



فصلنامه علمی - دانشجویی

# آیین داد

شماره سوم - سال دوم - تابستان ۱۴۰۴

آنچه در این شماره می خوانیم:

مصاحبه با جناب آقای دکتر نصیر مشایخ پیرامون قانون الزام  
به ثبت رسمی معاملات غیرمنقول

تاملی بر جنگ تحمیلی دوازده روزه اسرائیل علیه ایران

تحلیل علل ارجاع یک پرونده به دیوان های کیفری بین المللی  
با وجود نهاد های قضایی داخلی

تحلیل ماهیت حقوقی حدود اذن متولی در اداره مال موقوفه

و چندین جستار دیگر



الله  
الرحمن الرحيم  
الحمد لله  
الذي هدانا لهذا  
الذي كنا لنهتدي لولا  
هدى الله لنا



## استاد مشاور

سرکار خانم دکتور سحر سہیل مقدم

## داوران چاپ سوم

سرکار خانم دکتور مہناز رشیدی

سرکار خانم دکتور سحر سہیل مقدم

سرکار خانم دکتور کتابیون اشرفی

جناب آقای حسین دہقانی

## مدیر مسئول و سردبیر

جناب آقای علی اکبر حسن زادہ

## دبیر تخصصی

جناب آقای احمد رضا میر رضایی

## اعضای ہئیت تحریرہ

سرکار خانم مبینا رجبی

سرکار خانم آناہیتا ہراتی

جناب آقای احمد رضا میر رضائی

جناب آقای علی اکبر حسن زادہ

## نویسندگان:

جناب آقای علی اکبر حسن زادہ

جناب آقای پوریا ساکی خالص

جناب آقای محمد حسن نظری

## ویراستاران

جناب آقای علی اکبر حسن زادہ

جناب آقای احمد رضا میر رضائی

## طراح و صفحہ آرا

جناب آقای آرمان صادقی



# فهرست مطالب

۶ سخن سردبیر

۸ مصاحبه

گفت‌وگویی پیرامون قانون الزام به ثبت رسمی معاملات غیرمنقول

۱۸ مقاله

تاملی بر جنگ تحمیلی دوازده روزه اسرائیل علیه ایران

۳۲ مقاله

تحلیل علل ارجاع یک پرونده به دیوان های کیفری بین المللی با وجود نهاد های قضایی داخلی

۴۸ مقاله

تحلیل ماهیت حقوقی حدود اذن متولی در اداره مال موقوفه

۶۵ نقد و معرفی کتاب

محاكمه خوك، داعی عدالت یا نافی آن، معضل این است؟

۷۰ نقد فیلم

آب های تیره، اعلام خطر به انسان ها - محیط زیست را دریابید!

۷۷ نقد قانون

ماده ۲۶۵ قانون مدنی





## سخن سردبیر

همه عالم تن است و ایران دل  
نیست گوینده زین قیاس خجل  
چونکه ایران دل زمین باشد  
دل ز تن به بود یقین باشد

خدا را شاکریم که بار دیگر این فرصت را در اختیار ما قرار داد تا بتوانیم در چاپی دیگر در خدمت علاقه‌مندان حقوق باشیم. بخش زیادی از نگارش مطالب این چاپ در بحبوحه جنگ تحمیلی رژیم اسرائیل علیه کشور عزیزمان انجام شده است و طبعاً همچنین واقعه‌ای تأثیر بسیار زیادی بر این چاپ گذاشته است. در ورطه پرتلاطم تاریخ بشریت همواره ملت‌هایی هستند که بار سنگین رنج‌های ناگوار را بر دوش کشیده‌اند، رنج‌هایی که گاه در هیاهوی وجودی جهان به فراموشی می‌گراید درحالی که وظیفه اهل قلم و دانش این است که اجازه ندهند چنین اتفاقی رخ دهد و باید حامل پرچم حقیقتی باشند که بر دوش دانش قرار دارد. ایرانیان مردمانی هستند که زخم جنگ تحمیلی را به خوبی لمس کرده‌اند، این روایت فریادی آشکار برای امروز و هشدار برای عیان برای فردای بشریت است. آنچه در این ۱۲ روز گذشت در قسمت‌های دیگری از جهان همچنان در حال تکرار شدن است. اسرائیل به عنوان نماد یک سیاست ویرانگر و ایدئولوژی متکی بر آپارتاید و اِشغال است که خطری مهم برای صلح جهانی و بنیان منش انسانی است، سکوت در برابر این ستم سازمان‌یافته به معنای خیانت به تمام آرمان‌های بشری است که علم و دانش همواره مدافع آن بوده است و در طول تاریخ تمام هدف خود را معطوف بر آن کرده است. اهل علم در این میان باید به وظیفه خطیر خود در جهت آشکار ساختن این جنایت‌ها عمل کنند. همچنین مردم سایر کشورها را باید به خاطر داشته باشند که شاید این آتش ابتدا خانه همسایه را بسوزاند اما باد بی‌توجهی باعث می‌شود که به زودی در صورت عدم مقابله، به درگاه همه کشیده شود. باید همواره متذکر شد که جهان ساکت در برابر جنایت، جهانی محکوم به تکرار فاجعه است.

در این شماره نیز تلاش شده است که جدای از قالب اصلی نشریه که شامل مصاحبه و مقالات علمی به ویژه در بعد بین‌المللی، در کنار نقدهای مختلف است، مسئله روز یعنی جنگ تحمیلی اخیر تحلیل و بررسی شود. به امید روزی که سایه نحس ظلم و ستم از سر بشریت برداشته شود. در پایان نیز خوب است که یاد از شعر نظام وفا کنیم که به زیبایی بیان میدارد:

مرا اوج عزت در افلاک توست  
به چشمان من کیمیا خاک توست  
رود ذره‌ای گر ز خاکت به باد  
به خون من آن ذره آغشته باد

ومن الله توفیق  
علی‌اکبر حسن‌زاده





مصاحبه

مصاحبه با جناب آقای  
دکتر نصیر مشایخ

● استاد حقوق ثبت

گفت و گویی پیرامون  
قانون الزام به ثبت رسمی معاملات غیرمنقول

# گفت‌وگویی پیرامون قانون الزام به ثبت رسمی معاملات غیرمنقول



مصاحبه با جناب آقای  
دکتر نصیر مشایخ

● استاد حقوق ثبت

شده بود و تحولات زیادی داشت تا اینکه نهایتاً این را تصویب کردند که قانون نقل و انتقال مربوط به املاک منافع و اموال غیر منقول الزاماً باید در دفاتر اسناد رسمی به ثبت برسد که در پاره‌ای از این موارد شورای نگهبان مخالفت می‌کرد تا اینکه با سخن رهبر انقلاب که فرمودند که این موضوع نظر مجلس باید تأمین شود تا آن تصویب بشود بعد از یکسال به این شکل به ثبت رسید هرچند شورای نگهبان در قانون دیگری به عنوان قانون پیش فروش حوالی سال ۱۳۹۰ به تصویب رسیده بود در آنجا تنظیم سند پیش فروش را در دفترخانه الزامی دانسته بود. این بود پیشینه‌ای کوتاه از قانون الزام به ثبت سند رسمی است.



## ۱. ابتدا اگر که ممکن هست یک خلاصه و کلیاتی از قانون الزام به ثبت سند رسمی معاملات و اموال غیر منقول بفرمایید:

قانون الزام به تنظیم ثبت سند رسمی در حقوق ما بی سابقه نیست اگر قانون می‌خواست درست انجام شود چنین محتوایی و چنین حکم قانونی می‌توانست از سال ۱۳۱۰ که قانون ثبت به تصویب رسید اجرا بشود. آنچنان که در ماده ۴۷ قانون ثبت گفته بود که نقل و انتقال املاک ثبت شده و منافع و حقوق مربوط به آن را باید در دفتر ثبت اسناد رسمی به ثبت رسد. همچنان که در خود قانون ثبت در ماده ۲۶ در خصوص انتقال منافع بیش از سه سال همین دیدگاه رو داشت که انتقال منافع بیش از سه سال باید در دفاتر اسناد رسمی به ثبت برسد. قوانین دیگری هم بود که در دوره‌های زمانی مختلف تصویب شد، مثل ماده ۱۰۳ قانون تجارت که حتی انتقال سهام را هم نیاز به ثبت میدانست و میدانند که انتقال سهم شرکت در شرکت‌های مسئولیت محدود ثبتش را اجباری میدانند یا قانون دریایی کشور انتقال کشتی‌ها و اجاره آنها را بیش از دو سال ثبتش را اجباری میدانند و یا اینکه در ماده ۲۹ قانون راهنمایی و رانندگی ثبت انتقال خودرو را الزامی میدانند. بنابراین اینکه ثبت بعضی موارد و اسناد در دفترخانه باید اجباری بشود چیزی جدیدی نیست. در قانون الزام تلاش‌های زیادی شد که این قانون تصویب بشود اگرچه در سال ۱۴۰۳ تصویب شد اما از سال ۱۳۹۷ با عنوان قانون ارتقاء سند رسمی طرح



بنابراین قانون الزام در پی تبیین شکلی گرایسی بود هر چند که مفاد قانون الزام وقتی همه ی آنها را در کنار هم میگذاریم الزاما به این مفهوم نیست که همه ی معاملات باید در دفتر اسناد رسمی به ثبت رسند بلکه گفته است که باید در سامانه ثبت الکترونیک منعکس شود و در دفتر املاک الکترونیک سازمان ثبت منعکس بشود زیرا در ماده ۲ راهکاری پیش بینی کرده که خود مردم هم دسترسی به این سامانه داشته باشند و بدون مراجعه به دفتر ثبت اسناد رسمی معاملاتی رو انجام بدهند. از این جهت قانون الزام تا حدی نسبت به هدف اصلی خودش به بیراهه رفته چرا که حذف ناظر قانونی و حذف یک نهاد بی طرف قانونی به نام دفترخانه که ابلاغ سردفتر آن توسط قوه قضائیه هست اصولا پیامدهای ناگواری خواهد داشت که مطمئنا دستگاه قضایی را دچار دعاوی جدیدی میکند. با این حال هدف از قانون الزام حذف اسناد عادی است که از این پس تنظیم میشود با تکیه بر شکل گرایسی ولی در زیر پوسته این قانون به حاشیه راندن دفاتر اسناد رسمی هم به نظر میاد که برخلاف آنچه گفته میشود مورد توجه بوده است.

## ۲. هدف اصلی قانون الزام به ثبت چیست؟ در واقع چه خلاها و مشکلاتی وجود داشت که باعث تدوین این قانون شد؟

هدف اصلی قانون الزام به نوعی ممنوعیت نقل و انتقال عادی همه عقود و قراردادهای نسبت به املاک و اموال غیر منقول و منافع آن است. همچنان که در ماده ۱ این قانون گفته شده «اگر نقل و انتقال مربوط به املاک و اموال غیر منقول و منافع آنها به هر نوع عقود که باشد به صورت عادی تنظیم شود، در این صورت در دستگاه های اجرایی و مراجع قضایی و مراجع دآوری این سند قابل اعتبار و استناد نیست» و هر چند بعضی ها گفتند که قابلیت استناد مربوط به ما نیست که در مقام دعوا مطرح شود، به هر روی و به هر تفسیر با تصویب این قانون دیگر نمیشود افراد بیایند و نسبت به املاک ثبت شده اسناد عادی را تنظیم کنند. این اولین هدفش بود و پیامدهایی داشت، پیامدهای آن این است که اسناد عادی مغایرت کامل با مفهوم شکل گرایسی دارد، بدین معنی که ویژگی حقوق ثبت اگر بخواهیم نمونه بارز و شاخص آن را در تفاوت با سایر رشته های حقوقی بدونیم شکلی گرایسی و فرمالیسم است که این شکلی گرایسی و فرمالیسم به منظور حمایت از حقوق طرفین، اجرای تعهدات آنها، اطلاع اشخاص ثالث از معاملات، حفظ حقوق اشخاص ثالث و حفظ حقوق دولت است.





خصوصی میشود، با وجود اینکه در قانون اساسی و در قوانین عادی نسبت به حفظ و احترام به مالکیت خصوصی تاکید شده و حتی ضمانت اجرایی کیفری هم نسبت به املاک خصوصی پیش بینی شده است ولی باز سبب شده نهادهای عمومی و دولتی همچنان مدعی باشند. الان معضلی که وجود دارد که یک فردی بخواهد در مورد زمین خودش اقدام کند در روز اقدام وقتی بخواهد مجوزی بگیرد یکدفعه مواجه میشود با این وضعیت که این زمین ملی اعلام شده حسب مورد توسط جهاد کشاورزی در مورد زمین های خارج از محدوده و توسط راه و شهرسازی در مورد زمین های داخل محدوده و یا موات اعلام شده البته ملی توسط جهاد کشاورزی و موات توسط راه و شهرسازی یا جهاد کشاورزی موات اعلام شده و این قانون الزام در پی این بوده که دولت اگر یک زمینی را جهاد کشاورزی ملی میداند و یا راه و شهرسازی یا اداره امور ارضی یک زمینی را موات میداند به وقتش و به موقع اعلام بکند چون قوانین مرتبط به این سال هاست که تصویب شده ولی این قانون گفته که اگر جهاد کشاورزی یک زمینی را ملی میداند و یا راه و شهرسازی و یا اداره امور ارضی زمینی را موات میداند بیايند اعلام کند ولی بعد گفته که اگر هم اعلام نکرد در سامانه عدم اعلام او مانع اقامه ادعا نخواهد بود. بنابراین مالکیت شهروندان در برابر دولت همچنان متزلزل و محل ابهام و بیم است.

### ۳. این قانون تا چه میزان بر حقوق و تکالیف شهروندان تاثیر گذار است؟ آیا میتوان ادعا کرد که خلاف اصل آزادی است؟

من براین اعتقاد هستم که این قانون از جهاتی به اندازه کافی از حقوق شهروندان دفاع نکرده؛ بله این درست است که این قانون که باید تمام اسناد مربوط به اموال غیرمنقول و حقوق مستتر در آن رسمی تنظیم بشود، وجود سامانه خود کاربری سبب شده است که شهروندان بدون اطلاع از جوانب کار خودشان اسنادی را تنظیم کنند و بعد درگیر و اسیر و زندانی امضایی بشوند که بدون توجه به پیامدهای حقوقی یک امر خودشان در سامانه خود کاربری آمدن و معاملات را ثبت کردند، از این جهت خطراتی را متوجه اسناد رسمی کرده به ویژه با توجه به جرایم سایبری که نمونه آن در نقل و انتقالات وجوه بوده در قانون الزام هم ایجاد خواهد شد. از جهت دیگری نیز این قانون حقوق شهروندان را هنوز تامین و تضمین نکرده است، بدین معنی که در قانون الزام گفته است هر کسی اگر نسبت به یک ملکی ادعایی دارد و یا اسناد عادی تاکنون داشته برابر ماده ۱۰ مکلف است ظرف دو سال این ادعا و اسناد را در سامانه ای به نام سامانه ی ساماندهی اسناد غیر رسمی بارگذاری کند و در تبصره ی ۸ ماده ی ۱۰ این قانون هم گفته است نهادهای عمومی و مراجع دولتی از جمله راه و شهرسازی و بنیاد مسکن و جهاد کشاورزی و نهاد های عمومی مثل موقوفه ها و ستاد اجرایی فرمان امام هم مکلف هستند که نسبت به اموالی که ادعا دارند این املاک ملی و یا موات هست و یا جزء ثروت های عمومی است به عنوان متولی ثروت های عمومی آنها را در سامانه ثبت بکنند اما در خصوص شهروندان گفته اگر این شهروندان ظرف مدت دو سال این موارد را در سامانه ثبت نکنند در آن صورت دیگر نمی توانند ادعایی داشته باشند ولی در مورد نهادهای عمومی و دولتی گفته که اینها اگر ادعای خودشان را در این سامانه ثبت نکنند عدم ثبت این ادعا مانع ادعای مجدد آنها نمیشود و این در واقع سبب تزلزل مالکیت



مجرمانه هست. نظارت بعدی نظارت پسینی است به این معنا که اگر فردی در مقام دفاع یا در مقام اقامه ی دعوا یک سند عادی را که پس از تاریخ الزام تنظیم شده را اعلام بکند دادگاه ها آن را نمی پذیرند چه در امور کیفری و چه در امور حقوقی. عمده نظارت ها در این خصوص هست و یا اینکه کارمندان نهادهای عمومی و دولتی خودشان را برابر ماده ی ۸ در سامانه اعلام نکنند، در اون صورت آن کارمند به مجازات انتظامی محکوم، تعلیق و مجازات میشود و یک تخلف انتظامی برای او محسوب است.

#### ۴. مکانیزم و ابزار های نظارتی این قانون چه گونه است؟

ببینید بحث نظارت در این قانون متفاوت است این نظارت به ویژه در مورد بنگاه هاست؛ گفته است اگر بنگاه ها نسبت به املاک ثبت شده مبیعه نامه بنویسند با جریمه های صنفی و انتظامی رو به رو هستند مثلاً بار اول جریمه است بار دوم جریمه چند برابر میشه بار سوم لغو پروانه کسب آنها هست و یا اینکه گفته قضات اگر به اسناد رسمی در این خصوص اعتبار ندهند برابر ماده ۹ قانون الزام این جرم تلقی شده و برای قضات عمل

#### ۵. آیا اقدامات پیش بینی شده برای عدم ثبت همچون بطلان، متناسب و بازدارنده است؟

ضمانت اجرای مربوط به آن به روشنی اعلام نکرده که منجر به بطلان هست. شاید بشود گفت که بطلان نسبی هست، به تعبیری چون گفته است که در دستگاه های اجرایی و مراجع دآوری و مراجع قضایی پذیرفته نمیشود دعوا یک حق منقلب شده هست. در مقام اقامه دعوا گفته پذیرفته نمیشود، قبلاً یک بحثی بود در خصوص ماده ۴۷ قانون ثبت و ماده ۴۸ که در ماده ۴۷ میگفت که نقل و انتقالات املاک اجباری است و در مورد ۴۸ میگفت اگر ثبت نقل و انتقالات در دفتر اسناد رسمی انجام نشود در محاکم و ادارات پذیرفته نمی شود. در آن موقع این بحث بود که اصل انتقال انجام شده هست ولی در محاکم و ادارات پذیرفته نمی شود و بعد هم که دکتترین در این مورد ایجاد شد و برخی از اساتید بزرگ کشور تاکید بر این داشتند که ماده ۳۶۲ قانون مدنی گفته به مجرد ایجاب و قبول بیع محقق میشود پس بنابراین اگر یک فردی بیايد و ملک خودش رو به موجب سند عادی بفروشد بیع محقق شده است ولی در محاکم و ادارات پذیرفته نمی شود، شبیه این دعوا به نوعی کم خواهد شد چون در ماده ۱ این قانون گفته که دیگه این سند در مراجع دآوری، مراجع قضایی و مراجع عمومی که موضوع ماده ۲۹ قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه هست، پذیرفته نخواهد شد از این جهت طبیعتاً دعوایی که به این مبنا باشد پذیرفته نمی شود ولی به نظر میرسد دعاوی مربوط به استرداد سند، دعاوی مربوط به توسل به وسایل متقلبانه و مسائلی از این دست در سامانه خودکاربری طبیعتاً باهش رو به رو هستیم. ضمن اینکه در ماده ۱۰ هم ضمانت اجرایی که پیش بینی کرده که دعوا در برابر اشخاص دارای حسن نیت و در برابر دولت پذیرفته نمیشود. یعنی اینکه در ماده ۱۰ باز هم پیش بینی دعوا را کرده، من بر این اعتقاد هستم که شکل آن دعوا عوض خواهد شد به ویژه آنکه اشخاص میتوانند خودشان در سامانه به ثبت رسانند و کسانی که ملک خودشان را شخصاً برابر ماده ۲ قانون الزام در سامانه نقل و انتقال را به ثبت رسانند، طبیعتاً این دعوا خیز هست چه کیفری و چه حقوقی. دعاوی مربوطه مثل کلاهبرداری خیانت در امانت و دارا شدن غیر عادلانه و مسائلی از این دست که از دل ماده ۲ قانون الزام برمی خیزه کماکان پا برجا خواهد بود.





اینکه پیش بینی کرده که برای پایان کار افراد میتوانند بر تک تک واحدها اگر منجر به تخریب نشده باشد و یا تخریب به جریمه باشه و یا جریمه آن را پرداخت نکرده باشد از این جهت پایان کار نمی گیرد، میتوانند جریمه را بر همه واحد ها سرشکن کنند و برای هر کدام از واحدها تک به تک سند بگیرند ولی نکته این هستش که مقدمه پایان کار مواردی مانند اخذ مجوز از آتش نشانی، اخذ مجوز از نهاد های دیگری است الزاما همه ی مواردی که موفق به دریافت پایان کار نمیشود ناشی از خلافی و یا جرایم مربوط به موضوع ماده ۱۰۰ قانون شهرداری نیست. دلایل دیگری هم دارد که تا اینجا پیش بینی نشده و ضمن اینکه این قانون آمده در ادبیاتی که دارد مفهوم قانون پیش فروش را نه تایید بلکه پیچیده کرده، مفهوم پیش فروش را حتی مشارکت را که مفهوم حقوق و مبنای متفاوتی با پیش فروش دارد را نوعی پیش فروش در ماده ۱۵ فرض کرده و در آنجا گفته اگر کسی حتی مشارکت بکند در ساخت آن هم پیش فروش محسوب میشود و این واقعا مفهوم درستی ندارد. مشارکت یک امتزاج اموال است، پیش فروش، فروش و یک نوع از عقود ناقله هست و این ها را نمیشود باهم برابر دانست و از این جهت این قانون را نمیشود به درستی اجرا کرد. ضمن اینکه مواردی را که به عهده سردفتران گذاشته است مثل محاسبه مالیات محاسبه حق واگذاری و بحث تامین اجتماعی که باید متصل به سامانه بشوند. همه ی این موارد و نحوه وصول آن هنوز که بیش یک سال از اجرایی شدن قانون میگذرد مبهم هست. ضمن اینکه نحوه نقل و انتقال در سامانه کاتب بنگاه ها یا به چه طریق میتوانند پیگیر بشوند، میتوانند مبیعه نامه در سامانه کاتب ثبت کنند یا دفاتر اسناد رسمی میتونن در سامانه کاتب مسئله ای را ثبت بکنند این ها همه خیلی مشخص نیست.

## ۶. مهم ترین چالش های اجرایی این قانون چه مواردی هستند؟ از نظر زیر ساختی چه و مواردی نیازمند اصلاح هستند؟

بنبید این قانون از جهات مختلفی چالش برانگیز هست. اولین چالش این قانون ادبیات مبهم آن هست، هیچ قانونی با این ادبیات با موضوعات متنوع به نوعی مغلق و درهم تنیده نیست. به نظر میرسد که این اولین چالش هست و تفاسیری که ازش میشود. دیگر چالش این قانون هم این است که حد مشخص ندارد و پایان پذیر نیست، چنانکه که در مورد اسناد عادی ماده ۱۰ تکالیفی را پیش بینی کرده و بعد دوباره در ادامه گفته است که اگر در خصوص املاکی که در ماده ۱۰ به ثبت رسیده، باید به موجب قانون تعیین تکلیف برایش سند مالکیت بگیرد یا در دادگاه ها دعوی الزام به تنظیم سند را پیش بینی بکنند و بعد درست است که در ماده ۱۰ یک مدت دوساله برای بارگذاری اسناد گذاشته و دو سال را هم بعد از آن برای اقدامات و دعاوی پیش بینی کرده است ولی باز یک فرضی را پیش بینی کرده که اگر اسنادی را که مورد این دعاوی نبودن یا در قانون تعیین تکلیف به نوعی مطرح شدند و یا به درستی مطرح نشده اند را باز همچنان قابل پیگیری میدانند. به نظر میرسد که براین اساس ماده ۱۰ قانون الزام پایان ندارد و یک پایان باز دارد و همیشه درگیر آن هستند و این از مسائل و معضلات هست. چالش های این قانون کم نیست بعضی از این موارد این قانون عملا اجرا شدنی نیست مثل اینکه گفته است که افراد میتوانند قبل از اینکه ملک را احداث بکنند در ملک ساختمان احداث بکنند، مالکین میتوانند تقسیم نامه بنویسند و یا



فنی و دقیقی نشده، افراد غیر متخصص که چهره ی رسانه ای می خواستند و یا چهره ی رسانه ای بودند بدون تخصص و غیر مسئولانه دخالت کردند. حتی بعضی از دستگاه های اجرای و دستگاه های قضایی درباره این قانون در رسانه ها اظهار نظر کرده بودند، اظهار نظر اشتباه کرده بودند. افرادی که آمدند این قانون را تفهیم کنند خودشان به درستی قانون را متوجه نشدند ولی در مقابل از نهاد هایی مثل نهاد سردفتری، قانون سردفتران و اساتید دانشگاهی حقوق ثبت که چه بسا در تدوین این قانون و در پیش تهیه پیش نویس این قانون دستی در آتش داشتند به کار گرفته نشدند و در مقابل افرادی درباره این قانون اظهار نظر کردند که هنوز مکانیزم تنظیم سند در دفترخانه را مطلع نیستند. اطلاع رسانی در سطح وسیع اما ناقص و با اطلاعات اشتباه فراوان هست و این از اشکالات و چالش های این قانون میتواند به شمار بیاید.

### ۷. نحوه اطلاع و آگاهی یافتن مردم از این قانون به خوبی انجام شده است؟

نحوه اطلاع رسانی بله بیشترین طوفان ذهنی نسبت به این قانون ایجاد شده والان همه آنقدری متوجه شده اند که به زودی مباحثه نامه ها اعتبار نخواهند داشت و یک سامانه ای ایجاد خواهد شد که اسناد عادی را بشود در آن ثبت کرد. با وجود اینکه مدت یا مهلت سازمان ثبت برای ایجاد سامانه سازمان دهی اسناد غیر رسمی تمام شده، این سامانه هنوز ایجاد نشده و مردم بلا تکلیف هستند که با اسناد عادی چه کار کنند و بعد اینکه در قانون در یک جا گفته اسنادی که بعد از تصویب این قانون صادر میشوند احکامی دارند ولی در عمل به همه احکام اسناد تک برگ تسری دادند. به هر شکل در اطلاع رسانی اینکه چنین قانونی وجود دارد و مردم تکالیفی دارند بله اطلاع رسانی شده ولی اطلاع رسانی

کلاهبرداری خواهیم داشت و علاوه بر اینکه در آیین نامه ماده ۱۰ در خصوص ملک اعلام میکند که نقل و انتقال انجام شده در سامانه ساماندهی اسناد غیر رسمی باید در خود آن سامانه انجام شود حق دسترسی سر دفتران به این سامانه و تنظیم اسنادی مانند وکالت و مسائل شبیه این را در واقع غیر ممکن کرده است. چنین اموری در واقع حذف خزنده یک نهاد نظارتی هست و به نظر میرسد که این قانون جهت گیرانه هست و از این حیث منصفانه نیست. علاوه بر آن چالش های دیگر زیادی دارد، یکی از چالش های مهم این قانون بحث چگونگی نقل و انتقالات زمین های دارای کاربری کشاورزی است و تعارضی است که در مواد این قانون و تبصره های ماده ۱۰ هست. از یک سو بیان میکند که انتقال کمتر از حد نصاب زمین های کشاورزی با آن شرایطی که در تبصره ۹ ماده ۱۰ آورده را ممنوع کرده است. از طرف دیگر میگوید که کسانی که الان با سند عادی یک زمین کشاورزی را خریدند با رعایت کاربری کشاورزی با هر متر از و با هر مساحت به آن سند میدهند. با رعایت کاربری کشاورزی اینکه میگوید که باز آن چالش های ابنيه های موجود در اون هست.

### ۸. از منظر شما چه ایرادات و نواقصی را میتوان نسبت به این قانون بیان کرد؟

نواقص این قانون کم نیست؛ دیگه تا حدی این قانون متمرکز روی آن نکته اصلی نبوده که حذف پنهان دفاتر اسناد رسمی را داشته است چونان که در ماده ۱۰ بیان میکند که ازین به بعد مالک کسی است که نام او در دفتر اسناد به ثبت رسیده یا به ارث رسیده و یا از طریق سامانه الکترونیکی ثبت کرده است، در صورتی که ماده ۲۲ بیان میداشت که مالک کسی است که نام او در دفتر اسناد به ثبت رسیده یا در دفتر اسناد انتقال را انجام داده و خلاصه معامله اش به ثبت رسیده. در اینجا دفاتر را حذف کرد و حذف یک ناظر حقوقی بر معاملات هم حقوق دولت را و هم حقوق شهروندان را و هم حقوق متعاملین را به مخاطره می اندازد. این که ما به صورت خزنده ای نهادی را کمرنگ کنیم روش مناسبی نیست و در ماده ۲ سامانه خود کاربری هم، به ویژه آن آیین نامه آمده و گفته افراد خودشان میتوانند معامله انجام بدهند. این بسیار مخاطره آمیز هست؛ الان ما مواردی مربوطه به کلاهبرداری های سایبری مبنی بر خالی کردن وجوه اشخاص، کلاهبرداری اینترنتی و دستبرد به حساب های بانکی داریم و در چنین حالتی ما انتقال املاک را از طریق نامشروع و ناعادلانه از طریق اغفال و یا از طریق



این ها نکات مبهم این قانون هست که به نظر میرسد که قانون الزام نتونه اجرا بشه و تعابیر جدیدی نسبت به آن مطرح خواهد شد.



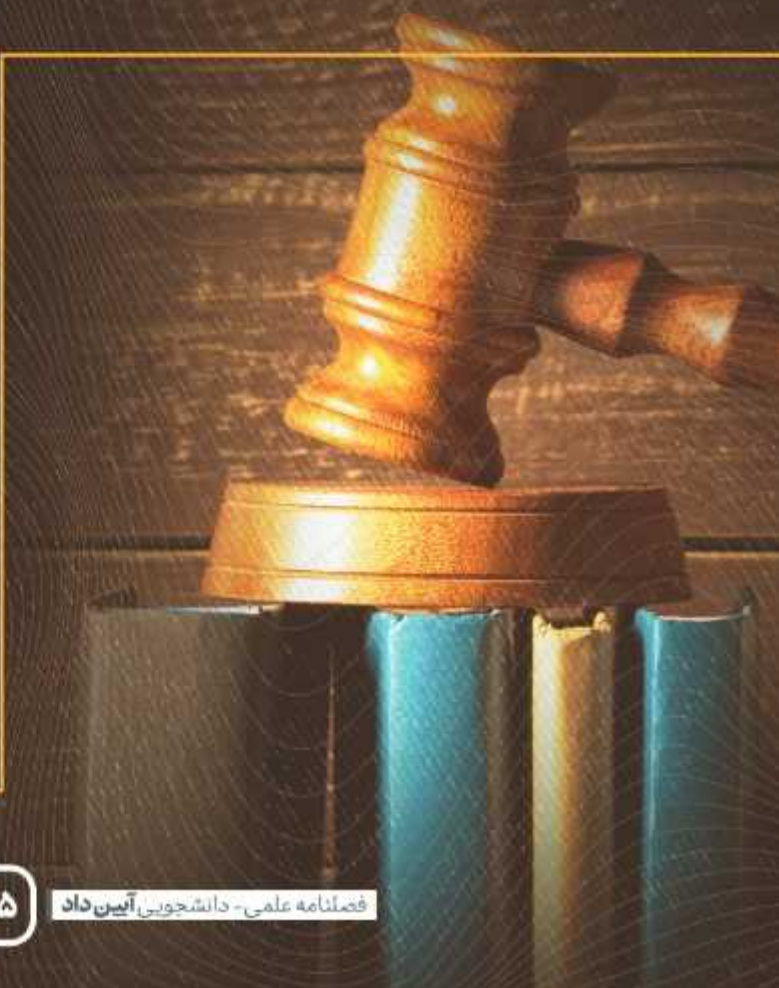
وانگهی چرا باید این طور باشد اگر قرار است که نصاب ها مشخص باشند میتوانند در اینجا سیاست های بهتری را در پیش بگیرد و مسئله بعد عدم اجرای درست این قانون توسط اداره جهاد کشاورزی است که الان به گونه ای شده است که نقل و انتقال اراضی های کشاورزی به منظور حفظ کاربری اراضی و حفظ نصاب ارضی کشاورزی یک چالش بی سرانجام میان شهروند و دولت شده است، دولت حرف خودش را برای حفظ کاربری کشاورزی و حفظ مساحت نصاب های کشاورزی میزند و مردم هم کار خودشان را میکنند و ازین پس بی گمان مردم در پی این هستند که راه حلی را برای نقل و انتقالات کشاورزی و به نوعی دور زدن تبصره ۹ ماده ۱۰ خواهند داشت. شبیه این را ما قبلا داشتیم در ماده ۱۴۷ قانون ثبت و قانون تعیین تکلیف مولد سختگیری هایی بود که قانونگذار مانع صدور سند، مانع افراز و تفکیک شده و بعد آمده با وضع ماده ۱۴۷ و بعدا قانون تعیین تکلیف اراضی و ساختمان های فاقد سند رسمی این موضوع را به گونه دیگری آمده برخلاف هدف اولیه قانون سر و سامانی خواسته بده که آخر هم معضلات خودش را در پی خواهد داشت. از این رو در زمین های کشاورزی هم ما چالش های متعددی خواهیم داشت که بی گمان ناخوشایند هست. دعاوی جدیدی را توسط جهاد کشاورزی علیه مالکین مشاعی در پی خواهد داشت و یا اینکه نحوه سرشکن کردن دیون و بدهی و پایان کار هم قدری ایده آلی است و به گونه ای رویا پردازانه است چون عدم اخذ پایان کار یا عدم صدور پایان کار توسط شهرداری صرفا به دلیل بدهی نیست و به دلیل عدم تامین امور مختلف در ساختمان ها است و ضمن اینکه پیچیده تر کردن و سردرگم کردن قانون پیش فروش یا تعاریفی که پیش فروش داشته از جمله اموری است که این قانون را مبهم کرده و همچنین رویکردی که در مورد اراضی عمومی و دولتی کرده و اینکه این مهلت ماده ۱۰ را که اعلام میکند کسانی که مدعی مالکیت هستند و مدعی حقی هستند باید در مدت دوساله ادعای خودشان را به ثبت برسانند. این مهلت را برای نهاد های عمومی و دولتی را بدون انتها گذاشته و گفته است که عدم بارگذاری ادعاهای دولتی در خصوص اراضی مانع این نخواهد بود که ادعای مراجع دولتی از بین برود.



## ۹. آیا از منظر مبانی فقهی دارای تضاد و مشکلی هستیم؟ اگر آری چه مواردی؟

در مورد مسئله مبانی فقهی همین مسئله هست که چالش عمده‌ای که طی کرد قانون الزام از زمانی که ارتقاء سند رسمی مطرح شد تا زمانی قانون الزام تصویب شد، سال‌های زیادی طول کشید و یکی از چالش‌های آن مسئله بطلان بود و چون قانونگذار یا طراحان این قانون در سیر دوره تدوین این طرح تا تصویب قانونی به نام قانون الزام یکی از چالش‌ها این بود که گفته می‌شد که ضمانت اجرای بطلان برای معاملاتی که با سند عادی انجام بشود مغایر شرع است. ضمن اینکه ما باید بپذیریم که اصل حاکمیت اراده در اراضی بسیار محدود است چون اراضی کالاهای سرمایه‌ای هستند و قسمتی از سرمایه ملی و ثروت‌های عمومی محسوب می‌شوند، بنابراین یکی از مسائل تاثیرگذار در سیاست‌های اقتصادی و تقنینی است؛ از همین رو باید نظامی شکلی گزینی در خصوص نقل و انتقالات اراضی تقویت بشود، فرمالیسم نوین یا شکل‌گرای نوین محدود کننده‌ی

اراده است ما در قانون مدنی که قسمت زیادی از اون منبعث از شرع است به ویژه مبانی مالکیت اون قاعده تسلیط را داریم و در قانون اساسی احترام به مالکیت خصوصی ولی با توجه به وضعیتی که درباره اراضی پیش می‌رود دیگر نمیتوان قاعده تسلیط را به صورت مطلق دانست. قبلاً ما از مواردی که محدود می‌کرد قاعده تسلیط را مثلاً بحث اضرار به غیر و منع اضرار به غیر ولی الان محدودیت‌های زیادی را برای ما پیش بینی می‌کنیم برای مالکیت درباره تفکیک‌ش به طوری کلی درباره مالکیت انتقالش و اداره اراضی ما مالکیت را محدود می‌کنیم و این به دلیل اعمال سیاست‌هایی است که زمین را یک سرمایه ملی میدانند و به ویژه آنکه بسیاری از اراضی که ملی محسوب می‌شوند و موات محسوب می‌شوند و یا حتی دارای اراضی کشاورزی هستند به گونه‌ای ثروت‌های ملی و یا ذخایر ملی ما هستند و این ملازمه با حقوق بشر دارد، به یک میراث بشری است به عنوان حقوق نسل‌های آینده هم هست و به همین دلیل طبیعی است که مالکیت محدود می‌شود و محدودیت مالکیت در دیدگاه فقه سنتی ما چندان پذیرفته نیست، هر چند بحث‌های انفال مطرح می‌شود از این رو ملازمه با مسائل فقهی دارد و میشود در موردش صحبت کرد ولی از آنجا که من متخصص امور فقهی به عنوان یک صاحب نظر باشم نیستم از این جهت اجازه بدید از پاسخ به این پرسش اجتناب بکنم.





## ۱۰. در پایان استاد اگر قرار بود تجارب خود در سالیان طولانی تدریس را در چند سطر به دانشجویان حقوق منتقل کنید چه مواردی را بیان میکردید؟

خواهد شد و دیگر اینکه اصطلاحاً میگویند چون تیغ به دست داری مردم نتوان کشتن قرار نیست که دانشجویان ما فردا که در یک مسند حقوقی قرار میگیرند یا منسب حقوقی میگیرند مثل اینکه قاضی میشوند، وکیل میشوند، سردفتر میشوند همه ی امور را در ساز و کارهای قانونی کار ببرند. این درست است که در نظام رومی ژرمنی گفته میشود که حقوق دانی که بدون استناد به قانون حرف بزند شرمنده میشود ولی توجه بکنند که هر فردی می خواهد قانون را نسبت به کسی اعمال بکند باید توجه داشته باشد که آن فردی را که ما با قانون به او حمله می بریم یک فعل مجهول هست در پشت چهره آن شخص، در پشت کاری که کرده است یک فرد دیگری نهفته هست که هزاران درد دارد، هزاران مشکل، هزاران حرف ناگفته دارد، بنابراین به خاطر داشته باشید که قانون را با انعطاف باید پذیرفت و اجرا کرد شما استحضار دارید که یک قاتل هم ممکن است حرفی برای شنیدن داشته باشد. بیهوده نیست که برای بعضی از جرایم حتی وکیل تسخیری الزامی است. بحث دیگر این هستش که دانشجویان حقوق به ویژه باید توجه داشته باشند اگر یک سخنی یا استدلال حقوقی و سیاسی را میپذیرند و از دید آنها نادرست است الزاماً آن استدلال اشتباه نیست، ممکن است از زاویه دیگری به آن نگاه کرده باشند که ما ندیده باشیم. یک آسیبی که در بسیاری از حقوق خواننده ها وجود دارد یک غروری است که ناشی از علم آموزی است. دانشجویان حقوق باید از حالا توجه کنند که دعوی مکن که برترم از دیگران به علم چون کبر کردی از همه دونان فروتری هر روز باید دانشجویان این توجه را داشته باشند حتی اساتید و ما معلم ها و هرکسی در مسند حقوقی است در هر مسندی است هر روز صبح باید این سوال را از خودش بپرسد که من امروز اگر این دانش حقوق رواز من بگیرند، مدرک حقوق را ازم بگیرند، آیا چیزی برای ارائه در جامعه دارم؟ آیا دلیلی بر این دارم که دیگران به من احترام بگذارند؟

سخن پایانی اینکه اجازه میخوام که سختم را در قانون الزام با دوتا جمله از استاد بزرگ حقوق به پایان برسونم که در نوشته های ایشان دیدم؛ یک اینکه در تنظیم یک قانون هر اندازه به قدرت تکیه شود مردم برای اجرای آن نیاز به حداقلی منطق دارند و برای رسیدن به اهداف سیاسی و حقوقی و اقتصادی باید توجه داشت که قانون قربانی مناسبی نیست.

ببینید به عنوان یک معلم که سالها تدریس کردم به ویژه این سال های اخیر حقوق اراضی و ثبت را تدریس کردم و قبل از آن مسائلی را در مورد شرکت های تجاری دستی هرچند از دور بر آتش داشتم و کلاً به عنوان یک معلم حقوق عمومی توصیه ای که به دانشجویان محترم میتوانم داشته باشم دو تا نکته اساسی است: یک نکته اینکه برخلاف این چیزی که گفته میشود آن چیزی که در کتاب ها است با عمل متفاوت است، با این مخالفم و آن را اصلاً نمی پذیرم. به طور کلی یک دانشجوی حقوقی در هر نوع کار حقوقی یک استاد باید باشد به هر حال اساتید آینده ما از همین دانشجویان امروز باید تامین بشود چه به عنوان وکیل داگستری یا قاضی و یا در راس امور آن تصمیم گیری هایی حقوقی قرار بگیرند باید بدانند که مبانی فکری و نظری حقوق را باید بیشتر بیاموزند. ما یک معضلی که داریم این هستش که بسیاری از قوانین نادرستی که تصویب میشود، بسیاری از تصمیمات نادرستی که در بعضی از شعب قضایی متاسفانه گرفته میشود، بسیاری از تدریس های اشباه اساتید، بسیاری از دفاعیات نادرست ناقص وکلا، بسیاری از سند های اشتباهی که توسط سردفتران تنظیم میشود و حتی بسیاری از مواردی که کارشناسان رسمی به صورت نادرست میگویند یک دلیل دارد و آن اینکه مبانی مربوط به احکام و قوانین را به درستی یاد نگرفتند. متاسفانه امروزه یک رویکردی گسترده شده و خیلی هم استقبال میشود و برای خیلی از آموزشگاه ها هم نان آور هست به اسم آموزش کاربردی. من مخالف آموزش کاربردی نیستم ولی آموزش کاربردی و به طور کلی کسی میتواند در زمینه های کاربردی و عملی حقوق موفق باشند که مبانی نظری حقوق را به خوبی فهمیدند و الا سطحی نگر میشوند. میشوند تکنسین حقوقی، ما تکنسین های مختلف در امور فنی داریم یک مکانیک، یک برقکار امور فنی را میتواند حل و فصل کند و بعد هم تکنسین های فنی در کنارش داریم که میتوانند امور و راهکار دادرسی با چندتا راهکار رویه ای مسائلی مانند سرقفلی را پیش میبرد، مسائلی مانند نکاح و طلاق و مسائل مربوط الزام بر تنظیم سند را پیش میبرد ولی از مبنا وقتی ناقص باشند این هیچ وقت یک وکیل ماهر، یک قاضی، سردفتر توانمند و یک قانونگذار درست یک کارشناس بانکی فنی نمیشود. بنابراین اجازه بدید که بگم که به دانشجویان حقوق اکیدا توصیه میکنم که حقوق را به عنوان یک علم معرفتی نظری و نظریه پردازی مطالعه بکنند امور کاربرد در لابه لای مطالب نظری ایجاد



مقاله 



# تأملی بر جنگ تحمیلی دوازده روزه اسرائیل علیه ایران

علی اکبر حسن زاده،  
دانشجوی کارشناسی حقوق دانشگاه شاهد



نگارنده

مقدمه: در بامداد ۲۳ خرداد ۱۴۰۴ بود که حملاتی از سوی اسرائیل علیه تمامیت ارضی و سیاسی کشور ایران انجام شد. در آخرین آماری که اعلام شده است، ۱۰۶۲ نفر به شهادت رسیدند که متأسفانه در این میان ۱۴۰ نفر از آنان کودکان و زنان هستند. همچنین ۵۸۰۰ نفر راین حملات دچار مجروحیت شده‌اند.<sup>(۱)</sup>

شد که حقوق بین الملل کنونی علیرغم نکات مثبت و کارآیی‌هایی که در بسیاری از زمینه‌ها دارا می‌باشد در عین حال نیازمند ترمیم، و به ویژه تکمیل است. مضاف براین با رخ دادن چنین اتفاقاتی نباید به کل از عرصه بین المللی و ابزارهایی که در اختیار ماست دست کشید زیرا که کشور موفق در عین حال نیازمند ترمیم، و به ویژه تکمیل است. مضاف براین با رخ دادن چنین اتفاقاتی نباید به کل از عرصه بین المللی و ابزارهایی که در اختیار ماست دست کشید زیرا که کشور موفق کشوری است که از تمام ابزارهای سیاسی، نظامی، اقتصادی، فرهنگی و بین المللی خود استفاده کند. از این رو این وظیفه ما است که تلاش کرده و در کنار بحث اقدامات نظامی و سیاسی که لازمه وجودی هر کشور است، از توانمندتر شدن در مباحث حقوقی بین المللی نیز غافل نشده و سعی کنیم از تمامی ابزارها به نحو مناسب استفاده کرده و از احقاق حق خود در مجامع بین المللی دست نکشیم.

در این مقاله تلاش شده است که به صورت علمی به تحلیل واقعه رخ داده پرداخته شود. از این رو به منظور تحلیل بهتر، وقایع رخ داده به ابعاد مختلفی تقسیم شده تا بتوان درک بهتری از آن داشت. در قسمت اول بدین موضوع می‌پردازیم که آیا اقدام اسرائیل منطبق موازین بین المللی بوده است یا خیر؟ و بدین منظور مفاهیم توسل به زور، دفاع مشروع پیش دستانه و پیشگیرانه در آن بررسی می‌شود. در قسمت دوم به تحلیل موضوع از منظر حقوق بشر پرداخته می‌شود و بررسی می‌شود که چه مقدار از اصول و قواعد بین المللی در این جنگ از سوی اسرائیل زیرپا گذاشته شده است و در قسمت آخر نیز به نحوه پیگیری حقوقی این مسئله در بعد داخلی و بین المللی اشاره می‌شود.

جدای از مباحث سیاسی و نظامی، از همان روزهای ابتدایی تحلیل‌ها و بررسی‌های زیادی از منظر حقوق بین الملل آغاز شد. به‌طور کلی می‌توان گفت که اکثریت آراء و عقاید براین متکی است که اعمال انجام شده در تضاد با اصول و قواعد حقوق بین المللی است. درمقابل این مطالبه و ابهام وجود آمد که اساساً وجود حقوق بین الملل به چه منظور است؟ سازوکارهای بین المللی تا چه اندازه در جلوگیری از جنگ موثر هستند؟ آیا با این اتفاقات رخ داده اصلاً امیدی به کارآمدی حقوق بین الملل وجود دارد؟ امکان احقاق حق از نهادهای بین المللی برای ایران وجود دارد؟ و چندین سوال مهم دیگر که اساس آنها بر مبنای ضعیف بودن ضمانت‌اجراهای بین المللی بود. این گونه نظرات در وهله اول از سوی مردم غیرمتخصص در زمینه حقوق بین الملل قابل پذیرش است زیرا واکنش‌های احساسی در زمان‌های ابتدایی دور از ذهن نیست اما باید خاطر نشان کرد که دلیل وجود این دیدگاه منفی تا حدود بسیار زیادی به توقعات عجیب و دوراز ذهن از حقوق بین الملل برمی‌گردد؛ زیرا ما نباید توقع انجام معجزه از این رشته را داشته باشیم. باید گفت هر جا که قواعد و اصولی حکمفرماست حتماً درمقابل آن مواردی از نقض و عدم پایبندی نیز وجود دارد اما وجود چنین مورد نافی کل موضوع مورد بحث نیست. همچنین این نوع قیاس که با وجود حقوق بین الملل دیگر نباید درگیری و جنگی وجود داشته باشد، قیاسی باطل است زیرا درمقابل نیز می‌توان گفت با وجود قدمت چند هزار ساله رشته حقوق جزا همچنان سرقت، قتل و... در سطح جوامع وجود دارد، درحالی که وجود چنین مواردی به معنای ضعف و عدم نیاز به حقوق جزا نیست بلکه مبین این موضوع هست که بالاخره در هر زمان و مکانی با نقض یکسری اصول و قواعد مواجه هستیم. البته باید متذکر

۱. <https://share.google/ACzDYbvWUR8CYajT/>

## ۱- تحلیل اقدامات اسرائیل از منظر حقوق بین الملل:

در این قسمت باید بدین موضوع پرداخت که اقدام اسرائیل در ذیل کدام یک از مفاهیم حقوقی قرار میگیرد. برای این منظور در یک اقدام پیش مقدماتی ابتدا باید از هدف و قصد کشور متخاصم آگاه شد. البته پیش از آن نیاز است که مفاهیم توسل به زور، دفاع مشروع پیش دستانه و پیشگیرانه بررسی شود

توسل به آنها در چارچوب بین المللی قرار گیرد و در نتیجه دارای مفهوم حقوقی شود.  
(حسن نژاد، ۹۷، ۱۴۰۱)

همچنین خوب است که اشاره ای به تعریف تجاوز، جنگ و حقوق جنگ شود. در قطعنامه شماره ۳۳۱۴ که در سال ۱۹۷۴ تصویب شد و به قطعنامه تعریف تجاوز معروف است، در ماده یک آن آمده است که «تجاوز عبارت است از به کار بردن نیروی مسلح به وسیله یک کشور علیه حاکمیت، تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی کشور دیگر یا کاربرد آن از دیگر راه های مغایر با منشور ملل متحد». همچنین در مواد ۲ و ۳ آن نیز مصادیقی از اعمال تجاوز کارانه آمده است که از آنها میتوان به تهاجم یا نیروی های مسلحانه یک کشور به قلمرو کشور دیگر، بمباران یا کاربرد سلاح علیه کشور دیگر، حمله مسلحانه به نیروهای زمینی، دریایی یا هوایی یا ناوهای دریایی و هوایی غیرنظامی کشور دیگر و... اشاره کرد که سه مورد فوق از جمله اقداماتی است که اسرائیل علیه ایران انجام داده است.

در حقوق بین الملل، جنگ، مجموعه عملیات و اقامات قهرآمیز مسلحانه ای است که در چارچوب مناسبات کشورها روی میدهد و موجب اجرای قواعدی خاص در کل مناسبات آنها با یکدیگر و همچنین با کشورهای ثالث میشود. در این جهت یکی از طرفین مخاصمه در صدد تحمیل نظرهای سیاسی خود بر دیگری است و در نتیجه عملیات قهرآمیز مسلحانه، وسیله و هدف تحمیل اراده مهاجم است. طبق این تعریف جنگ شامل چهار عنصر است: ۱- عنصر تشکیلاتی و سازمانی ۲- عنصر مادی که همان اعمال قدرت نظامی است ۳- عنصر معنوی که قصد مبادرت به جنگ است ۴- هدف دار بودن جنگ که همان منافع کشور متخاصم است.  
(ضیائی بیگدلی، ۱۴۰۲، ۴۵۰، ۴۵۱)

### ۱-۱- اصل منع تهدید یا توسل به زور

اصل منع تهدید یا توسل به زور یکی از بنیادی ترین قواعد حقوق بین الملل است که نقشی مهم در پیدایش و تکامل حقوق بین الملل معاصر داشته است. جهان شمول بودن این قاعده و اهمیت نظری و عملی آن باعث شده است که در زمره قواعد آمره حقوق بین الملل محسوب شود. براساس ماده ۵۳ کنوانسیون حقوق معاهدات ۱۹۶۹، قاعده آمره، قاعده حقوق بین الملل عام و تخطی ناپذیر است و جامعه بین المللی دولت ها در کل خود باید تخطی ناپذیری آن را پذیرفته و شناسایی کرده باشند. (عبداللهی، بهزادی، ۱۳۹۹، ۱۷۳) البته در این میان دیدگاهی وجود دارد که آمره دانستن آنرا با موانعی همراه می دانند (برای مطالعه به مقاله فوق مراجعه کنید) اما در این تردیدی نیست که اعمال تجاوز نظامی، که نمونه بارز تخطی از اصل منع توسل به زور است، در زمره قواعد آمره حقوق بین الملل استقرار دارد.

توسل به زور عبارت است از توسل به قوای نظامی برای حل و فصل اختلافات و یا عقیده یا خواسته به طرف مقابل که در روابط بین الملل توسط دولت ها انجام میشود. یکی از اساسی ترین اصول حقوق بین الملل معاصر تحریم جنگ و منع توسل به زور است. جنگ و توسل به زور امروزه عامل مخرب روابط بین الملل و در نتیجه ناقض قواعد بین الملل شناخته شده است. البته اصل منع توسل به زور با استثنائاتی همراه است که در این موارد، به صورت استثنائی توسل به زور پذیرفته شده است که مهم ترین آن دفاع مشروع از جانب یک کشور است. متأسفانه امروزه قاعده توسل به زور و تحریم جنگ نتوانسته کارایی لازم را در مناسبات بین المللی داشته باشد بنابراین لازم است که مخاصمات مسلحانه بین المللی با وجود توسل به آنها

زیرا نه تنها علیه حاکمیت و تمامیت ارضی ایران اقدام کرده است بلکه اقدامات انجام شده توسط او با سه مورد از مصادیق تجاوز تطابق دارد. همچنین در عملیات نظامی آن رژیم علیه ایران از چهار عنصر پیش گفته در مورد جنگ برخوردار است در خصوص جنگ زیرا هم یک تشکیلات سازمان یافته است، هم عمل مادی مسلحانه انجام داده است، هم قصد جنگ را داشته زیرا مقامات رسمی آن این مورد را اعلام کرده اند و هم به صورت هدفدار انجام شده است زیرا به دنبال تحمیل عقیده خود مبنی بر محدودسازی ساختار هسته ای و موشکی ایران است.

همچنین حقوق جنگ که امروزه از آن به حقوق بشردوستانه بین المللی یاد میشود به قواعد بین المللی حاکم بر مناسبات متقابل کشورهای متخاصم در یک مخاصمه مسلحانه بین المللی و یا میان کشورهای متخاصم و کشورهای بیطرف اشاره دارد. به علاوه حقوق جنگ ناظر بر مخاصمات مسلحانه غیر بین المللی نیز حاکم می باشد. (همان، ۴۵۲) درکل با عنایت به تعاریف و مبانی فوق میتوان گفت که اسرائیل هم علیه ایران مرتکب تجاوز شده است و هم آغازگر جنگ بوده است

## ۱-۲- اقدامات اسرائیل و آمریکا در توسل به زور علیه ایران و دفاع مشروع

دفاع مشروع به وضعیتی اطلاق میشود که بر اساس آن به کشور مورد حمله مسلحانه حق میدهد تا به فوریت در مقابل تهاجم مسلحانه کشور یا کشورهای دیگر با هر وسیله ممکن متوسل به زور شده و با دفاع از خود دشمن تجاوزگر را سرکوب کند.

ذکر است که علی رغم این تعاریف تاکنون مبنای قابل اتکایی به منظور پذیرش این دیدگاه در حقوق بین الملل وجود ندارد و صرفاً در حد نظریه باقی مانده است و با بررسی مواردی همچون نظر مشورتی دیوان در مورد آثار حقوقی ساخت دیوار حایل در قلمرو فلسطین اشغالی، رای دیوان در قضیه سکوه‌های نفتی، نظریه مشورتی دیوان در خصوص تهدید و یا استفاده از سلاح های هسته ای، رای فعالیت نظامی و شبه نظامی آمریکا در نیکاراگوئه و موارد مشابه متوجه میشویم که رویه قضایی بین المللی نیز همچنان این مورد را نپذیرفته است و تمسک بدان صحیح نیست. بنابراین درکل میتوان گفت استناد به دفاع مشروع پیش دستانه از سوی اسرائیل برای حمله به ایران از وجاهت حقوقی برخوردار نیست زیرا اولاً هیچ گونه حمله و تجاوز مسلحانه مستقیماً توسط ایران علیه اسرائیل انجام نشده است، ثانیاً دفاع مشروع پیش دستانه یا پیشگیرانه در حقوق بین الملل مورد پذیرش نیست، ثالثاً جدای از عدم پذیرش این نظریه باید متذکر شد که حتی قریب الوقوع بودن حمله از سوی ایران نیز احراز نشده و دلیلی برای اثبات آن وجود ندارد و صرف یک

دو شرط اساسی برای دفاع مشروع وجود دارد: ۱- احراز تجاوز مسلحانه بدین معنا که در وهله اول باید تجاوز مسلحانه و زورمدارانه صورت گرفته باشد و عملیات تجاوز تجلی خارجی و عینی داشته باشد. ۲- رعایت شرط ضرورت و تناسب یعنی دفاع باید الزاماً متناسب با حدود و دامنه حمله و یا خطرات احتمالی ناشی از آن باشد. همچنین در دهه های گذشته رویه و تلاشی برای به وجود آوردن تعریف جدیدی از دفاع مشروع آغاز شده است که مبنای آن تفسیر بسیار موسع از ماده ۵۱ منشور است که حاصل آن دیدگاه دفاع مشروع پیش دستانه و پیشگیرانه است. مطابق دکترین دفاع مشروع پیش دستانه پاسخ مسلحانه به حملات قریب الوقوع یا آنجا که حمله ای وقوع یافته و دولت قربانی دریافته است که حملات بیشتری در حال طراحی است مجاز می باشد. البته مطابق گزارش ۲۱ مارس ۲۰۰۵ که توسط دبیرکل سازمان ملل تهیه شد میان این دو مفهوم تفکیکی انجام شده است بدان معنا که دفاع مشروع پیش دستانه در حالتی است که یک حمله قریب الوقوع محتمل است اما در دفاع مشروع پیشگیرانه اساساً این مورد وجود ندارد. (موسوی، حاتمی، ۱۳۸۵، ۳۰۴) لازم به

## تأملی بر جنگ تحمیلی دوازده روزه اسرائیل علیه ایران



ادعاست، رابعا این نوع تفسیر از ماده ۵۱ با روح و مبانی حقوقی منشور ملل متحد مخالف است زیرا دفاع مشروع که خود استثنایی بر منع توسل به زور است باید به صورت محدود و استثنایی تفسیر شود نه بدین شکل بسیار موسع.

پس نه تنها اسرائیل مرتکب تجاوز و آغاز جنگ تحمیلی علیه ایران شده است بلکه استناد آن به دفاع مشروع و به ویژه دفاع مشروع پیش دستانه و پیشگیرانه با عنایت به موارد فوق الذکر نادرست می باشد.

در ادامه نیز خوب است که به مواضع و اهداف رسمی اسرائیل و آمریکا در خصوص حمله و توجیهات آنها اشاره کرده و بررسی کنیم که این توجیهات تا چه حد منطقی و مطابق موازین حقوق بین الملل است.

اسرائیل در نامه خود خطاب به شورای امنیت در توجیه دلایل حمله معتقد است که تهدید قریب الوقوع برنامه تسلیحات هسته ای ایران و لزوم جلوگیری از توسعه سلاح هسته ای ایران از دلایل اصلی حمله است و آنرا اقدامی ضروری و متناسب برای خنثی کردن این تهدید دانسته است. همچنین معتقد است که این حمله پیشگیرانه به منظور دفاع از خود بوده است که به منظور بازدارندگی انجام شده است. اسرائیل ادعا می کند که «برای دفاع از امنیت و موجودیت خود» در برابر «تجاوز مداوم ایران» اقدام می کند. این نامه به «تهدید وجودی و قریب الوقوع از جانب برنامه سلاح هسته ای و موشک های بالستیک ایران» و همچنین «تهدید قریب الوقوع» «حملات موشکی و نیابتی ایران» اشاره می کند. این نامه عملیات نظامی خود را «آخرین چاره» توصیف می کند که در «آخرین فرصت برای جلوگیری از دستیابی ایران به سلاح هسته ای ... پس از ناکارآمدی دیپلماسی» اتخاذ شده است. همچنین می گوید که ایران «به طور قابل توجهی» در «حملات مداوم و غیرقانونی» حزب الله، حوثی ها، حماس و «دیگران» دخیل است.<sup>(۴)</sup> در خصوص این نکات باید متذکر شد که چنین حمله مسلحانه قریب الوقوعی وجود نداشته است، چه برسد به حمله ای با استفاده از سلاح های هسته ای که ایران هنوز آنرا در اختیار ندارد. همچنین استفاده اسرائیل از زور علیه این گروه های مسلح حزب الله، حماس و... یا قطع حمایت ایران از آنها، آنطور که

در خصوص این نکات باید متذکر شد که چنین حمله مسلحانه قریب الوقوعی وجود نداشته است، چه برسد به حمله ای با استفاده از سلاح های هسته ای که ایران هنوز آنرا در اختیار ندارد. همچنین استفاده اسرائیل از زور علیه این گروه های مسلح حزب الله، حماس و... یا قطع حمایت ایران از آنها، آنطور که قواعد دفاع از خود در تناسب و ضرورت ایجاب می کند، نبوده است. همچنین بخش زیادی از استدلال مقامات اسرائیلی در این سال ها بر این اساس بوده است که مقامات ایرانی آنها را تهدید به نابودی کرده اند و همین را تبدیل به ریسمانی کرده و از آن استفاده میکنند در حالی که باید گفت میان صحبت های مقامات ورده بالا و سایرین باید تفاوت قائل شد زیرا در این مدت بسیار دیده شده است که حتی به صحبت های مشاورین بسیار رده پایین و خارج از ابعاد نظامی استناد میشود، همچنین اگر قرار باشد که بر مبنای بیانات و الفاظ مقامات کشورها علیه هم استناد شود تا الان به جای دو جنگ جهانی باید حداقل ده جنگ جهانی تجربه میشد! همچنین در مورد سخنان تهدیدآمیز استدلال حقوقی آن است که صرف تهدید شفاهی نمی تواند موجب حق دفاع مشروع باشد. چنان که تصریح ماده ۵۱ منشور بر وقوع حمله مسلحانه به عنوان پیش شرطی برای دفاع مشروع است. از طرفی اگر قرار به استناد بیانات مقام رسمی باشد، حضرت آیت الله خامنه ای به عنوان رهبر و رئیس کشور بارها متذکر شده اند که ایران به هیچ وجه قصد ساخت سلاح هسته ای را نداشته و آنرا حرام اعلام کرده اند. اسرائیل در بخش دیگری از نامه خود حملات مستقیم ایران به اسرائیل در آوریل و اکتبر ۲۰۲۴ را یادآوری می کند.<sup>(۳)</sup> اسرائیل از ذکر این نکته غفلت می کند که اینها انتقام های مسلحانه گسسته در پاسخ به عملیات خاص اسرائیل بودند، نه نشانه هایی از حملات آینده که خود این مورد در چارچوب حق ذاتی و دفاع مشروع ایران قرار می گیرد.<sup>(۴)</sup> در نهایت، اسرائیل به حملات گروه های مسلح مختلف مورد حمایت ایران به اسرائیل اشاره می کند. صرف نظر از اینکه آیا این حملات به حملات مسلحانه ایران یا حملات مسلحانه منتسب به ایران طبق قانون مسئولیت دولت مربوط می شود یا خیر، استفاده اسرائیل از زور علیه این گروه ها یا علیه خطوط حمایتی ایران از آنها نیست. از طرفی در این توجیهات هیچ گونه استدلال یا مدرکی که مثبت وجود رابطه میان ایران و این نیروها باشد ارائه نشده است. همچنین بخشی دیگر از استدلال افراد پیرامون این موضوع است که به دلیل وجود درگیری سابق، اقدام نظامی

۱. [https://share.gov.il/~/blob/folder/news/ir-sa-ar-s-let-ir-to-the-un-security-council-on-operation-riqg-10-june-2024/en/English\\_Swets\\_of\\_Iron\\_DOCUMENTS\\_Operation\\_Riqg\\_Um\\_Sisr\\_Letter\\_to\\_UN\\_Security\\_Council.pdf](https://share.gov.il/~/blob/folder/news/ir-sa-ar-s-let-ir-to-the-un-security-council-on-operation-riqg-10-june-2024/en/English_Swets_of_Iron_DOCUMENTS_Operation_Riqg_Um_Sisr_Letter_to_UN_Security_Council.pdf)  
۲. Iran had already launched hundreds of ballistic missiles against Israel in April ۲۰۲۴ and October ۲۰۲۴. [https://www.gov.il/~/blob/folder/news/ir-sa-ar-s-let-ir-to-the-un-security-council-on-operation-riqg-10-june-2024/en/English\\_Swets\\_of\\_Iron\\_DOCUMENTS\\_Operation\\_Riqg\\_Um\\_Sisr\\_Letter\\_to\\_UN\\_Security\\_Council.pdf](https://www.gov.il/~/blob/folder/news/ir-sa-ar-s-let-ir-to-the-un-security-council-on-operation-riqg-10-june-2024/en/English_Swets_of_Iron_DOCUMENTS_Operation_Riqg_Um_Sisr_Letter_to_UN_Security_Council.pdf)  
۳. شماره اول نشریه مراجعه کنید برای مطالعه بیشتر در این مورد به مقاله اقدام نظامی ایران در واکنش به ترور شهید غایب.

استعمال زور خواه بر ضد تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی هر مملکت و خواه بهر نحو دیگری که با مقاصد ملل متحد متباین باشد خود داری می نمایند.» بنابراین عدم توسل به زور یک اصل اساسی است. استناد آمریکا به دفاع مشروع پیش دستانه به دلایل پیش گفته رد میشود و استناد به دفاع مشروع دسته جمعی هم با توجه به اینکه از حیث حقوقی، اسرائیل فاقد حق دفاع مشروع است پس آمریکا نیز نمیتواند در کمک به آن به دفاع مشروع دسته جمعی استناد کند مبنای اصلی استدلال آمریکا نیز همین ماده است و حتی آنرا نامه ماده ۵۱ نامیده است. نکته مهم درخصوص این ماده این است که حمله مسلحانه به عنوان یک پیش شرط استفاده از زور در دفاع را الزامی می داند که در این مورد محقق نشده است. همچنین این نامه نمی تواند ثابت کند که استفاده از زور ضروری بوده است، همچنین برخلاف نکته گفته شده درخصوص انجام تمام تلاش برای دستیابی به راهکار دیپلماسی نیز کاملاً بی پایه و اساس است چرا که خود ترامپ بود که در سال ۲۰۱۸ از توافقی که در این زمینه انجام شده بود خارج شد، علاوه بر این، این تصور که «اقدامات صلح آمیز به پایان رسیده اند» همانطور که ایالات متحده ادعا می کند، نیز غیرقابل قبول است. آنطور که از اخبار و بیانات مقامات رسمی آمریکا برمی آید دولت دوم ترامپ به دنبال یک توافق هسته ای جدید با ایران بوده است. اما به جای اینکه دیپلماسی به پایان رسیده باشد، گزارش های عمومی حاکی از آن است که پس از کشف عملیات از پیش برنامه ریزی شده اسرائیل برای حمله به ایران توسط دولت ترامپ، این توافق به طور ناگهانی متوقف شده است. همچنین برخلاف ادعای موجود در نامه، مانع اصلی در مذاکرات هسته ای در رابطه با غنی سازی، این بود که آیا اصلاً به ایران اجازه غنی سازی اورانیوم داده می شود یا خیر - چیزی که جمهوری اسلامی بر آن اصرار دارد و ایالات متحده آن را رد می کند - نه اینکه بر سر یک آستانه خاص دعوا کند. در ادامه این نامه مشخص نمی کند که حمله مسلحانه فرضی ایران به اسرائیل، چه چیزی را به عنوان محمل استفاده از زور در دفاع از خود جمعی قرار داده است.

لاحق اسرائیل صحیح است که این مورد نیز اشتباه و خلاف مبانی و قواعد حقوق بین الملل است زیرا وجود درگیری هایی که قبلاً وجود داشته اصلاً بدین معنا نیست که هر کشور هر زمان که مایل بود دوباره اقدامت نظامی و جنگ را علیه دیگری آغاز کند. در نتیجه استفاده از زور توسط اسرائیل علیه ایران نقض آشکار منشور سازمان ملل متحد بوده و هست. این اقدام نه توسط شورای امنیت سازمان ملل متحد مجاز بوده و نه پاسخی به یک حمله مسلحانه واقعی یا قریب الوقوع از سوی ایران بوده است. آمریکا نیز در مقابل علت حمله خود به تاسیسات هسته ای ایران را به خطر افتادن منافع آمریکا و حق ذاتی دفاع مشروع دسته جمعی بیان می کند. همچنین معتقد است که آمریکا تمام تلاش خود را برای پیشبرد دیپلماسی داشته است اما ایران دارای حسن نیت نبوده است و از طرفی به حملات گذشته ایران به اسرائیل اشاره دارد (عملیات وعده صادق ۲) همچنین معتقد است که «ایالات متحده در هماهنگی نزدیک با دولت اسرائیل، اقدامات لازم و متناسبی را - منحصراً علیه برنامه هسته ای ایران - برای دفاع از اسرائیل و همچنین محافظت از امنیت شهروندان و منافع خود، مطابق با ماده ۵۱ منشور سازمان ملل متحد، انجام داده است. حملات انجام شده در ۲۲ ژوئن به دلیل اتمام اقدامات صلح آمیز صورت گرفت. در هفته ها و ماه های اخیر، و همانطور که بیش از یک ربع قرن انجام شده است، ایالات متحده تمام تلاش خود را برای دستیابی به یک راه حل دیپلماتیک که صلح، رفاه و امنیت را برای همه کشورهای منطقه تضمین کند، انجام داده است. برای جلوگیری از یک چرخه خطرناک از گسترش سلاح های هسته ای و بی ثباتی، چنین راه حلی باید شامل پایان دادن به توسعه بالقوه سلاح هسته ای توسط جمهوری اسلامی ایران باشد. با این حال، ایران از مذاکره با حسن نیت یا توقف غنی سازی اورانیوم فراتر از آستانه مورد نیاز برای تولید برق صلح آمیز و غیرنظامی خودداری کرد» این دلایل و توجیهات نیازمند تحلیل و بررسی دقیق است. بند چهار ماده دو منشور سازمان ملل متحد به صراحت اعلام می کند که «اعضاء سازمان در روابط بین المللی خود از توسل به تهدید یا

۱. <https://share/wp-content/uploads/۲۰۲۵/۰۷/us-iran-article-۵۱-letter-june-۲۷-۲۰۲۵-nuclear-facilities.pdf>

نه تنها به سلاح هسته ای دست نیافته بلکه همواره تاکید کرده است که هدف آن استفاده صلح آمیز است، ثالثاً ایران همواره تحت نظارت آژانس اتمی و به صورت دقیق کار کرده است، رابعاً هیچ گونه اماره و قرینه ای دال بر وجود احتمال (و نه حتی خود ساخت) ساخت سلاح هسته ای توسط ایران وجود ندارد، خامساً ایران علاوه بر عضویت در آژانس بین المللی انرژی اتمی، طرف معاهده منع گسترش سلاح های هسته ای نیز میباشد که این موارد خود مبین وجود حسن نیت توسط ایران و انجام بازرسی های سخت آژانس در مورد فعالیت هسته ای ایران است. در مجموع با عنایت به جمیع مطالب بیان شده مواضع اسرائیل و آمریکا در استناد به حق ذاتی دفاع مشروع با پیش شرط های لازم حقوقی برای توسل به این قاعده سازگاری ندارد و بی اساس به نظر میرسد.



**IAEA**

International Atomic Energy Agency



در عوض، ایالات متحده ادعا می کند که «تقریباً چهل و هفت سال است که جمهوری اسلامی ایران نیز به حملات مسلحانه علیه کشور اسرائیل دست زده است»، اما به طور خاص این حملات مسلحانه فرضی را مشخص نمی کند. ایالات متحده در ادامه ادعا می کند که این حملات در سال های اخیر تشدید شده اند. در خصوص حملات موشکی که در متن ادعا شده است نیز باید افزود که بیشتر به یک نکته گمراهی شبیه است تا یک استدلال متقن. همچنین به حملات به اسرائیل توسط «نیروهای نیابتی» ایران اشاره می کند، اما توضیح نمی دهد که چگونه، طبق اصول مسئولیت دولت یا غیر آن، این حملات به ایران نسبت داده می شود یا به حمله به تأسیسات هسته ای ایران مربوط می شود. از طرفی انجام این حمله در سایه برگزاری مذاکرات بعضاً این شائبه را به وجود می آورد که این مذاکرات خود پوششی به منظور فریب و دسیسه بوده باشد! همچنین استدلالی که خیلی وقت است از سوی مقامات اسرائیلی و بعضاً آمریکایی بیان میشود و به نوعی نخ نما شده است وجود تهدید هسته ای است. اولاً داشتن سلاح هسته ای فی النفسه مبین و متجلی وجود خطر برای کشوری نیست زیرا اگر قرار باشد با این مبنا پیش رفت که کشورهای دارای سلاح هسته ای خطرناک هستند و میتوان به آنها حمله کرد پس باید به آمریکا، روسیه، چین، پاکستان، هند، کره شمالی، فرانسه، انگلستان و خود اسرائیل اجازه حمله صادر شود و این مورد مشکلی نداشته باشد در حالی که اینگونه نیست و این استدلال پذیرفته نیست، ثانیاً ایران



درگیر در شرایط درگیری مسلحانه می‌خواهد که به استقلال حرفه‌ای و حقوق روزنامه‌نگاران، متخصصان رسانه و پرسنل وابسته به عنوان غیرنظامی احترام بگذارند؛ از دبیرکل می‌خواهد که در گزارش‌های بعدی خود در مورد حفاظت از غیرنظامیان در درگیری مسلحانه، موضوع ایمنی و امنیت روزنامه‌نگاران، متخصصان رسانه و پرسنل وابسته را به عنوان یک بند فرعی بگنجانند»

در پایان باید خاطر نشان کرد که سران و فرماندهان نظامی که در طول جنگ مرتکب نقض فاحش قواعد حقوق بشردوستانه میشوند از حیث حقوق بین‌الملل کیفری، جنایت جنگی انجام میدهند و میتوانند از این حیث مجازات شوند که این مورد ترتیبات مشخص خود را دارا میباشد.

روش‌ها یا ابزارهای جنگی که هدف آنها ایجاد آسیب گسترده بلندمدت و شدید به محیط زیست طبیعی است یا انتظار میرود که چنین آسیبی وارد شود ممنوع است.» بنابراین اگر حملات به سایت‌های هسته‌ای منجر به آسیب گسترده، بلندمدت و شهودی به محیط زیست ایران شود، این قاعده از حقوق بشردوستانه نیز توسط اسرائیل و آمریکا نقض شده است.

ترور دانشمندان هسته‌ای نیز که اساساً ماهیت غیرنظامی داشته و جزو افراد عادی محسوب میشوند خلاف اصول و قواعد حقوق بشردوستانه بالاخص اصل تفکیک است. به طور خاص ماده ۷۹ پروتکل اول نیز در خصوص خبرنگاران اعلام میکند که «... ۲- خبرنگاران به موجب کنوانسیون‌ها و این پروتکل تحت حمایت خواهند بود...» که در اینجا نیز با حمله به صداوسیما و شهادت جمعی از اصحاب رسانه، با نقض قاعده‌ای دیگر طرف هستیم.

#### ۲-۴- اقدامات مغایر با توصیه‌های قطعنامه ۱۷۳۸

قطعنامه ۱۳۷۸ شورای امنیت با ماهیت توصیه‌ای که در تاریخ ۲۳ دسامبر ۲۰۰۶ به تصویب رسید نیز از دیگر مواردی است که اسرائیل به نقض آن پرداخته. به طور خلاصه این قطعنامه اعلام می‌کند که «متخصصان رسانه و پرسنل وابسته به آنها، در شرایط درگیری مسلحانه را محکوم می‌کند و از همه طرف‌ها می‌خواهد که به چنین اقداماتی پایان دهند؛ مجدداً بر محکومیت هرگونه تحریک به خشونت علیه غیرنظامیان در شرایط درگیری مسلحانه تأکید می‌کند و همچنین بر لزوم محاکمه افرادی که چنین خشونتی را تحریک می‌کنند، مطابق با قواعد بین‌المللی مربوطه، تأکید می‌کند؛ درخواست خود را مبنی بر اینکه همه طرف‌های درگیر در یک درگیری مسلحانه به طور کامل به تعهدات خود تحت قواعد بین‌المللی مربوط به حفاظت از غیرنظامیان در درگیری مسلحانه، از جمله روزنامه‌نگاران، متخصصان رسانه و پرسنل وابسته، عمل کنند، یادآوری می‌کند؛ از دولت‌ها و سایر طرف‌های درگیر در یک درگیری مسلحانه می‌خواهد که تمام تلاش خود را برای جلوگیری از نقض قواعد بشردوستانه بین‌المللی علیه غیرنظامیان، از جمله روزنامه‌نگاران، متخصصان رسانه و پرسنل وابسته، انجام دهند؛ از همه طرف‌های



درگیر در شرایط درگیری مسلحانه می‌خواهد که به استقلال حرفه‌ای و حقوق روزنامه‌نگاران، متخصصان رسانه و پرسنل وابسته به عنوان غیرنظامی احترام بگذارند؛ از دبیرکل می‌خواهد که در گزارش‌های بعدی خود در مورد حفاظت از غیرنظامیان در درگیری مسلحانه، موضوع ایمنی و امنیت روزنامه‌نگاران، متخصصان رسانه و پرسنل وابسته را به عنوان یک بند فرعی بگنجانند»

در پایان باید خاطر نشان کرد که سران و فرماندهان نظامی که در طول جنگ مرتکب نقض فاحش قواعد حقوق بشردوستانه میشوند از حیث حقوق بین‌الملل کیفری، جنایت جنگی انجام میدهند و میتوانند از این حیث مجازات شوند که این مورد ترتیبات مشخص خود را دارا میباشد.

روش‌ها یا ابزارهای جنگی که هدف آنها ایجاد آسیب گسترده بلندمدت و شدید به محیط زیست طبیعی است یا انتظار میرود که چنین آسیبی وارد شود ممنوع است.» بنابراین اگر حملات به سایت‌های هسته‌ای منجر به آسیب گسترده، بلندمدت و شدید به محیط زیست ایران شود، این قاعده از حقوق بشردوستانه نیز توسط اسرائیل و آمریکا نقض شده است.

ترور دانشمندان هسته‌ای نیز که اساساً ماهیت غیرنظامی داشته و جزو افراد عادی محسوب میشوند خلاف اصول و قواعد حقوق بشردوستانه بالاخص اصل تفکیک است. به طور خاص ماده ۷۹ پروتکل اول نیز در خصوص خبرنگاران اعلام میکند که «... ۲- خبرنگاران به موجب کنوانسیون‌ها و این پروتکل تحت حمایت خواهند بود...» که در اینجا نیز با حمله به صداوسیما و شهادت جمعی از اصحاب رسانه، با نقض قاعده‌ای دیگر طرف هستیم.

#### ۲-۴- اقدامات مغایر با توصیه‌های قطعنامه ۱۷۳۸

قطعنامه ۱۳۷۸ شورای امنیت با ماهیت توصیه‌ای که در تاریخ ۲۳ دسامبر ۲۰۰۶ به تصویب رسید نیز از دیگر مواردی است که اسرائیل به نقض آن پرداخته. به طور خلاصه این قطعنامه اعلام می‌کند که «متخصصان رسانه و پرسنل وابسته به آنها، در شرایط درگیری مسلحانه را محکوم می‌کند و از همه طرف‌ها می‌خواهد که به چنین اقداماتی پایان دهند؛ مجدداً بر محکومیت هرگونه تحریک به خشونت علیه غیرنظامیان در شرایط درگیری مسلحانه تأکید می‌کند و همچنین بر لزوم محاکمه افرادی که چنین خشونتی را تحریک می‌کنند، مطابق با قواعد بین‌المللی مربوطه، تأکید می‌کند؛ درخواست خود را مبنی بر اینکه همه طرف‌های درگیر در یک درگیری مسلحانه به طور کامل به تعهدات خود تحت قواعد بین‌المللی مربوط به حفاظت از غیرنظامیان در درگیری مسلحانه، از جمله روزنامه‌نگاران، متخصصان رسانه و پرسنل وابسته، عمل کنند، یادآوری می‌کند؛ از دولت‌ها و سایر طرف‌های درگیر در یک درگیری مسلحانه می‌خواهد که تمام تلاش خود را برای جلوگیری از نقض قواعد بشردوستانه بین‌المللی علیه غیرنظامیان، از جمله روزنامه‌نگاران، متخصصان رسانه و پرسنل وابسته، انجام دهند؛ از همه طرف‌های





### ۳- نحوه و طرق پیگیری حقوقی

پیش از شروع بحث اصلی خوب است که به دو مورد سابقه حقوقی مرتبط اشاره گردد که می تواند راهنمای اعمال اصل مسئولیت دولت و تعهد به جبران خسارت در خصوص ایران باشد.

قبول می باشد. همچنین در این بین اسرائیل با اقدامات خود موارد بسیار زیادی از اصول و قواعد حقوق بشر دوستانه را زیر پا گذاشته است. حال با تمام این تفاسیر سوالی که پیش می آید این است که از چه طرقی امکان حقوقی برای ایران وجود دارد؟ روش های پیگیری را میتوان از یک بعد به روش های کیفری و حقوقی تقسیم کرد و از بعدی دیگر به روش های پیگیری داخلی و بین المللی در بحث حقوقی و پیگیری داخلی میتوان به قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوی مدنی علیه کشورهای خارجی مصوب ۱۳۹۰ اشاره کرد که ماده یک آن به خوبی مرتبط با موضوع بوده اعلام میکند «ماده ۱۳۹۰. به موجب این قانون برای مقابله و جلوگیری از نقض مقررات و موازین حقوق بین الملل، اشخاص حقیقی و حقوقی می توانند از اقدامات دولتهای خارجی که مصونیت قضائی دولت جمهوری اسلامی ایران و یا مقامات رسمی آن را نقض نمایند، در دادگستری تهران اقامه دعوی کنند. در این صورت دادگاه مرجوع الیه مکلف است به عنوان عمل متقابل به دعاوی مذکور رسیدگی و طبق قانون، حکم مقتضی صادر نماید. فهرست دولتهای مشمول عمل متقابل توسط وزارت امور خارجه تهیه و به قوه قضائیه اعلام می شود.

در سال ۱۹۸۱، شورای امنیت سازمان ملل متحد قطعنامه ۴۸۷ را در پاسخ به حمله اسرائیل به تأسیسات هسته ای عراق تصویب کرد. این قطعنامه به صراحت این اقدام تجاوزکارانه را «تهدیدی جدی برای کل رژیم حفاظتی آژانس بین المللی انرژی اتمی (IAEA)» توصیف کرد که اساس پیمان عدم اشاعه سلاح های هسته ای (NPT) است. این قطعنامه همچنین حق حاکمیتی غیرقابل انکار همه کشورها را برای ایجاد برنامه های توسعه فناوری و هسته ای به منظور توسعه اقتصاد و صنعت خود برای اهداف صلح آمیز به طور کامل به رسمیت شناخت. بند ۶ تصریح می کند که «عراق حق دارد برای ویرانی هایی که متحمل شده و اسرائیل مسئولیت آن را پذیرفته است، غرامت مناسب دریافت کند.» این قطعنامه با الزام متجاوز به جبران خسارات ناشی از آن به قربانی، سابقه حقوقی روشنی را برای پیگیری غرامت در موارد مشابه فراهم می کند. بنابراین، با توجه به این واقعیت که حملات ایالات متحده و اسرائیل علیه سایت های هسته ای ایران با اعلامیه های عمومی مبنی بر تأیید عملیات انجام شده و به خوبی مستند شده اند، وحدت ملاک گرفتن از مفاد قطعنامه ۴۸۷ در مورد پرونده ایران نه تنها مناسب و ضروری است، بلکه کاملاً مبتنی بر حقوق بین الملل نیز می باشد. همچنین یکی دیگر از اسناد مرتبط، قطعنامه ۶۹۲ شورای امنیت سازمان ملل متحد است که در سال ۱۹۹۱ تصویب شد و پس از حمله عراق به کویت، کمیسیون غرامت سازمان ملل متحد (UNCC) را تأسیس کرد. این کمیسیون وظیفه داشت تا به دعاوی مربوط به غرامت خسارات و زیان های وارده در نتیجه حمله رسیدگی کند.<sup>(۶)</sup>

با توجه به مطالب گفته شده، تا اینجا باید بیان داشت که در وهله اول عمل انجام شده توسط اسرائیل از مصادیق توسل به زور، تجاوز و آغاز جنگ است و توجیه دفاع مشروع اعم از پیش دستانه یا پیشگیرانه غیرقابل

۶. [https://www-aljazeera-com.cdn.ampproject.org/v/s/www.aljazeera.com/amp/opinions/۲۰۲۵/۷/۷/iran-will-pursue-all-legal-avenues-to-seek-redress-from-its-attackers?amp\\_gsa=۱&amp\\_js\\_v=a۹&usqp=mq۳۳۱AQIUAKwASCAAgM%۳D#amp\\_tf=From%۲۰%۲۵۱%۲۴s&aoh=۱۷۵۲۸۳۵۸۲۲۶۷۲۲&referrer=https%۳A%۲۴%۲۴www.google.com&ampshare=https%۳A%۲۴%۲۴www.aljazeera.com%۲۴Fopinions%۲۴۲۵%۲۴۷%۲۴۷%۲۴Firan-will-pursue-all-legal-avenues-to-seek-redress-from-its-attacker](https://www-aljazeera-com.cdn.ampproject.org/v/s/www.aljazeera.com/amp/opinions/۲۰۲۵/۷/۷/iran-will-pursue-all-legal-avenues-to-seek-redress-from-its-attackers?amp_gsa=۱&amp_js_v=a۹&usqp=mq۳۳۱AQIUAKwASCAAgM%۳D#amp_tf=From%۲۰%۲۵۱%۲۴s&aoh=۱۷۵۲۸۳۵۸۲۲۶۷۲۲&referrer=https%۳A%۲۴%۲۴www.google.com&ampshare=https%۳A%۲۴%۲۴www.aljazeera.com%۲۴Fopinions%۲۴۲۵%۲۴۷%۲۴۷%۲۴Firan-will-pursue-all-legal-avenues-to-seek-redress-from-its-attacker)

است. یا در موردی دیگر قانون مقابله با اقدامات خصمانه رژیم اسرائیل مصوب ۱۳۹۹ نیز یکی دیگر از مواردی است که افراد امکان استفاده از آنرا دارا میباشند البته این قانون و ماهیت آن به دلیل بعد کیفری که دارا میباشد، از لحاظ اجرا کمی سخت و دشوار است. در بعد بین المللی نیز کار کمی دشوار است. در خصوص دیوان بین المللی کیفری و نحوه رسیدگی این نهاد ابتدا باید دو فرض را مطرح کرد، اول زمانی است که کشور محل وقوع جرم یا کشور متبوع متهم عضو اساسنامه دیوان باشد که در این حالت کشورهای عضو و دادستان میتوانند موضوع را به دیوان ارجاع دهند و تقاضای رسیدگی کنند. دوم نیز آنجایی است که کشور محل وقوع جرم و یا کشور متبوع متهم عضو دیوان نیستند و در عوض شورای امنیت میتواند این موضوع را به دیوان ارجاع دهد. همچنین پذیرش صلاحیت موردی نیز برای زمانی است که کشور متبوع متهم یا محل وقوع جرم عضو اساسنامه نیست اما برای برهه زمانی خاص با صدور اعلامیه به دیوان صلاحیت آنرا برای رسیدگی می پذیرد. باید گفت ایران، اسرائیل و آمریکا هیچ یک عضو اساسنامه دیوان نیستند. همچنین صلاحیت موردی با چالش های خاصی مواجه است و چون اسرائیل به عنوان کشور متبوع متهم در دیوان عضویت ندارد، حتی به فرض پذیرش صلاحیت موردی، امکان تعقیب جرم تجاوز وجود نخواهد داشت. ارجاع شورای امنیت نیز به دلیل وجود دولت های حامی اسرائیل غیرممکن است. در خصوص دیوان بین المللی دادگستری نیز پیش شرط اصلی طرح دعوا در این مرجع قضایی، بحث داشتن صلاحیت است. ممکن است زمانی یک توافق از پیش تعیین شده ای برای ارجاع به دیوان باشد، یا بعد از اختلاف این توافق ایجاد شود یا اعلامیه یکجانبه پذیرش صلاحیت دیوان صادر شود که در خصوص موضوع توسل به زور و یا نقض قواعد حقوق بشردوستانه هیچ یک از موارد پذیرش صلاحیت بین طرفین وجود ندارد. مواردی دیگر همچون تشکیل دادگاه ویژه توسط سایر سازمان های بین المللی همچون سازمان همکاری اسلامی و مواردی این چنینی نیز تنها در حد تئوری و ایده است و در حال حاضر قابلیت اجرایی ندارد. طرح درخواست محکومیت اقدامات غیرقانونی صورت گرفته علیه ایران در شورای امنیت نیز به دلیل سیطره سیاسی که دولت هایی مانند آمریکا و حامیان آن اثری نداشته و این نهاد از اظهار نظر جدی و اقدام عملی در این زمینه کاملاً پرهیز کرده است.

در بحث حقوقی و پیگیری داخلی میتوان به قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوی مدنی علیه کشورهای خارجی مصوب ۱۳۹۰ اشاره کرد که ماده یک آن به خوبی مرتبط با موضوع بوده اعلام میکند « ماده ۱۵. به موجب این قانون برای مقابله و جلوگیری از نقض مقررات و موازین حقوق بین الملل، اشخاص حقیقی و حقوقی می توانند از اقدامات دولتهای خارجی که مصونیت قضائی دولت جمهوری اسلامی ایران و یا مقامات رسمی آن را نقض نمایند، در دادگستری تهران اقامه دعوی کنند. در این صورت دادگاه مرجوع الیه مکلف است به عنوان عمل متقابل به دعاوی مذکور رسیدگی و طبق قانون، حکم مقتضی صادر نماید. فهرست دولتهای مشمول عمل متقابل توسط وزارت امور خارجه تهیه و به قوه قضائیه اعلام می شود.

موارد موضوع این ماده عبارت است از:

**الف.** خسارات ناشی از هرگونه اقدام و فعالیت دولتهای خارجی در داخل یا خارج ایران که مغایر با حقوق بین الملل است و منجر به فوت یا صدمات بدنی یا روانی یا ضرر و زیان مالی اشخاص می گردد.

**ب.** خسارات ناشی از اقدام و یا فعالیت اشخاص یا گروههای وحشت افکن (تروریستی) در داخل یا خارج ایران که دولت خارجی آنها را تشویق یا از آنها حمایت می نماید و یا اجازه اقامت یا تردد و یا فعالیت در قلمرو حاکمیت خود را به آنها می دهد و اقدامات مذکور منجر به فوت یا صدمات بدنی یا روانی یا ضرر و زیان مالی می شود.

**تبصره.** فهرست اشخاص یا گروههای وحشت افکن (تروریستی)، توسط وزارت اطلاعات تهیه و به قوه قضائیه اعلام می شود. « البته در این مورد باید متذکر شد که اجرای رای صادره از محاکم داخلی به موجب این قانون، نیازمند آن است که محکوم له از کشورهای خارجی تقاضای شناسایی و اجرا نماید که با توجه به مساله مصونیت دولتها نزد یکدیگر، شناسایی و اجرای این آرا با مانع مواجه میشود. همچنین میتوان از ظرفیت کشورهایهایی که ایران با آنها موافقت نامه شناسایی و اجرای احکام دارد مانند آذربایجان، استفاده کرد ولی همچنان مانع مصونیت برجای خود باقی



## نتیجه‌گیری

در پایان باید بیان داشت که اعمال و رفتار ارتكابی از سوی اسرائیل و در ادامه آن حمایت و حمله نظامی آمریکا، در تضاد کامل و فاحش با قواعد و اصول حقوق بین الملل است. همچنین این جنگ و اتفاقات رخ داده باعث شد که به نوعی فصل تازه‌ای از روابط بین الملل به وجود آید و در عین حال همان چالش و سوال همیشگی در خصوص میزان کاربرد قواعد حقوقی بین المللی را به وجود آورد. عدم امکان استفاده از ظرفیت های حقوقی موجود، عمدتاً به دلایل صلاحیتی بار دیگر نشان داد که حقوق بین الملل برای موثرتر عمل کردن نیازمند تکمیل است. شاید این تحولات تلنگری بدین منظور باشد که مبانی و قواعد کنونی حقوقی پاسخگوی چالش ها و حوادث مختلف نیست و نیازمند یکسری تغییرات اساسی و بنیادین می باشد زیرا که اگر حقوق بین الملل بخواهد به هدف اصلی خود یعنی ایجاد و حفظ صلح و امنیت بین المللی دست یابد، باید خود را با حوادث روز منطبق سازد و بتواند پویایی لازم در عین انسجام کافی را داشته باشد. علی رغم این نکات باید افزود که در هیچ زمانی نباید حضور و جایگاه ایران در عرصه بین المللی کمرنگ شود زیرا که حقوق و روابط بین الملل با وجود تمام انتقادات از اهمیت بسیار زیادی در شرایط کنونی برخوردار است. البته که این مورد به معنای غافل شدن از سایر ابعاد نخواهد بود و همواره باید به تعامل بین دیپلماسی و میدان توجه کرد زیرا حقوق و روابط بین الملل از درهم تنیدگی ناگسستنی با مباحث سیاسی و اقتداری هر کشور برخوردارند و توجه وافی و لازم به تمام این ابعاد است که میتواند کمک کننده و مشکل گشا باشد.

## منابع

- ضیائی بیگدلی، محمدرضا، حقوق بین الملل عمومی، تهران:  
انتشارات گنج دانش، ۸۰، ۱۴۰۲
- حسن نژاد، رضا، مبانی جنگ و توسل به زور، مجله پژوهش و مطالعات اسلامی  
شماره ۲۷، ۱۴۰۱، ۹۵-۱۰۵
- عبداللهی، محسن و کیوان بهزادی، موانع آمره بودن قاعده منع توسل به زور  
مجله حقوقی بین المللی، شماره ۶۳، ۱۳۹۹، ۱۷۱-۱۹۸
- موسوی، سید فضل الله و مهدی حاتمی، دفاع مشروع پیش دستانه در حقوق  
بین الملل  
مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۷۲، ۱۳۸۵، ۳۰۳-۳۲۴



تحلیل  
علل ارجاع یک  
پرونده به دیوان  
های کیفری بین  
المللی با وجود نهاد  
های قضایی داخلی

پوریاساکی خالص،  
دانشجوی کارشناسی حقوق دانشگاه شاهد



## چکیده

سوال اصلی که ذهن هر حقوقدان دغدغه مندی را می تواند به چالش بی اندازد آن است که اصولاً چرا یک پرونده و یک موضوع با وجود نهاد ها و دادگاه های داخلی در دیوان های بین المللی کیفری مطرح می شود و اصولاً یک موضوع داخلی، چگونه جلوه بین المللی پیدامی کند؟

اساسنامه رم مصرّح شده است، می باشد. به عنوان مثال، در صورت ناتوانی یک کشور در رسیدگی به پرونده یا عدم وجود اراده ای مبنی بر محاکمه آن فرد، پرونده نزد دیوان قابل ارجاع و رسیدگی می باشد. مقاله پیش رو در ادامه به دنبال آن است که با توجه به روح قوانینی که در اختیار داریم به آسیب شناسی علل تشکیل این دادگاه ها و در ادامه مصادیق مادّتين ۱۷ و ۲۰ اساسنامه رم و ظهور عینی اصل صلاحیت تکمیلی بپردازد و تعارض ظاهری بین صلاحیت دادگاه های کیفری داخلی و بین المللی را بر طرف کند.

### واژگان کلیدی:

محاکم بین المللی کیفری، جنایات بین المللی، اساسنامه رم، اصل صلاحیت تکمیلی

با تدقیق در تحولات و درگیری های داخلی و بین المللی به وجود آمده در طول تاریخ، علی الخوص در قرن بیستم، همواره کمبود دادگاهی دائمی و منسجم، جهت رسیدگی و تحت پیگرد قرار دادن یک دسته از رفتار های ارتكابی که بوی جنایات بین المللی به خودشان می گرفتند احساس میشده است. روند رو به جلو تاریخ، این را محرز کرد که دادگاه های در سطح یک کشور تماماً نمی توانند مکفی برای تحقق هر چه بهتر عدالت باشند. در نتیجه لزوم تشکیل دادگاه های بین المللی کیفری بیش از قبل احساس گردید. دادگاه هایی که بتوانند در صورت نیاز، به دادگاه های داخلی کمک کنند و با مرتکبین این گونه جرائم برخورد بکنند. نکته حائز اهمیت آن است که اصل در رسیدگی، با نهاد های داخلی است و نقش دیوان ها و دادگاه های بین المللی کیفری به عنوان مکمل و جبران نقصی های این گونه دادگاه ها، طبق شرایطی همچون آنچه که در ماده ۱۷ و ۲۰

## مقدمه

با توجه به رواج یک سری اندیشه های سیاسی در دنیا و فراگیری تفکرات انسان گرایی صرف، افرادی که متأثر از این باورها بودند به خودشان اجازه هرگونه دخل و تصرفی در این دنیا، نسبت به جان، مال و حتی خاک سایر مردمان را دادند. در دهه های پایانی قرن بیستم، به ویژه در نسل کشی رواندا در سال ۱۹۹۴ و جنگ بوسنی در دهه ۹۰ میلادی شاهد جنایات های گسترده ای بودیم که بار دیگر دنیا را با ابعاد فاجعه بار ناتوانی در مقابله با جنایات بزرگ و پایان دادن به آنها مواجه ساخت. این وقایع، ضرورت و اهمیت تشکیل یک دادگاه کیفری بین المللی دائمی را بیش از قبل آشکار ساختند، دادگاهی که فقط در سیطره قدرت های پیروز جنگ ها نبود بلکه همه می توانستند از آن بهره مند شوند.



با تمام این فراز و فرود ها، علی النهایه بعد از ۳۶ سال وقفه در سال ۱۹۸۹ مجمع عمومی سازمان ملل از کمیسیون حقوق بین الملل طی قطعنامه ۳۹/۴۶ تشکیل دیوان بین المللی کیفری رو خواستار شد. مجموع عمومی نیز کمیته ای مقدماتی در

در قرن بیستم و ناکامی بشر در جلوگیری از آنها متوجه شد. اما مسئله نیز آنجا رخ می نماید که می بایست بین صلاحیت های دو محکمه ملی و بین المللی و شیوه اعمال قاعده هر کدام قائل به تفاوت بود و به این نکته دست یافت که در چه موقع کدام محکمه صالح در رسیدگی می باشد.



سال ۱۹۹۶ برای تشکیل دیوان تاسیس کرد و پیش نویس این جلسات را در سال ۱۹۹۸ به کنفرانس دیپلماتیک رم تقدیم کرد و سرانجام در سال ۱۹۹۸ این اساسنامه در شهر رم مشتمل بر ۱۲۸ ماده تصویب شد و از سال ۲۰۰۲ لازم الاجرا شد و سرانجام دیوان کیفری بین المللی تشکیل شد. (پیران، امیر ارجمند، موسوی، ۱۳۸۷، ۴۲۵).

با اینکه همچنان چالش های جدی در مسیر فعالیت این دادگاه از جمله عدم عضویت برخی قدرت های بزرگ و موانع سیاسی وجود دارد اما شکل گیری آن به عنوان نهادی دائمی، نشانه از رشد نظام بین المللی در پذیرش مسئولیت کیفری فردی در سطح جهانی است. بنابراین، لزوم وجود دادگاه های کیفری بین المللی را باید در بستر تاریخی جنایات تحقق یافته



۱-۱. تأثیر و نقش جنگ جهانی دوم در روی آوردن به تشکیل دادگاه کیفری بین المللی نورنبرگ

با توجه به اقدامات سفاکانه رژیم نازی آلمان در طی جنگ جهانی دوم (۱۹۳۹-۱۹۴۵) و انجام دادن اعمالی همچون نسل کشی یهودیان و برقراری اردوگاه های کار اجباری و تهاجم جنگی به نیرو های نظامی و غیرنظامی فرانسه و لهستان و... متفقین از قبیل فرانسه، انگلستان، ایالات متحده آمریکا و شوروی برای جلوگیری از پیشروی نازی ها در ارتکاب جنایت هایشان در سال ۱۹۴۲ (کمیسون جنایات جنگ ملل متحد) را تشکیل دادند که وظیفه این کمیسیون گردآوری مدارک جهت کشف و جمع آوری مدارک مربوط به جرائم جنگی و شناسایی جنایتکاران بود تا در ادامه و پس از پایان جنگ به این اقدامات در یک محکمه رسیدگی بشود (واحدی، ۱۳۹۶، ۳۰-۲۹). در سال ۱۹۴۵ فاتحین جنگ جهانی دوم طی کنفرانس لندن منشور نورمبرگ را که مشتمل بر ۳۰ ماده بود تصویب کردند که بنای تشکیل دیوان نورنبرگ شد که به جرائم علیه صلح، جرائم جنگی و جرائم علیه بشریت که سرزده توسط رژیم آلمان ها بود رسیدگی می کرد. دادگاه نظامی نورنبرگ برای تبلور هر چه بیشتر ارزش های دموکراسی شروع به محاکمه سران نازی ها نمود و نهایتاً در سال ۱۹۴۶ حکم دادگاه در مورد متهمان اعلام شد که طی آن ۱۲ نفر محکوم به اعدام شدند، ۳ نفر محکوم به حبس ابد و مابقی به ۱۰ تا ۲۰ سال حبس محکوم شدند و ۳ نفر نیز حکم برائت گرفتند (واحدی، ۱۳۹۶، ۳۱).

البته شکل گیری دادگاه نورنبرگ را نباید منوط به اراده کشور های پیروز ج.ج. ۲ دانست چرا که از قبل از تشکیل این دادگاه کمیسیون مجمع عمومی سازمان ملل نیز به دنبال تشکیل همچین محکمه ای بود و علاوه بر همه این موارد درست است که متفقین پیشرو در تشکیل این دادگاه بودند منتهای مراتب لازم به توضیح است که تصمیم این چهار کشور متعاقب اعلام آن توسط ۱۹ کشور جهان مورد تأیید قرار گرفت و در نتیجه رای دادگاه نورنبرگ به نام جامعه جهانی (Communate Universelle) صادر شده است (طلی آبادی، ۱۳۵۴، ۱۹۵).

۱. مبنای تشکیل محاکم کیفری بین المللی با توجه به سبقه جنایات حاصل شده در قرن بیستم

اگر بخواهیم واقع گرایانه به اتفاقات رخ داده در قرن بیستم بنگریم، میتوان اذعان داشت که شاید فاجعه بارترین اتفاقات تاریخ کره زمین در این قرن به وقوع پیوست. از مهم ترین تحولات و جنگ های این قرن میتوان به جنگ جهانی دوم، نسل کشی رواندا و جنگ صربنیستا اشاره کرد. در بسیاری از این نبردها از سلاح های نامتعارف و یا رفتار هایی که قبلاً در طول جنگ ها سابقه نداشت بهره برداری شد. به عنوان مثال در طول این جنگ ها بمباران های اتمی و غیر اتمی فراوانی رخ داد و یا شاهد نسل زدایی و اقداماتی خلاف کرامت انسانی بودیم. این رفتار ها رفته رفته رنگ و بوی جنایت بین المللی به خود گرفتند. جنایاتی که با راحت انگاری و اهمال نمیشود از کنارشان گذشت و به تعبیر آنتونیو کسسه: جنایات بین المللی به آن دسته از اعمال مجرمانه گفته میشود که با نقض شدید اصول بنیادین حقوق بین الملل همراه بوده و مسئولیت کیفری فردی در سطح بین المللی را به دنبال دارند. این جنایات شامل نسل کشی، جنایات علیه بشریت، جنایات جنگی و جنایت تجاوز بوده و صلاحیت رسیدگی به آن ها در برخی موارد به دادگاه های بین المللی واگذار میشود. مطالعه تکمیلی (Season, ۲۰۱۲, Cassese).

همین ضرورت ها اهمیت و چرایی وجود یک نهاد رسیدگی کننده به جنایت های بین المللی را برای جامعه بین المللی ملموس تر و واضح تر از قبل کرد و به تشکیل این دیوان های بین المللی کیفری سرانجامید.



## ۲-۱. بررسی تأثیر درگیری های رواندا و نبردهای پدید آمده در یوگوسلاوی سابق بر به وجود آمدن محاکم کیفری بین المللی

هستند. همچنین تجاوزهای جنسی گسترده و سازمان یافته علیه زنان، اخراج اجباری و پاکسازی قومی گروه های خاص در سراسر بوسنی و کوزوو، از جمله شدیدترین جنایات علیه بشریت بودند. در واکنش به این فجایع، شورای امنیت سازمان ملل متحد با تصویب قطعنامه شماره ۷۸۰ اقدام به تشکیل کمیسیونی از کارشناسان برای رسیدگی به این فجایع کرد و این کمیسیون گزارش این فجایع را به دبیرکل سازمان ملل منتقل کرد (میر محمد صادقی، ۸۲، ۱۳۸۳). در نهایت با استناد به فصل هفتم منشور ملل متحد، شورای امنیت سازمان ملل متحد دادگاه کیفری بین المللی برای یوگوسلاوی سابق را در سال ۱۹۹۳ با صدور قطعنامه شماره ۸۲۷ تاسیس کرد. دادگاه کیفری بین المللی برای یوگوسلاوی سابق، نخستین دادگاه کیفری بین المللی پس از دادگاه های نورمبرگ و توکیو بود و نقش مهمی در رویه قضایی در حوزه جرائم بین المللی ایفا کرد و در نهایت، تجربه یوگوسلاوی سابق نمونه ای واضح از لزوم پاسخ گویی کیفری بین المللی در برابر نقض جدی حقوق بشر است.

اتفاقات یوگوسلاوی سابق در پی فروپاشی جمهوری فدرال سوسیالیستی یوگوسلاوی در اوایل دهه ۱۹۹۰، درگیری های خونین در منطقه بالکان رخ داد که از نظر حقوق بین الملل نقض گسترده حقوق کیفری بین المللی محسوب می شد. جنگ های درون یوگوسلاوی سابق، به ویژه در بوسنی و هرزگوین، کرواسی و کوزوو، صحنه ارتکاب انواع مختلفی از جرائم بین المللی بودند از قبیل: نسل کشی، جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت. در این واقعه، هزاران مسلمان توسط نیروهای صرب بوسنی که ساکن شرق این منطقه بودند به طور سازمان یافته به قتل رسیدند. دادگاه کیفری بین المللی برای یوگوسلاوی سابق، این واقعه را صراحتاً نسل کشی اعلام کرد. طبق ماده ۲ کنوانسیون منع نسل کشی، این اعمال با قصد نابودی جزئی یک گروه قومی (مسلمانان بوسنیایی) انجام شد و این در حالی بود که یوگوسلاوی سابق نیز عضو کنوانسیون مذکور بود، بنابراین رعایت مواد همین کنوانسیون الزام آور در این کشور بود. علاوه بر آن، محاصره چهار ساله شهر ساریوو، گلوله باران غیرنظامیان، تیراندازی علیه کودکان، و استفاده بی رویه از سلاح علیه اهداف غیرنظامی، همگی مصادیقی از جنایات جنگی به شمار می آیند. طبق کنوانسیون های چهارگانه ژنو مصوب ۱۹۴۹ و پروتکل های الحاقی آن، که در عمل یکی از منابع اصلی رسیدگی به جرائم بین المللی در زمان جنگ است حمله به غیرنظامیان، تخریب اموال بدون وجود هدف نظامی و نابود کردن زیرساخت های غیرنظامی، همگی ممنوع و قابل تعقیب کیفری

## اتفاقات رواندا

در پی وقوع یکی از فجیع ترین نسل کشی های معاصر در رواندا که از آوریل تا ژوئیه ۱۹۹۴ به طول انجامید شورای امنیت سازمان ملل متحد به موجب قطعنامه شماره ۹۵۵ مورخ ۸ نوامبر ۱۹۹۴، با استناد به فصل هفتم منشور ملل متحد، اقدام به تأسیس دادگاه کیفری بین المللی برای رواندا نمود که طبق اختیارات مصرحه در این فصل منشور شورای امنیت ملل متحد حق این را دارد که برای بازگردانی صلح و امنیت عملی انجام دهد و تأسیس این دادگاه نیز ناشی از این اختیار قانونی بوده است (Barria & Roper, ۲۰۰۵, ۳۵۴). یکی از نکات مهم در تشکیل این دادگاه آن بود که اتفاقاً در همان زمان رواندا به عضویت موقت شورای امنیت در آمده بود و خودش پیشگام در شکل گیری این دادگاه شد و رئیس جمهور رواندا پیشنهاد تشکیل دادگاه بین المللی کیفری را برای رسیدگی به این اتفاقات را شخصاً به شورای امنیت داد (رضوی فرد، ۶۴، ۱۳۹۰).

اساسنامه این دیوان نیز که ضمیمه به قطعنامه شورای امنیت بود مشتمل بر ۳۴ ماده بود و صلاحیت رسیدگی به جرائم ناشی از نقض آشکار کنوانسیون ۱۹۴۹ ژنو، نقض حقوق و عرف جنگیدن و جنایت علیه بشریت را دارا بود.

در پرونده دادستان علیه ژان پل آکایسو این دادگاه برای نخستین بار در تاریخ حقوق بین الملل، تجاوز جنسی را به عنوان یکی از مصادیق نسل کشی شناسایی کرد، با استناد به اینکه این اعمال با قصد نابودی جزئی یا کلی گروه توتسی انجام شده اند. این رأی نقطه عطفی در توسعه حقوق کیفری بین الملل و ارتقای حمایت از قربانیان جنایت های جنسی در مخاصمات مسلحانه محسوب می شود.

این موارد در صلاحیت خاص دادگاه های داخلی قرار می گیرد. اگر فهرست جرائم موضوع صلاحیت دیوان گسترده و غیر احصایی بود، اصل صلاحیت تکمیلی دچار خدشه می شود، زیرا تعیین مرز بین صلاحیت اولیه دولت ها و صلاحیت تکمیلی دیوان به امری مبهم و قابل ابهام تبدیل می گردد و قاعداً عدالت کیفری و به تبع نظم حاصل از آن دچار دگرگونی می شود. بنابراین، احصایی بودن جرائم، در جهت تضمین کارکرد صحیح اصل صلاحیت تکمیلی قرار دارد. محدود بودن صلاحیت موضوعی دیوان به چهار دسته جرم خاص است و این احصا بدان معناست که دیوان خارج از این چهار عنوان نمی تواند به جرائم دیگری رسیدگی کند، حتی اگر آن جرم از نظر عرف بین الملل، دارای اهمیت بالا بوده یا حادثه فاجعه از آن جرم نشات گرفته است و این موارد در صلاحیت خاص دادگاه های داخلی قرار می گیرد.

۱-۲. وجود تعارض ظاهری در اعمال صلاحیت بین المللی در عین وجود دادگاه های داخلی  
با تشکیل دیوان بین المللی کیفری در ابتدا دیگر دید ها به این سو رفته بود که با تشکیل همچنین نهاد دائمی و مستحکمی که چونان اساسنامه ای دارد شاید دیگر نقش دادگاه های داخلی در رسیدگی به جرم مذکور در ماده ۵ اساسنامه رم کمتر و کم رنگ بشود و اساساً چرا تا وقتی همچنین نهاد قضایی مستقلی وجود دارد پرونده ها در یک دادگاه داخلی مطرح بشود به عبارتی تعارضی ظاهری در بین صلاحیت نهاد های قضایی داخلی و صلاحیت دیوان بین المللی کیفری نزد اذهان عمومی رقم خورد. لازم به ذکر است که این تعارض یک تعارض صرفاً ظاهری است و نه تعارضی واقعی و ایرادی است که در دید اول نسبت به این موضوع پیش می آید که چرا تا وقتی که نهاد های ملی هستند این رسیدگی توسط محاکم بین المللی صورت بگیرد. به نقل از قاضی سانگ-هیون سانگ رئیس سابق دیوان بین المللی کیفری در پاسخ باید گفت که این نکته حائز اهمیت است که دیوان بین المللی کیفری صرفاً یک نهادی است برای تامین عدالت که در زمانی که یک نهاد ملی توان پاسخگویی نسبت به امر را ندارد ورود می کند و برقراری عدالت را تضمین می کند (Triffterer & Ambos, ۱۹۹۸, ۱۱۵). پس این تعارض راه به جایی نمی برد و خللی در رسیدگی به پرونده ها در دیوان بین المللی کیفری وارد نمی کند و هر جا در صورت نیاز، این نهاد کیفری بین المللی می تواند به کمک دادگاه های داخلی برود.



## ۲. مفهوم اصل تکمیلی بودن صلاحیت و شرایط اعمال آن توسط دیوان

دیوان بین المللی کیفری با صلاحیت رسیدگی به شدیدترین جنایات بین المللی از جمله نسل کشی، جنایات علیه بشریت، جنایات جنگی و جنایت تجاوز، شکل گرفت. با این حال، صلاحیت این دیوان ماهیتی تکمیلی داشته است. این اصل بر این مبنا استوار است که صلاحیت دیوان زمانی فعال می شود که دولت ها نتوانند یا نخواهند به طور واقعی نسبت به پیگیری جنایات بین المللی اقدام کنند. به عبارت دیگر، دیوان بین المللی کیفری به منزله آخرین تلاش در جهت تحقق عدالت در سطح بین المللی عمل می کند.

۱-۲. احصا جرائم در اساسنامه رم، حاکی از محدودیت پذیر بودن صلاحیت دیوان است

در کنار اصل صلاحیت تکمیلی، نکته مهم دیگری که در ارزیابی حدود صلاحیت دیوان باید مورد توجه قرار گیرد، محدود بودن صلاحیت موضوعی دیوان به چهار دسته جرم خاص است که عبارت اند از: نسل کشی، جنایت علیه بشریت، جنایات جنگی و جنایت تجاوز. این موارد به صورت محدود در ماده ۵ اساسنامه رم ذکر شده اند. این احصا، نه تنها به صورت صریح در متن اساسنامه آمده، بلکه رویه عملی دیوان و برخورد های قضایی آن نیز بر انحصاری بودن این فهرست تأکید دارند و دیوان بین المللی کیفری در محاکمات و رسیدگی های خودش پا فراتر از این موارد نگذاشته است و به جرائم دیگری رسیدگی نکرده است. این احصا بدان معناست که دیوان خارج از این چهار عنوان نمی تواند به جرائم دیگری رسیدگی کند، حتی اگر آن جرم از نظر عرف بین الملل، دارای اهمیت بالا بوده یا حادثه فاجعه از آن جرم نشات گرفته است و

دولت صالحیتدار ملی صالح بشناسد و از این طریق عدالت کیفری بین المللی را تحقق ببخشد" (صالحی، رئیسی، رائی، ۱۳۹۸). در واقع می توان افزود که ماهیت این قضیه تکمیلی بودن صلاحیت دیوان ناشی از اصل سرزمینی بودن جرم و مجازات است که اصولاً یک جرم که در یک سرزمین رخ می دهد در همان سرزمین محل وقوع جرم نیز باید محاکمه و به تبع آن مجازاتش محقق بشود. در مواردی نیز اگر بین صلاحیت های دادگاه داخلی با یک نهاد بین المللی در صلاحیت در رسیدگی دچار تعارض بشویم، غالب اوقات با قطعنامه های الزام آور صادره از شورای امنیت این تعارض نیز قابل رفع است و حکم نهایی در خصوص دادگاه صالح را صادر می کند، همچون قطعنامه های صادره از شورای امنیت در خصوص عبدالله السنوسی و سیف الاسلام قذافی و عمر البشیر (صالحی، رئیسی، رائی، ۱۳۹۸، مطالعه تکمیلی).

۱-۲. نقش مکمل دیوان در رسیدگی به جرائم و اصل بر رسیدگی و تحت تعقیب قرار دادن آنها توسط دادگاه داخلی

ابتدائاً هنگامی که از دادگاه ملی صحبت می کنیم منحصر به کشور های عضو اساسنامه نیست بلکه رسیدگی به رفتار ارتكابی در دادگاه های ملی کشور غیر عضو نیز، بر رسیدگی در دیوان تقدّم دارد. در ثانی، دادگاه صلاحیت دار ملی به موجب احراز سنجی دیوان که در بند ۱ ماده ۱۸ اساسنامه رم آمده است تعیین می شود و ثالثاً دادگاه صلاحیتدار، دادگاه ملی است که صلاحیت رسیدگی به جرم مورد نظر را به واسطه قوانین ملی داشته باشد. (شریعت باقری، ۱۳۸۵، ۲۷-۲۶). در واقع وقتی که یک رفتار هم در قانون یک دولت و هم در اساسنامه دیوان های بین المللی کیفری جرم انگاری شده باشد به راحتی ممکن است این تعارض در صلاحیت ها رخ بدهد و حتی برای رفع این تعارض گاهاً طبق بند ب ماده ۱۳ اساسنامه رم، پای شورای امنیت سازمان ملل متحد نیز باز بشود. منتهای مراتب این تعارض، صرفاً تعارض ظاهری بیش نبوده است و با تدقیق در اساسنامه رم و اصولاً روح قوانین بین المللی اصل بر رسیدگی در محاکم داخلی است مگر در موارد خاص که ارجاع به محاکم بین المللی می شود. در اساسنامه رم آمده است که:

<<... It shall be a permanent institution and shall have the power to exercise its jurisdiction over persons for the most serious crimes of international concern, as referred to in this Statute, and shall be complementary to national criminal jurisdictions>>.

قسمت اول این ماده بدان اشاره دارد که دیوان می تواند با شدید ترین جرائم که نگرانی های جامعه بین الملل رو بر می خیزد، برخورد کند و در ادامه به صراحت مشخص می کند که این برخورد در تکمیل صلاحیت کیفری دادگاه داخلی است، پس خود این دیوان صلاحیت خودش را فرع بر محاکم داخلی می داند. حتی در مقدمه خود اساسنامه نیز آمده است که کشورهای عضو این معاهده با تاکید بر این که دادگاه بین المللی کیفری به عنوان مکمل صلاحیت قضائی محاکم ملی است تشکیل شده است که ذکر این نکته دیگر جایی را برای ابهام باقی نمی گذارد. در واقع " رویه دیوان کیفری بین المللی در عمل و در خصوص موضوعات پیش آمده با توجه به رسالتش مبنی بر محاکمه و مجازات جنایتکاران بین المللی سعی کرده است خود را نسبت به موارد عدم تمایل و عدم توانایی



این بسترها و ملزومات که اشاره گردید در ذیل بحث توانایی یا عدم توانایی در رسیدگی به یک پرونده مطرح می شود. حال تصور کنیم که در خاک یک کشور یک جنایت از دسته جنایت های مذکور در متن ماده ۵ اساسنامه رم رخ دهد و کشور محل وقوع جرم یا متبوع مجرم فاقد دستگاه و بازو قضائی مورد نیاز برای رسیدگی به این پرونده باشد چه بر سر تحقق عدالت کیفری می رود؟

این ناتوان بودن دولت در رسیدگی به یک پرونده در ماده ۱۷ بند اول، قسمت الف و ب به صورت (Unable) و (Inability) به معنای ناتوانی آمده است و در دو جا به آن اشاره شده است. بند اول به این مورد پرداخته است که یک دولت قصد محاکمه و رسیدگی به یک پرونده را دارا است منتها به دلیل عدم وجود الزاماتی نمی تواند فرایند تحقیق و تعقیب را ایجاد کند. به عنوان مثال دارای دادسرا مناسب و یا نیروی اجرایی همچون پلیس نیست تا پرونده فرد را مورد تحقیق قرار دهد یا بعد از اینکه به اطمینان نسبت به مجرمیت فرد مظنون رسید با کمک گیری از نیروی پلیس او را دستگیر کند. به قولی بعضی از علل ناتوانی یک حاکمیت در رسیدگی به یک پرونده را از نظر کسسه اینگونه می توان دید که: "یک دولت هنگامی "ناتوان" است که عمدتاً بخاطر سقوط کلی یا جزئی نظام قضائی آن، در موضعی نیست که (۱) متهم را توقیف کند یا مسئولین یا سازمانهایی را که او را بازداشت کرده اند وادار به تحویل نماید، یا (۲) مدارک لازم را جمع آوری کند، یا (۳) محاکمه کیفری انجام دهد. باید مواردی را نیز افزود که در آن دادگاه داخلی نمی تواند فردی را محاکمه کند، نه به دلیل سقوط یا غیر رضایت بخش عمل کردن نظام قضائی، بلکه بخاطر موانع قانونی، مثل قانون عفو، یا قانون مرور زمان که اقدام به محاکمه مظنون یا متهم را برای قاضی غیر ممکن می کند". (پیران و همکاران، ۱۳۸۷، ۴۳۸). در ادامه در بند ۴ ام ماده ۱۷ همین اساسنامه به خوبی مفهوم توانایی تبیین شده است و ذکر گردیده است که برای تشخیص عدم توانایی دادگاه باید بررسی کند که آیا این کشور به دلیل فروپاشی نظام قضایی خودش یا عدم وجود نظام قضایی ملی به جهت رسیدگی و جمع آوری مدارک از توانایی لازم برخوردار می باشد یا خیر.

پرونده ای که در این مورد می توان مثال زد پرونده

۲-۲. چگونگی قابلیت استماع یک پرونده در دیوان کیفری بین المللی کیفری با تمرکز بر مواد ۱۷ و ۲۰ اساسنامه رم

تشخیص قابلیت استماع پرونده در دیوان کیفری بین المللی از مهم ترین کارهای دیوان بین المللی کیفری قبل از شروع به رسیدگی یک پرونده است چرا که قبل از ورود به رسیدگی هر پرونده اصولاً باید ملاحظه کرد که آیا پرونده شرایط لازم برای قابل بررسی بودن و شنیدن نزد محکمه را دارا هست یا خیر؟ فرایند و صلاحیت در رسیدگی های دیوان بین المللی کیفری عمدتاً بر اساس مواد ۱۷ و ۲۰ اساسنامه رم صورت می پذیرد. ماده ۱۷ به بررسی وضعیت تحقیقات یا رسیدگی های ملی می پردازد و در صورت عدم تمایل یا ناتوانی واقعی دولت ها، پرونده را قابل استماع در دیوان می داند. این ماده سه معیار مشخص ارائه می دهد: عدم اقدام دولت، اقدامات صوری و ناتوانی ساختاری یک سیستم قضایی در رسیدگی به یک پرونده. ماده ۲۰ نیز با تأکید بر اصل منع محاکمه مجدد، مانع از رسیدگی در مواردی می شود که فرد پیش تر به دلیل همان اعمال در دادگاهی داخلی مورد رسیدگی عادلانه ای قرار گرفته باشد. این دو ماده در تعامل با اصل صلاحیت تکمیلی دیوان (ماده ۱) به عنوان ابزارهای تضمین تعادل بین صلاحیت دیوان و صلاحیت ملی دولت ها عمل می کنند.

۲-۲-۱. ناتوانی در رسیدگی و تعقیب پرونده از جانب دولت

اولین موضوع که در رسیدگی به یک پرونده می بایست مورد توجه قرار بگیرد آن می باشد که نیاز است یک ساختار قضایی منسجمی جهت بررسی و رسیدگی به یک پرونده وجود داشته باشد، چرا که اگر یک سیستم قضائی در ابتدا امر برای تحقیق نسبت به یک پرونده وجود نداشته باشد به طریق اولی نمی توانیم قائل به رعایت بایسته های عدالت در امر قضا باشیم چرا که علاوه بر لزوم وجود یک سری قوانین ماهوی در ساختار قانونی یک حاکمیت، ما به یک دسته قوانین شکلی برای چگونگی به اجرا در آوردن آن قوانین ماهوی نیز نیازمندیم و علاوه بر آن، به ساختاری که تحت نظارت آن بتوانیم تحقق این قوانین را شاهد باشیم نیز نیازمندیم.

۱) مورد اول آن است که رسیدگی صوری از جانب یک دولت به پرونده فرد متهم صورت بگیرد و پس از اینکه آن با اعلام اینکه محاکمه ای انجام داده شده است دیگر مسئولیت کیفری برای فرد در نظر گرفته نشود و در نتیجه قابل طرح در دیوان بین المللی کیفری نباشد.

۲) مورد بعدی از مصادیق عدم میل از جانب یک دولت در رسیدگی به یک پرونده، آن است که تاخیری قابل قابل توجه در بررسی یک پرونده از جانب یک دولت شکل بگیرد و با توجه به نتایج حاصله از آن رفتار ارتكابی این تاخیر مغایر با برخورد عادلانه با فرد در نظر گرفته شده و در تعارض با عدالت باشد.

۳) و مورد آخر از تفاسیر این بند آن است که تصمیم اخذ شده از نهاد های داخلی به صورت مستقل و بی طرفانه نبوده است و مغایر با تحقق عدالت نسبت به آن فرد بوده است. (مطالعه تکمیلی (Klamberg, ۲۰۱۷, ۳۰۵-۳۲۱)).

لازم به ذکر است که مورد اول و سوم این بند از مواردی است که می تواند نقض کننده اصل منع محاکمه مجدد باشد و ماده ۲۰ اساسنامه رم باشد که در ادامه به شرح آن خواهیم پرداخت.



مربوط به سیف الاسلام قذافی است که این پرونده به دلیل عدم توانایی دولت لیبی، بر اعمال قدرت سیستم قضایی اش در رسیدگی به این پرونده، به دیوان بین المللی کیفری ارجاع داده شد و هنگامی که وکلای او در تجدید نظر خواهی، صلاحیت دیوان رازیر سوال بردند، استدلال دیوان بر این بود که به دلیل عدم توانایی دولت لیبی در جمع آوری شواهد و مدارک، مصداق بارز ناتوانی موضوع بند اول ماده ۱۷ تلقی شد و شورای امنیت با صدور قطعنامه ۱۹۷۰ این پرونده را به دیوان بین المللی کیفری ارجاع داد.

۲-۲-۲. عدم وجود اراده از جانب یک دولت در رسیدگی به یک پرونده

مورد بعدی مربوط به بی ارادگی یا عدم میل یک دولت (Unwillingness and Unwilling) در رسیدگی و یا تعقیب یک پرونده است و این موضوع می تواند از مصادیق مسموع گردیدن پرونده نزد دیوان بین المللی کیفری گردد که در قسمت اول و دوم بند ۱ ماده ۱۷ اساسنامه رم به آن اشاره شده است. تفاوت بند اول و بند دوم در مفهوم گرایی این ترمینولوژی حقوقی در آن است که بند اول به این می پردازد که به دلیل بی ارادگی و عدم علاقه یک دولت به ورود به یک پرونده اصلاً فرایند رسیدگی آغاز نمی شود و بند دوم به این اشاره دارد که حاکمیت رسیدگی به یک پرونده را شروع می کند اما به دلایلی از جمله دلایل سیاسی، امنیتی و ... تصمیم میگیرد فرد را مورد تعقیب قرار ندهد و پرونده اش را مختومه اعلام بدارد و این در حالی است که احتمال مجرم بودن فرد می باشد و برخورد عادلانه نسبت به او محقق نگردیده است و آن نهاد قضائی داخلی نیز، دلایل متقن و کافی جهت صدور حکم برائت نداشته است. بنابراین عدالت کیفری اقتضا می کند که پرونده نزد دیوان بین المللی کیفری مفتوح گردد. اساسنامه رم نیز جهت تسهیل شناسایی این بی ارادگی، در بند دوم همین ماده به شرح مصادیق این بی ارادگی پرداخته است و ۳ مورد را بیان نموده است.



پرونده نزد دیوان قابل استماع می گردد و دیوان صلاحیت رسیدگی به جرائم شکل گرفته را برای تحقق و به عرش رساندن عدالت کیفری دارا می شود.

۲-۳-۱. محاکمه فرد در جهت محافظت از او برای عدم ایجاد مسئولیت کیفری بین المللی بوده است

گاهاً محاکمه ای داخلی، به منظور محافظت از فرد جهت عدم ایجاد مسئولیت کیفری بین المللی برای او و در ادامه عدم ارجاع پرونده اش به محاکم بین المللی برگزار می شود به طوری که آن دادگاه قضائی داخلی با علم به اینکه این رفتار می تواند در زمره جنایت های بین المللی باشد و در صورت عدم تحقق هرگونه محاکمه ای از جانب نهاد های ملی، دیوان صالح در رسیدگی می شود دست به یک محاکمه صوری می زند تا پرونده به مراجع بین المللی ارجاع داده نشود و فرد مرتکب از برخورد های جدی تر بین المللی در امان بماند. قسمت الف بند دوم ماده ۱۷ اساسنامه رم نیز، ناشی از همین مورد است به نحوی که تحقق این مورد را از مصادیق عدم وجود اراده بر محاکمه یک فرد قلمداد کرده است. پس می توان چنین محاکمه ای را به قولی در حکم عدم شکل گیری یک رسیدگی واقعی دانست و فرض است که برای تحقق عدالت، دیوان بین المللی کیفری با تمام لوازم، ساختارها و بسترهای خود از ابتدا به پرونده و اتفاقات ناظر بر آن رسیدگی کند. مثال معروفی که از این مورد می توان زد در پرونده دادستان علیه بمبا، معاون سابق رئیس جمهور کنگو صورت گرفت که با وجود که با وجود آنکه محاکمه ای نسبت به پرونده ایشان و اتفاقات رقم خورده در کنگو توسط پزشکی قانونی تایید شد ولی دیوان بین المللی کیفری در مشروعیت، بی طرفی و استقلال این نظریات ملاحظاتی جدی ای وارد کرد و در نتیجه آقای ژان پیر بمبا برای توضیحات بیشتر در دیوان بین المللی کیفری احضار شد و هر چند که در نتیجه تبرئه گردید منتهای امر این پرونده و معروفیت آن نشان دهنده عمق اهمیت این موضوع است که در صورت وجود هر گونه ایراد در استقلال و عدالت رسیدگی نسبت به یک پرونده دیوان حق محاکمه دوباره دارد.

۲-۳. قابلیت بررسی مجدد یک پرونده در دیوان بین المللی کیفری با رعایت ملاحظات ماده ۲۰ اساسنامه رم

یکی دیگر از مواردی که به بحث شرایط استماع یا عدم استماع یک پرونده پرداخته است ماده ۲۰ اساسنامه می باشد. این ماده به طور کلی به شرح اصل منع محاکمه مجدد می پردازد و هدف از بیان آن تاکید بر آن است که افراد پس از یکبار محاکمه و گرفتن حکم، چه بر برائت آنها و چه بر محکومیت آنها، محاکمه مجددشان ممنوع است و نباید دوباره محاکمه گردند. این قاعده با عنوان اعتبار امر مختومه، محکومیت یا برائت قبلی در حقوق کشور های مختلف شناخته می شود و در اساسنامه دادگاه های کیفری بین المللی برای یوگوسلاوی سابق و رواندا از این قاعده به عنوان (non bis in idem) و در اساسنامه رم به عنوان (idem) از آن یاد می شود (نجفی، ۱۳۹۴، ۱۰). حتی علاوه بر اساسنامه رم به این موضوع در بند ۷ ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق سیاسی مدنی نیز در یک بند به این مورد جداگانه اشاره شده است و جزء حقوق مشخص و واضح افراد قرار گرفته است چنانچه این بند مقرر کرده است که: «هیچ کس را نمی توان به دلیل جرم کیفری ای که قبلاً در مورد آن توسط دادگاه صلاحیت دار یکی از کشورهای عضو اتحادیه اروپایی رسیدگی و حکم نهایی صادر شده، دوباره محاکمه یا مجازات کرد».

اما باید به این توجه داشت که این مفهوم اطلاقی ندارد و مقید است و استثنائات خاص خودش را دارد. تقیید این ماده، دو بند الف و ب بند ۳ ماده ۲۰ است که اشاره می کند که در صورت تحقق این موارد پرونده مختومه نیست. یک مورد شگل گیری محاکمه ای صوری و دیگری عدم رعایت جنبه های عادلانه در محاکمه یک فرد است و در این صورت هر چند که در دادگاه حکمی صادر شده باشد ولی آن پرونده با تمام جزئیاتش در دیوان کیفری بین المللی مطرح می گردد. رخ دادن این موارد می تواند به عللی همچون مصونیت سیاسی گذشته فرد نیز باشد که دادگاه ملی بخاطر جایگاه سابق فرد، در رسیدگی به رفتار مجرمانه او ترحم می بخشد و او را به مجازات واقعی محکوم نمی کند. در صورت رخ دادن مواردی از این حیث

۲-۳-۲. رسیدگی در محاکم قضائی داخلی عاری از

وصف برخورد عادلانه محور و بی طرفی بوده است  
گاهاً رسیدگی قضایی ای که درون یک کشور شکل  
گرفته است فاقد جنبه های عادلانه می باشد به طوری  
که جهت گیری در آن محاکمه به وضوح مشخص است  
به عنوان مثال وقتی که فرد با توجه به قدرت سابق  
خود یا نفوذی که بر سیستم قضائی دارد، مانع از  
پیشرفت تحقیقات و در نتیجه تحقق عدالت می شود و  
باعث آن می شود که رای دادگاه به سوی خودش  
صادر بگردد. یک نمونه معروف از تحقق این مورد و  
ارجاع یک پرونده به دیوان بین المللی کیفری در  
پرونده **عمر البشیر** است. **عمر البشیر رهبر پیشین**  
**سودان** بود که با توجه به رفتار های ارتكابی اش  
سرانجام در سودان دستگیر شد و دولت جدید این  
کشور اقدام به رسیدگی پرونده او کرد اما به دلیل  
احتمال وجود اقتدار سابق که این فرد حین  
حکومتش به وجود آورده بود و بیم آنکه بخاطر قدرت



و پرستیژی که همچنان ممکن بود بر ساختار های حقوقی و سیاسی این کشور داشته باشد و در  
ادامه مانع از رسیدگی عادلانه به این پرونده گردد با صدور قطعنامه شورای امنیت، دیوان بین  
المللی کیفری دستور باز کردن این پرونده را گرفت و موضوع از یک نهاد ملی به یک نهاد بین المللی  
ارجاع داده شد و این مورد مصداق بارز عدم توانایی و احتمال وجود بی عدالتی در رسیدگی به یک  
پرونده گردید (Schabas, ۱۵۳, ۲۰۰۷).



## نتیجه گیری

یوگوسلاوی سابق، و ... آن بود که اراده ای جمعی در شکل گیری آنها بدان صورت دیده نمی شد بلکه یا کشور های پیروز آنها را تاسیس کردند یا به دستور مستقیم شورای امنیت سازمان ملل متحد تاسیس شدند و نقش سایر کشور ها به صورت مستقیم در وضع قاعده و پیگیری مستقیم آنها در تحقق این ساختار ها دیده نمی شد و می دانیم که هر چقدر یک امر از پشتوانه حداکثری بهره مند باشد بیشتر از قبل نیز رنگ و بوی به کار بستن آن محقق می شود. بخاطر همین موارد و تجارب گذشته بود که دیوان بین المللی کیفری تشکیل شد و تمایزی عظیم با سایر دیوان های ما قبل خودش ایجاد نمود.

در ادامه به چند پیشنهاد در باب رشد فزاینده تر این دیوان اشاره خواهیم کرد.

۱) دیوان بین المللی کیفری با توجه به موازین مصرح قانونی اش عمل کرده است و مجرمین بین المللی که مرتکب جنایت شده اند را تحت پیگرد قرار داده است منتها در طول چندین سال گذشته شاهد اعمال فشار های سیاسی زیادی از سوی کشور های متعدد بوده است که این با روح حقوق سازگار نیست چرا که اگر ما بخواهیم یک قاعده حقوقی را به اجرا بگذاریم اصولاً این قاعده باید به شکل مستقل و بدون هیچگونه تجویز از سوی نهاد غیر حقوقی به کار گرفته شود و در اجرای آن نیز هیچ دستگاه غیر حقوقی نباید فشار بی دلیل و بدون پشتوانه حقوقی وارد بکند. از مواردی که این مورد در آن پدیدار گشت می توان به قضیه دستور بازداشت دادگاه مقدماتی دیوان بین المللی کیفری برای نخست وزیر رژیم صهیونیستی اشاره کرد که بعد از این کار دولت ایالات متحده آمریکا دادستان این دادگاه را مورد تحریم قرار داد و این مورد از مصادیق نقض استقلال دیوان بین المللی کیفری بود. با توجه به همه این نکات ضرورت دارد که این دیوان به کار خودش همچون گذشته ادامه دهد و با صلابت به فعالیت خودش ادامه دهد و نباید موانع سیاسی از این قبیل، موجبات دل سردی این نهاد بشود.

در طی زمان نشان داده شد که دادگاه های ملی ای که در سطح هر کشور وجود دارند به تنهایی کفایت نمی کنند. به عنوان مثال جنایت های بین المللی حادث شد که دادگاه های داخلی نمی توانستند به تنهایی به آنها رسیدگی بکنند و بازو های قضایی و اجرایی به اندازه قوی نداشتند تا این موارد را پیگیری بکنند، پس شاید نیاز به یک مجموعه بزرگ تر که مشروعیتش را نه تنها از جانب یک کشور بلکه تشکیل و مشروعیت اقتدارش ناشی از اراده چندین تا کشور بود و همچنین در قیاس با یک نهاد داخلی از ساز و کار های گسترده تری بهره مند بود از همین جا پیدا گردید.

در طی این فراز و فرود ها دادگاه های بین المللی چون نورمبرگ، یوگوسلاوی سابق و رواندا تشکیل شد که هر کدام به نوبه خود گامی بلند در جهت تحقق عدالت کیفری نهادند اما کماکان خلاء حس میشد. این نهاد های کیفری همگی مدت دار و محدود به زمان بودند و نکته ای که در اینجا قابل تامل به نظر می آید آن است که عدالت امری نیست که در ابتدا دنبال واقعیه ای باشیم و بعد جهت تسکین آن اتفاق به سوی عدالت برویم و سپس دستور به تشکیل یک دادگاه بدهیم، بلکه در ابتدا و قبل از اینکه بگذاریم بر پیکر عدالت خدشه ای وارد شود ساز و کاری را پیشبینی باید کرد که نظارت بر این اتفاقات و کشور ها داشته باشد و مواد قانونی آن نیز از قبل پیشبینی شده باشد نه آنکه بعد از وقوع یک حادثه به فکر تصویب مواد قانونی و تحت پیگیری قرار دادن آن رفتارها و کیفری دهی شان باشیم چرا که این خود با اصل عطف بما سبق نشدن قوانین نیز در تعارضی ظاهری است. یکی دیگر از ایرادات دادگاه های بین المللی مذکور آن بود که صرفاً درباره محدوده جغرافیایی خاص مثل کشوری که اون اتفاق در آن افتاده است بود و عام و شمول و جهانی نبود، در نتیجه به اگر دقیقاً همان واقعی که در رواندا رخ داد عیناً در یک کشور اروپایی رخ میداد دادگاه رواندا صلاحیت رسیدگی به آن را نداشت. مشکل بعدی محاکم مذکور از قبیل رواندا،

## نتیجه گیری

۲) برای گام برداشتن هر چه محکم تر به سوی صلح جهانی می بایست که عمل تقنین همچنان ادامه پیدا بکند و بسنده کردن به اساسنامه رم به تنهایی برای جامه عمل پوشاندن به این هدف والا کفایت لازم را نمی کند. شاید اینگونه تصور شود که دیگر با توجه به پیشرفت های حاصله، نیازی به امر قانونگذاری چه در سطح ملی و چه در سطح بین المللی نباشد اما قطعاً این گمانی غلط است چرا که هر قانونی با توجه به اقتضائات زمان خودش تصویب شده است و اقتضائات هر جامعه نیز جاری در زمان و مکان است که مدام تغییر می پذیرد و همواره نیازمند تصویب قانون هستیم و حتی بهتر است در صورت نیاز دامنه و صلاحیت دیوان بین المللی کیفری را با توجه به اساسنامه اش گسترده تر کنیم و رفتار های دیگری را در صورت ناتوانایی دولت ها در پیگیری، در متن اساسنامه رم جرم انگاری کنیم همچون مواردی از قبیل قاچاق مواد مخدر و تروریسم که جنبه بین المللی نیز در آنها دیده می شود. در این صورت نیز دیوان بین المللی کیفری نیز از وجهه ای نمایان تر جهت برخورد با جرائم بین المللی بهره مند می شود.

۳) شورای امنیت سازمان ملل متحد معمولاً این وظیفه نظارت بر اوضاع و احوال درون کشورها و رسیدگی به این موارد را ایفا می کند که اگر یک پرونده دارای خلاء بود و موارد مذکور در مواد ۱۷ و ۲۰ در رسیدگی به آن رفتار ارتكابی که به احتمال زیاد نقض کننده متن اساسنامه رم بود را دارا بود به این جهت به دیوان کیفری بین المللی ارجاع دهد تا آنجا به این پرونده رسیدگی شود همچون پرونده سیف الاسلام قذافی که به این شکل به دیوان بین المللی کیفری ارجاع داده شد. اما این باری که بر شانه شورای امنیت نهاده شده است به نظر بسیار بر دوش این نهاد حقوقی بین المللی سنگین است چرا که این نهاد دارای وظایف متعددی است و این تکلیف که بر اوضاع و احوال اکثر کشورها نظارت کند تا در صورت پدید آمدن موردی آن را به دیوان ارجاع دهد تکلیفی

## فهرست منابع و مآخذ

### الف) منابع فارسی:

#### ۱) کتاب ها

- ۱) رضوی فرد، بهزاد (۱۳۹۰)، حقوق بین الملل کیفری، چاپ اول، میزان، تهران
- ۲) شریعت باقری، محمد جواد (۱۳۸۵)، حقوق کیفری بین الملل، چاپ سوم، جنگل، تهران
- ۳) علی آبادی، عبدالحسین (۱۳۵۴)، حقوق جنایی، جلد سوم، چاپ اول، چاپخانه بانک ملی ایران، تهران
- ۴) کسسه، آنتونیو (۱۳۸۷)، حقوق کیفری بین الملل، مترجمان حسین پیران، امیر اردشیر ارجمند و زهرا موسوی، چاپ اول، جنگل، جاودانه، تهران
- ۵) میر محمد صادقی، حسین (۱۳۸۳)، دادگاه کیفری بین المللی، چاپ سوم، دادگستر، تهران
- ۶) واحدی، قدرت الله (۱۳۹۶)، حقوق بین الملل کیفری، چاپ دوم، میزان، تهران

#### ۲) پایان نامه ها

- ۱) نجفی، مریم (۱۳۹۴)، بررسی قاعده منع محاکمه مجدد در حقوق کیفری ایران با تکیه بر اسناد بین المللی پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تبریز

#### ۳) مقالات

- ۱) صالحی، کفایت و رئیسی، لیلا و رائی، مسعود (۱۳۹۸)، صلاحیت تکمیلی دیوان بین المللی کیفری، فصلنامه علمی جامعه شناسی سیاسی ایران، تهران

### ب) منابع لاتین (ب)

#### ۱) کتاب ها

- ۱) Cassese, Antonio, International Criminal Law, First Published, Oxford University press, Oxford, (۲۰۱۲)
- ۲) Klamberg, Mark, Commentary on the Law of the International Criminal Court, FICHL Publication Series No. ۲۹ (۲۰۱۷)
- ۳) Schabas, William Anthony, An Introduction to the International Criminal Court, Third edition, Cambridge University Press, Cambridge, (۲۰۰۷)
- ۴) Triffterer, Otto & Ambos, Kai, The Rome Statute of the International Criminal Court A Commentary, Third Edition, C.H. Beck/Hart/Nomos, (۲۰۱۵)

#### ۲) مقالات

- ۱) Barria, Lilian A. & Roper, Steven D., How Effective are International Criminal Tribunals? An Analysis of the ICTY and the ICTR, The International Journal of Human Rights, (۲۰۰۵)

#### ۳) پرونده های استناد شده

- ۱) The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Appeal Chamber Decision, ۲۰۰۱
- ۲) The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ۲۰۰۵
- ۳) The Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Warrant of arrest for Jean Pierre Bemba Gombo, ۲۰۰۸
- ۴) The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi, Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi, ۲۰۱۳
- ۵) The Prosecutor v. Jean Kambanda, Appeal Chamber Decision. ۱۹۹۸





# تحلیل ماهیت حقوقی حدود اذن متولی در اداره مال موقوفه

محمدحسن نظری،  
دانشجوی کارشناسی حقوق دانشگاه شاهد



مقاله

## مقدمه

مال موقوفه از جمله اموالی می باشد که برای موجودیت اصل عین مال موقوفه و تقسیم منافع برای مستحقین و حفظ آن برای آینده، مطابق حدود اختیارات و وقف نامه نیازمند نصب مدیر می باشد. این مدیر را به عبارتی می توانیم متولی بدانیم.

در این پژوهش و تحقیق قرار است در مورد صفات، نحوه نصب متولی، حدود اختیارات مجاز و تفویض شده و از همه مهم تر انجام امور خارج از اختیارات و توجیه آن ها بحث و تحقیق کنیم.

از جمله پرسش هایی که در راستای این تحقیق موجب لزوم بررسی این تحقیق می شود، می توان به موارد ذیل اشاره نمود:

آیا متولی دارای اختیارات تام مدیریت شخص حقوقی مال موقوفه است؟

آیا نصب متولی الزامی است و حتما باید برای مال مورد وقف، متولی نصب گردد؟

صفات خاص متولی در راستای اداره مال موقوفه تابع چه قانون و قواعدی است؟

آیا حتما متولی باید در حدود اختیارات تعیین شده در وقف نامه عمل کند؟

اگر برای رعایت مصلحت مال موقوفه متولی عملی را خارج از حدود اختیارات انجام دهد آیا آن عمل نافذ است؟

چگونه و با چه تفسیری می توان اعمال خارج اختیارات را توجیه و نافذ کرد؟

اگر اعمال خارج از اختیارات تنفیذ گردد، قابلیت استناد را دارد؟

چه راهکارها و پیشنهادهاتی برای رعایت این مصلحت می توان ارائه کرد؟

رعایت مصلحت مال موقوفه، اداره موجودیت عین موقوفه و تقسیم منافع آن به نفع موقوف علیهم ایجاب می کند که در شرایطی متولی اعمالی را خارج از حدود وقف نامه انجام دهد پس تفسیر و تفحص در این مورد یعنی اعمالی که خارج از حدود اختیارات خود و خلاف وقف نامه انجام می دهد ضروری و شایان توجه است.

## کلیات

چگونه می‌توانیم اعمال خارج از حدود اختیارات متولی برای رعایت مصلحت مال موقوفه را توجیه کنیم؟

ضرورت تفحص در مورد این مبحث در آن است که اولاً وجوب حفظ عین مال ایجاب می‌کند که متولی اعمالی را خارج حدود اختیارات در مواقعی انجام دهد؛ ثانیاً اگر قاعده این مواد قانونی را بپذیریم و قائل شویم که متولی حتماً باید مطابق وقف‌نامه عمل کند، اقدام خارج از حدود اختیارات مندرج در وقف‌نامه امکان عزل و فصولی بودن اعمال متولی را به دلیل عدم رعایت حدود اختیارات فراهم می‌کند؛ ثالثاً امکان دارد متولی خائن در امانت تلقی شود.

در هر صورت باید تمسک به مقوله‌ای یافت که مصلحت مال موقوفه، نظم عمومی، اخلاق حسنه، رابطه خصوصی و اراده شخص واقف نسبت به موقوفه و از همه مهم‌تر قواعد و الزامات حقوقی در آن رعایت شود. یکی از فروعی که امکان دارد در پاسخ به سوالات فوق کمک یار ما شود، این است که متولی را وکیل شخص حقوقی مال موقوفه به نصب از جانب واقف در نظر بگیریم، چراکه اعمال او مورد خطابه و مصلحت واقف نیست بلکه در جهت و طرف مال موقوفه است و به استناد رعایت غبطه، انجام اعمال مورد نیاز را برای حفظ موجودیت عین موقوفه توجیه کنیم و یا شاید این نظر هم رد شود و نظرات دیگر مثل همان اداره شخص حقوقی شرکت‌های تجاری توسط هیئت مدیره و یا شاید نظرات و تفاسیر دیگر مورد پذیرش قرار گیرد که در بخش نتیجه‌گیری به آن اشاره و نظر نهایی را اعلام خواهیم کرد.

مطابق ماده ۷۵ ق.م (واقف می‌تواند تولیت یعنی اداره کردن امور موقوفه را مادام‌الحیة یا در مدت معینی برای خود قرار دهد و نیز می‌تواند متولی دیگری معین کند که مستقلاً یا مجتمعاً با خود واقف اداره کند. تولیت اموال موقوفه ممکن است به یک یا چند نفر دیگر، غیر از خود واقف واگذار شود که هر یک مستقلاً یا منضماً اداره کنند و همچنین واقف می‌تواند شرط کند که خود او یا متولی معین شده، نصب متولی کند یا در این موضوع هر ترتیبی را که مقتضی بداند قرار دهد). برابر ماده فوق، نصب متولی برای اداره مال موقوفه پیش‌بینی شده است و در ماده ۸۲ قانون مذکور حدود اختیارات و اعمال مجاز او را مشخص کرده است (هرگاه واقف برای اداره کردن موقوفه، ترتیب خاصی معین کرده باشد متولی باید به همان ترتیب رفتار کند و اگر ترتیبی قرار نداده باشد متولی باید راجع به تعمیر و اجاره و جمع‌آوری منافع و تقسیم آن بر مستحقین و حفظ موقوفه و غیره مثل وکیل امینی، عمل نماید).

تفسیری که از دو ماده فوق برداشت می‌شود و متداول است، این است که متولی مال موقوفه باید مطابق همان ترتیب خاصی که واقف برای اداره مال موقوفه مشخص کرده است و در حدود اختیاراتی که به او واگذار شده است عمل کند، ولیکن اگر ترتیبی مقرر نشده باشد برابر بند آخر ماده ۸۲ ق.م مانند وکیل امین عمل کند، حال سوالی که پیش می‌آید این است که آیا این وکیل امین، برابر همان عقد وکالت و تفویض اختیارات لازم برای نمایندگی در اداره مال موقوفه از جانب متولی است؟ یعنی متولی وکیل واقف است؟ یا لفظ (وکیل امین) دلالت بر غبطه و رعایت مصلحت مال موقوفه یا واقف را دارد؟ آیا این لفظ مجوز لازم را برای انجام اعمال خارج حدود اختیارات واگذار شده از سوی واقف به متولی را نیز می‌دهد؟

### تولیت در معنای عام

"تولیت" در معنای لغوی عبارت است از خداوندی کردن، خداوندی دادن، دست دادن، والی گردانیدن، ولایت دادن. سرپرستی شغلی را به عهده کسی سپردن عهده دار بودن امور موقوفات و مزارات. (معین: ۱۳۸۱، صفحه ۵۰۵ الی ۵۰۲) و در معنای اصطلاحی در نظام حقوقی (تصدی امور وقف را گویند). (جعفری لنگرودی: ۱۴۰۳، صفحه ۱۱۸۸).

برابر ماده ۷۵ قانون مدنی در صدر این ماده تولیت در مال موقوفه را خود مقنن توضیح داده است (واقف می تواند تولیت، یعنی اداره کردن امور موقوفه...).

در معنای عام، "تولیت" به معنای اداره کردن و مدیریت یک چیز است. در این مفهوم، تولیت می تواند به معنای اداره کردن یک کسب و کار، یک سازمان، یک نهاد، یا هر نوع امری باشد که نیاز به مدیریت دارد. برای مثال، تولیت یک مدرسه به معنای اداره کردن آن مدرسه و تمام امور مربوط به آن است.

حق تولیت، یکی از عناوینی است که در باب وقف وارث بحث شده است. امام خمینی در تحریرالوسیله می نویسد: برای واقف جایز است که تولیت وقف و نظارت آن را به طور دائم یا موقت، چه به طور مستقل و چه به طور مشترک با دیگری برای خودش قرار دهد. و همچنین جایز است که آن را به همین صورت برای دیگری قرار دهد. بلکه جایز است که قرارداد تولیت را در دست شخصی قرار دهد؛ پس متولی کسی است که آن شخص او را معین می کند. بلکه جایز است که شخصی را متولی کند و کار تعیین متولی بعد از او را، در دست او قرار دهد و به همین صورت قرار بگذارد که هر متولی، برای بعد از خودش متولی معین کند. (خمینی امام: ۱۴۳۴ هـ ق، صفحه ۸۸).

البته نسبت به مسجد ((اصل مسجد تولیت بردار نیست، ولی نسبت به موقوفات آن، واقف می تواند خود یا دیگری را متولی قرار دهد)). (خمینی امام: ۱۳۹۲، صفحه ۱۰)

## تولیت در موقوفات

واقف نمی‌تواند از آن رجوع کند یا در آن تغییری بدهد یا از موقوفه‌علیهم کسی را خارج کند یا کسی را داخل در موقوفه‌علیهم نماید یا با آنها شریک کند یا اگر در ضمن عقد متولی معین نکرده بعد از آن متولی قرار دهد یا خود به عنوان تولیت دخالت کند).

**برابر ماده ۷۵ ق.م.مکن است واقف؛**

۱- خود به تنهایی متولی باشد، یعنی این حق را به خود واگذار کند و خود واقف، آن را مدیریت کند البته واقف نمی‌تواند جز موقوفه‌علیهم باشد در صورتی که وقف از نوع خاص باشد؛

۲- خود واقف به اتفاق شخص یا اشخاص دیگر عهده دار تولیت باشد. این شخص یا اشخاص مستقلاً یا مجتمعاً با خود واقف، به ترتیبی که وی معین کرده است عمل خواهند کرد؛

۳- شخص یا اشخاص دیگری به سمت تولیت معین

گردند. (صفایی: ۱۴۳، صفحه ۳۴۸)

حال در مواقعی ممکن است واقف متولی یا متولیان را به نوع مستقل، اجتماع و یا منفرد نصب کند که این مورد را در فصل سوم در بحث انتصاب متولی شرح خواهیم داد.

متولی این مال موقوفه بدو می‌تواند به دلیل انتخاب سمت و قبولی مدیریت آن حق التولیه دریافت کند. "حق التولیه" عبارت است از سهمی از منافع موقوفه که معمولاً برای حق الزحمه متولی قرار می‌دهد حتی اگر واقف و متولی یک نفر باشند (جعفری لنگرودی: ۱۴۳، صفحه ۲۲۷).

**برابر ماده ۸۴ قانون مدنی** (جایز است واقف از منافع موقوفه سهمی برای عمل متولی قرار دهد و اگر حق التولیه معین نشده باشد متولی مستحق اجرت‌المثل عمل است)،

**همچنین ماده ۱۱ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف** (حق التولیه متولی و یا سازمان (در قبال اعمال تولیت نسبت به موقوفات متصرفی) همچنین حق النظارة ناظر به میزان مقرر در وقف‌نامه است و در صورتی که وقف‌نامه موجود نباشد و یا میزان حق التولیه و حق النظارة در آن تعیین نشده باشد، حق التولیه به مقدار اجرت‌المثل از عایدات خالص خواهد بود).

برای اداره عین موقوفه واقف می‌تواند کسی را به عنوان اداره‌کننده تعیین کند که آن شخص بر اساس حدود اختیارات تفویض شده در وقف‌نامه و یا در حدود قانون مال موقوفه را اداره و آنچه که واقف تعیین کرده است را اجرا کند. به شخصی که واقف برای اداره مال موقوفه تعیین می‌کند متولی خاص گفته می‌شود، که حال امکان دارد یک متولی یا چند متولی تعیین کند، همچنین ممکن است علاوه بر متولی یک یا چند نفر دیگر را به عنوان ناظر بر وقف تعیین کند. (صفایی: ۱۴۳، صفحه ۳۴۷). اگر واقف برای اداره مال موقوفه کسی را منصوب و تعیین نکند، در این صورت سازمان اوقاف یک متصدی برای اداره آن منصوب می‌کند و یا خود این سازمان تولیت مال مزبور را به عهده خواهد گرفت که از آن به عنوان تولیت عام یاد می‌شود.

**مطابق ماده ۷۵ قانون مدنی** (واقف می‌تواند تولیت

یعنی اداره کردن امور موقوفه را مادام‌الحیة یا در مدت معینی برای خود قرار دهد و نیز می‌تواند متولی دیگری معین کند که مستقلاً یا مجتمعاً با خود واقف اداره کند. تولیت اموال موقوفه ممکن است به یک یا چند نفر دیگر، غیر از خود واقف واگذار شود که هر یک مستقلاً یا منضمماً اداره کنند و همچنین واقف می‌تواند شرط کند که خود او یا متولی که معین شده است، نصب متولی کند یا در این موضوع هر ترتیبی را که مقتضی بداند قرار دهد). پس تولیت به حق سرپرستی و مدیریت مال وقفی را گویند. حق تولیت در اصل از آن واقف است و او می‌تواند آن را برای دیگری قرار دهد. (تذکره الفقهاء: ۱۴۰، صفحه ۴۴۱). در واقع این حق، از جمله حقوقی است که به تبع واگذاری حق انتفاع برای موقوفه‌علیهم به قصد قربت به وجود می‌آید و حق دارد که برای اداره و حفظ عین موقوفه در آینده یا تقسیم منافع آن بر مستحقین متولی تعیین کند چون خود واقف در برابر موقوفه فک مالکیت دارد و هیچ‌گونه تصرف، نقل و انتقال و حقی در برابر مال موقوفه ندارد، تکمیل این گفته در ماده ۶۱ قانون مدنی نیز آمده است، **برابر ماده ۶۱ ق.م.م** (وقف بعد از وقوع آن به نحو صحت و حصول قبض لازم است و

**برابر ماده ۷۶ ق.م.** (کسی که واقف او را متولی قرار داده، می تواند بدواً تولیت را قبول یا رد کند و اگر قبول کرد دیگر نمی تواند رد نماید و اگر رد کرد مثل صورتی است که از اصل، متولی قرار داده نشده باشد). بر اساس این ماده پس قبول اداره مال موقوفه ملزم به اداره آن نیز می باشد و نمی توان از آن شانه خالی کرد. با تدقیق در نص مواد می توانیم پی ببریم که این تولیت قائم به شخص است و متولی حق انتقال سمت تولیت به دیگری را ندارد.

**ماده ۸۳ ق.م.** (متولی نمی تواند تولیت را به دیگری تفویض کند مگر آنکه واقف در ضمن وقف به او اذن داده باشد ولی اگر در ضمن وقف شرط مباشرت نشده باشد می تواند وکیل بگیرد)، پس اگر در ضمن وقف شرط مباشرت نشده باشد متولی می تواند وکیل بگیرد، لازم به ذکر است که به نظر دکتر صفایی، (وکیل باید طبق نظر موکل به اداره وقف پردازد و در صورت عدم تصریح متولی باید مصلحت وقف را با توجه به عرف رعایت کند؛ لیکن در تفویض تولیت که قانون آن را منع کرده است، شخص دیگری جایگزین متولی می شود و وظایف و اختیارات متولی به او واگذار می شود). (صفایی؛

۱۴۰۳، صفحه ۳۴۹).

در خصوص بند آخر ماده ۸۳ و اجازه گرفتن وکیل توسط متولی باید در نظر داشت؛ تفاوت تفویض تولیت و وکالت به دیگری در این است که در فرض نخست متولی سمت خود را به دیگری واگذار می کند و از مسئولیتها خود را رها می کند و کسی دیگر را به سمت متولی منتصب می کند که البته برابر صدر ماده مذکور متولی چنین اذنی را ندارد مگر اینکه واقف به او اجازه داده باشد. ولی وکالت دادن در مقام اجرای وظایف متولی است و وکیل با نظارت او اقدام می کند و مسئولیت و اختیار منصوب واقف از بین می رود. (کاتوزیان؛ قانون مدنی در نظم کنونی، ۱۴۰۳، صفحه ۱۷۴).

**برابر تبصره ۳ ماده ۴ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه** (در موقوفاتی که شرط مباشرت نشده باشد هرگاه متولی برای انجام تمام یا قسمتی از امور مربوط به موقوفه وکیلی انتخاب کند،

وکیل مزبور باید توانایی انجام مورد وکالت را داشته باشد در صورتی که وکیل انتخابی به تشخیص سازمان قادر به ایفای وظایف محوله نباشد مراتب کتباً به متولی ابلاغ خواهد شد، هرگاه ظرف دو ماه برای متولیان مقیم ایران و چهار ماه برای متولیان مقیم خارج از کشور، متولی، اقدام به تغییر وکیل ننماید موضوع به دادگاه صالح حاله و پس از ثبوت عدم توانایی وکیل مزبور با ابلاغ سازمان از دخالت ممنوع می شود این حکم شامل وکلایی که قبلاً نیز انتخاب شده اند خواهد بود).

پس این ماده در جهت نفوذ توکیل متولی به وکیل است و هم قانون مدنی و هم این قانون خاص آن را صحیح تلقی نموده است. اگر واقف وصف خاصی باید داشته باشد و در وقفنامه تولیت او منوط به وجود وصف خاصی باشد ولی متولی فاقد آن وصف باشد در این صورت امکان عزل متولی وجود دارد ولی اصل بر عدم عزل متولی است و نمی توان او را عزل کرد مگر به **موجب استثنائات ماده ۷۹ ق.م.** (واقف یا حاکم نمی تواند کسی را که در ضمن عقد وقف، متولی قرار داده شده است، عزل کند مگر در صورتی که حق عزل شرط شده باشد و اگر خیانت متولی ظاهر شود، حاکم ضم امین می کند).

پس عزل متولی منوط است به دو شرط

۱- داشتن حق عزل؛ ۲- خیانت متولی ظاهر شود.

به نظر می رسد این نص مقنن به منظور رعایت لوازمات لازم برای حفظ و موجودیت عین موقوفه است، ولی سوالی که پیش می آید این است که این خیانت در امانت متولی شامل چیست؟

**برابر ماده ۷ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج اوقاف و امور خیریه** (هرگاه متولی یا ناظر نسبت به عین یا منافع موقوفه تعدی یا تفریط نماید یا در انجام وظایف مقرر در وقفنامه و قانون و آیین نامه ها و مقررات مربوط، مسامحه و اهمال ورزد، با رسیدگی شعبه تحقیق و حکم دادگاه حسب مورد معزول یا ممنوع المداخله یا ضم امین خواهد شد).

در آخر اگر واقف برای مال موقوفه متولی تعیین نکرده باشد، بسته به نوع موقوفه عام و یا خاص بودن آن متولی نصب خواهد شد. در وقف عام **برابر ماده ۸۱ ق.م** (در اوقاف عامه که متولی معین نداشته باشد، اداره موقوفه طبق نظر ولی فقیه خواهد بود).

**و برابر بند ماده ۱ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج، اوقاف و امور خیریه** (اداره امور موقوفات عام که فاقد متولی بوده یا مجهول التولیه است و موقوفات خاصه در صورتی که مصلحت وقف و بطون لاحق و یا رفع اختلاف موقوف علیهم متوقف بر دخالت ولی فقیه باشد). و موقوفات خاص هم برابر ماده فوق در صورت اقتضای مصلحت، همین سازمان متولی در نظر گرفته خواهد شد.

### انتصاب متولی (۱)

پس از اینکه واقف، تولیت به عبارتی اداره کردن مال موقوفه را به دیگری واگذار کرد، این متولی می‌تواند تولیت را قبول یا رد کند و اگر قبول کرد دیگر نمی‌تواند رد کند. در واقع واقف یک ایجابی را تحت عنوان، پذیرش تولیت را به متولی پیشنهاد می‌دهد و متولی در برابر این پیشنهاد می‌تواند قبولی یا عدم قبولی خود را اعلام کند. **اینکه ماده ۷۶ ق.م** بند آخر آن بیان میکند، اگر متولی تولیت را قبول کرد، دیگر نمی‌تواند آن را رد کند؛ گویی این ایجاب و قبول منتهی به یک عقد شده است و بر اساس اصل لزوم قراردادی دیگر متولی حق عدول از این قبولی را ندارد و به سمت متولی درآمده است.

### انتصاب اداری (۱-۱)

منظور از انتصاب اداری در واقع همان ایجاد رابطه تولیت توسط واقف با شخص مورد نظر خود او است، به عبارتی خود واقف با ایجاب پذیرش تولیت به طوری ارادی شخص مورد نظر خود را پس از اعلام قبولی از جانب طرف مقابل، به سمت تولیت درمی‌آورد.

**برابر ماده ۷۵ ق.م** (واقف می‌تواند تولیت یعنی اداره کردن امور موقوفه را مادام‌الحیاء یا در مدت معینی برای خود قرار دهد و نیز می‌تواند متولی دیگری معین کند که مستقلاً یا مجتمعاً با خود واقف اداره کند. تولیت اموال موقوفه ممکن است به یک یا چند نفر دیگر، غیر از خود واقف واگذار شود که هر یک مستقلاً یا منضمماً اداره کنند و همچنین واقف می‌تواند شرط کند که خود او یا متولی معین شده، نصب متولی کند یا در این موضوع هر ترتیبی را که مقتضی بداند قرار دهد). واقف **اولاً** خود به تنهایی می‌تواند متولی باشد، یعنی این حق را به خود واگذار کند و خود واقف، آن را مدیریت کند البته واقف نمی‌تواند جز موقوف علیهم باشد در صورتی که وقف از نوع خاص باشد.

**ثانیاً** خود واقف به اتفاق شخص یا اشخاص دیگر عهده‌دار تولیت باشد. این شخص یا اشخاص مستقلاً یا مجتمعاً با خود واقف، به ترتیبی که وی معین کرده است، عمل خواهند کرد.

**ثالثاً** شخص یا اشخاص دیگری به سمت تولیت معین گردند. (صفایی، ۱۴۰۳، صفحه ۳۴۸)

در فرض آخر اگر واقف به جای یک متولی چند متولی را منتصب کرد، در این صورت باید نوع تولیت آن‌ها را مشخص کنیم، چراکه در فرض تعدد متولی چهار حالت متصور است، اجتماع، استقلال، اطلاق، ترتیب.

**منظور از حالت اول (استقلال):** اولین روش اداره کردن مال موقوفه توسط چند متولی می‌تواند به این صورت باشد که واقف در وقف‌نامه، برای هر یک از آن‌ها استقلال قائل باشد. استقلال هر یک از متولیان یعنی اینکه هر یک از آن‌ها در انجام امور خود از دیگری مستقل است و برای انجام وظایفش نیازی به اجازه و تایید دیگری ندارد. در این شرایط برای جلوگیری از اختلاط وظایف متولیان، اقدام سریع‌تر نافذ خواهد بود. یعنی اگر دو متولی درباره یک موضوع تصمیم بگیرند، تصمیم کسی نافذ خواهد بود که زودتر و سریعتر اقدام کرده است. در این حالت اگر یکی از متولیان بمیرد یا بر اساس عزل در تولیت از صلاحیت رسیدگی به امور خارج شود، دیگری انجام امور وقف را به طور کامل برعهده خواهد گرفت. نهایتاً در حالت استقلال ۱- تا متولیان زنده‌اند هر کدام مستقلاً صلاحیت اداره مال موقوفه را دارا هستند؛ ۲- هر گاه دو متولی مستقل، عملی را در مورد وقف انجام دادند هر کدام که زودتر آن عمل را انجام دهد، آن عمل صحیح و دیگری باطل و بدون موضوع است؛ ۳- **برابر ماده ۷۷ ق.م** فوت یا عدم صلاحیت هر کدام تأثیری در صلاحیت دیگری ندارد.

تصریح به استقلال هر یک). این حالت هم به همان حالت اجتماع برمی‌گردد.

همچنین پس از انتصاب متولی عزل آن منوط به تحقق شرایط مندرج در **ماده ۷۹ قانون مدنی و ماده ۷ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج، اوقاف و امور خیریه** می‌باشد.

### انتصاب غیر ارادی (۱-۲)

در فرضی که واقف برای اداره مال موقوفه، متولی تعیین نکرده باشد چه؟ در این صورت متولی کیست؟ برابر ماده ۸۱ سابق مصوب ۱۳۰۷/۰۲/۱۸ (در اوقاف عامه اگر واقف متولی معین نکرده باشد اداره کردن امور موقوفه بر طبق ماده ۶ قانون ۲۸ شعبان ۱۳۲۸ خواهد بود ولی در اوقاف خاصه اگر متولی مخصوص نباشد تصدی با خود موقوف‌علیهم است) بعدها این ماده یک اصلاح آزمایشی خود که مصوب ۱۳۶۱/۱۰/۰۸ بود که این اصلاحی آزمایشی بیان می‌داشت (در اوقاف عامه که متولی معین نداشته باشد اداره موقوفه طبق نظر ولی فقیه خواهد بود. پس از انجام این ماده آزمایشی در نهایت قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج، اوقاف و امور خیریه مصوب ۱۳۶۳/۱۰/۰۲ تصویب شد که برابر بند ۱ ماده ۱ این قانون، اداره امور موقوفه بدون متولی به عهده این سازمان واگذار شد (اداره امور موقوفات عام که فاقد متولی بوده یا مجهول التولیه است و موقوفات خاصه در صورتی که مصلحت وقف و بطون لاحق و یا رفع اختلاف موقوف‌علیهم، متوقف بر دخالت ولی فقیه باشد). البته اگر تولیت مجهول باشد باز هم در حکم نبود تولیت است و مشمول همین بنر خواهد شد. همچنین در تاریخ ۱۳۷۰/۰۸/۱۴ آخرین اصلاحیه این ماده صورت گرفت و برابر ماده ۸۱ ق.م اداره وقف عام بدون متولی (در اوقاف عامه که متولی معین نداشته باشد، اداره موقوفه طبق نظر ولی فقیه خواهد بود). در واقع با جمع بند ۱ ماده ۱ قانون تشکیلات و ماده ۸۱ قانون مدنی در نهایت اداره امور موقوفه با دخالت ولی فقیه بر عهده سازمان اوقاف نهاده شد. همچنین گفته می‌شود در اوقاف خاصه، تصدی با خود موقوف‌علیهم است. پس در مواردی که موقوفه، فاقد متولی بوده یا سند وقف از بین رفته یا متولی، واجد شرایط مندرج در وقف‌نامه نباشد؛ سازمان اوقاف و امور خیریه، اداره موقوفه را بر عهده خواهد گرفت (صفایی؛ ۱۴۰۳، صفحه ۳۵۷) و در اوقاف خاصه مجهول التولیه، اداره موقوفه با موقوف‌علیهم است، همچنین چنانچه واقف، شرط نماید که حاکم، حق تولیت ندارد؛ در این صورت با فوت متولی منصوب از سوی واقف، اداره موقوفه، با موقوف‌علیهم یا حاکم شرع خواهد

بود. (لنگرودی؛ ۱۳۸۰، صفحه ۴۸۹)

**حالت دوم (اجتماع):** اجتماع یا مجتمعا یعنی همه با هم. وقتی گفته می‌شود اداره امور موقوفه به اجتماع، یعنی همه متولیان باید باهم درباره امور مربوط به مال موقوفه تصمیم بگیرند و اقدام کنند. در اجتماع، هیچ یک از این افراد مستقل از دیگری نمی‌تواند عمل کند و باید امور مربوط به وقف را باهم انجام دهند. در این حالت اگر هر یک از متولیان بمیرد یا عزل شود، اداره اوقاف شخص دیگری را به جای او قرار می‌دهد تا با فرد باقی مانده، وظایف را بر عهده بگیرند.

البته متولی موظف به قبول تولیت نیست، اما اگر آن را قبول کرد دیگر نمی‌تواند رد کند. وظایف متولی بسته به اینکه تعداد متولیان چند نفر است و همچنین تقسیم وظایف بین آن‌ها به چه صورت است، متفاوت است. با همه این‌ها متولی یا متولیان موظف هستند در راستای مصلحت موقوفه اقدام کنند. عدم رعایت مصلحت موقوفه و موارد دیگری هستند که می‌توانند منجر به عزل متولی شوند. این موضوع حتی اگر تعداد متولیان برای اداره موقوفه چند نفر باشد متفاوت است. پس در حالت اجتماع

۱- هیچ یک بدون دخالت و بدون تصویب دیران نمی‌تواند اقدامی کند، در این صورت اقدام اوفضولی و غیر نافذ است و متولی خودسر مسئول زیان است؛

۲- پس از فوت یکی متولیان به نحو اجتماع، حاکم شخصی را که باقی مانده است ضمیمه آن می‌کند تا مجتمعاتصرف کنند.

**حالت (ترتیب):** واقف یک متولی تعیین می‌کند و به او اختیار می‌دهد که برای بعد از خود نصب متولی کنید یا واقف چند نفر به ترتیب معین می‌کند که هر کدام بعد از فوت یا برکناری دیگری متولی شود، همچنین در این نوع تولیت لازم به ذکر است اگر به موجب وقف‌نامه تولیت با اولاد ذکور واقف نسلا بعد نسل باشد، با موجود بودن طبقه اعلی طبقه بعد متولی نخواهد

شد. (کاتوزیان؛ ۱۴۰۳، صفحه ۱۷۶)

**حالت (اطلاق):** برابر ماده ۶۶۹ قانون مدنی که بیان می‌دارد (وکیل باید در تصرفات و اقدامات خود، مصلحت موکل را مراعات نماید و از آنچه که موکل بالصراحه به او اختیار داده یا بر حسب قرائن و عرف و عادت داخل اختیار او است، تجاوز نکند).

اطلاق مواد ۸۵۴ قانون مذکور (موصی می‌تواند یک یا چند نفر وصی معین نماید، در صورت تعدد، اوصیا باید مجتمعا عمل به وصیت کنند مگر در صورت

## منشاء اذن متولی (۱)

در این بحث به تبیین منشاء اذنی که به متولی داده شده است، پرداخت خواهد شد تا مشخص شود این منشاء اذن، تحت چه عمل حقوقی به وی واگذار شده است، عقد یا ایقاع؟

در یک گفتار طرفداران و نظرات کسانی که قائل بر عقد بودن تولیت هستند را بیان و در یک گفتار دیگر نظرات و استدلال‌های کسانی که قائل بر ایقاع بودن تولیت هستند را ارائه خواهیم داد، همچنین نظرات خود نگارنده نیز در این مورد بیان خواهد شد و در نهایت در فصل پنجم نتیجه‌گیری نظر کارآمد و پیشنهادات تبیین می‌گردد.

## ایقاع بودن تولیت (۱-۱)

منظور از ایقاع در واقع یک عمل حقوقی یک جانبه است و بایک اراده، عمل حقوقی ایقاع واقع می‌شود.

به عبارتی برای وقوع آن قصد و رضای یک طرف کافی است مانند مواردی از جمله طلاق، ابراء، حیازات مباحات، این موارد در واقع شامل ایقاعات هستند و همچنین مانند عقد، ایقاع هم باید شرایط اساسی معاملات مندرج در ماده ۱۹۰ ق.م و اصول و قواعد حاکم بر آن نیز رعایت شود. (دکتر صفایی؛ قواعد عمومی قراردادها،

۱۴۰۳، صفحه ۲۶ الی ۲۷)

همچنین به تعبیر جناب دکتر کاتوزیان، ایقاع (انشاء، اثر حقوقی است که با یک اراده انجام می‌شود). در ایقاع اراده کننده هم قصد فعل دارد و هم قصد نتیجه، در واقع آن چه که باعث تمیز اعمال حقوقی با سایر اعلامات ارادی قائل می‌شود، در واقع همین است که هم در عقد و هم در ایقاع قصد انشاء وجود دارد لذا صرف اعلام خالی اخبار را مانند اقرار یا شهادت را نمی‌توانیم ایقاع بدانیم.

ایقاع با یک اراده واقع می‌شود و نیاز به توافق ندارد. از یک جهت ایقاعات به دو دسته مستقیم و غیرمستقیم به وجود می‌آیند، مانند مورد اول در واقع ایقاع‌های مستقلی‌اند، که با یک اراده واقع می‌شود، اثر می‌کند و بر پای می‌ماند (مانند طلاق، فسخ، رجوع، تنفیذ و حیازات مباحات) ولی بخش دیگری هم با یک اراده به وجود می‌آیند، لیکن منوط به قبولی یا رد مخاطب آن است و در صورت رد آن ایقاع از بین می‌رود، مانند وصیت عهدی که با اراده موصی واقع می‌شود و با رد وصی در زمان حیات او از بین می‌رود. (کاتوزیان؛ اعمال حقوقی،

۱۳۹۷، صفحه ۱۴۳۹)

ماده ۸۳۴ قانون مدنی در مورد ایقاعات مورد دوم بیان می‌دارد (در وصیت عهدی، قبول شرط نیست لیکن وصی می‌تواند مادام که موصی زنده است وصایت را رد کند و اگر قبل از فوت موصی رد نکرد بعد از آن حق رد ندارد اگر چه جاهل بر وصایت بوده باشد).

برابر ماده ۷۶ ق.م (کسی که واقف او را متولی قرار داده است، می‌تواند بدو تولیت را قبول یا رد کند و اگر قبول کرد دیگر نمی‌تواند رد نماید و اگر رد کرد مثل صورتی است که از اصل، متولی قرار داده نشده باشد). این قبولی و رد تولیت خود مبین یک عمل حقوقی است که با تراضی یا توافق طرفین صورت گرفته و منعقد شده است. اما طرفداران این دیدگاه از جمله مرحوم ناصر کاتوزیان قائل بر این است که این عمل حقوقی به نوبه‌ای ایقاع است (تعیین متولی، انتصاب مدیر برای وقف و ایقاع است و قبول و رد متولی در لزوم تصدی متولی و نفوذ اداره واقف درباره او موثر است و نباید از اختیار رد و قبول این سمت توهم شود که نصب متولی عقد است). (کاتوزیان؛ قانون مدنی در نظم کنونی، ۱۴۰۳، صفحه

۷۲)

به نظر می‌رسد جناب کاتوزیان در مورد این تولیت که قائل بر ایقاع است، ایقاع نوع دوم را پذیرفته است و اثر قبولی و رد مخاطب تولیت را در نفوذ اعمال وی برای واقف دانسته است، یعنی مثل همان وصیت عهدی باید در راستای نفوذ اعمال خود آن را قبول کند. در واقع جناب دکتر کاتوزیان قائل بر این است که این قبولی و رد، ایجاب و قبول نیست و اثری در توافق اصلی که پایه ساخت قرارداد ما می‌باشد ندارد و آن را به منظور تلقی ایجاب و قبول برای عقد به دور دانسته است.

اما باید در نظر داشت که مصداق وصایت در این مورد معلق به فوت موصی است ولی در فرض ما، گویا غالباً و از جهت غلبه واقف زنده است، و در دوران حیاتش تنها از جهت وجود حدود شرط و اختیارات که در مفاد وقفنامه برای خود گذاشته است، می‌تواند به اعمال متولی استناد و آن‌ها را نافذ یا غیرنافذ کند، لذا این مورد به نوبه‌ای مصلحت مال موقوفه را به خطر خواهد انداخت و مبنا توجیه همین استدلال در مشکلاتی است که ایقاع نسبت به عقد دارد.

## ایقاعات همیشه از چند جهت دارای نقد هستند

### در فرض اول

۱- ایقاع احتمال صدور اعمال نسنجیده را به مراتب بیشتر می‌کند، در واقع روبه‌رو شدن طرفین عقد و گفت و شنودهای دو طرف عقد باعث سنجش سود و زیان عمل حقوقی می‌شود در حالی که در ایقاع امکان بروز خطا در آینده مشکل است. (کاتوزیان، اعمال حقوقی، ۱۳۹۷، صفحه ۲۱) حال، کسی که نسبت به مال موقوفه فک ملک می‌شود برای حفظ و موجودیت آن شایسته نیست و رعایت غبطه مال و منافع آن هر که را خواست منتصب در تولیت کند.

۲- اثبات تعهد یک طرفه در بسیاری مواقع مشکل است، در حالی که جایی که توافق دو طرفه باشد طرفین دلایل اثباتی خود را فراهم می‌کنند تا بعدها در صورت وقوع اختلاف به نفع خود و بر علیه یکدیگر استفاده کنند. (کاتوزیان، اعمال حقوقی، ۱۳۹۷، صفحه ۲۷)

ولی آنچه که در اینجا مهم است علاوه بر جنبه اثباتی این مورد این است که اگر متولی شما تخلفی کرد با چه حق و حقوقی او را می‌خواهید ملزم به جبران تخلفات و خسارت کنید؟ به موجب چه مفادی الزام او را برای مبادرت به انجام تولیت می‌خواهید فراهم کنید؟ در طرف مقابل متولی بی‌مسئولیت به این استدلال خواهد کرد که شما که واقف هستید نباید مرا انتخاب می‌کردید و به عبارتی ضمانت اجرای کافی از بین خواهد رفت و موجودیت و حفظ مال موقوفه در آینده با خطر روبه‌رو خواهد شد.

استدلالات فوق بیانگر این است که ایقاع با حفظ مصلحت و موجودیت عین موقوفه در آینده در تضام است و امکان رعایت غبطه و مصلحت مال موقوفه را فراهم نخواهد کرد و فرد واقف با تسلی به قاعده اقدام متوجه زیان و ضررهایی است که از اعمال یک جانبه خود او سر زده است.

### عقد بودن تولیت (۱-۲)

از طرف دیگر عده‌ای قائل بر این هستند که تولیت به نوبه‌ای عقد است و میان واقف و متولی خارج از اصل عقد، وقف یک عقد دیگری تحت عنوان عقد تولیت واقع و منعقد شده است.

**برابر ماده ۷۶ ق.م.ا** کسی که واقف او را متولی قرار داده می‌تواند بدو تولیت را قبول یا رد کند و اگر قبول کرد دیگر نمی‌تواند رد نماید و اگر رد کرد مثل صورتی است که از اصل، متولی قرار داده نشده باشد). در واقع طرفداران این دیدگاه این ایجاب و قبول را ظاهر در وقوع یک عقد می‌دانند و قائل اند که به تبع آن یک عقد منعقد گردیده است.

جناب دکتر حسین صفایی به استناد ماده ۷۶ قائل بر این است که تولیت یک عقد است که پس از تحقق ایجاب و قبول نیز این عقد تولیت میان واقف و متولی منعقد شده و طرف دیگر مکلف به رعایت آن عقد است، یعنی علاوه بر این که یک تکلیف اجتماعی و قراردادی است یک مسئولیت قراردادی نیز می‌باشد. (دکتر صفایی؛

اشخاص و اموال، ۱۴۰۳، صفحه ۳۴۹)

توجیه این نظر آخر را می‌توان در بند آخر همین ماده ملاحظه کرد (اگر قبول کرد دیگر نمی‌تواند رد کند...،) یعنی پس از اعلام قبولی متولی عمل حقوقی اش با واقف، مشمول قاعده اصل لزوم قراردادها شده است و دیگر نمی‌تواند از آن شانه خالی کند مگر با وجود شرایط قانونی.

لازم به ذکر است که وقف خود نیز یک عقد و از جمله عقود است که در آن شرط قبض هم باید رعایت شود، در نتیجه از جمله عقود عینی است؛ حال از آن جا که این توافق ضمنی تولیت در ضمن عقد اصلی وقف می‌آید، آثار عقد هم نیز بر آن باید جاری گردد. در واقع چون از یک جهت ما توافقات را که در ذیل عقد اصلی می‌آید را مثل شروط عقد از حیث لازم یا جایز بودن تابع عقد اصلی می‌کنیم، حال در این مورد که نمی‌دانیم چه نوع عقد یا عمل حقوقی را بر آن بار کنیم پس می‌توانیم از این حیث، نوع این توافق ذیل عقد اصلی را مشخص و عقد بودن آن را توجیه کنیم. همچنین اگر قائل به وجود عقد در این مورد باشیم، در این صورت راه استناد به توافقات برای طرفین به طریق اولی باز خواهد شد. **برابر ماده ۷۹ ق.م.ا** (واقف یا حاکم نمی‌تواند کسی را که در ضمن عقد وقف، متولی قرار داده شده است، عزل کند مگر در صورتی که حق عزل شرط شده باشد و اگر خیانت متولی ظاهر شود، حاکم ضم امین می‌کند).

### نظریه اول (۱،۲،۱)

نظر اول این است که این عقد را یک نوع عقد وکالت بدانیم و قائل بر این شویم که رابطه میان متولی و واقف از نوع عقد وکالت است و تمامی آثار عقد وکالت بر آن بار می‌گردد.

در واقع در این فرض برابر ماده ۶۵۶ ق.م.ا قائل بر این می‌شویم که متولی از جانب واقف برای انجام دادن امری نایب گشته و برابر ماده ۶۶۳ باید در حدود اختیارات واگذار شده به او نیز عمل کند (وکیل نمی‌تواند عملی را که از حدود وکالت او خارج است انجام دهد). ضمانت اجرای تجاوز از حدود وکالت، فصولی بودن اقدامات و عدم نفوذ اعمالی است که خارج از حدود اختیارات خود انجام داده است. (کاتوزیان: قانون مدنی در

نظم حقوق کنونی، ۱۴۰۳، صفحه ۴۷۲)

مشکلات وارده بر این نظریه این است که متولی وکیل واقف نیست اما متولی می‌تواند در صورتی که قید مباشرت در وقف‌نامه نشده باشد، برای اجرای یک سری امور تولیتی وکیل بگیرد. از آنجاکه اصل را بر عدم توکیل می‌دانیم، پس بهتر است قائل شویم که متولی وکیل واقف نیست و تنها به دین صورت این مورد را توجیه کنیم.

### نظریه دوم (۱،۲،۲)

نظر دوم این است که قائل شوم رابطه واقف و متولی تابع عقد وکالت است اما در این رابطه وکالت تعهد به نفع ثالث یعنی رعایت مصلحت مال موقوفه بر اساس اختیارات و حدود واگذار شده به نفع شخص حقوقی موقوفه باید عمل کند.

در واقع در اینجا بحث تعهد به نفع ثالث پیش می‌آید و از آنجاکه اراده شخص ثالث در ایجاد آن هیچ نقشی را نداشته است، طرفین اصلی تعهدات به نفع را موقوفه ایجاد کرده‌اند.

این تعهد برای متولی ریشه قراردادی دارد و از توافق دو طرف آن ناشی می‌شود اما اثر آن بر خلاف قاعده به ثالث نیز سرایت می‌کند و در برابر او در حکم ایقاع است. (تعهد ثالث ماهیت ویژه و مستقلی است، و قانون‌گذار بدین وسیله به دو طرف عقد اجازه داده است که اراده خود را به سود ثالث به کار برند و به نفع او

توافق کنند). (کاتوزیان: اعمال حقوقی، ۱۳۹۷، صفحه ۱۸)

مطابق این ماده، راه ترتیب اثر به این حقوق و اختیارات و سایر شروطی که در عقد گذاشته شده است، منوط بر این است که طرفین بر آن تراضی و اعلام رضایت کنند، حال با استناد به عقد بودن رابطه طرفین واقف می‌تواند به تمامی شروط حقوقی و اختیاراتی که ذیل عقد آمده است، ترتیب اثر دهد.

با استناد به این فرض، مصلحت مال موقوفه هم رعایت خواهد شد و در صورت تخطی موقوفه‌علیهم واقف به استناد این قرارداد می‌تواند الزام او را به انجام اصل تعهد بخواهد. در نتیجه واقف می‌تواند به تمامی الزامات قراردادی در مقابل واقف استناد کند.

عمده استدلالات این نظر را می‌توان

۱- در همین ایجاب و قبول واقف و متولی دانست در واقع از تصریح لفظ قبولی ورد می‌توان نتیجه گرفت که تولیت یک قرارداد است که با دواراده یکی ایجاب از جانب واقف و دیگری قبولی از جانب متولی عقدی را به وجود می‌آورد.

۲- از قسمت آخر ماده ۷۶ قانون مذکور آن را مشمول قاعده لزوم کنیم.

۳- از آنجاکه این توافق ذیل عقد اصلی وقف آمده است، تمامی تبعات و آثار عقد را بر آن بار کنیم و بگوییم این توافق هم به نوبه خود عقد است.

۴- با پذیرش عقد بودن تولیت راه استناد واقف به تمامی شروط و الزامات قراردادی باز خواهد شد.

با توجه به استدلالات فوق اگر این عمل حقوقی را عقد تلقی کنیم مصلحت مال موقوفه را هم از جهت حفظ عین منافع آن در صورت تخلف و تخطی متولی نیز می‌توانیم فراهم کنیم و اگر واقف در انجام تعهدات خویش شانه خالی کرد یا آنکه اگر تعهدات را به خوبی انجام نداد یا ناقص انجام داد با قواعد حاکم بر روابط قراردادی، الزام او و جبران خسارات ناشی از تخلف او را می‌توانیم مطالبه کنیم، در این صورت مصلحت مال موقوفه بیشتر تضمین خواهد شد.

**حال اگر قائل بر عقد بودن تولیت شویم این عقد چه نوع عقدی است و تابع چه عقود خواهد شد؟**

### نظریه چهارم (۱،۲،۴)

بر اساس این نظریه خارج از اینکه این رابطه بین متولی و واقف چه نوع عقدی است به نظر می‌رسد بر اساس اصل آزادی قراردادی و حاکمیت اراده مطابق ماده ۱۰ ق.م. و وقف‌نامه را در واقع یک عقد مستقل بدانیم که متولی در آن متعهد شده و رعایت مصلحت و غبطه موکل در آن طریقت دارد.

### عمل در حدود اختیارات به او واگذار شده

برابر صدر ماده ۸۲ ق.م. (هرگاه واقف برای اداره کردن موقوفه ترتیب خاصی معین کرده باشد متولی باید به همان ترتیب رفتار کند...)، تصریح شده است که متولی برابر وقف‌نامه و آنچه که متولی تعیین کرده است، باید عمل کند؛ پس می‌توان نتیجه گرفت و مفهوم مخالف برداشت کرد که متولی حق انجام اعمال خارج از حدود اختیارات را ندارد و باید بر همان اساسی که متولی در وقف‌نامه قید کرده است برای انجام اعمال مبادرت ورزد.

اگر طرز اداره و صرف منافع به وسیله واقف پیش بینی شده باشد، همچنان تخطی از آن جایز نیست و برابر ماده ۸۷ ق.م. (واقف می‌تواند شرط کند که منافع موقوفه مابین موقوف علیهم به تساوی تقسیم شود یا به تفاوت و یا اینکه اختیار به متولی یا شخص دیگری بدهد که هر نحو مصلحت داند تقسیم کند)، به طور کلی نظر واقف در مورد حفظ و اداره موقوفه و جمع آوری تقسیم منافع باید رعایت گردد. (دکتر صفایی؛ اشخاص و اموال،

۱۴۰۳، صفحه ۳۵۳)

البته در مواقعی هم ممکن است واقف مصرف منافع و نحوه اداره آن را تعیین نکرده باشد، یعنی طرف صرف منافع مجهول است یا صرف منافع در امور خاصی که واقف تعیین کرده است، ممکن نیست که در این صورت و برابر قانون عمل خواهد شد. ماده ۹۱ ق.م. در این مورد بیان می‌دارد منافع موقوفه در بریات عمومی یعنی امور خیر عام المنفعه صرف خواهد شد (در موارد ذیل منافع موقوفات عامه صرف بریات عمومی خواهد شد:

۱- در صورتی که منافع موقوفه مجهول مصرف باشد، مگر اینکه قدر متیقنی در بین باشد.

۲- در صورتی که صرف منافع موقوفه در مورد خاصی که واقف معین کرده است متعذر باشد). همچنین برابر ماده ۸ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان

اتفاقا با پذیرش این فرض هم مصلحت مال موقوفه رعایت خواهد شد هم الزامات قراردادی لازم در صورت تخطی متولی برای واقف در نظر گرفته خواهد شد چراکه صرفاً در این تعهد به نفع ثالث وکیل فقط می‌تواند اعمالی که به نفع ثالث هست را انجام دهد و صرفاً و منحصر اعمال نافع را اعمال کند که این مورد به نفع مال موقوفه است.

اما ایرادات وارده بر این نظر هم کم نیست؛

۱- باز هم در این فرض متولی وکیل واقف تلقی خواهد شد و این مورد خلاف اصل است.

۲- حق ناشی از تعهد به نفع ثالث برای موقوفه زمانی مستقر می‌گردد که طرف ثالث اعلام اراده و پذیرش کند، اما در اینجا مال موقوفه مثل شرکت تجاری نیست که اراده داشته باشد و بتواند اعلام اراده کند، در واقع خود متولی به نوعی صاحب منصب اداره شده است.

### نظریه سوم (۱،۲،۳)

در یک نظر هم می‌توانیم قائل بر این شویم که این عقد ودیعه است و آن را شامل عقد ودیعه کنیم برابر ماده ۶۰۷ ق.م. (ودیعه عقدی است که به موجب آن یک نفر مال خود را به دیگری می‌سپارد برای آن که آن را مجاناً نگاه دارد. وودیعه‌گذار مودع و وودیعه‌گیر را مستودع یا امین می‌گویند).

یعنی مستودع را امین و مسئول نگهداری از این مال کنیم، اما در این مورد هم چند ایراد وارد است که باعث رد این نظر خواهد شد:

۱- در ودیعه مال باید متعلق و در مالکیت مودع باشد در حالی که در فرض ما واقف نسبت به مال موقوفه فک مالکیت شد و دیگر هیچ‌گونه حقی را نسبت به آن مال ندارد.

۲- امین یا مستودع در ودیعه باید مجاناً از مال نگهداری کند در حالی که در تولیت متولی می‌تواند اجرت و حق تولیت دریافت کند.

التهایه آنچه تا اینجا استدلال شد این است که رابطه بین متولی و واقف بهتر است عقد باشد و اگر عقد باشد مصلحت مال موقوفه بهتر رعایت خواهد شد، اما اینکه چه نوع عقدی باشد مشخص نشد ولی برای توجیه مواردی که در مبحث بعدی قرار است توضیح دهیم تشخیص این امر الزامی است.

در خصوص فرض دوم که کاملاً مشخص شد که اگر این اتفاق رخ دهد و به تبع عمل متولی مصلحت مال موقوفه رعایت نگردد، واقف یا حاکم با رعایت مواد ۷۹ قانون مدنی و ماده ۷ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج، اوقاف و امور خیریه ضم امین صورت می‌گیرد و متولی معزول خواهد شد.

آن موردی که محل بحث است و جای صحبت دارد اعمال مورد فرض نخست (اعمالی که خارج از حدود اختیارات انجام شده است ولی مصلحت موکل (( در اینجا مال موقوفه)) در آن رعایت گردیده) در خصوص توجیه و روشن کردن این مورد باید به بخش دوم ماده ۸۲ ق.م. استناد کرد که بیان می‌دارد (اگر ترتیبی قرار نداده باشد متولی باید راجع به تعمیر و اجاره و جمع آوری منافع و تقسیم آن بر مستحقین و حفظ موقوفه و غیره مثل وکیل امینی عمل نماید). از لفظ وکیل امین در این مورد می‌توان چند برداشت را داشت؛ الف) یک مورد همان فرض در نظر گرفتن متولی به عنوان وکیل برای واقف و موقوفه است که برابر آنچه در مبحث اول این فصل گفتیم و در گفتار دوم به صورت کامل شرح داده شد که متولی نمی‌تواند وکیل واقف باشد و از آنجا هم که شخص موقوفه هم فاقد هرگونه اراده است نمی‌تواند متولی وکیل موقوفه باشد، و در یک فرض دیگر هم این لفظ وکیل امین را می‌توانیم، منظور رعایت مصلحت شخص منوب عنه بدانیم یعنی رعایت همان مصلحتی که برای عامل، حق العمل کار در حقوق تجارت گذاشته شده است (اسکینی: ۱۴۰۳، صفحه ۸۶) و همچنین برابر ماده ۶۶۷ ق.م. آمده است (وکیل باید در تصرفات و اقدامات خود مصلحت موکل را مراعات نماید و از آنچه که موکل بالصراحه به او اختیار داده یا بر حسب قرائن و عرف و عادت داخل اختیار اوست تجاوز نکند). در واقع با استناد به این مورد دوم، ما اعمال خارج از حدود اختیارات متولی را که مصلحت موقوفه هم در آن رعایت شده است اینگونه می‌توانیم توجیه کنیم. البته قبل از پذیرش این اصل باید یک ابهامی را رفع کنیم که بیشتر به عقد وکالت بر می‌گردد ولی آثار آن نیز در اینجا منعکس خواهد شد، آیا اعمال خارج از حدود اختیاراتی را که وکیل انجام داده است ولو اینکه حتی با قید باشد ولی مصلحت موکل در آن رعایت شود، این عمل صحیح است یا خیر؟ برای مثال موکلی به وکیل خود امر می‌کند که این فرش من را به قیمت ۸۰۰ هزار تومان بفروش

حج، اوقاف و امور خیریه) درآمد موقوفات مجهول المصرف و موقوفاتی که به صیغه مبرات مطلقه وقف شده، قابل مصرف در تحقیق و تبلیغ و نشر کتب در زمینه معارف اسلامی و عمران موقوفات می‌باشد که زیر نظر سازمان به مصرف می‌رسد). از جمله بریات عمومی صرف درآمد موقوفه در تحقیق و تبلیغ و نشر کتب در زمینه معارف اسلامی و عمران موقوفات است که زیر نظر سازمان اوقاف انجام می‌شود. (دکتر صفایی:

اشخاص و اموال، ۱۴۰۳، صفحه ۳۵۳)

در صورت تخطی از انجام تعهدات یا عمل برخلاف مصلحت وقف برای اداره مال موقوفه ضم امین صورت خواهد گرفت (واقف یا حاکم نمی‌تواند کسی را که در ضمن عقد وقف، متولی قرار داده شده است، عزل کند مگر در صورتی که حق عزل شرط شده باشد و اگر خیانت متولی ظاهر شود، حاکم ضم امین می‌کند). در واقع مسئولیت مدنی متولی در صورت تعدی و تفریط این است که ضامن جبران خسارت خواهد بود. دادگاه کسی را که مورد اعتماد باشد را برای اداره موقوفه با شرکت متولی تعیین می‌کند که در واقع اصطلاحاً به این عمل ضم امین می‌گویند. برابر ماده ۷ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج، اوقاف و امور خیریه (هرگاه متولی یا ناظر نسبت به عین یا منافع موقوفه تعدی یا تفریط نماید یا در انجام وظایف مقرر در وقف نامه و قانون و آیین نامه‌ها و مقررات مربوط مسامحه و اهمال ورزد، با رسیدگی شعبه تحقیق و حکم دادگاه حسب مورد معزول یا ممنوع‌المدخله یا ضم امین خواهد شد). همچنین واقف می‌تواند با رعایت ماده ۷۹ ق.م. متولی خائن یا تفریط کننده را عزل کند (واقف یا حاکم نمی‌تواند کسی را که در ضمن عقد وقف، متولی قرار داده شده است، عزل کند مگر در صورتی که حق عزل شرط شده باشد و اگر خیانت متولی ظاهر شود، حاکم ضم امین می‌کند).

### عمل خارج از حدود اختیارات واگذار شده

در خصوص موارد و اعمالی که متولی خارج حدود اختیارات واگذار شده به او عمل کند بین دو مقوله این اتفاق تفاوت قائل شد، اینکه آیا اعمال خارج از حدود اختیارات به نفع و در راستای رعایت مصلحت مال موقوفه بوده یا خیر؟ و یا در راستای منافع مال موقوفه نبوده و به موجب اعمالی که خارج از حدود اختیارات انجام شده زیان به مال موقوفه رسیده و از همه مهم تر مصلحت مال موقوفه رعایت نشده؟

ترتیبی قرار نداده باشد متولی باید راجع به تعمیر و اجاره و جمع‌آوری منافع و تقسیم آن بر مستحقین و حفظ موقوفه و غیره مثل وکیل امینی عمل نماید) از جمله "تعمیر"، "جمع‌آوری منافع"، "حفظ موقوفه" و تقسیم منافع آن بر مستحقین می‌توان دریافت که این امر مجوز صرفاً اعمال نافع و در راستای مصلحت مال موقوفه است، همچنین این اعمال جنبه حصری دارد و اعمال نافع بیشتری را در بر خواهند گرفت و در این موارد نافع استناد به لفظ (وکیل امین) برابر ماده ۸۲ ق.م.موجب رعایت امین بودن متولی خواهد شد.

برسان، در ادامه وکیل به جای آنکه آن را ۸۰۰ هزار تومان بفروشد ۸۲۰ هزار تومان می‌فروشد، در واقع در اینجا علاوه بر اون رضایت و وکالت تفویض شده پایه عمل زائد بر حدود اختیارات ولی به نفع موکل انجام داده است.

حال برابر مثال فوق باید ببینیم که آیا مصلحت بر حدود اختیارات ارجح است یا بالعکس.

در این مورد این‌گونه استدلال می‌شود که در واقع موکل با اعلام حدود اختیارات، دارد به نوبه‌ای مصلحت خود را بیان می‌کند، به عبارتی این تفویض اختیارات به نوبه خود پایه و نهایت رضایتی است که موکل از وکیل می‌خواهد، پس اصل مصلحت به تبع انجام آن عمل زائد وجود دارد منتها علاوه بر مصلحت کافی و پایه، یک عمل دیگری صورت گرفته که خارج از حدود اختیارات است ولی همان مصلحت پایه و رضایت پایه را دارد و به تبع همان مصلحت پایه می‌توان آن عمل زائد بر اختیارات ولی به نفع را پذیرفت. (دکتر صفایی، دکتر جواهر کلام،

۱۴۱، صفحه ۱۶۱)

در فرصتی دیگر از طریق قیاس اولویت می‌توانیم آن را بپذیریم یعنی برابر مثال فوق قائل شویم اگر موکل به فروش ۸۰۰ تومان فرس راضی است پس به طریق اولی به ۸۲۰ هزار تومان راضی خواهد بود.

و در یک فرض دیگر باید بدانیم قانون مدنی به منظور تسهیل و ساماندهی روابط خصوصی افراد وارد زندگی اشخاص و جامعه شده است و احتمالاً این مورد را قانون مدنی هم می‌پذیرد، چراکه ساخت و سازماندهی یک جامعه مدنی و به دور از اختلاف منوط به یکسری چشم‌پوشی‌های مفید مثل همین مثال است؛ پس در این‌جا متوجه شدیم اگر عملی خارج از حدود اختیارات باشد ولی به تبع آن عمل خارج از حدود اختیارات مصلحت موکل در آن رعایت شود، با توجه به استدلالات فوق این اعمال نافذ و مناط استناد است.

حال در این فرض هم در واقع ما می‌توانیم به استناد لفظ (وکیل امین) اعمال انجام شده خارج از حدود اختیارات را نافذ و وکیل را خائن در نگهداری مال موقوفه نکنیم، اما فقط در صورتی می‌توانیم تمسک به همین عملی کنیم که اعمال انجام شده وکیل در راستای مصلحت حفظ و موجودیت مال موقوفه باشد. با تدقیق در مصادیق نامبرده در ماده ۸۲ ق.م. (هرگاه واقف برای اداره کردن موقوفه ترتیب خاصی معین کرده باشد متولی باید به همان ترتیب رفتار کند و اگر

## نتیجه‌گیری

پس از شرح و تبیین مسائلی در مباحث قبل اکنون به این نتیجه رسیدیم، متولی دارای اختیارات تمام مدیریتی مال موقوفه نمی‌باشد و صرفاً و در ابتدا برابر ماده ۸۲ ق.م.ب. باید مطابق آنچه را که واقف تعیین کرده است به اداره مال موقوفه بر اساس وقف‌نامه عمل کند، متولی نمی‌تواند خودسرانه و خارج از حدود اختیارات واگذار شده به او در راستای اداره موقوفه عمل کند و تنها از یک جهت می‌تواند و آن هم از حیث انجام اعمال خارج از حدود اختیاراتی است که صرفاً به نفع مال موقوفه و در جهت رعایت مصلحت، حفظ و موجودیت آن است. نصب متولی برای اداره مال موقوفه جنبه الزامی ندارد و واقف می‌تواند برای اداره آن متولی نصب نکند که در این صورت اداره مال موقوفه برابر بند ۱ ماده ۱ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف ( اداره امور موقوفات عام که فاقد متولی بوده یا مجهول التولیه است و موقوفات خاصه، در صورتی که مصلحت وقف و بطون لاحق و یا رفع اختلاف موقوف علیهم متوقف بر دخالت ولی فقیه باشد)، پس در صورت عدم نصب از جانب واقف سازمان اوقاف اداره آن را برعهده خواهد گرفت. لازم به ذکر است که صفات خاص متولی بیشتر در همان شرط صفت و وصفی که خود متولی در نظر گرفته است متجلی خواهد شد و با رعایت ماده ۱۰ ق.م.ب. و اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی آن را می‌توان توجیه کرد که واقف آن را در رابطه قرارداد ما بین خود می‌آورد. همچنین تبیین شد متولی حتماً نباید در راستای حدود اختیارات تعیین شده در وقف‌نامه عمل کند و در جایی که مصلحت مال موقوفه ایجاب کند متولی به عنوان یک وکیل امین می‌تواند عمل کند و به استناد انجام عمل نافع و رعایت غبطه مال موقوفه عمل او نافذ است.

## منابع

۱. اسکینی، ربیعا: ۱۴۰۳، حقوق تجارت، چاپ نوبت سی و ششم، سمت، تهران.
۲. امام، خمینی: ۱۴۳۴ ه. ق، تحریر الوسیله، جلد دوم، چاپ نوبت اول، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)، تهران
۳. امام، خمینی: ۱۳۹۲، استفتائات، جلد هفتم، نوبت چاپ دوم، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)، تهران.
۴. الحسن بن یوسف بن المطهر (العلامة الحلی): ۱۳۹۲، جلد دوم، نوبت چاپ اول، مؤسسه آل البيت عليهم السلام لاحیاء التراث، قم - تهران
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر: ۱۴۰۳، ترمینولوژی حقوق، نوبت چاپ سی و نهم، انتشارات گنج دانش.
۶. دهخدا، علی اکبر: ۱۳۸۵، لغت نامه، جلد اول، نوبت چاپ اول، دانشگاه تهران. موسسه انتشارات و چاپ \*\*.
۷. دهخدا، علی اکبر: ۱۳۸۵، لغت نامه، جلد دوم، نوبت چاپ اول، دانشگاه تهران. موسسه انتشارات و چاپ \*\*.
۸. زارع، محمد رضا: ۱۳۹۱، تفسیر فقهی - حقوقی صفات مبهم متولیان در وقف نامه ها، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه تربیت مدرس دانشکده علوم انسانی.
۹. شعیری، محمد بن محمد: جامع الاخبار، سال بی تا، جلد اول، نوبت چاپ اول، مطبعة حیدریة، نجف.
۱۰. صفایی، حسین: ۱۴۰۳، اشخاص و اموال، جلد اول، نوبت نوبت چاپ سی و ششم، میزان، تهران.
۱۱. صفایی، حسین: ۱۴۰۳، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، چاپ نوبت چهل و دوم، میزان تهران.
۱۲. صفایی، حسین و جواهر کلام محمد هادی: ۱۴۰۱، نمایندگی و امانت، جلد دوم، نوبت انتشار سوم، سهامی انتشار، تهران.
۱۳. فلاح، علی: ۱۴۰۴، شرح فرمولاسیون حقوق مدنی، نوبت چاپ پنجم، انتشارات آکادمی حقوق، تهران.
۱۴. کاتوزیان، ناصر: ۱۴۰۳، قانون مدنی در نظم کنونی، نوبت چاپ شصت و ششم، میزان، تهران.
۱۵. کاتوزیان، ناصر: ۱۴۰۳، اموال و مالکیت، نوبت چاپ شصتم، میزان، تهران.
۱۶. کاتوزیان، ناصر: ۱۳۹۷، اعمال حقوقی، نوبت چاپ یازدهم، گنج دانش، تهران.





نقد و معرفی کتاب

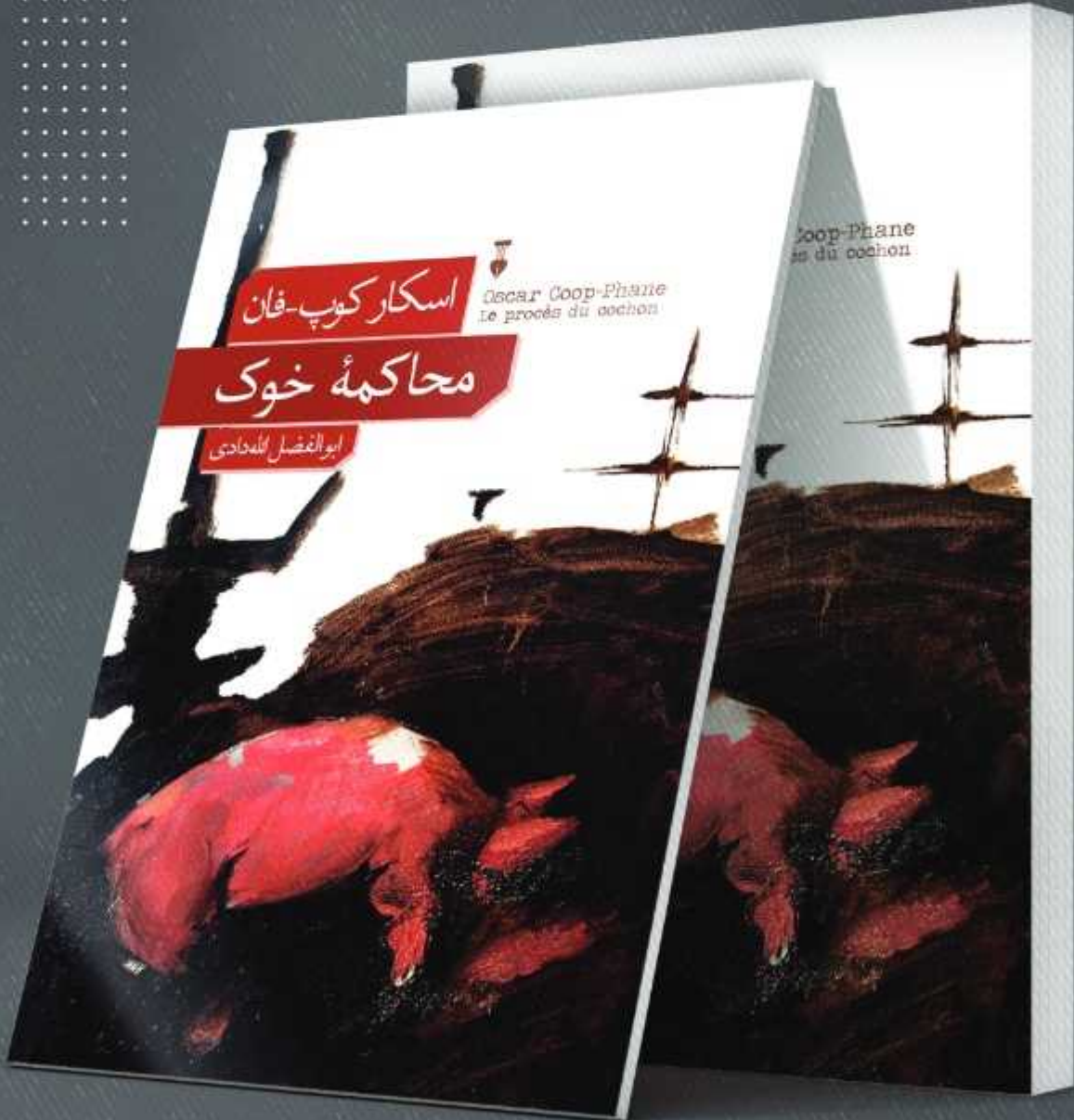
# محاکمہ خوک

داعے عدالت یا نافے آن؟

معضل این است؟



ہیئت تحریرہ



نویسنده اثر «اسکار کوپ فان» مترجم «ابوالفضل الله دادی» انتشارت «نشر نو» سال انتشار «۱۳۹۸- شماره اول»

که این انتخاب نشان از ذکاوت نویسنده دارد زیرا که درازای این آسانی نشر، تلاش کرده دشواری هدف و فلسفه مدنظر خود را به شکل زیرپوستی و در قالب این روایت نفسگیر بیان کند. ففضاسازی کوپ به شکل بسیار خوبی تصویرسازی شده است و شاید بتوان گفت اوج کار نویسنده در قسمت دیالوگ‌های میان وکیل مدافع خوک و مقتول است.

کوپ به زیبایی شخصیت‌هایی خلق کرده که درعین زدن نقاب عدالت برچهره، دارای دستانی خون‌آلود هستند، مفهومی که خود وی بیان کرده که دنبال آن بوده و خواسته است که وحشی‌گری سیستم قضایی وقت را روایت کند، البته آنرا نباید محدود به زمان مشخص دانست. این کتاب علاوه بر کم‌حجم بودن، درپی اطناب نیست و هدف غایی خود را بسیار سریع‌تر از آنچه مخاطب بپندارد، به وی منتقل کرده است. حقوقدانان به‌ویژه دانشجویان تازه‌نفس با مطالعه این کتاب به خوبی متوجه می‌شوند که توحش و خوی ظالمانه چگونه می‌تواند در ردای قانون به دنبال عدالت واهی و ساختگی باشد، بنابراین همواره باید از سوءاستفاده از آن برحذر باشند. در قسمتی از کتاب آمده است که «این بورا حس می‌کنید؟ دلتان آشوب می‌شود و بدنتان هم به همین سیاق. این‌طور نیست؟ امروز بدنه‌ی اجتماعی است که باید مانع ایجاد کند. ما قلب و ریه و شکم هستیم. انزجار نباید می‌خکوبمان کند! باید به او پاسخ دهیم و به دست خودمان از بینش ببریم و عقوبتش کنیم. دود جهنم اصلاح‌پذیر نیست. باید محوش کرد. خطر در هوا شناور است. اگر دست روی دست بگذاریم، دود جهنم همه‌جا را فرو می‌پوشاند. دشت‌هایمان را می‌آلاید و خانه‌هایمان را در چنبره می‌گیرد. به فرزندان و زنانمان آسیب می‌زند. جانمان را ضایع می‌کند و دنیایی که ما را در بر گرفته ویران می‌شود. وحشت سیاه همچون غشایی همه چیز را خواهد پوشاند. اگر همین حالا دست نجنبانیم، گذاشته‌ایم که تا همیشه بی‌روز شود. می‌خواهید دنیا را نابود کنید؟ امان می‌دهید که خشن‌ترین و مختصرترین توحش، وحشیانه‌ترین توحش، بدون کیفر بماند؟ کشتن یک کودک! رذالتی بدتر از این سراغ داریم؟ تهدید استعاره نیست، روبه روی شماست. آنجاست، با طناب‌ها بسته شده. بوی گند می‌دهد. بی‌شرمانه و بی‌پشیمانی می‌کشد.

محاكمه ی خوك، اثری تفکربرانگیز و درخشان از نویسنده ی جوان فرانسوی، اسکار کوپ فان می باشد که داستان محاكمه ای است هولناک و عجیب و غریب. این روایت تکان دهنده که در آن دادگاهی کامل همچون دادگاه انسان ها مورد وصف قرار گرفته است، در واقع اشاره ای است تاریخی به حوادث عجیبی که در قرن سیزدهم میلادی رخ داده و در آن حیوانات را دقیقاً مثل انسان ها محاكمه می کردند. به این ترتیب که حیوان در جایگاه متهم قرار می گرفته و وکیل او، از حقوقش در برابر هیئت ژوری و قاضی محكمه حمایت می کرده است. اما این فضای داستانی غریب صرفاً گزارشی از اتفاقات قرن مورد نظر نیست و در لایه های زیرین این داستان تکان دهنده، ایده و افکار قابل توجهی نهفته است. خوكی که متهم به قتل شده در زندان شکنجه می شود و سپس در انفرادی قرار می گیرد. در اثنای این حبس و شکنجه، پایه های اخلاقی که انسان و حیوان را از هم جدا ساخته به شدت متزلزل شده و مشخص نیست خوك در مقام انسان قرار می گیرد یا وضعیت او نمایانگر وضع بشریت و قوانین آن هاست. حالا که قوانین انسانی در مورد او در حال پیاده شدن است، دفاع او در برابر این قوانین چطور و چگونه خواهد بود. با این حمله ی جسورانه ی نگارنده به قوانین و قضاوت های انسانی، عملکرد سیستم قضایی مورد نقد واقع می شود و نویسنده، مخاطب خود را به اندیشیدن به پایه ها و اساس این قضاوت ها و ادار می کند. وی که هوشمندانه داستان را با تلفیق جایگاه حیوان و انسان به سمت جلو پیش می برد، از حرکت در مرزهای باریکی که بین آن ها قرار گرفته نمی هراسد و تا جایی که می تواند این مرزها را کمرنگ می کند.<sup>(۱)</sup> با شنیدن نام کتاب و سپس مطالعه آن افراد به‌طور خاصی به ابزار متافور نویسنده فکر می‌کند و این تفکر را می‌کند که واقعا منظور نویسنده چیست؟ درعین حال حال و هوای کتاب به شکل سرد و عجیبی روایت می‌شود که تا حدود زیادی بیانگر شیوه ادبیات شرق آسیایی است به‌ویژه در جاهایی که سوالاتی از خوك می‌شود که کمی یادآور آثار هاروکی موراکامی است و خواهان پاسخ او هستند که بخش زیادی از جذابیت این شبه نمایشنامه طویل دراین قسمت متمرکز شده است. نشر کتاب به شدت ساده است

1. <https://www.iranketab.ir/book/۲۶۶۱۵-le-proc%۳A%۳du-cochon>

نویسنده اثر «اسکار کوپ فان» مترجم «ابوالفضل الله دادی» انتشارت «نشر نو» سال انتشار «۱۳۹۸- شماره اول»

از مرگ نویسنده شان باقی می ماند قربانگاه خاصی برپا می کنند. سخت بیمارگونه است خواندن امیدهای مدفون یک محکوم.»

چهار ستون مهم یک داستان یعنی زمان، مکان، دلیل و طرف نقل تا حدود زیادی در این اثر دیده می شود. در این بین نیازمند وحدت زمان و مکان هستیم که به خوبی رعایت شده است، دلیل و چرایی نقل داستان نیز- هم عنوان کتاب و هم خود نویسنده- مبین این هستند که هدف اصلی روایت یک بی عدالتی است. در خصوص طرف نقل باید گفت که منظور شخص و جامعه هدف است. در این زمینه یک نویسنده همواره باید در حد اعلی خود بنویسد که در این مورد به خصوص، امکان بهتر عمل کردن وجود داشت. نکته خوب دیگر داستان این هست که نویسنده به دنبال شیرفهم کردن مخاطب نیست و در عوض این اجازه را به او می دهد که کم کم با خط روایت پیش برود و در قسمت هایی نیز به دلیل ابزار استعارگونه روایت این اجازه به مخاطب داده میشود که خود کاشف نیز باشد. نکته مثبت دیگری که نیازمند اشاره است بحث شخصیت سازی موفق این داستان است، به شکلی که نه تنها توانسته تمایز آنرا با تیپ سازی رعایت کند، بلکه حتی کاری کرده است که مخاطب حتی با شخصیت خوک داستان در قسمت هایی همذات پنداری می کند. با وجود تمام نکات مثبت فوق باید افزود که نویسنده میتواند از مفهوم توصیف در فعالیت بهره مند شود که این مهم تحقق نیافته است، بدین معنی که به جای اینکه همان ابتدا در خصوص نکاتی که می خواهد را به صورت مستقیم توصیف کند، آنها را در دل یک اتفاق و حادثه ای دیگر شرح دهد که جذابیت آن برای مخاطب بیشتر شود. قبل تر با مثالی از خود کتاب گفته شد که توصیفات تا حدود زیادی موفق هستند اما باید این مسئله را افزود که در بعضی موارد این توصیفات مستقیم به هدف زده اند درحالی که میتوانست به گونه ای دیگر روایت شود. برای مثال به جای اینکه به صورت مستقیم از صفاتی برای ترسناک بودن زندان استفاده کند، میتواند با تفاسیری دیگر این فضا را برای مخاطب تداعی کند و در مقابل، خود خواننده به این نکته برسد که این زندان و دادگاه چقدر ترسناک و دور از ذهن است.

توضیح نمی دهد چرا که متولد شده تا ویران کند، تا هر چیز ناب را بسوزاند. انتخاب با شماست. یا طناب ها را تنگ می کنیم و گردن شر را می شکنیم یا گره را باز می کنیم و همه با هم محض خوشی فرمانروای مستبد سر تسلیم فرود می آوریم.»

یا درجایی دیگر با جملاتی کوتاه تصویرسازی بسیار گیرایی دارد و می گوید «نخستین شب زندان یک مرد دوباره به جسم فشار می آورد. ترس، عصبانیت، سرخوردگی، همه ی این ها درهم می آمیزد؛ آدم خودش را شبیه موش احساس می کند. دیوارهای نمناک، صدا های خشن، درهای بسته، چفت هایی که ترق ترق می کنند، نعره های دیگران. زندانبان ها باتوم هایشان را روی زرده ها می لغزانند تا استحکامشان را بررسی کنند. سمفونی ای خشن، نوای مرگ. آدم خودش را می بیند که اینجا می پوسد، دوزخ پیش از الهه های سرنوشت. زندانی چندان بی اعتنا به نظر می رسد که اول تصمیم گرفتند او را جدا کنند. از آنجا که نمی شد واکنشش را پیش بینی کرد، خطرناک بود که رهایش کنند تا با دیگران برخورد پیدا کند. یک قتل دیگر یا زد و خورد، یا بدتر، شورش؛ به صرفه تر بود که خطر نکنند. او را در بال اچ، راهروی چموش ها، جا دادند. نه خبری از هواخوری بود نه تقاضایی پاسخ می گرفت. هرکس را به نوبت فقط هفته ای یک بار برای شستن پاها از سلولش بیرون می آوردند. به این می گویند جداسازی. غذاها سر ساعتی ثابت پرت می شد روی زمین سیاهچال. نان سفت ساعت شش. سوپ ساعت یازده و نیم. باز هم نان سفت و مقداری پنیر ساعت شش غروب. روی تشک گاه می خوابند. خودش را توی سطل خالی می کنند و سرما، که به استخوان ها می زند و با خوردن گوشت ها بدن را آب می کند. به جای اونیفرم، ملافه ای خاکستری به پشتش بستند. وقتی به سلولش رسید اونیفرم را به زور دندان هایش کند و گوشه ای پنهان شد. جریان های هوا که خودش را در قفسش جا می کنند هیچ از شکوه بادها در خود ندارند. دنیایی موذی است که رودر رو شده با آن؛ زمین سخت است و آسمان سیاه. به چه فکر می کند؟ نمی تواند نوشته های روی دیوارها را بخواند، این دیوار نوشته های رکیک، کلمات امیدانگیز، تاریخ ها و همه ی روزهای شماره شده. شاید این طور بهتر است. آثاری که بعد

افراد اهل کتاب هنگامی که این اثر را مطالعه کنند به احتمال زیاد به یاد این قسمت پایانی کتاب قلعه حیوانات اثر جورج اورول خواهند افتاد که می‌گوید «دوازده صدای خشمگین، و جملگی همسان، به هوا بلند بود. حالا دیگر آنچه بر چهره خوکان عارض شده بود، جای بحث نداشت. بیرونیان نگاهشان از خوک به آدم و از آدم به خوک و از نواز خوک به آدم می‌گشت؛ ولی دیگر برایشان محال بود بگویند کدامین خوک و کدامین آدم است!»

در پایان باید گفت که کتاب **محاكمه خوك** اثری تلخ، جذاب، قابض و نافذی است که با توجه به کم‌حجم بودن آن، خواندنش به تمامی افراد به اهل حقوق توصیه میشود.





نقد فیلم

# آب‌های تیره

\* اعلام خطر به انسان‌ها  
\* محیط زیست را دریا بید!

نگارنده هیئت تحریریه



THE TRUTH HAS A MAN ON THE INSIDE.

A TODD HAYNES FILM

## DARK WATERS

MARK RUFFALO ANNE HATHAWAY TIM ROBBINS BILL CAMP VICTOR GARBER BILL PULLMAN

FROM PARTICIPANT, WHO BROUGHT YOU SPOTLIGHT AND THE POST

PRODUCED BY WILLIAMS / KILLEN PRODUCTIONS

EXECUTIVE PRODUCERS: TONY MORGAN, DAVID LUTINS, JANE GUNAWAN, TIM WORTH, DEE TAYLOR, VICTOR GARBER, TALE WINTROB, JAMES PETERSON

PRODUCED BY LAURA MONTAL, CO-PRODUCED BY DANIELA PESTER, EDITOR: JAMES HARRIS, DIRECTOR OF PHOTOGRAPHY: PETER SODER, EXECUTIVE PRODUCERS: JAMES PETERSON

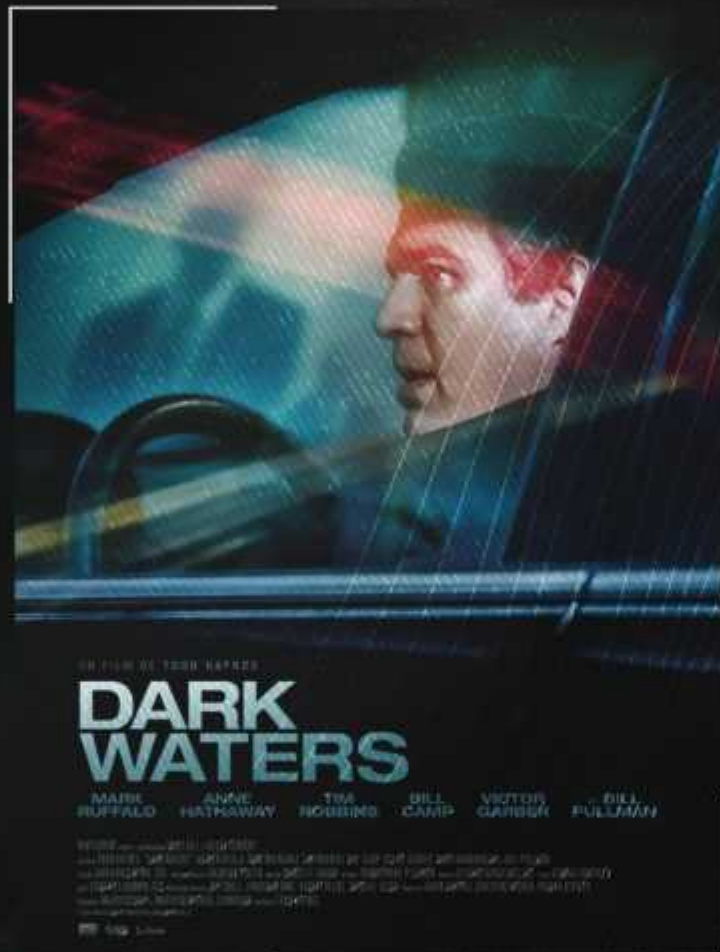
CASTING BY: JESSICA LINDEN, COSTUME DESIGNER: JESSICA LINDEN, HAIR: JESSICA LINDEN, MAKEUP: JESSICA LINDEN, PRODUCTION DESIGNER: JESSICA LINDEN

NOVEMBER 11th 2019

SCREENPLAY BY MARIO GONZA AND MATTHEW MICHAEL CARRAHAN. DIRECTED BY TODD HAYNES

## نقد فیلم

آب‌های تیره\* اعلام خطر به انسان‌ها\* محیط زیست را دریا بید!



فیلم «آب‌های تیره» به کارگردانی تاد هینز و با بازی مارک رافلو، یک درام حقوقی-زیست‌محیطی است که در سال ۲۰۱۹ اکران شد. این فیلم، بر اساس داستان واقعی وکیل رابرت بیلوت و مبارزه‌اش علیه شرکت شیمیایی دوپونت، به موضوعاتی چون فساد شرکتی، آلودگی محیط‌زیست و مسئولیت اجتماعی می‌پردازد



کمک می‌کند. این مینی‌مالیسم موسیقایی توانسته با بهره‌جستن از الگوهای ساده، تکراری و ریتم ملایم، حس یکنواختی را به هماهنگی است و از اغراق‌های مرسوم در فیلم‌های هالیوودی دوری می‌جوید. یکی از دلایل خوب بودن فیلم دور بودن از زرق و برق‌های اکثراً پوچ هالیوود است. با بررسی خط سیری فیلم‌های دسته‌درام حقوقی<sup>(۱)</sup> متوجه می‌شویم که از آثار درخشانی همچون ۱۲ مرد خشمگین، تشریح یک قتل، محاکمه در نورمبرگ و کشتن مرغ مقلد به آثار پوچ، سطحی و نخ‌نما شده‌ای رسیدیم که متأسفانه غالباً با یک فرمول ثابت و یکسان ساخته می‌شود اما این فیلم تا حدود زیادی از این مهم فاصله گرفته است. با این حال، برخی منتقدان معتقدند که ریتم فیلم در بخش‌هایی کند است، به‌ویژه به دلیل تمرکز بر جزئیات حقوقی و کاغذبازی‌های بی‌لوت، که درعین حال که ممکن است برای برخی تماشاگران خسته‌کننده باشد، برای علاقه‌مندان حقوق بسیار جذاب و مطلوب خواهد بود چراکه با رویه‌ی عملی آشنا خواهند شد.

«آب‌های تیره»<sup>(۱)</sup> اثری است که به‌خوبی از الگوهای ژانر درام حقوقی استفاده می‌کند، اما با رویکردی مینی‌مال و واقع‌گرایانه که آن را از نمونه‌های کلیشه‌ای هالیوودی متمایز می‌سازد. بدین معنا که با ساده‌سازی و حذف عناصر غیرضروری هم در اثر کلی فیلم و هم در فضا سازی‌های بستر روایی، توانسته است که موضوع و پیام مهمی را که دنبال میکند، تا حدود زیادی به‌خوبی به‌عرضه ظهور برساند. فیلم از نظر بصری، با فیلم‌برداری اد لاجمن، فضایی سرد و خاکستری خلق می‌کند که با موضوع تاریک و سنگین فیلم همخوانی دارد. استفاده از نورپردازی کم‌رنگ و رنگ‌های خاموش، حس استیصال و فشار روانی سنگین شخصیت‌ها را به‌خوبی منتقل می‌کند. لوکیشن‌های فیلم، از دفاتر حقوقی گرفته تا مزارع آلوده ویرجینیای غربی، به‌گونه‌ای طراحی شده‌اند که واقعی و ملموس به نظر می‌رسند و تماشاگر را در دنیای داستان غوطه‌ور می‌کنند. موسیقی متن اثر مارسلو زارووس، بدون اینکه بیش از حد احساسی یا نمایشی شود، به تقویت حس و حال دراماتیک فیلم

۱. DARK WATERS  
۲. Legal Drama



بیلوت را نه به عنوان یک ابرقهرمان، بلکه به عنوان یک انسان عادی با انتخاب‌های دشوار نشان می‌دهد. این رویکرد، همراه با دیالوگ‌های واقعی و تأثیرگذار به فیلم حس اصالت می‌بخشد. با این حال، پایان فیلم که به نتیجه‌گیری قاطع نمی‌رسد و نشان می‌دهد دوپونت همچنان فعال است، پیامی تلخ اما واقع‌گرایانه را منتقل می‌کند: مبارزه علیه فساد شرکتی اغلب ناتمام می‌ماند. تاد هینز، در «آب‌های تیره» رویکردی متفاوت اتخاذ کرده است. او با حفظ سبک بصری خاص خود ژانر درام حقوقی را به شکلی غیرمتعارف و واقع‌گرایانه بازسازی می‌کند. هینز به جای استفاده از کلیشه‌های هالیوودی، مانند صحنه‌های دادگاهی پرهیجان، بر روند کند و طاقت‌فرسای مبارزه حقوقی تمرکز می‌کند، که این انتخاب هم نقطه قوت و هم نقطه ضعف فیلم است. این رویکرد، فیلم را از نظر احساسی تأثیرگذار می‌کند، اما ممکن است برای تماشاگرانی که انتظار یک تریلر پرهیجان دارند، کمی سنگین باشد. هینز همچنین در استفاده از تدوین موازی و شکستن زمان موفق عمل کرده و از کند شدن ریتم فیلم جلوگیری کرده است. او با تمرکز بر جزئیات مستندگونه، مانند نمایش اسناد و مدارک، حس واقعی بودن داستان را تقویت می‌کند، اما این تمرکز گاهی به قیمت کم‌توجهی به جنبه‌های احساسی شخصیت‌ها تمام می‌شود.

شخصیت‌پردازی در «آب‌های تیره» یکی از نقاط قوت فیلم است، اما در عین حال از محدودیت‌هایی نیز رنج می‌برد. رابرت بیلوت «با بازی مارک رافلو» به عنوان شخصیت اصلی، وکیلی معرفی می‌شود که از یک مدافع شرکت‌های شیمیایی به یک فعال محیط‌زیست تبدیل می‌شود. این تحول به صورت تدریجی و باورپذیر نمایش داده می‌شود، اما فیلم کمتر به درونیات او می‌پردازد و بیشتر بر اقداماتش تمرکز دارد. این انتخاب، اگرچه باعث می‌شود فیلم از درام‌های شخصی بیش از حد احساسی فاصله بگیرد، اما گاهی تماشاگر را از ارتباط عمیق‌تر با بیلوت محروم می‌کند. شخصیت‌های مکمل مانند ویلبور تننت «بیل کمپ»، کشاورز خشمگین و مصمم، و سارا بیلوت «آن هاتوی»، همسر رابرت، به خوبی معرفی می‌شوند، اما عمق کافی را ندارند. تننت به عنوان یک قربانی نظام سرمایه‌داری، حضوری تأثیرگذار دارد، اما فیلم فرصت کافی برای کاوش در زندگی او یا دیگر قربانیان اختصاص نمی‌دهد. سارا نیز، با وجود بازی قابل قبول هاتوی، عمدتاً به نقش یک حامی محدود می‌شود و پتانسیل‌هایش به صورت کامل به کار گرفته نمی‌شود. با این حال، شخصیت‌های فرعی مانند تام ترپ «تیم رابینز» با بازی‌های قوی خود، به تعادل درام فیلم کمک می‌کنند.

داستان «آب‌های تیره» بر اساس مقاله‌ای در نیویورک تایمز با عنوان «وکیلی که کابوس دوپونت شد»<sup>۳</sup> نوشته ناتانیل ریچ ساخته شده است. فیلمنامه، نوشته ماریو کورئا و متیو مایکل کارناهان، داستانی خطی و متمرکز را روایت می‌کند که بیش از بیست سال از زندگی بیلوت را در بر می‌گیرد. این گستردگی زمانی، اگرچه به فیلم عمق تاریخی می‌بخشد، گاهی باعث پراکندگی روایی می‌شود. فیلم به خوبی تعادل بین ارائه اطلاعات حقوقی پیچیده و حفظ جذابیت دراماتیک را برقرار می‌کند، اما در برخی لحظات، حجم اسناد و جزئیات فنی ممکن است تماشاگر عام را سردرگم کند. یکی از نقاط قوت داستان‌نویسی، تأکید بر واقعیت‌گرایی است. فیلم از قهرمان‌سازی‌های کلیشه‌ای پرهیز می‌کند و

۳. The Lawyer Who Became DuPont's Worst Nightmare - The New York Times <https://share.google/q5ZTNGhwRvyCelfCO>



به خوبی نشان می‌دهد که چگونه شرکت‌های بزرگ با استفاده از نفوذ خود در سیستم‌های قانونی و نظارتی، از مسئولیت‌پذیری فرار می‌کنند. بیلوت با چالش‌های حقوقی عظیمی مواجه می‌شود، از جمله جمع‌آوری شواهد علیه شرکتی که سال‌ها آلودگی را پنهان کرده و حتی نهادهای نظارتی مانند (آژانس حفاظت از محیط زیست) را تحت تأثیر قرار داده است. فیلم همچنین به نقش وکلای افشاگر در مبارزه با فساد شرکتی می‌پردازد. بیلوت، با وجود فشارهای مالی و شخصی، تصمیم می‌گیرد علیه موکل سابق خود (دوپونت) اقدام کند که این انتخاب، تضاد بین منافع شخصی و مسئولیت درستی نشان می‌دهد که پیروزی‌های حقوقی در چنین پرونده‌هایی اغلب محدود و موقت هستند، زیرا شرکت‌هایی مانند دوپونت با منابع عظیم خود می‌توانند از مجازات‌های سنگین فرار کنند. همچنین از آنجا که موضوع مورد بحث حقوق محیط زیست است خوب است اشاراتی به اقدامات حقوقی انجام شده برای حفظ آن کنیم.



«آب‌های تیره» نقدی تند و تیز به نظام سرمایه‌داری و تأثیر آن بر سلامت عمومی و محیط زیست ارائه می‌دهد. فیلم نشان می‌دهد که چگونه شرکت‌های بزرگ، به نفع سود مالی، سلامت انسان‌ها و محیط زیست را قربانی می‌کنند. این موضوع به ویژه در نمایش تأثیرات PFOA بر جامعه محلی ویرجینیای غربی، از جمله بیماری‌های مرتبط با آلودگی آب، به خوبی به تصویر کشیده شده است. فیلم همچنین به ناکارآمدی نهادهای نظارتی در برابر قدرت شرکت‌ها اشاره دارد. سازمان‌هایی که برای حفاظت از جامعه تأسیس شده‌اند، در یک سیستم مبتنی بر سرمایه و نفوذ، اغلب ناتوان یا همدست می‌شوند. این موضوع، بحث‌های گسترده‌تری را درباره نابرابری قدرت، مسئولیت اخلاقی و تأثیرات بلندمدت تصمیمات شرکتی بر جوامع محلی مطرح می‌کند. شاید پیام تلخ فیلم این است که مبارزه علیه چنین سیستم‌هایی، اگرچه ضروری است، اما به ندرت به پیروزی کامل منجر می‌شود. این دیدگاه، اگرچه ناامیدکننده است، اما با واقعیتی که بسیاری از فعالان محیط زیست با آن مواجه هستند، همخوانی دارد و تماشاگر را به تأمل در مسئولیت‌های اجتماعی فردی وامی‌دارد. از منظر حقوقی، «آب‌های تیره» به موضوعی واقعی و پیچیده می‌پردازد: آلودگی محیط زیست توسط (اسید پرفلوئوروآکتانوئیک) که توسط شرکت دوپونت تولید و استفاده می‌شد. فیلم

## نقد فیلم آب‌های تیره، اعلام خطر به انسان‌ها، محیط زیست را دریابید!

- ۱- کنوانسیون چارچوب سازمان ملل متحد در مورد تغییر اقلیم که در اجلاس زمین ریو ۱۹۹۲ به تصویب رسید و چارچوبی برای همکاری بین المللی به منظور کاهش انتشار گازهای گلخانه‌ای و مقابله با تغییرات اقلیمی بود. هدف اصلی نشست تثبیت غلظت گازهای گلخانه‌ای در سطحی که از دخالت خطرناک در سیستم اقلیمی جلوگیری کند، همچنین این نشست کنفرانس‌های سالانه‌ای را برای نظارت و پیشبرد اقدامات اقلیمی تعیین کرد.

۲- توافق نامه پاریس که جایگزین پروتکل توکیو (که خود الحاقیه‌ای به کنوانسیون سازمان ملل در مورد تغییرات اقلیمی بود) شد که هدف آن محدود کردن افزایش دمای جهانی به کمتر از ۲ درجه سانتی‌گراد نسبت به سطح پیش از صنعتی شدن است و مکانیزم جالب آن ایجاد صندوق اقلیمی سبز برای حمایت مالی از پروژه‌های اقلیمی می‌باشد.

۳- کنوانسیون رامسر ۱۹۷۱ که اولین معاهده جهانی به منظور حفاظت از تالاب‌ها با تاکید بر استفاده پایدار از تالاب‌های بین المللی است.

۴- کنوانسیون استکهلم ۲۰۰۱ که هدف آن حذف یا کاهش تولید و استفاده از آلاینده‌های پایدار است.

۵- کنوانسیون بازل ۱۹۸۹ که موضوع آن جابه‌جایی و دفع زباله‌های خطرناک و سمی در سطح بین المللی است که اصلاحیه‌ای در سال ۱۹۹۵ مبنی بر ممنوعیت صادرات زباله‌های خطرناک از کشورهای توسعه یافته به کشورهای در حال توسعه دارد. همچنین رشته مجزایی به نام حقوق محیط زیست وجود دارد که مبین اصول مهمی همچون اصل حاکمیت محدود سرزمینی، پیشگیری، احتیاط، مسئولیت مشترک اما متفاوت، در بعد بین المللی است. در بعد داخلی نیز اصل ۵۰ قانون اساسی که معین می‌دارد «در جمهوری اسلامی حفاظت محیط زیست که نسل امروز و نسل‌های بعد باید در آن حیات اجتماعی روبه‌رشدی داشته باشند، وظیفه عمومی تلقی می‌گردد. از این رو فعالیت‌های اقتصادی و غیر آن که با آلودگی محیط زیست یا تخریب غیرقابل جبران آن ملازمه پیدا کند، ممنوع است.» اصلی‌ترین نکته در این زمینه است. همچنین قوانین دیگری همچون قانون حفاظت و بهسازی محیط زیست مصوب ۱۳۵۳، قانون نحوه جلوگیری از آلودگی هوا مصوب ۱۳۷۴ و قانون مدیریت پسماند مصوب ۱۳۸۳ وجود دارند که همگی به منظور حفظ محیط زیست نگارش شده است.

با عنایت به موارد فوق متوجه می‌شویم که با کمبود مبنا اصول و قاعده در حوزه محیط زیست دچار نیستیم اما متأسفانه بعضی سوءاستفاده‌ها در این حوزه باعث ناکارآمدن نشان دادن موارد میشود، نکته‌ای که فیلم مذکور به خوبی دست روی موضوع آن گذاشته و نشان می‌دهد که راه مقابله با چنین وضعیت‌هایی تمسک جستن به ابزار قانون است البته که راهی سخت و دشوار است و ممکن است که یک حقوقدان را با این سوال دچار کند که از میان امنیت و حقیقت کدام یک را باید انتخاب کرد؟

اگر به دنبال یافتن پاسخ این سوال و چندین نکته مبنایی دیگر هستید حتماً فیلم آب‌های تاریک را مشاهده کنید





نقد قانون

# مادہ ۲۶۵ قانون مدنی



ھیئت تحریرہ



درمقابل نیز تفسیر دیگری که از این ماده میشود این است که به دلالت انتهای ماده که جنبه مشروط دارد، اگر کسی پولی را به دیگری پرداخت میکند، زمانی میتواند آنرا مسترد کند که اثبات نماید مدیون آن چیز نبوده است. این دیدگاه بیان میدارد که برگرفته از بند اول ماده ۱۲۳۵ قانون مدنی فرانسه است که میگوید «هر پرداخت وجود دینی را لازم دارد، هرچیزی که بدون وجود مدیونیت پرداخت شود قابل استرداد است...»<sup>(۱)</sup>

**در مقام جمع بندی باید بیان داشت** که هر پرداخت مستلزم وجود دینی است و حکم ماده ۲۶۵ قانون مدنی مفید اماره مدیونیت به نفع گیرنده است. همچنین براساس قسمت دوم ماده مدعی به کمک ادله اثبات دعوی یعنی اقرار، سند، شهادت، اماره یا سوگند میتواند ضمن اثبات مدیون نبودن خود عقد قرض، ودیعه، عاریه و امثال آنرا اثبات و مال را از متصرف پس بگیرد. براین اساس دهنده مال، مدعی محسوب شده و بار اثبات برعهده او است و گیرنده مال موظف به اثبات چیزی نیست، شخصی که درصدد استرداد مال تسلیم شده یا وجه پرداخت شده به دیگری است، باید استحقاق خود را برای استرداد آن اثبات نماید.<sup>(۲)</sup> (ابوری و رحیمی، ۱۳۹۳، ۳۰)

**برای مطالعه بیشتر به مقالات زیر مراجعه کنید:**

- ۱- بررسی فقهی و حقوقی ماده ۲۶۵ قانون مدنی، نوشته حمید ابهری و ساناز رحیمی.
- ۲- تحلیل ماده ۲۶۵ قانون مدنی، نوشته سید نیما حسینی.
- ۳- شرح و تفسیر ماده ۲۶۵ قانون مدنی، نوشته فخرالدین اصغری.
- ۴- ظهور عدم تبرع در پرداخت در حقوق ایران، فقه امامیه و مقایسه تطبیقی آن با نظام حقوقی انگلستان، نوشته احمد شمس و سعید شیری

ماده ۲۶۵ قانون مدنی بیان می کند که «هرکس مالی به دیگری بدهد ظاهر در عدم تبرع است؛ بنابراین اگر کسی چیزی به دیگری بدهد بدون اینکه مدیون آن چیز باشد، میتواند استرداد کند.»

در تفسیر این ماده میان حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد که میتوان عقاید اصلی را به دو دسته تقسیم کرد: یک گروهی که براساس این ماده اصل را بر عدم مدیونیت دانسته و فرد دریافت کننده مال را موظف به اثبات میدانند و گروه دوم در حالت پرداخت مال اصل را بر مدیونیت گذاشته.

دیدگاه اول براین اساس اعلام میکند که برای استرداد مال کافی است که مدعی مالکیت سابق خود را بر مال در اختیار دیگری ثابت نماید، زیرا که از عبارت ماده ۲۶۵ بیش از این استفاده نمیشود که ظاهر از تسلیم مال این است که به طور تبرع نبوده است اما این امر دلالت نمیکند که دادن مال ظاهر در قصد و نیت ادای دین و یا اماره بر مدیونیت دهنده به گیرنده است. بنابراین مسئله استرداد مال تسلیم شده تابع قواعد و اصول کلی حقوقی است، این اصل حقوقی همان اصل عدم مدیونیت یا اصل برائت میباشد. همچنین با کمی دقت قسمت دوم ماده که به صورت نتیجه قسمت اول تنظیم گردیده است، صحت آنچه در تفسیر ماده ذکر شده است تایید میشود زیرا در قسمت دوم نتیجه ای که از قسمت اول گرفته میشود این است که اگر شخصی که مدیون نیست مالی به دیگران بدهد، میتواند آنرا استرداد کند.<sup>(۳)</sup> (شهبازی، ۱۳۸۵، ۲۳) در واقع در تفسیر ماده از دیدگاه اول باید به مبانی اصولی مراجعه کرد که آنرا براساس اصل عدم مدیونیت معنی میکنند (که خود ریشه گرفته از اصل عدم است) پس برای مثال اگر فردی به حساب دیگری پولی واریز میکند بدین معنا نیست که بدهکار او بوده و واریز کرده است و میتواند آنرا مسترد کند. با این تفسیر در واقع باید بیان داشت که بار اثبات مسئله مدیونیت همواره بر دوش فرد گیرنده مال است.

۱. ۱۲۳۵

Any payment supposes a debt: what has been paid without being owed is subject to restitution...

## منابع

ابهری حمید و سائز رحیمی، بررسی فقهی و حقوقی ماده ۲۶۵ قانون مدنی، فصلنامه پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، شماره ۳۶، ۱۳۹۳، ۱۱-۳۲، شهیدی، مهدی، ۱۳۸۵، سقوط تعهدات، مجد، تهران، چاپ سوم