

ورشکستگی به تقصیر و تقلب

مقدمه - در قانون تجارت ایران اگر تاجر (اعم از شخص حقیقی یا حقوقی) از پرداخت دیونی که بر عهده دارد متوقف گردد، ورشکسته محسوب می‌شود و چنین تاجری از تاریخ صدور حکم ورشکستگی از هرگونه دخل و تصرف مادی و حقوقی در تمام اموال خود (پس از کسر مستثنیات دین) ^(۲) و حتی آنچه را که ممکن است در مدت ورشکستگی عاید او شود ممنوع می‌گردد و مجموعه داری ^(۳) او طبق قانون تجارت و قانون تصفیه امور ورشکستگی مصوب سال ۱۳۱۸ در اختیار مدیر تصفیه قرار می‌گیرد که او به قائم مقامی شخص ورشکسته از کلیه اختیارات و حقوق مالی ورشکسته که استفاده از آن موثر در ادای دیون او باشد استفاده می‌نماید. ^(۴)

از طرف دیگر از تاریخ صدور حکم ورشکستگی هر کس که نسبت به تاجر ورشکسته دعوائی اعم از منقول و غیر منقول داشته باشد باید بطرفیت مدیر تصفیه یا اداره تصفیه امور ورشکستگی اقامه نماید و کلیه اقدامات اجرائی نیز مشمول دستور مذکور خواهد بود ^(۵).

۱- ماده ۴۱۲ قانون تجارت

۲- ماده ۱۶ قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی مصوب ۲۴ تیر ماه ۱۳۱۸ با اصلاحات بعدی و ماده ۶۵ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ و ماده ۶۹ آئین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرائی که با اختیارات حاصل از ماده ۸ قانون اصلاح بعضی از مواد قانون ثبت مصوب ۲۷ شهریور ماه ۱۳۲۲ و تبصره‌های ۱ و ۳ و ۷ ماده ۱۳۴ اصلاحی و تبصره‌های ۱ و ۳ ماده ۳۴ مکرر اصلاحی و ماده ۱۵۷ الحاقی به قانون ثبت مصوب ۱۳۵۱. ضمناً "به ماده ۶۹ مذکور بند "ه" و "و" با دو تبصره در سال ۱۳۶۰ اضافه شده است (مجموعه روزنامه رسمی سال ۱۳۶۰، تصویبنامه، ص ۲).

3- La Masse

۴- ماده ۴۱۸ ق. ت.

۵- ماده ۴۱۹ ق. ت. و ماده ۱ قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی.

حال اگر ورشکسته مزبور مرتکب تقصیر و یا تقلب شده باشد، بر حسب مورد، ورشکسته به تقصیر و یا ورشکسته به تقلب محسوب می‌شود و چنین تاجری علاوه بر محرومیت‌های مقرر راجع به ورشکسته عادی به مجازات‌های جزائی پیش بینی شده در قانون نیز محکوم می‌گردد (۶) علت سخت‌گیری قانونگذار در این مورد حفظ منافع جامعه و پیشرفت اقتصادی کشور است زیرا جامعه نمی‌تواند ناظر اشخاص فاقد صلاحیت در امور تجاری و ورشکستگی شرکت‌های تولیدی، صنعتی و یا خدماتی و غیر آن باشد و بدیهی است ضعف معنوی عده‌ای از افراد جامعه موجبات سیر صعودی قیمت‌ها و بالاخره ورشکستگی اقتصاد کشور را فراهم می‌سازد. اگر تاجری بعلت حوادث غیر مترقب و یا مشکلات اقتصادی قادر به پرداخت دیون خود نباشد در این جا عدالت و نُصْفَت حکم می‌کند که از چنین شخصی حمایت شده (۷) و تجارتخانه یا شرکت تولیدی و خدماتی او (مثلاً "با تنظیم قرار داد ارفاقی) مجدداً" راه اندازی شود. اما اگر تاجر مزبور مرتکب قصور و یا تقلب شده و با سوء نیت تعمداً "خواسته باشد که اموال خود را مخفی و یا اتلاف نماید در این صورت تاجر موصوف نه تنها قابل حمایت نیست بلکه مستوجب مجازات جزائی نیز می‌باشد.

در خاتمه لازم به یادآوری است که قانون جدید فرانسه به شماره ۸۵ - ۹۸ مورخ

۶- ماده ۱۱۴ و ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب ۱۸ مرداد ماه ۱۳۶۲ (روزنامه رسمی شماره ۱۱۲۷۸ - ۱۳۶۲/۸/۲۳)

۷- در اسلام از مفلس و تهی دست به دلیل آیه شریفه ۲۸۵ سوره بقره حمایت شده است که می‌فرماید: **وَإِنْ كُنْ مِنْكُمْ مَنْ دُونَكُمْ فَانظُرْ إِلَىٰ مُيَسَّرَةٍ مِمَّا أَعْطَيْنَاكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ** یعنی اگر صاحب عسرتی بود تا زمان رفع آن (یسر) با او مهلت دهید و اگر صافه دهید برای شما بهتر است در صورتی که به فواید و نتایج این بخشش آگاه باشید. **مَلَّ حَظُّهُ** می‌شود که آید مذکور یک اصل مهم اخلاقی و انسان دوستی و رحم و مروت در جامعه را بیان کرده و رابطه داین و مدیون را در صورتی که مدیون دچار عسرو سختی شده باشد تعیین می‌نماید و خداوند به داین امر می‌کند تا رفع تنگدستی از مدیون، با او مهلت بدهد و در قسمت دوم آیه بد طلبکار توصیه می‌نماید که اگر می‌تواند، از باب استحباب، طلب خود را به معسر بعنوان صدقه در راه خداوند بخشش نماید. بدیهی است که اشخاص عالم و آگاه به این عمل خیر و حسن صدقه واقف می‌باشند.

۲۵ ژانویه ۱۹۸۵ راجع به : "بازسازی و تصفیه قضائی بنگاههای تجارتنی" (۸) تقسیم بندی ورشکستگی را به تقصیر و تقلب نسخ و بجای آن در ماده ۱۹۶ و بعد خود "ورشکستگی با ارتکاب جرم" (۹) را پیش بینی نموده است .

ما ذیلا " پس از مطالعه اجمالی ورشکستگی به تقصیر (بخش اول) به بحث در ورشکستگی به تقلب و تجزیه و تحلیل رای اصرای بشماره ۲۰۵ - ۱۳۴۹/۲/۲۶ هیئت عمومی دیوان عالی کشور می پردازیم (بخش دوم) .

بخش اول - ورشکستگی به تقصیر (۱۰)

ورشکستگی به تقصیر در مواد ۵۴۱ تا ۵۴۸ ق. ت. پیش بینی شده است و ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی، مرتکب اعمال مذکور در مواد فوق را به حبس از ۳ ماه تا ۲ سال یا تا ۲۴ ضربه شلاق محکوم می نماید (۱۱)

الف - موارد الزامی صدور حکم ورشکستگی به تقصیر .

ماده ۵۴۱ ق. ت. مواردی را که تاجر ورشکسته باید به تقصیر اعلان شود احصاء می نماید :

۱ - در صورتی که محقق شود مخارج شخصی یا مخارج خانه مشارالیه در ایام عادی بالنسبه به عایدی او فوق العاده بوده است .

منظور قانوگذار در بند اول ماده مذکور این بوده که تاجر در مخارج شخصی یا مخارج افراد تحت تکفل خود زیاده روی ننماید (باستثناء پیش آمدهای غیر مترقب مانند بیماری و آتش سوزی و غیره) که در چنین مواردی عذر تاجر موجه می باشد ولی در صورتی

8- Loi n° 85-98 du 25 Janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation Judiciaires des entreprises. Journal officiel, 25 Janvier. 1985, P. 1097 et s.

9- Banqueroute

10-Banqueroute Simple

که ثابت شود که مخارج شخصی و خانوادگی تاجر در ایام عادی متناسب با درآمد او نبوده است در این حال دادگاه مکلف به صدور حکم ورشکستگی به تقصیر چنین تاجری می‌باشد .

۲- در صورتی که محقق شود که تاجر نسبت به سرمایه خود، مبالغ عمده صرف معاملات کرده که در عرف تجارت موهوم یا نفع آن منوط به اتفاق محض است .

در این قسمت اگر تاجر مبالغ زیادی را بدون جهت و یا بمنظور سود جوئی موهوم مصرف کرده باشد مانند سفته بازی و غیره، ورشکسته به تقصیر محسوب می‌شود و همان طوری که قانونگذار اشاره نموده مبالغ مصرفی مورد بحث باید قابل توجه باشد .

۳- اگر به قصد تاخیر انداختن ورشکستگی خود خریدی بالاتر یا فروشی نازلتر از مظنه روز کرده باشد یا اگر بهمان قصد و سائلی که دوران صرفه است بکار برده تا تحصیل و جهی نماید اعم از اینکه از راه استقراض یا صدور برات یا بطریق دیگر باشد .

ملاحظه می‌شود که اگر تاجر برای به تاخیر انداختن ورشکستگی خود دست به استقراض مخرب زده و یا تعهدات بی‌موردی بنماید و یا اینکه کالاهائی را گرانتر خریداری نموده و یا نازلتر از نرخ معمولی آنها را بفروش رساند ورشکسته به تقصیر خواهد بود .

۴- اگر یکی از طلبکارها را پس از تاریخ توقف بر سایرین ترجیح داده و طلب او را پرداخته باشد .

در بند اخیر قانونگذار برای جلوگیری از تضرر سایر طلبکاران پس از اعلان توقف تاجر، حق انتقال اموالش را به برخی از طلبکاران، از او سلب نموده است، زیرا اموال مزبور باید بین بستانکاران به نسبت طلب آنان تقسیم گردد و هرگونه نقل و انتقالی، تحت شرایط مذکور نه تنها قابل استرداد می‌باشد بلکه تاجر، ورشکسته به تقصیر نیز محسوب خواهد شد .

در خاتمه در صورت اثبات یکی از شرایط چهارگانه فوق الذکر، دادگاه ملزم به صدور حکم ورشکستگی به تقصیر تاجر مقصر می‌باشد و بدیهی است برابر ماده ۵۴۳ ق . ت . احراز سوء نیت یا حسن نیت تاجر و مآلاء مجازات چنین تاجری با دادگاه کیفری می‌باشد .

ب- موارد اختیاری صدور حکم ورشکستگی به تقصیر .

برابر ماده ۵۴۲ ق . ت . در موارد ذیل تاجر ورشکسته ممکن است ورشکسته به تقصیر اعلان شود :

۱- اگر به حساب دیگری و بدون آنکه عوضی دریافت نماید تعهداتی کرده باشد که نظر به وضعیت مالی او در حین انجام آنها، آن تعهدات فوق العاده باشد .

مثلاً " تاجری که سرمایه او یک میلیون ریال است بلاعوض از کسی به مبلغ دو میلیون ریال ضمانت نماید .

۲ - اگر عملیات تجارتي او متوقف شده و مطابق ماده ۴۱۳ این قانون رفتار نکرده باشد . همان طوری که اشاره شد تاجر باید در ظرف ۳ روز از تاریخ توقف از ادای دیون یا سایر تعهدات نقدی ، توقف خود را به دفتر دادگاه حقوقی یک محل اقامت خود اظهار کرده و صورت حساب دارائی و کلیه دفاتر تجارتي خود را به دفتر محکمه مزبور تسلیم نماید که در غیر این صورت دادگاه حق دارد تاجر متخلف را ورشکسته به تقصیر اعلان نماید .

۳ - اگر از تاریخ اجرای قانون تجارت مصوب ۲۵ دلو ۱۳۰۳ و ۱۲ فروردین ۱۲۰۴ خرداد ۱۳۰۴ دفتر نداشته یا دفاتر او ناقص یا بی ترتیب بوده یا در صورت دارائی وضعیت حقیقی خود را اعم از قروض و مطالبات بطور صریح معین نکرده باشد (مشروط بر اینکه در این موارد مرتکب تقلبی نشده باشد) .

در این بند قانگذار تاجری را که دفاتر کامل تجاری نداشته و یا آنکه دفاتر خود را بطور ناقص و نامرتب نگهداری نموده است (۱۲) و یا بالاخره صورت دارائی خود را تنظیم ولی وضع واقعی دارائی مزبور را بطور صریح نشان نداده است ، ورشکسته به تقصیر محسوب می کند مشروط بر آنکه در موارد مذکور سوء نیتی نداشته و مرتکب تقلبی نشده باشد .

بعنوان یادآوری متذکر می شود که تاجر بر ماده ۶ ق . ت . لاقول ملزم به نگهداری دفاتر تجارتي : روزنامه - کل - دارائی - کپی می باشد و این دفاتر باید توسط اداره ثبت شرکتها پلمپ شده و سپس مطابق آئین نامه نحوه تنظیم و نگهداری دفاتر مصوب ۱۳۵۲/۱۱/۳ و اصول حسابداری عمل و نگهداری شود (۱۳) .

اما تعقیب تاجر ورشکسته به تقصیر بنا به تقاضای مدیر تصفیه (پس از تصویب اکثریت بستانکاران) ، دادستان ، یا هر یک از طلبکاران بعمل می آید (مواد ۵۴۴ و ۵۴۷ ق . ت .

۱۲ - در این مورد حکم شماره ۳۳۶۰ - ۱۲۳۰/۸/۱۵ شعبه ۲ دیوان عالی کشور می گوید : " شق ۳ ماده ۵۴۲ قانون تجارت ناظر به مواردی است که تاجر دارای دفتر نبوده یا دفتر ناقص داشته باشد نه اینکه دارای دفتر بوده ولی اساساً " ابراز نمی کند و چون راه تحقیق در این قسمت بسته نیست و ممکن است بوسایل قانونی قضیه را کشف نمود و در صورت بروز دفتر حقیقت روشن شود لذا صدور حکم بر ورشکستگی به تقصیر قبل از تحقیق مزبور صحیح نخواهد بود . "

۱۳ - دکتر عرفانی (محمود) ، حقوق تجارت (جلد اول) شامل : اعمال تجارتي تجار - دفاتر تجارتي - برات - سفته - چک ، انتشارات جهاد دانشگاهی سال ۱۳۶۵ ص

در صورتی که اگر تعقیب تاجر ورشکسته به تقصیر از طرف دادستان به عمل آمده باشد هزینه دادرسی آن به هیچ وجه به عهده هیئت طلبکاران نمی باشد. اما در صورت انعقاد قرارداد ارفاقی ماه مورین اجرا فقط موقعی می توانند هزینه مزبور را از تاجر ورشکسته وصول نمایند که مدت های تعیین شده در قرارداد مزبور منقضی شده باشد (ماده ۵۴۵ ق. ت. ت.). اگر مدیر تصفیه بنام بستانکاران، ورشکسته به تقصیر را تعقیب نماید در صورت براءت تاجر ورشکسته هزینه تعقیب به عهده هیئت بستانکاران می باشد ولی در صورت محکومیت تاجر مقصر، هزینه مزبور به عهده دولت است لکن دولت حق دارد مطابق ماده ۵۴۵ ق. ت. ت. به تاجر ورشکسته مراجعه نماید (ماده ۵۴۶ ق. ت. ت.).

حال اگر تعقیب از طرف یکی از طلبکاران بعمل آمده باشد و ورشکسته به تقصیر، براءت حاصل نماید هزینه دادرسی به عهده طلبکار مزبور است اما در صورت محکومیت ورشکسته مورد بحث، هزینه به عهده دولت خواهد بود (ماده ۵۴۸ ق. ت. ت.). بطوریکه اشاره شد عنوان ورشکستگی به تقصیر در قانون شماره ۸۵ - ۹۸ مورخ ۲۵ ژانویه ۱۹۸۵ فرانسه پیش بینی نشده است.

بخش دوم - ورشکستگی به تقلب (۱۴)

ورشکستگی به تقلب در حقوق فرانسه قبلاً "جرم از درجه جنائی محسوب و مرتکب به حبس با اعمال شاقه محکوم می شد ولی مواد ۴۰۲ و ۴۰۴ قانون جزای فعلی فرانسه، جرم مذکور را از درجه جنحه محسوب و مرتکب آنرا به حبس از ۱ تا ۵ سال مجازات می نماید. در حقوق آلمان برابر ماده ۲۳۹ به بعد قانون ۱۰ فوریه ۱۸۷۷ مجازات ورشکسته به تقلب حبس با اعمال شاقه است. قانون تجارت ایران مجازات ورشکسته به تقلب را به قانون جزا احاله کرده است. ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی در این مورد مقرر می دارد: "کسانیکه به عنوان ورشکستگی به تقلب محکوم می شوند و همچنین کسانیکه همدست آنها محسوبند، مجازات آنها حبس از ۳ تا ۵ سال است". (۱۵) و با توجه به ماده ۱۹۸ و ۲۱۷ قانون اصلاح موادی از قانون آئین داد رسی کیفری (۱۶) رسیدگی بجرم مذکور در صلاحیت دادگاه کیفری ۲ می باشد.

قانونگذار موارد اعلان ورشکستگی به تقلب را در ماده ۵۴۹ ق. ت. بشرح زیر احصاء نموده است:

۱- دفاتر تجارتي خود از روی عمد و سوء نیت مفقود نماید .

۲- قسمتی از دارایی خود را مخفی کند .

در این مورد حکم شماره ۲۶۱- ۲۵/۱/۳۱ شعبه ۲ دیوان عالی کشور عیناً "نقل می شود: " موضوع ماده ۵۴۹ قانون تجارت این است که تاجر ورشکسته با سوء نیت دارایی خود را مخفی نماید و تنها ننوشتن قسمتی از دارایی در صورت دارایی خود، ملازمه با مخفی نمودن مال مقرون به سوء نیت ندارد و ممکن است خودداری از معرفی آن با غرض و جهات دیگری باشد. بنابراین دادگاه بایستی از جهت اینکه آن قسمت از دارایی خود را بمنظور مخفی داشتن، جزء صورت نیاورده یا بمنظور دیگری بوده رسیدگی و اعمال نظر نموده و سپس حکم مقتضی صادر کند " (۱۷).

۳- قسمتی از دارایی خود را به طریق مواضعه و معاملات صوری از بین ببرد .

۴- به وسیله اسناد یا به وسیله صورت دارایی و قروض به طور تقلب به میزانی که در واقع مدیون نمی باشد خود را مدیون قلمداد نماید .

چنین تاجری پس از محکومیت بعنوان ورشکسته به تقلب ممکنست از حقوق اجتماعی نیز برابر مقررات محروم گردد (۱۸).

راجع به تقاضای تعقیب تاجر ورشکسته تحت عنوان ورشکسته به تقلب و مخارج آن برابر مواد ۵۴۵ تا ۵۴۸ ق. ت. که قبلاً " توضیح داده شد عمل می شود .

در این جا این سوال مطرح می شود که آیا دادگاه کیفری، در صورتی که حکم ورشکستگی تاجر از دادگاه حقوقی صادر نشده باشد می تواند راساً " ورشکسته به تقلب را تحت همان عنوان مجازات نماید یا خیر؟

۱۷- مجموعه رویه قضائی، احمد متین، قسمت کیفری ص ۳۴۲

۱۸- ماده ۱۴ قانون راجع به مجازات اسلامی، درباره مجازات تبعی مقرر می دارد: هرکس بعلت ارتکاب جرم عمدی، به حکم تعزیری محکوم شود، دادگاه می تواند محکوم علیه را به عنوان متهم حکم تعزیری مدتی از حقوق اجتماعی محروم و نیز از اقامت در نقطه یا نقاط معین ممنوع یا به اقامت در محل معین مجبور نماید .

رای اصراری شماره ۲۰۵ - ۱۳۴۹/۲/۲۶ هیئت عمومی دیوان عالی کشور (۱۹) حاکی از جواز رسیدگی به اتهام ورشکستگی به تقلب قبل از صدور حکم توقف از دادگاه مدنی می باشد. قبل از بیان رای هیئت مزبور، به شرح خلاصه ای از جریان پرونده امر می پردازیم.

الف - خلاصه ای از جریان پرونده

- در سال ۱۳۲۴ شخصی بنام آقا جان ذهابیان باتفاق دو فرزندش به اسامی بابا و یعقوب شرکت تضامنی آقا جان ذهابیان و پسران را به منظور صادرات و واردات و معاملات مجاز تشکیل می دهند و فرزند دیگریش بنام هوشنگ بعداً "وارد شرکت مزبور می شود. هریک از شرکاء فوق به تنهایی سمت مدیریت شرکت را قبول و منفرداً "حق اتخاذ تصمیم و امضاء اوراق لازم و متعهد آور را دارا می شود.

- شرکاء شرکت تضامنی ذهابیان در سال ۱۳۲۶ شرکت دیگری بنام شرکت سهامی خاور دور را در همان محل شرکت تضامنی تاسیس می نمایند و آقای حسنعلی نصر را که رئیس شعبه بازار بانک بازرگانی بوده به سمت بازرس شرکت سهامی تعیین می نمایند.

- نقشه تحصیل اعتبار هنگفت از ناحیه حسنعلی طرح می شود که مآلاً "سفته های صوری به عنوان پوشش ضمانت نامه ها که حتی متعهد و متعهد له آن یکی از مدیران بوده صادر می شود (مثلاً "متعهد له سفته ها شرکت تضامنی و شرکت خاور دور متعهد آن بوده است) مورد قبول حسنعلی واقع و اعتبار و ضمانت نامه بدون پشتوانه به شرکت تضامنی مزبور اعطاء می نماید و شرکاء شرکت مذکور نیز مفاصا حساب از فروشنده خارجی دریافت نمی نمایند تا بانک پس از ارائه آنها، سفته های مورد وثیقه را باطل کند.

- حکم ورشکستگی شرکت تضامنی ذهابیان در تاریخ ۱۳۴۰/۷/۵ صادر می شود ولی تاریخ توقف ۴۰/۵/۲۲ تعیین می گردد.

- مدیر تصفیه بهنگام رسیدگی به حساب شرکت، دفاتر را از مدیران شرکت تضامنی ورشکسته مطالبه لکن مدیران مزبور از دادن آنها به مدیر تصفیه خودداری می نمایند. مدیر تصفیه نیز شرکت تضامنی ذهابیان را به دادسرا ورشکسته به تقصیر اعلام می کند.

(۱۹) ضمیمه روزنامه رسمی کشور شماره ۱۲۲ سال ۱۳۴۹ ص ۳۳۹۷ الی ۳۴۴۲

- دکتر علی آبادی (عبدالحسین)، موازین قضائی هیئت عمومی دیوان عالی

کشور (جزائی): جلد سوم، انتشارات حسینییه ارشاد، تهران ۱۳۶۳ ص ۲۵۴ و بعد

از طرف دیگر بانک بازرگانی تقاضای تعقیب همه شرکاء شرکت تضامنی ذهابیان را بعلت مفقود شدن دفاتر توسط مدیران بعنوان ورشکسته به تقلب و کلاهبرداری و حسنعلی را بعنوان خیانت در امانت و معاونت در کلاهبرداری در دادسرا تعقیب می نماید .

— چون هوشنگ در سوئیس بوده است دادسرا از دولت سوئیس توسط مراجع دیپلماسی تقاضای استرداد وی را می کند محکمه فدرال سوئیس در مورد کلاهبرداری هوشنگ با تقاضای استرداد موافقت می نماید ولی در مورد ورشکستگی به تقلب او تقاضای دادسرا را با این استدلال که تعقیب متهمی به عنوان ورشکسته به تقلب وقتی جایز است که محکمه مدنی به ورشکستگی او رای داده باشد و چون محکمه ایرانی تقاضای ورشکستگی متهم را نپذیرفته است رد نموده و از استرداد هوشنگ به عنوان ورشکسته به تقلب خودداری می نماید .

— بموجب کیفرخواست مورخ ۱۳۴۳/۷/۱۲ پرونده کلاسه ۵۵۲۳/۱ دادسرای

تهران ، سه نفر به اسامی و اتهامات زیر تحت تعقیب کیفری قرار می گیرند :

۱ — بابا ذهابیان فرزند آقا جان متهم به ورشکستگی به تقلب و شرکت

کلاهبرداری ؛

۲ — هوشنگ ذهابیان فرزند آقا جان متهم به ورشکستگی به تقلب و شرکت در

کلاهبرداری ؛

۳ — حسنعلی نصر فرزند صادق متهم به خیانت در امانت و معاونت در کلاهبرداری

با اشخاص فوق الذکر .

ضمناً " پرونده نسبت به آقا جان ذهابیان و فرزندش یعقوب ذهابیان مفتوح بوده است دادسرا در کیفرخواست مزبور برای هوشنگ، از لحاظ اتهام ورشکستگی به تقلب به علت عدم موافقت دادگاه فدرال سوئیس با استرداد او (ماده ۲۳ قانون استرداد مجرمین) (۲۵) درخواست رسیدگی غیابی و نسبت به اتهام کلاهبرداری نامبرده تقاضای رسیدگی حضوری نموده و پرونده متهمین را به دادگاه جنائی استان مرکز ارجاع می نماید .

— شعبه سوم دادگاه جنائی استان مرکز در رسیدگی به پرونده مذکور در جلسه

مقدماتی خود چنین نظر می دهد :

(۲۵) — ماده ۲۳ لایحه قانونی استرداد مجرمین مصوب ۱۳۳۹ مقرر میدارد :

" شخصی را که استرداد او مورد قبول واقع شده نمی توان با اتهام جرم دیگری که قبل از تاریخ استرداد مرتکب گردیده مورد تعقیب قرار داد یا مجازات نمود مگر با جلب رضایت دولت مسترد کننده " .

هوشنگ دو اتهام دارد: یکی کلاهبرداری، دیگری ورشکستگی به تقلب در مورد اتهام ورشکستگی به تقلب او برابر ماده ۲۳ قانون استرداد محاکمه‌فیبی متهم مزبور مقدر نیست. بابا نیز دو اتهام دارند: کلاهبرداری - ورشکستگی به تقلب. در مورد ورشکستگی به تقلب چون مدیر یا شریک شرکت تضامنی به مجرد ورود در شرکت تاجر شناخته نمی‌شود و اشتغال به تجارت در مورد مدیر یا شریک شرکت تضامنی دلیل بر تاجر بودن او نیست زیرا مدیر یا شریک شرکت نماینده شخص حقوقی شرکت تضامنی محسوب می‌شود و بنام شخص مزبور کار می‌کند نه بنام خود و برابر ماده ۱۳ قانون تجارت: تاجر کسی است که شغل معمولی خود را اعمال تجارتي قرار دهد به عبارت دیگر در اعمال خود مستقل باشد نه نماینده دیگری و مطابق ماده ۱۷ آئین دادرسی کیفری تعقیب متهم به عنوان ورشکسته به تقلب، وقتی جایز است که محکمه مدنی حکم ورشکستگی او را داده باشد و چون محکمه مزبور چنین رای نداده است لذا برابر ماده ۱۳ قانون محاکم جنائی، قرار عدم قابلیت تعقیب "بابا" و "هوشنگ" را برای اتهام ورشکستگی به تقلب و قرار عدم صلاحیت محکمه جنائی را به اعتبار صلاحیت محکمه جنحه برای رسیدگی به اتهام کلاهبرداری آنان و اتهامات حسنعلی صادر (خیانت در امانت و معاونت در کلاهبرداری) می‌نماید و نسبت به دادخواست مدعی خصوصی نیز به علت عدم صلاحیت در امر جزائی قرار عدم صلاحیت صادر می‌کند.

- دادسرای استان مرکز از قرار مزبور فرجام‌خواهی می‌کند، شعبه ۱۲ دیوان عالی کشور به موضوع رسیدگی و به موجب دادنامه شماره ۵۸۴ - مورخ ۴۴/۲/۲۹ با تفاق آراء قرار فرجام‌خواسته را به استناد ماده ۴۳۵ آئین دادرسی کیفری نقض و رسیدگی پرونده را به دادگاه صادر کننده قرار فرجام‌خواسته ارجاع می‌نماید.

- پس از طرح مجدد پرونده در شعبه سوم دادگاه جنائی استان مرکز، شعبه مزبور به همان علل و جهات اولیه که قرار منقوض مبتنی بر اساس آن بوده دادنامه خود را در تاریخ ۱۳۴۵/۹/۳۰ صادر می‌نماید.

- دادسرای استان مرکز از دادنامه مزبور فرجام‌خواهی نموده و متذکر می‌گردد که چون دادنامه مورد بحث، مخالف با رای ۵۸۴ شعبه ۱۲ دیوان عالی کشور و جهات نقض مذکور در آن می‌باشد اصراری بوده (۲۱) و طبق ماده ۴۶۳ آئین دادرسی کیفری - مورد

(۲۱) - آرائی که به اصراری معروف شده اند در مواردی است که بین شعب دیوان عالی کشور و محاکم ماهوی اختلاف باشد و رای صادره از طرف هیئت عمومی دیوان مزبور فقط برای دادگاهی که مامور ختم دعوی می‌شود لازم الاتباع خواهد بود (ماده ۵۷۶ قانون آئین دادرسی مدنی و ماده ۴۶۳ قانون آئین دادرسی کیفری).

فرجامخواهی مجدد دادسرای استان مرکز می‌باشد .

ب - رای هیئت عمومی و ارزیابی ادله استنادی

— هیئت عمومی دیوان عالی کشور پس از مشاوره و استماع نظریات دادستان کل کشور در این مورد به اکثریت چنین رای می‌دهد :
" استدلال عمده دادگاه جنائی در مقام امتناع از رسیدگی با اتهام ورشکستگی به تقلب این است که :

اولا " — آنچه در مقام موافقت با استرداد مورد قبول قرار گرفته اتهام کلاهبرداری بوده نه ورشکستگی به تقلب .

ثانیا " — بموجب ماده ۱۷ قانون آئین دادرسی کیفری (۲۲) صدور قبلی حکم توقف از دادگاه حقوق ضرورت داشته که هیچ‌یک صحیح نیست زیرا :

۱ — با توجه بارکان جرم ورشکستگی متقلبانه بشرح منعکس در ماده ۵۴۹ قانون تجارت و مقایسه ارکان آن با ارکان جرم کلاهبرداری مذکور در ماده ۲۳۸ قانون جزا ورشکستگی به تقلب نوع خاصی از کلاهبرداری است که برای آن بدلیل وجود کیفیات مشدد مجازات سنگین‌تری پیش بینی شده و در مقام موافقت با استرداد بطور کلی رسیدگی با اتهام کلاهبرداری مورد قبول قرار گرفته بوده و با وجود این موافقت تشخیص وجود یا فقدان کیفیات مشدد منحصرا در صلاحیت مرجع قضائی رسیدگی کننده با اتهام کلاهبرداری بوده ، بخصوص که رسیدگی به کیفیات مذکور در مقام تعیین میزان و نوع مجازات موثر شناخته شده و قابلیت تفکیک از رسیدگی با اتهام کلاهبرداری نداشته .

۲ — ماده ۱۷ قانون آئین دادرسی کیفری اساسا " شمول بمورد ندارد زیرا علاوه بر اینکه مقررات مربوط به افلاس صریحا " نسخ گردیده و بهمین دلیل مبنای مقایسه نمیتوانسته است واقع شود . آنچه در صلاحیت دادگاه حقوق شناخته شده ، رسیدگی به موضوع وقفه در پرداخت دیون بازرگان بعلت سلب قدرت پرداخت در سر رسید دین می‌باشد که ملازمه قطعی با رسیدگی به ارکان جرم خاص ورشکستگی به تقلب ندارد تا دادگاه

۲۲ — ماده ۱۷ آئین دادرسی کیفری هرگاه ثبوت تقصیر متهم منوط است

بمسائلی که محاکمه و ثبوت آن از خصائص محاکمه حقوقی است مثل حق مالکیت و افلاس امر جزائی تعقیب نمی‌شود و اگر تعقیب شد معلق می‌ماند تا حکم قطعی از محکمه حقوق صادر شود "

جزانیازند بصدر قرار اناطه (۲۳) باشد و آنچه در مقام رسیدگی بدعوی ورشکستگی به تقلب ضرورت دارد، احراز تظاهر به ورشکستگی بدون داشتن کمبود موجودی و یا تظاهر بوجود کمبود به میزان بیشتر از مقدار واقعی آن و در هر حال احراز قصد سوءاستفاده از حقوق طلبکاران از طریق توسل بوسائل متقلبانه می باشد که علی الاصول در صلاحیت مرجع رسیدگی به دعوی جزائی شناخته شده، از اینرو قرار و حکم فرجا مخواستہ باکثریت آراء و از تمام جهات نقض می شود و رسیدگی به شعبه دیگر دادگاه صادر کننده قرار و حکم محول است " (۲۴).

ملاحظه می شود که بر مبنای استدعای تمیز ثانوی (۲۵) از طرف دادسرای استان از دادنامه ای که از دادگاه جنائی مخالف بارای دیوان عالی کشور و جهات نقص مندرج در آن صادر گردیده بوده هیئت عمومی دیوان مزبور با استناد به ماده ۴۶۳ آئین دادرسی کیفری رای اصراری فوق الذکر را صادر می نماید در ارزیابی ادله ابرازی رای مذکور می توان گفت:

۱- دادگاه جنائی استدلال نموده که موافقت دولت خارجی با استرداد احد از متهمین از لحاظ اتهام کلاهبرداری متهم مذکور بوده است نه به لحاظ اتهام ورشکستگی به تقلب او و مالا " دادگاههای ایران باید متهم را فقط به اتهام کلاهبرداری تعقیب نمایند و از طرف دیگر به موجب ماده ۱۷ آئین دادرسی کیفری برای تعقیب متهم استرداد شده به اتهام ورشکستگی به تقلب صدور حکم قبلی از دادگاه حقوقی ضروری می باشد زیرا قید افلاس در ماده مذکور جنبه تمثیلی دارد نه حصری. از طرف دیگر تعویض لغت و یا نسخ آن مصداق آن را در صورتی که مشمول لغت دیگر نشود از بین نمی برد و مصداق افلاس در مورد تاجر مشمول لغت ورشکستگی است، و اگر قانون اعسار ۲۵ آذر ماه ۱۳۱۳ قانون اعسار و افلاس ۲۵ آبان ماه ۱۳۲۵ را نسخ نموده دلیلی نیست که قصد الغاء مصداق افلاس را هم از نظر اناطه برای تاجر داشته است.

۲- استدلال دادگاه جنائی از نظر هیئت عمومی دیوان عالی کشور بنا به دلائل زیر مردود می باشد:

23- Proe judiciaire

اناطه از منوط می آید: یعنی تعقیب جزائی مواجه می شود با مسئله ای که با یکی از ارکان جرم بستگی دارد که رسیدگی بآنها از خصائص دادگاههای حقوقی است مانند تخریب ملک غیر که در آن مالکیت، متنازع فیه باشد.

۲۴ - ضمیمه روزنامه رسمی، ماخذ یاد شده، ص ۳۴۴۲

25- Second Pourvoi

اولاً، "ورشکستگی به تقلب نوع خاصی از کلاهبرداری است زیرا هر دو در توسل به وسائل متقلبانه و بردن مال غیرمشترک می‌باشند ولی برای ورشکستگی به تقلب برابر ماده ۲۳۶ قانون مجازات عمومی ناظر بر ماده ۵۴۹ قانون تجارت مجازات سنگینتری (جنائی) نسبت به کلاهبرداری ماده ۲۳۸ قانون مجازات عمومی (جنحه) پیش‌بینی شده است که تشخیص کیفیات مشدد مذکور در صلاحیت محاکم رسیدگی‌کننده ایرانی به اتهام کلاهبرداری می‌باشد و رسیدگی به کیفیات مشدد موصوف برای تعیین میزان و نوع مجازات موثر شناخته شده منفک از رسیدگی به اتهام کلاهبرداری نمی‌باشد.

ثانیاً، "نظر به اینکه ماده ۱۷ آئین دادرسی کیفری صریحاً "نسخ گردیده شمول به مورد ندارد و نمی‌تواند مبنای مقایسه با ورشکستگی قرار گیرد. در غیر این صورت، منوط بودن صدور حکم توقف برای تعقیب جزائی موجب می‌شود که افراد شاید سالیان متمادی به اعمال متقلبانه خود به منظور حیف و میل اموال مردم مرتکب شوند و قطع و فصل دعاوی تجارتي کندتر از دعاوی غیر تجارتي خاتمه می‌پذیرد بدیهی است که به گردش ثروت و جلب اعتماد مردم به بنگاههای تجارتي، صنعتی و غیرو لطمه وارد می‌سازد.

ثالثاً، "رسیدگی به موضوع توقف از ادای دیون تاجر در سررسید دین ملازمه قطعی با رسیدگی بارکان جرم ورشکستگی به تقلب ندارد تا دادگاه جزا نیاز به صدور قرار اناطه داشته باشد.

رابعاً - در مقام رسیدگی به دعوی ورشکستگی به تقلب احراز تظاهر به ورشکستگی بدون داشتن کمبود موجودی و یا احراز تظاهر به وجود کمبود موجودی به میزان بیشتر از میزان واقعی آن، و در هر حال احراز قصد سوء استفاده از حقوق بستانگاران از طریق توسل به وسائل متقلبانه ضروری می‌باشد و اصولاً "رسیدگی به موارد فوق در صلاحیت محاکم جزائی می‌باشد.

بنا به جهات فوق قرار و حکم فرجام‌خواسته به اکثریت آراء و از تمام جهات نقض گردیده و به شعبه دیگر دادگاه صادر کننده قرار و حکم محول شده است.

رای اصراری هیئت عمومی بشرح فوق قابل انتقاد بنظر می‌رسد زیرا هیئت مزبور حتی توقف عملی تاجر را که در حکم شماره ۲۶۴۲ مورخ ۲۵/۱۰/۲۷ شعبه دیوان عالی کشور به شرح زیر و بطور منطقی بیان شده مورد توجه قرار نداده است: "احکام مقرر در ماده ۵۵۳ و ۵۵۴ قانون تجارت وقتی جاری است که اعمال مذکور در مواد ۵۵۱ و ۵۵۲ و ۵۵۳ را اشخاص در مورد شخص ورشکسته اعمال نمایند بنا بر این در صورتی که حکم ورشکستگی تاجر صادر نشده باشد شرط اصلی تحقق جرم فراهم نیست و نمی‌توان بصرف اینکه تاجر مزبور عملاً "متوقف بوده

حکم محکومیت جزائی داد (۲۶) و هیئت مزبور فقط احراز تظاهر به ورشکستگی بدون داشتن کمبود موجودی و یا احراز تظاهر به وجود کمبود موجودی به میزان بیشتر از واقعی آن و بالاخره احراز سوءاستفاده از حقوق طلبکاران به وسایل متقلبانه را، با در نظر گرفتن قسمتی از آراء قضائی فرانسه (قبل از سال ۱۳۵۵) (۲۷) کافی به محکومیت متهم به ورشکستگی به تقلب دانسته است. بدیهی است آراء و نظریات مخالفی نیز در این زمینه به دلایل عدم رعایت تساوی بین طلبکاران یا صدور آراء متناقض و اشتباه قضائی وجود دارد. بهمین دلیل قانون شماره ۵۶۳ - ۶۷ مورخ ۱۳ ژوئیه ۱۹۶۷ فرانسه (۲۸) نظریه مخالفین را مورد توجه قرار داده و در بند ۴ ماده ۶ خود صلاحیت دادگاههای حقوقی را در رسیدگی به توقف از ادای دیون و صدور حکم به عنوان اصل پذیرفته و میگوید: "بدون صدور حکم، تسویه حساب قضائی یا تصفیه اموال از توقف از ادای دیون حاصل نمی شود" (۲۹) بعبارت دیگر توقف از ادای دیون تاجر بدون صدور حکم از دادگاه حقوقی هیچگونه اثری در تسویه حساب قضائی یا تصفیه اموال شخص متوقف مزبور ندارد. از طرف دیگر، قانون مزبور در قبول صلاحیت استثنائی محاکم جزائی در ماده ۱۳۹ پیش بینی می کند که: حکم محکومیت ممکن است به عنوان ورشکستگی به تقصیر یا تقلب یا جرائم مشابه آنها از دادگاه کیفری صادر گردد حتی اگر حکم توقف از ادای دیون صادر نشده باشد.

با این ترتیب رای اصراری شماره ۲۵۵ - ۱۳۴۹/۲/۲۶ هیئت عمومی دیوان عالی کشور که در جهت توسعه صلاحیت دادگاههای کیفری صادر گردیده است امروزه قابل دفاع نمی باشد.

ج - نتیجه

به نظر می رسد با توجه به شدت مجازات و اینکه امکان دارد اشخاص غیر تاجر به چنین محکومیتی بدون اینکه محق باشند محکوم گردند اصلح است که بدوا "در دادگاه

۲۶ - مجموعه رویه قضائی تألیف احمد متین صفحه ۳۴۲

27- RIPERT (G), ROBLLOT (R); Droit Commercial, t2, Ed. PARIS. 1973. P. 593.

28- Code de Commerce, éd. PARIS, 1972-73. P. 273

29- Art.G. Al.4. "En l'absence de Jugement, le règlement Judiciaire Ou la liquidation des biens ne résulte Pas du fait de la cessation des Paiements."

حقوقی توقف از ادای دیون و تاجر بودن که از عناصر تشکیل دهنده جرم می‌باشند احراز شده و پس از صدور حکم ورشکستگی پرونده در دادگاه کیفری جهت رسیدگی به جرم ورشکستگی به تقلب او مطرح گردد و منصفانه نیست که فقط به ملاحظه رعایت اصل سرعت در امور تجاری و گردش ثروت موجبات محکومیت افراد غیر تاجر بطور عجولانه با کیفیات مشدد فراهم گردد. ولی با قبول اصل صلاحیت دادگاههای حقوقی در رسیدگی به دعاوی ورشکستگی و صدور حکم، بطور استثنائی می‌توان به مراجع کیفری اجازه داد که مرتکب یا مترتکبین جرم ورشکستگی به تقصیر یا تقلب را بدون صدور حکم ورشکستگی از دادگاه حقوقی تحت تعقیب قرار دهند بشرط آنکه عناصر متشکله جرم که عبارتند از: ۱- تاجر بودن ۲- توقف از ادای دیون ۳- ارتکاب تقصیر یا توسل به وسایل متقلبانه و بردن مال غیر را احراز نمایند ضمناً "رویه قضائی جدید فرانسه به قاضی کیفری برای تشخیص عناصر تشکیل دهنده جرم اختیار کامل داده است (۳۵)

قانون شماره ۸۵ - ۹۸ مورخ ۲۵ ژانویه ۱۹۸۵ فرانسه بمنظور حمایت از واحدهای تولیدی، صنعتی، تجاری، خدماتی و غیره و حفظ منافع جامعه و پیشرفت اقتصادی کشور در ماده ۱۹۶ (۳۱) خود مقررات جزائی ورشکستگی با ارتکاب جرم را علاوه بر تاجر به پیشه ور و به مدیران شرکتهای تجاری یا اشخاص حقوقی غیر تجاری که فعالیت اقتصادی دارند و همچنین نمایندگان داعمی اشخاص حقوقی در شرکتهای مذکور، تحت شرایطی، قابل اعمال دانسته است و با این ترتیب قانونگذار به دادگاههای کیفری فرانسه امکان بیشتری داده تا بتواند مدیران و دست اندرکاران واحدهای موصوف را ولو اینکه غیر تاجر باشند در صورت ورشکستگی توأم با ارتکاب جرم، به مجازات محکوم نماید.

با توجه به مراتب فوق اصلاح بعضی از مواد مربوطه ورشکستگی به تقصیر و تقلب قانون تجارت ایران ضروری بنظر می‌رسد.

30- Crim. 21 Fev. 1973, Bulletin Criminel 1973, P.88

Crim Bo Jain. 1971, Bulletin Criminel 1971. P. 214.

Crim 25 Fev 1958, Bulletin Criminel 1958. P.188.

31- Journal officiel, 25 Janvier 1985, Op.Cit.P.1097.



قانون و حکومت در اسلام

الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على سيدنا محمد وآل الطاهرين
پیش از ورود در اصل مطلب مناسب است به اختصار به تعریف قانون و حکومت بپردازیم
قانون چیست؟ قانون لفظی است معرب از اصل یونانی (Kanon)^۱ یا از اصل
سریانی^۲ یا رومی^۳ و به احتمال ضعیف از فارسی^۴.
در لغت برای لفظ قانون معانی متعددی ذکر شده است از قبیل: رسم، دستور،
پاسا، مقیاس، سؤال، طرز و غیره^۵. در اصطلاح دانشمندان، قانون به ضابطه کلیه‌ای
گفته می‌شود که بر افرادی منطبق، و حکم همه آن افراد از آن ضابطه شناخته می‌شود^۶.
این اصطلاح چنانکه در مورد امور اعتباری از قبیل قوانین موضوعه بکار برده می‌شود،
در مورد امور حقیقی از قبیل مسائل ریاضی و طبیعی و غیره نیز جریان دارد، به همین اعتبار
است که قانون را به طبیعی و وضعی تقسیم کرده‌اند^۷.
در این جا مقصود از قانون همان قانون وضعی است که قانون گذاران، حقوقدانان،
قضات، سیاستمداران و امثالهم لفظ قانون را در مورد آن بکار می‌برند. بنابراین در تعریف
آن باید گفت: قانون دستورالعملی است کلی که از طرف افراد یا گروه‌های صاحب صلاحیت

۱- مرحوم دکتر معین، پاورقی برهان قاطع، به نقل از دائره المعارف اسلام.

۲- شرح مطالع وحاشیه ملا عبدالله یزدی در تعریف منطق.

۳- تاج العروس.

۴- تاج العروس، المعجم الوسیط.

۵- برهان قاطع، المعجم الوسیط، فرهنگ نفیسی، لغتنامه دهخدا و غیره.

۶- تاج العروس. شرح مطالع و غیره در تعریف منطق.

۷- تاریخ حکومت و قانون، آغاز کتاب. اگر مقصود از لفظ طبیعی در این تقسیم

طبیعی به معنای خاص باشد این تقسیم حاضر نیست زیرا شامل قوانین هندسی و ریاضی
و غیره نمی‌شود.

برای انتظام امور جامعه وضع می‌شود. بدیهی است جامعه‌ای که قانون برای آن وضع شده در صورت وجود شرائط و فقد موانع باید عمل خود را بر آن تطبیق دهند.

مقصود از لفظ ((باید)) این نیست که قانون وضعی پیوسته دستورالعملی است تحمیلی، زیرا اگر در جامعه استبداد و دیکتاتوری حکمفرما باشد مساله همین طور است یعنی قوانین دستورالعملهائی هستند تحمیلی، اما در جوامع آزاد که عقیده دارند قوانین باید با طبیعت جامعه سازگار باشد ریا در جامعه‌ای که مقررات اسلامی در آن حکمفرما است که از مصالح و مفاسد واقعه‌ای نوعیه سرچشمه گرفته‌اند بدون شک در این نوع جوامع، مردم خردمند، آگاه و معتدل قوانین را خود به‌طور طبیعی و بدون فشار به مرحله اجرا درمی‌آورند و به هیچوجه اجرای قانون در مورد آنها نیازی به تحمیل و فشار ندارد.

حکومت چیست؟ حکومت در لغت به معنای فرمانروایی و داوری و مانند آن است^۱ و در اصطلاح گرچه از معنای لغوی آن به دور نرفته است اما در هر حال امری است اعتباری و حقیقت ثابت و لایتنغیری ندارد، به معنای عام و وسیع حتی سازمانهائی را که جماعتی، حزبی و گروهی بین خود به وجود آورده تا نیازهای صنفی و گروهی خود را رفع کنند، اصول خاصی را در زندگی اجتماعی خود حاکم کرده تا روابط بین افراد خود را سامان دهند و اختلالی بین آنها پدید نیاید شامل می‌گردد، اما به معنای خاص که معمولاً "لفظ حکومت به همان معنی انصراف دارد عبارت است از سازمانی که مردم یک محدوده جغرافیائی خاص برای تعیین وظایف و حقوق افراد، گروهها، سازمانهای دولتی و خصوصی و غیره به وجود می‌آورند. این سازمان با وضع مقررات و قوانین در رفع نیازها، تامین منافع، از بین بردن اصطکاکها و بطور کلی برآوردن مقتضای زندگی عمومی اتباع خود کوشش می‌نماید. نظام حاکم حکومت، گردانندگان آن هیئت حاکمه و جامعه مورد حکومت ملت نامیده می‌شود. جامعه و ملتی که حکومت در آن واقع است ممکن است کوچک باشد ممکن است بزرگ، از یک حزب و گروه تشکیل شده باشد یا از احزاب و گروههای متعدد، همه افراد آن یک دین و مذهب داشته باشند یا دین و مذهبهای مختلف، دارای یک رنگ پوست باشند یا چند رنگ، زبان مشترک داشته باشند یا خیر. آنچه باید مورد توجه باشد این است که در موارد قابل اصطکاک مانند: مسائل فرهنگی، سیاسی، شعائر دینی و مذهبی و مانند اینها در مقام وضع قوانین و مقررات، همواره باید حقوق اکثریت در اولویت قرار گیرد، اما مسائلی که بر این گونه نیست از قبیل انجام مراسم مذهبی و ملی، احوال شخصی بدون تردید، آزادی گروههای مختلف مذهبی و مانند آن هیچگونه محذوری در برنخواهد داشت.

حکومت خصوصا " با توجه به معنای عام و وسیع آن دارای انواع متعددی است که حتی حکومت‌های ملوک الطوائفی را دربرمی‌گیرد. اما حکومت به معنای خاص، اصول متداول آن از سه نوع خارج نخواهد بود: استبدادی، مشروطه، سلطنتی و جمهوری، لیکن نوع چهارمی هم برای آن وجود دارد که تنها برای مسلمانان قابل درک است و در زیر بدان اشارت خواهد رفت:

۱ - حکومت استبدادی، و آن حکومتی است تابع اراده، شخص، ملت آنرا بخواهد یا نخواهد. در این نوع حکومت، قوانین موضوعه، قبلی وجود ندارد، برفرض هم وجود داشته باشد تابع اراده، همان فرد حاکم است، تنها او است که تصمیم می‌گیرد، تصمیم خود را تغییر می‌دهد، اجراء آنرا معلق می‌گذارد، بکلی آنرا نسخ می‌کند. خلاصه هرچه بخواهد می‌کند، تنها به نفع خود می‌اندیشد نه به مصلحت ملت. این نوع حکومت جز زور، ستم، زیان و تباهی نتیجه‌ای در برنخواهد داشت، برفرض هم که حاکم فرد دلسوز، خیرخواه و مصلحت‌اندیش ملت باشد باز بر اساس صحیحی استوار نخواهد بود.

بنظر اینجانب حکومت‌های حزبی و اقلیتها گرچه نامهای دیگری بر خود نهند و ادعای آزادی و به اصطلاح دموکراسی هم بکنند باز چنانچه تابع اراده، همان اقلیت و حزب حاکم باشد باز از این نوع حکومت خارج نخواهد بود. مگر این که حزب، حزبی فراگیر باشد و این امری است که معمولا " در نهایت استبعاد است.

۲ - حکومت مشروطه، سلطنتی، و آن حکومتی است تابع اصول و قوانین تصویب شده که احیانا " حقوق و وظائف همه افراد و گروهها و سازمانها را تعیین کرده است، ولی در راس حکومت خاندان واحدی قرار دارد که سلطنت و ریاست حکومت در میان آنها بطور توارثی دست بدست می‌گردد. این حکومت گرچه بظاهر تابع اصول و قوانین مصوبه است ولی غالباً " در واقع حکومتی است استبدادی، چرا که خاندان سلطنتی که در رأس این حکومت قرار دارد برای حفظ مقام و موقعیت خود ناگزیر با قدرتهای فائقه، جهانی سازش می‌کند و ناگزیر هر قرارداد و قانون وغیره را که آنها بخواهند بر این خاندان تحمیل می‌کنند و خاندان هم ناچار است همه را اجرا کند والا با بدترین وضع روبرو خواهد شد و احیانا " با فجیعترین صورتی سرنگون و به هلاکت خواهد رسید لذا خود را ناچار می‌داند که همه قوای مملکت را در اختیار خود داشته باشد تا بتواند همه خواسته‌های قدرتها را به انجام رساند و احیانا " خوش رقصی هم بکند و این منشاء همه مفاسدی است که در حکومت استبدادی وجود داشت، بلکه از آن هم بدتر است زیرا همه اعمال خلاف و ننگین خود را با مجلس قانونگذاری که در اختیار دارد قانون جلوه می‌دهد. بدترین عیب این

نوع حکومت این است که یک خاندان ناهاب بدون دلیل موجه با پشتوانهٔ مجلسی که در اختیار دارد پیوسته بر مردم بیچاره سروری و سالاری می‌کند و فخر می‌فروشد.

۳- حکومت جمهوری: این نوع حکومت هم تابع اصول و قوانین است، نقائص حکومت سلطنتی را هم ندارد، رئیس حکومت یعنی: رئیس جمهوری با آراء آزاد مردم برای مدت محدودی انتخاب می‌شود، بلکه احياناً " برای سقوط او هم در مواقع ضرورت پیش‌بینی‌هایی براساس آراء مردم بعمل می‌آید، لذا به آن حکومت جمهوری دمکراتیک گویند. بلکه سایر اعضای هیئت حاکمه نیز بطور غیر مستقیم براساس آراء مردم انتخاب می‌شوند. در بین حکومت‌هایی که ذکر شد این نوع بهترین نوع حکومت است و به آن حکومت مردم بر مردم گویند.

آری در حکومت‌های جمهوری احياناً " ریاست جمهور بر مبنای آراء مردم انتخاب نمی‌شود، بلکه دست‌نشاندهٔ متنفذان، کارخانه‌داران، سران احزاب و سرمایه‌داران است، است این نوع حکومت مانند حکومت پادشاهان آلت دست قدرتهای بزرگ است زیرا درست است که ریاست جمهور حتی در این نوع حکومتها توارشی نیست، ولی به علت شرائط خاصی که دارد مورد تأیید قدرتها است؛ برای بقاء او اسباب چینی می‌کنند و احياناً " مادام‌العمر برمسند قدرت و فرمانروائی باقی است و چه بسا با تأیید مستقیم یا غیر مستقیم قدرتها برای پس از خود هم جانشین تعیین می‌کند، این جانشین هم معمولاً " از قماش خود او است لذا از نظر قدرتهای خارجی هیچگونه تفاوتی میان این حکومت و حکومت سلطنتی وجود ندارد و همهٔ مفاسدی که در حکومت‌های سلطنتی وجود دارد در این نوع حکومت هم وجود دارد.

در عین حال این‌گونه حکومتها و همچنین حکومت‌های مشروطهٔ سلطنتی سعی دارند خود را مردمی نشان دهند، قوانین موضوعهٔ خود را قوانینی عادلانه و طبق خواستهٔ مردم جلوه دهند و در این مورد معمولاً " هیچگونه موفقیتی بدست نمی‌آورند.

۴- نوع دیگری از حکومت وجود دارد که نه حکومت فرد یا حزب است بر مردم و نه حکومت به اصطلاح مردم بر مردم، بلکه حکومت خداوند است بر مردم و می‌توانید آنرا حکومت قانون بر مردم بنامید. زیرا در این حکومت، شارع مقدس اسلام قوانین و مقرراتی را وضع فرموده است و رهبری کاملاً " آگاه، عادل، باتقوی، خبیر، عارف به مسائل زمان، مدیر و مدبر را خصوصاً " یا عموماً " تعیین نموده است تا آن قوانین را پیاده کند، غیر مسلمانان از این نوع حکومت خبر ندارند لذا نامی از آن نبرده‌اند، اما مسلمانان که بر این عقیده‌اند که خداوند عالم به سر و خفیات است، همهٔ کلیات و جزئیات را می‌داند، بر کلیهٔ

مصالح و مفسدات افعال بشر آگاه است، چنانکه تکوینا " خالق و به وجود آورنده موجودات است تشریعا " هم مقنن قوانین و احکام مقدسه اسلام است، احکامی را که خداوند جعل فرموده است تابع مصالح و مفسدات نوعیه نفس الامریه است و ضامن سعادت بشر، تنها او است که شایسته قانونگذاری است، قوانینی را که وضع فرموده مقصود او صرفا " وضع قانون نبوده بلکه وضع فرموده است تا بین افراد جامعه پیاده شود، این دو سمت یعنی: شارع و مقنن قوانین اسلام بودن و حاکم و مجری آن قوانین بودن یکی یعنی شرع و تقنین را خود مستقیما " متصدی شده و لذا او را شارع گویند، دیگری یعنی حکومت و اجراء را برای دیگران در نظر گرفته است، حاکمان و مجریان بعضی به خصوص تعیین شده اند، و آن پیامبر است و جانشینان او علیهم الصلوه والسلام، و بعضی به نحو عموم، و برای آنان ضوابطی تعیین شده است، و آن فقیهان جامع الشرائط است.

این نوع حکومت بهترین نوع حکومت است و حکومت اسلامی نام دارد. جمهوری اسلامی در مقام پیاده کردن این نوع حکومت است. با توجه به آنچه قبلا " دانسته شد و بعدا " بیشتر توضیح داده خواهد شد وجه تسمیه این حکومت به حکومت خداوند بر مردم یا حکومت قانون بر مردم روشن شد.

پس از تعریف قانون و حکومت و تقسیم حکومت به اقسام گذشته اکنون در مقام توضیح بیشتر می گوئیم: احکام در شریعت مقدسه اسلام مانند دیگر قوانین دارای دو مرحله است: جعل و اجراء. اجراء هم برد و نوع است: قضاء و حکومت. به اختصار هر یک از این عناوین سه گانه را توضیح خواهیم داد:

۱ - مرحله جعل و تشریح احکام. این مرحله دارای مراتبی است:

مرتبۀ اول - مرتبۀ نفس جعل و تشریح. این مرتبه - چنانکه در گذشته اشاره شد - اولا " وبالذات به خود خداوند اختصاص دارد. ((إِنَّ الْحُكْمَ لِلَّهِ آمْرًا لَا تَعْبُدُوا)) (یوسف ۴۰) " تکوینا " خالق و تشریعا " شارع است " إله الخلق والأمر " (اعراف ۵۴).

مرتبۀ دوم - مرتبۀ تبلیغ یا تبشیر و انذار. این مرتبه به پیامبر گرامی اسلام - صلی الله علیه و آله - اختصاص دارد ((یا ایها الرسول بلغ ما أنزل الیک من ربک وإن لم تفعل فما بلغت رسالتہ)) (مائده ۶۷) ((وما أرسلناک إلا مبشرا و نذیرا)) (اسراء ۱۰۵)

اما اطلاق لفظ شارع بر آن حضرت (ص) مجاز است به لحاظ این که اولین مبلغ و مبین احکام الهی است والا - چنانکه اشاره شد - مقام تشریح به خداوند - جلت عظمته - اختصاص دارد.

مرتبه سوم - مرتبه حفظ ، نشر و تبیین احکام کتاب و سنت . این مرتبه وظیفه امامان - علیهم السلام - است ، روایات در این باب فوق حد تواتر است ، در این روایات ، امامان ، حجج خداوند ، شهداء او بر خلق ، راهنمایان مردم ، خلفاء خداوند در زمین ، درهای ورود به او ، مبین معالم دین و عناوین بسیاری دیگر از این قبیل شمرده شده است (اصول کافی ج ۱)

مرتبه چهارم - مرتبه استنباط و افتاء . این مرتبه وظیفه فقیهان عادل جامع الشرائط است و در آن هیچگونه اشکال و خلافی وجود ندارد بدیهی است این وظائف با سایر وظائفی که بر عهده پیامبر (ص) ، امامان (ع) و فقیهان نهاده شده هیچگونه منافاتی ندارد .
۲ - قضا و داوری . در این مسأله هم هیچگونه اشکال و خلاف نیست که منصب قضا منصبی است که خداوند به پیامبر خود و وی به امامان و امامان هم به جانشینان خود یعنی فقهاء جامع الشرائط تفویض نموده اند . آیات و روایات هم بر آن دلالت دارد .

۳ - حکومت و فرمانروایی میان جامعه . این مرحله که مهمترین مسأله مورد بحث ما است مانند مرحله قبل بموجب آیات شریفه قرآن کریم از طرف خداوند سبحان به پیامبر گرامی اسلام (ص) اعطاء شده است . خداوند می فرماید : ((النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ)) (احزاب ۶) ((مَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ)) (احزاب ۳۶)

از طرف آن بزرگوار هم به امامان - علیهم السلام - تفویض شده است ، در غدیر خم می فرماید : ((مَنْ كُنْتُ مَوْلَاهُ فَهَذَا عَلِيٌّ مَوْلَاهُ)) (اخبار بسیاری هم بطور مطلق بروجوب اطاعت از ایشان دلالت دارد ، و یا بروجوب رجوع به ایشان در مثل حدود و تعزیرات و تصرف در اموال قاصران و سایر امور حسبی ، و نیز براین که ایشان اولی الامر و یا حجج خدا بر خلق اند و همچنین روایات بسیار دیگر (متاجر ، ولایت فقیه)

از طرف امامان - علیهم السلام - هم به فقهاء جامع الشرائط تفویض شده است :
العلماء امانة الرسل ، مجاری الامور بيد العلماء بالله الامناء على حلاله وحرامه ، علماء امتي كاتبياء بني اسرائيل ، هم حجتي عليكم و روایات بسیار دیگر . (متاجر ، ولایت فقیه) .

بنابراین طبق این روایات و ضوابطی که در آنها ذکر شده است به یقین فقیه جامع الشرائط برای تمام مناصبی که به آن اشاره شد صلاحیت دارد ، اعم از آن که مردم به او رای بدهند یا خیر ، آری مردم مسلمان یقیناً " کسی را که واجد شرائط است خواهند پذیرفت ، اگر این پذیرش را آراء ایشان بدانیم مردم به او رای داده اند لیکن این رای موضوعیت ندارد یعنی برای کسی که او را پذیرفته اند صلاحیت نمی آورد بلکه صلاحیت او بجهت

ضوابطی است که در او وجود داشته است، این آراء از آثار و توابع آن صلاحیت است. آری در پاره‌ای از موارد این آراء در به وجود آمدن منصب حکومت تأثیر دارد توضیح این که:

۱ - چنانچه واجد شرائط و ضوابط حکومت تنهایی باشد به یقین اوتعیین پیدا خواهد کرد و آراء در آن تأثیری نخواهد داشت.

۲ - چنانچه واجدین شرائط متعدد باشند، در صورتی که یکی بردیگران راجح باشد مسلماً " و مقدم است و آراء در آن هیچگونه تأثیری ندارد.

۳ - اگر در صورت تعدد واجدین شرائط، هیچکدام بردیگران رجحانی نداشته باشد، در این صورت است که اکثریت آراء پذیرندگان موجب تقدّم فرد صاحب رأی بیشتر می‌شود، یعنی تنها او واجد صلاحیت می‌گردد.

۴ - در فرض سابق چنانچه آراء افراد، برابر باشد: اگر صاحبان رأی همه به نفع یکی از افراد کنار روند چنانکه با توجه به عدالت و تقوای ایشان جز این امر از آنان متوقع نمی‌باشد - هیچگونه محذوری از این تعدد صاحبان رأی پدید نمی‌آید.

۵ - و اگر هیچکدام به نفع دیگری کنار نروند، در صورت امکان عملی جمع، شورای رهبری تشکیل می‌شود، و عدم تحقق اکثریت آراء هیچگونه اثر سوئی در مسأله حکومت پدید نمی‌آورد.

۶ - در همین فرض چنانچه امکان جمع وجود نداشته باشد برای اینکه در جامعه فساد و تباهی رخ ندهد بر خردمندان جامعه ضرورت دارد که یکی را برای حکومت برگزینند. بر همین اساس است که در قانون اساسی ما مجلس دیگری بنام مجلس خبرگان پیش بینی شده است.

علاوه بر ادله نقلیه‌ای که برای مسأله ولایت فقیه ذکر شد این مسأله باید مورد توجه قرار گیرد که اساساً این مسأله از قضایائی است که دلیل آن با خود آن است (از قضایائی است که قیاساتهما معها) چرا که اگر پذیرفته شود که قوانین اسلام قوانینی است پیچیده و لازم الاجراء بدون شک متخصص اجراء آن جز فقیه عادل مدیر مدبر نخواهد بود. اگر گفته شود: بنا بر آنچه ذکر شد ممکن است یک فرد (فقیه جامع الشرائط) جامع جمیع مناصب باشد و این با اصل تفکیک قوی منافات دارد.

در پاسخ گفته می‌شود: جمع مناصب در یک فرد هیچگونه محذوری ندارد و چه بسا اصلح و بلکه احياناً " لا بُد منه باشد، نهایت این که چون یک نفر نمی‌تواند همه این مناصب را با مسائل زیاد و پیچیده‌ای که در بردارند خود بشخصه متصدی باشد باید با همکاری و کمک افراد صالح و شایسته سازمانهایی را به وجود آورند و تحت اشراف خود

همه مسائل را حل و فصل نمایند و هیچگونه محذوری پدید نمی‌آید. و مسأله تفکیک قوی اگر مقصود از آن صرف عدم امکان تصدی همه این مناصب است ولو بنحو مذکور، ابداً وجه صحیحی برای آن وجود ندارد و اگر مقصود این است که متصدیان مستقیم یا غیر مستقیم نیروها نباید هیچکدام در وظائف و موارد عمل دیگران دخالت کنند امری است صحیح ولی ربطی به سؤال بالا ندارد.

در اینجا مناسب است به نحو اختصار به چند مسأله اشاره شود.

- ۱- اگر گفته شود: بنابراین که قوانین در جمهوری اسلامی همان قوانین الهی است پس مجلس شورای اسلامی چه عملی انجام می‌دهد؟ در پاسخ گفته می‌شود: مجلس شورای اسلامی می‌تواند کارهای بسیاری از جمله امور زیر را انجام دهد:
 - ۱- قوانین اسلامی را به صورت روز ماده و تبصره بندی کند و بطور روشن و مشخص کلیه ضوابط و شروط را ذکر کند.
 - ۲- چون موضوعات احکام و قوانین غالباً "امور عرفی هستند حدود و ثغور آنها را دقیقاً بررسی و تعیین کند.

۳- در مواردی که شارع مقدس رحمةً سکت فرموده و یا تنها به ذکر ضوابطی کلی قناعت نموده و یا فرضاً بطور کلی تعیین وظیفه را به دست ما سپرده است مجلس شوری می‌تواند آنطور که مصلحت عامه اقتضا می‌کند و با هیچیک از مقررات شرع منافاتی ندارد قانون را موضوعاً "محمولاً" مشخص کند. بدیهی است در صورت تنافی، خردمندان شایسته جامعه (شورای نگهبان) برآورد تنافی اتفاقی را یادآوری می‌کند تا اصلاح شود.

۴- مقررات و ضوابطی به وجود می‌آورد که با وجود آنها بهتر بتوان قوانین و احکام اسلامی را اجراء نمود.

۵- عنداللزوم با توجه به مسأله ولایت فقیه قوانینی به صلاح جامعه وضع کند.

۶- در مسائل مستحدثه بر وفق اصول و ضوابط اسلامی راه حل‌هایی ارائه دهد. و امور دیگری از این قبیل.

۲- اساساً در مسائل اسلامی شور مصداق پیدا می‌کند؟

آری به موجب آیات قرآنی و روایات بسیار شور امری است مشروع و مستحسن، بلکه احیاناً واجب، بموجب آیه شریفه: *وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ* خود پیامبر (ص) به مشاوره مأمور بود لیکن نه در نفس احکام، بلکه در همه چیز دیگر از جمله: نحوه استنباط احکام، راه بهتر اجرا کردن احکام، برگزیدن افراد برای مناصب مختلف و مسائل بسیار دیگر، بدیهی است پس از مشورت، مقام اجرائی خود قاطعانه باید تصمیم بگیرد.

۳- مهمترین قوانینی که در جمهوری اسلامی در دوره اول قانونگذاری وضع شده است بطور خلاصه فهرست می‌شود:

مهمترین قوانین تصویب شده در دوره اول قانونگذاری

- قانون تشکل با زرسی کل کشور که مشتمل بر ۱۴ ماده و ۵ تبصره در تاریخ ۶۰/۷/۱۹ بتصویب رسیده است.

- قانون دیوان عدالت اداری مشتمل بر ۲۵ ماده و ۹ تبصره در تاریخ ۶۴/۱۱/۱۴ بتصویب رسیده است.

- قانون وزارت اطلاعات مشتمل بر ۱۶ ماده و ۱۸ تبصره در تاریخ ۶۲/۵/۲۷ بتصویب رسیده است.

- قانون تصویب اساسنامه سپاه پاسداران انقلاب اسلامی و جهاد سازندگی

- قانون حدود و قصاص و مقررات آن مشتمل بر ۱۹۵ ماده و ۲۹ تبصره است و طبق اصل ۸۵ بتصویب کمیسیون امور قضائی مجلس رسیده است و شورای نگهبان تأیید نموده است و برای ۵ سال بطور آزمایشی اجرا می‌شود و در تاریخ ۶۱/۶/۳ بتصویب رسیده است.

- قانون انتخاب مجلس شورای اسلامی مشتمل بر ۸۹ ماده و ۵۱ تبصره در تاریخ ۶۲/۱۱/۹ بتصویب رسیده است.

- قانون ابطال اسناد فروش قنات آب و اراضی موقوفه که در رژیمهای سابق بفروش می‌رفته است.

- قانون نهضت سوادآموزی که به عنوان اساسنامه در هشت ماده و ۶ تبصره در تاریخ ۶۳/۳/۳ بتصویب رسیده است.

- قانون الزام دولت جهت بازسازی واحیاء مناطق روستائی کشور بوسیله ایجاد خدمات و امکانات رفاهی صنعتی و فرهنگی و بهداشتی که به صورت ماده واحد با یک تبصره در روز ۶۳/۱۰/۱۲ بتصویب رسید.

- قانون بهداشت کار، دهان و دندان بمنظور گسترش خدمات درمانی و بهداشتی در روستاها - این قانون در ماده واحد و یک تبصره در تاریخ ۶۳/۱/۲۳ بتصویب رسید.

- قانون تأسیس دانشگاه بین‌المللی اسلامی ایران که در ۲۴ ماده و ۵ تبصره در تاریخ ۶۲/۱۰/۱۹ بتصویب رسید.

- قانون تشکیلات شوراهای اسلامی کشوری که در ۵۳ ماده و ۲۶ تبصره در تاریخ ۶۱/۹/۹ بتصویب رسید.

قانون مجازات اسلامی که مشتمل بر ۲۱۱ ماده و ۲۹ تبصره است و طبق اصل ۸۵ بتصویب کمیسیون رسید و شورای نگهبان آنرا برای مدت پنج سال تأیید کرده است

دکتر ایرج گلدوزیان

نقش دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی و مقررات آن در حل اختلافات ناشی از فعالیتهای بین‌المللی و موقعیت حقوقی جمهوری اسلامی ایران در داوری بین‌المللی

توسعه روزافزون فعالیتهای بازرگانی بین‌المللی و سفارشها و قراردادهای بیشماری که در سطح جهانی برای کالاها و سرمایه‌گذاریها و استفاده از خدمات فنی و اختراعات ثبت شده و مهارت‌ها منعقد می‌گردد موجب شده است که تعداد و نوع اختلافات ناشی از فعالیتهای اقتصادی بین‌المللی نیز افزایش یابد. در برخی از کشورها دادگاه صلاحیتدار برای رسیدگی به اختلافات ناشی از قراردادهای تنظیمی (جز در مواردی که ترتیب دیگری، از طرفین داده شده باشد) دادگاه محل انعقاد قرار داد می‌باشد. کما اینکه از نظر حقوق داخلی ایران نیز ماده ۹۶۸ قانون مدنی تعهدات ناشی از عقود را تابع قانون محل وقوع عقد دانسته است. بنابراین چنانچه اختلافی در زمینه تعهدات ناشی از قرار دادهای تنظیمی با اشخاص خارجی در ایران پیش‌آید، در صورت عدم تعیین مراجع حل اختلاف خارجی، مراجع قضائی ایران صالح برای رسیدگی خواهند بود. حال ملاحظه می‌شود که بازرگانان با ملیتهای مختلف مقیم در کشورهای گاهی بسیار دور از هم، در حالیکه علی‌الاصول از سیستم حقوقی و اصول محاکمات معتبر در کشورهای طرف قرارداد خود ناآگاه هستند طبیعتاً "در قبول مراجع قضائی کشورهای خارجی اکراره دارند. بعلاوه همانطور که فیلیپ-فوشارد بیان داشته است) (تجارت مزبور از این بیم دارند که (در کشور طرف قرارداد) به نحو نامطلوبی با آنان رفتار شود، این عدم شناخت مقررات کشور طرف قرارداد و وجود اختلاف بین قواعد ماهوی کشور و احیاناً "فقدان راه‌حلهای حقوقی و همچنین در بیشتر موارد بدبینی‌های سیاسی، هر کدام به نوبه خود، دست‌اندر کاران تجارت بین‌الملل را به رد صلاحیت قضات عمومی کشور طرف قرارداد سوق می‌دهد. در عوض، داوری برای حل و فصل اختلافات بی‌آنکه موانعی در روابط طرفین اختلاف ایجاد نماید مقبول‌تر بنظر

می‌رسد. (۱)

توجه به مشکلات مزبور موجب گردیده است که محافل بازرگانی بین‌المللی درصدد جستجوی راه‌حل ساده و سریعتری برای حل و فصل دعاوی برآیند و از این نظر توسل به داوری رواج یافته و هرروز اهمیت بیشتری کسب می‌کند. اتاق بازرگانی بین‌المللی که مرکز آن در پاریس است با موقعیت خاصی که دارد شصت سال پیش به اهمیت و قابلیت انعطاف سیستم داوری در رسیدگی به اختلافات پی‌برد و در مقام بنیانگذاری تشکیلاتی برآمد که جوابگوی این نیاز به نحو احسن باشد.

دیوان مزبور در واقع تنها مرجعی است که بدون در نظر گرفتن محدودیت‌های ملی یا منطقه‌ای و صرف نظر از موضوع اختلاف به بازرگانان و صاحبان صنایع جهان خدمت می‌کند.

بعلاوه همانطور که موضوع یکی از مسائل مطروحه در اجلاس شصتمین سالگرد دیوان داوری اتاق تجارت بین‌المللی (۱۱ تا ۱۴ اکتبر ۱۹۸۳ برابر با ۱۹ تا ۲۲ مهر ۱۳۶۲) نیز به رجوع دولتها به داوری مزبور اختصاص داشته است، اعتبار و صلاحیت ذاتی دیوان مزبور جلب اطمینان اشخاص مختلف را نموده است بنحوی که بعضی از دولتها نیز با همه اکراهی که از قبول داوری دارند، در برخی از موارد از آن استفاده نموده‌اند.

ضمناً "گاهی فعالیت‌های بین‌المللی برای سازش دادن طرفین اختلاف و دعوی تا حدوی موفقیت آمیز بوده است بطوری که برخی از اختلافات و دعاوی حتی قبل از ارجاع به داور (توسط اتاق بازرگانی بین‌المللی) بطور دوستانه حل و فصل گردیده است.

ارزشیابی عملکرد دیوان مزبور به نقل از محققین گزارشگر در اولین جلسه متشکله در مراسم شصتمین سالگرد دیوان داوری حاکی از این ادعاست که این نوع داوری چه موضوعاً "و چه از نظر اشخاص ذینفع بیطرفانه است. زیرا که قضات مربوط به یک کشور ضمن اینکه در بیشتر موارد بیطرف هستند، در پاره‌ای موارد که یکطرف دعاوی طرح شده دارای تابعیت کشور آنها بوده، تنها بخاطر اینکه با طرف دعوی مزبور هم زبان بوده و از مفاهیم حقوقی واحدی تبعیت می‌کنند بیطرفی خود را از دست داده‌اند.

1- Philippe Fouchard: L'arbitrage commercial international, DALLOZ, 1965, P.3.; No 31 et s. CITE, DANS "ROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL" PAR YVON LOUSSOURAN ET JEANS-DENIS BERDIN, P. 86.

برعکس با ارجاع امر به داوری تجارت بین‌المللی، طرفین اختلاف و دعوی با اراده خاص خود رسیدگی یک مرجع بیطرف را می‌پذیرند. (۱)

بیطرفی دیوان‌دوری در امر داوری از طرق مشروحه زیر تامین و تضمین شده است:

الف - بیطرفی از طریق تابعیت داوران =

جزء ۲ از ماده ۶ مقررات سازش و داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی که از این به بعد اختصاراً "مقررات ا. ب. ب." اطلاق خواهد شد، دیوان را ملزم می‌کند که در مقام تعیین داور منفرد یا رئیس دادگاه داوری (چنانچه رسیدگی به اختلاف با سه داور باشد) داوری را انتخاب نماید که دارای تابعیتی غیر از تابعیت طرفین دعوی است.

ب - بیطرفی از طریق انتخاب آزاد محل داوری

محل جغرافیائی عامل روانی مهم در داوری بیطرفانه بشمار میرود. برای مدعی همیشه مطلوب نیست که برای طرح شکایت و دعوی به مراجع قضائی کشور متبوع طرف دعوی خود مراجعه کند و مخارج تغییر جا را که گاهی هم بسیار سنگین است تحمل بنماید. حل مشکل مزبور با امکان انتخاب محل و سرزمینی بیطرف امتیازی است که داوری بین‌المللی در اختیار طرفین دعوی و اختلاف قرار می‌دهد.

ج - بیطرفی از طریق حق انتخاب زبان دادرسی

در داوریهای بین‌المللی، استفاده از زبانی که برای طرفهای دعوی آشنا باشد مورد توجه است، یکی از بزرگترین امتیازات داوری بین‌المللی اینست که به داوران و طرفهای دعوی اجازه داده شود تا زبان مورد استفاده در رسیدگی را انتخاب نمایند. معذک عموماً "قبول زبان مورد استفاده در قرارداد، برای انجام داوری مفروض است.

1- Soixantieme anniversaire de la Cour d'Arbitrage,
premiere séance. Commentaire de J.P. Bouyssonie, p.1.

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل یکصد و سی و نهم در مورد داوری صراحتاً "مقرر می‌دارد: ((صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن بدآوری در هر مورد موکول به تصویب هیئت وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوی خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می‌کند.

ماده ۶۳۲ قانون آیین دادرسی مدنی ارجاع به داوری را صریحاً "پیش بینی و مقرر می‌دارد: کلیه اشخاصیکه اهلیت اقامه دعوی را دارند می‌توانند منازعه و اختلاف خود را اعم از اینکه در دادگاههای دادگستری طرح شده یا نشده باشد و در صورت طرح در هر مرحله که باشد بتراضی بدآوری یک یا چند نفر رجوع کنند. و طبق ماده ۹۵۸ قانون مدنی در مورد اهلیت تمتع از حقوق مدنی و اهلیت استیفاء هر انسان متمتع از حقوق مدنی خواهد بود لیکن هیچکس نمی‌تواند حقوق خود را اعمال و اجرا کند مگر اینکه برای این امر اهلیت قانونی داشته باشد تنها محدودیتی که وجود دارد مفاد ماده ۶۳۳ قانون مزبور است که طبق آن متعاملین می‌توانند در ضمن معامله یا بموجب قرارداد علیحده ملتزم شوند که در صورت بروز اختلاف بین آنها رفع اختلاف به داوری بعمل آید و نیز می‌توانند داوری یا داورهای خود را قبل از تولید اختلاف معین کنند معذک در مورد معاملات واقع بین اتباع ایران و اتباع خارجه طرف ایرانی نمی‌تواند مادام که اختلاف تولید نشده است بنحوی از انحاء ملتزم شود که در صورت بروز اختلاف حل آنرا بدآوری یک یا چند نفر و یا بدآوری هیئتی رجوع نماید که آن شخص یا اشخاص و یا آن هیئت دارای همان تابعیت باشد که طرف معامله دارد و هر قرار داد که مخالف این حکم باشد در قسمتی که مخالفت دارد باطل و بلا اثر است

بنابراین ایرانی طرف قرارداد می‌تواند هرکسی را ولو با هر تابعیتی، غیر از کسی که دارای تابعیت طرف دیگر قرارداد باشد به عنوان داور انتخاب نماید. با توجه به مراتب بالا و دعاوی متعددی که له و علیه بخش دولتی و غیر دولتی کشور ما به عنوان خواهان، خوانده و یا خواهان متقابل در دیوان داوری ا. ب. ب مطرح است شناخت دیوان مزبور مفید بنظر می‌رسد.

لزوم قرار داد داوری در قسمت اول و سازش در قسمت دوم و داوری موضوع بحث قسمت سوم را به شرح زیر تشکیل می‌دهد:

قسمت اول - لزوم قرار داد داوری

طرح دعوی و اختلاف در دیوان داوری اتاق بازرگانی بین المللی مستلزم موافقت

بین طرفین اختلاف است اعم از اینکه این موافقت قبل از بروز اختلاف یا پس از آن حاصل شده باشد .

با وجود توافقنامه برای ارجاع اختلاف به داوری، طرفین مکلف به تبعیت از مقررات داوری بوده و استتکاف هیچیک از طرفین اختلاف مانع از رسیدگی یا قطع جریان داوری نمی‌شود .

بعلاوه در صورتی که دبیرخانه مرکزی دیوان داوری ا.ب.ب درخواست انجام داوری یکی از طرفین اختلاف را قبول نماید ولی قرارداد منعقد شده بین طرفین فاقد شرط داوری باشد ادامه جریان داوری مشروط به رضایت طرفین قرار داد است .

توافق بر ارجاع اختلاف و دعوی به دیوان داوری ا.ب.ب معمولاً " به صورت ماده مخصوصی که حاکی از شرط ارجاع به داوری است در قراردادها درج می‌گردد .

باید دقت نمود که ماده مزبور بنحوی تنظیم گردد تا در مفهوم آن هیچگونه ابهام و تردیدی وجود نداشته باشد . استفاده از متن زیر برای تصریح مراجعه به داوری به زبانهای مختلف از طرف ث . ث . ای توصیه شده است :

کلیه اختلافات ناشی از این قرارداد بر طبق مقررات سازش و داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی بوسیله داور یا داورانی که مطابق آن مقررات از طرف اتاق بازرگانی بین‌المللی تعیین می‌شوند بصورت قطعی و نهائی حل و فصل خواهد گردید . در عین حال طرفین قرارداد می‌توانند با اضافه کردن شرائط دیگری از قبیل تعیین مکان داوری، شمول قانون ملی خاص بر قرار داد، اختیار حل و فصل اختلاف بر اساس انصاف یا ملاحظات غیر حقوقی (حل و فصل دوستانه) تعداد داوران و بخصوص اختیار تعیین یک‌داور از طرف هر یک از طرفین قرار داد و تعیین سرداور با توافق داورهای مزبور و یا مستقیماً " از طرف دیوان داوری ا.ب.ب که مطمئن‌ترین نوع داوری است توافق ارجاع به داوری را تکمیل نمایند .

بررسی اعتبار ماده مربوط به توافق برداوری با داور یا داوران است که در صورت احراز بطلان ماده مربوط به داوری، مبادرت به صدور قرار عدم صلاحیت خود می‌نمایند .

قسمت دوم - سازش

سازش ماهیتاً " یک‌امر کاملاً " اختیاری و فقط با رضایت طرفین دعوی و اختلاف امکان‌پذیر است . سازش در کلیه موارد و بدون توجه به وجود یا فقدان موافقت نامه داوری

بین طرفین اختلاف میسر است مشروط براینکه طرفین مایل باشند اختلافات خود را بطور دوستانه حل و فصل نمایند .

الف - کمیسیون اداری سازش - کمیته‌های سازش

هرگونه اختلاف تجاری بین‌المللی می‌تواند مبنای تقاضایی برای حل اختلاف دوستانه از طریق کمیسیون اداری سازش ((ث . ث . ای)) باشد .
 هر کمیته ملی می‌تواند از یک تا سه نفر از اتباع مقیم پاریس خود را برای عضویت در کمیسیون مزبور نامزد کند تا رئیس‌اتاق بازرگانی بین‌المللی آنها را برای یک دوره دو ساله به این سمت منصوب نماید (بند ۱ ماده اول مقررات دیوان داوری ث . ث . ای) .
 برای رسیدگی به هر اختلاف یک کمیته سازش متشکل از سه عضو توسط رئیس‌اتاق بازرگانی معین خواهد شد .
 کمیته متشکل از دو عضو که حتی‌الامکان هر یک تابعیت یکی از طرفین اختلاف را دارد و یک نفر رئیس که تابعیت او غیر از تابعیت طرفین اختلاف است علی‌الاصول از بین اعضای کمیسیون اداری سازش خواهد بود (بند ۲ ماده اول مقررات) .

ب - درخواست سازش

متقاضی سازش باید از طریق کمیته ملی مربوط و یا بطور مستقیم به اداره مرکزی اتاق بازرگانی بین‌المللی مراجعه نماید .
 در صورت مراجعه مستقیم ، دبیرکل وصول درخواست او را به کمیته ملی مربوط اطلاع می‌دهد . تقاضای حل و فصل شامل شرح موضوع از نقطه نظر متقاضی به انضمام رونوشت اوراق و مدارک مربوطه و همچنین سپرده معین شده در جدول (ضمیمه مقررات) برای تامین هزینه‌هایی است که اداره مرکزی برای حل جریان سازش متحمل می‌گردد . (ماده دوم مقررات) .

ج - اقدامات کمیته سازش (مستفاد از ماده سه مقررات)

۱ - دبیرکل اتاق بازرگانی بین‌المللی بمحض وصول درخواست و اوراق و مدارک مربوطه و سپرده مقرر ، طرف اختلاف را مستقیماً " و یا از طریق کمیته ملی مطلع می‌سازد و از او دعوت بعمل می‌آورد که با حل اختلاف خود از طریق سازش موافقت نماید . و در صورت

موافقت نظرات خود را در باره موضوع کتبا " همراه با رونوشت اوراق و اسناد مربوطه و نیز سپرده هزینه‌های دبیرخانه مرکزی در مورد آن سازش به دبیرخانه مرکزی ارسال دارد .

۲- کمیته موضوع را مورد بررسی قرار می‌دهد و اطلاعات لازم را از طریق مکاتبه مستقیم با طرفین اختلاف و یا از طریق کمیته‌های ملی آنها کسب و در صورت امکان اظهارات طرفین را استماع مینماید .

۳- طرفین میتوانند شخصا" در برابر کمیته حاضر شوند و یا نماینده‌ای از سوی خود معین کنند .

در صورت حضور شخصی طرفین میتوانند مشاورین و وکلای همراه خود داشته باشند .

د- شرایط حل و فصل (مستفاد از ماده چهارم مقررات)

۱- کمیته سازش پس از رسیدگی به موضوع و در صورت امکان استماع بیانات طرفین ، شرایط حل و فصل را به طرفین ابلاغ مینماید .

۲- چنانچه توافقی حاصل شود ، کمیته سازش گزارش سازش راتهییه و امضاء می‌کند .

۳- هرگاه طرفین یا نمایندگان آنان در جلسه حضور نیابند کمیته شرایط سازش را به اطلاع کمیته های ملی مربوطه رسانده و از آنها تقاضا خواهد کرد که طرفین را به قبول سازش پیشنهادی ترغیب نمایند .

ه- حقوق طرفین در صورت عدم حصول توافق

۱- چنانچه سازش به نتیجه نرسد طرفین مختارند اختلاف خود را به داوری

ارجاع و یا از طریق دادگاههای صالح دنبال کنند مگر اینکه مقید به شرط داوری باشند .

۲- مطالبی که نزد کمیسیون سازش مطرح شده باشد در حقوق قانونی طرفین

اختلاف در دادگاه داوری یا در دادگاههای دادگستری بهیچوجه موثر نیست .

هیچک از اشخاصی را که برای حل اختلافی به عضویت کمیته سازش منصوب

شده باشند نمیتوان به عنوان داور برای حل و فصل همان اختلاف انتخاب

نمود .

قسمت سوم - داوری

الف - دیوان داوری (مستفاد از ماده اول مقررات دیوان داوری)

- ۱ - مرجع داوری بین‌المللی وابسته به اتاق بازرگانی بین‌المللی، دادگاه داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی است. اعضای دادگاه مزبور توسط شورای اتاق بازرگانی بین‌المللی منصوب می‌شوند. وظیفه دادگاه عبارتست از حل و فصل اختلافاتی بازرگانی با ویژگی بین‌المللی از طریق داوری برطبق مقررات مورد بحث.
 - ۲ - علی‌اصولاً دادگاه ماهی یک بار تشکیل جلسه می‌دهد. دادگاه خود مقررات داخلی مربوطه را تدوین می‌کند.
 - ۳ - رئیس دادگاه و یا قائم مقام او حق دارد در موارد ضروری از طرف دادگاه تصمیمات فوری اتخاذ نماید به شرط آنکه تصمیم خود را به اجلاسیه بعدی دادگاه گزارش دهد.
 - ۴ - دادگاه می‌تواند بترتیبی که در مقررات داخلی آن تعیین شده است حق اتخاذ تصمیم را به یک یا چند گروه از اعضای خود تفویض کند مشروط بر آنکه تصمیمات متخذه به اجلاسیه بعدی دادگاه گزارش شود.
 - ۵ - دبیرخانه دادگاه داوری در اداره مرکزی اتاق بازرگانی بین‌المللی مستقر است.
- ب - انتخاب داوران (مستفاد از ماده دوم مقررات دیوان داوری).

- ۱ - دیوان داوری خود به حل اختلافات مبادرت نمی‌کند، بلکه چنانچه طرفین دعوی خود ترتیب خاص دیگری نداده باشند، دیوان مزبور مطابق مفاد ماده دوم مقررات داوران را تعیین و یا داوران تعیین شده را تایید می‌کند. دیوان داوری در تعیین یا تایید داوران به مساله تابعیت داور و محل اقامت و به سایر روابط داوران پیشنهادی با کشورهای متبوع طرفین یا سایر داوران توجه می‌کند.
- ۲ - حل اختلاف ممکن است بوسیله داور منفرد یا بوسیله سه نفر داور انجام گیرد. در کلیه موارد اصطلاح داور برحسب مورد به معنی یک یا سه نفر داور است.
- ۳ - هرگاه طرفین موافقت نموده باشند که اختلافات آنها بوسیله یک داور حل و

فصل شود داور منفرد را باتوافق یکدیگر معین می‌کنند تا به تایید دادگاه برسد. چنانچه طرفین در مورد انتخاب داور منفرد طی سی روز از تاریخ ابلاغ درخواست داوری خواهان به خوانده به توافق نرسند انتخاب داور منفرد بوسیله دادگاه انجام می‌گیرد.

۴- هرگاه قرارداد داوری نسبت به انتخاب سه نفر داور تصریح داشته باشد هر یک از طرفین بترتیب در تقاضای داوری وجوانیه آن یکنفر داور برای تایید به دیوان داوری معرفی می‌کند. شخصی که بدین ترتیب معرفی می‌شود از طرفی که او را معرفی مینماید جدا و مستقل است.

چنانچه هر یک از طرفین داور خود را معرفی نکند، تعیین داور از طرف دادگاه صورت می‌گیرد. داور سوم که سمت ریاست دادگاه داوری را به عهده خواهد داشت از طرف دادگاه تعیین می‌شود مگر اینکه طرفین توافق کرده باشند که داوران معرفی شده بوسیله آنها در طی مهلت معینی نسبت به تعیین داور سوم اقدام نمایند. در این حالت دادگاه نفر سوم را تایید خواهد کرد. هرگاه دو نفر داور در طی مهلتی که طرفین یا دادگاه معین کرده نسبت به تعیین داور سوم به توافق نرسند داور سوم از طرف دادگاه تعیین می‌شود.

۵- چنانچه طرفین در مورد تعداد داوران توافق نکرده باشند، دادگاه به تعیین داور منفرد اقدام می‌کند مگر در مواردی که به نظر دادگاه ماهیت اختلاف تعیین سه نفر داور را ایجاب نماید و در این صورت هر یک از طرفین باید طی مهلت ۱۵ روزه داور خود را معرفی کند.

۶- در مواردی که دادگاه موظف است داور منفرد یا رئیس دادگاه داوری را تعیین نماید دادگاه یکی از کمیته‌های ملی اتاق بازرگانی بین‌المللی را برای پیشنهاد شخص مورد نظر مامور خواهد کرد.

داور منفرد یا رئیس دادگاه داوری از کشوری که غیر از کشورهای متبوع طرفین است انتخاب می‌شود. معذک در شرائط مناسب یا بشرط عدم مخالفت طرفین می‌توان داور منفرد یا رئیس دادگاه داوری را از اتباع کشور متبوع هر یک از طرفین انتخاب کرد.

در مواردی که دادگاه از جانب طرفی که داور خود را تعیین ننموده اقدام مینماید دادگاه از کمیته ملی کشور متبوع طرف مزبور درخواست می‌کند که شخصی را پیشنهاد نماید. در صورتی که کشور متبوع طرفی که داور خود را معرفی ننموده فاقد کمیته ملی باشد، دیوان داوری مجاز است هر شخصی را که صالح بداند انتخاب نماید.

۷- چنانچه هر یک از داوران مورد اعتراض هر یک از طرفین قرار گیرد، دیوان داوری تنها مرجع رسیدگی به اعتراض بوده و تصمیم آن قاطع است.

۸- هرگاه داور فوت شده یا بعللی قادر به انجام وظیفه نباشد یا در نتیجه اعتراض یکی از طرفین یا به دلائل دیگر مجبور به استعفا گردد یا چنانچه دیوان داور پس از بررسی نظرات داور تشخیص دهد که مطابق مقررات و در طی مهلت‌های معینه بوظایف خود عمل نکرده داور دیگری را بجای او تعیین مینماید و در تمام این موارد برطبق روش مقرر در بندهای ۳ و ۴ و ۶ فوق عمل خواهد شد.

ج- تقاضای داور (مستفاد از ماده سوم مقررات دیوان داور)

۱- هنگامیکه یکی از طرفین قراردادی خواستار داورى اتاق بازرگانی بین‌المللی باشد باید درخواست داورى خود را از طریق کمیته ملی مربوطه یا مستقیماً " به دبیرخانه دادگاه ارسال دارد. در صورت اقدام مستقیم دبیرخانه وصول درخواست را به کمیته ملی مربوطه اطلاع می‌دهد. تاریخ وصول درخواست به دبیرخانه دادگاه در عمل تاریخ شروع جریان داورى تلقی می‌گردد.

۲- درخواست داورى باید از جمله متضمن اطلاعات زیر باشد:

(۱) نام کامل، سمت و نشانی طرفین دعوی.

(۲) شرح و چگونگی موضوع اختلاف

(۳) قرار دادها و بخصوص توافق در مورد ارجاع اختلاف به داورى و مدارک یا

اطلاعاتی که وضع و موقعیت پرونده را به وضوح روشن کند.

(۴) کلیه مشخصات مربوط به تعداد داوران و نحوه انتخاب آنان براساس ماده

دوم مذکور در بالا.

۳- دبیرخانه نسخه‌ای از درخواست خواهان و مدارک پیوست آن را برای

پاسخگویی طرف دعوی می‌فرستد.

د- پاسخ به درخواست داورى (مستفاد از ماده چهارم مقررات دیوان داورى)

۱- خواننده دعوی باید ظرف ۳۰ روز از تاریخ وصول مدارک مذکور در بند ۳ ماده

سوم نظرات خود را در خصوص پیشنهادهای ارائه شده در باره تعداد داوران و انتخاب

آنان ابراز دارد و در صورت لزوم داور خود را پیشنهاد کند و در عین حال لایحه دفاعیه

خود را تهیه و با اسناد و مدارک مربوطه ارسال نماید. در موارد استثنائی خواننده می‌تواند

برای تهیه مدافعات و ارسال دفاعیه خود از مهلت بیشتری استفاده و از دبیرخانه تقاضای

تمدید مهلت کند. ولی در هر حال این تقاضا باید حاوی نظرات خواننده راجع به تعداد

داوران و انتخاب آنان و در صورت لزوم معرفی یک نفر داور باشد. در صورتیکه طرف دعوی از این اقدامات سرباز زند، دبیرخانه مراتب را به دیوان داوری اطلاع می‌دهد و دیوان مزبور جریان داوری را بر مبنای مقررات مربوطه دنبال مینماید.

هـ- ادعای متقابل (مستفاد از ماده پنجم مقررات دیوان داوری)

- ۱- چنانکه خواننده دعوی بخواهد دعوی متقابلی طرح کند باید این ادعا را همراه جوابیه‌ای که مطابق ماده چهارم مقررات داوری می‌دهد به دبیرخانه بفرستد.
- ۲- خواهان می‌تواند ظرف ۳۰ روز از تاریخ ابلاغ دعوی متقابل به او، جوابیه خود را در اینمورد به دبیرخانه ارسال نماید.

و- مدافعات و اظهارات کتبی- اخطاریه‌ها و مراسلات (مستفاد از ماده ششم مقررات دیوان داوری)

کلیه مدافعات و اظهارات کتبی طرفین و همچنین مدارک پیوست به آنها باید در نسخ کافی تهیه شود تا برای هر یک از طرفین و هر یک از داوران نسخه‌ای ارسال گردد و یک نسخه نزد دبیرخانه باقی بماند.

کلیه اخطاریه‌ها یا مراسلات دبیرخانه و داور بشرط تسلیم در مقابل رسید یا ارسال از طریق پست سفارشی به نشانی دریافت کننده یا آخرین نشانی مشخص او که توسط خود او یا طرف مقابل در اختیار دبیرخانه گذارده شده است معتبر می‌باشد. اخطاریه‌ها و مراسلات از تاریخی که به دست گیرنده برسد و یا بر مبنای بند پیش به دست او یا وکیل او رسیده باشد ابلاغ شده محسوب می‌گردد.

ز- فقدان موافقت نامه راجع به داوری (مستفاد از ماده هفتم مقررات دیوان داوری)

چنانچه بین طرفین هیچگونه توافقی در باره داوری حاصل نشده باشد و یا موافقت نامه‌ای وجود داشته باشد ولی در آن اتاق بازرگانی بین‌المللی به عنوان مرجع داوری تعیین نشده باشد و همچنین در مواردی که خواننده دعوی ظرف ۳۰ روز مقرر در بند ۱ ماده چهارم مقررات دیوان داوری از دادن پاسخ خودداری کند یا داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی رانپذیرد عدم امکان داوری به اطلاع خواهان می‌رسد.

ح - تاثیر موافقت در باره ارجاع اختلاف به داوری (ماده هشتم مقررات دیوان داوری)

- ۱ - در صورتیکه طرفین نسبت به ارجاع دعوی به داوری اتاق بازرگانی بین المللی توافق نموده باشند موافقت آنان چنین تلقی خواهد شد که عملاً " این مقررات را قبول کرده اند .
 - ۲ - هرگاه یکی از طرفین نخواهد و یا نتواند در داوری شرکت نماید علیرغم امتناع یا ناتوانی او جریان طی خواهد شد .
 - ۳ - چنانچه هر یک از طرفین نسبت به وجود یا اعتبار موافقت نامه داوری اعتراض کند ولی دیوان داوری وجود قرار داد داوری را با توجه به دلیل ظاهر (۱) اجرا نماید ، دیوان مزبور می تواند بدون آنکه به قابل قبول بودن یا صحت اعتراض خللی وارد آید . نسبت به ادامه جریان داوری تصمیم بگیرد . در چنین وضعیتی داور خود در مورد صلاحیت خود تصمیم می گیرد .
 - ۴ - جز در مواردی که ترتیب دیگری مقرر شده باشد ، ادعاهای مبنی بر بطلان یا عدم وجود قرارداد مشروط بر اینکه داور اعتبار موافقت نامه داوری را تایید نماید موجب عدم صلاحیت داور نمی گردد و علیرغم آن که قرارداد از اعتبار ساقط باشد و یا اصولاً " موجودیت نداشته باشد داور در تعیین حقوق هر یک از طرفین و صدور رای نسبت به ادعاها و اعتراضات آنان ، از صلاحیت برخوردار خواهد بود .
 - ۵ - پیش از ارجاع پرونده به داور و در شرایط استثنائی حتی بعد از آن ، طرفین مجاز هستند که برای انجام اقدامات تأمینی یا احتیاطی لازم به مقامات قضائی صلاحیتدار مراجعه کنند و در این صورت اقدام آنان نقض موافقت نامه داوری یا موثر در اختیارات قانونی داور تلقی نمی گردد .
- مراجعه به مقامات قضائی صلاحیتدار و اقداماتی که از سوی این مقامات می شود باید بدون تاخیر به اطلاع دبیرخانه دیوان داوری برسد تا از طرف دبیرخانه مزبور مراتب به اطلاع داور برسد .

ط - سپرده تامین هزینه های داوری (مستفاد از ماده نهم مقررات دیوان داوری)

- ۱ - دادگاه مبلغ قابل پرداخت به عنوان سپرده را تقریباً " معادل هزینه های
-

داوری دعوائی که به آن ارجاع شده است تعیین خواهد کرد . در مواردی که علاوه بر دعوی اصلی یک یا چند دعوی متقابل نیز طرح بشود دادگاه می تواند برای دعوی اصلی و دعوی یا دعوی متقابل سپرده های جداگانه تعیین کند .

۲ - علی الاصول سپرده ها از طرف خواهان یا خواهانها و خوانده یا خواندگان بطور مساوی پرداخت می گردد . معذک چنانچه هریک از طرفین از پرداخت سهم خویش خودداری نماید طرف مقابل مجاز است تمامی سپرده را برای دعوی اصلی و دعوی متقابل بپردازد .

۳ - دبیرخانه می تواند ارجاع پرونده به داور را مشروط به پرداخت تمام یا قسمتی از سپرده توسط طرفین با یکی از آنها به اتاق بازرگانی بین المللی نماید .

۴ - پس از اینکه مطابق مقررات ماده سیزدهم مقررات دیوان داور ، داور نامه که مبین حدود وظایف دادگاه داور رسیدگی کننده است به دیوان داور ارائه شد ، دیوان مزبور موضوع پرداخت سپرده ها را مورد بررسی قرار می دهد .

داوری نامه تنها هنگامی قابل اجرا و اعمال است و داور تنها در مورد ادعاهای اقدام می کند که سپرده آنها به اتاق بازرگانی بین المللی پرداخت شده باشد .

ی - ارجاع پرونده به داور (مستفاد از ماده دهم مقررات دیوان داور)

دبیرخانه دیوان داور با توجه به مفاد ماده نهم مقررات مذکور در بالا بمحض وصول جوابیه خوانده به درخواست داور و پس از انقضای مهلت هائیکه برای ارائه این اسناد در مواد چهارم و پنجم مقرر گردیده پرونده را به داور ارجاع می نماید .

ک - شرایط حاکم بر جریان داور و محل داور (مستفاد از مواد یازدهم و دوازدهم

مقررات دیوان داور)

مقررات ناظر بر جریان داور بر مبنای مقررات دیوان داور است و در مواردی که این مقررات گویا نباشد ، بر مبنای ضوابطی است که طرفین دعوی و یا داوران تعیین کرده باشند ، خواه در آن به قوانین آئین دادرسی یک کشور که ناظر بر داور باشد اشاره شده باشد یا خیر .

محل داور در صورتیکه مورد توافق طرفین قرار نگرفته باشد توسط دادگاه تعیین خواهد شد .

ل - داوری نامه یا شرح وظایف داور (مستفاد از ماده سیزدهم مقررات دیوان داوری)

- ۱ - داور قبل از اقدام به تنظیم پرونده، براساس مدارکی که در اختیار دارد یا در حضور اصحاب دعوی و بر مبنای آخرین اظهارات مکتسبه از آنان، حدود وظایف خود را به صورت داوری نامه تهیه می‌کند. این مدرک شامل مشخصات زیر خواهد بود:
 - (۱) نام و مشخصات کامل طرفین دعوی
 - (۲) نشانی طرفین دعوی برای ارسال رسمی، اخطاریه‌ها و مراسلات در طی جریان داوری.
 - (۳) خلاصه‌ای از شرح دعاوی مطروحه طرفین
 - (۴) بیان نکاتی که باید در مورد آنها اتخاذ تصمیم بعمل آید.
 - (۵) نام و مشخصات و نشانی کامل داور
 - (۶) محل داوری
 - (۷) مشخصات آئین دادرسی قابل اعمال در باره موضوع مورد اختلاف بر حسب مورد و اشاره به اختیاراتی که به داور داده شده است تا موضوع را براساس انصاف یا ملاحظات غیر حقوقی حل و فصل نماید.
 - (۸) سایر خصوصیات لازم بمنظور صدور رای داوری قانونی قابل اجرا یا خصوصیات که دیوان داوری یا داور دادگاه داوری مفید تشخیص دهد.
- ۲ - داوری نامه باید به امضای طرفین دعوی و داور برسد. داور در ظرف مدت دو ماه از تاریخ وصول پرونده گزارش مذکور (یا داوری نامه) را که به امضاء خود او و طرفین دعوی رسیده به دیوان داوری تقدیم می‌کند. دیوان مزبور می‌تواند در موارد استثنائی این مهلت را به درخواست داور تمدید نماید.

در صورتی که یکی از طرفین از مشارکت در تدوین داوری نامه امتناع و یا از امضاء آن سرباز زند، دیوان داوری چنانچه موضوع را مشمول بندهای (۲) و (۳) ماده هشتم مقررات مربوطه بداند اقدامات لازم برای تصویب داوری نامه بعمل می‌آورد.

سپس دادگاه برای طرف مستنکف جهت امضای داوری نامه تعیین مهلت می‌کند و در انقضای این مهلت داوری جریان خود را طی می‌کند و رای صادر خواهد شد.
- ۳ - طرفین دعوی مجاز خواهند بود قانونی را که داور در رسیدگی به ماهیت اختلاف باید از آن تبعیت کند تعیین نمایند. هرگاه طرفین در این مورد تعیین تکلیف نکرده باشند، داور قانونی را اجرا می‌کند که به موجب قاعده تعارضی که قابل اجرا تشخیص داده قانون مناسب باشد.

۴- در صورتیکه طرفین دعوی نسبت به اعطای اختیارات حل و فصل اختلاف براساس انصاف یا ملاحظات غیر حقوقی (حل و فصل دوستانه) توافق کنند داور این اختیارات را بدست می‌گیرد.

۵- در تقامی موارد داور شرایط قرار داد و عرف تجارتي مربوط را مدنظر قرار می‌دهد.

م - مرحله بررسی و تحقیق - (مستفاد از ماده چهاردهم مقررات دیوان داوری)

۱- داور در اسرع وقت از کلیه امکانات برای تحقیق در باره موضوع اختلاف استفاده مینماید و پس از قرائت اظهارات کتبی و مدارک مورد استناد طرفین، بنا به درخواست هر یک از طرفین یا در صورت فقدان چنین درخواستی بنا به تصمیم خود، اقدام به استماع بیانات حضوری طرفین مینماید. بعلاوه داور میتواند بنا به تصمیم خود اظهارات اشخاص دیگر را در حضور یا در غیاب طرفین دعوی استماع کند به شرط آنکه طرفین نیز به حضور در جلسه دعوت شده باشند.

۲- داور میتواند یک یا چند کارشناس را با تعیین حدود وظایفی که به آنان محول می‌شود تعیین کند. سپس گزارشهای کارشناسان مزبور را وصول ویا بیانات حضوری آنانرا استماع نماید.

۳- در صورت درخواست یا توافق طرفین دعوی، داور میتواند بر مبنای اسناد و مدارکی که در اختیار دارد در مورد اختلاف اتخاذ تصمیم نماید.

ن - مرحله رسیدگی (مستفاد از مواد پانزدهم و شانزدهم مقررات دیوان داوری)

۱- داور میتواند به درخواست هر یک از طرفین و یا در صورت لزوم به تشخیص خود طرفین را با دادن مهلت مناسب در روز و محل معینی احضار کند و مراتب را به دبیرخانه دادگاه اعلام مینماید.

۲- در صورتیکه هر یک از طرفین علیرغم احضار به موقع از حضور در جلسه رسیدگی خودداری نماید، داور پس از حصول اطمینان از رسیدن احضاریه و موجه نبودن غیبت طرف، جریان داوری را دنبال می‌کند و در اینصورت طرفین حاضر به حساب می‌آیند.

۳- داور با توجه به کلیه اوضاع و احوال مربوطه و مخصوصاً "با توجه به زبانی که قرارداد به آن زبان تنظیم گردیده زبان یا زبانهای داوری را معین می‌کند.

۴- اداره جلسات رسیدگی منحصرًا " با داور است و طرفین دعوی مجازند در جلسات رسیدگی شرکت نمایند ولی حضور افرادی که در جریان داورى سهمى ندارند در جلسات مزبور منوط به موافقت داور و طرفین دعوی است .

۵- طرفین دعوی میتوانند خود در جلسات حاضر شوند و یا نمایندگان مجاز خود را اعزام دارند . همچنین آنان میتوانند مشاورین خود را همراه داشته باشند .
 با توجه به ماده شانزدهم مقررات مورد بحث طرفین دعوی می توانند دعاوی یا دعاوی متقابل جدیدی در حضور داور مطرح کنند ، مشروط بر اینکه دعاوی مزبور در محدوده داورى نامه موضوع ماده سیزدهم مقررات دیوان داورى قرار گیرد و یا در داورى نامه متمم تصریح و به امضای طرفین رسیده و در اختیار دیوان داورى قرار داده شود .

س- مرحله صدور رای و سرانجام آن (مستفاد از مواد هفدهم تا بیست و ششم مقررات

دیوان داورى

۱- صدور رای مبتنی بر توافق : هرگاه پس از ارجاع پرونده به داور برطبق ماده

دهم مقررات مزبور، طرفین دعوی به توافق برسند ، این توافق به صورت رای داورى مبتنی بر تراضی طرفین صادر و ثبت خواهد شد (ماده هفدهم مقررات)

۲- مهلت صدور رای : برطبق ماده هیجدهم مقررات داورى برای صدور رای

محدودیت زمانی بشرح زیر وجود دارد :

(۱) داور ظرف مدت ۶ ماه از تاریخ امضای داورى نامه (مذکور در ماده سیزدهم

مقررات داورى) رای خود را صادر می کند .

(۲) دیوان داورى در شرایط استثنائی و بنا به درخواست مستدل داور و یسار

صورت لزوم راساً " میتواند مهلت مذکور را تمدید نماید .

(۳) چنانچه با تمدید مهلت موافقت نشود و در صورت اقتضاء پس از اجرای مفاد

بند (۸) ماده دوم مقررات مذکور، دیوان داورى در مورد ترتیب حل و فصل دعوی اتخاذ تصمیم خواهد نمود .

۳- صدور رای بوسیله هیئت داورى سه نفره :

در اجرای ماده نوزدهم مقررات دیوان داورى در صورتیکه سه داور برای رسیدگی

به دعوی تعیین شده باشند ، رای بر مبنای تصمیم اکثریت خواهد بود . چنانچه اکثریت

حاصل نشود رئیس هیئت داورى به‌تنهائی مبادرت به صدور رای مینماید .

۴ - تصمیم راجع به‌هزینه‌های داورى: ماده بیستم مقررات دیوان داورى نحوه

تصمیم‌گیری در باره هزینه‌های داورى را پیش‌بینی نموده است .

(۱) داور در رای صادره علاوه بر اظهار نظر و اخذ تصمیم در باره ماهیت دعوی

مبلغ هزینه‌های داورى را تعیین مینماید . همچنین داور تعیین می‌کند که کدامیک از طرفین باید این هزینه‌ها را متقبل شود و یا هریک از طرفین به‌چه نسبت باید پرداخت هزینه‌ها را بعهده بگیرد .

(۲) هزینه‌های داورى مشتمل است برحق‌الزحمه داور و هزینه‌های اداری که

بوسیله دیوان داورى براساس جداول پیوست مقررات دیوان داورى تعیین می‌گردد و هزینه‌های انجام گرفته از طرف داور و حق‌الزحمه و مخارج کارشناسان و هزینه‌های متعارف طرفین را نیز در برخواهد گرفت .

(۳) در صورتیکه اوضاع و احوال استثنائی دعوی ایجاب نماید دیوان داورى

می‌تواند حق‌الزحمه او را برمعیاری بالاتر یا پایین‌تر از آنچه از اعمال جداول مورد بحث برمی‌آید تعیین کند .

۵ - بررسی رای توسط دیوان داورى:

در احرای ماده بیست و یکم مقررات دیوان داورى ، قبل از امضای رای موقت یا

قطعی داور موظف است پیش‌نویس رای را به دیوان داورى تسلیم کند . دیوان مزبور ممکن است نحوه تنظیم رای را جرح و تعدیل کند و بی‌آنکه آزادی داور را در تصمیم خود تحت تاثیر قرار دهد توجه او را به نکاتی در ماهیت رای معطوف دارد . آراء منحصر " پس از تصویب نحوه تنظیم آن از طرف دیوان داورى امضاء خواهد شد .

۶ - صدور رای: برطبق ماده بیست و دوم مقررات دیوان داورى ، رای داورى

در محل داورى و در تاریخ امضای داور صادر شده به حساب خواهد آمد .

۷ - ابلاغ رای به طرفین دعوی: بموجب مفاد ماده بیست و سوم مقررات دیوان

داورى اعلام و ابلاغ رای به طرفین دعوی به ترتیب زیر خواهد بود:

(۱) پس از صدور رای ، دبیرخانه نسخه‌ای از متن رای را که به امضای داور

رسیده است به‌هریک از طرفین ابلاغ مینماید ، مشروط براینکه کلیه هزینه‌های داورى توسط طرفین دعوی یا یکی از آنها به اتاق بازرگانی بین‌المللی پرداخت شده باشد .

(۲) نسخ اضافی رای صادره که صحت آن بوسیله دبیرکل دیوان داوری تایید شده باشد فقط در اختیار طرفین دعوی بنابه درخواست هریک از آنان خواهد بود و لا غیر .
 (۳) ابلاغ رای صادره بر طبق بند (۱) ماده مورد بحث موجب اسقاط حق طرفین برای هرنوع ابلاغ در امر دیگر یا حق داور نسبت به سپرده می گردد .
 ۸- قطعیت و قابلیت اجرائی رای :

ماده بیست و چهارم مقررات داوری حاکی از کیفیت رای صادره بشرح زیر است .
 (۱) رای داوری قطعی است .
 (۲) ارجاع دعوی به داوری اتاق بازرگانی بین المللی چنین تلقی می شود که طرفین متعهد گردیده اند ، رای داوری صادره را بدون تعلل به مورد اجرا گذارده و از کلیه حقوق متصوره خود نسبت به استیناف صرف نظر کرده اند .
 ۹- بایگانی رای : طبق ماده بیست و پنجم مقررات دیوان داوری نسخه اصلی هر رای که براساس مقررات مورد بحث صادر می شود در دبیرخانه دیوان داوری بایگانی می شود .
 داور و دبیرخانه دیوان داوری در انجام هر نوع اقدام لازم دیگر طرفین دعوی را یاری خواهند کرد .
 ۱۰- ضابطه عمومی : بموجب ماده بیست و ششم مقررات دیوان داوری ، در مورد کلیه موضوعاتی که در مقررات دیوان داوری صراحتاً " پیش بینی نشده ، دیوان داوری و داور باتوجه به روح و مفاد این مقررات اقدام و کوشش خواهند نمود که آراء صادره قانوناً قابل اعمال باشد .

نتیجه

از مجموع مسائلی که در مورد داوری بین المللی و مقررات سازش و داوری اتاق بازرگانی بین المللی بشرح بالا ذکر شد نکات زیر قابل توجه است :

اولاً " : مقررات مربوط به داوری اتاق بازرگانی بین المللی مجموعه قواعدی است که از طرف موسسه مزبور الزام آور شناخته شده و قبول داوری اتاق بازرگانی بین المللی با متابعت از آن ملازمه دارد .

ثانیا " با وجود الزامی بودن مقررات مورد بحث برای طرفی که داوری مرجع مزبور را پذیرفته است در موارد محدودی طرفین قرار داد اختیار دارند به تراضی یکدیگر ترتیبات خاص دیگری را قبول نمایند . بدون آنکه این توافق بتواند به طرز تشکیل و آئین دادرسی دیوان داوری یا طرز کار و وظایف دیوان مزبور لطمه ای وارد نماید .

بطور مثال طرفین دعوی میتوانند مدت مرحله مقدماتی قبل از رسیدگی ماهیتی داور را کوتاه تر کنند ولی بهر حال تنظیم داوری نامه و تایید آن از طرف دیوان داوری الزامی است .

ثالثا " اصل یکصدوسی و نهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران منحصرآ " ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی را در مواردی که طرف دعوی از اتباع خارجی باشد موکول به تصویب مجلس شورای اسلامی نموده است .

بدین ترتیب پاسخگویی و دفاع در مقابل دعاوی مطروحه اشخاص خارجی در مراجع داوری بین المللی و به تبع آن طرح دعاوی متقابل که خواندگان دعوی اصلی همزمان با تسلیم لایحه دفاعیه ممکنست بعمل آورند ، با توجه به محدودیتهای زمانی مربوط به دفاع و طرح دعاوی متقابل نیاز به کسب مجوز از مجلس شورای اسلامی ندارد . بعلاوه بخش خصوصی نیز از نظر حل و فصل اختلافات بازرگانی در ارجاع دعاوی و اختلافات خود به داوری داخلی یا بین المللی با توجه به مواد ۶۳۲ به بعد قانون آئین دادرسی مدنی می تواند به تشخیص خود عمل نماید .

رابعا " در حال حاضر دعاوی متعددی راجع به سازمانهای دولتی شرکتها و بخش خصوصی وابسته به دولت جمهوری اسلامی ایران در دیوان داوری اتاق بازرگانی بین المللی مطرح است که اکثرا " خواهان دعاوی اصلی خارجی و خواندگان دعوی ایرانی هستند . در عمل خواندگان ایرانی اغلب ضمن دفاع از دعوی اصلی مبادرت به طرح دعوی متقابل نموده اند و همین امر موید امکان دفاع و طرح دعوی متقابل در داوریهای بین المللی بدون تصویب قبلی مجلس شورای اسلامی می باشد .