۴۰.

Doi: 10.30513/CLD.2023.4836.1779

۱۴. میرشمسی، محمدهادی و حامدی، میلاد (۱۳۹۹). تحلیل رویه عملی نظام کیفری رایج به حق معنوی. *پژوهش حقوق خصوصی*، ۹ (۳۲)، ۱۵۵-۱۸۸.

Doi:10.22054/jplr.2020.41847.2208

- پایان نامه‌ها

۱۵. سعیدی، سامان، *رابطه ممیزی اثر با حق تمامیت اثر*. پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه تربیت مدرس، ۱۴۰۰.

۱۶. سینجلی، حسین، *بررسی تطبیقی مالکیت معنوی آثار سینمایی در حقوق ایران و انگلستان و اسناد بین‌المللی*. پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۶.

۱۷. وندسازجو، آمنه، *بررسی حقوق پدیدآورندگان آثار سینمایی در نظام مالکیت ادبی و هنری ایران*. پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۹۱.

(ب) منابع انگلیسی

- Books

18. Decherney, Peter (2012). *Hollywood's Copyright wars - from Edison to the Internet*. New York: Columbia University Press.
19. Goldstein, Paul & Hugenholtz, Bernt (2019). *International Copyright - Principles, Law and Practice*. London: Oxford University Press.
20. Leaffer, Marshall (2019). *Understanding Copyright Law*. Durham: Carolina Academic Press.
21. Stamatoudi, Irini A. (2003). *Copyright and Multimedia Products A Comparative Analysis*. London: Cambridge University Press.

- Articles

22. Bird, Robert & Ponte, Lucille (2006). Protecting Moral Rights in the United States and the United Kingdom. *Boston University International Law Journal*, 24 (1), 213-282.
23. Chávez, J. A. (2018). COCOPYRIGHT and the Value of Moral Rights. *Wipo Magazine*, 4 (1), 1-5. Doi:10.34667/tind.32560
24. Hardy, Sheldon (1993). The Protection of Moral Rights Through Section 43(A) of the Lanham Act. *DePaul Journal of Art, Technology & Intellectual Property Law*, 4 (1), 1-33.
25. Hayes, Benjamin (2006). Integrating Moral Rights into U.S. Law and the Problem of the Works for Hire Doctrine. *Ohio State Law Journal*, 61 (1), 1013-1033.
26. Holland, Brandi (2006). Moral Rights Protection In The United States and the Effect of the Family Entertainment and Copyright Act of 2005 on U.S. International Obligations. *Vanderbilt Journal Of Transnational Law*, 39 (1), 217-252.
27. Lee, Brian (2011). Making Sense Of Moral Rights In Intellectual Property. *Temple Law Review*, 84 (1), 71-118.
28. Wm. & Mary (1977). Moral Rights for Artists under the Lanham Act: Gilliam V. American Broadcasting Cos, *Wm. & Mary L. Rev*, 18 (3), 595-611.



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 15 Issue: 36

Autumn 2024

Article Type: Research Article

Pages: 235-258

Jura Novit Curia Principle as a Basis of Environmentalization of the ICSID

Zahra Mahmoudi Kordi¹| Reihane Maghsoudi²

1. Associate Professor, University of Mazandaran, Iran (Corresponding Author)

z.mahmoudi@umz.ac.ir

2. Master's Student in International Law, University of Mazandaran, Iran

Reihanemaghsoudi@gmail.com

Abstract

The increasing role of ICSID as an international forum for resolving investment disputes, particularly in light of the growing emphasis on foreign investments in developing countries, has raised new questions regarding the scope of arbitral authority. One such issue concerns the longstanding principle of Jura novit curia (the court knows the law), which is primarily used to explain the discretion or obligation of arbitral tribunals to interpret and apply norms and rules independently of the parties' submissions. Since this principle is not explicitly provided for in the procedural rules of most institutional arbitrations, including ICSID, its application by arbitral tribunals has given rise to various questions and challenges. This article evaluates ICSID's approach to invoking the principle of Jura nocturia and explores its potential to enable arbitrators to reference national and international environmental norms and standards. The findings of this study suggest that, in the current legal landscape where environmental considerations have gained significant importance in investment law, striking a balance between "protecting the principles of arbitration, particularly party autonomy" on the one hand, and "safeguarding the public (environmental) interests" on the other, requires ICSID's vigilance. By adopting precedent-setting positions and applying principles such as jura novit curia, ICSID can achieve this critical balance. Such an approach would not constitute a departure from the limits of arbitral authority. On the contrary, it would preserve the enforceability and resilience of arbitral awards during recognition, enforcement, and annulment proceedings before national courts. Additionally, it would strengthen the institution's legitimacy and sustainability, fostering greater public confidence in this vital forum for investment dispute resolution.

Keywords: Jura Novit, Environment, ICSID, Investment, Arbitration.

Received: 2024/01/25

Received in revised form: 2024/10/16

Accepted: 2024/10/28

Published: 2024/11/10

DOI: 10.22034/LAW.2024.60260.3360

Publisher: University of Tabriz

law@tabrizu.ac.ir





اصل علم دادگاه به قانون به عنوان مبنایی برای زیست محیطی شدن ایکسید

زهرا محمودی کردی^۱ | ریحانه مقصودی^۲

z.mahmoudi@umz.ac.ir

۱. دانشیار دانشگاه مازندران، ایران (نویسنده مسئول)

Reihanemaghsoudi@gmail.com

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق بین الملل دانشگاه مازندران، ایران

چکیده

نقش فزاینده ایکسید به عنوان مرجع بین المللی حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری بین المللی در پی افزایش توجه به سرمایه گذاری های خارجی به ویژه در کشورهای در حال توسعه، مسائل نوینی را درباره حدود اختیارات داور داور پدید آورده است. یکی از این مسائل، اصل دیرین علم دادگاه به قانون است که عمدتاً برای توضیح اختیار یا الزام دیوان های داور برای تفسیر و اعمال هنجارها و قواعد مستقل از اظهارات طرفین به کار گرفته می شود. از آنجا که این اصل به صراحت در قواعد و آیین دادرسی اغلب داور های سازمانی بین المللی از جمله ایکسید پیش بینی نشده است، سوالات و چالش هایی در خصوص به کارگیری آن از سوی این محاکم وجود دارد. نگارندگان مقاله حاضر ضمن ارزیابی رویکرد ایکسید در استناد به اصل علم دادگاه به قانون، ظرفیت این اصل در فراهم آوردن امکان استناد داوران به قواعد و ضوابط زیست محیطی ملی و بین المللی را مورد بررسی قرار می دهند. یافته مقاله حاضر این است که در فضایی که امروزه ملاحظات زیست محیطی در حقوق سرمایه گذاری اهمیت قابل توجهی یافته است، ایجاد تعادل و تناسب میان «صیانت از اصول داور داور به ویژه اراده طرفین» از یک سو و «حفظ منافع عمومی (زیست محیطی)» از سوی دیگر، مستلزم هوشیاری ایکسید است تا با اتخاذ مواضع رویه ساز و کاربست اصولی مانند اصل علم دادگاه به قانون، به این مهم دست پیدا کند. چنین رویکردی نه تنها عدول از حدود اختیارات دیوان داور تلقی نمی شود، بلکه ضمن مصون نگه داشتن رأی داور در مقام شناسایی، اجرا و ابطال نزد محاکم ملی، سبب استحکام بقا و مشروعیت این نهاد و افزایش اعتماد عمومی به این نهاد با اهمیت خواهد شد.

واژگان کلیدی: ایکسید، داور، سرمایه گذاری، علم به قانون، محیط زیست.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۰۵ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۷/۲۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۸/۰۷ تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۰۸/۲۰

DOI: 10.22034/LAW.2024.60260.3360



law@tabrizu.ac.ir

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

امروزه داوری به عنوان سازوکار حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین‌المللی به روشی محبوب برای فیصله دادن به اختلافات این حوزه بدل شده است. هنگامی که دولت‌های میزبان از روش داوری برای حل اختلافات خود استفاده می‌کنند، به گونه‌ای خود را از اعمال سازوکارهای احتمالی دیگر از جمله حمایت دیپلماتیک که ممکن است سرمایه‌گذاران به آن متوسل شوند، مصون می‌دارند.^۱ از سویی، سازوکار دستیابی به حقیقت در رسیدگی‌های قضایی بین‌المللی، همواره یکی از مسائل مورد بحث بوده است. مبنای اصل علم دادگاه به قانون^۲ بر تمایز و تفکیک میان وقایع و قانون استوار است. این اصل منعکس‌کننده قاعده حقوقی کشف حقیقت^۳ است که بر اساس آن، طرفین دعوی ملزم به ارائه حقایق و وقایع به دادگاه بوده، داور یا قاضی نیز مسئول تعیین قانون حاکم و محتوای آن است و در هر حال، تصمیم‌گیری در مورد پرونده و اعمال قانون بر وقایع ارائه شده برعهده دادگاه است. مرکز حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری موسوم به ایکسید به عنوان مهم‌ترین نهاد و سازمان داوری در حوزه اختلافات مربوط به سرمایه‌گذاری خارجی نیز از این قاعده مستثنی نیست. در این میان، یکی از حوزه‌های جدید در حقوق سرمایه‌گذاری خارجی، مسئله محیط زیست و تعامل و البته بیشتر تقابل آن با سرمایه‌گذاری است. سرمایه‌گذاری در کشورها به‌ویژه کشورهای در حال توسعه به‌مثابه تیغی دولبه است؛ از یک سو سبب انتقال فناوری‌های ایمن، سبز و منابع مالی به این کشورها شده، از سوی دیگر نباید از این نکته غافل شد که چنانچه روش‌های سرمایه‌گذاری آسیب‌زا باشند، تهدیدی برای محیط زیست کشور میزبان به‌شمار می‌روند. به همین دلیل، روابط میان این دو حوزه پیچیده شده، بعضاً سبب بروز مشکلاتی می‌شود. می‌توان گفت، رابطه این دو حوزه، رابطه تعارض در هدف و تلاقی در عمل بوده، چراکه هدف یکی شخصی و دیگری جمعی است.^۴ در شرایطی که معمولاً سرمایه‌گذاران از انگیزه لازم برای استناد به ملاحظات زیست محیطی در محاکم داوری - از جمله

۱. سید قاسم زمانی و به‌آذین حسینی، *اصول حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری*، (تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چاپ چهارم، ۱۳۹۸)، ص ۳۵۰.

2. *Iura novit Curia* or the Court Knows the Law.

3. *Discovery of Truth*

۴. سید یاسر ضیایی، «جایگاه تعهدات زیست محیطی در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری»، *حقوق عمومی*، ش ۴۲ (۱۳۹۳)، ص ۱۹۴.

ایکسید- برخوردار نبوده و حتی منافع اقتصادی آن‌ها در عدم طرح این ملاحظات است، این پرسش به ذهن متبادر می‌شود که اولاً اصل علم دادگاه به قانون چه جایگاهی در ایکسید دارد و ثانیاً در هنگامه‌ای که رابطه میان سرمایه‌گذاری خارجی و محیط زیست رابطه‌ای نامتعادل است، آیا اصل علم دادگاه به قانون می‌تواند زمینه را برای استناد داوران ایکسید به اصول و ضوابط زیست‌محیطی فراهم سازد؟ نگارندگان مقاله حاضر در چهار بخش زیر به پرسش‌های پیش‌گفته پاسخ داده‌اند.

۱. تأملی بر جایگاه اصل علم دادگاه به قانون در نظام‌های حقوقی داخلی تا داوری‌های بین‌المللی

اصول کلی حقوقی یکی از مهم‌ترین منابعی است که همواره نقش مؤثری در پویایی نظام‌های حقوقی ایفا می‌کند. در نظام حقوق بین‌الملل نیز اصول کلی حقوقی از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است، به گونه‌ای که تکامل و پیشرفت حقوق بین‌الملل و واکنش به چالش‌های جدید تا حد بسیار زیادی مرهون استفاده از این اصول است.^۵ اصل علم دادگاه به قانون برای اولین بار در حقوق روم باستان مورد استفاده قرار گرفت و سپس از قرن نوزدهم به بعد به‌طور گسترده از سوی نظام قضایی کشورهای غربی که امروزه از حقوق رومی-ژرمنی پیروی می‌کنند به کار گرفته شد. تا پیش از قرن نوزدهم بیشتر حقوق‌دانان این کشورها، هدف اصلی رسیدگی حقوقی را «حل اختلاف» می‌دانستند تا «کشف حقیقت»؛ حتی قانون آیین دادرسی مدنی ۱۸۰۶ کشور همچون فرانسه که به رسیدگی‌های حقوقی تفتیشی معروف است نیز بر این ایده مبتنی بود که دادرسی مدنی باید مقرون به صرفه بوده، در زمان مقتضی اتمام یابد. در نظام یادشده، قاضی بدون داشتن اختیارات گسترده در خصوص ادله و اثبات حقایق نقش منفعلانه‌ای داشته و برای تصمیم‌گیری به استدلال طرفین محدود بوده است. برای اولین بار در اروپا، قانون آیین دادرسی مدنی اتریش با اعطای اختیارات گسترده به دادگاه در مورد تعیین قواعد حقوقی قابل اجرا، مدل رسیدگی تفتیشی را آن‌گونه که امروزه می‌شناسیم، معرفی نمود. روشی که بر اساس آن قدرت میان قاضی و طرفین اختلاف تقسیم شده، قاضی نقش مهم‌تری را در مدیریت و رسیدگی به پرونده ایفا می‌کند.^۶

۵. زهرا محمودی کردی، «ماهیت اصول کلی حقوقی و کارکردهای آن در حقوق بین‌الملل»، *حقوقی بین‌المللی*، ش ۵۷ (۱۳۹۷)، ص ۳۳۰.
 6. Van Rhee, C.H., *European Tradition in Civil Procedure* Antwerp, (Intersentia, 2005), p. 57.

در نظام‌های کامن‌لا مثل انگلستان نیز تا قبل از قواعد دادگاه‌های ملی ۱۹۸۱، قاضی قدرت چندان در تشخیص و کشف حقیقت نداشت. بعدها این ایده که دادرسی مدنی علاوه بر نقش «حل اختلاف»، وظیفه «احراز حقیقت» را نیز برعهده داشته باشد، محل بحث قرار گرفت. طرف‌داران اعمال «اصل علم دادگاه به قانون»، استدلال می‌کردند که دادگاه‌ها نه تنها به «طرف‌های درگیر»، بلکه به «کل جامعه» خدمت می‌کنند و به همین دلیل باید در احراز حقیقت، خود را مسئول بدانند. این نظر، با قواعد دادگاه‌های ملی ۱۹۸۱ به کرسی نشست؛ بر اساس این قانون، دادگاه می‌توانست در هر مرحله از رسیدگی به طرفین دستور دهد تا اسناد مرتبط با موضوع را به دادگاه ارائه دهند.^۷

در نظام داورهای بین‌المللی، از جمله ایکسید، اعمال اصل علم دادگاه به قانون متضمن توجه به ویژگی‌های خاص داورى از جمله ماهیت توافقی اعطای صلاحیت است.^۸ به بیان دیگر، بررسی اصل یادشده صرفاً از دریچه حقوق داخلی، نابجا است؛ زیرا در حقوق داخلی، فرض بر این است که دادگاه نهاد حاکمیتی است که وظیفه تفسیر و اعمال قانون را برعهده دارد؛ لذا در تمام حوزه‌ها از اختیار کشف حقیقت برخوردار بوده، می‌تواند از اظهارات و استدلال‌های طرفین نیز فراتر رود. با وجود این، تضمین اعمال مستمر این اصل در داورى‌ها، امری دشوار به نظر می‌رسد؛ چراکه در حوزه داورى بین‌المللی، داوران صلاحیت خود را نه از دولت، بلکه از طرفین اختلاف می‌گیرند. ماهیت فراملی اختلافات سرمایه‌گذاری و تجاری، شناسایی و روند اجرای آرای داورى از سوی دادگاه‌های ملی را دشوارتر و پیچیده‌تر می‌سازد. همچنین بیم آن می‌رود که در نتیجه اعمال اصل علم دادگاه به قانون، شرایط برای تجاوز داوران از حدود اختیاراتشان فراهم شود و همین موضوع به مبنایی برای اعتراض طرفین بدل گردد.^۹

با توجه به آنچه بیان شد، یکی از مسائل مهم این است که بدانیم عموماً اعمال اصل علم دادگاه به قانون در حوزه داورى‌های بین‌المللی و مشخصاً در نظام ایکسید چگونه نمود می‌یابد.

7. <https://globallawexperts.com/iura-novit-curia-in-international-arbitration/> see at: April 2024, Iura Novit Curia from a Historical Perspective

8. Attila M. Tanzi, "On Judicial Autonomy and the Autonomy of the Parties in International Adjudication, with Special Regard to Investment Arbitration and ICSID Annulment Proceedings", *Journal of International Law*, No. 3 (2019), p. 2.

9. Gisela Knuts, "Jura Novit Curia and the Right to Be Heard-An Analysis of Recent Case Law", *Arbitration International*, No. 28, (2016), p. 669.

منابع سنتی کمک چندانی در حل این مسئله نمی‌کنند، زیرا موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری میان طرفین اغلب به این موضوع توجهی نشان نمی‌دهند و قواعد داوری سازمانی نیز گرچه به‌طور کلی اختیارات گسترده‌ای را به محاکم اعطا کرده، اما به‌ندرت در پاسخ به سؤال یادشده راهگشا هستند.^{۱۰} بنابراین، بهترین راه برای رسیدن به مقصود، بررسی موردی قواعد و البته رویه هر محکمه داوری است. در همین راستا، ماده ۲۳ قانون نمونه آنسیترال مقرر می‌دارد: «خواهان و خوانده باید در اظهارات خود وقایع و حقایق و راه‌حل‌های مورد درخواست را بیان کنند».^{۱۱} کنوانسیون اروپایی داوری تجاری بین‌المللی در ماده ۷ خود ضمن پرداختن به محتوای این اصل، مقرر می‌دارد: «طرفین باید قانون حاکم را انتخاب کنند و در صورت عدم انتخاب، داوران قانونی را که بر اساس تعارض قوانین مناسب تشخیص دهند، اعمال خواهند کرد». مفاد قواعد داوری محاکم‌های مختلف نیز اکثراً با قانون نمونه آنسیترال و کنوانسیون اروپایی داوری تجاری بین‌المللی مطابقت دارد. از جمله این محاکم‌ها می‌توان به اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC)^{۱۲}، اتاق بازرگانی استکهلم (SCC)^{۱۳}، سازمان جهانی مالکیت فکری (WIPO)^{۱۴} و مرکز داوری بین‌المللی سنگاپور (SIAC)^{۱۵} اشاره کرد که همگی به‌نوعی مبین اختیار دادگاه در اعمال قانون مناسب در شرایط فقدان قانون حاکم تعیین‌شده از سوی طرفین هستند.^{۱۶} در ادامه، از آنجا که موضوع این مقاله به‌طور مشخص بررسی ایکسید است، بند نخست ماده ۴۲ کنوانسیون ایکسید - که به نحو ضمنی بر اصل علم دادگاه به قانون دلالت دارد - شایان توجه است. طبق این ماده، «دیوان در مورد اختلاف بر اساس قانون منتخب طرفین تصمیم می‌گیرد و در صورت فقدان این توافق، قوانین دولت متعاقد طرف دعوا و سایر قواعد حقوق بین‌الملل را اعمال می‌کند». یعنی در صورت عدم توافق طرفین، دیوان صرفاً ملزم به اعمال اظهارات طرفین نبوده، از این قدرت برخوردار است که با توسل به اصل علم دادگاه به قانون، به تحصیل دلیل پرداخته، در چارچوب قانون

10. Christian P. Alberti, & David M. Bigge, "Ascertaining the Content of the Applicable Law and Iura Novit Tribunes: Approaches in Commercial and Investment Arbitration", *Dispute Resolution Journal*, No. 70 (2015), pp. 1-2.

11. United Nation Commission on International Trade Law (Uncitral), Article 23, 2021.

12. International Chamber of Commerce

13. Stockholm Chamber of Commerce

14. World Intellectual Property Organization

15. Singapore International Arbitration Center

16. O.V. Koch, & E.J. Streltsova, "Principle Iura Novit Curia in International Commercial Arbitration", *Scientific Periodical of Ukraine*, No. 22 (2016), p. 182.

حاکم، کلیه مقررات مربوطه را جهت رسیدگی به اختلاف مدنظر قرار دهد.^{۱۷} شایان توجه است که از عبارت تحصیل دلیل دو معنای عام و خاص برداشت می‌شود. معنای عام این اصطلاح در قواعد کانون وکلای بین‌المللی^{۱۸}، مصوب سال ۲۰۱۰ که به‌عنوان مشهورترین سند این حوزه شناخته می‌شود، مورد اشاره بوده و منظور از آن هر روشی برای تدارک ادله است؛ این موضوع درحالی است که در این پژوهش معنای خاص تحصیل دلیل مدنظر قرار گرفته و به معنای مطالبه راساً از سوی داوران و بدون درخواست طرف‌های اختلاف است.^{۱۹}

در کنار اسناد پیش‌گفته، قواعد نرم پراگ مصوب ۲۰۱۸ مثال خوبی از قواعد با منشأ داخلی حاکم بر این حوزه است. هدف از تصویب این قواعد، ارائه رهنمود در جهت تحقق رسیدگی‌های کارآمدتر در حوزه داورهای بین‌المللی است. ماده ۷ قواعد پراگ برای داوران این حق را به رسمیت می‌شناسد که در صورت عدم اظهار موضوعی از سوی طرفین، به اختیارات حقوقی خود استناد نموده، تنها پیش‌شرط اعمال این اختیار را «شناسایی چارچوب حقوقی موردنظر طرفین» و «ارائه فرصت استماع به طرفین» می‌داند.^{۲۰} علی‌رغم تأثیری که این قواعد در حوزه کشف دلیل داشته، باید توجه داشت که این قواعد بار اثبات دلایل را به طرف‌ها واگذار کرده است و بر نقش انحصاری داور دلالت نمی‌کند، بلکه نقش مرجع داور را در خصوص امور موضوعی گسترش داده است.^{۲۱} درنهایت باید گفت که امروزه رویکرد مندرج در قواعد پراگ به رویکردی جهانی در حوزه اعمال اصل علم دادگاه به قانون در داورهای بین‌المللی بدل شده است.

علاوه بر اسناد رسمی، جلوه‌هایی از اهمیت کاربرد این اصل را می‌توان در دکتترین و نیز گزارش‌های ارائه‌شده از سوی برخی مراجع تخصصی و علمی بین‌المللی نیز شاهد بود. گزارش

17. Alexander Cica, "The Principle of Iura Novit Curia" *Young Scholars in International Arbitration*, No. 2 (2014), p. 111.

18. International Bar Association

۱۹. میرشاه پناه، زهرا و همکاران، «مطالعه تطبیقی تحصیل دلیل از سوی داور در نظام حقوقی ایران و آمریکا و قواعد کانون وکلای بین‌المللی»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، ش ۱ (۱۴۰۲)، ص ۵۴۴.

20. Olexander Droug & Andriy Stetsenko, "The Principle of Iura Novit Curia in International Arbitration", (2020), p. 110, <https://www.mondaq.com/trials-appeals-compensation/971578/the-principle-of-iura-novit-curia-in-international-arbitration>, See at: March 2023.

۲۱. صاحب صمدی مله و همایون مافی، «کشف حقیقت در داور تجاری بین‌المللی با تاکید بر قواعد پراگ (۲۰۱۸)»، *حقوق تطبیقی*، ش ۲ (۱۴۰۰)، ص ۲۵۲-۲۵۳.

سال ۲۰۰۸ کمیته داورى تجارى بين‌المللى مؤسسه حقوق بين‌الملل^{۲۲} اسناد مهمى است كه اطلاعات مفيدى را در خصوص اين اصل و نيز ابتكار داوران برآى به‌دست آوردن شواهد حقوقى ارائه مى‌دهد. در اين گزارش، اصل علم دادگاه به قانون به‌عنوان مبنای استناد داوران اعلام شده است.^{۲۳} علاوه بر اين، گزارشگر ويژه كميسيون حقوق بين‌الملل در گزارش پنجم خود با موضوع حفاظت از فضاي ماوراي جو، در خصوص اختيارات قضايى اين‌گونه بيان داشته است: «اصل علم دادگاه به قانون مى‌تواند دادگاه را قادر سازد تا نکات واقعى و مهمى را كه از سوى طرفين مورد توجه قرار نگرفته است مورد بررسى قرار دهد. امرى كه منجر به اجراى صحيح حقوق بين‌الملل مى‌شود»^{۲۴}.

با بررسى محتوای اسناد يادشده، مى‌توان گفت اصل علم دادگاه به قانون در داوری‌های بين‌المللى دو کارکرد اصلى دارد كه منجر به دو نتيجه مى‌شود؛ اولاً طرح مسائل حقوقى كه طرفين در مورد آن سخنى به‌میان نياورده‌اند و ثانياً توصيف وضعيت‌هاى حقوقى از سوى داوران به شيوه‌ای متفاوت از طرفين.

۲. مبانی نظری کاربست اصل علم دادگاه به قانون در داوری‌های بین‌المللی

مطالعات نشان مى‌دهد كه امروزه با تأسى از نظام‌هاى كامن‌لا و رومى - ژرمنى سه روند اصلى بر جريان رسيدگى در داوری‌هاى بين‌المللى حاكم است. در نظام «رسيدگى اتهامى» كه ميراث كشورهاى كامن‌لا است، طرفين دعوى نقش فعال در ارائه مستندات به محكمه ايفا نموده، داوران نقش منفعل دارند و از حق تحصيل دليل برخوردار نيستند. در اين شيوه، قاضى يا داور مأمور فصل خصومت است، نه كشف حقيقت. همچنين داور استدلال‌ها و نتيجه‌گيرى حكمى مغاير با آنچه طرفين ارائه داده‌اند، پيشنهاد نمى‌كند و فقط بين آنها انتخاب مى‌كند. در واقع به‌موجب اين نظام، اختيار دعوا در دست طرفين است و دادرس موضوع را صرفاً با قانون مطابقت داده، به صدور رأى مى‌پردازد. برعكس، در نظام «رسيدگى تفتيشى» به داور نقش فعالى در كشف حقيقت و تحصيل دليل داده مى‌شود. در اين روش مرجع رسيدگى و اصحاب دعوا در

22. International Law Association

23. David Sandberg, *Iura Novit Arbitrator, How to Apply and Ascertain the Content of the Applicable Law in International Commercial Arbitration in Sweden*, Goteborg University, (2011), p. 26.

24. S. Murase, *Fifth Report on the Protection of the Atmosphere*, UN Doc. A/CN.4/711, (2018), p. 45.

معیت و با مشارکت یکدیگر تحقیق و ارائه دلیل می‌کنند تا جایی که مرجع رسیدگی‌کننده در مورد موضوع دعوا به اقناع وجدان برسد. طرف‌داران این نظام بر این باورند که آنچه سبب مخدوش شدن اعتبار دستگاه قضایی می‌شود، صدور رأی برخلاف حقیقت است و انفعال داور یا قاضی می‌تواند زمینه را برای صدور چنین آرای فراهم کند.^{۲۵} نظام سوم که با هدف ایجاد تعادل میان دو نظام قبلی و یکسان‌سازی هرچه بیشتر آیین‌های حاکم بر داورهای بین‌المللی شکل گرفته، نظام مختلط است که مطابق آن، داور می‌تواند برای صدور رأی در کنار دلایل ارائه‌شده از سوی طرفین دعوا، از اطلاعاتی که خود به آن دست یافته است نیز استفاده نماید. مبنای آنچه که به قاضی یا داور اجازه تحصیل دلیل را می‌دهد همان اصل کلی علم دادگاه به قانون است. بررسی رویه ایکسید حکایت از پیروی این نهاد از نظام مختلط دارد. ایکسید در برخی پرونده‌ها محدودیت‌هایی را بر اعمال این اصل قائل شده^{۲۶}، در مقابل در برخی دیگر از اختلافات، در کنار اظهارات طرفین، با استناد به اصل علم دادگاه به قانون، به کشف دلیل پرداخته است. این موضوع به تفصیل در بخش سوم مقاله بررسی شده است.

وجود روندهای متفاوت پیش‌گفته، این پرسش را به ذهن متبادر می‌سازد که آیا داور مکلف به استفاده از اصل علم دادگاه به قانون به عنوان اسباب کشف حقیقت است یا خیر؛ پاسخ به این پرسش این مهم را نیز مشخص می‌سازد که آیا داور فقط سازوکاری برای حل و فصل اختلاف است یا نقشی گسترده‌تر را در جامعه بازی می‌کند. موافقان استفاده محاکم داور از اصل علم دادگاه به قانون معتقدند که اگر نقش محکمه داور تصمیم‌گیری در مورد حقوق و تکالیف طرفین است، به عنوان یک قاعده کلی و تا جایی که اصول انسانی اجازه می‌دهد محکمه برای تصمیم‌گیری باید قوانین را به صورت جامع و کامل در نظر بگیرد و نه صرفاً بخش خاصی از قوانین را که مورد استناد طرفین بوده است^{۲۷}؛ این به آن معناست که انتخاب نهایی قاعده حقوقی

۲۵. همایون مافی، شرحی بر قانون داور تجاری بین‌المللی ایران، (تهران: دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، ۱۳۹۷)، ص ۲۲۹-۲۳۱.
۲۶. از جمله پرونده کلونکر علیه کامرون که در آن، دادگاه توجه به چارچوب حقوقی تعیین‌شده از سوی طرفین را از محدودیت‌های اعمال اصل علم دادگاه به قانون دانسته است. برای مطالعه بیشتر، نک:

Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and Others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais, ICSID Case No. ARB/81/2, Decision on Annulment of 3 May 1985, (1994) 2 ICSID Rep. 9, p. 117, para. 56.

27. John Jolowicz, A (2008). *On Civil Procedure*, (New York: Cambridge University Press), p. 186.

لازم‌الاجرا باید در ید دادگاه باشد نه طرفین اختلاف. همچنین، اختیارات دیوان دوری نباید به قواعد منتخب طرفین از قانون ماهوی لازم‌الاجرا محدود شود و داور باید این حق را داشته باشد تا در چارچوب قانون حاکم به قواعد حقوقی که در یک مورد خاص قابل اجراست نیز استناد نماید. همچنین، اعمال اصل علم دادگاه به قانون به‌منزله نفی تعهد طرفین اختلاف به ارائه اظهارات خود و تفسیر هنجارهای حقوقی مورد استناد آنها از سوی نهاد دوری نیست.^{۲۸}

در مقابل، مخالفان اصل علم دادگاه به قانون عمدتاً بر ماهیت خصوصی اختلافات تجاری و سرمایه‌گذاری و چالش‌هایی که محاکم در حل‌وفصل این اختلافات با آن روبه‌رو می‌باشند، تأکید دارند از جمله اینکه، اصل پیش‌گفته سبب خروج داوران از حدود صلاحیت و اختیارات آنها شده و پای قوانین و مقرراتی را به روند دادرسی باز می‌کند که فراتر از چارچوب حقوقی تعیین‌شده از سوی طرفین است.

در حال حاضر، درباره جایگاه اصل علم دادگاه به قانون در داورهای بین‌المللی چهار انگاره اصلی شامل نظریه قضایی، قراردادی، مستقل و مختلط وجود دارد.^{۲۹} طبق نظریه قضایی، دولت‌ها نه‌تنها در اعتبار بخشیدن به قراردادهای دوری مؤثر هستند، بلکه در پیامدهای آن، یعنی صلاحیت داورها، جریان دوری و صحت آن نیز تأثیرگذارند. در این راستا این اعتقاد وجود دارد که اختیار داور و منشأ اقتدار او ریشه در قانون دارد، زیرا اگر قانون دوری را شناسایی نمی‌کرد، معلوم نبود که توافق طرفین به خودی خود مؤثر واقع شود. مضافاً باید گفت مدیریت دادگستری قسمتی از خدمات عمومی است و مرجع دوری زمانی معتبر است که در این سازمان جای گرفته باشد.^{۳۰} ایده اصلی رویکرد قضایی این است که داور نقشی مشابه قاضی دارد و وظیفه وی حل اختلاف به هر روش ممکن است. مطابق این نظریه، دیوان دوری قدرت خود را از قانون محل دوری می‌گیرد و به‌عنوان یک مقام دولتی از اختیار کامل برای اعمال اصل علم دادگاه به قانون برخوردار است. لذا طرفین نمی‌توانند تمام مقررات یک سیستم حقوقی یا برخی از عناصر خاص

28. <https://globallawexperts.com/iura-novit-curia-in-international-arbitration/> See at: 2024, Iura Novit Curia from a Historical Perspective

29. Julian D.M Lew & loukas A, Mistelis, *Comparative International Commercial Arbitration*, (New York: Kluwer Law International, 2003) p. 78.

۳۰. همایون مافی و محمدحسین تقی‌پور، «ماهیت حقوقی نهاد دوری»، *حقوق خصوصی*، ش ۲۱ (۱۳۹۶)، ص ۱۸۸-۱۸۹.

آن سیستم را حذف نمایند^{۳۱}. در مقابل، نظریه قراردادی، ماهیت داوری را مبتنی بر قرارداد منعقد شده میان طرفین اختلاف می‌داند و معتقد است احترام به اراده طرفین اختلاف ایجاد می‌کند که صرفاً قانون منتخب طرفین اعمال شود. بر اساس این نظریه، نهاد داوری تکیه بر قرارداد دارد و داوران قدرتی به غیر از آنچه از قرارداد دریافت می‌کنند، ندارند و تصمیم آنها تکمیل و به‌انجام رسانیدن قراردادی است که اجرای آن را تضمین می‌نماید. در اکثر داوری‌های تجاری بین‌المللی با توجه به میل تجار به حل و فصل اختلافات به شیوه‌ای منعطف و غیررسمی، این نظریه مورد استقبال بیشتری قرار می‌گیرد^{۳۲}. نظریه دیگر موسوم به استقلال، داوری را نظامی تکامل یافته و مستقل از چارچوب حقوق داخلی کشورها می‌داند که حتی نیازی به انطباق با رویکردهای بین‌المللی ندارد. این نظریه با شناسایی اینکه نهاد داوری یک شیوه خودگردان و خودانتظام است، آن را دارای ماهیتی مستقل و خودآیین می‌داند و به‌رغم اهمیت زیاد اصل حاکمیت اراده، آن را عامل تعیین‌کننده‌ای به‌شمار نمی‌آورد. این نظریه بیان می‌دارد که رابطه بین داور و طرفین به‌هیچ‌وجه نمی‌تواند از منظر نظریه قراردادی کلاسیک مشمول یک رابطه قراردادی معمول که به‌وسیله آن، طرفین نهاد حقوق خصوصی را برای حل اختلافشان انتخاب می‌کنند، مورد بررسی قرار گیرد^{۳۳}.

نهایتاً از تلفیق دو نظریه قراردادی و قضایی نظریه ادغامی ارائه شده است که در مقایسه با سایر موارد بیان شده ایرادهای کمتری دارد. از نگاه نظریه ادغامی، منشأ داوری، قرارداد خصوصی منعقد شده میان طرفین اختلاف است اما دادرسی برای کشف حقیقت، مختار و مجاز است قانون مناسب را از میان قوانین قابل اجرا انتخاب و با استناد به اصل علم به قانون وظایف خود را انجام دهد^{۳۴}. در واقع، نهاد داوری هرچند بر آزادی اراده طرف‌ها مبتنی است ولی فارغ از نظارت و تنظیم دولت نیست^{۳۵}. لذا، اگرچه حل اختلاف و ارجاع آن به نهاد داوری ریشه قراردادی دارد،

۳۱. سمیرا محمدی‌نژاد و همکاران، «محدودیت‌های آزادی اراده طرفین در تعیین قانون حاکم بر آیین داوری تجاری بین‌المللی»، *مطالعات*

حقوق تطبیقی معاصر، ش ۲۴ (۱۴۰۰)، ص ۱۳۷.

۳۲. همان، ص ۱۸۰-۱۸۱.

۳۳. همان، ص ۱۹۸.

34. Alexander Cica, (2014), "The Principle of Iura Novit Curia", *Young Scholars in International Arbitration*, No. 2, (2014). p. 114-115.

۳۵. همایون مافی و محمدحسین تقی‌پور، «ماهیت حقوقی نهاد داوری»، *حقوق خصوصی*، ش ۲۱ (۱۳۹۶)، ص ۱۹۸.

ولی باید مبتنی بر قانون بوده، در چارچوب مقرراتی صورت گیرد که طرفین بر حاکمیت آن توافق کرده‌اند. از میان مراجع داورى، عملکرد ایکسید به انگارهٔ اخیر بسیار نزدیک است، زیرا در عین توجه به مقولهٔ خصوصی بودن اختلاف، رسیدگی به آن را خارج از نظام‌های حقوق داخلی یا بین‌المللی تصور نمی‌کند و همین نگرش است که بستر را برای اعمال اصل علم دادگاه به قانون فراهم ساخته، منشأ نوآوری‌هایی در رسیدگی به اختلافات این نهاد شده است.

۳. اصل علم دادگاه به قانون در آئینهٔ رویهٔ ایکسید؛ از نظریه تا رویه

چنان‌که اشاره شد، حفظ استقلال طرفین اختلاف و توجه به ماهیت خصوصی آن یکی از مسائلی است که همواره مورد توجه ایکسید بوده است. یکی از وجوه این استقلال، اصل آزادی طرف‌ها در تعیین قانون ماهوی حاکم بر اختلاف است؛ موضوعی که به‌صراحت در فراز اول بند یک مادهٔ ۴۲ کنوانسیون واشنگتن با این عبارات بیان شده است: «دادگاه باید مطابق قواعد حقوقی منتخب طرفین رسیدگی را انجام دهد». این قواعد منتخب می‌تواند شامل قوانین داخلی کشور میزبان، ارجاع به معاهده‌ای خاص و یا اصول کلی حقوق بین‌الملل باشد. اما از آنجا که بیشتر پرونده‌های مطروحه در ایکسید مبتنی بر معاهدات دوجانبهٔ سرمایه‌گذاری بوده، این قسم معاهدات اغلب متضمن قانون منتخب طرفین نیست، فراز دوم بند یک مادهٔ ۴۲ و نحوهٔ تفسیر آن از سوی ایکسید به موضوعی حائز اهمیت تبدیل می‌شود. بر این اساس، در صورت فقدان موافقت‌نامه یا توافقی در خصوص قانون منتخب، دادگاه باید از قانون دولت متعاقد طرف اختلاف (از جمله قواعد حل تعارض) و نیز قواعد حقوق بین‌الملل قابل اعمال برای حل اختلاف استفاده نماید. در حقیقت مادهٔ ۴۲ ایکسید سازکاری را ارائه می‌دهد که به‌موجب آن دادگاه قواعد حقوقی مناسب را برای هر اختلاف انتخاب می‌کند. این ماده نماد ترکیب انعطاف‌پذیری و قطعیت است. انعطاف‌پذیری از طریق اعطای حداکثر استقلال به طرفین در انتخاب قوانین (فراز اول) و قطعیت از طریق حصول اطمینان از اینکه دادگاه قوانین مناسب را حتی در صورت نبود چنین انتخابی پیدا خواهد کرد (فراز دوم) تحقق می‌یابد. با توجه به آنچه بیان شد فراز دوم بند نخست مادهٔ ۴۲ را می‌توان مجرای ورود اصل علم دادگاه به قانون به روند رسیدگی‌های ایکسید قلمداد کرد که پیامد آن حصول یقین و قطعیت است.

با وجود این، یکی از مسائل حائز اهمیت این است که اولاً منظور از قانونی که دادگاه (ایکسید) را عالم به آن می‌دانیم چیست؛ حقوق بین‌الملل یا قانون داخلی کشور میزبان؟ در این تردیدی نیست که این انتخاب پیامدهای عملی و نظری را با خود به همراه دارد. به لحاظ عملی انتخاب هریک از این نظام‌های حقوقی (قانون دولت میزبان یا حقوق بین‌الملل) می‌تواند بر نتیجه اختلاف تأثیرگذار باشد و به لحاظ نظری، اعمال اولیه قانون دولت میزبان غالباً تضمینی نمادین برای کشورهای واردکننده سرمایه است تا جایی که درباره نقش حقوق بین‌الملل در فراز دوم بند یک ماده ۴۲ سه نظریه طرح شده است. انگاره نخست با این رویکرد که قانون دولت میزبان باید تأثیر حداکثری در فرایند داوری داشته باشد، اعمال حقوق بین‌الملل را محدود به مواردی می‌داند که قانون دولت میزبان، مبهم، دارای خلأ و یا ناسازگار و مغایر با حقوق بین‌الملل باشد. نظریه دوم، نقش حقوق بین‌الملل را محدود به اصلاح آن دسته از قواعدی می‌داند که با هنجارهای بنیادین حقوق بین‌الملل در تضاد هستند. در همین خصوص، پروفیسور رایزمن^{۳۶} نقش حقوق بین‌الملل را محدود به نادیده گرفتن قواعد و رویه‌هایی می‌داند که هنجارهای اساسی حقوق بین‌الملل را نقض کرده یا وجدان عمومی را خدشه‌دار می‌سازد. به زعم وی، در غیر این صورت بخش‌های کلیدی فراز دوم ماده ۴۲ نقض خواهد شد؛ غافل از آنکه چنانچه معنای حقوق بین‌الملل را به اصول بنیادی مثل وفای به عهد یا اصول حقوق بشری تقلیل دهیم نیز مرتکب نقض ماده شده‌ایم؛ چراکه حقوق بین‌الملل کلیه منابع مندرج در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری را دربر می‌گیرد. ضمن آنکه ایجاد چنین محدودیت‌هایی در مغایرت آشکار با هدف و مقصود تنظیم‌کنندگان کنوانسیون واشنگتن است.^{۳۷}

با توجه به آنچه بیان شد، می‌توان گفت که انگاره‌های یادشده به دنبال به کارگیری حداکثری قانون دولت میزبان بوده، برای حقوق بین‌الملل نقش ثانویه قائل هستند. این نظریه‌ها در رویه ایکسید نیز نمود عملی داشته، مبنای آرای کمیته‌های موقت ابطال در پرونده‌های *آمکو*^{۳۸} و

36. Michael Reisman

37. Emmanuel Gaillard & Yas Banifatemi, (2003), "The Meaning of "and" in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process", *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal*, No. 18 (2003), pp. 400-401.

38. *Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia* (ICSID Case No. ARB/81/1), Decision on the Application for Annulment, May 16, 1986

کلوکner^{۳۹} بوده‌اند که در سال‌های بعد نیز در پروندهٔ *CDSE علیه کاستاریکا*^{۴۰} تکرار شده است.^{۴۱}

اما انگاره سوم متفاوت بوده، قواعد حقوق بین‌الملل را مجموعه‌ای مستقل می‌داند که به خودی خود و بدون نیاز به فیلترِ قانون کشور میزبان قابلیت اعمال دارند. این نگرش برای نخستین بار در اختلاف *مافزینی و اسپانیا*^{۴۲} در سال ۱۹۹۷ در ایکسید نمود عملی یافت. در این پرونده، سرمایه‌گذار قبل از تأیید ارزیابی آثار زیست‌محیطی اقدام به آماده‌سازی زمین برای پروژهٔ ساخت کارخانهٔ تولید و توزیع محصولات شیمیایی نمود. اما پروژه با مشکلات مالی روبه‌رو و متوقف شد. خواهان، فشار نهادهای دولتی برای شروع پروژه را دلیل عدم انجام ارزیابی اعلام می‌کرد، اما دولت اسپانیا در پاسخ بیان داشت که خواهان از لزوم انجام ارزیابی آثار زیست‌محیطی آگاه بوده و قبل از انجام کامل فرایند ارزیابی، آگاهانه سرمایه‌گذاری را شروع کرده است. دادگاه داوری پس از بررسی به این نتیجه رسید که تعهد به ارزیابی آثار زیست‌محیطی، علاوه بر قوانین اسپانیا، طبق حقوق بین‌الملل هم یک تعهد شناخته‌شده است. بر همین اساس، دولت موظف است قوانین خاصی را در خصوص زباله‌های خطرناک و سایر مواد سمی برای حفاظت از محیط زیست تصویب نماید. در واقع، ایکسید در این پرونده با اعمال اصل علم دادگاه به قانون، حقوق بین‌الملل را در کنار حقوق داخلی مدنظر قرار داده و با توجه به اهمیت مسائل زیست‌محیطی حقوق بین‌الملل را نیز قانون حاکم قلمداد کرده است. مطابق نظر ایکسید، «جایگاه محیط زیست ایجاب می‌کند دادگاه خود را محدود به اظهارات طرفین نکرده، برای رسیدگی به موضوع کلیه قوانین قابل اعمال را در نظر گیرد». هرچند دادگاه در پروندهٔ *مافزینی* به‌صراحت از مادهٔ ۴۲ یاد نکرده، اما آن را مدنظر قرار داده و مبنای استناد به حقوق بین‌الملل ذکر کرده است.

این مسیر با رأی کمیتهٔ موقت ابطال در پروندهٔ هتل‌های ونا^{۴۳} با استناد به مادهٔ ۴۲ ادامه یافت. کمیتهٔ ابطال ایکسید اعلام کرده است «در شرایط فقدان قانون منتخب، دادگاه باید فراز

39. Klockner v. Cameroon, Ad Hoc Committee Decision, May 3, 1985 (Hereinafter Klockner First Ad Hoc Committee Decision), 2 ICSID Rep. 95 (1994).

40. *Compani'a del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award, Feb. 17, 2000, 15 ICSID Rev.—FILJ 169 (2000)

41. Attila M. Tanzi, "On Judicial Autonomy and the Autonomy of the Parties in International Adjudication, with Special Regard to Investment Arbitration and ICSID Annulment Proceedings", *Journal of International Law*, No. 3 (2019), p. 13

42. *Emilio Agustin Maffezini v. Kingdom of Spain*

43. *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/98/4), Decision on Application for Annulment, Feb. 5, 2002

دوم ماده ۴۲ را مدنظر قرار دهد». کمیته در ادامه می‌افزاید که «معنا و مفهوم مذاکراتی که به انشای فراز دوم بند یک ماده ۴۲ منتهی شده، امکان را برای نقش‌آفرینی هردو نظام حقوقی (دولت میزبان و حقوق بین‌الملل) به‌طور یکسان و در کنار هم فراهم می‌کند». با توجه به موارد بیان‌شده از سوی کمیته، این امکان وجود دارد که در یک موضوع معین، دیوان با دو قاعده مواجه شود که مطابق هریک از دو نظام حقوقی قابلیت اعمال داشته باشد. در چنین شرایطی داوران با استناد به اصل علم دادگاه به قانون، اختیار و آزادی لازم را برای انتخاب خواهند داشت. این آزادی نتیجه تحولی مثبت در رویه ایکسید است که از پرونده هتل‌های ونا آغاز شده و تاکنون نیز تداوم یافته است. رأی صادره در پرونده گروه وستنی علیه ونزوئلا^{۴۴} در سال ۲۰۰۵ نقطه عطفی در اعمال اصل علم دادگاه به قانون در رویه ایکسید محسوب می‌شود. در این پرونده خواهان که یک شرکت خصوصی تحت قانون انگلستان و ولز است به دلیل اقدامات مصادره‌ای دولت ونزوئلا بر اساس قانون زمین، علیه این شرکت در ایکسید اقامه دعوی نمود. دادگاه درباره قانون حاکم بر صلاحیت و حل اختلاف، ابتدا تصریح می‌کند که «این یک رویه معمول بین طرفین است که صلاحیت قضایی باید هم براساس ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید و هم معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری احراز شود»^{۴۵}. در ادامه اشعار می‌دارد که «ابتنای صلاحیت دادگاه بر حقوق بین‌الملل امری مسلم است، به جز در مواردی که حقوق بین‌الملل خود به قوانین داخلی ارجاع داده باشد». همچنین از نظر دادگاه، «تفسیر کنوانسیون ایکسید و معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری بر اساس حقوق بین‌الملل عرفی، در کنوانسیون وین حقوق معاهدات ۱۹۶۹ نیز مورد اشاره قرار گرفته است»^{۴۶}.

دادگاه پس از احراز صلاحیت، به سراغ احراز قانون حاکم بر دعوی رفته، بیان می‌دارد:

«از آنجایی که طرفین در خصوص قوانین حاکم بر اختلاف توافقی نکرده‌اند، دادگاه فراز دوم بند ۱ ماده ۴۲ را اعمال کرده، بنابراین علاوه بر معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری، باید حقوق ونزوئلا و حقوق بین‌الملل را هر جا که مناسب باشد، اعمال کند». دادگاه بر این باور است که «فراز دوم بند یک ماده ۴۲ کنوانسیون ایکسید موضوع حل اختلاف را به هیچ‌یک از این دو مورد

44. Vestey Group Ltd, Bolivarian Republic of Venezuela, 2005, ICSID Case NO.ARB/06/4

45. *Ibid.*, Para. 114

46. *Ibid.*, Para. 115

مشخص یعنی حقوق بین‌المللی یا حقوق داخلی اختصاص نمی‌دهد، بنابراین این برعهده دادگاه است که تعیین کند یک موضوع تابع حقوق داخلی است یا حقوق بین‌الملل^{۴۷}. در نهایت دادگاه در فراز ۱۱۸ رأی خود، به صراحت از اصل علم دادگاه به قانون نام برده، بیان می‌دارد که در اعمال قانون (اعم از داخلی و بین‌المللی) به استدلال‌ها و منابع مورد استناد طرفین محدود نبوده، طبق اصل یادشده می‌تواند نظر خود را در مورد معنای قانون شکل دهد. تنها شرط به‌کارگیری این اصل از نظر دادگاه، این است که نباید طرفین دعوی را با اعمال نظریه حقوقی که مورد بحث نبوده و طرفین نمی‌توانستند آن را پیش‌بینی کنند، غافلگیر نمایند^{۴۸}.

رأی صادره در پرونده شرکت تولیدی RSM علیه گرنادا^{۴۹} از حیث اجباری قلمداد کردن اصل علم دادگاه به قانون حائز اهمیت است. کمیته ابطال در بررسی اجباری یا اجباری بودن این اصل، ضمن استناد به پرونده‌های صلاحیت ماهیگیری و فعالیت‌های نظامی و شبه‌نظامی امریکا مطرح‌شده در دیوان بین‌المللی دادگستری، خود را ملزم به استفاده از اصل یادشده می‌داند. در گام بعدی، کمیته ابطال ایکسید در پرونده انرون علیه آرژانتین^{۵۰} رأی ایکسید را به دلیل عدم استناد به اصل علم دادگاه به قانون باطل کرد.

پرونده مربوط به اختلاف میان یک شرکت امریکایی پکریم^{۵۱} به‌عنوان خواهان و دولت السالوادور و نهادهای دولتی آن از جمله وزارت محیط زیست و منابع طبیعی به‌عنوان خواننده در سال ۲۰۰۹ از این حیث قابل توجه است که برای نخستین بار ملاحظات زیست‌محیطی از دریچه اعمال ضمنی اصل علم دادگاه به قانون در کنار نهاد دوست دادگاه^{۵۲}، مورد توجه قرار گرفت.

47. *Ibid*, Para 117

48. *Ibid*, Para 118

49. RSM Production Crop v. Grenada, ICSID Case No. ARB/05/14, Decision on Application for Preliminary Ruling (October 29, 2009) Para 23.

50. Enron Creditors Recovery Corp and Ponderosa Assest L.P v. Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Annulment (July 30 2010).

51. Pac Rim

52. Amicus Curia (Friend of the Court or Tribunal)

اشخاص ثالث یا اشخاصی که طرف اختلاف نیستند، تحت عنوان دوستان دادگاه در فرایندهای رسیدگی حاضر شده، اظهارات خود را به صورت کتبی یا شفاهی ارائه می‌کنند. مبنای حضور آنها را می‌توان در ارائه دیدگاه‌ها به محاکم یا کمک به حل اختلاف از طریق نظرهای تخصصی به دادگاه یافت. نک:

Isabel Sarenmalm, "Investment Treaty Arbitration and Environmental Sustainability Are Ex Officio Considerations Needed, Possible or Desirable?", Uppsala University, Disciplinary Domain of Humanities and Social Sciences, Faculty of Law, Department of Law, Independent thesis, Advanced Level, 2015.

قوانین حاکم بر این دعوی شامل قانون اساسی، قانون سرمایه‌گذاری و قوانین معادن السالوادور در کنار قواعد داوری ایکسید بوده است. گرچه خواهان در راستای حفاظت از محیط زیست جوامع بومی، تقاضای اصلاح قوانین معادن السالوادور را مطرح و درخواست مجوز زیست محیطی برای فعالیت‌های مربوط به پروژه را به وزارت محیط زیست و منابع طبیعی ارائه کرده بود، اما وزارت یادشده بعد از گذشت چند سال، بنابه دلایل زیست محیطی ممنوعیت فعالیت سرمایه‌گذار را اعلام نموده، درخواست مجوز را رد کرد. این مجوز مربوط به پروژه اکتشاف معادن و انجام فعالیت‌های معدنی از سوی سرمایه‌گذار بوده که پیش از آن نیز دو سرمایه‌گذار دیگر چنین فعالیت‌هایی را در مناطق مربوطه انجام داده بودند. ادعای خواهان این است که اقدام دولت السالوادور مطابق با انتظارات مشروع سرمایه‌گذار نبوده، ضمن سلب مالکیت، طبق قانون اساسی و قانون سرمایه‌گذاری السالوادور و نیز اصول کلی حقوق بین‌الملل، حقوق سرمایه‌گذار هم نقض شده است.^{۵۳}

چنان‌که اشاره شد از ویژگی‌های این پرونده، حضور نهاد دوست دادگاه (مرکز حقوق بین‌الملل محیط زیست) در فرایند رسیدگی است. دوست دادگاه از تصمیمات السالوادور مبنی بر ایجاد محدودیت و ممنوعیت برای اجرای پروژه که مرتبط با تعهدات بین‌المللی این کشور در حوزه حقوق بشر و محیط زیست (حفاظت از محیط زیست سالم؛ حق بر زندگی در محیط زیست سالم؛ حق بر سلامتی، مالکیت و غذا و آب) است حمایت کرده، بر تأثیر نقض قوانین زیست محیطی بر امنیت عمومی و حقوق شهروندان و نیز آثار زیست محیطی پروژه بر مردم تأکید دارد.^{۵۴} محکمه داوری ایکسید با اعمال اختیارات رسمی^{۵۵} خود که درحقیقت آن روی سکه اصل علم دادگاه به قانون است، رأساً به اظهارات نهاد دوست دادگاه یا همان ثالث توجه کرده، با درنظر گرفتن تعهدات بین‌المللی کشور خواننده در حوزه حقوق بین‌الملل محیط زیست، بر اساس بند یک ماده ۴۲ کنوانسیون ایکسید، حقوق بین‌الملل (ضوابط زیست محیطی بین‌المللی) را در کنار قوانین داخلی السالوادور حاکم بر دعوی دانسته، رأی خود را به نفع کشور السالوادور صادر کرده است.^{۵۶}

53. Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, 2016, Para 3.16

54. *Ibid*, Para. 3.28

55. Ex Officio

56. Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, 2016, Para. 5.10.

۴. استفاده از ظرفیت اصل علم دادگاه به قانون برای طرح ضوابط زیست‌محیطی

در دنیای کنونی، دولت‌ها به دنبال افزایش هرچه بیشتر جریان سرمایه‌گذاری خارجی هستند و در راستای تحقق این هدف، به انعقاد موافقت‌نامه‌های دو یا چندجانبه سرمایه‌گذاری روی می‌آورند. این موافقت‌نامه‌ها عموماً متضمن تعهداتی برای کشور میزبان در خصوص حمایت از حقوق سرمایه‌گذار است. این امر به‌رغم اهمیتی که از بُعد نظام سرمایه‌گذاری دارد از منظر زیست‌محیطی مخاطراتی را به دنبال دارد. اینکه فعالیت‌های سرمایه‌گذاری موجب پیامدهای نامطلوبی بر محیط زیست از جمله آب، هوا، جانوران و اکوسیستم شوند، نه‌تنها موضوعی دور از ذهن نیست، بلکه به تجربه، امری محتمل است. در معاهدات سرمایه‌گذاری خارجی اغلب به مسائل زیست‌محیطی توجه نشان داده نمی‌شود؛ در نتیجه برای کشور(های) میزبان اثبات اینکه اقدامات مؤثر بر سرمایه‌گذاری با هدف حفاظت از محیط زیست صورت گرفته، موضوعی دشوار است. در چنین شرایطی، اصل علم دادگاه به قانون می‌تواند ابزاری مناسب برای برون‌رفت از شرایط باشد. چنانچه ایکسید توانایی استناد به اصل یادشده را داشته باشد، می‌تواند راساً و به‌صورت رسمی با استناد به منابع حقوق بین‌الملل یا قوانین داخلی دولت میزبان، ضوابط زیست‌محیطی را در جریان پرونده وارد نماید. اگرچه هنوز زود است که مدعی وجود اجماع و رویه واحد پیرامون استفاده از اصل علم دادگاه به قانون به‌ویژه در حوزه اعمال ملاحظات زیست‌محیطی شویم، اما با بررسی رویه ایکسید در استفاده از این اصل و نیز با امعان نظر به اینکه کامل بودن فرایند رسیدگی به اختلافات از طریق ارائه بهترین استدلال‌ها همواره حائز اهمیت است. همچنین با لحاظ جایگاه ملاحظات زیست‌محیطی در جهان امروز می‌توان بیان داشت که داوران ایکسید مسئولیت خطیری در این حوزه دارند. در فقدان اظهارات طرفین اختلاف، دادگاه باید ابتکار عمل به خرج داده، راساً قواعد مرتبط را اعمال کند. از نظر نگارندگان مقاله حاضر، عمده دلایلی که لزوم گام برداشتن ایکسید به سمت استفاده از اصل علم دادگاه به قانون برای اعمال ضوابط و مقررات زیست‌محیطی را یادآور می‌شود، این موارد است: اولاً به‌رغم اهمیت روزافزون محیط زیست و نارضایتی شهروندان کشور میزبان و جوامع مدنی ملی و بین‌المللی از آثار مخرب زیست‌محیطی ناشی از سرمایه‌گذاری، طرف‌های یک اختلاف

سرمایه‌گذاری تمایل چندانی به طرح ملاحظات زیست محیطی نداشته یا اگر هم داشته باشند با مشکلات یادشده مواجه می‌شوند و از طرف دیگر موافقت‌نامه‌های دوجانبه یا چندجانبه سرمایه‌گذاری نیز با رویکرد حمایت از محیط زیست پایدار منعقد نشده‌اند. به نظر می‌رسد اعمال رسمی اصل علم دادگاه به قانون در رویه محاکم سرمایه‌گذاری به‌ویژه ایکسید ضروری بوده، می‌تواند به‌عنوان یک اصل عملی در جهت پر کردن خلأهای یادشده به‌کار گرفته شود. ثانیاً با توجه به فقدان دادگاه اختصاصی حل اختلافات زیست محیطی در نظام بین‌المللی، مسئولیت نهادهای داوری بین‌المللی در زمینه توجه به موضوعات زیست محیطی افزایش می‌یابد. ضمن اینکه آرای داوری‌های سرمایه‌گذاری بسیار راحت‌تر از احکام دادگستری‌های بین‌المللی قابل شناسایی و اجرا هستند، بنابراین توجه به ملاحظات زیست محیطی و تمرکز بر آنها در اختلافات میان دولت سرمایه‌گذار از سوی دادگاه‌های رسیدگی‌کننده به‌خصوص محاکم شناخته‌شده‌ای همچون ایکسید راهکاری منطقی‌تر و کارآمد است. ثالثاً افزایش وجدان زیست محیطی و اهمیت مسائل زیست محیطی، برخی از هنجارهای زیست محیطی را به هنجارهای مبین نظم عمومی بین‌المللی بدل نموده، دسته‌ای دیگر نیز در حال تبدیل شدن به چنین هنجارهایی هستند.^{۵۷} از این منظر حتی می‌توان با رویکردی آینده‌نگر، ایکسید را متعهد به توجه به مسائل زیست محیطی دانست؛ با این توضیح که اجرایی شدن این ایده تا حدی دشوار به نظر می‌رسد. اما با توجه به جایگاه زیست محیطی در جامعه بین‌المللی، انتظار می‌رود داوران ایکسید با استفاده از اختیاراتی که در کاربست اصل علم دادگاه به قانون دارند، زمینه را برای زیست محیطی کردن این نهاد مهم و اثرگذار داوری فراهم آورند.

نتیجه

اعمال اصل علم دادگاه به قانون به‌رغم سابقه دیرینی که در نظام‌های حقوق داخلی کشورها به‌خصوص نظام‌های رومی-ژرمنی دارد، در عرصه دادرسی‌های بین‌المللی به‌ویژه داوری‌ها که نهادهای خصوصی حل و فصل اختلافات به‌شمار می‌روند، از سابقه چندانی برخوردار نیست. با این حال، رویه ایکسید نشانگر توجه به این اصل در شرایط عدم تصریح به آن در قواعد داوری

57. Jorge, E. Viñuales, "Foreign Investment and the Environment in International Law: An Ambiguous Relationship", *British Yearbook of International Law*, No. 80 (2010), p. 5.

این محکمه است. ره‌آورد اعمال اصل علم دادگاه به قانون در ایکسید برای حوزه محیط زیست این است که داوران می‌توانند رأساً و بدون محدود کردن خود به مستندات حقوقی طرح‌شده از سوی طرفین، قانون مناسب را اعمال نمایند که در نتیجه آن، اولاً زمینه طرح مسائل حقوقی زیست‌محیطی که طرفین درباره آن سخن به میان نیاورده‌اند فراهم می‌شود. ثانیاً موجب می‌شود تا وضعیت‌های حقوقی از سوی داوران به شیوه‌ای متفاوت از طرفین توصیف گردد و نهایتاً به تصمیمی زیست‌محیطی‌تر منجر شود. برخلاف ادعای مخالفان، اعمال اصل علم دادگاه به قانون، نه‌تنها زمینه تجاوز داوران از حدود اختیاراتشان را فراهم نمی‌آورد و به استقلال طرف‌ها خدشه‌ای وارد نمی‌کند، بلکه به دلیل قابلیت‌هایی همچون ایجاد تعادل در جنبه خصوصی دآوری با مسائلی همچون محیط زیست که جنبه عمومی دارند، تمرکز بر کشف حقیقت و نیز رفع خلأ می‌تواند منجر به صدور آرای کامل‌تر و جامع‌تر شده، از این طریق مشروعیت ایکسید را افزایش دهد. ماده ۴۲ قواعد و مقررات ایکسید به‌ویژه فراز دوم بند یک ماده ۴۲ و نحوه تفسیر آن از سوی دادگاه‌ها و کمیته‌های ابطال، زمینه‌ساز توسل به اصل علم دادگاه به قانون و استناد به قواعد حقوقی مناسب برای هر اختلاف شده است. در برخی موارد، رویه بیانگر نقش داور در تعیین و انتخاب قانون مناسب از میان دو نظام حقوقی (دولت میزبان یا حقوق بین‌الملل) است و در مواردی قواعد حقوقی مناسب- بسته به موضوع مطرح‌شده- در قوانین و مقررات بین‌المللی اعلام شده است. اوج عملکرد ایکسید رأی صادره در پرونده *مافزینی علیه اسپانیا* است که دادگاه با استناد به اهمیت مسئله محیط زیست، مقررات زیست‌محیطی را به‌رغم عدم استناد طرفین، مستند رأی خود قرار می‌دهد. اجباری قلمداد کردن اعمال اصل علم دادگاه به قانون و تعیین شرایط حاکم بر کاربرد اصل، از دیگر دستاوردهای رویه قضایی ایکسید در این خصوص است. الزام ایکسید به استفاده از اصل علم دادگاه به قانون به‌عنوان مبنایی برای استناد به مقررات زیست‌محیطی مندرج در حقوق بین‌الملل و یا قوانین دولت میزبان به دلیل وجود واقعیت‌هایی همچون اهمیت روزافزون محیط زیست به‌ویژه در شاخه سرمایه‌گذاری خارجی، خلأهای زیست‌محیطی که امروزه گریبان‌گیر اغلب معاهدات و موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری خارجی است و فقدان یک دیوان بین‌المللی با صلاحیت خاص رسیدگی به دعاوی زیست‌محیطی، اهمیت و لزوم توجه بیشتر ایکسید به اصل یادشده را در چارچوب سایر قوانین و مقررات حاکم نشان می‌دهد؛ روندی که می‌تواند به حمایت متقابل حوزه‌های سرمایه‌گذاری و محیط زیستی کمک شایانی نماید.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

- کتابها

۱. زمانی، سید قاسم و حسینی، به‌آذین (۱۳۹۸). *اصول حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری*. تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۲. مافی، همایون (۱۳۹۷). *تشریح بر قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران*. تهران: دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری.

- مقالات

۳. صمدی مله، صاحبه و مافی، همایون (۱۴۰۰). کشف حقیقت در داوری تجاری بین‌المللی با تأکید بر قواعد پراگ (۲۰۱۸). *حقوق تطبیقی*، ۸ (۲)، ۲۳۷-۲۵۸.
Doi: 10.22096/law.2021.119449.1600
۴. ضیایی، سید یاسر (۱۳۹۳). جایگاه تعهدات زیست‌محیطی در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری. *حقوق عمومی*، ۱۵ (۴۲)، ۱۹۱-۲۲۴.
۵. مافی، همایون و تقی‌پور، محمدحسین (۱۳۹۶). ماهیت حقوقی نهاد داوری. *حقوق خصوصی*، ۶ (۲۱)، ۱۷۷-۲۰۴.
Doi: 10.22054/jplr.2017.8140
۶. محمدی‌نژاد، سمیرا؛ غریبه، علی؛ پاشازاده، حسن (۱۴۰۰). محدودیت‌های آزادی اراده طرفین در تعیین قانون حاکم بر آیین داوری تجاری بین‌المللی. *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۱۲ (۲۴)، ۱۳۷-۱۶۹.
Doi: 10.22034/law.2021.41025.2683
۷. محمودی‌کردی، زهرا (۱۳۹۷). ماهیت اصول کلی حقوقی و کارکردهای آن در حقوق بین‌الملل. *حقوقی بین‌المللی*، ۳۵ (۵۸)، ۳۲۹-۳۶۴.
Doi: 10.22066/cilamag.2018.31692
۸. میرشاه‌پناه، زهرا؛ مافی، همایون؛ دارویی، عباسعلی (۱۴۰۲). مطالعه تطبیقی تحصیل دلیل از سوی داور در نظام حقوقی ایران و آمریکا و قواعد کانون وکلا بین‌المللی. *مطالعات حقوق تطبیقی*، ۱۴ (۱)، ۵۳۹-۵۶۲.
Doi: 10.22059/jcl.2022.346687.634406

ب) انگلیسی

- Books

9. Jolowicz, A. John (2008). *On Civil Procedure*. New York: Cambridge University Press.
10. Julian D.M Lew & loukas A, Mistelis (2003). *Comparative International Commercial Arbitration*. New York: Kluwer Law International.
11. Van Rhee, C.H. (2005). *European Tradition in Civil Procedure*. Intersentia.

- Articles

12. Alberti, Christian P. & Bigge, David M. (2015). Ascertaining the Content of the Applicable Law and Iura Novit Tribunes: Approaches in Commercial and Investment Arbitration. *Dispute Resolution Journal*, 70 (2), 1-20.
13. Cica, Alexander (2014). The Principle of Iura Novit Curia. *Young Scholars in International Arbitration*, 2, 105-124.
14. Gaillard, Emmanuel & Banifatemi Yas (2003). The Meaning of “and” in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process, *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal*, 18 (2), 375-411.
15. Knuts, Gisela (2016). Jura Novit Curia and the Right to Be Heard - An Analysis of Recent Case Law, *Arbitration International*, 28 (4), 669-688.
16. Koch, O.V. & Streltsova, E.J. (2016). Principle Iura Novit Curia in International Commercial Arbitration, *Scientific Periodical of Ukraine*, (22), 181-188.
17. Sebayiga, V. (2020). Environmental Protection under the Ugandan Model Bilateral Investment Treaty: A Call for Reform, *SSRN Electronic Journal*, Doi: 10.2139/ssrn.4317923.
18. Tanzi, Attila M. (2019). On Judicial Autonomy and the Autonomy of

the Parties in International Adjudication, with Special Regard to Investment Arbitration and ICSID Annulment Proceedings, *Journal of International Law*, 33, 1-19

19. Viñuales, E. Jorge (2010). Foreign Investment and the Environment in International Law: An Ambiguous Relationship, *British Yearbook of International Law*, 80, 244-332.

- Thesis

20. Sandberg, David (2011). *Iura Novit Arbiter, How to Apply and Ascertain the Content of the Applicable Law in International Commercial Arbitration in Sweden*, Goteborg University.

- Document

21. United Nation General Assembly (2018). *Fifth Report on the Protection of the Atmosphere*, UN Doc. A/CN.4/711.

- Cases

22. Case No. ARB/81/1, Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, 1986 May 16 Decision on the Application for Annulment
23. ICSID Case No. ARB/81/2, Klockner v. Cameroon, Ad Hoc Committee Decision, 1994.
24. ICSID Case No. ARB/96/1, Compani'a Del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Costa Rica, Feb. 17, 2000
25. ICSID Case No. ARB/01/3, Enron Creditors Recovery Corp and Ponderosa Assest L.P v. Republic of Argentina, Decision on Annulment, July 30, 2010.
26. ICSID Case No. ARB/09/12, Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, 2016.
27. ICSID Case No. ARB/05/14, RSM Production Corp v. Grenada, Decision on Application for Preliminary Ruling, October 29, 2009
28. ICSID Case NO.ARB/06/4, Vestey Group Ltd, Bolivarian Republic of Venezuela, 2005
29. ICSID Case No. ARB/98/4, Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt, Decision on Application for Annulment, Feb. 5, 2002

- Website

30. <https://globallawexperts.com/iura-novit-curia-in-international-arbitration/> see at: April 2024, Iura Novit Curia from a Historical Perspective



Changing the Use of the *Hagia Sophia* Museum to a Mosque from the Perspective of International Law

Ali Mashhadi¹| Hossein Fallahi Bahar²

1. Associate Professor, University of Qom, Iran (Corresponding Author)
2. Master of International Law, University of Qom, Iran

mashadiali@yahoo.com
H.fbahar21@gmail.com

Abstract

On July 24, 2020, after the Turkish Supreme Court's decision, the Turkish media announced the performance of Friday prayers in the Hagia Sophia Mosque. Properties inscribed on the World Heritage List are the common heritage of humanity. And the international community is committed to preserving it for future generations. Changing, restoring, or developing a heritage on the UNESCO World Heritage List is something, with its conditions, that has been allowed, and it has happened. Governments must ensure that such changes do not affect the outstanding universal values of the heritage in question. Some governments may unilaterally change a World Heritage Site's statute without prior discussion and negotiation with relevant UNESCO bodies. Recently, the Turkish government converted the Hagia Sophia Museum into a mosque, by the decision of the Turkish Supreme Administrative Court, which caused a lot of international criticism. This article examines the conversion of the Hagia Sophia Museum to a mosque from the point of view of the proponents, opponents, and relevant international rules, as well as the issue of outstanding universal values. According to the research, it is possible to change the statute of a heritage inscribed on the World Heritage List, if it does not damage the outstanding Universal values of the heritage because there are similar examples of change and the Convention does not prohibit such actions.

Keywords: *Hagia Sophia, Sovereignty, Sultan Muhammad Endowment, UNESCO, Outstanding Universal Value.*

Received: 2024/03/30

Received in revised form: 2024/09/28

Accepted: 2024/10/28

Published: 2024/11/10

DOI: 10.22034/LAW.2024.61038.3378

Publisher: University of Tabriz

law@tabrizu.ac.ir





تغییر کاربری موزه ایاصوفیه به مسجد از منظر حقوق بین الملل

علی مشهدی^۱ | حسین فلاحی بهار^۲

mashadiali@yahoo.com

H.fbahar21@gmail.com

۱. دانشیار دانشگاه قم، ایران (نویسنده مسئول)

۲. کارشناسی ارشد حقوق بین الملل دانشگاه قم، ایران

چکیده

رسانه‌های ترکیه در ۲۴ ژوئیه ۲۰۲۰ پس از رأی دادگاه عالی ترکیه، خبر از اقامه نماز جمعه در مسجد ایاصوفیه دادند. بناهای ثبت شده در فهرست میراث جهانی، میراث مشترک بشریت هستند و جامعه بین الملل در حفظ و نگهداری آن برای نسل‌های آینده تعهد دارد. تغییر، مرمت و یا توسعه یک بنا در فهرست میراث جهانی سازمان یونسکو، امری است که با شرایطی مجاز است. دولت‌ها باید اطمینان حاصل کنند که این گونه تغییرات ارزش‌های برجسته جهانی بنای موردنظر را تحت تأثیر قرار نمی‌دهد. ممکن است برخی دولت‌ها به صورت یک‌جانبه و بدون اطلاع و مذاکره قبلی با نهادهای مربوطه سازمان یونسکو، به ایجاد تغییر در یک بنای میراث جهانی اقدام کنند. دولت ترکیه مطابق مصوبه دیوان عالی اداری ترکیه موزه ایاصوفیه (هاگیا صوفیا) را به مسجد تبدیل کرده که این امر در رسانه‌های بین المللی انتقادات بسیاری را در پی داشته است. در این مقاله، تغییر کاربری موزه ایاصوفیه به مسجد از دیدگاه موافقان، مخالفان و قواعد بین المللی مربوطه بررسی و نیز به موضوع ارزش‌های برجسته جهانی پرداخته می‌شود. فرض اساسی در این مقاله بر این مبنا استوار است که امکان تغییر کاربری یک بنای ثبت شده در لیست میراث جهانی در صورت عدم لطمه به ارزش‌های برجسته جهانی بنا امکان پذیر است، به دلیل اینکه نمونه‌های مشابه تغییر وجود داشته و همچنین در کنوانسیون منعی در خصوص این گونه اقدامات دیده نشده است.

واژگان کلیدی: ارزش برجسته جهانی، حاکمیت داخلی، سازمان یونسکو، مسجد ایاصوفیه، وقف نامه سلطان محمد.

تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۰۸/۲۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۸/۰۷

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۷/۰۷

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۱/۱۱

DOI: 10.22034/LAW.2024.61038.3378



law@tabrizu.ac.ir

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

ایاصوفیه^۱ یا ایاصوفیا نامی برگرفته از واژه یونانی هاگیا صوفیا^۲ به معنای حکمت مقدس، نام بنا و عبادتگاه تاریخی واقع در استانبول ترکیه است که به‌عنوان کلیسای جامع مسیحی ارتدوکس، کلیسای جامع کاتولیک رومی، مسجد عثمانی و یک موزه سکولار استفاده شده است. ساخت این بنا به‌عنوان کلیسای مسیحی به دوران امپراتوری روم شرقی (۵۳۲ میلادی) و به دستور همسر امپراتور ژوستینین یکم^۳، تتودورا^۴، برمی‌گردد. این کلیسا برای مسیحیان از اهمیت و قداست ویژه‌ای برخوردار است، به دلیل اینکه بنابر روایت‌های مذهبی، فرشته‌ای بر احداث آن نظارت داشته و چوبی که در بنای آن به‌کار رفته به کشتی نوح تعلق دارد.^۵ این بنا دوران تاریخی پرفراز و نشیب بسیاری را به خود دیده است و در طول تاریخ مورد هجوم و تخریب بسیاری قرار گرفته و چندین بار بازسازی، ترمیم و توسعه داده شده است.

این کلیسا در زمان سلطان محمد ملقب به محمد فاتح^۶ در پی شکست امپراطوری روم شرقی (۱۴۵۳ میلادی) و با فرمان او به مسجد تبدیل و دستور داده شد تا نقاشی‌ها و نگارگری‌های داخل ایاصوفیه پوشانده شود تا نماز جمعه در آنجا اقامه گردد. پس از اعلام جمهوری ترکیه، نخستین رئیس‌جمهور، مصطفی کمال آتاتورک^۷، در سال ۱۹۳۵ دستور تبدیل مسجد ایاصوفیه به موزه را صادر کرد. این موضوع از همان زمان موجب ناراحتی اسلام‌گرایان و همچنین تلاش برای تغییر دوباره آن به مسجد شد. تا اینکه با روی کار آمدن رجب طیب اردوغان، رئیس‌جمهور کنونی ترکیه، همان‌طور که در وعده‌های انتخاباتی‌اش وعده تغییر کاربری ایاصوفیه را داده بود، در سال ۲۰۱۹ این پیشنهاد را به‌طور رسمی مطرح کرد و دیوان عالی اداری ترکیه با صدور حکمی مصوبه دولت ترکیه در سال ۱۹۳۵ مبنی بر تبدیل مسجد ایاصوفیه به موزه را ملغی و اعلام نمود که این بنا همیشه مسجد بوده، نباید به موزه تغییر کاربری می‌داد. در مورد امکان

1. Ayasofya
2. Hagia Sophia
3. Justinian I
4. Theodora

۵. رضوی نیوز، اقدام اردوغان در تبدیل «ایاصوفیا» به مسجد، روابط اسلام و مسیحیت را تخریب می‌کند؟. برگرفته از <https://www.razavi.news/fa/report/58336> (۱ مرداد ۱۳۹۹)

۶. محمد دوم از بزرگ‌ترین پادشاهان دولت عثمانی

7. Mustafa Kemal Atatürk

تغییر کاربری موزه ایاصوفیه به مسجد، دو دیدگاه موافق و مخالف در سطح رسانه‌ها و ادبیات حقوقی وجود دارد که در ادامه به ذکر دیدگاه‌ها و بررسی ادله آنها می‌پردازیم.

۱. تحلیل دیدگاه‌های حقوقی موافق با امکان تغییر کاربری موزه به مسجد

پس از اعلام رسمی تغییر کاربری و نیز پس از رأی دیوان عالی اداری ترکیه، دیدگاه‌های موافق و مخالف متعددی در این خصوص مطرح شد. دیدگاه‌های موافق این تصمیم برخی مبتنی بر استدلال‌های حقوق عمومی و بین‌الملل هستند که در ادامه به آنها خواهیم پرداخت.

۱.۱. حاکمیت داخلی

در بسیاری از سخنرانی‌ها، رئیس‌جمهور ترکیه، رجب طیب اردوغان، و نیز وزیر امور خارجه ترکیه و وزیر فرهنگ و توریسم ترکیه، این تصمیم را تحت عنوان حق حاکمیت ترکیه و مبتنی بر خواست و اراده مردم ترکیه دانسته‌اند.^۸ اردوغان در پاسخ به انتقادات به تصمیم ترکیه، این‌گونه بیان داشت: «اتهامات مطرح‌شده علیه کشورمان در ارتباط با ایاصوفیه، به مثابه حمله به حق حاکمیت ما می‌باشد، هیچ کس حق و صلاحیت این را ندارد که در امور مربوط به اماکن عبادی ما دخالت کند».^۹ البته علاوه بر موافقان در ترکیه، برخی کشورها نیز از این تصمیم استقبال کردند، از جمله نخست‌وزیر پاکستان؛ برخی از شخصیت‌های دولت افغانستان؛ سلیمان باقی، خطیب وقت مسجد جامع مرادپاشا در اسکوپیه مقدونیه؛ احمدبن حمد الخلیلی، مفتی وقت سلطنت عمان؛ و وزارت اوقاف و امور مذهبی سومالی این رویداد را به ترکیه تبریک گفتند.

عبدالهادی آونگ، نماینده ویژه وقت نخست‌وزیر مالزی در امور خاورمیانه و رئیس حزب اسلامی، از مسجد شدن ایاصوفیه اظهار خرسندی کرد و انتقاد کشورهای غربی را نوعی اسلام‌هراسی عنوان نمود. همچنین، روسیه از جمله کشورهایی است که معتقد بود تصمیم ترکیه امری داخلی است. معاون وقت وزیر خارجه روسیه، سرگئی ورسمین^{۱۰}، در مصاحبه‌ای اعلام

8. Aljazeera. Erdogan Rejects Global Criticism Over Hagia Sophia Decision, (2020). 11 Jul. <https://www.aljazeera.com/news/2020/07/erdogan-rejects-global-criticism-hagia-sophia-decision-200711173640326.html>. (14 Jul 2020)

۹. خبرگزاری صدا و سیما، ادامه هشدارهای بین‌المللی درباره تغییر کاربری ایاصوفیه استانبول. برگرفته از: <https://www.iribnews.ir/fa/news/2759196> (۳ مرداد ۱۳۹۹)

10. Sergey Vershinin

داشت که تغییر وضعیت نماد «هاگیا صوفیا» به یک مسجد، یک امر داخلی در ترکیه است و هیچ‌کس نباید در این تصمیم‌گیری دخالت کند.^{۱۱}

مفهوم حاکمیت غالباً با مفهوم قدرت یا اقتدار مطلق حکومت همراه بوده، یکی از مفاهیم بنیادی در حقوق بین‌الملل است. حاکمیت، بخش جدایی‌ناپذیر برابری، تمامیت ارضی و استقلال سیاسی دولت‌ها است. اصل حاکمیت از اصول کلی حقوقی بین‌المللی و مورد قبول دولت‌ها است که در منابع متعدد بین‌المللی از جمله عرف بین‌المللی و بند نخست ماده ۲ منشور سازمان ملل متحد مورد تأیید و شناسایی قرار گرفته است. حاکمیت دارای دو بُعد است: داخلی و خارجی. حاکمیت داخلی به معنای اعمال قدرت از سوی یک دولت در محدوده سرزمین و مردمی که در این سرزمین زندگی می‌کند تعریف شده است و حاکمیت به معنای خارجی را می‌توان به استقلال در روابط و تصمیم‌گیری با دیگر دولت‌ها تعریف کرد.

با توسعه حقوق بین‌الملل، مرور زمان و توجه روزافزون به برخی موضوعات مهم در حقوق بین‌الملل، از حاکمیت دولت‌ها کاسته شد و دولت‌ها در بعضی موارد به نفع نظم بین‌المللی برخی محدودیت‌ها را نسبت به حاکمیت خود پذیرفتند. یکی از محدودیت‌های حاکمیت، موضوع میراث فرهنگی طبیعی جهانی است که در ماده ۶ کنوانسیون حفاظت از میراث فرهنگی و طبیعی جهانی آمده و میراث جهانی (با توجه به شرایطی) را استثنایی بر بخشی از حاکمیت دولت‌ها دانسته است. البته، علاوه بر این، این ماده به نکته‌ای دیگر هم اشاره می‌کند: «ضمن احترام کامل به حاکمیت کشورهای که میراث فرهنگی و طبیعی ذکر شده در ماده ۱ و ۲ در قلمرو سرزمینی آنها واقع شده و همچنین بدون لطمه زدن به حقوق واقعی مندرج در قوانین ملی درباره این میراث مقرر شده است، دولت‌های عضو این کنوانسیون به رسمیت می‌شناسند که چنین میراثی تشکیل‌دهنده یک میراث جهانی است که برای حفاظت از آن جامعه بین‌الملل وظیفه همکاری دارد».

این ماده به خوبی اشاره دارد که موضوع میراث فرهنگی و طبیعی با حاکمیت داخلی مرتبط و

11. Dailysabah. Turkey-Meets-Unesco-Obligations-in-Change-of-Hagia-Sophias-Status, (2020) 13 Jul. <https://www.dailysabah.com/politics/turkey-meets-unesco-obligations-in-change-of-hagia-sophias-status/news> (20 Jul 2020)

تحت مالکیت دولتهایی است که این میراث در سرزمین آنها واقع شده و تنها نکته، تعیین حدود اختیارات حاکمیت دولتها نسبت به این میراث است که به نظر می‌رسد مطابق مواد دیگر کنوانسیون و همچنین مکاتبات سازمان یونسکو با ترکیه درباره نگرانی‌های این سازمان نسبت به تصمیم ترکیه^{۱۲}، این حدود، حفظ ارزش‌های برجسته جهانی این گونه میراث است؛ یعنی اگر عملی به ارزش‌های برجسته جهانی میراث فرهنگی یا طبیعی ثبت شده در لیست میراث جهانی آسیب وارد کند، جامعه بین‌الملل وظیفه دارد جلوی این آسیب را بگیرد. لازم به ذکر است که حمایت کشورهای موافق با این تصمیم، مبتنی بر عقاید مذهبی و گرایش‌های دینی است که در حقوق بین‌الملل جایگاهی ندارد.

۲.۱. وقف‌نامه سلطان محمد

در رأیی که شورای دولتی ترکیه (دیوان عالی اداری ترکیه) نسبت به درخواست تغییر کاربری ایاصوفیه به مسجد صادر کرد، این گونه بیان شده است: «ایاصوفیه در مالکیت بنیاد سلطان فاتح محمدخان بوده و به‌عنوان مسجد در اختیار جامعه گذاشته شده است. ایاصوفیه به‌عنوان مسجد در سند ثبت شده و این قابل تغییر نیست^{۱۳} و مانع تراشی برای استفاده از اموال غیرمنقول و حقوق متعلق به بنیاد که در اختیار عموم گذاشته شده است، میسر نیست^{۱۴}. بعد از فتح عثمانی، اولین کاری که سلطان محمد دوم انجام داد تغییر کلیسای هاگیا صوفیا به مسجد بود. او در وقف‌نامه خود این‌طور بیان می‌کند: «این وقفیه مربوطه به ایاصوفیا (هاگیا صوفیا) است. بنابراین هر کسی این وقفیه مربوطه به مسجد ایاصوفیه را تغییر دهد یا یک ماده آن را تبدیل و یا ابطال کند یا سعی در تبدیل آن داشته باشد و یا تفسیر نادرست و غلط از آن بکند و قصد خارج کردن مسجد ایاصوفیه از حکم وقفیه آن را داشته باشد، یا اصل آن را تغییر دهد و یا به فروعاتش اعتراض داشته باشد و یا افرادی به کسانی که این قصد را دارند راهنمایی برسانند و یا حتی کمک کنند که به صورت غیرقانونی سعی در تصرف آن شود و سند جعلی درست شود و حق متولی بودن را تقاضا کنند و یا آن را در دفتر باطل ثبت نمایند (به ملکیت خود در آورند). در محضر شما می‌گویم

12. Unesco. <https://en.unesco.org/news/unesco-statement-hagia-sophia-istanbul> (21 Jul 2020)

13. Franceculture (2020). le Président Erdoğan Ordonne la Reconversion de Sainte-Sophie en Mosquée, 2 Jul. <https://www.franceculture.fr/geopolitique/a-istanbul-la-tres-dispute-sainte-sophie-va-t-elle-etre-reconvertie-en-mosquee> (26 Jul 2020)

۱۴. خبرگزاری آناتولی، دیوان عالی اداری ترکیه مصوبه تبدیل «ایاصوفیه» به موزه را لغو کرد، برگرفته از: <https://xoli.ir/4m> (۳ مرداد ۱۳۹۹)

که مرتکب بزرگ‌ترین گناه شده و گناهان زیادی را انجام داده است. از همین رو، هر کسی این وقفیه را تغییر دهد؛ لعنت خدا و پیامبر و ملائکه و متولیان و لعنت تمام مسلمانان به صورت ابدی بر او و آنها باد. و از عذاب آنها کاسته نشود و روز محشر به صورت‌های آنها نگاه نشود (محروم از لطف پروردگار باشند). هر کسی اینها را شنید و دوباره در صدد تغییر این وقفیه برآمد، گناهِش بر گردن کسانی که آن را تغییر دادند خواهد بود و عذاب خدا بر آنها باد»^{۱۵}.

باید توجه داشت که وقف‌نامهٔ سلطان محمد نمی‌تواند قابل استناد باشد، به دلیل اینکه این امر مربوط به حقوق داخلی است و ثانیاً تبدیل آن به موزه از سوی نهادهای قانونی صورت گرفته است.

۳.۱. دفاعیات دولت ترکیه در برابر سازمان یونسکو

در برخی مصاحبه‌ها، مقامات ترکیه‌ای دربارهٔ نگرانی‌های سازمان یونسکو (دسترسی فیزیکی به این سایت، ساختار بنا، اموال قابل حمل و مدیریت سایت) بیان داشته‌اند که وضعیت جدید این اثر تاریخی هیچ نقضی را نسبت به کنوانسیون میراث جهانی یونسکو وارد نمی‌کند^{۱۶}. استفاده از هاگیا صوفیا به‌عنوان مسجد قطعاً نقض پیمان یادشده نیست. همچنین این وضعیت هرگز بر ارزش برجستهٔ جهانی هاگیا صوفیا تأثیر نمی‌گذارد^{۱۷}. یاوز سلیم کوران^{۱۸}، معاون وقت وزیر امور خارجه ترکیه، در مصاحبه با روزنامهٔ دیلی صباح این‌طور اظهار نظر کرده است: «در مورد هاگیا صوفیا، ترکیه به‌طور رسمی از ارزش برجستهٔ جهانی که از طرف جامعهٔ بین‌المللی به آن اختصاص داده شده، آگاه است و بر همین اساس، این بنای تاریخی را از زمان ثبتش در لیست میراث جهانی در ۱۹۸۵ مدیریت کرده است»^{۱۹}. وی همچنین اعلام نمود: «هاگیا صوفیا در سال

15. Haber7 (2020). Bakan Çavuşoğlu'na Laşmıştı: İşte Sultan Fatih'in Ayasofya Vakfiyesitercumesi, <https://www.haber7.com/guncel/haber/2984397-bakan-cavusoglu-paylasmisti-iste-sultan-fatihin-ayasofya-vakfiyesi-tercumesi/?detay=1> (26 Oct 2020)

16. Dailysabah (2020). Turkey Meets UNESCO Obligations in Change of Hagia Sophia's Status, <https://www.dailysabah.com/politics/turkey-meets-unesco-obligations-in-change-of-hagia-sophias-status/news> (27 Jul 2020)

17. Milliyet (2020). UNESCO'yamaddemadde Ayasofyacevabi, <https://www.milliyet.com.tr/gundem/unescoya-madde-madde-ayasofya-cevabi-6257026> (27 Jul 2020)

18. Yavuz Selim Kran

19. Dailysabah (2020). Turkey Meets UNESCO Obligations in Change of Hagia Sophia's Status, <https://www.dailysabah.com/politics/turkey-meets-unesco-obligations-in-change-of-hagia-sophias-status/news> (27 Jul 2020)

۱۹۸۵ در فهرست میراث جهانی یونسکو به‌عنوان بخشی از «مناطق تاریخی استانبول» ثبت شده است. ترکیه به‌عنوان یکی از دولت‌های عضو کنوانسیون مربوط به حمایت از میراث فرهنگی و طبیعی جهان، کاملاً از وظایف خود نسبت به این کنوانسیون و از ارزش‌های برجسته فرهنگی، تاریخی و معنوی این بنای تاریخی به تمام معنا آگاه است. وی با بیان اینکه اگرچه این کنوانسیون وظایف و مسئولیت‌های خاصی را به‌عهده کشورهای با میراث جهانی می‌گذارد، اما به‌منزله نقض حقوق مالکیت و حق حاکمیت آنها نیست. هیچ مانعی برای تغییر عملکرد یک سایت میراث جهانی در کنوانسیون میراث جهانی وجود ندارد^{۲۰}. او با رد این ادعا که این میراث تاریخی جهانی «پنهان یا نابود خواهد شد»، تأکید کرد که نمادنگاری مذهبی در مجموعه قرن ششم حفظ خواهد شد.

بنابراین از دیدگاه موافقان، این تصمیم ترکیه آسیبی به ارزش‌های تاریخی هاگیاصوفیا که متعلق به تمام بشریت و همه ادیان است، وارد نخواهد آورد. معاون وزیر امور خارجه ترکیه همچنین بیان نمود «همانطور که مرتباً تکرار کرده‌ایم، هاگیاصوفیا بخشی از موقوفات سلطان محمد فاتح به‌عنوان «مسجدی» است که از سوی خود سلطان در سال ۱۴۶۲ تأسیس شد. هاگیاصوفیا از نظر قانونی یکی از دارایی‌های این موقوفه است و براساس قانون ترکیه در مورد موقوفات، یک ملک موقوفه در درجه اول باید مطابق کارکردی که در سند وقفیه آن تعیین شده است، مورد استفاده قرار گیرد. کوران همچنین اظهار داشت: «هاگیاصوفیا برای همه بازدیدکنندگان از کلیه ادیان و مذاهب در سراسر جهان باز خواهد بود. هرکس قادر خواهد بود بدون خرید بلیط وارد این مکان باشکوه شود». یاوز سلیم کوران، برای جایز شمردن تصمیم ترکیه مبنی بر تغییر کاربری یک بنای ثبت‌شده در لیست میراث جهانی، به مسجد کوردوبا در اسپانیا اشاره می‌کند که در سال ۱۹۸۴ در فهرست میراث جهانی ثبت شد، این بنا در سال ۱۳۳۶ به کلیسای جامع تبدیل گردید و هنوز هم با همان کارکرد مورد استفاده قرار می‌گیرد^{۲۱}.

نمونه دیگر تغییر وضعیت میراث جهانی که وی اشاره کرده، کلیسای جامع سنت‌جان^{۲۲} در

20. *Ibid.* (27 Jul 2020)

21. Milliyet (2020). UNESCO'yamaddemadde Ayasofyacevabi, <https://www.milliyet.com.tr/gundem/unescoya-madde-madde-ayasofya-cevabi> 6257026 (27 Jul 2020)

22. Saint John's Co-Cathedral

والتا^{۲۳} است که در سال ۱۹۸۰ در فهرست میراث جهانی یونسکو به‌عنوان مؤلفه‌ای از شهر والتا ثبت شد. این کلیسای جامع در سال ۲۰۰۱ پس از یک فرایند مرمت‌سازی در دهه ۱۹۸۰ و ۱۹۹۰ تبدیل به موزه و از کارکرد اصلی خود که مکانی مذهبی بود، خارج شد. کوران تصریح کرد: «این نمونه‌ها نشان می‌دهد که در گذشته، دولت‌ها نیز وضعیت یک میراث فرهنگی درج‌شده در فهرست میراث جهانی را تغییر داده‌اند»^{۲۴}. در این راستا، به صورت مختصر به توضیح این دو بنا می‌پردازیم:

۱.۳.۱. مسجد/ کلیسای کوردوبا

مسجد/ کلیسای جامع کوردوبا^{۲۵} یا مسجد جامع کوردوبا (قرنطه)، که امروزه به نام کلیسای جامع اسونسیون دنوسترا سنیورا^{۲۶} شناخته می‌شود، در منطقه تاریخی اندولوس اسپانیا واقع شده است. نام قدیم این مسجد «حضره» بود. این مسجد را عبدالرحمن اول، از خلفای اموی، در سال ۷۸۶ میلادی بنا نهاد. بعد از تصرف مجدد شهر کوردوبا، در قرن سیزدهم تحت فرمان فردیناند سوم^{۲۷} مسجد جامع کوردوبا به یک کلیسای جامع تبدیل شد. منطقه تاریخی کوردوبا در سال ۱۹۸۴ در لیست جهانی میراث فرهنگی قرار گرفت^{۲۸} و در تاریخ ۱۹۹۴ با توجه به درخواست دولت اسپانیا، کمیته میراث جهانی با گسترش آن، به‌ویژه گسترش مسجد کلیسای جامع و تغییر نام این منطقه به «منطقه تاریخی کوردوبا»^{۲۹} موافقت کرد^{۳۰}. به هر حال، این استدلال ترکیه بیشتر مبتنی بر تحول تاریخی بوده و البته از دیدگاه مخالفان قابل نقد است.

۲.۳.۱. کلیسای جامع سنت‌جان

مجموعه شهر تاریخی والتا که شامل بسیاری از بناهای تاریخی از جمله کلیسای جامع سنت‌جان می‌شود در سال ۱۹۸۰ به‌عنوان میراث جهانی به ثبت رسید. این کلیسای جامع در

23. Valetta

24. Dailysabah (2020). Turkey meets UNESCO obligations in change of Hagia Sophia's status, <https://www.dailysabah.com/politics/turkey-meets-unesco-obligations-in-change-of-hagia-sophias-status/news> (27 Jul 2020)

25. Mezquita-Catedral de Córdoba

26. Catedral de la Asunción de Nuestra Señora

27. Ferdinand III

28. Unesco. <https://whc.unesco.org/en/list/313> (2 Oct 2020)

29. The Historic Centre of Cordoba

30. Unesco. <https://whc.unesco.org/en/decisions/3232> (3 Oct 2020)

اواخر دهه ۱۹۸۰ و اوایل دهه ۱۹۹۰ بازسازی شد. در سال ۲۰۰۱ بنیادی با عنوان بنیاد کلیسای جامع سنت جان تأسیس گردید که اساسنامه آن حاکی از گسترش این موزه برای آگاهی بیشتر مردم کشور مالت و عموم مردم است.^{۳۱} در سایت ویکی‌پدیا نکته‌ای وجود دارد که «قسمتی از موزه کنونی قبلاً قسمتی از ورودی قبرستان بوده است»^{۳۲}. همچنین در چندین مورد، این موزه گسترش و تغییر یافت؛ تغییراتی همچون ایجاد ورودی جدید برای موزه از داخل خیابان^{۳۳}. لازم به ذکر است که در سایت سازمان یونسکو در بخش کلیسای جامع سنت جان به موزه و تغییرات صورت گرفته در آن اشاره‌ای نشده است.

نکته حائز اهمیت در مورد مسجد/ کلیسای کوردوبا، اظهار نظر معاون وزیر خارجه ترکیه است که صحیح به نظر نمی‌رسد، زیرا این بنا در آن زمان در لیست جهانی به‌عنوان کلیسا به ثبت رسیده بود. نکته دیگری که باید مورد بررسی قرار گیرد، بحث تغییراتی است که قرار است در اباصوفیه صورت بگیرد. مطابق بیانات مقامات ترکیه، این تغییرات جزئی هستند و فقط برخی از موزاییک‌های قدیمی که مربوط به زمان اولیه همان هاگیا صوفیه می‌شود، در زمان نماز با پرده یا به‌وسیله نور^{۳۴} پوشیده خواهند شد، زیرا اسلام نمایش تصاویر مردم در مساجد را منع کرده است و پس از اتمام نماز، موانع برداشته خواهد شد. سخنگوی وقت ریاست جمهوری ترکیه، ابراهیم کالان^{۳۵}، در مصاحبه با شبکه NTV^{۳۶} بیان کرد که برخی از موزاییک‌های سنت ماریا و گابریل^{۳۷} واقع شده به سمت قبله- جهتی که مسلمانان در موقع نماز به آن سمت می‌ایستند- پنهان خواهد شد. اما دیگر موزاییک‌های دوران مسیحی این بنا چون در سمت قبله قرار نگرفته‌اند، مانعی برای نماز مسلمانان نیستند. در خارج از ساعات برگزاری مراسم مذهبی، این

31. Independent (2016). St John's Co-Cathedral Museum Extension Projected to be Completed by 2018, <https://www.independent.com.mt/articles/2016-08-07/local-news/St-John-s-Co-Cathedral-Museum-Extension-projected-to-be-completed-by-2018-6736162065> (26 Jul 2020)

32. https://fr.wikipedia.org/wiki/Co-cath%C3%A9drale_Saint-Jean_de_La_Valette (12 Oct 2020)

33. Maltatoday (2017). St John's Co-Cathedral Museum Closed for Extension and Refurbishment Works, https://www.maltatoday.com.mt/arts/cultural_diary/76058/st_johns_cocathedral_museum_closed_for_extension_and_refurbishment_works#.X4Q2U9AzYdU (12 Oct 2020)

34. Smithsonianmag. Turkey Controversially Converts Hagia Sophia From Museum Into Mosque, drawing-criticism-180975300/ (26 Jul 2020)

35. Ibrahim Kalin

36. Nergis TV Télévision Turque

37. Marie et Gabriel

سایت به روی همه بازدیدکننده‌ها باز و پرده‌ها از روی موزاییک‌های پوشیده‌شده برداشته می‌شوند.^{۳۸} او همچنین در مصاحبه‌ای با خبرگزاری آنادولو گفت که ایاصوفیه می‌تواند شبیه کلیسای جامع نوتردام^{۳۹} فرانسه و کلیسای جامع قلب مقدس بازلیک^{۴۰} عمل کند که به‌طور معمول برای نمازگزاران و بازدید گردشگران آزاد است.^{۴۱}

۴.۱. خواست و اراده مردم ترکیه

یکی از استدلال‌های موافقان مبتنی بر مبانی حقوق عمومی، این است که مسلمانان ترکیه برای بازگشایی مسجد ایاصوفیه کمپین‌هایی برای جمع‌آوری امضا انجام دادند و تجمعاتی نیز در مقابل این مسجد صورت گرفت. به عبارت دیگر، بخش عمده مسلمانان ترکیه خواهان این تغییر بوده‌اند. بر این اساس، باید گفت که خواست و اراده مردم در حقوق بین‌الملل در موضوعات خاصی مانند حق تعیین سرنوشت معتبر است^{۴۲}، اما در مسئله‌ای مانند ایاصوفیه در حقوق بین‌الملل اعتباری ندارد؛ مگر اینکه خواست مسلمانان ترکیه در قالب حقوق فرهنگی - مذهبی مطرح شود.

۵.۱. عدم تأثیر تغییر کاربری‌های ایاصوفیا بر ارزش‌های برجسته جهانی این بنا

شهر استانبول به لحاظ استراتژیک در شبه جزیره بسفر بین بالکان و آناتولی، دریای سیاه و مدیترانه واقع شده و به‌طور پیاپی پایتخت امپراتوری روم شرقی و امپراتوری عثمانی بوده و بیش از ۲۰۰۰ سال با وقایع مهم در تاریخ سیاسی، تاریخ دینی و تاریخ هنری همراه بوده است. ارزش برجسته جهانی شهر استانبول در شاهکارهای منحصر به فرد معماری است که منعکس‌کننده

38. i24news. Turquie: des Mosaïques Chrétiennes de Sainte-Sophie Recouvertes Pendant les Prières Musulmanes <https://www.i24news.tv/fr/actu/international/moyen-orient/1595235489-turquie-des-mosaïques-chrétiennes-de-sainte-sophie-recouvertes-pendant-les-prieres-musulmanes> (26 Jul 2020)

39. Notre-Dame Cathedral

40. Sacré-Cœur basilica

41. Smithsonianmag. Turkey Controversially Converts Hagia Sophia From Museum Into Mosque, <https://www.smithsonianmag.com/smart-news/turkey-turns-hagia-sophia-museum-mosque-drawing-criticism-180975300/> (26 Jul 2020)

۴۲. برای نمونه، ر.ک. مهشید آجلی لاهیجی، و مسعود احسن‌نژاد، «آثار استمرار اشغال فلسطین نسبت به دولت‌های ثالث؛ مواضع احتمالی دیوان بین‌المللی دادگستری»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۳۴ (۱۴۰۳)، ص ۲؛ علی‌اکبر ترمان و سیدحسین ملکوتی، «تأملی بر مفهوم حق رأی با رویکرد ارتقای مبانی نظری حق انتخاب شدن اعضای شوراهای اسلامی شهر و روستا در پرتو قانون اساسی»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۳۱ (۱۴۰۲)، ص ۸۳.

تلاقی اروپا و آسیا در طی قرون متمادی است که به واسطهٔ نبوغ و خلاقیت معماران بیزانس و عثمانی شکل گرفته و در افق متمایز و مشخص استانبول ساخته شده است و شامل هاگیا صوفیا می‌شود که گنبد پهناور آن منعکس‌کنندهٔ مهارت معماری و تزئینات مربوط به قرن ششم است. بنای ایاصوفیه (هاگیا صوفیا) همراه با دیگر بناها، تحت عنوان منطقهٔ تاریخی شهر استانبول در سازمان یونسکو به ثبت رسیده است.

طبق نظام سازمان یونسکو، برای اینکه یک اثر فرهنگی یا طبیعی در لیست میراث جهانی این سازمان ثبت شود، باید شرایط و معیارهای بیان شدهٔ سازمان یونسکو را دارا باشد. در اینجا به معیارهای مربوط به منطقهٔ تاریخی استانبول از جمله هاگیا صوفیا اشاره خواهد شد.

۱.۵.۱. معیارهای انتخاب هاگیا صوفیا در لیست میراث جهانی

بر اساس معیارهای جهانی یونسکو، شاخص‌های متعددی برای ورود میراث‌های جهانی به این لیست وجود دارد که تقریباً بخش عمدهٔ آنها در مورد این بنا صدق می‌کند؛ از جمله می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

الف) معیار نخست اینکه نمایانگر شاهکاری از نبوغ و خلاقیت انسان باشد. مناطق تاریخی استانبول شامل بناهایی است که شاهکارهای بی‌نظیر معماری دورهٔ بیزانس و عثمانی شمرده می‌شوند، مانند هاگیا صوفیا که در سال ۵۳۲-۵۳۷ از سوی آنتموا آف ترالس^{۴۳} و ایسیدوروس آف میلهتوس^{۴۴} طراحی شد.

ب) معیار دوم اینکه نشانگر یک تبادل مهم از ارزش‌های انسانی در محدودهٔ زمانی مشخص و در منطقه‌ای فرهنگی از جهان از جنبهٔ پیشرفت‌های معماری، تکنولوژیکی، هنرهای یادبود، پلان شهری یا طراحی منظره باشد. در طول تاریخ، بناهای تاریخی در استانبول تأثیر قابل توجهی در توسعهٔ معماری، هنرهای یادبود و سازماندهی فضای بناها- هم در اروپا و هم در خاور نزدیک- داشته است. بر این اساس، ۶۶۵۰ متر دیوار زمینی تئودوسیوس دوم^{۴۵} با خط دفاعی دوم خود که در سال ۴۴۷ ساخته شد، یکی از منابع برجسته در معماری نظامی بود؛ هاگیا صوفیا

43. Anthemios of Tralles

44. Isidoros of Miletus

45. Theodosius II

هم به الگویی برای تمامی مجموعه کلیساها و مساجد بعدی تبدیل شد و طراحی موزاییک کاخ‌ها و کلیساهای کنستانتینوپول^{۴۶} (قسطنطنیه) بر هر دو هنر شرقی و غربی تأثیر گذاشت.

ج) معیار سوم اینکه دربرگیرنده شهادت بی‌نظیر یا استثنایی از یک سنت فرهنگی یا تمدنی موجود یا ازبین‌رفته باشد. استانبول از طریق تعداد بسیاری از نمونه‌های بی‌نظیر از طیف گسترده از انواع ساختمان‌ها و برخی آثار هنری مرتبط، دربرگیرنده شهادت یگانه از تمدن‌های بیزانس و عثمانی است. این مجموعه‌ها شامل استحکامات، کلیساها و کاخ‌هایی با موزاییک و نقاشی‌هایی با آبرنگ، مخزن‌های تاریخی، مقبره‌ها، مساجد، مدارس مذهبی و حمام‌ها است.

د) معیار چهارم اینکه نمونه برجسته از نوع بنا، مجموعه معماری یا تکنولوژی یا چشم‌اندازی باشد که مراحل مهم تاریخ بشر را نشان می‌دهد. استانبول دربردارنده مجموعه‌ای برجسته از بناهای تاریخی، آثار معماری و فنی است که مراحل بسیار متمایز تاریخ بشر را نشان می‌دهد؛ به‌ویژه کاخ توپکاپی و مجموعه مسجد سلیمانیه با کاروانسرا، مدارس مذهبی، مدرسه پزشکی، کتابخانه، حمام‌ها، آسایشگاه‌ها و مقبره‌های امپراطوری، نمونه‌ای عالی از مجموعه کاخ‌ها و مجتمع‌های مذهبی دوره عثمانی شمرده می‌شوند.

در دو معیار یک و دو، نام ایاصوفیه ذکر شده و در معیارهای سه و چهار به‌نظر می‌رسد به‌طور ضمنی به آن اشاره شده است. طبق اظهارات مقامات ترکیه مبنی بر انجام تغییرات جزئی همچون پوشاندن بعضی از موزاییک‌ها یا تعطیلی موزه برای مدت کوتاهی برای انجام مراسم دینی و همچنین بررسی معیارهای ارزش برجسته جهانی اختصاص داده شده است. به‌نظر می‌رسد این تغییرات خللی به ارزش‌های برجسته جهانی این بنا وارد نمی‌سازد.

۲. دیدگاه مخالفان؛ عدم امکان تغییر کاربری کلیسا به مسجد

در اعتراض به تصمیم ترکیه، کشورهای از جمله آمریکا، یونان، فرانسه، قبرس، امارات و نهادهایی همچون اتحادیه اروپا، کلیسای ارتدکس روسیه، شورای کلیسای یونان، دانشگاه الأزهر مصر، پاپ فرانسیس - رهبر کاتولیک‌های جهان - از این موضوع ابراز تاسف کرده و به دولت ترکیه انتقادهایی داشته‌اند. برخی از این دولت‌ها و نهادها به موضوع احترام کلیسا و منجر شدن

46. Constantinople

به تیرگی روابط بین مسلمان‌ها و مسیحیان و برخی دیگر به نکته تعهدات بین‌المللی ترکیه اشاره کرده‌اند. صرف نظر از احتمال سیاسی بودن برخی از اظهار نظرها، منتقدان در تغییر کاربری موزه اباصوفیه به دلایلی استناد کرده‌اند که به ذکر آنها می‌پردازیم:

۱.۲. حقوق بشر و حفظ مکان‌های مقدس

یکی از تجلی‌های حق اساسی آزادی دین، تأسیس و دسترسی آزاد به مکان‌های پرستش و قبرستان‌ها است. در اعلامیه جهانی حقوق بشر، ماده ۱۸ و همچنین ماده ۱۸ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی بیان شده است: «هر شخصی حق دارد از آزادی اندیشه، وجدان و دین بهره‌مند شود. این حق مستلزم آزادی تغییر دین یا اعتقاد و همچنین آزادی اظهار دین یا اعتقاد، در قالب آموزش دینی، عبادت‌ها و اجرای آیین‌ها و مراسم دینی به‌تنهایی یا به صورت جمعی، به‌طور خصوصی یا عمومی است». تقدس بعضی از مکان‌ها و همچنین دل‌بستگی به عبادتگاه‌ها، موضوعی است که بیشتر یک رویکرد ذهنی را دربر دارد. حتی تعاریف اماکن مقدس^{۴۷} می‌تواند از نظر تاریخی در بین افراد جامعه و گروه‌های فرهنگی آن متفاوت باشد و تمامی ادیان، خواه یکتاپرست باشند یا نه، دارای مکان‌های مقدس هستند. سؤال مهم این است که معنای اماکن مقدس چیست؟

از دیدگاه جغرافی‌دان فرانسوی، ژان مارک پینه^{۴۸}، مکان مقدس بر روی زمین مکانی است که ارتباط بین انسان و معبود را تضمین می‌کند. وی برای تعریف خود چند شاخصه و معیار مشخص می‌نماید.^{۴۹} در عرف بین‌المللی، مکان‌های مقدس، مکان و سایت‌هایی هستند که در محدوده جغرافیایی خاصی واقع شده‌اند و یک یا چند دین یا مذهب آن را مقدس می‌دانند. مکان‌های مقدس یا ساخته بشر هستند، مثل کلیساها، معابد و قبرستان‌ها و یا پدیده‌های طبیعی‌اند، مانند درختان، رودخانه‌ها، تپه‌ها و جنگل‌ها.^{۵۰}

علاوه بر عرف، در اسناد بین‌المللی در خصوص مکان‌های عبادت، در اعلامیه ۱۹۸۱ مجمع

47. Holy Places

48. Jean-Marc Pinet

49. Marshall J. Breger, Yitzhak Reiter and Others (2012). Sacred Space in Israel and Palestine, 1st ed. Routledge, USA and Canada, p. 130

۵۰. سید محمدعلی هاشمی، «مکان‌های مقدس در آموزه‌های اسلامی و حقوق بین‌الملل»، میقات حج، ش ۹۳ (۱۳۹۴)، ص ۳۴.

عمومی سازمان ملل متحد با عنوان بیانیۀ رفع هرگونه عدم تحمل و تبعیض بر اساس مذهب و عقیده در ماده ۶ بند «الف» این‌گونه آمده است: «مطابق با ماده ۱ این بیانیۀ و بندهای ماده ۱، پاراگراف ۳، حق آزادی اندیشه، وجدان، دین یا اعتقاد، شامل آزادی‌های زیر می‌شود {عبادت یا اجتماع در ارتباط با یک دین یا عقیده، و ایجاد و حفظ مکان‌هایی برای این اهداف}»^{۵۱}.

همچنین تفسیر عمومی شماره ۲۲ بند ۴ ماده ۱۸^{۵۲} کمیته حقوق بشر در مورد کلمه پرستش و نیایش^{۵۳} این‌چنین است: «حق ابراز دین و عقیده» در مفهوم کلمه پرستش و نیایش، به مراسم و اعمال آیینی که ارتباط با ابراز مستقیم اعتقادات دارد و همچنین رویه گوناگون دیگر مانند ساختن مکان‌های پرستش و نیایش و... توسعه پیدا می‌کند. موضوع احترام و حفظ مکان‌های مقدس ادیان و مذاهب در شاخه‌های دیگر حقوق بین‌الملل هم مانند حقوق بشردوستانه تحت عنوان حفظ مکان‌های تاریخی و مذهبی نیز تأکید شده است.

منتقدان به تصمیم ترکیه مبنی بر تغییر کاربری ایاصوفیه، معتقدند که این تصمیم موجب اهانت به کلیسا و همچنین سلب حقوق مذهبی مسیحیان است. در مورد این انتقاد، لازم به ذکر است که اگر منظور حقوق مذهبی منتقدان، انجام مراسمات دینی باشد، این امر مربوط به چند قرن گذشته و زمان پادشاهی سلطان محمد است که بعد از تغییر کلیسا به مسجد، مسیحیان دیگر نتوانستند مراسمات مذهبی در ایاصوفیه برگزار کنند. اگر منظور منتقدان، حفظ و احترام به کلیسا و اجازه ورود مسیحیان به آن باشد، طبق اظهارات مقامات ترکیه، ترکیه مانند قبل از ایاصوفیه محافظت خواهد کرد و مسیحیان در غیر از اوقات مراسم اسلامی می‌توانند وارد موزه شوند. در مقابل، مسلمانان ترکیه نیز ادعای نقض حقوق مذهبی خود را دارند. علاوه بر این، استدلال دیگری که می‌توان مطرح نمود این است که ثبت جهانی یک مکان علاوه بر حفاظت فیزیکی از سوی دولت، تأثیری بر ارزش‌های معنوی پیرامون بنا نخواهد داشت.

۲.۲. سازمان یونسکو و کنوانسیون حفظ میراث‌های جهانی

هدف سازمان یونسکو طبق اساسنامه آن، کمک به ایجاد صلح و امنیت از راه ارتقای

51. <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/ReligionOrBelief.aspx> (26 oct 2020)

52. CCPR General Comment No. 22: Article 18 (Freedom of Thought, Conscience or Religion)

53. Worship

همکاری در بین ملت‌ها از طریق آموزش، علم و فرهنگ به منظور احترام جهانی بیشتر به عدالت، حاکمیت قانون، حقوق بشر و آزادی‌های اساسی است که برای تمام مردم دنیا بدون تمایز از حیث نژاد، جنس، زبان یا مذهب، در منشور ملل سازمان متحد ذکر شده است. این سازمان از طریق بیانیه‌ها، توصیه‌نامه‌ها و کنوانسیون‌ها، دولت‌ها را برای نیل به مقاصدشان راهنمایی می‌کند.

یکی از این حوزه‌های کاری سازمان یونسکو، حفاظت از میراث‌های تاریخی و طبیعی است که از نظر جهانی دارای ارزش‌های برجسته‌ای هستند. برای تحقق این امر، کنفرانس عمومی این سازمان در هفتمین نشست خود به تاریخ ۱۷ اکتبر تا ۲۱ نوامبر ۱۹۷۲ در شهر پاریس به تصویب کنوانسیون تحت عنوان حفاظت از میراث فرهنگی طبیعی جهانی^{۵۴} اقدام کرد.

دبیر کل سازمان یونسکو در مورد تصمیم ترکیه مبنی بر تغییر کاربری موزه ایاصوفیه به مسجد، در گفتگویی با نماینده ترکیه در سازمان یونسکو، ضمن اظهار تأسف از تصمیم ترکیه بدون بحث و اطلاع قبلی، خواستار حفظ ارزش این میراث جهانی شده است. وی افزود: هاگیا صوفیا، بخشی از مناطق تاریخی استانبول است که در فهرست میراث جهانی یونسکو درج شده است. «هاگیا صوفیا، یک شاهکار معماری و گواهی بی‌نظیر از تعامل بین اروپا و آسیا در طول قرن‌ها است. موقعیت آن به عنوان یک موزه نشان‌دهنده طبیعت جهانی میراث آن است و آن را به سمبل قدرتمندی برای گفتگو تبدیل می‌کند». تصمیم ترکیه مبنی بر تبدیل آن به مسجد موجب نگرانی در تغییر ارزش جهانی این بنا شده است. دبیر کل سازمان یونسکو به دولت‌ها یادآور شد در صورتی که به تغییراتی در سایت‌های ثبت‌شده در لیست میراث جهانی نیاز باشد، ملزم هستند که اطمینان حاصل کنند از اینکه این تغییرات تأثیری بر ارزش‌های برجسته جهانی این مکان یا بناها نمی‌گذارد و نیز این تغییرات باید مورد بررسی قرار گیرد. مشارکت مؤثر، فراگیر و عادلانه جوامع و سایر ذی‌نفعان نسبت به این‌گونه اماکن با هدف حفظ و انتقال این میراث برجسته و مهم، ضروری است.

هدف از این ضرورت، محافظت و انتقال ارزش‌های برجسته میراث جهانی به نسل‌های آینده است و این امر همان چیزی است که روح و ذات کنوانسیون میراث جهانی به آن اشاره دارد.

54. Convention Concerning The Protection of the World Cultural and Natural Heritage

سازمان یونسکو طی چندین نامه نگرانی‌های خود را به اطلاع جمهوری ترکیه رسانده، خواستار گفتگوی بدون وقفه با ترکیه شده است، تا از آثار مخرب این تصمیم بر ارزش جهانی این میراث استثنایی جلوگیری کند. توقف هرگونه اقدام اجرایی بدون گفتگوی قبلی با این سازمان امری مهم است، چون امکان دارد دسترسی فیزیکی به این سایت، ساختار بنا، اموال قابل حمل و مدیریت سایت را تحت تأثیر قرار دهد. چنین اقداماتی می‌تواند نقض قوانین ناشی از کنوانسیون میراث جهانی ۱۹۷۲ تلقی شود.^{۵۵} نکته قابل تأمل و مهم در خصوص این بیانیه اعتراض‌آمیز، توجه به مقررات کنوانسیون میراث فرهنگی طبیعی و موضوع ارزش‌های برجسته جهانی است.

۱.۲.۲. کنوانسیون حفظ میراث فرهنگی و طبیعی جهانی

کنوانسیون حفاظت از میراث فرهنگی و طبیعی جهانی، معاهده‌ای است که در سال ۱۹۷۲ از سوی یونسکو تصویب شد و هدف از آن حفظ سایت‌ها و بناهایی است که دارای ارزش‌هایی برجسته برای تمام بشریت هستند. لازم به ذکر است که ترکیه در ۱۶ مارس ۱۹۸۳ به این کنوانسیون ملحق و آن را تصویب کرده است. این کنوانسیون همان‌طور که از عنوانش پیداست به دو میراث فرهنگی و طبیعی می‌پردازد. ماده اول کنوانسیون به موضوع میراث فرهنگی و مصادیق آن اختصاص دارد. با توجه به کنوانسیون حاضر:

- بناها؛ شامل آثار معماری، مجسمه‌ها یا نقاشی‌های یادبود، عناصر یا سازه‌هایی با ماهیت باستان‌شناسی، کتیبه‌ها، غارهای سکونت و مجموعه‌ای از ویژگی‌ها که از نظر تاریخی، هنری یا علمی از ارزش برجسته جهانی برخوردارند.
- مجموعه‌ای از ساختمان‌ها؛ شامل بناهای جداگانه یا به هم پیوسته که به دلیل معماری، هم‌جنس بودن یا قرار گرفتن در یک چشم‌انداز، از نظر تاریخی، هنر یا علوم، از ارزش جهانی برخوردار هستند.
- سایت‌ها؛ شامل آثار انسانی یا آثار ترکیبی از هنر انسان و طبیعت، و مناطقی از جمله سایت‌های باستان‌شناسی که از منظر تاریخی، زیباشناسی، مردم‌شناسی یا انسان‌شناسی دارای ارزش برجسته جهانی هستند.

55. Unesco (2020). <https://en.unesco.org/news/unesco-statement-hagia-sophia-istanbul>, (26 Jul 2020).

یکی از مواد مهم کنوانسیون، ماده ۴ است که به نکته‌ای کلیدی اشاره دارد: «هر کشور عضو این کنوانسیون متعهد می‌شود (وظیفه دارد) به تضمین شناسایی، محافظت، مراقبت، معرفی و ارائه و همچنین انتقال میراث فرهنگی و طبیعی بیان شده در ماده ۱ به نسل‌های آینده». عبارت استفاده شده در این ماده، *The Duty of Ensuring the Identification* و در زبان فرانسه *L'obligation D'assurer Identification* است. آنچه از این عبارت استنباط می‌شود، لزوم حفظ هویت میراث فرهنگی و طبیعی است و ممکن است تصور شود که تصمیم ترکیه در تضاد با این ماده است. البته طی مکاتبه‌ای با فرانسیسکو فرانچیونی^{۵۶}، در مورد تفسیر این ماده از وی سؤال شد، اما در جواب، او بیان کرد که موضوع اصلی در بحث تصمیم ترکیه، این ماده نیست و نکاتی را گوشزد نمود که در ادامه بیان می‌شود.

در بند ۱ ماده ۶، علاوه بر بیان اینکه میراث فرهنگی و طبیعی جهانی تحت حاکمیت ملی دولت‌ها قرار دارد، بر تعهد جامعه بین‌الملل نسبت به حفاظت و مراقبت از این میراث نیز تأکید شده است. بند ۲ از ماده ۶ از تعهد دولت‌های عضو کنوانسیون در کمک به شناسایی، محافظت و مراقبت و معرفی میراث فرهنگی و طبیعی معرفی شده در پاراگراف ۲ و ۴ ماده ۱۱ سخن به میان می‌آورد؛ البته در صورتی که دولتی که میراث در سرزمینش واقع شده است، درخواست کند. علاوه بر این، مطابق بند ۳ ماده ۶، دولت‌ها متعهد هستند از هر گونه اقدامی که ممکن است به صورت مستقیم یا غیرمستقیم به میراث فرهنگی طبیعی یادشده در مواد ۱ و ۲ لطمه وارد سازد، جلوگیری نمایند.

بند ۱ ماده ۲۷: کشورهای عضو این کنوانسیون تلاش خواهند کرد که با تمام امکانات و به‌ویژه با برنامه‌های آموزشی و اطلاع‌رسانی، روحیه تقدیر و احترام مردم خود را نسبت به میراث فرهنگی و طبیعی یادشده در مواد ۱ و ۲ این کنوانسیون تقویت کنند.

لازم به ذکر است که خود متن کنوانسیون به موضوع اطلاع دادن به سازمان قبل از انجام هرگونه تغییر اشاره نمی‌کند و این بحث در دستورالعمل‌های عملیاتی برای اجرای کنوانسیون

۵۶. Francesco Francioni، متخصص در زمینه میراث فرهنگی بین‌المللی، نویسنده کتاب تفسیری بر کنوانسیون ۱۹۷۲ میراث فرهنگی و نیز از افرادی که در جلسات شکل‌گیری این کنوانسیون حضور داشتند و از کسانی که در تهیه پیش‌نویس کنوانسیون‌ها در سازمان یونسکو صاحب‌نظر هستند.



میراث فرهنگی جهانی در پاراگراف‌های ۱۶۳ تا ۱۶۸ و ۱۷۲ بیان شده که از نظر فرانسیسکو فرانچیونی موضوع مهم همین است. وی در مکاتبه این‌چنین بیان نمود: «مطابق با نظام کمیته میراث جهانی، هیچ کشوری مجاز به تغییر اساسنامه یک بنای ثبت‌شده در لیست میراث جهانی بدون گفتگوی قبلی با نهادهای حاکم بر یونسکو و همچنین کمیته میراث جهانی نیست و دولت ترکیه به صورت یک‌جانبه عمل کرده و این عمل ممکن است ارزش‌های برجسته جهانی این بنا را تحت تأثیر قرار دهد».^{۵۷}

۲.۲.۲. ارزش‌های برجسته جهانی

میراث درحقیقت شامل هر آن چیزی می‌شود که مربوط به نسل‌های گذشته در تمام ابعاد زندگی بشری است.^{۵۸} معیار اساسی ثبت یک سایت یا بنای تاریخی در فهرست میراث جهانی «ارزش برجسته جهانی»^{۵۹} است؛ همان‌طور که در کنوانسیون میراث جهانی یونسکو در ۱۹۷۲ به آن اشاره شده است. اصطلاح ارزش برجسته جهانی، برای اولین بار در مقدمه کنوانسیون ۱۹۷۲، و همچنین در جای‌جای کنوانسیون و در مواد ۱، ۲، ۸، ۱۱، ۱۲، ۱۵ و ۱۹ ذکر شده است. این اصطلاح دو بار در مقدمه کنوانسیون این‌گونه آمده است: «با توجه به بزرگی و سنگینی خطرهای جدیدی که آنها (میراث فرهنگی و طبیعی) را تهدید می‌کند، برعهده اکثریت جامعه جهانی است که با اعطای کمک‌های جمعی در حمایت از میراث فرهنگی و طبیعی که از ارزش برجسته جهانی برخوردار هستند، شرکت نمایند» و «با توجه به اهداف ذکرشده، اتخاذ مقررات جدید در قالب یک کنوانسیون که ایجادکننده یک سیستم مؤثر و دائمی که مبتنی بر روش‌های علمی نوین سازمان‌یافته باشد، در حمایت جمعی از میراث فرهنگی و طبیعی دارای ارزش‌های برجسته جهانی، ضروری است».

عدم تعریف این اصطلاح در کنوانسیون و همچنین در دستورالعمل‌های عملیاتی کنوانسیون، برای مدتی به اختلافات مهمی بین دو سازمان غیردولتی، شورای بین‌المللی ابنیه و محوطه‌ها^{۶۰}

۵۷. فرانسیسکو فرانچیونی (۲۷ ژوئیه ۲۰۲۰). مکاتبه از طریق ایمیل.

۵۸. علی مشهدی، «تأملی بر رویکردهای حمایت از میراث فرهنگی از منظر فقه حکمتی»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۱۰ (۱۳۹۴)، ص ۱۲۸.

59. Outstanding Universal Value

60. ICOMOS

بخش فرهنگی و اتحادیه جهانی حفاظت^{۶۱} بخش طبیعی که در کنوانسیون به‌عنوان نهادهای مشاوره‌ای ذکر شده بودند، منجر شد^{۶۲}. برای رفع این مشکل، این اصطلاح در دستورالعمل‌های عملیاتی کنوانسیون میراث جهانی به مرور زمان تبیین شد. در آخرین دستورالعمل‌های عملیاتی که در ۲۰۱۹ صادر شد، ارزش‌های برجسته جهانی این‌طور تعریف شده است: «اهمیت فرهنگی یا طبیعی‌ای که به حدی استثنایی و ویژه هستند که از مرزهای ملی فراتر می‌روند و برای نسل‌های حال و آینده کل بشریت از اهمیت ویژه‌ای برخوردارند. به همین ترتیب، محافظت دائمی از این میراث از اولویت‌های ویژه جامعه جهانی است^{۶۳}. این کنوانسیون درصدد محافظت از تمامی میراث باارزش و اهمیت نیست، بلکه فقط برای حفاظت از فهرست انتخابی از میراث‌های برجسته از دیدگاه بین‌المللی است.

به‌نظر می‌رسد اصطلاح ارزش‌های برجسته جهانی اگرچه تعریف شده، اما همچنان مبهم است. شاید بتوان در کنار معیارهای مطرح‌شده کمیته میراث جهانی در خصوص قرار دادن میراثی در لیست میراث جهانی، معنای دقیق‌تری از آن به‌دست آورد.

با قرار دادن تعریف بیان‌شده از ارزش‌های برجسته جهانی در کنار معیارهایی که پیش‌تر بیان شد، تا حدودی مفهوم دقیق‌تری از این ارزش‌ها به‌دست آمد و به‌نظر می‌رسد تغییراتی که به این معیارها خلل وارد نکند مجاز است؛ اگرچه نیاز به اطلاع و گفتگوی قبلی با نهادهای مربوطه دارد. هرچند همان‌گونه که قبلاً برخی پژوهشگران تحلیل نموده‌اند: «بررسی تحلیلی اسناد، معاهدات بین‌المللی و رویه دولت‌ها، بیانگر این واقعیت است که ثبت میراث فرهنگی در فهرست میراث جهانی، حاکمیت سرزمینی دولت‌ها را از جنبه‌های متعددی همچون اختیار دولت‌ها در تعریف و شناسایی معیارها و مصادیق میراث فرهنگی، صلاحیت کیفری انحصاری دولت‌ها، اجرای طرح‌ها و پروژه‌های شهری و منطقه‌ای و اعمال اصل سنتی حاکمیت سرزمینی دولت‌ها بر اموال واقع در قلمرو خود، محدود کرده و نقض تعهدات بین‌المللی ناشی از آن مسئولیت بین‌المللی دولت را در پی دارد»^{۶۴}.

61. IUCN

62. Henry Cleere, The Concept of 'Outstanding Universal Value' in the World Heritage Convention. Conservation and Management of Archaeological Sites, Vol. 1, (1996), p. 227.

63. The Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention 2019, Paragraph 49.

۶۴ فضل‌الله، فروغی و همکاران، «پیامدهای ثبت میراث فرهنگی در فهرست میراث جهانی یونسکو بر اعمال حاکمیت و مسئولیت دولت‌ها»، مطالعات راهبردی، ش ۸۸ (۱۳۹۹)، ص ۱۸۱.

نتیجه

کلیسای ایاصوفیه بخشی از بنای کنونی ایاصوفیه است و در زمان سلطان محمد و دیگر حکمرانان مرمت و توسعه یافت و تبدیل به مسجد شد. با توجه به ماده ۶ کنوانسیون ۱۹۷۲، تصمیم ترکیه مبنی بر حق حاکمیتی خود است. اما استناد به وقف‌نامه سلطان محمد از نظر حقوق بین‌الملل مسموع نیست. مسیحیان تقریباً از زمان تبدیل این مکان به مسجد از سوی سلطان محمد، اجازه انجام مراسمات عبادی را نداشتند و این موضوع جدید و مربوط به زمان ترکیه فعلی نیست. در مقابل، مسلمانان ترکیه نیز خواستار حقوق مذهبی و فرهنگی خود هستند. در بحث احترام به مکان مقدس و مذهبی، طبق اذعان بسیاری از مسئولان ترکیه این بنا قرار است همان‌طور که بوده است حفظ شود و نباید آثاری از آن کم یا از بین برده شود و مسیحیان حق ورود و بازدید از آن را دارند.

بر اساس اظهارات مقامات ترکیه، به‌نظر می‌رسد نگرانی‌های سازمان یونسکو قابل رفع است و حتی با رایگان کردن ورودی این مسجد، حسن نیت ترکیه نسبت به دسترسی فیزیکی به سایت ثابت می‌شود. در مورد نقض کنوانسیون به‌نظر می‌رسد ترکیه نقضی به آن وارد نساخته است. با توجه به بررسی معیارهای اختصاص داده شده به هاگیا صوفیا و همچنین اظهارات مقامات ترکیه مبنی بر آگاهی به وظایف خود نسبت به کنوانسیون، و حفظ هاگیا صوفیا مانند گذشته و اعمال برخی تغییرات جزئی همچون پوشاندن برخی از موزاییک‌ها با پرده یا نور، ارزش‌های برجسته جهانی این بنا تحت تأثیر قرار نخواهد گرفت. تغییر در کاربری یا توسعه یا تغییر نام بنا، امری است که در مورد بناهای ثبت‌شده در لیست میراث فرهنگی اتفاق افتاده است؛ مانند کلیسای جامع سنت‌جان شهر والتا در کشور مالت و همچنین مسجد کلیسای جامع کوردوبا در اسپانیا. حتی در صورت نبود پرونده‌های مشابه مبنی بر تغییر یا توسعه کاربری بنای ثبت‌شده در لیست میراث جهانی، با بررسی معیارهای ارزش‌های برجسته جهانی ایاصوفیه، تغییر کاربری این بنا موجب از بین رفتن ارزش‌های برجسته جهانی آن نخواهد شد. تنها ایراد و اشکالی که متوجه ترکیه است، عدم اطلاع قبلی ترکیه به سازمان یونسکو مبنی بر تغییر کاربری موزه است. تخلف ترکیه در این امر محرز است، اما به‌نظر می‌رسد این تخلف به معنای تحت تأثیر قرار دادن ارزش‌های برجسته جهانی این بنا نیست و نیاز به بررسی در کمیته میراث جهانی دارد.

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

۱. آجلی لاهیجی و احسن نژاد، مسعود (۱۴۰۳). آثار استمرار اشغال فلسطین نسبت به دولت‌های ثالث؛ مواضع احتمالی دیوان بین‌المللی دادگستری. *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۱۵ (۳۴)، ۲۸-۱. Doi: 10.22034/law.2024.58212.3314
۱. ترمان، علی اکبر و ملکوتی، سیدحسین (۱۴۰۲). تأملی بر مفهوم حق رأی با رویکرد ارتقای مبانی نظری حق انتخاب شدن اعضای شوراهای اسلامی شهر و روستا در پرتو قانون اساسی. *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۱۴ (۳۱)، ۸۳-۱۱۱. Doi: 10.22034/law.2023.40448.3046
۲. فروغی، فضل‌الله؛ صادقی، محمدهادی و غنی، کیوان (۱۳۹۹). پیامدهای ثبت میراث فرهنگی در فهرست میراث جهانی یونسکو بر اعمال حاکمیت و مسئولیت دولت‌ها، *فصلنامه مطالعات راهبردی*، ۲۳ (۲)، ۲۱۲-۱۸۱.
۳. *خبرگزاری صدا و سیما* (۱۳۹۹). ادامه هشدارهای بین‌المللی درباره تغییر کاربری ایاصوفیه استانبول. ایریب نیوز. برگرفته از <https://www.iribnews.ir/fa/news/2759196> (۱۳۹۹، ۳ مرداد)
۴. *خبرگزاری آنا تولی* (۱۳۹۹). دیوان عالی اداری ترکیه مصوبه تبدیل «ایاصوفیه» به موزه را لغو کرد، برگرفته از <https://xoli.ir/4m> (۱۳۹۹، ۳ مرداد)
۵. رزوی نیوز (۱۳۹۹). اقدام اردوغان در تبدیل «ایاصوفیا» به مسجد، روابط اسلام و مسیحیت را تخریب می‌کند؟. برگرفته از <https://www.razavi.news/fa/report/58336> (۱۳۹۹، ۱ مرداد)
۶. مشهدی، علی (۱۳۹۴). تأملی بر رویکردهای حمایت از میراث فرهنگی از منظر فقه حکومتی، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۶ (۱۰)، ۱۴۴-۱۲۷.
۷. هاشمی، سید محمدعلی (۱۳۹۴). مکان‌های مقدس در آموزه‌های اسلامی و حقوق بین‌الملل، *میقات حج*، ۲۴ (۹۳)، ۴۳-۲۱.

ب) منابع انگلیسی

8. CCPR General Comment No. 22: Article 18 (Freedom of Thought, Conscience or Religion).
9. Cleere, Henry. The Concept of 'Outstanding Universal Value' in the

- World Heritage Convention. Conservation And Management of Archaeological Sites, Volume 1.1996.
10. Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage.
 11. Marshall J. Breger, Yitzhak Reiter and Others. Sacred Space in Israel and Palestine, 1nd ed. (Routledge, USA and Canada. 2012).
 12. The Operational Guidelines for the Implementation Of the World Heritage Convention 2019 Paragraph 49.
 13. Dailysabah (2020). Turkey Meets UNESCO Obligations in Change of Hagia Sophia's status, Jul 13. <https://www.dailysabah.com/politics/-turkey-meets-unesco-obligations-in-change-of-hagia-sophias-status/news> (20 Jul, 2020).
 14. Unesco (2020). <https://en.unesco.org/news/unesco-statement-hagia-sophia-istanbul>, (21 Jul, 2020).
 15. Franceculture (2020). le Président Erdoğan Ordonne la Reconversion de Sainte-Sophie en mosquée, 2 Jul. <https://www.franceculture.fr/geopolitique/a-istanbul-la-tres-dispute-sainte-sophie-va-t-elle-etre-reconvertie-en-mosquee>(26 Jul, 2020)
 16. Haber7 (2020). Bakan Çavuşoğlupaylaşmıştı: İşte Sultan Fatih'in Ayasofya Vakfiyesitercümesi, <https://www.haber7.com/guncel/haber/-2984397-bakan-cavusoglu-paylasmisti-iste-sultan-fatihin-ayasofya-vakfiyesi-tercumesi/?detay=1> (26 Oct, 2020).
 17. Milliyet (2020). UNESCO'yamaddemadde Ayasofyacevabı, <https://www.milliyet.com.tr/gundem/unescoya-madde-madde-ayasofyacevabi> 6257026 (Jul 27, 2020).
 18. Unesco. <https://whc.unesco.org/en/list/313> (2 Oct, 2020).
 19. Unesco. <https://whc.unesco.org/en/decisions/3232> (3 Oct, 2020).
 20. <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/ReligionOrBelief.aspx> (26 Oct, 2020).
 21. Independent (2020). St John's Co-Cathedral Museum Extension Projected to be Completed by 2018, <https://www.independent.com.mt/articles/2016-08-07/local-news/St-John-s-Co-Cathedral-Museum-Extension-projected-to-be-completed-by-2018-6736162065>(26 Jul, 2020).
 22. https://fr.wikipedia.org/wiki/Co-cath%C3%A9drale_Saint-Jean_de_La_Valette(12octobre 2020).
 23. Maltatoday (2017). St John's Co-Cathedral Museum Closed for Extension and Refurbishment Works, <https://www.maltatoday.com.mt/>

- arts/cultural_diary/76058/st_johns_cocathedral_museum_closed_for_extension_and_refurbishment_works#.X4Q2U9AzYdU(12oct, 2020).
- 24.Smithsonianmag (2020).Turkey Controversially Converts Hagia Sophia From Museum Into Mosque, <https://www.smithsonianmag.com/smart-news/turkey-turns-hagia-sophia-museum-mosque-drawing-criticism-180975300/> (26Jul, 2020).
- 25.i24news (2020). Turquie: des mosaïques chrétiennes de Sainte-Sophie Recouvertes Pendant Les Prières Musulmanes <https://www.i24news.tv/fr/actu/international/moyen-orient/1595235489-turquie-des-mosaiques-chretiennes-de-sainte-sophie-recouvertes-pendant-les-prieres-musulmanes> (26Jul, 2020)



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 15 Issue: 36

Autumn 2024

Article Type: Research Article

Pages: 283-309

A Comparative Study of the Nature of the Right of *Hokr* and the Right of Acceptance in Islamic Religions Based on the Statutory Laws of Islamic Countries

Mohammad Mehryar¹

1. Assistant Professor, University of Religions and Denominations, Qom, Iran

m.mehryar@urd.ac.ir

Abstract

Hokr is one of the emerging issues in Islamic jurisprudence, which is reflected in the laws of Islamic countries and is known as one of the rights that are subordinate to ownership. The right of ownership is the concrete right that arises for him by leasing the endowment property and ordering the construction of buildings by the tenant. The right to construct a building in the endowment property is granted to the tenant in exchange for a certain amount other than the annual salary. Although *hokrin* the laws of Islamic countries originates from Islamic jurisprudence, it sometimes has differences with it acceptance is one of the newly developed issues in Imamiyyah jurisprudence, which was included in the post-revolution laws in Iran's legal literature. Acceptance is the payment of a percentage of the value of the endowed property in its rent for the use of the endowed property and the creation of the right to build nobles in the endowed property. The necessity of discussing the nature of *Hokr* and acceptance is because acceptance was a kind of adaptation of *Hokr*, and for this reason, it is necessary to examine the substantive distinction of *Hokrand* acceptance in Islamic jurisprudence and the laws of Iran and Islamic countries. With descriptive and comparative analytical methods, it was found that *Hokr*, contrary to the right of acceptance, can be assigned in the form of other contracts in addition to the lease contract, and in the jurisprudence of the Islamic schools, unlike the Imamiyya jurisprudence, it is only reserved for unused land. The term of assigning the property is fixed, and in the case of subrogation, the term is indefinite. These distinctions from the receiver show a different aspect from the *hokr*, which indicates the independence of the receiving institution from the *hokr*.

Keywords: Right of *hokr*, Primary admission right, transitional admission right, lease of endowment property, endowment.

Received: 2024/07/14 Received in revised form: 2024/10/06 Accepted: 2024/10/28 Published: 2024/11/10

DOI: 10.22034/LAW.2024.62500.3398

Publisher: University of Tabriz

law@tabrizu.ac.ir





مطالعه تطبیقی ماهیت حق حکر و حق پذیره در مذاهب اسلامی با تکیه بر قوانین موضوعه کشورهای اسلامی

محمد مهریار^۱

m.mehryar@urd.ac.ir

۱. استادیار دانشگاه ادیان و مذاهب، قم، ایران

چکیده

حُکر یکی از مسائل نوظهور در فقه اسلامی است که در قوانین کشورهای اسلامی منعکس شده و به‌عنوان یکی از حقوق متفرع بر مالکیت شناخته می‌شود. حق حکر عبارت است از حق عینی که با اجاره ملک موقوفه و تجویز احداث اعیان از سوی مستحکر برای وی به‌وجود می‌آید. حق احداث بنا در ملک موقوفه در قبال وجه معینی جز اجرت سالیانه به مستحکر اعطا می‌شود. اگرچه حکر در قوانین کشورهای اسلامی برگرفته از فقه اسلامی است، اما گاه تمایزاتی با آن دارد. شرایط حق حکر از قبیل مدت و وضعیت ملک موقوفه و قالب عقد تحکیر از جمله این تمایزات است. پذیره نیز از مسائل مستحدثه در فقه امامیه است که در قوانین پس از انقلاب در ادبیات حقوقی ایران وارد شده است. پذیره نیز عبارت است از پرداخت درصدی از ارزش ملک موقوفه در اجاره آن در قبال استفاده از مال موقوفه و ایجاد حق احداث اعیان در ملک موقوفه. ضرورت بحث از ماهیت حکر و پذیره به آن علت است که پذیره به‌نوعی اقتباس از حکر بوده، از این جهت لازم است تمایز ماهوی حکر و پذیره در فقه اسلامی و قوانین ایران و کشورهای اسلامی بررسی شود. با روش توصیفی-تحلیلی و نیز تطبیقی به‌دست خواهد آمد که حکر برخلاف حق پذیره علاوه بر قالب عقد اجاره، در قالب سایر عقود نیز قابل واگذاری است و در فقه مذاهب اسلامی برخلاف فقه امامیه تنها اختصاص به زمین‌های موقوفه بلااستفاده دارد. مدت واگذاری حکر معین بوده، در پذیره مدت نامعین است. تجویز تحکیر به دست قاضی است، حال آنکه تجویز پذیره و شرایط آن به دست واقف و متولی مال موقوفه است. این تمایزات از پذیره وجهه‌ای متمایز از حکر را نمایان می‌سازد که نشانگر استقلال نهاد پذیره از حکر است.

واژگان کلیدی: اجاره مال موقوفه، حق حکر، حق پذیره ابتدایی، حق پذیره انتقالی، وقف.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۴/۲۴ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۷/۱۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۸/۰۷ تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۰۸/۲۰

DOI: 10.22034/LAW.2024.62500.3398



law@tabrizu.ac.ir

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

در قوانین کشورهای اسلامی یکی از اقسام حقوق عینی، حقوق متفرع بر مالکیت در نظر گرفته شده است. این حقوق شامل حق انتفاع، حق استعمال، حق سکنی، حق حکر و حق ارتفاق است. در قانون مدنی ایران اگرچه تقسیم صریحی نسبت به حق شخصی یا عینی نشده، اما قانون‌گذار ایرانی ذیل حقوق مختلفی که برای اشخاص نسبت به اموال پدید آمده، سخنی از حق پذیره به میان نیاورده است. حق پذیره و حق حکر هر دو با حق انتفاع از ملک موقوفه اجاره شده مرتبط است که بدین واسطه منتفع می‌تواند در ملک موقوفه تصرفات مالکانه نماید. با توجه به اینکه حق پذیره موجد حق عینی نسبت به اعیان ایجاد شده از سوی مستأجر در ملک موقوفه است، این سؤال مطرح می‌شود که ماهیت حق حکر و حق پذیره تا چه میزان با یکدیگر همخوانی دارند؟

ضرورت بحث از حق حکر و حق پذیره به آن علت است که این دو نهاد به حفظ حقوق مال موقوفه و همچنین تصدی‌گری حاکم و به معنای خاص اداره اوقاف بازمی‌گردد و فهم صحیح از این دو نهاد و پر نمودن خلأهای موجود در قوانین ایران و کشورهای اسلامی با توجه به جایگاه فقهی آنها منجر به تأمین عدالت اجتماعی و حفظ حقوق موقوفه از یک سو و حق بهره‌برداری منتفع از سوی دیگر خواهد شد.

در خصوص حق پذیره و حق حکر، برخی مقالات در دسترس است. به‌طور خاص مقاله «بررسی نهاد حکر در قانون مدنی افغانستان» در خصوص نهاد حکر در حقوق افغانستان است^۱ و به قوانین سایر کشورهای اسلامی و همچنین مطالعه تطبیقی آن با فقه امامیه اشاره ندارد. همچنین مقاله «بررسی مبنای فقهی - حقوقی حق پذیره (حق تقدیمی)»^۲، مبنای فقهی حق پذیره را از باب حق الارض، حق سرقفلی و کسب و پیشه یا از باب اجاره تراکمی قلمداد نموده است که به نظر تمامی موارد با اشکالات فقهی مواجه بوده، با واقعیت حقوقی این نهاد سازگاری ندارد. همچنین که مطالعه تطبیقی حق حکر در مذاهب اسلامی در این مقاله دیده نشده است.

۱. ابوذر احمدی و همکاران، «بررسی نهاد حکر در قانون مدنی افغانستان»، مطالعات شبه قاره، ش ۳۴ (۱۳۹۷)، ص ۱۰-۲۰.

۲. عبدالرضا اصغری و فرزاد بهشتی توندی، «بررسی مبنای فقهی حقوقی حق پذیره (حق تقدیمی)»، آموزه‌های فقه مدنی، ش ۶ (۱۳۹۱)، ص ۱۶۰-۱۷۸.

مقاله «تحلیل حقوقی - فقهی پذیره در اجاره زمین وقفی»^۳ اگرچه به ماهیت حقوقی پذیره اشاره کرده، اما در باب ماهیت حقوقی به رأی دیوان عدالت اداری در نسخ آیین‌نامه نحوه و ترتیب وصول پذیره و اهدایی اشاره‌ای نداشته است. رأی دیوان در بررسی ماهیت حق پذیره بسیار مؤثر است و اگرچه در سال ۱۳۹۷ صادر شده، اما در مقاله یادشده سخنی از آن به‌میان نیامده است؛ افزون بر این، در خصوص بررسی این دو نهاد و تشابه‌ها و تفاوت‌های آنها در مذاهب اسلامی در مقاله نامبرده مطالعه تطبیقی صورت نگرفته است. مقاله «بررسی عوامل و حکم تبدیل وضعیت موقوفه و اداره آن در فقه و حقوق موضوعه ایران»^۴ در خصوص تبدیل وضعیت موقوفه بر اساس شرایطی است که اقرب به نظر واقف باشد، ولی از امکان دریافت مبلغی تحت عنوان حق پذیره یا حق حکر در این مقاله بحثی نشده است.

۱. حق حکر

در مجله الاحکام العدلیه به‌عنوان اولین قانون مدنی اسلامی مکتوب که از فقه حنفی سرچشمه گرفته است، سخنی از حق حکر به میان نیامده است. کشورهای اسلامی پس از سقوط دولت عثمانی، اقدام به تدوین قوانین مدنی منطبق با مذاهب اسلامی و عرف خود و بهره‌گیری از قوانین کشورهای غربی نمودند. نهاد حق حکر به‌عنوان یکی از حقوق متفرع بر مالکیت در این کشورها شناسایی شد. تصریح به حق حکر در قوانین کشورهای اسلامی در قانون مدنی مصر، قطر، اردن، سوریه و قوانین اوقاف الجزایر ذکر شده است. در برخی کشورهای اسلامی عبارت حق حکر در قانون به‌صراحت بیان نشده، اما در قوانین مدنی یا قوانین اوقاف در خصوص اجاره ملک موقوفه و ضوابط آن سخن به‌میان آمده است. این احکام قانونی مشابه حق حکر در قوانین سایر کشورهای اسلامی است؛ اگرچه تصریحی بدان نشده است. از این دست قوانین می‌توان به قانون مدنی عمان و یمن و قانون اوقاف مراکش اشاره نمود. همچنین در قانون اوقاف امارات از سرمایه‌گذاری و ایجاد سازه در املاک اوقافی بحث شده است.

۳. علیرضا باریکلو و هادی کریمی، «تحلیل حقوقی - فقهی پذیره در اجاره زمین وقفی»، آموزه‌های فقه مدنی، (۱۳۹۹)، ص ۱۰۸-۱۲۴.
 ۴. محمدمهدی مقدادی و زهره فهیمی، «بررسی عوامل و حکم تبدیل وضعیت موقوفه و اداره آن در فقه و حقوق موضوعه ایران»، حقوق تطبیقی معاصر، ش ۱۹ (۱۳۹۸)، صص ۱۰۶-۱۲۶.

۱.۱. ماهیت حکر

حُکْر اسم فعل از احتکار در لغت به معنای نگاه داشتن، انحصار^۵ و انباشت نمودن است.^۶ اصطلاح حکر در میان فقیهان اهل تسنن در چندین مورد به کار رفته است. مورد اول عبارت است از عقد اجاره برای نگهداری زمین اختصاص یافته به ساختمان و نهال یا برای یکی از آنها برای مدت طولانی. از این معنا به استحکار یاد نموده‌اند.^۷ اگرچه در برخی موارد تعریف استحکار بدون قید مدت طولانی بیان شده^۸، این تعریف در میان فقیهان اهل سنت به عنوان تعریف رایج از حق حکر پذیرفته شده است.^۹ در این تعریف، حکر عقد اجاره‌ای است که جز اولویت اجاره برای مستأجر ارمغان دیگری ندارد. مطابق این نظر، حکر عقد اجاره‌ای است به منظور حفظ زمین با ایجاد ساختمان یا کاشت درختان یا هر دوی آنها.^{۱۰}

مورد دوم در خصوص حق استفاده از بنایی است که در زمین استیجاری وقفی از سوی مستأجر بنا شده است. فقیهان حنفی بیان داشته‌اند تا زمانی که عین بنا وجود دارد، استفاده از بنا حق مستأجر است. این موضوع در خصوص ایجاد مسجد در زمین موقوفه استیجاری از جانب مستأجر به صراحت بیان شده است.^{۱۱}

مورد سوم نیز که در میان معاصران از فقیهان و حقوق دانان اهل سنت رواج پیدا کرده، عبارت است از تصمیم قضایی که در زمین موقوفه برای اجاره بلندمدت با اِذْن قاضی گرفته می‌شود که در آن محتکر مبلغی نزدیک به ارزش زمین را به طرف موقوفه می‌پردازد و سالیانه مبلغ ناچیزی به موقوفه از طرف محتکر یا از هرکس که این حق به او منتقل می‌گردد، قرار داده می‌شود تا صاحب حق حکر، حق کاشت درخت و ایجاد بنا و سایر جهات منافع را داشته باشد.^{۱۲} اساساً باید گفت حکر در معنای جدید خود از مسائل مستحدثه در فقه اهل سنت است. بحث از اجاره ملک

۵. احمدبن فارس این زکریا، معجم مقاییس اللغة، ج ۲، (قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه، چ ۱، ۱۴۰۴ق)، ص ۹۲.

۶. سید محمد مرتضی زبیدی، تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۶، (بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، چ ۱، ۱۴۱۴ق)، ص ۳۰۰.

۷. محمد امین ابن عابدین، حاشیة رد المحتار، ج ۴، (بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، چ ۱، ۱۴۱۵ق)، ص ۵۸۹.

۸. ابوحیب سعدی، القاموس الفقهی، (دمشق: دارالفکر، چ ۱، ۱۴۰۸ق)، ص ۹۵.

۹. محمد قدری پاشا، قانون العدل و الانصاف للقضاء علی مشکلات الاوقاف، (قاهره: دارالسلام، ۱۴۲۷ق)، ص ۳۳۱.

۱۰. محمد قدری پاشا، مرشد الحيوان الی معرفة احوال الانسان، (بولاق مصر: مطبعة الكبرى الاميرية، چ ۱، ۱۸۹۱م)، ص ۹۶.

۱۱. زین الدین ابن نجیم مصری، البحر الرائق، ج ۵، (بیروت: دارالکتب العلمیه، چ ۱، ۱۴۱۸ق)، ص ۳۴۰.

۱۲. مصطفی احمد الزرقا، المدخل إلی نظریة الالتزام العام فی الفقه الإسلامی، (دمشق: دارالقلم، چ ۱، ۱۹۹۹)، ص ۵۲.

موقوفه و همچنین احداث بنا در ملک موقوفه از مسائل ریشه‌دار در میان تمامی مذاهب اسلامی است. اما بحث از حق حکر و وجود حقی در ملک موقوفه در فقه اهل سنت چندان ریشه‌دار نیست. این مسئله برای حل مشکلی که در سال ۱۰۲۰ هجری قمری در مورد املاک موقوفه استانبول که آتش‌سوزی‌های بزرگی در آنها رخ داده بود، صورت گرفت. اکثر اموال موقوفه در این آتش‌سوزی نابود شد و نمای خارجی برخی موقوفات رو به ویرانی رفت. اداره اوقاف وقت به دلیل نبود بودجه لازم توانایی بازسازی این املاک وقفی را نداشت. فقیهان اهل سنت در آن زمان پیشنهاد کردند که در ازای دو هزینه، برای اموال خراب یا آسیب‌دیده قرارداد اجاره بسته شود. یکی از آنها، پیش‌پرداخت کلان نزدیک به ارزش ملک بود که ناظر وقف این مبلغ را برای بازسازی ملک وقفی دریافت می‌کرد. اجاره دوم هم اجاره اندک ماهیانه بود و مدت این قرارداد هرساله تمدید می‌شد. ماهیت این اجاره طولانی‌مدت بود، زیرا علی‌القاعده مستأجر می‌بایست هزینه پرداختی را در طول مدت بازپس می‌گرفت. این شیوه پیشنهادی فقیهان اهل سنت برای تأمین مالی املاک موقوفه، مشکل عدم جواز فروش ملک وقفی را نیز حل می‌کرد. همچنین این روش مزایایی را برای مستأجر در ماندن طولانی‌مدت در ملک اجاره‌ای به‌همراه داشت.^{۱۳}

همین معنا در قوانین کشورهای اسلامی ریشه دوانیده و به‌عنوان حق حکر شناخته شده است؛ برای مثال، در قانون مدنی مصر ماده ۹۹۹ تا ۱۰۱۴ به حق حکر اختصاص یافته است. این حق در قانون مدنی مصر به‌عنوان یکی از حقوق متفرع بر مالکیت در کنار حق انتفاع و حق سکنی در نظر گرفته شده است. در قانون مدنی قطر نیز ذیل حقوق متفرع بر مالکیت از ماده ۱۰۲۹ تا ۱۰۴۱ از حق حکر سخن به‌میان آمده است. در قانون مدنی اردن ذیل بحث وقف، حق حکر در مواد ۱۲۴۹ تا ۱۲۶۹ بیان شده است. قانون مدنی تونس مصوب ۱۹۷۶ ذیل بحث حقوق مترتب بر املاک در ماده ۱۲۴۹ سخن از حق حکر آورده است. از حق حکر در برخی از قوانین کشورهای اسلامی مانند سوریه به مقاطعه یاد شده است. مواد ۱۰۱۷ تا ۱۰۲۷ قانون مدنی سوریه به بحث از اجاره طولانی‌مدت در املاک وقفی و شرایط و آثار آن پرداخته و قانون‌گذار سوریه به جای استعمال واژه حکر از مقاطعه سخن به‌میان آورده است. برخی از فقیهان معاصر اهل سنت نیز در کتب خود حق حکر و مقاطعه را دو اسم برای یک مسمی تعریف کرده‌اند.^{۱۴} به این نوع

۱۳. جمعی از مولفین، *مدونه أحكام الوقف الفقهیة*، ج ۳، (کویت: الامانة العامة للاوقاف، ۱۴۳۹ق)، ص ۵۵.

۱۴. مصطفی احمد الزرقا، *المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامی*، (دمشق: دارالعلم، ج ۱، ۱۴۲۰)، ص ۵۲.



اجاره از آن جهت حکر اطلاق می‌شود که به مستأجر اجازه می‌دهد زمین موقوفه‌ای را که اجاره کرده است در انحصار خود قرار دهد تا با اذن متولی در آن بنا بسازد. در قوانین برخی دیگر از کشورهای اسلامی، اگرچه صراحتی در استفاده از عبارت حق حکر وجود ندارد، اما از احکام اجاره املاک اوقافی و حقوق و تکالیفی که در این خصوص برای مستأجر به‌وجود می‌آید، سخن گفته شده است. در ماده ۶۰۳ قانون مدنی عمان مصوب ۲۰۱۳ از احداث بنا در ملک موقوفه استیجاری و ضوابط آن صحبت شده است. حق اجاره مجدد ملک موقوفه برای مستأجری که در ملک وقفی احداث بنا نموده، در ماده ۶۰۳ قانون مدنی عمان مورد تأکید قرار گرفته است. همچنین در ماده ۷۷۹ قانون مدنی یمن مصوب ۲۰۰۲ میلادی، حق احداث بنا در ملک موقوفه با اذن واقف پذیرفته شده است. تنها محذور این قانون، پرداخت قیمت زمین در جهت وقف به واقف و همچنین پرداخت اجاره سالیانه به او است. در این قانون اگرچه تصریحی به حق حکر برای مستحکر نشده، اما لوازم حق حکر در این قانون مورد پذیرش قرار گرفته است. در مورد مراکش، حق حکر حاصل از املاک موقوفه در فرمان سلطنتی ۱۹۱۶ به‌عنوان منافع نامیده شده و در قانون اوقاف مراکش از آن به حقوق اسلامی تعبیر شده است. در نقطه مقابل، قانون اوقاف مراکش مصوب ۲۰۱۰ حق حکر را نپذیرفته است. همچنان که در قانون اوقاف امارات متحده عربی مصوب ۲۰۱۸ و در ماده ۲۴ آن، سرمایه‌گذاری در وقف تا زمان ساخت، تنها با اذن واقف یا اجازه دادگاه پذیرفته شده، در ماده ۲۳ این قانون حق دریافت درصدی از عواید موقوفه برای سرمایه‌گذار پیش‌بینی شده است.

مطابق قوانین کشورهای اسلامی، با توجه به این بیانات، ماهیت حق حکر عبارت است از حق عینی که به‌واسطه اجاره ملک موقوفه از سوی مستحکر به‌وجود می‌آید. این حق که در فقه اهل سنت معتبر تلقی شده و در قوانین کشورهای اسلامی مورد تأکید قرار گرفته است، نیازی به اشتراط در حین عقد اجاره ندارد و به تبع عقد اجاره این حق برای ایشان حاصل می‌شود.^{۱۵} این حق همان‌طور که گفته شد، حقی است که بر زمین‌های موقوفه با اجاره بلندمدت و به‌واسطه اذن قاضی منعقد می‌شود که استفاده‌کننده یا مستحکر مبلغ معینی به صورت پیش‌پرداخت نزدیک به قیمت زمین به موقوفه پرداخت می‌کند و همچنین مبلغ اندک دیگری که به صورت سالیانه از

۱۵. سلیمان و بسام مجید. «التنظیم القانونی للحیازة». *الرافدین للحقوق*، ش ۵۰ (۲۰۱۱)، صص ۱-۵۰.

سوی استفاده‌کننده یا هر که حق استفاده به او منتقل شود به موقوفه پرداخت می‌شود تا مستحکر کاشت درخت یا ایجاد بنا و سایر وجوه انتفاع را در زمین موقوفه داشته باشد. این حق قابل خرید و فروش است و به ارث می‌رسد. غرض از این حق، استفاده از زمین‌های وقفی بدون استفاده است.^{۱۶} در این نوع نگرش، حکر عبارت است از عقد اجاره‌ای که با هدف بقای ملکی که در آن ساخت‌وساز یا کاشت درخت انجام می‌شود، صورت می‌گیرد.^{۱۷} قول غالب در میان فقیهان اهل سنت تعلق حق حکر به زمین موقوفه است.^{۱۸} در نقطه مقابل در فقه اسلامی حق حکر ارتباطی با وقف نداشته، حقی است که نسبت به عقد اجاره برای مستحکر ایجاد می‌شود.^{۱۹} فقیهان حنفی متعلق حق حکر را اعم از زمین موقوفه بیان داشته‌اند؛^{۲۰} از این رو، حق حکر در موقوفات و سایر املاک نیز اتفاق می‌افتد.^{۲۱} اگرچه غلبه استعمال حق حکر در خصوص زمین موقوفه است، اما این اصطلاح در برخی موارد در خصوص زمین به‌طور کلی استفاده شده است.^{۲۲}

مطابق نظر برخی دیگر، حق حکر قرارداد مستقلی شمرده می‌شود که در قالب عقد اجاره نیست. در این نگرش، حکر به قرارداد اعطای زمین موقوفه خالی از موانع، به مستحکر در مقابل مبلغی به‌عنوان اجرت پیش‌پرداخت می‌شود تا به این واسطه برای شخص حق سکونت دائمی در مورد آن ایجاد کند و با ساخت بنا و کاشت درخت و غیره در زمین موقوفه مانند مالکان تصرف نماید.^{۲۳}

بر این اساس، طرفین حق حکر عبارت‌اند از مؤجر و مستأجر. مؤجر به‌عنوان صاحب زمین که موقوف‌علیهم یا متولی مال موقوفه است و مستأجر برای انتفاع از ملک موقوفه. عین مستأجره عبارت است از عین موقوفه. مدت اجاره ملک وقفی محدود است و حقی که در زمین برای محتکر برای احداث بنا و غرس درختان ایجاد می‌شود به‌عنوان حق عینی در نظر گرفته می‌شود.

۱۶. الزرقا، ۱۴۲۰ق، ص ۵۳.

۱۷. دیبان الدیبان، المعاملات المالیه أصله و معاصره، ج ۱۶، (الریاض: مکتبه الملک فهد الوطنیه، ۱۴۳۲ق)، ص ۳۸۱.

۱۸. حیدر الشاکر، الاوجز فی الحق العینیة الاصلیه، (بغداد: مطبعة العانی، ج ۱، ۱۹۷۱)، ص ۳۳.

۱۹. سعد سلیم و د. ا. یمن. «الحکر فی القانون المدنی المصری و التشريعات اللحقه علیه و مدى مشروعیه قرار وزیر الأوقاف رقم ۲۰۲ لسنة ۲۰۰۹ بانها»، مجله الحقوق للبحوث القانونیه والاقتصادیه، ۱، ش ۱ (۲۰۱۱)، صص ۳۰۵-۳۹۰.

۲۰. محمدامین ابن عابدین، حاشیه علی بحر الرقیق، ج ۵، (بیروت: دارالکتب العلمیه، ج ۱، ۱۹۹۷)، ص ۲۳۰.

۲۱. مجموعه من المؤلفین، الموسوعه الفقهیه الکوئیتیه، ج ۱۸ (الکوئیت: دارالسلاسل، ۱۴۰۴)، ص ۵۴.

۲۲. حماد زهیة، معجم المصطلحات المالیه والاقتصادیه فی لئه الفقهاء، (دمشق: دارالقلم، ۱۴۲۹)، ص ۵۳.

۲۳. حماد زهیة، همان، ص ۵۳.

۲.۱. شرایط حق حکر

در فقه اهل سنت چهار شرط برای بهره‌برداری از حق حکر بیان شده است؛ اول اینکه زمین موقوفه عملاً قابل بهره‌مندی نباشد و موقوف‌علیهم نتوانند از آن بهره‌ای ببرند و متولی نیز کسی را برای اجاره مال موقوفه با هدف اصلاح آن نیابد. دوم آنکه مال موقوفه هزینه بازسازی خود را نداشته باشد. سوم اینکه کسی برای اجاره مال موقوفه پیش‌قدم نشود و چهارم آنکه تبدیل مال موقوفه امکان‌پذیر نباشد.^{۲۴} در صورت وجود جمیع این شرایط امکان اجاره ملک موقوفه و ایجاد حق حکر با اجرت‌المثل سالیانه برای مستحکر به وجود می‌آید.

اما در حقوق کشورهای اسلامی که حق حکر را معتبر دانسته‌اند شرط اصلی برای اجاره ملک موقوفه و به تبع آن ایجاد حق حکر برای مستحکر، وجود مصلحت برای اجاره بیان شده است. لذا اجاره ملک موقوفه برای ایجاد بنا یا کاشت درختان در صورتی صحیح قلمداد می‌شود که اجاره برای موقوفه ضرورت یا مصلحت بیشتری از رها کردن آن داشته باشد. در این صورت متولی می‌تواند با مستحکر عقد حکر را برای یک دوره اجاره معین که قابل تمدید باشد منعقد نماید. شرط دیگری که برای حق حکر در حقوق کشورهای اسلامی بیان شده است، إذن قاضی بر این مسئله است. تشخیص ضرورت وقف با قاضی دادگاه است. در مواد ۱۰۰۰ قانون مدنی مصر، ۱۰۳۰ قانون مدنی قطر، ۱۲۵۰ قانون مدنی اردن به صراحت این مسئله ذکر شده است.

مدت زمان استفاده از حق حکر نیز به‌عنوان یکی دیگر از شرایط حق حکر قابل شناسایی است. در خصوص مدت حق حکر در میان فقیهان اسلامی نظر واحدی وجود ندارد. برخی مدت حق حکر را تا زمانی می‌دانند که عین موقوفه پابرجا است. همچنین این مدت، محدود به آن است که از این ناحیه به وقف ضرری وارد نیاید.^{۲۵} فقیهان حنفی برای مستحکر قائل به حق قرار شده‌اند. این حق پس از انقضای مدت اجاره نیز پابرجا است و تا زمانی که بنای ایجادشده در زمین باقی باشد این حق برای مستحکر باقی می‌ماند.^{۲۶} در نقطه مقابل، برخی دیگر از مذاهب اسلامی با پذیرش حبس موقت، اجاره به بیشتر از مدت حبس موقت را جایز ندانسته‌اند. به عبارت دیگر، مدت حق حکر و استفاده از آن می‌تواند تنها به میزان مدت وقف باشد. در صورتی که وقف

۲۴. محمد قدری پاشا، ۱۴۲۷ق، ص ۲۰۱.

۲۵. خیرالدین الرملی، الفتاوی الخیریه لنفع البریه، ج ۱، (مصر: المطبعة الكبرى الامیریة، ج ۱، ۱۳۰۰)، ص ۱۹۹۹.

۲۶. محمدامین ابن عابدین، حاشیه ردالمختار، ج ۵، (بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ج ۱، ۱۴۱۵)، ص ۲۰.

موقت باشد، حق حکر به بیش از زمان حبس موقت جایز نیست. اما در صورتی که وقف دائم باشد، فقیهان مالکی از موقت بودن حق حکر یا دائمی بودن آن سخنی به میان نیاورده‌اند.^{۲۷} در هر صورت، انتهای حق حکر در نزد فقیهان اسلامی با تخریب بنا در ملک موقوفه و از بین رفتن کامل آن پایان می‌یابد. در خصوص از بین رفتن درختان نیز همین حکم جاری است.^{۲۸}

در حقوق کشورهای اسلامی رویکردهای مختلفی در خصوص حق حکر و مدت و انتهای آن درپیش گرفته شده است. رویکرد اول، رویکرد مواجهه با حق حکر است. قوانین برخی کشورهای اسلامی حق حکر را معتبر ندانسته‌اند. برای مثال، در عراق قانون رفع حق حکر مصوب ۱۹۸۳، رویکرد زوال حقوق حکری را که در زمان دولت عثمانی معتبر شناخته شده بود، درپیش گرفت. رویکرد دوم، جلوگیری از تأسیس حکر در آینده است. در ماده ۱۵ قانون اوقاف و شئون و مقدسات اسلامی اردن مصوب ۲۰۰۱ به صراحت بیان شده که ترتیب هرگونه حکر جدید در اراضی ممنوع بوده، حق حکرهای سابق پابرجا است. رویکرد سوم، رویه ایجاد مدت زمان برای حق حکر است. در این نوع نگرش برای استفاده از حق حکر زمان مشخص در نظر گرفته شده است. برای مثال، ماده ۹۹۹ قانون مدنی مصر و ماده ۱۰۳۲ قانون مدنی قطر تحکیر را برای مدت بیش از شصت سال جایز ندانسته است و در صورتی که مدت آن بیش از شصت سال تعیین شود یا مدت معین نشده باشد، تحکیر برای مدت شصت سال تلقی می‌شود. همچنین این حق به موجب ماده ۱۲۵۱ قانون مدنی اردن بیش از پنجاه سال جایز نیست و اگر بیش از آن معین شود یا مدت معین نشده باشد، حکر به مدت پنجاه سال در نظر گرفته می‌شود. ماده ۱۲۵۱ قانون مدنی تونس نیز مدت حق حکر را بیش از پنجاه سال می‌داند. در ماده ۳۶ قانون اوقاف عمان این حق برای بیست و پنج سال معتبر شناخته شده است. در هر صورت، مدت اعتبار حق حکر در بازه زمانی است که قوانین کشورهای اسلامی تعیین کرده‌اند و در صورت تجاوز از محدوده زمانی حق حکر به رسمیت شناخته نمی‌شود.

همچنین مبلغ پرداختی در اجاره نیز به عنوان یکی دیگر از شرایط حق حکر شناسایی شده است.^{۲۹} در خصوص مبلغ حق حکر ضابطه خاصی در میان فقیهان اهل سنت مطرح نشده است.

۲۷. محمد بن عبدالله الخرش، شرح مختصر خلیل، ج ۷، (بیروت: دارالفکر، چ ۱، ۱۳۱۸)، ص ۹۹.

۲۸. محمد امین ابن عابدین، العقود الدرية فی تنقیح الفتاوی الحامدیة، ج ۲، (بیروت: دارالمعرفة، بی تا)، ص ۱۳۱.

۲۹. قماری نظرة بن ددوش، حق الحکر فی القانون المقارن و موقف المشرع الجزائري، مجلة القانون العساری و البیئة، ش ۶ (۲۰۱۶)، ص

ضابطه فقهی در خصوص مبلغ حق حکر، نزدیک بودن مبلغ پرداختی از سوی مستحکر به معادل قیمت واقعی زمین است.^{۳۰} در حق حکر با دو رویکرد در خصوص مبلغ پرداختی روبه‌رو هستیم: رویکرد اول آن است که اجاره پیش‌پرداخت باید برابر با ارزش زمین و اجاره سالیانه باید برابر با اجرت‌المثل باشد. بر اساس رویکرد دوم، اجاره پیش‌پرداخت باید به اندازه ارزش زمین باشد، اما لازم نیست اجاره سالیانه به اندازه اجرت‌المثل باشد، بلکه کافی است مبلغ اندکی به‌عنوان اجاره در نظر گرفته شود.^{۳۱}

در حقوق کشورهای اسلامی نیز با لزوم پرداخت دو مبلغ در حق حکر مواجهیم. مبلغی معادل قیمت زمین برای صدور اجازه دادگاه در احداث اعیان در ملک موقوفه و همچنین اجاره سالیانه معادل اجرت‌المثل ملک موقوفه. در ماده ۱۲۵۵ قانون مدنی اردن، تحکیر به کمتر از اجرت‌المثل جایز نیست. همین مسئله در ماده ۱۰۰۴ قانون مدنی مصر و ماده ۱۲۵۹ قانون مدنی الجزایر نیز منعکس شده است. در این قوانین به‌صراحت بیان شده است تحکیر به کمتر از میزان اجرت‌المثل صحیح نبوده، در صورت افزایش اجرت‌المثل در طول سالیان به میزان بیش از یک پنجم، حق حکر نیز باید افزایش یابد.

در هر صورت اثر حق حکر با شرایط بیان شده، ایجاد حق عینی برای محتکر و مالکیت او بر اعیانی است که در ملک موقوفه احداث نموده است. از این حق گاه به حق بقا نیز یاد کرده‌اند:^{۳۲} به این معنی که استمرار منفعت زمین در اختیار صاحب حکر است و مالکیت اعیان ایجادشده در ملک تا پایان مدت معین با او است. پس از اتمام مدت اجاره، متولی رفع ید و تخلیه ملک موقوفه را از مستأجر درخواست می‌نماید.

۳.۱. تمایز حق حکر از مفاهیم مشابه

در فقه اهل سنت و همچنین قوانین کشورهای اسلامی قرابت مفهومی و ماهوی میان برخی عقود با تحکیر وجود دارد. این قرابت معنایی گاه با عقد مقاوله یا پیمانکاری، عقد مقایضه یا

۳۰. جطی خیره، «الضوابط الشرعية والقانونية لاستثمار العقار الوقفي»، *الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية*، ش ۲ (۲۰۲۱)، ص ۲۰۴.

۳۱. وهبه زهیلی، *الفقه الاسلامی وادلته*، ج ۱۰، (دمشق: دارالفکر، ۱، ۱۹۹۷)، ص ۷۶۸۲.

۳۲. نجس محمدسلطان، «الحقوق المترتبة على العقارات الموقوفة في الفقه الإسلامي والتشريعات الأردنية والعراقية»، *القانونية*، ش ۳ (۲۰۱۸)، ص ۳۲۰.

قرارداد تبدیل، عقد مرصد، عقد ترمیم یا قرارداد مرمت و امثال آن ذکر شده است.^{۳۳} به جهت عدم اطالۀ کلام، تمرکز بحث به تمایز این مفهوم از عقد دو اجارتین و عقد اجاره طولانی مدت خواهد بود.

۱.۳.۱. تمایز حق حکر از عقد اجارتین

عقد ایجارتین یا دو اجاره‌ای، یکی از مصادیق حقوق عینی ناشی از حق مالکیت در نظر گرفته شده است. در آرای فقهای معاصر اهل سنت، عقد اجارتین چنین تعریف شده است: اجاره بلندمدت با اذن قاضی شرع در ملک موقوفه و موقوفه‌های خرابی که با اجاره پیش‌پرداختی نزدیک به ارزش مال موقوفه آن، قدرت بازگرداندن آنها به وضعیت سابق وجود ندارد. بنابراین در عقد اجارتین با دو اجاره روبه‌رو هستیم؛ اول، مبلغ اجاره‌بهایی که به منظور بازسازی املاک موقوفه گرفته می‌شود و تقریباً معادل قیمت مال موقوفه است و دوم، اجاره‌بهایی اندک سالیانه که قرارداد را پوشش می‌دهد و هرساله پرداخت می‌شود.^{۳۴} در نظر ایشان، مقصود از این عقد آن است که متولی وقف با شخصی در مواقعی که مال موقوفه قابل بازسازی نیست قرارداد منعقد کند تا مبلغی را برای بازسازی ملک موقوفه مخروبه بپردازد تا اینکه برای شخص، حق مالکیت دائمی این ملک با پرداخت اجرت ناچیز سالیانه پدید آید.^{۳۵}

در برخی قوانین کشورهای اسلامی حق حکر و ایجارتین یکسان در نظر گرفته شده و در برخی قوانین ایجارتین از مصادیق حق حکر بیان شده است. برای مثال در ماده ۱۰۰۴ قانون مدنی سوریه مصوب ۱۹۴۹، ایجارتین ضمن باب چهارم مرتبط با موقوفات چنین تعریف شده است: اجارتین قراردادی است که به موجب آن شخص در ازای پرداخت اجاره‌بها، حق استفاده و بهره‌برداری دائمی از مال وقفی را به دست می‌آورد. قیمت اجاره‌بها به مقدار معینی ارزش‌گذاری شده، معادل ارزش حق واگذاری در نظر گرفته می‌شود. شایان ذکر است اساساً در قانون مدنی سوریه از حق حکر سخنی به میان نیامده و حق حکر و ایجارتین یکسان انگاشته شده است. در دیدگاه مقابل در برخی از قوانین کشورهای اسلامی عقد اجارتین به عنوان یکی از مصادیق حکر در نظر گرفته شده است. برای مثال، در ماده ۱۰۱۳ قانون مدنی مصر در بیان بعضی از انواع حق

۳۳. خیره، ۲۰۲۱م، ص ۲۰۴.

۳۴. الزرقا، ۱۴۲۰ق، ص ۵۳.

۳۵. زهیه، ۱۴۲۹ق، ص ۲۳.

حکر، عقد اجارترین بیان شده است. همچنان که در ماده ۱۲۶۴ قانون مدنی اردن همین مسئله مورد تصریح قانون گذار قرار گرفته است.

وجه مشابهت عقد اجارترین با حق حکر تعلق هر دو به ملک وقفی و پرداخت دو اجرت، یکی به اندازه نزدیک به اصل مبلغ زمین و دیگری به صورت اجاره سالانه برای بهره‌برداری از ملک موقوفه است.

تفاوت اساسی میان حق حکر و عقد اجارترین در ملکیت بنا و درختان و غیر آن است. در حق حکر، ملکیت ساختمان و درختان با مستحکر است و وی با پرداخت مالی معادل قیمت زمین و نیز اجرت ناچیز سالیانه، مالک ساختمان و هرآنچه به ملک وقفی اضافه شود، خواهد بود؛ درحالی که در عقد اجارترین، ساختمان و زمین هر دو متعلق به وقف است. اساس عقد اجارترین متعلق به زمینی است که قابل بازسازی نباشد و از همین رو، شخص با پرداخت مبلغی برای بازسازی در ساختمانی که متعلق به موقوفه است، حق سکونت دائم پیدا می‌کند.^{۳۶} به بیان دیگر، تفاوت اساسی این دو در متعلق هریک و ملکیت آنها است. متعلق حق حکر، زمین وقفی بلااستفاده است و استفاده مستحکر از زمین وقفی با زراعت و استفاده از ثمرات آن یا ساخت بنا در آن است؛ درحالی که متعلق عقد اجارترین، زمین وقفی است که ازبین رفته و استفاده از آن منع شده است و بازسازی آن به دلیل هزینه‌های زیاد امکان‌پذیر نیست. ملکیت آنچه مستحکر در حق حکر به زمین موقوفه اضافه می‌کند و در زمین موقوفه ایجاد می‌کند، تا پایان مدت، ملک اختصاصی مستحکر محسوب می‌شود. پس حتی اگر مدت عقد منقضی شود، وی مالک آن است. اما ملکیت در عقد اجارترین متعلق به موقوفه است، چراکه اساساً متعلق این عقد احیا و بازسازی مجدد ملک موقوفه می‌باشد.^{۳۷}

۲.۳.۱. حق حکر و اجاره طولانی مدت

همان‌طور که پیش‌تر گفته شد، حق حکر ممکن است در قالب عقد اجاره محقق شود. این مدت نیز در قالب قوانین کشورهای اسلامی به صورت طولانی و گاه به میزان شصت سال بیان شده است. حال سؤالی که مطرح می‌شود آن است که چه تفاوتی میان حق حکر و اجاره

۳۶. نزهیه، ۱۴۲۹ق، ص ۲۴.

۳۷. احمد ابو جویید و احمد نمر، «العقود الواردة على الأملاك الوقفية عقد الإجارترین نموذجاً»، دراسات: علوم الشریعة والقانون، ش ۴ (۲۰۱۸)، ص ۳۶۲.

طولانی‌مدت وجود دارد؟ در پاسخ به این سؤال، ابتدا وجه شباهت این دو نهاد باید بررسی و سپس به تمایزات آنها اشاره شود.

وجه شباهت این دو نهاد آن است که چه در حق حکر و چه در عقد اجاره درازمدت زمین وقفی، مدت اجاره طولانی است. هر دو حق از اقسام حقوق مالکانه است که برای مستأجر و مستحکر با اجاره حق انتفاع پدید می‌آید. برای تحقق هر دو باید شرایط اساسی عقد وجود داشته باشد و از این رو پیدایش هر دو از طریق عقد مستقلی حاصل می‌شود.^{۳۸}

تفاوت این دو نهاد را نیز می‌توان در دو جنبه خلاصه نمود: اول آنکه دایره حق حکر نسبت به اجاره طولانی‌مدت مضیق‌تر و محدودتر است؛ به این معنا که اولاً حق حکر مطابق اغلب فتاوی فقیهان اهل سنت و همچنین قوانین کشورهای اسلامی محدود به مال موقوفه است و ثانیاً حق حکر تنها در صورتی جایز شمرده می‌شود که ضرورت و مصلحت برای انعقاد آن وجود داشته باشد و یا دادگاه در این خصوص إذن دهد. برای مثال در ماده ۱۰۰۰ قانون مدنی مصر تأکید شده است که حکر جایز نیست، مگر برای ضرورت یا مصلحت و با إذن دادگاه. همین مسئله در ماده ۱۲۵۰ قانون مدنی اردن و نیز ماده ۱۰۳۰ قانون مدنی قطر آمده است. در بند ۲ ماده ۲۶ قانون اوقاف الجزایر با اصلاحات ۲۰۰۳، از جواز واگذاری زمین وقفی به‌موجب تحکیر عند الاقتضا به دیگری برای ساخت‌وساز یا کاشت برای مدت معین سخن به‌میان آمده است. مطابق ماده ۲۵ قانون اوقاف مصوب ۱۹۹۱، تصمیم‌گیرنده در خصوص این موضوع سازمان اوقاف است؛ بنابراین باید گفت برخلاف اجاره طولانی‌مدت که احتیاج به إذن از مرجعی دیگر ندارد، در خصوص حق حکر با إذن دادگاه یا إذن سازمان اوقاف در کشورهای اسلامی روبه‌رو هستیم. مورد دیگر آنکه در اجاره طولانی‌مدت با یک مبلغ اجاره مواجهیم که مستأجر به مؤجر برای انتفاع از مال و ایجاد حق مالکانه در تصرف پرداخت می‌نماید. در نقطه مقابل در حق حکر، مبلغی بابت اجاره سالیانه و مبلغی دیگر برای حق انحصار به میزان مبلغ واقعی زمین موقوفه پرداخت می‌شود. از این جهت تمایز میان اجاره طولانی‌مدت و حق حکر نیز واضح می‌شود.

۲. حق پذیره در وقف

پذیره در وقف از جمله واژگانی است که تا پیش از انقلاب اسلامی در قوانین ایران استعمال

۳۸. توفیق حسن فرج، *الحقوق العينية والاصليه*، (الإسكندرية: مؤسسة الثقافة الجماعية، ج ۱، ۱۹۸۶)، ص ۳۶۲.

نشده است. پذیره در وقف برای نخستین بار در قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه مصوب ۱۳۶۳ در ادبیات حقوقی ایران وارد شد. به تبع آن قانون‌گذار در آیین‌نامه اجرایی قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه مصوب ۱۳۶۵ و آیین‌نامه نحوه و ترتیب وصول پذیره و اهدایی مصوب ۱۳۶۵ و اصلاحات ۱۳۸۲ به مسئله پذیره در وقف توجه ویژه نمود.

در فقه امامیه، مسئله پذیره در وقف به تبع قوانین موجود پس از انقلاب مطرح شد. در استفتائاتی که پس از انقلاب از فقیهان معاصر گرفته شده است، فقیهان امامیه به بیان احکام مرتبط با پذیره در وقف از خمس پذیره تا مشروعیت پذیره پرداخته‌اند.

۱.۲. تعریف پذیره و انواع آن

مسئله پذیره در وقف از مسائل مستحدثه در فقه امامیه بوده، به این لحاظ حتی تعریف صریحی نیز از پذیره در وقف در کلمات فقیهان امامیه یافت نمی‌شود. در قوانین موضوعه نیز به‌صراحت تعریفی از پذیره در وقف مطرح نشده است. بر همین اساس، حقوق‌دانان تعاریف مختلفی از پذیره در وقف بیان نموده‌اند. برخی پذیره را عقدی در ضمن عقد اجاره دانسته‌اند که عوضین آن از یک سو، حق و اختیار ایجاد اعیان در مورد اجاره (موقوفه) و از سوی دیگر، پرداخت مبلغی به نام پذیره به اداره اوقاف است.^{۳۹} برخی دیگر پذیره را مبلغی دانسته‌اند در اجاره بلندمدت زمین وقفی که مستأجر باید در قبال ایجاد بنا و مستحدثات، به سازمان حقوقی موقوفه مبلغی را پرداخت کند.^{۴۰} به‌نظر می‌رسد تعریف حق پذیره چنین است: پرداخت درصدی از ارزش ملک موقوفه برای اجاره آن در زمان مشخص با شرایط ویژه در قبال استفاده از مال موقوفه و حق ایجاد و تملک اعیان مستحدثه در ملک موقوفه به شرط نظر مساعد واقف یا متولی بر آخذ پذیره در وقف.

حق پذیره در مقررات مرتبط با وقف به دو قسم پذیره ابتدایی و پذیره انتقالی تقسیم شده است. پذیره ابتدایی مطابق ماده ۱ آیین‌نامه نحوه و ترتیب وصول پذیره و اهدایی، وجهی است

۳۹. نصرالله جعفری خسروآبادی و سارا رضانی، «حق پذیره در حقوق ایران و کشورهای اسلامی و بررسی روش‌های جایگزین آن در موقوفات»، مطالعات تطبیقی حقوق کشورهای اسلامی، ش ۱ (۱۴۰۲)، ص ۴۸.

۴۰. علیرضا باریکلو و هادی کریمی، «تحلیل حقوقی- فقهی پذیره در اجاره زمین وقفی»، آموزه‌های فقه مدنی، ش ۲۲ (۱۳۹۹)، ص ۱۱۱.

که در ابتدا و در مقابل حق تملک اعیان و ایجاد اعیان مستحدثه در ملک موقوفه اخذ می‌شود. حق پذیره انتقالی مطابق ماده ۲ این آیین‌نامه، وجهی است که به هنگام نقل و انتقال رقبات موقوفه دریافت می‌گردد. بر اساس این ماده، مستأجری که به واسطه پرداخت پذیره ابتدایی دارای حق تملک و احداث اعیان است در هنگام انتقال مورد اجازه به غیر می‌بایستی مابه‌التفاوت ۱۵ درصدی ارزش ملک موقوفه در زمان انتقال نسبت به ارزش زمان ایجار را به‌عنوان پذیره انتقالی پرداخت نماید. همین معیار نسبت به سایر مستأجران ملک موقوفه نیز رعایت خواهد شد.

مورد دیگری که ممکن است به‌عنوان پذیره قلمداد شود، وجوه اهدایی به موقوفه است. در ماده ۱۰ آیین‌نامه نحوه و ترتیب وصول پذیره و اهدایی قانون‌گذار، مقرر شده است وجوهی که از محل پذیره و سرقتی حاصل از اجازه و استیجار رقبات موقوفه و یا به‌عنوان اهدایی دریافت می‌گردد، جزء عواید همان موقوفه محسوب می‌شود. در این ماده از وجوهی به‌عنوان اهدایی هم‌عرض پذیره در وقف سخن به‌میان آمده است. عطف پذیره بر اهدایی، بیانگر آن است که وجوه اهدایی غیر از وجوه اخذشده برای پذیره است. بنابراین، باید گفت پذیره در قوانین ما فقط به دو قسم، پذیره ابتدایی و پذیره انتقالی تقسیم می‌شود و عنوان پذیره اهدایی صحیح نیست.

مطابق ماده واحده قانون ابطال اسناد و فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه کلیه موقوفات عام که بدون مجوز شرعی به‌فروش رسیده یا به صورتی به‌ملکیت درآمده باشد، به وقفیت خود برمی‌گردد و اسناد صادرشده باطل و از درجه اعتبار ساقط است. بر اساس تبصره ۲ این قانون، کلیه املاک مزروعی که در اجرای قانون اجازه تبدیل به احسن و واگذاری دهات و مزارع موقوفات عام مصوب ۲۹ فروردین ۱۳۵۰ و سایر مراحل اصلاحات ارضی به زارعین صاحب نسق انتقال و بین آنان تقسیم شده با حفظ مصلحت وقف با متصرفین و زارعان صاحب نسق با رعایت حقوق اکتسابی آنان اجازه‌نامه تنظیم می‌شود. وجوهی که قبلاً از طرف دولت بابت املاک پیش‌گفته مطابق ماده واحده پرداخته شده، بابت اهدایی دولت به موقوفه محسوب و از تاریخ تحویل زمین به متصرف اجرات‌المثل زمین از سوی کارشناس رسمی و یا خبره محلی تعیین و با محاسبه وجوه پرداختی قبلی متصرف تهاتر و کسر یا اضافه آن محاسبه خواهد شد. در این تبصره، وجهی که سابقاً دولت از مالکان املاک مزروعی دریافت نموده، به‌عنوان اهدایی ایشان به موقوفه تلقی شده، اجرت‌المثل زمین با وجوه اهدایی تهاتر می‌شود. لذا مطابق این ماده واحده، حتی نسبت به موقوفاتی که سابقاً به فروش رسیده و سند مالکیت آنها باطل شده است نیز حق دریافت پذیره انتقالی وجود دارد.

۲.۲. ماهیت پذیره در وقف

حق پذیره به عنوان حق ایجاد یا تملک اعیان ایجاد شده در وقف در ضمن عقد اجاره ملک موقوفه شناخته می شود. پرداخت مبلغی در قبال این حق، غیر از مبلغ اجاره سالیانه ملک موقوفه است که بایستی به واقف یا متولی پرداخت شود. در حقوق مدنی این مسئله مورد پذیرش قانون گذار قرار گرفته است. یکی از شروطی که در عقد اجاره متعارف است، شرط جواز احداث اعیان است که در ماده ۵۰۴ قانون مدنی نیز به صراحت تجویز شده است. در این ماده آمده است: هرگاه مستأجر به موجب عقد اجاره مجاز در بنا یا غرس بوده، مؤجر نمی تواند مستأجر را به خراب کردن یا کندن آن اجبار کند و بعد از انقضای مدت، اگر بنا یا درخت در تصرف مستأجر باقی بماند، مؤجر حق مطالبه اجرت المثل زمین را خواهد داشت و اگر در تصرف مؤجر باشد، مستأجر حق مطالبه اجرت المثل بنا یا درخت را خواهد داشت. از این ماده چنین استنباط می شود که احداث بنا و غرس اشجار با اجازه مالک صحیح است؛ لذا مؤجر می تواند به مستأجر اجازه احداث بنا یا غرس اشجار دهد و در قبال این اجازه و به عبارت بهتر، به عنوان حق تجویز احداث بنا یا غرس اشجار، مبلغی دریافت نماید. به این عوض که از سوی مستأجر پرداخت می گردد در حوزه موقوفات، پذیره گفته می شود.

در فقه امامیه، کمتر در خصوص مشروعیت یا عدم مشروعیت و همچنین ماهیت حق پذیره سخن به میان آمده است. برای بررسی ماهیت حق پذیره، ابتدا باید مشروعیت اجاره مال موقوفه و مشروعیت احداث بنا در ملک مورد اجاره را ثابت نمود و سپس به مشروعیت احداث بنا در ملک موقوفه اجاره شده حکم داد و در نهایت از حاصل مباحث مطرح شده، قائل به مشروعیت پذیرش مبلغی در قبال ایجاد حق مالکیت بر اعیان احداث شده در ملک موقوفه مورد اجاره، شویم.

فقیهان امامیه در باب مشروعیت اجاره مال موقوفه، قائل به جواز اجاره مال موقوفه در وقف منفعت شده اند.^{۴۱} مراد از وقف منفعت آن است که قصد واقف و غرض وی به استفاده از مال موقوفه از سوی موقوف علیهم به هر نحوی باشد؛ برخلاف جایی که وقف برای انتفاع موقوف علیهم صورت گرفته، غرض واقف باید به کیفیت خاصی از انتفاع مال موقوفه تعلق گرفته

۴۱. سید ابوالحسن اصفهانی، وسیله النجاة، (قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ج ۱، ۱۴۲۲)، ص ۵۴۵.

باشد، مانند آنکه وقف برای سکونت موقوف‌علیهم از سوی واقف انشا شده باشد^{۴۲}. درحالی که وقف برای منفعت باشد، تفاوتی در جواز اجاره مال موقوفه میان وقف خاص و عام، وقف بر جهت یا عنوان وجود ندارد؛ چراکه غرض واقف استفاده موقوف‌علیهم از مال موقوفه به هر نحو است. مقتضی برای صحت این اجاره موجود است و مانعی برای حرمت آن وجود ندارد و عمومات ادله اجاره و اجماع نیز بر این مسئله ادعا شده، بلکه این مسئله از ضروریات مذهب امامیه دانسته شده است^{۴۳}.

فقیهان امامیه در باب مشروعیت احداث بنا در ملک اجاره‌ای بیان داشته‌اند که اگر مستأجر در زمینی که برای مدت مشخصی اجاره کرده است بنایی احداث یا به کاشت درختی اقدام نماید، مؤجر می‌تواند امر به قلع بنا و درخت کند و باقی ماندن بنا یا درخت، تنها با اذن سابق یا اجازه لاحق مؤجر صحیح است^{۴۴}؛ حتی اگر ایشان برای صدور اذن یا اجازه از جانب مؤجر پرداخت وجهی را پذیرفته باشند^{۴۵}. بنابراین، در نظر فقیهان امامیه، اولاً اذن مؤجر برای بقای عین اضافه‌شده به ملک اجاره‌ای لازم است و ثانیاً اعطای مبلغی برای دریافت رضایت مؤجر نیز صحیح دانسته شده است. از این حق می‌توان به حق پذیره در اجاره یاد نمود.

در نهایت در خصوص احداث بنا در ملک موقوفه اجاره داده‌شده و دریافت مبلغی برای دریافت رضایت واقف یا متولی برای احداث بنا که موضوع اصلی این مقاله است و از آن تعبیر به پذیره در وقف می‌نمایند، باید گفت در برخی نظرهای فقیهان معاصر مشروعیت پذیرش حق پذیره بیان شده است. دریافت مبلغی به‌عنوان موافقت با انتقال در وقف در نظر این دسته صحیح شمرده شده است. در نظر ایشان هرگاه مستأجر موقوفه بخواهد مورد اجاره خود را به دیگری واگذار کند باید با اجازه متولی وقف باشد. در این صورت اگر متولی وقف اجازه خود را مشروط به اخذ مبلغی کند، اشکال ندارد^{۴۶}. این مسئله بیانگر آن است که متولی یا واقف می‌تواند در برابر حق‌الاذن خویش برای اجاره مجدد یا احداث بنا و امثال آن مبلغی را دریافت نماید. این مبلغ

۴۲. محمد فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة - الوقف، الوصیة، الأیمان و التذورات، الکفارات، الصید، (قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، چ ۱، ۱۴۲۴)، ص ۸۸.

۴۳. سید عبدالاعلی سبزواری، مهذب الأحكام، ج ۲۲، (قم: مؤسسه المنار، چ ۴، ۱۴۱۳)، ص ۸۸.

۴۴. سید ابوالقاسم خویی، منهاج الصالحین، ج ۲، (قم: نشر مدینه العلم، چ ۲۸، ۱۴۱۰)، ص ۱۰۰.

۴۵. سید ابوالقاسم خویی، موسوعة الامام الخویی، ج ۳۰، (قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی، چ ۱، ۱۴۱۸)، ص ۴۲۱.

۴۶. جعفر سبحانی، استفتاءات، ج ۱، (قم: مؤسسه امام صادق، چ ۱، ۱۳۸۹)، ص ۲۸۸.

در صورتی که در ابتدا و در خصوص مستأجر اول دریافت شود، پذیره ابتدایی و در صورتی که در ایادی مابعد أخذ گردد پذیره انتقالی نام دارد. همسو با این نظر در فتاوی فقیهان امامیه بیان شده است، در صورتی که احداث بنا، کاشت درخت و مانند آن منافاتی با حقوق بطون لاحقاً نداشته باشد، موقوف‌علیهم می‌توانند در ملک موقوفه برای خویش احداث بنا یا کاشت درخت یا امثال آن بنمایند.^{۴۷} احداث اعیان از سوی موقوف‌علیهم برای خود در صورتی مشروع در نظر گرفته شده است که منافاتی با حقوق لاحقین نداشته باشد. از آنجا که موقوف‌علیهم مالک موقوفه نبوده، همانند مستأجر تنها از منافع مال موقوفه بهره‌مند می‌شود، می‌توان نتیجه گرفت إذن و رضایت واقف یا متولی برای احداث اعیان از سوی مستأجر تنها در صورتی مجاز است که با حقوق سایر بطون در تنافی نباشد و از آنجا که اساس تجویز اجاره موقوفه در نظر فقیهان اجاره منفعت موقوفه است، با موقوف‌علیهم در سایر طبقات بعدی تنافی ایجاد نمی‌کند. البته محذور دیگر غیر از تنافی با حقوق سایر بطون، عدم ایجاد ساختاری برای مالکیت دائمی مستأجر نسبت به موقوفه است. در این راستا، فقیهان امامیه بیان داشته‌اند اجاره طولانی‌مدت موقوفه به علت ادعای ملکیت مستأجر نسبت به موقوفه و در معرض تلف بودن چنین اجاره‌ای صحیح نیست.^{۴۸} بنابراین، در صورتی که مدیریت موقوفه در ید واقف یا متولی به گونه‌ای باشد که وقف در معرض تضییع و ایجاد ادعای مالکیت از سوی مستأجر قرار نگیرد، اجاره موقوفه صحیح است.

پس می‌توان نتیجه گرفت پذیره در وقف به‌عنوان مبلغی در ضمن عقد اجاره ملک موقوفه شرط می‌شود که مستأجر ملک موقوفه حق ایجاد یا احداث بنا در ملک موقوفه در قبال مبلغ پرداختی به واقف یا متولی داشته باشد. این شرط ضمن عقد اجاره، غیر از اجرت سالیانه ملک موقوفه است. با پرداخت این مبلغ که در قبال دریافت رضایت واقف یا متولی انجام می‌شود، حق عینی نسبت به بنای احداثی حاصل می‌گردد.

۳.۲. تمایز پذیره در وقف از مفاهیم مشابه

حق پذیره در وقف غیر از حق سرقفلی در وقف است. سرقفلی در املاک وقفی همانند سرقفلی در سایر املاک مطابق قانون مؤجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ اعطای حق اولویت در ایجار ملک و حق واگذاری آن به سایر مستأجران است. از همین رو در مواد ۳، ۴ و ۵ آیین‌نامه نحوه و

۴۷. سید محمد کاظم یزدی، تکملة العروة الوثقی، ج ۱، (قم: کتابفروشی داوری، ج ۱، ۱۴۱۴)، ص ۲۷۳.

۴۸. یزدی، ۱۴۱۴ق، ص ۲۶۷.

ترتیب وصول پذیره و اهدایی مشاهده می‌شود که قانون‌گذار از سرقفلی و تعلق سرقفلی به نفع موقوفه با شرایط خاصی صحبت کرده است. همچنین در ماده ۴ این آیین‌نامه از پرداخت ۱۰ درصد سرقفلی به موقوفه سخن گفته شده است. در این ماده آمده است: هرگاه مستأجر بخواهد واحد تجاری را که عرصه و اعیان آن وقف است به غیر انتقال دهد، باید با کسب موافقت متولی و اداره حج و اوقاف و امور خیریه، ۱۰ درصد کل سرقفلی محل را که کارشناس یا خبره محلی تعیین می‌کند به هنگام تنظیم سند اجاره به موقوفه بپردازد و در صورتی که قبلاً سرقفلی به موقوفه پرداخت کرده باشد، ۱۰ درصد پیش‌گفته نسبت به مابه‌التفاوت سرقفلی فعلی محاسبه و دریافت می‌شود. تبصره- در صورت وجود متولی خاص، نیازی به اخذ موافقت اداره اوقاف و امور خیریه نیست. همچنان که در ماده ۵ این آیین‌نامه مقرر شده است: در صورتی که مستأجر در زمینی که برای سکونت اجاره کرده، برخلاف شرط سند، اقدام به احداث محل کسب نموده باشد، در موقع انتقال ملک و یا ایجار محل کسب باید ۵۰ درصد سرقفلی را برابر نظر کارشناس به موقوفه پرداخت نماید. همان‌طور که ملاحظه می‌شود، سرقفلی در ملک موقوفه به لحاظ ماهیتی هیچ ارتباطی با حق پذیره در املاک وقفی ندارد و این مفاهیم یکسان نیستند. تذکر این نکته نیز ضروری است که گفته شود بر اساس نظر شورای نگهبان و همچنین رأی دیوان عدالت اداری در سال ۱۳۹۷، مواد ۳، ۴ و ۵ آیین‌نامه نحوه و ترتیب وصول پذیره و اهدایی ابطال گردید. بر اساس این رأی در ماده ۳ اطلاق آیین‌نامه نسبت به موردی که واقف نظر به عدم اخذ سرقفلی یا کیفیت دیگری غیر از روش مرسوم داشته باشد، خلاف موازین شرع شناخته شد. در خصوص مواد ۴ و ۵ این آیین‌نامه، انحصار به ۱۰ درصد بدون رضایت متولی شرعی- خاصه یا عامه- بر اساس مصلحت‌سنجی ایشان وجه شرعی نداشته، بنابراین اطلاق آن خلاف موازین شرع است در جایی که اصل اخذ سرقفلی مشروع باشد. همچنین کسب موافقت اداره حج و اوقاف در موارد وجود متولی خاص، خلاف موازین شرع است.

بنابراین، آن‌چنان که در آیین‌نامه مطرح شده است سرقفلی غیر از پذیره در وقف است و میزان آن هم نفیاً یا اثباتاً با نظر واقف یا متولی است. همین نظر در نظریه مشورتی شماره ۷/۱۰۴۴۸ اداره کل حقوقی قوه قضاییه در سال ۱۳۸۰ این‌گونه بیان شده است: حق پذیره که در مورد املاک موقوفه از مستأجر اخذ می‌شود غیر از سرقفلی است که مالکین به‌هنگام برقراری رابطه استیجاری در مورد محل‌های کسب و پیشه بعضاً از مستأجرین دریافت می‌کنند.

بنابراین، آنچه در تعاریف برخی از حقوق دانان از پذیره آمده است که حق پذیره را به معنای حق برتری در اجاره دادن و إذن ساختمان سازی و دارا شدن اعیان در نظر گرفته‌اند و از این لحاظ مؤجر نمی‌تواند مستأجر را پس از پایان اجاره از زمین بیرون نماید و قرارداد اجاره با وی تداوم می‌یابد^{۴۹}، صحیح به نظر نمی‌رسد. حق پذیره تنها به إذن واقف یا متولی بر احداث بنا و غرس اشجار تعلق می‌گیرد و مستأجر ملک موقوفه در قبال این موضوع وجهی را پرداخت می‌نماید. اما حق برتری در اجاره دادن اگر به منزله سرقفلی است، این حق با پذیره ارتباطی نداشته، دو ماهیت جداگانه شمرده می‌شوند؛ به این معنا که ممکن است سرقفلی در ملک موقوفه أخذ شود، اما متولی و واقف حق پذیره را به مستأجر واگذار ننماید؛ همچنان که ممکن است حق پذیره در ملک موقوفه دریافت شود، اما سرقفلی ملک موقوفه به مستأجر اعطا نگردد. تباین سرقفلی و پذیره پیش‌تر بیان شد.

ماهیت حق پذیره با حق کسب و پیشه نیز هیچ‌سختی ندارد. مضافاً اینکه مشروعیت حق کسب و پیشه در نظر فقیهان پذیرفته شده نیست^{۵۰} و بر فرض پذیرش، حق کسب و پیشه و تجارت مطابق قانون مؤجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶، تنها متعلق املاک تجاری است. حق کسب و پیشه و تجارت حقی است که پس از عملیات مستأجر در ملک تجاری به علت رونق تجاری و امثال آن از سوی مؤجر برای تخلیه ملک به مستأجر تعلق می‌گیرد؛ حال آنکه حق پذیره حقی است که نخست یا در زمان انتقال دریافت می‌گردد و متضمن إذن در احداث اعیان در ملک موقوفه است.

پس از ذکر این مقدمه، لازم است در خصوص شرایط حق پذیره سخن به میان آید.

۴.۲. شرایط پذیره

یکی از شرایط اصلی پذیره در وقف، لزوم إذن واقف یا متولی وقف بر این مسئله است. شرط اساسی دیگر برای پذیره در وقف، پرداخت مبلغ حق پذیره مطابق نظر واقف است. در صورتی که واقف به عدم پرداخت پذیره نظر داشته یا در خصوص مبلغ حق پذیره دیدگاه خاصی داشته باشد،

۴۹. نصرالله جعفری خسروآبادی و سارا رمضان، «حق پذیره در حقوق ایران و کشورهای اسلامی و بررسی روش‌های جایگزین آن در موقوفات»، *مطالعات تطبیقی حقوق کشورهای اسلامی*، ش ۱ (۱۴۰۲)، صص ۴۵-۶۸.

۵۰. عبدالرضا اصغری و فرزاد بهشتی توندی، «بررسی مبنای فقهی حقوقی حق پذیره (حق تقدیمی)»، *آموزه‌های فقه صحنی*، ۴، ش ۶ (۱۳۹۱)، ص ۱۷۶.

مطابق آن رفتار خواهد شد. در صورتی که واقف نظر خاصی بیان نکرده باشد، مطابق مواد ۱ و ۲ آیین‌نامه نحوه و ترتیب وصول پذیره و هدایی با اصلاحات ۱۳۸۲ عمل می‌شود؛ به این صورت که در پذیره ابتدایی مبلغ حق پذیره متناسب با حداقل ۳۰ درصد مبلغ زمین با شرایط خاص قیمت‌گذاری در زمان اجاره زمین بلامعارض وقفی به ضمیمه مبلغی اجاره سالانه است. در پذیره انتقالی نیز این مبلغ ۱۵ درصد مابه‌التفاوت ارزش فعلی عرصه موقوفه نسبت به ارزش زمان ایجار است که باید به هنگام تنظیم سند اجاره به نفع موقوفه پرداخت شود. اگرچه اطلاق مواد یک و دو آیین‌نامه نحوه و ترتیب وصول پذیره و هدایی با اصلاحات ۱۳۸۲، مشمول موردی نیز می‌شود که در وقف‌نامه برخلاف مقررات قانونی پذیره تعیین شده باشد، اما فقیهان شورای نگهبان این برداشت از اطلاق این آیین‌نامه را خلاف شرع اعلام کرده‌اند. این نظر از سوی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در سال ۱۳۹۷ به این شرح بیان شد: ۱- اطلاق ماده یک، در مواردی که نظر واقف بر عدم اخذ پذیره باشد یا نظر به اخذ پذیره به نحو خاص داشته باشد، خلاف موازین شرع شناخته شد. همچنین در مواردی که واقف نظری ندارد و مصلحت وقف به تشخیص متولی بدون اخذ پذیره یا به مبلغ کمتر و یا بیشتر از پذیره تعیین شده در این آیین‌نامه باشد، اشکال دارد. ۲- اطلاق ماده ۲ در مواردی که نظر واقف بر عدم اخذ پذیره باشد یا نظر به اخذ پذیره به نحو خاص داشته باشد، خلاف موازین شرع شناخته شد. همچنین در مواردی که واقف نظری ندارد و مصلحت وقف به تشخیص متولی بدون اخذ پذیره یا به مبلغ کمتر و یا بیشتر از پذیره تعیین شده در این آیین‌نامه باشد، اشکال دارد... از این نظر دیوان می‌توان این‌گونه برداشت کرد که اصل اولی در تعیین مبلغ پذیره، دیدگاه واقف است؛ در صورتی که واقف نظری در خصوص پذیره در وقف ابراز نکند، مطابق مواد آیین‌نامه رفتار خواهد شد.

در قوانین و فقه امامیه از مدت‌زمان پذیره صحبت نشده است. از ظاهر مواد قانونی و اطلاق کلمات فقیهان این‌گونه برمی‌آید که مدت حق پذیره مشخص نیست. پذیره ابتدایی در آغاز و پذیره انتقالی با هر نقل و انتقال اعیان به دیگری قابل دریافت است و تا زمانی که بنا خراب نشده باشد، برای نقل و انتقالات باید پذیره انتقالی پرداخت شود.

نتیجه

نهاد حق حُکر به‌عنوان یکی از منابع تأمین مالی موقوفات پس از قرن یازدهم هجری در میان فقیهان اهل سنت رایج شد و در قوانین اکثر کشورهای اسلامی ورود پیدا کرد. این نهاد که



به مفهوم امروزی در فقه اسلامی چندان ریشه‌دار نبوده، در میان فقیهان معاصر اهل سنت مورد نقد و بررسی قرار گرفته است. در فقه اسلامی غالباً حق حکر در قالب عقد اجاره مطرح شده است. اگرچه در برخی کلمات فقیهان اهل سنت حکر به ملک موقوفه اختصاص ندارد، با این حال در قوانین کشورهای اسلامی، حکر هم در قالب عقد اجاره ملک موقوفه و هم به صورت عقد جداگانه‌ای تحت عنوان عقد تحکیر مورد پذیرش واقع شده است. با اینکه مدت زمان حکر در قوانین کشورهای اسلامی ضابطه‌مند و دارای اجل معین است، اما در فقه اسلامی این ضابطه وجود ندارد و تا پایان مدت وقف سلطه مستحکرم بر عین ایجادشده در ملک موقوفه باقی است. حق عینی ناشی از حکر در قوانین کشورهای اسلامی و فقه اهل سنت مورد پذیرش قرار گرفته و به تبع این حق قابل نقل و انتقال تلقی شده است.

نهاد پذیره در وقف پس از انقلاب اسلامی در ادبیات حقوقی ایران وارد شد. اگرچه در نگاه اول این نهاد منطبق با حکر به نظر می‌رسد، اما تمایزات میان این دو نهاد وجود دارد. نهاد پذیره در وقف نیز عملاً برای تأمین مالی موقوفات به کار برده می‌شود و از حیث قالب در ضمن عقد اجاره و از حیث ایجاد حق عینی برای متصرف ملک موقوفه، مشابه با حکر در قوانین کشورهای اسلامی تلقی می‌شود. فقیهان امامیه در خصوص مشروعیت فقهی پذیره در وقف بیان مبسوطی ابراز نداشته‌اند. با این حال در این مقاله به اثبات رسید که دریافت وجهی برای تجویز احداث بنا در ملک موقوفه مطابق نظر فقیهان، در صورتی که منافی حقوق بطون لاحق نباشد و ملک موقوفه را در معرض تضییع قرار ندهد، صحیح است.

تفاوت عمده حکر و پذیره در مبلغ پرداختی و مدت آن و کیفیت ملک موقوفه است. مبلغ قابل پرداخت در تمامی کشورهای اسلامی و فقه اهل سنت، مبلغی معادل قیمت زمین موقوفه در نظر گرفته شده است؛ حال آنکه در پذیره ابتدایی در صورت عدم وجود نظر واقف مبنی بر کیفیت أخذ پذیره این مبلغ سی درصد ارزش زمین موقوفه و در پذیره انتقالی پرداخت پانزده درصد مابه‌التفاوت ارزش فعلی عرصه موقوفه نسبت به ارزش زمان ایجار بیان شده است. همچنان که در خصوص مدت حکر و پذیره نیز اختلاف نظر وجود دارد. مدت حکر در قوانین کشورهای اسلامی محدود بوده، حال آنکه در قوانین موضوعه ایران مدت خاصی برای حق پذیره مشخص نشده است؛ اگرچه مطابق رویه جاری اداره اوقاف، مدت اجاره ۹۹ ساله است. در خصوص کیفیت ملک موقوفه برای واگذاری نیز مطابق فتاوی فقیهان اهل سنت و همچنین نظر

اکثر قوانین کشورهای اسلامی، حکر تنها نسبت به املاک موقوفه غیرقابل استفاده اعمال می‌شود. حال آنکه در قانون ایران حق پذیره نسبت به تمام املاک وقفی بلامعارض در نظر گرفته شده است و فقیهان امامیه نیز محظوری نسبت به اجاره املاک موقوفه و دریافت حق پذیره در قبال آن بیان نکرده‌اند.

با مطالعه تطبیقی صورت‌گرفته پیشنهاد می‌شود اولاً با توجه به نظر فقیهان امامی در خصوص احداث اعیان در ملک موقوفه، قید ضایع نشدن ملک موقوفه و رعایت حقوق بطون لاحق در تجویز پذیره، به قوانین موضوعه اضافه گردد. ثانیاً مدت حق پذیره در قوانین موضوعه قید شود تا مالکیت متصرف در املاک موقوفه به زمان خاصی محدود و ضابطه‌مند گردد. ثالثاً مبلغ پیش‌پرداخت برای حفظ موقوفه و نظر واقف همچون قوانین کشورهای اسلامی به بیش از ۳۰ درصد ارزش ملک موقوفه تقویم شود تا از تضییع ملک موقوفه جلوگیری گردد.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

- کتاب

۱. سبحانی، جعفر (۱۳۸۹). *استفتاءات*. قم: مؤسسه امام صادق.

- مقالات

۲. احمدی، ابوذری؛ سالارزایی، امیرحمزه؛ خزایی، سید علی (۱۳۹۷). بررسی نهاد حکر در قانون مدنی افغانستان. *مطالعات تشبیه‌قاره*، ۱۰ (۳۴)، ۱۲-۱۴. Doi: 10.22111/JSR.2018.4058

۱. اصغری، عبدالرضا و بهشتی توندی، فرزاد (۱۳۹۱). بررسی مبنای فقهی حقوقی حق پذیره (حق تقدیمی). *آموزه‌های فقه مدنی*، ۴ (۶)، ۱۶۹-۱۸۰.

۲. باریکلو، علیرضا و کریمی، هادی (۱۳۹۹). تحلیل حقوقی- فقهی پذیره در اجاره زمین وقفی. *آموزه‌های فقه مدنی*، ۱۲ (۲۲)، ۱۲۰-۱۲۶.

۳. جعفری خسروآبادی، نصرالله و رمضان، سارا (۱۴۰۲). حق پذیره در حقوق ایران و کشورهای اسلامی و بررسی روش‌های جایگزین آن در موافقات. *مطالعات تطبیقی حقوق کشورهای اسلامی*، ۱ (۱)، ۵۵-۶۸.

۴. مقدادی، محمدمهدی و فهیمی، زهره (۱۳۹۸). بررسی عوامل و حکم تبدیل وضعیت موقوفه و اداره آن در فقه و حقوق موضوعه ایران. *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۱۰ (۱۹)، ۱۰۶-۱۲۶.

Doi: 10.22034/law.2019.11298

ب) عربی

- کتاب‌ها

۵. ابن زکریا، احمدبن فارس (۱۴۰۴ ق). *معجم مقاییس اللغة*. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

۶. ابن عابدین، محمدامین (۱۴۱۵ ق). *حائسیه رد المختار*. بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.

۷. ابن عابدین، محمدامین (۱۹۹۷ م). *حاشیة على بحر الرقيق*. بيروت: دارالكتب العلمية.
۸. ابن عابدین، محمدامین (بی تا). *العقود الدریة فی تنقیح الفتاوی الحامدیة*. بیروت: دارالمعرفه.
۹. ابن نجیم مصری، زین الدین (۱۴۱۸ ق). *البحر الرائق*. بیروت: دارالكتب العلمية.
۱۰. اصفهانی، سید ابو الحسن (۱۴۲۲ ق). *وسيلة النجاة*. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۱۱. جمعی از مولفین (۱۴۰۴ ق). *الموسوعة الفقهية الكويتية*. الكويت: دارالسلاسل.
۱۲. جمعی از مولفین (۱۴۳۹ ق). *مدونة أحكام الوقف الفقهية*. كويت: الامانة العامة للاوقاف.
۱۳. حسن فرج، توفیق (۱۹۸۶ م). *الحقوق العينية والاصلية*. الإسكندرية: مؤسسه الثقافة الجماعية.
۱۴. الخرشى، محمد بن عبدالله (۱۳۱۸ ق). *شرح مختصر خليل*. بيروت: دار الفكر.
۱۵. خویی، سید ابو القاسم (۱۴۱۸ ق). *موسوعة الامام الخويي*. قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخويي.
۱۶. خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰ ق). *منهاج الصالحين*. قم: مدينة العلم.
۱۷. خیره، جطی (۲۰۲۱). *الضوابط الشرعية والقانونية لاستثمار العقار الوقفي*. *الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية*، ۶ (۲)، ۲۰۱-۲۱۸.
۱۸. ديبان الديبان (۱۴۳۲). *المعاملات المالية أصالة و معاصرة*. الرياض: مكتبة الملك فهد الوطنية.
۱۹. الرملى، خير الدين (۱۳۰۰ ق). *الفتاوى الخيرية لنفع البرية*. مصر: المطبعة الكبرى الاميرية.
۲۰. زبیدی، سید محمدمرتضی (۱۴۱۴ ق). *تاج العروس من جواهر القاموس*. بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزيع.
۲۱. الزرقا، مصطفى أحمد (۱۴۲۰ ق). *المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي*. دمشق: دارالقلم.
۲۲. الزرقا، مصطفى أحمد (۱۹۹۹ م). *المدخل إلى نظرية الالتزام العام في الفقه الإسلامي*. دمشق: دارالقلم.
۲۳. زهيلي، وهبه (۱۹۹۷ م). *الفقه الاسلامي وادلته*. دمشق: دارالفکر.
۲۴. سبزواری، سید عبدالأعلى (۱۴۱۳ ق). *مهذب الأحكام*. قم: مؤسسه المنار.

٢٥. سعدى، ابو حبيب (١٤٠٨ ق). *القاموس الفقهي*. دمشق: دار الفكر.
٢٦. الشاكر، حيدر (١٩٧١). *الاجز في الحق العينية الاصلية*. بغداد: مطبعة العاني.
٢٧. فاضل لنكراني، محمد (١٤٢٤ ق). *تفصيل الشريعة - الوقف، الوصية، الأيمان و النذور، الكفارات، الصيد*. قم: مركز فقهى ائمه اطهار (ع).
٢٨. قدرى پاشا، محمد (١٤٢٧ ق). *قانون العدل و الانصاف للقضاء على مشكلات الاوقاف*. قاهره: دار السلام.
٢٩. قدرى پاشا، محمد (١٨٩١ م). *مرشد الحيوان الى معرفة احوال الانسان*. بولاق مصر: مطبعة الكبرى الاميرية.
٣٠. نزهية، حماد (١٤٢٩ ق). *معجم المصطلحات المالية و الاقتصادية فى لغة الفقهاء*. دمشق: دار القلم.
٣١. يزدى، سيد محمد كاظم (١٤١٤ ق). *تكملة العروة الوثقى*. قم: كتابفروشى داورى.

– مقالات –

٣٢. ابو جويد، احمد و نمر، احمد (٢٠١٨ م). العقود الواردة على الاملاك الوقفية عقد الاجارتين أمودجاً. *دراسات: علوم الشريعة و القانون*، (٤)، ٣٧١-٣٥٨.
٣٣. بن ددوش، قمارى نظرة (٢٠١٦ م). حق الحكر فى القانون المقارن و موقف المشرع الجزائرى. *القانون العقارى و البيئية*، (٤)، ٢١-١٢.
٣٤. سليم، سعد و د. أيمن (٢٠١١ م). الحكر فى القانون المدنى المصرى و التشريعات للحققة عليه و مدى مشروعيتها قرار وزير الأوقاف رقم ٢٠٢ لسنة ٢٠٠٩ بإنهائه. *الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية*، (١)، ٣٩٠-٣٠٥.
٣٥. سليمان و بسام مجيد (٢٠١١ م). التنظيم القانونى للحيازة. *الرافدين للحقوق*، ١٦ (٥٠)، ١-٥٠.
٣٦. محمد سلطان، نرجس (٢٠١٨ م). الحقوق المترتبة على العقارات الموقوفة فى الفقه الإسلامى والتشريعات الأردنيّة والعراقيّة. *القانونية*، (٣)، ٣٠٨-٣٤٠.

Table of Contents

1. Use of Nuclear Materials in Terrorist Crimes: A Comparative Study in the Criminal System of Iran, Afghanistan, and International Conventions
Abdulmalek Parsa; Hamid Reza Danesh Nari; Seyyed Mehdi Seyyedzadeh Sani 1-39
2. The Importance of Identifying the Situation of “Conflict of Interests” in the Commercial Companies Law: A Comparative Study in the Iranian Law and the Common Law System
Mohammad Reza Paseban; Salah Mahmoudi..... 41-81
3. Economic Analysis of the Transaction Costs of Istisna and Critique of the Banking Istisna Instruction of the Money and Credit Council
Seyyed Ali Taghavi; Mahmoud Bagheri..... 83-109
4. The Attitude of International Judicial Institutions Regarding the Doctorin of Margin of Appreciation
Niloufar Ragheb; Hasan Savari..... 111-140
5. A Comparative Study of the Legal Effects of Determining a Safe Port in International Maritime Transport Contracts with an Emphasis on the Laws of Iran and England
Mohammad Taghi Rafiei; Amir Zaruodi..... 141-175
6. Comparative Study of Principles and Requirements Related to the Electoral Oversight Body and the Process Governing the Announcement of Election Results
Ali Fattahi zafarghandi; Mohammad Javad Shafaghi; Mohamm Hassan Abolhasani; Mohammd Matin Salmasi..... 177-206
7. Protection of the Right of the Integrity of the Artwork of the Creator of Motion Picture Films: A Comparative Study in the legal System of the USA and Iran
Pedram Keshavarz; Reza Daryai 207-233
8. Iura Novit Curia Principle as a Basis of Environmentalization of the ICSID
Zahra Mahmoudi Kordi; Reihane Maghsoudi..... 235-258

9. Changing the Use of the *Hagia Sophia* Museum to a Mosque from the Perspective of International Law
Ali Mashhadi; Hossein Fallahi Bahar 259-282
10. A Comparative Study of the Nature of the Right of *Hokr* and the Right of Acceptance in Islamic Religions Based on the Statutory Laws of Islamic Countries
Mohammad Mehryar..... 283-309

Journal of
Contemporary Comparative Legal
Studies

University of Tabriz

Director: R. Sokuti Nasimi

Editor-in-Chief: E. Shoarian Sattari

Editorial Board

Hamid Abhari	Professor of Mazandaran University
Mohammad Ali Ardebili	Professor, Shahid Beheshti University
Heydar Bagheriasl	Professor, University of Tabriz
Mohammad Reza Pasban	Associate Professor, Allameh Tabataba'i University
Mansour Jabbrai	Associate Professor of Allameh Tabatabai University
Saeed Habiba	Professor, University of Tehran
Abolfath Khaleghi	Associate Professor, Qom University
Mehrab Darabpour	Professor, Shahid Beheshti University
Aahmad Deilami	Associate Professor, Qom University
Mohammad Rasekh	Professor, Shahid Beheshti University
Ismail Rahiminejad	Professor, University of Tabriz
Reza Sokuti Nasimi	Professor, University of Tabriz
Ebrahim Shoarian Sattari	Professor, University of Tabriz
Morteza Shahbazinia	Associate Professor, Tarbiat Modares University
Bijan Abbasi	Associate Professor, University of Tehran
Seyyed Mohammad Taghi Alavi	Professor, University of Tabriz
Hossein Fakh	Associate Professor, University of Tabriz
Hassan Mohseni	Professor, University of Tehran
Mohammad Reza Mojtehed	Professor, University of Tabriz
Pejman Mohammadi	Professor of Shahid Chamran University of Ahvaz
Sam Mohammadi	Professor of Mazandaran University

Persian Editor: Mandana Nematnezhad

English Editor (Legal expertise): Hilda Banan

Executive Manager: Abbas Yeganeh

Typist: Shirin Zamani

Faculty of Law and Social Sciences, University of Tabriz, 29 Bahman Blvd.,

Tabriz, Zip Code: 5166616471, Iran

E-mail: law@tabrizu.ac.ir

Tel: 041-33392262 Fax: 041-33356013



University of Tabriz

Journal of
Contemporary Comparative
Legal Studies

Year. 15 - No. 36

Autumn 2024



Contemporary Comparative Legal Studies

Year. 15, No. 36, Autumn 2024



- Use of Nuclear Materials in Terrorist Crimes: A Comparative Study in the Criminal System of Iran, Afghanistan, and International Conventions
Abdulmalek Parsa; Hamid Reza Danesh Nari; Seyyed Mehdi Seyyadzadeh Sani
- The Importance of Identifying the Situation of “Conflict of Interests” in the Commercial Companies Law: A Comparative Study in the Iranian Law and the Common Law System
Mohammad Reza Paseban; Salah Mahmoudi
- Economic Analysis of the Transaction Costs of Istisna and Critique of the Banking Istisna Instruction of the Money and Credit Council
Seyyed Ali Taghavi; Mahmoud Bagheri
- The Attitude of International Judicial Institutions Regarding the Doctorin of Margin of Appreciation
Niloufar Ragheb; Hasan Savari
- A Comparative Study of the Legal Effects of Determining a Safe Port in International Maritime Transport Contracts with an Emphasis on the Laws of Iran and England
Mohammad Taghi Rafiei; Amir Zaruodi
- Comparative Study of Principles and Requirements Related to the Electoral Oversight Body and the Process Governing the Announcement of Election Results
Ali Fattahi zafarghandi; Mohammad Javad Shafaghi; Mohammad Hassan Abolhasani; Mohammd Matin Salmasi
- Protection of the Right of the Integrity of the Artwork of the Creator of Motion Picture Films: A Comparative Study in the legal System of the USA and Iran
Pedram Keshavarz; Reza Daryai
- Iura Novit Curia Principle as a Basis of Environmentalization of the ICSID
Zahra Mahmoudi Kordi; Reihane Maghsoudi
- Changing the Use of the Hagia Sophia Museum to a Mosque from the Perspective of International Law
Ali Mashhadi; Hossein Fallahi Bahar
- A Comparative Study of the Nature of the Right of Hokr and the Right of Acceptance in Islamic Religions Based on the Statutory Laws of Islamic Countries
Mohammad Mehryar

