



فصلنامه تحقیقات حقوقی آزاد

دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی

واحد تهران مرکزی

سال هفتم - شماره بیست و سوم

بهار ۱۳۹۳

مجوزاین فصلنامه در تاریخ ۱۳۸۴/۱۰/۲۴ از کمیسیون بررسی و تایید مجلات علمی دانشگاه آزاد اسلامی صادر شده است و برابرنامه شماره ۱۲۴/۳۲۹ اداره کل امور مطبوعات خبرگزاریهای داخلی جمهوری اسلامی ایران وزارت ارشاد اسلامی، معاونت امور مطبوعاتی و تبلیغات، پروانه نشر آن صادر گردیده است و این نشریه را علمی پژوهشی شناخته است.

فصلنامه‌ی شماره بیست‌وسوم

بهار ۱۳۹۳

صاحب امتیاز: دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی

مدیر مسئول: دکتر صادق سلیمی

سردبیر: دکتر بهشید ارفع نیا

مدیر داخلی: دکتر محمدرضا پیرهادی

ویراستار: دکتر اعظم عدالت جو

طراحی و صفحه آرایی: سحر نصر فی

ناظر کیفی: رضا قاسمی

چاپ: موسسه چاپ و انتشارات دانشگاه آزاد اسلامی

قیمت: ۲۰۰۰ تومان

اعضای شورای تحریریه (به ترتیب حروف الفبا):

دکتر محمد آشوری: استاد دانشکده حقوق دانشگاه تهران

دکتر محمد علی اردبیلی، استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر بهشید ارفع نیا، دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی

دکتر گودرز افتخار جهرمی، استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر فرهاد پروین، استادیار دانشکده حقوق دانشگاه علامه طباطبایی

دکتر محمدرضا پیرهادی، استادیار، دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی

دکتر صادق سلیمی، استادیار، دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی

دکتر حسین صفایی: استاد دانشکده حقوق دانشگاه تهران

دکتر محمدعلی صلح چی، استادیار دانشکده حقوق دانشگاه علامه طباطبایی

دکتر عباس کریمی: استاد دانشکده حقوق دانشگاه تهران

دکتر جعفر کوشا، دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر جلیل مالکی، استادیار، دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی

دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی، استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر سید محمد هاشمی، استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

داوران این شماره:

دکتر منصور پورنوری، دکتر صادق سلیمی، دکتر مجید عباسلو، دکتر بنتیاز عباسلو، دکتر محسن قاسمی، دکتر صادق مرادی، دکتر

مرتضی ناجی زواره، دکتر منصور وفایی.

نشانی دفتر مجله:

تهران، خیابان انقلاب، نرسیده به میدان فردوسی، کوچه شهید براتی، دانشکده‌ی حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، طبقه

پنجم، کدپستی ۱۱۳۱۸۵۴۱۱۳

تلفکس ۰۲۱-۶۶۷۲۰۲۱۸

* راهنمای تدوین مقاله در مجله "تحقیقات حقوقی آزاد"

هدف از انتشار مجله "تحقیقات حقوقی آزاد" دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، توان افزایشی از طریق پیوند میان خدمات آموزشی و پژوهشی بوده است. از این رو آخرین یافته‌های علمی و پژوهشی در زمینه‌ی حقوق و هر گونه نظریه‌ی نوین در مباحث ذکر شده، مورد استقبال این فصل نامه قرار خواهد گرفت تا پس از مراحل ارزیابی و تأیید نهایی، برای چاپ استفاده گردد.

باید نکات زیر، برای ارسال مقاله‌ها، مورد توجه پژوهشگران محترم قرار گیرد:

۱- نام، نام خانوادگی، میزان تحصیلات، شغل، نشانی، کد پستی و شماره تلفن خود را قید نمایید. رتبه علمی و نام دانشگاه یا موسسه محل اشتغال اعضای هیأت علمی دقیقاً ذکر شود و به بیان عضو هیأت علمی دانشگاه اکتفا نفرمایید.

۲- مقالات را بر روی یک طرف هر برگ، با رعایت فاصله مناسب بین سطرها، به صورت تاییبی در زمینه windows xp همراه با دیسکت (سی دی) ارسال فرمایید.

۳- مقالات نباید قبلاً برای چاپ به مجله‌ای دیگر داده شده باشد یا در جایی چاپ شده باشد. هر مقاله بیشتر از ۳۰ صفحه (۹۰۰۰ کلمه) و کمتر از ۱۴ صفحه تاییبی (۴۲۰۰ کلمه) نباشد.

۴- هر مقاله باید دارای ۴ الی ۶ واژه کلیدی و چکیده‌ای به فارسی و نیز انگلیسی در حدود ۲۰۰ کلمه باشد. در چکیده موضوع، ساختار و نتیجه اصلی مقاله ذکر شده باشد.

۵- معادل لاتین واژگان تخصصی و اسامی خاص در زیر هر صفحه آورده شود.

۶- مسئولیت صحت و سقم مطالب به لحاظ علمی و حقوقی به عهده‌ی نویسنده است.

۷- مقالات ترجمه اصولاً پذیرفته نمی‌شود.

شیوه نگارش برای پاورقی:

۸- منابع مورد استفاده برای پژوهش و نگارش مقالات با الگوی زیرارایه شود: به صورت زیر نویس با آوردن نام و نام خانوادگی نویسنده، عنوان کتاب، جلد، چاپ، ناشر، سال، و ص (صفحه).

در صورتی که منبع استفاده شده ترجمه باشد، نام نویسنده‌ی اصلی، نام مترجم، عنوان کتاب، جلد، چاپ، ناشر، سال، و ص (صفحه).

در صورتی که از بیش از یک منبع از نویسنده‌ای استفاده شده باشد در ابتدا زیر

نویس به طور کامل و در صورتی که استفاده مجدد از همان منبع این نویسنده صورت گیرد از کلمه‌ی همان، ص (صفحه) و در صورتی که با فاصله از منابع متعددی نویسنده استفاده شود، در این صورت نام و نام خانوادگی نویسنده، عنوان کتاب، ص (صفحه). و در صورتی که فقط از یک منبع یک نویسنده استفاده شود، در این صورت، در استفاده‌ی اول، پاورقی به صورت کامل و در صورتی که بلافاصله از آن منبع استفاده شود، پاورقی به صورت همان، ص (صفحه) و در صورتی که با فاصله از آن منبع استفاده شود، در این حالت، پاورقی به صورت، نام و نام خانوادگی نویسنده، پیشین، ص (صفحه) تنظیم گردد. در مواردی که از متنی به صورت نقل قول مستقیم استفاده می‌شود علامت نقل قول، به صورت: "....." استفاده شود.

* ذکر منابع و مآخذ در پایان مقاله:

الف- ذکر کتاب‌های منبع، به طور کامل به ترتیب حروف الفبایی، نام خانوادگی، نام نویسنده، عنوان کتاب، جلد، چاپ، سال انتشار کتاب. و در مورد ترجمه‌ها، نام نویسنده‌ی اصلی، عنوان کتاب، نام مترجم، تعداد جلد‌ها، شماره چاپ، ناشر، سال.

ب- ذکر مقاله‌های منبع، به طور کامل به ترتیب نام، نام خانوادگی نویسنده، عنوان مقاله، نام مجله، سال، شماره‌ی مجله.

ج- در صورت استفاده از پایان نامه‌ی کارشناسی ارشد یا رساله دکتری، نام، نام خانوادگی نویسنده، عنوان پایان نامه یا رساله، سال دفاع و نام دانشکده به ترتیب حروف الفبایی ذکر شود.

فهرست

وجاهت حقوقی اعمال حق شرط بر اساسنامه سازمان‌های بین‌المللی

مصطفی تقی زاده انصاری، فریدبیرانوند..... ۱

بزه پوشی و تأثیر آن در پیشگیری از انحراف ثانویه

الهام جعفرپورصادق، اعظم عدالتجو..... ۱۷

ارزیابی عملکرد شش بندر منتخب دنیا در اجرای الزامات کنوانسیون کنترل و

مدیریت آب توازن کشتی

علیرضاظاهری، میترا اسماعیلی میرک محله..... ۳۹

بیع اموال فکری

اسماعیل عباسی، مهدی نوده..... ۶۱

تعویق تحقیق یا تعقیب در دیوان کیفری بین‌المللی

سجادعباسی، رجب گلدوست جویباری..... ۱۰۷

مسئولیت مالک کشتی و شرایط بیمه‌ای آن

علیرضا عسگری، سیدهادی حسینی..... ۱۳۱

بخش انگلیسی: خلاصه انگلیسی مقالات

تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳ از صفحه ۱ تا ۱۶

وجاهت حقوقی اعمال حق شرط بر اساسنامه سازمانهای بین المللی

دکتر مصطفی تقی زاده انصاری* فرید بیرانوند**

تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۱۰/۰۴ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۲/۱۱/۰۶

چکیده

سازمان‌های بین المللی به عنوان تابعان فعال حقوق بین الملل بر اساس یک سند تاسیس تشکیل می‌شوند. سند تاسیس سازمان بین المللی از حیث ماهیتی یک معاهده چند جانبه محسوب می‌شود. در حقوق معاهدات برای گسترده کردن افقی اعضای یک معاهده سازوکار خاصی به نام رزرواسیون یا تحدید تعهد وجود دارد. مطابق این سازو کار زمانی که دولتی با اکثریت مقررات یک معاهده موافق باشد اما نسبت به مواردی خاص رضایت نداشته باشد با رها کردن خود از قید مقررات اخیر معاهده مذکور را می‌پذیرد. در این مختصر ما به دنبال پاسخ به این سوالات هستیم که آیا اعمال حق شرط بر معاهدات مؤسس سازمان‌های بین المللی دارای وجاهت حقوقی می‌باشد؟ اگر چنین است آیا شرط را می‌توان نسبت به هر یک از مقررات اساسنامه اعمال کرد؟

واژگان کلیدی: سازمان‌های بین المللی، شخصیت حقوقی سازمان‌های بین المللی،

تحدید تعهد، اساسنامه سازمان‌های بین المللی

*عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال
**دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق بین الملل دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال

مقدمه

با رجوع به ماهیت معاهداتی که امکان اعمال شرط بر آن‌ها می‌باشد و هم چنین ویژگی‌های ماهیتی اساسنامه سازمان‌های بین‌المللی (که یک معاهده تلقی می‌شوند) در می‌یابیم که در ظاهر امر امکان اعمال شرط نسبت به این دسته از معاهدات وجود ندارد اما بند (د) ماده ۲۰ کنوانسیون حقوق معاهدات ۱۹۶۹ جواز اعمال شرط نسبت به اساسنامه‌ی سازمان بین‌المللی را تحت شرایطی صادر کرده است. در گام اول این مختصر به بیان مفهوم و ویژگی‌های شرط در حقوق معاهدات می‌پردازیم و سپس به بررسی ماهیت اساسنامه سازمان‌های بین‌المللی و در نهایت دلیل وجود جواز مذکور در کنوانسیون حقوق معاهدات ۱۹۶۹ و حدود آن را بررسی می‌کنیم.

بند اول. مفهوم حق شرط در حقوق معاهدات

فلسفه وجودی حقوق بین‌الملل نزدیک کردن و ایجاد همگرایی میان کشورها می‌باشد. معاهدات که همان توافق میان تابعان حقوق بین‌الملل می‌باشند نیز در این میان دارای نقش اساسی می‌باشند. برای رسیدن به این هدف، در کنوانسیون ۱۹۶۹ وین در زمینه حقوق معاهدات ساز و کاری به نام حق شرط^۱ یا حفظ حق حاکمیت ملی در قبال بخشی از مقررات معاهده^۲ پیش بینی شده است. هر یک از دولت‌ها در برابر معاهده‌ای که موضوع، هدف و محتوای آن را در مجموع به استثنای برخی از مقرراتش، شایسته و مناسب می‌بیند، میان ۲ شیوه رفتار اختیار انتخاب دارد: یا از عضو شدن در معاهده

۱. تحدید تعهد ترجمه واژه‌ی Reservation که ترجمه خوبی است. برخی نویسندگان آن را حق شرط ترجمه کرده‌اند که این ترجمه نیز مناسب است و به کار بردن رزرواسیون هم بلامانع به نظر می‌رسد. محمد، عالیخانی: حقوق بین‌الملل تحقیقات فوق لیسانس و دکتری حقوق بین‌الملل، تهران، انتشارات خط سوم، ص ۵۱۶

۲. هدایت الله، فلسفی: حقوق بین‌الملل معاهدات، تهران، انتشارات فرهنگ نشر نو، چاپ دوم ۱۳۸۳، صفحه ۲۲۵

و جاهت حقوقی اعمال حق شرط بر اساسنامه سازمان‌های بین‌المللی.....^۳

خودداری می‌کند، از آن رو که می‌خواهد از اعمال این مقررات دور بماند و بگریزد و یا در کل رشته را نمی‌گسلد و به متعهد شدن رضایت می‌دهد ولی در عین حال اعلام می‌کند که یا بدون قید و شرط از میان تعهدات خود مقرراتی را که موافقت و رضایت او را در بر ندارند طرد می‌کند و یا آن که می‌گوید که در نظر دارد به این مقررات معنای خاصی را بدهد که برایش قابل قبول هستند. چنان چه دولت مورد بحث این رفتار دوم را در پیش گیرد و چنین اعلامی را به انجام رساند گفته می‌شود که وی در خصوص این مقررات تحفظ دارد.^۱

در کنوانسیون حقوق معاهدات ۱۹۶۹ شرط چنین تعریف شده است: «اصطلاح «شرط» بر اعلامیه یکجانبه‌ای اطلاق می‌گردد که هر دولت تحت هر نام و به هر عبارت، به وقت امضا، تصویب، قبولی، تایید معاهده یا الحاق به آن صادر و با آن اعلام کند که اثر حقوقی برخی مقررات معاهده را، در اجرای آن نسبت به خود نمی‌پذیرد یا آن اثر را تغییر می‌دهد.»^۲

این تعریف که به ظاهر دقیق و کامل می‌نماید جامعیت ندارد زیرا در بعضی موارد از الفاظ بسیار کلی و در موارد دیگر از الفاظ جزئی بهره گرفته است.^۳ به هر حال ویژگی‌های اصلی حق شرط را می‌توان از تعریف آن استخراج کرد که مهمترین آن‌ها به شرح ذیل می‌باشد:

- شرط اعلامیه است.

شرط اعلامیه است، به این معنی که جزء لاینفک معاهده نیست و بر خلاف آن چه تا به حال گفته شده است، «شرط در معاهده»^۴ معنا ندارد. به همین سبب اگر به

۱. کک دین، نگوین: حقوق بین‌الملل عمومی، ترجمه حسن حبیبی، تهران انتشارات اطلاعات، چاپ اول ۱۳۸۲، ص ۲۸۶

۲. بند (د) ماده ۲ معاهده ۱۹۶۹

۳. هدایت الله، فلسفی: پیشین، ص ۲۲۶

۴. به جای آن باید گفته شود «شرط بر معاهده»

۴.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

موجب یکی از مواد معاهده، اجرای آن معاهده در قبال سرزمین یا اوضاع و احوال خاص استثنا شده باشد نمی توان مدعی بود که آن معاهده متضمن «شرط» است، زیرا در این قبیل موارد آن قاعده فقط به نحوه اجرای تعهدات حقوقی ناظر است.^۱

- شرط اعلامیه ای یک جانبه است.

حق شرط عمل حقوقی یک جانبه است که به صورت «اعلامیه» یک جانبه خودنمایی می کند. این عمل حقوقی ممکن است در زمره ی اعمال یک جانبه مستقل یا قراردادی قرار گیرد. هر گاه معاهده ای در رابطه با اعمال یا منع اعمال شرط ساکت باشد، اعلامیه حق شرط، عمل یک جانبه ی مستقل محسوب می شود و هر گاه حق شرط بر معاهده ای به صراحت مجاز شناخته شده باشد در این صورت اعلامیه حق شرط عمل یک جانبه قراردادی است. اعلامیه حق شرط در شکل اول، مستقل و جدا از معاهده می باشد و در شکل دوم به نوعی مرتبط با معاهده است.^۳

- شرط، اعلامیه ای است یک جانبه که با آن هر دولت قلمرو بعضی مقررات معاهده را محدود می کند.

اصطلاح «مستثنی کردن» اثر حقوقی به واقع همان «تحدید تعهد» است که اعلامیه ی حق شرط معمولاً در بر گیرنده چنین معنایی است. به بیان دیگر حق شرطی که اثر حقوقی بخشی از مقررات معاهده را مستثنی کند، یک حق شرط واقعی است.^۴

۱. هدایت الله، فلسفی، همان، ص ۲۲۶

۲. در اینجا مقصود ماهیت عمل نیست زیرا ماهیت عمل در هر صورت به شکل یکجانبه و ایقاعی است، فقط بحث در مبنای انجام این عمل است که هر گاه اجازه آن به صراحت صادر شده باشد طبیعتاً مبنای آن قراردادی است و اگر چنین نباشد مبنای آن یک جانبه و ناشی از یک اراده است.

۳. بدیهی است هرگاه حق شرط کشوری یا سازمان بین المللی مورد موافقت حداقل یک کشوری سازمان بین المللی دیگر قرار گیرد، عمل یک جانبه بلافاصله و خود به خود به عمل حقوقی دوجانبه تبدیل می گردد. محمدرضا، ضیایی بیگدلی: حقوق معاهدات بین المللی، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ چهارم ۱۳۸۸ ص ۹۲

۴. محمدرضا، ضیایی بیگدلی: همان، ص ۹۲

و جهات حقوقی اعمال حق شرط بر اساسنامه سازمان‌های بین‌المللی..... ۵

در کل می‌توان تعریف جامع‌تری نسبت به آنچه در کنوانسیون حقوق معاهدات ۱۹۶۹ در مورد حق شرط ارایه شده است بیان نمود:

«شرط، به هر عبارت و شکلی که باشد، اعلامیه‌ای است یک جانبه که هر دولت به وقت امضا یا تصویب یا پذیرش معاهده یا الحاق به آن، یا هنگامی که در قبال معاهده‌ای اعلام جانشینی می‌کند،^۱ یا در هر زمانی که در معاهده پیش بینی شده باشد، صادر می‌کند و بدان وسیله محتوای دامنه‌ی تعهداتی را که به سبب آن معاهده برایش به وجود می‌آید، محدود ساخته یا تقلیل می‌دهد.»^۲

نهاد شرط یا تحدید تعهدیک اختراع آمریکایی (و نه اروپایی) می‌باشد. در حقوق بین‌الملل عرفی و قبل از پیدایش کنوانسیون وین، دولت‌های اروپایی با توجه به طبیعت قراردادی معاهدات برای نهاد شرط خصلت خاصی را قایل بودند. بدین معنی که آن رایک‌ایجاب جدید می‌دانستند و نیازمند قبولی جدید. برداشت مذکور باعث شده بود تا این قاعده برای همه انواع معاهدات وضع شود که صدور شرط از طرف یکایک دولت‌ها نسبت به یک معاهده فقط هنگامی مجاز است که عهدنامه آن را اجازه داده باشد و همه دولت‌های عضو نیز موافقت خود را با آن اعلام کنند. در مقابل، دولت‌های عضو «سازمان دولت‌های آمریکایی»^۳ یک سیستم انعطاف پذیری را بین خود متداول کردند. این سیستم که گسترش افقی قلمرو معاهدات را به بهای فدا کردن قدرت و کیفیت اجرایی معاهدات تامین می‌کرد به دولت گذارنده تحدید تعهد اجازه می‌داد تا عضویت خود را در معاهده در قبال آن دسته از دولت‌های عضو که به تحدید تعهد مذکور اعتراضی نداشتند حفظ نماید. اما دلیل غلبه‌ی این سیستم آمریکایی بر سیستم اروپایی

۱. مسأله‌ی شرط بر معاهدات جانشینی یکی از مسایلی است که کمیسیون حقوق بین‌الملل فعلا در حال بررسی آن است.

۲. به نقل از فلسفی، هدایت الله: همان، ص ۱۸۳۲، op. cit., p18۳۲.

۳. دولتهای آمریکایی در آغاز اتحادیه‌ای در میان خود به وجود آوردند که آن را اتحادیه پان امریکن (pan American union) می‌نامیدند این اتحادیه بعدها به سازمان دولتهای آمریکایی (organization of American states) تغییر عنوان داد.

۶.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

را باید در جریان تصویب کنوانسیون منع و مجازات نسل‌کشی به سال ۱۹۴۸^۱ جستجو کرد. علیرغم این که در کنوانسیون مذکور ماده‌ای در خصوص اجازه اعمال شرط وجود نداشت، برخی از دولت‌ها بر این کنوانسیون حق شرطهایی اعلام کردند. مجمع عمومی سازمان ملل متحد به ناچار نظر مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری را خواستار شد که دیوان در نظر مشورتی خود چنین اظهار داشت:

«یک دولت که شرطی به کنوانسیون وارد کرده و مورد اعتراض یک یا چند دولت عضو قرار گرفته است، اما عده‌ای از دولت‌های دیگر عضو، به عمل آن اعتراض ننموده‌اند، هنوز می‌تواند عضو کنوانسیون شناخته شود، مشروط بر این که شرط وارده با هدف و منظور کنوانسیون سازگار باشد. اگر یک دولت عضو کنوانسیون تعهد وارده به وسیله دولت دیگر را ناسازگار با هدف و منظور کنوانسیون تشخیص بدهد بدان اعتراض کند، می‌تواند دولت واردکننده تعهد را به عنوان عضو کنوانسیون نشناسد.»^۲

کمیسیون حقوق بین‌الملل این نظر جدید خود را در طرح نهایی ۱۹۶۶ منعکس ساخت. بدین صورت مواد ۱۹ تا ۲۳ کنوانسیون ۱۹۶۹ حقوق معاهدات تحت تأثیر رأی

1. The convention on the prevention and punishment of the crime of genocide - 1948

۲. کمیسیون حقوق بین‌الملل در سال ۱۹۵۲ معیار «سازگاری تعریف تعهد با هدف معاهده» را که در رأی دادگاه آمده بود نپذیرفت. استدلال کمیسیون این بود که برداشتهای نظری متعدد و گاه متخالفی را می‌توان از آن داشت. این کمیسیون به جای معیار «سازگاری» معیار «اتفاق آرا» را پیشنهاد کرد و این بدان معنی بود که اگر همه دولت‌های عضو معاهده به اتفاق آرا با تعهدی که بدان معاهده وارد می‌شود، موافقت کنند، آن تعهد معتبر و در غیر آن صورت دولت واردکننده یا باید از تعهد تعهد صرف‌نظر کند و یا از عضویت معاهده. کمیسیون حقوق بین‌الملل در سال ۱۹۶۹ (به عکس نظر خود در سال ۱۹۵۱) «دکترین سازگاری» را پذیرفت. در این مرحله استدلال کمیسیون این بود که تعداد دولت‌های جهان به مراتب زیاده‌تر شده و در نتیجه تعداد شرکت‌کننده گان بالقوه معاهدات فزونی یافته است. بنابراین حصول اتفاق آرا در میان دولت‌ها به مرز غیر ممکن رسیده است فلذا «معیار اتفاق آرا» کارساز نیست.

Principles of public international law. fourth edition: By Ian Brownlie (1995).p609

و جاهت حقوقی اعمال حق شرط بر اساسنامه سازمان‌های بین‌المللی.....۷

مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری و نیز طرح کمیسیون، از طرف کنفرانس وین تدوین و تصویب شد.^۱

اما باید توجه داشت که امکان اعمال شرط بر کلیه معاهدات بین‌المللی وجود ندارد، بلکه با رجوع به طبقه بندی معاهدات و توجه به ماهیت آن‌ها، اعمال شرط نسبت به چند دسته از معاهدات وجود ندارد. اولین که حق شرط بر معاهدات دوجانبه به دلیل این که به شکل یکطرفه باعث تغییر معاهده می‌شود معنا و مفهومی ندارد، هم چنین حق شرط بر معاهدات چند جانبه قانونساز و معاهداتی که در بر دارنده قواعد آمره می‌باشند نیز جای تردید و تأمل است، زیرا چنین عملی با هدف و موضوع این گونه معاهدات در ناهماهنگی محض است. در مقابل اعمال شرط بر معاهدات چند جانبه و قراردادی امکانپذیر می‌باشد.^۳

در پایان این بند متذکر می‌شویم که نهاد شرط را نباید با اعلامیه‌ی تفسیری که دارای جنبه سیاسی می‌باشد و بیشتر برای حکومتها مصرف داخلی دارد اشتباه کرد. هدف اعلامیه تفسیری فقط روشن کردن و توضیح مقصود دولت‌ها می‌باشد و نباید حدود تعهدات و حقوق را تغییر دهد، هم چنین حق صدور اعلامیه تفسیری ناشی از یک قاعده‌ی عرفی عام می‌باشد.^۵

بند دوم. ماهیت حقوقی اساسنامه سازمان‌های بین‌المللی

در ابتدا به طور خلاصه به بیان تعریف و ویژگی‌های سازمان‌های بین‌المللی

۱. برای مطالعه‌ی بیشتر در خصوص مبانی حق شرط رک: محمد، عالیخانی: پیشین، صص ۵۱۷-۵۲۲

2. Jus cogens

۳. محمدرضا، ضیایی بیگدلی، پیشین، ص ۹۹

۴. لفظ اعلامیه‌ی تفسیری (interpretation declaration) را در برخی موارد بیانیه سیاسی (political statement) یا اعلامیه تفاهم understanding declaration می‌نامند.

۵. برای مطالعه بیشتر در خصوص اعلامیه تفسیری رجوع کنید به: محمدرضا ضیایی، بیگدلی: همان، صص ۹۴-۹۵ و محمد، عالیخانی: همان، صص ۵۲۲ و کک دین، نگوین: همان، صص ۲۸۷

۸.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

می‌پردازیم. سازمان بین‌المللی نهادی است حقوقی، متشکل از دولت‌ها^۱ که جهت دستیابی به هدف یا اهدافی مشخص و براساس یک سند تأسیس، به طور مداوم و برای زمان نامحدود^۲ تشکیل می‌یابد که توانایی اتخاذ تصمیماتی در چارچوب اساسنامه خود را دارا می‌باشد.

از تعریف فوق عناصر ذیل مشتق می‌گردند:

عنصر اول: سازمان بین‌المللی، تأسیسی است حقوقی، یعنی این که بر مبنای موازین و مبانی حقوقی تشکیل می‌یابد. باید افزود که مبانی و موازین حقوقی نه تنها خود ایجاد کننده یک سازمان بین‌المللی می‌باشد بلکه روابط داخلی و خارجی آن را نیز مشخص می‌کند.

عنصر دوم: سازمان بین‌المللی، متشکل از دولت‌هایی باشند. منظور از دولت‌ها، دولت‌های حاکم و مستقل است. دولت‌هایی حاکم و مستقل هستند که می‌توانند عضویت یک سازمان بین‌المللی را بپذیرند، یعنی دولت‌هایی که در امور داخلی و خارجی خود دارای حاکمیت مستقل می‌باشند.

عنصر سوم: گردهمایی این دولت‌ها جهت تحقق هدف یا اهداف مشخص تشکیل می‌یابد بنابراین می‌توان گفت عمر یک سازمان بین‌المللی تا زمان تحقق این هدف یا اهداف می‌باشد و پس از این تحقق، سازمان علت وجودی خود را از دست خواهد داد.^۳

عنصر چهارم: سازمان‌های بین‌المللی دارای فعالیتی مداوم می‌باشند و این فعالیت

۱. البته لازم به ذکر است که در حال حاضر امکان عضویت سایر تابعان حقوق بین‌الملل در یک سازمان بین‌المللی می‌باشد. مانند عضویت یک سازمان بین‌المللی یا یک سازمان آزادی بخش در یک سازمان بین‌المللی دیگر.

۲. مقصود این است که تا وصول به اهداف مندرج در اساسنامه، فعالیت سازمان ادامه می‌یابد.

۳. این عنصر در عمل اهمیت به سزایی دارد برای مثال سازمان بین‌المللی ناتو در ابتدا برای جلوگیری از نفوذ کمونیسم و شوروی تأسیس گردید که پس از فروپاشی شوروی گمان می‌رفت که این سازمان نیز علت وجودی خویش را از دست بدهد اما کشورهای این سازمان با تعریف یک هدف جدید برای آن (یعنی مبارزه با تروریسم!) باعث ادامه حیات این سازمان در عرصه بین‌المللی شدند.

و جهات حقوقی اعمال حق شرط بر اساسنامه سازمان‌های بین‌المللی.....۹

مداوم تا پایان عمر یک سازمان ادامه دارد. باید خاطر نشان کرد که اصل تداوم، معیار تشخیص یک سازمان بین‌المللی بایک کنفرانس بین‌المللی می‌باشد.

عنصر پنجم: توانایی اتخاذ تصمیم از دیگر عناصر تشکیل دهنده یک سازمان بین‌المللی می‌باشد، این تصمیمات می‌توانند غیر الزام آور و به صورت یک پیشنهاد و توصیه باشند و یا به شکل الزام آور صادر شوند. چنین تصمیماتی لازمی فعالیت یک سازمان بین‌المللی می‌باشد چرا که در غیر این صورت سازمان نمی‌تواند به صورت یک شخصیت مستقل حقوق بین‌الملل رفتار نماید و به عبارت دیگر نخواهد توانست هدف یا اهدافی که به منظور تحقق آن‌ها به وجود آمده است را برآورده نماید.^۱

با رجوع به تعاریف مختلفی که از سازمان بین‌المللی ارایه شده است میتوان به این نکته مهم پی برد که اساس تشکیل یک سازمان بین‌المللی توافق میان اعضای آن سازمان می‌باشد. پس سازمان‌های بین‌المللی نسبت به دولت‌ها تابعان مشتق و ثانویه حقوق بین‌الملل محسوب می‌شوند، زیرا در ابتدا شخصیت حقوقی آن‌ها ناشی از اراده‌ی سیاسی دولت‌های حاکم می‌باشد. قایل شدن شخصیت برای سازمان‌های بین‌المللی این نتیجه را به دنبال دارد که سازمان بین‌المللی می‌تواند موضوع حق و تکلیف قرار بگیرد که در ادبیات حقوقی چنین بیان می‌شود: اهلیت نتیجه عقلایی شخصیت می‌باشد. هم چنین هر شخصی که دارای اهلیت باشد اصل بر این است که توانایی اعمال آن را نیز دارد که به آن صلاحیت می‌گوییم. در عالم حقوق اصل بر این است که نهاد مسئولیت ناشی از وجود صلاحیت برای تابعان (اشخاص) می‌باشد.

توافق میان دولت‌ها برای تشکیل یک سازمان بین‌المللی از طریق یک معاهده حاصل می‌شود، که این معاهده همان سند تاسیس سازمان بین‌المللی محسوب می‌شود^۲ پس

۱. برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به: مصطفی، تقی زاده انصاری: حقوق سازمانهای بین‌المللی، تهران، انتشارات قومس، چاپ دوم ۱۳۸۵، صص ۲۱ و ۲۲

۲. البته در عمل برخی از سازمانها دارای سند مؤسس مشخصی نبوده‌اند مانند گات (موافقتنامه‌ی عمومی تعرفه و تجارت - ۱۹۴۷) که با توجه به عملکرد آن، می‌توان گفت قبل از ایجاد سازمان جهانی تجارت در ۱۹۹۵ دارای شخصیت حقوقی بین‌المللی بوده است - ر.ک: قاسم، زمانی: حقوق سازمانهای

۱۰.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

می‌توان گفت شخصیت حقوقی سازمان بین‌المللی از سند مؤسس آن ناشی شده است. سازمان بین‌المللی دارای دو نوع شخصیت می‌باشد:

اول شخصیت داخلی

اساسنامه سازمان‌های بین‌المللی حاوی مقرراتی است که به موجب آن سازمان‌ها به عنوان اشخاص حقوقی در نظام داخلی کشورهای عضو شناخته می‌شوند. اساسنامه‌ها با الفاظ متفاوت، به ترسیم محتوای این شخصیت حقوقی در داخل کشور می‌پردازد. باید توجه کرد که شخصیت سازمان‌های بین‌المللی دارای پایه‌های قراردادی می‌باشد. این حقیقت که اساسنامه سازمان‌ها به آن‌ها شخصیت حقوقی در کشورهای عضو می‌دهد، دست کم درباره نهادهای به وجود آمده پس از جنگ جهانی دوم بسیار مصداق دارد. ولی این امر در گذشته همیشه جاری نبوده است برای مثال میثاق جامعه ملل در این باره ساکت است. در آن زمان مسأله‌ی شخصیت حقوقی سازمان‌ها از طریق عهدنامه‌های خاص، یا توسط قوانین داخلی کشورهای عضو حل می‌شد، مانند عهدنامه ۱۹۲۶ تنظیم روابط حقوقی (امتیازات و مصونیت‌ها، وضعیت در نظام داخلی) بین جامعه ملل و سوئیس (کشور میزبان جامعه که مقر آن در ژنو قرار داشت). در رابطه با شناخت شخصیت حقوقی سازمان‌های بین‌المللی در نظام داخلی کشورهای عضو به مقررات خاصی در ماده ۱۰۴ منشور سازمان ملل متحد برخورد می‌کنیم. طبق این ماده: «سازمان در هریک از کشورهای عضو از اهلیت حقوقی لازم برای انجام وظایف و رسیدن به مقاصد خود متمتع می‌شود.»

ماهیت حقوقی شخصیت داخلی سازمان‌های بین‌المللی از نوع کارکردی است به طور کلی، این ماهیت باید به نهاد امکان دهد تا بتواند منحصرأ به انجام وظایف خود بپردازد. همانطور که بیان کردیم اساسنامه‌ی سازمان‌های بین‌المللی اغلب درباره محتوای شخصیت حقوقی خود در نظام داخلی کشورها دارای خلأ بسیار است. ماده

و جهات حقوقی اعمال حق شرط بر اساسنامه سازمان‌های بین‌المللی..... ۱۱

۱۰۴ منشور سازمان ملل متحد نمونه‌ای بسیار عالی از این حقیقت را ارائه می‌دهد.^۱

دوم. شخصیت بین‌المللی

یعنی دولت‌ها دیگر تنها دارنده‌ی شخصیت حقوقی در نظام بین‌المللی نیستند. اگر برای سازمان‌های بین‌المللی نوعی شخصیت بین‌المللی، اهلیت در اقدام را بشناسیم، دولت‌ها با رقیبانی روبه‌رو می‌شوند که دارای اراده و شخصیت مستقل از نظر عملی می‌باشند و بدون نیاز به دولت‌های عضو قادر به اقدام مستقل می‌باشند.^۲ هر دو نوع شخصیت سازمان بین‌المللی را باید در اساسنامه آن سازمان پیدا کرد.^۳ این وجه از شخصیت سازمان‌های بین‌المللی نیز در اساسنامه آن‌ها تبلور پیدا می‌کند. برای نمونه می‌توان به توافق ۲۷ مه ۱۹۸۰ میان کشورهای صادرکننده نفت OPEC در مورد ایجاد صندوق ویژه‌ای برای کمک به توسعه بین‌المللی اشاره کرد. بر طبق این توافق سازمان جدید دارای «شخصیت حقوقی بین‌المللی خواهد بود» (ماده ۱۰۱) بدون این که این مطلب مهم به نحو دیگری تصریح شده باشد.

اساسنامه‌ی یک سازمان بین‌المللی در واقع یک عهدنامه چند جانبه است، از این ویژگی آثاری منتج می‌گردد که از آن جمله می‌توان به آثار ناشی از پذیرش مفاد عهدنامه و رابطه‌ی بین اساسنامه و دیگر تعهدات بین‌المللی نام برد. در مورد ماهیت

۱. نمونه‌های دیگری نیز وجود دارد که در این مورد صراحت بیشتری دارند از جمله: ماده IX قسمت II توافق Berton-woods در خصوص وضعیت حقوقی صندوق بین‌المللی پول مقرر می‌دارد «صندوق دارای شخصیت کامل حقوقی و به ویژه اهلیت قرارداد بستن، به دست آوردن اموال منقول و اختیار در آن‌ها، حضور در برابر دادگاه می‌باشد.»

۲. برای مطالعه بیشتر ر.ک: مصطفی، تقی زاده انصاری: حقوق سازمان‌های بین‌المللی، تهران، انتشارات قومس، چاپ دوم ۱۳۸۵، صص ۵۸-۶۱

۳. شخصیت سازمان‌های بین‌المللی هم چنین در آرای قضایی ICJ از جمله رای مشورتی در قضیه کنت برنادوت مورد تأیید قرار گرفته است. در این قضیه دیوان با کلماتی کلی، شخصیت بین‌المللی سازمان ملل متحد را به رسمیت شناخت. روشن است که نظر دیوان محدود به سازمان ملل متحد نبوده و بی‌شک دقیقاً و کلمه به کلمه قابل اعمال درباره دیگر نهادهای بین‌المللی است.

۱۲.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

اساسنامه لازم به ذکر است که اساسنامه، حاوی مفادی است که باید بر تمام دولت‌های عضو به یک نحو اجرا گردد به عبارت دیگر این مفاد تبعیض بردار نبوده و نمی‌توانند به نحو نابرابر بین دولت‌های عضو به کار برده شود.

حال که ماهیت اساسنامه یک سازمان بین‌المللی معاهده چند جانبه می‌باشد آیا اعمال شرط بر اساسنامه جایز است؟ به بیان دیگر پذیرش اساسنامه یک سازمان به صورت مشروط امکان‌پذیر است یا خیر؟

برای پاسخ به این سوال باید چند نکته مورد توجه قرار گیرد:

اول. اعمال شرط نسبت به اساسنامه سازمان‌های بین‌المللی به موجب بند ۳ ماده ۲۰ عهدنامه حقوق معاهدات ۱۹۶۹ وین بلامانع اعلام شده که البته مشروط به پذیرش ارکان ذیصلاح آن سازمانی باشد.^۱

دوم. ماهیت معاهده‌ی مؤسس سازمان بین‌المللی، عهدنامه در حکم قانون می‌باشد زیرا این نوع عهدنامه‌ها منشا شخصیت بین‌المللی برای سازمان بین‌المللی می‌باشند. سوم. محتوای اساسنامه به صورت چند محوری می‌باشد، به این معنا که فقط شامل یک سری مقررات خاص نیست بلکه شامل چند سری مقررات از جمله مقررات مربوط به نقش سازمان، یا به بیان دیگر تعیین صلاحیت سازمان، مقررات مربوط به تعیین عناصر اصلی تشکیلاتی سازمان، شرایط پذیرش، شخصیت حقوقی، ماهیت و تشکیلات ارگان‌های تصمیم‌گیرنده و اداری، مقررات مربوط به اصول فعالیت ارگان‌های سازمان از جمله تشریفات رای‌گیری، چگونگی به اجرا در آوردن تصمیمات و ... از جمله مواردی است که در اساسنامه وجود دارد.^۲

چهارم. طبق ماده ۱۹ عهدنامه‌های حقوق معاهدات، هر کشور یا سازمان بین‌المللی می‌تواند به هنگام امضا، تصویب، پذیرش یا الحاق به معاهده نسبت به آن معاهده قایل

۱. بند ۳ ماده ۲۰ «در موردی که معاهده سند تاسیس یک سازمان بین‌المللی باشد، تحدید تعهد منوط به قبول ارکان ذیصلاح آن سازمان است، مگر اینکه معاهده ترتیب دیگری را مقرر کرده باشد».

۲. برای مطالعه بیشتر رک: مصطفی، تقی زاده: پیشین، صص ۴۰-۴۱

و جهات حقوقی اعمال حق شرط بر اساسنامه سازمان‌های بین‌المللی.....۱۳

به حق شرط شود.^۱ یعنی اگر معاهده برای چنین آزادی (آزادی اعمال شرط) معنی‌یا
حصری مشخص نکرده باشد، هر طرف در انشای حق شرط بر آن معاهده آزاد است.^۲
با نگاهی سطحی به مورد اول، دوم و چهارم متوجه تناقضی میان آن‌هامی‌شویم،
به این صورت که مورد اول و چهارم جواز اعمال شرط بر معاهده موسس یک سازمان
بین‌المللی را صادر کرده‌اند اما مورد دوم با قایل شدن ماهیت عهدنامه در حکم قانون
بودن سند موسس یک سازمان بین‌المللی، اعمال شرط بر آن را نمی‌پذیرد.^۳
باید توجه کرد که جواز اعمال شرط، که در نکته اول و چهارم صادر شده است
نسبت به کلیه‌ی مقررات اساسنامه سازمان بین‌المللی نمی‌باشد. همانطور که در نکته
سوم اشاره کردیم، باید میان مقررات مختلف اساسنامه سازمان بین‌المللی تفکیک قایل
شد، نسبت به آن دسته از مقررات اساسنامه که مربوط به شخصیت حقوقی سازمان بین
المللی می‌باشد اعمال شرط امکانپذیر نمی‌باشد زیرا شخصیت حقوقی سازمان بین
المللی یک امر بسیط و یکپارچه است.

به بیان دیگر نمی‌توان چنین فرض کرد که یک سازمان نسبت به دسته‌ای از اعضای
دارای شخصیت کامل و مطابق با تمام مقررات مندرج در اساسنامه آن باشد اما همان
سازمان نسبت به دسته دیگر از اعضا دارای شخصیتی متفاوت (ناقص) باشد. در این
حالت یک سازمان بین‌المللی بایک اساسنامه دارای ۲ نوع شخصیت با حدود متفاوت
مسئولیت و صلاحیت در عرصه بین‌المللی خواهد شد. اما قایل شدن امکان اعمال

۱. ماده ۱۹: «یک کشور هنگام امضا، تصویب، قبولی، تایید یا الحاق به یک معاهده می‌تواند تعهد خود
نسبت به آن معاهده را محدود کند مگر در صورتی که: ۱- معاهده‌ی تحدید تعهد را ممنوع کرده باشد
۲- معاهده مقرر کرده باشد که تحدید تعهد فقط در موارد خاص که شامل تعهد مورد بحث نیست
مجاز است، یا ۳- در غیر موارد مشمول بند های ۱ و ۲ وقتی که تحدید تعهد با هدف و منظور معاهده
مغایرت داشته باشد.»

۲. محمدرضا، ضیایی بیگدلی: همان، ص ۱۰۱

۳. اعمال شرط فقط بر معاهدات چند جانبه قراردادی امکانپذیر است یعنی نمی‌توان نسبت به معاهدات
دوجانبه یا چند جانبه متضمن قواعد آمره یا چند جانبه قانون ساز حق شرط اعمال کرد. محمدرضا،
ضیایی بیگدلی، پیشین، ص ۹۹

۱۴.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

شرط برای سایر مقررات مندرج در اساسنامه سازمان‌های بین‌المللی بلامانع به نظر می‌رسد که در واقع می‌توان گفت جواز اعمال شرطی که در نکته اول و چهارم آمده است مربوط به همین دسته مقررات اساسنامه‌ایمی‌باشد.

به بیان ساده‌تر باید گفت علی‌الاصول مکان قبول و پذیرش مشروط‌یا جزئی اساسنامه سازمان بین‌المللی وجود ندارد، دولتی که می‌خواهد عضویت سازمانی را بپذیرد باید اساسنامه آن را قبول نماید، چنین دولتی نمی‌تواند پذیرش را به صورت مشروط قرار داده و بگوید این اساسنامه را به این شرط می‌پذیرم و یا نمی‌تواند ادعا کند که با جزئی از اساسنامه (حال این جزء هر چه باشد) موافقم. دولت وقتی که به عضویت سازمان در می‌آید بایستی به تمام تعهداتی که از اساسنامه ناشی می‌گردد پایبند بوده و تمام مفاد اساسنامه را بپذیرد.

این قاعده در حقیقت سعی در مقابله با برخی از رفتارهای بین‌المللی به هنگام انعقاد قرارداد را دارد، زیرا در مورد قراردادهای بین‌المللی، دولت‌هایی‌توانند در مواردی مشروطی مبنی بر عدم پذیرش برخی از مفاد سند اصلی یا ضمایم آن قرار دهند. این شرایط استثنایی (توانایی اعمال شرط) نمی‌تواند علیه سازمان مورد استناد قرار بگیرد. در پایان خاطر نشان می‌کنیم در مواردی که قبلاً از طرف سازمان اعمال شرط پذیرفته شده باشد،^۱ (یعنی در اساسنامه اعمال شرط مجاز شمرده شده باشد) طبیعی است که اعمال شرط با شرایط مذکور جایز است، زیرا در حقوق معاهدات اصل بر رضایت طرفین می‌باشد و با رضایت قبلی اعضا نسبت به اساسنامه (و به طریق اولی رضایت نسبت به شرایط اعمال شرط) اعمال شرط دارای و جاهت حقوقی می‌باشد.

نتیجه گیری

اساسنامه سازمان‌های بین‌المللی، عهدنامه در حکم قانون محسوب می‌شوند و هم چنین منشأ شخصیت حقوقی سازمان‌هایی‌باشند. اساسنامه سازمان‌ها معمولاً دارای

۱. حال نسبت به قسمتی از اساسنامه یا نسبت به هریک از مقررات آن.

و جاهت حقوقی اعمال حق شرط بر اساسنامه سازمان‌های بین‌المللی.....۱۵

مقررات مختلفی از جمله مقررات مربوط به نقش سازمان، یا به بیان دیگر تعیین صلاحیت سازمان، مقررات مربوط به تعیین عناصر اصلی تشکیلاتی سازمان، شرایط پذیرش، شخصیت حقوقی، ماهیت و تشکیلات ارگان‌های تصمیم‌گیرنده و اداری، مقررات مربوط به اصول فعالیت ارگان‌های سازمان از جمله تشریفات رای‌گیری، چگونگی به اجرا در آوردن تصمیمات و ... می‌باشند.

حال چنانچه اساسنامه در مورد اعمال شرط و شرایط آن سکوت کرده باشد، به نظر می‌رسد در صورت اعمال شرط نسبت به آن دسته از مقررات اساسنامه که مربوط به شخصیت حقوقی سازمان است باعث ایجاد عدم یکپارچگی در شخصیت حقوقی سازمان بین‌المللی خواهد شد، حال چنانچه شخصیت حقوقی سازمان بین‌المللی به صورت بسیط و یکپارچه نباشد (به این معنی که حدود شخصیت سازمان بین‌المللی نسبت به اعضای سازمان متفاوت باشد) طبیعی است که اهلیت، صلاحیت و مسئولیت سازمان که از شخصیت سازمان نشأت می‌گیرند.

(و به بیان ساده‌تر نتیجه عقلایی آن هستند) نیز به صورت بسیط نخواهد بود که در نهایت این موضوع باعث می‌شود که حدود مسئولیت سازمان بین‌المللی در قبال اعمال کشورهای عضو و مسئولیت کشورهای عضو در رابطه با اعمال سازمان تحت تأثیر این تفاوت در حدود شخصیت سازمان بین‌المللی قرار بگیرد، به همین دلیل به نظر می‌رسد که اعمال شرط نسبت به آن دسته از مقررات اساسنامه که مربوط به شخصیت حقوقی سازمان می‌باشند به دلیل لزوم بسیط و یکپارچه بودن شخصیت سازمان بین‌المللی در عرصه‌ی حقوق و روابط بین‌الملل دارای و جاهت حقوقی نباشد، اما در مقابل اعمال شرط نسبت به سایر مقررات اساسنامه به شرط پذیرش رکن ذیصلاح سازمان قابل قبول می‌باشد. که مفاد ماده ۱۹ عهدنامه حقوق معاهدات ۱۹۶۹ نیز ناظر بر اعمال شرط نسبت به مقررات مذکور است.

۱۶.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

فهرست منابع

۱. بیگدلی، محمدرضا ضیایی: حقوق معاهدات بین المللی، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ چهارم ۱۳۸۸
۲. تقی زاده انصاری، مصطفی: حقوق سازمان های بین المللی، تهران، انتشارات قومس، چاپ دوم ۱۳۸۵
۳. زمانی، قاسم: حقوق سازمان های بین المللی، تهران، انتشارات شهردانش، چاپ ششم، ۱۳۸۸
۴. عالیخانی، محمد: حقوق بین الملل، تهران، انتشارات خط سوم بی تا
۵. فلسفی، هدایت الله: حقوق بین الملل معاهدات، تهران، انتشارات فرهنگ نشر نو، چاپ دوم ۱۳۸۳
۶. ککدین، نگوین: حقوق بین الملل عمومی، ترجمه حسن حبیبی، تهران انتشارات اطلاعات، چاپ اول ۱۳۸۲

تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳ از صفحه ۱۷ تا ۳۷

بزه پوشی و تأثیر آن در پیشگیری از انحراف ثانویه

الهام جعفرپور صادق* اعظم عدالت جو**

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۲/۱۰/۱۴

تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۰۹/۰۹

چکیده

برچسب زنی، یکی از عواملی است که منجر به بروز «انحراف ثانویه» از سوی مرتکب شده، تکرار جرم را افزایش می‌دهد. سیاست «بزه پوشی»، دقیقاً در نقطه‌ی مقابل «برچسب زنی» واقع شده است، بنابراین همان قدر که برچسب زنی منجر به انحراف ثانویه می‌شود، بزه پوشی از آن جلوگیری می‌کند. در این مقاله، سعی بر آن است که اهمیت بزه پوشی در پیش‌گیری از انحراف ثانویه، از طریق پیش‌گیری از تغییر تصور فرد از خود، تغییر تصور جامعه از فرد و پیش‌گیری از خردانگاری بزه، مورد مطالعه قرار گیرد.

واژگان کلیدی: بزه پوشی - نظریه‌ی برچسب زنی - انحراف ثانویه

* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه تهران
** دانشجوی دوره دکتری حقوق عمومی دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات تهران

مقدمه

در هر جامعه‌ای که عده‌ای دور هم جمع می‌شوند، برای ادامه‌ی حیات در مقطعی چه به صورت قانون و چه به صورت نانوشته در قالب عرف و عادت، یکدیگر را مقید به رعایت یک سلسله قواعد می‌کنند و هر شهروندی دارای حقوق و تکالیفی است. حقوق نسبت به کدخدا، دولت و غیره و تکلیف نسبت به جامعه، دولت و غیره. اگر جامعه، مانند دایره‌ای باشد، در گام اول وضع مقررات، قانون گذاری و ارزش گذاری وجود دارد که در لسان امروزی به آن دوره‌ی قانون گذاری گفته می‌شود. بعد از این مرحله، در گام دوم عده‌ای از جامعه، همواره منافع خود را برعکس اکثریت، در نقض مقررات و قوانین می‌دانند و با نقض قوانین و مقررات، منافع خود را تأمین می‌کنند. حال اگر مقررات دارای ضمانت اجرای کیفری باشد، نقض آن، «جرم» نامیده می‌شود، جامعه نمی‌تواند اجازه بدهد که موارد نقض مقررات کیفری شیوع پیدا کند، پس در گام سوم، جامعه واکنش نشان می‌دهد. این واکنش یا در گام اول، پیش بینی شده‌یا خود جوش است. این مراحل سه گانه، با هم در ارتباط هستند، بر هم تأثیر و تأثر دارند و در تعامل با هم متحول می‌شوند؛ مثلاً اگر تعداد جرایم در قانون افزایش یابد، تعداد مجرمین و واکنش‌ها نیز افزایش می‌یابد.

حال، اگر بپذیریم که این سیکل جنایی از سه پدیده‌ی قانون گذاری، جرم و واکنش اجتماعی، تشکیل شده و این سه ساز و کار در تعامل با هم هستند، می‌توان نتیجه گرفت که برای علت شناسی جرم، باید در جرم شناسی نیز، دامنه‌ی مطالعات خود را باز کرده و اگر مطالعات، تاکنون روی جرم و یا مجرم بوده است، از این به بعد باید به چگونگی قانون گذاری و مراحل جرم انگاری از یک سو و پاسخ‌های جامعه، از سوی دیگر، نیز توجه کرد. (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۱: ۹۷۷ و ۹۷۶) از این رو، در این نوشتار، گام سوم یعنی «پاسخ‌های جامعه» و یا «کنترل اجتماعی» مورد توجه قرار گرفته است.

کنترل اجتماعی عبارت است از: «فرآیندی که از طریق آن، رفتار شخص یا اشخاصی که از مرتبه‌ی رعایت هنجار عدول کرده، دوباره به همان مرتبه اعاده داده می‌شود و هر

بزه پوشی و تاثیر آن در پیشگیری از انحرافات ثانویه.....۱۹

گاه به کلی از هنجار عدول کند، دوباره به رعایت کامل هنجار سوق داده می‌شود.
(غفاری فر، ۱۳۸۱:۹۳)

از آن جا که، گاه کنترل‌های اجتماعی جرم نیز به خودی خود به جرم دامن می‌زند، مطالعه‌ی مجازات و واکنش علیه جرم، کارایی مجازات‌ها و انواع کنترل اجتماعی جرم، موضوع مطالعه‌ی جرم‌شناسی قرار می‌گیرد. (نجفی ابرندآبادی، پیشین) در این راستا، نظریه‌ی برچسب زنی واکنش‌های جامعه را مورد توجه قرار می‌دهد (arrabine and others,2009:94) و بیان می‌دارد که واکنش‌های اجتماعی می‌توانند جرم را افزایش دهند. (Plummer:191)

در این دیدگاه، جرم پدیده‌ای عینی نیست و پیامد گونه‌هایی خاص از کنش متقابل در میان انسان‌ها به حساب می‌آید (وایت و هینز، ۱۳۸۶:۱۸۰) و منظور از این کنش متقابل، ارتکاب جرم از سوی مجرم و واکنش جامعه (کنترل اجتماعی) در پی آن است؛ یعنی اگر چه کنترل اجتماعی، در تئوری توان اعمال قدرت، هدایت و بازداشتن دیگران، تعریف می‌شود؛ آثار احتمالی برچسب زنی، موجب ایجاد شکاف میان تعریف کنترل اجتماعی در سخن و کارکرد واقعی آن در عمل می‌شود (Grattet,2011:185). توضیح آن که، نظریه برچسب زنی بر مطالعه‌ی واکنش اجتماعی نسبت به رفتار دیگران متمرکز شده است؛ زیرا چنین می‌انگارد که این واکنش با وقوع مکرر اعمالی که اجتماع آن را غبرقابل پذیرش اعلام کرده است، مرتبط است. این نظریه بر اهمیت ضمانت اجراهای منفی جامعه که براساس این رویکرد، افراد را دوباره مجبور به انجام اعمال مجرمانه و منحرفانه می‌کنند، تأکید می‌کند. اگر چه نظریه‌ی برچسب زنی با مشارکت گروه زیادی از نویسندگان توسعه یافت؛ اما «ادوین لمرت» (Lemert, M. Edwin) و «هوارد بکر» (Beker, s. Howard) معمولاً به عنوان نمایندگان اصلی و بنیان‌گذاران این نظریه شناخته می‌شوند. «بکر»، مراحل برچسب زنی را به این ترتیب تعریف می‌کند: «گروه‌های اجتماعی با ایفای نقش‌هایی که شکستن آن‌ها منجر به انحراف می‌شود، انحراف می‌آفرینند و با اجرا و اعمال آن نقش‌ها بر افرادی

۲۰.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

معین و برچسب زدن به آن‌ها، ایشان را «منحرف» معرفی می‌کنند. از این نقطه نظر، انحراف، کیفیت ویژه‌ای از رفتار نیست که یک فرد مرتکب می‌شود بلکه نتیجه‌ی اعمال قواعد و ضمانت‌اجراهایی است که بر یک «مجرم» تحمیل می‌شود. منحرف کسی است که بر او چنین برچسبی به نحو موفقیت آمیزی چسبانیده شده است. (غلامی، ۱۳۹۰: ۲۸۵ و ۲۸۴)

در واقع، همین احتمال جرم زایی کنترل‌های اجتماعی، از دلایل مهم تأکید بیشتر مذهب بر کنترل درونی نسبت به کنترل بیرونی است؛ به این شکل که مذهب خود را بیشتر به «نیت درونی» سرگرم می‌کند (لوی برول، ۱۳۷۶: ۴۹) بر همین اساس در حقوق اسلام نیز کنترل درونی از طریق معرفت و ایمان به توحید، نبوت، معاد و ... مورد تأکید قرار می‌گیرد و در مقابل کنترل بیرونی محدود می‌شود؛ چرا که دو ویژگی سیاست جنایی اسلام، شامل «گسترده‌گی جرایم قابل گذشت» و «ترجیح خطاپوشی» موجب عدم تعقیب بخشی از جرایم می‌باشد (اکرمی، ۱۳۸۹: ۳۱).

از آن جا که از میان دو ویژگی مذکور سیاست جنایی اسلام، «ترجیح خطاپوشی یا بزه پوشی» که در جهت ترک تعقیب است (مرادی، ۱۳۹۱: ۱۶۹)، در نقطه‌ی مقابل برچسب زنی قرار می‌گیرد، بررسی آن و تعیین نحوه و میزان تأثیر آن در پیشگیری از انحراف و جرم، خالی از فایده نیست و موضوع نوشتار حاضر را تشکیل می‌دهد.

۲. مفاهیم

۲-۱. مفهوم بزه پوشی

بدون تردید، بسیاری از روش‌های دادرسی کیفری نمی‌تواند از تأثیر نگرش‌های مختلف نسبت به جرم و مجازات به دور بماند. تلقی خاصی که مصادیق جرم را منحصر در رفتارهای زیان باری می‌داند که به دلیل تعارض فرد با گروه و «ضد اجتماعی» بودن آن ممنوع شده‌اند، لزوماً «کیفر» را به عنوان واکنشی صرفاً اجتماعی در برابر عمل ضد اجتماعی برای ترمیم خسارت وارده به منظور پاسخ به انتظارات

بزه پوشی و تاثیر آن در پیشگیری از انحرافات ثانویه..... ۲۱

عمومی قلمداد خواهد کرد. از این دیدگاه کشف جرم و تعقیب مجرم یک ضرورت اجتماعی در دفاع از منافع جامعه شمرده شده و امکان ترک تعقیب نیز منحصرأً مبتنی بر بهره‌ی اجتماعی آن قابل توجیه است. به علاوه، برداشتی که حاکی از موقعیت مؤثر کیفر و تکیه بر اهرم‌های رسمی پیش بینی شده در حقوق جزا به عنوان مهم‌ترین ابزار مقابله با بزه کاری است. گرایش جدی به کشف و اثبات جرم و نیز اجرای حتمی کیفر را موجب می‌گردد. لکن، از دیدگاهی دیگر، چنانچه جرم، موجب خروج از ضوابط و تجاوز به ارزش‌هایی باشد که با ارتکاب آن منافع آن منحصرأً و لزوماً به طور مستقیم هدف قرار نمی‌گیرد مبارزه با بزه کاری نیز، ضرورتاً به صورت «واکنش اجتماعی» و به عنوان برآیند انتظارات عمومی نخواهد بود. مضافاً این که، باور ناتوانی کیفر و ضعف کارایی آن در دستیابی به اهداف واکنش‌های جزایی، تمایل به عدم تمسک به کیفر را برمی‌انگیزد. نگرش ویژه‌ای که در حقوق اسلام، نسبت به کنش و واکنش‌های جزایی وجود دارد موجب شده است که در سیاست جنایی اسلام، عکس‌العمل‌های کیفری تنها طریق مبارزه با بزه کاری تلقی نشده، حتی راه‌های مناسب و کارآمد نیز شناخته نشود و از این رو، صورت‌های مختلف و گسترده‌ای در گریز از اجرای واکنش‌های جزایی پیش بینی و در جهت دفع کیفر تلاش شده است.

این تمایل در مراحل مختلف دادرسی و قبل از آن نیز متجلی است، به طوری که گاه انحراف جریان رسیدگی‌های جزایی از مسیر رسمی آن و عدم طرح پرونده در محکمه مورد تأکید قرار می‌گیرد. برخلاف گرایش جدی و متعارفی که نظام‌های حقوقی دیگر، در کشف جرم و تعقیب مجرم دارند، مخفی داشتن و نهان سازی جرم، روشی است که به عنوان یکی از ویژگی‌های سیاست جنایی اسلام، مطرح است. سعی در بزه پوشی و جلوگیری از افشای جرم براساس مدارک و ادله‌ی موجود در کتاب و سنت، مورد تأیید حقوقدانان اسلامی بوده، آن را از ابعاد و جنبه‌های مختلف، دارای اهمیتی قابل توجه دانسته‌اند. نهان سازی جرم و جلوگیری از افشای زشتی‌ها، متأثر از نگرش خاصی است که نسبت به مفاهیم، تأسیسات و نهادهای حقوق جزا وجود داشته

۲۲.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

و خطوط برجسته‌ی سیاست جنایی اسلام را شکل می‌دهد. از آن جمله سیاست کیفرزدایی که مبتنی بر تردید برکارایی مجازات، مورد توجه نظام عدالت جنایی در حقوق اسلام قرار گرفته است. درضمن تأکید بر جنبه‌های اخلاقی پیگردهای جزایی و رعایت مصالح عمومی، می‌تواند به عنوان برخی از مبانی بزه پوشی مورد توجه قرار گیرد. (صادقی، ۱۳۸۵: ۱۶۳ - ۱۶۱)

بنابراین دین مبین اسلام، سال‌ها پیش با درک آثار سوء برچسب زنی، «بزه پوشی» را در سیاست جنایی خود پیش بینی کرده است و خصوصاً به حفظ آبرو و کرامت نفس انسان‌ها و جلوگیری از ایجاد تصور منفی از فرد در جامعه توجه داشته است. در واقع، توصیه‌ی دین به خودداری از غیبت، تهمت، تجسس، به کاربردن لقب‌های زشت برای دیگران، روایت کردن علیه کسی (داستان سرایی) استهزا، سرزنش، اهانت کردن و ... (طوسی، پیشین، ۱۱۶)

برای جلوگیری از انگ خوردن فرد و لگه دار شدن آبروی او در انظار عمومی است و این امر خود لزوم تأکید بر «بزه پوشی» را آشکار می‌سازد.

علاوه براین‌ها، دین مبین اسلام هرگز هیچ گناه کاری را اجبار به اعتراف به گناه نکرده و برای بخشش گناهان، توبه‌ی قلبی گناه کار را کافی می‌داند تا هم آثار گناه زایل شود و هم آبروی گناه کار در امان باشد. هم چنین نهاد کفاره در اسلام نیز، با تکیه بر خودکیفری، به دنبال رفع آثار گناه توسط خود گناه کار و جلوگیری از افشای گناه است. چنین سیاستی در برخورد با بزه، اصطلاحاً «بزه پوشی» نامیده می‌شود. که دقیقاً در نقطه‌ی مقابل سیاست‌های کیفرگرا و نیزبرخی روش‌های واکنش جامعه در مقابل جرم، که منجر به برچسب خوردن بزه کار می‌شوند، قرار می‌گیرد.

۲-۲. مفهوم انحراف ثانویه

فرق میان انحراف اولیه و انحراف ثانویه، نخستین بار از سوی ادوین لمرت (Edwin M. Lemert) در کتاب آسیب شناسی اجتماعی، (۱۹۵۰) مطرح گردید و در کتاب دیگر وی تحت عنوان «انحراف انسان، مشکلات اجتماعی و کنترل اجتماعی»

بزه پوشی و تاثیر آن در پیشگیری از انحرافات ثانویه..... ۲۳

(۱۹۷۲) مورد بررسی دقیق واقع شد. (نجفی ابرند آبادی و هاشم بیگی، ۱۳۹۰: ۲۳۱)
از دیدگاه او، انحراف اولیه رفتار مجرمانه‌ای است که در بستریک خود - انگاره‌ی
نامجرمانه به علل مختلف زیستی، روان شناختی و جامعه شناختی روی می‌دهد (ویلیامز
و مک شین، ۱۳۸۳: ۱۵۸) و می‌توان آن را ناشی از شخصیت واقعی فرد مرتکب دانست
(سلیمی و داوری، ۱۳۸۷: ۴۲۶)

در مقابل، انحراف ثانویه، رفتار مجرمانه‌ای است که در بستریک خود - انگاره‌ی
مجرمانه که برچسب جامعه و مقامات رسمی به فرد القا کرده‌اند، روی می‌دهد؛ یعنی
انحراف ثانویه، رفتار مجرمانه‌ای است که شخص به خاطر یا در واکنش به یک برچسب
که جامعه برای او به کار می‌برد، مرتکب آن می‌شود. (See.2004:25) و در واقع،
پاسخی به واکنش جامعه، در مقابل انحراف اولیه است که با تغییر خود - انگاره‌ی فرد
از غیره بزه کار به بزه کار، روی می‌دهد. (Hamlin,2009:3).

بنابراین، واکنش جامعه نسبت به انحراف اولیه، برچسب «بزه کار» به مرتکب می‌زند
و احتمالاً او را به سوی انحراف ثانویه، سوق خواهد داد.

از دیدگاه طرفداران نظریه‌ی برچسب زنی، انحراف «خاصیتی» است که به برخی
اشکال رفتار اطلاق شده و به وسیله‌ی تماشاچیان و ناظران آن در جامعه، به عنوان
خطرناک، آشوب، مزاحمت، تحریک و... مورد قضاوت قرار می‌گیرد و بنابراین، ممکن
است مجازات‌های خاصی را نسبت به مرتکبان نیز به دنبال داشته باشد. از این دیدگاه،
انحراف به عنوان یک امر اجتماعی، مورد مطالعه قرار گرفته است به گونه‌ای که اولاً یک
ناظر، رفتار خاصی را تحت چنین عنوانی تفسیر کرده و افرادی که این وضعیت را از
خود نشان داده‌اند به عنوان «نابهنجار» توصیف می‌کند و ثانیاً، نسبت به آن وضعیت،
پاسخ‌هایی را ارائه می‌دهد. کسی که به انتهای این فرآیند رسیده، تحت عنوان «مجرم» با
تحت سایر انواع طبقه بندی‌های انحراف، مورد خطاب قرار گرفته، مشمول واکنش‌های
خاصی واقع می‌شود، چنین واکنش‌هایی در واقع مهم‌ترین علت استمرار فعالیت
مجرمانه‌اند (غلامی، پیشین: ۱۸۶) که با انحراف ثانویه آغاز می‌گردد و به سوی انحراف

۳. نحوه‌ی تأثیر برچسب زنی بر وقوع انحراف ثانویه

همان طور که ذکر شد، «انحراف ثانویه» طبق نظریه‌ی برچسب زنی، غالباً در نتیجه‌ی برچسبی که به عنوان «مجرم» یا «منحرف» به فرد چسبانده می‌شود، اتفاق می‌افتد، بنابراین، به نظر می‌رسد، سیاست «بزه پوشی» که، نقطه‌ی مقابل برچسب زنی است، نقش غیرقابل انکاری در جلوگیری از «انحراف ثانویه» داشته باشد؛ چرا که در واقع بزه پوشی همان برچسب نزدن است و برچسب نزدن بر فرد یعنی همان نهان ساختن بزه ارتكابی او.

با توجه به این که، براساس نظریه‌ی لمرت فرد برچسب خورده در نتیجه‌ی برچسبی که می‌خورد، رفتار او را در تطابق با واکنش اجتماعی، دوباره سازمان دهی می‌کند و به کار گرفتن رفتار کجروانه‌اش را آغاز می‌کند (تغییر خود انگاره او از غیر مجرمانه به مجرمانه) یا نقش خود را به عنوان یک وسیله‌ی دفاع و حمله بر آن استوار می‌کند و یا با مشکلات پنهان و آشکاری که به وسیله‌ی واکنش‌های اجتماعی بعدی برای او درست می‌شوند انطباق می‌یابد (ابادینسکی، ۱۳۸۲: ۴۳)

به این ترتیب، برچسب‌ها معمولاً از طریق تغییر تصور فرد از خود، تغییر تصور جامعه از فرد و رفتار افراد در مقابل او می‌توانند منجر به ارتكاب انحراف ثانویه از سوی بزه کار شوند، در ضمن خرد انگاری بزه از طریق برچسب را نیز می‌توان به این موارد افزود؛ اما سیاست بزه پوشی با جلوگیری از برچسب زنی از ایجاد این موارد و منجر شدن آن‌ها به جرم جلوگیری می‌کند.

۳-۱. برچسب زنی و تغییر تصور فرد از خود

تلقین و تصور، از شاخه‌های فکر می‌باشند و اثر تصور، به مراتب بالاتر از تلقین است و در اصل تلقین در صورتی مؤثر است که تصور و باور را در شخص به وجود آورد که البته به مرور، این اتفاق خواهد افتاد. در حقیقت، تلقین، مقدمه‌ای برای بوجود

آمدن تصوّر و باور است.

هر انسانی، آن طور عمل می‌کند و عکس العمل نشان می‌دهد که تصور می‌کند، آن طور است. اگر شخصی تصور کند که دارای حافظه‌ی قوی و تمرکز فکر بالایی است، پس همان طور نیز می‌شود و این حالت را ضمیر ناخودآگاه باعث می‌شود؛ چرا که مداومت در این تصور موجب می‌شود که ضمیر ناخودآگاه آن را به عنوان واقعیت بپذیرد، در خود ضبط نماید و باعث به وجود آمدن آن صفت به طور واقعی گردد.

تلقین یک عامل مهم در تغییر رفتار و شخصیت انسان و واقعیتی ملموس است نه یک امر باطل و واهی. همه‌ی انسان‌ها به نوعی تحت تأثیر تلقینات می‌باشند و این تلقینات یا از طرف خودشان است و یا از طرف دیگران. در واقع، هر فکری که به ذهن اثر کرده و مورد قبول واقع شود «تلقین» است. (اسلامی، ۱۳۸۹: ۹۵ - ۹۳)

به این ترتیب، مداومت در مجموعه تلقینات مثبت و منفی که هر انسانی را تحت تأثیر قرار می‌دهد تصوّر آن انسان از خویش را می‌سازد.

انسان، تا حدّ زیادی (اگر نگوئیم کاملاً) تحت تأثیر تصویری قرار دارد که او از خویش ساخته است.

حال خطر «برچسب زنی» به عنوان عاملی که تصور فرد را از خویش تغییر می‌دهد، آشکار می‌گردد، برچسبی که جامعه به مرتکب رفتار مجرمانه می‌زند، خود - انگاره‌ی نامجرمانه‌ی شخص را مورد حمله قرار می‌دهد. (ولد و دیگران، ۱۳۸۸: ۳۰۲)

جامعه به او تلقین می‌کند که «مجرم» است، ابتدا، ذهن فرد این تلقینات را نمی‌پذیرد و تبدیل به تصور نمی‌کند؛ چرا که این تلقینات برخلاف تصویری است که فرد تاکنون به عنوان «غیرمجرم» از خود داشته است؛ اما، بالاخره مقاومت خود - انگاره‌ی نامجرمانه تمام شده و فرد خود - انگاره‌ی مجرمانه را می‌پذیرد و با تصور خود به عنوان یک «مجرم»، مسیر دیگری را آغاز می‌نماید. به عنوان «مجرم» رفتار «مجرمان» را در پیش می‌گیرد.

انسان، تا خود را شبیه به گروهی نماید و خصوصیات آن دسته را به خود تلقین

۲۶.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

کند، به زودی شبیه آن‌ها می‌شود. امیرالمؤمنین (ع) می‌فرماید: «اگر تلاش و کوشش نداری، خود را به قیافه‌ی آنان که صابر و با استقامت هستند درآور، زیرا خیلی کم می‌شود که انسان خود را شبیه به جمعیتی درآورد و در زمره‌ی آنان قرار نگیرد». (نهج البلاغه، حکمت ۲۰۳) این حدیث زیبا نشان دهنده‌ی قدرت تلقین و تصور می‌باشد و بیان‌گر این است که هر انسانی می‌تواند با تلقین و تصور به هر حالت و صفتی دست‌یابد و اراده‌ی آن عمل را نیز در خود به وجود آورد. پس با تلقینات منفی می‌توان بسیاری از نقاط مثبت را از بین برد و نقاط ضعف به وجود آورد. (همان: ۹۶)

تأکید نظریه‌ی برچسب زنی بر این امر که، افراد ممکن است، نسبت به وضعیت جدیدی که دیگران، به عنوان «مجرم» بر آن‌ها تحمیل می‌کنند، احساس تعهد کنند. (Ascani, 2012: 81) و براساس همان برچسبی که خورده‌اند و به تقلید از آن عمل نمایند.

(McLoughlin and Muncie, 2001: 159) بیان‌گر همین اثر روحی برچسب، بر فرد برچسب خورده است و این همان چیزی است که دین مبین اسلام، هزارو چهارصد سال پیش به آن توجه کرده و با درپیش گرفتن سیاست بزه‌پوشی، از ایجاد برچسب‌ها و عواقب آن‌ها پیش‌گیری کرده است.

۳-۲. برچسب زنی و تغییر تصور جامعه از فرد

از خطرات دیگر برچسب‌ها برای مرتکبین رفتار مجرمانه و منحرفانه، تغییر تصور جامعه نسبت به آن‌ها و رفتار جامعه با شخص براساس درون‌مایه‌ی برچسبی که به او خورده است، می‌باشد.

به عبارت دیگر، مردم، معمولاً از برچسب‌های شناخته شده برای افراد، استفاده می‌کنند که ممکن است در مورد فرد صادق باشد یا نباشد. این فرآیند باعث می‌شود رفتار مردم و تعاملات آن‌ها با فرد برچسب خورده دچار تغییر شود. (طوسی، ۱۳۸۹:

(۱۱۶)

بنابراین، مردم جامعه برچسب‌ها را باور می‌کنند، این امر حتی در مورد نیروهای

بزه پوشی و تاثیر آن در پیشگیری از انحرافات ثانویه.....۲۷

پلیس نیز صدق می‌کند به طوری که جامعه شناسان معتقدند: این که پلیس رفتار فردی را مجرمانه تلقی کند ممکن است بستگی به برچسبی داشته باشد که به مجرم می‌زند. یک مطالعه‌ی آمریکایی که چمبلیس (Chambliss) انجام داده، دو گروه نوجوان را بررسی کرده است: یکی از طبقه‌ی کارگر (معروف به اوباش) و دیگری طبقه‌ی متوسط (غیر بزه‌کار) علی‌رغم این که معصومین بزه‌های بیشتر و شدیدتری مرتکب شدند، برای پلیس تصویر جوانان بزه کار را ایجاد نکردند و توانستند فعالیت‌های خود را به عنوان مسخره بازی‌های بی‌آزار ارایه دهند. آن‌ها با این که بازداشت شدند، هرگز متهم نشدند و در نتیجه‌ی کارهایشان به عنوان جرم، ثبت نشد. (الیت و کوئین، ۱۳۸۷: ۳۷ و ۳۶)

به این ترتیب، واکنش اجتماعی به ویژه «کیفر» مرتکب را در جامعه دچار مشکل می‌کند، مردم همه‌ی کارهای او را با عینک بدبینی نگاه می‌کنند، رفتار خویش را بد و حضورش را خطرناک تلقی می‌کنند. این مسأله «آبروی» فرد را از بین می‌برد و همین بی‌آبرو شدن فرد از یک سو باعث کینه توزی او نسبت به جامعه و روی آوری به «انحراف ثانویه» می‌گردد؛ به همین دلیل دکتر کی نیا در کتاب مبانی جرم‌شناسی متذکر شده است که کیفر، به ویژه زندان و ندامتگاه، آبرویی برای فرد خاطی باقی نمی‌گذارد و فرد بی‌آبرو برای جامعه بسیار خطرناک است. (کی نیا، ج ۱، ۱۳۸۶: ۳۵)؛ چرا که بدبختانه احساس بیگانگی بزه کار از اجتماع در فرآیند عدالت کیفری و تجربه‌ی تحمل زندان سخت‌تر و شدیدتر می‌شود. (زهر، ۱۳۸۸: ۴۷)، او برای انتقام از جامعه‌ای که بی‌رحمانه او را طرد کرده است، هراسی نخواهد داشت، از سوی دیگر، از آن جا که بی‌آبرو شدن بزه کار کرامت انسانی و اعتماد به نفس او را زایل می‌کند، فرد حقیر و طرد شده نه انگیزه‌ای برای هم‌نوایی با جامعه‌ی بی‌رحم در خود می‌یابد و نه اعتماد به نفسی برای این امر؛ او در میان فشارهای درونی خود عذاب می‌کشد و هیچ راهی برای فرار از این فشارها نمی‌یابد جز پناه بردن به عالم بزه کاران؛ چرا که در واقع، انسان‌ها، همگی در درون خویش نیاز مبرمی به این دارند که مورد پذیرش دیگران قرار بگیرند و

۲۸.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

احساس کنند که مفیدند (مقدسی پور، ۱۳۸۴: ۱۰۳) و این امر به آن‌ها اعتماد به نفس می‌دهد و آن‌ها را به «خودباوری» می‌رساند، تا زمانی که فرد به «خودباوری» نرسد و به خود اعتماد نکند نمی‌تواند درست زندگی کند. (حسن نژاد طرنجی، ۱۳۸۵: ۶۷) وقتی جامعه، دیگر فرد را به عنوان یک عضو مفید نمی‌شناسد در نتیجه، فرد به اجتماعی روی می‌آورد که او را بپذیرند و مفید بدانند. به این ترتیب، برای رهایی از فشار درونی خود به جامعه‌ی بزه کاران می‌پیوندند. شاید این سخن «آدلر» شامل این دسته از مجرمین نیز باشد. او می‌گوید: «بزه کار ترسویی است که مسیر خود را از برابر مسایل زندگی منحرف می‌کند و به عالم بزه کاری می‌گریزد». (تاج‌دینی، ۱۳۶۸: ۶۸)

در واقع مسایل زندگی بزه کاران مورد بحث ما که آن‌ها را به بزه کاری سوق می‌دهد، تماماً مسایلی هستند که «جامعه» پس از برچسب زدن» بر او، برایش به وجود می‌آورد. مسایلی که تحمل آن‌ها از توان او خارج می‌شود.

۳-۳. برچسب زنی و خرد انگاری بزه

یکی از آثار سوء برچسب زنی خرد انگاری بزه در پی شیوع آن به واسطه‌ی برچسب‌هاست. وقتی که بزه، در نتیجه‌ی برچسب زنی شیوع می‌یابد، ناخواسته قباحات آن در دید عموم کاهش خواهد یافت. کشف و آشکار شدن جرم غالباً با گسترش اخبار مربوط به آن همراه است که این امر با توجه به انتشار مکرر اخبار وقوع آن، ضعف حساسیت‌های عمومی را نسبت به جرم در پی خواهد داشت. خطر «عادی شدن» جرم علاوه بر تزلزل «احساس امنیت» در جامعه و شیوع ترس از جرم - که مبتنی بر احتمال بزه دیده واقع شدن هر شهروندی است - غیر قابل اغماض و چشم پوشی است.

عادی شدن جرم وحشتناکترین پدیده‌ایی است که می‌تواند امنیت و نظام جامعه را متلاشی کند. از این رو دردین، اشاعه زشتی و بازگو کردن معاصی چنانچه با علم به آثار سوء آن باشد با واکنشی شدید مواجه شده است:

«این الذین یحبون ان تشیع الفاحشه فی الذین امنو لهم عذاب الیم فی الدنیا و الاخره

والله یعلم و انتم لا تعلمون.»

« آنان که دوست می‌دارند در میان اهل ایمان کار منکری را اشاعه و شهرت دهند آنها را در دنیا و آخرت عذاب دردناک خواهد بود و شما نمی‌دانید.»

در این راستا نصوص روایی بسیاری بر نهمان سازی زشتیها دلالت داشته و مؤکداً توصیه بدان کرده‌اند. از امام صادق (ع) نقل شده است که فرمود:

بر حاکم است که سه چیز را درباره عام و خاص به اجرا گذارد.

پاداش دادن به نیکوکار تا رغبت در انجام اعمال نیک در او بیشتر شود. پوشاندن گناه خطاکار تا توبه کند و از گناه بازگردد. و ایجاد الفت بین همگان به وسیله احسان کردن و انصاف به خرج دادن.

در کتب اخلاق دینی اظهار عیوب لغزش‌های دیگران در زمره خصوصیات سوء و ناشایست فرد و نشانه زشتی نفس عیب جو قلمداد شده است.

علاوه بر این، برچسب زنی باعث خرد انگاری بزه در نزد خود مرتکب نیز خواهد شد؛ چرا که مرتکب جرم، محتوای برچسب را در مورد خود باور می‌کند و بزه ارتكابی در نزد او عادی جلوه کرده، قباحت خود را از دست می‌دهد.

به این ترتیب، خرد انگاری بزه، زمینه‌ی تزلزل نظام ارزشی جامعه و فروپاشی ضوابطی را که تکیه گاه روابط اجتماعی است، فراهم می‌کند - هر چند جرم با واکنش‌های مکرر کیفری همراه باشد - این خطر بزرگ که ورشکستگی نظام جزایی در جریان مبارزه با تبهکاری، ثمره‌ی بلا تردید آن خواهد بود، به هیچ روی نمی‌تواند مورد بی توجهی و مسامحه قرار گیرد. تمایل جدی قانون گذار اسلامی در عدم اثبات موجبات کیفر - در بسیاری موارد - و جلوگیری از اجرای مکرر مجازات، ناشی از توجه به آثار سوء اخلاقی است که اعمال گسترده‌ی کیفر در جامعه، بر جای خواهد گذاشت.

بنابراین، شیوع و شهرت یافتن منکرات نه فقط به کم رنگ شدن قباحت جرم و «کوچک شماری بزه» خواهد انجامید، بلکه اجرای مکرر کیفر همچنین به «عادی شدن مجازات» و «تحقیر کیفر» منتهی خواهد شد و در نهایت، نقش ارعابی مجازات که در

۳۰.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

سیاست جنایی اسلام، بر آن تأکید شده است، تضعیف و بدون اثر می‌گردد. (صادقی، پیشین، صص ۱۶۹ - ۱۶۸) این امر، از علل تأکید زیاد سیاست جنایی اسلام بر «بزه پوشی»، برای استفاده از مزایای آن است.

۴. تأثیر بزه پوشی در پیش‌گیری از انحراف ثانویه

واضح است که مهم‌ترین اثر بزه پوشی در پیش‌گیری از انحراف ثانویه از طریق پیش‌گیری از برچسب خوردن بزه کار است. سیاست بزه پوشی، اصراری بر آشکار شدن بزه و مجازات مرتکب آن توسط جامعه ندارد، هر جرمی را شایسته‌ی افشا و هر مجرمی را مستحق مجازات جامعه نمی‌داند چراکه به اثرات منفی برچسب‌ها توجه دارد. در واقع سیاست بزه پوشی با جلوگیری از برچسب خوردن بزه کار، از تغییر تصور فرد از خود، تغییر تصور جامعه از فرد و خردانگاری بزه در نزد مرتکب و جامعه و در نتیجه از وقوع انحراف ثانویه پیش‌گیری می‌کند.

همان‌طور که ذکر شد، توبه و کفاره از نهادهایی هستند که دین مبین اسلام، با بکارگیری آن‌ها، سیاست بزه پوشی را دنبال می‌کند. برای بررسی تأثیر بزه پوشی در پیش‌گیری از انحراف ثانویه، نگاهی به این دو نهاد، خواهیم داشت.

۴-۱. توبه

همان‌طور که ذکر شد توبه، نهادی است که دین از طریق آن سیاست بزه پوشی را تعقیب می‌کند.

توبه از مهم‌ترین آموزه‌های تربیتی و اخلاقی است که آثار بی‌شمار و ره‌آورد گرانبها و پی‌آمدهای مثبت فراوانی دارد از جمله این آثار می‌توان به بازیابی شخصیت گناه کار اشاره کرد، در واقع انسانی که مرتکب گناهی شده است، چه بخواهد و یا نخواهد احساس سرشکستگی می‌کند؛ اگر متولیان تربیت او را ملامت و تحقیر کنند، (آن چه در برچسب زنی اتفاق می‌افتد) این احساس بیشتر می‌شود و اگر ملامت‌ها ادامه یابد، ممکن است به آن جا برسد که کاملاً احساس کند شخصیت خود را از دست داده

بزه پوشی و تاثیر آن در پیشگیری از انحرافات ثانویه..... ۳۱

است و در این صورت است که به شدت وجود او برای خانواده و جامعه خطرناک خواهد شد و ممکن است دست به گناه و هر جنایتی بزند؛ (وقوع انحراف ثانویه) چون او احساس می‌کند همه چیز را از دست داده است. منابع دینی مخصوصاً قرآن تلاش می‌کنند که با توبه و اظهار ندامت پنهانی شخصیت گناهکار را بازسازی کنند و او را به حالت اول بلکه بالاتر از آن برگردانند؛ لذا قرآن از یک طرف می‌فرماید: «خداوند توبه کاران را دوست می‌دارد.» و از طرف دیگر، به مردم گوشزد می‌کند که خلاف کاران اگر برگشتند، برادران دینی شما هستند «فَإِنْ تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوْا الزَّكَاةَ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ؛ اگر توبه کنند و نماز را به پا دارند و زکات را بپردازند، برادران دینی شما هستند.»

پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله فرمود: «التَّائِبُ مِنَ الذَّنْبِ كَمَنْ لَمْ يذَنْبْ لَهُ؛ توبه کننده از گناه مانند کسی است که گناه ندارد.»

علاوه بر این، قرآن کریم می‌فرماید: «إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَ يُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ؛ به راستی که خداوند توبه کنندگان و پاکان را دوست می‌دارد.»

خود اظهار دوستی از مقام برتر علاوه بر این که افتخاری است برای محبوب و باعث بازیابی شخصیت گناهکار می‌شود، برد تربیتی و سازندگی مهمی دارد.

رسول اکرم صلی الله علیه و آله فرمود: «لَيْسَ شَيْءٌ أَحَبَّ إِلَيَّ مِنَ اللَّهِ مِنْ مُؤْمِنٍ تَائِبٍ أَوْ مُؤْمِنَةٍ تَائِبَةٍ؛ چیزی در نزد خداوند محبوب‌تر از مرد مؤمن توبه کار و زن مؤمن توبه کننده نیست.» اثر دیگر توبه، بخشیده شدن گناهان انسان گناهکار است. قرآن کریم می‌فرماید: «توبوا إلى الله عسى ربكم أن يكفر عنكم سيئاتكم؛ [ای مؤمنان!] به سوی خدا توبه کنید... امید است خداوند گناهان شما را بپوشاند.»

در ضمن، اگر توبه‌ی واقعی انجام گیرد، خداوند علاوه بر نابودی گناهان، آنها را تبدیل به نیکی و حسنات می‌کند؛ چنان که می‌فرماید: «إِلَّا مَنْ تَابَ وَ آمَنَ وَ عَمِلَ عَمَلًا صَالِحًا فَأُولَئِكَ يُبَدِّلُ اللَّهُ سَيِّئَاتِهِمْ حَسَنَاتٍ وَ كَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا؛ مگر کسانی که توبه کنند و ایمان آورند و عمل صالح انجام دهند که خداوند گناهان آنان را به حسنات

۳۲.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

مبدل می‌کند و خداوند همواره آمرزنده مهربان بوده است.»

امام صادق علیه السلام می‌فرماید: خداوند به داوود علیه السلام وحی کرد:

«يا داوُدُ إِنَّ عَبْدِي الْمُؤْمِنَ إِذَا أَذْنَبَ ذَنْبًا ثُمَّ رَجَعَ وَ تَابَ مِنْ ذَلِكَ الذَّنْبِ وَ اسْتَحْيَى مِنْهُ عِنْدَ ذِكْرِهِ غَفَرْتُ لَهُ وَ أَنْسَيْتُهُ الْحَفْظَةَ وَ أَبْدَلْتُهُ الْحَسَنَةَ؛ وَ لَا أُبَالِي وَ أَنَا أَرْحَمُ الرَّاحِمِينَ؛

ای داوود! به راستی بنده مؤمن هر گاه گناهی انجام دهد، سپس برگردد و از آن گناه توبه کند، و هنگام یاد آن گناه از من حیا کند، گناه او را می‌بخشم و کاری می‌کنم که حافظان (نویسندگان) آن را از یاد ببرند و آن گناه را به حسنه تبدیل می‌کنم و از کسی باکی ندارم، در حالی که من مهربان‌ترین مهربانان هستم.» (خرمی، ۱۳۸۴: ۱۲۴)

به این ترتیب، دین توبه را برای بازگشت گناه کار به شرایط روحی قبل از گناه قرار می‌دهد و نه تنها برای برجسب خوردن و مجازات او اصراری ندارد، بلکه با بالا بردن مقام توبه کننده، از برجسب‌هایی که ممکن است در آینده، توسط جامعه به او چسبانیده شود، جلوگیری می‌کند. پس توبه هم بزه را می‌پوشاند هم آثار آن در تغییر تصور فرد از خود و تغییر تصور جامعه از فرد را از بین می‌برد.

۴-۲. کفاره

کفاره یکی دیگر از نهادهایی است که دین اسلام، در پی گیری سیاست بزه پوشی به کار می‌گیرد. در واقع کفاره، از واژه‌ی «کفر» به معنی پوشش و پرده گرفته شده است و در اصطلاح، عملی می‌باشد که به وسیله‌ی آن زشتی گناه پوشیده می‌شود. در واقع از آن جا که جرم، ضمیر انسان را می‌آلاید و آشفته می‌سازد گناه کیفر برای ترمیم این آشفستگی ضروری است، در این مواقع دین اسلام با پذیرش کفاره، گناه کار را به نوعی خودکیفری ترغیب می‌کند تا از این طریق، از افشای گناه او نزد دیگران جلوگیری کند. پوشش گناه و آثار آن در بسیاری از منابع دینی مورد توجه قرار گرفته است، برای نمونه امام علی(ع) در نامه خود به مالک اشتر نخعی می‌فرماید:

وَ لِيَكُنْ أَبَعْدُ رَعِيَّتِكَ مِنْكَ وَ أَشْتَوْهُمْ عِنْدَكَ أَطْلَبُهُمْ لِمَعَايِبِ النَّاسِ فَإِنَّ فِي النَّاسِ

بزه پوشی و تاثیر آن در پیشگیری از انحرافات ثانویه..... ۳۳

عُيُوباً أَلْوَالِي أَحَقُّ مَنْ سَتَرَهَا فَلَا تَكْشِفَنَّ عَمَّا غَابَ عَنْكَ مِنْهَا فَإِنَّمَا عَلَيْكَ تَطْهِيرُ مَا ظَهَرَ لَكَ

و بین مردم با کسی از همه بیشتر دشمن باش که در عیب جویی مردم اصرار دارد زیرا مردم عیب‌هایی دارند که شخص حاکم برای پوشاندن آنها سزاوارتر است. بنا بر این آن چه از بدی‌های مردم بر تو پوشیده است پی جویی مکن بلکه آن عیوبی هم که آشکار است باید بپوشانی.

وَ اللَّهُ يَحْكُمُ عَلَى مَا غَابَ عَنْكَ فَاسْتُرِ الْعَوْرَةَ مَا اسْتَطَعْتَ يَسْتُرِ اللَّهُ مِنْكَ مَا تُحِبُّ سِتْرَهُ مِنْ رَعِيَّتِكَ

و داوری در باره آن چه که از تو پنهان است با پروردگار خواهد بود پس تا آن جا که می‌توانی زشتی‌ها را بپوشان تا خداوند نیز عیب‌هایت را که دوست داری از چشم مردم پنهان باشد، بپوشاند. (نهج البلاغه، نامه ۵۳)

کفاره یکی از راه‌های پوشاندن گناه و آثار آن است که توجه به آن بیان گر اهمیت توجه به بزه پوشی در دین اسلام است.

نتیجه گیری

امروزه تأثیرات منفی و سوء برچسب زنی که در نظریه‌ی برچسب زنی مورد تأکید قرار گرفته است، قابل انکار نیست. بررسی سیاست «بزه پوشی» در نظام حقوقی اسلام، نشان می‌دهد که دین مبین اسلام، سال‌ها پیش، به اهمیت پیش‌گیری از برچسب زنی‌های بی‌مورد، توجه داشته است و با تأکید بر «بزه پوشی» دقیقاً، در نقطه‌ی مقابل برچسب زنی عمل می‌کند.

سیاست بزه پوشی، اصولاً برای همین در اسلام مورد تأکید قرار گرفته که از تأثیر منفی برچسب‌ها بر روان فرد و جامعه و نیز از خردانگاری بزه و شکست سیاست جنایی در مبارزه با جرم، پیش‌گیری نماید.

بنابراین، آن چه امروزه تحت عنوان نظریه‌ی برچسب زنی از افکار بکر و لم‌رت

۳۴.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

و...درمی‌یابیم، درواقع همان چیزی است که سال‌ها پیش دین مبین اسلام به آن توجه کرده است و راه‌های پیش‌گیری از آن را مد نظر قرار داده است. این امر، باردیگر، قوت و کمال نظام حقوقی اسلام را می‌نمایاند.

منابع

۱. فارسی

۱. قرآن کریم

۲. نهج البلاغه حضرت امیر المومنین علی بن ابیطالب علیه السلام، ترجمه محمد دشتی، چ ۲، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۸۸
۳. ابادینسکی، هووارد، «جامعه شناسی مواد مخدر»، ترجمه محمد علی زکریایی، چ ۱، تهران، دبیرخانه ستاد مبارزه با مواد مخدر، ۱۳۸۲
۴. اسلامی، عباس؛ «اعتماد به نفس (مانند عقاب باشیم)»، چ ۱، قم، انتشارات دیوان، ۱۳۸۸
۵. اکرمی، الهام؛ «سیاست جنایی اسلام: سزادهی یا بازپروری؟» دو ماه نامه تعالی حقوق، سال دوم، ش ۶، مرداد و شهریور ۱۳۸۶
۶. الیت، کاترین و کوئین، فرانسیس؛ «حقوق جزا»، ترجمه آوا واحد نوایی و نسترن غضنفری، چ ۱، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۷
۷. تاجدینی، علی؛ «احساس حقارت و تضعیف شخصیت»، ماه نامه رشد معلم، ش ۵۷، خرداد ۱۳۶۸
۸. حسن نژاد طرنجی، زهره؛ «خودباوری را تجربه کن»، ماه نامه مقام موسیقایی، ش ۵۱، مهر ۱۳۸۵
۹. خرمی، جواد، «توبه در قرآن»، دو ماهنامه مبلغان، ش ۷۱، مهر و آبان ۱۳۸۴
۱۰. زهر، هوارد؛ «کتاب کوچک عدالت ترمیمی»، ترجمه دکتر حسین غلامی، چ ۲، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۸
۱۱. سلیمی، علی، داوری، محمد؛ «جامعه شناسی کجروی»، چ ۴، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۷
۱۲. صادقی، محمدهادی؛ «بزه پوشی»، فصلنامه حقوقی و قضایی دادگستری، ش ۲۹

۳۶.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

و ۲۸، پاییز و زمستان ۱۳۷۸

۱۳. طوسی، محسن؛ «آموزه‌های دینی و نظریه برچسب زنی - تحلیل محتوای گزاره‌های حدیثی»، فصلنامه علوم حدیث، سال پانزدهم، ش ۲ (پیاپی ۵۶)، تابستان ۱۳۸۶

۱۴. غفاری فر، حسن؛ «نظارت و کنترل اجتماعی»، فصلنامه کتاب زنان، ش ۱۷، پاییز ۱۳۸۱

۱۵. غلامی، حسین؛ «تکرار جرم، چ ۳، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۹۰»
۱۶. کی نیا، مهدی؛ «مبانی جرم شناسی»، ج ۱، چ ۸، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۶

۱۷. لوی برول، هانری؛ «جامعه شناسی حقوق»، ترجمه دکتر ابوالفضل قاضی، چ ۳، تهران، انتشارات دادگستر، ۱۳۷۶

۱۸. مرادی، فرزانه؛ «داد و ستد اتهامی در فرآیند دادرسی با تأکید به نظام حقوقی ایران»، پایان نامه دوره کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد اراک، ۱۳۹۱
۱۹. مقدسی پور، علی؛ «روش‌های برخورد تربیتی بهینه با مجرم»، ماه نامه معرفت، ش ۹۲، مرداد ۱۳۸۴

۲۰. نجفی ابرندآبادی، علی حسین؛ «تقریرات درس جرم شناسی (کنترل اجتماعی جرم و واکنش اجتماعی)»، دوره کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه امام صادق (ع)، به کوشش عباس تدین، ۱۳۸۱

۲۱. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، هاشم بیگی، حمید؛ «دانشنامه‌ی جرم شناسی»، چ ۲، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۰

۲۲. وایت، راب، هینز، فیونا؛ «جرم و جرم شناسی»، ترجمه سلیمی، چ ۳، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۶

۲۳. ولد، جرج، برنارد، توماس، اسنیپس، جفری؛ «جرم شناسی نظری»، ترجمه علی شجاعی، چ ۳، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۸

بزه پوشی و تاثیر آن در پیشگیری از انحرافات ثانویه.....۳۷

۲۴. ویلیامز، فرنک پی و مک شین، ماری لین دی؛ «نظریه‌های جرم شناسی»، ترجمه حمیدرضا ملک محمدی، چ ۱، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۳

۲- لاتین

1. Carrabine, Eamonn, Cox, Pam, Lee, Maggy, Plummaer, Ken and South, Nige 1; "Criminology", Second edition, London and New York, Routledge Publishing, 2009
2. Plummer, Ken; "Labeling Theory"
3. See, Eric, "student study Guide Ronaldl. Akers and Christine seller s Criminological Theories", Fourth Edition, Los Angeles, California, Roxbury Publishing Company, 2004
4. Hamlin, John; "Labeling Throrycsocial Theory) Department of Sociology and Anthropology Retrieved, December 17, 2009
5. Ascani, Nathaniel, "Labeling Theory and Effects of Senctioning on Delinguent Peer Association: A new Approach to sentencing Juveniles" in the perspectives, university of New Itampshire s undergra duate Sociology journal, 2012
6. Aclaughlin, Eugene and Muncie John, "The sage Dictionary of Criminology, First Published, London, Sage Publishing, 2001
See: <http://www.d.umn.edu/>.
See: http://www.sjsu.edu/people/james.lee/courses/soci152/s1/ajreading_12_labeling.Pdf

تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳ از صفحه ۳۹ تا ۵۹

ارزیابی عملکرد شش بندر منتخب دنیا در اجرای الزامات کنوانسیون کنترل و مدیریت آّب توازن کشتی

دکتر علیرضا ظاهری* میترا اسماعیلی میرک محله**

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۲/۱۰/۲۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۰۹/۱۶

چکیده

یکی از مشکلات عمده که توجه اکثریت متخصصین علوم دریایی را به خود جلب کرده است، خطر هجوم گونه‌های مضر دریایی است، انتقال آن‌ها در سطح اقیانوس غیرقابل مشاهده است و در سکوت به داخل تانکر توازن کشتی خزیده و بعد از تخلیه در بندر مقصد ناخواسته تبدیل به مهاجمینی می‌شوند که بر روی محیط‌زیست دریایی اثر نامطلوبی بر جا می‌گذارند و نه تنها سلامت انسان را به خطر می‌اندازند بلکه تحدیدی جدی برای اقتصاد منطقه نیز می‌باشند. هجوم گونه‌های بیگانه بیماری‌زابه روش‌های مختلف امکان پذیر است اما در این تحقیق، هجوم گونه‌ی دریایی از طریق آب توازن کشتی مورد بررسی قرار می‌گیرد. تلاش‌های بین‌المللی باعث شکل‌گیری کنوانسیون شد که دولت‌ها را ملزم به کنترل تخلیه آب توازن در دریاها می‌نماید؛ اما یک پروژه‌ی موفق علاوه بر تدوین کنوانسیون نیاز به هماهنگی و همکاری در اجرا دارد که این کار با انتخاب شش بندر توسط IMO^۱ صورت گرفت با دنبال کردن اصول راهنما توسط بنادر، کنترل مؤثر در مناطق انتخابی داشته باشند. این مطالعه با تعریف آب توازن و تبعات زیست‌محیطی هجوم گونه‌ها آغاز می‌شود عملکرد بنادر منتخب در راستای الزامات کنوانسیون بررسی شده‌و در مرحله‌ی بعدی روش‌های مقابله با معضل هجوم گونه ذکر می‌شود و در آخر بهترین، کارآمدترین و کم‌هزینه‌ترین روش‌های کنترل خطر هجوم گونه‌ها، پیشنهاد می‌شود.

واژگان کلیدی: آب توازن، گونه‌های مضر و تبعات زیست‌محیطی، برنامه IMO، بنادر منتخب، روش‌های مدیریت آب توازن کشتی

*استادیار دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز.

** دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز.

۱. International Marine Organization سازمان بین‌المللی دریایی.

مقدمه

حفظ محیط‌زیست، پاسخ به یکی از نیازهای امروز جامعه برای نگهداری بیشتر از محیط‌زیست و رعایت حقوق عمومی است و تخریب محیط‌زیست معلول نابرابری‌های اجتماعی و استفاده‌ای غلط از طبیعت و یکی از عوامل تضییع حقوق انسان‌هاست.^۱

یکی از مشکلات عمده که توجه اکثریت متخصصین علوم دریایی را به خود جلب کرده است، خطر هجوم گونه‌های دریایی از طریق آب توازن کشتی است. در گذشته برای توازن کشتی از مواد جامد استفاده می‌کردند ولی از زمانی که آب جانشین ارزان و کم‌هزینه برای توازن تشخیص داده شد با حل یک مشکل، جامعه بین‌المللی با مشکلات فراوانی روبرو شد. آب توازن همراه کشتی جابه‌جا شده و سپس در بندر بعدی که کشتی اقدام به بارگیری بیشتر می‌کند تخلیه می‌شود. در این موارد آب توازن کشتی مخلوطی از آب بنادر مختلف است و باعث می‌شود آب دریا مرتباً در نواحی مختلف اقیانوس‌ها جابه‌جا شود. در دهه پایانی قرن بیستم دریای سیاه تجربه بسیار تلخ زیست‌محیطی را متحمل شد که در تاریخ محیط‌زیست دریایی بی‌سابقه بود. ورود گونه‌های مهاجم شانه‌دار از طریق آب توازن کشتی ضربه مهلکی به پلانکتون‌ها و آبزیان وارد کرد که حتی در صورت کنترل و مهار، چندین دهه وقت جهت بازسازی مجدد آن نیاز است.^۲

بحث مدیریت آب توازن کشتی‌ها بعد از چهارمین جلسه کمیته‌ی حفاظت محیط‌زیست دریایی به صورت جدی مطرح شد. سازمان بین‌المللی دریایی در این راستا با تبیین ابعاد گوناگون آب توازن و خطرات آن به تشویق کشورها نسبت به اجرای مقررات و ضوابط وضع شده در این موضوع پرداخت. کنوانسیون جهانی به نام

۱. مقام معظم رهبری آیت الله خامنه‌ای، «پیام اولین همایش حقوق محیط‌زیست»، روزنامه ایران ۱۳۸۸، ص ۳۱.

۲. افشین، قربانی‌نژاد، «بررسی آلودگی نفتی و میکروبی حاصل از انتقال آب توازن کشتی هادرمنطقه‌ی بندرانزلی»، دانشگاه علوم و فنون دریایی، تهران شمال، ۱۳۸۲.

ارزیابی عملکردش بندر منتخب دنیا در اجرای الزامات کنوانسیون کنترل و مدیریت آب توازن کشتی..... ۴۱

کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها اولین کنوانسیون است که گونه‌های دریایی را مورد اشاره قرار داد است. در سال ۲۰۰۴، پس از برگزاری جلسات متعدد و بحث و کارشناسی طولانی سند مذکور در ۱۳ فوریه سال ۲۰۰۴ میلادی پس از برگزاری اجلاس دیپلماتیک به تصویب دولت‌های عضو سازمان بین‌المللی دریانوردی رسید.^۱

۱. آب توازن کشتی و تبعات زیست‌محیطی هجوم گونه‌های مضر و

بیماری‌زا

بر اساس سند ۲۰۰۲ (MEPC ۴۸/۲)^۲ آب توازن (آب دریا، آب بندر) آبی است که عمداً به داخل کشتی پمپ می‌شود. در مخزن توازن جهت تنظیم تعادل آب‌خور، سینه تا پاشنه و پهلوی کشتی و تنظیم شناور و بهبود تعادل کشتی تحت شرایط مختلف مانور کشتی استفاده می‌شود.

تقریباً تمامی کشتی‌ها وقتی که بار ندارند برای توازن از آب استفاده می‌کنند. آب توازن در تانکرهای جداسازی شده حمل می‌شود.^۳

۱.۱. تبعات زیست‌محیطی هجوم گونه‌های مضر و بیماری‌زا

در تهاجم زیستی گونه‌های غیربومی به یک اکوسیستم آبی اثرات اولیه جزئی و غیر محسوس است. در عوض به مرور زمان و با تکثیر جهت این تأثیرات سرعت و شدت می‌یابد؛ بنابراین اثر گونه‌های مهاجم بر اکوسیستم مزمن فرض می‌شود.^۴

گونه‌های بیگانه پس از استقرار در محل به رقابت با گونه‌های بومی برای غذا و

1. <http://www.imo.org/Pages/home.aspx>.

2. Marine Environment Protection Committee دریا

3. Carlton, J.T. 1996. Pattern, Process, and Prediction in marine invasion ecology. *Biological Conservation* 78:97-106.

۴. قربان، پازوکی، «اثر زیست‌محیطی انتقال آب توازن کشتی»، دانشگاه علوم و فنون دریایی تهران شمال،

۴۲.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

زیستگاه می‌پردازند. از دیگر موارد می‌توان اشاره داشت به شکار گونه‌های بومی، تغییر محیط، تغییر پارامترهای زیستی، تغییر در زنجیره غذایی، کاهش تنوع زیستی، حتی بعضاً حذف برخی از گونه‌ها است. این گونه‌ها همچنین به عنوان یکی از چهار خطر عمده تهدید کننده اقیانوسها به شمار می‌روند. سه خطر عمده دیگر در این خصوص عبارتند از: آلودگی‌های دریایی ناشی از خشکی، بهره برداری بی رویه از منابع زنده دریایی و تغییر تخریب زیستگاه‌های دریایی است.^۱

۲.۱. کنوانسیون کنترل و مدیریت آب توازن، اهداف و نحوه‌ی پیاده‌سازی

در سال ۱۹۹۷ ضمن اصلاح دستورالعمل‌های مذکور اقدامات لازم برای تهیه و تصویب سند حقوقی لازم‌الاجرای بین‌المللی در قالب کنوانسیون بین‌المللی برای کنترل و مدیریت آب توازن در رسوبات کشتی با سرعت بیشتری دنبال گردید. پس از برگزاری جلسات متعدد و بحث و کارشناسی طولانی سند مذکور در ۱۳ فوریه سال ۲۰۰۴ میلادی پس از برگزاری اجلاس دیپلماتیک به تصویب دولت‌های عضو سازمان بین‌المللی دریانوردی رسید.^۲

۳.۱. بر اساس ماده ۹ کنوانسیون مدیریت آب توازن کشتی‌ها

اعضا باید تلاش نمایند تا با کمک سازمان در رابطه با مدیریت آب توازن و به‌منظور بررسی تحدیدات و خطرات زیست‌بوم‌های دریایی حساس، آسیب‌پذیر یا در معرض خطر و تنوع زیستی در مناطقی که فراتر از محدوده تحت صلاحیت ملی آن‌ها است، همکاری نمایند. هدف این کنوانسیون جلوگیری از گسترش گونه‌های مهاجم از یک ناحیه به ناحیه دیگر است و حداقل سازی صدمات اقتصادی و اکولوژی است که گونه‌های مهاجم به محیط‌زیست دریایی، وارد می‌نماید. در نتیجه این برنامه با روش‌های مقابله‌ای مناسب با گونه‌ها مهاجم، به‌صورت پیش‌گیری، کنترل و

۱. رویا، امام، «چالش‌های کنوانسیون مدیریت آب توازن»، سازمان بنادر و کشتی‌رانی، ۱۳۷۸.

2. <http://www.imo.org/Pages/home.aspx>.

ارزیابی عملکردش بندر منتخب دنیا در اجرای الزامات کنوانسیون کنترل و مدیریت آب توازن کشتی..... ۴۳

نابودسازی سعی در کاهش خطر در مناطق صدمه دیده را دارد و این امر از طریق ایجاد روش‌های استاندارد برای کنترل این معضل صورت می‌پذیرد.

۴.۱. مهیا نمودن مناطق برگزیده جهت پیاده‌سازی دستورالعمل‌های جدیدتر کنوانسیون آب توازن از طریق انتشار راهنما است.

این راهنما تصمیم انجمن IMO است. آن‌ها کنوانسیون نیستند و برای هیچ کشوری الزام‌آور نیستند. فقط یک پیشنهاد از طرف IMO به طرفه‌ای متعهد کنوانسیون هستند. راهنما اختیاری است که برای آسان کردن اجرای کنوانسیون مدیریت آب توازن ایجاد شده است. این مقررات برای ایمنی آینده کشتی‌رانی است. این راهنماها از کشتی‌هایی خواهند تا مدیریت و رفتار مناسبی را برای کاهش احتمال خطر جانداران دریایی، عهده‌دار شوند. تاکنون ۱۴ راهنما در دسترس طرف‌های متعهد قرار گرفته شده است.^۱

۵.۱. اقدامات سازمان بین‌المللی دریانوردی در تهیه‌ی الگوی استاندارد جهانی

برای مدیریت آب توازن شامل موارد زیر است:

- اولین مورد تدوین مقررات و قوانین به منظور کاهش گونه‌های مهاجم است.
- تدوین طرح مدیریت آب توازن کشتی و بررسی روش‌های عملی قابل استفاده در کشتی به منظور کاهش احتمال انتقال موجودات آبی و پاتوژن‌های مضر از طریق آب توازن کشتی، دومین مورد است.

- آخرین مورد تدوین اجرای پروژه رفع موانع و اجرای کنترل مؤثر بر آب توازن کشتی و اقدامات مدیریتی در کشورهای در حال توسعه با همکاری^۲ UNDP و^۳ GEF است.

1. <http://www.ihs.com/products/maritime-information/index.aspx>.

2. برنامه‌ی توسعه ملل متحد، United Nations Development Program.

3. تسهیلات محیط‌زیست جهانی Global Environment Facility

۴۴.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

۲. هدف از اجرای پروژه‌ی مدیریت آب توازن در شش بندر در شش

منطقه از جهان

هم‌اکنون پروژه‌ی مدیریت جهانی در شش منطقه از جهان به موردا اجرا گذاشته شده است، هدف از این پروژه کاهش انتقال موجودات مضر (گونه‌ی مهاجم) از طریق آب توازن، پیاده‌سازی دستورالعمل‌های IMO در زمینه آب توازن، مهیا نمودن مناطق برگزیده جهت پیاده‌سازی دستورالعمل‌های جدید کنوانسیون آب توازن است. بنادر به‌عنوان اصلی‌ترین پایانه‌ی حمل‌ونقل آبی کالا و مسافر قرن‌هاست که مورد توجه انسان‌ها است. آلودگی دریایی از مهم‌ترین آثار سو زیست‌محیطی فعالیت‌های بشری است که سهم بنادر در بروز آن چشمگیر است. از طرف IMO تعداد ۶ بندر آلوده تعیین گردیده که ملزم به سالم‌سازی آب توازن می‌باشند و برنامه جهانی آب توازن در این ۶ منطقه هم‌اکنون در حال اجرا است. هریک از این بنادر نماینده‌ی یکی از ۶ منطقه در حال توسعه در دنیا هستند.^۱

۱.۲. سازمان‌ها به منظور حل مشکل آب توازن کشتی‌ها پروژه مشترکی تدوین کردند.

بررسی عملکرد این ۶ ایستگاه در راستای الزامات کنوانسیون مدیریت آب توازن می‌تواند اطلاعاتی را در اختیار مسئولین پروژه بگذارد. با این اطلاعات می‌توان احتمال خطر بقای گونه‌ها را تخمین زد. انتخاب ۶ ایستگاه مطالعاتی در ۶ منطقه از مناطق دریایی مختلف جهان به‌عنوان مراکز پروژه، به دلیل ایجاد سیستم یکسان و هماهنگ برای کنترل گونه‌های مهاجم است.

۲.۲. اولین گام برنامه جهانی مدیریت آب توازن برای بنادر منتخب بدین ترتیب است.

۱. افشین، قربانی نژاد، «بررسی آلودگی‌های نفتی و میکروبی حاصل از انتقال آب توازن کشتی‌ها در منطقه بندرانزلی»، دانشگاه علوم فنون دریایی تهران شمال، ۱۳۸۲.

ارزیابی عملکردشش بندر منتخب دنیا در اجرای الزامات کنوانسیون کنترل و مدیریت آب توازن کشتی.....۴۵

که فرمی از طرف IMO به بندرها داده می شود و مسئولین مربوطه موظف به پر کردن و نگهداری آن می باشند تا در زمان تعیین شده، آنرا تحویل کارشناسان و بازرسی IMO داده تا اطلاعات توسط آن ها بررسی و ذخیره گردد. در این فرم، بندر اصلی که کشتی از آنجا آمده و بندر مقصد مشخص می شود. وجه تشابه دو بندر از لحاظ اکوسیستمی و دیگر بندرها که از آن ها آب توازن برداشت شده، قید می شود. گونه هایی که ریسک بالا برای مهاجم شدن رادارند و از طریق بندر منتخب منتقل می شوند، از طریق این داده ها شناسایی می شوند. جزئیات گونه ها، مانند منشأ، میزان تحدید و غیره طبقه بندی می شوند و در پایگاه اطلاعات ذخیره می شوند. اطلاعات تحلیل شده و باید به روزرسانی شوند. گونه ها چه بومی یا باریشه ی نامعلوم باید معرفی شوند و میزان خطری که برای اکوسیستم منطقه دارند باید معلوم گردد. با این اطلاعات می توان احتمال خطر بقای گونه ها را تخمین زد.^۱

۳.۲. الزامات بنادر در اجرای کنوانسیون از این قرار است که بنادر مستقیماً در روند

مدیریت آب توازن درگیرند و مهم ترین جزء در این موضوع به شمار می روند. در سه نقطه می توان اقداماتی را به منظور کاهش احتمال ورود گونه های مضر آبزی یا بیماری زا به آب توازن و انتشار آن ها اتخاذ نمود. این سه نقطه عبارت اند از برداشت آب توازن، در طول سفر و تخلیه آب توازن. اساساً دو مورد از سه مورد فوق به بندر ارتباط پیدا می کند: برداشت آب توازن و تخلیه آن، از این رو نیاز به تدوین طرح مدیریت آب توازن در بندرها الزامی است. طرح مدیریت آب توازن بندر، اقداماتی که هریک از کشتی ها هنگام ورود به بندر باید اتخاذ نماید را به طور مشروح بیان می کند. کلیه کشتی هاییکه به چنین بندری وارد می شوند باید الزامات آن را رعایت کنند. هدف این طرح، گردآوری اقدامات و معیارهای چندگانه عملیاتی دریک ساختار منطقی و منسجم است که اجرای کارآمد و مؤثر آن را توسط بندر

1. Stephan Gollasch, 2004, Third international conference of marine Bio invasion.

۴۶.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

امکان‌پذیری می‌سازد. در این طرح مسایل مختلفی از جمله تعیین منطقه‌ی برداشت و تخلیه‌ی آب توازن، ایجاد تسهیلات دریافت رسوبات، روش‌ها و مراحل بازرسی و برنامه‌های مقابله با شرایط اضطراری را مورد توجه قرار می‌دهد.^۱ در نتیجه، اطلاعات در مورد شباهت‌های زیست‌محیطی بندر به بندر، معرفی گونه مهاجم، ضریب ریسک و نمودار طبقه‌بندی شده در دسترس کارشناسان قرار می‌گیرد. برای نمونه می‌توان به موردی اشاره کرد که به وسیله‌ی این اطلاعات کارشناسان IMO مناطق با ریسک بالا و پایین را مشخص کردند. کامبای چنس (Come By Chance)^۲ در کانادا با احتمال خطر پایین و خاورمیانه با احتمال خطر بالا، معرفی شدند.^۳

۳. عملکرد شش بندر منتخب در راستای اجرای الزامات کنوانسیون مدیریت آب توازن کشتی

بندر منتخب بندر سپ تیا در برزیل، دالیان در چین، مومبای در هند، خارک در ایران، سال‌دن‌ها در آفریقای جنوبی و اودسا در اوکراین می‌باشند. بعضی از بنادر عملکرد چندمنظوره دارند و از این رو دارای اهمیت زیادی در منطقه می‌باشند؛ یعنی هم پایانه نفتی هستند و هم بندری برای صادرات و واردات محسوب می‌شوند.

۱.۳. مطالعات گزارش‌های بنادر حاکی از این موضوع است که تعدادی از بنادر

برای کنترل آب توازن

برنامه مدیریتی سخت‌گیران‌های تدوین کردند از آن جمله می‌توان به دالیان، اودسا و سپ تیا اشاره نمود و برای اینکه بتوانند اقدامات مقتضی را در مورد کشتی‌ها اجرا کنند لازم دانسته‌اند که کشتی‌ها دو تا سه روز قبل از ورود به این بندرها وضعیت

۱. رویا، امام، «چالش‌های کنوانسیون مدیریت آب توازن»، سازمان بنادر و کشتی‌رانی، ۱۳۷۸.

۲. شهری در استان نیوفان دلدنولابرادور واقع در کانادا است.

3. <http://www.imo.org/Pages/home.aspx>.

ارزیابی عملکردش بندر منتخب دنیا در اجرای الزامات کنوانسیون کنترل و مدیریت آب توازن کشتی..... ۴۷

مدیریت آب توازن خود را گزارش دهند و حتی برنامه‌هایی برای ساخت کشتی بدون آب توازن در آینده دارند. بنادر دیگر مانند سالدن‌ها و مومبایا وضع قوانین سعی در کنترل اوضاع دارند بر طبق آخرین گزارش منتشر شده از طرف دولت‌هایی مانند برزیل، ایران و اکراین در سال ۲۰۱۴، تخلیه آب توازن در ۲۰۰ مایل دریایی از نزدیک‌ترین خشکی، برای تمام کشتی‌ها اجباری شده و ارایه‌ی کتاب آب توازن با جزییات تخلیه، به بندرها و کسب اجازه برای تخلیه آب توازن، از مواردی است که به صورت سخت‌گیرانه اجرا می‌شود.^۱

در ایران با این که جزیره‌ی خارک یکی از نقاط برنامه تحقیقاتی آب توازن سازمان بین‌المللی دریایی است، هیچ‌گونه اقدام قانونی در این زمینه اتخاذ نشده است. صرف تصویب کنوانسیون‌های بین‌المللی نیاز ما به اهرم‌های قانونی را رفع نمی‌کند. این در حالی است که کلیه‌ی کشورهای مهم دریایی قوانین مفصلی را در این موضوع تصویب کرده‌اند. البته مسئولین با در نظر داشتن تخصیص بودجه، تصمیم به نصب تجهیزات در بندرها و کشتی‌ها، برای کنترل آب توازن در کشور رادارند.^۲

۴. روش‌های مقابله با هجوم گونه‌ها

حذف موجودات آبی یک موضوع پیچیده است که در خصوص کشتی‌های مشخص (نوع کشتی و نوع موجود زنده) باهم متفاوت است. در قوانین و استانداردهای ارائه شده توسط سازمان بهداشت جهانی و سازمان حفاظت محیط‌زیست میزان مشخصی از هر آلاینده در یک محیط تعریف شده است. روش‌های پیشنهادی آب توازن نه فقط کمک به عملیات کشتی، ایمنی، پایداری و تعادل و هزینه‌های اجرایی می‌کند، بلکه هم چنین روش‌ها باید مؤثر در کشتی‌ها یا غیرفعال کردن گونه‌های غیربومی و

1. <http://www.lr.org/en/marine/>.

۲. محمد، حبیبی مجنده، «تلاش‌های حقوقی بین‌المللی برای مقابله باچالش‌های زیست محیطی آب توازن کشتی‌ها»، ماهنامه مفید، شماره ۱۰۰، ۱۳۹۲، ص ۱۲۵.

۴۸.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

دوستدار محیط‌زیست باشند.^۱

در طی سالیان گذشته روش‌های متعددی برای سالم‌سازی آب‌های توازن کشتی‌ها ارائه شده است که عبارت‌اند از:

۱.۴. فیلتراسیون، پرتابالکترون‌های شتابدار، القای جریان الکتریکی، ایجاد سیستم گردابی و چرخشی، استفاده از مواد شیمیایی، تابیدن اشعه فوق بنفش، گرم کردن آب توازن

تعویض آب در اقیانوس‌ها و استفاده از فراصوت که هرکدام از نظر اقتصادی، بازدهی و کار آیی و عوارض جانبی محیطی دارای مشکلات و نواقصی می‌باشند.^۲

۲.۴. بخشی از پروژه‌ی تحقیقاتی ملی ژاپن که در سال‌های ۲۰۰۳ تا ۲۰۰۵ به طول انجامید.

ارایه‌ی طرح ساخت کشتی بود که بدون نیاز با آب توازن حرکت کند. این طرح نشان داد که یک کشتی می‌تواند بدون آب توازن با ایمنی بالا حرکت کند. در ساخت کشتی‌هایی که نیاز به آب توازن ندارند، کف کشتی به صورت V و مورب است. این روش با محیط‌زیست سازگار است و کارآمدتر از طراحی‌های متداول است. بدنه V شکل سطح تماس بدنه به آب را کاهش می‌دهد یکی از اهداف طراحی کشتی بدین روش، کاهش نیاز به آب توازن است که با محیط‌زیست سازگارتر است. مزیت این کشتی این است که چون برای تخلیه آب توازن انرژی مصرف نمی‌کند در نتیجه شاهد کاهش گاز دی‌اکسید کربن نیز، هستیم^۳

۱. عباس، رزمی، «بررسی اثرات زیست محیطی آب توازن کشتی‌ها بالای دویست هزارتنی در آب‌های پیرامون اسکله‌های جزیره خارک»، دانشگاه علوم و فنون دریایی تهران شمال، ۱۳۸۸.

۲. افشین، قربانی نژاد، «بررسی آلودگی‌های نفتی و میکروبی حاصل از انتقال آب توازن کشتی‌ها در منطقه بندرانزلی»، دانشگاه علوم فنون دریایی تهران شمال، ۱۳۸۲.

۳. شبنم، عراقی، «کاهش ۸۰ درصدی آب توازن کشتی»، ماهنامه پیا مدریا، شماره ۱۹۳، ۱۳۸۹، ص ۶۸.

ارزیابی عملکردشش بندر منتخب دنیا در اجرای الزامات کنوانسیون کنترل و مدیریت آب توازن کشتی.....۴۹

۳.۴. نمونه دیگر طراحی کشتی است که با سوخت LNG حرکت کرده و با

توجه به ساختار بدنه، بی نیاز از سیستم آب توازن است.

در این سیستم کشتی به علت استفاده از گاز برای سوخت، آلودگی کمی دارد. به لحاظ مالی نسبت به انواع حمل کننده های سنتی که از سوخت سنگین استفاده می کنند، به صرفه تر است و ۲۵٪ صرفه جویی انرژی به دنبال دارد و ۳۴٪ از انتشار گاز دی اکسید کربن، جلوگیری می کند.^۱

۴.۴. روش دیگری که محققان آمریکایی به آن دست یافتند، سیستم مداوم

مایکروویو (Microwave) است که قادر به از بین بردن جانداران دریایی موجود در تانکر آب توازن، است.

محققان دانشکده کشاورزی ایالت لوئیزیانای آمریکا با استفاده از ابزار مایکروویو موفق به از بین بردن این موجودات شدند. این روش مانند دستگاه مایکروویو خانگی عمل می کند. با این تفاوت که خیلی قوی تر از آن عمل می کند. پس از قرار گرفتن آب توازن در برابر اشعه مایکروویو، مولکول های آب شروع به چرخیدن با سرعت بالایی کنند و بر اثر اصطکاک گرمای ناگهانی که تمام حجم آب را در برمی گیرد، موجودات مضر در آب توازن از بین می روند.^۲

۵.۴. نور فرابنفش UV روشی ویژه فاقد مواد شیمیایی گندزداست که انواع

بیماری های داخل کشتی را ریشه کن می کند.

یکی از مهم ترین مزیت این روش آن است که در این فرآیند از قبیل رایحه یا سایر فرآورده های شیمیایی به آب اضافه نمی شود. اشعه فرابنفش قابلیت نابودی آبیانی نظیر زئوپلانکتون ها، فیتوپلانکتون ها، باکتری ها و ویروس ها را دارا است. استفاده از این روش

۱. امیر، قانندی حیدری، «کشتی بدون آب توازن با سوخت LNG»، ماهنامه پیام دریا، شماره ۱۹۹، ۱۳۸۹،

ص ۸۸.

۲. مونا، نظری، «روش ماکروویو»، ماهنامه پیام دریا، شماره ۱۷۱، ۱۳۸۷، ص ۴۷.

۵۰.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

برای پاک‌سازی آب توازن در بسیاری از بندرها متداول شده است. کارایی بالا و نحوه‌ی عمل آن که به راحتی قابل آموزش است، از مزایای این روش به شمار می‌آید.^۱

۶.۴. روش دیگر راکتور زیستی است که از دو روش غشایی و نور فرابنفش استفاده می‌شود.

راکتور به صورت غوطه‌ور در آب نصب می‌شود و سپس جریان هوا از آن‌ها عبور می‌کند. با استفاده از فناوری ماتریسی، سطح باریک بالای ماتریس، فاضلاب را دریافت می‌کند و در سطح زیر ماتریس آب پالایش شده جمع می‌شود. فاضلاب توسط پمپ یا نیروی جاذبه به درون ماتریس منتقل می‌شود. هیچ نوع مواد شیمیایی نیاز نیست و با روش نور فرابنفش استریل می‌شود. در این روش بدون نیاز به فیلترسازی، ضد عفونی‌کننده با کلر، آب پالایش می‌شود و در مخازن مربوطه گندزدایی می‌شود.^۲

۷.۴. استفاده از دمای مازاد کشتی با ایجاد پوششی به دور موتور اصلی کشتی می‌تواند هم در جهت خنک کردن موتور و هم تصفیه آب توازن با دمای بالای موتورخانه کشتی کاربرد دارد؛ که از لحاظ زیست محیطی مفید و مؤثر است. در کشتی‌های مسافربری و کانتینری از این روش استفاده می‌شود؛ و جزف‌های مؤثر کاربرد در آینده است. آب دریا به داخل موتورخانه پمپاژ می‌شود، گردش آب دریا به دور مخزن آب شیرین باعث گرم شدنش می‌شود. این آب گرم شده به مخزن ذخیره آب توازن پمپاژ می‌شود و باعث مرگ آبزیان می‌شود. آب توازن تصفیه شده از روی عرشه به خارج پمپاژ می‌شود. گرمای بین ۳۷ درجه سانتی‌گراد تا ۳۸ درجه برای از بین بردن تعداد زیادی از جانداران ناخواسته کافی است. این روش در آوریل ۱۹۹۷ آزمایش شد و تجهیزات برای انتقال گرمای هدررفته موتورخانه، نصب شد. این گرمابه سمت راست کشتی، برای گرم کردن تانکر آب توازن، منتقل می‌شود. مشاهده

۱. علی، قوامپور، «آب توازن کشتی ماهیت اثرات و شیوه‌های کنترل»، دانشجوی مقطع دکترای بوم‌شناسی، ۱۳۹۲.

۲. اصغر، نیک عهد، «ریشه کنی باکتری»، ماهنامه پیام دریا، شماره ۲۰۱، ۱۳۹۰، ص ۶۵.

ارزیابی عملکردش بندر منتخب دنیا در اجرای الزامات کنوانسیون کنترل و مدیریت آب توازن کشتی..... ۵۱

میکروسکوپی نمونه آب توازن گرما دیده، نشان داد که فقط تعداد کم فیتوپلانکتون زنده ماندند و حدوداً ۹۰ درصد جانداران در داخل تانکر آب توازن از بین رفتند. این روش برای محیط زیست خطری ندارد، هزینه کمی دارد و مؤثرتر از روش های شیمیایی و حتی تعویض آب است و در آینده با ساخت هر کشتی، با نصب تجهیزات موردنیازی می توان رشد جانداران داخل تانکر را به حداقل رساند.^۱

نتیجه گیری

حفظ محیط زیست دریایی یک ضرورت طبیعی و کهن است.^۲ محیط زیست ساحلی و دریایی همواره به منزله یک اکوسیستم پویا، پناهگاه موجودات متنوع و بسیاری است و از جمله حساس ترین اکوسیستم های کره خاکی است که به این علت و هم چنین به دلیل وجود منابع ارزنده اقتصادی همواره مورد توجه کارشناسان و دانشمندان علوم زیستی قرار گرفته است.^۳

بر اساس ماده ۱۹۸ کنوانسیون حقوق دریاها (۱۹۸۲) کشورها باید اقدامات لازم را به عمل آورد که آلودگی محیط زیست دریا ناشی از فن آوری های تحت صلاحیت یا کنترل خود را که منجر به وارد کردن عمدی یا غیر عمدی نمونه موجودات بیگانه یا جدید به یک قسمت خاص محیط زیست دریا که این امر ممکن است موجب تغییر در محیط زیست شوند را، جلوگیری، کاهش یا کنترل نمایند.^۴

1. G.R.Righby&C.Sutton, 1999, Novel ballast water heating Technique offers cost-effective treatment to reduce the risk of global transport of harmful marine organisms.

۲. محمدرضا، ضیایی بیگدلی، حقوق بین الملل عمومی، تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ سی و نهم، ۱۳۸۹، ص ۲۸۲.

۳. رزیتا، شریفی پور، «ارزیابی حساسیت زیست محیطی سواحل شمالی خلیج فارس»، مجله محیط شناسی، شماره ۴۸، ۱۳۷۸، ۱۰۲-۸۲.

۴. منصور، پورنوری، حبیبی، محمد، کنوانسیون حقوق دریاها ۱۹۸۲، تهران: انتشارات مهدحقوق، چاپ سوم، ۱۳۸۶، ۱۵۱.

۵۲.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

البته پیشرفت‌هایی که طی ۳ دهه گذشته در حفاظت محیط‌زیست ساحلی حاصل شده است، عموماً محدود به تعداد اندکی از کشورهای توسعه‌یافته بوده، این در حالی است که این پیشرفت‌ها فقط برخی جنبه‌های زیست‌محیطی را شامل می‌شود و از نظر موضوعی به هیچ‌عنوان فراگیر نیست. برای جلوگیری از خطر آلودگی اقیانوس‌ها و مناطق ساحلی، نیاز به تلاش‌های ملی و بین‌المللی است.^۱

اساس کنترل مدیریت آب توازن در سال ۲۰۰۴ ریشه گرفت. هدف این کنوانسیون کنترل مدیریت آب توازن کشتی، جلوگیری از گسترش گونه‌های مهاجم از یک ناحیه به ناحیه دیگر است و این امر از طریق ایجاد روش‌های استاندارد برای کنترل این معضل است. از طرف IMO تعداد ۶ ایستگاه آلوده که ملزم به سالم‌سازی آب توازن می‌باشند، تعیین گردیده و برنامه جهانی آب توازن در این ۶ کشور دنیا هم‌اکنون در حال اجرا است. هریک از این کشورها نماینده‌یکی از ۶ منطقه در حال توسعه در دنیا هستند. انتخاب ۶ ایستگاه مطالعاتی در ۶ منطقه از مناطق دریایی مختلف جهان به‌عنوان مراکز پروژه، به دلیل ایجاد سیستم یکسان و هماهنگ برای کنترل گونه‌های مهاجم است.

روش‌های زیاد و متفاوتی برای کنترل هجوم گونه‌های مضر وجود دارد و در بعضی موارد نیاز است از ادغام چند روش استفاده شود. تحلیل و مقایسه کردن این رویه‌ها می‌تواند ما را در انتخاب روشی مؤثر کمک کند. متأسفانه تاکنون هیچ شیوه‌ایی نتوانسته ریسک انتشار این گونه‌های بیگانه را به صفر برساند. با نگاه کلی به روش‌های اشاره شده، استفاده از فیلترینگ، اشعه فرابنفش و روش گرمایی کارایی بالا دارند و از لحاظ هزینه به صرفه‌ترند. در بعضی از موارد روش‌های ذکر شده به صورت تلفیقی، منجر به بالا رفتن کارایی و پاک‌سازی می‌شود.^۲

۱. رزیتا، شریفی پور، «ارزیابی حساسیت زیست‌محیطی سواحل شمالی خلیج فارس»، مجله محیط‌شناسی، شماره ۴۸، ۱۳۷۸، ۱۰۲-۸۲.

۲. علیرضا، خجسته، «ارایه‌ی روش مدیریت آب توازن کشتی در خلیج فارس با استفاده از روش Fuzzy

ارزیابی عملکردش بندر منتخب دنیا در اجرای الزامات کنوانسیون کنترل و مدیریت آب توازن کشتی..... ۵۳

با توجه به تعداد زیادی از پلانکتون‌ها و زئوپلانکتون‌ها در رسوبات ته‌نشین شده در مخازن تعادل کشتی‌ها و با استفاده از روش‌های آرایه‌شده، امکان از بین بردن کامل این موجودات به راحتی مقدور نیست. می‌بایست در چند مرحله و با چند روش گوناگون آب توازن را کاملاً تصفیه نمود. به منظور توقف یک تهاجم، موجودات نباید از تانکهای توازن تخلیه شوند. این امر را می‌توان با جلوگیری از ورود این موجودات به تانکهای توازن، کشتن این موجودات در طول سفر، یا عدم تخلیه موجودات در هنگام تخلیه آب توازن تانکها، ممکن ساخت. برای تصفیه و رفع آلودگی برای هر بندر ایجاد تصفیه‌خانه ضروری است. آب تصفیه‌شده در بندرها برای فضای سبز بنادر قابل استفاده است. دریافت و پردازش آب توازن در بنادر و پردازش آب توازن بر روی کشتی و تبادل آب توازن در مسیر راه، شستشوی مخازن آب توازن پیش از بارگیری از دیگر موارد می‌باشند.^۱

مجهز کردن کشتی‌ها به دستگاه‌های جدید تصفیه، راه‌حل بعدی برای کنترل آب توازن کشتی است. به همین دلیل پیشنهاد می‌شود که مخازن در فواصل زمانی کوتاه حداقل ۴ بار در سال لایروبی گردد. رسوبات آلوده تحویل تسهیلات دریافت مواد زاید در بندرها گردد تا بدین صورت امکان رشد این موجودات کاهش یافته و راندمان روش‌های مورد استفاده در پاک‌سازی آب توازن بیشتر می‌گردد.

برای مبارزه با این گونه‌ها، دولت‌ها باید در استراتژی ملی حفظ تنوع زیستی کشور خود، گونه‌های مهاجم را مورد توجه ویژه قرار دهند. البته، مسأله‌ی تراکم گونه‌ها همیشه فاجعه نیست. به نظر پروفیسور کارلتون (Carlton)^۲ اگر گونه‌های مهاجم برای استفاده‌های غذایی، برای حیوانات خانگی، به کار روند کاملاً به صرفه و سودمند خواهند

Topsis»، دهمین همایش بین‌المللی سواحل، بندرها و سازه‌های دریایی، ۱۳۹۱.

1. Stephan Gollasch, 2004, Third international conference of marine Bio invasion.

۲. آقای جیمز کارلتون استاد دانشگاه علوم دریایی ویلیامز در شهر ویلیامز ماساچوست است. او کتاب و مقالات ارزشمندی را در مورد گونه‌های مهاجم منتشر کرده است.

بود.

ظرفیت‌سازی برای بررسی، کنترل و ایجاد امنیت زیستی جز اولین اقدامات است. سازمان‌های مالی و سازمان‌های مسئول حفظ محیط‌زیست در سطح ملی و بین‌المللی باید بایکدیگر همکاری کنند. به اشتراک گذاشتن اطلاعات بین دولت‌ها و نهادها، برای جلوگیری از رشد گونه‌ها، حیاتی است. ابزارها، مکانیسم‌ها، بهترین روش‌های مدیریت و فنون کنترل باید بین کشورها مبادله شود. افزایش آگاهی و آموزش دارای اهمیت و تقدم است. توسعه ابزارهای اقتصادی نیز جز فوریت‌هاست.

سیستم اطلاع‌رسانی جهانی برای بررسی زیست‌شناسی و کنترل (IAS) Invasive Alien Species^۱ ضروری است. آقای ویلیامز (Williams)^۲ و همکارانش سایت‌هایی را طراحی کردند که حتی مردم عادی نیز به‌محض مطلع شدن از حضور جانداران دریایی بیگانه، می‌توانند اطلاع‌رسانی کنند.^۳

تعداد گونه‌ها از سال ۱۹۵۰ به این‌طرف در حال ازدیاد است و در آینده با گسترش توافقات تجارت آزاد و توسعه کشتیرانی، میزان جابه‌جایی گونه‌ها سرعت بیشتری می‌گیرد. در نتیجه جامعه بین‌المللی باید عکس‌العمل سریع نشان دهند. هجوم گونه‌هاییک امر طبیعی و در هر صورت اتفاق می‌افتد. تنها راه‌حل سرعت دادن در کارها برای به حداقل رسانی حرکت آن‌هاست.^۴

۱. گونه‌های غیربومی مهاجم.

۲. آقای کالین ویلیامز دانشجوی پروفیسور کارلتون است و تحقیقات او در مورد گونه‌های مهاجم در قالب مقالات در دسترس است.

3. Colin F. Williams., et al, 1988, STRUCTURE AND DEVELOPMENT OF CHANNELS IN THE BAHAMA NDEEP-WATER CHANNELS: INSIGHTS FROM MINISITUEGEOPHYSICAL AND GEOCHEMICAL MEASUREMENTS

4. Stephan Gollasch, 2004, Third international conference of marine Bio invasion.

ارزیابی عملکردش بندر منتخب دنیا در اجرای الزامات کنوانسیون کنترل و مدیریت آب توازن کشتی..... ۵۵

فهرست منابع فارسی

الف) کتب

۱. اسماعیلی ساری، عباس، ۱۳۸۰، تهاجم شانه داروآینده دریای خزر، چاپ اول، تهران، انتشارات نقش مهر، ص ۴۱.
۲. بیگدلی، محمدرضا، ۱۳۸۹، حقوق بین الملل عمومی، چاپ سی و نهم، تهران، انتشارات گنج دانش، ص ۲۸۲.
۳. پور نوری، منصور، حبیبی، محمد، ۱۳۸۶، کنوانسیون حقوق دریاها ۱۹۸۲، چاپ سوم، تهران، انتشارات مهد حقوق، ص ۱۵۱.
۴. پورنوری، منصور، ۱۳۸۳، حقوق بین الملل دریاها، جلد اول، چاپ اول، تهران، انتشارات مهد حقوق، ص ۱۵۵.
۵. شعبه محیط زیست ایالات متحده آمریکا، اداره ی اجرای مقررات تأسیسات فدرالی و اداره اجرای مقررات تأسیسات فدرالی، ۲۰۰۰، راهنمای اوراق کننده ی کشتی، مرکز تحقیقات سازمان بنادر و کشتی رانی، فصل چهارم، ص ۷۰.

ب) مقالات و پایان نامه ها

۶. اسکندری، غلامرضا، «تنوع و تراکم گروه زئوپلانکتونی در آب های دورازسواحل هرمزگان»، ۱۳۸۴.
۷. امام، رویا، «چالش های کنوانسیون مدیریت آب توازن»، سازمان بنادر و کشتیرانی، ۱۳۷۸.
۸. امتیازجو، مژگان، «باکتری های تجزیه کننده نفت در دریای خزر»، دانشکده علوم و فنون دریایی تهران شمال، ۱۳۷۴.
۹. امیری، آمنه، «بررسی اثرات و پیامدهای زیست محیطی ناشی از تخلیه آب توازن بر روی اکوسیستم دریایی»، ۱۳۹۱.

۵۶.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

۱۰. پازوکی، قربان، «اثرزیست‌محیطی انتقال آب توازن کشتی. دانشگاه علوم و فنون دریایی تهران شمال»، ۱۳۸۱.
۱۱. خجسته، علیرضا، «ارایه‌ی روش مدیریت آب توازن کشتی در خلیج‌فارس با استفاده از روش Fuzzy Topsis»، دهمین همایش بین‌المللی سواحل، بندرها و سازه‌های دریایی، ۱۳۹۱.
۱۲. رزمی، عباس، «بررسی اثرات زیست‌محیطی آب توازن کشتی‌هابالای دویست هزارتنی درآب‌های پیرامون اسکله‌های جزیره خارک»، دانشگاه علوم و فنون دریایی تهران شمال، ۱۳۸۸.
۱۳. رضایی، آزاده، «تنوع جنس‌های زئوپلانکتونی منتقل‌شده ازآب توازن دربندرهاتجارتی (شهیدرجایی بندرعباس) نفتی (پایانه نفتی جزیره خارک) خلیج‌فارس»، ۱۳۸۹.
۱۴. زاهد، فاطمه، «شرح خدمات ارزیابی زیست‌محیطی بندرها»، کتاب‌نامه، ۱۳۸۹، ص ۱۶۷.
۱۵. سنگپور، مریم و همکاران، «فیتوپلانکتون‌های موجود در مخزن دو نفت کش در اسکله نفتی بندر خارک»، دانشگاه آزاد واحد لاهیجان، ۱۳۸۸.
۱۶. طلایی، رقیه، «مرفولوژی وضعیت شناسایی شانه‌داران»، کارشناسی ارشد بیولوژی دریا، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۰.
۱۷. قربانی نژاد، افشین، «بررسی آلودگی های نفتی و میکروبی حاصل ازانتقال آب توازن کشتی‌ها در منطقه بندرانزلی»، دانشگاه علوم فنون دریایی تهران شمال، ۱۳۸۲.
۱۸. قوام پور، علی، «آب توازن کشتی ماهیت اثرات و شیوه‌های کنترل، دانشجوی مقطع دکترای بوم‌شناسی»، ۱۳۹۲.
۱۹. کرباسی، عباس، «آلودگی محیط دریایی در اثر انتقال سوخت»، استادیار دانشکده محیط‌زیست دانشگاه تهران، ۱۳۸۲.

ارزیابی عملکردش بندر منتخب دنیا در اجرای الزامات کنوانسیون کنترل و مدیریت آب توازن کشتی..... ۵۷

ج) نشریات

۲۰. پاکروان، جمال، «جابه جایی ناخواسته»، ماهنامه پیام دریا، ۱۳۸۵، شماره ۱۵۷، ص ۸۲.
۲۱. حبیبی مجنده، محمد، «تلاش‌های حقوقی بین‌المللی برای مقابله با چالش‌های زیست‌محیطی آب توازن کشتی‌ها»، نامه مفید، ۱۳۹۲، شماره ۱۰۰، ص ۱۲۹.
۲۲. شریفی پور، رزیتا، «ارزیابی حساسیت زیست‌محیطی سواحل شمالی خلیج فارس»، مجله محیط‌شناسی، ۱۳۸۷، شماره ۴۸، ص ۸۹-۱۰۲.
۲۳. عراقی، شبنم، «کاهش ۸۰ درصدی آب توازن کشتی»، ماهنامه پیام دریا، ۱۳۸۹، شماره ۱۹۳، ص ۶۸.
۲۴. فیروزی، مهدی، «زمین گهواره انسان»، ماهنامه پیام دریا، ۱۳۹۰، شماره ۲۰۱، ص ۳۱.
۲۵. قائدی حیدری، امیر، «کشتی بدون آب توازن با سوخت LNG»، ۱۳۸۹، ماهنامه پیام دریا، شماره ۱۹۹، ص ۸۸.
۲۶. گراگوسیان، توماس، «سیستم تصفیه آب توازن»، ماهنامه پیام دریا، ۱۳۸۶، شماره ۱۷۳، ص ۷۰.
۲۷. نظری، مونا، «روش ماکروویو»، ماهنامه پیام دریا، ۱۳۷۸، شماره ۱۷۱، ص ۴۷.
۲۸. نیک عهد، اصغر، «ریشه کنی باکتری»، ماهنامه پیام دریا، ۱۳۹۰، شماره ۲۰۱، ص ۶۵.

منابع انگلیسی:

A_ Book:

1. Carlton, J.T. 1985. Transoceanic and interoceanic dispersal of coastal marine organisms: The biology of ballast water. *Oceanography and Marine Biology Annual Review*. 23,313-371.

تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳.....۵۸

2. Carlton, J.T.1996. Pattern, Process, and Prediction in marine invasion ecology. *Biological Conservation* 78:97-106.
3. Charles Elton. First published 2011.2011 by Blackwell publishing Ltd. Fifty years of invasion Ecology the legacy.
4. Ruiz & Carlton.1997. Global invasion of marine and estuarine habitats by Nonindigenous species: Mechanisms, and consequences *zoologist*.37(6)621-632.

B_ Article

5. Daniel Simberloff,2005,Introduced species policy, management and future research needs.
6. G.R.Righby&C.Sutton, 1999, Novel ballast water heating Technique offers cost-effective treatment to reduce the risk of global transport of harmful marine organisms.
7. Robert Hillard, 2009, silent Invasion.
8. Stephan Gollasch, 2004, Third international conference of marine Bio invasion.
9. Colin F .Williams., et al, 1988, STRUCTURE AND DEVELOPMENT OF FRESHWATER CHANNELS:INSIGHTS FROM MINERALOGY AND GEOCHEMICAL MEASUREMENTS

C_ Conventions

10. CITES, Convention on international trade in endangered species of wild flora and fauna ABS Eagle, Ballast water treatment Advisory, TX, USA 2011 IMO, Introductory Course on Ballast water 2009.
11. HIS Maritime Guide to Ballast treatment system 2013.Lloyd's Register Marine, 2014.
12. International convention for the control and management of ships Ballast water and sediment (BWM) and Convention on Biological Diversity (CBD).
13. International plant protection Convention (IPPC), MARPOL.
14. <http://www.imo.org/Pages/home.aspx>.

ارزیابی عملکردشش بندر منتخب دنیا در اجرای الزامات کنوانسیون کنترل و مدیریت آب توازن کشتی.....۵۹

15. <http://www.marineinsight.com/misc/maritime-law/imo%E2%80%99s-globalballast-program-has-it-met-its-expectations/>.

16. <http://www.lr.org/en/marine/>.

17. <http://www.pmo.ir/fa/home>.

18. <http://www.ihs.com/products/maritime-information/index.aspx>.

19. <http://maritime-database.com/port.php?pid=2238>.

20. <http://www.epa.gov/oeca/fedfac/fflex.html>.

تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳ از صفحه ۶۱ تا ۱۰۵

بیع اموال فکری

اسماعیل عباسی* مهدی نوده**

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۲/۱۰/۲۸

تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۰۹/۲۳

چکیده:

اموال فکری جزو حقوق مالی غیرمادی هستند که امروزه موضوع داد و ستدهای فراوان قرار می‌گیرند. لیکن فقدان قوانین و مقررات روشن در این خصوص، باعث بروز اختلاف نظرهای زیادی در تبیین ماهیت حقوقی این قراردادها شده است. در حالی که پرواضح است چنان چه بتوان این داد و ستدها را در قالب عقدی مثل عقد بیع که ماهیت، احکام و آثار آن در تمام نظام‌های حقوقی روشن است تبیین نمود، قسمت عمده‌ای از این پراکنده‌گویی‌ها برطرف می‌شود. با بررسی و تجزیه و تحلیل عناصر تعریف عقد بیع طبق ماده ۳۳۸ قانون مدنی و تعاریف موجود در فقه از نقطه نظر مبیع، یعنی مالیت داشتن مبیع، قابلیت تملک مبیع و هم چنین مفهوم عین در تعریف فوق از یک طرف و از طرف دیگر اوصاف اساسی مالکیت، ماهیت اموال فکری و نیز چستی رابطه‌ی بین اموال فکری و دارنده‌ی آن، این نتیجه حاصل می‌شود که واگذاری این اموال در قالب عقد بیع امکان‌پذیر بوده و هیچ تعارضی با نظام حقوقی ما ندارد.

واژگان کلیدی:

بیع - مال - مالکیت - عین - اموال فکری

*استادیار دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی

**کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی

مقدمه

حقوق مالکیت معنوی و به اعتقاد برخی دیگر حقوق مالکیت فکری یکی از گرایش‌های نوپای علم حقوق در سراسر جهان و به خصوص ایران است که البته در مدت زمان کوتاه حضورش در عرصه گرایش‌های حقوقی، پیشرفت چشمگیری داشته است. شاید بتوان یکی از مهم‌ترین علل این فراگیری را توجه تجار به بُعد اقتصادی و تجاری آن دانست. امروزه در نظام‌های حقوقی مختلف، صاحبان فکر و ایده در حوزه‌های مختلف صنعتی، هنری، تجاری، ادبی و ... از پشتیبانی حقوقی محکمی نسبت به آفریننده‌های فکری خود برخوردارند. حقوق مالکیت فکری بر اساس موضوع آن به دو حوزه کلی تقسیم می‌شود: نخست، حقوق مالکیت ادبی و هنری که خود حوزه‌ای وسیع با موضوعات مختلف و متنوعی است؛ از جمله آثار مکتوب شامل کتاب، شعر، نمایشنامه و آثار سمعی و بصری نظیر سینما، نقاشی، پیکره و ... دوم، حوزه‌ی حقوق مالکیت صنعتی است که شامل موضوعاتی نظیر اختراع، علائم تجاری و طرح‌های صنعتی می‌شود. به طور کلی می‌توان گفت صاحب یک آفریننده فکری، برای مثال صاحب یک اثر ادبی نسبت به آن چه به جامعه ادبی بشریت اضافه نموده دو نوع حق دارد: ۱- حق معنوی ۲- حق مادی .

حق معنوی، حق دخل و تصرف مؤلف در اثر خویش است، قابل انتقال به دیگری نیست و به صورت جاودانه برای صاحب اثر باقی می‌ماند. حقوق معنوی در حوزه‌ی مالکیت ادبی و هنری بسیار پررنگ‌تر از حوزه مالکیت صنعتی است. برخی از این حقوق عبارتند از: ۱- حق افشای اثر که نویسنده بر اساس آن درباره زمان و مکان و چگونگی افشای اثر خود به شخص یا اشخاص تصمیم می‌گیرد. هیچ کس نمی‌تواند نویسنده را به افشای اثر خود مجبور کند. ۲- حق نام و عنوان پدیدآورنده که بر مبنای آن پدیدآورنده می‌تواند انتشار اثر را با نام و عنوان خود، یا بدون نام و یا با نام مستعار طلب کند. ۳- حق تمامیت اثر که در واقع مهم‌ترین حق معنوی پدید آورنده است و بر

اساس آن هیچ کس حق ندارد اثر ادبی یا هنری را بدون موافقت پدید آورنده تغییر دهد.^۱ اما حق مادی، حق استفاده از منافع مادی و اقتصادی اثر است که اگر بخواهیم به طور خلاصه مصادیقی از این حق در دو حوزه یاد شده یعنی مالکیت صنعتی و مالکیت ادبی و هنری نام ببریم، می‌توانیم به موارد زیر اشاره کنیم: در حوزه مالکیت صنعتی، حق انحصاری ساخت و حق انحصاری فروش را می‌توان نام برد. مخترع براساس حق انحصاری ساخت می‌تواند دیگران را از ساخت و تولید اثر منع کند و خودش به صورت انحصاری نسبت به تولید آن و کسب درآمد از این طریق اقدام کند. بر مبنای حق انحصاری فروش نیز اگر نتیجه اختراع تولید محصول باشد، نه تنها تولید و تکثیر آن بدون رضای پدیدآورنده ممنوع است، بلکه فروش کالای تولید شده نیز منوط به رضایت مخترع است. هم چنین اگر نتیجه اختراع، یک فرآیند باشد، استفاده دیگر اشخاص از آن بدون رضایت پدیدآورنده ممنوع است. اما در حوزه مالکیت ادبی و هنری می‌توان به حق نشر و تکثیر، حق ترجمه، حق اقتباس و حق تلخیص و تبدیل اشاره کرد.^۲ ویژگی‌های بارز این حق، قابلیت انتقال و محدودیت زمانی آن است. بدیهی است از بین حقوق موجود برای پدید آورنده، موضوع مورد بحث در این مقاله حق مادی است. البته علاوه بر آن، مظاهر عینی و فیزیکی آفرینه‌های فکری از جمله فیزیک کتابها، cdها و مواردی اینگونه نیز مورد توجه قرار گرفته است که در این مقاله و مسامحتا به آنها تولیدات فکری می‌گوییم.

بدون شک یکی از مهم ترین راه‌های حمایت از مؤلفین، مخترعین، مصنفین و ... فراهم نمودن بستری مناسب جهت تجاری سازی این ایده‌هاست تا بدین وسیله هم عموم مردم از منافع آن بهره‌مند گردند و هم خالق آن بتواند در پناه امنیت اقتصادی و آزادی مالی، دست به ابتکارات تازه بزند. در این خصوص آن چه اهمیت و ضرورت

۱. محمود، حکمت‌نیا، بررسی فقهی و اقتصادی مالکیت فکری، مجله‌ی اقتصاد اسلامی، شماره‌ی ۳۳،

بهار ۱۳۸۸، صص ۶-۷.

۲. همان، ص ۸-۹.

۶۴.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

این پژوهش را می‌رساند لزوم تبیین و تحلیل ماهیت حقوقی این نقل و انتقالات و واگذاری‌های حقوق مادی صاحبان ایده است. عقد بیع به عنوان کاربردی‌ترین و رایج‌ترین عقد در همه نظام‌های حقوقی که دارای شرایط و آثار معین و روشنی است بهتر از هر عنوان و قالب حقوقی دیگری می‌تواند ما را در رسیدن به هدفمان یاری کند. در این مقاله با بررسی ساختار حقوقی عقد بیع و عناصر تشکیل دهنده آن در تعریف مذکور در قانون مدنی از یک سو و تبیین حق مادی مالکیت فکری (اموال فکری) از سوی دیگر، امکان واگذاری این اموال در قالب عقد بیع در حقوق ایران مورد مطالعه قرار می‌گیرد. و در کنار نظریه‌های مختلفی که هرکدام سعی در تبیین ماهیت حقوقی قراردادهای انتقال و واگذاری اموال فکری کرده‌اند، تلاش می‌کنیم با ارایه‌ی یک تحلیل فقهی - حقوقی، نزدیک‌ترین نظریه به مبانی و منابع حقوق موضوعه ایران، تبیین و معرفی شود.

ماده ۳۳۸ قانون مدنی در تعریف عقد بیع مقرر می‌دارد: «بیع عبارتست از تملیک عین به عوض معلوم». بدین ترتیب مهم‌ترین شرایط مبیع در این تعریف عبارتند از: ۱- لزوم مالیت داشتن مبیع ۲- قابلیت تملیک مبیع و ۳- عین بودن مبیع. لذا ابتدا به صورت خلاصه، به تعریف مال پرداخته و سعی در ارایه‌ی یک معیار مناسب برای مالیت خواهد شد. سپس بر مبنای معیار ارایه شده، وضعیت مالیت حق مالکیت فکری بررسی می‌شود. پس از آن اوصاف مالکیت مورد بررسی قرار گرفته و سپس به توصیف چستی رابطه‌ی دارنده اموال فکری و این اموال و سپس انطباق آن با بحث مالکیت و اوصاف آن می‌پردازیم. در انتها ضمن تحلیل مفهوم عین و پیشینه‌ی آن در تعریف بیع، ماهیت اموال فکری از این جهت مورد مطالعه قرار گرفته و در مورد پرسش‌های زیر به ترتیب سعی در ارایه‌ی پاسخی منطقی و منطبق با نظام حقوقی ایران خواهیم نمود:

۱- مال چیست؟ بهترین معیار مال چه بوده و آیا بر مبنای این معیار، حق مالکیت فکری مال تلقی می‌شود؟

۲- اوصاف اساسی مالکیت کدامند؟ اصولاً ماهیت رابطه‌ی بین حق مالکیت فکری

بیع اموال فکری..... ۶۵

و دارنده‌ی آن چیست؟ و آیا رابطه‌ی بین دارنده اموال فکری با این اموال را می‌توان تحت عنوان مالکیت معرفی نمود؟ اگر جواب این پرسش مثبت است، مبانی فقهی و حقوقی آن چیست؟

۳- منظور از عین در تعریف عقد بیع چیست؟ آیا اموال فکری مشمول این مفهوم می‌گردند؟

۴- النهایه آیا اموال فکری را در قالب عقد بیع می‌توان واگذار نمود؟

اما قبل از ورود به مباحث فوق ذکر این نکته ضروری است که در خصوص پذیرش یا عدم پذیرش حقوق مالکیت فکری در فقه و حقوق ایران و هم چنین چستی رابطه‌ی بین حق مالکیت فکری و دارنده‌ی آن پژوهش‌های متعددی صورت گرفته است. پیش فرض ما در این پژوهش مختصر این است که خواننده، آشنایی نسبی با مباحث فوق و نظریه‌های موجود در این زمینه دارد. لذا در این مقاله جز در مواردی که اجتناب ناپذیر می‌نماید و به اقتضای بحث، وارد مباحث فوق نخواهیم شد.

گفتار اول) بررسی وضعیت مالیت حق مالکیت فکری

همچنان که در مقدمه اشاره شد، حقوقی که امروزه پدیدآورنده یک آفرینه‌ی فکری دارد شامل دو نوع ۱- حق معنوی و ۲- حق مادی است. اینک برای این که حدود این پژوهش روشن گردد، در این قسمت به بررسی این موضوع می‌پردازیم که اولاً کدام یک از این حقوق در زمره حقوق مالی قرار گرفته و می‌توان آن را مال تلقی نمود تا بعد بتوان درباره قابلیت انتقال آن در قالب عقد بیع بحث کرد. چرا که اولین شرط برای مبیع، دارا بودن مالیت است. در همین راستا، ماده ۳۴۸ قانون مدنی بیع چیزی که مالیت یا منفعت عقلایی ندارد را باطل اعلام نموده است. ثانیاً وضعیت حقوقی تولیدات فکری نیز به عنوان مال مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

بند اول) تعریف مال

در فقه در تعریف مال گفته‌اند: «ما یمیل الیه الناس»؛ یعنی (مال آن چیزی است که)

۶۶.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

مردم به آن تمایل و رغبت دارند. یا «المال ما یبذل بازائه المال»^۱ به این معنی که مال آن چیزی است که در مقابل آن مال داده می‌شود. در تعریف دوم دور وجود دارد، اما در تعریف اول، مال به چیزی تعبیر شده است که مردم نسبت به آن میل و رغبت داشته باشند. دکتر لنگرودی نیز در ترمینولوژی حقوق آورده است:

«مال در اصل از فعل ماضی میل است به معنی خواستن. در فارسی هم به مال، خواسته می‌گویند. در اصطلاح چیزی است که ارزش اقتصادی داشته و قابل تقویم به پول باشد. بنابراین حقوق مالی مانند حق تحجیر و حق شفعه و حق صاحب علامت تجاری هم مال محسوب است.»^۲

در کتب فقهی و حقوقی دیگر نیز تعاریف زیادی از مال شده است. برای مثال در بین فقهای متأخر، امام خمینی (ره) در کتاب «البیع» تعریف زیر را از مال ارایه داده است: «مال چیزی است که مورد رغبت عقلا و تقاضای آنان است و بهایی را در قبال آن می‌پردازند.»^۳ هم چنین آیت الله خوئی در کتاب «مصباح الفقاهه» در تعریف مال آورده است: «در عرف، مالیت امری است که از اشیا به لحاظ آن که ذاتاً مورد میل مردم واقع می‌شوند و برای وقت نیاز ذخیره می‌گردند و مردم در آن رغبت نموده و در مقابل آن اشیای مورد علاقه خود چون پول و غیر آن را می‌پردازند، انتزاع می‌گردد.»^۴ اما به طور خلاصه و مخصوصاً بر مبنای تعریف آیت الله خوئی می‌توان گفت مالیت یک امر اعتباری است و وجود خارجی ندارد و حقیقت مالیت از میل و رغبت مردم ناشی می‌شود. لذا می‌توان گفت مال یک حقیقت عرفیه است نه حقیقت شرعیه و نه حتی یک

۱. به نقل از: مصطفی محقق داماد، قواعد فقه، جلد ۱، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم، ۱۳۸۸، ص ۱۱.

۲. محمدجعفر، جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ سیزدهم، ۱۳۸۲، ص ۵۹۵.

۳. روح الله، خمینی، کتاب البیع، ج ۱، قم: موسسه اسماعیلیان، چاپ چهارم، ۱۳۶۸، ص ۲۰.

۴. سید ابوالقاسم، خوئی، مصباح الفقاهه، ج ۲، بیروت: دارالهادی، چاپ اول، ۱۴۱۲ قمری، ص ۳۰۲-۳۰۱.

حقیقت قانونی. به عبارت دیگر نه شارع و نه قانون گذار، هیچ کدام به تعریف مال نپرداخته‌اند. بر همین مبنا، نه شرع و نه نظام قانونی به تعیین مصادیق مال نپرداخته و این گونه نیست که مال بودن چیزی یا مالیت داشتن چیزی منوط و مشروط به شناسایی آن توسط شارع یا قانون گذار به عنوان مال باشد. بلکه مال یک حقیقت عرفیه بوده و هرآن چه را که عرف در ادوار مختلف زمانی و در مکان‌های مختلف، مال بدانند، مال محسوب است. لذا برای تشخیص مالیت چیزی، ابتدا باید ملاک عرف را در تعریف مال مشخص نمود و سپس بر آن مبنا تصمیم گرفت. ملاک‌های زیر، تقریباً مورد قبول همه فقها و حقوق دانان است:

۱- دارای نفع و ارزش اقتصادی باشد. لازم به ذکر است که نفع و ارزش اقتصادی نیز خود مفهومی عرفی و نسبی است. چیزی ممکن است در دوره‌ای تاریخی یا در مکانی معین، دارای نفع و ارزش اقتصادی باشد ولی در زمان و مکانی دیگر هیچ ارزش اقتصادی نداشته باشد.

۲- مرغوب باشد یا به عبارت بهتر برای بدست آوردن آن رغبت وجود داشته باشد.
۳- قابل اختصاص یافتن به شخص یا ملت معین باشد. چیزهایی وجود دارند که از لوازم ضروری زندگی بوده و بسیار باارزش هستند ولی چون کسی نمی‌تواند نسبت به آن‌ها ادعای مالکیت انحصاری کند مال محسوب نمی‌شود، مثل اکسیژن.
در حقوق کنونی، مال مفهوم گسترده‌تری از قبل پیدا کرده به طوری که واژه مال در عرف کنونی به دو معنای مادی و حقوقی به کار برده می‌شود:

۱- به معنای مادی و محدود، مال به اشیایی گفته می‌شود که دارای وجود خارجی بوده و موضوع داد و ستد حقوقی بین اشخاص قرار می‌گیرد.

۲- به معنای مجرد و حقوقی که عبارتست از حقوق مالی که به اشخاص امکان انتفاع از اشیای مادی رامی‌دهد؛ از جمله حق مالکیت، حق انتفاع و ...^۱
بند دوم) تطبیق تعریف مال و مالیت با حق مالکیت فکری و تولیدات فکری

۱. ناصر، کاتوزیان، اموال و مالکیت، تهران: نشر میزان، چاپ هفتم، ۱۳۸۲، ص ۱۰.

برخی حقوق‌دانان اموال را از نظر شکل و صورت به سه دسته تقسیم کرده‌اند: ۱- اموال مادی، ۲- اموال غیر مادی و ۳- ملک. اموال مادی را آن دسته از اموال معرفی می‌نمایند که شیء خارجی بوده و از طریق حواس قابل حس کردن باشند. منافع این اموال می‌تواند خود دارای وجود خارجی باشد (مثل میوه درخت) یا وجود خارجی نداشته باشد (مثل سواری ماشین). اما در تعریف اموال غیر مادی گفته‌اند اموالی هستند که صورت خارجی ندارند ولی دارای ارزش و اعتبار هستند. مثل سهام شرکت‌ها، سرقلمی، حق مالکیت مؤلفان، حق اختراع و حقوق دارندگان علائم تجاری.^۱ دکتر کاتوزیان نیز در بحث فروش یا اجاره حق تألیف و آثار هنری، این حقوق را دارای دو چهره می‌داند:

۱- چهره معنوی این حقوق که ویژه‌ی مبتکر یا دانشمند و هنرمند است. محدود به زمان و مکان نیست و از شخصیت او جدا نمی‌شود. در نتیجه قابل انتقال نبوده و نمی‌توان آن را مال تلقی کرد.

۲- چهره‌ی مادی که دارای ارزش مالی بوده و قابل استرداد است و همچون سایر اموال به ملکیت در می‌آید. با این تفاوت که در سایر حقوق مالی، موضوع و پایه حق، اشیاء خارجی و مادی است و در این حقوق، ابتکار و فعالیت.^۲

بدین ترتیب می‌توان گفت در حوزه مالکیت فکری نیز با دو دسته اموال سر و کار داریم: ۱- اموال فکری به معنای خاص و ۲- تولیدات فکری. منظور از اموال فکری به معنای خاص، همان حق مادی پدیدآورنده‌ی آفرینه‌ی فکری است. مانند حق تألیف، حق اختراع و ... که چنانچه ذکر شد، قابل انتقال به دیگری است. اما تولیدات فکری، آثار عینی و خارجی آفرینه‌های فکری است که به صورت محسوس و ملموس در اختیار مصرف‌کنندگان قرار می‌گیرد؛ مثل انواع کتاب، دیسک‌های موسیقی و فیلم،

۱. اسدالله، امامی، حقوق مالکیت معنوی، جلد اول، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۷، ص ۳۷ و ۴۰.
۲. ناصر، کاتوزیان، دوره عقود معین، جلد اول، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ دهم، ۱۳۸۷، ص ۳۱۰، ش ۲۱۲.

محصول‌های تولیدی کارخانه‌های مختلف و ... در مال بودن تولیدات فکری که جای هیچ گونه تردیدی نیست، چرا که در عرف برای به دست آوردنشان رغبت وجود دارد، مردم عملاً آن را خرید و فروش می‌کنند و بابت آن پول پرداخت می‌کنند. در مورد حق مادی مالکیت فکری نیز باید گفت اولاً این حق دارای نفع اقتصادی است. چه بسا حق تألیف یک کتاب یا یک حق اختراع دارای میلیون‌ها دلار سود باشد. ثانیاً برای به دست آوردن آن رغبت وجود دارد. انتشارات زیادی هستند که در پی خریداری حق تألیف کتب نویسندگان بزرگ هستند. هم چنین سرمایه‌گذاران و تولیدکنندگان زیادی وجود دارند که در پی خرید حق اختراع مخترعین مشهور هستند. اگر در گذشته این نوع حق جزو اموال به شمار نمی‌آمده و اصولاً در جامعه مطرح نبوده، به این دلیل بوده است که نسبت به این اموال رغبتی وجود نداشته چرا که دارای نفع اقتصادی نبوده است. مثلاً برای تکثیر یک کتاب، به علت نبودن تکنولوژی مدرن می‌بایست هزینه‌هایی بیشتر از آن چه از فروش آن حاصل می‌شود را متحمل شد. با این توصیف اولاً، محدوده‌ی بحث ما دو دسته اموال می‌باشد: ۱- اموال فکری به معنی خاص یا همان حق مادی مالکیت فکری و ۲- تولیدات فکری. ثانیاً، هر دو دسته‌ی فوق مشمول تعریف مال بوده و هیچ گونه ابهامی از این جهت وجود ندارد.

اینک با این پیش فرض اثبات شده که این دو دسته، جزو اموال هستند، اوصاف مالکیت را بر رابطه‌ی بین آن اموال با دارنده آن‌ها تطبیق داده و مورد بحث قرار می‌دهیم تا روشن شود این دو دسته از اموال، قابل تملیک و تملک هستند یا خیر؟

گفتار دوم) تحلیل اوصاف مالکیت و تطبیق آن با رابطه‌ی اموال

فکری و دارندگان این اموال

بند اول) مالکیت و اوصاف آن، استثناءها و محدودیت‌ها

در قانون مدنی ما تعریفی از مالکیت به عمل نیامده است. با این حال در خصوص مالکیت، اوصاف آن و النهایه رایجی تعریف جامع و مانعی از آن، در فقه اسلامی و هم

۷۰.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

چنین حقوق غرب بحث‌های مفصلی صورت گرفته است. دکتر لنگرودی در کتاب مبسوط در ترمینولوژی حقوق در تعریف مالکیت می‌نویسد: «حق استعمال و تصرفات به هر صورت از سوی مالک در ملک و مال خود بجز مواردی که در قانون استثنا شده باشد. در فقه، مالکیت به همه سلطه‌های قانونی (حتی مالکیت بضع) اطلاق شده است اما به طور مطلق اگر به کار رود همان معنی مورد عنایت است.»^۱

مالکیت به عنوان کامل‌ترین رابطه و علقه‌ی بین مالک و مال است که مستلزم سلطنت کامل مالک بر مال است. این رابطه وقتی که به لحاظ ارتباط مالک با مال در نظر گرفته می‌شود مالکیت نام دارد. هنگامی که به مال (مملوک) نظر داریم از آن به مملوکیت تعبیر می‌شود و به خود این رابطه، ملکیت می‌گویند. اما برای تحلیل و شناخت بهتر این رابطه، همچنان که مرسوم است باید عناصر و خصوصیات آن مورد بررسی قرار گیرد. مالکیت دارای سه وصف اساسی است: ۱- مطلق بودن، ۲- انحصاری بودن و ۳- دایمی بودن؛ که البته امروزه همه این عناصر اساسی مالکیت با محدودیت‌های قانونی و قراردادی مختلف مواجه شده و مفهوم پیشین خود را ندارد. (۱) مطلق بودن مالکیت به این معنی است که مالک نسبت به مملوک خود حق همه گونه تصرف را دارد. از جمله گفته‌اند شامل استعمال، استغلال، استثمار و تصرف می‌شود. این عنصر مالکیت در ماده ۳۰ قانون مدنی ایران متبلور شده است. این ماده مقرر می‌دارد:

«هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع را دارد. مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد.»

که البته امروزه این استثناها آن قدر گسترش یافته که وصف اطلاق مالکیت را با چالش جدی مواجه کرده است. در اصل ۴۴ قانون اساسی نیز پس از تعیین سه بخش دولتی، خصوصی و تعاونی در نظام اقتصادی، درباره مالکیت آمده است:

۱. محمدجعفر، جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد چهارم، کتابخانه گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۸۸، ص ۳۱۵۲، ش ۱۱۸۵۰.

«مالکیت در این سه بخش، تا جایی که با اصول دیگر این فصل مطابق باشد و از محدوده‌ی قوانین اسلام خارج نشود و موجب رشد و توسعه اقتصادی کشور گردد و مایه زیان جامعه نشود، مورد حمایت قانون جمهوری اسلامی است.»
قیود مطرح شده در اصل فوق نشان می‌دهد که حق مالکیت فقط در صورتی مورد حمایت قانون است که تحصیل آن از مجرای قانون بوده و اعمال آن موجب زیان جامعه نبوده و در مسیر پیشرفت اقتصاد کشور باشد. محدود کردن وصف اطلاق مالکیت علاوه بر قانون اساسی، در قوانین عادی نیز در موارد مختلف مورد نظر قانونگذار بوده و هر جا که منافع عمومی در میان بوده در حمایت از آن هیچ تردیدی نکرده است.^۱

علاوه بر محدودیت‌های قانونی، به دو عامل دیگر نیز می‌توان اشاره نمود که وصف اطلاق حق مالکیت را محدود نموده و مالک نمی‌تواند هرگونه تصرفی در ملک خود انجام دهد. عامل اول خود طبیعت مال است. بدیهی است از هر مالی هر نوع استفاده‌ای نمی‌توان کرد. طبیعت هر مال اقتضای استفاده خاص از آن مال را دارد. عامل دوم نیز محدودیت‌های قراردادی است. به این معنی که طرفین هنگام انتقال حق مالکیت، توافق بر محدودیت‌هایی نمایند. مانند آن که مالک دو دستگاه مغازه که قصد فروش یکی از آن‌ها را دارد با این شرط مغازه را به فروش برساند که خریدار تا ده سال از آن برای لباس فروشی استفاده نکند. به این ترتیب می‌بینیم که امروزه وصف اطلاق به عنوان یکی از اوصاف اصلی مالکیت دارای محدودیت‌های زیادی شده و نمی‌توان به طور قطع از اعمال آن در تمامی موارد سخن گفت.

۲) انحصاری بودن حق مالکیت این گونه تعبیر می‌شود که مالک می‌تواند مانع از تصرف و انتفاع دیگران در ملک خود شود. البته این انحصاری بودن منصرف از اختیاراتی است که ممکن است قانون برای دیگران در ملک یک شخص ایجاد کند. با دقت در وصف اطلاق می‌توان گفت انحصاری بودن حق مالکیت در واقع داخل در

۱. ناصر، کاتوزیان، اموال و مالکیت، پیشین، صص ۱۰۳-۱۰۲.

۷۲.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

مفهوم وسیع‌تر اطلاق حق مالکیت است. به این ترتیب که نتیجه طبیعی اطلاق، اختیار مالک و لزوم رعایت احترام آن از طرف تمام مردم، همان انحصاری بودن حق مالکیت است. مالک می‌تواند اولاً، هر تصرفی را که مایل باشد در مال خود بکند. ثانیاً، مانع از تصرف و انتفاع دیگران شود. اما چنان که خواهیم دید انحصاری بودن مالکیت نیز در معنای پیشین خود نمانده و محدودیت‌های زیادی به آن وارد شده است. از جمله این محدودیت‌ها می‌توان موارد زیر را نام برد:

الف- جایی که منافع عمومی ایجاب می‌کند، قانون به نهادهای دولتی یا عمومی‌ذی ربط اجازه می‌دهد بدون اجازه و رضایت مالک نسبت به خریداری ملک اقدام نمایند. در واقع قانون برای این نهادها نسبت به ملک متعلق به دیگری حقوقی را جعل نموده است که یکی از مهم‌ترین آن‌ها حق خرید ملک دیگری حتی بدون رضایت مالک است. علاوه بر آن، قانون در برخی موارد به صورت تحمیلی در ملک دیگران برای دولت حق ارتفاق ایجاد می‌کند.

آن چه از قوانین به عنوان نمونه برای مورد اول یعنی سلب مالکیت خصوصی اشخاص به لحاظ مصالح عمومی می‌توان نام برد عبارتند از: قانون اصلاح قانون توسعه معابر مصوب ۱۳۲۰/۴/۱، قانون شهرسازی و عمران شهری مصوب ۱۳۴۷/۹/۲۷، قانون برنامه و بودجه مصوب ۵۱/۱۲/۱۰، قانون زمین شهری مصوب ۶۱/۶/۲۲، لایحه‌ی قانونی خرید اراضی و املاک مورد احتیاج دولت و شهرداری‌ها مصوب ۵۸/۹/۳، لایحه‌ی قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه عمومی عمرانی نظامی دولت مصوب ۵۸/۱۱/۱۷، قانون نحوه‌ی تقدیم ابنیه، املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها ۷۰/۸/۲۸ و ده‌ها قانون، آیین‌نامه و تصویب‌نامه اشاره کرد که هر کدام در محدوده‌ی زمانی مشخص قابلیت اجرایی داشته و دارند. ماده ۱ قانون نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸ مقرر می‌دارد: «هرگاه برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی وزارتخانه‌های مؤسسات و شرکت‌های دولتی یا وابسته به دولت، هم

چنین شهرداری‌ها و بانکها و دانشگاه‌های دولتی و سازمان‌هایی که شمول قانون نسبت به آن‌ها مستلزم ذکر نام باشد و از این پس "دستگاه اجرایی" نامیده می‌شوند به اراضی، ابنیه، مستحقات، تأسیسات و سایر حقوق مربوط به اراضی مذکور متعلق به اشخاص حقیقی یا حقوقی نیاز داشته باشند و اعتبار آن قبلاً به وسیله "دستگاه اجرایی" یا از طرف سازمان برنامه و بودجه تأمین شده باشد. "دستگاه اجرایی" می‌تواند اراضی مورد نیاز را مستقیماً به وسیله هر سازمان خاصی که مقتضی بداند بر طبق مقررات مندرج در این قانون خریداری و تملک نماید.» در ادامه در ماده ۹ این قانون آمده است: «در صورتی که فوریت اجرای طرح با ذکر دلایل موجه به تشخیص وزیر دستگاه اجرایی ضرورت داشته باشد به نحوی که عدم تسریع در انجام طرح موجب ضرر و زیان جبران‌ناپذیری گردد، "دستگاه اجرایی" می‌تواند قبل از انجام معامله قطعی، با تنظیم صورت مجلس وضع موجود ملک و با حضور مالک یا نماینده وی و در غیاب او و نماینده دادستان و کارشناس رسمی نسبت به تصرف و اجرای طرح اقدام نماید لکن "دستگاه اجرایی" مکلف است حداکثر تا سه ماه از تاریخ تصرف نسبت به پرداخت یا تودیع قیمت عادلانه طبق مقررات این قانون اقدام نماید.» ماده یک لایحه قانونی خرید اراضی و املاک مورد احتیاج دولت و شهرداری‌ها مصوب ۱۳۵۸/۰۹/۰۲ می‌گوید: «در مواردی که وزارتخانه‌ها و سازمان‌های دولتی یا وابسته به دولت یا شهرداری‌ها برای ایجاد یا توسعه مرافق عامه از قبیل توسعه یا احداث جاده، راه آهن یا خیابان، توسعه معابر، لوله‌کشی آب و نفت و گاز، حفر نهر و غیره برای مصارف عمومی احتیاج به خرید اراضی و املاک اشخاص داشته باشند و در انجام معامله یا تعیین قیمت با مالک توافق نشود یا ملک مجهول‌المالک باشد می‌توانند به ترتیب در این قانون با پرداخت قیمت عادلانه آن را تملک نمایند مشروط به این که اجرای طرح مورد نظر در محدوده یا مسیر معین ضروری باشد به نحوی که انجام آن در محل دیگر میسر نبوده یا موجب خسارت عمده‌ای گردد.»

قانون اصلاح قانون توسعه معابر مصوب اول تیر ماه ۱۳۲۰ در ماده یک خود آورده

۷۴.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

است: «هرگاه شهرداری‌ها توسعه یا اصلاح یا احداث برزن، خیابان، میدان، گذر، کوی، آن‌ها یا قنوات را برای تسهیل آمد و شد یا زیبایی شهر و یا برای سایر نیازمندی‌های شهر لازم بدانند طبق مقررات این قانون رفتار خواهد شد. تبصره- زمین‌های مشجریا مزروع و یا بیاض اطراف شهر با آن چه در آن‌ها واقع است تا حدودی که مطابق نقشه قطعی شهرداری هر محل داخل در شهر شناخته می‌شود مشمول مواد این قانون خواهد بود.»

ذکر نمونه‌های قانونی فوق، خود بیانگر این موضوع است که ویژگی انحصاری حق مالکیت در جوامع حقوقی امروزه چقدر دستخوش تغییر و تحول شده است. نمونه‌های بالا مربوط به حق دولت و نهادهای عمومی در خرید اجباری ملک متعلق به دیگری است. علاوه بر این، قانونگذار در بند ۹ ماده ۵۰ قانون برنامه و بودجه مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۱۰ به صورت مستقیم برای دولت در ملک دیگران حق ارتفاق قایل شده است. صدر این ماده شبیه قوانینی است که چند مورد از آن‌ها به عنوان نمونه آورده شد: «هرگاه در اجرای طرح‌های عمرانی احتیاج به خرید اراضی (اعم از دایر و بایر) و اعیانی و تأسیسات متعلق افراد با مؤسسات خصوصی باشد به طرق زیر عمل خواهد شد...» هر چند بندهای مختلف این ماده قانونی راهکارهای اجرایی را به اراضی تحت مالکیت اشخاص در فروض مختلف (توافق یا عدم توافق) بیان داشته است، اما بند ۹ این ماده حکمی را مقرر داشته است که به شدت تمام، وصف انحصاری بودن مالکیت را نشانه رفته است. این بند بیان می‌دارد: «اراضی واقع در خارج از محدوده شهرها که در مسیر راه‌های اصلی یا فرعی یا خطوط موصلات و برق و مجاری آب و لوله‌های گاز و نفت قرار می‌گیرد با رعایت حریم مورد لزوم که از طرف هیأت وزیران تعیین خواهد شد از طرف دولت مورد استفاده قرار می‌گیرد و از بابت این حقوق ارتفافی، وجهی پرداخت نخواهد شد.» طبق این بند، قانونگذار از ایجاد یک طرفه‌ی حق ارتفاق به نفع دولت و در ملک دیگری فراتر رفته و حتی مالک ملک را مستحق دریافت هیچ گونه وجهی نمی‌داند. اما در خصوص این بند اختلاف نظرهایی وجود دارد. اوج این اختلاف نظرها را می‌توان در دو رأی صادره از هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در تاریخ‌های

۶۹/۹/۱۳ و ۷۴/۴/۱۷ مشاهده کرد که اولی دلالت بر تکلیف دستگاه‌های اجرایی به پرداخت بهای اراضی مورد تصرف در اجرای ماده‌ی ۵۰ قانون برنامه و بودجه ۱۳۵۱ و دومی دلالت بر عدم پرداخت دارد. البته در آخرین اقدام قانونی در خصوص مقرر مذکور، شورای نگهبان در پاسخ به نامه شماره ۱۷۸۸۶۶/۱۰/د مورخ ۱۳۸۵/۱۱/۲۱ مجلس شورای اسلامی مبنی بر این که با توجه به این که به استناد مقرر یادشده بیش از سی سال است که «حق ارتفاق» مورد نظر به صاحبان رسمی اراضی مشمول آن تعلق نمی‌گیرد و دولت وجهی پرداخت نکرده است و هنوز حکم قانونی مزبور استمرار دارد، نظر تفسیری شورای محترم نگهبان را به استناد اصل چهارم قانون اساسی، درخصوص مغایر شرع بودن و یا مغایر شرع نبودن آن اعلام دارند، نظر خود را به شرح زیر طی نامه شماره ۸۶۳۰/۲۲۸۱۸ مورخ ۱۳۸۶/۷/۸ اعلام داشته است: «اطلاق جواز استفاده نمودن دولت از اراضی مذکور خلاف موازین شرع دانسته شد. زیرا شامل اراضی که طبق ضوابط شرعی دارای مالک یا ذی حق شرعی می‌باشد نیز می‌گردد و لذا اطلاق جواز استفاده بدون رضایت مالک یا ذی حق در فرض عدم وجود ضرورت میبچه خلاف موازین شرع می‌باشد. البته قوانین مصوب پس از پیروزی انقلاب اسلامی که شامل این موارد می‌شود لازم است مورد توجه قرار گیرد. هم چنین عدم پرداخت وجه در مواردی که عیناً یا منفعتاً مشمول ضمانت می‌باشد - مانند مواردی که طبق ضوابط شرعی مالک داشته باشد - خلاف موازین شرع بوده و موجب ضمان می‌گردد.»

ب- علاوه بر مورد فوق، گاه دولت در روابط خصوصی بین افراد دخالت نموده تا چهره عدالت اجتماعی مخدوش نشود. مثل حالتی که طبق قانون روابط موجر و مستأجر سال ۵۶، مستأجر محل کسب و پیشه می‌تواند پس از پایان مدت اجاره نیز مالک را به تجدید اجاره وا دارد. و مستأجر محل سکونت طبق قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۶۲ می‌تواند به استناد داشتن عسر و حرج از تخلیه ملک خود داری نماید. نتیجه آنکه انحصاری بودن مالکیت که البته می‌توان گفت وصف مستقلی از اطلاق نبوده و از آثار آنست نیز از محدودیت‌های قانونی و حتی قراردادی مصون نبوده

و استثنای زیادی به آن وارد شده است.

۳) دایمی بودن حق مالکیت به عنوان یکی دیگر از اوصاف اساسی مالکیت، به این معنی است که ملکیت نسبت به شیء مملوک و نه نسبت به شخص مالک، دایمی است. یعنی تا هنگامی که شیء موجود باشد این ملکیت باقی است. این وصف در قانون مدنی ما تصریح نشده اما باید گفت دایمی بودن حق مالکیت جزو اوصاف ذاتی این حق است. و اگر مالکیت به طور موقت به کسی منتقل یا اعطا شود این حق، عنوان مالکیت نداشته و حق دیگری است. باری این نکته را باید خاطر نشان کرد که قلمرو وصف دایمی بودن، شامل مالکیت منفعت و حق انتفاع نمی‌شود. که البته دلیل آن روشن است. چرا که در مالکیت منفعت و حق انتفاع که با نهادهای حقوقی چون اجاره و صلح منافع ایجاد می‌شود، موقت بودن مالکیت اقتضای ذات آن‌هاست. برای مثال در عقد اجاره که اثر اصلی آن مالکیت منفعت عین مستاجر برای مستاجر است، اصولاً ذکر مدت از ارکان بنیادین و شرط صحت عقد است. چرا که مالکیت منفعت به صورت نامحدود در قالب عقد اجاره متصور نیست.

در مورد وصف دایمی بودن حق مالکیت، دو جنبه متفاوت وجود دارد: اولاً، تا موضوع حق مالکیت از بین نرفته این حق باقیست. آن چنان که گفته‌اند، به دلیل اینکه مالکیت کامل‌ترین حق است و ابعاد مختلفی از جمله حق انتفاع، استعمال، اتلاف، انتقال و ... را شامل می‌شود، در ذهن مردم و در عرف با موضوع مالکیت در هم آمیخته شده است. به عبارتی وابستگی این حق اعتباری و موضوع واقعی آن به حدی است که جز در مورد منافع نمی‌توان آن‌ها را از یکدیگر تفکیک کرد. با انتقال موضوع ملکیت، حق مالکیت نیز منتقل می‌شود. به عبارت دیگر تا زمانی که موضوع مالکیت باقی است حق مالکیت وجود دارد. البته در حقوق ما در نهاد حقوقی وقف بدون آنکه موضوع مالکیت تلف یا منتقل شود ارتباط مالک با آن قطع می‌شود. برخی حقوق دانان^۱ این را استثنایی بر وصف دایمی بودن حق مالکیت آورده‌اند که به نظر نمی‌رسد درست

۱. ناصر کاتوزیان، پیشین، صص ۱۰۸-۱۰۷.

باشد. چرا که در وقف یک نهاد حقوقی جدید اعتبار داده می‌شود و این عمل با ارداه مالک و تایید قانون گذار محقق می‌شود. لذا نمی‌توان گفت مالکیتی است که وصف دوام در آن وجود ندارد. ثانیاً، حق مالکیت در اثر معطل ماندن از بین نمی‌رود. یکی از مواردی که در فقه و هم چنین در قانون مدنی جزو اسباب تملک آورده شده، حیازت مباحات است. برخی فقیهان گفته‌اند که بعد از زنده کردن زمین، اگر دوباره زمین بایر شود ملکیت از بین می‌رود و در زمره اموال عمومی در می‌آید. هرچند این نظر در فقه مهجور است اما ماده ۹ قانون زمین شهری از این نظر تبعیت نموده است. در این خصوص اگر قایل به این تحلیل باشیم که بعد از حیازت مباحات و دوباره بایر شدن زمین، در واقع مالک از مال خود اعراض می‌نماید، نمی‌توان این را جزو استثنائات قاعده فوق بیان نمود. هم چنین برخی دیگر برای تبیین نهادهای حقوقی جدیدی مثل مالکیت زمانی (time sharing) به نوعی در صدد بر آمده‌اند مالکیت موقت را اثبات نمایند. از جمله گفته‌اند: «تردید نیست در اینکه می‌توان در عقد منجز انتقال مالکیت، شرط فاسخ آورد. حال اگر این شرط محقق نشد و عقد مزبور منفسخ گشت، در این صورت ملکیت در این مدت، ملکیت موقت خواهد بود.^۱ هم چنین به مواردی مانند شرط اختیار فسخ برای مدت معین ضمن عقد صلح و حالت خاصی از وقف (وقف منقطع الاخر) اشاره کرده‌اند. عده ای نیز اینگونه استدلال نموده‌اند که اگر منشأ اعتبار را قانون گذار بدانیم، موقت بودن مالکیت (فکری) با اشکال مواجه نیست. زیرا قانون گذار طبق صلاحدید، مالکیت را از همان ابتدا موقت قرار داده است. هم چنین ممکن است مالکیت را امری دایم دانست ولی دوام آن را در برخی حالات استثنا کرد.^۲

به هر کدام از موارد فوق می‌توان به صورت مفصل پاسخ گفت، چنان که در مقالات مختلف پاسخ گفته‌اند، که البته پرداختن به همه آن‌ها از حوصله‌ی این مقاله خارج

۱. سید عبدالمطلب، احمد زاده بزاز، مالکیت موقت، مجله نامه مفید، شماره ۲۴، پاییز ۱۳۷۹،

۲. به نقل از: محمود حکمت نیا محمود، مبانی مالکیت فکری، چاپ دوم، تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، سال ۱۳۸۷، ص ۱۷۳.

است. از جمله در خصوص *time sharing* یا مالکیت زمانی می‌توان گفت که پذیرش مالکیت موقت به این معنی است که برای مالک موقت نیز همان اختیارات و حق تصرفی را بپذیریم که مالک دائمی داراست. ولی این امر بایک مشکل جدی مواجه است. با این توضیح که مهم‌ترین ویژگی ملکیت آن است که مالک می‌تواند هرگونه تصرفی در ملک خود بکند و حتی آن را نابود کند. حال اگر شخصی دارای مالکیت موقت باشد، آیا می‌تواند در مدت مالکیتش، مال را از بین ببرد؟ مسلماً خیر. پذیرش مالکیت زمانی در نظام حقوقی ما مستلزم پذیرش مالکیت موقت نیست. بلکه می‌توان این نهاد حقوقی تازه تأسیس را بر پایه مبانی موجود در فقه و نظام حقوقی ما تحلیل و توجیه کرد. بدون آن که ناگزیر باشیم مالکیت موقت را بپذیریم و به این واسطه به صورت مداوم و با تأسیس هر نهاد حقوقی جدید، حق مالکیت را درگیر محدودیت‌ها و استثناهای مکرر نماییم. چنان که تلاش‌های درخوری در این راستا انجام شده و این مقاله محل طرح آن‌ها نخواهد بود.

به این ترتیب چنان که ملاحظه می‌کنیم اوصاف مالکیت با محدودیت‌های زیادی مواجه شده است و همین موضوع و از طرف دیگر توجیه و تبیین نهادهای حقوقی جدید، از جمله موضوع این مقاله، اکثریت نویسندگان حقوقی را بر آن داشته تا در جهت اثبات این موضوع بر آیند که هرکدام از اوصاف مذکور را می‌توان محدود نمود و در مواردی که لازم باشد برای آن‌ها استثنا قایل شد. اما واقع این است که گام نهادن در این مسیر نه تنها مشکلی از ما حل نخواهد کرد بلکه روز به روز بر فهرست استثنائات و محدودیت‌های ما اضافه خواهد شد تا جایی که دیگر چیزی از حق مالکیت به عنوان کامل‌ترین نوع حق و شکل دهنده بسیاری از مناسبات حقوقی افراد باقی نخواهد ماند. لذا بهتر آنست که از قاموس این حق دفاع نموده و موارد مطروحه فوق را به نحو دیگر تبیین نماییم. در این راستا باید گفت مالکیت، حقی است که ناگزیر از داشتن سه وصف مذکور است و نمی‌توان به هر بهانه‌ای به این اوصاف استثنا وارد نمود. اما نکته اساسی این است که این اوصاف باید در زمان جعل حق

مالکیت وجود داشته باشند. به عبارت دیگر در زمانی که حق مالکیت توسط قانون گذار یا اراده طرفین در قالب یک قرارداد، برای شخص یا اشخاص جعل می‌شود، باید دارای تمام اوصاف فوق باشد. یعنی در مقام جعل حق مالکیت نمی‌توان یک مالکیت موقت یا غیر انحصاری و یا مقید را برای دیگری جعل کرد. چون در این صورت دیگر این حق، حق مالکیت نیست. مالکیت در مقام جعل باید واجد تمامی اوصاف خود و بصورت کامل باشد. حال اگر بعد از جعل حق مالکیت، محدودیت‌هایی قانونی ایجاد شد، این موضوع خللی به اوصاف اساسی مالکیت وارد نمی‌کند. اگر بگویم خانه را برای مدت سی سال به تو فروختم، این انتقال حق مالکیت نیست. قانون گذار نیز نمی‌تواند در مقال جعل حق مالکیت، توقیت قایل شود. بدین ترتیب ضمن حفظ اعتبار حق مالکیت، محدودیت‌های قانونی و قراردادی (در قالب شرط ضمن عقد) توجیه و تبیین خواهند شد. ضمن این که با ایجاد هر نهاد حقوقی جدید، باید تلاش نمود با توجه به مبانی موجود آن را تبیین و توصیف کرد، نه آن که برای شناسایی و پذیرش هر نهاد حقوقی، تیشه به ریشه مبانی و اصولی زد که فقه و حقوق ما سالهاست بر آن استوار بوده و آثار حقوقی این مبانی را در دیگر موارد پذیرفته ایم. بدین ترتیب با توجه به اوصاف فوق و با در نظر داشتن این موضوع که در این مقاله سعی شده است بدون مخدوش کردن اوصاف اساسی مالکیت که مورد قبول اکثریت غالب نظام‌های حقوقی است، به یکی از چالش‌های امروزه حقوق، یعنی قابلیت انتقال اموال فکری در قالب عقد بیع پاسخ داده شود؛ حق مالکیت را می‌توان به شرح زیر تعریف نمود: «مالکیت یک حق اعتباری دایمی نسبت به یک مال است که به موجب آن مالک می‌تواند در محدوده‌ی قانونی، تمام تصرفات را در آن مال برای خود اختصاص داده و مانع از هرگونه تصرف دیگران شود.»

بند دوم: ماهیت رابطه بین حق مالکیت فکری و دارنده آن

همان طور که در مقدمه اشاره شد، این مقاله محل طرح مباحثی چون جایگاه حقوق مالکیت فکری در فقه و نظام حقوقی ایران و ماهیت رابطه‌ی بین حق مالکیت فکری و

دارنده آن نیست. چرا که هرکدام از این مباحث، خود موضوع یک پژوهش مستقل است. باری در این قسمت و به واسطه‌ی اقتضای بحث، ناگزیر از بیان خلاصه نظریات موجود در این زمینه و الهایه نظریه مورد استفاده در این مقاله هستیم. ماهیت موضوع مالکیت فکری در ساختار نظام حقوقی اسلام از این جهت اهمیت دارد که بسیاری از احکام فقهی و حقوقی، با شناخت موضوعی آن امکانپذیر است. ماهیت موضوع مالکیت فکری یک امر اعتباری است اما نکته قابل توجه این است که این امر قیام به ذات است و وابسته به چیز دیگری نیست. لذا در ساختار نظام حقوقی اسلام، این امر به صورت عین مطرح می‌شود و آثار و احکام عین بر آن مترتب است. اما درباره رابطه‌ی بین موضوع مالکیت فکری و دارنده آن، نظریات مختلفی وجود دارد. منصرف از نظریاتی که اصولاً خود موضوع و این رابطه را منطبق با نظام حقوقی اسلام نمی‌دانند و دلایل سستی در این خصوص ارایه می‌کنند؛ باید گفت در این خصوص دو نظریه وجود دارد: ۱- حق مالکیت ۲- حق مالی. روشن است که تفاوت بین این دو در میزان اختیارات صاحب حق و مالک است و پذیرش هرکدام از آن‌ها آثار مختلفی داشته و در نتیجه‌ی بحث مؤثر خواهد بود. اما نظریه‌ای که در این مقاله مورد پذیرش واقع شده، مالکیت است و تلاش می‌شود استدلال‌ات و مبانی پذیرش این نظریه تبیین گردد.

مهم‌ترین دلیلی که باعث می‌شود عده‌ای این رابطه را در قالب حق مالی توجیه کنند موقتی بودن آن است. در واقع این عده راحت‌ترین راه ممکن را انتخاب نموده و خویش را از معرکه‌ی استدلال رهانیده‌اند. در این مقاله در قسمت اول از بند سوم این گفتار و با استفاده از یکی از نهادهای اصیل فقهی، یعنی مهایات (مالکیت مشاعی و افزاز منافع) اثبات شده است که موقتی بودن حق مالکیت فکری هیچ ارتباطی به موقتی بودن ذاتی مالکیت فکری نداشته بلکه این توقیت صرفاً جهت استفاده بهینه و بهتر دارنده حق مالکیت فکری از حقوق خویش است. ضمن این که علاوه بر این مبنای فقهی، از یک طرف عرف به عنوان یکی از منابع حقوق و از طرف دیگر ضرورت‌های بازار

۱. محمود حکمت‌نیا، بررسی فقهی و اقتصادی مالکیت فکری، پیشین، ص ۱۵.

تجاری ایجاد شده حول حقوق مالکیت فکری که دامنه‌ی آن روز به روز گسترده‌تر می‌شود، پایه محکم دیگری بر چرایی پذیرش نظریه مالکیت است، به جای حق. اما در خصوص مبنای مشروعیت حق مالکیت فکری می‌توان گفت که در مالکیت گاهی به عنصر کار توجه می‌شود. یعنی مبنای مشروعیت مالکیت امر فکری این است که آن امر فکری بر اثر کار پدیدآورنده حاصل شده است. این نظریه در غرب برای اولین بار توسط جان لاک مطرح شد. به این صورت که: «۱- خداوند جهان را به صورت مشترک به نوع بشر داده است. ۲- هر شخصی بر خود مالکیت دارد. ۳- کار هر شخصی و طبیعتاً اثر و نتیجه آن کار متعلق به خود او است. ۴- هر کس کار خود را با مشترکات درآمیزد آن را ملک خود کرده است. ۵- حق مالکیت مشروط به این است که اسراف نکند و چیزی از مشترکات برای دیگران بگذارد.» هر چند پیروان و مفسران این نظریه خود دارای اختلافاتی هستند، اما مبنای مورد قبول نظریه برای همه به طور مختصر آن است که انسان مالک خودش و کار خودش است و وقتی با کار خود و با حیازت در مشترکات جهان، چیز جدیدی را خلق می‌کند و به جهان می‌افزاید، مالک آن است. مشابه این نظریه در فقه نیز وجود دارد. با این توضیح که انسان نسبت به اعضا و جوارح خود مالکیت تکوینی دارد. لذا ایده‌ها و آفرینه‌های فکری، از جمله کارهای انسان است که او نسبت به آن‌ها مالکیت و سلطه دارد و این مالکیت ذاتی است، نه اعتباری. بر همین مبنا و به ارتکاز عقلایی، انسان از راه کار و حیازت نسبت به دستاوردهای بیرونی و ذهنی خود حق اولویت و اختصاص در تصرف پیدا می‌کند (مالکیت) و این حق مالکیت حتی نیاز به جعل اعتبار ندارد. نظریه بعدی، نظریه اصالت منفعت است. در این رویکرد، سخن از آن است که فقط با حمایت از مالکیت فکری در جایگاه حق انحصاری پدیدآورنده، دانش پیشرفت خواهد کرد و توسعه علم و رفاه حاصل خواهد شد. پدیدآورنده فکری هنگامی دست به تولید آثار فکری می‌زند که بداند با صرف وقت و هزینه، در وضعیت بهتری قرار می‌گیرد و این امر جز با حمایت از مالکیت فکری حاصل نخواهد شد. مبنای شخصیت نیز یکی دیگر از نظریات طرح

۸۲.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

شده است. این نظریه به جای تاکید بر عنصر کار یا منفعت، تمام توجه خود را به شخصیت و حقوق مرتبط به شخصیت معطوف می‌دارد. به دیگر سخن، نظریه شخصیت تلاش می‌کند تا امتیاز مالکیت فکری را از طریق تحلیل شخصیت افراد به دست آورد. ناشر به نیابت از نویسنده پیام او را به عموم می‌رساند. آن چه ناشر از نویسنده کسب می‌کند تحصیل اجازه رساندن پیام است و اگر نویسنده از ناشر وجهی دریافت می‌کند در ازای چنین اذنی است.^۱

اما در نظام فقهی نیز در این خصوص سه دیدگاه وجود دارد: ۱- نفی موضوع: اگر برای مالکیت فکری، بجز موضوعات فیزیکی و عینی، موضوعی تصویر نشود، توجیه حقوق مالکیت فکری نزدیک به غیرممکن است. مثلاً اگر همان موضوع کتاب را در نظر بگیریم، باید گفت تنها موضوع موجود، همان فیزیک کتاب است که با پدیدآورنده‌ی مرتبط بوده و در این صورت وقتی کسی آن را می‌خرد می‌تواند هرگونه استفاده‌ای از آن بکند. از جمله تکثیر آن. امام خمینی (ره) می‌گوید: «آن چه در نزد برخی حق طبع شمرده می‌شود، حق شرعی نیست. چرا که سلب تسلط مردم بر اموالشان بدون عقد و شرط جایز نیست». ۲- وجود موضوعی جز موضوعات فیزیکی و عینی برای مالکیت فکری: بر این اساس جدا از شیء فیزیکی، موضوع دیگری که بر آن آثار حقوقی مترتب می‌شود وجود دارد و با این فرض باید حقوق متناسب بر آن بار شود.

موضوع درباره عنوان‌های موجود در نظام حقوقی اسلام فقط یک مصداق است. نتیجه‌ی آن که با وجود مشروعیت عرفی مصداق، احکام آن مشروعیت یافته و نیاز به اثبات دلیل بر اعتبار نیست. بر این مبنا برخی فقها بر این باورند که: «حق طبع، تألیف و اختراع، یک حق شرعی و قانونی است و از نظر اسلام باید به آن احترام گذاشت. اهمیت مالکیت فکری کمتر از مالکیت عینی نیست. ما همواره موضوعات را از عرف

۱. محمود حکمت نیا، محمد محمدی ساوجی، جایگاه مبانی نظری درفهم و ترسیم نظام مالکیت فکری، مجله فقه و حقوق، شماره ۸، بهار ۱۳۸۵، صص ۸-۴.

می‌گیریم و احکام را از شرع. درباره مالکیت فکری نیز موضوع که حق مالکیت فکری است از عرف گرفته شده و حکم که احترام به آن و حقوق متناسب با آن است از شرع. اسلام می‌گوید کسی حق ندارد در ملک دیگری بدون رضایت او تصرف کند. این حکم از اسلام است و موضوع آن که انواع مالکیت است از جمله مالکیت فکری از عرف گرفته می‌شود.»^۳ مالکیت فکری به عنوان موضوعی مستقل: مالکیت فکری، موضوع و عنوان کلی مستقلی است که مجموعه احکام خاصی بر آن بار می‌شود. نتیجه این فرضیه آن است که درباره چیستی موضوع و ماهیت رابطه‌ی مالکیت فکری با دارنده‌ی آن باید بحث کرد. عنوان مالکیت فکری به عنوان یک موضوع یا مصداق در شرع وجود ندارد. در نتیجه باید با استناد به قاعده‌های عمومی، آن را از اراده شارع کشف کرد. آفرینه‌ی فکری به عنوان یک موضوع مستقل دارای ارزش اقتصادی بوده، امروزه نسبت به آن رغبت زیادی وجود داشته، مورد داد و ستد قرار گرفته و مردم برای آن پول پرداخت می‌کنند. به عبارت دیگر، آفرینه‌ی فکری مالیت دارد و می‌توان آن را مال تلقی نمود. این مال مانند مصادیق دیگر مال در شرع که وجود خارجی دارند دارای ارزش است.^۱

اما در خصوص ماهیت رابطه‌ی این مال با دارنده‌ی آن، برخی به دلیل آن که آن را فاقد وصف دوام می‌دانند، این رابطه را صرفاً یک حق مالی تلقی کرده و مالکیت نمی‌دانند. به این ترتیب، با پاسخ دادن به این ایراد و اثبات وصف دوام برای این رابطه، می‌توان ثابت نمود که رابطه‌ی بین آفرینه‌ی فکری و دارنده‌ی آن مالکیت است نه صرفاً یک حق مالی. در قسمت بعدی به این موضوع پرداخته می‌شود. البته در این خصوص و در پژوهش‌های متعدد صورت گرفته، تلاش‌های زیادی در جهت اثبات ماهیت ملکیت بر مبنای قواعد و دلایل فقهی از جمله بنای خردمندان، قاعده‌ی لاضرر، حق سبق و غیره برای تبیین این رابطه انجام گرفته است که در این مقاله مجالس برای طرح آن‌ها وجود ندارد.

۱. محمود حکمت‌نیا، بررسی فقهی و اقتصادی مالکیت فکری، پیشین، ص ۱۸.

بند سوم) تطبیق اوصاف مالکیت با رابطه‌ی اموال فکری و دارنده‌ی آنها

۱- اموال فکری به معنای خاص

با یک بررسی اجمالی در مورد حق مادی مالکیت فکری، روشن می‌گردد که از بین اوصاف مالکیت (اطلاق، انحصار و دوام) آن چه قابل تأمل است وصف دوام است. دارنده‌ی حق مادی مالکیت فکری به طور انحصاری می‌تواند از حقوق خود استفاده نماید و اتفاقاً انحصار در اینجا به خاطر ماهیت این حق از اهمیت فوق‌العاده‌ای برخوردار است. انحصاری بودن این حق یکی از تضمینات لازم و ضروری جهت حفظ آن بوده و با ماهیت این حق ارتباط مستقیم دارد. دارنده‌ی حق تألیف یک کتاب فقط در صورتی می‌تواند از این حق سود جوید که در انحصار او باشد و کسی جز او نتواند از این حق استفاده نماید. چرا که ممکن است حتی یک بار استفاده‌ی دیگری، خسارات جبران ناپذیری را به وی وارد نماید. ماده ۳ قانون حمایت از مؤلفان، مصنفان و هنرمندان می‌گوید: «حقوق پدید آورنده شامل حق انحصاری نشر و پخش و عرضه و اجرای اثر و حق بهره‌برداری مادی و معنوی از نام و اثر او است.» در ادامه در ماده ۴ مقرر می‌دارد: «حق معنوی پدید آورنده محدود به زمان و مکان نیست و غیر قابل انتقال است.»

بدین ترتیب اگر حق معنوی را از حقوق مذکور در ماده ۳ استثنا نماییم، این ماده مربوط به حق مادی مالکیت فکری که یکی از اقسام اموال فکری مورد بحث این مقاله است می‌باشد. که در آن به صراحت، ویژگی انحصاری بودن این حق یادآوری شده است. هم چنین در مواد ۲ و ۳۳ قانون ثبت علائم و اختراعات مصوب ۱۳۱۰ به صراحت و روشنی به ویژگی انحصاری حق اختراع اشاره شده است. در قانون جدید ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶ نیز در ماده ۳ و قسمت الف ماده ۵، انحصاری بودن حق اختراع مورد تصریح واقع شده است. قسمت الف ماده ۵ این قانون بیان می‌دارد: «حقوق اختراع ثبت شده منحصرأً به مخترع تعلق دارد.»

اما در خصوص وصف دیگر مالکیت، یعنی اطلاق نیز باید گفت دارنده‌ی این دسته از اموال فکری می‌تواند هرگونه تصرف اعم از انتقال و ... را در آن بنماید. و از این جهت محدودیتی برای وی وجود ندارد. عده‌ای گفته‌اند دارنده‌ی یک مال فکری به معنای خاص، آن گونه که دارنده‌ی یک عین خارجی می‌تواند از مملوک خود استفاده نماید، نمی‌تواند از حق استعمال خود که یکی از تجلیات حق مالکیت است استفاده نماید. پس وصف اطلاق در این زمینه مخدوش می‌شود. در پاسخ باید گفت چنانکه قبلاً ذکر نمودیم برخی از قیودی که به حق مالکیت وارد می‌شوند ناشی از طبیعت مال است و ارتباطی به مقید بودن حق مالکیت ندارد.

بدیهی است از هر مالی با توجه به خصوصیات و طبیعت آن مال می‌توان بهره‌برداری نمود. از یک خودرو سواری نمی‌توان به عنوان یک یدک‌کش استفاده کرد. همین ترتیب نیز در اموال فکری به معنای خاص وجود دارد. اموال فکری به معنی خاص نیز با توجه به ماهیت و طبیعتی که دارند فقط می‌تواند مورد استفاده‌های خاص واقع شوند و این دلیلی بر آن که وصف اطلاق در این اموال وجود ندارد نیست. برخی دیگر نیز این ایراد را گرفته‌اند که در اکثر موارد، این دیگران هستند که از مال فکری به معنای خاص استفاده می‌کنند نه خود پدید آورنده‌ی آفرینه‌ی فکری و امروزه در نظام سرمایه‌داری در بیشتر موارد، پدیدآورنده اثر و صاحب اثر یکی نیستند. این استدلال نیز استدلال بسیار ضعیفی است. نتیجه‌گیری از صورت غالب و تعمیم آن به سایر موارد و صدور یک حکم کلی، به نوعی قدم گذاردن از مرحله ثبوت به مرحله اثبات است. این که در بیشتر موارد صاحب اثر یا مخترع به موجب یک قرارداد قبل از اختراع (قراردادهای ساخت) یا بعد از آن (مجوزهای بهره‌برداری) حقوق ناشی از اختراع را به دیگران منتقل می‌کند دلیل نمی‌شود که خود مخترع نتواند با استفاده از حق فکری، به تولید محصول بپردازد. چراکه در بسیاری موارد، صاحب اثر با حفظ حق تولید یا تکثیر برای خود، در عین حال که حق خود را به دیگری منتقل می‌کند، خود نیز اقدام به تولید می‌نماید. توافق قبلی یا بعدی مخترع یا صاحب اثر با دیگری برای تولید انبوه یا تکثیر، هیچ منافاتی با

۸۶.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

حق او و مطلق و منحصر بودن این حق ندارد.^۱ این مطلب را نیز باید توجه داشت که همانند سایر موارد، در مورد اموال فکری نیز قانون‌گذار می‌تواند در جهت حفظ مصالح اجتماعی، محدودیت‌هایی را وضع نماید و چنان که قبلاً گفتیم این موضوع خللی به وصف اطلاق و انحصار این حق وارد نمی‌آورد.

اما آن چه در این مورد قابل بحث است و قابلیت تملیک این دسته از اموال را زیر سؤال می‌برد، تردید در وجود وصف دوام برای این اموال است. در ماده ۱۲ قانون حمایت از مؤلفان، مصنفان و هنرمندان آمده است: «مدت استفاده از حقوق مادی پدیدآورنده موضوع این قانون که به موجب وصایت یا وراثت منتقل می‌شود از تاریخ مرگ پدیدآورنده سی سال (طی اصلاحیه جدید پنجاه سال) است و اگر وارثی وجود نداشته باشد یا بر اثر وصایت به کسی منتقل نشده باشد برای همان مدت به منظور استفاده عمومی در اختیار وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی قرار خواهد گرفت.» هم چنین ماده ۳۳ قانون ثبت علائم و اختراعات مصوب ۱۳۱۰ مقرر می‌داشت: «مدت اعتبار ورقه اختراع به تقاضای مخترع ۵ یا ۱۰ یا ۱۵ و یا منتهی ۲۰ سال خواهد بود - در مدت مزبور که باید صراحتاً در ورقه اختراع قید شود مخترع یا قائم‌مقام قانونی او حق انحصاری ساخت یا فروش یا اعمال و یا استفاده از اختراع خود را خواهد داشت.» ماده ۱۶ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علامی تجاری مصوب ۱۳۸۶ نیز اعتبار گواهی‌نامه اختراع را تا مدت ۲۰ سال قرار داده است که پس از آن منقضی می‌شود.

نویسندگان مختلف به منظور حل این مشکل استدلالات و نظریات متفاوتی را ارائه داده‌اند. برخی با بیان این مطلب که در فقه ما نمونه‌های مالکیت موقت وجود دارد، از جمله بدل حیلولة و موقت بودن مالکیت منفعت در اجاره و وقف منقطع الاخر، سعی در اثبات این امر داشته‌اند که اصولاً در نظام حقوقی ما که بر پایه فقه بنا شده، وصف دوام جزو اوصاف مالکیت نیست. و بعد این طور نتیجه گرفته‌اند که حال که مالکیت

۱. محمدحسن، حیدری، قابلیت بیع اموال فکری، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه تهران، سال ۱۳۸۹، ص ۵۸.

موقت امکان پذیر است، اگر منشأ اعتبار را اراده قانون گذار بدانیم، موقت بودن مالکیت فکری با اشکال مواجه نیست. زیرا قانون گذار طبق صلاحدید، مالکیت را از همان ابتدا موقت قرار داده است.^۱

هم چنین اظهار نظر نموده‌اند که ممکن است وصف دوام را برای مالکیت قایل شد ولی می‌توان دوام آن را در برخی حالات استثنا کرد. نتیجه این که موقت قلمداد کردن حق مالکیت فکری با مشکل مواجه نیست بلکه یک امر اعتباری است که رابطه‌ی آن با پدیدآورنده از سنخ مالکیت است.^۲ در تأیید این استدلال گفته‌اند که حکم اولیه پیرامون اموال فکری مانند سایر اموال، دوام مالکیت است اما مصلحت اجتماعی به مثابه حکم ثانویه، مانع اجرای این حکم اولیه می‌شود. تعبیری که به ویژه، آن هنگام که سخن از حمایت آفرینش‌های ادبی و هنری (یعنی جایی که اثر، نشانگر شخصیت ادیب و هنرمند است) می‌رود، جلوه‌ای خاص می‌یابد.^۳

عده‌ای دیگر ضمن پذیرش بدون قید و شرط این موضوع که دوام جزو اوصاف اصلی مالکیت است، درباره ماهیت حقوقی انتقال اموال فکری، آن را با عقد اجاره منطبق دانسته‌اند. با این توضیح که در عقد اجاره، مالکیت منفعت به صورت موقت محقق می‌شود پس می‌توان انتقال اموال فکری را در قالب اجاره تبیین نمود. برای حل مشکل وجود واژه‌ی عین مستأجره در تعریف اجاره نیز این گونه استدلال کرده‌اند که این اشکال در اجاره‌ی اشخاص نیز وجود دارد، زیرا انسان را نمی‌توان به اجاره داد و عین مستأجره نامید و به ناچار باید گفت موضوع اجاره، کار و خدمت انسان است. در این صورت چه تفاوت می‌کند که فعالیت مادی انسان به اجاره داده شود یا فعالیت فکری او؟^۴

۱. محمود حکمت نیا، مبانی مالکیت فکری، تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ دوم، سال ۱۳۸۷، ص ۱۷۳.

۲. همان، ص ۱۷۳.

۳. محمد حسن حیدری، همان مأخذ، ص ۴۶.

۴. ناصر، کاتوزیان، دوره عقود معین، جلد اول، ص ۳۱۰.

عده‌ای دیگر نیز با بیان این مطلب که اصولاً حق مالی یا مادی پدیدآورنده باید موقت باشد، به طور تلویحی پذیرفته‌اند که اموال فکری به معنای خاص استثناست و موقت بودن مالکیت جزو ماهیت این اموال است. سپس در تأیید این نظر این گونه استدلال می‌نمایند که اثر ادبی یا هنری برای استفاده عموم پدید می‌آید، بنابراین بعد از مدتی که بهره‌برداری مادی از اثر منحصر به پدیدآورنده و وراث او بوده و پس از این که آن‌ها پاداش خود را دریافت کردند، حقوق فردی نسبت به اثر باید به نفع حقوق جامعه ساقط شود و همگان بتوانند از آن بهره‌مند گردند.^۱ علاوه بر این، آفرینه‌ی فکری منحصرأ به خالق آن تعلق ندارد بلکه تمام بشریت به نحوی در انواع آفرینش‌های فکری مشارکت دارند. بنابراین باید همه انسان‌ها بتوانند از آن بهره‌برداری نمایند. به همین دلیل اقتضا دارد حق مالکیت فکری امتیازی دائمی نباشد.

برخی دیگر (استاد سنه‌وری) ماهیت حق مالکیت فکری را به حق انتفاع نزدیک‌تر دانسته‌اند تا حق مالکیت؛ با این تفاوت کوچک که برخلاف حق انتفاع که در آن، این حق با فوت صاحب حق زایل می‌شود ولی در مالکیت فکری اینطور نیست.^۲ و النهایه، حقوق‌دان‌ها و فقهای که نتوانسته‌اند این رابطه را ذیل یکی از عنوان‌های حقوقی بگنجانند قایل به حق خاص هستند. مجمع فقه اسلامی در حکم شماره ۵ مورخ ۱۳۸۸/۹/۵ که درباره حقوق معنوی صادر کرده است، مقرر می‌دارد:

«۱- نام تجاری، عنوان تجاری، علامت تجاری، تألیف، اختراع و ابتکار که حقوق خاص برای صاحب آن است و در عرف معاصر دارای ارزش مالی معتبر است و این حقوق به لحاظ شرعی اعتبار دارند و تجاوز به آن‌ها جایز نیست.

۲- حق تألیف، اختراع و ابتکار به لحاظ شرعی دارای احترام است و دارندگان آن حق تصرف در آن حقوق را دارند و تجاوز به آن‌ها جایز نیست.»

در اینجا فارغ از بررسی صحت و سقم هریک از نظرات فوق که نیازمند بررسی

۱. علیرضا، نوروزی، حقوق مالکیت فکری، تهران: انتشارات چاپار، ۱۳۸۸، ص ۱۹.

۲. السنه‌وری عبدالرزاق احم، الوسیط، بیروت داراحیاء التراث العربی، ۱۹۸۶، ص ۲۸۰.

مفصل و تحلیل حقوقی دقیق بوده و این مقاله را گنجای طرح آن‌ها نیست، به تبیین و تشریح نظری که این مقاله بر پایه آن پیش خواهد رفت می‌پردازیم:

زمانیکه کسی در هر حوزه‌ای اعم از ادبیات، هنر، صنعت و ... چیز جدیدی را خلق می‌کند یا ایده‌ی نویی را ارایه می‌نماید، بدیهی است که این آفرینه‌ی فکری، محصول اعمال و تفکر او یا به عبارت بهتر نتیجه کار اوست و از آنجا که اشخاص مالک اعمال و افکار و الهامیه کار خویش‌اند، پس این آفرینه‌ی فکری مملوک وی تلقیم می‌شود. در واقع، پدیدآورنده بر فعل و تفکر و به طور خلاصه بر کار خود و نتیجه‌ی حاصل از آن، مالکیت ذاتی دارد و این حق مالکیت می‌تواند موضوع احکام حقوقی قرار گیرد. به عبارتی، پدیدآورنده می‌تواند با انتقال و واگذاری آن به شخص دیگر، با وی طرف قرارداد شود. در این صورت مالکیت ذاتی دارای اثر حقوقی است. مالکیت فکری را که در واقع نتیجه‌ی کار آفریننده و برگرفته از آزادی بیان و اندیشه است باید در زمره مالکیت ذاتی تکوینی قلمداد نمود. اما آن چه در اینجا موضوع را متفاوت می‌کند، این مطلب است که همانطور که در برخی نظریات فوق بدان اشاره گردید ولی تحلیل درست و حقوقی به دست داده نشد، هر پدیدآورنده‌ای با اتکا به دانش و یافته‌ها و داده‌هایی که بشریت در طول تاریخ در خصوص آن موضوع کسب و ثبت کرده و نسل به نسل آموزش داده شده اقدام به خلق یک ایده و آفرینه‌ی فکری جدید می‌نماید. بدیهی است آن چه او به عنوان یک آفرینه‌ی فکری کاملاً جدید و بکر به بشریت عرضه می‌کند حتی در بهترین حالات فقط درصد ناچیزی از کل اثر را تشکیل می‌دهد. و از آنجا که این درصد ناچیز با کل این اثر درهم آمیخته شده، به طوریکه به صورت جداگانه و مستقل قابل عرضه نیست، می‌توان به این نتیجه حقوقی رسید که وی در این اثر با تمام بشریت شریک است. به عبارت بهتر این اثر در مالکیت مشاعی وی و تمام بشریت است. پدیدآورنده به صورت دائم و الی‌الابد مالک آن قسمتی از آفرینه‌ی فکری است که به طور مطلق محصول فکر اوست که البته با سهم کل بشریت در هم آمیخته است. پدیدآورنده و بعد از وی وراث وی تا ابد می‌توانند از منافع این درصد

۹۰.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

مالکیت مشاعی خویش، بصورت مطلق و انحصاری استفاده نمایند، آن را واگذار کنند و موضوع قراردادهای مختلف قرار دهند. اما اعمال این حق برای پدیدآورنده‌ای که ممکن است سالیان درازی از عمر خود را صرف آن کرده باشد، نفع اقتصادی ندارد (به دلیل درصداندک آن) و به همین دلیل، انگیزه انسان‌ها برای خلق آثار و آفرینه‌های جدید از بین خواهد رفت. یک نهاد حقوقی که البته در فقه ما نیز سابقه‌ی طولانی دارد می‌تواند در جهت حمایت از پدیدآورنده و در نظر گرفتن نفع اقتصادی او، این مشکل را حل نماید.

این نهاد حقوقی، مهاریات یا همان افراز منافع است. به این ترتیب که پدیدآورنده تا الی الابد مالک آن درصدی است که خود اضافه نموده است ولی منافع کل اثر برای مدت معینی به او تعلق گرفته و پس از آن تمام بشریت می‌توانند از آن استفاده نمایند. به این ترتیب می‌بینیم که وصف دوام نیز در اموال فکری به معنی خاص وجود دارد و قرار دادن مدت معین جهت استفاده اقتصادی از اثر برای پدیدآورنده، در واقع افراز منافع مال مشاع است که هیچ منافاتی با حق مالکیت پدیدآورنده نسبت به آفرینه‌ی فکری ندارد. با این تفصیل، بدون هیچ مساله‌ای و بدون توسل به نظریه‌هایی که بدون تحلیل منطقی و حقوقی مبنایی، مالکیت اموال فکری را قبول یا رد می‌کنند یا منکر وصف دوام برای مالکیت فکری و حتی خود مالکیت می‌شوند، می‌توان ادعا نمود ماهیت رابطه‌ی اموال فکری با دارنده‌ی آن، رابطه مالکیت می‌باشد با تمام اوصاف آن نه صرفاً یک حق مالی.

و نتیجه‌ی مهمی که از این بحث حاصل می‌شود این است که موضوع بیع قرار گرفتن این اموال هیچ ایراد حقوقی ندارد. در خاتمه یادآور می‌شویم اموال فکری قابل تملیک است و تمامی اوصاف مالکیت در مورد آن جاری است. لیکن نباید از نظر دور داشت آن چه اهمیت دارد این است که این اوصاف در مقام جعل این حق برای پدیدآور به طور کامل وجود دارد. محدودیت‌های قانونی که بنا بر مصلحت اجتماع بر این اوصاف تحمیل می‌شود به هیچ وجه نمی‌تواند باعث شود که این حق از دایره‌ی ملکیت خارج

شود.

۲- تولیدات فکری

تولیدات فکری همان طور که قبلاً ذکر شد به محصولات ناشی از عملیاتی کردن آفرینه‌های فکری می‌گویند. محصولات فکری که اولاً ماهیت خارجی داشته و ملموس هستند، ثانیاً در عرف دارای ارزش اقتصادی بوده و مردم برای تحصیل آن رغبت دارند، ثالثاً قابل اختصاص یافتن به اشخاص هستند و به همین دلایل نمونه بارز مفهوم مال هستند که توسط مردم، موضوع نقل و انتقال و سایر قراردادهای دیگر واقع می‌شوند. فیزیکی یک کتاب، فیزیکی cd های فیلم، موسیقی و ... نمونه‌ی تولیدات فکری هستند. اما در مورد این که هنگامی که یک شخص، این تولیدات را خریداری نموده و آن‌ها در اختیار و سلطه او قرار دارد، رابطه بین دارنده و این محصولات رابطه مالکیت هست یا خیر، باید به اوصاف مالکیت مراجعه و آن‌ها را با این رابطه‌ی حقوقی تطبیق داد. در خصوص عنصر دوام باید اذعان داشت زمانی که شخصی مثلاً کتابی را خریداری می‌کند، تا ابد و تا زمانی که موضوع این حق، یعنی فیزیکی کتاب باقی است، در ملکیت وی باقی می‌ماند و بدیهی است با فوت او مثل سایر اموال تحت تملکش به ورثه و یا اوصیای وی منتقل می‌شود. نتیجه آن که در وجود وصف دوام جای هیچ گونه تردیدی نیست. هم چنین در انحصاری بودن این حق نیز نمی‌بایست تردید کرد. دارنده‌ی کتاب به طور انحصاری می‌تواند در آن تصرف کند و از آن استفاده نماید. اما آن چه در مورد این اموال قابل تأمل است، عنصر اطلاق است. آیا خریدار کتاب می‌تواند به طور مطلق هر تصرفی در کتابی که خریداری نموده و اینک ملک او محسوب است، بنماید؟ مثلاً آیا وی می‌تواند به هر میزان که خواست از آن تکثیر نموده و بین دوستان خود پخش کند؟ یا به فروش برساند؟ بدیهی است طبق قواعد حاکم بر حقوق مالکیت فکری، انجام این عمل غیر ممکن است. چرا که این عمل با حق تألیف نویسنده‌ی کتاب یا کسی که این حق تألیف به او واگذار شده، به عبارت بهتر با حقوق مالک حق تألیف، در تضاد است. نتیجه این می‌شود که دارنده‌ی فیزیکی کتاب، نمی‌تواند به طور مطلق در

۹۲.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

آن تصرف نماید. به این ترتیب آن چه ظاهراً می‌توان گفت این است که وصف اطلاق در این رابطه وجود نداشته، لذا این رابطه‌ی مالکیت نیست. اما این نتیجه‌گیری، ظاهراً با عرف و اراده‌ی طرفین و آن چه عملاً در داد و ستدهای مردم اتفاق می‌افتد در تعارض است. پس مشکل کجاست؟

در این خصوص باید گفت در یک پایگاه واحد ممکن است دو مال یا به عبارت بهت دو حق مالی جمع شود. در یک کتاب نیز دو حق وجود دارد: ۱- حق مالکِ حق تالیف، ۲- حق مالکِ فیزیک کتاب. مالک کتاب نمی‌تواند تصرفاتی در کتاب بنماید که با حق مالکِ حق تالیف در تعارض باشد. اما نکته‌ی اصلی اینجاست که این تقيید، ناشی از طبیعت مال و وضعیت خاص آن است. به عبارت بهتر، این عدم اطلاق ناشی از جعل قانون گذار نیست که با مالکیت مشکل داشته باشد. بلکه چون این نوع استفاده‌ی مالکِ فیزیک کتاب (تکثیر آن) دقیقاً همان حقی است که مالک حق تالیف دارد نباید و نمی‌تواند نسبت به آن اقدام کند. چنین تصرفی به صورت طبیعی در تعارض با یک حق دیگر است و هیچ ارتباطی به تقيید حق مالکیت مالکِ فیزیک کتاب ندارد. لذا دارنده‌ی کتاب، مالک کتاب است و از تمام حقوق مالکانه برخوردار است. علاوه بر مطالب فوق، در این خصوص و برای حل این مشکل می‌توان به قاعده لاضرر نیز تمسک جست و اتفاقاً یکی از مصادیق بارز جاری شدن قاعده‌ی لاضرر، همین موضوع است. یکی از مباحث پرکاربرد و مسلم اصول فقه آن است که هرگاه قاعده‌ی تسلیط با قاعده‌ی لاضرر در تعارض قرار گیرد، قاعده‌ی لاضرر بر قاعد تسلیط مقدم می‌گردد. در موضوع مورد بحث نیز این درست است که کسی که فیزیک کتاب را خریداری می‌نماید، مالک آن شده و طبق قاعده تسلیط، می‌تواند هرگونه تصرفی در آن بنماید. اما اگر مالکِ فیزیک کتاب بخواهد بر مبنای قاعده تسلیط و وصف اطلاق حق مالکیت، مثلاً کتاب را تکثیر نموده و به دیگران هدیه بدهد یا بفروشد، این نوع تصرف او در مایملک خویش، باعث ورود ضرر به دیگری (مالک حق تالیف کتاب) می‌شود. چه بسا نویسنده‌ی کتاب، سالیان درازی از عمر خود را صرف نوشتن کتاب کرده تا به

پشتوانه‌ی حق مالکیت فکری خویش (در این جا حق تألیف) که حق نشر کتاب را منحصرأ متعلق به او می‌داند، قسمتی از معیشت خود را تأمین کند. در اینجا قاعده لاضرر بر قاعده تسلیط مقدم شده و مانع این گونه تصرفات توسط مالک فیزیک کتاب می‌شود. بر مبنای قاعده‌ی لاضرر، مالک فیزیک کتاب نمی‌تواند مرتکب تصرفی در کتاب شود که موجب تضییع حقوق مؤلف کتاب شده و او را متضرر نماید. در واقع در این جا علاوه بر حق تألیف نویسنده‌ی کتاب که یکی از انواع حقوق مالکیت فکری است و بر مبنای آن هیچ کس جز خود او (البته تا مدت زمان مشخصی که قانون تعیین می‌کند) نمی‌تواند کتاب را تکثیر نماید، قاعده‌ی لاضرر نیز به کمک نویسنده می‌آید و با مقدم شدن بر قاعده تسلیط، مانع این گونه تصرفات توسط مالک فیزیک کتاب می‌گردد. به این ترتیب، بحث تملیک در تعریف بیع در مورد این دسته از اموال تبیین گردید. اینک به بررسی مفهوم عین و سابقه فقهی آن در تعریف بیع می‌پردازیم.

گفتار سوم) بررسی مفهوم عین در تعریف عقد بیع و تطبیق آن با ماهیت اموال فکری

بند اول) بررسی لغوی و مفهومی عین

از ظاهر تعریفی که ماده ۳۳۸ قانون مدنی برای عقد بیع ارائه داده، چنین استنباط می‌شود که در عقد بیع آن چه مبیع واقع می‌شود لزوماً باید عین باشد. عین نیز در کتب فقهی و حقوقی مختلف، مالی تعریف شده که ماهیت خارجی داشته و قابل لمس باشد. به عبارت بهتر فقط این نوع اموال را می‌توان در قالب عقد بیع به دیگری منتقل نمود. با ظهور اموال جدید که ماهیت خارجی نداشته و البته در بازار داد و ستد به شدت مورد استقبال تجار و مردم قرار گرفته، حقوق‌دانان معاصر تلاش نمودند با بازنگری و تدقیق بیشتر در تعریف عقد بیع و مفردات آن، تفسیری متفاوت و مناسب نیاز جامعه‌ی امروز ارائه دهند. از جمله برخی با این منطق البته قابل قبول که پیوستن انتقال اموال غیرمادی به بیع، احکام مربوط به این انتقال را روشن می‌سازد و دادرسان و نویسندگان را از

۹۴.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

توسل به استدلال‌ها و قیاس‌های بی پایه معاف می‌کند و از اختلاف و پراکندگی نظرها می‌کاهد، چنین اظهار نظر نموده‌اند که بهتر آن است که عقد بیع به تملیک مال یا انتقال مالکیت در برابر عوض اطلاق شود؛ خواه آن مال عین باشد یا حق، و خواه تملیک فوری صورت پذیرد یا معلق به شرط شود یا مدتی به تأخیر افتد. در واقع، واژه‌ی عین برای پرهیز از ورود اجاره در تعریف بیع بوده است. به عبارت دیگر، عین در برابر منفعت قرار می‌گیرد نه در برابر اموالی که وجود خارجی ندارند.^۱

هم چنین برخی دیگر این گونه استدلال نموده‌اند که گاهی عین به معنای وجود مادی به کار برده می‌شود که در این مفهوم، عین در مقابل اشیاء غیرمادی نظیر حق اختراع قرار می‌گیرد. اما گاهی عین را در مقابل منفعت مال به کار می‌بریم که منظور اصل خود مال است. این اشتباه در واقع ناشی از مشترک لفظی بودن واژه‌ی عین می‌باشد. عین در اینجا به مفهوم اصل مال است در مقابل منفعت آن و نه به معنای خارجی بودن مال و تعیین داشتن آن. به مرور، به لحاظ این اشتراک لفظی، مفهوم اول این واژه، جای خود را به مفهوم دوم داده است.^۲

در تأیید آن چه این حقوق‌دانان به درستی بیان داشته‌اند، می‌توان موارد زیر را اضافه نمود:

۱- واژه‌ی عین در عربی دارای معانی متعددی بوده که در کتب لغت به تفصیل در مورد آن‌ها توضیح داده شده است. از جمله معانی که برای واژه عین در کتب لغت آورده‌اند «المال العتید الحاضر» به معنای مال آماده و حاضر است. در کتاب لغت العین آمده است:

«عین: المال العتید الحاضر. يقال: انه العین غیر(دین) ای مال حاضر.»^۳ در این جا

۱. ناصر کاتوزیان، دوره عقود معین، جلد اول، ص ۳۰۶.

۲. محمد معین، اسلام، عباس کریمی، رهن اموال فکری، فصلنامه حقوق، دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۸، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۷.

۳. خلیل بن احمد فراهیدی، کتاب العین (لغت نامه)، جلد ۲، چاپ دوم، ۱۴۱۰ه ق، ص ۲۳۷.

عین به عنوان مال حاضر و در مقابل دین ترجمه شده است. همین تعریف در کتاب لغت معروف دیگر (المحیط فی اللغه) تکرار شده است:

«العین: والمال الحاضر. يقال: هو عین غیر دین.»^۱ به این معنی که عین مال حاضری است که جز دین است و در مقابل آن قرار می‌گیرد.

۲- فقهای متقدم و مخصوصاً برخی فقهای متأخر، در فصل بیع کتاب‌هایشان، پس از بیان تعاریف آن از جمله مبادله العین بعوض، اضافه نموده‌اند: «المفروض ان تعریف البیع لایشتمل المنفعه لکی لا یشتمل الاجاره. لأن‌ها دفع المال بازاء المنفعه.»^۲ به این معنی که در تعریف بیع این مفروض است که عین شامل منفعت نمی‌شود، چرا که تعریف بیع مشمول تعریف اجاره نیست به این دلیل که اجاره پرداخت مال در مقابل منفعت است (حال آن که بیع پرداخت مال در مقابل عین است). همه‌ی این‌ها بیانگر این موضوع است که واژه‌ی عین در این تعاریف در مقابل منفعت و دین به کار رفته است، نه مال مادی دارای ماهیت خارجی.

۳- شاهد دیگر بر این مدعا، حدیث مشهوری است در باب وقف از پیامبر اکرم که تقریباً در تمام کتب فقهی معتبر نقل شده است:

«و روی نافع عن ابن عمر، ان عمر بن الخطاب ملک ماته سهم من خیبر اشتراها، فلما استجمعها قال: یا رسول الله انی اصبت مالاً لم اصب قط مثله، و خذ اردت ان تقرب به الی الله، فقال النبی علیه السلام: حبس الاصل و سبل الثمره.»^۳ به این معنی که «نافع از پسر عمر روایت کرده است که عمر بن خطاب صد سهم از خیبر را خرید و مالک آن شد. پس زمانی که آن‌ها را جمع آوری کرد گفت: یا رسول الله به من مالی

۱. اسماعیل بن عباد، المحیط فی اللغه، جلد ۲، نشر عالم الکتاب، چاپ اول، ۱۴۱۴هـ ق، ص ۱۶۰.

۲. سید محمد صدر، ماورای الفقه، جلد ۳، دار الاضواء و للطباعه و النشر و التوزیع، ص ۳۵۳.

۳. ابوجعفر بن محمد بن حسن طوسی، الخلاف، جلد ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۷هـ ق، ص ۵۳۸.

این حدیث در کتب فقهی و معتبر دیگر از جمله المبسوط، شرائع الاسلام، جامع الخلاف، تذکره الفقهاء، جامع المقاصد، اللمعنه، جواهر الکلام، حدائق الناضره و ... ذکر شده است.

رسیده است که هرگز مانند آن به من نرسیده بود. و می‌خواهم با آن به خدا نزدیک شوم. پس پیامبر علیه السلام گفت: اصل آن را حبس کن و منافعش را رها کن.»^۱ در این حدیث که در واقع تأسیس نهاد حقوقی وقف توسط پیامبر اکرم (ص) است، صراحتاً از اصل مال نام برده نه عین مال. لیکن بعد از محقق حلی، در تعریف وقف، به جای اصل، عین قرار داده شده و در بین مؤلفین متأخر، عین در معنای دیگر آن (داشتن ماهیت خارجی) استعمال شده است.^۲ لذا با عنایت به استدلال‌ات و تعاریف مطروحه در این خصوص به درستی این ادعا می‌توان اذعان نمود و باید گفت عین در تعریف مبیع به معنای مالی که دارای ماهیت خارجی بوده نیست، بلکه در مقابل منفعت بوده و صرفاً برای جلوگیری از ورود اجاره در تعریف بیع آورده شده است. بنا بر این بیع اموال فکری از این جهت مواجه با مشکلی نیست.

امروزه برخی فقهای متأخر نیز در فصل مربوط به بیع و البته به صورت کلی و گذرا به این موضوع اشاره نموده و بیان کسانی که عین را به معنای اموال دارای ماهیت خارجی قلمداد نموده‌اند را مورد تردید قرار داده‌اند.^۳ در این بین دیدگاه امام خمینی (ره) شایان توجه است. از نظر ایشان، مبیع جز اعیان می‌تواند شامل موارد دیگری گردد که اتفاقاً در عرف و نزد عقلاً بسیار رایج است؛ از جمله فروش آثار فعالیت کشاورزان بر روی زمین در قالب عقد بیع، مانند حق شیار و حفر مجرای آب و آماده کردن زمین جهت کشت، یا فروش حق اعتباری سرقفلی در قالب بیع که امروزه در بین مردم رواج دارد و عقلاً نیز بر صحت آن تأکید می‌ورزند. لذا ایشان بیع حقوق و منافع را مانند بیع اعیان، کاملاً منطبق با تعریف بیع در فقه می‌داند و هیچ ایرادی بر آن وارد نمی‌داند.^۴ ایشان پس از بیان توضیحاتی مبنی بر صحت بیع دین و در توجیه نظریه خود بیان

۱. محمد معین اسلام، عباس کریمی، پیشین
در این خصوص از تقریرات درس حقوق مدنی استاد گرامی دکتر کریمی در دانشکده حقوق دانشگاه آزاد واحد تهران مرکز نیز استفاده شده است.

۲. میرزا علی، مشکینی، مصطلحات الفقه، پیشین، ص ۱۱۲.

۳. روح اله خمینی، کتاب البیع، ج ۱، قم: موسسه اسماعیلیان، چاپ چهارم، ۱۳۶۸، ص ۱۵.

می‌دارد: «می‌بایست قایل به این باشیم که ملکیت از اعراض خارجی نبوده بلکه از اعتبارات عقلایی است و مانعی در این که آن را برای موضوع اعتباری دیگری اعتبار نماییم وجود ندارد.»^۱ علاوه بر آن، برخی دیگر از فقها نیز کلاً در تعریف بیع، علاوه بر تعریف متداول آن (تملیک عین به عوض معلوم)، تعاریفی مثل مبادله مال بمال یا مبادله مال بعوض را بیان نموده‌اند که عملاً به جای عین از واژه کلی مال استفاده کرده‌اند که بدون تردید اعم از عین، اموال مادی و غیر مادی است.^۲

بند دوم) تطبیق مفهوم عین با اموال فکری

در این قسمت به بررسی این موضوع می‌پردازیم که آیا اموال فکری در گستره‌ی مفهوم عین در تعریف بیع در ماده ۳۳۸ قانون مدنی قرار می‌گیرند یا خیر؟ در واقع با اثبات این موضوع به عنوان آخرین حلقه‌ی این پژوهش، و بر مبنای استدلالات و شواهد پیش گفته است که می‌توان در خصوص پرسش اصلی مقاله یعنی قابلیت انتقال اموال فکری در قالب عقد بیع، پاسخی درخور و علمی داد. دکتر کاتوزیان می‌گوید: «در عرف محاوره، انتقال حق در مقابل عوض را فروش می‌گویند. این نام‌گذاری تمایل عرف را به گستردن دامنه بیع می‌رساند. از این تمایل باید سود جست و رویه قضایی را به این سو کشاند که انتقال مالکیت حق و اموال غیرمادی نیز در تعریف بگنجد و قید عین تنها برای خروج اجاره از تعریف بیع بکار رود.»^۳ دیدگاه فقهی - حقوقی دانشمند فقید، آقای دکتر ابوالقاسم گرگی، نیز در این باره درخور اهمیت است: «موضوعات اموری چون تجارت، بیع، عقد و غیر ذلک، اموری هستند عرفی، حقیقت ثابتی ندارند تا مورد شک و شبهه مصداقیه واقع شوند. بلکه به تبع زمان، مکان و سایر شرایط تغییر

۱. همان، ص ۱۵

۲. برای نمونه می‌توان به کتاب شهید صدر (ماوراء الفقه) جلد ۳ ص ۳۵۳ و همچنین کتاب معجم المصطلحات والالفاظ الفقهیه اثر محمود عبد الرحمن مراجعه نمود.

۳. ناصر، کاتوزیان، حقوق مدنی: معاملات معوض عقود تملیکی، ج ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۱، ص ۴۲.

پیدا می‌کنند. لذا امروزه در مورد واگذاری حق تألیف و .. کلمه بیع و فروش را به کار می‌برند. در حالیکه در گذشته چنین نبوده است.»^۱

دکتر لنگرودی نیز با بیان این مطلب که عین بودن مبیع از عناصر سازنده عقد بیع نیست، پا را از نص قانون فراتر نهاده و ماده ۳۳۸ قانون مدنی را در تعریف بیع منسوخ می‌داند. با این توضیح که قانون گذار در موارد فراوانی که پس از قانون مدنی تصویب کرده است، در مورد تعریف بیع خود را پایبند ماده فوق نمی‌داند. در تأیید نظر دکتر لنگرودی می‌توان به مواد ۳۴ و ۳۵ لایحه اصلاحی قانون تجارت اشاره کرد که در آن‌ها از بیع سهام شرکت‌ها سخن به میان آمده است. در مواد فوق، موضوع بیع، عین دارای ماهیت خارجی نبوده بلکه یک حق مالی است. به عنوان مثال ماده ۳۴ لایحه اصلاحی قانون تجارت مقرر می‌دارد: «کسی که تعهد اکتیاع سهمی را نموده مسئول پرداخت تمام مبلغ اسمی آن می‌باشد و در صورتی که قبل از تأدیهِ تمام مبلغ اسمی سهم آن را به دیگری انتقال دهد بعد از انتقال سهم دارنده سهم مسئول پرداخت بقیه مبلغ اسمی آن خواهد بود.» که در صدر آن صراحتاً از اکتیاع سهم سخن گفته و در ادامه به انتقال سهام اشاره کرده است. هم چنین در ماده ۳۵ لایحه فوق آمده است: «در هر موقع که شرکت بخواهد تمام یا قسمتی از مبلغ پرداخت نشده سهام را مطالبه کند باید مراتب را از طریق نشر آگهی در روزنامه‌کثیرالانتشاری که آگهی‌های مربوط به شرکت در آن منتشر می‌شود به صاحبان فعلی سهام اطلاع دهد و مهلت معقول و متناسبی برای پرداخت مبلغ مورد مطالبه مقرر دارد. پس از انقضای چنین مهلتی هر مبلغ که تأدیه نشده باشد نسبت به آن خسارت دیرکرد از قرار نرخ رسمی بهره به علاوه چهاردرصد در سال به مبلغ تأدیه نشده علاوه خواهد شد و پس از اخطار از طرف شرکت به صاحب سهم و گذشتن یک ماه اگر مبلغ مورد مطالبه و خسارت تأخیر آن تماماً پرداخت نشود شرکت

۱. ابوالقاسم، گرجی، مقالات حقوقی، ج ۲، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ص ۱۳.

۲. محمدجعفر، لنگرودی، دایره‌المعارف حقوق مدنی و تجارت، ج ۱، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۸، ص ۴۲۶.

این گونه سهام را در صورتی که در بورس اوراق بهادار پذیرفته شده باشد از طریق بورس و گرنه از طریق مزایده به فروش خواهد رسانید. از حاصل فروش سهم، بدو ا کلیه هزینه‌های مترتبه برداشت گردیده و در صورتی که خالص حاصل فروش از بدهی صاحب سهم (بابت اصل و هزینه‌ها و خسارت دیرکرد) بیشتر باشد مازاد به وی پرداخت می‌شود.» که در قسمت انتهایی این ماده در خصوص انتقال سهام از واژه فروش استفاده کرده و این موضوع به روشنی، موضع لایحه‌ی اصلاحی را در خصوص صحت فروش سهام به عنوان یک حق مالی یا مال غیرمادی که دارای وجود خارجی نیست مشخص کرده است. در قانون تجارت و لایحه اصلاحی، علاوه بر موارد فوق، انتقال سهام بارها فروش نامیده شده است. از جمله در ماده ۴۰ قانون تجارت و مواد ۲۱، ۴۶، ۶۰، ۱۶۷ و ۲۴۴ لایحه اصلاحی قانون تجارت.

ماده ۳۸ لایحه‌ی اصلاحی نیز یکی از این موارد است که مقرر می‌دارد: «در مورد ماده ۳۷ هرگاه دارندگان سهام قبل از فروش سهام بدهی خود را بابت اصل و خسارات و هزینه‌ها بیه شرکت پرداخت کنند مجدداً حق حضور و رأی در مجمع عمومی را خواهند داشت و می‌توانند حقوق مالی وابسته به سهام خود را که مشمول مرور زمان نشده باشد مطالبه کنند.» علاوه بر سهام، در ماده ۵۷ لایحه اصلاحی قانون تجارت، انتقال اوراق قرضه را نیز که یکی دیگر از مصادیق مال غیر مادی بوده و دارای وجود خارجی نیست، با واژه‌ی فروش نام می‌برد. این ماده مقرر می‌دارد: «تصمیم راجع به فروش اوراق قرضه و شرایط صدور و انتشار آن باید همراه با طرح اطلاعیه انتشار اوراق قرضه کتباً به مرجع ثبت شرکت‌ها اعلام شود. مرجع مذکور مفاد تصمیم راثبت و خلاصه آن را همراه با طرح اطلاعیه انتشار اوراق قرضه به هزینه شرکت در روزنامه رسمی آگهی خواهد نمود.»

بایک جستجوی کوتاه در سایر قوانینی که بعد از قانون مدنی تصویب شده است، به موارد متعددی بر می‌خوریم که قانون گذار حکم به جواز انتقال یک مال غیر مادی یا یک حق مالی در قالب عقد بیع داده است. برای مثال، بیع موضوع قانون تقسیم و فروش

۱۰۰.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

املاک مورد اجاره به زارعین مستأجر مصوب ۱۳۴۷، ناظر بر فروش قبوض اقساطی دریافتی بابت بهای املاک خود از زارعین خریدار است. هم چنین منصرف از قانون، در عرف نیز که یکی از دیگر از منابع اصلی نظام حقوقی ماست، اموال غیرمادی که به معنی دقیق کلمه، عین دارای وجود خارجی نیست، با عقد بیع بین مردم داد و ستد می‌شود که از بارزترین مصادیق آن می‌توان به سرقتی، فیش‌های حج تمتع، انواع کوپن و بن‌های غیرنقدی، انواع امتیازها از جمله امتیاز وام و امتیاز مجوزهای گوناگون اشاره کرد.

اما دکتر عباس کریمی نیز در این خصوص دیدگاه جالب و قابل تأملی دارد. ایشان معتقد است: «آن چه از عین در آثار فقیهان متقدم در نظر بوده و نیز مقصود از عین در ماده ۳۳۸ قانون مدنی، نه آن چه در معنای فلسفی ذات قایم به نفس دارای وجود خارجی خوانده می‌شود، بلکه اصل وجود مال است که در مقابل منفعت قرار می‌گیرد. به دیگر کلام، گاهی عین به معنای وجود مادی به اصطلاح 'Tangible' به کار می‌رود که در این مفهوم، عین در مقابل اشیای غیر مادی نظیر حق تألیف و حق اختراع قرار می‌گیرد. اما گاه عین در مقابل منفعت مال به کار می‌رود که منظور اصل خود مال است. این اشتباه در واقع از مشترک لفظی بودن واژه‌ی عین ناشی شده است. منظور فقها از عین در تعریف بیع، عین در مقابل منفعت بوده لیکن همواره از عین، فرد اجلای آن به ذهن متبادر شده است و عینی که به مفهوم اصل مال بوده است (در مقابل منفعت آن) جای خود را به معنای خارجی بودن مال و تعیین داشتن آن داده است.»^۲

به این ترتیب، باید بگوییم اولاً واژه‌ی عین در تعریف بیع در ماده ۳۳۸ قانون مدنی، امروزه منحصر به شیء دارای وجود خارجی و قابل لمس نیست بلکه مصادیق آن را عرف و روش عقلا تعیین می‌کند. و ثانیاً در خصوص اموال فکری به معنی خاص

۱. قابل لمس، محسوس.

۲. عباس، کریمی، اسماء موسوی، بیع اموال فکری از منظر حقوق اسلامی، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۰، ص ۱۱.

شامل حق مالکیت فکری بایست گفت که با بررسی سابقه‌ی تعریف عقد بیع و تبیین مفهوم عین و هم چنین مطالعه‌ی وضعیت نهادهای حقوقی دیگر مانند وقف، روشن شد اموال غیرمادی از جمله اموال فکری به معنی خاص نیز مشمول واژه‌ی عین شده و در این تعریف جای می‌گیرند. هم چنین در مورد دسته دوم این اموال که شامل تولیدات فکری می‌شوند، مشکلی از جهت وجود واژه عین در تعریف بیع نیست. چرا که اصولاً این اموال وجود خارجی داشته و غیر مادی نیستند.

نتیجه گیری

با تحلیل موشکافانه‌ی تعریف عقد بیع و مشخص نمودن عناصر اصلی آن از نقطه نظر مبیع، یعنی ۱- لزوم مالیت داشتن مبیع ۲- قابلیت تملیک مبیع و ۳- عین بودن مبیع، در نگاه اول این گونه به نظر می‌رسد که بیع اموال فکری امکان پذیر نباشد. در این مقاله، در گفتار اول پس از بیان تعاریف مختلف مال و با ارایه یک معیار عرفی و قابل قبول از مال مبنی بر دارا بودن ارزش اقتصادی و رغبت مردم، اثبات نمودیم که امروزه اموال فکری به معنی خاص و تولیدات فکری، مالیت داشته و از مصادیق بارز تعریف مال هستند. سپس در گفتار دوم از یک طرف با بررسی ماهیت حق مالکیت و برشماری و اثبات اوصاف اساسی آن، خصوصاً وصف دوام، و از طرف دیگر تبیین ماهیت و چیستی رابطه‌ی بین این اموال و دارنده‌ی آن، این نتیجه حاصل شد که دارنده‌ی اموال فکری دارای حق مالکیت نسبت به آن‌هاست. در این قسمت به شبهه اصلی موجود در نظریات مختلف، یعنی ادعای موقت بودن مالکیت فکری، بر مبنای یکی از نهادهای اصیل فقه (مهایات) پاسخ داده شد و اثبات گردید که در مالکیت فکری نیز، همانند سایر اقسام مالکیت، تمام عناصر حق مالکیت شامل دوام، اطلاق و انحصار وجود داشته و موقت بودن ظاهری حق مالکیت فکری صرفاً ناشی از ایجاد راهکاری جهت بهره مند شدن راحت‌تر دارنده حق مالکیت فکری از حقوق خویش از طریق افراز منافع مالکیت مشاعی وی بر آفرینه فکری است. در گفتار سوم نیز با ارایه

۱۰۲.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

دلایل متعدد، روشن شد که اولاً منظور از عین بودن مبیع در تعریف بیع، داشتن وجود خارجی و قابل لمس نیست و واژه عین در این تعریف در مقابل منفعت و به معنای اصل مال بوده و صرفاً جهت ممانعت از ورود اجاره در تعریف عقد بیع است. در این خصوص اولاً با تحلیل پیشینه‌ی لغوی و فقهی مفهوم عین و هم چنین تعریف عقد بیع، و نیز با بررسی مقررات قانونی‌ای که بعد از تصویب قانون مدنی وضع شده و با فراتر رفتن از حدود تعریف بیع در قانون مدنی، صحبت از انتقال اموال غیر مادی چون سهام شرکت‌ها، اوراق قرضه و ... در قالب عقد بیع می‌نماید، دلایل لازم در خصوص اثبات این ادعا اقامه شد. ثانیاً با ارایه این توضیح تفصیلی از عین در تعریف بیع، ثابت شد که اموال فکری به معنی خاص (حق مالکیت فکری) و هم چنین تولیدات فکری، در ظرف مفهوم عین می‌گنجند و از این جهت نیز مشکلی در انتقال آن‌ها از طریق عقد بیع وجود ندارد.

به این ترتیب از مجموع مباحث مطروحه می‌توان به این نتیجه رسید که بیع اموال فکری اعم از اموال فکری به معنی خاص (حق تألیف، حق اختراع و ...) و تولیدات فکری (فیزیک کتاب، سی دی و ...)، امکان‌پذیر بوده و تعارضی با نظام حقوقی ما ندارد. لیکن جهت حمایت بهتر از پدیدآورندگان اموال فکری، با پشتوانه‌ی قانونی و دارای ضمانت اجرای مناسب و هم چنین همسو با نظام‌های حقوقی دنیا و روند رو به گسترش این اموال و سهمی که در بازارهای کنونی و آینده دارند، به نظر می‌رسد مناسب خواهد بود که با وضع قوانین خاص در این مورد، جامعه‌ی حقوقی را بصورت متحد و یکپارچه درآورده تا دادگاه‌ها و مراجع قضایی نیز در چارچوب یک نظم حقوقی و با خیالی آسوده‌تر بتوانند در مورد دعاوی مربوط به این اموال تصمیم بگیرند.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

کتب:

۱. اسلامی، شیراز، مجموعه قوانین مالکیت‌های فکری، تهران: انتشارات مجد، چاپ اول، سال ۱۳۸۸.
۲. امامی، اسدالله، حقوق مالکیت معنوی، جلد اول، تهران: انتشارات میزان، چاپ اول، ۱۳۸۷.
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ سیزدهم، ۱۳۸۲.
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دائره المعارف حقوق مدنی و تجارت، ج ۱، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۸.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد چهارم، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۸۸.
۶. حکمت نیا، محمود، مبانی مالکیت فکری، تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۸۷.
۷. کاتوزیان، ناصر، اموال و مالکیت، تهران: نشر میزان، چاپ هفتم، ۱۳۸۲.
۸. کاتوزیان، ناصر، دوره عقود معین، جلد اول، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۸۷.
۹. کریمی، عباس، تقریرات درس حقوق مدنی، دوره کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه آزاد واحد تهران مرکز، سال ۱۳۸۹.
۱۰. گرجی، ابوالقاسم، مقالات حقوقی، ج ۲، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۲.
۱۱. محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه، جلد ۱، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم، ۱۳۸۸.

۱۰۴.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

۱۲. نوروزی، علیرضا، حقوق مالکیت فکری، تهران: انتشارات چاپار، چاپ اول، ۱۳۸۸.

مقالات:

۱۳. احمد زاده بزاز، سید عبدالمطلب، مالکیت موقت، مجله نامه مفید، شماره ۲۴، پاییز ۱۳۷۹.

۱۴. حکمت نیا، محمود، بررسی فقهی و اقتصادی مالکیت فکری، مجله اقتصاد اسلامی، شماره ۳۳، بهار ۱۳۸۸.

۱۵. حکمت نیا، محمود، محمدی ساوجی، محمد، جایگاه مبانی نظری درفهم و ترسیم نظام مالکیت فکری، مجله فقه و حقوق، شماره ۸، بهار ۱۳۸۵.

۱۶. کریمی، عباس، موسوی، اسماء، بیع اموال فکری از منظر حقوق اسلامی، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۰.

۱۷. معین اسلام، محمد و کریمی، عباس، رهن اموال فکری، فصلنامه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۸، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۷.

پایان نامه ها:

۱۸. حیدری، محمدحسن، قابلیت بیع اموال فکری، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، سال ۱۳۸۹.

ب) عربی

۱۹. اسماعیل بن عباد، المحيط فی اللغة، جلد ۲، نشر عالم الکتاب، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.

۲۰. خمینی، روح اله، کتاب البیع، ج ۱، قم: موسسه اسماعیلیان، چاپ چهارم، ۱۳۶۸.

۲۱. خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۲، بیروت: دارالهادی، چاپ اول، ۱۴۱۲ قمری.

۲۲. السنهوری عبدالرزاق احمد، الوسیط، بیروت داراحیاء التراث العربی، ۱۹۸۶.

بیع اموال فکری..... ۱۰۵

۲۳. صدر، سیدمحمد، ماوراء الفقه، جلد ۳، دار الاضواء و للطباعه و النشر و التوزیع، چاپ اول. ۱۴۲۰

۲۴. طوسی، ابوجعفر بن محمد بن حسن، الخلاف، جلد ۳، تهران: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۷ه ق.

۲۵. فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین (لغت نامه)، جلد ۲، چاپ دوم، ۱۴۱۰ه ق.

۲۶. مشکینی، میرزا علی، مصطلحات الفقه، قم، انتشارات الهادی، چاپ سوم، ۱۳۸۱

تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳ از صفحه ۱۰۷ تا ۱۲۹

تعویق تحقیق یا تعقیب در دیوان کیفری بین‌المللی

سجاد عباسی* رجب گلدوست جویباری**

تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۱۱/۰۸ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۲/۱۲/۰۵

چکیده:

تعویق تحقیق یا تعقیب به تأخیر انداختن اقدامات تحقیقی یا تعقیبی برای مدت زمان خاصی است که در حقوق داخلی برخی کشورها وجود دارد. با طرح ایده‌ی تأسیس دیوان کیفری بین‌المللی نیز، کمیسیون حقوق بین‌الملل که موظف به تهیه پیش‌نویس اساسنامه دیوان بود، طرح تعویق تحقیق یا تعقیب در اساسنامه را پیشنهاد نمود که اصل این پیشنهاد با تغییراتی مورد پذیرش شرکت کنندگان در کنفرانس رُم قرار گرفت و در این راستا ماده ۱۶ اساسنامه به تصویب رسید. به موجب این ماده درخواست تعویق اقدامات تحقیقی یا تعقیبی از طریق شورای امنیت سازمان ملل متحد صورت می‌پذیرد که باید طبق فصل هفتم منشور ملل متحد اقدام به این کار نماید. در واقع هدف از تصویب ماده ۱۶ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی این بود که این اختیار به شورای امنیت داده شود که از آغاز یا ادامه رسیدگی به یک وضعیت خاص در دیوان، به لحاظ به خطر افتادن صلح یا امنیت بین‌المللی جلوگیری به عمل آورد و برای مدت خاصی که عبارت از یک سال است نباید هیچ اقدام تحقیقی یا تعقیبی آغاز شود و یا اگر قبلاً تحقیق یا تعقیب به جریان افتاده باشد باید متوقف گردد. البته شورای امنیت مجاز است که مجدداً در پایان مدت یکسال مذکور آن را تمدید نماید. اختیار تمدید تعویق بدون محدودیت به شورای امنیت اعطا شده است که سرمنشا انتقادات فراوانی گردیده است. اعمال ماده ۱۶ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی برای نخستین بار با تصویب قطعنامه ۱۴۲۲ شورای امنیت صورت پذیرفت که یکسال پس از آن نیز به موجب قطعنامه ۱۴۸۷ تمدید گردید.

واژگان کلیدی: تعویق، تحقیق، دیوان کیفری بین‌المللی، شورای امنیت

*کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه شهید بهشتی

**استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

مقدمه

اندیشه‌ی تأسیس یک دیوان کیفری بین‌المللی دایمی از ۹ دسامبر سال ۱۹۴۸ با قطعنامه‌ی سازمان ملل متحد که بر اساس آن کمیسیون حقوق بین‌الملل موظف به تهیه پیش‌نویس اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی شد، آغاز گردید اما عملاً هیچ اقدام خاص و قابل ملاحظه‌ای در این راستا صورت نگرفت. تا این‌که سرانجام در سال ۱۹۹۸ در کنفرانس رُم (که از ۱۵ ژوئن تا ۱۷ ژوئیه با حضور ۱۶۰ کشور برگزار شد) در یک رأی‌گیری مخفی با ۱۲۰ رأی موافق، ۷ رأی مخالف و ۲۱ رأی ممتنع تأسیس دیوان کیفری بین‌المللی به تصویب رسید. دیوان کیفری بین‌المللی اولین دیوان کیفری بین‌المللی دایمی^۱ است که مبتنی بر معاهده است. اساسنامه‌ی آن در ۱۷ ژوئیه ۱۹۹۸ پذیرفته شد و در ۱ ژوئیه ۲۰۰۲ لازم‌الاجرا گشت.^۲ تأسیس دیوان کیفری بین‌المللی به عنوان یک دادگاه دایمی نقطه عطفی در حقوق بین‌المللی کیفری محسوب می‌شود. این دیوان به خلاف دادگاه‌های خاص^۳ که برای مدت زمانی محدود تشکیل شده بودند موقتی نیست و هدف از ایجاد آن مبارزه با بی‌کیفری^۴ (بی مجازات ماندن) مرتکبین بزرگترین جرایم بین‌المللی است. دیوان کیفری بین‌المللی با شورای امنیت سازمان ملل متحد دارای ارتباط است که در اساسنامه‌ی دیوان مواردی از این ارتباط ذکر شده است. یکی از جلوه‌های این ارتباط و همکاری، تعویق تحقیق یا تعقیب^۵ توسط شورای امنیت

1. Permanent

2. http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/Pages/default.aspx and O. Raimondo, 2008: 149

3. Ad hoc

4. Impunity

۵. در ترجمه‌های موجود برای Deferral of Investigation or Prosecution از عبارت تعلیق تحقیق یا تعقیب استفاده شده است که به نظر می‌رسد این ترجمه گویای این عبارت نیست و ترجمه مناسب تعویق تحقیق یا تعقیب است زیرا تعلیق متفاوت از تعویق است با این توضیح که در تعلیق معمولاً اقدامات تعقیبی برای مدت خاصی متوقف می‌شود که با توجه به رفتار مناسب متهم و رعایت شروط تعیین شده دادستان از سوی وی ممکن است هرگز تعقیب به جریان نیافتد و البته ممکن است به این دلیل که متهم از شروط مذکور تخلف ورزیده است مجدداً تعقیب به جریان افتد. مصداق تعلیق

تعویق تحقیق یا تعقیب در دیوان کیفری بین‌المللی.....۱۰۹

است که در اساسنامه‌ی دیوان مطرح شده است که وجود آن، ممکن است به اختلاف میان این دو ارگان بین‌المللی تبدیل شود.^۱ تعویق تحقیق یا تعقیب که به موجب ماده ۱۶ به رسمیت شناخته شده است راه‌کاری است که به واسطه آن شورای امنیت می‌تواند از دیوان کیفری بین‌المللی درخواست نماید تا کلیه‌ی اقدامات تحقیقی و تعقیبی را متوقف نماید^۲ حال خواه این اقدامات هنوز آغاز نشده باشد و خواه آغاز شده و در مرحله خاصی در فرآیند دادرسی باشد. البته در حالی که ماده ۱۶ تنها مقررهای است که شورای امنیت به موجب آن می‌تواند صلاحیت دیوان را به تعویق‌اندازد لکن این ماده تنها ماده‌ای نیست که دیوان را از اعمال صلاحیت خود محروم می‌نماید، بلکه اساسنامه رم در ماده ۹۸ حالتی را پیش‌بینی کرده است که کشورها بتوانند از تحویل افرادی که در قلمرو آنهاست تحت شرایطی خودداری نمایند. به موجب بند ۲ ماده ۹۸ دیوان نمی‌تواند برای تحویل، درخواستی نماید که به موجب آن، دولت مورد درخواست ملزم شود برخلاف تعهداتش بر اساس توافقات بین‌المللی‌ای عمل کند که به موجب آنها رضایت دولت فرستنده را برای دادن رضایت به تحویل اخذ نماید. ماده ۱۶ اساسنامه به

تعقیب را می‌توان در ماده ۲۲ قانون اصلاح پاره ای از قوانین دادگستری مصوب سال ۱۳۵۶ مشاهده نمود. اما در تعویق تحقیق یا تعقیب تنها اثر تعویق این است که صرفاً اقدامات تحقیقی یا تعقیبی برای مدت زمانی خاصی که در اساسنامه دیوان عبارت از یکسال است به تأخیر می‌افتد و پس از پایان مدت تعویق، تحقیق یا تعقیب الزاماً به جریان خواهد افتاد مگر این‌که برای مدت دیگری (یک سال) تمدید شود.

1. Petculescu, 2005: 188

۲. در حالی که ماده ۱۶ تنها مقررهای است که شورای امنیت به موجب آن می‌تواند صلاحیت دیوان را به تعویق‌اندازد لکن این ماده تنها ماده‌ای نیست که دیوان را از اعمال صلاحیت محروم می‌نماید بلکه همچنین اساسنامه رم در ماده ۹۸ حالتی را پیش‌بینی کرده است که کشورها بتوانند از تحویل افرادی که در قلمرو آنهاست تحت شرایطی خودداری نمایند. به موجب بند ۲ ماده ۹۸ دیوان نمی‌تواند برای تحویل اقدام به درخواستی نماید که به موجب آن دولت مورد درخواست ملزم شود برخلاف تعهداتش بر اساس توافقات بین‌المللی‌ای عمل کند که به موجب آنها رضایت دولت فرستنده برای تحویل شخص از آن دولت به دیوان لازم باشد، مگر آن‌که دیوان بتواند در ابتدا همکاری دولت فرستنده را برای دادن رضایت به تحویل اخذ نماید.

۱۱۰.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

تنهایی به طور کامل گویای همه شرایط و ویژگی‌های تعویق نیست لذا در این راستا باید از منابع دیگری نیز نظیر آیین دادرسی و ادله دیوان، منشور ملل متحد، رویه شورای امنیت در درخواست تعویق و نحوه اعمال آن از سوی دیوان کمک گرفت.

۱. چگونگی تصویب ماده ۱۶ اساسنامه‌ی دیوان

سابقه‌ی پیش‌بینی تعویق تعقیب یا تحقیق به طرح اولیه اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی توسط کمیسیون حقوق بین‌الملل برمی‌گردد. بند ۳ ماده ۲۳ این طرح بیان می‌داشت که دیوان از تعقیب هر پرونده‌ای که شورای امنیت آن را بر اساس فصل هفتم منشور تهدیدی علیه صلح یا نقض صلح و یا فعل تجاوزکارانه به شمار آورد ممنوع است مگر آن که شورای امنیت به گونه دیگری تصمیم بگیرد.^۱ این پیشنهاد به این دلیل که دیوان در این صورت نخواهد توانست نقش خود را به طور مستقل ایفا کند مورد مخالفت قرار گرفت.^۲ بعضی دولت‌ها نظیر هند، نیجریه، پاکستان، ایران، لیبی و مکزیک مخالف با اعطای تعویق تعقیب به شورای امنیت بودند.^۳ هند در خصوص اعطای حق تعویق تعقیب به شورای امنیت اعلام داشت: «از یک سو استدلال می‌شود که دیوان کیفری بین‌المللی برای محاکمه خطرناک‌ترین جرایم تشکیل می‌گردد. از سوی دیگر گفته می‌شود که حفظ صلح و امنیت بین‌المللی مستلزم آن است که کسانی که مرتکب این جرایم شده‌اند، چنان چه شورای امنیت بخواهد بتوانند از اجرای عدالت بگریزند. پذیرش دخالت شورای امنیت در واقع به این معناست که کنفرانس می‌پذیرد که اجرای عدالت می‌تواند صلح و امنیت بین‌المللی را از بین ببرد.»^۴ در ادامه پیشنهادی توسط

۱. ا. شبت، مقدمه‌ای بر دیوان کیفری بین‌المللی، ترجمه دکتر باقر میر عباسی، حمید الهویی نظری، چاپ اول، تهران، نشر جنگل، ۱۳۸۴ ص ۸۸

2. Jain, 2005: 246

۳. لاهه، ایو، حقوق کیفری بین‌المللی، اختلاف نظر در مورد پیش شرط‌های اعمال صلاحیت ایران، ترجمه محمد جواد شریعت باقری، مجله دیدگاه‌های حقوقی، شماره ۱۳۸۱، ۳۱، ص ۹۷

۴. ا. شبت، پیشین، ص ۸۹

تعویق تحقیق یا تعقیب در دیوان کیفری بین‌المللی..... ۱۱۱

سنگاپور به عمل آمد که به موجب آن هیچ تحقیق یا تعقیبی به وسیله دیوان آغاز نخواهد شد اگر توسط شورای امنیت، دستوری در این خصوص داده شود. کانادا نیز در تکمیل پیشنهاد سنگاپور، پیشنهاد کرد که دوره تعویق ۱۲ ماه و قابل تمدید باشد.^۱ پس از مباحثات فراوان تعویق تحقیق یا تعقیب به شرح زیر مورد تصویب قرار گرفت:

«هیچ تحقیق یا تعقیبی بر اساس این اساسنامه به مدت ۱۲ ماه آغاز نخواهد شد یا ادامه نخواهد یافت، در صورتی که شورای امنیت طبق فصل هفتم منشور ضمن تصویب قطعنامه‌ای، آن را از دیوان بخواهد. این درخواست طبق همان شرایط قابل تمدید می‌باشد.»^۲

در هر حال با وجود آن که تمایلات سیاسی و احیاناً ظالمانه‌ی شورای امنیت در حق ملل مستضعف جهان امری آشکار است لکن ماده ۱۶ اساسنامه به نوعی حق و تویی را به شورای امنیت اعطا نمود که این مسأله اهرم فشاری بر دیوان خواهد بود و دیوان را در سیر تحقق عدالت با مشکل مواجه می‌نماید.^۳ زیرا هرچند شورای امنیت وظیفه حفظ صلح و امنیت بین‌المللی را به عهده دارد اما صلح و امنیت بین‌المللی لزوماً با عدالت و انصاف مترادف نیست و گاه تحقق عدالت منوط به مجازات کسانی است که از امتیاز حق و تو برخوردارند. در واقع دولت‌های عضو شورای امنیت نمی‌خواستند به اقتدار شورای امنیت و تلویحاً مصونیت خودشان خدشه‌ای وارد آید و آن‌ها دیوانی می‌خواستند که تحت کنترل شورای امنیت باشد.^۴ هرچند که نویسندگان اساسنامه دیوان

1. Jain, Op.cit: 246

2. Rome Statute of The international Criminal Court (Rome Statute), Article 16: « No investigation or prosecution may be commenced or proceeded with under this Statute for a period of 12 months after the Security Council, in a resolution adopted under Chapter VII of the Charter of the United Nations, has requested the Court to that effect; that request may be renewed by the Council under the same conditions.»

۳. سید نصرالله، ابراهیمی، درآمدی بر دیوان کیفری بین‌المللی و ارزیابی و اساسنامه آن، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۲۳، ۱۳۷۸، ص ۱۷،

۴. اصغر، دستمالچی، دیوان کیفری بین‌المللی، رویای شیرین و واقعیت تلخ، به اهتمام سحقوق آل حبیب، نشر وزارت امور خارجه، ۱۳۷۸، صص ۴۸۵-۴۸۴

۱۱۲.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

می‌خواستند که مداخله شورای امنیت به صورت یک استثنا باشد تا یک قاعده.^۱

۲. تحلیل ماده ۱۶ اساسنامه

بر اساس ماده ۱۶ هم تحقیق و هم تعقیب به دنبال درخواست تعویق از سوی شورای امنیت متوقف می‌گردد. ذکر واژه‌ی تحقیق ابتدائاً در آگوست ۱۹۹۷ توسط سنگاپور پیشنهاد شد و سپس در مارس ۱۹۹۸ نیز مجدداً از سوی انگلستان مورد تصریح قرار گرفت که در نهایت به مبنایی برای ماده ۱۶ تبدیل شد. اساسنامه‌ی دیوان کیفری بین‌المللی تعریفی از تحقیق و تعقیب ارائه نمی‌دهد لکن به این نکته اشاره می‌کند که تحقیق مجموعه اقداماتی را در بر می‌گیرد که در ارتباط با یک شخص یا یک وضعیت اتخاذ می‌گردد^۲ به عبارت دیگر تحقیق شامل همه اقدامات تحقیقی اتخاذ شده توسط دادستان است که پس از آغاز تحقیق به منظور اطمینان از تأیید اتهامات یک فرد مظنون به ارتکاب یکی از جرایم تحت صلاحیت دیوان انجام می‌شود.^۳ اما تعقیب متضمن انجام اقداماتی است که صرفاً در ارتباط با یک شخص خاص صورت می‌پذیرد و انجام آن از وظایف دادسرا است.^۴ البته یک خوانش محتمل هم این است که تعقیب دربردارنده اقداماتی است که پس از صدور قرار بازداشت یا احضار از سوی شعبه پیش‌محاكمه برای حضور متهم طبق ماده ۵۸ اتخاذ می‌شود لکن دیدگاه واقع‌گرایانه‌تر این است که تعقیب دربرگیرنده انجام اقداماتی است که پس از تأیید اتهامات علیه یک شخص طبق ماده ۶۱ اتخاذ می‌شود. بر اساس این خوانش، عادلانه است که فرض شود تعقیب بر اساس اساسنامه رم شامل همه اقداماتی است که توسط دادستان به منظور فراهم کردن ادله برای محکومیت شخصی که اتهاماتش مطابق با ماده ۶۱ تأیید شده انجام می‌شود.^۵

1. The War Crime Research Office, 2009:5

2. Rome Statute, Articles 14, 15 and 51

3. Triffterer, 2008: 600

4. Rome Statute, Article 42, (1), (2)

5. Triffterer, Op.cit: 601

تعویق تحقیق یا تعقیب در دیوان کیفری بین‌المللی..... ۱۱۳

به موجب ماده ۱۶ اساسنامه شورای امنیت قادر است درخواست تعویق آغاز تحقیق یا ادامه آن را از دیوان نماید اما این ماده هیچ اشاره‌ای به این نکته ندارد که آیا دادستان می‌تواند بررسی اولیه^۱ را انجام دهد یا خیر؟ با این توضیح که اساسنامه دیوان بین‌بررسی اولیه که به منظور جستجو برای یافتن اطلاعات و جمع‌آوری ادله می‌باشد با مرحله‌ی تحقیقات مقدماتی^۲ تفاوت قایل شده است زیرا بررسی اولیه قبل از اخذ مجوز از شعبه پیش‌محاکمه بر اساس بند ۳ ماده ۱۵ و حتی قبل از بند ۱ ماده ۱۸ اعمال می‌شود. زمانی که دادستان بررسی اولیه را انجام می‌دهد می‌تواند اقدامات مذکور در بند ۲ ماده ۱۵ اساسنامه را انجام دهد لکن نمی‌تواند تحقیقات مقدماتی را انجام دهد.^۳ در راستای انجام بررسی اولیه دادستان می‌تواند اطلاعاتی را از دولت‌های عضو یا غیرعضو، ارکان ملل متحد، سازمان‌های بین‌الدولی و غیردولتی و ... دریافت دارد و همه این اقدامات به این منظور است که دادستان به این نتیجه برسد که آیا مبنای معقولی برای آغاز تحقیق وجود دارد تا از شعبه پیش‌محاکمه درخواست صدور مجوز نماید.

حتی پس از درخواست شورای امنیت مبنی بر اعمال ماده ۱۶، دادستان می‌تواند ادله را حفظ کند.^۴ و برای جلوگیری از نابودی ادله و ... می‌تواند اقداماتی را بر اساس قسمت F بند ۳ ماده ۵۳ انجام دهد.^۵ طبق این ماده دادستان می‌تواند اقدامات لازم را به منظور اطمینان از محرمانه ماندن اطلاعات و امنیت اشخاص و هم چنین حفاظت از ادله و مستندات انجام دهد یا تقاضای انجام آن را بنماید. با این توضیحات روشن شد که ماده ۱۶ اساسنامه اختیار تعویق توسط شورای امنیت را نسبت به همه اقدامات دادستان گسترش نمی‌دهد و اساسنامه به صراحت بیان می‌کند که اقدامات انجام شده دادستان قبل از کسب مجوز از شعبه پیش‌محاکمه صرفاً متشکل از یک بررسی اولیه

1. Preliminary examination

2. Investigation

۳. سجادی، عباسی، مطالعه تطبیقی نقش دادستان در ایران و دادگاه کیفری بین‌المللی، پایان‌نامه کارشناسی دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰، ص ۸۵

4. Paulus, 2003: 854L.

5. Triffterer, Op.cit: 602

۱۱۴.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

است و نه آغاز تحقیقات مقدماتی. زیرا در واقع هدف از اعطای مجوز، قادر ساختن دادستان به شروع تحقیقات مقدماتی است و اقداماتی که دادستان در راستای انجام بررسی اولیه اتخاذ می‌نماید نیازی به اخذ مجوز از شعبه پیش‌محاكمه ندارد.

در ادامه ماده ۱۶ بیان داشته است که هیچ تحقیق یا تعقیبی پس از تعویق آن از سوی شورای امنیت آغاز نخواهد شد یا ادامه نمی‌یابد. منظور از آغاز تحقیق زمانی است که دادستان به این نتیجه برسد که مبنای معقولی برای پرداختن به یک تحقیق وجود دارد و برای اجرای آن اتخاذ تصمیم (اخذ مجوز از شعبه پیش‌محاكمه) نماید لذا دادستان باید ملاحظه کند که آیا مبنای معقولی برای اقدام به تحقیق هم بر اساس بند ۳ ماده ۱۵ و هم بر اساس بند ۱ ماده ۵۳ وجود دارد یا خیر؟ به موجب بند ۱ ماده ۵۳ در حالتی که تصمیم دادستان به استناد در راستای اجرای عدالت نبودن تحقیق بوده باشد، نظارت قضایی وجود دارد. وقتی که ملاحظات صلح به مرحله در راستای اجرای عدالت نبودن می‌رسد، به موجب آن دادستان می‌تواند بر اساس این مبنا تصمیم به عدم آغاز تحقیق یا تعقیب بگیرد و این در حالی است که شورای امنیت می‌تواند بر همین مبنا می‌تواند تحقیق یا تعقیب را به تعویق اندازد.

شورای امنیت باید از انجام تحقیق و تعقیب در دیوان کیفری بین‌المللی باخبر شود تا چنان چه لازم باشد اقدام به درخواست تعویق آن از دیوان نماید. در این رابطه اساسنامه، دیوان را موظف به مطلع نمودن شورای امنیت در خصوص آغاز تحقیق نموده است.^۴ بند ۱ ماده ۱۸ در حالی دادستان را موظف به «مطلع کردن کشورهای عضو و کشورهایایی که معمولاً بر جرایم مربوطه اعمال صلاحیت می‌نمایند» می‌کند که آن وضعیت به وسیله یک کشور عضو طبق بندیک ماده ۱۳ ارجاع شده و دادستان در این راستا تعیین کرده باشد که مبنای معقولی برای آغاز تحقیق وجود دارد. این ماده هم

1. Rome Statute, Article 15, (6)

2. Commenced with

3. Proceed with

4. Triffterer, Op.cit: 602

تعویق تحقیق یا تعقیب در دیوان کیفری بین‌المللی..... ۱۱۵

چنین دادستان را موظف کرده است که در حالتی هم که تحقیق به ابتکار خود وی بوده باشد، کشورهای عضو را مطلع نماید.^۱ هم‌اکنون هرچند در حالتی که ارجاع وضعیت از طریق کشور عضو یا به ابتکار دادستان بوده باشد، وی موظف به مطلع کردن شورای امنیت راجع به آغاز تحقیق نیست اما اعضای شورای امنیت فرصت کافی به منظور آگاهی یافتن از آن، حتی اگر ارجاع وضعیت از طریق خود شورا نبوده باشد را دارند. رویه‌ی قبلی دادسرا در رابطه با جمهوری آفریقای مرکزی در سال ۲۰۰۷ این بود که دادستان تصمیمش مبنی بر آغاز تحقیق را از طریق انتشار مطبوعات اعلام نمود.^۲

ماده ۱۶ به شورای امنیت اجازه می‌دهد که نه تنها از آغاز تحقیق یا تعقیب جلوگیری نماید بلکه هم چنین یک تحقیق یا تعقیبی را که قبلاً آغاز شده است نیز متوقف نماید. اما اساسنامه مشخص ننموده است که چنانچه در این رابطه اشخاصی بازداشت شده باشند تکلیف چه خواهد بود؟ هرچند که برخی بیان داشته‌اند نه اساسنامه و نه آیین دادرسی و ادله پاسخ مشخصی برای این سؤال ندارند و لذا در این‌گونه موارد که فرد در بازداشت به شدیدترین جنایات و فجایع متهم می‌باشد نباید آزاد شود.^۳ برای پاسخ به این سؤال می‌توان از اساسنامه و آیین دادرسی و ادله کمک گرفت. به موجب اساسنامه شعبه مقدماتی موظف است دستور آزادی یا توقیف شخص را به طور منظم بازنگری نماید و هم چنین هر زمان که دادستان و یا خود شخص چنین درخواستی را مطرح کنند، اقدام به این کار نماید.^۴ چنانچه شخص درخواست اولیه آزادی موقت را نماید شعبه مقدماتی راجع به این درخواست باید پس از اخذ نظر دادستان بدون تأخیر تصمیم بگیرد.^۵ در موقع بازنگری نیز اگر شعبه پیش‌محاكمه متقاعد شود که پدید آمدن

1. Ibid, p 602

2. Ibid, p602

۳. محمود، صابر آیین دادرسی کیفری دیوان کیفری بین‌المللی، چاپ اول، تهران، نشر دادگستر،

۱۳۸۸ص ۱۵۳

4. Rome Statute, Article 59 (3)

5. International Criminal Court, Rules of Procedure and Evidence (ICC-ASP/1/3), (Rules of Court), Rule 118 (1)

۱۱۶.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

اوضاع و احوال جدیدی اصلاح دستور قبلی اعم از بازداشت و یا آزادی و یا شرایط آنرا ایجاد می‌نماید، به نحو مقتضی اقدام خواهد نمود.^۱ در صورتی که شخص هنوز به دادگاه کیفری بین‌المللی تحویل نشده باشد مرجع اتخاذ تصمیم در خصوص این درخواست همان مرجع مسئول در کشور بازداشت کننده شخص می‌باشد که باید با توجه به اهمیت جرایمی که مورد ادعا قرار گرفته و به شخص متناسب شده است بررسی کند که آیا اوضاع و احوال فوق‌العاده و استثنائی، آزادی مشروط شخص را ایجاد می‌نماید یا خیر؟^۲ در همین رابطه قواعد آیین دادرسی و ادله‌ی شیوه اعطای آزادی مشروط را به شرح زیر بیان داشته است:^۳

۱- شعبه پیش محاکمه می‌تواند یک یا چند شرط محدود کننده آزادی که شامل موارد زیر است را تعیین نماید:

الف) شخص نباید بدون موافقت صریح شعبه پیش محاکمه به جایی غیر از محدوده جغرافیایی تعیین شده توسط این شعبه مسافرت کند.

ب) شخص نباید به مکان‌های خاصی برود یا با اشخاص خاصی که به وسیله شعبه پیش محاکمه مشخص شده‌اند معاشرت نماید.

ج) شخص نباید به طور مستقیم یا غیر مستقیم با بزه‌دیدگان یا شهود تماس داشته باشد.

د) شخص نباید داخل در فعالیت‌های حرفه‌ای خاصی شود.

ه) شخص باید در آدرس خاصی که توسط شعبه مقدماتی تعیین شده سکونت نماید.

و) شخص باید وقتی که به وسیله یک نهاد یا شخص ذی‌صلاحی که توسط شعبه مقدماتی تعیین شده است احضار می‌شود، پاسخ دهد.

1. Rome Statute, Article 60 (3)

۲. سجاده، عباسی، پیشین، صص ۱۳۴- ۱۳۳

3. Rules of Court, Rule 119

تعویق تحقیق یا تعقیب در دیوان کیفری بین‌المللی..... ۱۱۷

ز) شخص باید تعهدنامه بدهد یا تضمینات یا کفالت شخصی یا مالی فراهم آورد. میزان و جدول زمان‌بندی و نوع پرداخت آن به وسیله شعبه پیش‌محاکمه تعیین خواهد شد.

ح) شخص می‌بایست تمام اوراق هویتش، خصوصاً گذرنامه‌اش را به دبیرخانه ارایه نماید.

۲- طبق تقاضای شخص مربوطه یا دادستان یا به ابتکار خود شعبه پیش‌محاکمه، این شعبه می‌تواند در هر زمانی تصمیم به تجدید نظر در شرایط بیان شده در بند ۱ بگیرد.

۳- قبل از تحمیل یا تجدید نظر در شرایط محدود کننده آزادی شعبه پیش‌محاکمه باید نظر دادستان، شخص مربوطه، کشور مربوطه و بزه‌دیدگانی که در آن مورد با دادگاه ارتباط دارند و کلیه کسانی که شعبه پیش‌محاکمه ملاحظه می‌کند که امکان دارد در معرض خطری به عنوان نتیجه آزادی یا شرایط تحمیلی باشند، را اخذ کند.

۴- اگر شعبه پیش‌محاکمه متقاعد شود که شخص مربوطه در رعایت یک یا چند وظیفه‌ای که به وی تحمیل شده کوتاهی کرده است این شعبه می‌تواند بر اساس چنین مبنایی طبق درخواست دادستان یا به ابتکار خودش قرار احضار شخص مربوطه را صادر نماید.

۵- وقتی که شعبه پیش‌محاکمه احضاریه‌ای متعاقب بند ۷ ماده ۵۸ صادر نمود و شرایط محدود کننده آزادی را در نظر گرفت، آن شعبه باید در خصوص مقررات مرتبط با قانون ملی کشور دریافت کننده آزادی تحقیق کند ...

در ماده ۱۶ به این مسأله اشاره ای نشده است که آیا تعویق تحقیق یا تعقیب شامل مواردی هم که ارجاع وضعیت از سوی شورای امنیت بوده باشد می‌شود یا خیر؟ به

۱۱۸.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

دیگر سخن آیا درخواست تعویق فقط به حالتی که ارجاع وضعیت از سوی دادستان یا کشور عضو بوده باشد اختصاص دارد یا آن که حتی اگر خود شورای امنیت هم آن وضعیت را ارجاع کرده باشد باز هم می‌تواند درخواست تعویق تحقیق یا تعقیب را در آن مورد نماید؟ البته ممکن است در ابتدا این نوعی تعارض به نظر برسد که از سویی شورای امنیت وضعیتی را به دیوان کیفری بین‌المللی ارجاع نماید و از دیگر سو درخواست تعویق آن را کند.

اما می‌توان فرض این حالت را در جایی تصور نمود که شورای امنیت یک وضعیتی را به دیوان ارجاع نموده است اما در ادامه به این نتیجه برسد که با آغاز تحقیق و یا تعقیب یک فرد یا افراد خاصی ممکن است صلح و امنیت بین‌المللی در معرض نقض قرار گیرد، که در این حالت می‌تواند از دیوان بخواهد اقدام به تعویق تحقیق یا تعقیب کند. در این خصوص با توجه به این که هیچ ممنوعیتی نه در ماده ۱۶ اساسنامه و نه در هیچ ماده دیگری در اساسنامه به چشم نمی‌خورد باید قایل به آن شد که شورای امنیت حتی پس از ارجاع یک وضعیت خواستار تعویق تحقیق یا تعقیب در خصوص آن وضعیت شود.^۱

ضمن این که در ماده ۱۶ اساسنامه نیز حق درخواست تعویق به صورت مطلق بیان شده است لذا ارجاع یک وضعیت به دیوان به هر طریقی که بوده باشد حق شورای امنیت برای درخواست تعویق آن وضعیت محفوظ است. در این جا این سوال پیش می‌آید در جایی که ارجاع یک وضعیت توسط شورای امنیت صورت می‌گیرد آیا تعویق آغاز تحقیق یا تعقیب در خصوص آن وضعیت امکان‌پذیر است؟ در پاسخ به نظر می‌رسد در چنین موردی عملاً شورای امنیت نمی‌تواند همزمان هم یک وضعیت را به دیوان ارجاع نماید و هم درخواست تعویق آغاز تحقیق یا تعقیب را بنماید و در چنین موردی درخواست تعویق تحقیق یا تعقیب موضوعاً منتفی است. بنابراین در وضعیت‌هایی که توسط شورای امنیت ارجاع می‌شوند، فقط درخواست تعویق ادامه

1. Triffterer, Op.cit.p 603

تعویق تحقیق یا تعقیب در دیوان کیفری بین‌المللی.....۱۱۹

تحقیق یا تعقیب امکان‌پذیر است.

به موجب اساسنامه دوره تعویق باید برای مدت ۱۲ ماه باشد که شروع آن از تاریخی است که این درخواست به وسیله دیوان دریافت می‌شود^۱ و برای تمدید آن نیز شورای امنیت باید تحت همان شرایط مذکور در ماده ۱۶ یک قطعنامه دیگر صادر نماید. در این راستا اگرچه برخی بیان داشته‌اند که شورا ممکن است تصمیم بگیرد که تعویق برای مدتی کمتر از ۱۲ ماه باشد. لکن باید قایل به آن شد که شورای امنیت نمی‌تواند خواستار تمدید دوره تعویق برای مدتی کم‌تر یا بیشتر از ۱۲ ماه شود.^۲ ضمن این که آغاز دوره تعویق نیز توسط شورای امنیت تعیین خواهد شد.^۳ در رابطه با این موضوع که پس از درخواست تعویق از سوی شورای امنیت، آیا دیوان قادر است با آن مخالفت ورزید یا خیر. به نظر می‌رسد با توجه به ماده ۱۶ اساسنامه که بیان می‌دارد: «هیچ تحقیق یا تعقیبی آغاز نخواهد شد...» دیوان مکلف به تعویق کلیه اقدامات تحقیقی یا تعقیبی است زیرا ماده ۱۶ جنبه امری دارد و این به معنای تکلیف دیوان به اجابت درخواست شورای امنیت است هرچند که ذکر واژه درخواست ممکن است این نظر را به ذهن متبادر نماید که دیوان تکلیفی به انجام تعویق ندارد.

اساسنامه بیان نکرده است که درخواست تمدید باید قبل از پایان دوره یا پس از آن صورت پذیرد لکن به نظر می‌رسد که این اقدام باید قبل از پایان دوره قبلی انجام شود. چنانچه پس از پایان دوره هیچ درخواستی مبنی بر تمدید آن به دیوان ارایه نشود، دیوان باید تحقیق یا تعقیب را آغاز نماید یا ادامه دهد زیرا با پایان دوره تعویق، اصل بر ادامه کار دیوان است و دیوان نمی‌تواند منتظر بماند تا از ناحیه شورای امنیت در این خصوص تصمیمی اتخاذ شود. هرچند که طبق اساسنامه تمدید دوره تعویق با هیچ محدودیتی مواجه نیست و شورای امنیت می‌تواند با حصول شرایط بارها اقدام به این

1. Ibid.p. 603
2. Rahgoshay, 2011.p.796
3. Ibid.p.604

۴. در تأیید این نظر به قطعنامه ۱۴۲۲ مراجعه شود.

۱۲۰.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

کار نماید، اما آیا همانگونه که شورای امنیت قادر به تمدید تعویق است می‌تواند در انشای دوره ۱۲ ماهه از دیوان بخواهد تعویق را لغو نماید و کلیه اقدامات تحقیقی و تعقیبی خود را آغاز کند یا ادامه دهد؟ اساسنامه در مورد این موضوع سکوت کرده است و به صراحت نمی‌توان در مورد آن اظهار نظر کرد لکن شورای امنیت در قطعنامه ۱۴۲۲ پساز درخواست تعویق از دیوان، بیان داشته: « مگر این که شورای امنیت تصمیم دیگری اتخاذ نماید. » که این خود شاید حاکی از این باشد که شورای امنیت لغو تعویق تحقیق یا تعقیب را از اختیارات خود می‌داند. البته شاید بتوان از این قسمت از قطعنامه ی شورای امنیت چنین برداشتی نمود اما رویه شورای امنیت نمی‌تواند مفسر مواد اساسنامه دیوانی باشد که دارای استقلال است و ضمن این که موارد مداخله شورای امنیت در دیوان کیفری بین‌المللی طبق اساسنامه مشخص شده است، لذا بعید است که بتوان حق درخواست لغو تعویق را به شورای امنیت داد.

۳. الزامات شورای امنیت در درخواست تعویق

شورای امنیت در هر شرایطی نمی‌تواند اقدام به تعویق تعقیب و تحقیق نماید بلکه باید بر اساس شرایط مذکور در ماده ۱۶ اساسنامه و فصل هفت منشور اقدام نماید پس چنان چه شورای امنیت قصد درخواست تعویق از دیوان را داشته باشد لازم است این کار در شرایطی صورت پذیرد که عدم درخواست تعویق خطری برای صلح و امنیت بین‌المللی ایجاد نماید زیرا به موجب فصل هفتم منشور، شورای امنیت می‌بایست برای مقابله با اقداماتی که مخالف با صلح و امنیت بین‌المللی هستند اقدام لازم را اتخاذ کند. صلح و امنیت بین‌المللی به اندازه‌ای مهم است که شاید بتوان گفت از آن به عنوان مهم ترین اولویت جامعه بین‌المللی یاد می‌شود و طبق منشور ملل متحد شورای امنیت عهده‌دار حفظ آن می‌باشد.

تاریخچه پیش‌نویس منشور سازمان ملل متحد حاکی از این است که تلاش‌های ناموفقی در طول کنفرانس سانفرانسیسکو به منظور محدود کردن عبارت حفظ صلح و

تعویق تحقیق یا تعقیب در دیوان کیفری بین‌المللی..... ۱۲۱

امنیت بین‌المللی در ماده یک با عبارت مطابق با اصول عدالت و حقوق بین‌الملل صورت پذیرفت.^۱

این مسأله که شورای امنیت باید طبق فصل هفتم منشور اقدام به صدور قطعنامه‌ای برای تعویق تحقیق و تعقیب نماید، بیانگر این نکته است که شورای امنیت موظف است بر اساس یک مبنای قانونی اقدام به این کار ورزد. ماده ۳۹ منشور در این رابطه بیان می‌دارد: «شورای امنیت وجود هرگونه تهدید علیه صلح یا عمل تجاوز را احراز نموده، توصیه‌هایی خواهد کرد یا تصمیم خواهد گرفت که برای حفظ یا اعاده صلح و امنیت بین‌المللی چه اقداماتی بر طبق ماده ۴۱ و ۴۲ صورت گیرد.» طبق این ماده، اختیارات شورای امنیت هم در خصوص تصمیم‌گیری در مورد این که چه اقدامی برای صلح و امنیت بین‌المللی ایجاد خطر می‌کند و هم در خصوص این که چه اقدام واکنشی‌ای برای از بین بردن آن خطر باید صورت پذیرد، کامل است. یعنی شورای امنیت اختیارات لازم را برای تعیین این که چه اقدامی تهدید علیه صلح و امنیت بین‌المللی محسوب می‌شود را داراست.

مرجع احراز وجود تهدید برای صلح^۳ و یا نقض صلح^۴، خود شورای امنیت است لکن در این رابطه هیچ معیار خاصی در نظر گرفته نشده است. البته در قطعنامه‌های شورای امنیت از ترکیب «تهدید علیه صلح» یا «خطری برای صلح» سخن رفته است بدون این که بین این دو مفهوم وجوه ممیزه‌ای موجود باشد یا این دو از عبارت «نقض صلح» جدا شوند.^۵ کلسن در رابطه با معنای نقض صلح می‌گوید: «هرگونه تجاوز جدی به حقوق بین‌الملل و خاصه هر نوع تخطی از تعهداتی که به موجب منشور بر عهده اعضای سازمان گذارده شده، علاوه بر آن که تخطی از تعهدی محسوب می‌شود که

1. Jain, Op.cit: 242

2. Ibid: 242 and 243

3. Threat to the peace

4. Breach to the peace

۵. محمد جعفر، حبیب‌زاده و محمد توحیدی‌فر، اختیارات شورای امنیت سازمان ملل متحد در حفظ

صلح و امنیت بین‌المللی، ماهنامه دادرسی، شماره ۳۰ قسمت اول، ۱۳۸۰، ص ۲۱-۲۲

۱۲۲.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

اعضای سازمان در مورد خودداری از توسل به تهدید یا بکار بردن نیرو دارند، ممکن است نقض صلح نیز به حساب آید.^۱ شورای امنیت در گذشته به میزان گسترده‌ای از اختیارات خود تحت فصل ۷ منشور، شامل تأسیس محاکم بین‌المللی با تقدم صلاحیت بر محاکم ملی و حل و فصل اختلافات مرزی بین‌کشورها استفاده کرده است.

۴. سابقه اعمال ماده ۱۶ توسط شورای امنیت

اعمال ماده ۱۶ اساسنامه دیوان، برای نخستین بار در قطعنامه‌ی ۱۴۲۲ صورت پذیرفت که مهم‌ترین عامل تصویب آن، ایالات متحده آمریکا بود که خود عضو دیوان کیفری بین‌المللی نیست. ایالات متحده برای جلوگیری از طولانی شدن مأموریت نیروهای حافظ صلح در بوسنی هرزگوین تهدید به اعمال حق وتو نمود و دلیل اتخاذ این تصمیم را نگرانی در رابطه با کارکنان ایالات متحده شاغل در نیروهای حافظ صلح که موضوع صلاحیت دیوان بودند اعلام نمود و شرط تمدید مأموریت نیروهای حافظ صلح را اعطای مصونیت به مأمورین خود دانست با این استدلال که در رابطه با اتباع خود که تحت عنوان نیروهای حافظ صلح مشغول فعالیت هستند نگران است.

در واقع آمریکا تهدید به بازگرداندن نیروهای حافظ صلح خود از عملیات حفظ صلح در صورت عدم اجابت درخواستش (یعنی اعطای مصونیت به اتباع و کارکنان خود) نمود. به همین منظور آمریکا پیش‌نویس قطعنامه‌ای را تهیه نمود که به موجب آن پرونده‌های علیه اتباعش که در نیروهای حافظ صلح شرکت داشتند را به زمانی نامعلوم موکول می‌کرد مگر آن‌که شورای امنیت تصمیم دیگری را اتخاذ کند.^۲ هرچند که افراد و کشورهای فراوانی نگرانی خود را از چنین اقدامی و عواقب ناخوشایند آن اعلام نمودند اما این نگرانی‌ها نتوانست مانع از اقدام شورای امنیت گردد. در نهایت شورای امنیت با

۱. به نقل از همان، قسمت آخر، ۱۳۸۱: ۱۷.

۲. کریر و دی. وایت، شورای امنیت و دادگاه کیفری بین‌المللی، ترجمه فرید محسنی و علی قاسمی، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، شماره ۳۵ - ۳۴، ۱۳۸۴، صص ۷۶ و ۷۷.

تعویق تحقیق یا تعقیب در دیوان کیفری بین‌المللی.....۱۲۳

صدور قطعنامه ۱۴۲۲ در تاریخ ۱۲ جولای ۲۰۰۲ به اتفاق آرا برای نخستین بار از دادگاه درخواست کرد پرونده افراد شرکت کننده در عملیات نیروهای حافظ صلح را به جریان نیندازد. متن پاراگراف اجرایی ۱ قطعنامه ۱۴۲۲ بیان می‌دارد که شورای امنیت: «به موجب ماده ۱۶ اساسنامه درخواست می‌کند که چنان چه پرونده‌ای راجع به افعال یا ترک افعال یکی از مأمورین یا کارکنان فعلی یا سابق دولت‌های غیر عضو معاهده رم که در اقدامات مصوب یا مقرر سازمان ملل متحد شرکت نموده‌اند طرح شود، دیوان کیفری بین‌المللی برای یک دوره ۱۲ ماهه که از اول جولای ۲۰۰۲ آغاز می‌شود نباید اقدامات تحقیقی یا تعقیبی را در خصوص چنین پرونده‌ای انجام دهد مگر این که شورای امنیت تصمیم دیگری اتخاذ نماید.»

در متن فوق چند نکته قابل ملاحظه به نظر می‌رسد: اولاین که هرچند در متن مذکور از واژه درخواست استفاده شده است لکن استفاده از این واژه به معنای آن نیست که دیوان می‌تواند با آن مخالفت ورزد بلکه دیوان کیفری بین‌المللی الزاماً باید تحقیق و تعقیب را به تعویق اندازد.

نکته دوم آنست که از دیوان خواسته شده تعویق اقدامات تعویقی و تحقیقی صرفاً نسبت به آن دسته از نیروهای حافظ صلح که متعلق به دولت‌های غیرعضو اساسنامه دیوان هستند به تعویق بیافتد بنابراین چنان چه جرم توسط یکی از اتباع دولت‌های غیرعضو اساسنامه به وقوع پیوسته باشد دیوان صلاحیت خواهد داشت نسبت به جرم ارتكابی وی اعمال صلاحیت نماید. این قطعنامه در ادامه متذکر می‌شود که شورا می‌تواند در اول جولای هر سال درخواست خود را تمدید کند. البته پیشنهاد اصلی ایالات متحده در مراحل مقدماتی تدوین قطعنامه ۱۴۲۲ این بود که تمدید مصونیت نیروهای حافظ صلح باید به موجب قطعنامه به صورت اتوماتیک اجرا شود لکن این

1.« Expresses the intention to renew the request in paragraph 1 under the same conditions each 1 July for further 12-month periods for as long as may be necessary; »

۱۲۴.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

پیشنهاد مورد پذیرش قرار نگرفت.^۱ زیرا این پیشنهاد به صراحت با نص ماده ۱۶ که تمدید تعویق را منوط به حصول مجدد شرایط تعویق نموده است در تعارض بود. تصویب قطعنامه ۱۴۲۲ که کارمندان کشورهای غیر عضو سازمان ملل متحد را به مدت یکسال از صلاحیت دیوان مستثنی نمود تقدم سیاست را بر حقوق تأیید نمود، تقدمی که با توجه با مواد ۲۵ و ۱۰۳ منشور و ماده ۱۶ اساسنامه دیوان اتخاذ شده بود.^۲ و در واقع همان گونه که ذکر شد فقط پس از اعمال فشار قوی توسط ایالات متحده مبنی بر تهدید به مسترد کردن نیروهایش از عملیات صلح‌بانی در صورت عدم اعطای مصونیت به اتباع و کارکنان ایالات متحده، توسط شورای امنیت به تصویب رسید.^۳

البته این وضعیت یکبار دیگر در قطعنامه ۱۴۸۷ تکرار شد و شورای امنیت با تصویب این قطعنامه از دیوان درخواست نمود تا درخواست تعویق مذکور در قطعنامه ۱۴۲۲ تمدید شود.^۴ و به دنبال آن تعویق تحقیق یا تعقیب تحت همان شرایط برای یک دوره ۱۲ ماهه دیگر تمدید شد. به موجب این قطعنامه‌ها، محاکمه نیروهای حافظ صلح خطری برای صلح و امنیت بین‌المللی ایجاد می‌نموده است. اما هیچگاه مشخص نگردید که عدم محاکمه‌ی نیروهای حافظ صلح چگونه موجب حفظ صلح و امنیت بین‌المللی می‌شود.

این قطعنامه‌ها انتقادات تندی را از سوی جامعه بین‌المللی موجب شد. در زمان تصویب این قطعنامه‌ها بیانیه‌هایی از سوی کشورهاییی که در صف مقدم این نظر که این

۱. استان، کارستن، معافیت نیروهای حافظ صلح دولت‌های غیر عضو اساسنامه از صلاحیت قضایی دیوان کیفری بین‌المللی، ترجمه سید حسام الدین لسانی، شماره ۳۳، ۱۳۸۴، ص ۲۳۳

2. L. Paulus, 2003: 853

۳. کریر و دی. وایت، پیشین: ۸۰ و ۸۱

4. « Requests, consistent with the provisions of Article 16 of the Rome Statute, that the ICC, if a case arises involving current or former officials or personnel from a contributing State not a Party to the Rome Statute over acts or missions relating to a United Nations established or authorized operation, shall for a 12-month period starting 1 July 2003 not commence or proceed with investigation or prosecution of any such case, unless the Security Council decides otherwise; »

تعویق تحقیق یا تعقیب در دیوان کیفری بین‌المللی..... ۱۲۵

قطعنامه‌ها با اساسنامه رم و هم چنین حقوق بین‌الملل مابینت دارند صادر شد.^۱ از پیش نویس اساسنامه دیوان نیز بر می‌آید که هدف از وضع ماده ۱۶ معاف کردن افراد از اعمال صلاحیت دیوان نبود بلکه تدبیر مکانیسمی برای درخواست تعویق بریک مبنای مورد به مورد بود.

لکن قطعنامه‌های ۱۴۲۲ و ۱۴۸۷ در رابطه با دسته‌ای صادر شدند که حافظان صلح درگیر در مأموریت سازمان ملل متحد بودند و از اعمال صلاحیت دیوان مستثنی شدند. البته هرچند که این در صلاحیت شورای امنیت است که تعیین کند چه وضعیتی خطری برای صلح و امنیت بین‌المللی محسوب شود لکن در خصوص قطعنامه‌های ۱۴۲۲ و ۱۴۸۷ این تردید وجود دارد که آیا خطری برای صلح و امنیت بین‌المللی وجود داشته تا بواسطه آن از اعمال صلاحیت دیوان جلوگیری شود؟^۲ آیا درخواست تعویق تحقیق یا تعقیب از سوی شورای امنیت و در نتیجه پذیرش این درخواست از سوی دیوان کیفری بین‌المللی منجر به آن گردید که از نقض صلح و امنیت بین‌المللی ممانعت به عمل آید؟ آیا اگر شورای امنیت چنین درخواستی از دیوان نمی‌نمود و دیوان به تحقیق یا تعقیب اقدام می‌ورزید، صلح و امنیت بین‌المللی نقض می‌گردید؟ پاسخ به این سوالات راحت نیست ولی بعید است بتوان چنین نتیجه گرفت که واقعاً صلح و امنیت بین‌المللی در معرض نقض قرار گرفته بود.

نتیجه گیری

ماده ۱۶ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی امکان تعویق تحقیق یا تعقیب را پیش‌بینی نموده است که به موجب آن، درخواست شورای امنیت سازمان ملل متحد باعث به تعویق افتادن اقدامات تحقیقی و تعقیبی به مدت ۱۲ ماه می‌گردد و البته امکان تمدید آن نیز برای دوره‌های ۱۲ ماهه دیگر وجود دارد که در اساسنامه محدودیتی برای میزان

1. Jain, Op.cit: 242
2. Jain, Op.cit.p 242

۱۲۶.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

دفعات درخواست تعویق تحقیق یا تعقیب از سوی شورای امنیت پیش‌بینی نگردیده است. تعویق تحقیق یا تعقیب به درخواست شورای امنیت در قالب یک قطعنامه صورت می‌پذیرد که به موجب آن دیوان مکلف به پذیرش درخواست شورای امنیت است. شورای امنیت برای درخواست تعویق تحقیق یا تعقیب مکلف به رعایت ضوابطی است که در ماده ۱۶ اساسنامه دیوان و منشور ملل متحد بیان شده است.

البته احراز شرایط درخواست تعویق از سوی شورای امنیت نه تنها باید در نخستین درخواست وجود داشته باشد بلکه هم چنین درخواست تمدید آن نیز باید پس از احراز شرایط صورت گیرد. از جمله شرایطی که لزوم به تعویق افتادن اقدامات تحقیقی و تعقیبی را ایجاب می‌کند این است که اقدام شورای امنیت در درخواست تعویق تحقیق یا تعقیب، باید در راستای حفظ و یا اعاده صلح و امنیت بین‌المللی صورت پذیرد.

هرچند برداشت‌ها از عبارت صلح و امنیت بین‌المللی ممکن است متفاوت باشد لکن این مسأله نباید به عاملی برای سوءاستفاده از ماده ۱۶ اساسنامه منجر شود، امری که حداقل تاکنون در سابقه استفاده از اختیار مذکور در ماده ۱۶ اساسنامه رعایت نشده است و این ذهنیت را به وجود آورده که پیش‌بینی تعویق تحقیق یا تعقیب در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی به عنوان راهکاری برای جلوگیری از اعمال صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی در نظر گرفته شده است که منجر به تبعیض در نظام عدالت کیفری خواهد شد. البته تصور سوءاستفاده از ماده ۱۶ اساسنامه دور از ذهن نبود و تصویب قطعنامه ۱۴۲۲ و ۱۴۸۷ این تصور را به واقعیت تبدیل نمود زیرا هیچ ضرورتی جز اعمال فشار از ناحیه ایالات متحده آمریکا برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی در تصویب این قطعنامه‌ها وجود نداشت. به همین دلیل به نظر می‌رسد که بهتر است برای جلوگیری از چنین سوءاستفاده‌هایی تدابیری اندیشیده شود. در این راستا می‌توان حق اتخاذ تصمیم نهایی برای درخواست تعویق تحقیق یا تعقیب را به مجمع عمومی سازمان ملل متحد سپرد تا به این وسیله از اعمال سلیقه شخصی چند کشور خاص که تحت لوای شورای امنیت به دنبال تأمین منافع خود هستند جلوگیری شود.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

۱. ابراهیمی، سید نصر...؛ پاییز و زمستان ۱۳۷۸، «درآمدی بر تأسیس دیوان کیفری بین‌المللی و ارزیابی اساسنامه آن» مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۲۳، صص ۱۵۱ - ۱۸۶
۲. استان، کارستن؛ ۱۳۸۴، «معافیت نیروهای حافظ صلح دولت‌های غیرعضو اساسنامه از صلاحیت قضایی دیوان کیفری بین‌المللی ICC (ابهامات قطعنامه ۱۴۲۲ شورای امنیت)» ترجمه سیدحسام الدین لسانی؛ مجله حقوقی (نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران)، شماره ۱ و دوم، صص ۲۲۱ - ۲۵۸
۳. ا. شبت، ویلیام؛ ۱۳۸۴، مقدمه‌ای بر دیوان کیفری بین‌المللی؛ ترجمه دکتر باقر میرعباسی و حمید الهوئی نظری؛ چاپ اول، تهران، نشر جنگل
۴. حبیب‌زاده، محمدجعفر و توحیدی‌فر، محمد؛ بهمن و اسفند ۱۳۸۰، «اختیارات شورای امنیت سازمان ملل متحد در حفظ صلح و امنیت بین‌المللی» (قسمت اول) ماهنامه دادرسی؛ شماره ۳۰ (سال پنجم)، صص ۱۶ - ۲۲
۵. حبیب‌زاده، محمدجعفر و توحیدی‌فر، محمد؛ فروردین و اردیبهشت ۱۳۸۱، «اختیارات شورای امنیت سازمان ملل متحد در حفظ صلح و امنیت بین‌المللی» (قسمت آخر)، ماهنامه دادرسی؛ شماره ۳۱ (سال ششم)، صص ۱۷ - ۲۲
۶. دستمالچی اصغر؛ ۱۳۷۸، «دیوان کیفری بین‌المللی: رؤیای شیرین و واقعیت تلخ» دیوان کیفری بین‌المللی و جمهوری اسلامی ایران، به اهتمام اسحاق آل حبیب؛ تهران، انتشارات وزارت امور خارجه
۷. عباسی، سجاد؛ ۱۳۹۰، مطالعه تطبیقی نقش دادستان در ایران و دادگاه کیفری بین‌المللی (پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه شهید بهشتی)

۱۲۸.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

۸. صابر، محمود؛ تابستان ۱۳۸۸، آیین دادرسی دیوان کیفری بین‌المللی، چاپ اول، تهران، نشر دادگستر
۹. کریر رابرت و دی. وایت نیجل؛ ۱۳۸۴، «شورای امنیت و دادگاه کیفری بین‌المللی» ترجمه فرید محسنی و علی قاسمی، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی دانشکده علوم قضائی و خدمات اداری، شماره ۳۴ و ۳۵، صص ۷۴ - ۱۱۳
۱۰. لاهه، ایو؛ تابستان ۱۳۸۱، حقوق کیفری بین‌المللی: «اختلاف نظرها در مورد پیش شرط‌های اعمال صلاحیت دیوان» ترجمه محمد جواد شریعت باقری؛ مجله دیدگاه‌های حقوقی؛ شماره ۲۶، صص ۲۵ - ۵۸
۱۱. محمدنسل، غلامرضا؛ بهار ۱۳۸۵، مجموعه مقررات دیوان کیفری بین‌المللی؛ چاپ اول، تهران، نشر دادگستر

ب) منابع انگلیسی

12. Jain Neha, 2005, A Separate Law for Peacekeepers: The Clash between the Security Council and the International Criminal Court, The European Journal of International Law, Vol. 16 Volume 16, Issue 2, Pp. 239-254
13. L. Paulus Andreas, 2003, Legalist Groundwork for the International Criminal Court: Commentaries on the Statute of the International Criminal Court, EJIL 14 ,Vol. 14 No. 4, 843-860
14. O. Raimondo Fabign, 2008, General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals, Leiden. Boston, Martinus Nijhoff Publishers
15. Petculescu Ioana, 2005, The Review of the United Nations Security Council, Decisions by the International Court Of Justice, Netherlands International Law Review, Volume 52 / Issue 02 / Mon, pp 167 - 195
16. Rahgoshay Amir Hussein, August 2011, The deferral of investigation or prosecution in the ICC by request of the Security Council of UN organization, Life Science Journal,;8 (2), pp 796 - 804

تعویق تحقیق یا تعقیب در دیوان کیفری بین‌المللی.....۱۲۹

17. The War Crimes Research Office, 2009, The Relationship Between The International Criminal Court And The United Nations, [American University Washington College of Law], Printed in the United States of America, available at: http://www.wcl.american.edu/warcrimes/icc/documents/WCRO_Report_on_ICC_and_UN_August2009.pdf , (last visit; Aug 2. 2012)

18. Triffterer Otto, 2008, Commentary on the Rome statute of the international criminal court, second Edition, Germany, published by Verlage C.H.Beck. WilhelmstraBe 9, 80801 Muunchen

ج) اسناد

19. Rome Statute of the International Criminal Court (U.N. Doc. A/CONF.183/9*)

20. Rules of procedure and Evidence (ICC-ASP/1/3)

تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳ از صفحه ۱۳۱ تا ۱۲۹

مسئولیت مالک کشتی و شرایط بیمه‌ای آن

علیرضا عسکری* دکتر سیدهادی حسینی**

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۲/۱۲/۲۰

تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۱۱/۱۹

چکیده

نقش بیمه‌ی دریایی در پوشش مسئولیت مالک کشتی، اهمیت به سزایی دارد؛ اگر چه ممکن است که مالک کشتی، مبادرت به حمل و نقل کالا نماید و متصدی حمل و نقل نیز محسوب شود، اما مسئولیت‌های مالک کشتی با عنوان صرف مالکیت کشتی، مشتمل بر مواردی است که جدا از عنوان متصدی حمل و نقل است. مالکین کشتی علاوه بر این که مسئول اعمال و خطای خودشان هستند، مسئولیت عملیات فرمانده را در قراردادهایی که وی در ارتباط با وظایف خویش منعقد می‌کند و نیز مسئولیت عملیات خدمه کشتی و ماموران مجاز مالک را بر عهده دارند. تحقیق حاضر، مسئولیت مالک کشتی، فرمانده کشتی، خدمه کشتی و پوشش بیمه‌ای آن‌ها را بررسی می‌کند.

واژگان کلیدی: بیمه، مالک کشتی، خدمه، فرمانده کشتی، مسئولیت انجمن‌های

حمایت و غرامت

* دانشجوی دوره دکترای حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات تهران
** استادیار دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی

۱. مقدمه

اگر چه ممکن است مالک کشتی، مبادرت به حمل و نقل کالا نماید و متصدی حمل و نقل نیز محسوب شود، اما مسئولیت‌های مالک کشتی با عنوان صرف مالکیت کشتی، مشتمل بر مواردی است که جدا از عنوان متصدی حمل و نقل است، یعنی ممکن است متصدی حمل و نقل، مستأجر کشتی باشد نه مالک کشتی. ماده ۶۶ قانون دریایی ایران مقرر می‌دارد «مالک کشتی، شخصاً مسئول اعمال، تعهدات، قصور و خطاهای خود و نیز مسئول عملیات فرمانده و قراردادهایی است که وی ضمن انجام وظایف خود منعقد می‌کند. مالک کشتی هم چنین مسئول عملیات کارکنان کشتی و ماموران مجازی است که از طرف او به خدمت در کشتی گمارده شده‌اند».

ماده ۷۴ قانون فوٹ نیز مقرر می‌دارد: «در صورتی که مستأجر کشتی، هزینه کارکنان، خواربار، اداره امور کشتی و دریانوردی را شخصاً به عهده رفته باشد از نظر مسئولیت‌های مربوط به مالک کشتی در حکم مالک کشتی است.» بنابراین، اگر مستأجر کشتی، هزینه کارکنان، خواربار، اداره امور کشتی و دریانوردی را شخصاً به عهده گرفته باشد، صرفاً از نظر مسئولیت مربوط به مالک کشتی در حکم مالک کشتی است؛ لذا در این تحقیق، مسئولیت مالک کشتی، فرمانده کشتی، خدمه کشتی و پوشش بیمه‌ای آن را بررسی می‌کنیم.

۲. مسئولیت مالک کشتی

مطابق قانون دریایی انگلستان، مالک کشتی باید کشتی را به بندر توافق شده و یا در صورت سکوت قرارداد به مکان معمول بارگیری اعزام کند در صورتی که کشتی به اجاره داده شده باشد، مالک کشتی باید به مستأجر اطلاع دهد که کشتی، آماده بارگیری است. وقتی که لنگرگاه تعیین شده در قرارداد به مالک کشتی اعلام شد، او یک جانبه، حق تغییر آن را ندارد و در صورت لزوم، موظف است که کلیه هزینه‌های لازم جهت کرایه‌ی یدک کش برای نگهداشتن کشتی در لنگرگاه تعیین شده را پردازد. این‌یدک

مسئولیت مالک کشتی و شرایط بیمه‌ای آن..... ۱۳۳

کش‌ها برای نگهداری کشتی در هوای نامناسب مورد نیاز هستند. اگر مالک کشتی، آمادگی کشتی برای بارگیری را به اطلاع مستاجر نرساند و از این جهت، تاخیری در بارگیری رخ دهد، مستاجر، مسئولیتی ندارد؛ زیرا مستاجر، متعهد نیست که در جستجوی کشتی بر آید^۱

از جهت تاخیر در آغاز سفر باید به بند ۱ ماده ۴۲ قانون بیمه دریایی انگلستان توجه نمود که مقرر می‌دارد: «وقتی که موضوع بیمه رایک بیمه نامه به صورت «در واز» و یا «از مکانی مخصوص» بیمه می‌کند، لازم نیست به هنگام عقد قرارداد بیمه، کشتی در همان مکان تعیین شده باشد؛ اما، در این خصوص، این شرط ضمنی وجود دارد که سفر باید در ظرف مدتی معقول آغاز شود و اگر در این مدت، سفر آغاز نشود، بیمه‌گر می‌تواند قرارداد را فسخ نماید». نتیجه تاخیر در آغاز سفر، ممکن است، این باشد که نوع خطر مورد نظر طرفین تغییر کند و در حقیقت، خطر، دیگر همان خطری نباشد که طرفین به هنگام انعقاد قرارداد، قصد تعیین آن را داشته‌اند. مثلاً ممکن است که در نتیجه به تاخیر افتادن سفر، یک خطر تابستانی تبدیل به یک خطر زمستانی شود و یا به دلایلی دیگر، خطر مورد نظر قرارداد بیمه، شدیدتر شود؛ بدین ترتیب، بیمه‌گر حق دارد به استناد شدید خطر، خود را از مسئولیت معاف بداند. براساس بند ۲ ماده ۴۲ قانون بیمه دریایی انگلستان، مصوب ۱۹۰۶ «با اثبات این موضوع که تاخیر در نتیجه اوضاع و احوالی پیش آمده که بیمه‌گر پیش از انعقاد قرارداد از آن آگاهی داشته است، می‌توان شرط ضمنی را مردود اعلام کرد». بنابراین، بند ۲ ماده ۴۲ در عین حال، خاصیت محدود کننده دارد و در هر موردی هم قابل اعمال نیست.

بنابراین، در حالی که صرفاً یک بیمه نامه برای حمل کالا صادر می‌شود، شروع بیمه باید در مدت زمانی معقول پس از قبول تعهد بیمه‌گر آغاز شود و در غیر این صورت، بیمه‌گر نسبت به بیمه نامه حق فسخ خواهد داشت. البته قاعده فوق، استثنایی نیز دارد

۱. ایوامی، هاردی، حقوق دریایی، حقوق حمل و نقل دریایی کالا، ترجمه پور نوری منصور، نشر مهد علوم، تهران، ج ۲، ۱۳۸۴، ص ۱۴۷.

۱۳۴.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

و آن در زمینه کالاهای تحت بیمه نامه عمومی^۱ است که شروع خطر در هر زمان در طول مدت قرارداد می‌تواند انجام گیرد و این بستگی به رفتار بیمه گذار دارد.

بنابراین مفاهیم «در» و «در و از» مندرج در ماده بالا، طی بندهای ۲، ۳ و ۴ قواعد تفسیربیمه نامه ضمیمه قانون یادشده بالا به شرح زیر تشریح شده‌اند:^۲

- «از»: هرگاه مورد بیمه از محل خاصی بیمه شود، خطر (مسئولیت بیمه گر) تا هنگامی که کشتی؛ سفر بیمه شده را آغاز نکند، شروع نخواهد شد .

- «در و از»: وقتی که یک کشتی با شرط «در و از» محل خاصی بیمه شود و در هنگام انعقاد قرارداد، کشتی در وضعیتی مطمئن (سلامت) در محل یاد شده باشد، خطر (مسئولیت بیمه گر) بلافاصله شروع خواهد شد. اما اگر کشتی در هنگام انعقاد قرارداد در محل یاد شده نباشد، خطر (مسئولیت بیمه گر) به محض ورود کشتی به محل مذکور در وضعیتی مطمئن (سلامت) آغاز خواهد شد و در صورتی که بیمه نامه به نحو دیگری مقرر نکرده باشد که کشتی برای زمان خاصی بعد از ورود، تحت پوشش بیمه نامه دیگری باشد، در قرارداد تأثیری نخواهد داشت .

شروع خطر، هنگامی که مورد بیمه «از» محل خاصی بیمه شده باشد به نحو دیگری نیز تحت پوشش قرارداد می‌گیرد و این نیز استثنایی دیگر بر بند ۱ ماده فوق است که فرض مدت زمان معقول را مد نظر قرار نمی‌دهد (بند ۴ قانون یاد شده) بیمه نامه مطابق این بند، وقتی کالا یا سایر اموال منقول به شرط «از زمان بارگیری به کشتی» بیمه شوند، تعهد بیمه گر تا هنگامی که کالا یا اموال منقول به طور واقعی بر روی عرشه کشتی قرار نگیرد، آغاز نخواهد شد و بیمه گر برای خطرات محل کالا از ساحل تا کشتی، مسئولیتی نخواهد داشت.^۳ تعهد بیمه گر به محض قرارگرفتن کالا بر روی عرشه، بدون هیچ گونه مهلتی آغاز می‌شود و این امر، قطع نظر از حرکت کشتی یا عدم آن است.

1. Open Cover

2. Good Dacre, JK 1968, marine insurance claims, Wither by 8 Co.LTD. LD, Landan, p. 58.

3. From the Lauding Thereof

مسئولیت مالک کشتی و شرایط بیمه‌ای آن.....۱۳۵

مسئولیت مالک کشتی فقط به کالا محدود نمی‌شود، بلکه هر خسارتی که به جهت تقصیر و کوتاهی وی یا کارکنان او، مانند خدمه و فرمانده و ... به کشتی‌های دیگر، محمولات آن‌ها، جان افراد و تأسیسات بندری وارد آید موجب مسئولیت مشارالیه خواهد شد. از موارد عمده مسئولیت مالکین کشتی، تصادم^۱ کشتی‌هاست، که تصادم در مفهوم کلی خود، برخورد کشتی با هر گونه وسیله شناور دیگر، اعم از کشتی‌ها و وسایل کمک ناوبری مثل چراغ‌های دریایی، هم چنین برخورد کشتی‌ها با اموال غیر شناور بندری مانند اسکله‌ها اطلاق می‌شود.

اما از دیدگاه حقوق دریایی - که تصادم کشتی‌هایی از مباحث اصلی آن است - تصادم، مبین برخورد دو کشتی بایکدیگر است.^۲ در قوانین انگلستان، تصادم، شامل برخورد بدنه دو کشتی و یا برخورد بدنه یک کشتی به سایر ابزار و ادوات کشتی دیگر و یا برخورد ابزار و ادوات دو کشتی به یکدیگر است. ورود کشتی به اسکله و بندرگاه و برخورد آن با اسکله، تصادف تلقی نمی‌شود.^۳

فصل دهم از قانون دریایی ایران، مربوط به تصادم در دریا است، که ماده ۱۶۴ آن قانون مقرر می‌دارد: «اگر تصادم در نتیجه خطای یکی از کشتی‌ها باشد، جبران خسارت به عهده طرفی است که مرتکب خطا شده است».

میزان مسئولیت هر کشتی، متناسب با درصد تقصیر آن در بروز تصادم تعیین می‌شود؛ ولی چنان چه دلایلی برای تعیین میزان تقصیر کشتی‌های طرف تصادم وجود نداشته باشد، طبق ماده ۱۶۵ قانون فوق الذکر، مسئولیت، بین آن‌ها به نحو مساوی تقسیم می‌شود؛ لذا هیچ کشتی بیش از میزان مسئولیت خود موظف به جبران خسارت نخواهد بود. ولی طبق بند ج ماده ۱۶۵ قانون فوق، اگر تصادم منجر به لطمات جانی

1. Collision

۲. محمد، ابو عطاء، نقش بیمه دریایی در جبران خسارت ناشی از تصادم کشتی‌ها، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۸۵، ش ۷۲.

۳. هادی، دستباز، بیمه کالا، کشتی و هواپیما، انتشارات دانشکده امور اقتصادی، تهران، ۱۳۷۴، صص ۶۹ - ۱۶۸ و ۳۱۲.

۱۳۶.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

شود، در این حالت، کشتی‌های مقصر، موظف به جبران خسارت وارده هستند؛ ولی هر کدام که خسارت وارده را بیش از حد مسئولیت خود پرداخت نماید، می‌تواند به نسبت تقصیر دیگران در وقوع حادثه به آن‌ها مراجعه کند .

خسارت‌هایی که در نتیجه غرق شدن کشتی به علت تصادم ایجاد می‌شود، خسارت‌های ناشی از خطرات دریایی به حساب می‌آید و در این میان، مهم نیست که یکی از عللی که منجر به خسارت شده، بی‌مبالاتی^۱ یکی از طرفین مربوط بوده است؛ هم‌چنین اگر کشتی در نتیجه بی‌مبالاتی دریدک کردن آن به بندر تلف شود، این تلف، ناشی از خطرات دریایی محسوب می‌شود.^۲

وقتی مالک کشتی ای در نتیجه اقدامات قانونی، مسئول پرداخت خسارت وارده به کشتی دیگر در نتیجه صدمات وارده به آن به دلیل تصادم بایک کشتی بیمه شده دیگر شناخته می‌شود، این خسارات تا جایی که به کشتی بیمه شده مربوط است، نمی‌تواند به موجب بیمه نامه آن کشتی، زیان‌های ناشی از خطرات دریایی به حساب آید. هم‌چنین، وقتی تصادمی بدون وجود امواج، طوفان و یا گرفتاری‌های دیگر دریانوردی - که به بروز حادثه کمک می‌کند - به وقوع می‌پیوندد، خسارت‌های حاصل از این تصادم، خسارت‌های ناشی از خطرات دریایی به حساب نمی‌آید.

ماده ۳۳۵ قانون مدنی درمورد تصادم کشتی مقرر می‌دارد: «در صورت تصادم بین دو کشتی ... مسئولیت، متوجه طرفی است که تصادم در نتیجه عمد یا مسامحه او ایجاد شده است و اگر هر دو طرف، مقصر باشند، هر دو مسئول خواهند بود». مسئولیت، طبق این ماده مبتنی بر تقصیر است؛ که شخص قصد زیان زدن به دیگری را ندارد ولی در نتیجه غفلت و بی احتیاطی سبب ضرر زدن به او می‌شود، یعنی تقصیر غیر عمد (مسامحه) نه تقصیر عمدی که شخص قصد اضرار به دیگری را دارد. ماده ۱۶۴ قانون دریایی و ۳۳۹ قانون مجازات اسلامی که مقرر می‌دارد: «... و اگر یکی از آن‌ها مقصر

1. Negligence

۲. تاثیر بی‌مبالاتی، عمد، اتفاق و تصادم در تحقق خطر دریایی، ۱۳۶۹، ص ۵۲ و ۸۹.

مسئولیت مالک کشتی و شرایط بیمه‌ای آن..... ۱۳۷

باشد فقط مقصر ضامن است.» موارد فوق را تأیید می‌کند.

ماده ۳۳۵ قانون مدنی که در مورد تصادم دو کشتی در فرضی که هر دو طرف تقصیر دارند، بدون توجه به شدت و ضعف خطاهاست، هر دو را مسئول می‌داند و در پی یافتن سبب اصلی نیست و به برابری اسباب تمایل دارد.^۱ در ماده ۳۳۵ قانون مدنی، نه تنها به صورت‌های تصادم پرداخته نشده است بلکه درباره چگونگی توزیع خسارت، بین دو طرف حادثه نیز حکمی ندارد. مبنای مسئولیت نیز مفهوم ناکار آمد تقصیر است و با ضرورت‌های زندگی ماشینی تناسب ندارد^۲ البته صرف نظر از این تفسیر، مطابق نظریه خطر می‌توان گفت: مسئولیت مالک کشتی بر نظریه خطر مبتنی است؛ زیرا در هر حال، مالک کشتی در قبال خسارت وارد به دیگران مسئولیت دارد.

بر فرض مقصر بودن هر دو کشتی در تصادم، بیمه‌گران بدنه هر کشتی باید با توجه به میزان مسئولیت کشتی تحت پوشش خود، مستقلاً اقدام به جبران زیان‌های کشتی مقابل کنند^۳ و برخلاف مالکان کشتی‌ها، تهاوتر مبالغ خسارت‌ها و پرداخت مازاد احتمالی^۴ در مورد بیمه‌گران اجرا نیست.^۵

قانون دریایی ایران در بند الف ماده ۱۶۵ به موضوع تناسب خسارات پرداخته و تقسیم مسئولیت میان دو کشتی ای که هر دو در ایجاد تصادم مقصر هستند را مورد توجه قرار داده و مقرر می‌دارد: «... الف: اگر دویا چند کشتی، مرتکب خطا شوند، مسئولیت هریک از کشتی‌ها، متناسب با اهمیت تقصیری است که از آن کشتی سر زده است؛ بنابراین اگر تشخیص اهمیت تقصیر با قراین و شواهد ممکن نباشد و یا تقصیر طرفین به نظریکسان برسد، طرفین به طور مساوی مسئول خواهند بود.» بهتر است در

۱. ناصر، کاتوزیان، حقوق مدنی الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، چ ۵، ۱۳۸۵، ص ۳۵۶ و ۳۶۴.

2. Gaskell, N, Debattista, Ch & Swatton, R 1987, Chorley & giles' shipping law, 8th Ed, London, pp. 575- 78.

3. Single Liability

4. Cross Liability

5. Gaskell, N, Debattista, Ch & Swatton, R 1987, Chorley & giles' shipping law, 8th Ed, London, pp. 575- 78.

۱۳۸.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

این خصوص اشاره کنیم به رأی دادگاهی که از شعبه سوم دادگاه عمومی تهران در تاریخ ۱۳۸۲/۰۹/۱۲ به شماره دادنامه ۷۹۰، ۷۹۱ و ۷۹ به ریاست آقای دکتر منصور پورنوری صادر شده است؛ بدین شرح که آقای الف، علیه شرکت نفتکش، ۸۵۲۵۰ کیلوگرم تمر هندی خوراکی را مطالبه می‌کند؛ کارشناس خبره چنین اظهارنظر می‌کند که کشتی نفتکش باید سرعت و راه خود را ثابت نگه می‌داشت و تغییری در مسیر خود نمی‌داد و در صورت هرگونه تغییر مسیر، طبق ماده ۳۴ مقررات بین المللی جلوگیری از تصادفات دریایی مصوب ۱۹۷۲، چنین اقدامی باید.

در زمان کافی به حد کافی و با اطمینان از نتیجه مثبت و به منظور پرهیز از تصادم باشد، نه این که خارج شدن از وضعیت تصادم کشتی که در وضعیت Close Quarter Situation^۱ قرار داشته است و کشتی نفت کش بدون توجه به مقررات فوق، مرتکب تقصیر ۸، ۱۷ و ۳۴ مقررات مزبور شده است و با اقدامات غیر متناسب، دیر هنگام و ناکافی خود، وضعیت تصادم را ایجاد نموده است؛ لذا نفت کش، ۷۵٪ و کشتی آقای الف ۲۵٪ مقصر شناخته می‌شوند و به استناد مواد ۱۶۲، ۱۶۵، ۱۷۲ و ۱۹۴ قانون دریایی ایران، مصوب ۱۳۴۳ و مواد ۱۸، ۱۷ و ۳۴ مقررات بین المللی فوق الذکر، حکم محکومیت شرکت نفت کش به پرداخت ۲۶۲/۵۰۰ دلار آمریکا و مبلغ ۱۸/۱۳۱/۰۰۰ ریال خسارت در حق آقای الف صادر می‌گردد و چون تاریخ تصادم، ۰۶/۰۹/۱۳۷۹ و تاریخ اقامه دعوی از ناحیه شرکت نفت کش، مشمول مرور زمان مقرر در ماده ۱۷۰ قانون دریایی ایران بوده و به استناد بند ۱۱ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی، قرار عدم استماع دعوی^۲ صادر می‌شود و چون هر دو کشتی در ایجاد خسارت بر صاحب کالای حمل شده مقصر هستند، حکم محکومیت شرکت نفت کش و آقای الف به تسلیم مقدار ۸۵۲۵۰ کیلوگرم تمر هندی خوراکی به نسبت ۷۵٪ شرکت نفت کش و

۱. اصطلاحی است فنی در کارشناسی مزبور

۲. البته باید طبق بند ۱۱ ماده ۸۴، قرار رد دعوی صادر می‌شد نه قرار عدم استماع دعوی.

مسئولیت مالک کشتی و شرایط بیمه‌ای آن..... ۱۳۹

۲۵٪ آقای الف صادر می‌گردد.^۱

ماده ۱۶۳ قانون دریایی ایران نیز مواردی را بر شمرده است که کشتی‌ها، مسئول جبران خسارت وارده ناشی از تصادم نخواهند بود که عبارتند از:

- تصادم ناشی از حوادث غیر مترقبه مانند طوفان‌های شدید غیر قابل پیش بینی.
- تصادم ناشی از قوه قهریه، مثلاً مائل مربوط به جنگ آن را به وجود آورده باشد.
- تصادم به علتی نامشخص و قابل تردید باشد.

در ضمن با توجه به ماده ۱۶۶ قانون فوق، حکم مسئولیت‌های مقرر در مواد مربوط به تصادم کشتی‌ها در قانون دریایی ایران در مواردی جاری است که تصادم به علت خطای راهنما اتفاق می‌افتد؛ ولو این که استفاده از راهنما، قانوناً الزامی باشد.

برحسب معمول، بازار بیمه لندن، مسئولیت ناشی از تصادم کشتی‌ها به موجب ماده ای خاصی به نام **Running Down / Collision Clause** را تحت پوشش قرار می‌دهد. کلوز مربوط، خسارت مربوط به کشتی مقابل، محموله آن، هزینه تأخیر، نفع از دست رفته، سهم از خسارت همگانی و هزینه نجات را تا $\frac{3}{4}$ مبلغ خسارت پوشش می‌دهد؛^۲ بقیه انواع خسارت و نیز $\frac{1}{4}$ باقیمانده از خسارت. فوق‌الذکر را کلوب‌هایی بیمه می‌کنند که به انجمن‌های حمایت و غرامت^۳ معروفند؛ کلوز مزبور در آمریکا، تمام مسئولیت را به طور کامل تحت پوشش قرار می‌دهد.

باید توجه داشت که تصادم با برخورد^۴ اشتباه نگردد، چون برخورد شدید بین دو کشتی یا کشتی با اجسام دیگری، مشمول تصادم است اما چنان چه کشتی در حالت حرکت به اسکله، موج شکن^۵، راهنمای شناور^۶، دیوارهای بندرگاه^۷ و یا اشیای ثابت و

۱. منصور، پورنوری، حقوق دریایی در دادگاه دریایی، انتشارات مهد حقوق، تهران، ۱۳۸۳، ص ۱۶۲.

۲. امیر، صادقی نشاط، حقوق بیمه دریایی، انتشارات مؤسسه کشتیرانی جمهوری اسلامی ایران، تهران، ۱۳۷۰، ص ۱۳۱.

3. Protection and Indemnity Clubs (P & I)

4. Contact

5. Pier

6. Buoy

7. Harbor Wall

۱۴۰.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

متحرک دیگری به غیر از کشتی برخورد کند، این تصادم نامیده نمی‌شود، بلکه عنوان برخورد (تماس) را دارد^۱.

مسئولیت تحت پوشش بیمه، طبق شرط تصادم^۲، مسئولیت قانونی است و مسئولیت قراردادی را در بر نمی‌گیرد، لذا اگر بین مالک کشتی بیمه شده و کشتی دیگر، قراردادی به منظور همکاری منعقد شود و به سبب قصور متصدیان کشتی بیمه شده، این کشتی به کشتی طرف قرارداد برخورد کند و خسارت وارد آید، مشمول شرط تصادم نخواهد شد، همان گونه که قبلاً بیان شد، مراد از مسئولیت در بیمه، مسئولیت حقوقی است که مسئولیت حقوقی ممکن است قراردادی یا قانونی باشد.

۳. اعمال خدمه و فرمانده کشتی

در ابتدای این بخش، در مورد جرم عمدی خدمه و فرمانده کشتی بحث می‌کنیم که برای اولین بار در بیمه نامه‌های فلورانس در سال ۱۵۲۳ ظاهر شده بود و بعد در همان زمان به بیمه نامه‌های لندن و آنتورپ نیز راه یافت. در مورد خدمه و فرمانده کشتی با اصطلاحی به نام جرم عمدی مواجه هستیم که اصولاً اصطلاح جرم عمدی در برگیرنده تمامی اعمال خطای فرمانده و ملوانان کشتی علیه منافع مالک کشتی است، ولی اشتباهات و سهل انگاری‌های عادی را شامل نمی‌شود. جرم عمدی در واقع، شامل هر نوع کلاهبرداری و تقلب از طرف فرمانده و ملوانان کشتی است که در نتیجه این اعمال، مالک کشتی زیان می‌بیند.

۱. هادی، دستباز، بیمه کالا، کشتی و هواپیما، انتشارات دانشکده امور اقتصادی، تهران، ۱۳۷۴، صص ۶۹ - ۱۶۸ و ۳۱۲.

۲. به موجب این شرط در بیمه نامه های بدنه کشتی (برای مدت معین یا سفر معین) تحت عنوان 3/4 مسئولیت در تصادم از آن نام برده شده است؛ در صورتی که بین کشتی بیمه شده و کشتی دیگر، تصادم ایجاد شود در صورت احراز مسئولیت بیمه گذار کشتی بیمه شده، بیمه گر کشتی تعهد خواهد داشت علاوه بر جبران خسارت وارده به کشتی مذکور، خسارات وارده به کشتی دیگر را نیز جبران کند (هوشنگی، ۱۳۶۹).

مسئولیت مالک کشتی و شرایط بیمه‌ای آن..... ۱۴۱

تعریفی که در ماده ۱۱ مقررات انعقاد بیمه نامه، ضمیمه اول قانون بیمه دریایی انگلستان مصوب ۱۹۰۶ آمده به این شرح است: «اصطلاح جرم عمدی در برگیرنده هر نوع عمل خلاف عمدی فرمانده و ملوانان کشتی است که موجب ورود زیان به مالک یا - بسته به مورد - به مستاجر کشتی می‌شود»؛ لذا، نباید فراموش کرد که عمل جرم عمدی ملوانان و فرمانده کشتی باید بدون رضایت مالک کشتی انجام گیرد؛ چون اگر مالک کشتی، راضی به اعمال فرمانده کشتی باشد نمی‌توان گفت جرمی عمدی از سوی فرمانده و یا ملوانان صورت گرفته است؛ بنابراین، زمانی که فرمانده کشتی، مالک کشتی هم است، خسارت حاصل از رفتار خیانت آمیز او، مشمول بیمه نامه‌ای که خسارت ناشی از خیانت عمدی فرمانده و ملوانان کشتی را عهده دار است، نمی‌شود.

معمولاً، رایج‌ترین نوع جرم عمدی فرمانده کشتی، جرمی است که ریشه در قاچاق، نقض قوانین بین‌المللی و داخلی، انحراف از مسیر و غرق تعمدی کشتی دارد. اگر فرمانده کشتی با دست زدن به قاچاق، مرتکب جرم عمدی شود، بیمه گر، مسئول جبران خسارت وارده است.

حال اگر مالک کشتی (بیمه گذار) مرتکب تقصیر فاحشی شده باشد و معلوم می‌شود که او می‌توانسته جلوی جرائم عمدی فرمانده و خدمه کشتی را بگیرد اما این کار را نکرده است، بیمه گر، مسئول جبران خسارت نخواهد بود.^۱

مسئولیت بیمه گر از زمانی است که عمل جرم عمدی که به خسارت می‌انجامد، آغاز می‌شود؛ مثلاً در خصوص انحراف کشتی، این زمان، زمان آغاز انحراف مجرمانه است و زمانی که عمل فرمانده کشتی منجر به محکومیت و فروش کشتی شده است تا زمان فروش کشتی، نتیجه این عمل، متوجه بیمه گذار نمی‌شود؛ لذا تاریخ فروش کشتی، تاریخی است که به مرور زمان آغاز می‌شود.

تازمانی که خسارت، واقعاً ایجاد نشده است، بیمه گر مسئولیتی ندارد. خسارت نیز باید از مواردی باشد که جزو مصادیق بیمه محسوب می‌شود؛ وگرنه هیچ اهمیتی ندارد

۱. تقصیر فاحش بیمه گذار، سایر خطرات ۱۳۷۰، مجله صنعت حمل و نقل، ش ۹۹، ص ۵۰ و ۷۱

۱۴۲.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

که خسارت در مدت اعتبار بیمه نامه ایجاد شده باشد یا نه؛ بنابراین، وقتی کشتی‌ای برای انجام سفری بیمه شده باشد و در خلال سفر، فرمانده کشتی، مرتکب قاچاق شود و موجب ضبط کشتی بعد از ۲۴ ساعت لنگراندازی امن شود، بیمه‌گر، مسئول جبران این گونه خسارت نیست.

هم چنین، ضرورتی ندارد که بیمه‌گذار ثابت کند که فرمانده کشتی، مالک کشتی نبوده است. اگر اعمال و مدارکی که برای اثبات جرم عمدی استفاده می‌شود، ناشی از جهل فرمانده کشتی و یا اطاعت وی از دستورات مالک کشتی باشد، این قبیل اعمال را نمی‌توان جرم عمدی تلقی کرد؛ مگر این که با حيله و تقلب همراه باشد.

در بیمه نامه‌های دریایی، عبارت «و تمامی سایر خطرات» گنجانده می‌شود که به معنای هر نوع خطری که ممکن است سبب تلف، بازداشت یا آسیب دیدن مورد بیمه شود، نیست. اصل ۱۲ از قواعد مربوط به انعقاد بیمه نامه که ضمیمه اول قانون بیمه دریایی انگلستان را تشکیل می‌دهد مقرر می‌دارد: «عبارت تمامی سایر خطرات، فقط شامل خطرانی می‌شود که مشابه خطرات توصیف شده در بیمه نامه‌اند». موضوع دامنه مشمول عبارت «و تمامی سایر خطرات ...» در دعوی باتلر^۱ با جانب داری وایلدمن^۲ نیز مورد توجه قرار گرفت.

در این دعوی، فرمانده کشتی برای این که مقداری پول نقد موجود در کشتی به دست دشمن نیفتد، بلافاصله بعد از توقیف کشتی، آن‌ها را به دریا انداخته بود. در جریان دعوایی که بر سر بیمه نامه مطرح شده بود، قاضی هالروید^۳ گفت: «به اعتقاد من، این تلف را باید تلف ناشی از به دریا ریختن کالا و یا اعمال دشمن دانست؛ هم چنین، می‌توان، گفت که این خسارت در قالب عبارت کلی «تمامی سایر تلفات و حوادث ناگوار» می‌انجامد که خود عبارت فوق، شامل تمامی تلفاتی است که نظایر آن در بیمه نامه بر شمرده شده است».

-
1. Butler
 2. Wildman
 3. Holroyd

مسئولیت مالک کشتی و شرایط بیمه‌ای آن..... ۱۴۳

همان گونه که بیان کردیم، طبق ماده ۶۹ قانون دریایی ایران، مالک کشتی، شخصاً مسئول عملیات فرمانده کشتی و عملیات کارکنان کشتی است و ماده ۸۶ نیز مقرر می‌دارد: «فرمانده کشتی در صورت تخلف از مواد ۸۲، ۸۳، ۸۴ و ۸۵ در مقابل مالک کشتی مسئول است...».

۴. پوشش‌های بیمه‌ای مسئولیت مالک در کلوپ P & I

۱ - ۴. روش کار انجمن‌های حمایت و غرامت

باید توجه داشت که بیمه گران، حاضر به قبول و پوشش همه خطرات نیستند؛ لذا، مالکان کشتی، باشگاه‌های پی.اند.آی یا انجمن‌های حمایت و جبران خسارت متقابل - که از شرکت‌های تخصصی بیمه کشتی هستند - را به وجود آورند تا ریسک‌هایی که در بازارهای دریایی، بیمه نمی‌شوند را پوشش دهند، که به منزله نوعی بیمه شخص ثالث عمل می‌کند.

اساس فعالیت این کلوپ‌ها، تامین خسارت بدنه کشتی بود و بر این شیوه پایه گذاری شده بود که تمامی اعضای این کلوپ، متعدد می‌شدند که در صورت مطرح شدن ادعای خسارت علیه کشتی‌های متعلق به هر یک از اعضای آن کلوپ، همگی اعضای کلوپ، به تناسب ظرفیت کشتی‌های متعلقه در پرداخت آن خسارت سهیم باشند. موضوع بااهمیت دیگر، این است که هر یک از اعضا پس از پرداخت خسارت قطعی، سهم خود را از آن خسارت پرداخت می‌کرد^۱.

مالکان کشتی‌ها برای استفاده از پوشش بیمه‌ای در مقابل مسئولیت‌های خاص خود که به موجب قوانین ملی یا حقوق دریایی بر عهده آنان نهاده شده بود، اقدام به حمایت متقابل از یکدیگر نمودند. باشگاه‌ها چون یک شرکت بیمه هستند، تمامی الزام‌های قانونی بیمه‌ای در مورد آن‌ها اعمال می‌شود. بند ۱ ماده ۸۵ قانون بیمه دریایی انگلستان،

۱. هادی، دستباز، پیشین، صص ۶۹ - ۱۶۸ و ۳۱۲.

۱۴۴.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

مصوب ۱۹۰۶، آن‌ها را این گونه معرفی می‌کند: «زمانی که دو نفر یا بیشتر، به طور متقابل موافقت می‌کنند که همدیگر را در مقابل خسارت‌های دریایی بیمه کنند در حقیقت یک شرکت بیمه تعاونی یا متقابل تشکیل داده‌اند».

اعضای باشگاه از میان خود، هیات مدیر انتخاب می‌کنند و این هیات مدیره در مقابل اعضا، مسئول ارایه خط مشی و سیاست اداره باشگاه، مقررات کلی، سرمایه گذاری و وصول مطالبات است. هیات مدیره، مدیران اجرایی باشگاه را برای اداره امور و سیاست‌هایی که اتخاذ می‌شود، انتصاب می‌کند و مدیران به سهم خود، تیمی برای وظایف محموله تشیل می‌دهند. این وظایف عبارتند از: صدور گواهینامه اعضا، صدور بیمه نامه، اداره خسارت‌ها و بازیافت‌ها، ثبت و حفظ اسناد و مدارک، جمع آوری و وصول حق بیمه یا هر امری که در جهت حفظ حقوق اعضای باشگاه باشد.

تحت نظارت مدیران عامل، عده‌ای کارمند واجد شرایط، مانند صادر کننده بیمه نامه، متخصص مسایل مالی، حقوقدان و کارشناس دعاوی بیمه اشتغال دارند تا بتوانند دعاوی مربوط به باشگاه را به نمایندگی اعضا رسیدگی کنند.

صاحبان کشتی برای عضویت در باشگاه پی.اند. آی، مبلغ معینی مطابق مقررات، بابت هر تن ظرفیت کشتی خود به باشگاه می‌پردازند. به طور کلی، مالکان کشتی مستقیماً به باشگاه مراجعه می‌کنند، بعضی هم از طریق کارگزار برای عضویت در باشگاه معرفی می‌شوند، مرسوم است که حق دلالی را خود عضو پرداخت کند، نه باشگاه.^۱ ثبت نام در باشگاه هر سال تجدید می‌شود و پس از اتمام یک سال عضویت در باشگاه، صاحب کشتی حق دارد که عضویت خود را لغو کند و به باشگاه نیز می‌تواند خواستار لغو عضویت کشتی خاص و یا کلیه کشتی‌های برخی از اعضا باشد.

اگر عضو، سوابق بدی از نظر دریافت خسارت داشته باشد، حق عضویت بیشتری از او درخواست می‌شود و بالعکس، چنان چه دریافتی‌های او چند مورد ناچیز باشد، ممکن است حق عضویتش تقلیل یابد. در مورد بیمه دریایی، تاکید بسیاری در مورد

۱. مصطفی، نوری، مقدمه‌ای کوتاه بر باشگاه های پی . اند . آی، فصلنامه صنعت بیمه، ش ۴ .

مسئولیت مالک کشتی و شرایط بیمه‌ای آن..... ۱۴۵

سوابق بیمه شده از نظر دریافت خسارت شود.

اعضای این انجمن‌ها به علت روش متقابل و تعاونی بودنشان، در عین بیمه گذار بودن، بیمه گر نیز هستند. رابطه بین انجمن و عضوی که به عنوان یک بیمه گر عمل می‌کند را مجمع عمومی براساس مقررات تدوین شده تعیین می‌کند. این مقررات، ترتیب ثبت کشتی‌ها توسط اعضا، خطرات تحت پوشش، استثنائات و محدودیت‌ها را مشخص می‌کند و بدین دلیل در بردارنده شرایطی هستند که هم ردیف شرایط مندرج در بیمه نامه‌های معمولی است. لازم به تذکر است که اساس نامه انجمن از یک سو و مقررات آن، از سوی دیگر، حد فاصل میان حقوق و وظایف مالکین کشتی را به عنوان یک عضو و یک بیمه شده به روشنی ترسیم نمی‌کنند، در حالی که این امر از خصایص طرح‌های بیمه تعاونی است.^۱

انجمن‌های حمایت و جبران خسارت در مقایسه با شرکت‌های بیمه از روش‌های کاملاً متفاوتی برای محاسبه حق بیمه و تدارک ذخایر بهره می‌گیرند. انجمن‌ها به جای ارایه نرخ‌های ثابت از نظام مطالباتی^۲ استفاده می‌کنند. به عبارت دیگر در آغاز هر سال مالی «بر مبنای تجارت گذشته» تخمینی از مبالغ مورد نیاز برای جبران خسارت‌ها، پرداخت هزینه‌های سربار و مخارج دیگر به عمل می‌آید، سپس کل مبلغ برآورد شده کشتی‌ها متناسب بود؛ ولی امروزه؛ اصول بیمه گری مورد استفاده قرار می‌گیرد.^۳

سهم هر یک از اعضا، «پیش پرداخت مطالباتی^۴» نامیده می‌شود که باید پیشاپیش پرداخت شود. در طول سال نیز در صورت اعلام خسارت‌های بیش از حد پیش بینی شده برای جبران آن‌ها، امکان دارد که مدیریت، پرداخت‌های تکمیلی دیگری را از اعضا مطالبه کند.^۵

۱. نادر، مظلومی، بیمه حمل دریایی کالا، بیمه مرکزی ایران، تهران . ۱۳۶۸

2. System of Calls

۳. هادی، دستباز، پیشین، صص ۶۹ - ۱۶۸ و ۳۱۲ .

4. Advance Calls

۵. نادر، مظلومی، بیمه حمل دریایی کالا، بیمه مرکزی ایران، تهران . ۱۳۶۸

۱۴۶.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

قانون حمل کالا از طریق دریا مصوب ۱۹۲۴^۱، نقش بسیاری عمده و اساسی در توسعه و گسترش این کلوپ داشته است. این قانون براساس قانون لاهه تدوین گردیده که براساس آن، مشخص می‌شود که چه خساراتی باید از طرف مالکین کالا، بیمه‌گران، تجار و صاحبان کالا پرداخت شود؛ در نتیجه؛ خسارات وارده به کالا معمولاً بزرگترین سهم را در مسئولیت و تعهدات کلوپ‌های پی‌اند. آی دارد.

انجمن‌های مزبور، پوشش وسیعی را در اختیار اعضای خود قرار می‌دهند که در مورد گروه‌های حمایت و جبران خسارت توأمأ دارای کاربرد است. باید توجه نمود که در گروه حمایت، پوشش ارایه شده، شامل خطراتی است که از حمل سفر، مسئولیت‌ها، هزینه‌ها و مخارج مربوط به خدمه کشتی و نتایج حاصل از تصادف ناشی نمی‌شود؛ در گروه جبران خسارت، دعاوی مربوط به مسئولیت حمل‌کننده در قبال کالا و در عین حال، جریمه‌ها، هزینه‌های مخارج ناشی از نقض مقررات و تعهدات (از قبیل قوانین گمرکی) زیر پوشش قرار می‌گیرد.

پوشش ارایه شده بابت صدمه و خسارت وارده به کالا، تنها بخشی کوچک از پوشش‌های بسیار متنوعی است که انجمن‌های حمایت جبران خسارت برای انواع مسئولیت‌های مالکین کشتی ارایه می‌دهند.

۱- ۱- ۴. مقررات مسئولیت در قبال کالا

۱- ۱- ۱- ۴. مسئولیت در قبال اتلاف یا کسری محموله و سایر دارایی‌ها

تلف شدن محموله یا سایر دارایی‌ها کشتی عضوی که در حال بارگیری است یا در آینده بارگیری می‌کند و یا قبلاً بارگیری کرده است، مشمول این بند است؛ البته باید اتلاف به علت نقض تعهد و وظیفه در انجام مناسب امور مربوط به بارگیری، اداره، بارچینی، حمل، نگهداری، مراقبت، تخلیه و تحویل محموله یا دارایی از سوی مالک کشتی و یا اشخاص دیگری که مالک به عنوان عامل حمل در قبال افعال خطا و تقصیر

1. The Carriage of Good by Sea, Act 1924

مسئولیت مالک کشتی و شرایط بیمه‌ای آن..... ۱۴۷

آنان، قانوناً مسئول شناخته می‌شود، رخ داده باشد و یا آن که تلف، ناشی از عدم قابلیت دریانوردی یا نا مناسب بودن کشتی عضو باشد.^۱

۲ - ۱ - ۱ - ۴. مسئولیت و تعهد در قبال آسیب وارده به محموله یا سایر

دارایی

آسیب دیدن یا تعهد نسبت به محموله یا سایر دارایی‌ها که بر روی یک کشتی عضو که در حال حمل است یا حمل خواهد شد یا قبلاً حمل شده است، با این شرط که به علت نقض تعهد و وظیفه در انجام مناسب بارگیری، اداره، بارچینی، حمل، نگهداری، مراقبت تخلیه و تحویل محموله یا دارایی از سوی مالک کشتی و یا اشخاص دیگری که مالک به عنوان عامل حمل در قبال افعال، خطا و تقصیر آنان، قانوناً مسئول شناخته می‌شود، رخ داده باشد و یا آن که آسیب ناشی از عدم قابلیت دریانوردی یا نامناسب بودن کشتی عضو باشد.

هم چنین این حق به مالک کشتی داده شده است که هزینه اضافی را بابت تخلیه و واگذاری محموله آسیب دیده و بی ارزش دریافت کند (مازاد بر هزینه ای که به طور معمول باید تحت شرایط قرارداد حمل صرف می‌نمود)، مشروط بر آن که مسئول صرف چنین هزینه‌ای شناخته شود و نتواند آن را از منافع متعلق به سایر اطراف قرارداد دریافت کند.

۵. پوشش‌های بیمه ای انجمن‌های حمایت و غرامت

موارد پوشش بیمه‌ای در باشگاه‌ها معمولاً در بیمه نامه تعیین شده است. هر نوع دعاوی اشخاص ثالث را می‌توان مورد مشمول بیمه باشگاه قرارداد. مالک کشتی در قبال خسارت‌های وارد به هر شخص در کشتی یا نزدیک به کشتی که متعاقباً جان خود را از دست داده یا صدمه دیده و یا بیمار شده، متعهد است؛ که این شامل فرمانده، ملوان یا

۱. نادر، مظلومی، پیشین.

۱۴۸.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

هر خدمه دیگر در کشتی نیز می شود که این هزینه ها، شامل خسارت های تدفین، پزشکی و دارویی است. هم چنین هزینه هایی که مالک برای انتقال و مراجعت هریک از خدمه کشتی به خانه و میهن خود و هزینه های الزامی جابه جایی خدمه یا انتقال فرمانده یا ملوانانی که فوت کرده اند یا به ساحل منتقل شده اند و مبالغی پرداختی به خدمه که ناشی از کارآمد نبودن موقتی آن ها است را مورد پوشش بیمه ای قرار می دهد.

مالک کشتی هم چنین هزینه های انحراف از مسیر، توفق در بندرگاه، لنگرانداختن، برگرداندن مسافران قاچاقی و هزینه نجات افراد به دلیل آن که در بیمه های بدنه کشتی و کالا قابل پرداخت نیست، هزینه انتقال باقی مانده های کشتی شکسته، هزینه های قرنطینه، هزینه های حقوقی و دادگاهی، هزینه هایی که برای جلوگیری یا کم کردن شدت خسارت های وارده از طرف مالک پرداخت می شود، جرایمی که دادگاه برای مالک کشتی در نظر می گیرد، خسارت های ناشی از تاخیر به علت اعتصاب ها، هزینه های بازداشت، توقیف یا طولانی کردن مسیر معمولی کشتی و آلودگی نفتی، خسارت هایی که به سبب کسری کالا یا هر دارایی دیگر در درون کشتی به وجود آید، ضرر و زیان ناشی از يدک کشتی، خسارت های وارده به کشتی یا اموال (غیر از تصادف به سبب غفلت در کشتیرانی یا غفلت خدمه) را نیز می تواند مورد پوشش قرار دهد. در خصوص خسارت های همگانی نیز هزینه های ویژه و هزینه نجات - که در بیمه نامه کشتی و کالا قابل پرداخت نیست - قابل پوشش است.

در خصوص مسئولیت تصادم، ¼ تعهدات مالک کشتی و هزینه های اتفاقی مربوط به آن در ارتباط با تصادفات کشتی با هر کشتی دیگر که در بیمه نامه های معمولی و استاندارد لویدز در بیمه بدنه و ماشین آلات بیمه نمی شوند، پوشش داده می شوند. در نهایت، خسارتی که به تاسیسات بندری، باراندازه لنگرگاه و موج شکن ها وارد می آید نیز از طریق باشگاه قابل پرداخت است .

خطرهای ذکر شده، تحت پوشش بیمه ای انجمن های حمایت و غرامت نیستند:

مسئولیت مالک کشتی و شرایط بیمه‌ای آن..... ۱۴۹

- کسورات^۱ یا مبلغی که قانوناً باید مالک کشتی متقبل شود.
 - خلاف کارهای عمدی اعضا
 - کانتینرها، مخازن و سوخت کشتی
 - هزینه معطلی برای تخلیه یا تاخیر کشتی
 - زمان مربوط به ابطال قرارداد چارتر^۲ (قراردادی برای اجاره کشتی است).
 - مسئولیت عملیات نجات
 - زیان به کشتی بیمه شده در باشگاه (در بیمه بدنه کشتی، زیان دریافت می‌شود).
 - عدم دریافت اجاره بها (فقط در باشگاه‌های تخصصی بیمه خواهد شد).
 - خسارت‌های جنگی
 - خسارت‌های وارده به اموال خود مالک کشتی (در بازاری دیگر، پوشش مورد نظر در دسترس است).^۳
- کلوپ‌های فوق‌الذکر، پوشش‌های بسیار متفاوتی را در اختیار اعضاء خود قراردادده است که سقف تعهدات بیمه‌نامه‌ها نامحدود است و صرفاً در مورد آلودگی نفتی، حداکثر تعهدات کلوپ در هر حادثه مشخص شده است.
- ۱ - ۵. مهم‌ترین پوشش‌های بیمه‌ای انجمن‌های حمایت و غرامت
- ۱ - ۱ - ۵. مسئولیت در قبال ملوانان،^۴ بستگان خدمه و یا افرادی که به غیر از مسافر در کشتی سوار شده‌اند^۵
- ۲ - ۱ - ۵. مسئولیت در قبال مسافران^۶

1. Deductibles

2. Charter

۳. سحر، خداداد، پوشش‌های بیمه‌ای انجمن‌های حمایت و غرامت، انتشارات کشتیرانی جمهوری اسلامی ایران، تهران، ۱۳۷۷، ص ۱۸.

4. Liability in Respect of the Seaman

5. Supernumerary.

6. Liability in Respect of Passenger

۳- ۱- ۵. مسئولیت در قبال اشخاص ثالث^۱

متصدی حمل، دارای مسئولیت در قبال فوت، جرح و یا بیماری همه افراد به غیر از ملوانان، خدمه، وابستگان، سایر افرادی که توسط متصدی حمل در کشتی سوار شده‌اند و مسافران است و هم چنین در قبال کارگران بندری و بازدیدکنندگان در زمانی که در عرشه کشتی حضور دارند و کار تخلیه یا بارگیری انجام می‌شود نیز مسئول است؛ لذا، زمانی که این افراد در کشتی، دچار حادثه یا جرح شوند، می‌توانند در خواست غرامت و یا پرداخت هزینه‌های پزشکی را از مالک کشتی بنمایند.

۴- ۱- ۵. مسافر پنهانی

اعضای انجمن‌های حمایت و غرامت در قبال هزینه‌ها و جرایم مربوط به داشتن مسافر پنهانی که بدون رضایت و اطلاع آن‌ها و یا ناخدای کشتی در بندری وارد کشتی شده است، دارای پوشش بیمه‌ای هستند، که هزینه‌ها، شامل مخارج مربوط به نگهداری و فرستادن آن‌ها است.

۵- ۱- ۵. هزینه‌های انحراف مسیر^۲

اگر کشتی به منظور مداوا و درمان یک شخص مصدوم و یا مریض و یا در زمانی که منتظر ورود یک جانشین است و یا قصد پیاده کردن پناهندگان و یا مسافر پنهانی را دارد، از مسیر منحرف شود، هزینه‌های مربوط به این اتفاقات، قابل پرداخت است که شامل هزینه‌های سوخت، بیمه، حقوق و دستمزد ملوانان و هزینه‌های بندری است؛ ولی شامل هزینه‌های معطلی (دموراژ)، ضرر و زیان ناشی از کرایه و اجاره نخواهد بود.

۶- ۱- ۵. نجات زندگی

مربوط به جایی است که بخواهند خدمات نجات دهنده در دریا را برای نجات زندگی توصیف و تشریح کنند، که شامل هزینه‌های مربوط به نجات افراد ثالثی که در

1. Liability in Respect of Third Parties
2. Diversion Expenses

مسئولیت مالک کشتی و شرایط بیمه‌ای آن..... ۱۵۱

کشتی وجود داشته‌اند، می‌شود و این هزینه‌ها به شخص ثالث (نجات دهنده) صرفاً در زمانی پرداخت می‌گردد که علاوه بر نجات زندگی، دارایی‌ها و اموالی را هم نجات داده باشد.

۷-۱-۵. افراد در معرض خطر^۱

۸-۱-۵. قرنطینه^۲

زمانی که کشتی در قرنطینه باقی می‌ماند و یا کشتی و ملوان ضد عفونی می‌شوند (به دلیل بیماری مسری)، هزینه‌های اضافی ایجاد شده، قابل دریافت است.

۹-۱-۵. مسئولیت ناشی از تصادم

زمانی که وقوع حادثه با کشتی دیگری ثابت شود، امکان دریافت خسارت وجود دارد و اگر کشتی با بارانداز برخورد کند، تصادم تلقی نمی‌شود و پوشش بیمه‌ای، محدود به جبران هزینه‌های تلف و آسیب وارده به کشتی ثالث است. اصولاً کلوپ پی‌اند. آی پوشش‌هایی که اعضا نمی‌توانند از سایر شرکت‌های بیمه تحت پوشش بیمه نامه بدنه کشتی اخذ نمایند، ارایه می‌دهد و معمولاً دارای مسئولیتی برابر ¼ مسئولیت ایجاد شده است.^۳

۱۰-۱-۵. آسیب‌های وارده به کشتی به علت عدم تماس^۴

زمانی که امواج حاصل از حرکت کشتی باعث شود که کشتی دیگری که در بارانداز پهلو گرفته است دچار نوسان و حرکات شدید شود و طناب مهار کشتی پاره گردد و به آن، خسارت‌هایی وارد آید، به این گونه خسارت‌ها، خسارت ناشی از عدم تماس گفته می‌شود.^۵

1. Persons in Distress

2. Quarantine

3. Brown, RH 1995, the cargo insurance contract and the institute cargo clauses, Wither by & Co. LTD, Section Fifteen, London, p. 2

4. Non – Contact Damage to Ship

۵. هادی، دستباز، پیشین، صص ۶۹ - ۱۶۸ و ۳۱۲.

۱۵۲.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

۱۱ - ۱ - ۵. آسیب‌های وارده به اموال^۱

شامل خسارتی است که کشتی باعث بروز خسارت به لنگرگاه، بارنداز اسکله، دیوارهای ساحلی، کابل‌ها و ... شود.

۱۲ - ۱ - ۵. آلودگی

۱۳-۱-۵. قرارداد^۲ Tovalop

این قرارداد بین مالکان تانکرها منعقد می‌شود و بر اساس شرایط آن، خسارت وارده به اشخاص ثالث که ناشی از آلودگی‌های نفتی بوده و یا هزینه‌های پاکسازی آن را جبران می‌کند، که مالک تانکر تعهد می‌کند، تعهدات خود را در قبال نشت نفت از تانکر و پاکسازی آن و خسارت وارده به اشخاص ثالث را جبران کند.

بازارهای بیمه انجمن‌های حمایت و خسارت دریایی در آستانه‌ی تغییر و تحولات بسیار مهمی قرار دارند که این دوره، نخستین حرکت عمده در تاریخ تحول و پیدایش این انجمن است. عامل اصلی این تغییر، ظهور بیمه‌گرایی است که حق بیمه قطعی دریافت می‌کنند در حالی که در دو قرن گذشته، بازار در انحصار انجمن‌های بیمه متقابل یا کلوپ‌هایی بود که سود آوری، ملاک تشکیل آن‌ها نبوده است. اتحادیه‌ی اروپا، اخیراً اظهار داشته است که برخی از جنبه‌های سیستم تعاون و همکاری بین ۱۹ انجمن عضو گروه‌های بین‌المللی، مغایر اصول و مشی ضد انحصاری جامعه اروپاست و خواهان شفافیت بازار در این بخش شده است.

1. Damage to Property
2. Tanker Owner Voluntary Agreement on Liability Oil Pollution

۶. نتیجه گیری

مالکین کشتی، علاوه بر این که مسئول اعمال و خطای خودشان هستند، مسئول عملیات فرمانده در قراردادهایی که وی در ارتباط با وظایف خویش منعقد می‌کند و نیز مسئول عملیات خدمه کشتی و ماموران مجاز مالک نیز هستند. هم چنین اگر مستاجر کشتی، هزینه کارکنان، خواروبار و اداره امور کشتی و دریانوردی را شخصاً بر عهده گرفته باشد، صرفاً از نظر مسئولیت مربوط به مالک کشتی در حکم مالک کشتی است. مطابق قانون دریایی ایران، مالک کشتی باید کشتی را به بندر توافقی شده و یا در صورت سکوت قرارداد به مکان بارگیری اعزام نماید؛ نتیجه تاخیر در آغاز سفر، ممکن است سبب تغییر نوع خطر شود و خطر دیگر همان خطری نباشد که طرفین هنگام انعقاد قرارداد، قصد تعیین آن را داشته‌اند که در این صورت، بیمه گر می‌تواند قرارداد را فسخ کند و از مسئولیت معاف شود؛ مگر این که تاخیر در نتیجه اوضاع و احوالی پیش آمده باشد که بیمه گر، پیش از انعقاد قرارداد از آن آگاهی داشته است.

از موارد عمده مسئولیت مالکین کشتی، تصادم کشتی‌ها است که مطابق قانون دریایی ایران، اگر دو کشتی باهم تصادم کنند، میزان مسئولیت مربوط به هر کشتی، متناسب با درصد تقصیر آن در بروز تصادم تعیین خواهد شد و اگر امکان تعیین میزان تقصیر کشتی‌های طرف تصادم وجود نداشته باشد، مسئولیت به نحو مساوی بین آن‌ها تقسیم می‌شود؛ ولی هرکدام که خسارت وارده را بیش از حد مسئولیت خود پرداخت نماید، می‌تواند به نسبت تقصیر دیگران در وقوع حادثه به آن‌ها مراجعه کند. ماده ۳۳۵ ق. م. ایران در فرض تصادم دو کشتی مقصر، بدون توجه به شدت و ضعف خطاها هر دو را مسئول می‌داند و در پی یافتن سبب اصلی نیست و به برابری اسباب تمایل دارد. هم چنین در ماده فوق، نه تنها به صورت‌های تصادم پرداخت نشده، بلکه درباره چگونگی توزیع خسارت بین طرفین نیز حکمی نداده است.

همانطور که گفته شد، مسئولیت خدمه و فرمانده کشتی نیز به عهده مالک کشتی

۱۵۴.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

است که در این مورد با اصطلاح جرم عمدی یا باراتری مواجه هستیم که در برگیرنده‌ی تمامی اعمال خطای ملوانان و فرمانده کشتی علیه منافع کشتی است که بدون علم و رضایت مالک کشتی انجام می‌گیرد و رایج‌ترین آن، قاچاق، نقض قوانین بین‌المللی و داخلی، انحراف از مسیر و غرق تعمدی کشتی است؛ اگر فرمانده کشتی با دست‌زدن به قاچاق، مرتکب جرم عمدی شود، بیمه‌گر، مسئول جبران خسارت وارده است؛ البته اگر مالک کشتی یعنی بیمه‌گذار، مرتکب تقصیر فاحش شود به گونه‌ای که می‌توانسته جلوی جرایم عمدی فرمانده و خدمه کشتی را بگیرد، اما این کار را نکرده باشد، بیمه‌گر، مسئول جبران خسارت نخواهد بود.

مالک کشتی در قبال خسارت‌های وارده به هر شخص در کشتی یا نزدیک به کشتی که متعاقباً جان خود را از دست داده یا صدمه دیده یا بیمار شده، متعهد است؛ مالک کشتی می‌تواند موارد فوق را در انجمن‌های حمایت و غرامت، مورد پوشش بیمه‌ای قرار دهد و انجمن‌های مذکور، از شرکت‌های تخصصی بیمه کشتی محسوب می‌شوند و توسط مالکان کشتی به وجود آمده‌اند تا ریسک‌هایی که در بازارهای معمولی بیمه‌های دریایی بیمه نمی‌شوند را پوشش دهند و به منزله نوعی بیمه شخص ثالث عمل می‌کنند؛ مهم‌ترین پوشش‌های این انجمن، شامل مسئولیت در قبال ملوانان، بستگان خدمه و یا افرادی که به غیر از مسافر در کشتی سوار شده‌اند، مسئولیت در قبال مسافران و اشخاص ثالث، مسافر پنهانی، هزینه‌های تغییر مسیر، مسئولیت ناشی از تصادم و ... است.

منابع

۱. آقایی، بهمن، مجموعه مقالات حقوق بین الملل دریاها و مسایل ایران، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۷۴
۲. ابو عطاء، محمد ۱۳۸۵، نقش بیمه دریایی در جبران خسارت ناشی از تصادم کشتی‌ها، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۷۲. ۱۳۸۵
۳. ایوامی، هاردی، حقوق دریایی، حقوق حمل و نقل دریایی کالا، ترجمه پور نوری منصور، نشر مهد علوم، تهران، چ ۲، ص ۱۴۷. ۱۳۸۴
- نشر مهد علوم، تهران، چ ۲، ص ۱۴۷.
۴. پورنوری، منصور، حقوق دریایی در دادگاه دریایی، انتشارات مهد حقوق، تهران، ص ۱۶۲. ۱۳۸۳
۵. تأثیر بی مبالاتی، عمد، اتفاق و تصادم در تحقق خطر دریایی، مجله صنعت حمل و نقل، ص ۵۲ و ۸۹. ۱۳۶۹
۶. تقصیر فاحش بیمه گذار، سایر خطرات، مجله صنعت حمل و نقل، ش ۹۹، ص ۵۰ و ۷۱. ۱۳۷۰
۷. جرم عمدی خدمه کشتی، مسئولیت مالک، تعهد بیمه گر، مجله صنعت حمل و نقل، ش ۹۷، ص ۵۰. ۱۳۷۰
۸. خداداد، سحر، پوشش‌های بیمه‌ای انجمن‌های حمایت و غرامت، انتشارات کشتیرانی جمهوری اسلامی ایران، تهران، ص ۱۸. ۱۳۷۷
۹. دستباز، هادی، بیمه کالا، کشتی و هواپیما، انتشارات دانشکده امور اقتصادی، تهران، ص ص ۶۹ - ۱۶۸ و ۳۱۲. ۱۳۷۴
۱۰. صادقی نشاط، امیر، حقوق بیمه دریایی، انتشارات مؤسسه کشتیرانی جمهوری اسلامی ایران، تهران، ص ۱۳۱. ۱۳۷۰
۱۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری، انتشارات

۱۵۶.....تحقیقات حقوقی آزاد، سال هفتم، شماره‌ی بیست و سوم، بهار ۱۳۹۳

دانشگاه تهران، تهران، چ ۵، ص ۳۵۶ و ۳۶۴. ۱۳۸۵

۱۲. کاتوزیان، ناصر و جنیدی، لعیبا و غمامی، مجید، مسئولیت مدنی ناشی از

حوادث رانندگی، انتشارات دانشگاه تهران، چ ۲، ص ۱۹. ۱۳۸۱

۱۳. مظلومی، نادر، بیمه حمل دریایی کالا، بیمه مرکزی ایران، تهران. ۱۳۶۸

۱۴. نوری، مصطفی، مقدمه‌ای کوتاه بر باشگاه‌های پی.اند. آی، فصلنامه صنعت بیمه،

ش ۴. ۱۳۷۵

۱۵. هوشنگی، محمد، بیمه حمل و نقل کالا، انتشارات شرکت سهامی بیمه ایران،

تهران، ص ۶۴. ۱۳۶۹

16. Brown, RH, the cargo insurance contract and the institute cargo clauses, Wither by & Co. LTD, Section Fifteen, London1995.

17. Gaskell, N, Debattista, Ch & Swatton, R, Chorley & giles' shipping law, 8th Ed, London,1987

18. Good Dacre, JK, marine insurance claims, Witherby 8 Co.LTD. LD, Landan.1968

The ship owner liability insurance coverage

Alireza Askari *Seyed Hadi Hosseini**

(Received: 08//feb/2014 ; Accepted: /11 /mar/2014)

Abstract

Marine insurance which covers the liability of the ship owner is very important. Although ship owner may be a carrier sometimes. But he/she has responsibility for carrying cargo based on his position as a ship owner .He has responsibility for master and crew.

Keywords: insurance, the owner of the ship, the crew, the ship's commander in charge of the protection and indemnity associations

*PHD student, private law, Islamic Azad University, Tehran Science and Research Branch

**Assistant Professor of Islamic Azad University, Central Tehran branch

Deferral of investigation or prosecution in the international criminal court

Sajjad Abbassi Rajab* Goldoust Jooybary**

(Received: 28/Jan/2014 ; Accepted: 24/Feb/2014)

Abstract:

Deferral of investigation or prosecution is delaying of investigative or prospective measures exist in the internal laws of some countries for specific time. As the idea of the establishment of international criminal court has been presented, international law commission who was responsible for preparing the draft of the court proposed the draft of the suspension of the investigation or in the statute which the origin of this proposal (with some change) was accepted in Rome conference and to achieve this aim article 16 of the statute was approved. According to this article request of the suspension of the investigation or prosecution is possible by Security Council which they should do it according to seventh chapter of United Nations charter. In fact the purpose of the adoption of article 16 was that to give the authority to the Security Council that from beginning or continuing of the special situations proceeding in a court because of peace or international security a prevention is legislated and in the suspension of the investigation or prosecution for specific time including one year it should not be started any investigative or persuasive measure and any of the investigation or prosecution has been processed should be stopped. But Security Council can extent it again at the end of one year. Authority of deferment extension without limitation has been granted to the Security Council which creates lots of criticism. The power to extent the unlimited suspension has been granted to the Security Council and it has been the source of many critics at the first time, article 16 of the international criminal court statute has been implemented by 1422 resolution of the security council which it extended by 1487 resolution.

Keyword: Deferral, prosecution, international criminal court, Security Council

* Post Graduate in criminol law and criminology

**Assistant Professor of Department of criminology and criminol law, Faculty of Law.

Intellectual properties` sale

Esmacil Abbasi* Mehdi Novdeh**

(Received: 4/Dec/2013 ; Accepted: 11/ Jan/2014)

Abstract

Intellectual properties are a part of immaterial financial rights which are subject to numerous bargains these days. But the lack of explicit rules and provisions in this regard, causes plenty of disagreements in the course of explanation of nature of these agreements. While it is obvious that if we could explain these kinds of trades within an agreement such as sale that its nature, provisions and effects are clear in most legal systems, a major part of these disagreements would have been solved. By analyzing the elements of definition of sale agreements according to article 338 civil code and the definitions in religious jurisprudence from the perspective of object of sale, i.e. having the characteristics of properties, capability of acquisition in addition to notion of essence of the property on one hand and fundamental qualities of ownership, the nature of intellectual properties and quiddity of the relationship between the intellectual properties and its owner on the other hand, it can be concluded that transferring these properties within sale agreement is possible and is consistent with our legal system.

Keywords: Sale, property, ownership, essence, intellectual properties

*Assistant Professor, Central Tehran Branch, Islamic Azad University Law School

**Graduate student of privacy law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University Law School

Evaluation of Performance of six selected ports in the world in the implementation of the requirements of the convention for the Control and Management of Ship's Ballast Water

Alireza Zaheri* Mitra Esmali Mirak Mahaleh**

(Received: 7/ Dec/2013; Accepted: 11/Jan/2014)

Abstract

One of the major problems that the majority of experts in marine sciences has attracted, it is the risk of an influx of harmful marine species. It is not visible in the ocean. They creep silently into the tanker of the ballast of the ship. After unloading at the port of destination they may be unwanted invasive species that they have undesirable effect on the marine environment, not only human health but also a serious threat to the region's economy as well. The influx of alien pathogenic species is possible in different methods but in this research, the influx of marine species via ship's ballast water will be evaluated. International effort led to the formation of the Convention which requires governments to control the discharge of the ballast water at the seas; but a successful project in addition to the convention requirements, needs coordination and collaboration in the work. This is achieved by choosing six ports by IMO, so that by following the guidelines by the ports, IMO maintains effective control over selected areas. The study begins by definition of ballast water and the environmental consequences of the influx of species and the performance of selected ports in line with the requirements of the convention. In the next step it recommends the best, most efficient and most cost-effective ways to control the risk of an influx of species.

Keywords: the ballast water, harmful species and environmental consequences, IMO's plan, the selected ports, the ship's ballast water management techniques.

*Assistant Professor, Faculty of law, Islamic Azad University, Tehran Central branch.

**M.A. of International law, Azad University, Tehran Central branch of law.

4.....Abstract

Hiding the crime and its effect on Secondary deviation

Elham jafarpour sadegh*

Azam edalat ju**

(Received: 30/Nov/2013 ; Accepted: 4/Jan/2014)

Abstract

Labeling is from factors that led to the Secondary diversion and increases the replication of crime. Hiding the crime is exactly the opposite of "labeling" Therefore, equally labeling led to the Secondary diversion, Hiding the crime prevents its, this paper, Studies importance of hiding the crime in prevent the Secondary diversion Through prevention change one's conception of self, Change society's perception of person , prevention lessen the importance of crime.

Keywords: Hiding the crime, Labeling, Secondary deviation

*MA student of criminal law and criminology at the university of Tehran

**PH.D student of public law at the Islamic university (Tehran science and research unit)

Legal status of the reservation on the Statute of International Organizations

Mostafa Taghizadeh Ansari*Farid Bayranvand**

(Received: 25/Dec/2013 ; Accepted: 26/ Jun/2014)

Abstract

Legal status of the reservation on the Statute of International Organizations

Le statut juridique de la réserve sur le statut des organisations internationales

An International Organisation as one of the active subjects of international law is established based on a constituent instrument. Originally a constituent instrument of an international organization is a multilateral treaty. In the law of treaties there is a special structure named reservation whereby to increase members of a treaty or limitation of liability. This structure enables a state who assents to a major part of provisions of a treaty but dissents with certain of the provisions by excluding or modifying the legal effects of the latter to accept the treaty. In this brief study we try to answer the questions--whether application of reservation to constituent instruments of the international organizations is of legal merits? In case of affirmative answer to the first question is it possible to apply reservation to every of provisions of a treaty?

Key words: International organizations, the legal personality of international organizations, limitation of liability Constituent instrument of international organisations

*Assistant Professor at the Faculty of Human Sciences, Islamic Azad University, Tehran North branch

**Master of law in International Law at the Faculty of Human Sciences, Islamic Azad University, Tehran North branch

Abstracts

Table of contents

Title	Page
Legal status of the reservation on the Statute of International Organizations Mostafa Taghizadeh Ansari Farid Bayranvand	3
Hiding the crime and its effect on Secondary deviation Elham Jafarpour sadegh Azam Edalat ju	4
Evaluation of Performance of six selected ports in the world in the implementation of the requirements of the convention for the Control and Management of Ship's Ballast Water Alireza Zaheri Mitra Esmaeli Mirak Mahaleh	5
Intellectual properties' sale Esmaeil Abbasi Mehdi Novdeh	6
Deferral of investigation or prosecution in the international criminal court Sajjad Abbasi Rajab Goldoust Jooybary	7
The ship owner liability insurance coverage Alireza askari Seyed Hadi Hosseini	8

Azad Legal Researches Quarterly of Law Faculty Islamic Azad University Central Tehran Branch

April 2014 Volume 7, No. 23

Executive Director:

Editor-in-Chief:

Managing Director:

Editors:

Editorial Board:

Dr. M. Ashoori
Prof. Of Law Tehran University

Dr. M. a. Ardebili
Prof. Of Law Shahid Beheshti University

Dr. B. Arfania
Associate Prof. Of Law Islamic Azad University-Central Tehran Branch

Dr. G. Eftekhar Jahromi
Prof. Of Law Shahid Beheshti University

Dr. F. Parvin
Assistant Prof. Of Law Allameh Taba Tabai University

Dr. M.R Pirhadi
Assistant Prof. Of Law Islamic Azad University-Central Tehran Branch

Dr. S. Salimi
Assistant Prof. Of Law Islamic Azad University-Central Tehran Branch

Dr. H. Safaei
Prof. Of Law Tehran University

Dr. M. A. Solhchi
Assistant Prof. Of Law Allameh Taba Tabai University

Dr. A. Karimi
Prof. Of Law Tehran University

Dr. J. Koosha
Associate Prof. Of Law Shahid Beheshti University

Dr. J. Maaleki
Assistant Prof. Of Law Islamic Azad University-Central Tehran Branch

Dr. A. H. Najafi Abrand Abadi
Prof. Of Law Shahid Beheshti University

Dr. M. Haashemi
Prof. Of Law Shahid Beheshti University

Opinions Expressed In This Quarterly Do Not Necessarily Reflect The Views Of The Journal And University.

Address: Law Faculty Of Central Tehran Branch, Islamic Azad University. No. 12, 5 Th Floor, Barati Alley, Enghelab St. Tehran, Iran.

Postal Cod: 1131854113 Tel & Fax +982166720218

Azad Legal Researches

**Quarterly of Law Faculty
Islamic Azad University
Central Tehran Branch**

شرایط اشتراک فصلنامه تحقیقاتی حقوقی آزاد

در صورت تمایل به اشتراک فصلنامه، مشخصات کامل خود را مطابق فرم زیر پر کنید.

مبلغ پنجاه هزار ریال به حساب شماره ۷۲۳۹۶۳۵۳ بانک ملت شعبه دکتر قریب مربوط به دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی به عنوان هزینه اشتراک یکساله (شامل هزینه ارسال) واریز کنید و فرم تکمیلی را به انضمام اصل فیش پرداختی ۲ برگ تصویر فیش واریزی به دفتر مجله ارسال فرمایید.

الف: برای اشخاص حقیقی

نام.....نام خانوادگی.....
نام پدر.....تاریخ تولد.....
شماره شناسنامه.....محل صدور.....
میزان تحصیلات.....شغل.....
نشانی کامل پستی.....
نشانی پست الکترونیک.....
تلفن تماس.....فکس.....

ب: برای اشخاص حقوقی

نام.....شماره ثبت.....
نشانی کامل پستی.....
کد پستی.....
نشانی پست الکترونیک.....
شماره تلفن.....فکس.....