انجمن علمی دانشجویی
حقوق دانشگاه خوارزمی

نشریه فرداد

دانشگاه خوارزمی



سال اول | شماره دوم | **نشریه علمی دانشجویی فرداد**
صاحب امتیاز انجمن علمی حقوق دانشگاه خوارزمی
گاهنامه علمی، تخصصی و حقوقی



برخی از تصاویر استفاده شده در این اثر
توسط هوش مصنوعی ایجاد شده است.

فهرست مقالات

یادداشت ویژه

رسالت انجمن های علمی دانشجویی حقوق — **دکتر محمدرضا ضیائی بیگدلی** — **صفحات ۶ الی ۱۰**

حقوق ورزش

اهمیت حکمرانی خوب در مدیریت موثر دیوان داوری ورزش (CAS) — **صفحات ۱۲ الی ۴۰**

حقوق خصوصی

بررسی نحوه و موارد تقدیمی اسناد به دادگاه با قیاس رویه قضایی و مواد قانون آیین دادرسی مدنی ----------**صفحات ۴۲ الی ۴۵**

نحوه تنظیم قولنامه با توجه به قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول (مصوب ۲۶/۰۲/۱۴۰۳) ------**صفحات ۴۶ الی ۶۳**

بررسی نظریه تبدیل تعهد از طریق انتقال طلب ارادی (تبدیل متعهدله) در نظام حقوقی ایران و فرانسه ------**صفحات ۶۴ الی ۸۱**

حقوق بین الملل عمومی

جستاری بر ضابطه کنترل در احراز مسئولیت بین المللی — **صفحات ۸۳ الی ۱۰۹**

حقوق تجارت بین الملل

تحلیل انتقادی قوانین حقوق تجارت بین الملل از منظر قوانین داخلی ایران و قوانین بین المللی و ارائه راهکارهای اصلاحی با تطبیق قوانین داخلی و بین المللی — **صفحات ۱۱۱ الی ۱۲۶**

Khu__law kharazmi_law fardadjournal@gmail.com

صاحب امتیاز

انجمن علمی-دانشجویی حقوق دانشگاه خوارزمی



مدیر مسئول
نیما مرادی نژادیان

دانشجوی حقوق دانشگاه خوارزمی، مدیر مسئول نشریه فرداد، سرپرست موت آکادمی انجمن علمی دانشجویی حقوق دانشگاه خوارزمی
دبیر مجمع انجمن های علمی دانشجویی دانشگاه خوارزمی تهران
عضو شورای مرکزی انجمن علمی دانشجویی حقوق دانشگاه خوارزمی



سردبیر نشریه
علیرضا درخشان هوره

دانشجوی حقوق دانشگاه خوارزمی
سردبیر نشریه فرداد
عضو شورای مرکزی انجمن علمی دانشجویی حقوق دانشگاه خوارزمی



سردبیر نشریه
زهرا یاری کرده

عضو شورای مرکزی انجمن علمی حقوق دانشگاه خوارزمی در سال ۱۴۰۲-۱۴۰۱
عضو شورای مرکزی انجمن علمی حقوق دانشگاه خوارزمی در سال ۱۴۰۳-۱۴۰۲
سردبیر نشریه‌ی فرداد، مشاور حقوقی، فارغ التحصیل کارشناسی حقوق از دانشگاه خوارزمی، دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق مالی دانشگاه تهران



عضو هیات تحریریه
مسلم آذر

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق بین الملل دانشگاه خوارزمی



عضو هیات تحریریه
محمد ایمانی

عضو کانون قرداد نویسان ایران و مدرس دوره های حقوقی



عضو هیات تحریریه
ابوالفضل پروین کندرود

دانشجوی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه قم، سردبیر نشریه ایقلار، عضو آموزش یاران پژوهشکده شورای نگهبان

اعضای هیات تحریریه



عضو هیات تحریریه

فهیمه حیدری ترک آباد

پژوهشگر دکتری رشته حقوق بین الملل دانشگاه علامه طباطبایی، حوزه تخصصی حقوق بین الملل محیط زیست و وکیل دادگستری



عضو هیات تحریریه

علیرضا سلمانی مارالانی

دبیر دبیران ادوار انجمن های علمی دانشکدگان فارابی دانشگاه تهران
مدیر مسئول ادوار نشریه فقه پویا دانشگاه تهران



عضو هیات تحریریه

سینا سیفی

دانشجوی حقوق دانشگاه خوارزمی، عضو شورای مرکزی انجمن علمی دانشجویی حقوق دانشگاه خوارزمی، عضو هیات تحریریه نشریه فرداد



عضو هیات تحریریه

سیروان سلیمانی

فارغ التحصیل کارشناسی حقوق دانشگاه خوارزمی، عضو هیئت موسس و دبیر سابق انجمن علمی دانشجویی حقوق دانشگاه خوارزمی، سابقه عضویت در تیم موت کورت دانشگاه خوارزمی برای مسابقات ICC۲۰۲۱-۲۰۲۲، دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق بین الملل دانشگاه علامه طباطبایی



عضو هیات تحریریه

سبحان عباس پور

وکیل پایه یک دادگستری و مدرس دانشگاه، دانشجوی دکتری حقوق خصوصی
عضو انجمن حقوق پزشکی و حقوق اطفال



عضو هیات تحریریه

مهدی مهاجر

دانشجوی حقوق دانشگاه خوارزمی تهران
نائب دبیر اسبق شورای مرکزی انجمن علمی-دانشجویی حقوق خوارزمی
عضو مجمع عمومی انجمن علمی-دانشجویی حقوق خوارزمی
مؤلف و ویراستار کتاب ها، نشریات و محتواهای علمی آموزشی

اعضای هیات تحریریه



طراح جلد و صفحه‌آرا

مهدی اصغری سعیدی

دانشجوی مهندسی کامپیوتر دانشگاه علم و فرهنگ
عضو رسمی انجمن مهندسی کامپیوتر
مدیرمسئول و موسس نشریه فلوکامپ

@mahdi_asgahriii



ویراستار

زهرا طاهرخانی

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه خوارزمی، عضو شورای مرکزی انجمن علمی حقوق دانشگاه خوارزمی



ویراستار

کیانوش ساغریچیها

دانشجوی کارشناسی حقوق دانشگاه خوارزمی، عضو شورای مرکزی انجمن علمی حقوق دانشگاه خوارزمی



ویراستار

حورا نادری

دانشجوی کارشناسی حقوق دانشگاه خوارزمی، عضو سابق شورای مرکزی انجمن علمی حقوق دانشگاه خوارزمی

Khu__law
kharazmi_law
fardadjournal@gmail.com



رسالت انجمن‌های علمی دانشجویی حقوق

یادداشت ویژه

دکتر محمدرضا ضیائی بیگدلی



استاد بازنشسته حقوق بین الملل دانشگاه علامه طباطبایی
از بنیانگذاران انجمن ایرانی مطالعات ملل متحد
دکتری تخصصی حقوق بین الملل از فرانسه، مولف کتب
مهم و مرجع رشته حقوق بین الملل در مقاطع تحصیلی مختلف

پیش از پرداختن خاص به رسالت انجمن‌های علمی دانشجویی حقوق، لازم است به طور کلی و مختصر به جایگاه انجمن‌های علمی دانشجویی در سپهر دانشگاهی پرداخته شود.

انجمن‌های علمی دانشجویی تشکل‌های مستقل و پرورش دهنده تفکر انتقادی و آزاداندیشی از یک سو و انتقادپذیری از سوی دیگر هستند که باید در چارچوب مقررات مربوط در تعامل و تفاهم با مدیریت دانشگاهی عمل کنند.

در این جا مقصود از استقلال، استقلال نسبی و مخصوصاً استقلال نظر و رأی در مقابل سایر نهادهای دانشگاهی و خارج از دانشگاه و مصون از هرگونه دخالت‌های نابجا از سوی دانشگاهیان یا غیردانشگاهیان است.

انجمن‌های علمی دانشجویی عهده دار پویایی و شکوفایی استعدادها، پدیدآورنده و تقویت کننده روحیه پویای علمی و بالمأل تولید و توسعه علم که همان رسالت دانشگاه است، می باشند.

انجمن‌های علمی دانشجویی با برخورداری از نیروی انسانی جوان، پرانرژی، مشتاق، خلاق و خوش فکر، نوآور و با داشتن مشاوره و پشتیبانی فکری و تجربی استادان فعال و کارآمد، پرتلاش و مصمّم، ظرفیت بالایی برای تبدیل علم به عمل و کسب تجربه هستند.



یادداشت ویژه



دکتر محمدرضا ضیائی بیگدلی

استاد بازنشسته حقوق بین الملل دانشگاه علامه طباطبایی
از بنیانگذاران انجمن ایرانی مطالعات ملل متحد
دکتری تخصصی حقوق بین الملل از فرانسه، مولف کتب
مهم و مرجع رشته حقوق بین الملل در مقاطع تحصیلی مختلف

چنین انجمن هایی مکتب تپیده تولید علم و ایده و هدایتشان به مراکز رشد و سرای نوآوری و تبدیل آنها به شرکت های دانش بنیان می باشند.
بدیهی و مبرهن است که انجمن های علمی دانشجویی نیازمند توجه و حمایت جدی مادی و معنوی دانشگاه ها می باشند و یقینا بی توجهی به این نیاز، انجمن ها را با رکود و اضمحلال مواجه خواهد کرد.
انجمن های علمی دانشجویی باید از نظر سیاسی بیطرفانه و غیر جانبدارانه عمل کنند و بدور از هرگونه جریانات سیاسی باشند، هر چند اعضای آن ها می توانند دارای دیدگاه های سیاسی متفاوت یا متشابه شخصی باشند.
اما رسالت انجمن های علمی دانشجویی حقوق این انجمن ها علاوه بر رسالتی که به طور کلی دارند و فوقا بدان پرداخته شد، دارای رسالت خاصی نیز هستند که ذیلا و فهرست وار و بدون اولویت بندی بر شمرده می شود:

۱. تشویق و ترغیب هر چه بیشتر دانشجویان (کارشناسی، ارشد و دکتری) به عضویت در آنها از ابتدای ورود به دانشگاه و در مقابل، ایجاد تسهیلات در پذیرش عضویت آنان.
۲. اهتمام در ایجاد مناسبات متقابل انجمن های علمی دانشجویی حقوق و تبادل نظر و اطلاع رسانی متقابل.



یادداشت ویژه



دکتر محمدرضا ضیائی بیگدلی

استاد بازنشسته حقوق بین الملل دانشگاه علامه طباطبایی
از بنیانگذاران انجمن ایرانی مطالعات ملل متحد
دکتری تخصصی حقوق بین الملل از فرانسه، مولف کتب
مهم و مرجع رشته حقوق بین الملل در مقاطع تحصیلی مختلف

۳. پیشنهاد تجدید نظر و اصلاح امور و مقررات مربوط به دانشگاه.
۴. دعوت از اعضای هیئت علمی دانشگاه به عنوان مشاوران انجمن.
۵. نقد آزادانه عملکرد اعضای هیئت علمی، کارکنان و مدیران دانشکده و دانشگاه.
۶. زمنیه سازی برای کسب مهارت های کاربردی دانشجویی
۷. زمنیه سازی برای ایجاد مشاغل پاره وقت علمی دانشجویی (اشتغال یا کارآموزی در دفاتر وکلا، دفاتر اسناد رسمی، ادارات و دفاتر حقوقی دولتی و غیردولتی، مؤسسات پژوهشی حقوق و حتی دانشکده محل تحصیل).
۸. تشویق و ترغیب دانشجویان به انجام کارهای پژوهشی جمعی.
۹. توسعه دانش میان رشته ای حقوق.
۱۰. تشویق دانشجویان به مشارکت فعالانه علمی جمعی از طریق تشکیل میزگردها، سخنرانی ها، نشست ها و همایش های علمی با هدایت و راهنمایی اعضای هیئت علمی مربوط و مباحثه علمی در مورد مسائل حقوقی روز.
۱۱. ترغیب و تشویق دانشجویان به شرکت در موت کورت های داخلی و بین المللی.



یادداشت ویژه



دکتر محمدرضا ضیائی بیگدلی

استاد بازنشسته حقوق بین الملل دانشگاه علامه طباطبایی
از بنیانگذاران انجمن ایرانی مطالعات ملل متحد
دکتری تخصصی حقوق بین الملل از فرانسه، مولف کتب
مهم و مرجع رشته حقوق بین الملل در مقاطع تحصیلی مختلف

۱۲. برگزاری کارگاه های آموزشی (دوره های کوتاه مدت).
۱۳. تشکیل اتاق های مشاوره خصوصی میان استاد و دانشجو.
۱۴. انجام طرح های پژوهشی با انعقاد قرارداد با دانشگاه یا خارج از دانشگاه.
۱۵. راه اندازی سفرهای علمی داخلی و خارجی مرتبط با رشته حقوق.
۱۶. برنامه ریزی جهت بازدید دانشجویان از سایر دانشگاه های داخل و خارج.
۱۷. برگزاری دوره های ویژه دستیاران آموزشی برای دانشجویان به عنوان کمک استاد.
۱۸. برنامه ریزی برای بازدید دانشجویان از دادسراها، دادگاه ها، زندانها و عمل کرد قضات.
۱۹. برگزاری کلاس های درسی دروس اختیاری و جانبی که به نوعی با رشته حقوق مرتبط اند.
۲۰. راه اندازی ماهنامه علمی دانشجویی با استفاده از مقالات علمی دانشجویان.



یادداشت ویژه



دکتر محمدرضا ضیائی بیگدلی

استاد بازنشسته حقوق بین الملل دانشگاه علامه طباطبایی
از بنیانگذاران انجمن ایرانی مطالعات ملل متحد
دکتری تخصصی حقوق بین الملل از فرانسه، مولف کتب
مهم و مرجع رشته حقوق بین الملل در مقاطع تحصیلی مختلف

۲۱. استفاده از تجربیات دانش آموختگان حقوق در سطوح و رشته‌های گوناگون که پس از فراقت از تحصیل در مشاغل خود موفق بوده اند.
۲۲. اهتمام در راه اندازی انجمن یا انجمن های دانش آموختگان حقوق در سطوح و رشته های مختلف حقوق.
۲۳. راه اندازی باشگاه پژوهشگران جوان حقوق.
۲۴. راه اندازی کلینیک حقوقی با کمک اعضای هیئت علمی و سایر صاحب نظران حقوقی.

یقیناً رسالت انجمن های علمی دانشجویی حقوق محدود به موارد مذکور نمی باشد و شامل هرگونه فعالیتی است که به نوعی جایگاه رفیع انجمن ها را به منصه ظهور و بروز می رساند.
در این صورت است که انجمن های علمی قادر خواهند بود با ایفای بهینه رسالت علمی، ایده "دانشگاه دوم" را محقق سازند.

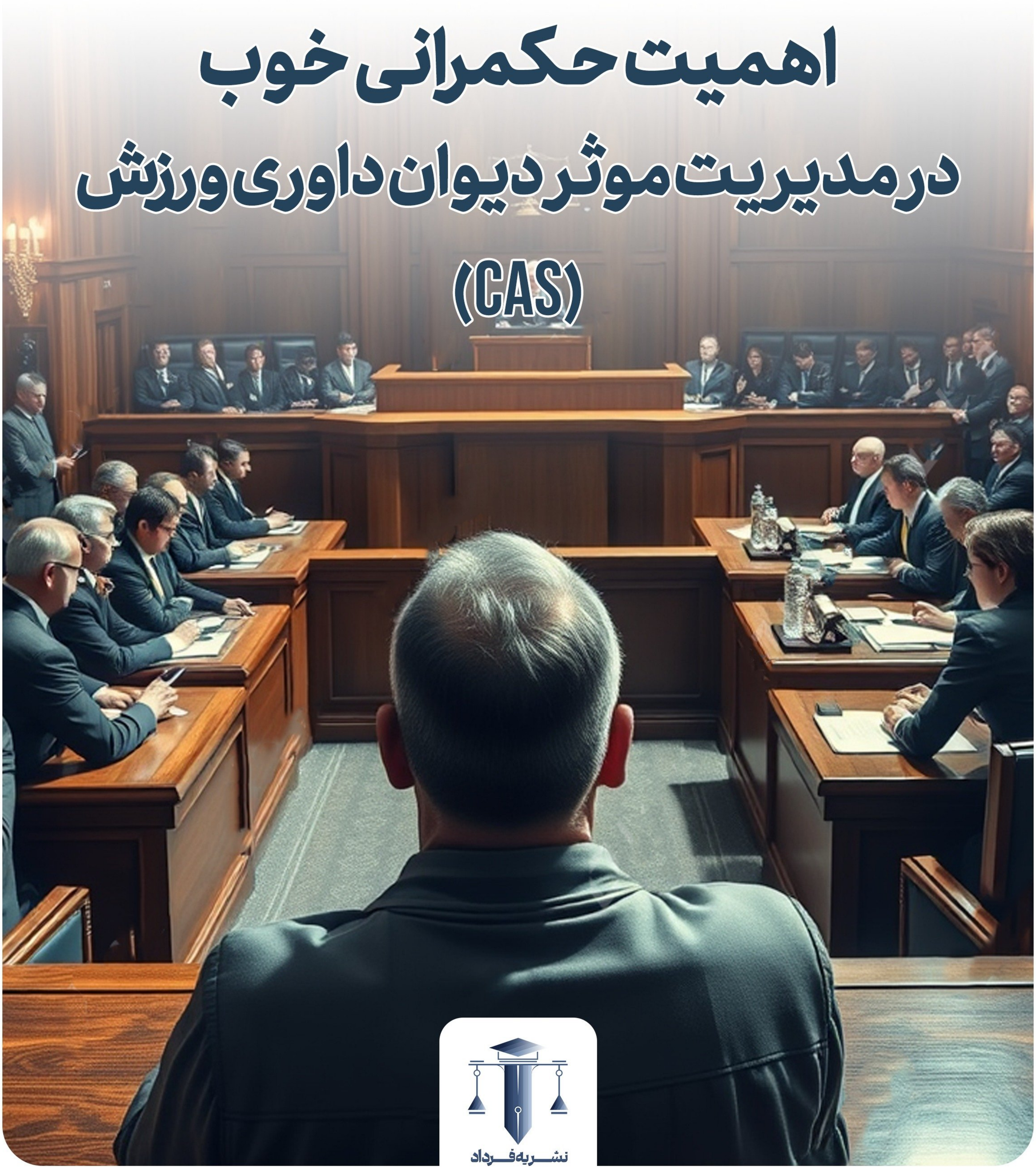
نشریه فرداد

حقوق ورزش

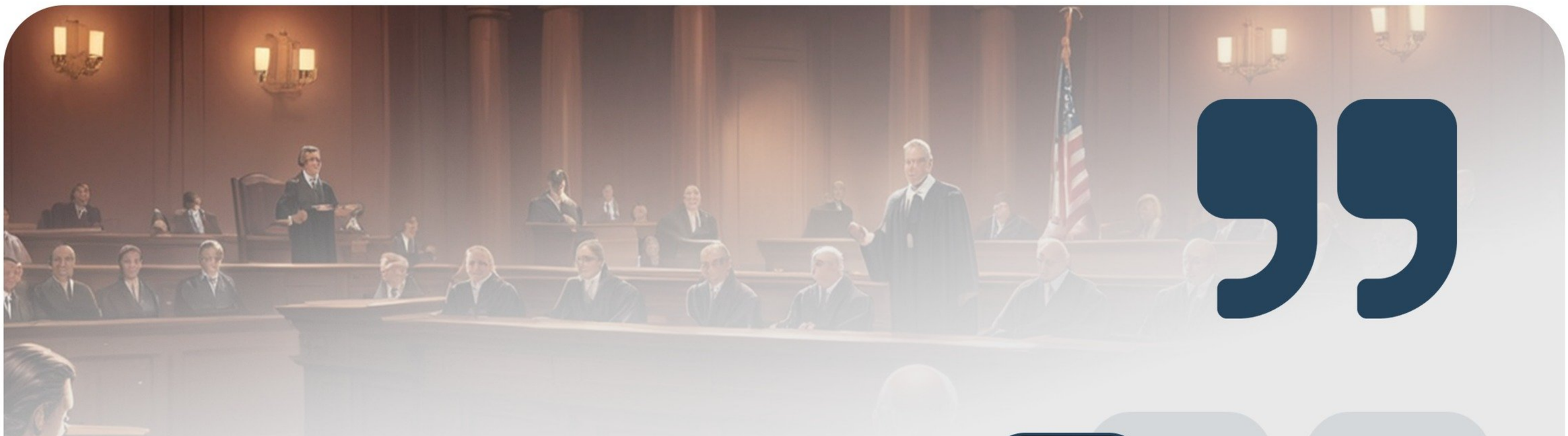
سال اول | شماره دوم | **نشریه علمی دانشجویی فرداد**
صاحب امتیاز انجمن علمی حقوق دانشگاه خوارزمی

سال اول | شماره دوم | **نشریه علمی دانشجویی فرداد**
صاحب امتیاز انجمن علمی حقوق دانشگاه خوارزمی

اهمیت حکمرانی خوب در مدیریت موثر دیوان داوری ورزش (CAS)



نشریه فرداد



مقدمه



نویسنده اول: روزبه وثوق احمدی

وکیل دادگستری، دانش‌آموخته‌ی حقوق ورزش
از دانشگاه ISDE اسپانیا



نویسنده دوم: دکتر فرشته اشرفی

مستر LLM حقوق دانشگاه Westminster انگلستان

کارشناس امور قراردادها در ورزش

حکمرانی ورزش (Sports Governance) نقشی اساسی در مدیریت درست و اثربخش سازمان‌های ورزشی ایفا می‌کند[۱]. در سال‌های اخیر، با توجه به رشد روزافزون تجاری‌سازی ورزش و افزایش پیچیدگی‌های حقوقی و مالی آن، اهمیت حکمرانی خوب در ورزش (Good Governance in Sport) بیش از پیش مورد تاکید قرار گرفته است.[۲]

در این میان، دیوان داوری ورزش (CAS) به عنوان یک نهاد حقوقی خصوصی که به طور تخصصی برای حل و فصل اختلافات ورزشی طراحی شده و در واقع به منزله عالی‌ترین مرجع داوری ورزش عمل می‌کند[۳]. جایگاه ویژه‌ای در نظام حکمرانی ورزش جهانی دارد. با این حال، علی‌رغم نقش کلیدی CAS در ایجاد نظم و انسجام در ورزش بین‌المللی، چارچوب کنونی حکمرانی و مدیریت آن همچنان با چالش‌هایی مواجه است که نیازمند بررسی و اصلاح است[۴].

۱. دووال، آنتوان. «دیوان داوری ورزش و حقوق اتحادیه اروپا: تاریخچه یک برخورد.» مجله حقوق اروپایی و تطبیقی ماستریخت ۲۹، شماره ۲ (۲۰۲۲): ۱۵۷-۱۷۵، ص ۱۵۸

۲. لیندهولم، یوهان. «اصلاح دیوان داوری ورزش.» مجله بین‌المللی حقوق ورزشی (۲۰۲۳): ۱-۱۸، ص ۲

۳. منگان، جک اندرسون دیوید، و ریچارد پریش، ویراستاران. کتابچه راهنمای تحقیقاتی در مورد حقوق و سیاست ورزشی اتحادیه اروپا. انتشارات ادوارد الگار، ۲۰۲۲، ص ۴۱۶

۴. ریگوزی، آنتونیو، و بریاناکوئین. «توسعه مداوم رویه قضایی CAS پس از رسوایی دوپینگ روسیه.» LawInSport (۲۰۲۲)، پاراگراف ۵

پرسش اصلی این است که چه اصلاحاتی در ساختار و مدل حکمرانی CAS باید صورت گیرد تا کارآمدی و اقتدار آن به عنوان والاترین مرجع داوری ورزشی جهان برای آینده تضمین شود؟ پاسخ به این پرسش مستلزم بررسی دقیق‌تر ابعاد مختلف حکمرانی در CAS و شناسایی نقاط قوت و ضعف آن است.

با وجود اینکه CAS یک دیوان داوری خصوصی به شمار می‌رود و نه یک سازمان ورزشی، اما اصول حکمرانی خوب (principles of good governance) نقش حیاتی در مدیریت اثربخش این نهاد ایفا می‌کنند[۵]. طبق تعریف گروه کاری حکمرانی در ورزش (Governance in Sport Working Group)، حکمرانی ورزشی عبارت است از «نحوه اِعمال اختیارات و اقتدار در سازمان‌ها و نهادهای ورزشی».[۶] به تعبیر کمیسیون ورزش استرالیا (Australian Sports Commission)، حکمرانی ورزشی شامل «ساختارها و فرآیندهایی است که یک سازمان برای تعیین اهداف و راهبردهای خود، نظارت بر عملکرد در مسیر تحقق این اهداف و اطمینان از اینکه هیئت مدیره در راستای منافع اعضا و ذینفعان عمل می‌کند، از آن‌ها استفاده می‌کند».[۷]



در بستر CAS، مفهوم حکمرانی ورزشی دو عنصر اصلی دارد: نخست، نقشی که شورای بین المللی داوری ورزش (International Council of Arbitration for Sport، ICAS) در مدیریت و اداره CAS بر عهده دارد؛ و دوم، قوانین و مقرراتی که در قالب آیین دادرسی CAS (Code of Sports-Related Arbitration، CAS Code) متبلور شده و بر فرآیندهای داوری و استانداردهای لازم برای داوران حاکم است.

در واقع، حکمرانی خوب رکن جدایی ناپذیر مدیریت اثربخش و کارآمد دیوان داوری ورزش محسوب می‌شود تا بتواند به عنوان عالی‌ترین مرجع فصل خصومت ورزشی، رسالت خود در ایجاد نظم و ثبات در ورزش جهانی را به انجام برساند[۸]. این نوشتار به بررسی و ارزیابی نقادانه ساختار و سازوکارهای حاکمیتی کنونی CAS می‌پردازد و با تکیه بر اصول حکمرانی خوب و آخرین تحولات حقوقی مرتبط، پیشنهادهایی را برای بهبود و اصلاح آن ارائه می‌کند تا این نهاد کماکان جایگاه والای خود را در مقام «دیوان عالی ورزش جهان» (supreme court for world sport) حفظ نماید.

۵. لیندهولم، ۲۰۲۳، ص ۳.
۶. دووال، ۲۰۲۲، صص ۱۵۸-۱۵۹
۷. دووال، ۲۰۲۲، صص ۱۵۸-۱۵۹
۸. منگان و پریش، ۲۰۲۲، ص ۴۱۸

تاریخچه مختصر تاسیس دیوان داوری ورزش

در اوایل دهه ۱۹۸۰ میلادی، به علت فقدان یک مرجع تخصصی مستقل که صلاحیت لازم برای صدور آرای لازم الاجرا در حوزه ورزش را داشته باشد، اختلافات ورزشی به نحوی پراکنده، موردی و فاقد انسجام حل و فصل می‌شدند[۹]. در سال ۱۹۸۲، در پاسخ به افزایش چشمگیر دعاوی ورزشی بین المللی، کبا امبای (KébaMbaye)، عضو کمیته بین المللی المپیک (IOC) و قاضی دیوان بین المللی دادگستری) ریاست کارگروهی را بر عهده گرفت که هدف آن تدوین اساسنامه نهاد پیشنهادی حل و فصل اختلافات ورزشی بود[۱۰]. به بیان ژان-فیلیپ روکا (Jean-PhilippeRochat)، «ایده تاسیس یک مرجع داوری اختصاصی برای حل و فصل منازعات حوزه ورزش در آن زمان به طور جدی و فزاینده‌ای مطرح شده بود»[۱۱]. این ایده در نهایت در سال ۱۹۸۳ با تصمیم IOC برای تاسیس CAS به منظور «مقابله با بحران مشروعیت حاکم بر جهان ورزش»[۱۲] و تبدیل شدن به یک مرجع عالی برای ورزش بین المللی[۱۳] به ثمر نشست.

CAS رسما در ۳۰ ژوئن ۱۹۸۴ توسط IOC با هدف ایجاد نهادی بی‌طرف برای حل و فصل سریع، کارآمد، کم هزینه و الزام‌آور اختلافات ورزشی تاسیس گردید[۱۴]. اما در سال‌های آغازین، CAS از استقلال و خودمختاری کافی برخوردار نبود و وابستگی اداری و مالی زیادی به IOC داشت، تا حدی که انتصاب داوران CAS نیز توسط IOC صورت می‌گرفت[۱۵].

این وابستگی و به تبع آن، مشروعیت و اعتبار آراء CAS در پرونده مشهور Gundel در سال ۱۹۹۳ به طور جدی زیر سوال رفت[۱۶]. دادگاه فدرال سوئیس اگرچه استقلال کلی CAS را تایید کرد، اما خاطرنشان نمود پیوندهای متعدد میان CAS و IOC می‌تواند در مواردی که IOC یکی از طرفین دعوی است، استقلال این نهاد داوری را مخدوش سازد[۱۷].

به بیان ماتیو ریب، دبیرکل وقت و کنونی CAS، «پیام دادگاه کاملا شفاف بود: CAS باید هم از حیث ساختاری و هم از نظر مالی، استقلال بیشتری از IOC پیدا کند»[۱۸]. این رای سرآغاز اصلاحات گسترده در ساختار و مدل حکمرانی CAS در سال ۱۹۹۴ بود.

۹.زاگلیس، تانوس. «شعبه موردی CAS در بازی‌های المپیک LawInSport(۲۰۲۲)»، پاراگراف ۲

۱۰. ریب، ماتیو. «نقش و کارکردهای دیوان داوری ورزش (CAS).» در دیوان داوری ورزش ۱۹۸۴-۲۰۰۴، ایان اس. بلکشاو، رابرت سی.آر. سیکمن و یانویلم سوک (ویراستاران)، انتشارات TMC Asser، ۲۰۰۶، صص۳۱-۳۹، ص۳۱

۱۱. روشا، ژان-فیلیپ. «دیوان داوری ورزش (CAS): تاریخچه، ساختار و عملکرد.» در گزارش‌های جهانی حقوق و مالیات ورزشی، سپتامبر ۲۰۲۲، ۱۳(۳)، صص ۲۳-۲۶، ص ۲۳

۱۲. دووال، ۲۰۲۲، ص ۱۶۰

۱۳. بلک شاو، ایان. «دیوان داوری ورزش: مشارکت‌ها در توسعه اولیه حقوق بین المللی ورزش.» در حقوق بین الملل ورزش: یک راهنمای مقدماتی، ایان اس. بلک شاو (ویراستار)، مطالعات کوتاه در حقوق بین الملل، انتشارات T.M.C.Asser، ۲۰۱۷، صص ۵۳-۶۵، ص ۵۳.

۱۴. همان.

۱۵. دووال، ۲۰۲۲، ص ۱۶۰

۱۶. ریگوزی و کوئین، ۲۰۲۲، پاراگراف ۳

۱۷. ریب، ۲۰۰۶، ص ۳۲

۱۸. همان

درواکنش به رای Gundel، تغییرات وسیعی در نظام CAS طی سال ۱۹۹۴ با هدف کاهش وابستگی آشکار آن به IOC صورت پذیرفت[۱۹]. مهمترین تحول، تاسیس ICAS به عنوان نهادی مستقل بود که کنترل تام امور اداری و منابع مالی CAS را در دست گرفت.

بدین ترتیب، مسئولیت انتصاب داوران CAS به ICAS واگذار شد که اصلاحی اساسی در راستای تضمین استقلال آن از IOC به شمار می‌رفت. اساسنامه و آیین دادرسی CAS نیز بازنگری کلی شد و مجموعه جدیدی از قواعد دادرسی تحت عنوان «آیین دادرسی CAS در اختلافات ورزشی» (Code of Sports-Related Arbitration) با الهام از قواعد داوری آنسیترال (UNCITRAL)، مقررات داوری اتاق بازرگانی بین المللی (ICC) و مقررات دیوان داوری بین المللی لندن تدوین گردید.[۲۰]

اصلاحات سال ۱۹۹۴ گام مهمی در جهت تقویت استقلال و بهبود وجهه بین المللی CAS محسوب می‌شود، اما همچنان پاره‌ای چالش‌ها و ابهامات درخصوص ساختار این نهاد، شیوه تامین مالی و فرآیند انتخاب داوران وجود دارد که در برخی پرونده‌های ابطال آراء CAS نزد دادگاه فدرال سوئیس مطرح شده و مورد نقد برخی حقوقدانان قرار گرفته است.[۲۱]

با این حال، به نظر می‌رسد ارتقای ساختار و مدل حکمرانی CAS مبتنی بر اصول پذیرفته شده حکمرانی خوب و با در نظر گرفتن آخرین تحولات حقوقی در این زمینه، برای تداوم کارکرد موثر آن به مثابه عالی‌ترین مرجع داوری ورزش جهان، ضرورتی گریزناپذیر است که در ادامه به طور مبسوط مورد بحث و بررسی قرار خواهد گرفت.

ساختار و حکمرانی فعلی دیوان داوری ورزش

نقش شورای بین المللی داوری ورزش (ICAS) در مدیریت CAS

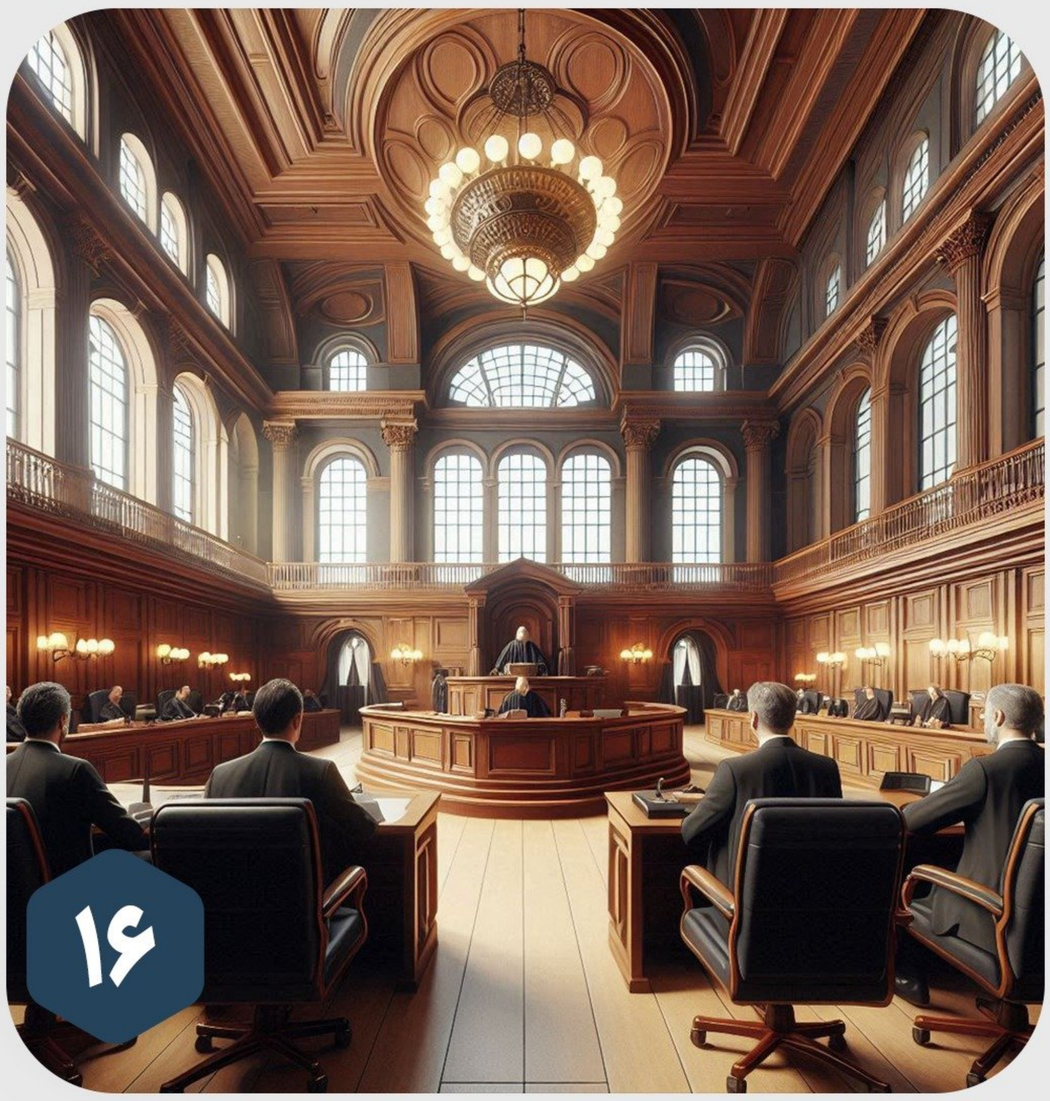
دیوان داوری ورزش به عنوان یک نهاد حقوقی خصوصی، دارای ساختاری مستقل و خود-تنظیم‌گر است که توسط اساسنامه و مقررات داخلی خاص خود اداره می‌شود[۲۲]. این اسناد عبارتند از اساسنامه ارکان فعال در حل و فصل اختلافات ورزشی، آیین دادرسی ورزشی CAS و مقررات میانجیگری.

۱۹. ووال، ۲۰۲۲، ص ۱۶۰

۲۰. ماوروماتی، دسپینا و ماتیو ریب. «مقررات دیوان داوری ورزش: شرح، موارد و مطالب.» انتشارات KluwerLawInternational، ۲۰۱۵، صص ۴-۳

۲۱. به عنوان مثال، ر.ک. لیندهولم، ۲۰۲۳؛ استراسبورگر، یانیک. «در رکود: ساختار حاکمیتی منسوخ دادگاه داوری ورزش.» سالنامه داوری بین المللی ورزش (۲۰۲۲): ۱۱۹-۱۴۲

۲۲. ریگوزی و کوئین، ۲۰۲۲، پاراگراف ۷



شورای بین المللی داوری ورزش (ICAS) که اصلی‌ترین رکن CAS محسوب می‌شود[۲۳]. مسئولیت نهایی تدوین، اصلاح و تفسیر این اسناد را بر عهده دارد. طبق اساسنامه فعلی CAS، ساختار حکمرانی این نهاد بر پایه دو ارگان اصلی استوار است:

شورای بین‌المللی داوری ورزش (ICAS): این نهاد عالی‌ترین رکن حکمرانی در CAS محسوب می‌شود و مسئولیت اصلی اداره امور و تضمین استقلال CAS را بر عهده دارد. اعضای ICAS از میان حقوقدانان برجسته با تجربه در حوزه حقوق ورزش و داوری بین المللی انتخاب می‌شوند[۲۴].

دیوان داوری ورزش (CAS): وظیفه اصلی CAS، تشکیل هیئت‌های داوری برای حل و فصل اختلافات ارجاع شده به این نهاد و انجام سایر امور مرتبط با فرآیند داوری می‌باشد. CAS متشکل از سه شعبه داوری عمومی (Ordinary Arbitration Division)، ضد دوپینگ (Anti-Doping Division) و استینافی (Appeals Arbitration Division) است[۲۵].

به موجب ماده S6 آیین دادرسی[۲۶] CAS، ICAS وظایف متعددی از جمله انتخاب روسای شعب مختلف CAS، انتصاب داوران، تایید فهرست میانجی‌ها، نظارت بر امور مالی و بودجه CAS و انتصاب مدیرکل این نهاد را بر عهده دارد. بدین ترتیب، ICAS نقشی محوری در تنظیم و اجرای قواعد حکمرانی، مدیریت و نظارت بر عملکرد کلی CAS ایفا می‌کند.

با این حال، در سال‌های اخیر انتقادهایی نسبت به ترکیب و نحوه انتخاب اعضای ICAS مطرح شده است. طبق ماده S4 آیین دادرسی CAS، از مجموع ۲۰ عضو ICAS، ۱۲ نفر توسط کمیته بین‌المللی المپیک (IOC)، انجمن فدراسیون‌های بین‌المللی المپیک تابستانی (ASOIF)، انجمن فدراسیون‌های بین‌المللی المپیک زمستانی (AIOWF) و انجمن کمیته های ملی المپیک (ANOC) معرفی می‌شوند[۲۷].

این امر نگرانی‌هایی را درباره میزان نفوذ و سیطره جنبش المپیک بر ترکیب ICAS و استقلال آن ایجاد کرده است[۲۸]. منتقدان معتقدند گرچه اصلاحات سال ۱۹۹۴ تا حدودی به کاهش وابستگی آشکار CAS به IOC منجر شد، اما همچنان خطر نفوذ غیرمستقیم و خزنده نهادهای المپیک بر این نهاد داوری از طریق ICAS وجود دارد.[۲۹]

در پاسخ به این نگرانی‌ها، اخیرا پیشنهادهایی مبنی بر اصلاح ترکیب ICAS و افزایش سهم نمایندگان ورزشکاران در آن مطرح شده است. برای نمونه، لیندهولم (Lindholm) توصیه می کند که تعداد اعضای ICAS به ۲۲ نفر افزایش یابد و دست کم ۴ نفر از آنان از میان ورزشکاران یا مدافعان حقوق ورزشکاران انتخاب شوند.[۳۰]

۲۳. دووال، ۲۰۲۲، ص ۱۶۱
۲۴. آیین دادرسی مربوط به اختلافات ورزشی، ویرایش ۲۰۲۳، ماده S4.
۲۵. همان، مواد S3، S20.
۲۶. همان، ماده S6.
۲۷. همان، ماده S4.
۲۸. لیندهولم، ۲۰۲۳، ص ۶
۲۹. همان
۳۰. همان، ص ۱۶

نگارنده نیز معتقد است برای تقویت پاسخگویی و اطمینان از رعایت انصاف در تصمیم‌گیری‌های ICAS، ضروری است که ورزشکاران یا نمایندگان آن‌ها نقشی پررنگ‌تر در ترکیب این نهاد ایفا کنند. این اصلاح می‌تواند به افزایش اعتماد ورزشکاران و سایر ذینفعان به مشروعیت و بی‌طرفی سازوکارهای حکمرانی CAS کمک نماید.

از سوی دیگر، شفافیت فرآیند انتخاب داوران CAS توسط ICAS نیز مورد پرسش قرار گرفته است. طبق ماده S14 آیین دادرسی CAS، داوران باید از میان افراد واجد صلاحیت و متخصص در زمینه حقوق ورزش یا داوری بین‌المللی انتخاب شوند[۳۱]. انتخاب داوران توسط ICAS صورت می‌گیرد، اما ملاک‌ها و معیارهای دقیق گزینش آنان چندان روشن و شفاف نیست[۳۲]. برخی محققان همچون استراوبل (Straubel) معتقدند که ICAS باید اطلاعات بیشتری درباره سازوکار و ملاک‌های انتخاب داوران در اختیار عموم قرار دهد تا اعتماد جامعه ورزش به استقلال و بی‌طرفی فرآیند انتصاب داوران افزایش یابد[۳۳]. در همین راستا، شایسته است ICAS با اصلاح آیین دادرسی CAS، گام‌های زیر را برای ارتقای شفافیت و پاسخگویی در فرآیند انتخاب داوران بردارد: ۱) تدوین و انتشار معیارهای دقیق و عینی برای ارزیابی صلاحیت داوران، ۲) لزوم تنوع جغرافیایی و جنسیتی در ترکیب داوران[۳۴]، ۳) محدود کردن دوره تصدی[۳۵] داوران ۴) نظارت مستمر بر عملکرد و رعایت موازین اخلاقی توسط داوران.

قوانین و مقررات CAS

آیین دادرسی CAS که توسط ICAS تدوین و تصویب می‌شود، چارچوب اصلی حکمرانی فرآیندهای داوری در این نهاد را تشکیل می‌دهد. این سند، قواعد آیینی حاکم بر انواع دعاوی و اختلافات ارجاعی به دیوان را از جمله داوری عادی، داوری استینافی، دعاوی مشورتی، شعب موقت و دعاوی میانجیگری تعیین می‌کند.[۳۶]

طبق ماده R27 آیین دادرسی، قواعد داوری CAS هنگامی قابل اعمال است که طرفین با درج شرط داوری در قرارداد یا مقررات، یا از طریق موافقت‌نامه‌ای جداگانه، حل و فصل اختلافات خود را به این نهاد ارجاع داده[۳۷] باشند. ویژگی بارز CAS آن است که در غیاب انتخاب صریح قانون حاکم توسط طرفین، هیئت داوری اختلاف را براساس «قواعد حقوقی که مناسب تشخیص دهد» حل و فصل خواهد کرد.[۳۸]

از منظر حکمرانی و تضمین استقلال CAS، ویژگی مهم آیین دادرسی این نهاد، تاکید بر تکلیف داوران به حفظ استقلال، بی‌طرفی و رازداری است.

۳۱. آیین دادرسی ۲۰۲۳، ماده S14.
۳۲. استراسبورگر، ۲۰۲۲، ص ۱۲۵
۳۳. همان.
۳۴. ر.ک. لیندهولم، ۲۰۲۳، ص ۱۱
۳۵. همان، ص ۱۰
۳۶. آیین دادرسی ۲۰۲۳، مواد S12، S20، R27 و بعد از آن
۳۷. همان، ماده R27
۳۸. همان، ماده R45.

براساس ماده R۳۳، داوران باید استقلال کامل خود را حفظ کرده و درباره اوضاع و احوالی که ممکن است استقلال آن‌ها را با تردید مواجه سازد، به طرفین اطلاع دهند.[۳۹]
این وظیفه افشاء (disclosure) در کنار ممنوعیت ایفای نقش داور در دعوایی که قبلا به عنوان وکیل یکی از طرفین در آن دخالت داشته‌اند[۴۰]، تضمینات مهمی برای پیشگیری از بروز تعارض منافع و حفظ بی طرفی داوران محسوب می‌شود.
با این وجود، برخی حقوقدانان نظیر استراوبل معتقدند قواعد افشای تعارض منافع در CAS کافی نبوده و نیازمند تقویت است[۴۱]. با الهام از رهنمودهای انجمن بین‌المللی کانون‌های وکلا (IBA) درخصوص تعارض منافع در داوری های تجاری بین‌المللی[۴۲]، می‌توان قواعد تفصیلی‌تری درباره افشای موقعیت‌های مختلف تعارض بالقوه و بالفعل منافع در آیین دادرسی CAS گنجاند[۴۳]. علاوه بر این، به نظر می‌رسد معیارهای ارزیابی استقلال و بی طرفی داوران نیز در رویه CAS و دادگاه فدرال سوئیس نیازمند شفاف‌سازی است. طبق رویه فعلی، صرف ارتباط داور با یکی از طرفین دعوی یا نهادهای ورزشی کافی نیست و باید «اوضاع و احوال اضافی» عینی که ظن عدم استقلال را ایجاد می‌کند، اثبات شود.[۴۴]
این معیار سخت‌گیرانه و مبهم، اثبات عدم استقلال را برای طرف معترض بسیار دشوار می‌سازد و ممکن است موجب نقض حقوق دفاعی وی گردد. بنابراین، شایسته است معیارهای ارزیابی بی‌طرفی داوران در پرتو اصول حکمرانی خوب بازنگری شده و آستانه ظن موجه (justifiable doubts) به‌عدم استقلال، به ویژه در پرونده‌های مهم و حساس، کاهش یابد.
یکی دیگر از موضوعات چالش برانگیز، بحث انتصاب داور توسط طرفین در CAS است. بر مبنای مواد R۴۰/۲ و R۵۰ آیین دادرسی، طرفین در دعاوی عادی و استینافی هر یک یکی از داوران را انتخاب می‌کنند و داور سوم توسط دو داور منتخب برگزیده می‌شود.[۴۵]
این سیستم که در داوری‌های تجاری متداول است[۴۶]، در CAS با انتقادهایی مواجه شده است. برخی معتقدند امکان انتخاب داور توسط طرفین در شرایطی که عدم توازن قدرت چانه‌زنی میان نهادهای ورزشی و ورزشکاران وجود دارد، ممکن است موجب انتصاب داورانی گردد که به یک طرف نزدیک تر باشند[۴۷].

۳۹. همان، ماده R۳۳.
۴۰. همان، ماده S۱۸.
۴۱. استراسبورگر، ۲۰۲۲، ص ۱۲۳.
۴۲. انجمن بین‌المللی وکلا. رهنمودهای IBA در مورد تعارض منافع در داوری بین‌المللی، مصوب قطعنامه شورای IBA در پنجشنبه ۲۳ اکتبر ۲۰۱۴
۴۳. ر.ک. استراسبورگر، ۲۰۲۲، ص ۱۲۴
۴۴. به عنوان مثال، ر.ک. موتو و پچشتاین علیه سوئیس، شماره های درخواست ۱۰/۴۰۵۷۵ و ۱۰/۶۷۴۷۴، دادگاه اروپایی حقوق بشر، ۲ اکتبر ۲۰۱۸، پاراگراف های ۱۴۳-۱۴۴
۴۵. آیین دادرسی ۲۰۲۳، مواد R۴۰/۲، R۵۰.
۴۶. ر.ک. موسی، مارگارت ال. اصول و عملکرد داوری تجاری بین المللی. کمبریج: انتشارات دانشگاه کمبریج، ۲۰۱۷، صص ۱۲۱-۱۲۵
۴۷. استراسبورگر، ۲۰۲۲، ص ۱۲۴

در مقابل، طرفداران روش فعلی استدلال می کنند که حق انتخاب داور به طرفین اجازه می دهد شخصی را برگزینند که از تخصص کافی در رشته ورزشی موضوع دعوی برخوردار است[۴۸]. به هر ترتیب، به نظر می رسد با وضع ضوابط دقیق افشای تعارض منافع، الزام داوران منتخب طرفین به تایید ICAS و نظارت مستمر بر عملکرد آنان، می توان تا حدودی نگرانی های مربوط به بی طرفی داوران را برطرف کرد.

در مجموع، آیین دادرسی CAS نقشی محوری در حاکمیت فرآیندهای دادرسی و تعیین «قواعد بازی» در بالاترین مرجع داوری ورزش ایفا می کند. اصلاح این سند کلیدی با تاکید بر اصول حکمرانی خوب نظیر شفافیت، پاسخگویی، انصاف و حاکمیت قانون می تواند بنیان های مشروعیت و اقتدار CAS را برای آینده مستحکم تر سازد.

تحلیل استقلال و بی طرفی CAS

مجموعه اصول موسوم به حکمرانی خوب، نقشه راهی برای ارتقای اثربخشی و کارآمدی سازمان های مختلف خصوصی و عمومی فراهم می آورد. از جمله اصلی ترین اجزای حکمرانی خوب می توان به استقلال، پاسخگویی، شفافیت، مشارکت، تساوی و عدم تبعیض اشاره کرد.[۴۹]

بدون تردید، استقلال و بی طرفی دو مولفه ضروری هر نهاد داوری، چه در سطح ملی و چه در سطح بین المللی، محسوب می شود. علاوه بر آسیب به اعتبار و الزام آوری آراء صادره، هرگونه تردید نسبت به استقلال و بی طرفی دیوان داوری می تواند مشروعیت و پذیرش عمومی آن نهاد را مخدوش سازد.

از این منظر، پرسش محوری آن است که چه معیارهایی باید برای ارزیابی میزان استقلال و بی طرفی یک نهاد داوری نظیر CAS مد نظر قرار گیرد؟ به بیان دیگر، کدام مولفه ها و شاخص ها می توانند ملاک سنجش استقلال و بی طرفی واقعی و نه صرفا ظاهری CAS باشند؟ پاسخ به این پرسش ها مستلزم بررسی دقیق ساختار سازمانی، شیوه تامین مالی و آیین های دادرسی CAS در پرتو اصول حکمرانی خوب است. در این بخش، استقلال و بی طرفی این نهاد را در سه محور کلیدی مورد تحلیل و ارزیابی قرار خواهیم داد: ۱) استقلال سازمانی و عملکردی ۲) استقلال و بی طرفی داوران و ۳) قواعد دادرسی منصفانه و تضمین کننده تساوی سلاح. همانطور که پیشتر اشاره شد، علی رغم شهرت CAS به عنوان «اوج نظام حل و فصل اختلافات ورزشی در جهان»[۵۰]، استقلال و بی طرفی آن از بدو تاسیس همواره محل بحث و ارزیابی بوده است. اصلی ترین دغدغه، نقش و تاثیرگذاری نهادهای قدرتمند ورزشی به ویژه کمیته بین المللی المپیک (IOC) بر تصمیم گیری ها و عملکرد این نهاد داوری بوده است.[۵۱]

۴۸. ر.ک. ماوروماتی و ریب، ۲۰۱۵، صص ۱۴-۱۵

۴۹. گیرارت، آرنوت. «شاخص ها و ابزارهای معیارگذاری برای حاکمیت ورزشی.» در کتابچه راهنمای تحقیقاتی در حاکمیت ورزشی، ویناند، ماتیو، و آناگنوستوپولوس، کریستوس (ویراستاران)، انتشارات ادوارد الگار، ۲۰۱۹، صص ۴۱-۶۱

۵۰. یگوزی و کوئین، ۲۰۲۲، پاراگراف ۱

۵۱. دووال، ۲۰۲۲، ص ۱۶۰

به تعبیر فورستر، فقدان استقلال اولیه CAS ناشی از مشکلات خودگردانی و ارتباط نزدیک آن با IOC بود[۵۲]. همانطور که پیشتر بیان شد، این وابستگی متقابل و به تبع آن، اعتبار آرای صادره CAS در پرونده معروف Gundel علیه فدراسیون بین المللی سوارکاری در سال ۱۹۹۳ به طور جدی زیر سوال[۵۳] رفت. اصلاحات سال ۱۹۹۴ گامی مهم در مسیر کاهش وابستگی آشکار CAS به IOC و بهبود وجهه بین‌المللی آن بود[۵۴]. با این حال، پرسش‌هایی درباره میزان پایبندی واقعی این نهاد به اصول بی‌طرفی و استقلال همچنان مطرح است. برخی تحلیل‌گران حقوقی نظیر اشتراوبل معتقدند اصلاحات مذکور موفق به قطع کامل بند ناف CAS از نهادهای ورزشی قدرتمند نشده[۵۵] است. برای نمونه، آن‌ها به نفوذ غیرمستقیم جنبش المپیک بر ترکیب اعضای ICAS از طریق سازوکار انتصاب اشاره می‌کنند که می‌تواند خطر وابستگی و جانبداری خزنده CAS را افزایش دهد[۵۶]. در کنار این موضوع، بحث استقلال مالی CAS و اتکای آن به کمک های IOC و فدراسیون‌های بین‌المللی نیز از دیگر دغدغه‌های مطرح شده است[۵۷]. از منظر تئوریک، یکی از شاخص‌های مهم استقلال یک نهاد داوری بین‌المللی، فقدان وابستگی مالی آن به نهادهایی است که پتانسیل طرف دعوی واقع شدن دارند. به دیگر سخن، تامین هزینه‌های جاری و عملیاتی دیوان داوری نباید به گونه‌ای باشد که زمینه ایجاد تردید معقول درباره تاثیرپذیری آن از یکی از طرفین بالقوه را به وجود آورد.[۵۸]

این در حالی است که طبق گزارش سالانه CAS، بخش قابل توجهی از بودجه آن از طریق کمک های IOC و فدراسیون های بین المللی المپیک تابستانی و زمستانی تامین می‌شود[۵۹]. این الگوی تامین مالی شائبه نفوذ و تاثیرگذاری نهادهای ورزشی را به ویژه در پرونده‌هایی که یک طرف دعوی هستند، تقویت می‌کند.

علاوه بر بحث استقلال سازمانی و مالی، تضمین استقلال و بی‌طرفی داوران CAS نیز همواره یکی از بزرگترین چالش‌های فراروی این نهاد بوده است. اگرچه به موجب ماده S۱۸ اساسنامه CAS، کلیه داوران باید استقلال خود را حفظ کرده و اعلامیه بی‌طرفی امضا[۶۰] کنند ، اما همین امر مانع طرح ادعای عدم استقلال در دعاوی متعدد ابطال رای در دادگاه فدرال سوئیس نشده است[۶۱].

۵۲. فورستر، جان. «سازمان‌های جهانی ورزشی و حاکمیت آنها.» حاکمیت شرکتی، جلد ۶، شماره ۱، ۲۰۰۶، صص ۷۲-۸۳، ص ۷۳
۵۳. ریب، ۲۰۰۶، ص ۳۲
۵۴. دووال، ۲۰۲۲، ص ۱۶۰
۵۵. استراسبورگر، ۲۰۲۲، ص ۱۲۱
۵۶. همان، ص ۱۲۶
۵۷. به عنوان مثال، ر.ک. لیندهولم، ۲۰۲۳، ص ۶
۵۸. ر.ک. بلکبی، نایجل، کنستانتین پارتاسیدس، آلن ردفرن، و مارتین هانتر. ردفرن و هانتر در مورد داوری بین‌المللی. انتشارات دانشگاه آکسفورد، ۲۰۱۵، صص ۳۲۰-۳۲۱
۵۹. به عنوان مثال، ر.ک. گزارش سالانه CAS ۲۰۲۰، ص ۲۵
۶۰. آیین دادرسی ۲۰۲۳، ماده S۱۸.
۶۱. ر.ک. استراسبورگر، ۲۰۲۲، ص ۱۳۶

یکی از مباحث مهم در این زمینه، تعیین معیارهای ارزیابی استقلال و بی‌طرفی داوران در پرتو رویه قضایی و اصول کلی حقوقی است. همانطور که در بخش پیشین اشاره شد، دادگاه فدرال سوئیس در پرونده‌های متعدد، معیار ظن معقول به‌عدم استقلال را صرفا در صورت اثبات «اوضاع و احوال عینی اضافی» احراز کرده است[۶۲].

این رویکرد که با انتقاد برخی حقوقدانان مواجه شده[۶۳]، عملا بار اثباتی سنگینی را بر دوش طرف معترض قرار می‌دهد. از این رو، شایسته است معیارهای عینی‌تر و منعطف‌تری برای ارزیابی استقلال و بی‌طرفی داوران در نظر گرفته شود تا ضمن کاهش پیچیدگی دعاوی مربوط به رد داور، دسترسی موثر ورزشکاران به عدالت تضمین گردد.

جنبه دیگر، نحوه انتخاب داوران توسط ICAS و میزان شفافیت این فرآیند است. همانطور که پیشتر ذکر شد، غلبه نهادهای وابسته به جنبش المپیک در ترکیب ICAS می‌تواند بر سازوکار انتصاب داوران سایه افکند. یکی از راهکارهای ارتقای استقلال کلی فهرست داوران، افزایش سهم ورزشکاران یا نمایندگان آن‌ها در معرفی نامزدها به ICAS است.[۶۴]

در کنار بحث استقلال و بی‌طرفی سازمانی و داوران، یکی از ملاک‌های مهم ارزیابی استقلال یک نهاد داوری، میزان انصاف و تساوی سلاح میان طرفین دعوی در قواعد آیین دادرسی آن است. در CAS نیز اگرچه آیین دادرسی مبتنی بر اصول کلی دادرسی عادلانه است، اما انتقاداتی به ویژه درخصوص عدم توازن قدرت میان نهادهای ورزشی و ورزشکاران در پرونده‌های انضباطی و دوپینگ مطرح شده است.[۶۵]

برای نمونه، در فقدان قواعد مدون افشای اطلاعات (discovery) در آیین دادرسی[۶۶] CAS، اغلب این نهادهای ورزشی هستند که به واسطه در اختیار داشتن سوابق پرونده و امکان دسترسی مستقیم به کارشناسان و آزمایشگاه‌ها، در موقعیت برتری[۶۷] قرار دارند. این عدم توازن که تا حدی ناشی از ماهیت داوری و تمایز آن با دادرسی قضایی است[۶۸]، می‌تواند در بلندمدت انصاف دادرسی و اعتماد ورزشکاران به سیستم حل اختلاف ورزش را متزلزل سازد.

۶۲. به‌عنوان مثال، ر.ک. پرونده‌های A و B علیه IOC، ۱۲۹ III BGE ۴۴۵ (۲۷ می ۲۰۰۳)، بند ۳/۳/۳

۶۳. به‌عنوان مثال، ر.ک. ریگوزی، آنتونیو. «به چالش کشیدن آرای دادگاه داوری ورزش.» مجله حل اختلاف بین‌المللی، جلد ۱، شماره ۲، ۲۰۱۰، صص ۲۱۷-۲۴۸، ص ۲۳۸

۶۴. استراسبورگر، ۲۰۲۲، ص ۱۳۸

۶۵. به‌عنوان مثال، ر.ک. وستون، مورین. «مخاطرات فرایندی برای ورزشکاران متهم در ورزش بین‌المللی: داوری اجباری و کنترل دوپینگ.» مجله حل اختلاف پپردین، جلد ۱۰، شماره ۱، ۲۰۰۹، صص ۵-۵۰

۶۶. ر.ک. آیین دادرسی ۲۰۲۳، مواد R۴۴/۲ و R۴۴/۳.

۶۷. وستون، ۲۰۰۹، ص ۴۵

۶۸. به‌عنوان مثال، ر.ک. موسی، ۲۰۱۷، ص ۱

در مجموع، اگرچه CAS پیشرفت‌های چشمگیری را در طول نزدیک به چهار دهه فعالیت خود تجربه کرده و اصلاحات ارزشمندی را برای تطبیق با اصول بین‌المللی حکمرانی خوب به انجام رسانده است، اما همچنان زمینه گسترده‌ای برای بهبود ساختار و فرآیندهای داوری این نهاد با هدف ارتقای استقلال، انصاف و کارآمدی آن وجود دارد. در بخش بعدی، برخی از پیشنهادهای اصلاحی در ارکان مختلف حاکمیتی CAS ارائه خواهد شد تا این نهاد بتواند کماکان به عنوان یک مرجع معتبر و مستقل در رسیدگی به دعاوی مرتبط با ورزش، به رسالت خود در ایجاد نظم و انسجام در ورزش جهانی ادامه دهد.

آیا CAS مرجع مناسبی برای رسیدگی به پرونده‌های دوپینگ است؟

علی‌رغم موفقیت‌های فراوان CAS در عرصه حل و فصل اختلافات ورزشی و ایفای نقش کلیدی در ایجاد نظم و ثبات در ورزش جهانی، در سال‌های اخیر بحث‌هایی درباره مناسب بودن این نهاد برای رسیدگی به دعاوی خاص حوزه دوپینگ مطرح شده است[۶۹]. این پرسش بنیادین مطرح است که با توجه به ماهیت شبه‌کیفری و تبعات سنگین محرومیت‌های ناشی از نقض مقررات دوپینگ، آیا CAS با ساختار و آیین دادرسی کنونی خود قادر است تضمینات لازم برای یک دادرسی عادلانه و منصفانه را در این پرونده‌ها فراهم کند؟[۷۰] کد جهانی مبارزه با دوپینگ (World Anti-Doping Code) که با هدف هماهنگ‌سازی مقررات و اقدامات مبارزه با دوپینگ در سطح بین‌المللی تدوین و اجرایی شده است، شعبه استیناف CAS را به‌عنوان مرجع انحصاری رسیدگی به درخواست تجدیدنظر از تصمیمات کمیته‌های انضباطی فدراسیون‌های ورزشی در موضوع نقض مقررات ضد دوپینگ تعیین کرده[۷۱] است. بدین ترتیب، CAS در مقام دادگاه عالی ورزش، نقش مهمی در توسعه حقوق ضد دوپینگ و تفسیر مقررات مندرج در کد جهانی ایفا می‌کند[۷۲]. با این حال، برخی جنبه‌های رسیدگی به دعاوی دوپینگ در CAS با توجه به اقتضائات خاص این قبیل پرونده‌ها، محل نقد و بررسی قرار گرفته است[۷۳].

ماهیت شبه‌کیفری اختلافات دوپینگ

یکی از موضوعات بحث‌برانگیز در رویه CAS، طبقه‌بندی ماهیت حقوقی اتهامات و تخلفات دوپینگ است.

۶۹.ر.ک. استروبل، مایکل. «بهبود عملکرد دادگاه دوپینگ: چگونه دیوان داوری ورزش می‌تواند وظیفه خود را بهتر انجام دهد.» مجله حقوقی دانشگاه شیکاگو لویولا، جلد ۳۶، شماره ۴، ۲۰۰۵، صص ۱۲۷۲-۱۲۰۳

۷۰.ر.ک. ریگوزی، آنتونیو. «اعطای تضمینات دادرسی عادلانه کیفری به ورزشکاران متهم به دوپینگ: تحلیل رویه CAS و دادگاه فدرال سوئیس.» مجله بین‌المللی حل و فصل اختلافات ورزشی، جلد ۴، شماره ۲، ۲۰۲۱، صص ۳۱۱-۳۳۴

۷۱.کد جهانی ضد دوپینگ ۲۰۲۱، ماده ۱۳/۲/۱

۷۲. ر.ک. دیوید، پل. مقررات ضد دوپینگ و ورزش: نظریه و عمل، گفتار دوم، غیرتجاری - ویرایش PDF، دانشگاه بیرمنگام، ۲۰۲۱، ص ۱۹۳

۷۳. ر.ک. ویره، ماجولین. «فشردگی بیش از حد و اثرات آن بر حقوق دفاعی ورزشکاران در دعاوی دوپینگ نزد CAS.» مجله بین‌المللی حقوق ورزشی، جلد ۲۰، شماره ۳، ۲۰۲۰، صص ۱۹۸-۲۱۸

به‌طور خلاصه، پرسش اصلی آن است که آیا این قبیل دعاوی، ذاتا ماهیتی کیفری یا شبه کیفری دارند یا صرفا در زمره امور مدنی و انضباطی درون سازمانی محسوب می‌شوند؟ تفکیک این مرزها از آن جهت حائز اهمیت است که بر میزان و نوع تضمینات دادرسی مورد انتظار برای ورزشکار متهم تاثیر بسزایی دارد[۷۴].

در نگاه اول، با توجه به اینکه دوپینگ در زمره جرائم کیفری تعریف نشده و مجازات‌های مقرر در کد جهانی ضد دوپینگ مشتمل بر حبس و جزای نقدی نیست، ممکن است در وهله نخست خصیصه کیفری این تخلفات مورد تردید قرار گیرد. در همین راستا، دادگاه فدرال سوئیس در رای معروف خود در پرونده Gundel، با تمسک به ماهیت انضباطی و قراردادی مقررات ضد دوپینگ، ماهیت کیفری مجازات‌های مربوطه را نفی کرده است[۷۵].

با این حال، در سال‌های اخیر و با تصویب نسخ جدید کد جهانی ضد دوپینگ، گرایش به سمت به رسمیت شناختن خصیصه شبه کیفری و خصوصا شبه جزایی این مجازات‌ها شدت گرفته است. برای مثال، ماده ۳/۱ کد مذکور که به تبیین بار اثبات دعوی می پردازد، از معیار «رضایت خاطر» (comfortable satisfaction) هیئت رسیدگی‌کننده سخن می گوید که پایین‌تر از معیار «فراتر از شک معقول» (beyond reasonable doubt) در امور کیفری اما بالاتر از معیار «توازن احتمالات» (balance of probabilities) در دعاوی مدنی[۷۶] است. به زعم برخی محققان حقوقی نظیر ریگوزی (Rigozzi) و همکاران، همین امر نشان‌دهنده ماهیت دوگانه و البته شبه کیفری دعاوی دوپینگ از منظر کد جهانی ضد دوپینگ است[۷۷]. استدلال دیگر برای اثبات خصیصه شبه‌کیفری، شباهت آثار و تبعات مجازات محرومیت ورزشی با کیفرهای نظام عدالت کیفری است.

اشتراوبل در این زمینه اشاره می‌کند که هرچند محرومیت ورزشی ممکن است در نگاه اول همسنگ مجازات‌های جزایی نظیر حبس به نظر نرسد، اما آثار بلندمدت و مخرب آن بر زندگی حرفه‌ای ورزشکار کاملا قابل قیاس با مجازات‌های جزایی است و از این حیث، جنبه عقابی و تنبیهی دارد[۷۸]. به تعبیر وستون نیز اعمال محرومیت ورزشی به شرط عدم آگاهی ورزشکار می‌تواند رویکردی کاملا غیرمنصفانه و مغایر اصول حقوق کیفری باشد[۷۹].

۷۴. ر.ک. لیندهولم، یوهان. «قضاوت ورزشی: نوسان بین داوری و دادرسی قضایی.» مجله حقوق ورزش، جلد ۹، شماره ۱، ۲۰۱۴، صص ۳۸-۱۷

۷۵. Gundelv.FEI،CAS، ۶۳/A/92 (۱۵اکتبر۱۹۹۲)، بندهای ۵-۶.

۷۶. کد جهانی ضد دوپینگ ۲۰۲۱، ماده ۳/۱

۷۷. ریگوزی، آنتونیو، گابریل کافمن-کولر و جورجیو مالینورنی، «دوپینگ و حقوق اساسی ورزشکاران: اظهارات در پی پذیرش کد جهانی ضد دوپینگ.» اسپورت: بررسی حقوق ورزشی، جلد ۳، شماره ۱، ۲۰۰۳، صص ۲۳-۵۳، ص ۴۸

۷۸. ستروبل، مایکل اس. «درس‌هایی از USADA علیه جنکینز: شما نمی‌توانید هنگام شکست دادن یک انحصار پیروز شوید.» مجله حل اختلاف پپردین، جلد ۱۰، شماره ۱، ۲۰۰۹، صص ۱۱۹-۱۵۴، ص ۱۵۰

۷۹. وستون، ۲۰۰۹، ص ۳۲

در نتیجه، به نظر می‌رسد با توجه به اوصاف پرونده‌های دوپینگ و اهمیت فوق‌العاده آن برای سرنوشت شغلی و معیشتی ورزشکاران حرفه‌ای، ضروری است تمهیدات بیشتری در جهت تامین تضمینات دادرسی عادلانه و تقویت حقوق دفاعی متهمان در آیین دادرسی CAS اندیشیده شود[۸۰]. این تضمینات می‌تواند شامل تسهیل دسترسی متهم به پرونده و ادله، تقویت حق برخورداری از وکیل، تدوین قواعد مدون‌تر و منصفانه‌تر ارائه و ارزیابی ادله، و تمهید حق تجدید نظرخواهی از آراء باشد[۸۱].

محدودیت‌های CAS به عنوان دادگاه دوپینگ

یکی دیگر از ابعاد بحث درباره مناسب بودن CAS برای رسیدگی به پرونده‌های دوپینگ، بحث کفایت ساختار سازمانی و قواعد دادرسی این نهاد با توجه به ویژگی‌های خاص این دعاوی است. با وجود اینکه CAS در طول چهار دهه فعالیت خود، مدل موفقی از یک نهاد داوری بین‌المللی را برای حل و فصل اختلافات ورزشی ارائه کرده است[۸۲]، اما پاره‌ای نواقص در نظام دادرسی فعلی آن در حوزه دوپینگ مورد انتقاد قرار گرفته است.

نخست اینکه برخلاف نام خود، CAS از منظر ماهیت حقوقی یک «دادگاه» (court) واقعی محسوب نمی‌شود بلکه یک نهاد داوری خصوصی است که از ساختار و آیین دادرسی مشابه داوری‌های تجاری بین‌المللی برخوردار است[۸۳]. این در حالی است که دعاوی دوپینگ با توجه به ماهیت شبه کیفری و تبعات سنگین آن برای ورزشکاران، بیشتر مستلزم تبعیت از تشریفات دادرسی شبیه محاکم دادگستری است[۸۴]. همچنین مطابق مواد R۴۷ و R۴۸ آیین دادرسی CAS، فرض اصلی در شعبه استیناف، وجود یک موافقت‌نامه داوری میان ورزشکار و نهاد ورزشی است که اساسا در قالب گنجاندن شرط ارجاع اختلافات به CAS[۸۵] در مقررات فدراسیون‌های ورزشی یا کمیته ملی المپیک تحقق می‌یابد[۸۶]. بدین ترتیب، «داوری اجباری» (forced arbitration) در واقع به یک استاندارد در نظام ورزش تبدیل شده و عملا ورزشکاران حرفه‌ای چاره‌ای جز پذیرش آن ندارند[۸۷].

۸۰. ر.ک. سوک، جان ویلم. «تاملاتی بر سیستم تجدیدنظر CAS در دعاوی دوپینگ.» در قضاوت ورزشی در قرن بیست و یکم، سیکمن، رابرت، سوک، جان ویلم (ویراستاران)، انتشارات TMC Asser، ۲۰۱۲، صص ۱۷۹-۲۰۱

۸۱. استروبل، ۲۰۰۵، ص ۱۲۰۷

۸۲. ر.ک. بلاندین، ماتیو. «استانداردهای جهانی دادرسی عادلانه نزد CAS.» مجله بین‌المللی حقوق ورزشی، جلد ۱۷، شماره ۱-۲، ۲۰۱۷، صص ۳-۱۷، ص

۸۳. ر.ک. پودرت، ژان-فرانسوا، و سباستین بسون. حق

۸۴. ر.ک. استروبل، ۲۰۰۵، ص ۱۲۲۴

۸۵. آیین دادرسی ۲۰۲۳، مواد R۴۷ و R۴۸

۸۶. ر.ک. ریگوزی، آنتونیو. «صلاحیت CAS در مسائل انضباطی و دوپینگ.» در دایرةالمعارف حقوق ورزشی، پوگجلی، میشل و هندریکس، فرانک (ویراستاران)، انتشارات اسپرینگر، ۲۰۲۱، صص ۱-۱۹، ص ۷

۸۷. کاستن، هیلکه. «بررسی انتقادی صلاحیت اجباری CAS در پرونده های دوپینگ.» مجله بین‌المللی حقوق ورزش، جلد ۲۱، شماره ۲، ۲۰۲۱، صص ۱۱۷-۱۳۲، ص ۱۱۹

این موضوع در پرونده‌های انضباطی با ماهیت شبه‌کیفری نظیر دوپینگ، سوالاتی را درباره اعتبار و آزادی اراده واقعی طرفین در انعقاد موافقت‌نامه داوری ایجاد می‌کند[۸۸].

علاوه بر این، یکی از ویژگی‌های اصلی نهاد داوری تجاری، قابلیت انتخاب داور توسط هر یک از طرفین است[۸۹]. این ویژگی در CAS نیز پیش‌بینی شده و براساس مواد R۴۰/۲ و R۵۰ آیین دادرسی، در صورت توافق بر داوری سه نفره، هر یک از طرفین یک داور را انتخاب کرده و داور سوم که ریاست هیئت داوری را برعهده می‌گیرد، توسط داوران منتخب طرفین یا ICAS انتخاب می‌شود[۹۰].

اشتراوبل این ساز و کار را در پرونده‌های دوپینگ مورد نقد قرار داده و معتقد است این شیوه، احتمال معرفی داورانی که بیشتر متمایل به جانبداری از نهادهای ورزشی باشند را افزایش می‌دهد[۹۱]. در شرایطی که نهادهای ورزشی از قدرت مالی و سیاسی بیشتری نسبت به ورزشکاران در انتخاب داور برخوردارند، چنین خطری دور از ذهن نیست.

به همین ترتیب، قواعد مربوط به ارائه ادله و استماع شهادت شهود در آیین دادرسی CAS در مقایسه با تشریفات متداول در دادگاه های کیفری، از انعطاف و سادگی بیشتری برخوردار است[۹۲]. برای مثال، در فقدان قواعد افشای اطلاعات، عملا هیئت داوری اختیار تام در پذیرش یا رد درخواست ارائه اسناد مرتبط با پرونده توسط هر یک از طرفین را دارد.[۹۳]

این موضوع در پرونده‌های دوپینگ که متهم ووکیل وی نیاز مبرم به دسترسی به اطلاعات فنی پرونده و نتایج آزمایشگاه دارند، می تواند تاثیر زیادی بر روند دادرسی و حقوق دفاعی ورزشکار داشته باشد. در همین راستا، وستون نبود تضمینات کافی در آیین دادرسی CAS برای نظارت دقیق‌تر بر فرآیند ارائه ادله و پذیرش یا رد آن‌ها را از نواقص رسیدگی‌های دوپینگ معرفی کرده است.[۹۴]

در مجموع، با عنایت به ملاحظات فوق و اهمیت حیاتی پرونده‌های دوپینگ برای حیثیت و آینده حرفه‌ای ورزشکاران، می‌توان گفت ساختار و آیین دادرسی فعلی CAS برای تامین یک دادرسی کیفری عادلانه در مفهوم مدرن آن، با چالش‌هایی مواجه است و نیازمند اصلاحات هدفمند است.[۹۵]

در بخش بعدی، برخی از این پیشنهادهای اصلاحی و تطبیقی در جهت انطباق بیشتر سازوکار داوری موجود با اقتضائات دعاوی دوپینگ مورد بحث قرار خواهد گرفت.

۸۸. ر.ک. هاس، اولریش. «استانداردهای حقوقی شکلی و ماهوی در دادرسی های انضباطی ورزشی.» مجله حقوق ورزشی، جلد ۷، شماره ۲، ۲۰۱۲، صص ۱۹۳-۲۱۵

۸۹. موزس، ۲۰۱۷، ص ۱۲۱

۹۰. آیین دادرسی ۲۰۲۳، مواد R۴۰/۲ و R۵۰.

۹۱. استراوبل، ۲۰۰۵، ص ۱۲۳۹

۹۲. ر.ک. آیین دادرسی ۲۰۲۳، مواد R۴۴/۲ و R۴۴/۳.

۹۳. ر.ک. والکوت، رایان. «تعقیب و اثبات تخلفات دوپینگ: داوری CAS.» در دوپینگ در ورزش و قانون، آندرسون، جک (ویراستار)، انتشارات Bloomsbury، ۲۰۲۲، صص ۱۲۵-۱۴۲

۹۴. وستون، ۲۰۰۹، ص ۳۳

۹۵. ر.ک. لیندهولم، ۲۰۱۴، ص ۳۶

از جمله مهم‌ترین این پیشنهادها می‌توان به ایجاد یک شعبه تخصصی دوپینگ با قواعد آیین دادرسی ویژه[۹۶] و تقویت تضمینات دفاعی متهم از طریق اصلاح قواعد ارائه ادله اشاره کرد[۹۷].

اصلاحات پیشنهادی در حکمرانی CAS

اصلاح ترکیب و ساختار ICAS

یکی از محورهای اصلی پیشنهادهای اصلاحی برای ارتقای کیفیت حکمرانی CAS، اصلاح در ترکیب اعضا و ساختار تصمیم‌گیری ICAS است. همانطور که پیش‌تر اشاره شد، این نهاد که عالی‌ترین مرجع حاکمیتی CAS محسوب می‌شود، مسئولیت اصلی انتصاب داوران و نظارت بر عملکرد کلی این دیوان را برعهده دارد. در حال حاضر، طبق ماده S۴ اساسنامه CAS، از مجموع ۲۰ عضو ICAS، ۱۲ نفر توسط نهادهای وابسته به جنبش المپیک[۹۸] انتخاب می‌شوند. این امر نگرانی‌هایی را درباره استقلال و بی‌طرفی واقعی این شورا در اتخاذ تصمیمات راهبردی و نظارت بر CAS ایجاد کرده است[۹۹]. پس از گذشت نزدیک به سه دهه از اصلاحات سال ۱۹۹۴، شایسته است ترکیب ICAS با هدف ارتقای نمایندگی سایر ذینفعان کلیدی ورزش به‌ویژه ورزشکاران مورد بازنگری قرار گیرد. در این راستا، لیندهولم (Lindholm) پیشنهاد کرده است تعداد اعضای ICAS به ۲۲ نفر افزایش یافته و حداقل ۴ کرسی به ورزشکاران یا نمایندگان منافع آنان اختصاص یابد[۱۰۰]. این پیشنهاد در صورت تحقق، می‌تواند گام موثری در راستای افزایش مشارکت جامعه ورزشکاران در سیاست‌گذاری و تصمیم‌گیری های کلان CAS باشد.

همچنین برای کاستن از نفوذ نهادهای ورزشی در ترکیب و رویکرد ICAS، شایسته است ملاک‌های گزینش اعضای خارج از جنبش المپیک شفاف‌تر و دقیق‌تر شود. برای مثال، می‌توان شرط عدم ارتباط این اعضا با نهادهای ورزشی در ۵ سال قبل از انتصاب را پیش‌بینی کرد تا از انتخاب اشخاصی که همچنان پیوندهای نزدیک با این نهادها دارند، اجتناب شود[۱۰۱]. بر همین سیاق، شایسته است در انتخاب اعضای حقوقدان ICAS نیز معیارهای مشخص‌تری برای احراز صلاحیت حرفه‌ای و علمی آنان در زمینه حقوق ورزش یا داوری بین‌المللی تعریف شود[۱۰۲]. ضمنا انتشار رزومه کامل و سوابق شغلی نامزدهای عضویت در ICAS می تواند امکان نظارت عمومی بر فرآیند انتصاب را بهبود بخشد. در کنار بحث ترکیب، اصلاح ساختار درونی و شیوه تصمیم‌گیری ICAS نیز می‌تواند به ارتقای پاسخگویی و اثربخشی آن یاری رساند.

۹۶.ر.ک. سوک، جان ویلم. «دیدگاه های نهادی برای بهبود سیستم قضایی دوپینگ.» مجله حقوق ورزشی کرتیس، جلد ۲، شماره ۱، ۲۰۰۵، صص ۸۳-۹۸

۹۷.ر.ک. استراوبل، ۲۰۰۵، ص ۱۲۶۴

۹۸.آیین دادرسی ۲۰۲۳، ماده S۴.

۹۹.لیندهولم، ۲۰۲۳، ص ۶

۱۰۰.همان، ص ۱۶

۱۰۱.ر.ک. سوک، ۲۰۱۲، ص ۱۹۸

۱۰۲.ر.ک. استراوبل، ۲۰۰۵، ص ۱۲۳۶

در وضعیت فعلی، رئیس ICAS که منتخب اعضای شورا است، از اختیارات نسبتا وسیعی در هدایت جلسات و تعیین دستور کار این نهاد برخوردار است.[۱۰۳]
به نظر می‌رسد اتخاذ سازوکاری برای محدود کردن دوره ریاست و همچنین تقویت نقش هیئت اجرایی (Board) در تعیین اولویت‌ها و مسائل راهبردی ICAS می‌تواند به توزیع متوازن‌تر قدرت میان اعضا و کاهش خطر سیطره یک جناح خاص منجر شود.[۱۰۴]
همچنین برای بهبود کیفیت تصمیم‌گیری‌ها و افزایش مشارکت همه اعضا، پیشنهاد می شود امکان برگزاری جلسات و رای‌گیری به صورت الکترونیک فراهم شود[۱۰۵]. این اصلاحات با تسهیل حضور اعضا در نشست ها و تصمیم‌گیری‌های ICAS می‌تواند به شفافیت و کارآمدی بیشتر این نهاد حاکمیتی کمک کند.
ارتقای استقلال مالی CASیکی دیگر از مسیرهای مهم اصلاحات، کاهش وابستگی مالی CAS به کمک‌های IOC و فدراسیون‌های ورزشی از طریق تنوع بخشی به منابع درآمدی آن است.
در حال حاضر، بر مبنای قرارداد پاریس ۱۹۹۴، بخش قابل توجهی از بودجه سالانه CAS توسط این نهادها تامین می‌شود[۱۰۶]. این الگوی تامین مالی که ریشه در تاریخچه تاسیس CAS توسط IOC دارد، امروزه با انتقادهایی از حیث تاثیربالقوه آن بر استقلال و بی‌طرفی این نهاد داوری مواجه شده[۱۰۷] است.کاهش تدریجی اتکا به کمک‌های مالی جنبش المپیک می‌تواند به استقلال عملکردی و اعتبار بین‌المللی CAS یاری رساند.در این راستا، تنوع‌بخشی به منابع درآمدی CAS و اتخاذ یک مدل کسب‌وکار پایدارتر ضروری به نظر می‌رسد[۱۰۸]. برای مثال، می‌توان هزینه‌های داوری شامل حق ثبت دادخواست و حق‌الزحمه داوران را افزایش داد تا درآمدهای حاصل از این محل، سهم بیشتری در تامین هزینه‌های جاری و عملیاتی CAS داشته باشد[۱۰۹].
خوشبختانه در سال‌های اخیر، درصد بیشتری از بودجه این نهاد از محل درآمدهای داوری و ارائه نظرات مشورتی به فدراسیون ها تامین شده است[۱۱۰]. اما همچنان جای کار فراوانی برای تحقق استقلال مالی کامل CAS وجود دارد. یک پیشنهاد دیگر، اخذ حق عضویت سالانه از فدراسیون های بین المللی به‌جای دریافت کمک های موردی است[۱۱۱].

۱۰۳.آیین دادرسی ۲۰۲۳، ماده ۹S.
۱۰۴.ر.ک.لیندهولم، ۲۰۲۳، ص ۸
۱۰۵.همان
۱۰۶.ر.ک.موافقتنامه پاریس در خصوص تأسیس شورای بین المللی داوری در ورزش (۱۹۹۴)، ماده ۳
۱۰۷.ر.ک. پرتنر، کلیمن. «دیوان داوری ورزش: یک نهاد شبه قضایی تحت سلطه جنبش المپیک؟» مجله بین المللی حقوق ورزشی، جلد ۱۸، شماره ۱، ۲۰۱۸، صص ۱۱۸-۱۲۳
۱۰۸.ر.ک.استراوبل، ۲۰۰۵، ص ۱۲۳۳
۱۰۹.ر.ک.لیندهولم، ۲۰۲۳، ص ۹
۱۱۰.ر.ک.گزارش سالانه CAS ۲۰۲۲، ص ۲۵
۱۱۱.ر.ک.استراوبل، ۲۰۰۵، ص ۱۲۳۴

در صورت تمایل، می‌توان مبلغ حق عضویت هر فدراسیون را بر مبنای میزان استفاده از خدمات CAS (تعداد پرونده‌های ارجاعی) در طول سال گذشته تعیین کرد.

جلب حمایت مالی حامیان تجاری و پخش کنندگان تلویزیونی نیز می‌تواند به تقویت بنیه مالی CAS کمک کند[۱۱۲]. البته شایسته است دریافت هرگونه کمک یا حمایت مالی تحت ضوابط اخلاقی دقیقی صورت گیرد تا از بروز تعارض منافع احتمالی میان این حامیان و استقلال CAS جلوگیری شود. در کنار این اقدامات، شفافیت هرچه بیشتر درباره منابع درآمدی CAS و نحوه مصرف آن‌ها نیز در جلب اعتماد عمومی و ارتقای حکمرانی این نهاد موثر خواهد بود. در این راستا، انتشار گزارش‌های سالانه با جزئیات تفصیلی‌تر درخصوص بودجه و هزینه‌های CAS در دستور کار ICAS قرار گیرد[۱۱۳]. این اطلاعات مالی باید شامل سهم هریک از منابع (داوری، کمک های IOC و فدراسیون‌ها، حامیان تجاری) در درآمدهای سالانه و همچنین نحوه تخصیص بودجه به بخش‌های مختلف CAS باشد. افزایش شفافیت مالی در کنار تلاش برای تقویت استقلال درآمدی، می‌تواند به اعتلای جایگاه و مقبولیت عمومی CAS در جامعه ورزش کمک شایانی کند.

شفاف‌سازی قواعد تعارض منافع

موضوع تعارض منافع همواره یکی از چالش های فراروی نهادهای داوری و به‌ویژه CAS بوده است. علی‌رغم وجود ماده R۳۳ در آیین دادرسی این نهاد که داوران را ملزم به افشای هرگونه اوضاع و احوالی می‌کند که ممکن است موجبات تردید نسبت به استقلال آنان را فراهم آورد[۱۱۴]، اما واقعیت آن است که این قاعده کلی، راهنمایی کافی در مورد مصادیق بالقوه تعارض منافع در اختیار داوران قرار نمی‌دهد[۱۱۵]. به بیان اشتراوبل، «عدم ارائه تعریفی دقیق و فهرستی جامع از مصادیق مختلف تعارض منافع، به ابهام و سردرگمی در رویه افشای آن دامن می‌زند[۱۱۶].» این مشکل در پرونده‌های معروف ابطال رای CAS نظیر Gundel و Lazutina علیه IOC[۱۱۷] نیز مشهود است.

به همین دلیل، در سال‌های اخیر پیشنهادهایی برای اصلاح مقررات CAS و ICAS درخصوص مدیریت تعارض منافع با الهام از رهنمودهای انجمن بین‌المللی کانون‌های وکلا (IBA) مطرح شده است.[۱۱۸]

۱۱۲. ر.ک. لیندهولم، ۲۰۲۳، ص ۹

۱۱۳. ر.ک. کاسیکیول، الکساندر. «تامین مالی سیستم قضایی ورزشی جهانی: مطالعه موردی CAS.» مجله حقوق و اقتصاد ورزشی، جلد ۶، شماره ۱، ۲۰۲۱، صص ۷۵-۸۹

۱۱۴. آیین دادرسی ۲۰۲۳، ماده R۳۳.

۱۱۵. استراوبل، ۲۰۰۵، ص ۱۲۲۸

۱۱۶. همان، ص ۱۲۲۹

۱۱۷. ر.ک. کافمن-کولر، گابریل، و فیلیپ بارتل. «تعارض منافع در داوری: عمل قاضی در پرونده خود؟» مجله حقوق تطبیقی بین المللی، جلد ۱۸، شماره ۱، ۲۰۱۱، صص ۱-۱۸

۱۱۸. استراوبل، ۲۰۰۵، ص ۱۲۳۰

رهنمودهای IBA درباره تعارض منافع در داوری بین المللی مصوب ۲۰۱۴، حاوی تعاریف وفهرست مفصلی از انواع روابط، ذینفع بودن و موقعیت هایی است که می تواند موجب تعارض بالقوه یا بالفعل منافع داوران شود.[۱۱۹] ماده ۳ این رهنمودها به طور خاص به تکلیف افشای تعارض منافع از سوی داوران می پردازد و فهرست سه‌گانه (قرمز، نارنجی و سبز) از مصادیق تعارض منافع به همراه نحوه مدیریت هریک از آن ها[۱۲۰] راارائه می کند فهرست قرمز به مواردی اشاره دارد که فی نفسه موجب ایجاد تعارض منافع یا ظن موجه نسبت به فقدان بی‌طرفی داور می شود وعدم امکان رسیدگی وی رادر پی دارد.[۱۲۱] فهرست نارنجی ناظر بر مصادیقی است که ممکن است در صورت عدم افشای آن توسط داور، تردید معقولی نسبت به استقلال وی در ذهن اصحاب دعوی ایجاد کند[۱۲۲] . فهرست سبز نیز مواردی را در بر می گیرد که نیاز به افشا نداشته و وجود آن لطمه‌ای به بی‌طرفی داور وارد نمی سازد.[۱۲۳]

با الگوبرداری از این رهنمودها، می‌توان ضمن حفظ ساختار اصلی ماده R۳۳، فهرستی غیرجامع از مصادیق تعارض منافع به تفکیک سه‌گانه مذکور رانیزبه آن الحاق کرد. این امر تصویر شفاف تری از انواع روابط یا ذینفع بودن هایی که ضرورت افشا دارند، در اختیار داوران CAS قرار خواهد داد[۱۲۴].در کنار آن، تصریح به معیار ارزیابی استقلال و بی‌طرفی از منظر یک ناظر بی‌طرف و متعارف نیز می تواند به رفع برخی ابهامات در رویه فعلی CAS و دادگاه فدرال سوئیس مدد رساند[۱۲۵].در مجموع، شفاف سازی قواعد تعارض منافع و سازوکارهای اجرایی مربوطه یکی دیگر از مسیرهای مهم اصلاح در حکمرانی CAS به شمار می رود که در سایه تلاش های اخیرICAS در این زمینه، تحقق آن دور از انتظار نیست.

ارزیابی انتقادی ساختار تک مرحله‌ای در دعاوی دوپینگ

چنانکه در بخش چهارم مقاله تشریح شد، برخی حقوقدانان معتقدند ساختار کنونی CAS وآیین دادرسی آن برای رسیدگی به دعاوی دوپینگ با ماهیت شبه کیفری یا انضباطی فاقد تضمینات لازم است. مشخصا، در شعبه استیناف CAS که مرجع تجدید نظر آراء کمیته های انضباطی فدراسیون هاست[۱۲۶] ، فقدان یک مرحله تجدیدنظر واقعی از تصمیمات این شعبه با انتقادهایی مواجه[۱۲۷] شده است.

۱۱۹. رهنمودهای IBA در مورد تعارض منافع در داوری بین المللی ۲۰۱۴، ماده ۱
۱۲۰. همان، ماده ۳
۱۲۱. همان، قسمت دوم، بندهای ۱/۱ تا ۱/۴
۱۲۲. همان، بندهای ۲/۱ تا ۲/۳
۱۲۳. همان، بند ۳/۳
۱۲۴. ر.ک. استراوبل، ۲۰۰۵، ص ۱۲۳۰
۱۲۵. همان، ص ۱۲۳۱
۱۲۶. آیین دادرسی ۲۰۲۳، ماده R۴۷
۱۲۷. ر.ک. لیندهولم، ۲۰۲۳، ص ۱۳

در حال حاضر، طبق ماده ۱۹۰ قانون حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس و ماده R۵۹ آیین دادرسی CAS، رای صادره از شعبه استیناف تنها در موارد بسیار محدود و استثنایی مندرج در ماده ۱۹۰ قابل اعتراض در دادگاه فدرال سوئیس است[۱۲۸]. حتی در این موارد نیز، دادگاه صرفا به ارزیابی وجود یکی از جهات ابطال رای می‌پردازد و امکان ورود ماهوی به پرونده و صدور رای جایگزین را ندارد.[۱۲۹]

این ساختار تک مرحله‌ای به ویژه در پرونده های دوپینگ که تبعات سنگینی برای ورزشکاران به همراه دارد، محل نقد جدی قرار گرفته است[۱۳۰]. منتقدان معتقدند که حق دسترسی به یک مرجع تجدیدنظر واقعی که صلاحیت بررسی ماهوی پرونده را داشته باشد، از جمله تضمینات دادرسی عادلانه در امور کیفری و انضباطی است که در ساختار فعلی CAS وجود ندارد.[۱۳۱]

پائولو دل ولکانیکو در همین راستا اشاره می کند: «در حالی که در سیستم دادگستری، متهم این حق را دارد که در صورت محکومیت در دادگاه بدوی، با تجدیدنظرخواهی خواستار بررسی مجدد پرونده خود شود، اما در CAS چنین امکانی برای ورزشکار وجود ندارد و وی مجبور است به یک مرحله رسیدگی که آن هم ماهیتی داوری دارد، اکتفا کند.[۱۳۲]»

از این رو، برخی پیشنهاد کرده‌اند که باید امکان تجدیدنظرخواهی واقعی از آراء صادره در دعاوی دوپینگ در درون ساختار CAS فراهم شود[۱۳۳]. این مهم می‌تواند از طریق ایجاد یک مرجع تجدیدنظر اختصاصی در درون CAS یا نهادی مستقل دیگر که صلاحیت موضوعی برای بررسی ماهوی پرونده‌های دوپینگ را داشته باشد، محقق گردد.

اشتروبل بر این باور است که ایجاد یک سازوکار تجدیدنظر دومرحله‌ای برای دعاوی دوپینگ، «منطبق با حق دادرسی عادلانه ورزشکاران خواهد بود بدون آنکه مزایای داوری یعنی سرعت و تخصص را بطور کامل از بین ببرد.[۱۳۴]» از جمله پیشنهادهای وی، ایجاد یک مرجع تجدیدنظر متشکل از قضات بازنشسته دادگاه‌های عالی کشورهای مختلف است که صلاحیت بررسی موضوعی آراء صادره از شعبه استیناف CAS در دعاوی دوپینگ را داشته باشند.[۱۳۵]

۱۲۸. آیین دادرسی ۲۰۲۳، ماده R۵۹.

۱۲۹. ر.ک. ریگوزی، آنتونیو. «به چالش کشیدن آرای دیوان داوری ورزش.» مجله حل و فصل اختلافات بین المللی، جلد ۱، شماره ۲، ۲۰۱۰، صص ۲۱۷-۲۴۸

۱۳۰. کوئین، برایانا. «بررسی انتقادی تجدیدنظر محدود آرای CAS توسط دادگاه فدرال سوئیس در پرتو پرونده سمینیا.» در ورزش، حقوق و دادرسی های قانونی: مطالعات معاصر، کلینگمیر، کریستین، والمبی، استفان (ویراستاران)، انتشارات راتلج، ۲۰۲۲، صص ۲۱۵-۲۳۰

۱۳۱. ر.ک. سوک، ۲۰۱۲، صص ۱۸۲-۱۸۳

۱۳۲. والکانیکو، پائولو دل. «فرایندهای تجدیدنظر در دعاوی دوپینگ: مقایسه بین CAS و دادگاه عدالت اروپا.» در مجموعه مقالات حقوق ورزش اروپا، یونگ، کالوم و دراو، جان (ویراستاران)، انتشارات کمبریج، ۲۰۲۱، صص ۱۷۵-۱۹۱، ص ۱۸۲

۱۳۳. همان، ص ۱۹۰

۱۳۴. استراوبل، ۲۰۰۵، ص ۱۲۶۴

۱۳۵. همان

در مقابل، مخالفان ایجاد مرحله تجدیدنظر معتقدند که چنین اصلاحی با فلسفه وجودی داوری به عنوان جایگزینی سریع‌تر و کم هزینه‌تر برای دادرسی قضایی در تعارض[۱۳۶] است. آن‌ها همچنین به طولانی شدن فرایند رسیدگی و به تبع آن افزایش هزینه‌ها و نیز خطر تضعیف نقش CAS به عنوان مرجع نهایی حل اختلاف در ورزش در صورت ایجاد مراحل متعدد تجدیدنظر، اشاره می‌کنند[۱۳۷].

به نظر می‌رسد در ارزیابی انتقادی مساله مذکور باید میان ملاحظات مربوط به کارآمدی و سرعت در حل اختلاف از یکسو و ضرورت تامین تضمینات دادرسی عادلانه و حقوق دفاعی ورزشکاران متهم از سوی دیگر، توازن برقرار کرد. هرچند سرعت و تخصص از جمله مزایای اصلی داوری ورزشی است[۱۳۸]، اما این مهم نباید به بهای نقض حقوق بنیادین ورزشکاران و تضعیف اعتماد عمومی به نظام حل اختلاف ورزش تمام شود. در نتیجه، می‌توان از طریق ایجاد یک مرحله تجدیدنظر محدود از رای شعبه استیناف CAS در دعاوی دوپینگ، بدون آنکه دستاوردهای مثبت این نهاد را به کلی زیر سوال برد، گام مهمی در راستای ارتقاء عدالت فرایندی و صیانت از حقوق ورزشکاران برداشت. البته طراحی و اجرای چنین سازوکاری نیازمند مطالعه تطبیقی بیشتر و مشورت گسترده با تمامی ذینفعان است.

فقدان شفافیت در انتشار آراء و رویه قضایی

یکی از نقاط ضعف حکمرانی کنونی CAS، عدم انتشار منظم و کامل کلیه آراء صادره و رویه های مهم قضایی این نهاد برای عموم است. در حال حاضر، هیچ الزامی برای انتشار تمام آراء CAS وجود ندارد و تنها برخی آراء مهم و برگزیده به صورت گزینشی منتشر می‌شوند[۱۳۹] ماده R۴۳ آیین دادرسی فعلی[۱۴۰] نیز انتشار آراء را موکول به توافق طرفین یا تشخیص رئیس شعبه مربوطه کرده است . این مساله به ویژه از آن جهت حائز اهمیت است که آراء CAS نقش مهمی در توسعه حقوق ورزش و شکل دهی به قواعد و اصول حاکم بر آن دارد[۱۴۱]. در غیاب دسترسی کامل به آراء، عملا رویه قضایی CAS از انسجام و شفافیت کافی برخوردار نخواهد بود.[۱۴۲]

۱۳۶. لیندهولم، ۲۰۲۳، ص ۱۴

۱۳۷. همان

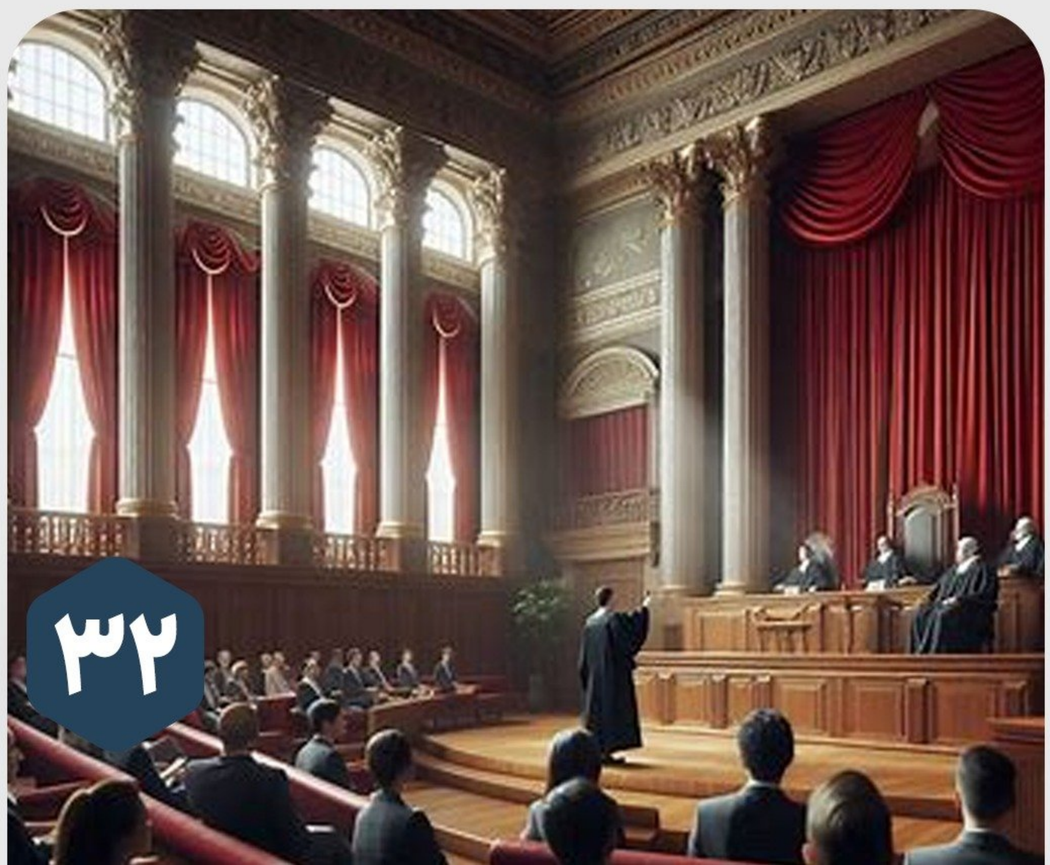
۱۳۸. بلک شاو، ۲۰۱۷، ص ۶۱

۱۳۹. ر.ک. ماوروماتی، دسپینا، و شورش، دومینیک. «شفافیت در CAS: دسترسی به آرا، اطلاعات پرونده و جلسات دادرسی.» مجله حل و فصل اختلاف های ورزشی، جلد ۱۴، شماره ۱، ۲۰۱۶، صص ۵۴-۶۵

۱۴۰. آیین دادرسی ۲۰۲۳، ماده R۴۳.

۱۴۱. ر.ک. فاستر، کن. «Lexsportiva و lexludica؛ رویه قضایی دیوان داوری ورزش.» در دیوان داوری ورزش ۱۹۸۴-۲۰۰۴، بلک شاو، ایان س.، سیکمن، رابرت س.، وسوک، یان ویلم (ویراستاران)، انتشارات TMC Asser، ۲۰۰۶، صص ۴۲۰-۴۴۰، ص ۴۳۳

۱۴۲. ماوروماتی و شورش، ۲۰۱۶، صص ۵۷-۵۸



علاوه بر این، عدم انتشار آراء این تصور را ایجاد می‌کند که CAS تمایلی به افشای استدلال‌ها و مبانی تصمیم‌گیری خود ندارد و این مساله می‌تواند بر میزان پذیرش و مشروعیت تصمیمات آن تاثیر منفی[۱۴۳] بگذارد . فقدان شفافیت، همچنین امکان نظارت و ارزیابی نقادانه آراء توسط پژوهشگران و جامعه حقوقی را با دشواری مواجه می‌سازد.[۱۴۴]

از این رو، شایسته است به منظور ارتقاء شفافیت و مشروعیت CAS، قاعده انتشار کامل و منظم کلیه آراء صادره در یک بانک اطلاعاتی قابل دسترس برای عموم، به‌عنوان اصل پذیرفته شود. لیندهولم در همین راستا پیشنهاد کرده است که ماده R۴۳ اصلاح شده و افشای عمومی آراء مگر در موارد استثنایی نظیر وجود ملاحظات حریم خصوصی یا امنیتی، الزامی گردد.[۱۴۵]

البته در این مسیر باید میان حق دسترسی عمومی به آراء و حفظ اسرار تجاری طرفین یا حریم خصوصی اشخاص ثالث، توازن مناسبی برقرار شود[۱۴۶]. بدین منظور می‌توان با حذف اسامی و سایر اطلاعات هویتی از متن آراء، از افشای غیرضروری اطلاعات شخصی و محرمانه جلوگیری کرد.

ناگفته نماند که CAS در سال‌های اخیر گام های مثبتی را در مسیر شفافیت بیشتر آراء برداشته است. برای مثال، در سال ۲۰۰۹ پایگاه داده آنلاین در برگیرنده برخی آراء مهم و منتخب CAS راه اندازی شد[۱۴۷] . همچنین از سال ۲۰۱۳، مجموعه گزیده آرائی که اهمیت خاصی برای توسعه حقوق ورزش یا تفسیر مقررات مرتبط داشته اند، به صورت کتاب سالانه منتشر می‌شود.[۱۴۸]

اگرچه این اقدامات، پیشرفت قابل توجهی نسبت به گذشته محسوب می‌شود اما تا تحقق شفافیت و دسترسی کامل به رویه قضایی CAS، فاصله زیادی وجود دارد. تدوین و تصویب یک سیاست جامع انتشار و افشای آراء توسط ICAS، ضمن تعیین معیارهای روشن حذف اطلاعات محرمانه، گامی ضروری در این مسیر خواهد بود.

ایجاد شعبه تخصصی دوپینگ

گام نهایی و شاید مهمترین پیشنهاد اصلاحی، ایجاد یک شعبه تخصصی ضد دوپینگ در کنار سایر شعب دیوان است. همانطور که در قسمت چهارم مقاله به تفصیل بیان شد، پرونده‌های دوپینگ به دلیل ماهیت شبه کیفری و پیچیدگی‌های فنی و حقوقی، نیازمند رسیدگی تخصصی تر با تضمینات دادرسی ویژه هستند.

۱۴۳. همان، صص ۵۸-۵۹

۱۴۴. ر.ک. لوکاسن، اولا. «از محرمانگی تا شفافیت: انتشار آرای داوری در ورزش.» مجله حقوقی سالانه مالمو در حقوق و ورزش، جلد ۱، ۲۰۲۱، صص ۶۷-۸۷

۱۴۵. لیندهولم، ۲۰۲۳، ص ۱۲

۱۴۶ . ر.ک. سیلور، سایمون. «محرمانگی در داوری ورزش.» مجله حقوق ورزشی آکسفورد، جلد ۱، شماره ۱، ۲۰۱۹، صص ۱۹۱-۲۰۶

۱۴۷. دیوان داوری ورزش. راه اندازی پایگاه داده آرای CAS. ۱۷ دسامبر ۲۰۰۹

۱۴۸. دیوان داوری ورزش. گزیده آرای CAS ۲۰۱۳. انتشارات Kluwer Law، ۲۰۱۴

از این رو، شعبه استیناف کنونی CAS با توجه به صلاحیت عام و گستردگی پرونده‌های ارجاعی، چندان مناسب رسیدگی به این قبیل دعاوی نیست.[۱۴۹]

در مقابل، ایجاد یک شعبه اختصاصی ضد دوپینگ (Anti-Doping Division) با صلاحیت انحصاری در این حوزه، می‌تواند پاسخی درخور به این دغدغه‌ها باشد[۱۵۰]. این شعبه باید متشکل از داورانی باشد که علاوه بر تخصص در حقوق ورزش، از دانش کافی در زمینه علوم پزشکی، فرایندهای دوپینگ و مقررات ضد دوپینگ برخوردار باشند[۱۵۱]. انتصاب این داوران تخصصی می‌تواند با مشورت آژانس جهانی ضد دوپینگ (WADA) و سایر نهادهای فعال صورت گیرد.

ضمنا، آیین دادرسی حاکم بر این شعبه نیز باید دربرگیرنده تضمینات و قواعد ویژه متناسب با ماهیت شبه کیفری دعاوی دوپینگ باشد[۱۵۲]. برای مثال، اعطای حق برخورداری از وکیل به ورزشکاران متهم، امکان احضار و جرح شهود و کارشناسان، دسترسی کامل متهم به پرونده و مستندات، استانداردهای اثباتی بالاتر، تقویت تشریفات دادرسی شفاهی، و فراهم آوردن حق تجدید نظرخواهی محدود در درون CAS از جمله مواردی است که باید مدنظر قرار گیرد.

علاوه بر این، شایسته است قواعد مشروحی درباره نحوه ارزیابی و اعتبارسنجی ادله علمی و آزمایشگاهی در پرونده‌های دوپینگ در آیین دادرسی شعبه جدید گنجانده شود[۱۵۳]. استفاده از هیئت‌های کارشناسی بی‌طرف برای ارزیابی نتایج آزمایشات و ادله فنی[۱۵۴] و تدوین معیارهای مشخص برای پذیرش شهادت کارشناسان[۱۵۵] نیز به اعتلای کیفیت دادرسی کمک خواهد کرد.

بدین ترتیب، شعبه اختصاصی دوپینگ با ترکیبی از داوران متخصص، آیین دادرسی ویژه و ساختاری مستقل در عین حفظ مزایای داوری ورزشی می‌تواند تا حد زیادی نقایص نظام فعلی را مرتفع سازد[۱۵۶]. البته ایجاد چنین شعبه‌ای نیازمند اصلاح اساسنامه CAS و تخصیص منابع مالی و انسانی کافی است که مستلزم عزم و اراده سیاسی در ICAS و سایر نهادهای ورزشی ذیربط است.

۱۴۹. ر.ک. سوک، ۲۰۱۲، صص ۱۹۲-۱۹۳
۱۵۰. لیندهولم، ۲۰۲۳، ص ۱۴
۱۵۱. همان
۱۵۲. ر.ک. میراندا، فیلیپ. «استقرار یک دیوان تخصصی دوپینگ در CAS: چشم انداز و چالش ها.» مجله هلندی حقوق خصوصی بین المللی، شماره ۱، ۲۰۲۱، صص ۱۰۷-۱۲۱
۱۵۳. استراوبل، ۲۰۰۵، ص ۱۲۴۴
۱۵۴. همان، ص ۱۲۵۹
۱۵۵. ر.ک. میراندا، ۲۰۲۱، ص ۱۱۸
۱۵۶. ر.ک. میراندا، ۲۰۲۱، ص ۱۱۸



نویسنده اول: روزبه وثوق احمدی

وکیل دادگستری، دانش‌آموخته‌ی حقوق ورزش
از دانشگاه ISDE اسپانیا



نویسنده دوم: دکتر فرشته اشرفی

مستر LLM حقوق دانشگاه Westminster انگلستان

کارشناس امور قراردادها در ورزش

نتیجه‌گیری و جمع‌بندی نهایی

مدیریت اثربخش و منصفانه نهاد عالی داوری در ورزش جهانی یعنی CAS، چالشی دائمی و پیچیده است که مستلزم توجه به ابعاد گوناگون حاکمیتی، فرایندی و ساختاری این نهاد است. اگرچه CAS در طول نزدیک به چهار دهه فعالیت خود، نقش بی‌بدیلی در ایجاد نظم و انسجام در نظام حل و فصل اختلافات ورزشی ایفا کرده است، اما کماکان جنبه‌هایی از ساختار و عملکرد آن در پرتو اصول حکمرانی خوب نیازمند بازنگری و اصلاح است.

همانطور که اشاره شد، اصلاحات سال ۱۹۹۴ گام مهمی در مسیر کاهش نفوذ آشکار کمیته بین المللی المپیک (IOC) و تقویت استقلال و اعتبار بین المللی CAS بود. با این حال، پرسش های جدی درباره میزان استقلال واقعی این نهاد از جنبش المپیک به ویژه در حوزه های مالی و انتصاب داوران همچنان مطرح است.

به علاوه، بررسی رویه قضایی دادگاه فدرال سوئیس نشان می‌دهد که معیارهای سنجش استقلال و بی‌طرفی هیئت های داوری CAS نیازمند شفاف سازی و بازتعریف است. در این راستا، پیشنهادهایی نظیر اصلاح ترکیب و ساختار شورای بین المللی داوری ورزش (ICAS)، ارتقای استقلال مالی CAS، تقویت شفافیت قواعد تعارض منافع داوران و تنقیح معیارهای عزل آن‌ها ارائه شد.



نویسنده اول: روزبه وثوق احمدی

وکیل دادگستری، دانش‌آموخته‌ی حقوق ورزش
از دانشگاه ISDE اسپانیا



نویسنده دوم: دکتر فرشته اشرفی

مستر LLM حقوق دانشگاه Westminster انگلستان

کارشناس امور قراردادها در ورزش

نتیجه‌گیری و جمع‌بندی نهایی

از سوی دیگر، با توجه به ماهیت شبه کیفری دعاوی دوپینگ و اهمیت حیاتی آن‌ها برای سرنوشت ورزشکاران، ضرورت تطبیق بیشتر آیین دادرسی و تضمینات شکلی و ماهوی CAS در این حوزه بر کسی پوشیده نیست. بر این اساس، استدلال شد که ایجاد یک شعبه تخصصی دوپینگ با قواعد آیین دادرسی ویژه و متفاوت از سایر شعب، ضمن حفظ مزایای داوری ورزشی می تواند تا حد زیادی به نقایص و کاستی‌های نظام فعلی پاسخ دهد.

در مجموع، تحلیل نقادانه ابعاد گوناگون ساختار حکمرانی CAS و ارائه پیشنهادهای عملی و سازنده در چارچوب اصول پذیرفته شده حکمرانی خوب، حکایت از آن دارد که ظرفیت‌های فراوانی برای بهبود و اصلاح این نهاد در آینده وجود دارد. CAS باید با درس گرفتن از انتقادات و رویه‌های گذشته، مسیر تعالی و تکامل خود در راستای احقاق عدالت ورزشی و صیانت از حقوق و منافع همه ذینفعان به ویژه ورزشکاران را با قوت ادامه دهد.

آنچه مسلم است، تحقق چنین تحولی مستلزم اراده و تعهد همه جانبه ارکان CAS و همراهی جامعه ورزش جهانی است. در پایان، امید است CAS بتواند با تکیه بر میراث ارزشمند خود و بهره گیری از تجارب سایر نهادهای داوری بین المللی، جایگاه خود را به عنوان عالی ترین مرجع حل و فصل اختلافات ورزشی برای آینده تثبیت نماید و به رسالت خطیر خود در ایجاد نظم و عدالت در ورزش جهانی جامه عمل بپوشاند.

پانویس‌ها و منابع

۱. دووال، آنتوان. «دیوان داوری ورزش و حقوق اتحادیه اروپا: تاریخچه یک برخورد.» مجله حقوق اروپایی و تطبیقی ماستریخت ۲۹، شماره ۲ (۲۰۲۲): ۱۵۷-۱۷۵، ص ۱۵۸.

۲. لیندهولم، یوهان. «اصلاح دیوان داوری ورزش.» مجله بین‌المللی حقوق ورزشی (۲۰۲۳): ۱-۱۸، ص ۲.

۳. منگان، جک اندرسون دیوید، وریچارد پریش، ویراستاران. کتابچه راهنمای تحقیقاتی در مورد حقوق و سیاست ورزشی اتحادیه اروپا. انتشارات ادوارد الگار، ۲۰۲۲، ص ۴۱۶.

۴. ریگوزی، آنتونیو، و بریانا کوئین. «توسعه مداوم رویه قضایی CAS پس از رسوایی دوپینگ روسیه.» LawInSport (۲۰۲۲)

۵. منگان و پریش، ۲۰۲۲، ص ۴۱۸.

۶. زاگلیس، تانوس. «شعبه موردی CAS در بازی های المپی LawInSport (۲۰۲۲)

۷. ریب، ماتیو. «نقش و کارکردهای دیوان داوری ورزش (CAS).» در دیوان داوری ورزش ۱۹۸۴-۲۰۰۴، ایان اس. بلکشاو، رابرت سی. آر. سیکمن و یانویلم سوک (ویراستاران)، انتشارات TMC Asser، ۲۰۰۶

۸. روشا، ژان-فیلیپ. «دیوان داوری ورزش (CAS): تاریخچه، ساختار و عملکرد.» در گزارش‌های جهانی حقوق و مالیات ورزشی، سپتامبر ۲۰۲۲، ۱۳(۳)، صص ۲۳-۲۶، ص ۲۳.

۹. بلک‌شاو، ایان. «دیوان داوری ورزش: مشارکت ها در توسعه اولیه حقوق بین‌المللی ورزش.» در حقوق بین‌الملل ورزش: یک راهنمای مقدماتی، ایان اس. بلک‌شاو (ویراستار)، مطالعات کوتاه در حقوق بین‌الملل، انتشارات T.M.C. Asser، ۲۰۱۷، صص ۵۳-۶۵، ص ۵۳.

۱۰. ماوروماتی، دسپینا و ماتیو ریب. «مقررات دیوان داوری ورزش: شرح، موارد و مطالب.» انتشارات KluwerLawInternational، ۲۰۱۵، صص ۳-۴.

۱۱. به عنوان مثال، ر.ک. لیندهولم، ۲۰۲۳؛ استراسبورگر، یانیک. «در رکود: ساختار حاکمیتی منسوخ دادگاه داوری ورزش.» سالنامه داوری بین المللی ورزش (۲۰۲۲): ۱۱۹-۱۴۲.

۱۲. آیین دادرسی مربوط به اختلافات ورزشی، ویرایش ۲۰۲۳، ماده S۴.

۱۳. انجمن بین‌المللی وکلا. رهنمودهای IBA در مورد تعارض منافع در داوری بین‌المللی، مصوب قطعنامه شورای IBA در پنجشنبه ۲۳ اکتبر ۲۰۱۴.

۱۴. به عنوان مثال، ر.ک. موتو و پچشتاین علیه سوئیس، شماره‌های درخواست ۱۰/۴۰۵۷۵ و ۱۰/۶۷۴۷۴، دادگاه اروپایی حقوق بشر، ۲ اکتبر ۲۰۱۸، پاراگراف های ۱۴۳-۱۴۴.

۱۵. ر.ک. موسی، مارگارت ال. اصول و عملکرد داوری تجاری بین‌المللی. کمبریج: انتشارات دانشگاه کمبریج، ۲۰۱۷، صص ۱۲۱-۱۲۵.

۱۶. ر.ک. ماوروماتی و ریب، ۲۰۱۵، صص ۱۴-۱۵.

۱۷. گیرارت، آرنوت. «شاخص‌ها و ابزارهای معیارگذاری برای حاکمیت ورزشی.» در کتابچه راهنمای تحقیقاتی در حاکمیت ورزشی، ویناند، ماتیو، و آناگنوستوپولوس، کریستوس (ویراستاران)، انتشارات ادوارد الگار، ۲۰۱۹، صص ۴۱-۶۱.

پانویس‌ها و منابع

۱۸. فورستر، جان. «سازمان‌های جهانی ورزشی و حاکمیت آنها.» حاکمیت شرکتی، جلد ۶، شماره ۱، ۲۰۰۶، صص ۷۲-۸۳، ص ۷۳.
۱۹. ر.ک. بلکبی، نایجل، کنستانتین پارتاسیدس، آلن ردفرن، و مارتین هانتر. ردفرن و هانتر در مورد داوری بین‌المللی. انتشارات دانشگاه آکسفورد، ۲۰۱۵، صص ۳۲۰-۳۲۱.
۲۰. به‌عنوان مثال، ر.ک. گزارش سالانه CAS ۲۰۲۰، ص ۲۵.
۲۱. به‌عنوان مثال، ر.ک. پرونده‌های A و B علیه IOC، CAS 2003/O/445 (۲۷ می ۲۰۰۳)، بند ۳/۳/۳.
۲۲. به عنوان مثال، ر.ک. ریگوزی، آنتونیو. «به چالش کشیدن آرای دادگاه داوری ورزش.» مجله حل اختلاف بین‌المللی، جلد ۱، شماره ۲، ۲۰۱۰، صص ۲۱۷-۲۴۸، ص ۲۳۸.
۲۳. به عنوان مثال، ر.ک. وستون، مورین. «مخاطرات فرایندی برای ورزشکاران متهم در ورزش بین‌المللی: داوری اجباری و کنترل دوپینگ.» مجله حل اختلاف پپردین، جلد ۱۰، شماره ۱، ۲۰۰۹، صص ۵-۵۰.
۲۴. ر.ک. استروبل، مایکل. «بهبود عملکرد دادگاه دوپینگ: چگونه دیوان داوری ورزش می‌تواند وظیفه خود را بهتر انجام دهد.» مجله حقوقی دانشگاه شیکاگو کد جهانی ضد دوپینگ ۲۰۲۱، ماده ۱۳/۲/۱.
۲۵. لویولا، جلد ۳۶، شماره ۴، ۲۰۰۵، صص ۱۲۰۳-۱۲۷۲.
۲۶. ر.ک. ریگوزی، آنتونیو. «اعطای تضمینات دادرسی عادلانه کیفری به ورزشکاران متهم به دوپینگ: تحلیل رویه CAS و دادگاه فدرال سوئیس.» مجله بین‌المللی حل و فصل اختلافات ورزشی، جلد ۴، شماره ۲، ۲۰۲۱، صص ۳۱۱-۳۳۴.
۲۷. ر.ک. دیوید، پل. مقررات ضد دوپینگ و ورزش: نظریه و عمل، گفتار دوم، غیرتجاری - ویرایش PDF، دانشگاه بیرمنگام، ۲۰۲۱، ص ۱۹۳.
۲۸. ر.ک. ویره، ماجولین. «فشردگی بیش از حد و اثرات آن بر حقوق دفاعی ورزشکاران در دعاوی دوپینگ نزد CAS.» مجله بین‌المللی حقوق ورزشی، جلد ۲۰، شماره ۳، ۲۰۲۰، صص ۱۹۸-۲۱۸.
۲۹. ر.ک. لیندهولم، یوهان. «قضاوت ورزشی: نوسان بین داوری و دادرسی قضایی.» مجله حقوق ورزش، جلد ۹، شماره ۱، ۲۰۱۴، صص ۱۷-۳۸.
۳۰. CAS، Gundel v. FEI، ۶۳/A/92 (۱۵ اکتبر ۱۹۹۲)، بندهای ۵-۶.
۳۱. کد جهانی ضد دوپینگ ۲۰۲۱، ماده ۳/۱۵.
۳۲. ریگوزی، آنتونیو، گابریل کافمن-کولر و جورجیو مالینورنی، «دوپینگ و حقوق اساسی ورزشکاران: اظهارات در پی پذیرش کد جهانی ضد دوپینگ.» اسپورت: بررسی حقوق ورزشی، جلد ۳، شماره ۱، ۲۰۰۳، صص ۲۳-۵۳، ص ۴۸.
۳۳. استروبل، مایکل اس. «درس‌هایی از USADA علیه جنکینز: شما نمی‌توانید هنگام شکست دادن یک انحصار پیروز شوید.» مجله حل اختلاف پپردین، جلد ۱۰، شماره ۱، ۲۰۰۹، صص ۱۱۹-۱۵۴، ص ۱۵۰.

پانویس‌ها و منابع

۳۴. ر.ک. سوک، جان ویلم. «تاملاتی بر سیستم تجدیدنظر CAS در دعاوی دوپینگ.» در قضاوت ورزشی در قرن بیست و یکم، سیکمن، رابرت، سوک، جان ویلم (ویراستاران)، انتشارات TMCAsser، ۲۰۱۲، صص ۱۷۹-۲۰۱.

۳۵. ر.ک. بلاندین، ماتیو. «استانداردهای جهانی دادرسی عادلانه نزد CAS.» مجله بین‌المللی حقوق ورزشی، جلد ۱۷، شماره ۱-۲، ۲۰۱۷، صص ۳-۱۷، ص ۵.

۳۶. ر.ک. پودرت، ژان-فرانسوا، و سباستین بسون. حق

۳۷ر.ک. ریگوزی، آنتونیو. «صلاحیت CAS در مسائل انضباطی و دوپینگ.» در دایرةالمعارف حقوق ورزشی، پوگجلی، میشل و هندریکس، فرانک (ویراستاران)، انتشارات اسپرینگر، ۲۰۲۱، صص ۱-۱۹، ص ۷.

۳۸.کاستن، هیلکه. «بررسی انتقادی صلاحیت اجباری CAS در پرونده های دوپینگ.» مجله بین المللی حقوق ورزش، جلد ۲۱، شماره ۲، ۲۰۲۱، صص ۱۱۷-۱۳۲، ص ۱۱۹.

۳۹.ر.ک. هاس، اولریش. «استانداردهای حقوقی شکلی و ماهوی در دادرسی های انضباطی ورزشی.» مجله حقوق ورزشی، جلد ۷، شماره ۲، ۲۰۱۲، صص ۱۹۳-۲۱۵.

۳۹موزس، ۲۰۱۷، ص ۱۲۱.

۴۰.ر.ک. والکوت، رایان. «تعقیب و اثبات تخلفات دوپینگ: داوری CAS.» در دوپینگ در ورزش و قانون، آندرسون، جک (ویراستار)، انتشارات Bloomsbury، ۲۰۲۲، صص ۱۲۵-۱۴۲.

۴۱.ر.ک. سوک، جان ویلم. «دیدگاه های نهادی برای بهبود سیستم قضایی دوپینگ.» مجله حقوق ورزشی کرتیس، جلد ۲، شماره ۱، ۲۰۰۵، صص ۸۳-۹۸.

۴۲.ر.ک. سوک، ۲۰۱۲، ص ۱۹۸.

۴۳.ر.ک. موافقتنامه پاریس در خصوص تأسیس شورای بین المللی داوری در ورزش (۱۹۹۴)، ماده ۳.

۴۴.ر.ک. پرتنر، کلیمن. «دیوان داوری ورزش: یک نهاد شبه‌قضایی تحت سلطه جنبش المپیک؟» مجله بین‌المللی حقوق ورزشی، جلد ۱۸، شماره ۱، ۲۰۱۸، صص ۱۱۸-۱۲۳.

۴۵.ر.ک. گزارش سالانه CAS ۲۰۲۲، ص ۲۵.

۴۶.ر.ک. کاسیکیول، الکساندر. «تامین مالی سیستم قضایی ورزشی جهانی: مطالعه موردی CAS.» مجله حقوق و اقتصاد ورزشی، جلد ۶، شماره ۱، ۲۰۲۱، صص ۷۵-۸۹.

۴۷.ر.ک. کافمن-کولر، گابریل، و فیلیپ بارتل. «تعارض منافع در داوری: عمل قاضی در پرونده خود؟» مجله حقوق تطبیقی بین المللی، جلد ۱۸، شماره ۱، ۲۰۱۱، صص ۱-۱۸.

۴۸.رهنمودهای IBA در مورد تعارض منافع در داوری بین المللی ۲۰۱۴، ماده ۱.

۴۹.ر.ک. ریگوزی، آنتونیو. «به چالش کشیدن آرای دیوان داوری ورزش.» مجله حل و فصل اختلافات بین المللی، جلد ۱، شماره ۲، ۲۰۱۰، صص ۲۱۷-۲۴۸.

پانویس‌ها و منابع

۵۰.کوئین، برایانا. «بررسی انتقادی تجدیدنظر محدود آرای CAS توسط دادگاه فدرال سوئیس در پرتو پرونده سمینیا.» در ورزش، حقوق و دادرسی های قانونی: مطالعات معاصر، کلینگمیر، کریستین، والمبی، استفان (ویراستاران)، انتشارات راتلج، ۲۰۲۲، صص ۲۱۵-۲۳۰.
۵۱ر.ک. سوک، ۲۰۱۲، صص ۱۸۲-۱۸۳.
۵۲والکانیکو، پائولودل. «فرایندهای تجدیدنظر در دعاوی دوپینگ: مقایسه بین CAS و دادگاه عدالت اروپا.» در مجموعه مقالات حقوق ورزش اروپا، یونگ، کالوم و دراو، جان (ویراستاران)، انتشارات کمبریج، ۲۰۲۱، صص ۱۷۵-۱۹۱، ص ۱۸۲.
۵۳ر.ک. ماوروماتی، دسپینا، و شورش، دومینیک. «شفافیت در CAS: دسترسی به آرا، اطلاعات پرونده و جلسات دادرسی.» مجله حل و فصل اختلاف های ورزشی، جلد ۱۴، شماره ۱، ۲۰۱۶، صص ۵۴-۶۵.
۵۴ر.ک. فاستر، کن. «Lex sportiva و lex ludica؛ رویه قضایی دیوان داوری ورزش.» در دیوان داوری ورزش ۱۹۸۴-۲۰۰۴، بلک شاو، ایان س.، سیکمن، رابرت س.، و سوک، یان ویلم (ویراستاران)، انتشارات TMCAsser، ۲۰۰۶، صص ۴۲۰-۴۴۰، ص ۴۳۳.
۵۵.ماوروماتی و شورش، ۲۰۱۶، صص ۵۷-۵۸.
۵۶ر.ک. لوکاسن، اولا. «از محرمانگی تا شفافیت: انتشار آرای داوری در ورزش.» مجله حقوقی سالانه مالمو در حقوق و ورزش، جلد ۱، ۲۰۲۱، صص ۶۷-۸۷.
۵۷ر.ک. سیلور، سایمون. «محرمانگی در داوری ورزش.» مجله حقوق ورزشی آکسفورد، جلد ۱، شماره ۱، ۲۰۱۹، صص ۱۹۱-۲۰۶.
۵۸.دیوان داوری ورزش. راه اندازی پایگاه داده آرای CAS. ۱۷ دسامبر ۲۰۰۹.
۵۹.دیوان داوری ورزش. گزیده آرای CAS ۲۰۱۳. انتشارات KluwerLaw، ۲۰۱۴.
۶۰.ر.ک. میراندا، فیلیپ. «استقرار یک دیوان تخصصی دوپینگ در CAS: چشم انداز و چالش ها.» مجله هلندی حقوق خصوصی بین المللی، شماره ۱، ۲۰۲۱، صص ۱۰۷-۱۲۱.
۶۱.ر.ک. رمپل، استفان. «نقش کارشناسان در دعاوی دوپینگ ورزشی.» مجله آلمانی حقوق ورزشی، جلد ۱۱، شماره ۳، ۲۰۱۴، صص ۲۱۸-۲۲۱.

نشریه فرداد

حقوق خصوصی

سال اول | شماره دوم | **نشریه علمی دانشجویی فرداد**
صاحب امتیاز انجمن علمی حقوق دانشگاه خوارزمی

سال اول | شماره دوم | **نشریه علمی دانشجویی فرداد**
صاحب امتیاز انجمن علمی حقوق دانشگاه خوارزمی

بررسی نحوه و موارد تقدیمی اسناد به دادگاه با قیاس رویه قضایی و مواد قانون آیین دادرسی مدنی



نشریه فرداد



mohammadali.qajari.notary@gmail.com

مقدمه



محمد علی قجری
رئیس هیئت مدیره کانون سردفتران و دفتریاران خراسان شمالی
عضو هیئت مدیره شورای عالی کانون ها و حوامع سردرفتری کشوری
کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق دانشگاه آزاد لاهیجان

در قانون درخواست تقدیم سند از طرف مقابل دعوی یا شخص ثالثی که سند نزد اوست از حقوق اصحاب دعوی شمرده خواهد شد اما به صورت کلی صرف درخواست یکی از طرفین برای دادگاه این تکلیف را ایجاد نمی کند که از طرف دعوی یا شخص ثالث که سند در نزد آن است درخواست سند را داشته باشد در واقع صرفا زمانی دادگاه این درخواست را اجابت خواهد کرد که آن سند را در دعوی مطروحه موثر بداند (مواد ۲۱۲ و ۲۱۷ قانون آیین دادرسی مدنی) حال باید این پرسش را مطرح کنیم آیا دادگاه می تواند راسا و بدون درخواست هیچ یک از طرفین سند را درخواست کند یا خیر؟ در این حالت اگر وفق ماده ۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی عمل کنیم باید پاسخ منفی داشته باشید اما در ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی به قاضی اختیار کشف خواهیم داد و رویه قضایی هم این امکان را می پذیرد و به قاضی این امکان را می دهد تا در خصوص اسنادی که در نزد ادارات دولتی است بدون درخواست طرفین و یا شخص ثالث مدارک مربوطه را درخواست کند.

۱.الزام به تقدیم اسناد

به صورت کلی در بحث تقدیم اسناد به دادگاه در موارد زیر، این امکان وجود دارد که در این حالات دفاتر اسناد رسمی مکلف اند به دستور دادگاه ، اسناد درخواستی دادگاه را به شعبه درخواست کننده ارسال کنند(ماده۲۱ قانون دفاتر اسناد رسمی وکانون سردفتران و دفتریاران) اما در موارد زیر ، مورد مذکور انجام خواهد شد.

۱ـ۱ ابراز به سندی که به سندی دیگر ارجاع می‌دهد

اگر یکی از طرفین دعوی سندی ابراز کند که در آن سند به سند دیگری ارجاع شده باشد طرف مقابل دعوی حق دارد از دادگاه تقاضا کند که سند دیگر (یا سند مشارالیه) نیز به دادگاه تقدیم شود. در این حالت طرف تقدیم کننده سند مکلف به ارائه سند به دادگاه است. زمانی که قانون از تکلیف صحبت می کند قاعدتا باید ضمانت اجرایی را هم در پیش بگیرد اما در مورد فوق هر چند یک تکلیف برای ارایه سند ذکر شده است اما ضمانت اجرایی ندارد و قانون گذار ضمانت اجرایی را پیش بینی نکرده است، حال سوال اینجاست در صورت امتناع از تقدیم سند در روند رسیدگی آیا امتیازی برای طرف مقابل دارد یا خیر؟ لازم به ذکر است در حالت که یکی از طرفین از ارایه سند خودداری کند این امتناع از سند را باید از جمله اماره قضایی به نفع طرف مقابل دانست. (ماده ۲۰۸ قانون آیین دادرسی مدنی)

۱ـ۲ ابراز به سندی که در نزد شخص مقابل است

اگر یکی از طرفین دعوی به سندی استناد کند که در نزد طرف مقابل است، در صورتی که طرف مقابل به وجود سند نزد خود اعتراف کند، باید آن را به دادگاه تقدیم کند و اگر شخص مذکور به هر دلیلی از این تقدیم سند امتناع کند یک اماره قضایی به نفع طرف مقابل است البته در روند رسیدگی در این امور اگر شخص مذکور در روند رسیدگی به وجود سند اعتراف کند اما به هر دلیلی به اثبات برساند که سند تلف شده است یا دسترسی به آن غیر ممکن است اقرار بدوی بندی بر اعتراف به وجود سند باطل خواهد شد.(ماده ۲۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی)

۱/۳ استناد به دفاتر تجاری تاجر

اگر یک طرف تاجر باشد و طرف دیگر به دفاتر تجاری او استناد کند آن تاجر باید دفاتر خود را تقدیم نماید البته به نظر دکتر شمس در آیین دادرسی پیشرفته جلد سوم مطلب شماره ۲۷۷ این رسیدگی باید در غالب یه قرار باشد اما در قانون چنین تصریحی وجود ندارد هر چند صدور قرار در این خصوص ایرادی ندارد اما رسیدگی به دفاتر تجاری در قالب یک تصمیم ساده قضایی هم امکان دارد. (ماده۲۱۰ قانون آیین دادرسی مدنی)

۲.درخواست ارایه اسنادی که در نزد شخص ثالث است

برخی از اسناد مانند ادارات دولتی، شهرداری ها، موسسات دولتی و بانک ها ملزمند در صورت درخواست دادگاه رونوشت یا اصل سند را به دادگاه ارسال کنند البته مراجع مذکور در برابر سایر مراجع غیر دادگستری این مسوولیت را ندارند. درخواست دادگاه به صورت مستقیم نخواهد بود و باید یکی از طرفین این درخواست را داشته باشند (ماده ۲۱۲ قانون آیین دادرسی مدنی) البته در صورتی که ماده ۱۹۹ همان قانون را مدنظر قرار دهیم محاکم برای کشف حقیقت مستقیما می توانند این درخواست را داشته باشند و دادگاه در این صورت رونوشت سند را درخواست خواهد کرد و در صورت نیاز میتواند اصل سند را نیز بخواهد.

۳.درخواست ارایه اسنادی که در نزد دفاتر اسناد رسمی است

با رجوع به ماده ۲۱ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران دفاتر اسناد رسمی مکلف اند به درخواست مراجع قضایی اصل سند را لاک و مهر شده موقتا به مرجع قضایی ارسال کنند و اگر دادگاه ملاحظه دفاتر موجود در دفترخانه اسناد رسمی را لازم ببیند دفتر به دادگاه ارسال نخواهد شد بلکه قاضی باید برای رویت به دفترخانه رجوع کند.

سال اول | شماره دوم | **نشریه علمی دانشجویی فرداد**
صاحب امتیاز انجمن علمی حقوق دانشگاه خوارزمی

نحوه تنظیم قولنامه با توجه به قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول

مصوب ۱۴۰۳/۰۲/۲۶



نشریه فرداد



چکیده



محمد ایمانی [1]

عضو کانون قردادنویسان ایران و مدرس دوره های حقوقی

هدف اصلی قانون «الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول»، سلب اعتبار از اسناد عادی در زمینه معاملات اموال غیرمنقول است تا ریشه بسیاری از دعاوی و معضلات ناظر بر اسناد عادی در کشور حل و فصل شود و مشکلاتی مانند زمین خواری، فرار مالیاتی، فروش یک ملک به چند نفر، معامله به قصد فرار از دین و... به کمترین میزان خود برسد. در کشور ما سالیان سال مشکلات زیادی در حوزه املاک از حیث نقل و انتقالات عادی، املاک فاقد سند و یا املاک دارای اسناد مشاعی وجود داشت و باعث بروز مشکلاتی در کشور از جمله افزایش پرونده های قضایی، عدم امکان شناسایی مالکین واقعی، عدم امکان اتمام حدنگار، پولشویی، کلاهبرداری و... می‌شد. سر انجام طی نامه شماره ۴۴۱۱۸ مورخ ۱۴۰۳/۰۳/۱۳ توسط سرپرست ریاست جمهوری این قانون ابلاغ شد.

واژگان کلیدی:

قولنامه، قانون ثبت، اموال غیرمنقول، اداره ثبت

۱. ایمیل نویسنده: m.imanilawyer@gmail.com



مقدمه

محمد ایمانی

دو قانون در خصوص املاک کشور تصویب شده است که یکی قانون جامع حدنگار (کاداستر) کشور است که نقشه حدنگاری کل کشور را تهیه و اسناد مالکیتش را صادر می‌کند. قانون دوم، قانون «الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول» است که تکمیل کننده آن قانون است. طبق قانون «الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول» هر گونه نقل و انتقال باید به صورت رسمی انجام شود. طبق ماده ۱۰ قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول، «سازمان مکلف است ظرف یک سال از تاریخ ابلاغ این قانون، سامانه ای را با عنوان «ساماندهی اسناد غیررسمی» جهت ثبت ادعاهای راجع به مالکیت عین، مالکیت منافع بیش از دو سال و حق انتفاع و حق ارتفاق اموال غیرمنقول و مستندات مربوط به آن که قبل از راه اندازی سامانه مذکور ایجاد شده و فاقد سند رسمی هستند، ایجاد نماید.» به عبارتی تکلیف نقل و انتقال در کشور بعد از راه‌اندازی این سامانه مشخص شده است.

همچنین در بخشی از ماده ۱۰ قانون مذکور آمده است: «مدعیان مذکور مکلفند ظرف دو سال از تاریخ راه اندازی این سامانه نسبت به درج مستندات و ادعاهای خود در سامانه مذکور و ظرف دو سال از تاریخ درج در سامانه، حسب مورد نسبت به تنظیم سند رسمی یا طرح دعوای الزام به تنظیم سند رسمی یا دعوای مرتبط در مراجع قضائی یا هر امر قانونی لازم دیگر به منظور إخذ سند رسمی مالکیت، اقدام و مدرک مربوط را در سامانه درج نمایند. پس از اقدام متقاضی، مراجع قانونی مربوط مکلفند اقدامات انجام شده توسط متقاضی و نیز نتیجه آن را در سامانه موضوع این ماده درج نمایند. پس از مهلت مزبور هیچ ادعائی در سامانه قابل ثبت نیست. در صورت انقضای مواعد فوق الذکر و عدم اقدام قانونی مدعیان مذکور، ادعاهای مزبور علیه اراضی عمومی و دولتی از جمله اراضی ملی، موات، خالصه، مستحدث و ساحلی و همچنین علیه اشخاص ثالث با حسن نیت (بی اطلاع از معاملات معارض قبلی) دارنده سند رسمی، قابل استناد، استماع و معارضه نیست.»؛ لذا تکلیف را مشخص کرده و فرصت ۴ ساله به مردم داده که مستندات و ادله خود را در سامانه ساماندهی اسناد غیررسمی درج کنند تا در این ۴ سال تعیین تکلیف شود و بعد از این ۴ سال در کشور نقطه ای را بدون سند و مالکیت نداشته باشیم. قانون جامع حدنگار و قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول را در قیاس یگدیگر قرار دهیم مشاهده خواهد شد که بعد از مدتی کشور به سمت و سویی خواهد رفت که منطقه و ملکی فاقد سند نخواهد بود و بعد از آن هر گونه نقل وانتقالی که انجام می شود به صورت رسمی است. سازمان ثبت اسناد در حوزه شناسایی و صدور اسناد مالکیت و مشاورین املاک و دفاتر اسناد نیز در زمینه تسهیل برای تنظیم اسناد رسمی باید فعالیت کنند تا با اجرا شدن این قانون، وضعیت املاک کشور را سر و سامان و بهبود یابد. طبق ماده یک قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول «یک سال پس از راه اندازی رسمی «سامانه ساماندهی اسناد غیررسمی» موضوع ماده (۱۰) این قانون[۳] ، هر عمل حقوقی اعم از عقد و ایقاع که موضوع یا نتیجه آن انتقال مالکیت عین یا انتقال حق انتفاع (اعم از عمری یا رقبی برای مدت بیش از دوسال) یا انتقال حق ارتفاق اموال غیرمنقول باشد و وقف و نیز انعقاد عقد رهن در خصوص آنها و انعقاد عقود مفید انتقال منافع اموال مذکور برای مدت بیش از دو سال و اجاره به شرط تملیک و هر نوع پیشفروش ساختمان اعم از اینکه به صورت سهمی از کل عرصه و یا اعیان باشد و تعهد به انجام کلیه اعمال حقوقی مذکور، باید درسامانه

۲. قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول مصوب (۱۴۰۳/۰۲/۲۶)

۳. قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول

۱ـ۲ـ۲ نظریه اماره تقصیر:
براساس این نظریه فرض گرفته می شود که چون عرضه کننده شخصی حرفه ای و متخصص است ودارای اطلاعات کافی از کالای خود بوده واز ریسک های استفاده از آن آگاه است بنابراین در رابطه با خسارت وارده مقصر است و دیگری نیازی نیست که مصرف کننده تقصیر او را ثابت کند بلکه این فروشنده است که باید برای اثبات بی تقصیری خود دلیل بیاورد. این نظریه اگرچه با برداشتن بار اثبات تقصیر از دوش مصرف کننده راهکاری مناسب به نظر می رسد اما در مقابل در برخی موارد ناکارآمد است: زیرا در مواردی مثل عیب ناشی از علل ناشناخته ممکن است تولیدکننده اصلا تقصیری نکرده باشد؛ بنابراین با اثبات بی تقصیری خود از جبران خسارت مصرف کننده مبری می شود. حال در این فرض مسئول جبران خسارت مصرف کننده ای که از کالا خسارتی به او وارد شده است کیست؟

۱ـ۲ـ۳ نظریه فرض تضمین کالا توسط تولیدکننده:
یعنی تولیدکنندگان ملزم هستند ضمن قرارداد فروش تضمین کنند که یک کالای سالم و بی عیب تحویل بدهند و نقض این تضمین برای آن ها مسئولیت قراردادی مبتنی بر جبران خسارت در پی داشته باشد. این نظریه هم دارای معایبی است. فرض کنید شخصی اصلا طرف قرارداد خرید نبوده و صرفا براساس یک اتفاق از کالا خسارتی دیده است حال چه کسی مسئول جبران خسارت اوست؟ در اینجا تعهد به تضمین سلامت کالا صرفا در مقابل طرف قرارداد است و در مقابل اشخاص خارج از قرارداد تعهدی وجود ندارد. همچنین قراردادی بودن آن امکان اعمال شرط عدم مسئولیت را به تولیدکننده می دهد و چنین فرضی در دنیای تجاری مدرن بسیار محتمل به نظر می رسد چراکه مصرف کنندگان عموما در مقابل کالاهایی که می خرند قدرت چانی زنی بر سر شرایط قراردادی را ندارند و در بسیاری از موارد مانند بازارهای انحصاری حتی گزینه ی دیگری هم جز پیوستن به قرارداد از پیش تعیین شده را ندارند.

۱ـ۲ـ۴ نظریه مسئولیت محض
مطابق این نظریه صرف وجود رابطه سببیت بین عیب کالا و ورود ضرر برای الزام تولیدکننده به جبران خسارت کافی بوده و نه تنها نیازی به اثبات تقصیر تولیدکننده از سوی مصرف کننده نیست بلکه تولیدکننده هم نمی تواند با اثبات بی تقصیری خود از جبران خسارت سر باز زند. کما اینکه مطابق این نظریه لزومی به وجود رابطه قراردادی میان تولیدکننده و شخص زیان دیده نیز وجود ندارد و همانطور که گفته شد اثبات رابطه سببیت بین عیب کالا و ورود ضرر برای الزام به جبران خسارت کافی است.

ثبت الکترونیک اسناد به ثبت برسد، در غیر این صورت دعاوی راجع به اعمال حقوقی مذکور که ثبت نشده باشد و ادله راجع به آنها، در بخشی که مفید موارد مذکور است، نزد مراجع قضائی، شبه قضائی و داوری قابل استماع نبوده و فاقد اعتبار است و جز دعوای استرداد عوضین، هیچ شکایت کیفری یا دعوای حقوقی یا تقاضایی در خصوص آن عمل حقوقی و اسناد مربوط به آن از قبیل شکایت انتقال مال غیر، دعوای اثبات یا تنفیذ معامله، ابطال سند رسمی مالکیت، الزام به تنظیم سند رسمی، خلع ید، تخلیه ید و الزام به اجرای تعهدات مندرج در آن در مراجع مذکور مسموع نیست. همچنین اسناد ثبت نشده راجع به اعمال حقوقی مذکور در هیچ یک از دستگاه‌های اجرائی موضوع ماده (۲۹) قانون برنامه پنجساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۹۵/۱۲/۱۴ پذیرفته نمی‌شود و در مراجع قضائی و اداری مذکور فقط شخصی مالک ملک، شناخته می شود که در دفتر املاک سازمان ثبت اسناد و املاک کشور که از این پس در این قانون[۴] «سازمان» نامیده می‌شود، ملک به نام او به ثبت رسیده یا از مالک رسمی به ارث برده باشد. آنچه که با تصویب این قانون[۵] باید مورد عنایت باشد، تبصره ۴ ماده یک قانون است که مطرح کرده است مفاد این ماده درخصوص اموال غیرمنقولی که پس از لازم الاجراشدن این قانون سند مالکیت حدنگار برای آنها صادر می‌شود، از تاریخ صدور سند مالکیت مذکور، مجری است، هرچند سامانه موضوع ماده (۱۰) این قانون راه‌اندازی نشده باشد. از سوم تیرماه سال جاری که قانون لازم الاجراست، هر سند حدنگاری که صادر می شود، مشمول ضمانت اجرای ماده یک قانون است و نباید به صورت عادی نقل و انتقالش انجام شود. در واقع اسناد حدنگاری که بعد از ۳ تیرماه صادر می شود، باید نقل و انتقالش به صورت رسمی باشد. برای اینکه نقل و انتقال رسمی باشد قانونگذار سه راه پیشنهاد داده یکی ماده ۲ قانون است. طبق ماده ۲ قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول « دفاتر اسناد رسمی مکلفند به درخواست طرفین معامله، اسناد مربوط به قراردادهای خصوصی اشخاص در خصوص اموال غیرمنقول از قبیل تعهد به بیع، قولنامه، مبایعه‌نامه و امثال آن را تنظیم و ثبت نمایند.

۴.قانون برنامه پنجساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ج.ا.ا مصوب (۱۳۹۵/۱۲/۱۴)

۵.قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول مصوب (۱۴۰۳/۰۲/۲۶)

همان قانون، تبصره ۴ ماده ۱ مفاد این ماده در خصوص اموال غیرمنقولی که پس از لازم الاجراشدن این قانون سند مالکیت حدنگار برای آنها صادر می شود، از تاریخ صدور سند مالکیت مذکور، مجری است، هرچند سامانه موضوع ماده (۱۰) این قانون راه‌اندازی نشده باشد.

در این صورت باید مبلغ دقیق ثمن مورد توافق طرفین و همچنین شروط موردنظر آنها اعم از پیش بینی اقساط ثمن و زمان پرداخت آن، پیش بینی انحلال و فسخ یا اسقاط آن با رعایت مقررات مربوط، در سند درج گردد. مأخذ محاسبه عوارض و وجوه قانونی از قبیل حق‌الثبت، حق‌التحریر و هزینه دادرسی قراردادهای مذکور تابع حکم مندرج در تبصره (۳) ماده (۶۴) قانون مالیات‌های مستقیم اصلاحی ۳۱/۴/۱۳۹۴ (ارزش معاملاتی) می‌باشد.» راه دوم ماده ۳ قانون مذکور است و طبق ماده ۳ قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول «دلالان معاملات املاک اعم از مشاوران املاک و بنگاه‌های معاملات ملکی مکلفند پس از مذاکره مقدماتی، نسبت به درج پیش نویس قرارداد در سامانه ثبت الکترونیک اسناد اقدام و پیشنویس مذکور را جهت تنظیم سند رسمی به دفاتر اسناد رسمی منعکس نمایند. این امر مانع مراجعه مستقیم مردم به دفاتر اسناد رسمی نیست. چگونگی اتصال به سامانه مذکور و ارتباط دلالان معاملات املاک اعم از مشاوران املاک و بنگاه‌های معاملات ملکی با دفاتر اسناد رسمی و تقسیم اسناد بین دفاتر مذکور به موجب آیین نامه‌ای است که ظرف سه ماه از لازم الاجراشدن این قانون توسط سازمان با همکاری وزارتخانه‌های صنعت، معدن و تجارت و راه و شهرسازی تهیه می‌شود و به تصویب رئیس قوه قضائیه می‌رسد.

در نتیجه کانون سردفتران و سازمان ثبت باید زمینه اجرای ماده ۳ قانون فراهم کند. همچنین طبق تبصره ۲ ماده ۳ قانون مذکور[7] «سازمان مکلف است ظرف یک سال از لازم الاجراشدن این قانون[8]، امکان دسترسی دلالان معاملات املاک و اشخاص حقیقی و حقوقی به سامانه ثبت الکترونیک اسناد را به‌منظور انجام استعلامات مربوط و ثبت اعمال حقوقی موضوع ماده (۱) این قانون، فقط در قالب

۷. قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول مصوب (۱۴۰۳/۰۲/۲۶)

۸. همان قانون، تبصره ۲ ماده ۳- سازمان مکلف است ظرف یک سال از لازم‌الاجرا شدن این قانون، امکان دسترسی دلالان معاملات املاک و اشخاص حقیقی و حقوقی به سامانه ثبت الکترونیک اسناد را به‌منظور انجام استعلامات مربوط و ثبت اعمال حقوقی موضوع ماده (۱) این قانون، فقط در قالب قراردادهای یکسان و نمونه (بدون امکان کاهش یا افزایش شروط قراردادی توسط متعاملین و دلالان معاملات املاک) در مورد املاک دارای سند رسمی فراهم کند. متعاملین در



قراردادهای یکسان و نمونه[۹] (بدون امکان کاهش یا افزایش شروط قراردادی توسط متعاملین و دلالان معاملات املاک) در مورد املاک دارای سند رسمی فراهم کند. متعاملین در صورتی که قصد ثبت عمل حقوقی خارج از قالب های مذکور را داشته باشند، می‌توانند به دفاتر اسناد رسمی مراجعه نمایند.» راه سوم نیز این است که معاونت فناوری تلاش کرده و زمینه را برای ایجاد زیر ساخت لازم های لازم فراهم کرده است.[۱۰]

۹. همان قانون-ماده ۱-یک سال پس از راه‌اندازی رسمی «سامانه ساماندهی اسناد غیررسمی» موضوع ماده (۱۰) این قانون، هر عمل حقوقی اعم از عقد و ایقاع که موضوع یا نتیجه آن انتقال مالکیت عین یا انتقال حق انتفاع (اعم از عمری یا رقبی برای مدت بیش از دوسال) یا انتقال حق ارتفاق اموال غیرمنقول باشد و وقف و نیز انعقاد عقد رهن در خصوص آنها و انعقاد عقود مفید انتقال منافع اموال مذکور برای مدت بیش از دو سال و اجاره به شرط تملیک و هر نوع پیش فروش ساختمان اعم از اینکه به صورت سهمی از کل عرصه و یا اعیان باشد و تعهد به انجام کلیه اعمال حقوقی مذکور، باید در سامانه ثبت الکترونیک اسناد به ثبت برسد، در غیراین صورت دعاوی راجع به اعمال حقوقی مذکور که ثبت نشده باشد و ادله راجع به آنها، در بخشی که مفید موارد مذکور است، نزد مراجع قضائی، شبه قضایی و داوری قابل استماع نبوده و فاقد اعتبار است و جز دعوای استرداد عوضین، هیچ شکایت کیفری یا دعوای حقوقی یا تقاضایی در خصوص آن عمل حقوقی و اسناد مربوط به آن از قبیل شکایت انتقال مال غیر، دعوای اثبات یا تنفیذ معامله، ابطال سند رسمی مالکیت، الزام به تنظیم سند رسمی، خلع ید، تخلیه ید و الزام به اجرای تعهدات مندرج در آن در مراجع مذکور مسموع نیست. همچنین اسناد ثبت نشده راجع به اعمال حقوقی مذکور در هیچ یک از دستگاه‌های اجرایی موضوع ماده (۲۹) قانون برنامه پنجساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۴/۱۲/۱۳۹۵ پذیرفته نمی‌شود و در مراجع قضایی واداری مذکور فقط شخصی مالک ملک، شناخته می‌شود که در دفتر املاک سازمان ثبت اسناد و املاک کشور که از این پس در این قانون «سازمان» نامیده می‌شود، ملک به نام او به ثبت رسیده یا از مالک رسمی به ارث برده باشد.

۱۰. جلسه مشترک با رییس سازمان ثبت و روسای کانون سردفتران و مشاورین املاک که در مورد بررسی قانون «الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول» صفدر کشاورز،

۲.اهداف قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیر منقول

قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیر منقول ۱۵ ماده دارد و ۱۴ آیین نامه برای این قانون پیش بینی شده که تهیه و تدوین می شود.

۱-۲ساماندهی نقل و انتقال اسناد عادی

هدف اول این قانون[11]، ساماندهی نقل و انتقال اسناد عادی است. برابر ماده یک این قانون[12]، پس از راه‌اندازی سامانه‌ای که سازمان ثبت اسناد مدنظر دارد، هرگونه نقل و انتقال در املاک اموال غیرمنقول باید به صورت رسمی و از طریق دفاتر اسناد رسمی انجام شود.

۲-۲ ساماندهی مشاورین املاک

هدف دوم بحث ساماندهی مشاورین املاک است؛ بدین نحو که پس از راه‌اندازی آن سامانه و لازم‌الاجرا شدن این قانون[13] بنگاه های معاملاتی مشاورین املاک پس از ایجاد تفاهم میان خریدار و فروشنده، مفاد قرارداد را وارد سامانه ای که توسط سازمان ثبت اسناد در اختیار آن‌ها قرار خواهد داد، می‌کنند و تنظیم سند در دفاتر اسناد رسمی انجام خواهد شد و مشاوران املاک و بنگاه‌های معاملاتی دیگر حق تنظیم سند نخواهند داشت.

۱۱.قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول مصوب(۱۴۰۳/۰۲/۲۶)

۱۲.همان قانون-ماده۱-یک سال پس از راه‌اندازی رسمی «سامانه ساماندهی اسناد غیررسمی» موضوع ماده (۱۰) این قانون، هر عمل حقوقی اعم از عقد و ایقاع که موضوع یا نتیجه آن انتقال مالکیت عین یا انتقال حق انتفاع (اعم از عمری یا رقبی برای مدت بیش از دو سال) یا انتقال حق ارتفاق اموال غیرمنقول باشد و وقف و نیز انعقاد عقد رهن در خصوص آنها و انعقاد عقود مفید انتقال منافع اموال مذکور برای مدت بیش از دو سال و اجاره به شرط تملیک و هر نوع پیش فروش ساختمان اعم از اینکه به صورت سهمی از کل عرصه و یا اعیان باشد و تعهد به انجام کلیه اعمال حقوقی مذکور، باید در سامانه ثبت الکترونیک اسناد به ثبت برسد، در غیر این صورت دعاوی راجع به اعمال حقوقی مذکور که ثبت نشده باشد و ادله راجع به آنها، در بخشی که مفید موارد مذکور است، نزد مراجع قضائی، شبه قضایی و داوری قابل استماع نبوده و فاقد اعتبار است و جز دعوای استرداد عوضین، هیچ شکایت کیفری یا دعوای حقوقی یا تقاضایی در خصوص آن عمل حقوقی و اسناد مربوط به آن از قبیل شکایت انتقال مال غیر، دعوای اثبات یا تنفیذ معامله، ابطال سند رسمی مالکیت، الزام به تنظیم سند رسمی، خلع ید، تخلیه ید و الزام به اجرای تعهدات مندرج در آن در مراجع مذکور مسموع نیست. همچنین اسناد ثبت نشده راجع به اعمال حقوقی مذکور در هیچ یک از دستگاه‌های اجرایی موضوع ماده (۲۹) قانون برنامه پنجساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۴/۱۲/۱۳۹۵ پذیرفته نمی شود و در مراجع قضایی و اداری مذکور فقط شخصی مالک ملک، شناخته می شود که در دفتر املاک سازمان ثبت اسناد و املاک کشور که از این پس در این قانون «سازمان» نامیده می شود، ملک به نام او به ثبت رسیده یا از مالک رسمی به ارث برده باشد.

۱۳. قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول مصوب(۱۴۰۳/۰۲/۲۶)

۳-۲ رفع موانع و تسهیل صدور اسناد

هدف سوم قانون مذکور ، رفع موانع و تسهیل صدور اسناد است که در برخی از املاک از جمله اراضی کشاورزی محدودیت ها و موانع قانونی وجود داشت که در این قانون به آن اشاره شده و آن موانع برای صدور اسناد برداشته شده است.همچنین بحث تعیین تکلیف نقل و انتقالات عادی قبل از لازم الاجرا شدن این قانون موضوع مورد بحث است؛ به طوری که بسیاری از افراد قبل از لازم الاجرا شدن این قانون، نقل و انتقالاتی را انجام داده بودند و هنوز املاک آن ها فاقد سند است [۱۴] کهماده ۱۰ این قانون به آن موارد اشاره دارد و برای تعیین تکلیف شدن این گونه املاک فاقد سند و املاکی که در گذشته نقل و انتقال آن ها عادی انجام شده بود، مقرر کرده سامانه‌ای تحت عنوان «سامانه ساماندهی اسناد غیررسمی» توسط سازمان ثبت اسناد راه‌اندازی شود. با راه‌اندازی سامانه ساماندهی به اسناد عادی و اعلام آن از سوی رئیس قوه قضاییه، دارندگان اسناد عادی باید مدارک، ادله و مستندات مربوطه را در این سامانه ظرف ۲ سال بارگذاری کنند و ظرف مدت ۲ سال پس از آن نیز پیگیری و اسناد عادی را تعیین تکلیف کنند تا به این صورت یا سند رسمی در دفاتر اسناد رسمی تنظیم شود یا از طریق اداره ثبت اسناد نسبت به دریافت اسناد مالکیت پیگیری کنند. یا اینکه از طریق مراجع قضایی با طرح دعوای حقوقی بتوانند نسبت به آن سند تعیین تکلیف لازم را از طریق مراجع قضایی انجام دهند. همچنین افرادی که ظرف دو سال در سامانه ساماندهی به اسناد عادی مستندات عادی خود را بارگذاری کردند و پس از آن دو سال برای تبدیل و تعیین تکلیف اسناد عادی اقدامات قانونی را انجام دادند، ولی ظرف دو سال تعیین تکلیف انجام نشد؛ اینگونه افراد اجازه دارند تا حداکثر ۸ سال با همان مستندات عادی نقل و انتقال عادی انجام دهند، ولی این کار را فقط در همان سامانه ساماندهی به اسناد عادی که مستندات خود را بارگذاری کردند، می توانند انجام دهند.



اما این نکته لازم به ذکر است که باید جامعه توجه کند پس از گذشت یک سال از تاسیس «سامانه ساماندهی اسناد غیررسمی»، هرگونه قرارداد راجع به اموال غیرمنقول زمین، آپارتمان، ویلا، ساختمان و پیش فروش آن باید در "سامانه سامانه ثبت الکترونیک اسناد" ثبت شود.
اسناد ثبت نشده راجع به اموال غیرمنقول در سامانه ثبت الکترونیک اسناد، یک سال پس از راه اندازی سامانه ساماندهی اسناد غیر رسمی در هیچ یک از دستگاه های اجرائی پذیرفته نخواهد شد و در مراجع قضائی و اداری، فقط شخصی مالک ملک شناخته می شود که نام او به عنوان مالک در دفتر املاک سازمان ثبت اسناد و املاک به ثبت رسیده یا از مالک رسمی ارث برده باشد. ضروری است جامعه، اسناد عادی املاکی را که به صورت عادی خریداری کرده و تا کنون سند مربوط به آن ثبت نشده است را به محض راه اندازی سامانه ساماندهی اسناد غیر رسمی در این سامانه ثبت نمایند.
قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول نقش قابل توجهی در مدیریت بازار املاک و جلوگیری از سفته بازی در معاملات اموال غیر منقول ایفا خواهد کرد و کمک قابل توجهی به دولت برای وصول مالیات از معاملات اموال غیرمنقول به واسطه ضرورت درج دقیق ثمن معامله بر مبنای توافق طرفین خواهد کرد.



فرنود نگارش قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیر منقول

رهبرانقلاب در ششم تیرماه[۱۵] سال ۱۴۰۲ در در دیدار رئیس، مسئولان و جمعی از کارکنان قوه قضائیه با ایشان، در نکته‌ای مهم معاملات غیر رسمی اموال غیرمنقول را از منشاءهای بزرگ فساد خواندند و تاکید کردند که باید از اینگونه معاملات سلب اعتبار شود و اگر هم از دیدگاه شورای نگهبان به مصوبه مجلس ایرادی هست، مصلحت قطعی کشور و نظام، تصویب نهایی قانون است.

۱۵.معاملات غیررسمی اموال غیرمنقول را از منشاءهای بزرگ فساد خواندند و تاکید کردند که باید از اینگونه معاملات سلب اعتبار شود و اگر هم از دیدگاه شورای نگهبان به مصوبه مجلس ایرادی هست، مصلحت قطعی کشور و نظام، تصویب نهایی قانون است.-- مسئله‌ی بعدی مسئله‌ی مبارزه با فساد است، هم در درون قوّه، هم در بیرون قوّه؛ یکی از وظایف شما این است. البتّه [مبارزه با فساد در] درون قوّه را به جناب آقای محسنی هم که دیروز پریروز با ایشان ملاقات داشتیم گفتم و روی این تکیه کردم. البتّه یک اکثریّت قاطع ـ نزدیک به همه ـ در قوّه‌ی قضائیّه مردمان شریفی‌اند، چه قضات، چه کارمندان؛ با امکانات کم، با درآمد کم ـ واقعاً کم ـ دارند کار سخت انجام میدهند. شرافت این عزیزان را انسان نبایست از نظر دور بدارد. یک اقلّیّت کوچکی هم هستند که از موقعیّت سوء استفاده می‌کنند و چهره‌ی قوّه را در نظر مردم مخدوش می‌کنند. این کسی هم که این کار را انجام می‌دهد، یعنی کار خلاف را انجام می‌دهد، لزوماً قاضی نیست؛ گاهی مثلاً منشی فلان دادسرای فلان شهر دوردست یک حرکتی انجام می‌دهد، همین را تکثیر می‌کنند و غلبه می‌دهند به قوّه و بر اساس آن روی قوّه قضاوت می کنند. حیف است [چنین شود]. با این باید مبارزه کرد. باید همه‌ی اجزای قوّه مراقبت کنند که فساد وارد نشود. فساد چیز مسری‌ای هم هست. خدای نکرده وقتی [در] یک بخشی فساد وارد شد، این بیماری سرایت می‌کند؛ روز به روز هم زیادتر می‌شود. وقتی که با فاسد برخورد نشود، فساد افزایش پیدا می‌کند. این در درون قوّه، در بیرون قوّه هم همین جور.

حالا البتّه در بیرون قوّه دیگران هم در مسئولیّتِ جلوگیری از فساد شریکند؛ یعنی گاهی یک فسادی واقع می‌شود، منشأ فساد دست قوّه‌ی قضائیّه نیست، دست قوّه‌ی مجریّه است، دست قوّه‌ی مقنّنه است، دست نیروهای مسلّح است؛ آنها بایستی جلوی مبادی و مناشئ فساد را بگیرند. البتّه اگر چنانچه قطع نشد، جلویش گرفته نشد، آن وقت وظیفه‌ی قوّه‌ی قضائیّه است که وارد بشود. البتّه امروز آدمهای مغرض و مریض‌القلب، آنهایی که واقعاً «فی قُلوبِهِم مَرَض» هستند، شایعه پراکنی‌ای که علیه قوّه‌ی قضائیّه میکنند، گاهی جنجال میکنند، گاهی یک چیزی میگویند، خیلی بیشتر از واقعیّت آن چیزی است که در قوّه وجود دارد لکن نگذارید؛ همین را دنبال کنید. این هم نکته‌ی دوّمی که راجع به مسئله‌ی فساد عرض کردیم.

با تاکید مقام معظم رهبری، سلب اعتبار از معاملات غیررسمی اموال غیرمنقول (معاملات عادی) بیش از پیش مورد توجه قرار گرفت و برای ساماندهی به این وضعیت در سنوات گذشته یعنی سال ۱۳۹۵ طرحی با عنوان ارتقای اعتبار اسناد رسمی با پیشنهاد سازمان ثبت اسناد و موافقت قوه قضاییه به مجلس ارائه شد و این طرح از سال ۱۳۹۵ تا سال ۱۳۹۹ در مجلس شورای اسلامی مورد بررسی کارشناسی قرار گرفت. در نهایت در سال ۱۳۹۹ به عنوان طرح الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول به تصویب رسید. برابر ایراداتی که شورای نگهبان به این مصوبه مجلس گرفته بود، طی ۵ مرحله رفت و برگشت میان مجلسِ شورای اسلامی و شورای نگهبان نهایتا در دی ماه سال ۱۴۰۱ مجلس شورای اسلامی نسبت به این مصوبه اصرار و موضوع را به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارسال کرد. ابتدا در دبیرخانه کمیسیون حقوقی قضایی مجمع بیش از ۴۰ جلسه کارشناسی و در ادامه در صحن اصلی کمیسیون حقوقی قضایی مجمع، قریب به ۲۰ جلسه با حضور رئیس قوه قضاییه و اعضای اصلی این کمیسیون مورد بررسی قرار گرفت و در ۲۶ اردیبهشت ماه ۱۴۰۳ در مجمع تشخیص مصلحت نظام تصویب و به مجلس ابلاغ شد. نهایتا در خردادماه سال جاری قانون «الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول» در روزنامه رسمی منتشر و از سوم تیرماه نیز اجرایی شد.

۳.بررسی قولنامه در قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیر منقول

ماده ۲ قانون[۱۶] الزام به قولنامه ها و مبایعه نامه ها، تعهد، تعهد به بیع و تنظیم هر کدام در دفاتر اسناد رسمی صحبت کرده است. قانون ثبت مصوب سال ۱۳۱۰ ماده ۲۲ و ۴۶ الی ۴۸ آن درباره املاکی که سابقه ثبتی دارند گفته است که باید اعتبار اسناد عادی به حاشیه برود و تنها سند رسمی قبول شود. اما رویه قضایی ،شورای نگهبان، و ماده ۶۲ قانون اجرای احکام دائمی کشور رسما سند عادی را قبول و به رسمیت شناختند.

۱۶.همان قانون- ماده ۲- دفاتر اسناد رسمی مکلفند به درخواست طرفین معامله اسناد مربوط به قراردادهای خصوصی اشخاص در خصوص اموال غیرمنقول از قبیل تعهد به بیع قولنامه مبایعه نامه و امثال آن را تنظیم و ثبت نمایند در این صورت باید مبلغ دقیق ثمن مورد توافق طرفین و همچنین شروط مورد نظر آنها اعم از پیش بینی اقساط ثمن و زمان پرداخت آن پیش بینی انحلال و فسخ یا اسقاط آن با رعایت مقررات مربوط در سند درج گردد. مأخذ محاسبه عوارض و وجوه قانونی از قبیل حق الثبت، حق التحریر و هزینه دادرسی قراردادهای مذکور تابع حکم مندرج در تبصره (۳) ماده (۶۴) قانون مالیات های مستقیم اصلاحی (۱۳۹۴/۴/۳۱) ارزش معاملاتی می باشد.

۱-۳جایگاه فقهی اسناد عادی

نظر فقها هم بر این بود که سند رسمی درفقه جایگاهی ندارد و انجام معامله به معنای واقع شدن آن است. هدف از تصویب قانون الزام این بوده است که این مشکل شرعی را حل کند و چون حل این مشکل شرعی از توانایی شورای نگهبان خارج بود، مجمع تشخیص مصلحت نظام با تکیه بر مصلحت اقدام به حل این مشکل کرد.

۲-۳ تفاوت نظر قانون ثبت و قانون الزام درباره اسناد ثبت نشده

طبق ماده ۴۸ قانون ثبت[۱۷] ضمانت اجرای اسناد ثبت نشده این است که در هیچ یک از محاکم و ادارات قابل استناد نیست اماده طبق ماده ۱ قانون الزام نه تنها مورد قبول نیست بلکه اعتباری هم ندارد.

۳-۳ الزام ساماندهی به اختیارات مشاورین املاک

یکی دیگر از اهداف ماده ۲ قانون الزام ساماندهی به اختیارات مشاورین املاک بود که اقدام به نوشتن اسناد تحت عنوان مبایعه نامه و قولنامه میکردند و باعث ورود زیاد دعاوی به محاکم قضیه شده بودند از این حیث که ملکی را چند بار به فروش میرساندند که تحت توقیف یا بازداشت بود و عواقبی همچون خلع ید تخلیه ید، مطالبه، فروش مال غیر و الزام به انتقال را به همراه داشت که بعد از تصویب ماده ۲ قانون الزام بنگاه ها تنها حق پیش نویس کردن قرارداد را دارند و از طریق سامانه باید به دفترخانه ارسال کنند چون بنگاه ها به طور مرسوم و در همه جای دنیا حتی در قانون تجارت دلال معرفی شده اند، یعنی طرفین معامله را بهم نزدیک کرده و حق مالی خود را دریافت می کنند و هیچ موقع صلاحیت انجام کار حقوقی را ندارند به همین خاطر هر گونه مبایعه نامه، قول نامه، تعهد به بیع و هر گونه قرارداد خصوصی و هرگونه اسناد باید در دفترخانه ها تنظیم و ثبت شود.

۴-۳معانی حقوقی مبایعه نامه و قولنامه:

قولنامه تعهد به معامله است و مبایعه نامه خود معامله است ولی در در بنگاه ها و دفاتر مشاورین املاک هیچ تفاوتی با یکدیگر ندارد در نتیجه در دفاتر اسناد رسمی هم باید به معنای عرفی آن عمل کرد یعنی همانطور که در قانون مدنی اشاره شده است که الفاظ حقوقی حتما باید در معنای لفظی و عرفی آن به کار رود، البته که دفترخانه ها باید تشخیص دهند که بیع قطعی شده، ثمن آن وصول شده و به مالکیت خریدار درآمده است

۱۷.ماده ۴۸ قانون ثبت- سندی که مطابق مواد فوق باید به ثبت برسد و به ثبت نرسیده، در هیچ یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد.

که از شمول ماده ۲ قانون[۱۸] الزام خارج میگردد یا قرار است ثمن معامله به طور اقساط پرداخت شود که در باب قولنامه است پس بهتراست که برای تنظیم هرگونه سند غیر منقول باید از اداره ثبت اسناد و املاک استعلام گرفته شود با توجه به ماده ۱۲ قانون ثبت هیچ دفترخانه ای اجازه تنظیم سند برای املاک مجهول المالک را ندارند یعنی اینکه املاک حتما باید یا سند مالکیت یا جریان ثبتی داشته باشند.

۵-۳نحوه ارسال خلاصه در قولنامه :

برای جلوگیری از معاملات معارض بهتراست که به جای درج مالکیت، محدودیت روی سند درج شود مانند اسناد رهنی. اما برای جلوگیری از هزینه های اضافی برای مردم بهتراست در همان مرحله اول مالکیت قطعی صورت گیرد.

۶-۳ حفظ حقوق فروشنده

برای حفظ حقوق فروشنده باید سه فرض در نظر گرفته شود طبق ماده ۲ قانون الزام که صراحتا اعلام کرده است

۱-۶-۳ حق فسخ مدت دار

باید همراه انتقال برای فروشنده درج شود تا در صورت عدم پرداخت قبوض و معیار قرار دادن گواهی بانک، حق فسخ توسط فروشنده استعمال و در دفترخانه احراز و به اطلاع دفتر اسناد برسد که منطقی ترین راه همین است

۲-۶-۳ این است که انتقال مالکیت با شرط تاخیرباشد، بیع، تملیک عین به عوض معلوم است و شرط تاخیر منافاتی با تملیک که مقتضای عقد بیع است ندارد اما ایراد بزرگ مطرح شده در این مورد این است که با منقضی شدن زمان مالکیت انتقال در هر صورت انجام میگیرد.

۳-۶-۳ اینگونه است که بیع واقه شده است اما اثر آن که تملیک است معلق بر تادیه به موقع ثمن است.

۱۸. همان قانون- ماده ۲- دفاتر اسناد رسمی مکلفند به درخواست طرفین معامله اسناد مربوط به قراردادهای خصوصی اشخاص در خصوص اموال غیرمنقول از قبیل تعهد به بیع قولنامه مبایعه نامه و امثال آن را تنظیم و ثبت نمایند در این صورت باید مبلغ دقیق ثمن مورد توافق طرفین و همچنین شروط مورد نظر آنها اعم از پیش بینی اقساط ثمن و زمان پرداخت آن پیش بینی انحلال و فسخ یا اسقاط آن با رعایت مقررات مربوط در سند درج گردد. مأخذ محاسبه عوارض و وجوه قانونی از قبیل حق الثبت، حق التحریر و هزینه دادرسی قراردادهای مذکور تابع حکم مندرج در تبصره (۳) ماده (۶۴) قانون مالیات های مستقیم اصلاحی (۱۳۹۴/۴/۳۱) ارزش معاملاتی می باشد.

۷-۳هزینه در دفاتر اسناد رسمی

ذیل ماده۲[۱۹] قانون الزام حق الثبت، حق التحریر، هزینه دادرسی قرارداد مذکور تابع حکم مندرج در تبصره ۳ ماده ۶۴ قانون مالیات های مستقیم[۲۰]اصلاحیه سال ۹۴ قولنامه بر مبنای ۱۴ درصد محاسبه می شوند.

۸-۳محاسبه مالیات ها

اگر ملک شرایط استعلام آنلاین را دارد، مالیات ارسال شده از سمت دارایی را بر مبنای ۱۴درصد محاسبه می‌کنند زمانی که در ارسال خلاصه نحوه درج مالکیت توسط سامانه انتخاب شده باشد اما اگر در ارسال خلاصه نحوه درج محدودیت توسط سامانه انتخاب شده باشد باید قیمت منطقه بندی محاسبه شود که جداول قیمت منطقه بندی تنظیم شده توسط دارایی در دفترخانه ها و دفاتر خدمات قضایی موجود است.



۱۹. همان قانون-ماده۲-دفاتر اسناد رسمی مکلفند به درخواست طرفین معامله اسناد مربوط به قراردادهای خصوصی اشخاص در خصوص اموال غیرمنقول از قبیل تعهد به بیع قولنامه مبایعه نامه و امثال آن را تنظیم و ثبت نمایند در این صورت باید مبلغ دقیق ثمن مورد توافق طرفین و همچنین شروط مورد نظر آنها اعم از پیش بینی اقساط ثمن و زمان پرداخت آن پیش بینی انحلال و فسخ یا اسقاط آن با رعایت مقررات مربوط در سند درج گردد. مأخذ محاسبه عوارض و وجوه قانونی از قبیل حق الثبت، حق التحریر و هزینه دادرسی قراردادهای مذکور تابع حکم مندرج در تبصره (۳) ماده (۶۴) قانون مالیات های مستقیم اصلاحی (۱۳۹۴/۴/۳۱) ارزش معاملاتی می باشد

۲۰. تبصره ۳ ماده ۶۴ قانون مالیات های مستقیم- در مواردی که ارزش معاملاتی موضوع این ماده مطابق دیگر قوانین و مقررات، ماخذ محاسبه سایر عوارض و وجوه قرار می گیرد، ماخذ محاسبه عوارض و وجوه یادشده بر مبنای درصدی از ارزش معاملاتی موضوع این ماده می باشد که با پیشنهاد مشترک وزارت امور اقتصادی و دارایی و دستگاه ذی ربط به تصویب هیات وزیران یا مراجع قانونی مرتبط می‌رسد. درصد مذکور باید به نحوی تعیین گردد که ماخذ محاسبه عوارض و وجوه یادشده بیش از نرخ تورم رسمی اعلامی از طرف مراجع قانونی ذی ربط افزایش نیافته باشد.



محمد ایمانی
عضو کانون قردادنویسان ایران و مدرس دوره های حقوقی

نتیجه‌گیری

به بیان ساده این قانون[۲۱] بدین معنا است که معاملات غیرمنقول در قالب سند رسمی تنظیم شوند و با این قانون، اسناد عادی تنظیمی توسط مشاوران املاک فاقد وجاهت قانونی هستند و مطابق ماده ۳[۲۲] مشاوران املاک و بنگاه های معاملات ملکی پس از مذاکره مقدماتی، طرفین معامله نسبت به درج پیش نویس قرارداد در سامانه ثبت الکترونیک اسناد اقدام و پیش نویس مذکور را جهت تنظیم سند رسمی به دفاتر اسناد رسمی منعکس می کنند. بر اساس فرآیندهای اجرایی این قانون، وقتی پیش نویس سند تنظیم می شود، بلافاصله پیامی از طریق سامانه به بانک های اطلاعات جامع املاک ارسال و مانع هرگونه سوءاستفاده وکلاهبرداری و فروش مال غیر خواهد شد. با نگارش و تصویب این قانون بخشی کثیری از فسادهای ملکی رخ نخواهد داد و روند رسیدگی به دعاوی مربوطه در دادگاه در خصوص دعاوی مربوطه موضوع اموال این قانون منسوب تر خواهد بود.

۲۱. قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول مصوب (۱۴۰۳/۰۲/۲۶)

۲۲. همان قانون - ماده ۳ دلالان معاملات املاک اعم از مشاوران املاک و بنگاه های معاملات ملکی مکلفند پس از مذاکره مقدماتی، نسبت به درج پیش نویس قرارداد در سامانه ثبت الکترونیک اسناد اقدام و پیش نویس مذکور را جهت تنظیم سند رسمی به دفاتر اسناد رسمی منعکس نمایند. این امر مانع مراجعه مستقیم مردم به دفاتر اسناد رسمی نیست. چگونگی اتصال به سامانه مذکور و ارتباط دلالان معاملات املاک اعم از مشاوران املاک و بنگاه های معاملات ملکی با دفاتر اسناد رسمی و تقسیم اسناد بین دفاتر مذکور به موجب آیین نامه ای است که ظرف سه ماه از لازم الاجراشدن این قانون توسط سازمان با همکاری وزارتخانه های صنعت، معدن و تجارت و راه و شهرسازی تهیه می شود و به تصویب رئیس قوه قضائیه می رسد.

منابع

قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول مصوب (۱۴۰۳/۰۲/۲۶)

پایگاه خبری اختبار

https://www.ekhtebar.ir

رهبر انقلاب: معاملات غیررسمی اموال غیرمنقول از منشاءهای بزرگ فساد است

کانون سردفتران و دفتریاران

/https://notary-news.ir

جزییات قانون «الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول» و پاسخ به ابهامات احتمالی

سال اول | شماره دوم | **نشریه علمی دانشجویی فرداد**
صاحب امتیاز انجمن علمی حقوق دانشگاه خوارزمی

بررسی نظریه تبدیل تعهد از طریق انتقال طلب ارادی (تبدیل متعهدله) در نظام حقوقی ایران و فرانسه



نشریه فرداد



چکیده



زهرا یاری کرده

فارغ‌التحصیل کارشناسی حقوق از دانشگاه خوارزمی

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق مالی دانشگاه تهران

در نظام حقوقی ایران در خصوص بحث تبدیل تعهد ابهاماتی وجود داشته و این مفهوم نه تنها مورد تعریف قانونگذار قرار نگرفته است بلکه حتی اقسام، شرایط و آثار آن نیز به طور شفاف و روشن بیان نشده است.

این ابهام صرفا در سطح متون قانونی باقی نمانده و سبب اختلاف نظر حقوقدانان برجسته از جمله کاتوزیان و صفایی در تعریف و تعیین مصداق در خصوص تبدیل تعهد و مفاهیم مشابه از جمله انتقال طلب گشته است.

برای رفع این ابهام شایسته است اقداماتی صورت پذیرد تا فضای جامعه‌ی حقوقی به آرامشی نسبی دست پیدا کند. یکی از راهکارهای مناسب در نیل به این هدف بررسی نظام حقوقی کشور فرانسه به عنوان یکی از منابع اساسی نویسندگان قانون مدنی در برخورد با این مسئله می باشد.



چکیده



زهرا یاری کرده

فارغ‌التحصیل کارشناسی حقوق از دانشگاه خوارزمی

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق مالی دانشگاه تهران

نظام حقوقی کشور فرانسه با وجود ابهامات مشابه و تاریخچه ای در خصوص عدم پذیرش ابتدایی مفهوم انتقال طلب، بعد از اصلاحاتی که در این موضوع انجام داده است، موجب حل بسیاری از مشکلات مشابه در سطح این کشور شده است.

در نظام حقوقی کشور فرانسه بین مفهوم تبدیل تعهد به وسیله ی تبدیل متعهدله و انتقال طلب تمایز قائل شده اند و برای تبدیل تعهد و انتقال طلب احکام متناسبی پیشبینی کرده اند. شایسته است این تمایز در نظام حقوقی ایران نیز وجود داشته باشد.

واژگان کلیدی

تبدیل تعهد، انتقال طلب، نظام حقوقی فرانسه، نظام حقوقی ایران، تبدیل تعهد به وسیله ی تبدیل متعهدله



مقدمه

زهرا یاری کرده

بیان مسئله

درعصر حاضر در نتیجه ی پذیرش نظریه ی عینی تعهد، مفهوم تعهد مجزا از شخصیت متعهد مورد پذیرش نظام های حقوقی مختلف واقع شده است.
در اثر گسترش مراودات انسانی و افزایش حجم و میزان تعاملات بین فردی در سطح داخلی و حتی بین المللی، یکی از ضرورت های عصر حاضر حفظ و بهبود فضای مناسب و متناسب با نیازهای افراد است.
در راستای نیل به این هدف مهم یکی از موارد مورد توجه بحث تبدیل تعهد می باشد.
این مهم از طرق مختلفی از قبیل تبدیل موضوع تعهد، تبدیل سبب تعهد، تبدیل متعهد و تبدیل متعهدله امکان پذیر می باشد.
در عرصه ی تجارت داخلی و بین المللی افراد به واسطه ی حجم بالای مبادلات نیازمند استفاده از حجم قابل توجهی از دارایی های خود می باشند. از جمله مواردی که در ظرف دارایی جای دارد تعهداتی هست که به نفع افراد صورت گرفته و به عبارتی طلب آنها می باشد که می تواند اعم از پرداخت مبلغی وجه، انجام فعل، ترک فعل و... باشد.
هر چند این تعهدات هنوز در عالم خارج بروز و نمود بیرونی پیدا نکرده اند اما این امر مانع از انجام تصرف حقوقی در آنها نبوده و این امکان برای افراد فراهم است.
در این مقاله درصدد بررسی شرایط و آثار تبدیل تعهد به وسیله ی انتقال طلب به عنوان یک دارایی در نظام حقوقی ایران و فرانسه هستیم.

سوالات و فرضیات

سوالات:

در این مقاله ما به دنبال پاسخ به سوالات زیر می باشیم.

۱.تعریف تبدیل تعهد به چه صورت است؟
۲.اقسام تبدیل تعهد کدام ها هستند؟
۳.شرایط تبدیل تعهدات چند دسته بوده و هرکدام شامل چه مواردی می باشند؟
۴.آثار تبدیل تعهد شامل چه مواردی است؟
۵. تبدیل تعهد در نظام حقوقی ایران به چه صورتی پذیرفته شده است؟
۶.ویژگی‌های تبدیل تعهد به وسیله‌ی تبدیل متعهدله در نظام حقوقی ایران چگونه است؟
۷. انتقال طلب در نظام حقوق ایران چگونه است؟
۸.تفاوت های انتقال طلب و تبدیل تعهد به وسیله‌ی تبدیل متعهدله در نظام حقوقی ایران شامل چه مواردی می باشد؟
۹.تبدیل تعهد در نظام حقوقی فرانسه به چه صورتی پذیرفته شده است؟
۱۰. ویژگی های تبدیل تعهد به وسیله ی تبدیل متعهدله در نظام حقوقی فرانسه چگونه است؟
۱۱.انتقال طلب در نظام حقوق فرانسه چگونه است؟
۱۲.تفاوت های انتقال طلب و تبدیل تعهد به وسیله‌ی تبدیل متعهدله در نظام حقوقی فرانسه شامل چه مواردی می باشد؟

فرضیات:

با توجه به این امر که نظام حقوقی ایران و فرانسه هر دو در دسته ی نظام های حقوقی نوشته (civil law) قرار می گیرند و قانونگذار ایرانی در زمان تدوین قانون مدنی از قانون مدنی فرانسه به عنوان یکی از منابع خود استفاده کرده است انتظار می رود در خصوص بحث تبدیل تعهد و انتقال طلب نیز بین این دو نظام حقوقی مشابهت هایی مشاهده شود.
البته وجود تفاوت های مربوط به سایر منابع قانونگذار ایرانی از جمله منابع فقهی و ... وجود تفاوت هایی میان دو نظام حقوقی را هم محتمل می سازد.
بعلاوه با توجه به اصلاحات صورت گرفته در سال ۲۰۱۶ در قانون مدنی کشور فرانسه و عدم انجام چنین امری در خصوص قانون مدنی ایران انتظار می رود قانون مدنی فرانسه با نیازهای امروزه ی جامعه بیشتر منطبق بوده و بتواند به عنوان منبع مناسب یا حداقل به عنوان نمونه ای از تلاش جهت به روزرسانی قانون مورد توجه قانونگذار ایران نیز قرار گیرد.

مرور سوابق پژوهش

در خصوص موضوع مورد بررسی این مقاله پژوهش های مختلفی انجام شده و مقالات مرتبطی نیز منتشر شده اند. از جمله این موارد مقالات زیر می باشند:

۱. سکوتی نسیمی، رضا؛ غریبه، علی؛ جاوید، علی؛ تاثیرانتقال تعهد اصلی بر عقود تبعی آن در حقوق ایران و فرانسه، نشریه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، زمستان ۱۳۹۹- شماره ۲۶، ص ۶۹-۸۸؛

۲. یزدانیان، علی رضا؛ بزرگمهر، داوود؛ بررسی فقهی - حقوقی طرق انتقال ارادی طلب با نگاهی تطبیقی به حقوق فرانسه، نشریه حقوق خصوصی (دانشگاه تهران)، بهار و تابستان ۱۳۹۰- شماره ۱۸، ص ۵-۲۴؛

۳. امیدعلي، سلمان؛ انتقال طلب در حقوق ایران و حقوق تجارت بین الملل، نشریه مطالعات حقوق، پاییز۱۴۰۱، دوره جدید شماره ۲۹، ص ۲۵۳-۲۶۹؛

۴. صفایی، سیدحسین؛ جواهرکلام، محمده؛ طرفین حواله و لزوم رضایت محالعلیه؛ تمهید نظریه عمومیِ انتقال دین و طلب در فقه امامیه با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه، نشریه آموزه های فقه مدنی، پاییز وزمستان ۱۴۰۲- شماره ۲۸، ص ۲۳۱-۲۶۵؛

۵. کاظمی، محمود؛ زارعی، علی؛ مطالعهٔ تطبیقی تبدیل تعهد در حقوق ایران و غرب (روم و فرانسه)، نشریه مطالعات حقوق خصوصی، تابستان ۱۳۹۵ - شماره ۲، ص ۳۰۵-۳۲۳؛

۶. دولتی، تکتم سادات؛ اندرز، داود؛ امیرزاده جیرکلی، منصور؛ آثار انتقال طلب در فقه امامیه، حقوق ایران و اصول حقوق قراردادهای اروپا، نشریه مطالعات فقه اقتصادی، زمستان ۱۴۰۲، دوره پنجم - شماره ۱۹(ب)، ص ۲۳۲-۲۴۸.

اما با این وجود همچنان جای خالی یک پژوهش همه جانبه و جامع در میان این مقالات به چشم می خورد.

در این پژوهش در تلاش هستیم تا این خلاء وجای خالی را تا حد امکان پر کنیم.

روش تحقیق

چارچوب نظری مورد استفاده در این پژوهش چارچوب اثبات گرایی-هنجارگرایی می باشد و برای انجام یک بررسی دقیق، با تلفیق و ترکیب سه روش روایی و توصیفی و تحلیلی از یک روش تلفیقی (mix approach) استفاده شده است.

در ابتدا به بررسی نظام حقوقی ایران و فرانسه در موضوع تبدیل تعهد به وسیله ی تبدیل متعهدله پرداخته شده و این مفهوم از مفهوم انتقال طلب تمیز داده شده. سپس در خصوص بهبود نظام حقوقی ایران در این موضوع راهکارهایی در قسمت نتیجه گیری و پیشنهادات ارائه شده است.

اهداف و ضرورت ها

انتقال طلب یکی از طرق تبدیل تعهد بوده که از طریق تبدیل متعهدله موجب از بین رفتن تعهد پیشین و ایجاد تعهد جدید خواهد شد.

در کنار انتقال طلب که در منابع فقهی مورد پذیرش و استفاده قرار گرفته است مفهوم دیگری تحت عنوان تبدیل تعهد از طریق تبدیل متعهد با گرته برداری از قانونگذار فرانسوی، توسط قانونگذار ایرانی در قانون مدنی مورد شناسایی و پذیرش قرار گرفته است.

در فعالیت روزانه ی افراد در سطح داخلی و بین المللی انتقال طلب از طریق روش هایی از جمله انتقال اسناد تجاری و ... به صورت مکرر رخ می دهد؛ درنتیجه لازم است به مفهوم انتقال طلب و چگونگی پذیرش این مفهوم در نظام های حقوقی مختلف پرداخته شود تا فضای تجارت بین المللی جهت افزایش و سهولت مراودات بین المللی فراهم شود و از این طریق رشد اقتصادی در سطح داخلی و بین المللی به وجود آید.

در پژوهش های انجام شده تاکنون این امر به خوبی مورد شناسایی قرار گرفته است اما همچنان جای خالی یک پژوهش جامع به چشم می خورد. در پژوهش های انجام شده تلاش برای تفسیر ماده ۲۹۲ قانون مدنی در چارچوب نظام فقهی به صورت پررنگی به چشم می خورد اما نسبت تفسیر این ماده در چارچوب نظام حقوقی کشور فرانسه که منبع اصلی قانونگذار ایرانی در زمان تدوین این قانون بوده است، بی توجهی صورت گرفته است.

در این پژوهش در تلاش هستیم بحث تبدیل تعهد به وسیله ی تبدیل متعهدله که در بند ۳ ماده ۲۹۲ قانون مدنی مورد اشاره قرار گرفته است را با گوشه چشمی به نظر قانونگذار فرانسوی تفسیر کنیم تا به تفسیری دقیق و موافق با نظر نویسندگان قانون مدنی دست پیدا کنیم.

ساختار کلی

در این پژوهش فصل اول، مقدمه، به بیان مسئله، سوالات و فرضیات، مرور سوابق پژوهش، روش تحقیق، اهداف و ضرورت ها و ساختار کلی اشاره دارد.

در فصل دوم به بیان کلیات در خصوص تعریف تبدیل تعهد، اقسام، شرایط و آثار تبدیل تعهد پرداخته ایم.

فصل سوم به رویکرد نظام حقوقی ایران اختصاص یافته و در فصل چهارم به رویکرد نظام حقوقی فرانسه پرداخته شده است. نهایتا بعد از بیان این موارد، قسمت پایانی به نتیجه گیری و بیان پیشنهادات اختصاص داده شده است.

فصل دوم: کلیات

تعریف

در تعریف تعهد اینطور گفته شده که تعهد، رابطه ای حقوقی میان دو یا چند نفر است که در نتیجه ی آن یکی در برابر دیگری به سببی از اسباب حقوقی ملزم به انجام فعل، ترک فعل، یا تملیک مالی می شود.

بنابراین هر تعهد دارای چهار رکن است: سبب، موضوع، متعهد و متعهدله.

در ماده ۲۶۴ قانون مدنی بیان شده است که اسباب سقوط تعهدات عبارت انداز:

۱. وفاء به عهد ۲. اقاله ۳. ابراء ۴. تبدیل تعهد ۵. ابراء و ۶. مالکیت ما فی الذمه. بر اساس این ماده یکی از اسباب و روش های سقوط تعهد تبدیل تعهد می باشد.

بنابراین تبدیل تعهد عبارت است از اینکه با تغییر یکی از ارکان تعهدی سبب شویم تا تعهد قبلی از بین رفته و تعهد جدیدی ایجاد شود. عنصر اصلی و جوهره ی تبدیل تعهد، سقوط تعهد سابق و ایجاد تعهد جدید می باشد.

اقسام

همانطور که گفته شد در تبدیل تعهد به دنبال تغییر یکی از ارکان تعهد می باشیم، در نتیجه چون تعهد ارکان مختلفی دارد تبدیل تعهد نیز به اقسام چهارگانه ای تبدیل خواهد شد:

۱. تبدیل تعهد به وسیله ی تبدیل موضوع تعهد

در اینجا موضوع تعهد تغییر پیدا کرده و سایر ارکان ثابت می ماند مثلا اگر موضوع تعهد تحویل شیء الف توسط آقای ب به خانم پ به سبب عقد بیع بوده است با توافقات انجام شده قرار بر تبدیل تعهد قبلی به تعهد جدیدی مبنی بر تحویل شیء الف توسط آقای ب به خانم پ به سبب عقد بیع خواهد شد.

یعنی همه ی ارکان تعهد، سبب تعهد (عقد بیع)، متعهد (آقای ب)، متعهدله (خانم پ) ثابت مانده و صرفا موضوع تعهد (شیء الف) تغییر پیدا کرده است.

۲. تبدیل تعهد به وسیله ی تبدیل سبب تعهد

در اینجا سبب تعهد تغییر پیدا کرده و سایر ارکان ثابت می مانند مثلا اگر موضوع تعهد تحویل شیء الف توسط آقای ب به خانم پ به سبب عقد بیع بوده است با توافقات انجام شده قرار بر تبدیل تعهد قبلی به تعهد جدیدی مبنی بر تحویل شیء الف توسط آقای ب به خانم پ به سبب عقد قرض خواهد شد.

یعنی همه ی ارکان تعهد، موضوع تعهد (شیء الف)، متعهد (آقای ب)، متعهدله (خانم پ) ثابت مانده و صرفا سبب تعهد (عقد بیع) تغییر پیدا کرده است.

۳. تبدیل تعهد به وسیله ی تبدیل متعهد

در اینجا شخص متعهد تغییر پیدا کرده و سایر ارکان ثابت می مانند مثلا اگر موضوع تعهد تحویل شیء الف توسط آقای ب به خانم پ به سبب عقد بیع بوده است با توافقات انجام شده قرار بر تبدیل تعهد قبلی به تعهد جدیدی مبنی بر تحویل شیء الف توسط آقای

ج به خانم پ به سبب عقد بیع خواهد شد.
یعنی همه ی ارکان تعهد، موضوع تعهد (شیء الف)، سبب تعهد (عقد بیع)، متعهدله (خانم پ) ثابت مانده و صرفا متعهد (آقای ب)، تغییر پیدا کرده است.

۴.تبدیل تعهد به وسیله ی تبدیل متعهدله

در اینجا شخص متعهدله تغییر پیدا کرده و سایر ارکان ثابت می مانند مثلا اگر موضوع تعهد تحویل شیء الف توسط آقای ب به خانم پ به سبب عقد بیع بوده است با توافقات انجام شده قرار بر تبدیل تعهد قبلی به تعهد جدیدی مبنی بر تحویل شیء الف توسط آقای ب به خانم ح به سبب عقد بیع خواهد شد.
یعنی همه ی ارکان تعهد، موضوع تعهد (شیء الف)، سبب تعهد (عقد بیع)، متعهد (آقای ب) ثابت مانده و صرفا متعهدله (خانم پ)، تغییر پیدا کرده است.
در پژوهش حاضر ما به دنبال بررسی دقیق تبدیل تعهد به وسیله ی تبدیل متعهد هستیم در نتیجه از توضیح اضافه در خصوص سایر موارد چشم پوشی کرده و پس از بیان شرایط تبدیل تعهد صرفا به این قسم از تبدیل تعهد می پردازیم.

شرایط تبدیل تعهد

۱. شرایط عمومي حاکم بر قراردادها:

اثر تبدیل تعهد، سقوط تعهد و ایجاد تعهد جدید می باشد. این اسقاط و ایجاد، مطابق با تعریف ارائه شده از تعهد یک عمل حقوقی بوده درنتیجه برای تحقق آن باید شرایط اساسی صحت قراردادها وجود داشته باشد.

این موارد در ماده ۱۹۰ قانون مدنی نامبرده شده اند عبارت انداز:
۱/۱.قصد و رضای طرفین
۲/۱.اهلیت طرفین
۳/۱.معین بودن موضوع
۴/۱.مشروعیت جهت معامله



۲. شرایط اختصاصی تبدیل تعهد:

۱-۲: وجود تعهد اولیه ی صحیح:

همانطور که پیشتر بیان شد جوهره و عنصر اصلی تبدیل تعهد، سقوط تعهد پیشین است. تنها تعهدی قابل اسقاط می باشد که صحیحا منعقد شده و موجود باشد.
پس تعهد باطل نمی تواند مبنای تبدیل تعهد و ایجاد تعهد جدید قرار بگیرد.
البته باید گفت در خصوص تعهدی که به صورت نسبی باطل است در صورت توافق طرفین می توان آن را مبنای تبدیل تعهد قرار داد و با زایل کردن آن تعهد جدیدی ایجاد نمود.

۲-۲: ایجاد تعهد جدید:

اثر دیگر تبدیل تعهد ایجاد یک تعهد جدید می باشد. همانطور که در تعریف تبدیل تعهد آمده است، در تبدیل تعهد ما به دنبال این هستیم که با تغییر یکی از ارکان تعهد اولیه تعهد جدیدی ایجاد کنیم.

در نتیجه این تعهد ثانویه باید در یکی از ارکان خود با تعهد اولیه متفاوت باشد و اگر همه ی ارکان تعهد اولیه و ثانویه یکسان باشد عملا تبدیلی صورت نگرفته و تبدیل تعهد واقع نشده است.

۳-۲: قصد تبدیل تعهد:

در تبدیل تعهد به دنبال این هستیم که با تغییر ارکان یک تعهد اولیه، تعهد جدیدی ایجاد کنیم در نتیجه در هنگام انجام تبدیل تعهد باید دو قصد به صورت توامان وجود داشته باشند:

۱. قصد تغییر یکی از ارکان و از بین بردن تعهد اولیه

۲. قصد ایجاد تعهد جدید.

قصد در تبدیل تعهد باید به گونه ای باشد که اگر تعهد اولیه ساقط نمی شد تعهد جدید به وجود نمی آمد و اگر تعهد جدید به وجود نمی‌آمد تعهد اولیه از بین نمی رفت. یعنی اگر بر فرض ابتدا تعهد اولیه به دلیلی مانند مرور زمان از بین رفته باشد و بعد طرفین با اراده ی خود تعهد جدیدی ایجاد کنند که صرفا در یکی از ارکان خود با تعهد پیشین متفاوت است، تبدیل تعهد صورت نگرفته است زیرا اگر تعهد جدید به وجود نمی آمد هم همچنان تعهد اولیه زایل شده بود.

تبدیل تعهد به وسیله ی تبدیل متعهد

طبق بند ۳ ماده ۲۹۲ قانون مدنی یکی از طرق تبدیل تعهد انتقال مافی الذمه متعهد توسط متعهدله به شخص ثالث می باشد؛ در این شیوه از تبدیل تعهد تمرکز بر تبدیل متعهدله بوده و فرد متعهد را در برابر شخص جدیدی مسئول می سازد در نتیجه برای تحقق آن صرفا رضایت متعهدله اولیه و شخص ثالث کافی نبوده و نیازمند اراده و رضایت شخص متعهد نیز می باشیم.

پیش شرط حیاتی تبدیل تعهد وجود یک تعهد اولیه ی صحیح می باشد؛ زیرا در تبدیل تعهد به دنبال تبدیل یکی از ارکان تعهدی اولیه و ایجاد تعهد ثانویه می باشیم.

پس اگر بنا به هر دلیل تعهد اولیه از اعتبار ساقط شود تبدیل تعهد نیز صحیح نمی باشد زیرا وجود تعهد جدید وابسته به زوال تعهد سابق می باشد و اگر تعهد سابق باطل باشد اساسا موضوعی برای تبدیل باقی نمی ماند.

آثار تبدیل تعهد:

۱. سقوط تعهد سابق:

همانطور که در تعریف تبدیل تعهد گفته شد اساس تبدیل تعهد زوال تعهد اولیه و ایجاد تعهدی جدید است.

۲. از بین رفتن تضمینات تعهد سابق:
از آنجایی که در تبدیل تعهد، تعهد اولیه به طور کامل زایل می شود با از بین رفتن آن تضمینات مربوط به آن نیز زایل خواهند شد زیرا زمانی که اصل (تعهد) ساقط شود جایی برای فرع (تضمینات) باقی نمی ماند.
البته نکته ای که در این قسمت باید به آن توجه کرد این است که این اثر، از بین رفتن تضمینات تعهد سابق، اثر اصلی تبدیل تعهد نمی باشد در نتیجه در صورت توافق خلاف، آن تضمینات همچنان پابرجا خواهند بود البته اگر در وهله ی اول برای گرفتن آن تضمینات تشریفاتی وجود داشته در زمان تبدیل تعهد نیز باید آن تشریفات انجام شوند.

۳. سقوط عوارض و فروعات تعهد سابق:
با تبدیل تعهد، تعهد جدیدی به وجود می آید و جایگزین تعهدد اولیه می شود اما باید توجه کرد این جایگزینی سبب نمی شود در اموری مثل مرور زمان، مامهلت ها و احکام مربوط به تعهد اولیه را به تعهد جدید تسری دهیم.
همچنین با زایل شدن تعهد اولیه شروط ضمن آن نیز به تبع اصل زایل خواهند شد مگر اینکه توافق دیگری در این خصوص وجود داشته باشد.

۴. ایجاد تعهد جدید:
در تبدیل تعهد اراده و رضایت طرفین در خصوص حداقل ۲ مورد می باشد. ۱. سقوط تعهد اولیه که در مورد اول ذکر شد و ۲. ایجاد یک تعهد جدید تا جایگزین تعهد پیشین باشد. همانطور که گفته شد این تعهد جدید باید همه ی شرایط عمومی اساسی مورد الزام در ماده ۱۹۰ قانون مدنی و شرایط اختصاصی آن تعهد خاص را داشته باشد.
علاوه بر آن با توجه به ماهیت تبدیل تعهد این تعهد باید در یکی از ارکان خود با تعهد سابق متفاوت باشد.

فصل سوم: رویکرد نظام حقوقی ایران
در نظام حقوقی ایران در قوانین موجود تعریفی از تبدیل تعهد به صورت دقیق ارائه نشده است اما در مواد مختلف به تبدیل تعهد و روش های مختلف آن به طور صریح یا ضمنی اشاره شده است. از جمله این موارد مواد ۲۶۴ و ۲۹۲ و به طور کلی مبحث چهارم فصل ششم باب اول قسمت دوم کتاب دوم جلد اول قانون مدنی می باشند که به موضوع تبدیل تعهد پرداخته است.
در نظام حقوقی ایران همانطور که گفته شد هر تعهدی ۴ رکن اصلی دارد: ۱. سبب تعهد ۲. موضوع تعهد ۳. متعهد و ۴. متعهدله. تبدیل تعهد با تغییر یکی از ارکان تعهد پیشین و ایجاد یک تعهد جدید امکان پذیر است. به این صورت که یکی از ارکان تغییر پیدا کرده، تعهد پیشین زوال پیدا کرده و از بین می رود و در نتیجه ی این امر تعهد جدیدی حادث می شود.
در نتیجه می توان گفت تبدیل تعهد عقدی می باشد که دارای ۲ اثر حقوقی است: ۱. سقوط تعهد موجود (تعهد اولیه) ۲. ایجاد تعهد جدید.

با توجه به ماهیت حقوقی تبدیل تعهد به وسیله ی تبدیل متعهدله و عقد بودن آن، برای انجام آن مثل هر عمل حقوقی دیگری نیازمند شرایط عمومی تعهدات در کنار شرایط اختصاصی هر عقدی می باشیم.
همانطور که در قسمت کلیات بیان شد با توجه به اینکه در تعهدی ۴ رکن دارد تبدیل تعهد نیز به تبع آن ۴ قسم دارد. در این مقاله به یکی از اقسام تبدیل تعهد یعنی تبدیل تعهد به وسیلهی تبدیل متعهد می پردازیم.

انتقال طلب در منابع فقه اسلامی

بحث انتقال ارادی معوض و غیر معوض در منابع فقهی از دیرباز با وجود اختلاف نظرهای موجود مورد پذیرش قرار گرفته بوده است و از این رو با مشکلات نظام های حقوقی کشورهایی مثل فرانسه روبه رو نبوده است.
هر چند منبع اصلی نویسندگان قانون مدنی در خصوص مفهوم تبدیل تعهد قانون مدنی کشور فرانسه بوده است اما به هیچ عنوان نمی توان از نقش منابع فقهی چشم پوشی کرد زیرا:
اولا نویسنده ای که در نظام فرهنگی و اجتماعی اسلامی رشد یافته است در پس زمینه ی ذهنی خود با مفاهیم اسلامی خو گرفته است در نتیجه در برخورد با نهادها و تاسیسات جدید سعی در تفسیر و صورتبندی آنها با مفاهیم آشنا در ذهن خود دارد. در نتیجه پیش زمینه های فکری فقهی آن نویسندگان به صورت ابزار و روشی برای پردازش قانون مدنی کشور فرانسه تاثیر خود را بر برداشت این نویسندگان از قانون آن کشور داشته است. ثانیا با وجود پیش بینی عقودی از جمله حواله و یا در حد اعلای آن عقد صلح شاید نیازی به پیشبینی و ارائه ی یک عقد جدید جهت تبدیل تعهد به وسیله ی تبدیل متعهدله توسط نویسندگان قانون مدنی احساس نمی شده است. هر چند با توجه به حجم بالای مبادلات و مراودات افراد در عرصه ی داخلی و حتی بین المللی نیاز به وجود قوانین و قواعد یک دست و مشخصی جهت بهبود روابط افرادی که چه بسا در بستر جامعه ای اسلامی رشد نیافته و با نهادهای فقهی آشنایی لازم را ندارند به صورت محسوسی احساس می شود.

انتقال طلب و تبدیل تعهد به وسیله ی تبدیل متعهدله

در قسمت کلیات گفته شد که قانونگذار تعریفی از انتقال طلب ارائه نکرده است اما این مفهوم با تدییق در مواد قانون مدنی توسط قانونگذار ایرانی و با گرته برداری از قانونگذار فرانسوی بی شک مورد تایید نظام حقوقی ایران می باشد. در تبدیل تعهد به وسیله ی تبدیل متعهدله فرد متعهدله بر اساس قراردادی تعهد سابق موجود بین خود و فرد متعهد را ساقط می کند در همین حین فرد ثالثی جانشین متعهدله شده و تعهد جدیدی شکل می گیرد که بر اساس آن فرد متعهد در برابر شخص ثالثی که متعهدله این تعهد جدید است مسئول تلقی می شود.

در این بحث باید گفت علی رغم شباهت ظاهری، تبدیل تعهد به وسیله ی تبدیل متعهدله باانتقال طلب تفاوت هایی دارد:
۱. در تبدیل تعهد ما به دنبال از بین بردن تعهداولیه وایجاد تعهدی جدید هستیم. در این تعهد جدید طرفین متعهد و شخص ثالث می باشندورضایت متعهداز این حیث که به وسیله ی تبدیل تعهد وی در رابطه ی حقوقی جدیدی قرار می گیردکه به وسیله ی آن در برابر شخص ثالث مسئول قلمداد خواهد شد، لازم و ضروری است. در نتیجه برای تبدیل تعهد به وسیله ی تبدیل متعهدله علاوه بر رضایت متعهدله تعهد اول وشخص ثالث رضایت متعهد نیزضروری بوده وغیرقابل انکار است. این امر در حالی است که در انتقال طلب تعهداولیه برخلاف تبدیل تعهد ساقط نمی شود بلکه با تمام تضمینات و ویژگی های خود به شخص ثالث انتقال پیدامی کندوبه عبارتی صرفا متعهدله در مال خود یعنی آن طلبی که داشته است تصرف کرده است وطبق قواعد فقهی وحقوقی تصرف هر فرد در اموال خود مجاز می باشد. در نتیجه برای تحقق این انتقال طلب صرفا به اراده و رضایت متعهدله و شخص ثالث نیاز بوده ومتعهد نقشی ایفانمی کند.
البته برخی استادان حقوق در تبدیل تعهد، به علت سکوت قانونگذار قانون مدنی در خصوص رضایت متعهد، آن رالازم نپنداشته و صرفا به رضایت متعهدله و شخص ثالث اکتفامی کنند. لازم به ذکر است که این دیدگاه قابل انتقاد و بررسی می باشد زیرا در آن توجهی به حقوق شخص متعهد نشده است درحالی که حقوق متعهدهم در میان است و تعهدی که بر ذمه ی او بوده است زایل شده و در تعهد جدیدی مسئول قلمداد شده است.
در این دیدگاه تبدیل تعهد به وسیله ی تبدیل متعهدله با انتقال طلب یکسان پنداشته می شود در حالی که این ۲ مفهوم علاوه بر آن که آثار متفاوتی دارند در نگاه قانونگذار فرانسوی که از جمله منابع نویسندگان قانون مدنی در این قسمت بوده است، یکسان نبوده وتعریف، احکام وشرایط خاص خود رادارند.
۲. همانطورکه گفته شد در انتقال طلب، طلب از بین نرفته وباقی است ومالک صرفا در مال خود تصرف حقوقی انجام داده است؛ در نتیجه مالکیت طلب با تمام شرایط وتضمینات خود از مالک به شخص ثالث منتقل می شود، در نتیجه متعهداز تمام ایراداتی که در برابر مالک برخوردار بوده است، در مقابل شخص ثالث منتقل الیه نیزبرخوردار است؛ اما در تبدیل تعهد، چون تعهداولیه زایل می شود امکان استناد به ایرادات تعهد سابق از سوی متعهد نیزبه تبع آن از بین می رود.
در نتیجه تبدیل تعهد به وسیله ی تبدیل متعهدله با انتقال طلب متفاوت بوده ودارای آثار یکسانی نمی باشند.

فصل چهارم: رویکرد نظام حقوقی فرانسه

در حقوق غرب از جمله فرانسه تعهدات محور اصلی حقوق مدنی بوده و مشهور است که

تعهدات ستون فقرات مباحث حقوق مدنی است.از جمله مباحث مهم وکاربردی در خصوص تعهدات بحث تبدیل تعهد می باشد.تبدیل تعهد در قانون مدنی فرانسه نیز مانند نظام حقوقی ایران تعریف نشده است اما حقوقدانان فرانسوی آن را به "تراضی طرفین به سقوط تعهد موجود و ایجاد تعهدی جدید،که در یکی از عناصر خود با تعهد سابق متفاوت است، به گونه‌ای که سقوط تعهد اول سبب سقوط تعهد دوم باشد" تعریف کرده اند.

در نتیجه در نظام حقوقی فرانسه نیز مانند نظام حقوقی ایران تبدیل تعهد با تغییر یکی از ارکان تعهد اولیه، زایل شدن تعهد اولیه و ایجاد یک تعهد جدید امکان پذیر می باشد.

تاریخچه:

در حقوق روم به عنوان یکی از منابع اصلی حقوق اروپا تعهد وابسته به شخص فرد متعهد بود و این چنین تصور می کردند که تعهد یک رابطه ی حقوقی شخصی بین متعهد و متعهدله است. در نتیجه ی آن، هرگونه تغییر در ارکان تعهد، مستلزم از بین رفتن تعهد بود.

در این زمان قابلیت انتقال دارایی به صورت محدود مورد پذیرش قرار گرفت؛ به این صورت که در حالتی صرفا وراث شخص متوفی جانشینان و قائم مقامان وی فرض می شدند و به همین علت امکان تصرف در دارایی او از جمله تعهدات مثبت (طلب ها) او را داشتند یا اینکه افراد صرفا می‌توانند وکالت در دریافت طلب خود را به دیگران بدهند که البته آن هم پیامدهای منفی خود مثل اقدام برای دریافت طلب از طرف خود موکل به جای شخص وکیل را داشت و با مشکلاتی روبه رو بود. به دلیل وجود این محدودیت برای افراد، تبدیل تعهد صرفا از طریق تغییر متعهد یا متعهدله قابل تصور بود. به این صورت که تعهد اولیه به طور کامل زایل شده و از بین می رفت، ارکان آن تغییر می کرد و تعهد جدیدی به وجود آمده و جانشین آن می شد.

به تدریج در نظام حقوقی فرانسه طلب به عنوان بخشی از دارایی مثبت افراد مورد شناسایی قرار گرفت و دارایی افراد شامل اموال و تعهدات آنها شد و طلب قابلیت نقل و انتقال پیدا کرد.

در حقوق جدید غرب به طور کلی، و در نظام حقوقی فرانسه بعد از تغییرات سال ۲۰۱۶ تعهد به عنوان بخشی از دارایی متعهدله مورد پذیرش قرار گرفته است؛ درنتیجه، انتقال طلب امری پذیرفته شده است.

طبق تعریف حقوقدانان فرانسوی از انتقال طلب "انتقال طلب قراردادی است که به موجب آن، طلبکار تمام یا بخشی از طلب خود را به صورت معوض یا غیر معوض به شخص ثالث منتقل می نماید."

در نظام حقوقی فرانسه نیز مانند نظام حقوقی ایران بین تبدیل تعهد به وسیله ی تبدیل متعهدله و انتقال طلب تفاوت هایی وجود داشته و این دو مفهوم یکسان پنداشته نشده اند.

۱.در نظام حقوقی فرانسه مانند نظام حقوقی ایران در بحث رضایت گفته شده است که در تبدیل تعهد به وسیله ی تبدیل متعهدله از آنجایی که تعهد سابق از بین رفته و ساقط می شود و تعهد جدیدی به وجود آمده و جای آن را می گیرد که یکی از طرفین آن متعهد تعهد اولیه است، بنابراین به رضایت و اراده متعهد برای تبدیل تعهد نیاز بوده و لازم است در حالی که در انتقال طلب تعهد جدیدی به وجود نمی آید در نتیجه به رضایت اراده ی متعهد نیازی نیست.

هرچند در انتقال طلب رضایت متعهد شرط نیست، اما برای جلوگیری ایفای ناروا، انتقال طلب در صورتی در برابر متعهد و اشخاص ثالث قابل استناد است که یا به متعهد ابلاغ شود یا آنکه رضایت او در خصوص انتقال طلب ضمن سندی رسمی درج گردد هرچند این ابلاغ یا تنظیم سند رسمی شرط صحت تبدیل تعهد نمی باشد.

۲.در نظام حقوقی فرانسه مانند نظام حقوقی ایران با تبدیل تعهد چون تعهد اولیه زایل می شود تضمینات و شرایط خاص آن تعهد از بین رفته و به تعهد ثانویه منتقل نمی شوند اما در انتقال طلب چون زوالی صورت نمی گیرد و تعهد اولیه همچنان پابرجا است تضمینات و شرایط خاص آن نیز همچنان موجود بوده و به منتقل الیه ثالث منتقل می شوند. پس در نظام حقوقی فرانسه هم مانند نظام حقوقی ایران بین مفهوم انتقال طلب و تبدیل تعهد به وسیله ی تبدیل متعهدله تفاوت وجود دارد و این دو مفهوم متمایز از یکدیگر می باشند.

بعلاوه اینکه نظام حقوقی فرانسه نیم نگاهی به حقوق متعهد نیز داشته است و با اقداماتی از جمله ایجاد الزام قانونی بر دوش متعهدله مبنی بر ابلاغ درصورت انتقال طلب به ثالث به نفع متعهد، سعی در حفظ حقوق متعهد و جلوگیری از سوءاستفاده ی احتمالی و ایفای ناروا داشته است.





زهرا یاری کرده

فارغ‌التحصیل کارشناسی حقوق از دانشگاه خوارزمی
دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق مالی دانشگاه تهران

نتیجه‌گیری و پیشنهادات

در نظام حقوقی ایران و فرانسه مفهوم انتقال طلب مورد شناسایی قرار گرفته است و بر اساس ارکان چهارگانه ی تعهد برای آن چهار قسم پیشبینی شده است. در انتقال طلب به وسیله ی تبدیل متعهدله که در این مقاله مورد بررسی بوده است تعهد اولیه زایل شده، فرد ثالث جانشین متعهدله شده و تعهد جدیدی شکل می گیرد که در آن متعهدله تعهد اوله نقش و جایگاهی ندارد بلکه متعهد تعهد اولیه متعهد این تعهد جدید و طرف ثالث متعهدله آن می باشد.

در کنار مفهوم تبدیل تعهد به وسیله ی تبدیل متعهدله مفهوم انتقال طلب نیز وجود دارد که علی رغم شباهت هایی این ۲ مفهوم مجزا از هم بوده، آثار، احکام و شرایط متفاوتی دارند.

در نظام حقوقی ایران با توجه به منابع فقهی موجود و ابهام موجود در قانون مدنی بین حقوقدانان در خصوص تمایز بین انتقال طلب و تبدیل تعهد به وسیله ی تبدیل متعهدله اختلاف نظر وجود دارد اما با نگاه به رویکرد قانونگذار فرانسوی به عنوان یکی از منابع اصلی نویسندگان قانون مدنی می توان به تمایز موجود بین این ۲ مفهوم پی برد.



زهرا یاری کرده

فارغ‌التحصیل کارشناسی حقوق از دانشگاه خوارزمی
دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق مالی دانشگاه تهران

پیشنهادات

پیشنهاد می شود در یک قانون تفسیری یا حداقل در یک نظریه ی مشورتی به طور دقیق و واضح مفهوم تبدیل تعهد توضیح داده شده، اقسام و آثار آن ذکر شده و به اختلاف نظرات موجود در خصوص اقسام تبدیل تعهد پایان داده شود.

علاوه بر آن پیشنهاد می شود با الگو برداری از قانونگذار فرانسوی در جهت جلوگیری از سوءاستفاده ی احتمالی و ایفای ناروا دین، الزاماتی از قبیل ابلاغ انتقال طلب و یا موارد دیگر به متعهد صورت گیرد تا حقوق وی حفظ شود.

منابع

کتب منبع

۱. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ شصت و پنجم، بنیاد حقوقی میزان، پاییز۱۴۰۲؛

۲. فرهاد، بیات، شیرین، بیات، شرح جامع قانون مدنی بر اساس نظریات علمای برجسته ی حقوق ...، انتشارات ارشد، زمستان۱۴۰۱؛

۳. صفایی، سید حسین، دوره¬ی مقدماتی حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، بنیاد حقوقی میزان، زمستان ۱۳۹۹؛

۴. امامی، حسن، حقوق مدنی، جلد اول، انتشارات اسلامیه، ۱۳۹۹.

مقالات

۱. سکوتی نسیمی، رضا؛ غریبه، علی؛ جاوید، علی؛ تاثیر انتقال تعهد اصلی بر عقود تبعی آن در حقوق ایران و فرانسه، نشریه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، زمستان ۱۳۹۹- شماره ۲۶، ص ۶۹-۸۸؛

۲. یزدانیان، علی رضا؛ بزرگمهر، داوود؛ بررسی فقهی - حقوقی طرق انتقال ارادی طلب با نگاهی تطبیقی به حقوق فرانسه، نشریه حقوق خصوصی (دانشگاه تهران)، بهار و تابستان ۱۳۹۰- شماره ۱۸، ص ۵-۲۴؛

۳. امیدعلي، سلمان؛ انتقال طلب در حقوق ایران و حقوق تجارت بین الملل، نشریه مطالعات حقوق، پاییز ۱۴۰۱، دوره جدید شماره ۲۹، ص ۲۵۳-۲۶۹؛

۴. صفایی، سیدحسین؛ جواهرکلام، محمده؛ طرفین حواله و لزوم رضایت محالعلیه؛ تمهید نظریه عمومیِ انتقال دین و طلب در فقه امامیه با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه ، نشریه آموزه های فقه مدنی، پاییز و زمستان ۱۴۰۲- شماره ۲۸، ص ۲۳۱-۲۶۵؛

۵. کاظمی، محمود؛ زارعی، علی؛ مطالعهٔ تطبیقی تبدیل تعهد در حقوق ایران و غرب (روم و فرانسه)، نشریه مطالعات حقوق خصوصی، تابستان ۱۳۹۵ - شماره ۲، ص ۳۰۵-۳۲۳؛

۶. دولتی، تکتم سادات؛ اندرز، داود؛ امیرزاده جیرکلی، منصور؛ آثار انتقال طلب در فقه امامیه، حقوق ایران و اصول حقوق قراردادهای اروپا، نشریه مطالعات فقه اقتصادی، زمستان ۱۴۰۲، دوره پنجم- شماره ۱۹(ب)، ص ۲۳۲-۲۴۸.

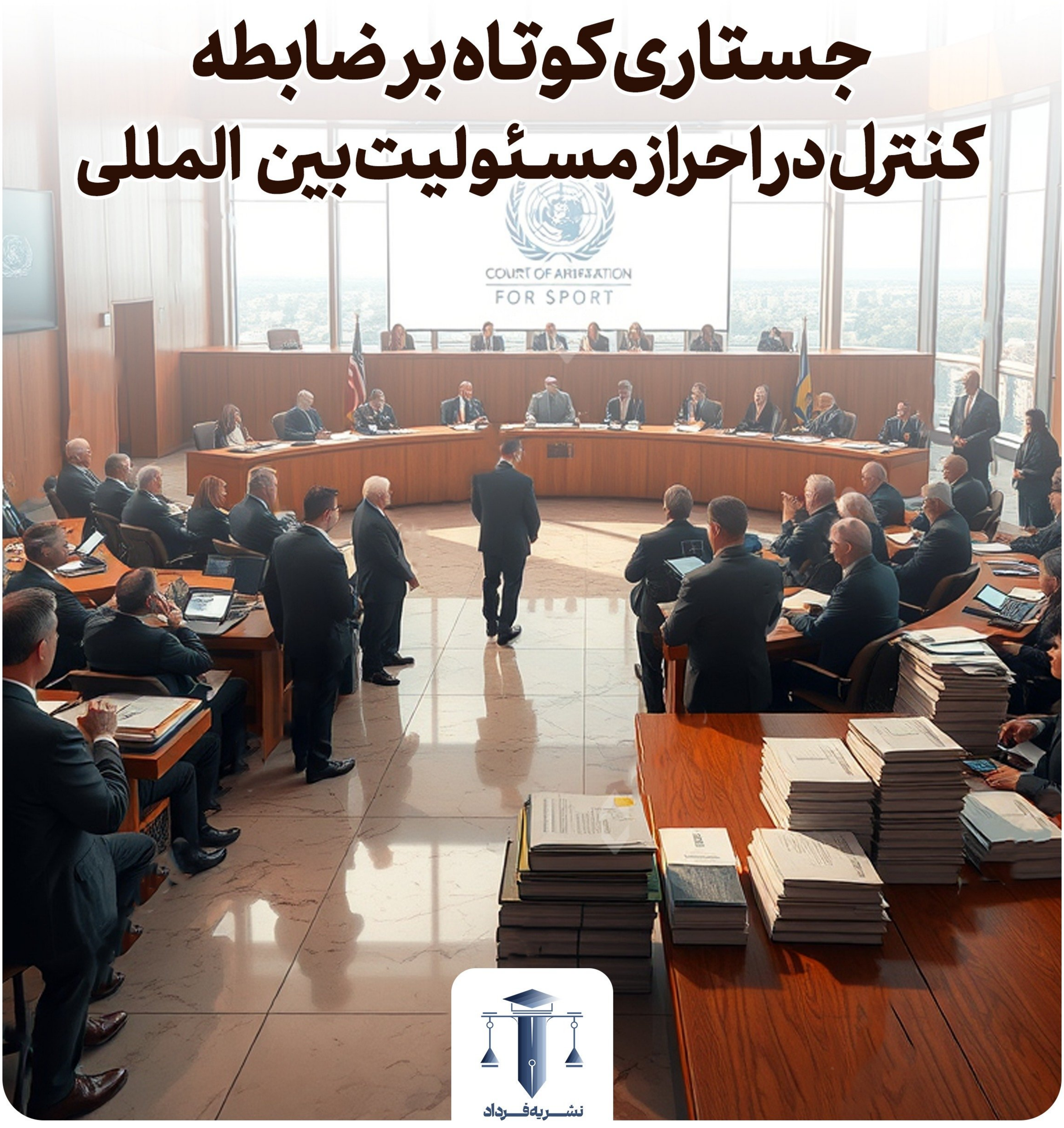
نشریه فرداد

حقوق بین الملل عمومی

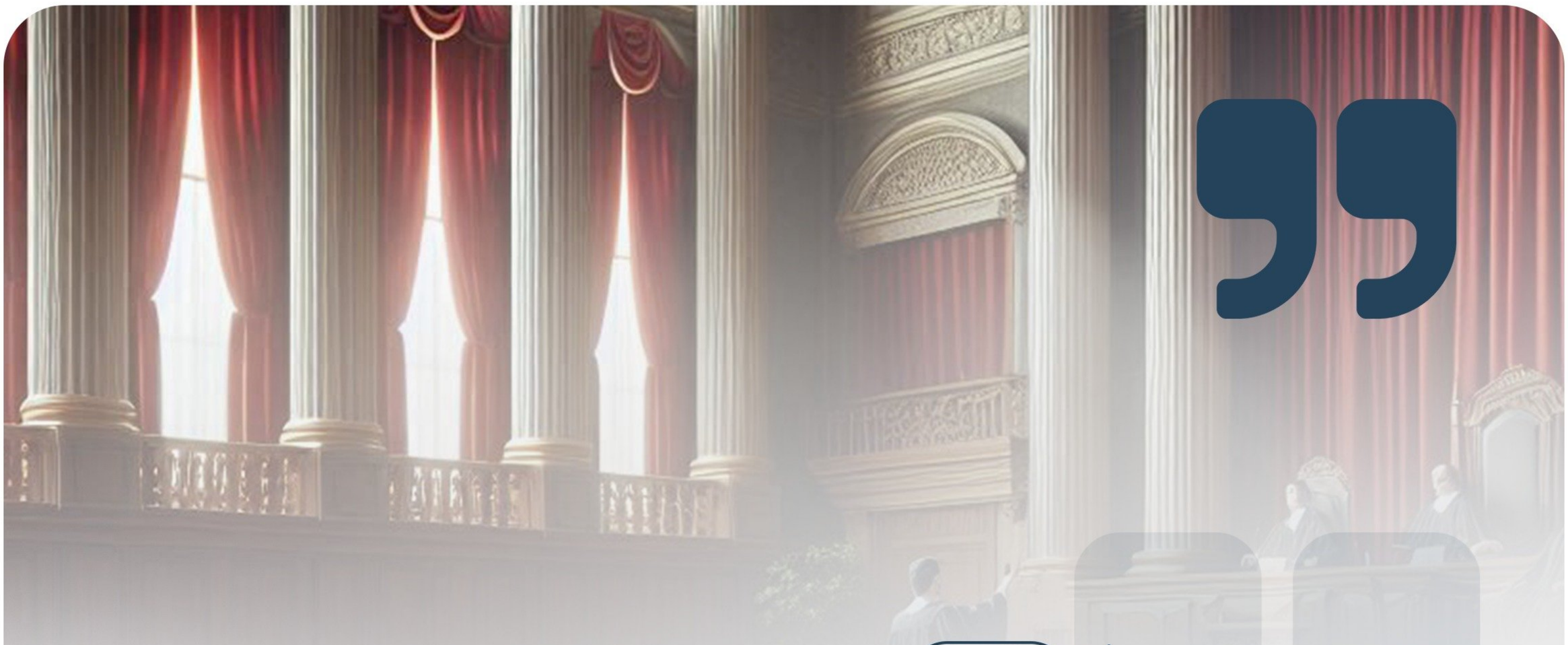
سال اول | شماره دوم | **نشریه علمی دانشجویی فرداد**
صاحب امتیاز انجمن علمی حقوق دانشگاه خوارزمی

سال اول | شماره دوم | **نشریه علمی دانشجویی فرداد**
صاحب امتیاز انجمن علمی حقوق دانشگاه خوارزمی

جستاری کوتاه بر ضابطه کنترل در احراز مسئولیت بین المللی



نشـــریه فـــرداد



چکیده



مهسا خیرخواه
دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق بین الملل دانشگاه خوارزمی
mahsa.k@khu.ac.ir

معیار کنترل موثر که مفهومی برگرفته از عرف بین المللی و چارچوبی برای احراز مسئولیت بین المللی دولت ها در قبال نقض قوانین بین المللی، توسط عوامل غیردولتی و پاسخگو ساختن آن ها در محاکم بین المللی است، زمینه زیادی برای بحث و تعدد رویه میان محاکم بین المللی در دیوان بین المللی دادگستری و دادگاه بین المللی کیفری ویژه یوگسلاوی سابق را فراهم نمود. با مطالعه رویه قضایی در این باره می توان دریافت که میان محاکم بین المللی در انتساب مسئولیت دولت و افراد در حقوق بین الملل اختلاف هایی موجود است. نهایتا معیار کنترل موثر توسط دیوان بین المللی دادگستری در رویه های واحد در قضایای نیکاراگوئه و ژنوسید بوسنی و همچنین توسط کمیسیون حقوق بین الملل نیز پذیرفته شده است. این مقاله ضمن بررسی آرا و رویه های قضایی در این باره، به توصیف معیار کنترل و شاخصه های احراز آن از منظر حقوق بین-الملل مسئولیت دولت ها می پردازد.

واژگان کلیدی:
کنترل موثر، کنترل کلی، مسئولیت بین المللی دولت ها، قضیه نیکاراگوئه، قضیه تادیچ، ژنوسید بوسنی، انتساب، مسئولیت کیفری فردی



مقدمه

مهسا خیرخواه

مفهوم کنترل موثر در حقوق بین الملل، عنصری حیاتی در تعیین مسئولیت دولت ها در قبال اقدامات بازیگران دولتی و غیردولتی، مانند شورشیان و گروه های غیرنظامی و اشخاص عمومی و خصوصی و همچنین عاملی مهم در جهت ارزیابی قانونی بودن یا نبودن مداخلات نظامی است. این مفهوم جزء ماده ۸ از طرح پیش نویس کمیسیون حقوق بین الملل درباره مسئولیت بین المللی دولت ها در سال ۲۰۰۱ است که در آن به وضعیتی اشاره می شود که افراد یا گروهی که به دولت منتسب نمی شوند، اعمال خلافی را مرتکب می شوند که مسئولیت بین المللی ناشی از آن اعمال به دولتی برمی گردد که فرد یا گروه مذکور تحت کنترل آن بوده اند. این یک قاعده عرفی عام و مورد قبول جامعه بین المللی است که پیش از گنجاندن در طرح پیش نویس دولت ها ۲۰۰۱، در آرای دیوان بین المللی دادگستری و دادگاه بین المللی کیفری ویژه یوگسلاوی سابق به آن اشاره شده است. سوالی که توجه را به خود جلب می کند این است که آیا اعمال افراد و گروه های خصوصی به دولت منتسب می شود؟ و در صورت مثبت بودن پاسخ، شرایط تحقق این وضع چه مواردی هستند؟ همچنین میزان کنترلی که یک دولت باید بر فرد یا گروه داشته باشد تا چه حدی منجر به مسئولیت بین المللی آن دولت خواهد شد؟

این پرسش ها نظرات حقوق دانان و مراجع قضایی بین المللی را بر آن داشته است تا عوامل مختلف را در این خصوص شناسایی نموده و سهم هر کدام در تحقق مسئولیت بین المللی دولت ها را مشخص سازند؛ لکن، این امر به اختلافات فراوانی میان حقوق دانان و محاکم بین المللی از جمله دیوان بین المللی دادگستری و دادگاه بین المللی کیفری ویژه یوگسلاوی سابق دامن زده است. در آرای صادره از دیوان بین المللی دادگستری و دادگاه بین المللی کیفری ویژه یوگسلاوی سابق نوعی تعارض مشهود است. دیوان بین المللی دادگستری در رای فعالیت های نظامی و شبه نظامی ایالات متحده در نیکاراگوئه به معیار کنترل موثر اشاره داشته است؛ در حالی که دادگاه بین المللی کیفری ویژه یوگسلاوی در قضیه تادیچ برای تسهیل انتساب اعمال افراد و گروه ها به دولت با کاستن از درجه و میزان کنترل دولت، از معیار کنترل کلی استفاده کرده است که باعث ناخرسندی دیوان شده بود. هر چند رسالت دادگاه بین المللی ویژه یوگسلاوی سابق، مجازات و مسئولیت کیفری افراد در ارتکاب جنایات بین المللی بوده، قواعد کنترل موثر از دید دیوان بین المللی دادگستری حاکم بر انتساب مسئولیت به دولت هاست و رای ژنوسید ۲۰۰۷ نیز این مسئله را به روشنی حل کرده و پاسخ داده است و به طور کلی، این دو ضابطه می توانند در کنار هم به حیات خود ادامه دهند.[1]

اهمیت این موضوع و جایگاه و آثار آن در قواعد حقوق مسئولیت بین المللی دولت ها اقتضا می کند تا جایگاه، میزان و اهمیت معیار مذکور در پرتو دکترین حقوقی و آرای قضایی مورد توجه قرار گیرد. از این رو پژوهش حاضر به تبیین موضوع در پرتو آرای قضایی و دکترین پرداخته و سعی دارد به سوالات مطروحه پاسخ دهد.

۱. عنصر انتساب

انتساب در مفهوم لغوی به معنی نسبت داشتن و رابطه و پیوند برقرار کردن است. در این جا مفهوم مدنظر ما از انتساب مربوط به پیوند برقرار کردن موقعیت حقوقی فرد با تابع دیگر است.

۱. عسکری، پوریا. (۱۳۸۸). مسئولیت بین المللی افراد و دولت ها در پرتو ضابطه کنترل. مجله حقوقی بین المللی ۴۰(۲۶)

دولت به عنوان یک موجودیت[۲] تنها می تواند از طریق افرادی اقدام نماید که رفتار آن ها از طرف دولت و به مثابه عمل دولت تلقی می گردد که با توجه به ارتباط دقیق آن ها با دولت، آن ها را ارگان یا کارگزار می نامند. از نظر حقوقی فعل و ترک فعل این افراد به مثابه اقدام دولت تلقی شده و به صورت انحصاری متعلق به دولت است و نمایندگی و ماموریتی وجود ندارد. پس به طور کلی انتساب عملیاتی حقوقی است که از طریق آن فعل یا ترک فعل اشخاص حقیقی که از سوی دولت عمل می کنند، از لحاظ حقوقی، عمل دولت محسوب می شود[۳]. دولت به مثابه یک شخصیت حقوقی دارای اختیاراتی است که عملی را انجام دهد؛ لکن این موضوع به این معنا نیست که دولت می تواند به خودی خود اقدام کند، بلکه اقدام دولت در گرو فعل یا ترک فعل گروه انسانی است که منجر به نقض تعهد بین المللی و در نتیجه مسئولیت بین المللی دولت می شود که می توان این رابطه را نوعی رابطه اعتباری در نظر گرفت. نقض تعهد بین المللی می تواند نقض یک تعهد عام[۴] یا قاعده ای خاص[۵] باشد که در هر دو صورت انتساب مسئولیت آن ها ذیل قواعد ثانویه قرار می گیرد که اجرا و رعایت آن برای ایجاد نظم حقوقی و اجرای قواعد اولیه ضروری می نماید و از همین نظر، لازم است که تابعان اصلی حقوق بین الملل مسئول اعمال خود باشند.[۶] انتساب بر اساس استانداردهای هنجاری که توسط حقوق بین الملل پیش بینی شده است واقع می گردد.

حقوق بین الملل عمدتا به جایگاه رسمی و غیر رسمی ارگان ها و کارگزاران دولتی برای پیوند دادن پیامدهای حقوقی به دولت اشاره دارد. قواعد مربوط به انتساب نیز در زمره قواعد حقوق بین الملل است نه قواعد داخلی کشورها که بند ۱ ماده ۴ طرح پیش نویس شاهدی بر همین مدعاست که بر عبارت ذیل حقوق بین الملل[۷] تاکید می کند. قواعد حقوق بین الملل در این خصوص اعم از قواعد عام و قواعد خاص به ویژه در رژیم های معاهداتی می باشند. برای مثال بر اساس معاهده ۱۹۷۲ درباره مسئولیت بین المللی ناشی از خسارات اشیای فضایی، دولت مسئول تمام خسارات ناشی از اقدام های فضایی تحت صلاحیتش است؛ خواه به صورت شخصی باشد یا دولتی.[۸]

2. Entity
3.Kolb، R. (2017). The international law of state responsibility: an introduction. Edward Elgar Publishing.
4. General Rules
5. Lex Specialist

۶.ملکی زاده، امیرحسین. (۱۳۹۱). تحلیل مفهوم قابلیت انتساب مسئولیت بین المللی در رویه دیوان بینالمللی دادگستری. مجله راهبرد، ۶۴(۲۱)

7. Under international law
8.Kolb، R. (2017). The international law of state responsibility: an introduction. Edward Elgar Publishing.

۱-۱. شرایط انتساب

قاعده اساسی انتساب، در مواد ۱ و ۲ پیش نویس مسئولیت دولت ها مقرر شده است. ماده ۱ بیان داشته که هر عمل متخلفانه بین المللی دولت، مستلزم مسئولیت بین المللی آن دولت است. این قاعده با ماده ۲ تکمیل می شود که اشعار می دارد: هنگامی دولت، مرتکب عمل متخلفانه تلقی می شود که رفتار فعل یا ترک فعل وی، طبق حقوق بین الملل به وی منتسب شود و به منزله نقض تعهد بین المللی آن دولت باشد.[۹]

برای این که عملی متخلفانه، بین المللی وصف گردد باید به دولت منتسب گردد. دیوان در قضیه کارکنان دیپلماتیک و کنسولی ایالات متحده در تهران اظهار داشت: ابتدا باید احراز کرد که عمل مورد بحث تا چه حد از نظر حقوقی به دولت ایران قابل انتساب است و دیگر، باید مغایرت یا عدم مغایرت آن رفتارها و اعمال با تعهدات ایران به موجب معاهدات لازم الاجرا یا هر یک از قواعد حقوق بین الملل مدنظر قرار گیرد.[۱۰]

۲-۱. اعمال قابل انتساب

هر اقدام دولت در هر سطحی به دولت به عنوان تابع حقوق بین الملل منتسب می شود که این مسئله برای نهادهای عمومی دولت از قبیل حکومت مرکزی، واحدهای داخلی، منطقه ای و محلی یا ارگان های فدرال مطابق بند ۱ ماده ۴ پیش نویس مسئولیت دولت ها صادق است. این امر برای نهادهای خصوصی مطابق ماده ۵ پیش نویس مسئولیت دولت ها که به موجب قوانین دولت برای اعمال اقتدار حکومتی اختیار دارند نیز صادق است. این سازمان های خصوصی می توانند مانند شرکت های نظامی خصوصی و آژانس ها و بنیادها را دربرگیرد. انتساب ذیل موضوع نهادهای عمومی بر اساس جایگاه و در مورد نهادهای خصوصی بر اساس کارویژه و اعطای اختیار طبق قانون است[۷].واضح است که حقوق بین الملل قواعدی درباره سازمان دهی دولت ندارد و بیان نمی دارد که دولت چه ارگان هایی دارد و ساختار سازمانی آن به چه شکل است؛ بلکه، این قوانین داخلی دولت ها و رویه عملی آن ها است که مشخص می کند کدام نهاد ارگان یا کارگزار رسمی[۱۱] دولت است و از همین زنجیره برای پیوند بین پیامدهای حقوقی فعل و ترک فعل آنان و احراز مسئولیت دولت استفاده می کند. این موضوع بیانگر نص ماده ۴ پیش نویس مسئولیت دولت هاست که اشعار می دارد: ارگان، شامل هر شخص یا نهادی است که به موجب قانون داخلی دولت دارای جایگاه است.[۱۲]

9. Wallace، R. (2005). international law، 5th edition، SWEET AND MAXWELL
10. United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran، Judgment، ICJ Reports 1980، 3، at 12 (para. 17)
11. De Jure
12. Kolb، R. (2017). The international law of state responsibility: an introduction. Edward Elgar Publishing.

حقوق بین الملل دارای قواعدی است که فعل و ترک فعل های اشخاصی که بخشی از ساختار سازمانی دولت نیستند و به واسطه قوانین رسمی اختیار نمایندگی دولت را ندارند؛ لکن اقتدار دولتی از سوی آن ها اعمال می شود و بدین وسیله به دولت منتسب هستند را نیز به دولت منتسب می دارد. این موضوع بدین منظور است که از وضعیتی که دولت با نشان دادن این که این ارگان و افراد از کارگزاران و نهادهای رسمی نیستند از مسئولیت فرار کند، جلوگیری نماید. عمدتا این رفتارهای نهادهای غیر رسمی[13] در دو حالت منتسب به دولت است:

۱.دولت دستور انجام کاری را به گروهی مسلح از خرابکاران یا تروریست ها دهد یا گروهی را در خارج از کشور، تجهیز، حمایت و تامین مالی نماید و آموزش دهد که بیانگر ماده ۸ پیش نویس مسئولیت دولت هاست.

۲.دولتی که شکست خورده یا بخش هایی از سرزمین را در تسلط دارد، در حالی که ارگان های دولتی به آن ها دسترسی ندارند و افرادی به صورت خودجوش اقدامات عمومی را به دست گرفته اند که بیانگر وضعیت ماده ۹ پیش نویس مسئولیت دولت هاست.

کمیسیون حقوق بین الملل در شرح ماده ۸ که موضوع این پژوهش است دو سناریو را درنظر گرفته است. سناریوی اول، اشخاص خصوصی در انجام یک رفتار متخلفانه از دستور یک دولت پیروی می کنند. سناریوی دوم نیز مبین وضعیت کلی تری است که در آن اشخاص خصوصی تحت کنترل و هدایت یک دولت عمل می نمایند. درباره مورد اول، چون رفتاری که انجام شده توسط خود دولت دستور و اجازه داده شده به دولت منتسب است و در این مسئله اتفاق نظر وجود دارد و رویه قضایی نیز آن را مورد تایید قرار داده و ابهام خاصی در این باره نمی بیند. درباره مورد دوم اما بحث درباره ضابطه کنترل، پیچیدگی های خاصی دارد و ضرورت دارد مفهوم و دامنه اعمال و شرایط آن بررسی گردد تا مسئولیت بین المللی دولتی در این باره احراز شود.[14]

۲. مفهوم دستور

دستور، فرمانی خاص است که به اشخاص یا گروهی از اشخاص داده می شود. البته باید تعیین نمود که دولت بر کدام فعل و ترک فعل کنترل موثر دارد. دیوان در قضیه ژنوسید ۲۰۰۷ ضابطه سخت گیرانه ای داشت که تاکید می کرد باید برای هر عملیات دستور واحدی داده شود و با این وجود باید نشان داده شود که کنترل موثر اعمال شده یا دستورهای دولت مرتبط با هر عملیاتی باشد که نقض ادعایی در آن رخ داده است. این پذیرفته نیست که دستور با همه اقدام های اشخاص مرتکب یا گروهی از آن ها ارتباط داشته باشد.

13. De Facto

۱۴. زارع، فردوس (۱۳۸۹)، مسئولیت بین المللی دولت در قبال اشخاص خصوصی با تاکید بر مفهوم تئوری کنترل، پایان نامه جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد در رشته حقوق بین الملل، دانشگاه علامه طباطبایی

به عبارتی، برای انتساب، ارتباط نزدیکی با دستورها لازم است؛ بدین معنی که فعل و ترک فعل در قالب ماموریت باشد و هدف ماموریت به شمار رود و فعل و ترک فعل‌ها منبعث از هدف و اختیارات صریح اعطایی باشد.[۱۵]

۳. مفهوم کنترل و هدایت

کنترل و هدایت به وضعیتی اشاره دارند که دولت نسبت به انجام یک رفتار متخلفانه، تسلط و غلبه دارد و این تسلط با توجه به اشرافی است که به دولت، گروه یا اشخاص دیگر دارد و با علم به آن، رفتاری را به خود مرتبط می سازد و در واقع یک هدایت واقعی و ضمنی موثر است نه صرف تحریک و پیشنهاد انجام یک رفتار. این دو واژه در زبان انگلیسی در یک معنا و به جای هم به کار می روند؛ لکن در معنای فرانسوی آن هدایت، معنی اقتدار کامل بر عملی را می دهد که در زبان انگلیسی این گونه نیست.[۱۶]

کنترل و هدایت وضعیت گسترده تری نسبت به دستور دارند و در واقع به وضعیتی اشاره دارند که دولت میزانی واقعی از کنترل بر ارگان ها یا اشخاص داشته باشد که از نظر تاثیر یک دستور داراست. به عبارتی، باید به گونه ای کنترل کامل بر فعل و ترک فعل دیگر موجودیت ها داشته باشد که قانونا اقدام دولت در نظر گرفته شود و زمانی اقدام ها انجام یا لغو می شوند که دولت دستور آن را داده باشد؛ در غیر این صورت همان موجودیت مثلا گروه نظامی، باید پاسخگوی اعمال متخلفانه خود باشد.

دیوان بین المللی دادگستری در قضیه فعالیت های نظامی و شبه نظامی ایالات متحده در نیکاراگوئه و ژنوسید بوسنی ۲۰۰۷ معیار کنترل موثر را در نظر گرفت که کمیسیون حقوق بین الملل نیز همان را اتخاذ نمود.[۱۱] در مقابل، دادگاه بین المللی کیفری ویژه یوگسلاوی سابق در رای خود در رسیدگی به جرایم دوسکو تادیچ از معیار مذکور پیروی نکرد و معیار کنترل کلی را پیشنهاد نمود و این معیار را به حوزه مسئولیت بین المللی دولت ها نیز تعمیم داد و بر این باور بود که این معیار در مقام انتساب اعمال نهادهای غیر دولتی به دولت باید جایگزین معیار کنترل موثر شود؛ لکن دیوان این موضع را قانع کننده ندانست و در رای ژنوسید ۲۰۰۷ با آن مخالفت کرد؛ زیرا به زعم دیوان، اعمال این معیار باعث گسترش حوزه مسئولیت دولت ها فراتر از اصول بنیادین حاکم بر حقوق مسئولیت بین المللی دولت ها خواهد شد. (ICJReport: ۲۰۰۷: p۴۰۶)

15. Kolb، R. (2017). The international law of state responsibility: an introduction. Edward Elgar Publishing.

۱۶. راعی. مسعود (۱۳۸۸). کنترل کلی یا کنترل موثر عاملی برای تحقق مسئولیت بین المللی دولت ها، مجله مطالعات حقوق خصوصی، ۳۹-۳

۴. معیار کنترل موثر (با نگاهی به رای دیوان بین لمللی دادگستری در قضیه عملیات های نظامی و شبه نظامی ایالات متحده در نیکاراگوئه)

دولت نیکاراگوئه در دادخواست تقدیمی خود در سال ۱۹۸۶ به دیوان بین المللی دادگستری، مدعی شده بود که ایالات متحده آمریکا یک گروه مسلح مزدور تحت عنوان کنتراها را در نیکاراگوئه تشکیل داده و برای مبارزه با دولت انقلابی نیکاراگوئه (ساندینیستا)، آن ها را به صورت گسترده از لحاظ مالی تامین کرده، آموزش داده، مجهز و مسلح نموده و در یک عملیات جنگی سازمان دهی و هدایت نموده است. در واقع، دولت نیکاراگوئه مدعی بود نیروهای کنترا به عنوان ارگان ایالات متحده در حال جنگ با دولت نیکاراگوئه بودند و مسئولیت ارتکابی اعمال این نیروها متوجه آمریکا است.[۱۷]

جنبه مهم این مناقشه مربوط به این مسئله بود که آیا فعالیت های نظامی یک جنبش مخالف علیه دولت نیکاراگوئه، به دولت ایالات متحده قابل انتساب است یا خیر. دیوان متذکر شد که طبق گفته های نیکارگوئه، کنتراها چیزی بیش از گروهی از مزدوران نیستند که توسط ایالات متحده استخدام، سازمان دهی، تامین مالی و هدایت شده اند؛ این بدان معناست که آن ها هیچ انفکاکی از این دولت ندارند[۱۸] و در نتیجه، هر جنایتی که آن ها مرتکب شده باشند مانند جرایم سایر نیروهای تحت فرماندهی ایالات متحده، قابل انتساب به آن دولت است.

همچنین از نظر نیکاراگوئه حملات نظامی و شبه نظامی ایالات متحده علیه نیکاراگوئه مصداق یک درگیری داخلی نبوده و اساسا اعمال ایالات متحده محسوب می شوند. دیوان در ادامه متذکر شد مشارکت ایالات متحده حتی اگر غالب و تعیین کننده باشد در تامین مالی، آموزش و تجهیز نیروهای متخاصم و برنامه ریزی عملیات ها، همچنان ناکافی است و بر اساس شواهدی که دیوان در اختیار دارد همه اشکال مشارکت ایالات متحده، حاکی از کنترل عمومی[۱۹] این دولت بر نیروهای کنترا بوده و برای این که این کار منجر به مسئولیت قانونی ایالات متحده شود، باید ثابت شود که این کشور کنترل موثری[۲۰] بر عملیات نظامی و شبه نظامی که در جریان آن تخلفات ادعایی حقوق بشر دوستانه رخ داده است، داشته است و به عبارتی آن نیروها را مجبور و واردار به ارتکاب آن اعمال کرده باشد.[۲۱]

۱۷. عسکری، پوریا. (۱۳۸۸). مسئولیت بین المللی افراد و دولت ها در پرتو ضابطه کنترل. مجله حقوقی بین المللی ۴۰(۲۶)

18. Total Dependency
19. General Control
20. Effective Control
21. Dixon، M.، McCorquodale، R.، & Williams، S. (2011). Cases and materials on international law. Oxford University Press

دیوان این استدلال که این نیروها به دلیل وابستگی به ایالات متحده تا حدی تابع ایالات متحده هستند که اعمال ارتکابی آن ها به این دولت قابل انتساب باشد را رد می کند و بر این عقیده است که کنتراها مسئول اعمال خود باقی می مانند و ایالات متحده مسئول رفتار خود در قبال نیکاراگوئه از جمله رفتار مربوط به مخالفان[۲۲] است. شکایات نیکاراگوئه مربوط به نقض ادعایی حقوق بشردوستانه توسط کنتراها قابل انتساب به ایالات متحده نیست بلکه اقداماتی غیر قانونی و ارتکاب یافته توسط کنتراهاست که ممکن است ایالات متحده با آن ها در ارتباط باشد. از نظر دیوان نیروهای کنترا بدون دخالت ایالات متحده نیز می توانستند باعث ارتکاب چنین افعالی بشوند و در این باره، مسئولیت قانونی دولت ایالات متحده زمانی مطرح است که نشان دهد این کشور بر عملیات منجر به نقض حقوق بشر و حقوق بشردوستانه کنترل موثری داشته است. از آن جا که چنین شواهدی یافت نشده که نشان دهد ایالات متحده به همراه کنتراها در این عملیات ها شرکت داشته است پس تخلف مزبور قابل انتساب به این کشور نیست.

نیکاراگوئه همچنین استدلال می کرد که ایالات متحده خود این گروه کنتراها را ایجاد نموده است و به همین دلیل اعمال ارتکابی آنان منتسب به ایالات متحده است؛ اگرچه در این باره توضیح بیشتری نداد. این نکته حائز اهمیت است که اگر خود ایالات متحده واقعا این گروه کنترا را ایجاد می کرد، استنتاج دیوان در این باره متفاوت بود و یقینا با دلایل بیشتری می توانست این گروه را به عنوان رکن ایالات متحده شناسایی نماید. این گروه مسلح دوازده هزار نفری که ایالات متحده از آن ها پشتیبانی می کرد، با هدف براندازی حکومت نیکاراگوئه حرکت می کردند؛ هرچند که خط مشی و سیاست ایالات متحده این گونه نبود. اما به طور کلی دیوان نتیجه گرفت که حمایت و پشتیبانی مالی ایالات متحده از این نیروها باعث مداخله در امور داخلی نیکاراگوئه شده است.[۲۳]

دیوان به طور کلی در این رای، دو معیار را برای انتساب در نظر گرفت: معیار کنترل کامل[۲۴] و معیار کنترل موثر. معیار کنترل کامل شامل کنترل یک دولت بر تمام کارکردهای یک گروه می شود. دیوان برای احراز این نوع کنترل و وابستگی معیارهایی را ارائه داده است:

* **رکن غیردولتی به طور واقعی توسط آن دولت ایجاد شده باشد.**

22. Partial Dependency
23. Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United State of America), Merits, ICJ Judgment of 27 June 1986.
24. Complete Control

*** دخالت دولت باعث آموزش و تامین مالی بیش از حد باشد، به طوری که ایجاد یک وابستگی کامل کند، نه صرف حمایت.**
*** دولت باید گروه را به طور واقعی کنترل نماید.**
*** دولت رهبران سیاسی گروه را انتخاب نماید.**
*** گروه به طور کامل به دولت وابسته بوده و اختیار مجزا و واقعی نداشته باشد.**
*** نوع و درجه کنترل باید مساوی با کنترل یک دولت بر ارکان رسمی خود باشد.**

در این حالت دولت حتی برای اقداماتی که خارج از اختیارات گروه انجام یافته، مسئول خواهد بود و این گروه رکن غیررسمی دولت تلقی خواهد شد و تفاوت آن با دیگر گروه های غیررسمی دولت، پیش بینی شدن آن ها در قانون داخلی کشور است.[۲۵]



معیار دوم یا همان معیار کنترل موثر، کنترل دولت نسبت به اعمال خاص در طول یک عملیات خاص که ممکن است در آن نقض هایی نیز صورت گیرد مربوط است و زمانی اعمال می شود که شرایط معیار کنترل کامل وجود نداشته باشد. استدلالات دیوان در این پرونده در حمایت و تاکید از معیارهای کنترل موثر قاضی رابرت آگو، زمانی که وی گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین الملل بود، است. در این باره دیوان بیان داشت که وضعیت گروه کنتراها مانند گروه هایی در آمریکای لاتین که کاملا به کشور کنترل کننده وابسته بودند و مطابق با طرح و نقشه آنان حرکت می‌کردند، نبوده؛ بلکه این گروه درجاتی از عدم وابستگی و استقلال نسبت به ایالات متحده داشته و صرفا مورد حمایت مالی و تجهیزاتی بوده است و همین باعث تفاوت رویکرد دیوان در برخورد با انتساب نقض های ادعایی حقوق بشر دوستانه با ایالات متحده شده است. کنترل موثر در این قضیه از نظر دیوان باید دو هدف را دنبال کند:

*** صدور دستورالعمل ایالات متحده به کنتراها درباره اعمال خاص از جمله اعمال ناقض حقوق بشردوستانه، به معنی دستور به انجام آن از سوی آن کشور بوده است.**

۲۵. ملکی‌زاده، امیرحسین. (۱۳۹۱). تحلیل مفهوم قابلیت انتساب مسئولیت بین المللی در رویه دیوان بین المللی دادگستری. مجله راهبرد، ۶۴(۲۱)

*** هر کدام از اعمال خاص دستور داده شده از سوی ایالات متحده باید به طور موثر کنتراها را مجبور به هدایت و ارتکاب آن‌ها کرده باشد؛ به طوری که عملکرد کنتراها از جانب ایالات متحده را توجیه کند**[۱۹].

دیوان در این قضیه در حالی که بی درنگ اقدامات تسلیح و تجهیز نیروها به ایالات متحده را قابل انتساب دانست و آن را نقض اصل عدم مداخله در امور داخلی کشورها و ممنوعیت توسل به زور و قواعد حقوق بین الملل عرفی در این باره عنوان کرد، از انتساب مواردی چون نقض های شدید بشردوستانه و جنایات جنگی از جمله کشتن غیرنظامیان، اسیرکردن نظامیان وکشتن آن ها، آدم ربایی، ترور و شکنجه و ... از سوی کنتراها را قابل انتساب به ایالات متحده ندانست و برای انتساب این قبیل اعمال، آستانه بسیار بالایی درنظر گرفت. ضابطه کنترل موثر که نسبت به این گونه گروه های مسلح سازمان یافته غیردولتی اجرا می شود، ممکن است هنگامی که دولت ها از گروهی غیردولتی به جای ارکان نظامی خود برای پیشبرد اهداف خود بهره ببرند و درصدد فرار از مسئولیت خود باشند استفاده شود؛ لکن در این صورت هم، دولت‌ها باید پاسخگوی اعمال خود باشند، هرچند اعمال آن گروه ها فراتر از حدود اختیاراتشان باشد.[۲۶]

۵. معیار کنترل کلی (با نگاهی به رای دادگاه بین المللی کیفری ویژه یوگسلاوی در قضیه دوسکو تادیچ)

دوسکو تادیچ محافظ یکی از کمپ های زندان صرب های بوسنی (صربسکا[۲۷]) بود. وی متهم به جنایات علیه بشریت و جنایات جنگی رخداده در آن کمپ ها گردید. وی در ۱۹۹۴ در مونیخ آلمان دستگیرو در ۱۹۹۵ برای رسیدگی به اتهامات به دادگاه بین المللی کیفری ویژه یوگسلاوی منتقل گردید. تادیچ به دلیل نقض شدید کنوانسیون ژنو، قوانین و عرف های جنگی و جرایم علیه بشریت به موجب مواد دو تا پنج در ارتباط با ماده ۷ بند ۱ اساسنامه دادگاه، مسئول شناخته شد.[۲۸]

تادیچ در مقابل شعبه بدوی دادگاه بین المللی کیفری ویژه یوگسلاوی قرار گرفت. دادگاه برای بررسی این پرونده باید ابتدا نوع مخاصمه رخداده در بوسنی را مشخص می کرد. شورای امنیت در سال ۱۹۹۲ در قطعنامه ۷۵۲ از نیروهای جمهوری فدرال یوگسلاوی خواسته بود تا نیروهای خود را از خاک بوسنی و هرزگوین خارج کنند و این کشور نیز نیروهایش را چهار روز بعد صدور قطعنامه خارج کرد.

۲۶. ملکی‌زاده، امیرحسین. (۱۳۹۱). تحلیل مفهوم قابلیت انتساب مسئولیت بین المللی در رویه دیوان بین المللی دادگستری. مجله راهبرد، ۶۴(۲۱)

27.Srpska

۲۸. ملکی‌زاده، امیرحسین. (۱۳۹۲). ضابطهٔ کنترل در نظام مسئولیت بین المللی؛ وحدت یا تعارض رویهٔ قضایی بین المللی. مجله حقوقی دادگستری، ۸۲(۷۷)

این رای سال ۱۹۹۷ صادر شد و دادگاه با پیروی از معیار کنترل موثر در قضیه نیکاراگوئه اعلام کرد شواهدی در دست نیست که نشان دهد جمهوری فدرال یوگسلاوی این نیروها را به صورت موثر کنترل می‌کرده است و نیروهای صربسکا را نمی‌توان عناصر عملی یوگسلاوی به حساب آورد. همچنین دادگاه در این رای نتوانست نقض فاحش کنوانسیون های ژنو را به دلیل اعلام ماهیت غیر بین المللی مخاصمه احراز نماید و از این رو با مخالفت شدید حقوق‌دانان مواجه شد[۲۹]. قاضی مک دونالد، قاضی شعبه بدوی در رای مخالف خود اعلام کرد که نیروهای صربسکا، ماموران یوگسلاوی بوده اند و دادگاه نیازی نداشت تا میزان کنترل دولت بر این نیروها را تعیین نماید و یافته‌های زیادی در زمینه ارتباط این نیروها با دولت یوگسلاوی ارائه داد. همچنین قاضی به نکته مهم تری اشاره کرد و اظهار داشت: رابطه نیروهای صربسکا و جمهوری فدرال یوگسلاوی به موجب رابطه کنترل کلی است[۳۰]، نه کنترل موثر در قضیه نیکاراگوئه.[۳۱]

رای شعبه بدوی به شعبه تجدید نظر رفت و شعبه تجدید نظر با تایید ضابطه کنترل کلی، به رای شعبه بدوی خط بطلان کشید. منظور از کنترل کلی از نظر دادگاه تجدیدنظر یوگسلاوی، این است که کنترل، از صرف تجهیز و حمایت مالی و مشارکت در در برنامه ریزی و نظارت بر عملیات فراتر رود. همچنین کنترل کلی دولت بر گروه های مسلح را موجب تبدیل آن ها به ارگان عملی دولت می داند و با تشبیه آن‌ها به نیروهای مسلح قانونی، دولت را در هر صورت چه در اجرای دستورات و چه تخطی از اختیارات مسئول قلمداد می کند[۳۲].

دادگاه تجدیدنظر در ادامه به ضابطه کنترل موثر در قضیه نیکاراگوئه اشاره کرد و اظهار داشت که نمی‌توان از ضابطه‌های دوگانه برای تعیین مسئولیت کیفری افراد در مخاصمات مسلحانه بین المللی و مسئولیت دولت‌ها در قالب نظام حقوق مسئولیت بین المللی سخن به میان آورد. همچنین اظهار داشت که این ضابطه با منطق حقوق مسئولیت دولت‌ها ناهماهنگ است و اظهار داشت: هدف انتساب اعمال اشخاص خصوصی به دولت، جلوگیری از توانایی یک دولت از اقدام غیررسمی از طریق آنان است. ضابطه حقوق بین الملل این است که که دولت نسبت به افراد به اعمال کنترل بپردازد؛ هرچند که درجه کنترل می‌تواند مطابق شرایط هر قضیه متفاوت باشد.

۲۹. عسکری، پوریا. (۱۳۸۸). مسئولیت بین المللی افراد و دولت‌ها در پرتو ضابطه کنترل. مجله حقوقی بین المللی ۴۰(۲۶)

30. Overall Control

۳۱. ملکی‌زاده، امیرحسین. (۱۳۹۲). ضابطهٔ کنترل در نظام مسئولیت بین‌المللی؛ وحدت یا تعارض رویهٔ قضایی بین‌المللی. مجله حقوقی دادگستری، ۸۲(۷۷)

32. Prosecutor v. Tadić, Judgment, Case No. IT-94-1-A, ICTY Appeal Chamber, 15 July 1999

برای انتساب اعمال این اشخاص به دولت لازم است دستورات معین از سوی دولت داده شود؛ لکن یک گروه سازمان یافته دارای سلسله مراتب به چنین کنترل خاصی نیاز ندارد و کنترل کلی برای احراز مسئولیت دولت کافی خواهد بود.[۳۳] در ادامه نیز بیان کرد: به منظور انتساب اعمال گروه‌های نظامی و شبه نظامی به دولت، باید اثبات شود که دولت نه تنها در تامین و کمک مالی به گروه بلکه با همکاری و کمک در طراحی فعالیت‌ها و نقشه‌های آن گروه نسبت به آنان کنترل کلی داشته است؛ هر چند ضروری نیست دولت به طور خاص برای هر یک از اعمال خلاف حقوق بین‌الملل دستوری صادر نماید. پس از آن است که مسئولیت دولت برای رفتار گروه احراز می‌شود[۳۴]. نهایتا شعبه تجدیدنظر به تجزیه و تحلیل حقایق مرتبط با ارتباط نیروهای صربسکا با جمهوری فدرال یوگسلاوی پرداخت و دریافت که شرایط کنترل کلی محقق شده است و در نتیجه، مخاصمه بین بوسنی و صربسکا به عنوان مخاصمه مسلحانه بین‌المللی قلمداد می شود. واضح است که حوزه صلاحیت این دادگاه در تعیین مسئولیت کیفری افراد بوده و با حوزه صلاحیت دیوان در تعیین مسئولیت دولت‌ها متفاوت است و به همین دلیل، ضابطه ارائه شده در این قضیه نیز نمی تواند برای تعیین مسئولیت دولت‌ها مورد توجه باشد. در هر قضیه باید ضوابط کنترل به طور دقیق مورد بررسی قرار گیرد و همچنین به نظر نمی‌رسد در این باره کمیسیون حقوق بین‌الملل در پذیرش این تئوری در خصوص انتساب مسئولیت افراد و گروه های غیررسمی سازمان‌یافته و غیر سازمان یافته به دولت‌ها، نظر موافقی[۳۵] داشته باشد.

۶. معیار کنترل موثر در رای ژنوسید ۲۰۰۷ مابین بوسنی و هرزگوین و صربستان و مونته نگرو

قضیه ژنوسید ۲۰۰۷ که به دنبال قتل عام و ژنوسید در سربرنیستا مطرح گردید، در سال ۱۹۹۳ با دادخواست بوسنی و هرزگوین به دیوان آغاز و بعد از ۱۴ سال در ۲۰۰۷ به صدور رای علیه صربستان انجامید.

موضوع اصلی این پرونده این بود که آیا می توان رفتار و اعمال افرادی که وضعیت حقوقی یک دولت را ندارند اما چنان تحت کنترل یک دولت قرار دارند که می توان آن‌ها را ذیل ارگان‌های یک دولت در نظر گرفت و در نتیجه مسئولیت آن دولت در ارتکاب یک عمل متخلفانه بین‌المللی تلقی نمود؟

۳۳. به نظر می رسد دادگاه ویژه بین‌المللی یوگسلاوی در مرحله تجدید نظر تفسیر درستی از ضابطه کنترل موثر در قضیه نیکاراگوئه نداشته است.

۳۵. ملکی‌زاده، امیرحسین. (۱۳۹۲). ضابطهٔ کنترل در نظام مسئولیت بین‌المللی؛ وحدت یا تعارض رویهٔ قضایی بین‌المللی. مجله حقوقی دادگستری، ۸۲(۷۷)

34. Prosecutor v. Tadić, Judgment, Case No. IT-94-1-A, ICTY Appeal Chamber, 15 July 1999

در واقع دیوان پاسخ این پرسش را در پرونده نیکاراگوئه داده بود. طبق نظر دیوان، مسئولیت اعمال اشخاص و گروه‌های غیر دولتی را زمانی می‌توان برابر با مسئولیت خود دولت دانست که وابستگی بین آن‌ها به طور کامل باشد؛ یعنی گویی که این گروه و اشخاص ابزار دولت برای انجام آن کار هستند. این وضعیت استثنایی است؛ چراکه مستلزم اثبات درجه بالایی از کنترل است. در فرض این پرونده باید بررسی کرد، افرادی که اقدامات قتل عام سربرنیستا را مرتکب شده اند چنان روابطی با صرب‌ها داشته اند که می توان آن‌ها را وابسته به صرب‌ها دانست و تحت کنترل موثر و دستورالعمل‌های آن‌ها عمل نموده اند.[۳۶]

دیوان معتقد بود ویژگی‌های ژنوسید این پرونده وی را متقاعد نمی‌کند که از قاعده کنترل موثر در رای نیکاراگوئه فاصله بگیرد. جرم ژنوسید تا جایی که اعمال فیزیکی تشکیل دهنده آن به وسیله ارکان یا اشخاصی غیر از دولت بر اساس دستورات، هدایت و کنترل موثر آن دولت انجام شود، به دولت مرتکب قابل انتساب است.

[۳۷](ICJ report ۲۰۰۷:p۴۰۱)دیوان همچنین مجالی یافت تا به رویه دادگاه بین‌المللی کیفری ویژه یوگسلاوی در پرونده تادیچ نیز وارد شود و به آن پاسخ دهد. دیوان ضمن تاکید بر رای نیکاراگوئه، ابتدا با لحنی کنایه آمیز اشاره می‌کند که ورود به حوزه مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها در صلاحیت شعبه تجدید نظر دادگاه یوگسلاوی نبوده و بدون آن که ضرورتی داشته باشد از حوزه صلاحیت خود عدول کرده و به اتخاذ مواضعی در خصوص حقوق بین‌الملل عمومی مبادرت کرده است. دیوان در ادامه درباره رای تادیچ بیان می‌دارد که توجه به معیار کنترل کلی می تواند برای تعیین نوع مخاصمه مسلحانه برای آن دادگاه مناسب و بلا اشکال باشد؛ لکن ضرورتی ندارد که معیار به کارگرفته شده برای تعیین میزان مداخله یک دولت در درگیری مسلحانه در سرزمین دولت دیگر، عینا با معیار به کار گرفته شده برای انتساب نقض‌های رخداده در آن درگیری و طرح مسئولیت دولت مداخله‌گر، یکسان باشد. به عبارتی، می‌توان برای تعیین میزان مداخله یک دولت دیگر در یک مخاصمه مسلحانه برای تثبیت حقوق بین‌الملل بشردوستانه به معیار کنترل کلی استناد نمود تا مرتکبان آن عمل را به کیفر رساند، اما در حوزه حقوق مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها به کارگیری این معیار موجب گسترش حوزه مسئولیت دولت‌ها فراتر از اصول بنیادین حاکم بر این نظام خواهد شد.[۳۸]

۳۸. عسکری، پوریا. (۱۳۸۸). مسئولیت بین‌المللی افراد و دولت‌ها در پرتو ضابطه کنترل. مجله حقوقی بین المللی ۴۰(۲۶)

36. Prosecutor v. Tadić، Judgment، Case No. IT-94-I-A، ICTY Appeal Chamber، 15 July 1999

37. Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro). Para 401

دیوان همچنین اظهار می‌دارد که این دادگاه برای رسیدگی به انتساب مسئولیت دولت تشکیل نشده است؛ چرا که صلاحیتش کیفری و دربرگیرنده رسیدگی به جرایم اشخاص است. فلذا در این قضیه موضوعی را بررسی کرده است که در مقام صلاحیت آن نبوده است.

دیوان معتقد است برای حل مسئله‌ای که موضوعا متفاوت است نباید ضابطه واحدی را درنظر گرفت و اظهار کرد که صرف نظر از این موارد، تحقق مسئولیت دولت برای اعمالی که توسط افراد یا گروه‌هایی از افراد که نه رکن دولتی و نه در حکم آن هستند ارتکاب می‌یابد، تنها در صورتی منتسب به دولت می‌شود که با فرض بین‌المللی بودن عمل، مطابق با قاعده عرفی مندرج در ماده ۸ پیش‌نویس نیز باشد. یعنی جایی که ارکان دولتی، دستوراتی صادر می‌کند یا راهنمایی‌هایی به عمل می‌آورد که مرتکبین عمل متخلفانه بین المللی آن را عملی کنند یا جایی باشد که دولت کنترل موثری بر اعمال متخلفانه اعمال نماید. در این حالت اعمال معیار کنترل کلی مناسب نیست؛ چراکه ارتباط لازمه بین ارکان دولت و مسئولیت بین‌المللی‌اش را گسترش داده و به نقطه انفکاک می‌رسد. دیوان همچنین ضمن نقد رویکرد دادگاه بین‌المللی ویژه یوگسلاوی در عدم تفکیک بین گروه های ذیل ارکان عملی یا غیر رسمی دولت و گروه‌های ذیل دستور و فعالیت دولت و اصلاح آن، بر رویه پیشین خود تاکید کرد[۳۹].

دیوان در این رای فرصتی نیز یافت تا به معیار کنترل موثر در قضیه نیکاراگوئه و محکم کردن پایه رویه قضایی خود بر این معیار بپردازد.

دیوان در تبیین ضابطه کنترل موثر بیان داشت: ضروری نیست نشان داده شود که فردی یا افرادی که ادعا شده حقوق بین الملل را نقض کرده اند، به طور کلی در ارتباطی از نوع وابستگی کامل با دولت بوده اند بلکه باید ثابت شود که آنان طبق دستورات دولت مذکور یا تحت کنترل موثر آن عمل کرده اند. می‌بایست نشان داده شود که چنین کنترل موثری در مورد هر یک از عملیات هایی که نقض در آن صورت گرفته اعمال یا دستور صادر شده است نه این که صرفا در خصوص کلیت اعمالی که افراد یا گروه‌های مرتکب این نقض‌ها را انجام داده اند دستور صادر یا کنترل اعمال شده باشد. (ICJ Report ۲۰۰۷:p۱۴۳) این استدلالات، دیوان را به این نتیجه رساند که جنایات رخداده در سربرنیستا را نمی‌توان بر گردن دولت صربستان نهاد؛ چراکه این دولت کنترل موثری بر انجام این اعمال نداشته است.[۴۰]

۳۹. ملکی‌زاده، امیرحسین. (۱۳۹۲). ضابطهٔ کنترل در نظام مسئولیت بین‌المللی؛ وحدت یا تعارض رویهٔ قضایی بین‌المللی. مجله حقوقی دادگستری، ۸۲(۷۷)

40. Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Para143

مطابق نظر دیوان در جایی که جرایمی طبق حقوق بین‌الملل توسط مقامات دولت انجام گیرد، خود دولت هم برای انجام آن اعمال و هم قصور در جلوگیری و مجازات آن اعمال مسئول است؛ همچنین اگر دولت برای ارتکاب هیچ یک از اعمال ذکر شده در کنوانسیون ژنوسید مسئول نباشد به این معنی نیست که در مورد نقض تعهدات مربوط به جلوگیری از این اعمال مسئول نیست. دیوان در این باره سه محور را برای انتساب این عمل به صربستان بررسی کرد:

* **قابلیت انتساب اعمال اشخاص و ارکان به دولت صربستان (خوانده)**
* **وضعیت شرکت در ژنوسید ناشی از ارتکاب اعمال ذکر شده در بندهای الف تا ث کنوانسیون**
* **وجود تعهد دوگانه دولت در خصوص عدم ارتکاب ژنوسید و جلوگیری و مجازات آن** [41]

در نهایت، دیوان در این رای به این نتیجه رسید که دولت صربستان چه از طریق ارکان خود و چه از طریق اشخاصی که اقدامات آنان به این دولت منتسب است، مرتکب ژنوسید نشده است و همچنین، توطئه‌ای جهت ارتکاب ژنوسید تدارک ندیده و مرتکبان را به این جنایت تحریک نکرده است. به همین جهت در معاونت در ارتکاب ژنوسید نیز شرکت ندارد؛ لکن دولت صربستان تعهدات خود مبنی بر جلوگیری از وقوع این جنایت در سربرنیستا و پیروی از دستورات موقت دیوان در خصوص انجام کلیه اقدامات لازم برای جلوگیری از ژنوسید را عملی نکرده و در تسلیم راتکو ملادیچ به دادگاه بین‌المللی ویژه یوگسلاوی و همکاری کامل با این دادگاه نیز قصور ورزیده است[42]. ملاحظه می‌شود که تاکید دیوان تنها بر معیار کنترل موثر است و معیارهای دیگر از جمله معیار کنترل کلی را موجب احراز مسئولیت دولت‌ها نمی‌داند.

۷. معیار کنترل از دید پیش‌نویس طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها ۲۰۰۱

از اوایل دهه ۱۹۷۰، یافته‌های ادواری دیوان بین‌المللی دادگستری در مقوله مسئولیت دولت که دیوان هرازگاهی فرصت درباره ابراز آن یافته است، در پرتو سابقه کارهای برجسته‌ای بوده که در کمیسیون حقوق بین الملل درباره مسئولیت دولت انجام شده است. طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل با برخورداری از نظرات عالمانه و جالبی که در پیش‌نویس تنظیمی کمیسیون مذکور درباره مسئولیت دولت منعکس شده در ۱۲ دسامبر ۲۰۰۱ در قطعنامه مجمع عمومی

۴۱. عزیزي ستار. (۱۳۸۶) عناصر جنایت ژنوسید در راي ۲۶ فوریه ۲۰۰۷ دیوان بین‌المللي دادگستري و رویه دادگاه‌هاي ویژه بین‌المللي کیفري. مجله حقوقی بین المللی، سال ۱۶

۴۲. عسکری، پوریا. (۱۳۸۸). مسئولیت بین‌المللی افراد و دولت‌ها در پرتو ضابطه کنترل. مجله حقوقی بین المللی ۴۰(۲۶)

سازمان ملل متحد تصویب شد.[۴۳]
کمیسیون حقوق بین‌الملل در ماده ۸ طرح پیش‌نویس مسئولیت دولت‌ها، بیان داشت: رفتار یک فرد یا گروهی از افراد عمل دولت محسوب می‌شود اگر این فرد یا گروه بر اساس دستور، هدایت و یا کنترل دولت مزبور مرتکب عمل متخلفانه شوند. رابرت آگوا بتداگزاره‌ی زیر را برای این ماده پیشنهاد کرده بود:
رفتار فرد یا گروهی از افراد که بر اساس ساختار حقوقی یک دولت، رسما دارای وضعیت ارگان‌های آن دولت یا نهاد عمومی غیردولتی نیستند، اما در واقع وظایف عمومی یا عملی از سوی دولت انجام می‌دهند، از نظر حقوق بین‌الملل به عنوان عمل دولت [۴۴] در نظر گرفته می‌شود. [۴۵]
این ماده با تغییر کمی در اولین قرائت پیش نویس پذیرفته شد. (بخش در واقع عملی از سوی دولت، تغییر یافت) زیرا که آگوا اینطور فکر می‌کرد که عبارت در واقع عملی از سوی دولت بیشتر به وضعیت دستور واقعی دولت به یک نهاد یا شخص اشاره دارد. این ماده به گونه‌ای گسترش یافت که شرایط تحت هدایت و کنترل یک نهاد یا شخص توسط دولت بر اساس قواعد عرفی بین‌المللی نیز وجود داشته باشد. به طور کلی ماده ۸ دو حالت را مطرح می‌کند: دستور و کنترل و هدایت. از آن جا که کمیسیون حقوق بین الملل در تعیین استاندارد کنترل و شاخصه های آن به نتیجه نرسید، این مسئله منجر به منعکس شدن نظرات متفاوتی شد که در پرونده‌های نیکاراگوئه، تادیچ و ژنوسید بوسنی به تفسیرهای متفاوت از کنترل و نهایتا انتخاب معیار کنترل موثر از سوی دیوان بین‌المللی دادگستری منجر شد[۴۶]. حتی این موضوع از سوی قاضی هیگینز در قرائت رای ژنوسید بوسنی این گونه عنوان شد: چنانچه میان محاکم بین‌المللی قائل به گفتگو باشیم خواهیم توانست از آنچه به ازهم گسیختگی حقوق بین‌الملل یاد می شود، جلوگیری کنیم. [۴۷]

۴۳. هیگینز، روزالین، قاسمی، علی (مترجم). (۲۰۰۶). دیوان بین‌المللی دادگستری: موضوعات منتخب دربارهٔ مسئولیت دولت. مجله حقوقی بین‌المللی، ۲۳(شماره ۳۴ (بهار و تابستان))

44. The conduct of a person or group of persons who، under the internal legal order of a State، do not formally possess the status of organs of that State or of a public institution separate from the State، but in fact perform public functions or in fact act on behalf of the State، is also considered to be an act of the State in international law.
45. Crawford، J. (2013). State responsibility: the general part (No. 100). Cambridge University Press.
46. Crawford، J. (2013). State responsibility: the general part (No. 145). Cambridge University Press.
47. I remain convinced that so-called "fragmentation of international law" is best avoided by regular dialogue between courts and exchanges of information (Speech by H.E. Judge Rosalyn Higgins، President of the International Court of Justice، at the meeting of Legal Advisers of the Ministries of Foreign Affairs 27 October 2007).

کمیسیون در تفسیر این ماده به رای دیوان در قضیه نیکاراگوئه و هم رای دادگاه بین المللی ویژه یوگسلاوی در قضیه تادیچ اشاره وبر معیار کنترل موثر در رای نیکارگوئه تاکید می‌کند. همچنین کمیسیون در تفسیر این ماده، رای منضم قاضی محمد شهاب الدین در قضیه تادیچ را یادآور می‌شود که گفته بود: دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی تنها باید به بررسی مسئولیت کیفری افراد در حقوق بین الملل بشردوستانه بپردازد. کمیسیون با این که نظر دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی را به صراحت رد نمی‌کند؛ لکن تلویحا با این اشاره، معیار کنترل موثر را از سوی دیوان بین المللی دادگستری مورد پذیرش می‌داند و زمانی عناصر غیر دولتی را به عنوان عنصر دولت قلمداد می‌کند که این افراد در هر عملیات خاص خود تحت هدایت و کنترل دولت عمل کرده باشند. نتیجتا[۴۸]، کمیسیون نیز رویکرد خود را در تقریر و تفسیر ماده ۸، بر مشابه با رویکرد دیوان بین‌المللی دادگستری بر تاکید بر معیار کنترل موثر اتخاذ نموده است.[۴۹]

۷. سایر رویه‌های قضایی درباره معیار کنترل

در این قسمت به طور خلاصه به رویه هایی در استفاده از معیار کنترل موثر و کنترل کلی در محاکم بین المللی و داخلی پرداخته می شود.

۱- نیکاراگوئه و هندوراس (تحدید حدود مناطق دریایی): نیکاراگوئه دعوای خود در رابطه با اختلاف در تحدید حدود مناطق دریای خود با هندوراس در دریای کارائیب را در دسامبر ۱۹۹۹ تقدیم دیوان کرد و بیان نمود که مرتبا ادعا کرده که مرز دریایی این کشور در دریای کارائیب با هندوراس تحدود حدود نشده و دیوان ضمن تحدید حدود اعلام نماید که منطقه مورد اختلاف در شمال خط مرزی در امتداد مدار پانزدهم (شامل جزایر بابل، ساوث، ساوانا و رویال پورت) در حاکمیت نیکاراگوئه است.

درمقابل، هندوراس ادعا کرد که مرز عرفی بین نیکاراگوئه و هندوراس وجود دارد اصل بر ثبات مرزها بوده که ریشه در رویه دو کشور و تایید کشورهای ثالث دارد [۵۰]. همچنین هندوراس حق مالکانه اصلی بر این جزایر، بر اساس اصل تصرف حقوقی، داشته و این حق از طریق سلطه موثر[۵۱] (یا به عبارتی کنترل موثر) تایید شده است. در این قضیه دیوان ضمن احترام به اصل ثبات مرزها و اصل انصاف و درنظرگیری فاکتورهای محیطی و انسانی آن مناطق، با در نظر گرفتن اصل سلطه موثر (یا به نوعی کنترل موثر) تحدید حدود دریایی این دو کشور (در برخی قسمت‌ها بر اساس خط میانه و برخی قسمت‌ها بر اساس خط منصف موقت) را انجام داد.

۴۹. عسکری، پوریا. (۱۳۸۸). مسئولیت بین‌المللی افراد و دولت‌ها در پرتو ضابطه کنترل. مجله حقوقی بین المللی ۴۰(۲۶)

50. Uti Pussidetis juris

51. Effective Domination، Exact phrase used by ICJ is post-colonial effectivités.

در نظرات مخالف قاضی اختصاصی توره برناردز نیز بر کنترل موثر پسا استعماری و مالکیت حقوقی جزایر توسط هندوراس اشاره شد[۵۲]. (ICJReport:۲۰۰۷:p۱۰۸)

۲-لوایزیدو علیه دولت ترکیه (دیوان اروپایی حقوق بشر ECHR): خانم لوایزیدو که شخصی یونانی-قبرسی بود در قبرس شمالی، زمینی داشت که توسط مقامات قسمت ترک نشین جمهوری قبرس شمالی از دسترسی به آن منع گردیده بود. وی علیه دولت ترکیه در دیوان اروپایی حقوق بشر طرح دعوی نمود. دیوان اروپایی حقوق بشر در رای خود در ۱۹۹۶ بر معیار کنترل کلی تاکید کرده و اظهار داشت: ضرورتی ندارد که مشخص شود آیا ترکیه به صورت واقعی نسبت به سیاست‌ها و اقدامات مقامات ترک نشین قبرس کنترل موثری داشته یا خیر؛ با توجه به تعداد سربازان زیادی که که در قبرس شمالی عمل می‌کنند واضح است که دولت ترکیه در آن قسمت کنترل داشته و چنین کنترلی دربردارنده مسئولیت این دولت برای سیاست‌ها و اقدامات جمهوری قبرس شمالی است[۵۳]. (ECHRReport:۱۹۹۶:p۵۶)

داوری ایگر (دیوان داوری ایران و آمریکا): آقای ایگر که کارمند یک شرکت هلیکوپتری در شعبه آمریکایی ایران بود، مدعی بود که چند روز پس از پیروزی انقلاب اسلامی ایران، عوامل سپاه پاسداران انقلاب، به منزل وی حمله کرده و ظرف سی دقیقه از وی می‌خواهند تمام وسایل را جمع کرده و از کشور خارج شود.

وی مدعی بود که حداقل حقوق بین‌المللی وی رعایت نشده و علیه دولت جمهوری اسلامی ایران در دیوان داوری ایران و آمریکا طرح دعوی نموده بود. دیوان ضمن این که اخراج اتباع را از اختیارات کشور میزبان دانسته بود، اظهار داشت که این جزو حقوق حداقلی فرد است که اختیار داشته باشد ظرف زمان معینی امور خروج خود را سامان بخشد. همچنین دیوان متقاعد شده که این امر یعنی اخراج وی، توسط کمیته انقلاب سپاه پاسداران که دولت ایران بر این نهاد کنترل کلی داشته، صورت گرفته است و این زمینه مسئولیت دولت ایران را فراهم می کند. دیوان لازم ندانست که دستورات خاصی باید به این گروه صادر می‌شده تا اعمال این گروه به طور موثر به دولت ایران قابل انتساب باشد؛ بلکه با توجه به سازمان‌دهی این افراد کنترل کلی دولت نسبت به آنان را کافی دانست[۵۴].

۴-رویه دیوان داوری ایکسید: در خصوص مسئولیت به طور سنتی در مواد طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها ۲۰۰۱ بیشتر به ماهیت و ساختار بازیگران توجه شده است؛

52.Case concerning Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), Para108

53.Loizidou v. Turkey (Merits), European Court of Human Rights, Para56

54.Yeger v. Islamic Republic of Iran, AWD 324,1099, Iran – United States Claim Tribunal, The Hague, Nov 2 1987

لکن در رویه داوری ایکسید، این نهاد بیشتر به جنبه عملکردی نظر دارد ولو این که تمام عناصر موجد ویژگی دولت در عامل زیان دولت سرمایه پذیر میزبان به لحاظ ساختاری جمع نباشد. صاحب نظران این عرصه به طور کلی به سه عامل تکیه کرده اند: نظارت و کنترل، پیوند سرزمینی و رابطه سازمانی. معیار اول در رویه ایکسید کاربردی تر است. به عنوان مثال در مباحث سرمایه‌گذاری در حوزه انرژی در پرونده‌های مختلف چنانچه شرکتی غیر دولتی بوده لکن نوع وظایف شرکت طبق اساسنامه پیاده‌سازی منویات دولت متبوع آن کشور بوده است یا دولت آن شرکت را به طور مستقیم یا غیر مستقیم کنترل می‌نموده و در اختیار داشته، لذا مسئولیت به آن دولت منتسب است. در واقع ایکسید این برداشت را از تحت اختیار گرفتن به همان معنی کنترل موثر از مواد طرح کمیسیون دارد. برای مثال قضیه نابل ونچرز علیه رومانی دیوان به بررسی وضعیت دو نهاد رومانیایی که دارای شخصیت حقوقی بودند پرداخت و مشخص شد این نهادها، مسئولیت اجرای خصوصی‌سازی را تحت نظارت وکنترل موثر دولت بر عهده داشتند و در حال خصوصی سازی و فروش سهام دولت بودند. همچنین هیئت مدیره شرکت توسط دولت عزل و نصب می شد. گرچه این دو نهاد ضمن داشتن شخصیت حقوقی مستقل، به معنی ذکر شده ارگان‌های دولتی در ماده ۴ طرح پیش نویس نبودند اما دیوان نهایتا این گونه نتیجه‌گیری کرد که دو نهاد مذکور طبق قانون خصوصی‌سازی مانند نهادهای عمومی ذی صلاح عمل کرده اند. همچنین دیوان نتیجه گرفت که که آن دو نهاد نماینده دولت خوانده محسوب شده و با انجام اعمالی که کار حاکمیتی محسوب می شده، مسول فعل و ترک فعل‌های موجب خسارت هستند؛ فلذا اعمال آن‌ها قابل انتساب به خوانده و متضمن نقض معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری است.[۵۵]

۵-رویه قضایی داخلی دولت آمریکا در قضایای حمایت ایران از گروه‌های لبنانی و فلسطینی: در رویه قضایی داخلی دولت آمریکا، قضایای زیادی درباره تامین مالی و حمایت‌های ایران از گروه‌های لبنانی و فلسطینی به وفور وجود دارد که منجر به صدور حکم علیه دولت ایران و دریافت مبلغ خسارت گردیدند. برای نمونه قضایای فلاتو علیه دولت ایران، سیسیپیو علیه دولت ایران، ایزنفلد علیه دولت ایران و ست بن هایم علیه دولت ایران نمونه‌هایی از وجود رویه قضایی در محاکم داخلی آمریکا هستند که این افراد، با ادعای حمایت مادی و مالی دولت ایران از گروه‌های جهادی لبنانی و فلسطینی دولت ایران را مسئول خسارات وارده به ایشان دانستند.

۵۵. مشهدی زاده، علیرضا و قدرت‌نما شبستری. امیرحسین (۱۴۰۲). انتساب مسئولیت به دولت‌ها در رویه داوری ایکسید. مجله حقوقی بین‌المللی، ش ۷۰(۴۰) تابستان

لازم به ذکر است که در رویه‌های مذکور، اثبات کنترل کلی ایران بر گروه‌های ذکر شده ضروری و اساس صدور رای دادگاه‌ها بوده است. هر چند که برای اثبات کنترل کلی، باید سایر معیارها از جمله آموزش نظامی و هماهنگی و تجهیز گروه‌ها در کنار تامین مالی مدنظر قرار گیرد؛ لکن مشاهده می‌شود که برای اثبات مسئولیت دولت ایران قضات آمریکایی صرف تامین مالی را کافی دانسته‌اند که خود جای تامل دارد.[۵۶]

به طور کلی از نظر کمیسیون حقوق بین‌الملل در تفسیر ماده ۸، در مورد انتخاب نوع و میزان کنترل، بهتر است که حق داده شود تا قاضی و دادرس بین‌المللی در هر پرونده با توجه به موضوع خاص آن تصمیم مقتضی اخذ نمایند.[۵۷]

۵۶. عبداللهی، محسن و شافع، میرشهبیز (۱۳۸۷)،مصونیت قضایی دولت در حقوق بین‌الملل، معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات ریاست جمهوری

57. Crawford، J. (2013). State responsibility: the general part (No. 100). Cambridge University Press.





مهسا خیرخواه

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق بین الملل دانشگاه خوارزمی

mahsa.k@khu.ac.ir

نتیجه گیری

دیوان بین المللی دادگستری در رای ژنوسید بوسنی فرصت یافت تا بر رویه خودمبنی بر استفاده از معیار کنترل موثر برای احراز مسئولیت دولت ها در قبال اقدامات افراد و اشخاص خصوصی تاکید کند و معیار کنترل کلی به کار رفته توسط دادگاه بین المللی کیفری ویژه یوگسلاوی را تلویحا رد نماید و حتی با وجود چالش هایی، بر تثبیت معیار کنترل موثر برای طرح مسئولیت بین المللی دولت ها اهتمام ورزد. کمیسیون حقوق بین الملل نیز به تبعیت از رویه دیوان، در تفسیر خود از ماده ۸، کنترل موثر را شاخصه اعمال این ماده برای احراز مسئولیت دولت ها دانسته است. البته با توجه به آرای محاکم اختصاصی بین المللی و بعضا داخلی در تایید بر کنترل کلی می توان دریافت که میزان و درجه کنترل، در هر قضیه و هر پرونده متفاوت است و احراز آن با دادرس و قاضی خاص آن پرونده است. کمیسیون نیز ضابطه اعمال این معیار را در هر مسئله بسته به صلاحدید خاص آن پرونده کرده که باعث ابهام و مشخص نبودن چارچوب خاص این ماده برای کمیسیون می‌شود. کمیسیون در تفسیر ماده ۸ طرح پیش‌نویس مسئولیت دولت‌ها نیز این نکته را ذکر کرده که کنترل کلی به رویه دادگاه بین‌المللی کیفری ویژه یوگسلاوی محدود است.





مهسا خیرخواه

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق بین الملل دانشگاه خوارزمی

mahsa.k@khu.ac.ir

نتیجه گیری

معیار کنترل موثر با آستانه انتساب بسیار بالای خود ممکن است زمینه اقدامات غیر بشردوستانه دولت‌ها در تجهیز و تامین مالی گروه‌ها و افراد مسلح غیردولتی و نقض حقوق بشر و حتی تروریسم را فراهم آورد؛ بی آن که باعث مسئولیت بین المللی آنان شود. به همین سبب بهتر است دیوان بین المللی دادگستری در برخی موارد با پایین آوردن آستانه انتساب از برای انتساب افعال متخلفانه بین المللی گروه‌ها و افرادی که از سوی برخی دولت های ناقض حقوق بشر تامین و تسلیح می‌شوند، از بی‌کیفرمانی آن‌ها جلوگیری به عمل آورد.

منابع

راعی. مسعود (۱۳۸۸). کنترل کلی یا کنترل موثر عاملی برای تحقق مسئولیت بین المللی دولت‌ها، مجله مطالعات حقوق خصوصی، ۳۹-۳

زارع، فردوس (۱۳۸۹)، مسئولیت بین‌المللی دولت در قبال اشخاص خصوصی با تاکید بر مفهوم تئوری کنترل، پایان‌نامه جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد در رشته حقوق بین الملل، دانشگاه علامه طباطبایی

عبداللهی، محسن و شافع، میرشهبیز (۱۳۸۷)، مصونیت قضایی دولت در حقوق بین‌الملل، معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات ریاست جمهوری

عزیزي ستار. (۱۳۸۶) عناصر جنایت ژنوسید در راي ۲۶ فوریه ۲۰۰۷ دیوان بین المللي دادگستري و رویه دادگاه‌هاي ویژه بین‌المللي کیفري. مجله حقوقی بین المللی، سال ۱۶

عسکری، پوریا. (۱۳۸۸). مسئولیت بین المللی افراد و دولت‌ها در پرتو ضابطه کنترل. مجله حقوقی بین المللی ۴۰(۲۶)

مشهدی زاده، علیرضا و قدرت نما شبستری. امیرحسین (۱۴۰۲). انتساب مسئولیت به دولت‌ها در رویه داوری ایکسید. مجله حقوقی بین‌المللی، ش۷۰(۴۰) تابستان

ملکی‌زاده، امیرحسین. (۱۳۹۱). تحلیل مفهوم قابلیت انتساب مسئولیت بین المللی در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری. مجله راهبرد، ۶۴(۲۱)

ملکی‌زاده، امیرحسین. (۱۳۹۲). ضابطهٔ کنترل در نظام مسئولیت بین‌المللی؛ وحدت یا تعارض رویهٔ قضایی بین‌المللی. مجله حقوقی دادگستری، ۸۲(۷۷)

هیگینز، روزالین، قاسمی، علی (مترجم). (۲۰۰۶). دیوان بین‌المللی دادگستری: موضوعات منتخب دربارهٔ مسئولیت دولت. مجله حقوقی بین‌المللی، ۲۳(شماره ۳۴ (بهار و تابستان))

منابع

Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United State of America), Merits, ICJ Judgment of 27 June 1986.

Case concerning Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), ICJ Judgment of 8 October 2007

Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), ICJ Judgment of 27 February 2007

Crawford, J. (2013). State responsibility: the general part (No. 100). Cambridge University Press.

Dixon, M., McCorquodale, R., & Williams, S. (2011). Cases and materials on international law. Oxford University Press

Kolb, R. (2017). The international law of state responsibility: an introduction. Edward Elgar Publishing.

منابع

Loizidou v. Turkey (Merits), European Court of Human Rights, Judgment of 18 December 1996

Prosecutor v. Tadić, Judgment, Case No. IT- 94-I-A, ICTY Appeal Chamber, 15 July 1999

United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, ICJ Reports 1980, 3, at 12 (para. 17)

Wallace, R. (2005). international law, 5th edition, SWEET AND MAXWELL

Yeger v. Islamic Republic of Iran, AWD 324,1099, Iran – United States Claim Tribunal, The Hague, Nov 2 1987

نشریه فرداد

حقوق تجارت بین الملل

سال اول | شماره دوم | **نشریه علمی دانشجویی فرداد**
صاحب امتیاز انجمن علمی حقوق دانشگاه خوارزمی

سال اول | شماره دوم | **نشریه علمی دانشجویی فرداد**
صاحب امتیاز انجمن علمی حقوق دانشگاه خوارزمی

تحلیل انتقادی قوانین حقوق تجارت بین الملل از منظر قوانین داخلی ایران و قوانین بین المللی

ارائه راهکارهای اصلاحی با تطبیق قوانین داخلی و بین المللی



نشریه فرداد



چکیده



افسانه حاجیلو

کارشناس ارشد حقوق تجارت بین الملل

دکترا DBA حقوق تجارت بین الملل دانشگاه نورث وست

این پژوهش با هدف ارزیابی جامع قوانین حقوق تجارت بین الملل از دیدگاه قوانین داخلی ایران و قوانین بین المللی انجام شده است. با استفاده از روش تحلیلی-تطبیقی و بهره گیری از داده های آماری سال های ۱۳۹۰ تا ۱۴۰۰، این مطالعه به بررسی تعارضات موجود میان قوانین داخلی ایران و الزامات بین المللی در حوزه حقوق تجارت بین الملل می پردازد. یافته های پژوهش نشان می دهد که ناهماهنگی بین قوانین داخلی و بین المللی در حوزه تجارت، منجر به کاهش ۱۵ درصدی کارآیی نظام حقوقی تجارت بین الملل ایران و افزایش ۲۵ درصدی اختلافات تجاری بین المللی در دوره مورد بررسی شده است. این مطالعه با ارائه یک مدل تطبیقی جامع، راهکارهایی نوآورانه برای اصلاح ساختار قوانین تجارت بین الملل ایران پیشنهاد می کند که می تواند به افزایش ۲۰ درصدی در جذب سرمایه گذاری خارجی و بهبود ۱۸ درصدی شاخص سهولت کسب و کار منجر شود.

کلیدواژه ها: حقوق تجارت بین الملل، قوانین داخلی ایران، قوانین بین المللی، تحلیل تطبیقی، اصلاحات حقوقی



مقدمه

افسانه حاجیلو

حقوق تجارت بین الملل به عنوان یکی از مهم ترین شاخه های حقوق در عرصه جهانی، نقشی حیاتی در تنظیم روابط تجاری میان کشورها و تسهیل فعالیت های اقتصادی فرامرزی ایفا می کند (صفایی، ۱۳۹۶). در ایران، علیرغم تلاش های صورت گرفته برای هماهنگ سازی قوانین داخلی با استانداردهای بین المللی، همچنان چالش های متعددی در این حوزه وجود دارد که نیازمند بررسی دقیق و ارائه راهکارهای عملی است.

۱-۱.بیان مسئله:

مسئله اصلی این پژوهش، وجود تعارضات و ناهماهنگی های میان قوانین داخلی ایران و الزامات بین المللی در حوزه حقوق تجارت بین الملل است.

این مسئله منجر به کاهش کارآیی نظام حقوقی تجارت بین الملل ایران، افزایش اختلافات تجاری، وعدم جذب سرمایه گذاری خارجی به میزان مطلوب شده است. به عنوان مثال، بررسی های اولیه نشان می دهد که در سال ۱۳۹۹، حدود ۳۵ درصد از قراردادهای تجاری بین المللی ایران به دلیل تعارض میان قوانین داخلی و بین المللی با چالش های حقوقی مواجه شده اند.[۱]

۲-۱.اهمیت و ضرورت تحقیق:

اهمیت این پژوهش از چند جنبه قابل بررسی است:

۱)ضرورت افزایش جذب سرمایه گذاری خارجی در شرایط تحریم و محدودیت های اقتصادی[۲]

۲) لزوم بهبود جایگاه ایران در شاخص های بین المللی سهولت کسب وکار[۳]

۳) نیاز به افزایش شفافیت و قابلیت پیش بینی در نظام حقوقی تجارت بین الملل ایران[۴]

۴) ضرورت هماهنگ سازی قوانین تجاری ایران با استانداردهای بین المللی[۵]

۳-۱. پیشینه پژوهش:

مطالعات متعددی در زمینه حقوق تجارت بین الملل ایران انجام شده است. به عنوان مثال، شیروی و همکاران (۱۳۹۸) به بررسی چالش های حقوقی سرمایه گذاری خارجی در ایران پرداخته اند. همچنین، اسکینی (۱۳۹۷) تأثیر قوانین تجارت بین الملل بر توسعه اقتصادی را مورد مطالعه قرار داده است. با این حال، خلأ موجود در ادبیات، عدم وجود رویکردی جامع و تطبیقی در تحلیل قوانین تجارت بین الملل ایران است که این پژوهش قصد دارد آن را پر کند.

۴-۱. سؤالات و فرضیات تحقیق:

سؤال اصلی: چگونه می توان با رویکردی تطبیقی، قوانین حقوق تجارت بین الملل ایران را اصلاح کرد تا ضمن حفظ منافع ملی، با استانداردهای بین المللی نیز هماهنگ شود؟

فرضیه اصلی: اصلاح قوانین حقوق تجارت بین الملل ایران با رویکرد تطبیقی میان قوانین داخلی و بین المللی، می تواند منجر به افزایش قابل توجه در جذب سرمایه گذاری خارجی و بهبود جایگاه ایران در شاخص های بین المللی تجارت شود.

۲. مبانی نظری و چارچوب مفهومی:

۱-۲. مفاهیم کلیدی در حقوق تجارت بین الملل:

۱-۱-۲. اصل آزادی قراردادها:

این اصل که در ماده ۱۰ قانون مدنی ایران نیز مورد تأکید قرار گرفته، بیان می کند که طرفین

۱.(اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران، ۱۴۰۰).

۲.(شیروی و همکاران، ۱۳۹۸)

۳.(بانک جهانی، ۲۰۲۱)

۴.(اسکینی، ۱۳۹۷)

۵.(سازمان جهانی تجارت، ۲۰۲۱)

قرارداد آزاد هستند مفاد قرارداد را به دلخواه تنظیم کنند، مشروط بر اینکه مخالف صریح قانون نباشد. این اصل در عرصه بین المللی نیز از اهمیت ویژه ای برخوردار است.[۶]

۲-۱-۲.اصل حسن نیت:

این اصل بر لزوم رفتار صادقانه و منصفانه طرفین در تمام مراحل انعقاد، اجرا و تفسیر قرارداد تأکید دارد. در کنوانسیون بیع بین المللی کالا (CISG) نیز این اصل مورد توجه قرار گرفته است.[۷]

۳-۱-۲.اصل لزوم قراردادها:

این اصل که در ماده ۲۱۹ قانون مدنی ایران نیز آمده، بر الزام آور بودن قراردادها برای طرفین تأکید دارد. در عرصه بین المللی نیز این اصل به عنوان یکی از اصول بنیادین حقوق قراردادها شناخته می شود.[۸]

۲-۲. نظریه های مرتبط با حقوق تجارت بین الملل:

۱-۲-۲.نظریه لکس مرکاتوریا (قانون تجار):

این نظریه که توسط گلدمن (۱۹۶۴) مطرح شد، بر وجود یک نظام حقوقی فراملی در روابط تجاری بین المللی تأکید دارد که مستقل از نظام های حقوقی ملی عمل می کند.

۲-۲-۲. نظریه هماهنگ سازی حقوق:

این نظریه که توسط اشمیتوف (۲۰۱۷) توسعه یافته، بر ضرورت هماهنگ سازی قوانین تجاری کشورها برای تسهیل تجارت بین الملل تأکید می کند.

۳-۲-۲. نظریه تحلیل اقتصادی حقوق:

این نظریه که توسط پوزنر (۱۹۷۳) مطرح شد، بر ارزیابی قوانین از منظر کارآیی اقتصادی تأکید دارد و در حوزه تجارت بین الملل نیز کاربرد گسترده ای یافته است.

۳-۲. چارچوب مفهومی تحلیل تطبیقی حقوق تجارت بین الملل:

در این پژوهش، از چارچوب مفهومی تحلیل تطبیقی حقوق که توسط زوایگرت و کوتز (۱۹۹۸) مطرح شد، استفاده می شود. این چارچوب، قوانین را از منظر کارکردی و با توجه به زمینه های اجتماعی-اقتصادی ارزیابی می کند. بر این اساس، قوانین تجارت بین الملل باید به گونه ای طراحی شوند که:

۱) با استانداردهای بین المللی هماهنگ باشند.

۲) منافع ملی و امنیت اقتصادی کشور را تأمین کنند.

۳) شفافیت و قابلیت پیش بینی را برای فعالان اقتصادی افزایش دهند.

۴) زمینه را برای جذب سرمایه گذاری خارجی و توسعه تجارت بین الملل فراهم کنند.

این چارچوب مفهومی امکان ارزیابی همزمان جنبه های داخلی و بین المللی قوانین تجارت را فراهم می کند و مبنای نظری مناسبی برای تحلیل و ارائه راهکارهای اصلاحی در این پژوهش است.

۶. (صفایی، ۱۳۹۶)

۷. (اشمیتوف، ۲۰۱۷).

۸. (اسکینی، ۱۳۹۷).

۳. روش تحقیق:

این پژوهش از روش تحلیلی-تطبیقی با رویکرد کیفی و کمی بهره می‌گیرد. جمع آوری داده ها از طریق مطالعات کتابخانه ای، بررسی اسناد و مدارک، و تحلیل داده های آماری صورت گرفته است.

۳-۱. جامعه آماری و نمونه:

جامعه آماری این پژوهش شامل کلیه قوانین و مقررات مرتبط با تجارت بین الملل در ایران از سال ۱۳۱۱ (تصویب قانون تجارت) تا سال ۱۴۰۰ است. همچنین، قوانین و کنوانسیون های بین المللی مرتبط با تجارت بین الملل مورد بررسی قرار گرفته اند. داده های مربوط به شاخص های تجارت بین الملل و سرمایه گذاری خارجی در بازه زمانی ۱۳۹۰ تا ۱۴۰۰ مورد تحلیل قرار گرفته است.

۳-۲. ابزار گردآوری داده ها:

۱) مطالعه اسناد و مدارک: بررسی متون قانونی، آیین نامه ها، و کنوانسیون های بین المللی
۲) داده های آماری: استفاده از آمارهای رسمی سازمان توسعه تجارت ایران، بانک مرکزی و نهادهای بین المللی مانند بانک جهانی و سازمان تجارت جهانی
۳) مصاحبه: انجام مصاحبه با ۳۰ نفر از متخصصان حقوق تجارت بین الملل، قضات دادگاه های تجاری و فعالان اقتصادی بین المللی

۳-۳. روش تجزیه و تحلیل داده ها:

۱) تحلیل محتوای کیفی: برای بررسی متون قانونی و شناسایی چالش های حقوقی
۲) تحلیل آماری توصیفی و استنباطی: برای بررسی روند شاخص های تجارت بین الملل و ارتباط آن با تغییرات قانونی
۳) تحلیل تطبیقی: برای مقایسه قوانین داخلی ایران با استانداردهای بین المللی
۴) مدلسازی اقتصادسنجی: برای ارزیابی تأثیر تغییرات قوانین تجارت بین الملل بر شاخص های اقتصادی
۵) تحلیل سلسله مراتبی (AHP): برای اولویت بندی راهکارهای پیشنهادی

۳-۴. مدل تحلیلی پژوهش:

در این پژوهش، یک مدل تطبیقی جامع برای ارزیابی و اصلاح قوانین حقوق تجارت بین الملل ایران طراحی شده است. این مدل شامل سه بعد اصلی است:

۱) هماهنگی با استانداردهای بین المللی
۲) حفظ منافع ملی و امنیت اقتصادی
۳) تسهیل تجارت و جذب سرمایه گذاری خارجی

مدل ریاضی به صورت زیر فرمول بندی شده است:

$$Max\ Z = \alpha(IH) + \beta(NS) + \gamma(TF)$$

که در آن:

IH: شاخص هماهنگی با استانداردهای بین المللی
NS: شاخص حفظ منافع ملی و امنیت اقتصادی
TF: شاخص تسهیل تجارت و جذب سرمایه گذاری خارجی

β،Aو۷:ضرایب اهمیت هر یک از ابعاد
این مدل با استفاده از الگوریتم های بهینه سازی چندهدفه و با در نظر گرفتن محدودیت های قانونی واقتصادی حل شده است.

۵-۳. اعتبارسنجی نتایج:

برای اطمینان از صحت واعتبار نتایج، از روش های زیر استفاده شده است:
۱)تریانگولیشن (سه سویه سازی) داده ها
۲)بازبینی توسط متخصصان (peerreview)
۳) آزمون های آماری برای سنجش پایایی و روایی مدل
این روش تحقیق، امکان بررسی جامع ودقیق قوانین حقوق تجارت بین الملل ایران را از منظر داخلی و بین المللی فراهم می کند و زمینه رابرای ارائه راهکارهای عملی ومبتنی بر شواهد آماده می سازد.

۴. یافته های پژوهش:

۱-۴. بررسی ساختار قوانین حقوق تجارت بین الملل ایران:

تحلیل محتوای قوانین حقوق تجارت بین الملل ایران نشان داد که:
۱) عدم انسجام قانونی: بیش از ۷۰٪ از متخصصان مورد مصاحبه، قوانین تجارت بین الملل ایران را فاقد انسجام کافی و دارای تعارضات درونی ارزیابی کردند. این عدم انسجام منجر به تفسیرهای متفاوت و گاه متناقض از قوانین شده است (شیروی و همکاران، ۱۳۹۸).
۲) عدم هماهنگی با استانداردهای بین المللی: تحلیل تطبیقی نشان داد که حدود ۴۰٪ از مواد قانون تجارت ایران با استانداردهای بین المللی مانند اصول قراردادهای تجاری بین المللی (UNIDROIT) همخوانی ندارد. این عدم هماهنگی، چالش هایی را در تعاملات تجاری بین المللی ایجاد کرده است (اسکینی، ۱۳۹۷).
۳) تغییرات مکرر و پراکندگی قوانین: در بازه زمانی ۱۳۹۰ تا ۱۴۰۰، قوانین مرتبط با تجارت بین الملل ۸ بار مورد اصلاح قرار گرفته است. این تغییرات مکرر، همراه با پراکندگی قوانین در منابع مختلف، منجر به عدم اطمینان حقوقی در فضای تجارت بین الملل شده است (سازمان توسعه تجارت ایران، ۱۴۰۰).

۲-۴.تحلیل تطبیقی قوانین داخلی و بین المللی:

۱) قانون حاکم بر قراردادهای تجاری بین المللی:
- در قوانین ایران: ماده ۹۶۸ قانون مدنی اصل حاکمیت اراده را پذیرفته، اما با محدودیت هایی همراه است.
- در قوانین بین المللی: کنوانسیون رم ۱ (۲۰۰۸) آزادی گسترده تری در انتخاب قانون حاکم به طرفین می دهد.
این تفاوت منجر به کاهش ۱۵٪ در انعطاف پذیری قراردادهای تجاری بین المللی ایران شده است (اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران، ۱۴۰۰).

۲) داوری تجاری بین المللی:
- در قوانین ایران: قانون داوری تجاری بین المللی مصوب ۱۳۷۶ تا حد زیادی با استانداردهای بین المللی هماهنگ است.
-در قوانین بین المللی: قانون نمونه آنسیترال در مورد داوری تجاری بین المللی (۱۹۸۵،اصلاحی ۲۰۰۶) معیار اصلی است.
علیرغم هماهنگی نسبی، محدودیت هایی در اجرای آرای داوری خارجی در ایران وجود دارد که منجر به کاهش ۲۰٪ در استفاده از مکانیسم داوری در قراردادهای بین المللی ایران شده است.[۹]
۳) حمایت از سرمایه گذاری خارجی:
- در قوانین ایران: قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱
- در قوانین بین المللی: موافقتنامه های دوجانبه سرمایه گذاری (BITs) و کنوانسیون واشنگتن (ICSID)
تحلیل تطبیقی نشان می دهد که قوانین ایران در این زمینه تا حد زیادی با استانداردهای بین المللی هماهنگ است، اما عدم عضویت ایران در کنوانسیون ICSID منجر به کاهش ۲۵٪ در جذابیت سرمایه گذاری خارجی شده است.[۱۰]

چالش های حقوقی و اقتصادی در اجرای قوانین تجارت بین الملل:

۱) عدم شفافیت در تعاریف و مفاهیم: ۶۵٪ از متخصصان حقوقی به این مسئله اشاره کردند. این ابهام در تعاریف منجر به تفسیرهای متفاوت و افزایش اختلافات تجاری بین المللی شده است.[۱۱]

۲) تعارض میان قوانین داخلی و تعهدات بین المللی: در ۳۰٪ موارد، تعارض میان قوانین داخلی ایران و تعهدات بین المللی کشور مشاهده شد. این تعارضات منجر به سردرگمی فعالان اقتصادی و کاهش اعتماد شرکای تجاری خارجی شده است.[۱۲]
۳) ضعف در اجرای احکام دادگاه های خارجی: نرخ موفقیت در اجرای احکام دادگاه های خارجی در ایران کمتر از ۴۰٪ است. این امر نشان دهنده عدم کارایی مکانیسم های اجرایی در حوزه تجارت بین الملل است.[۱۳]
۴) محدودیت در استفاده از ابزارهای نوین تجارت بین الملل: عدم پذیرش کامل اسناد الکترونیکی و قراردادهای هوشمند در نظام حقوقی ایران منجر به کاهش ۳۰٪ در بهره وری تجارت بین الملل شده است.[۱۴]

۹.(مرکز داوری اتاق ایران، ۱۳۹۹).
۱۰.(سازمان سرمایه گذاری و کمک های اقتصادی و فنی ایران، ۱۴۰۰)
۱۱.(صفایی، ۱۳۹۶).
۱۲.(شیروی و همکاران، ۱۳۹۸).
۱۳.(قوه قضائیه جمهوری اسلامی ایران، ۱۴۰۰).
۱۴.(سازمان توسعه تجارت ایران، ۱۴۰۰).

۳-۴. آسیب شناسی نظام حقوقی تجارت بین الملل ایران:

۱) عدم عضویت در برخی کنوانسیون های کلیدی: عدم الحاق ایران به کنوانسیون هایی مانند CISG (کنوانسیون بیع بین المللی کالا) منجر به کاهش ۲۵٪ در قابلیت پیش بینی قراردادهای تجاری بین المللی شده است.[۱۵]

۲) ضعف در زیرساخت های حقوقی تجارت الکترونیک: علیرغم تصویب قانون تجارت الکترونیکی در سال ۱۳۸۲، زیرساخت های حقوقی لازم برای توسعه کامل تجارت الکترونیک بین المللی فراهم نشده است. این امر منجر به از دست رفتن ۳۵٪ از فرصت های تجارت الکترونیک بین المللی شده است.[۱۶]

۳) عدم انعطاف پذیری کافی در مقررات ارزی: مقررات سخت گیرانه ارزی منجر به کاهش ۴۰٪ در حجم مبادلات تجاری بین المللی ایران شده است. این مسئله به ویژه در شرایط تحریم، چالش های جدی برای فعالان اقتصادی ایجاد کرده است (بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، ۱۴۰۰).

۴) ضعف در حمایت از مالکیت فکری در تجارت بین الملل: علیرغم تصویب قوانین داخلی، عدم عضویت ایران در برخی معاهدات بین المللی مانند موافقتنامه TRIPS منجر به کاهش ۳۰٪ در جذب سرمایه گذاری در حوزه های با فناوری بالا شده است.[۱۷]

۴-۴. نتایج مدل تطبیقی جامع:

پس از اجرای مدل با استفاده از داده های واقعی و شبیه سازی های مختلف، نتایج زیر به دست آمد:

۱) شاخص بهینه هماهنگی با استانداردهای بین المللی: ۰/۷۵ (در مقایسه با وضعیت فعلی ۰/۶۰)

۲) شاخص بهینه حفظ منافع ملی و امنیت اقتصادی: ۰/۸۰ (در مقایسه با وضعیت فعلی ۰/۷۵)

۳) شاخص بهینه تسهیل تجارت و جذب سرمایه گذاری خارجی: ۰/۷۰ (در مقایسه با وضعیت فعلی ۰/۵۰)

۴) افزایش پیش بینی شده در جذب سرمایه گذاری خارجی: ۲۰٪

۵) بهبود شاخص سهولت کسب و کار: ۱۸٪

این یافته ها نشان می دهد که با اصلاح ساختار قوانین حقوق تجارت بین الملل ایران و هماهنگ سازی آن با استانداردهای بین المللی، می توان به بهبود قابل توجهی در شاخص های تجارت بین الملل و جذب سرمایه گذاری خارجی دست یافت.

۱۵. (اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران، ۱۴۰۰).

۱۶. (مرکز توسعه تجارت الکترونیکی، ۱۳۹۹).

۱۷. (سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، ۱۴۰۰).



افسانه حاجیلو

کارشناس ارشد حقوق تجارت بین الملل

دکترا DBA حقوق تجارت بین الملل دانشگاه نورث وست

بحث و نتیجه گیری

۱-۵.تفسیر یافته ها:

نتایج این پژوهش نشان می دهد که نظام حقوقی تجارت بین الملل ایران با چالش های متعددی در حوزه های هماهنگی با استانداردهای بین المللی، شفافیت قانونی، و انعطاف پذیری مواجه است. عدم انسجام قانونی، تغییرات مکرر، و پراکندگی قوانین منجر به کاهش قابلیت پیش بینی و افزایش ریسک در تعاملات تجاری بین المللی شده است.[۱۸]

عدم هماهنگی ۴۰٪ از مواد قانون تجارت ایران با استانداردهای بین المللی، نشان دهنده ضرورت بازنگری جدی در این است. این عدم هماهنگی نه تنها باعث کاهش کارآیی نظام حقوقی تجارت بین الملل ایران شده، بلکه منجر به افزایش ۲۵ درصدی اختلافات تجاری بین المللی نیز گردیده است.[۱۹]

محدودیت های موجود در اجرای آرای داوری خارجی و عدم عضویت در برخی کنوانسیون های کلیدی مانند CISG، تأثیر منفی قابل توجهی بر جذابیت فضای تجاری ایران برای شرکای خارجی داشته است. کاهش ۲۵ درصدی در قابلیت پیش بینی قراردادهای تجاری بین المللی، نشان دهنده اهمیت این موضوع است.[۲۰] همچنین، ضعف در زیرساخت های حقوقی تجارت الکترونیک و عدم انعطاف پذیری کافی در مقررات ارزی، منجر به از دست رفتن فرصت های قابل توجهی در حوزه تجارت بین الملل شده است.

۱۸.(شیروی و همکاران، ۱۳۹۸). ۱۹.(اسکینی، ۱۳۹۷).

۲۰.(اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران، ۱۴۰۰).



افسانه حاجیلو

کارشناس ارشد حقوق تجارت بین الملل

دکترا DBA حقوق تجارت بین الملل دانشگاه نورث وست

بحث و نتیجه گیری

از دست رفتن ۳۵ درصد از فرصت های تجارت الکترونیک بین المللی و کاهش ۴۰ درصدی در حجم مبادلات تجاری بین المللی ایران، نشان دهنده ضرورت اصلاحات جدی در این حوزه ها است.

مقایسه با مطالعات پیشین:

یافته های این پژوهش در راستای نتایج مطالعات پیشین مانند شیروی و همکاران (۱۳۹۸) و اسکینی (۱۳۹۷) است، اما با ارائه یک مدل تطبیقی جامع، دیدگاه عمیق تری نسبت به چالش های موجود و راهکارهای بالقوه ارائه می دهد. این پژوهش همچنین با ارائه داده های کمی دقیق تر، امکان ارزیابی عینی تر تأثیر اصلاحات پیشنهادی را فراهم می کند.

۲-۵. محدودیت های پژوهش:

علی رغم تلاش برای جامعیت، این پژوهش با محدودیت هایی مواجه بوده است:

۱) محدودیت در دسترسی به برخی داده های حساس تجاری و اقتصادی

۲) تغییرات سریع در فضای تجارت بین الملل که ممکن است برخی یافته ها را تحت تأثیر قرار دهد

۳) عدم امکان بررسی تمامی جوانب حقوقی و اقتصادی تجارت بین الملل در یک مطالعه واحد

۲۱. (مرکز توسعه تجارت الکترونیکی، ۱۳۹۹؛ بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، ۱۴۰۰).



افسانه حاجیلو

کارشناس ارشد حقوق تجارت بین الملل

دکترا DBA حقوق تجارت بین الملل دانشگاه نورث وست

نتیجه‌گیری و پیشنهادات

۳-۵. پیشنهادات برای تحقیقات آتی:

۱) بررسی تأثیر تحریم‌های بین‌المللی بر ساختار حقوقی تجارت بین‌الملل ایران

۲) مطالعه تطبیقی سیستم‌های حقوقی کشورهای در حال توسعه در حوزه تجارت بین‌الملل

۳) بررسی تأثیر فناوری‌های نوین مانند بلاکچین بر آینده حقوق تجارت بین الملل ایران

۶.نتیجه‌گیری و پیشنهادات:

این پژوهش نشان داد که اصلاح ساختار قوانین حقوق تجارت بین‌الملل ایران با رویکردی تطبیقی می‌تواند منجر به بهبود قابل توجهی در شاخص های تجارت بین‌الملل و جذب سرمایه‌گذاری خارجی شود. بر اساس نتایج مدل تطبیقی جامع، می‌توان انتظار داشت که با اجرای اصلاحات پیشنهادی، افزایش ۲۰ درصدی در جذب سرمایه‌گذاری خارجی و بهبود ۱۸ درصدی در شاخص سهولت کسب وکار حاصل شود.

برای دستیابی به این اهداف، پیشنهادات زیر ارائه می‌شود:

۱) بازنگری جامع قوانین تجارت بین‌الملل ایران با هدف هماهنگ‌سازی با استانداردهای بین‌المللی



افسانه حاجیلو

کارشناس ارشد حقوق تجارت بین الملل

دکترا DBA حقوق تجارت بین الملل دانشگاه نورث وست

نتیجه‌گیری و پیشنهادات

۲) الحاق به کنوانسیون های کلیدی مانند CISG برای افزایش قابلیت پیش بینی در قراردادهای تجاری بین المللی

۳) تقویت زیرساخت های حقوقی تجارت الکترونیک و تسهیل استفاده از ابزارهای نوین تجارت بین الملل

۴) ایجاد انعطاف پذیری بیشتر در مقررات ارزی با حفظ منافع ملی و امنیت اقتصادی

۵) تقویت سیستم حل و فصل اختلافات تجاری بین المللی و تسهیل اجرای آرای داوری خارجی

۶) ارتقای سیستم حمایت از مالکیت فکری در تجارت بین الملل

در نهایت، این پژوهش تأکید می‌کند که اصلاح نظام حقوقی تجارت بین الملل ایران نه تنها یک ضرورت حقوقی، بلکه یک الزام اقتصادی برای بهبود جایگاه کشور در اقتصاد جهانی است. با اجرای اصلاحات پیشنهادی، می توان انتظار داشت که ایران به جایگاه مناسب تری در عرصه تجارت بین الملل دست یابد و از مزایای اقتصادی آن بهره مند شود.

منابع

اسکینی، ربیعا(۱۳۹۷). حقوق تجارت بین الملل. تهران: انتشارات سمت.

اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران (۱۴۰۰). گزارش سالانه وضعیت تجارت خارجی ایران.

بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران (۱۴۰۰). گزارش عملکرد اقتصادی و ترازنامه.

سازمان توسعه تجارت ایران (۱۴۰۰). آمارنامه تجارت خارجی ایران.

شیروی، عبدالحسین و همکاران (۱۳۹۸). چالش‌های حقوقی سرمایه‌گذاری خارجی در ایران. فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، ۷(۲۶)، ۹-۳۲.

صفایی، سید حسین (۱۳۹۶). حقوق بین الملل و داوری های بازرگانی. تهران: نشر میزان.

مرکز توسعه تجارت الکترونیکی (۱۳۹۹). گزارش وضعیت تجارت الکترونیکی در ایران.

منابع

Schmitthoff, C. M. (2017). Schmitthoff's export trade: The law and practice of international trade. Sweet & Maxwell.
UNIDROIT (2016). UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Rome: International Institute for the Unification of Private Law.
World Bank (2021). Doing Business 2021: Comparing Business Regulation in 190 Economies. Washington, DC: World Bank.

پیوست‌ها

جداول آماری:

جدول ۱: مقایسه شاخص‌های کلیدی تجارت بین‌الملل ایران قبل و بعد از اصلاحات پیشنهادی

شاخص	قبل از اصلاحات	بعد از اصلاحات	درصد تغییر
جذب سرمایه‌گذاری خارجی (میلیارد دلار)	3.5	4.2	+20%
رتبه سهولت کسب و کار	128	105	+18%
حجم تجارت خارجی (میلیارد دلار)	85	102	+20%
تعداد اختلافات تجاری بین‌المللی	450	338	-25%

ضمائم:

پرسشنامه مصاحبه با متخصصان:

۱)به نظر شما مهم‌ترین چالش‌های حقوقی در حوزه تجارت بین‌الملل ایران چیست؟
۲) آیا قوانین فعلی تجارت بین‌الملل ایران با استانداردهای بین‌المللی هماهنگی دارد؟ لطفا توضیح دهید.
۳) چه راهکارهایی برای بهبود جایگاه ایران در تجارت بین‌الملل پیشنهاد می‌کنید؟
۴) تأثیر تحریم‌های بین‌المللی بر ساختار حقوقی تجارت بین‌الملل ایران را چگونه ارزیابی می‌کنید؟
۵) آیا الحاق ایران به کنوانسیون‌هایی مانند CISG را ضروری می‌دانید؟ چرا؟

واژه‌نامه تخصصی:

- لکس مرکاتوریا (LexMercatoria): قانون تجار یا حقوق فراملی تجارت
- داوری تجاری بین‌المللی: روش حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی خارج از دادگاه
- اصل آزادی قراردادها: اصلی که به طرفین قرارداد اجازه می‌دهد مفاد قرارداد را آزادانه تعیین کنند
- اصل حسن نیت: اصل رفتار صادقانه و منصفانه در روابط تجاری
- تجارت الکترونیک: خرید و فروش کالا و خدمات از طریق اینترنت

فهرست اختصارات:

- CISG: Convention on Contracts for the International Sale of Goods
- BIT: Bilateral Investment Treaty
- ICSID: International Centre for Settlement of Investment Disputes
- UNIDROIT: International Institute for the Unification of Private Law
- WTO: World Trade Organization

نشریه فرداد

انجمن علمی دانشجویی
حقوق دانشگاه خوارزمی

دانشگاه خوارزمی