

Should the Clients of the Melli Bank of Iran's Safe Deposit Bear the Burden of Proof?

*Moosa Akefi Ghaziani**¹, *Heshmat Rostami Daronkola*², *Vahid Akefi Ghaziani*³

1. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Social Science and Law, Payam Noor University, Tehran, Iran.

*. **Corresponding Author:** Email: moosaghazi@pnu.ac.ir

2. Judge of the Court of Appeal of Mazandaran Province, Mazandaran, Iran.

Email: heshmat3@gmail.com

3. First Grade Attorney at Law, M.A. in Private Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

Email: vahid_ghazi@yahoo.com



S.D.I.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



Publisher:
Shahr-e- Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:
Original Research

DOI:
10.48300/JLR.2022.348317.2099

Received:
25 June 2022

Accepted:
31 August 2022

Published:
10 June 2023



ABSTRACT

The burden of proof is one of the most important issues that judges would encounter with. According to Article 1257 of Iranian Civil Code, the burden of proof is on the plaintiff. But sometimes it may be difficult to recognize this seemingly simple phrase. In the incident of 2022-6-3 (robbery from the National Bank of Tehran), as far as it was seen and heard from the lawyers, the burden of proving the lawsuit was on the clients(victims). The purpose of this paper is to answer two basic questions about this incident in a descriptive-analytical way: 1- Who must bear the burden of proof in the current case i.e., in the lawsuit of clients and the National Bank? 2- By what criteria are the damages evaluated? In short, the answer to the first question is that the bank in the present lawsuit should bear the burden of proof. As for the answer to the second question, it should be noted

Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



that among the theories of national and foreign judges, the theory of the average of the stolen Safe deposit boxes should be accepted.

Keywords: Evaluation of Damages, Burden of Pproof, Iran’s Bank-e-Melli Robbery, Safe Deposit Box, Bank legal Responsibility.

Funding: The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Acknowledgements:

The authors would like to thank dear Dr. Goudarz Eftekhar-Jahromi, Professor of Shahid Beheshti University for his cooperation in preparing and writing this research.

Author contributions:

Moosa Akefi Ghaziani: Conceptualization, Methodology, Formal analysis, Investigation, Data Curation, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing, Visualization.

Heshmat Rostami Daronkola: Validation, Supervision, Project administration.

Vahid Akefi Ghaziani: Software, Investigation, Resources.

Competing interests: The authors declare that they have no competing interests.

Citation:

Akefi Ghaziani, Moosa, Heshmat Rostami Daronkola & Vahid Akefi Ghaziani. “Should the Clients of the Melli Bank of Iran’s Safe Deposit Bear the Burden of Proof?” *Journal of Legal Research* 22, no. 53 (June 10, 2023): 7-26.

E x t e n d e d A b s t r a c t

The burden of proof is one of the most important issues that judges would encounter with. According to Article 1257 of Iranian Civil Code, the burden of proof is on the plaintiff. But sometimes it may be difficult to recognize this seemingly simple phrase. In the incident of 2022-6-3 (robbery from the National Bank of Tehran), as far as it was seen and heard from the lawyers, the burden of proving the lawsuit was on the clients(victims). The purpose of this paper is to answer two basic questions about this incident in a descriptive-analytical way: 1- Who must bear the burden of proof in the current case i.e., in the lawsuit of clients and the National Bank? 2- By what criteria are the damages evaluated? In short, the answer to the first question is that the bank in the present lawsuit should bear the burden of proof. As for the answer to the second question, it should be noted that among the theories of national and foreign judges, the theory of the average of the stolen Safe deposit boxes should be accepted.

To be clearer, we proposed three theories of compensation:

1) valuation based on boxes' rent

Banks are really in favor of this theory for their (SDB) victims, it looks like a complete 'Victim-oriented approach' but doesn't even cure the slightest pain from the victim. The Reserve Bank of India has recently enacted an instruction¹ by which its liability to the bank safe deposit boxes will be restricted. The instruction states "Liability of banks arising from events like fire, theft, burglary, dacoity, robbery, building collapse or in case of fraud committed by the employees of the bank. It is the responsibility of banks to take all steps for the safety and security of the premises in which the safe deposit vaults are housed. It has the responsibility to ensure that incidents like fire, theft/ burglary/ robbery, dacoity, building collapse do not occur in the bank's premises due to its own shortcomings, negligence and by any act of omission/commission. As banks cannot claim that they bear no liability towards their customers for loss of contents of the locker, in instances where loss of contents of locker² are due to incidents mentioned above or attributable to fraud committed by its employee(s), the banks' liability shall be for an amount equivalent to one hundred times the prevailing annual rent of the safe deposit locker". The mentioned instruction well imitated The Bank of America's rental agreements. The weakness of this valuation is however enormous. First, the average cost of a box changes to the size of the box, however, a vault measuring 3"* 10" cost an average of \$150 each year. Therefore, the bank with all its might cannot put

1. Safe Deposit Locker / Safe Custody Article Facility- Revised Instructions (Circular No. DOR.LEG. REC/40/09.07.005/2021-22 dated August 18, 2021)

2. <https://taxguru.in/rbi/bank-responsible-theft-locker.html>

the victims in the places where they were before the (SDB) contract. Second, compensating damages up to 10 times of rent has nothing to do with the legal rules, so the potential judge why not give a verdict of 100?

Third, discovered properties may be prima facie for victims and how will 1000 suffice?

2) GPA³ from nearby branches

Every bank has a custom according to which the average of stolen property can be guessed. For instance, The Metro center and The 2001 Pennsylvania Avenue as two branches of The bank in New York, which are also close to each other, can be said, to have the same (SDB) clients economically and culturally. It seems very unlikely that a client of The Metro center places 10000 pounds in his vault and the other for The 2001 Pennsylvania Avenue left his box empty.

3) GPA from the victim's branch

Suppose the stolen properties have been discovered by the police officers. In this theory goods with a specific characteristic will be returned to their owner. For instance, a memorial photo or bill of exchange. But then again, the question rises about the other undesignated properties like cash. The bank's liability is to get a GPA of all its vaults by the discovered properties.

3. grade point average

مال باختگان صندوق امانات بانک ملی: مدعی یا منکر؟

موسی عاکفی قاضیانی^{۱*}، حشمت رستمی درونکلا^۲، وحید عاکفی قاضیانی^۳

۱. استادیار، گروه حقوق، دانشکده علوم اجتماعی و حقوق، دانشگاه پیام نور، مرکز تهران، تهران، ایران.

* نویسنده مسئول: Email: moosaghazi@pnu.ac.ir

۲. قاضی دادگاه تجدیدنظر استان مازندران، مازندران، ایران.

Email: heshmat3@gmail.com

۳. وکیل پایه یک دادگستری، کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

Email: vahid_ghazi@yahoo.com

چکیده:

بار اثبات دعوا از جمله مهم‌ترین مسائلی است که قضات دادگاه‌ها با آن روبه‌رو می‌باشند. طبق ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی بار اثبات دعوی (Burden of Proof) بر عهده مدعی است؛ اما گاهی ممکن است شناخت همین عبارت به نظر ساده سخت شود. در حادثه ۱۳ خرداد ۱۴۰۱ (سرقت از بانک ملی) تا جایی که از حقوق دانان دیده و شنیده شد بار اثبات دعوا بر عهده مال باختگان دانسته شد. هدف از جستار حاضر آن است که با روشی توصیفی-تحلیلی و استنباطی به دو پرسش اساسی در خصوص این واقعه پاسخ دهد: ۱- مدعی و منکر در دعوی مشتریان و بانک ملی چه کسی است؟ ۲- خسارات وارده به مشتریان با چه معیاری ارزیابی می‌شود؟

اجمالاً، پاسخ به پرسش اول آن است که بانک در دعوی حاضر، مدعی می‌باشد و بار اثبات دعوا را بر عهده دارد؛ اما در خصوص پاسخ به پرسش دوم باید بیان داشت که از میان تئوری‌های موجود میان قضات ملی و خارجی، بایستی تئوری معدل‌گیری صندوق‌های خود شعبه مورد سرقت

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند یا دسترسی آزاد هستند، مقالات تحت شرایط مجوز Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0 منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



پژوهش‌های حقوقی



نوع مقاله:

پژوهشی

DOI:

10.48300/JLR.2022.348317.2099

تاریخ دریافت:

۴ تیر ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۹ شهریور ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۲۰ خرداد ۱۴۰۲



را پذیرفت.

کلیدواژه‌ها:

ارزیابی خسارت، بار اثبات دعوی، سرقت از بانک ملی، صندوق امانات، مسؤولیت بانک.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

سپاسگزاری و قدردانی:

بدین وسیله از استاد گرانقدر، جناب آقای دکتر گودرز افتخار جهرمی، استاد دانشگاه شهید بهشتی بابت همکاری در تهیه و نگارش این پژوهش سپاسگزاری می‌شود.

مشارکت نویسندگان:

موسی عاکفی قاضیانی: مفهوم‌سازی، روش‌شناسی، تحلیل، تحقیق و بررسی، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش، تصویرسازی.

حشمت رستمی درونکلا: اعتبارسنجی، نظارت، مدیریت پروژه.

وحید عاکفی قاضیانی: استفاده از نرم‌افزار، تحقیق و بررسی، منابع.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

عاکفی قاضیانی، موسی، حشمت رستمی درونکلا و وحید عاکفی قاضیانی «مال‌باختگان صندوق امانات بانک ملی: مدعی یا منکر؟». مجله پژوهش‌های حقوقی ۲۲، ش. ۵۳ (۲۰ خرداد ۱۴۰۲): ۷-۲۶.

مقدمه

بر پایه قاعده البینه علی من ادعی^۱ شخص مدعی باید ادعای خود را ثابت نماید. حال تفاوتی ندارد که وی خواهان دعوا باشد یا خوانده؛ بنابراین فراهم آوردن و ارائه دلیل بر عهده مدعی است و یا به عبارتی (بار دلیل بر دوش مدعی است).^۲ این قاعده مورد پذیرش جوامع اسلامی و غیراسلامی قرار گرفته است.^۳ برای نمونه در ماده ۷ قانون ادله اثبات کشور عراق^۴ به صراحت بیان شده است: البینه علی من ادعی و الیمین علی من انکر. آن قدر این قاعده ارزش بسیاری در حل و فصل خصومت دارد که در قانون ادله اثبات امور مدنی و تجاری مصوب ۱۹۶۸ کشور مصر، به عنوان اولین ماده چنین مقرر شده است: طلبکار بایستی تعهد را اثبات کند و مدیون باید ایفای دین را ثابت نماید.^۵ به هر حال اسناد در دست نشان از آن دارد که این قاعده تحت عنوان "Actori Incumbit Onus Probandi" (بار اثبات ادعا بر دوش مدعی است)^۶ ریشه در حقوق روم باستان^۷ داشته و می‌توان منشأ آن را در این نظام حقوقی جست‌وجو نمود؛ بنابراین با توجه به مدارک بیان شده و تصریح در ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی ایران و همچنین ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی و رویه قاطع دادگاه‌ها، می‌توان در ثبوت این قاعده حقوقی حداقل در کشورهای دارای نظام حقوقی واحد قطع یافت. شناخت بار اثبات دعوا یا به عبارت دیگر تمایز میان مدعی و منکر گاه آن قدر سخت می‌شود که قاضی با هیاهوی طرفین و لوابیح ایشان، قواعد و اصول مسلم حقوقی را کنار می‌نهد و با قطعی کاذب حکم صادر می‌کند. در کشمکش‌های اخیر بر سر حادثه سرقت از بانک ملی، بسیار شنیده یا دیده شد که بار اثبات دعوی بر عهده مال‌باختگان است. هدف این

۱. البینه علی من ادعی و الیمین علی من ادعی علیه که به صورت‌های مختلف از جمله: البینه علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه نیز نقل شده است، محمد بن الحسن الحر العاملی، وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، ج ۱۸ (بیروت: دار احیاء تراث العربی، بی تا)، ۱۷۱.

۲. عبدالله شمس، آیین دادرسی مدنی پیشرفته، ج ۳ (تهران: انتشارات دراک، ۱۳۸۷)، ۱۰۰.

۳. عبدالرزاق السنهوری، الوسیط، ج ۲ (مصر: نادى القضاة، ۱۹۸۳ م)، ۶۷.

۴. قانون الاثبات رقم (۱۰۷) مصوب ۱۹۷۹.

۵. قانون الاثبات المصری فی المواد المدنیة و التجاریة رقم ۳۵ مصوب ۱۹۶۸.

۶. بهمن آقایی، فرهنگ حقوقی بهمن (تهران: گنج دانش، ۱۳۷۸)، ۲۸.

۷. حقوق روم باستان (Ancient Roman Law): دوره تکامل حقوق روم باستان را می‌توان به ۴ دوره تقسیم نمود، الف) دوره شکل‌گیری حقوق روم (۷۵۴ قبل از میلاد تا سال ۲۰۱ قبل از میلاد)؛ ب) دوره قبل از کلاسیک (۲۰۱ ق.م تا سال ۲۷۰ ق.م)؛ پ) دوره کلاسیک (۲۵۰ سال اول میلادی)؛ ت) دوره پسا کلاسیک؛ پیتراستین، تفسیر و استدلال حقوقی در حقوق روم، ترجمه رحیم فروغی نیک، مجله حقوقی دادگستری ۶۳-۶۲ (۱۳۸۷)، ۲۷۵.

مقاله آن است که با روشی توصیفی-تحلیلی و کاربردی و به دور از بازگویی مطالب تکرار شده در مقالات دیگر، تئوری‌هایی برای ارزیابی خسارات مستقیم^۸ وارده بر مال‌باختگان بانک ملی ارائه گردد. برای نیل به این هدف، ابتدا این موضوع بررسی می‌شود که با چه معیاری مشتریان مال‌باخته بانک را می‌توان منکر تلقی نمود؟ موضوع جستار حاضر آن است که امروزه بسیاری از حقوق‌دانان معتقد هستند که قرارداد بانک ملی با مشتریان صندوق امانات (Safe deposit box) به عنوان قرارداد نامعین (Sui generis) و مشمول ماده ۱۰ نقش‌آفرینی می‌کند^۹ و از شمول قرارداد ودیعه و اجاره خارج است. حال که این مسأله مطرح می‌شود و قرارداد نامعین تلقی می‌گردد، اساساً با تقصیر بانک، قرارداد از میان نمی‌رود، زیرا رابطه فی‌مابین صرفاً امانی یا اذنی نبوده^{۱۰} است و مفاد قرارداد استصحاب می‌شود. توضیح کاملاً مشخص است که بانک بدین خاطر رابطه خود را با مشتریان ودعی^{۱۱} نمی‌خواند که مبدا ادله غصب بر او بار شود و ضامن هر نوع تلفی اعم از سماوی^{۱۲} و غیر آن گردد؛ اما اکنون که نظر غالب حقوق‌دانان بر عدم پذیرش عقد ودیعه است، در اثبات آنکه صندوق‌های بانک خالی بوده است یا دارای اشیای گران‌بها، بار اثبات بر عهده چه کسی است؟ از طرفی بانک می‌گوید صندوق خالی بوده و از طرفی مشتری می‌گوید مملو بوده و چه‌بسا مشتری ادعا کند که در صندوق صدها الماس گران‌بها داشته است! سخن چه کسی مقدم است و محکمه قانون چه تصمیمی باید اتخاذ کند؟ از سوی دیگر اموالی را ضابطان دادگستری کشف نموده‌اند، آیا در صورتی که مشتریان را مدعی بدانیم این اموال به نفع دولت ضبط می‌شود؟ سعی شده است تا از تئوری‌ها و راهکارهای عملی و به‌روز در مقاله حاضر استفاده شود تا قضات دادگاه‌ها و وکلا و نهایت امر مال‌باختگان از آن بهره‌مند گردند و نه آنکه صرفاً به مباحث تئوری بپردازیم تا از راهکار عملی نیز باز بمانیم و این صفحات اندک مجال چاره‌اندیشی را از ما بستانند؛ بنابراین بخش اول مقاله به تعاریف اختصاص یافته است تا ذیل آن به تبیین مفاهیمی همچون مدعی و منکر، پرداخته شود. بخش دوم به تطبیق مفاهیم با حادثه موضوع بحث پرداخته است و در آخر نتیجه به خواننده عرضه شده است.

۸. بحث خسارات متوقع از موضوع مقاله خارج است.

۹. این موضوع در مقاله‌ای دیگر توسط نویسنده بررسی و اثبات شده است.

۱۰. به نظر نویسندگان قرارداد فی‌مابین قرارداد نامعین غیر مختلط از مقتضای ذات اجاره و ودیعه است.

11. Bailor-Bailee

12. Act of God

۱- تعاریف

۱-۱- مدعی

در لغت، اسم فاعل از ریشه دَعَو به معنای دعوی کننده، ادعاکننده، خواهان و خواهنده است. در فقه و حقوق به کسی گویند که با رعایت شرایط و مقررات شرعی و قانونی خواسته اثبات ناشده‌ای را به نفع خویش برای احقاق و اثبات آن در دادگاه طرح می‌کند.^{۱۳} این مورد غالب است و می‌توان بیان داشت: به طور معمول مدعی کسی است که دادخواست می‌دهد و رد مال یا انجام دادن کاری را می‌خواهد.^{۱۴} اما این معیار همواره صحیح نیست و نمی‌توان گفت که هرکسی که ابتدا به دادگاه رجوع کرده و تغییر وضع موجود را می‌خواهد همیشه مدعی است.^{۱۵} این حقوق‌دان بعد از ذکر این مطلب بیان می‌کند مدعی کسی است که برخلاف ظاهر و اصل سخن بگوید.^{۱۶} برخی دیگر از نویسندگان نیز مدعی را کسی می‌دانند که قول وی خلاف اصل و ظاهر باشد.^{۱۷} از میان فقها تعریف مشهور امامیه بر این عبارات استوار است: مدعی کسی است که اگر دعوی را مسترد کند دعوی خاتمه می‌یابد.^{۱۸} و یا چنین تعریف شده است که قول وی خلاف اصل یا ظاهر باشد.^{۱۹} بعضی از صاحب‌نظران مدعی را کسی می‌دانند که قولش مخالف حجت فعلیه (مانند ظاهر) باشد ولو در همان حال سخن وی موافق حجت غیر فعلیه مانند (اصل عدم) قرار گیرد.^{۲۰} برخی دیگر مبنای دقیق‌تری برای عبارت مدعی در قاعده بیان نموده‌اند و بدان خاطر که حقیقت شرعیه برای مدعی قائل نمی‌باشند، ضابطه را در تعیین مفهوم این عبارت عرف دانسته‌اند.^{۲۱}

۱۳. مسعود انصاری و محمدعلی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۳ (تهران: جنگل، ۱۳۸۸)، ۱۷۶۹.

۱۴. ناصر کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی (تهران: میزان، ۱۳۹۵)، ۷۵۸.

۱۵. ناصر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران (تهران: سهامی انتشار، ۱۳۸۵)، ۳۳۷.

۱۶. کاتوزیان، پیشین، ۳۳۸.

۱۷. علیرضا فیض، مبادی فقه و اصول مشتمل بر: بخشی از مسائل آن دو علم (تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۸)، ۲۸۷.

۱۸. محمدبن جمال‌الدین‌العالمی (شهید اول)، اللمه‌الدمشقیه (قم: انتشارات قدس، ۱۴۱۱ ه.ق.)، ۸۰؛ ناصر مکارم

شیرازی، القواعد الفقهیة، ج ۲ (قم: مدرسه امام امیر المومنین، ۱۴۱۱ ه.ق.)، ۳۴۱؛ شیخ‌نجم‌الدین‌حلی (محقق حلی)،

شرائع‌الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۴ (تهران: انتشارات استقلال، ۱۴۰۹ ه.ق.)، ۸۹۳.

۱۹. محمدبن جمال‌الدین‌العالمی (شهید اول)، الدروس الشرعیة فی فقه‌الامامیه، ج ۲ (قم: موسسه نشر اسلامی،

۱۴۱۴ ه.ق.)، ۸۳.

۲۰. سید محمد حسن بنجوردی، القواعد الفقهیة (قم: انتشارات هادی، ۱۳۷۷)، ۷۴.

۲۱. شیخ محمد حسن النجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۴۰ (تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۲)،

برخی دیگر اما بعد از بیان ملاک مصب دعوی یا نتیجه بعد از آنکه ملاک عرفی را در تشخیص مدعی از منکر ملاک ارجح می‌دانند، تعریف مسامحه‌ای لو ترک ترک را بهترین تعریف برای مدعی می‌دانند.^{۲۲}

۱-۲- منکر

غالباً منکر یا تعریف نشده است مانند ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی و یا در مقابل مدعی تعریف شده است. بدین توضیح که حتی اگر سکوت کند دادخواهی یا به عبارتی دادخواست دامن او را همچنان می‌گیرد و رها نمی‌کند.^{۲۳} معمولاً در کتب فقهی تعریف مستقلی برای منکر ارائه نشده است اما از احصاء عبارات فقها در خصوص مدعی می‌توان برداشت نمود که منکر ۱- قول موافق ظاهر واصل یا ۲- موافق ظاهر ۳- و یا اگر دعوا را مسترد یا سکوت کند دعوا فیصله نمی‌یابد.

به نظر می‌رسد تدقیق بحث در کلام برخی از فقها واضح می‌شود. باید بر این باور بود که مدعی کسی است که قول وی خلاف ظاهر است مطلقاً و قول منکر موافق با ظاهر. چراکه بنای عرف عقلا بر اساس ظواهر است چه شارع در آن دخیل باشد چه نباشد، چراکه شارع خود این ظواهر را معتبر دانسته است.^{۲۴} اگر مناقشه شود که حتماً شارع باید در اعتبار عرفی عقلا دخیل باشد تا ظاهر معتبر باشد و شارع به این‌گونه ظواهر اعتبار بخشیده است و این امر بدان خاطر که عرف اصلاً شارع را در بسیاری از امور لحاظ نمی‌کند (مزید بر آنکه بسیاری از اهل عرف شارع را قبول ندارند) مناقشه در صغری است. بدین بیان که لازم نیست که عرف شارع را لحاظ کند بلکه شارع بسیاری از ظواهر عرفیه را پذیرفته است؛ مانند قاعده ید.

رویه قضایی ایران بر این مبنا استوار است که ظاهر بر اصل مقدم است^{۲۵} چراکه ظاهر اماره است اما اصل اماره نیست^{۲۶} اما بحث اینکه چرا اماره بر اصل مقدم است^{۲۷} و آیا رابطه این دو ورود است یا حکومت

۲۲. مصطفی محقق داماد، قواعد فقه، ج ۳. (تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶.ق)، ۱۱۵-۱۱۶.

۲۳. میرزا محمد حسن آشتیانی، کتاب القضاء (قم: انتشارات هجرا، ۱۳۶۳)، ۳۳۴.

۲۴. همان، ۳۳۵.

۲۵. رای دادگاه تجدید نظر به شماره: ۹۳۰۹۹۷۲۱۳۰۵۰۲۱۳۱/مورخ ۱۳۹۳/۱۲/۱۸

۲۶. درس خارج آیه الله جوادی آملی، ۱۳۹۸/۰۹/۲۷.

<https://www.eshia.ir/feqh/archive/text/javadi/feqh/98/980927/>

۲۷. شیخ محمد حسن النجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۳۱ (بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۳۶۲)، ۱۳۲.

یا ... موضوعی اصولی است و نه حقوقی که باید سر جای خود بحث گردد.

۱-۳- تفسیر قابل دفاع

تا به اینجا تعاریف متعددی برای مدعی و منکر تکرار شد. از جمله تعاریف می‌توان به قول خلاف اصل، ظاهر، ظاهر و اصل، دادخواست‌دهنده اشاره کرد. در این میان برخی از فقیهان به درستی اشاره نموده‌اند که معیار در فهم معنای مدعی یا منکر عرف می‌باشد و شارع در این مهم نقشی ندارد.^{۲۸} بنابراین آنچه اکنون مذاق نظر است صدق عرفی واژه مدعی می‌باشد. به نظر می‌رسد عرف جوامع کنونی، ملاک در بار اثبات دعوی را ظاهر هر پرونده به طور خاص می‌دانند. برای مثال می‌توان قوانین اسلامی کشور مصر را شاهد مثال قرار داد. ماده ۱ قانون اثبات دعاوی مدنی و تجاری بار اثبات^{۲۹} را بر عهده مدیون می‌داند که مطابق با اصل برائت است (ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی ایران) لیکن دیوان عالی کشور^{۳۰} مصر^{۳۱} در آرای متعدد ظاهر را بر اصل مقدم دانسته است و بار اثبات را بر عهده کسی می‌داند که سخنش خلاف ظاهر باشد. برای مثال در رأی^{۳۲} که در سال ۲۰۱۶ صادر می‌شود، بیان می‌شود که مراد از قاعده «البینه علی من ادعی و الیمین علی من انکر» صرفاً به معنای اعطای دادخواست نیست بلکه بدین مفهوم است که هر یک از طرفین سخنی خلاف با ظاهر بیان نماید بایستی اثبات نماید.^{۳۳} همچنین در رأی^{۳۴} دیگری که در سال ۲۰۱۶ از شعب رسیدگی به دعاوی تجاری صادر می‌شود، اعلام می‌گردد که حتی در صورتی که منکر خلاف ظاهر سخنی ایراد کند، بار اثبات را بر عهده خواهد کشید. می‌توان نتیجه گرفت که بار اثبات دعوی ابتدا بر عهده خواهان یا همان مدعی می‌باشد و در صورت ابراز یا بروز

۲۸. ناصر مکارم شیرازی، القواعد الفقهية، ج ۲. (قم: مدرسه امام امیر المومنین، ۱۴۱۱ ه.ق.)، ۳۵۰.

۲۹. عبء اثبات

۳۰. Court of Cassation / محكمة النقض

31. <https://www.cc.gov.eg/>, Last visited on Aug 15, 2022.

۳۲. الطعن رقم ۱۷۰۴۱ لسنة ۸۵ قضائية / الدوائر المدنية - جلسة ۲۰۱۶/۰۶/۰۷،
https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111310625&ja=132490

۳۳. البینه علی من ادعی والیمین علی من انکر « والمراد بمن ادعی لیس فی رفع الدعوی بل کل خصم یدعی علی خصم أمراً علی خلاف الظاهر سواء کان مدعیاً فی الدعوی أو مدعی علیه

۳۴. الطعن رقم ۱۱۰۰۲ لسنة ۸۱ قضائية / الدوائر التجارية - جلسة ۲۰۱۶/۰۴/۲۴،
https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111306211&ja=115404

أنه إذا ادعی المنکر فی الدعوی خلاف الظاهر فیها یقع عبء إثبات ما یخالفه سواء کان مدعیاً أصلاً فی الدعوی أم مدعی علیه فیها.

ظواهر پرونده ممکن است بار اثبات کاملاً منقلب شود. در یک پرونده قدیمی که در دیوان عالی آمریکا اقامه شده بود^{۳۵}، این مسأله را صریحاً بیان داشته که خواهان باید ظواهر پرونده^{۳۶} را ارائه دهد و اثبات نماید. در ثانی اگر خواهان موفق شد که ظاهر را اثبات کند بار اثبات دعوی به خواننده منتقل می‌شود.^{۳۷}

۲- تطبیق مدعی و منکر با حادثه سرقت از بانک ملی

در تطبیق دو مفهوم مدعی و منکر با تقصیر بانک ملی^{۳۸} دو فرض از پیش باید متمایز گردد: ۱- اثبات خالی نبودن صندوق؛ ۲- اثبات میزان دارایی موجود در صندوق.

۲-۱- اثبات خالی نبودن صندوق

در شرایط و مقررات عمومی صندوق اجاره‌ای بانک ملی جمعاً سه مبلغ و چه‌بسا چهار مبلغ از مشتری اخذ می‌شود:

۱- مبلغ ودیعه ۲- عوض قراردادی ۳- کارمزد استفاده از صندوق ۴- ممکن است کارمزد اولیه یا بابت مفقودی کلید یا سایر هزینه‌ها ... اخذ شود.
این مبالغ در جدول ذیل مشاهده می‌شود.

صندوق اجاره ای (اجاره بها سالانه، ودیعه)	هر سانتی متر مکعب حجم 120 ریال (حداقل 600.000 ریال) همچنین ودیعه اجاره بها 8 برابر مبلغ اجاره بها حداقل مبلغ 4.800.000 ریال
هر بار استفاده از صندوق	10.000 ریال
مفقودی کلید ها	کلیه هزینه های مربوط به قفل ها و کلید ها + 120.000 ریال
تخلیه و تحویل صندوق	بدون کارمزد
هماهنگی جهت بازدید صندوق اجاره ای به درخواست مراجع ذیصلاح	بدون کارمزد

جدول الف^{۳۹}

با توجه به آنکه هر انسانی حتی بسیار اندک در معاش خود دقت می‌کند، حاضر به اجاره صندوق خالی با هدف خالی ماندن نمی‌باشد؛ از این رو اگر معتقد به خالی نگاه داشتن صندوق توسط مشتری

35. Texas Dept. of Community Affairs v. Burdine, 450 U.S. 248 (1981)

36. prima facie

37. First, the plaintiff has the burden of proving by the preponderance of the evidence a *prima facie* case of discrimination. Second, if the plaintiff succeeds in proving the *prima facie* case, the burden shifts to the defendant.

۳۸. نوع قرارداد (قرارداد نامعین) و وجود تقصیر بانک مفروض این مقاله می‌باشد و در جستار مستقل دیگر بحث آن به میان آمده است.

39. <https://bmi.ir/fa/services/100/>, Last visited on Aug 15, 2022.

باشیم: ۱- فرض کاملاً مخالف با عرف و غریب است زیرا هیچ انسانی عوض را مجانی در مقابل هیچ تملیک نمی‌کند. علاوه بر این می‌توان از خالی یا خالی نبودن صندوق‌های دیگر شعب همین بانک در شهر تهران، با همین قیمت اجاره، با کسب اجازه از مالکان پرس‌وجو نمود؛ ۲- با تناسب اموال مسروقه کشف شده و حجم صندوق‌ها سازگاری ندارد.

از این جهت قول بانک در خصوص خالی بودن صندوق و عدم تعهد محض، خلاف ظواهر متعدد و توهینی غیرمستقیم به مشتری محسوب می‌شود زیرا در این فرض صندوق داشتن در بانک ملی نه عوضی به مشتری منتقل می‌کند و نه در واقع و نفس امر اعتباری برای شخص مشتری محسوب می‌شود.

بنابراین سخن از خالی نگاه داشتن صندوق برای روز مبادا فرضی کاملاً بعید است که نه با وضعیت اقتصادی کنونی و نه با فرض‌های ذکر شده که تماماً از ظواهر می‌باشند سازگار است. از این رو بر مبنای قول مختار و رویه دادگاه‌های ایران^{۴۰} در تعریف منکر به کسی که سخنش خلاف واقع است، اطلاق می‌شود. در پرونده حاضر بانک خلاف ظواهر عرفیه ادعا می‌کند و لو دادخواست‌دهنده مشتری باشد.

۲-۲- اثبات میزان دارایی داخل صندوق

با قواعدی که در دست است می‌توان به حل این موضوع پرداخت و نباید حقوق را ناتوان از کشف مسأله حاضر دانست. به هر حال بعد از آنکه مشخص شد داخل صندوق چیزی بوده است و لو یک شکلات، ممکن است بانک اذعان دارد که رابطه حاضر اقل و اکثر است و به قدر متیقن پرداخت و برائت نسبت به مازاد جاری می‌شود که دقیقاً بحث بر سر قدر متیقن و کشف آن می‌باشد. وقتی در دعوی اول بانک مدعی بود دادگاه باید به قدر متیقن حکم دهد اما در صورتی که مشتری دلیلی بر مالکیت مازاد بر قدر متیقن، مانند رسید، شاهد و ... ارائه یا اقامه کند تئوری‌های ذیل خود به خود جایگاه خود را از دست می‌دهند؛ بنابراین تئوری‌های ذیل برای مواردی است که مشتریان از اثبات مازاد قدر متیقن ناتوانند، یا اساساً قدر متیقنی وجود ندارد. ضرورت اثبات ملاک ممیز در آن است که متأسفانه در رویه قضایی ایران،

۴۰. رأی پرونده دادگاه تجدید نظر، شماره: ۱۳۹۱/۰۹/۲۶ مورخ ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۳۰۱۴۱۶، <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/592>

رأی پرونده دادگاه تجدید نظر، شماره: ۱۳۹۱/۰۸/۲۹ مورخ ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۲۸۰۱۰۰۱، <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/458>

با توجه به عدم ارائه ملاک‌های کارشناسی، دادگاه‌ها برائت جاری نموده و حکم به ضرر مال‌باختگان مادی یا معنوی می‌دهند.^{۴۱}

۲-۲-۱- میزان اجاره‌بها و ودیعه کاشف از میزان اموال در صندوق

مبنای حاضر با در نظر گرفتن میزان اجاره‌بها و ودیعه صندوق هر فرد می‌تواند معیاری برای پرداخت قدر متیقن به هر مشتری مال‌باخته باشد. بانک مرکزی هند^{۴۲} طی تصویب دستورالعملی در تاریخ اوت ۲۰۲۱ که در ژانویه ۲۰۲۲ لازم‌الاجرا شد^{۴۳} با جزئیات کامل به مسؤلیت خود در قبال مشتریان پرداخت. در ماده ۷.۲ این دستورالعمل آمده است:

مسؤلیت بانک‌ها در قبال حریق، سرقت، اختلاس و ...

بانک باید در قبال صندوق امانات تمام تلاش و نیروی خود را به کار گیرد ... و از آن جهت که بانک‌ها نمی‌توانند شرط عدم مسؤلیت از خود کنند، در صورت وقوع هرگونه از حوادث مذکور (در صدر ماده) یا حادثی که مسبب آن کارمندان بانک باشد، مسؤلیت بانک مساوی با صد برابر کرایه سالانه غالب صندوق امانات می‌باشد.^{۴۴}

قوت این معیار^{۴۵} از آن جهت است که انسان‌ها با یک تحلیل اقتصادی نسبت به بانک، امنیت بانک،

۴۱. برای نمونه در رأی صادره از دادگاه تجدید نظر به شماره: ۲۲۰۱۰۱۷۰۲/۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۱۰۱۷۰۲ به تاریخ ۱۳۹۲/۱۲/۱۰ دادگاه تجدیدنظر عیناً رأی دادگاه بدوی را تأیید نمود. دادگاه بدوی در رأی خود چنین اظهار نظر نموده بود که با توجه بدان که در قوانین موضوعه جاری خسارات معنوی ملاک میزبی برای مطالبه ندارد ... حکم بر بطلان دعوی صادر می‌شود.
<https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/5400>

42. The Reserve Bank of India

43. Safe Deposit Locker / Safe Custody Article Facility- Revised Instructions (Circular No. DOR.LEG. REC/40/09.07.005/2021-22 dated August 18, 2021)

44. Liability of banks arising from events like fire, theft, burglary, dacoity, robbery, building collapse or in case of fraud committed by the employees of the bank. It is the responsibility of banks to take all steps for the safety and security of the premises in which the safe deposit vaults are housed. It has the responsibility to ensure that incidents like fire, theft/ burglary/ robbery, dacoity, building collapse do not occur in the bank's premises due to its own shortcomings, negligence and by any act of omission/ commission. As banks cannot claim that they bear no liability towards their customers for loss of contents of the locker, in instances where loss of contents of locker are due to incidents mentioned above or attributable to fraud committed by its employee(s), the banks' liability shall be for an amount equivalent to one hundred times the prevailing annual rent of the safe deposit locker. <https://taxguru.in/rbi/bank-responsible-theft-locker.html>

۴۵. شرط تحدید مسؤلیت فوق، در قراردادهای صندوق بانک آمریکا نیز آمده است لیکن مسؤلیت بانک محدود به کرایه ده‌ساله خود صندوق مشتری شده است و نه بیش از آن.
Safe Deposit Box Rental Agreement Rules and Regulations (Bank of America)

اجاره‌بها، ودیعه وارد قرارداد صندوق می‌شوند و این می‌تواند تا حدی مبنای تراضی طرفین قرار گیرد و لو اموال دارای ارزش معنوی باشند تا حدی رضاء نفسانی اشخاص مال‌باخته می‌تواند جبران شود. ضعف این مبنا اما در خصوص بانک ملی بسیار زیاد است: نخست جدول شماره ۱ نشان‌دهنده اجاره‌بها نه‌چندان زیاد است؛ و صد برابر آن وضعیت زیان‌دیده را به حالت پیش از قرارداد نیز برنمی‌گرداند. دوم اینکه مبنای حقوقی و دقیقی برای تعیین ندارد، چرا از عدد صد استفاده شده و نه دویست، اگر ملاک عمر متعارف است، این جبران خسارت صرفاً عوض قراردادی در قبال محافظت از صندوق و اموال بازمی‌گرداند و نه اموال مال‌باخته.

۲-۲-۲- کاشفیت معدّل قیمت صندوق‌های شعب هم‌تراز

عرف و عادات مسلم شعب بانک ملی دلالت بر این دارد که صندوق‌های امانات یک معدل و میانگینی دارد. این مبنا از ملاک قانونی ماده ۳۳۶ قانون مدنی: «هرگاه کسی بر حسب امر دیگری اقدام به عملی نماید که عرفاً برای آن عمل اجرتی بوده و یا آن شخص عادتاً مهیای آن عمل باشد، عمل مستحق اجرت عمل خود خواهد بود، مگر اینکه معلوم شود که قصد تبرع داشته است» قابل برداشت است. بدین توضیح که انجام عمل در ماده فوق خصوصیتی ندارد بلکه هر نوع مالی که از دیگری تلف شود نیز بر همین مبنا (عرف) قابل ارزیابی خواهد بود و در بحث حاضر نیز عرف نقش فعالانه در خصوص موضوع دارد.^{۴۶} در رأیی که به تاریخ ۱۳۹۱/۱۰/۲۹ از دادگاه تجدیدنظر استان تهران صادر گردید^{۴۷} بر همین مبنا اشاره کرد و اجرت‌المثل زوجه را با توجه به نظریه کارشناس تعیین نموده است؛ اما رأیی که صریحاً این مبنا را در خصوص اموال به طور عام توضیح دهد مشاهده نشده و از رأی صادره از دادگاه تجدیدنظر^{۴۸} به تاریخ ۱۳۹۳/۲/۳ و شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۳۰۰۱۴۵ به خوبی برمی‌آید که دادگاه برای تعیین قدر متیقن می‌تواند به میانگین صندوق‌های دیگر بانک‌ها مراجعه نماید (البته با تشریفات قانونی) و معدل آن را وفق قاعده موجود در ماده ۳ قانون مسؤلیت مدنی^{۴۹} و همچنین بند ج ماده ۳۵^{۵۰} قانون پولی و

۴۶. ما همواره موضوعات را از عرف می‌گیریم و احکام را از شرع، بخشی از فتوا آیه الله مکارم شیرازی، به نقل از: سید حسن میر حسینی، مقدمه‌ای بر حقوق مالکیت فکری (تهران: میزان، ۱۴۰۰)، ۴۲ (برگرفته از نورالدین امامی، «حقوق مالکیت‌های فکری»، فصلنامه رهنمون مدرسه عالی شهید مطهری، ۲ و ۳ (۱۳۷۱)، ۲۱۰).

47. <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/809>, Last visited on Aug 16 2022.

48. Ibid.

۴۹. قانون مسؤلیت مدنی مصوب ۱۳۳۹.

۵۰. هر بانک در مقابل خساراتی که در اثر عملیات آن متوجه مشتریان می‌شود مسؤول و متعهد جبران خواهد بود.

بانکی کشور^{۵۱} به صندوق‌های مال‌باختگان تعمیم دهد. اشکالات این تئوری آن است که هیچ‌گاه عرف شعب هم‌تراز گرچه شبیه به عرف خود شعبه مسروقه می‌باشند اما شباهت ناچیزی دارند؛ زیرا وضعیت فرهنگی، اقتصادی و ... مشتریان هر شعبه با شعبه دیگر متفاوت است.

۲-۳-۲- کاشفیت معدّل قیمت صندوق‌های خود شعبه

بعضی از خبرگزاری‌های داخلی خبر از دستگیری و کشف اموال برخی اموال مسروقه را داده‌اند.^{۵۲} در این صورت اگر عین خاصی در ملک مشتری باشد با آوردن دلیل به وی تعلق می‌گیرد و در غیر این صورت ملاک معدّل‌گیری از صندوق‌های خود شعبه می‌تواند بهترین و نزدیک‌ترین راهکار در اجرای قاعده انصاف^{۵۳} باشد.

ماده ۳۳۶ قانون مدنی به عرف و عادت به عنوان یک راه کلی برای کشف موضوع اشاره نموده است که در روش قبلی بدان اشارتی رفت؛ اما ارزیابی و معدّل‌گیری از شعبه هم‌تراز به نظر می‌رسد با عرف سازگار نباشد و به دلایل ذیل خروج موضوعی از ماده مذکور دارد:

- ۱- شعبه هم‌تراز مشتریان متفاوت است از شعبه‌ای که از آن سرقت شده است.
 - ۲- مشتریان شعبه هم‌تراز از حیث طبقه‌بندی اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی متفاوت از شعبه سرقت شده می‌باشند؛ بنابراین اموالی که در صندوق‌ها نهاده‌اند تا حدی می‌تواند از حیث قیمت شبیه به یکدیگر باشد.
 - ۳- هنگامی که اموال مسروقه خود شعبه یافت شده است اساساً کارشناسی از شعبه هم‌تراز مبنای موجه ندارد. این به دلیل قواعد فقهی حقوقی متعدد است که مورد قبول است. برای نمونه قاعدهٔ ما لایعلم الا من قبله، کارشناسی از شعبه سرقت شده را موجه‌تر می‌داند.
- به هر سو در این سنجش، ابتدا اگر قطع حاصل گردید که اموال برای چه صندوق‌هایی است در آن صندوق‌ها نهاده می‌شود ولو با تردید میان شماره صندوق‌ها. برای مثال اگر صندوق‌ها برش داده شده است و یا سارقان اقرار کرده‌اند که این اموال صرفاً برای ۱۶۰ صندوق است و یا اجمالاً صندوق‌ها

۵۱. قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱ مجلس شورا اسلامی،

52 <https://www.khabaronline.ir/news>.

۵۳. آن تحکمو بالعدل و الاحسان / قاعده انصاف (Equity) مجرای آن در میان فقها بیشتر با قضیه درهم ودعی شناخته می‌شود: دو شخص، یکی دو درهم و یکی یک درهم به فردی می‌سپارند. بعد از مدتی یک درهم از سه درهم تلف می‌شود و حال برای رفع مشکل امر به قرعه نمی‌شود بلکه وفق قاعده انصاف یک درهم و نیم به صاحب دو درهم اعطا شد و نیم درهم به صاحب یک درهم؛ ابوالقاسم خوینی، مصباح‌الاصول، ج ۲. (قم: داورى، ۱۴۱۷ ق.)، ۶۲.

را معرفی کرده‌اند بدان عمل می‌شود.

در صورتی که ملاک سنجش حاضر، اقرار سارقان باشد، صحت اقرار با قرائن متقن سنجیده می‌شود. بدین توضیح که اموال در صندوق‌ها جای‌گذاری می‌شود تا بررسی گردد که آیا ظرف گنجایش مظروف را دارد یا خیر.

در گام بعد معدل قیمت صندوق‌ها به دست می‌آید (قیمت کل اموال صندوق‌های مکشوفه + تقسیم بر تعداد) و به باقی‌مانده مشتریان مال باخته به همان میزان رد مال می‌شود.

۲-۲-۴- راهکار قانون‌نگاری

در این شیوه، مقنن نقش فعال ایفا می‌کند و با توجه به مبنای پذیرفته شده، با عرضه دستورالعمل یا ماده‌ای قانونی به اختلافات پایان می‌بخشد. با توجه بدان که مبنای ضرورت جبران خسارات مشتریان بانک در خصوص مواردی همچون سرقت، اختلاس و غیره مورد پذیرش قانونگذار ایرانی می‌باشد، بنابراین راهکار قانونی نیز می‌تواند توسط قانونگذار مورد عمل قرار گیرد. در این راستا پیشنهاد می‌شود، برای حل اختلاف در موارد این‌چنین، میان مشتری و بانک، ماده واحده‌ای با مضمون زیر به تصویب مقنن برسد:

«۱- هرگونه شرط تحدید مسؤولیت یا عدم مسؤولیت بانک در قبال مشتریان صندوق امانات باطل است. در صورت تقصیر یا غفلت بانک یا کارمندان بانک و یا در صورت بروز هرگونه حادثه‌ای که ناشی از تقصیر یا فرض تقصیر بانک باشد، بانک موظف به جبران تمام خسارات مشتریان اعم از مادی و معنوی می‌باشد.

تبصره - مبنای محاسبه خسارات وارده بر اساس نظر کارشناس رسمی دادگستری و وفق آیین‌نامه مربوط خواهد بود».

سپس در آیین‌نامه روش کارشناسی پیشنهاد داده می‌شود:

«کارشناس رسمی متخصص در زمینه امور بانکی با توجه به معدل‌گیری از اموال مسروقه (در صورت پیدا شدن اموال مسروقه) و در غیر این صورت با معدل‌گیری از نزدیک‌ترین شعبه همان بانک، باید نظر خود را در خصوص بهای اموال هر صندوق امانت، ظرف مهلت مقرر مشخص نماید».

نتیجه‌گیری

در بحث حاضر با توجه به مبنای ماده ۳۳۶ قانون مدنی که یک معیار و مبنای کلی را در خصوص

کاشفیت عرف پذیرفته است، یکی از راه‌های چهارگانه را می‌توان پذیرفت و امر را به کارشناس ارجاع داد. با این حال وفق قاعده فقهی ما لا یعلم الا من قیله که در ماده ۲۸۲ قانون مدنی نیز پذیرفته شده است، مبنای اخیر (معدل‌گیری از صندوق‌های شعبه سرقت‌دیده) بر سایر مبانی اولویت دارد. چراکه شعبه سرقت شده از حیث موقعیت جغرافیایی، وضعیت شغلی مشتریان و... دارای شرایط و عرف مسلمی بوده که سایر شعبات فاقد آن می‌باشد.

اما بایستی در همین جا یک مغالطه را پاسخ داد و آن بیم بانک از سوداگری مشتریان است! اقل و اکثر استقلالی در شبهه وجوبی مثل قضیه حاضر نباید منجر بدان شود که بانک مدام از تعهدات خود نسبت به مشتریان شانه خالی کند و برائت جاری نماید. در این شبهه نسبت به مازاد گرچه برائت جاری می‌شود اما نسبت به متیقن حکم به امتثال امر نهاده شده تا از بروز مفسده (مشغول ماندن ذمه) جلوگیری شود.^{۵۴} بنابراین شانه خالی نمودن بانک به هیچ وجه از حیث شرعی و قانونی مورد پذیرش نیست و به نحوی باید خسارات وارده بر مال‌باختگان را جبران نماید.

در هر صورت در دعوای میان مشتریان و بانک، به خلاف ظاهر مواد قانونی (مانند ماده ۲۷۲ قانون آیین دادرسی مدنی) باید تعریف مسامحه‌ای را کنار گذاشت و کسی که قولش خلاف ظاهر است، مدعی تلقی نمود؛ بنابراین بانک که مدعی خالی بودن صندوق است به فرض غریب تمسک بسته و باید این ادعا را اثبات نماید.

نحوه ارزیابی یا به نحو تحدید مسؤلیت^{۵۵} است که بانک آمریکا و هند از این روش استفاده کردند یا به روش معدل‌گیری که در رویه قضایی جایگاه ویژه‌ای دارد و رد پای آن در آرای مرتبط با مهرالمثل و اجرت‌المثل دیده می‌شود.

در آخر باید بیان داشت که برخی از عبارات مانند سوداگری مشتریان، صرفاً جنبه مغالطه دارد و عبارات کلیشه‌ای می‌باشد که بار حقوقی و قانونی ندارد. وفق کالاهای مکشوفه: طلا، شمش و ارز که ظاهر را نیز تشکیل می‌دهند، بانک متعهد به پرداخت خسارات عندالنفع مسلم نیز می‌باشد؛ بنابراین متعهد هنگامی که بار مسؤلیت را این قدر بر دوش خود سنگین می‌بیند، تمسک به برائت را بهترین راهکار می‌بیند. حالی که کدام انسانی در شرایط کنونی صندوقی را کرایه کرده و آن را خالی به حال خود رها می‌کند.

۵۴. سید مرتضی فیروز آبادی، عنایة الاصول، فی شرح کفایة الاصول، ج ۴، نجف: انتشارات نجف، ۱۳۸۵ ه. ق، ۱۴۴
55. Limitation of Liability

فهرست منابع

- الف) منابع فارسی
- آقایی، بهمن. فرهنگ حقوقی بهمن. تهران: گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۸.
 - انصاری، مسعود و محمدعلی طاهری. دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۳. تهران: جنگل، چاپ سوم، ۱۳۸۸.
 - شمس، عبدالله. آیین دادرسی مدنی پیشرفته، ج ۳. تهران: انتشارات دراک، چاپ یازدهم، ۱۳۸۷.
 - استین، پیتر. تفسیر و استدلال حقوقی در حقوق رم. ترجمه رحیم فروغی نیک. مجله حقوقی دادگستری ۶۳- (1387): ۳۰۲-۲۷۳.
 - فیض، علیرضا. مبایذی فقه و اصول مشتمل بر: بخشی از مسائل آن دو علم. تهران: دانشگاه تهران، چاپ نهم، ۱۳۷۸.
 - کاتوزیان، ناصر. قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی. تهران: میزان، چاپ چهارم، ۱۳۹۵.
 - کاتوزیان، ناصر. مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران. تهران: سهامی انتشار، چاپ چهل و هفتم، ۱۳۸۵.
 - محقق داماد، مصطفی. قواعد فقه، ج ۳. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم، ۱۴۰۶ ه.ق.
 - میر حسینی، سید حسن، مقدمه‌ای بر حقوق مالکیت فکری، تهران: میزان، چاپ یازدهم، ۱۴۰۰.
- ب) منابع عربی
- آشتیانی، میرزا محمد حسن. کتاب القضاء. قم: انتشارات هجر، چاپ دوم، ۱۳۶۳ ش.
 - السنهوری، عبدالرزاق. الوسیط، ج ۲. مصر: نادی القضاة، ۱۹۸۳ م.
 - البجنوردی، سید محمد حسن، القواعد الفقهیة. قم: انتشارات هادی، چاپ اول، ۱۳۷۷ ش.
 - الحر العاملی، محمد بن الحسن. وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، ج ۱۸. بیروت: دار احیاء التراث العربی، بی تا.
 - حلی، شیخ نجم‌الدین (محقق حلی). شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۴. تهران: انتشارات استقلال، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ه.ق.
 - خوبی، ابوالقاسم. مصباح الاصول، ج ۲. قم: انتشارات داوری، ۱۴۱۷ ق.
 - العاملی، محمد بن جمال الدین (شهید اول). اللمعة الدمشقیة. قم: انتشارات قدس، چاپ اول، ۱۴۱۱ ه.ق.
 - العاملی، محمد بن جمال الدین (شهید اول). الدروس الشرعیة فی فقه الامامیة، ج ۲. قم: موسسه نشر اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۴ ه.ق، ص: ۸۳.
 - فیروز آبادی، سید مرتضی. عنایة الاصول فی شرح کفایة الاصول، ج ۴. نجف: انتشارات نجف، ۱۳۸۵ ه.ق.
 - مکارم شیرازی، ناصر. القواعد الفقهیة، ج ۲. قم: مدرسه امام امیر المومنین، چاپ سوم، ۱۴۱۱ ه.ق.
 - النجفی، شیخ محمد حسن. جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۴۰. تهران: دارالکتب الاسلامیة، چاپ سوم: ۱۳۶۲ ش، ص: ۳۷۱.
 - النجفی، شیخ محمد حسن. جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۳۱. بیروت: دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم: ۱۳۶۲ ش.
- ج) آرا
- رأی دادگاه تجدیدنظر به شماره: ۱۳۹۳/۱۲/۱۸ مورخ ۹۳۰۹۹۷۲۱۳۰۵۰۲۱۳۱
 - رأی پرونده دادگاه تجدیدنظر، شماره: ۱۳۹۱/۰۹/۲۶ مورخ ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۳۰۱۴۱۶

- رأی پرونده دادگاه تجدیدنظر، شماره: ۱۰۰۱/۲۲۲۸۰۲۲۲۸۰۹۹۷۰۹۱۰ مورخ ۱۳۹۱/۰۸/۲۹،
<https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/458>

- رأی دادگاه تجدیدنظر، شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۳۰۰۰۱۴۵ به تاریخ ۱۳۹۳/۲/۳،
<https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/6705>

- رأی دادگاه تجدیدنظر استان تهران، شماره: ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۴۷۰۲۳۱۳ مورخ: ۱۳۹۱/۱۰/۲۹،
<https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/809>

- دادگاه تجدیدنظر به شماره: ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۱۰۱۷۰۲ به تاریخ ۱۳۹۲/۱۲/۱۰،
<https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/5400>

- الطعن رقم ۱۱۰۰۲ لسنة ۸۱ قضائية / الدوائر التجارية - جلسة ۲۰۱۶/۰۴/۲۴،
https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111306211&ja=115404

- الطعن رقم ۱۷۰۴۱ لسنة ۸۵ قضائية / الدوائر المدنية - جلسة ۲۰۱۶/۰۶/۰۷،
https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111310625&ja=132490
Texas Dept. of Community Affairs v. Burdine, 450 U.S. 248 (1981)

(د) منابع اینترنتی

- درس خارج آیه الله جوادی آملی، ۱۳۹۸/۰۹/۲۷،

<https://www.eshia.ir/feqh/archive/text/javadi/feqh/98/980927/>

- <https://bmi.ir/fa/services/100/>, Accessed Aug 15, 2022.

- <https://taxguru.in/rbi/bank-responsible-theft-locker.html>, Accessed Aug 16, 2022.

(ه) قوانین

- قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹.

- قانون مدنی ۱۳۰۷.

- قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹.

- قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱ مجلس شورا اسلامی.

- قانون الاثبات رقم (۱۰۷) مصوب ۱۹۷۹.

- قانون الاثبات المصری فی المواد المدنیه و التجاریه رقم ۳۵ مصوب ۱۹۶۸.

- Safe Deposit Locker / Safe Custody Article Facility- Revised Instructions (Circular No. DOR.LEG. REC/40/09.07.005/2021-22 dated August 18, 2021).

The Right to Access The Vaccine as a Human Right

Maryam Gholami¹, Mahdi Firoozabadian^{*2}

1. The Invited Professor, Departement of Law, Faculty of law, Torbat-e Heydariyeh Branch, Islamic Azad University, Torbat-e Heydariyeh, Iran.

Email: m.gholami9365@gmail.com

2. Assistant Professor, Departement of Law, Faculty of law, Torbat-e Heydariyeh Branch, Islamic Azad University, Torbat-e Heydariyeh, Iran.

*. **Corresponding Author:** Email: Mahdi.Firoozabadian.iau.ac.ir



S.D.I.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



Publisher:
Shahr-e- Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:
Original Research

DOI:
10.48300/JLR.2022.316278.1864

Received:
19 December 2021

Accepted:
15 March 2022

Published:
10 June 2023



ABSTRACT

This article aims to address the human rights obligations of pharma companies regarding access to vaccines and other drugs that are produced for the prevention and treatment of COVID-19. It seems that the UN Guidelines on Trade and Human Rights are among the most important documents and organizations which give pharma and vaccine companies some responsibility and fair access to vaccines and special medicines, in case of emergency. Since the right of access to vaccines is a fundamental human right, access must be provided fairly in the emergency conditions of a pandemic virus. Besides, discrimination, monopolies and nationalism must be avoided as much as possible. The results illustrate that public access to the COVID-19 vaccine is justified under the heading of social contract and it persuades human rights to support the idea of corporate

Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



social responsibility more broadly. Other results of this article indicate that there are many challenges to achieving universal access to vaccines, including nationalism, monopolies, exorbitant pricing, and the spread of corruption. It is hoped that, with proper monitoring by international organizations and the World Health Organization, these challenges can be reduced to pave the way for fair access to vaccines as a fundamental human right.

Keywords: Vaccine Right, Covid-19, Fundamental Rights, World Health Organization, Challenges of Fair Vaccine Distribution.

Excerpted from the Ph.D. thesis entitled "The impact of the corona epidemic on human rights treaties", Islamic Azad University, Torbat Heydarieh branch.

Funding: The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Author contributions:

Maryam Gholami: Conceptualization, Software, Formal analysis, Investigation, Writing - Original Draft.

Mahdi Firozabadian: Resources, Data Curation, Writing - Review & Editing, Supervision.

Competing interests: The authors declare that they have no competing interests.

Citation:

Gholami, Maryam & Mahdi Firoozabadian. "The Right to Access The Vaccine as a Human Right" *Journal of Legal Research* 22, no. 53 (June 10, 2023): 27-60.

E x t e n d e d A b s t r a c t

Since the outbreak of Corona in the winter of 2019, the Chinese government's lack of timely notification and, more importantly, the rapid spread of the Virus led to the high rates of the infection and the mortality.

With the production of the Corona vaccine, the need of the billions of the population around the world to be vaccinated and increasing the demand of the general public, the international community, the different governments and nations, it is necessary for all groups to enjoy the right to be vaccinated. In order to facilitate the right of the universal access to the vaccine to guarantee and implement the right for the life and the right for the health, it is necessary to take action all the international actors including the international organizations, the governments and the companies according to the based scientific methods on the humanity in line with the production and the distribution of the vaccine and remove the access barriers to vaccine, such as the unilateral sanctions and the financial barriers.

1- The place of the right for the health in the human rights documents

All human rights reach a called fundamental rule as the human life, and the enjoyment of the minimum health includes a prerequisite for the human life and the inherent dignity, and its lack is a denial of the highest human values.

Therefore, the right to have the health and the well-being can be considered as a based fundamental right on the human rights documents as the right for the health is of great importance among all types of the human rights, and in the international human rights literature, the civil and political rights is considered as the first generation and the economic, social and cultural rights is included as the second generation of human rights.

1-2 The place of the right to enjoy the medicine and the vaccine in human rights documents

Although the right of access to the medicine has been not mentioned independently in the human rights instruments, but Article 12 of the Economic, Social and Cultural Covenant calls on the member states to "commit themselves for the prevention, the treatment and cure of the epidemic, indigenous and occupational diseases and the fight against these diseases" and also in the general interpretation of No. 14 (2000) has described the right of the access to the essential medicines as a human right.

2. A new procedure of the mandatory licenses for the medicine and the vaccines in regard to TRIPS member countries

2-1 The decision for the exemption

The Intellectual property rights was one of the discussed issues in the Uruguay

negotiations (1955, the negotiations that led to the constitution of the World Trade Organization), and led to the ratification of Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS). The Pharmaceutical products and the process of their production are the product of the human thought and mind, therefore are protected by the intellectual property rights.

Following this recommendation of the Doha Declaration, the TRIPS Council adopted in 2003 a known plan as the "the decision for the exemption ", which as a result, a new system of the compulsory licenses has emerged.

Under this new system, the eligible member states are exempted from complying with the prescribed condition in the TRIPS (paragraph f of Article 31) based on the need for internal use of the compulsory licenses.

3- Implementing the human rights obligations of the pharmaceutical companies regarding the basic medicines and the vaccines

The human rights duty of a pharmaceutical company to play its part for providing the access to the medicines must be weighed against the need to maintain the company's stability as an innovative organization which community needs its current and future treatments of diseases.

There are the several ways through which a pharmaceutical company can fulfill its social responsibility to protect the human rights under the Ruggie Principles (The United Nations Guidance Principles on The Trade and Human Rights (informally known as the Ruggie Principles)). We specifically investigate three cases:

The grants (especially when working with the projects that are doing multilaterally), the different pricing, and the facilitation of the patents

4- The related effects of COVID-19 on the right for the health

Unfortunately, there is no significant focus in the human rights media on the restriction of the right for the health in the public health services or the emergencies cases.

In addition, the restriction of the access to the healthcare has been created due to the need for the public health, such as COVID-19, which has certainly reduced the importance of the government responsibilities for providing the health care.

5 – The lack of the fair access to the vaccines

Unfortunately, the access to the vaccines and the medicines is alarmingly unequal in many parts of the world, especially for the women and the girls, the national, ethnic, religious, racial and linguistic minorities, the indigenous populations, the deprived individuals, the disable people, the immigrants especially the illegal immigrants, the stateless citizens and the other marginalized individuals.

5-1- The corruption widespread in providing the fake vaccines to general public

The human rights institutions and the scientists see the corruption as “a major obstacle to the realization of all human rights (UN Human Rights Council 2015), especially the right for the health, because the corruption leads to reduce the needed resources to achieve the right for the health”.

5-2- The nationalism as a factor for the lack of the universal achievement to the vaccine

The second barrier of the equitable access to the effective treatments for COVID-19 is the vaccine nationalism (and the accompanying trade restrictions). Such approaches undermine the promise of achieving the economic, social and cultural rights such as the health because of being undermined the willingness of the governments to cooperate and assist internationally for reaching the mentioned rights.

5-3- The exorbitant and false pricings as a barrier of the access to the vaccine

In 2020, the World Health Organization identified the fair pricing milestone as the financial sensitivity in the health systems and motivating for the research and the development of the medicines as two needed key areas for the further study.

6- The responsibility of the governments on the right of the citizens to access the vaccine

The main basis of the government's commitment to protect the human rights is this democratic principle that the power to protect the rights of the citizens has been vested to the government. The government not only ensures that no one's rights are violated, but must also strive to realize these rights.

This power also is applied to the related individual rights to the health, and its implementation is also of the responsibilities of the government.

This Page Intentionally Left Blank

حق دسترسی به واکسن به مثابه حق بشر

مریم غلامی^۱، مهدی فیروزآبادیان*^۲

۱. استادمعدو، گروه حقوق، دانشکده حقوق، واحد تربت حیدریه، دانشگاه آزاد اسلامی، تربت حیدریه، ایران.

Email: m.gholami9365@gmail.com

۲. استادیار، گروه حقوق، دانشکده حقوق، واحد تربت حیدریه، دانشگاه آزاد اسلامی، تربت حیدریه، ایران.

Email: Mahdi.Firoozabadian.iau.ac.ir: *نویسنده مسئول

چکیده:

این مقاله به تعهدات حقوق بشری شرکت‌های دارویی در مورد دسترسی به واکسن‌ها و سایر داروهای تولیدشده برای پیشگیری و درمان کووید-۱۹ می‌پردازد. به نظر می‌رسد دستورالعمل سازمان ملل، اصول راهنمای ملل متحد راجع به تجارت و حقوق بشر از جمله اسناد مهمی هستند که به شرکت‌های داروساز و واکسن‌ساز نوعی مسؤولیت بار نهاده و به نوعی شرکت‌های داروساز را در خصوص دسترسی عادلانه به واکسن و داروهای خاص در شرایط اضطراری دارای مسؤولیت می‌داند. از آنجاکه حق دسترسی به واکسن از جمله حقوق اساسی و بنیادین بشر محسوب می‌گردد در شرایط اضطراری همه‌گیری ویروس‌ها باید دسترسی به روش عادلانه صورت پذیرد و تا حد ممکن از تبعیض، انحصارطلبی و ملی‌گرایی جلوگیری گردد. نتایج حاکی از آن است که دسترسی همگانی به واکسن در قبال همه‌گیری کرونا تحت عنوان قرارداد اجتماعی توجیه می‌شود و حقوق

1. COVID 19

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند یا دسترسی آزاد هستند، مقالات تحت شرایط مجوز Creative Commons Attribution-Non-Commercial License 4.0 منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



پژوهش‌کده حقوق



نوع مقاله:

پژوهشی

DOI:

10.48300/JLR.2022.316278.1864

تاریخ دریافت:

۲۸ آذر ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۲۴ اسفند ۱۴۰۰

تاریخ انتشار:

۲۰ خرداد ۱۴۰۲



بشر را متقاعد می‌سازد که به طور گسترده‌تری ایده مسؤولیت اجتماعی شرکت‌ها را پشتیبانی کند. از دیگر نتایج این مقاله حاکی از آن است که چالش‌های فراوانی بر سر راه تحقق دسترسی همگانی به واکسن قرار دارد که ملی‌گرایی، انحصارطلبی، قیمت‌گذاری‌های گزاف، گسترش فساد از جمله مهم‌ترین این چالش‌ها می‌باشد. امید است که با نظارت صحیح سازمان‌های بین‌المللی و بهداشت جهانی این چالش‌ها کمتر شده تا راه برای دستیابی عادلانه به واکسن به عنوان حق اساسی بشر هموار گردد.

کلیدواژه‌ها:

حق واکسن، کووید ۱۹، حقوق اساسی بشر، سازمان بهداشت جهانی، چالش‌های توزیع عادلانه واکسن.

برگرفته از رساله دکتری با عنوان «تأثیر اپیدمی کرونا بر معاهدات حقوق بشری»، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تربت حیدریه.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان:

مریم غلامی: مفهوم‌سازی، استفاده از نرم‌افزار، تحلیل، تحقیق و بررسی، نوشتن - پیش‌نویس اصلی.
مهدی فیروزآبادیان: منابع، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - بررسی و ویرایش، نظارت.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

غلامی، مریم و مهدی فیروزآبادیان «حق دسترسی به واکسن به مثابه حق بشر». مجله پژوهش‌های حقوقی ۲۲، ش. ۵۳ (۲۰ خرداد ۱۴۰۲): ۲۷-۶۰.

مقدمه

از زمان شیوع کرونا در زمستان ۲۰۱۹، عدم اطلاع‌رسانی به موقع دولت چین و مهم‌تر از آن، گسترش سریع ویروس، منجر به میزان بالای ابتلا و مرگ‌ومیر شد. بشر بعد از حدود صد سال با یک پاندمی مواجه شد؛ پاندمی‌ای که به بشریت نشان داد پنهان‌کاری، نادیده گرفتن واقعیت‌های علمی، یک‌جانبه‌گرایی، سانسور، محدود کردن ارتباطات، روش‌های غیرعلمی هیچ نتیجه‌ای جز افزایش سرعت شیوع بیماری، بالا رفتن تعداد بیماران و رشد تصاعدی مرگ‌ومیر ناشی از بیماری به همراه نخواهد داشت. امروز عقل و تجربه حدود یک سال بعد از مقابله با بیماری ثابت کرده است که تنها راه مقابله با این بیماری استفاده از روش‌های علمی مبتنی بر انسانیت به دور از هر نوع نفع اقتصادی است.^۱ با تولید واکسن کرونا، نیاز جمعیت میلیاردری زمین به واکسیناسیون و افزایش تقاضای عمومی، جامعه جهانی، دولت‌ها و ملل مختلف، لازم است همه گروه‌ها از حق بهره‌مندی از واکسن برخوردار شوند. ماده ۱۲ میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی دولت‌های طرف میثاق را متعهد به پیشگیری از شیوع بیماری‌ها و مقابله با آنها کرده است که به این منظور همه دولت‌ها در اقدام برای تولید و توزیع واکسن و دسترسی همگان به واکسن دارای تعهد هستند. جهت اجرای این تعهد لازم است همه بازیگران در راستای تولید گسترده و دسترسی همگان به واکسن به صورت شفاف، با روش‌های علمی و بدون محدودیت اقدام کنند. هر نوع اقدام تجاری به منظور کسب سود که منجر به محدودیت دسترسی به واکسن شود، هر نوع اعمال تحریم که دسترسی به واکسن را محدود کند و منجر به بیمار شدن انسان‌ها و افزایش مرگ‌ومیر شود، اینها مصادیق نقض قواعد آمره و عرفی حقوق بین‌الملل، نقض اسناد بین‌المللی لازم‌الاجرا مانند میثاق حقوق مدنی و سیاسی و میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی است. به منظور تسهیل حق دسترسی همگان به واکسن برای تضمین و اجرای حق بر حیات و حق بر سلامت لازم است همه بازیگران بین‌المللی شامل سازمان‌های بین‌المللی، دولت‌ها و شرکت‌ها بر اساس روش‌های علمی مبتنی بر انسانیت در راستای تولید و توزیع واکسن اقدام و موانع دسترسی به واکسن مانند تحریم‌های یک‌جانبه و موانع مالی را رفع کنند.

۱. امیر بی پروا، «دسترسی همگان به واکسن کرونا»، روزنامه شرق، ۲۹/۱۰/۱۳۹۹، ۱.

۱- جایگاه حق بر سلامت، حق بر دسترسی به دارو و واکسن در اسناد حقوق

بشری

۱-۱- جایگاه حق بر سلامت در اسناد حقوق بشر

بهداشت و سلامت از ارکان اصلی و اساسی نظام حقوق بشر است و برخورداری از سلامت فیزیکی، روانی، اجتماعی و معنوی باید در دسترس همه افراد جامعه باشد، زیرا برخورداری از خدمات بهداشتی - درمانی با هدف ارتقا، حفظ و تأمین سلامت افراد، به عنوان رکن اساسی در جهت پیشرفت جامعه شناخته می‌شود. بر اساس موازین بین‌المللی حقوق بشر، همه موجودات انسانی از ارزش یکسانی برخوردارند و باید از حمایت‌های یکسانی بهره‌مند شوند و به شأن و کرامت انسانی و تمامیت جسمانی آنها احترام گذاشته شود. تمام حقوق حقه بشری، به یک قاعده بنیادین به نام حیات انسان می‌رسند و برخورداری از حداقل‌های بهداشتی، لازمه حیات و حیثیت ذاتی انسان به شمار می‌رود و عدم برخورداری از این حداقل‌ها، به منزله انکار والاترین ارزش‌های انسانی است؛ لذا حق داشتن بهداشت و سلامتی را می‌توان حقی بنیادین بر اساس اسناد حقوق بشر قلمداد کرد. آن‌چنان که حق بر سلامتی در میان انواع حقوق بشر از اهمیت بالایی برخوردار است و در ادبیات حقوق بین‌الملل بشر، حقوق مدنی و سیاسی، به عنوان نسل اول و حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در مقوله نسل دوم حقوق بشر، جای گرفته است. حق بر سلامتی، در پیوندی ناگسستنی با حق حیات نسل اول حقوق بشر قرار دارد و از سویی دیگر با حق بهداشت و تأمین اجتماعی نیز گره خورده است. علاوه بر این، حق بر محیط زیست سالم نیز که در نسل سوم حقوق بشر قرار دارد، از سرچشمه حق بر سلامتی سیراب می‌شود. به این ترتیب، حق بر سلامتی را می‌توان حلقه ارتباط نسل‌های مختلف حقوق بشر قلمداد کرد. با توجه به اینکه سلامتی از جمله عوامل اساسی در رشد و توسعه انسان محسوب می‌شود، حق بر سلامتی یکی از بخش‌های بنیادین حقوق بشر و فهم و درک ما از زندگی با کرامت محسوب می‌شود. حق برخورداری از بالاترین درجه استاندارد سلامتی، حق جدیدی نیست، اما با وجود این، هنوز به درستی مفهوم آن تعریف نشده و به ابعاد متفاوت آن نپرداخته‌اند. سلامتی یک مفهوم مطلق با یک بینش ثابت نیست. برداشت ما از سلامتی، به طور مداوم از مکانی به مکان دیگر و از زمانی به زمان دیگر تغییر می‌کند. بر این اساس، تلاش برای تعریفی واحد از سلامتی، با مشکلات متفاوتی روبه‌رو می‌شود که این حرکت، ناشی از این مسأله است که تعریف دقیق سلامتی با توجه به شرایط فرهنگی، اقتصادی و اجتماعی تغییر می‌کند.

از طرفی نباید حق بر سلامتی^۲ را با حق سلامتی^۳ اشتباه گرفت. حق بر سلامتی به معنای حق بر سالم بودن نیست. سالم بودن بر فقدان بیماری دلالت دارد، اما حق بر سلامتی، فراتر از صرف عدم بیماری و دارای ابعاد مختلف جسمی، روانی و اجتماعی است. حق بر سلامتی، حقی است که مستلزم برخورداری از فرصت‌های برابر برای همه است تا بتوانند از امکانات، تسهیلات، خدمات و شرایط لازم برای تحقق این استاندارد برخوردار شوند. سالم بودن فقط یک برداشت حداقلی از حق بر سلامتی است و «حق بر بهره‌مندی از عالی‌ترین استاندارد سلامتی»، مجموعه‌ای از پیش‌شرط‌ها و استلزامات را در خود نهفته دارد که لازمه تحقق آن هستند.^۴

۱-۲- جایگاه حق برخورداری از دارو و واکسن در اسناد حقوق بشری

برخورداری از خدمات بهداشتی و درمانی با هدف ارتقا، حفظ و تأمین سلامت افراد یکی از ارکان مهم پیشرفت هر جامعه‌ای را تشکیل می‌دهد و حق تمام افراد بشر است. حق برخورداری از بالاترین استاندارد قابل دستیابی سلامت جسمی و روانی فارغ از نژاد، مذهب، عقیده سیاسی و وضعیت اقتصادی یا اجتماعی به عنوان یکی از بنیادی‌ترین حقوق بشر نخستین بار در اساس‌نامه سازمان جهانی بهداشت (مقدمه و ماده ۱) شناسایی شد. پس از آن در اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای متعددی اعم از (اعلامیه جهانی حقوق بشر (بند ۱ ماده ۲۵ اعلامیه)، میثاق حقوق اقتصادی اجتماعی و فرهنگی) ماده ۱۲، (کنوانسیون رفع کلیه اشکال تبعیض نژادی) ماده ۵، (کنوانسیون امحای کلیه اشکال تبعیض علیه زنان) ماده ۵، منشور اجتماعی اروپا) ماده ۱۱، (منشور آفریقایی حقوق بشر و مردم) ماده ۱۶ و ...، این حق به رسمیت شناخته شده است.^۵

همچنین طبق اساسنامه سازمان جهانی بهداشت: «بهره‌مندی از بالاترین استانداردهای قابل دسترسی سلامتی، یکی از اساسی‌ترین حقوق برای هر انسان، بدون در نظر گرفتن نژاد، مذهب، اعتقادات سیاسی، شرایط اقتصادی یا موقعیت اجتماعی او است.» (مقدمه اساسنامه سازمان جهانی بهداشت)

2. Droit a la santé.

3. Droit de la santé.

۴. عاطفه آجری آیسک و نازنین زهرا بروغنی، «نقض حقوق بشر و عملکرد دولت‌های غربی در مدیریت ویروس کرونا (مطالعه موردی ایالات متحده و کشورهای اروپایی)»، پژوهش نامه حقوق بشری ۲۰(۱۳۹۹)، ۷۰.

۵. سید قاسم زمانی، «شبهه سازی درمانی و حق بر سلامتی در قلمرو حقوق بین الملل بشر»، فصلنامه پژوهش حقوق و سیاست ۱۹(۱۳۸۵)، ۳۰.

هر چند که در اسناد حقوق بشری به طور مستقل بر حق دسترسی به دارو اشاره نشده است ولی در ماده ۱۲ میثاق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی از دولت‌های عضو می‌خواهد: (به تعهد خود جهت پیشگیری، درمان و معالجه بیماری‌های همه‌گیر، بومی و حرفه‌ای و مبارزه با این بیماری‌ها پایبند باشند) و همچنین در تفسیر عمومی شماره ۱۴ (۲۰۰۰) حق دسترسی به داروهای اساسی را به عنوان حق بشری توصیف کرده است. حق برخورداری از واکسن نیز حق بنیادین بشری است که در پرتو حقوق مختلف انسانی مورد حمایت و تضمین قرار گرفته است. به منظور تحقق این حق انسانی، سازمان‌های بین‌المللی، دولت‌ها، شرکت‌های فعال و همه افراد انسانی دارای تعهد در اقدام به منظور بهره‌مندی از این حق هستند. در جهت اجرای این تعهد همه شرکت‌ها و دولت‌ها مکلف به تولید واکسن، توزیع گسترده، انتقال فناوری به کشورهای در حال توسعه و کمتر توسعه‌یافته هستند و از طرف دیگر توقف هر نوع عمل یک‌جانبه‌ای که منجر به عدم دسترسی یا کاهش دسترسی به واکسن می‌شود، مانند اعمال تحریم، محدودیت‌های مالی و محدودیت‌های حمل‌ونقل است. در صورت قصور دست‌اندرکاران از دسترسی همگانی به واکسن با توجه به مبانی تعهد، مسؤولیت بین‌المللی همه آنها محرز خواهد بود. مبنای دسترسی همگان به واکسن کرونا را باید در مواد ۲۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر، ماده ۶ میثاق حقوق مدنی و سیاسی و ماده ۱۲ میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی یافت. به موجب ماده ۲۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر که دارای الزام عرفی در حقوق بین‌الملل است، حق بر سلامت برای همه انسان‌ها شناخته شده است و دسترسی به واکسن صرفاً مصداق حق بر سلامت است. ماده ۶ میثاق حقوق مدنی و سیاسی به عنوان یک سند الزام‌آور حق بر حیات را مورد شناسایی قرار داده است که جدا از الزام میثاق حق بر حیات به عنوان یک حق بنیادین بشری و مبنای سایر حقوق انسانی یک قاعده آمره بین‌المللی تلقی می‌شود. هر نوع قصور یا منفعت اقتصادی که منجر به عدم دسترسی افراد به واکسن شود، صرف‌نظر از نقض میثاق، نقض یک قاعده آمره بین‌المللی است.^۶

علاوه بر این در قطعنامه‌های ۲۷۰/۷۴ و ۲۷۴/۷۴ مجمع عمومی سازمان ملل، قطعنامه‌های ۴۴/۴۱، ۲/۱۰ و ۴۶/۱۴ شورای حقوق بشر و قطعنامه ۳۷۰۱ مجمع جهانی بهداشت به حق دسترسی به دارو و واکسن و برخورداری از بالاترین سطح استاندارد بهداشتی به عنوان حق بشری اشاره شده است.

۶. امیر بی پروا، «دیپلماسی ایران»، ۱۳۹۹/۰۲/۰۶، <http://irdiplomacy.ir>.

۲- رویه جدید مجوزهای اجباری برای داورها و واکسن‌ها در خصوص کشورهای

عضو تریپس

۲-۱- تصمیم به معاف‌سازی

انتشار خبر ساخت واکسن‌های کووید-۱۹ در اواسط سال ۲۰۲۰، موجی از امیدواری را در جهان ایجاد کرد. رویدادی که نویدبخش پایان پاندمی مرگبار کرونا بود. با این حال، یک نگرانی عمده وجود داشت و آن بحث مربوط به حقوق مالکیت فکری واکسن بود، بحثی که می‌توانست مانع دسترسی عمومی به واکسن و مبارزه مؤثر با کرونا باشد. با توجه به این موضوع در اکتبر ۲۰۲۰ کشورهای هند و آفریقای جنوبی درخواست خود را در خصوص تعلیق موقتی برخی از مقررات موافقت‌نامه تریپس برای جلوگیری، محدود سازی و درمان در سازمان جهانی تجارت به ثبت رساندند. هدف از این درخواست اجماع و موافقت کشورهای عضو سازمان جهانی تجارت برای صرف‌نظر موقت از مقررات مربوط به کپی‌رایت و حقوق مرتبط بخش ۱ از قسمت II موافقت‌نامه (، طرح‌های صنعتی (بخش ۴ از قسمت II موافقت‌نامه (حق اختراع (بخش ۵ از قسمت II موافقت‌نامه) حمایت از اطلاعات افشا نشده (بخش ۷ از قسمت II موافقت‌نامه بیان شده است.

حقوق مالکیت فکری یکی از مسائل مورد بحث در مذاکرات اروگوئه (۱۹۵۵ مذاکراتی که به تشکیل سازمان جهانی تجارت انجامید)، بود و باعث تصویب موافقت‌نامه تجاری مالکیت فکری (تریپس) شد. محصولات دارویی و فرایند تولید شدن آنها محصول فکر و ذهن بشر است؛ در نتیجه تحت حمایت حقوق مالکیت فکری می‌باشند.

بر اساس مقررات موافقت‌نامه تریپس در خصوص حق ثبت اختراع، از جمله مواد ۲۷ و ۲۸ دارنده حق مالکیت فکری حقوقی انحصاری در خصوص ساخت، استفاده، عرضه برای فروش، فروش یا واردات پیدا می‌کند که می‌تواند چالش دسترسی به داروهای اساسی و افزایش قیمت چنین داروهایی را به دنبال داشته باشد و این موضوع به طور خاصی کشورهای در حال توسعه و کمتر توسعه‌یافته را در خصوص تعهد احترام، حمایت و اجرای حق دسترسی به داروهای اساسی با مشکل مواجه می‌سازد. با توجه به اینکه حق دسترسی به دارو و واکسن یکی از حقوق بنیادین بشر بوده و به طور غیرمستقیم در میثاق بین‌المللی اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نیز بدان اشاره شده است، با این انحصار در نظر گرفته در مواد ذکر شده احتمال به خطر افتادن جان مردم، عدم دسترسی عمومی به دارو و گرانی دارو وجود داشت. با در نظر گرفتن مواد ۳۰ و ۳۱ تریپس که در آن بحث لیسانس اجباری طرح شده بود پاسخی به

نگرانی جامعه جهانی داده شد.

یکی از موارد صدور مجوز اجباری، تأمین و تضمین منافع عمومی است. با همه این موارد محدودیت پیش‌بینی شده در بند f ماده ۳۱ که بیان می‌داشت: تنها کشورهای صادرکننده مجوز اجباری حق استفاده از داروهایی که تحت لیسانس اجباری هستند را دارند، در نتیجه کشورهایی که فاقد این مجوز بوده و همچنین زیرساخت لازم برای تولید دارو ندارند عملاً با مشکل واردات مواجه شدند و به نوعی این بند مانعی بر سر راه واردات دارو و واکسن برای کشورهای در حال توسعه یا کمتر توسعه‌یافته بود.

برای حل این مشکل در مذاکرات دوحه (۲۰۰۱) کشورهای عضو سازمان جهانی تجارت بند ۶ اعلامیه دوحه را که به اعضا اجازه می‌داد در مواردی از بند f ماده ۳۱ صرف‌نظر کنند، پیشنهاد داد تا کشورهای کمتر توسعه‌یافته و در حال توسعه نیز امکان دسترسی به داروهای تحت لیسانس اجباری در سایر کشورها را داشته باشند.

به دنبال این توصیه اعلامیه دوحه، شورای تریپس در سال ۲۰۰۳ طرحی معروف به «تصمیم معاف‌سازی» اتخاذ کرد که به موجب آن، نظام جدیدی از مجوزهای اجباری به وجود آمده است. در این نظام جدید، دولت‌های عضو واجد شرایط از رعایت شرط مقرر در موافقت‌نامه تریپس (بند f ماده ۳۱) مبنی بر لزوم استفاده داخلی از مجوزهای اجباری معاف می‌شوند. یکی از مسائلی که در مباحث شورای تریپس مطرح شد، این بود که چه بیماری‌هایی باید تحت پوشش «تصمیم معاف‌سازی» قرار گیرند. علی‌رغم اختلاف نظراتی که در این خصوص بین کشورهای عضو وجود داشت و برخلاف مواضع کشورهای توسعه‌یافته و همسو با رهیافت بسیار موسع پذیرفته شده در اعلامیه دوحه، کشورهای در حال توسعه در مورد محدوده بیماری‌های مشمول نظام «تصمیم معاف‌سازی»، رویکردی نامحدود در پیش گرفتند و در نهایت نیز رویکرد همین کشورها غلبه یافت. نتیجه این شد که در اعلامیه دوحه مقرر شد که «... شدت و وخامت بحران‌های بهداشت عمومی، به ویژه بحران‌های ناشی از ایدز، مالاریا، سل و سایر بیماری‌های فراگیر، بسیاری از کشورهای در حال توسعه و کمتر توسعه‌یافته را تحت تأثیر خود قرار داده است»؛ بنابراین موارد مذکور در بند ۱ اعلامیه دوحه، تمثیلی است و می‌توان گفت که تصمیم شورای تریپس مبنی بر اعراض از رعایت مقررات ماده ۳۱ تریپس محدود به موارد مطروح در بند ۱ اعلامیه نخواهد بود، بلکه اعلامیه در مقام بیان تمثیل از موارد مشکلات حاد و وخیم سلامت عمومی بوده است.^۷

۷. صابر نیاورانی و احسان جاوید، «حق دسترسی به داروهای اساسی در چارچوب موافقت‌نامه تریپس و چالش‌های حمایت

کشورهای عضو سازمان جهانی تجارت، به استثنای کشورهای کمتر توسعه‌یافته، بر اساس نظام نوین مجوزهای اجباری ملزم‌اند که تصمیم خود را برای استفاده از این سیستم به عنوان کشور واردکننده به شورای تریپس اعلام کنند. کشورهای کمتر توسعه‌یافته عضو سازمان جهانی تجارت ملزم نیستند که فقدان یا عدم کفایت ظرفیت‌های تولید داخلی خود را به اثبات برسانند، بلکه این قبیل کشورها به عنوان اعضای واجد شرایطی به شمار می‌روند که از رعایت این شرایط معاف هستند. در حقیقت کشورهای کمتر توسعه‌یافته به دلیل وضعیت خاص اقتصادی و فنی، از رعایت تعهدات در قبال این نظام معاف شده‌اند. از این رو این کشورها به صورت خودکار به عنوان اعضای واردکننده، واجد شرایط هستند.^۸

۳- اجرای تعهدات حقوق بشری شرکت‌های دارویی در مورد داروها و واکسن‌های اساسی

قبل از اینکه ما بخواهیم در مورد روش‌های خاص شرکت‌های دارویی برای انجام تعهدات حقوق بشری خود در رابطه با واکسن‌ها و روش‌های درمانی کووید-۱۹ بحث کنیم، باید مسؤلیت آنها را در برابر سهامداران و ساختارهای انگیزشی فعلی برای نوآوری مورد توجه قرار دهیم. اگرچه شرکت‌های دارویی که به مقرون به صرفه‌تر بودن داروهای کووید-۱۹ در معضل جهانی کمک کردند، ممکن است از برخی مزایای شهرت برخوردار شوند، اما تعداد افرادی که تحت تأثیر کووید-۱۹ قرار دارند، همراه با هزینه‌های تولید واکسن، این احتمال را بارور می‌کنند که کمک به تولید مقرون به صرفه واکسن از طرف این شرکت‌ها سودآوری کمتری برای آنها داشته باشد. گرچه بحران کووید-۱۹، به ویژه به دلیل تأثیر نامتناسب آن در جوامع رنگین‌پوست، با توجه به چهارچوب‌های فعلی حاکم بر شرکت‌های دارویی و ساختار تشویقی تجارتي موجود به تضعیف حمایت عمومی از نحوه پرداخت و در دسترس قرار گرفتن مراقبت‌های بهداشتی کمک کرده است اما سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که چقدر سود برای به حداکثر رساندن دسترسی و ایجاد انگیزه نوآوری برای شرکت‌های دارویی نوآور کافی است؟ با توجه به اینکه پاسخ دقیق به این سؤال ممکن نیست اما اصل تصمیم‌گیری در مورد این سؤال روشن است. مسأله «تعال و تناسب»، به این معنی است که شرکت‌های دارویی باید «سهام عادلانه» خود را در زمینه دسترسی، مطابق با تعهدات خود در برابر سهامداران و پایداری اقتصادی خود انجام دهند.

از حقوق بین‌المللی بشر بر سلامت»، مجله حقوقی بین‌المللی ۵۴ (۱۳۹۵)، ۵۰.

۸. محسن صادقی، حمایت از ابداعات دارویی و الحاق به سازمان تجارت جهانی (تهران: انتشارات میزان، ۱۳۹۷)، ۴۲۵.

همان‌طور که در زیر یادداشت می‌کنیم، نتیجه اساسی این اصل این است که سایر افراد از جمله دولت‌ها، سازمان‌های غیردولتی، بنیادهای کمک‌کننده و خیرخواهانه و همچنین سازمان‌های بین‌دولتی که به طور مشترک وظیفه اطمینان از دسترسی عمومی به خدمات بهداشتی را دارند، باید از شرکت‌های دارویی به خاطر نیاز به انگیزه پایدار جهت نوآوری حمایت می‌کنند. اگر شرکت‌ها بخواهند پاداش‌های ناچیزی برای مقابله با موفقیت در برابر بیماری همه‌گیر فعلی به دست آورند، ممکن است موجبات حمایت از برخی افراد مدافع حقوق بشر را برآورده سازیم، اما چشم‌انداز خوبی برای ایجاد انگیزه در شرکت‌های دارویی برای درمان بیماری‌های همه‌گیر جهانی در آینده ایجاد نمی‌کنیم. باز هم اینکه چقدر پاداش برای ایجاد انگیزه در نوآوری لازم است، مسأله تعادل و تناسب است. وظیفه حقوق بشری یک شرکت دارویی برای انجام سهم خود در تأمین دسترسی به داروها باید با ضرورت حفظ پایداری شرکت به عنوان سازمانی نوآور که جامعه به درمان‌های کنونی و درمان بیماری‌های آینده آن احتیاج دارد، سنجیده شود. با در نظر گرفتن این محدودیت‌های عملی، روش‌های مختلفی وجود دارد که از طریق آنها یک شرکت دارویی می‌تواند مسؤولیت اجتماعی حفظ حقوق بشر را در اصول راگی (اصول راهنمای سازمان ملل در زمینه تجارت و حقوق بشر (که به طور غیررسمی به عنوان اصول راگی شناخته می‌شود)) انجام دهد. ما به طور خاص سه مورد را بررسی می‌کنیم: کمک‌های مالی (به ویژه هنگام کار با طرح‌هایی که به صورت چندجانبه در حال انجام است)، قیمت‌گذاری متفاوت و تسهیل حقوق ثبت اختراع.

مستقیم‌ترین روش برای شرکت‌های دارویی در انجام مسؤولیت اجتماعی حفظ حقوق بشر در عصر کووید-۱۹ از طریق کمک‌های داوطلبانه از سوی این شرکت‌ها است. پس از اقدامات نادرست اولیه در دوران ایدز^۹، تعدادی از شرکت‌ها منابع قابل توجهی را به کشورهای فقیر جهان اهدا کردند. به عنوان مثال شرکت فایزر، داروی ضد قارچ (فلوکونازول) را برای درمان عفونت‌های فرصت‌طلب همراه با عفونت ایدز اهدا کرد.^{۱۰}

به جای اهدای دارو بدون هیچ‌گونه هزینه‌ای، شرکت‌های دارویی هنوز هم می‌توانند به سود از طریق قیمت‌گذاری‌های متفاوت یا تخفیف در فروش، دست بیابند، به این ترتیب که کشورهای غریب و افراد ثروتمند هزینه بیشتری برای یک دارو نسبت به افراد مستضعف در نقاط فقیر جهان پرداخت کنند. در اینجا دوباره دوره ایدز مثالی از چگونگی عملکرد چنین سیاستی را ارائه می‌دهد. تا حدی به دلیل

9. HIV

10. Michael Santoro and Robert Shanklin, "Human rights obligations of drug companies", *Journal of Human Rights* 19: 5 (2020), 557-67.

رقابت تولیدکنندگان عمومی هند، داروهای ضد ویروسی که به ازای هر بیمار ۱۰ تا ۱۵ هزار دلار در سال در کشورهای ثروتمند جهان فروخته می‌شد، در کشورهای فقیر هر سال ۳۵۰ دلار به فروش می‌رسید. این موفقیت نسبی تنها برای یک بار نبوده است. سایر نمونه‌های موفقیت‌آمیز قیمت‌گذاری افتراقی، یا تخفیف شامل داروهای سل و همچنین روش‌های واکسیناسیون حلقه‌ای برای جلوگیری از فلج اطفال است.^{۱۱}

سومین راه اثبات‌شده و عملی برای افزایش دسترسی به سیستم‌های الکترونیکی مورد نیاز برای مبارزه با بیماری، داروهای باکیفیت و واکسن‌های سالم، تسهیل و آرام‌سازی اجرای حق ثبت اختراع است. این روش را می‌توان به طرق مختلفی از جمله صدور مجوز داوطلبانه و کوتاه شدن مدت زمان ثبت اختراع اجرا کرد.^{۱۲}

با کنار گذاشتن حق ثبت اختراع برای فروش در حوزه‌های حقوقی، شرکت‌های دارویی نوآور در واقع سرعت دسترسی به داروهای عمومی ارزان‌قیمت را افزایش می‌دهند. تقسیم حق ثبت اختراع در بین شرکت‌های نوآور راهی دیگر است که سیاست ثبت اختراع می‌تواند به توسعه سریع داروهای جدید کمک کند. به عنوان مثال دامنه ثبت اختراعات داروها با حمایت سازمان ملل متحد برای سرعت بخشیدن به تولید دارو و در عین حال کاهش هزینه‌ها و افزایش دسترسی در کشورهای مستضعف طراحی شده است.

۴- جایگاه حقوق بشر در دسترسی عادلانه به واکسن در سطح جهانی و مسؤلیت شرکت‌های واکسن‌ساز

امروزه یک مسأله مهم شامل پروتکل‌هایی است که بر اساس آن واکسن‌ها توزیع می‌شود، از جمله اولویت‌بندی گروه‌ها برای دسترسی به واکسن. این معیارهای پیچیده به طور مفصل از طریق چهارچوب مقادیر WHO SAGE برای تخصیص و اولویت‌بندی واکسیناسیون کووید-۱۹ شرح داده شده است. همان‌طور که این توصیه‌ها نشان می‌دهد، تصمیم‌گیری در مورد اینکه چه کسی باید اولویت واکسن را دریافت کند باید بر اساس معیارهای مناسب و مطابق با موازین و هنجارهای حقوق بشر باشد.^{۱۳}

11. "Yahoo Privacy Policy", Last modified July 20, 2020. <https://theconversation.com/ending-the-pandemic-willtake-global-access-to-covid-19-treatment-and-vaccines-which-means-putting-ethics-before-profits-141763>.

12. Wolitz Rebecca, "A corporate duty to rescue: Biopharmaceutical companies and access to medications", *Indiana Law Journal* 94: 3(2019), 1193.

13. "Google Privacy Policy", Last modified December 17, 2020. <https://www.ohchr.org/Documents/>

همه مشاغل مسؤولیت احترام به حقوق بشر را دارند، از جمله شرکت‌های دارویی و سایر شرکت‌هایی که در مبارزه با کووید-۱۹ نقش دارند. اصول راهنمای سازمان ملل در زمینه تجارت و حقوق بشر از مشاغل و کسب و کار خواسته است تا نشان دهند که آنها تمام اقدامات منطقی لازم برای جلوگیری و کاهش تأثیرات منفی مبارزه با کووید-۱۹ بر حقوق بشر را اتخاذ کرده‌اند. این بدان معناست که شرکت‌ها باید به دقت در مورد حقوق بشر عمل کنند. در این زمینه، مراقبت‌های لازم مستلزم آن است که شرکت‌های داروسازی قبل از توزیع دارو به مردم، ارزیابی‌های واقع‌بینانه از عوارض جانبی مضر هر دارویی انجام دهند و این اثرات را تا حد ممکن کاهش دهند. به همین ترتیب، تصمیمات شرکت‌ها در مورد قیمت‌گذاری و توزیع باید تأثیرات سوء این تصمیمات را در رابطه با دسترسی تبعیض‌آمیز به واکسن‌ها، به ویژه برای افرادی که در شرایط آسیب‌پذیری و حاشیه قرار دارند، در نظر بگیرد. تا آنجا که این تصمیمات ممکن است بر حق سلامتی تأثیر منفی بگذارد، شرکت‌ها باید اقدامات مناسب را برای جلوگیری و کاهش آسیب‌ها انجام دهند.^{۱۴}

۵- چالش‌های حق دسترسی به واکسن در سطح جهانی

دو چالش عمده در حال ظهور در تأثیرات گسترده بر تحقق حق سلامتی و دسترسی عادلانه به یک واکسن مؤثر قابل پیش‌بینی است که به بررسی آنها می‌پردازیم.

۵-۱- تأثیرات مربوط به کووید-۱۹ بر حق سلامتی

کشورها برای مقابله با این بیماری همه‌گیر اقدامات حقوقی و سیاسی تقریباً بی‌سابقه‌ای را آغاز کرده‌اند که به طور قابل توجهی حقوقی از جمله: آزادی رفت و آمد، حریم خصوصی و فعالیت اقتصادی را محدود کرده است. با این حال، بسیاری از این اقدامات، مطابق با اصول سیراکوزا^{۱۵}، دارای مدت زمان محدود،

Events/COVID-19_AccessVaccines_Guidance.pdf

14. "Google Privacy Policy". Last modified July 13-16, 2015. https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/2051AAAA_Outcome.pdf.

15. اصول سیراکوزا در اعمال محدودیت یا نقض کنوانسیون بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی چهارچوب پذیرفته شده برای ارزیابی تناسب محدودیت حقوق اساسی انسانی در شرایط اضطراری است. این اصول بیان می‌کند هرگونه محدودیتی در حقوق بشر باید مطابق با قوانین و برای دستیابی به یک هدف مشروع از منافع عمومی باشد. علاوه بر این چنین محدودیت‌هایی باید کاملاً ضروری بوده و هیچ ابزاری با مداخله کمتر برای دستیابی به هدف یکسان موجود نباشد و در آخر هرگونه محدودیتی باید بر اساس شواهد علمی باشد و نباید به شیوه‌ای خودسرانه، بی‌منطق و تبعیض‌آمیز تحمیل شود. (راهنمای مدیریت ملاحظات اخلاقی در اپیدمی‌های واگیردار- WHO ۲۰۱۶)

متناسب، ضروری و بدون تبعیض نیستند. در واقع، برخی از دولت‌ها همه‌گیری را بهانه‌ای برای به دست گرفتن قدرت، استفاده از نیروی بیش از حد و آزار و اذیت جمعیت آسیب‌پذیر کرده‌اند، به عنوان مثال، در آفریقای جنوبی و کنیا، هنگامی که پلیس از مهمات سنگین برای پراکنده کردن جمعیت استفاده می‌کند در حال استفاده از نیروی نامتناسب می‌باشد. در ایالات متحده، هشتاد درصد از احضارهای مربوط به نقض فاصله اجتماعی در شهر نیویورک به افراد رنگین‌پوست مرتبط بوده است. در حال حاضر روند نگران‌کننده‌ای وجود دارد، زیرا قوانین وضعیت اضطراری که برای یک‌بار وضع شده‌اند ممکن است تبدیل به رویه‌ای بین کشورها شود و بیش از یک دهه است که ما شاهد یک روند جهانی به دور از دموکراسی و حقوق در این زمینه هستیم.^{۱۶}

با وجود این، متأسفانه تمرکز قابل توجهی در رسانه‌های حقوق بشری در مورد محدودیت حق سلامت در خدمات بهداشت عمومی یا موارد اضطراری وجود ندارد. علاوه بر این، محدودیت دسترسی به مراقبت‌های بهداشتی در اثر یک ضرورت بهداشت عمومی مانند کووید-۱۹ به وجود آمده است که مسلماً باعث شده از اهمیت وظایف دولت برای ارائه مراقبت‌های بهداشتی کاسته شود. شواهد مربوط به اپیدمی ابولا در آفریقای غربی نشان می‌دهد که اقداماتی مانند قرنطینه می‌تواند سیستم‌های بهداشتی را تضعیف کرده و حقوق مراقبت‌های بهداشتی اساسی را محدود کند (به عنوان مثال خدمات اساسی مادران؛ پناهگاه، غذا و آب). شواهدی از تأثیرات مشابه در طول کووید-۱۹ از اوگاندا، کنیا و نیجریه نیز گزارش شده است. با وجود این اصول و قوانین موجود حقوق بشری توانایی کافی برای محدود کردن دولت‌ها در اعمال مجوزهای محدودیت، بر حق سلامتی در شرایط اضطراری را ندارند. البته این اصول به طور خاص برای حل بحران‌های بهداشتی تهیه نشده‌اند، ولی بهداشت عمومی زمینه شناخته شده و مهمی است که می‌تواند برخی از حقوق میثاق بین‌المللی اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی را محدود کند. با این حال، اصول کمی به بهداشت عمومی اختصاص داده شده است، به غیر از اینکه نشان می‌دهد استفاده از آن محدودیت‌ها باید به تهدیدهای جدی برای سلامت افراد یا جمعیت محدود شود، به طور خاص نیز باید برای پیشگیری از بیماری یا آسیب یا تأمین مراقبت از بیماران و آسیب‌دیدگان باشد. متأسفانه کمیته جهانی بهداشت در تفسیر حق بهداشت در مورد چگونگی اعمال محدودیت‌های بهداشت عمومی یا استانداردهای مختلف نظارت که باید برای چنین محدودیت‌هایی اعمال شود، راهنمایی کافی ارائه نکرده است. (کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی سازمان ملل ۲۰۰۰:

16. "Google Privacy Policy". Last modified February, 2019 https://freedomhouse.org/sites/default/files/2020-02/Feb2019_FH_FITW_2019_Report_ForWeb-compressed.pdf.

بندهای ۲۸-۲۹). باید یادآور شویم این عدم تفسیر تا حدی میزان اعمال محدودیت‌های در نظر گرفته بر اثر کووید-۱۹ که مربوط به حق بهداشت می‌باشد، مانند عدم تبعیض را نادیده گرفته است. آنچه به نظر می‌رسد دلیل قابل توجهی در مورد چگونگی تأثیر همه‌گیری کرونا بر گسترش پوشش همگانی بهداشت و سلامت^{۱۷} و افزایش ریاضت اقتصادی مانند آنچه بعد از بحران مالی ۲۰۰۸ اتفاق افتاد وجود دارد که امکان استثمار برخی کشورها و خطرآفرینی برای سلامت و ایمنی افراد جهت دسترسی به واکسن با کیفیت و ایمن وجود دارد. این امر به طور گسترده‌ای با سیاست دولت‌ها در این زمینه گره خورده است. در صورتی که سیستم‌های بهداشتی با کمبود منابع برای مبارزه با کووید-۱۹ قرار بگیرند و افراد مجبور به تحمیل هزینه‌های آزمایش و درمان شوند احتمال شکست سیستم بهداشتی کشورها زیاد است؛ بنابراین مبارزه با کووید-۱۹ نیاز فوری به قوانین واضح‌تر در مورد محدودیت‌های قانونی حق بهداشت دارد.^{۱۸}

۵-۲- عدم دسترسی عادلانه به واکسن‌ها

یکی از مهم‌ترین سؤالات مربوط به حق بهداشت که بعد از همه‌گیری کووید-۱۹ به وجود آمد این است که چگونه می‌توان از دسترسی عادلانه جمعیت جهانی به درمان‌ها و واکسن‌های کووید-۱۹ در آینده مطمئن بود. در اینجا، ما باید سؤالات اساسی مربوط به حق بهداشت را در رابطه با استطاعت، تخصیص منابع و پاسخگویی در نظر بگیریم. بحران کووید-۱۹ بر اهمیت اطمینان از حق دسترسی افراد به روش‌های درمانی و واکسن‌های مقرون‌به‌صرفه و دور زدن موانع معمول قیمت‌گذاری که داروهای جدید هنگام ورود به بازار با آن روبه‌رو هستند، تأکید می‌کند. همان‌طور که در موارد همه‌گیر گذشته (مانند ایدز) و در درمان بیماری‌های سرطان تا دیابت قابل مشاهده می‌باشد، از یک طرف نیاز عمومی به درمان‌های اساسی می‌تواند معضلات قابل توجهی را در زمینه سیاست‌های عمومی در مورد بهداشت عمومی، عدالت و حقوق بشر مطرح کند و قیمت‌گذاری شرکت‌ها، حقوق مالکیت معنوی و توافق‌نامه‌های تجاری، از سوی دیگر که به اندازه دسته اول مهم می‌باشد نیز قادر به ایجاد معضلاتی خواهد بود، پس باید تلاش شود موانع دسترسی عادلانه به واکسن و داروهای اساسی را شناسایی و کاهش دهیم.^{۱۹} متأسفانه دسترسی به واکسن و داروها در بسیاری از نقاط جهان به طور نگران‌کننده‌ای نابرابر است.

17. UHC

18. L. Forman and Clare Kohler, *Access to Medicines as a Human Right: Implications for Pharmaceutical Industry Responsibility* (Toronto, ON: University of Toronto Press, 2012), 86.

19. Lisa Forman and Jillian Clare Kohler, "Global health and human rights in the time of COVID-19: Response, restrictions, and legitimacy", *Journal of Human Rights* 19:5(2020), 547-56.

به‌خصوص در مورد زنان و دختران، اقلیت‌های ملی، قومی، مذهبی، نژادی و زبانی، جمعیت‌های بومی، افراد در فقر، افراد معلول، مهاجران، به ویژه مهاجران غیرقانونی، افراد بدون تابعیت و سایر افراد حاشیه‌نشین. نرخ بالای ابتلا به کووید-۱۹ در بین این افراد نشانگر این نابرابری است. به زنان و دختران به دلایل زیادی از جمله نرخ بالای فقر در بین این افراد و تبعیض جنسیتی و اجتماعی، در واکنش شدن اجحاف شده است. تلاش برای رفع این موانع، جلوگیری از تبعیضات و نظارت بر توزیع واکسن برای ممانعت از تبعیض ضروری است. این تلاش‌ها نه تنها برای حمایت از حقوق بشر بلکه برای اطمینان از اثربخشی کمپین واکسیناسیون ضروری است. مسائل جدید پیش آمده همانند دسترسی آسان به انجام آزمایش‌های تشخیصی، جمع‌آوری و نگهداری داده‌ها، گذرنامه مصونیت (کارت واکسیناسیون)، ابزارهای نظارت و ردیابی افراد مبتلا، همه نیازمند توجه جدی می‌باشند.^{۲۰}

با ایجاد تبعیض در واکسیناسیون گروه‌های نامبرده نباید از تبعیض اعمال شده بر گروهی از مردم سرزمین‌های اشغالی چشم‌پوشی کنیم. وضعیت سرزمین اشغالی در مبارزه با کووید-۱۹ به شدت وخیم می‌باشد. اشغال نظامی طولانی‌مدت و محاصره دائمی باعث شده است که سیستم بهداشت و درمان فلسطین تاب مقاومت طولانی در برابر این بحران را نداشته و تنها یک برنامه واکسیناسیون گسترده و فوری می‌تواند فشارهای موجود بر سیستم بهداشت را کم نماید.

اسرائیل در واکسیناسیون مردم خود جزء کشورهای پیشتاز می‌باشد به طوری که تا اواخر ژانویه حداقل یک چهارم جمعیت یک دوز واکسن دریافت نموده‌اند ولی متأسفانه ساکنین اصلی کرانه باختری و غزه از این حق اساسی و بنیادین خود محروم مانده‌اند. ماده ۵۵ کنوانسیون چهارم ژنو بیان می‌دارد، یک قدرت اشغالگر وظیفه دارد از تمام امکانات موجود جهت «اطمینان از مواد غذایی و دارویی مردم» و «وارد کردن مواد غذایی، فروشگاه‌های پزشکی و سایر موارد» در صورت ناکافی بودن منابع سرزمین اشغالی استفاده نماید. ذیل ماده ۵۶ در این کنوانسیون نیز بیان می‌شود که یک قدرت اشغالگر این وظیفه را دارد: «وظیفه اطمینان و نگهداری، همکاری با مقامات ملی و محلی مراکز پزشکی و بیمارستان‌ها و خدمات، بهداشت عمومی و بهداشت در سرزمین اشغالی، با اشاره خاص به اتخاذ و استفاده از اقدامات پیشگیرانه لازم برای مبارزه با شیوع بیماری‌های مسری و اپیدمی‌ها»، کنوانسیون ژنو مسؤولیت تضمین واکسن برای مناطق اشغال شده کرانه باختری و غزه را به اسرائیل تحمیل می‌کند.

20. "Google Privacy Policy." Last modified December 17, 2020. <https://ohchr.org/Documents/Issues/Women/COVID-19 and Womens Human Rights.pdf>

باید دسترسی عادلانه و سریع فلسطینی‌ها به واکسن هر چه سریع‌تر حاصل شود، همان‌طور که دکتر تدروس آدهانوم^{۲۱} رئیس سازمان جهانی بهداشت گفته است، اطمینان از دسترسی عادلانه به واکسن «نه تنها یک ضرورت اخلاقی بلکه یک ضرورت استراتژیک و اقتصادی است» و عدم انجام این کار «همه‌گیری و محدودیت‌های لازم برای مهار آن را طولانی‌تر و باعث ایجاد هزینه‌های اقتصادی مضاعف می‌گردد».^{۲۲}

۵-۲-۱- گسترش فساد در ارائه واکسن‌های جعلی به همگان

فساد توسط سازمان شفافیت بین‌الملل (۲۰۲۰)^{۲۳} چنین تعریف شده است: «سوء استفاده از قدرت سپرده شده برای منافع شخصی». فساد در بخش بهداشت منجر به از دست رفتن زندگی و هدر رفتن پول‌های عمومی می‌شود و مانعی در برابر خدمات و محصولات بهداشتی برای افراد آسیب‌پذیر و حاشیه‌نشین یک جمعیت ایجاد می‌کند. سازمان‌های حقوق بشری و دانشمندان، فساد را به عنوان مانع بزرگ تحقق حقوق بشر، از جمله حق بهداشت، (به دلیل اینکه فساد باعث می‌شود منابعی که برای تحقق حق بهداشت مورد نیاز است کاهش پیدا کند) می‌دانند. بحران‌های اخیر سلامتی، چگونگی ظهور فساد در سیستم بهداشتی و پاسخ به موارد اضطراری، همانند آنچه در مورد ویروس ابولا^{۲۴} در سیرالئون و سایر کشورهای آفریقای غربی اتفاق افتاد را نشان داد. بحران ابولا پاسخ سریع جامعه جهانی را می‌طلبد، به عنوان مثال: سیرالئون در بحران ابولا از مقدار قابل توجهی کمک‌های بین‌المللی که به سازمان ملل متحد ارائه شده بود، بهره‌مند شد. سازمان‌های غیردولتی، سازمان‌های مردم‌نهاد^{۲۵} و مؤسسات دیگر برای کمک به دولت در مبارزه با ابولا شتافتند. با وجود این سرویس حسابرسی سیرالئون در گزارش سال ۲۰۱۴ به تفصیل از فقدان اسناد و مدارک برای پرداخت ۳/۳ میلیون دلار از حساب‌های دولت سیرالئون در مبارزه با ابولا پرده برداشت و ۲/۵ میلیون دلار دیگر نیز پرداخت‌هایی با مدارک و مستندات ناقص هستند. این گزارش همچنین شامل موارد بسیاری از کلاهبرداری و فساد آشکار در تهیه لوازم و پرداخت‌ها به نیروهای مبارز با ابولا بود. در میانه این همه‌گیری کووید-۱۹، «همان‌طور که در ابولا تجربه شد، آسیب‌پذیری سیستم‌های بهداشتی در برابر فساد کاملاً واضح است. نمونه‌هایی از فساد در سطح جهانی

21. DR.Tedros Adhanom

22. "Google Privacy Policy." Last modified FEBRUARY, 2021. <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/601bab5b6ba8f.pdf>.

23. Transparency International

24. EVD

25. NGO

در تهیه دارو و تجهیزات پزشکی و افزایش قیمت لوازم ضروری، مانند ضد عفونی کننده دست و ماسک‌ها مشاهده شده است. آژانس دارویی اروپا و سازمان بهداشت جهانی هشدارهای عمومی در مورد افزایش گردش داروهای جعلی را صادر کرده‌اند. خطر داروهای جعلی نه تنها شامل آن دسته از محصولاتی می‌شود که به طور بالقوه ممکن است برای درمان کووید-۱۹ استفاده شود بلکه دربرگیرنده سایر داروها و محصولات نیز می‌شود، به ویژه در صورت وجود کمبود، تولید و توزیع محصولات غیراستاندارد و جعلی افزایش می‌یابد و به مرور روند از بین رفتن بیماری نیز سخت‌تر می‌گردد.^{۲۶}

سازمان همکاری و توسعه اقتصادی^{۲۷} موارد زیادی از رشوه در صنعت بهداشت و خطر خرید کالاها بی کیفیت یا جعلی را گزارش کرده است. به علاوه، هنگامی که ثبت اسناد ضعیف باشد یا وجود نداشته باشد در صورت استناد به فرآیندهای تهیه اورژانسی کالاها بهداشتی و درمانی، سازکارهای ضد فساد نظیر ممیزی، بازرسی یا تحقیقات بسیار محدود خواهند شد. همچنین فشار سیاسی نگران کننده‌ای بر آژانس‌های نظارتی وجود دارد که اجازه ورود درمان‌های اثبات نشده به بازار را بدهد. یک نمونه در این زمینه استفاده از هیدروکسی کلروکین^{۲۸} است که به رغم محدود بودن داده‌های کارایی، آزمایش‌های مشاهده‌ای و بالینی و همچنین ایجاد خطر برای بیماران، مجوز مصرف اضطراری را برای استفاده بدون برچسب در ایالات متحده دریافت کرده است. این امر به ویژه هنگامی که استفاده ضروری به اشتباه به عنوان تأیید اضطراری در نظر گرفته می‌شود، خطرناک است.^{۲۹}

۵-۲-۲- ملی گرایی عاملی جهت عدم دستیابی همگانی به واکسن

دومین مانع دسترسی عادلانه به درمان‌های مؤثر کووید-۱۹، ملی گرایی واکسن (و محدودیت‌های تجاری همراه آن) است، چنین رویکردهایی نوید رسیدن به حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مانند بهداشت را از بین می‌برد زیرا تمایل دولت‌ها برای همکاری و کمک بین‌المللی در رسیدن به حقوق یاد شده تضعیف می‌شود. مثال‌های زیادی در مورد چگونگی جایگزینی منافع ملی بر یک همه‌گیری جهانی وجود دارد. به عنوان مثال، مدیرعامل شرکت دارویی فرانسوی سانوفی^{۳۰} اظهار داشت که ایالات متحده

26. Forman and Clare Kohlert, Global health and human rights in the time of COVID-19: Response, restrictions, and legitimacy, op.cit., 547-56.

27. OECD

28. Hydroxychloroquine

29. Forman and Clare Kohlert, Global health and human rights in the time of COVID-19: Response, restrictions, and legitimacy, op.cit., 547-56.

30. Sanofi

«حق بزرگ‌ترین پیش سفارش را دارد»، با توجه به اینکه شرکت توافق‌نامه‌ای با سازمان تحقیقات و توسعه پیشرفته زیست‌پزشکی آمریکا امضا کرده است.^{۳۱}

در مثالی دیگر، مؤسسه سرم هند، بزرگ‌ترین تولیدکننده واکسن در جهان، بیانیه‌ای صادر کرد مبنی بر اینکه اکثر محصولات آن «قبل از رفتن به خارج از کشور باید در دسترس هم‌وطنان خودمان قرار بگیرند» سرانجام، عملیات وارپ اسپید^{۳۲} ایالات متحده اولین سیاست واکسن در آمریکا است که همکاری بین‌المللی را در تلاش برای پیشبرد تحقیق و تولید واکسن برای افراد در ایالات متحده رد می‌کند. در طی شیوع بیماری‌های مزمن، کشورهای با درآمد بالا سفارش‌های زیادی را در تهیه واکسن برای جمعیت خود دادند؛ بنابراین واکسن متناسب با قدرت خرید این کشورها توزیع شد و حق سایر کشورها را محدود و تضییع ساخت. در آوریل سال ۲۰۲۰، مجمع جهانی اقتصاد گزارش داد که ۵۹ کشور عضو سازمان تجارت جهانی محدودیت‌های خود را در صادرات گزارش نکردند و مقررات تجاری را نقض کردند. در حدود ۸۰ کشور صادرات تجهیزات پزشکی حیاتی برای بیماری همه‌گیر کووید-۱۹ را ممنوع یا محدود کرده‌اند، از جمله ماسک صورت، تجهیزات محافظ شخصی^{۳۳} و دستکش. سیستم‌های بهداشت جهانی تا حد زیادی به واردات تجهیزات پزشکی ضروری بستگی دارد. به عنوان مثال، چین یک تأمین‌کننده عمده جهانی تجهیزات حفاظت فردی است.^{۳۴} در آوریل سال ۲۰۲۰، کانادا مجبور شد با کمبود بسیاری از تجهیزات محافظ شخصی مقابله کند، زیرا محدودیت‌های تجاری اعمال شده توسط ۶۸ کشور صادرکننده این تجهیزات، صادرات تجهیزات محافظ شخصی را کاهش داده بود و با توجه به بحران ایجاد شده کمبود عرضه، قیمت‌ها به طور قابل توجهی افزایش یافت. محدودیت‌های صادراتی که کشورها برای تأمین ذخایر داخلی اعمال می‌کنند، می‌تواند نه تنها کمبود عرضه بلکه فرصت‌هایی برای رشد فساد ایجاد کند. کمبود منابع مهم می‌تواند منجر به افزایش قیمت شود و در صورت عدم نظارت مناسب، تولید و ورود به بازار محصولی را که ممکن است از نظر کیفیت جعلی و غیراستاندارد باشد را افزایش می‌دهد.

31. "Google Privacy Policy." Last modified May 22, 2020, <https://hbr.org/2020/05/the-danger-of-vaccine-nationalism>.

۳۲. Warp Speed. بزرگ‌ترین پروژه علمی، صنعتی و لجستیکی ساخت و تولید واکسن در ایالات متحده آمریکا.

33. PPE

34. "Google Privacy Policy." Last modified APRIL 21, 2020. <https://foreignpolicy.com/2020/04/21/trading-drugs-during-coronavirus-pandemic/>.

۵-۲-۳- قیمت‌گذاری‌های گزاف و کاذب به عنوان یک مانع دسترسی به واکسن

قیمت مناسب داروها قبل از کووید-۱۹ یکی از مهم‌ترین نگرانی‌های سیاست جهانی بود. امروز، اثرات آن باقی مانده است. سازمان بهداشت جهانی در سال ۲۰۲۰، نقطه عطف قیمت‌گذاری منصفانه را حساسیت مالی در سیستم‌های بهداشتی و ایجاد انگیزه در تحقیق و توسعه داروها به عنوان دو حوزه اصلی مورد نیاز برای مطالعه بیشتر شناسایی کرد. با در دسترس قرار دادن درمان‌ها و واکسن‌های کووید-۱۹، قیمت‌گذاری روش‌های درمانی و واکسن‌ها برای درمان و پیشگیری از کووید-۱۹ همچنان به عنوان یک نگرانی اساسی در مورد بهداشت عمومی باقی مانده است. در حال حاضر، پزشکان بدون مرز^{۳۵} از دولت‌ها حمایت می‌کنند تا اطمینان حاصل کنند که صنعت داروسازی هرگونه واکسن کووید-۱۹ که در آینده تولید می‌شود را با هزینه تمام‌شده قیمت‌گذاری می‌کند. اتحادیه واکسن‌ها^{۳۶}، در تلاش است مکانیسم جهانی را اجرا کند که هدف آن مذاکره در مورد قیمت عادلانه واکسن‌ها با تولیدکنندگان است همچنین در تلاش است تا ماهیت واکسن را به عنوان یک کالای عمومی جهانی شناسایی کند. در تاریخ ۳۱ مارس سال ۲۰۲۰، دامنه ثبت اختراع داروها وظیفه صدور مجوز داوطلبانه خود را گسترش داد تا حداقل در کوتاه‌مدت، تمام فناوری‌های بهداشتی را که ممکن است به مبارزه جهانی کووید-۱۹ کمک کنند، در بر بگیرد.^{۳۷} کلیه دولت‌ها باید برای پیشبرد و کمک به سیاست کنترل قیمت‌گذاری‌های نامعقول درمان کووید-۱۹ یا واکسن توسط شرکت‌های سازنده و همچنین شفافیت هزینه‌ای واقعی مربوط به تحقیق و توسعه، همکاری‌های لازم را در سطح بین‌المللی داشته باشند. از آنجایی که صنعت داروسازی به دنبال استفاده مجدد از داروهای موجود برای درمان کووید-۱۹ است، قیمت‌گذاری منصفانه برای اطمینان از ارزش جهانی و دسترسی به محصولات کاملاً مهم خواهد بود.

۶- مسؤلیت دولت‌ها در حق دسترسی شهروندان به واکسن

مبنای اصلی تعهد دولت در حمایت از حقوق بشر، این اصل دموکراتیک است که قدرت حفاظت از حقوق شهروندان به دولت واگذار شده است. دولت دیگر نه تنها تضمین می‌کند که حقوق کسی تضییع نشود، بلکه باید برای احقاق این حقوق نیز تلاش کند. این قدرت همچنین در مورد حقوق فردی که در

35. MSF

36. GAVI.

37. "Google Privacy Policy." Last modified February 5, 2020: <https://medicinespatentpool.org/what-we-do/our-work/covid-19>.

ارتباط با سلامتی نیز هست، اعمال می‌شود و اجرای آن نیز از وظایف دولت است.^{۳۸} اولین مفهوم حق بر سلامت بر اساس قوانین بین‌المللی در اعلامیه جهانی حقوق بشر در سال ۱۹۴۸ یافت می‌شود.^{۳۹} حق بر سلامت در اسناد حقوقی در سطوح بین‌المللی، ملی و منطقه‌ای، از جمله ماده ۱۲ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نام برده شده است: کشورهای طرف این میثاق حق هر کس را در بهره‌مندی از بالاترین استاندارد قابل دستیابی سلامت جسمی و روانی به رسمیت می‌شناسند. ماده ۱۲ که تضمین‌کننده حق بر سلامت می‌باشد شامل اقداماتی است که دولت‌ها باید در جهت «پیشگیری، درمان و کنترل بیماری‌های همه‌گیر، بومی، شغلی و سایر بیماری‌ها انجام دهند. ایجاد شرایطی که کلیه خدمات پزشکی و مراقبت‌های پزشکی را در صورت بیماری تضمین کند.» حقوق بشر به یکدیگر وابسته و متقاطع هستند، بنابراین توصیه‌ها و نسخه‌های دقیق برای اجرای حق بر سلامت در اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای و قوانین ملی آمده است که گروه‌ها و موضوعات مختلف را پوشش می‌دهد. در سطح جهانی، این موارد عبارتند از:

- ماده ۲۴ کنوانسیون حقوق کودک؛
- مواد ۱۱ و ۱۲ کنوانسیون رفع کلیه اشکال تبعیض علیه زنان؛
- ماده ۲۵ کنوانسیون حقوق افراد دارای معلولیت؛
- ماده ۲۸ (مراقبت‌های پزشکی فوری) کنوانسیون حمایت از حقوق کلیه کارگران مهاجر و اعضای خانواده آنها؛
- اصول حمایت از افراد مبتلا به بیماری روانی و بهبود مراقبت‌های بهداشت روانی؛
- مقررات بین‌المللی بهداشت سازمان جهانی بهداشت ۲۰۰۵؛
- سازمان بین‌المللی کار کنوانسیون شماره ۱۶۹ (۱۹۸۹) در مورد مردم بومی و قبیله‌ای در کشورهای مستقل؛
- کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر و پروتکل الحاقی آن به کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر در حوزه حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (پروتکل سن سالوادور).

38. Waode Mustika, Nova Septiani Tomayahu and Mellisa Towadi. "The State's Responsibility in Fulfilling Human Rights during the COVID-19 Pandemic." In 2nd International Conference on Law and Human Rights 2021 (ICLHR 2021), pp. 113.

39. Liza Shahnaz, Zainal Abidin Muhja and Ade Cici Suciati. "Access to COVID-19 Vaccine and Its Distribution: The Responsibility of State and International Organization." *US-China Law Review* 18(6)(2021), 282.

حق بر سلامت باید به عنوان حق برخورداری از امکانات، کالاها، خدمات و شرایط مختلف لازم برای دستیابی به استاندارد مناسب و قابل دستیابی سلامت تلقی شود.^{۴۰} از سطور بالا می‌توان دریافت که حق بر سلامتی از جمله حقوق اساسی بشر است و از این منظر دولت در قبال شهروندان خود وظیفه دارد. حقوق بشر و حق بر سلامت که در بسیاری از معاهدات بین‌المللی و ملی به رسمیت شناخته شده است اساساً با سلامت جهانی در زمینه همه‌گیری کووید-۱۹ مرتبط است.^{۴۱} پس از همه‌گیری کووید ۱۹، در مارس ۲۰۲۰، رؤسای ۱۰ نهاد بین‌المللی سازمان ملل اقدامات خاصی را که رهبران جهانی باید برای مقابله با تهدید سلامت عمومی ناشی از همه‌گیری کووید-۱۹ اتخاذ کنند، تعیین کردند. حمایت مؤثر از حقوق بشر مستلزم حمایت جمعی و همبستگی بین‌المللی است.^{۴۲} برای روبرویی با این تهدید جهانی، جهان به یک تغییر بزرگ به سمت همبستگی جهانی و مسؤولیت مشترک نیاز دارد. کمک و همکاری بین‌المللی برای اطمینان از دسترسی به غذا، مواد ضروری و آزمایش‌ها و حمایت‌های پزشکی یک الزام حقوق بشری است که برای غلبه بر همه‌گیری بسیار مهم است. در این همه‌گیری کشورهای کم‌درآمد با موانع منحصر به فردی برای کاهش کووید-۱۹ روبرو خواهند شد، با این حال بسیاری از قوانین انزوایطلبانه و ملی در کشورهای بالا این وضعیت اضطراری جهانی را نادیده گرفته‌اند.

قوانین حقوق بشر مدت‌هاست که تعهد کشورهای ثروتمند برای کمک به کشورهای کم‌درآمد را به رسمیت شناخته است. از زمان تصویب اعلامیه جهانی حقوق بشر، دولت‌ها اذعان کرده‌اند که همکاری بین‌المللی برای تحقق حقوق بشر ضروری است و خود را به همکاری بین‌المللی برای تحقق تدریجی حقوق اجتماعی و اقتصادی، از جمله حق سلامت موظف می‌دانند.^{۴۳} در سطح داخلی نیز دولت‌ها موظف به حمایت از حق زندگی و سلامت (فردی و عمومی) هستند و از این منظر دولت در قبال شهروندان خود وظیفه دارد. با توجه به جنبه‌های اخلاقی سیاست‌های واکسیناسیون و تهدیدهای فعلی و اعتماد عمومی به واکسیناسیون، مهم است که دولت‌ها معیارهای روشنی را برای گنجاندن واکسن‌های جدید در برنامه ملی دنبال کنند، دولت‌ها نخست مسؤول حفاظت از شرایط اولیه بهداشت عمومی و زندگی اجتماعی هستند، دوم اینکه دولت‌ها مسؤول ترویج و تضمین دسترسی برابر به مراقبت‌های بهداشتی

40. Mustika, Tomayahu and Towadi, op.cit., 118.

41. Sharifah Sekalala, Lisa Forman, Roojin Habibi and Benjamin Mason Meier, "Health and human rights are inextricably linked in the COVID-19 response." *BMJ Global Health* 5(9)(2020), 1.

42. J. Saunders, "Oxfam discussion paper." Covid-19 and Key Human Rights principles in Practice: State Obligations and Business' Responsibilities in Responding to the Pandemic. DOI 10, no. 2020,3.

43. Sharifah, Forman, Habibi and Benjamin Mason Meier, op.cit., 4.

اولیه هستند که ممکن است شامل واکسن‌های خاصی نیز باشد. واکسیناسیون در برنامه عمومی دولت‌ها باید بیماری‌هایی را هدف قرار دهد که تهدیدی برای سلامت عمومی هستند؛ مؤثر و ایمن باشد؛ قابل قبول برای مردم باشد؛ مقرون به صرفه باشد و در مقایسه با سایر گزینه‌های پیشگیرانه، از نظر بهداشت عمومی اولویت داشته باشد. به منظور ترویج عادلانه فرصت‌ها، دولت باید دسترسی برابر به واکسیناسیون‌هایی را ایجاد کند که برای حفظ سلامت افراد ضروری است.^{۴۴} توزیع نابرابر واکسن‌ها در بین شهروندان منجر به نقض اصل انصاف و حق مشترک بشر برای حمایت از سلامت می‌شود. اگر افراد در معرض خطر قابل توجهی برای ابتلا به یک بیماری جدی هستند و واکسیناسیون می‌تواند خطر را از بین ببرد یا به طور قابل توجهی کاهش دهد، ممکن است ناعادلانه باشد اگر برخی بتوانند از واکسن استفاده کنند و برخی دیگر نتوانند. سیاست‌های واکسیناسیون منافع جمعی و همچنین فردی را به همراه دارد و دولت در قبال هر دو مسئولیت دارد. پس حق در دسترس قرار دادن واکسن به عنوان یک حق بشری از وظایف دولت‌ها می‌باشد.^{۴۵}

علاوه بر این دولت‌ها موظف هستند در صورت لزوم از سایر کشورها، سایر نهادهای کمک‌کننده و سازمان ملل متحد کمک بگیرند. ماده ۱۱ پیش‌نویس مواد در مورد حفاظت از افراد در صورت بلایا و ماهیت بین‌المللی همه‌گیری کووید-۱۹ توجه به تعهدات دولت‌ها را برای همکاری با یکدیگر مهم می‌کند. به عنوان مثال در مقررات بین‌المللی بهداشت سازمان بهداشت جهانی ۲۰۰۵ که تقریباً یک استاندارد برای همه دولت‌ها است، عبارت است از: «وظیفه: «توسعه، تقویت و حفظ ظرفیت پاسخگویی سریع و مؤثر به خطرات بهداشت عمومی و فوریت‌های بهداشت عمومی که نگرانی بین‌المللی دارند.»^{۴۶} واکسن ضد کووید، به عنوان یک ابزار بهداشت عمومی، با کاهش شیوع ویروس و بیماری به محافظت از فرد و جامعه کمک می‌کند. دستیابی به نرخ بالای واکسیناسیون در میان جمعیت به ویژه برای مداخله موفق در حفاظت از سلامت عمومی مهم است. در کنار سایر اقدامات برای حفظ سلامت عمومی، واکسیناسیون شهروندان در جمعیت انبوه به عنوان بخشی از راه‌حل برای غلبه بر بیماری همه‌گیر در نظر گرفته می‌شود.^{۴۷} دولت‌ها همچنین وظیفه دارند تا از پاسخ‌های پزشکی و بهداشت عمومی کافی به

44. Marcel F. Verweij and Hans Houweling. "What is the responsibility of national government with respect to vaccination?" *Vaccine* 32(52)(2014), 7163.

45. Ibid, 7165.

46. Saunders, op.cit., 24.

47. Sinaci Maria, "Human Rights And Ethics In The Covid-19 Pandemic. The Phenomenon Of" Vaccination At The Sink" In *Romania. Agora International Journal Of Juridical Sciences* 15(2)(2021), 67.

کوید ۱۹ تحت حقوق سلامت و عوامل اساسی سلامت، از جمله کار، امنیت اجتماعی، مسکن، غذا، آب و بهداشت اطمینان حاصل کنند.^{۴۸} با توجه به اینکه حق بر سلامتی از اصول بنیادین حقوق بشر بوده و دسترسی به کالاها و خدمات بهداشتی از جمله واکسن نیز در زمره این حقوق قرار می‌گیرد باید بیان شود که بعد از همه‌گیری کووید-۱۹ ما شاهد نقض بیشترین موارد از حق بر سلامت بوده‌ایم، هر چند اقدامات صورت‌گرفته توسط دولت‌ها در راستای حفظ سلامت عمومی بوده است.

لازم به ذکر است که حق بر سلامت شامل دو نوع تعهد می‌شود:

۱- تعهد به فعل یا تعهد به وسیله: در تعهد به وسیله متعهد در حد توانایی و امکانات خود مکلف به تدارک حق ذی‌حق می‌باشد. ماده دوم میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی اجتماعی و فرهنگی را می‌توان بیان‌کننده تعهد به وسیله دانست، زیرا کشورهای عضو را در به‌کارگیری حداکثر اهتمامشان برای تأمین تدریجی اعمال کامل حقوق شناخته شده در این میثاق متعهد می‌داند. همچنان که ماده دوم میثاق بین‌المللی مدنی سیاسی کشورهای عضو را بدون قید امکانات موجود به تضمین حقوق مکلف می‌سازد.^{۴۹}

۲- تعهد به نتیجه یا تعهدات با تأثیر فوری: می‌توانیم بیان نماییم تضمین دسترسی عادلانه به خدمات پزشکی و امکانات پزشکی از جمله این تعهدات می‌باشد.^{۵۰} در تعهد به نتیجه انجام تلاش‌های مکفی جهت نیل به اهداف مدنظر کفایت می‌کند حتی اگر منجر به نتیجه دلخواه نگردد، پس دولتی که تمام تلاش خود برای تهیه واکسن، دارو و کالاهای بهداشتی مورد نیاز را کرده ولی بنا به دلایلی از جمله تحریم، کمبود دارو و واکسن و شرایط ویژه‌ای که همه‌گیری برای کشورهای صادرکننده ایجاد کرده، دولت‌ها را نمی‌توان متهم به کم‌کاری نمود.^{۵۱}

تعهدات دولت در اجرای حقوق بشر در کل به سه شکل است: احترام، حفاظت و انجام. الزام به احترام، تعهد دولت به خودداری از مداخله است، مگر در مورد مشروع قانونی. تعهد به انجام، تعهد دولت به انجام اقدامات قانونی، اداری، قضایی و عملی است که برای تضمین اجرای حقوق بشر ضروری است.

48. Sharifah Sekalala, Lisa Forman, Roojin Habibi and Benjamin Mason Meier, op.cit., 3.

۴۹. سید علی میر موسوی، «تعهد و مسئولیت دولت در برابر حقوق بشر»، دوفصلنامه حقوق بشر ۱۶ (۱۴۰۰)، ۳۶.
۵۰. فائزه سادات سجادی و عقیل محمدی، «استناد دولتها به عوامل رافع مسئولیت بین‌المللی در قبال نقض تعهدات حقوق بشر در همه‌گیری کووید-۱۹»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی ۵۲ (۱) (۱۴۰۱)، ۳۵۴.
۵۱. آمپارو سان خوزه جیل، «مسئولیت بین‌المللی دولتها در قبال نقض حقوق بشر»، ترجمه ابراهیم بیگ زاده، مجله تحقیقات حقوقی ۲۹-۳۰ (۱۳۷۹)، ۲۶۶.

در نهایت، تعهد دولت به حمایت، حمایت از حقوق در برابر نقض‌های انجام شده توسط دولت و در برابر نقض یا اقدامات انجام شده توسط نهادها یا طرف‌های (غیردولتی) است که در حمایت از این حقوق دخالت می‌کنند. حال برای طرح مسؤلیت دولت در مقابل یک مرجع بین‌المللی طبق حقوق بین‌الملل عام باید ابتدا به دولت اجازه داد که تلاش کند تا خسارت وارده را در چهارچوب نظم حقوقی داخلی خود جبران کند.^{۵۲}

یکی از طرقی که مسیر را برای احقاق حق از اقدامات تخطی‌جویانهٔ ارکان و کارگزاران دولتی فراهم می‌سازد ایجاد مراجع صلاحیت‌دار قضایی و شبه قضایی فراملی و منطقه است.^{۵۳} کمیته حقوق بشر به عنوان نهاد بین‌المللی ناظر بر حسن اجرای ترتیبات و حقوق و آزادی‌های مقرر در میثاق مدنی و سیاسی در خصوص مفاهیمی معین مصمم به توسعه مسؤلیت دولت‌های متعاقد بود. این اقدام کمیته حقوق بشر بدین جهت شایان توجه است که ماده یک از پروتکل اختیاری منضم به میثاق بین‌المللی حقوق مدنی سیاسی، حق اعمال صلاحیت نهاد مزبور را در رسیدگی به شکایت افراد میسر ساخت و آن‌چنان که بعداً شاهد بودیم خصیصه‌ای شبه قضایی بدان اعطا کرد.^{۵۴} با در نظر گرفتن شرایط موجود باید دید که نقض حق دسترسی شهروندان به واکسن که جزء تعهدات به نتیجه دولت می‌باشد در اثر عدم تمایل دولت مربوطه در به‌کارگیری کلیه امکانات خود می‌باشد یا خیر؟ که این با توجه به شرایط کشورها امکانات و مسائل سیاسی کاملاً متفاوت خواهد بود.

در شرایط همه‌گیری اجازه تعلیق حقوق بشر به دولت‌ها داده شده است اما نه به طور خودسرانه، بلکه دارای شرایطی می‌باشد. در مورد کشور ایران نیز باید بیان نماییم همانند سایر جوامع دولت وظیفهٔ تأمین و توزیع به موقع و عادلانه واکسن را به عنوان حق بشری بر عهده دارد. رهبر جمهوری اسلامی ایران طی یک سخنرانی در تاریخ نوزدهم دی ماه سال هزار و سیصد و نود و نه اعلام نمودند که ورود واکسن از کشورهای انگلستان و آمریکا ممنوع می‌باشد، این ممنوعیت به نوعی تعلیق حقوق بشر تلقی می‌گردد. ولی از آنجایی که تعلیق دارای شرایط زیر است:

الف. تعلیق توسط قانون تجویز شده باشد؛

ب. برای حفظ نظم عمومی نیاز به تعلیق احساس گردد؛

۵۲. همان، ۲۷۹.

۵۳. سید ضیا الدین مدنی، «التزام بین‌المللی دولت به رعایت حقوق بشر: مقید به مکان؟»، مجله حقوقی، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری ۳۸ (۱۳۸۷)، ۲۳۴.

۵۴. همان، ۲۴۰.

ج. برای حفظ سلامت عمومی نیاز به تعلیق باشد؛

د. برای حفاظت از امنیت ملی و عمومی نیاز به تعلیق موقت حقوق بشر باشد؛

ر. برای حفظ حقوق و آزادی‌های دیگران نیاز به تعلیق حقوق بشر باشد.^{۵۵}

در ادامه خواهیم دید که این ممنوعیت به نوعی با شرایط تعلیق هم‌خوانی داشته و مجوزی برای ممنوعیت واردات واکسن از این دو کشور می‌باشد. یکی از شرکت‌های سازنده واکسن، شرکت فایزر بود که تخلفات شایان توجهی در مورد این شرکت در ساخت و عرضه دارو وجود دارد. شرکت فایزر^{۵۶} در سال ۱۹۹۶ داروی جدید آنتی بیوتیک خود را بر روی کودکان نیجریه‌ای مبتلا به مننژیت آزمایش نمود و منجر به مرگ ۱۱ کودک و فلج شدن ۱۸۱ کودک دیگر گردید و این شرکت آمریکایی به پرداخت غرامت محکوم گردید.^{۵۷} شرکت آسترانیکا آکسفورد^{۵۸} نیز که یک شرکت انگلیسی می‌باشد در اوایل مارس ۲۰۲۱ که شروع به تزریق با واکسن خود کرده بود شاهد عوارض ترومبوآمبولیک (لخته شدن خون) جدی و حتی کشنده بود که منجر به متوقف شدن واکسیناسیون با واکسن ساخت این کشور در ۱۲ کشور اروپایی و تا بلند گردید تا تحقیقات بیشتری صورت گیرد. با این سابقه و با توجه به اینکه واکسن‌ها هنوز تمام مراحل کارآزمایی بالینی خود را به اتمام نرسانده و فقط مجوز مصرف اضطراری را دریافت نموده بود حفظ سلامت عمومی اقتضا می‌نمود واردات واکسن از این کشورها ممنوع گردد. علاوه بر این کشور ایران توسط جامعه جهانی در تحریم به سر می‌برد هر چند که کشورهای اروپایی و آمریکا عقیده داشتند که ایران تحریم دارویی نمی‌باشد ولی ایران آشکارا قادر به وارد نمودن داروهای اساسی و مواد اولیه نبود. نمونه بارز آن پانسمان‌های بیمارارن پروانه‌ای که به دلیل تحریم ایران وارد نمی‌گردید. حال در مورد واکسن نیز به طور قاطع بیان می‌گردد در آن بازه زمانی علی‌رغم تلاش‌های دیپلماسی ایران حتی امکان خرید از کووکس^{۵۹} نیز وجود نداشته است. با توجه به تجربه تأسف‌بار خون‌های آلوده وارد شده از کشور فرانسه اجازه وارد شدن واکسنی که هنوز به طور دقیق سیر تأییدیه‌های خود را نگرفته است و در کشور سازنده فقط مجوز اضطراری دارد غیرمنطقی می‌باشد و خلاف منافع ملی و امنیت ملی است و اصل احتیاط که در حقوق پزشکی کاملاً به رسمیت شناخته شده است جلوگیری از ورود دارویی که چند ماه از ساخت آن گذشته است را بدون مشخص شدن عوارض و واضح نبودن مراحل ساخت منطقی می‌نماید.

55. Mustika, Tomayahu and Towadi. Op.cit., 116.

56. Pfizer

57. "Google Privacy Policy." <http://file.qums.ac.ir>.

58. Oxford–AstraZeneca

59. Covax

در مسأله وارد نمودن واکسن آن هم واکسنی که اطلاعات و نحوه ساخت آن در دسترس نمی‌باشد، امنیت ملی و حفظ امنیت عمومی اقتضا می‌کند اجازه ورود داده نشود چراکه مردم ایران نباید وسیله آزمایش‌های بالینی واکسن‌ها قرار گیرند و در نهایت اینکه بسیاری از کشورها به دلیل درگیری با کرونا، حاضر به فروش واکسن به سایر کشورها و از جمله ایران نبوده‌اند.

نتیجه‌گیری

شرکت‌های دارویی وظیفه اخلاقی دارند که سهم عادلانه خود را برای اطمینان از دسترسی به داروهای اساسی تولید شده برای پیشگیری و درمان کووید-۱۹ انجام دهند. اگرچه بخش داروسازی اغلب از طریق کمک‌های مالی، قیمت‌گذاری متفاوت و آرام‌سازی حق ثبت اختراع به ارائه حق بهداشت کمک می‌کند، اما این شرکت‌ها همیشه هم به مسؤولیت‌های حقوق بشری خود عمل نمی‌کنند. حقوق بشر همچنان استانداردها، اصول و قوانینی را ارائه می‌دهد که بتواند عدالت و جمعیت آسیب‌پذیر را در قوانین، سیاست‌ها و اقدامات مرتبط با کووید-۱۹ متمرکز کند و از حمایت‌های اساسی برای به چالش کشیدن نابرابری‌ها در این حوزه‌ها برخوردار باشد؛ و هم‌زمان با این همه‌گیری، ظرفیت استانداردها و قوانین فعلی سیستم حقوق بین‌الملل حقوق بشر را برای مقاومت در برابر فشارهای همه‌گیر جهانی از این نوع همه‌گیری‌ها مورد تحلیل قرار می‌دهد. وقتی صحبت از محدودیت‌های قانونی حقوق در خدمات بهداشت عمومی می‌شود، ممکن است نیاز به بازنگری در پارامترهای ضرورت و تناسب داشته باشیم. همچنین ممکن است لازم باشد قوانین و استانداردهای نسبتاً فراموش شده را در قوانین بین‌المللی حقوق بشر که همبستگی جهانی را در زمینه بحران‌هایی مانند کووید-۱۹ ارتقا می‌دهند، تقویت کنیم، به ویژه در مورد دسترسی جهانی به واکسن که حقی همگانی محسوب می‌گردد. حقوق بشر ممکن است ابزاری را برای مبارزه با کووید-۱۹ ارائه دهد، اما همه‌گیری نشان داده است که اگر حقوق بشر و جامعه بین‌المللی بخواهد چالش‌های بهداشتی نوظهور عصر ما را برطرف کند، حقوقی هستند که نیاز به به‌روزرسانی و تجدیدنظر دارند و باید در زیر سایه نظارت‌های سازمان‌های جهانی به این موفقیت دست یافت.

فهرست منابع

- الف) منابع فارسی
- صادقی، محسن. حمایت از ابداعات دارویی و الحاق به سازمان تجارت جهانی. ویرایش یکم: تهران: انتشارات میزان، ۱۳۹۷.
 - آجری آیسک، عاطفه، و نازنین زهرا بروغنی. «نقض حقوق بشر و عملکرد دولت‌های غربی در مدیریت ویروس کرونا (مطالعه موردی ایالات متحده و کشورهای اروپایی)». پژوهش نامه حقوق بشری ۲۰(۱۳۹۹): ۶۷-۸۵.
 - زمانی، سید قاسم. «شبیه‌سازی درمانی و حق بر سلامتی در قلمرو حقوق بین‌الملل بشر». فصلنامه پژوهش حقوق و سیاست ۱۹(۱۳۸۵): ۳۰-۳۰.
 - میر موسوی، سید علی. «تعهد و مسؤلیت دولت در برابر حقوق بشر». دوفصلنامه حقوق بشر ۱۶(۱۴۰۰): ۵۱-۲۵.
 - محمدی، عقیل و فائزه سادات سجادی. «استناد دولت‌ها به عوامل رافع مسؤلیت بین‌المللی در قبال نقض تعهدات حقوق بشر در همه‌گیری کووید-۱۹». فصلنامه مطالعات حقوق عمومی ۵۲(۱)(۱۴۰۱): ۳۷۷-۳۵۱.
 - آمپارو سان خوزه، جیل. «مسؤلیت بین‌المللی دولت‌ها در قبال نقض حقوق بشر». ترجمه ابراهیم بیگ زاده. مجله تحقیقات حقوقی ۲۹-۳۰(۱۳۷۹): ۲۵۶-۳۰۷.
 - مدنی، سید ضیا الدین. «التزام بین‌المللی دولت به رعایت حقوق بشر: مقید به مکان؟». مجله حقوقی، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری ۳۸(۱۳۸۷): ۲۳۳-۲۵۹.
 - نیاورانی، صابر و احسان جاوید. «حق دسترسی به داروهای اساسی در چهارچوب موافقتنامه تربیس و چالش‌های حمایت از حقوق بین‌المللی بشر بر سلامت». مجله حقوقی بین‌المللی ۵۴(۱۳۹۵): ۵۰-۵۰.
 - بی پروا، امیر. «دسترسی همگان به واکسن کرونا». روزنامه شرق، ۲۹/۱۰/۱۳۹۹.
 - بی پروا، امیر، «دیپلماسی ایران»، ۰۶/۰۲/۱۳۹۹، <http://irdiplomacy.ir>
- ب) منابع خارجی

-"Google Privacy Policy." <http://file.qums.ac.ir>

- Forman, Lisa., and Jillian Clare Kohler. *Access to Medicines as a Human Right: Implications for Pharmaceutical Industry Responsibility*, 86. Toronto, ON: University of Toronto Press, 2012
- Forman, Lisa and Clare Jillian Kohler. "Global health and human rights in the time of COVID-19: Response, restrictions, and legitimacy". *Journal of Human Rights* 19:5 (2020): 547-56.
- Verweij Marcel F. and Hans Houweling. "What is the responsibility of national government with respect to vaccination?". *Vaccine* 32(52)(2014): 7163-7166.
- Santoro, Michael and Robert Shanklin. "Human rights obligations of drug companies". *Journal of Human Rights* 19(5)(2020): 557-67.
- Sekalala, Sharifah, Lisa Forman, Roojin Habibi and Benjamin Mason Meier. "Health and human rights are inextricably linked in the COVID-19 response." *BMJ Global Health* 5(9) (2020): e003359.
- Saunders, J. "Oxfam discussion paper." Covid-19 and Key Human Rights principles in

Practice: State Obligations and Business' Responsibilities in Responding to the Pandemic. DOI 10, no. 2020.

- Shahnaz, Liza, Zainal Abidin Muhja and Ade Cici Suciati. "Access to COVID-19 Vaccine and Its Distribution: The Responsibility of State and International Organization." *US-China Law Review* 18(6) (2021): 279-284.

- Sinaci, Maria "Human Rights And Ethics In The Covid-19 Pandemic. The Phenomenon Of" Vaccination At The Sink" In Romania." *Agora International Journal of Juridical Sciences* 15(2) (2021): 63-75.

- Wolitz, Rebecca. "A corporate duty to rescue: Biopharmaceutical companies and access to medications." *Indiana Law Journal* 94(3)(2019): 1164–1221.

- Waode, Mustika, Nova Septiani Tomayahu and Mellisa Towadi. "The State's Responsibility in Fulfilling Human Rights during the COVID-19 Pandemic." In 2nd International Conference on Law and Human Rights 2021 (ICLHR 2021), 113-120-.

- Google. "Google Privacy Policy." Last modified December 17, 2020. https://www.ohchr.org/Documents/Events/COVID-19_AccessVaccines_Guidance.pdf

- Yahoo. "Yahoo Privacy Policy.« Last modified July 20, 2020. <https://theconversation.com/ending-the-pandemic-willtake-global-access-to-covid-19-treatment-and-vaccines-which-means-putting-ethics-before-profits-141763>.

- Google. "Google Privacy Policy.« Last modified February 2019.«https://freedomhouse.org/sites/default/files/2020-02/Feb2019_FH_FITW_2019_Report_ForWeb-compressed.pdf

- Google. "Google Privacy Policy.« Last modified May 22, 2020. <https://hbr.org/2020/05/the-danger-of-vaccine-nationalism>.

- Google. "Google Privacy Policy.« Last modified APRIL 21, 2020. <https://foreignpolicy.com/2020/04/21/trading-drugs-during-coronavirus-pandemic/>.

- Google. "Google Privacy Policy.« Last modified February 5, 2020: <https://medicinespatentpool.org/what-we-do/our-work/covid-19>.

- Google. "Google Privacy Policy.« Last modified April 15, 2020. https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/COVID-19_and_Womens_Human_Rights.pdf.

- Google. "Google Privacy Policy.« Last modified July 13-16, 2015. https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/2051AAAA_Outcome.pdf.

- Google. "Google Privacy Policy.« Last modified February, 2021. <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/601bab5b6ba8f.pdf>.

- Google. "Google Privacy Policy.« Last modified December 17, 2020.https://ohchr.org/Documents/Issues/Women/COVID-19_and_Womens_Human_Rights.pdf

Bases and Nature of Termination of Contract for convenience of Employer in International Investment Contracts (Comparative Study of US and Iranian Law)

*Hossein Talebian¹, Mohammad Iesian Tafarshi^{*2}*

1. Ph.D. Student in Private law, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran.

Email: ht2575@gmail.com

2. Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran.

*. **Corresponding Author:** Email: tafreshi@modares.ac.ir

A B S T R A C T

In international investment agreements that a government enters into with foreign investors, the investee government may terminate the agreement between itself and the foreign investor unilaterally for reasons such as safeguarding its interests. Termination of the contract for convenience expediently refers to an institution in which the employer and investee government terminates its contractual relationship with the contractor, in whole or in part, before the expiration of the contract, in order to protect its interests. Research Method The present research is descriptive-analytical in terms of the method of collecting library methodological materials. Items such as the public interest, the implicit condition, the theory of effective breach, and the elimination of the purpose of the contract are among the principles set forth in U.S. law for the unilateral termination



S.D.I.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



Publisher:
Shahr-e- Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:
Original Research

DOI:
10.48300/JLR.2021.299202.1753

Received:
10 June 2023

Accepted:
4 December 2021

Published:
21 May 2023



Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



of the contract for convenience of the employer. Also in Iranian law, issues such as the public interest, the limits of the authority of the Supreme Leader are among the principles mentioned for this issue. Termination of the contract for convenience is expedient in terms of the nature of the contract, and it seems that its more precise nature, depending on its basis, can be a conditional option and even termination. In American law, in addition to the fact that the termination of the contract for convenience expediently can be terminated on the basis of an explicit or implicit condition of the contract, failure to comply with the terms of this right can be considered a breach of contract.

Keywords: Termination of The Contract, Convenience of The Employer, Public Interest, International Investment Contract, State.

Excerpted from the Ph.D. thesis entitled "Fundamentals, nature and effects of terminating the contract for the benefit of the employer in international investment contracts based on arbitration jurisprudence (a comparative study in American and Iranian law)", Tarbiat Modares University.

Funding: The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Acknowledgements: The authors would like to thank Dr. Mohammad Essian Tafreshi for his cooperation in preparing and writing this research.

Author contributions:

Hossein Talebian: Software, Validation, analysis, Investigation, Resources, Writing - Original Draft, Project administration.

Mohammad Essian Tafreshi: Methodology, Validation, Resources, Writing - Review & Editing, Visualization, Supervision, Project administration.

Competing interests: The authors declare that they have no competing interests.

Citation:

Talebian, Hossein & Mohammad Iesian Tafarshi. "Bases and Nature of Termination of Contract for convenience of Employer in International Investment Contracts (Comparative Study of US and Iranian Law)" *Journal of Legal Research* 22, no. 53 (June 10, 2023): 61-86.

Extended Abstract

In international investment agreements that a government enters into with foreign investors, the investee government may terminate the agreement between itself and the foreign investor unilaterally for reasons such as safeguarding its interests. In other words, termination of a contract refers to an institution in which the employer and investee government, in order to protect its interests and interests, terminates its contractual relationship with the contractor in whole or in part before the expiration of the contract. The subject of termination of contracts with the same nature as considered in this study in various agreements and regulations of the general terms of the contract, for example Article 48 of the general terms of the contract in 1387, publication 4311 of the Planning and Budget Organization and Article 46 of the general, private terms of engineering contracts, Supply of goods and equipment for construction and installation (EPC) specific to the oil industry in 1396 is predicted. There are several principles in the law of different countries for the unilateral termination of the contract in the interest of the government. forecasted. Also in Iranian law, issues such as the public interest and the limits of the authority of the Supreme Leader have been raised as the principles mentioned for this issue. Regarding the second basis, it can be said that the cornerstone of the potential citation and legitimacy of the termination of the contract in the interest of the government among the later jurists in the letter of Imam Khomeini (RA) written on 10/16/1366 in response to the letter of the then president, Can be found. Imam Khomeini (ra) has said in a part of this letter: "... the government can unilaterally cancel the sharia contracts that it has concluded with the people, when that contract is against the interests of the country and Islam, and it can worship anything. "Or prevent non-worshippers whose current is against the interests of Islam ..."

In American law, in addition to the fact that the termination of the contract expediently can be terminated on the basis of an explicit or implicit condition of the contract, even if the terms of this right are not observed, it can be considered a breach of contract. Explain that in order to determine the nature of termination of a contract in the interests of American law, a distinction must be made between the presumption of the inclusion of this condition in the contract and the non-inclusion of this condition in the contract. The first presumption of termination of the contract is expedient where such a condition is explicitly mentioned in the contract, in which case its nature is the right of termination based on the explicit condition of the contract. On the other hand, the practice in American law is such that even if this condition is inadvertently neglected in a contract, American courts still implement its provisions in a timely manner. In

other words, it can be said that according to another assumption, the condition of termination of the contract in the interest of the government will be a kind of implicit condition. It should also be noted that in American law, one of the conditions for terminating a contract in good faith is the good faith of the employer government. Therefore, it seems that if the government does not observe good faith in terminating the contract, it will be considered a violator of the contract, and as a result, the nature of the termination of the contract in this case will be a breach of contract.

In Iranian law, the nature of termination of a contract in terms of the division of legal acts into contract and contract is contract, because the termination of a contract is a unilateral and voluntary action that also has a voluntary effect. It seems that its more precise nature, depending on its basis, can be a conditional option and even a termination. Explain that if the basis for termination of the contract is in the interest of a government order, it can be reinforced that its nature is consistent with dissolution. Another view is that the right to terminate the contract contained in Article 48 of the General Conditions of the 2008 Agreement is in accordance with the option in the Civil Code. According to this theory, the problem of not determining the term of this option is solved in such a way that since the term is normally included in the contract in the contract and according to Article 400 of the Civil Code, if the beginning of the option is not known, its beginning is from the date This is the beginning of the contract, so we can say that the beginning of the option is from the beginning of the contract period, and on the other hand, it can be logically said that in continuous contracts, of which time is an integral part, the end of the option will be the end of the contract. Therefore, the problem of not determining the duration can be solved in this way. This view seems to be reinforced especially in the assumption that the basis of this explicit contractual right is the basis. Is. Criticism of this view can be said that although the arguments of this group based on this theory are somewhat correct, but it seems that the nature of the termination of the contract should be considered more decisively and similar to the nature of the termination of the contract in the interest of the option. It does not advance the working condition. Perhaps it would be better to explain and present a new legal nature called contract termination, which is different from other causes of contract termination, instead of likening the nature of the termination of the contract to expedient.

مبانی و ماهیت خاتمه قرارداد به مصلحت کارفرما در قراردادهای سرمایه‌گذاری بین‌المللی (مطالعه تطبیقی در حقوق آمریکا و حقوق ایران)

حسین طالبیان^۱، محمد عیسائی تفرشی^{۲*}

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران.

Email: ht2575@gmail.com

۲. استاد، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران.

Email: tafreshi@modares.ac.ir. *نویسنده مسئول:

چکیده:

در قراردادهای سرمایه‌گذاری بین‌المللی که یک دولت با سرمایه‌گذاران خارجی منعقد می‌کند، دولت سرمایه‌پذیر ممکن است بنا به دلایلی از جمله حفظ منافع خود به طور یک‌جانبه به قرارداد میان خود و سرمایه‌گذار خارجی خاتمه دهد. خاتمه قرارداد به مصلحت به نهادی اشاره دارد که در آن دولت کارفرما و سرمایه‌پذیر جهت حفظ منافع و مصالح خود، پیش از انقضای مدت قرارداد به رابطه قراردادی اش با پیمانکار به صورت کلی یا جزئی پایان می‌بخشد. روش تحقیق پژوهش حاضر از حیث نحوه گردآوری مطالب روشی کتابخانه‌ای، به لحاظ ماهیت توصیفی - تحلیلی است. مواردی از جمله منفعت عمومی، شرط ضمنی، نظریه نقض کارآمد و نیز منتفی شدن هدف قرارداد از جمله مبانی است که در حقوق آمریکا برای خاتمه یک‌جانبه قرارداد به مصلحت کارفرما پیش‌بینی شده است. همچنین در حقوق ایران نیز مواردی از جمله منفعت عمومی و حدود اختیارات ولی فقیه به عنوان مبانی ذکر شده برای این موضوع مطرح شده است. در حقوق



پژوهشکده حقوق



نوع مقاله:

پژوهشی

DOI:

10.48300/JLR.2021.299202.1753

تاریخ دریافت:

۴ مهر ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۱۳ آذر ۱۴۰۰

تاریخ انتشار:

۲۰ خرداد ۱۴۰۲

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند یا دسترسی آزاد هستند، مقالات تحت شرایط مجوز Creative Commons Attribution-Non-Commercial License 4.0 منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



ایران خاتمه قرارداد به مصلحت از لحاظ ماهیت ایقاع است و به نظر می‌رسد ماهیت دقیق‌تر آن به فراخور مبنای آن می‌تواند خیار شرط و حتی انفساخ باشد. در حقوق آمریکا علاوه بر اینکه ماهیت خاتمه قرارداد به مصلحت می‌تواند فسخ بر مبنای شرط صریح یا ضمنی قراردادی باشد حتی در صورت عدم رعایت شرایط اعمال این حق می‌تواند ماهیتاً نقض قرارداد تلقی شود.

کلیدواژه‌ها:

خاتمه قرارداد، مصلحت کارفرما، منفعت عمومی، قرارداد سرمایه‌گذاری بین‌المللی، دولت.

برگرفته از رساله دکتری با عنوان « مبانی و ماهیت و آثار خاتمه قرارداد به مصلحت کارفرما در قراردادهای سرمایه‌گذاری بین‌المللی با تکیه بر رویه قضایی داوری (مطالعه تطبیقی در حقوق آمریکا و ایران)»، دانشگاه تربیت مدرس.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

سپاسگزاری و قدردانی:

بدین وسیله از استاد گرانقدر، جناب آقای دکتر محمد عیسائی تفرشی، بابت همکاری در تهیه و نگارش این پژوهش سپاسگزاری می‌شود.

مشارکت نویسندگان:

مشارکت نویسندگان: محمد عیسائی تفرشی: روش‌شناسی، اعتبار‌سنجی، منابع، نوشتن - بررسی و ویرایش، تصویرسازی، نظارت، مدیریت پروژه.

حسین طالبیان: استفاده از نرم‌افزار، اعتبار‌سنجی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، مدیریت پروژه.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

طالبیان، حسین و محمد عیسائی تفرشی «مبانی و ماهیت خاتمه قرارداد به مصلحت کارفرما در قراردادهای سرمایه‌گذاری بین‌المللی (مطالعه تطبیقی در حقوق آمریکا و حقوق ایران)». مجله پژوهش‌های حقوقی ۲۲، ش. ۵۳ (۲۰ خرداد ۱۴۰۲): ۶۱-۸۶.

مقدمه

خاتمه قراردادهای سرمایه‌گذاری بین‌المللی به دلیل مصلحت دولت، موضوع چالش‌برانگیزی به لحاظ حقوقی است زیرا چنین امری موجب نادیده انگاشتن اصل لزوم قراردادها می‌شود. خاتمه قراردادهای سرمایه‌گذاری بین‌المللی ممکن است بنا به دلایل متعددی صورت گیرد اما آنچه مقصود از این پژوهش است خاتمه یک‌جانبه قرارداد سرمایه‌گذاری بین‌المللی به دلیل حفظ منافع و مصالح از سوی دولت میزبان می‌باشد. در قراردادهایی که میان یک دولت به عنوان کارفرما یا سرمایه‌پذیر با یک سرمایه‌گذار خارجی منعقد می‌شود، دولت سرمایه‌پذیر به عنوان طرفی از قرارداد که در جایگاه بالاتری نسبت به سرمایه‌گذار خارجی قرار دارد، در واقع قدرت بیشتری در تغییر شرایط قراردادی به نفع خود و یا حتی خاتمه یک‌جانبه قرارداد به دلیل حفظ منافع خود دارد. برای خاتمه یک‌جانبه قرارداد به مصلحت دولت در حقوق کشورهای مختلف مبانی متعددی ذکر شده است. در بخش اول این پژوهش به بررسی تطبیقی مبانی خاتمه یک‌جانبه قرارداد سرمایه‌گذاری بین‌المللی به دلیل مصلحت دولت در حقوق آمریکا و نیز حقوق ایران پرداخته خواهد شد. مواردی از جمله منفعت عمومی، شرط ضمنی، نظریه نقض کارآمد و نیز منتفی شدن هدف قرارداد از جمله مبانی است که در حقوق آمریکا برای خاتمه قرارداد به مصلحت کارفرما پیش‌بینی شده است. همچنین در حقوق ایران نیز مواردی از جمله منفعت عمومی و حدود اختیارات ولی فقیه از جمله مبانی ذکر شده برای این موضوع است. در بخش دوم مقاله نیز به بررسی ماهیت خاتمه قرارداد به مصلحت دولت پرداخته خواهد شد. در خصوص ماهیت خاتمه قرارداد به مصلحت در حقوق ایران نظریه‌های متعددی از جمله انفساخ، خيار شرط و نیز شبه خيار شرط بیان شده است که در این مقاله بررسی می‌گردند. همچنین در حقوق آمریکا ماهیت خاتمه قرارداد به مصلحت می‌تواند فسخ بر مبنای شرط صریح یا ضمنی قراردادی و یا حتی نقض قرارداد تلقی شود. شایان ذکر است که مقصود از اصطلاح کارفرما در این پژوهش کشور میزبان سرمایه یا دولت سرمایه‌پذیر است که در بسیاری از موارد به جای واژه کارفرما از اصطلاح دولت میزبان سرمایه استفاده شده است.

۱ - مفهوم خاتمه قرارداد به مصلحت^۱ کارفرما در قراردادهای سرمایه‌گذاری بین‌المللی

به عنوان مقدمه این بحث باید گفت قراردادهای سرمایه‌گذاری بین‌المللی ماهیتی دوگانه دارند. بدین معنا که ریشه الزامات و تعهدات طرفین قراردادی را نمی‌توان به تنهایی در حقوق خصوصی یافت زیرا در آن

1. Termination for convenience

چگونگی روابط قراردادی و وجوب انجام تعهدات قراردادی به گونه‌ای است که تغییر یک‌جانبه قرارداد و شانه خالی کردن از تعهدات قراردادی را بر نمی‌تابد؛ از طرف دیگر نمی‌توان ماهیت قرارداد سرمایه‌گذاری بین‌المللی را منحصرأ در حوزه حقوق عمومی یافت زیرا در حوزه حقوق عمومی منافع و مصالح عمومی بر منافع طرفین قرارداد ترجیح دارد^۲ و در تعارض منافع طرفین با منافع عمومی اولویت با منافع عمومی خواهد بود.^۳

اصل حرمت قراردادها از اصل لزوم وفای به تعهدات که از اصول مسلم و مهم حقوق بین‌الملل است، نشأت گرفته است. امروزه جایگاه این اصل در حقوق بین‌الملل عرفی به عنوان یکی از اصول کلی حقوقی شناخته شده است. این در حالی است که یکی از اقتضائات قراردادهایی که یک طرف آن دولت یا بخش عمومی می‌باشد این است که در چنین قراردادهایی دولت به عنوان طرفی که در قرارداد از موقعیتی برجسته‌تر و قدرتمندتر برخوردار است نقش اساسی در حمایت از منافع عامه جامعه خود دارد.^۴ در چنین قراردادهایی جهت‌گیری دولت‌ها بیشتر به سمت تأمین منافع عموم جامعه می‌باشد. مصلحت و منافع عامه ایجاب می‌کند که دولت امضاکننده یک قرارداد بین‌المللی از یک سو بتواند نظارت مستمر بر قرارداد داشته باشد و از طرف دیگر مجاز باشد پاره‌ای از اختیارات مانند تعلیق، تغییر یا فسخ قرارداد، واگذاری قرارداد به طرف دیگر و یا جانشین کردن خود را به صورت یک طرفه اعمال نماید.^۵ خاتمه قرارداد به سبب فسخ قراردادهای سرمایه‌گذاری بین‌المللی اغلب به دو شکل صورت می‌پذیرد اول به شکل فسخ قرارداد به دلیل تخلف از قرارداد و دوم خاتمه قرارداد به سبب مصلحت کارفرما. هدف پژوهش حاضر

۲. بدین ترتیب وجود منافع متضاد اشخاص حقوق خصوصی و عمومی در قراردادهای سرمایه‌گذاری بین‌المللی باعث نوعی ناهمگونی در ماهیت این قراردادها شده است.

M. Somarajah, "International Commercial Arbitration, the Settlement of Foreign Investment Disputes", *The Hague* Singapore 125(2000), 86.

۳. محمد صادق لبانی مطلق، حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۸)، ۵۶.

۴. مجمع عمومی سازمان ملل متحد در ۲۱ دسامبر ۱۹۵۲ بیانیه‌ای صادر نمود که بر اساس آن «حق ملت‌ها در استفاده و بهره‌برداری از ثروت‌های ملی و منابع طبیعی جزء لاینفک حاکمیت آنهاست». ده سال بعد از تصویب این بیانیه، هفدهمین نشست مجمع عمومی سازمان ملل متحد بیانیه ۱۸۰۳ را صادر کرد که مطابق آن «حاکمیت دائمی ملت‌ها بر منابع ملی» آنان تثبیت شد. به موجب این بیانیه «حق حاکمیت دائمی ملت‌ها بر ثروت‌ها و منابع ملی آنان باید در راستای منافع ملی و رفاه مردم دولت مربوطه اعمال شود». در ۱۲ دسامبر سال ۱۹۷۴ مجمع عمومی سازمان ملل متحد بیانیه‌ای تحت عنوان معاهده حقوق و تکالیف دولت‌ها صادر کرد.

۵. منیر الزمان، «قراردادهای دولت بیگانگان مسئله تغییر یک‌جانبه قرارداد توسط دولت در حقوق بین‌الملل معاصر»، ترجمه محمد جواد میر فخرایی، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی ۲۴(۱۳۷۸)، ۱۵.

خاتمه یک‌جانبه قرارداد به مصلحت کارفرما می‌باشد. از این رو حتی مواردی مانند خاتمه قرارداد به سبب انقضای مدت نیز در محدوده موضوع پژوهش حاضر نمی‌گنجد.

در ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان آمده است: «هرگاه پیش از اتمام کارهای موضوع پیمان، کارفرما بدون آنکه تقصیری متوجه پیمانکار شود، بنا به مصلحت خود یا علل دیگر تصمیم به خاتمه دادن پیمان بگیرد...» به نظر می‌رسد در حقوق ایران خاتمه قرارداد به مصلحت در ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان پیش‌بینی شده است.

بنابراین می‌توان در تعریفی مختصر گفت مقصود از خاتمه قرارداد به مصلحت، پایان دادن کشور میزبان سرمایه به قرارداد سرمایه‌گذاری خود با یک سرمایه‌پذیر خارجی به دلیل تأمین منافع عامه کشور خود است.^۶ به عبارت دیگر از آنجایی که دولت در قراردادهایی که با سرمایه‌گذار خارجی منعقد می‌کند، از موقعیت و جایگاه برتری نسبت به سرمایه‌گذار خارجی برخوردار است و از سوی دیگر تنها نهاد مسؤول تأمین منافع عموم جامعه می‌باشد، حق دارد که به دلیل تأمین منفعت عمومی به قراردادهای خود با سرمایه‌گذار خارجی خاتمه دهد.

۲- مبانی^۷ خاتمه قرارداد به مصلحت کارفرما در قراردادهای سرمایه‌گذاری بین‌المللی

دولت می‌تواند بنا به مصلحت خود به قراردادهای خصوصی منعقد شده میان خود و سرمایه‌گذار خارجی

۶. در قراردادهای منعقد شده توسط دولت آمریکا شرطی تحت عنوان «فسخ به تشخیص دولت» وجود دارد. چنین شرطی در جایی اعمال خواهد شد که منافع برتر دولت ایجاب نماید که قرارداد توسط دولت فسخ شود. فرایند اعمال چنین حق فسخی بدین گونه است که دولت آمریکا به طرف قراردادی خود اخطار مبنی بر فسخ ابلاغ می‌نماید و طرف مقابل ضمن تعطیل کردن کار موظف است اگر ادعایی در خصوص خسارت وارد شده به خود دارد که شامل بهره منطقی نسبت به کار انجام شده است، باید این ادعا را به دولت آمریکا تسلیم نماید. (همان، ۲۲)

۷. در خصوص مفهوم مبنا میان صاحب‌نظران و پژوهشگران اختلاف نظر وجود دارد. برخی از پژوهشگران در تعریف مبنا اظهار داشته‌اند که «مرادمان از مبنا چرایی یک قاعده و حکم است به گونه‌ای که ابهام برطرف شود و جای پرسش دیگری باقی نماند.» (احمد حاجی ده‌آبادی، جبران خسارت بزه‌دیده به هزینه دولت و نهادهای عمومی (تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۸)، ۷). برخی دیگر بر این عقیده‌اند واژه مبنا هنگامی که درباره قاعده حقوقی یا نظام حقوقی معین به کار می‌رود، در صدد پاسخ به چرایی اعتبار و مشروعیت قاعده و نظام حقوقی است. (محمود حکمت‌نیا، مبانی مالکیت فکری (تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۶)، ۶۴) (برخی دیگر بر این عقیده‌اند که مراد از مبانی یک موضوع ریشه الزام‌آوری آن است.)؛ ناصر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۹)، ۱۹-۱۸. (به نظر می‌رسد مقصود از مبانی ایجاد یک نهاد حقوقی عناصر تشکیل‌دهنده آن نهاد حقوقی است.)

پایان دهد. چنین جهتی برای پایان بخشیدن به قرارداد در بسیاری از نظام‌های حقوقی کشورهای مختلف دنیا مورد پذیرش قرار گرفته است. در ذیل به مهم‌ترین مبانی خاتمه قرارداد به مصلحت کارفرما در حقوق آمریکا و نیز حقوق ایران پرداخته خواهد شد.

۲-۱- مبانی در حقوق آمریکا

۲-۱-۱- منفعت عمومی^۸

در پاسخ به اینکه بر چه مبنایی دولت آمریکا به عنوان یکی از طرفین قراردادی چنین حقی در به هم زدن یک‌جانبه قرارداد دارد، اولین و مهم‌ترین چیزی که به ذهن متبادر می‌شود این است که دولت به عنوان طرفی از قرارداد که از موقعیت بالاتر و ویژه‌ای در قرارداد برخوردار است و حفظ منافع و مصالح عامه جامعه خود را به عهده دارد از چنین حقی برخوردار می‌باشد. بدیهی است که جایگاه برتر یکی از طرفین قرارداد می‌تواند در قدرت چانه‌زنی و تغییر شرایط قرارداد به نفع یکی از طرفین قرارداد یا حتی خاتمه یک‌جانبه قرارداد از سوی آن طرف مؤثر باشد به خصوص در جایی که پای منافع عمومی یک جامعه در میان باشد. در خصوص اختیارات دولت چنین اظهار نظر شده است که «به موجب آرای صادره، مقامات دولتی نه‌تنها مجاز به اعمال چنین اختیاری هستند بلکه مکلفند که اختیار فسخ یک‌جانبه قرارداد را به عنوان بخشی از مسؤولیت‌های خود در برابر آحاد جامعه به اجرا گذارند.»^۹

علی‌رغم پذیرش منفعت عمومی به عنوان مبنایی برای خاتمه قرارداد به مصلحت دولت اما تعریف دقیقی از آن در مقررات آمریکا ارائه نشده است. با وجود این در مقررات FAR^{۱۰} آمریکا مصداق‌هایی ارائه شده است که در آنها منفعت دولت در خاتمه قرارداد احراز شده است:

۱- دولت دیگر نیازی به کالاها و خدمات تحت شمول موضوع قرارداد نداشته باشد؛^{۱۱} ۲- امتناع پیمانکار از قبول تعدیل قرارداد؛^{۱۲} ۳- مسائلی در خصوص تناسب قرارداد اعطا شده و عملکرد مستمر

8. Public Interest

9. KateManuel and Erika Lunder, "Terminating Contracts for the Government Convenience :Answers to Frequently Asked Questions ", *paper presented at the Congressional Research Service 7-5700*)2015(, 6.

10. Federal Acquisition Regulation(The Federal Acquisition Regulation (FAR) is the primary regulation for use by all executive agencies in their acquisition of supplies and services with appropriated funds .The FAR also contains standard solicitation provisions and contract clauses and the various agency FAR supplements .The Department of Defense (DoD), GSA, and the National Aeronautics and Space Administration (NASA) jointly issue the FAR.

11. United States v. Corliss Steam Engine Company, 91 U.S. 321 (1875)

12. United States General Accounting Office) Document for Public Release. Washington DC

قرارداد مطرح شده باشد؛^{۱۳} ۴- پیمانکار صلاحیت لازم برای اجرای قرارداد را از دست داده باشد؛^{۱۴} ۵- زمانی که روابط تجاری بین اداره دولتی و پیمانکار رو به زوال باشد؛^{۱۵} ۶- اداره دولتی تصمیم به بازسازی ترتیبات قراردادی یا اجرای درون‌سازمانی موضوع قرارداد گرفته است؛ ۷- اداره دولتی درصدد جلوگیری از اختلاف با کنگره باشد؛ ۸- اجرای تعهدهای توافق شده در قرارداد غیرممکن یا بسیار هزینه‌بر شده باشد.

لازم به ذکر است که موارد فوق حصری نیست و در سایر شرایط نیز امکان احراز منفعت دولت وجود دارد.

همچنین در راستای نقش دولت در تأمین منافع عموم، شایان ذکر است که در صورت تعارض میان مسؤولیت مهم و برجسته دولت در حفظ منافع و مصالح عامه از یک طرف و منافع سرمایه‌گذار خصوصی در حفاظت از سرمایه خود از سوی دیگر، دولت به عنوان یکی از طرفین قرارداد می‌تواند از امتیازات زیر برخوردار باشد:

۱) تغییر شروط قراردادی و کنترل و جهت دادن به آن؛ ۲) فسخ یک‌جانبه قرارداد؛ ۳) اعمال ضمانت اجراهایی خاص علیه پیمانکار از جمله تعدیل مبلغ مندرج در قرارداد یا استرداد منافع اضافی.^{۱۶} بنابراین به نظر می‌رسد حفظ منافع عمومی یکی از مهم‌ترین مبانی خاتمه قرارداد به مصلحت دولت آمریکا در فرضی است که دولت آمریکا به عنوان کشوری سرمایه‌پذیر در قرارداد تلقی شود.

۲-۱-۲- شرط ضمنی در فرض عدم درج شرط خاتمه قرارداد به مصلحت^{۱۷}

شرط حق خاتمه یک‌جانبه قرارداد برای دولت در قراردادهای دولتی آمریکا، شرطی معمول در این قراردادها می‌باشد؛ به گونه‌ای که حتی در صورتی که سهواً درج چنین شرطی از سوی طرفین مورد غفلت واقع شود، باز هم دادگاه‌های آمریکایی مفاد چنین شرطی را به اجرا می‌گذارند؛ به عبارت دیگر

20548. Saltwater, Inc., 2004), 4.

13. Nationwide Roofing & Sheet Metal Co., Inc. v. United States, 14 Cl. Ct. 733 (1988); Landmark Constr. B-281957.3 (Oct. 22, 1999).

14. Int'l Data Prods. Corp. v. United States, 64 Fed. Cl. 642 (2005) (contractor participating in the "8(a) Program" for small businesses was sold to a large business).

15. Embrey v. United States, 17 Cl. Ct. 617 (1989).

16. C. Turpin, op. cit., at p. 37

۱۷. به نظر می‌رسد در فرضی که شرط خاتمه قرارداد به مصلحت در قرارداد درج شده باشد، حق خاتمه قرارداد به مصلحت مبنای قراردادی خواهد داشت و سبب آن اراده طرفین قرارداد خواهد بود.

حتی در فرضی که قرارداد به صورت صریح مشتمل بر شرط خاتمه قرارداد به مصلحت دولت نباشد، دولت همچنان می‌تواند به این شرط استناد نماید و آن را اعمال کند.^{۱۸} میان حالتی که شرط خاتمه قرارداد به مصلحت در قرارداد ذکر شده یا نشده باشد، تفاوت در آثار وجود دارد. به این ترتیب که اگر به موجب مقررات و شروط ضمن قراردادی، حق فسخ برای دولت پیش‌بینی شده باشد، اعمال چنین حقی از سوی دولت به منزله نقض قرارداد و یا تخلف قراردادی محسوب نمی‌شود و اعمال فسخ از سوی دولت همراه با پرداخت خسارت خواهد بود اما چنین خسارتی کمتر از حالتی است که فسخ در صورت عدم درج شرط قانونی در قرارداد (شرط ضمنی) صورت می‌گیرد. توضیح آنکه در موردی که حق فسخ به موجب شروط قراردادی برای دولت پیش‌بینی شده است، در صورت اعمال چنین حقی از سوی دولت، خسارت پرداختی از سوی دولت مطابق قرارداد خواهد بود و شامل عدم‌النفع نمی‌باشد^{۱۹} و خسارت عدم‌النفع در این حالت قابل مطالبه نخواهد بود.^{۲۰}

۲-۱-۳- منتفی شدن هدف از قرارداد

مورد دیگری که به دولت آمریکا اجازه خاتمه قرارداد سرمایه‌گذاری بین‌المللی را می‌دهد منتفی شدن هدف از قرارداد است. منتفی شدن هدف از قرارداد در حقوق آمریکا بدین معنا است که اجرای قرارداد برای یکی از طرفین به علت وقوع حادثه‌ای بدون آنکه انجام تعهدات قراردادی طرفین غیرممکن گردد، پس از انعقاد عقد بی‌فایده شود. در مواردی که منظور از هدف، اغراض شخصی است؛ این مفهوم را در حقوق ایران می‌توان به عنوان منتفی شدن جهت معامله مطرح نمود. رویه قضایی برخی از ایالات آمریکا منتفی شدن هدف از قرارداد را به عنوان یک قاعده پذیرفته‌اند و آن را به صورت محدود اعمال می‌کنند. عمده مبنای پذیرش این قاعده در حقوق آمریکا، تبعیت از شرط بنایی، رفع خلأ قرارداد و پیروی از اصل انصاف می‌باشد. ضمانت اجرای منتفی شدن هدف از قرارداد در حقوق آمریکا در کنار فسخ، تعدیل قضایی نیز می‌تواند باشد.^{۲۱}

18. see .Dept navy,b86077. july 21,1949

19. Blysha and Paul Michael, "Arbitrating Overseas Oil and Gas Disputes: Breaches of Contract Versus Breaches of Treaty", *Journal of International Arbitration* 27(2010), 579-581.

۲۰. مسعود امانی، حقوق قرارداد های بین المللی نفت (تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق، ۱۳۸۹)، ۲۲۸.

۲۱. بهنام غفاری فارسانی، «منتفی شدن جهت معامله و اثر آن بر روابط قراردادی مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و آمریکا»،

مجله مطالعات حقوق خصوصی، ۴۰(۱۳۸۹)، ۲۳۷.

۲-۱-۴- نظریه نقض کارآمد قرارداد

نظریه نقض کارآمد قرارداد محصول جامعه سرمایه‌داری آمریکا می‌باشد و از جهات مختلف حقوقی، اخلاقی و اقتصادی دارای اشکال است.^{۲۳} در آمریکا دانشمندان اقتصادی-حقوقی از جمله پازنر نظریه‌ای ارائه کرده‌اند که به نظریه نقض کارآمد موسوم است.^{۲۴} «بر اساس این نظریه، چنانچه شخصی قراردادی را جمع به خدمات یا ارائه کالایی منعقد کند در صورتی که کالای موضوع معامله به قیمت بالاتری از سوی فردی دیگر درخواست شود، فروشنده می‌تواند با نقض قرارداد و فروش آن به خریدار دوم، سود بیشتری نسبت به معامله اول به دست آورد که در این صورت، نقض قرارداد از نظر این دانشمندان کارآمد است. منتها شرط اعمال این نظریه این است که خسارات خریدار اول به وی پرداخت شود. به این ترتیب وضعیت هر دو بهینه خواهد بود.»^{۲۴}

مقصود از این نظریه این است که اگر نقض قرارداد و جبران خسارت طرف مقابل از اجرای قرارداد کارآمدتر باشد، متعهد باید قرارداد را نقض کرده و خسارت وارده به طرف مقابل را جبران کند.^{۲۵} نقض کارآمد همیشه در وضعیت و فرض پیشنهاد بالاتر و یا اجتناب از ضرر تحقق پیدا نمی‌کند، چراکه این امر می‌تواند با توافق متعهدله نیز صورت پذیرد؛ بنابراین نقض کارآمد یک نام‌گذاری غلط است که مصادره به مطلوب شده است. البته اقسام دیگری نیز وجود دارند که می‌توانند در کنار نقض‌های رایج و شایع قرار گیرند. از جمله اینکه از نگاه واقع‌بینانه و با لحاظ مبانی حقوقی، طرف‌های قرارداد می‌توانند مستند به یک دستور قضایی در مورد اجرای قرارداد، در عمل با یکدیگر به توافق برسند (تعدیل قضایی) یا در مورد انحلال قرارداد و جلوگیری از ادامه اثر آن به توافق برسند (اقاله)، البته این موارد از موضوع

۲۲. «از جهت اخلاقی، این نظریه، با خودمختاری و استقلال اراده بشر مخالف است. طرفداران این نظریه به اراده متعهدله، به عنوان انسانی آزاد و دارای استقلال اراده واقعی نمی‌بندند. از نظر حقوقی نیز این نظریه با قوانین موضوعه حقوق ایران و فرانسه از جمله اجرای اجباری قرارداد به عنوان ضمانت اجرای نقض قرارداد و نیز قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مخالف است. همچنین این نظریه از نظر اقتصادی نیز، چنانکه طرفداران آن ادعا دارند، کارآمدی اقتصادی را در پی ندارد. از جمله هزینه‌های اجتماعی ناشی از نقض قرارداد به جهت درونی نشدن آنها به اشخاص ثالث تحمیل می‌گردد؛ و سود ناشی از نقض قرارداد عاید متعهد می‌شود درحالی‌که هزینه خارجی نقض قرارداد بر متعهدله، که نقشی در نقض قرارداد نداشته است، تحمیل می‌شود. (عباس قاسمی حامد و علیرضا نوریان، «نظریه نقض کارآمد قرارداد مطالعه تطبیقی و انتقادی در حقوق آمریکا»، نشریه تحقیقات حقوقی، ۷(۱۳۹۰)، ۱.

23. Richard Posner, *The Economic Analysis of Law* (New York: Aspen Publishers, 2003), 118-119.

24. D.A. Farber, "Reassessing the Economic Efficiency of Compensatory Damages for Breach of Contract", *Virginia Law Review* 66(1980): 1446-1447.

۲۵. سام محمدی و حسام کدیور، «نقض کارآمد در حقوق ایران»، مجله حقوق خصوصی، ۱۳(۱۳۹۵)، ۴.

بحث ما خارج است، ولی با مذاقه و امعان نظر به آنها می‌توان نتیجه‌گیری نمود که نقض کارآمد تنها طریق برای کسب سود بیشتر و یا جلوگیری زیان بیشتر و قراردادها نیست.^{۲۶}

اگرچه در هیچ متنی به صراحت نظریه نقض کارآمد قرارداد به عنوان مبانی خاتمه قرارداد به مصلحت نیامده است ولی با توجه به نحوه جبران خسارات در خاتمه قرارداد به مصلحت، به نظر می‌رسد این نظریه می‌تواند مبانی برای خاتمه قرارداد به مصلحت در حقوق آمریکا باشد. دلیل این است که خاتمه قرارداد به مصلحت، خواه به موجب قانون خاص، خواه به موجب شرط صریح قراردادی و خواه به صورت شرط ضمنی برای دولت پیش‌بینی شده باشد اعمال چنین حقی نقض قرارداد محسوب نمی‌شود و خسارت عدم‌المنفع قابل مطالبه نیست. در فروضی که این حق در قرارداد درج نشده باشد و در قانون خاصی نیز پیش‌بینی نشده و یا همراه با سوء نیت اعمال شود خسارت عدم‌المنفع نیز قابل مطالبه است. این نتیجه همان نقض کارآمد قرارداد است.

۲-۲- مبانی در حقوق ایران

۲-۲-۱- منفعت عمومی

مشابه آنچه در خصوص مبانی خاتمه قرارداد به مصلحت در قراردادهای سرمایه‌گذاری بین‌المللی در حقوق آمریکا گفته شد، در حقوق ایران نیز یکی از مبانی خاتمه یک‌جانبه قراردادهای سرمایه‌گذاری از سوی دولت ایران تأمین منافع عامه جامعه ایران است. توضیح آنکه دولت مانند یک شخص نیست که حقوق و تکالیف او منحصر به شرایط مندرج در قرارداد باشد بلکه دولت مظهر و نماینده اقتدار عمومی است و جایگاه یک قرارداد به گونه‌ای نیست که بتواند تمام این اقتدار را از او بگیرد؛ به عبارت دیگر دولت در قراردادهایی که منعقد می‌نماید نه‌تنها منافع خود را در نظر دارد بلکه بیشتر از آن به دنبال تأمین حداکثری منافع عموم جامعه می‌باشد. این در حالی است که یک شخص خصوصی زمانی که قراردادی را منعقد می‌نماید تنها به دنبال کسب منفعت برای خویش می‌باشد و منافع شخص دیگری میان نیست. اگر اختیار دولت در جهت تغییر یا فسخ قرارداد وجود نداشت عملاً تأمین منافع عمومی برای دولت ممکن نبود. هر چند در گذشته اعطای چنین اختیاری به دولت عملی تند و ناعادلانه محسوب می‌شد اما امروزه از منظر حقوق عمومی چنین عملی حق مسلم دولت تلقی می‌شود.^{۲۷}

۲۶. علیرضا ایمانی و محمد روشن، «تحلیل اقتصادی غرامات قراردادی: نظریه نقض کارآمد قرارداد»، دانشنامه حقوق اقتصادی، ۲۶(۱۵)(۱۳۹۸)، ۶۸.

۲۷. منیر الزمان، پیشین، ۲۳.

۲-۲-۲- حدود اختیارات ولی فقیه

سنگ بنای امکان بالقوه استناد و مشروعیت خاتمه قرارداد به مصلحت دولت در میان متأخرین فقه‌ها را در نامه امام خمینی (ره) که در تاریخ ۱۶/۱۰/۱۳۶۶ در پاسخ به نامه رئیس جمهور وقت نوشته شده بود^{۲۸}، می‌توان یافت. امام خمینی (ره) در بخشی از این نامه فرموده‌اند «... حکومت می‌تواند قراردادهای شرعی را که خود با مردم بسته است، در موقعی که آن قرارداد مخالف مصالح کشور و اسلام باشد، یک‌جانبه لغو کند و می‌تواند از هر امری را چه عبادی یا غیرعبادی که جریان آن مخالف مصالح اسلام است جلوگیری کند...»

توضیح آنکه این نامه در راستای تبیین حدود اختیارات ولی فقیه به رئیس جمهور وقت نوشته شده است و به نظر می‌رسد آگاهانه از لفظ حکومت به جای دولت استفاده شده است تا وسعت حدود اختیارات حکومت و ولی فقیه را نسبت به دولت به معنای اخص کلمه نشان دهد. با توجه به مبانی فقهی حضرت امام خمینی (ره) نحوه اعمال این اختیار توسط ولی فقیه زمان می‌تواند به طور رسمی در قالب حکم حکومتی انجام پذیرد.

در تعریف «حکم حکومتی» آمده است آن حکم و دستوری است که حاکم و ولی فقیه بر اساس آنچه مصلحت و شرایط جامعه اسلامی و مسلمین اقتضاء می‌کند، آن را صادر می‌کند. البته این حکم بر اساس ذوق و سلیقه ولی فقیه نیست، بلکه مبتنی بر پایه‌های فقهی و ارکان اصولی است و باید در

۲۸. در بخشی از این نامه آمده است: «اگر اختیارات حکومت در چهارچوب احکام فرعی الهیه است، باید عرض حکومت الهیه و ولایت مطلقه مفوضه به نبی اسلام (ص) یک پدیده بی‌معنا و محتوا باشد. اشاره می‌کنم به پیامدهای آن که هیچ کس نمی‌تواند ملتزم به آنها باشد: مثلاً خیابان‌کشی‌ها که مستلزم تصرف در منزلی است یا حریم آن است، در چهارچوب احکام فرعی نیست، نظام وظیفه و اعزام الزامی به جبهه‌ها و جلوگیری از ورود و خروج ارز و جلوگیری از ورود یا خروج هر نحو کالا و منع احتکار - در غیر دو سه مورد - و گمرکات و مالیات و جلوگیری از گران‌فروشی، قیمت‌گذاری و جلوگیری از پخش مواد مخدر و منع اعتیاد به هر نحو - غیر از مشروبات الکلی - حمل اسلحه، به هر نوع که باشد و صدها امثال آن، که از اختیارات دولت است، بنابر تفسیر شما خارج است و صدها امثال اینها.

باید عرض کنم حکومت که شعبه‌ای از ولایت مطلقه رسول‌الله (ص) است، یکی از احکام اولیه اسلام است و مقدم بر تمام احکام فرعی حتی نماز و روزه و حج است. حاکم می‌تواند مسجد یا منزلی را که در مسیر خیابان است خراب کند و پول منزل را به صاحبش رد کند. حاکم می‌تواند مساجد را در موقع لزوم تعطیل کند و مسجدی که ضرار باشد، در صورتی که رفع بدون تخریب نشود، خراب کند. حکومت می‌تواند قراردادهای شرعی را که خود با مردم بسته است، در موقعی که آن قرارداد مخالف مصالح کشور و اسلام باشد یک‌جانبه لغو کند و می‌تواند هر امری را، چه عبادی یا غیرعبادی را ... که جریان آن مخالف مصالح اسلام است، از آن، مادامی که چنین است جلوگیری کند. حکومت می‌تواند از حج که از فریض مهم الهی است، در موقعی که مخالف صلاح کشور اسلامی دانست، موقتاً جلوگیری کند...»

مجموعه احکام شریعت مبنایی برای توجیه و مشروعیت آن وجود داشته باشد. در واقع حاکم بر مبنای سلیقه شخصی حکم حکومتی را صادر نمی‌کند، بلکه این حکم بر مبنای تشخیص مصالح دارالمسلمین از سوی ولی فقیه صادر شده که در چهارچوب قواعد فقهی و اصولی صورت می‌گیرد. مهم‌ترین قاعده حقوقی و فقهی که می‌تواند مبنای حکم حکومتی ولی فقیه در مورد لغو احتمالی قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی یا تجاری بین‌المللی باشد و توجیه‌گر خاتمه قرارداد به مصلحت کارفرمای مسلمان باشد قاعده نفی سبیل است. اصلی‌ترین دلیل اثبات قاعده نفی سبیل، آیه «ولن یجعل الله الکافرین علی المومنین سبیلاً» (نسا / ۱۴۱) است. ناظر بودن آیه بر آخرت، اراده «حجت و برهان» از «سبیل» و دلالت بر نفی جعل و اعتبار منجر به تسلط، سه نظریه مطرح در مفاد این آیه است. به مقتضای اطلاق آیه، آن بر اندیشه سوم قابل حمل است و تمسک به آیه، جهت اثبات قاعده پذیرفته می‌شود.^{۲۹}

۳- ماهیت خاتمه قرارداد به مصلحت کارفرما در قراردادهای سرمایه‌گذاری بین‌المللی

در حقوق آمریکا ماهیت خاتمه قراردادهای سرمایه‌گذاری بین‌المللی به مصلحت ممکن است با توجه به شرایط اعمال چنین حقی متفاوت باشد. در حقوق ایران نیز تحلیل ماهیت خاتمه قرارداد به مصلحت کارفرما بر اساس مبنای خاتمه قرارداد به مصلحت ممکن است متفاوت باشد. در این بخش اشکال متفاوت ماهیت خاتمه قرارداد به مصلحت کارفرما در حقوق آمریکا و سپس حقوق ایران بررسی خواهد شد.

۳-۱- ماهیت در حقوق آمریکا

۳-۱-۱- فسخ قرارداد بر مبنای شروط قراردادی

در قوانین کشور آمریکا اختیار دولت جهت خاتمه قراردادهای اداری امری مسلم و پذیرفته شده است. به نظر می‌رسد برای تشخیص ماهیت خاتمه قرارداد به مصلحت در حقوق آمریکا باید میان فرض درج این شرط در قرارداد و عدم درج آن تفکیک قائل شد. فرض اول خاتمه قرارداد به مصلحت در جایی است که چنین شرطی در قرارداد به صراحت ذکر شده باشد. در فرضی که این شرط در قرارداد درج می‌شود، ماهیت آن حق فسخ بر مبنای شرط صریح قراردادی است که به موجب آن به دولت آمریکا

۲۹. ابوالقاسم علیدوست، «قاعده نفی سبیل»، مجله فقه، ۳۷(۷۶)(۱۳۸۳)، ۲۳۱.

حق خاتمه یک‌جانبه قرارداد را می‌دهد. چنین شرطی در قراردادهای دولتی آمریکا به قدری مهم است که این شرط در عمل به عنوان یک ماده معمول در قراردادهای دولتی آمریکا درج می‌شود، به نحوی که حتی اگر این شرط سهواً در قراردادی مورد غفلت واقع شود باز هم دادگاه‌های آمریکایی مفاد آن را به موقع اجرا می‌گذارند^{۳۰}؛ به عبارت دیگر می‌توان گفت مطابق یک فرض دیگر شرط خاتمه قرارداد به مصلحت دولت به نوعی یک شرط ضمنی خواهد بود.^{۳۱} به بیان دایره المعارف بین‌المللی حقوق تطبیقی: «از دیدگاه مقررات کشور آمریکا، در قراردادهای دولتی که یک طرف آن دولت آمریکا می‌باشد گویی یک شرط ضمنی وجود دارد که بر اساس آن دولت اختیار تغییر یک‌جانبه قرارداد را در جهت منافع عمومی جامعه دارد. اقدامات دولت آمریکا در جهت انجام وظایف عمومی خود در قبال آحاد جامعه، تخلف و نقض قراردادی محسوب نمی‌شود^{۳۲} هر چند چنین اقداماتی به نفع طرف مقابل نباشد یا اجرای قرارداد را غیرممکن نماید.»^{۳۳}

۳-۱-۲- نقض قرارداد^{۳۴}

فارغ از اینکه شرط خاتمه قرارداد به مصلحت کارفرما در قرارداد سرمایه‌گذاری بین‌المللی درج شده یا نشده باشد، در فرضی که دولت در اعمال خاتمه قرارداد به مصلحت شرایط اعمال آن را رعایت نکند به نوعی مرتکب نقض قرارداد شده است.

در حقوق آمریکا یکی از شروط اعمال خاتمه قرارداد به مصلحت داشتن حسن نیت از سوی دولت کارفرماست؛ بنابراین به نظر می‌رسد در صورتی که دولت در اعمال خاتمه قرارداد به مصلحت حسن نیت را رعایت نکند و در این خصوص سوءنیت داشته باشد ناقض قرارداد شناخته می‌شود. میان فرضی که در آن دولت به عنوان کارفرمای قرارداد، در اعمال خاتمه قرارداد حسن نیت را رعایت نمی‌کند و

30. Editorial Staff. Termination For Convenience Clause (All You Need To Know) 2 November 2020 https://incorporated.zone/termination-for-convenience-clause/#Reasons_for_termination_for_convenience accessed at August 14, 2021

۳۱. امانی، پیشین، ۲۲۹.

۳۲. همان‌طور که پیش‌تر نیز اشاره شد حق دولت در قراردادهای دولتی جهت خاتمه قرارداد به سبب مصلحت جامعه امری مسلم و انکارنشدنی است. بنابراین مطابق رویه معمول در کشور آمریکا، دولت حق خاتمه یک‌جانبه قرارداد را به استناد رعایت مصلحت جامعه دارد. به عبارت دیگر سبب چنین اختیاری حقی ذاتی است که در رویه حقوقی و قضایی کشور آمریکا برای دولت آن کشور به رسمیت شناخته شده است و می‌توان گفت بنا بر یک نظر دیگر ماهیت خاتمه قرارداد به مصلحت حقی اعطا شده به دولت آمریکا است. (امانی، پیشین، ۲۲۹).

33. International Encyclopedia of Comparative Law, vol.2, public contracts, p42.

34. Breach of Contract

ناقض قرارداد شناخته می‌شود با فرضی که دولت با وجود حسن نیت اقدام به خاتمه قرارداد به مصلحت می‌نماید، تفاوت در آثار وجود دارد. یکی از آثاری که می‌توان در فرض نقض قرارداد بیان کرد این است که خسارت پرداختی در این فرض شامل سود پیش‌بینی شده نیز می‌شود؛ این در حالی است که در فرض خاتمه قرارداد به مصلحتی که نقض قرارداد محسوب نمی‌شود چنین خسارتی اصولاً قابل مطالبه نیست.^{۳۵}

۳-۲- ماهیت در حقوق ایران

در حقوق ایران در خصوص ماهیت خاتمه قراردادهای سرمایه‌گذاری بین‌المللی به مصلحت کارفرما به طور خاص بحثی نشده است اما در زمینه خاتمه قراردادهای پیمانکاری به دلیل مصلحت، شرایط عمومی پیمان مادهٔ بخصوصی را به این مسأله اختصاص داده است که به نظر می‌رسد در مبحث ماهیت خاتمه قراردادهای سرمایه‌گذاری بین‌المللی به مصلحت راهگشا باشد. همان‌طور که پیش‌تر نیز اشاره شد ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان به خاتمه قراردادهای پیمانکاری به مصلحت اشاره دارد. پیش از آنکه تعیین کنیم ماهیت خاتمه قرارداد در کدام یک از اسباب انحلال قرارداد می‌گنجد، باید اشاره کنیم که خاتمه قرارداد توسط سرمایه‌گذار از لحاظ تقسیم‌بندی اعمال حقوقی به ایقاع و عقد، جزء ایقاعات محسوب می‌شود؛ زیرا خاتمه قرارداد عملی یک طرفه و ارادی است که اثر آن نیز ارادی است. اسباب انحلال قرارداد به سه سبب فسخ، انفساخ و اقاله یا تفاسخ تقسیم می‌شود. آنچه مسلم است اقاله عمل حقوقی است که با دو اراده تحقق می‌یابد و اثر آن انحلال عقد سابق است. با چنین تعریفی از اقاله مشخص می‌شود که ماهیت اختیاری که در مادهٔ ۴۸ شرایط عمومی پیمان آمده است با اقاله منطبق نمی‌باشد. توضیح آنکه اقاله توافق دو اراده برای انحلال قراردادی است که سابقاً منعقد شده است؛ در صورتی که در فرض موجود در ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان، کارفرما بدون هیچ دلیلی و بنا به مصلحت خود و تنها با ارادهٔ یک‌جانبه خود به قرارداد خاتمه می‌دهد؛ بنابراین از آنجایی که ماده ۴۸ از انحلال یک‌جانبه قرارداد از سوی کارفرما سخن به عمل می‌آورد نمی‌تواند منطبق با اقاله باشد.

35. Henry G. Beauregard, "Terminations for Convenience as Breach of a Government Contract", *Oston College Industrial And Commercial Law Review* 789(1966), Boston

۳-۲-۱- نظریه انفساخ^{۳۶} در خاتمه قرارداد به مصلحت کارفرما

همان‌طور که گفته شد یکی از مبانی خاتمه قرارداد به مصلحت دولت در حقوق ایران حکم حکومتی است.

در فرضی که مبنای خاتمه قرارداد به مصلحت دولت حکم حکومتی باشد می‌توان این نظریه را تقویت کرد که خاتمه قرارداد به مصلحت دولت از لحاظ ماهیت منطبق با انفساخ در نظام حقوقی ایران باشد. همان‌طور که پیش‌تر نیز اشاره شد در نامه‌ای که امام خمینی (ره) به رئیس‌جمهور وقت نوشته بود آمده است: «... حکومت می‌تواند قراردادهای شرعی را که خود با مردم بسته است، در موقعی که آن قرارداد مخالف مصالح کشور و اسلام باشد، یک‌جانبه لغو کند...» لغو در لغت به معنای سخن بیهوده و باطل و نیز باطل کردن آمده است.^{۳۷} لغو را در نظام حقوقی ایران می‌توان چندگونه تفسیر کرد. حالت اول آن است که لغو را حمل بر معنای لغوی آن کنیم، در این صورت لغو قرارداد به معنای ابطال قرارداد می‌باشد. این در حالی است که در نظام حقوقی ایران ابطال قرارداد تنها در موارد استثنائی پیش‌بینی شده است^{۳۸} بنابراین از آنجایی که ابطال قرارداد یک امر استثنائی در حقوق ایران است نمی‌توان این مورد را نیز ابطال دانست. حالت دوم این است که لغو را به معنای انفساخ که یکی از اسباب قطعی انحلال قرارداد در حقوق ایران می‌باشد حمل کنیم. چنین نظری را می‌توان با این استدلال تقویت کرد که همان‌طور که در فرض مصادره و ملی کردن اموال اشخاص خصوصی از سوی دولت، قرارداد منعقد شده میان

۳۶. انفساخ مصدر باب انفعال از ریشه فسخ است که به معنای شکسته شدن، برانداختن و باطل شدن است. (مسعود انصاری، دانشنامه حقوق خصوصی، (تهران: محراب فکر، ۱۳۸۴)، ۴۸۳) تعریف انفساخ در فقه و حقوق از معنای لغوی آن دور نیفتاده است. در تعریف فقهی انفساخ آمده است که انفساخ خیاری معلق به وجود شرایطی است که بعد از عقد و در جریان اجرای آن واقع می‌شود. انفساخ به دو صورت تحقق می‌پذیرد. (اسماعیل هریسی، مبانی حقوق پیمان (تهران: جاودانه جنگل، ۱۳۸۷)، ۳۵۵) صورت اول آن در جایی است که اراده هیچ شخصی در آن نقش ندارد به عبارت دیگر هیچ مبنای ارادی ندارد و ممکن است تنها به موجب حکم قانون قرارداد منفسخ شود به عنوان مثال مطابق ماده ۳۸۷ قانون مدنی در صورت تلف مبیع قبل از قبض، قرارداد بیع منفسخ می‌شود. حالت دوم انفساخ در جایی اتفاق می‌افتد که طرفین در قرارداد خود شرط فاسخی را درج نموده باشند. در چنین حالتی اگرچه شرط فاسخ مبنای ارادی دارد اما در صورت وقوع چنین شرطی انفساخ قرارداد منعقد شده میان طرفین قرارداد به صورت غیرارادی و قهری صورت می‌گیرد. به نظر می‌رسد ماهیت خاتمه قرارداد به مصلحت دولت از لحاظ ماهیت شرط فاسخ نمی‌باشد زیرا شرط فاسخ نوعی شرط معلق می‌باشد و انحلال عقد را موقوف به حدوث یک واقعه معینی می‌کند. (محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی (تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۱)، ۱۵۷)

۳۷. محمد معین، فرهنگ فارسی معین، (تهران: انتشارات معین، ۱۳۹۰).

۳۸. ماده ۱۳۱ قانون تجارت.

آنها و دولت منفسخ می‌شود، در فرضی مبنای خاتمه قرارداد به مصلحت حکم حکومتی باشد نیز که عملی یک‌جانبه و از سوی دولت می‌باشد، قرارداد به صورت قهری منفسخ می‌شود. همان‌گونه که مبنای مشروعیت مصادره و ملی کردن اموال سرمایه‌گذاران خارجی ماده ۹ قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی می‌باشد، مبنای خاتمه قرارداد به مصلحت نیز در این فرض حکم حکومتی است که مطابق اصل ۵۷ قانون اساسی^{۳۹} برتر از قانون است؛ بنابراین زمانی که به موجب یک قانون می‌توان قرارداد منعقد شده با سرمایه‌گذاران خارجی را منفسخ نمود به طریق اولی حکومت ایران می‌تواند به موجب حکم حکومتی به قرارداد خود با سرمایه‌گذاران خارجی خاتمه دهد و ماهیت چنین عملی انفساخ می‌باشد.

۳-۲-۲- نظریه خیار شرط در خاتمه قرارداد به مصلحت کارفرما

در خصوص حق فسخ^{۴۰} یا خیار شرط دانستن خاتمه قرارداد به مصلحت اختلاف نظر وجود دارد. بر اساس دیدگاهی که معتقد است خاتمه قرارداد به مصلحت منطبق با خیار شرط است، ظاهر ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان، دلالت بر خیار شرط به نفع کارفرما دارد. بر اساس چنین نظری ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان را تنها می‌توان با ماده ۳۹۹ قانون مدنی و بحث خیار شرط تطبیق داد. بحثی که در خصوص خیار شرط در این میان مطرح می‌شود این است که مطابق ماده ۴۰۱ قانون مدنی «اگر برای خیار شرط مدت تعیین نشده باشد هم بیع و هم خیار باطل است.» توجه به این نکته که ذکر عقد بیع در این ماده از باب تمثیل بوده است و درج خیار شرط در همه عقود جز ضمان و وقف و نکاح جایز است امری پذیرفته شده است و ورود به آن از حوصله این بحث خارج است. در خصوص توجیه ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان در قالب خیار شرط و لزوم مدت‌دار بودن آن نظرات مختلفی وجود دارد. برخی معتقدند که حکم ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان بدون تعیین تاریخ خیار شرط اثری جز بطلان قرارداد^{۴۱}

۳۹. «قوای حاکم در جمهوری اسلامی ایران عبارتند از: قوه مقننه، قوه مجریه و قوه قضائیه که زیر نظر ولایت مطلقه امر و امامت است بر طبق اصول آینده این قانون اعمال می‌گردند. این قوا مستقل از یکدیگرند.»

۴۰. فسخ در لغت به معنای نقض، زائل گردانیدن، تباہ کردن، شکستن و ویران ساختن است. (علی اکبر دهخدا، لغتنامه، مؤسسه لغتنامه دهخدا (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۹) فسخ در اصطلاح حقوقی به حق یک شخص برای انحلال و بر هم زدن یک طرفه عقد گفته می‌شود و به اعتقاد یکی از اساتید حقوق فسخ در اصطلاح حقوقی به پایان دادن وجود حقوقی قرارداد به وسیله یکی از طرفین قرارداد یا شخص ثالث گفته می‌شود. (مهدی شهیدی، حقوق مدنی سقوط تعهدات (تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۲)، ۱۱۹.

۴۱. به موجب حکم ماده ۴۰۱ قانون مذکور، چون مدتی برای اعمال خیار تعیین نگردیده لذا هم ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان

پیمانکاری نخواهد داشت.^{۴۲}

برخی دیگر معتقدند که اگر ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان را به تنهایی و صرف نظر از سایر مواد شرایط عمومی پیمان در نظر بگیریم بدین معنی که کارفرما هر زمان که بخواهد می‌تواند قرارداد پیمان را فسخ کند و چنین اختیاری محدود به زمانی معین نباشد در چنین حالتی قرارداد پیمان طبق قانون باطل و از درجه اعتبار ساقط خواهد بود؛ زیرا خیار شرط مطابق ماده ۴۰۱ قانون مدنی باید محدود به زمان مشخص باشد در غیر این صورت شرط و قرارداد هر دو باطل خواهد بود؛ اما اگر مفاد ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان را با در نظر گرفتن مواد دیگر تفسیر کنیم به این معنی که چنین تلقی کنیم که مندرجات صدر ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان ناظر است بر دیگر مواد مرتبط با این موضوع و سایر مندرجات آن ناظر است به اقدامات و ترتیبات پس از خاتمه پیمان؛ در چنین حالتی نمی‌توانیم حکم به ابطال قرارداد پیمانکاری بدهیم.^{۴۳} ایرادی که از سوی برخی از حقوق دانان به این نظر وارد شده این است که ادله‌ای

و هم مجموعه سند پیمان محکوم به بطلان است؛ یعنی این سند مهم و قرارداد با ارزش اداری با ماده ۴۸ از ابتدا فاقد آثار حقوقی بوده است و هر آنچه که طرفین از زمان انعقاد آن را رشته بوده‌اند پنبه کرده است. « این دیدگاه به این شکل ادامه پیدا می‌کند که « با دقت به دیگر مواد شرایط عمومی پیمان، مواردی یافت می‌شود که برای انحلال یا انفساخ قراردادهای پیمانکاری، به ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان استناد و احاله شده است. این احاله صرف نظر از اینکه به جاست یا بی‌جا، بیشتر ناظر است به اقدامات پس از انحلال و چگونگی تحویل موضوع پیمان و تسویه حساب پیمانکار. به عنوان مثال مواد ۲۸، ۲۹، ۳۹ و ۴۹ شرایط عمومی پیمان، در پاره‌ای موارد بعضی از روابط طرفین پیمان را به ماده ۴۸ مستند می‌کنند. شاید این استنادات در بادی امر قدری تعجب‌برانگیز باشد؛ زیرا چگونه می‌توان تصور کرد که بعضی از مواد پیمان، به نحوی امور مربوط به طرفین پیمان را به امری احاله دهند که فی‌نفسه باطل و خود مبطل پیمان است. برای زدودن این حیرت باید گفت که ماده ۴۸ مذکور در ابتدا شرط خیار پیمان را بدون ذکر مدت بیان می‌کند و سپس ترتیبات و اقداماتی که پس از خاتمه پیمان از حیث چگونگی تحویل موضوع پیمان و نحوه تسویه حساب پیمانکار و سایر موارد دیگر معمول می‌گردد، برمی‌شمارد. از این رو موادی که بعضی امور مربوط به طرفین پیمان را به ماده ۴۸ مستند می‌کنند ناظر به همان ترتیبات و اقدامات پس از خاتمه پیمان است نه مربوط به شرط خیار؛ بنابراین هرگاه ماده ۴۸ بالاستقلال و صرف نظر از سایر مواد مرتبط با آن در نظر گرفته شود یعنی کارفرما هر زمان که بخواهد می‌تواند به فسخ پیمان مبادرت ورزد و این اختیار نیز موکول به مدت معینی نباشد (قانوناً باطل و از درجه اعتبار ساقط است؛ اما هرگاه مفهوم ماده ۴۸ به سایر مواد مرتبط با آن محدود شود یعنی چنین تلقی گردد که مندرجات صدر ماده مرقوم ناظر است به دیگر مواد مرتبط با شرایط عمومی پیمان یعنی هر جا که پیمانکار حق خاتمه پیمان را داشته، به نحوی به آن ماده مرتبط و عاقبت خاتمه پیمان به دست کارفرما سپرده شده است و سایر مندرجات آن ناظر است به اقدامات و ترتیبات خاص پس از خاتمه پیمان، نمی‌توان از آن حکم به ابطال داد. لذا در صحت پیمان از این جهت تردیدی وجود ندارد.

۴۲. هریسی، پیشین، ۱۳۹۴.

۴۳. شیوا وکیلی، «فسخ و خاتمه قرارداد در شرایط عمومی پیمان»، (پایان نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه آزاد اسلامی،

۱۳۸۹)، ۱۲۳ و ۱۲۴.

مبنی بر محدود کردن حکم کلی ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان به سایر مواد مرتبط با این موضوع وجود ندارد.^{۴۴}

برخی دیگر معتقدند مشکل عدم تعیین مدت در ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان را باید به طریق دیگری حل نمود. بر اساس این نظر ابتدا باید تعیین کرد که آیا ذکر مدت در قرارداد پیمانکاری از ارکان این عقد است یا خیر؟ قرارداد پیمانکاری جزء عقود مستمر است. عقود مستمر عقودی هستند که آثار آنها که همان انجام تعهدات از سوی طرفین است، به محض انعقاد قرارداد واقع نمی‌شود و پس از عقد استمرار دارد. به نظر می‌رسد مدت در قراردادهای پیمانکاری نقش مهمی داشته باشد زیرا چنانچه گفته شد عقد مستمر عقدی است که اجرای تعهدات آن به محض انعقاد قرارداد واقع نمی‌شود و پس از انعقاد استمرار دارد؛ همچنین طبیعت عقود مستمر به گونه‌ای است که مدت در آن تأثیر بسزایی دارد و عدم ذکر مدت در آن ممکن است منجر به جهل به عوضین قرارداد و در نهایت بطلان کلی قرارداد شود. در قراردادهای پیمانکاری نیز شرط تعیین مدت می‌تواند از جمله شروط مهم باشد؛ بنابراین اساساً مدت باید در قراردادهای پیمانکاری تصریح شود و جزء جدانشدنی قرارداد پیمانکاری باشد زیرا در صورت عدم ذکر مدت در چنین قراردادی انجام تعهدات از سوی پیمانکار ممکن است به تأخیر غیرقابل جبران منجر شود.^{۴۵}

به عنوان نتیجه این بحث می‌توان گفت طرفداران نظریه خیار شرط بودن خاتمه قرارداد به مصلحت، حق خاتمه قرارداد مندرج در ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان را منطبق با خیار شرط در قانون مدنی می‌دانند. از آنجایی که مدت قراردادهای پیمانکاری به طور معمول در قرارداد تعیین می‌گردد و مطابق ماده ۴۰۰ قانون مدنی در صورتی که ابتدای خیار شرط معلوم نباشد از تاریخ آغاز قرارداد شروع می‌شود، به این جهت می‌توان گفت ابتدای خیار از شروع زمان قرارداد پیمانکاری است و از سوی دیگر به لحاظ منطقی می‌توان گفت در قراردادهای مستمر که مدت جزء لاینفک آنهاست انتهای خیار شرط نیز پایان قرارداد خواهد بود. به این جهت مشکل عدم تعیین مدت را این‌گونه می‌توان برطرف کرد.

در مقام نقد می‌توان گفت به نظر می‌رسد به نظر می‌رسد پذیرش نظریه خیار شرط در فرضی که مبنای خاتمه قرارداد به مصلحت، اراده طرفین باشد قوی‌تر است. توضیح آنکه در فرضی که شرط خاتمه قرارداد به مصلحت بر مبنای اراده طرفین در قرارداد درج شده باشد ماهیت آن به یقین خیار شرط خواهد

۴۴. نصران... قهرمانی و شهرزاد شمس، دعاوی ناشی از شرایط عمومی پیمان، (تهران: خرسندی، ۱۳۹۵)، ۵۲.

۴۵. هریسی، پیشین، ۱۳۸۷.

بود. شایان ذکر است که بررسی ماهیت خاتمه قرارداد به مصلحت دولت با در نظر گرفتن مبنای آن دقیق‌تر خواهد بود.

۳-۲-۳- نظریه شبه خیار شرط در خاتمه قرارداد به مصلحت کارفرما

بر اساس یک نظر دیگر حق خاتمه قرارداد به مصلحت مندرج در ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان هر چند شبیه خیار شرط می‌باشد اما با آن متفاوت است. مطابق این دیدگاه مهم‌ترین دلیل تمایز خاتمه قرارداد این است که در شرایط عمومی پیمان برای خاتمه قرارداد، حالات و شرایط خاصی مقرر گردیده است و به نظر می‌رسد با توجه به این شرایط، خاتمه پیمان به معنای پایان عملیات موضوع پیمان نیست. بر اساس ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان جهت خاتمه دادن به قرارداد از سوی کارفرما شرایطی از جمله پیش از اتمام قرارداد بودن خاتمه، عدم توجه تقصیر به پیمانکار، ابلاغ زمان خاتمه پیمان از سوی کارفرما همراه با تعیین تاریخ آماده کردن کارگاه پیش‌بینی شده است؛ در صورتی که اعمال حق فسخ از سوی شخصی که چنین حقی را دارد منوط به شرایط این‌چنینی نمی‌باشد و از سویی دیگر حق فسخ به معنای پایان عملیات موضوع قرارداد است در صورتی که در خاتمه قرارداد چنین نیست.^{۴۶}

ممکن است بیان شود دلیل دیگر تمایز میان فسخ قرارداد با خاتمه آن، این است که مطابق ماده ۴۶ شرایط عمومی پیمان، فسخ قرارداد پیمانکاری معمولاً بنا به یک دلیل از جمله تقصیر پیمانکار صورت می‌گیرد. توضیح آنکه اسباب فسخ قرارداد یا قانونی است یا قراردادی. به این صورت که قانون حق فسخ قرارداد را تحت شرایطی به طرفین قرارداد و یا شخص ثالث می‌دهد و یا طرفین قرارداد با یکدیگر توافق می‌کنند که یکی از طرفین یا هر دو طرف یا شخص ثالثی تحت شرایط خاصی حق فسخ قرارداد را داشته باشند. این در حالی است که خاتمه قرارداد به مصلحت در جایی اتفاق می‌افتد که سببی برای فسخ قرارداد از جمله تقصیر پیمانکار وجود ندارد و طرف دولتی قرارداد بنا به دلایلی که مربوط به حاکمیت و منفعت عمومی آن می‌باشد حق خاتمه قرارداد را خواهد داشت. هرچند ممکن است در مواردی آثار خاتمه قرارداد و نیز فسخ آن یکسان باشد اما مطابق چنین استدلالی می‌توان گفت میان اسباب خاتمه قرارداد و نیز اسباب فسخ آن تفاوت وجود دارد.

در نقد این نظر می‌توان گفت هر چند چنین استدلال‌هایی بر اساس این نظریه تا حدودی درست

۴۶. مجتبی زاهدیان و زهرا قدسی خواه، «تبیین فقهی - حقوقی فسخ و خاتمه در قراردادهای پیمانکاری»، فصلنامه علمی پژوهشی فقه و تاریخ تمدن، ۴۵(۱۳۹۴)، ۱۰.

است اما به نظر می‌رسد در خصوص ماهیت خاتمه قرارداد به مصلحت باید به صورت قاطع‌تر نظر داد و شبیه دانستن ماهیت خاتمه قرارداد به مصلحت به خیار شرط کاری را از پیش نمی‌برد. شاید بهتر آن است که به جای شبیه دانستن ماهیت خاتمه قرارداد به مصلحت به خیار شرط ماهیت حقوقی جدیدی به نام خاتمه قرارداد تبیین و ارائه نمود که با سایر اسباب انحلال قرارداد متفاوت است.

نتیجه‌گیری

اصل لزوم پابندی طرفین قراردادی به تعهدات خود یکی از اصول مسلم حقوق قراردادهای است که جایگاه چنین اصلی در حقوق بین‌الملل نیز غیرقابل انکار است. با وجود این در قراردادهایی که میان یک دولت به عنوان تنها نهاد تأمین‌کننده منافع عمومی جامعه و یک شخص خصوصی خارجی منعقد می‌شود، چنین اصلی ممکن است در عمل با مانع منافع جمعی دولت سرمایه‌پذیر مواجه شود. در چنین مواردی دولت به استناد تأمین منافع عامه جامعه خود می‌تواند به صورت یک‌جانبه به قرارداد خود با سرمایه‌گذار خارجی خاتمه دهد. به نظر می‌رسد در سطح بین‌المللی مهم‌ترین مبنای چنین اختیاری برای دولت‌ها در قراردادهایی که با یک سرمایه‌گذار خارجی منعقد می‌نمایند، این است که رعایت منافع عامه دولت میزبان سرمایه مهم‌تر از منافع شخصی سرمایه‌گذار خارجی است. در حقوق آمریکا مبانی متعدد دیگری از جمله شرط ضمنی، نظریه نقض کارآمد و نیز منتفی شدن هدف قرارداد برای چنین اختیاری ذکر شده است. در حقوق ایران نیز علاوه بر منفعت عمومی، مبنای حکم حکومتی ولی فقیه نیز برای چنین موضوعی مطرح شده است. در خصوص ماهیت حقوقی خاتمه قرارداد به مصلحت دولت در حقوق ایران بحث‌های فراوانی صورت گرفته است. خاتمه قرارداد به مصلحت در حقیقت ایقاع است و به نظر می‌رسد ماهیت دقیق‌تر آن را باید با استناد به مبنای آن در نظر گرفت. به عنوان مثال در فرضی که مبنای خاتمه قرارداد به مصلحت حکم حکومتی باشد، می‌توان گفت خاتمه قرارداد از لحاظ ماهیت انفساخ است و در فرضی که طرفین قرارداد شرط خاتمه قرارداد به مصلحت را در قرارداد درج کرده باشند ماهیت آن خیار شرط است. تحلیل ماهیت خاتمه قرارداد به مصلحت کارفرما در حقوق آمریکا با حقوق ایران کمی متفاوت است. در حقوق آمریکا علاوه بر اینکه خاتمه قرارداد به مصلحت می‌تواند ماهیت فسخ بر مبنای شرط صریح یا ضمنی قراردادی را داشته باشد در صورت عدم رعایت شرایط اعمال این حق می‌تواند ماهیتاً نقض قرارداد تلقی شود.

فهرست منابع

- الف) منابع فارسی
- امانی، مسعود. حقوق قراردادهای بین‌المللی نفت. تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق، ۱۳۸۹.
 - انصاری، مسعود. دانشنامه حقوق خصوصی. تهران: محراب فکر، ۱۳۸۴.
 - ایمانی پیرآغا، علیرضا و محمد روشن. «تحلیل اقتصادی غرامات قراردادی: نظریه نقض کارآمد قرارداد». مجله دانشنامه حقوق اقتصادی، ۲۳(۱۵)(۱۳۹۸): ۸۱-۱۰۳.
 - حاجی ده‌آبادی، احمد. جبران خسارت بزه‌دیده به هزینه دولت و نهادهای عمومی، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۸.
 - حکمت‌نیا، محمود. مبانی مالکیت فکری. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۶.
 - دهخدا، علی‌اکبر. لغتنامه، مؤسسه لغتنامه دهخدا. تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۹.
 - دهقانیان، فاطمه. «توافق طرفین معامله در اثرتغییر شرایط معامله». پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی. شیراز: دانشگاه آزاد اسلامی واحد مرودشت، ۱۳۹۸.
 - زاهدیان، مجتبی و زهرا قدسی خواه، «تبیین فقهی - حقوقی فسخ و خاتمه در قراردادهای پیمانکاری»، فصلنامه علمی پژوهشی فقه و تاریخ تمدن (۱۳۹۴): ۹۷-۱۳۰.
 - شهیدی، مهدی. حقوق مدنی سقوط تعهدات، تهران: انتشارات مجد. چاپ هفتم، ۱۳۹۲.
 - علی‌دوست، ابوالقاسم، «قاعده نفی سبیل»، فقه ۳۷(۷۶)(۱۳۸۳): ۹۸-۱۲۱.
 - غفاری فارسانی، بهنام. «منتفی شدن جهت معامله و اثر آن بر روابط قراردادی مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و آمریکا»، مجله مطالعات حقوق خصوصی، ۴۰(۱۳)(۱۳۸۹): ۵۸-۷۶.
 - قاسمی حامد، عباس و علیرضا نوریان. «نظریه نقض کارآمد قرارداد مطالعه تطبیقی و انتقادی در حقوق آمریکا»، نشریه تحقیقات حقوقی (۱۳۹۰): ۷-۱۰۸-۷۵.
 - قهرمانی، نصرا... و شهرزاد شمسا. دعاوی ناشی از شرایط عمومی پیمان، تهران: خرسندی، ۱۳۹۵.
 - کاتوزیان، ناصر. مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ ۲۶، ۱۳۷۹.
 - لبانی مطلق، محمد صادق. حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری. چاپ اول، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۸.
 - محقق داماد، سید مصطفی. نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۸.
 - محمدی، سام و حسام کدیور. «نقض کارآمد در حقوق ایران». مجله حقوق خصوصی ۱۳(۱۳۹۵): ۲۳-۴۴.
 - معین، محمد. فرهنگ فارسی معین. تهران: انتشارات معین، ۱۳۶۹.
 - مقدادی، محمد مهدی. «جایگاه و تاثیر مصلحت در سرپرستی کودک از دیدگاه فقه و حقوق»، مطالعات راهبردی زنان ۴(۵۴)(۱۳۹۰): ۳۳-۵۴.
 - منیر الزمان. «قراردادهای دولت بیگانگان مسأله تغییر یک‌جانبه قرارداد توسط دولت در حقوق بین‌الملل معاصر»، ترجمه محمد جواد میر فخرایی. نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی ۲۴(۱۳۷۸): ۵۵-۷۹.
 - وکیلی، شیوا. «فسخ و خاتمه قرارداد در شرایط عمومی پیمان». پایان‌نامه کارشناسی ارشد. تهران: دانشگاه آزاد اسلامی، ۱۳۸۹.
 - هریسی، اسماعیل. مبانی حقوق پیمان. تهران: جاودانه جنگل، چاپ چهارم، ۱۳۸۷.

ب) منابع خارجی

- Beauregard, Henry G., "Terminations for Convenience as Breach of a Government Contract", *Oston College Industrial And Commercial Law Review* (1966): 66-89.
- Blyscha and Paul Michael, "Arbitrating Overseas Oil and Gas Disputes: Breaches of Contract Versus Breaches of Treaty", *Journal of International Arbitration* 27 (2010) 123-149.
- Claude Duval, *Pertuzio Jacqueline and Lang Weaver. International petroleum Exploration and exploitation Agreements*. New York: Barrows Company Inc, 1989.
- .Editorial Staff. Termination For Convenience Clause (All You Need To Know) 2 November 2020, https://incorporated.zone/termination-for-convenience-clause/#Reasons_for_termination_for_convenience accessed at August 14, 2021.
- .Farber, D.A., "Reassessing the Economic Efficiency of Compensatory Damages for Breach of Contract", *Virginia Law Review*, 66(1980): 100-135.
- .Johnston Morrie. "International Law and Foreign Investment", *International Law and Policy of human welfare* (1978): 233-255.
- .Kate Manuel and Erika Lunder. "Terminating Contracts for the Governments Convenience :Answers to Frequently Asked Questions ", (paper presented at the Congressional Research Service. 3 February, 2015).
- .M. Sornarajah, "International Commercial Arbitration, the Settlement of Foreign Investment Disputes", *The Hague Singapore* 125(2000): 55-121.
- .Posner Richard, *The Economic Analysis of Law*, New York: Aspen Publishers, 2003.
- .United States General Accounting Office. "Document for Public Release", Washington DC: 20548. Saltwater, Inc., 2004.
- . Whelan John. "International Encyclopedia of Comparative Law". *The American Journal of Comparative Law*, 1983.

The Effectiveness of Good Faith in Delimiting Obligations on Iranian Law with a New Approach to French Law

*Hamid Khanmohammadi*¹, *Abbas Karimi*^{*2}, *Alireza Mazloun Rahni*³,
*Mohammad Bahmani*⁴

1. Ph.D. Student in Private Law, Faculty of Humanities, Qods Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

Email: H.khanmohammadi70@gmail.com

2. Full Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran.

*. **Corresponding Author:** Email: Abkarimi@ut.ac.ir

3. Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Humanities, Qods Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

Email: A.mazloom@qodsiau.ac.ir

4. Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Humanities, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

Email: Moh.bahmani@iaucb.ac.ir

ABSTRACT

In obligations, there are factors that can delimit it and cause it to change or void. Good faith is one of the elements that can make a difference. In French law, previously, good faith was considered effective merely in the performance of the obligation, but by amending its law in 2016, it extended it to pre-commitment negotiations and the creation of an obligation. Goodwill has been used in both general and specific meanings. The effects of that in delimiting obligations are different in the general and specific sense. Goodwill works in the general sense appear in the role of mistake, and in this regard, the laws of Iran and France have similarities and differences other. And in a special sense, it is crystallized as a lack of information or dishonesty in behavior in this regard, Iran's rights do not have a common path with France and in some cases, it is not even recognized.



S.D.I.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



Publisher:
Shahr-e- Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:
Original Research

DOI:
10.48300/JLR.2022.320846.1895

Received:
17 December 2021

Accepted:
28 February 2022

Published:
10 June 2023



Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



Keywords: Delimit of obligation , Good faith,Bad faith, Legitimate faith, Honest action.

Excerpted from the Ph.D. thesis entitled "The effectiveness of good faith on the limitation of obligations with the approach of the new French law", Islamic Azad University, Quds branch.

Funding: The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Author contributions:

Hamid Khanmohammad:, Conceptualization, Methodology, Validation, Formal analysis, Investigation, Resources, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing, Visualization, Project administration.

Abbas Karimi: Conceptualization, Methodology, Validation, Formal analysis, Investigation, Resources, Data Curation, Supervision, Project administration.

Alireza Mazloom Rahni: Conceptualization, Formal analysis, Supervision.

Mohammad Bahmani: Conceptualization, Formal analysis, Supervision.

Competing interests: The authors declare that they have no competing interests.

Citation:

Khanmohammadi, Hamid, Abbas Karimi, Alireza Mazloun Rahni & Mohammad Bahmani. "The Effectiveness of Good Faith in Delimiting Obligations on Iranian Law with a New Approach to French Law" *Journal of Legal Research* 22, no. 53 (June 10, 2023): 87-114.

E x t e n d e d A b s t r a c t

There are factors that can affect the course of an obligation without specifying it. These factors can change the implementation of all or part of the obligations. Goodwill, because of its psychological functions, can have an impact on the boundaries and scope of obligations. So the main question of this article is whether good faith can be effective in delimiting Goodwill, because its psychological functions, can have an impact on the boundaries and scope of obligation? Goodwill is a complex concept for which a single definition cannot be given. Goodwill can be considered in both lexical and idiomatic meanings. Good in the word means "to be good, to be good, to be beautiful and goodness and beauty" and intention means "intention and determination ". Good faith is not defined in the laws of any of the countries of the Roman-German legal system, and jurists have offered various compliments of good faith. In general, goodwill in the semantic sense can be considered as two separate concepts. The first is the false belief that is either due to ignorance or due to deceptive appearance, and the second is honesty in action. The principles of good faith can be derived from emergence, which in legal principles is referred to as the theory of emergence and public order. In the realm of word signification and the field of meaning of behavior, which includes action, leaving the verb and silence, and the circumstances of emergence as a way to discover and prove the sentence or subject. In some countries, the principle of good faith is explicitly accepted in law and extends the scope of this principle to all obligations, both contractual and non-contractual, and private contracts, contrary to its requirements, due to good faith. They know it is invalid. Goodwill works in obligations are different in two general and specific meanings. Goodwill in the general sense manifests itself in personal and personal error, and its effects on obligations in Iranian and French law are not the same. In French law, the most obvious role of misconceptions in the rights of individuals is that it prevents the retroactive effect of invalidating a relationship such as an illegal marriage. Considers it legitimate. The error arises from a kind of deceptive appearance and gives rise to the full validity of the disputed legal act. However, in erroneous jurisprudence, a sentence is more difficult to accept than a kind of case. This is generally contrary to Iranian law because it generally harms the real right holder. The works of good faith in a special sense are considered in the four stages before the contract, the writing of the contract, and the execution and interpretation of the contract, and it has different effects. In the pre-contract stage, many lawyers agree that negotiations are governed by law and that negotiators have rights and obligations, and that the standard of conduct that the parties have before entering into a contract must be in good faith. Therefore, the "negotiation introduction" must be guaranteed and the good faith commitment of each negotiator will not

be subject to his law, and breach of this obligation will result in liability. In the stage of concluding a contract, breach of good faith occurs in the form of fraud, reluctance, and abuse of urgency, and depending on the case, guarantees related to fraud or reluctance will be applied. In the implementation of the contract, good faith is the basis for establishing and maintaining a continuous contractual relationship, and its importance in international trade relations is more than domestic trade. And the parties to the contract must trust the good faith of the other party and in many cases will be the basis of the obligations of the party and the basis of responsibility of one of the parties to the contract and in general, the commitment of good performance of the parties based on the theory of abuse of rights is unnecessary. And in the stage of interpreting and completing the contract, three forms can be proposed: First, given that the interpretation of the contract is a legal act, it must be in good faith. The second form is the effect of the good faith of the parties in the drafting of the contract, and the interpreter, paying attention to the implicit implication of the good faith of the parties in each contract, interprets it in a way that does not contradict the statements of the other party. In fact, good faith is an implicit obligation and an implied obligation as opposed to an obligation expressed directly by the parties. The third case is related to the situation where there are two equal probabilities in the provisions of the contract and it is not possible to prefer one over the other with interpretive factors, in which case the interpretation that is based on good behavior is preferred.

اثربخشی حسن نیت بر تحدید تعهدات با مطالعه تطبیقی حقوق ایران و قانون جدید فرانسه

حمید خان محمدی^۱، عباس کریمی^{۲*}، علیرضا مظلوم رهنی^۳، محمد بهمنی^۴

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، واحد شهر قدس، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

Email: H.khanmohammadi70@gmail.com

۲. استاد، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

Email: Abkarimi@ut.ac.ir: *نویسنده مسئول

۳. استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، واحد شهر قدس، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

Email: A.mazloom@qodsiau.ac.ir

۴. استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

Email: Moh.bahmani@iaucb.ac.ir

چکیده:

در تعهدات عواملی وجود دارند که می‌توانند آن را تحدید نماید و سبب تغییر و یا سقوط آن شود. حسن نیت از جمله عناصری است که می‌تواند تغییر تعهد را ایجاد نماید. در حقوق فرانسه سابقاً حسن نیت را صرفاً در اجرای تعهد مؤثر می‌دانست ولی با اصلاح قانون خود در سال ۲۰۱۶ آن را به مذکرات پیش از تعهد و ایجاد تعهد نیز تسری داد. حسن نیت در دو معنای عام و خاص به کار رفته است و آثار آن در تحدید تعهدات در معنای عام و خاص متفاوت است. آثار حسن نیت به معنای عام در نقش تصور اشتباه بروز می‌کند و در این راستا حقوق ایران و فرانسه شباهت‌ها و اختلافاتی با یکدیگر دارند و در معنای خاص به صورت نقص ارائه اطلاعات و یا عدم صداقت در رفتار متبلور است در این خصوص نیز حقوق ایران با حقوق فرانسه مسیر مشترکی نداشته و حتی در برخی موارد آن را مورد شناسایی قرار نمی‌دهد.

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز Creative Commons Attribution-Non-Commercial License 4.0 منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



پژوهش‌های حقوقی



نوع مقاله:

پژوهشی

DOI:

10.48300/JLR.2022.320846.1895

تاریخ دریافت:

۲۶ آذر ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۹ اسفند ۱۴۰۰

تاریخ انتشار:

۲۰ خرداد ۱۴۰۲



کلیدواژه‌ها:

تحدید تعهد، حسن نیت، سوء نیت، اعتقاد مشروع، عمل صادقانه.

برگرفته از رساله دکتری با عنوان «اثر بخشی حسن نیت بر تحدید تعهدات با رویکرد قانون جدید فرانسه»، دانشگاه آزاد اسلامی واحد شهر قدس.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان:

حمید خان محمدی: مفهوم‌سازی، روش‌شناسی، اعتبارسنجی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش، تصویرسازی، مدیریت پروژه.

عباس کریمی: مفهوم‌سازی، روش‌شناسی، اعتبارسنجی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نظارت بر داده‌ها، نظارت، مدیریت پروژه.

علیرضا مظلوم رهنی: مفهوم‌سازی، تحلیل، نظارت، مدیریت پروژه.

محمد بهمنی: مفهوم‌سازی، تحلیل، نظارت، مدیریت پروژه.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

استاددهی:

خان محمدی، حمید، عباس کریمی، علیرضا مظلوم رهنی و محمد بهمنی «اثر بخشی حسن نیت بر تحدید تعهدات با مطالعه تطبیقی حقوق ایران و قانون جدید فرانسه». *مجله پژوهش‌های حقوقی* ۲۲، ش. ۵۳ (۲۰ خرداد ۱۴۰۲): ۸۷-۱۱۴.

مقدمه

عواملی وجود دارد که می‌تواند بدون آنکه در تعهد تصریح شود در جریان تعهد اثرگذار باشند. این عوامل می‌تواند اجرای تمام و یا بخشی از تعهدات را تغییر دهد. حسن نیت به دلیل کارکردهای روان‌شناختی خویش می‌تواند اثراتی در حدود و چهارچوب تعهدات ایجاد نماید؛ بنابراین پرسش اصلی این مقاله آن است که حسن نیت می‌تواند در تحدید تعهد اثر بخش باشد یا خیر؟ حسن نیت از زمان باستان در زمینه روابط میان گروه‌های انسانی وجود داشته است و این امر بر نتیجه‌گیری و اجرای معاهدات حاکم بوده^۱ و در دوره انتقال از قانون باستان به قانون کلاسیک روم که یک تحول عمیق در قانون بود، نقش داشته است.^۲ حسن نیت در نظام حقوقی رومی - ژرمنی تعریف نشده است و در حقوق فرانسه نیز حتی با وجود اصلاح قانون تعهدات در ۱۰ فوریه ۲۰۱۶ باز هم تعریفی از آن ارائه نشد و از نظام حقوقی کامن لا تنها کشور ایالات متحده آمریکا آن را تعریف نموده است.^۳ حسن نیت اگرچه در مبانی حقوقی و قوانین فرانسه تصریح شده است و آثاری را در تعهدات ایجاد نموده است ولی به صراحت در حقوق ایران به آن تصریح نشده است.^۴ با این حال در برخی از قوانین ایران بدون آنکه تعریفی از آن ذکر شود به صورت پراکنده از آن نام برده شده است. با بررسی پیشینه حسن نیت، نویسندگانی در این رابطه مطالبی را نگاشته‌اند لیکن موضوع پژوهش آنها منصرف به نگاه بخشی و جزئی حسن نیت در مفهوم خاص تعهد و صرفاً در رابطه با اجرای قرارداد بوده است، آن هم بر مبنای تحلیل قانون قدیم مدنی فرانسه که حسن نیت را تنها در مرحله اجرای قرارداد پیش‌بینی نموده بود و این مؤلفه در قانون مدنی سابق فرانسه در بند ۳ ماده ۱۱۳۴ ذیل اجرای قراردادها مورد بحث قرار می‌گرفت اما تجربه قانونگذاری، رویه محاکم و دکتترین حقوق فرانسه موجب شد که در اصلاح قانون تعهدات خود در اکتبر ۲۰۱۶ مشخصاً در ماده ۱۱۰۴ علاوه بر اجرای قراردادها، به زمان مذاکرات پیش از قرارداد و انعقاد قرارداد نیز تسری داده شود که از این منظر رویه قضایی محاکم را عنوان قانونی بخشید و حتی با نگاه سخت‌گیرانه دایره تراضی اشخاص را محدود نموده و آن را نظم عمومی برشمرد که در این مقاله مورد مذاقه قرار گرفته است. از این‌رو بررسی این مؤلفه در قوانین جدید، خود نوعی دستاورد پژوهشی مهم را رقم خواهد زد.

1. Robert Kolb, *revue belge de droit international*. 1998. vol. 31.no. 2, 664.; M.W. Janis(ed), *The Influence of Religion on the Development of International Law*, Dordrecht/Boston/Londres, 1991, 6.
2. Charpentier. M. Le role de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie du contrat-, rduis, HeinOnlin (1995), 302.

۳. علی جعفری، اصل حسن نیت در قراردادها (تهران: پژوهشگاه علوم فرهنگ اسلامی، ۱۳۹۴)، ۲۵.

۴. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها (تهران: انتشار، ۱۳۸۰)، ۵۷-۵۶.

پژوهش حاضر به دنبال اثرگذاری حسن نیت در تعهدات به معنای اعم و تحدید آن به معنای تعیین حد و مرز بوده است، به طوری که با نقض حسن نیت تعهدات دستخوش چه تغییراتی در مراحل تعهد می‌شود. در این مقاله نخست در رابطه با مفهوم‌شناسی حسن نیت گفت‌وگو خواهد شد و در مبحث بعد در خصوص ارکان و مبانی آن مطالبی بیان می‌گردد و در آخر آثار حسن نیت در حقوق اموال و اشخاص در حقوق ایران و فرانسه و نتایجی که به همراه دارد مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱- مفهوم‌شناسی حسن نیت

حسن نیت مفهوم پیچیده‌ای است که نمی‌توان آن را به یک تعریف واحد محدود کرد.^۵ به هر حال برای حسن نیت می‌توان دو معنای لغوی و اصطلاحی در نظر گرفت.

۱-۱- معنی لغوی حسن نیت

حسن نیت از دو واژه حسن و نیت تشکیل شده است. حسن در معنای «نیکو شدن، خوب شدن، زیبا شدن و نیکویی و زیبایی»^۶ و نیت به معنای «قصد، عزم و آهنگ» آمده است.^۷ واژه نیت از واژه عربی «نوی» گرفته شده است که در لغت عربی به معنای هسته خرما است که در شکل فعلی آن به معنای قصد، عزم، حاجت، نیاز و خواسته به کار رفته است.^۸ برخی حسن نیت را معادل خوش‌نیتی، پاک‌نیت بودن و مقابل سوء نیت دانسته‌اند.^۹ در فرهنگ عمومی زبان فرانسه «حسن نیت» با واژگانی از قبیل “La loyauté”, “bonne Volonte”, “Bonne foi”, “Sincerite”, “Intention”, “bonen” به کار می‌رود که مشهورترین عنوان آن “Bonne foi” است و عبارات ترکیبی “Foi en (totue) bonne”, “Sincerment” نیز به معنای «با کمال حسن نیت» به کار رفته است.^{۱۰} ریشه‌شناسی معنای اصطلاح “fides” بحث و جدال زیادی ایجاد کرده است. برخی معتقدند که “fides” «با “fiat” مطابقت دارد به

5. sandrine Tisseyre, “Le rôle de la bonne foi en droit des contrats”: essai d’analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen, Dans la collection: Collection de l’Institut de Droit des Affaires, vol. I, 2012, 368.

۶. حسن عمید، فرهنگ فارسی عمید (تهران: امیرکبیر، ۱۳۷۹)، ۷۹۲.

۷. همان، ۱۹۳.

۸. احمد بن محمد فیومی، مصباح المنیر، ج. ۱۲ (قم: دارالهجره، ۱۳۷۲)، ۶۳.

۹. علی اکبر دهخدا، لغتنامه دهخدا، ج. ۶ (تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۳)، ۷۸۶۷ و ۱۹۱۲۶.

10. Baratin. M, Baratin- lorezi. M, Dictionnaire des synonymes.(paris: Hachete,1999), 273; A. Rey, Le Robert Micro, nouvelle edition (paris: sous la direction de Josette, 1998), 566 – 567; Larousse, france,Larousse dictinnarie de francais, 2000, 176- 177.

همین دلیل حسن نیت را پایه و اساس عدالت می‌دانند، باوجود این برخی معتقدند که حسن نیت، با مسامحه، حداقل در حقوق خصوصی به معنای اطمینان و اعتماد بوده است.^{۱۱} در فرهنگ عمومی انگلیسی «حسن نیت» با واژگانی از قبیل: “bona fide”, “sincerity”, “Good intention”, “Good will”, “Good faith”, “Good faith”, “Bona fide” و از این بیان “Good faith” و “Bona fide” از شهرت بیشتری برخوردارند؛ و عبارات “Sincerely” و “faith in good” بیان‌کننده حالت قیدی آن یعنی «از روی حسن نیت» هستند.^{۱۲} در فرهنگ عمومی عربی عناوین «حسن النية»، «حسن القصد»، «حسن الطويه» و «سلامه النية» بیانگر مفهوم «حسن نیت» هستند لیکن این مفهوم اغلب با واژه «حسن النية» بیان می‌گردد؛ و عبارت «بحسن نية»، «عن حسن نية»، «بحسن قصد» و «عن حسن قصد» نیز به عنوان «قید» و به مفهوم «از روی حسن نیت» مورد استفاده قرار می‌گیرند.^{۱۳}

۱-۲- معنی اصطلاحی حسن نیت

حسن نیت در قوانین هیچ یک از کشورهای نظام حقوقی رومی-ژرمنی تعریف نشده است. آمریکا تنها کشوری که در قوانین خود حسن نیت را البته آن هم در اجرای قرارداد تعریف کرده است.^{۱۴} تعاریفی که حقوق دانان از حسن نیت ارائه داده‌اند بسیار متنوع بوده است، برخی نیز حسن نیت از دو معنی می‌دانند: یکی مربوط به یکپارچگی نیت، جهل مشروع، درستی نگاه است. دوم، برعکس، به هدف و اقتصاد رابطه حقوقی اشاره دارد و به وظیفه عدم سوء استفاده از قانون تبدیل می‌شود.^{۱۵} حسن نیت شامل دو مفهوم مجزای ۱- اعتقاد خلاف واقع که یا ناشی از جهل است (مانند وطی به شبهه) یا ناشی از ظاهر فریبنده می‌باشد (مانند وکالت ظاهری). در این مفهوم برخی حسن نیت را این‌گونه تعریف کرده‌اند: اصل بنیادین که از قاعده لزوم وفای به عهد و دیگر قواعد حقوقی مستقیم و مشخص با صداقت^{۱۶} و انصاف^{۱۷} و معقولیت^{۱۸} در ارتباط است گرفته شده است و اعمال آن با معیارهای صداقت، انصاف و معقولیت که

11. Charpentier. Le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie du contrat, 304.

12. Sara Hawker, *Oxford Dictionary thesaurus* (usa: Oxford University Press, 2007), 266

۱۳. حارث سلیمان فاروقی، المعجم القانوني (بيروت: مكتبة لبنان، ۱۹۹۱)، ۳۱۸.

۱۴. جعفری، پیشین، ۲۵.

15. Laurent Aynès, "L'obligation de loyauté", *Archives de philosophie du droit*, - philosophie-droit.asso.fr, 2000, 198.

16. Honesty

17. Fairness

18. Reasonableness

در یک زمان مشخص بر جامعه تجاری حاکم هستند تعیین می‌شود.^{۱۹} ۲- صداقت در عمل که بیانگر بُعد الزامی حسن نیت است. در ادبیات حقوقی فرانسه حسن نیت به دو معنا به کار می‌رود: ۱- اعتقاد نادرست مبنی بر وجود وضعیت قانونی درست و قاعده‌مند که این معنی خود به دو صورت تحقق پیدا می‌کند. الف) اعتقاد مبتنی بر جهل مانند ازدواج خیالی و چک بلامحل یعنی فرد از روی عدم آگاهی معتقد است که ازدواج مشروع است و چک محل دارد؛ ب) اعتقاد بر ظاهر فریبنده مانند نشانه‌های خارجی مبنی بر برخورداری طرف مقابل از سلطه و حقوق تصرف مانند وکالت ظاهری و تصرف وراث ظاهری؛ ۲- رفتار درست و صادقانه که به طور مشخص اجرای تعهد مستلزم آن است و این معنا دارای صورهایی می‌باشد. الف) نیت و دغدغه همکاری داشتن که همین معنا در ماده ۱۱۰۴ قانون مدنی فرانسه مذکور است؛ ب) فقدان اراده سوء در تحصیل حق (موضوع ماده ۱۸۵۲ قانون مدنی فرانسه) و یا برای یک متصرف با حسن نیت مثلاً متصرف معدن سنگ آهن وجود دارد؛ ج) فقدان قصد سوء و مغرضانه که حسن نیت مستمر به ویژه در اجرای تعهدات قراردادی در رابطه با تدلیس (موضوع مواد ۱۱۰۴ و ۱۱۳۰ قانون مدنی فرانسه) و نیز در اکتساب حق مانند ماده ۱۲۱ قانون تجارت فرانسه و یا در اعمال و اجرای قدرت در امور کیفری ایفای نقش می‌کند.^{۲۰}

۱-۲-۱- معنای عام حسن نیت

در تعریف حسن نیت برخی گفته‌اند: «کسی که اقدام به عمل حقوقی یا مادی که منشأ آثار حقوقی است می‌کند و به صحت عمل خود اعتقاد دارد این اعتقاد او حسن نیت است»^{۲۱} و عده‌ای گفته‌اند «قاعده حسن نیت این است که هرکس اقدام به یک عمل حقوقی یا ایجاد رابطه حقوقی می‌نماید باید به صحت آن اعتقاد داشته باشد اعم از اینکه در این اعتقاد دچار اشتباه شده باشد یا خیر».^{۲۲} این تعاریف نخست جامع نیست زیرا حسن نیت را صرفاً به معنای تصور خلاف واقع تعریف می‌کند، دوم در این معنا نیز حسن نیت به خوبی تعریف نمی‌شود زیرا می‌بایست به جای عنصر درونی حسن نیت (اعتقاد)، به بروز خارجی آن (رفتار) تأکید می‌کرد؛ مانند این تعریف را نیز حقوق دانان فرانسوی بیان کرده‌اند «رفتار حاکی از اعتقاد

19. J.F. O'Connor, *Good Faith in English Law* (Brookfield Usa: Dartmouth publishing company limited, 1990), 43.

۲۰. احمد دیلمی، حسن نیت در مسؤولیت مدنی (تهران: میزان، ۱۳۸۹)، ۵۰.

۲۱. محمد جعفر جعفری لنگرودی، حقوق تعهدات (تهران: گنج دانش، ۱۳۸۸)، ۲۰۰.

۲۲. پرویز نوین، انعقاد و انحلال قراردادها (تهران: تدریس، ۱۳۸۴)، ۱۰۴.

یا اراده رعایت قواعد حقوقی که سبب می‌شود ذی‌نفع از خشونت قانون دور بماند.^{۲۳} برخی دیگر حسن نیت را اعتقاد اشتباه به وجود یک وضعیت قانونی منظم تعریف کردند.^{۲۴} از نظر لانگلیس^{۲۵}: «حسن نیت، نادانی نسبت به چیزی است که فرد باید بداند» و ردیس^{۲۶}: «حسن نیت، عقیده صحیح و اعتقاد راسخ متصرف است به قلمرو مالکیت چیزی که به دست آورده است و این اعتقاد ناشی از نادانی او از حقوق دیگران است. حسن نیت اعتقاد مشروع و باور مسلم خریدار به حق مالکیت منتقل شده به او است و ناشی از ناآگاهی او از هرگونه حق مغایر.»^{۲۷} حسن نیت به مفهوم اول (عام) دارای سه عنصر است: فعلی از افعال (مادی یا حقوقی) مثل تصرف مغرور در مال باشد و مورد فعال مذکور منقول یا غیرمنقول باشد و نهایتاً فعال مذکور ظاهری داشته باشد که با واقع مطابقت ندارد.^{۲۸} در حقوق فرانسه تصور اشتباه اشتباه‌کننده را قادر می‌سازد دعوی احتمالی مطرح‌شده توسط دارنده حق عینی یا دینی را با شکست مواجه سازد؛ این امکان در صورتی برای اشتباه‌کننده وجود دارد که اشتباه همراه با یک باور پذیرفتنی باشد. ارزیابی چنین باوری که امر موضوعی است بسیار بااهمیت بوده لذا شامل اشتباه فاحش که به سهولت آشکار می‌گردد، نمی‌شود.^{۲۹}

۱-۲-۲- مفهوم خاص حسن نیت

حسن نیت به این مفهوم بیانگر بُعد الزامی حسن نیت است. بر این اساس متعاقدين باید در تمامی مراحل قرارداد از انعقاد و حتی مذاکرات پیش از آن گرفته تا اجرای کامل و تفسیر و تکمیل قرارداد صادقانه و بدون نیرنگ و حيله رفتار کنند. حسن نیت به این معنا قاعده آمره است (ماده ۱۱۰۴) که توافق طرفین در حذف و نادیده گفتن اصل آن تأثیری ندارد.^{۳۰} در این رابطه برخی از مؤلفین حسن نیت را این‌گونه بیان کرده‌اند: «حسن نیت عبارت است از انجام وظایفی که هر یک از طرفین قرارداد یا اشخاص مرتبط با آنان انتظار دارند طرف دیگر قرارداد به صورت صادقانه، منصفانه و معقولانه به آن پایبند باشد و برای

۲۳. سید حسین صفایی و همکاران، حقوق بیع بین‌المللی (تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۴)، ۴۶.

24. G. Cornu, *dir, Vocabulaire Juridique, Association Henri Capitant* (Paris: P.U.F, 1996), 105.

25. Langelier

26. Rodys

27. Lefebvre Brigitte, *La bonne foi: notion protéiforme* - RDUS, HeinOnline (1995), 325.

۲۸. محمد جعفر جعفری لنگرودی، فرهنگ عناصرشناسی (تهران: گنج دانش، ۱۳۸۲)، ۲۶۶.

29. Marguerite Vanel and Bonne Foi in: *Encyclopédie Juridique, Répertoire de Droit Civil*, 1984, No. 3, 203-204.

۳۰. جعفری، پیشین، ۲۹.

رعایت حقوق و منافع طرف مقابل بکوشد و از هرگونه سوء نیت و فریبکاری بپرهیزد.^{۳۱} برخی دیگر آن را رفتار منصفانه (حداقل عادی) مورد نیاز، به ویژه در اجرای یک تعهد؛ با نگرش صداقت و درستی تعریف نموده‌اند.^{۳۲}

۱-۲-۳- رابطه حسن نیت و سوء نیت

در خصوص رابطه حسن نیت و سوء نیت دو حالت متصور است: نخست اینکه هرکس که حسن نیت ندارد سوء نیت دارد و به معنای دقیق‌تر رابطه این دو تناقض است. حالت دوم این است که حسن نیت مرحله فوق نبوده و چه بسا فردی سوء نیت نداشته باشد اما حسن نیت هم نداشته باشد، در واقع رابطه تضاد میان آنها وجود دارد. سوء نیت با فقدان حسن نیت متفاوت است. می‌توان در نظر گرفت که حتی در صورت نبود هیچ عنصری از سوء نیت، حسن نیت وجود ندارد. کافی است که معیارهای رفتار معقول و منطبق با الزامات حسن نیت برآورده نشود.^{۳۳} روشن است حسن نیت و سوء نیت دو مفهوم مغایرند و دوگانگی بین آنها ذاتی است که در اصطلاح منطق به تقابل از آن یاد می‌شود؛ مانند تقابل بین نفی و اثبات.^{۳۴} از عبارات و تألیفات برخی مؤلفین رابطه تناقض استنباط می‌شود مانند آنکه وکیلی را که سوء نیت نداشته ولی بی‌احتیاطی او به ضرر موکل تمام شده است دارای حسن نیت می‌پندارد و اقدامات او را در حق موکل نافذ می‌داند؛^{۳۵} اما از رأی ۱۶ ژانویه ۱۸۶۱ دیوان تمیز فرانسه رابطه تضاد استنباط می‌شود و بر اساس این رأی از آنجاکه از شهروندان فرانسوی انتظار نمی‌رود از قوانین کشورهای دیگر آگاه باشند، در صورتی که اهمال و بی‌احتیاطی نکرده باشند و معامله را با حسن نیت انجام داده باشند عدم اهلیت طرف خارجی موجب ابطال معامله نمی‌شود،^{۳۶} در مقابل اکثریت حقوق‌دانان که حسن نیت را مساوی با فقدان سوء نیت می‌دانند. اقلیتی نیز معتقدند متعهد باید هم حسن نیت به معیار ذاتی داشته باشد و هم

۳۱. سید ابوالقاسم نقیبی و همکاران، «جایگاه حسن نیت در عقد وکالت»، دانش حقوقی مدنی (۲) (۱۳۹۲)، ۲۹.
32. P.A. Crépeau, dir, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2e éd. (Cowansville: Yvon Blais, 1991), 63.

33. Marie Annik Grégoire, "Les sanctions de L'obligation de bonne foi lors de la formation et de l'élaboration du contrat", *HeinOnline* 104(2)(2002), 179.

۳۴. حسن بن یوسف حلّی، جوهر التّضیّد (شرح منطق تجرید خواجه نصیر الدین طوسی)، (بی‌جا: انتشارات بیدار، ۱۳۶۳)، ۳۳ و ۳۴؛ سیدمحمد حسین طباطبائی، نهایه الحکمه (قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۳۶۲)، ۱۴۶ و ۱۵۳؛ محمد حسین طباطبائی، بدایه الحکمه (قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۳۶۳)، ۱۰۹ و ۱۱۵.

۳۵. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج. ۴، پیشین، ۱۰۳ و ۳۲۷.

۳۶. نجاد علی الماسی، تعارض قوانین (تهران: مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۸۴)، ۱۶۷.

۲- مبانی و طرق اثبات حسن نیت

۱-۱-۲- مبانی حسن نیت

۱-۱-۲- ظهور

بحث ظهور تحت عنوان «اصالت ظهور» در مبانی حقوقی از آن به عنوان نظریه ظهور^{۳۸} مطرح می‌شود. در قلمرو دلالت الفاظ و حوزه دلالت رفتار که اعم از فعل، ترک فعل و سکوت و اوضاع و احوال در هر دو مورد ظهور به عنوان راهی برای کشف و اثبات حکم یا موضوع است. اصولیین برای اثبات اعتبار ظهور آن در نزد شارع به دو عرف استناد می‌کنند. یکی عرف خردمندان و شارع، چنانچه به صورت صریح با آن مخالفت نکند و در مقابل آن سکوت نماید به طور تلویحی آن را پذیرفته است^{۳۹} و دیگری عرف متشرعین مانند اصحاب ائمه و فقیهان است. این امر با توجه به التزام و تعهد آنان به موازین شرعی کاشف تأیید چنین عرفی در نزد شارع است؛ از این رو استناد به ظهور به عنوان راهی برای کشف واقع از اعتبار مستحکمی برخوردار است و از مصادیق آن می‌توان «اصالت اطلاق»، «اصالت حقیقت»، «اصالت جدیت» را نام برد.^{۴۰}

۲-۱-۲- نظم عمومی

حفظ نظم عمومی و اجتماعی به عنوان مبانی بسیاری از احکام پذیرفته شده اگرچه در میان کتب فقهی گذشته به عنوان بحث مستقل مطرح نشده است لیکن عده‌ای آن را به عنوان یک قاعده فقهی مستقل مورد بحث قرار داده‌اند.^{۴۱} در قوانین موضوعه برخی از کشورها اصل حسن نیت صریحاً مورد قبول قرار گرفته و برخی از آنها قلمروی اجرای این اصل را به کلیه تعهدات اعم از قراردادی و خارج از قرارداد تسری

۳۷. عبدالجبار الملا صالح ناجی، مبداء حسن النیه فی تنفیذ العقود (بغداد: دارالرساله للطباعه، ۱۳۹۹)، ۳۲۴.
38. La theorie de L'apparence

۳۹. محمد کاظم آخوند خراسانی، کفایة الاصول (قم: موسسه آل البيت، ۱۴۱۷)، ۲۲۲؛ محمد رضا مظفر، اصول فقه، ج. ۱ (قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۰)، ۱۴۱؛ سید محسن حکیم، حقایق الاصول، ج. ۱ (قم: بصیرتی، ۱۳۹۱)، ۵۰۱؛ محمد اسحاق فیاض، محاضرات فی الاصول (تقریرات بحث سید خوئی)، ج. ۵ (قم: دارالهادی، ۱۴۱۰)، ۱۹۷.

۴۰. سید محمد باقر صدر، دروس، فی علم الاصول، ج. ۲ (بیروت: دارالکتاب اللبنانی، ۱۹۷۸)، ۲۱۱.

۴۱. علی اکبر سیفی مازندرانی، مبانی الفقه الفعّال فی القواعد الفقهیه الاساسیه، ج. ۱ (قم: موسسه نشر الاسلامی، ۱۴۲۵)، ۲۶ و ۹.

داده‌اند.^{۴۲} اعلام بی‌اعتباری شرط و قراردادهای خصوصی برخلاف مقتضای حسن نیت به معنای آمره بودن این قاعده است (ماده ۱۱۰۴ و ماده ۱۱۱۲-۱ قانون مدنی فرانسه) و آمره انگاشتن یک قاعده ریشه در نظم عمومی دارد. از منظر قانونگذار هدف از وضع آن حفظ منافع عمومی است و تجاوز به آن حسن اجرای امور سیاسی یا اقتصادی و حتی نظام خانواده را مختل می‌نماید. لذا ارتباط قاعده حقوقی با منابع عمومی تا آنجا معتبر است که اصل حاکمیت اراده در مقابل آن یارای مقاومت ندارد و به عبارت دقیق‌تر نظم عمومی قاعده‌ای است که مسیر حرکت دولت را مشخص می‌کند و پیروی از آن با پیروی همگانی ممکن است^{۴۳}؛ و همچنین برخی از مؤلفین حقوقی معتقدند حسن نیت اصل حاکم بر روابط اجتماعی است که حفظ سلامت این روابط اقتضا می‌کند که افراد در شرایط معمولی به یکدیگر اعتماد کنند و این بدان معنی است که قانونگذار به منظور ایجاد و تقویت این اعتماد راهکارهای متعددی را در نظر می‌گیرد که از جمله آن وجود حسن نیت و بار اثبات عدم اجرای آن را به عهده مدعی سوء نیت قرار می‌دهد.^{۴۴}

۲-۲- طرق اثبات

اثبات حسن نیت با توجه به اینکه ماهیتی انتزاعی و غیر محسوس دارد مسأله اثبات را دشوارتر می‌کند، به همین دلیل اثبات انگیزه دشوارتر از اثبات قصد است اگرچه هر دو ماهیتی معنوی داشته و شباهت‌هایی با هم دارند.^{۴۵} حق خود وابسته به احراز واقعه است که خواهان باید برای آن دلیل بیاورد^{۴۶} و بر همین اساس گفته می‌شود «البینه علی المدعی»^{۴۷} مدعی یا منکر بودن وصفی نسبی و اعتباری است و ممکن است یک شخص به یک اعتبار مدعی به اعتبار دیگر منکر به شمار آید.^{۴۸} مدعی کسی است که «لوترک تُرک» یعنی اگر دعوا را رها کند دعوا خاتمه می‌یابد^{۴۹} یا اینکه سخن او خلاف اصل یعنی اصل عملی یا

۴۲. ماده ۱۱۰۴ و ماده ۱۱۱۲-۲ قانون جدید تعهدات فرانسه.

۴۳. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج. ۱، پیشین، ۱۵۸ و ۱۶۲؛ ناصر کاتوزیان، مقدمه علم و حقوق (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۱)، ۱۶۰-۱۶۱.

۴۴. دیلمی، پیشین، ۹۳.

45. peter Cane, Mens Rea in tort law.oxford Journal of legal studies, 2000, vol.20, No.4, 543.

۴۶. ناصر کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، ج. ۱ (تهران: میزان، ۱۳۸۶)، ۶۲.

۴۷. محمد حسین حر عاملی، وسائل الشیعه، ج. ۲۷ (قم: موسسه آل‌البیت، ۱۴۱۴)، ۲۳۳ و ۲۳۵.

۴۸. احمد نراقی، مستند الشیعه، ج. ۱۷ (مشهد: موسسه آل‌بیت، ۱۴۱۸)، ۱۴۴.

۴۹. شهید ثانی، مسالک الافهام، ج. ۱۴ (قم: موسسه المعارف الاسلامی، ۱۴۱۳)، ۶۰؛ نراقی، پیشین، ۵۷؛ سید محمد کاظم

اماره^{۵۰} معتبر است^{۵۱} و یا اینکه امر مخفی را ادعا می‌کند^{۵۲}؛ و یا اینکه سخن او خلاف ظاهر است.^{۵۳} در حقوق فرانسه طبق ماده ۲۲۶۸ قانون مدنی «فرض همواره بر حسن نیت است و کسی که به سوء نیت استناد می‌کند باید آن را اثبات کند» و گفته شده است که در حقوق فرانسه فرض وجود حسن نیت یک قاعده کلی است اگرچه در مورد «تصرف» به صورت قانون در آمده است.^{۵۴} در قوانین موضوعه ما نص خاصی مبنی بر اماره اثبات حسن نیت وجود ندارد مگر آنکه به ماده ۳ قانون تجارت الکترونیک استناد کرد که بیان نموده در تفسیر این قانون همیشه باید به خصوصیات بین‌المللی، ضرورت توسعه هماهنگی بین کشورها در کاربرد آن و رعایت لزوم حسن نیت توجه کرد؛ اما از ماده مزبور نحوه اماره اثبات حسن نیت استنباط نمی‌شود در واقع ماده مزبور مؤول است و نه نص؛ بنابراین در این گونه موارد باید به قاعده و اصل عملی مزبور و با توجه به شرایط و اوضاع و احوال هر دعوا مراجعه نمود. راه‌های اثبات حسن نیت یک امر موضوعی است و مانند هر موضوع دیگر ممکن است قانونگذار نسبت به آن فرض قانونی غیر قابل ابطال مقرر کرده باشد.

۲-۱- قبول گزارش فرد از وضعیت ذهنی و درونی او

فردی دارای حسن نیت است که قصد فعل و نتیجه داشته باشد و اعتقاد او آن باشد که آثار فعلش به سود مخاطب می‌باشد. با توجه به اینکه این موضوع امری انتزاعی و ذهنی است دادرسی باید از صداقت و راستگویی شخص اطمینان حاصل نماید و این بدان معنی است که دادرسی نباید به طور مستقیم پاسخی را که از قاصد در جواب سؤال از نیت و قصد او می‌کند، بپذیرد بلکه وی باید در پرتو مفهومی که عامل از قصد دارد و مقایسه آن با مفهوم حقوقی قصد با کنار گذاشتن امکان دروغگویی و فرض راستگویی و

طباطبائی یزدی، تکملة العروة (قم: مکتبه داورى، بی تا)، ۲۴؛ محمد حسین اصفهانی، حاشیه مکاسب، تحقیق عباس محمد آل سیاح ج. ۴ (محقق، ۱۴۱۸)، ۳۴۱؛ سید روح الله خمینی، کتاب البیع، ج. ۴ (قم: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۹)، ۲۹۳؛ سید کاظم حائری، القضاء فی فقه الاسلامی، الطبعة الاولى (قم: مجمع فکر الاسلامی، ۱۴۱۵)، ۲۵۸.

۵۰. کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، ج. ۱، پیشین، ۶۵.

۵۱. محقق حلّی، شرایع الاسلام، ج ۴ (تهران: انتشارات استقلال، ۱۴۰۸)، ۸۹۳؛ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج. ۴ (تهران: دارالمکتب الاسلامیه، ۱۳۷۶)، ۳۷۱ و ۳۷۳.

۵۲. محقق حلّی، پیشین، ۸۹۳.

۵۳. نجفی، پیشین، ج ۲۹، ۲۳۷؛ ج ۳۷۱، ۳۷۶؛ سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج. ۶ (تهران: کتابفروشی اسلامیه)، ۱۸.

54. Vanel and Foi, op.cit., 206.

صداقت و نادیده گرفتن فرض نقص حافظه و تحلیل عقلایی گفته‌هایش و با توجه به شخصیت عامل به این نتیجه «حسن نیت» برسد نه آنکه کلام و گفته‌های او را به طور خام بپذیرد.^{۵۵}

۲-۲-۲- امارات قضایی

دادرسی می‌تواند با توجه به استنباط‌هایی که از اوضاع و احوال حاکم بر رفتار عامل مبتنی بر فعل او و شخصیت و موقعیت فاعل می‌نماید برخوردار باشد و او را از حسن نیت و سوء نیت اثبات کند^{۵۶} و این استنباط و این استنتاج حاکم می‌تواند مبتنی بر اوضاع و احوال حاکم بر فعل و هم مبتنی بر شخصیت و ویژگی فاعل باشد، در واقع اماره یا شخصی است و با توجه به ویژگی‌های شخصی فرد است و یا مبتنی بر اماره نوعی که همان فعل فرد بدون احراز شخصیت فاعل است و داوری در این مورد بر اساس رفتار یک فرد متعارف صورت می‌گیرد. شکل استدلال بر اساس اثبات مقصود بدون فعل به صورت زیر است: «رفتار فاعل عمدی است زیرا آنچه را که فاعل انجام داده از نوع رفتاری که مردم به طور غیرعمدی انجام می‌دهند، نیست» و نسبت به مقصود بودن نتایج چنین استدلال می‌شود که «فاعل باید این نتایج را قصد می‌کرد زیرا این نتایج از نوعی نیستند که مردم به طور غیرعمدی موجب وقوع آن شوند»^{۵۷} یعنی یک شخص متعارف باید آن را قصد کرده باشد و همچنین نسبت به باور به مفید بودن و قصد خیرخواهانه داشتن نسبت به آثار مترتب بر رفتار، چنین استدلال کرد که «فاعل باید باور به مفید بودن آثار مترتب بر عمل خویش برای مخاطب داشته باشد زیرا یک فرد متعارف چنین عملی را از روی بدخواهی و سوء نیت انجام نمی‌دهد» یعنی نوع رفتار فرد حاکی از انگیزه‌ای است که نوعاً باید در ورای آن وجود داشته باشد.^{۵۸}

۲-۲-۳- احراز سوء نیت طرف مقابل

بین سوء نیت و حسن نیت عامل عموماً ملازمه منطقی وجود ندارد و در واقع با توجه به متناقض بودن یا تضاد داشتن سوء نیت با حسن نیت این دو با یکدیگر جمع نمی‌شود؛ بنابراین می‌توان احراز سوء نیت طرف مقابل را اماره‌ای بر حسن نیت دانست و در مواردی که زبان محقق می‌شود احراز سوء نیت طرف مقابل موجب انتساب خسارت به وی می‌شود و در نتیجه راه اثبات حسن نیت زبان دیده هموار می‌گردد.^{۵۹}

55. Cane, op.cit., 542

56. Vanel and Foi, op.cit., 206.

57. Cane, op.cit., 542-543.

58. Ibid, 543-544.

59. Vanel and Foi, op.cit., 31.

۳- آثار حسن نیت

آثار حسن نیت در دو معنای عام و خاص متفاوت بوده و هر کدام اثر جداگانه‌ای در تعهد ایجاد می‌نمایند.

۳-۱- آثار حسن نیت به معنای عام

حسن نیت در معنای عام در اشتباه شخصی و نوعی بروز می‌نماید و آثار آن در تعهد در حقوق ایران و فرانسه یکسان نمی‌باشد.

۳-۱-۱- آثار اشتباه شخصی

در حقوق فرانسه بارزترین نقش تصور اشتباه در حقوق اشخاص این است که مانع اثر قهری بطلان یک رابطه مثل ازدواج غیرقانونی می‌شود و آن را به سبب حسن نیت زوج یا زوجین تبدیل به ازدواج مؤثر قانونی می‌کند. بدین ترتیب عقد نسبت به گذشته در رابطه با زوج یا زوجین معتبر تلقی می‌شود و مانند موردی است که تنها انحلال نکاح صورت گرفته باشد. در ازدواج اشتباه حکمی نیز مانند اشتباه موضوعی پذیرفته شده است.^{۶۰} «ازدواجی که باطل اعلام شده است چنانچه از روی حسن نیت منعقد شده باشد دارای آثار حقوقی بین طرفین خواهد بود، اگر حسن نیت فقط از جانب یکی از زوجین باشد ازدواج صرفاً نسبت به آن اثر دارد.» در حقوق ایران و فقه امامیه نیز تصور اشتباه در ازدواج اثرگذار بوده و چنانچه وطی به شبهه باشد حکم زنا ندارد و ولد حاصل شده مشروع است و در صورتی که شرایط الحاق را داشته باشد ارث می‌برد؛ بنابراین تصور اشتباه موجب نکاح در فقه امامیه و حقوق ایران نیز همچون حقوق فرانسه می‌تواند حکمی یا موضوعی باشد.^{۶۱} در حقوق فرانسه تصور اشتباه در حقوق اموال اثر ویژه‌ای در تصرف دارد تا آنچه تحصیل مالکیت را ممکن می‌سازد.^{۶۲} در خصوص اموال غیرمنقول قانون مدنی فرانسه به موجب ماده ۲۲۶۵ حسن نیتی که مبتنی بر یک سند صحیح باشد زمان مورد تصرف را از ۳۰ سال به ده یا بیست سال تقلیل می‌دهد و شخصی که مدت‌زمان معینی متصرف مالی باشد مالک آن شناخته می‌شود.^{۶۳} به موجب ماده ۲۲۷۹ قانون مدنی فرانسه در اموال منقول، تصور خلاف واقع

۶۰. جعفری، پیشین، ۴۴.

۶۱. نجفی، پیشین، ج. ۱۳، ۶۵۹؛ علی بن الحسین کرکی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۱۲ (قم: موسسه آل‌البیت، ۱۴۰۸)، ۱۹۰.

۶۲. محمد جعفر جعفری لنگرودی، حقوق اموال (تهران: گنج دانش، ۱۳۸۰)، ۳۷۴ و ۳۷۹.

۶۳. محمد حسن صادقی مقدم و رضا شکوهی زاده، «حکم معامله فضولی و مبنای آن در حقوق انگلیس، فرانسه، و ایران»،

بدون نیاز به سند به متصرف امکان تحصیل فوری مالکیت می‌دهد اما ماده ۲۲۸۰ قانون مدنی فرانسه بر آن استثنایی وارد کرده است. توضیح اینکه بر فرض مفقود شدن و سرقت، دعوی خلع ید تا مدت ۳ سال علیه اشخاص ثالث اگرچه با حسن نیت باشد قابل طرح است و نیز اگر متصرف با حسن نیت باشد مرتهن (طلبکار) نمی‌تواند مال را از او مطالبه کند و طلبکار صرفاً موظف است ثمن پرداختی متصرف با حسن نیت را مطابق ماده ۲۲۸۰ قبول نماید و هنگامی که متصرف ملزم به استرداد مال متعلق به غیر باشد حسن نیت به موجب ماده ۱۳۵۲-۲ - واجد آثار تبعی است. در رابطه با منافع اموال ماده ۵۴۹ مدنی فرانسه بیان می‌دارد: «متصرف با حسن نیت مالک منافع مورد تصرف است در صورت فقدان حسن نیت متصرف باید عین و منافع را به مالک رد کند و اگر منافع آن در خارج وجود نداشته باشد قیمت یوم‌الادا را به مالک بدهد» در حقوق ایران و فقه امامیه متصرف غیر مالک حتی با حسن نیت مالک منافع مال مورد تصرف نیست بلکه حسن نیت تنها باعث می‌شود نسبت به منافع غیر مستوفات ضمان مستقری به مالک نداشته باشد.^{۶۴} به موجب ماده ۵۵۰ قانون مدنی فرانسه متصرف با حسن نیت را نمی‌توان ملزم به قلع و قمع مستحدثات بنا شده بر روی مالی که آن را متعلق به خود می‌پنداشته است، نمود. در حقوق فرانسه به موجب ماده ۱۳۵۲-۲ - متصرف با حسن نیت مسؤول تلف یا عیب یا نقص مال نیست مگر در صورت ارتکاب تقصیر و هرگاه عیب مخفی مبیع خساراتی را به خریدار با حسن نیت (جاهل به عیوب) وارد آورد به موجب مواد ۱۶۴۵ و ۱۶۴۶ (قانون مدنی فرانسه) او می‌تواند از فروشنده با سوء نیت تقاضای خسارت کند. در حقوق ایران به موجب ماده ۳۲۳ قانون مدنی خریدار مال مغضوب در حکم غاصب بوده و مالک می‌تواند به هر یک از غاصبین رجوع و عین و بدل مال مغضوب و منافع آن را تا حدی که مربوط به زمان تصرف خود او یا غاصبین بعد از او باشد مطالبه کند و مالک می‌تواند به هر یک از بایع و مشتری برای عین مال یا بدل آن و منافع رجوع کند، از این جهت فرق بین مشتری عالم به غصب و مشتری جاهل به غصب (حسن نیت) نیست.^{۶۵} بر اساس رویه قضایی فرانسه اصل بر سوء نیت فروشنده حرفه‌ای یا سازنده کالا است و تنها متصرف با حسن نیت حق حبس دارد؛^{۶۶} از این رو هرگاه متصرف عالم به عیوب سند خود باشد حق حبس نداشته و این حسن نیت باید در زمان ایجاد طلب حبس‌کننده مال وجود داشته

نامه مفید ۸۸ (۱۳۹۰)، ۳۵.

۶۴. محمد حسین نائینی، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، ج. ۱ (قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۸)، ۲۸۹.

۶۵. سید حسین صفایی و حبیب‌الله رحیمی، مسؤولیت مدنی (تهران: سمت، ۱۳۹۳)، ۴۳.

۶۶. جعفری، پیشین، ۴۷.

باشد.^{۶۷} در ایفای ناروا هرگاه بدهکار دارای حسن نیت باشد برخلاف فقه امامیه با پرداخت دین به دارنده سند طلب بری الذمه می‌شود و هرگاه طلبکار حسن نیت داشته باشد با دریافت طلب از غیر مدیون در حکم متصرف با حسن نیت تلقی می‌شود.^{۶۸}

۳-۱-۲- آثار اشتباه نوعی

بر اساس یک قاعده سنتی در حقوق فرانسه اشتباه نوعی ایجاد حق می‌کند. اشتباه نوعی از یک ظاهر فریبنده نشأت گرفته و موجب اعتبار کامل عمل حقوقی مورد مناقشه می‌شود. روبه قضایی به این قاعده اهمیت داده لیکن ناگزیر بودن اشتباه را شرط لازم برای استناد به این قاعده می‌داند.^{۶۹} اشتباه نوعی حکمی در مقایسه با نوعی موضوعی مشکل‌تر پذیرفته می‌شود. اشتباه نوعی حکمی به یک روبه همگانی در تفسیر نادرستی که نوعاً روبه قضایی آن را انجام می‌دهد یا به عدم اجرای قانون برمی‌گردد. برای حفظ منافع عمومی و نیز حمایت از حسن نیت اشخاص ثالث اعمال حقوقی که ظاهراً قانونی منعقد شده لیکن در واقع فاقد شرایط قانونی هستند معتبر تلقی می‌گردد. این مسأله به‌طور کلی با فقه امامیه مغایر است زیرا به‌طور کلی موجب اضرار دارنده واقعی حق می‌شود.^{۷۰} برخی از مؤلفین معتقدند شخصی که با اعتقاد به صحت عمل خود معامله می‌نماید دارای حسن نیت بوده و از حقوق او حمایت می‌شود با وجود این چنانچه به‌طور نوعی احراز شود عاقد فاقد حسن نیت است مثلاً کالایی را به ثمن بخرس بخرد نمی‌تواند مدعی حسن نیت شود.^{۷۱} در حقوق فرانسه در فرض ابطال قرارداد، اثر بطلان حتی به اشخاص ثالث با حسن نیت نیز سرایت می‌کند البته با اعمال تئوری ضمانت و مسؤولیت مدنی متقاضی بطلان یا فسخ، اثر بطلان نسبت به ثالث با حسن نیت کاهش می‌یابد. تئوری ضمانت متقاضی را از اینکه با عمل وی به حقوقی که انتقال داده شده است آسیب برساند، باز می‌دارد و مسؤولیت مدنی چنین شخصی در فرض تقصیر قابل طرح است.^{۷۲}

67. Vanel and Foi, op.cit., 208.

68. Ibid, 209

69. Ibid, 210

۷۰. جعفری، پیشین، ۴۸.

۷۱. جعفری لنگرودی، حقوق تعهدات، پیشین، ۲۰۱.

72. Vanel and Foi, op.cit., 214.

۳-۲- آثار حسن نیت به معنای خاص

آثار حسن نیت به معنای خاص در چهار مرحله پیش از عقد، انشای عقد و اجرا و تفسیر قرارداد متفاوت بوده که جداگانه بررسی می‌شود.

۳-۲-۱- اثر حسن نیت پیش از انعقاد قرارداد

بسیاری از حقوق دانان موافقت می‌کنند که مذاکرات تحت کنترل و نظارت قانون است؛ بنابراین مذاکره‌کنندگان حقوق و تعهداتی دارند که در استاندارد رفتاری که طرفین قبل از انعقاد عقد قرار دارند، منطقی است که بیان شود باید حسن نیت داشته باشند. از این رو «معارف‌شناسی مذاکره» باید تضمین شود به طوری که از قانون جنگل پیروی نکنند.^{۷۳} ریبیر می‌گوید: «حسن نیت یکی از ابزارهای است که توسط قوه مقننه و دادگاه‌ها برای وارد کردن قاعده اخلاقی به قانون مثبت استفاده می‌شود» لذا تعهد حسن نیت هر مذاکره‌کننده تابع قانون شخصی وی نخواهد بود.^{۷۴} طرفین قرارداد متعهد هستند با حسن نیت به گفت‌وگو در شرایط قرارداد ادامه دهند. تخلف از این تعهد موجب مسؤولیت است،^{۷۵} به موجب ماده ۱۱۱۲ قانونی مدنی فرانسه حسن نیت در حین مذاکره پیش از قرارداد باید رعایت شود و با توجه به آمره بودن قانون ضمانت اجرای آن ابطال تعهد ایجاد شده است. این مفهوم حقوقی توسط قضات برای بازگرداندن تعادل قراردادی بین طرفین استفاده شده است که نشان از نوع دوستی است.^{۷۶} در صورت نقض وظیفه اطلاع‌رسانی اصل حسن نیت تأثیر مستقیم بر قاعده خاص خطای غیرقابل توجیه دارد و عدم حسن نیت را می‌توان اعتراض به دفاع غیرقابل توجیه خطا دانست^{۷۷} و به موجب ماده ۱۱۱۲-۱ قانون مدنی سبب انحلال تعهد مطابق ماده ۱۱۳۰ می‌گردد.

۳-۲-۲- اثر حسن نیت در انعقاد قرارداد

انعقاد قرارداد وابسته به اراده فرد است و وجود حسن نیت در اراده ضروری است.^{۷۸} بارزترین نقض حسن

73. Sylvette Guillemard, "Qualification juridique de la négociation d'un contrat et nature de l'obligation de bonne foi", *Cahier commémoratif: vingt-cinquième anniversaire de la Revue générale de droit* 25(1)(1994), 52.

74. Ibid, 53.

۷۵. ژان-لوک اوبر و فرانسوا کولار دوتیول، حقوق تعهدات قراردادهای، ترجمه مجید ادیب (تهران: میزان، ۱۳۹۰)، ۵۳.

76. Sophie Vigneron, *Le rejet de la bonne foi en droit anglais. S. and Fasquelle, D., eds. Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire.* (Bruylant : Bruxelles, 2008), 1.

77. Grégoire, op.cit., 184.

۷۸. اوبر و دوتیول، پیشین، ۳۹.

نیت در مرحله انعقاد عقد تدلیس است. اکراه و سوء استفاده از اضطرار نیز در انعقاد قرارداد مؤثر است لذا شخص مُدلس یا مکره یا سوء استفاده کننده، حسن نیتی در انعقاد قرارداد ندارد و در این رابطه تعهد به اطلاع‌رسانی به طرف مقابل میان طرفین عقد تعادل ایجاد می‌کند که فقدان آن و همچنین ارائه ناقص و نادرست اطلاعات دارای ضمانت اجراست که سبب معیوب نمودن رضاء می‌گردد و حسب مورد ضمانت‌نامه‌های مربوط به اشتباه تدلیس یا اکراه اعمال خواهد شد.^{۷۹} در قانون مدنی فرانسه سابقاً به موجب ماده ۱۱۳۴ حسن نیت صرفاً در مرحله اجرای قرارداد مطرح بود اما با اصلاحاتی که در قانون تعهدات فرانسه در دهم فوریه ۲۰۱۶ صورت پذیرفت به موجب ماده ۱۱۰۴ حسن نیت در مذاکرات پیش‌قراردادی و زمان انعقاد قرارداد و اجرای آن تسری داده شد. با پذیرش اصل حسن نیت در دوره پیش‌قراردادی طرفین باید در مرحله گفت‌وگو مقدماتی جهت رسیدن به مقصد مشترک در نهایت صداقت و شفافیت با یکدیگر همکاری داشته و ضمن ارائه اطلاعات و رعایت رازداری و عدم مذاکره موازی منافع یکدیگر را محترم بشمارند.^{۸۰}

۳-۲-۳- اثر حسن نیت در اجرای قرارداد

حسن نیت زیربنای ایجاد و تداوم یک رابطه مستمر قراردادی است و اهمیت آن در روابط تجاری بین‌الملل بیش از تجارت داخلی است زیرا بُعد مسافت سبب می‌گردد طرفین نتوانند نظارت دقیق بر تبادل کالا و اطلاعات و شفافیت بازار داشته باشند؛^{۸۱} بنابراین هر کدام از طرفین قرارداد ناگزیرند به حسن نیت طرف مقابل اعتماد کنند.^{۸۲} حسن نیت در اجرای قرارداد در بسیاری از موارد اساس تعهدات تبعی و مبنای مسؤلیت یکی از طرفین قرارداد است.^{۸۳} در قوانین کشورهای رومی-ژرمنی اجرای با حسن نیت تعریف نشده است. برخی مؤلفین فرانسوی اجرای با حسن نیت را این‌گونه معنا کرده‌اند: متعهد باید تمام تعهدات ناشی از قرارداد را صادقانه و دقیق و از روی اعتماد انجام دهد و مشکلاتی که ممکن است در اجرای قرارداد حادث شود مانع از اجرای قرارداد نخواهد بود فقط در حالت بروز حوادث خارجی و حوادث

۷۹. عباس قاسمی حامد، «مرور اجمالی بر نظریه تعهد به دادن اطلاعات در قرار داد»، مجله کانون وکلا ۱۰ (۱۳۷۵)، ۹۵.

۸۰. علیرضا باریکلو و سید علی خزایی، «اصل حسن نیت و پیامدهای آن در دوره پیش‌قراردادی» حقوق دادگستری ۷۶ (۱۳۹۰)، ۵۳.

۸۱. جعفری، پیشین، ۶۹.

۸۲. عبدالحسین شیروی و محمد باباپور «حسن نیت در توافقات عمومی»، مجله دادگستری ۷۵ (۱۳۹۰)، ۱۰.

۸۳. محمد صالح راد، «حسن نیت در اجرای قراردادها و آثار آن»، مجله دادگستری ۲۶ (۱۳۷۸)، ۸۴.

داخلی غیر قابل پیش بینی و اجتناب ناپذیر می تواند از اجرای قرارداد معاف شود.^{۸۴} اصل جواز تعهد برای متعهد له ظاهری (در مقابل متعهد له واقعی یعنی کسی که هوشیار و آگاه به اوضاع و احوال خاص تعهد است) با حسن نیت صورت پذیر است و از بابت حجیت ظواهر بری الذمه می شود و متعهد پس از اثبات واقعه متعهد له حق دارد مورد تأدیبه را از او بستاند.^{۸۵} حسن نیت در اجرای قرارداد مانع استناد متعهد به اصل مرور زمان در مواردی که خود، متعهد له را ترغیب به تأخیر در طرح دعوی در دادگاه کرده است، می شود.^{۸۶} به طور کلی تعهد حسن اجرای قرارداد، طرفین را به استناد به نظریه سوء استفاده از حق بی نیاز می سازد زیرا طرفی که در مطالبه حقیق حسن نیت ندارد پیش از آنکه بر اساس مسؤولیت قهری ناشی از سوء استفاده از حق مسؤول شناخته شود و بر اساس مسؤولیت قراردادی مسؤول هر گونه اخلاقی است که در اجرای تعهد، باید با حسن نیت عمل می نمود.^{۸۷}

۳-۲-۴- اثر حسن نیت در تفسیر و تکمیل قرارداد

مؤلفان فرانسوی معتقدند تفسیر دو معنا دارد، تفسیر در معنای موسع که به معنای تعیین مفاد قرارداد است و در این معنا تکمیل قرارداد نیز بخشی از تفسیر محسوب می شود^{۸۸} و در مقابل برخی اساتید معتقدند تکمیل قرارداد کاری فراتر از تفسیر است و نباید آن را در مرحله تفسیر به حساب آورد.^{۸۹} برای اثر حسن نیت در تفسیر قرارداد سه صورت می توان مطرح کرد: نخست آنکه با توجه به اینکه تفسیر قرارداد عمل حقوقی است و باید با حسن نیت توأم باشد؛ صورت دوم تأثیر حسن نیت متعاقبین در انشاء قرارداد بررسی شود و مفسر با التفات به دلالت ضمنی هر قراردادی به وجود حسن نیت طرفین طوری تفسیر کند

84. Vanel and Foi, op.cit., 216;

مهدی شهیدی، آثار قراردادهای و تعهدات (تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۸)، ۱۱۳.

۸۵. عبدالرزاق سنهوری، انتقال و سقوط تعهدات، ترجمه علیرضا امینی، محمد حسین دانش کیا و منصور امینی (تهران: مرکز ترجمه و نشر کتاب، بی تا)، ۲۳۰.

۸۶. جعفری، پیشین: ۷۱.

87 - Ripert.Georges - Boulanger Jean, *Traité de droit civil: d'après le traité de Planiol* (Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1956-1959), 455, 457.

عبدالرزاق سنهوری، الوسیط فی الشرح القانون المدنی الجدید، ج ۱ (بیروت: دارالحیاه التراث العربی، ۱۹۵۴)، ۶۲۹.

۸۸. علی انصاری، «حسن نیت در قرار دادها در حقوق ایران و فرانسه»، رساله دکتری، تهران: دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۲۱۵.

۸۹. کاتوزیان، قواعد عمومی قرار دادها، ج. ۳، پیشین، ۴۷.

که با عبارات طرف دیگر منافات پیدا نکند^{۹۰} و حسن نیت تعهد ضمنی در مقابل تعهدی است که مستقیماً توسط طرفین بیان شده است و در واقع یک الزام ضمنی است؛^{۹۱} صورت سوم مربوط به حالتی است که دو احتمال مساوی در مفاد قرارداد وجود دارد و نمی‌توان با عوامل تفسیری یکی را بر دیگری مرجح نمود که در این حالت تفسیری که مبتنی بر رفتاری با حسن نیت است مقدم است.^{۹۲} در احراز قصد مشترک طرفین، کشورها رویه یکسانی ندارند، در کشورهای نظیر مصر و فرانسه استفاده از هر ابزاری برای احراز قصد واقعی مجاز است مثلاً می‌توانند به شهادت شهود و اوضاع و احوال و دلایل خارجی هم استناد کنند، در مقابل کشورهایی نظیر آلمان و آمریکا و انگلیس به دنبال قصد مشترک طرفین از درون قرارداد هستند و به دلایل خارجی استناد نمی‌کنند و در واقع به قصد واقعی طرفین توجهی نداشته و امکان این را هم ندارند که به قصد واقعی طرفین پی ببرند.^{۹۳} شیوه دیگر تفسیر، توجه به اراده قرارداد است بر این اساس، قرارداد پس از وقوع، نهاد اجتماعی بر پایه توافق است و در درون اجتماع معنای ویژه خود را می‌دهد و چنانچه حسن نیت در آن رعایت نشده باشد قاضی باید قرارداد را طوری تفسیر کند که با مبانی ایجاد حق و امتیازاتی که به اشخاص داده شده است تطبیق نماید.^{۹۴} این شیوه تفسیر در حقوق فرانسه نیز مطرح است و بیان شده است شروط گزاف را قاضی می‌تواند تفسیر نماید.^{۹۵} با این حال به اعتقاد برخی مؤلفین در تفسیر قرارداد همه هدف‌ها محدود به قصد مشترک نیست و عواملی دیگر چون عدالت در آن مؤثر است^{۹۶} که ممکن است گاهی آن را تعدیل کند. در حقوق ایران به اعتقاد برخی در مقررات تکمیلی، عرف و عادت چهره‌ای از انصاف و حسن نیت دیده می‌شود زیرا قانونگذار آنچه را که مطابق انصاف و حسن نیت تشخیص داده به عنوان قانون تکمیلی برگزیده است و قاضی اصولاً حق ندارد صرفاً به استناد انصاف و حسن نیت قرارداد را تفسیر کند و آنچه را که خود تشخیص می‌دهد به طرفین تحمیل نماید.^{۹۷} در حقوق فرانسه ماده قانونی خاصی که اصل حسن نیت را در تفسیر قرارداد مقرر کند وجود ندارد و در مواد ۱۱۶۴-۱۱۵۶ قانون فرانسه که درباره تفسیر قرارداد است اسمی از حسن نیت نیامده است اگرچه

۹۰. ماده ۱۱۸۸ قانون مدنی فرانسه.

91. Picod Yves, Les projets français sur la réforme du droit des obligations, (2009) InDret, - raco.cat, 8

۹۲. حسن قشقایی، شیوه تفسیر قراردادهای خصوصی (قم: بوستان کتاب، ۱۳۷۸)، ۱۹۶ و ۱۹۸.

۹۳. جعفری، پیشین، ۱۰۵.

۹۴. ناصر کاتوزیان، «تفسیر قراردادها»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی ۷۰(۱۳۸۴)، ۲۹۲.

95. Jean Carbonnier, Droit civil, Presses Universitaires de France - PUF, 2000, 235.

۹۶. همان، ۲۹۷.

۹۷. سید مرتضی قاسم زاده، اصول قرار دادهای تعهدات (تهران: دادگستر، ۱۳۸۳)، ۳۶.

شاید با توجه به ماده ۱۱۰۴ قانون جدید این برداشت تبادر گردد لیکن رویه قضایی و دکترین از نقش مؤثر حسن نیت در تفسیر قراردادها حکایت می‌کند.^{۹۸} با توجه به مواد ۲۰۱ و ۲۰۲ قانون مدنی فرانسه راجع به نکاح به شبهه و مواد ۵۴۹ و ۲۷۹ راجع به تصرف اموال منقول با حسن نیت و مواد ۱۱۰۴ و ۲۲۶۸ همان قانون در حقوق فرانسه تفسیر قرارداد مانند اعمال حقوقی دیگر باید با حسن نیت توأم باشد و به عنوان قاعده تفسیر اراده دقیق طرفین^{۹۹} در نظر گرفته می‌شود و این حسن نیت همیشه مفروض است و کسی که ادعای سوء نیت دارد باید آن را اثبات کند.^{۱۰۰}

نتیجه‌گیری

حسن نیت در قوانین هیچ یک از کشورهای نظام حقوقی رومی - ژرمنی تعریف نشده است، تعاریفی که حقوق دانان از حسن نیت ارائه داده‌اند بسیاری متنوع بوده است. به‌طور کلی برای حسن نیت دو معنا یکی معنای عام یعنی تصور خلاف واقع و دیگری خاص یعنی رفتار مبتنی بر صداقت و درستی می‌توان برشمرد. مبانی آن را می‌توان اصالة الظهور و نظم عمومی دانست. آثار حسن نیت در تحدید تعهدات در معنای عام و خاص متفاوت است و در این راستا حقوق ایران و فرانسه شباهت‌ها و اختلافی با یکدیگر دارند به طوری که آثار حسن نیت به معنای عام در حقوق فرانسه در نقش تصور اشتباه بروز می‌کند. در حقوق اشخاص این تصور مانع اثر قهقراپی بطلان در یک رابطه حقوقی غیرقانونی می‌شود و در حقوق ایران و فقه امامیه نیز این تصور اشتباه مثلاً در نکاح همین اثر را دارد چنانچه در وطی به شبهه این‌گونه است اما در حقوق اموال، فرانسویان در رابطه با تصور اشتباه، اثر ویژه‌ای در تصرف قائلند تا آنجا که تحصیل مالکیت را ممکن می‌سازد و در اموال منقول تصور خلاف واقع بدون نیاز به سند، به متصرف امکان تحصیل فوری مالکیت می‌دهد البته بر آن استثنایی وارد کرده‌اند؛ از این رو هنگامی که متصرف ملزم به استرداد مال متعلق به غیر باشد حسن نیت سبب آثار تبعی می‌شود اما در حقوق ایران و فقه امامیه متصرف غیر مالک حتی با حسن نیت مالک مال مورد تصرف نیست بلکه حسن نیت تنها باعث عدم ضمان به منافع غیر مستوفات می‌شود. در خصوص آثار حسن نیت در اشتباه نوعی، بر اساس یک قاعده سنتی در حقوق فرانسه اشتباه نوعی ایجاد حق می‌کند اما این مسأله به‌طور کلی با حقوق

۹۸. جعفری، پیشین، ۱۰۹.

99. Filippo Ranieri, «Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law», In: *Revue internationale de droit comparé*, 1998. Vol. 50 N.4, 1063.

۱۰۰. جعفری، پیشین، ۱۱۱.

ایران و فقه امامیه مغایر است. آثار حسن نیت به معنای خاص در چهار مرحله پیش از عقد، انشاء عقد و اجرا و تفسیر قرارداد متفاوت است. بارزترین نقض حسن نیت در مرحله پیش از عقد و در مرحله انعقاد عقد، حسب مورد ضمانت‌های مربوط به اشتباه تدلیس یا اکراه اعمال خواهد شد و در اجرای قرارداد در بسیاری از موارد اساس تعهدات تبعی و مبنای مسؤولیت یکی از طرفین قرار گرفته است و در تفسیر قرارداد از صور مطروح تنها در صورتی که دو احتمال مساوی در مفاد قرارداد باشد تفسیر مبتنی بر رفتار با حسن نیت مقدم می‌گردد

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

- اصفهانی، محمد حسین. حاشیه مکاسب. تحقیق عباس محمد آل سباع جلد ۴، الطبعة الاولى، محقق، ۱۴۱۸.
- امامی، سید حسن. حقوق مدنی، جلد ۱ و ۶. چاپ شانزدهم، تهران: کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۷۶.
- انصاری، علی. «حسن نیت در قرار دادها در حقوق ایران و فرانسه». رساله دکتری، تهران: دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۴.
- اوپر، ژان-لوک، دوتیول و فرانسوا کولار. حقوق تعهدات قراردادهای. ترجمه مجید ادیب. تهران: میزان، ۱۳۹۰.
- اوصیا، پرویز. تدلیس، منشردر تحولات حقوق خصوصی، چاپ اول، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۶۱.
- آخوند خراسانی، محمد کاظم. کفایة الاصول، چاپ دوم، قم: موسسه آل البیت، ۱۴۱۷.
- باریکلو علیرضا و سید علی خزایی. «اصل حسن نیت و پیامدهای آن در دوره پیش قرار دادی» حقوق دادگستری ۷۶ (۱۳۹۰): ۵۳-۸۸.
- جعفری، علی. اصل حسن نیت در قراردادهای، چاپ اول. تهران: پژوهشگاه علوم فرهنگ اسلامی، ۱۳۹۴.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. حقوق اموال، چاپ پنجم، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۰.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. فرهنگ عناصر شناسی، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۲.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. حقوق تعهدات، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۸.
- حائری، سید کاظم، القضاء فی فقه الاسلامی، الطبعة الاولى، قم: مجمع فکر الاسلامی، ۱۴۱۵.
- حر عاملی، محمد حسین. وسائل الشیعه، ج ۲۷، الطبعة الثالثة. قم: موسسه آل البیت، ۱۴۱۴.
- حکیم، سید محسن. حقایق الاصول، جلد ۱، الطبعة الخامسة، قم: بصیرتی، ۱۳۹۱.
- حلی، حسن بن یوسف. جوهر النضید (شرح منطوق تجرید خواجه نصیر الدین طوسی). چاپ اول، بی جا: انتشارات بیدار، ۱۳۶۳.
- خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، جلد ۴، الطبعة الاولى، قم: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۹.
- دهخدا، علی اکبر. لغتنامه دهخدا، جلد ۶، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۳.
- دیلمی، احمد. حسن نیت در مسؤولیت مدنی، چاپ اول، تهران: میزان، ۱۳۸۹.
- سنهوری، عبدالرزاق، الوسیط فی الشرح القانون المدنی الجدید، ج ۱، بیروت: دارالحیاه التراث العربی، ۱۹۵۴.
- سنهوری، عبدالرزاق، انتقال و سقوط تعهدات، ترجمه علیرضامینی، محمد حسین دانش کیا و منصور امینی، مرکز ترجمه و نشر کتاب، بی تا.
- سیفی مازندرانی، علی اکبر، مبانی الفقه الفعال فی القواعد الفقهیه الاساسیه، ج ۱، چاپ اول، قم: موسسه نشر الاسلامی، ۱۴۲۵.
- شهید ثانی، مسالک الافهام، جلد ۱۴، الطبعة الاولیة قم: موسسه المعارف الاسلامی، ۱۴۱۳.
- شهیدی، مهدی، آثار قراردادهای و تعهدات، چاپ نهم، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۸.
- شیروی عبدالحسین و باباپور محمد، «حسن نیت در توافقات عمومی»، مجله دادگستری ۷۵ (۱۳۹۰): ۹-۳۶.
- صادقی مقدم، محمد حسن و رضا شکوهی زاده. «حکم معامله فضولی و مبنای آن در حقوق انگلیس، فرانسه و ایران»، نامه مفید ۸۸ (۱۳۹۰): ۲۵-۴۴.
- صالح راد، محمد، «حسن نیت در اجرای قراردادهای و آثار آن»، مجله دادگستری ۲۶ (۱۳۷۸): ۸۳-۱۱۶.
- صدر، سید محمد باقر، دروس، فی علم الاصول، ج ۲، الطبعة الاولى، بیروت: دارالکتاب اللبنانی، ۱۹۷۸.
- صفایی، سید حسین و رحیمی حیات الله، مسؤولیت مدنی، چاپ هفتم، تهران: سمت، ۱۳۹۳.

- صفایی، سید حسین، محمود کاظمی، مرتضی عادل و اکبر میرزا نژاد. حقوق بیع بین المللی، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۴.
- طباطبائی، محمد حسین، بدایه الحکمه، چاپ اول، قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۳۶۳.
- طباطبائی، سیدمحمد حسین، نهایه الحکمه، چاپ اول، قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۳۶۲.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، تکملة العروة، الطبعة الاولى، قم: مکتبه داورى، بی تا.
- عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، تهران: امیرکبیر، ۱۳۷۹.
- فاروقی، حارث سلیمان، المعجم القانوني، الطبعة الثالثة، بیروت: مکتبه لبنان، ۱۹۹۱.
- فیاض، محمد اسحاق، محاضرات فی الاصول (تقریرات بحث سید خوئی)، ج ۵، الطبعة الثالثة، قم: دارالهدای، ۱۴۱۰.
- فیومی، احمد بن محمد، مصباح المنیر، ج ۱۲، چاپ اول، قم: دارالهجره، ۱۳۷۲.
- قاسم زاده، سید مرتضی، اصول قرار دادها و تعهدات، تهران: دادگستر، ۱۳۸۳.
- قاسمی حامد، عباس، «مرور اجمالی بر نظریه تعهد به دادن اطلاعات در قرار داد»، مجله کانون وکلا ۱۰ (۱۳۷۵): ۴۵-۶۰.
- قشقای، حسن، شبهه تفسیر قراردادهای خصوصی، قم: بوستان کتاب، ۱۳۷۸.
- کاتوزیان ناصر، اثبات و دلیل اثبات، ج ۱، چاپ سوم، تهران: میزان، ۱۳۸۶.
- کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم و حقوق، چاپ سی و دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۱.
- کاتوزیان، ناصر، «تفسیر قراردادهای»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۷۰ (۱۳۸۴): ۲۷۷-۳۰۸.
- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قرار دادها، جلد ۳، ۱ و ۴، چاپ سوم، تهران: انتشار، ۱۳۸۰.
- کرکی، علی بن الحسین، ۱۴۰۸ق، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۱۲، قم: موسسه آل البيت، ۱۴۰۸.
- الماسی، نجاد علی، تعارض قوانین، چاپ دوازده، تهران: مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۸۴.
- محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۴، الطبعة الثالثة، تهران: انتشارات استقلال، ۱۴۰۸.
- مظفر، محمد رضا، اصول فقه، ج ۱، الطبعة الرابعة، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۰.
- ناجی، عبدالجبار المصالح، مبداء حسن النیه فی تنفيذ العقود، بغداد: دارالرساله للطباعة، ۱۳۹۹.
- نائینی، محمد حسین، منیة الطالب فی حاشیه المکاسب، ج ۱، الطبعة الاولى، قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۸.
- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، جلد ۲۹، ۱۳، ۴۰ و ۴۰، تهران: دارالمکتب الاسلامیه، ۱۳۷۶.
- نراقی، احمد، مستند الشیعه، جلد ۱۷، چاپ اول، مشهد: موسسه آل بیت، ۱۴۱۸.
- نقیعی، سید ابوالقاسم، ابراهیم تقی زاده، مرتضی شهبازی نیا وعباس باقری. «جایگاه حسن نیت در عقد وکالت»، دانش حقوقی مدنی ۱(۲)(۱۳۹۲): ۳۹-۴۹.
- نوین، پرویز، انعقاد و انحلال قراردادهای، تهران: تدریس، ۱۳۸۴.
- (ب) منابع خارجی

- Aynès, Laurent, "L'obligation de loyauté", Archives de philosophie du droit, - philosophie-droit.asso.fr, 2000

- Baratin, M, Baratin- lorezi, M, *Dictionnaire des synonymes*, 2nd Ed., paris:Hachete, 1999

- Cane, peter, "Mens Rea in tort law". *oxford Journal of legal studies* 20(4)(2000): 533-556.

- Carbonnier, jean, *Droit civil*, Presses Universitaires de France - PUF, 2000.

- Charpentier.M.Le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie du contrat-, rdus, HeinOnlin (1995)
- Cornu,G, dir, *Vocabulaire Juridique, Association Henri Capitant*, 5th E.d., Paris, P.U.F, 1996.
- Crépeau,P.A, dir, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2nd E.d., Cowansville, Yvon Blais, 1991.
- Grégoire,Marie Annik, "Les sanctions de L'obligation de bonne foi lors de la formation et de l'élaboration du contrat" *HeinOnline* 104(2)(2002).
- Guillemard.Sylvette,"Qualification juridique de la négociation d'un contrat et nature de l'obligation de bonne foi", *Cahier commémoratif: vingt-cinquième anniversaire de la Revue générale de droit* 25(1)(1994): 49-82.
- Hawker, Sara. *Oxford Dictionary thesaurus*, 2nd Ed. USA: Oxford University Press, 2007.
- Janis(ed),M.W, *The Influence of Religion on the Development of International Law*, Dordrecht/Boston/Londres, 1991.
- KLOB, Robert. «Labonne en droit international public». *revue belge de droit international*. 31(2)(1998): 661-732.
- Larousse,france,Larousse dictinnarie de francais, 2000.
- Lefebvre Brigitte, La bonne foi: notion protéiforme- - RDUS, HeinOnline (1995).
- O'Connor.J.F,*Good Faith in English Law*. Brookfield Usa: Dartmouth publishing company limited, 1990.
- Picod Yves, Les projets français sur la réforme du droit des obligations, (2009) InDret, - raco.cat
- Ranieri, Filippo "Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law", In Ranieri, Filippo "Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law", *Revue internationale de droit comparé* 50(4)(1998): 1055-1092.
- Rey. A, *Le Robert Micro, nouvelle édition*,paris: sous la direction de Josette, 1998.
- Ripert.Georges and Boulanger Jean, *Traité de droit civil: d'après le traité de Planiol*,Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1956-1959.
- Tisseyre.sandrine, "Le rôle de la bonne foi en droit des contrats". *essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*,Dans la collection: Collection de l'Institut de Droit des Affaires, 2012
- Vanel, Marguerite, Bonne Foi, in: Encyclopédie Juridique, Répertoire de Droit Civil, 1984, No. 3.
- Vigneron,Sophie,Le rejet de la bonne foi en droit anglais, S. and Fasquelle, D. eds. Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire. Bruylant, Bruxelles, 2008.

Legal Description and Scope of Temporary Administration of Banks or Credit Institutions

*Mohsen Sadeghi¹, Sajjad Yavari^{*2}*

1. Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran.

Email: Sadeghilaw@ut.ac.ir

2. Ph.D. Student in Private law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran.

*. **Corresponding Author:** Email: Sajjad.yavari@ut.ac.ir



S.D.I.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



Publisher:

Shahr-e- Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:

Original Research

DOI:

10.48300/JLR.2022.329414.1962

Received:

2 December 2021

Accepted:

10 March 2022

Published:

10 June 2023



A B S T R A C T

Banks and other credit institutions can face crises during their operations. The institution of temporary administration or conservatorship is one of the methods of restructuring banks and other credit institutions in times of crisis. The purpose of this study is to identify, legal description and explain the territory of temporary administration. Finally, while defining, legalizing and explaining the scope of this institution, we reached the following conclusions: First, in the event of several circumstances, such as the suspension of a bank or credit institution, the regulator, such as the central bank, either directly takes over the management of the bank or the credit institution or delegates it to another person. Secondly, temporary administration is basically a kind of imposed and compulsory agreement arising from the law and public order. Thirdly, not

Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



only with banks, it is possible to implement the conservatorship for other credit institutions, such as credit cooperatives, leasing companies, exchange offices, Gharz al-Hasna funds and even insurance companies, Rather, the scope of the temporary administration is not limited to the management of deposits by the guarantor bank or credit institution, and for various reasons, has a wider scope, and the comprehensive administration covers all property and all matters. This analytical view of the issue can provide approaches to the legislature and the courts in the discussion of the temporary administration of a credit institution by another credit institution and fill its gaps in the Iranian banking legal system.

Keywords: Conservatorship, Temporary Administration, Bank, Insolvency, Credit Institution.

Excerpted from the Ph.D. thesis entitled "The nature and legal effects of the entry of banks in the asset management of financial institutions in operation (bank guarantee)", University of Tehran / Tehran Faculty of Law and Political Sciences.

Funding: The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Author contributions:

Mohsen Sadeghi: Conceptualization, Validation, Investigation, Data Curation, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing, Supervision, Project administration

Sajjad Yavari: Methodology, Software, Formal analysis, Investigation, Resources, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing, Visualization.

Competing interests: The authors declare that they have no competing interests.

Citation:

Sadeghi, Mohsen & Sajjad Yavari. "Legal Description and Scope of Temporary Administration of Banks or Credit Institutions" *Journal of Legal Research* 22, no. 53 (June 10, 2023): 115-144.

Extended Abstract

The institution of temporary administration or conservatorship is one of the methods of restructuring banks and other credit institutions in times of crisis. The purpose of this study is to identify, legal description and explain the territory of temporary administration.

Banks and other credit institutions can face crises during their operations. With the cessation of the affairs of a bank or credit institution, bankruptcy processes in the general sense of the word are initiated by the regulatory bodies and actions are taken regarding the crisis-stricken bank or credit institution, which can remove managers and take control, as the case may be Directly cover the affairs of the bank by the supervisor or another person, etc. One of these processes is called temporary administration, in which either the supervisor directly accepts the control and management of another bank or credit institution, or entrusts the management of its affairs and property to another bank or credit institution, which in terms of Banking custom is also referred to as "conservatorship " or "bank administration". The primary purpose of the Conservator is to maintain the secured assets and to try to return them to a healthy and capable condition.

We believe that the legislature, relying on the legal establishment of Conservatorship, entrusts the management of the affairs of one bank or credit institution to another bank or credit institution, or allows the central bank to intervene directly (complete and comprehensive management) in its affairs; Without intending to Liquidate or revoke the license. On the one hand, the bank or credit institution is powerless or in crisis, it is not dissolved and its legal personality remains, and on the other hand, its managers are dismissed or removed as the case may be and the bank or credit institution is prohibited from all seizures and rights. It has no action other than cooperating with the manager's bank or credit institution.

After defining and recognizing the institution of Conservatorship, we dealt with the legal description of this establishment. Naturally, the legal description of this establishment is also effective in analyzing other issues and identifying the governing criteria.

It is common following the formalities of proposing and approving the transfer of management of the affairs of a crisis-stricken credit institution, the central bank transfers responsibility for managing the affairs of a Insolvent bank or credit institution to another bank or credit institution. Relying on the well-known definition of a contract or agreement, an agreement on the management of a bank or credit institution by another bank or credit institution can be considered as an agreement of three wills to create legal effects and this compromise can be considered as a contract; Regardless of the degree of

sovereignty around this agreement and their bargaining power in the process. In particular, when a credit institution is temporarily run by a bank or other institution (which is often the case and the central bank is reluctant to run it directly), pre-arranged agreements with a framework between the central bank, the conservator and the under conservatorship bank are concluded; In other words, the realization of the temporary administration is primarily obligatory and coercive in the pre-marriage stage, and takes on the color and smell of agreement in the cohabitation stage.

The agreement on the transfer of conservatorship is concluded by law and in order to establish public order and strengthen public trust, and the government enters into it according to the collective interests; In such a way that there is a color and smell of coercion and violence in it and it is not left to the free will of a under conservatorship bank or credit institution; To the extent that if the bank or credit institution and its managers do not participate in this process and cause disruption, public officials, especially the central bank, with other means, prohibit them from interfering in the management of affairs and relying on coercive forces, Manages the affairs of the bank or credit institution. Therefore, although the conservatorship agreement has a voluntary appearance and is labeled as an agreement, but based on the previous levels, it is imposed on a bank or credit institution that is authorized by law and expediency. Accordingly, we have described it as a kind of "imposed and enforced agreement arising from law and public interest."

Finally, not only with banks, it is possible to implement the conservatorship for other credit institutions, such as credit cooperatives, leasing companies, exchange offices, Gharz ol-Hasna funds and even insurance companies, Rather, the scope of the temporary administration is not limited to the management of deposits by the Conservator, and for various reasons, has a wider scope, and the comprehensive administration covers all property and all matters. This analytical view of the issue can provide approaches to the legislature and the courts in the discussion of the temporary administration of a credit institution by another credit institution and fill its gaps in the Iranian banking legal system.

توصیف حقوقی و قلمرو نهاد کفالت بانکی در مورد بانک‌ها و مؤسسات اعتباری

محسن صادقی^۱، سجاد یآوری^{۲*}

۱. دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

Email: Sadeghilaw@ut.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

Email: Sajjad.yavari@ut.ac.ir: *نویسنده مسئول

چکیده:

بانک‌ها و دیگر مؤسسات اعتباری در خلال فعالیت خود می‌توانند با بحران‌هایی مواجه شوند. نهاد اداره موقت یا کفالت بانکی از جمله روش‌های بازسازی بانک‌ها و دیگر مؤسسات اعتباری در زمان بروز بحران می‌باشد. هدف از این پژوهش، شناسایی، توصیف حقوقی و تبیین قلمرو نهاد کفالت بانکی می‌باشد. از این‌رو ضمن تعریف، توصیف حقوقی و تبیین قلمرو این نهاد، به این نتایج دست یافتیم که اولاً در صورت حدوث شرایطی متعدد از جمله توقف یک بانک یا مؤسسه اعتباری، نهاد ناظر همچون بانک مرکزی، یا خود مستقیماً اداره امور بانک یا مؤسسه اعتباری متوقف را به دست گرفته یا آن را به شخصی دیگر محول می‌نماید؛ ثانیاً کفالت بانکی اصولاً نوعی توافق تحمیلی و اجباری ناشی از قانون و نظم عمومی می‌باشد؛ ثالثاً نه تنها در کنار بانک‌ها، امکان پیاده‌سازی نهاد اداره موقت در خصوص دیگر مؤسسات اعتباری همچون شرکت‌های تعاونی اعتبار، لیزینگ‌ها، صرافی‌ها، صندوق‌های قرض‌الحسنه و حتی شرکت‌های بیمه

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز Creative Commons Attribution-Non-Commercial License 4.0 منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



پژوهش‌های حقوقی



نوع مقاله:

پژوهشی

DOI:

10.48300/JLR.2022.329414.1962

تاریخ دریافت:

۱۱ آذر ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۱۹ اسفند ۱۴۰۰

تاریخ انتشار:

۲۰ خرداد ۱۴۰۲



وجود دارد بلکه قلمرو نهاد اداره موقت، محدود به مدیریت سپرده‌ها توسط بانک یا مؤسسه اعتباری کفیل نبوده و به دلایل مختلف، گستره‌ای وسیع‌تر داشته و اداره همه‌جانبه تمام اموال و تمام امور را در برمی‌گیرد. این نگاه تحلیلی به موضوع، می‌تواند در بحث اداره موقت یک مؤسسه اعتباری توسط مؤسسه اعتباری دیگر، رهیافت‌هایی به قانونگذار و دادگاه‌ها ارائه کرده و خلأهای آن را در نظام حقوق بانکی ایران رفع نماید.

کلیدواژه‌ها:

کفالت، اداره موقت، بانک، توقف، مؤسسه اعتباری.

برگرفته از رساله دکتری با عنوان «ماهیت و آثار حقوقی ورود بانک‌ها در اداره دارایی مؤسسات مالی متوقف (کفالت بانکی)»،

دانشگاه تهران / دانشکده حقوق و علوم سیاسی تهران.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان:

محسن صادقی: مفهوم‌سازی، اعتبارسنجی، تحقیق و بررسی، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش، نظارت، مدیریت پروژه.

سجاد یآوری: روش‌شناسی، استفاده از نرم‌افزار، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش، تصویرسازی.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

صادقی، محسن و سجاد یآوری «توصیف حقوقی و قلمرو نهاد کفالت بانکی در مورد بانک‌ها و مؤسسات اعتباری».

مجله پژوهش‌های حقوقی، ۲۲، ش. ۵۳ (۲۰ خرداد ۱۴۰۲): ۱۱۵-۱۴۴.

مقدمه

بانک‌ها و مؤسسات اعتباری در خلال فعالیت خود می‌توانند به اسباب متعدد، با توقف و بحران مواجه شوند.^۱ نظر به نقش مهم بانک‌ها و دیگر مؤسسات اعتباری در حیات اقتصادی، اصل نظارت بر آنها از اهمیت و جایگاهی ویژه برخوردار است. بدین منظور در هر کشوری، نهاد ناظری تأسیس شده که با هدف حفاظت از ثبات نظام بانکی، بر فعالیت‌ها نظارت نموده، از وقوع یا تشدید بحران‌های بانکی جلوگیری کرده و درصدد جلب اعتماد ازدست‌رفته مردم به سیستم مالی و بانکی برمی‌آید.

با وقوع توقف در روند امور یک بانک یا مؤسسه اعتباری، فرآیندهای ورشکستگی به مفهوم عام کلمه از سوی نهادهای نظارتی آغاز شده و اقداماتی در خصوص بانک یا مؤسسه اعتباری بحران‌زده، معمول می‌گردد که حسب مورد می‌تواند عزل مدیران، در اختیار گرفتن کنترل مستقیم امور بانک توسط مقام ناظر یا شخص دیگر و ... را دربرگیرد.^۲ یکی از این فرآیندها، اداره موقت نامیده می‌شود که در آن، یا مقام ناظر راساً کنترل و اداره یک بانک یا مؤسسه اعتباری دیگر را می‌پذیرد یا اداره امور و اموال آن را به بانک یا مؤسسه اعتباری دیگر محول می‌نماید که در اصطلاح و عرف بانکی، بدین تأسیس، «کفالت بانکی» یا «سرپرستی» یا «اداره امور بانک» نیز اطلاق می‌شود.

با عنایت به ابعاد حقوقی گسترده این نهاد، با چالش‌ها و مسائل عمده‌ای روبه‌رو هستیم؛ از جمله آنکه: آیا اساساً نهاد کفالت بانکی در حقوق ایران، به رسمیت شناخته شده و مقرراتی در این باب وجود دارد؟ تعریف و وصف حقوقی نهاد اداره موقت چیست؟ قلمرو نهاد کفالت بانکی از حیث شخصی و موضوعی تا کجاست؟ شرایط تحقق کفالت بانکی و آثار این فرآیند کفالت بانکی کدام‌اند؟ در بُعد آیینی، دعاوی مطروحه علیه بانک یا مؤسسه اعتباری تحت کفالت، قبل و بعد از واگذاری امور چگونه تعیین تکلیف خواهد شد؟ رویه قضایی در مواجهه با دعاوی ناشی از کفالت بانکی، چه موضعی دارد؟ و ... که به دلیل گستردگی مباحث، در این مقاله به صورت خاص صرفاً به توصیف حقوقی نهاد کفالت بانکی و تبیین قلمرو آن پرداخته و دیگر موضوعات از جمله شرایط و آثار این نهاد را به مقاله‌های دیگر می‌سپاریم. از یک طرف، در ادبیات حقوقی ما، نهاد کفالت بانکی، به عنوان تأسیسی نامأنوس در نظام حقوقی

۱. امیر جعفری صامت، «ادغام؛ راهکاری موثر جهت جلوگیری از ورشکستگی بانک‌ها»، نشریه پژوهش‌های پولی و بانکی ۳۷ (۱۳۹۷)، ۴۳۸.

۲. مجتبی یوسفی دیندارلو، «آسیب‌شناسی بانکی؛ توقف و ورشکستگی بانکی (تبیین چستی موضوع)»، دفتر مطالعات اقتصادی مرکز پژوهش‌های مجلس (۱۳۹۴)، ۹.

ایران، همچنان مهجور و ناشناخته مانده است؛ حال آنکه در سال‌های اخیر به ویژه با ظهور مؤسسات اعتباری غیرمجاز و توقف آنها، چالش پیش روی به مساله‌ای بغرنج تبدیل شده و به دلیل تحت‌الشعاع قرار دادن حقوق اشخاص (اعم از سپرده‌گذاران و سهام‌داران و ...) و اختلال در نظم اجتماعی و اقتصادی، شایستگی مطالعه خاص و مفصل از منظر حقوقی را دارد. از طرف دیگر، اجمال و سکوت قوانین و مقررات در خصوص این تأسیس، به ابهامات و اختلافاتی وسیع پیرامون وصف حقوقی و قلمرو این نهاد و ... دامن زده است. آنچه گفتیم، بخش قابل توجهی از مسائل پیش روی جامعه حقوقی ماست که ضرورت پرداختن به موضوع پژوهش را بیش از پیش نمایان می‌سازد.

رفع این ابهام‌ها و اختلاف‌ها در نظام حقوق بانکی ما، تعریف و توصیف نهاد اداره موقت و تبیین قلمرو آن را ایجاب می‌نماید. نظر بدان که سابقاً در مقاله‌ای دیگر، مفصلاً به تعریف و ماهیت نهاد کفالت بانکی پرداخته‌ایم، در این جستار، ضمن تعریف و بازشناسی این تأسیس به صورتی مفید و مختصر (**مبحث نخست**)، از منظر حقوقی، آن را توصیف کرده (**مبحث دوم**) و در نهایت قلمرو آن را از منظر موضوعی و شخصی تحلیل و بررسی می‌نماییم (**مبحث سوم**) که آثاری عمده از این رهگذر حاصل می‌گردد.

۱- تعریف و بازشناسی نهاد کفالت بانکی

در سازکار حل و فصل بانکی و در اجرای فرآیندهای ورشکستگی به مفهوم اعم کلمه، سرپرستی یا اداره موقت، مرحله‌ای قبل‌تر از مرحله تقسیم اموال می‌باشد^۳ که اداره امور و اموال بانک یا مؤسسه اعتباری به بانک مرکزی یا کفیل منصوب از جانب آن، واگذار می‌شود^۴؛ به دیگر سخن، هنگامی که قدرت پرداخت به خطر افتاده یا از مرز سلامت بانکی عبور شود، می‌باید آستانه ورشکستگی را تغییر داد تا مقام ناظر بتواند پیش از توقف، برخی اقدامات ضروری را انجام داده و عملیات گزیر را آغاز نماید.^۵ هدف اولیه کفیل،

3. Claire L. McGuire, *Simple tools to Assist in the resolution of troubled banks*, (Washington D.C: The World Bank, 2018), 8.

۴. امین، جعفری، حقوق بانکی (مدیریت بانکی)، (تهران: نشر شرکت سهامی انتشار، ۱۴۰۰)، ۳۵۴.

۵. احمد بیگی حبیب‌آبادی و حسین پاشایی، «حل و فصل بانک‌ها و موسسات اعتباری متوقف با نگاهی به طرح جامع بانکداری»، آموزه‌های فقه مدنی ۲۴ (۱۴۰۰)، ۲.

حفظ و نگهداری دارایی‌های مکفول^۶ و تلاش برای بازگرداندن آن به وضعیتی سالم و توانمند می‌باشد.^۷ در همین راستا، مواد ۳۹ و ۴۰ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱/۴/۱۸، قواعدی را در این زمینه مقرر نموده و از واگذاری «اداره امور بانک» به بانک مرکزی یا شخصی دیگر یاد می‌کند. ماده ۳۹ از قانون پیش گفته، چنین مقرر می‌دارد:

«در موارد زیر ممکن است بنا به پیشنهاد رئیس کل بانک مرکزی ایران و تأیید شورای پول و اعتبار و تصویب هیأتی مرکب از نخست‌وزیر و وزیر دارایی و وزیر اقتصاد و وزیر دادگستری، اداره امور بانک به عهده بانک مرکزی ایران واگذار شود یا ترتیب دیگری برای اداره بانک داده شود ...:

الف- در صورتی که مقامات صلاحیت‌دار بانک تقاضا نمایند؛

ب- در صورتی که بانک در مدت یک سال از تاریخ ابلاغ اجازه تأسیس، عملیات خود را شروع نکند؛

ج- در صورتی که بانکی بدون عذر موجه، فعالیت خود را برای مدتی متجاوز از یک هفته، قطع کند؛

د- در صورتی که بانکی برخلاف این قانون و آیین‌نامه‌های متکی بر آن و دستورات بانک مرکزی ایران که به موجب این قانون یا آیین‌نامه‌های متکی بر آن صادر می‌شود و یا برخلاف اساسنامه مصوب خود عمل نماید؛

ه- در صورتی که قدرت پرداخت بانکی، به خطر افتد یا سلب شود.

در ادامه مقنن در ماده ۴۰، طرز اداره بانک در موارد مذکور در ماده ۳۹ و نحوه الغای اجازه تأسیس را به آیین‌نامه‌ای محول کرده است. در همین راستا، مقررهای تحت عنوان «**آیین‌نامه طرز اداره بانک و نحوه الغای اجازه تأسیس بانک در موارد مذکور در ماده ۳۹ قانون پولی و بانکی کشور**» تصویب گردیده که بر واگذاری اداره امور یک بانک یا مؤسسه اعتباری به بانک مرکزی یا بانک یا مؤسسه اعتباری دیگر به صورتی کلی دلالت دارد. در ماده ۱۴۲ طرح بانکداری تیرماه ۱۳۹۹ (ماده ۷۱ بخش بانک مرکزی)، نیز ضمن شناسایی نهاد اداره موقت، نصب مدیر گزیر را به مثابه نوعی راهکار فوری برای مؤسسه بحرانی لازم می‌داند.

بر بنیاد این منابع قانونی، معتقدیم که مقنن با تکیه بر تأسیس حقوقی کفالت بانکی، اداره امور یک

۶. علی انصاری و جواد عسکری، «مطالعه تطبیقی ابزارهای حقوقی جایگزین ورشکستگی بانک‌ها»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی ۲۷ (۱۳۹۸)، ۱۰۵.

7. Burke Michael, «Improving china's bank regulation to avoid the asian bank contagion», *UCLA Pacific Basin Law Journal* 17 (1999), 45.

بانک یا مؤسسه اعتباری را به بانک یا مؤسسه اعتباری دیگر واگذار می‌کند^۸ یا بانک مرکزی را مجاز به دخالت مستقیم (مدیریت کامل و فراگیر) در امور آن می‌داند؛ بدون اینکه درصدد لغو مجوز یا انحلال آن باشد.

از یک سو، بانک یا مؤسسه اعتباری ناتوان یا بحران‌زده، منحل نشده^۹ و شخصیت حقوقی آن باقی می‌ماند^{۱۰} و از دیگر سو، مدیران آن حسب مورد عزل شده یا کنار رفته و بانک یا مؤسسه اعتباری مکفول نیز از تمام تصرفات منع شده^{۱۱} و حق هیچ اقدامی جز همکاری با بانک یا مؤسسه اعتباری مدیر (اصطلاحاً بانک یا مؤسسه کفیل) را ندارد.^{۱۲}

در نظام حقوقی ایران، این نهاد به عناوین یا اصطلاحات دیگری نیز نامیده می‌شود. برخی اصطلاح «کفالت بانکی» را به کار برده‌اند.^{۱۳} برخی دیگر از عباراتی چون «اداره اموال در گزیر» یا «سرپرستی» استفاده نموده‌اند^{۱۴} و برخی دیگر، این نهاد را همان بحث مدیریت دارایی در ورشکستگی دانسته و به اصطلاح کفالت بانکی انتقاد نموده‌اند.^{۱۵}

از نگاه برخی از حقوق‌دانان، «اداره موقت، یکی از آیین‌های ورشکستگی است که در صورت توقف یا در شرف توقف بودن بدهکار، به منظور افزایش ارزش دارایی اموال موضوع ورشکستگی در مقایسه با تصفیه سنتی، در راستای منافع طلبکاران یا به منظور حفظ تجارت یا حفظ کارکنان تجارت یا به منظور تحقق یکی دیگر از اهداف بازسازی، تحت مدیریت شخص ثالثی غیر از بدهکار و قبل از تحقق تصفیه نهایی هدایت می‌شود و ممکن است تحت نظارت دادگاه یا مقامات اجرایی یا طلبکاران یا ترکیبی از آنها

۸. دانیال نصیری، «شناسایی کفالت بانکی و آثار آن در نظام حقوق بانکی ایران» (مقاله ارائه شده در کنفرانس بین‌المللی فقه و حقوق، وکالت و علوم اجتماعی، تهران، ۱۳۹۷/۱۱/۱) ۱۶.

۹. عبدالله خدابخشی، حقوق دعاوی (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۷)، ۱۸۴.

10. Carnell Richard Scott, « Handling the Failure of a Government-Sponsored Enterprise », *Washington Law Review* 80(2005), 603.

11. Hill Julie Andersen, « Shifting Losses: The Impact of Fannie's and Freddie's Conservatorships on Commercial Banks », *Hamline Law Review* 35 (2012), 362.

12. David Parke, *Closing a Failed Bank Resolution Practices and Procedure* (Washington D.C.: International Monetary Fund, 2011), 13.

۱۳. خدابخشی، پیشین، ۱۷۸.

۱۴. جعفری، پیشین، ۳۵۴.

۱۵. امید گنجی، «جنبه‌های حقوقی ادغام بانک‌ها و موسسات مالی و اعتباری» (پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۹۵)، ۹۵.

باشد.»^{۱۶}

در حقوق آمریکا^{۱۷} و پاره‌ای از کشورها چون مالزی^{۱۸}، فیلیپین^{۱۹}، چین^{۲۰} و ... در متون قانونی برای نهاد کفالت، عبارت سرپرستی^{۲۱} مورد استعمال قرار گرفته است. در حقوق دیگر کشورها از جمله کشورهای اروپایی چون آلمان^{۲۲}، فرانسه^{۲۳} و ... نیز این نهاد به رسمیت شناخته شده و اصطلاحاتی چون «اداره موقت»^{۲۴} یا «اداره زمان‌دار»^{۲۵} برای این نهاد به کار رفته است.

نظام حقوقی و بانکی ما، در مواردی کفالت بانکی را تجربه نموده است. برای نمونه، بعد از وقوع بحران در مورد مؤسسه ثامن الحجج، با توافقاتی بین بانک مرکزی، بانک پارسیان و این مؤسسه، مقرر گردید تا اداره امور و کفالت آن، به بانک پارسیان واگذار شود.

۲- توصیف حقوقی نهاد کفالت بانکی

پس از تعریف و بازشناسی نهاد اداره موقت، در این گفتار برآنیم که به توصیف حقوقی این تأسیس پردازیم. طبعاً توصیف حقوقی این تأسیس، در تحلیل دیگر موضوعات و شناسایی ضوابط حاکم نیز تأثیرگذار می‌باشد. بر همین مبنا، در ابتدا به وصف حقوقی این نهاد به عنوان عقد می‌پردازیم (**بند اول**)، سپس ایقاع بودن آن را بررسی نموده (**بند دوم**) و در نهایت، با تکیه بر برخی خصایص در توافق‌نامه کفالت، بدین نهاد به مثابه نوعی توافق اجباری ناشی از قانون می‌نگریم (**بند سوم**):

۲-۱- کفالت بانکی ماهیتاً عقد می‌باشد

عقد در لغت به مفهوم بستن و گره زدن آمده و در حقوق امروز، مترادف با قرارداد است که یک عمل حقوقی دو یا چندجانبه بوده و با توافق اراده طرفین یا اطراف آن تحقق می‌یابد. در واقع، عقد «توافق دو

۱۶. محمد عیسائی تفرشی، مرتضی شهبازی نیا و محمد ورمزیار، «اداره موقت واحدهای تجاری ورشکسته در حقوق انگلیس و ایران»، مجله مدرس علوم انسانی ۴ (۱۳۸۸)، ۱۸۵.

17. Bank conservatorship Act of USA.

18. Malaysia Deposit Insurance Corporation Act 2005.

19. The new central bank act of Republic of the Philippines.

20. Regulation Governing Conservatorship of Banking Institutions of China/ 2010.

21. Conservatorship

22. Banking Act of Germany/ July 2014

23. Code monétaire et financier de la France/ Dernière modification le 01 janvier 2019.

24. Temporary Administration.

25. Provisional Administration.

یا چند اراده است که به منظور ایجاد آثار حقوقی انجام می‌شود.»^{۲۶} با تعریفی که از عقد یا قرارداد شد، حال باید پرسید که آیا می‌توان توافقی که پیرامون اداره موقت یک بانک یا مؤسسه اعتباری بحران‌زده بین بانک مرکزی، مؤسسه اعتباری کفیل و مؤسسه اعتباری مکفول منعقد می‌شود را عقد تلقی نمود؟ آیا قواعد عمومی قراردادها در این توافق نیز قابلیت جریان دارند یا خاص بودن این نهاد، سبب تمایز احکام آن می‌شود؟

معمول و مرسوم است که بعد از طی تشریفات پیشنهاد، تأیید و تصویب و اگذاری اداره امور مؤسسه اعتباری بحران‌زده، بانک مرکزی مسؤولیت اداره امور بانک یا مؤسسه اعتباری متوقف را به بانک یا مؤسسه اعتباری دیگری می‌سپارد و این موضوع در قالب توافق نامه‌ای سه‌جانبه بین بانک مرکزی، بانک یا مؤسسه اعتباری کفیل و بانک یا مؤسسه اعتباری مکفول تجلی می‌یابد.^{۲۷}

با تکیه بر تعریف مشهور عقد یا قرارداد، می‌توان توافق پیرامون سرپرستی یک بانک یا مؤسسه اعتباری توسط بانک یا مؤسسه اعتباری دیگر را نیز توافق سه اراده به منظور ایجاد آثار حقوقی دانسته و این تراضی را مصداقاً عقد تلقی نمود؛ فارغ از اینکه درجه حاکمیت اراده اطراف این توافق و قدرت چانه‌زنی آنها در این فرآیند به چه میزان باشد.

افزون بر آن، معتقدیم که قواعد عمومی قراردادها (تا حدی که با ذات و چهارچوب نهاد سرپرستی سازگاری و تطابق دارد) در توافق نامه کفالت به عنوان نوعی عقد یا قرارداد نیز جریان می‌یابند اما با عنایت به کارکرد این نهاد و وابستگی شدید آن به مقوله منافع و مصالح جمعی، دایره نظم عمومی در این باب (در قیاس با سایر قراردادها) بسیار گسترده‌تر می‌باشد. وانگهی با توجه به ویژگی‌های این تأسیس، اصولاً قوانین و مقررات وضع شده در این خصوص، آمره بوده و توافق برخلاف آنها بلااعتبار می‌باشد مگر قواعدی که در تکمیلی بودن آنها تردیدی نباشد.

۲-۲- اداره موقت ماهیتاً ایقاع است

ایقاع عمل ارادی یک‌جانبه می‌باشد که آن را چنین تعریف نموده‌اند: «انشای اثر حقوقی است که با یک اراده انجام می‌شود.»^{۲۸} در اثر ایقاع، حقی ایجاد یا اسقاط می‌شود. ایقاع انواع و مصادیقی دارد که

۲۶. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱ (تهران: نشر شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲)، ۲۱.

۲۷. در این توافق نامه، موضوعات مهم و متعددی پیش‌بینی می‌گردد؛ از جمله مدت اداره موقت، تکالیف و اختیارات کفیل، تکالیف بانک یا مؤسسه اعتباری تحت کفالت، نحوه تسلیم اموال و اسناد و مدارک به کفیل و ...

۲۸. ناصر کاتوزیان، اعمال حقوقی (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۰)، ۱۹.

در شرع، عرف و قانون مذکور افتاده‌اند.^{۲۹} عقد و ایقاع هر دو عمل حقوقی هستند و اراده در هر دو، از شرایط اساسی به شمار می‌آید و اصولاً قواعد و احکام قصد و رضا و اهلیت که در باب عقود، ذکر می‌شود در مورد ایقاعات نیز جاری است؛^{۳۰} اما ایقاع در قیاس با عقد، یک عمل حقوقی یک‌جانبه است و برای وقوع آن، قصد و رضای یک طرف کافی است.^{۳۱}

با تکیه بر تعریف ایقاع و تطابق آن با نهاد اداره موقت، به نظر می‌رسد که هیچ تناسبی بین دو تأسیس وجود نداشته و زمینه‌های ماهوی مقایسه مفقود می‌باشد؛ چراکه اولاً ایقاع عملی است ارادی؛ حال آنکه اداره موقت، به صورت تحمیلی و گاهی قهری بر بانک یا مؤسسه اعتباری مکفول تحمیل می‌شود؛ ثانیاً ایقاع یک‌جانبه می‌باشد؛ در حالی که در اداره موقت، حداقل اراده دو یا سه شخص (مؤسسه کفیل، مؤسسه مکفول و بانک مرکزی) دخالت داشته و اراده بانک یا مؤسسه اعتباری کفیل یا مکفول یا بانک مرکزی، به تنهایی در رخداد این قضیه نقشی ندارد؛ ثالثاً گرچه برخی عقیده به اصل آزادی ایقاعات دارند^{۳۲} لیکن نظر اقوی آن است که ایقاعات استثنایی بوده و منحصر به مصادیق مصرح توسط قانونگذار می‌باشد و نهاد اداره موقت در عداد ایقاعات مورد تصریح نمی‌باشد؛ رابعاً هدف و کارایی نهاد سرپرستی نیز با قالب ایقاع سازگاری و تناسب ندارد.

۲-۳- اداره موقت ماهیتاً نوعی توافق تحمیلی ناشی از قانون و مصالح عمومی می‌باشد

گفته شد که در اثر بروز بحران و تحقق اوضاعی چون توقف، بانک مرکزی دست به کار شده و می‌تواند شخصاً اداره امور یک بانک یا مؤسسه اعتباری را بر عهده گرفته یا آن را به بانک یا مؤسسه‌ای دیگر واگذار نماید.^{۳۳} هنگامی که به ویژه، مؤسسه اعتباری بحران‌زده توسط بانک یا مؤسسه‌ای دیگر موقتاً اداره می‌شود (که اغلب چنین است و بانک مرکزی نیز تمایلی به اداره مستقیم ندارد)، توافقاتی به صورت مقدم و دارای چهارچوب بین بانک مرکزی، مکفول و کفیل منعقد می‌شود؛ به دیگر سخن، تحقق اداره موقت در درجه اول و در مرحله پیش‌عقد، اجباری و قهری بوده و در مرحله انعقاد، رنگ و بوی توافق به

۲۹. علی رضا انتظاری نجف آبادی و روح‌الله مرتضایی، «بررسی اعتبار اصل صحت در ایقاعات»، مجله پژوهش‌های فقهی ۲ (۱۳۹۷)، ۵۲۹.

۳۰. سید حسین صفایی، قواعد عمومی قراردادها (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۷)، ۲۰.

۳۱. محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق (تهران: نشر گنج دانش، ۱۳۹۳)، ۱۰۰.

۳۲. محمدحسن صادقی مقدم، هادی شعبانی و یاسر سهرابی، «بررسی اصل آزادی ایقاعات در فقه امامیه و حقوق ایران»، مجله آموزه‌های فقه مدنی ۱۱ (۱۳۹۴)، ۵۰.

33. Richard Scott, op.cit., 602.

خود می‌گیرد.

این توافق با تکیه بر این خصوصیات، بی‌شبهت به عقد تحمیلی نمی‌باشد. گرچه مطابق اصل حاکمیت اراده، اشخاص می‌توانند به هر صورت که می‌خواهند با هم معامله نموده و آزادانه، حقوق و تعهدات ناشی از عقد را معین سازند اما نظر به لزوم نظارت دولت بر اقتصاد و دیگر ضروریات، گاهی «قانون، در این گونه موارد، رابطه حقوقی را تحمیل می‌کند که نتایج آن شبیه به قرارداد است و به همین مناسبت، آن را عقد تحمیلی و اجباری یا عقد فرضی گفته‌اند.»^{۳۴}

این دسته از عقود، به صورت قالب حقوقی ویژه‌ای درآمده که دو طرف فقط حق دارند خود را در آن قالب قرار دهند؛ یعنی رضای آنان فقط شرط قرار گرفتن در آن وضع خاص است و نمی‌توانند تغییری در قواعد آن بدهند. پس در چنین مواردی، رابطه حقوقی فقط صورت عقد را دارد و توافق طرفین (که اساس تمام قراردادهاست)، در آن نقشی بازی نمی‌کند؛ به دیگر سخن، همین که شخصی میل انعقاد قرارداد کند، قانون روابط طرفین قرارداد را اداره کرده و زین پس حاکمیت اراده، محتوا و مفهوم واقعی خود را از دست داده و عنوان قرارداد یا توافق، برچسب زیبایی است که برای تحمیل قانون به کار می‌رود.^{۳۵}

با تکیه بر تعریف و تحلیل پیش گفته از عقد تحمیلی، توافق نامه ناظر بر واگذاری کفالت، به حکم قانون و به دلیل تثبیت نظم عمومی و تقویت اعتماد همگانی منعقد شده و حاکمیت بنا بر مصالح جمعی در آن ورود می‌کند؛ به نحوی که رنگ و بویی از اجبار و قهر در آن وجود داشته و اصولاً به اراده آزاد بانک یا مؤسسه اعتباری مکفول واگذار نمی‌شود؛ تا جایی که اگر بانک یا مؤسسه اعتباری مکفول و مدیران آن در این فرآیند شرکت نکرده و اخلاقی ایجاد نمایند، مقامات عمومی به ویژه بانک مرکزی با ابزارهای دیگر، آنها را از تصرف و دخالت در اداره امور منع نموده و با اتکا بر قوای قهریه، اداره امور آن بانک یا مؤسسه اعتباری متوقف را به دست می‌گیرد. از همین رو، گرچه توافق نامه کفالت، ظاهری ارادی داشته و برچسب توافق بر آن زده می‌شود لیکن با تکیه بر مراتب قبلی، بر بانک یا مؤسسه اعتباری مکفول به حکم قانون و مصلحت تحمیل می‌گردد. بر این اساس، در این بند، آن را نوعی «توافق تحمیلی و اجباری ناشی از قانون و مصالح عمومی» توصیف نموده‌ایم. در رویه قضایی نیز نشانه‌هایی از این دیدگاه دیده می‌شود. برای نمونه در رأی شعبه ۳۴ دادگاه عمومی حقوقی مشهد به شماره ۹۱۰۹۹۷۵۱۱۲۹۰۸۰۹ مورخ ۱۳۹۱/۶/۹، چنین آمده است: «... توافق یا عدم توافق اعضای هیأت مدیره تعاونی (مکفول)،

۳۴. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها جلد ۱، پیشین، ۱۱۲-۱۱۱.

۳۵. ناصر کاتوزیان، عقود معین، جلد اول (تهران: نشر شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴)، ۲۶۵.

اساساً نقشی در تصمیمات بانک مرکزی نداشته و صرفاً در اجرای تصمیم صادره (مبنی بر واگذاری کفالت به بانک قوامین) بوده است...» که بر تحمیلی بودن نهاد اداره موقت دلالت دارد. به نظر می‌رسد در قیاس با دو وصف حقوقی به شرح بندهای پیشین، این تحلیل با ماهیت و اوصاف این نهاد سازگاری و انطباق دقیق‌تر و بیشتری دارد. پس شایسته است در دیگر مباحث و تحلیل‌ها، بدین موضوع توجه شده و احکام نیز بر این مبنا وضع و تعریف شود.

۴- قلمرو (اعمال) نهاد کفالت بانکی

یکی از سؤالات مهم آن است که قلمرو اعمال نهاد اداره موقت تا کجا می‌باشد؟ به دیگر سخن، آیا این نهاد صرفاً در خصوص بانک‌ها قابلیت اجرا دارد یا آنکه در فرض وقوع بحران یا توقف یک مؤسسه اعتباری غیربانکی نیز می‌توان از مکانیسم سرپرستی بهره جست؟ آیا نهاد اداره امور بانک صرفاً در خصوص مدیریت سپرده‌های مؤسسه مکفول، کارایی دارد یا آنکه فرآیند اداره موقت، جامع و فراگیر بوده و شامل تمام مطالبات، دیون، سپرده‌ها و ... می‌شود؟

جهت پاسخ بدین پرسش‌ها، در این گفتار، در گام نخست، به بررسی قلمرو شخصی نهاد سرپرستی می‌پردازیم (**بند اول**) و سپس در گام دوم، قلمرو موضوعی این نهاد را مورد بررسی قرار می‌دهیم (**بند دوم**):

۴-۱- قلمرو شخصی

بانک‌ها تنها مصداق مؤسسات اعتباری نبوده بلکه اشخاص حقوقی و بنگاه‌های دیگری نیز در عداد مؤسسات اعتباری قرار می‌گیرند.

بند ۳ ماده ۱ آیین‌نامه نحوه تأسیس و اداره مؤسسات اعتباری غیردولتی مصوب ۱۳۹۳/۱۰/۲۸، مؤسسه اعتباری را چنین تعریف نموده است:

«بانک، مؤسسه اعتباری غیربانکی و سایر بنگاه‌های واسطه پولی که به موجب قانون و یا با اجازه‌نامه بانک مرکزی تأسیس شده و به عملیات بانکی اشتغال دارد و بیش از پنجاه درصد سهام آن به اشخاص غیردولتی تعلق داشته و تحت نظارت بانک مرکزی می‌باشد.»

البته این تعریف به دلیل وفاداری به عنوان آیین‌نامه، تنها به مؤسسات اعتباری غیردولتی معطوف شده لیکن می‌توان بانک‌های دولتی را نیز در عداد مؤسسات اعتباری قرار داد؛ وانگهی به نظر می‌رسد که تعلق بیش از پنجاه درصد سهام به اشخاص غیردولتی، مداخلیتی در تعریف مؤسسه اعتباری ندارد.

از همین رو می‌توان گفت که بانک‌های دولتی نیز حسب مورد می‌توانند مصداقی از مؤسسه اعتباری باشند؛ با این تفاوت که تنها بیش از پنجاه درصد سهام آن به دولت تعلق دارد. با توجه به رابطه منطقی میان بانک و مؤسسه اعتباری (عموم و خصوص مطلق)، در این بند، در گام اول به قلمرو اختصاصی نهاد اداره موقت پیرامون بانک‌ها می‌پردازیم (بند الف) و سپس در گام دوم، امکان پیاده‌سازی فرآیند کفالت در خصوص دیگر مؤسسات اعتباری را بررسی می‌کنیم (بند ب):

۴-۱-۱- قلمرو اختصاصی اعمال نهاد اداره موقت

بنا به قاعده غلبه، آنچه در این مقال بیشتر مورد توجه می‌باشد، اداره امور یک بانک توسط بانک دیگر است. پس در گام اول، به تعریف بانک و انواع آن می‌پردازیم تا از این دریچه، قلمرو اختصاصی تأسیس اداره امور بانک تبیین و روشن شود. بانک‌ها در یک تقسیم‌بندی کلی به بانک‌های دولتی و بانک‌های خصوصی تقسیم می‌شوند:

۴-۱-۱-۱- بانک‌های دولتی

در تاریخ دوم مهر ۱۳۵۸، شورای انقلاب در اجرای قانون ملی شدن بانک‌ها و مؤسسات اعتباری، لایحه قانونی اداره امور بانک‌ها را تصویب نمود و از آن تاریخ، کلیه بانک‌های کشور اعم از بانک‌های تخصصی و تجاری و بانک‌های دولتی سابق، ملی گردیدند.^{۳۶}

بر همین بنیاد، نظر بدان که فرآیند سرپرستی و اداره موقت یک بانک از مسائل مهم، حیاتی و فوق‌العاده نظیر انحلال و ادغام می‌باشد، به نظر می‌رسد که در فرض تحقق شرایط مربوطه، بدو می‌باید موضوع کفالت و اداره موقت یک بانک دولتی در مجمع عمومی بانک‌های دولتی مطرح شده و تصویب گردد و سپس جهت طی سایر تشریفات به بانک مرکزی ارسال شود.

۴-۱-۱-۲- بانک‌های خصوصی

علی‌رغم آنکه وفق اصل ۴۴ قانون اساسی، بانکداری نظیر بسیاری دیگر از فعالیت‌های مهم اقتصادی، جزئی از بخش دولتی دانسته شد لیکن با توسعه فعالیت‌های اقتصادی، به تدریج زمینه فعالیت بخش

۳۶. در زمان حاضر، بانک‌های دولتی عبارتند از: بانک ملی ایران، بانک کشاورزی، پست بانک ایران، بانک سپه، بانک صنعت و معدن، بانک توسعه تعاون و بانک توسعه صادرات ایران که به ترتیب بر اساس قوانین خاص مصوب، اساس‌نامه‌ای مستقل داشته و به فعالیت می‌پردازند.

خصوصی در فعالیت‌های مختلف از جمله بانکداری حاصل شد.^{۳۷} در همین راستا، متعاقب ماده ۹۸ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی کشور مصوب سال ۱۳۷۹، ماده واحده قانون اجازه تأسیس بانک‌های غیردولتی در تاریخ ۱۳۷۹/۱/۲۱ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید که بر همین اساس، از سال ۱۳۷۹ به بعد، بسیاری از بانک‌های خصوصی تأسیس شده و شروع به فعالیت نمودند.

بانک‌های خصوصی نیز در فرض تحقق شرایط از جمله توقف و سایر شرایط موضوع ماده ۳۹ قانون پولی و بانکی کشور، می‌توانند وضعیتی بحرانی یافته و تحت اداره موقت قرار گیرند؛ به نحوی که حسب مورد، اداره امور یک بانک خصوصی به بانک مرکزی، بانک دولتی یا بانک خصوصی دیگر واگذار شود. البته با مرور تاریخ چنین برمی‌آید که در نظام حقوق بانکی ایران، واگذاری اداره امور یک بانک دولتی یا خصوصی توسط بانکی دیگر تا زمان حاضر، به وقوع نپیوسته و بعید است که در آتی نیز به وقوع بپیوندد؛ چراکه به دلیل پشتیبانی و حمایت همه‌جانبه دولت و دیگر نهادهای بزرگ از بانک‌های دولتی و خصوصی، حدوث توقف اعم از توقف ترازنامه‌ای و نقدینگی و آستانه‌ای در مورد آنها بعید به نظر رسیده و زمینه‌های شروع کفالت، محقق نمی‌شود؛ وانگهی، بنا بر مصالح عالی، همواره تلاش شده که بانک‌ها اقتدار خویش را حفظ کرده و اعتماد عموم مردم به گروه بانک‌ها، تثبیت و تقویت شود.

۴-۱-۲- امکان‌سنجی پیاده‌سازی نهاد اداره موقت در خصوص سایر مؤسسات اعتباری غیر بانکی

فارغ از آنکه نهاد سرپرستی می‌تواند در مورد بانک‌ها اعمال شود (که شرح آن گذشت)، این پرسش مطرح می‌شود که آیا قلمرو این نهاد محدود به بانک‌ها می‌باشد یا در خصوص دیگر مؤسسات اعتباری غیر بانکی، در فرض وقوع بحران، قابلیت پیاده‌سازی دارد؟ البته از منظر قانونی، وفق تبصره الحاقی به ماده ۴۱ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۹۴/۷/۷، می‌توان دریافت که فرآیند اداره موقت، اصولاً در مورد تمام مؤسسات اعتباری غیر بانکی (که با تشخیص بانک مرکزی به عملیات بانکی مبادرت می‌ورزند) قابلیت اجرا دارد. در این قسمت به ترتیب به امکان پیاده‌سازی این نهاد در خصوص شرکت‌های تعاونی اعتبار، شرکت‌های لیزینگ، صرافی‌ها، صندوق‌های قرض‌الحسنه و شرکت‌های بیمه می‌پردازیم:

۳۷. محمد سلطانی، حقوق بانکی (تهران: میزان، ۱۳۹۳)، ۷۴.

۴-۱-۲-۱- شرکت‌های تعاونی اعتبار

متعاقب تصویب قانون تنظیم بازار غیرمتشکل پولی مصوب ۱۳۸۳/۱۰/۲۲، با توجه به اینکه فعالیت شرکت‌های تعاونی اعتبار، از مصادیق اشتغال به عملیات بانکی می‌باشد، بدو «دستورالعمل اجرایی تأسیس، فعالیت و نظارت بر شرکت‌های تعاونی اعتبار» در تاریخ ۱۳۸۶/۶/۳ به تصویب شورای پول و اعتبار رسید. گرچه از یک سو، وفق ماده ۱۴ دستورالعمل اجرایی تأسیس، فعالیت و نظارت بر شرکت‌های تعاونی اعتبار، این شرکت‌ها، افتتاح سپرده منحصرأً برای اعضای شرکت صورت می‌پذیرد و از دیگر سو، مطابق با ماده ۱۷ از همان دستورالعمل، «شرکت می‌تواند در چهارچوب قانون عملیات بانکی بدون ربا، نسبت به اعطای تسهیلات صرفاً به اعضای خود اقدام نماید»؛ اما در عمل، شاهد آن بوده‌ایم که شرکت‌های تعاونی اعتبار، نه تنها با تبلیغات گسترده برای جذب سپرده‌های مردمی، برای اشخاص غیر عضو نیز سپرده‌های متفاوتی افتتاح نموده‌اند بلکه تسهیلات متعدد و متنوعی نیز به غیر اعضا و آحاد جامعه اعطا و پرداخت کرده‌اند؛ به نحوی که در اثر تخطی از ضوابط و مقررات و پرداخت سودی بیشتر برای سپرده‌های سرمایه‌گذاری (در قیاس با بانک‌ها و مؤسسات اعتباری دیگر)، چه بسا اشخاص زیادی بدین شرکت‌ها روی آورده‌اند. این قضایا در کنار دیگر عوامل، سبب بروز بحران در مورد بسیاری از شرکت‌های تعاونی اعتبار در نظام حقوق بانکی ایران شده است.

معتقدیم که در فرض تحقق شرایط از جمله توقف و سایر شرایط موضوع ماده ۳۹ قانون پولی و بانکی کشور، وضعیت شرکت‌های تعاونی اعتبار نیز می‌تواند اداره موقت قرار گیرند. در اجرای این فرآیند، بعد از تصویب آن و انعقاد توافق‌نامه کفالت و دیگر مقدمات و تشریفات، اداره امور یک شرکت تعاونی اعتبار به بانک مرکزی، بانک دولتی یا بانک خصوصی یا شرکت تعاونی اعتبار دیگر محول و سپرده می‌شود.^{۳۸}

۴-۲-۲-۱- شرکت‌های لیزینگ

پس از تصویب قانون تنظیم بازار غیرمتشکل پولی و با توجه به اینکه فعالیت شرکت‌های لیزینگ از مصادیق فعالیت در این بازار می‌باشد، «دستورالعمل اجرایی تأسیس، نحوه فعالیت و نظارت بر شرکت‌های لیزینگ» توسط شورای پول و اعتبار به تصویب رسیده و چندین بار با اصلاحاتی نیز مواجه گردید. مقصود از عملیات لیزینگ، وفق ماده ۵-۱ دستورالعمل مذکور، «تأمین مالی مشتری از طریق

۳۸. این قضیه در عمل نیز در نظام حقوق بانکی ایران محقق شده است. برای مثال، بعد از توقف شرکت‌های تعاونی اعتبار میزان، ثامن الحجج و اعتماد ایرانیان و ... بانک مرکزی مداخله نموده و ضمن تصویب موضوع واگذاری اداره امور، کفالت و سرپرستی آنها به بانک صادرات، بانک پارسیان و بانک قوامین محول شد.

تهیه کالا اعم از اموال منقول و غیرمنقول توسط شرکت لیزینگ (واسپاری) و انتقال و واگذاری آنها به مشتری در قالب یکی از قراردادهای اجاره به شرط تملیک یا فروش قسطی» می‌باشد.

با این وصف، روشن است که شرکت‌های لیزینگ نیز مصداقی از مؤسسات اعتباری غیربانکی می‌باشند که مقررات و ضوابط خاصی برای فعالیت آنها تعریف شده و تحت نظارت بانک مرکزی به فعالیت می‌پردازند. از همین رو می‌توان احکام ناظر بر بانک‌ها را (نیز تا حدی که با فلسفه تأسیس و ماهیت فعالیت آنها انطباق دارد) بر لیزینگ‌ها نیز اعمال نمود؛ از جمله در فرضی که یک شرکت لیزینگ بنا به دلایلی، متوقف شده یا سایر شرایط اداره موقت، در خصوص آن حادث و محقق گردد، بانک مرکزی می‌تواند به عنوان نهاد ناظر و بر بنیاد مبانی موجود از جمله ماده ۳۹ قانون پولی و بانکی کشور وارد عمل شده و حسب مورد، یا خود رأساً اداره امور شرکت لیزینگ را بر عهده گیرد یا آن را به شرکت لیزینگ دیگر واگذار نماید. البته در اجرای فرآیند سرپرستی در خصوص شرکت‌های لیزینگ، برخی از موضوعات زمینه طرح ندارند. برای نمونه، از آنجاکه لیزینگ‌ها برخلاف بانک‌ها و برخی دیگر از مؤسسات اعتباری، مبادرت به جذب سپرده نکرده و اساساً در این زمینه، اهلیت و صلاحیت قانونی ندارند، موضوعاتی چون هجوم سپرده‌گذاران برای دریافت سپرده‌های خود، اولویت آنها و ... در مورد آنها موضوعیت ندارد.

۴-۱-۲-۳- شرکت‌های صرافی

نخستین بار شورای پول و اعتبار در تاریخ ۱۳۸۵/۱۰/۹، با تکیه بر ماده ۱۱ قانون پولی و بانکی کشور، «دستورالعمل اجرایی تأسیس، فعالیت و نظارت بر صرافی‌ها» را به تصویب رساند که اخیراً در تاریخ ۱۴۰۰/۲/۲۸ اصلاح شده و ابلاغ گردید.

مطابق با ماده ۱-۴ دستورالعمل اخیر، مقصود از عملیات صرافی، «انجام هر یک از فعالیت‌های خرید و فروش ارز، عملیات مربوط به حواله‌های ارزی از طریق مؤسسات اعتباری و ارائه خدمات برون مرزی از طریق کارگزاران در چهارچوب قوانین و مقررات ارزی» می‌باشد.

صرافی‌ها به جهت ماهیت و وظایف خاصی که به عهده دارند، مجاز به انجام عملیات بانکی مربوط به اعطای تسهیلات اعتباری و یا دریافت و نگهداری سپرده از مشتریان نمی‌باشند. بنابراین صرافی‌ها نیز مصداقی از مؤسسات اعتباری غیربانکی می‌باشند که تحت حاکمیت مقررات و ضوابط خاصی از حیث تأسیس و فعالیت بوده و بانک مرکزی به عنوان نهاد ناظر، همواره بر فعالیت آنها نظارت دارد.

بر همین بنیاد معتقدیم که احکام و قواعد ناظر بر بانک‌ها را نیز تا درجه‌ای که با ماهیت فعالیت شرکت‌های صرافی انطباق دارد، می‌توان بر این شرکت‌ها نیز اعمال نمود؛ از جمله در صورتی که یک

شرکت صرافی (خصوصاً صرافی‌های بزرگ نظیر صرافی‌های پایتخت) بنا به دلایلی، متوقف گردیده یا سایر شرایط اداره موقت، در خصوص آن تحقق یافته و وضعیت آن بحرانی تشخیص داده شود، بانک مرکزی می‌باید به عنوان نهاد ناظر و بر اساس مبانی قانونی از جمله ماده ۳۹ قانون پولی و بانکی کشور، حسب مورد، یا خود رأساً اداره امور شرکت صرافی را بر عهده گیرد یا آن را به شرکت صرافی دیگر واگذار نماید.^{۳۹}

۴-۱-۲-۴- صندوق‌های قرض الحسنه

صندوق‌های قرض الحسنه، مؤسساتی هستند که هم در تجهیز و هم در تخصیص منابع صرفاً از قالب قرارداد قرض الحسنه استفاده می‌کنند. این صندوق‌ها بر اساس مواد ۵۸۴ و ۵۸۵ قانون تجارت و بند الف ماده ۲ آیین‌نامه اصلاحی ثبت تشکیلات و مؤسسات غیرتجاری تشکیل شده و مقصود از تشکیل آنها، جلب منافع و تقسیم سود بین اعضا نمی‌باشد.

هم‌اکنون مقررات متعددی بر فعالیت صندوق‌های قرض الحسنه حاکم می‌باشد؛ از جمله آنکه شورای پول و اعتبار، در تاریخ ۱۳۸۸/۵/۲۰، دستورالعمل اجرایی تأسیس، فعالیت و نظارت بر صندوق‌های قرض الحسنه را به تصویب رساند که در آن ضوابط و احکامی پیش‌بینی شده است.^{۴۰}

همچون شرکت‌های لیزینگ و صرافی‌ها، صندوق‌های قرض الحسنه نیز در عداد مؤسسات اعتباری غیر بانکی قرار می‌گیرند که بنا به مقررات و ضوابط خاصی، تأسیس گردیده و فعالیت می‌نمایند و بانک مرکزی به اشکال مختلف بر آنها نظارت می‌کند. از همین رو، به نظر می‌رسد که امکان پیاده‌سازی نهاد اداره موقت در خصوص صندوق‌های قرض الحسنه نیز تا حد زیادی وجود داشته و احکام و قواعد

۳۹. موضوع اداره موقت در خصوص صرافی‌ها، اخیراً تجلی بیشتری پیدا کرده است؛ چراکه با ترویج بازار رمزرها و دخالت گسترده صرافی‌ها در این حوزه، بسیاری از شرکت‌های صرافی فعال در این زمینه، به دلایلی متعدد و خاص متوقف شده یا مدیران آنها دست به اقدامات مجرمانه زده‌اند. از همین رو، به منظور احقاق حقوق مشتریان و همچنین در راستای مصالح عامه، زمینه‌هایی برای آغاز فرآیند اداره موقت در خصوص صرافی‌های بحران زده و مشکل دار وجود دارد تا بدین وسیله بتوان کفالت آنها را به صرافی‌های دیگر واگذار کرده و آنها را از بحران خارج نمود.

۴۰. از یک طرف، وفق ماده ۱۹ دستورالعمل اجرایی تأسیس، فعالیت و نظارت بر صندوق‌های قرض الحسنه، «صندوق صرفاً می‌تواند نسبت به گشایش حساب قرض الحسنه پس‌انداز اقدام نماید.» و از طرف دیگر، بنا بر ماده ۲۲ از دستورالعمل پیش‌گفته، «صندوق صرفاً در قالب قرض الحسنه به انجام عملیات مبادرت می‌ورزد و منابع صندوق تنها به اعطای وام قرض الحسنه تخصیص داده می‌شود؛ نک: علی اصغر، هادی نیا، «اوراق قرض الحسنه»، مجله اقتصاد اسلامی ۴ (۱۳۷۸)، ۱۹.

ناظر بر بانک‌ها را نیز تا درجه‌ای که با ماهیت فعالیت صندوق‌های قرض الحسنه تطابق دارد، می‌توان بر این صندوق‌ها جاری ساخت؛ از جمله در صورتی که یک صندوق قرض الحسنه (خصوصاً صندوق‌های قرض الحسنه بزرگ) بنا به دلایلی، دچار توقف گردیده یا سایر شرایط اداره موقت، در خصوص آن تحقق یابد، بانک مرکزی به عنوان نهاد ناظر و بر اساس مبانی قانونی موجود، مداخله نموده و حسب مورد، یا خود رأساً اداره امور صندوق را بر عهده گرفته یا آن را به بانک یا صندوقی دیگر واگذار می‌نماید.

۴-۱-۲-۵- شرکت‌های بیمه

شرکت‌های بیمه در نظام حقوقی ما تابع قوانینی چون قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶، قانون تأسیس بیمه مرکزی ایران و بیمه‌گری مصوب ۱۳۵۰، قانون اداره امور شرکت‌های بیمه مصوب ۱۳۶۷، قانون تأسیس مؤسسات بیمه غیردولتی مصوب ۱۳۸۰ و ... می‌باشند.

گرچه شرکت‌های بیمه از حیث ساختار قانونی و کارکرد^{۴۱} نمی‌توانند در زمره مؤسسات اعتباری موضوع حقوق بانکی قرار گیرند و عملیات بیمه‌ای موضوعاً و حکماً با عملیات بانکی متفاوت می‌باشد اما اداره موقت یا سرپرستی در خصوص شرکت‌های بیمه نیز می‌تواند مطرح گردیده و امکان‌سنجی و ارزیابی شود.

شرکت‌های بیمه نیز به عنوان یکی از مصادیق اشخاص حقوقی تاجر وفق ماده ۲ قانون تجارت، ممکن است حسب مورد متوقف شده یا از رعایت قوانین و مقررات تخطی کنند یا مدیران آن سلب صلاحیت شوند و ...؛ به نحوی که با تکیه بر رویکردی مشابه، در این حال بتوان یک شرکت بیمه را متوقف یا بحران‌زده توصیف نموده و در راستای مصالح جمعی، سرپرستی و واگذاری کفالت آن به شرکت بیمه دیگر را پیشنهاد نمود.

بر همین بنیاد به نظر می‌رسد تا حدی که عملیات بیمه‌ای از منظر ماهیت با عملیات بانکی تشابه داشته و تا حدی که نهاد اداره موقت با ساختار، کارایی، عملکرد و اهداف شرکت‌های بیمه سازگاری داشته باشد، بتوان بدین تأسیس تمسک نموده و در مواقع بروز بحران در خصوص یک شرکت بیمه، مبادرت به سرپرستی و واگذاری اداره امور آن به شرکت بیمه دیگر نمود. در نهایت، فارغ از آنکه عملیات بیمه‌ای و اداره امور شرکت‌های بیمه در فرض وقوع بحران، موضوع این پژوهش نمی‌باشد، معتقدیم

۴۱. وفق ماده ۱ قانون بیمه، عملیات بیمه‌ای عبارت است از: «عملیاتی که به موجب آن، یک طرف تعهد می‌کند در ازای پرداخت وجه یا وجوهی از طرف دیگر، در صورت وقوع یا بروز حادثه، خسارت وارده بر او را جبران نموده یا وجه معینی بپردازد.»

که نهاد اداره موقت و کفالت در مورد شرکت‌های بیمه نیز قابلیت پیاده‌سازی دارد که ما آن را اصطلاحاً «کفالت بیمه‌ای» می‌نامیم.

۴-۲- قلمرو موضوعی

در کنار قلمرو شخصی نهاد اداره موقت، قلمرو موضوعی آن نیز محل بحث بوده و واجد آثار نظری و عملی می‌باشد.

بر همین اساس، در این بند بدواً به قلمرو اختصاصی اعمال نهاد اداره موقت پرداخته (قسمت الف) و سپس امکان پیاده‌سازی این نهاد را در خصوص دیگر زمینه‌ها، ارزیابی و بررسی می‌نماییم (قسمت ب):

۴-۲-۱- قلمرو اختصاصی اعمال نهاد اداره امور بانک

دیدگاه اول در خصوص نهاد اداره موقت آن است که این نهاد، قلمرو محدودی داشته و اثر آن صرفاً در حد مدیریت سپرده‌ها می‌باشد. با این وصف، با تحقق عناصر لازم از جمله توقف و عوامل مشابه و بعد از آغاز فرآیند کفالت، بانک یا مؤسسه اعتباری کفیل، صرفاً به منظور حمایت از سپرده‌گذاران و تثبیت اعتماد عمومی، تنها به مدیریت سپرده‌ها می‌پردازد و سایر موضوعات چون مدیریت دیگر بدهی‌های مکفول، وصول مطالبات، انعقاد قراردادهای و انجام معاملات، فروش اموال منقول و غیر منقول مؤسسه مکفول و ... از این قلمرو خارج می‌باشد. با این وصف، نه تنها بانک یا مؤسسه اعتباری کفیل، صلاحیتی در دیگر زمینه‌ها نداشته بلکه کماکان خود بانک یا مؤسسه اعتباری مکفول و مدیران آن بدان‌ها می‌پردازند.

به نظر ما، تعیین قلمرو اختصاصی برای نهاد اداره موقت و تمرکز صرف بر مدیریت سپرده‌ها، مطلوب نبوده و از جهاتی محل ایراد است؛ چراکه اولاً توقف در اغلب موارد، از عناصر و شرایط تحقق کفالت بانکی بوده لیکن همیشه از شرایط و عناصر آغاز فرآیند سرپرستی محسوب نمی‌شود؛ حال آنکه رویکرد محض مدیریت سپرده‌ها صرفاً به وقوع توقف و پدیده هجوم بانکی^{۴۲} و یورش سپرده‌گذاران نظر دارد. وفق ماده ۳۹ قانون پولی و بانکی ایران، آغاز فرآیند اداره موقت به چند عامل یا مورد مشروط و منوط شده

۴۲. پدیده هجوم بانکی (Bank run)، بیانگر این است که اگر سپرده‌گذاران احساس کنند که مشکلات بانک یا مؤسسه اعتباری ضعیف، سپرده‌های ایشان را تهدید می‌کند، این مشکل به طور زنجیره‌ای به تمام بانک‌ها سرایت می‌کند و حتی ممکن است سبب شود کل نظام بانکی در معرض سقوط قرار بگیرد؛ نک:

Diamond Douglas & Philip Dybvig, «Bank Runs, Deposit Insurance & Liquidity», *The Journal of Political Economy* 91(1983), 435.

است. با اندک تأملی در این ماده، چنین برمی‌آید که صرفاً **توقف (بند هـ)** به عنوان شرط آغاز فرآیند اداره موقت تلقی نشده بلکه حسب مورد، شرایط منعکس در چهار بند دیگر نیز می‌توانند گاهی آغازگر سرپرستی و اداره موقت یک بانک یا مؤسسه اعتباری باشند؛ ثانیاً از جمله آثار اداره موقت، منع مدیران بانک یا مؤسسه اعتباری مکفول از دخالت در امور آن می‌باشد؛ در حالی که اگر قلمرو کفالت بانکی را مضیق تفسیر کرده و محدود به مدیریت سپرده‌ها بدانیم، در عمل، در اداره مؤسسه اعتباری تحت کفالت با دوگانگی و ناهماهنگی مواجهیم؛ به نحوی که بانک یا مؤسسه اعتباری کفیل صرفاً در خصوص مدیریت سپرده‌های مردمی دخالت دارد و سایر موضوعات به دلیل عدم تصدی مدیران سابق مؤسسه اعتباری مکفول و منع ایشان از دخالت در امور، با تکلیف مانده و مهمل گذاشته می‌شود؛ ثالثاً بر بنیاد مراتب پیش‌گفته، برخی از مؤسسات اعتباری چون شرکت‌های لیزینگ و صرافی‌ها اساساً به عملیات جذب سپرده و تجهیز منابع از این طریق نپرداخته و در این حوزه، صلاحیت و اهلیت قانونی ندارند؛ حال آنکه اگر قلمرو تأسیس سرپرستی را محدود به اداره سپرده‌ها بدانیم، پیاده‌سازی و اجرای فرآیند کفالت در مورد این دسته از مؤسسات اعتباری، سالبه به انتفای موضوع است.

۴-۲-۲- امکان‌سنجی پیاده‌سازی نهاد اداره موقت در خصوص سایر موضوعات

در عرض رویکرد اولیه مبنی بر انحصار موضوعی اداره موقت به مدیریت سپرده‌ها، رویکرد دوم بر این بنیاد استوار است که پس از تصویب فرآیند کفالت و کنار رفتن مدیران مکفول، بانک یا مؤسسه اعتباری سرپرست، به عنوان نماینده، جانشین مدیران سابق بانک یا مؤسسه اعتباری مکفول شده، اداره تمام اموال را به دست گرفته و به مدیریت همه امور می‌پردازد. این دیدگاه، قلمرو اداره موقت را بسیار گسترده‌تر توصیف نموده و منحصر به مدیریت سپرده‌ها نمی‌داند. با این ترتیب، علاوه بر مدیریت سپرده‌ها، نهاد اداره موقت در دیگر زمینه‌ها نیز پیاده شده و اجرا می‌گردد؛ به نحوی که سایر موضوعات چون مدیریت دیگر دیون بانک یا مؤسسه اعتباری تحت کفالت، وصول مطالبات آن، انعقاد قراردادهای و انجام معاملات، فروش اموال منقول و غیرمنقول مؤسسه مکفول، پرداخت هزینه‌های جاری و ... نیز در صلاحیت بانک یا مؤسسه اعتباری کفیل می‌باشد. با این وصف، بانک یا مؤسسه اعتباری مکفول، صلاحیتی در دیگر زمینه‌ها نداشته بلکه کفیل به جای مدیران سابق، بدان‌ها خواهد پرداخت.

به نظر می‌رسد که رویکرد دوم مبنی بر صلاحیت اداره کلیه امور و مدیریت تمام دارایی‌ها توسط بانک یا مؤسسه اعتباری کفیل، اقوی و مقرون به واقع بوده و به اهداف نهاد اداره موقت، بهتر جامه

عمل می‌پوشاند. با تکیه بر این دیدگاه، از یک سو، نه تنها سپرده‌های مشتریان مدیریت شده و در اولویت پرداخت قرار می‌گیرد بلکه سایر طلبکاران بانک یا مؤسسه اعتباری مکفول نیز مورد حمایت قرار گرفته و طلب ایشان پرداخت می‌شود.^{۴۳} از دیگر سو، بانک یا مؤسسه اعتباری کفیل، اختیارات وسیعی داشته و در پی تأمین نقدینگی می‌باشد و در همین راستا، اموال و املاک مازاد مؤسسه اعتباری تحت کفالت را می‌فروشد و از مراجع مختلف چون بانک مرکزی، تقاضای وام می‌نماید، مطالبات مؤسسه تحت اداره را وصول کرده و به ویژه، به وصول مطالبات از تسهیلات‌گیرندگان و گیرندگان خدمات بانکی می‌پردازد. افزون بر آن، در راستای حسن اداره امور و مدیریت دارایی، از خدمات کارشناسان و متخصصان چون مشاوران حقوقی، وکلا، حسابداران و ... استفاده می‌نماید.

به علاوه، چون مدیران سابق بانک یا مؤسسه اعتباری مکفول، از هر گونه تصرف در اموال و امور آن منع می‌شوند، بانک یا مؤسسه اعتباری کفیل، جای ایشان را پر کرده و به اداره آن می‌پردازد که مانع از تعطیلی امور بانک، تضییع حقوق سپرده‌گذاران و ... می‌شود.

منطوق و مفاد ماده ۳۹ قانون پولی و بانکی کشور نیز به اداره مطلق امور اشاره داشته و اداره موقت را مقید به مدیریت سپرده‌ها نمی‌داند؛ چراکه اولاً وفق ماده ۳۹ از قانون پیش گفته، در این حالت، «اداره امور بانک به عهده بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران واگذار شده و یا ترتیب دیگری برای اداره امور بانک داده می‌شود ...» که لفظ «اداره امور بانک» اطلاق و عموم داشته و منحصر به مدیریت سپرده‌های مشتریان نمی‌باشد، ثانیاً قانونگذار در مقام بیان بوده و آگاهانه، عبارت «اداره امور بانک» را استعمال کرده تا مبادا، امور بانک یا مؤسسه اعتباری تحت کفالت معطل ماند.^{۴۴}

43. John C. Jr Murphy et al., «Treasury Proposes Legislation to Resolve Systemically Significant Financial Companies», *Banking Law Journal* 126 (2009), 488.

۴۴. همچنین آیین‌نامه طرز اداره بانک و نحوه الغای اجازه تأسیس بانک مصوب ۱۳۵۱/۱۱/۱ موضوع ماده ۴۰ قانون پولی و بانکی کشور، صرفاً به مدیریت سپرده‌ها توسط مدیر موقت نظر نداشته بلکه دامنه و قلمرو اداره امور را گسترده‌تر توصیف کرده است. برای نمونه، وفق ماده ۱ این آیین‌نامه، «هر گاه اداره امور بانک در مورد ماده ۳۹ قانون پولی و بانکی کشور به عهده بانک مرکزی ایران واگذار شود، این بانک می‌تواند امور بانک را رأساً اداره نماید و یا با تجویز هیأت مذکور در ماده ۳۹، آن را به شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی دیگر محول نماید.» در این ماده عبارت «امور بانک» صادق بر افراد عدیده بوده و تنها مدیریت سپرده‌ها را شامل نمی‌گردد.

همچنین، مطابق ماده ۲ این آیین‌نامه، «بانک مرکزی ایران یا شخص و اشخاصی که اداره بانک به آنها محول می‌شود، دارای تمام اختیاراتی می‌باشند که به موجب اساس‌نامه بانک، به هیأت مدیره و مدیرعامل داده شده و از تاریخ واگذاری اداره بانک، هیأت مدیره و مدیرعامل بانک، اختیاری در اداره بانک نخواهند داشت ...» افزون بر آن، مطابق با ماده ۳ از همان آیین‌نامه: «هر گاه اختیاراتی که به موجب اساس‌نامه به مدیران داده شده است، به تشخیص بانک مرکزی ایران، کافی

با تکیه بر موازین قانونی موجود چنین برمی‌آید که اولاً مدیر موقت دارای تمام اختیارات هیأت مدیره و مدیرعامل سابق بانک یا مؤسسه اعتباری مکفول می‌باشد؛ حال آنکه اختیارات هیأت مدیره و مدیرعامل بنا بر منطوق و مفاد اساسنامه بسیار وسیع بوده و شامل تمام مصادیق و افراد اداره می‌شود و منحصر به اداره سپرده‌ها نیست. ثانیاً چون هیأت مدیره و مدیرعامل بانک یا مؤسسه اعتباری تحت سرپرستی، از تاریخ شروع فرآیند کفالت، اختیاری در اداره امور آن ندارند و مدیر موقت جایگزین آنها می‌شود، پس همچون ایشان، اختیارات متعدد و گسترده‌ای دارد. ثالثاً اطلاق اداره امور نیز همین نتیجه را اقتضا می‌نماید؛ چراکه اصل تساوی طلبکاران و مدیریت اموال به سود همه، مانع از تخصیص اموال به برخی از آنها می‌شود.^{۴۵}

در رویه قضایی هم این بحث اختلافی می‌باشد اما بیشتر دیدگاه دوم، مورد قبول واقع شده است. برای نمونه، شعبه ۳۴ دادگاه عمومی حقوقی مشهد در دادنامه به شماره ۹۱۰۸۲۴ مورخ ۱۳۹۱/۶/۱۲ چنین اشعار می‌دارد: «تجدیدنظرخواهی تعاونی اعتبار فرشتگان نسبت به دادنامه به شماره ۵۳۲ مورخ ۱۳۹۱/۵/۱۶ صادره از شعبه ۵۳ شورای حل اختلاف مشهد که به طرفیت آقای ... طرح شده، وارد بوده و رأی اصداری درخور نقض می‌باشد؛ زیرا هرچند دفاع تعاونی اعتبار فرشتگان در مورد تفکیک سپرده‌گذاران و سایر طلبکاران تعاونی کفالت امید صحیح نیست و بر اساس مفهوم کفالت که در عرف بانک مرکزی به معنای واگذاری حقوق مالی و تعهدات بوده و متفاوت با انحلال می‌باشد، تعاونی مذکور عهده‌دار کلیه تعهدات در مقابل کلیه حقوق (الغرم بالغرم) می‌باشد...». این رأی به موجب دادنامه به شماره ۹۱۰۹۹۷۵۱۳۲۴۰۱۵۳۶ مورخ ۱۳۹۱/۹/۱۸ صادره از سوی شعبه ۴ دادگاه تجدیدنظر استان خراسان رضوی، عیناً تأیید شده است.

همچنین در رأی صادره از شعبه ۳۵ دادگاه عمومی حقوقی مشهد به شماره ۹۱۰۰۹۹۷۵۱۳۲۴۰۰۱۲۱۵ مورخ ۱۳۹۲/۹/۱۴، دادگاه محترم چنین عقیده داشته است: «... حسب صورت جلسه ارائه شده توسط خوانده دوم، کفالت خوانده اول بر عهده

برای اداره بانک نباشد، اختیارات لازم با تصویب شورای پول و اعتبار و تأیید هیأت مذکور در ماده ۳۹ قانون پولی و بانکی کشور، اعطا خواهد شد.» که با تکیه بر این مقرر، می‌توان گفت که اداره موقت، همه امور و مصادیقی که برای اداره بانک یا مؤسسه اعتباری مکفول لازم است را در بر می‌گیرد؛ حتی اگر اختیارات منعکس در اساس نامه برای اداره آن کافی نباشد.

۴۵. خدابخشی، پیشین، ۱۸۶.

خواننده دوم قرار داده شده است و عمل مذکور در راستای نظارت بر مؤسسات مالی و اعتباری بوده است که توسط بانک مرکزی صورت گرفته و بانک مرکزی با اختیار حاصل از تبصره ۲ ماده ۲ قانون تنظیم بازار غیرمتشکل پولی، تکفل و سرپرستی خواننده ردیف اول را در اختیار خواننده ردیف دوم قرار داده که در این صورت، خواننده ردیف دوم هم اختیار اموال خواننده ردیف اول را داراست و هم باید در قبال بدهی و دیون خواننده، پاسخگو باشد و استناد خواننده دوم به اینکه صرفاً مسؤلیت مدیریت در پرداخت سپرده‌های مردمی را داراست، با توجه به مراتب پیش گفته مؤثر نیست؛ لذا حکم بر محکومیت خواننده ردیف دوم صادر می‌شود...». در نقطه مقابل، شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان خراسان رضوی، با نقض رأی دادگاه نخستین، چنین مقرر می‌دارد: «نظر به اینکه رابطه قراردادی منتهی به طلب خواهان از شرکت ...، ربطی به شرکت تجدیدنظر خواننده ندارد؛ از سویی آنچه حسب توافق‌نامه‌های انجام‌شده به عهده مؤسسه ... به عنوان کفیل قرار گرفته، صرفاً پرداخت سپرده‌های مردم نزد شرکت تعاونی امید بوده است ... و تعهد شرکت مذکور از سایر دیون و تعهدات شرکت امید، غیر از سپرده‌های مردم بوده است، از این رو این دادگاه با نقض رأی تجدیدنظر خواسته، حکم به رد دعوی خواهان صادر می‌کند.»

نتیجه و پیشنهادها

یکی از روش‌های بازسازی بانک‌ها و دیگر مؤسسات اعتباری در زمان بروز بحران، اداره موقت می‌باشد که با وقوع توقف در روند امور آنها آغاز می‌شود. در این حال، مقام ناظر شخصاً اداره یک بانک یا مؤسسه اعتباری را به دست گرفته یا اداره امور و اموال آن را به بانک یا مؤسسه اعتباری دیگر واگذار می‌نماید که در حقوق بانکی، اصطلاحاً بدین تأسیس، «کفالت بانکی» یا «سرپرستی» یا «اداره امور بانک» یا «اداره موقت» گفته می‌شود.

در سال‌های اخیر به ویژه با بروز بحران در خصوص مؤسسات اعتباری غیرمجاز و توقف آنها، حقوق بسیاری از اشخاص (اعم از سپرده‌گذاران و سهام‌داران و ...) و نظم اجتماعی و اقتصادی جامعه بارها تحت الشعاع قرار گرفت که ضرورت پرداختن به موضوع پژوهش را بیش از پیش نمایان می‌سازد. بر بنیاد قواعد منعکس در قوانین و مقررات فعلی از جمله مواد ۳۹ و ۴۰ قانون پولی و بانکی کشور

و همچنین آیین‌نامه طرز اداره بانک، از یک‌سو، در اثر فرایند اداره موقت، بانک یا مؤسسه اعتباری بحران‌زده، منحل نشده و شخصیت حقوقی آن باقی می‌ماند و از دیگر سو، مدیران آن عزل شده و حسب مورد بانک مرکزی یا کفیل منتخب، زمام امور را به دست می‌گیرند.

با توجه به ویژگی‌های خاص و منحصر به فرد نهاد اداره موقت به ویژه حدوث در زمان بحران یا شرایط فوق‌العاده (خصیصه زمانی) و دخالت مقامات عمومی، آن را به عنوان تأسیسی مستقل با چهارچوب‌های خاص خود در حقوق بانکی به رسمیت می‌شناسیم.

در حین وقوع بحران، توافقاتی به صورت مقدم و دارای چهارچوب بین بانک مرکزی، مؤسسه مکفول و مؤسسه کفیل منعقد می‌شود؛ به نحوی که تحقق اداره موقت در درجه اول و در مرحله پیش عقد، اجباری و قهری بوده و در مرحله انعقاد، رنگ و بوی توافق به خود می‌گیرد و به عقد تحمیلی می‌ماند. وانگهی توافق‌نامه ناظر بر واگذاری کفالت، به حکم قانون و به دلیل تثبیت نظم عمومی و تقویت اعتماد همگانی تنظیم می‌شود. از همین رو، آن را نوعی «توافق تحمیلی و اجباری ناشی از قانون و مصالح عمومی» توصیف نمودیم.

همچنین در فرجام جستار و در مقام تبیین قلمرو شخصی و موضوعی این نهاد، دریافتیم که از یک طرف، فرآیند اداره موقت علاوه بر جریان در خصوص بانک‌ها، می‌تواند در مواقع بروز بحران در مورد دیگر مؤسسات اعتباری چون شرکت‌های تعاونی اعتبار، لیزینگ‌ها، صرافی‌ها، صندوق قرض الحسنه و حتی شرکت‌های بیمه نیز پیاده‌سازی شود و از دیگر سو، بر بنیاد دلایلی متعدد، این فرآیند نه‌تنها منحصر به مدیریت سپرده‌های مؤسسه مکفول نمی‌باشد بلکه فرآیندی جامع و فراگیر بوده و شامل اداره امور و مدیریت تمام اموال آن چون مطالبات، دیون، معاملات و ... می‌شود.

مهم‌جور ماندن نهاد اداره موقت و همچنین اجمال و سکوت قوانین در خصوص وصف حقوقی و قلمرو آن در نظام حقوقی ما، منشأ بروز ابهامات و اختلافاتی در عالم نظر و میدان عمل شده است. در راستای رفع این ابهامات و اختلافات، نظر بدان که یکی از ویژگی‌های اساسی یک قانون جامع، صراحت و شفافیت آن است، تصویب مواد ذیل و الحاق آن به قانون پولی و بانکی فعلی کشور یا پیش‌بینی آن در طرح جامع بانکداری، شایسته و ضروری به نظر می‌رسد:

در هنگام بروز بحران یا تحقق دیگر شرایط، بانک مرکزی می‌تواند بعد از تصویب هیأت مذکور در ماده ...، جهت ترمیم یا بازسازی یک بانک یا دیگر مؤسسات اعتباری، به صورت موقت، رأساً امور آن را اداره نموده یا اداره امور و اموال آن را به بانک یا مؤسسه اعتباری دیگر واگذار نماید.

فرآیند اداره موقت به حکم قانون بر بانک یا مؤسسه اعتباری تحت اداره، تحمیل می‌شود و به محض آغاز فعالیت بانک مرکزی یا نصب کفیل، مدیران بانک یا مؤسسه اعتباری مکفول، از اداره امور منع می‌شوند.

قواعد اداره موقت علاوه بر بانک‌ها، در مورد دیگر مؤسسات اعتباری چون شرکت‌های تعاونی اعتبار، شرکت‌های لیزینگ، صرافی‌ها و ... نیز اعمال می‌گردد. کفیل بعد از نصب، به مدیریت تمام اموال و اداره تمام امور می‌پردازد و مأموریت آن محدود به مدیریت سپرده‌ها نیست.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی کتاب

- جعفری، امین، حقوق بانکی (مدیریت بانکی). تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۴۰۰.
 - صفایی، سید حسین. قواعد عمومی قراردادها. تهران: میزان، ۱۳۸۷.
 - السنهوری، عبدالرزاق. نظریه العقد (الجزء الاول). بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه، ۱۹۹۸.
 - خدابخشی، عبدالله، حقوق دعاوی. تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۷.
 - کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی (قرارداد - ایقاع). تهران: میزان، ۱۳۹۰.
 - کاتوزیان، ناصر، عقود معین. جلد اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴.
 - کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها. جلد اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲.
 - جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش، ۱۳۹۲.
 - سلطانی، محمد، حقوق بانکی. تهران: میزان، ۱۳۹۳.
- مقالات
- بیگی، حبیب آبادی، احمد و حسین پاشایی. «حل و فصل بانک‌ها و مؤسسات اعتباری متوقف با نگاهی به طرح جامع بانکداری»، آموزه‌های فقه مدنی ۲۴ (۱۴۰۰): ۸۰-۵۱.
 - جعفری صامت، امیر. «ادغام؛ راهکاری موثر جهت جلوگیری از ورشکستگی بانک‌ها»، نشریه پژوهش‌های پولی و بانکی ۳۷ (۱۳۹۷): ۴۶۶-۴۳۷.
 - قنبری، حمید. «مروری بر ادبیات نظری ورشکستگی بانک‌ها»، فصلنامه تازه‌های اقتصاد ۱۴۰ (۱۳۹۲): ۴۴-۴۱.
 - نصیری، دانیال. «شناسایی کفالت بانکی و آثار آن در نظام حقوق بانکی ایران»، مقاله ارائه شده در سومین همایش بین‌المللی فقه و حقوق، وکالت و علوم اجتماعی، تهران، ۱۳۹۷/۱۱/۱.
 - نصیری، دانیال و عزت‌الله نصیری. «ورشکستگی بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری با نگاهی به کفالت بانکی»، مجله پژوهش‌های حقوقی ۴۶ (۱۴۰۰): ۱۶۸-۱۴۱.
 - هادوی نیا، علی اصغر. «اوراق قرض الحسنه»، مجله اقتصاد اسلامی ۴ (۱۳۷۸): ۱۰۴-۸۳.
 - انصاری، علی و جواد عسکری. «مطالعه تطبیقی ابزارهای حقوقی جایگزین ورشکستگی بانک‌ها»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی ۲۷ (۱۳۹۸): ۹۱-۱۱۳.
 - انتظاری نجف آبادی، علی رضا و روح‌الله مرتضایی. «بررسی اعتبار اصل صحت در ایقاعات»، مجله پژوهش‌های فقهی ۲ (۱۳۹۷): ۵۲۵-۵۵۴.
 - یوسفی دیندارلو، مجتبی. «آسیب شناسی بانکی؛ توقف و ورشکستگی بانکی (تبیین چستی موضوع)»، دفتر مطالعات اقتصادی مرکز پژوهش‌های مجلس (۱۳۹۴): ۵۸-۱.
 - صادقی مقدم، محمدحسن، هادی شعبانی و یاسر سهرابی. «بررسی اصل آزادی ایقاعات در فقه امامیه و حقوق ایران»، مجله آموزه‌های فقه مدنی ۱۱ (۱۳۹۴): ۷۲-۴۹.
 - عیسائی تفرشی، محمد، مرتضی شهبازی نیا و محمد ورمزیار. «اداره موقت واحدهای تجاری ورشکسته در حقوق انگلیس و ایران»، مجله مدرس علوم انسانی ۴ (۱۳۸۸): ۲۰۱-۱۷۷.
- ج- پایان‌نامه‌ها:
- گنجی، امید. «جنبه‌های حقوقی ادغام بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری». پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۹۵.

(ب) منابع خارجی

- Richard Scott, Carnell. » Handling the Failure of a Government-Sponsored Enterprise «*Washington Law Review* 80 (2005): 64-89.
- McGuire, Claire L. *Simple tools to Assist in the resolution of troubled banks*, Washington D.C: The World Bank, 2018.
- Parke, David C. *Closing a Failed Bank Resolution Practices and Procedure*, Washington D.C: International Monetary Fund, 2011.
- Diamond, Douglas & Philip Dybvig. »Bank Runs, Deposit Insurance & Liquidity «, *The Journal of Political Economy* 91 (1983): 38-64.
- Julie Andersen, Hill. »Shifting Losses: The Impact of Fannie's and Freddie's Conservatorships on Commercial Banks«, *Hamline Law Review* 35 (2012): 89-126.
- Burke, Michael E. »Improving china's bank regulation to avoid the asian bank contagion «, *UCLA Pacific Basin Law Journal* 17 (1999): 21-53.
- Murphy, John, Sinema Delaney, Heck Beatty and Vargas. »Treasury Proposes Legislation to Resolve Systemically Significant Financial Companies «, *Banking Law Journal* 126 (2009): 76-104.

Methods for Determination of Public Order Instances in Private International Law

Mohammade Alemzade¹

1. Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Humanities, Qaemshar Branch, Islamic azad university, Qaemshar, Iran.

Email: malemzade46@gmail.com



S.D.I.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



Publisher:
Shahr-e Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:
Original Research

DOI:
10.48300/JLR.2022.326024.1937

Received:
20 October 2021

Accepted:
3 February 2022

Published:
10 June 2023



A B S T R A C T

In the scope of Private international Law whenever external applicable Law is against to Public order of lex fori, it will be Prohibited from Performance. Initially in international institutions and Conferences , in concern with the criteria For determination of Foreign Law contrariness with Public order of Lex fori, in order to enumerate the rules which relates.

to Public order efforts were made, but due to cultural, religious and civilization variety of countries , these efforts were not successful. so nowadays determination of this subject is conferred to judicial authorities which called “deduction method”. But Extensive Power of judges in this method cause to that private international Law scholars provide solutions for limitation of judge’s power.

Planning the doctrine of “Acquired Rights”, the

Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



theory of diminished effect of Public Policy and the doctrine of intensity of the relationship with lex fori had been instances of this efforts. The result of these mentioned theories are that: If application of Foreign Law merely in practice is Contrary with Public order of Lex fori, the Judge prevented the implementation of Foreign law. This notion from public order is coordinate with the exceptional nature of public order rule in private international law.

Keywords: Public Order. Foreign Law. Vested Rights. The Method of Determination A Posteriori. Good Behavior.

Funding: The author received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Author contributions:

Mohammad Alemzade: Conceptualization, Methodology, Software, Validation, Analysis, Investigation, Resources, Data Curation, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing, Visualization, Supervision, Project administration.

Competing interests: The author declare that he has no competing interests.

Citation:

Alemzade, Mohammade. "Methods for Determination of Public Order Instances in Private International Law" *Journal of Legal Research* 22, no. 53 (June 10, 2023): 145-170.

Extended Abstract

In the scope of private international Law whenever foreign applicable Law is against to Public order of lex Fori, it will be prohibited from performance. There is two opinion about the notion of public order in private international law; because some of lawyers and scholars think that public policy has a extent notion .In fact from this point of view, public order ragards as a principle. But some other lawyers and scholars use it in a limit meaning and in the other hand Know for this notion an exceptional role. In fac from the earlier approach , public order is one of the exceptions of application of competent foreign law. There is such exception in laws of most of countries and international conventions respect to conflict of laws. For example article 975 of the civil code of the Islamic Republic of Iran prescribes this exceptional role of public order in private international law. Mentioned article reads that :The courts can not apply the foreign laws and private contracts which is contrary with the public order and morality ;althouth, as a general rule application of these laws is permitted. There is almost such similar article in other countries. For determination of public order instances generally has been used two methods. Initially in international institutions and Conferences , in concern with the criteria for determination of foreign Law contrarity with Public order of Lex Fori, in order to enumerate the rules which relates to Public order efforts were made. On the other hand this method says that the countries and international institutions must classifies the laws on the base of subject and determines the laws that is relate to public order .This method named the method of determination a priori , but due to cultural, religious and civilization variety of countries , these efforts were not successful .On the other hand privity of the public order and changeability of the fundamental rules of the lex Fori caused that the method of a “deduction method”. But extensive Power of judges in this method cause to that private international Law scholars provide solutions for limitation of judge’s power.

Planning the doctrine of “Acquired Rights”, the theory of diminished effect of Public Policy and the doctrine of intensity of the relationship with lex fori and the soloution of German's writers had been instances of this efforts. According to the theory of acquired rights there is less probability to revoke the public order, whenever we face with the acquired rights. Because of the principle of international recognition of acquired rights that the right was gained in one country it must be respected in another countries .The doctrine of diminished effect of public order also based on the doctrine of the acquired rights .Conforming this theory it must be distinguished between exist of right and the effect of right. for example if the proving of natural(illegal) lineage is not known in a country and a person want to prove the lineage to his illegal father

in that country, the courts of that country does not accept his action because of unconformity to public order, but if he was proved his illegal lineage in a country that is permitted it, generally he can use of its effects in other country although earlier country does not permit proving of illegal lineage. According to doctrine of intensity of the relationship with Lex Fori which is existed in German law, but has been affected in other countries such as France and united states of America and has accepted in practice. for limiting Of judge's power we must determine the degree of interference of public order in every case. This doctrine has not an decisive answer to the question that when we can invoke the public order and the court have to determine with the circumstances of every special case. According to the last doctrine which proposes by the German's writers does not apply merely the special rule that is contrary with the fundamental principles of Lex Fori Thus other regulation of foreign law maintains control of situation. This solution was applied in superm court of Germany and was prescribed in 2th section of article 22 of portogale's civil code . Although it seems that this theory does not limit the judge's power in the process of determination of the public policy instances and judges determine the application case of public order and further trys to select the solution that is not contrary with public order of Lex Fori . Result of these mentioned theories are that : If application of foreign Law merely in practice is Contrary with Public order of Lex Fori , the Judge prevented the implementation of Foreign law. This notion from public order is coordinate with the exceptional nature of public order rule in private international law.

روش‌های تعیین مصادیق نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی

محمد عالم زاده^۱

۱. استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، واحد قائم‌شهر، دانشگاه آزاد اسلامی، قائم‌شهر، ایران.
Email: m.alemzadeh@qaemiau.ac.ir

چکیده:

در قلمرو حقوق بین‌الملل خصوصی هرگاه قانون خارجی قابل اعمال، مخالف نظم عمومی کشور مقرر دادگاه باشد از اجرای آن جلوگیری می‌شود. در مورد معیار تشخیص مخالفت قانون خارجی با نظم عمومی مقرر دادگاه ابتدا در مؤسسات و کنفرانس‌های بین‌المللی تلاش‌هایی در جهت احصای موضوعات مربوط به نظم عمومی صورت گرفت، لیکن به دلیل تفاوت فرهنگ، مذهب و تمدن کشورها این تلاش‌ها ثمربخش نبوده است، از این‌رو امروزه تشخیص این موضوع به مراجع قضایی واگذار شده است که از این شیوه، به روش تعیین استقرایی یاد می‌شود؛ اما اختیار وسیع قضات در اجرای این روش موجب گردید تا علمای حقوق بین‌الملل خصوصی راه‌حلی را جهت تحدید اختیار قضات ارائه نمایند. طرح دکترین حقوق مکتسبه، نظریه اثر خفیف نظم عمومی و دکترین شدت ارتباط با مقرر دادگاه از جمله این تلاش‌ها بوده است. ماحصل نظریات یادشده این است که چنانچه اعمال قانون خارجی صرفاً در عمل مخالف با نظم عمومی کشور

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0 منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



پژوهش‌های حقوقی



نوع مقاله:
پژوهشی

DOI:

10.48300/JLR.2022.326024.1937

تاریخ دریافت:
۲۸ بهمن ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:
۱۴ بهمن ۱۴۰۰

تاریخ انتشار:
۲۰ خرداد ۱۴۰۲



مقر دادگاه باشد قاضی مقر دادگاه از اجرای قانون خارجی جلوگیری می‌نماید. این طرز تلقی از نظم عمومی با طبع استثنایی قاعده نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی نیز هماهنگی دارد.

کلیدواژه‌ها:

نظم عمومی، قانون خارجی، حقوق مکتسبه، روش استقرایی، اخلاق حسنه.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان:

محمد عالم زاده: مفهوم‌سازی، روش شناسی، استفاده از نرم‌افزار، اعتبارسنجی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش، تصویرسازی، نظارت، مدیریت پروژه.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسنده این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

عالم زاده، محمد «روش‌های تعیین مصادیق نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی». مجله پژوهش‌های حقوقی ۲۲، ش. ۵۳ (۲۰ خرداد ۱۴۰۲): ۱۴۵-۱۷۰.

مقدمه

در حقوق بین‌الملل خصوصی، اصطلاح نظم عمومی^۱ به عنوان یکی از موانع اجرای قانون خارجی صلاحیت‌دار مورد بحث قرار می‌گیرد. در این قلمرو منظور از نظم عمومی آن دسته از قواعد و اصول اساسی حقوق هر کشور است که هرگاه قانون خارجی و یا قراردادهای خصوصی با این اصول و قواعد در تعارض باشد اجرا نخواهد شد.^۲ در نتیجه نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی معنا و قلمرو محدودتری از حقوق داخلی دارد.^۳ به عقیده برخی از مؤلفین^۴، نظم عمومی در حقوق انگلیس قلمرو محدودتری از حقوق فرانسه دارد، به این دلیل که محاکم انگلیسی در بیشتر دعاوی مربوط به طلاق، حجر و فرزندخواندگی که به منافع عمومی ارتباط دارد قانون انگلیس را اجرا می‌کنند^۵ و مجالی برای اجرای قانون خارجی باقی نمی‌ماند تا به نظم عمومی استناد شود.

در ارتباط با ضرورت پرداختن به موضوع این نوشتار باید گفت که اگرچه پیرامون نظم عمومی از لحاظ مفهوم و کارکرد آن در حوزه حقوق داخلی و یا حقوق بین‌الملل خصوصی و حقوق بین‌الملل عمومی، تحقیقات و مطالعات گوناگونی در قالب مقاله و یا پایان‌نامه صورت گرفته است؛ اما در خصوص روش‌های تعیین مصادیق نظم عمومی به ویژه در حقوق بین‌الملل خصوصی، مطالعات کتابخانه‌ای انجام نشده است. از این‌رو نگارنده، در این نوشتار با استفاده از روش کتابخانه‌ای و به شیوه تحلیلی -

1. The method of determination a priori

۲. محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۰)، ۷۱۷؛ نجادعلی الماسی، تعارض قوانین (تهران: مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۹۵)، ۱۳۱؛ کوپنول لافورس، حقوق بین‌الملل خصوصی، ترجمه مهدی حدادی (قم: مجتمع آموزش عالی قم، ۱۳۷۹)، ۵۳.

۳. الماسی، تعارض قوانین، پیشین، ۱۳۲-۱۳۱؛ حسن افشار، کلیات حقوق تطبیقی (تهران: مجموعه حقوق تطبیقی، ۱۳۴۶)، ۱۵۷؛ محمود سلجوقی، بایسته‌های حقوق بین‌الملل خصوصی (تهران، نشر میزان، ۱۳۸۶)، ۲۵۹-۲۵۸.

۴. جهت اطلاع بیشتر از مفهوم و جایگاه نظم عمومی در حوزه حقوق بین‌الملل عمومی و نیز اقسام نظم عمومی؛ نک: - مهدی حدادی، «مقایسه مفهوم و کارکرد نظم عمومی در نظام حقوق بین‌الملل با نظام‌های حقوقی ملی»، مجله حقوق خصوصی، دانشگاه تهران ۷ (۱۶) (۱۳۸۹)، ۱۶۴-۱۶۲.

- مرتضی شهبازی‌نیا، محمد عیسایی تفرشی و حسین علمی، «مفهوم نظم عمومی و جایگاه آن در داوری تجاری بین‌المللی»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۴۳ (۱) (۱۳۹۲)، ۹۶-۱۰۱.

- محمد عالم‌زاده، «نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی» (پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق خصوصی، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۳)، ۳۴-۱۳.

5. J. Collier, *Conflict of Laws* (Great Britain: Cambridge University Press, 2004), 361.

توصیفی و استنباطی، در صدد بررسی و تبیین این موضوع برآمده است. در مورد تعیین مصادیق نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی، روش‌های متفاوتی وجود دارد که متناسب با آن دیدگاه‌های گوناگونی مطرح شده است که بررسی این روش‌ها و دیدگاه‌ها و نیز آثار و نتایج آن در قوانین کشورهای و کنوانسیون‌های بین‌المللی و از جمله در حقوق ایران، موضوع این نوشتار را تشکیل می‌دهند.

۱- مفهوم نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی

یکی از مفاهیم بنیادین در علم حقوق، اصطلاح نظم عمومی است که درباره آن تعاریف و دیدگاه‌های گوناگونی از سوی دکترین حقوق در رشته‌های مختلف بیان شده است؛ از جمله اینکه مفهوم این اصطلاح در حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل خصوصی متفاوت است. در حقوق داخلی به اعتقاد برخی از حقوق‌دانان، «نظم عمومی مجموعه تأسیسات و قوانینی است که به منظور حسن جریان امور عامه یا برای تأمین و رعایت روابط افراد جامعه مقرر شده است و افراد نمی‌توانند برخلاف آن قرارداد ببندند.»^۶ به اعتقاد برخی دیگر، در حقوق داخلی نظم عمومی شامل آن دسته از قواعدی است که اصطلاحاً قواعد امری نامیده می‌شوند اعم از اینکه قواعد مزبور مربوط به حقوق خصوصی و یا حقوق عمومی باشد.^۷ اما درباره مفهوم نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی اتفاق نظر وجود ندارد؛ چراکه بعضی از حقوق‌دانان برای نظم عمومی مفهوم وسیعی قائل هستند و در واقع از دیدگاه این عده، نظم عمومی به عنوان اصل مطرح می‌گردد و برخی دیگر آن را در معنای محدودتری به کار برده و به عنوان استثنایی بر اجرای قانون خارجی صلاحیت‌دار تلقی می‌کنند که در ادامه به مفهوم نظم عمومی برحسب دیدگاه‌های فوق در حوزه حقوق بین‌الملل خصوصی اشاره خواهیم کرد.

۱-۱- دیدگاه اصل بودن نظم عمومی

به اعتقاد طرفداران اصل بودن نظم عمومی، قوانین نظم عمومی قوانینی هستند که دارای عمومیت می‌باشند؛ به عبارت دیگر، مقررات نظم عمومی قوانین درون‌مرزی هستند که در داخل مرزهای کشور درباره همه افراد اجرا می‌شوند. مانچینی^۸ مؤسس مکتب جدید ایتالیایی و دیگر طرفداران این مکتب قائل به اصل شخصی بودن قوانین هستند. به این معنی که قوانین اصولاً با اشخاص تغییر مکان

۶. محمد جعفر جعفری لنگرودی، «تأثیر اراده در حقوق مدنی»، رساله دکتری، تهران: دانشگاه تهران، (۱۳۴۱)، ۲۳۸.

۷. ناصر کاتوزیان، دوره حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها (تهران: انتشارات به نشر، ۱۳۷۲)، ۱۶۷.

8. Mancini

می‌دهند و درباره بیگانگان باید قانون شخصی یعنی قانون دولت متبوع آنان اجرا گردد. با این حال، این مکتب استثنائی را بر این اصل وارد نموده است: ۱- قوانین مربوط به نظم عمومی مانند قوانین راجع به رژیم اموال، قوانین مسؤولیت مدنی، قوانین مربوط به حقوق عمومی. مکتب ایتالیایی صورتی از قوانین نظم عمومی به دست می‌دهد که شامل یک سلسله از قوانینی است که صلاحیت آنها مطابق نظریه مانچینی و طرفداران وی محلی و درون مرزی است؛^۹ ۲- قراردادهای که تابع قانون حاکمیت اراده یعنی قانونی است که طرفین قرارداد تعیین کردند؛ ۳- تشریفات مربوط به شکل اسناد که تابع قانون مربوط به محل تنظیم هستند. بر این نظریه ایراداتی وارد شده است از جمله اینکه کلیه قوانین درون مرزی را نمی‌توان مربوط به نظم عمومی به معنایی که در روابط بین‌المللی استعمال می‌شود، دانست. مثلاً قوانین مربوط به رژیم مالکیت، درون مرزی هستند ولی الزاماً مربوط به نظم عمومی نیستند و بدین جهت قاضی می‌تواند قانون کشور دیگری را درباره اموال واقع در آن کشور اجرا نماید. انتقاد دیگر بر این دیدگاه این است که نظم عمومی مطابق این نظریه اصل است نه استثنا، زیرا قوانین نظم عمومی از این دیدگاه همان قوانین درون مرزی است و اگرچه به شکل استثنا بیان شده‌اند ولی به قدری دامنه آنها وسیع است که نظم عمومی به شکل اصل جلوه‌گر می‌شود؛ حال آنکه امروزه اکثریت علمای حقوق و قوانین اکثر کشورها به نظم عمومی به مفهومی که در حقوق بین‌الملل خصوصی مطرح می‌گردد به عنوان استثنایی بر اجرای قانون خارجی صلاحیت‌دار می‌نگرند.^{۱۰}

۱-۲- دیدگاه استثنا بودن نظم عمومی

اما طرفداران استثنا بودن نظم عمومی، این نظریه را در قالب مکاتب نزاکت^{۱۱} و اشتراک حقوقی و شخصی بودن قوانین مطرح نمودند. از میان این مکاتب، مکتب شخصی بودن قوانین را در زمره طرفداران نظریه اصل بودن نظم عمومی برشمردیم؛ چراکه این مکتب اگرچه نظم عمومی را به عنوان استثنا بر اصل شخصی بودن قوانین قلمداد نموده لیکن دامنه این استثنا چنان وسیع است که آن را به شکل اصل ظاهر می‌سازد؛ اما بر اساس مکتب نزاکت، قانون خارجی به دلایل نزاکت بین‌المللی اعمال می‌شود، دلایلی که قطعاً اعمال قواعد، مقررات یا سنت‌های کشورهای دیگر را هنگامی که مخالف

9. Mosconi, Franco, "Exceptions to the operation of choice of Law rules", (Hague, R.C.A.D.I) Vol.V,1989), 34.

۱۰. الماسی، تعارض قوانین، پیشین، ۱۳۰.

11. Comity

سنت‌ها، مصالح و نظم مقر دادگاه باشد مجاز نمی‌شود.^{۱۲} بر این اساس تئوری نظم عمومی به عنوان استثنایی بر اصل نزاکت و اجرای قانون خارجی هنگامی که اجرای قانون خارجی مخالف منافع و مصالح کشور مقر دادگاه باشد، عمل می‌نماید. بر اساس مکتب اشتراک حقوقی اجرای قانون ملی در مواردی که اشتراک حقوقی وجود دارد منصفانه است، «اما گاهی در مورد مسائل مربوط به قوانین کشورهای مختلف راه‌حل مشترکی موجود نیست که در این صورت باید دید آیا راه‌حل قانون خارجی با راه‌حل قانون داخلی مخالف است یا خیر؟ اگر میان راه‌حل‌های مذکور تضادی وجود داشته باشد در این صورت از اجرای قانون خارجی به نفع قانون داخلی جلوگیری به عمل می‌آید».^{۱۳}

قطع نظر از اینکه در مورد نحوه توجیه مسأله نظم عمومی از دیدگاه این مکاتب انتقاداتی وارد شده است باید گفت امروزه مفهوم نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی به عنوان استثنایی بر اجرای قانون خارجی صلاحیت‌دار پذیرفته شده است. توضیح اینکه بر اساس نظریه استثنا بودن نظم عمومی، هنگامی که قانون خارجی بر اساس قواعد حل تعارض مقرّ دادگاه به عنوان قانون صلاحیت‌دار تعیین می‌گردد لیکن اجرای آن منافی مصالح و تأسیسات حقوقی اساسی کشور مقر دادگاه است، قاضی مقر دادگاه به استناد نظم عمومی از اجرای قانون مذکور خودداری خواهد کرد. این طرز تلقی از مفهوم نظم عمومی تفاوت نظم عمومی در حقوق داخلی را با نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی روشن می‌سازد. در حقوق داخلی نظم عمومی شامل قواعدی است که افراد نمی‌توانند به وسیله قراردادهای خصوصی آن را نقض کنند. قواعد مربوط به وضعیت و اهلیت اشخاص از این قبیل هستند. بنابراین اراده افراد نمی‌تواند سن قانونی برای اهلیت انعقاد قرارداد را تغییر دهد یا در شرایط مربوط به قواعد امری نکاح و طلاق دخل و تصرفی نماید. لیکن نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی مفهومی محدودتر از نظم عمومی در حقوق داخلی دارد و قراردادی که بر اساس قانون خارجی صحیح است جز در صورت مخالفت با اصول غیرقابل نقض اخلاقی، اجتماعی و سیاسی توسط مقرّ دادگاه باطل تلقی نخواهد شد.^{۱۴} به عقیده باتیفول^{۱۵}، استاد فرانسوی، نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی نقشی متفاوت از نظم عمومی در حقوق داخلی ایفا می‌نماید. در حقوق داخلی یک قانون مربوط به نظم عمومی بر اساس ماده ۶ قانون مدنی فرانسه، قانونی است که اشخاص نمی‌توانند به وسیله قرارداد آن را نقض

12. Mosconi, op.cit, 31.

۱۳. عبدالغنی احمدی واستانی، نظم عمومی در حقوق خصوصی، (تهران: انتشارات روزنامه رسمی، ۱۳۴۲)، ۸۹.

14. Cheshire and North, *private international law* (London: Butterworth, 1987), 131.

15. Batiffol

نمایند و در حقوق بین‌الملل خصوصی قانونی است که مخالف اعمال قانون خارجی متعارض است.^{۱۶} اگر نظم عمومی در حقوق داخلی، همان معنا را در حقوق بین‌الملل خصوصی داشت، یعنی مخالفت با نظم عمومی عبارت از نقض قواعد امری بود، می‌بایست از اجرای قوانین خارجی مربوط به وضعیت و اهلیت به طور کلی جلوگیری شود که در این صورت حقوق بین‌الملل خصوصی فلسفه وجودی خود را از دست می‌داد، چه در تعارض قوانین مرتباً به قوانین خارجی مربوط به وضعیت و اهلیت که ناقض قواعد امری کشور متبوع دادگاه است ترتیب اثر می‌دهند و در واقع وضعیت و اهلیت در اکثر کشورها از جمله ایران و فرانسه زمینه اصلی و مهم‌ترین مورد اجرای قانون خارجی تلقی می‌شود. پس نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی باید معنا و قلمرو محدودتری داشته باشد.^{۱۷} با توجه به همین مفهوم برخی از حقوق‌دانان نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی را چنین تعریف کرده‌اند: «مجموعه سازمان‌ها و قواعدی که ارتباط آنها با تمدن یک کشور طوری است که قضات آن کشور ناگزیر به تقدیم آنها بر قوانین خارجی (در صورت تعارض و تزامم) می‌باشند.»^{۱۸} در واقع از این دیدگاه منظور از نظم عمومی در تعارض قوانین، مجموعه سازمان‌ها و قواعدی است که آن‌چنان با اصول تمدن و نظام حقوقی یک کشور بستگی دارد که دادگاه‌های آن کشور ناچارند اجرای آن را بر اجرای قانون خارجی مقدم شمارند؛ اگرچه قانون مزبور مطابق قواعد عادی حل تعارض قانون صلاحیت‌دار باشد.^{۱۹} با این تعریف و مقایسه آن با تعریف نظم عمومی در حقوق داخلی باید گفت که نخست، نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی به منزله وسیله و یا علاجه است که برای اجتناب از ناراحتی یا دردی که بر اثر اجرای قانون خارجی به وجود می‌آید تعبیه شده است و به گفته نیبویه^{۲۰} نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی در واقع مانند سدی است که جلوی اجرای قانون خارجی را می‌گیرد و قاضی را ناگزیر می‌سازد تا قانون دولت متبوع خود را به اجرا گذارد؛ ثانیاً، بین نظم عمومی در حقوق داخلی و نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی از نظر منطقی رابطه عموم و خصوص مطلق وجود دارد یعنی هر چه مخالف نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی است مخالف نظم عمومی در حقوق داخلی نیز است و حال آنکه هر چه مخالف نظم عمومی در حقوق داخلی است الزاماً مخالف نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی نیست.

16. Henri Batiffol, *Droit international Prive*, (Paris: librairie Generale de droit et de Jurisprudndense, 1970), 433.

۱۷. افشار، پیشین، ۱۵۶ و ۱۵۷.

۱۸. جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، پیشین، ۷۱۷.

۱۹. الماسی، تعارض قوانین، پیشین، ۱۳۱.

20. Niboyet

چنانکه در موضوع اهلیت، وضعیت، ارث و وصیت غالباً قوانین خارجی را که ناقض قوانین کشور متبوع قاضی است اجرا می‌کنند و آن قوانین خارجی را مخالف نظم عمومی تلقی نمی‌کنند و این خود کاشف از آن است که نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی مفهوم و دایره شمول محدودتری دارد.^{۲۱} اما در مورد ماده ۹۷۵ قانون مدنی ایران که مقرر می‌دارد: «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه و یا به علت دیگر مخالف نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد هر چند اجرای قوانین مذکور اصولاً مجاز باشد». باید گفت از طرز تنظیم ماده مذکور و در یک ردیف قرار دادن قوانین خارجی با قراردادهای خصوصی چنین به نظر می‌رسد که قانونگذار ایران قائل به تفکیک بین نظم عمومی در حقوق داخلی و نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی نبوده است، حال آنکه چنانکه گفتیم، معنای نظم عمومی در حقوق داخلی کاملاً متفاوت از مفهوم نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی است. برای نشان دادن این تفاوت باید گفته شود که این خود مسلم است که در حقوق داخلی قوانین مربوط به امور خانوادگی به طور کلی از قوانین مربوط به نظم عمومی هستند و با هیچ‌گونه قرارداد خصوصی نمی‌توان از احکام آمره قانونی در این موارد سرپیچی کرد. چنان‌که هر گونه قرارداد خصوصی راجع به اعطای اهلیت و یا تغییر در احکام مربوط به نسب فاقد ارزش حقوقی و اعتبار قانونی بوده و محاکم این قبیل قراردادها را به علت مابینت با نظم عمومی فاقد اثر می‌دانند. پس اگر در حقوق بین‌الملل خصوصی نظم عمومی چنین معنایی را می‌داشت و مخالفت با نظم عمومی عبارت از نقض قواعد آمره بود حقوق بین‌الملل خصوصی فلسفه وجودی خود را از دست می‌داد چراکه در این رشته از حقوق مرتباً به قواعد خارجی که ناقض مقررات آمره کشور است در موضوع وضعیت، اهلیت و ارث ترتیب اثر می‌دهند و آنها را مخالف نظم عمومی محسوب نمی‌کنند و این امر خود مبین آن است که در حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل خصوصی نظم عمومی فقط از لحاظ لفظ یکی است و معنای آنها متفاوت است.^{۲۲}

۲۱. همان، ۱۳۱.

۲۲. محمد نصیری، حقوق بین‌الملل خصوصی، جلد اول و دوم (تهران: انتشارات آگاه، ۱۳۷۲)، ۱۸۷.

۲- روش‌های تعیین مصادیق نظم عمومی

۲-۱- روش تعیین قیاسی

طرفداران روش تعیین قیاسی^{۲۳} معتقدند که مصادیق نظم عمومی قابل تعیین است و این موارد می‌تواند توسط قوانین و نیز کنوانسیون‌های بین‌المللی احصا گردد، اگرچه تلاش‌ها در این خصوص به دو صورت شکل گرفته است:

الف- احصای همه موارد مداخله نظم عمومی

بعضی از علمای حقوق بین‌الملل خصوصی از جمله پیه^{۲۴} معتقد بودند که می‌توان قوانین مربوط به نظم عمومی را شمارش و تعیین نمود. به عقیده وی هشت قسم قانون مربوط به نظم عمومی وجود دارد که عبارتند از: «قوانین نظم عمومی (داخلی)، قوانین جزایی، قوانین راجع به مالکیت، قوانین مربوط به اعتبارات عمومی، قوانین اجرایی، قوانین مالی، قوانین اخلاقی و قوانین انتظامی». در مورد پنج قسم اولی که «پیه» شمارش نموده باید گفت اصلاً نیازی به توسل به قاعده نظم عمومی نداریم و قوانین مزبور قوانین صلاحیت‌دار جهت اجرا می‌باشند.^{۲۵} همچنین تنها نمایندگان کشورهای مختلف در کنفرانس‌های لاهه راجع به حقوق بین‌الملل خصوصی و در مؤسسه حقوق بین‌الملل سعی کردند تا بتوانند موارد اعمال قاعده نظم عمومی را قبلاً تعیین و شمارش نمایند، اما این تلاش‌ها به جایی نرسید. در کنفرانس لاهه ۱۸۹۴ که دول، مشغول تنظیم قراردادهای راجع به حقوق بین‌الملل خصوصی به‌ویژه در مورد ارث بودند، بعداً به این مشکل برخوردند که ممکن است بعضی از ممالک اجازه ندهند که قانون ملی متوفی در مملکت آنها اجرا شود، بنابراین به این فکر افتادند که موارد نظم عمومی را تعیین نمایند. نمایندگان دولت آلمان این فکر را پیشنهاد کردند. به موجب ماده ۴ پیشنهاد مذکور، قانون ملی متوفی در مورد ارث، قانون صلاحیت‌دار محسوب می‌شود ولی در مورد قوانین مربوط به حقوق عمومی، اهلیت و آزادی موصی می‌توان قانون محلی را به موقع اجرا گذارد و بدین ترتیب موارد استثنایی را شمارش نموده است. ممالکی که در کنفرانس شرکت کردند از قبول ماده ۳ و استثنائات آن به علت کامل نبودن آن خودداری کردند.^{۲۶} در دومین کنفرانس که در سال ۱۹۰۰ تشکیل گردید، نمایندگان هلند و بلژیک طریقه

23. Deductive method

24. Pillet

۲۵. خسرو اقبال، «قاعده نظم عمومی»، مجله مجموعه حقوقی ۳(۲۶)(۱۳۳۰)، ۱۱۰۰-۱۰۹۹.

۲۶. همان، ص ۱۱۰۱.

دیگری را پیشنهاد کردند که متکی بر این اصل بود که: «نظم عمومی مشترک میان ممالک مختلف موجود نیست». به موجب این نظر ممالک مختلف باید به موجب قانون مخصوصی، موضوعاتی را که جنبه نظم عمومی دارند تعیین نمایند و بنابراین قبول نمودند که نظم عمومی تابع قانون مقر دادگاه است و به این نتیجه رسیدند که موارد مختلف نظم عمومی را به وسیله عهدنامه نمی‌توان تعیین نمود. این پیشنهاد نیز از این جهت که تشریفاتی داشت و پارلمان‌های دول می‌بایست برای تعیین موارد نظم عمومی تشکیل گردد خیلی پیچیده بود و مورد قبول واقع نشد.^{۲۷}

در کنفرانس سال ۱۹۰۴ طریق دیگری پیشنهاد شد و مقرر شد هر دولتی باید از مجرای سیاسی موارد نظم عمومی را بدون تصویب قانون مخصوصی تعیین نماید. البته اتخاذ این طریقه مخالف جنبه ملی نظم عمومی بود، لذا در کنفرانس‌های سال‌های ۱۹۲۴ و ۱۹۲۵ پیشنهاد دیگری جانشین پیشنهادهای فوق گردید. مطابق این پیشنهاد، ماده ۳ سابق به این طریق اصلاح شد که در مورد ارث، قانون ملی متوفی در صورتی که مخالف نظم عمومی نباشد به موقع اجرا گذاشته خواهد شد و در سال ۱۹۲۸ عقیده احصای موارد نظم عمومی به کلی متروک گردید.^{۲۸}

مزیت تعیین تمام موارد مداخله نظم عمومی غیر قابل انکار است، چراکه امنیت قضایی را تأمین نموده و علم به قابل اعمال بودن یا نبودن قانون خارجی را به دنبال خواهد داشت، لیکن تجربه نشان داده است که این پیشنهاد عملی نیست و عملاً قانونگذاران سعی نداشته‌اند که همه موارد نظم عمومی را احصا نمایند و اکثر فهرست‌هایی که برای تعیین مصادیق نظم عمومی تهیه شده عقاید تهیه‌کنندگان آنها را بیان می‌کنند و لذا از الزام حقوقی برخوردار نیستند.^{۲۹}

ب- احصای طبقات

عدم امکان احصای همه موارد مربوطه به نظم عمومی بین‌المللی موجب شد تا تلاش‌های نویسندگان حقوقی در جهت تعیین معیارها و به عبارتی احصای طبقات^{۳۰} و دسته‌هایی (از موضوعات مربوط به نظم عمومی) سوق داده شود. این روند، تأثیرات عمیقی را در تعالیم مکاتب ایتالیایی و فرانسوی^{۳۱} به جا گذاشت و به وسیله مجموعه مقررات مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی مصوب هاوانا ۱۹۲۸ که به

27. G. Parra- Arranguren, "General Course on Private international Law", *Recueil des Course de Lacademie de droit international de La Haye*, Vol. III, (Hague, R,C,A,D,I, 1988), 4.

28. Mosconi, op.cit, 36.

29. Parra- Arranguren, op.cit, 92.

30. The Enumeration by Classes.

۳۱. در مورد مکاتب ایتالیایی و فرانسوی نک: الماسی، پیشین، تعارض قوانین، ۳۸-۷۳.

«کد بوستا مانت»^{۳۲} مشهور است مورد تبعیت قرار گرفت.^{۳۳} ماده ۳ این مجموعه مقررات به تفاوت میان قواعد نظم عمومی بین‌المللی و نظم عمومی داخلی تصریح می‌نماید.

مطابق ماده ۳: «از نظر اجرای حقوق مدنی، قوانین کشورها به سه دسته ذیل تقسیم می‌شوند:

- ۱- قوانینی که نسبت به اشخاص به مناسبت اقامتگاه یا تابعیت آنها اجرا می‌شود و آنها را ولو با تغییر کشور محل اقامت، تعقیب می‌نمایند و به قوانین شخصی یا نظم عمومی داخلی موسوم‌اند؛
- ۲- قوانینی که درباره مقیمان یک کشور اجرا می‌گردند، خواه اتباع داخلی باشند و خواه بیگانه و قوانین درون مرزی و محلی یا نظم عمومی بین‌المللی نامیده می‌شوند؛
- ۳- قوانینی که جهت تفسیر یا فرض اراده طرفین یا یکی از آنها اجرا می‌شوند و قوانین راجع به اراده یا نظم خصوصی نامیده شده‌اند.^{۳۴}

در ادامه این مقررات سعی داشته است تا با توصیف معیارهای اساسی و نیز حقوق سیاسی و اداری مربوط به حمایت اشخاص، مقررات مربوط به نظم عمومی بین‌المللی را تعیین نماید؛ اما روش احصای طبقات نیز همه مشکلات را حل نمی‌کند و در این میان هنوز این پرسش مطرح بوده است که چگونه یک قاعده خاص، تحت شمول طبقه‌بندی‌های مربوط به نظم عمومی بین‌المللی قرار می‌گیرد. به هر حال «کد بوستا مانت» نیز در احصای موارد مربوط به نظم عمومی موفق نبوده است و در نتیجه اتحاد شکل بین مقررات کشورهای آمریکایی که هدف این مقررات بوده عملاً حاصل نشده است. چنانکه ماده ۶ این مقررات نیز بر این موضوع صحنه گذارده و در مواردی که به وسیله «کد بوستامانت» پیش‌بینی نشده است هر یک از دول طرف قرارداد حق تعیین آنها را دارند.^{۳۵} در هر حال تلاش برای تعیین مصادیق نظم عمومی در سطح بین‌المللی با موفقیت همراه نبوده است، به عقیده برخی از مؤلفین علت این است که نظم عمومی به مفهوم حقوق بین‌المللی خصوصی چیزی بیشتر از یک نظم عمومی داخلی که در صحنه بین‌المللی جلوه‌گر می‌شود، نیست.^{۳۶}

32. Code Bustamant

33. Parra- Arranguren , op.cit, 91.

۳۴. احمدی و استانی، پیشین، ۸۷-۸۶.

35. Parra- Arranguren , op.cit, 94.

36. Dennis Lloyd, *Public Policy- Comparative study between English and French Law*, 1hed (London: The Athlon Press, 1953), 8.

۲-۲- روش تعیین استقرایی

در این مبحث ابتدا، مفهوم روش تعیین استقرایی^{۳۷} و انتقاد وارد بر این روش و سپس راه‌حل‌هایی که برای تعدیل آن پیشنهاد شده است مورد بررسی قرار می‌گیرد.

الف- مفهوم روش تعیین استقرایی و انتقاد وارد بر آن

نسبیت مفهوم نظم عمومی و به عبارتی قابلیت تغییر اصول اساسی کشور مقرر دادگاه موجب گردید تا روش قیاسی که درصدد احصای همه موارد نظم عمومی یا طبقات آن بود موفق نباشد، چراکه کشورها همواره اصول مشابهی را دنبال نمی‌کنند، بنابراین نه‌تنها تهیه فهرستی از تمام مصادیق نظم عمومی دشوار است، بلکه به فرض چنین فهرستی، ضروری است که با گذشت زمان این فهرست تغییر یابد. لذا عدم توفیق در احصای موارد مداخله نظم عمومی موجب شد تا روش تعیین استقرایی مطرح گردد. بر اساس این روش تعیین اصول اساسی و موارد مداخله نظم عمومی باید به عهده دادگاه واگذار شود، یعنی هنگامی که در هر مورد دعوی در دادگاه مطرح می‌گردد و قاضی مقرر دادگاه، قانون خارجی را مطابق قواعد حل تعارض، صلاحیت‌دار شناخته است، قاضی باید تصمیم بگیرد که آیا اعمال قانون خارجی مخالف اصول اساسی مقرر دادگاه است یا خیر؟^{۳۸} روش تعیین استقرایی نیز مورد انتقاد واقع شده است، زیرا این روش دست دادگاه‌ها را باز گذاشته و قاضی را به انجام هر آنچه برای حفظ اصول اساسی سیستم حقوقی خود مناسب می‌داند مخیر می‌سازد و دادگاه‌ها ترجیح می‌دهند مفهوم نظم عمومی را به عنوان روشی برای اعمال قانون داخلی خود، به هنگامی که نمی‌توانند از همه مسائل مربوط به اعمال سیستم خارجی اجتناب نمایند، به کار برند.^{۳۹}

ب- تعدیل روش استقرایی

برای جلوگیری از سوء استفاده قضات در اعمال روش استقرایی که اختیارات وسیعی را به آنها اعطا می‌نماید راه‌حل‌ها و نظریاتی پیشنهاد شده است تا تعدیلی در اجرای این روش به وجود آید؛ لذا ابتدا نظریات راجع به تعدیل این روش را مورد بحث قرار داده و سپس تحول قوانین کشورها و کنوانسیون‌های بین‌المللی را از جهت تعدیل این روش بررسی نموده و در نهایت وضعیت حقوق ایران در این زمینه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

37. The method of determination a Posteriori

38. Ibid, 94.

39. Ibid, 96.

۲-۳- روش ارزیابی نتیجه اعمال قانون خارجی

این نظریه، تحلیلی است که پل لاگارد^{۴۰} حقوق دان فرانسوی ارائه داده است. بر اساس این نظر برای تشخیص اینکه قانون خارجی مخالف نظم عمومی است یا خیر؟ نباید به نحو ذهنی و انتزاعی میان محتویات قانون خارجی و نظم عمومی مقرر دادگاه مقایسه صورت گیرد،^{۴۱} بدین معنی که نباید ملاحظه کرد که آیا قواعد قانون خارجی مخالف با مفاهیم و قواعد کشور مقرر دادگاه است بلکه صرفاً باید دید که آیا اعمال قانون خارجی در هر مورد مخالف نظم عمومی کشور مقرر دادگاه است یا خیر؟ به عبارت دیگر باید به نتیجه اعمال قانون خارجی در کشور مقرر دادگاه توجه شود و چنانچه اعمال و اجرای قانون خارجی به نتیجه‌ای مخالف نظم عمومی منجر شود، از اجرای آن جلوگیری نماید. توضیح اینکه برخی سیستم‌های حقوقی در مقررات داخلی خود قوانین خارجی مخالف نظم عمومی را غیرقابل اجرا اعلام می‌کنند، از جمله ماده ۱۲ قانون سوئد در مورد ارث مصوب ۱۹۲۷ مقرر می‌دارد: «مقررات قانون خارجی که به وضوح مخالف اصول اساسی قانون پادشاهی سوئد باشد قابل اجرا نخواهد بود.» یا ماده ۱۵ قانون مدنی مکزیک مصوب ۱۹۸۸ نیز از این دسته است. مطابق ماده مذکور: «هنگامی که قواعد قانون خارجی یا نتیجه اعمال آنها مخالف با اصول اساسی یا تأسیسات نظم عمومی مکزیک است. دادگاه اعمال مقررات قانون خارجی را نمی‌پذیرد.»^{۴۲} لیکن در برخی دیگر از مقررات کشورها، تحت تأثیر نظریه ارزیابی نتیجه اعمال قانون خارجی، به این موضوع توجه داشته‌اند که آیا نتیجه اعمال قانون خارجی با نظم عمومی مقرر دادگاه تعارض دارد یا خیر؟ ماده ۱۷ قانون حقوق بین الملل خصوصی سوئیس مصوب ۱۹۸۷ در این راستا مقرر می‌دارد: «اعمال قانون خارجی در صورتی که نتیجه‌اش مخالف نظم عمومی سوئیس باشد ممکن نیست.»^{۴۳} ذیل ماده ۶ قانون جمهوری فدرال آلمان مصوب ۱۹۸۶ نیز اشعار می‌دارد: «مقررات قانون کشور خارجی اعمال نخواهد شد، اگر اعمال آن صریحاً مخالف حقوق و قوانین اساسی آلمان باشد.» لیکن به نظر می‌رسد رویه قضایی در همه کشورها مطابق مواد قانونی و راه‌حل پیشنهاد شده عمل نمی‌کند. به عنوان مثال، علی‌رغم حکم ماده ۱۷ قانون حقوق بین الملل خصوصی سوئیس، دیوان فدرال سوئیس در یک دعوا، از پذیرش طلاق که جدایی از همسر بر اساس قانون اسلامی است به عنوان

40. Paul L'argarde

41. Ibidem.

42. F. Visser, *General Course on Private international Law* (R.C.A.D.I), Vol.1, (Hague: Recueil des Cours de L'Academie de droit international de La Haye, 1992), 101.

۴۳. علی محمد مکرمی، «بررسی قانون حقوق بین الملل خصوصی سوئیس»، نشریه حقوق، دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری ۱(۴ و ۵) (۱۳۷۱)، ۷۹.

یک طلاق معتبر امتناع نمود، به این علت که این عمل مخالف نظم عمومی و مفهوم طلاق در سوئیس است. در این دعوا زوجه تبعه سوئیس بود و با یک افسر مصری ازدواج کرده بود. دادگاه درخواست زوجه را برای رونوشت برداشتن از اسناد طلاق که نزد کنسول مصر در مسکو واقع شده بود رد کرد. نتیجه این رأی آن شد که شوهر مصری که بر اساس قانون مصر طلاق داده بود، برای ازدواج مجدد آزاد باشد، لیکن زوجه بر اساس قانون سوئیس کماکان مزدوج تلقی شود و مجبور باشد مطابق مقررات سوئیس تقاضای طلاق کند.^{۴۴} در واقع، دیوان فدرال سوئیس با عدم پذیرش طلاق اسلامی با یک ارزیابی ذهنی و بدون توجه به اینکه اعمال قانون خارجی در این مورد غیرقابل پذیرش و به عبارت بهتر مخالف نظم عمومی است، برخلاف ظاهر ماده ۱۷ قانون حقوق بین‌المللی خصوصی سوئیس به تحلیل درستی از موضوع نپرداخته است. به عقیده برخی از مؤلفین این ارزیابی ذهنی از نظم عمومی با توجه به شرایط و احوال دعوی می‌تواند به نتایج غیرعادلانه‌ای منجر گردد.^{۴۵}

۴-۲- دکترین اثر خفیف استثنای نظم عمومی^{۴۶}

بر اساس این نظریه برای تحدید اختیارات وسیع قضات و اعمال استثنای نظم عمومی باید بین مرحله ایجاد حق و تأثیر حق در مقر دادگاه قائل به تفکیک بود، زیرا نظم عمومی در مرحله تأثیر حق اثر خفیف خواهد داشت.^{۴۷} بر اساس نظریه «پیه» و لودویک فون بار^{۴۸} شرایط اعمال نظم عمومی همیشه یکسان نیست، اگر دعوی مربوط به وضعیتی باشد که قبلاً در خارج از مقر دادگاه ایجاد شده باشد این مورد با موردی که وضعیت جدیدی در مقر دادگاه ایجاد می‌شود، متفاوت است.

«فون بار» حقوق‌دان آلمانی با بیانی استعاری اعمال این دکتترین را چنین تشریح می‌کند: «هر کشور حق دارد شاخه‌های یک درخت خطرناک را که از حدود خود تجاوز نموده است قطع کند، اما تنه‌ای که در قلمرو سیستم حقوقی خارجی واقع شده، قطع نخواهد شد.»^{۴۹}

قدیمی‌ترین رویه قضایی که در این مورد وجود دارد راجع به دعوی «ویتینگ علیه مک کاسگیل»^{۵۰} است که دعوایی مربوط به کشور آمریکا به سال ۱۹۱۳ است. این دعوی مربوط به ارثیه غیرمنقول یک

44. Visher, op.cit, 101.

45. Ibid, 102.

46. Attenuated effect of the exception

47. Yvon Loussouarn and Pierre Bourel, *Driot international Prive*, (Paris, Dalloz, 2001), 320.

48. Ludwig von bar

49. Parra- Arranguren, op.cit, 96.

50. Witting V. Mc CaskiLL

زن رنگین‌پوست در ایالت فلوریدا است. «الیزابت اندرسن»^{۵۱} تا قبل از مرگش در ایالت کانزاس جایی که مطابق قانون محلی آنجا با مردی سفیدپوست ازدواج کرده بود، زندگی می‌کرد. پس از مرگش شوهر او دارای غیرمنقول وی را در فلوریدا ادعا کرد؛ اما قضات این ایالت دعوی شوهر را بر این اساس که ازدواج میان اشخاص با نژاد متفاوت مطابق قانون اساسی فلوریدا ممنوع است، رد کردند. این رأی توسط دیوان عالی مورد تجدیدنظر قرار گرفت. رأی اخیر مقرر داشت: تا زمانی که ازدواج در کانزاس که محل انعقاد آن بود معتبر است نه قانون اساسی و نه نظم عمومی فلوریدا نمی‌تواند تا حدی که دعوی به ارثیه غیرمنقول واقع در فلوریدا مربوط است این ازدواج را ابطال نماید.»^{۵۲}

اما دعوی که به عنوان نمونه‌ای کلاسیک از دکنترین اثر خفیف تلقی می‌شود دعوی «ریوبر»^{۵۳} و مربوط به رویه قضایی فرانسه است. این دعوی مربوط به طلاق بود که در اکوادور میان یک زن فرانسوی و یک مرد متعددالزوجه روسی که بعداً تابعیت اکوادور را کسب کرده بود واقع شد. دیوان کشور فرانسه قانون اکوادور را که هم‌زمان قانون اقامتگاه مشترک زوجین و قانون ملی شوهر بود قابل اعمال شناخت.^{۵۴} بدین طریق دیوان کشور اجازه داد که طلاق واقع شده در اکوادور در فرانسه نیز معتبر و تأثیرگذار باشد. دیوان کشور در این رأی اعلام داشته است:

«عکس‌العمل نظم عمومی در قبال مقررات قانون خارجی یکسان نیست و برحسب اینکه در فرانسه مسأله ایجاد حق و یا مسأله حقی که در خارجه بدون تقلب و بر اساس قانون صلاحیت‌دار تعیین شده توسط حقوق بین‌الملل خصوصی فرانسه به وجود آمده است، مطرح باشد، عکس‌العمل مزبور متفاوت است.»^{۵۵} به ویژه دیوان در ادامه مقرر داشت: «استثنای نظم عمومی نمی‌تواند برای رد دعوی نفقه که علیه شوهر دارای چند زن و به وسیله همسر دومش اقامه شده است مورد استناد قرار گیرد.»^{۵۶}

۲-۵- دکنترین آلمانی شدت ارتباط با مقر دادگاه

بر اساس این نظریه برای تحدید اختیار قضات باید درجهٔ مداخلهٔ نظم عمومی در یک دعوی خاص تعیین گردد. این دیدگاه بر شدت ارتباط موضوع با مقر دادگاه^{۵۷} تکیه دارد. این دکنترین در مورد این سؤال

51. Elizabeth Anderson

52. Mosconi, op.cit. 88.

53. Rivier

54 - Ibid, 102.

۵۵. الماسی، تعارض قوانین، پیشین، ۱۳۶.

56. Mosconi, op.cit. 89.

57. Inlandsbeziehung

که چه زمانی باید نظم عمومی اعمال شود پاسخی کلی ندارد و تعیین نهایی باید توسط دادگاه و با در نظر گرفتن شرایط خاص هر دعوی صورت گیرد.^{۵۸} این راه‌حل در دعوی دوم بانک عثمانی^{۵۹} مورد اشاره قرار گرفته است. توضیح اینکه بانک عثمانی با انعقاد یک قرارداد امتیاز میان امپراطوری عثمانی و گروه‌های خارجی (و از جمله اتباع فرانسوی) ایجاد شد. سپس بر اساس اساسنامه به شرکت شخصیت حقوقی اعطا شد و مرکز قانونی آن در استانبول تعیین گردید و مقرر شد که شرکت به وسیله دو هیأت مدیره که در ارتباط با هم در پاریس و لندن مستقر می‌شوند، اداره شود و مجامع سهام‌داران در شهر اخیر برگزار شود. اولین دعوی در سال ۱۹۶۵ برای ابطال تصمیمات مجامع سهام‌داران متشکله در لندن مطرح گردید که در آن زمان دادگاه استیناف پاریس به استناد اثر خفیف نظم عمومی دعوی را رد کرد. لیکن دومین دعوی به بحث ما مربوط است، در سال ۱۹۸۵ دعوی مطرح گردید که بانک به قدر کفایت، سهام‌دارانش را از وضعیت سهام مطلع نکرده است. دعوا به وسیله کمیته‌ای از سهام‌داران، یکی از مؤسسات که دفتر ثبت آن در پاریس بود و نیز سهام‌داران فرانسوی مقیم فرانسه به طور مشترک اقامه شده بود.

در این دعوی نیز دادگاه استیناف پاریس مدافعات بانک را پذیرفت. دادگاه در این رأی مقرر داشت که اساسنامه بانک عثمانی تحت حکومت قانون فرانسه نیست و اینکه در واقع بر اساس اساسنامه، کمیته در مورد میزان و روش اطلاع دادن به سهام‌داران در مورد حساب‌های بانک اختیار داشته است. این رأی مقرر می‌دارد: «وقتی که اثر بخشیدن به اعمال حقوقی انجام شده در خارج از دادگاه درخواست می‌شود این وضعیت با نظم عمومی برخورد نخواهد داشت».^{۶۰} در واقع در این دعوی دادگاه با استناد به ابهام ارتباط دعوی با مقر دادگاه از توسل به نظم عمومی امتناع نموده است. مورد دیگری از اعمال نظریه شدت ارتباط با مقر دادگاه را می‌توان در رأی دیوان عالی ایالات متحده در سال ۱۹۳۰ و در دعوی «هومس اینس. کو علیه دیک»^{۶۱} مشاهده کرد. این رأی مقرر می‌دارد: «این امر تخلفی از مقررات قانونی خواهد بود که دولتی به مخالفت قانون خارجی با نظم عمومی خود استناد نماید، در حالی که این دولت هیچ رابطه منطقی با قرارداد و طرفین آن نداشته است».^{۶۲} پس باید رابطه‌ای میان مقر دادگاه و دعوی موجود باشد تا بتوان به نظم عمومی استناد کرد؛ اگرچه این نظریه دلیل روشنی در خصوص تعیین موارد

58. Parra- Arranguren, op.cit, 95-96.; Dicey and Morris, *The Conflict of Laws* (London: Sweet and Maxwell, 1993), 88.

59. Ottoman Bank

60. Mosconi, op.cit, 96-97.

61. HoLmes Ins. Co. V. Dick

62. Ibid, 102.

دخالت نظم عمومی ارائه نمی‌دهد لیکن می‌تواند به عنوان معیار و راهنمایی در استناد به نظم عمومی به کار گرفته شود و بدین طریق از سوء استفاده قضات در تعیین اصول اساسی مقر دادگاه و به عبارت روشن‌تر، مصادیق نظم عمومی جلوگیری نماید.

۲-۶- دکترین حقوق مکتسبه

نظریه حقوق مکتسبه^{۶۳} در حقوق داخلی به این معنی است که حقوقی که تحت شرایط قانونی معین به دست آمده است و آن شرایط قانونی عوض شده است، با این حال آن حقوق باید به اعتبار زمان حدوث آنها معتبر شناخته شود.^{۶۴}

در قلمرو حقوق داخلی، این نظریه در بحث از عطف به ماسبق نشدن قوانین مورد توجه قرار می‌گیرد، لیکن در حقوق بین‌الملل خصوصی در بحث از تعارض‌های متحرک مطرح می‌شود. در این‌گونه تعارض‌ها این سؤال مطرح است که حقی که در یک کشور ایجاد می‌شود آیا می‌تواند در کشور دیگر مؤثر باشد یا خیر؟ برای اینکه حقی از لحاظ بین‌المللی مکتسب محسوب گردد و بتواند در کشور دیگر معتبر شناخته شود وجود دو شرط لازم است: اولاً، حق باید بر طبق قانونی ایجاد شده باشد که قاعده حل تعارض مقر دادگاه آن را صلاحیت‌دار می‌داند. ثانیاً، حق باید به طور کامل و با تمام شرایطی که برای تشکیل آن لازم است به وجود آمده باشد. لیکن حقی که با دو شرط مذکور حاصل شده در حدود خاصی مؤثر خواهد بود، اول حدودی که از جانب قانون محل ایجاد معین می‌شود و آن این است که حق مذکور نمی‌تواند در کشور محل تأثیر اثری بیشتر یا کمتر از آنچه در کشور محل تشکیل خود دارد تولید نماید؛ دوم حدودی که از سوی قانون محل تأثیر معین می‌شود و از جمله این حدود آن است که اجرای حق ایجاد شده مخالف نظم عمومی محل تأثیر نباشد.^{۶۵} به نظر می‌رسد دکترین اثر خفیف نظم عمومی در واقع بر مبنای نظریه حقوق مکتسبه استوار باشد. به هر حال دکترین حقوق مکتسبه نیز تا حدودی نامعین است و نظم عمومی حتی در مقابل حقوق مکتسبه نیز می‌تواند مورد استناد باشد و اصولاً صرف نظر از تأثیر این نظریه در ایجاد دکترین اثر خفیف نظم عمومی که در رویه قضایی برخی کشورها و از جمله فرانسه وارد گردیده است، در قوانین کشورها به تفاوت کارکرد نظم عمومی در مرحله تأثیر حق اشاره‌ای نمی‌شود. به عکس در برخی از قوانین از جمله در ماده ۲۰۵۰ قانون مدنی پرو تصریح گردیده حقوقی که بر اساس

63. Doctrine of vested rightS

۶۴. جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، پیشین، ۲۳۹.

۶۵. الماسی، تعارض قوانین، پیشین، ۱۱۲-۱۰۷.

قانون خارجی مطابق قواعد تعارض پرو صلاحیت‌دار شناخته شده، به وجود آمده است همان قدرت اجرایی را در پرو خواهد داشت مشروط بر اینکه موافق با نظم عمومی بین‌المللی و اخلاق حسنه باشد.^{۶۶} پس در این مرحله نیز قاضی تشخیص می‌دهد که آیا حق ایجاد شده می‌تواند در کشور مقر دادگاه مؤثر باشد یا خیر؟ به‌علاوه دکتترین حقوق مکتسبه هنگامی که مسأله ایجاد حق در مقر دادگاه مطرح است راه‌حلی ارائه نمی‌دهد.^{۶۷}

۲-۷- راه‌حل نویسندگان آلمانی

نویسندگان آلمانی به عنوان نتیجه مداخله نظم عمومی به ویژه بر این نکته تأکید دارند که تنها قاعده حقوقی خاص که مخالف اصول اساسی مقر دادگاه است اجرا نخواهد شد و در نتیجه تا آنجا که ممکن است بقیه مقررات سیستم حقوقی خارجی کنترل وضعیت را حفظ می‌کنند. این راه‌حل در رأی صادره مورخ ۱۹ دسامبر ۱۹۲۲ دیوان عالی آلمان^{۶۸} مشاهده می‌شود: در این رأی، دیوان مذکور طولانی‌ترین مدت مرور زمان قانون سوئیس را که ۱۰ سال بود به جای راه‌حل قانون سوئیس که در مورد موضوع دعوی مرور زمانی مقرر نکرده بود اعمال کرده است.^{۶۹} به نظر می‌رسد در این رأی، دیوان عالی، قانون سوئیس را به دلیل اینکه در مورد دعوای مربوطه قائل به مرور زمان نبوده، مخالف نظم عمومی دانسته است لیکن به تشخیص خود طولانی‌ترین مدت مرور زمان در مقررات سوئیس را در مورد موضوع دعوی اعمال نموده است و بدین ترتیب بر این موضوع تأکید نمود که تا آنجا که ممکن است باید قانون خارجی را اعمال کرد. همین راه‌حل در بند ۲ ماده ۲۲ قانون مدنی پرتغال نیز مقرر گردیده است، چراکه مطابق این ماده قاضی ابتدا باید در سیستم حقوقی خارجی در پی راه‌حلی باشد و در وهله آخر باید قانون مقر دادگاه را اعمال نماید.^{۷۰}

به نظر می‌رسد این نظریه در مرحله تعیین مصادیق نظم عمومی تحدیدی در اختیار قضات وارد نمی‌کند و قاضی آزادانه موارد اعمال نظم عمومی را تعیین می‌کند و پس از آن سعی می‌کند بر اساس قانون خارجی صلاحیت‌دار راه‌حلی را که مخالف نظم عمومی مقر دادگاه نباشد، برگزیند؛ بنابراین، نظریه مذکور در مورد آثار نظم عمومی قابل بحث و بررسی خواهد بود.

66. Mosconi, op.cit, 94.

۶۷. در این مورد نک: الماسی، تعارض قوانین، پیشین، ۱۱۵.

68. Reichsgericht

69. Parra- Arranguren, op.cit, 99.

70. Ibid, 99.

۳- روش تعیین مصادیق نظم عمومی در حقوق بین‌المللی خصوصی ایران

نقش نظم عمومی به عنوان مانع اجرای خارجی در ماده ۹۷۵ قانون مدنی مورد اشاره قرار گرفته است. این ماده مقرر می‌دارد: «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد اگرچه اجرای قوانین مذکور اصولاً مجاز باشد.»

با توجه به اینکه مصادیق نظم عمومی و مقررات مربوط به این موضوع در قوانین احصا نگردیده است بدیهی است که روش قیاسی مورد پذیرش قانونگذار ایران قرار نگرفته است و روش استقرایی مورد توجه قانونگذار است؛ بدین معنی که در هر دعوی قاضی به ارزیابی قانون خارجی پرداخته و در صورت مخالفت با نظم عمومی، از اِعمال آن جلوگیری خواهد کرد. اگرچه، برخی از حقوق‌دانان معتقدند: «دادرس در این باره به جای تفسیر شخصی و سلیقه‌ای باید به اندیشه حاکم بر جامعه و مصالح کشور خود مراجعه کند.»^{۷۱} مطابق ظاهر ماده مذکور، آنچه در مخالفت قوانین خارجی با نظم عمومی ایران مدنظر است اینکه متن قوانین مذکور نباید مخالف نظم عمومی ایران باشد در حالی که این روش یعنی ارزیابی ذهنی تفاوت قانون خارجی با نظم عمومی مقرّ دادگاه امروزه در اکثر کشورها متروک گردیده است و آنچه مورد قبول است اینکه آیا اِعمال قانون خارجی در هر دعوی و در عمل نتیجه‌ای مخالف با نظم عمومی مقرّ دادگاه ایجاد می‌نماید یا خیر؟

ماده ۱۲۹۵ قانون مدنی نیز در مورد اعتبار اسناد تنظیم شده در کشورهای خارج در محاکم ایران از جمله به عدم مخالفت مفاد آن با نظم عمومی و اخلاق حسنه ایران اشاره کرده است و مواد ۱۶۹ و ۱۷۷ قانون اجرای احکام مدنی نیز در مورد شرایط اجرای احکام خارجی اسناد لازم‌الاجرای تنظیم شده در خارج به عدم مخالفت مفاد حکم یا سند با قوانین مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنه ایران تأکید کرده است که همانند ماده ۹۷۵ قانون مدنی مبتنی بر دیدگاه سنتی بوده است و صرفاً مخالفت متن قانون خارجی با نظم عمومی مقرّ دادگاه را مورد توجه قرار می‌دهد؛ بنابراین، به نظر می‌رسد همگام با دیدگاه‌های جدید در تعدیل روش استقرایی و قوانین کشورها و کنوانسیون‌های بین‌المللی مواد فوق‌الذکر باید بدین نحو اصلاح گردند که چنانچه اِعمال قانون خارجی یا احکام خارجی و یا اجرای اسناد تنظیم شده، در خارج به نتیجه‌ای مخالف با نظم عمومی مقرّ دادگاه منجر شود محکمه ایرانی از اِعمال آنها

۷۱. محسن صادقی، «مفهوم و اعمال نظم عمومی در مراجع قضایی و شبه قضایی...»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران ۶۸ (۱۳۸۶)، ۹۲.

امتناع می‌نماید و بدین ترتیب از اختیار وسیع قضات در تعیین مصادیق نظم عمومی می‌کاهد چراکه نظم عمومی به عنوان قاعده‌ای استثنایی در حقوق بین‌الملل خصوصی تلقی می‌گردد و تفسیر قواعد استثنایی نیز باید به نحو مضیق صورت گیرد.

نتیجه‌گیری

در مورد تعیین مصادیق نظم عمومی در حوزه حقوق بین‌الملل خصوصی ابتدا در کنوانسیون‌های بین‌المللی روش تعیین قیاسی مورد توجه قرار گرفت. بر اساس این روش باید فهرستی از مصادیق مقررات مربوط به نظم عمومی تهیه و هرگاه قانون خارجی با این مقررات در تعارض بود از اعمال قانون خارجی اجتناب نمود. لیکن با توجه به نسبییت مفهوم نظم عمومی از لحاظ زمانی و مکانی، از قرن بیستم به بعد روش تعیین استقرایی معمول گردید. بر اساس این روش، قاضی مقر دادگاه در هر دعوی مخالفت قانون خارجی با نظم عمومی را تشخیص داده و از اجرای آن خودداری می‌نماید؛ اما با توجه به اختیار وسیع قضات در این شیوه و به منظور تعدیل این روش و تحدید اختیار قضات در تشخیص مصادیق نظم عمومی نظریاتی مطرح گردیده است؛ از جمله این نظریات، دکترین شدت ارتباط با مقر دادگاه، دکترین حقوق مکتسبه، دکترین ارزیابی نتیجه اعمال قانون خارجی و دکترین اثر خفیف استثنای نظم عمومی است. ماحصل نظریات این است که با توجه به استثنایی بودن قاعده نظم عمومی در حوزه حقوق بین‌الملل خصوصی، تنها زمانی که اعمال قانون خارجی به وضوح مخالف اصول اساسی مقر دادگاه باشد از اجرای قانون خارجی جلوگیری می‌شود و اساساً مسأله ارزیابی مخالفت قانون خارجی با مفاد قانون مقر دادگاه مطرح نیست و نتیجه اعمال قانون خارجی در کشور مقر دادگاه مدنظر قرار می‌گیرد؛ به عبارت دیگر، در مقام تردید از استناد به قاعده نظم عمومی خودداری نموده و مطابق اصل، قانون خارجی اعمال می‌گردد.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

- احمدی واستانی، عبدالغنی، نظم عمومی در حقوق خصوصی، چاپ اول، تهران: انتشارات روزنامه رسمی، ۱۳۴۲.
- افشار، حسن، کلیات حقوق تطبیقی، چاپ اول، تهران: مجموعه حقوق تطبیقی، ۱۳۴۶.
- اقبال، خسرو، «قاعده نظم عمومی»، مجله مجموعه حقوقی ۳(۲۶)(۱۳۳۰): ۱۰۳۵-۱۰۳۸.
- الماسی، نجادعلی، تعارض قوانین، چاپ پنجم، تهران: مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۹۵.
- الماسی، نجادعلی، حقوق بین الملل خصوصی، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۴.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، نرمینولوژی حقوق، چاپ پنجم، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۰.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، «تأثیر اراده در حقوق مدنی»، رساله دکتری، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۴۱.
- حدادی، مهدی، «مقایسه مفهوم و کارکرد نظم عمومی در نظام حقوق بین الملل با نظام‌های حقوقی ملی»، مجله حقوق خصوصی، دانشگاه تهران ۷(۱۶)(۱۳۸۹): ۱۵۷-۱۸۴.
- سلجوقی، محمود، بایسته‌های حقوق بین الملل خصوصی، چاپ پنجم، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۶.
- شهبازی‌نیا، مرتضی، محمد عیسایی تفرشی و حسین علمی. «مفهوم نظم عمومی و جایگاه آن در دایره تجاری بین‌المللی»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران ۳۴(۱)(۱۳۹۲): ۹۳-۱۱۱.
- صادقی، محسن، «مفهوم و اعمال نظم عمومی در مراجع قضایی و شبه قضایی...»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران ۶۸(۱۳۸۶): ۹۳-۱۱۱.
- عالم زاده، محمد، «نظم عمومی در حقوق بین الملل خصوصی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق خصوصی، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۳.
- کاتوزیان، ناصر، دوره حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، تهران: انتشارات به نشر، ۱۳۷۲.
- لافورس، کوپنول، حقوق بین الملل خصوصی، ترجمه مهدی حدادی، قم: مجتمع آموزش عالی قم، ۱۳۷۹.
- مکرمی، علی محمد، «بررسی قانون حقوق بین الملل خصوصی سوییس»، ن‌نشریه حقوق، دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری ۱(۵و۴)(۱۳۷۱): ۷۹-۸۴.
- نصیری، محمد، حقوق بین الملل خصوصی، جلد اول و دوم، چاپ اول، تهران: انتشارات آگاه، ۱۳۷۲.

ب) منابع خارجی

- Batiffol, Henri, "Droit international Prive", librairie Generale de droit et de Jurisprudndense, paris: librairie Generale de droit et de Jurisprudndense, 1970.
- Collier, J, *Conflict of Laws*, 3th Ed; Great Britain, Cambridge univercity press, 2004.
- Cheshire and North, *private international law* 11th Ed., Butterworth, London: Butterwprth, 1987
- Dicey and Morris, *the Conflict of Laws*, *Sweet and Maxwell*, 12th Ed., London: Sweet and Maxwell, 1993
- Parra- Arranguren, G, *General Course on Private international Law, Recueil des Course de Lacademie de droit international de La Haye (R,C,A,D,I)*, VOL, III, 1988.

- Lloyd, Dennis, *Public Policy- Comparative study between English and French Law*, London: The Athlon Press, 1thed, 1953.
- Loussouarn, Yvon & Pierre BoureL, *Driot international Prive*, 7th Ed, Paris: Dalloz, 2001.
- Mosconi, Franco, *Exceptions to the operation of choice of Law rules*, (R.C.A.D.I) Vol. V, 1989.
- Visher, F, *General Course on Private international Law*, (R.C.A.D.I), Vol.1, 1992

The Challenges of Implementing the New Civil Liability System due to Violation of Competition Rules in the European Union

*Hossein Sadeghi*¹, Mahdi Rashvand Bukani², Mahdi Naser³*

1. Assistant Professor, Department of Business, Faculty of Entrepreneurship, University of Tehran, Tehran, Iran.

*. **Corresponding Author:** Email: Hosadeghi@ut.ac.ir

2. Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, University of Judicial Sciences, Tehran, Iran.

Email: rashvand_bokani ujsas.ac.ir

3. Ph.D. Student in Private Law, Faculty of Law, University of Judicial Sciences, Tehran, Iran.

Email: Mn.ujsasac0077@yahoo.com



S.D.I.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



Publisher:
Shahr-e- Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:
Original Research

DOI:
10.48300/JLR.2023.170537

Received:
21 September 2020

Accepted:
21 November 2020

Published:
10 June 2023



ABSTRACT

With the adoption of the EU Compensation Guidelines for the 2014 EU Anti-Monopoly Act to compensate for all damages and even profits and lost profits (direct and indirect purchasers), absolute liability was foreseen for violators of competition law. There are exceptions to this rule, of course. This did not happen until the end of 2016, despite the Member States' requirement to implement these rules in their national legal system due to legislative and administrative challenges. Some of the challenges are related to being possibility to turn us over to absolute responsibility or agree contrary to the rules of procedure, the deterrence aspect, litigation, challenges associated with indirect buyers at the end of the supply chain and informing buyers. These challenges and other challenges that have arisen have led to the Union issuing a statement

Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



on how to implement the provisions of this directive in the legal system of the Member States. Identifying these challenges and the solutions offered in this regard can pave the way for legislative policy-making for the development and enhancement of competition law rules in the Iranian legal system.

Keywords: Violation of Competition Laws, European Union, Absolute Liability, Civil Liability, Antitrust Acts.

Funding: The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Author contributions:

Hossein sadeghi: Conceptualization, Methodology, Software, Validation, Formal analysis, Investigation, Resources, Data Curation, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing, Visualization, Supervision, Project administration.

Mahdi Rashvand Bukani: Conceptualization, Validation, Formal analysis, Investigation, Resources, Data Curation, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing.

Mahdi Naser: Conceptualization, Methodology, Software, Validation, Formal analysis, Investigation, Resources, Writing - Original Draft, Visualization, Project administration.

Competing interests: The authors declare that they have no competing interests.

Citation:

Sadeghi, Hossein, Mahdi Rashvand Bukani & Mahdi Naser. "The Challenges of Implementing the New Civil Liability System due to Violation of Competition Rules in the European Union" *Journal of Legal Research* 22, no. 53 (June 10, 2023): 171-194.

Extended Abstract

With the approval of the European Union's 2014 directive on compensation for damages caused by anti-monopoly actions, absolute responsibility was provided for those who violate the rules of competition law to compensate for all damages and even the lost profits of direct and indirect buyers. Of course, this rule also has exceptions, including the way of obtaining evidence by the judicial authorities specified in Article 6 of the above-mentioned directive, the joint or relative responsibility of the violators of the competition law rules specified in Article 11 of the above-mentioned directive, the need to compensate indirect buyers by Violators of the rules of competition law specified in Article 15 of the aforementioned guidelines. Despite the obligation of the member states to implement these regulations in their national legal system, due to the existence of legislative and executive challenges, such a thing has not been achieved until the end of 2016. The reason for this was that since the above directive was approved by a higher authority than the internal authorities of the member states of the European Union, as a rule, the application of the internal rules of the member states by their courts under the title of interpretation of the provisions of the directives of the European Union could not be legal have Because the authority of interpretation or allocation of Union directives or that authority itself is in approving a directive contrary to that directive, or such allocation should be specified in the opinions of the highest courts of the European Union such as the Court of Justice or the European Court of Human Rights Protection. Of course, another opinion that was presented in this regard was that the mandatory implementation of the rules approved by the European Union did not prevent the implementation of the provisions of those rules with the rules of the receiving country, and this originates from the principle of independence of the sovereignty of the member states of the Union. Because despite the obligation of countries to introduce the provisions of the guidelines discussed in this research into their legal system until the end of 2016, many countries still accept these provisions by applying some amendments and even some others take steps in line with legislative policy in the application. These provisions were not included in their legal system. Among the challenges of implementing the above-mentioned guidelines in the legal system of the member states of the Union are the challenges related to indirect buyers at the end of the supply chain. Because the goods produced by the violators of the rules are successively exchanged and after many exchanges are given to people who are generally not aware of their legal rights or, in case they are informed and file a lawsuit, the actual amount of damage caused to them It cannot be ignored. Another challenge

related to notifying buyers and identifying indirect buyers is that the solution proposed in this regard is to inform the general public about the incident through mass communication tools such as television to initiate a "collective lawsuit" against a violator. Another challenge is the ability to turn to us before us or the feasibility of applying the principle of sovereignty of the will to the rules of the approved 2014 guidelines, which has two views in this regard. Based on the first point of view, the first point of view, since there is no provision in the regulations of the above-mentioned guidelines for retroactive use of the rules, in principle, the responsibility of individuals in the judicial authorities depends on the substantive rules that when committing a violation of the "existing" regulations " has taken place. Therefore, regardless of the conditions of the stated regulations or the philosophy of their approval, there is no possibility of us preempting the said rules. Based on the second point of view, although there is no rule in the regulations of the directive to predict whether or not the rules of that directive are retroactive, the philosophy of approving these regulations and predicting absolute responsibility for the violators requires that in interpreting the approved rules, the existing situation society and the possibility of filing a lawsuit for the victims. Because the intention of policymakers is to resolve the existing situation and the possibility of filing a lawsuit for indirect buyers who have suffered losses from the actions of companies active in the market. Therefore, it is not far-fetched to anticipate the provisions of this directive. In addition to what has been said, the implementation of the discussed directive in the European Union member states also has some gaps, among which we can point out the need to strengthen the deterrence aspect of the directive's rules and the need to change the procedure for dealing with claims in this directive. The existence of the mentioned challenges and other existing problems led to the issuance of a declaration by the Union regarding how to implement the provisions of this directive in the legal system of the member countries.

چالش‌های اجرای نظام جدید مسؤلیت مدنی ناشی از نقض قواعد حقوق رقابت در اتحادیه اروپا

حسین صادقی*^۱، مهدی رشوند بوکانی^۲، مهدی ناصر^۳

۱. استادیار، گروه کسب و کار، دانشکده کارآفرینی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

*نویسنده مسئول: Email: Hosadeghi@ut.ac.ir

۲. استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه علوم قضایی، تهران، ایران.

Email: rashvand_bokani ujsas.ac.ir

۳. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه علوم قضایی، تهران، ایران.

Email: Mn.ujsasac0077@yahoo.com

چکیده:

با تصویب دستورالعمل جبران خسارات ناشی از اعمال ضد انحصاری مصوب ۲۰۱۴ اتحادیه اروپا برای جبران تمامی خسارت‌ها و حتی سود بهره از دست رفته خریداران مستقیم و غیرمستقیم، برای ناقضان قواعد حقوق رقابت، مسؤلیت مطلق پیش‌بینی شد. البته این قاعده استثنائاتی نیز دارد که در این مقاله به آنها پرداخته شده است. علی‌رغم الزام کشورهای عضو برای پیاده‌سازی این مقررات در نظام حقوقی ملی خود، به جهت وجود چالش‌های تقنینی و اجرایی تا اواخر سال ۲۰۱۶، چنین امری محقق نشد. برخی از این چالش‌ها که در این مقاله به آنها پرداخته شده است مربوط به قابلیت عطف به ماسبق شدن مسؤلیت مطلق موضوع دستورالعمل یادشده، امکان یا عدم امکان توافق برخلاف قواعد دستورالعمل، جنبه بازدارندگی قواعد و آیین رسیدگی به دعاوی و نیز چالش‌های مرتبط با خریداران غیرمستقیم انتهایی زنجیره تأمین، اطلاع‌رسانی به خریداران می‌باشند. وجود چالش‌های بیان شده و دیگر مشکلات موجود منجر به



پژوهش‌کده حقوق



نوع مقاله:

پژوهشی

DOI:

10.48300/JLR.2023.170537

تاریخ دریافت:

۳۱ شهریور ۱۳۹۹

تاریخ پذیرش:

۱ آذر ۱۳۹۹

تاریخ انتشار:

۲۰ خرداد ۱۴۰۲

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند یا دسترسی آزاد هستند، مقالات تحت شرایط مجوز Creative Commons Attribution-Non-Commercial License 4.0 منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



صدر اعلامیه‌ای از سوی اتحادیه در خصوص چگونگی پیاده‌سازی مقررات این دستورالعمل در نظام حقوقی کشورهای عضو شد.

کلیدواژه‌ها:

نقض قواعد حقوق رقابت، اتحادیه اروپا، مسؤولیت مطلق، مسؤولیت مدنی، اعمال ضدانحصاری.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان:

حسین صادقی: مفهوم‌سازی، روش‌شناسی، استفاده از نرم‌افزار، اعتبارسنجی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش، تصویرسازی، نظارت، مدیریت پروژه. مهدی رشوند بوکانی: مفهوم‌سازی، اعتبارسنجی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش. مهدی ناصر: مفهوم‌سازی، روش‌شناسی، استفاده از نرم‌افزار، اعتبارسنجی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، تصویرسازی، مدیریت پروژه.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

صادقی، حسین، مهدی رشوند بوکانی و مهدی ناصر «چالش‌های اجرای نظام جدید مسؤولیت مدنی ناشی از نقض قواعد حقوق رقابت در اتحادیه اروپا». مجله پژوهش‌های حقوقی ۲۲، ش. ۵۳ (۲۰ خرداد ۱۴۰۲): ۱۷۱-۱۹۴.

مقدمه

پس از سال ۲۰۰۳ با تصویب مقررات متحدالشکل کمیسیون اروپا^۱ برای ایجاد رویه واحد در مواجهه با مسائل مطرح در حوزه حقوق رقابت، کشورهای عضو این اتحادیه ملزم به اصلاح و همسان‌سازی مفاد مقررات داخلی خود شدند. اجرای این مقررات منجر به وجود ثباتی نسبی در اتحادیه اروپا گردید. آشنایی شرکت‌های چندملیتی با مقرراتی واحد و ایجاد رویه‌ای واحد میان دادگاه‌های کشورهای عضو، از اعمال سلیقه و صدور آرای با مبانی متشتت حقوقی پیشگیری کرد.^۲ اما در مقررات مذکور نواقصی نیز وجود داشت: مهم‌ترین نقصی که مقررات مذکور در مرحله اجرا با آن مواجه بود جبران خسارات افرادی بود که به طور مستقیم از اعمال حقوقی شرکت‌های بزرگ در بازار رقابتی متضرر نشده بودند و به عبارتی، خریداران غیرمستقیم^۳ محسوب می‌شدند.^۴

برای جبران چنین خسارت‌هایی، مقامات اتحادیه اروپا دستورالعملی را با عنوان دستورالعمل^۵ جبران خسارات ناشی از اعمال یا رفتارهای ضدانحصاری تصویب کردند.^۶ دستورالعمل فوق با پیش‌بینی قاعده مسؤلیت مطلق (مواد ۱ و ۳) و جبران کامل خسارات و بنا نهادن رویه‌ای جدید در راستای اصلاح مبانی اصل جبران کامل خسارت در حوزه حقوق رقابت، سیاست جدیدی را در اتحادیه اروپا پایه‌گذاری کرد. حسب مبانی مطرح شده، به منظور جبران کامل خسارات و نفع مستقیم یا غیرمستقیم و بهره‌اندست‌رفته، مقرراتی وضع شد که منجر به گسترش محدوده اصل جبران کامل خسارت در اتحادیه اروپا گردید. اصل جبران کامل خسارت مطابق رویه دادگاه‌های کشورهای عضو، به این معناست که خسارت‌های مذکور در رأی دادگاه، در حالت عادی، از میزان مورد انتظار عرف فراتر نرود. به عبارتی اگرچه ظاهر این اصل بر جبران تمامی خسارات وارده به افراد دلالت دارد، اما رویه حاکم بر دادگاه‌های کشورهای اتحادیه اروپا بر این اصل استوار است که از حد متعارف فراتر نرود؛ اما این رویه در حوزه حقوق

1. European Commission

2. Wils WPJ, Ten years of Regulation 1/2003— A retrospective, *Journal of European Competition Law and Practice* 4(4),2013, 295-296.

3. Indirect Purchasers

4. Renda A et al., Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios. Centre for European Policy Studies, Brussels. http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf, 2007, Accessed: Jun 27,2020

5. Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union [2014] OJ L349

6. Antitrust Damages Actions

رقابت به طور ضمنی، نسخ شده است.

در مواجهه با سیاست‌گذاری مذکور، سؤالاتی به این شرح قابل طرح است: مقررات اصلاحی مصوب تا چه حد می‌توانند اهداف سیاست‌گذاران را تأمین نموده و در این راستا، پیش‌بینی چه زیرساخت‌هایی لازم است؟ آیا تصویب مقررات بازدارنده نیز مورد نیاز است؟ مقرر شده بود مقررات جدید اتحادیه اروپا (مصوب ۲۰۱۴) در بازه زمانی دوساله در نظام حقوقی کشورهای عضو، پیاده شود. کشورها ملزم بودند این مقررات را تا اواخر سال ۲۰۱۶ در نظام حقوقی خود وارد کنند. با وجود این، چنین امری در بسیاری از کشورهای عضو این اتحادیه به وقوع نپیوست. سؤال اصلی این بود که معیار و استثنائات مسؤولیت مطلق در نقض قواعد حقوق رقابت چیست و چه چالش‌های تقنینی و اجرایی در راستای پیاده‌سازی این سازکار در نظام حقوقی کشورهای عضو اتحادیه وجود دارد؟ و دیگر اینکه آیا تشریفات و دادرسی یکسان در این خصوص توسط مرجع تصویب‌کننده دستورالعمل پیش‌بینی شده است؟ برای پاسخگویی به سؤال فوق، پژوهش حاضر در گفتار اول، به روش اسنادی در ابتدا به بیان قواعد کلی حاکم بر جبران خسارات ناشی از قواعد رقابت در اتحادیه اروپا می‌پردازد (گفتار اول) و سپس به تحلیل استثنائات حاکم بر قاعده مسؤولیت مطلق (گفتار دوم) و تشریفات پیاده‌سازی دستورالعمل در نظام حقوقی کشورهای عضو اتحادیه (گفتار سوم) و در نهایت، به چالش‌های تقنینی و اجرایی موجود در راستای این پیاده‌سازی (گفتارهای چهارم و پنجم) می‌پردازد. با عنایت به یافته‌های این تحقیق و شناسایی چالش‌های مذکور و راه‌حل‌های ارائه‌شده در این خصوص، امید است مسیر سیاست‌گذاری تقنینی برای توسعه و بالندگی قواعد حقوق رقابت، در نظام حقوقی ایران، هموار گردد.

پیش از آغاز بحث یادآور می‌گردد در نظام حقوقی ایران مقالاتی در حوزه حقوق رقابت از پژوهشگران مختلف چاپ شده‌اند که هر یک در محوریت بحث خود حوزه‌ای از حقوق رقابت را مورد تحلیل و کنکاش قرار داده‌اند؛ اما هیچ یک به صورت کلی یا جزئی به محوریت موضوعات مورد بحث در این پژوهش اشاره‌ای ننموده‌اند. لذا موضوع مقاله حاضر، یک موضوع جدید در ایران می‌باشد و در این مقاله محوریت بحث بر بررسی نوآوری‌ها و چالش‌ها و چگونگی اجرای دستورالعمل ۲۰۱۴ اتحادیه اروپا در کشورهای عضو می‌باشد. بدیهی است تبیین الگوی پیش‌بینی شده در دستورالعمل مزبور می‌تواند راهنمای مناسبی برای ایجاد تحول در نظام حقوقی ایران در ارتباط با مسؤولیت مدنی ناشی از نقض قواعد حقوق رقابت باشد.

۱- قواعد کلی حاکم بر جبران خسارات ناشی از نقض قواعد رقابت در اتحادیه اروپا

قواعد کلی رقابت در اتحادیه اروپا با عنایت به مفاد مواد ۱۰۱ و ۱۰۲ پیمان تلفیق شده اتحادیه اروپا مصوب ۲۰۰۸^۷ شکل گرفته است. مواد ۱۰۱ و ۱۰۲، متضمن مقرراتی در راستای منع شرکت‌های تجاری از انعقاد قراردادهای در پیش گرفتن رویه‌هایی است که قواعد حقوق رقابت را در بازارهای داخلی کشورهای عضو نقض کند. نقض این مقررات، منجر به اعمال ضمانت اجراهای عمومی^۸ و خصوصی^۹ در قبال شرکت‌ها می‌گردد. ضمانت اجراهای عمومی به پیش‌بینی مجازات‌های کیفری برای نقض‌کنندگان مربوط می‌شود مثل جزای نقدی یا حبس ولی ضمانت اجراهای خصوصی به جبران خسارات مالی اشخاص مربوط می‌شود.

ناکارآمدی نظام مجازات، عدم بازدارندگی مجازات‌های مقرر برای اشخاص حقوقی یا حقیقی و صعوبت اثبات ارکان جرایم از جمله سوءنیت نقض‌کنندگان قواعد حقوق رقابت، باعث شد سیاست‌گذاران، مقررات جدیدی را برای اصلاح ضمانت اجراهای خصوصی مانند جبران کامل خسارت (مسئولیت مطلق) وضع کنند. حسب این مقررات، در شرایطی، نقض‌کننده ملزم به پرداخت خسارتی بیش از خسارت واقعی است. مطابق با ماده ۳ دستورالعمل جبران خسارات ناشی از اعمال ضد انحصاری مصوب ۲۰۱۴ حتی در مواردی، از جمله خسارات وارد بر جامعه، نقض‌کننده علاوه بر جبران کامل خسارت وارده به متضررانی که مستقیماً یا به صورت غیرمستقیم دچار زیان شده‌اند مکلف است خسارات ناشی از بی‌ثباتی بازار یا شاخص‌های اقتصادی در بازارهای پولی یا سرمایه را نیز جبران نماید. علاوه بر موارد فوق، در صورتی که اعمال نقض‌کننده، منجر به تلف منافع مورد انتظار^{۱۰} اشخاص حقیقی یا حقوقی گردد (عدم‌النفع)، وی ملزم به جبران کامل خسارات وارده می‌گردد.^{۱۱}

در آرای از دیوان دادگستری اتحادیه اروپا^{۱۲} ازجمله پرونده Courage علیه Crehan این امر، مورد

7. Consolidated Version of the Treaty on European Union [2008] OJ C115/13

8. Public Enforcement

9. Private Enforcement

10. Expected Benefits

11. Zygimantas Juska, The Effectiveness of Antitrust Collective Litigation in the European Union: A Study of the Principle of Full Compensation, IIC, <https://doi.org/10.1007/s40319-017-0644-4>, <https://www.Springer.com>, (49), 2018, 67, accessed Jul 20, 2020

12. Court of Justice of the European Union

تصریح قرار گرفته است.^{۱۳} دادگاه مزبور در رأی صادره با این استدلال که فاعل زیان باید ملزم به جبران تمامی خسارات وارده بر زیان دیده گردد، حکم بر علیه شرکت خوانده صادر نمود.

دیوان دادگستری در رأی پرونده مذکور بر دو مقوله اساسی تأکید نمود:

اجرای مؤثر مفاد ماده ۱۰۱ پیمان تلفیق شده اتحادیه اروپا در صورتی ممکن است که هر شخص حقیقی یا حقوقی امکان اقامه دعوی برای جبران خسارات وارد بر خود را داشته باشد.

جبران خسارات وارده تنها به پرداخت خسارات واقعی محدود نشده و مسؤولیت مطلق خوانده ایجاب می‌نماید تا وی علاوه بر خسارت واقعی، ملزم به جبران خسارات فرعی از جمله بهره قانونی یا سود قراردادی خواهان نیز گردد.^{۱۴}

از آنجاکه دادخواهی حق مسلم هر فرد بوده و در هیچ نظامی چنین امری منع یا تحدید نشده است، به نظر می‌رسد منظور دادگاه مزبور از امکان اقامه دعوی برای تمامی افراد، منصرف از قاعده کلی بیان شده باشد و ناظر به فراهم آوردن زیرساخت‌های نظری و عملی برای تحقق این امر است. ضمن اینکه توسعه مسؤولیت حقوقی اشخاص بر سود قراردادی می‌تواند مؤید امکان دریافت خسارات محتمل الحصول در این حوزه شود. این نظر در مواد مختلفی از دستورالعمل فوق‌الذکر از جمله مواد ۱۲ و ۱۴ بر پیش‌بینی امکان اقامه دعوی برای خریداران مستقیم یا غیرمستقیم و ماده ۱۶ بر ضرورت جبران خسارات مطلق خواهان نیز به نوعی تصریح شده است.

سؤال پیش رو این است که آیا قواعد پیش‌بینی شده می‌توانند متضمن جبران خسارات ناشی از عدم‌النفع برای اشخاص باشند؟ به نظر نگارندگان پاسخ سؤال مزبور مثبت است. چراکه فلسفه تصویب دستورالعمل فوق‌الذکر جبران حداکثری خسارات وارده به اشخاص حتی فراتر از خسارات متعارف می‌باشد. این امر به منزله قصد سیاست‌گذاران بر محکومیت نقض‌کننده به جبران تمامی خسارات احتمالی یا مستقیمی است که از عملکرد وی بر دیگران وارد آید. در حالت عادی ممکن است در صورتی

13. Case C-453/99 *Courage Ltd. v. Bernard Crehan* [2001] ECR I-6297, <https://swarb.co.uk/courage-ltd-and-crehan-v-crehan-and-courage-ltd-and-others-ecj-20-sep-2001/> accessed Oct 12, 2020

در این پرونده، خواهان یک شرکت می‌باشد که با اجاره منازل به اشخاص، طی قراردادی آنها را ملزم به خرید کالاها و محصولات تولیدی شرکت می‌نماید. در این شرکت، خوانده علی‌رغم انعقاد قرارداد با خواهان، با نقض قواعد حقوق رقابت، از خرید انحصاری از شرکت مذکور سر باز زده و منجر به ورود خسارت به آن شرکت گردید. خواهان نیز با طرح شکایت در دادگاه تقاضای صدور حکم بر جبران خسارات نمود.

14. Barent Krans, *Cartel damages claims in Europe*, Online Edition on <https://www.Springer.com,2015,27> Accessed: Jul20,2020

که نقض‌کننده قواعد حقوق رقابت، مبادرت به انجام چنین اعمالی ننماید، اشخاصی در حالت عادی بتوانند نفع مورد انتظار خود را در بازارهای پولی از قراردادهای منعقدہ یا هر عمل حقوقی دیگری کسب نمایند. عملکرد نقض‌کننده منجر به تلف این منافع و ورود زیان به اشخاص می‌گردد. لذا مطابق با مبانی بیان شده در ماده سوم، محکومیت اشخاص حتی بر جبران خسارات احتمالی ناشی از اعمال آنها که تأثیر مستقیم یا غیرمستقیم بر بازار داشته باشد نمی‌تواند بعید گردد.^{۱۵}

۲- استثنائات مسؤلیت مطلق در نقض قواعد حقوق رقابت

همان‌طور که بیان شد، با تصویب دستورالعمل مصوب ۲۰۱۴ در اتحادیه، مسؤلیت مطلق در حوزه مورد بحث حاکم شد؛ اما این قاعده نیز با استثنائاتی به شرح زیر مواجه است:

۲-۱- چگونگی تحصیل ادله توسط مراجع قضایی

چگونگی تحصیل ادله توسط مراجع قضایی رسیدگی‌کننده می‌تواند در تحقق کاهش مسؤلیت کیفری ناقض قواعد حقوق رقابت در پرداخت جزای نقدی مؤثر باشد. مطابق با مفاد ماده ۶ دستورالعمل، در خصوص جبران خسارت نیز، در صورتی که ناقض خود مبادرت به افشای اسناد نقض قواعد حقوق رقابت نموده باشد ممکن است از تخفیف برخوردار شود. این اسناد ممکن است متضمن مدارکی در راستای محکومیت دیگر شرکت‌های فعال در حوزه حقوق رقابت باشد.

اگرچه در کنوانسیون‌ها و دستورالعمل‌های متعدد اتحادیه اروپا حق دسترسی آزاد به اطلاعات به عنوان یکی از حقوق اساسی اشخاص شمرده شده است، اما دسترسی به اطلاعات افشا شده در دادگاه، در صورتی برای دیگران میسر است که مطابق با مفاد ماده ۵ دستورالعمل نسبت به ابزار دلیلی محکمه‌پسند برای توجیه درخواست خود اقدام نماید.

به عبارت دیگر، هر چند، حق دسترسی آزاد به اطلاعات جزء حقوق اساسی اروپاییان است و در آرای متعددی از دادگاه عدالت اتحادیه اروپا از جمله پرونده‌های اسکارلت علیه سابام^{۱۶}، سابام علیه نت لوگ^{۱۷}، مک فادن علیه سونی میوزیک^{۱۸} و دکمین علیه وندراستین^{۱۹} مورد تأکید قرار گرفته است اما دسترسی به اطلاعات افشا شده در رابطه با نقض قواعد حقوق رقابت، با تخصیص و تقیید مواجه شده است. از این رو مطابق با اصول کلی حقوقی باید به صورت استثنایی و مضیق تفسیر گردد. البته عدم انتشار اطلاعات افشا شده توسط دادگاه و در اختیار قرار دادن آنها برای دیگر اشخاص در صورتی است که این اطلاعات از سوی دادگاه واجد اعتبار بوده و در اعتبار آنها از سوی دادگاه شک و شبهه‌ای وجود نداشته باشد.

۲-۲- مسؤولیت نسبی یا مشترک ناقضان؟

ماده ۱۱ دستورالعمل متضمن مقرراتی در راستای مسؤولیت مشترک یا نسبی ناقضان قواعد حقوق رقابت می‌باشد. طبق بند ۱ این ماده، در صورتی که نقض قواعد حقوق رقابت به وسیله اعمال مشترک ناقضان صورت پذیرد، مسؤولیت آنها در جبران خسارت اشخاص به صورت مطلق و تضامنی می‌باشد. لذا افرادی که به آنها خسارت وارد شده است امکان دریافت تمامی خسارات وارده را از هر یک از ناقضان بدون رجوع به دیگران دارند؛ به عبارت دیگر، برای جبران خسارات متضرران حسب مفاد دستورالعمل، اصل بر مسؤولیت مشترک است.

اما به موجب بند ۲ همین ماده در صورتی که ناقضان در نقض قواعد حقوق رقابت متحمل تقصیر سبک شده یا در این خصوص به تشخیص دادگاه تقصیری نکرده باشند، در موارد زیر امکان پیش‌بینی مسؤولیت مشترک برای آنها وجود ندارد ضمن اینکه از پرداخت جزای نقدی نیز مصون می‌گردند:

الف- در صورتی که سهم آنها در بازار محصول، در دوره نقض تعهد رقابتی، کمتر از ۵ درصد باشد؛

ب- در صورتی که اجرای قواعد عادی مسؤولیت مشترک یا نسبی به طور غیرقابل بازگشتی، قابلیت حیات یا بقای اقتصادی آن را با خطر مواجه سازد و باعث شود که دارایی بنگاه مزبور، فاقد ارزش شود.

البته برخورداری از این معافیت منوط است به اینکه نقش رهبری یا اعمال فشار را در انجام رفتارهای ضد رقابتی ایفا نکرده یا این اعمال را تکرار نکرده باشد (بند ۳ ماده ۱۱).

همچنین اگرچه هر یک از ناقضان قواعد واجد مسؤولیت مطلق در جبران خسارات افراد می‌باشند، اما این مسؤولیت تنها در برابر خریداران مستقیم یا غیرمستقیم هر شرکت متصور بوده و شرکت‌هایی که مشترکاً قواعد حقوق رقابت را نقض می‌کنند قابلیت محکومیت در برابر خریداران یکدیگر را ندارند؛ به عبارت دیگر هر شرکت در برابر خریداران مستقیم یا غیرمستقیم خود مسؤول است هر چند نقض قواعد حقوق رقابت مستند به اعمال مشترک چند شرکت باشد.

۲-۳- جبران خسارات خریداران غیرمستقیم

ماده ۱۵ دستورالعمل مسؤولیت مطلق ناقضان مقررات حقوق رقابت را علاوه بر خریداران مستقیم، در برابر خریداران غیرمستقیم نیز توسعه داده است. خریداران غیرمستقیم اشخاصی حقیقی یا حقوقی هستند که محصولات به دست آمده یا خدمات ارائه شده توسط شرکت‌های فعال در بازار رقابت را

بی‌واسطه از خریدار مستقیم (اولیه) یا خریداران بی‌درپی دریافت می‌دارند.

ماده ۱۴ شرایطی را برای اقامه دعوی خریداران غیرمستقیم پیش‌بینی نموده است. شرایط مذکور به شرح ذیل است:

- خواننده دعوا باید قواعد و مقررات حقوق رقابت را نقض نماید؛
- نقض مقررات حقوق رقابت باید منجر به تحمیل هزینه اضافی به خریدار مستقیم وی گردد؛
- خریدار غیرمستقیم کالاها یا خدمات ارائه شده موضوع تخلف را از خریدار مستقیم خرید یا دریافت کرده است.

اگرچه شرایط فوق به طور معمول خریداران غیرمستقیم را مستحق دریافت تمامی ضرر و زیان‌ها می‌گرداند، اما این شرایط مانع از اعمال قواعد آمره حقوقی ملی کشورهای عضو اتحادیه نیست. از این رو نظام حقوقی برخی کشورها از جمله آلمان، عدم امکان دریافت خسارت از خریدار مستقیم دارای سوءنیت را نیز در زمره شرایط رجوع به ناقض قواعد حقوق رقابت درج کرده‌اند.

از این رو اگر شخصی حقیقی یا حقوقی متحمل هزینه اضافی در خرید کالاها یا خدمات گردد در صورتی خواهد توانست به ناقض اصلی رجوع نماید که طرف معامله با او در این خصوص دارای سوءنیت نباشد. چراکه اگر چنین سوءنیتی از سوی خریدار مستقیم وجود داشته باشد، ضرر وارده بر خریدار غیرمستقیم در ابتدا از ناحیه خریدار مستقیم بر وی وارد شده و مسئولیت مطلق ناقض قواعد حقوق رقابت در این خصوص تخصیص می‌خورد.^{۲۰}

از سوی دیگر مسئولیت مطلق ناقضان قواعد حقوق رقابت در مواجهه با خریداران غیرمستقیم منوط است به عدم جبران خسارت از سوی خریدار مستقیم؛ به عبارت دیگر در صورتی که کالایی توسط خریدار غیرمستقیم خریداری شده و وی خسارت وارد شده به خود را از خریدار مستقیم دریافت دارد حق رجوع به شرکت اصلی را ندارد.

علاوه بر این جبران خسارت منوط است به پذیرش ورود ضرر از سوی عرف. به عبارتی در صورتی که در مورخه ۲۰۱۹/۲۹/۰۸ کالا یا خدماتی توسط خریدار غیرمستقیم خریداری شود و در مدتی کوتاه چند روزه مانند یک یا دو روز پس از انعقاد معامله، قیمت آن کالا یا خدمات به میزان برابر یا بیش از آنچه خریدار غیرمستقیم متحمل زیان شده است افزایش یابد، وی محق دریافت خسارت نخواهد بود. در

20. European Commission, The damages directive—towards more effective enforcement of the EU competition rules. Competition Policy Brief, Brussels http://ec.europa.eu/competition/publications/cpb/2015/001_en.pdf, 2015, 3, accessed Jun 19, 2020

کنار موارد فوق ماده ۱۷ دستورالعمل خسارات غیرمسلمی را که مورد نزاع طرفین بوده و قابلیت وقوع یا احتمال وقوع آنها در نظر دادگاه ضعیف باشد، از شمول مسؤولیت مطلق ناقضان قواعد رقابت مستثنا نموده است. به نظر می‌رسد به موجب این ماده بتوان ناقضان قواعد حقوق رقابت را از جبران خسارات متحمل‌الحصول خریداران غیرمستقیم مبری دانست.

۳- تشریفات پیاده‌سازی مقررات دستورالعمل در نظام حقوقی کشورهای عضو اتحادیه اروپا

پس از تصویب دستورالعمل فوق، قابلیت اعمال قواعد داخلی کشورهای عضو اتحادیه در تفسیر یا تخصیص (تقیید) دستورالعمل‌های اتحادیه اروپا محل بحث برخی حقوق‌دانان قرار گرفت. از آنجاکه دستورالعمل فوق، از سوی مرجعی بالاتر از مراجع داخلی کشورهای عضو اتحادیه اروپا تصویب شده بود، قاعدتاً اعمال قواعد داخلی کشورهای عضو توسط دادگاه‌های آنها ذیل عنوان تفسیر مقررات دستورالعمل‌های اتحادیه اروپا نمی‌توانست وجهه قانونی داشته باشد. چراکه مرجع تفسیر یا تخصیص دستورالعمل‌های اتحادیه یا خود آن مرجع در تصویب دستورالعملی مغایر با آن دستورالعمل می‌باشد، یا چنین تخصیصی باید در آرای دادگاه‌های عالی اتحادیه اروپا همانند دیوان دادگستری^{۲۱} یا دادگاه اروپایی حمایت از حقوق بشر^{۲۲} مورد تصریح قرار گرفته باشد.^{۲۳} البته نظر دیگری که در این خصوص ارائه شده بود این بود که الزامی بودن اجرای قواعد مصوب اتحادیه اروپا مانع از تطبیق مقررات آن قواعد با قواعد آمره کشور پذیرنده نبوده و این امر از اصل استقلال حاکمیت کشورهای عضو اتحادیه نشأت می‌گیرد. چراکه با وجود الزام کشورها در وارد نمودن مقررات دستورالعمل مورد بحث در این پژوهش در نظام حقوقی خود تا اواخر سال ۲۰۱۶، هنوز هم بسیاری از کشورها این مقررات را با اعمال برخی اصلاحات پذیرفته و حتی برخی دیگر نیز اقدامی در راستای سیاست‌گذاری تقنینی در اعمال این مقررات در نظام حقوقی خود ننموده بودند.^{۲۴}

اختلاف نظرات موجود منجر به تصویب اعلامیه‌ای^{۲۵} از سوی مرجع مصوب این دستورالعمل و

21. Court of Justice of the European Union

22. European Court of Human Rights

23. Krommendijk J, "The use of ECtHR case law by the CJEU after Lisbon: the view of the Luxembourg insiders", *Maastricht J Compa Eur Law* 22(2015), 815.

24. Juska, op.cit., 68

25. Commission Recommendation on common principles for collective redress mechanisms in the Member States for injunctions against and claims on damages caused by violations of EU rights COM,

پیش‌بینی مقرراتی در راستای چگونگی پیاده‌سازی مبانی این دستورالعمل در کشورهای عضو اتحادیه گردید. منشأ صدور این اعلامیه تعارض مبانی پیش‌بینی شده در مقررات آن با مبانی مسؤلیت در نظام حقوقی کشورهای عضو بود. از این رو سیاست‌گذاران با پیش‌بینی امکان ورود قواعد آمره کشورهای پذیرنده در تفسیر مقررات این دستورالعمل و تطابق آن قواعد با مفاد مقررات این دستورالعمل قائل بر امکان شمول حق شرط توسط سیاست‌گذاران کشورهای پذیرنده گردیدند. به طور خلاصه شرایط پیاده‌سازی مقررات دستورالعمل در نظام حقوقی کشورها مطابق با اعلامیه صورت گرفته به قرار ذیل است:

۱- مطابق با بند ۲۱ از اعلامیه مذکور پیش‌بینی مسؤلیت مطلق ناقضان جزء قواعد آمره‌ای است که تمامی کشورهای عضو اتحادیه در نظام حقوقی خود ملزم به پذیرش آن می‌باشند. اگرچه این قاعده با مبانی شناسایی مسؤلیت برای افراد در تعارض باشد. البته کشورهای پذیرنده در تعدیل این قاعده می‌توانند در مواردی صریح و شفاف نسبت به پیش‌بینی استثنائات این قاعده اقدام نموده و دادگاه‌های داخلی کشور مزبور نیز قابلیت اعمال استثنائات در آرای خود را دارند. در صورتی که استثنائات مذکور به نحوی نباشد که مبنای مسؤلیت مطلق را کاملاً مضیق نموده و به صورت صریح و شفاف توسط مجلس قانونگذاری کشور مزبور اعلام گردد، این نظر برای دادگاه‌های عالی اتحادیه اروپا نیز قابلیت استناد را خواهد داشت. از این رو در صورتی که کشور پذیرنده در پیش‌بینی استثنائات، آنها را به گونه‌ای سیاست‌گذاری نماید که به صورت مبهم بوده یا قابلیت تفسیر موسع برای دادگاه‌های داخلی خود را داشته باشند، این استثنائات برای دادگاه‌های عالی اتحادیه اروپا قابلیت استناد نداشته و رأی دادگاه ملی در معرض نقض قرار خواهد گرفت.

۲- مطابق با بند ۱ و ۴ از اعلامیه مذکور کشورهای پذیرنده ملزم به پیش‌بینی مقرراتی شده‌اند تا امکان سوءاستفاده ناقضان قواعد حقوق رقابت در کشوری غیر از کشور متبوع خود را از آنها نقض نمایند. از این رو وجود مسؤلیت مطلق برای آنان منجر می‌گردد تا در صورتی که کالاهای شرکت مادر توسط شرکت وابسته در کشوری توزیع گردد، خارجی بودن شرکت مادر نتواند شرکت وابسته را از جبران خسارات وارده مبرا نماید. البته تطابق چنین حکمی با قواعد کلی حقوقی محل تأمل می‌باشد. از یک طرف شرکت‌های وابسته دارای شخصیت حقوقی مستقل نسبت به شرکت مادر بوده و دلیلی بر مسؤلیت آنها برای جبران خسارات وارده از سوی شرکت مادر وجود ندارد. از این رو پیش‌بینی چنین مقرراتی با قواعد کلی حاکم بر حقوق داخلی کشورها محل بحث است. البته اگر شرکت وابسته در ورود خسارت خود

مرتکب تقصیر شده باشد، مسؤول جبران خسارت می‌باشد؛ اما این مسؤولیت، ناشی از عمل غیر نبوده و مسؤولیتی شخصی است. از طریق وجود قاعده منع تقلب نسبت به قانونی به عنوان قاعده‌ای مسلم در حقوق بین‌الملل، محلی برای تصویب چنین مقرراتی نمی‌گذارد. چراکه اگر شرکت مادر و وابسته برای دور زدن قواعد مسؤولیت حقوقی در یک نظام مبادرت به تقلب نسبت به قانون نمایند، این عمل به حکم قاعده مذکور باطل بوده و شرکت وابسته در هر حال مسؤول جبران خسارت خواهد بود. از این رو وجود چنین حکمی در اعلامیه مذکور به نظر نگارندگان امری لغو تلقی می‌گردد.

۳- مطابق با بند ۳۰ از اعلامیه مذکور کشورهای عضو اتحادیه از پیش‌بینی خسارات تنبیهی علاوه بر مسؤولیت مطلق ناقض در جبران کلیه خسارات افراد ممنوع می‌باشند. وجود این حکم در اعلامیه مذکور با مبانی تصویب آن اعلامیه و دستورالعمل فوق‌الذکر در تعارض است. اگر معیار بر پیش‌بینی مقرراتی بازدارنده می‌باشد که با اعطای مسؤولیت حداکثری به ناقض قواعد حقوق رقابت از وجود چنین فرایندی پیشگیری نماید، تصویب مقرراتی در راستای پیش‌بینی خسارت تنبیهی نیز نمی‌تواند با فلسفه بیان شده در تعارض باشد. ضمن اینکه مسؤولیت مطلق به معنای جبران تمامی خسارات وارده می‌باشد. در نقض قواعد حقوق رقابت یکی از اشخاصی که از این حیث متحمل ضرر و زیان می‌گردد دولت‌ها می‌باشند. از این رو خسارات تنبیهی که بر ناقضان تحمیل شده و وارد خزانه دولت می‌شوند، به نوعی به منزله جبران خسارت وارده بر حاکمیت به عنوان شخصیتی عمومی تلقی می‌گردد.

۴- چالش‌های پیاده‌سازی دستورالعمل فوق‌الذکر در نظام حقوقی کشورهای عضو اتحادیه

اگرچه سیاست‌گذاران در راستای اعمال قواعدی سخت جهت پیش‌بینی مسؤولیت مطلق برای ناقضان قواعد حقوق رقابت برآمده و قواعد موجود در دستورالعمل نسبت به تمامی اعضای اتحادیه الزام‌آور تلقی شده است، اما پیاده‌سازی آنها در نظام حقوقی کشورهای عضو با چالش‌هایی اجرایی همراه می‌باشد. اهم این چالش‌ها به قرار ذیل است:

۴-۱- چالش‌های مرتبط با خریداران غیرمستقیم انتهای زنجیره تأمین

شناسایی خریداران غیرمستقیم یکی از چالش‌های اجرایی این قواعد در کشورها محسوب می‌شوند. کالاهای تولید شده توسط ناقضان قواعد به صورت پی‌درپی مورد مبادله قرار گرفته و پس از مبادلات متعدد در اختیار افرادی قرار می‌گیرد که عموماً از حقوق قانونی خود اطلاع نداشته یا در صورت اطلاع و

اقامه دعوی، میزان خسارت واقعی وارد شده به آنان عملاً قابل اعتنا نمی‌باشد. از طرف دیگر منطقی نیست شخصی به خاطر یک بار اشتباه و نقض قواعدی از پیش تعیین شده هر چند بدون برخورداری از سوءنیت همواره در معرض اقامه دعوی توسط مصرف‌کنندگان قرار گیرد. علاوه بر این، مصرف‌کنندگان موجود در انتهای زنجیره تأمین عموماً خسارتی متحمل نمی‌شوند، یا خسارت وارده به آنها بسیار ناچیز می‌باشد اما در مقابل، شرکت‌های فعال در حوزه بازار رقابت همواره در معرض اقامه دعوی قرار دارند و شهرت تجاری آنان در بازارهای جهانی خدشه‌دار می‌گردد. این امر می‌تواند خسارات جبران‌ناپذیری برای شرکت مزبور پدید آورد که عملاً در مقررات مصوب اتحادیه اروپا راه‌حلی در این خصوص پیش‌بینی نشده است.

از سوی دیگر مسأله مسؤولیت خریداران مستقیم در برابر خریداران غیرمستقیم نیز در هاله‌ای از ابهام قرار دارد. در زنجیره‌های متشکل از خریداران متعدد سؤال پیش رو این است که آیا خریداران مستقیم در برابر خریداران غیرمستقیم دارای مسؤولیت مطلق می‌باشند یا مسؤولیت آنها در جبران خسارات مطابق با قواعد عام اصل جبران کامل خسارات در نظر گرفته می‌شود؟ اگر معیار اصل جبران کامل خسارت باشد، این خسارات از خسارات مورد انتظار عرف نمی‌توانند بیشتر باشند، اما اگر معیار مسؤولیت مطلق است، ممکن است مواردی مانند بهره نیز در زمره خسارات قابل جبران ذکر گردد.^{۲۶} از سوی دیگر سؤال پیش رو این است که آیا خریداران غیرمستقیم نیز در برابر خریدار بعدی دارای مسؤولیت مطلق می‌باشند یا به جهت نبود نص قانونی در این خصوص نهایتاً باید مبانی اصل جبران کامل خسارت در مسأله اجرا شود؟ چالش دیگر این است که آیا هر خریدار تنها قادر به رجوع به فروشنده خود می‌باشد یا وی قادر به رجوع به هر یک از ایادی ماقبل خود خواهد بود؟ سؤالات بیان شده چالش‌هایی هستند که به جهت وجود خلأ قانونی در دستورالعمل مصوب اتحادیه، در رویه عملی دادگاه‌ها نیز بروز نموده‌اند.

به نظر نگارندگان به جهت استثنایی بودن قواعد مندرج در دستورالعمل، باید این مقررات را به صورت مضیق تفسیر کرد و در صورت تردید در مقاصد مقنن نسبت به هر پرونده، باید قواعد کلی نظام حقوقی را حاکم بر دعوا دانست.

26. Peyer S, Compensation and the Damages Directive. Centre for Competition Policy, Working Paper 15-10. https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=2654187.2015.25, accessed Jul 19, 2020

۴-۲- چالش‌های مرتبط با اطلاع‌رسانی به خریداران

یکی از چالش‌های پیاده‌سازی قواعد دستورالعمل مصوب ۲۰۱۴ در کشورهای عضو اتحادیه اروپا شناسایی خریداران غیرمستقیم می‌باشد. راه‌حلی که در این خصوص پیشنهاد شده است، اطلاع‌رسانی به عموم جامعه در مورد رخداد به وقوع پیوسته از طریق وسایل ارتباط جمعی مانند تلویزیون برای اقامه «دعوی جمعی» علیه متخلف می‌باشد. در صورتی که عموم جامعه قادر به اقامه دعوی در مراجع قضایی نبوده و از قوانین و مقررات آگاهی نسبی نداشته باشند، سازمان‌های غیرانتفاعی از سوی حاکمیت کشورهای عضو اتحادیه پیش‌بینی شده است که مبادرت به اقامه دعوی جمعی^{۲۷} به نمایندگی از تمامی متضرران بر علیه متخلف می‌نمایند. به عنوان مثال می‌توان در کشور فرانسه به شرکت UFC-Que اشاره نمود که مطابق با تصمیم شورای رقابت کشور فرانسه برای این مهم انتخاب گردید. این در حالی است که آمارها در کشورهایی مانند فرانسه و انگلستان حاکی از عدم رغبت مردم برای مشارکت در اقامه دعوی جمعی به نمایندگی مؤسسات مزبور هستند.^{۲۸}

دلیل این موضوع ابهام در نحوه پرداخت دستمزد کارکنان مؤسسات مذکور، منابع مالی این مؤسسات، وجود توانایی و تخصص کافی آنان در اخذ حقوق قانونی موکلان بود؛ به عبارت دیگر به جهت آنکه مؤسسات مذکور به صورت غیرانتفاعی به عنوان مرجعی که دولت مبادرت به انتخاب و معرفی آنان به عنوان نماینده حقوقی در اقامه دعوی بر علیه ناقضان قواعد حقوق رقابت نموده بود، هزینه‌های جاری و درآمد مالی این مؤسسات از کسر مقداری از محکوم به تأمین می‌گردید که منجر به بی‌رغبتی متضرران از این امر می‌شد. چراکه اگر هدف حاکمیت از انجام چنین فرایندی محکوم کردن متخلفان به پرداخت خسارات متضرران و پیشگیری از وقوع تخلف جدید بود نباید بار مالی دیگری بر متضرران تحمیل می‌گردید. ضمن اینکه گاه به جهت حقوق بالایی که کارمندان این مؤسسات دریافت می‌نمودند، عملاً خسارت قابل توجهی به خریداران غیرمستقیم تعلق نمی‌گرفت. از این رو پیش‌بینی چنین فرایندی در کشورهای اجراکننده آن با شکست عملی مواجه شد.^{۲۹} از این رو سیاست‌گذاری جدید اجرایی برای کشورهایی که قصد پیاده‌سازی چنین تشریفات را داشته باشند جزء ضروریات تلقی می‌گردد.

27. Opt-in Collective antitrust claim

28. WHICH (2017) Public consultation: towards a coherent European approach to collective redress. [http:// ec.europa.eu/competition/consultations/2011_collective_redress/which_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_collective_redress/which_en.pdf), accessed Jul 23, 2020

29. Juska, op.cit., 83

۴-۳- قابلیت عطف به ماسبق شدن یا امکان سنجی اعمال اصل حاکمیت اراده بر قواعد دستورالعمل مصوب ۲۰۱۴

فلسفه تصویب دستورالعمل مصوب ۲۰۱۴ اتحادیه، اعمال قواعدی بر تشدید مسؤلیت ناقضان قواعد حقوق رقابت بود؛ اما پس از تصویب دستورالعمل فوق‌الذکر موارد نقض متعددی از سوی شرکت‌های فعال در بازارهای کشورهای این اتحادیه صورت گرفت که زمینه تصویب دستورالعمل بیان شده را ایجاد نمود.^{۳۰} در شرایط حاضر، سؤال مهم این است که آیا با پیاده‌سازی قواعد دستورالعمل در کشورهای عضو اتحادیه، این قواعد عطف به ماسبق شدن می‌شوند؟ در این خصوص دو دیدگاه قابل تصور است:

دیدگاه اول: از آنجا که در مقررات دستورالعمل فوق‌الذکر قاعده‌ای مبنی بر عطف به ماسبق شدن قواعد پیش‌بینی نشده است، اصولاً مسؤلیت‌پذیری افراد در مراجع قضایی منوط به قواعد ماهوی می‌باشد که در هنگام انجام تخلف از مقررات «موجود» صورت گرفته باشد. از این رو صرف نظر از شرایط وضع مقررات بیان شده یا فلسفه تصویب آنها، در هر حال امکان عطف به ماسبق شدن قواعد مذکور وجود ندارد.

دیدگاه دوم: اگرچه در مقررات دستورالعمل قاعده‌ای مبنی بر پیش‌بینی عطف به ماسبق شدن یا نشدن قواعد آن دستورالعمل وجود ندارد، اما فلسفه تصویب این مقررات و پیش‌بینی مسؤلیت مطلق برای متخلفان ایجاب می‌نماید تا در تفسیر قواعد مصوب، وضعیت موجود جامعه و امکان اقامه دعوی برای متضرران فراهم گردد. چراکه قصد سیاست‌گذاران، رفع وضعیت موجود و امکان اقامه دعوا برای خریداران غیرمستقیمی است که از اعمال شرکت‌های فعال در بازار دچار ضرر و زیان شده‌اند. از این رو عطف به ماسبق شدن مقررات این دستورالعمل دور از انتظار نیست.

دیدگاه اول، با مبانی حقوقی و لزوم تفسیر مضیق این قواعد استثنایی سازگارتر است.

امکان اعمال اصل حاکمیت اراده بر نحوه جبران خسارات نیز یکی از چالش‌های مطرح در این حوزه است. از یک سو می‌توان بیان داشت که اصل حاکمیت اراده به عنوان یکی از اصول مسلم حقوقی شناخته شده و در مسؤلیت‌های غیر قراردادی نیز امکان اعمال آن توسط دو طرف وجود دارد؛ به عبارت دیگر در نظام حقوقی اتحادیه اروپا اگرچه ماده ۴ کنوانسیون رم ۲ مبادرت به پیش‌بینی مبانی در شناسایی قانون حاکم بر مسؤلیت غیر قراردادی کرده است، اما مبانی پیشنهادی در صورتی قابلیت اجرا

30. BarentKrans, Cartel damages claims in Europe, Online Edition on [Https://: www.Springer.com](https://www.Springer.com), 2015, 21.

خواهند داشت که طرفین مطابق با اصل حاکمیت اراده برخلاف چنین امری توافق ننموده باشند. از این رو اجرای این اصل در موارد مورد بحث در نقض قواعد حقوق رقابت نیز دور از انتظار نمی‌باشد. از سوی دیگر، با عنایت به مبانی و فلسفه تصویب مقررات دستورالعمل فوق‌الذکر به نظر می‌رسد سیاست‌گذاران بر ضرورت همه‌جانبه اجرای قواعد دستورالعمل نظر داشته‌اند و لذا اصل حاکمیت اراده در این حوزه جایگاهی ندارد. حل این موضوع نیز نیازمند سیاست‌گذاری تقنینی است.

۵- خلأهای اجرایی پیاده‌سازی دستورالعمل مورد بحث در کشورهای عضو اتحادیه

۵-۱- ضرورت تقویت جنبه بازدارندگی قواعد دستورالعمل

همان‌طور که بیان شد، هدف از تصویب دستورالعمل فوق، جبران کامل تمامی خسارات وارده به خریداران است. این خسارات می‌تواند علاوه بر جبران اصل زیان، به سود و بهره پول ازدست‌رفته نیز تعلق گیرد. این در حالی است که جنبه بازدارندگی این نوع سیاست‌گذاری نمی‌تواند آن‌طور که باید و شاید از وقوع تخلفات بعدی ناقض قواعد حقوق رقابت جلوگیری نماید. چراکه مسأله جبران خسارت و مسؤولیت مدنی، مسأله‌ای است که هر متخلفی در شرایط عادی با آن روبه‌رو شده و مسؤولیت مطلق آن‌چنان که باید و شاید با مبانی اصل جبران کامل خسارت تفاوت ندارد. ضمن اینکه اعلامیه‌ای که از سوی مرجع مصوب این دستورالعمل اعلان و به کشورهای عضو اتحادیه ابلاغ شده است، پیش‌بینی خسارت تنبیهی را در قوانین داخلی این کشورها محدود نموده است. این امر با فلسفه تصویب مقررات مذکور در تعارض می‌باشد زیرا در کشوری مانند آمریکا تدبیر در آرای صادره از دادگاه‌های این کشور نشان از پیشی گرفتن جنبه بازدارندگی از جبران خسارت صرف بوده است. در آرای صادره در پرونده‌های Mitsubishi Motors Corp علیه^{۳۱} Soler Chrysler-Plymouth, Inc.، Blue Shield of Va علیه^{۳۲} McCready، LePage's Inc علیه^{۳۳} 3M Co دادگاه‌ها با اتخاذ رویه‌ای مشابه حکم به پرداخت سه برابر خسارت وارده به خواهان توسط خواننده نمودند. این روش علاوه بر اینکه جنبه بازدارندگی مقررات را تقویت می‌نماید، منجر به تضمین حقوق متضرران بعدی نیز می‌گردد.

31. Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U.S. 614, 635 (1985).

32. Blue Shield of Va. v. McCready, 457 U.S. 465, 472 (1982).

33. LePage's, Inc. v. 3M Co., 324(1993)

ثمره پیاده‌سازی سازکار پیش‌بینی شده در کشور آمریکا می‌تواند رغبت عمومی در اقامه دعوای جمعی برای جبران خسارات ناشی از نقض قواعد حقوق رقابت را نیز پدید آورد. چراکه همان‌طور که بیان گردید، یکی از دلایل بی‌رغبتی افراد به مشارکت در چنین سازکاری، مسأله تأمین بودجه و سایر هزینه‌های مالی شرکت‌های غیرانتفاعی فعال در این حوزه می‌باشد. از آنجا که عموماً خسارات وارده به خریداران غیرمستقیم در این فرآیند هزینه قابل توجهی نشده و در صورت محکوم‌له واقع شدن آنها، ممکن است مقداری از محکوم‌به به عنوان حق الزحمه به شرکت نماینده، تعلق گیرد، در صورتی که حکم بر محکومیت خوانده به جبران سه برابر خسارت وارد شده صادر شود، امکان سیاست‌گذاری تقنینی جهت تخصیص مقداری از محکوم‌به، به عنوان حق الزحمه نماینده وجود دارد.

۵-۲- ضرورت تغییر آیین رسیدگی به دعوای

یکی از مسائل چالشی در این حوزه، محدودیت افشای اسناد افشا شده در دادگاه‌های اتحادیه اروپا است. ممکن است گفته شود این محدودیت از یک سو موجب نقض یکی از حقوق اساسی افراد، یعنی حق دسترسی آزاد به اطلاعات است و از سوی دیگر، باعث می‌شود خریداران غیرمستقیم از محدوده نقض قواعد حقوق رقابت توسط دیگر شرکت‌های فعال در این حوزه مطلع نشوند. با وجود این، در عمل، اعمال نظر دادگاه در امکان یا عدم امکان انتشار این اسناد، آنها را هم‌ردیف مواردی همچون اسناد طبقه‌بندی شده قرار می‌دهد که به نظر نمی‌رسد این اسناد به صرف ماهیت خود دارای چنین اهمیتی باشند. به ویژه اینکه غلبه جنبه جبران خسارت در پرونده‌های این حوزه بر جنبه‌های عمومی، عدم ضرورت ایجاد محدودیت در افشای این اسناد را تقویت می‌نماید.

نتیجه‌گیری

همان‌طور که در این مقاله بحث شد، با تصویب دستورالعمل جبران خسارات ناشی از اعمال ضد انحصاری مصوب ۲۰۱۴ اتحادیه اروپا که از سال ۲۰۱۶ لازم‌الاجرا شد، مسؤولیت ناشی از نقض قواعد رقابت متحول شده و یک نوع مسؤولیت مطلق برای نقض‌کنندگان این قواعد پذیرفته شد. مع‌هذا با عنایت به وجود برخی چالش‌هایی که برای اجرای دستورالعمل یادشده وجود داشت، اجرای آن و ورود مفاد دستورالعمل در قوانین ملی کشورهای عضو با کندی و برخی تردیدها موجه بود. برخی چالش‌های پیاده‌سازی دستورالعمل فوق‌الذکر در نظام حقوقی کشورهای عضو اتحادیه مرتبط با خریداران غیرمستقیم انتهای زنجیره تأمین نظیر شناسایی خریداران غیرمستقیم بود. از طرفی اطلاع‌رسانی به خریداران،

قابلیت عطف به ماسبق شدن یا امکان‌سنجی اعمال اصل حاکمیت اراده بر قواعد دستورالعمل مصوب ۲۰۱۴ نیز جزء این چالش‌ها می‌باشد. علاوه بر این، خلأهای اجرایی برای پیاده‌سازی دستورالعمل مورد بحث در کشورهای عضو اتحادیه وجود دارد که ضرورت تقویت جنبه بازدارندگی قواعد دستورالعمل را اقتضا می‌نماید.

با توجه به الگویی که در دستورالعمل ۲۰۱۴ اتحادیه اروپا برای ایجاد یک نظام مسؤولیت مدنی جدید ناشی از نقض قواعد رقابت طراحی شده است، مناسب است در ایران نیز همانند قوانین و رویه‌های پذیرفته شده در کشورهای تابع نظام اقتصاد بازار آزاد، سیاست‌گذاری خاصی در تدوین این مقررات مورد تعقیب قرار می‌گرفت به نحوی که همانند الگویی که در مقررات دستورالعمل ۲۰۱۴ اتحادیه اروپا پذیرفته شده است، نظام خاص مسؤولیت مدنی در این خصوص مورد پذیرش قرار گیرد. همان‌گونه که در کشورهای پیشرو در این حوزه، از طریق قانونگذاری و با توجه به تحولات رویه قضایی گام‌های مؤثری در این حوزه برداشته‌اند. لذا برای دستیابی به مقرراتی کارآمد و مؤثر در این حوزه پیشنهادهایی به شرح زیر قابل طرح است:

سیاست‌گذاری تقنینی جدید در حوزه نسبی یا تضامنی بودن مسؤولیت، قلمرو خسارت‌های قابل جبران، افراد ذی‌نفع و نحوه اقامه دعوی و ... با توجه به این نوشتار و سایر مطالعات و تحلیل‌های ارائه شده در خصوص ابعاد مختلف دستورالعمل سال ۲۰۱۴ و اعلامیه صادره در خصوص دستورالعمل مذکور، آرای دادگاه‌های عالی عدالت در تفسیر مقررات آن دستورالعمل در جهت پیش‌بینی مسؤولیت مطلق ناقضان قواعد حقوق رقابت. همچنین مطالعه نظامات حقوقی دیگر کشورهای توسعه‌یافته از جمله آمریکا جهت رفع خلأهای موجود در نظام حقوقی اتحادیه اروپا از جمله پیش‌بینی خسارت تنبیهی. آگاهی‌بخشی به عموم مردم برای اقامه دعوی مسؤولیت مدنی در مراجع قضایی و احقاق حقوق خود از طرق وسایل ارتباط جمعی از جمله تلویزیون، شبکه‌های اجتماعی و ... از یک‌سو و تسهیل اقامه و به نتیجه رسیدن این دعواها از طریق قوه قضائیه از سوی دیگر.

فهرست منابع

Books

- Duns et al, *Comparative competition law*. Edward Elgar Pub, Cheltenham, 1st Ed., 2016.

Articles

- Barents Krans. *Cartel damages claims in Europe*, Online Edition on [Https://: www.Springer.com](https://www.Springer.com),2015
 - Bu ȳu ȳksagis E. “Standing and passing-on in the new EU Directive on antitrust damages actions”. *Swiss Rev Bus Law* 87(1)(2015): 18-30.
 - Krommendijk J. “The use of ECtHR case law by the CJEU after Lisbon: the view of the Luxembourg insiders”. *Maastricht J Compa Eur Law* 22(2015): 1-38.
 - Lande RH, “Class warfare: why antitrust class actions are essential for compensation and deterrence”. *Antitrust* 30(2)(2016): 81-85.
 - Peyer S, Compensation and the Damages Directive. *Centre for Competition Policy, Working Paper*. https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=2654187,2015, accessed Jul 19, 2020
 - Renda A et al, Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios. Centre for European Policy Studies, Brussels. http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf, 2007, accessed Jun 27,2020
 - Wils WPJ, “Ten years of Regulation 1/2003, A retrospective”, *Journal of European Competition Law and Practice* 4(4)(2013): 1-18.
 - Zygimantas Juska, *The Effectiveness of Antitrust Collective Litigation in the European Union: A Study of the Principle of Full Compensation, IIC*, <https://doi.org/10.1007/s40319-017-0644-4>,<https://www.Springer.com>,(49)(2018), accessed Jul 20,2020.
- Websites
- Case C-453/99 *Courage Ltd. v. Bernard Crehan* [2001] ECR I-6297, <https://swarb.co.uk/courage-ltd-and-crehan-v-crehan-and-courage-ltd-and-others-ecj-20-sep-2001/> accessed Oct 12,2020.
 - European Commission, The damages directive—towards more effective enforcement of the EU competition rules. Competition Policy Brief, Brusselshttp://ec.europa.eu/competition/publications/cpb/2015/001_en.pdf,2015, accessed Jun19, 2020.
 - WHICH, Public consultation: towards a coherent European approach to collective redress. [http:// ec.europa.eu/competition/consultations/2011_collective_redress/which_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_collective_redress/which_en.pdf),2017, accessed Jul 23, 2020.

This Page Intentionally Left Blank

Quality of Granting and Execution of judicial representation in Iranian Judicial Authorities

Reza Jorjandi Moghaddam¹

1. M.A. in Criminal Law and Criminology, Faculty of Literature and Humanities, Meybod Branch, Islamic Azad University, Yazd, Iran.

Email: Jorjandi.reza@gmail.com



S.D.I.L.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



Publisher:
Shahr-e Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:
Original Research

DOI:
10.48300/JLR.2022.289486.1672

Received:
12 January 2022

Accepted:
29 March 2022

Published:
10 June 2023



A B S T R A C T

In the judicial process in judicial authorities, judicial official performs the judicial and legal (civil) matters. Granting of judicial representation will involve at least two judicial authorities in the judicial process. This paper is aimed at examining the authorities and competence of judicial authorities concerning the territory, types, and quality of granting and execution of judicial representation in the field of research, execution of rules as well as other appropriate judicial matters in terms of the necessity to comply with rules and regulations and laws related to judicial authorities' competence and quality of judicial representation process pursuant to Articles 119, 120, 121, 122, 334, 558, and 659 of the Code of Criminal Procedure adopted in 2013, Articles 290-294 of the Code of Civil Procedure of General and Revolutionary Courts approved in 2000, Articles

Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



20 and 50 of the Enforcement of Civil Judgments approved in 1977 and Article 5 of the Code of Non-litigious Jurisdiction act approved in 1940 and other related laws and regulations and addressing the issue as an effective judicial issue by an analytical and descriptive scientific research method. The objective of issuing judicial representation is to facilitate and expedite the trial besides preventing its delay. It is common in law- authorized cases and in accordance with judicial procedure and will be necessary at the discretion of the judicial authority. The quality of its issuance and execution is necessary according to Criminal and Civil Codes in the framework of the provisions of judicial representation, affecting the achievement of the reason and discovery of the truth as the effects of judicial representation, which will be important by making a decision and issuing convincing opinions leading to the realization of rights and the administration of justice.

Keywords: Quality, judicial representation, Jurisdiction, Trial, Criminal and Legal.

Funding: The author received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Author contributions:

Reza Jorjandi Moghaddam: Conceptualization, Methodology, Validation analysis, Investigation, esources, Data Curation, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing, Supervision, Project administration.

Competing interests: The author declare that he have no competing interests.

Citation:

Jorjandi Moghaddam, Reza. "Quality of Granting and Execution of judicial representation in Iranian Judicial Authorities" *Journal of Legal Research* 22, no. 53 (June 10, 2023): 195-222.

E x t e n d e d A b s t r a c t

In legal procedure of judicial authorities, all the processes such as criminal and legal (civil) affairs are in charge of a judicial official. So, judicial delegation will involve at least two judicial authorities in legal procedures. This paper investigates the authorities and competencies of judicial officials regarding the domain, types, and quality of delegation for investigation, execution of the rules, and the other due judicial affairs with respect to the necessity of observing the rules and regulations of the justice act and the competency of judicial authorities. These studies are done based on articles 119, 120, 121, 122, 334, 558, and 659 of the criminal justice act enacted in 2013, articles 290-294 of the justice act of the Public Court and the Islamic Revolution Court enacted in 2000, articles 20 and 50 of the Civil Judgment Enforcement Act enacted in 1977, and article 5 of the non-Litigious Jurisdiction Act enacted in 1940, and other related rules and regulations. In this paper, judicial delegation is studied in seven different issues in terms of the criminal or legal nature of the subjects and the type of the judicial authorities, the quality of execution in national and international areas, and the general and specific nature of the issue. This research is an analytical descriptive study using library studies, and the background of legal activities in different areas with a scientific approach to legal issues. The concepts and the domain of judicial delegation, and assignment and execution of judicial delegation in legal procedures will be studied based on the processes of different Iranian judicial authorities. This research aims to collect useful information about judicial delegation for lawyers, address its importance in different judicial authorities, and identify the relevant legal elements in the Iranian criminal law. Delegation is a means of facilitating and accelerating the legal procedure and preventing its extension. It is a common process in the specified areas in terms of the judicial procedures. The issuance and the execution of delegation are determined based on the criminal and civil rules and the related articles. Its importance is due to its effectiveness in highlighting the reality by making solid decisions that can realize justice. For proper law enforcement and truth discovery, the Judiciary emphasizes facilitating and accelerating judicial procedure the judicial procedure, decreasing unjustified costs, and preventing the extension of the procedure as challenging issues concerning the observance of citizenship rights and human dignity. Electronic judicial procedure can also facilitate the process of delegation. According to article 119 of the Criminal Jurisdiction Act enacted in 2013m judicial delegation requires the issuance of a delegation decree.

Articles 119 of the Criminal Jurisdiction Act and article 290 of the Civil Jurisdiction Act reflect the goal of this legal tool. Regarding the importance of this issue in most of the Iranian judicial authorities, an independent branch is

formed for the informed delegation cases. For this purpose, delegation can be assigned for surveying the accused, asking the witnesses' statements, inspecting the site and places and objects, collecting the crime tools, and any other action that is done outside the judicial zone. Judicial delegation primarily requires the necessity of some judicial measures that cannot be done without delegation. In the Iranian judicial authorities, law enforcement in legal and criminal courts and dispute settlement councils is based on legal responsibilities and competencies. Judicial officials are only allowed to handle the assigned responsibilities in their judicial zone and within the framework of their specified authorities. So, they are not allowed to intervene the judicial affairs of the other zones except the pre-determined cases such as delegation.

In some cases, some of the measures of judicial procedures may become necessary in other judicial zones. In such cases, the Criminal Jurisdiction Act and the Civil Jurisdiction Act allow the judges to assign judicial delegation in the case of necessity and regarding the due competencies. Ambiguous and defective delegation will create some gaps that can extend the judicial procedure, impose higher costs, and dissatisfy the parties. Proper delegation requires the officials and the judges' knowledge and experience. Delegation can be assigned to different judicial parties by the authorities, and the senior officer (the general or specific officials) is not authorized to do so. As judicial delegation can be executed by a judicial official, direct delegation of regulatory officials is not accepted by the authorities. In judicial procedures, dispute settlement councils, the Public and the Islamic Revolution (military and religious) courts, trial (legal, family and criminal) court, revision court, criminal court, the State Supreme Court, and the Administrative Justice Court may sometimes assign judicial delegation.

کیفیت اعطا و اجرای نیابت در مراجع قضایی ایران

رضا جرجندی مقدم^۱

۱. کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، واحد میبد، دانشگاه آزاد اسلامی، یزد، ایران.

Email: Jorjandi.reza@gmail.com

چکیده:

در فرایند دادرسی در مراجع قضایی، انجام امور اعم از کیفری و حقوقی (مدنی) توسط مقام قضایی صورت می‌پذیرد. اعطای نیابت حداقل دو مرجع قضایی را در فرآیند انجام اقدامات قضایی درگیر خواهد نمود. در این مقاله سعی شده است اختیارات و صلاحیت مراجع قضایی پیرامون قلمرو، اقسام و کیفیت اعطا و اجرای نیابت در زمینه انجام تحقیقات، اجرای احکام و سایر امور قضایی مقتضی به لحاظ لزوم رعایت قوانین و مقررات آیین دادرسی و قواعد مربوط به صلاحیت مراجع قضایی و کیفیت فرایند نیابت به استناد مواد ۱۱۹، ۱۲۰، ۱۲۱، ۱۲۲، ۳۳۴، ۵۵۸ و ۶۵۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، مواد ۲۹۰ تا ۲۹۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، مواد ۲۰ و ۵۰ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ و ماده ۵ قانون امور حسبی مصوب ۱۳۱۹ و سایر قوانین و مقررات مربوط مورد بررسی قرار گرفته و با رویکرد علمی پژوهشی به روش تحلیلی و توصیفی به عنوان مبحث

کپی رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0 منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



پژوهش‌های حقوقی



نوع مقاله:

پژوهشی

DOI:

10.48300/JLR.2022.289486.1672

تاریخ دریافت:

۲۲ دی ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۹ فروردین ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۲۰ خرداد ۱۴۰۲



قضایی مؤثر به موضوع پرداخته شود. هدف از صدور نیابت تسهیل و تسریع در دادرسی و جلوگیری از اطاله آن است. در موارد مصرح قانونی و حسب رویه قضایی متداول بوده و به تشخیص مقام قضایی لازم می‌باشد. کیفیت صدور و اجرای آن مطابق با قوانین کیفری و مدنی در چهارچوب مفاد نیابت ضرورت پیدا می‌کند و در تحصیل دلیل و کشف حقیقت به عنوان آثار نیابت قضایی که با اتخاذ تصمیم و صدور آرای متقن منتهی به احقاق حق و اجرای عدالت خواهد شد، مؤثر بوده و حائز اهمیت است.

کلیدواژه‌ها:

کیفیت، نیابت قضایی، صلاحیت، دادرسی، کیفری و حقوقی.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان:

رضاجرندی مقدم: مفهوم‌سازی، روش‌شناسی، اعتبارسنجی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش، نظارت، مدیریت پروژه.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

جرجندی مقدم، رضا «کیفیت اعطا و اجرای نیابت در مراجع قضایی ایران». مجله پژوهش‌های حقوقی ۲۲، ش. ۵۳ (۲۰ خرداد ۱۴۰۲): ۱۹۵-۲۲۲.

مقدمه

اجرای قانون در مراجع قضایی ایران اعم از دادسرا، دادگاه‌های کیفری، حقوقی و شوراهای حل اختلاف برحسب وظایف و صلاحیت قانونی صورت می‌گیرد. مقام قضایی فقط در حوزه قضایی محل خدمت خود تابع صلاحیت محلی و مجاز به انجام امور قضایی محوله در چهارچوب اختیارات و وظایف مصرح قانونی خواهد بود و نمی‌تواند در امور قضایی سایر حوزه‌های قضایی مداخله نماید.

در برخی موارد انجام بخشی از اقدامات قضایی در فرآیند دادرسی ممکن است در حوزه قضایی دیگری ضرورت پیدا کند. در این‌گونه موارد قانون آیین دادرسی کیفری و قانون آیین دادرسی مدنی مجوز لازم را به قضات اعطا نموده است تا در مواقع لازم و حسب مورد بر اساس صلاحیت ذاتی و محلی نسبت به اعطای نیابت به حوزه قضایی مقصد مبادرت ورزند. در قانون آیین دادرسی کیفری این اختیارات قانونی جهت اعطای نیابت قضایی به مقامات قضایی دادسرا و دادگاه‌های کیفری در مواد ۱۱۹، ۱۲۰، ۱۲۱، ۱۲۲، ۳۳۴، ۵۵۸ و ۶۵۹ و دادگاه تجدیدنظر ماده ۴۵۲ و دادسرا و دادگاه‌های نظامی ماده ۵۸۳ این قانون و ماده ۲۹ آیین‌نامه دادسراها و دادگاه‌های ویژه روحانیت به صراحت داده شده است. در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ نیز این اختیار حسب مفاد ماده ۲۹۰ و در قانون اجرای احکام مدنی مواد ۲۰ و ۵۰ و در امور حسبی ماده ۵ تصریح شده است و از سوی قضات دادگاه و شوراهای حل اختلاف قابل اعمال خواهد بود.

نیابت قضایی دارای عناوینی است که حسب اقتضای کیفری یا حقوقی بودن موضوع و نوع مرجع قضایی، کیفیت اعطا و اجرای آن در عرصه داخلی و بین‌المللی از یک سو و عام (تام) و خاص (محدود) بودن آن از سوی دیگر در این مقاله در هفت مبحث مورد بررسی قرار خواهد گرفت. این تحقیق به روش تحلیلی و توصیفی از طریق مطالعات کتابخانه‌ای و بر اساس سابقه و تجارب چندین ساله فعالیت حقوقی در مراجع مختلف قضایی انجام شده است. مفاهیم و قلمرو نیابت قضایی، چگونگی اعطا و اجرای نیابت قضایی در فرآیند دادرسی بر اساس قانون و رویه قضایی مراجع مختلف قضایی ایران مدنظر قرار خواهد گرفت. هدف از این پژوهش جمع‌آوری مباحث مفید و کاربردی در جهت آشنایی حقوق دانان و علاقه‌مندان با عنوان نیابت قضایی و پی بردن به اهمیت آن در مراجع مختلف قضایی و شناخت و دسترسی سریع به عناصر قانونی مربوطه در حقوق کیفری ایران می‌باشد.

مقالات متعددی به شیوه‌های مختلف و از زوایای متفاوت توسط اساتید و حقوق دانان در مورد نیابت قضایی نگارش یافته است، لیکن به‌گونه‌ای است که هیچ‌کدام به تنهایی برطرف‌کننده کامل نیاز

مخاطبان در این زمینه نیستند. وجه تمایز این مقاله با سایر آثار مرتبط این است که به نحوی مختصر و جامع از تمام جوانب به موضوع و قلمرو نیابت و مراجع قضایی معطی و مجری آن در حقوق کیفری و مدنی ایران پرداخته شده است، هرچند که عاری از ایراد نیست ولی حداقل از جهت کاربردی و آموزشی تا حدی نیاز پژوهشگران را برطرف خواهد نمود و به برخی ابهامات و سؤالات پاسخ مثبت خواهد داد.

در زمینه پیشینه نیابت قضایی در مقررات مدون ایران قابل عنایت است که این بحث اولین بار در ماده ۵۷ اصول محاکمات جزایی مصوب ۱۲۹۰ مقرر شده بود، سپس در سال ۱۳۷۳ قانونگذار در تبصره ۲ ماده ۱۴ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مقرراتی راجع به نیابت قضایی تقنین کرد. تحقیقات این مقررات برای پاسخگویی به تمام مسائل مربوط به نیابت قضایی کافی نبود و نیاز به جزئیات بیشتری داشت. لذا پس از آن قانونگذار در ماده ۵۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری و تبصره آن مصوب ۱۳۷۸ مقررات نیابت قضایی را تدوین و علاوه بر آن در مرحله تجدیدنظر نیز قانونگذار در ماده ۲۵۴ همان قانون به طور خاص مقرراتی را تدوین کرد. با عنایت به اینکه مقررات فوق پاسخگوی تمام مسائل مربوط به نیابت قضایی نبود، در سال ۱۳۹۲ با تصویب قانون آیین دادرسی کیفری مقرراتی خاص در این خصوص اضافه و وضع شد، به گونه‌ای که تا حدودی خلأ موجود در موضوع نیابت قضایی مرتفع گردید.^۱

۱- مفهوم، اهداف، آثار و اقسام نیابت قضایی

۱-۱- مفهوم نیابت قضایی

نیابت قضایی، یکی از تأسیسات حقوقی کاملاً مؤثر در قاموس حقوقی کشور است که امکان تحصیل دلیل و بررسی آن را توسط مرجع قضایی دیگر فراهم می‌کند تا روند رسیدگی تسهیل و امکان احقاق حق برای دادگاه رسیدگی‌کننده میسر شود. بدون اینکه بحث صلاحیت قضایی، به معنای خاص آن برای مرجع اقدام‌کننده در میان باشد یا امکان اظهار نظر ماهیتی یا حتی شکلی (البته در پاره‌ای موارد) برای مجری قرار نیابت مطرح شود.^۲

۱. ابوالحسن شاکری و سیدیبات فقیهی، «نیابت قضائی در حقوق کیفری ایران»، فصلنامه تحقیقات حقوقی ۸۶ (۱۳۹۷)، ۱۹۴.

۲. محمدجواد حیدریان دولت‌آبادی و علیرضا آرش‌پور، «نگاهی نوین به مقوله نیابت قضایی بین‌المللی از دیدگاه حقوق عمومی ایران» (مقاله ارائه شده در دومین کنفرانس بین‌المللی نوآوری و تحقیق در علوم انسانی، مدیریت و معارف اسلامی، تهران، ۱۶ مرداد ۱۳۹۷).

نیابت قضایی مرکب از دو کلمه «نیابت» و «قضا» است. «نیابت» در لغت به معنای «جانشین شدن، به جای کسی نشستن، به جای کسی امری را انجام دادن، وکالت و قائم‌مقامی» است.^۳ قبل از ورود به بحث لازم است توجه شود که به مرجع اعطاکننده نیابت قضایی مرجع مبدأ، نیابت دهنده، معطی نیابت، منوب عنه یا اصیل گفته می‌شود و به مرجعی که مخاطب درخواست نیابت قرار می‌گیرد مرجع نایب، نیابت‌گیرنده، مقصد و یا مجری نامیده می‌شود.^۴ نیابت قضایی به معنای نمایندگی دادن یک دادگاه به دادگاه دیگر، برای انجام پاره‌ای اقدامات است.^۵

نیابت قضایی با توجه به ماده ۱۱۹ مستلزم صدور قرار است. این قرار که یک نوع قرار اعدادی یا تمهیدی محسوب می‌شود، نیاز به تأیید دادستان نداشته و قابل اعتراض هم نیست. هرچند در ماده مذکور به صدور قرار نیابت توسط بازپرس اشاره شده است.^۶ به نظر می‌رسد که صدور نیابت قضایی اختیاری باشد، هرچند اجرای مفاد آن الزامی است.^۷

نیابت قضایی در حقیقت نوعی اقدام یا اعطای جانشینی و تفویض اختیار قضایی در فرایند تحقیقات و دادرسی از جانب مقامات قضایی از یک حوزه به حوزه قضایی دیگر است. اعطای نیابت، نخست لازمه اش این است که انجام برخی امور قضایی در حوزه قضایی دیگری ضرورت پیدا کند و انجامش بدون اعطای جانشینی قضایی برای مرجع قضایی مبدأ (معطی نیابت) مقدور نباشد.

۱-۲- اهداف و آثار نیابت قضایی

هدف از دادرسی کشف حقیقت و اجرای عدالت و احقاق حق بر مبنای قانون است و دادرسی بدون دستیابی به دلایل و مستندات امری ناممکن است. در مواقعی که انجام برخی امور قضایی ممکن است در حوزه قضایی دیگری باشد یا به دست آید، عدم انجام این اقدامات لازم، مراحل دادرسی را با ایرادها و نواقصی همراه می‌نماید. به منظور تکمیل تحقیقات و اقدامات قضایی برای به سرانجام رساندن دادرسی بهره بردن از امکان نیابت قضایی به عنوان یکی از ابزارهای قانونی در این زمینه مؤثر بوده و حائز اهمیت

۳. حسن عمید، فرهنگ فارسی (تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۸۱)، ۱۱۷۶.

۴. شاکری و فقیهی، پیشین، ۱۹۴.

۵. صالح یمرلی و نجم‌الدین ایگدری، «مفهوم قلمرونیابت قضایی در دعاوی حقوقی»، (مقاله ارائه شده در چهارمین کنفرانس بین‌المللی حقوق و توسعه پایدار جامعه مدنی، شیراز، ۳۰ اردیبهشت ۱۳۹۶).

۶. هادی رستمی، آئین دادرسی کیفری (تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۲)، ۱۷۰.

۷. همانجا.

است. هدف از اعطای نیابت قضایی جلوگیری از ایجاد وقفه و اطاله دادرسی و سرعت بخشیدن به دادرسی با یاری گرفتن از قضات در سایر حوزه‌های قضایی است.

هدف از تدوین مقررات قانونی نیابت قضایی در قالب مقررات شکلی در مسائل جزایی و مدنی، جلوگیری از وقفه احتمالی در رسیدگی‌ها است. همیشه نمی‌توان رسیدگی را محدود به یک حوزه قضایی کرد. چه گاهی دعوا در صلاحیت یک حوزه قضایی است اما دلایل و رسیدگی به آن در حوزه دادگاه دیگری باید به عمل آید یا اساساً در خارج از مرزهای کشور است؛ نیابت قضایی برای رفع چنین مشکلی طرح می‌شود.^۸

بنابراین هدف از استفاده از این ابزار قانونی را در ماده ۱۱۹ قانون آئین دادرسی کیفری و ماده ۲۹۰ قانون آئین دادرسی مدنی و سایر قوانین به خوبی درمی‌یابیم و در مباحث بعدی پیرامون قلمرو نیابت قضایی خواهیم پرداخت. در اکثر مراجع قضایی شعبه‌ای ویژه به صورت مستقل تشکیل و به انجام امور مربوط به نیابت‌های واصله پرداخته می‌شود. بدین منظور اقداماتی از قبیل تحقیق از متهم، استماع شهادت شهود و مطلع، معاینه محل، بازرسی از منازل و اماکن و اشیاء، جمع‌آوری آلات جرم و به طور کلی هر اقدام دیگری خارج از حوزه قضایی لازم شود، نیابت اعطا می‌گردد.

۲- محاسن و معایب نیابت قضایی

۲-۱- محاسن

از آثار نیابت قضایی به عنوان محاسن آن، این است که در راستای اجرای دقیق قانون و دستیابی به دلایل و کشف حقیقت، تسهیل و تسریع در دادرسی و کاهش برخی هزینه‌های غیرمرتبط با فرایند دادرسی برای دستگاه قضا و صحاب و طرفین دعوی، کاهش اطاله دادرسی به عنوان یکی از موضوعات مورد چالش دستگاه قضایی در راستای رعایت حقوق شهروندی و حفظ ارزش‌ها و کرامات انسانی را از رسالت‌های مورد تأکید قوه قضائیه در پی دارد. الکترونیکی شدن دادرسی هم از محاسن تسریع در اجرای نیابت قضایی می‌باشد.

۲-۲- معایب

با اعطای نیابت‌های قضایی مبهم و ناقص به عنوان معایب، با خلأهایی مواجه می‌شویم که باعث

۸. حیدریان دولت آبادی و آرش‌پور، پیشین، ۴.

طولانی شدن دادرسی، صرف وقت و هزینه و ناراضی‌تی طرفین دعوی خواهد شد. در واقع صدور نیابت به نحو صحیح مستلزم مذاقه و برخورداری از دانش و تجربه قضات و کارکنان دفتری است. یکی از ایرادها که در فرایند اعطای نیابت از سوی مرجع مجری شاهد آن هستیم، این است که به نیابت‌های قضایی نسبت به پرونده‌های شعبه مربوطه توجه و اهمیت کمتری قائل می‌شوند.

اهتمام و جدیت لازم از سوی برخی قضات و کارکنان دخیل در این موضوع به عمل نمی‌آید و چه بسا فوراً نیابت به صورت بلااقدام یا با کمترین تلاش و مذاقه ممکن است به مرجع معطی منعکس و اوراق تحصیل شده اعاده گردد. با این اوصاف درخواست مرجع مبدأ اجابت نشده و خواسته‌اش بی‌نتیجه می‌ماند.

۳- انواع نیابت قضایی

همان‌گونه که در مباحث قبلی ذکر گردید، نیابت قضایی، یکی از فرایندهای دادرسی است که در جهت تحصیل دلیل و انجام بخشی از فرآیند تحقیقات و دادرسی به مرجع قضایی دیگری مطابق با قانون از سوی مقامات قضایی محول می‌شود. تا در راستای تسهیل و تسریع در دادرسی و کشف حقیقت به منظور اجرای عادلانه قانون و احقاق حق برای مرجع قضایی رسیدگی‌کننده (معطی نیابت) میسر شود. نیابت قضایی امکان دسترسی به دلایل یا انجام تحقیقات درباره دعوا یا شکایت اقامه شده را برای دادسرا یا دادگاه رسیدگی‌کننده، آن هم در شرایطی که خارج از مقرر حوزه قضایی صلاحیت‌دار باشد، مهیا می‌کند. بدیهی است که اولین وظیفه بازپرس، صدور قرار نیابت قضایی است. بازپرس تکلیف دارد، موضوع دقیق نیابت را برای بازپرس مجری نیابت تعیین کند. این تعیین موضوع باید به شکل کلی و مبهم نبوده و دقیقاً روشن باشد که چه اقدامی توسط بازپرس مجری نیابت انجام شود.^۹

صدور قرار نیابت قضایی علاوه بر مقررات جزایی، در مقررات حقوقی و مدنی نیز امکان‌پذیر است. از حیث شکلی با اقسام نیابت مواجه هستیم که به شرح آتی به توضیح آنها می‌پردازیم. مصداق بارز اعطای نیابت قضایی موردی است که موضوع نیابت در خارج از حوزه قضایی باشد، اعم از اینکه در محدوده استان، خارج از استان یا در کشور خارجی باشد. موضوع نیابت باید از مواردی باشد که انجام آن در خارج از حوزه قضایی رسیدگی‌کننده به پرونده ضرورت پیدا کند.

۹. ایمان یوسفی، آیین دادرسی کیفری (تهران: بنیادحقوقی میزان، ۱۳۹۵)، ۱۳۷.

۳-۱- انواع نیابت قضایی از لحاظ تفویض اختیار

نیابت در مفهوم قائم‌مقامی را می‌توان در دو مفهوم عام و خاص بررسی کرد؛ نیابت در مفهوم عام که مفهوم گسترده‌ای دارد از نظر اینکه نایب مجاز است هر اقدامی که به مصلحت منوب عنه لازم باشد، انجام دهد منصرف از بحث حاضر است، ولی وقتی این کلمه مقید به قضایی می‌گردد، مفهوم مضیق و خاصی می‌یابد که به صراحت در قانون معنی نشده است. در نگاه اول می‌توان گفت نیابت اعطایی، نمایندگی مرجع قضایی به مرجع قضایی دیگر در توجه به اقدام یا تحقیقات خاصی است که اگر در حوزه آیین دادرسی کیفری و ادبیات این بحث نیابت با قید قضایی هم نیاید همان مفهوم خاص فوق به ذهن متبادرمی‌گردد.^{۱۰}

۳-۱-۱- نیابت قضایی عام (جامع)

در راستای اجرای مفاد نیابت لازم است حدود اختیارات مرجع قضایی مجری نیابت تصریح و قید گردد، در بسیاری از موارد به لحاظ محدودیت اختیارات مرجع مجری و یا ابهام در متن نیابت ممکن است اجرای نیابت با مشکل مواجه شده و بلااقدام و یا ناقص اعاده گردد که موجب اطاله دادرسی و صدور نیابت مجدد خواهد شد. ضرورت دارد در مواردی که منع قانونی ندارد به مقام قضایی مجری، اختیارات کامل قضایی در جهت تسریع و تسهیل در انجام اقدامات قضایی مورد نیابت تفویض گردد و تنها محدود به انجام برخی اقدامات به صورت ناقص نگردد. این موضوع ممکن است باعث اعطای نیابت‌های تکراری گردد.

۳-۱-۲- نیابت قضایی خاص (محدود)

محدود بودن اختیارات تفویضی یکی ناشی از محدود و مکفی بودن موارد و موضوع نیابت و دیگری محدودیت قانونی در تفویض اختیار از مواردی است که قانون بیش از آنچه لازم باشد به مقام قضایی اجازه اقدام نداده است. مرجع معطی بیش از آنچه قانون اجازه داده و در فرآیند دادرسی ضروری و در رویه قضایی متداول است و آنچه نیاز به انجام هست، نمی‌تواند از حوزه قضایی مجری نیابت، تقاضا نماید. مقام نیابت‌گیرنده هم نمی‌تواند از این حدود اختیارات قانونی تفویض شده، تخطی و تجاوز نماید. در حوزه آیین دادرسی کیفری مرجع نایب برخلاف اصل و استثنائاً به عنوان جانشین مرجع

۱۰. شاکری و فقیهی، پیشین، ۲۰۳.

رسیدگی‌کننده به پرونده موضوع نیابت را به اجرا درمی‌آورد و انجام آن از سوی مرجع نایب صرفاً در محدوده اختیارات تفویضی خواهد بود که باید آن را داخل در مفهوم نیابت خاص دانست، در این نوع نیابت لازم است مرجع معطی نیابت برای انجام اقدامات و تحقیقات مورد نظر، اختیارات دقیق و روشنی به مرجع نایب تفویض نماید که با تنظیم و امضای برگه نیابت قضایی صورت می‌گیرد.^{۱۱}

۲-۳- انواع نیابت از لحاظ صلاحیت محلی - سرزمینی

از لحاظ صلاحیت سرزمینی نیابت قضایی به دو نوع نیابت قضایی داخلی و نیابت قضایی بین‌المللی (خارجی) تقسیم می‌شود که از این منظر با توجه به عنوان مقاله فقط نیابت قضایی داخلی به شرح آتی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۲-۳- نیابت قضایی داخلی

انجام نیابت قضایی در دادسراها و دادگاه‌های داخل کشور وفق قوانین داخلی، مطابق ماده ۱۱۹ قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و ماده ۲۹۰ قانون آئین دادرسی مدنی، ماده ۲۰ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ و در دادسرا و دادگاه‌های ویژه روحانیت مطابق ماده ۲۹ آئین‌نامه دادسرا و دادگاه‌های ویژه روحانیت مصوب ۱۳۶۹ با اصلاحات سال ۱۳۸۴ و در مراجع نظامی نیز بر اساس مواد ۱۱۹ و ۵۸۳ قانون آئین دادرسی کیفری و همان‌گونه که در مباحث قبلی بیان گردید و در مباحث بعدی به آن پرداخته خواهد شد، صورت می‌گیرد.

ریاست فقید قوه قضائیه حضرت آیت‌الله هاشمی شاهرودی در سال ۱۳۸۶ در دوران ریاست بر قوه قضائیه به لحاظ اهمیت نیابت قضایی و لزوم رعایت قانون و حقوق طرفین و به منظور تسریع و تسهیل در انجام نیابت و جلوگیری از اطاله دادرسی بخشنامه‌ای^{۱۲} را خطاب به دادگستری‌های سراسر کشور صادر نمودند. در گذشته نیابت به صورت سنتی تنظیم و از طریق پست یا به نحو دیگری ارسال می‌شد. امروزه با توجه به الکترونیکی شدن امور قضایی نیابت‌ها از طریق سیستم مدیریت پرونده قضایی (cms) انجام می‌شود و از طریق سنتی و ارسال فاکس کاربردی ندارد و از امنیت بیشتری نیز برخوردار است.

۱۱. همانجا.

۱۲. بخشنامه شماره ۱/۸۶/۱۱۴۵۹-۱۱/۰۷-۱۳۸۶، قوه قضائیه، وب سایت مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.

۳-۲-۲- نیابت قضایی بین‌المللی

نیابت قضایی بین‌المللی (خارجی) با توجه به اینکه موضوع بحث ما در این مقاله نمی‌باشد به توضیح راجع به آن نمی‌پردازیم.

۴- انواع نیابت قضایی از لحاظ صلاحیت ذاتی

۴-۱- نیابت قضایی در امور کیفری

در مواردی که امور کیفری ایجاب نماید، مقام قضایی بر اساس ماده ۱۱۹ قانون آئین دادرسی کیفری برای انجام اقداماتی همچون تحقیق محلی، استماع اظهارات گواهان و انجام کارشناسی و توقیف ملک جهت تودیع وثیقه، احضار و جلب متهم، تفهیم اتهام و ... مبادرت به صدور نیابت قضایی می‌نماید. این نوع از نیابت قضایی از طریق مراجع قضایی جزایی (کیفری) مثل دادسراها، دادگاه‌های کیفری یک و دو، دادگاه انقلاب، دادگاه بخش، نظامی و ویژه روحانیت صورت می‌گیرد.

۴-۲- نیابت قضایی در امور حقوقی (مدنی)

گاهی رسیدگی به ادله توسط دادگاهی که به دعوا رسیدگی می‌کند به این علت که باید خارج از حوزه قضایی صورت گیرد، مقدور نیست، دادگاه بر اساس قانون آیین دادرسی مدنی مطابق ماده ۲۹۰ این قانون برای انجام اقداماتی همچون، معاینه محل، تحقیق محلی، استماع اظهارات گواهان و ... به صدور نیابت قضایی روی می‌آورد.

این نوع از نیابت از طریق مراجع قضایی حقوقی (مدنی) مثل دادگاه‌های عمومی حقوقی، دادگاه بخش، شوراهای حل اختلاف صورت می‌گیرد. شعب کیفری نیز در مواردی که به امور حقوقی به صورت مستقل یا توأم با دعوای کیفری رسیدگی می‌کنند در زمینه حقوقی نیز مبادرت به اعطای نیابت قضایی می‌نمایند. شعب حقوقی نیز به همین روال ممکن است اقدام کنند. اجرای احکام مدنی هم مطابق ماده ۲۰ قانون اجرای احکام مدنی^{۱۳} مصوب ۱۳۵۶ اقدام لازم را انجام می‌دهد؛ بنابراین اعطای نیابت در امور حقوقی امکان‌پذیر است و تنها مختص به امور کیفری نیست.

۱۳. «هرگاه تمام باقسمتی از عملیات اجرایی باید در حوزه دادگاه دیگری به عمل آید مدیر اجرا انجام عملیات مزبور را به قسمت اجرای دادگاه آن حوزه محول می‌کند».

۵- فرآیند اعطا و اجرای نیابت قضایی

۵-۱- موارد و قلمرو اعطای نیابت قضایی

اگر انجام اقدامی خاص، مانند شنیدن اظهارات شاهد، انجام تحقیقات محلی، توقیف ملک، احضار و تفهیم اتهام به متهم و ... در خارج از حوزه قضایی مرجع رسیدگی به پرونده لازم باشد، باید از طرف این مرجع به مرجع قضایی صالح در محل انجام آن اقدام، نمایندگی داده شود تا اقدام‌های موردنظر توسط آن مقام صورت گیرد. این امر، نیابت قضایی نام دارد، به مرجعی که نیابت قضایی اعطا می‌کند مرجع نیابت دهنده و به مرجعی که به آن نیابت داده می‌شود، مرجع نایب می‌گویند.^{۱۴}

۵-۱-۱- قلمرو جزایی

بر اساس ماده ۱۱۹^{۱۵} قانون آئین دادرسی کیفری، چنانچه انجام بخشی از فرایند دادرسی در حوزه قضایی دیگری اعم از دادسرا یا دادگاه بخش لازم باشد، مقام قضایی در راستای انجام اقدام قضایی موردنظر، با ذکر موارد پس از صدور قرار نیابت قضایی مبادرت به اعطای نیابت قضایی می‌نماید. مرجع قضایی مقصد یا همان مرجع مجری در صورت دقیق و مشخص بودن مصادیق اقدامات مورد درخواست، مکلف به اجرای مفاد نیابت خواهد بود. بیشترین کاربرد نیابت قضایی در واقع در دادسراها و محاکم کیفری است. اصولاً در موارد زیر می‌توان در امور کیفری نیابت قضایی اعطا نمود. به مهم‌ترین مصادیق آن به شرح ذیل اشاره می‌کنیم: ۱- احضار و تحقیق از متهم؛ ۲- استماع شهادت شهود و مطلع؛ ۳- معاینه محل؛ ۴- بازرسی از منازل و اماکن و اشیاء؛ ۵- جمع‌آوری آلات جرم؛ ۶- کارشناسی و توقیف ملک جهت تودیع وثیقه؛ ۷- احضار و جلب متهم؛ ۸- اجرای حکم؛ ۹- اخذ آخرین دفاع از متهم و دیگر مواردی که حسب ضرورت به تشخیص مقام قضایی مطابق قانون لازم باشد و منع قانونی نداشته باشد. برای انجام امور غیرقضایی اعطای نیابت قضایی ضرورت پیدا نمی‌کند.

۱۴. علی خالقی، آئین دادرسی کیفری (تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهردانش، ۱۴۰۰)، ۲۳۳.
۱۵. «هرگاه تحقیق از متهم، استماع شهادت شهود و مطلع، معاینه محل، بازرسی از منازل و اماکن و اشیاء، جمع‌آوری آلات جرم و به طور کلی هر اقدام دیگری خارج از حوزه قضایی محل مأموریت بازپرس لازم شود، وی با صدور قرار نیابت قضایی مطابق مقررات قانونی و ارسال اصل یا تصویر اوراق مورد نیاز پرونده و تصریح موارد، انجام آنها را از بازپرس محل، تقاضا می‌کند. این بازپرس در حدود مفاد نیابت قضایی، موضوع نیابت را انجام می‌دهد و اوراق تنظیمی را پس از امضا به همراه سایر مدارک به دست آمده نزد مرجع نیابت‌دهنده می‌فرستد و در صورتی که اجرای تمام یا بخشی از مفاد نیابت، مربوط به حوزه قضایی دیگری باشد، اوراق را برای اجرای نیابت به مرجع مزبور ارسال و مراتب را به بازپرس نیابت‌دهنده اعلام می‌دارد.»

۵-۱-۲- قلمرو حقوقی

ضرورت و تجویز اعطای نیابت قضایی در امور حقوقی بر اساس ماده ۲۹۰ قانون آئین دادرسی مدنی تصریح شده است. در امور حقوقی اصولاً در موارد زیرمی توان از نیابت قضایی استفاده نمود. این امور همان مصادیقی خواهند بود که ما به مهم‌ترین این موارد اشاره می‌کنیم. ۱- استماع شهادت شهود؛ ۲- تحقیق از مطلعین؛ ۳- انجام معاینه محل؛ ۴- انجام کارشناسی؛ ۵- اتیان سوگند؛ ۶- اجرای حکم (دادگاه و شورای حل اختلاف). اعطای نیابت در امور حقوقی در مقایسه با امور کیفری کمتر است.

۵-۱-۳- موارد منع اعطای نیابت قضایی

لازم به تصریح است که امور ماهوی و نهایی نیابت‌بردار نیستند، از این‌رو، نمی‌توان انجام اموری مانند اظهارنظر نسبت به مجرمیت (قرار جلب دادرسی) یا بی‌گناهی (قرار منع تعقیب) و یا صدور قرارهای نهایی دیگری مانند موقوفی یا تعلیق تعقیب را موضوع نیابت قضایی قرارداد. در واقع، در مواردی که دلیل استنادی موضوعیت دارد و نه طریقت و به نوعی قاطع دعوی محسوب می‌شود، موضوع نیابت قرار نمی‌گیرد.^{۱۶} بر همین اساس در متن ماده (۱۱۹) ق.آ.د.ک. مواردی از قبیل تحقیق از متهم، استماع شهادت و ... ذکر شده است. لذا اظهارنظر در ماهیت عمل و صدور تصمیمات قضایی مثل قرار نهایی و ... نمی‌تواند موضوع نیابت واقع شود.^{۱۷}

در اموری که مباشرت قاضی لازم است و صدور قرارهای نهایی، صدور رأی و اظهارنظر ماهوی نسبت به امور قضایی را نمی‌توان با اعطای نیابت قضایی از حوزه قضایی دیگری درخواست کرد. چنین اقدامی، نه در قانون پیش‌بینی شده و نه در رویه قضایی رایج و متداول است.

۵-۱-۴- موارد خودداری از اعطای نیابت غیرضروری

اقداماتی که در مورد آنها اعطای نیابت انجام می‌شود، اقدامات قضایی است. این اقدامات در مقابل اقدامات اداری قرار دارند. معاینه محل، تحقیق محلی، کارشناسی، تفهیم اتهام، اخذ قرارهای تأمین و نظارت قضایی و ... برای مثال از اقدامات قضایی‌اند که لازم است بازپرس در مورد آنها به بازپرس حوزه قضایی دیگر، اعطای نیابت کند. توجه به این مسأله حائز اهمیت است که اقدامات اداری نیاز به اعطای

۱۶. رستمی، پیشین، ۱۷۰.

۱۷. جواد طهماسبی، آئین دادرسی کیفری (تهران: بنیادحقوقی میزان، ۱۳۹۸)، ۴۴.

نیابت نداشته و اعطای نیابت در آنها تنها موجب اطاله دادرسی می‌گردد.^{۱۸} برخی از امور دخیل در فرایند دادرسی مانند انجام استعلام در واقع نیاز به اعطای نیابت قضایی ندارد، بلکه کافی است از مرجع اداری یا قضایی مربوطه هرچند در حوزه قضایی دیگری باشد طی مکاتبه‌ای استعلام به عمل آید.

بازپرس نمی‌تواند خطاب به دادگاه نیابت قضایی صادر کند. نیابت قضایی از سوی بازپرس خطاب به دادسرای محل اجرای نیابت صادر می‌شود. مگر اینکه در حوزه قضایی محل اجرای نیابت، دادگاه عمومی بخش تشکیل شده باشد که در این خصوص به موجب تبصره (۱) ماده (۱۱۹) ق.آ.د.ک.، انجام نیابت قضایی به عهده رئیس یا دادرس علی‌البدل آن دادگاه است.^{۱۹}

۶- مراجع معطی و مجری نیابت قضایی

۶-۱- ضابطان دادگستری

اعطای نمایندگی از سوی قضات تحقیق به ضابطان و به ویژه نیروهای انتظامی به عمل می‌آید و در این مورد نیروهای انتظامی مکلفند در چهارچوب اختیارات قانونی اعطایی و اقدامات موردنظر عمل نمایند و در صورتی که اقدام خاصی ضرورت یابد که در دستور نمایندگی گنجانده نشده باشد مأموران مکلفند جهت اخذ مجوز لازم اقدام کنند.^{۲۰}

با توجه به اینکه نیابت قضایی توسط مقام قضایی قابل اجراست، اعطای نیابت به صورت مستقیم خطاب به مراجع انتظامی تحت هیچ شرایطی از سوی مراجع قضایی پذیرفته شده نیست و هیچ قانونی این صراحت را ندارد. بلکه از سوی مقام قضایی در قالب دستور، نمایندگی در انجام برخی امور تحت نظارت خود به ضابطان دادگستری^{۲۱} به خصوص نیروهای انتظامی به عنوان ضابط عام داده می‌شود تا اقدامات و تحقیقات خواسته شده را معمول و نتیجه را در مهلت مقرر به قاضی مربوطه گزارش نمایند. لیکن قاضی معطی می‌تواند در جهت تسریع و تسهیل در انجام نیابت به خصوص در پرونده‌های مهم و

۱۸. یوسفی، پیشین، ۱۳۷.

۱۹. طهماسبی، پیشین، ۴۵.

۲۰. محمد آشوری، آئین دادرسی کیفری (تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۹)، ۱۸۸.

۲۱. «ضابطان دادگستری مأمورانی هستند که تحت نظارت و تعلیمات دادستان در کشف جرم، حفظ آثار و علائم و جمع‌آوری ادله وقوع جرم، شناسایی، یافتن و جلوگیری از فرار و مخفی شدن متهم، تحقیقات مقدماتی، ابلاغ اوراق و اجرای تصمیمات قضایی، به موجب قانون اقدام می‌کنند.» (ماده ۲۸ قانون آئین دادرسی کیفری)

اقداماتی در دعاوی مهم و حساس از قبیل جلب متهمین متواری که دلایل کافی علیه آنها وجود دارد، به همراه نیابت اعطایی، مأموران انتظامی را به حوزه قضایی مجری نیابت جهت همکاری و اجرای دستورات قضایی اعزام دارد.

بازپرس برای اعطای نیابت «قرار نیابت قضایی» صادر می‌نماید. بازپرس برای انجام این مهم، ابتدا قرار صادر کرده و سپس موضوع نیابت را خطاب به بازپرس شهرستان دیگر تعیین می‌کند. نکته دوم آن است که بر اساس نظر گروهی این نوع از نیابت، اجباری به حساب می‌آید، درحالی که تقویض وظیفه انجام تحقیقات توسط بازپرس به ضابط، نوعی نیابت اختیاری است. درواقع بازپرس می‌تواند شخصاً تحقیقات را انجام داده یا اجرای آنها را به ضابط واگذارد.^{۲۲} این تقسیم‌بندی با ماده ۱۲۲ قانون مصوب ۱۳۹۲ کم‌رنگ شده است.^{۲۳}

۶-۲- مرکز توسعه (شورای) حل اختلاف

شوراهای حل اختلاف هرچند به عنوان مرجعی شبه قضایی شمرده می‌شوند و بر اساس قانون شوراهای حل اختلاف مصوب ۱۳۹۴ واجد دو وظیفه ۱- صلح و سازش ۲- رسیدگی و صدور حکم به وسیله قاضی شورا هستند (ماده ۹ قانون شورای حل اختلاف)، با توجه به اینکه وظیفه دوم یعنی رسیدگی و صدور حکم در شورای حل اختلاف توسط قاضی شورا در امورحقوقی تابع قانون آئین دادرسی مدنی و در امور کیفری (بند «ح» ماده اخیرالذکر) تابع قانون آئین دادرسی کیفری است، بنابراین اعطای نیابت قضایی در زمینه صلح و سازش ضرورت پیدا نمی‌کند.

در مورد دوم در موارد لزوم، مطابق قانون، قاضی شورا می‌تواند همچون دادگاه نسبت به اعطای نیابت اقدام نماید. با توجه به انقضای قانون شوراهای حل اختلاف مصوب ۱۳۹۴ و طی شدن فرآیند تصویب قانون جدید در شرف تصویب از سوی شورای نگهبان که در آن قاضی شورا حذف گردیده و هرچند که رسیدگی و تلاش در جهت صلح و سازش توسط اعضای شورا بدون مداخله قاضی صورت می‌گیرد و در تبصره ۱ و ۲ ماده ۲۱ در امر رسیدگی در شورا رعایت اصول و قواعد را به تبعیت از مقررات قوانین آئین دادرسی مدنی و کیفری ضروری دانسته است. به نظر می‌رسد اعطای نیابت از سوی اعضای شورا به شوراهای سایر حوزه‌های قضایی (هرچند نیابت قضایی صدق نمی‌کند) در موارد لزوم، ایرادی

۲۲. برای مثال نک: محمود آخوندی، آئین دادرسی کیفری (تهران: سازمان چاپ و انتشارات، ۱۳۸۹)، ۳۳۶-۳۳۷.

۲۳. یوسفی، پیشین، ۱۳۶.

ندارد.

از سوی شعب اجرای احکام مدنی شوراها، اجرای گزارش اصلاحی پس از صدور اجرائیه و دستور تخلیه صادره موضوع ماده ۱۳ قانون جدید از سوی شعب شورا پس از تأیید رئیس حوزه قضایی مطابق قانون اجرای احکام مدنی و قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ با تأیید رئیس شورای حوزه قضایی قابل اجرا خواهد بود، در این راستا قطعاً حسب مورد و در موارد لزوم اعطای نیابت بر اساس قانون آئین دادرسی و اجرای احکام مدنی موجه و ضروری بوده و فاقد اشکال و منع قانونی است. راجع به امور کیفری در قانون مصوب ۱۳۹۴ رسیدگی به برخی جرائم تعزیری درجه ۸ از جمله رانندگی بدون پروانه که در صلاحیت شورای حل اختلاف قرار گرفته، اعطای نیابت در صورت لزوم حسب مورد مطابق ماده ۱۱۹^{۲۴} قانون آئین دادرسی کیفری به عمل خواهد آمد. گرچه بهتر بود که قانونگذار راجع به نیابت قضایی و اختیارات شورا در این زمینه در قانون جدید اظهارنظر می‌کرد؛ زیرا برای اعضا و کارکنان شورا، به غیر از اجرای احکام حتماً این ابهام پیش خواهد آمد.

۶-۳- دادرسی (عمومی و انقلاب، نظامی، ویژه روحانیت)

دادسراهای عمومی و انقلاب در موارد لزوم به اعطای نیابت مطابق مواد ۱۱۹ الی ۱۲۲ قانون آئین دادرسی کیفری عمل خواهند نمود. در دادسراها و مجتمع‌های قضایی شعبه ویژه نیابت اختصاص می‌یابد که عهده‌دار این امور قضایی خواهد بود. در آیین دادرسی جرائم نیروهای مسلح راجع به کیفیت اعطای نیابت از سوی قانونگذار صحبتی به میان نیامده است، از آنجایی که بلااستثنا اعطای نیابت در طول فرآیند دادرسی ممکن است حادث شود، با توجه به مفاد ماده ۵۸۳ قانون آئین دادرسی کیفری این اقدام قضایی متصور بوده و قابل اجرا می‌باشد؛ بنابراین در بسیاری از شهرها دادسرای نظامی مستقر نیست و این مرجع قضایی هرگز بی‌نیاز از اعطای نیابت به دادسراهای عمومی و انقلاب نخواهد بود.

مطابق ماده ۲۹ آیین‌نامه دادسرا و دادگاه‌های ویژه روحانیت مصوب ۱۳۶۹ با اصلاحات سال ۱۳۸۴

۲۴. «هرگاه تحقیق از متهم، استماع شهادت شهود و مطلع، معاینه محل، بازرسی از منازل و اماکن و اشیاء، جمع‌آوری آلات جرم و به طور کلی هر اقدام دیگری خارج از حوزه قضایی محل مأموریت بازپرس لازم شود، وی با صدور قرار نیابت قضایی مطابق مقررات قانونی و ارسال اصل یا تصویر اوراق مورد نیاز پرونده و تصریح موارد، انجام آنها را از بازپرس محل، تقاضا می‌کند. این بازپرس در حدود مفاد نیابت قضایی، موضوع نیابت را انجام می‌دهد و اوراق تنظیمی را پس از امضا به همراه سایر مدارک به دست آمده نزد مرجع نیابت‌دهنده می‌فرستد و در صورتی که اجرای تمام یا بخشی از مفاد نیابت، مربوط به حوزه قضایی دیگری باشد، اوراق را برای اجرای نیابت به مرجع مزبور ارسال و مراتب را به بازپرس نیابت‌دهنده اعلام می‌دارد.»

که بیان گردیده: «نظریه گستردگی حوزه‌های قضایی دادسراهای ویژه، دادسراهای مزبور علاوه بر موارد اعطای نیابت به دادسراهای ویژه دیگر، در خصوص جرائم خارج از محل استقرار خود، می‌توانند به دادسراهای عمومی و انقلاب اسلامی همان حوزه نیز نیابت دهند و دادسراهای مزبور حسب مورد موظف به انجام درخواست‌های فوق می‌باشند.»

در این ماده عنوان شده که دادسراهای ویژه به دادسراهای عمومی و انقلاب همان حوزه می‌توانند نیابت دهند، یک استثنا وجود دارد، یعنی نمی‌توانند به دادسراهای عمومی و انقلاب سایر حوزه‌های قضایی نیابت اعطا نمایند. سؤال اینجاست به فرض اینکه انجام اقدامات یا تحقیقاتی در حوزه قضایی دیگری ایجاب شود، تکلیف مقام قضایی چیست؟

در پاسخ باید اذعان داشت که در این قانون از طرفی به صراحت اعطای نیابت به سایر حوزه‌ها را منع نکرده و از طرفی در راستای انجام فرآیند دادرسی در صورت حدوث موردی که نیازمند نیابت قضایی باشد، اعطای نیابت اجتناب‌ناپذیر است. بدون اعطای نیابت به یقین ممکن است دادرسی معطل مانده و تحقیقات تکمیل نشده و در کشف حقیقت خلأ ایجاد گردد. هرچند اجرای برخی اقدامات لازم را از طریق ضابطان تحت امر پیگیری می‌نماید. به نظر می‌رسد از این جهت مقام قضایی دادرسی ویژه چاره‌ای به جز اعطای نیابت قضایی نداشته باشد. استناد به ماده ۱۱۹ قانون آیین دادرسی کیفری و ماده ۵۲ آیین‌نامه دادسراها و دادگاه‌های ویژه^{۲۵}، این خلأ را برطرف می‌نماید. در بسیاری از شهرها دادسرا و دادگاه ویژه مستقر نیست و در حقیقت این مرجع قضایی هرگز بی‌نیاز از اعطای نیابت به دادسراهای عمومی و انقلاب نخواهد بود.

راجع به اجرای احکام تعلیق اجرای مجازات، آزادی مشروط، تعویق صدور حکم، نظام نیمه آزادی و آزادی تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی که از سوی اجرای احکام کیفری و دادگاه انقلاب صدور نیابت قضایی ضرورت یابد، مطابق ماده ۵۵۸ قانون آیین دادرسی کیفری^{۲۶} عمل می‌شود.

۲۵. «به جز در مواردی که در این قانون تصریح شده است، وظایف و اختیارات قضات دادسرا و دادگاه برحسب مورد برطبق مقررات عمومی آیین دادرسی کیفری می‌باشد.»

۲۶. «چنانچه اقامتگاه اشخاص مشمول تعلیق اجرای مجازات، آزادی مشروط، تعویق صدور حکم، نظام نیمه آزادی و آزادی تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی، درحوزه قضایی دیگری غیر از حوزه قضایی دادگاه صادرکننده رأی باشد، اشخاص مذکور می‌توانند اجرای تصمیم مذکور را در محل اقامت خود تقاضا نمایند. در این صورت قاضی مجری حکم با اعطای نیابت به قاضی اجرای احکام حوزه اقامت آنان، تمامی دستورهای دادگاه و واحد اجرای احکام و شرایط مقرر در رأی را به قاضی مجری نیابت اعلام می‌نماید و موارد مذکور، تحت نظارت قاضی مرجوع الیه اجرا می‌شود.»

۴-۶- دادگاه بدوی (حقوقی، خانواده و کیفری)

اگرچه ضرورت‌های علمی و تقسیم کار ناشی از آن ایجاب می‌کند که بازپرس منحصرأ در حوزه صلاحیت محلی خود به انجام دادن اقدامات تحقیقی مبادرت ورزد، با این همه در بسیاری از موارد، اقدام و تحقیق خاصی از قبیل تحقیق از متهم، معاینه محل، تحقیق محلی، استماع شهادت شهود و امثال آن ناگزیر باید در خارج از محدوده صلاحیت محلی بازپرسان و قضات تحقیق به عمل آید. در این گونه موارد تکلیف چیست؟ آیا بازپرس باید خود به محل مورد نظر رفته و به اقدام قضایی مبادرت ورزد و یا اینکه می‌تواند اقدامات مورد نظر را طبق ضوابطی به دیگری واگذار کند؟ در حقوق ایران، به استناد ماده ۵۷^{۲۷} قانون آئین دادرسی کیفری ۱۲۹۰ و ماده ۵۹^{۲۸} قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، بازپرس یا قاضی تحقیق مجاز به جابه‌جایی نبوده و مکلف است در موارد و به شرح مندرج در مواد مذکور اقدام به اعطای نیابت قضایی کند.^{۲۹}

نحوه اعطا یا اجرای نیابت در دادگاه کیفری مطابق مواد ۱۱۹، ۱۲۰، ۱۲۱، ۱۲۲، ۳۳۴، ۵۵۸ و ۶۵۹ قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ خواهد بود؛ و در امور حقوقی مطابق مواد ۲۹۰ الی ۲۹۴ قانون آئین دادرسی مدنی است. اعطای نیابت به دادگاه‌های بخش همانند دادرسی و دادگاه‌های عمومی کیفری و حقوقی می‌باشد. ارسال نیابت قضایی از دادرسی و دادگاه بدوی به مراجع تجدیدنظر امکان‌پذیر نیست، زیرا نیابت حسب مورد به دادرسی یا دادگستری مرکز استان ارسال خواهد شد.

انجام نیابت‌های کیفری و حقوقی در دادگاه‌های بخش توسط رئیس یا دادرسی علی‌البدل دادگاه انجام می‌شود. در دادگاه‌ها و مجتمع‌های قضایی شعبه ویژه نیابت عهده‌دار این امور قضایی خواهد بود.

۲۷. «هر گاه در مواردی که قانون معین می‌کند استنطاق متهمین امر جزایی یا استماع شهود یا تحقیقات دیگری در محلی که خارج از وقوع جرم است لازم شود در این صورت مستنطقی که مشغول رسیدگی است تعلیمات لازم را در این باب به مستنطق محلی که باید تحقیقات در آنجا به عمل آید فرستاده و مستنطق آخری بعد از اجرای تحقیقات آن را امضا نموده ممهوراً نزد مستنطق اولی ارسال می‌دارد.»

۲۸. «چنانچه تحقیق از متهم یا استماع شهادت شهود و یا معاینه محل، بازرسی ازم منزل، جمع‌آوری آلات جرم و به طور کلی هر اقدام دیگر در محلی که خارج از حوزه قضایی دادگاه است لازم شود، دادگاه رسیدگی کننده با اعطای نیابت قضایی انجام آن را با ذکر صریح موارد از دادگاه آن محل تقاضا می‌نماید. دادگاه اقدامات و تحقیقات مورد تقاضا را انجام داده و اوراق تنظیمی را پس از امضا با سایر مدارک به دست آمده نزد دادگاه نیابت‌دهنده اعاده می‌کند. تبصره در مواردی که اقرار متهم و یا شهادت شاهد و یا شهادت بر شهادت شاهد، مستند رأی دادگاه می‌باشد، استماع آن توسط قاضی صادرکننده رأی الزامی است.»

۲۹. آشوری، پیشین، ۱۸۲.

در امور حسبی نیز وفق ماده ۵ قانون امور حسبی عمل خواهد شد؛ بدین شرح که: «مقررات راجع به نیابت قضایی که در آیین دادرسی مدنی ذکر شده شامل امور حسبی خواهد بود.»

۶-۵- دادگاه تجدیدنظر و کیفری یک استان

اعطای نیابت قضایی توسط دادگاه‌های تجدیدنظر استان امکان‌پذیر خواهد بود. مطابق ماده ۴۵۲^{۳۰} قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ اقدام قضایی لازم به عمل خواهد آمد. به صراحت این ماده در حوزه‌های قضایی یک استان و همچنین در خارج از استان همانند دادرسی و دادگاه‌ها محتاج اعطای نیابت قضایی است. همان‌گونه که ذکر شد در دادگاه‌های تجدیدنظر اعم از شعب حقوقی یا کیفری به شرح فوق عمل خواهد شد.

درباره دادگاه کیفری یک نیز با عنایت به اینکه صلاحیت این دادگاه ممکن است یک یا چند حوزه قضایی باشد، چنانچه این دادگاه بخواهد اقدامات و تحقیقات را در حوزه قضایی تابع خود به اجرا درآورد از حوزه قضایی محل اجرای قرار، درخواست لازم را می‌نماید و چنانچه محل اجرای قرار در حوزه قضایی استان دیگر یا در خارج از حوزه‌های قضایی شهرستانها و بخش‌های تابع خود باشد با اعطای نیابت قضایی به حوزه قضایی موردنظر خارج از استقرار دادگاه کیفری یک درخواست اجرای قرار را می‌نماید.^{۳۱}

۶-۶- دیوان عالی کشور

با عنایت به اینکه کیفیت دادرسی در دیوان عالی کشور مطابق با مواد ۴۶۲ تا ۴۷۳^{۳۲} قانون آئین دادرسی کیفری است، این دادگاه یک مرجع قضایی عالی با حوزه عملکرد فرااستانی و در سراسر کشور است، هیچ‌گاه اعطای نیابت قضایی جهت رسیدگی اعم از شکلی و ماهوی ضرورت پیدا نمی‌کند؛ زیرا در صورت لزوم، پرونده را پس از نقض حکم جهت انجام اقدامات لازم مطابق با ماده ۴۶۸ قانون مزبور، حسب مورد به دادگاه بدوی یا تجدیدنظر یا دادگاه هم‌عرض اعاده خواهد نمود.

۳۰. «قرار معاینه محل و تحقیق محلی توسط رئیس دادگاه یا با تعیین او توسط یکی از مستشاران شعبه اجرا می‌شود. چنانچه محل اجرای قرار، خارج از حوزه قضایی مرکز استان باشد، دادگاه تجدیدنظر استان می‌تواند اجرای قرار را از دادگاه محل مربوط درخواست کند و در صورتی که محل اجرای قرار در حوزه قضایی استان دیگری باشد، با اعطای نیابت قضایی به دادگاه نخستین محل، درخواست اجرای قرار نماید.»

۳۱. شاکری و فقیهی، پیشین، ۲۰۱.

۳۲. ماده ۴۶۲ قانون آیین دادرسی کیفری: «دیوان عالی کشور در تهران مستقر است و شعب آن از رئیس و دو مستشار تشکیل می‌شود و مرجع فرجام‌خواهی در جرایم موضوع ماده (۴۲۸) این قانون است.»

۶-۷- مباشرت فراحوزه‌ای مقام قضایی (بازپرس)

به موجب ماده ۱۲۲ ق.آ.د.ک. این وضعیت در نظام قانونگذاری کشورمان فاقد سابقه است و از جمله مقررات جدید در این قانون محسوب می‌شود. برای اجرای این ماده دادستان محل مأموریت بازپرس، باید موافقت نماید و در صورت مخالفت موجبی برای اختلاف نظر بین بازپرس و دادستان وجود ندارد و مطابق نظر دادستان عمل می‌شود؛ اما موافقت دادستان محل اقدام ضرورت ندارد و صرف اطلاع کافی است.^{۳۳}

حضور بازپرس برای انجام فرایند قضایی در حوزه قضایی دیگری به ندرت اتفاق می‌افتد و سعی می‌گردد تا حتی الامکان از طریق اعطای نیابت اقدام لازم صورت پذیرد. گرچه در ماده ۱۲۲ واژه بازپرس به کار رفته، لیکن سایر مقامات قضایی همچون دادرس علی‌البدل دادگاه بخش را که به جانشینی از بازپرس در حوزه قضایی بخش انجام وظیفه می‌کند، حسب مورد در بر خواهد گرفت.

در صورتی که بازپرس تشخیص دهد که مباشرت وی در انجام تحقیقی در خارج از حوزه قضایی محل مأموریت او ضروری است، می‌تواند بدون صدور قرار نیابت قضایی، موضوع را به نحو مستدل به دادستان اعلام و پس از کسب نظر موافق وی، ضمن هماهنگی با دادستان محل و تحت نظارت او، نسبت به اجرای مأموریت اقدام کند.^{۳۴}

۶-۸- انجام نیابت قضایی در حوزه قضایی ثالث

تکلیف یک موضوع مهم که سابق بر این در مورد آن تردید وجود داشت و گاهی موجب اطاله رسیدگی می‌شد در قسمت ذیل ماده ۱۱۹ قانون روشن شده است. اگر اجرای تمام یا بخشی از مفاد نیابت، مربوط به حوزه قضایی دیگری باشد، اوراق، توسط بازپرس معطی نیابت، نیابت را خطاب به یک شهرستان ارسال کرده درحالی که اجرای نیابت، مربوط به شهرستان دیگر است. بازپرس مستقر در شهرستان اول نمی‌تواند پرونده را نزد بازپرس معطی نیابت ارسال کند تا مجدداً نیابت خطاب به شهرستان دیگر تنظیم گردد. او مکلف است اوراق نیابت را به آن شهرستان ارسال کند و ارسال پرونده به آن شهرستان را به اطلاع بازپرس معطی نیابت برساند.^{۳۵}

۳۳. طهماسبی، پیشین، ۴۴.

۳۴. رستمی، پیشین، ۱۷۰.

۳۵. یوسفی، پیشین، ۱۳۸.

امروزه برای انجام سریع دادرسی چنانچه اعطای نیابت قضایی ضرورت پیدا کند و پس از ارسال نیابت به حوزه قضایی دوم، محرز گردد که اجرای مفاد نیابت در حوزه قضایی سومی باید اجرا شود، مرجع مجری نیابت می‌تواند نیابت را بلااقدام به حوزه قضایی ثالث ارسال کند، در این مواقع اعاده نیابت به مرجع قضایی مبدأ ضرورتی نداشته و باعث اطاله دادرسی می‌گردد. حوزه قضایی ثالث نیز پس از انجام نیابت نتیجه را به حوزه قضایی اولیه ارسال می‌نماید. این رویه بر اساس تجویز قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ اقدامی مفید و ضروری به نظر می‌رسد.

۶-۹- تکلیف نیابت قضایی در موارد احاله

احاله^{۳۶} که به عنوان یکی از موارد تأسیسات قانونی مصرح در ماده ۴۱۸ الی ۴۲۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ می‌باشد، در صورت حدوث این اقدام قضایی، ممکن است راجع به نیابت‌های قضایی که قبل از احاله پرونده صادر گردیده مراجع قضایی را با چالش‌هایی مواجه نماید. هرچند در قانون در این خصوص اشاره‌ای نشده لیکن به نظر می‌رسد مقام معطی نیابت پس از وصول نتیجه نیابت باید بلافاصله آن را به مرجع قضایی که پرونده به آن احاله شده ارسال نماید. در واقع نیابتی که قبلاً ارسال شده، احاله مانع از اجرای آن نیست، مگر اینکه قبل یا هم‌زمان با اجرای نیابت، پرونده به خود مرجع مجری احاله شده باشد. در مواردی که طبق مقررات، پرونده از مرجع معطی به مرجع دیگری احاله شود، مرجع معطی مکلف است احاله را به مرجع مجری اطلاع دهد و مرجع مجری نیز نتیجه را به مرجع احاله‌شونده ارسال می‌نماید. در صورت پیش آمدن چنین موقعیتی، قانونگذار با پیش‌بینی امکان واگذاری رسیدگی به دادگاه هم‌عرض دیگر، شرایط را برای این امر بدون لزوم اعطای نیابت قضایی در نظر گرفته است.

در امور کیفری احاله به این معنی است که با عدول از صلاحیت محلی، رسیدگی به یک جرم از حوزه قضایی صلاحیت‌دار به مرجع قضایی هم‌عرض در حوزه قضایی دیگری منتقل می‌شود؛ به عبارت دیگر، احاله نوعی انتقال دادرسی است.^{۳۷}

۳۶. در اصطلاح حقوقی احاله، به معنی آن است که رسیدگی به پرونده مرتکب جرمی به خاطر مصالح خاصی از دادگاه صلاحیت‌دار محلی به دادگاه هم‌عرض دیگری ارجاع شود.

۳۷. طهماسبی، پیشین، ۴۵.

۶-۱۰- نیابت قضایی و حقوق دفاعی متهم

بدیهی است که اگر اجرای نیابت قضایی در حدود مقرر در قانون صورت گرفته، متهم در برابر مرجع اجرای نیابت همان حقوقی را دارد که در مقابل مرجع اعطاکننده نیابت از آن برخوردار است. بدون اینکه این امر نیازمند تصریح در دستور نیابت باشد.^{۳۸} مطابق نظریه مشورتی شماره ۱۹۶۳/۱۹۳/۷-۱۹/۱۳۹۳/۸ اداره کل حقوقی قوه قضائیه: «حق استفاده از وکیل از جمله حقوق دفاعی بوده و هرکسی می‌تواند در هر مرحله از دادرسی، وکیل معرفی نماید و نیاز به تصریح از سوی معطی نمی‌باشد.» همان‌طور که رعایت حقوق دفاعی متهم در مرجع معطی نیابت وفق قانون باید رعایت گردد، در مرجع مجری نیز همچنان باید مورد مراعات قرار گرفته و از تضییع حقوق دفاعی متهم پرهیز شود. قانونگذار هیچ تفاوتی را بین دو مرجع قضایی راجع به نحوه اقدام و اعمال مقررات قائل نشده است.

۷- اعاده نیابت به مرجع معطی نیابت

در مراجع قضایی پس از وصول نیابت قضایی از مرجع معطی خطاب به رؤسای دادگستری‌ها (امور حقوقی) و خطاب به رئیس دادرسی مربوطه (امور کیفری)، حسب مورد به یکی از شعب و در واحدها و مجتمع‌های قضایی دارای شعبه ویژه نیابت، به شعب اختصاص یافته ارجاع می‌گردد. انجام تمام فرایند قضایی لازم از ابتدا تا آخر با قاضی شعبه مربوطه خواهد بود. مگر در موارد جزئی، مانند صدور قرار بازداشت موقت که نیاز به موافقت و اظهارنظر دادستان می‌باشد. پس از انجام کامل نیابت، پرونده بدون نیاز به اظهارنظر دادستان به مرجع معطی اعاده می‌گردد.

حسب نظریه مشورتی شماره ۱۳۸۱/۱۰/۱۸-۷/۹۵۴۹ اداره حقوقی قوه قضائیه؛ «اعاده نیابت قضایی در دادرسی از مواردی نیست که الزاماً موافقت یا اظهارنظر دادستان را لازم داشته باشد ولی چون قضات دادرسی تحت نظر و ریاست دادستان انجام وظیفه می‌نمایند و باتوجه به نظارتی که دادستان بر عملکرد قضات مذکور در پرونده‌ها دارد، لذا چنانچه دادستان به قضات دادرسی دستور داده باشد که پرونده‌های نیابتی قبل از اعاده به مرجع معطی نیابت به نظر او برسد، باید طبق دستور عمل شود.»^{۳۹} در ارتباط با ارسال پرونده توسط مقام قضایی مجری نیابت نزد دادستان قبل از اعاده آن به مرجع

۳۸. خالقی، پیشین، ۲۳۴.

۳۹. سیدمهدی حجتی، قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب در نظم حقوقی کنونی (تهران: انتشارات کتاب آوا، ۱۳۸۹)، ۱۹۹.

معطی، به نظرمی‌رسد آنچه در نظریه مشورتی فوق‌الذکر به آن اشاره شده است، از باب وظیفه نظارتی دادستان راجع به نحوه و صحیح انجام دادن نیابت باشد و از باب اظهار نظر قضایی ضرورتی در این خصوص وجود ندارد.

نتیجه‌گیری

بر اساس پژوهش انجام شده دریافتیم که نیابت قضایی به عنوان یکی از مؤلفه‌های حقوقی در انجام فرایند دادرسی در مراجع قضایی نقش اساسی و حائز اهمیتی را ایفا می‌نماید و در قوانین کیفری و مدنی (حقوقی) ایران از سوی قانونگذار به صراحت بیان شده است. با صدور نیابت قضایی بخشی از مراحل و اقدامات قضایی در پرتو دادرسی عادلانه در جهت تسریع و تسهیل در انجام امور قضایی در موارد لزوم و قانونی و از حیث جلوگیری از وقفه و اطاله دادرسی در حوزه قضایی دیگری انجام می‌شود. نیابت قضایی اقدامی قضایی و استثنایی است که در موارد ضروری و در مواقع خاص و به صورت محدود در مراجع معطی و مجری حسب مورد توسط مقامات قضایی صورت خواهد گرفت. اعطای نیابت در امور قضایی کاربرد دارد و با صدور قرار نیابت قضایی امکان‌پذیر است و در امور اداری ضرورتی برای آن وجود ندارد.

مراجع مختلف قضایی اعم از بدوی و عالی به جز دادسرا و دیوان عالی کشور به نوعی با این موضوع درگیر بوده و با فرایند نیابت قضایی مواجه هستند. در قوانین ایران در عرصه داخلی، قوانین و مقررات مرتبط تدوین شده و مورد استفاده مقامات قضایی قرار گرفته است. خلأهایی در زمینه اعطا و اجرای نیابت وجود دارد و موجب بروز ابهام وجود رویه‌های قضایی مختلفی می‌شود که با تصویب دستورالعمل بهبود فرایند نیابت قضایی از سوی قوه قضائیه که پیش‌نویس آن تدوین گردیده و در شرف تصویب ریاست محترم قوه قضائیه و ابلاغ به مراجع قضایی سراسر کشور، قرار دارد، این مشکلات و نقایص به زودی رفع خواهد شد. با عنایت به ضرورت، در بسیاری از مراجع واحدهای قضایی، مجتمع یا شعبه ویژه نیابت قضایی، حسب مورد زیرمجموعه دادگاه‌ها و دادسراها اختصاص یافته است. از موارد مهم و قابل توجه در قوه قضائیه مسأله آموزش کارکنان قضایی و اداری به منظور اجرای صحیح و دقیق قوانین مرتبط در جهت جلوگیری از ایجاد رویه قضایی نامتعارف و متفاوت و همچنین پیشگیری از اطاله دادرسی است. در این راستا رعایت حقوق شهروندی و حفظ ارزش‌ها و کرامات انسانی از رسالت‌های مورد تأکید دستگاه قضا می‌باشد. پیشنهاد می‌گردد در جهت اجرای سند تحول قضایی، از سوی مرکز آموزش و تحقیقات قوه قضائیه دوره آموزشی آشنایی با فرایند نیابت قضایی در برنامه آموزشی پرسنل دستگاه قضایی گنجانده

شود.

آشنایی با قوانین و مقررات آیین دادرسی و قواعد مربوط به صلاحیت مراجع قضایی و کیفیت فرایند نیابت قضایی و شرایط و مصادیق اعطا یا موارد ممنوعیت صدور نیابت، برای دست‌اندرکاران امر قضا و کارکنان مراجع قضایی امری ضروری و اجتناب‌ناپذیر است.

فهرست منابع

- آشوری، محمد. آیین دادرسی کیفری. تهران: سمت، ۱۳۸۹.
- آیین‌نامه دادرسی دادگاه‌ها و دادگاه‌های ویژه روحانیت، ۱۳۸۴.
- بخشنامه قوه قضائیه، راجع به نیابت قضایی خطاب به دادگستری‌های سراسر کشور. تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۶.
- طهماسبی، جواد. آیین دادرسی کیفری. تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۸.
- حجتی، سیدمهدی. قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب در نظم حقوقی کنونی. تهران: انتشارات کتاب آوا، ۱۳۸۹.
- حیدریان دولت آبادی، محمدجواد و علیرضا آرش‌پور. «نگاهی نوین به مقوله نیابت قضایی بین‌المللی از دیدگاه حقوق عمومی ایران». (ارائه شده در دومین کنفرانس بین‌المللی نوآوری و تحقیق در علوم انسانی، مدیریت و معارف اسلامی، تهران، ۱۶ مرداد ۱۳۹۷).
- خالقی، علی. آیین دادرسی کیفری. تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهردانش، ۱۴۰۰.
- رستمی، هادی. آیین دادرسی کیفری. تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۲.
- ژاندارم پورآبادی. «استرداد مجرمین و نیابت قضایی بین‌المللی». مجله مهنامه قضایی ۱۴ (۱۳۴۶): ۷۶-۸۱.
- شاکری، ابوالحسن و سیدرضا فقیهی. «نیابت قضایی در حقوق کیفری ایران». مجله تحقیقات حقوقی ۲۰ (۱۳۹۸): ۲۱۶-۱۹۳.
- قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲.
- قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۳ و اصلاحات بعدی مصوب ۱۳۸۱.
- قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹.
- قانون شوراهای حل اختلاف مصوب ۱۳۹۴.
- عمید، حسن. فرهنگ لغت فارسی. تهران: امیرکبیر، ۱۳۸۱.
- لایحه جدید شوراهای حل اختلاف، ۱۴۰۰.
- یرملی، صالح و نجم‌الدین ایگدری. «مفهوم قلمرو نیابت قضایی در دعاوی حقوقی». (چهارمین کنفرانس بین‌المللی حقوق و توسعه پایدار جامعه مدنی)، شیراز، ۳۰ اردیبهشت ۱۳۹۶.
- یوسفی، ایمان. آیین دادرسی کیفری. تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۵.

This Page Intentionally Left Blank

The Rule of States Immunities and Countering Terrorism With Emphasis on The Crash of a Ukrainian Plane

*Mahshid Karbasi¹, Alireza Zaheri^{*2}, Mohsen Abdollahi³, Abbas Kouhnejad⁴*

1. Ph.D. Student in International Law, Faculty of Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

Email: karbasi.m2008@gmail.com

2. Assistant Professor, Department of International law, Faculty of Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

*. **Corresponding Author:** Email: Ali.Zaheri@iauctb.ac.ir

3. Associate Professor, Department of Human Rights and Environmental Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

Email: mo_abdollahi@sbu.ac.ir

4. Assistant Professor, Department of International Law, Faculty of Law, Central Tehran. Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

Email: Akoutch@yahoo.fr



S.D.I.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



Publisher:
Shahr-e- Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:
Original Research

DOI:
10.48300/JLR.2022.340812.2045

Received:
6 April 2022

Accepted:
18 June 2022

Published:
10 June 2023



ABSTRACT

The rule of immunity of states and their property from the jurisdiction of domestic courts is a rule of customary international law and exceptions are set out in customary international law as well as in the 2004 United Nations Convention on Immunity but some countries, such as Canada, have begun efforts to add a new exception called terrorism by amending their former immunity law earlier this century. The crash of a passenger plane with P. S. 752 belonging to Ukraine in 3 January 2020 as a result of hitting two IRGC missiles has several legal issues, including the legal and criminal liability of the perpetrators and culprits of the accident, how to compensate damages, violation of obligations under international conventions, has created the international responsibility of the Iranian government and the possibility of litigation by survivors in domestic courts or litigation in the

Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



International Court of Justice. Subsequently, some survivors of the plane crash filed a lawsuit in Ontario and a sentence was handed down to Iran, citing the deliberate firing of a missile and its terrorist nature. In the area of government immunity, as well as the draft of the 2004 United Nation Immunity Convention and the attempt to implement the vote issued by the survivors, the rule of government immunity has faced a new challenge.

Keywords: State Immunity, United Nation Convention 2004, Ukrainian Passenger Aircraft, Terrorism, Justice for Victims of Terrorism Act 2012.

Excerpted from the Ph.D. thesis entitled “The Immunity of States and Their Property in International Law with Emphasis on Developments of Domestic Law”, Islamic Azad University Central Tehran Branch.

Funding: The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Author contributions:

Mahshid Karbasi: Conceptualization, Methodology, Software, Formal analysis, Investigation, Resources, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing, Visualization.

Alireza Zaheri: Conceptualization, Methodology, Formal analysis, Data Curation, Writing - Review & Editing, Visualization, Supervision, Project administration.

Mohsen Abdollahi: Conceptualization, Formal analysis, Data Curation, Writing - Review & Editing, Supervision.

Abbas Kouchnejad: Conceptualization, Formal analysis, Writing - Review & Editing Supervision.

Competing interests: The authors declare that they have no competing interests.

Citation:

Karbasi, Mahshid, Alireza Zaheri, Mohsen Abdollahi & Abbas Kouchnejad. “The Rule of States Immunities and Countering Terrorism With Emphasis on The Crash of a Ukrainian Plane” *Journal of Legal Research* 22, no. 53 (June 10, 2023): 223-252.

E x t e n d e d A b s t r a c t

The rule of immunity of states and their properties is a robust customary international law, and its exceptions in customary international law and the United Nations immunity convention (2004) have been determined. However, in the current century, several nations, such as Canada, have attempted to add some new exceptions to this law. Despite all the efforts made for creating and adding new exceptions such as violation of binding rules and terrorism, and some countries like Canada and USA have accepted them in their internal set of rules, they have deviated from the international custom. However, this phenomenon has not been welcomed and admitted by most governments. Canadian government deviated from this law and its regulations by developing the justice for victims of terrorism act 2012 (JVTA) (2012) on a global scale. They have accepted terrorism as a new exception to their rules. The crash of a Ukrainian passenger aircraft with the number PS752 on January 8, 2020, caused several legal issues due to being hit by two rockets of the Islamic Revolutionary Guard Corps (IRGC). The issues are the legal and criminal obligations of agencies and the culprits, compensating procedures, violation of obligations in an international convention, international obligations of the Iranian government in internal courts, and filing a lawsuit in the international court of justice. Accordingly, the law of government immunity is faced with new challenges due to a lawsuit filed by the relatives of the victims of an aircraft crash in Ontario court, sentencing the Iranian country according to the intentionality of launching rockets and ascertaining the terrorist nature of that action under the framework of law of justice for the victims of the event in 2012. In addition, the Iranian court disregarded the customary international law in the context of government immunity, the United Nations Immunity Convention (2004) draft, and any attempt to administer the issued verdict by survivors. Thus, in the lawsuit filed by some survivors of the victims of the passenger aircraft crash in Ontario court, Canada, the court qualified itself according to the justice for victims of terrorism act 2012 (JVTA). However, they brought forward some inferior and incomplete reports than citing some solid and formal evidence. Retrospectively, the Islamic Republic of Iran refused to send its representative and lawyer to the hearing and provide any defense statement; therefore, the Iranian government was sentenced. The plaintiffs' lawsuit was based on the terrorist nature of the Iranian action to fire a rocket, even though its terrorist nature had to be examined according to Canadian criminal law, which was not easily viable. The clause related to the crimes listed in the convention for the suppression of unlawful acts against the safety of civil aviation (Montreal convention) was

extendable to the lawsuit. However, the mens rea or the criminal intention was required, which definitely had to be attained by the court. Unlike the plaintiff's lawsuit regarding the intentional nature of that incident, Iran has repeatedly declared that the event occurred due to a human mistake and that there was no intention. The judge of the Ontario court hurriedly sentenced Iran based on the plaintiff's claims and invalid reports and consequently declared 107 million USD as compensation to the plaintiffs.

Given that the Canadian court acted based on its internal laws in determining and proceeding with issued verdicts by American courts in its region, and the civil remedy subject to those verdicts was cleared by impounding and selling the properties owned by the Iranian government. This procedure continued due to the given lawsuit, and the Iranian government's immunity was once again violated due to proceedings and verdicts on May 20, 2021, and January 3, 2022. The incompetency of the court and referring to the immunity rule by the Iranian Government does not imply the acceptance of the competency of the foreign court. The presence of an Iranian representative and defending the case could prevent issuing the verdict by the Canadian court and creating a new proceeding considering the weakness of the plaintiffs' evidence

قاعده مصونیت دولت‌ها و تقابل آن با تروریسم با تأکید بر سانحه سقوط هواپیمای اوکراین

مهشید کرباسی^۱، علیرضا ظاهری*^۲، محسن عبدالهی^۳، عباس کوچ نژاد^۴

۱. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

Email: karbasi.m2008@gmail.com

۲. استادیار، گروه حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

Email: Ali.Zaheri@iauctb.ac.ir: *نویسنده مسئول

۳. دانشیار، گروه حقوق بشر و حقوق محیط‌زیست، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

Email: mo_abdollahi@sbu.ac.ir

۴. استادیار، گروه حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

Email: Akoutch@yahoo.fr

چکیده:

قاعده مصونیت دولت‌ها و اموال آنها از صلاحیت دادگاه‌های داخلی، یک قاعده حقوق بین‌الملل عرفی است و استثنائات آن نیز در حقوق بین‌الملل عرفی و نیز در کنوانسیون مصونیت ۲۰۰۴ ملل متحد مشخص شده است اما برخی کشورها مانند کانادا در اوایل قرن حاضر با اصلاح قانون سابق خویش در زمینه مصونیت، برای افزودن یک استثنای جدید تحت عنوان تروریسم تلاش‌هایی را آغاز کرده‌اند. سقوط یک فروند هواپیمای مسافربری با پرواز شماره پی. اس ۷۵۲ متعلق به اوکراین در ۱۸ دی ۱۳۹۸ در اثر اصابت دو موشک سپاه پاسداران جمهوری اسلامی ایران، مسائل حقوقی متعددی از جمله مسؤلیت حقوقی و کیفری عاملین و مقصرین حادثه، نحوه جبران خسارت‌های وارده، نقض تعهدات ناشی از کنوانسیون‌های بین‌المللی، مسؤلیت بین‌المللی دولت ایران و امکان طرح دعوی از سوی بازماندگان حادثه در دادگاه‌های داخلی یا طرح دعوی در دیوان بین‌المللی دادگستری را به وجود آورده است. متعاقباً، طرح دعوی از سوی برخی



پژوهشکده حقوق



نوع مقاله:

پژوهشی

DOI:

10.48300/JLR.2022.340812.2045

تاریخ دریافت:

۱۷ فروردین ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۲۸ خرداد ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۲۰ خرداد ۱۴۰۲

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند یا دسترسی آزاد هستند، مقالات تحت شرایط مجوز Creative Commons Attribution-Non-Commercial License 4.0 منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



بازماندگان قربانیان سقوط هواپیما در دادگاه اُنتاریو و صدور حکم محکومیت برای ایران با استناد به عمدی بودن پرتاب موشک و احراز تروریستی بودن آن اقدام در چهارچوب قانون عدالت برای قربانیان تروریسم ۲۰۱۲ کانادا و عدم توجه دادگاه به حقوق بین‌الملل عرفی در زمینه مصونیت دولت و نیز طرح پیش‌نویس کنوانسیون مصونیت ۲۰۰۴ ملل متحد و تلاش برای اجرای رأی صادره از سوی بازماندگان، قاعده مصونیت دولت را با چالش جدیدی مواجه نموده است.

کلیدواژه‌ها:

مصونیت دولت، کنوانسیون ۲۰۰۴ ملل متحد، هواپیمای مسافربری اوکراین، تروریسم، قانون عدالت برای قربانیان تروریسم ۲۰۱۲.

برگرفته از رساله دکتری با عنوان «مصونیت دولت‌ها و اموال آنها با تأکید بر تحولات حقوق داخلی آنها»، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان:

مهشید کرباسی: مفهوم‌سازی، روش‌شناسی، استفاده از نرم‌افزار، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش، تصویرسازی.

علیرضا ظاهری: مفهوم‌سازی، روش‌شناسی، تحلیل، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - بررسی و ویرایش، تصویرسازی، نظارت، مدیریت پروژه.

محسن عبدالهی: مفهوم‌سازی، تحلیل، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - بررسی و ویرایش، نظارت.

عباس کوچ نژاد: مفهوم‌سازی، تحلیل، نوشتن - بررسی و ویرایش، نظارت.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

کرباسی، مهشید، علیرضا ظاهری، محسن عبدالهی و عباس کوچ نژاد «قاعده مصونیت دولت‌ها و تقابل آن با تروریسم با تأکید بر سانه سقوط هواپیمای اوکراین». مجله پژوهش‌های حقوقی ۲۲، ش. ۵۳ (۲۰ خرداد ۱۴۰۲): ۲۲۳-۲۵۲.

مقدمه

مصونیت دولت به عنوان عدم صلاحیت دادگاه‌های دولت‌های دیگر برای رسیدگی به دعاوی علیه آن دولت تعریف می‌شوند که به عنوان یک قاعده حقوق بین‌الملل عرفی پذیرفته شده است. این قاعده از اصل برابری حاکمیت دولت‌ها مندرج در بند ۱ ماده ۲ منشور ملل متحد^۱ نشأت گرفته است که یکی از اصول اساسی نظم حقوقی بین‌المللی محسوب می‌شود. این قاعده یکی از قواعد قدیمی حقوق بین‌الملل عمومی است که علی‌رغم بروز وقایع متعدد در سطح جهان، هیچ خدشه‌ای به آن وارد نشده است اما محدودیت‌هایی به آن وارد شده که به عنوان استثنائات قاعده مصونیت مورد پذیرش قرار گرفته است.

مجمع عمومی سازمان ملل متحد در دوم سپتامبر ۲۰۰۴ کنوانسیون مصونیت قضایی دولت‌ها و اموال آنها را تصویب نمود.^۲ این کنوانسیون برای امضای کشورها از ۱۷ ژانویه ۲۰۰۵ تا ۱۷ ژانویه ۲۰۰۷ در مقر سازمان ملل مفتوح گردید اما تعداد امضاکنندگان کنوانسیون هنوز به حدنصاب قانونی برای لازم‌الاجرا شدن آن نرسیده است.^۳ هرچند مفاد این کنوانسیون از حقوق بین‌الملل عرفی نشأت گرفته است اما در متن کنوانسیون، این قاعده به طور مطلق مورد پذیرش واقع نشده بلکه استثنائاتی به آن وارد گردیده که این استثنائات نیز ناشی از تحولاتی بوده که در جامعه جهانی اتفاق افتاده و ناگزیر گستره مصونیت را با محدودیت‌هایی مواجه می‌نمود. علاوه بر این، طی سال‌های اخیر اقدامات یک‌جانبه‌ای نیز برای ایجاد استثنائات جدید بر قاعده مصونیت دولت انجام شده است. نقض حقوق بشر، نقض قواعد آمره و تروریسم سه دستاویز برخی دولت‌ها از جمله ایالات متحده آمریکا و کانادا برای ایجاد استثنائات جدید در قاعده عرفی مصونیت دولت می‌باشند. این کشورها با تدوین قوانین مصونیت و متعاقباً انجام اصلاحات موردنظر، گامی بی‌سابقه برای ایجاد استثنا بر مصونیت دولت‌هایی که حامی تروریسم هستند، برداشته‌اند^۴ و با وقوع حوادثی، با استناد به قوانین داخلی خود و ضمن نقض قاعده مصونیت دولت، سعی

۱. ماده ۲ منشور ملل متحد مقرر می‌دارد: «سازمان و اعضای آن در تعقیب اهداف مذکور در ماده ۱ بر طبق اصول زیر عمل خواهند کرد: ۱- سازمان بر مبنای اصل تساوی حاکمیت کلیه اعضای آن قرار دارد. ۲- ...».

۲. سیدعلی موسوی، «کنوانسیون ملل متحد درباره مصونیت قضایی دولت‌ها و اموال آنها»، فصلنامه سیاست خارجی، ۴(۱۳۸۵)، ۸۷۸.

۳. حسین خزائی، «ملاحظات نسبی به کنوانسیون ۱۷ ژانویه ۲۰۰۵ سازمان ملل متحد راجع به مصونیت قضایی دولت‌ها و اموالشان»، مجله حقوقی، نشریه مرکز امور حقوقی بی‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری ۳۵(۱۳۸۵)، ۴۳۲.

۴. سیدحسام‌الدین لسانی و احمد کاظمی، «توقیف اموال ایران در آمریکا از دیدگاه حقوق بین‌الملل و رسالت رسانه‌های برون مرزی (باتأکید بر عملکرد کمیسیون حقوق بین‌الملل درباره مصونیت دولت‌ها، دعوی آلمان علیه ایتالیا، دعوی ۲۰۱۶

در ایجاد و گسترش استثنائات جدید در عرصه بین‌المللی دارند. یکی از وقایعی که در رابطه بین ایران و کانادا مجدداً مسأله مصونیت دولت را مطرح کرد، سانحه سقوط هواپیمای مسافربری اوکراین و طرح دعوی از سوی برخی بازماندگان قربانیان این سانحه در دادگاهی در کانادا بود.

در ۱۸ دی ماه ۱۳۹۸ مصادف با ۸ ژانویه ۲۰۲۰ یک فروند هواپیمای بوئینگ ۷۳۷-۸۰۰ آمریکایی با پرواز شماره پی. اس. ۷۵۲ شرکت هواپیمایی اوکراین که در ساعت شش و دوازده دقیقه صبح از فرودگاه بین‌المللی امام خمینی تهران به مقصد کیف^۵ اوکراین پرواز می‌کرد، مورد اصابت دو فروند موشک سپاه پاسداران ایران قرار گرفت و در حوالی صباشهر از توابع شهر تهران سقوط کرد و تمام سرنشینان هواپیما که اتباعی از کشورهای ایران، کانادا، افغانستان، اوکراین و سوئد بودند اعم از مسافرین، خلبان و خدمه پرواز کشته شدند. مدتی پس از وقوع این حادثه، ستاد کل نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران با صدور بیانیه‌ای اعلام می‌کند که این هواپیما به دلیل وقوع خطای انسانی و به طور غیرعمدی به وسیله پدافند هوایی ایران مورد اصابت موشک قرار گرفته است. هرچند اشتباه و خطای انسانی در سقوط هواپیماهای مسافربری در سطح جهان سابقه داشته^۶ اما حضور اتباع کشورهای مختلف جهان و در نتیجه درگیر شدن کشورهای متعدد در این حادثه و تأخیر در پذیرفتن مسؤلیت سقوط هواپیما از سوی ستاد مذکور، واکنش‌های بین‌المللی زیادی را برانگیخت.

هرچند سانحه سقوط هواپیمای مسافربری اوکراین را از ابعاد حقوقی مختلفی می‌توان مورد بررسی قرار داد اما با توجه به طرح دعوی از سوی برخی خانواده‌های قربانیان این حادثه در دادگاه کانادا علیه دولت جمهوری اسلامی ایران و برخی مقامات ایرانی و متعاقباً صدور رأی مورخ ۲۰ مه ۲۰۲۱ مبنی بر محکومیت جمهوری اسلامی ایران و پیگیری ایشان برای اجرای رأی مذکور و از طرفی، لزوم احترام به قاعده مصونیت دولت‌ها و اموال آنها و در عین حال، در نظر گرفتن شبه جرم به عنوان یکی از استثنائات این قاعده و گستره قلمرو اعمال آن در قانون عدالت برای قربانیان تروریسم ۲۰۱۲ کانادا^۷ در این پژوهش، قاعده مصونیت دولت و استثنای شبه جرم با تأکید بر دعوی مطروحه از سوی بازماندگان قربانیان سانحه سقوط هواپیمای اوکراین در دو بخش بررسی می‌شود.

۱۵. ایران علیه آمریکا، احکام صادره از محاکم آمریکا، کانادا و لوکزامبورگ»، پژوهش‌نامه رسانه بین‌الملل ۳(۱۳۹۷)، ۱۵.
5. Kive

۶. وقایعی مثل ساقط کردن هواپیمای مسافربری کره جنوبی توسط روسیه در ۱۹۸۳ یا ساقط کردن هواپیمای مسافربری ایران توسط آمریکا در ۱۹۸۸ (به ادعای آمریکا)

7. The Justice for Victims of Terrorism Act (JVTA), 2012

در بخش اول، قاعده مصونیت دولت و استثنای شبه جرم در حقوق بین‌الملل عرفی و طرح پیش‌نویس کنوانسیون مصونیت ۲۰۰۴ ملل متحد و رویکرد سیستم تقنینی کانادا به این قاعده و استثنای آن و در بخش دوم، نحوه طرح دعوی از سوی برخی بازماندگان قربانیان سانحه هوایی اوکراین در کانادا و نتیجه حاصل از این دعوی تبیین می‌شود.

۱- قاعده مصونیت دولت و رویکرد دولت کانادا

قاعده مصونیت دولت از صلاحیت قضایی و اقدامات اجرایی دادگاه‌های دولت‌های خارجی یک قاعده حقوق بین‌الملل عرفی^۸ است که ریشه در اصل حاکمیت برابر دولت‌ها در حقوق بین‌الملل دارد^۹ اما به این قاعده، استثنائاتی تحمیل شده است که یکی از مهم‌ترین آنها، شبه جرم^{۱۰} است. با پذیرش تئوری مصونیت محدود، این استثنا نیز مانند برخی استثنائات دیگر در کنار قاعده مصونیت دولت پذیرفته شده و دامنه اعمال این قاعده را محدود کرده است اما با توجه به رویدادهای مختلف و به ویژه افزایش وقایع و حوادث تروریستی در اواخر قرن بیستم، برخی کشورها مانند کانادا برخلاف رویکرد طرح پیش‌نویس کنوانسیون مصونیت ۲۰۰۴ ملل متحد، این استثنا را به خسارات ناشی از قتل و فعالیت‌های تروریستی نیز تسری داده‌اند.

۲- قاعده مصونیت دولت و استثنای شبه جرم

مصونیت دولت، نهادی است که اساس آن به حقوق بین‌الملل عمومی تعلق دارد. به موجب دکترین مصونیت دولت خارجی، یک دولت موضوع اجرای کامل قواعد قابل اعمال بر دولت دیگر نیست. به عبارتی، این دکترین یک دادگاه ملی را از قضاوت یا اجرای برخی ادعاها یا دعاوی علیه دولت‌های خارجی منع می‌کند.

برخی در تعریف مصونیت آورده‌اند «دولت و ارکان آن حق دارند که از جانب ارکان قضایی سایر دولت‌ها به سبب اعمالی که انجام می‌دهند، مسؤول تلقی نشوند»^{۱۱}. معنی صریح این تعریف، عدم

8. Year book of the International Law Commission, 1980, Vol. II (2), P. 147, Para. 26

9. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), ICJ Judgment, 2012, Para. 57

10. Tort

۱۱. مجید قاسمی، «رویکرد جدید به مصونیت قضایی دولت‌ها در آراء محاکم آمریکایی»، (پایان نامه کارشناسی ارشد، تهران:

دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۸)، ۹.

امکان اعمال صلاحیت قضایی دادگاه‌های داخلی بر دولت خارجی و یا به گفته پروفیسور یان براون لی^{۱۲} «مصونیت از صلاحیت محلی»^{۱۳} است. در جایی دیگر گفته شده که «مصونیت دولت، قاعده‌ای از حقوق بین‌الملل است که انجام کارویژه‌ای عمومی توسط دولت و نمایندگان آن را تسهیل می‌کند و مانع از آن می‌شود که مورد شکایت یا پیگرد در محاکم خارجی واقع شوند. اساساً مصونیت دولت، دادگاه‌های دولت مقرر را از اعمال صلاحیت قضایی و اجرایی در دسته‌های معینی از قضایا که دولت خارجی طرف آن است، باز می‌دارد».^{۱۴}

از مجموع تعاریف فوق، می‌توان دریافت که مصونیت دولت مفهومی است که مطابق آن، دولتی که در صدد اعمال صلاحیت بر دولت دیگر باشد، در راستای حفظ نظم و هماهنگی بین‌المللی الزاماً از اعمال صلاحیت بر دولت دیگر خودداری می‌نماید؛ بنابراین اثر مصونیت، حمایت از یک دولت در قبال اعمال صلاحیت دادگاه‌ها و سایر مقامات داخلی دولت‌های دیگر است.^{۱۵}

مصونیت دارای یک معنی گسترده و یک معنی مضیق است. در معنی گسترده، مصونیت قادر است هر وضعیتی را که یک دولت از عدم پاسخ‌گویی به یک مقام صلاحیت‌دار بیرونی، خواه ملی یا بین‌المللی و خواه تقنینی، اجرایی یا قضایی بهره‌مند می‌شود را دربرگیرد. به عبارتی، دولت‌ها بدون رضایت خود نمی‌توانند بابت اعمالشان که در درون مرزهایشان و قلمرو تحت حاکمیت آنها واقع شده، مورد بازخواست واقع شوند اما مصونیت در معنی مضیق به معنی عدم پاسخ‌گویی و مصونیت در برابر رسیدگی قضایی خارجی است.^{۱۶}

با توجه به مفاهیم فوق، ملاحظه می‌شود آنچه در حقوق بین‌الملل تحت عنوان قاعده مصونیت دولت مورد بحث واقع می‌شود، مصونیت به معنای مضیق آن است. مصونیت به طور کلی به دو شاخه مجزا شامل مصونیت از صلاحیت^{۱۷} و مصونیت از اجرای حکم^{۱۸} تقسیم می‌شود. به عبارتی، نقش

12. Ian Brownlie., *Principles of Public International Law*, Third Ed, (Oxford: Oxford University Press, 1983), 333

13. Immunity from local jurisdiction.

۱۴. یان براون لی، اصول حقوق بین‌الملل عمومی، ترجمه محمد حبیبی مجنده، (تهران: انتشارات دانشگاه مفید قم، ۱۳۹۶)، ۶۷۷.

15. Reece Thomas- Kathrine and S. mall- John, "Human Rights and State Immunity is there Immunity from Civil Liability for Torture?" *Netherlands International Law Review* 50(1)(2003), 20.

16. Yang- Xia dong, *State Immunity in International Law*, 1st Ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 3- 7.

17. Jurisdictional Immunity

18. Immunity from Execution

حمایتی قاعده مصونیت به دو طریق ایفا می‌شود:

اول؛ مصونیت از صلاحیت یا مصونیت قضایی که در واقع نمود بارز قاعده مصونیت است و به طور خلاصه عبارت است از عدم امکان اعمال صلاحیت بر دولت خارجی توسط دادگاه‌های دولت مقر دادگاه؛ دوم؛ مصونیت از اجرای احکام که آن را مصونیت از اقدامات اجرایی یا قهری نیز نامیده‌اند،^{۱۹} به این معنی که دولت‌ها از اجرای احکام دادگاه‌های داخلی خویش و یا حتی احکام صادره از دادگاه‌های یک دولت خارجی علیه دولت خارجی دیگر در قلمرو خود امتناع می‌نمایند.

قاعده مصونیت دولت ضمن اینکه تضمین‌کننده استقلال آن دولت است، اجرای مؤثر فعالیت‌های عمومی در تعاملات بین‌المللی را نیز میسر می‌کند. همان‌گونه که مصونیت، امنیت حقوقی و روابط مسالمت‌آمیز بین ملل و منافع مشروع دولت‌ها را تضمین می‌نماید، در عین حال لغو مصونیت دولت نیز بدون رضایت آن دولت و به طور یک‌جانبه نه‌تنها باعث خدشه به شأن بین‌المللی آن دولت می‌شود بلکه این اقدام از یک طرف، موجب مسؤولیت بین‌المللی دولت ناقض مصونیت شده و از طرف دیگر، باعث بی‌ثباتی در روابط بین‌المللی و به مخاطره افتادن صلح و امنیت جهانی می‌شود.^{۲۰}

با توجه به مفهوم مصونیت دولت، وقتی این قاعده مطرح می‌شود که دعوایی علیه یک دولت خارجی در دادگاه داخلی دولت دیگر از سوی یک شخص حقیقی یا حقوقی مطرح شود. در این وضعیت، اصولاً دادگاه قبل از ورود به ماهیت دعوی، باید قواعد مصونیت را مورد توجه قرار دهد؛ به عبارت دیگر، قاعده مصونیت دولت از جمله قواعد شکلی است و به معنای مصونیت از مسؤولیت یا عدم مسؤولیت که در مرحله رسیدگی ماهوی مطرح می‌شود، نیست. قاعده مصونیت دولت هم در مرحله رسیدگی قضایی و هم در مرحله اجرای حکم قضایی با استثنائات^{۲۱} و محدودیت‌هایی مواجه است که در سطح بین‌المللی پذیرفته شده است. می‌توان گفت از نتایج اصل برابری حاکمیت دولت‌ها، مصونیت آنها از صلاحیت قضایی یکدیگر است مگر اینکه چنین مصونیتی در برخی از موارد محدود شود و این محدودیت‌ها در واقع، در زمره استثنائات این قاعده قرار می‌گیرند. از جمله این محدودیت‌ها و استثنائات می‌توان به شبه

۱۹. محسن عبدالهی و میرشهبیز شافع، مصونیت قضایی دولت در حقوق بین‌الملل، (تهران: انتشارات معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات ریاست جمهوری، ۱۳۸۶)، ۱۷۰.

۲۰. محمدعلی شهبازی، «بررسی مبانی استثنائات وارده بر مصونیت دولت در حقوق بین‌الملل با تأکید بر اقدام کانادا برای نقض مصونیت دولت»، در مجموعه مقالات همایش مصونیت در حقوق بین‌الملل به کوشش محسن عبدالهی (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۴)، ۱۹۴.

21. Exceptions

جرم اشاره کرد. تخلف و نقض تعهد قانونی (غیر قراردادی) که منجر به وقوع خسارت شود، به عنوان شبه جرم تلقی می‌شود. شبه جرم تخلفی است که دادگاه در یک دعوی مدنی جبران خسارت، در مورد آن رأی به جبران خسارت می‌دهد. برای تحقق دعوی شبه جرم، وجود سه عنصر قانونی شامل تعهد یا وظیفه قانونی خواننده در برابر خواهان، تخلف از انجام این وظیفه قانونی و وقوع خسارت لازم است.^{۲۲}

در نظام‌های حقوق داخلی، پذیرفته شده است که در دعاوی مبتنی بر جرم یا شبه جرم به دلیل نیاز دادگاه به دسترسی به صحنه جرم و ادله و شواهد مربوطه، دادگاه محل وقوع جرم یا شبه جرم بر هر دادگاه دیگری ارجحیت دارد.^{۲۳} همین مقرر به نوعی در نظام بین‌المللی نیز پذیرفته شده و دادگاه محل وقوع جرم یا شبه جرم به عنوان دادگاه صالح به رسمیت شناخته شده است؛ بنابراین در موردی که افراد از فعل یا ترک فعل غیرتجاری دولت خارجی در قلمرو کشور مقرر دادگاه متحمل صدمه بدنی، مرگ یا خسارت فیزیکی یا زیان به اموال می‌شوند، در صورتی که این فعل یا ترک فعل صرف‌نظر از عمدی بودن، تصادفی بودن یا مسامحه و سهل‌انگاری قابل انتساب به دولت خارجی باشد، باید از دولت خارجی مرتکب، رفع مصونیت شود تا امکان احقاق حق، جبران خسارت و اجرای عدالت فراهم شود. در واقع، هدف از ایجاد این استثنا این است که دولت‌ها باید مسؤولیت جبران خسارت ناشی از رفتار خویش را در سرزمین دولت‌های دیگر بپذیرند و مصونیت دولت نباید مانع جبران صدمه وارده به شخص زیان‌دیده شود.

این استثنا که ریشه در حقوق بین‌الملل عرفی دارد، در ماده ۱۲ طرح پیش‌نویس کنوانسیون ۲۰۰۴ مصونیت دولت‌ها نیز پذیرفته و تصریح شده است. با توجه به مراتب فوق، کمیسیون حقوق بین‌الملل^{۲۴} پذیرش استثنای شبه جرم را توجیه و متعاقباً تصریح می‌کند که چون فعل یا ترک فعل موجب خسارت، در قلمرو کشور مقرر دادگاه روی داده است، قانون قابل اعمال، قانون محل وقوع جرم یا شبه جرم است و

22. Black- Henry. Campbell, *Black s Law Dictionary* (St, Paul, Minnesota: West Publishing Co, 1984), 774

۲۳. قوانین ایران در مورد صلاحیت دادگاه محل وقوع شبه جرم بر دعاوی جبران خسارت وارده سکوت کرده است اما در مواد ۱۲ و ۵۴ آیین دادرسی کیفری به صلاحیت دادگاه محل وقوع جرم بر دعوی جبران خسارت ناشی از جرم اشاره شده است. ماده ۱۲ مقرر می‌دارد: «هرگاه دادگاه، متهم را مجرم تشخیص دهد، مکلف است ضمن صدور حکم جزایی، حکم ضرر و زیان مدعی خصوصی را نیز طبق دلایل و مدارک موجود صادر نماید ...» و ماده ۵۴ نیز اعلام می‌کند: «متهم در دادگاهی محاکمه می‌شود که جرم در حوزه آن واقع شده است و اگر شخصی مرتکب چند جرم در جاهای مختلف بشود، در دادگاهی رسیدگی خواهد شد که مهم‌ترین جرم در حوزه آن واقع شده است...».

24. International Law Commission (ILC)

مناسب‌ترین دادگاه نیز دادگاه کشوری است که شبه جرم در آنجا اتفاق افتاده است و اگر دولت مرتکب، در برابر دادگاه کشور محل ارتکاب شبه جرم مستحق استناد به مصونیت صلاحیتی دانسته شود، فرد صدمه دیده از حق دسترسی به عدالت محروم خواهد شد.^{۲۵}

حوزه‌های خسارت موضوع ماده ۱۲ طرح پیش‌نویس کنوانسیون ۲۰۰۴ ملل متحد، اصولاً مربوط به مرگ تصادفی یا صدمات فیزیکی به شخص یا خسارت به اموال مادی است که در یک تصادف ترافیکی آسیب می‌بیند. هدف این است که قاعده عدم مصونیت یا استثنای شبه جرم مانع از آن شود که شرکت‌های بیمه با مخفی شدن پشت قاعده مصونیت دولت از جبران خسارت افراد صدمه‌دیده بگریزند. با وجود این، از دیدگاه کمیسیون قلمرو ماده ۱۲ تا آنجا گسترده است که صدمات فیزیکی عمدی مانند ضرب و جرح، خسارت‌های عمدی به اموال، حریق عمدی یا حتی قتل از جمله قتل سیاسی را دربرگیرد.^{۲۶}

از دیدگاه کمیسیون حقوق بین‌الملل که در ماده ۱۲ طرح پیش‌نویس منعکس شده است، چنین استنباط می‌شود که برای تحقق و اعمال این استثنا، هم فعل یا ترک فعل موجب صدمه مرگ یا خسارت باید کلاً یا جزئاً در قلمرو کشور مقرر دادگاه واقع شده باشد و هم مرتکب آن فعل یا ترک فعل، باید در زمان ارتکاب در کشور مقرر دادگاه حاضر بوده باشد. به نحوی که ارتباط سرزمینی هرچند محدودی میان کشور مقرر دادگاه و مرتکب یا فردی که فعل یا ترک فعل او سبب خسارت در کشور مقرر دادگاه گردیده است، برقرار باشد.^{۲۷}

هدف از وضع ماده ۱۲ و شناسایی شبه جرم به عنوان استثنایی بر قاعده مصونیت دولت این است که رسیدگی عادی به دعوی تأمین خسارت فردی را که از صدمه فیزیکی وارد به شخص خودش یا به نزدیکان خودش فوت‌شده یا به اموالش آسیب وارد شده، اجازه دهد. سبب دعوی یا حق طرح دعوی، ناشی از تحمیل خسارت فیزیکی در کشور مقرر دادگاه با حضور هم‌زمان مرتکب فعل یا ترک فعل در آن کشور است که برای جبران آن بر اساس حقوق کشور مقرر دادگاه بتوان دولتی را تحت تعقیب و بازخواست قرار داد.^{۲۸}

در رأی مصونیت صلاحیتی ۲۰۱۲ دیوان بین‌المللی دادگستری، هرچند دیوان به صراحت اعلام

25. ILC Draft Articles and Commentary on Jurisdictional Immunities of States and Their Property Para. 3, P. 44

26.. Ibid, Para. 4, P. 45

27.. Ibid, Para. 6- 7, P. 45- 46

28. Ibid, Para. 10, P. 46

نمود که در خصوص وجود یا نبود قاعده عرفی در حقوق بین‌الملل، در خصوص مصونیت دولت‌ها برای ارتکاب شبه جرم‌های حاکمیتی در سرزمین دولت خارجی به دلیل خروج موضوعی از قضیه مطروحه اظهارنظر نمی‌نماید اما از خلال استدلال‌های مذکور در رأی می‌توان نظر قضات مرجع را متوجه شد. دیوان در بخشی از این رأی بیان کرد که امکان این امر که بتوان وجود یا نبود مصونیت برای دولت خارجی را به شدت نقض ارتكابی منوط نمود، وجود ندارد. به عبارتی، طبق نظر دیوان منوط نمودن مصونیت دولت به نوع عملی که منجر به نقض شده است، نارواست.^{۲۹}

علی‌رغم تشریح شبه جرم و شرایط تحقق آن به عنوان استثنای قاعده مصونیت دولت، در نحوه پذیرش این استثنا توسط دولت‌های مختلف در قوانین داخلی و اسناد بین‌المللی تفاوت‌هایی وجود دارد که منجر به ایجاد رویه‌های قضایی متنوعی شده است. در عین حال، علی‌رغم وجود تحرکاتی برای ایجاد رویه‌ای در خصوص استثنا نمودن شبه جرم‌های حاکمیتی از قاعده مصونیت دولت، این دیدگاه هنوز نتوانسته به نحوی پذیرفته شود که بتوان وجود عرف را در خصوص آن ادعا نمود. از جمله کشورهایی که در صدد ایجاد رویه‌ای جدید در خصوص شبه جرم هستند، می‌توان از کانادا نام برد که با تأثیر گرفتن از قوانین مصونیت آمریکا و رویه قضایی آن کشور، سیستم تقنینی و قضایی خود را در زمینه مصونیت دولت بر گسترش استثنای شبه جرم به اقدامات تروریستی استوار نموده است.

۳- رویکرد دولت کانادا به قاعده مصونیت دولت

کانادا به عنوان عضوی از کشورهای مشترک‌المنافع بریتانیا به صورت پادشاهی مشروطه اداره می‌شود و فرماندار کل به عنوان نماینده پادشاه و ملکه پذیرفته شده است. پارلمان کانادا دو مجلسی و با سازکاری مشابه انگلستان اداره می‌شود اما در نظام اجرایی به صورت فدرالی و با الهام از نظام آمریکا عمل می‌کند. دولت کانادا در ابتدا با الهام از قانون مصونیت دولت ۱۹۷۸ انگلستان^{۳۰} و با مدنظر قرار دادن قواعد عرفی، نسبت به تصویب قانون مصونیت دولت‌های خارجی مصوب ۱۹۸۵^{۳۱} اقدام نمود و برخی موارد خاص را نیز در این قانون به عنوان استثنای قاعده مصونیت پیش‌بینی کرد که از جمله آن موارد، شبه جرم سرزمینی بود. این قانون مانند بسیاری از قوانین مصوب سایر کشورها در این حوزه، وجود ارتباط

۲۹. امیرحسین ملک‌مدنی، «شبه‌جرم‌های حاکمیتی به مثابه استثناء اصل مصونیت در حقوق بین‌الملل»، (پایان نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۸)، ۱۰۲.

30.. UK State Immunity Act 1978

31.. Canada State Immunity Act 1985

سرزمینی میان شبه جرم‌های ارتكابی با سرزمین کانادا را شرط لازم برای اعمال این استثنا می‌دانست تا حدی که دادگاه‌های این کشور با استناد به این قانون و لزوم وجود شرط مذکور، در برخی از مهم‌ترین دعاوی به دلیل فقدان این شرط و عدم احراز آن، خود را فاقد صلاحیت برای رسیدگی دانسته و دولت خارجی را مصون تلقی کرده‌اند.^{۳۲}

رد این دعوی و نیز وقوع حادثه بمب‌گذاری در هواپیمای خطوط هوایی هند در ژانویه ۱۹۸۵ که به انفجار هواپیما در حریم هوایی ایرلند و کشته شدن تمام مسافران هواپیما که برخی از آنها از اتباع کانادا بودند انجامید، از دلایل عمده احراز ناکامی و ناکارایی قانون مذکور در حمایت از قربانیان و بازماندگان و ضرورت اصلاح آن بود.^{۳۳} متعاقباً مصوبه جوامع و خیابان‌های امن^{۳۴} تصویب مصوبه عدالت برای قربانیان تروریسم^{۳۵} و اصلاحیه قانون مصونیت دولت در کانادا را پیشنهاد داد. بر اساس قانون مصونیت دولت ۱۹۸۵، در صورت اعراض ارادی یک دولت خارجی از مصونیت یا مبادرت آن دولت به فعالیت‌های تجاری و یا اقدامات منجر به مرگ یا آسیب جسمی به افراد یا خسارت به اموال در خاک کانادا هیچ مصونیتی برای آن دولت خارجی قابل تصور نیست اما در قانون ۲۰۱۲ علاوه بر این موارد، استثنای جدیدی به قاعده مصونیت در حقوق کانادا اضافه شد. به این ترتیب که این قانون اعلام نمود که دولت‌های حامی تروریسم^{۳۶} هیچ مصونیتی در دادگاه‌های کانادا ندارند و در سپتامبر همان سال نیز فهرست دولت‌های حامی تروریسم منتشر شد که صرفاً نام دولت ایران و سوریه در آن قید گردیده بود.^{۳۷} هدف دولت کانادا از وضع قانون عدالت برای قربانیان تروریسم ۲۰۱۲ این بود که امکان طرح دعوی برای بازماندگان و قربانیان عملیات تروریستی در دادگاه‌های کانادا فراهم باشد. به این ترتیب که هر یک از اتباع کانادا یا شخص یا اشخاص مقیم کانادا که از اقدامات تروریستی در هر جایی از جهان زیان دیده باشند، بتوانند خسارت‌های وارده از جانب تروریست‌ها و دولت خارجی حامی آنها را مطالبه نمایند. به موجب این قانون، حق طرح دعوی به هر شخص حقیقی یا حقوقی به عنوان زیان دیده، خسارت دیده و

۳۲. دعوی زهرا کاظمی (۲۰۱۱)، دعوی هوشنگ بوذری (۲۰۰۲) و دعوی ماهر عرار (۲۰۰۵).

۳۳. عبدالهی، «تروریسم بین‌المللی به مثابه استثناء در حال ظهور قاعده مصونیت دولت: بررسی قانون جدید کانادا»، پیشین، ۶۵.

34. Safe Streets and Communities Act

35. Justice for Victims of Terrorism Act (JVTA), 2012

36. State Sponsors of Terrorism

۳۷. وحید بذار، «مسئولیت بین‌المللی دولت کانادا به واسطه نقض مصونیت دولت ایران در نتیجه توقیف حساب‌های بانکی و فروش اموال ایران به منظور اجرای آراء دادگاه‌های آمریکا»، مجله حقوقی بین‌المللی، ۵۹ (۱۳۹۹)، ۲۶۸.

یا صدمه‌دیده که در نتیجه فعل یا ترک فعلی که پس از اول ژانویه ۱۹۸۵ در قلمرو کانادا یا خارج از کانادا روی داده است و بر اساس قانون جزای کانادا قابل مجازات است، اعطا شده است.^{۳۸}

این قانون با ارجاع به تعریف و مصادیق تروریسم مذکور در قانون جزای کانادا سبب شده تا مصونیت دولت‌های خارجی برای جرایم مرتبط با حمایت از تروریسم به آسانی نادیده گرفته شود. بر اساس بندهای الف و ب ردیف ۱ ماده ۴، تمام نهادهای حامی تروریسم که توسط وزارت امنیت کانادا شناسایی شده‌اند، دولت‌های خارجی که در لیست تهیه‌شده توسط وزارت امور خارجه کانادا قرار گرفته‌اند و مصونیت آنها لغو شده و کلیه اشخاص حقیقی و حقوقی که مرتکب فعل یا ترک فعلی شده‌اند که منجر به وقوع خسارت یا صدمه شده است، می‌توانند به عنوان خواننده طرف دعوی قرار گیرند. همچنین بر اساس ردیف ۲ ماده ۴، خواهان بایستی یا شهروند و تبعه دولت کانادا باشد یا بر اساس قانون حمایت از مهاجرین و پناهندگان، مقیم دائم کانادا باشد. حسب ردیف ۳ ماده ۴ محدودیت یا مرور زمان مربوط به این دعوی از زمان لازم‌الاجرا شدن این قانون ملاک قرار می‌گیرد و تا زمانی که فرد قربانی تروریسم به دلیل شرایط جسمانی، روحی و روانی امکان طرح دعوی ندارد یا نمی‌تواند هویت نهادهای حامی تروریسم را اثبات نماید، به تعویق می‌افتد. همچنین در ردیف ۵ ماده ۴ پیش‌بینی شده است که دادگاه‌های ملی کانادا می‌توانند با لحاظ معیارهای مندرج در قانون کانادا، احکام صادره توسط دادگاه‌های ملی سایر دولت‌ها علیه دولت‌های خارجی را به نفع شخصی که از فعل یا ترک فعل مذکور در این قانون صدمه یا خسارت دیده است را به رسمیت بشناسند، مشروط به اینکه دولت مذکور در زمره دولت‌های لیست شده طبق قسمت ۲ ردیف ۱ ماده ۶ قانون مصونیت دولت کانادا باشد. در حال حاضر و با توجه به قانون عدالت برای قربانیان تروریسم ۲۰۱۲ کانادا، اگر یک دولت خارجی به نفع یا در ارتباط با نهادهای لیست شده در ارتباط با حمایت از تروریسم، مرتکب فعل یا ترک فعلی شود که اگر در کانادا روی می‌داد بر اساس قانون جزای کانادا قابل مجازات بود، مشمول مقررات جدید خواهد شد. همچنین کانادا ضمن مستثنا کردن اموال تاریخی و فرهنگی، پیش‌بینی نموده است که اموال دولت خارجی موردنظر که به منظور حمایت از تروریسم یا انجام اقدامات تروریستی مورد استفاده قرار می‌گیرد یا قصد استفاده از آنها وجود دارد، از مصونیت برخوردار نیستند. بر طبق این قانون، وزیر امور خارجه و وزیر اقتصاد کانادا مکلف هستند به

۳۸. عبدالهی، «تروریسم بین‌المللی به مثابه استثناء در حال ظهور قاعده مصونیت دولت: بررسی قانون جدید کانادا»، پیشین،

درخواست محکوم له برای شناسایی اموال و دارایی‌های مالی دولت خارجی کمک و مساعدت نمایند.^{۳۹} دولت کانادا بعد از تصویب قانون عدالت برای قربانیان تروریسم در سال ۲۰۱۲، در صدد برآمد که با استناد به قطعنامه شماره ۱۳۷۳ شورای امنیت و کنوانسیون ۱۹۹۹ که منویات آن در قطعنامه مذکور به شکل امری به کلیه دولت‌ها تحمیل شده است و با استناد به تکلیف به اجرای تعهدات ناشی از منشور ملل متحد، مصونیت دولت‌هایی را که به ظن خود حامی تروریسم می‌داند، نادیده بگیرد اما استناد کانادا به عضویت این کشور در کنوانسیون ۱۹۹۹ راجع به سرکوب تأمین مالی تروریسم فاقد وجهت قانونی است زیرا هر معاهده لازم‌الاجرای فقط برای اعضای آن الزام‌آور است ...^{۴۰} بنابراین استناد کانادا به این کنوانسیون برای توجیه اقدام خود در سلب مصونیت دولت، در برابر دولت‌هایی که عضو آن معاهده نیستند، غیرقابل پذیرش است و حتی در برابر دولت‌های عضو نیز با مطالعه مفاد کنوانسیون، محرز می‌شود که هیچ مجوزی برای سلب و لغو مصونیت قضایی دولت‌هایی که خود یا اشخاص حاضر در سرزمین آنها به نحوی به تأمین مالی تروریسم اهتمام می‌ورزند، وجود ندارد. بدین ترتیب، هیچ‌چیز در این کنوانسیون نباید بر سایر حقوق، تعهدات و مسؤولیت‌هایی که دولت‌ها و افراد به موجب حقوق بین‌الملل به ویژه اهداف منشور ملل متحد، حقوق بشردوستانه بین‌المللی و دیگر کنوانسیون‌های مرتبط دارند، اثر گذارد.

قطعنامه شماره ۱۳۷۳ با تأکید بر تعهدات مندرج در کنوانسیون‌های بین‌المللی ضد تروریسم و به ویژه کنوانسیون سرکوب مالی تروریسم ۱۹۹۹ به دنبال مبارزه با تروریسم بین‌الملل از طریق پیشگیری از تأمین مالی آن است. حتی در فرض اینکه قطعنامه، تعهداتی عام و کلی را در مبارزه با تروریسم به دولت‌ها تحمیل کرده باشد نیز این تعهدات، ماهوی و با مقوله حقوق شکلی و به طور خاص، قاعده مصونیت تعارض پیدا نمی‌کنند. همچنین در مقدمه قطعنامه مذکور، مقابله با کلیه وسایل در برابر تهدید علیه صلح و امنیت بین‌المللی به وسیله اقدامات تروریستی، مطابق منشور ملل متحد بیان و تصریح شده است و همان‌گونه که می‌دانیم منشور ملل متحد حاوی اصول بنیادینی نظیر اصل حاکمیت برابر دولت‌هاست که مبنای اصلی قاعده مصونیت دولت شناخته می‌شود.^{۴۱}

بدین ترتیب، هرچند شورای امنیت در قطعنامه مذکور «نیاز به مقابله با کلیه وسایل» با تهدیدات

۳۹. همان، ۶۴-۶۳.

۴۰. ماده ۲۶ کنوانسیون حقوق معاهدات ۱۹۶۹ وین مقرر می‌دارد: «هر معاهده لازم‌الاجرای برای طرف‌های آن تعهدآور است و باید توسط آنها با حسن نیت اجرا گردد».

۴۱. همان، ۷۷-۷۶.

تروریستی را یادآوری می‌نماید اما ارجاع آن به قید «مطابق منشور ملل متحد» مانع از تفسیری است که «کلیه وسایل» را شامل روش‌های مغایر حقوق بین‌الملل از جمله قاعده مصونیت در نظر بگیرد. اقدام کانادا در تدوین قانون عدالت برای قربانیان تروریسم که تقریباً یک ماه بعد از صدور رأی دیوان بین‌المللی دادگستری درباره دعوی آلمان علیه ایتالیا انجام شد، می‌تواند به نوعی بی‌توجهی کانادا به رأی مذکور و همچنین عدول از کنوانسیون ۲۰۰۴ سازمان ملل متحد را نشان دهد.^{۴۲}

۴- طرح دعوی بازماندگان سانحه هواپیمای اوکراین و قاعده مصونیت

در برخی موارد و به ویژه در چند سال اخیر، با توجه به تعارض منافع کشورها، شاهد نقض مکرر مصونیت دولت‌ها توسط برخی کشورها از جمله آمریکا، کانادا و ایتالیا بوده‌ایم. موضوعی که برابری حاکمیت دولت‌ها را با چالش اساسی مواجه کرده است. این تعارض منفعت به نحوی مؤید این است که در کنار حق مصونیت دولت‌ها، حق دسترسی افراد به مراجع قضایی کاملاً محفوظ است؛ بنابراین اگر دعوی مطرح شده نزد دادگاه ملی با یک عمل استثنایی مانند جنایت بین‌المللی مرتبط باشد، دولت و مقام دولتی خارجی نمی‌تواند به دلیل نقض قواعد آمره به مصونیت خود استناد نمایند اما آنچه اهمیت دارد فرایند اعمال این حقوق طبق قواعد حقوق بین‌الملل است. نقض مصونیت دولت ایران از سوی کانادا مسبوق به سابقه است و قبلاً تعدادی از دادگاه‌های کانادا اقدام به شناسایی احکام دادگاه‌های آمریکای علیه ایران کرده بودند.^{۴۳} پس از وقوع سانحه سقوط هواپیمای اوکراین نیز برخی بازماندگان قربانیان این سانحه نسبت به طرح دعوی علیه ایران در دادگاه کانادا اقدام نمودند که منجر به صدور حکم محکومیت ایران گردید.

۴۲. لسانی و کاظمی، پیشین، ۳۱.

۴۳. پرونده بنتس؛ موضوع شکایت خانواده مارلا بنتس ۲۴ ساله بود که در یک بمب‌گذاری در کافه دانشگاه عبری در ۳۱ جولای ۲۰۰۲ در بیت‌المقدس کشته شد. در سال ۲۰۰۷ دادگاهی در آمریکا حکم داد که حماس مسؤول این حمله و برای اجرای آن از پشتیبانی مادی ایران استفاده کرده است. دادگاه ادعا کرد که ایران، اعضای حماس را در سوریه، لبنان و سودان آموزش می‌دهد. بر اساس حکم صادره، ایران باید به والدین و خواهر بنتس، ۱۳ میلیون دلار غرامت بپردازد. به دنبال مراجعه خانواده بنتس به دادگاه‌های کانادا برای شناسایی و اجرای حکم، دیوان عالی ائتاریو کانادا در خرداد ۱۳۹۵ مصادف با ژوئن ۲۰۱۶ با شناسایی حکم صادره از دادگاه آمریکایی، رأی داد که ۱۳ میلیون دلار از دارایی‌های غیردیپلماتیک مسدودشده ایران در این کشور به عنوان غرامت به آنها پرداخت شود. پرونده بنتس اولین شکایت علیه ایران پس از اجرای قانون عدالت برای قربانیان تروریسم مصوب ۱۳ مارس ۲۰۱۲ در کانادا بود.

۵- مصونیت قضایی و طرح دعوی علیه ایران در دادگاه‌های کانادا

پس از وقوع سانحه سقوط هواپیمای مسافربری اوکراین در نزدیکی تهران و صدور بیانیه سپاه پاسداران و پذیرفتن مسؤلیت سقوط هواپیما در اثر خطای انسانی و ادعای غیرعمدی بودن حادثه، خانواده برخی جانب‌اختگان این سانحه که تابعیت دولت کانادا را داشتند، در تاریخ ۲۴ ژانویه ۲۰۲۰ دادخواستی علیه دولت ایران و مقامات ایرانی در دادگاه اُنتاریو کانادا ثبت کرده و یک میلیارد و پانصد میلیون دلار به عنوان غرامت مطالبه می‌نمایند. برخی خواهان‌های پرونده با این ادعا که افشا شدن هویت ایشان می‌تواند اعضای خانواده آنها را در ایران در معرض مرگ یا آسیب قرار دهد،^{۴۴} نام و مشخصات خود را افشا نکردند و دعوی را با نام فرضی جان دو^{۴۵} مطرح کردند. این دعوی، بر اساس استثنای تروریسم مندرج در قانون عدالت برای قربانیان تروریسم ۲۰۱۲ کانادا مطرح شده است. البته استناد به این قانون تنها گزینه موجود برای خواهان‌های این پرونده بود زیرا به دلیل شرط لزوم ورود خسارت یا انجام فعالیت در خاک کانادا، توسل به قانون سال ۱۹۸۵ و استثنائات آن نمی‌توانست مبنایی برای اعمال صلاحیت دادگاه‌های کانادایی در این قضیه فراهم کند.

با توجه به ادعای خواهان‌ها و مستندات موجود در این پرونده، هواپیمای بوئینگ پرواز ۷۵۲ خطوط هواپیمایی بین‌المللی اوکراین با شلیک دو موشک توسط سپاه پاسداران انقلاب اسلامی^{۴۶} به فاصله کوتاهی بعد از عزیمت از تهران به مقصد کیف سقوط کرد. اولین موشک در ساعت ۶:۱۵ به هواپیما برخورد کرد و دومی در حدود ۳۰ ثانیه بعد. هواپیما در حالی که غرق در شعله‌های آتش بود، در آسمان دور زد تا به فرودگاه برگردد و پروازش را برای ۴ دقیقه دیگر ادامه داد اما دیگر نتوانست مقاومت کند و سقوط کرد. پس از چند روز سپاه پاسداران انقلاب اسلامی به صورت عمومی و ضمن اذعان به خطای انسانی، مسؤلیت سقوط را پذیرفت. فرمانده نیروی هوا - فضای سپاه گفت که یک اپراتور، سیستم دفاعی هواپیمای مسافربری را با یک موشک کروز اشتباه گرفته بود!^{۴۷}

در این دعوی، خواهان‌ها بایستی تروریستی بودن حادثه را بر اساس قانون جزای کانادا مصوب ۱۹۸۵ اثبات می‌نمودند. در این قانون، برخی اعمال به عنوان اقدامات تروریستی شناسایی شده که

44. Zarei v. Iran, Ontario, Appendix: Procedural Rulings, Superior Court of Justice, 2021, P. 14

45. John Deo

شاکیان این پرونده عبارتند از مهرداد زارعی، شاهین مقدم، علی گرجی و چهار نفر دیگر از بستگان قربانیان سقوط هواپیما که نام آنها فاش نشده و با نام مستعار از آنها یاد شده است.

46. Islamic Revolutionary Guard Corps (IRGC)

47. Ibid, Para. 10- 11, P. 3- 4

مرتبط‌ترین آنها، آن بخش از قانون است که جرایم مندرج در کنوانسیون مونترال در خصوص جلوگیری از اعمال غیرقانونی علیه امنیت هواپیمایی کشوری مصوب ۱۹۷۳^{۴۸} را اقدام تروریستی قلمداد نموده است. ماده ۱ این کنوانسیون، جرایم ذیل این کنوانسیون را برشمرده که از جمله این جرایم، منهدم کردن هواپیمای مسافربری در حین پرواز است که قضیه هواپیمای مسافربری اوکراین می‌تواند مصداق این بند باشد اما نکته مهمی که باید به آن توجه کرد این است که مبنای ارتکاب هر جرم، قصد ارتکاب جرم یا تحقق عنصر معنوی^{۴۹} جرم است که این امر در صدر اولین ماده این کنوانسیون نیز بیان شده است. همچنین این کنوانسیون به فعل یا ترک فعل ارتكابی توسط یک فرد دلالت دارد و بر اقدامات انجام شده توسط دولت تسری نمی‌یابد. از طرف دیگر، با اینکه قانون سال ۲۰۱۲ به عمدی یا غیرعمدی بودن عمل اشاره‌ای نکرده است اما برای تعیین اقدام تروریستی به تعریف این اقدام در قانون جزای کانادا ارجاع داده است و این قانون نیز اقدامات غیرعمدی و از روی بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی را اقدام تروریستی تلقی نمی‌کند. این در حالی است که ایران همواره و در بیانی‌ها و مناسبت‌های مختلف بر غیرعمدی بودن این حادثه و نقش خطای انسانی در وقوع آن تأکید نموده است.

خواهان‌ها علی‌رغم این استدلال خود در بند ۲۴، در بند ۳۰ و ۳۱ دادخواست به عنوان استدلال جایگزین مدعی می‌شوند که خواندگان در شلیک به هواپیما از روی بی‌احتیاطی و به صورت غیرعمد و بدون رعایت استانداردهای مراقبتی متعارف اقدام کرده‌اند و این رفتار نیز بر اساس قانون ۲۰۱۲ یک اقدام تروریستی تلقی می‌شود. خواهان‌ها در بند ۲۹ دادخواست به رأی ۲۰۱۷ دادگاه ائتاریو در قضیه تریسی استناد نموده است که در ۱۳ اکتبر ۲۰۱۷ منجر به توقیف و فروش حدود ۳۰ میلیون دلار از اموال ایران در کانادا گردید اما این استناد و جهتی ندارد زیرا این دعاوی وجوه تمایز قابل توجهی از یکدیگر دارند. در قضیه تریسی، اقدام دادگاه ائتاریو در راستای جبران خسارت زیان دیدگان کانادایی یا زیان دیدگان مقیم کانادا و شهروندان این کشور نبود بلکه این دادگاه صرفاً بدون ورود به ماهیت قضیه و آرای صادره، نسبت به اجرای آن آرا که از دادگاه‌های آمریکا علیه ایران صادر شده بودند، اقدام نمود و این آرا مجموعاً مربوط به پنج پرونده بود اما قضیه جان دو اولین پرونده‌ای است که در آن یک ادعای تروریستی علیه دولتی که طبق حقوق کانادا یک دولت حامی تروریست تلقی می‌شود، در دادگاه کانادا مطرح می‌گردید.

دادگاه ائتاریو در ۲۰ مه ۲۰۲۱ در رأی صادره بیان کرد که برای دادگاه ثابت شده است که حملات

48. Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation (1973)

49. Means Rea

موشکی به پرواز ۷۵۲ عمدی بوده و این حملات عامدانه، مستقیماً باعث مرگ تمام مسافران و خدمه پرواز شده است و این واقعه در حالی اتفاق افتاده که هیچ درگیری نظامی نیز در منطقه وجود نداشته است. همچنین دادگاه در رأی صادره تصریح می‌کند که خواهان‌ها توانسته‌اند اثبات کنند طبق قانون عدالت برای قربانیان تروریسم ۲۰۱۲ و قانون مصونیت دولت ۱۹۸۵ و قانون جزای کانادا شلیک موشک به وسیله خواندگان دعوی به پرواز ۷۵۲ یک اقدام تروریستی بوده است.^{۵۰} این دادگاه این نتیجه‌گیری خود را بر گزارش‌هایی مبتنی نمود که صرفاً خواهان‌ها به آنها استناد کرده بودند. از جمله گزارش رالف گودال^{۵۱} مشاور ویژه نخست‌وزیر کانادا، گزارش اگنس کالامارد^{۵۲} گزارشگر ویژه شورای حقوق بشر سازمان ملل متحد در خصوص قتل‌های خودسرانه و فراقضایی، گزارش دکتر بهمن جلدی تحلیل‌گر ایرانی انجمن مطالعات فارسی کانادا و گزارش علیرضا نادر مشاور ارشد در مؤسسه واشنگتن برای دفاع از دموکراسی و مردم‌سالاری.

در گزارش رالف گودال، اظهارات ایران در خصوص اشتباه فنی و خطای انسانی رد می‌شود زیرا ادعاهای مبنی بر خطای ۱۰۷ درجه‌ای سامانه دفاع موشکی و اینکه نیروی سپاه پاسداران در چند ثانیه حساس ارتباط خود را با مرکز فرماندهی از دست داده و اینکه یک هواپیمای مسافربری در حال اوج گرفتن از شرق به غرب با یک موشک یا هواپیما در حال اوج گرفتن از غرب به شرق مشتبه شده باشد، همگی مؤید تناقض در ادعای ایران و باعث تشکیک در خطای انسانی بودن این سانحه است.^{۵۳} در صدور رأی، گزارش‌های کارشناسی ارائه‌شده از سوی خواهان‌ها نیز مورد توجه قرار می‌گیرد. چنانچه در گزارش مورخ ۱۷ مارس ۲۰۲۱ دکتر بهمن جلدی با استناد به قابلیت‌های نظامی پیشرفته سیستم TOR-M1، وجود دو رادار و سیستم کنترل، برنامه‌های پرواز از پیش تعیین‌شده، کنترل کامل منطقه هوایی به وسیله نیروهای سپاه و شلیک دو موشک، عمدی بودن شلیک موشک به هواپیما نتیجه‌گیری و احراز شده است. ضمن اینکه چندین سیستم و روش اضافی برای جلوگیری از شلیک تصادفی به هواپیماهای غیرنظامی وجود دارد. از دلایل دیگر اثبات عمدی بودن شلیک این است که سپاه پاسداران هواپیماهای دیگری را که در همان زمان در حال پرواز بودند، هدف قرار نداد. در آن زمان، نیروی نظامی ایران حریم هوایی و هواپیماهای داخل حریم هوایی خود را به طور کامل کنترل می‌کرد و می‌دانست

50. Zarei v. Iran, Ontario, Superior Court of Justice, 2021, Para. 52- 53, P. 12

51. Ralph Goodall

52. Agnes Callamard

53. Ibid, Para. 40- 53, P. 9

که پرواز خطوط هواپیمایی اوکراین به شماره ۷۵۲ یک هواپیمای غیرنظامی است و دشمن محسوب نمی‌شود.^{۵۴}

دادگاه اُتاریو به طور کلی در حین رسیدگی به دعوی مطروحه بر دو موضوع تمرکز کرد. اول اینکه آیا حملات موشکی عمدی بودند؟ و دوم اینکه آیا این حملات موشکی در طول یک درگیری مسلحانه اتفاق افتاده بود؟^{۵۵} در مشروح رأی صادره، بیان شده که در گزارش‌های مختلفی که در خصوص این سانحه هوایی تهیه شده، محققین این رویداد مرگبار را به آنچه در ۵ روز قبل از آن اتفاق افتاده بود، تسری داده‌اند. در ۳ ژانویه ۲۰۲۰ با یک حمله پهبادی مرگبار ژنرال قاسم سلیمانی فرمانده نیروی قدس سپاه پاسداران انقلاب اسلامی و همراهان وی در نزدیکی فرودگاه بغداد کشته شدند زیرا مأموران رسمی ایالات متحده آمریکا گزارش داده بودند که ژنرال سلیمانی در حال برنامه‌ریزی برای انجام حملات قریب‌الوقوع علیه نیروهای آمریکایی بوده و بایستی متوقف می‌شد. خواهان‌ها مدعی بودند سرنگونی هواپیمای اوکراینی در واقع انتقام ایران برای قتل ژنرال سلیمانی بوده است و برای اثبات این ادعا به آنچه ایران در گزارش مورخ ۱۵ مارس ۲۰۲۰ آورده است، اشاره می‌کنند. ایران در این گزارش ترور سپهبد قاسم سلیمانی را به شدت محکوم کرده و رسماً آن را نمونه بارز تروریسم دولتی اعلام کرد که مسؤولیت عواقب آن کاملاً به عهده آمریکاست. همچنین مقامات رسمی ایران قول دادند که انتقام سخت و مناسبی از اقدام آمریکا خواهند گرفت. دادگاه با توجه به مراتب فوق و نیز گزارش‌های کارشناسان مبنی بر اینکه احتمال اشتباه و خطا توسط اپراتور بسیار ضعیف است، عمدی بودن اقدام انجام‌شده را احراز نمود.^{۵۶} همچنین دادگاه بر مبنای قرائن موجود و گزارش کارشناسان، اعلام کرد که حملات موشکی در طول درگیری نظامی اتفاق نیفتاده بود. به نحوی که خانم اگنس کالامارد در گزارش خود اعلام می‌کند که در ماه‌های قبل از قتل ژنرال سلیمانی، هیچ صحبتی در مورد آغاز درگیری نظامی بین ایران و آمریکا وجود نداشت ... پس از حمله و قتل آقای سلیمانی نیز مقامات ایالات متحده رسماً اعلام کردند که ایالات متحده آمریکا در حال حاضر تمایلی به استفاده از زور علیه ایران ندارد و اینکه پس از حمله و پاسخ ایران، هیچ استفاده بیشتری از زور بین ایران و آمریکا صورت نگرفته است. متعاقباً وزیر امور خارجه ایران نیز آن حمله را یک حمله تروریستی دانست و قول انتقام داد اما هیچ بیانیه یا هیچ اقدامی که نشانه درگیری و مخاصمه مسلحانه

54. Zarei v. Iran, Ontario, Superior Court of Justice, 2021, Para. 42, P. 9- 10

55. Ibid, Para. 34, P. 8

56. Ibid, Para. 36- 44, P. 8- 10

بین دو کشور باشد، وجود نداشت.^{۵۷}

در نهایت و با توجه به جمیع جهات، قاضی^{۵۸} دادگاه اُتاریو^{۵۹} با صدور رأی مورخ ۲۰ مه ۲۰۲۱ (مصادف با ۲۰ اردیبهشت ۱۴۰۰) به این نتیجه می‌رسد که اقدام سپاه پاسداران ایران علیه هواپیمای مسافربری اوکراین یک اقدام عمدی و تروریستی بوده که در وضعیتی انجام شده که هیچ مخاصمه مسلحانه‌ای وجود نداشته و بنابراین خواندگان نمی‌توانند به استثنای وجود مخاصمه مسلحانه برای توجیه اقدام خود استناد کنند. این اقدام تروریستی و عمدی در مفهوم تعریف شده در قانون عدالت برای قربانیان تروریسم و قانون جزای کانادا انجام شده است که موجبات مسؤولیت ایران را فراهم می‌کند.^{۶۰} البته دادگاه در این رأی در خصوص میزان غرامت مطالبه شده از سوی خواهان‌ها اظهار نظر نکرد ولی در آستانه دومین سالگرد سقوط هواپیمای اوکراین و در تاریخ ۳ ژانویه ۲۰۲۲ (۱۰ دی ماه ۱۴۰۰) جمهوری اسلامی ایران را به پرداخت ۱۰۷ میلیون دلار غرامت (۷۴ میلیون و ۹۰۰ هزار یورو) به خانواده‌های شاکی محکوم کرد.

۶- مصونیت اجرایی و پیگیری اجرای حکم دادگاه اُتاریو

همان‌گونه که بیان شد، قاعده مصونیت دولت در حقوق بین‌الملل نه‌تنها مصونیت قضایی یا صلاحیتی را شامل می‌شود بلکه مصونیت از اقدامات اجرایی نیز در عرف بین‌الملل پذیرفته شده و در طرح پیش‌نویس کنوانسیون مصونیت ۲۰۰۴ ملل متحد نیز تصریح گردیده است و صرفاً برخی استثنائات خاص می‌تواند ناقض مصونیت اجرایی باشد اما دولت کانادا در راستای اجرای قانون داخلی خود، اموال دولت خارجی را که نام آن دولت در لیست کشورهای حامی تروریسم قرار دارد و از آن اموال برای حمایت از فعالیت‌های تروریستی یا انجام اقدامات تروریستی استفاده می‌شود را از مصونیت مستثنا کرده است.

صرف‌نظر از پیش‌بینی امکان اجرای آرای دادگاه‌های کانادایی در داخل قلمرو کانادا، این دادگاه‌ها می‌توانند آرای دادگاه‌های خارجی علیه دولت‌های حامی تروریسم را نیز شناسایی کرده و دستور اجرای آنها را در داخل قلمرو کانادا صادر کنند. سابقه نقض مصونیت اجرایی دولت و اموال دولتی در سیستم قضایی کانادا به درخواست اجرای پنج رأی صادره از دادگاه‌های ایالات متحده آمریکا^{۶۱} برمی‌گردد که

57. Ibid, Para. 49, P. 11

58. Edward Belobaba

59. Ontario Superior Court of Justice

60. Ibid, Para. 52- 54, P. 12

۶۱. قضایای تریسی، بنت، هالند، هیگینز و مارتالر گروپ.

همگی در دعاوی تروریستی مربوط به حوادث تروریستی مختلف مجموعاً به مبلغ یک میلیارد و هفتصد میلیون دلار علیه ایران صادر شده بودند.^{۶۳}

رای دادگاه اُنتاریو در خصوص غرامت متعلق به بازماندگان قربانیان و شاکیان پرونده که هم‌اکنون در صدد اجرای آن هستند، اولین رای صادره از دادگاه کانادا است که مصونیت دولت خارجی را با استناد به فعالیت تروریستی لغو کرده است.

به محض صدور و ابلاغ رای، وکیل بازماندگان شاکای در این پرونده^{۶۴} اعلام کرد که تیم حقوقی وی به دنبال توقیف اموال و دارایی‌های ایران در کانادا و خارج از کانادا است و در واقع، به دنبال یافتن راهی است که هر آنچه را که می‌تواند برای پرداخت بدهی خانواده‌ها به دست آورد.

علی‌رغم مصونیت اموال دیپلماتیک دولت‌ها، شاکیان با پیگیری‌هایی که انجام دادند، سه ملک واقع در اوتاوا متعلق به ایران و نیز دو حساب بانکی که حداقل به مدت یک دهه برای مقاصد دیپلماتیک مورد استفاده قرار نگرفته بودند را شناسایی کرده و اعلام کردند که این اموال مشمول مقررات دیپلماتیک نیستند اما امور جهانی و بین‌الملل کانادا در ۱۸ دسامبر ۲۰۲۰ گواهی صادر کرده بود مبنی بر اینکه اموال و دارایی‌هایی که واقعاً ماهیت دیپلماتیک دارند، بایستی از هر گونه توقیف مصون باشند و اگر توقیف شده‌اند، بایستی توقیف آنها رفع شود. وکیل شاکیان در این پرونده برای دفاع لازم‌مجدداً در دادگاه حضور یافت و اعلام کرد که این گواهی اساساً باید بی‌اعتبار باشد. در مقابل، ژاکلین دایس ویسکا^{۶۴} وکیل وزارت دادگستری کل فدرال کانادا که نماینده امور جهانی و بین‌الملل کانادا است، در این ادعا مداخله نمود و اعلام کرد که درخواست وکیل شاکیان باید رد شود و یا حداقل به تعویق بیفتد زیرا این گواهی مدرک قاطعی بر اثبات وضعیت دیپلماتیک اموال و دارایی‌های موردنظر است.

وکیل شاکیان در این پرونده، در جلسه رسیدگی اساساً ایرادهای دادگاه را در خصوص بازداشت اموال ایران رد کرد و با اعلام مراتب اعتراض خود، مدعی شد که دادگاه اُنتاریو از دارایی‌های ایران در برابر اتباع کانادایی که تلاش می‌کنند حکم دادگاه را اجرا کنند، دفاع می‌کند و در واقع، دولت کانادا به جای دولت ایران ایستاده است و این حمایت، با ادعای همدردی دولت کانادا با خانواده‌های قربانیان فاجعه سقوط هواپیما تعارض دارد. حتی وی در یک مصاحبه مطبوعاتی پا را از این فراتر گذاشت و اعلام کرد که دولت کانادا نماینده و وکیل دولت ایران است و در واقع، دولت کانادا با اقدامات خود از یک کشور حامی

۶۲. بذار، پیشین، ۲۶۹.

63. Mark Arnold

64. Jacqueline Dais- Visca

تروریسم که یک هواپیمای مسافربری را ساقط کرده است، حمایت می‌کند. در مقابل، وکیل وزارت دادگستری کل فدرال کانادا ضمن اینکه تأیید نمود دولت کانادا احراز کرده است که سقوط هواپیمای مسافربری یک فاجعه و تراژدی وحشتناک است اما تصریح نمود که کانادا در بین متحدان خود به دلیل احترام به حاکمیت قانون اعتبار دارد و با شرکای خود برای پاسخ‌گویی به ادعاهای ایران در این قضیه همکاری می‌کند. البته در جلسه مذکور موضوع گواهی صادره، به طور مستقیم مورد بحث قرار نگرفت زیرا قاضی دادگاه عالی اُنتاریو^{۶۵} به درخواست ژاکلین دایس ویسکا طرح هرگونه پرسش راجع به این گواهی را به تعویق انداخت. قاضی اعلام کرد تا زمانی که حکم اولیه و حکم غرامت به همان نحو که طبق قانون مصونیت دولت لازم است، از طریق ابزارهای دیپلماتیک و قانونی به ایران ابلاغ نشود، هرگونه بحث راجع به نحوه اجرای حکم بی‌مورد خواهد بود.

چالشی که اکنون برای تیم حقوقی و وکلای شاکیان پرونده وجود دارد، یافتن راهی برای وصول محکوم و به و غرامت متعلقه می‌باشد. وکیل شاکیان برای اجرای حکم صادره بر روی ساختمان سابق سفارتخانه ایران در خیابان مت کالیف^{۶۶} اقامتگاه سفیر ایران در خیابان آکاسیا^{۶۷} و یک واحد مسکونی در خیابان لویر^{۶۸} متمرکز گردید. همچنین جمهوری اسلامی ایران در بانک سلطنتی^{۶۹} و بانک اسکویا^{۷۰} حساب بانکی دارد اما گواهی مورخ ۱۸ دسامبر ۲۰۲۰ که تقریباً کمتر از یک سال از وقوع حادثه سقوط هواپیما صادر شد، تصریح می‌کند که این دارایی‌ها از امتیازات و مصونیت‌ها تحت قانون مأموران خارجی و سازمان‌های بین‌المللی برخوردار هستند.

وکلای شاکیان برای رد ادعای مصونیت دیپلماتیک اموال و دارایی‌های ایران استدلال می‌کنند که مصونیت دارایی‌های ایران پس از قطع روابط دیپلماتیک کانادا با ایران در سال ۲۰۱۲ و اخراج نمایندگان ایران از کانادا و بستن نمایندگی کانادا در تهران خاتمه یافته است و در واقع، هیچ دیپلمات ایرانی در کانادا وجود ندارد که از اموال موجود در کانادا برای امور دیپلماتیک استفاده کند.

بدین ترتیب و با توجه به مراتب فوق و صرف‌نظر از مبانی ضعیف رأی صادره و نیز ایرادهای وارده به صلاحیت دادگاه کانادا، نظر به اینکه رأی صادره از سوی دادگاه اُنتاریو قطعی و لازم‌الاجراست، شاکیان

65. Ontario Superior Court Justice Marie- Andree

66. Iran,s former embassy on Metcalf Street

67. Ambassador,s residence on Acacia Avenue

68. A condominium on Laurier Avenue

69. Royal Bank

70. Scotiabank

و وکلای ایشان در حال حاضر در صدد یافتن راهی برای اجرای رأی مذکور می‌باشند که تاکنون از تلاش‌های ایشان نتیجه قطعی حاصل نشده است.

نتیجه‌گیری

مصونیت دولت و اموال آنها از منظر حقوق بین‌الملل یک قاعده عرفی تثبیت شده است. علی‌رغم تلاش‌هایی که برای ایجاد و افزودن استثنائات جدید از قبیل حقوق بشر، نقض قواعد آمره و تروریسم بر این قاعده صورت گرفته و برخی کشورها مثل کانادا و ایالات متحده آمریکا در قوانین داخلی خود آنها را پذیرفته‌اند و از عرف بین‌الملل عدول کرده‌اند اما این رویه نتوانسته مورد اقبال و پذیرش عموم دولت‌ها قرار گیرد.

رویه کمیسیون حقوق بین‌الملل، دیوان بین‌المللی دادگستری و عملکرد تقنینی و قضایی اکثر کشورها مؤید این است که قاعده مصونیت دولت در اعمال حاکمیتی و مصونیت اموال دولت از هرگونه اقدام اجرایی، یک قاعده عرفی خدشه‌ناپذیر است اما دولت کانادا به تبعیت از ایالات متحده آمریکا با تدوین قانون عدالت برای قربانیان تروریسم در سال ۲۰۱۲ از این قاعده و مقررات آن در سطح جهانی عدول کرده و تروریسم را به عنوان استثنای جدید قاعده مصونیت پذیرفته است.

در دعوی مطروحه از سوی برخی بازماندگان قربانیان سانحه هواپیمای اوکراین در دادگاه اُنتاریو کانادا، دادگاه مذکور با استناد به این قانون، صلاحیت خود را احراز نمود ولی به جای استناد به اسناد رسمی متقن به گزارش‌های بسیار ضعیف و ناقص استناد کرد. جمهوری اسلامی ایران نیز طبق رویه سابق خود، با استناد به عدم صلاحیت دادگاه اُنتاریو و قاعده مصونیت دولت از فرستادن وکیل و نماینده خود برای شرکت در جلسات دادرسی و ارائه هرگونه دفاعی خودداری و به این ترتیب رأی محکومیت ایران صادر گردید. دعوی شاکیان به تروریستی بودن اقدام ایران در شلیک موشک مبتنی بود اما اثبات تروریستی بودن این اقدام هم بایستی با توجه به قانون جزای کانادا صورت می‌گرفت که به آسانی امکان‌پذیر نبود و صرفاً آن بخش از قانون که به جرایم مندرج در کنوانسیون جلوگیری از اعمال غیرقانونی علیه امنیت هواپیمایی کشوری (کنوانسیون مونترال) می‌پردازد، قابل تسری به دعوی مذکور بود اما برای تحقق و احراز آن نیز وجود عنصر معنوی یا قصد و نیت مجرمانه ضروری است که بایستی این قصد و نیت به طور قطع و یقین توسط دادگاه احراز می‌شد. برخلاف ادعای شاکیان مبنی بر عمدی بودن سانحه، ایران به دفعات اعلام نموده بود که این سانحه در اثر یک خطای انسانی رخ داده و هیچ

تعمدی در کار نبوده است. قاضی دادگاه اُنتاریو با توجه به ادعای شاکیان و بر اساس گزارش‌های نامعتبر و عجولانه حکم به محکومیت ایران صادر کرد و متعاقباً نیز مبلغ ۱۰۷ میلیون دلار را به عنوان غرامت قابل پرداخت برای شاکیان اعلام نمود.

با توجه به اینکه در گذشته، دادگاه کانادا در شناسایی و اجرای آرای صادره از سوی دادگاه‌های آمریکا در قلمرو آن کشور با استناد به قانون داخلی خود اقدام کرده و مبالغ موضوع آن احکام با توقیف و فروش اموال متعلق به ایران در کانادا تسویه گردید، این رویه با طرح دعوی مذکور ادامه پیدا کرده و با رسیدگی و صدور رأی مورخ ۲۰ می ۲۰۲۱ و رأی ۳ ژانویه ۲۰۲۲ از سوی دادگاه اُنتاریو، مصونیت دولت ایران مجدداً نقض شده است. نظر به اینکه صرف ایراد عدم صلاحیت دادگاه و استناد به قاعده مصونیت از سوی دولت ایران به منزله پذیرش صلاحیت دادگاه خارجی تلقی نمی‌شود، حضور نماینده ایران و دفاع در پرونده مذکور، با توجه به ضعف ادله شاکیان می‌توانست از صدور رأی موصوف و ایجاد رویه جدید و معمول برای دولت کانادا جلوگیری کند.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی
کتاب

- براون لی، یان. اصول حقوق بین‌الملل عمومی، ترجمه محمد حبیبی مجنده، چاپ هشتم، تهران: انتشارات دانشگاه مفید قم، ۱۳۹۶.
- عبدالهی، محسن و میرشهبییز شافع. مصونیت قضایی دولت در حقوق بین‌الملل، چاپ دوم، تهران: انتشارات معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات ریاست جمهوری، ۱۳۸۶. مقاله
- بذار، وحید. «مسئولیت بین‌المللی دولت کانادا به واسطه نقض مصونیت دولت ایران در نتیجه توقیف حساب‌های بانکی و فروش اموال ایران به منظور اجرای آراء دادگاه‌های آمریکا»، مجله حقوقی بین‌المللی، ۱۳۹۹(۵۹)، ۲۶۵-۲۸۲.
- خزائی، حسین. «ملاحظات نسبت به کنوانسیون ۱۷ ژانویه ۲۰۰۵ سازمان ملل متحد راجع به مصونیت قضایی دولت‌ها و اموالشان»، مجله حقوقی، نشریه مرکز امور حقوقی بی‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، ۱۳۸۵(۳۵)، ۴۳۱-۴۳۶.
- عبدالهی، محسن. «تروریسم بین‌المللی به مثابه استثناء در حال ظهور قاعده مصونیت دولت: بررسی قانون جدید کانادا»، در مجموعه مقالات همایش مصونیت در حقوق بین‌الملل، ۵۹-۸۰. به کوشش محسن عبدالهی. تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۴.
- شهبازی، محمدعلی. «بررسی مبانی استثنائات وارده بر مصونیت دولت در حقوق بین‌الملل با تأکید بر اقدام کانادا برای نقض مصونیت دولت»، مجموعه مقالات همایش مصونیت در حقوق بین‌الملل، ۱۹۱-۲۱۵. به کوشش محسن عبدالهی، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۴.
- لسانی، سیدحسام‌الدین و احمد کاظمی. «توقیف اموال ایران در آمریکا از دیدگاه حقوق بین‌الملل و رسالت رسانه‌های برون مرزی (با تأکید بر عملکرد کمیسیون حقوق بین‌الملل درباره مصونیت دولت‌ها، دعوی آلمان علیه ایتالیا، دعوی ۲۰۱۶ ایران علیه آمریکا، احکام صادره از محاکم آمریکا، کانادا و لوکزآمبورگ)»، پژوهش‌نامه رسانه بین‌الملل ۱۳(۱۳۹۷)، ۱۳-۴۷.
- موسوی، سیدعلی. «کنوانسیون ملل متحد درباره مصونیت قضایی دولت‌ها و اموال آنها»، فصلنامه سیاست خارجی ۴(۱۳۸۵)، ۸۷۳-۸۹۴.
- پایان نامه و رساله
- خضری، سیدمرتضی. «مستثنائات و موارد سقوط مصونیت دولت در پرتو تحولات جاری تقنینی و قضایی بین‌المللی»، رساله دکتری، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۹.
- قاسمی، مجید. «رویکرد جدید به مصونیت قضایی دولت‌ها در آراء محاکم آمریکایی»، پایان نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۸.
- گنج بخش، محمود. «قانون مصونیت دولتی کانادا و تأثیر آن بر مفهوم مصونیت قضایی اموال دولتی با تأکید بر حمایت از قربانیان تروریسم بین‌الملل»، رساله دکتری، تهران: دانشگاه پیام نور، ۱۳۹۵.
- ملک‌مدنی، امیرحسین. «شبه‌جرم‌های حاکمیتی به مثابه استثناء اصل مصونیت در حقوق بین‌الملل»، پایان نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۸.

- Black- Henry. Campbell, *Black s Law Dictionary*. St, Paul, Minnesota: West Publishing Co, 1984.
- Brownlie. Ian, *Principles of Public International Law*. 3ed Ed. Oxford: Oxford University Press, 1983.
- Canada State Immunity Act 1985.
- Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation.
- ILC Draft Articles and Commentary on Jurisdictional Immunities of States and Their Property.
- Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), ICJ Judgment, 2012.
- Justice for Victims of Terrorism Act (JVTA), 2012.
- Reece Thomas- Kathrine and S. mall- John, Human Rights and State Immunity is there Immunity from Civil Liability for Torture? *Netherlands International Law Review*, 2003.
- UK State Immunity Act 1978.
- Yang- Xia dong, *State Immunity in International Law*, 1st Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- Year book of the International Law Commission, 1980, V. II.
- Zarei v. Iran, Ontario, Superior Court of Justice, 2021.

This Page Intentionally Left Blank

The Interests of Justice and The Interests of Peace in The Situation in Afghanistan

Bahman Bahri Khiyavi¹, Heybatollah Najandimanesh^{*2}, Peyman Bolouri³

1. Ph.D. Student in Law and Political Science, Faculty of Humanities and Arts, Zanjan branch, Islamic Azad University, Zanjan, Iran.

Email: bahmanbahrikhiyavi@gmail.com

2. Assistant Professor, Department of Public and International Law, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran.

*. **Corresponding Author:** Email: hnajandimanesh@gmail.com

3. Assistant Professor, Department of Law and Political Science, Faculty of Humanities and Arts, Zanjan branch, Islamic Azad University, Zanjan, Iran.

Email: bolori@gmail.com



S.D.I.L.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



Publisher:
Shahr-e Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:
Original Research

DOI:
10.48300/JLR.2022.329590.1964

Received:
22 December 2021

Accepted:
28 February 2022

Published:
10 June 2023



A B S T R A C T

With the withdrawal of NATO forces from Afghanistan and the Taliban's rise to power as the country's central government, the International Criminal Court's investigation of Afghanistan has undergone fundamental revisions. On the one hand, the Prosecutor of ICC declared that he has decided to "focus [his] Office's investigations in Afghanistan on crimes allegedly committed by the Taliban and the Islamic State – Khorasan Province ("IS-K") and to deprioritize other aspects of this investigation." On the other hand, as the central government, the Taliban controls the entirety of Afghanistan's territory and its military and non-military institutions and possesses the capacity for heightened violence and challenging the Court's decision. Since its inception, the ICC has encountered the dilemma of choosing between peace and justice on numerous occasions, adopting

Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



a unique approach in response to each. In some situation, it has opted for a strictly judicial solution in some, like the Sudan situation and the Omar al-Bashir case. In contrast, it has settled on a flexible attitude in handling the issue of peace in Columbia and Uganda. In dealing with the Afghanistan situation, the ICC can choose a narrow approach in the investigation phase, thereby alleviating the sufferings of the victims and their relatives through disclosing the truth supported by the right to know the truth, while at the same time paving the way for the punishment of the perpetrators of serious crimes. This study examines "the interests of justice" stipulated by article 53 of the Rome Statute. Furthermore, the article seeks to answer whether or not the interests of peace can serve as a basis for terminating the Afghanistan investigations.

Keywords: Interests of Justice, Interests of Peace, Afghanistan, Taliban, International Criminal Court.

Excerpted from the Ph.D. thesis entitled "The interests of justice in the statute and judicial procedure of the International Criminal Court", Islamic Azad University, Zanjan branch.

Funding: The authors received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Author contributions:

Bahman Bahri khiyavi: Formal analysis, Investigation, Resources, Writing - Review & Editing Visualization.

Heybatollah Najandimanesh: Conceptualization, Methodology, Validation, Data Curation, Supervision, Project administration.

Peyman Bolouri: Methodology Validation, Data Curation, Supervision, Project administration.

Competing interests: The authors declare that They have no competing interests.

Citation:

Bahri Khiyavi, Bahman, Heybatollah Najandimanesh & Peyman Bolouri. "The Interests of Justice and The Interests of Peace in The Situation in Afghanistan" *Journal of Legal Research* 22, no. 53 (June 10, 2023): 253-278.

E x t e n d e d A b s t r a c t

After more than ten years of preliminary assessment of Afghanistan's situation carried out by the ICC (International Criminal Court) on November 20th , 2017 the Prosecutor of the Court, bases on Article 15 of the Rome Statute has requested the Third the Pre-Trial Chamber III to carry out an investigation on war crimes and crimes against humanity by Afghan Armed Forces, members of the Taliban and its affiliated armed groups, as well as members of the United States Armed Forces and the CIA in Afghanistan since 1 May 2003 and also committed crimes in member states since 1st of July 2002. However, the Pre-Trial Chamber rejected the prosecutor's request at first according to the term "interests of justice" in Article 53 of the Rome Statute, the Appeals Chamber subsequently rejected the Pre-Trial Chamber branch's argument and it allowed the prosecutor to initiate an investigation.

Upon the departure of NATO troops from Afghanistan in August 2021 and the rise of the Taliban's government which is provided by all the military, political, economic, security and other pillars of Afghanistan, the Court's approach towards investigating the situation in Afghanistan has subsequently altered. Accordingly, the court's prosecutor stipulated that he would focus on crimes committed by the Taliban and the the Islamic State – Khorasan Province ("IS-K") and that other aspects of the investigation were not a priority.

Considering Taliban as the central government controls Afghanistan's military and civilian parts, it is prone to escalate violence and challenge the court's rulings. Thus the court might be challenged to select the interests of peace and interests. The court has faced a similar challenge in the past. For example, Sudan case where Omar al-Bashir the President of Sudan was ruling over all parts of that country, a detention order was issued against him by the Prosecutor of the Court. The issuance of this arrest warrant provoked protests from several organizations and governments. The protests were allegedly based on endangering the lives and properties of civilians, as well as disrupting the peace. The protesters demanded the court stop the investigation and prosecute to achieve peace. However, the court maintained its purely judicial approach and insisted on the arrest of Omar al-Bashir, who caused escalation of violence in Sudan.

In another example in Uganda, the court, although arrest warrant was issued against the leaders of the Army (LRA) with a flexible approach and by supporting the peace talks, so it pursued the establishment of peace and even disarmament of these groups to an appropriate opportunity, if the Ugandan judiciary was unable or unwilling to investigate committed crimes, to investigate the situation in Uganda by a supplementary basis.

Similarly, in Afghanistan case, once the investigation is completed, the prosecutor may issue a arrest warrant against senior Taliban officials, and it would be jeopardizing peace and security in Afghanistan. Thus, it is necessary for the court to consider all aspects of the issue in order to avoid a purely judicial approach. A look upon the court's approach to the situation in Colombia can act as a good guide in this regard. In the case of Colombia, the prosecutor initially opposed the crime prioritization policy adopted by the Colombian Congress, but subsequently changed his position and by a flexible approach reflecting the interests of peace, stipulated that the Court's focus was on those who have been responsible for committing serious crimes. Thus, by limiting the scope of its proceedings, the prosecutor paved the way for the conclusion of a peace agreement between the FARC and the Colombian government in 2016.

Therefore, in the situation of Afghanistan, the Court can provide a partial cure for the suffering of the victims and their relatives by completing the investigation, revealing the truth and fulfilling the right to know the truth of the Afghan citizens, and on the other hand, by putting pressure on the Taliban central government, at least by prioritizing crimes, holding them accountable in prosecuting the accused ones. In addition, as in the case of Uganda, the Court could use the arrest warrant as a lever to pressure Taliban officials to join peace talks and establish security in Afghanistan.

So the prosecutor can benefit from the term "interests of justice" in Article 53 of the Rome Statute and, by a broad interpretation of it, also put the "interests of peace" in the form of factors consistent with the interests of justice and, if necessary demands stop of prosecution from the court. Surely, this does not mean that the court will completely abandon its considerations of the situation of Afghanistan. but, in the first action, the court would complete the investigation, while disclosing the truth, isolate and pressure the defendants, and also, by adopting a "positive complementary" approach, help to build capacity and stimulate domestic judicial institutions in prosecuting the defendants. So it prevents the escalation of violence and the disruption of peace and security in this country

منافع عدالت و منافع صلح در وضعیت افغانستان

بهمن بهری خیاوی^۱، هیبت الله نژندی منشی^{۲*}، پیمان بلوری^۳

۱. دانشجوی دکتری حقوق و علوم سیاسی، دانشکده علوم انسانی و هنر، واحد زنجان، دانشگاه آزاد اسلامی، زنجان، ایران.

Email: bahmanbahrikhiyavi@gmail.com

۲. استادیار، گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران.

*نویسنده مسئول: Email: hnajandimanesh@gmail.com

۳. استادیار، گروه حقوق و علوم سیاسی، دانشکده علوم انسانی و هنر، واحد زنجان، دانشگاه آزاد اسلامی، زنجان، ایران.

Email: bolori@gmail.com

چکیده:

با خروج نیروهای ناتو از افغانستان و روی کار آمدن طالبان به عنوان دولت مرکزی در افغانستان، رسیدگی به وضعیت این کشور توسط دیوان بین‌المللی کیفری مورد تغییرات اساسی قرار گرفته است. از یک طرف دادستان اعلام کرد که بر جنایات ارتكابی توسط طالبان و داعش شاخه خراسان متمرکز خواهد شد و دیگر جنبه‌های این تحقیقات را از اولویت خارج کرد؛ و از طرف دیگر طالبان به عنوان دولت مرکزی بر تمام سرزمین افغانستان و نهادهای نظامی و غیرنظامی آن مسلط شده است و امکان تشدید خشونت و به چالش کشیدن تصمیمات دیوان را دارا است. از زمان تأسیس دیوان بین‌المللی کیفری، در قضا یا وضعیت‌های متعددی، دیوان با چالش انتخاب بین صلح یا عدالت مواجه بوده و در هر وضعیت و پرونده‌ای رویکرد خاصی را اتخاذ کرده است. در برخی وضعیت‌ها مانند وضعیت سودان و پرونده عمرالبشیر رویکردی صرفاً قضایی را اتخاذ کرده و در وضعیت‌هایی مانند کلمبیا و اوگاندا رویکردی منعطف را در مواجهه با

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند یا دسترسی آزاد هستند، مقالات تحت شرایط مجوز Creative Commons Attribution-Non-Commercial License 4.0 منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



پژوهش‌های حقوقی



نوع مقاله:

پژوهشی

DOI:

10.48300/JLR.2022.329590.1964

تاریخ دریافت:

۱ دی ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۹ اسفند ۱۴۰۰

تاریخ انتشار:

۲۰ خرداد ۱۴۰۲



بحث صلح اتخاذ کرده است. دیوان در وضعیت افغانستان می‌تواند در مرحله تحقیقات، رویکردی مضیق را انتخاب کند و با افشای حقیقت ضمن التیام درد و رنج بزه‌دیدگان و بستگان آنها از طریق حق بر دانستن حقیقت، زمینه مجازات مرتکبان جنایات جدی را فراهم نماید. در این تحقیق سعی بر آن شده است که تا ضمن توصیف «منافع عدالت» مندرج در ماده ۵۳ اساسنامه رم، بررسی نماییم که آیا منافع صلح را باید به عنوان دلیلی برای توقف تحقیقات در وضعیت افغانستان مورد استناد قرار داد یا خیر؟.

کلیدواژه‌ها:

منافع عدالت، منافع صلح، افغانستان، طالبان، دیوان بین‌المللی کیفری.

برگرفته از رساله دکتری با عنوان «منافع عدالت در اساسنامه و رویه قضایی دیوان بین‌المللی کیفری»، دانشگاه آزاد اسلامی واحد زنجان.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان:

بهمن بهری خیابوی: تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نوشتن - بررسی و ویرایش، تصویرسازی. هیبت الله نژندی منش: مفهوم‌سازی، روش‌شناسی، اعتبارسنجی، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نظارت، مدیریت پروژه.

پیمان بلوری: روش‌شناسی، اعتبارسنجی، نظارت بر داده‌ها، نظارت، مدیریت پروژه.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

بهری خیابوی، بهمن، هیبت الله نژندی منش و پیمان بلوری «منافع عدالت و منافع صلح در وضعیت افغانستان». مجله پژوهش‌های حقوقی ۲۲، ش. ۵۳ (۲۰ خرداد ۱۴۰۲): ۲۵۳-۲۷۸.

مقدمه

چندین دهه است که افغانستان مورد تهاجم دولت‌های خارجی و جنگ داخلی می‌باشد و در این دوران متحمل شدیدترین نقض‌های حقوق بشر و بشردوستانه شده است. این نقض‌ها، کشته و زخمی شدن و آواره شدن صدها هزار نفر از مردم افغانستان را به همراه داشته است. از سال ۲۰۰۶ وضعیت در افغانستان مورد ارزیابی مقدماتی دفتر دادستانی دیوان بین‌المللی کیفری^۱ قرار گرفت. از سال ۲۰۰۶ تا ۲۰۱۳ دادستان توانست اطلاعات به اندازه کافی معتبر و دقیقی را در مورد ۲۰۰ حادثه اولویت‌بندی شده کسب نماید که مطابق با آن بتواند مبنای منطقی برای باور به ارتکاب جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی را تعیین نماید.^۲ با تکیه بر ماده ۱۵ اساسنامه رم، با گذشت بیش از ده سال ارزیابی اولیه دادستان از وضعیت افغانستان، در ۲۰ نوامبر ۲۰۱۷ دفتر دادستانی دیوان بین‌المللی کیفری از شعبه سوم مقدماتی درخواست صدور مجوز برای آغاز تحقیقات در مورد جرایم ارتكابی در سرزمین افغانستان از ۱ می ۲۰۰۳ و همچنین جنایات مربوطه را که از ۱ ژوئیه ۲۰۰۲ در کشورهای عضو ارتکاب یافته است، نمود.^۳ این درخواست پس از گزارش ۲۰۱۶ دفتر دادستانی انجام گرفت. در این گزارش، دادستان پس از ارزیابی صلاحیت و قابلیت پذیرش بودن وضعیت افغانستان، از تصمیم‌گیری‌اش برای درخواست رسیدگی به این وضعیت توسط شعبه مقدماتی دیوان بین‌المللی کیفری در آینده نزدیک خبر داده بود.^۴

در ۱۲ آوریل ۲۰۱۹، شعبه مقدماتی دیوان بین‌المللی کیفری بر اساس بند چهارم ماده ۱۵ اساسنامه رم، برای اولین بار درخواست دفتر دادستانی را برای آغاز تحقیقات در خصوص وضعیت افغانستان رد نمود^۵ که این موضوع موجب بحث‌های جدی بین اندیشمندان و فعالان حوزه حقوق بشر و دیوان بین‌المللی کیفری^۶ گردید. این در حالی است که سابقاً شعبه مقدماتی دیوان از رویه محتاطانه اتخاذ شده در قضیه کنیا در مورد دامنه و اجازه تحقیقات حتی فراتر از درخواست دادستان حرکت کرده بود.^۷

1. The Office of the Prosecutor (OTP)
2. ICC, Pre-Trial Chamber III, "Public redacted version of "Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15"" (ICC-02/17-7-Red: 20 Nov 2017), para. 25.
3. Ibid, para. 376
4. ICC, OTP, "Report on Preliminary Examination Activities", (14 Nov 2016), para. 230.
5. ICC, Pre-Trial Chamber II, "Press Release, ICC judges reject opening of an investigation regarding Afghanistan situation", (ICC-CPI-20190412-PR1448: 12 Apr 2019), 32.
6. بعد از این به جای «دیوان بین‌المللی کیفری» در متن مقاله از واژه «دیوان» استفاده می‌شود.
7. Luca Poltronieri Rossetti, "The Pre-Trial Chamber's Afghanistan Decision: A Step Too Far in the Judicial Review of Prosecutorial Discretion?", *Journal of International Criminal Justice*, 17(3) (2019): 589.

شعبه مقدماتی در توجیه تصمیم خود، به اصطلاح «منافع عدالت» تکیه نموده بود و چشم‌انداز تحقیق موفق و معناداری را برای وضعیت افغانستان، پیش‌بینی نکرده بود. شعبه مقدماتی این امر را ناشی از عوامل زیر می‌داند:

۱- فاصله زمانی قابل توجه بین جنایات ارتكابی و درخواست تحقیق؛ ۲- همکاری اندکی که دادستان در طول این مدت توانسته به دست آورد؛ ۳- عدم دسترسی به شواهد و مظنونان احتمالی مربوطه؛ ۴- محدودیت منابع مالی و انسانی.^۸

پیرو آن شعبه تجدیدنظر با رد استدلال شعبه مقدماتی به دادستان دیوان اجازه تحقیق را اعطا نمود.^۹ عنایت به استدلال‌های شعبه مقدماتی و تجدیدنظر حاکی از آن است که در آن مقطع زمانی موضوع صلح و امنیت قربانیان مدنظر دیوان نبوده است و استنادی به بحث منافع قربانیان و جایگاه متهمان که در ماده ۵۳ اساسنامه رم به عنوان دلیلی برای استناد به منافع عدالت جهت توقف تحقیق یا تعقیب آمده، نشده است. با ترک نیروهای نظامی آمریکایی و ناتو در اوت ۲۰۲۱ از افغانستان^{۱۰} و روی کار آمدن طالبان به عنوان دولتی که همه ارکان نظامی و سیاسی و اقتصادی و امنیتی و ... افغانستان را در اختیار دارد، بحث‌هایی در خصوص امکان توقف رسیدگی دیوان در خصوص وضعیت افغانستان (حداقل در باره گروه طالبان) صورت گرفته است. در این نوشتار بر آنیم تا ضمن توصیف وضعیت افغانستان، با بررسی و تحلیل اساسنامه رم و رویه قضایی دیوان به این پرسش پاسخ دهیم که آیا می‌توان منافع صلح را به عنوان ابزاری برای توقف تحقیق در خصوص وضعیت افغانستان با استناد به ماده ۵۳ اساسنامه رم در نظر گرفت؟

۱- منافع عدالت

اصطلاح منافع عدالت در برخی مواد اساسنامه و آیین دادرسی دیوان بین‌المللی کیفری ذکر شده است اما علی‌رغم تلاش دفتر دادستان برای شفاف‌سازی این اصطلاح، تعریف دقیقی از آن تا به حال انجام نگرفته است و ابهامات در باب استفاده از آن پابرجا می‌باشد. بدین ترتیب که گروهی معتقد به تفسیری

8. ICC, Pre-Trial Chamber II, "Press Release, ICC judges reject opening of an investigation regarding Afghanistan situation", (ICC-CPI-20190412-PR1448: 12 Apr 2019), para. 92-95.
9. ICC, Appeals Chamber, "Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan", (ICC-02/17-138, 5 Mar 2020).
10. "Deutsche Welle (DW)", Afghanistan: Last US troops leave Kabul after two decades of war, 31 Aug 2021, <https://www.dw.com/en/afghanistan-last-us-troops-leave-kabul-after-two-decades-of-war/a-59035756>

محدود از منافع عدالت می‌باشند و اولویت را به عدالت کیفری می‌دهند و مواردی همچون صلح را خارج از حوزه این اصطلاح می‌دانند. این دیدگاه توسط دادستان و دیدبان حقوق بشر دنبال می‌شود^{۱۱} و در مقابل، گروهی معتقد به تفسیری موسع می‌باشند و بر این عقیده‌اند مواردی همچون صلح می‌تواند به عنوان دلیلی برای توقف تحقیق یا تعقیب با استناد به منافع عدالت در نظر گرفته شود.

ماده ۵۳ اساسنامه رم در بند ۱ (ج) و ۲ (ج) به موضوع منافع عدالت پرداخته است و اجازه توقف رسیدگی توسط دیوان را داده است. بر این اساس بند ۱ (ج) ماده ۵۳ بیان می‌کند که «به رغم در نظر گرفتن اهمیت جرم و منافع قربانیان، دلایل مقتضی وجود دارد که شروع تحقیق در راستای منافع عدالت نیست.»

همان‌گونه که از متن این بند مشخص است، پیش فرض به نفع انجام تحقیقات می‌باشد اما به عنوان یک تصمیم منفی می‌توان به دلیل منافع عدالت که یک استثنا می‌باشد، تحقیقات را متوقف کرد. این نگاه را می‌توان با توجه به وجود قیدهای «به رغم»^{۱۲} و «با در نظر گرفتن»^{۱۳} در متن مورد بررسی قرار داد. بدین معنی که دادستان، عوامل مثبتی همچون اهمیت جرم ارتكابی و منافع قربانیان را به عنوان عاملی برای آغاز تحقیقات در نظر می‌گیرد و عوامل منفی یعنی منافع عدالت را در صورت وجود، به عنوان دلیلی برای توقف تحقیقات مدنظر قرار می‌دهد.

بند ۱ (ج) ماده ۵۳ از ذکر عواملی که می‌تواند در حوزه منافع عدالت قرار بگیرند، خودداری کرده است؛ اما عنایت به تصمیم شعبه مقدماتی دیوان در خصوص وضعیت افغانستان نشان می‌دهد که عواملی همچون محدودیت منابع مالی و انسانی، عدم دسترسی به شواهد و مظنونان احتمالی، فاصله زمانی قابل توجه بین جنایات ارتكابی و درخواست شروع تحقیقات و عدم همکاری دولت‌ها را می‌توان به عنوان منافع عدالت مدنظر بند ۱ (ج) در نظر گرفت.^{۱۴}

بند ۲ (ج) ماده ۵۳ نیز به موضوع منافع عدالت پرداخته است و بیان می‌دارد:

«اگر دادستان در جریان رسیدگی به این نتیجه برسد که به جهات زیر دلایل کافی برای ادامه تحقیق

وجود ندارد:

11. "Human Rights Watch (HRW)", The Meaning of 'The Interests of Justice' in Article 53 of the Rome Statute, 1 June 2005, available at <https://www.hrw.org/news/2005/06/01/meaning-interests-justice-article-53-rome-statute>.

12. Nonetheless

13. taking into account

14. ICC, Pre-Trial Chamber II, "Press Release, ICC judges reject opening of an investigation regarding Afghanistan situation", (ICC-CPI-20190412-PR1448: 12 Apr 2019), para. 92-95.

... (ج) رسیدگی به موضوع با لحاظ کلیه جوانب امر از جمله اهمیت جرم ارتكابی و منافع بزه‌دیده‌ها و سن و ناتوانی متهمین و نقش آنان در ارتكاب جرم ادعایی در راستای منافع عدالت نیست، آن‌گاه وی موظف است که حسب مورد شعبه مقدماتی و یا دولت ارجاع‌دهنده قضیه (طبق ماده ۱۴) و یا شورای امنیت (بر طبق بند ب ماده ۱۳ این اساسنامه) را از تصمیم خود و نیز جهات توجیهی آن مطلع نماید.»

عنایت به معنای عادی متن فوق نشان می‌دهد که همانند بند ۱ (ج)، توقف رسیدگی، حالتی استثنایی دارد و پیش فرض به نفع ادامه تحقیق یا تعقیب می‌باشد. اساسنامه در این بند با استفاده از واژه «از جمله»^{۱۵}، تعدادی از عوامل را به عنوان نمونه ذکر کرده است که می‌توانند به عنوان عواملی برای استناد به منافع عدالت و توقف تحقیق یا تعقیب مورد استفاده قرار گیرند. بدین ترتیب واضح است که هم در بند ۱ (ج) و هم ۲ (ج) می‌توان عوامل مختلف دیگری را با توجه به شرایط هر پرونده و وضعیت آن به عنوان منافع عدالت تعریف کرد و به آن برای توقف رسیدگی توسط دیوان استناد نمود؛ اما آیا می‌توان منافع صلح را نیز به عنوان عاملی در حوزه منافع عدالت تعریف کرد؟

۲- منافع صلح

ایجاد صلح در هر جامعه‌ای به طور مستقیم با دو گروه بزه‌دیده و مرتکبان جنایت در ارتباط است؛ به عبارت دیگر متهمان اگر در موقعیتی باشند که بتوانند منافع بزه‌دیده‌ها را به خطر اندازند، صلح در آن جامعه با چالش روبه‌رو خواهد بود. بر این اساس حفاظت از بزه‌دیده‌ها و رسیدن به عدالت از مواردی هستند که می‌توانند در قالب منافع بزه‌دیده‌ها تعریف شوند.^{۱۶} اساسنامه رم نیز در ماده ۶۸ به امر حفاظت از بزه‌دیده‌ها پرداخته است و دیوان را موظف به اتخاذ تدابیر لازم برای حفاظت از امنیت، سلامت جسمی و روحی و همچنین شأن و امور شخصی بزه‌دیده‌ها و شهود کرده است و بند ۶ ماده ۴۳ نیز دبیرخانه را موظف به تأسیس بخشی برای کمک به بزه‌دیده‌ها و شهود به سبب اقدامات حمایتی و امنیتی و مساعدت‌های مناسب دیگر کرده است.

در بیشتر وضعیت‌ها، تحقیق یا تعقیب متهمان در مناطقی انجام می‌گیرد که همچنان درگیری‌ها وجود دارد و یا متهمان در جایگاه و مقامی هستند که امکان تشدید خشونت‌ها و به خطر انداختن جان و مال بزه‌دیده‌ها و افراد غیرنظامی را دارند. بر این اساس اگر تحقیق یا تعقیب باعث به خطر افتادن منافع بزه‌دیده‌ها گردد، ضروری است مطابق با ماده ۶۸ و ۴۳ اساسنامه رم، تدابیری برای حفاظت از این افراد

15. including

16. ICC, OTP, "Policy Paper on the Interests of Justice", (2007), 5.

انجام گیرد و در صورت عدم امکان اتخاذ این تدابیر، می‌توان تحقیق یا تعقیب را با استناد به منافع عدالت متوقف کرد.

رویه دادگاه بین‌المللی یوگوسلاوی سابق^{۱۷} به روشنی این مطلب را تأیید می‌کند. دادگاه یوگوسلاوی در آستانه توافق نامه صلح دیتون^{۱۸} از صدور کیفرخواست علیه «اسلوبودان میلوسویچ»^{۱۹} که متهم به چندین جنایات بزرگ بود، خودداری کرد.^{۲۰} در آن برهه از زمان، به دلیل اینکه مذاکرات صلح دیتون در جریان بود و حضور میلوسویچ در این مذاکرات ضروری بود، آقای گلدستون، دادستان دادگاه یوگوسلاوی، از یک استراتژی استفاده کرد که بعداً در زمانی مناسب که میلوسویچ دارای قدرت و نفوذ اثرگذاری قوی و یا ایجاد خشونت را نداشته باشد، عدالت را درباره ایشان اجرا نماید. در واقع دادستان دادگاه یوگوسلاوی، منافع عدالت را در کنار منافع صلح در نظر گرفته و با انعقاد صلح دیتون در صدد کاهش درد و رنج قربانیان بود. پس از مداخله ناتو در کوزوو، آقای میلوسویچ دیگر قدرت زیادی برای آغاز خشونت‌ها را نداشت و این همان زمانی بود که دادستان دادگاه یوگوسلاوی در نظر داشت و توانست میلوسویچ را به پای اجرای عدالت کیفری بکشاند.

البته این رویه در دیوان بین‌المللی کیفری در وضعیت‌های مختلف، شکل متفاوتی داشته است. برای نمونه با وجود اعتراض شورای صلح و امنیت اتحادیه آفریقا و کشورهای مختلف به صدور حکم جلب علیه عمرالبشیر، رئیس‌جمهور سابق سودان و بدتر شدن وضعیت سودان از زمان مداخله دیوان، اما دادستان بر تصمیم خود اصرار ورزید و از تعلیق حکم جلب علیه عمرالبشیر اجتناب ورزید.

برخلاف وضعیت سودان، دیوان در وضعیت کلمبیا نقش منعطفی را برگزیده بود. بدین معنی که ضمن تأکید بر نقش تکمیلی بودن رسیدگی توسط دیوان، از دخالت حداکثری در خصوص وضعیت کلمبیا، خودداری کرد و به این ترتیب فضایی را فراهم کرد که طرفین درگیر، موافقت‌نامه صلحی را منعقد سازند که هم‌زمان صلح و عدالت را در بر گرفته است. در واقع، استراتژی دادستان دیوان بین‌المللی کیفری در کلمبیا این بود که بررسی مقدماتی را باز بگذارد تا توانایی تأثیرگذاری بر تصمیمات قضایی داخلی حفظ شود. در واقع این رویکرد منعطف، نشانه‌ای از توجه دفتر دادستانی دیوان بین‌المللی کیفری

17. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY)

18. Dayton Peace Agreement

19. Slobodan Milosevic

20. Farid Mohammed Rashid, "the role of the prosecutor in the international criminal court: discretion, legitimacy, and the politics of justice", (the degree of doctor of philosophy, royal docks school of business and law east london university, 2016), 258.

به موضوع «منافع صلح» است که این امکان را فراهم کرد تا در توافق نامه صلحی به جنگ داخلی پایان دهند و صلح پایدار را ایجاد نمایند.^{۲۱} این توافق نامه دو نکته را همزمان مدنظر قرار داده است. از یک طرف عفو یا تعلیق کامل محکومیت‌ها را برای جرایم تحت صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری قابل قبول نمی‌داند و از طرف دیگر مجازات جایگزین را پیش‌بینی می‌کند.^{۲۲}

عنایت به اظهارات دادستان دیوان در خصوص وضعیت کلمبیا حاکی از مداخله دادستان دیوان در شکل «تکمیلی مثبت»^{۲۳} است. این اصطلاح به تلاش‌های دیوان برای ارتقای ظرفیت‌سازی و سازگاری داخلی اشاره دارد. این موضوع توسط مورنو اکامپو، دادستان وقت دیوان بین‌المللی کیفری، مورد تصدیق قرار گرفته است که استراتژی او در کلمبیا، تحریک نهادهای داخلی برای عمل مطابق با هنجارهای بین‌المللی از جمله از طریق تعقیب مجرمان جنگی است.^{۲۴}

لذا همان‌طور که مشاهده می‌شود دیوان در رویه قضایی خود همواره یک رویکرد صرفاً قضایی را حفظ نکرده است و با توجه به هر وضعیت و پرونده‌ای، رویکرد خاصی را برگزیده است که شامل توجه به صلح برای کاهش دخالت دیوان نیز می‌شود. در نمونه‌ای دیگر می‌توان وضعیت اوگاندا را ذکر کرد. به‌طور کلی، دیوان در وضعیت اوگاندا با وجود صدور حکم جلب علیه پنج تن از فرماندهان رهبران ارتش مقاومت خداوند (لرا)^{۲۵}، رویکردی منعطف را برگزید^{۲۶} که به جنبه‌های سیاسی و منافع صلح نیز توجه داشته است و همزمان پاسخگویی متهمان و منافع قربانیان در خصوص برقراری صلح را به جلو پیش برد. صدور این حکم جلب باعث شده بود که افراد و گروه‌هایی این اقدام را مانعی در مقابل موفقیت روند مذاکرات صلح بدانند. آنها معتقد بودند که صدور حکم بازداشت، نه تنها خشونت‌ها را کاهش نداده است بلکه باعث حمله شورشیان به سازمان‌های غیردولتی و افراد غربی شده است. این افراد بر این عقیده‌اند که این امر مانع از مصالحه در مورد بسته‌های صلح توسط افرادی می‌شود که کنترل نیروهای

21. Payam Akhavan, "Are international criminal tribunals disincentive to peace?: reconciling judicial romanticism with political realism", *Human Rights Quarterly*, 31 (3) (2009), 261.

22. Rene Uruena, "Prosecutorial politics: the ICC's influence in colombian peace processes 2003-2017", *Cambridge University Press*, 111(1) (2017), 121.

23. positive complementarity

24. Uruena, op.cit., 121.

25. the Lord's Resistance Army (LRA)

26. ICC, Prosecutor v. Kony, "Decision on the Admissibility of the Case Under Article 19(1) of the Statute", (Case No. ICC-02/04-01/05-377, 11 Mar 2009), https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_01678.PDF

نظامی را در دست دارند.^{۲۷}

وضعیت اوگاندا نمونه‌ای از فعالیت فعال اما غیر درگیر دیوان بین‌المللی کیفری می‌باشد که به عنوان اهرم فشاری جهت وادار کردن فرماندهان شبه‌نظامیان برای مذاکرات صلح، مورد استفاده قرار گرفته است. این موضوع حتی سبب تأثیر بر همسایگان اوگاندا برای ممانعت از حمایت از این گروه‌های شبه‌نظامی شده است. بدین ترتیب دیوان می‌تواند با حمایت از مذاکرات صلح، زمینه برقراری صلح و حتی خلع سلاح این گروه‌ها را پیگیری نماید تا در فرصتی مناسب، اگر نهادهای قضایی اوگاندا قادر به رسیدگی جنایات ارتكابی نباشند یا تمایل به رسیدگی جنایات ارتكابی نداشته باشند، بر اساس اصل تکمیلی، اقدام به رسیدگی به وضعیت اوگاندا نماید.

البته باید توجه داشت که دادستان دیوان همواره سعی داشته است که بحث صلح را خارج از وظایف و اختیارات دیوان معرفی کند. دادستان دیوان بین‌المللی کیفری در خصوص بحث منافع عدالت و منافع صلح اعلام کرد که «دیوان بین‌المللی کیفری نهادی قضایی و مستقل است که نمی‌تواند وارد حوزه منافع صلح شود که در حوزه اختیارات دیگر نهادها مانند شورای امنیت سازمان ملل است». دادستان دیوان همچنین در موارد متعددی بر عدم تأثیر سیاست بر کار دادستان تأکید و عنوان کرده بود که وظیفه دادستان اجرای قانون بدون تأثیر از ملاحظات سیاسی است و همچنین تصریح کرد که بازیگران سیاسی باید خود را با قانون هماهنگ سازند.^{۲۸} این سخنان دادستان نه به دلیل تمایل دفتر دادستانی دیوان در جدا کردن صلح از عدالت، بلکه به دلیل جدا کردن نهاد قضایی از سیاست است. بدین منظور دادستان دیوان و برخی سازمان‌های حقوق بشری مانند دیدبان حقوق بشر و سازمان عفو بین‌الملل به ماده ۱۶ اساسنامه رم اشاره می‌کنند که بر اساس آن این اختیار به شورای امنیت سازمان ملل، به‌عنوان نهادی سیاسی، اعطا شده است تا بر اساس قطعنامه فصل هفت، برای مدت ۱۲ ماه تحقیق یا تعقیب را به تعویق اندازد و این تعلیق بر اساس همان شرایط، قابل تمدید می‌باشد.^{۲۹}

در عمل نیز شورای امنیت از ماده ۱۶ برای تعلیق رسیدگی توسط دیوان استفاده کرده است. در سال

۲۷. هییت الله نژندی منش و محمدرضا ضیائی بیگلدرلی، «نقش دادگاه‌های بین‌المللی کیفری در حفظ و استقرار صلح و

امنیت بین‌المللی»، فقه و مبانی حقوق اسلامی ۶ (۲۰)، (۱۳۸۹)، ۱۰۸.

28. mark Kersten, "justice in conflict: the ICC IN Libya and Northern Uganda", A thesis submitted to the Department of International Relations of the London School of Economics for the degree of Doctor of Philosophy, London 2014), 52.

29. "Amnesty International", Open Letter to the Chief Prosecutor of the International Criminal Court: Comments on the concept of the interests of justice, 16 June 2005: 8-9. <https://www.amnesty.org/en/documents/ior40/023/2005/en/>

۲۰۰۲ این شورا پس از تهدید ایالات متحده آمریکا به وتوی عملیات آینده حفظ صلح سازمان ملل و قطع ۲۵ درصد از بودجه عملیات حفظ صلح سازمان ملل، با تصویب قطعنامه ۱۴۲۲ از دیوان خواست تا بازرجویی و تعقیب نیروهای حافظ صلح دارای تابعیت دولت‌های غیر طرف اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری را معلق سازد.^{۳۰} این قطعنامه را در حقیقت باید در امکان به خطر افتادن حفظ صلح و امنیت بین‌المللی در نبود نیروهای حافظ صلح سازمان ملل جست‌وجو کرد. شورای امنیت در بندهای ۶ و ۷ مقدمه قطعنامه ۱۴۲۲، هدف از عملیات حفظ صلح را استقرار و بازگرداندن صلح و امنیت بین‌الملل تلقی کرده است و تسهیل همکاری دولت‌ها در دادن نیروهای حافظ صلح از ضروریات حفظ صلح و امنیت بین‌المللی می‌باشد و لذا اگر منازعه‌ای پیش آید و ایالات متحده آمریکا از دادن نیروهای نظامی خودداری کند، سازمان ملل با ناتوانی روبه‌رو خواهد شد که نتیجه آن تهدید علیه صلح می‌باشد.

۳- صلح و عدالت در وضعیت افغانستان

دادستان دیوان در سال ۲۰۱۷ از شعبه سوم مقدماتی درخواست آغاز تحقیقات در خصوص جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت ارتكابی توسط نیروهای مسلح دولتی افغانستان، اعضای طالبان و گروه‌های مسلح وابسته به آن و اعضای نیروهای مسلح ایالات متحده و سازمان سی‌آی‌ای از ۱ می ۲۰۰۳ در سرزمین افغانستان و جنایات مربوطه که از ۱ ژوئیه ۲۰۰۲ در کشورهای طرف اساسنامه ارتکاب یافته است را نمود.^{۳۱} البته دادستان پس از روی کار آمدن طالبان در پایان آگوست سال ۲۰۲۱ بیان نمود که قصد دارد بر جنایات ارتكابی توسط طالبان و داعش شاخه خراسان متمرکز شود و دیگر جنبه‌های این تحقیقات را در اولویت قرار ندهد.^{۳۲} بدین ترتیب این رویکرد دادستان نشان از آن دارد که فشارهای دولت ایالات متحده آمریکا مبنی بر عدم ورود دیوان در تحقیق جنایات ارتكابی توسط نیروهای مسلح آمریکایی و سازمان سی‌آی‌ای^{۳۳} جواب داده است و دیگر نیروهای آمریکایی و حتی نیروهای مسلح دولت سابق افغانستان از تحقیق و تعقیب در آینده رها شده‌اند. پس از درخواست دفتر دادستانی در سال ۲۰۱۷، ایالات متحده آمریکا تحقیقات دیوان در رابطه با کارکنان کشورش را غیرموجه و غیرقابل

30. Security Council, "Resolution, 1422(2002)", (UN. Doc. S/Res/1422(2002)), 12 July 2002.

31. ICC, Pre-Trial Chamber III, "Public redacted version of "Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15"" (ICC-02/17-7-Red: 20 Nov 2017), Para. 37.

32. ICC, Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, "Karim A. A. Khan QC, following the application for an expedited order under article 18(2) seeking authorisation to resume investigations in the Situation in Afghanistan", 27 Sep 2021.

33. CIA

توجیه دانست و حتی وزیر خارجه ایالات متحده، مایک پمپئو^{۳۴}، دیوان را نهادی سیاسی دانست که به شکل حقوقی ظاهر شده است و در ادامه خبر از لغو ویزا و تحریم قضات دیوان بین‌المللی کیفری داد.^{۳۵} این نوع نگاه دولتمردان ایالات متحده آمریکا به دیوان از گذشته وجود داشته است و حتی زمانی که روابط دیوان در زمان ریاست جمهوری باراک اوباما^{۳۶} بهبود یافته بود، دولت ایالات متحده مخالفت خود را با صلاحیت بالقوه دیوان بر اتباع ایالات متحده اعلام کرده بود.^{۳۷} آمریکایی‌ها همواره تلاش کرده‌اند تا از اعمال صلاحیت دیوان بر شهروندان خود خودداری نمایند و این موضوع را تهدیدی علیه حاکمیت ایالات متحده و منافع ملی آن تلقی کرده‌اند. در سال ۲۰۱۷ نیز جان بولتن^{۳۸} مشاور امنیت ملی وقت ایالات متحده، دیوان را نامشروع خواند و حتی تهدید به فنا و نابودی کشاندن دیوان نمود.^{۳۹}

پس از ترک افغانستان توسط نیروهای ناتو، فروپاشی نظام حاکم بر آن کشور و روی کار آمدن گروه طالبان به عنوان دولت مرکزی، وضعیت در این کشور دچار تغییرات بنیادین گردید. به گونه‌ای که بسیاری از فرماندهان ارشد نظامی نیروهای مسلح افغانستان از آن خارج شدند و بسیاری نیز از کار برکنار شدند و بدین ترتیب نیروی مسلح دولتی دیگر شکل سابق را ندارد. از طرف دیگر نیروهای طالبان که متهم به ارتکاب جنایات بزرگ تحت صلاحیت دیوان می‌باشند، به صدر حاکمیت افغانستان بازگشته و مدیریت نیروهای نظامی و برقراری امنیت در آن را بر عهده گرفته‌اند.

این گروه به گفته دادستان دیوان در همه ۳۴ ولایت افغانستان مرتکب جنایاتی همچون قتل، حمله به مدارس و دفاتر غیرنظامی، شکنجه، زندانی کردن و سایر محرومیت‌های شدید، اذیت و تعقیب علیه گروه‌ها یا جمعیت قابل شناسایی بر مبنای دلایل سیاسی یا جنسیتی، هدایت عامدانه حملات علیه افراد و اماکن غیرنظامی، تجاوز جنسی و سایر آشکال خشونت‌های جنسی شده است که تأثیر بسیار گسترده و شدیدی را بر زنان و دختران این سرزمین همچون محرومیت از تحصیل به دلیل حمله به مکان‌های تحصیلی، عواقب اجتماعی و اقتصادی طولانی‌مدت به دلیل از دست دادن همسرانشان داشته است.^{۴۰}

34. Mike Pompeo

35. Thomas Keeffe, "Trump Administration v. ICC", *Research gate*, 2020:1, accessed Feb 13, 2022, doi: 10.13140/RG.2.2.12904.01289/1.

36. Barack Obama

37. Comier Monique, "Can the ICC exercise jurisdiction over US nationals for crimes committed in the Afghanistan Situation?", *Journal of International Criminal Justice*, 16(5), (2018), 1046.

38. John Bolton

۳۹. صادق سلیمی، «مفهوم و مرجع احراز «منافع عدالت» در دیوان بین‌المللی کیفری در پرتو وضعیت افغانستان»، پژوهشنامه حقوق کیفری ۱۲(۱) (۱۴۰۰)، ۷۹.

40. ICC, Pre-Trial Chamber III, "Public redacted version of "Request for authorisation of an investigation

با این سابقه از جنایات، این گروه اکنون در صدر تمام نهادهای حاکمیتی افغانستان قرار دارند و توانایی بسیار بالاتری در ارتکاب مجدد جنایات شرح داده شده را دارند. حال اگر مقامات ارشد این گروه، خود را در معرض حکم جلب دیوان ببینند، ممکن است با ایجاد موانعی در مسیر صلح و امنیت جانی و مالی شهروندان افغان، موجبات درد و رنج بزه‌دیدگان و شهروندان افغان را ایجاد نمایند. این نوع برخورد و اجتناب از امضای توافق‌نامه صلح را می‌توان در وضعیت اوگاندا مشاهده کرد. پس از صدور حکم جلب علیه پنج تن از فرماندهان لرا، سخنگوی تیم مذاکره‌کننده این گروه، با صراحت تصدیق کرد که «آنها نباید انتظار داشته باشند که ما توافق‌نامه را امضا کنیم و بعداً رهبران خود را در قفس لاهه ببینیم ... رهبران ما احمق نیستند. ما تضمین می‌خواهیم که هیچ‌کس نمی‌خواهد بلافاصله پس از امضای توافق‌نامه، زمانی که آنها دیگر کار نظامی نمی‌کنند، به آنان یورش ببرد.»^{۴۱}

در سودان نیز عکس‌العمل دولت مرکزی در مقابل صدور حکم جلب دادستان، شدید بود. روز بعد از صدور حکم توسط شعبه مقدماتی، عمر البشیر در اقدامی انتقام‌جویانه، اقدام به اخراج گروه‌های کلیدی کمک در دارفور کرد. این گروه‌ها عبارت بودند از آکسفام، گروه نجات کودکان، کمیته بین‌المللی نجات و پزشکان بدون مرز.^{۴۲} این گروه‌ها در حقیقت در جهت سلامت و امنیت غذایی و بهداشتی پناهجویان در اردوگاه‌های پناهندگان فعالیت می‌کردند که این اخراج می‌توانست سلامت پناهجویان را با خطر جدی‌تری روبه‌رو سازد. از زمان مداخله دیوان بین‌المللی کیفری در خصوص وضعیت سودان، از یک طرف مذاکرات صلح بین طرفین متوقف شد و از طرف دیگر، خشونت‌ها در سودان افزایش یافت؛ به گونه‌ای که علاوه بر شهروندان سودان، نیروهای حافظ صلح سازمان ملل و اتحادیه آفریقا^{۴۳} نیز مورد حمله قرار گرفتند و منجر به کشته شدن هفت نیروی حافظ صلح سازمان ملل و زخمی شدن تعدادی دیگر از این نیروها گردید. همچنین بنا به گزارش‌های نیروهای حافظ صلح سازمان ملل و اتحادیه آفریقا، ۷۵ درصد از کمک‌های بشردوستانه که توسط برخی از سازمان‌ها به مردم دارفور داده می‌شد، توسط دولت سودان قطع گردید.^{۴۴}

pursuant to article 15” (ICC-02/17-7-Red: 20 Nov 2017), Para. 340-343.

41. Michael N, A Kourabas, “Vienna Convention Interpretation of the ‘Interests of Justice’ Provision of the Rome Statute, the Legality of Domestic Amnesty Agreements, & the Situation in Northern Uganda: A ‘Great Qualitative Step Forward’, or a Normative Retreat?,” *U.C. Davis Journal of International Law & Policy*, 14 (59)(2007), 62.
42. errol P Mendes, *Peace and justice at the international criminal court, A Court of Last Resort*, 2nd edition, (Massachusetts: Edward Elgar Pub, 2010), 83.
43. United Nations - African Union Hybrid Operation in Darfur (UNAMID)
44. Rashid, op.cit., 281.

بدین جهت بیراه نیست که تصور نماییم صدور حکم جلب علیه مقامات ارشد طالبان، عکس‌العملی شدید را به همراه داشته باشد و با مانع‌تراشی در مسیر سازمان‌های حقوق بشری و اخراج این نهادها از افغانستان، امنیت بهداشتی و غذایی افغان‌ها را به خطر اندازد؛ اما آیا باید به طور کل رسیدگی توسط دیوان را به بهانه صلح و امنیت شهروندان تعطیل کرد؟ در واقع چالشی که برای دیوان در اینجا به وجود می‌آید، موضوع عدالت یا صلح است. به گونه‌ای که اگر دیوان، به بهانه صلح، عدالت کیفری مدنظر خود را متوقف سازد، متهم به سیاسی‌کاری خواهد گردید و اگر بر عدالت کیفری صرف، اصرار ورزد، متهم به آسیب رساندن به فرایند صلح و در نتیجه ازدیاد درد و رنج بزه‌دیده‌ها خواهد شد. اصرار شدید بر پیگرد کیفری، ممکن است یک درگیری خشونت‌آمیز را طولانی کند و باعث درد و رنج بیشتر غیرنظامیان گردد؛ از طرف دیگر، در مواردی با اعطای عفو یا عدالت جایگزین به جای اصرار شدید بر عدالت کیفری، می‌تواند از درد و رنج شهروندان کاسته و روند صلح را تسهیل کند. لذا نیاز فزاینده به صلح، ممکن است دیوان را مجبور به اتخاذ رویکردی منعطف کند که فقط حقوقی صرف نیست بلکه رگه‌هایی از رویکرد سیاسی را نیز دارد.

البته ضروری است که بین دو مرحله تحقیقات و تعقیب تمایز قائل شد. دیوان ضروری است که در مرحله تحقیقات با نگاه مضیق‌تری عمل نماید و تنها در صورتی که منافع بزه‌دیده‌ها به طور مستقیم به دلیل تحقیقات دیوان به خطر بیفتند، اقدام به توقف تحقیقات نماید اما در مرحله تعقیب ضروری است که به عوامل مختلفی از جمله منافع صلح توجه ویژه داشته باشد. بدین ترتیب در صورتی که مذاکرات صلح شکل صوری نداشته باشد و طرفین درگیری از آن به عنوان وقت‌کشی و ادامه خشونت‌ها استفاده نکرده باشند، می‌توان تعقیب متهمان اصلی را متوقف ساخت و در فرصتی مناسب که دیگر آن افراد دارای قدرت کافی نباشند، نسبت به تعقیب آنها اقدام نماید.

وضعیت افغانستان هنوز در مرحله تحقیقات قرار دارد و متهمانی نیز مشخص نشده‌اند؛ لذا می‌توان جهت تکمیل تحقیقات اقدام نمود. هرچند به نظر می‌رسد که همکاری دولتمردان جدید افغانستان با دیوان بسیار ضعیف است. این دیدگاه را به نوعی در کلام دادستان دیوان نیز می‌توان درک کرد که بیان نمودند با تحولات اخیر در افغانستان و تغییر مقامات ملی، در حال حاضر امیدی به دادرسی مناسب و مؤثر مطابق با اساسنامه دیوان در افغانستان وجود ندارد و من همچنان مشتاقم تا با مقامات داخلی افغانستان مطابق شرایط اصل تکمیلی بودن رسیدگی، تعامل سازنده داشته باشم.^{۴۵}

45. ICC, Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, "Karim A. A. Khan QC, following the application for an expedited order under article 18(2) seeking authorisation to resume

تکمیل تحقیقات به تنهایی می‌تواند قسمتی از حقیقت را روشن نماید و حق بر دانستن حقیقت را برای مردم افغانستان فراهم نماید. این حق در متن مناقشه یوگوسلاوی سابق نیز توسط شورای اروپا به رسمیت شناخته شده بود. شورای اروپا بیان کرد که وظیفه حفظ حافظه تاریخی، دولت‌ها را ملزم می‌دارد که آرشیوها و سایر منابع اطلاعاتی در مورد نقض‌های حقوق بشر و حقوق بشردوستانه را حفظ و آگاهی در مورد چنین نقض‌هایی را تسهیل و بدین ترتیب از حافظه جمعی در برابر استدلال‌های نفی‌گرایانه حفاظت کنند.^{۴۶}

این حق در روبه قضایی دادگاه بین‌آمریکایی نیز به رسمیت شناخته شده است. در قضیه باماکا علیه گواتمالا در سال ۲۰۰۰، دادگاه بیان نمود که اقدامات دولت گواتمالا مانع از آن شده است که بستگان قربانیان از حقیقت در مورد سرنوشت قربانیان مطلع شوند.^{۴۷}

بدین ترتیب همان‌طور که از روبه دو نهاد سیاسی و قضایی مذکور مشخص است، حق بر دانستن حقیقت، حقی است که جامعه، بزه‌دیدگان و خانواده‌های آنها بر عهده دارند و این حقیقت در مواردی می‌تواند با تکمیل تحقیقات توسط دادگاه یا کمیته حقیقت‌یاب به دست آید. این امر در وضعیت افغانستان می‌تواند توسط تحقیقات دیوان بین‌المللی کیفری فراهم گردد و به گونه‌ای موجبات التیام بزه‌دیدگان و بازماندگان را از طریق افشای حقیقت فراهم نماید. حتی این تحقیقات می‌تواند دولت مرکزی افغانستان را تحت فشار قرار دهد تا حداقل با اولویت‌بندی جرایم، نسبت به تعقیب متهمان اقدام نماید. این رویکرد اولویت‌بندی را می‌توان در وضعیت کلمبیا نیز مشاهده کرد.

کنگره کلمبیا در سال ۲۰۱۲، طرح ابتکاری با عنوان «چهارچوب حقوقی صلح»^{۴۸} را به تصویب رسانید که صلح با فارق^{۴۹} را نیازمند عفو کامل برای جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت می‌دانست. این طرح به دادستان کل کلمبیا اجازه می‌داد که بر روی مرتکبان اصلی تمرکز نماید و برای سایر افراد، صدور حکم به تعویق می‌افتاد یا عدم تعقیب ارائه می‌گردید.^{۵۰} دادستان دیوان در ابتدا با سیاست اولویت‌بندی جرایم مخالف نمود و در نامه‌ای به دادگاه قانون اساسی کلمبیا تأکید کرد که اولویت‌بندی موارد، اقداماتی

investigations in the Situation in Afghanistan”, 27 Sep 2021.

46. Natasha Stamenkovikj, *The truth in times of transitional justice: The council of Europe and the former Yugoslavia*, (Tilburg: Tilburg University, 2019), 234.

47. Eduardo Ferrer Mac-Gregó, “The right to the truth as an autonomous right under the Inter-American human rights system”, *Mexican Law Review*, 9 (1) (2016), 126.

48. Legal Framework for Peace-LFP

49. Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia

50. Isabella Bueno and Andrea Diaz Rozas, “Which Approach to Justice in Colombia under the Era of the ICC”, *International Criminal Law Review*, 13 (1) (2013), 223.

با هدف محافظت از افراد در برابر مسؤلیت کیفری برای جرایم بزرگ بین‌المللی است. حتی اگر آنها مرتکبان سطح پایین باشند؛^{۵۱} اما پیرو آن معاون دادستانی دیوان بین‌المللی کیفری در طی سخنرانی خود، موضع دادستان دیوان بین‌المللی کیفری را اصلاح و اعلام کرد که تمرکز دیوان بر روی کسانی است که بیشترین مسؤلیت جنایات جدی را دارند و لذا بدین صورت، دامنه بررسی‌های دادستان دیوان را محدود کرد.^{۵۲} در واقع این رویکرد منعطف، نشانه‌ای از توجه دفتر دادستانی به موضوع «منافع صلح» است که در گذشته آن را خارج از اختیارات دادستان دیوان، دانسته بود و همچنین، برخلاف رویکردی است که دادستان دیوان در نامه سال ۲۰۱۳ خود به دادگاه قانون اساسی کلمبیا مبنی بر مخالفت با اولویت‌بندی، اتخاذ کرده بود. این رویکرد منعطف دفتر دادستانی این امکان را فراهم کرد که در ۲۴ اوت ۲۰۱۶، توافق‌نامه صلحی، برای پایان دادن به جنگ داخلی طولانی مدت و ایجاد صلح پایدار، بین فارک و دولت کلمبیا منعقد شود.^{۵۳}

در این مواقع مباحثی همچون هدف از مجازات، استفاده از مجازات جایگزین، عدالت ترمیمی، منافع عدالت و ... پیش می‌آید. مجازات مجرم بر دو پایه اساسی، یعنی مقصر بودن مجرم و مجازات مجرم استوار است. حال اگر بتوان از روش‌هایی مانند کمیسیون حقیقت‌یاب، یا اجرای تحقیق توسط دادستان دیوان بین‌المللی کیفری ماهیت جرم و مجرم را افشا کرد، پایه اول از مجازات، محقق می‌گردد؛ اما در خصوص مجازات مجرم صرفاً از طریق مجازات حبس، باید تأمل بیشتری داشت. در نظریه جزادهی، مجازات به دلیل مستحق بودن مجرم به دلیل ارتکاب جرم، انجام می‌گیرد و لذا مجرمیت شخص فارغ از اثر بازدارندگی مجازات، عامل تعیین‌کننده در میزان مجازات است.^{۵۴} این مجازات‌ها، مسؤلیت پاسخ اخلاقی است که جامعه بر عهده دارد تا بدین ترتیب از درد و رنج بزه‌دیدها کاسته شود و تشفی خاطر برای آنان گردد.

حال اگر بر کارایی بازدارندگی مجازات عنایت داشته باشیم، اجرای عدالت از طریق جزادهی صرف،

51. Letter from Fatou Bensouda to Jorge Iva'n Palacio (2013), "DOCUMENTO Fiscalía CPI sobre cero cárcel por crímenes de su competencia", (ICC- OTP, 26 July 2013). <http://www.ips.org/blog/cvieira/documento-fiscalia-cpi-sobre-cero-carcel-por-crimenes-de-su-competencia/>

52. Nelson Camilo Sanchez Leon, "Could the Colombian Peace Accord Trigger an ICC Investigation on Colombia?", *Cambridge University Press*, 110 (2016), 175.

53. Marina Aksenova, "the ICC involvement in Colombia: walking the fine line between peace and justice", *Quality Control in Preliminary Examination*, 1 (32) (2013), 261.

۵۴. فاطمه السادات قریشی، «جلوه‌های عدالت ترمیمی در دادگاه‌های کیفری بین‌المللی یوگوسلاوی، رواندا و دیوان بین‌المللی کیفری»، (رساله دکتری، تهران: دانشگاه پیام نور مرکز تهران، ۱۳۹۵)، ۱۵.

کم‌رنگ‌تر می‌شود. «منطق بازدارندگی به طور عمده از یک استدلال جامع‌تر به نفع اجرای عدالت در رابطه با مرتکبان جرایم بین‌المللی و در مخالفت با بی‌کیفرمانی نشأت می‌گیرد. این منطق فرض می‌نماید که محاکم بین‌المللی کیفری با مجازات مجرمان بین‌المللی نه‌تنها انتقام بزه‌دیده‌ها را می‌گیرد، بلکه تحقق عدالت می‌تواند مانع از ارتکاب جرایم بیشتر شود.»^{۵۵} اینکه مجازات مجرم تا چه اندازه اثر بازدارندگی داشته باشد، باید در هر وضعیت خاص، مورد توجه قرار گیرد.

از جمله نمونه‌های بازدارندگی قبل از تشدید خشونت‌ها را که تنها با طرح موضوع مداخله دیوان بین‌المللی کیفری صورت گرفت را می‌توان در ساحل عاج مشاهده کرد. در جنگ داخلی ساحل عاج، تحركات و پویایی که قبل از مخاصمه ایجاد شده بود، تأثیر بسزایی در پیشگیری بازی داشت. پس از درگذشت و پایان حکومت رئیس‌جمهور فلیکس هوفویت-بوگنی^{۵۶} در سال ۱۹۹۳ که هم‌زمان با یک وضعیت اقتصادی نامناسب، به طور فزاینده‌ای ناامن شده بود، مدعیان جانشینی با توجه به ریشه‌های قومی و منطقه‌ای خود، حمایت‌هایی را به نفع خود جمع کرده بودند. بدین ترتیب طبق یک قانون جدید نیز تنها افرادی می‌توانستند نامزد ریاست جمهوری شوند که از پدر و مادری متولد ساحل عاج، متولد شده باشند. بدین ترتیب مهاجران که اکثراً در شمال کشور بودند از امکان نامزدی حذف شدند. انتخابات بدون حضور نماینده شمالی‌ها با پیروزی لورنت گباگو^{۵۷} در سال ۲۰۰۰ به پایان رسید و سبب اعتراضات بسیاری در کشور گردید. این موضوع موجب ایجاد تنش‌ها و خشونت‌های مسلحانه قومی علیه شمالی‌ها شد.^{۵۸}

با توجه به اینکه اکثر مردم در ساحل عاج اخبار و منابع اطلاعاتی خود را از رادیو کسب می‌کردند، پخش سخنان تنفرانگیز از رادیو تحت حمایت دولت منجر به افزایش تنش‌ها شده بود. این نقش رادیو تا حدود زیادی مشابه نفرت‌پراکنی توسط رادیوها در رواندا بود که نزدیک به یک میلیون توتسی در این کشور کشته شدند. در ساحل عاج نیز رادیوها با حمایت دولت اقدام به تنفرپراکنی بین مردم نموده بودند. در این راستا شورای امنیت در سال ۲۰۰۴ اقدام به صدور قطعنامه ۱۵۷۲ کرد و از دولت این کشور

۵۵. همان، ۱۷.

56. Félix Houphouët-Boigny

57. Laurent Gbagbo

58. Human Rights watch (HRW) (2001), "The new racism", *The Political Manipulation of Ethnicity in Côte d'Ivoire*, 13 (6A), 2001. <https://www.hrw.org/report/2001/08/28/new-racism/political-manipulation-ethnicity-cote-divoire>

خواست تا نفرت‌پراکنی و تحریک به خشونت توسط رادیو و تلویزیون را متوقف سازد.^{۵۹} هم‌زمان نیز مشاور ویژه سازمان ملل در جلوگیری از نسل‌زدایی^{۶۰} در طی بیانیه‌ای از دولت ساحل عاج خواست تا به مصونیت از مجازات پایان دهد و از ابراز نفرت نژادی یا مذهبی به ویژه با هدف ایجاد خشونت جلوگیری کند، در غیر این صورت این اعمال می‌تواند تحت پیگرد بین‌المللی به ویژه توسط دیوان بین‌المللی کیفری قرار گیرد.^{۶۱} این تهدید به احتمال رسیدگی توسط دیوان بین‌المللی کیفری باعث تغییر وضعیت در ساحل عاج گردید. حسب هزینه - فایده توسط دولت‌مردان ساحل عاج باعث شد تا پخش برنامه‌های نفرت‌پراکن پس از اعلامیه مشاور سازمان ملل در جلوگیری از نسل‌زدایی متوقف شود. اگرچه هیچ حکم بازداشتی توسط دیوان صادر نشد اما چشم‌انداز پاسخگویی در برابر دیوان توانست به‌عنوان ابزاری برای ایجاد صلح عمل نماید.^{۶۲}

اگرچه وظیفه اصلی دیوان بین‌المللی کیفری تعیین مرتکب و مجازات متناسب از طریق یک دادرسی عادلانه است اما دیوان با توجه به اینکه در چهارچوب نظام ملل متحد و هم‌راستا با اصول و اهداف منشور ملل متحد تشکیل گردید، اهداف بازدارندگی و تلاش برای تحقق صلح و عدالت بین‌المللی را نیز بر عهده دارد؛ اما اولویت‌بندی بین این اهداف دیوان مشخص نیست؛ به‌خصوص اگر بین صلح و عدالت تعارض برقرار و اعمال مجازات کیفری صرف، باعث تشدید این تعارض گردد. بدین معنی که طرفین درگیر در صورتی راضی به صلح و کنار گذاشتن اسلحه می‌شوند که تحت تعقیب کیفری قرار نگیرند.

در این صورت ضروری است که منافع بزه‌دیده‌ها، جامعه و جایگاه مجرم را در اتخاذ تصمیم مبنی بر تحقیق یا تعقیب و نوع اعمال مجازات مدنظر قرار داد. برای نمونه در جرایم بین‌المللی تحت صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری، اکثراً دولت‌ها یا گروه‌های شبه‌نظامی عامل ارتکاب جرایم هستند و نظام عدالت کیفری نمی‌تواند صلح و منافع بزه‌دیده‌ها را برآورده سازد. لذا در برخی موارد استفاده از مجازاتی که دارای اثر بازدارندگی است، می‌تواند پایه دوم مجازات مجرم و اهداف دیوان را محقق سازد. مجازاتی همچون افشای اسامی مرتکبان توسط کمیسیون حقیقت‌یاب یا توسط دادستان دیوان می‌تواند در بازدارندگی از وقوع جرایم در آینده و یا جلوگیری از تشدید خشونت‌های جاری و تأمین منافع بزه‌دیده‌ها تا حدودی مؤثر

59. Security Council, "Resolution 1572 (2004)", (UN. Doc. S/RES/1572(2004)), 15 Nov 2004, para. 6.

60. The UN Special Advisor on the Prevention of Genocide

61. Juan E. Méndez, "Special UN adviser on genocide warns of ethnic hate messages in Côte d'Ivoire"(Statement by the Special Adviser on the Prevention of Genocide, United Nations, 15 Nov 2004). <https://news.un.org/en/story/2004/11/120892-special-un-adviser-genocide-warns-ethnic-hate-messages-cote-divoire>

62. Akhavan, op.cit.; 641.

باشد. این موضوع می‌تواند پیام‌هایی را برای مخاطبانی که باعث بروز جنایات بزرگ بین‌المللی می‌شوند، ارسال کند که ارتکاب این جرایم، بدون افشای مسؤولیت آنها در مرحله اول و مجازات‌های دیگر بعدی نخواهد ماند. این موضوع به‌خصوص در مواقعی که متهمان جنایات تحت صلاحیت دیوان همچنان در قدرت باشند و امکان تکرار و تشدید جنایات و افزودن بر درد و رنج بزه‌ده‌ها را دارند، بیشتر مورد توجه قرار می‌گیرد.

نتیجه‌گیری

«منافع عدالت» اصطلاحی است که در ماده ۵۳ اساسنامه رم به آن اشاره شده است و بر اساس آن به دیوان اجازه داده است تا تحقیق یا تعقیب را متوقف سازد. این ماده مواردی همچون اهمیت جرم ارتكابی، منافع بزه‌دهیده‌ها، سن و ناتوانی متهمان و نقش آنها در ارتکاب جرم ادعایی را به عنوان نمونه‌هایی که می‌توانند در حوزه منافع عدالت قرار گیرند، ذکر کرده است و با واژه‌پردازی خاصی اجازه داده است تا با توجه به شرایط هر وضعیت و پرونده‌ای، عوامل دیگری را هم در حوزه منافع عدالت وارد نمود.

یکی از مواردی که برخی از اندیشمندان حوزه حقوق بین‌الملل کیفری با تفسیری موسع آن را در حوزه منافع عدالت قرار می‌دهند، بحث منافع صلح است که با منافع بزه‌دهیده‌ها و جایگاه عاملان ارتکاب جنایات جدی در ارتباط است. بدین معنی که اگر متهمان همچنان در جایگاهی باشند که امکان تشدید خشونت‌ها و به خطر انداختن منافع بزه‌دهیده‌ها و شهروندان جامعه را داشته باشند، اصرار دیوان بین‌المللی کیفری بر رویکرد صرفاً قضایی و پافشاری بر تعقیب آن متهمان می‌تواند صلح و امنیت در آن جامعه را به خطر اندازد. لذا ضروری است تا دیوان در صدور حکم جلب علیه برخی متهمان با احتیاط اقدام نماید و منافع صلح را نیز مدنظر قرار دهد؛ همان‌گونه که دادستان دادگاه یوگوسلاوی در آستانه صلح دیتون از صدور حکم جلب علیه میلوسویچ خودداری نمود اما در فرصتی دیگر که وی قدرت تشدید خشونت‌ها را نداشت، اقدام به صدور حکم جلب علیه او کرد.

پس از خروج نیروهای ناتو از افغانستان و سقوط دولت مرکزی در آن کشور و بر تخت نشستن گروه طالبان به عنوان دولتی مرکزی، این پرسش مطرح می‌شود که آیا به دلیل برقراری صلح باید رسیدگی توسط دیوان به‌طور کامل متوقف شود؟

در پاسخ به این سؤال باید گفت که ضروری است بین دو مرحله تحقیقات و تعقیب تفاوت قائل شد و در مرحله تحقیقات با رویکردی مضیق منافع عدالت را تفسیر کرد و جز در مواردی که خطری

حتمی در اثر تحقیقات، شهروندان و بزه‌دیدگان را تهدید می‌کند، می‌توان آن را متوقف کرد. وضعیت رسیدگی دیوان درباره وضعیت افغانستان در مرحله تحقیقات می‌باشد و می‌تواند با عنایت به مواد ۶۸ و ۴۳ اساسنامه رم از همه امکانات برای حفاظت از بزه‌دیدها و شهود اقدام نموده و در جهت تکمیل تحقیقات گام بردارد. بدین صورت از یک طرف با روشن کردن بخشی از حقیقت، موجبات التیام نسبی درد و رنج بزه‌دیدگان و بستگان آنها را فراهم می‌آورد و از طرف دیگر با فشار به دولت طالبان، حداقل از طریق اولویت‌بندی جرایم، آنها را به مسؤولیت‌پذیری در تعقیب متهمان وادار می‌کند. تکمیل تحقیقات بدون صدور حکم جلب یا بدون صدور حکم جلب علیه مقامات اصلی طالبان، می‌تواند به عنوان ابزاری برای فشار به دولت طالبان نیز استفاده گردد تا فرایند صلح و امنیت پایدار را در افغانستان دنبال و در نظام قضایی داخلی ترتیب مجازات متهمان را فراهم نماید.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی
مقاله

- سلیمی، صادق، «مفهوم و مرجع احراز «منافع عدالت» در دیوان بین‌المللی کیفری در پرتو وضعیت افغانستان»، پژوهشنامه حقوق کیفری ۱۲(۱) (۱۴۰۰): ۷۵-۹۸.
 - نژندی منش، هیبت‌الله و محمدرضا ضیائی بیگلرلی، «نقش دادگاه‌های بین‌المللی کیفری در حفظ و استقرار صلح و امنیت بین‌المللی»، فقه و مبانی حقوق اسلامی ۶ (۲۰) (۱۳۸۹): ۱۴۳-۱۷۶ رساله
 - قریشی، فاطمه السادات، «جلوه‌های عدالت ترمیمی در دادگاه‌های کیفری بین‌المللی یوگوسلاوی، رواندا و دیوان بین‌المللی کیفری». رساله دکتری، تهران: دانشگاه پیام نور مرکز تهران، ۱۳۹۵.
- ب) منابع خارجی

Book

- Mendes, errol P, *Peace and justice at the international criminal court, A Court of Last Resort*, 2nd Ed., Massachusetts: Edward Elgar Pub, 2010.
- Stamenkovikj, Natasha, *The truth in times of transitional justice: The council of Europe and the former Yugoslavia*, Tilburg: Tilburg University, 2019.

Article

- Akhavan, payam, "Are international criminal tribunals disincentive to peace?: reconciling judicial romanticism with political realism", *Human Rights Quarterly*, 31 (3) (2009): 624-654.
- Aksanova, Marina, "the ICC involvement in Colombia: walking the fine line between peace and justice", *Quality Control in Preliminary Examination*, 1 (32) (2018): 257- 282.
- Bueno, Isabella and Andrea Diaz Rozas, "Which Approach to Justice in Colombia under the Era of the ICC", *International Criminal Law Review*, 13(1) (2013): 211-247.
- Keefe, Thomas, "Trump Administration v. ICC", Research gate, 2020:1, Accessed Feb 13, 2022, doi: 10.13140/RG.2.2.12904.01289/1. Retrieved from: https://www.researchgate.net/publication/339737588_Trump_Administration_v_ICC
- Kourabas, Michael N, "A Vienna Convention Interpretation of the 'Interests of Justice' Provision of the Rome Statute, the Legality of Domestic Amnesty Agreements, & the Situation in Northern Uganda: A 'Great Qualitative Step Forward', or a Normative Retreat?", *U.C. Davis Journal of International Law & Policy*, 14 (59) (2007): 59-93.
- Leon, Nelson Camilo Sanchez, "Could the Colombian Peace Accord Trigger an ICC Investigation on Colombia?", *Cambridge University Press* 110 (2016): 172-177.
- Mac-Grego, Eduardo Ferrer, "The right to the truth as an autonomous right under the Inter-American human rights system", *Mexican Law Review*, 9 (1)(2016): 121-139.
- Monique, comier, "Can the ICC exercise jurisdiction over US nationals for crimes

committed in the Afghanistan Situation?”, *Journal of International Criminal Justice*, 16(5) (2018): 1043–1062.

- Rossetti, Luca Poltronieri, “The Pre-Trial Chamber’s Afghanistan Decision: A Step Too Far in the Judicial Review of Prosecutorial Discretion?”, *Journal of International Criminal Justice*, 17(3)(2019): 585-608.

- Uruena, Rene, “Prosecutorial politics: the ICC’s influence in colombian peace processes 2003–2017”, *Cambridge University Press*, 111(1)(2017): 104-125.

Website

- “Amnesty International”, Open Letter to the Chief Prosecutor of the International Criminal Court: Comments on the concept of the interests of justice, 16 June 2005: 8-9. <https://www.amnesty.org/en/documents/ior40/023/2005/en/>

- “Deutsche Welle (DW)”, Afghanistan: Last US troops leave Kabul after two decades of war, 31 Aug 2021. <https://www.dw.com/en/afghanistan-last-us-troops-leave-kabul-after-two-decades-of-war/a-59035756>

- Juan E. Méndez, “Special UN adviser on genocide warns of ethnic hate messages in Côte d’Ivoire”, Statement by the Special Adviser on the Prevention of Genocide, United Nations, 15 Nov 2004. <https://news.un.org/en/story/2004/11/120892-special-un-adviser-genocide-warns-ethnic-hate-messages-cote-divoire>

- “Human Rights Watch (HRW)”, The Meaning of ‘The Interests of Justice’ in Article 53 of the Rome Statute, 1 June 2005, <https://www.hrw.org/news/2005/06/01/meaning-interests-justice-article-53-rome-statute>

- Human Rights watch (HRW) (2001), “The new racism”, The Political Manipulation of Ethnicity in Côte d’Ivoire, 13(6A), 2001. <https://www.hrw.org/report/2001/08/28/new-racism/political-manipulation-ethnicity-cote-divoire>

Thesis

- Kersten, mark, “justice in conflict: the ICC IN Libya and Northern Uganda”, A thesis submitted to the Department of International Relations of the London School of Economics for the degree of Doctor of Philosophy, London 2014.

- Rashid, Farid Mohammed, “the role of the prosecutor in the international criminal court: discretion, legitimacy, and the politics of justice”, the degree of doctor of philosophy, royal docks school of business and law east london university, 2016.

Other

- ICC, OTP, “Policy Paper on the Interests of Justice”, 2007. <https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/772c95c9-f54d-4321-bf09-73422bb23528/143640/iccotpinterestsofjustice.pdf>

- ICC, OTP, “Report on Preliminary Examination Activities”, 14 Nov 2016, https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/161114-otp-rep-pe_eng.pdf

- ICC, Pre-Trial Chamber III, “Public redacted version of “Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15””, ICC-02/17-7-Red: 20 Nov 2017, <https://www.icc-cpi.>

int/CourtRecords/CR2017_06891.PDF

- ICC, Pre-Trial Chamber II, “Press Release, ICC judges reject opening of an investigation regarding Afghanistan situation”, ICC-CPI-20190412-PR1448: 12 Apr 2019. <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1448>

- ICC, Appeals Chamber, “Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan”, ICC-02/17-138, 5 Mar 2020. <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/17-138>

- ICC, Prosecutor v. Kony, “Decision on the Admissibility of the Case Under Article 19(1) of the Statute”, Case No. ICC-02/04-01/05-377, 11 Mar 2009. https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_01678.PDF

- ICC, Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, “Karim A. A. Khan QC, following the application for an expedited order under article 18(2) seeking authorisation to resume investigations in the Situation in Afghanistan”, 27 Sep 2021. <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=2021-09-27-otp-statement-afghanistan>

- Letter from Fatou Bensouda to Jorge Iva’n Palacio (2013), “DOCUMENTO Fiscalía CPI sobre cero cárcel por crímenes de su competencia”, ICC- OTP, 26 July 2013. <http://www.ips.org/blog/cvieira/documento-fiscalia-cpi-sobre-cero-carcel-por-crimenes-de-su-competencia/>.

- Rome statute of international criminal court

- Security Council, Resolution, 1422(2002), “UN. Doc. S/Res/1422(2002)”, 12 July 2002.

- Security Council, Resolution 1572 (2004), “UN. Doc. S/RES/1572(2004)”, 15 Nov 2004.

The Role of The Facebook in The Realization of The Crime of Incitement to Genocide (Study of Civil War in Myanmar)

*Mohammad Hasan Maldar*¹, Seyyed Mahdi Seyedzadeh Sani²*

1. Ph.D. Student in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran.

*. **Corresponding Author:** Email: Mohammadhasan.maldar@mail.um.ac.ir

2. Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran.

Email: seidzadeh@um.ac.ir



S.D.I.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



Publisher:
Shahr-e- Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:
Original Research

DOI:
10.48300/JLR.2021.292943.1694

Received:
11 May 2021

Accepted:
30 August 2021

Published:
10 June 2023



A B S T R A C T

One of the basic components of the contemporary world with a significant impact on human life, such as role-playing in inciting citizens to commit a crime, is the media. Therefore; the present study explains the role of Facebook in committing the crime of inciting genocide in the Myanmar civil war. Findings show that in Myanmar's civil war, pro-government militias used Facebook to directly perpetrate genocidal Buddhism by committing genocide against Muslims, using Facebook to directly influence public opinion and to alienate the taste of a violent society (an interaction between the media and citizens). They provoked the Rohingya. Therefore, the role of Facebook in inciting genocide in Myanmar is obvious; however, it is not possible for Facebook to be tried as an independent entity in international criminal courts. Just as the charges against legal entities

Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



such as the Millennium Free Radio and Television Station were not heard in the Court of Appeals, despite their direct influence in inciting genocide in the Rwandan Civil War; Because the purpose of the authorities dealing with international criminal law is to try natural persons. However, the impossibility of punishing legal persons in these authorities does not negate the possibility of domestic courts prosecuting the crimes of the persons in question.

Keywords: Genocide, Rwanda, Myanmar, Media, Facebook.

Funding: The authors received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Author contributions:

Mohammad Hasan Maldar: Investigation, Resources, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing.

Seyyed Mahdi Seyyedzadeh Sani: Conceptualization, Methodology Investigation, Resources, Data Curation, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing, Supervision, Project Administration.

Competing interests: The authors declare that They have no competing interests.

Citation:

Maldar, Mohammad Hasan & Seyyed Mahdi Seyyedzadeh Sani. "The Role of The Facebook in The Realization of The Crime of Incitement to Genocide (Study of Civil War in Myanmar)" *Journal of Legal Research* 22, no. 53 (June 10, 2023): 279-304.

Extended Abstract

Mass media, as one of the main features of the information age, has become an important and integral part of human life today. The present age is an age in which the media plays an important role in shaping and directing public opinion at various national and international levels. The emergence of new media such as social networks such as Facebook, by placing a wide range of socio-political actors and activists in a borderless space, on the one hand a means to propagate and disseminate the ideas of various people and on the other hand an important source in providing Socio-political awareness is also a key factor in providing a platform for rulers and people to influence each other at the national and international levels. According to this; Attention to the means of communication nowadays, more than ever, individuals and legal entities are paying attention to achieve various goals. Of course, the media in the current situation plays two important roles, one is positive and the other is negative. The dimension of media effects that facilitate human life in various fields such as increasing the exchange of information and speeding up communication is its positive dimension, and the use of media in a way contrary to moral and human values can be considered its negative dimension.

Of course, in relation to the influence of the media on the thoughts of the audience, one can consider an interaction. That is, despite accepting the role of the media, we should not neglect the prevailing atmosphere in society and the militancy and militancy of the people in shaping the way the media deals with issues. A recent term known as the "media audience relations" theory; Instead of news, it emphasizes the audience. This approach considers the audience as active rather than passive people who use the concept and content of the media; not people who are simply influenced by the media. In other words, the audience makes an informed and motivated choice based on various criteria. In this approach, unlike most communication research that focuses on the effects of the media on the audience's thoughts, the focus is on how people treat the media. In this theory, citizens are not only static people but also active activists who direct the media to their favorite topics.

A function achieved in the Myanmar Civil War. In Myanmar's civil war, pro-government militias used militancy to incite militant Buddhists to commit genocide against Rohingya Muslims, using Facebook directly to influence public opinion and to seize the tastes of a violent society (an interaction between the media and citizens). For example, government-affiliated individuals have uttered numerous hate speeches on social networks with millions of members around the world, such as Facebook, in order to appease citizens and satisfy their desire for violence, as well as to incite ethnic groups. They broadcast on the radio.

Accordingly, there are fundamental questions in relation to the present issue. For example; given the circumstances of the crime of incitement to genocide, is it possible for the crime to occur through media such as Facebook? In addition, if Facebook proves its role in inciting genocide and the possibility of committing the crime in question through it, does the International Criminal Court have the capacity to establish criminal liability for media outlets such as Facebook as an independent entity?

According to the research findings, it is possible to fulfill the two constraints of "direct" and "Public", which are the elements of the crime of incitement to genocide, through the media, including radio, television, Facebook, and so on. The positive of the previous claim is the attention paid to the unique features of the media. Speaking through a Facebook account, for example, is as direct as inciting a physical presence and giving a speech in front of a large crowd to incite them to commit genocide. Just as uploading videos and pictures to a Facebook account to incite genocide can be as direct as committing a crime by being present in public. Therefore, as the International Criminal Court points out in the Akayesu case; The means of inciting genocide is not important, but the realization of the last two constraints, which can be done in any way.

The crime of genocide; First, the need to intensify the criminal liability of those who committed the crime of inciting genocide through Facebook. The former claims the public trust in the media and the news published by them; especially when, like Myanmar's civil war, this information is leaked by government affiliates. The issue is mentioned in the Ruggiu case in the Rwanda International Criminal Court as one of the aggravated qualities. Of course, the point we missed in the eyes of the judges of the court was the lack of attention to Ruggiu's job. In other words, the judges of the Court treated Rogio as a fanatical Hutu who also happened to be a member of the media, not as a powerful Hutu (media employee) who abused his position. The objection is hoped to be resolved by the international criminal authorities when the Myanmar Civil War case is handed down.

The second case; It is impossible to determine criminal responsibility based on the existing rules and regulations for "Facebook". Just as the Rwandan International Criminal Court did not impose a penalty on Mill Colin Free Radio, one of its policymakers. The reason for this should be considered in the most important goal of international criminal authorities, namely the trial of individuals. However, according to the provisions of the Statute of the International Criminal Courts, the non-imposition of criminal liability on legal persons does not prevent them from being tried by domestic courts.

نقش فیس‌بوک در تحقق بزه تحریک به نسل‌زدایی (مطالعه جنگ داخلی کشور میانمار)

محمدحسن مالدار^{۱*}، سیدمهدی سیدزاده ثانی^۲

۱. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران.

* نویسنده مسئول: Email: Mohammadhasan.maldar@mail.um.ac.ir

۲. استادیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران.
Email: seidzadeh@um.ac.ir

چکیده:

یکی از مؤلفه‌های اساسی جهان معاصر با اثربخشی قابل ملاحظه بر زندگی شهروندان، مانند نقش‌آفرینی در تحریک آنها به ارتکاب جرم، رسانه است. از این رو پژوهش حاضر به تبیین نقش فیس‌بوک به مثابه یکی از رسانه‌های نوین در تحقق بزه تحریک به نسل‌زدایی در جنگ داخلی کشور میانمار پرداخته است. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهند که در جنگ داخلی میانمار نظامیان وابسته به حکومت با استفاده از فیس‌بوک، با تأثیر مستقیم بر افکار عمومی و نیز جهت گرفتن از ذائقه جامعه خشونت‌طلب (وجود یک تعامل بین رسانه‌ها و شهروندان)، بوداییان ستیزه‌جو را به ارتکاب نسل‌زدایی علیه مسلمانان روینگیایی تحریک کردند. لذا، نقش فیس‌بوک در تحریک به نسل‌زدایی در میانمار مسلم است؛ چراکه تحقق دو قید «مستقیم» و «آشکارا» (شروط لازم برای تشکیل جرم یادشده) از طریق رسانه نیز امکان‌پذیر است. با این حال، امکان محاکمه فیس‌بوک به مثابه شخصیتی مستقل از گردانندگان آن در محاکم رسیدگی‌کننده کیفری

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0 منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



پژوهش‌کده حقوق



نوع مقاله:
پژوهشی

DOI:

10.48300/JLR.2021.292943.1694

تاریخ دریافت:
۲۱ اردیبهشت ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:
۸ شهریور ۱۴۰۰

تاریخ انتشار:
۲۰ خرداد ۱۴۰۲



بین‌المللی وجود ندارد. همان‌طور که به اتهامات اشخاص حقوقی مانند ایستگاه رادیویی «رادیو و تلویزیون آزاد میل کولین» با وجود تأثیر مستقیم آنها در تحریک به نسل‌زدایی در جنگ داخلی رواندا، در دیوان مربوطه رسیدگی صورت نگرفت؛ زیرا هدف مراجع رسیدگی‌کننده در حقوق کیفری بین‌الملل، محاکمه اشخاص حقیقی است. با این حال، عدم امکان مجازات اشخاص حقوقی در مراجع مزبور، نافی امکان رسیدگی دادگاه‌های داخلی به جرایم اشخاص مورد بحث نیست.

کلیدواژه‌ها:

نسل‌زدایی، رواندا، میانمار، رسانه، فیس‌بوک.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان:

محمد حسن مالدار: نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش، تحقیق و بررسی، منابع. سید مهدی سیدزاده ثانی: مفهوم‌سازی، روش‌شناسی، نظارت، مدیریت پروژه، تحقیق و بررسی، منابع، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

مالدار، محمدحسن و سیدمهدی سیدزاده ثانی «نقش فیس‌بوک در تحقق بزه تحریک به نسل‌زدایی (مطالعه جنگ داخلی کشور میانمار)». مجله پژوهش‌های حقوقی ۲۲، ش. ۵۳ (۲۰ خرداد ۱۴۰۲): ۲۷۹-۳۰۴.

مقدمه

رسانه‌های جمعی به عنوان یکی از مشخصه‌های اصلی عصر اطلاعات، به قسمت مهم و جدایی‌ناپذیر از زندگی انسان امروزی تبدیل شده‌اند. عصر کنونی، عصری است که در آن رسانه، نقشی مهم در شکل‌گیری و جهت‌دهی به افکار عمومی در سطوح مختلف ملی و بین‌المللی ایفا می‌کند. ظهور رسانه‌های نوین مانند شبکه‌های اجتماعی همچون فیس‌بوک با جای دادن طیف وسیعی از بازیگران و کنشگران سیاسی - اجتماعی در فضایی بدون مرز، از یک سو وسیله‌ای برای تبلیغ و اشاعه اندیشه‌های افراد گوناگون و از سوی دیگر سرچشمه‌ای مهم در ارائه آگاهی‌های سیاسی - اجتماعی و نیز عامل اساسی فراهم‌سازی بستر تأثیرپذیری حاکمین و مردم از یکدیگر در سطح ملی و بین‌المللی به شمار می‌روند.^۱ بر این اساس؛ التفات به وسایل ارتباط در حال حاضر، بیش از گذشته مورد توجه اشخاص حقیقی و حقوقی در جهت نیل به اهداف گوناگون قرار گرفته‌اند.^۲ البته اهداف مذکور در همه حال مفید و در راستای تعالی و رشد جامعه نیست بلکه گاهی می‌تواند شوم و مذموم باشد. به بیان دیگر؛ رسانه در وضعیت فعلی، دو نقش مهم را ایفا می‌کند که یکی مثبت و دیگری منفی است. آن بعد از تأثیرات رسانه که موجب تسهیل زندگی انسان‌ها در زمینه‌های گوناگون مانند افزایش تبادل اطلاعات و تسریع در ارتباطات می‌شود، بعد مثبت آن است و بهره‌برداری از رسانه در مسیر خلاف ارزش‌های اخلاقی و انسانی، می‌تواند بعد منفی آن قلمداد شود.^۳ برای مثال؛ رسانه می‌تواند در یک فرآیند مشخص، با خلط بین واقعیت و غیر واقعیت و نیز با به‌کارگیری کلماتی مانند شیطان، شرور، دشمن و یا القابی نظیر آنها برخی از افراد و یا گروه‌های جامعه را از دیگران غربال کرده و حتی با برچسب‌زنی مردم را بر انجام بزه علیه آنها تحریک و ترغیب نماید. افزون بر این، برخی از اقلیت‌ها را با القابی زشت صدا زده و نگاه اکثریت جامعه را نسبت به آنها تغییر دهد. همچنین قادر است با طراحی یک سناریوی از پیش طراحی شده، علت جرم و جنایات را به گروه‌هایی خاص از جامعه ربط بدهد و یا با تصویرسازی، آنها را یکی از

۱. احمد سادات، «تعامل کانال تلویزیونی العالم با مخاطبان از طریق فیس‌بوک»، مجله مطالعات رسانه‌های نوین ۲(۶) (۱۳۹۵)، ۲۶.

۲. عباس بزرگ‌زاده و خدارحم محمدپور، «اصول و مبنای حاکم بر تبلیغات رسانه‌ای از منظر حقوق بین‌الملل»، فصلنامه تازه‌های حقوقیو مجله حقوقی ۱(۱) (۱۳۹۵)، ۱.

۳. علی آدمی و سیداحمد نکویی، «نقش و جایگاه رسانه در راهبرد گروه‌های سلفی جهادی و تأثیر آن بر خاورمیانه»، مجله مطالعات رسانه‌های نوین ۴(۱۳) (۱۳۹۷)، ۲۹۷.

دلایل اصلی تقلیل امنیت در جامعه معرفی کرده و موجب شعله‌ور شدن آتش جنگ شود.^۴ مصداق سخن اخیر، سوء استفاده دولتمردان یا افراد وابسته به حکومت از فیس‌بوک در جنگ‌های داخلی میانمار در چند سال گذشته است. برای مثال اسناد و مدارک موجود حاکی از آن است که افراد و گروه‌های وابسته به حاکمیت، از اصطلاحات تحقیرآمیز مانند «بنگالی»، «کالارها» و... علیه مسلمانان و حامیان ایشان استفاده کرده‌اند.^۵

البته مرور تاریخ حاکی از آن است که در دههٔ آخر قرن بیستم، در رواندا نیز هتوهای صاحب قدرت با استفاده از رسانه از جمله رادیو، دیگر هتوها را تحریک به نسل‌زدایی علیه اقلیت قومی توتسی کردند. کارکرد و نقش «رادیو تلویزیون آزاد میل کولین»^۶ در وقوع جنایات بین‌المللی در رواندا به قدری فراگیر بود که «دس فورگز»^۷ از نویسندگان شهیر حقوق بین‌الملل، ایستگاه رادیویی مزبور را «صدای نسل‌زدایی» توصیف کرد. همچنین ژنرال «رومنو دالایر»^۸، رئیس نیروهای صلح سازمان ملل در رواندا در سال‌های ۱۹۹۳ و ۱۹۹۴، آن را «وسیله‌ای مستقیم در ترویج نسل‌زدایی» نامید. برخی نیز از آن به «رادیو وسیله مرگ»^۹، «موسیقی متن نسل‌زدایی»^{۱۰} تعبیر کرده‌اند. این تأثیرپذیری به اندازه‌ای عمومیت یافته بود که به روایتی، در طول جنگ داخلی رواندا، در یک دست مردم رادیو و در دست دیگرشان آلت قتاله مانند شمشیر بوده است.^{۱۱} بر این اساس تودهٔ مردم به واسطهٔ تحریک‌های منتشره از این ایستگاه، دست به قتل عام نیم میلیون تا یک میلیون توتسی بردند.^{۱۲}

با این حال؛ در رابطه با تأثیر رسانه بر افکار مخاطبین می‌توان قائل به یک تعامل بود. یعنی، با وجود پذیرش نقش فیس‌بوک و رادیو در شعله‌ور شدن آتش دو جنگ اخیر، اما نباید از جو حاکم بر جامعه و ستیزه‌جویی و ستیزه‌گری مردم نیز در شکل‌دهی به نحوهٔ برخورد رسانه‌ها با موضوعات، غافل ماند.

4. Chris Greer, *Crime and Media: Understanding the Connections, Criminology* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 21

5. Forum-Asia, "Pervasive Hate Speech and the Role of Facebook in Myanmar", 2020, <https://www.forum-asia.org/uploads/wp/2020/11/Pervasive-Hate-Speech-and-the-Role-of-Facebook-in-Myanmar.pdf>, 5

6. Radio Télévision des Milles Collines (RTLM)

7. Des Forges

8. Roméo Dallaire

9. death by radio

10. the soundtrack to genocide

11. Richard A. Wilson, "Inciting Genocide with Words", *Michigan Journal of International Law* 36(2) (2015), 278

12. Philip Verwimp, "Machetes and Firearms: the Organisation of Massacres in Rwanda", *Journal of Peace Research* 43(1) (2006), 9.

سخن اخیر که به نظریه «روابط مخاطب رسانه‌ها» شهرت دارد؛ به جای خبر، بر مخاطب تأکید می‌کند. این رویکرد مخاطبان را افرادی فعال و نه منفعل تلقی می‌کند که از مفهوم و محتوای رسانه استفاده می‌کنند؛ نه افرادی که صرفاً تحت تأثیر رسانه گام برمی‌دارند. به دیگر بیان، مخاطب بر اساس ملاک‌ها و ضوابط گوناگون، دست به انتخابی آگاهانه و انگیزه‌دار می‌برد.^{۱۳} در این رویکرد، برخلاف بیشتر پژوهش‌های ارتباطی که معطوف بر آثار رسانه بر افکار مخاطب است، بر این مسأله تمرکز شده است که مردم با رسانه‌ها چه رفتاری می‌کنند. در این نظریه شهروندان نه تنها افرادی ایستا بلکه کنشگرانی فعال هستند که رسانه‌ها را به سمت موضوعات مورد علاقه خویش سوق می‌دهند.^{۱۴} بدین صورت که شهروندان جامعه رژیم مصرف رسانه‌ای خویش را تنظیم کرده و تمایلات آنها بر جهت‌دهی به پوشش رسانه‌ای تأثیر مستقیم می‌گذارند. در یک جامعه رنج‌گریز، رسانه‌ها اغلب در پی پوشش اخبار و وقایع تهی از خشونت هستند لکن در اجتماعی که بیشتر شهروندان آن خشونت طلب هستند و یا در حال جنگ می‌باشند، رسانه‌ها و اصحاب آن در جهت ارضای این میل و خواست عمومی گام می‌نهند.

در جنگ داخلی میانمار، تعامل میان رسانه و جامعه برقرار بود. افراد وابسته به دولت با توجه به مذاق شهروندان و ارضای میل خشونت‌طلبی آنها و نیز برای تحریک گروه‌های قومی، سخنان نفرت‌انگیز متعددی را از شبکه‌های اجتماعی با میلیون‌ها عضو در سرتاسر جهان مانند فیس‌بوک با عمومیت به مراتب بیشتر از رادیو، منتشر کردند. برای نمونه یکی از افراد وابسته به ارتش میانمار با سوء استفاده از جو ملتهب حاکم بر جامعه، در حساب کاربری خود در سال ۲۰۱۳ اعلام کرد که ما (بودایی‌ها) باید با مسلمانان رفتاری به مانند رفتار هیتلر با یهودیان انجام دهیم.^{۱۵} شبیه‌گفته‌های اخیر در فیس‌بوک بسیار مشاهده شده است. به گونه‌ای که به ادعای برخی در هر هفته به طور میانگین ۶۶ هزار مطلب و در هر ماه ۲۸۸ هزار مطلب نفرت برانگیز، در فیس‌بوک انتشار می‌یافت.^{۱۶} تبعات چنین اقداماتی قتل عام هزاران مسلمان در میانمار و آوارگی و کوچ هفتصد هزار مسلمان به کشورهای همسایه مانند بنگلادش

۱۳. استیفن لیتل جان، نظریه‌های ارتباطات، ترجمه مرتضی نوربخش و سیداکبر میرحسینی (تهران: جنگل، ۱۳۸۴)، ۷۶۳.

۱۴. مک کوایل دنیس، نظریه ارتباطات جمعی، ترجمه پرویز اجالالی (تهران: دفتر مطالعات و توسعه رسانه‌ها، ۱۳۸۵)، ۴۱۵-۴۱۶.

15. Steve Stecklow, Why Facebook is losing the war on hate speech in Myanmar, Reuters, 15, August, 2018, <https://www.reuters.com/investigates/special-report/myanmar-facebook-hate>.

۱۶. میثم لطفی، «سازمان ملل با بررسی‌های خود اعلام کرد: فیس‌بوک مهمترین عامل نسل‌زدایی مسلمانان میانمار»، تارنمای خبری ایران‌آنلاین، در دسترس در تاریخ ۲۴، اسفند، ۱۳۹۶، <http://www.ion.ir/news.۳۳۸۶۸۵>.

بود.^{۱۷} همچنان که به گزارش کمیته مستقل حقیقت‌یاب در میانمار اطلاعات غلط دولت و کمپین‌های نفرت در فیس‌بوک منجر به کشتار، تجاوز، ترور و کار اجباری هزاران نفر شد.^{۱۸} بر این اساس، در رابطه با موضوع حاضر سؤالات اساسی مطرح است. برای نمونه؛ با در نظرگیری شرایط تحقق بزه تحریک به نسل‌زدایی آیا امکان وقوع بزه مزبور از طریق رسانه‌ای همچون فیس‌بوک وجود دارد؟ به‌علاوه، در صورت اثبات نقش فیس‌بوک در تحریک به نسل‌زدایی و نیز امکان تحقق جرم مورد بحث از طریق مزبور، آیا دیوان کیفری بین‌المللی ظرفیت تعیین مسؤولیت کیفری برای رسانه‌هایی مانند فیس‌بوک به عنوان شخصیتی مستقل از گردانندگان آن را دارد؟

پژوهش حاضر در راستای حل پرسش‌های مزبور و نظیر آنها در چهار بخش به رشته تحریر درآمده است. در بخش نخست؛ «شرایط و ضوابط حقوقی تحقق بزه تحریک به نسل‌زدایی از طریق فیس‌بوک»؛ با تفسیر دوقید «مستقیم»^{۱۹} و «آشکارا»^{۲۰} بحث شده است. پس از آن؛ با بررسی ویژگی‌های رسانه‌ها، به امکان وقوع بزه تحریک به نسل‌زدایی از طریق فیس‌بوک، پرداخته شده است. سپس، در بخش دوم؛ با عنوان «فیس‌بوک بزه‌کار»، نقش، اهمیت و عملکرد فیس‌بوک به طور خاص در جرم تحریک به نسل‌زدایی در جنگ داخلی میانمار بررسی شده است. در بخش سوم؛ «تشدید کیفر سوء استفاده‌کنندگان از فیس‌بوک در تحریک به نسل‌زدایی» به بحث گذاشته شده است؛ زیرا رسانه‌ها و اخبار منتشرشده از آن از پذیرش عمومی برخوردار بوده و افراد جامعه اغلب به آنها اعتماد م‌کنند، لذا سوء استفاده از آنها در جهت نیل به اهداف پلید باید با سرزنش و کیفر شدیدتری همراه باشد. در بخش آخر، با عنوان «ظرفیت‌سنجی حقوق کیفری بین‌الملل در تعیین مسؤولیت کیفری برای فیس‌بوک» نگارندگان به دنبال بررسی امکان وضع مسؤولیت کیفری و متعاقب آن تعیین کیفر برای رسانه‌ای مانند فیس‌بوک در نسل‌زدایی میانمار به عنوان شخصیتی مستقل از اصحاب آن در محاکم مذکور هستند.

۱ - شرایط و ضوابط حقوقی تحقق بزه تحریک به نسل‌زدایی از طریق فیس‌بوک

در حقوق کیفری بین‌الملل، تحریک به ارتکاب جنایات بین‌المللی علی‌الاصول جرم نیست. همچنین ارتکاب جنایات بین‌المللی به هر شیوه‌ای (مباشرت، معاونت و مسؤولیت مجرمانه مشترک) اغلب منوط

17. Ronan Lee, "Extreme Speech in Myanmar: The Role of State Media in the Rohingya Forced Migration Crisis", *International Journal of Communication* 13 (2019), 3224

18. Human Rights Council, Rep. of the Indep. Int'l Fact-Finding Mission on Myan., U.N. Doc. A/HRC/39/64, (2018) [hereinafter Report].

19. Direct

20. Public

به تحقق آن جنایت است. برای مثال فرد را در صورتی می‌توان مباشر در جنایت علیه بشریت دانست که آن فعل مجرمانه لزوماً به وقوع بپیوندد؛ لذا غالب جنایات بین‌المللی مقید هستند. با این حال؛ آثار مهلک و جبران‌ناپذیر بزه نسل‌زدایی با آشکال گوناگون مانند قتل عام، ایراد صدمه شدید جسمانی و روانی بر اعضای گروه و نظیر اینها، کنشگران جامعه بین‌الملل را بر این داشته است که صرف تحریک به آن را چنانچه مستقیم و آشکارا انجام گیرد، بدون توجه به تحقق نتیجه، با مجازات جرم تام نسل‌زدایی برابر بدانند. یکی از مستندات این ادعا ماده ۲ (۳) (ج) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی رواندا است. قبل از آنکه ارتکاب این جرم از طریق فیس‌بوک امکان‌سنجی شود، می‌بایست دو قید «مستقیم» و «آشکارا» در تحریک به نسل‌زدایی بازشناسی شود.

دیوان کیفری بین‌المللی رواندا در اثنای رسیدگی به پرونده «آکایسو»^{۲۱} که یک افسر نظامی با اتهام نسل‌زدایی و نیز تحریک به آن بود، این دو قید را تبیین کرده است. طبق نظر دیوان، تعریف و تبیین مؤلفه «مستقیم»، آسان نبوده و با پیچیدگی همراه است. لذا برای تحقق مؤلفه «مستقیم» نخست باید به بستر زمانی و مکانی آن توجه شود. به طوری که ممکن است لحن و یا کلماتی که در منطقه‌ای «مستقیم» تلقی می‌شوند، جای دیگر مصداق «مستقیم» به حساب نیایند. مثلاً در منطقه‌ای عبارت «اگر فلان کاری را انجام ندهی، تنبیه می‌شوی» مصداق امر مستقیم به انجام آن عمل باشد اما در جای دیگر قید مستقیم از آن برداشت نشود. همچنین از نقطه نظر دیوان، لزوماً نایستی تحریک توسط گوینده واضح و علنی باشد؛ زیرا بعضی از افراد با نبوغ و توانایی لسانی به طور غیرمستقیم و در لفافه، افراد را تحریک به نسل‌زدایی می‌کنند؛ که گاهی اثربخشی آن به مراتب بیشتر از تحریک مستقیم است. پس این جمله که «آنهایی که از انجام فلان کار سر باز می‌زنند، فردا را خواهند دید» می‌تواند این برداشت را به دست بدهد که «اگر فلان امری را انجام ندهید، کشته خواهید شد». پس تحریک می‌تواند به طور ضمنی ولی با کارکرد تحریک مستقیم به ارتکاب نسل‌زدایی باشد. بر این اساس دادگاه در پرونده آکایسو به درستی به این نکته اشاره می‌کند که تحریک غیرمستقیم با تبعات مستقیم مانع مسؤلیت کیفری نیست.^{۲۲}

دومین قید لازم برای وقوع بزه مورد بحث، تحقق آن به طور «آشکارا» است. در پرونده آکایسو، دیوان، از «آشکارا» به «صحبت با صدای بلند در مکانی عمومی»، تعبیر کرد.^{۲۳} در این راستا، کمیسیون حقوق بین‌الملل تحریکی را «آشکارا» دانست که مرتکب مستقیماً افراد حاضر در یک مکان عمومی را

21. Akayesu

22. Akayesu, para 557

23. Akayesu, para 556

تحریک کند؛ لکن از نظر کمیسیون، وسیله ارتكابی و حضور شخص در آن مکان اهمیتی ندارد. بنابراین تحریک آشکارای افراد از طریق وسایل ارتباط جمعی مانند رادیو، تلویزیون و شبکه‌های اجتماعی متصور است. دیدگاه اخیر توسط دیوان، در پرونده موسوم به «رسانه» نیز پذیرفته شده است.^{۲۴} لذا دیوان نیز به امکان وقوع این جرم از طریق رسانه‌های جمعی اعتبار بخشید.

این اعتباربخشی دیوان به امکان ارتكاب تحریک به نسل‌زدایی از طریق رسانه‌های سنتی مثل رادیو، بی‌شک قابل‌تعمیم به رسانه‌های نوظهور مانند فیس‌بوک نیز است؛ زیرا تصمیم دیوان، بر مبنای ویژگی‌های رادیو بوده است که این خصوصیات در فیس‌بوک نیز قابل مشاهده می‌باشد. برای مثال پخش یک خبر یا یک دستور نفرت‌انگیز از یک صفحه فیس‌بوکی به مانند پخش سخنرانی آمر از یک ایستگاه رادیویی است؛ چه‌سا مخاطبین رادیو محدودتر از مخاطبین فیس‌بوک نیز می‌باشند. همچنین در عصر ارتباطات دیگر نیازی به حضور شخص در بین جمعیت چند هزار نفره برای تحریک و یا منعشان از انجام یک عمل نیست. به دیگر کلام، فرد با وسیله‌ای مانند فیس‌بوک می‌تواند با بارگذاری یک عکس یا فیلم بر هزاران نفر تأثیر گذاشته و آنها را تحریک به انجام عملی نماید؛ لکن آمر بدون استفاده از وسیله‌ای مانند فیس‌بوک و با حضور فیزیکی در بین مردم، می‌تواند افراد محدودی را به ارتكاب یک عمل تحریک کند؛ اما استفاده از یک حساب کاربری برای پخش پیام‌های تحریک‌آمیز می‌تواند نقش چندین سخنرانی برای گروه‌های گوناگون در وقت‌های متعدد را در زمانی واحد ایفا کند. برای مثال در میانمار، ارتش حساب‌های ترول و نیز صفحاتی به نام افراد مشهور ایجاد کرد، سپس محتواهایی نوشتاری، دیداری و ... را در زمان مشخص که بیشترین بازدهی را داشته باشد، در آن صفحات قرار می‌داد. در حالی که صفحات خبری مشهور در ظاهر مطالبی را به افراد مشهور میانماری اختصاص می‌دادند، اما در حقیقت کنترل این صفحات تحت نظر ارتش برای توزیع محتوای دروغین و التهاب‌زا صورت می‌گرفت.^{۲۵} همچنین که، مقامات ارتش، از تعابیر غیرانسانی و برچسب‌زننده علیه روهینگایی‌ها استفاده می‌کردند. افزون بر این حتی اصطلاح «روهینگایی» را رد کرده و اصرار داشتند که روهینگایی‌ها در میانمار وجود ندارند یا به آنها تعلق ندارند.^{۲۶} بر این اساس بود که عاملین نسل‌زدایی چه در جنگ میانمار و چه در جنگ

24. Toby Mendel, Study on International Standards Relating to Incitement to Genocide or Racial Hatred, For the UN Special Advisor on the Prevention of Genocide, April 2006, 8

25. Paul Mozur, A Genocide Incited on Facebook, With Posts from Myanmar's military, Nytimes, 15, October, 2018, <https://www.nytimes.com/2018/10/15/technology/myanmar-facebook-genocide.html>.

26. Cited by Neriah Yue, "The "Weaponization" of Facebook in Myanmar: A Case for Corporate Criminal Liability", Hastings Law Journal, Volume 71, Issue 3 (2020), 820

رواندا برای انتشار نفرت قومی و تحریک شهروندان به نسل‌زدایی بر وسایل ارتباط جمعی به عنوان ابزاری قدرتمند با بازدهی فوق‌العاده بالا حساب ویژه‌ای باز کردند.

۲- فیس‌بوک بزهار

طبق آنچه گذشت، بین رسانه‌ها و شهروندان در زمینه تولید اخبار نوعی تعامل وجود دارد. به گونه‌ای که هم آنها در وقوع جرایم متفاوت و سوق شهروندان به ارتکاب جرم نقش محوری ایفا می‌کنند و هم مردم جامعه، آنها را به سمت بازتاب موضوعات خاص و نیز پوشش اخبار گوناگون هدایت می‌کنند. پس از اثبات این موضوع، این بخش بر آن است تا نقش فیس‌بوک را در تحقق بزه تحریک به نسل‌زدایی در جنگ داخلی میانمار بررسی کند.

پس از گذشت دو دهه از نسل‌زدایی در رواندا، در میانمار هم اتفاقی مشابه رخ داد. در میانمار صاحبان قدرت، بوداییان را علیه مسلمانان شوراندند و منجر به کشته شدن خیل عظیمی از جمعیت مسلمانان و آوارگی آنها گشتند. یکی از تفاوت‌های دو نسل‌زدایی اخیر در تغییر گونه رسانه از رادیو به فیس‌بوک در تحریک به نسل‌زدایی بود. در جنگ میانمار، به دلیل پیشرفت چشمگیر رسانه‌های جمعی در گذر زمان، نظامیان به جای رادیو، از فیس‌بوک، برای تحقق اهداف شوم خود استفاده کردند. زیرا دسترسی مردم به فیس‌بوک نسبت به رادیو آسان‌تر و فراگیرتر و نیز قدرت و بازدهی فیس‌بوک در انتقال اخبار و افکار در مقابل رادیو به مراتب بیشتر بود. هر یک از ویژگی‌های اخیر می‌تواند تأثیر شایان توجهی در بسیج و انسجام اجتماعی و نیل به اهداف گردانندگان گروه‌های سیاسی، مذهبی، اجتماعی داشته باشد.^{۲۷} گسترش استفاده از فضای مجازی و به تبع شبکه‌های اجتماعی مانند فیس‌بوک در سال‌های اخیر به طور محسوسی افزایش یافته است. به گونه‌ای که به اعتقاد برخی با این روند، به‌زودی رسانه‌های جمعی سنتی مانند رادیو در زمینه‌های مختلف از صحنه روزگار کنار خواهند رفت.^{۲۸} همان‌طوری که در میانمار محبوب‌ترین و در دسترس‌ترین وسیله فیس‌بوک بود؛ خصایصی که در رواندا به رادیو اختصاص داشت.

۲۷. نعمت‌الله فاضلی، محمد سلطانی‌فرو و حجت‌الله عباسی، «مزیت‌ها و کارکردهای شبکه‌های اجتماعی برای گروه‌های تروریستی (مطالعه موردی: استفاده گروه داعش از توئیتر و فیس‌بوک)»، مجله مطالعات رسانه‌های نوین ۳(۱۲) (۱۳۹۶)،

۲۸. کیانوش کریمی و جلال غفاری‌قدیر، «مدل تأثیرگذاری بر افکار عمومی در فضای مجازی به کمک قابلیت‌های بازی‌وارسازی»، مجله مطالعات رسانه‌های نوین ۵(۱۷) (۱۳۹۸)، ۱۴۰.

طبق آمار در دسترس ۱۸ میلیون میانماری، حساب کاربری در فیس‌بوک دارند.^{۲۹} این قدرت به اندازه‌ای بود که کارشناسان حقوق بشر سازمان ملل متحد در ماه مارس در مورد خشونت در میانمار نتیجه گرفتند که فیس‌بوک در آواره شدن صدها هزار مسلمان روهینگایی نقش اصلی را ایفا کرده است.^{۳۰} مسأله‌ای که ارتباط مستقیمی با موضوع «هراس اخلاقی»^{۳۱} دارد. مفهوم پیش‌گفته به معنای حساسیت زیاد و در نتیجه واکنش غالباً غیرمنطقی و شدید شهروندان به بعضی از موضوعات اجتماعی است که نوعاً به عنوان تهدید نظم اجتماعی معرفی می‌شوند. در این میان، نمی‌توان از نقش رسانه‌ای مانند فیس‌بوک و حساب‌های فعال در آن در ایجاد هراس اخلاقی به سادگی عبور کرد. زیرا آنها با برجسته‌سازی؛ نه‌تنها مسائلی را برای جامعه مهم جلوه می‌دهند بلکه از طریق قرار دادن زاویه خاص خبری یا چرخش خبری روی موضوعاتی اختیاری، چهارچوب نگرش و زاویه دید شهروندان به آن مسأله را نیز مشخص می‌کنند.^{۳۲} برای نمونه؛ حساب‌های کاربری در فیس‌بوک با جنجال آفرینی و شایعه‌پراکنی به آشوب‌های اخلاقی دامن می‌زنند و خواسته یا ناخواسته هراس اخلاقی را به وجود می‌آورند؛ البته هراس اخلاقی صرفاً در ترس آفرینی از موضوعی خاص در جامعه خلاصه نمی‌شود بلکه این پدیده منجر به آن می‌شود که در اکثر موارد، پاسخ نامتناسب و نابرابری از سمت جامعه به آن پدیده داده شود؛ پس می‌توان نتیجه گرفت، ایجاد نگرانی، اغراق در موضوعی خاص، شعله‌ور کردن آتش کینه و نفرت و پاسخی نامناسب از ویژگی‌ها و پیامدهای این پدیده می‌باشد.^{۳۳} برای مثال حساب کاربری‌ای در فیس‌بوک برگزاری مراسم‌های مذهبی مسلمانان را عاملی در جهت همه‌گیری ویروس کوئید ۱۹ در جهان خواند.^{۳۴} همچنان که در حسابی دیگر اسلام و مسلمانان را یک تهدید جهانی برای بودیسم خواند که رفع این خطر صرفاً با پاک‌سازی نژادی و قومیتی آنها امکان‌پذیر است. مثال دیگر، به داستان دروغین تجاوز یک مسلمان به زن بودایی در یکی از حساب‌های کاربری در فیس‌بوک مربوط می‌شود.^{۳۵}

29. Mozur, op.cit.

۳۰. انتخاب. «فیس‌بوک ارتش میانمار را خلع سلاح کرد / مسدودی صدها صفحه نظامی و دولتی که علیه مردم «روهینگیا» فعالیت می‌کردند»، پایگاه خبری تحلیلی انتخاب، دسترسی در ۲۸، آذر، ۱۳۹۷، <https://www.entekhab.ir/fa/news/447399/>

31. Moral Panic

۳۲. اردشیر زابلی‌زاده، جنگ روایت‌ها (تهران، مرکز تحقیقات صدا و سیما جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۹۳)، ۲۳-۲۴.
 ۳۳. علی حسین نجفی ابرندآبادی و سیدمهدی سیدزاده ثانی، «رژیم بین‌المللی هراس اخلاقی: نقش رسانه»، مجله تحقیقات حقوقی ۸ (۱۳۹۱): ۲.

34. Forum-Asia, op.cit., 7

35. Mozur, op.cit.

که منجر به افزایش چشمگیر آتش جنگ شد. از دیگر نمونه‌های هراس اخلاقی می‌توان به بارگذاری بیش از هزاران عکس، فیلم، نظر، متن در فیس‌بوک، با موضوع تحقیر جمعیت مسلمانان میانمار به وسیله تشبیه آنها به حیوانات و حشرات که باید همه جامعه در کنار هم، برای خلاصی از شر آنها تلاش کنند؛ اشاره کرد.^{۳۶}

همچنین یکی دیگر از مواردی که می‌تواند منجر به رشد هراس اخلاقی شود، جریان‌سازی رسانه‌ای است. جریان‌سازی به مفهوم عام، بر تعقیب هدف به وسیله شخص یا اشخاصی با ابزارهای مختلفی، در طول فرآیندهای خاص دلالت دارد. حال این فرآیند می‌تواند بر خیر و صلاح شخص، گروه یا جامعه‌ای مبتنی باشد، یا برای تحقیر و نابود کردن آنها به کار رود. بنابراین وقتی رسانه‌هایی مانند فیس‌بوک، ابزارهای مختلفی را به کار می‌برند تا بر مخاطب خود تأثیر بگذارند و به هدفی خاص دست یابند، اقدام به جریان‌سازی کرده‌اند.^{۳۷} برای نمونه؛ رسانه‌های دولتی میانمار مانند «جی‌ان‌ال‌ام»^{۳۸} و روزنامه‌های چاپی با نادیده گرفتن نسل‌زدایی، بدرفتاری‌های سیستماتیک، نقض حقوق بشر علیه مسلمانان، مناطق مسلمان‌نشین را تحت تسلط تروریست‌ها خوانده و با جریان‌سازی علیه مسلمانان، این مطلب را به مخاطب القا کردند که آنها در حال انجام عملیات‌های تروریستی هستند. همچنان که خشونت‌های غیرانسانی علیه مسلمانان را برای محافظت از دین، نژاد و کشور میانمار توجیه می‌ساختند.^{۳۹} جریان‌سازی رسانه‌ای به اندازه‌ای گسترده بود که محققین دانشگاه کوئین مری لندن در جریان نسل‌زدایی، اقدامات رسانه‌ای ارتش میانمار با استفاده از فیس‌بوک را «شمارش معکوس برای نابودی» توصیف کردند.^{۴۰} بنابراین به مانند قضیه رواندا، نقش رسانه البته این بار فیس‌بوک و نه رادیو در تحریک نسل‌زدایی میانمار نیز محرز است.

۳- تشدید کیفر سوء استفاده‌کنندگان از فیس‌بوک در تحریک به نسل‌زدایی

همان‌طور که گذشت، تلاش‌ها در جهت تحریک به نسل‌زدایی در میانمار اغلب توسط نظامیان وابسته

36. Stecklow, op.cit.

۳۷. آذربخش، ۱۳۹۲ به نقل از سیاوش صلواتیان، مصیب علی‌اکبر زاده آرانی و عباس ناصری‌طاهری، «مطالعه تطبیقی عملکرد رسانه‌های جمعی در جریان‌سازی رسانه‌های اجتماعی از خبر فوت مرتضی پاشایی»، مجله مطالعات رسانه‌های نوین ۴(۱۵) (۱۳۹۷)، ۱۸۲.

38. GNLM

39. Forum-Asia, op.cit., 7

40. Penny Green, MacManus, Thomas and de la Cour Venning, Alicia. Countdown to annihilation: Genocide in Myanmar (London: International State Crime Initiative, 2015), 54

به دولت و به وسیله فیس‌بوک منتشر می‌شد. لذا عموم مردم به دلیل اعتماد به افراد مذکور و نیز اخبار منتشره از این شبکه اجتماعی مرتکب نسل‌زدایی علیه مردم بی‌گناهی شدند که از سوی اشخاص مورد اشاره به عنوان دشمن، عنصر نامطلوب، تروریست، اهریمن و غیره معرفی شده بودند. لذا شایسته است، استفاده از این ابزار، عاملی در جهت تشدید مجازات مرتکبین چنین جنایات شنیعی به حساب آید. همان‌طور که استناد به اصل تناسب، تلاش برای تحقق عدالت، برقراری توازن میان جرم و مجازات، مؤید سخن پیشین هستند.^{۴۱} این مقصود با وضع کیفیات مشدده و مخففه در مرحله کیفردهی محقق می‌شود؛ زیرا به هر حال نایبستی به تمامی مرتکبین جرایم از جمله جنایات بین‌المللی به یک چشم نگر نیست؛ چرا که تفاوت نهادن بین مجرمی که رفتار مجرمانه‌اش پیامدها و آثار سنگینی بر جای گذاشته و مجرمی که رفتار ارتكابی‌اش ویژگی‌های اخیر را نداشته، ضروری است.

با این حال در اساسنامه‌های دادگاه‌های اختصاصی مانند رواندا و اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی آشکارا به کیفیات مشدده و گونه‌شناسی آن اشاره نشده است؛ لکن شاید از مواد مختلف بتوان به طور کلی توجه به تشدید کیفر در زمان صدور احکام را برداشت کرد. برای مثال، در بند نخست ماده ۷۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی مقرر شده است: «در هنگام صدور حکم، دیوان موظف است، مطابق آیین‌نامه دادرسی و ادله، عوامل مختلف از جمله اهمیت، شدت جرم و همچنین اوضاع و احوال محکوم‌علیه را در نظر بگیرد...». مشابه ماده اخیر در مواد ۲۳ و ۲۴ اساسنامه دادگاه‌های کیفری بین‌المللی یوگوسلاوی و رواندا مورد توجه قرار گرفته شده بود؛ بدین شرح که: «در زمان تحمیل کیفر، شعبه بدوی، عواملی همچون شدت جرم ارتكابی و وضعیت شخصی محکوم‌علیه را مدنظر قرار خواهد داد...».

با آنکه مواد اخیر در رابطه با جهات کیفیت مشدده از شفافیت لازم برخوردار نیستند اما نمی‌توان از این عدم شفافیت، فقدان توجه را برداشت کرد. زیرا به نظر می‌رسد دلیل این امر (عدم احصاء کیفیات مخففه و مشدده)، گونه‌های پرشمار کیفیات مخففه و مشدده در پرونده‌های کیفری بین‌المللی باشد. بنابراین قانون‌گذاران با اعطای اختیار کلی و بیان عباراتی مانند «شدت جرم»، «وضعیت شخصی محکوم‌علیه»، اختیار تخفیف و تشدید کیفر را به قضات اعطا کرده‌اند. بر این اساس در پرونده‌های گوناگونی، توجه به کیفیات مشدده به چشم می‌خورد. برای مثال در پرونده تادیچ در دیوان کیفری بین‌المللی یوگوسلاوی شعبه بدوی معتقد است که باید به هولناکی جنایت ارتكابی و اهمیت نقش متهم در تحقق آنها، به دیده

۴۱. بهزاد رضوی‌فرد، «کیفیات مشدده در فرآیند کیفردهی جنایات بین‌المللی»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری ۲(۶) (۱۳۹۳)، ۷۰.

کیفیات مشدده نگریست.^{۴۲} همچنین در پرونده دیگری در دیوان کیفری بین‌المللی رواندا «استفاده از ابزارهای خشونت‌بار و ضدانسانی» به مثابه کیفیت مشدده تلقی شده است.^{۴۳} لذا مقوله کیفیت مشدده در پرونده‌های کیفری بین‌المللی، موضوعی غریب نیست.

در رابطه با این مسأله که آیا در دیوان کیفری بین‌المللی رواندا استفاده از رسانه در جهت تحریک به نسل‌زدایی از کیفیت مشدده برشمرده شده است یا خیر؛ پاسخ مثبت است. اثبات‌کننده ادعای اخیر، مطالعه رأی پرونده روگیو است. در حکم اخیر قضاات دیوان، آشکارا تحریک به ارتکاب نسل‌زدایی از طریق رسانه را جزء کیفیت مشدده ذکر کردند.^{۴۴} نظر اتخاذ شده توسط قضاات دیوان قابل تحسین است زیرا روگیو با سوء استفاده از منصب خود در جهت تحریک به نسل‌زدایی اقدام کرده است. روگیو شهروندی عادی نبوده است که اتفاقاً ایستگاه رادیویی به دست وی بیفتد و از این طریق مردم را به نسل‌زدایی تحریک کند؛ بلکه او با علم و آگاهی نسبت به بازدهی بالای نفرت‌پراکنی و تحریک به نسل‌زدایی از طریق ایستگاه رادیویی و اعتماد عمومی مردم به اخبار منتشره از آن، دست به چنین اقدامی زده است. این اثربخشی به اندازه‌ای بود که «گرگوری گوردون»^{۴۵}، دادستان دیوان کیفری بین‌المللی رواندا، اظهار داشت که اگر رادیو تلویزیون آزاد میل کولین وجود نداشت، هرگز نسل‌زدایی اتفاق نمی‌افتاد و یا حداقل تعداد کمتری افراد بی‌گناه کشته می‌شدند.^{۴۶} لذا قضاات دیوان پس از شناسایی کیفیت مشدده اخیر، به آن در تشدید محکومیت نیز ترتیب اثر دادند؛ تا به این طریق بین وی که از طریق ایستگاه رادیویی چندین هزار هوتو را تحریک به نسل‌زدایی چند صد هزار توتسی کرده و شخص عادی که با تحریک چند نفر به نسل‌زدایی موجبات قتل عام افراد محدودی را فراهم کرده، تمایز قائل شدند.

البته نکته ظریف در رأی اخیر، عدم توجه قضاات دیوان به «منصب رسانه‌ای» روگیو بود. به دیگر سخن، با آنکه قضاات پرونده، تحریک مردم به نسل‌زدایی از طریق رسانه را محقق و نیز از عوامل مشدده ذکر کردند لکن به «شغل» وی به طور خاص توجه نکردند؛ پس تشدید کیفر روگیو نه از باب «کارمند رسانه» بلکه از باب «تحریک به نسل‌زدایی از طریق رسانه» بود. می‌توان مورد اخیر را ایراد رأی دانست زیرا به هرحال وی، از قدرت و امکانات در اختیار داشته؛ در جهت نیل به مقاصد شوم استفاده کرده است

42. Dusko Tadic, ICTY, Judgement and sentence, Trial Chamber, 1997, 32.

43. Obed Ruzindana, ICTR, Judgement and sentence, 1999, 10.

44. Georges Ruggiu, ICTR, Judgement and Sentence. 2000, 12

45. Gregory Gordon

46. Susan Benesch, "The New Law of Incitement to Genocide: A Critique and a Proposal", dangerous speech, (April 2009), 2.

از این رو شایسته بود که سوء استفاده از جایگاه و منصب توسط روگیو نیز از جمله کیفیات مشدده برشمرده می‌شد.

در رابطه با نسل‌زدایی در میانمار نیز باید میان افرادی که از طریق فیس‌بوک تحریک به نسل‌زدایی کرده‌اند و دیگر محرکان نسل‌زدایی تفاوت قائل شد. زیرا تبعات و دایره تحریک از طریق رسانه‌ای مانند فیس‌بوک با میلیون‌ها کاربر به مراتب بیشتر از غیر آن است. همچنین مردم به خبرهای پخش شده از رسانه بیشتر اعتماد می‌کنند؛ بالأخص زمانی که مطالب و موضوعات از سوی افراد مورد وثوق مانند نظامیان منتشر شود. همچنین تحریک به نسل‌زدایی از طریق فیس‌بوک تلقی سوء استفاده از قدرت نیز می‌باشد. پس شایسته است، مراجع رسیدگی‌کننده به پرونده‌های جنایات بین‌المللی در میانمار هم تحریک به نسل‌زدایی از طریق رسانه و هم به سوء استفاده از قدرت به عنوان دو کیفیت مشدده مستقل نگاه کرده و آنها را در صدور رأی در نظر داشته باشند.

۴- ظرفیت‌سنجی حقوق کیفری بین‌الملل در تعیین مسؤلیت کیفری برای فیس‌بوک

پس از تبیین نقش فیس‌بوک در تحریک به نسل‌زدایی و نیز امکان وقوع جرم اخیر از طریق آن؛ این قسمت در پی پاسخ به این پرسش است که آیا می‌توان در حقوق کیفری بین‌الملل، برای رسانه‌ای مانند فیس‌بوک به واسطه نقش مؤثرشان در ارتکاب بزه تحریک به نسل‌زدایی در جنگ‌های داخلی میانمار، مسؤلیت کیفری در نظر گرفت یا خیر. به نظر می‌رسد پاسخ به این پرسش برخلاف ظاهرش آسان نیست و صرفاً در گرو پذیرش مسؤلیت کیفری اشخاص حقوقی خلاصه نمی‌شود؛ زیرا باید به این سؤال در پرتو اهداف مراجع رسیدگی‌کننده به پرونده‌های حقوق کیفری بین‌الملل پاسخ داد. پیش از پاسخ به پرسش اخیر باید در نظر داشت که شمار قابل توجهی از کشورهای دنیا، به دلیل نقش غیرقابل انکار اشخاص مذکور در دگرگونی‌ها و تغییرات اجتماعی، سیاسی، فرهنگی و اقتصادی و نیز مداخله گسترده در ارتکاب جرایم مختلف علیه اشخاص، اموال، امنیت و در نهایت عدم کارایی ضمانت‌اجراهای غیر کیفری در پیشگیری از این‌گونه وقایع، به سمت گسترش دامنه مسؤلیت کیفری به حوزه اشخاص حقوقی رفته و هویتی مستقل برای آنها قائل شده‌اند.^{۴۷} متعاقب آنچه ذکر شد، نقش رسانه‌ها به عنوان شخصیت

۴۷. محسن شریفی، «مسؤلیت کیفری اشخاص حقوقی در نظام کیفری ایران و فرانسه»، دوفصلنامه‌ی دیدگاه‌های حقوق قضایی ۷۵ و ۷۶ (۱۳۹۵)، ۸۱.

حقوقی در ارتکاب جرایم می‌تواند در اشکال مختلفی مانند مباشرت، مشارکت و معاونت به منصفه ظهور برسد. بر همین اساس، رسانه‌ها در قبال ضرر و زیان‌های وارده ناشی از پخش برنامه‌هایشان مسؤول هستند.^{۴۸}

برای نمونه بررسی قوانین مصوب جمهوری اسلامی ایران نیز مؤید این مطلب است که مقنن به عنوان قاعده‌ای عام که بی‌شک قابل تسری به رسانه نیز می‌باشد، مسؤولیت کیفری اشخاص حقوقی را پذیرفته است. نکته‌ای که در ماده «۲۰»^{۴۹} قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ بیان شده است. در ماده اخیر به صراحت به تفکیک مسؤولیت کیفری اشخاص حقیقی و حقوقی اشاره کرده است. بنابراین طبق مقرر اخیر، مجازات شخص حقیقی و یا حقوقی نافی مسؤولیت کیفری دیگری نیست. همچنین به غیر از مقرر مزبور، تدقیق در دیگر قوانین موضوعه حاکی از آن است که مقنن در برخی موارد برای مطبوعات که شکل خاصی از رسانه‌ها هستند، مقرراتی را وضع کرده است. مثبت ادعای اخیر ماده ۶ قانون مطبوعات ۱۳۶۴ است. در ماده اخیر اقدامات متعددی از سوی مقنن از جمله ایجاد اختلاف میان اقشار جامعه، به ویژه از طریق طرح مسائل نژادی و قومی و نیز تحریص و تشویق افراد و گروه‌ها به ارتکاب اعمالی علیه امنیت، حیثیت و منافع جمهوری اسلامی ایران در داخل یا خارج، مقرر در بند ۴ و ۵ ماده ممنوع اعلام شده است.

ماده ۲۵ قانون مطبوعات، از ماده ۶ گام را فراتر نهاده و مقرر کرده است: «هر کس به وسیله مطبوعات، مردم را صریحاً به ارتکاب جرم یا جنایتی بر ضد امنیت داخلی یا سیاست خارجی کشور که در قانون مجازات عمومی پیش‌بینی شده است، تحریص و تشویق نماید در صورتی که اثری بر آن مترتب شود، به مجازات معاونت همان جرم محکوم و در صورتی که اثری بر آن مترتب نشود، طبق نظر حاکم شرع بر اساس قانون تعزیرات با وی رفتار خواهد شد». ماده مزبور، تحریص و تشویق به ارتکاب جرم و یا جنایت بر ضد امنیت ملی و بین‌المللی را از مصادیق معاونت به حساب آورده است. البته به نظر می‌رسد

۴۸. سیدرضا هاشمی و علیرضا حسینی، «مسؤولیت مدنی رسانه‌ها»، مجله روابط عمومی ۷۳ (مهر ۱۳۸۹)، ۱۸.
۴۹. ماده ۲۰- در صورتی که شخص حقوقی بر اساس ماده (۱۴۳) این قانون مسؤول شناخته شود، با توجه به شدت جرم ارتكابی و نتایج زیان‌بار آن به یک تا دو مورد از موارد زیر محکوم می‌شود، این امر مانع از مجازات شخص حقیقی نیست:
الف- انحلال شخص حقوقی؛ ب- مصادره کل اموال؛ پ- ممنوعیت از یک یا چند فعالیت شغلی یا اجتماعی به طور دائم یا حداکثر برای مدت پنج سال؛ ت- ممنوعیت از دعوت عمومی برای افزایش سرمایه به طور دائم یا حداکثر برای مدت پنج سال؛ ث- ممنوعیت از اصدار برخی از اسناد تجاری حداکثر برای مدت پنج سال؛ ج- جزای نقدی؛ چ- انتشار حکم محکومیت به وسیله رسانه‌ها.

مقررات قانون مطبوعات صرفاً بر افرادی که به وسیله رسانه‌ها مرتکب جرم می‌شوند، اختصاص دارد و راجع به مسؤولیت شخص حقوقی ساکت است. دلیل این امر را می‌توان عدم توجه نظام‌های حقوقی به اشخاص حقوقی در زمان تصویب قانون دانست؛ خللی که قانون مجازات ۱۳۹۲ آن را رفع کرده است؛ بر این اساس مواد قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در رابطه با مسؤولیت شخص حقوقی مکمل مواد قانون مطبوعات ۱۳۶۴ است.

به غیر از قوانین داخلی، ترتب مسؤولیت کیفری بر رسانه‌ها در دهه‌های اخیر در سطح بین‌المللی نیز به چشم می‌خورد. باور به مسؤولیت کیفری رسانه‌ها بیشتر ریشه در تجربه جامعه بین‌الملل به نقش آنها در وقوع جنایات گوناگون در طول سده اخیر بازمی‌گردد. برای مثال دادگاه «بردانین»^{۵۰} تبلیغات رسانه‌ای را به عنوان عامل اصلی درگیری در بالکان تعیین کرد و بر این باور بود که قبل از وقوع درگیری مسلحانه، «حزب سوسیال‌دموکرات صربستان»^{۵۱} در رسانه‌ها اقدام به اجرای یک جنگ تبلیغاتی کرد که با تأثیر فاجعه‌آمیز بر تمام اقوام، باعث ایجاد ترس و نفرت متقابل و به ویژه تحریک جمعیت صرب بوسنیایی علیه سایر قومیت‌ها شد؛ لذا در مدت زمانی اندک، شهروندانی که قبلاً در کنار هم زندگی مسالمت‌آمیزی داشته به دشمن یکدیگر تبدیل شدند.^{۵۲} مجمع عمومی سازمان ملل متحد در سال ۱۹۴۷ قطعنامه شماره ۱۱۰(۱۱) به نام «اقداماتی علیه تبلیغات و محرک‌های جنگ جدید»^{۵۳} را به تصویب رساند. در قطعنامه اخیر، در تمامی کشورهای دنیا، هر شکلی از تبلیغات که تهدیدکننده صلح بین‌المللی بوده و یا آن را به خطر انداخته و تحریک به جنگ و تجاوز نماید، ممنوع شده است. با این حال، تاکنون تعریفی از «تبلیغات» که مورد موافقت اعضای جامعه بین‌الملل قرار گیرد، ارائه نشده است.^{۵۴} تصویب قطعنامه‌هایی از این دست، ناشی از درک جامعه بین‌الملل از قدرت تبلیغات رسانه‌ای است. باور به این قدرت تا جایی پیش رفته است که از چند دهه پیش مارشال مک‌لوهان^{۵۵} پیش‌بینی کرده است که منشأ جنگ‌های آینده با تسلیحات نظامی نخواهند بود، بلکه سرچشمه آنها، القای تصورات مختلف به مردم جهان است

50. Brđanin

51. SDS)Serbian Democratic Party(

52. Wilson, op.cit., 279

53. United Nations General Assembly Resolution no. 110 (11) / 1947. (Measures to be taken against propaganda and inciters of new War(

۵۴. وحیده ترمزی نژاد و بابک ایرتاج، «مسؤولیت مدنی رسانه‌های تصویری «نسبت به پخش برنامه‌های برون‌مرزی»، مجله مطالعات رسانه‌ای (۱)۷ (بهار ۱۳۹۱)، ۹۹.

55. Marshall McLuhan

که رسانه‌های جمعی آنها را بر عهده دارند.^{۵۶}

در رابطه با فیس‌بوک افراد رسمی مختلفی باور به نقش این رسانه در وقوع جنایات گوناگون از جمله تحریک به نسل‌زدایی در جنگ داخلی میانمار دارند. حتی در این رابطه مدیران فیس‌بوک با پذیرش قصور و سهل‌انگاری خویش در رابطه با مقابله با خشونت‌ها و نفرت‌های منتشر شده در فضای مجازی، ضمن معذرت‌خواهی، وعده حل مشکلات را داده‌اند.^{۵۷} بر این اساس فیس‌بوک صدها حساب و صفحه مرتبط با ارتش میانمار که موجب افزایش خشونت و تحریک به نسل‌زدایی شدند را حذف کرده است.^{۵۸} با این حال، باید در نظر داشت فیس‌بوک، به خواست جامعه مدنی میانمار مبنی بر گسترش نظارت بر حساب‌های مختلف جهت جلوگیری از نفرت‌پراکنی در سال‌های ۲۰۱۶ و ۲۰۱۷ میلادی بی‌توجهی کرد و در سال ۲۰۱۸ میلادی پس از ارتکاب ویرانی‌ها و نیز کشتار مردم، کنترل خود را بر محتواهای منتشرشده بیشتر کرد، لذا در اوایل هیچ مکانیسم نظارتی و هشداردهنده‌ای در فیس‌بوک برای مقابله با این موضوع وجود نداشت.^{۵۹}

در این زمینه، «یانگی لی^{۶۰}» یکی از کارشناسان ارشد سازمان ملل متحد در روهینگیا اعلام کرد: «من می‌ترسم که فیس‌بوک در مواجهه با مسلمانان روهینگیا تبدیل به یک جانور درنده شود و از هدف اصلی که برای آن در نظر گرفته شده است به طور کامل دور شود». البته مدیران فیس‌بوک، هرگونه اتهام نسبت به عمدی بودن مشارکت در نسل‌زدایی و جنایات مشابه را رد کرده و آن را نوعی غفلت دانسته‌اند. این شرکت آمریکایی برای اثبات حسن نیت خود به غیر از حذف حساب‌های کاربری خشونت‌زا، بازرسان ویژه خود را به میانمار فرستاده است تا علاوه بر اقدامات مجازی، به صورت عملی وارد میدان شده و از وقوع مشکلات بیشتر پیشگیری کنند.

به غیر از این، افراد و نهادهای دیگر نیز به نقش فیس‌بوک در موضوع مورد بحث واقف هستند. برای نمونه، سازمان ملل متحد، توجّه مسؤولیت به فیس‌بوک در رابطه با نفرت‌پراکنی در سطح جامعه میانمار

۵۶. محمد سلطانی فر، «حقوق بین‌الملل، رسانه‌ها، صلح و امنیت بین‌المللی»، دانشنامه حقوق و سیاست ۱۸ (۱۳۹۱)، ۶۵.

۵۷. انتخاب، پیشین.

58. Nyi Nyi Kyaw, "Facebooking in Myanmar: From Hate Speech to Fake News to Partisan Political Communication", *Iseas Yusof Ishak Institute* 36 (2019), 2

59. Jenny Domino, "Crime as Cognitive Constraint: Facebook's Role in Myanmar's Incitement Landscape and the Promise of International Tort Liability", 52 *Case W. Res. J. Int'l L.* 143 (2020), 183

60. Yangyi Lee

را امری مسلم و بدیهی می‌داند.^{۶۱} همان‌طور که چندی پیش، «مارزوک‌کی داروسمان»^{۶۲} مدیر حقیقت‌یاب سازمان ملل در میانمار اعلام کرد که شبکه اجتماعی فیس‌بوک «نقش تعیین‌کننده» در بحران این کشور و رویدادهای مختلف آن دارد. به اعتقاد وی فیس‌بوک به عنوان یک شبکه مجازی اینترنتی باعث شده است که صدها هزار مسلمان روهینگیایی وطن خود را ترک کنند تا با پناهندگی در کشور همسایه زنده بمانند. همچنین این شبکه مجازی به میزان قابل ملاحظه‌ای روی افزایش تعقیب و اذیت و آزار و شلعه‌ور شدن آتش خشم، نفرت و درگیری تأثیر سوء گذاشته است. از نظر وی نفرت‌پراکنی از طریق سخنرانی، فیلم، عکس و غیره از جمله اتفاقاتی بوده که فیس‌بوک مرتکب آن شده است. به غیر از او، «روبرت هویش»^{۶۳} و «پاتریک بالازو»^{۶۴} محققان دانشگاه «دالھویس»^{۶۵} کانادا که با سازمان ملل همکاری‌های نزدیک دارند، تأثیر فیس‌بوک در گسترش و تشدید اغتشاشات میانمار را به مثابه یک ویروس مخرب تشبیه کرده‌اند. از نظر ایشان این ویروس قدرتمند، مخاطبین را نسبت به مسلمانان روهینگی‌ها دچار نفرت می‌کند. از دیدگاه ایشان، محتوای ضد روهینگیایی به صورت کاملاً سیستماتیک و مدیریت شده و در اشکال مختلف مانند تصویر، متن، اخبار جعلی و مانند اینها انتشار می‌یابد. همچنین مشاهده شده است که به صورت بر خط (آنلاین) کشتار مسلمانان در برخی از حساب‌های فیس‌بوکی جشن گرفته می‌شود.^{۶۶} این شرایط نشان می‌دهد که می‌توان برای فیس‌بوک به مثابه یک شخصیت حقوقی در جنایات محقق‌شده قائل به مسؤلیت بود لذا باید به طور مستقل و کامل مورد بررسی قرار بگیرد؛ زیرا محتوای نمایش‌یافته در آنجا به تبعیض و خشونت در دنیای واقعی منجر شده است.^{۶۷}

با این حال؛ با آنکه، طبق مطالب فوق، نقش شرکت فیس‌بوک در نسل‌زدایی میانمار حداقل در قالب سهل‌انگاری و اهمال محرز است اما با استناد به مفاد موجود، تعیین مسؤلیت کیفری برای فیس‌بوک به مثابه یک شخصیت حقوقی در مراجع کیفری بین‌المللی محل تردید می‌باشد. همان‌طور که مطالعه پرونده روگیو و دیگر پرونده‌های مشابه، مؤید سخن اخیر است. در آرای پرونده روگیو و پرونده‌های مشابه مانند «رسانه»، مجازاتی برای رادیو تلویزیون آزاد میل کولین دیده نمی‌شود؛ با آنکه، قضات پرونده و

۶۱. لطفی، پیشین.

62. Marzuki Darusman

63. Robert Huish

64. Patrick Balazo

65. Dalhousie

۶۶. لطفی، پیشین.

67. Human Rights Council, Rep. of the Indep. Int'l Fact-Finding Mission on Myan., U.N. Doc. A/HRC/39/64, (2018) [hereinafter Report]. § 74

نیز دادستان به نقش پررنگ و غیرقابل انکار ایستگاه رادیویی مزبور در وقوع جنایات بین‌المللی چون تحریک به نسل‌زدایی باور داشته‌اند.^{۶۸} عدم تعیین مسؤلیت کیفری برای رادیو و تلویزیون آزاد میل کولین علی‌حده از سیاست‌سازان آن در راستای اغراض مراجع رسیدگی‌کننده کیفری در سطح بین‌الملل است زیرا هدف این مراجع بررسی مسؤلیت کیفری و تعیین مجازات برای افراد حقیقی است نه اشخاص حقوقی، گروه‌ها و دولت‌ها؛ لذا اقدام عامدانه و هوشمندانه کاملاً مطابق با سیاست‌های دیوان کیفری بین‌المللی رواندا بود. همان‌طور که ماده ۶ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی رواندا و نیز ماده ۲۵ اساسنامه دیوان دائمی کیفری بین‌المللی بر مسؤلیت کیفری فردی تأکید دارند. البته باید توجه داشت، همان‌طور که در بند نخست ماده ۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی رواندا و ماده ۸۰ دیوان دائمی کیفری بین‌المللی اشاره کرده است؛ عدم رسیدگی دیوان کیفری بین‌المللی رواندا به مسؤلیت کیفری ایستگاه رادیویی مشا‌زالیه به هیچ عنوان نافی اختیار دادگاه‌های داخلی نیست. از این‌رو در صورت عدم رسیدگی دیوان به مسؤلیت کیفری اشخاص حقوقی، دادگاه‌های داخلی، اختیار تعیین مجازات برای اشخاص مذکور را دارند.

نتیجه‌گیری

طبق یافته‌های پژوهش، امکان تحقق دو قید «مستقیم» و «آشکارا» که از عناصر مقوم جرم تحریک به نسل‌زدایی هستند، به وسیله رسانه از جمله رادیو، تلویزیون، فیس‌بوک و غیره وجود دارد. مثبت ادعای پیشین، التفات در ویژگی‌های منحصر به فرد رسانه است. برای مثال سخنرانی از طریق حساب کاربری در فیس‌بوک، به همان اندازه‌ای مستقیم است که فرد با حضور فیزیکی و ایراد سخنرانی در میان خیل عظیمی از جمعیت، آنها را تحریک به ارتکاب نسل‌زدایی کند. همچنان‌که بارگذاری فیلم‌ها و تصاویر در یک حساب فیس‌بوک در جهت تحریک به نسل‌زدایی افراد می‌تواند همان‌قدر مستقیم باشد که مرتکب با حضور در بین افراد آنها را مستقیماً تحریک به آن جرم کند. لذا همان‌طور که دیوان کیفری بین‌المللی در پرونده آکایسو اشاره می‌دارد؛ وسیله تحریک به نسل‌زدایی از اهمیتی برخوردار نیست بلکه مهم تحقق دو قید اخیر است که می‌تواند به هر شکلی صورت پذیرد. در رابطه با نقش فیس‌بوک در تحریک به نسل‌زدایی باید به این نکته توجه داشت که نمی‌توان با یک برداشت ساده‌انگارانه و سطحی، صرفاً با یک نگاه یک‌سویه رسانه را مؤثر بر افکار عمومی دانست. به بیان دیگر، در توجه به نقش فیس‌بوک در تحقق

68. Ruggiu, op.cit., 35

بزه یاد شده باید قائل به یک تعامل بین رسانه و شهروندان بود. یعنی آنکه نمی‌توان از خشونت‌خواهی بودایی‌ها در میانمار که نقش اساسی در جهت‌دهی به رسانه‌ها در پوشش و بازنمایی اخبار داشتند، به سادگی عبور کرد؛ زیرا اگر آنها انگیزه و یا میلی برای ایجاد تنش و درگیری نداشتند، به یقین رسانه‌ها اخبار مرتبط را به گونه‌ای دیگر پوشش می‌دادند. پس رژیم مصرف رسانه‌ای شهروندان نقش بسزایی در تعیین آنچه رسانه‌ها پوشش می‌دهند، دارد.

دو مسأله در رابطه با نقش فیس‌بوک در تحریک به بزه نسل‌زدایی حائز اهمیت است؛ نخست، لزوم تشدید مسؤولیت کیفری افرادی که از طریق فیس‌بوک مرتکب بزه تحریک به نسل‌زدایی شده‌اند. مدعای سخن پیشین اعتماد عمومی به رسانه‌ها و اخبار منتشره از آنهاست؛ مخصوصاً زمانی که به مانند جنگ داخلی میانمار، این اطلاعات از سوی افراد وابسته به حکومت منتشر شود. مسأله مزبور در رأی دیوان کیفری بین‌المللی رواندا در پرونده روگیو از جمله کیفیات مشدده ذکر شده است. البته نکته مغفول مانده در نگاه قضات دیوان، عدم التفات در شغل روگیو بود. به دیگر سخن قضات دیوان با روگیو به مانند یک هوتوی متعصب که اتفاقاً از اصحاب رسانه نیز بوده است، برخورد کردند نه آنکه وی را یک هوتوی صاحب قدرت (کارمند رسانه) که از مقام و جایگاه خود سوء استفاده کرده است، به حساب آورند. ایرادی که امید است در هنگام صدور احکام پرونده‌های جنگ داخلی میانمار توسط مراجع کیفری بین‌المللی مرتفع شود؛ دومین مورد؛ عدم امکان تعیین مسؤولیت کیفری با استناد به قوانین و مقررات موجود برای «فیس‌بوک» است. همان‌طور که دیوان کیفری بین‌المللی رواندا مجازاتی برای ایستگاه رادیویی «راديو تلویزیون آزاد میل کولین» علی‌حده از سیاست‌سازان آن تعیین نکرد. دلیل این مسأله را باید در مهم‌ترین هدف مراجع کیفری بین‌المللی یعنی محاکمه افراد حقیقی دانست. با این حال با استناد به مفاد اساسنامه دیوان‌های کیفری بین‌المللی، عدم وضع مسؤولیت کیفری برای اشخاص حقوقی مانع از محاکمه آنها توسط محاکم داخلی نیست.

فهرست منابع

- الف) منابع فارسی
- آدمی، علی و نکویی، سیداحمد. «نقش و جایگاه رسانه در راهبرد گروه‌های سلفی جهادی و تأثیر آن بر خاورمیانه». مجله مطالعات رسانه‌های نوین ۴(۱۳)(۱۳۹۷): ۲۹۳-۳۲۵.
- آذربخش، سید علی محمد. درآمدی بر نقش رسانه‌ها در جریان‌سازی. قم: مرکز پژوهش‌های اسلامی صداوسیما، ۱۳۹۲.
- انتخاب. «فیسبک ارتش میانمار را خلع سلاح کرد / مسدودی صدها صفحه نظامی و دولتی که علیه مردم «روهینگیا» فعالیت می‌کردند»، پایگاه خبری تحلیلی انتخاب، در دسترس در تاریخ ۲۸، آذر، ۱۳۹۷ به نشانی: <https://www.entekhab.ir/fa/news/447399/>
- برزرگ‌زاده، عباس و خدارحم محمدپور. «اصول و مبنای حاکم بر تبلیغات رسانه‌ای از منظر حقوق بین‌الملل». فصلنامه تازه‌های حقوقی و مجله حقوقی (۱۱)(۱۳۹۵): ۱-۱۶.
- ترزومی‌نژاد، وحیده و بابک ایرانتاج. «مسئولیت مدنی رسانه‌های تصویری «نسبت به پخش برنامه‌های برون‌مرزی»». مجله مطالعات رسانه‌ای (۱۷)(بهار ۱۳۹۱): ۱۰۵-۱۱۳.
- مک کویبل، دنیس. درآمدی بر نظریه ارتباطات جمعی، ترجمه پرویز اجلالی. تهران، دفتر مطالعات و توسعه رسانه‌ها، ۱۳۸۵.
- رضوی‌فرد، بهزاد. «کیفیات مشدده در فرآیند کیفردهی جنایات بین‌المللی». فصلنامه پژوهش حقوق کیفری (۶)(۱۳۹۳): ۶۹-۸۹.
- زابلی‌زاده، اردشیر. جنگ روایت‌ها. تهران، مرکز تحقیقات صدا و سیما جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۹۳.
- سادات، احمد. «تعامل کانال تلویزیونی العالم با مخاطبان از طریق فیس‌بوک». مجله مطالعات رسانه‌های نوین (۶)(۱۳۹۵): ۲۵-۵۶.
- سلطانی‌فر، محمد. «حقوق بین‌الملل، رسانه‌ها، صلح و امنیت بین‌المللی». دانشنامه حقوق و سیاست ۱۸ (۱۳۹۱): ۶۱-۸۰.
- شریفی، محسن. «مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در نظام کیفری ایران و فرانسه». دوفصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی ۷۵ و ۷۶ (۱۳۹۵)، ۸۱-۱۱۶.
- صلواتیان، سیاوش، مصیب علی اکبر زاده آرانی و عباس ناصری‌طاهری. «مطالعه تطبیقی عملکرد رسانه‌های جمعی در جریان‌سازی رسانه‌های اجتماعی از خبر فوت مرتضی پاشایی». مجله مطالعات رسانه‌های نوین (۱۵)(۱۳۹۷): ۱۷۵-۲۱۲.
- فاضلی، نعمت‌الله، محمد سلطانی‌فر و حجت‌الله عباسی. «مزیت‌ها و کارکردهای شبکه‌های اجتماعی برای گروه‌های تروریستی (مطالعه موردی: استفاده گروه داعش از توئیتر و فیس‌بوک)». مجله مطالعات رسانه‌های نوین (۱۲)(۱۳۹۶): ۱-۲۹.
- کریمی، کیانوش و جلال غفاری‌قدیر. «مدل تأثیرگذاری بر افکار عمومی در فضای مجازی به کمک قابلیت‌های بازی‌وارسازی». مجله مطالعات رسانه‌های نوین (۱۷)(۱۳۹۸): ۱۳۷-۱۷۲.
- لطفی، میثم. «سازمان ملل با بررسی‌های خود اعلام کرد: فیس‌بوک مهم‌ترین عامل نسل‌زدایی مسلمانان میانمار»، تارنمای خبری ایران‌آنلاین، در دسترس در تاریخ ۲۴، اسفند، ۱۳۹۶ به نشانی <http://www.ion.ir/news/338685/>.
- لیتل جان، استیفن. نظریه‌های ارتباطات. ترجمه مرتضی نوربخش و سیداکبر میرحسینی. تهران، جنگل، ۱۳۸۴.

- نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین و سیدمهدی سیدزاده ثانی. «رژیم بین‌المللی هراس اخلاقی: نقش رسانه». مجله تحقیقات حقوقی ۸ (۱۳۹۱): ۱۳۷-۱۷۶.

- هاشمی، سیدرضا و علیرضا حسینی. «مسئولیت مدنی رسانه‌ها». مجله روابط عمومی ۷۳ (۱۳۸۹): ۱۸-۲۵.
(ب) منابع خارجی

- Benesch, Susan. "The New Law of Incitement to Genocide: A Critique and a Proposal", *dangerous speech*, (April 2009): 1- 10.
 - Domino, Jenny. "Crime as Cognitive Constraint: Facebook's Role in Myanmar's Incitement Landscape and the Promise of International Tort Liability", 52 *Case W. Res. J. Int'l L.* 143 (2020).
 - Forum-Asia. "Pervasive Hate Speech and the Role of Facebook in Myanmar", 2020, <https://www.forum-asia.org/uploads/wp/2020/11/Pervasive-Hate-Speech-and-the-Role-of-Facebook-in-Myanmar.pdf>
 - Green, Penny. MacManus, Thomas and de la Cour Venning, Alicia. *Countdown to annihilation: Genocide in Myanmar*. London: International State Crime Initiative, 2015.
 - Greer, Chris. *Crime and Media: Understanding the Connections, Criminology*. 3rd edition. Oxford: Oxford University Press, 2013.
 - Lee, Ronan. (2019). "Extreme Speech in Myanmar: The Role of State Media in the Rohingya Forced Migration Crisis". *International Journal of Communication* 13 (2019): 3203- 3224.
 - Mendel, Toby. Study on International Standards Relating to Incitement to Genocide or Racial Hatred, For the UN Special Advisor on the Prevention of Genocide, April 2006.
 - Mozur, Paul. A Genocide Incited on Facebook, With Posts from Myanmar's military, *Nytimes*, 15, October, 2018, <https://www.nytimes.com/2018/10/15/technology/myanmar-facebook-genocide.html>.
 - Kyaw, Nyi Nyi. (2019). "Facebooking in Myanmar: From Hate Speech to Fake News to Partisan Political Communication", *Iseas Yusof Ishak Institute* 36(2019): 1-10.
 - Stecklow, Steve. Why Facebook is losing the war on hate speech in Myanmar, *Reuters*, 15, August, 2018, <https://www.reuters.com/investigates/special-report/myanmar-facebook-hate>.
 - Verwimp, Philip. "Machetes and Firearms: the Organisation of Massacres in Rwanda." *Journal of Peace Research* 43(1) (2006): 5-22.
 - Wilson, Richard A. "Inciting Genocide with Words." *Michigan Journal of International Law* 36(2) (2015): 227- 320.
 - Yue, Neriah. "The "Weaponization" of Facebook in Myanmar: A Case for Corporate Criminal Liability". *Hastings Law Journal* 71(3)(2020): 813-844.
- Cases:
- Akayesu, Jean Paul. ICTR, Judgement and Sentence, 1998.
 - Ruggiu, Georges. ICTR, Judgement and Sentence. 2000.
 - Ruzindana, Obed. ICTR, Jugement and sentence, 1999.
 - Tadic, Dusko. ICTY, Jugement and sentence, Trial Chamber, 1997.

The Feasibility of Committing War Crimes and Against Humanity by Peacekeepers in The Framework of The Rome Statute

*Reza Ahadi*¹, Mahdi Hatami²*

1. M.A. in Criminal Law and Criminology, Faculty of Humanities and Social Sciences, University of Kurdistan, Sanandaj, Iran.

*. **Corresponding Author:** Email: rezaahadi8686@gmail.com

2. Associate Professor, Department of Law, Faculty of Humanities and Social Sciences, University of Kurdistan, Sanandaj, Iran.

Email: hatamilaw@uok.ac.ir



S.D.I.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



Publisher:
Shahr-e- Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:
Original Research

DOI:
10.48300/JLR.2022.145225

Received:
13 April 2020

Accepted:
23 June 2021

Published:
10 June 2023



ABSTRACT

Given the growing approval of peacekeeping operations by the UN Security Council and the possibility of war crimes and crimes against humanity by peacekeepers in the area under operation, it is imperative that these forces be criminally accountable for their actions during their mission. In fact, the importance of accountability of these forces for committing these crimes has attracted the attention of the media and the international press. Therefore, given the limitations of competence and the lack of a proper mechanism for prosecuting UN peacekeepers in the United Nations, the prosecution of these forces in the host government, the sender or the third government faces obstacles. In legal writings, the possibility of prosecuting peacekeepers in the International Criminal Court has been less considered. This article seeks to answer the question of whether

Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



such a prosecution is possible under international criminal law. The failure of governments to prosecute the criminal behavior of peacekeepers shows that an independent international tribunal is needed. If the conditions for committing a crime exist and the interested governments do not want or cannot prosecute the accused and the crimes committed, the peacekeepers can be prosecuted by the International Criminal Court for war crimes and crimes against humanity.

Keywords: International Criminal Court, War Crimes, Crimes Against Humanity, Peacekeeping Forces, Rome Statute.

Funding: The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Author contributions:

Reza Ahadi: Conceptualization Methodology, Software, Validation, Formal analysis, Investigation, Resources, Data Curation, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing, Visualization, Supervision, Project administration, Funding acquisition.

Mehdi Hatami: Writing - Review & Editing, Visualization, Supervision, Project administration, Validation, Formal analysis, Investigation, Resources, Data Curation, Conceptualization, Methodology.

Competing interests: The authors declare that they have no competing interests.

Citation:

Ahadi, Reza & Mahdi Hatami. "The Feasibility of Committing War Crimes and Against Humanity by Peacekeepers in The Framework of The Rome Statute" *Journal of Legal Research* 22, no. 53 (June 10, 2023): 305-330.

Extended Abstract

Considering the increasing prescription of peacekeeping operations in the procedure of the United Nations Security Council and the possibility of war crimes and crimes against humanity by the peacekeeping forces in the territory under operation, it is necessary that the aforementioned forces be held criminally accountable for their actions while carrying out their mission. So that the need to answer the peacekeeping forces due to the commission of international crimes during their mission is so much that one of the main headlines of the news and information related to these forces has been assigned to it. There is no mechanism in the United Nations to prosecute the said forces. In fact, the importance of holding these forces accountable for committing the aforementioned crimes has attracted the attention of the international media and press. Therefore, due to the jurisdictional limitations and the lack of provision of a suitable mechanism for the criminal prosecution of peacekeeping forces in the United Nations, the prosecution of these forces in the host, sending or third countries faces obstacles. Among the crimes that may be committed by peacekeeping forces are war crimes and crimes against humanity, but in order to attribute these crimes to such people, there must be necessary conditions. Therefore, there are two basic elements in crimes against humanity, which must be proven along with other specific elements of crimes, and the special elements under discussion are, in fact, related to the prison where the crimes are committed, and unlike war crimes, communication It is not required with armed conflict. The first basic element of crimes against humanity is that the crime is committed as part of a large and organized targeted attack against a civilian population. An organized attack is an attack that has an organized nature of violent acts and the random occurrence of those acts is improbable, which indicates patterns of crimes in the sense of non-random repetition of similar criminal behavior, based on a coherent routine, and is only an attack which should be extensive and organized. Although the accused's criminal behavior may be a single action or a few actions that occur in the context of an attack against a civilian population, and it cannot be isolated, limited or random, and the target civilian population must also be known. The second important and prominent element related to crimes against humanity is that the relevant perpetrator knew or intended that such behavior is part of a widespread or organized attack against a civilian population. In order to fulfill the psychological element of crimes against humanity, in addition to the necessity of having the intention to commit one of the crimes specified in the statute or at least the perpetrator's indifference towards creating such a result, it is also necessary to prove his

knowledge towards a civilian population. Regarding war crime, it should be said that war crime is a violation of international humanitarian law. In fact, this crime is part of international crimes as a criminal phenomenon. However, the definition of war crime does not have a long history and was used vaguely for the first time in the Hague Convention in 1977 regarding the laws and customs of war. But the commission of this crime is also subject to conditions so that it can be described as criminal. First, the crimes committed by the peacekeeping personnel may be considered separate events and at the same time, they are placed in a wider context and are committed as part of a mission on a large scale of war crimes. Secondly, in order for a behavior to be described as a war crime, it must be related to an armed conflict and the relevant perpetrator must commit the crime in the context of an armed conflict and be aware of the existence of such a conflict. Second, the war crime perpetrator must be aware of the existence of an armed conflict. Knowledge also requires the existence of a simple armed conflict, and the relevant perpetrator does not need any knowledge of this category of armed conflicts (international or non-international) or the conditions for creating any kind of armed conflicts. Of course, in this regard, despite the importance of this issue, in legal writings, the issue of the possibility of prosecuting peacekeeping forces in the International Criminal Court has been rarely considered. This article seeks to answer the question of whether such a prosecution is possible according to international criminal law or not. The failure of governments to prosecute the criminal behavior of peacekeeping forces shows that the existence of an independent international court is necessary for this. Therefore, criminal and criminal behavior by the personnel of the mission can affect international peace and security due to the dangerous and incorrect mission. This issue shows the importance and guarantee of accountability for such behavior, which considers the International Criminal Court as a suitable court for prosecuting peacekeeping personnel by committing international crimes and if the conditions If a crime has been committed and the concerned governments are unwilling or unable to prosecute the accused and the crimes committed, the peacekeeping personnel can be prosecuted by the International Criminal Court for war crimes and crimes against humanity.

امکان‌سنجی ارتکاب جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت توسط نیروهای حافظ صلح در چهارچوب اساسنامه رم

رضا احدی^{۱*}، مهدی حاتمی^۲

۱. کارشناسی ارشد حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده علوم انسانی و اجتماعی، دانشگاه کردستان، سنندج، ایران.

* نویسنده مسئول: Email: rezaahadi8686@gmail.com

۲. دانشیار، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی و اجتماعی، دانشگاه کردستان، سنندج، ایران.

Email: hatamilaw@uok.ac.ir

چکیده:

نظر به تجویز روزافزون عملیات حفظ صلح در رویه شورای امنیت ملل متحد و امکان رخداد جنایات جنگی و جرایم علیه بشریت توسط نیروهای حافظ صلح در قلمرو تحت عملیات، ضرورت دارد که نیروهای مزبور به لحاظ کیفری پاسخگوی اعمال خود در خلال انجام مأموریت خود باشند. در واقع، اهمیت پاسخگویی این نیروها به خاطر ارتکاب جرایم موصوف، توجه رسانه‌ها و مطبوعات بین‌المللی را به خود جلب نموده است. لذا با عنایت به محدودیت‌های صلاحیتی و عدم پیش‌بینی سازگار مناسب جهت تعقیب کیفری نیروهای حافظ صلح در سازمان ملل متحد، تعقیب این نیروها در دولت میزبان، فرستنده و یا دولت ثالث با موانعی روبه‌رو است. در نوشته‌های حقوقی، امکان پیگرد نیروهای حافظ صلح در دیوان کیفری بین‌المللی، کمتر مورد امان نظر قرار گرفته است. این مقاله به دنبال پاسخ به این پرسش است که آیا به موجب حقوق کیفری بین‌المللی، امکان چنین پیگردی وجود دارد یا نه؟ به عهده نگرفتن عملیات تعقیب توسط دولت‌ها

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند یا دسترسی آزاد هستند، مقالات تحت شرایط مجوز Creative Commons Attribution-Non-Commercial License 4.0 منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



پژوهش‌کده حقوق



نوع مقاله:

پژوهشی

DOI:

10.48300/JLR.2022.145225

تاریخ دریافت:

۲۵ فروردین ۱۳۹۹

تاریخ پذیرش:

۳ تیر ۱۳۹۹

تاریخ انتشار:

۲۰ خرداد ۱۴۰۲



نسبت به رفتارهای مجرمانه نیروهای حافظ صلح نشان می‌دهد که وجود یک دادگاه مستقل بین‌المللی برای این امر لازم است. در صورتی که شرایط ارتکاب جرم و جنایت موجود باشد و دولت‌های ذی‌نفع، نخواهند یا نتوانند متهمان و جرایم ارتكابی را تعقیب و رسیدگی نمایند، پرسنل حافظ صلح می‌تواند به خاطر جنایات جنگی و جنایت علیه بشریت توسط دیوان کیفری بین‌المللی تحت تعقیب قرار گیرند.

کلیدواژه‌ها:

دیوان کیفری بین‌المللی، جنایات جنگی، جنایات علیه بشریت، نیروهای حافظ صلح، اساسنامه رم.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان:

رضا احدی: مفهوم‌سازی، روش‌شناسی، استفاده از نرم‌افزار، اعتبارسنجی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش، تصویرسازی، نظارت، مدیریت پروژه، جذب بودجه. مهدی حاتمی: مفهوم‌سازی، روش‌شناسی، اعتبارسنجی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - بررسی و ویرایش، تصویرسازی، نظارت، مدیریت پروژه.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

احدی، رضا و مهدی حاتمی «امکان‌سنجی ارتکاب جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت توسط نیروهای حافظ صلح در چهارچوب اساسنامه رم». *مجله پژوهش‌های حقوقی* ۲۲، ش. ۵۳ (۲۰ خرداد ۱۴۰۲): ۳۰۵-۳۳۰.

مقدمه

ضرورت پاسخگویی نیروهای حافظ صلح به دلیل ارتکاب جنایات بین‌المللی در خلال مدت مأموریتشان به اندازه‌ای است که یکی از عناوین اصلی اخبار و اطلاعات مربوط به این نیروها را به خود اختصاص داده است. در سازمان ملل متحد سازکاری جهت پیگرد کیفری نیروهای مزبور وجود ندارد؛ بنابراین، پیگرد این نیروها به دولت میزبان، دولت فرستنده نیروها یا دولت ثالث واگذار شده است. در این رابطه مجمع عمومی، دولت‌ها را به تصویب قوانین مربوطه و اعمال صلاحیت کیفری خود، تشویق نموده است. در یادداشت‌های تفاهم منعقد شده میان دولت تأمین‌کننده نیروها با سازمان ملل به صراحت صلاحیت انحصاری دولت اخیرالذکر در تعقیب جنایات نیروهای خودشان مورد تصدیق و موافقت قرار گرفته است. در واقع، صلاحیت داخلی باید اولین گزینه جهت پیگرد قانونی هرگونه جنایات ارتكابی توسط نیروهای حافظ صلح باشد. صلاحیت مزبور، مشروط به وجود قوانین ماهوی و شکلی جهت تحت پوشش قرار دادن وضعیت‌های فوق‌الذکر است. باین‌حال، هیچ دولتی ابزار مناسب جهت تعقیب نیروهای فوق را ندارد و اینکه تا به حال چنین اقدام عملی توسط کشورها اتخاذ نشده است. در این رابطه پرونده‌های معدودی تشکیل شده‌اند که به عنوان نمونه می‌توان به پرونده‌های نُه متهم تحت تعقیب کانادایی به دلیل شکنجه و قتل یک دختر سومالیایی و پرونده R ایالات متحده آمریکا به جرم تجاوز و قتل یک دختر ده‌ساله در کوزوو^۱ را نام برد. با وجود این، با توجه به آمار سازمان ملل متحد و سازمان‌های مردم‌نهاد، تعداد جرایم ارتكابی توسط این نیروها به مراتب بیشتر از پرونده‌های فوق‌الذکر است. به عنوان نمونه سازمان‌های مردم‌نهاد، مواردی بسیار از جرایمی مانند قاچاق انسان و برده‌داری جنسی دختران را مطرح کرده‌اند. گزارش دبیرکل در مورد استثمار و سوءاستفاده جنسی نشان می‌دهد که ارتکاب جرم تجاوز به عنف، تجاوز جنسی و رابطه جنسی با افراد زیر سن قانونی در سال ۲۰۰۶ به اوج خود یعنی ۳۵۷ مورد رسیده است و هنوز هم ۸۵ اتهام در سال ۲۰۱۰ وجود دارد. در راستای پیگرد متهمان پرونده‌های مزبور، سازمان ملل، آنها را به دولت‌های ذی‌ربط داده است که تاکنون فقط چند کشور به مراجعات پاسخ داده و به ندرت تمهیدات انضباطی در این خصوص اتخاذ شده است. با توجه به عدم شفافیت گزارش‌های ارائه شده از جانب سازمان ملل و عدم تمایل سازمان جهت ارائه تمام جزئیات مربوط به اتهامات نیروهای حافظ صلح، پیگرد این قضایا با مشکل جدی روبه‌رو است. در مورد جنایات ارتكابی توسط پرسنل حافظ صلح در حوزه قضایی کشور میزبان (به عنوان مثال کارکنان غیرنظامی سازمان ملل متحد) معمولاً برای

1. Kosovo

کشور میزبان انجام تحقیق و تعقیب قضایی امکان‌پذیر نمی‌باشد. مأموریت‌های حفظ صلح در فضای درگیری‌های مسلحانه یا پس از آن در بعضی از مناطق و کشورها صورت می‌پذیرد که در آن هیچ حکومت یا قانونی وجود ندارد و ساختار نظم و قانون سقوط کرده است. با توجه به این تقیصه، در عمل تمایل یا توانایی دولت میزبان قابلیت خود را از دست می‌دهد و بایستی به دنبال محکمهٔ دیگر جهت پیگرد این نیروها بود. دیوان کیفری بین‌المللی تنها مرجع بالقوه جهت پیگرد این نیروها است. البته صلاحیت دیوان بر اساس مادهٔ ۱۷ اساسنامهٔ دیوان منوط به عدم تمایل یا قادر نبودن کشور عضو دیوان می‌باشد. در مقالهٔ حاضر، شرایط مندرج در مواد ۱۲ و ۱۷ اساسنامه در خصوص صلاحیت دیوان کمتر مورد توجه قرار گرفته و صرفاً به بررسی امکان‌سنجی ارتکاب جنایات جنگی و علیه بشریت توسط نیروهای حافظ صلح خواهیم پرداخت. در این ارتباط، امکان ارتکاب نسل‌زدایی توسط صلح‌بانان مورد بررسی قرار نخواهد گرفت؛ زیرا ارتکاب نسل‌زدایی توسط این نیروها را می‌توان به دو دلیل مردود دانست: ۱- نیروهای حافظ صلح، به ندرت خود را در منطقه‌ای مستقر کرده‌اند که نسل‌زدایی در آن ارتکاب یافته است. اگرچه در دو مورد نیروهای مزبور در چنین مأموریت‌هایی مشارکت نموده‌اند؛ در رواندا و دارفور سودان؛ ۲- نسل‌زدایی نیاز به سوءنیت خاص دارد.^۲ بعید است که یک صلح‌بان چنین قصدی (قصد از بین بردن یک گروه قومی، نژادی، ملی و مذهبی) را داشته باشد. با این حال، اگر صلح‌بان مرتکب جرم شود، می‌توان آن را به عنوان یک جنایت جنگی یا جنایت مشابه آن علیه بشریت محسوب کرد. در زمینه جنایات ارتكابی صلح‌بانان، مناطق ارتکاب جنایات از سوی این افراد جهت پیگرد قانونی‌شان، قابل توجه است. این در حالی است که عناصر فردی جنایات، از اهمیت زیادی برخوردار است؛ به طوری که عناصر این جرایم به موجب اساسنامه رم، منحصر به فرد و مهم می‌باشد. این عناصر در واقع، عناصری هستند که بیانگر تفاوت‌های بین‌المللی جرایم ارتكابی در سطح گسترده، نظام‌مند یا بخشی از یک طرح یا سیاست به عنوان مخالف اصلی جرایم عمومی داخلی می‌باشد.

در نامه‌ای به مجمع عمومی سازمان ملل در سال ۲۰۰۵، دبیرکل وقت، کوفی عنان اذعان کرد که سوءاستفاده جنسی و آزار و اذیت توسط نیروهای حافظ صلح، نسبت به مردم تحت مراقبت، قابل توجه است. در حالی که این اعمال زشت و پلید، نقض وظیفه اساسی مراقبت می‌باشد که تمام پرسنل حافظ صلح سازمان ملل متحد نسبت به مردم محلی به آن متعهدند و بایستی پاسخگوی رفتار خود باشند. رفتار مجرمانه ارتكابی توسط نیروهای حافظ صلح مشکلات اساسی برای انجام یک مأموریت موفقیت‌آمیز به

2. W.A. Schabas, "The Jelisic case and the Mens Rea of the crime of genocide", *Leiden Journal of International Law* 14 (2001), 125.

وجود آورده است. همکاری و حمایت از مردم محلی، عناصر مهم و حیاتی یک مأموریت حمایت از صلح می‌باشد. این در حالی است که رسوایی سوءاستفاده جنسی، بی‌اعتمادی بیش از حد در میان مردم محلی نسبت به نیروهای مرد حافظ صلح، ایجاد کرده است.^۳ رفتار قابل قبولی بایستی توسط پرسنل حافظ صلح در تمامی اوقات، در جوامع و محل مأموریت، اعمال شود. رصد کردن این مسائل برای صحت برقراری روابط صحیح در جوامع محلی، به نوبه خود نسبت به اثربخشی این مأموریت کمک می‌کند.^۴ بدرفتاری توسط اعضای یک مأموریت نیز ممکن است در روحیه و اثربخشی واحد مأموریت قابل توجه باشد. یکی از جنبه‌های بسیار مهم نیروی نظامی، انسجام آن است که از طریق ارزش‌هایی مانند اعتماد و اطمینان و به دنبال رفاقت و روحیه بالا به دست می‌آید. رفتارهای منفی توسط سربازان و همچنین اظهارات و نگرش منفی نسبت به مأموریت، موجب کاهش توانایی و انگیزه نیروهای نظامی می‌گردد؛ بنابراین، رفتار جنایی و مجرمانه توسط پرسنل مأموریت، می‌تواند صلح و امنیت بین‌المللی را به خاطر انجام مأموریت خطرناک و نادرست، تحت تأثیر قرار دهد. این مسأله، اهمیت و تضمین پاسخگویی برای چنین رفتاری را نشان می‌دهد که دیوان کیفری بین‌المللی را به عنوان یک محکمه مناسب جهت تعقیب پرسنل حافظ صلح به واسطه ارتکاب جنایات بین‌المللی مورد توجه قرار می‌دهد. در ذیل به امکان‌سنجی ارتکاب جنایات علیه بشریت و جنایات جنگی توسط نیروهای حافظ صلح خواهیم پرداخت.

۱- امکان‌سنجی ارتکاب جنایات علیه بشریت توسط نیروهای حافظ صلح

وصف جنایات علیه بشریت از دیرباز و به‌ویژه پس از انعقاد معاهده ورسای در پایان جنگ جهانی شناخته شده بود؛ اما نخستین بار این جنایات در اساسنامه دادگاه نورمبرگ تعریف گردید. از آن پس این جنایات موضوع هیچ معاهده بین‌المللی قرار نگرفت. از این جنایات در هر دو اساسنامه دادگاه‌های بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و رواندا که به موجب قطعنامه شورای امنیت تأسیس گردیدند؛ یاد شده است. با این همه توسعه حقوق بین‌الملل عرفی و قراردادی، فرصتی پیش آورد تا این مفهوم پیش از اساسنامه وضوح بیشتری پیدا کند. جنایات علیه بشریت همانند کشتار جمعی که ابتدا شکلی از جنایات علیه بشریت به شمار می‌رفت، ممکن است در هر زمان، چه در زمان جنگ یا صلح و چه در اثنای مخاصمات

3. S. Martin, *Must Boys be Boys? Ending Sexual Exploitation & Abuse in UN Peacekeeping Missions*, (Washington DC: Refugees International, 2005), 7.

4. H. McCoubrey & N.D. White, *The Blue Helmets: Legal Regulation of United Nations Military Operations*, (Aldershot: Dartmouth Publishing Company Limited, 1996), 177.

5. J.K. Sagala, *HIV/AIDS and the military in sub-Saharan Africa: impact on military organizational effectiveness*. (New York: Africa Today 53, 2006), 59.

مسلحانه بین‌المللی یا داخلی به مباشرت یا به تسبیب ارتکاب یابد.^۶ دو عنصر اساسی در جنایت علیه بشریت وجود دارند که بایستی در کنار دیگر، عناصر خاص جرایم، اثبات شوند. عناصر خاص مورد بحث، مربوط به بستری می‌باشند که جنایات در آنها رخ می‌دهند. برخلاف جنایات جنگی، ارتباط با درگیری مسلحانه مورد نیاز نیست.^۷ حذف این رابطه به نوعی انحراف از تعریف جنایات علیه بشریت به موجب اساسنامه دادگاه نورمبرگ می‌باشد. فقدان ارتباط با درگیری مسلحانه توسط دیوان بین‌المللی کیفری یوگسلاوی سابق به عنوان قاعده‌سازی حقوق بین‌المللی مرسوم، تلقی گردیده و در اساسنامه ژم منعکس شده است.^۸ علاوه بر مرتبط نساختن آنها با درگیری مسلحانه، جنایت علیه بشریت ممکن است به عنوان نقض حقوق بشر در مقیاس گسترده مورد توجه قرار گیرد.^۹

۱-۱ - حمله گسترده یا سازمان‌یافته مستقیم علیه جمعیت غیرنظامی

اولین عنصر اساسی جنایات علیه بشریت این است که جنایت به عنوان بخشی از يك حمله گسترده و سازمان‌یافته جهت‌دار علیه يك جمعیت غیرنظامی انجام شود. واژه‌های «گسترده» و «سازمان‌یافته» کیفیت حمله را مشخص می‌کند، به این معنا که جنایت بایستی به عنوان بخشی از یک حمله گسترده یا به صورت یک حمله سازمان‌یافته جهت‌دار علیه یک جمعیت غیرنظامی ارتکاب یابد.^{۱۰} کلمه «گسترده» مربوط به مکان جغرافیایی نیست بلکه مربوط به تعداد قربانیان است.^{۱۱} دادگاه‌های غیرعلنی معنای نسبتاً وسیعی را برای واژه مذکور در نظر گرفته‌اند که «ماهیت مقیاس وسیع حمله و تعداد اشخاص مورد هدف» را شامل می‌شود.

يك حمله سازمان‌یافته حمله‌ای است که دارای «ماهیت سازمان‌یافته اعمال خشونت بار بوده و رخداد تصادفی آن اعمال غیرمحمتمل» باشد که نشان‌دهنده «الگوهای جنایات در مفهوم تکرار غیر تصادفی

۶. محمدعلی اردبیلی، حقوق بین‌الملل کیفری (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۸)، ۳۱.

7. A. Cassese, Crimes against humanity. In: Cassese, A., Gaeta, P., Jones, J.R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, (Oxford: Oxford University Press, 2002a), 356.

8. W. Ruckert & Witschel, G., *Genocide and crimes against humanity in the elements of crimes*, In: Fischer, H., Kress, C., Lu'der, S.R. (Eds.), *International and National Prosecution of Crimes under International Law*, (Berlin: Berlin Verlag, 2001), 71.

9. A. Cassese, *International Criminal Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2008), 99.

10. H. Von Hebel & D. Robinson, "Crimes within the jurisdiction of the court". In: Lee, R.S. (Ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute*, (The Hague: Kluwer Law International, 1999), 94-95.

۱۱. گرهارد ورله. «جنایت علیه بشریت در حقوق بین‌الملل معاصر»، ترجمه امیر ساعد وکیل، مجله حقوق بین‌الملل ۳۹، ۶۶، (۱۳۸۹).

رفتار مجرمانه مشابه، بر اساس يك روال منسجم» می‌باشد. دادگاه‌ها و دیوان‌های محاکماتی دیگر، فرض را بر این می‌گیرند که واژه فوق‌الذکر ماهیت سازمان‌یافته حمله را بازتاب می‌دهد، خشونت تصادفی را مستثنا می‌کند و نیازمند يك خط‌مشی یا نقشه نیست.^{۱۲} هرچند به موجب ماده ۷ (۲) (الف) اساسنامه رم، حمله می‌بایست «مطابق یا در راستای تقویت يك دولت یا خط‌مشی سازمانی برای انجام چنین حمله‌ای باشد». دادگاه این موضوع را تفسیر کرده تا این مفهوم را برساند که با وجود اینکه ضرورتی ندارد تا خط‌مشی حمله به وضوح تعریف شود، اما حمله «بایستی کاملاً سازمان‌یافته باشد و الگویی منظم را دنبال کند» و «همچنین همسو با خط‌مشی و سیاستی رایج انجام شود که در ارتباط تنگاتنگ با منابع خصوصی و عمومی است». فقط حمله است که بایستی گسترده و سازمان‌یافته باشد. رفتار مجرمانه متهم ممکن است يك عملکرد منفرد یا تعداد معدودی از اعمالی باشد که در بستر یک حمله علیه جمعیتی غیرنظامی رخ می‌دهد و نمی‌تواند مجزا، محدود یا تصادفی باشد.^{۱۳} جمعیت غیرنظامی مورد هدف نیز باید مشخص باشند.

سؤال اینکه آیا يك جنایت انجام شده توسط نیروی حافظ صلح بخشی از يك حمله گسترده و سازمان‌یافته هست یا نه؟ در پاسخ باید گفت: بستگی به شرایطی دارد که جنایت در آن انجام شده است. اگر جنایات سازمان‌یافته و گسترده در جریان باشند، جنایتی که توسط شخص حافظ صلح صورت می‌گیرد، می‌تواند به عنوان بخشی از آن حمله علیه جمعیت غیرنظامی تلقی گردد. بسیار نامحتمل است که يك شخص حافظ صلح قصد داشته باشد یا بخواهد که جنایتش بخشی از حمله مذکور باشد؛ اما اگر آن حمله آشکار باشد، به طور قطع این جنایت به عنوان بخشی از آن حمله ارتکاب می‌یابد.^{۱۴} همچنین نامحتمل است که شخص حافظ صلح جنایتی علیه بشریت انجام دهد. این بدین دلیل است که مأموریت‌های مربوط به حفظان صلح، عموماً در يك بستر مربوط به حمله گسترده و سازمان‌یافته علیه جمعیت غیرنظامی به وقوع نمی‌پیوندند. این مطلب بدان معنا نیست که آن مأموریت‌ها نمی‌توانند در چنین بستری رخ دهند. رواندا^{۱۵} و سودان^{۱۶} نمونه‌هایی از مأموریت‌هایی هستند که در مکان‌هایی

12. A. Marston Danner, "Constructing a hierarchy of crimes in International Criminal Law sentencing", (Virginia: Virginia Law Review 87, 2001), 474.

13. Ibidem.

14. D. Robinson, "The context of crimes against humanity", In: Lee, R.S. (Ed.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, (New York: Transnational Publishers, Inc., Ardsley, 2001), 74.

15. UNAMSIR (United Nations Mission in Rwanda)

16. UNMIS (United Nations Mission in the Sudan)

واقع شده یا می‌شوند که شاهد حملات گسترده و سازمان‌یافته علیه جمعیت غیرنظامی می‌باشند. گرچه بزرگ‌ترین مشکل در تعیین ارتکاب يك جنایت به وسیله شخص حافظ صلح برای احراز يك جنایت علیه بشریت، در این حقیقت نهفته است که جنایاتی که توسط کارکنان حافظ صلح انجام می‌شوند، نشانگر بی‌انضباطی نظامی یا سهل‌انگاری می‌باشند تا بخشی از يك حمله گسترده و سازمان‌یافته.^{۱۷} در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و رواندا، قواعد حقوق بین‌الملل عرفی را در مورد جنایات ضد بشریت محدود کرده و این جرایم را تنها علیه غیرنظامیان قابل ارتکاب دانسته‌اند؛ درحالی که حقوق بین‌الملل عرفی، غیرنظامیان را تنها قربانی این نوع جرم نمی‌داند.^{۱۸} لحظه‌ای که يك مأموریت در ناحیه مربوط به پس از درگیری، انجام می‌پذیرد که دیگر شاهد يك حمله گسترده و سازمان‌یافته علیه جمعیت غیرنظامی نیستیم، جنایتی که توسط يك شخص حافظ صلح ارتکاب می‌یابد، نمی‌تواند به عنوان يك جنایت علیه بشریت در نظر گرفته شود زیرا واجد اولین عنصر برجسته و اساسی مربوط به جنایت علیه بشریت نمی‌باشد. برخلاف تعریف جنایات جنگی که در آن يك جنایت جنگی در بستره‌ای از درگیری نظامی و مرتبط با آن رخ می‌دهد، يك جنایت علیه بشریت باید به عنوان بخشی از يك حمله گسترده و سازمان‌یافته صورت گیرد. جنایتی که پس از وقفه در حمله گسترده و سازمان‌یافته انجام می‌شود، شکل‌دهنده جنایتی علیه بشریت نیست (بسته به شرایط، ممکن است جنایتی جنگی را به وجود آورد) زیرا تأکید جنایت در آن صورت بر قربانی به عنوان يك شخص است نه به عنوان بخشی از يك مجموعه که ماهیت يك جنایت علیه بشریت می‌باشد. قربانی مذکور نمی‌تواند برای چنین هدفی انتخاب شود، زیرا آنها عضو يك جمعیت غیرنظامی هدفمند هستند و بنابراین جنایت ارتکاب‌یافته يك اتفاق و رویداد صرف و مجزا را تشکیل می‌دهد نه يك جنایت علیه بشریت.^{۱۹}

۱-۲- آگاهی یا قصد مرتکب نسبت به گسترده یا سازمان‌یافته بودن حمله

دومین عنصر مهم و برجسته مربوط به جنایات علیه بشریت عبارت است از اینکه مرتکب ذی‌ربط می‌دانسته یا قصد داشته که چنین رفتاری بخشی از يك حمله گسترده یا سازمان‌یافته علیه يك جمعیت غیرنظامی می‌باشد.^{۲۰} برای تحقق عنصر روانی جنایات علیه بشریت علاوه بر لزوم وجود قصد ارتکاب

17. J.N. Maogoto, "Watching the watchdogs: holding the UN accountable for violations of International Humanitarian Law by the 'Blue Helmets'", *Deakin Law Review* 1 (2000): 74.

۱۸. حسین میرمحمدصادقی، دادگاه کیفری بین‌المللی (تهران: نشر دادگستر، ۱۳۹۲)، ۱۰۵-۱۰۴.

19. Cassese, op.cit, 362.

20. Von Hebel & Robinson, op.cit, 98.

یکی از جرایم تصریح شده در اساسنامه یا حداقل بی‌تفاوتی مرتکب نسبت به ایجاد چنین نتیجه‌ای، اثبات علم وی نسبت به یک جمعیت غیرنظامی نیز ضروری است. بدین ترتیب، هرگاه مرتکب، یکی از این اعمال را انجام داده ولی نداند که آنها بخشی از یک حمله گسترده یا سازمان‌یافته علیه یک جمعیت غیرنظامی می‌باشند، ممکن است در محاکم داخلی به ارتکاب قتل یا تجاوز جنسی و نظایر آنها محکوم شده و حتی در صورت وجود شرایط لازم، به ارتکاب جنایت جنگی در دادگاه کیفری بین‌المللی محکوم گردد. لیکن محکوم کردن وی به ارتکاب جنایت علیه بشریت، به دلیل فقدان علم نسبت به وجود حمله ممکن نخواهد بود.^{۲۱} البته آگاهی از حمله نیازمند مدرکی نیست که نشان دهد که مرتکب ذی‌ربط از تمام ویژگی‌های حمله یا جزئیات دقیق نقشه یا خطمشی دولت یا سازمان، آگاهی داشته است.^{۲۲} در واقع، اکثریت کارکنان حافظ صلح از جزئیات نقشه یا خطمشی يك حمله گسترده یا سازمان‌یافته آگاه نبوده‌اند، چون آنها مستقیماً با کسانی که در حال سازمان‌دهی نقشه یا خطمشی حمله بوده‌اند، سروکار ندارند. در جنایت علیه بشریت، لازم نیست یک گروه خاص مورد هدف قرار گیرد. بلکه به‌طور کلی، یک جمعیت غیرنظامی شامل گروه‌های سیاسی و غیره ممکن است موضوع این جنایات واقع شوند. همچنین برخلاف جنایت ژنوسید، در جنایت علیه بشریت، قصد مرتکب به نابودی کل یا بخشی از گروه مورد نظر شرط نیست. در واقع، آگاهی مرتکب ذی‌ربط از حمله و آگاهی از اینکه رفتار او بخشی از آن حمله را تشکیل داده است، می‌تواند با توجه به شرایط خاصی پیش‌زمینه‌ای نظیر موقعیت متهم در سلسله‌مراتب نظامی، حضور او در صحنه جنایات و موقعیت تاریخی و سیاسی که این اعمال در آن رخ داده است، تعیین شود. ارتکاب جنایات علیه بشریت و حمله به یک جمعیت غیرنظامی در مناطق جنگی، دلیل تصمیم‌گیری شورای امنیت برای انجام يك مأموریت حفظ صلح می‌باشد. بنابراین، دلیل اصلی حاضر بودن پرسنل و کارکنان حافظ صلح در آن منطقه حفظ صلح می‌باشد. بر این اساس، حافظان صلح از موقعیت زمین و شرایط تاریخی و سیاسی آگاه می‌شوند. به همین خاطر، خیلی مشکل است که استدلال شود آنها هیچ آگاهی از يك حمله به جمعیت غیرنظامی نداشته‌اند و اینکه عملکرد آنها بخشی از آن حمله گسترده و سازمان‌یافته نبوده است.

۲۱. میرمحمدصادقی، پیشین، ۱۲۴.

22. Cassese, op.cit., 2008: 115; Robinson, op.cit, 72.

۲- جنایات جنگی

جنایت جنگی، نقض مقررات و قواعد حقوق بشردوستانه بین‌المللی است. جنایت جنگی به عنوان یک پدیده جزایی، جزء جرایم بین‌المللی می‌باشد. تعریف جنایت جنگی سابقه طولانی ندارد و برای اولین بار در عهدنامه لاهه در تاریخ ۱۹۷۷ به طور مبهم در مورد قوانین و عرف‌های جنگ به کار برده شده است. جنایت جنگی مندرج در دو اساسنامه دادگاه نورمبرگ و توکیو، جنایاتی بودند که ارتکاب آنها در خلال درگیری‌های مسلحانه بین‌المللی صورت گرفته بود. اساسنامه مذکور، جنایت جنگی را این چنین تعریف می‌کند: «نقض قوانین و رسوم جنگ عبارت است از بدرفتاری یا تبعید سکنه غیرنظامی نواحی اشغالی به منظور کار اجباری یا به منظور دیگر، قتل یا بدرفتاری با زندانیان یا افرادی که در دریا هستند، اعدام گروگان‌ها، غصب و غارت اموال عمومی یا خصوصی بدون جهت یا هرگونه تخریبی که ضرورت نظامی آن را ایجاب نکند.» (بند ب ماده شش اساسنامه دادگاه نورمبرگ).^{۲۳} در اساسنامه دادگاه رواندا، جنایت جنگی، جنایتی که در یک درگیری داخلی رخ داده، تعریف گردیده است. عنوان ماده ۴ این اساسنامه، تخلفات از ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل الحاقی دوم می‌باشد.^{۲۴} در سال ۱۹۹۵ با رأی راهبردی شعبه پژوهشی دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق در قضیه تادیچ، قدم مهمی به پیش برداشته شد که بر اساس رأی این مرجع، جنایات جنگی نه تنها در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی بلکه در منازعات مسلحانه داخلی نیز ممکن است بروز نماید.^{۲۵} به نظر می‌رسد جنایت جنگی می‌تواند در درگیری‌های داخلی، منطقه‌ای یا بین‌المللی حسب مورد رخ دهد. در این قسمت به بررسی ارکان جنایت جنگی بر اساس اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی خواهیم پرداخت.

۲-۱- بخشی از يك نقشه یا خط‌مشی یا بخشی از ارتکاب چنین جنایات‌هایی در مقیاسی

وسیع

به موجب ماده ۸(۱) اساسنامه رم، هیچ نیاز قطعی مبنی بر اینکه یک جنایت جنگی در مقیاسی وسیع

۲۳. جمشید جوانی، «بررسی جنایات جنگی در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی» (پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، ۱۳۹۰)، ۱۲۳.

۲۴. کریانگ ساک کیتی شای زری، حقوق بین‌الملل کیفری، ترجمه: بهنام یوسفیان و محمد اسماعیلی (تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۳)، ۲۵۶-۲۵۵.

۲۵. آنتونیو کسسه، حقوق کیفری بین‌المللی، ترجمه: حسین پیران، اردشیر امیر ارجمند و زهرا موسوی (تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۸۷)، ۶۳.

ارتکاب یابد، وجود ندارد. ماده ۸ (۱) بیان می‌دارد که «دیوان دارای صلاحیت رسیدگی قضایی در مورد جنایات جنگی می‌باشد به ویژه هنگامی که آنها به عنوان بخشی از يك نقشه یا خطمشی یا به عنوان بخشی از مقیاس وسیع از ارتکاب چنین جنایاتی انجام می‌شوند». بنابراین يك رخداد منفرد از یک جنایت جنگی برای دیوان کیفری بین‌المللی جهت ایجاد صلاحیت قضایی کافی است. عبارت «به‌ویژه» نشانگر این است که دادگاه بر تمام جنایات جنگی صلاحیت قضایی خواهد داشت به خصوص هنگامی که آن جنایات به عنوان بخشی از يك نقشه یا خطمشی یا در مقیاس وسیع، فاکتوری مهم و قابل توجه در تعیین جنایات بین‌المللی است که در این نقطه آنها به عنوان يك تهدید برای صلح و امنیت بین‌المللی به حساب می‌آیند. با این حال، این حقیقت که موضوع نامبرده الزامی نیست، دادگاه را قادر می‌سازد که جنایات جنگی منفرد (صرف) یا جنایات جنگی ای که به عنوان بخشی از نقشه یا خطمشی انجام یا در مقیاس وسیع ارتکاب نیافته‌اند را مورد پیگرد قانونی قرار دهد و این موضوع حوزه جرایم بالقوه‌ای که دادگاه می‌تواند مورد پیگرد قانونی قرار دهد را وسیع‌تر می‌کند. در شرایط ارتکاب جنایات توسط حافظان صلح پیش‌تر بیان شد، مشکلی که در اثبات جنایت حافظان صلح به عنوان يك جنایت علیه بشریت به وجود می‌آید اینکه بنا به ضرورت، جنایت بایستی بخشی از يك حمله گسترده و سازمان‌یافته باشد. يك جنایت جنگی، خالی از هرگونه الزامات مشابه است، بنابراین خیلی محتمل‌تر است که جنایت ارتكابی توسط حافظان صلح به عنوان جنایت جنگی، طبقه‌بندی شود. با در نظر گرفتن تعداد قربانیان (ارتکاب در مقیاس وسیع)، دیوان بین‌المللی کیفری رواندا^{۲۶} تعداد قربانیان را به عنوان يك عنصر خاص در جنایات علیه بشریت مشخص نموده است. بعید است که جنایاتی نظیر استثمار جنسی توسط کارکنان حافظ صلح به عنوان بخشی از يك نقشه یا خطمشی ارتکاب یابد، گرچه در برخی شرایط، می‌توان استدلال کرد که نقشه‌ای برای ارتکاب این جنایات وجود دارد. چنین شرایطی می‌تواند با مشارکت چندین نفر از کارکنان حافظ صلح در قاچاق و بردگی جنسی زنان، صورت گیرد؛ کارکنان حافظ صلحی که در حمایت از صاحبان روسپی‌خانه‌ها به منظور استفاده از خدمات فاحشه‌خانه‌ها یا در قاچاق طلا یا تجارت اسلحه، آنها را استخدام می‌کنند.^{۲۷} این مسأله می‌تواند به عنوان مسؤلیت کیفری مورد بررسی قرار بگیرد (برای مثال این موضوع ممکن است به عنوان مأموریت مشترك در نظر گرفته شود)، به طوری که بستر ارتکاب

26. ICTR (International Criminal Tribunal For Rwanda)

27. Amnesty International, „Kosovo (Serbia and Montenegro) “So Does It Mean that We Have the Rights? Protecting the Human Rights of Women and Girl Trafficked for Forced Prostitution in Kosovo”, News and Press Release, London: Amnesty International, 2004. Index number: EUR 70/010/2004.

جنایات نیز می‌تواند به عنوان يك نقشه برای ارتکاب جرایم، مورد بحث واقع شود؛ بنابراین جنایات ارتكابی توسط پرسنل حافظ صلح، ممکن است رخدادهایی مجزا تلقی شده و در عین حال، در بستر وسیع‌تری جای بگیرند و به عنوان بخشی از يك مأموریت در مقیاس وسیع از جنایات جنگی ارتکاب یابند.

۲-۲- ارتباط با درگیری مسلحانه

برای اینکه یک رفتار به عنوان يك جنایت جنگی توصیف شود، بایستی با درگیری مسلحانه مرتبط بوده و مرتکب ذی‌ربط، جنایت را در بستر يك درگیری مسلحانه مرتکب گردد و از وجود چنان درگیری آگاه باشد.^{۲۸} درگیری مسلحانه توسط دیوان کیفری یوگسلاوی سابق در قضیه تادیچ^{۲۹} به شرح زیر توضیح داده شد: هرچند که توسل به نیروی نظامی بین دولت‌ها یا خشونت مسلحانه طولانی بین مقامات دولتی یا گروه‌های مسلح سازمان‌یافته و یا بین چنین گروه‌هایی در يك کشور وجود داشته باشد، اما حقوق بین‌الملل بشردوستانه از ابتدای چنین درگیری‌های مسلحانه اعمال می‌شود و پس از توقف خشونت‌ها تا زمان دستیابی به يك نتیجه‌گیری جامع، پیرامون صلح یا در مورد درگیری‌های داخلی تا به دست آمدن يك توافق صلح ادامه می‌یابد. تا آن موقع، حقوق بین‌الملل بشردوستانه به اجرای خود در کل منطقه دولت‌های در حال جنگ یا در مورد درگیری‌های داخلی که کل منطقه تحت کنترل یکی از طرفین است، ادامه می‌دهد؛ چه جنگی واقعی در آنجا رخ داده باشد یا نداده باشد. کافی است که جنایات مذکور به صورت تنگاتنگی با خشونت‌های در حال وقوع در دیگر بخش‌های مناطق تحت کنترل توسط طرفین درگیری، مرتبط بوده باشند.

دیوان کیفری بین‌المللی تفسیر وسیعی را اعمال کرده که لازمه‌اش این است که درگیری مسلحانه باید نقشی اساسی را در تصمیم مرتکب ذی‌ربط، در توانایی‌اش برای ارتکاب جنایت یا در روشی که در آن رفتار نامبرده در نهایت انجام می‌شود، ایفا کند. هرچند، لازم نیست که درگیری مسلحانه به عنوان علت نهایی برای رفتار جانی تلقی شده و در مرکز درگیری رخ دهد. جنایاتی که توسط کارکنان حافظ صلح ارتکاب می‌یابند، ممکن است در این تفسیر وسیع جای بگیرند. اقدامات حمایت از صلح در مناطق در حال درگیری مداوم یا در يك موقعیت پس از درگیری انجام می‌شوند. حضور عینی آنها به خاطر درگیری مسلحانه است که این امر دقیقاً دلیل مأموریت در آن منطقه است.^{۳۰} آنچه در پرونده RUF قابل توجه

28. M. Bothe, "War crimes". In: Cassese, A., Gaeta, P., Jones, J.R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, (Oxford: Oxford University Press, 2002), 388-389.

29. Tadic

30. P. Rowe, War crimes, In: McGoldrick, D., Rowe, P., Donnelly, E. (Eds.), *The Permanent International*

است اینکه ارتکاب جنایتی مثل استعمار جنسی، موقعیتی است که توسط جنگجو به وجود آمده است. این در حالی است که مخاصمه، شرایطی را به وجود آورده که در آن، برای زنان انتخابی جز تن فروشی به منظور بقا و زنده ماندن وجود ندارد. تجارت اسلحه نیز تنها هنگامی می‌تواند رونق یابد که طرفین، درگیر در مخاصمه مسلحانه باشند. بنابراین می‌توان استدلال کرد که این جنایات در بستر یک درگیری مسلحانه انجام می‌شوند و مرتبط با یک درگیری مسلحانه هستند حتی اگر خشونت‌ها متوقف شده باشند.

در واقع، می‌توان گفت که هیچ وضع قانونی شفاف برای اجرای حقوق بین‌الملل بشردوستانه وجود ندارد.^{۳۱} این دقیقاً همان شرایطی است که نیروهای حافظ صلح به عنوان طرفین درگیری در مخاصمه مسلحانه تلقی می‌شوند.^{۳۲} بولتن^{۳۳}، دبیرکل وقت سازمان ملل، در مورد رعایت حقوق بین‌الملل بشردوستانه دولت‌ها توسط نیروهای سازمان ملل متحد اعلام نموده است: «اصول و قوانین ابتدایی حقوق بین‌الملل بشردوستانه که در بیانیه حاضر تنظیم شده است، هنگامی قابل تعمیم و اجرا بر نیروهای سازمان ملل می‌باشد که در موقعیت‌های مخاصمه مسلحانه، آنها به صورت فعال به عنوان طرفین درگیری دخیل باشند، این امر بستگی به میزان و مدت‌زمان مشارکت آنها در مخاصمه دارد. از این رو، این قوانین در عملکردهای اجرایی یا در عملکردهای مربوط به حفاظت از صلح، زمانی قابلیت اجرایی دارند که استفاده از خشونت به منظور دفاع از خود جایز باشد.»^{۳۴} از مطلب فوق می‌توان نتیجه گرفت که آیا حقوق بین‌الملل بشردوستانه قابل اجرا است یا خیر؟ به رفتار و تعهد فرد در عملیات بستگی دارد و این امر ممکن است به تفسیر این مطلب کمک کند که آیا شرایطی که در آن جنایت رخ می‌دهد، درگیری مسلحانه به حساب می‌آید یا نه.

در پرونده RUF دیوان سیرالئون اظهار داشت که کارکنان حافظ صلح تنها تا موقعی غیرنظامی تلقی می‌شوند که نقش مستقیمی در خشونت‌ها نداشته باشند. همچنین اظهار داشت که اگر کارکنان حافظ صلح تنها به دلیل حشاشان در دفاع شخصی، متوسل به زور و خشونت شوند، حفاظت از آنها متوقف نخواهد شد و این استفاده از خشونت از سوی نیروهای حافظ صلح به منظور دفاع از خود در

Criminal Court, (Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, 2004), 208.

31. C. Greenwood, "International humanitarian law and United Nations military operations", *Yearbook of International Humanitarian Law* 1 (1998): 3-34.

32. Red Cross, "Application of international humanitarian law and international human rights law to UN-mandated forces: report on the Expert meeting on multinational peace operations", *International Review of the Red Cross* 853 (2004): 208-209.

33. Bulletin

34. B.D. Titmore, "Belligerents in Blue Helmets: applying international humanitarian law to United Nations peace operations", *Stanford Journal of International Law* 33 (1997): 93.

انجام تعهدات خود به شرط آنکه محدود به چنین استفاده‌ای شود، باعث نقصان یا تغییر در محافظت از کارکنان حافظ صلح نمی‌گردد.^{۳۵} اینکه آیا حقوق بین‌الملل بشردوستانه نسبت به نیروهای حافظ صلح قابل اجرا باشد یا نه، در صورتی که صلحبان يك جنایت جنگی انجام می‌دهد، موضوعیتی ندارد. چراکه يك جنایت جنگی ممکن است توسط يك طرف درگیر در جنگ یا يك شخص غیرنظامی ارتکاب یابد.^{۳۶} يك جنایت جنگی باید در بستر مخاصمه مسلحانه رخ دهد و مرتبط با آن باشد، اما مرتکب آن مجبور نیست به عنوان طرفین درگیر در مخاصمه مسلحانه دخیل باشد.^{۳۷} قابلیت اجرای حقوق بین‌الملل بشردوستانه به سادگی می‌تواند برای کمک در تعیین وضعیت مخاصمه مسلحانه مورد استفاده قرار گیرد. مشکلی که پیش خواهد آمد، این است که آیا نیروی حافظ صلح را بایستی به ارتکاب يك جنایت جنگی در مخاصمه مسلحانه بین‌المللی متهم کرد یا در مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی، در این مورد نیز قانون شفاف وجود ندارد.^{۳۸} مسلماً اگر مأموریت نیروهای حافظ صلح به دلیل مخاصمه مسلحانه بین دو دولت باشد، در این صورت مخاصمه مسلحانه، بین‌المللی خواهد بود. هرچند که بیشتر مأموریت‌ها بسته به درگیری مسلحانه داخلی در يك کشور، معمولاً بین دولت و نیروهای شورشی یا انقلابی قرار دارد. در خصوص صلاحیت دادگاه و تعقیب متهمان، بند یک ماده یک اساسنامه دیوان سیرالئون^{۳۹}، حدود صلاحیت این دادگاه را در تعقیب و محاکمه افرادی که بیشترین مسؤولیت را در نقض حقوق بشردوستانه و قوانین سیرالئون از ۳۰ نوامبر ۱۹۹۶ به بعد داشته‌اند، مشخص می‌کند؛ اما در بند ۲ این ماده آمده است: «[رسیدگی به] هر تخلف نیروهای حافظ صلح و پرسنل وابسته حاضر در سیرالئون مطابق موافقت‌نامه میان سازمان ملل متحد و دولت سیرالئون و دیگر دولت‌ها و سازمان‌های منطقه‌ای یا در نبود چنین موافقت‌نامه مشروط بر آنکه عملیات حفظ صلح با رضایت دولت سیرالئون انجام شده باشد، در صلاحیت دولت فرستنده خواهد بود.» بدین ترتیب، این ماده نه فقط دادگاه‌های سیرالئون را از اعمال صلاحیت نسبت به نیروهای حافظ صلح بازمی‌دارد، بلکه صلاحیت عام دادگاه ویژه برای

35. S. Sivakumaran, "War crimes before the special court for Sierra Leone", *Journal of International Criminal Justice* 4 (2010): 1026-1029.

36. Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, second ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), 264.

37. K. Dormann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2002), 391-393.

38. A. Faite, Grenier, J.L., *Expert Meeting on Multinational Peace Operations: Applicability of International Humanitarian Law and International Human Rights Law to UN Mandated Forces*, (Geneva: International Committee of the Red Cross, 2004), 11.

39. Sierra Leone

رسیدگی به موارد نقض حقوق بشردوستانه و قوانین سیرالتون در سرزمین این دولت را نسبت به این نیروها محدود می‌کند.^{۴۰} به طوری که به دلیل عدم رسیدگی به جرایم ارتكابی توسط نیروهای حافظ صلح به وسیله دولت‌های فرستنده و با پیشنهاد دبیرکل وقت سازمان ملل متحد، یک بند به عنوان بند ۳ به ماده ۱ افزوده شد. این بند به دادگاه اختیار می‌دهد که در صورت تجویز شورای امنیت، اعمال صلاحیت کند. طبق بند ۳: «در حالت عدم تمایل یا توانایی دولت فرستنده در انجام واقعی تحقیق و تعقیب، دادگاه می‌تواند در صورت اجازه شورای امنیت به پیشنهاد دولت بر چنین افرادی اعمال صلاحیت کند». از نظر دبیرکل سازمان ملل، درج این عبارت در اساسنامه برای ترغیب دولت غیر مایل به تعقیب متهم حاضر در سرزمینش است و یادآوری اختیار شورای امنیت که اگر بخواهد، می‌تواند دستور تسلیم متهم را به دادگاه بدهد؛ اما آنچه درخور توجه است اینکه تا پیش از تأسیس این دادگاه، امکان محکمه نیروهای حافظ صلح متهم به نقض حقوق بشردوستانه در حین مأموریت، در هیچ دادگاه بین‌المللی مطرح نشده بود.^{۴۱} دادگاه با توجه به بند ۲ کنوانسیون ژنو در رابطه با درگیری‌های مسلحانه بین‌المللی به این نتیجه رسید که درگیری مسلحانه بین‌المللی زمانی به وجود می‌آید که دو و یا چند گروه بزرگ متخاصم با همدیگر جنگ و یا هرگونه درگیری نظامی داشته باشند که در این مورد طبق کنوانسیون ژنو از درگیری مسلحانه بین‌المللی به درگیری مسلحانه بین دو گروه کاهش یافت.^{۴۲} کاربرد حقوق بین‌الملل بشردوستانه نسبت به نیروهای سازمان ملل متحد نشان می‌دهد که نیروهای سازمان ملل متحد درگیر در منازعات مسلحانه بین‌المللی هستند.^{۴۳} حتی اگر نیروهای سازمان ملل به درخواست یک دولت مبارزه کنند، نمی‌توان گفت که آنها درگیر مخاصمات مسلحانه غیر بین‌المللی هستند؛ زیرا آنها بخشی از یک دولت (و یا طرف‌های دیگر مخاصمه) را تشکیل نمی‌دهند. نیروهای سازمان ملل متحد، مستقل از همه طرف‌های درگیر در هر درگیری مسلحانه‌ای هستند؛ در واقع، بی‌طرفی یکی از اصول اساسی حفظ صلح است.^{۴۴} بنابراین،

۴۰. امیرحسین رنجبریان و هدی شکیب‌منش، «جستاری در باب اعمال صلاحیت کیفری بر جرایم نیروهای حافظ صلح»، مجله پژوهش حقوق و سیاست عمومی ۴۰ (۱۳۹۲)، ۱۷۹.

۴۱. مهدیه ملک‌الکتاب خیابانی، «نقش دادگاه ویژه سیرالتون در مبارزه با بی‌کیفری» (پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، تهران: دانشگاه علامه طباطبایی تهران، ۱۳۸۸)، ۹۵.

42. M. Sassoli & A.A. Bouvier, *How Does Law Protect in War? Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law*, (Geneva: International Committee of the Red Cross, 1999), 89.

43. Greenwood, op.cit, 25.

44. M. Zwanenburg, "Double standards in peacekeeping? Subcontracting peacekeeping and international humanitarian law", *Leiden Journal of International Law* 12 (1999), 756.

نیروی سازمان ملل متحد، یک نیروی بین‌المللی است که ممکن است جهت جلوگیری از تبدیل یک درگیری به یک درگیری مسلحانه بین‌المللی با یک گروه علیه گروه دیگر متحد شود. نظر دیوان یوگسلاوی سابق این است که درگیری مسلحانه داخلی ممکن است به جنگ بین‌المللی منجر شود (بسته به شرایط، در قالب یک درگیری داخلی مسلحانه، یک درگیری بین‌المللی رخ دهد). اگر (الف) دولت دیگری توسط نیروهای خودی در درگیری شرکت کند و یا متناوباً اگر (ب) برخی از طرف‌های درگیر در مخاصمات مسلحانه داخلی به نفع کشور دیگری عمل کند، ممکن است با وجود این واقعیت که این نیروها بخشی از مأموریت سازمان ملل هستند، گفته شود که کشوری در یک درگیری با نیروهای خود مداخله کرده است. دیوان یوگسلاوی سابق معتقد است که بایستی توسط یک معیار مشخص شود که آیا افراد به نفع کشور خاصی عمل می‌کنند که نتیجه آن به درگیری بین‌المللی ختم شود یا نه.

باین حال، در یک عملیات حفظ صلح، اقدامات کنترلی بین دولت ارسال‌کننده و سازمان ملل متحد کاربرد مؤثر دارد. معیار کنترل مؤثر توسط پرسنل نظامی دولت ارسال‌کننده و سازمان ملل مورد استفاده قرار می‌گیرد. به عنوان مثال، دولت ارسال‌کننده هرگونه مسأله انضباطی را کنترل می‌کند اما سازمان ملل متحد در نهایت مسؤول عملیات نظامی پرسنل در یک مأموریت می‌باشد. پرسنل علاوه بر اینکه توسط دولت ارسال‌کننده تأمین مالی شده، آموزش دیده و تجهیز می‌گردند، توسط سازمان ملل هم تأمین مالی شده، آموزش دیده و مجهز شده و به مأموریت ارسال می‌گردند.⁴⁵ قانون ملی نیز تصریح می‌کند که کشورهای عضو سازمان ملل متحد همچنان حاکمیت خود را هنگام انجام وظایف سازمان ملل متحد، حفظ می‌نمایند و پرسنل آنها در نهایت عوامل دولت خویش هستند، چراکه هر یک از نیروهای شرکت‌کننده [در یک مأموریت] وظیفه و نظم ملی خود را نیز دارند و در خدمت کشور خود باقی می‌مانند؛ بنابراین با توجه به این واقعیت که هر کشور فرستنده‌ای که اساساً نسبت به سازمان‌دهی، هماهنگی یا برنامه‌ریزی عملیات نظامی گروه نظامی مشارکت دارد؛ علاوه بر تأمین مالی، آموزشی و تجهیز یا تدارک حمایت عملیاتی نسبت به آن، در مخاصمه مسلحانه بین‌المللی نیز حاضر است زیرا ورود هر کشور فرستنده‌ای از طریق نیروهایش که به عنوان عاملان کشور فرستنده عمل می‌کنند، آن مخاصمه را بین‌المللی می‌نماید؛ بنابراین جرایم ارتكابی در دو سطح بین‌المللی و غیر بین‌المللی مبتنی بر این واقعیت است که دیوان، مخاصمه مسلحانه در زمان‌های مختلف را در دو سطح بین‌المللی و غیر بین‌المللی مورد

45. McCoubrey, op.cit, 146.

بررسی قرار داده می‌دهد.

۲-۳- آگاهی از وجود درگیری‌های مسلحانه و وضعیت قربانی

در واقع، به موجب ماده ۸، مرتکب جنایت جنگی بایستی از وجود یک درگیری مسلحانه آگاه باشد. آگاهی، مستلزم وجود یک درگیری مسلحانه ساده است و مرتکب ذی‌ربط به هرگونه آگاهی از این رده از درگیری‌های مسلحانه (بین‌المللی یا غیر بین‌المللی) و یا شرایط ایجاد هر نوع درگیری‌های مسلحانه نیاز ندارد.^{۴۶} این امر می‌تواند از یک صلح‌بان قابل پذیرش نباشد که وی، از وجود یک درگیری مسلحانه در داخل سرزمینی که در آن مستقر می‌باشد، مطلع نبوده است. همان‌طور که در بالا ذکر شد، دلیل نهایی برای انجام یک عملیات حمایت از صلح در هر منطقه، وجود یک درگیری مسلحانه و یا بعد از آن است. حتی در صورت صدور یک دستور از سوی مقامات مافوق، قواعد و مقررات به‌کارگیری سلاح‌های مجاز تنها در صورت شرکت در مخاصمات مسلحانه و در جهت دفاع از خود را اجازه خواهند داد و این امر ممکن است منجر به عدم آگاهی از شرایط درگیری‌های مسلحانه در منطقه باشد که مأموریت محوله در آن طی یک عملیات انجام می‌شود.

در جنایات جنگی، مرتکب ذی‌ربط بایستی از شرایط واقعی ایجاد وضعیت (محافظت شده و یا نظامی / غیر مبارز) قربانی آگاه باشد.^{۴۷} وضعیت قربانی به موجب یک یا چند ماده از مواد کنوانسیون‌های ژنو سال ۱۹۴۹ از جمله ماده ۸ (۲)(a) تحت حمایت بوده است و یا از افراد تحت حمایت کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو مثل غیرنظامیان، پرسنل پزشکی و یا پرسنل مذهبی بودخ و هیچ‌گونه مشارکت فعالی در این مخاصمات نداشته‌اند (ماده ۸ (۲)(c)). افراد حفاظت شده کسانی هستند که در لحظات معین و به هر شیوه‌ی ممکن که درگیری رخ می‌دهد، در شرایط جنگ یا اشغال که در دست یک طرف جنگ و یا کشور اشغالگر بیگانه می‌باشد، مورد حمایت هستند؛ بنابراین روشن است که تعریف یک فرد حفاظت‌شده کمی گسترده است و یک زندانی جنگی را نیز پوشش خواهد داد. همچنین هر فردی در خاکی قرار گرفته که در آن درگیری‌های مسلحانه در حال وقوع است و به‌طور کلی تحت کنترل یک طرف جنگ می‌باشد. البته حقایق مربوط به هر قربانی بایستی مورد بررسی قرار گیرد تا معلوم شود که آیا، در هر شرایط فردی، آن فرد به طور فعال در خصومت‌ها در زمان‌های مربوطه درگیر شده است یا نه.

46. Bothe, op.cit., 389.

47. Those under Arts. 8(2)(a) and 8(2)(c).

نتیجه‌گیری

این بسیار حیاتی و مهم است که هر پرسنل حافظ صلحی که در یک عملیات حفظ صلح درگیر بوده است، به خاطر مشارکت در ارتکاب جرم، در قبال اعمال خود پاسخگو باشد. چنین رفتار مجرمانه نیروهای حافظ صلح، اثربخشی مأموریت را خدشه‌دار می‌کند، اما مهم‌تر از همه اینکه موجب آسیب رساندن به یک یا چند قربانی می‌شود. در مورد پرسنل نظامی، به مشارکت گروهی کشورها، صلاحیت انحصاری اعطا می‌شود. در خصوص پرسنل غیرنظامی (کارکنان سازمان ملل متحد، کارشناسان مأموریت)، دولت میزبان و دولت ثالث، صلاحیت رسیدگی دارند. باین حال، به عهده نگرفتن عملیات تعقیب توسط دولت‌ها نسبت به رفتارهای مجرمانه نیروهای حافظ صلح نشان می‌دهد که وجود یک دادگاه مستقل بین‌المللی برای این امر لازم است. در صورتی که شرایط ارتکاب جرم و جنایت موجود باشد و دولت‌های ذی‌نفع، نخواهند یا نتوانند متهمان و جرایم ارتكابی را تعقیب و رسیدگی نمایند، دیوان کیفری بین‌المللی بایستی اقدامات لازم را در این خصوص انجام دهد. البته چالش‌های اساسی در خصوص تعقیب یک صلح‌بان به‌واسطه ارتکاب جنایت علیه بشریت در دیوان کیفری بین‌المللی با توجه به یک سری عناصر وجود دارد. در واقع، یک اتهام جنایت علیه بشریت می‌تواند به مراتب شدیدتر از آن در جنایات جنگی، به دلیل وجود عناصر مورد نیاز حمله سیستماتیک یا گسترده باشد. این امر می‌تواند یک نمونه نادر باشد جایی که دادگاه صالح می‌خواهد یک صلح‌بان مرتکب جرم و جنایت را که بخشی از یک حمله سیستماتیک یا گسترده را تشکیل می‌داده است، تحت تعقیب قرار دهد اما کمی دشوار به نظر می‌رسد. کاربرد بالقوه این‌گونه عناصر از جنایات جنگی نسبت به جنایات ارتكابی توسط پرسنل حافظ صلح، امکان‌پذیر است، اما بدون عارضه نمی‌باشد. تعیین وجود یک درگیری مسلحانه و یک چنین وضعیت درگیری، دو مورد از بزرگ‌ترین موانع می‌باشد. باین حال، پیگرد قانونی صلح‌بان به موجب ماده ۸ اساسنامه رم ممکن نمی‌باشد. هنگامی که یک درگیری مسلحانه ایجاد می‌شود، اعمال تفسیر گسترده مرتبط با درگیری مسلحانه توسط دیوان یوگسلاوی سابق در پرونده فوکا قابل توجه است. این امر دادستان را قادر می‌سازد که جنایات ارتكابی توسط صلح‌بان در بستر مخاصمات مسلحانه را اثبات کند، صرف‌نظر از اینکه آیا پرسنل حافظ صلح به عنوان رزمنده در مخاصمات مسلحانه درگیر بوده‌اند یا نه. برای هر دو دسته از جرایم، عناصر وابسته به محل درگیری، حیاتی و مهم خواهد بود. فرمان مأموریت، قواعد درگیری و وضعیت مکانی همه مستلزم تعیین این است که آیا یک حمله به صورت سیستماتیک یا گسترده و یا درگیری مسلحانه بوده است یا نه. عارضه اصلی این خواهد بود که آیا جرم و جنایت صلح‌بان

می‌تواند به حمله و یا درگیری مسلحانه مربوط باشد یا نه. همان‌طور که نشان داده شده است، شرایط بالقوه‌ای وجود دارد که در آن، این عناصر را می‌توان ثابت کرد. این مفهوم ممکن است در حال حاضر یک چالش باشد، اما به نظر می‌رسد در صورت فقدان عمل تعقیب توسط یک کشور، پرسنل حافظ صلح می‌تواند به خاطر جنایات جنگی و جنایت علیه بشریت توسط دیوان کیفری بین‌المللی تحت تعقیب قرار گیرد.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

- اردبیلی، محمدعلی. حقوق بین‌الملل کیفری (گزیده مقالات). چاپ پنجم. تهران: نشر میزان، ۱۳۸۸.
 - جوانی، جمشید. «بررسی جنایات جنگی در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی». پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، ۱۳۹۰.
 - رنجبریان، امیرحسین و هدی شکیب‌منش. «جستاری در باب اعمال صلاحیت کیفری بر جرایم نیروهای حافظ صلح». مجله پژوهش حقوق و سیاست عمومی ۴۰ (۱۳۹۲): ۱۶۷-۱۹۸.
 - کسسه، آنتونیو. حقوق کیفری بین‌المللی. ترجمه حسین پیران، اردشیر امیر ارجمند و زهرا موسوی. چاپ اول. تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۸۷.
 - کیتی شای زری، کریانگ ساک. حقوق بین‌الملل کیفری. ترجمه: بهنام یوسفیان و محمد اسماعیلی. چاپ اول. تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۳.
 - ملک‌الکتاب خیابانی، مهدیه. «نقش دادگاه ویژه سیرالئون در مبارزه با بی‌کیفری». پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، تهران: دانشگاه علامه طباطبایی تهران، ۱۳۸۸.
 - میرمحمدصادقی، حسین. دادگاه کیفری بین‌المللی. چاپ ششم. تهران: نشر دادگستر، ۱۳۹۲.
 - ورله، گرهارد. «جنایت علیه بشریت در حقوق بین‌الملل معاصر». ترجمه امیر ساعد وکیل. مجله حقوق بین‌الملل ۳۹ (۱۳۸۹): ۵۹-۱۰۰.
- ب) منابع خارجی

- Amnesty International, "Kosovo (Serbia and Montenegro) "So Does It Mean that We Have the Rights?" Protecting the Human Rights of Women and Girl Trafficked for Forced Prostitution in Kosovo", News and Press Release, London: Amnesty International, 5 May 2004, Index number: EUR 70/010/2004.
- Bothe, M., "War crimes". In: Cassese, A., Gaeta, P., Jones, J.R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Cassese, A., Crimes against humanity. In: Cassese, A., Gaeta, P., Jones, J.R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Oxford: Oxford University Press, 2002a.
- Cassese, A., Genocide. In: Cassese, A., Gaeta, P., Jones, J.R.W.D. (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Oxford: Oxford University Press, 2002b.
- Cassese, A., *International Criminal Law*, 2nd Ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Dinstein, Y., *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, second ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Dormann, K., *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- Faite, A. & J.L. Grenier. *Expert Meeting on Multinational Peace Operations: Applicability of International Humanitarian Law and International Human Rights Law to UN Mandated*

Forces. Geneva: International Committee of the Red Cross, 2004.

- Greenwood, C., "International humanitarian law and United Nations military operations", *Yearbook of International Humanitarian Law* 1 (1998): 3-34.

- Maogoto, J.N. "Watching the watchdogs: holding the UN accountable for violations of International Humanitarian Law by the 'Blue Helmets'", *Deakin Law Review* 1 (2000): 47-80.

- Marston Danner, A., "Constructing a hierarchy of crimes in International Criminal Law sentencing", *Virginia Law Review* 3 (2001): 415-501.

- Martin, S., *Must Boys be Boys? Ending Sexual Exploitation & Abuse in UN Peacekeeping Missions*. Washington DC: Refugees International, 2005.

- McCoubrey, H. & N.D. White. *The Blue Helmets: Legal Regulation of United Nations Military Operations*. Aldershot: Dartmouth Publishing Company Limited, 1996.

- Red Cross, "Application of international humanitarian law and international human rights law to UN-mandated forces: report on the Expert meeting on multinational peace operations", *International Review of the Red Cross* 853 (2004): 207-212.

- Robinson, D. "The context of crimes against humanity", In: Lee, R.S. (Ed.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*. New York: Transnational Publishers, Inc., Ardsley, 2001.

- Rowe, P., War crimes, In: McGoldrick, D., Rowe, P., Donnelly, E. (Eds.), *The Permanent International Criminal Court*, Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, 2004.

- Ruckert, W., Witschel, G., *Genocide and crimes against humanity in the elements of crimes*, In: Fischer, H., Kress, C., Luder, S.R. (Eds.), *International and National Prosecution of Crimes under International Law*. Berlin: Berlin Verlag, 2001.

- Sagala, J.K., HIV/AIDS and the military in sub-Saharan Africa: impact on military organizational effectiveness. New York: Africa Today 53, 2006.

- Sassoli, M. & A.A. Bouvier, , *How Does Law Protect in War? Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law*. Geneva: International Committee of the Red Cross, 1999.

- Schabas, W.A., "The Jelisic case and the Mens Rea of the crime of genocide", *Leiden Journal of International Law* 14 (2001): 125-139.

- Sivakumaran, S., "War crimes before the special court for Sierra Leone", *Journal of International Criminal Justice* 4 (2010): 1009-1034.

- Tittmore, B.D., "Belligerents in Blue Helmets: applying international humanitarian law to United Nations peace operations", *Stanford Journal of International Law* 33 (1997): 61-117.

- Von Hebel, H., Robinson, D., "Crimes within the jurisdiction of the court". In: Lee, R.S. (Ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute*, The Hague: Kluwer Law International, 1999.

- Zwanenburg, M., "Double standards in peacekeeping? Subcontracting peacekeeping and international humani-tarian law", *Leiden Journal of International Law* 12 (1999): 753-758.

This Page Intentionally Left Blank

Soft Law in the Climate Change Legal Regime from the Perspective of Legal Positivism

*Mansour Aïrom¹, Hojjat Salimi Turkamani^{*2}, Mohammad Musazadeh³*

1. Ph.D. Student in International Law, Maragheh Branch, Islamic Azad University, Maragheh, Iran.

Email: mansour.airom@yahoo.com

2. Associate Professor, Department of International Law, Azarbaijan Shahid Madani University, Tabriz, Iran.

*. **Corresponding Author:** Email: salimi@azaruniv.ac.ir

3. Assistant Professor, Department of International Law, Maragheh University, Maragheh, Iran.

Email: musazadeh@maragheh.ac.ir

A B S T R A C T

In the formulation and development of the international climate change legal regime, a retreat from binding compliance mechanisms and a shift towards the use of softer legal framework and bottom-up designs can be seen. Regardless of the effectiveness of international climate agreements in managing climate change, in terms of the use of hard or soft law and the type of compliance mechanisms design, this article seeks to find and examine the reasons for the soft law prevalence in the process of international climate law development from the perspective of the school of legal positivism.

According to the positivist approach, although the mixing of wills, arising from objective and scientific facts, has provided the necessary force to shape the international climate change regime, the duality in the system of obligations and interests



S.D.I.L.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



Publisher:
Shahr-e Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:
Original Research

DOI:
10.48300/JLR.2022.324897.1923

Received:
16 January 2022

Accepted:
15 March 2022

Published:
10 June 2023



Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



multiplicity of internal influential groups in the process of accepting treaties has caused the collapse of the States collective will before Paris Agreement. Therefore, in the Paris Agreement, with the preference of voluntarism over climatic requirements and attention to the national sovereignty of countries with the waiver of strict obligations, the ground for concluding an agreement and making a change in the legal regime of climate change was achieved.

Keywords: Climate Agreements, Kyoto Protocol, Paris Agreement, Legal Positivism, Soft Law.

Excerpted from the Ph.D. thesis entitled " Compliance Mechanisms In The International Climate Change Law With Emphasis On The Paris Agreement", Islamic Azad University, Maragheh Branch, Faculty of Humanities.

Funding: The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Author contributions:

Mansour Aiom: Project administration, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing, Software, Validation, Formal analysis.

Hojjat Salimi Turkamani: Conceptualization, Data Curation, Validation, Supervision.

Mohammad Musazadeh: Supervision, Resources, Methodology.

Competing interests: The authors declare that they have no competing interests.

Citation:

Aiom, Mansour, Hojjat Salimi Turkamani & Mohammad Musazadeh. "Soft Law in the Climate Change Legal Regime from the Perspective of Legal Positivism" *Journal of Legal Research* 22, no. 53 (June 10, 2023): 331-358.

E x t e n d e d A b s t r a c t

The globalization of climate change issues has necessitated a concerted effort by the international community to manage this crisis. Efforts to draw up international agreements to mitigate destructive climate trends stem from the realization of this necessity. One of the most important pillars of climate agreements, which has a direct impact on its effectiveness and efficiency, is the compliance mechanisms embedded in them. In fact, the compliance system consists of a set of rules, structures and practical procedures that are compiled to ensure the compliance of members to their obligations.

In order to face the issue of climate change, the international community has pursued three approaches: 1- Stabilizing the amount of greenhouse gas emissions; 2- Trying to mitigate the amount of greenhouse gas production; and 3- adapting to the consequences of climate change.

The reasons for the formation of the climate change international law regime can be divided into four arguments: 1- increasing confidence in accepting commitments; 2- Increasing confidence in the implementation of obligations; 3- facilitating the process of implementing commitments; and 4- reducing the cost of interactions. In fact, the manifestation of legal regimes in the international system is a reflection of the highest level of acceptance of obligations by governments in a particular field.

From the point of view of those who believe in soft law, norms in the world of law have two pillars: obligation and compliance. Norms of soft law have only the second pillar, namely compliance. But from the point of view of positivism, the law is either hard (has the power of obligation) or it is not a law at all. Therefore, due to the existence of vague lines between what is called soft law and normative-ethical recommendations, this concept is opposed to the main idea of positivism, i.e. the originality of the law (the absence of legal rules from unnecessary additions). In modern positivist views, there is still an obligation-oriented understanding of international agreements. Based on this, an international contract will be considered legal only when its drafters agree on its legally binding nature and this agreement is inferred from the form, content and context of its conclusion.

In contrast to the above objections, those who believe in soft law argue that not only law can be soft, but legislation, implementation and even legal arguments can also be soft in nature. The general idea of the theory is based on the assumption that the two-dimensional nature of the law (the power of obligation and compliance) is not suitable for adapting to the increasing complexities of contemporary international relations, and complementary normative tools are needed to regulate the multi-dimensional problems of the modern world.

In the formulation and development of the international climate change legal

regime, a retreat from binding compliance mechanisms and a shift towards the use of softer legal framework and bottom-up designs can be seen. Regardless of the effectiveness of international climate agreements in managing climate change, in terms of the use of hard or soft law and the type of compliance mechanisms design, this article seeks to find and examine the reasons for the soft law prevalence in the process of international climate law development from the perspective of the school of legal positivism.

Based on the findings of this study, the mechanisms of compliance to international climate agreements are gradually moving away from authoritarian designs (Top-Down approach) and based on punitive responses to non-compliance (which is based on hard law), towards collective responsibility by the contractors under cooperation and incentive measures (soft law) as well as capacity building in the Contracting Parties.

In other words, according to the positivist approach, although the mixing of wills, arising from objective and scientific facts, has provided the necessary force to shape the international climate change regime, the duality in the system of obligations and interests multiplicity of internal influential groups in the process of accepting treaties has caused the collapse of the States collective will before Paris Agreement. Therefore, in the Paris Agreement, with the preference of voluntarism over climatic requirements and attention to the national sovereignty of countries with the waiver of strict obligations, the ground for concluding an agreement and making a change in the legal regime of climate change was achieved and the Paris Climate Agreement is a clear manifestation of this shift in legal formulation.

جایگاه حقوق نرم در رژیم حقوقی تغییرات آب‌وهوایی از منظر پوزیتیویسم حقوقی

منصور آیرم^۱، حجت سلیمی ترکمانی^{۲*}، محمد موسی‌زاده^۳

۱. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل، دانشکده علوم انسانی، واحد مراغه، دانشگاه آزاد اسلامی، مراغه، ایران.

Email: mansour.airom@yahoo.com

۲. دانشیار، گروه حقوق، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه شهید مدنی آذربایجان، تبریز، ایران.

* نویسنده مسئول: Email: salimi@azaruniv.ac.ir

۳. استادیار، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه مراغه، مراغه، ایران.

Email: musazadeh@maragheh.ac.ir




چکیده:

در تدوین و توسعه رژیم حقوقی بین‌الملل تغییرات آب‌وهوایی، عقب‌نشینی از سازکارهای پایبندی الزام‌آور و چرخش به سوی استفاده از تدوین حقوقی نرم‌تر و طراحی‌های پایین به بالا را می‌توان مشاهده نمود. فارغ از میزان اثربخشی موافقت‌نامه‌های بین‌المللی آب‌وهوایی در مدیریت تغییرات اقلیمی، از حیث استفاده از حقوق سخت یا نرم و نیز نوع طراحی سازکارهای پایبندی، این مقاله در پی بافتن و بررسی دلایل تفوق حقوق نرم در فرایند توسعه حقوق بین‌الملل آب‌وهوا از منظر مکتب پوزیتیویسم حقوقی است. بر اساس رویکرد پوزیتیویستی، هرچند اختلاط اراده‌ها که منبث از واقعیت‌های عینی و علمی است، نیروی لازم را برای شکل‌دهی به رژیم بین‌المللی تغییرات آب‌وهوایی فراهم آورده است؛ اما دوگانگی نظام تعهدات و تکرر منافع گروه‌های ذی‌نفع داخلی در فرایند پذیرش معاهدات، موجبات فروپاشی اراده جمعی دولت‌ها تا پیش از موافقت‌نامه پاریس را فراهم آورد. لذا در موافقت‌نامه پاریس با رجحان اراده‌گرایی بر اقتضانات

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز Creative Commons Attribution-Non-Commercial License 4.0 منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.


پژوهش‌گاه حقوق

نوع مقاله:
پژوهشی
DOI:
10.48300/JLR.2022.324897.1923
تاریخ دریافت:
۲۶ دی ۱۴۰۰
تاریخ پذیرش:
۲۴ اسفند ۱۴۰۰
تاریخ انتشار:
۲۰ خرداد ۱۴۰۲


اقلیمی و توجه به حاکمیت ملی کشورها با اعراض از تعهدات سخت، زمینه توافق و دگرگونی در رژیم حقوقی تغییرات آب‌وهوایی محقق گشت.

کلیدواژه‌ها:

موافقت‌نامه‌های آب‌وهوایی، پروتکل کیوتو، موافقت‌نامه پاریس، پوزیتیویسم حقوقی، حقوق نرم.

برگرفته از رساله دکتری با عنوان « سازکارهای پایبندی در حقوق بین‌الملل تغییرات آب‌وهوایی با تأکید بر موافقت‌نامه پاریس»، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد مراغه، دانشکده علوم انسانی.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان:

منصور آیرم: مدیریت پروژه، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش، استفاده از نرم‌افزار، اعتبارسنجی، تحلیل. حجت سلیمی ترکمانی: نظارت، اعتبارسنجی، نظارت بر داده‌ها، مفهوم‌سازی. محمد موسی‌زاده: نظارت، منابع، روش‌شناسی.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

آیرم، منصور، حجت سلیمی ترکمانی و محمد موسی‌زاده « جایگاه حقوق نرم در رژیم حقوقی تغییرات آب‌وهوایی از منظر پوزیتیویسم حقوقی». *مجله پژوهش‌های حقوقی*، ۲۲، ش. ۵۳ (۲۰ خرداد ۱۴۰۲): ۳۳۱-۳۵۸.

مقدمه

پیوستگی جغرافیایی حوزه مدیریت تغییرات آب‌وهوایی (هوا کره) و نیز به هم پیوسته بودن مسائل آن در سطح جهانی عملاً رسیدگی به این موضوع را در سطحی فراتر از صلاحیت ملی کشورها قرار داده است.^۱ این امر باعث گردیده تا آب‌وهوا به مثابه یکی از مهم‌ترین کالاهای بین‌المللی عمومی^۲ به موضوع یکی از گسترده‌ترین تلاش‌ها در زمینه همکاری‌های بین‌المللی مبدل گردد. مسأله گرمایش جهانی ناشی از انتشارات انسانی تا بدان‌جا به عنوان تهدید احتمالی علیه صلح و امنیت بین‌المللی تلقی شده که حتی دخالت شورای امنیت سازمان ملل متحد در این خصوص نیز مورد توجه برخی از پژوهشگران بوده است.^۳ منبعث از فهم علمی عمیق‌تر از پدیده گرمایش جهانی، یکی از مهم‌ترین تلاش‌های جامعه جهانی حرکت در جهت تثبیت و کاهش گازهای گلخانه‌ای و نیز سازگاری با تغییرات آب‌وهوایی از طریق شکل دادن به مجموعه‌ای از موافقت‌نامه‌های بین‌المللی در این خصوص بوده است. جامعه بین‌المللی به منظور روبرویی با مسأله تغییرات اقلیمی، سه رویکرد را تعقیب نموده است، ۱- تثبیت میزان انتشار گازهای گلخانه‌ای؛ ۲- تلاش برای کاهش میزان تولید گازهای گلخانه‌ای؛ و ۳- انطباق با پیامدهای ناشی از تغییرات اقلیمی.^۴

دلایل شکل‌گیری رژیم حقوق بین‌الملل تغییرات آب‌وهوایی را می‌توان در چهار استدلال ۱- افزایش اطمینان به پذیرش تعهدات؛ ۲- افزایش اطمینان به پیاده‌سازی تعهدات؛ ۳- تسهیل روند اجرایی کردن تعهدات؛ و ۴- کاستن هزینه معاملات خلاصه نمود.^۵ در واقع، تبلور رژیم‌های حقوقی در نظام بین‌الملل، انعکاسی از بالاترین سطح پذیرش تعهدات توسط دولت‌ها در حوزه‌ای به خصوص است. آنچه اما در خصوص تدوین و توسعه رژیم حقوقی بین‌الملل تغییرات آب‌وهوایی شاهد آن هستیم عقب‌نشینی از سازکارهای پایبندی الزام‌آور و چرخش به سوی استفاده از تدوین حقوقی نرم‌تر و

1. Patricia Birnie & Alan Boyle, *A International Law and the Environment*, (New York: Oxford University Press, 2002), 516.

2. "International public goods"
See: Scott Barrett, *Why Cooperate: The Incentive to Supply Global Public Goods*, (New York: Oxford University Press), 2007.

۳. حمید علیخانی، «صلح و امنیت بین‌الملل و تغییرات اقلیمی»، فصلنامه الکترونیکی پژوهش‌های حقوقی قانون‌یار، ۳(۱۱) (۱۳۹۹)، ۵۶.

۴. تورج خدیوی سهرابی، داریوش اشرافی و محسن عبدالهی، «بررسی میزان تاثیرگذاری الزامات حقوقی بین‌المللی مرتبط با کنوانسیون مبارزه با تغییرات اقلیمی در عملکرد کشورها»، فصلنامه علمی پژوهشی جغرافیا ۱۰(۴)(۱۳۹۹): ۳۸۶.

5. William Hare et al., "The architecture of the global climate regime: a top-down perspective." *Climate policy* 10, no. 6 (2010): 600-614.

طراحی‌های پایین به بالا^۶ در آن است. در واقع در طول چند دهه اخیر، استفاده از تدوین حقوقی مبتنی بر قوه الزام (حقوق سخت) و یا تشویق کشورها به پیوستن به تعهدات جدید در قالب حقوق نرم، چالش زمانی را در میان توسعه‌دهندگان رژیم حقوقی بین‌المللی تغییرات آب‌وهوایی موجب شده است. با وجود تسلط گفتمان پوزیتیویستی بر انشای قواعد حقوقی، اجماع کشورها در بسط قواعد نرم در حیطه تغییرات آب‌وهوایی نیاز به واکاوی و تحلیل چرایی آن دارد.

از منظر معتقدان به حقوق نرم، هنجارها در عالم حقوق دارای دو رکن هستند: الزام‌آوری و پابندی.^۷ هنجارهای حقوق نرم فقط دارای رکن دوم، یعنی پابندی هستند. لیکن از منظر پوزیتیویسم، قانون یا سخت (دارای قدرت الزام) است و یا اصلاً قانون نیست.^۸ لذا به دلیل وجود خطوط مبهم میان آنچه حقوق نرم خوانده می‌شود با توصیه‌های هنجاری - اخلاقی این مفهوم در مقابل ایده اصلی پوزیتیویسم یعنی اصالت قانون (عاری بودن قواعد حقوقی از اضافات غیرضرور) قرار می‌گیرد. در دیدگاه‌های نوین پوزیتیویستی نیز همچنان فهم الزام‌محور از موافقت‌نامه‌های بین‌المللی وجود دارد. بر این اساس، یک قرارداد بین‌المللی تنها زمانی حقوقی قلمداد خواهد شد که تدوین‌کنندگان آن در خصوص ماهیت الزام‌آور قانونی آن توافق داشته باشند و این توافق از شکل، محتوا و زمینه انعقاد آن استنباط شود. از این رو اصطلاح «حقوق نرم» در نهایت یک اشتباه لفظی و مفهومی در نظر گرفته می‌شود.^۹ در مقابل احتجاجات فوق، معتقدان به حقوق نرم این‌گونه استدلال می‌کنند که نه تنها قانون می‌تواند نرم باشد که قانونگذاری، اجرا و حتی استدلال‌های حقوقی نیز می‌توانند ماهیت نرم داشته باشند. ایده کلی نظریه بر این فرض استوار است که ماهیت دوعده‌ای قانون (قدرت الزام و پابندی) برای سازگاری با پیچیدگی‌های فزاینده روابط بین‌الملل معاصر مناسب نیست و ابزارهای هنجاری مکملی برای تنظیم مشکلات چندبعدی دنیای مدرن مورد نیاز است.^{۱۰}

عدم الزام قانونی (تکیه بر قواعد حقوق نرم) در موضوعی که همگان اذعان به فوریت در واکنش

6. Bottom-up

رویکرد از پایین به بالا روشی برای تصمیم‌گیری است که از پایین سلسله مراتب شروع می‌شود، نه از بالا.

۷. فرید بیرانوند، حسین شریفی طرازکوهی و صادق سلیمی، «تکوین و اعمال حقوق نرم بین‌المللی در پرتو رویه دیوان

بین‌المللی دادگستری با تأکید بر حقوق بشردوستانه»، مجله علمی پژوهشی حقوق پزشکی ۱۴(۱۳۹۹): ۷۳-۸۷.

8. Anthony Aust, "The theory and practice of informal international instruments" *International & Comparative Law Quarterly* 35(4)(1986): 787.

9. Matthias Goldmann, "We need to cut off the head of the king: Past, present, and future approaches to international soft law." *Leiden Journal of International Law* 25(2)(2012): 344.

10. Anthony D'amato, "Softness in international law: A self-serving quest for new legal materials: A reply to Jean d'Aspremont." *European Journal of International Law* 20(3)(2009): 897-910.

بدان دارند و سؤال در خصوص فایده‌مند بودن توافقات جهانی غیر الزام‌آور ضرورت طرح این پرسش را دوچندان نموده است. در خصوص شیوه انشای حقوقی آخرین موافقت‌نامه بزرگ بین‌المللی آب‌وهوایی در پاریس نیز این موضوع مطرح گردید و پس از انعقاد آن نیز با نگاه‌های متضاد حقوق‌دانان تفسیر گردید. در حالی که برخی چرخش از نگاه الزام‌آور به تسهیل‌گر و وجود معماری پایین به بالا در طراحی موافقت‌نامه پاریس را زمینه‌ساز اجماع جهانی سال ۲۰۱۵ قلمداد نمودند اما در مقابل، برخی معتقد هستند که استفاده از قواعد مبتنی بر حقوق نرم در مفاد کلیدی موافقت‌نامه پاریس در مورد کاهش انتشار آلاینده‌ها، نگرانی‌های جدی را در خصوص اثربخشی آن ایجاد می‌کند و از این نظر، ضعف بالقوه این موافقت‌نامه به حساب خواهد آمد.

فارغ از میزان اثربخشی موافقت‌نامه‌های بین‌المللی آب‌وهوایی در مدیریت تغییرات اقلیمی، از حیث استفاده از حقوق سخت یا نرم و نیز نوع طراحی سازکارهای پایبندی^{۱۱}، این مقاله، در قالب دو گفتار، در پی یافتن و بررسی دلایل تفوق حقوق نرم در فرایند توسعه حقوق بین‌الملل آب‌وهوایی از منظر مکتب پوزیتیویسم حقوقی است.

۱ - پوزیتیویسم و نسبت حقوق نرم با اراده‌گرایی

۱-۱ - پوزیتیویسم و حقوق بین‌الملل

فلسفه پوزیتیویستی، موضوع دانش علمی را محدود به موضوعاتی می‌کند که می‌توان آنها را با مشاهده تأیید نمود و از این رو، همه موضوعات پیشینی و متافیزیکی^{۱۲} را از قلمرو خود خارج می‌کند.^{۱۳} از این منظر وجود قانون یک‌چیز است و خوبی و بدی آن چیزی دیگر.^{۱۴} از سوی دیگر، توجه پوزیتیویسم حقوقی محدود به حوزه قواعد حقوقی وضع شده توسط دولت است و به این ترتیب تمام قوانینی که نمی‌توان وجود آنها را در اساسنامه‌های دولتی و تصمیمات دادگاهی معتبر جست‌وجو نمود را فاقد موضوعیت حقوقی قلمداد می‌کند. از این رو بینشی دولت‌محور و البته خنثی در قضاوت به حقوق دارد.^{۱۵} پوزیتیویسم

۱۱. بالا به پایین، پایین به بالا، تلفیقی

۱۲. وابسته به علم ماوراء طبیعی

13. Guido de Ruggiero, "Positivism", *Encyclopaedia of the Social Sciences*, (1930): 260.

۱۴. رضا احسانی و هادی طحان، «بازپژوهی مفهوم قانون در حقوق مدرن با تأکید بر مکتب پوزیتیویسم حقوقی»، حکمت اسلامی ۱۶، (۱۳۹۷): ۱۰۴-۷۹.

15. Hans J Morgenthau, "Positivism, functionalism & international law." *American Journal of International Law* 34(2)(1940): 260-284.

حقوقی، قانون را همان طور که هست می‌پذیرد، بدون آنکه درباره ارزش اخلاقی آن قضاوتی داشته باشد و یا تناسب عملی و کاربردی آن را زیر سؤال ببرد. ارزش پوزیتیویسم حقوقی از تعهد آن به وضوح^{۱۶} و قطعیت حقوقی^{۱۷} ناشی می‌شود که هر دو امری بسیار مطلوب تلقی می‌شوند.^{۱۸}

در حقوق بین‌الملل امروزی، رویکرد پوزیتیویستی را می‌توان در منشور سازمان ملل متحد، اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، دیوان بین‌المللی کیفری، نظام بین‌المللی حقوق بشر، کنوانسیون حقوق معاهدات، شیوه‌های دآوری، قضایی و شبه قضایی و حل و فصل اختلافات بین‌المللی و غیره مشاهده نمود.^{۱۹} هاینریش تریپل^{۲۰}، یکی از حقوق‌دانان مطرح پوزیتیویست آلمان، به وضوح اشاره می‌کند که حقوق بین‌الملل منبث از اختلاط اراده‌های ملی در سطح بین‌الملل است. او با بسط دکترین «اراده عمومی»^{۲۱} یا «اراده مشترک»^{۲۲} و مفهوم توافقات بین دولت‌ها تلاش نمود تا الزام‌آور بودن حقوق بین‌الملل را بر این اساس تشریح نماید.^{۲۳} بر این مبنا صرف نگرانی‌های یک دولت در حوزه خاص، همچون معضلات آب‌وهوایی و حتی اراده فردی هر دولت، به شکل منزوی، نمی‌تواند موجب ایجاد حقوق بین‌الملل گردد؛ بنابراین تنها زمانی که اراده‌های ملی فردی با هم جمع می‌شوند، معاهدات حقوقی بین‌المللی وجود خواهند داشت و اراده عمومی دولت‌ها در نهایت محتوا و اعتبار حقوق بین‌الملل را تعیین خواهد نمود.^{۲۴} در خصوص تکوین رژیم حقوقی تغییرات آب‌وهوایی نیز این روایت نظری صادق است.

با این حال و با وجود دولت‌محوری، مرجعیت دولت‌ها در تدوین حقوقی به معنای انکار انقطاع رابطه میان حقوق و واقعیت‌های اجتماع بشری در مکتب پوزیتیویسم نیست. همان‌گونه که ژول بسدوانت^{۲۵}

16. Clarity

17. Legal certainty

18. Herbert Lionel Adolphus Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals." *Harv. L. Rev.* 71 (1957): 593.

۱۹. شهرام زرنشان و حسین میرجعفری، «جایگاه پوزیتیویسم حقوقی در ارکان ملل متحد»، مطالعات حقوق عمومی ۴۸(۴) (۱۳۹۷): ۷۲۰.

20. Heinrich Triepel

21. General will

22. Common will

23. Jianming Shen, "The Basis of International Law: Why Nations Observe." *Dick. J. Int'l L.* 17 (1998): 312.

24. *Ibid.*, 313.

25. Jules Basdevant

پوزیتیویست، نیازهای زندگی بین‌المللی^{۲۶} و آنزیلوتی^{۲۷}، از پیشگامان نئوپوزیتیویسم حقوقی، داده‌های اجتماعی جامعه بین‌المللی^{۲۸} را بستر اراده دولت‌ها برای شکل‌گیری حقوق معرفی نموده‌اند. در خصوص زمینه‌های شکل‌گیری حقوق بین‌الملل و به تبع آن حقوق تغییرات آب‌وهوایی نیز توجه به واقعیت‌های عینی و البته علمی (قابل اثبات) غیرقابل انکار است. در واقع دولت‌های مدرن، به عنوان تدوین‌کنندگان اصلی حقوق بین‌الملل، با گذر از نظام‌های اخلاقی و غیرتعینی (حوزه بایدها) تنها بر اساس واقعیت‌های عینی قابل اثبات (حوزه هست‌ها) مبادرت به درک ضرورت‌های توجه به یک حوزه، همچون آب‌وهوا نموده‌اند. از این رو سیر تطور حقوق بین‌الملل آب‌وهوا را نمی‌توان در ورای این تحولات عینی جست‌وجو نمود.

۱-۲- اراده‌گرایی و حقوق نرم

نگاه غیر منعطف و تا حدودی جزم‌اندیشانه پوزیتیویسم به مفهوم تکوین قانون (در پرتوی اراده‌گرایی) از قضا اسباب استدلال در خصوص چرایی پیدایش حقوق نرم در سطح بین‌المللی را نیز فراهم ساخته است. هر تعهد سخت بین‌المللی که طیفی از گروه‌های ذی‌نفوذ اجتماعی و خصوصاً اقتصادی را متأثر سازد به طور قطع در فرایند پذیرش، در داخل، دچار مشکل خواهد شد. پژوهش‌های متعددی ثابت می‌کند که گروه‌ها و بخش‌های ذی‌نفوذ داخلی، متأثر از مزایا و هزینه‌های احتمالی پذیرش تعهدات الزام‌آور بین‌المللی، بر فرایند تصویب و یا حتی رد آن تأثیرگذارند.^{۲۹} در پژوهشی کمی که در خصوص نقش نیروهای داخلی در پذیرش و تصویب پروتکل کیوتو در ۱۷۰ کشور جهان انجام شد، یافته‌ها نشان می‌دهند که چگونه گروه‌های داخلی (همچون گروه‌های محیط زیستی و اقتصادی) و نیز بازیگران دارای حق وتو^{۳۰} (همچون رؤسای جمهور، نخست‌وزیران، گروه‌های پارلمانی، احزاب ائتلافی) در فرایند

26. Needs of international life; N. N. Singh, "The Absence of a Sovereign Legislature and Its Consequences for International Law." *Malaya L. Rev.* 12 (1970): 286.

27. Dionisio Anzilotti

28. Social data relating to the international community; Giorgio Gaja, "Positivism and dualism in Dionisio Anzilotti." *Eur. J. Int'l L.* 3 (1992):126.

29. see: Arye L. Hillman & Heinrich W. Ursprung, "The influence of environmental concerns on the political determination of trade policy." *The greening of world trade issues* (1992): 195-220; Paola Conconi, "Green lobbies and transboundary pollution in large open economies." *Journal of International Economics* 59(2)(2003): 399-422; Toke Skovsgaard Aidt, "The rise of environmentalism, pollution taxes and intra-industry trade." *Economics of Governance* 6(1)(2005): 1-12.

30. Veto Players

تصویب پروتکل کیوتو تأثیرگذار بوده‌اند.^{۳۱}

آنچه در پیدایش حقوق نرم جالب توجه است، توسعه آن در سایه گفت‌وگو بین پوزیتیویسم است. دلیل پیدایی حقوق نرم را می‌توان به طور سلبی و از پس خوانش نارسایی‌های مکتب پوزیتیویسم در تکوین نامیدکننده تعهدات بین‌المللی مشاهده نمود. آنچه در تکوین حقوق بین‌الملل تغییرات آب‌وهوایی رخ داد نیز گواهی بر این سیر است. با نگاهی به تکوین رژیم حقوقی تغییرات آب‌وهوایی از دهه ۷۰ میلادی تاکنون، در قالب دیپلماسی چندجانبه، می‌توان شاهد بن‌بست‌ها و شکست‌هایی بود که لاجرم بازیگران دولتی این عرصه را به سوی اتخاذ تمهیدات نوین حقوقی با توسل به قواعد نرم‌تر و داوطلبانه سوق داد. دیپلماسی چندجانبه میان دولت‌ها موجب گردیده است تا اختلاط و تجمیع اراده‌ها (آن‌گونه که پوزیتیویست‌ها بدان اعتقاد دارند) بر تعهدات با قدرت الزام‌آوری پایین‌تر اعمال گردد. همچنین به علت تخصصی بودن موضوعات مورد گفت‌وگو در قالب دیپلماسی چندجانبه چرخش به سوی تدوین نرم در موافقت‌نامه‌های آب‌وهوایی طبیعی به نظر می‌رسد؛ چراکه مهم‌ترین عامل مقبولیت حقوق نرم کارآمدی، انطباق بر نیازها و به طور کلی تخصصی بودن مفاد است.^{۳۲}

۲- توسعه قواعد نرم در رژیم حقوق بین‌الملل تغییرات آب‌وهوایی

در گفتار دوم با مطالعه دیپلماسی چندجانبه تغییرات آب‌وهوایی و نیز رژیم بین‌الملل حقوقی منبعث از آن نشان داده خواهد شد که چگونه از دل چهارچوب پوزیتیویسم حقوقی، تمهیدات نرم حقوقی نضج یافته و در موافقت‌نامه پاریس به بار می‌نشیند.

۲-۱- دیپلماسی چندجانبه ابزار هنجارسازی نوین در حقوق بین‌الملل

یکی از نقاط عطف جریان توسعه و تدوین حقوق بین‌الملل پس از جنگ سرد، عاملیت دیپلماسی چندجانبه و مذاکرات بین‌المللی، خارج از نهادهای مرسوم جامعه بین‌الملل بوده است. در واقع امروزه، بیشتر مقرره‌های حقوقی نظام بین‌الملل محصول نهایی نهادهایی همچون کمیسیون حقوق بین‌الملل نیستند.^{۳۳} چنانچه دیپلماسی بین‌المللی محیط زیست را عاملی جهت برانگیختن همکاری‌های بین‌المللی

31. Per G Fredriksson & Ujhelyi Gergely, "Political institutions, interest groups, and the ratification of international environmental agreements." *Unpublished Manuscript* 10 (2006).

۳۲. عبدالحسین شیروی و محمد حسین وکیلی مقدم، «حقوق نرم»، مطالعات حقوق تطبیقی ۶(۱)(۱۳۹۴): ۲۷۱.

33. Pavel Sturma, "The International Law Commission Between Codification, Progressive Development, or a Search for a New Role." *FIU L. Rev.* 13(2018): 1127.

به منظور تولید موافقت‌نامه‌ها و نیز توسعه استانداردها معنا کنیم^{۳۴}، نقش این عامل در برپایی رژیم حقوق بین‌الملل تغییرات آب‌وهوایی به خوبی قابل تشریح است. موافقت‌نامه‌های چندجانبه آب‌وهوایی که زیرمجموعه‌ای از موافقت‌نامه‌های زیست‌محیطی بین‌المللی^{۳۵} است، در دهه‌های اخیر محصول دیپلماسی چندجانبه دولت‌ها بوده است. موافقت‌نامه‌های بین‌المللی حقوق آب‌وهوایی را می‌توان به نسل دوم موافقت‌نامه‌های زیست‌محیطی متعلق دانست. نسل اول موافقت‌نامه‌های زیست‌محیطی تک‌موضوعی، کاربردمحور و اغلب بخشی بودند.^{۳۶} قواعد حقوقی منبعث از موافقت‌نامه‌های نسل اول محصول دیپلماسی چندجانبه دولت‌ها برای حفظ و استفاده از منابع طبیعی خاص همچون حیات‌وحش و محیط زیست دریایی است. کنوانسیون ۱۹۷۱ رامسر، کنوانسیون ۱۹۷۲ پیشگیری آلودگی دریا، تخلیه مواد زائد و پسماند در دریا و در مورد جلوگیری از آلودگی دریایی توسط تخلیه زباله و سایر مواد (کنوانسیون تخلیه لندن) و کنوانسیون بین‌المللی ۱۹۷۳ جلوگیری از آلودگی دریا ناشی از کشتی‌ها در زمره موافقت‌نامه‌های نسل اول زیست‌محیطی قرار می‌گیرند. نسل دوم موافقت‌نامه‌ها، اما دارای رویکردی کل‌نگرتر بوده و بر توسعه پایدار و استفاده پایدار از منابع طبیعی متمرکز بودند.^{۳۷} بسیاری از موافقت‌نامه‌های جامع‌نگر نسل دوم پس از کنفرانس «اجلاس زمین» در ژوئن ۱۹۹۲ که با حضور نمایندگان از حدود ۱۸۰ دولت در ریودوژانیرو برگزار شد، شکل گرفتند. کنوانسیون چهارچوب سازمان ملل متحد در مورد تغییرات آب‌وهوا محصول دیپلماسی چندجانبه کشورهای جهان بود که هرچند با ابتکار عمل سازمان ملل متحد برگزار گردید اما ترتیبات مذاکرات چندجانبه خارج از نهاد سازمان به مفاد آن شکل داد.

به این ترتیب و با شکل‌گیری دیپلماسی چندجانبه حول موضوعات زیست‌محیطی همچون آب‌وهوا، نظام بین‌الملل شاهد شکل‌گیری تکوین رژیم حقوق بین‌الملل تغییرات آب‌وهوایی گردید. از حیث شکلی، موافقت‌نامه‌های آب‌وهوایی شکل گرفته در چهارچوب دیپلماسی چندجانبه دارای نقاط تشابهی هستند. نخست آنکه این موافقت‌نامه‌ها دارای دامنه جهانی بوده و برای پیوستن تمامی کشورهای جهان به آن تدوین یافته‌اند؛ دوم آنکه تعیین هدف در موافقت‌نامه‌ها مبتنی بر یافته‌های علمی طراحی گردیده است؛

۳۴. محمد رضا تخشید و طاهره میلانی، «چالش تغییرات اقلیمی؛ دیپلماسی بین‌المللی محیط‌زیست و تأثیر آن بر توسعه پایدار»، دانش تفسیر سیاسی ۲(۸): (۱۴۰۰): ۱۳۰.

35. Multilateral Environmental Agreements (MEAs)

36. Mary Jane Mace and et al., *Guide for Negotiators of Multilateral Environmental Agreements* (Foundation for International Environmental Law and Development, 2006), 7.

37. Ibidem.

سوم آنکه متأثر از مذاکرات چندجانبه، مدل کنوانسیون مادر و پروتکل‌های عملیاتی در تدوین حقوقی آن دنبال شده است. به عنوان مثال کنوانسیون چهارچوب سازمان ملل متحد در مورد تغییرات آب‌وهوایی به عنوان سند مادر، چهارچوب حقوقی نظام مدیریت تغییرات آب‌وهوایی را در سال ۱۹۹۲ شکل داد، اما راه را برای تکوین حقوقی ناشی از اجلاس‌های چندجانبه اعضا و تدوین پروتکل‌های عملیاتی (همچون پروتکل ۱۹۹۷ کیوتو) هموار نمود.

۲-۲- تکوین رژیم حقوقی تغییرات آب‌وهوایی و اختلال در اراده‌گرایی مشترک

از دهه ۷۰ میلادی می‌توان شاهد بود که پس از هشدارهای علمی دانشمندان در اقصی نقاط جهان و انتشار یافته‌های نگران‌کننده از وضع شکننده پایداری اقلیم، تکاپوهای بین‌المللی جهت درج مسائل اقلیمی در دستور کار سیاسی رهبران شدت گرفته است. اولین کنفرانس جهانی که موضوع اصلی خود را محیط زیست قرار داد کنفرانس ماه ژوئن سال ۱۹۷۲ سازمان ملل در مورد محیط زیست انسانی^{۳۸} معروف به کنفرانس استکهلم بود. این کنفرانس نقطه عطفی در تکوین سیاست‌های محیط زیست بین‌المللی به شمار می‌آید که منجر به ایجاد برنامه محیط زیست سازمان ملل^{۳۹} شد. در برنامه اقدام کنفرانس استکهلم اولین اشارات مستقیم به تغییرات مخرب آب‌وهوایی در یک سند بین‌المللی پدیدار شد.^{۴۰} اجماع اراده‌ها در خصوص معضلات اقلیمی از دهه ۸۰ میلادی به وضوح قابل مشاهده است. کنفرانس ۱۹۸۵ فیلاخ^{۴۱}، بیانیه اجلاس سران ۱۹۸۹ لاهه در خصوص ضرورت ایجاد یک نهاد بین‌المللی جهت مقابله با گرمایش جهانی، کنفرانس سران ۱۹۸۹ نوردویک^{۴۲}، نشست سازمان کشورهای فرانکوفون^{۴۳} در داکار (۱۹۸۹)، نشست کشورهای جزیره‌ای کوچک در حال توسعه در ماله^{۴۴} (۱۹۸۹)، اجلاس گروه هفت در پاریس (۱۹۸۹)، نشست جنبش عدم تعهد در بلگراد^{۴۵} (۱۹۸۹) و نشست سران دولت‌های

38. *United Nations Conference on the Human Environment* also known as the Stockholm Conference (UNCHE)

39. *United Nations Environment Programme* (UNEP)

40. *United Nations Conference on the Human Environment Action Plan for the Human Environment*, A/CONF.48/14/Rev.1. 1972.

41. Villach

۴۲. در کنفرانس وزرای نوردویک در مورد آلودگی جوی و تغییرات آب‌وهوایی با تلاش هلند، نمایندگان ۶۷ کشور، ۱۱ سازمان بین‌المللی و کمیسیون جامعه اروپا گرد هم آمدند. این کنفرانس پایه‌گذار زمینه‌ها، مفاهیم و اصول جدید در زمینه سیاست تغییر آب‌وهوا در سطح سیاسی بود.

43. *International Organisation of La Francophonie Conference in Dakar*

44. *Small Island Developing States Conference in Malé*

45. *Summit of the Non-Aligned Movement in Belgrade*

مشترک‌المنافع در لنکاوی^{۴۶} جملگی آمادگی کشورهای جهان جهت انعقاد پیمان بین‌المللی اقلیمی را نشان داد. باوجوداین، تفاوت دولت‌ها از حیث اقلیم، موقعیت جغرافیایی، میزان درآمد ملی، سطح فناوری، جمعیت، منابع طبیعی و سایر ملاحظات موجب گردید تا مذاکره و توافق برای رسیدن به رژیم حقوقی تغییرات اقلیمی در میانه‌ای از اراده‌های ملی مختلف و بعضاً متضاد قرار گیرد و در مصادیق و هدف‌گذاری‌ها جهت ایجاد سازکار حقوقی مدیریت اقلیم این اختلاط اراده‌ها دچار تفرق^{۴۷} گردد.

یکی از چالش‌های بزرگ رسیدن به توافق جامع، دامنه پذیرش تعهدات آب‌وهوایی از حیث شمار متعاهدین به تعهدات کاهش انتشار گازهای گلخانه‌ای است. این کشمکش از نخستین سال مذاکرات چندجانبه برای نخستین پیمان آب‌وهوایی میان دولت‌ها در جریان بود. از سال ۱۹۹۱ تا اواسط سال ۱۹۹۲، مذاکرات مربوط به آب‌وهوا طی پنج جلسه کمیته بین‌دولتی به ریاست ژان رپیرت^{۴۸} فرانسوی برای کنوانسیون چهارچوب تغییر آب‌وهوایی صورت گرفت.^{۴۹} مسأله اصلی مذاکرات این بود که بر اساس الگوهای تاریخی انتشار گازهای گلخانه‌ای و سطح رفاه اقتصادی - اجتماعی دولت‌ها تمایز بین آنان در یک چهارچوب مشترک چگونه ممکن خواهد شد.^{۵۰} چالش پیش آمده میان دولت‌های مذاکره‌کننده، به صورت مفهوم بنیادین «مسئولیت‌های مشترک ولی متفاوت» در مقدمه کنوانسیون چهارچوب ملل متحد در مورد تغییرات آب‌وهوایی تبلور یافت. اصل نخست ماده ۳ کنوانسیون چهارچوب به صراحت بر نقش ویژه کشورهای پیشرفته تأکید دارد: «اعضای می‌بایست سیستم آب‌وهوا را به نفع نسل‌های فعلی و آتی بشر بر مبنای تساوی و بر طبق مسئولیت‌های مشترک ولی متفاوت و قابلیت‌های خود مورد حمایت قرار دهند؛ بنابراین کشورهای پیشرفته می‌بایست پیشرو مبارزه با تغییرات آب‌وهوا و اثرات سوء آن باشند.» در وظایف کنفرانس اعضا نیز بر اصل مسئولیت مشترک اما متمایز بدین شرح تأکید شده است: «ارتقا و تسهیل تبادل اطلاعات در مورد اقدامات انجام شده توسط اعضا برای مقابله با تغییرات آب‌وهوا و اثرات آن با در نظر گرفتن شرایط و مسئولیت‌ها و توانایی‌های متفاوت اعضا و تعهدات مربوطه آنها طبق کنوانسیون». ضمیمه کنوانسیون چهارچوب که به طور دقیق کشورهای توسعه‌یافته مورد هدف کنوانسیون را احصا نموده است، آینه تمام‌نمایی از نظم دوگانه‌ای است که حسب افتراق کشورها در پذیرش

46. Commonwealth Heads of Government Meeting in Langkawi

47. Fragmentation

48. Jean Ripert

49. Wytze van der Gaast, "The First Phase—Negotiating the UN Climate Convention." In *International Climate Negotiation Factors*, (Springer, Cham, 2017): 43-55.

50. Matthew Paterson & Michael Grubb, "The international politics of climate change", *International Affairs* 68(2)(1992): 293-310.

تعهدات شکل گرفت. هرچند که دولت‌ها در کنوانسیون چهارچوب به دو گروه توسعه‌یافته و در حال توسعه تقسیم شده‌اند اما به دلیل آنکه این توافق یک متن زمینه‌ای در خصوص برپایی نظام تخصصی حقوق بین‌الملل آب‌وهوایی است فاقد اشارات صریح و الزامات حقوقی سخت در خصوص اهداف کاهشی است. در سراسر متن این کنوانسیون از عبارت «بهتر است»^{۵۱} در خصوص تعهدات استفاده شده است.^{۵۲} این موضوع در حالی است که در بیان کلیات کنوانسیون همچون لزوم وضع قوانین مؤثر (مقدمه)، لزوم هماهنگی طرح‌های اقلیمی با شرایط اقتصادی - اجتماعی (مقدمه)، هدف‌بندی زمانی طرح‌ها (ماده ۲)، اقدام اعضا بر اساس عدالت (ماده ۳) و موضوعاتی از این دست از عبارت «باید» استفاده شده است که نیک پیداست این الزام حقوقی در خصوص مصادیق کلی همچون رفتار عادلانه و یا هماهنگی با شرایط اجتماعی نمی‌تواند به مثابه قرینه‌ای از سخت بودن مقررات این کنوانسیون قلمداد شود. به واقع کنوانسیون تغییرات آب‌وهوا با به کار بردن عبارت «باید» صریحاً به حمایت از سیستم‌های آب‌وهوایی به نفع نسل‌های حاضر و آینده اشاره دارد؛^{۵۳} اما در نظام تعهدات صراحت و عینیتی که ویژگی بارز تعهدات سخت است دیده نمی‌شود. از نظام «کنوانسیون - چهارچوب» به عنوان یکی از ویژگی‌های منحصر به فرد در معاهدات بین‌المللی محیط زیستی نام برده می‌شود و برای دولت‌هایی که تمایل دارند کلیات، اصول و تعهدات کلی خود را در یک متن حقوقی تحت عنوان کنوانسیون تدوین نمایند، این شیوه نگارش حقوقی کارساز خواهد بود^{۵۴} و شاکله اصلی کنوانسیون چهارچوب سازمان ملل متحد در مورد تغییرات آب‌وهوا (۱۹۹۲) نیز معمولاً بر حقوق نرم و تعهدات زمینه‌ای استوار است. هرچند گرایش به تدوین اسناد غیر الزام‌آور بین‌المللی، حقوق نرم، در مقابله با مشکلات گسترده جهانی از جمله تغییر اقلیم، از اهمیت فزاینده‌ای برخوردار شده^{۵۵} اما این موضوع باعث نشده است که بعضاً میل به تدوین الزام‌آور فراموش شود؛ موضوعی که در پروتکل کیوتو ظهور یافت.

51. Shall

۵۲. حجت سلیمی ترکمانی، «از مسئولیت حقوقی دولت‌ها تا مسئولیت اخلاقی آنها در زمینه مقابله با تغییرات آب و هوایی»، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز ۱۰(۲)(۱۳۹۷): ۱۱۵.

۵۳. سید عباس پورهاشمی، فرهاد دبیری، یلدا خلعت‌بری و سحر زارعی، «شکل‌گیری و توسعه مفهوم حقوق نسل‌های آینده در حقوق بین‌الملل محیط زیست»، علوم و تکنولوژی محیط زیست ۱۸(۳)(۱۳۹۵): ۱۶۸.

۵۴. شیرین شیرازیان، فلورا حیدری و مهدی حیدری، «ضرورت اجرای اصل احتیاطی در حفاظت از محیط زیست»، علوم و تکنولوژی محیط زیست ۲۱(۵)(۱۳۹۸): ۲۱۵.

۵۵. شیما عرب اسدی، «نگرانی از تغییر اقلیم و همکاری ناگزیر بین‌المللی»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی ۵(۳) (۱۳۹۹): ۹۹۳.

در روند تدوین پروتکل کیوتو نیز، چه در مذاکرات و چه در انشای متن نهایی، نظم دوگانه‌ای که در کنوانسیون چهارچوب شکل گرفته بود ادامه یافت و حتی تقویت گردید. پروتکل کیوتو به طور اختصاصی و در مواد ۲، ۳، ۴، ۵، ۶، ۷، ۸، ۱۰ و ۱۱ تعهدات ویژه‌ای را برای اعضای مندرج در ضمیمه یک کنوانسیون (اعضای توسعه‌یافته) معین نموده است. حتی بنا بر بند ۱ ماده ۲۴، جهت لازم‌الاجرا شدن این پروتکل نیز پذیرش کشورهای پیشرفته شرط اصلی اجرایی شدن آن در نظر گرفته شد: «این پروتکل در نودمین روز بعد از تاریخی که حداقل (۵۵) عضو کنوانسیون که شامل آن دسته اعضای مندرج در ضمیمه (۱) باشند که در مجموع حداقل پنجاه و پنج درصد (۵۵٪) کل میزان انتشار دی‌اکسید کربن سال ۱۹۹۰ میلادی اعضای مندرج در ضمیمه (۱) را تولید کرده‌اند، اسناد مربوط به تنفیذ، پذیرش، تصویب، یا الحاق خود را ارائه دهند، لازم‌الاجرا خواهد شد.» ادامه روند محدود بودن شمول متعاهدین به تعهدات کاهش انتشار در پروتکل به مرور به عنوان یکی از نقاط منفی سازگار کیوتو عمل نمود. یکی از نخستین شوک‌های مهم به رژیم بین‌المللی تغییرات آب‌وهوایی عدم تمایل ایالات متحده (بزرگ‌ترین انتشاردهنده گازهای گلخانه‌ای) جهت پیوستن به پروتکل به بهانه عدم شمول تمامی کشورهای مهم آلاینده در عهده‌گیری تعهدات کاهش بود. رئیس‌جمهور ایالات متحده، جرج بوش، در نطق رسمی خود جهت اعلام عدم اجرای پروتکل کیوتو به صراحت اعلام نمود که:

«... پروتکل کیوتو از بسیاری جهات غیرواقعی است... [گرمایش جهانی] نیازمند تلاش صددرصدی است... هند از پروتکل کیوتو معاف شده است. این کشور و سایر کشورهای در حال توسعه با چالش کاهش انتشار گازهای گلخانه‌ای مواجه هستند...»^{۵۶}

با توجه به این واقعیت اثبات شده که رشد اقتصادی در مراحل ابتدایی خود موجبات تخریب گسترده زیست‌محیطی را فراهم می‌آورد^{۵۷}، عدم حضور اقتصادهای نوظهور همچون چین، برزیل، هند و آفریقای جنوبی در رژیم حقوقی کاهش انتشارات که همگی در حال طی کردن شیب صعودی پیشرفت اقتصادی خود بودند، فاصله عمیقی میان اهداف غایی پیمان کیوتو در کاهش میزان انتشارات و واقعیت‌های میدانی را نشان می‌داد.

اما آنچه پیمان کیوتو را از حیث حقوقی منحصر به فرد ساخت، نه تمایز در میان متعاهدین که ماهیت

56. The white house, *President Bush Discusses Global Climate Change*. Washington DC, (2001, June 11).

۵۷. حسین صادقی و مجید اسلامی اندازگلی، «رشد اقتصادی و آلودگی زیست‌محیطی در کشورهای عضو پیمان کیوتو»، فصلنامه مطالعات اقتصاد انرژی ۸(۳۰): (۱۳۹۰): ۲۷.

الزام‌آور و طراحی بالا به پایین^{۵۸} آن بود. رابطه میان پروتکل و کشورهای پیشرفته عضو ضمیمه ۱، از نوع محکم و بر اساس قوانین الزام‌آور حقوقی (سخت) مدون گردید و میزان اهداف کاهش‌ی هر یک از این کشورها نیز توسط پروتکل معین گردید (طراحی بالا به پایین). در عوض، ارتباط سایر کشورها (غیر ضمیمه ۱) با پروتکل بر اساس قواعد حقوق نرم و غیر الزام‌آور بنا گردید. آنچه در پروتکل کیوتو به حد اعلا‌ی خود ظهور یافت. پروتکل کیوتو بیشترین مجازات‌های تعیین شده و بالقوه پرهزینه را جهت عدم پایبندی به موافقت‌نامه‌های چندجانبه محیط زیستی تعیین نمود.^{۵۹} ماده ۱۸ پروتکل مشخص نموده است که هر سازکاری که دارای عواقب الزام‌آوری باشد، بایستی از طریق الحاقیه پروتکل تصویب شود. تصمیم ۲۴/CP.۷ کنوانسیون چهارچوب، رویه‌ها و سازکارهای مربوط به پایبندی که در توافق‌نامه مراکش مورد مذاکره قرار گرفت را تصویب نمود. بر این اساس در صورتی که عضوی از مواد ۵/۱، ۵/۲، ۵/۱ یا ۷/۴^{۶۰} تخطی کند، شعبه اجرایی می‌تواند عدم پایبندی عضو را اعلام و یک برنامه اقدام برای پایبندی را درخواست کند.^{۶۱} در صورتی که یک عضو مندرج در ضمیمه ۱ شرایط لازم برای استفاده از سازکارهای انعطاف‌پذیری تحت مواد ۶، ۱۲ و ۱۷ را نداشته باشد، شعبه اجرایی می‌تواند دسترسی عضو به سازکارهای انعطاف‌پذیری را معلق کند.^{۶۲}

کنار کشیدن روسیه از دور دوم پروتکل کیوتو و حمایت این کشور از کانادا در ترک پروتکل با این استدلال که این نظام حقوقی از حیث دامنه متعاهدین فراگیر نبوده^{۶۳} و کشورهای مهم آلوده‌کننده خارج از نظام تعهدات قرار گرفته‌اند به تدریج نظم مستحکم پروتکل کیوتو را متزلزل ساخت. موضوع جالب توجه در این میان، کناره‌گیری کشور ژاپن از پروتکل کیوتو بود که تمهیدات دیپلماتیک پیگیرانه‌ای را در سال ۱۹۹۷ برای مدون شدن پروتکل بر عهده داشت. ایالات متحده در اوایل دهه ۱۹۹۰ مخالف سرسخت تعهدات الزام‌آور بود و حتی تهدید نمود که در صورت پیگیری وضع چنین تعهداتی از سوی سایر

58. top-down

رویکرد از بالا به پایین یک سبک خودکامه و سلسله‌مراتبی در تصمیم‌گیری سازمانی و رهبری است که در آن استراتژی‌ها یا برنامه‌ها ابتدا توسط یک یا چند مدیر ارشد طراحی می‌شوند و سپس در ساختار سازمانی منتشر می‌شوند.

59. Gregory Rose, "A compliance system for the Kyoto Protocol." *University Of New South Wales Law Journal Forum*, 7(2) (2001): 39.

60. Article 7.4 deals with reviewing guidelines for the preparations of national communications by Annex I Parties.

61. Farhana Yamin & Joanna Depledge, *The international climate change regime: a guide to rules, institutions and procedures*, (Cambridge University Press, 2004), 393.

62. Ibidem.

63. "Russia supports Canada's withdrawal from Kyoto protocol", *The guardian*, accessed November 15, 2021, <https://www.theguardian.com/environment/2011/dec/16/russia-canada-kyoto-protocol>

کشورها (به‌ویژه جامعه اروپا، گروه ۷۷ و چین) از نشست فاصله خواهد گرفت.^{۶۴} در این تصمیم‌گیری، منافع داخلی آمریکا نقش کلیدی را ایفا می‌کرد. هنگامی که پروتکل کیوتو در سال ۱۹۹۷ در حال نگارش بود، لابی تجاری ایالات متحده بر اساس نگرانی‌های اقتصادی به شدت با این پروتکل مخالفت کردند. در حالی که دولت کلینتون پروتکل را امضا و تصویب نمود اما کنگره (با اکثریت جمهوری‌خواه) با آن مخالفت کرد.^{۶۵} تأخیر در پیوستن روسیه به پروتکل کیوتو در دوره نخست تعهد و عدم تعهد به دور دوم پروتکل نیز متأثر از لابی قدرتمند انرژی در این کشور، نمونه دیگری از این واقعیت است.^{۶۶} بر این اساس، فشار لابی نفت و گاز و عدم تمایل به ایجاد تغییرات پرهزینه سیستمی، پذیرش هرگونه تعهد الزام‌آور جاه‌طلبانه را برای روسیه سخت کرده است.^{۶۷} این موضوع در خصوص عدم پذیرش تعهدات الزام‌آور پروتکل کیوتو از سوی استرالیا نیز به وضوح قابل مشاهده است. مهم‌ترین استدلالی که جان هوارد^{۶۸}، نخست‌وزیر وقت آن کشور، در پارلمان مطرح نمود موضوع آسیب رسیدن به صنایع و مشاغل وابسته به زغال سنگ در پی پذیرش تعهدات کیوتو بود.^{۶۹} استرالیا به عنوان بزرگ‌ترین صادرکننده زغال سنگ (در سال ۲۰۰۲) دارای یکی از قدرتمندترین لابی‌های صنعت زغال سنگ است و در خصوص تصمیم‌گیری برای پروتکل کیوتو، این گروه به‌شدت، در مخالفت با آن، فعالیت نمود.^{۷۰}

۲-۳- موافقت‌نامه پاریس و تثبیت نظام پایبندی نرم

موافقت‌نامه پاریس راجع به تغییرات آب‌وهوایی در ۱۲ دسامبر ۲۰۱۵ به‌وسیله دول ۱۹۵ کشور به تصویب رسید. این موافقت‌نامه در بستر کنوانسیون چهارچوب تغییرات آب‌وهوایی سازمان ملل متحد تصویب و با سرعتی دور از انتظار در تاریخ ۴ نوامبر ۲۰۱۶ اجرایی گردید. مسأله استمرار پایبندی اعضا به سازکارهای نظام تعهداتی جدید در زمره دغدغه‌های کلیدی طراحان موافقت‌نامه قرار گرفت و از این رو سعی در

64. "Reactions to Climate Change Negotiations and Action", *Global Issues*, accessed December 8, 2021, <https://www.globalissues.org/article/179/reactions-to-climate-change-negotiations-and-action>

65. *Ibidem*.

66. Alain Bernard and et al., "Russia's role in the Kyoto Protocol." *MIT Joint Program on the Science and Policy of Global Change* 89(2003): 4.

67. Szymon Kardaś, "Climate ambivalence: Russia's climate change policy, OSW Commentary 2020-12-15" (2020).

68. *John Winston Howard*

69. Kate Crowley, "Climate clever? Kyoto and Australia's decade of recalcitrance. in *Global commons, domestic decisions: the comparative politics of climate change* (Cambridge: The MIT Press, 2010): 201.

70. "Coal-rich Australia rejects Kyoto Protocol", *New scientist*, accessed December 13, 2021, <https://www.newscientist.com/article/dn2369-coal-rich-australia-rejects-kyoto-protocol/>

اعراض از تجارب شکست‌خورده گذشته داشتند. لذا در انشای موافقت‌نامه پاریس آنچه بیش از همه موارد دیگر برای دولت‌های مذاکره‌کننده حساسیت‌زا گردید، موضوع سازکار پایبندی و طراحی آن بود. پس از بحث‌های طولانی میان اعضای کنوانسیون چهارچوب در خصوص سازکار پایبندی موافقت‌نامه جدید، در نهایت چهار گزینه به عنوان پیشنهاد جهت پیش‌نویس متن مذاکره مطرح گردید: (۱) واگذاری تصمیم‌گیری در این باره به هیأت‌حاکمه موافقت‌نامه؛ (۲) برپایی سازکار یا کمیته پایبندی؛ (۳) در نظر گرفتن شفافیت بیشتر برای اجرا؛ و (۴) عدم نیاز به مقررات خاصی در این خصوص.^{۷۱} اعضا در مورد ویژگی‌های یک سازکار پایبندی، از جمله نحوه عملکرد، دامنه آن و اینکه آیا تعهدات به طور یکسان برای همه اعضا اعمال می‌شود یا خیر، اختلاف نظر داشتند. بحث‌ها ادامه یافت و در اوایل سال ۲۰۱۵ سه گزینه اصلی در خصوص پایبندی مطرح گردید: (۱) تمهیدات پایبندی و اجرایی که شامل امکان تشکیل دادگاه بین‌المللی آب‌وهوایی بود؛ (۲) سازکار پایبندی متمایز که برای کشورهای توسعه‌یافته اجباری و برای کشورهای در حال توسعه داوطلبانه بود؛ و (۳) یک کمیته پایبندی واحد با شعب مختلف.^{۷۲} به محض ورود به مذاکرات ۲۰۱۵ در پاریس، متن مذاکره شامل هر سه این گزینه‌ها بود و برای هر کدام نیز متن متمایزی وجود داشت.

اصرار تدوین‌کنندگان موافقت‌نامه پاریس در گنجاندن و تکرار مفاهیمی همچون اقدام داوطلبانه، سازکار غیر تنبیهی، احترام به حاکمیت ملی، سازکار غیرتهاجمی و واژگانی از این دست، ملاحظه و سواس‌گونه آنان در تأکید بر عدم ورود به حیطه حاکمیت و اراده ملی کشورها را نیز نشان می‌دهد. هرچند برخی در خصوص مؤثر بودن موافقت‌نامه پاریس به واسطه تکیه بر اقدامات داوطلبانه و تعهدات غیرالزام‌آور تردید می‌کنند اما در مقابل برخی دیگر به پشتوانه تجربیات مربوط به سازکارهای پایبندی در سایر موافقت‌نامه‌های چندجانبه زیست‌محیطی، بر این فرض تأکید دارند که افزایش تمایل اعضا به مفاد نرم موافقت‌نامه، به اجرای مؤثرتر آن کمک کند.^{۷۳} علاوه بر این، باور دارند که این سازکار غیر خصمانه شرایط بهتری را برای همکاری بین اعضای معاهده ایجاد می‌نماید.^{۷۴}

71. "Ad Hoc Working Group on the Durban Platform for Enhanced Action - Lima", accessed December 15, 2021, <https://undocs.org/FCCC/ADP/2014/L.5>.

72. "Ad Hoc Working Group on the Durban Platform for Enhanced Action Second session, part eight - Geneva.", accessed December 19, 2021, <https://unfccc.int/resource/docs/2015/adp2/eng/01.pdf>.

73. Dagnet, Y., & Northrop, E. *Facilitating implementation and promoting compliance* (Article 15). In D. R. Klein, M. P. Carazo, M. Doelle, J. Bulmer, & A. Higham (Eds.), *The Paris Agreement on climate change. Analysis and commentary* (2017), Oxford, England: Oxford University Press: 313.

74. *Ibidem*.

با مطالعه ماده ۱۵ موافقت‌نامه پاریس که در واقع گرانیگاه نظام پابندی این توافق است، مشاهده می‌شود که در سه بند موجود در این ماده که مرتبط با موضوع پابندی است، پنج عبارت کلیدی وجود دارد که راهنمای پیاده‌سازی این ماده و نیز بسط قوانین کاتوویتس^{۷۵} می‌باشد. تمامی این عبارات به نوعی نشان‌دهنده ماهیت نرم هسته مرکزی توافق از حیث پابند نمودن اعضا است.

۱- «تسهیل پیاده‌سازی و ارتقای پابندی» (بند ۱ ماده ۱۵): علی‌رغم تمایل برخی طرف‌ها جهت لازم‌الاجرا شدن یا حصول اطمینان از پابندی، طرفین تنها توانستند بر ارتقای پابندی توافق کنند و تنها در ارتباط با تسهیل پیاده‌سازی، پیشنهاد ترتیب نهادی یک کمیته واحد با وظایف دوگانه را دادند.

۲- «مفاد^{۷۶} این موافقت‌نامه» (بند ۱ ماده ۱۵): این عبارت به صورت مفیدی به صورت مبهم نگارش گردید. از این حیث که در خلال مذاکرات، اختلافات قابل توجهی در خصوص ماهیت حقوقی کمیته میان کشورهای و اینکه آیا این کمیته باید تنها بر جنبه‌های الزام‌آور قانونی مورد توافق تمرکز کند و یا کارویژه‌های تسهیل‌کننده را پوشش دهد، وجود داشت.

۳- «بر پایه کارشناسی و در ماهیت و عملکرد تسهیل‌کننده، شفاف، غیر خصمانه و غیر تنبیهی باشد» (بند ۲ ماده ۱۵): فرم نرم‌تر اشاره به موضوع پابندی در بند ۲ قابل مشاهده است. این بند بیان نسبتاً روشنی از پنج اصل، تسهیل‌کنندگی، شفافیت، غیرتخاصمی بودن، غیر تنبیهی بودن و کارشناس محوری بودن هسته اصلی نظام پابندی موافقت‌نامه پاریس را ترسیم می‌کند. این بند، این هشدار مضاعف را ارائه می‌دهد که حتی در انجام کارویژه ارتقای پابندی، کمیته هم تسهیل‌کننده و هم غیر تنبیهی خواهد بود، رویه‌ای که بسیار متفاوت از رژیم پابندی پروتکل کیوتو است.

۴. «توجه ویژه‌ای به وضعیت و توانایی‌های ملی اعضا داشته باشد» (بند ۲ ماده ۱۵): در حالی که کل موافقت‌نامه ذیل اصل مسؤلیت مشترک اما متمایز^{۷۷}، در پرتوی اقتضائات ملی اعضا، عمل می‌کند در اینجا مجدداً به شکل متفاوتی بر آن تأکید شده است. جالب اینجاست که این عبارت فقط دوبار در

75. The Katowice rules

پس از امضای موافقت‌نامه پاریس در سال ۲۰۱۵، اعضا تصمیم گرفتند تا سازکارهای اجرایی و رویه‌های گزارش‌دهی در خصوص این موافقت‌نامه را عملیاتی نمایند، لذا مذاکرات سه‌ساله‌ای پس از ۲۰۱۵ شکل گرفت که در نهایت در سال ۲۰۱۸ منجر به تدوین دستورالعمل کاتوویتس گردید.

۷۶. کلمه مفاد، Provisions. در این بند به صورت خنثی عمل نموده است و از این رو ماهیت حقوقی این بند را که مورد جدل میان مذاکره‌کنندگان بوده را به حالت معلقی رها نموده است. این نوع ابهام‌ها در نگارش متون حقوقی مرسوم بوده و از آن به عنوان ابهام سازنده (Constructive Ambiguit) نام برده می‌شود.

77. Common but differentiated responsibilities (CBDR)

موافقت‌نامه آمده است، در اینجا و در بند ۱۲ ماده ۱۳ که به بررسی کارشناسی فنی ذیل ترتیبات شفافیت می‌پردازد، موضوعی که با ماده ۱۵ ارتباط تنگاتنگی دارد.

۵. «گزارش سالانه‌ای به کنفرانس اعضا» (بند ۳ ماده ۱۵): مقداری ابهام در این مقررہ نسبتاً حداقلی وجود دارد؛ زیرا ماهیت کلی ارائه گزارش به کنفرانس اعضا روشن نیست و مشخص نیست که آیا در این گزارش کمیته می‌تواند توصیه‌هایی به کنفرانس اعضا داشته باشد یا خیر. در واقع در اینجا مشاهده می‌شود که برای کمیته در حد اعلائی قدرت مانور، تنها ارائه توصیه‌های غیر الزامی را می‌توان متصور بود.

به طور کلی، آنچه در موافقت‌نامه اقلیمی پاریس شاهد هستیم، نوعی از مقررات با تعهدات نسبتاً سخت در خصوص کاهش انتشار گازهای گلخانه‌ای و شفافیت و همچنین تعهدات نرم‌تر در خصوص انطباق با تغییرات اقلیمی، تأمین مالی، تکنولوژی و ظرفیت‌سازی و وجود چندین مقررہ غیر تعهدآور است.^{۷۸} دگرگونی روی داده در رژیم حقوق بین‌الملل تغییرات آب‌وهوایی بیش از آنکه محصول ابتکارات اعضا برای بهبود نظام حقوقی باشد، ناشی از ترس و واهمه آنان در نابودی دستاوردهای چند دهه‌ای دیپلماسی آب‌وهوایی است. پروتکل کیوتو به خوبی نشان داد که دولت‌ها در پیگیری کارویژه‌های ذاتی و دنبال کردن منافع حیاتی خود همچنان به نظام سنتی اولویت‌بندی خود باور دارند که در آن موضوعات زیست‌محیطی در حوزه سیاست سفلی^{۷۹} قرار دارد و اگر فرصت انتخابی برای اعمال اراده ملی در پذیرفتن تعهدات بین‌المللی باشد، حاضرند این تحدید حاکمیت ملی را در حوزه‌های سیاست علیا^{۸۰} پذیرا باشند؛ که به طور مستقیمی در راستای قدرت ملی آنان (هرچند در کوتاه‌مدت) است. تمهیدی که در موافقت‌نامه پاریس، با گذر از تجربه تلخ توافق کیوتو، به صورت اعلائی مورد توجه قرار گرفت. به طور حتم، مذاکرات پاریس ماحصل دیپلماسی ماهرانه‌ای بود که در کنفرانس اعضا محقق گردید. با وجود این، اگر اعضا در جهت برقراری یک فرآیند تعهدسازی داوطلبانه مبتنی بر قواعد غیر تنبیهی و از پایین به بالا تلاش نمی‌کردند، رسیدن به یک موفقیت جامع امکان‌پذیر نبود. در این مذاکرات به دلیل دور شدن مباحث از

۷۸. اعظم امینی، حجت میان‌آبادی و ناصر نداف، «نقش دیپلماسی در موافقت‌نامه اقلیمی پاریس»، فصلنامه ژئوپلیتیک ۱۴(۱)(۱۳۹۷): ۱۵۷.

79. Low Politics

مرتبط با حوزه‌های غیر حیاتی‌تر سیاست، برخلاف سیاست علیا همچون راهبردهای امنیتی و نظامی که در صدر اولویت دولت‌ها جای دارد.

80. High Politics

طراحی بالا به پایین و مجازات عدم پابندی به سبک آنچه در کیوتو به وقوع پیوسته بود، انتشاردهنده‌های اصلی گازهای گلخانه‌ای که پیش از این خود مانع پیشرفت مذاکرات بودند اکنون برای حمایت از توافق جدید به طور آشکار آمادگی نشان می‌دادند. زیر چتر تعهد رفتن تمامی کشورهای عضو معاهده پاریس به طور یقین حاصل عدم خدشه به اراده ملی کشورها در حوزه مدیریت تغییرات آب‌وهوایی بود. آنچه در نهایت در پاریس شکل گرفت، سازشی بود میان همه طرف‌ها اعم از طرف‌هایی که می‌خواستند مجموعه مفصلی از مفاد را داشته باشند و آنهایی که تنها به قواعد حداقلی رضایت داشتند؛ در واقع پیوندی میان مفهوم سخت و نرم پابندی و نیز وفاقی در خصوص دامنه اعمالی موافقت‌نامه که این بار کشورهای در حال توسعه را نیز دربر می‌گرفت.

نتیجه‌گیری

سیطره رویکرد پوزیتیویستی در حقوق بین‌الملل حرکت به سوی تدوین‌های حقوقی جسورانه و جاه‌طلبانه را، علی‌رغم اذعان دولت‌ها به آسیب‌ها و تبعات زیست‌محیطی خطرناک تغییرات اقلیمی، با چالش مواجه ساخته است. تحدید اراده ملی ذیل پذیرش تعهدات بین‌المللی که طیف گسترده‌ای از بازیگران داخلی را متأثر می‌سازد تصمیمی نخواهد بود که دولت‌ها به آسانی آن را اتخاذ نمایند. مضاف بر اینکه در پذیرش این تعهدات نوعی تبعیض قانونی (همچون نظام تعهدات کیوتو) نیز برقرار باشد. با وجود آنکه تحولات عینی عرصه عمومی می‌تواند، از طریق اختلاط اراده‌ها، بستری برای توسعه یک رژیم حقوقی بین‌المللی را فراهم آورد اما همین اراده‌های مشترک متأثر از تضاد منافع بازیگران در دو سطح داخلی (احزاب، گروه‌های فشار و ...) و بین‌المللی (سایر دولت‌ها) می‌تواند تضعیف و یا حتی فروپاشیده شود. توجه به حوزه محیط زیست و خصوصاً تغییرات آب‌وهوایی، متأثر از یافته‌های علمی جدید و همچنین فشار افکار عمومی، بیش از گذشته بوده و به تدریج در دستور کار سیاسی نظام بین‌الملل وارد شده است. با وجود این، اما همچنان اجماع نظر دولت‌ها بر سر توافقاتی با تعهدات الزام‌آور، چالش‌زا است. به این ترتیب مشاهده می‌شود که در توافق پاریس، تنها با طراحی نظام پابندی مختلط و نرم است که در آن کشورها می‌پذیرند به صورت داوطلبانه میزان مشارکت‌های ملی خود در کاهش جهانی انتشارات را مبنای تعهد و اقدام قرار دهند. دولت‌پایه بودن موافقت‌نامه‌های آب‌وهوایی، قواعد شکلی اعمال اراده و تکثر منافع در داخل دولت و برتری اولویت‌های غیر زیست‌محیطی در نظام تصمیم‌گیری اکثریت دولت‌ها، موجب گردیده است تا به امروز رژیم حقوقی تغییرات آب‌وهوایی، علی‌رغم برخی از دستاوردها، قادر به

رفع نگرانی‌های مرتبط با مدیریت حقوقی تغییرات اقلیمی نباشد. اگر اثر بخشی معاهدات زیست‌محیطی جهانی در گرو مشارکت گسترده کشورها، کیفیت مطلوب تعهدات و الزامات اجرایی باشد، آنگاه چالش استفاده از حقوق نرم و طراحی‌های پایین به بالا بیشتر نمایان خواهد شد. در حالی که تعهدات نرم مشارکت گسترده در موافقت‌نامه پاریس را تسهیل نمود اما نگرانی‌های جدی در مورد ماهیت داوطلبانه تعهدات مندرج در آن از حیث تحقق اهداف کلی موافقت‌نامه را در پی داشت.

با وجود تسلط گفتمان پوزیتیویسم در تدوین و توسعه حقوق بین‌الملل، رژیم حقوقی تغییرات آب‌وهوایی همچنان رشد بسیار کند و احتیاط‌آمیز خود را دنبال خواهد نمود. کم‌توجهی، اگر نگوئیم بی‌اعتنایی، گفتمان پوزیتیویسم به بازیگران غیردولتی و نیز تسلط شکل‌گرایی در ترتیبات پذیرش و انعقاد موافقت‌نامه‌ها، چالش‌های بنیادینی است که اصلاح آن بعضاً منوط به عواملی خارج از حوزه عملیاتی حقوق بین‌الملل است. به طور قطع رشد گفتمان‌های حقوقی انتقادی و پساتجددگرا در حوزه تدوین و توسعه حقوق بین‌الملل می‌تواند موجبات شکل‌گیری ابداعات جدید حقوقی را فراهم آورد.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

- احسانی، رضا و هادی طحان نظیف. «بازپژوهی مفهوم قانون در حقوق مدرن با تأکید بر مکتب پوزیتیویسم حقوقی». حکمت اسلامی ۵(۱۱۶۹۷)(۱۳۹۷): ۱۰۴-۷۹.
- امینی، اعظم، حجت میان‌آبادی و ناصر نداف، «نقش دیپلماسی در موافقت‌نامه اقلیمی پاریس»، فصلنامه ژئوپلیتیک ۱۱۴(۱۳۹۷): ۱۴۸-۱۷۵.
- بیرانوند، فرید، حسین شریفی طرازکوهی و صادق سلیمی. «تکوین و اعمال حقوق نرم بین‌المللی در پرتو رویه دیوان بین‌المللی دادگستری با تأکید بر حقوق بشردوستانه». مجله علمی پژوهشی حقوق پزشکی ۱۴(۱۳۹۹): ۸۷-۷۳.
- پورهاشمی، سید عباس، فرهاد دبیری، یلدا خلعت‌بری و سحر زارعی. «شکل‌گیری و توسعه مفهوم حقوق نسل‌های آینده در حقوق بین‌الملل محیط زیست»، علوم و تکنولوژی محیط زیست، ۱۸(۳)(۱۳۹۵): ۱۶۳-۱۷۸.
- تشخیص، محمدرضا و طاهره میلانی. «چالش تغییرات اقلیمی؛ دیپلماسی بین‌المللی محیط زیست و تأثیر آن بر توسعه پایدار»، دانش تفسیر سیاسی ۲(۸)(۱۴۰۰): ۱۲۹-۱۴۸.
- خدیوی سهرابی، تورج؛ داریوش اشرافی و محسن عبدالهی. «بررسی میزان تاثیرگذاری الزامات حقوقی بین‌المللی مرتبط با کنوانسیون مبارزه با تغییرات اقلیمی در عملکرد کشورها»، فصلنامه علمی پژوهشی جغرافیا ۱۰(۴)(۱۳۹۹): ۳۷۹-۳۹۵.
- زرنشان، شهرام و حسین میرجعفری. «جایگاه پوزیتیویسم حقوقی در ارکان ملل متحد». مطالعات حقوق عمومی ۴۸(۴)(۱۳۹۷): ۷۳۴-۷۱۵.
- سلیمی ترکمانی، حجت. «از مسؤولیت حقوقی دولت‌ها تا مسؤولیت اخلاقی آنها در زمینه مقابله با تغییرات آب‌وهوایی»، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز ۱۰(۲)(۱۳۹۷): ۱۰۵-۱۳۳.
- شیرازیان، شیرین، فلورا حیدری و مهدی حیدری. «ضرورت اجرای اصل احتیاطی در حفاظت از محیط زیست»، علوم و تکنولوژی محیط زیست ۲۱(۵)(۱۳۹۸): ۲۰۷-۲۱۸.
- شیروی، عبدالحسین و محمد حسین وکیلی مقدم. «حقوق نرم»، مطالعات حقوق تطبیقی ۶(۱)(۱۳۹۴): ۲۵۱-۲۷۶.
- صادقی، حسین و مجید اسلامی اندارگلی. «رشد اقتصادی و آلودگی زیست محیطی در کشورهای عضو پیمان کیوتو»، فصلنامه مطالعات اقتصاد انرژی ۸(۳۰)(۱۳۹۰): ۱-۳۲.
- عرب اسدی، شیماء. «نگرانی از تغییر اقلیم و همکاری ناگزیر بین‌المللی»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی ۵(۳)(۱۳۹۹): ۱۰۵-۹۸۷.
- علیخانی، حمید، «صلح و امنیت بین‌الملل و تغییرات اقلیمی»، فصلنامه الکترونیکی پژوهش‌های حقوقی قانون‌یار، ۳(۱۱)(۱۳۹۹): ۳۷-۵۹.
- (ب) منابع خارجی

Books

- Barrett, Scott. *Why cooperate?: the incentive to supply global public goods*. Oxford University Press on Demand, 2007.
- Birnie, Patricia W., Alan E. Boyle & Catherine Redgwell. *International law and the*

environment. Oxford University Press, 2009.

- Kate Crowley, "Climate clever? Kyoto and Australia's decade of recalcitrance. in *Global commons, domestic decisions: the comparative politics of climate change*. Cambridge: The MIT Press, 2010.

- Hillman, Arye L., & Heinrich W. Ursprung. "The influence of environmental concerns on the political determination of trade policy." *The greening of world trade issues* 59(2)(1992): 195-220.

Instruments

- Ad Hoc Working Group on the Durban Platform for Enhanced Action. Lima., 2014.

- Kyoto Protocol. (1997).

- The Paris Agreement. (2015).

- UN. (1972). A/CONF.48/14/Rev.1.

- UNFCCC Convention. (1992).

- UNFCCC, "Ad Hoc Working Group on the Durban Platform for Enhanced Action Second session, part eight." Geneva, 2015.

- Vienna Convention on the Law of Treaties. (1969).

Articles

- Aidt, Toke Skovsgaard. "The rise of environmentalism, pollution taxes and intra-industry trade." *Economics of Governance* 6(1)(2005): 1-12.

- Aust, Anthony. "The theory and practice of informal international instruments." *International & Comparative Law Quarterly* 35(4)(1986): 787-812.

- Bernard, Alain, Sergey Paltsev, John L. Reilly, Marc Vielle & Laurent Viguier. "Russia's role in the Kyoto Protocol." MIT Joint Program on the Science and Policy of Global Change 98(2003): 1-24.

- Conconi, Paola. "Green lobbies and transboundary pollution in large open economies." *Journal of International Economics* 59(2)(2003): 399-422.

- D'amato Anthony. "Softness in international law: A self-serving quest for new legal materials: A reply to Jean d'Aspremont." *European Journal of International Law* 20(3)(2009): 897-910.

- de Ruggiero, Guido. "Positivism." *Encyclopaedia of the Social Sciences* Vol. XII (1930): 260-265.

- Gaja, Giorgio. "Positivism and dualism in Dionisio Anzilotti." *Eur. J. Int'l L.* 3(1992): 123-138.

- Goldmann, Matthias. "We need to cut off the head of the king: Past, present, and future approaches to international soft law." *Leiden Journal of International Law* 25(2)(2012): 335-368.

- Hare, William, Claire Stockwell, Christian Flachslund & Sebastian Oberthür. "The architecture of the global climate regime: a top-down perspective." *Climate policy* 10(6) (2010): 600-614.

- Hart, Herbert Lionel Adolphus. "Positivism and the Separation of Law and Morals." *Harv. L. Rev.* 71(1957): 593.

- Kardaś, Szymon. "Climate ambivalence: Russia's climate change policy. OSW Commentary 2020-12-15." *OSW Commentary* 369(2020): 1-7.

- Morgenthau, Hans J. "Positivism, functionalism, and international law." *American Journal of International Law* 34(2)(1940): 260-284.

- Paterson, Matthew & Michael Grubb. "The international politics of climate change." *International Affairs* 68(2)(1992): 293-310.

- Rose, Gregory. "A compliance system for the Kyoto Protocol." In *University Of New South Wales Law Journal Forum*, 7(2)(2001): 37-40.

- Shen, Jianming. "The Basis of International Law: Why Nations Observe." *Dick. J. Int'l L.* 17(1998): 287-355.

- Singh, N. N. "The Absence of a Sovereign Legislature and Its Consequences for International Law." *Malaya L. Rev.* 12(1970): 277-297.

- Sturma, Pavel. "The International Law Commission Between Codification, Progressive Development, or a Search for a New Role." *FIU L. Rev.* 13(2018): 1125-1135.

- van der Gaast, Wytze. "The First Phase—Negotiating the UN Climate Convention." In *International Climate Negotiation Factors*, 43-55. Springer, Cham, 2017.

- Dagnet, Y., & Northrop, E. Facilitating implementation and promoting compliance (Article 15). In D. R. Klein, M. P. Carazo, M. Doelle, J. Bulmer, & A. Higham (Eds.), *The Paris Agreement on climate change. Analysis and commentary* (2017), 338–35,1 Oxford, England: Oxford University Press.

- Yamin, Farhana & Joanna Depledge. *The international climate change regime: a guide to rules, institutions and procedures*. Cambridge University Press, 2004.

Others

- Fredriksson, Per G. & Gergely Ujhelyi. "Political institutions, interest groups, and the ratification of international environmental agreements." *Unpublished Manuscript* 10 (2006): 1-38.

- Global Issues. "Reactions to Climate Change Negotiations and Action", accessed December 8, 2021, <https://www.globalissues.org/article/179/reactions-to-climate-change-negotiations-and-action>

- Mace, Mary Jane, M. E. Mrema, C. Bruch, & C. Salpin. *Guide for Negotiators of Multilateral Environmental Agreements*. Foundation for International Environmental Law and Development, 2006.

- Myrvold, Hilde. "EU's Response to Climate Change: A Qualitative Comparative Analysis of the Paris Agreement and the European Green Deal." Bachelor's thesis, NTNU, 2021.

- New scientist. "Coal-rich Australia rejects Kyoto Protocol", accessed December 13, 2021, <https://www.newscientist.com/article/dn2369-coal-rich-australia-rejects-kyoto-protocol/>

- The guardian. "Russia supports Canada's withdrawal from Kyoto protocol", accessed November 15, 2021, <https://www.theguardian.com/environment/2011/dec/16/russia-canada-kyoto-protocol>

- The white house. "President Bush Discusses Global Climate Change". Washington DC. Retrieved from <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/06/20010611-2.html>

The Convergence and Divergence of Feminism and Restorative Justice in the Context of Family Violence Against Women

*Mozhgan Nemati*¹

1. Ph.D. Student in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran.

Email: Mozhgan_Nemati@modares.ac.ir



S.D.I.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



Publisher:
Shahr-e- Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:
Original Research

DOI:
10.48300/JLR.2022.328269.1950

Received:
23 December 2021

Accepted:
9 March 2022

Published:
10 June 2023



A B S T R A C T

Context & Purpose: In the feminist debate, the criminal justice system is considered as a failed model for the advocacy responses to victim women due to the domination of the masculine approach and lack of enough necessary attention to the concerns and traits of women. First, restorative justice which itself is the result of victim movements and feminist criminology seems to be in the same direction with the values of the women's rights movement by empowering women and creating an interactive and flexible environment between the offender, victim, and civil society.

Method: By the documentary method, this study answers how much restorative justice programs conform principles and values of the movement of feminism and, on the contrary, what critics have feminism brought to restorative justice

Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



practices. From the perspective of feminism, restorative justice has acted more appropriately to the victimization of women in family violence compared to the criminal justice system. Findings and Results: Even though some of the criticisms come from the lack of correct implementation of restorative justice programs, but also feminist challenges of restorative practices regarding the victimization of women in family violence are serious. The most important challenges to restorative justice are: lack of enough attention to victim women's safety in restorative practices, imbalance of power, pressure on victim women and threaten them, insist on forgiveness and forcing women to take part in restorative programs, or affecting the process by the offender, tolerance with the offender and lack of adequate accountability and so lack of general and specific deterrence, strengthen the cultural norms of male domination.

Keywords: Restorative Justice, Feminism, Gender, Victimization, Violence against Women.

Funding: The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Author contributions:

Mozhgan Nemati: Conceptualization, Methodology, Software, Validation, analysis, Investigation, Resources, Data Curation, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing, Visualization, Supervision, Project administration.

Competing interests: The author declares that she has no competing interests.

Citation:

Nemati, Mozhgan. "The Convergence and Divergence of Feminism and Restorative Justice in the Context of Family Violence Against Women" *Journal of Legal Research* 22, no. 53 (June 10, 2023): 359-382.

E x t e n d e d A b s t r a c t

Supporters of the women's rights movement have always emphasized the fundamental importance of gender inequalities and demand a gender analysis of the nature of relationships and social institutions. From the perspective of this movement, the criminal justice system is considered as a failed model for the advocacy responses to victim women due to the domination of masculine approach and lack of enough and necessary attention to the concerns and traits of women. The paradigm of restorative justice, although it is not based on the centrality of achieving gender equality, but its commitment to equality in social relations is consistent with the concern of feminism and this alignment can become a base for a deeper interaction between efforts to end gender-based violence and the restorative justice paradigm.

This interaction can offer a wide range of possibilities for those who seek a world without violence and without gender (or other) inequalities. In general, in feminist thought, the potential capacities of restorative justice have been accepted in increasing the empowerment of women; As restorative justice has been called the feminist face of justice. Therefore, it is not an exaggeration that restorative justice is fundamentally and conceptually consistent with feminism. Especially that appearance restorative justice itself is the result of victim movements and feminist criminology and it seems to be in the same direction with the values of the women's rights movement with empowering women and creating an interactive and flexible environment between offender, victim and civil society.

Although from the perspective of feminism, restorative justice has performed better about the "gender" factor compared to the formal criminal justice system, but studies show that many of the criticisms raised against restorative justice in the field of gender violence are justified. In the feminism, any claims about the interests and potential benefits of restorative justice procedures, including empowering and reducing the fear of victims, must be made with reference to the gender composition and other characteristics of the crime. Feminist critics of restorative justice mainly focus on family violence against women and girls and believe that the informal processes of restorative justice - contrary to the efforts of the feminism movement - in many cases lead to the privatization of violence against women and girls and In this way provides the ground for continued violence and re-victimization. In addition, there are other feminist challenges facing restorative justice, the most important of which are: lack of enough attention to victim women's safety in restorative practices, imbalance of power, pressure and threat on women victim, insist on forgiveness and

forcing women to take part in restorative programs or affecting the process by the offender or his relatives, tolerance with offender and lack of their adequate accountability and so lack of general and specific deterrence, strengthen the patriarchal cultural norms or the low effect of restorative procedures in societies where violence against women is accepted as a norm and doubts about secrecy especially in small communities.

In the meantime, it should be noted that the ambiguity in the quiddity and concept of restorative justice and the incorrect use of this term to describe a range of alternative procedures (sometimes inappropriate procedures) which is fundamentally inconsistent with key values, principles or processes of restorative justice, have led to considerable confusion and a decrease in the acceptance of restorative justice among supporters of feminist thought. The inconsistency in the term concept of restorative justice and its application in a wide range of alternative methods that, in particular, does not match the complexity of gender violence, has become the basis for many feminist criticisms of restorative procedures in this field.

Some of the criticisms of what is called restorative justice are due to the lack of correct understanding of restorative justice (in theory) or the lack of proper implementation of programs)in practice(, or for both reasons at the same time; on the one hand, many alternatives to criminal justice for gender-based violence have been wrongly identified as restorative justice and on the other hand, some inherently restorative procedures are implemented without sufficient training of the executors or without understanding gender inequality and the dynamics of violence against women. There are very few models of restorative justice that are specifically designed to respond to gender-based violence, or that are conceptualized, implemented, and monitored based on experience working in the field of violence against women. While gender violence and family violence against women are the most affected areas where women interact and face the justice system, according to feminists, supporters of restorative justice are less aware of the requirements of this area.

Therefore, the challenges regarding restorative justice in relation to gender violence and family violence against women are largely due to the fact that the restorative approach has not been properly implemented and has not been evaluated and validated in all areas. Mainly, it is possible to follow how to provide a proportionate response to family violence by using the expertise and experience of active people in the field of violence against women. It seems that continuous recognition of gender dynamics in violence against women in family relationships is an important starting point and is considered as a criterion for creating any type of appropriate restorative model for gender violence.

Based on this, interacting with thinkers and activists in the field of women's rights in planning and implementing models of restorative justice, as well as paying attention to local models in diverse cultures and traditions on the one hand, and taking an interactive approach between the formal criminal justice system and restorative justice procedures on the other hand, can solve the existing challenges to some extent. But more than that, it seems that the basic strategy for securing the rights of the victim and especially the vulnerable victims such as women, and as a result, establishing the maximum interaction between feminist ideas and restorative procedures is "victim-oriented" restorative justice.

Restorative procedures, especially in the field of gender violence, should be victim-oriented as much as possible, while taking into account the requirements of the offender's rights and the considerations of the civil society. The root of many criticisms of the victims' rights supporters towards the criminal justice system also goes back to the offender orientation of this system and its inefficiency in upholding the rights of the victims. However, restorative justice will be a suitable base for victim-orientation because it claims to establish the basis of participation between the victim, the offender and the society in the restorative process, and as a result, it considers the victim as an active element - and not a passive one- unlike the criminal justice system. In this approach, the victims are the leaders of the processes that are designed to repair the damage caused to them. Such process will be more considerate in respecting the rights of vulnerable victims, especially women who have experienced violence, and will potentially lead to appropriate empowerment for those whose consent and participation is essential and central.

On the other hand, it should not be overlooked that most of the intellectual, organizational and support efforts made by feminist activists and researchers are also focused on the existing criminal justice system and how to improve it, and they have looked less for alternative legal answers that are appropriate to the widespread social changes. Therefore, feminism also needs to change its focus from only the deficiencies in the criminal justice system to alternative views and methods of justice for a more proportionate response to gender violence.

This Page Intentionally Left Blank

بسترهای همگرایی و واگرایی فمینیسم و عدالت ترمیمی در مواجهه با خشونت خانوادگی علیه زنان

مزگان نعمتی^۱

۱. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران.
Email: Mozghan_Nemati@modares.ac.ir

چکیده:

زمینه و هدف: در گفتمان فمینیستی، نظام عدالت کیفری با غلبه رویکرد مردسالارانه و عدم توجه کافی به دغدغه‌ها و ملاحظات زنان، الگویی شکست‌خورده در حمایت از زنان بزه‌دیده تلقی می‌شود. پارادایم عدالت ترمیمی که خود وام‌دار جنبش‌های بزه‌دیده‌مداری و جرم‌شناسی فمینیستی است، با توانمندسازی زنان بزه‌دیده و ایجاد محیط تعاملی و انعطاف‌پذیر میان بزه‌کار، بزه‌دیده و جامعه مدنی، در بادی امر، همسو با ارزش‌های فمینیسم به نظر می‌رسد.

روش: این پژوهش با بهره‌گیری از روش اسنادی و بهره‌گیری از مطالعات کتابخانه‌ای، درصدد بررسی این مسأله است که برنامه‌های عدالت ترمیمی تا چه میزان با اصول و ارزش‌های جنبش فمینیسم همخوانی دارد و در مقابل، چه انتقاداتی از سوی فمینیسم به رویه‌های ترمیمی وارد شده است. یافته‌ها و نتایج: اگرچه از منظر فمینیسم، عدالت ترمیمی در مقایسه با نظام عدالت کیفری، عملکرد مناسب‌تری در قبال بزه‌دیدگی زنان در

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز Creative Commons Attribution-Non-Commercial License 4.0 منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



پژوهش‌های حقوقی



نوع مقاله:
پژوهشی

DOI:

10.48300/JLR.2022.328269.1950

تاریخ دریافت:
۲ دی ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:
۱۸ اسفند ۱۴۰۰

تاریخ انتشار:
۲۰ خرداد ۱۴۰۲



خشونت خانوادگی داشته است، لیکن بررسی‌ها نشان می‌دهد که بسیاری از انتقادات فمینیست‌ها نسبت به عدالت ترمیمی در حوزه خشونت جنسیتی جدی و قابل تأمل است. در دیدگاه فمینیستی، عدم توجه کافی به امنیت زنان، عدم توازن قدرت، اصرار بر بخشش، اجبار زنان برای شرکت در رویه‌های ترمیمی و یا تحت تأثیر قرار دادن فرایند توسط بزهکار، سهل‌گیری بر مجرمان و عدم پاسخگویی کافی آنان و در نتیجه عدم بازدارندگی عام و خاص، تقویت هنجارهای فرهنگی مردسالارانه و غیره، از جمله مهم‌ترین چالش‌های پیش‌روی عدالت ترمیمی است.

کلیدواژه‌ها:

عدالت ترمیمی، فمینیسم، جنسیت، بزه‌دیدگی، خشونت علیه زنان.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان:

مزگان نعمتی: مفهوم‌سازی، روش‌شناسی، استفاده از نرم‌افزار، اعتبارسنجی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش، تصویرسازی، نظارت، مدیریت پروژه.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسنده این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

نعمتی، مزگان «بسترهای همگرایی و واگرایی فمینیسم و عدالت ترمیمی در مواجهه با خشونت خانوادگی علیه زنان». مجله پژوهش‌های حقوقی ۲۲، ش. ۵۳ (۲۰ خرداد ۱۴۰۲): ۳۵۹-۳۸۲.

مقدمه

برگرفتِ اندیشه‌های فمینیستی از مکاتب گوناگون سیاسی، اقتصادی، جامعه‌شناسی و ...، سبب ارائه تعاریف متعدد و گاه متهافت از «فمینیسم»^۱ شده است؛ تا آنجا که برخی تعریف آن را غیرممکن یا دست‌کم دشوار دانسته‌اند.^۲ اما قدر مسلم آن است که اندیشهٔ برابری حقوق زنان - در عرصه‌های گوناگون سیاسی، اجتماعی و اقتصادی - و نهضت مدافع این آرمان، «فمینیسم» نام‌گذاری شده است. گرچه برخی نقطهٔ آغاز جنبش دفاع از حقوق زنان را به قدمت تاریخی ظلم بر زنان می‌دانند؛^۳ اما سازمان‌یافتگی این نهضت و شکل‌گیری آن به معنای دقیق، به قرن نوزدهم میلادی بازمی‌گردد. در این میان، پشت سر گذاشتن سه موج اصلی در جنبش مذکور، موجب تحوّل و تکثّر مطالبات فمینیسم گردیده است؛ همچنان که در موج نخست، مطالبات آنان ناظر به برابری کامل زن و مرد و برخورداری زنان از فرصت‌های اجتماعی و سیاسی نظیر داشتن حق رأی، استقلال مالی و برابری دستمزدها بود. فمینیست‌های موج دوم، علاوه بر «برابری کامل» خواستار «آزادی کامل» زنان شدند و با تأکید بر حق سقط جنین، آزادی هم‌جنس‌گرایی و تقبیح ازدواج و فرزندآوری، حضور حداکثری زنان در فعالیت‌های سیاسی و اقتصادی را دنبال می‌کردند. در نهایت، موج سوم این جنبش با بهره‌گیری از تکتگرایی^۴، به بازتعریف نقش زنان و دختران در جامعه پرداخت و به این ترتیب با گرایش‌های پیشین خود فاصله گرفت. در این موج، مطلق‌نگری و یکسان‌پنداری همهٔ زنان مردود است و حمایت از حقوق زنان همواره باید همراه با در نظر گرفتن تفاوت‌های آنان از حیث نژاد، قومیت، سن و طبقه اجتماعی باشد.

آنچه نظریات فمینیستی - اعم از لیبرال، رادیکال، مارکسیست، سوسیالیست، پُست‌مدرن و ... - را در یک نقطهٔ مشترک به هم می‌رساند، تلاش برای خاتمه دادن به نابرابری و تبعیض جنسیتی علیه زنان است. همهٔ آنان بر این باورند که زنان به دلیل زن بودن، در موقعیت تبعیض و فرودستی نسبت به مردان قرار گرفته‌اند و در همهٔ عرصه‌ها نادیده انگاشته شده‌اند؛ تا جایی که فمینیست‌های رادیکال، سلطهٔ مردانه یا مردسالاری را عامل اصلی ستم بر زنان می‌دانند.^۵ در حوزهٔ خانواده نیز فمینیست‌ها معتقدند که

1. Feminism

۲. نک: جورج ریترز، مرجع فمینیسم (تهران: مرکز مطالعات فرهنگی بین‌المللی الهدی، ۱۳۷۸)، ۲۹.

۳. سعید بهشتی و مریم احمدی‌نیا، «تبیین و بررسی نظریهٔ تربیتی فمینیسم و نقد آن از منظر تعلیم و تربیت اسلامی»، فصلنامهٔ تربیت اسلامی ۳ (۱۳۸۵)، ۴۴.

4. Pluralism

۵. حسن عالی‌پور، «فمینیسم و جرم‌شناسی»، فصلنامهٔ مطالعات راهبردی زنان ۳۰ (۱۳۸۴)، ۶۱.

اساساً خانواده به سوی برابری و تقارن نرفته است؛ موقعیت زنان به عنوان همسران و مادران و نیز فرایندهای جامعه‌پذیری در خانواده، گرایش‌های جنسیتی زن و مرد را در خانواده درونی کرده و آن را به فرزندان انتقال می‌دهد و سبب دائمی شدن سلطهٔ مرد و مطیع بودن زن و نیز زمینه‌سازی «خشونت خانوادگی»^۶ علیه زنان می‌گردد.^۷ در مطالعهٔ اخیر سازمان بهزیستی کشور، ۲۷ درصد از زنان تهرانی ۱۹ تا ۴۹ ساله اظهار داشته‌اند که در یک سال اخیر مورد خشونت همسرانشان قرار گرفته‌اند. نتایج این پژوهش حاکی از آن است که شیوع خشونت خانوادگی در تهران بین ۲۵ تا ۴۰ درصد اعلام شده است و در میان انواع خشونت - اعم از جسمی، جنسی، عاطفی و... - خشونت عاطفی بین ۵۰ تا ۶۰ درصد در پایتخت رواج دارد.^۸ در نظر گرفتن این آمار با لحاظ بالا بودن رقم سیاه خشونت علیه زنان، به‌ویژه در جوامع سنتی‌تر همچون ایران، حکایت از عمق مسأله و اهمّیت آن دارد.

در این میان فمینیسم، نظام عدالت کیفری^۹ را به لحاظ غلبهٔ رویکرد مردسالارانه و محدودیت‌های عمیق آن در توجه کافی و وافی به دغدغه‌ها و ملاحظات زنان، الگویی شکست‌خورده در پاسخ‌دهی حمایتی و تخصصی در قبال بزه‌دیدگی زنان تلقی می‌نماید.^{۱۰} در دههٔ ۱۹۷۰، هجده‌های فمینیستی علیه خشونت نسبت به زنان، ناکارآمدی نظام عدالت کیفری سنتی را بیش از پیش عیان نمود. در نهایت، در نتیجهٔ پیدایش جنبش‌های اجتماعی برای حقوق مدنی و حقوق زنان - از جمله فمینیسم - از یک‌سو و توسعهٔ اندیشه‌های نوین در عرصهٔ بزه‌دیدگی‌شناسی^{۱۱} از سوی دیگر، پارادایم «عدالت ترمیمی»^{۱۲} ظهور و بروز یافت.

به رغم آنکه فمینیست‌ها، مشارکت گسترده‌ای در بسترسازی برای بروز و ظهور عدالت ترمیمی داشته‌اند، لیکن در بهترین حالت، پذیرش رویه‌های ترمیمی از سوی فعالان و حامیان این جنبش، همواره نسبی بوده است.^{۱۳} در واقع جنبش فمینیسم، ضمن روی‌گردانی و انتقاد گسترده از نظام عدالت

6. Family Violence

۷. میترا خاقانی‌فرد، سوسن صائبی و میترا سپاسی، خشونت خانوادگی علیه زنان و کودکان (تهران: نگارستان اندیشه، ۱۳۹۴)، ۸۶.

۸. «آمارهای جدید از خشونت علیه زنان»، معاونت امور زنان و خانواده ریاست جمهوری، ۱۳۹۶/۰۸/۰۷، قابل دسترسی در: <https://goo.gl/MYZFra>

9. Criminal Justice System

10. See: Stephen J. Schulhofer, "The Feminist Challenge in Criminal Law"; *University of Pennsylvania Law Review* 143 (1995): 2151-2207.

11. Victimology

12. Restorative Justice

13. Brunilda Pali & Karin Sten Madsen, "Dangerous Liaisons? A Feminist and Restorative Approach to

کیفری سنتی، خود در شکل‌گیری الگوی نوظهور عدالت ترمیمی نقش بسزایی داشته است. اما انتقادات جدی نیز از سوی فمینیست‌ها به عدالت ترمیمی و عدم کارایی رویه‌های ترمیمی در رعایت ملاحظات مربوط به حقوق زنان - به‌ویژه زنان بزه‌دیده - وارد شده است. مهم‌ترین محور بحث‌برانگیز میان اندیشه فمینیسم از یک‌سو و پارادایم عدالت ترمیمی از سوی دیگر، «خشونت جنسیتی»^{۱۴} و به طور خاص، «خشونت خانوادگی علیه زنان» است. لذا عمده مباحث و نظریات ارائه شده در تأیید یا رد عدالت ترمیمی توسط فمینیست‌ها، مشخصاً در این حوزه مطرح شده است.^{۱۵}

این پژوهش که با روش اسنادی و با بهره‌گیری از مطالعات کتابخانه‌ای صورت گرفته است، درصدد بررسی زمینه‌های «تعامل» و «تقابل» طرفداران دو اندیشه «فمینیسم» و «عدالت ترمیمی» است و در این راستا، تمرکز پژوهش حاضر، دایره‌دار «بزه‌دیدگی زنان ناشی از خشونت خانوادگی» است؛ چراکه از یک‌سو، با توجه به وجود روابط عاطفی و صمیمی در میان اعضای خانواده، عدالت ترمیمی در جبران و ترمیم آسیب‌های وارده، به خوبی مجال طرح می‌یابد و از سوی دیگر، عمده انتقادات فمینیسم بر رویه‌های ترمیمی، در حوزه خشونت‌های جنسیتی و خشونت خانوادگی عنوان گردیده است. بررسی اندیشه‌های فمینیستی از یک‌سو و ارزش‌ها و اهداف عدالت ترمیمی از سوی دیگر - در خصوص خشونت خانوادگی علیه زنان - نشانگر هم‌نوایی و تعامل این دو پارادایم در برخی حوزه‌ها و تعارض و تقابل آنها در دیگر زمینه‌ها است. بر این اساس، یافته‌های این نوشتار در دو محور ذیل ارائه می‌گردد:

۱ - بسترهای همگرایی اندیشه‌های فمینیسم و عدالت ترمیمی

ناکارآمدی نظام عدالت کیفری در مواجهه با بزه‌دیدگی زنان، همواره مورد انتقاد حامیان جنبش دفاع از حقوق زنان بوده است. همین امر سبب شده است تا اغلب فعالان این جنبش، عدالت ترمیمی را به عنوان پارادایم جایگزین بنگرند. زیرا بسیاری از اصول و اهداف عدالت ترمیمی با ارزش‌های فمینیستی

Sexual Assault”, *Temida* 14 (2011): 51; Melanie Randall, “Restorative Justice and Gendered Violence? From Vaguely Hostile Skeptic to Cautious Convert: Why Feminists Should Critically Engage with Restorative Approaches to Law”, *The Dalhousie Law Journal* 461 (2013): 466.

14. Gendered Violence

۱۵. اگرچه «بزهکاری زنان» نیز از دو دیدگاه فمینیستی و عدالت ترمیمی قابل بحث و بررسی است، اما در این خصوص، ایراد قابل توجهی از سوی فمینیسم به رویه‌های ترمیمی در قبال بزهکاری زنان وارد نشده است و اغلب رویکردهای فمینیستی

- گرچه با استدلال‌های مختلف - از اتخاذ رویکرد ترمیمی در قبال بزهکاری زنان استقبال کرده‌اند. نک: Angela Cameron, “Stopping the Violence: Canadian Feminist Debates on Restorative Justice and Intimate Violence”, *Theoretical Criminology* 10 (2006): 129-136.

همسو و همگام است.

نظام عدالت کیفری سنتی، گاه نه تنها به حمایت از زنان - به عنوان قشر آسیب‌پذیر جامعه - نمی‌پردازد، بلکه در نگاهی کلی‌تر، اعمال خشونت نسبت به آنها را تسهیل یا تشدید می‌کند. سکوت نابجای قانونگذار در اعلام حمایت رسمی از زنان بزه‌دیده خشونت خانگی، ایشان را در موقعیتی آسیب‌پذیر قرار می‌دهد؛ برای نمونه در نظام تقنینی ایران، اساساً برخی از انواع خشونت خانگی - به‌ویژه خشونت جنسی همسر - به رسمیت شناخته نشده است. سایر انواع خشونت نظیر خشونت جسمی نیز تابع عموماً حقوق کیفری هستند. به این ترتیب، در نگاه قانونگذار کیفری ایران، خشونت جسمی که در بستر خانواده علیه یک زن واقع می‌گردد، تفاوتی با ضرب و جرح در خیابان و میان افراد بیگانه ندارد. لذا در نظام عدالت کیفری ایران، خشونت‌های خانوادگی علیه زنان، یا اساساً به رسمیت شناخته نمی‌شوند و یا بدون برخورداری زنان از تدابیر افتراقی و حمایتی، مشمول عناوین مجرمانه سنتی نظیر ضرب و جرح، توهین و تهدید می‌گردند. به‌علاوه گاه برخی قوانین صریحاً اعمال خشونت نسبت به زن را تجویز می‌کنند؛ نمونه بارز خشونت‌پروری قانونگذار را می‌توان در ماده ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب سال ۱۳۷۵ ملاحظه کرد که مطابق آن، شوهر مجاز است چنانچه همسر خود را در حال زنا با دیگری مشاهده کند و علم به تمکین زن داشته باشد، در همان حال آنان را به قتل برساند. بدون شک، قضاوت آنی در مورد رفتار زن، بدون بررسی و تحقیق و بدون استماع دفاعیات وی، برای دادرس دادگاه نیز با سختی و حساسیت ویژه‌ای همراه است. تجویز مقرّر در این ماده، عملاً قضاوت در مورد زن و حتی اجرای حکم وی را به دست مردی سپرده که تحت تأثیر خشم و هیجان قرار دارد. در چنین حالتی، احتمال بروز خطا و اشتباه و قتل زن به ناحق به‌ویژه در صورت مکره بودن وی بسیار بالا می‌رود. به این ترتیب، یکی از اساسی‌ترین دغدغه‌های فمینیستی در خصوص زنان بزه‌دیده، خشونت‌پروری قوانین کیفری علیه زنان و غلبه رویکرد مردسالارانه بر آن است.

ناکارآمدی نظام عدالت کیفری در حمایت از زنان خشونت‌دیده، به سطح تقنینی محدود نمی‌شود؛ نهادهای عدالت کیفری نیز خشونت علیه زنان را به دیده تردید می‌نگرند. در این میان، واکنش پلیس به عنوان خط مقدم نظام عدالت کیفری و نخستین پناهگاه رسمی زنان خشونت‌دیده، نقش قابل توجهی در شکل‌گیری تصویر ذهنی آنان از نظام عدالت کیفری دارد. باوجود این، ساده‌انگاری و عدم حساسیت پلیس به تقاضای کمک زنان بزه‌دیده و در نتیجه ناکارآمدی پلیس در واکنش به خشونت خانوادگی همواره مورد انتقاد مدافعان حقوق زنان بوده است. همچنان که برخی پژوهش‌ها نشان می‌دهد زنان

بزه‌دیده، به طور کلی بر این باورند که پلیس نمی‌تواند یا نمی‌خواهد از تداوم خشونت، جلوگیری و مرد خشونت‌ورز را متوقف یا بازداشت نماید؛ در نتیجه از گزارش وقوع خشونت و مراجعه به نظام عدالت کیفری امتناع می‌نمایند تا از احتمال انتقام‌جویی مرتکب در امان بمانند.^{۱۶}

فرایند کیفری در مرحله تعقیب نیز با چالش بی‌اهمیت پنداشتن خشونت خانوادگی از سوی مقامات قضایی مواجه است. در نگاه نظام عدالت کیفری، زنان بزه‌دیده خشونت خانوادگی به عنوان گروهی شناخته می‌شوند که در مقایسه با بزه‌دیدگان سایر جرایم، کمترین همکاری را با نهاد تعقیب انجام می‌دهند و بیشترین احتمال استرداد شکایت از سوی آنان وجود دارد. استرداد شکایت توسط زنان خشونت‌دیده، ممکن است به دلایلی نظیر تهدید یا فریب مرد خشونت‌ورز، بیم از دادن حضانت فرزندان و یا حتی تردید در عملکرد نظام عدالت کیفری واقع می‌شود.^{۱۷} اگرچه برای مقابله با چنین وضعیتی سیاست «ممنوعیت استرداد شکایت»^{۱۸} مطرح شده است^{۱۹}، اما باید در نظر داشت که چنین سیاست‌هایی با حذف حداکثری مشارکت بزه‌دیده در فرایند تعقیب، انگیزه زنان بزه‌دیده را برای گزارش خشونت‌های بعدی و مراجعه به نظام عدالت کیفری بیش از پیش کاهش می‌دهد؛ زیرا گاهی زن تهدید به تعقیب را در مقایسه با اصل تعقیب، وسیله مؤثرتری در کنترل خشونت مرد می‌پندارد و یا از درخواست تعقیب کیفری، اهدافی غیر از اعمال مجازات مرتکب - نظیر اجبار به پرداخت هزینه‌های زندگی مشترک، الزام به شرکت در جلسات مشاوره و یا گرفتن حضانت فرزندان - را دنبال می‌کند؛ بنابراین ارزیابی زن از کارکرد تعقیب کیفری، ممکن است بر اساس ملاک‌های پیچیده‌تری صورت گیرد؛ حال آنکه نظام عدالت کیفری با غفلت از بستر وقوع خشونت‌های خانوادگی و شرایط و مقتضیات خاص آن، کمترین اهمیت را برای اراده زن بزه‌دیده در نظر می‌گیرد.

فرایند دادرسی کیفری و رسیدگی به خشونت خانوادگی در دادگاه نیز با چالش‌های جدی همراه است. در این میان نیز زنان خشونت‌دیده، از یک‌سو با فرایند پیچیده و طولانی دادرسی مواجه هستند و از سوی دیگر، با نادیده انگاشته شدن در جریان دادرسی و بی‌توجهی دادگاه به اظهارات و دغدغه‌هایشان، عملاً

۱۶. سمیه حسامی، «وظایف پلیس در قبال زنان بزه‌دیده خشونت خانوادگی»، مجله‌ی حقوقی دادگستری ۵۲ و ۵۳ (۱۳۸۴)، ۱۵۴.

۱۷. اکرم عرب‌افرانی، «بررسی حمایت‌های حقوقی و اجتماعی از زنان در برابر خشونت خانگی» (پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۸)، ۲۲۲.

18. No-Drop

۱۹. همان، ۲۲۳.

خود را در معرض انتقام و اقدامات تلافی‌جویانه مرد خشونت‌ورز قرار می‌دهند. در بسیاری موارد، طولانی شدن فرایند دادرسی و تساهل دادگاه در برخورد با مرد خشونت‌ورز، زمینه تداوم خشونت و بازآسیب‌دیدگی زن را فراهم می‌آورد. در پژوهش‌های انجام شده بسیاری از زنان بزه‌دیده خشونت خانوادگی اذعان کرده‌اند که عملکرد نهادهای عدالت کیفری، خود سبب تداوم موقعیت ضعف و انفعالی می‌گردد که قبلاً بزه‌کار برای ایشان به وجود آورده است.^{۲۰} از آنجا که خشونت خانوادگی نوعاً در حریم خلوت خانه واقع می‌شود، زنان بزه‌دیده این جرایم، اغلب شهود و ادله محکمی برای ارائه در دسترس ندارند. لذا برخی از ایشان که - بنا بر ملاحظات پیش گفته - حاضر به گزارش جرم و تعقیب کیفری خشونت واقع شده بوده‌اند، با مشکل ارائه ادله مورد پذیرش نظام عدالت کیفری مواجه می‌گردند و در نهایت به دلیل فقد ادله کافی با شکست روبه‌رو می‌شوند. بر همین اساس، حامیان اندیشه عدالت ترمیمی بر این باورند که رویه‌های ترمیمی به خوبی می‌تواند نابرابری قدرت ناشی از ضعف ادله را پوشش دهد و با به چالش کشیدن بزه‌کار، عدالت رویه‌ای را تضمین نماید.^{۲۱} شاهد این مدعا را می‌توان این امر دانست که شرط ورود به فرایند ترمیمی، پذیرش گناه از سوی بزه‌کار است و لذا زن بزه‌دیده خشونت با چالش فقد ادله اثباتی یا ناکافی بودن آن مواجه نمی‌گردد. درحالی که اقتضای نظام عدالت کیفری به گونه‌ای است که متهم همواره درصدد انکار بزه و رفع اتهام از خود است و در نتیجه بزه‌دیده بار اثبات خشونت واقع شده در حریم خانوادگی را به دوش می‌کشد و در صورت ناکامی در اثبات مدعای خویش، با سرخوردگی به کانون خشونت برگشته و بزه‌کار جری‌تر از پیش، به خشونت خود ادامه می‌دهد.

علاوه بر دشواری اثبات وقوع خشونت خانوادگی، واکنش نظام عدالت کیفری در قبال این جرایم نیز غالباً پاسخگوی دغدغه‌های بزه‌دیدگان و متناسب با اقتضات خاص نهاد خانواده نیست. بزه‌دیده‌ای که با تمامی نگرانی‌ها و مشکلات پیش گفته حاضر به گزارش خشونت شده و درخواست تعقیب کیفری بزه‌کار را نموده است، پس از تحمل بار اثبات جرم و سپری کردن فرایند طولانی دادرسی، در برخی موارد، یکی از اعضای خانواده خود - بزه‌کار - را که نوعاً با او دارای رابطه عاطفی است و یا سرپرستی فرزندان و تأمین معیشت آنان را بر عهده دارد، با کیفر مواجه می‌بیند، بی‌آنکه روابط خانوادگی مخدوش شده و آسیب وارده بر بزه‌دیده ترمیم و جبران شده باشد.

نظام عدالت کیفری بر اساس جرم ارتكابی و فردی که مرتکب آن شده است، تعریف می‌شود، نه

20. Pali & Madsen, op. cit., 52.

21. Allison Morris & Loraine Gelsthorpe, "Re-visioning Men's Violence against Female Partners", *The Howard Journal of Criminal Justice* 39 (2000): 412-428.

بر اساس آسیب‌های وارده بر زن بزه‌دیده؛ لذا در فرایند کیفری، زن خشونت‌دیده به جای آنکه به عنوان «هدف جرم»^{۲۲} نگریده شود، به «شاهد جرم»^{۲۳} تبدیل می‌شود. در چنین سیستمی، زن پس از آنکه شهادتش شنیده شد، کنار گذاشته می‌شود و دیگر نقشی در فرایند دادرسی ندارد. شگفت آنکه در برخی موارد - به ویژه خشونت جنسی علیه زنان - به قدری اعتبار بزه‌دیده مورد تردید قرار می‌گیرد که احساس می‌کند مظنون^{۲۴} و نه بزه‌دیده است. تا آنجا که گفته می‌شود جرم از این منظر، تعدی به قانون و دولت - و نه تعرض به بزه‌دیده - محسوب می‌شود^{۲۵} و در نتیجه، عدالت کیفری حول محور جرم و تعیین حدود ارتکاب آن متمرکز است و نه بر بزه‌دیده و بازتوانی وی.^{۲۶}

چالش‌های مطروحه در خصوص ناکارآمدی نظام عدالت کیفری در قبال واکنش مناسب نسبت به زنان خشونت‌دیده و لحاظ نمودن منافع و دغدغه‌های ایشان، در حالی است که در ادبیات عدالت ترمیمی، بر منافع بالقوه رویه‌های ترمیمی برای بزه‌دیدگان تأکید بسیار شده است. از جمله هودسن^{۲۷} که به ظرفیت‌های عدالت ترمیمی در تحقق کارکردهای سودمند مجازات اذعان نموده است^{۲۸} و نتایج تحقیقات تجربی نیز نشان می‌دهد که - با توجه به وجود علقه خانوادگی میان بزه‌دیده و بزهکار در خشونت خانگی علیه زنان - دغدغه اصلی زنان در پیگیری مداخله قانونی، حفاظت از خود و فرزندانشان است و بازدارندگی و سزادهی مرتکبان، اغلب از اهمیت کمتری برای زنان بزه‌دیده خشونت خانگی برخوردار است.^{۲۹}

همچنین بررسی نتایج مطالعات متعدّد حاکی از آن است که بسیاری از زنان بزه‌دیده خشونت خانوادگی، خواستار مکانیسمی هستند که بتوانند با صدای بلند و رسا از آلام و دردهای خود سخن گویند و خشونت علیه ایشان و تلاش آنان برای متوقف ساختن خشونت به ثبت برسد.^{۳۰} همچنان که عدالت

22. The Target of the Crime

23. A Witness to the Crime

24. The Suspect

25. Nils Christie, "Conflicts as Property", *The British Journal of Criminology* 1 (1977): 1.

26. Howard Zehr, *Changing Lenses; A New Focus for Crime and Justice* (Scottsdale: Herald Press, 1990), 24.

27. Barbara Hudson

28. Barbara Hudson, "Restorative Justice: The Challenge of Sexual and Racial Violence", *Journal of Law and Society* 25 (1998): 237-256.

29. Ruth Lewis, Russell Dobash, Rebecca Dobash & Kate Cavanagh, "Protection, Prevention, Rehabilitation or Justice? Women's Use of Law to Challenge Domestic Violence", *International Review of Victimology* 7 (2000): 179-207.

30. Julie Stubbs, "Domestic Violence and Women's Safety: Feminist Challenges to Restorative Justice", In: *Restorative Justice and Family Violence*, ed. Strang H & Braithwaite (Melbourne: Cambridge University Press, 2002), 41-62.

ترمیمی نیز اولین هدف خود را نه مجازات مجرم، بلکه جبران زیان‌های مادی و ترمیم زیان‌های معنوی بزه‌دیده می‌داند.

به‌طور کلی می‌توان منافع بالقوه عدالت ترمیمی^{۳۱} برای زنان بزه‌دیده خشونت خانگی را نقطه تعامل و همسویی «فمینیسم» و «عدالت ترمیمی» تلقی نمود. در واقع شنیده شدن صدای زنان بزه‌دیده و شرح نحوه رخداد بزه علیه ایشان از زبان خود آنان، تأکید بر توانمندسازی شخصی و احترام به شأن فردی زنان بزه‌دیده، از جمله اهداف و ارزش‌های عدالت ترمیمی است که نشان از ظرفیت بالقوه روبه‌های ترمیمی در حمایت از دغدغه‌های زنان خشونت‌دیده و انطباق با ارزش‌های فمینیستی دارد.^{۳۲} عدالت ترمیمی با اصالت‌بخشی به روابط شخصی و تلقی نمودن جرم به عنوان تعدی به روابط میان‌فردی - و نه به عنوان نقض قواعد انتزاعی حقوقی^{۳۳} - به مراتب بهتر از نظام عدالت کیفری سنتی می‌تواند خشونت خانگی را در بستر خانواده در نظر گرفته و با لحاظ روابط عاطفی میان افراد و تلقی خشونت به عنوان آسیب وارده به روابط خانوادگی، پاسخی مناسب با منافع بزه‌دیده از یک‌سو و مصالح خانواده از سوی دیگر اتخاذ نماید؛ در رویکرد فمینیستی تناسب و توازن از اهمیت بسزایی برخوردار است.^{۳۴} بسیاری از فمینیست‌ها با تجسم‌بخشی زنانه و مردانه به الگوهای عدالت، بر این باورند که مناسب‌ترین واکنش در مواجهه با خشونت علیه زنان، پاسخ‌های مبتنی بر «الگوهای زنانه عدالت»^{۳۵} است.^{۳۶} در چنین الگویی، عدالت با مفاهیم مبتنی بر ویژگی‌های زنانه، همچون احترام، توجه، عشق، پرورش و صلح پیوند خورده و اغلب بر محوریت «مراقبت - مسؤولیت» تأکید می‌شود. با این تفاسیر، عدالت ترمیمی با اولویت‌بخشی به ارزش‌های ترمیم روابط میان‌فردی، جبران خسارات بزه‌دیده و بازپذیری بزه‌کار، با الگوی مدنظر فمینیسم از عدالت هم‌خوانی و هم‌نوایی بسیاری دارد.^{۳۷}

31. Potential Benefits of Restorative Justice

32. Katherine Van Wormer, "Restorative Justice as Social Justice for Victims of Gendered Violence: A Standpoint Feminist Perspective", *Social Work* 54 (2009): 19.

33. Gordon Hughes, "Restorative Justice". In: *The SAGE Dictionary of Criminology*, ed. McLaughlin E. & Muncie J. (London: SAGE Publications, 2013), 249.

34. M. Kay Harris, "Moving into a New Millennium: Toward a Feminist Vision of Justice". In: *Criminology as Peacemaking*, ed. Pepinsky and Quinney (Indiana, Indiana University Press, 1991): 83.

35. Feminine Approach to Justice

36. See: Carol Gilligan, *In a Different Voice* (Cambridge: Harvard University Press, 1982), 89.

۳۷. از نقطه نظر فمینیسم، عدالت کیفری با اتخاذ رویکردی مردانه، جرم را نقض قواعد انتزاعی حقوقی تلقی نموده و بدون توجه به بستر مندی جرم، صرفاً با ابزار عقل و منطق، درصدد محاسبه و مقابله با نقض قانون برمی‌آید. لذا عدالت کیفری با محوریت «عدالت - قانون»، حداقل در مواجهه با خشونت علیه زنان، ناکارآمد است. نک:

(Gilligan, op.cit., Cameron, op.cit., *Stopping the Violence: Canadian Feminist Debates on Restorative*

علاوه بر رویکرد کلی حاکم بر عدالت ترمیمی، برنامه‌های عملی و رویه‌های ترمیمی نیز درصدد توانمندسازی بزه‌دیده از رهگذر فرصت دادن به وی در سخن گفتن از آلام خویش، مواجهه چهره به چهره با بزه‌کار و مشارکت وی در فرایند تصمیم‌گیری می‌باشد. اعتبار بخشی و پذیرش گفته‌های بزه‌دیده بدون سرزنش کردن وی به‌ویژه در نشست‌های گروهی - خانوادگی، پذیرش گناهکاری و اظهار ندامت و بازپذیری بزه‌کار - برخلاف انکار و تکذیب بزه در فرایند رسمی عدالت کیفری برای فرار از مجازات - فراهم آمدن محیط تعاملی و انعطاف‌پذیر در رویه‌های غیر رسمی ترمیمی، تأکید بر ترمیم روابط خانوادگی آسیب‌دیده و ... از جمله مهم‌ترین نقاط مشترک میان دغدغه‌های فمینیستی و آرمان‌های عدالت ترمیمی و حاکی از همسویی آنها است که مورد تأیید طرفداران هر دو اندیشه واقع شده است.^{۳۸}

با وجود آنکه اندیشه‌های ترمیمی در مقایسه با عدالت کیفری، تعامل و همسویی بیشتری با دغدغه‌های فمینیستی دارد، لیکن در عمل، رویه‌های ترمیمی قادر به تأمین و تضمین بخشی از دغدغه‌های جنبش حمایت از حقوق زنان نبوده و از این حیث نوعی تقابل بین دو این اندیشه به چشم می‌خورد که در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲ - زمینه‌های واگرایی اندیشه‌های فمینیسم و عدالت ترمیمی

به رغم هم‌نوایی اولیه میان اندیشه‌های فمینیستی و رویه‌های ترمیمی، برخی مطالعات تجربی حاکی از آن است که میانجی‌گران، خشونت‌های احساسی، روحی یا مالی علیه زنان را کوچک می‌شمارند، یا رفتارهای خاصی را به عنوان خشونت و سوء رفتار به رسمیت نمی‌شناسند و یا در برابر تداوم یافتن خشونت در طول مدت میانجی‌گری بی‌تفاوت‌اند که این امر مبنای ورود برخی انتقادات فمینیستی واقع شده است.^{۳۹} به‌طور کلی، فمینیست‌ها بر این باورند که ادبیات و نظریات موجود در خصوص رویه‌های ترمیمی، همانند نظام عدالت کیفری، پویایی خشونت علیه زنان و زمینه‌های نابرابری جنسیتی را که سبب این تحوّل و پویایی می‌گردد، درک نکرده است.^{۴۰} به این معنا که تأکید بر مداخلات مبتنی بر

Justice and Intimate Violence).

38. See: Kathleen Daly & Julie Stubbs, "Feminist Engagement with Restorative Justice", *Theoretical Criminology* 10 (2006): 18-19.

39. Pamela Rubin, "Abused Women in Family Mediation: A Nova Scotia Snapshot" (the Transition House Association of Nova Scotia [THANS], Halifax, 2000), 8; James Ptacek, "Resisting Co-Optation: Three Feminist Challenges to Antiviolence Work". In: *Interpersonal Violence, Restorative Justice and Violence against Women*, ed. James Ptacek. (New York: Oxford University Press, 2010), 19.

40. Ptacek, op. cit., 19.

جلسات و نشست‌های رو در رو میان زنان خشونت‌دیده و بزهکاران، بدون درک خطرات احتمالی آن برای زنان و زمینه‌های نابرابری جنسیتی، به سادگی زمینه بزه‌دیدگی ثانویه^{۴۱} و فشار بر زنان خشونت‌دیده را فراهم می‌آورد.

حتی برخی اندیشمندیانی که معتقدند واحدهای خانوادگی و جوامع کوچک، بنا به دلایلی نظیر عدم الزام به رعایت قوانین سخت‌ناظر بر ادله اثباتی و فرایند دادرسی، توانایی بیشتر در پیشگیری از تکرار خشونت یا تداوم آن، برخورداری از شبکه حمایتی و نظارتی منسجم‌تر، تقبیح رفتار مجرمانه و اظهار مخالفت با آن و ... - به طور مؤثرتری با خشونت‌های خانوادگی، مواجه می‌شوند، خود نگران این مسأله هستند که ممکن است این جوامع، آزار واقع شده را بی‌اهمیت تلقی کنند، مورد حمایت قرار ندهند و یا بزه‌دیده را سرزنش کنند.^{۴۲} بر همین اساس، تردید جدی از سوی فمینیسم در خصوص تأمین امنیت زنان خشونت‌دیده در فرایندهای غیر رسمی ترمیمی وجود دارد.

از سوی دیگر برخی انتقادهایی که به‌طور کلی بر رویه‌های ترمیمی وارد می‌شود، به اقتضای آسیب‌پذیری زنان بزه‌دیده، بیشتر مورد توجه و تأکید فمینیسم قرار گرفته است^{۴۳}؛ از جمله آنکه برخی از زنان خشونت‌دیده ممکن است بدون رضایت و اراده آزاد، در رویه‌های ترمیمی وارد شوند و یا در خلال فرایند، قادر به دفاع از منافع خود نباشند و یا تحت فشار قرار گرفته و نتایج خاصی نظیر بخشش را - حتی اگر احساس کنند که نامناسب است - بپذیرند.

امکان تحت تأثیر قرار دادن رویه‌های غیر رسمی توسط بزهکاران برای کاهش بار مسؤولیت خویش و یا کم‌اهمیت جلوه دادن مسأله، چالش دیگری است که می‌تواند حقوق زنان خشونت‌دیده را پایمال نماید. همچنین دودستگی و صف‌بندی دوستان و دیگر اعضای خانواده در حمایت از بزه‌دیده یا بزهکار و در نتیجه گسترش خشونت‌های درون خانوادگی نیز بسیار محتمل به نظر می‌رسد.^{۴۴} سهل‌گیری بر مجرمان و عدم تناسب واکنش‌های ترمیمی با برخی خشونت‌ها - همچون خشونت‌های جسمی یا جنسی شدید - و در نتیجه عدم بازدارندگی عام و خاص، به نوبه خود می‌تواند هنجارهای فرهنگی مردسالارانه را به‌ویژه در جوامعی که خشونت علیه زنان به عنوان امری طبیعی تلقی می‌گردد، تقویت نماید.^{۴۵}

41. Re-Victimization

42. Pali & Madsen, op. cit.; Allison Morris, "Children and Family Violence: Restorative Messages from New Zealand". In *Restorative Justice and Family Violence*, ed. Heather Strang & John Braithwaite. (Melbourne: Cambridge University Press, 2002).

43. Daly & Stubbs, op. cit., 17.

44. Pali & Madsen, op. cit., 51; Daly & Stubbs, Op. cit.: 17.

45. Ibidem.

گفته می‌شود رویه‌ها و فرایندهای ترمیمی، بستر مناسبی برای حفظ حریم خصوصی و محرمانگی بزه‌دیدگان و در نتیجه، گزینه‌ای مناسب برای بزه‌دیدگان خشونت خانوادگی - به‌ویژه خشونت جنسی - محسوب می‌شود که به دلیل نگرانی از نقض حریم خصوصی از مراجعه به نظام عدالت کیفری و گزارش جرم امتناع می‌کنند.^{۴۶} در حالی که برخی از انتقادهای فمینیسم ناظر به تردیدهایی است که در خصوص حفظ اسرار و محرمانگی رویه‌های ترمیمی به‌ویژه در جوامع کوچک وجود دارد.^{۴۷}

از سوی دیگر، مدافعان جنبش حقوق زنان، رویه‌های ترمیمی را - به‌ویژه در صورتی که خارج از نظام عدالت کیفری صورت گیرد - منجر به «خصوصی‌سازی خشونت جنسی»^{۴۸} قلمداد می‌نمایند.^{۴۹} به عبارت دیگر، زنان به بر این امر تأکید دارند که آسیب‌های وارد بر ایشان در خانه یا فضای خانوادگی و یا خشونت ارتكابی توسط خویشان و محارم آنان «جرم» محسوب می‌شود و لذا باید در فرایندهای مستحکم عدالت به رسمیت شناخته و با آن برخورد شود. لذا بسیاری از حامیان حقوق زنان نگرانند که با خارج ساختن موارد خشونت علیه زنان از چرخه نظام عدالت کیفری و ورود آنها به رویه‌های غیر رسمی ترمیمی، دستاوردهای فمینیسم در جنبه عمومی بخشیدن به این جرایم و تقبیح آنها، بی‌اثر شود و همانند گذشته مسأله‌ای کاملاً خصوصی قلمداد شود.^{۵۰}

بر این پایه، باید اذعان نمود که رویه‌های ترمیمی نیز همانند نظام عدالت کیفری، در عمل نتوانسته است در حمایت از حقوق زنان بزه‌دیده، به‌ویژه در حوزه خشونت خانوادگی موفق عمل کند و از این جهت، مورد انتقادهای گسترده از سوی فمینیسم قرار گرفته است.

46. Pali & Madsen, op. cit., 54.

47. Angela Cameron, "Gender, Power and Justice: A Feminist Perspective on Restorative Justice and Intimate Violence", (A Thesis Submitted in Master of Laws, the University of British Columbia, 2006), 57.

48. The Privatization of Gendered Violence

49. Jack B. Weinstein, "Some Benefits and Risks of Privatization of Justice through ADR", *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 11 (1996): 47.; Donna Coker, "Transformative Justice: Anti-Subordination Process in Cases of Domestic Violence". In: *Restorative Justice and Family Violence*, edited by Strang H & Braithwaite, (Melbourne: Cambridge University Press, 2002), 41-62.

50. Cameron, op. cit., Stopping the Violence: Canadian Feminist Debates on Restorative Justice and Intimate Violence, 57; Ptacek, op. cit., 20.

بحث و نتیجه‌گیری

حامیان جنبش دفاع از حقوق زنان، همواره بر اهمیت بنیادین نابرابری‌های جنسیتی تأکید داشته و خواستار تجزیه و تحلیل جنسیتی از ماهیت روابط اجتماعی و نهادهای اجتماعی هستند. گرچه در پارادایم عدالت ترمیمی دستیابی به برابری جنسیتی محوریت نیافته است اما تعهدش به برابری در روابط اجتماعی قطعاً با این هدف همخوان است و این همسویی می‌تواند به بستری برای برقراری تعامل عمیق‌تر بین تلاش برای خاتمه دادن به خشونت جنسیتی و پارادایم عدالت ترمیمی بدل شود. این تعامل می‌تواند طیف وسیعی از امکانات را برای کسانی که به دنبال یک جهان بدون خشونت و بدون نابرابری‌های جنسیتی (سایر نابرابری‌ها) هستند، ارائه دهد. به‌طور کلی در اندیشه فمینیستی، ظرفیت‌های بالقوه عدالت ترمیمی در افزایش توانمندی زنان مورد پذیرش قرار گرفته است. همچنان که عدالت ترمیمی را چهره فمینیستی عدالت نامیده‌اند. لذا اذعان به اینکه عدالت ترمیمی اساساً و مفهوماً با فمینیسم سازگار و هماهنگ است، گزافه نیست.

اگرچه از دیدگاه فمینیسم، عدالت ترمیمی در مقایسه با نظام عدالت کیفری رسمی، عملکرد بهتری نسبت به عامل «جنسیت» داشته است، لیکن بررسی‌ها نشان می‌دهد که بسیاری از انتقادات مطرح شده نسبت به عدالت ترمیمی در حوزه خشونت جنسیتی موجه هستند.

ابهام در چیستی و مفهوم عدالت ترمیمی و کاربرد نادرست این اصطلاح برای توصیف طیفی از رویه‌های جایگزین (گاه برخی رویه‌های نامناسب) - مانند حلقه‌های تعیین مجازات و میانجیگری بزه‌دیده / بزه‌کار - که اصولاً با ارزش‌ها، اصول یا فرآیندهای کلیدی عدالت ترمیمی سازگار نیست، منجر به سردرگمی قابل توجه و کاهش میزان پذیرش عدالت ترمیمی در میان حامیان اندیشه فمینیستی شده است. عدم وفاق در مفهوم اصطلاحی عدالت ترمیمی و کاربرد آن در طیف گسترده‌ای از شیوه‌های جایگزین که به طور خاص، تناسبی با پیچیدگی خشونت جنسیتی ندارد، زمینه بروز بسیاری از انتقادات فمینیستی به رویه‌های ترمیمی در این حوزه شده است.

برخی از انتقادهای وارده به آنچه به عنوان عدالت ترمیمی خوانده می‌شود، بر عدم درک صحیح از عدالت ترمیمی (به لحاظ تئوری) یا عدم اجرای صحیح برنامه‌ها در عمل و یا به دلیل عدم مفاهمه و عدم اجرای صحیح به طور هم‌زمان متکی است؛ از یک سو بسیاری از رویه‌های جایگزین عدالت کیفری در قبال خشونت جنسیتی، به اشتباه به عنوان عدالت ترمیمی شناخته شده‌اند و از سوی دیگر، برخی رویه‌های ذاتاً ترمیمی، بدون آموزش کافی مجریان یا بدون درک نابرابری جنسیتی و پویایی خشونت علیه

زنان اجرا می‌شود. مدل‌های بسیار معدودی از عدالت ترمیمی وجود دارد که به طور خاص برای پاسخ به خشونت جنسیتی طراحی شده‌اند و یا بر اساس تجربه فعالیت در حوزه خشونت علیه زنان مفهوم‌سازی، اجرا و نظارت شده‌اند. در حالی که خشونت جنسیتی و خشونت خانوادگی علیه زنان، مبتلابه‌ترین حوزه‌هایی است که زنان در تعامل و مواجهه با نظام عدالت قرار می‌گیرند، به زعم فمینیست‌ها، حامیان عدالت ترمیمی کمتر از مقتضیات این حوزه آگاهی دارند.

بنابراین، چالش‌های ناظر بر عدالت ترمیمی در رابطه با خشونت جنسیتی و خشونت خانوادگی علیه زنان تا حد زیادی ناشی از آن است که رویکرد ترمیمی به درستی پیاده‌سازی نشده است و در همه حوزه‌ها، مورد سنجش و اعتبارسنجی قرار نگرفته است. به طور عمده، می‌توان چگونگی پاسخ متناسب ترمیمی در قبال خشونت خانوادگی را با استفاده از تخصص و تجربه افراد فعال در حوزه خشونت علیه زنان دنبال نمود. به نظر می‌رسد شناخت مستمر از پویایی جنسیتی در خشونت علیه زنان در روابط خانوادگی، نقطه شروع مهمی است و معیار ایجاد هر نوع الگوی ترمیمی مناسب برای خشونت‌های جنسیتی محسوب می‌شود. بر این اساس، تعامل با اندیشمندان و فعالان عرصه حقوق زنان در برنامه‌ریزی و اجرای الگوهای عدالت ترمیمی و همچنین اهتمام به الگوهای بومی موجود در فرهنگ‌ها و سنت‌های متنوع از یک‌سو و اتخاذ رویکرد تعاملی میان نظام عدالت کیفری رسمی و رویه‌های عدالت ترمیمی از سوی دیگر، می‌تواند چالش‌های موجود را تا حدی مرتفع نماید.

اما بیش از آن، به نظر می‌رسد راهبرد اساسی در تأمین حقوق بزه‌دیده و به ویژه بزه‌دیدگان آسیب‌پذیر نظیر زنان و در نتیجه برقراری تعامل حداکثری میان اندیشه‌های فمینیستی و رویه‌های ترمیمی در «بزه‌دیده محور» نمودن عدالت ترمیمی نهفته است. رویه‌های ترمیمی به ویژه در حوزه خشونت جنسیتی باید ضمن در نظر گرفتن الزامات حقوق بزه‌کار و ملاحظات جامعه مدنی، حتی الامکان بزه‌دیده محور باشد. ریشه بسیاری از انتقادات حامیان حقوق بزه‌دیده نسبت به نظام عدالت کیفری نیز، به مجرم‌مداری این سیستم و ناکارآمدی آن در استیفای حقوق بزه‌دیده بازمی‌گردد. اما عدالت ترمیمی با عنایت به اینکه داعیه برقراری زمینه مشارکت میان بزه‌دیده، بزه‌کار و جامعه در فرایند ترمیمی را دارد و در نتیجه برخلاف نظام عدالت کیفری، بزه‌دیده را عنصری فعال - و نه منفعل - در نظر می‌گیرد، لذا بستری مناسب برای بزه‌دیده محوری خواهد بود. در این رویکرد، بزه‌دیدگان هدایت‌کننده فرایندهایی هستند که به منظور ترمیم آسیب‌های وارده بر ایشان طراحی شده است. چنین فرایندی ملاحظه بیشتری در رعایت حقوق بزه‌دیدگان آسیب‌پذیر به ویژه زنان خشونت‌دیده داشته و به طور بالقوه برای آنان که رضایت

و مشارکت‌شان ضروری و محوری است، توانمندسازی مناسبی را در پی خواهد داشت. از سوی دیگر، نباید از نظر دور داشت که عمده تلاش‌های فکری، سازمانی و حمایتی صورت گرفته از سوی فعالان و پژوهشگران فمینیستی نیز بر نظام عدالت کیفری موجود و چگونگی بهبود آن متمرکز شده است و کمتر به دنبال پاسخ‌های قانونی جایگزین و متناسب با تحولات اجتماعی گسترده بوده‌اند. لذا فمینیسم نیز نیازمند تغییر کانون توجه خود از صرف کاستی‌های موجود در نظام عدالت کیفری به سوی دیدگاه‌ها و روش‌های جایگزین عدالت برای واکنش متناسب‌تر در قبال خشونت جنسیتی است.

منابع

الف) منابع فارسی

- بهشتی، سعید و مریم احمدی‌نیا. «تبیین و بررسی نظریه تربیتی فمینیسم و نقد آن از منظر تعلیم و تربیت اسلامی». فصلنامه تربیت اسلامی ۳ (۱۳۸۵): ۸۸-۴۱.
 - حسامی، سمیه. «وظایف پلیس در قبال زنان بزه‌دیده خشونت خانوادگی». مجله حقوقی دادگستری ۵۲ و ۵۳ (۱۳۸۴): ۱۶۲-۱۴۷.
 - خاقانی‌فرد، میترا، سوسن صائبی و میترا سیاسی. خشونت خانوادگی علیه زنان و کودکان. تهران: نگارستان اندیشه، ۱۳۹۴.
 - ریتز، جورج. مرجع فمینیسم. تهران: مرکز مطالعات فرهنگی بین‌المللی الهدی، ۱۳۷۸.
 - عالی‌پور، حسن. «فمینیسم و جرم‌شناسی». فصلنامه مطالعات راهبردی زنان ۳۰ (۱۳۸۴): ۷۲-۵۰.
 - عرب‌بافرانی، اکرم. «بررسی حمایت‌های حقوقی و اجتماعی از زنان در برابر خشونت خانگی». پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۸.
 - معاونت امور زنان و خانواده ریاست جمهوری. «آمارهای جدید از خشونت علیه زنان»، معاونت امور زنان و خانواده ریاست جمهوری، ۱۳۹۶/۰۸/۰۷، قابل دسترسی در: <https://goo.gl/MYZFra>.
- ب) منابع خارجی

- Cameron, Angela. "Gender, Power and Justice: A Feminist Perspective on Restorative Justice and Intimate Violence". A Thesis Submitted in Master of Laws, The University of British Columbia, 2003.
- Cameron, Angela. "Stopping the Violence: Canadian Feminist Debates on Restorative Justice and Intimate Violence", *Theoretical Criminology* 10 (2006): 49-66.
- Christie, Nils. "Conflicts as Property", *The British Journal of Criminology* 1 (1977): 1-15.
- Coker, Donna. "Transformative Justice: Anti-Subordination Process in Cases of Domestic Violence". In: *Restorative Justice and Family Violence*, edited by Strang H & Braithwaite, 41-62. Melbourne: Cambridge University Press, 2002.
- Daly, Kathleen and Julie Stubbs. "Feminist Engagement with Restorative Justice", *Theoretical Criminology* 10 (2006): 9-28.
- Gilligan, Carol. In a *Different Voice*, Cambridge: Harvard University Press, 1982.
- Harris, M. kay. "Moving into a New Millennium: Toward a Feminist Vision of Justice". In: *Criminology as Peacemaking*, edited by Pepinsky and Quinney. Indiana, Indiana University Press, 1991.
- Hudson, Barbara. "Restorative Justice: The Challenge of Sexual and Racial Violence", *Journal of Law and Society* 25 (1998): 237-256.
- Hughes, Gordon. "Restorative Justice". In *The SAGE Dictionary of Criminology*, edited by McLaughlin E. and Muncie J., 231-254. London: SAGE Publications, 2013.
- Lewis, Ruth, Russell Dobash, Rebecca Dobash & Cavanagh, Kate. "Protection, Prevention,

Rehabilitation or Justice? Women's Use of Law to Challenge Domestic Violence", *International Review of Victimology* 7 (2000): 179-207.

- Morris, Allison & Loraine Gelsthorpe. "Re-visioning Men's Violence against Female Partners", *The Howard Journal of Criminal Justice* 39 (2000): 412-428.

- Morris, Allison. "Children and Family Violence: Restorative Messages from New Zealand". In *Restorative Justice and Family Violence*. Edited by Heather Strang & John Braithwaite. Melbourne: Cambridge University Press, 2002.

- Pali, Brunilda & Karin Sten Madsen. "Dangerous Liaisons? A Feminist and Restorative Approach to Sexual Assault", *Temida* 14 (2011): 49-65.

- Ptacek, James. "Resisting Co-Optation: Three Feminist Challenges to Antiviolence Work". In: *Interpersonal Violence, Restorative Justice and Violence against Women*. Edited by James Ptacek. New York: Oxford University Press, 2010.

- Randall, Melanie. "Restorative Justice and Gendered Violence? From Vaguely Hostile Skeptic to Cautious Convert: Why Feminists Should Critically Engage with Restorative Approaches to Law", *The Dalhousie Law Journal* 461 (2013): 461-499.

- Rubin, Pamela. "Abused Women in Family Mediation: A Nova Scotia Snapshot". The Transition House Association of Nova Scotia [THANS], Halifax, 2000.

- Schulhofer, Stephen J. "The Feminist Challenge in Criminal Law", *University of Pennsylvania Law Review* 143 (1995): 42-61.

- Stubbs, Julie. "Domestic Violence and Women's Safety: Feminist Challenges to Restorative Justice". In: *Restorative Justice and Family Violence*, edited by Strang H & Braithwaite, 41-62. Melbourne: Cambridge University Press, 2002.

- Van Wormer, Katherine. "Restorative Justice as Social Justice for Victims of Gendered Violence: A Standpoint Feminist Perspective", *Social Work* 54 (2009): 16-107.

- Weinstein, Jack B. "Some Benefits and Risks of Privatization of Justice through ADR", *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 11 (1996): 41-64.

- Zehr, Howard. *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*. Scottsdale: Herald Press, 1990.

Criminological Analysis of Electoral Crimes in the Iranian legal System

*Mahdi Mozafari Anari*¹, Mohammad Aminizadeh²*

1. M.A. in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Theology, Shahid Bahonar University of Kerman, Kerman, Iran.

*. **Corresponding Author:** Email: Mahdi.mozafari@flt.uk.ac.ir

2. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Law and Theology, Shahid Bahonar University of Kerman, Kerman, Iran.

Email: M.amini@uk.ac.ir



S.D.I.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



Publisher:
Shahr-e Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:
Original Research

DOI:
10.48300/JLR.2021.299899.1740

Received:
16 July 2021

Accepted:
29 September 2021

Published:
10 June 2023



A B S T R A C T

In the present era, elections are one of the basic pillars of the holy system of the Islamic Republic of Iran.. A successful election requires the four basic elements of candidacy on the part of the candidate, the guarantee of health by the oversight body, security on the part of military, and finally the active participation of the people. Now, if the health of the people, s vote is endangered due to committing to crimes and violations in this dangerous field, it is necessary to prevent the occurrence of crimes by providing solutions and taking the necessary measures in the area as much as possible. One of the most effective solutions is to identify the causes of electoral crimes by using theories and related schools of criminology. Realistic or positive approaches, theories of opportunity, rational choice and cultural criminology are among the most important

Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



teachings of criminology which is way forward in the etiology of electoral crimes and can also be effective in the field of marco-criminal policies in the field of appropriate response and accountability. In the present study, which deals with the criminological analysis of electoral crimes through analytical, applied and library methods, in addition to the etiology of committing such crimes, situational prevention and social prevention strategies based on the identified causes have been considered, which are largely useful and they are effective and their use can prevent the occurrence of these crimes in the election campaign.

Keywords: Electoral Crimes, Election Health, Criminological Theories, Coping Strategies, Prevention.

Funding: The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Author contributions:

Mahdi Mozafari Anari: Conceptualization, Methodology, Software, Validation, Formal analysis, Investigation, Resources, Data Curation, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing, Supervision, Project Administration.

Mohammad Aminizadeh: Conceptualization, Methodology, Supervision, Project Administration, Writing - Review & Editing, Validation, Formal Analysis, Investigation, Resources, Data Curation.

Competing interests: The authors declare that they have no competing interests.

Citation:

Mozafari Anari, Mahdi & Mohammad Aminizadeh. "Criminological analysis of Electoral Crimes in the Iranian legal System" *Journal of Legal Research* 22, no. 53 (June 10, 2023): 383-416.

E x t e n d e d A b s t r a c t

Elections are one of the most important pillars of religious democracy in the Islamic Republic of Iran. Many years of experience in holding elections show that the people have an active and influential role in the political governance of the country and by expressing their opinions and votes, they determine the political future of their society. This important and crucial category requires mechanisms and processes to achieve the desired end. In fact, to hold a successful election in any political system, the four basic elements of candidate competition, ensuring health by the oversight body, security by the military, and finally active participation by the people are essential. Violation of the rules and regulations in each of the four elements mentioned above, overshadows a successful and effective election and prevents the necessary decisions and the selection of competent and clean persons. In fact, committing electoral crimes and violations, in addition to the adverse effects of the crime itself, also has a tremendous impact on the country's political governance and prevents it from evolving and progressing. In the position of effective confrontation with committing a crime in the category of elections, it is necessary to use effective and acceptable strategies and measures, and this is important in the light of studying and refining the theories and schools of sociological knowledge; As one of the most important solutions in this regard, identifying the causes of electoral crimes from the perspective of related theories and schools of criminology will be. The knowledge of criminology with its own evolution and dynamism, has the ability to adapt to various instances of crime and deviation, and can be well used from the views and schools of theorists in this field of study in the etiology of crime and effective prevention and confrontation. Investigative and positive approaches, which are very fruitful in the social field and contain thought-provoking teachings, are one of the most prominent theories in identifying the cause of electoral crimes; Celine's culture conflict theory, Sutherland theory of preferential association, Durkheim's anomaly theory, Hirsch's theory of social control, and Merton's theory of influence are among the most influential in the school of inquiry or sociology. They help to commit electoral crimes. In addition to the collection of theories of the research school, the theory of opportunity is also of great importance. This theory also suggests opportunities for crime in elections, which play an important role in facilitating crime. In addition, the theory of rational choice can be considered; According to this theory, the cost and benefit of the offender from his criminal act is very efficient in the occurrence of the crime and can be reduced to a minimum by increasing the cost and reducing the potential benefits of the crime. Finally, new

approaches to cultural criminology are important; In this approach, electoral crimes as a crime of cultural origin can be investigated and prevented from being repeated in the community with a correct cultural response. Based on the etiology in the light of criminological theories and schools, it is necessary to take a comprehensive and comprehensive look at the strategies to combat and prevent electoral crimes. Prevention of electoral crimes in this critical area, abandons the usual criminal prevention and criminal treatment; Because the fluidity of criminological theories and its relationship with the various causes of crime, requires the use of variable and dynamic solutions and at the same time in accordance with the underlying factors of crime. These preventive strategies are divided into two types, situational and social. In the area of electoral crime prevention, proportionate prevention strategies are needed, given that some of the holes or crime-facilitating structures are pre-voting and others are visible during voting. In the field of pre-voting situation prevention measures, it is possible to take the necessary measures to avoid politicization in the elections, to use the enormous capacities of the party electoral system in the country, to eliminate structures that create undue pressure and discrimination, and finally transparency. He mentioned the candidates' campaigns and financial expenses in the elections. In addition to pre-voting situation prevention strategies, there are also pre-voting solutions; Electronicization of all election processes and stages, increasing the number of trained observers and experts in the field of voting, increasing the number of law enforcement forces present in polling stations and finally installing CCTV cameras and connecting them to control centers are effective solutions to eliminate crime pores. They are in the arena of elections and voting day. In addition to situational prevention, social or criminal prevention is extremely important. Improper education, lack of principled control of family, school and peer environment, virtual networks and cultural spaces disproportionate to the prevailing culture of society are all important factors in the formation of electoral crimes that primarily affect the offender. Through social prevention strategies, electoral crimes can be prevented by correcting the offender. Prioritize persuasive control of the family over formal coercive controls, increase the scope and effectiveness of the media, radio and television, and audio-visual equipment, strive to produce great content and include educational issues, and strive for them in the textbooks of students. Finally, the use of the teachings of the religion of Islam and its faith-based programs are significant strategies that can clearly prevent violations of laws and regulations in the election and by emphasizing the observance of public rights and the right of the people to vote. The people in the society should ensure the health of the elections in the system of the Islamic Republic of Iran more than

before. As mentioned above, the present study has analyzed the criminology of electoral crimes through analytical, applied and library methods and, in addition to the etiology of committing such crimes, has explained appropriate situational and social prevention strategies. The agents of the matter should pay attention to the prevention of electoral crimes and with the correct knowledge of the underlying factors, effective prevention and confrontation should be done in order to guarantee a healthy and transparent election.

This Page Intentionally Left Blank

تحلیل جرم‌شناختی جرایم انتخاباتی در نظام حقوقی ایران

مهدی مظفری اناری^{۱*}، محمد امینی زاده^۲

۱. کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و الهیات، دانشگاه شهید باهنر کرمان، کرمان، ایران.

* نویسنده مسئول: Email: Mahdi.mozafari@flt.uk.ac.ir

۲. استادیار، گروه حقوق، دانشکده حقوق و الهیات، دانشگاه شهید باهنر کرمان، کرمان، ایران.

Email: M.amini@uk.ac.ir

چکیده:

در عصر حاضر انتخابات یکی از پایه‌های اساسی نظام مقدس جمهوری اسلامی ایران به شمار می‌رود. برگزاری یک انتخابات موفق نیازمند چهار عنصر اساسی رقابت از سوی کاندیدا، تضمین سلامت از سوی نهاد ناظر، امنیت از سوی نیروهای نظامی و نهایتاً مشارکت فعال از سوی مردم است. حال اگر در این عرصه خطیر، به واسطه ارتکاب جرایم و تخلفات، سلامت رأی مردم به خطر افتد، می‌بایست با ارائه راهکارها و اتخاذ تدابیر لازم تا حد ممکن در این حوزه، از وقوع جرایم پیشگیری نمود. یکی از مؤثرترین راهکارها، شناسایی علل وقوع جرایم انتخاباتی با بهره‌گیری از نظریات مکاتب مرتبط جرم‌شناسی می‌باشد؛ رویکردهای تحقیقی یا اثباتی، نظریات فرصت، انتخاب عقلانی و جرم‌شناسی فرهنگی از مهم‌ترین آموزه‌های جرم‌شناسی به شمار می‌روند که در علت‌شناسی جرایم انتخاباتی راهگشا بوده و در سیاست‌گذاری‌های کلان کیفی نیز می‌تواند در حوزه مقابله و پاسخ‌شناسی متناسب کارآمد باشد. در پژوهش حاضر که با روش تحلیلی،



پژوهشکده حقوق



نوع مقاله:

پژوهشی

DOI:

10.48300/JLR.2021.299899.1740

تاریخ دریافت:

۲۵ تیر ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۷ مهر ۱۴۰۰

تاریخ انتشار:

۲۰ خرداد ۱۴۰۲

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند یا دسترسی آزاد هستند، مقالات تحت شرایط مجوز Creative Commons Attribution-Non-Commercial License 4.0 منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



کاربردی و کتابخانه‌ای به تحلیل جرم‌شناختی جرایم انتخاباتی می‌پردازد، در کنار علت‌شناسی ارتکاب چنین جرایمی، راهکارهای پیشگیری وضعی و پیشگیری اجتماعی نیز مبتنی بر علت‌های احصاشده مد نظر قرار گرفته است که تا حد زیادی مفید و مؤثر بوده و کاربست آنها می‌تواند از کثرت وقوع این جرایم در عرصه انتخابات پیشگیری نماید.

کلیدواژه‌ها:

جرایم انتخاباتی، سلامت انتخابات، نظریات جرم‌شناسی، راهکارهای مقابله، پیشگیری.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان:

مهدی مظفری اناری: مفهوم‌سازی، روش‌شناسی، استفاده از نرم‌افزار، اعتبارسنجی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش، نظارت، مدیریت پروژه.
محمد امینی‌زاده: مفهوم‌سازی، روش‌شناسی، اعتبارسنجی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - بررسی و ویرایش، نظارت، نظارت، مدیریت پروژه.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

مظفری اناری، مهدی و محمد امینی‌زاده «تحلیل جرم‌شناختی جرایم انتخاباتی در نظام حقوقی ایران». *مجله پژوهش‌های حقوقی* ۲۲، ش. ۵۳ (۲۰ خرداد ۱۴۰۲): ۳۸۳-۴۱۶.

مقدمه

انتخابات در نظام مقدس جمهوری اسلامی ایران از مهم‌ترین ارکان مردم‌سالاری دینی به شمار می‌آید و حکایت از حاکمیت انسان بر سرنوشت خویش دارد. «حاکمیت انسان بر سرنوشت خویش نیز می‌تواند نتیجه منطقی اصل اعتقادی آزادی و اختیار انسان و حاکمیت او بر سرنوشت خویش باشد که به حکم مشیت الهی آزاد، مختار، مسؤول و حاکم بر سرنوشت خویش آفریده شده است.»^۱ در حقیقت انتخابات تجلی بارز حق تعیین سرنوشت است و اصل ۵۶ قانونی اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز بر این امر اشاره دارد. مشارکت گسترده مردم در انتخابات و تعیین حق سرنوشت خویش تنها زمانی اثرگذار و امیدآفرین است که از رأی آنان صیانت شده و جرایم و تخلفات انتخاباتی به حداقل ممکن برسد. در پژوهش حاضر هدف، پرداختن به جرایم انتخاباتی از منظر جرم‌شناختی است تا ضمن بررسی مبانی جرم‌شناسی این‌گونه جرایم، راهکارهای مقابله علمی و پیشگیرانه با آنان مدنظر قرار گیرد.

در موضوع جرایم انتخاباتی پژوهشی‌های متعددی صورت پذیرفته است؛ پایان‌نامه انور مراد علی پور در دانشگاه قم با عنوان «بررسی جرایم انتخاباتی»، پایان‌نامه حجت‌الله فیروزی در دانشگاه تهران با عنوان «بررسی جرایم انتخاباتی در قوانین ایران» و در نهایت کتاب احسان شاهین پور با عنوان «بررسی سیاست جنایی ایران در خصوص جرایم انتخاباتی با نگاهی به حقوق فرانسه» مهم‌ترین آنها به شمار می‌رود.

در حقیقت نوآوری و ابتکار پژوهش حاضر در نگاه جرم‌شناسانه به جرایم انتخاباتی رخ می‌نماید؛ مسأله‌ای مهم و بنیادین که در پژوهش‌ها و تحقیقات صورت‌گرفته تاکنون به آن پرداخته نشده و حلقه مفقوده در بررسی جرایم انتخاباتی به شمار می‌رود. لذا در این خصوص نخست به ریشه‌یابی و علت‌شناسی جرایم انتخاباتی در پرتوی نظریات و مکاتب جرم‌شناسی پرداخته شده و سپس راهکارهای پیشگیری و مقابله با آن پیشنهاد می‌گردد.

۱- مبانی جرم‌شناختی جرایم انتخاباتی

جرایم انتخاباتی به تعبیر برخی اعمالی (فعل یا ترک فعل) است که مرجع صالح قانونی آنها را به عنوان جرایم موضوع قانون انتخابات تعریف نموده و برای آنها ضمانت اجرا (مجازات) نیز تعیین کرده است.

۱. محمدحسن باقری، آشنایی با مفاهیم حقوق عمومی، طرح پژوهشی برون دانشگاهی (تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۲)، ۱۰.

این اعمال ممکن است موجب مخدوش نمودن فعالیت‌های قانونی شهروندان در امر انتخابات شده و تأثیر اساسی بر روند نتیجه و سرنوشت انتخابات داشته باشند.^۲ برخی نیز جرایم انتخاباتی را رفتارهای محل سلامت انتخابات از زمان شروع انتخابات تا زمان اعلام اسامی قطعی منتخبین می‌دانند.^۳ به هر ترتیب جرم انتخاباتی رفتارهایی است که امکان ارتکاب آن توسط مجریان، ناظران، انتخاب‌کنندگان، انتخاب‌شوندگان و رسانه‌ها وجود داشته و برای آن ضمانت اجرای کیفری پیش‌بینی گردیده است.

در عصر حاضر، جرم‌شناسی دانشی میان‌رشته‌ای محسوب می‌شود که در شناخت پدیده‌های مجرمانه انتخاباتی کارایی قابل توجهی دارد؛ چرایی ارتکاب جرم و چگونگی مقابله با جرایم در این عرصه، نقشی مهم در ریشه‌یابی و پاسخ‌شناسی مطلوب در حوزه کیفری ایفا می‌کنند. لذا به منظور شناخت مبانی جرم‌شناسی جرایم انتخاباتی و تضمین هر چه بیشتر سلامت انتخابات لازم است از نظریات و مکاتب جرم‌شناختی در این خصوص بهره‌گرفت. در ادامه به مهم‌ترین نظریات و مکاتب جرم‌شناسی در پیدایش پدیده جرم انتخاباتی پرداخته می‌شود.

۱-۱- نظریه تحقیق یا اثباتی

یکی از مهم‌ترین نظریات جرم‌شناختی، نظریه تحقیق یا اثباتی است. البته اثبات‌گرایی را با کلامی دقیق‌تر باید یک فلسفه دانست تا یک نظریه، در این حال حتی اگر به اثبات‌گرایی به عنوان یک فلسفه هم نگاه کنیم، باز هم انواع گوناگونی را برای آن می‌توان یافت. از این رهگذر آبراهام کاپلان^۴ دو شکل اصلی را برای اثبات‌گرایی معرفی می‌کند؛ نخستین مورد، محصول فلسفه روشنگری قرن ۱۸ میلادی و تأکید آن بر اهمیت خرد و تجربه است. دومین مورد مربوط به قرن بیستم است که با عنوان «اثبات‌گرایی منطقی» شناخته می‌شود که دارای ارتباطی نزدیک با استدلال ریاضی و شیوه‌های رسمی اندیشیدن است.^۵ نظریه اثبات‌گرایی یا پوزیتیویسم خود دارای سه حوزه زیست‌شناسی، روان‌شناختی و جامعه‌شناختی است؛ اما به نظر می‌رسد که پوزیتیویسم اجتماعی بهتر بتواند در بحث مورد نظر ما یعنی جرایم انتخاباتی به کار

۲. حجت الله فیروزی، «بررسی جرایم انتخاباتی در قوانین ایران» (پایان نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۱)، ۶-۷.

۳. عباس شیخ الاسلامی، «پیشگیری از جرایم و تخلفات انتخاباتی و مدیریت آن» (مقاله ارائه شده در همایش علمی کاربردی پیشگیری از وقوع جرم، مشهد، ۱۳/۱۲/۱۳۸۸)، ۳.

4. Abraham Kaplan

۵. فرانک پی ویلیامز و ماری لین دی مک شین، نظریه‌های جرم‌شناسی، ترجمه حمیدرضا ملک محمدی (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۵)، ۶۴.

آید؛ چراکه بستر و فضای شکل‌گیری جرایم انتخاباتی در جامعه و اجتماع شکل گرفته و اموری ملموس و مادی به نظر می‌رسند و لذا ارتباطی تنگاتنگ با محیط اطراف، مذهب و پدیده‌های اجتماعی بیرونی دارند. به طور کلی نظریه پوزیتیویسم اجتماعی خود دارای چندین نظریه و مکتب بوده که هر کدام بُعدی خاص از این نظریه کلان را پوشش می‌دهد. از این رو سعی می‌گردد تا مرتبط‌ترین نظریات در این حوزه به عنوان مبانی جرم‌شناختی جرایم انتخاباتی مورد تبیین و واکاوی قرار گیرند.

۱-۱-۱- منازعه فرهنگ

در حوزه مکتب شیکاگو نظریه‌ای به چشم می‌خورد که از آن با عنوان «منازعه فرهنگ» یاد می‌شود. نظریه منازعه فرهنگ از سلین^۶، بر محور «هنجارهای هدایتگر» یعنی قواعدی که بر رفتار حاکمند، می‌چرخد. گروه‌های دارای قدرت سیاسی و اجتماعی می‌توانند از هنجارهای هدایتگر برای کنترل و تعریف بزه نیز استفاده کنند؛ به طوری که اگر فرهنگ یک فرد، عملی را تأیید کند اما فرهنگ غالب آن را تأیید نکند زمینه برای اجرای یک رفتار مجرمانه کلید خواهد خورد.^۷ حال در این خصوص می‌توان گفت واکاوی رفتارهای مجرمانه انتخاباتی ما را به این نکته رهنمون می‌کند که گروه اقلیتی که به هر شکل دارای منافع و امتیازاتی از قبیل پیروزی در انتخابات هستند، عملی را تأیید می‌کنند و گاه‌گذاری در پرتوی آن اقدام به رفتارهایی چون خرید و فروش رأی، مداخله در امر انتخابات و رأی دادن با شناسنامه دیگری می‌کنند و حال آنکه فرهنگ غالب این چنین رفتارهایی را توجیه و تأیید نکرده است و صد البته که تقبیح نیز می‌کند. در اینجا است که منازعه و نزاعی ملموس مابین فرهنگ گروهی خاصی در انتخابات با فرهنگ غالب جامعه شکل می‌گیرد و این رفتارهای قبیح گروه اقلیت به رفتاری مجرمانه و ناپسند تعبیر می‌شود. در حقیقت این منازعه فرهنگ بین مرتکبان جرایم انتخاباتی و افراد مطیع قانون در جامعه خود می‌تواند نشأت گرفته از تعارضات فرهنگی، اجتماعی و اقتصادی باشد که ریشه در عواملی چون تربیت ناصحیح، نقش والدین، ساختارهای نامطلوب سرمایه‌داری و به طور کلی فقدان چهارچوب‌های لازم در پیشگیری‌های غیر کیفری به خصوص پیشگیری مجرم‌مدار (اجتماعی) دارد و نیازمند بازنگری اساسی در راهکارهای مقابله پیشگیرانه هستیم.

6. Sellin

۷. پی ویلیامز و لین دی مک شین، پیشین، ۱۰۴.

۱-۱-۲- نظریه معاشرت ترجیحی

نظریه معاشرت ترجیحی ساترلند^۸ بیانگر این است که رفتار مجرمانه در میانکنش با اشخاص دیگر در یک فرایند ارتباط، آموخته می‌شود و این هم یادگیری رفتار مجرمانه و هم شگردهای ارتکاب جرم را در برمی‌گیرد و هم جهت ویژه‌ای به انگیزه‌ها، رانش‌ها، توجیه‌ها و نگرش‌ها می‌دهد. یادگیری جهت‌گیری‌های انگیزه‌ها و رانش‌ها از طریق تعبیرهای مجموعه‌های قوانین به عنوان مطلوب و نامطلوب صورت می‌گیرد و شخص بدین جهت بزه‌کار می‌شود که تعابیر مطلوب از نقض قانون بر تعابیر نامطلوب از نقض آن قانون غلبه می‌یابد. این بنیاد نظریه معاشرت ترجیحی است.^۹ به تعبیر بهتر افراد یک گروه تابع سیاست‌ها و دیدگاه‌های کلان گروه خود بوده و حتی در زمان معاشرت‌ها و نشست و برخاست‌ها از همسالان خود رفتارهای مجرمانه را فرامی‌گیرند که در خصوص جرایم انتخاباتی بهترین شاهد مثال میتینگ‌های تبلیغاتی و ستادهای انتخاباتی می‌باشد. در این ستادها جوانان و بزرگسالانی با رویکردهای شبیه به هم در کنار هم جمع شده و معاشرت‌ها و رفت و آمدهای آنان در رفتارهای مجرمانه اتخاذ شده توسط دیگری بالأخص در ارتکاب جرم در فرآیند انتخابات اثرگذار است. لذا تأثیر گروه‌های معاشرت‌کننده بر انسان قابل ملاحظه بوده و در عرصه انتخابات که صحنه حضور و بروز مردم با دیدگاه‌ها و نظرات مختلف است، این معاشرت‌ها می‌تواند به بروز برخی رفتارهای مجرمانه انتخاباتی منتهی شود. در واقع می‌توان معاشرت و نشست و برخاست‌های انتخاباتی را یکی از عوامل ایجاد جرم در بین افراد دانست که لازم است مبتنی بر این دیدگاه به پیشگیری وضعی و اجتماعی مقتضی که ناظر بر فعالیت و معاشرت گروه‌های هدف باشد، همت گمارد.

۱-۱-۳- نظریه نابهنجاری (آنومی)

مبدع این نظریه جناب امیل دورکیم^{۱۰} است. ایشان در کتاب تقسیم کار در جامعه این نظر را بیان داشت که جوامع از حالت ایستاده و مکانیکی به سوی شکلی پیچیده و کاملاً تخصصی (ارگانیکی) حرکت می‌کنند. لذا در جوامع مکانیکی اهداف و رویکردها همسان بوده و در یک راستا گام برمی‌دارند و گسست

8. Sutherland

۹. علی حسین نجفی ابرند آبادی، «تقریرات درس جامعه‌شناسی جنایی»، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران، ۱۳۹۱، ۵۴.

10. Emile Durkheim

اجتماعی و بیگانگی در چنین جوامعی کمتر وجود دارد؛ اما در جوامع ارگانیکی که تخصصی نیز شده است به دلیل پیشرفته شدن امور و فاصله گرفتن افراد و پرداختن هرکدام از افراد به کاری، گسست اجتماعی به وجود آمده و نابهنجاری نتیجه طبیعی چنین جوامع مدرنی خواهد بود.^{۱۱} به تعبیر دیگر بی‌هنجاری از منظر دورکیم چنین بیان می‌شود: «هرگاه شیرازه تنظیم‌های اجتماعی از هم گسیخته گردند، نفوذ نظارت‌کننده جامعه بر گرایش‌های فردی، دیگر کارایی‌اش را از دست خواهد داد و افراد جامعه به حال خودشان واگذار خواهند شد که چنین وضعیتی را بی‌هنجاری می‌خوانند. این اصطلاح به وضع بی‌ضابطگی نسبی در کل جامعه یا در برخی از گروه‌های ترکیب‌کننده آن راجع است. در این موقعیت، آرزوهای فردی دیگر با هنجارهای مشترک تنظیم نمی‌شوند و در نتیجه، افراد بدون راهنمای اخلاقی می‌مانند و هر کسی تنها هدف‌های شخصی‌اش را دنبال می‌کند.»^{۱۲} در شکل‌گیری جرایم انتخاباتی این نظریه قابل تأمل است؛ در عصر حاضر که دیگر خبری از جوامع ابتدایی و زندگی‌های قومی و قبیله‌ای با فرهنگ‌های واحد و مسلط نبوده و به دلیل تقسیم کار پیچیده در جوامع شهری، فاصله‌های طبقاتی گسترده و عدم پیوندهای مستحکم خانوادگی، نابهنجاری در جوامع ارگانیکی امری بدیهی محسوب می‌شود، افراد کنترل لازم بر رفتارشان را نداشته و این خود نشأت گرفته از تخصصی شدن جوامع می‌باشد. حال اگر در کش و قوس‌های تبلیغات انتخاباتی و رأی‌گیری‌ها، نامزدی افکار و عقاید گروهی را با خود همراه سازد، گسست اجتماعی و جامعه ارگانیکی موجود باعث می‌شود که در این وضعیت فرد خود را تابع نامزد انتخاباتی دانسته و از هرگونه قید و بندی‌هایی یابد و در راه پیروز شدن نامزد مورد نظر خود از هر تلاشی دریغ ننماید. لذا نابهنجاری و آنومی در این موارد امری است که بروز می‌نماید و آسیب‌زا است.

۱-۴- نظریه کنترل اجتماعی

اصطلاح «کنترل» آنچه را که در ذهن ما تداعی می‌کند، بیشتر ناظر به محافظت و نظارت بر رفتارهای انسانی است و هنگامی که به اصطلاح «اجتماعی» افزوده می‌شود، دلالت بر این مقصود دارد که منشأ این کنترل و جهت دادن به رفتارها، امورات اجتماعی و بیرونی‌اند. معروف‌ترین و بارزترین نسخه نظریه کنترل اجتماعی را هیرشی^{۱۳} در طی دهه‌های ۱۹۶۰ و ۱۹۷۰ پایه‌گذاری کرده است و برخی از

۱۱. پی ویلیامز و لین دی مک شین، پیشین، ۱۴۲.

۱۲. لوئیس آلفرد کورز، زندگی و اندیشه بزرگان جامعه‌شناسی، ترجمه محسن ثلاثی (تهران: انتشارات علمی، ۱۳۷۷)، ۱۹۲.
13. Hirshish

جرم‌شناسان به این نظریه به عنوان نظریه تقید اجتماعی رجوع می‌کنند.^{۱۴} کنترل در حقیقت دارای دو مرتبه و جایگاه است: اولین نوع کنترل در خانواده و محیط والدین شکل می‌گیرد اما مرتبه دوم کنترل اجتماعی در جامعه است و اگر در مرحله اول به درستی اقناع در فرد شکل نگرفته و کنترل اساسی اعمال نشود، نوبت به کنترل‌های تدافعی نظام عدالت کیفری می‌رسد. «هیرشی بر این نظر است که رفتار انحرافی، نتیجه ضعف پیوندهای فرد با جامعه است. در نظریه او چهار عنصر برای سنجش پیوند فرد با جامعه یا دیگران دیده شده است که عبارتند از دلبستگی: میزان توجه و حساسیت فرد به دیگران و دیدگاه‌ها و خواسته‌هایشان؛ تعهد: میزان هماهنگی پاداش‌ها و مجازات‌های اجتماعی با رفتار هم‌نوا و نابهنجار افراد؛ درگیر بودن: مدت‌زمانی که فرد برای فعالیت‌های عادی اجتماعی صرف می‌کند؛ باور داشتن: میزان اعتبار هنجارهای اجتماعی برای فرد با میزان درونی کردن هنجارهای اجتماعی هر عنصر، یک حلقه ارتباط بین فرد و جامعه است.»^{۱۵} اما محل ارتباط این نظریه با جرایم انتخاباتی این است که جرم انتخاباتی در جامعه امروزی به واسطه برخی گسست‌های اجتماعی و فقدان کنترل‌های اقناعی در خانواده و محیط‌های ابتدایی زندگی انسان نظیر مدرسه، مسجد و محیط دوستان شکل می‌گیرد؛ در عصر حاضر به واسطه غلبه فرهنگ شهرنشینی و از بین رفتن پیوستگی‌ها و تعلق خاطر افراد به محیط‌های کوچک زندگی، کمرنگ شدن رنگ و بوی مذهب و اعتقادات در زندگی‌های امروزی در جوامع مدرن، کاهش سطح اشتغال و عدم موازنه جمعیت جویای کار با مشاغل موجود در سطح جامعه که خود منتهی به بیکاری و فراغت خاطر قشر جوان پرنرزی دارد و فقدان تعهدات لازم نسبت به جامعه و محیط اجتماعی محل زندگی خود، همه و همه عواملی‌اند که کنترل اجتماعی و قیود وابستگی را متزلزل و فرد به راحتی در عرصه اجتماع مرتکب چنین جرایمی می‌شود. به عنوان مثال جوانان جویای کار که شغل و درآمدی نداشته و فاقد علایق و احساس کنترل خانوادگی هستند، اگر در شهری بزرگ مثل تهران زندگی کنند، به راحتی خود را بر موج حواشی انتخاباتی سوار کرده و چه‌بسا در صورت فریب خوردن، حتی اقدام به ارتکاب خرید و فروش رأی یا مداخله در امور انتخابات یا جعل رأی دادن بیش از دوبرابر و یا هر یک از رفتارهای دیگر در قانون انتخابات کنند. به همین جهت کنترل اجتماعی امری بسیار لازم تلقی می‌شود، به‌خصوص در مواقعی که فرد از کنترل اقناعی در خانواده محروم مانده و حال

۱۴. پی ویلیامز و لین دی مک شین، پیشین، ۲۹۳.

۱۵. احمد شفازاده، «بررسی نظریه هیرشی در کنترل اجتماعی از دیدگاه قرآن»، فصلنامه راهبرد اجتماعی و فرهنگی ۳۳(۱۳۹۸)، ۱۱۲-۱۱۱.

اگر جلوی چنین فردی از طرق امنیتی، انتظامی و قضایی گرفته نشود آسیب‌های بیشتری بر اجتماع وارد می‌سازد. البته لازم به تأکید است، به جهت حساسیت بالایی که نسبت به انتخاب ناظران و مجریان در امر انتخابات وجود دارد، کم پیش آمده است که ارتکاب جرایم انتخاباتی توسط آنان رقم بخورد و قاطبه جرایم را بر اساس آمارها، انتخاب‌کنندگان و انتخاب‌شوندگان مرتکب می‌شوند که با دلایل ذکر شده بالا هم‌خوانی قابل ملاحظه‌ای دارد.

۱-۱-۵- نظریه فشار

نظریه فشار به طور کلی از نوعی تبعیض و تفاوت حکایت دارد. کار مرتون^{۱۶} پایه‌گذار این نظریه بوده است که در پی نشان دادن هنجارها و ارزش‌هایی اجتماعی و فرهنگی بود که نظم یا بی‌نظمی اجتماعی را به وجود آورده‌اند و ملاحظه اصلی او نیز شناسایی شرایطی بوده که ضمن آن، به رغم وجود شیوه‌های اجتماعی دستیابی به موفقیت، دسترسی به ابزارهای اجتماعی یاد شده برای همه اشخاص ممکن نمی‌باشد.^{۱۷} این نظریه بنا به تعریف خود بر این موضع استوار گردیده است که جامعه اهدافی را به عنوان اهداف متعالی و ارزشی برای همگان معرفی می‌کند اما علی‌رغم این اعلان و تبیین، راه‌ها و ابزارهای دستیابی به این ارزش‌ها را در اختیار افراد قرار نمی‌دهد و اینجاست که فشار قابل ملاحظه‌ای بر افرادی که از ابزار لازم بهره‌ای ندارند، بار خواهد شد. اینجاست که اگر توانایی انطباق با شرایط موجود را نداشته باشند، برای کسب این ابزارها به سراغ راه‌های مجرمانه و انحرافی می‌روند. به تعبیر مرتون، «جامعه وقتی دچار آنومی می‌شود که تعادل میان اهداف و ارزش‌های فرهنگی با راه‌ها و امکانات اجتماعی به هم بریزد، به طوری که افراد جامعه قادر نباشند از طریق هنجارهای مورد پذیرش جامعه و امکانات و وسایل مجاز به اهداف و مطلوب‌های فرهنگی جامعه دست یابند و در نتیجه این عدم تعادل ساختاری، زمینه اجتماعی برای بروز رفتارهای نابهنجار و انحرافات اجتماعی را فراهم می‌کند و در صورت عدم اصلاح ساختاری در پر کردن شکاف میان اهداف و راه‌های مجاز فرهنگی اجتماعی، ناهم‌نوایی و رفتار کج‌زوانه در جامعه گسترش یافته و امنیت اخلاقی و اجتماعی جامعه سلب خواهد شد.»^{۱۸} نظریه فشار هم‌خوانی قابل ملاحظه‌ای با رویکردهای جرم‌شناسی رادیکال به عنوان یکی از گونه‌های جرم‌شناسی واکنش

16. Merton

۱۷. ساندرا والک لیت، شناخت جرم‌شناسی، ترجمه حمیدرضا ملک محمدی (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۶)، ۴۴.
۱۸. معصومه حسینی کشاورز، «نظریه فشارهای اجتماعی مبتنی بر عدم برابری فرصت‌ها دورکیم و مرتون» (مقاله ارائه شده در پنجمین همایش ملی فقه، حقوق و علوم جزا، تهران، ۱۳۹۶/۸/۲۶)، ۹-۸.

اجتماعی دارد. در جرم‌شناسی رادیکال نظام سرمایه‌داری و قوانین و مقررات موجود خود می‌تواند در بروز جرم و بزه‌کاری مؤثر باشد.^{۱۹} مکتب آسیب اجتماعی‌شناسی نیز مکتبی است که اخیراً در مطالعات جرم‌شناسی مورد توجه قرار گرفته و در امتداد مسیر جرم‌شناسی رادیکال به نقش ساختارها و فرایندهای موجود در شکل‌گیری آسیب‌های اجتماعی می‌پردازد. آسیب اجتماعی‌شناسی علاوه بر مطالعه عوامل کلان و ساختاری آسیب‌های اجتماعی به بررسی روش‌های پیشگیری از این آسیب‌ها نیز می‌پردازد.^{۲۰} در حقیقت بسیاری از نارسایی‌های حقوق کیفری و عدم توفیق جرم‌شناسی در مهار و کنترل جرم را می‌توان ناشی از محدود و مضیق بودن انگاره جرم معرفی نمود که صرفاً با پاسخ‌های کیفری روبه‌رو می‌گردد.^{۲۱} در امر انتخابات، ارتکاب برخی جرایم توسط مردم و انتخاب‌شوندگان می‌تواند نوعی آسیب اجتماعی قلمداد شده که ناشی از فشار ناروای آنان در پی تبیین اهداف و عدم دسترسی آنان به ابزار مناسب جهت نیل به آن اهداف باشد. به تعبیر بهتر، در جریان انتخابات، انتخاب‌کنندگان و انتخاب‌شوندگان گاهی ممکن است افرادی باشند که در موضع نظریه فشار قرار گیرند؛ به گونه‌ای که جامعه کثرت‌گرای امروزی با تبیین برخی اهداف و آرمان‌های متعالی و مطلوب و مادی‌گرایانه چون رفاه‌طلبی، فرهنگ مدرنیته، مال و ثروت‌اندوزی، فرهنگ اغنیاء، زندگی اشرافی و... افراد را به طمع این‌گونه اهداف وارد این فضای رقابتی کنند و افرادی که تاکنون امکان دستیابی به این اهداف را نداشته و از ابزارهای نیل به این اهداف نیز در زندگی بی‌بهره بوده‌اند، ممکن است دست به ارتکاب جرایم مذکور در حوزه انتخابات زده تا به طریقی بتوانند به آن آرمان و ارزش متعالی دست یابند. با دو مثال به تبیین این موضوع می‌پردازیم؛ به عنوان مثال فردی که در ستاد انتخاباتی یک فرد مشهور و ثروتمند فعالیت می‌کند و حامی او می‌شود و حال آنکه خودش هیچ‌توان مالی و ظرفیتی نداشته است و به پیروزی کاندیدای مورد حمایت خود دل می‌بندد تا از پس این پیروزی شاید بنا به وعده‌های این کاندیدا به شغل و موقعیتی دست یابد، اگر فرصتی فراهم شود ممکن است دست به تقلب و حتی رأی دادن با تزویر نیز بزند و جرایمی که توسط انتخاب‌شوندگان ممکن است اتفاق افتد را مرتکب شود. در مثال دوم لازم است به موقعیت انتخاب‌شوندگان نیز اشاره داشت؛ انتخاب‌شوندگان نیز بعضاً و به طور موردی ممکن است جزء طبقات محروم و پایین جامعه باشند

۱۹. اسمعیل رحیمی‌نژاد، رویکردهای نوین در جرم‌شناسی انتقادی و سیاست جنایی (تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۸)، ۲۱.
 ۲۰. فرانسواز وان هام، آسیب اجتماعی‌شناسی: رشته جدید، توسعه قلمرو جرم‌شناسی؟ (دایره المعارف علوم جنایی)، ترجمه سید حسین حسینی و اقبال محمدی (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۲)، ۹۲۸.
 ۲۱. محمدابراهیم شمس‌ناتری و بهمن شهریاری، «ماهیت جرم‌شناختی رفتارهای منتهی به مخاطرات در مکتب نوظهور زمبولوژی»، مدیریت مخاطرات محیطی ۳(۱۳۹۴)، ۳۲۵.

و به دلیل ضعف اعتقادات و تهاجم و غلبه فرهنگ تکثرگرایی و مادی‌پرستی، به طریقی بخواهند در این ورطه پیروز شده و وارد جرگه منتخبین شوند. حال اگر موقعیتی پیش آید که این فرد بتواند دست به عملی بزند و جرمی را رقم زده تا در نتیجه انتخابات مؤثر افتد، شاید چنین کند. به هر ترتیب اگر ارتکاب این‌گونه رفتارها با نگاه آسیب‌شناسانه و از جایگاه مکاتب جرم‌شناسی رادیکال و آسیب اجتماعی‌شناسی مطالعه و بررسی شود، بهترین راهکارهای مقابله، از نوع اجتماعی و تربیتی است تا ضمانت اجرای کیفری و سزایرایی. البته لازم است فرایندها و ساختارهای شکل گرفته بر تضاد طبقاتی و سرمایه‌داری نیز اصلاح شود که خود منشأ این‌گونه آسیب‌ها به شمار می‌رود. فلذا آموزه‌های نظریه فشار به خوبی می‌تواند مبنای جرم‌شناختی مهمی در ارتکاب جرایم مذکور به شمار رود، هر چند که در مثال‌های فوق اشاره گردید که این‌گونه جرایم موقعیت‌مدار بوده و فرصت ارتکاب جرم نیز باید مهیا باشد که در گفتار بعدی به این نظریه مهم نیز اشاره می‌شود.

۱-۲- نظریه فرصت

یکی از نظریات بسیار مهم و پرکاربرد در حوزه مطالعات جامعه‌شناختی و رویکردهای بازگشت به کلاسیک، نظریه فرصت است. این نظریه به نقش موقعیت‌های مناسب در ارتکاب جرم تأکید دارد. «تفکر حاکم بر این نظریه آن است که به صرف وجود بزهدار و بزهدیده، جرم واقع نمی‌شود بلکه باید فرصت و موقعیت مناسب برای ارتکاب نیز فراهم باشد. این همان امری است که ما در فلسفه تحت عنوان فراهم بودن مقتضیات و فقدان موانع می‌شناسیم. پس تئوری فرصت از نقش مثبت شرایط زمینه‌ساز وقوع جرم و نقش منفی عوامل مانع وقوع جرم، صحبت می‌کند و مدعی است که افزایش فرصت‌های ارتکاب جرم، احتمال وقوع جرایم را افزایش داده و برعکس کاهش فرصت‌های ارتکاب، احتمال وقوع جرایم را تقلیل می‌دهد.»^{۲۲} همان‌گونه که در تبیین این نظریه گذشت، جرم تنها از اجتماع بزهدار و بزهدیده حاصل نخواهد شد، بلکه موقعیت و فرصت‌های عینی نیز بر این امر اثر داشته و به تحقق جرم و اساساً انگیزه شکل‌گیری آن کمک شایانی خواهند نمود. اصولاً برای اینکه جرمی به وقوع یابد، حداقل سه عامل و لازم می‌آیند تا در کنار هم جرم را رقم بزنند؛ نخست اینکه یک بزهدار پراگیزه است که انگیزه لازم برای ارتکاب جرم را داراست، دوم اینکه یک سبیل و هدف مناسب و جذاب باید باشد که این انگیزه روی او اعمال شود؛ و سوم اینکه هدف مذکور فاقد مانع و به تعبیر دیگر محافظت نشده باشد. پس از شناخت و

۲۲. غلامرضا محمدنسل، «اصول و مبانی نظریه فرصت جرم»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی ۳(۱۳۸۶)، ۲۹۴.

تبیین اجمالی نظریه فرصت، می‌بایست ارتباط آن با جرایم انتخاباتی آشکار گردد. جرایم تصریح شده در قانون انتخابات که از فراوانی بالایی برخوردارند، اصولاً در فضایی که شرایط و موقعیت‌های ارتکاب جرم فراهم است، واقع می‌شوند. نظریه فرصت را می‌توان با نگاهی عمومیت‌یافته بر تمام جرایم ارتكابی توسط همه افراد دخیل در حوزه انتخابات ملاحظه نمود. به طوری که این فرصت‌ها همان‌طور که می‌تواند بر ارتکاب جرم توسط مجریان و ناظران انتخابات تأثیرگذار باشد، به گونه‌ای مساوی خواهد توانست انتخاب‌کنندگان و انتخاب‌شوندگان را نیز به ارتکاب جرم سوق دهد.

تعداد زیاد آرای قابل شمارش، تعداد اندک ناظران و مجریان هر شعبه، هیجان خاص زمان انتخابات، دستی بودن اخذ و شمارش رأی، همه و همه دست به دست هم داده تا فرصتی برای مرتکب فراهم آورد که از این وضعیت استفاده نموده و نسبت به اخلال در امر انتخابات با هر گونه جرم و تخلفی اقدام نماید. این نظریه به نظر می‌رسد از عمومیت و شمول بالایی در انتخابات برخوردار باشد و به خوبی و به نحو صحیحی می‌توان با ارائه راهکارهای مفید و مؤثر فرصت لازم را برای مرتکبان از بین برد تا سلامت و امنیت انتخابات مصون و محفوظ ماند، چنانکه در بخش راهکارهای مقابله با جرایم انتخاباتی نیز به این مهم پرداخته می‌شود.

۱-۳- نظریه انتخاب عقلانی

به موجب نظریه انتخاب عقلانی، پدیده‌های اجتماعی حاصل افعال انسانی‌هایی هستند که هدف معینی بر اعمالشان حاکم است؛ به یک تعبیر اعمال انسان‌ها به سنجشی عاقلانه نزد آنها مسبوق خواهد بود.^{۲۳} آنچه تحت عنوان سنجش عاقلانه مطرح می‌شود همان هزینه و فایده‌ای است که در لحظه ارتکاب جرم رخ می‌نماید؛ چنانکه مرتکب با سنجش هزینه‌های ارتکاب جرم (وجه منفی) و از طرف دیگر منافع حاصل از آن (وجه مثبت) دست به انتخابی می‌زند که بیشترین سود و کمترین ضرر را دربردارد و این انتخاب بر سرنوشت او در ارتکاب یا عدم ارتکاب جرم اثرگذار خواهد بود. در عرصه مهم و خطیر انتخابات که منافع و مزایای گروه‌های شرکت‌کننده در آن به نحو آشکاری به چشم می‌آید، این انتخاب عقلانی برای مرتکبان جرایم انتخاباتی می‌تواند در ارتکاب جرم توسط آنها اثرگذار باشد؛ به طوری که انتخاب‌کنندگان و انتخاب‌شوندگان بنا به منافع حاصل از پیروزی در انتخابات ممکن است در یک

۲۳. محمدتقی پوریان، «نقد نظریه انتخاب عقلانی در تصمیم‌گیری سیاست‌های راهبردی»، فصلنامه پژوهش‌های راهبردی سیاست ۲۳ (۱۳۹۶)، ۲۱۸.

تصمیم‌گیری و کنشگری عقلانی دست به انتخاب بزنند که حکایت از این دارد که اگر مرتکب تقلب یا اختلال به هر امری در انتخابات شوند و نتیجه را به نفع خودشان یا نامزد مورد نظرشان تغییر دهند و در مقابل نیز هزینه این عمل مجرمانه هنگفت نباشد، دست به ارتکاب زده و منافع حاصل بر هزینه‌ها چیره می‌گردد. لذا مجرم انتخاباتی نیز دقیقاً در یک فرایند حسابگری جزایی در حال سنجش و پالایش منافع و هزینه‌های حاصل از انتخابات و جرم مورد نظر است که می‌توان با سختگیری و افزایش هزینه‌های این جرم تا حد ممکن از ارتکاب آن جلوگیری به عمل آورد.

۱-۴- رویکرد جرم‌شناسی فرهنگی

در عصر حاضر یکی از نظریات مهمی که در جوامع معاصر بسیار به آن توجه گردیده و مقوله فرهنگ در عمل مجرمانه دخیل نموده است، رویکردهای جرم‌شناسی فرهنگی است. این نکته در جرم‌شناسی فرهنگی بسیار حائز اهمیت است که نگاه به جرایم و انحرافات جوانان و فرهنگ جوانی سرلوحه بیشتر دیدگاه و نظرات است. به تعبیر فرل^{۲۴} «جرم‌شناسی فرهنگی شاخه‌ای از جرم‌شناسی انتقادی معاصر است که نقش ساختارهای فرهنگی، سیاسی و به ویژه رسانه‌های جمعی در وقوع جرم را مورد مطالعه قرار می‌دهد.»^{۲۵} در واقع جرم‌شناسی فرهنگی به مطالعات مرتبط فرهنگی، سیاسی و بازنمایی رسانه‌ای بر جرم و انحراف پرداخته و تأثیرات متقابل مقوله فرهنگ و جرم را مورد مطالعه قرار می‌دهد. به یک تعبیر می‌توان گفت در جرم‌شناسی فرهنگی، نگاه به جرم و پدیده‌های مجرمانه و علت‌شناسی و راهکارهای مقابله از دریچه فرهنگ مطالعه و بررسی می‌شود که تا پیش از این سابقه نداشته و نوآوری مطالعات جرم‌شناسی فرهنگی به شمار می‌رود. در جرم‌شناسی فرهنگی به شکل گسترده و کلی‌نگر با تکیه بر اصول اولیه نظریات جرم‌شناسی، عوامل پیدایش جرم، پیامدهای هر نوع انحراف اجتماعی و شیوه‌های پیشگیری از نگاه فرهنگ و ملزومات آن نگریسته می‌شود و بر آن است تا شناختی هر چه بهتر از زمینه‌های فرهنگی بروز بزهکاری و همین‌طور راهکارهای پیشگیری، مقابله و سیاست‌گذاری مقتضی در این خصوص را به دست دهد.^{۲۶} در این رویکرد، «در مطالعه جرم، علاوه بر خود عمل مجرمانه، صحنه جرم، اطلاعات و اخبار و بازنمایی‌های مربوط به آن و کارناوال جرم نیز حائز اهمیت است. برای فهم جرم توجه به تصاویر متعدد آفریده شده و مصرف شده توسط مجرمین، خرده‌فرهنگ‌های آنها، پلیس و دستگاه

24. Ferrell

25. Jeff Ferrell, "Cultural criminology", *annual review of sociology* 25(1999), 396.

۲۶. محمد فروتن، «واکاوی جرم‌شناسی فرهنگی در ایران»، پژوهشنامه حقوق بشری ۱(۱۳۹۸)، ۷۳.

قضایی، رسانه‌ها و مخاطبان آنها ضرورت می‌یابد، علاوه بر دو سنت انتقادی / پست مدرن و مطالعات فرهنگی، جرم‌شناسی فرهنگی از سنت متعارف جامعه‌شناسی و به ویژه منظر تعامل‌گرایی نمادین که جرم را دارای وجهی برساخته می‌داند نیز تأثیرات زیادی پذیرفته است. پشتوانه‌های نظری چندگانه فوق توجه هم‌زمان این سنت به ساختارهای قدرت (قدرت سیاست)، تراحم‌های معنایی، جهان‌های نمادین، بازنمایی‌ها و انتقال پیام رسانه‌ای را توضیح می‌دهد.^{۲۷} به تعبیر بهتر در جرم‌شناسی فرهنگی هدف این است که به جرم و انحراف از دید فرهنگ نگریست و با عنایت به صبغه فرهنگی این‌گونه جرایم و انحرافات، پاسخ‌ها و ضمانت اجراها نیز فرهنگی باشند. البته در حوزه جرایم جوانان، امروزه شاهد تأثیرات بسیار زیاد فضای رسانه و فضای مجازی بر ارتکاب جرم توسط جوانان هستیم که در شکل‌گیری و ایجاد یک خرده‌فرهنگ مقابل فرهنگ غالب جامعه تأثیرگذار است. در عرصه انتخابات نیز این رویکردها از این جهت حائز اهمیت‌اند که فضای رقابتی ایجاد شده در آن و شور و اشتیاق موجود، طیف وسیعی از جامعه که بیشتر از قشر جوان هستند را دربرگرفته و صدا البته تأثیرات فضای رسانه‌ها و فضای مجازی و تلویزیون، همه و همه جزء جدایی‌ناپذیر این صحنه خواهند بود. حال در چنین فضایی، جوان که روحیه تحرک و پویایی داشته و در رسیدن به اهداف خود سر از پا نمی‌شناسد و بر مبنای فرهنگی که برای او تعریف شده و چه بسا از فضای مجازی به او القا شده است، گام برمی‌دارد برای پیروزی نامزد مورد حمایت خود نیز ممکن است دست به هر عملی بزند و چه بسا انجام چنین اعمالی از نظر او نوعی حمایت صحیح و سازنده باشد و حال آنکه از نگاه فرهنگ غالب و جامعه این رفتار جرم محسوب می‌شود. در تعارض صورت گرفته در این عرصه، می‌بایست به فکر راه چاره‌ای بود و از منظر مطالعات فرهنگی در مقابل این واکنش‌های آتی و هیجانی ایستادگی نمود و به تدارک پاسخ‌های فرهنگی و اجتماعی از نگاه رویکرد جرم‌شناسی فرهنگی برای مقابله مؤثر پرداخت.

۲- راهکارهای مقابله و پیشگیری از جرایم انتخاباتی

پس از بررسی مبانی و نظریات جرم‌شناختی جرایم انتخاباتی، لازم است به شیوه‌ها و راهکارهای پیشگیری از این‌گونه جرایم پرداخته شود که در نوع خود بسیار اثرگذار و حائز اهمیت است. همان‌طور که می‌دانیم پیشگیری رکن یک نظام حقوقی به شمار می‌رود و اگر این عنصر مهم و اساسی در نظام عدالت کیفری گنجانده نشود، اقدامات دیگر مثمر به ثمر نخواهد بود. واژه «پیشگیری به

۲۷. محمدسعید ذکایی، «جرم‌شناسی فرهنگی و مسئله جوانان»، مجله جامعه‌شناسی ایران ۲۱(۱۳۹۱)، ۵.

معنای به کار بردن روش‌های احتیاطی برای جلوگیری از بیماری‌های جسمی و روانی یا به عبارت دیگر، انجام اقدامات احتیاطی برای جلوگیری از اتفاقات ناخواسته می‌باشد.^{۲۸} در حقیقت پیشگیری عبارت موسعی محسوب می‌شود که ابعاد و مصادیق مختلفی را در برمی‌گیرد. در یک تقسیم‌بندی پیشگیری به دو نوع کیفری و غیر کیفری تقسیم می‌شود. پیشگیری کیفری که قاعدتاً از ابزار کیفر و مجازات بهره می‌گیرد، محل بحث نبوده و به جهت روشن بودن ابعاد آن در مجموعه قوانین کیفری از پرداختن به آن صرف‌نظر می‌شود؛ اما پیشگیری غیر کیفری مقوله‌ای اثرگذار در نظام عدالت کیفری است که از بُعد وضعی و اجتماعی به مقابله با ارتکاب جرم می‌پردازد. «پیشگیری اجتماعی گونه‌ای از تدابیر پیشگیرانه است که با مداخله فعالانه دولت (نظام سیاسی، اقتصادی و فرهنگی) در محیط زندگی اجتماعی عموم افراد و اهتمام به علل زیر بنایی جرم و آسیب‌های اجتماعی، بستر زیستن توأم با کرامت شهروندان را از رهگذر پاسداشت حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی آنان فراهم می‌آورد... پیشگیری وضعی از جرم که با مدیریت موقعیت در صدد کاهش فرصت‌های ارتکاب جرم برمی‌آید، گونه‌ای است که به واسطه زودبازده بودن، مورد استقبال فزاینده نظام‌های حقوقی در اکثر کشورها قرار گرفته است.»^{۲۹} در ادامه به بررسی مصادیق پیشگیری وضعی و اجتماعی در جرایم انتخاباتی می‌پردازیم.

۲-۱- پیشگیری وضعی

همان‌طور که از واژه وضعی در عبارت پیشگیری وضعی برمی‌آید، این پیشگیری ناظر به از بین بردن وضعیت و فرصت‌های تسهیل‌گر جرم می‌باشد. اساساً در رویکردهای پیشگیری وضعی نگاه به محیط و خنثی‌سازی و از بین بردن فرصت‌های اطراف جرم در کانون توجه قرار دارد. با توجه با اینکه برخی منافذ جرم‌زا و یا ساختارهای تسهیل‌کننده جرم مربوط به قبل از اخذ رأی بوده و برخی دیگر حین رأی‌گیری به چشم می‌خورند، لازم است به صورت جداگانه از نگاه پیشگیری وضعی مورد توجه قرار گیرند. به همین منظور ابتدا راهکارهای پیشگیری وضعی قبل از اخذ رأی و سپس راهکارهای پیشگیری حین اخذ رأی مورد بررسی قرار می‌گیرند.

۲۸. بهرام بیات، جعفر شرافتی پور و نرگس عبدی، پیشگیری از جرم با تکیه بر رویکرد اجتماع‌محور (تهران: اداره کل مطالعات اجتماعی نیروی انتظامی، ۱۳۸۷)، ۲۱.

۲۹. سعید قماش و مرتضی عارفی، «موانع سیاسی و اقتصادی پیشگیری اجتماعی از جرم»، آموزه‌های حقوق کیفری ۱۳(۱۳۹۶)، ۸۶.

۲-۱-۱- راهکارهای پیشگیری وضعی قبل از اخذ رأی

در برخی موارد شاهد وجود ساختارها و شرایط تسهیل‌کننده جرایم انتخاباتی فارغ از زمان اخذ رأی هستیم. پیشگیری وضعی مؤثر زمانی صورت می‌گیرد که در این خصوص نیز کارآمد باشد.

۲-۱-۱-۱- اتخاذ تدابیر لازم جهت احتراز از سیاست‌زدگی در امر انتخابات

انتخابات همواره یکی از ارکان تحقق حاکمیت مردم در نظام‌های دموکراتیک به شمار می‌رود. با توجه به این خصیصه مهم و ارتباط تنگاتنگی که حکمرانی در اکثریت قوای دولتی و حتی مؤسسات عمومی غیردولتی با انتخابات دارد، پیوستگی انتخابات با سیاست‌گریزناپذیر است که این امر به نحو بارزی در دولتی بودن اجرای انتخابات نیز خودنمایی می‌کند. در باب سیاست تعاریف متعدد و متنوعی ارائه گردیده است اما بنا به یک تعریف سیاست را می‌توان کاربرد قدرت یا پیکار بر سر قدرت دانست؛ به تعبیر بهتر رقابت سیاستمداران در مبارزه برای به دست آوردن قدرت یا حفظ خویش در موضع قدرت را می‌توان سیاست نامید.^{۳۰} از دیرباز تاکنون سیاستمداران برای پیروزی در انتخابات و حفظ قدرت و مناصب خویش، گاهاً پیکاری سخت و رقابتی تنگاتنگ با یکدیگر داشته‌اند که خود عاملی مهم در ارتکاب جرایم و تخلفات انتخاباتی نیز خواهد بود. ریشه این امر نیز اختلاط سیاست و انتخابات با هم است. در حقیقت همان‌طور که گفته شد انتخابات بخشی از سیاست و حکمرانی در دولت - کشورهای مستقل به شمار می‌رود اما نباید بین این دو مفهوم وابستگی و تداخل صورت گیرد؛ چراکه آن وقت انتخابات دچار سیاست‌زدگی شده و سیاستمداران و صاحبان نفوذ در گروه‌های سیاسی، برای تحقق اهداف خویش انتخابات را دست‌خوش بازی‌ها و منافع سیاسی خود می‌نمایند که ناچاراً جرم و تخلف می‌تواند از بستر این وابستگی متقابل حاصل گردد. به همین منظور لازم است تدابیر قابل توجهی جهت احتراز از سیاست‌زدگی در انتخابات مدنظر قانون‌گذاران و تصمیم‌سازان کشور قرار گیرد و انتخابات صرفاً از جهت انتخاب شایستگان و صالحین در مسیر حکمرانی مطلوب طریقت یابد نه اینکه ابزاری صرف جهت نیل به خواسته‌های سیاسی و سیاست‌زدگی باشد. اتخاذ تدابیر لازم اگر عمومیت و فراگیری یافته و علاوه بر نگاه حاکمیت، در فرهنگ عمومی جامعه نیز رسوخ یابد، این اعتقاد شکل گرفته که انتخابات، ابزار مشارکت سیاسی برای انتخاب برتر و پیشرفت و توسعه کشور است و اعضای جامعه زین پس این حق سرنوشت‌ساز را بازبچه اغراض سیاست‌زدگان نخواهد نمود و آن را به احسن وجه به کار می‌بندند.

۳۰. محمدحسین اسکندری، «نگاهی به مفهوم سیاست»، فصلنامه روش‌شناسی علوم انسانی ۲۱ (۱۳۷۸)، ۸۵.

۲-۱-۱-۲- تقویت هرچه بیشتر احزاب و توسعه نظام انتخاباتی حزبی

امروزه علی‌رغم فواید و آثار مثبت فرهنگی، سیاسی و حتی اقتصادی احزاب و گروه‌های متشکل سیاسی، در نظام انتخابات ایران کمتر این مهم مدنظر قرار گرفته است. از میان گونه‌های متعدد نظام‌های انتخاباتی، نظام انتخاباتی فهرستی را می‌توان قالبی مطلوب برای مشارکت احزاب در انتخابات دانست. در این نظام، داوطلبان به جای رقابت فردی، از طریق رقابت گروهی متمرکز در دو یا چند فهرست اسامی، خود را به رأی‌دهندگان معرفی می‌نمایند. این فهرست‌ها نیز توسط احزاب تهیه و به صورت باز یا بسته منتشر می‌گردند.^{۳۱} در نظام انتخاباتی ایران این‌گونه انتخاب فهرستی به معنای دقیق کلمه مرسوم نبوده و کارایی ندارد؛ چراکه حتی اگر احزابی نامزد مدنظر خود را در قالب لیست‌های انتخاباتی معرفی کنند، اغلب اهداف و اغراض سیاسی مدنظر بوده و لذا از آثار همه‌جانبه انتخابات فهرستی عاری هستند. در حقیقت در آستانه هر انتخاباتی، شاهد ظهور احزاب یا ائتلاف‌های حزبی و تشکیل جمعیت‌ها و جبهه‌های گوناگون هستیم. این امر نشان‌دهنده اهمیت انتخابات از دید احزاب و همچنین نقش و کارایی احزاب در مسأله انتخابات است.^{۳۲} احزاب به طور کلی حائز امتیازات مهمی در مقوله انتخابات هستند؛ از جمله می‌توان اشاره داشت که وجود احزاب، مانع رقابت‌های شخصی شده و رقابت فکری و سیاسی را با مطرح کردن نیازهای اصولی جامعه و با ارائه برنامه‌های مشخص اجتماعی و سیاسی، جایگزین آن می‌سازد. از طرف دیگر رقابت احزاب قوی منجر به اقتدار یافتن گروه‌های سیاسی قدرتمند در رأس دولت می‌گردد.^{۳۳} مبتنی بر این امتیازات، رقابت حزبی هم در هزینه‌ها و تبلیغات صرفه‌جویی نموده و از طرف دیگر این رقابت بین اشخاص نیست که این مزایا در پیشگیری از وقوع جرایم متعدد انتخاباتی نقش قابل توجهی دارند؛ به عبارت دیگر وقتی تبلیغات و هزینه‌های گزاف انتخاباتی در کار نباشد، تقلب و تزویر و خرید و فروش رأی نیز به تبع آن کم شده و از آن طرف برنامه‌ها و دیدگاه‌های عامه‌پسند ملاک انتخاب و پیروزی است. از طرف دیگر نظام انتخاباتی برآمده از احزاب به شکلی دیگر می‌تواند از بروز مفسده در انتخابات پیشگیری نماید و آن قدرت مطالبه‌گری مردم از احزاب برای پاسخ به جرایم انتخاباتی و حتی تعقیب و پیگیری سهل‌الوصول آن است. اگر نامزدی که نماینده یک حزب سیاسی است، مرتکب جرم انتخاباتی شود، پیشینه آن حزب و سوابق و عملکرد آن در معرض خدشه

۳۱. سید محمد هاشمی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد دوم (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۳)، ۹۷.

۳۲. کمال اکبری، «نقش احزاب در سیاست پس از انقلاب اسلامی»، فصلنامه علوم سیاسی ۴۷ (۱۳۸۸)، ۵۹.

۳۳. هاشمی، پیشین، ۹۸.

قرار گرفته و مقبولیت خویش را در اذهان عمومی از دست می‌دهد. لذا دقت نظر احزاب در انتخاب لیست نامزدها و تلاش برای جمع نمودن افراد صالح و پاک‌دست از یک طرف و نظارت‌پذیری و امکان مطالبه سهل جامعه از آنان در قبال مسؤولیت‌های خویش از طرف دیگر، می‌تواند از وقوع هرگونه جرم و تخلف انتخاباتی به نحو ممکن پیشگیری نماید. همه موارد پیش گفته این مهم را تداعی می‌کند که برای تضمین انتخاباتی سالم و بدون هرگونه وقوع جرم، اهتمام به تقویت و توسعه احزاب شناسنامه‌دار و ترویج نظام حزبی در انتخابات مبتنی بر عقلانیت، درایت و قانون‌مداری در چهارچوب اصول قانون اساسی و شرع مقدس اسلام از اولویت‌های سیاست‌گذاران به شمار آمده و اقدامی عاجل و مقتضی می‌طلبد.

۲-۱-۱-۳- از بین بردن ساختارهای ایجادکننده فشار و تبعیض ناروا

مبتنی بر آموزه‌های نظریه فشار در جرم‌شناسی و یافته‌های آسیب اجتماعی‌شناسی، جرایم اصولاً در بستر ساختارهای خاص سیاسی، اجتماعی و اقتصادی و فرهنگی ایجاد می‌شوند. لذا بهترین مقابله مؤثر و پیشگیری وضعی از ارتکاب جرم می‌تواند ناظر به از بین بردن و یا تعدیل چنین ساختارهایی باشد. در جرایم انتخاباتی اصولاً تضادها و منافع طبقاتی و ارزش بودن سرمایه‌داری و کسب قدرت از عوامل مؤثر تلقی می‌شود. لذا پیشگیری وضعی در این خصوص بر عهده سازمان‌های دولتی و حاکمیتی است تا با بررسی صحیح و شناخت دقیق آسیب‌ها و ارزش‌های نامتناسب با فرهنگ ایرانی - اسلامی، نسبت به تغییر و یا تعدیل آن اقدام عاجل نمایند. از طرف دیگر لازم است با فعالیت‌های مستمر، به نحو ایجابی به سیاست‌گذاری و ارزش‌گذاری مبتنی بر فرهنگ و هویت غنی اسلامی و دینی اقدام نمایند. در این صورت است که می‌توان امیدوار بود که در پناه تحقق ساختارهای اسلامی و ارزشی، عوامل ایجادکننده فشار و تبعیض ناروا کاهش یافته و این در بروز جرایم انتخاباتی تأثیر بسزایی دارد.

۲-۱-۱-۴- شفافیت تبلیغات و هزینه‌های مالی نامزدها

شفافیت امروزه جایگاه مهمی در تعاملات اجتماعی بشر یافته است. شفافیت ضد نظریه حفظ اسرار است و شامل مجموعه اطلاعاتی می‌شود که جایگاه «واقعیت خفته نگه داشته شده و ناگفته» را ترک کرده تا با هویتی جدید و «واقعیت گفته شده» ابراز گردد. ۳۴ در واقع می‌توان شفافیت را شرطی لازم در دولت

۳۴. امین جعفری، جایگاه شفافیت تجاری در حقوق کیفری اقتصادی فرانسه در تازه‌های علوم جنایی (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۸)، ۲۱۹.

برای پیشگیری از فساد و به طور عام‌تر برای حکمرانی مطلوب در نظر گرفت. ۳۵ در عرصه انتخابات، تبلیغات نامزدها و هزینه‌های تبلیغاتی دو عنصر مهم در فعالیت‌های عموم آنها تلقی می‌شود. تبلیغات ناصحیح و خارج از چهارچوب‌های مقرر قانونی و استفاده غیرمجاز از امکانات و منابع دولتی در این راستا خود می‌تواند آسیب‌زا باشد و رقابت صحیح بین نامزدها را دچار خدشه کند. از طرف دیگر هزینه‌های تبلیغاتی نامتعارف و گزاف که منابع تأمین آن مبهم بوده و بیم هر گونه تبانی و فساد را تداعی می‌کند و می‌تواند در ارتکاب جرمی چون خرید و فروش رأی و یا تهدید و تطمیع و سایر عناوین مجرمانه مؤثر باشد، خود فرصت و گشایشی است تا فعالان انتخاباتی از آن در راه ارتکاب جرایم مقصود، بهره‌برند. در قوانین کشورهای مختلف مسأله شفافیت هزینه‌های نامزدها تا حدی مورد پیش‌بینی قانون‌گذار بوده است؛ به عنوان نمونه رویکرد نظام انتخاباتی فرانسه نسبت به هزینه تبلیغات این است که شورای قانون اساسی در رسیدگی به امور مالی و هزینه‌ها - که نایستی از سقف مجازی که قانون مشخص کرده تجاوز کند - نیازی به اعلام شکایت‌کنندگان نداشته و شورا رأساً اقدام به رسیدگی می‌کند. ۳۶ در نظام‌های انتخاباتی آمریکا و روسیه نیز شاهد مقررات مشابهی در این خصوص هستیم. در نظام حقوقی ایران نیز خوشبختانه مبتنی بر سیاست‌های کلی انتخابات و قانون اخیرالتصویب شفافیت و نظارت بر تأمین مالی فعالیت‌های انتخاباتی در انتخابات مجلس شورای اسلامی مصوب سال ۱۳۹۸، مسأله هزینه‌کرد کاندیدا به روشنی مورد دقت نظر مقنن قرار گرفته است اما همچنان مسأله تبلیغات فاقد توجه ویژه قانون‌گذار بوده و صرفاً کمیسیونی ناظر بر تبلیغات نامزدها پیش‌بینی گردیده است که در ابعاد وسیع انتخابات و قلمروی کشوری چندان کارایی لازم را نخواهد داشت. لذا می‌طلبد در مقام پیشگیری وضعی با احصای همه‌جانبه خلل‌های موجود در عرصه تبلیغات و هزینه‌های مالی نامزدها، پیشگیری متناسب در عرصه‌های مختلف تقنینی، قضایی و اجرایی صورت پذیرد.

۲-۱-۲- راهکارهای پیشگیری وضعی حین اخذ رأی

در بسیاری موارد وجود منافذ جرم‌زا و تسهیل‌کننده وقوع جرم حین اخذ رأی (روز رأی‌گیری) به چشم می‌خورد که لازم است با اتخاذ تدابیر پیشگیرانه سعی در از بین بردن فرصت ارتکاب جرم نمود و به مقابله

۳۵. فهیم مصطفی زاده، «رویکرد نظام‌های انتخاباتی به تعیین حدود، نوع و منابع هزینه‌های انتخاباتی با تأکید بر سیاست‌های کلی انتخابات»، اندیشه‌های حقوق عمومی ۱۳(۱۳۹۷)، ۸۷.
۳۶. علی اکبر جعفری ندوشن، بررسی تطبیقی کاربده‌های شورای نگهبان در ایران، فرانسه و آمریکا (تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی، ۱۳۸۵)، ۱۵۱.

مؤثر پرداخت.

۱-۲-۱- الکترونیکی شدن انتخابات

یکی از مهم‌ترین و چالش‌برانگیزترین مسائلی که در چند سال اخیر بین مجلس شورای اسلامی، وزارت کشور و شورای نگهبان مورد بحث و بررسی قرار گرفته است، الکترونیکی شدن انتخابات می‌باشد. هم‌زمان با پیشرفت تکنولوژی و فناوری و ارتقای ظرفیت‌های رایانه‌ای و تربیت نیروهای متخصص در فضای الکترونیک و فناوری اطلاعات^{۳۷}، ضرورت استفاده از چنین بستری برای فرآیند مهم و سرنوشت‌سازی چون انتخابات دوچندان می‌نماید. به نظر می‌رسد یکی از بهترین طرح‌های پیشگیری وضعی از جرم در انتخابات می‌تواند توجه به الکترونیکی شدن باشد. بنا به گزارش سایت ایرنا در آبان ماه ۱۳۹۸، دکتر رحمانی فضلی وزیر کشور در حاشیه نشست با استانداران سراسر کشور اشاره داشته‌اند که الکترونیکی شدن انتخابات، ۹۰ درصد تخلفات احتمالی را به صفر می‌رساند.^{۳۸} هر چند که رویکرد الکترونیکی شدن انتخابات علاوه بر مزایا، معایبی نیز بر آن متصور است که به آن اشاره می‌نماییم. مزیت‌های چنین روشی می‌تواند کم شدن احتمال تقلب و اخلال و تزویر در امر انتخابات باشد، مجریان، ناظران و انتخاب‌کنندگان و انتخاب‌شوندگان به درستی وظایف خود را انجام داده و جایی برای اعمال نظر و صلاح‌دید و حتی مداخله باقی نمی‌گذارد. پیشرفته بودن فناوری‌های رایانه‌ای، امکان درصد خطا را به صفر نزدیک می‌کند و در شمارش آرا احتمال اشتباه به کمترین حد ممکن می‌رسد، افرادی که قصد اخلال و تقلب دارند و حتی پس از انتخابات شروع به فرافکنی و تشویش اذهان عمومی می‌کنند در فرآیند انتخابات الکترونیکی، کذب سخنانشان با آمارهای شفاف و روشن، مشخص خواهد شد؛ اما با وجود چنین مزایای قابل ملاحظه‌ای معایبی نیز در این طرح نهفته است؛ سیستم رایانه با وجود اینکه امکان خطا را به نزدیک صفر می‌رساند اما باز همچون اسمش رایانه است و فاقد تشخیص و تحلیل‌های انسانی می‌باشد، کما اینکه در موارد متعددی شورای نگهبان موافقت خود را با الکترونیکی شدن انتخابات اعلام نموده است و حال آنکه تنها مانع استفاده از این روش را تضمین صیانت از رأی مردم در انتخابات عنوان کرده است؛ چراکه رایانه‌ها و سیستم‌های دریافت و شناسایی اطلاعات رأی‌دهندگان باید به پیشرفتی مطلوب و قابل قبول برسند که در پرتو آنها بتوان سلامت را که رکن اساسی انتخابات است، تضمین نمود.

37. IT

۳۸. «مصاحبه با عبدالرضا رحمانی فضلی وزیر کشور در همایش استانداران سراسر کشور»، خبرگزاری ایرنا خراسان رضوی،

۱۳۹۸/۸/۲، [۸۳۵۲۹۳۸۸/https://www.irna.ir/news/۱۳۹۸/۸/۲](https://www.irna.ir/news/۱۳۹۸/۸/۲/۸۳۵۲۹۳۸۸)

اگر به مکانیسم‌ها و شرایط اساسی‌ای که نیازمند پایه‌ریزی در انتخابات الکترونیک هستند، نائل شویم، می‌توان امیدوار بود که جرم در این عرصه کاهش یافته و پیشگیری وضعی از راه کاهش فرصت‌های ارتکاب جرم و بالا بردن هزینه در ارتکاب، محقق می‌گردد.

۲-۱-۲- افزایش تعداد ناظران آموزش دیده و متخصص در حوزه‌های رأی‌گیری

شورای نگهبان که بنا به حکم صریح قانون اساسی نهاد ناظر بر امر انتخابات به شمار می‌رود و الحق و الانصاف که از پیروزی انقلاب تاکنون به خوبی توانسته است، سلامت انتخابات و رأی مردم را تضمین نماید، اقدام به انتخاب و گماردن ناظران صندوق‌های اخذ رأی در سراسر کشور می‌نماید. اگر فضای آموزش و تعلیم اصولی و دقیق ناظران فراهم شود و با مصادیق جرایم انتخاباتی در جلسات توجیهی که به همین منظور گذاشته می‌شود، بیشتر و دقیق‌تر آشنا گردند و در کنار آن برای هر حوزه اخذ رأی تعداد بیشتری ناظر تعبیه گردد، موجب خواهد شد که با نگاه ظریف و تیزبینانه ناظران آموزش دیده و متخصص، کوچک‌ترین جرم و تخلفی امکان وقوع نداشته باشد و این خود نوعی پیشگیری وضعی با عنایت به به‌کارگیری و افزایش نیروی انسانی آموزش دیده و باسواد می‌باشد.

۲-۱-۳- افزایش تعداد نیروهای انتظامی حاضر در شعب اخذ رأی

یکی دیگر از رویکردهای پیشگیری وضعی در امر انتخابات به منظور حفظ و صیانت از امنیت انتخابات و رأی مردم، افزایش نیروی‌های انتظامی حاضر در هر شعبه اخذ رأی می‌باشد. با افزایش میزان گشت پلیس در اطراف و در محل شعبه اخذ رأی، فرصت لازم و مساعد برای اقدام به انجام هرگونه عملی که محل امنیت شهروندان در رأی دادن باشد سلب می‌شود و فرصت مجرمانه به تهدید تبدیل می‌شود. لذا نیروی پلیس نقشی بازدارنده از جرم در عرصه انتخابات ایفا می‌نماید که در جای خود نیازمند توجه مسؤولان امر می‌باشد.

۲-۱-۴- تعبیه دوربین‌های مدار بسته و اتصال آنها به مراکز کنترل

عموماً رأی‌گیری و شعبه اخذ رأی در محله‌هایی در شهرهای کشور صورت می‌گیرد که عموماً مدارس و مساجد می‌باشند و حال آنکه اکثر این‌گونه مراکز فاقد سیستم‌های دوربین مدار بسته هستند. هرچند که این امر نیازمند صرف هزینه‌های زیاد بوده و از لحاظ اقتصادی شاید مقرون به صرفه نباشد اما برای برگزاری یک انتخابات سالم و به دور از هرگونه اختلال و خدشه به آرای مردمی، لاجرم بایستی امکانات

و تجهیزات به‌روز و سیستم‌های دوربین مداربسته در مراکز اخذ رأی تعبیه شده و کنترل آنها به دفاتر مرکزی نظارت در هر استان و یا حسب مورد در تهران متصل باشد که به صورت برخط تمامی شعب اخذ رأی تحت کنترل و پایش تصویری باشند. حقیقتاً با تصور کنترل همه‌جانبه، ناظران و مجریان سعی کرده که کار خود را به نحو مطلوب و صحیح انجام داده و همیشه خود را در برابر ناظری بالاتر در شعبه اخذ رأی در نظر خواهند گرفت. البته انتخاب‌کنندگان و نمایندگان کاندیداها نیز به دقت عمل نموده و در اعمال و رفتار خود مراقبت می‌نمایند. نمونه بارز اثرگذاری وضعی نصب دوربین در کاهش تخلفات، دوربین‌های نظارت تصویری پایش راهنمایی و رانندگی در معابر است. تجربه نشان داده است رانندگان معمولاً با رسیدن به این دوربین‌ها و با تصور درست بودن و نظارت دقیق آنها، سرعت خود را کم نموده و این در کاهش تصادفات و تخلفات رانندگی اثرگذار بوده است. اگر این سیستم در عرصه انتخابات نیز مورد استفاده قرار گیرد، به مراتب آمار جرم در این حوزه کاهش خواهد یافت.

۲-۲- پیشگیری اجتماعی

یکی دیگر از انواع پیشگیری غیر کیفری، پیشگیری‌های اجتماعی و مجرم‌مدار خواهد بود. «پیشگیری اجتماعی با مداخله در محیط اجتماعی عمومی و شخصی افراد از قبیل محیط‌های فرهنگی، اقتصادی، سیاسی و خانواده تلاش دارد تا سازکارهای خودکنترلی و مهارت‌های اجتماعی را افزایش دهد.»^{۳۹} برخلاف پیشگیری وضعی، پیشگیری‌های اجتماعی نگاهشان به وضعیت فرهنگی و اجتماعی اطراف مرتکب است؛ تعلیم و تربیت ناصحیح، عدم کنترل اصولی خانواده، مدرسه و محیط همسالان، شبکه‌های مجازی و فضاهای فرهنگی نامتناسب با فرهنگ غالب جامعه و ... عواملی‌اند که در شکل‌گیری جرم تأثیر بسزایی دارند. تعاریف زیادی از این نوع پیشگیری به چشم می‌خورد که در یکی از آنها آمده است: «پیشگیری اجتماعی شامل مجموعه اقدامات پیشگیرانه از جرایم است که به دنبال حذف یا خنثی کردن آن دسته از عواملی می‌باشد که در تکوین جرم مؤثر است. این نوع پیشگیری بر مبنای علت‌شناسی جرایم استوار است و با دخالت در محیط‌های اجتماعی مانع از شکل‌گیری انگیزه‌های بزه‌کارانه و خنثی‌سازی عوامل جرم‌زا می‌گردد.»^{۴۰} در یک کلام می‌توان پیشگیری وضعی را بزه‌دیده‌مدار و پیشگیری اجتماعی را

۳۹. عادل ساریخانی و مریم سلطانی بهلولی، «نقش قوه مجریه در پیشگیری اجتماعی از جرم»، مجله حقوقی دادگستری ۹۴(۱۳۹۵)، ۱۴۴.

۴۰. ابوالحسن شاکری، «قوه قضاییه و پیشگیری از وقوع جرم» در مجموعه مقالات همایش علمی - کاربردی پیشگیری از وقوع جرم، به اهتمام معاونت امور اجتماعی و پیشگیری از وقوع جرم قوه قضاییه (تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه

مجرم‌مدار دانست. در ادامه به چند نمونه مصادیق پیشگیری اجتماعی در جرایم انتخاباتی اشاره می‌شود.

۲-۱- کنترل اقناعی در محیط خانواده

نهاد مقدس خانواده یکی از ارکان مهم شکل‌دهنده شخصیت کودک به شمار می‌رود. دین مبین اسلام بر نهاد خانواده تأکید بسیاری داشته و چه بسا اصالت در اسلام با خانواده است. در حقیقت «ساختار و عملکرد خانواده، تأثیر فزاینده‌ای در جامعه‌پذیری، ظرفیت‌بخشی به تعاملات نمادین و خودادراکی افراد دارد و همچنین در شخصیت‌بخشی به افراد دارای نقشی کلیدی است.»^{۴۱} اما کنترلی که پدر و مادر در محیط اثرگذار خانواده می‌توانند بر فرزند خود اعمال کنند و تعلیم و تربیتی که با ابزارها و روش‌های عاطفی و دوستانه در چنین محیطی اعمال خواهد شد، به مراتب از کنترل‌های دیگر در سایر محیط‌ها اثر و نتیجه بهتر و بیشتری خواهد داشت. «به نظر جرم‌شناسان، خانواده از جمله محیط‌های اجتناب‌ناپذیر و نخستین کودک است. خانواده از آن‌رو محیط حتمی تلقی شده که کودک در انتخاب آن نقشی ندارد. رفتارهای آتی کودک تا حد زیادی ناشی از برخوردهای ناسالم پدر و مادر نسبت به کودک در سال‌های اولیه زندگی است.»^{۴۲} تأثیرات مثبت یادگیری در خانواده و تعلیم پدر و مادر به مراتب از بسیاری از اقدامات سرکوبنده و قهری دستگاه‌های رسمی عدالت کیفری بیشتر خواهد بود؛ به طوری که گاه‌گذاری بزهکاری چنین افرادی نیز با تقلید و در اثر تبعیت از همین والدین رقم خورده است. در همین خصوص پژوهش‌ها حاکی از آن است که پرخاشگری در دوران کودکی در بزرگسالی تأثیر دارد.^{۴۳} تعلیم فرهنگ راستگویی و درستی، نفی و قبیح شمردن تقلب و تزویر، تربیت مطابق با آموزه‌های اسلامی مبتنی بر احترام، رعایت دستورات دین، اقامه نماز و روزه و به طور کلی انجام واجبات و ترک محرمانه‌هایی از چنین تعلیم و تربیت مؤثری در نظام خانواده است. چه بسیار افرادی که در کودکی از یادگیری چنین مفاهیم و آموزه‌هایی بی‌بهره بودند و در آینده بزهکاری را پیشه خود ساخته‌اند. در جرایم انتخاباتی نیز به طور خاص

قضایه، ۱۳۸۲، ۱۱.

۴۱. سید محمدصادق مهدوی و علی اصغر عباسی اسفنجیر، «بررسی رابطه بین پیوندهای اجتماعی-فرهنگی و میزان بزهکاری رفتارهای بزهکارانه نوجوانان کوششی در جهت تبیین های اجتماعی- خانوادگی رفتارهای بزهکارانه نوجوانان ۱۳-۱۹ ساله شهر بهشهر براساس آزمون تجربی نظریه های کنترل اجتماعی هیرشی»، پژوهش های اجتماعی ۱۳۸۷، ۱۶.

۴۲. غلام عباس توسلی، نظریه‌های جامعه‌شناسی (تهران: انتشارات سمت، ۱۳۶۹)، ۵۴-۵۲.
43. T Herrenkohl, "Examining the link between child abuse and youth violence: An analysis of mediating mechanisms", *Journal of Interpersonal Violence* 18(2003), 1189-1208

در جرایم انتخاب‌کنندگان و انتخاب‌شوندگان تأثیر خانواده بسیار راهگشاست. اگر در محیط خانواده به چنین افرادی آموزش صحیح و درستی داده شده بود، به راحتی سلامت انتخابات و رأی مردم را هدف نمی‌گرفتند و با اخلال در انتخابات برای کشور هزینه ایجاد نمی‌گردید. فلذا در این نوع پیشگیری‌ها، خانواده حرف اول را می‌زند و نسبت به سایر جوامع اولویت و اثرگذاری بیشتری دارد.

۲-۲-۲- تأثیرگذاری رسانه و صدا و سیما

تأثیر متقابل رسانه و جرم امروزه دیگر بر کسی پوشیده نیست. چنانکه در آموزه‌های جرم‌شناسی فرهنگی بازنمایی رسانه‌ای جرم یکی از مهم‌ترین محورهای این شاخه مطالعاتی محسوب می‌شود. از یک طرف تأثیر رسانه‌ها ممکن است به پایداری بیشتر افراد از قوانین و مقررات انجامیده و از ارتکاب جرم و بزه در جامعه خودداری کنند. به تعبیر بهتر «رسانه‌ها می‌توانند شیوه‌های مبارزه با بزهکاری و پیشگیری از آن را به مردم آموزش دهند. آنها با به تصویر کشیدن فرایند بزهکار شدن یک فرد، به مخاطبان می‌آموزند که چگونه با اتخاذ تدابیر صحیح تربیتی، آموزشی، اقتصادی و اجتماعی مانع بزهکار شدن خود و اطرافیان شوند.»^{۴۴} از طرف دیگر رفتارهایی که با تشویق و ترغیب رسانه‌ها ارتکاب یافته‌اند و نظم عمومی جامعه را مورد خدشه قرار داده‌اند، نیز کم نبوده و این نشان‌دهنده شمشیر دولبه بودن رسانه‌هاست. به تعبیر بهتر می‌توان این تأثیر محسوس رسانه‌ها را بازنمایی رسانه‌ای جرم دانست که یک فرایند مبتنی بر بدنمایی،^{۴۵} بیش‌نمایی^{۴۶} و یا کم‌نمایی^{۴۷} است؛ فرایندی که در آن اخبار و گزارش‌های رسانه‌ای در مورد جرم، نه بر اساس واقعیت‌ها بلکه بیشتر بر اساس انتخاب‌ها و دیدگاه‌های روزنامه‌نگاران و سازمان‌های خبری و تحت تأثیر گفتمان‌های غالب سیاسی و حکومتی شکل می‌گیرد^{۴۸} که حسب مورد ممکن است با تحریف واقعیات (بدنمایی)، کم‌اهمیت جلوه دادن واقعیات موجود (کم‌نمایی) و یا بزرگ کردن واقعیات معمول (بیش‌نمایی) صورت گیرد. حال اگر در فضای رقابتی انتخابات به طور خاص، برنامه‌سازی‌های مبتنی بر فرهنگ تحمل رقیب، رقابت سالم در فضای انتخابات، نقد و نکوهش افراد متقلب و اخلالگر، تشویق به راستی و درستی و پرهیز از دروغ و نیرنگ در انتخابات صورت پذیرد، از طرف دیگر با بزرگ جلوه

۴۴. غلام حسین بیابانی، «نقش رسانه در پیشگیری از جرم»، فصلنامه رسانه ۳(۱۳۹۲)، ۳۹.

45. Mis Representation

46. Over Representation

47. Under Representation

48. Gregg Barak, *Media, crime and justice: A case for constitutive criminology*, in cultural criminology, Jeff, Ferrel and Clinton R, Sanders (Boston: Northern university, 1995), 15.

دادن جرایم انتخاباتی و مانور رسانه‌ای سعی در غیرعادی جلوه دادن آن صورت گیرد، بسیار می‌تواند بر تربیت جامعه اثر گذارد و اجتماع مردم را به سمت راستی و درستی سوق دهد. اساساً برنامه‌سازی‌های صدا و سیما بسیار نقش آفرین بوده و می‌بایست از ظرافت و دقت زیادی برخوردار باشند و درعین حال از نظرات خبرگان و متخصصان در رشته‌های مختلف برای کاهش ارتکاب این‌گونه جرایم استفاده گردد.

۳- گنجاندن مسائل تربیتی و اهتمام به آنها در متون درسی دانش‌آموزان

یکی دیگر از محیط‌های یادگیری کودکان و نوجوانان محیط اثرگذار مدرسه است؛ مدیران مدارس، معلمان و مربیان پرورشی بسیار می‌توانند در این عرصه اثرگذار بوده و با برنامه‌های تربیتی مفید و راهگشا به تربیت صحیح دانش‌آموزان همت گمارند. مهم‌تر از آن، تدوین متون درسی و کتب مدارس بر مبنای تعلیم و تربیت صحیح با بهره‌گیری از داستان‌ها، روایات و زندگی شهیدان و افراد تأثیرگذار و مشاهیر جامعه، می‌تواند یکی از اقدامات چشمگیر نهاد آموزش و پرورش باشد. این نوع تعلیم و تربیت در دوران حساس شکل‌گیری شخصیت کودک و نوجوان در مدرسه بسیار می‌تواند در پیشگیری از جرم در میان‌سال‌ها اثر گذارد. در خصوص انتخابات نیز با عنایت به اینکه فضای رقابتی و حساسی به شمار می‌رود، مدارس و نهاد آموزش و پرورش بسیار می‌توانند در این عرصه اثرگذار بوده با برنامه‌ریزی و اقدام به موقع برای پیشگیری از جرم در این عرصه گام بردارند.

۴- بهره‌گیری از تعالیم دین مبین اسلام و برنامه‌های ایمان‌محور

«دین بر شکوفاسازی و مزیت‌بخشی و ارجحیت‌گذاری هویت فطری، معنوی و اخلاقی اصرار ورزیده است. ادیان این توصیه را برای بشر به ارمغان آورده‌اند که متعالی‌ترین عنصر هویت و شخصیت عبارت است از فرشته معنوی آدمی و آن را در مقایسه با سایر اجزای هویت باید بر صدر نشانند.»^{۴۹} برنامه‌های دینی و اسلامی به نحو آشکاری در پیشگیری از جرم و اصلاح شخصیت مجرم مؤثرند. «آموزش‌های مذهبی از جمله مؤثرترین و ارزان‌ترین آموزش‌ها در برنامه‌های ایمان‌محور می‌باشد. لیکن نکته اساسی در ارائه این آموزش‌ها آن است که باید حاوی ارزش‌های بنیادین مربوط به کرامت انسانی، مدارا، احترام و همزیستی مسالمت‌آمیز باشند.»^{۵۰} امروزه در عرصه انتخابات لازم است به این آموزه‌های اصیل، توجه

۴۹. عباس جلیلی و مونس ارجمندی، «بررسی نقش دین در هویت انسان» (مقاله ارائه شده در دومین کنگره بین‌المللی تفکر و پژوهش دینی، تهران، ۱۳۹۴/۷/۱۶)، ۱۳.

۵۰. حسین غلامی، کیفرشناسی (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۶)، ۲۰۷.

نمود و فرهنگ اسلامی و دینی ملاک قرار گیرد تا کاربست این تعالیم انسان‌ساز در پیشگیری از جرایم انتخاباتی مؤثر افتد. به طور خاص وظیفه متولیان فرهنگ در جامعه، شورای عالی انقلاب فرهنگی، وزارت آموزش و پرورش، وزارت علوم، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، وزارت ورزش و جوانان، سازمان جوانان جمعیت هلال احمر و سایر دستگاه‌هایی که به نحوی با فرهنگ‌سازی و تعلیم مردم به ویژه قشر جوان سروکار دارند، این است که با به کار بستن فرهنگ اصیل اسلامی و اشاعه آن در جامعه به طرق متعدد و مکفی، از جرایم و ناسازگاری‌ها به‌خصوص در عرصه انتخابات پیشگیری کنند.

نتیجه‌گیری و پیشنهادها

بررسی جرایم انتخاباتی از منظر دانش جرم‌شناسی این مزیت را دارد که علاوه بر علت‌شناسی و ریشه‌یابی این‌گونه جرایم در پرتوی نظریات و مکاتب جرم‌شناختی، می‌توان به مقابله مؤثر و پیشگیری از ارتکاب این‌گونه جرایم نیز دست یافت. در پژوهش حاضر بررسی و تحلیل نظریات جرم‌شناسی مرتبط با جرایم انتخاباتی از قبیل نظریه تحقق یا اثباتی، در قالب رویکردهای منازعه فرهنگ، معاشرت ترجیحی، نابهنجاری یا آنومی، کنترل اجتماعی و فشار، نظریه فرصت، نظریه انتخاب عقلانی و در نهایت رویکردهای جدید و بدیع جرم‌شناسی فرهنگی مورد بررسی قرار گرفتند و ریشه‌یابی صحیحی از جرم انتخاباتی در نظام حقوقی ایران صورت پذیرفت. در نقطه مقابل راهکارهای مقابله و پیشگیری نیز در قالب دو رویکرد عمده پیشگیری‌های غیر کیفری تحت عنوان پیشگیری وضعی و پیشگیری اجتماعی مورد بررسی و تدبیر قرار گرفت تا با احصای راهکارهای مفید و عقلانی در فرایند پیشگیری، تغییر و یا تعدیل ساختارهای موجد آسیب‌های اجتماعی، از بین بردن منافذ جرم‌زا و فرصت‌های دخیل در ارتکاب جرم و اصلاح و بازسازی شخصیت و رفتارهای مجرمان جرایم انتخاباتی از ارتکاب چنین جرایمی که سلامت و امنیت انتخابات و صیانت از آرای مردمی را مورد دستبرد قرار می‌دهند، جلوگیری شود.

حائز اهمیت است که طیف وسیعی از جرایم انتخاباتی در بستر فضای مجازی و یا در نتیجه استفاده از فضاهای رسانه‌ای صورت می‌گیرد و غالباً ریشه و منشأ فرهنگی دارند. لذا به مسؤولان و سازمان‌های ذی‌ربط در حوزه فرهنگ و آموزش و تعلیم و تربیت که وظایف سنگینی بر عهده دارند، پیشنهاد می‌شود که با نگاهی عمیق و توأم با درک جرم‌شناسانه از مسائل و پدیده‌های اجتماعی، با ارائه راهکارهای آموزشی و فرهنگی و به تعبیر بهتر از دریچه فرهنگ، به مقابله با این جرایم بپردازند. در کنار آن به پژوهشگران علاقه‌مند نیز توصیه می‌شود با انجام مطالعات بین‌رشته‌ای در حوزه فرهنگ و جرایم انتخاباتی به تأثیر و تأثر بارز این دو مقوله پرداخته و در ارائه راهکار و تضمین سلامت انتخابات، یاری‌گر

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

- اکبری، کمال. «نفس احزاب در سیاست پس از انقلاب اسلامی»، فصلنامه علوم سیاسی ۴۷ (۱۳۸۸): ۷۷-۵۳.
- اسکندری، محمدحسین. «نگاهی به مفهوم سیاست»، فصلنامه روش‌شناسی علوم انسانی ۲۱ (۱۳۷۸): ۱۱۲-۸۴.
- باقری، محمدحسن. آشنایی با مفاهیم حقوق عمومی، طرح پژوهشی برون دانشگاهی. تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۲.
- بیابانی، غلام حسین. «نقش رسانه در پیشگیری از جرم». فصلنامه رسانه ۳ (۱۳۹۲): ۴۲-۳۳.
- بیات، بهرام، جعفر شرافتی‌پور و نرگس عبدی. پیشگیری از جرم با تکیه بر رویکرد اجتماع‌محور. تهران: اداره کل مطالعات اجتماعی نیروی انتظامی، ۱۳۸۷.
- پوریان، محمدتقی. «نقد نظریه انتخاب عقلانی در تصمیم‌گیری سیاست‌های راهبردی». فصلنامه پژوهش‌های راهبردی سیاست ۲۳ (۱۳۹۶): ۲۲۷-۲۰۹.
- توسلی، غلام عباس. نظریه‌های جامعه‌شناسی. تهران: انتشارات سمت، ۱۳۶۹.
- جعفری ندوشن، علی اکبر. بررسی تطبیقی کارویژه‌های شورای نگهبان در ایران، فرانسه و آمریکا. تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی، ۱۳۸۵.
- جعفری، امین. جایگاه شفافیت تجاری در حقوق کیفری اقتصادی فرانسه در تازه‌های علوم جنایی. تهران: نشر میزان، ۱۳۸۸.
- جلیلی، عباس و مونس ارجمندی. «بررسی نقش دین در هویت انسان». مقاله ارائه شده در دومین کنگره بین المللی تفکر و پژوهش دینی، تهران، ۱۳۹۴/۷/۱۶.
- حسینی کشاورز، معصومه. «نظریه فشارهای اجتماعی مبتنی بر عدم برابری فرصت‌ها دورکیم و مرتون». مقاله ارائه شده در پنجمین همایش ملی فقه، حقوق و علوم جزا، تهران، ۱۳۹۶/۸/۲۶.
- خبرگزاری ایرنا خراسان رضوی. «مصاحبه با عبدالرضا رحمانی فضلی وزیر کشور در همایش استانداران سراسر کشور». ۱۳۹۸/۸/۲. <https://www.irna.ir/news/۸۳۵۲۹۳۸۸>.
- ذکایی، محمد سعید. «جرم‌شناسی فرهنگی و مسأله جوانان». مجله جامعه‌شناسی ایران ۱ و ۲ (۱۳۹۱): ۱۷-۱.
- رحیمی نژاد، اسمعیل. رویکردهای نوین در جرم‌شناسی انتقادی و سیاست جنایی. چاپ اول. تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۸.
- ساریخانی، عادل و سلطانی بهلولی، مریم. «نقش قوه مجریه در پیشگیری اجتماعی از جرم». مجله حقوقی دادگستری ۹۴ (۱۳۹۵): ۱۵۴-۱۴۱.
- شاکری، ابوالحسن. قوه قضاییه و پیشگیری از وقوع جرم در مجموعه مقالات همایش علمی-کاربردی پیشگیری از وقوع جرم، به اهتمام معاونت امور اجتماعی و پیشگیری از وقوع جرم قوه قضاییه. تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۸۲.
- شفازاده، احمد. «بررسی نظریه هیرشی در کنترل اجتماعی از دیدگاه قرآن». فصلنامه راهبرد اجتماعی و

- فرهنگی ۳۳(۱۳۹۸): ۱۰۹-۱۳۳.
- شمس ناتری، محمد ابراهیم و بهمن شهریاری. «ماهیت جرم‌شناختی رفتارهای منتهی به مخاطرات در مکتب نوظهور زمبولوژی»، مدیریت مخاطرات محیطی ۳(۱۳۹۴): ۳۲۵-۳۳۹.
- شیخ الاسلامی، عباس. «پیشگیری از جرایم و تخلفات انتخاباتی و مدیریت آن». مقاله ارائه شده در همایش علمی کاربردی پیشگیری از وقوع جرم، مشهد، ۱۳/۱۲/۱۳۸۸.
- غلامی، حسین. کیفرشناسی. تهران: نشر میزان، ۱۳۹۶.
- فروتن، محمد. «واکاوی جرم‌شناسی فرهنگی در ایران»، پژوهشنامه حقوق بشری ۱(۱۳۹۸): ۹۴-۷۱.
- فیروزی، حجت‌الله. «بررسی جرایم انتخاباتی در قوانین ایران». پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۱.
- قماش، سعید و مرتضی عارفی. «موانع سیاسی و اقتصادی پیشگیری اجتماعی از جرم». آموزه‌های حقوق کیفری ۱۳(۱۳۹۶): ۸۵-۱۱۳.
- کوزر، لوئیس آلفرد. زندگی و اندیشه بزرگان جامعه‌شناسی، ترجمه محسن ثلاثی، تهران: انتشارات علمی، ۱۳۷۷.
- محمدنسل، غلامرضا. «اصول و مبانی نظریه فرصت جرم». فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی ۳(۱۳۸۶): ۳۲۲-۲۹۳.
- مصطفی زاده، فهیم. «رویکرد نظام‌های انتخاباتی به تعیین حدود، نوع و منابع هزینه‌های انتخاباتی با تأکید بر سیاست‌های کلی انتخابات»، اندیشه‌های حقوق عمومی ۱۳(۱۳۹۷): ۹۸-۸۱.
- مهدوی، سیدمحمد صادق و علی اصغر عباسی اسفجیر. «بررسی رابطه بین پیوندهای اجتماعی - فرهنگی و میزان بزهکاری رفتارهای بزهکارانه نوجوانان» کوششی در جهت تبیین‌های اجتماعی - خانوادگی رفتارهای بزهکارانه نوجوانان ۱۹-۱۳ ساله شهر بهشهر براساس آزمون تجربی نظریه‌های کنترل اجتماعی هیرشی». پژوهش‌های اجتماعی ۱(۱۳۸۷): ۴۵-۱۱.
- نجفی ابرنآبادی، علی حسین. «تقریرات درس جامعه‌شناسی جنایی». گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران، ۱۳۹۱.
- والک لیت، ساندر. شناخت جرم‌شناسی، ترجمه حمیدرضا ملک محمدی، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۶.
- وان هام، فرانسواز. آسیب اجتماعی‌شناسی: رشته جدید، توسعه قلمرو جرم‌شناسی؟ (دایره المعارف علوم جنایی)، ترجمه سید حسین حسینی و اقبال محمدی. تهران: نشر میزان، ۱۳۹۲.
- ویلیامز، فرانک پی و مک شین، ماری لین دی. نظریه‌های جرم‌شناسی، ترجمه حمیدرضا ملک محمدی. تهران: نشر میزان، ۱۳۹۵.
- هاشمی، سید محمد. حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران. جلد دوم. تهران: نشر میزان، ۱۳۹۳.
- (ب) منابع خارجی

- Barak, Gregg. *Media, crime and justice: A case for constitutive criminology*, in cultural criminology, Ieff, Ferrel and Clinton R, Sanders. Boston: Northern university, 1995.
- Ferrell, Jeff. "Cultural criminology", *Annual review of sociology* 25(1999): 395-418
- Herrenkohl, T. "Examining the link between child abuse and youth violence: An analysis of mediating mechanisms", *Journal of Interpersonal Violence* 18(2003): 1189-1208.

Analysis of Factors Affecting The Commission of Tax Crimes

Seyed Mahdi Ahmadi Mousavi^{*1}, *Fereshteh Abdolrahimi*²

1. Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Sciences, Rafsanjan Branch, Islamic Azad University, Rafsanjan, Iran.

*. **Corresponding Author:** Email: m.moosavi@iaurafsanjan.ac.ir

2. Ph.D Student in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law And Political Sciences, Rafsanjan Branch, Islamic Azad University, Rafsanjan, Iran.

Email: abdolrahimi.fereshteh@yahoo.com



S.D.I.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



Publisher:
Shahr-e Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:
Original Research

DOI:
10.48300/JLR.2023.171843

Received:
16 July 2020

Accepted:
19 September 2020

Published:
10 June 2023



A B S T R A C T

Taxes are recognized as sustainable government revenues. Hence, the requirement for taxpayers and citizens to adhere to taxes can be the key to developing and improving social welfare and economic growth and development. This research has been written in a descriptive-analytical method to identify the factors affecting the non-compliance of taxpayers. Unfortunately, despite the various efforts made to spread and expand the acceptance of taxes, we still see a high level of tax crimes. The findings of the research indicate that the various causes that lead to tax crimes are discussed in different aspects of the tax system. Since the Iranian tax system consists of three pillars of tax laws and regulations, tax organization and structure and taxpayers, the study of the causes of tax crimes was initially investigated in these three pillars. For example, we see the existence

Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



of weaknesses in the framework of tax laws and regulations, and the lack of quality and transparency of tax laws as a legal basis for the commission of tax crimes.

Keywords: Tax, Tax System, Tax Crimes, Causes of Tax Crimes, Tax payers.

Funding: The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Author contributions:

Seyed Mahdi Ahmadi mousavi: Supervision, Validation, Conceptualization.

Fereshteh Abdolrahimi: Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing.

Competing interests: The authors declare that they have no competing interests.

Citation:

Ahmadi Mousavi, Seyed Mahdi & Fereshteh Abdolrahimi. "Analysis of Factors Affecting The Commission of Tax Crimes" *Journal of Legal Research* 22, no. 53 (June 10, 2023): 417-442.

Extended Abstract

Tax is considered as one of the most effective elements of all economic systems. Since the formation of governments, tax has been considered as one of the pillars of the organization of these governments, Because governments have expenses and to cover these expenses, they need ways to finance, which in normal economic conditions, tax is considered the best way and option. And for this reason, taxes can be considered one of the oldest economic issues that everyone has been familiar with for a long time; However, it is still not favored by citizens and taxpayers. In this regard, the purpose of this article is to investigate why taxes are not institutionalized after decades. The occurrence of tax crimes and their continuation have prompted scholars to investigate the nature and cause of committing such crimes. In the etiology of tax crimes, we examine the causes and factors affecting the commission of tax crimes. Committing tax crimes in the light of etiology studies can be the result of several causes, including inadequacy in the tax legislative policy, which can be examined and reflected in the fields of proactive (preventive) criminal policy and reactive criminal policy. In the field of tax criminal policy, it is possible to point out the weakness in the guarantee of tax enforcement and even the existence of a lenient criminal policy, i.e. the legislator's lenient treatment of the perpetrators in the category of tax crimes. And in the field of active criminal policy, it is possible to point out the weakness in identifying and controlling financial transfers, because it is essential to have information on the performance of taxpayers in order to prevent their tax non-compliance. It is also possible to point to financial executive policies and organizational and structural weakness as one of the reasons for the commission of tax crimes. which is due to the traditional nature of the structure and the lack of attention to modern tax policies and the lack of proper and efficient tax infrastructure and the existence of numerous normative laws, including numerous regulations and clauses of the Tax Affairs Organization. In addition, Lagging behind the tax culture by taxpayers, along with many other factors, can be considered one of the most important factors in the formation and development of tax crimes. This research consists of two general parts, including the explanation and description of tax crimes and the explanation of the cause of tax crimes.

In the first part, it is stated that; Historically, the history of tax rulings in Iran dates back to before the constitutional revolution, when taxes were determined by local rulers and collected by ruling officers. However, after the constitution and the formation of the National Assembly, the collection of taxes became legal and several laws regarding taxes, types of taxes and the method of tax

collection were approved. But currently, regarding taxes and tax crimes, two important laws can be mentioned, the direct taxes law approved on February 22, 1988 and the value added tax law approved on May 6, 2008.

The policy of the legislator in the law of direct taxes deals with two legal methods to deal with violation of regulations:

The first method: it was considered as a tax violation, which did not have such a criminal character, and the guarantee of its implementation was in the form of a fine, which covered most of the cases of this law.

The second method: It was considered as a tax crime, which was not covered by a wide territory, and the guarantee of its implementation was the determination of imprisonment in addition to legal fines.

In the second part, it is stated that; The constituent elements of a tax system include tax laws and regulations, executive organization or tax receiver system, and taxpayers. The existence of weakness in any of the aforementioned elements can be a reason for the occurrence of tax crimes, which we will describe below.

The lack of orientation of the legislator in establishing and approving fixed tax laws has led to numerous reforms in tax laws, and the lack of transparency of laws and the existence of legal ambiguities have weakened legal performance. In the organizational sector, the ineffectiveness of institutions in creating a tax culture and the existence of administrative and organizational corruption, the presence of invalid or uninformed employees about all aspects and legal and executive aspects of taxation provide the basis for committing crimes. and the institutionalized desire of taxpayers to not pay taxes and to recognize not paying taxes as a value. and the weakness of the tax culture and their lack of awareness of the importance and position of taxes in addition to economic issues and the increase in inflation and the decrease in the level of income and purchasing power of the people, which makes them prioritize other expenses. and many other factors can be considered as reasons for committing tax crimes.

تحلیل عوامل مؤثر بر ارتکاب جرایم مالیاتی

سید مهدی احمدی موسوی^{۱*}، فرشته عبدالرحیمی^۲

۱. استادیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، واحد رفسنجان، دانشگاه آزاد اسلامی، رفسنجان، ایران.

* نویسنده مسئول: Email: m.moosavi@iaurafsanjan.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، واحد رفسنجان، دانشگاه آزاد اسلامی، رفسنجان، ایران.

Email: abdollahimi.fereshteh@yahoo.com

چکیده:

مالیات‌ها در زمره درآمدهای پایدار دولت شناخته می‌شوند. از این رو الزام مؤدیان و شهروندان به پایبندی به مالیات‌ها می‌تواند راهگشای توسعه و بهبود سطح رفاه اجتماعی و رشد و توسعه اقتصادی باشد. این پژوهش که به روش توصیفی - تحلیلی نگارش یافته به هدف شناسایی عوامل مؤثر بر عدم تمکین مالیاتی مؤدیان به رشته تحریر در آمده است. با وجود تلاش‌های گوناگون صورت‌گرفته به منظور شایع‌سازی و گسترش مقبولیت مالیات‌ها، متأسفانه همچنان شاهد حجم بالای جرم مالیاتی هستیم. یافته‌های پژوهش حاکی از آن است که علل گوناگونی سبب وقوع جرایم مالیاتی می‌گردد که در ابعاد مختلف نظام مالیاتی قابل بحث و بررسی است. از آنجایی که نظام مالیاتی ایران متشکل از سه رکن اصلی قوانین و مقررات مالیاتی، سازمان و ساختار مالیاتی و مؤدیان مالیاتی است، بررسی علل مؤثر بر ارتکاب جرایم مالیاتی نیز ابتدا در این سه رکن مورد بررسی قرار گرفتند. به عنوان مثال وجود نقاط ضعف در رکن قوانین و مقررات مالیاتی و



پژوهشکده حقوق



نوع مقاله:
پژوهشی

DOI:

10.48300/JLR.2023.171843

تاریخ دریافت:
۲۶ تیر ۱۳۹۹

تاریخ پذیرش:
۲۹ شهریور ۱۳۹۹

تاریخ انتشار:
۲۰ خرداد ۱۴۰۲

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند یا دسترسی آزاد هستند، مقالات تحت شرایط مجوز Creative Commons Attribution-Non-Commercial License 4.0 منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



عدم کیفیت و شفافیت قوانین مالیاتی را از علل قانونی مؤثر بر ارتکاب جرایم مالیاتی می‌دانیم.

کلیدواژه‌ها:

مالیات، نظام مالیاتی، جرایم مالیاتی، علل وقوع جرایم مالیاتی، مؤدیان مالیاتی.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان:

سید مهدی احمدی موسوی: مفهوم‌سازی، اعتبارسنجی، نظارت.
فرشته عبدالرحیمی: نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

احمدی موسوی، سیدمهدی و فرشته عبدالرحیمی «تحلیل عوامل مؤثر بر ارتکاب جرایم مالیاتی». مجله پژوهش‌های حقوقی ۲۲، ش. ۵۳ (۲۰ خرداد ۱۴۰۲): ۴۱۷-۴۴۲.

مقدمه

مالیات، به عنوان یکی از مؤثرترین عناصر همه نظام‌های اقتصادی محسوب می‌گردد. از زمانی که دولت‌ها شکل گرفتند، مالیات جزء ارکان تشکیلات این دولت‌ها به حساب می‌آمده است؛ زیرا دولت‌ها هزینه‌هایی دارند و برای تأمین این هزینه‌ها نیازمند راه‌هایی هستند که در شرایط عادی اقتصادی، مالیات بهترین راه و گزینه محسوب می‌گردد و از این رو می‌توان مالیات‌ها را یکی از قدیمی‌ترین موضوعات اقتصادی دانست که همگان از دیرباز با آن آشنایی دارند؛ لیکن همچنان مورد کم‌لطفی و عدم اقبال شهروندان و مؤدیان قرار می‌گیرد. در همین راستا بررسی چرایی نهادینه نشدن مالیات‌ها پس از گذشت دهه‌ها و صدها مورد منظور این مقاله است. وقوع جرایم مالیاتی و استمرار آن، اندیشمندان را بر آن داشته تا درباره ماهیت و علت ارتکاب این قبیل جرایم تحقیق و پژوهش کنند. در علت‌شناسی جرایم مالیاتی به بررسی علل و عوامل مؤثر بر ارتکاب جرایم مالیاتی می‌پردازیم. ارتکاب جرایم مالیاتی در پرتو مطالعات علت‌شناسی می‌تواند معلول علل متعددی باشند از جمله ضعف در سیاست تقنینی مالیاتی که در حوزه‌های سیاست جنایی کنشی (پیشگیرانه) و سیاست جنایی واکنشی (کیفری) قابل بررسی و تأمل است. در حوزه سیاست کیفری مالیاتی می‌توان به ضعف در ضمانت اجراهای مالیاتی و حتی وجود سیاست کیفری مسامحه‌گر یعنی برخورد مسامحه‌آمیز قانون‌گذار با مرتکبان در مقوله جرم‌های مالیاتی اشاره کرد؛ و در حوزه سیاست جنایی کنشی می‌توان به ضعف در شناسایی و کنترل انتقالات مالی اشاره کرد، از آن‌رو که اشراف بر اطلاعات عملکرد مؤدیان مالیاتی به منظور پیشگیری از عدم تمکین مالیاتی آنان امری ضروری است. همچنین می‌توان به سیاست اجرایی مالیات‌ها و ضعف سازمانی و ساختاری به عنوان یکی از علل مؤثر بر ارتکاب جرایم مالیاتی اشاره کرد که به دلیل سنتی بودن ساختار و کم‌توجهی به سیاست‌های نوین مالیاتی و روش‌های نوین وصول مالیات‌ها و نبود زیرساخت‌های مالیاتی متناسب و کارآمد و وجود قواعد هنجاری متعدد مثل آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌های متعدد سازمان امور مالیاتی ایجاد شده است. علاوه بر آن بازماندگی فرهنگی مؤدیان مالیاتی را در کنار عواملی چند می‌توان در زمره مهم‌ترین علل شکل‌گیری و تکوین جرایم مالیاتی دانست. حال سؤال مهمی که مطرح می‌شود این است که مهم‌ترین علل پیدایش جرایم مالیاتی چیست؟ و بر این اساس، این پژوهش در دو بخش کلی مشتمل بر تبیین و توصیف جرایم مالیاتی و تبیین علت‌شناسی وقوع آنان در پی پاسخ‌گویی به این پرسش است.

۱- توصیف و تبیین جرایم مالیاتی در نظام مالیاتی ایران

سابقه وجود احکام مالیاتی در کشور ایران به لحاظ تاریخی، به قبل از انقلاب مشروطیت برمی گردد که به امر حاکمان محلی مالیات را تعیین کرده و توسط مأموران حاکم اخذ می گردید. لیکن پس از مشروطیت و تشکیل مجلس شورای ملی اخذ مالیاتها قانونمند گردید و قوانین متعددی پیرامون مالیات، انواع مالیات و نحوه وصول مالیات به تصویب رسید. می توان «قانون مالیات بلدی برای وسایط نقلیه عمومی مصوب ۱۲۸۸/۱۲/۲۶» و «قانون ترتیبات مالی مملکت ایران مصوب ۱۲۹۰/۳/۲۳» را به عنوان نخستین منابع مالیاتی ذکر کرد. پس از آن نیز قوانین متعددی به تصویب رسید که مقررات ماقبل خود را اصلاح یا نسخ کرد.^۱

اما در حال حاضر پیرامون مالیات و جرایم مالیاتی می توان به دو قانون مهم قانون مالیات های مستقیم مصوب ۱۳۶۶/۱۲/۳ و اصلاحات بعدی آن و قانون مالیات بر ارزش افزوده مصوب ۱۳۸۷/۲/۱۷ اشاره کرد.

قانون گذار در هر یک از این دو مصوبه پیرامون جرایم مالیاتی احکامی صادر کرده است که در دو بند به شرح آنها می پردازیم.

۱-۱- جرایم مالیاتی در قانون مالیات های مستقیم

پیش بینی جرایم مالیاتی امری نوظهور در قوانین مالیاتی ما محسوب نمی شود. هرچند تا قبل از اصلاحات سال ۱۳۹۴ قانون مالیات های مستقیم، در هیچ ماده ای از قانون مذکور اصطلاح جرم مالیاتی پیش بینی نشده بود لیکن نموده های جرم مالیاتی در این قانون مشهود بود.

۱-۱-۱- جرایم مالیاتی در قانون مالیات های مستقیم سابق (بررسی سابقه تاریخی جرایم مالیاتی)

سیاست کیفری قانون گذار در قانون مالیات مستقیم مصوب ۱۳۶۶ و اصلاحات ماقبل سال ۱۳۹۴ این قانون به دو روش و شیوه قانونی به مبارزه با نقض مقررات پرداخته است:

روش اول: تحت عنوان تخلف مالیاتی قلمداد می شد که آن چنان چهره کیفری نداشت و ضمانت اجرای آن به صورت جریمه بود که اغلب موارد این قانون را پوشش می داد.

روش دوم: تحت عنوان جرم مالیاتی قلمداد می شد که مشمول قلمرو گسترده ای نمی شد و ضمانت اجرای آن تعیین مجازات حبس علاوه بر جریمه های قانونی بود.

در ذیل به شرح مختصری از دو رویکرد قانون‌گذار در قبال عدم اجرای این قانون می‌پردازیم:

۱) تخلف مالیاتی: همان‌گونه که ذکر شد اکثر مواد قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۶۶ مشمول تخلف مالیاتی می‌شوند. قانون‌گذار واژه تخلف مالیاتی را در این قانون تعریف نکرده است لیکن به ذکر مصادیقی از آن پرداخته است. واژه تخلف در ترمینولوژی حقوق بدین ترتیب تعریف شده است: «تخلف به معنی عدم انجام تعهد یا تأخیر در انجام تعهد و یا ظهور خلاف در آنچه شرط شده است، می‌باشد.»

با توجه به مفهوم اصطلاحی تخلف که ذکر شد و با عنایت به مصداق‌های تخلف مالیاتی مذکور در مقررات ماده ۱۹۹ و تبصره ۱ این قانون می‌توان تخلف مالیاتی را بدین شکل تعریف کرد: «تخلف مالیاتی یعنی هرگونه تخطی از مقررات قانون مالیاتی که صرفاً مستوجب پرداخت جریمه می‌باشد.» مانند تخطی کارکنان دولت در انجام وظایف خود که مستوجب پرداخت جریمه است.

۲) جرم مالیاتی: با ملاحظه و بررسی مواد قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۶۶ هجری شمسی و توجه به جرم‌انگاری نقض قوانین و مقررات مالیاتی در می‌یابیم که مواد ۱۹۲ الی ۲۰۲ این قانون به جرایم مالیاتی اختصاص دارد که برای این جرایم مجازات کیفری تعیین شده است.

تبصره ۲ و ۳ ماده ۱۹۹ قانون مالیات‌های مستقیم که پیرامون عدم پرداخت مالیات تکلیفی اشخاص حقیقی و حقوقی جرم‌انگاری کرده است را می‌توان مصداقی از جرایم مالیاتی محسوب کرد که قانون‌گذار با تعیین مجازات حبس، علاوه بر پرداخت جریمه و مسؤولیت تضامنی در قبال پرداخت مالیات متعلقه به مقابله با این جرایم پرداخته است.

ماده ۲۰۰ قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۶۶ هجری شمسی (اصلاحیه سال ۱۳۸۰ هجری شمسی) را می‌توان به دو بخش تقسیم کرد: صدر ماده که مربوط به تخلف سردفتر در انجام تکلیف و وظیفه قانونی او که در قانون مالیات‌های مستقیم ذکر شده است، می‌باشد که برای آن مجازات جریمه در نظر گرفته شده است و در حقیقت به نوعی تخلف اداری و تخلف مالیاتی است و در ذیل ماده تکرار تخلف مالیاتی را جرم‌انگاری کرده و بر طبق تبصره ۲ ماده ۱۹۹ برای آن مجازات حبس در نظر گرفته است، در واقع تکرار تخلف مالیاتی جرم محسوب و به تعقیب کیفری نیاز دارد.^۲

به عبارتی در ماده ۲۰۰ ارتکاب تخلف در مرتبه اول کیفری محسوب نمی‌شود و فقط جریمه و مسؤولیت تضامنی دارد، درحالی که تکرار تخلف جرم است و سردفتر تعقیب کیفری خواهد شد.

ماده ۲۰۱ قانون مالیات‌های مستقیم مصوب سال ۱۳۶۶ هجری شمسی (اصلاحیه ۱۳۸۰) را نیز می‌توان به دو قسمت تقسیم کرد: قسمت اول شامل توسل به اسناد و مدارک تقلبی و قسمت دوم مربوط به عدم تسلیم اظهارنامه مالیاتی است که قانون‌گذار هردو را جرم فرار مالیاتی تلقی کرده و ضمانت اجرایی یکسانی برایشان در نظر گرفته است.

البته لازم به ذکر است که قانون‌گذار فقط فرار مالیاتی را با توسل به اسناد و مدارک تقلبی به عنوان جرم مالیاتی تلقی کرده و مرتکب را علاوه بر جریمه و مجازات‌های قانونی محروم از معافیت‌ها و بخشودگی‌های قانونی می‌کند؛ درحالی‌که با استناد به تبصره ۱ ماده ۱۹۰ این قانون اگر توسل به اسناد و مدارک متقلبانه صورت نگیرد، تخلف مالیاتی محقق می‌شود که مشمول جریمه نخواهد شد.

۱-۲- جرایم مالیاتی در قانون مالیات‌های مستقیم جدید (اصلاحیه ۱۳۹۴/۴/۳ و اجرائی ۱۳۹۵/۱/۱)

قانون مالیات‌های مستقیم در تاریخ ۱۳۹۴/۴/۳ مجدداً اصلاح شد. پس از این اصلاحات برای نخستین بار سیاست جنایی کیفری مالیاتی در ماده‌ای مشخص، ذیل فصلی مشخص سامان‌دهی می‌شود.

هرچند در این قانون مفهوم جرم مالیاتی تبیین نشده است لیکن مصادیق جرم مالیاتی بیان شده است. طبق ماده ۲۷۴ قانون مالیات‌های مستقیم برای جرم مالیاتی هفت مصداق ذکر شده است که ارتکاب آنها هم به صورت فعل و هم ترک فعل قابل تحقق است؛ البته جرایم مندرج در این ماده اغلب جنبه فعل دارند اما ارتکاب جرایمی چون اختفای فعالیت اقتصادی به صورت ترک فعل هم قابل تصور است. قانون‌گذار عنصر معنوی را در این جرایم مفروض دانسته است و به صرف تحقق عنصر مادی به صورت فعل یا ترک فعل، جرم مالیاتی محقق می‌گردد.

مندرجات ماده ۲۷۴ قانون مالیات‌های مستقیم غالباً در زمره جرایم مانع هستند که مبتنی بر جرم‌انگاری اعمال مقدماتی به منظور عدم حصول نتیجه مجرمانه مالیاتی است. همچنین این جرایم از جمله جرایم عمومی و غیر قابل گذشت هستند.

قانون‌گذار در اصلاحیه سال ۱۳۹۴ قانون مالیات‌های مستقیم محتاطانه به سمت نوآوری گام برداشته است. علی‌الخصوص در حوزه کیفرانگاری، از آن‌رو که عده زیادی از حقوق‌دانان و اقتصاددانان معتقد به ورود حداقلی حقوق کیفری در حوزه اقتصاد هستند، قانون‌گذار در واقع در ماده ۲۷۴ این قانون با تعیین مجازات تعزیری درجه ۶، مجازات نسبتاً خفیفی تعیین کرده است و به عبارتی سیاست کیفری مسامحه‌گرایانه‌ای در مقابل مجرمان مالیاتی اتخاذ کرده است.

با بررسی بندهای هفت‌گانه این ماده، می‌توان آنها را ذیل عناوین تقلب، گریز و فرار مالیاتی تقسیم‌بندی کرد.

همچنین در ماده ۲۷۵ قانون مالیات‌های مستقیم برای شخص حقوقی هم قائل به مسؤولیت کیفری هستند و می‌توان طبق این ماده، شخص حقوقی را نیز به عنوان مرتکب جرم مالیاتی متصور شد. مسؤولیت کیفری شخص حقوقی زمانی محقق می‌شود که نماینده قانونی شخص حقوقی (اعم از مدیرعامل، اعضای هیأت مدیره، وکیل شخص حقوقی و ...) به نام یا در راستای منافع شخص حقوقی مرتکب جرم مالیاتی شود.

همچنین قانون‌گذار طبق ماده ۲۷۶ این قانون، معاونت در جرایم مالیاتی را نیز جرم‌انگاری کرده و اشاره به دو قسم معاونت می‌نماید: ۱- معاونت اشخاص متخصص مالیاتی که در صدر ماده بیان شده است؛ که کیفر این گروه را حداقل مجازات مباشر جرم مالیاتی (۶ ماه حبس تعزیری) تعیین کرده است؛ ۲- معاونت سایر اشخاص غیرمتخصص که در ذیل ماده بیان شده است و طبق قانون مجازات اسلامی مجازات خواهند شد. مجازات معاون جرم، طبق ماده ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی یک تا دو درجه کمتر از مجازات مباشر جرم است؛ بنابراین مجازات معاون عادی جرم مالیاتی حبس تعزیری از ۹۱ روز تا ۶ ماه است. ایرادی که بر این ماده وارد است، تقسیم‌بندی دو قسم معاونت با دو عنوان مجازات است که در مجازات اشخاص متخصص صدر ماده و اشخاص عادی ذیل ماده در برخی موارد با تداخل یا یکسانی مجازات مواجه خواهیم شد.

شخص حقیقی یا شخص حقوقی که مرتکب جرایم مالیاتی به صورت مباشرت یا معاونت شود علاوه بر مجازات‌های پیش‌بینی شده در مواد ۲۷۴ الی ۲۷۶ قانون مالیات‌های مستقیم، مسؤول پرداخت اصل مالیات و ضرر و زیان وارده به دولت می‌باشد و همچنین از آنجایی که در نتیجه اقدامات مجرمانه از جمله اختفای فعالیت اقتصادی یا کتمان درآمد یا سایر جرایم مالیاتی ممکن است رسیدگی و تشخیص مالیات، مشمول مرور زمان مالیاتی گردد، موضوع از طریق مراجع قضایی پیگیری و اگرچه مهلت مقرر قانونی منقضی شده باشد، مرتکب موظف است جریمه‌های متعلق قانونی و ضرر و زیان وارده به دولت را جبران کند.

قانون‌گذار در اصلاحیه سال ۱۳۹۴ هجری شمسی به تبعیت از قانون مالیات‌های مستقیم (مصوب سال ۱۳۹۲ هجری شمسی) مجازات مرتکبین جرایم مالیاتی را با درجه‌بندی مطرح کرده است البته در برخی موارد خروج از این رویه را نیز شاهدیم همانند ماده ۲۷۹ این قانون که افشای اطلاعات مربوط به

امور مالیاتی را جرم تلقی کرده و برای آن حبس بیش از ۶ ماه تا ۲ سال در نظر گرفته است که در واقع همان مجازات تعزیری درجه ۶ است که بهتر بود با درجه‌بندی بیان می‌شد.

اهمیت جرایم مالیاتی تا بدان‌جایی است که قانون مجازات اسلامی در تحولات اخیر خود نیز از آن غافل نبوده است و به موجب تبصره ماده ۳۶ این قانون، انتشار حکم محکومیت قطعی مرتکب جرایم مالیاتی را در رسانه ملی یا یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار الزامی می‌داند. البته با این شرط که میزان مال موضوع جرم مالیاتی ارتکاب‌یافته یک میلیارد ریال یا بیشتر باشد.

۱-۲- جرایم مالیاتی در قانون مالیات بر ارزش افزوده

دومین قانونی که در زمینه امور مالیاتی از اهمیت بالایی برخوردار است و با تصویب آن، قوانین مالیاتی زیادی از جمله قانون تجمیع عوارض نسخ گردید، قانون مالیات بر ارزش افزوده است.

قانون مالیات بر ارزش افزوده وضعیت جدیدی را در زمینه اخذ مالیات در کشور ایجاد کرد که در برخی کشورهای دیگر اجرایی شده بود و موفقیت‌های زیادی نیز در اخذ مالیات به همراه داشت و چنین موقعیتی در سال ۱۳۸۷ هجری شمسی با تصویب این قانون در کشور ما هم به مرحله اجرا درآمده است.

ارزش افزوده که در قانون مالیات بر ارزش افزوده مطرح می‌گردد در واقع تفاوت بین ارزش کالا و خدمات عرضه شده با کالا و خدمات خریداری یا تحصیل شده در یک دوره معین می‌باشد.

این نوع مالیات که به کالا و خدمات تعلق می‌گیرد در نهایت از جیب مصرف‌کننده نهایی پرداخت می‌شود و تولیدکننده، واردکننده و فروشنده در حقیقت واسطه‌های وصول مالیات و واریز آن به حساب سازمان امور مالیاتی می‌باشند.

قانون مالیات بر ارزش افزوده نیز برای مؤدیان مالیاتی تکالیف و وظایف متعددی پیش‌بینی کرده است که عدم رعایت یا اجرای آنها مشمول ضمانت اجرای اداری و جریمه و مانند آن است.

قانون‌گذار در تبصره ماده ۱۹ این قانون، برای وصول مالیات بر ارزش افزوده و جلوگیری از عدم پرداخت و فرار مالیاتی، ضمانت اجرای کیفری پیش‌بینی کرده است. بدین شرح که این مالیات به کالا تعلق می‌گیرد و هر کالایی که مالیات آن طبق این قانون پرداخت نشده باشد را کالای قاچاق محسوب کرده و همان حکمی که در خصوص کالای قاچاق مقرر است، شامل این نوع از کالا نیز می‌داند.

جرم ماده ۱۹ قانون مالیات بر ارزش افزوده از زمره جرایم مقید است و زمانی محقق می‌شود که منتهی به عدم پرداخت مالیات شود. در این صورت احکام کالای قاچاق بر آن جاری می‌شود و این حکم

بدین معنا است که احکام مجازات مباشر، شریک، معاون و مرجع رسیدگی به جرم همان است که در قانون مبارزه با قاچاق و قانون نحوه اجرای تعزیرات حکومتی راجع به قاچاق کالا و ارز پیش‌بینی شده است.

۲- تبیین عوامل مؤثر بر وقوع جرایم مالیاتی در نظام مالیاتی ایران

علل و عوامل متعددی بر ارتکاب جرایم مالیاتی تأثیر دارد که شناسایی این عوامل و خلل‌ها و خلأهای مالیاتی اولین اقدام در جهت رفع این عوامل و بهبود بخشیدن به نظام مالیاتی خواهد بود. نظام مالیاتی به عنوان مهم‌ترین پایه و زیرساخت سیاست‌های مالی یک کشور محسوب می‌شود. ارکان تشکیل‌دهنده یک نظام مالیاتی شامل قوانین و مقررات مالیاتی، سازمان اجرایی یا دستگاه مالیات‌ستان و مؤدیان مالیاتی است. کارایی و عدم کارایی نظام مالیاتی نیز به ویژگی‌ها و نقاط ضعف و قوت این ارکان بازمی‌گردد.^۳ وجود ضعف در هر یک از ارکان مذکور می‌تواند علتی باشد برای وقوع جرایم مالیاتی که در ذیل به شرح آن می‌پردازیم.

۲-۱- علل تقنینی مؤثر بر وقوع جرایم مالیاتی

علت‌شناسی وقوع جرایم مالیاتی در سیاست تقنینی بر دو محور ضعف سیاست تقنینی و ضعف سیاست جنایی استوار است. یکی از مهم‌ترین عواملی که می‌تواند منجر به وقوع جرایم مالیاتی گردد، ضعف یا نقص در سیاست‌گذاری تقنینی است. قوانین و مقررات مالیاتی به عنوان مجوزی برای دولت جهت وصول مالیات از مؤدیان محسوب می‌گردد و در واقع رکن اساسی یک نظام مالیاتی را قوانین و مقررات مالیاتی تشکیل می‌دهند، زیرا قوانین و مقررات مالیاتی تبیین‌کننده و حاوی سیاست‌های مالیاتی و فرایندهای کلی وصول مالیات هستند و در واقع بدنه اصلی نظام مالیاتی را تشکیل می‌دهند. در نتیجه می‌توان بهره‌مندی از یک نظام مالیاتی کارآمد را در گرو بهره‌گیری از قوانین و مقررات کارا و اثربخش دانست. از این‌رو است که می‌توان مهم‌ترین عامل وقوع جرایم مالیاتی را نقص و ضعف در سیاست‌گذاری تقنینی دانست و حتی ضعف و ناکارآمدی نهاد و سازمان مالیاتی را نیز می‌توان نشأت‌گرفته از سیاست تقنینی دانست. نقاط ضعف متعدد موجود در قوانین و مقررات مالیاتی در کشور ایران، نارسایی و نقصان قوانین مالیاتی و فقدان اولویت قانون‌گذاری و یا عدم اصلاح مقررات قانونی با توجه به ملاحظات

۳. علیرضا نظری و ایمان فدایی، «آسیب‌شناسی نظام مالیاتی ایران»، فصلنامه سیاست‌های مالی و اقتصاد ۱(۴)(۱۳۹۲)،

سیاسی، اقتصادی و فرهنگی که بر جامعه حاکم است و وجود پیچیدگی‌ها و عدم جامعیت قوانین و وجود معافیت‌های کلی و گسترده در عین ناکارآمدی، ضعف در ضمانت‌های اجرایی و محدودیت در پایه‌های مالیاتی را می‌توان از علل ناکارآمدی نظام مالیاتی دانست که تسهیل‌کننده و پایه و بستر وقوع جرایم مالیاتی می‌گردد. از این رو سیاست‌گذاران و برنامه‌ریزان اقتصادی همواره در تلاش برای اصلاح قوانین و مقررات مالیاتی بوده‌اند تا بر کارایی و پویایی نظام مالیاتی بیفزایند و به قدرت و اقتدار مالیاتی دست یابند.^۴ به منظور دستیابی به میزان و درصد بالایی از درآمدهای مالیاتی در تأمین منابع مالی دولت از یک سو و کاهش بار مالیاتی و دستیابی به رفاه اجتماعی که هدف نهایی مالیات است از سوی دیگر بایستی قوانین و مقررات مالیاتی ساده، بدون ابهام، منصفانه و بدون اعمال مقررات مالیاتی گزینشی باشند. وجود هرگونه تبعیض در وصول و شیوه‌های وصول مالیات از مؤدیان در قوانین و مقررات مالیاتی، پیچیدگی و عدم شفافیت قوانین و مقررات مالیاتی، عدم پیاده‌سازی یک الگوی مالیاتی متناسب با جامعه و عدم توجه به تغییرات جامعه در تنظیم و تصحیح قوانین و مقررات مالیاتی آن هم در جامعه امروزی که شاهد تغییرات روزافزون آن هستیم و عدم توجه به وضعیت اقتصادی و اجتماعی حاکم بر جامعه در زمان تصویب قوانین و مقررات مالیاتی، کم‌توجهی به رویکرد چندنهادی و مشارکتی در تنظیم و اصلاح قوانین مالیاتی، تغییرات زود هنگام و مکرر قوانین مالیاتی که مانع جای‌گیری قوانین مابین شهروندان می‌شود همگی عواملی هستند که می‌توانند منجر به کاهش ارزش واقعی درآمدهای مالیاتی و وقوع جرایم مالیاتی گردند.

عدم کیفیت قوانین مالیاتی، پیچیدگی، ابهام، عدم ثبات و عدم شفافیت قوانین مالیاتی را می‌توان یکی از مهم‌ترین دلایل وقوع جرایم مالیاتی دانست؛ از آن رو که قوانین مالیاتی به دلیل رویکرد اداری و اجرایی بایستی به دور از ابهام، واضح و قابل درک و فهم باشند که هم کارگزار و مأمور مالیاتی در مراحل مختلف شناسایی، تشخیص و وصول و اجرای قوانین از یک سو و هم مؤدیان مالیاتی در راستای تمکین مالیاتی از سوی دیگر بتوانند از این قوانین و مقررات بهره ببرند و یا مطابق آن رفتار نمایند.^۵ وجود ابهام در قوانین مالیاتی یکی از دلایل عدم تمکین مالیاتی مؤدیان و ارتکاب رفتارهای مغایر با قانون است. قوانین مبهم مالیاتی باعث شد که دستگاه اداری دست به صدور بخش‌نامه‌ها و

۴. همان، ۹۶-۹۷.

۵. سید مهدی احمدی موسوی «آسیب‌شناسی نظام مالیاتی جمهوری اسلامی و پیشگیری از آسیب‌ها در حوزه مالیاتی» (رساله دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، تهران: دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، ۱۳۹۴)، ۱۴۵.

دستورالعمل‌هایی در راستای تفسیر قوانین بزند؛ به گونه‌ای که بالغ بر چند صد بخش‌نامه در جهت شفاف‌سازی قوانین مالیاتی صادر گردیده است. حجم بالای بخش‌نامه‌ها، آیین‌نامه‌ها و سایر مقررات مالیاتی حاکی از پیچیدگی بالا و شفافیت پایین قوانین مالیاتی است که می‌تواند مؤثر بر عدم تمکین مالیاتی و یکی از دلایل وقوع جرایم مالیاتی گردد. حجم بالای بخش‌نامه‌های مالیاتی و مقررات فوق‌قانونی و منتشر نکردن این قبیل مقررات و حتی عدم جمع‌آوری، دسته‌بندی و نظم بخشیدن به این قبیل مقررات و ضوابط اجرایی و بخش‌نامه‌ای سبب بی‌اطلاعی و یا کم‌اطلاعی مؤدیان مالیاتی و حتی برخی کارکنان نهاد مالیاتی در تکالیف خود شده است. به عبارتی صدور و الزام به اجرای بخش‌نامه‌هایی که در راستای رفع ابهامات و مغایرت‌های موجود در قوانین و بخش‌نامه‌های پیشین بوده است و فقدان یک سیستم اطلاع‌رسانی جامع، هم مؤدیان و هم کارکنان را غافل از حدود و تکالیف خود می‌کند و این ناآگاهی خود زمینه‌ای برای ارتکاب اعمالی است که از منظر آنان مجاز به انجام آن هستند. از طرف دیگر برخی بخش‌نامه‌ها به نفع سازمان و نهاد وصول مالیات تنظیم شده و حقوق مؤدیان مالیاتی را نادیده گرفته است که در برخی موارد منجر به شکایت مؤدیان و ابطال بخش‌نامه‌های خاصی شده است. از این رو ثبات و استحکام مقررات فوق‌قانونی متزلزل و استناد و اطمینان به آنها به عنوان منابع حقوقی دچار ایراد و اشکال شده است که از عوامل مهم نارسایی و ضعف در زمینه‌های مالیات‌ها محسوب می‌شود و تأثیر مهمی بر فرایند تمکین مالیاتی داراست.^۶

ضعف سیاست تقنینی را در بُعد جنایی آن نیز می‌توان مورد بررسی قرار داد؛ به عبارتی می‌توان ضعف‌هایی در سیاست کیفری کنشی (پیشگیرانه) و واکنشی قانون‌گذار در تدوین قوانین و مقررات مالیاتی مشاهده کرد که بر وقوع جرایم مالیاتی بی‌تأثیر نیست. وضع و تدوین پاسخ‌های کیفری و رسمی یکی از راهکارهای مؤثر و فراگیر در نظام‌های مالیاتی کشورهای مختلف به منظور جبران زیان دولت و متضمن کاهش جرایم مالیاتی هستند که در کنار تدابیر پیشگیرانه قانونی، در راستای بازدارندگی و پیشگیری از ارتکاب مجدد جرایم مالیاتی، مؤید اثربخشی این قسم پاسخ‌ها در نظام مالیاتی می‌باشند. از ابتدای تصویب قوانین مالیاتی علی‌الخصوص قانون مالیات‌های مستقیم (مصوب ۱۳۴۵) قانون‌گذار جرایم و تخلفات مالیاتی متعددی را شناسایی و پاسخ‌های اداری و کیفری متناسب با آن جرایم و تخلفات را پیش‌بینی کرده است. لیکن اصلاحات متعدد این قانون طی سالیان گذشته تغییراتی در انواع جرایم و تخلفات و پاسخ‌های کیفری و غیرکیفری متناسب با آنها ایجاد کرده که قابل تأمل است.

در ابتدای تصویب قانون مالیات‌های مستقیم از آنجایی که اصل و پایه درآمدها را درآمد ناشی از نفت تشکیل می‌داد، درآمدهای ناشی از مالیات در حاشیه قرار گرفتند و از درجه اهمیت کمتری برخوردار بودند که نمود این کم‌اهمیتی در قانون نیز بروز پیدا کرد. بدین ترتیب که مقنن توجهی به اقسام مسؤولیت کیفری، شرایط و کیفیات مخففه و مشدده نداشت و در تدوین و پیش‌بینی سیاست کیفری مناسب که اثر بازدارندگی داشته باشد، کوتاهی کرد حتی همانند سایر قانون‌گذاران همچون مقننین قوانین تجارت و مدنی از تجربه سایر کشورها که در تدوین قانون مالیاتی کارا و مقبول، موفق بوده‌اند نیز بهره نبرد و همین کوتاهی مقنن در تصویب کیفرها و اعمال پیشگیرانه کارآمد، منجر به پیدایش اعمال غیرقانونی در زمینه مالیات‌ها گردید و مسیر ارتکاب جرایم و تخلفات مالیاتی را برای مؤدی فراهم و یا هموارتر کرد. در تغییرات و اصلاحات دهه اخیر مقنن رویکرد جدیدی اتخاذ کرده که گامی در جهت بهبود سیاست کیفری کنشی و واکنشی مالیاتی بوده است، لیکن همچنان نبود ضمانت اجرایی قوی به منظور تضمین عدالت مالیاتی جامعه را متضرر ساخته است. به عبارتی کیفرها و راهکارهای پیشگیرانه پیش‌بینی شده در قوانین مالیاتی فاقد اثر بازدارندگی فردی و اجتماعی به صورت کلی هستند و مجازات‌های پیش‌بینی شده برای مرتکب جرایم مالیاتی به دلیل اینکه از شدت کمتری برخوردار است مؤدی را به پایبندی به قانون الزام نمی‌کند و همچنین مقنن در تدوین سیاست کیفری کنشی نیز ضعیف عمل کرده است و بدون فرهنگ‌سازی و ایجاد زمینه لازم یک سری اقدامات پیشگیرانه را تصویب کرده که تأثیر چندانی بر نهاد و سازمان مالیاتی برای عدم همکاری با مؤدی متخلف نداشته یا بر مؤدی مالیاتی بی‌تأثیر بوده و او را از ارتکاب جرایم مالیاتی باز نداشته است. به عنوان مثال می‌توان به اقدامات نظارتی پیش‌بینی شده در قانون مالیات‌های مستقیم اشاره کرد. در بُعد نظارت درون‌سازمانی، با استناد به ماده ۲۶۴ قانون مالیات‌های مستقیم، دادستانی انتظامی مالیاتی به عنوان مرجع مهم نظارتی درون‌سازمانی علاوه بر نهادهایی چون حراست و بازرسی معرفی می‌گردد. لیکن وابستگی ساختاری این نهاد و سایر نهادهای نظارتی به سازمان و نهاد مالیاتی و فقدان استقلال رأی کافی در این نهادهای نظارتی در حقیقت منجر به ناکارآمدی و نقص در اجرای برنامه‌های پیشگیرانه می‌گردد. به تعبیری ضعف مکانیسم و راهکارهای پاسخ‌دهی و ضمانت اجرا و وجود سیاست کیفری مسامحه‌گر را می‌توان نقاط ضعف سیاست جنایی حاکم بر قوانین مالیاتی دانست که بر ارتکاب جرایم مالیاتی تأثیر خواهد داشت.

۲-۲- علل سازمانی و نهادی مؤثر بر وقوع جرایم مالیاتی

سازمان امور مالیاتی کشور به عنوان منبع دریافت مالیات از مؤدیان، مرجع و رابط دولت و مؤدی در امور مالیاتی مشهودترین رکن نظام مالیاتی را تشکیل می‌دهد و از این رو هر گونه ضعف سازمانی، ساختاری، فساد کارکنان و ضعف سیاست اجرایی این سازمان می‌تواند به شیوع، تسهیل و ترغیب مؤدی متمایل به ارتکاب جرایم مالیاتی کمک شایانی کند تا با آسایش بیشتری به ارتکاب جرایم مالیاتی بپردازد. مراحل سه‌گانه مالیات شامل مراحل انتخاب مأخذ مالیات، تشخیص مالیات، وصول مالیات است. وضع مالیات بر منابع و مأخذ گوناگون توسط قانون صورت می‌گیرد، لیکن در دو مرحله دیگر که جنبه اجرایی دارند به موجب قانون، سازمان امور مالیاتی متعهد و مسؤول خواهد بود؛ که البته امتیازات و اختیاراتی فوق‌العاده به سازمان امور مالیاتی داده شده تا وظایف و مسؤولیت‌های خطیری که به او واگذار شده است را ایفا کند.^۷ سازمان، نهاد و ساختار مالیاتی از ابتدا در مرحله تشخیص و وصول مالیات‌ها فعال بوده است لیکن تا قبل از اصلاحات قانون مالیات‌های مستقیم (سال ۱۳۹۴) دارای ساختار سنتی و مبتنی بر مالیات برآوردی بوده است که این مالیات یقین‌برانگیز نیست. در شیوه سنتی ارزیابی مالیات، مأموران مالیاتی به مؤدیان مراجعه و سهم مالیاتی آنان را تعیین می‌کردند و از آنجایی که جمع‌آوری مالیات توسط دولت انجام می‌گرفت، کنترل و نظارت مستقیم دولتی وجود داشت و این انتظار می‌رفت که با وجود چنین نظارتی میزان انگیزه ارتکاب تخلفات و جرایم مالیاتی کاهش یابد اما روش سنتی وصول مالیات بر اساس سادگی‌های زمان خود بنا شده بود و پاسخ‌گوی مناسبی برای عصر حاضر محسوب نمی‌شد و تبعات سویی از جمله عدم انگیزه مأموران مالیاتی برای انجام وظایف خود، بالا رفتن احتمال و میزان سوءاستفاده از دستگاه مالیاتی به همراه داشت و همچنین اصل چانه‌زنی مالیاتی یک اصل اساسی در نظام مبتنی بر مالیات برآوردی بوده است. بدین ترتیب که مؤدی در محضر مأمور مالیاتی بنا را بر عدم استطاعت پرداخت میزان مالیات تعیین شده می‌گذاشت و با دغدغه ذهنی کمتر و اعمال غیرقانونی کمتری مرتکب تقلب مالیاتی و یا گریز مالیاتی می‌شد. علاوه بر آن نبود نظام جامع مالیاتی، تحت کنترل نبودن ورودی و خروجی اشخاص، نقد بودن بسیاری از معاملات و عدم نظارت و اطلاع از معاملات نقدی و کثرت قواعد هنجاری متعدد مثل آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌های متعدد در سازمان امور مالیاتی که در آنها تناقضاتی نیز وجود دارد، جملگی نقاط ضعف سازمان امور مالیاتی بودند که راه را برای

۷. ولی رستمی، «اقتدارات و اختیارات دستگاه مالیاتی در حقوق مالیاتی ایران»، مجله دانشگاه حقوق و علوم سیاسی ۳۸(۳) (۱۳۸۷)، ۱۶۶.

گریز از پرداخت مالیات فراهم می‌کردند.

پس از اصلاحات سال ۱۳۹۴ قانون مالیات‌های مستقیم، مقنن تحولات متعددی در ابعاد مختلف نظام مالیاتی و تغییراتی در شیوه تشخیص و وصول مالیات و اقدامات کنشی و واکنشی جدیدی ایجاد کرد و سعی بر آن داشت تا سازمان امور مالیاتی را به عنوان سدی در مقابل مرتکبین جرایم مالیاتی قرار دهد، لیکن همچنان روزه‌هایی در این سد وجود دارد تا محل نفوذ مجرمان مالیاتی گردد و همچنان نارسایی‌هایی در بسترها و لوازم سالم‌سازی دستگاه مالیاتی وجود دارد که از آن جمله می‌توان به عدم شناسایی صحیح ظرفیت مالیاتی، دشواری‌های حقوق مالکیت و زیرزمینی بودن بخش عظیمی از اقتصاد کشور که از چشم سازمان مالیاتی دور می‌ماند، اشاره کرد.

از طرف دیگر یکی از سازکارهایی که در راستای تأمین رفاه مردم از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است، مالیات‌هایی است که مؤدیان به دولت می‌پردازند. لیکن برای تحقق این منظور علاوه بر اینکه مؤدیان و شهروندان بایستی به مصرف بهینه درآمد مالیاتی توسط دولت باور داشته باشند، سلامت کارشناسان و کارگزاران مالیاتی بسیار حائز اهمیت است و در واقع کارگزاران و کارشناسان بایستی به نقش منابع مالیاتی در توسعه و بهبود رفاه اجتماعی اعتقاد راسخ داشته باشند. در صورتی که متصدی یا کارگزار مالیاتی مرتکب تخلف یا هرگونه عمل مجرمانه‌ای همچون جعل و دستکاری اوراق مالیاتی، اختلاس، ارتشا، تبانی و مانند آن گردد، علاوه بر اینکه وصول مالیاتی سالم را به خطر می‌اندازد و زمینه ارتکاب جرایم مالیاتی را برای مؤدی فراهم یا تسهیل می‌کند، می‌تواند در درازمدت بحران‌های اجتماعی نیز ایجاد کند. در اینجا شاید ورود به مبحث فساد اداری و بحث پیرامون آن، ریشه برخی جرایم مالیاتی را روشن‌تر کند. از آنجایی که کارکنان و کارمندان سازمان امور مالیاتی در حقیقت جلوه بصری این سازمان به شمار می‌آیند، کوچک‌ترین انحرافات و فساد آنان، می‌تواند منتهی به کسر بخش قابل توجهی از مالیات گردد. اصولاً اداره مالیات بخش جذابی برای ایجاد فساد به حساب می‌آید زیرا تعامل بین کارکنان مالیاتی و مؤدی منجر به سود هر دو می‌گردد. کارکنان و کارمندان سازمان امور مالیاتی نیز همانند سایر متخلفان و مجرمان در صورت وجود تمایل به ارتکاب و محیا بودن فرصت مناسب و زمینه ارتکاب، دست به انجام اعمال خلاف قانون می‌زنند و فساد اداری ایجاد می‌کنند. در زمینه پیدایش فساد و علل ایجاد آن اندیشمندان متعددی نظریه‌پردازی کرده‌اند؛ اما در یک نگاه کلی عده‌ای معتقدند که می‌توان علل ایجاد فساد را در دو سطح کلان و خرد بررسی کرد. به اعتقاد این گروه عوامل اقتصادی، سیاسی، اجتماعی، فرهنگی و ... سبب ایجاد فساد در سطح کلان می‌شود ضمن اینکه این عوامل را در شکل‌گیری فساد

در سطح خرد نیز مؤثر می‌دانند. به عنوان مثال مداخله بیش از حد دولت در حوزه اقتصادی، ساختار نامناسب حقوق و دستمزد کارکنان از جمله عوامل اقتصادی مؤثر در بروز فساد و ضعف وجدان کاری و ناآگاهی و یا کم‌آگاهی مردم از حدود و وظایف و فعالیت‌های دستگاه مالیاتی را از جمله عوامل فرهنگی و اجتماعی ایجادکننده فساد اداری می‌دانند. در سطح خرد نیز دستمزد پایین کارکنان، ویژگی‌های شخصی افراد و نگرش آنها و گستره قواعد و مقررات اداری و سازمانی را مؤثر بر ارتکاب و بروز فساد اداری می‌دانند.^۸

جدای از فساد اداری و مأمور متخلف مالیاتی که می‌تواند عاملی جهت ارتکاب جرایم مالیاتی گردد، نقش بانک‌ها و مؤسسات مالی و امثالهم را در ارتکاب جرایم مالیاتی نباید نادیده گرفت. از این رو که بر طبق قانون، اطلاعات مربوط به حساب‌های مؤدی باید در اختیار سازمان امور مالیاتی کشور قرار بگیرد و عدم همکاری بانک‌ها و مؤسسات مالی و ... در ارائه اطلاعات مالی خود به سازمان امور مالیاتی و نبود شفافیت در نظام مالی، خود زمینه‌ساز تسهیل ارتکاب جرایم مالیاتی می‌گردد و شاید بتوان دلیل عدم همکاری بانک‌ها و مؤسسات را آن دانست که اکثر کسانی که مجرم مالیاتی محسوب می‌شوند گردش مالی بالا و سپرده‌هایی با مبالغ هنگفت دارند که به طور حتم بانک‌ها حاضر نخواهند بود برای مسدود کردن حساب‌های بانکی این افراد با اداره‌های مالیاتی همکاری‌های لازم را داشته باشند.

۳-۲- مؤدی و علل مؤثر بر عدم تمکین مؤدی

در صورت تنظیم قوانین و مقررات خالی از اشکال و وجود سازمان و ساختار مالیاتی کاملاً کارا و اصول‌مند باز هم این مؤدی است که باید تمایل به پرداخت مالیات خود داشته باشد و خود را ملزم به پایبندی به قوانین مالیاتی بداند. در نهایت این شهروندان و مؤدیان مالیاتی (اعم از حقیقی یا حقوقی) هستند که سهم مالیات را در بودجه جاری دولت افزایش یا کاهش می‌دهند. از این رو مطالعه عواملی که بر عدم رغبت مؤدی به پرداخت مالیات تأثیر می‌گذارد و وی را به ارتکاب جرایم مالیاتی تشویق می‌کند، حائز اهمیت است.

۳-۱- ضعف فرهنگ مالیاتی

فرهنگ مالیاتی عبارت از مجموعه نگرش‌ها، ارزش‌ها، باورها، بینش و دانش‌های مشترک و پذیرفته

۸. علی حسین صمدی، بررسی راهکارهای پیشگیری از فساد اداری و تخلفات متصدیان مالیاتی (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۲)، ۱۵۲-۱۵۰.

شده یک جامعه است که افراد به موجب اصل تعاون و تأمین هزینه‌های دولتی سهمی از درآمد خود را برحسب توانایی به دولت پرداخت نمایند. عدم فرهنگ‌سازی پیرامون ارزشمندی مالیات‌ها و عدم تبیین جایگاه ویژه مالیات به عنوان درآمد پایدار دولت و زمینه‌ساز بهبود و رفاه اجتماعی و عدم شفاف‌سازی دولت و دستگاه مالیاتی در هزینه‌کرد مالیات‌ها منجر به ضعف فرهنگ مالیاتی در کشور ایران شده است. بدین ترتیب که مؤدی و شهروندی که اطلاعی از ارزش و جایگاه ویژه مالیات ندارد و بر این اعتقاد است که مالیاتی که او می‌پردازد هیچ بازگشتی به سمت خودش نخواهد داشت و منفعتی از آن نصیب وی نخواهد شد و نمی‌داند که مالیات پرداختی‌اش در چه زمینه‌ای هزینه می‌شود و می‌اندیشد که این مالیات صرفاً مورد مصرف دولت و دولتمندان قرار می‌گیرد بنابراین هیچ تمایلی برای پرداخت بخشی از دارایی‌اش به عنوان مالیات ندارد و به هر ریسمانی چنگ می‌اندازد تا مالیاتش را نپردازد.

۲-۳-۲- تبعیض مالیاتی

مؤدیان و شهروندان همچنین بر این باورند که بر جامعه تبعیض مالیاتی مستولی است و تبعیض در ابعاد مختلفی اشخاص حقیقی و حقوقی را در بر گرفته است. گروهی از مؤدیان از اختصاص مالیات به میزان یکسان برای اشخاصی در دومرتبه زندگی اجتماعی و اقتصادی شاکی هستند. به عنوان مثال مؤدی که یک شغل ثابت و یک منشأ درآمدی ثابت دارد موظف به پرداخت همان میزان مالیاتی است که مؤدی دیگر با چند منشأ درآمدی متفاوت باید بابت همان حرفه و درآمد ناشی از آن بپردازد و قرار گرفتن یک سری حرفه‌ها و نهادها و مؤسسات در زمره معافین از پرداخت مالیات نیز به این تبعیض دامن زده است و مؤدی را به مقام مقایسه می‌آورد که در نهایت به این نتیجه می‌رسد پرداختن مالیات از جانب خودش این تبعیض را رفع می‌کند و اقدام به ارتکاب جرایم مالیاتی می‌نماید.

۲-۳-۳- تأکید بر درآمد ناپایدار

نادیده گرفتن مالیات و نپرداختن به ارزش و جایگاه آن در برهه‌ای از تاریخ کشور ایران مانند زمان جنگ و دوران رکود و شرایط بد اقتصادی پس از جنگ و اتکا به منابع نفتی این تصور را در مردم ایجاد کرده که کشوری که دارای منابع غنی نفت و گاز و ... است نیازمند به دریافت مالیات از مؤدیان نیست.

آنچه امروزه تحت عنوان نفرین منابع و بیماری هلندی می‌شناسیم بدین معنی است که اگر یک ماده طبیعی مانند نفت خام بیش از ۴۲ درصد از هزینه‌های دولت و بخش عمومی یک کشور را تأمین کند، آن کشور دچار بیماری هلندی است. در کشور ایران نیز تأمین نزدیک به ۷۰ درصد هزینه‌های دولت از

طریق نفت خام به این معناست که یکی از بهترین مصداق‌های بیماری هلندی، اقتصاد ایران است.^۹

۲-۳-۴- بی‌عدالتی در دریافت و هزینه‌کرد مالیات‌ها

گروهی از مؤدیان از تعلق مالیات بیش از اندازه و فراتر از توان خود گله دارند و به سبب ناعادلانه بودن مالیاتی که برای آنها تعیین شده است دست به ارتکاب جرایم مالیاتی می‌زنند. به عنوان مثال شخص حقوقی (شرکتی) پنج میلیارد بدهی مالیاتی دارد درحالی‌که خود شرکت کمتر از پنج میلیارد ارزش و دارایی دارد. در چنین شرایطی شخص حقیقی یا حقوقی مالیات محاسبه شده برای خود را ناعادلانه دانسته و دست به هر اقدامی می‌زند تا مالیات تعیین شده را نپردازد و علاوه بر آن عده‌ای دیگر نیز بدین منظور که به این چالش گرفتار نشوند دست به تنظیم اظهارنامه و اسناد و مدارک خلاف واقع و اختفای فعالیت اقتصادی و کتمان درآمد حاصل از آن و ... می‌زنند و در یک کلام به منظور جلوگیری از پرداخت مالیات فراتر از توان خود، مرتکب جرایم مالیاتی می‌گردند.

۲-۳-۵- ارزشمند دانستن عدم پرداخت مالیات

ضعف دولت مرکزی، فقدان نظارت و کنترل بر رفتار کارگزاران حاکمیت، فقدان عدالت و تناسب در جمع‌آوری مالیات‌ها و مصارف غیرمعارف و عدم حمایت دولت از رعایا در تنگناهای اقتصادی از جمله عواملی بوده که سبب عدم پذیرش اجتماعی تمکین مالیات‌ها و اجباری و بی‌ارزش قلمداد گردیدن این‌گونه مالیات‌ها گردیده است. در دوران معاصر نیز با کاستی‌های قانونی و اقتصاد ناسالم و نابرابری و بی‌عدالتی در اخذ و وصول مالیات‌ها و محل مصرف آنها و عدم اطمینان از کارکرد صحیح مالیات‌ها، نقص در اطلاع‌رسانی منجر به عدم گرایش مردم به تمکین مالیاتی شده و باعث شده است که عدم تمکین نه تنها عملی ضد ارزش بلکه به عنوان عملی ارزشمند تلقی گردد.^{۱۰}

۲-۳-۶- نپرداختن مالیات نوعی زرنگی

اساساً زیاده‌خواه بودن از ویژگی‌های بشری است که در ضمیر انسان‌ها نهادینه شده است. بسیاری از انسان‌ها برای زیبایی بیشتر، درآمد بیشتر، اموال بیشتر، ذخیره ثروت بیشتر در تلاش و تکاپو هستند. در برخی موارد مؤدی طماع پرداخت مالیات را هبه اجباری مال خود می‌داند و معتقد است زیر بار این بذل

۹. یداله دادگر، بررسی عوامل شکاف توسعه بین نظام مالیاتی موجود و مطلوب در ایران (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۲)، ۹۰.

۱۰. احمدی موسوی، پیشین، ۱۶۵.

و بخشش نرفتن نوعی زرنگی است.

۲-۳-۷- یک‌سویه بودن و رشد بی‌رویه فرهنگ مذهبی مالیات

تبلیغات گسترده روحانیون و مذهب‌یون در دهه‌های اخیر به پرداخت مالیات‌های شرعی (وجوه شرعیه) همچون خمس و زکات و همچنین ارجح دانستن مالیات‌های دینی بر مالیات‌های عرفی در تقابل آنها با یکدیگر، موجب رشد یک‌سویه مالیات‌های شرعی گشت؛ از طرف دیگر مطالعه سابقه تاریخی مالیات در ایران حاکی از آن است که کسبه متدین هرگونه کمک به حاکمیت غیردینی پهلوی اول و دوم را بر خود منع کرده بودند و این امر نشان‌دهنده افضل دانستن مالیات‌های شرعی و غیر الزام‌آور دانستن مالیات‌های عرفی است که در دوره‌های مختلف قبل و بعد از انقلاب به طریقی قابل مشاهده است. در دوران بعد از انقلاب نیز عدم دریافت مالیات در زمان‌های جنگ تحمیلی و تحریم‌ها و بحران‌های اقتصادی پس از آن، این زمینه فکری را در ایرانیان تقویت کرد که مالیات‌های عرفی چندان اهمیتی ندارند.

۲-۳-۸- عوامل سیاسی

سطح بالای اعتماد مردم به دولت، مشروعیت حکومت و عادلانه بودن سیستم مالیاتی می‌تواند به عنوان عامل مثبت تأثیرگذار در تمکین مالیاتی مؤدیان عمل نماید^{۱۱} و بالطبع عکس آن نیز مفروض است. شاید بتوان یکی از دلایل عدم اعتباردهی به مالیات به عنوان مؤثرترین عنصر نظام اقتصادی را در نقش دولت و نحوه ایفای نقش دولت جست‌وجو کرد؛ زیرا حضور دولت در اقتصاد امری ضروری و مالیات جزء ارکان تشکیلات دولت به حساب می‌آید. برای انتقال صحیح مطلب سه دیدگاه نسبت به دولت را مطرح می‌کنیم. در تئوری سنتی از دولت و حاکمیت، دیدگاه خوش‌بینانه‌ای نسبت به مدیران جامعه مطرح می‌گردد. در این تئوری انسان‌های خیرخواه و کاردان برای خدمت به مردم جامعه، خود را به خطر می‌اندازند و مدیریت را بر عهده می‌گیرند، لیکن مطابق نظریات جدید مطرح‌شده دولت‌ها نیز می‌توانند در پی کسب منافع شخصی خود باشند و به طور کامل قابل اعتماد نیستند. مطابق دیدگاه جدید مطرح‌شده که در تقابل با دیدگاه سنتی قرار دارد، می‌توان عدم اعتماد پرداخت‌کنندگان مالیات را توجیه کرد. همچنین دیدگاه و تئوری سوم مطرح‌شده پیرامون دولت‌ها، دولت را نه کاملاً سنتی و نه کاملاً

۱۱. مهدی صالحی، سعید پرویزی فرد و مستوره استوار، تأثیر عوامل فرهنگ مالیاتی بر تمکین مالیاتی در بین مؤدیان امور مالیاتی (تهران: پژوهشنامه مالیات، ۱۳۹۳)، ۱۹۰.

مدرن می‌داند و معتقد است همان‌گونه که دولتمردانی شایسته و مدبر وجود دارند، حضور دولتمردانی ناکارآمد امری بدیهی است و در حقیقت به دولتی میانه معتقد هستند. در چنین شرایطی مؤدیان مالیاتی هرچند به دولت و دولتمردان شایسته معتقد هستند لیکن کوتاهی آنان را دست‌مایه‌ای برای بی‌اعتمادی به کل تشکیلات دانسته و از انجام تکالیف متقابل خود در مقابل دولت سر باز می‌زنند.^{۱۲}

۲-۳-۹- عوامل اجتماعی

مطالعات انجام‌شده در کشورهای مختلف ثابت کرده است که هرگاه پرداخت مالیات توجیه اجتماعی خود را از دست بدهد، عدم تمکین، پذیرش عام می‌یابد و به مثابه یک هنجار اجتماعی فراگیر در مناسبات میان نهادهای رسمی و غیررسمی جامعه جایگزین تمکین مالیاتی می‌شود.^{۱۳} به عنوان مثال عدم شفافیت دولت در هزینه‌کرد درآمدهای ناشی از مالیات و ملموس نبودن هزینه‌کرد مالیات‌ها در امور بهداشتی، خدمات شهری، آموزش، ورزش، فضای سبز و سایر خدمات اجتماعی و رفاهی باعث می‌شود که اعتماد و اطمینان شهروندان که شاخص اصلی سرمایه اجتماعی است، مخدوش و کم‌رنگ گردد که این امر نقش تعیین‌کننده‌ای در عدم تمکین و ارتکاب جرایم مالیاتی دارد. در این میان کم‌کاری سازمان امور مالیاتی و آموزش و پرورش و رسانه‌ها را پیرامون فرهنگ‌سازی مالیاتی و ایجاد اطمینان و اعتماد اجتماعی مؤدیان و شهروندان نباید نادیده گرفت.

۲-۳-۱۰- عوامل مدیریتی

نهادهای رسمی علی‌الخصوص دولت، قانون مالیات‌های مستقیم و دستگاه مالیاتی بر عدم تمکین عاقدانه مجرمان مالیاتی تأثیرگذارند. افرادی که سابقه عدم تمکین عاقدانه دارند عموماً از دیدگاه خوش‌بینانه‌ای نسبت به نهادهای رسمی برخوردار نبوده‌اند.^{۱۴}

۲-۳-۱۱- عوامل اقتصادی

مؤدیان مالیاتی تحت تأثیر محرک‌های اقتصادی مانند حداکثر سود، امکان کشف توسط مأموران، درآمد

۱۲. دادگر، پیشین، ۷۶-۷۲.

۱۳. یگانه موسوی جهرمی و فرهاد طهماسبی بلداجی، راه‌های فرار مالیاتی در نظام مالیات بر ارزش افزوده و راهکارهای جلوگیری از آن (تهران: طرح پژوهشی سازمان امور مالیاتی، ۱۳۸۶)، ۸۴.

۱۴. علیرضا خان جان، «پتانسیل‌های فرار و تقلب در نظام مالیات بر ارزش افزوده» مجله اقتصادی (۳۷)۴ (۱۳۸۳)، ۴۱.

مؤدیان در اقتصاد غیررسمی و سایر عوامل اقتصادی قرار می‌گیرند.^{۱۵} در این میان اقتصاد نابسامان و سیاست‌گذاری غیراصولی در اقتصاد، شکل‌گیری اقتصاد تک‌محصولی مبتنی بر درآمدهای غیرمالیاتی و از جمله درآمدهای نفتی، شکل‌گیری اقتصاد غیررسمی و پنهان، تکوین اقتصاد زیرزمینی و قاچاق، وجود و تکوین پدیده رانت در اقتصاد، رشد تورم و کاهش ارزش پول و کاهش سطح درآمد مؤدیان مالیاتی و شهروندان و بی‌عدالتی در اقتصاد بر عدم تمکین مالیاتی تأثیرگذار خواهند بود.^{۱۶}

۲-۳-۱۲- عدم تقسیم امکانات در مناطق مختلف شهری و شهرستان‌های مختلف

عده‌ای از مردم از نقش مالیات در بهبود وضعیت بهداشتی، ورزشی و تفریحی آگاهند، لیکن از آنجایی که از تقسیم ناعادلانه امکانات رفاهی در مناطق خاص ناراضی هستند، پرداخت مالیات را به مثابه رشد هرچه بیشتر مناطق دیگر و عقب ماندن هر چه بیشتر خود می‌دانند.

به اختصار مهم‌ترین موانع تمکین مالیاتی را می‌توان فقدان باور مالیاتی در بین آحاد مردم، عدم ترویج فرهنگ مالیاتی، برنامه‌های ضعیف آموزش مؤدیان، وجود فساد در میان برخی مأموران مالیاتی، القای مالیات ناعادلانه، ضعف، تعدد و پیچیدگی قوانین، مقررات و بخش‌نامه‌های مالیاتی، عدم توانایی دستگاه مالیاتی برای اثبات انصاف خود در دریافت مالیات و ناکارآمد بودن نظام تشویق و تنبیه دانست.^{۱۷}

عدم تمایل به پرداخت مالیات و عدم تمکین مالیاتی مربوط به قشر خاص و طبقه اجتماعی خاص یا قشر بی‌سواد، کم‌سواد و تحصیل کرده نیست بلکه همه اقشار با دلایل و توجیهاتی خاص خود مرتکب جرایم مالیاتی می‌گردند و آنچه حائز اهمیت است اینکه هرچه دیرتر جلوی مجرمان مالیاتی گرفته شود، قبح عمل مجرمانه نزد آنان از بین رفته و بازگرداندن آنان به پروسه قانون‌مداری دشوارتر خواهد شد.

نتیجه‌گیری

پس از بررسی‌ها و تحقیقات و مطالعات صورت‌گرفته، نتیجه به دست آمده حاکی از آن بود که علل و عوامل متعددی در ارتکاب جرایم مالیاتی و عدم موفقیت کامل نظام مالیاتی نقش دارند که می‌توان این علل را در ابعاد نظام مالیاتی مورد بررسی قرار داد. در واقع وجود ضعف در سه بُعد نظام مالیاتی که شامل

۱۵. صالحی، پرویزی فرد و استوار، پیشین، ۱۹۰-۱۸۹.

۱۶. مهدی جلیلیان و سعید عطازاده، «تحلیل جرم‌شناختی جرایم اقتصادی»، فصلنامه پژوهش‌های اطلاعاتی و جنایی ۱۱۰(۱۳۹۴)، ۱۳۸.

۱۷. نقی زهی و شهرزاد محمد خانی، «بررسی عوامل مؤثر بر فرار مالیات» مجله اقتصادی ۵۷(۱۳۸۹)، ۲۷-۲۸.

قوانین و مقررات مالیاتی، سازمان امور مالیاتی و مؤدیان مالیاتی است، سهم بسزایی در افزایش نرخ جرایم مالیاتی داراست. بدین ترتیب که عدم جهت‌گیری مقنن در تنظیم و تصویب قوانین ثابت مالیاتی منجر به اصلاحات متعدد قوانین مالیاتی گردیده و عدم شفافیت قوانین و وجود ابهامات قانونی منجر به کثرت بخش‌نامه‌های مالیاتی گردیده است و در واقع نشانگر ضعف عملکرد قانون‌گذاری مالیاتی است و بر همین مبنا ضعف‌های قانونی، مجرای برای فرار از تمکین مالیاتی است. در بُعد سازمانی، کم‌کاری نهادها در فرهنگ‌سازی مالیاتی و وجود فساد اداری و سازمانی، حضور کارکنان و کارگزاران ناسالم و یا ناآگاه به تمام ابعاد و جوانب قانونی و اجرایی مالیاتی، زمینه ارتکاب جرایم مالیاتی را برای مؤدیان و شهروندان فراهم می‌آورند و البته تمایل نهادینه‌شده در مؤدیان به منظور نپرداختن مالیات و شناخته شدن نپرداختن مالیات به مثابه یک ارزش و ضعف فرهنگ مالیاتی مؤدیان و عدم آگاه‌سازی آنان بر اهمیت و جایگاه جرایم مالیاتی را در کنار مسائل اقتصادی و افزایش تورم و کاهش سطح درآمد و قدرت خرید مردم که سبب ترجیح هزینه‌های غیرمالیاتی بر هزینه‌های مالیاتی می‌شود و وجود اقتصاد پنهان و قاچاق که سبب خروج عده کثیری از دامنه پرداخت‌کنندگان مالیات و همچنین خروج بخش عمده سرمایه دولت می‌شود را می‌توان از جمله مهم‌ترین علل ارتکاب جرایم مالیاتی دانست. البته در کنار این عوامل وابستگی دولت و مردم به منابع طبیعی و درگیری همگان به بیماری هلدی و اتکا به منابع نفتی به عنوان نخستین منبع درآمدی دولت و قرار گرفتن درآمدهای پایدار مالیاتی در مرتبه دوم حاکی از کم‌اهمیتی مالیات‌ها در کشور ایران و نادیده گرفتن آن است.

فهرست منابع

- جلیلیان، مهدی و سعید عطازاده. «تحلیل جرم شناختی جرایم اقتصادی». فصلنامه پژوهش‌های اطلاعاتی و جنایی ۱۱(۱۳۹۴): ۱۲۵-۱۴۸.
- خان‌جان، علی‌رضا. «پتانسیل‌های فرار و تقلب در نظام مالیات بر ارزش افزوده». مجله اقتصادی ۳۷ و ۳۸(۱۳۸۳): ۳۶-۴۲.
- دادگر، یداله. «بررسی عوامل شکاف توسعه بین نظام مالیاتی موجود و مطلوب در ایران» در مجموعه مقالات همایش علمی چالش‌ها و فرصت‌های فراروی سلامت نظام مالیاتی کشور به کوشش شهرام ابراهیمی، چاپ اول. تهران: نشر میزان، ۱۳۹۲.
- رستمی، ولی. «اقتدارات و اختیارات دستگاه مالیاتی در حقوق مالیاتی ایران». فصلنامه حقوق دانشگاه حقوق و علوم سیاسی، ۳(۱۳۸۷): ۱۶۵-۱۹۰.
- زهی، تقی و شهرزاد محمد خانی. «بررسی عوامل مؤثر بر فرار مالیات (مطالعه موردی استان آذربایجان شرقی)». مجله اقتصادی، ۵۷(۱۳۸۹): ۲۶-۶۰.
- سید مهدی احمدی موسوی «آسیب شناسی نظام مالیاتی جمهوری اسلامی و پیشگیری از آسیب‌ها در حوزه مالیاتی» رساله دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، تهران: دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، ۱۳۹۴.
- صالحی، مهدی، سعید پرویزی فرد و مستوره استوار. «تأثیر عوامل فرهنگ مالیاتی بر تمکین مالیاتی در بین مؤدیان امور مالیاتی». پژوهشنامه مالیات ۲۳(۱۳۹۳): ۱۸۵-۲۱۴.
- صمدی، علی حسین. «بررسی راهکارهای پیشگیری از فساد اداری و تخلفات متصدیان مالیاتی» در مجموعه مقالات همایش علمی چالش‌ها و فرصت‌های فراروی سلامت نظام مالیاتی کشور به کوشش شهرام ابراهیمی. چاپ اول. تهران: نشر میزان، ۱۳۹۲.
- موسوی جهرمی، یگانه و فرهاد طهماسبی بلداجی. راه‌های فرار مالیاتی در نظام مالیات بر ارزش افزوده و راهکارهای جلوگیری از آن. تهران: طرح پژوهشی سازمان امور مالیاتی، ۱۳۸۶.
- نظری، علیرضا و ایمان فدایی. «آسیب‌شناسی نظام مالیاتی ایران». فصلنامه سیاست‌های مالی و اقتصادی ۱۱(۴)(۱۳۹۲): ۹۵-۱۱۰.
- ولیدی، محمد صالح. حقوق کیفری اقتصادی: جرایم علیه امنیت اقتصادی. جلد دوم. چاپ اول. تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۳.

Environmental Crimes in the Measure of Restorative Justice: from Policies to Programs

*Erfan Babakhani*¹

1. Ph.D. Student in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Science, Paris-Nanterre University, Paris, France & Member of the Research Academy of Law at Paris-Nanterre University.
Email: babakhani_erfan@yahoo.com



S.D.I.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



Publisher:
Shahr-e- Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:
Original Research

DOI:
10.48300/JLR.2022.318541.1880

Received:
29 October 2021

Accepted:
12 February 2022

Published:
10 June 2023



A B S T R A C T

During the last century, the "environmental issues" took on a global dimension and became a "sustainable crisis" of the international community; A crisis that poses a serious threat to humanity and is now taking on new dimensions with the escalation of global warming and the crisis of climate change. The result of environmental crimes can be as serious as damage to the health, safety and life of individuals and wildlife, as well as severe habitat pollution, biodiversity and climate change. However, the special nature of these crimes, which have high benefits and low risk, has made it impossible for recourse to criminal law to significantly reduce the rate of these crimes. Indeed, criminal justice alone is not able to respond effectively to such crimes. In fact, the restorative justice approach can have two main advantages over environmental crimes. On the

Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



one hand, it allows the multidimensional nature of environmental injustices to be considered and focuses on the wide range of needs of « non-human victims ». That is, the need to compensate and repair the past damages, the need to accept responsibility, the need to participate and cooperate in the process of investigating environmental crime to be conclude. On the other hand, the restorative justice process also makes it possible to prevent the recurrence of crime and damage to the environment in the future.

Keywords: Environmental Crime, Criminal Justice, Restorative Justice, Victim, Environmental Revitalization.

Funding: The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Acknowledgements: The authors would like to thank Mr. Hamed Safaei for reading and criticizing the article.

Author contributions:

Erfan Babakhani: Conceptualization, Methodology, Formal analysis, Investigation, Resources, Data Curation, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing.

Competing interests: The author declare that he have no competing interests.

Citation:

Babakhani, Erfan. "Environmental Crimes in the Measure of Restorative Justice: from Policies to Programs" *Journal of Legal Research* 22, no. 53 (June 10, 2023): 443-468.

E x t e n d e d A b s t r a c t

This paper will review some concepts elaborated upon by restorative justice, green victimology and reflect on how some of them can be put in with the context of the environmental crime. Environmental crime means every and any offenses that pose a threat to or cause damage to the environment, regardless of whether they have an impact on individuals. This crime regularly produces and spreads poverty, joblessness, illnesses, delinquency, armed conflict, ethnic tensions, displacement, homelessness, poverty of the soil, pollution, water contamination, thirst, hunger, general famine, illiteracy, financial corruption, ... turns the goal of social justice into mirage of hopelessness.

As to perpetrators of environmental offenses, it should be noted that in addition to natural persons, such as poachers who destroy a protected species, environmental protection laws are often violated by legal persons, and more particularly, corporations. As for transnational companies engaged in environmental activities, they may take advantage from the disparities in national legislation to reduce their costs and increase their profits. Normally, this companies do that without being sanctioned, in the absence of a global environmental criminal justice, to the detriment of the ecological balance and the populations of the most vulnerable countries. That's why, in recent years, the science of criminology (green criminology) and criminal law (environment criminal law), have payed specific attention towards environmental damages; damages which may put an end to civilization of human beings. Among all, ecocide, as the most important and most severe kind of environmental damage and delinquency will receive great attention.

The environmental crimes that cause damage to the environment, the persons or the safety of the planet fall basically within corporate crime. Now the main purpose of the imposition of sanctions against legal persons should be the restoration of the damage caused. This search for restoration of damage, which is provided for in Article 8 of the Convention of the Council of Europe of 1998 on the protection of the environment through criminal law is one of the goals pursued by restorative justice, which deserves further elaboration in the framework of the future international instruments that will deal with protection of the environment through criminal law.

As far as victims of environmental crimes are concerned, they have a double special feature that should be understood correctly, as the above victims relate to the environment itself and are often part of vulnerable populations. Transnational environmental offenses are often committed in south countries, where governments actions are aimed at fostering the development of their

countries or sometimes at settling domestic or international conflicts rather than protecting the environment and victims of pollution. However, the special nature of these crimes, which have high benefits and low risk, has made it impossible for recourse to criminal law to significantly reduce the rate of these crimes. Indeed, criminal justice alone is not able to respond effectively to such crimes. In fact, the restorative justice approach can have advantages over environmental crimes. In fact, the restorative justice approach can have two main advantages over environmental crimes.

According to the Martin Wright « Restorative justice seeks to balance the concerns of the victim and the community with the need to integrate the offender into society. It seeks to assist the recovery of the victim and enable all parties with a stake in the justice process to participate fruitfully in it ». A process whereby all parties with a stake in a particular offence come together to resolve collectively how to deal with the aftermath of the offence and its implications for the future. So, application of restorative justice to cover environmental crime, that criminal sanctions become corrective sanctions to repair the interest affected in the past and protect the interest concerned for the future. Restorative justice applied to environmental crime is a justice that provides reparation which requires taking into account all the adverse effects that the conduct in question has had on the community or social group concerned. The results of restorative programs repaired by issuing a public apology or by means of an assistance program providing aid to the affected population or the organization of a meeting with the victims and a visit of the site that was affected by the damage, the funding of measures aimed at fostering local development.

جرایم محیط زیستی در سنجه عدالت ترمیمی: از سیاست‌ها تا برنامه‌ها

عرفان باباخانی^۱

۱. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه پاریس نانتر، پاریس، فرانسه و عضو مرکز مطالعات حقوقی دانشگاه پاریس نانتر فرانسه.

Email: babakhani_erfan@yahoo.com

چکیده:

در طول سدهٔ اخیر، مسألهٔ بحران محیط زیست جنبه جهانی به خود گرفته و به یک بحران پایدار در جامعه بین‌المللی تبدیل شده است؛ مسئله‌ای که بقا و سلامت بشریت را تهدید جدی می‌نماید و در حال حاضر نیز با شدت گرفتن گرمایش جهانی و بحران تغییرات اقلیمی، ابعاد تازه‌ای به خود گرفته است. هزینه و عواقب ارتکاب جرایم محیط‌زیستی می‌تواند به عنوان آسیب جدی برای سلامتی، ایمنی و زندگی افراد و حیات وحش و همچنین آلودگی شدید زیستگاه، تنوع زیستی و تغییر آب و هوا قلمداد شود؛ اما ماهیت خاص این جرایم که از سود بالا و ریسک کیفر کمی برخوردار می‌باشند باعث شده است تا توسل به حقوق کیفری نتواند کاهش قابل توجهی در نرخ این جرایم ایجاد کند؛ بنابراین به نظر می‌رسد عدالت کیفری به تنهایی توان پاسخی کارآمد به این‌گونه جرایم را ندارد. در حالی که رویکرد عدالت ترمیمی نسبت به جرایم محیط‌زیستی دو مزیت اصلی می‌تواند داشته باشد. از یک‌سو اجازه می‌دهد تا ماهیت چندبُعدی بی‌عدالتی‌های



پژوهشکده حقوق



نوع مقاله:
پژوهشی

DOI:

10.48300/JLR.2022.318541.1880

تاریخ دریافت:
۱۴۰۰ آبان ۷

تاریخ پذیرش:
۱۴۰۰ بهمن ۲۳

تاریخ انتشار:
۲۰ خرداد ۱۴۰۲

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند یا دسترسی آزاد هستند، مقالات تحت شرایط مجوز Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0 منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



محیط زیستی را در نظر گرفت و بر طیف گسترده‌ای از نیازهای بزه‌دیدگان «غیر انسان» تمرکز کرد؛ یعنی نیاز به جبران و ترمیم خسارت‌های گذشته - در راستای اعاده وضع به حالت سابق - نیاز به پذیرش مسؤلیت، نیاز به مشارکت و همکاری در فرآیند رسیدگی به جرم محیط زیستی تأمین شود. از سوی دیگر فرآیند و برنامه‌های ترمیمی امکان پیشگیری از تکرار جرم و خسارات به محیط زیست در آینده را نیز فراهم می‌کنند.

کلیدواژه‌ها:

جرایم محیط زیستی، عدالت کیفری، عدالت ترمیمی، بزه‌دیده، احیای محیط زیست.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

سپاسگزاری و قدردانی:

بدین وسیله از آقای حامد صفایی جهت بازخوانی و نقد مقاله سپاسگزارم.

مشارکت نویسندگان:

عرفان باباخانی: مفهوم‌سازی، روش‌شناسی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسنده این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

باباخانی، عرفان «جرایم محیط زیستی در سنجه عدالت ترمیمی: از سیاست‌ها تا برنامه‌ها». مجله پژوهش‌های حقوقی ۲۲، ش. ۵۳ (۲۰ خرداد ۱۴۰۲): ۴۴۳-۴۶۸.

مقدمه

کشورهای شمال^۱ (دولت‌های رفاه یا توسعه‌یافته) جهت سودجویی و توسعه اقتصادی با ویرانی منابع زیست‌محیطی قحطی، گرسنگی و تشنگی در کشورهای جنوب^۲ را به ارمان آورده‌اند. مسائل و مصائب محیط‌زیستی و اقلیمی در جنوب زمین - وضعیتی به مراتب نگران‌کننده‌تر از بخش شمالی زمین دارد. علت اصلی این وضعیت، چیزی جز نظام سرمایه‌داری صنعتی و جهانی‌سازی این الگوی اقتصادی ویرانگر و ضد محیط‌زیستی نیست. در واقع از یک سو، غذای بشر وابسته به منابع زمین است و اگر محیط زیست آلوده شود و یا خاک‌ها فرسایش یابند و حاصلخیزی آنها از بین رود و یا به دلیل آلودگی دریایی شدید و اکوساید^۳ دریایی، حیات آبیان و غذاهای دریایی با خطر مواجه شود، متعاقباً سلامتی و حیات بشر نیز به دلیل قحطی تهدید می‌شود.^۴ از سوی دیگر کمبود منابع، همیشه یکی از عوامل جنگ‌افروزی و تجاوز به حقوق دیگران می‌تواند قلمداد شود. به همین دلیل، رویکرد کشورهای شمال می‌تواند زمینه تنش‌های قومی و درگیری‌های مسلحانه داخلی و بین‌المللی را فراهم سازد. همچنین، این تخریب‌های گسترده، فاصله شکاف جوامع جنوب و شمال را افزایش داده و رفاه و ثروت را شمال‌نشین و فقر و آلودگی را جنوب‌نشین می‌سازد. نیاز به در نظر گرفتن مسؤلیت گذشته کشورهای شمال در قبال کشورهای جنوب ضروری به نظر می‌رسد؛ بنابراین می‌توان عدالت ترمیمی را برای برخورد با این نابرابری‌ها و مسؤلیت‌پذیر کردن کشورهای شمال بسیج کرد که به طور نامتناسبی بر وضعیت محیط‌زیستی کشورهای جنوب تأثیر گذاشته است.

نظر به اهمیت مسأله، در سال‌های اخیر دانش جرم‌شناسی (جرم‌شناسی سبز) و حقوق کیفری (حقوق کیفری محیط زیست)، توجه ویژه‌ای به موضوع «آسیب‌های زیست‌محیطی» نموده است. با وجود این، پاسخ به تخریب‌های زیست‌محیطی نباید فقط به برخورد کیفری مبتنی بر سزادهی منحصر گردد. با انتشار برخی پژوهش‌ها در سال‌های ۱۹۷۰ میلادی، ناکارآمدی سازکارهای بازپرورانه و همین‌طور انتقادات وارد بر جنبه‌های سزادهی و مجازات‌سالب آزادی مطرح شد که در واکنش به این ناکارآمدی‌های سیستم عدالت کیفری سنتی و برای خارج شدن از این بحران کیفری مدرن شاهد ظهور نظریات عدالت ترمیمی و بزه‌دیده‌شناسی بوده‌ایم.^۵ بر همین مبنا، امروزه بر اساس آموزه‌های

۵. علی حسین نجفی ابرندآبادی، «بسترهای اجتماعی و حقوقی عدالت ترمیمی در ایران»، در دانشنامه عدالت ترمیمی: مجموعه مقاله‌های همایش بین‌المللی عدالت ترمیمی و پیش‌گیری از جرم، زیر نظر محمد فرجیها (تهران: نشر میزان،

جرم‌شناسی و بزه‌دیده‌شناسی، عدالت ترمیمی در جرایم زیست‌محیطی به دنبال ترمیم خسارت‌های وارده به بزه‌دیده (محیط‌زیست^۶) می‌باشد. وجه اشتراک طرفداران عدالت ترمیمی این است که رویکرد عدالت کیفری را برای برآوردن انتظارات جامعه و بزه‌دیدگان از نظر عدالت ناکافی می‌دانند.^۷ این آموزه اغلب برای مرتفع کردن کاستی‌ها و تعدیل عدالت جنایی به شدت سزاگرا توسعه‌یافته است. در واقع، عدالت ترمیمی بدون انکار نیاز به توسل به ضمانت اجرای تنبیهی، در صدد جبران کاستی‌های عدالت کیفری با تلاش بیشتر برای بازگرداندن پیوندها و هماهنگی اجتماعی به جای مجازات صرف است که ترمیم بزه‌دیده یا احیای محیط زیست را می‌تواند به همراه داشته باشد.^۸ به علاوه عدالت ترمیمی به دنبال ایجاد تعادل میان مجازات، پاسخگویی مجرمان و گوش دادن به آثار جرم بر زندگی بزه‌دیدگان است. در حالی که این آموزه در ابتدا برای موارد برخورد با بی‌عدالتی‌های مرتبط با جرایم جنایی مربوط به اشخاص ایجاد شد، مواردی از گسترش دامنه آن در موضوعات جهانی‌تر مثل مسائل زیست‌محیطی وجود دارد. در واقع، گسترش آموزه عدالت ترمیمی برای پرداختن به مسائل زیست‌محیطی طی دهه اخیر رایج شده است. به نظر می‌رسد تمرکز مجدد آموزه عدالت ترمیمی بر شناسایی بزه‌دیدگان و نیازهای قضایی قابل شناسایی آنها (مشارکت، احیا، برخورد یا جبران خسارت و ...) مزیت اصلی در ارائه پاسخ کارآمد این عدالت به جرایم زیست‌محیطی باشد.^۹ همین مزیت در مورد موضوع پیشگیری از تکرار آسیب به محیط زیست در اعمال فرآیند عدالت ترمیمی نیز صادق است.^{۱۰}

۶. محیط زیست از تمامی گونه‌ها و عناصر طبیعی زمین مانند خاک، آب و هوا، شامل تمام لایه‌های جو، مواد آلی و معدنی و نیز موجودات زنده و سیستم‌های طبیعی حامی آنها تشکیل شده است و همچنین دارایی‌هایی هستند که میراث بشر و مناظر طبیعی را تشکیل می‌دهند

(Gaëlle Castiaux, «Revendication d'un crime d'écocide : les droits fondamentaux pour la protection de l'environnement sont-ils suffisants ?», (Master mémoire, Université catholique de Louvain, 2017), 1-2)

7. Jacob Lecomte, La justice restauratrice, «Revue du MAUSS», *Cairn.Info*, 40(2012): 223

۸. عرفان باباخانی، پرسته مهران و جیمی هرنگ، «ارزیابی عدالت ترمیمی در مرحله پلیسی در نظام کیفری ایران و فرانسه»، (مقاله ارائه شده در همایش بین‌المللی پلیس و عدالت ترمیمی، دانشگاه علوم انتظامی امین (تهران)، (۱۰ اسفند ۱۳۹۷)، ۱۴.

۹. این تکاپو برای احیای منابع و جبران خسارت که در ماده ۸ کنوانسیون شورای اروپا در سال ۱۹۹۸ در مورد حفاظت از محیط زیست از طریق حقوق کیفری پیش بینی شده است، یکی از اهدافی است که عدالت ترمیمی دنبال می‌کند. (Convention of the Council of Europe (1998), The protection of the environment through criminal law, <https://rm.coe.int/168007f3f4>).

10. Gerry Johnstone & Daniel Vane Ness, *The meaning of restorative justice, in Handbook of restorative justice*, (Cullompton, Wilan Publishing, 2007), 10-12.

از دیدگاه نظری، عدالت ترمیمی داری مزایای فراوانی است. این شیفتگی برای عدالت ترمیمی در نظام‌های کیفری کشورهای مختلف دنیا سؤالاتی را در مورد اثربخشی واقعی آن و همچنین در مورد جرایم زیست‌محیطی که موضوع این پژوهش است به ذهن متبادر می‌کند. پرسش این است که بزه‌دیدگان در جرایم زیست‌محیطی چه کسانی هستند؟ نیازهای آنها چیست؟ چه کسی مسؤول پاسخگویی است؟ چگونه می‌توانیم اطمینان حاصل کنیم که این جرایم دوباره تکرار نمی‌شوند و پیشگیری از آن چگونه از طریق عدالت ترمیمی حاصل می‌شود؟ در راستای پاسخ به این پرسش‌ها بررسی نوشتگان و نظرات نویسندگانی مانند استاد آمریکایی - فرد بستورن^{۱۱} - و قاضی استرالیایی - برایان پرستون^{۱۲} - برای گسترش دامنه آموزه عدالت ترمیمی در برخورد با جرایم زیست‌محیطی مطلوب به نظر می‌رسد. اولی به مورد ارتباط بین عدالت ترمیمی، بوم‌شناسی ژرف و سیاست زیست‌محیطی می‌پردازد. دومین نویسنده به این موضوع می‌پردازد که چگونه عدالت ترمیمی می‌تواند به حل و فصل جرایم زیست‌محیطی کمک کند. برای تبیین کاربرد عدالت ترمیمی در حوزه جرایم محیط زیستی لازم است ابتدا به سیاست ترمیمی در حوزه این جرایم پرداخت و سپس امکان اعمال برنامه‌های عدالت ترمیمی در جرایم محیط زیستی را تجزیه و تحلیل نمود.

۱ - سیاست ترمیمی محیط‌زیستی

در حالی که عدالت ترمیمی معاصر به لحاظ نظری در طی دهه ۱۹۷۰ میلادی ظهور کرد، اما از تجربیات کهن عدالت مرضی‌الطرفینی برخی از اقوام (همچون اینویت‌ها^{۱۳} در کیبک کانادا، برخی اقوام در آفریقا مثل زولو^{۱۴}، مائوری‌های^{۱۵} نیوزلند و غیره) الهام گرفته است.^{۱۶} هوارد زهر - از پیشگامان نظریه عدالت ترمیمی - یکی از کسانی است که آموزه عدالت ترمیمی را معرفی کرد و توسعه داد و با دادن جایگاهی اساسی به بزه‌دیدگان و تأکید بر اهمیت همزیستی مسالمت‌آمیز، تکامل سیستم کیفری را ترویج کرد.^{۱۷}

11. Fred Besthorn

12. Brian Preston,

13. Les Inuits.

14. Les Zoulous.

15. Les Maoris.

16. La Pénal Reform International (2016), Droits de l'homme et systèmes de justice traditionnelle en Afrique, at:https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR_PUB_16_2_HR_and_Traditional_Justice_Systems_in_Africa_FR.pdf

17. Howard Zehr, *Changing Lenses. A New Focus for Crime and Justice*, Scottdale, (Ontario: Herald Press, 1990), 220.

اگر این ایده نخست از کشورهای انگلوساکسون آمده باشد، بسیاری از کشورهای دیگر هم اکنون در قوانین ملی خود آن را تصویب و وارد کرده‌اند.^{۱۸} هدف برنامه‌های عدالت ترمیمی قابل توجه می‌باشد: این برنامه‌ها باعث می‌شوند که مرتکب ضمن درک بهتر عمل مجرمانه خود و نتایج آن، با هدف پیشگیری از ارتکاب مجدد جرم به دامان اجتماع بازگردانده شود. به نظر می‌رسد که موفقیت عدالت ترمیمی از یک سو به دلیل ناکارآمدی‌های عدالت جنایی، شکست برنامه‌های بازاجتماعی شدن بزهکاران، تورم جمعیت کیفری زندان و از سوی دیگر فقدان مراقبت‌های مناسب از بزه‌دیده و نزدیکانش باشد.^{۱۹}

۲- نیازهای محیط‌زیست

فرد اچ. بستورن آمریکایی با الهام از فلسفه بوم‌شناسی ژرف^{۲۰}، سیاستی تلفیقی بین عدالت ترمیمی، اصول بوم‌شناسی ژرف و سیاست زیست‌محیطی را پیشنهاد می‌کند. هدف آن نشان دادن این است که سیاست‌های احیای محیط‌زیست بایستی نیازهای بزه‌دیدگان غیر انسانی را در نظر بگیرند. در حوزه آموزه‌های عدالت ترمیمی وی بر اهمیت اختصاص جایگاه مرکزی بزه‌دیدگان و بر مشارکت آنها در روند عدالت تأکید می‌کند. همچنین با انتقاد از جهت‌گیری انسان‌محور (اومانسیسم) و ابزاری سیاست‌های احیای محیط‌زیست، بزه‌دیده شناختن جهان طبیعی و غیر انسان را به رسمیت می‌شناسد و بررسی مجدد مبانی اخلاقی سیاست احیای محیط‌زیست را ضروری می‌داند.^{۲۱} تمرکز اصلی او بر تجزیه و تحلیل جنبش احیای محیط‌زیست است که در ایالات متحده در سال‌های اولیه سده بیستم میلادی، در پاسخ به نیم قرن توسعه سریع صنعتی با استثمار منابع طبیعی شکل گرفت. تغییرات اقلیمی، گرمایش جهانی،

۱۸. برای مثال می‌توان به تصویب و پذیرش عدالت ترمیمی توسط قانونگذار فرانسوی اشاره نمود. ظهور عدالت ترمیمی در قانون بسیاری از کشورها در نهایت، قانونگذار این کشور را در سال ۲۰۱۴ به وارد کردن عدالت ترمیمی در متون قانونی خود مجاب کرد؛ بنابراین از سال ۲۰۱۴، با تصویب ماده ۱-۱۰ و تکمیل آن با آیین‌نامه ۱۵ مارس ۲۰۱۷ در فرانسه، عدالت ترمیمی وارد نظام حقوقی این کشور شده است و امکان توسعه و اعمال برنامه‌های ترمیمی برای برخورد و حل و فصل اختلافات کیفری صرف‌نظر از شدت آن فراهم گردید. با توجه به ماده ۱-۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه، سازکارهای عدالت ترمیمی در مورد تمام جرایم و در تمام مراحل دادرسی کیفری قابل اجرا هستند. بدین ترتیب، این سازکارها نسبت به جرایم زیست‌محیطی نیز قابل اعمال‌اند.

19. Erfan Babakhani, «Étude comparée de l'enfermement carcéral en droit Franco-Iranien», (L'université de Lille, Master mémoire, 2017), 87.

۲۰. جهان‌بینی مجموعه‌ای از باورها است که تغییر عمده در نگرش‌ها و ارزش‌ها و رفتارهای انسان را لازم می‌داند و ضمن نفی انسان‌محوری (اومانسیسم)، کنش فردی را به سمت حمایت از طبیعت و بهبود وضعیت محیط زیست سوق می‌دهد.

21. Fred H. Besthorn, "Restorative Justice and Environmental Restoration" *Journal of Societal & Social Policy*, Casa Verde Publishing 3(2)(2004), 30.

آلودگی منابع آب، آلودگی خاک‌ها، آلودگی هوا، کاهش تنوع زیستی گیاهی و جانوری، دفع نامناسب پسماندها، به‌ویژه پسماندهای سمی و خطرناک و غیره، جملگی از پیامدهای استثمار، بهره‌برداری نامتناسب و افراطی از کره زمین برای سود بیشتر هستند.^{۲۲} با توجه به اینکه منافع بشر پیوند نزدیکی با حیات و سلامت کره خاکی دارد مداخله انسان در آن بایستی تحت کنترل بوده و به عنوان شهروند اکولوژیک متعهد به حفظ حیات این کره و موجودات زنده است.^{۲۳}

بنابراین برنامه‌های احیای محیط‌زیست در ابتدا با تمایل به ترمیم تعادل اکوسیستم‌ها به منظور حفظ ظرفیت‌های بهره‌برداری اقتصادی منابع (برای آیندگان) انجام می‌شوند؛ که مبتنی بر ایده مداخله حداقلی انسان در فرآیندهای طبیعی‌اند و به عنوان یک اصل هنجاری تخریب محیط‌های طبیعی با مداخله انسان را مستلزم مسؤولیت وی برای احیای این محیط‌ها می‌داند. البته سیاست ترمیمی زیست‌محیطی نباید بخشی از منطق ساده مدیریت منابع باشد، بلکه باید منطق احترام به جهان طبیعی را پایه‌ریزی کند. در این راستا باید مبانی اخلاقی که زیربنای سیاست‌های احیای محیط‌زیست هستند را به سمت حفظ منافع طبیعت و نه انسان‌ها سوق داد و «رنج» و «نیازهای» همه موجودات جهان طبیعی را در نظر گرفت.^{۲۴} در واقع رویکرد اومانیسمی بر این اصل استوار است که اکوسیستم‌های طبیعی فقط ارزش ابزاری دارند و صرفاً برای اهداف انسانی به کار می‌آیند. این رویکرد نشان می‌دهد که وجود محیط‌زیست و تلاش‌ها برای حفظ و احیای آن تنها به دلیل ارزش اقتصادی اکوسیستم‌ها و منافع آنها برای بقای نوع بشر قابل توجیه است. مضافاً اینکه بزه‌دیده فقط به «شخص» محدود می‌شود، دلالت بر سیطره تمام‌عیار فلسفه اومانیسیم بر حقوق کیفری مدرن دارد. در فلسفه‌های اومانیسیتی، «انسان»، محوریت و ارزش دارد و غیر انسان فقط زمانی ارزش دارد که در خدمت تأمین نیازهای انسان باشد و بنابراین طبیعت به این دلیل ارزش دارد که در خدمت تأمین نیازهای انسانی است.^{۲۵} اما این نگاه را بایستی ترمیمی نمود و به شناختی از ارزش ذاتی طبیعت دست یافت.

۲۲. عرفان باباخانی، «جرائم زیست‌محیطی سازمان یافته با تأکید بر حقوق فرانسه» فصلنامه علمی کارآگاه ۱۳(۴۹)(۱۳۹۸)، ۲۸.

۲۳. راب وایت، جرائم علیه محیط زیست؛ جرم‌شناسی محیط زیست و عدالت زیست‌محیطی، ترجمه پیمان نمایان و سبحان طیبی (تهران، انتشارات مجد، ۱۳۹۴)، ۲۴۵.

24. Mehra, Gholipour & Babakhani, op.cit., 6

25. Avil Brisman & Nigel South, "Green Criminology and Environmental Crimes and Harms", *Sociology Compass* 13(1)(2018), 4.

۳- به رسمیت شناختن ارزش ذاتی جهان طبیعی

با به رسمیت شناختن ارزش ذاتی جهان طبیعی، سیاست ترمیمی نسبت به محیط زیست دیگر بخشی از منطق صرفاً سودگرایانه و ابزاری نیست که هدف آن صرفاً تأمین منافع انسان باشد.^{۲۶} در واقع شناخت ارزش ذاتی غیر انسان منجر به گسترش دامنه «عدالت» به جهان طبیعی می‌شود. غایت عدالت موجب این استدلال می‌شود که انسان تنها «بزه‌دیده» پیامدهای فعالیت‌هایی بشری نیست که آسیب می‌بیند. چراکه فلسفه بشری، عدالت را به عنوان مادر یا سرآمد فضیلت‌های بشری، عموماً به صورت «انسان‌محور» تعریف کرده است. این تفسیر انسان‌محور از عدالت که بر مؤلفه «فرد/شخص»، استوار است، اجازه نداده است که دامنه مفهوم عدالت به غیر انسان توسعه یابد. شناخت اخلاقی غیر انسان‌ها نیز مستلزم شناخت وضعیت آنها به عنوان «بزه‌دیدگان» بی‌عدالتی ناشی از انسان است. فرد بستورن بر این باور است که به رسمیت شناختن وضعیت بزه‌دیدگی محیط زیست به دلیل این واقعیت که افراد غیر انسان قادر به تجربه رنج هستند و همین‌طور به دلیل فعالیت‌های بسیار مخرب انسانی نسبت به دنیای طبیعی قابل توجه است: «محیط زیست و اعضای غیرانسانی آن نیز رنج می‌برند و بزه‌دیده فعالیت‌های خشونت‌آمیز مخرب انسان می‌شوند؛ بنابراین، احیای محیط‌زیست باید شامل ترمیم بی‌عدالتی باشد که در حق بزه‌دیدگان طبیعت، بزه‌دیدگان اکوسیستم یا بزه‌دیدگان گونه‌های غیرانسانی انجام می‌شود، زیرا آنها در معرض خشونت استخراج و استثمارگرایانه بشریت هستند که اغلب با هدف سود، رشد، توسعه و پیشرفت توجیه می‌شوند».^{۲۷}

بحث دیگر بینش هستی‌شناختی بر اساس تقسیم‌بندی انسان/طبیعت است. به نظر هستی‌شناسی، انسان از طبیعت جداست. این دوگانگی هستی‌شناختی توسط یک سنت طولانی فلسفی و علمی غربی پشتیبانی و توسعه یافته است و به تقویت طرد افراد غیر انسان از جامعه اخلاقی و از حوزه وظایف عدالت کمک می‌کند. در این راستا بایستی به سمت هستی‌شناسی که از دوگانگی انسان/طبیعت جدا می‌شود حرکت کرد. مفهوم «حق‌های طبیعت» یا «حق‌های غیر انسان»، انقلابی در مطالعات حقوقی ایجاد می‌کند و در قانون‌های اساسی (مانند قانون اساسی اکوادور در سال ۲۰۰۸ م.) وارد شده است. تا پیش از این، انسان در پرتو اومانیسیم، «حق» را منحصر به خود کرده؛ که جرم‌شناسی سبز، این انحصارطلبی

۲۶. قلی پور و مهرا، پیشین، ۴۴.

27. Besthorn, op.cit.: 41.

را به چالش کشیده است^{۲۸} و سخن از حق جنگل‌ها، حق زیست‌بوم‌ها و ... به میان می‌آورد؛ در این بینش هستی‌شناختی افقی، همه موجودها «شخص» هستند، نه انسان «شخص» و دیگر موجودها «شیء»^{۲۹}. این بینش، مخالف انسان‌محوری و گونه‌پرستی و اومانیسیم است. برخلاف نگرش اومانستی که عمودی و برتری‌جویانه است. در نگاه بومیان، انسان از طبیعت جدا نیست بلکه خودش بخشی از طبیعت و آفرینش است. هستی‌شناسی بومیان بسیار متفاوت از کشورهای شمال است که به دنبال تسخیر و استثمار طبیعت بوده‌اند. برای اجرای سیاستی ترمیمی و رسیدن به حالتی از آرامش، لازم است صدای زمین بزه‌دیده را بشنویم، «به درد زمین گوش دهیم، نگرانی‌های آن را بشناسیم، خواسته‌های آن را در نظر بگیریم و شکست و تقصیرهای خود را بپذیریم. احیای اکوسیستم‌ها می‌تواند به عنوان یک نیاز بزه‌دیده یا به عنوان یکی از روش‌های ترمیم بی‌عدالتی‌های زیست‌محیطی صورت پذیرد»^{۳۰}.

۴- بزه‌دیدگان جرایم زیست‌محیطی

به منظور اعمال عدالت ترمیمی در برخورد با جرایم زیست‌محیطی ضروری است که ابتدا بزه‌دیدگان این جرایم را شناسایی کنیم؛ زیرا آنها باید در مرکز فرآیند ترمیمی باشند؛ بنابراین وجود یک بزه‌دیده قابل شناسایی اولین عنصر ضروری برای اجرای یک فرآیند کاملاً ترمیمی جهت دستیابی به اهداف عدالت ترمیمی است.^{۳۱} به اعتقاد برخی اندیشمندان جرایم زیست‌محیطی طبیعتی انتزاعی دارند و فاقد بزه‌دیده قابل مشاهده‌اند البته این توصیف الهام گرفته از رویکرد انسان‌مدارانه یا اومانستی است.^{۳۲} می‌توان دسته‌بندی گسترده‌تری از بزه‌دیدگان در حوزه جرایم محیط زیست ارائه داد که به بزه‌دیدگان انسانی و غیر انسانی اشاره می‌کند. البته بزه‌دیدگان بسته به اینکه تخریب در چه حوزه‌ای (مثلاً آلودگی آبی، دفن زباله، بهره‌برداری غیرقانونی از یک منبع و ...) صورت پذیرد، متفاوت‌اند. مثلاً در جرایم آلودگی آب رودخانه می‌توان این بزه‌دیدگان احتمالی را شناسایی کرد: بدنه آبی (خود رودخانه) که توسط آلاینده‌ها آلوده شده است؛ آسیب به آبزیانی که در بستر رودخانه زندگی می‌کرده‌اند؛ مرغان دریایی (پرنده‌گان) و

28. Gema Varona, "Restorative pathways after mass environmental victimization: Walking in the landscapes of past ecocides", *Oñati Socio-Legal Series* 10(3)(2020), 666.

29. Michael J Lynch, Michael J., Stretesky, Paul B., Long M. A., "Green criminology and native peoples: The treadmill of production and the killing of indigenous environmental activists", *SAGE* 22(3) (2018), 324-325

30. Besthorn, op.cit.: 43.

31. Howard Zehr, *La justice restaurative : pour sortir des impasses de la logique punitive* (Genève, Editions Labor et Fides, 2012), 62.

۳۲. حمیدرضا گرجی فرد، جرم‌شناسی سبز (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۵)، ۱۹۹.

ساکنان رودخانه که آسیب دیده یا کشته شده‌اند؛ نسل‌های آینده انسان‌ها - اگر وضعیت آلودگی رودخانه بهبود نیابد و با وضعیت بدتری به نسل بعدی منتقل شود؛ اشخاصی که به دلیل آلودگی رودخانه از نظر جسمی بیمار شده‌اند به عنوان مثال، شخصی که در زمان وقوع آلودگی در رودخانه شنا کرده است؛ اشخاصی که از فعالیت‌های تفریحی خود در رودخانه به دلیل آلودگی محروم می‌شوند به عنوان مثال، شناگرانی که دیگر نمی‌توانند در رودخانه شنا کنند و یا مردمی که دیگر قادر به ماهیگیری در رودخانه نیستند؛ صاحبان مشاغل تجاری که تحت تأثیر آلودگی قرار گرفته‌اند؛ جامعه به طور کلی به این دلیل که دارایی جامعه - یعنی رودخانه - تخریب شده است؛ و در پایان جامعه بومی - محلی که رودخانه برای آنها حیاتی و مقدس است.

اما به طور کلی بزه‌دیدگان جرایم زیست‌محیطی را می‌توان به پنج دسته تقسیم نمود. دسته اول بزه‌دیدگان، گروه «اشخاص خاص» هستند. این اشخاص زیرمجموعه‌های مختلفی دارند و جمعیت‌های بومی، اشخاصی که زندگی یا سلامت، دارایی و یا امکانات رفاهی آنها تحت تأثیر قرار گرفته است (ناتوانی از دسترسی به یک منظره یا مکان تفریحی و ...) را می‌تواند شامل شود. جرایم زیست‌محیطی هر یک از این بزه‌دیدگان را جداگانه تحت تأثیر قرار می‌دهد. دسته دوم از بزه‌دیدگان به «طبقات اشخاص» یا گروه‌های اجتماعی محروم از نظر اقتصادی مربوط می‌شود. در این مورد می‌توان به طبقات اجتماعی در یک محله، شهر یا منطقه اشاره کرد که بیشتر از دیگران در معرض آلودگی‌های خاص قرار می‌گیرند؛ بنابراین آسیب ناشی از انجام یک تخلف زیست‌محیطی ممکن است صرفاً برای طبقه‌ای از مردم باشد مانند ساکنان یک منطقه خاص که به شدت توسط کارهای صنعتی، محله آنها آلوده شده است. دسته سوم، گروه «اعضای جامعه» هستند؛ که دولت و شهروندان را در برمی‌گیرد زیرا می‌توان آنها را بزه‌دیده آسیب‌های زیست‌محیطی و جرایمی دانست که بر منابع طبیعی مشترک، اموال عمومی، میراث مشترک یا محیط زیست تأثیر می‌گذارند. برخلاف دسته اول و دسته دوم، بزه‌دیدگان دسته سوم لزوماً بزه‌دیده مستقیم آسیب خاصی نیستند. دسته چهارم، گروه «نسل‌های آینده» هستند. این بزه‌دیدگی مربوط به زمانی است که شدت خسارت به حدی باشد که منجر به از دست رفتن منابع طبیعی «تجدید ناپذیر یا غیرقابل جایگزین» شود؛ یا زمانی که ترمیم آسیب‌های زیست‌محیطی مستلزم «سپردن بار و هزینه اصلاح - ترمیم به نسل‌های آینده» باشد. براین پرستون با گنجاندن نسل‌های آینده در طبقه‌بندی بزه‌دیدگان، پیشنهاد می‌کند که هم به پیامدهای گذشته جرم و هم به پیامدهای آتی جرم اهمیت داده

شود تا با «نابرابری محیطی بین نسلی» مبارزه شود.^{۳۳} دسته پنجم و آخر مربوط به «محیط زیست» است. در اینجا، برایان پرستون درست مانند فرد بستورن استدلال می‌کند که غیر انسان‌ها را می‌توان به عنوان بزه‌دیده قلمداد کرد.^{۳۴} این به معنای ارزیابی نکردن جرایم و خسارات از منظر انسان‌محوری است که ارزش ذاتی زیست‌کره را به رسمیت می‌شناسد.

۵- چگونگی اجرای برنامه‌های ترمیمی در جرایم محیط زیستی

برایان جی پرستون - قاضی دادگستری استرالیایی - به کاربرد اعمال عدالت ترمیمی در رسیدگی به جرایم زیست‌محیطی معتقد است و فرایند ترمیمی را راه‌حلی «جامع» برای برخورد با جرایم زیست‌محیطی معرفی نموده؛ چراکه منافعی برای بزه‌دیده، مجرم، جامعه و محیط زیست ایجاد می‌کند.^{۳۵} بنابراین می‌توان از آموزه‌های عدالت ترمیمی برای پیشنهاد راهی جایگزین جهت پاسخ و مقابله با جرایم زیست‌محیطی استفاده کرد که به انسانی - دموکراتیزه کردن عدالت کیفری کمک می‌کند.^{۳۶} بریسمن و ساوت - از صاحب‌نظران جرم‌شناسی سبز - عدالت ترمیمی را به عنوان «ابزاری قابل توجه برای رفع مسؤولیت و جبران سوء استفاده از حقوق و جنایات علیه محیط زیست و انسان‌ها و افراد غیر انسانی متأثر از آن می‌دانند.»^{۳۷} در دو دهه اخیر عدالت ترمیمی موفقیت‌های قابل توجهی را در نظام‌های کیفری کشورهای مختلف به دست آورده است، از این حیث که به تمام طرفین درگیر در جرم توجه دارد. اقدامات عدالت ترمیمی با شکلی ملایم - تصالحي با توجه به روابط اجتماعی موجود و به نفع تمام طرفین عمل مجرمانه اجرا می‌شود. احیای محیط زیست ممکن است یک اقدام ترمیمی در پاسخ به نیازهای بزه‌دیدگان باشد. در این راستا بایستی به مشارکت فعال جامعه، بزه‌دیدگان و مجرم در حل و فصل جرم و پیشگیری از تکرار جرم اهمیت داد. در واقع، رسیدگی کیفری و سازکار ترمیمی مستقل از یکدیگر هستند. تعقیب کیفری به موازات اجرای برنامه ترمیمی می‌تواند ادامه یابد.^{۳۸} این اقدام ترمیمی به طور

33. Brian J. Preston, «The use of restorative justice for environmental crime», *Criminal Law Journal* 35(3)(2011), 11.

34. Ibid.

35. Ibid, 9-10.

36. Moonkwi Kim, «Essai sur la justice restaurative illustré par les exemples de la France et de la Corée du Sud», (Thèse, L'Université de Montpellier, 2015), 210.

37. Avi Brisman, & Nigel South, "Resource Wealth, Power, Crime, and Conflict". In R. Walters, D. Westerhuis, & T. Wyatt (Eds.), *Emerging Issues in Green Criminology*, (Hampshire and New York: Palgrave Macmillan, 2013), 66.

۳۸. این رویکرد به گونه پیشینه‌خواه عدالت ترمیمی نزدیک است که عدالت ترمیمی را نه به عنوان الگوی مقابل عدالت جنایی

غیرمستقیم می‌تواند عملکرد جبران خسارت را تسهیل کند یا تأثیر مثبتی بر عدم اجرای مجازات مرتکب داشته باشد. به همین ترتیب، اگر مرتکب جرم تصمیم به ترک برنامه ترمیمی را داشته باشد، این تصمیم نمی‌تواند به او آسیب برساند و هیچ تأثیری بر وضعیت کیفری او داشته باشد.

۶- محیط زیست در مرکز فرآیند رسیدگی ترمیمی

جرایم زیست‌محیطی شدید که باعث آسیب به محیط زیست، افراد یا ایمنی کره زمین می‌شود، اساساً در حوزه جرایم دولت‌ها، جرایم شرکتی و سازمان‌یافته قرار می‌گیرند. گسترش و تناسب ضمانت‌اجراها برای مقابله با این جرایم ضروری به نظر می‌رسد که پاسخ‌های ترمیمی - مدنی، اداری و کیفری را شامل می‌شود.^{۳۹} در این راستا تأسیس نهادهای قضایی اختصاصی رسیدگی‌کننده به مسائل زیست‌محیطی اقدام مناسبی در جهت مقابله کیفری با جرایم زیست‌محیطی شدید به شمار می‌آید.^{۴۰} برخی از نویسندگان حتی به امکان ایجاد «دادگاه‌های سبز» یا حداقل شعبه‌های تخصصی از حوزه‌های قضایی موجود که تنها به دادرسی‌های محیط‌زیست بپردازند اشاره کرده‌اند. در واقع برای صدمات ناشی از انتشار گازهای گلخانه‌ای گذشته یا کنونی، یک دولت را نمی‌توان به طور جدی به اتهام ارتکاب جرم زیست‌محیطی تعقیب کرد مگر اینکه ارزش قانونی لازم برای ضمانت‌اجراهایی مانند پیمان کیوتو قائل شد^{۴۱} یا به جرم‌انگاری جنایت اکوساید در سطح بین‌الملل اقدام نمود. جرم‌انگاری اکوساید که جنایتی شدید علیه محیط‌زیست و علیه گونه‌های غیرانسانی است به منظور سرکوب شبکه‌های مافیایی - سازمان‌یافته و شرکت‌های بزرگ بین‌المللی که صدمه برگشت‌ناپذیری به محیط زیست وارد می‌کنند، می‌تواند کارساز باشد.^{۴۲} البته ابزار اصلی در اعمال ضمانت‌اجراهای کیفری علیه اشخاص حقوقی، بایستی ترمیم

سنتی بلکه به مثابه الگوی همراه و موازی با این عدالت معرفی می‌کند.

(Véronique Strimelle, "La justice restaurative : une innovation du pénal?" *Revu. Champ pénal* (2008), 4).

۳۹. رابرت داگلاس وایت، جرائم زیست‌محیطی فراملی: به سوی جرم‌شناسی جهان بوم، ترجمه حمیدرضا دانش ناری (تهران: نشر روناس، ۱۳۹۴)، ۲۳۶.

۴۰. محمد امین فرید و عسگر روزبه، «سیاست جنایی اسلام در قبال جرایم زیست‌محیطی»، پژوهش در هنر و علوم انسانی (۲۰۱۱)، ۵۸.

۴۱. پیمان کیوتو (Kyoto Protocol) پیمانی بین‌المللی به منظور کاهش صدور گازهای گلخانه‌ای، که عامل اصلی گرم‌شدن زمین در دهه‌های اخیر محسوب می‌شوند، است.

42. Lurent Neyret, «Pour la reconnaissance du crime d'écocide», *Revue juridique de l'environnement* 39(2014), 183-184.

خسارت باشد. در این شرایط، پاسخ ترمیمی مستلزم تأکید بر اهمیت احیای منابعی است که تحت تأثیر رفتار مجرمانه قرار گرفته‌اند. در مورد منافع شرکت‌ها، مشارکت در این نوع رویه‌های ترمیمی راهی برای حفظ اعتبار و در بهترین حالت، پیشرو شدن در زمینه رعایت قوانین زیست‌محیطی است. در رویه، شرکت‌های دخیل در ارتکاب جرایم زیست‌محیطی می‌توانند با طرف‌های مربوطه (سازمان‌های عمومی محیط‌زیست، مقامات محلی و منطقه‌ای، انجمن‌های حفاظت از محیط‌زیست، ساکنان، مردم بومی و غیره) توافق‌نامه‌های ترمیمی منعقد کنند (به عنوان مثال از طریق میانجیگری یک مقام اداری مستقل اداره محیط زیست). محتوای چنین توافقی بسته به شرایط می‌تواند متفاوت باشد و شامل اقداماتی برای جبران خسارت وارده به محیط زیست و اشخاص؛ اعلام عذرخواهی عمومی از جوامع محلی - بومی بزه‌دیده از آسیب‌های ناشی از جرم یا سازمان‌دهی جلسه‌ای با بزه‌دیدگان و بازدید از منابع زیست‌محیطی باشد که تحت تأثیر آسیب قرار گرفته‌اند؛ همین‌طور جریمه نقدی سنگین و ایجاد یک صندوق مالی برای ترمیم هرگونه وقوع خسارت در آینده می‌تواند در دستور کار نتایج فرآیندهای ترمیمی قرار گیرد.^{۴۳}

به نظر می‌رسد که با تمرکز بر سیاست احیای محیط زیست و با پیوند دادن آن با عدالت ترمیمی، بایستی ترمیم بی‌عدالتی یا «آسیب‌های» وارد شده به غیر انسان‌ها و اکوسیستم را با قرار دادن آنها در مرکز فرآیند عدالت محقق نمود. به عنوان نوعی جبران خسارت، سیاست ترمیمی تنها زمانی می‌تواند از نظر اخلاقی توجیه شود که انتظارات بزه‌دیدگان غیرانسانی را برآورده کند. شناسایی «زمین» یا گونه‌های غیر انسانی به عنوان «بزه‌دیده» و «گوش دادن به صدای آنها» اجازه می‌دهد به نیازهای آنها توجه شود.^{۴۴} این مسیری است که جنبش احیای محیط زیست باید جهت ایجاد شرایط اخلاقی - پایدار برای حفظ محیط زیست در پیش بگیرد؛ بنابراین با به رسمیت شناختن جهان طبیعی و غیر انسان‌ها به عنوان بزه‌دیدگانی که بشر در قبال آنها وظایفی دارند، سیاست احیای محیط‌زیست صرفاً در خدمت ارضای منافع انسانی نبوده و بایستی به عنوان روشی برای ترمیم و هماهنگی بین انسان‌ها/جهان طبیعی و غیر انسان قلمداد شود. این رویکرد ترمیمی به سیستم عدالت نشان می‌دهد که چگونه سیاست احیای محیط زیست می‌تواند تضمین کند که انسان‌ها بایستی در صلح با بقیه جهان طبیعی زندگی کنند.

43. Lurent Neyret, "From ecocrimes to ecocide: protection the environment through criminal law", (Universidad de Castilla-La Mancha, 2016), 126.

44. Mark Hamilton, *Environmental Crime and Restorative Justice Justice as Meaningful Involvement* (Palgrave Studies in Green Criminology, 2021), 2013.

۷- برنامه‌های ترمیمی

فرآیند عدالت ترمیمی به معنای هر رسیدگی است که از طریق آن طرفین ذی‌ربط به دنبال توافقی موضوعی با حل و فصل اختلافات ناشی از جرم ادعا شده می‌باشند.^{۴۵} طرفین درگیر در جرایم زیست‌محیطی و هر شخص یا ارگانی که همه طرف‌ها با آن موافق‌اند، می‌توانند در فرآیند عدالت ترمیمی شرکت کنند. از جمله هر شخصی که تحت تأثیر عمل مجرمانه قرار گرفته باشد، یا هر شخص یا ارگانی که طرفین توافق کنند منافع محیط‌زیست را نمایندگی کند. در رسیدگی عدالت ترمیمی همه بزه‌دیدگان (همچنین مرتکب و جامعه محلی) باید بتوانند در برنامه‌های ترمیمی از جمله «کنفرانس‌های بزه‌کار/بزه‌دیده» یا «حلقه‌های ترمیمی» شرکت کنند^{۴۶}؛ که در واقع آن را می‌توان بهترین راه‌حل برای حل و فصل درگیری با ماهیت کیفری و با در نظر گرفتن نیاز به حفاظت از جامعه و تأمین نیازهای بزه‌دیدگان زیست‌محیطی قلمداد کرد. این فرآیندهای عدالت توافقی - مشارکتی عموماً از طریق کنفرانس یا حلقه عدالت ترمیمی اجرا می‌شوند (که شامل شناخت و پذیرش مسؤلیت، همکاری و مشارکت جمعی است). منافع این برنامه‌های ترمیمی درگیر کردن بزه‌دیدگان، مجرمان و جامعه در یک فرآیند مشارکتی جهت تعیین پاسخ و بازگرداندن پیوندها و هم‌نوایی اجتماعی می‌باشد. این اقدامات از یک‌سو، باعث می‌شوند که مرتکب ضمن درک بهتر از عمل مجرمانه خود و نتایج آن، با هدف پیشگیری از ارتکاب مجدد جرم به دامان اجتماع بازگردانده شود. از سوی دیگر اجازه می‌دهد تا به سرعت با عمل مجرمانه برخورد شود و همچنین اختلاف کیفری سریع مورد حل و فصل قرار بگیرد. پاسخ دادن به جرایم زیست‌محیطی نباید صرفاً توسط قوه قضائیه و نظام عدالت کیفری (عدالتی استبدادی) بلکه توسط جامعه (عدالت ترمیمی دموکراتیک) نیز صورت پذیرد. اقدامات متعددی در قالب پاسخ ترمیمی قابل اجرا است؛ همچون عذرخواهی، جبران خسارت یا احیای محیط زیست، کار خدمات اجتماعی به نفع محیط زیست، اقدامات اصلاحی که ممکن است بر رفتار آتی مرتکب جرم تأثیر بگذارد و از تکرار جرم پیشگیری کند؛ بنابراین عدالت ترمیمی می‌تواند برای بزه‌دیده، مرتکب جرم، جامعه، محیط زیست و سیستم قضایی دگرگون‌کننده و کارآمد باشد.^{۴۷} این انسانی‌سازی نظام قضایی متعاقباً مستلزم دگرگونی نگرش‌ها است که اجرای آن می‌تواند با اثرات کارساز با تأمین منافع بزه‌دیدگان - محیط‌زیست، مجرمان و جامعه همراه باشد.

45. Brice Deymié, *La justice restaurative : repenser la peine et le châtement*, (S.E.R.: Études 6(2018), 79.

46. Jhon Braithwaite, *Restorative justice and responsive regulation*, (Oxford: Oxford university press, 2002), 12.

47. Robert Cario, *Ruptures et promesses de la justice restaurative, dans Du sens de la peine*, sous la direction Ludwiczak (F.), dit Falisse (J-M), L'Harmattan, (Paris: ?, 2017), 325.

در اینجا می‌توان از تجربه حقوق نیوزلند در اجرای کنفرانس ترمیمی برای جرایم زیست‌محیطی به عنوان جایگزین تعقیب عمومی این جرایم اشاره نمود. «اگر متهم مایل به برگزاری یک کنفرانس ترمیمی باشد، دادستان از دادگاه می‌خواهد که رسیدگی کیفی را به تعویق بیندازد تا کنفرانس ترمیمی برگزار شود. در صورت حصول توافق مناسب برای طرفین، دادستان برای استرداد پرونده از دادگاه اقدام می‌کند.»^{۴۸} همچنین می‌توان به نمونه‌ای از نتایج مورد توافق در کنفرانس عدالت ترمیمی در جرایم محیط زیست این کشور پرداخت. در پرونده‌ای که مرتکبان جرم در صنعت ساخت جاده‌ها با پیمانکاری شرکتی مشغول بودند، به گذراندن برنامه‌ای آموزشی در حوزه حفاظت از خاک، کمک‌های مالی به گروه‌های مراقبت از رودخانه‌ها و یک پروژه ترمیم تالاب ملزم شدند.^{۴۹} این برنامه‌های ترمیمی همچنین در مرحله اجرای حکم یا زندان نیز قابل اعمال است. به نظر می‌رسد ملاقات بزه‌دیده و زندانی می‌تواند در این مرحله سودمند باشد. چراکه از طرفی بزه‌دیده احتمالی یا نماینده آن می‌تواند نتایج آثار جرم را با مرتکب جرم به اشتراک بگذارد تا بدین شکل نیازها و جبران خسارات وی تأمین شود.^{۵۰} از طرفی دیگر زندانی در مواجه شدن با آثار عمل مجرمانه خود و ابراز پشیمانی، شرمساری و پذیرش مسؤلیت متنبه شده و بدین ترتیب به پیشگیری از ارتکاب مجدد جرم منتج می‌شود.^{۵۱}

هدف عدالت ترمیمی نه‌تنها ترمیم آسیب وارده به بزه‌دیده بلکه ترمیم کلیت آثار منفی بر جامعه یا گروه اجتماعی آسیب‌دیده و اقدام برای پیشگیری از تکرار جرم است؛ بنابراین از ویژگی‌های اصلی عدالت ترمیمی در پاسخ به جرایم زیست‌محیطی ابتدا می‌توان اشاره نمود که عدالتی است در پی جبران خسارت. برای مثال در قالب برنامه حلقه ترمیمی، تخریب غیرقانونی قسمتی از سرزمین مردم بومی را می‌توان با اعلام یک عذرخواهی عمومی یا از طریق یک برنامه کمک‌رسانی برای کمک به جمعیت آسیب‌دیده و احیای محیط‌زیست بومی ترمیم نمود. از دیدگاه رویه‌ای، برنامه‌های ترمیمی برای پاسخ به یک جرم

48. Hamilton, op.cit.: 106.

49. Ibidem.

۵۰. چنانچه بخواهیم وضعیت را به شیوه‌ای پایدار جبران کنیم توجه به علل ارتکاب جرم جهت یافتن راهی برای جلوگیری از تکرار آن ضروری است. این مهم از طریق برنامه ترمیمی میان بزه‌دیده و زندانی قابل دستیابی به نظر می‌رسد.

۵۱. در بسیاری از کشورهای غربی، آموزه و سازکارهای عدالت ترمیمی بر پایه فرهنگ صلح و سازش در مرحله اجرای حکم و زندان نیز قابل اجرا است که می‌تواند موجب تعدیل جمعیت کیفری شود. مفهوم عدالت ترمیمی در سازمان زندان‌های بسیاری از کشورها از جمله فرانسه معرفی شده است و کارکرد مجازات سالب آزادی را به سمت ترمیمی شدن متمایل می‌کند.

(Deymié, La justice restaurative : repenser la peine et le châtement, S.E.R, op.cit., 47).

زیست‌محیطی در «فرآیندی ترمیمی» و با مشارکت همه طرف‌هایی که تحت تأثیر رفتار مجرمانه قرار گرفته‌اند، انجام می‌شود. دوم اینکه، عدالت ترمیمی اعمال شده در مورد جرایم زیست‌محیطی، عدالتی است که ماهیت مشورتی و مشارکتی دارد. این امر راه را برای جامعه متضرر از این جرایم هموار می‌کند تا در بحث تعیین ضمانت اجرایی که باید اعمال شود مشارکت کنند. سوم و آخر اینکه عدالت ترمیمی در حوزه محیط زیست به معنای عدالت توافقی است، یعنی اجرای فرایند ترمیمی جز با رضایت مرتکب جرم ممکن نیست. در عمل این بدان معناست که شخص حقیقی یا حقوقی‌ای که آسیب جدی به محیط‌زیست وارد کرده است بایستی داوطلبانه بپذیرد که اقدام به جبران خسارت و ترمیم نماید.

نتیجه‌گیری

تخریب محیط زیست برای توسعه اقتصادی توسط کشورهای شمال، سرمایه‌های طبیعی ملت‌ها را به شدت تخریب و نابود نموده است و همچنین امنیت اقتصادی و اجتماعی را نیز به خطر می‌اندازد که این امر به نوبه خود منجر به بروز یا گسترش بحران‌های اجتماعی شدیدی مانند فقر، بیکاری، بی‌خانمانی، درگیری، بی‌سوادی، بزهکاری، مهاجرت، آوارگی، پناهندگی، درگیری قومی، مخاصمات مسلحانه و غیره می‌گردد. بدین ترتیب این شکل از جرایم سازمان‌یافته زیست‌محیطی نه تنها امنیت محیط زیست، بلکه امنیت اقتصادی، بهداشت و امنیت اجتماعی، امنیت آب و هوا و امنیت ژئوپلیتیک کل مناطق زمین را به خطر می‌اندازد. به‌علاوه این امر همچنین با ایجاد تعارض و به خطر انداختن استفاده از حقوق اساسی مانند حق زندگی و امنیت، غذا، آب آشامیدنی و غیره بر امنیت و سلامت بشر تأثیر می‌گذارد. تخریب جنگل به این ترتیب مردم بومی را از شیوه زندگی آنها محروم می‌کند، در حالی که تجارت غیرقانونی چوب موجب از بین رفتن لایه اوزن می‌شود.

به نظر برخورد با تخریب‌های زیست‌محیطی جهانی باید با توجه به تفاوت تأثیر کشورها در شروع بحران زیست‌محیطی انجام شود. این نابرابری‌ها دلالت بر بی‌عدالتی‌های تاریخی مرتبط با مسؤولیت‌های زیست‌محیطی استعماری و انتشار گازهای گلخانه‌ای گذشته در کشورهای شمال دارند. کشورهای جنوب بزه‌دیده بحران محیط‌زیست یا بحران اقلیمی هستند. این کشورها از پیامدهای زیان‌بار پدیده‌ای رنج می‌برند یا متحمل خواهند شد که در ایجاد آن هیچ سهمی نداشته‌اند. کشورهایی که می‌توانند سریع با تغییرات آب و هوایی سازگار شوند، کشورهای صنعتی شمال هستند که خود مسؤول تجمع گازهای گلخانه‌ای در جو هستند. قدرت‌های استعماری سابق و کشورهای صنعتی شمال مسؤول بحران‌های

زیست‌محیطی هستند که اکنون کشورهای جنوب را تحت تأثیر قرار می‌دهد و آسیب‌پذیری اکولوژیکی آنها را افزایش می‌دهد. مستعمرات سابق و کشورهای در حال توسعه جنوب عمدتاً بایستی به بُعد تاریخی بی‌عدالتی‌های مرتبط با «بدهی زیست‌محیطی» کشورهای شمال تمرکز کنند. به این آسیب‌ها می‌توان به مکانیسم‌های جدید برای تصاحب منابع طبیعی در جنوب (استخراج‌گرایی، بهره‌برداری با دستمزد کم و غیره)، جنگل‌های مورد بهره‌برداری بیش از حد یا تخریب‌شده، از دست دادن فضای زندگی برای انسان، فروپاشی تنوع زیستی گیاهی و جانوری، زمین‌هایی که حاصلخیزی خود را از دست داده‌اند، اشاره نمود. از سوی دیگر، بدهی‌هایی هستند که تحت عنوان «بدهی کربن» کشورهای صنعتی قرار می‌گیرند؛ بنابراین کشورهای شمال بایستی در چهارچوب فرآیند ترمیمی (به عنوان مرتکب) با پذیرش مسؤلیت‌های زیست‌محیطی در صدد جبران خسارات وارده به محیط زیست کشورهای جنوب (بزه‌دیده) برآیند. این امر می‌تواند با تخصیص بودجه‌های ترمیمی برای احیای محیط‌زیست این کشورها و ... حاصل شود.

در واقع شناسایی محیط‌زیست به عنوان یک بزه‌دیده تأثیر دوگانه‌ای دارد: ابتدا پیشگیری از آسیب‌های آینده به محیط زیست و سپس ترمیم آسیب‌های زیست‌محیطی گذشته. پیشگیری از این جرایم مستلزم بازنگری در نقش بزه‌دیده، دموکراتیک کردن عدالت کیفری، ارتقای محیط زیست به وضعیت بزه‌دیده و مشارکت بزه‌دیدگان و اعضای جامعه در فرآیندهای ترمیمی و در تعیین ضمانت اجراها است؛ بنابراین تعهد به احیای یک رودخانه، یک جنگل، نباید پاسخگوی میل به تجدید بهره‌برداری از آن برای منافع انسان در آینده باشد، بلکه باید پاسخگوی یک وظیفه اخلاقی برای حفظ محیط زیست و جانوران و اجرای عدالت باشد. در شکل ایده‌آل خود، عدالت ترمیمی این توانایی را دارد که دامنه گسترده‌ای از بزه‌دیدگان را شناسایی کند و در صورت لزوم از طریق نمایندگان انسانی، بزه‌دیدگان را در فرآیند ترمیمی شرکت دهد. فرآیند ترمیمی به بررسی دلایل ارتکاب این جرایم می‌پردازد و با گفت‌وگوی تعاملی می‌تواند پاسخ‌های خلاقانه‌تری به آسیب‌های زیست‌محیطی ارائه دهد. این دستاوردهای منحصر به فردی است که عدالت ترمیمی برای آسیب‌های زیست‌محیطی می‌تواند داشته باشد که شایسته تحقیقات بیشتر برای دستیابی به عدالت (نه فقط برای بزه‌دیدگان زنده کنونی، بلکه برای نسل‌های آینده که تحت تأثیر چنین آسیب‌هایی قرار می‌گیرند) است.

بنابراین جرایم محیط زیستی باعث ایجاد اختلال در نظم عمومی می‌شوند که باید متوقف و یا پاسخ مناسب به مرتکبان آنها داده شود. در واقع، مرتکبان جرایم محیط زیستی اغلب دولت‌ها (شمال) یا

شرکت‌ها می‌باشند که در قالب سازکار ترمیمی می‌توان به آنها پاسخی ترمیمی و سبز داد. پاسخ - حکم صادر شده توسط سیستم عدالت کیفری باید با هدف مجازات مرتکبان جرم، ترمیم آسیب ناشی از عمل مجرمانه، حفاظت از جامعه و همچنین بازپروری مرتکب باشد. این پاسخ باید به مرتکب اجازه بدهد بدهی خود را به جامعه بپردازد که پس از آن به طور کامل او را به اجتماع بازگرداند تا از تکرار جرم جلوگیری شود. مداخله بازدارنده عدالت ترمیمی می‌تواند مکمل مناسبی برای عدالت کیفری و پاسخ جامعه به جرم زیست‌محیطی باشد. با توجه به ماهیت جهانی جرایم زیست‌محیطی سازمان یافته که می‌تواند پیامدهای فراملی داشته باشد و از مرزهای زمانی فراتر رود، ایده ایجاد یک «صندوق سبز بین‌المللی جبران خسارت» برای محیط زیست و سلامت عمومی مناسب است. چنین صندوقی از طریق جریمه‌های مالی اعمال شده در برنامه‌های ترمیمی می‌تواند تأمین شود. وجوه پرداختی شرکت‌ها و اشخاص حقیقی و حقوقی مجرم برای جبران خسارت جبران‌ناپذیر به محیط زیست و همچنین کمک‌های مالی کشورهای شمال - توسعه یافته یا شرکت‌ها، بسته به خطراتی که ایجاد می‌کنند می‌تواند تأمین‌کننده آن باشد. در آینده، این صندوق سبز ممکن است پروژه‌هایی را برای حفاظت از محیط زیست، سلامت انسان و به طور گسترده‌تر، ایمنی کره زمین تأمین مالی کند.

فهرست منابع

- الف) منابع فارسی
- باباخانی، عرفان. «جرایم زیست‌محیطی سازمان‌یافته با تأکید بر حقوق فرانسه». فصلنامه علمی کارآگاه ۱۳(۴۹)(۱۳۹۸): ۲۸-۵۲.
 - باباخانی، عرفان، پرسته مهران و جیمی هرنگ. «ارزیابی عدالت ترمیمی در مرحله پلیسی در نظام کیفری ایران و فرانسه». مقاله ارائه شده در همایش بین‌المللی پلیس و عدالت ترمیمی، دانشگاه علوم انتظامی امین (تهران)، ۱۰ اسفند ۱۳۹۷.
 - فرید، محمد امین و عسگر روزبه. «سیاست جنایی اسلام در قبال جرایم زیست‌محیطی». پژوهش در هنر و علوم انسانی ۱۱(۲)(۱۳۹۵): ۴۹-۵۹.
 - قلی پور، غلامرضا و نسرین مهرا. «جنایت اکوساید؛ گذشته، حال و آینده». فصلنامه پژوهش حقوق کیفری ۸(۳۰)(۱۳۹۹): ۴۳-۸۱.
 - گرجی فرد، حمیدرضا. جرم‌شناسی سبز. تهران: نشر میزان، ۱۳۹۵.
 - نجفی ایرن‌آبادی، علی حسین. «بسترهای اجتماعی و حقوقی عدالت ترمیمی در ایران»، در دانشنامه عدالت ترمیمی: مجموعه مقاله‌های همایش بین‌المللی عدالت ترمیمی و پیشگیری از جرم، زیر نظر محمد فرجیها (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۶): ۸۰۱-۸۲۰.
 - وایت، رابرت داگلاس. جرائم زیست‌محیطی فراملی: به سوی جرم‌شناسی جهان بوم، ترجمه حمیدرضا دانش ناری. تهران: نشر روناس، ۱۳۹۴.
 - وایت، راب. جرائم علیه محیط زیست؛ جرم‌شناسی محیط‌زیست و عدالت زیست‌محیطی. ترجمه پیمان نمایان و سبحان طبیبی. تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۴.
- ب) منابع خارجی

- Babakhani, Erfan. « Étude comparée de l'enfermement carcéral en droit Franco-Iranien », Lille, Master mémoire, L'Université de Lille, 2017.
- Besthorn, Fred H. «Restorative Justice and Environmental Restoration». *Journal of Societal & Social Policy* Casa Verde Publishing 3(2)(2004): 33-48.
- Braithwaite, Jhon. *Restorative justice and responsive regulation*. Oxford: Oxford university press, 2002.
- Brisman, Avi & Nigel South. "Resource Wealth, Power, Crime, and Conflict". In R. Walters, D. Westerhuis, & T. Wyatt (Eds.), *Emerging Issues in Green Criminology*, 57-71. Hampshire and New York: Palgrave Macmillan, 2013.
- Brisman, Avil & Nigel South. "Green Criminology and Environmental Crimes and Harms". *Sociology Compass* 13(1)(2018): 1-12.
- Cario, Robert. *Ruptures et promesses de la justice restaurative, dans Du sens de la peine*, sous la direction Ludwiczak (F.), dit FALISSE (J-M), Paris: L'Harmattan, 2017.
- Castiaux, Gaëlle. «Revendication d'un crime d'écocide : les droits fondamentaux pour la protection de l'environnement sont-ils suffisants ?», 1-2. Master mémoire, Université catholique de Louvain, 2017).

1-2

- Deymié, Brice. «Justice restaurative : le dialogue avant la peine», *Cairn.info* 366(2018): 79-84.
- Deymié, Brice. «La justice restaurative : repenser la peine et le châtement, S.E.R.» *Études* 6(2016): 41-52.
- Falk, Richard A. “Environmental Warfare and Ecocide: Facts, Appraisal and Proposals”, *March* 4(1973): 80-96.
- Hamilton, Mark, “Environmental Crime and Restorative Justice Justice as Meaningful Involvement”. Palgrave Studies in Green Criminology, 2021.
- Johnstone, Gerry & Daniel Vane Ness. *The meaning of restorative justice, in Handbook of restorative justice*. Cullompton: Wilan Publishing, 2007.
- Kim, Moonkwi. «Essai sur la justice restaurative illustré par les exemples de la France et de la Corée du Sud», Thèse, L’Université de Montpellier, 2015.
- Lecomte, Jacob. «La justice restauratrice, «Revue du MAUSS»», *Carin.info* 40(2012): 223-235.
- Mehra, Nasrin, Golam-Reza Gholipour & Erfan Babakhani, “Ecocide: A Crime against Sustainable Development”, in *Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar : Uluslararası Sempozyumu Tebliğler*, Ankara, 2020.
- Michael J Lynch, Michael J., Stretesky, Paul B., Long M. A. “Green criminology and native peoples: The treadmill of production and the killing of indigenous environmental activists”. *SAGE* 22(3)(2018): 318–341.
- Neyret, Lurent. «Pour la reconnaissance du crime d’écocide», *Revue juridique de l’environnement* 39(2014): 177-193.
- Neyret, Lurent. *From ecocrimes to ecocide: protection the environment through criminal law*, Universidad de Castilla-La Mancha, 2016. available at: [EcocideGB-072016.pdf](#) (uclm.es)
- Preston, Brian J. “The use of restorative justice for environmental crime”, *Criminal Law Journal* 35(3)(2011): 136-153.
- Strimelle, Véronique, «La justice restaurative : une innovation du pénal?» *Revu. Champ pénal* 2(2008): 1-14.
- Varona, Gema. “Restorative pathways after mass environmental victimization: Walking in the landscapes of past ecocides”. *Oñati Socio-Legal Series* 10(3)(2020): 664-685.
- Zehr, Howard. *Changing Lenses. A New Focus for Crime and Justice*. Scottsdale: Herald Press, 1990.
- Zehr, Howard. *La justice restaurative : pour sortir des impasses de la logique punitive*. Genève: Editions Labor et Fides, 2012.

- La Pénal Reform International, Droits de l'homme et systèmes de justice traditionnelle en afrique, 2016, https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR_PUB_16_2_HR_and_Traditional_Justice_Systems_in_Africa_FR.pdf

- Convention of the Council of Europe, The protection of the environment through criminal law, 1998, <https://rm.coe.int/168007f3f4>

This Page Intentionally Left Blank

The Shutdown of Virtual Platforms, the Necessity of Analyzing the System Governing Personal Data from the Perspective of Property Rights

Seyed Amin Pishnamaz^{*1}, *Amirabbas Rokni*²

1. Ph.D. Student in Private Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

*. **Corresponding Author:** Email: s_pishnamaz@sbu.ac.ir

2. M.A. in Criminal Law and Criminology, Faculty of Crime Prevention and Corrections, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Researcher at Cyber Space Research Institute, Tehran, Iran.

Email: amir.rokni@gmail.com



S.D.I.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



Publisher:
Shahr-e- Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:
Original Research

DOI:
10.48300/JLR.2022.322263.1902

Received:
29 November 2021

Accepted:
3 February 2022

Published:
10 June 2023



A B S T R A C T

Cyberspace platforms provide countless services to their users; At the same time, they have access to a large amount of users' personal information and data. The value of this personal data is increasing day by day due to the possibility of commercial, economic, advertising, political, etc. exploits. The experience of a few years of technology development in cyberspace indicates the short life of many virtual platforms; So that most of the active platforms in 2004 were forgotten in 2021; Hence, today's popular platforms may not last long. The uncertain legal nature of personal data and its governing system, on the one hand, and the diverse value and uses of data, on the other, add to the temptation to take over this digital content and complicate its fate in the event of the virtual platform being shut down. The main purpose of this study is to evaluate the idea that property

Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



rights structures, along with privacy measures, can further protect individuals' rights over personal data. In this article, by applying the library research method, the ability of personal data to be classified as property is examined, then the status of personal data ownership is analyzed from the perspective of related regulations. The possibility and necessity of moving towards the establishment of a system based on property rights on personal data along with the quasi-contractual system of privacy, in order to draw the rights and duties governing personal data in the event of closure of the virtual platform, is proven in this article.

Keywords: Virtual Platform Shutdown, Personal Data, proprietary worth, Property and Ownership, Property Law System.

Funding: The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Author contributions:

Sayed Amin Pishnamaz: . Conceptualization, Methodology, Software, Validation Formal analysis, Investigation, Resources Data Curation, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing, Visualization Supervision, Project administration.

Amir Abbas Rokni: Supervision, Methodology, Investigation, Resources, Data Curation, Writing - Original Draft.

Competing interests: The authors declare that they have no competing interests.

Citation:

Pishnamaz, Seyed Amin & Amirabbas Rokni. "The Shutdown of Virtual Platforms, the Necessity of Analyzing the System Governing Personal Data from the Perspective of Property Rights" *Journal of Legal Research* 22, no. 53 (June 10, 2023): 469-506.

Extended Abstract

With the beginning of the information age of the twentieth century and the advancement of new technologies, virtual platforms emerged as a communication platform for providers and consumers, and were restrained by the expansion of eye-catching services. The cyberspace platform is a platform that provides specific and defined services in the site space. The platform provides the necessary platforms for communication between multiple service providers and users as desired consumers. In exchange for this mediation and profit-making, the owner of the platform collects and collects user data, including personal data, after obtaining consent by stating that he / she directly provides a reciprocal service. Predetermined uses and processing purposes.

The use of cyberspace platforms is not very old. The first Internet communication platforms emerged in the last years of the twentieth century. Experience has shown, however, that the life of many virtual platforms has not been long. The main cause of backwardness, or even shutdown and destruction of a pioneering technology, is the reduction of profits and income. The main source of revenue for cyberspace platforms, specifically social media, is advertising. Platform owners, through data collection and processing, identify the political, economic, commercial, educational, cultural, entertainment, etc. interests and interests of users. This provides a good platform for personalizing ads and services; In a way, the providers of goods and services, using the information obtained from the processing of raw data, offer a certain type of goods and services in the form of specific advertisements for different groups of people.

The decline in revenue in this area is due to two important reasons. First reduce the users of a platform. Users of a platform may decline for a variety of reasons. The most important reasons for the decrease in users are technology backwardness and lack of attractiveness and up-to-date services, and on the other hand, users' lack of confidence in the protection of personal data and privacy on the platform.

Another reason for the decline in revenue is the limitation of platform managers in accessing and processing user data; Governments have enacted data protection and privacy laws either to protect their citizens or to prevent the monopoly companies from monopolizing the management and use of data and information. Gradually, with the advancement of technology, the laws in this field have also changed and draw a more limited level of access to data for controllers. Restrictions on platforms in accessing, collecting, and processing data can challenge the platform's commercial and advertising activities, which

focus on personalizing ads and advertisements, and on the other hand. The possibility of personalizing content, improving services and providing new features and services based on the needs of the day to be affected.

The first paragraph of Article 4 of the EU General Data Protection Regulation defines personal data as follows: “ ‘personal data’ means any information relating to an identified or identifiable natural person (‘data subject’); an identifiable natural person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identifier such as a name, an identification number, location data, an online identifier or to one or more factors specific to the physical, physiological, genetic, mental, economic, cultural or social identity of that natural person;”

Regardless of the nature of the contract between the actual users and the controllers, the personal data is considered property. The taxation of personal data pieces can be demonstrated by adapting basic and reliable attributes of property to them, such as having economic value and rational and legitimate interest, as well as the ability to be assigned and owned by individuals. Personal data is not reserved for the virtual platform and property rights such as possession and possession, proof and negation (control and protection) are exercised by the data subject.

In the current state of the personal data system, the quasi-conventional system includes human rights goals. As a result, the privacy agreement entered into between the user and the platform as the governing contract governs the status of personal data, including the manner and limits of collection, transmission and processing, as well as the use of information obtained from processing. Data protection regulations also emphasize the need to protect the privacy of data subjects, and set out a set of mandatory rules for the activities of controllers and processors of personal data.

The acceptance of the property rights system over personal data is important in that it provides the basis for the interpretation that personal data is the subject of financial contracts, in particular contracts based on a trusting relationship between controllers and users. Makes. In addition, assuming the closure of the virtual platform, this approach has other benefits: first, that the data subject is aware of the value of their data, and since the rules of property law, rights and obligations are known to individuals The shortcomings of the anonymity of the content of the privacy agreement are largely compensable.

Furthermore, other Beneficiaries, such as controllers, processors, and data brokers, can also manage their activities, given the specific ownership and property rights of the data subject; Unless necessary, they are aware of the details of the privacy agreement to which they are a third party, or are affected by the obligations contained therein.

تعطیلی پلتفرم‌های مجازی؛ ضرورت تحلیل نظام حاکم بر داده‌های شخصی از منظر حقوق اموال

سید امین پیشناماز^{۱*}، امیر عباس رکنی^۲

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

* نویسنده مسئول: Email: s_pishnamaz@sbu.ac.ir

۲. کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده پیشگیری از جرم و اصلاح و تربیت، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری دادگستری، پژوهشگر پژوهشگاه فضای مجازی، تهران، ایران.

Email: amir.rokni@gmail.com

چکیده:

پلتفرم‌ها در بستر فضای مجازی خدمات بی‌شماری را به کاربران خود ارائه می‌دهند؛ به موازات آن به حجم وسیعی از اطلاعات و داده‌های شخصی کاربران دسترسی پیدا می‌کنند. ارزش این داده‌های شخصی به سبب امکان بهره‌برداری‌های تجاری، اقتصادی، تبلیغاتی، سیاسی و ... مدام در حال افزایش است. تجربه سال‌های اندک گسترش فناوری در بستر سایبر، مبین عمر کوتاه بسیاری از پلتفرم‌های مجازی است؛ به گونه‌ای که عمده پلتفرم‌های فعال در سال ۲۰۰۴ میلادی در سال ۲۰۲۱ به دست فراموشی سپرده شدند. از این رو پلتفرم‌های امروزی نیز ممکن است، دیری نپایند. ماهیت حقوقی نامعلوم داده‌های شخصی و نظام حاکم بر آن، همچنین ارزش و کاربری‌های متنوع داده، بر وسوسه تصاحب این محتواهای دیجیتال افزوده و سرنوشت آن را در فرض تعطیلی پلتفرم مجازی پیچیده می‌سازد. ارزیابی این ایده که ساختارهای حقوق اموال در کنار تدابیر حریم خصوصی، می‌تواند حقوق اشخاص نسبت به داده‌های شخصی را بیشتر

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0 منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



پژوهش‌گاه حقوق



نوع مقاله:
پژوهشی

DOI:

10.48300/JLR.2022.322263.1902

تاریخ دریافت:
۸ آذر ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:
۱۴ بهمن ۱۴۰۰

تاریخ انتشار:
۲۰ خرداد ۱۴۰۲



حمایت کند هدف اصلی این تحقیق را تشکیل می‌دهد. در این نوشتار به روش کتابخانه‌ای نخست تلاش شده است قابلیت انصاف داده‌های شخصی به دو عنوان مال و ملک مورد بررسی قرار گرفته، سپس وضعیت مالکیت داده‌های شخصی از منظر مقررات مرتبط تحلیل شود. امکان و ضرورت حرکت به سمت استقرار نظام مبتنی بر حقوق اموال بر داده‌های شخصی در کنار نظام شبه قراردادی حریم خصوصی، به منظور ترسیم حقوق و تکالیف حاکم بر داده‌های شخصی در صورت تعطیلی پلتفرم مجازی، در این نوشتار به اثبات می‌رسد.

کلیدواژه‌ها:

تعطیلی پلتفرم مجازی، داده‌های شخصی، مالیت، ملکیت و مالکیت، نظام حقوق اموال.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان:

سید امین پیشنماز: مفهوم‌سازی، روش‌شناسی، استفاده از نرم‌افزار، اعتبار سنجی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش، تصویرسازی، نظارت، مدیریت پروژه. امیر عباس رکنی: نظارت، تحقیق و بررسی، منابع، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، روش‌شناسی.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

پیشنماز، سید امین و امیر عباس رکنی «تعطیلی پلتفرم‌های مجازی؛ ضرورت تحلیل نظام حاکم بر داده‌های شخصی از منظر حقوق اموال»، مجله پژوهش‌های حقوقی، ۲۲، ش. ۵۳ (۲۰ خرداد ۱۴۰۲): ۴۶۹-۵۰۶.

مقدمه

با ورود به عصر اطلاعات^۱ از اواخر قرن بیستم و پیشرفت تکنولوژی‌های نوین، پلتفرم‌های مجازی به عنوان بستر ارتباط ارائه‌کنندگان و مصرف‌کنندگان خدمات، پدیدار و با گسترشی چشمگیر مواجه شد. پلتفرم مجازی، بستری از خدمات را به طور رایگان در اختیار مصرف‌کنندگان نهایی خدمات قرار می‌دهد؛ در مقابل، داده‌های کاربران از جمله داده‌های شخصی آنان را بعد از کسب رضایت، جمع‌آوری کرده و برای مقاصد از پیش معین، مورد استفاده و پردازش قرار می‌دهد.

ارزش داده‌های شخصی و اطلاعات به دست آمده از پردازش آن، بسیار بالا می‌باشد. صرف‌نظر از کاربری‌های تجاری و تبلیغاتی اطلاعات حاصل از پردازش داده‌های شخصی، در طول سال‌های اخیر بهره‌برداری‌های سیاسی اجتماعی از این محصولات بحث‌برانگیز شده است. برای مثال در سال ۲۰۱۸ انتقادات از شرکت فیس‌بوک^۲ به سبب سوءاستفاده شرکت کمبریج آنالیتیکا^۳ از داده‌های شخصی کاربران در انتخابات ۲۰۱۶ میلادی ایالات متحده آمریکا به اوج خود رسید. توضیح آنکه در سال ۲۰۱۴ از طریق نصب نرم‌افزار تست شخصیت «این زندگی دیجیتال شماست»^۴ بر روی رایانه ۳۰۵ هزار کاربر فیس‌بوک داده‌های شخصی ایشان و دوستان آنها در فیس‌بوک جمع‌آوری شد. متعاقب آن، این داده‌ها توسط الکساندر کوغان^۵ طراح نرم‌افزار فوق، برخلاف سیاست حریم خصوصی فیس‌بوک در اختیار شرکت کمبریج آنالیتیکا قرار گرفت. کمبریج آنالیتیکا به عنوان یک شرکت داده‌کاوی و مشاوره سیاسی، متهم شد که از داده‌های شخصی ۸۷ میلیون کاربر فیس‌بوک که برای اهداف آکادمیک جمع‌آوری شده است، در جهت اهداف سیاسی در انتخابات ۲۰۱۶ میلادی آمریکا استفاده نموده است. بر این اساس کمپین انتخاباتی دونالد ترامپ^۶ با استفاده از یافته‌های شرکت مذکور اقدام به شخصی‌سازی تبلیغات انتخاباتی متناسب با ویژگی‌های شخصیتی کاربران در بستر فیس‌بوک نموده است؛ به طوری که برای کاربرانی که برای مثال علاقه به حمل سلاح دارند، پیام‌های هدف‌داری با مضمون مخالفت هیلاری کلینتون^۷ رقیب ترامپ، با حمل سلاح نمایش داده شده است.^۸

1. Information Age
2. Facebook
3. Cambridge Analytica
4. "This is your digital life"
5. Aleksandr Kogan
6. Donald Trump
7. Hilary Clinton
8. Rehman, Ikhlauq ur, "Facebook-Cambridge Analytica data harvesting: What you need to know" (2019).

مشاهده می‌شود در فرضی که شرکت مالک پلتفرم به فعالیت عادی خود ادامه می‌دهد، خطرات زیادی داده‌های شخصی کاربران را تهدید می‌کند؛ از آنجایی که سوءاستفاده از اطلاعات و داده‌های جمع‌آوری شده کاربر بدون اطلاع او صورت می‌پذیرد، امکان دفاع برای وی نیز محدود یا منتفی می‌شود. این خطرات علاوه بر آنکه به آزادی و کرامت کاربر لطمه وارد می‌نماید،^۹ سبب اضرار مادی به وی از طریق سوءاستفاده از داده‌ها و اطلاعات و دارا شدن بلاجهت برای ناقضان حقوق اشخاص موضوع داده می‌گردد. با این حال در شرایطی که پلتفرم مجازی به هر دلیل با تعطیلی مواجه شود، این خطرات بیشتر است؛ از یک سو کاربر با تعطیلی پلتفرم حساسیت کمتری نسبت به داده‌های جمع‌آوری شده خود داشته و اغلب برای اعاده یا استفاده از آن رغبتی از خود نشان نمی‌دهد؛ از سوی دیگر، با تعطیلی پلتفرم، رابطه قراردادی بین مدیران پلتفرم و کاربر به پایان رسیده و صرف‌نظر از علت تعطیلی پلتفرم یا سرنوشت شرکت مالک آن، داده‌های شخصی کاربران در یک خلأ قانونی در اختیار کنترل‌گران و پردازشگران داده قرار خواهد داشت.

قوانین حمایت از حریم خصوصی و حفاظت از داده‌های شخصی اساساً با هدف حفاظت از حریم خصوصی کاربران به تصویب رسیده‌اند. در این مقررات، قواعدی برای سامان‌دهی داده‌کاوی و پردازش آن پیش‌بینی شده است. برای مثال ماده ۵ قانون حفاظت از داده دانمارک^{۱۰} مصوب ۲۰۱۸، مقرر داشته: «داده‌های شخصی برای اهداف مشخص، مصرح و مشروع گردآوری شده و نمی‌تواند در ادامه به گونه‌ای پردازش شود که با این اهداف ناسازگار باشد» این مقررات با رویکرد حریم خصوصی به داده‌های شخصی نظر داشته و پاسخگوی برخی از مشکلات ناشی از پردازش و استفاده از داده‌های شخصی می‌باشد؛ با این حال به طور خاص در فرض تعطیلی پلتفرم به سبب ورشکستگی شرکت مالک و یا هر دلیل دیگر، اسناد و مقررات موجود فاقد احکامی جامع و تعیین‌کننده در جهت حفاظت از داده و به طور واضح تسلط و اعمال حقوق مالکانه بر داده‌های شخصی هستند. از این رو ترسیم نظام حاکم بر داده‌های شخصی با عنایت به خصیصه‌های نظام حقوق اموال در بحث حاضر راهگشا می‌باشد.

دغدغه اولیه تحقیق حاضر، سؤال از سرنوشت داده‌های شخصی در فرض تعطیلی پلتفرم مجازی است. این سؤال بازگشت به سؤال بنیادینی راجع به نظام حاکم بر داده‌های شخصی و نظام مطلوب دارد. در این نوشتار در قالب دو مبحث نخست ماهیت پلتفرم‌های مجازی و اقسام آن برای ورود به بحث

Library Philosophy and Practice (e-journal). 2497. <https://digitalcommons.unl.edu/libphilprac>

۹. فرید محسنی، حریم خصوصی اطلاعات (تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۴)، ۵۶.

10. Danish Data Protection Act

معرفی می‌شود. سپس در مبحث دوم ماهیت داده‌های شخصی و امکان اتصاف مالیت و ملکیت بر آن همچنین ضرورت پذیرش نظام حقوق اموال تبیین می‌گردد.

۱ - پلتفرم‌های مجازی و تعطیلی آنها

پلتفرم‌های مجازی^{۱۱}، به عنوان بسترهایی برای عرضه فناوری‌های رایانه‌ای^{۱۲}، خدمات و امکانات متنوع بی‌شماری را ارائه می‌دهند؛ این امر سبب شده است هر کاربر روزانه از خدمات ده‌ها پلتفرم استفاده کند، بدون آنکه به ماهیت نقاط اشتراک آنها بیاندیشد. تعطیلی پلتفرم‌ها نیز اغلب در شرایطی رخ می‌دهد که کاربران آن با کاهش جدی روبه‌رو شده است؛ از این‌رو مرگ پلتفرم‌ها معمولاً در فصل رونق آنها نبوده و کمتر مورد توجه کاربران قرار می‌گیرد. در مبحث حاضر به دو موضوع ماهیت پلتفرم مجازی و تعطیلی آن از منظری که موضوع این نوشتار است، خواهیم پرداخت.

۱-۱ - پلتفرم مجازی؛ تعریف و اقسام

پلتفرم به معنای سکو^{۱۳}، یا پایه محلی است مرتفع که شخص بر روی آن برای سخنرانی، اجرا یا ... قرار می‌گیرد.^{۱۴} پلتفرم در عرصهٔ تکنولوژی به معنای بستری از سخت‌افزار یا نرم‌افزار است که به فناوری‌های دیگر، در چهارچوب خود امکان اجرا می‌دهد.^{۱۵} در این مفهوم سخت‌افزارهایی چون کامپیوتر، لپ‌تاپ، گوشی همراه و نرم‌افزارهای سیستم عامل چون اندروید و ویندوزهای رایانه‌ای یک پلتفرم محسوب می‌شوند.

پلتفرم فضای مجازی، بستری است که در فضای سایبر، خدمات مشخص و تعریف شده‌ای را ارائه می‌دهد. پلتفرم بستر لازم برای ارتباط میان عرضه‌کنندگان متعدد خدمات و کاربران به عنوان مصرف‌کنندگان نهایی فراهم می‌کند. مالک پلتفرم در ازای این وساطت و تسهیل‌گری، سود و درآمد کسب می‌کند بی‌آنکه خود مستقیماً خدمت معوضی ارائه نماید.

11. Virtual Platform

12. Computer technologies

۱۳. عباس آریانپور کاشانی و منوچهر آریان پور کاشانی، فرهنگ جیبی انگلیسی به فارسی (تهران: موسسه انتشارات امیر کبیر، ۱۳۶۲)، ۵۶۸.

14. "platform," accessed, October 6, 2021, <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/platform>

۱۵. امیر رضا ربیعی و حسین زینبده، «تبیین کلان داده به عنوان مرز حکمرانی در پلتفرم‌های فضای مجازی» (مقاله ارائه شده در سومین کنفرانس سیاست‌گذاری و حکمرانی عمومی، تهران، ۲۵ و ۲۶ دی ۱۳۹۸)

دسته‌ای از پلتفرم‌های فضای مجازی، پلتفرم‌هایی هستند که در حوزه رسانه‌های اجتماعی^{۱۶} به کار رفته می‌شوند. رسانه‌های اجتماعی یک اصطلاح مشترک برای وبسایت‌ها و برنامه‌هایی است که بر ارتباطات، تعامل، به اشتراک‌گذاری محتوا و همکاری متمرکز دارند. کاربران از رسانه‌های اجتماعی برای حفظ ارتباط و تعامل با دوستان، خانواده و جوامع مختلف استفاده می‌کنند. فرهنگ واژگان مریام‌وبستر «رسانه‌های اجتماعی» را این‌گونه تعریف می‌کند: آشکالی از ارتباط الکترونیکی (مانند وبسایت‌هایی برای شبکه‌های اجتماعی و میکرو بلاگینگ^{۱۷}) که از طریق آن کاربران، جوامع آنلاینی را ایجاد می‌کنند و اطلاعات، ایده‌ها، پیام‌های شخصی و سایر محتواها (مانند ویدیوها) را در آن به اشتراک می‌گذارند.^{۱۸} همچنین در فرهنگ لغت کمبریج آمده است: آشکال مختلف رسانه‌ها، وبسایت‌ها و برنامه‌های رایانه‌ای که به مردم اجازه می‌دهند با استفاده از رایانه یا تلفن همراه با اینترنت ارتباط برقرار کنند و اطلاعات را به اشتراک بگذارند. شرکت‌ها به طور فزاینده‌ای از رسانه‌های اجتماعی برای بازاریابی کالاها خود استفاده می‌کنند. وبلاگ‌ها^{۱۹}، پادکست‌ها^{۲۰} و سایر آشکال رسانه‌های اجتماعی فرصت‌های جدیدی را برای کارآفرینان ایجاد می‌کنند تا به عموم مردم دسترسی پیدا کنند.^{۲۱} رسانه‌های اجتماعی انواع مختلفی دارند و هر کاربر بسته به سلیقه، آن را انتخاب می‌کند مانند شبکه‌های اجتماعی^{۲۲}، تالارهای گفت‌وگو، شبکه‌های اشتراک‌گذاری رسانه، شبکه‌های اجتماعی خرید و شبکه‌های وبلاگ نویسی.

شبکه‌های اجتماعی که شاخص‌ترین آنها فیس بوک^{۲۳}، توییتر^{۲۴} و لینکدین^{۲۵} هستند؛ برای ارتباط با افراد (و برندها) در وب استفاده می‌شود. تالارهای گفت‌وگو مانند ردیت^{۲۶}، کورا^{۲۷} و دیگ^{۲۸} تقریباً برای یافتن مطالب و نقطه‌نظرات مختلف برای هر موضوعی مناسب هستند. اشتراک‌گذاری و بحث درباره انواع مختلف نظرات، اطلاعات و اخبار در این پلتفرم‌ها ممکن است.

16. Social Media

17. Microblogging

18. "Social Media," accessed December 25, 2021, [https://www.merriam-webster.com/dictionary/social 20 % media](https://www.merriam-webster.com/dictionary/social%20%20media)

19. weblogs

20. podcasts

21. "Social- media," op.cit.

22. Social networks

23. Facebook

24. Twitter

25. LinkedIn

26. Reddit

27. Quora

28. Digg

شبکه‌های اشتراک‌گذاری رسانه شامل به اشتراک‌گذاری عکس‌ها، ویدئوهای زنده، ویدئو و انواع دیگر رسانه‌ها در اینترنت است. اینستاگرام^{۲۹}، یوتیوب^{۳۰} و اسنپ‌چت^{۳۱} نمونه‌هایی از این شبکه‌ها هستند. دسته‌ای دیگر از پلتفرم‌های مجازی بستری برای پیام‌رسان‌های فوری^{۳۲} هستند. برنامه پیام‌رسان هر برنامه‌ای است که پیام خصوصی را بین دو یا چند نفر میسر می‌کند. از آنجایی که در حال حاضر بیشتر پیام‌رسان‌ها از خصوصیات تعاملی رسانه‌های اجتماعی برخوردارند، شاید بتوانیم مرز میان رسانه‌های اجتماعی و پیام‌رسان‌ها را نادیده گرفته و پیام‌رسان‌های امروزی را رسانه‌های اجتماعی تلقی کنیم. واتس‌آپ^{۳۳}، وی‌چت^{۳۴} و پیام‌رسان فیس‌بوک از این دست پلتفرم‌ها هستند. آنچه به عنوان نقاط اشتراک پلتفرم‌های فضای مجازی، در این مقاله مورد تأکید است، دسترسی مدیران پلتفرم، بر داده‌های شخصی کاربران است. در تمامی اقسام پلتفرم‌ها، حجم وسیعی از داده‌های شخصی کاربران با رضایت یا حتی بدون رضایت ایشان، در اختیار پلتفرم قرار می‌گیرد تا در جهت اهدافی خاص پردازش شده و مورد استفاده قرار گیرد.

۱-۲- علل تعطیلی پلتفرم‌ها

استفاده از پلتفرم‌های فضای مجازی، قدمت زیادی ندارد. نخستین بسترهای ارتباطی در حوزه‌های اینترنت در سال‌های پایانی قرن بیستم ظهور نموده‌اند. با این حال، در همین مدت کوتاه، پلتفرم‌های مختلفی در قالب شبکه‌های اجتماعی، پیام‌رسان، کسب‌وکارهای اینترنتی، بازی‌های تحت وب و ... شکل گرفته، دوران اوج خود را سپری نموده و بعضاً ناپدید شده‌اند؛ بنابراین، عمر پلتفرم‌ها ممکن است بسیار کوتاه باشد.

در حوزه فناوری‌های نوین، طول عمر فناوری تابعی از عوامل گوناگون است. به طور خاص در فضای مجازی، پلتفرم‌های ارائه‌کننده خدمات، در خط مقدم به کارگیری فناوری‌های جدید در رقابت با یکدیگر هستند. در این رقابت تنگاتنگ مهم‌ترین عاملی که بقا و پویایی یک پلتفرم را تضمین می‌نماید، کسب سود و درآمد هر چه بیشتر است. به تعبیری وارونه، عامل اصلی عقب‌ماندگی، یا حتی تعطیلی و نابودی یک فناوری پیشگام، به طور خاص در عرصه پلتفرم‌های مجازی، کاهش سود و درآمد است. کاهش

29. Instagram

30. YouTube

31. Snapchat

32. Instant messengers

33. WhatsApp

34. WeChat

درآمد در این حوزه، معلول دو علت مهم می‌باشد. علت نخست کاهش کاربران یک پلتفرم؛ علت دیگر محدودیت مدیران پلتفرم در دسترسی به داده‌های کاربران و پردازش آن.

۱-۲-۱- کاهش کاربران

منبع اصلی درآمد پلتفرم‌های فضای مجازی به طور خاص رسانه‌های اجتماعی از محل تبلیغات است^{۳۵}؛ به طوری که گفته می‌شود ۹۸/۵٪ از درآمد شرکت فیس‌بوک از طریق تبلیغات است.^{۳۶} مالکان پلتفرم که کنترل داده‌های شخصی کاربران را در اختیار دارند، از طریق جمع‌آوری و پردازش داده‌ها، به تشخیص تمایلات و علایق سیاسی، اقتصادی، تجاری، آموزشی، فرهنگی، تفریحی و ... کاربران می‌پردازند. از این طریق محملی مناسب برای شخصی‌سازی تبلیغات و خدمات فراهم می‌آید؛ به صورتی که ارائه‌کنندگان کالا و خدمات با استفاده از اطلاعات به دست آمده از پردازش داده‌های خام، نوع خاصی از کالا و خدمات را در قالب تبلیغات مشخص برای گروه‌های مختلفی از مردم عرضه می‌کنند. برای مثال از طریق پردازش داده‌ها، می‌توان پیش‌بینی نمود که جوانان ۱۸ تا ۲۵ سال اهل کراچی پاکستان، به چه نوع پوشش لباس، خوراک، تفریح یا ... تمایل دارند. شرکت‌های ارائه‌دهنده پلتفرم از این طریق با ارائه‌دهندگان تبلیغات هدفمند به معامله می‌پردازند و بخش عمده‌ای از درآمد خود را از این طریق به دست می‌آورند.

کاهش تعداد کاربران یک پلتفرم، از یک سو موجب محدود شدن جامعه آماری برای جمع‌آوری و پردازش داده‌ها می‌گردد؛ در نتیجه ارزش تبلیغات در این بستر و به موجب اطلاعات حاصله از آن به شدت کاهش پیدا می‌کند. از سوی دیگر، در صورتی که شرکت‌های ارائه‌دهنده پلتفرم، با موانع قانونی در راه جمع‌آوری و پردازش داده‌ها مواجه شوند و آزادی عمل از ایشان سلب شود، ولو آنکه تعداد کاربران یک پلتفرم افزایش پیدا نماید؛ درآمد پلتفرم به دلیل کاهش ارزش تبلیغات در نزد سفارش‌دهندگان کاهش پیدا می‌کند^{۳۷} و این آغازی بر مشکلات مالی شرکت مالک پلتفرم است.

کاربران یک پلتفرم ممکن است به سبب عوامل مختلفی کاهش پیدا کنند. مهم‌ترین این عوامل،

35. Julian Bühler, Aaron Baur, Markus Bick & Jimin Shi "Big Data, Big Opportunities: Revenue Sources of Social Media Services Besides Advertising" (paper presented at the 14th Conference on e-Business, e-Services and e-Society (I3E), Oct 2015, Delft, Netherlands)

36. Carl Ohman & Nikita Aggarwal. "What if Facebook goes down? Ethical and legal considerations for the demise of big tech". *Internet Policy Review* 9(2020), 3. Last accessed October 10, 2021. doi: 10.14763/2020.3.1488.

37. Ibidem.

عقب‌ماندگی فناوری است. در صورتی که پلتفرم نتواند سطحی پیشگام از فناوری را ارائه نماید، بدون تردید رقابت را به رقیبان خود واگذار خواهد کرد. نمونه‌ای از پلتفرم‌های مجازی که به این سبب رو به تعطیلی نهادند مای اسپیس^{۳۸} می‌باشد. این پلتفرم، علی‌رغم ظهور پیشرفت خیره‌کننده‌ای که در سال‌های ۲۰۰۴ الی ۲۰۰۸ میلادی داشت، نتوانست در رقابت با بزرگ‌ترین رقیب خود فیس‌بوک باقی بماند و از سال ۲۰۰۹ میلادی گوی سبقت را واگذار نمود. علت اصلی شکست این پلتفرم، نداشتن نوآوری‌های مداوم و عقب‌ماندگی فناوری است.^{۳۹} در صورتی که مالکان یک پلتفرم به طور مداوم امکانات و خدمات خود را به‌روزرسانی نکنند و ساختارهای متنوعی را رونمایی نمایند؛ خدمات آنها، از سلیقه مخاطب فاصله خواهد گرفت.

عامل دیگری که ممکن است کاربران را با ریزش مواجه نماید، اختلال در حوزه حفاظت از داده و اطلاعات کاربران است. در صورتی که پلتفرم از حیث امنیتی، آسیب‌پذیر باشد و اخباری در خصوص نفوذ و نشت داده‌های کاربران منتشر شود، بسیاری از کاربران یک پلتفرم ترجیح می‌دهند تا بستری دیگر را برای فعالیت انتخاب نمایند. برای مثال گوگل پلاس، شبکه اجتماعی که در سال ۲۰۱۱ برای رقابت با فیس‌بوک و توئیتر از سوی گوگل رونمایی شد، در پی انتشار اخبار متعددی از دسترسی توسعه‌دهندگان به اطلاعات شخصی کاربران در پاییز ۲۰۱۷، با کاهش کاربران مواجه شد؛ از سوی دیگر عدم توان رقابتی با دیگر شبکه‌های اجتماعی کهنه کار، سبب شد گوگل این شبکه اجتماعی را در بهار ۲۰۱۸ برای همیشه تعطیل نماید.^{۴۰}

در فرضی ممکن است مدیران یک پلتفرم، خود رویکردی را اتخاذ نمایند که موجب کاهش کاربران شود. در صورتی که اداره‌کنندگان پلتفرم از اطلاعات و داده‌های کاربران سوءاستفاده نمایند؛ برای مثال این داده‌ها را بدون کسب رضایت صاحبان آن، به اشخاص ثالث منتقل نمایند یا برای اهدافی خارج از موافقت‌نامه منعقد شده با کاربر پردازش نمایند، سبب بی‌اعتمادی کاربران و به تبع آن، کاهش شمار ایشان می‌گردد.

38. Myspace

۳۹. «آیا مای اسپیس مرده است؟»، Eyewated, ۱۳/۰۷/۱۴۰۰.

<https://fa.eyewated.com>

۴۰. «گوگل پلاس رسماً به تاریخ پیوست؛ بررسی دلایل شکست پروژه ای بزرگ»، زومیت، ۱۳/۱۱/۱۳۹۸.

<https://www.zoomit.ir/internet-network/324537-rip-google-plus/>

۱-۲-۲- محدودیت دسترسی

محدودیت دسترسی مدیران پلتفرم به داده‌های شخصی کاربران نیز، سبب کاهش درآمد و در نتیجه تعطیلی می‌گردد. گسترش استفاده از فضای مجازی به مرور زمان، ابعاد تازه‌ای از نقض حریم خصوصی را آشکار نمود. امروزه بسیاری از امورات اشخاص از طریق بسترهای اینترنتی و شبکه‌های تلفن همراه انجام می‌گیرد؛ از این رو هیچ‌یک از اشخاص جامعه نمی‌تواند ادعا کند به جهت عدم استفاده از این بسترها حریم خصوصی او حفظ شده و داده‌های شخصی او منتشر نمی‌شود.^{۴۱} در نتیجه این پدیده احساس نیاز به تدوین مقرراتی که به موجب آن حریم خصوصی کاربران فضای مجازی در مقابل ارائه‌دهندگان پلتفرم‌ها مورد حمایت قرار گیرد، شدت گرفت. از سوی دیگر دولت‌ها یا برای حمایت از شهروندان خود و یا برای جلوگیری از انحصار شرکت‌های دارنده پلتفرم در مدیریت و استفاده از داده‌ها و اطلاعات، مبادرت به تصویب قوانین حمایت از داده و حفاظت از حریم خصوصی نمودند. به تدریج با پیشرفت تکنولوژی، قوانین این حوزه نیز دستخوش تغییر شده و سطح محدودتری از دسترسی بر داده‌ها را برای کنترل گران^{۴۲} ترسیم می‌نمایند. محدودیت پلتفرم‌ها در دسترسی به داده‌ها، جمع‌آوری و پردازش آن سبب می‌شود تا از یک سو فعالیت‌های تجاری و تبلیغاتی پلتفرم که متمرکز بر شخصی‌سازی آگهی‌ها و تبلیغات است^{۴۳} با چالش مواجه شود و از سوی دیگر امکان شخص‌سازی محتوا، بهبود خدمات و ارائه امکانات و سرویس‌های تازه بر مبنای نیازهای روز تحت شعاع قرار گیرد.

۱-۳- اشکال تعطیلی یک پلتفرم

پلتفرم‌های فضای مجازی دارایی‌های ابرشرکت‌های فناوری^{۴۴} هستند. در صورتی که یک شرکت فناوری اطلاعات با مشکلات مالی مواجه شود، مانند هر شرکت دیگری ممکن است به ورطه ورشکستگی افتد. در این راستا، بر اثر مشکلات مالی ممکن است شرکت تصمیم گیرد کارمندان خود را تعدیل نماید و یا حتی تمام یا برخی از سرورهای غیر سودآور را خاموش نماید. برای مثال همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، یاهو در ماه می سال ۲۰۲۱ تمامی سرورهای مربوط به پلتفرم یاهو انسرز را متوقف نمود، باین‌حال سرور

۴۱. فاطمه قناد و امیره علیقلی، «مفهوم و اهمیت داده‌های شخصی و حریم خصوصی و انواع حمایت از آن در فضای مجازی» حقوق قراردادهای و فناوریهای نوین ۱ (۱۳۹۹)، ۳۱۲.

42. Controller

43. "Google Privacy Policies" last modified July 1 2021, <https://policies.google.com/privacy?hl=en-US>

44. Technology Company

ژاپنی این پلتفرم همچنان فعال است.^{۴۵}

در فرض دیگر، ممکن است مدیران شرکت در اثر مشکلات مالی و یا فراهم ساختن شرایط رقابت با رقیبان تصمیم به اتخاذ تدابیری نمایند که به تغییر کاربری پلتفرم منتهی شود. برای مثال ممکن است شرکت مالک یک پلتفرم با شرکتی دیگر ادغام شده یا توسط یک شرکت دیگر خریداری شود. در این شرایط ممکن است پلتفرم با مالکین جدید به فعالیت خود ادامه دهد و یا مالکین جدید تصمیماتی برای آینده پلتفرم اتخاذ کنند. همچنین در اثر بدهکاری شرکت مالک پلتفرم ممکن است پیش از ورشکستگی یا در جریان تصفیه، دارایی‌های شرکت از جمله پلتفرم‌های فضای مجازی به فروش رسد. در این صورت مالکان جدید پلتفرم ممکن است کاربری آن را تغییر داده و یا آن را با پلتفرم دیگری ادغام نموده و در قالب و ساختاری جدید عرضه نمایند. همچنین ممکن است بی‌آنکه مالکیت پلتفرم منتقل شود، مدیران آن، تصمیم به تغییر کاربری گیرند؛ علت این امر ممکن است ایجاد فضایی برای رقابت در عرصه‌ای تازه و پیشگیری از قرار گرفتن در مسیر انحلال و نابودی شرکت باشد. برای مثال ممکن است یک پلتفرم پیام‌رسان با تغییر ساختار به عنوان یک شبکه اجتماعی و یا یک بستر برای اداره کسب‌وکار مجازی به فعالیت خود ادامه دهد.

شرکت یاهو از شرکت‌های فعال در حوزه پلتفرم‌های فضای مجازی، نمونه‌ای از شرکت‌ها است که پلتفرم‌های متعلق به آن به هر دو سرنوشت فوق دچار شدند. نخست در سال ۲۰۱۳ با تغییر مدیریت شرکت یاهو، تمرکز این شرکت بر فعالیت در حوزه کاربری‌های گوشی همراه به‌خصوص اپلیکیشن آب و هوا قرار گرفت. در سال‌های بعد شرکت ورایزن^{۴۶}، موفق به خرید دو شرکت یاهو و ای او ال^{۴۷} و ادغام آن دو در قالب شرکت اوث^{۴۸} گردید که منجر به تغییر کاربری بسیاری از پلتفرم‌های این دو شرکت شد. در هر صورت، وجه مشترک حالات فوق آن است که دیگر پلتفرم به شیوه سابق ادامه حیات نمی‌دهد و کاربران تحت آن عنوان و در بستر پیشین به فعالیت نمی‌پردازند. این موضوع در سرنوشت داده‌های شخصی کاربران تأثیرگذار است. خصوصاً اینکه در صورت فوق، امکان دارد اشخاص جدید بدون اطلاع یا رضایت کاربران و خارج از خط‌مشی حریم خصوصی سابق بر داده‌های شخصی ایشان دسترسی پیدا می‌نمایند. در مباحث آتی به این موضوع بیشتر پرداخته می‌شود.

45. "Yahoo! Answers."

46. Verizon Communications

47. AOL Incorporated

48. Oath Incorporated

۲- داده‌های شخصی و نظام حاکم بر آن

استفاده از پلتفرم‌های مجازی، مقتضی تسلط مدیران پلتفرم بر بخش قابل توجهی از داده‌های شخصی کاربران است. بر مبنای مقررات حفاظت از داده‌ها، هر پلتفرم در هنگام ثبت نام، توافق‌نامه‌ای را جمع به خط‌مشی رازداری در مقابل کاربران قرار می‌دهد و در صورت موافقت، قراردادی الحاقی منعقد می‌گردد. از این حیث این توافق الحاقی محسوب می‌گردد که کاربر در صورتی که بخواهد از خدمات پلتفرم برخوردار شود، می‌بایست بدون آنکه تغییر عمده‌ای در مندرجات موافقت‌نامه ایجاد نماید، موافقت خود را اعلام نماید. در این مسیر، کاربر بخشی از اطلاعات شخصی خود را مانند نام و نام خانوادگی، شماره همراه، ایمیل، نام کاربری و گذرواژه و ... شخصاً در اختیار پلتفرم قرار می‌دهد. علاوه بر این بخشی از داده‌های شخصی کاربران از طریق مشاهده ثبت و ضبط می‌شوند؛ مانند داده‌های مکانی کاربر در هنگام انجام تماس تلفنی. همچنین بخشی از داده‌ها از طریق استنباط و استخراج از دیگر داده‌ها به دست می‌آیند، مانند میزان اعتبار شخص از طریق بررسی سوابق مالی.^{۴۹} به عنوان نمونه خط‌مشی رازداری گوگل به برخی از داده‌های مورد جمع‌آوری به طور تمثیلی اشاره می‌نماید؛ از جمله این داده‌ها، زبان مورد استفاده، صفحات بازدید شده، نظرات گذاشته شده، موارد پس‌نویس شده، رایانامه‌ها، محتوای به اشتراک گذاشته شده تا حتی سیستم عامل دستگاه، نرم‌افزارهای فعال در سیستم عامل و نسخه‌های به‌روزرسانی شده آن، آی پی دستگاه، نقاط دسترسی وای‌فای، دستگاه‌های بلوتوث فعال، اپراتور تلفن همراه و شرکت مخابراتی، سوابق مرورگر، موقعیت مکانی و ... می‌باشد.^{۵۰} در این مبحث نخست به شناخت مفهوم داده‌های شخصی پرداخته و سپس نظام حقوقی حاکم را در فرض تعطیلی پلتفرم بررسی می‌نماییم.

۲-۱- شناسایی داده‌های شخصی

بند نخست ماده ۴ از مقررۀ عمومی حفاظت از داده‌اتحادیه اروپا^{۵۱}، داده‌ شخصی^{۵۲} را این‌گونه تعریف می‌نماید: «داده شخصی به معنای هر گونه اطلاعات راجع به یک شخص حقیقی (موضوع داده) شناسایی شده یا قابل شناسایی است؛ یک شخص حقیقی قابل شناسایی کسی است که به طور مستقیم

49. Ali M. Al-Khouri, "Data Ownership: Who Owns 'My Data'" *International Journal of Management & Information Technology* 2(2012): 3.

50. "Google Privacy Policies"

51. General Data Protection Regulation

52. Personal data

یا غیر مستقیم، علی‌الخصوص با مراجعه به شناسه‌هایی چون نام، کد شناسایی، داده مکان، شناسه آنلاین یا با مراجعه به یک یا چند فاکتور مربوط به هویت جسمانی، فیزیولوژیکی، ژنتیکی، روانی، اقتصادی، فرهنگی یا اجتماعی آن شخص حقیقی مورد شناسایی قرار گیرد».

از تعریف فوق چند نکته پیرامون ماهیت داده شخصی قابل استنباط است. نخست آنکه، داده در تعریف حاضر مفهومی عام را دربرگرفته که هم شامل مفهوم داده در علوم رایانه‌ای شده و هم شامل مفهوم اطلاعات^{۵۳} می‌گردد.^{۵۴} توضیح آنکه، داده در اصطلاح علوم رایانه، علائم و نمادهای خامی است که جمع‌آوری شده و در اثر پردازش به اطلاعات مبدل می‌گردد. در توصیف داده گفته شده: «داده‌ها حقایق و واقعیت‌های خام هستند؛ این اجزا در پایگاه‌های داده^{۵۵} ذخیره و مدیریت می‌شوند. به عنوان مثال ۲۰۱۵ و محمد نمونه‌ای از داده‌ها هستند و تا زمانی که پردازش نشوند، هیچ برداشتی از این سه داده صورت نمی‌گیرد ولی اطلاعات، داده‌های خلاصه‌ای هستند که گروه‌بندی، ذخیره، پالایش و سازمان‌دهی شده‌اند تا بتوانند معنی‌دار شوند».^{۵۶} در تعریف حاضر، داده اعم از هر دو مفهوم داده و اطلاعات در علوم رایانه‌ای می‌باشد؛ یعنی داده شخصی هم امور خامی که به طور غیرمستقیم منجر به شناسایی یک شخص حقیقی می‌شود و هم اطلاعاتی که به سبب پردازش می‌تواند به طور مستقیم سبب شناسایی گردد را شامل می‌شود. در نتیجه تفکیک مصطلح میان داده و اطلاعات در تعریف فوق لحاظ نشده است؛ بنابراین تعریف این بند معادل تعریفی است که فرهنگستان زبان و ادب فارسی از داده نموده است: «اعداد و متن و مانند آن که می‌توان آنها را به شکل خاصی مرتب کرد تا امکان ذخیره‌سازی و پردازش آنها به وسیله رایانه فراهم شود».^{۵۷}

نکته دیگر آنکه داده‌های شخصی تنها اطلاعات راجع به اشخاص حقیقی را دربرمی‌گیرد و این مفهوم در خصوص اشخاص حقوقی استعمال نمی‌شود. نکته سوم آنکه تعریف فوق در مقام بیان مصادیق داده‌های شخصی برنیامده است. بلکه با ذکر مصادیقی از شناسه‌ها و فاکتور، تکیه خود را بر شناسایی شده یا قابل شناسایی بودن شخص موضوع داده^{۵۸} نهاده است. گاه داده شخصی منجر به

53. Information

۵۴. «داده»، ویکی‌پدیا، ۲۰۲۱/۷/۲۰.

<https://fa.wikipedia.org/wiki/>

55. Database

۵۶. شیرین باقری و سنجر سلاجقه «از مدیریت داده تا مدیریت دانش»، عصر مدیریت ۱۴ (۱۳۸۹)، ۷۷.

۵۷. «داده»، موتور جست‌وجوی واژگان مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی، ۲۰۱۷/۱۰/۴.

<https://wiki.apll.ir/word/index.php/Data>

58. Data subject

شناسایی شخص می‌گردد: مثلاً نام و نام خانوادگی و نام پدر: آقای رضا رضایی فرزند احمد و گاه ممکن است داده شخصی اطلاعاتی باشد که پی بردن به هویت او را ممکن سازد؛ مثلاً با این توصیف که مردی ۳۰ ساله دانشجوی حقوق دانشکده هاروارد با کد دانشجویی ... و مبتلا به گوزپستی. این شناسه‌ها در صورتی که منتهی به قابل شناسایی شدن شخص حقیقی مشخصی گردد، داده‌های شخصی او محسوب می‌گردد.

پیش از ارائه تعریف فوق، برخی از نویسندگان دامنه داده‌های شخصی را مضیق‌تر تفسیر می‌نمودند؛ بدین معنا که تنها داده‌هایی شخصی هستند که به واسطه اشاره به داشته‌های شخصی یک نفر، خواه فیزیکی، منطقی و عاطفی موجب تعیین هویت او می‌شوند. در نتیجه صورت مالی ارسالی از سوی یک شرکت به یک شخص به عنوان سهام‌دار واجد شرایط داده شخصی او محسوب می‌گردد.^{۵۹}

در قوانین داخلی، قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲ در بند الف ماده ۲ داده‌پیام را تعریف می‌نماید،^{۶۰} این تعریف نیز معنای عامی از داده را برگزیده است. در بند «ر» همین ماده، داده‌پیام شخصی را داده‌پیام‌های های مربوط به یک شخص حقیقی (موضوع داده) مشخص و معین تعریف نموده است. پیش‌نویس لایحه صیانت و حفاظت از داده‌های شخصی مدون ۶ مرداد ۱۳۹۷ که تاکنون به تصویب هیأت وزیران نرسیده است، در ماده ۲ همگام با مقررۀ عمومی حفاظت از داده تعریف کامل‌تری از داده‌های شخصی ارائه نموده است. بند الف ماده ۲: «عبارت است از داده‌ای که به تنهایی یا به همراه داده‌های دیگر، مستقیم یا غیرمستقیم شخص موضوع داده را از طریق ارجاع به یک شناسه، می‌شناساند»؛ بنابراین این تعریف نیز بر خاصیت شناساننده بودن داده‌های شخصی تأکید نموده است. در مهر ۱۴۰۰ طرحی تحت عنوان «طرح حمایت و حفاظت از داده‌ها و اطلاعات شخصی» در صحن علنی مجلس شورای اسلامی اعلام وصول شد. متن این طرح تا حدود زیادی مشابه پیش‌نویس لایحه پیش‌گفته می‌باشد؛ اما تفاوت مهمی که در طرح اعمال شده و در عنوان آن قید شده است تفکیک داده و اطلاعات و شمول طرح بر هر دو آنها می‌باشد. بند الف از ماده ۲ مقرر داشته است: «داده و اطلاعات شخصی عبارت است از داده و اطلاعاتی که به تنهایی یا به همراه داده‌های دیگر، شخص موضوع داده را می‌شناساند».

59. Al-Khouri, "Data Ownership", 2.

۶۰. «داده پیام»: (Data Message) هر نمادی از واقعه، اطلاعات یا مفهوم است که با وسایل الکترونیکی، نوری و یا فناوری‌های جدید اطلاعات تولید، ارسال، دریافت، ذخیره یا پردازش می‌شود».

۲-۲- تحلیل نظام حاکم از منظر حقوق اموال

دانستیم که مدیران پلتفرم‌های فضای مجازی، حجم وسیعی از داده‌های شخصی کاربران را در اختیار دارند. تسلط کنترل‌گران بر داده‌های شخصی، امری اجتناب‌ناپذیر است؛ مادامی که کاربری از منافع پلتفرم استفاده می‌برد، بدیهی است که داده‌های شخصی او در دسترس کنترل‌گران قرار می‌گیرد. این امر که داده‌های شخصی توسط کنترل‌گران جمع‌آوری شده و در اختیار پردازشگران^{۶۱} قرار گیرد و متعاقب آن از اطلاعات به دست آمده در عرصه‌های مختلف استفاده شود، منوط به اذن و رضایت کاربران است. تا زمانی که پلتفرم مورد استفاده قرار می‌گیرد، روابط بین کاربران و کنترل‌گران، اغلب تابع توافقی است که از آن به عنوان خط‌مشی رازداری و حریم خصوصی یاد می‌شود. در فرضی که پلتفرم مجازی، به هر دلیل تعطیل شود، تدابیر موجود در توافق مذکور همه جوانب و چالش‌های حقوقی مرتبط را پوشش نمی‌دهد. این موضوع که در فرض تعطیلی پلتفرم و فقدان توافق جامع، داده‌های شخصی با چه سرنوشتی مواجه خواهند شد، متأثر از تحلیل حقوقی است که از ماهیت داده‌های شخصی و ارتباط داده با شخص موضوع آن، همچنین ماهیت قرارداد میان کاربر و کنترلیکننده و ذی‌نفعان این امر ارائه می‌شود؛ در صورتی که نظام حاکم بر داده‌های شخصی نظام حقوق اموال باشد، می‌بایست داده مال و ملک اشخاص تلقی شود؛ در این نگاه، انطباق ماهیت و اوصاف داده، با عناوین مالیت و ملکیت ضروری می‌نماید. در این صورت، سرنوشت داده شخصی پیش و پس از تعطیلی پلتفرم در اختیار مالک آن خواهد بود.

در فرض دیگر، با رویکرد حقوق قراردادهای، توافق بین شخص موضوع داده و کنترل‌گران، قراردادی است که طرفین از هنگام انعقاد آن می‌بایست خود را ملتزم به شروط آن نمایند. در این حالت، پس از تعطیلی پلتفرم، وضعیت داده‌های شخصی تابع التزامات پیش‌بینی شده در قرارداد خواهد بود. از نگاه حقوق بشر نیز تحلیل داده‌های شخصی و ارتباط آن با موضوع داده و پلتفرم‌ها قابل توجه است. حق بر حریم خصوصی یکی از حقوق اساسی مندرج در اسناد بین‌المللی چون ماده ۱۲ اعلامیه جهانی حقوق بشر و بند نخست از ماده ۱۷ میثاق حقوق مدنی و سیاسی می‌باشد. در این رویکرد، مقررات حاکم بر داده‌های شخصی، به دنبال مال‌انگاری^{۶۲} داده نبوده و صرفاً برای حفاظت از حریم خصوصی موضوع داده وضع شده‌اند. در این شرایط، سرنوشت داده‌های شخصی در فرض تعطیلی پلتفرم، تابع

61. Processor

62. Propertization

مصالحی است که حقوق شخص موضوع داده، همچنین نسل‌های آینده بشر ایجاب می‌نماید. در گفتار حاضر در قالب سه بند نخست به مطالعه مالیت داده‌های شخصی پرداخته، سپس ملکیت و مالکیت داده را از نظر گذرانده و در نهایت ضرورت نگاه از منظر حقوق اموال و تأثیر آن بر سرنوشت داده مورد تأکید قرار خواهد گرفت.

۲-۱- مالیت داده‌های شخصی

در دیدگاه‌های سنتی برای مال تلقی شدن یک شیء اوصاف مختلفی ذکر شده است. برخی از نویسندگان معیار مال بودن شیء را مفید و برطرف‌کننده نیاز بودن، همچنین قابلیت اختصاص به شخص یا ملت معین دانسته‌اند.^{۶۳} برخی دیگر داشتن ارزش داد و ستد و مبادله و پرداخت پول یا مال دیگر در برابر شیء را ضابطه مالیت آن شیء شمرده‌اند.^{۶۴} در خصوص ارزش اقتصادی یک مال، دو دیدگاه مطرح شده است: برخی داشتن ارزش اقتصادی نوعی را ملاک مالیت دانسته و از نظر نویسنده‌ای دیگر، این معیار می‌بایست در رابطه طرفین یک معامله وجود داشته باشد، در عین حال انگیزه معامله نیز عقلایی و مشروع باشد؛^{۶۵} از همین رو است که گفته شده مالیت مفهومی نسبی است که با شرایط و اوضاع خاص سنجیده می‌شود.^{۶۶} از دیگر اوصافی که برای مال گفته شده، محدود و کمیاب بودن است؛ امری که به طور نامحدود وجود داشته باشد، موجب رغبت مردم نشده و برای آن نوعاً ارزش اقتصادی قائل نیستند. در خصوص اینکه آیا مشروعیت و نفع عقلایی، نیز از اوصاف مال هستند یا خیر، نیز نظرات مختلف است. طبق دیدگاه مشهور مال آن چیزی است که نفع مشروع عقلایی داشته باشد؛^{۶۷} با این حال از دیدگاه قانون مدنی به نظر می‌رسد، مالیت مستقل از نفع عقلایی و مشروع است.^{۶۸} در فرهنگ لغت، مال را به موضوع مالکیت تعریف کرده‌اند. بدین مضمون که مال هر چیزی است، مادی یا غیرمادی، محسوس یا غیر محسوس، مرئی یا نامرئی که موضوع حق مالکیت قرار می‌گیرد. همچنین مال هر چیزی است که

۶۳. ناصر کاتوزیان، اموال و مالکیت (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۹)، ۹.

۶۴. سید حسن امامی، حقوق مدنی، جلد اول (تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۷۷)، ۲۶.

۶۵. کاتوزیان، پیشین، ۱۰.

۶۶. مهدی شهیدی، حقوق مدنی ۳/ تعهدات (تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۵)، ۵۰.

۶۷. سید ابوالقاسم خویی، مصباح الفقاهه، جلد دوم (قم: دآوری، ۱۳۷۷.ش)، ۳۴. سید روح الله موسوی خمینی، کتاب

البیع، جلد دوم (تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱)، ۲۰۲.

۶۸. ماده ۲۱۵: «مورد معامله باید مالیت داشته و متضمن منفعت عقلایی مشروع باشد».

دارای ارزش مبادله بوده یا موجب افزایش ثروت و دارایی می‌شود.^{۶۹}

داده‌های شخصی در عصر حاضر دارای ارزش‌های متعددی از جمله اقتصادی، سیاسی، شخصی، استراتژیکی و ... هستند.^{۷۰} شاید در سال‌های نه‌چندان دور داده شخصی، فاقد ارزش اقتصادی تلقی می‌شد؛^{۷۱} ولی امروزه، حجم عظیمی از داده‌های شخصی مورد مبادله قرار گرفته به طوری که داده نقش صدها میلیارد دلاری در اقتصاد جهان دارد.^{۷۲} برای درک بهتر ارزش اقتصادی داده‌های شخصی باید به عبارت مرسوم دنیای دیجیتال توجه نمود: «اگر برای یک محصول پولی پرداخت نمی‌کنید، پس شما یک محصول هستید. در عصر کنونی بسیاری از پلتفرم‌های مجازی، خدمات خود را به صورت ظاهراً رایگان در اختیار کاربران قرار می‌دهند؛ باین حال، این ظاهر دل‌انگیز، باطنی هدفمند دارد. پلتفرم‌ها، در قبال این خدمات، داده‌های شخصی کاربران را جمع‌آوری کرده و از محل انتقال یا پردازش آن در جهت سامان‌دهی تبلیغات، کسب درآمد می‌کنند. در حقیقت کاربران و به طور خاص داده‌های شخصی ایشان محصولی است که ارائه‌کنندگان خدمات، در ازای خدمت خویش دریافت می‌کنند؛ بنابراین داده‌ها دارای ارزش اقتصادی هستند؛ زیرا کنترل‌گران در برابر آن، خدمات با ارزش و پردازشگران برای خرید آن، پول پرداخت می‌کنند. برای مثال پلتفرم لینکدین در سال ۲۰۲۰ از محل ایجاد دسترسی تبلیغ‌کنندگان به داده‌های ۷۰۰ میلیون کاربر خود، ۳ میلیارد دلار درآمد کسب کرده است.^{۷۳}

ارزش اقتصادی داده‌های شخصی مانند هر مال دیگری تابع نفع، کمیاب بودن، همچنین عرضه و تقاضا می‌باشد. نفع داده برای پلتفرم، جمع‌آوری و انتقال آن به پردازشگران و برای شرکت‌های ارائه‌دهنده محصولات، درک نیازها، سلايق و حساسیت‌های مخاطبین و در وهله بعد تلاش برای ارائه محصولات، خدمات، حتی پیام‌ها و تبلیغات متناسب است.^{۷۴} درحالی که داده‌های شخصی متعلق به ۲۰ سال قبل تنها ممکن است، از حیث مطالعات جامعه‌شناختی، روان‌شناختی و تاریخی دارای اهمیت

69. Henry, Campbell black, *Black's Law Dictionary*) Eagan: WEST PUBLISHING CO, 1971), 1380.

70..Purtova. N *Property Rights in Personal Data: A European Perspective* (Tilburg: Wolters Kluwer Law & Business, 2012), 132-133.

۷۱. در سال ۲۰۰۵ دادگاه فدرال حکم نمود که اطلاعات شخصی یک مسافر، ارزش مالی برای غرامت ندارد.

“In re Jet Blue Airway's Corp. Privacy Litig., 379 F. Supp. 2d 299, 327 (E.D.N.Y. 2005).” Accessed December 13 2021 <https://h2o.law.harvard.edu/cases/4455>

72. James Manyika, “Big data: the next frontier for innovation, competition and productivity” *McKinsey & Co.* 8 (2011), accessed December 12, 2021, <https://www.mckinsey.com/business-functions/mckinsey-digital/our-insights/big-data-the-next-frontier-for-innovation>

73. “how much is data worth?” last modified, July 13th 2021, <https://www.invisibly.com/learn-blog/how-much-is-data-worth>.

74. Ibidem

باشد، داده‌های امروزی به سبب ارزش اقتصادی در بازار متقاضیان زیادی دارد. در بین گروه‌های سنی و نژادی نیز تحقیقات حاکی از آن است که ارزش داده‌های شخصی کاربران ۱۸ تا ۲۴ سال از دیگر گروه‌های سنی، همچنین داده‌های سیاه‌پوستان و مردم خاورمیانه نسبت به دیگر کاربران از ارزش بالاتری برخوردار بوده است.^{۷۵}

ارزش اقتصادی داده‌های شخصی از منظر حقوقی با دو چالش مهم مواجه است. نخست آنکه، آیا داده‌های شخصی دارای ارزش ذاتی هستند یا به خودی خود صرف‌نظر از پردازش و استفاده‌های بعدی فاقد ارزش هستند؟ برخی نظریات از کارکرد و ارزش اقتصادی ذاتی داده‌های شخصی حمایت می‌کنند؛ از این منظر داده‌های شخصی، نفت و طلای جدید در دنیای اقتصاد محسوب می‌شوند.^{۷۶} در مقابل، عده‌ای ارزش داده‌های شخصی را ذاتی ندانسته، بلکه ارزش را تابعی از زمینه‌ای که داده در آن مورد استفاده قرار می‌گیرد، همچنین اطلاعات شخصی که از آن مستخرج می‌شود، دانسته‌اند.^{۷۷} در جمع‌بندی بین دو نظر می‌توان قائل شد که داده‌های شخصی نیز مانند بسیار از اشیاء ذاتاً مال محسوب می‌شود؛ هرچند که برای نیل به ارزش افزوده نیاز به پردازش و به‌کارگیری در زمینه خاص داشته باشد. مانند نفت خام، مس، طلا و ... مستخرج از چاه و معدن.

چالش دیگر در مورد ارزش اقتصادی داده از این مسأله ناشی می‌شود که آیا ارزش اقتصادی در برابر مجموعه‌ای از داده‌های شخصی^{۷۸} است یا هر واحد داده شخصی^{۷۹} به‌خودی‌خود دارای ارزش است؟^{۸۰} یک خصیصه بسیار مهم برای پذیرش نظام حقوق اموال در قبال داده‌ها، توجه به نقش جمع‌آوری و اجتماع^{۸۱} در مالیت داده است. باید توجه داشت که به فرض آنکه داده مال تلقی شود، حجم داده‌های تولید شده در فضای مجازی با هیچ‌یک از صور دیگر اموال منقول و غیرمنقول قابل مقایسه نمی‌باشد؛ افزون بر این، حجم اطلاعات جدید، نیز بسیار زیاد است؛ به طوری که گفته شده است، در طول دو روز حجم داده‌های تولید شده از حجم اطلاعات موجود از آغاز آفرینش انسان تا سال ۲۰۰۳ میلادی بیشتر

75. Ibidem

76. Václav Janeček, "Ownership of personal data in the Internet of Things" *The Computer Law & Security Review* 2018(, 13. accessed December 13 2021. DOI: 10.1016/j.clsr.

77. OECD, *Data Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being* (Paris: OECD publishing, 2015), 197.

78. Personal Data Set

79. Personal Datum

80. Janeček, op.cit., 14.

81. Aggregation

است.^{۸۲} نقش اجتماع و تراکم داده را از حیث اقتصادی به دو نحو می‌توان تفسیر نمود:

۱. یک قطعه از داده شخصی منفرداً، بدون آنکه در داخل قالبی از کلان داده^{۸۳} در مقایسه با دیگر داده‌ها قرار گیرد، فاقد ارزش است. از همین رو است که می‌توان داده یک کاربر را از مجموعه داده‌ها خارج نمود، بی‌آنکه به ارزش مجموعه خلی وارد شود. در این صورت کارکرد اجتماع داده، ایجاد ارزش اقتصادی برای مجموعه گردآوری شده می‌باشد.

۲. رویکرد دیگر به داده‌ها، ارزش اقتصادی برای هر قطعه داده قائل است. از این منظر داده را می‌توان با دانه‌های گندم مقایسه نمود. دانه‌های گندم علی‌رغم آنکه ممکن است از دید بعضی مال تلقی نشوند ولی در حقیقت دارای ارزش و مالیت هستند^{۸۴} و اجتماع آنها در قالبی مثل ۱۰۰ گرم گندم، موجب افزایش قیمت مجموعه خواهد بود. در نتیجه، نمی‌توان قائل شد که برای مثال ۹۹ گرم از گندم فاقد ارزش است. داده نیز وضعیتی مشابه دارد. هر قطعه داده به‌خودی‌خود دارای ارزش است، ولو آنکه ارزش آن به قدری کم باشد که معادل پولی برای آن یافت نشود.

به نظر می‌رسد در مقام مقایسه بین دو دیدگاه باید بار دیگر به ماهیت و کارکرد داده‌ها توجه نمود. در صورتی که برای هر قطعه از داده بتوانیم نفع و فایده‌ای قائل شویم، به همان میزان ولو اندک داده دارای ارزش اقتصادی است؛ اما در صورتی که قطعات داده مستقل از یکدیگر فاقد نفع و کاربرد باشد و تنها ذیل یک مجموعه در قیاس با هم مفید باشد، می‌توان ارزش اقتصادی را تنها برای مجموعه داده‌ها در نظر گرفت و نقش اجتماع را زایش ارزش دانست. نظر به اینکه برای هر واحد داده، می‌توان نقشی مستقل در پردازش و استخراج اطلاعات قائل شد، ولو آنکه کسر یک داده بر ارزش اقتصادی مجموعه هیچ انگاشته شود،^{۸۵} مالیت را می‌بایست به ذرات و قطعات داده منتسب نمود.

افزون بر ارزش اقتصادی، داشتن نفع مشروع عقلایی و قابلیت اختصاص از اوصاف مال است. مقصود از نفع عقلایی، همان داشتن نفع و فایده نوعی یا لااقل برای متعهدله در یک شیء و آن هم نفعی عرف عقلا آن را می‌پذیرد^{۸۶} و موجب داد و ستد آن با مال می‌گردد. مقصود از نفع مشروع، عدم منع شارع و قانون‌گذار نسبت به منافع غالب یک شیء است. در خصوص داده‌های شخصی، با توجه

82. Tech Crunch, Every 2 Days We Create As Much Information As We Did Up to 2003, last modified August 4 2010, <http://perma.cc/WW4R-HNVX>.

83. Big Data

۸۴. کاتوزیان، پیشین، ۱۱.

۸۵. معروف است گفته می‌شود النادر کالمعدوم

۸۶. سید حسین صفایی، حقوق مدنی / قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۷)، ۱۴۰.

به کاربردهایی که امروزه برای این داده‌ها وجود دارد. نفع عقلایی متصور است و از آنجا که منع قانونی و شرعی نسبت به خود داده و تملک آن وارد نشده است، می‌توان انتفاع غالب از آن را مشروع تلقی نمود. آری ممکن است گردآوری برخی از داده‌ها بدون رضایت موضوع داده بوده و یا در جهت اهداف نامشروع پردازش گردد، اما این موضوع به مشروعیت مالیت خود داده، ضرری نمی‌رساند. قابلیت اختصاص داده را با توجه به ارتباط آن به موضوع ملکیت، در بند بعدی مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

از نقطه نظر اسناد و مقررات حاکم، داده‌های شخصی وضعیت متفاوتی با سایر اشیاء و اموال ندارند؛ یعنی همان‌طور که در هیچ ماده قانونی مشاهده نمی‌شود که به موضوع یا شیء خاصی صراحتاً مال اطلاق شود، قوانین حاکم بر داده‌های شخصی نیز تصریحی به مالیت این دست از داده‌ها ندارند. باین حال، از تفحص در احکام مندرج در مقرره عمومی حفاظت از داده‌های اتحادیه اروپا و قانون حریم خصوصی مصرف‌کننده کالیفرنیا^{۸۷}، پاره‌ای از حقوق قابل استنباط است که دلالت بر مالیت داده دارد. برای مثال ماده ۱۷۹۸/۱۱۵ مقرره کالیفرنیا، امکان فروش داده‌های شخصی توسط بنگاه تجاری و ماده ۱۷۹۸/۱۲۰ انصراف از فروش را طرح می‌نماید؛^{۸۸} امری که حاکی از نگاه مالی به داده است.

۲-۲-۲- ملکیت و مالکیت داده

یکی از ارکان اصلی تعریف مال، قابلیت تملک است. در ارتباط میان مال و ملک گفته شده، رابطه عموم و خصوص من‌وجه برقرار است؛ لیکن برای آنکه شیئی مال تلقی گردد، می‌بایست قابل تملک - یعنی به صورت بالقوه ملک - باشد؛ در نتیجه هر آنچه قابل اختصاص تملک نیست، ولو سایر اوصاف مال را داشته باشد، مالیت ندارد. باین حال ممکن است مالی مالک خاص نداشته باشد؛ مانند آب‌های مباح و اراضی موات.^{۸۹} داده‌های شخصی نیز در صورتی که مال تلقی شوند؛ لاجرم می‌بایست قابل تملک باشند؛ مسأله‌ای که در این بند بدان می‌پردازیم، مالکیت داده شخصی است؛ اینکه آیا داده‌های شخصی ملک هستند و در صورت مثبت بودن پاسخ، چه کسی مالک آنهاست؟

الف - ملکیت داده‌های شخصی

برای پاسخ به سؤال از ملکیت، می‌بایست به یکی از اوصاف مال که بحث از آن را به این مجال واگذار

87. California Consumer Privacy Act

88. Art 1798.120: "A consumer shall have the right, at any time, to direct a business that sells personal information about the consumer to third parties not to sell the consumer's personal information. This right may be referred to as the right to opt out."

۸۹. کاتوزیان، پیشین، ۹.

کردیم، مراجعه نماییم؛ یعنی قابلیت اختصاص. اگر شیئی قابل اختصاص به شخص یا اشخاص معین نباشد، قابل تملک هم نمی‌باشد، در نتیجه متصف به عنوان مال نمی‌گردد؛ برای مثال نور خورشید، هوا، آب دریاها و ... از این دست هستند؛ اما در خصوص قابلیت اختصاص داده‌های شخصی به شخص یا اشخاص معین، با چند چالش عمده مواجه هستیم. چالش نخست ناشی از ماهیت داده‌های شخصی است. داده‌های شخصی توسط پلتفرم‌های فضای مجازی، دائم در حال جمع‌آوری، ثبت و ضبط هستند؛ از این رو حجم زیادی از داده‌ها در حال تولید است. از طرف دیگر ماهیت پردازش داده‌ها، برخلاف سایر اموال، مستلزم گردآوری مجموعه‌های عظیمی از داده است، به طوری که هر چه حجم داده‌های مورد پردازش کمتر باشد، از مزیت مقیاس^{۹۰} کاسته می‌شود. اشکالی که ممکن است در خصوص مالکیت این داده‌ها مطرح شود، حجم بالای داده‌های گردآوری شده و عدم تفکیک اختصاص داده‌ها به هر کاربر مستقل می‌باشد. در صورتی که دریایی از داده‌های دیجیتال، قابل اختصاص به شخص یا اشخاص معین نباشد، اصل ملکیت داده قابل مناقشه خواهد بود.

به نظر می‌رسد در شرایط کنونی با به‌کارگیری شیوه‌ای نوین، داده‌کاوی فرایند جمع‌آوری و پردازش داده‌ها به نحوی صورت می‌پذیرد که امکان تفکیک داده‌های شخصی هر کاربر وجود دارد. شخصی‌سازی تبلیغات، اخبار، پیشنهاد جستجوها و ... حاکی از جداسازی اولیه داده‌هاست.^{۹۱} افزون بر این مقررات حفاظت از داده نیز این تکلیف را بر کنترل‌گران بار می‌کنند که در صورت درخواست شخص موضوع داده، داده‌های شخصی او را به وی بازگردانند یا این داده‌ها به کنترل‌گر دیگر منتقل و یا نابود شود.^{۹۲} تکلیفی که از دید برخی نویسندگان، از حیث فنی چالش‌های فراوانی را به همراه دارد.^{۹۳}

چالش دیگر راجع به اختصاص داده‌ها که ملکیت را تحت الشعاع قرار می‌دهد، سهولت انتقال^{۹۴} این داده‌ها و خصیصه کالای عمومی بودن^{۹۵} آن است. سهولت انتقال بدین معناست که داده‌های شخصی برخلاف اموال مادی به راحتی قابل نقل و انتقال هستند؛ اشتراک‌گذاری این داده‌ها آسان ولی محدود ساختن انتشار آن دشوار است؛^{۹۶} در نتیجه داده‌های شخصی مبین شخصیت یک نفر، ممکن است

90. Economies of scale

91. Ohman & Aggarwal, op.cit., 3.

92. GDPR Art 17 & 19.

93. Ohman & Aggarwal, op.cit., 12.

94. Easy Transfer

95. Public Good

96. Clark D. Asay, "Consumer Information Privacy and the Problem(s) of Third-Party Disclosures", *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, V11, N5 (2013), 321- 324.

بارها از سوی یک کنترل‌گر به پردازشگران متعدد و از سوی ایشان به اشخاص ثالث منتقل شود، بدون آنکه موضوع داده هیچ اطلاعی از این موضوع پیدا کند. همچنین کالای عمومی بودن داده شخصی سبب غیر رقابتی بودن^{۹۷} و تخصیص ناپذیری^{۹۸} آن می‌باشد؛ بدین معنا که استفاده از داده توسط یک شخص دسترسی دیگران برای استفاده از کالا را محدود نمی‌کند. همچنین نمی‌توان کالا را به شخص یا اشخاصی تخصیص داد و دیگران را از استفاده از آن مستثنا کرد.^{۹۹} از این رو ممکن است در آن واحد از یک مجموعه داده، اشخاص متعددی بدون آنکه اثری باقی گذارند، استفاده نمایند.

در پاسخ به این إشکال می‌توان استدلال نمود که سهولت نقل و انتقال، یا غیر رقابتی بودن منبع، شیء را از قابلیت تملک خارج نمی‌کند؛ زیرا از مقتضیات ذات ملک، صعوبت انتقال یا کاسته شدن از منبع اولیه نمی‌باشد. در خصوص اینکه آیا اختصاص از خصایص ذاتی مالیت ملکیت است، تردید فراوان است؛ اموال فکری که امروز مال و ملک محسوب می‌شوند نیز قابل انحصار و تخصیص‌پذیری نیستند؛ با این حال مالیت آن با ملاک‌های دیگر پذیرفته شده است.^{۱۰۰} علی‌ای حال به نظر می‌رسد، تخصیص‌پذیری داده‌های شخصی، از طریق کنترل و شفافیت فرایندهای جمع‌آوری و پردازش داده امکان‌پذیر گردد؛^{۱۰۱} به طوری که با پذیرش نظام حقوق اموال بر داده‌های شخصی، ضمانت اجراهای قانونی در جهت حفاظت بیشتر از داده به مثابه ملک اشخاص، در قوانین حاکم پیش‌بینی شده تا حقوق مالکانه صاحبان داده‌ها، تضییع نشود. برای مثال مقررۀ عمومی حفاظت از داده اتحادیه اروپا در راستای حمایت از حقوق شخص موضوع داده، کنترل‌گران را مکلف به اعلام مدت ذخیره‌سازی داده، اهداف پردازش و اطلاع این موضوع که داده‌ها به کشورهای ثالث یا سازمان‌های بین‌المللی منتقل می‌شود، نموده است.^{۱۰۲}

ب- مالکیت داده‌های شخصی

تشخیص مالک داده‌های شخصی از این حیث حائز اهمیت است که داده به عنوان یک مال مورد مبادله

97. Non-rivalrous

98. Non-excludable

99. "Public good" accessed December 11 2021, [https://en.wikipedia.org/wiki/Public_good_\(economics\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Public_good_(economics))

۱۰۰. سید حسن میرحسینی، مقدمه‌ای بر حقوق مالکیت معنوی (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۴)، ۳۶-۳۸.

۱۰۱. برای مثال ماده ۳۰ طرح حمایت و حفاظت از داده‌ها و اطلاعات شخصی، در جهت کنترل بیشتر فرایند پردازش داده آمده: «نقش آفرینی پردازشگر داده‌ها و اطلاعات شخصی به عنوان یک شغل یا حرفه مستقل، ولو به شکل موردی یا موقت، اعم از انتفاعی یا غیرانتفاعی، مستلزم دارا بودن پروانه یا گواهی از مرجع صلاحیت‌دار مربوط است».

102. GDPR Art 13

یا سوءاستفاده قرار می‌گیرد، در نتیجه دارنده حقوق مالکانه می‌بایست معلوم و معین باشد. افزون بر این شخصی که می‌خواهد داده را تملک نماید، می‌بایست از مالک پیشین مطلع باشد تا در آینده با مدعیان جدیدی برای مالکیت مواجه نشود. داده‌های شخصی مانند اموال غیرمنقول و دارایی‌های فکری دارای سوابق ثبتی نیستند که مالک آنها پیشاپیش مشخص باشد؛ از طرف دیگر مانند اموال مادی منقول محسوس نیستند تا امارهٔ ید و تصرف حکم به مالکیت ذوالید نماید. به همین سبب است که مالک داده‌های شخصی می‌بایست به موجب تحلیلی حقوقی معین گردد.

فرضیه‌های مختلفی در مورد مالک داده‌های شخصی قابل تصور است؛ اشخاص موضوع داده، شرکت مالک پلتفرم، پردازشگران داده و ... از گزینه‌های مطرح هستند. تضاد اصلی در بحث مالکیت داده، به اختلاف دو جریان نگاه حقوق بشری به مالکیت داده و رویکرد حقوق اموالی بدان مربوط می‌شود. از نقطه نظر حقوق بشر، حق بر حریم خصوصی اشخاص به عنوان یک حق اساسی، ایجاد می‌کند که مالکیت داده‌های شخصی اختصاص به اشخاص موضوع داده داشته باشد؛ کما اینکه برخی، تعلق اطلاعات به مردم را از مقتضیات پذیرفته شدهٔ جوامع دموکراتیک دانسته‌اند.^{۱۰۳} در مقابل از منظر حقوق اموال، اشخاص ذی‌نفع از جمله شخص موضوع داده می‌بایست بتوانند در یک رقابت برابر و عاری از تبعیض شانس خود را برای تملک داده‌های شخصی امتحان نمایند، بدون آنکه ملاحظات حفظ حریم خصوصی نادیده گرفته شود.^{۱۰۴}

خارج از بُعد نظری، برای یافتن مالک داده‌های شخصی می‌بایست به مقررات حاکم مراجعه نمود. مقررات حاکم بر داده‌های شخصی در اتحادیه اروپا و ایالات متحده آمریکا، با هدف حفاظت از حریم خصوصی وضع شده‌اند، در نتیجه از منظر حقوق بشر به داده‌های شخصی نظر داشته و در پی وضع و احداث نظام حقوق اموال نبوده‌اند؛ بنابراین قابل درک است که بحثی از مالیت و ملکیت دادهٔ شخصی، در مواد قانونی یافت نمی‌شود. باین حال در نوشته‌های حقوقی ارکانی برای حق مالکیت ذکر شده است؛ هر شخصی که به موجب قانون واجد ارکان موصوف باشد، مالک مال به حساب می‌آید. از این منظر هرگاه چیز با ارزشی^{۱۰۵} تحت کنترل^{۱۰۶}، حفاظت^{۱۰۷} و مختص^{۱۰۸} به شخص یا اشخاصی باشد، آنها مالک

۱۰۳. باقر انصاری، آزادی اطلاعات (تهران: نشر دادگستر، ۱۳۸۷)، ۳۶.

104. Janeček, op.citi., 14.

105. Valuable

106. Control

107. Protect

108. Allocated

آن‌شء با ارزش هستند.^{۱۰۹} مقصود از کنترل در این ضابطه، حق هرگونه تصرف قابل استناد در مورد همه^{۱۱۰} می‌باشد. همچنین مقصود از حفاظت نیز حق منع دیگران از تصرف و استفاده از داده و همچنین حق برخورداری از ابزارهای قانونی در صورت نقض مالکیت است.^{۱۱۱}

بر همین اساس، مقررۀ عمومی حفاظت از دادهٔ اتحادیه اروپا، به عنوان مهم‌ترین منبع قانونی حفاظت از داده‌ها، حقوق مالکانه‌ای را برای شخص موضوع داده ترسیم نموده است.^{۱۱۲} از این منظر می‌توان موضوع داده را مالک دادهٔ شخصی دانست. مقررۀ مذکور حقوق چون دسترسی و استفاده از داده^{۱۱۳}، انتقال داده^{۱۱۴}، حذف^{۱۱۵} و نابودی داده^{۱۱۶}، محدودسازی پردازش^{۱۱۷}، تصحیح داده^{۱۱۸}، اعتراض^{۱۱۹} نسبت پردازش را پیش‌بینی نموده است. این حقوق را می‌توان جنبه‌های مختلفی از حق کنترل، حفاظت و اختصاص نسبت به داده‌های شخصی دانست؛ بنابراین علی‌رغم آنکه مقررۀ عمومی از زاویهٔ حقوق بشری حریم خصوصی به داده‌های شخصی نظر دارد، با این حال متعرض برخی از حقوق مالکانهٔ موضوع داده شده است.

قانون حمایت از حریم خصوصی مصرف‌کنندهٔ کالیفرنیا نیز چنین رویکردی به داده‌های شخصی دارد. در این قانون مصرف‌کننده حق دسترسی به اطلاعات و اطلاع از شیوه‌های حفظ حریم خصوصی را داراست.^{۱۲۰} افزون بر این مصرف‌کننده حق حذف اطلاعات^{۱۲۱} خود و همچنین حق بر اطلاع از انتشار بعدی اطلاعات^{۱۲۲} و حق ممانعت از فروش^{۱۲۳} داده‌های خود را دارد. در ایالات متحدهٔ آمریکا در سال ۲۰۱۹، لایحه‌ای به کنگره، تحت عنوان اختصاری «قانون مالک داده‌های خود باشید»^{۱۲۴} ارائه شده که

109. Ibid, 9.

110. In rem

111. Ibid, 11.

112. Steven H. Hazel, "Personal Data as Property", *Syracuse Law Review* 70(4)(2020), 1085.

113. GDPR Art 15. The right to access and use

114. GDPR Art 20. The right to data portability

115. GDPR Art 17. The right to erasure

116. GDPR Art 17. The right to destroy

117. GDPR Art 18. The right to restriction of processing

118. GDPR Art 16. The right to rectification

119. GDPR Art 21. The right to object

120. CCPA Section 1798.100: Consumers right to receive information on privacy practices and access information

121. CCPA Section 1798.105: Consumers right to deletion

CCPA Section 1798.115: Consumers right to receive information about onward disclosures .۱۲۲

123. CCPA Section 1798.120: Consumer right prohibit the sale of their information

124. "Own your own data act"

در بخش اول آن، به صراحت از حق مالیکت موضوع داده حمایت کرده است.^{۱۲۵} در حقوق ایران به موجب قانون تجارت الکترونیک، داده‌پیام‌های شخصی تعریف شده است؛ با این حال در این قانون، تنها به حمایت از داده‌های شخصی حساس^{۱۲۶} پرداخته شده است؛ از این جهت برخی گفته‌اند مقررۀ عام‌الشمول در جهت حفاظت از داده‌های شخصی در این قانون یافت نمی‌شود^{۱۲۷}؛ با این حال به نظر می‌رسد ماده ۵۹^{۱۲۸} قانون مذکور به طور مطلق داده‌های شخصی را مورد حمایت قرار داده است و اختصاص به داده‌های شخصی حساس ندارد. در این ماده حق بر دسترسی، اصلاح، محو داده‌های شخصی را برای اشخاص قائل شده است. منشور حقوق شهروندی مصوب نهاد ریاست جمهوری که ماهیت قانونی ندارد، در ماده ۳۱ از حق اشخاص نسبت به اطلاعات شخصی خود حمایت می‌کند. در این ماده برای شهروندان حق بر اطلاع از اطلاعات شخصی، اصلاح و تصمیم‌گیری راجع به در اختیار دیگران قرار گرفتن اطلاعات شخصی وجود دارد. آخرین اقدام نظام حقوقی ایران در جهت سامان‌دهی نظام حاکم بر داده‌های شخصی، طرح حمایت و حفاظت از داده‌ها و اطلاعات شخصی است. در این طرح، به مانند مقرره‌های پیش‌گفته حقوقی برای شخص موضوع داده پیش‌بینی شده که از آن مالکیت داده شخصی قابل استنباط است. ماده ۴ این مقرره، پردازش داده‌های شخصی مربوط به وضعیت‌ها یا موقعیت‌های غیر عمومی را منوط به رضایت شخص موضوع داده دانسته است. علاوه بر این در ماده ۶، به موضوع داده این حق داده شده است که هر زمان بخواهد، پردازش یا عدم پردازش همه

125. "116th congress Bill 806" accessed, December 10 2021, <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/806>

۱۲۶. ماده ۵۸: «داده پیام‌های شخصی مبین ریشه‌های قومی یا نژادی، دیدگاه‌های عقیدتی، مذهبی، خصوصیات اخلاقی و داده‌پیام‌های راجع به وضعیت جسمانی، روانی و یا جنسی اشخاص»

۱۲۷. محمدتقی تقوی فرد، محمد رضا تقوی، مهدی فقیهی و محمد جواد جمشیدی، «مقایسه تطبیقی قوانین حمایت از حریم خصوصی اطلاعات در ایران و کشورهای منتخب» فصلنامه مجلس و راهبردها ۸۹ (۱۳۹۶)، ۳۲۱.

۱۲۸. در صورت رضایت شخص موضوع «داده پیام» نیز به شرط آنکه محتوای داده پیام وفق قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی باشد ذخیره، پردازش و توزیع «داده پیام»‌های شخصی در بستر مبادلات الکترونیکی باید با لحاظ شرایط زیر صورت پذیرد: الف - اهداف آن مشخص بوده و به طور واضح شرح داده شده باشند. ب - «داده پیام» باید تنها به اندازه ضرورت و متناسب با اهدافی که در هنگام جمع‌آوری برای شخص موضوع «داده پیام» شرح داده شده جمع‌آوری گردد و تنها برای اهداف تعیین شده مورد استفاده قرار گیرد. ج - «داده پیام» باید صحیح و روزآمد باشد. د - شخص موضوع «داده پیام» باید به پرونده‌های رایانه‌ای حاوی «داده پیام»‌های شخصی مربوط به خود دسترسی داشته و بتواند «داده پیام»‌های ناقص و یانادرست را محو یا اصلاح کند. ه - شخص موضوع «داده پیام» باید بتواند در هر زمان با رعایت ضوابط مربوطه درخواست محو کامل پرونده رایانه‌ای «داده پیام»‌های شخصی مربوط به خود را بنماید.

یا بخشی از داده‌های خود را درخواست نماید. در ماده ۸، حق دسترسی به داده‌های شخصی و در ماده ۳۳، حق اطلاع و دسترسی به اطلاعات چون نوع و نحوه پردازش داده، اهداف پردازش، منابع پردازش، ویژگی‌های پردازش، حقوق شخصی خود و چگونگی استیفای آنها، برای شخص موضوع داده پیش‌بینی شده است.

در ماده ۱۱ این طرح، به طور آشکارتری، حقوق مالکانه شخص موضوع داده به رسمیت شناخته شده است. به موجب این ماده بهره‌برداری مالکانه از داده‌ها و اطلاعات شخصی بدون رضایت موضوع داده ممنوع است؛ بنابراین خود شخص موضوع داده حق بهره‌برداری مالکانه که از عوارض مالکیت می‌باشد را داراست. در نتیجه، غیر از موضوع داده اشخاص دیگر در صورتی حق این بهره‌برداری را دارند که به موجب توافقی این رضایت را حاصل کرده و به نوعی حقوق مالکانه به آنها منتقل شود. به موجب این ماده، در صورتی که گمنامی موضوع داده حفظ شود، زیان مادی و معنوی عرفاً متوجه او نباشد و اخذ رضایت از او ممکن نباشد، امکان بهره‌برداری مالکانه بدون رضایت موضوع داده ممکن شده است. با این حال به نظر می‌رسد این ماده با مبانی حقوق اموال در حقوق ایران انطباق ندارد؛ زیرا در صورتی که داده مال موضوع ملکیت باشد، بهره‌برداری اشخاص غیر مالک، نیازمند ناقل قانونی است که به موجب آن حق مالکیت عین، منفعت و یا حق انتفاع از داده انتقال پیدا نماید. از آنجایی که در فرض حاضر صرفاً امکان جلب رضایت ممتنع است و از سویی اعراض شخص موضوع داده نسبت به مال خود مسلم نیست تا جزء مباحات شود، از طرفی دیگر داده گم نشده که مشمول اموال مجهول‌المالک و لقطه گردد؛ اساساً شخص موضوع و مالک آن با توجه به داده شخصی بودن محرز است، نمی‌توان قائل به جواز بهره‌برداری مالکانه و به تبع آن استفاده تجاری و کسب سود در نتیجه دارا شدن بلاجهت برای اشخاص دیگر شد.

۲-۲-۳- ضرورت و تأثیر نظام حقوق اموال بر سرنوشت داده‌های شخصی

در فرض تعطیلی پلتفرم فضای مجازی، تحلیل نظام حاکم بر داده‌های شخصی اهمیت مضاعفی پیدا می‌کند. ورشکستگی، انحلال، ادغام شرکت مالک پلتفرم، بر سرنوشت داده‌ها اثرگذار است. افزون بر این، در مواردی چون خاموشی سرور، از دسترس خارج شدن، حساب‌های کاربری، تغییر کاربری پلتفرم و ... حجم وسیعی از داده‌های شخصی کاربران در اختیار کنترل‌گران و پردازشگران باقی خواهد ماند. از نظر برخی از نویسندگان، مقررات حاکم بر داده‌های شخصی می‌بایست از وضعیتی مبتنی بر

حقوق قراردادها^{۱۲۹} - که در شرایط فعلی حاکم است - به سمت تشکیل یک نظام حقوق اموال حرکت نماید.^{۱۳۰} تلقی داده شخصی به عنوان مال و ملک موضوع داده، نه تنها سرنوشت شفاف‌تری برای داده‌های شخصی رقم خواهد زد؛ بلکه اهمیت داده شخصی و ارزش آن در نزد موضوع داده بسیار بیشتر شده و از این حیث هدف حفاظت از حریم خصوصی به نحو مطلوب‌تری محقق می‌شود.

در حال حاضر یک نظام شبه قراردادی بر داده‌های شخصی کاربران حکومت می‌کند. در این نظام شخص موضوع داده، یک توافق‌نامه حریم خصوصی را با مدیران پلتفرم منعقد می‌نماید درحالی‌که از بسیاری از مفاد آن بی‌خبر است. در نتیجه این قرارداد و کسب رضایت موضوع داده، داده‌های شخصی او توسط کنترل‌گر تجمیع و برای اهداف خاص اقتصادی، تجارتي، رقابتي، سياسي، اجتماعي و ... که احتمالاً پیشاپیش اذن آن اخذ شده است، پردازش می‌شود.

نظام حقوق اموال از دو منظر مهم نسبت به وضعیت فعلی دارای مزیت است. از یک سو در وضعیت فعلی حقوق اشخاص نسبت به داده‌های شخصی خود روشن و به سادگی قابل فهم نمی‌باشد. تصور کنید، شخصی در طول شبانه‌روز بخواهد از وبسایت‌ها، موتور جست‌وجو، پیام‌رسان‌ها، شبکه‌های اجتماعی و بسترهای مختلف کسب‌وکار مجازی و ... تحت عنوان پلتفرم‌های فضای مجازی استفاده نماید؛ آیا این امکان برای یک کاربر وجود دارد تا با دقت تمام خطمشی حریم خصوصی هر یک از پلتفرم‌های فوق را مطالعه کرده و بعد از آگاهی از حقوق خود، نسبت به بهره‌برداری‌های بعدی از داده‌هایش رضایت دهد؟ امروزه کاربران دو امکان در پیش دارند؛ یا در طول سال، ۸ شبانه‌روز را (حدوداً) به مطالعه سیاست‌های حریم خصوصی بپردازد و یا با نادیده گرفتن این سیاست‌ها در ناآگاهی نسبت به جزئیات مبادله داده در برابر خدمات باقی بماند.^{۱۳۱}

از سوی دیگر نقل و انتقال آسان داده‌های شخصی سبب می‌شود، به راحتی و بدون آنکه اثری از معاملات بعدی باقی ماند، داده‌ها به اشخاص حقیقی و حقوقی منتقل شود؛ اشخاصی که نسبت به توافق‌نامه حریم خصوصی ثالث محسوب شده و چه‌بسا خود را در برابر موضوع داده ملتزم به رعایت تکالیف از پیش تعیین شده ندانند. برای مثال شرکت رادیو شاک^{۱۳۲}، در مواجهه با بحران مالی، تلاش نمود داده‌های کاربران را به عنوان بزرگ‌ترین دارایی خود به طلبکاران بفروشد. مشکل اساسی در زمینه

129. Contract-law-based status quo

130. . Hazel, op.cit., 1059.

131. McDonald & Lorrie Faith Cranor, "The Cost of Reading Privacy Policies", *Journal of Law and Policy for the Information Society*, 2008, 17-8.

132. Radio Shack

حریم خصوصی از اینجا نشأت می‌گیرد که طلبکاران شرکت در آستانه ورشکستگی به توافق حریم خصوصی رادیو شاک و کاربران پایبند نیستند.^{۱۳۳} علاوه بر این در بازار نقل و انتقال داده‌های شخصی، برای شرکت‌های مشتری داده، همچنین برای دلان^{۱۳۴} که از طریق جمع‌آوری و فروش داده، درآمد کسب می‌کنند، کسب اطلاع و بررسی موردی سیاست‌های حریم خصوصی پلتفرم‌ها، غیرممکن است؛ به علاوه که مسؤولیت در برابر اشخاص موضوع داده به موجب قرارداد حریم خصوصی‌ای که دلال یا خریدار داده از طرفین آن نبوده‌اند، به خودی خود ارزش داده را کاهش می‌دهد.

در مقابل، پذیرش نظامی مرکب از حقوق اموال و قراردادهای، این مزیت را دارد که شخص موضوع داده، در برابر پلتفرم مجازی و مدیران آن، از حقوق قراردادی برخوردار و در برابر اشخاص ثالث از حقوق مالکانه^{۱۳۵} که در بین تمام اموال مشترک است، برخوردار باشد. حقوق مالکانه این امتیاز را دارد که در قالبی استاندارد جای گرفته و درک و استیفای آن به راحتی انجام می‌گیرد.

در فرضی تعطیلی پلتفرم فضای مجازی، روابط مالکین داده با کنترل‌گر، در صورت پیش‌بینی سرنوشت داده‌های شخصی در قرارداد خصوصی، تابع قرارداد موصوف است. برای مثال توافق نامه حریم خصوصی شرکت گوگل حاوی این شرط است که: «در صورت ادغام یا فروش شرکت گوگل یا فروش دارایی‌های آن، ما همچنان محرمانه بودن هرگونه اطلاعات شخصی را حفظ کرده و قبل از انتقال اطلاعات شخصی یا اعمال خط‌مشی رازداری متفاوت در رابطه با آنها، این امر را به آن دسته از کاربران مورد نظر اطلاع می‌دهیم.»^{۱۳۶} این مقرر، گرچه به طرز آینده‌نگرانه‌ای از حقوق اشخاص موضوع داده، حمایت می‌کند، ولی با این حال، عبارت «فروشی دارایی‌های آن» ممکن است موجب این تلقی گردد که داده‌های شخصی بخشی از دارایی‌های گوگل خواهد بود.

با این همه حتی در صورت وجود چنین توافقی، این پایان ماجرا نیست. از یک سو، شرکت گوگل تنها شرکت ذی‌نفع در داده‌های شخصی کاربران خود نیست، بلکه داده‌ها در زنجیره‌ای از معاملات بین شرکت‌های مختلف و دلان داده و پردازشگران در حال جابه‌جایی است. آیا تمامی اشخاص مذکور به سیاست‌های حریم خصوصی شرکت گوگل یعنی حفاظت از اطلاعات کاربران یا سیاست‌هایی از این

133. "The Legacy of the Radio Shack Bankruptcy and the importance of pii", last modified Oct 4 2015, <https://privacylaw.proskauer.com/2015/10/articles/ftc-enforcement/the-legacy-of-the-radioshackbankruptcy-and-the-importance-of-pii/>.

134. Data Broker

135. Property rights

136. "Google Privacy Policies"

دست، در فردای تعطیلی پلتفرم یا ادغام شرکت و ... پایبند هستند؟ به‌علاوه صور دیگری از تعطیلی و نابودی پلتفرم‌ها و شرکت‌های مالک، همچنین جزئیات فراوانی راجع به پیشامدهای بعد از تعطیلی وجود دارد که توافق‌نامه‌های حریم خصوصی، راجع به آن ساکت هستند. در مقررات فعلی حفاظت از داده نیز رد پای از پیش‌بینی حالات مذکور دیده نمی‌شود. آیا در وضعیت فعلی و بدون پذیرش اقتضائات حقوق اموال، داده‌ها به کاربران مسترد می‌شوند؟ یا به عنوان دارایی‌های شرکت‌های مالک پلتفرم به فروش رسیده و صرف پرداخت مطالبات طلبکاران می‌گردد؟ برای مثال در فرض فوت شخص موضوع داده، موضع اسناد مرتبط نامعلوم است. آیا در این موارد، داده‌های اشخاص به ورثه منتقل می‌شود؟ یا این داده‌ها موضوع حق مشارکت در میراث فرهنگی از نسل سوم حقوق بشر قرار گرفته در نتیجه برای استفاده و اطلاع آیندگان آرشیو شده و نگهداری می‌شود؟^{۱۳۷}

به نظر می‌رسد نظام حقوق اموال به کمک اقتضائات قراردادی، می‌تواند کلید برون‌رفت از این بحران باشد. در نظام حقوق اموال، داده شخصی علی‌رغم تمامی خصوصیات منحصر به فرد، مال و ملک موضوع داده محسوب می‌شود. شخص موضوع داده، به عنوان مالک داده‌های شخصی افزون بر آنچه به موجب قرارداد خصوصی برخوردار است، از تمامی حقوق مالکانه در برابر تمامی اشخاص منتفع خواهد بود. شناسایی حقوق مالکانه برای اشخاص نسبت به اطلاعات و داده‌های شخصی در وهله نخست، زمینه را برای ترسیم یک نظام حقوق قراردادی منسجم و تفسیری از توافق‌نامه حریم خصوصی که در آن ارائه‌دهندگان خدمات، نسبت به داده‌های در اختیار امین محسوب شده و تکالیف حسن انجام تعهد و وظیفه حفاظت (نسبت به اموال امانی) را بر عهده دارند^{۱۳۸}، فراهم می‌سازد.

نتیجه‌گیری

هر یک از پلتفرم‌های مجازی مانند هر بستر خدمت‌رسانی دیگر ممکن است خیلی زود، از رونق افتاده و به دلایل مختلفی چون مشکلات مالی شرکت مالک، زیان بار بودن در اثر کاهش جذابیت و عقب‌ماندگی فناوری، تصمیمات مدیران شرکت و ... با تعطیلی مواجه شوند. داده‌های شخصی کاربران همان نمادها و اعدادی که هویت شخص موضوع خود را قابل شناسایی می‌کنند، در طول فعالیت کاربران در بستر پلتفرم، با رضایت ایشان جمع‌آوری شده و برای اهداف مشخصی پردازش می‌شود. صرف‌نظر از ماهیت

137. Ohman & Aggarwal, op.cit., 13.

۱۳۸. باقر انصاری، حقوق رسانه (تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۵)، ۲۸.

قرارداد بین کاربران حقیقی به عنوان اشخاص موضوع داده و کنترل‌گران، داده‌های شخصی مال محسوب می‌شوند. مالیت قطعات داده‌های شخصی از طریق انطباق اوصاف اساسی و متیقن مال بر آنها، همچون داشتن ارزش اقتصادی و نفع عقلایی و مشروع، همچنین قابلیت اختصاص و تملک توسط اشخاص قابل اثبات است. داده شخصی اختصاص پلتفرم مجازی نداشته و حقوق مالکانه‌ای مانند تصرف و تسلط اثباتاً و سلباً (کنترل و محافظت) از سوی شخص موضوع داده اعمال می‌گردد.

نظام فعلی حاکم بر داده‌های شخصی، نظامی شبه قراردادی مشتمل بر اهداف حقوق بشری است. در نتیجه، موافقت‌نامه حریم خصوصی منعقد بین کاربر و پلتفرم به عنوان قرارداد حاکم، بر وضعیت داده‌های شخصی اعم از نحوه و حدود و ثغور جمع‌آوری، شیوه انتقال و پردازش همچنین استفاده از اطلاعات حاصله از پردازش حکم‌فرما است. مقررات راجع به حفاظت از داده نیز با تأکید بر لزوم حفظ حریم خصوصی اشخاص موضوع داده، مجموعه‌ای از قواعد آمره را برای فعالیت کنترل‌گران و پردازشگران داده‌های شخصی وضع نموده‌اند.

نظام موجود از این حیث قابل انتقاد است که با داده‌های شخصی علی‌رغم مالیت و ملکیت آن، مانند سایر دارایی‌ها و اموال رفتار نمی‌کند. شخص موضوع داده هیچ‌گاه در نظم فعلی و به موجب موافقت‌نامه حریم خصوصی، ارزش مالی بخشی از دارایی خود که اکنون در اختیار پلتفرم به عنوان کنترل‌گر قرار می‌دهد را متوجه نمی‌شود. هر کاربر فضای مجازی در طول شبانه‌روز ممکن است از ده‌ها پلتفرم استفاده نماید؛ این استفاده، منوط به اعلام رضایت پیشینی به موافقت‌نامه حریم خصوصی است که در قالب‌های محتوایی مختلف و با اهداف گوناگون طراحی شده‌اند. در نتیجه بیشتر کاربران وقت و دقت خود را صرف تحلیل و کنکاش موافقت‌نامه نکرده و برای استفاده سریع‌تر از خدمات پلتفرم رضایت خود را در ناآگاهی ابراز می‌کنند.

علاوه‌براین، در حوزه تقنینی نیز قواعد حاکم بر حفظ داده‌های شخصی، هنوز به صراحت متعرض احکام و جنبه‌های مختلفی از حقوق اموال نسبت به داده‌های شخصی نشده است. علت اصلی این خلأ، غلبه دغدغه حفاظت از حریم خصوصی به مثابه قسمی از اقسام حقوق بشر، در ذهن مدونین و قانون‌گذاران است؛ در نتیجه از مقرراتی که با رویکرد فوق‌الذکر تنظیم شده‌اند، نمی‌توان انتظار ترسیم نظام جامع حقوق اموال را داشت.

به‌طور کلی پذیرش نظام حقوق اموال بر داده‌های شخصی، از این حیث حائز اهمیت است که زمینه را برای ارائه این تفسیر که داده‌های شخصی موضوع قراردادهای مالی بالأخص قرارداد مبتنی بر رابطه

امانی بین کنترل‌گران و کاربران قرار گیرد فراهم می‌سازد. افزون بر این در فرض تعطیلی پلتفرم مجازی این رویکرد فواید دیگری را نیز به همراه دارد: نخست آنکه خود شخص موضوع داده از ارزش داده‌های خود مطلع شده و از آنجایی که قواعد حقوق اموال، حقوق و تعهدات شناخته شده‌ای برای اشخاص ایجاد می‌نماید، کاستی‌های ناشی از مجهول ماندن محتوای موافقت‌نامهٔ حریم خصوصی تا حد زیادی قابل جبران است. دیگر آنکه اشخاص ذی‌نفع دیگر چون کنترل‌گران، پردازش‌کنندگان و دلالتان داده نیز، با عنایت به مشخص بودن مالکیت و حقوق مالکانهٔ شخص موضوع داده، می‌توانند فعالیت خود را مدیریت کنند؛ بی‌آنکه لازم باشد، بر جزئیات موافقت‌نامهٔ حریم خصوصی که نسبت به آن ثالث محسوب می‌شوند، آگاهی یافته و یا از تعهدات مندرج در آن تأثیر پذیرند.

فهرست منابع

- الف) منابع فارسی
- آریان پور کاشانی، عباس و منوچهر آریان پور کاشانی. فرهنگ جیبی انگلیسی به فارسی. چاپ چهارم. تهران: موسسه انتشارات امیر کبیر، ۱۳۶۲.
- امامی، سید حسن. حقوق مدنی - جلد اول. چاپ هجدهم. تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۷۷.
- انصاری، باقر. آزادی اطلاعات، چاپ اول، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۸۷.
- انصاری، باقر. حقوق رسانه، چاپ اول، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۵.
- باقری، شیرین و سنجر سلاجقه. «از مدیریت داده تا مدیریت دانش». عصر مدیریت ۱۴ (۱۳۸۹): ۷۶-۸۱.
- برقی، امیر رضا و حسین زبینه. «تبیین کلان داده به عنوان مرز حکمرانی در پلتفرم‌های فضای مجازی». مقاله ارائه شده در سومین کنفرانس سیاست‌گذاری و حکمرانی عمومی، تهران، ۲۵ و ۲۶ دی ۱۳۹۸.
- تقوی فرد، محمد تقی، محمد رضا تقوی، مهدی فقیهی و محمد جواد جمشیدی. «مقایسه تطبیقی قوانین حمایت از حریم خصوصی اطلاعات در ایران و کشورهای منتخب» فصلنامه مجلس و راهبردها ۸۹ (۱۳۹۶)، ۳۰۱-۳۳۳.
- زومیت. «گوگل پلاس رسماً به تاریخ پیوست: بررسی دلایل شکست پروژه ای بزرگ»، <https://www.zoomit.ir/internet-network/1398/1/13-rip-google-plus-324537/>.
- شهیدی، مهدی. حقوق مدنی ۳ (تعهدات). چاپ بیستم. تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۵.
- صفایی، سید حسین. حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها). جلد دوم. تهران: نشر میزان، ۱۳۹۷.
- قناد فاطمه و امیره علیقلی. «مفهوم و اهمیت داده‌های شخصی و حریم خصوصی و انواع حمایت از آن در فضای مجازی» حقوق قراردادها و فناوریهای نوین ۱۱ (۱۳۹۹): ۲۹۷-۳۲۲.
- کاتوزیان، ناصر. اموال و مالکیت. چاپ سی‌ام. تهران: نشر میزان، ۱۳۸۹.
- محسنی، فرید، حریم خصوصی اطلاعات. چاپ دوم، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۴.
- موتور جست‌وجوی واژگان فرهنگستان زبان و ادب فارسی. «داده». ۲۰/۱۰/۱۷، <https://wiki.apll.ir/word/index.php/Data>
- میرحسینی، سید حسن. مقدمه‌ای بر حقوق مالکیت معنوی. چاپ پنجم. تهران: نشر میزان، ۱۳۹۴.
- ویکی‌پدیا. «داده»، <https://fa.wikipedia.org/wiki/%D8%A7%AF%DB%A2>.
- Eyewatered. «آیا مای اسپیس مرده است؟»، <https://fa.eyewatered.com/%D8%A7%AF%DB%A2/>.
- ب) منابع عربی
- خوبی، سید ابوالقاسم. مصباح الفقاهه. جلد دوم. قم: داوری، ۱۳۷۷. ش.
- موسوی خمینی، سید روح الله. کتاب البیع، جلد دوم. چاپ اول. تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱.
- ج) منابع خارجی

Management & Information Technology 2 (2012): 1-8.

- Asay, Clark D. "Consumer Information Privacy and the Problem(s) of Third-Party Disclosures", *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property* 11(5)(2013): 319-57.

- Bühler, Julian, Aaron Baur, Markus Bick & Jimin Shi. "Big Data, Big Opportunities: Revenue Sources of Social Media Services Besides Advertising" (paper presented at the 14th Conference on e-Business, e-Services and e-Society (I3E), Oct 2015, Delft, Netherlands.

- Cambridge Dictionary. "platform," accessed, October 6, 2021. <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/platform>

- Cambridge Dictionary. "Social- media," accessed December 25, 2021. <https://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/english/social-media>

- Campbell Black, Henry. *Black's Law Dictionary*. Eagan: WEST PUBLISHING CO, 4th Ed., 1971.

- Congress.gov. "116th congress Bill 806" accessed, December 10, 2021, <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/806>

- Google. "Google Privacy Policies" last modified July 1, 2021, <https://policies.google.com/privacy?hl=en-US>.

- Hazel, Steven H. "Personal Data as Property", *Syracuse Law Review* 70(4)(2020), 1055-114.

- H20. "In re Jet Blue Airway's Corp. Privacy Litig., 379 F. Supp. 2d 299, 327 (E.D.N.Y. 2005)." Accessed December 13, 2021 <https://h2o.law.harvard.edu/cases/4455>.

- Rehman, Ikhlauq ur, "Facebook-Cambridge Analytica data harvesting: What you need to know" (2019). *Library Philosophy and Practice* (e-journal). 2497. <https://digitalcommons.unl.edu/libphilprac>

- Invisibly. "how much is data worth?" last modified, July 13, 2021, <https://www.invisibly.com/learn-blog/how-much-is-data-worth>.

- Ikhlauq, Rehman. "Facebook-Cambridge Analytica data harvesting: What you need to know" (2019). *Library Philosophy and Practice* (e-journal). 2497. <https://digitalcommons.unl.edu/libphilprac>

- Janeček, Václav. "Ownership of personal data in the Internet of Things". *The Computer Law & Security Review* 2018, 1-22. accessed December 13, 2021. doi: 10.1016/j.clsr.

- Manyika, James. "Big data: the next frontier for innovation, competition and productivity" *McKinsey & Co* 8(2011) accessed December 12, 2021, <https://www.mckinsey.com/business-functions/mckinsey-digital/our-insights/big-data-the-next-frontier-for-innovation>

- McDonald & Lorrie Faith Cranor, "The Cost of Reading Privacy Policies". *Journal of Law and Policy for the Information Society* 2008, 1-22.

- Merriam-Webster. "Social Media." Accessed December 25, 2021, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/social%20media>

- OECD, *Data Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being*. Paris: OECD publishing 1st Ed. 2015.
- Ohman Carl, Aggarwal Nikita. "What if Facebook goes down? Ethical and legal considerations for the demise of big tech". *Internet Policy Review* 9(2020): 1-21. Last accessed October 10, 2021, doi: 10.14763/2020.3.1488.
- Perma. "Tech Crunch, Every 2 Days We Create As Much Information As We Did Up to 2003, last modified August 4, 2010, <http://perma.cc/WW4R-HNVX>.
- Privacy law. "The Legacy of the Radio Shack Bankruptcy and the importance of pii", last modified October 4, 2015, <https://privacylaw.proskauer.com/2015/10/articles/ftc-enforcement/the-legacy-of-the-radioshackbankruptcy-and-the-importance-of-pii/>.
- Purtova N. *Property Rights in Personal Data: A European Perspective*. 1st Ed. Tilburg: Wolters Kluwer Law & Business 2012.
- Wikipedia. "Public good" accessed December 11, 2021. [https://en.wikipedia.org/wiki/Public_good_\(economics\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Public_good_(economics))

Innovations and Challenge of Child and Adolescent Protection Act in Prevention of Child Abuse

*Mahdi Sabooripour*¹, Faezeh Hagh Bin²*

1. Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

*. **Corresponding Author:** Email: m_sabooripour@sbu.ac.ir

2. M.A. in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

Email: fa.haghbin@mail.sbu.ac.ir



S.D.I.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



Publisher:
Shahr-e- Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:
Original Research

DOI:
10.48300/JLR.2022.313210.1834

Received:
2 December 2021

Accepted:
15 March 2022

Published:
10 June 2023



A B S T R A C T

Child abuse is one of the growing crimes, in recent days and there has been a significant increase in child abuse statistics. Therefore, it is very important to take the necessary measures to prevent such criminal behaviors. Child and Adolescent Protection act, adopted in 1399, is one of the legislative innovations to prevention and legal confrontation with this phenomenon that provided significant legal protections to children and adolescents. However, there are still many legal and practical challenges facing it. In this library research, innovations and challenges of this act were examined, the result of this studies are as follows: One of the innovations of this act is maximizing the capacity of government organizations such as the Welfare Organization to prevent child abuse, identifying and providing legal protection to children and adolescents at risk

Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



of victimization such as children dropping out of school, children with parents Prisoners, addicts, and redefining the harms to children and adolescents, such as economic exploitation of children and child pornography. On the other hand, the practical challenges of this law are the restriction of the concept of emotional harassment and the lack of enforcement guarantees for it, the imposition of minimum punishments for abusive parents, the imposition of minimum punishments for sexual harassment, and the lack of appropriate mechanisms to personality file for abused children.

Keywords: Child Abuse, Developmental Crime Prevention, Crime Prevention, A Risk Factor, Child and Adolescent Protection Act.

Funding: The authors received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Author contributions:

Mehdi Sabooripour: Writing - Review & Editing, Supervision.

Faezeh Haghbin: Conceptualization, Methodology, Formal analysis, Investigation, Resources, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing.

Competing interests: The authors declare that They have no competing interests.

Citation:

Sabooripour, Mahdi & Faezeh Hagh Bin. "Innovations and Challenge of Child and Adolescent Protection Act in Prevention of Child Abuse" *Journal of Legal Research* 22, no. 53 (June 10, 2023): 507-538.

E x t e n d e d A b s t r a c t

• Statement of the topic

According to the definition by the World Health Organization, child abuse is an injury or threat to the physical or mental health, welfare, or well-being of a child by the parent, caregiver, or persons responsible for them ; however, in another definition, any physical, sexual, and mental abuse or misbehavior to children under the age of 18 by a person who has custody of the child or by another adult who may be in the family or outside the family can be considered as child abuse.

Child abuse, due to its various definitions, generally falls into four categories: Neglect, Psychological Abuse, Physical Abuse, and Sexual Abuse.

One of the most important pillars in the field of prevention is the legislature, which by adopting effective Acts can take a beneficial step in achieving one of its goals, which is to prevent crimes in the general sense and to prevent child abuse in the specific sense. Finally, this organ in its last will to prevent and deal with the phenomenon of child abuse passed an Act entitled "Act for the Protection of Children and Adolescents" on May 12, 2020.

The adoption of the Children and Adolescents Protection Act in 2020, is undoubtedly a step forward in preventing the phenomenon of child abuse; Because the legal protection of children and adolescents subject to this Act will be done by creating appropriate structures, determining and describing the duties of executive bodies, accurate criminalizing of risky behaviors and determining punishments for them, and redefining risky situations for children and adolescents. The innovations of this Act and the challenges of its implementation on the other hand are examined in this article.

• Methodology

This research is based on descriptive and analytical methods and resources that have been collected by the library method.

• Results

The result of this study are as follows: including the innovations of this Act, maximum use of the capacity of government organizations such as State Welfare Organization to prevent child abuse, identifying and providing legal protection to children and adolescents at risk of victimization such as children that are dropping out of school, children with parents' imprisonment and redefining the harms to children and adolescents, like the economic exploitation of children. On the other hand, among the practical challenges of this Act, the restriction of the concept of emotional harassment and the lack of guarantee for the execution, and the imposition of minimum punishments for the abusive parents can be mentioned.

• Conclusion

Child abuse is one of the social harms that due to its effective characteristics needs

proper investigation and planning to prevent and help to eliminate or reduce. The answer to this need is as one of the necessities for the growth and development of a healthy and prosperous generation and, consequently, a capable and developed society.

This complex and growing phenomenon always needs the full support of the government and the private sector in various dimensions to prevent it. What is certain is that child abuse is the result of multiple psychological and sociological factors, and therefore its prevention requires comprehensive and societal efforts. Given the trans-sectoral nature of social harms, crimes, and perversions, no organization can claim to be able to take over all the tasks of crime prevention, control, and reduction of social harms alone. Therefore, to achieve the lofty goal of social health, of which crime prevention is one of its basic components; all relevant organizations, both governmental and non-governmental, active in this field should interact and cooperate, and in this regard, the ground for people's participation should be provided more than before.

The legislature, as the main legislative body, plays a key role in formulating preventive strategies to combat the phenomenon of child abuse. This institution, by explaining the crime and its subject society, makes all the institutions involved in the fight against crime react. In the same vein, the legislature has taken a big step towards combating child abuse with the adoption of the Protection Act in 2020 and the recognition of the concept of child abuse. In this Act, various government agencies and institutions have been addressed and assigned responsibilities to achieve the goals of the Act, which are the prevention and confrontation of child abuse. Social work, which is a specialized profession and seeks to help its target groups by using specialized knowledge, has been emphasized once again in this Act, and the Radio and Television Organization, as the largest mass media, has tasks in line with its mission of informing about the rights of children and adolescents.

In addition, by redefining the harms of children and adolescents, this Act has once again reminded the most important harms to this group and in the chapter on crimes and punishments, has resorted to punishment to deal with these harms.

On the other hand, according to the concept of child in international documents and risk factors, i.e. factors that increase the likelihood of a child tending to delinquency in childhood and adolescence and beyond, and are divided into three categories of individual, family, and school-related risk factors; The Child and Adolescent Protection Act faces many practical challenges, and solutions need to be adopted to confront with these challenges.

As noted, this Accrete has significant innovations in the prevention of child abuse; but it also faces objections and practical challenges that require attention and appropriate solutions; because without legal protection, not only prevention but also a confrontation with this phenomenon will not be desirable in the end.

نوآوری‌ها و چالش‌های قانون حمایت از اطفال و نوجوانان در پیشگیری از کودک‌آزاری

مهدی صبوری پور^{۱*}، فائزه حق‌بین^۲

۱. استادیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

* نویسنده مسئول: Email: m_sabooripour@sbu.ac.ir

۲. کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

Email: fa.hagbin@mail.sbu.ac.ir

چکیده:

امروزه یکی از بزه‌های در حال رشد، کودک‌آزاری می‌باشد و در سال‌های اخیر، افزایش قابل توجهی در آمار مربوط به کودک‌آزاری دیده شده است. از این رو اتخاذ تدابیر لازم برای پیشگیری از این‌گونه رفتارهای مجرمانه ضروری است. قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹ از جمله نوآوری‌های قانونگذار جهت پیشگیری از کودک‌آزاری و مقابله قانونی با این پدیده است که حمایت‌های قانونی قابل توجهی نسبت به اطفال و نوجوانان مبذول داشته است. با وجود این همچنان چالش‌های قانونی و اجرایی فراوانی پیش‌روی قانون حاضر وجود دارد. در این پژوهش که به روش کتابخانه‌ای صورت گرفت، نوآوری‌ها و چالش‌های این قانون بررسی گردید. نتایج این تحقیق بدین شرح است: از جمله نوآوری‌های این قانون، استفاده حداکثری از ظرفیت سازمان‌های دولتی از جمله سازمان بهزیستی در پیشگیری از کودک‌آزاری، شناسایی و حمایت قانونی از کودکان و نوجوانان در معرض خطر بزه‌دیدگی نظیر کودکان در معرض

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند یا دسترسی آزاد هستند، مقالات تحت شرایط مجوز Creative Commons Attribution-Non-Commercial License 4.0 منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



پژوهش‌کده حقوق



نوع مقاله:

پژوهشی

DOI:

10.48300/JLR.2022.313210.1834

تاریخ دریافت:

۱۱ آذر ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۲۴ اسفند ۱۴۰۰

تاریخ انتشار:

۲۰ خرداد ۱۴۰۲



ترک تحصیل، کودکان دارای والدین زندانی و معتاد و بازتعریف آسیب‌های فراروی کودکان و نوجوانان نظیر بهره‌کشی اقتصادی از کودکان و هرزه‌نگاری کودکان می‌باشد. از سوی دیگر از جمله چالش‌های عملی این قانون می‌توان به تقیید مفهوم آزار عاطفی و نبود ضمانت اجرا برای آن، وضع مجازات‌های حداقلی برای والدین آزارگر، وضع مجازات‌های حداقلی در جرم آزار جنسی غیرحدی و نبود سازکارهای مناسب جهت تشکیل پرونده شخصیت اطفال بزه‌دیده اشاره نمود.

کلیدواژه‌ها:

کودک‌آزاری، پیشگیری رشدمدار، پیشگیری کیفی، عوامل خطر، قانون حمایت از اطفال و نوجوانان.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان:

مهدی صبوری پور: نوشتن - بررسی و ویرایش، نظارت.

فائزه حق‌بین: مفهوم‌سازی، روش، شناسی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

صبوری پور، مهدی و فائزه حق‌بین «نوآوری‌ها و چالش‌های قانون حمایت از اطفال و نوجوانان در پیشگیری از کودک‌آزاری». مجله پژوهش‌های حقوقی، ۲۲، ش. ۵۳ (۲۰ خرداد ۱۴۰۲): ۵۰۷-۵۳۸.

مقدمه

مطابق تعریف سازمان جهانی بهداشت، کودک‌آزاری آسیب یا تهدید سلامت جسمانی، روانی، سعادت یا رفاه کودک به دست والد، مراقب یا افرادی است که نسبت به وی مسؤول هستند^۱؛ لیکن در تعریف دیگر، هرگونه آسیب جسمی، جنسی، فکری، سوء استفاده و بدرفتاری با کودکان زیر ۱۸ سال توسط فردی که سرپرستی و حضانت کودک را بر عهده داشته یا توسط فردی بزرگ‌تر که می‌تواند در کانون خانواده یا خارج از کانون خانواده باشد، کودک‌آزاری تلقی گردیده است.^۲

کودک‌آزاری با توجه به تعاریف گوناگون خود، به‌طور کلی چهار گونه به خود می‌گیرد که عبارتند از غفلت، کودک‌آزاری روانی، سوء رفتار جسمانی و کودک‌آزاری جنسی.^۳ کودک‌آزاری جسمانی، مشتمل بر جراحی عمدی کودک است که به دنبال مشت زدن، کتک، لگدزدن، گازگرفتگی، تکان دادن، پرتاب کردن، خفگی، چاقوخوردگی، ضربه زدن، سوزاندن و یا هر روش دیگری اتفاق می‌افتد که از سوی والدین، افراد مراقبت‌کننده یا هر فرد دیگری که مسؤولیت کودک را برعهده دارد اعمال می‌شود.

کودک‌آزاری روانی، شامل پرخاشگری، انتقاد یا تحقیر کودک، تهدید، صدمه زدن یا رها کردن افراد یا اشیایی که برای کودک حائز اهمیت می‌باشند، زندانی کردن، سپر بلا کردن آشکار کودک، اجبار کودک برای اعمال درد بر خودش و تأدیب افراطی کودک با روش‌های جسمانی و غیرجسمانی می‌باشد. غفلت نیز شامل ترک کودک، عدم نظارت کافی، قصور در رسیدگی به نیازهای ضروری هیجانی یا روان‌شناختی و عدم فراهم کردن آموزش، مراقبت‌های پزشکی، غذا و سرپناه و پوشاک برای کودک می‌باشد.^۴

در نهایت، کودک‌آزاری جنسی به هرگونه عمل جنسی با کودک به منظور تأمین لذت جنسی والد، فرد مراقب یا هر فرد دیگری که مسؤولیت کودک را بر عهده دارد گفته می‌شود. سوء رفتار جنسی شامل فعالیت‌هایی نظیر نوازش آلت تناسلی یک کودک، دخول، زنا با محارم، تجاوز، رابطه جنسی از طریق

۱. سید محمد موسوی بجنوردی، «کودک‌آزاری»، فصلنامه علمی-پژوهشی (وزارت علوم) ۳(۱۳۸۶)، ۷.

۲. فردوس قماشچی، کودک‌آزاری و پیامدهای آن بر روند رشد روانی-اجتماعی کودکان آزاردیده (تهران: معاونت اجتماعی و ارشاد ناجا، ۱۳۸۵)، ۱۰.

3. Font, S. & M. J. Kathryn, "The Scope, Nature, and Causes of Child Abuse and Neglect", *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science* 692(2020): 27-28.

۴. فاطمه ترکاشوند و دیگران، «بررسی شیوع کودک‌آزاری و برخی عوامل جمعیت‌شناختی مؤثر بر آن در دانش‌آموزان مقطع سوم راهنمایی شهر زنجان در سال ۱۳۹۰». مجله دانش علوم پزشکی رفسنجان ۱۲(۱۳۹۲)، ۴۴۸.

مقعد و عورت‌نمایی می‌باشد.^۵

مناسب‌ترین راه برای جلوگیری از این پدیده، پیشگیری از وقوع آن است زیرا پیش از مبارزه با معلول، پیشگیری و مقابله با ریشه‌ها، علت‌ها و زمینه‌های جرم امری عقلایی و بدیهی است. یکی از ارکان مهم و اثرگذار در زمینه پیشگیری، قوه مقننه است که با تصویب قوانین اثرگذار می‌تواند در رسیدن به یکی از مقاصد خود که همانا پیشگیری از جرم در مفهوم عام و پیشگیری از کودک‌آزاری در معنای خاص است گامی مؤثر بردارد. این قوه سرانجام و پس از گذشت ۱۹ سال از قانون پیشین، در آخرین اراده خود برای پیشگیری و مقابله با پدیده کودک‌آزاری، قانونی با عنوان «قانون حمایت از اطفال و نوجوانان» را در ۲۳ اردیبهشت ۱۳۹۹ به تصویب رساند.

بدون شک تصویب قانون حمایت از اطفال و نوجوانان در سال ۹۹ که از این پس قانون حمایت نام برده می‌شود، گامی رو به جلو در جهت پیشگیری از پدیده کودک‌آزاری است؛ چراکه حمایت قانونی از اطفال و نوجوانان موضوع این قانون با ایجاد ساختارهای مناسب، تعیین و شرح وظایف نهادهای اجرایی، جرم‌انگاری دقیق رفتارهای مخاطره‌آمیز و تعیین مجازات برای آنها و بازتعریف وضعیت‌های مخاطره‌آمیز برای اطفال و نوجوانان، صورت خواهد پذیرفت. نوآوری‌های این قانون از یک‌سو و چالش‌های فراروی اجرای آن از سوی دیگر در این نوشتار مورد بررسی قرار گرفته است.

۱- نوآوری‌های قانون در پیشگیری از کودک‌آزاری

نخستین اقدام به منظور مداخله در پدیده کودک‌آزاری، اقدامات پیشگیرانه است؛ زیرا به کارگیری این اقدامات نوعی حمایت از کودک و نوجوان به شمار می‌رود و همچنین توفیق در درمان کودکان و خانواده‌ها پس از وقوع کودک‌آزاری امری دشوار است.^۶

در مجموعه سیاست جنایی، از جمله مهم‌ترین راهکارها، پیشگیری از جرم می‌باشد که به مدد توسل به یک سلسله اقدامات غیر کیفری در صدد کاهش یا از بین بردن عوامل محیطی، فردی و وضعی و نیز

۵. انجمن روان‌پزشکی آمریکا، راهنمای تشخیصی و آماری اختلال‌های روانی ترجمه فرزین رضاعی و دیگران (تهران: انتشارات ارجمند، ۱۳۹۵)، ۷۵۷-۷۵۹.

6. S. Toth and J. Manly, "Developmental Consequences of Child Abuse and Neglect: Implications for Intervention", *Child Development Perspectives* 13 (2019): 60.

گرایش به بزهکاری است.^۷ در معنای موسع هر اقدامی اعم از کیفری و غیرکیفری که برای مقابله با جرم و با هدف کاهش میزان ارتکاب جرم انجام می‌گیرد.^۸

در این بند به موضوعاتی نظیر استفاده حداکثری از ظرفیت سازمان‌های دولتی نسبت به پیشگیری از این پدیده، شناسایی و حمایت قانونی از کودکان و نوجوانان در معرض خطر بزه‌دیدگی و در نهایت در ذیل بند سوم به بازتعریف آسیب‌های فراروی کودکان و نوجوانان اشاره خواهد شد.

۱-۱ - استفاده حداکثری از ظرفیت سازمان‌های دولتی در پیشگیری از کودک‌آزاری

در قانون حمایت، جهت اعمال پیشگیری همه‌جانبه از بزه‌دیدگی کودکان، وظایف ویژه‌ای برای سازمان بهزیستی، نیروی انتظامی، سازمان زندان‌ها و ... مقرر گردیده که در تغییر رویکرد سازمان‌های دولتی نسبت به کودکان و کاهش خشونت تأثیرگذار است.

از جمله این سازمان‌های دولتی می‌توان به سازمان بهزیستی اشاره نمود. این سازمان دو دسته از کودکان یعنی کودکان بی سرپرست و بدسرپرست و کودکان خیابانی را که از منظر اجتماعی به عنوان کودکان آسیب‌دیده و از منظر جرم‌شناسی به عنوان کودکان در معرض خطر بزه‌دیدگی شناخته می‌شوند به طور خاص تحت پوشش خود قرار داده است.^۹

مهم‌ترین اهداف سازمان بهزیستی عبارتند از: انجام مداخلات روانی - اجتماعی قبل از مداخلات قضایی - انتظامی، کمک به قضا‌دایی و پیشگیری از جرم کودک‌آزاری، شناسایی آسیب‌های اجتماعی شایع و در حال شیوع و یا نوپدید و بازپدید، شناسایی کانون‌ها و مناطق آسیب‌زای اجتماعی و در نهایت ارائه خدمات تخصصی به موقع به افراد در معرض آسیب و آسیب‌دیدگان اجتماعی.^{۱۰}

در همین راستا بند الف ماده ۶ قانون حمایت مقرر می‌دارد: «سازمان بهزیستی کشور مکلف است: ۱- با استفاده از مددکاران اجتماعی در قالب فوریت‌های خدمات اجتماعی با همکاری شهرداری یا دهیاری و نیروی انتظامی نسبت به شناسایی، پذیرش، حمایت، نگهداری و توانمندسازی اطفال و

۷. امیرحسین نیازپور، «اساسی سازی حقوق پیشگیری از جرم در ایران»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری ۶(۱۳۹۳)، ۹۴.

۸. محمود مهدوی، پیشگیری از جرم (پیشگیری رشد مدار) (تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۷)، ۱۹.

۹. پگاه نادری، «نقش سازمان بهزیستی و عملکرد آن در پیشگیری از جرم»، (رساله کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۱)، ۳-۱.

۱۰. علی براتی، «نقش سازمان بهزیستی در پیشگیری از بزه کودک‌آزاری در استان البرز»، فصلنامه دانش انتظامی البرز ۱۶(۱۳۹۶)، ۲۱.

نوجوانان موضوع این قانون و اعلام موضوعات به مراجع صالح اقدام کند...». بدین ترتیب این ماده برای طرح فوریت‌های اجتماعی سازمان بهزیستی وظیفه ویژه‌ای جهت شناسایی، پذیرش و حمایت از اطفال و نوجوانان در معرض آسیب در نظر گرفته است. اعلام موضوعات در این ماده به معنای آن است که اگر کودک آزاری علیه کودکی اتفاق افتاد، از آنجاکه این موضوع جنبه عمومی داشته و جرم تلقی می‌گردد، مددکاران اجتماعی می‌توانند به دادسرا یا مراجع صالح اعلام جرم نمایند. ماده ۱۲ آیین‌نامه اجرایی ماده ۶ قانون حمایت که بیان می‌دارد: «مددکاران اجتماعی در صورت وجود قراین دال بر وقوع جرم علیه طفل و نوجوان، علاوه بر انجام اقدامات حمایتی، موضوع را حسب مورد به مرجع انتظامی یا قضایی اعلام می‌نمایند»؛ گواهی بر این مدعا است.

از سوی دیگر، مددکاری اجتماعی حرفه‌ای است که هدف آن کمک به افراد، گروه‌ها و جامعه می‌باشد تا بتوانند با کارایی بیشتر با مشکلات موجود در کار و وظایف اجتماعی خود مقابله کرده و در نهایت استقلال و رضایت فردی و اجتماعی را به دست آورند.^{۱۱}

مددکاران اجتماعی در سه مرحله یعنی مرحله پیش از رسیدگی، مرحله رسیدگی و صدور حکم و در نهایت مرحله اجرای حکم دارای وظایفی می‌باشند.^{۱۲}

در مرحله پیش دادرسی از جمله وظایف مددکار اجتماعی، تسهیل ورود اطفال و نوجوانان بزه‌دیده به فرآیند کیفری است. یکی از ویژگی‌های جرایم علیه اطفال و نوجوانان پنهان ماندن این جرایم است زیرا اغلب این افراد پس از ارتکاب جرم به دلیل ترس از انتقام دوباره بزهکار یا خویشاوندی با بزهکار مخصوصاً زمانی که بزهکار یکی از والدین طفل است تمایلی به شکایت ندارند. در همین راستا و برای کاهش رقم سیاه این جرایم، قانونگذاران در کشورهای مختلف تلاش می‌کنند که افراد جامعه را به مشارکت در گزارش موارد بزه‌دیدگی کودکان ترغیب نمایند.^{۱۳}

مطابق با ماده ۱۷ قانون، جرایم علیه این قشر جنبه عمومی داشته و همه افراد جامعه مکلفند به نحوی که خطری متوجه آنان نگردد، موارد بزه‌دیدگی کودکان و نوجوانان را به مقامات قضایی گزارش دهند و در صورت عدم گزارش دهی به یکی از مجازات‌های درجه ۶ در ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی

11. H. Sinai-Glazer, "The Essentials of the Helping Relationship between Social Workers and Clients", *Social Work* 65(2020): 245.

۱۲. سازمان بهزیستی کشور، «برنامه اورژانس اجتماعی»، آخرین ویرایش: ۱۳۹۹/۷/۶، دسترسی در ۱۴۰۰/۹/۱۸ <https://www.behzisti.ir/news/>

۱۳. عبدالرضا جوان جعفری بجنوردی و شعله قتلویی طرقي، «نقش مددکار اجتماعی در نظام عدالت کیفری اطفال و نوجوانان بزه‌دیده»، مجله وکیل مدافع ۱۵ (۱۳۹۵)، ۹۳-۹۲.

محکوم خواهند شد. به موجب تبصره همین ماده این مجازات برای افرادی که به اقتضای حرفه خود یا مطابق قوانین و مقررات از افرادی می‌باشند که مکلف به گزارش‌دهی هستند، تشدید خواهد شد. مددکاران اجتماعی از جمله افرادی هستند که به اقتضای حرفه خود و به واسطه حضور در سطح جامعه و برخورد با کودکان و نوجوانان مکلف به ارائه گزارش بزه‌دیدگی آنها به مراجع قضایی می‌باشند. در همین راستا بند الف ماده ۶ قانون حمایت، سازمان بهزیستی را با مشارکت سایر نهادها و با استفاده از مددکاران اجتماعی خود (در قالب طرح فوریت‌های خدمات اجتماعی) مکلف به فراهم کردن شرایط گزارش‌دهی و ارائه گزارش بزه‌دیدگی به مقامات قضایی نموده است. این گزارش مبنای تصمیم‌گیری دادگاه در ارتباط با کودک و نوجوان بزه‌دیده قرار می‌گیرد و به همین علت از اهمیت فوق‌العاده‌ای برخوردار خواهد بود. ماده ۲۹ قانون حمایت به گزارش مددکار اجتماعی اشاره کرده و بیان می‌دارد: «رسیدگی به وضعیت مخاطره‌آمیز موضوع این قانون جز در مواردی که در صلاحیت دادگاه کیفری است در دادگاه خانواده و با ارائه گزارش مددکار اجتماعی بهزیستی یا واحد حمایت دادگستری و حضور مددکار اجتماعی انجام می‌شود؛ این امر مانع از انجام تحقیقات دادگاه نخواهد بود.»

بدین ترتیب یکی از مهم‌ترین خدماتی که مددکاران اجتماعی می‌توانند در جهت حمایت از کودکان بزه‌دیده انجام دهند، ارائه گزارش بزه‌دیدگی آنها به مرجع قضایی می‌باشد. مددکاران به منظور ارائه این گزارش باید با اصول گزارش‌نویسی، هدف از ارائه گزارش و مسائل حقوقی مورد نیاز مرجع قضایی آشنایی داشته باشند.

اهمیت کار این گزارش در این است که مبنای کار مرجع قضایی قرار گرفته و تصمیم‌گیری‌های بعدی در ارتباط با کودک بزه‌دیده، بر مبنای این گزارش پایه خواهد بود. این گزارش برای مرجع قضایی در حکم سندی است که نویسنده آن باید مسؤلیت صحت آن را عهده‌دار شود. بدین ترتیب مددکاران باید گزارش خود را با رعایت صداقت و امانت تنظیم نموده و مطالب مورد نیاز را به صورتی واضح مطرح نمایند.

دیگر وظیفه مددکار در این مرحله، تحقیق و مصاحبه می‌باشد. تحقیق و مصاحبه با کودکان و نوجوانان بزه‌دیده باید توسط افراد متخصص صورت گیرد چراکه ویژگی‌ها و نیازهای خاص این قشر ایجاب می‌کند که با آنان به گونه‌ای متفاوت و با حفظ کرامت آنان رفتار گردد تا بدین وسیله از بزه‌دیدگی ثانویه جلوگیری به عمل آید.^{۱۴} در همین راستا ماده ۳۹ قانون حمایت بیان نموده: «تمام اقدامات و

تحقیقات از اطفال و نوجوانان موضوع این قانون باید توسط اشخاص آموزش‌دیده در این زمینه و در کمترین دفعات و کوتاه‌ترین زمان ممکن برحسب نیازهای آنها به عمل آید.» مددکار با رعایت تکنیک‌ها و داشتن مهارت‌های لازم در هنگام مصاحبه نظیر نحوه پرسیدن سؤالات، رعایت شأن و منزلت انسانی مددجو، جلب اعتماد و ایجاد آرامش در آنها می‌تواند اطلاعات مناسبی را در ارتباط با جرم رخ داده به دست آورد و در اختیار مقام قضایی قرار دهد. به همین جهت است که ماده ۴۰ به صراحت از مددکاران اجتماعی یاد می‌کند و بیان می‌دارد: «مرجع قضایی می‌تواند با در نظر گرفتن غبطه و مصلحت طفل یا نوجوان، انجام اقداماتی از قبیل ارزیابی و تحقیقات مقدماتی درباره وضعیت جسمی، روحی و روانی وی یا والدین، اولیا و یا سرپرستان قانونی او، وضع خانوادگی و محیط سکونت، اشتغال و تحصیل را به مددکاران اجتماعی بهزیستی محول کند.»

افزون بر آن مددکاران اجتماعی در مرحله دادرسی و صدور حکم می‌توانند با حمایت از اطفال و نوجوانان بزه‌دیده و کمک به قاضی برای صدور حکم مناسب در خصوص حضانت و سرپرستی، سیاست‌های بازپرورانه و پیشگیرانه نظام عدالت کیفری را در این زمینه محقق سازند.

به‌علاوه مددکار در صدور حکم سرپرستی و حضانت اطفال و نوجوانان بزه‌دیده هم دارای نقش است. از جمله تصمیمات مهمی که دادگاه هم‌زمان با صدور حکم می‌تواند در مورد اطفال و نوجوانان بزه‌دیده اتخاذ کند، حضانت و سرپرستی این افراد است. در این خصوص ماده ۴۲ قانون بیان می‌دارد: «دادگاه رسیدگی‌کننده به جرایم موضوع این قانون در صورت ضرورت و مصلحت طفل یا نوجوان می‌تواند ضمن صدور حکم محکومیت، حسب مورد یک یا چند مورد از تصمیمات زیر را اتخاذ کند. این تصمیمات از حیث قابلیت تجدیدنظرخواهی تابع حکم اصلی است:

الف) معرفی طفل و نوجوان یا خانواده آنها به سازمان‌ها و نهادهای دولتی و غیردولتی فعال در زمینه اقدامات حمایتی؛

ب) ایجاد محدودیت در اعمال حقوق مربوط به ملاقات، حضانت، ولایت، قیمومت، وصایت و سرپرستی طفل و نوجوان؛

پ) سپردن طفل و نوجوان به‌صورت موقت به سازمان بهزیستی یا مراکز مربوط.»

بدین ترتیب قاضی دادگاه باید پس از بررسی محیط خانوادگی طفل یا نوجوان، در خصوص معرفی او یا خانواده‌اش به سازمان‌ها و نهادهای دولتی و غیردولتی فعال در این زمینه، محدودیت در اعمال حقوقی نظیر حضانت و سرپرستی و یا سپردن طفل و نوجوان به سازمان بهزیستی و سلب حضانت از

خانواده به صورت موقت تصمیم‌گیری نماید. برای این منظور، دادگاه ناچار از رجوع به پرونده شخصیت و استفاده از نظر کارشناسان خبره از جمله مددکاران اجتماعی است. از جمله نوآوری‌های قانون حمایت از اطفال و نوجوانان، پیش‌بینی تشکیل پرونده شخصیت برای اطفال و نوجوانان بزه‌دیده و در معرض خطر می‌باشد و بند ۵ ماده قانون به لزوم تشکیل پرونده شخصیت اشاره کرده است؛ چراکه همواره این پرونده در فرآیند دادرسی بزه‌کار و برای شناخت شخصیت بزه‌کار صورت می‌گرفت. لیکن همان‌گونه که در ادامه اشاره خواهد شد؛ سازگار اجرایی مناسبی جهت تشکیل این پرونده پیش‌بینی نگردیده است. در مرحله بعد، مددکار اجتماعی در وهله نخست باید تلاش کند که کودک و نوجوان بزه‌دیده از خانواده خود جدا نشود زیرا جدایی از خانواده آثار سوء جبران‌ناپذیری به بار خواهد آورد. به همین علت است که ماده ۴۶ بیان می‌دارد: «در تمام تدابیر و اقدامات حمایتی موضوع این قانون، اولویت با اقداماتی است که منجر به خروج طفل یا نوجوان از محیط خانواده یا قطع ارتباط با آنها نشود.» بنابراین در صورتی که مددکار اجتماعی تشخیص دهد که می‌توان با معرفی طفل یا نوجوان یا خانواده آنها به نهادهای دولتی و غیردولتی فعال در این زمینه (نظیر سازمان بهزیستی، مراکز خدمات مشاوره‌ای و ...) و اجرای برنامه‌های درمانی و آموزشی در زمینه حقوق اطفال و نوجوانان، بستر مناسبی برای تربیت و جلوگیری از بزه‌دیدگی این قشر فراهم نماید، باید اقدامات ضروری را انجام دهد.^{۱۵}

در گام بعد و در صورتی که محیط خانواده شرایط مناسب برای حضانت و سرپرستی کودک و نوجوان بزه‌دیده نداشت، محدودیت در اعمال حقوق مرتبط با حضانت، ولایت، سرپرستی و ... اعمال می‌گردد. در این راستا ایجاد مراکز نگهداری روزانه کودک و نوجوان اقدامی مفید برای حمایت از آنها و کمک به خانواده‌هایی است که به دلیل ضعف موقعیت اجتماعی و اقتصادی قادر به نگهداری مطلوب از کودک و نوجوان خود نیستند. این امر از یک طرف موجب می‌شود که والدین با آرامش خاطر به کار و تلاش بپردازند و موقعیت رفاهی خانواده را بهبود بخشند و از سوی دیگر از بی‌توجهی، سوء رفتار و تغذیه و بهداشت نامناسب کودک و نوجوان جلوگیری کرده و شرایط برای رشد مطلوب آنها فراهم می‌آید.

وظیفه نظام عدالت کیفری در حمایت از اطفال و نوجوانان بزه‌دیده تنها با تعیین مجازات بزه‌کار به پایان نمی‌رسد. در حقیقت احکام حمایتی دادگاه تنها زمانی موجبات پیشگیری از بزه‌دیدگی مجدد کودک و نوجوان را فراهم می‌آورد که نظارت کاملی بر اجرای درست این احکام صورت پذیرد. به‌علاوه پیگیری وضعیت این افراد بعد از اجرای احکام هم از جمله راهکارهای لازم برای تحقق این هدف می‌باشد.

مددکاران اجتماعی نیز نقشی حائز اهمیت در این زمینه ایفا می‌کنند. از جمله وظایف مددکار در این مرحله نظارت بر اجرای تدابیر و تصمیمات صادره ضمن حکم محکومیت جهت پیشگیری از بزه‌دیدگی ثانویه می‌باشد. اگر بعد از صدور حکم یا قرارهای حمایتی بزهکار به محیط خانه و جامعه بازگردد بدون آنکه نظارتی بر اجرای دستورات دادگاه در ضمن این احکام و قرارها صورت گیرد، نه تنها هدف اصلاح و بازپروری مجرم محقق نشده بلکه راهی برای فرار او از مجازات فراهم می‌آید و خطر بزه‌دیدگی کودک و نوجوان را دوچندان می‌کند. در همین راستا ماده ۴۴ قانون حمایت بیان می‌دارد: «مددکاران اجتماعی به‌زیستی با دستور و نظارت مرجع قضایی و در صورت لزوم با بهره‌گیری از خدمات سایر اشخاص و نهادهای مربوط بر نتایج اقدامات و دستورات صادرشده نظارت نموده و انجام صحیح و مناسب آنها را پیگیری می‌کنند.» مددکاران اجتماعی به منظور اجرای این وظیفه باید بر بزهکار نظارت نموده و مشارکت وی را در اجرای دستورات حمایتی و اجرای درست احکام دادگاه جلب نموده و زمینه اصلاح بزهکار را در جامعه فراهم نمایند.^{۱۶}

مسلماً آگاهی از این امر مستلزم گزارش مددکار اجتماعی در این زمینه است. ماده ۴۵ قانون بیانگر همین نکته کلیدی است.

۱-۲- شناسایی و حمایت قانونی از کودکان و نوجوانان در معرض خطر بزه‌دیدگی

خطر در مفهوم عام عبارت از وضعیتی است که در آن احتمال انحراف از نتایج مطلوب که مورد انتظار یا مورد امید است وجود دارد. بر مبنای این تعریف عبارت «در معرض خطر» بودن در جرم‌شناسی، برای تشریح وضعیت اطفال و نوجوانانی به کار گرفته می‌شود که به دلیل اختلال‌ها و چالش‌های موجود در روند رشد خود توانشان برای تبدیل شدن به بزرگسالانی مسؤول و سازنده تقلیل یافته و رفتارشان بیانگر وضعیتی است که گرایش آنها را به ارتکاب جرم محتمل می‌سازد.^{۱۷}

بعدها دیگر اصطلاح «در معرض خطر» بودن، بزه‌دیدگی کودکان و نوجوانان را در بر می‌گیرد، به‌طورکلی کودکان به آسانی از بزه‌دیدگان بالقوه به بزه‌دیدگان بالفعل تبدیل می‌شوند.

کودکانی نظیر کودکان خیابانی، کودکان معارض با قانون، اقلیت‌ها، کودکانی که دارای حالت خطرناک هستند یا به‌طورکلی به لحاظ شرایط زندگی و آسیب‌پذیری آنها کودکان در معرض خطر نامیده

۱۶. همان، ۱۰۴-۱۰۰.

۱۷. مهدوی، پیشین، ۷۵-۷۳.

می‌شوند.^{۱۸}

ماده ۳ قانون حمایت وضعیت‌های مخاطره‌آمیز را این‌گونه تعریف می‌کند: «موارد زیر در صورتی که طفل یا نوجوان را در معرض بزه‌دیدگی یا ورود آسیب به سلامت جسمی، روانی، اجتماعی، اخلاقی، امنیت و یا وضعیت آموزشی وی قرار دهد، وضعیت مخاطره‌آمیز محسوب شده و موجب مداخله و حمایت قانونی از طفل و نوجوان می‌شود:

الف) بی‌سرپرستی طفل و نوجوان و یا بی‌توجهی و سهل‌انگاری در انجام وظایف قانونی و شرعی نسبت به آنان از سوی هر شخصی که مکلف به آن است؛

ب) ابتلای هر یک از والدین، اولیا یا سرپرستان قانونی به بیماری یا اختلال‌های رفتاری، روانی یا شخصیتی و یا بیماری‌های جسمی واگیر صعب‌العلاج به تشخیص پزشکی قانونی؛

پ) زندانی شدن هر یک از والدین، اولیا یا سرپرستان قانونی؛ و ...»

یکی از مهم‌ترین مسائلی که زندگی کودکان را تحت تأثیر قرار می‌دهد، ارتکاب جرم به دست والد یا والدین و به دنبال آن زندانی شدن آنهاست که باعث ایجاد تجربه متفاوتی در زندگی کودک شده و احتمالاً با تجربه زیسته کودکان دیگر متفاوت است و زندگی آنان را با خطرهای فراوانی مواجه می‌سازد.

پژوهش‌های انجام شده نشان می‌دهد که زندانی شدن والدین اثراتی مشابه با طلاق، فقر و زندگی در محله‌های جرم‌خیز بر کودکان می‌گذارد و آنان را در معرض استعمال زودرس الکل و مواد مخدر، پرخاشگری، افت تحصیلی و بزهکاری قرار می‌دهد.^{۱۹} این اثرات آن اندازه شدید است که آنها را «قربانیان فراموش شده شده جرم»^{۲۰} نامیده‌اند.^{۲۱}

از آنجاکه حمایت اجتماعی از فرزندان دارای والد زندانی بسیار پایین است، گسترش خدمات فرهنگی و اجتماعی سازمان‌های اجتماعی و رفاهی و برنامه‌های فرهنگی و آموزشی برای ایجاد نگرشی صحیح در شهروندان و اطرافیان خانواده‌های زندانیان در این موارد ضروری است.^{۲۲} به همین دلیل است که بند

۱۸. حسن حاجی‌تبار فیروزجایی، «پیشگیری وضعی از بزه دیدگی کودکان در معرض خطر در ایران با تأکید بر قوانین و مقررات انگلستان»، مجله مطالعات پیشگیری از جرم ۱۷ (۱۳۸۹)، ۱۴۴.

۱۹. مهدوی، پیشین، ۲۶۳-۲۶۲.

20. Forgotten Victims of Crime

21. J. Murray and D. Farrington, "The Effects of Parental Imprisonment on Children", *Crime and Justice* 37(2008): 133.

۲۲. سیدموسی طباطبایی و دیگران، «بررسی میزان شیوع اختلالات روانی-رفتاری در کودکان دارای والدین زندانی مقیم زندانهای استان سمنان»، مجله طب انتظامی ۲ (۱۳۹۲)، ۲۳.

پ ماده ۳ قانون حمایت «زندانی شدن هر يك از والدین، اولیا یا سرپرستان قانونی» را وضعیت مخاطره‌آمیز دانسته و به همین جهت مداخله مددکاران اجتماعی و سایر نهادهای حمایتی را ضروری دانسته است. از سویی دیگر، از جهت ارائه الگوهای نامناسب، اعتیاد والدین و مصرف مواد مخدر در پیش چشم کودکان و یا اعتیاد برادر و خواهر و اقوام نزدیک، از مهم‌ترین عوامل گرایش اطفال و نوجوانان به استعمال مواد مخدر به شمار می‌رود.

در بُعد کنترلی نیز عدم نظارت والدین بر روابط فرزندان نقش مهمی در گرایش نوجوانان به مواد مخدر دارد.^{۲۳} در همین راستا بند ت ماده ۳ قانون حمایت از جمله موقعیت‌های مخاطره‌آمیز که طفل یا نوجوان را در معرض بزه‌دیدگی یا ورود آسیب به سلامت جسمی، روانی، اجتماعی، اخلاقی، امنیت و یا وضعیت آموزشی وی قرار می‌دهد «ابتلای هر يك از والدین، اولیا یا سرپرستان قانونی به اعتیادهای زبان‌آور نظیر مواد مخدر و روان‌گردان یا قمار» دانسته است.

یکی دیگر از عوامل خطر بزه‌دیدگی، جلوگیری از تحصیل یا زمینه‌سازی برای ترک تحصیل می‌باشد. کودک موجودی است که در آغاز مسیر رشد خود قرار دارد و رشد شخصیت و پرورش استعدادهاى جسمی و ذهنی او نیازمند تعلیم و تربیت است. بر این اساس برخورداری از حق آموزش از حقوق اساسی کودکان در مسیر رشد تلقی شده و دولت‌ها در اسناد بین‌المللی آن را به رسمیت شناخته‌اند.

در همین راستا بند چ ماده ۶ قانون حمایت از جمله وظایف وزارت آموزش و پرورش را اعلام موارد عدم ثبت نام و موارد مشکوک به ترک تحصیل کودک و نوجوان دانسته و مقرر داشته: «وزارت آموزش و پرورش مکلف است اقدامات زیر را انجام دهد:

۱- اعلام موارد عدم ثبت نام و موارد مشکوک به ترک تحصیل اطفال و نوجوانان تا پایان دوره متوسطه به سازمان بهزیستی کشور و یا دفتر حمایت از اطفال و نوجوانان قوه قضائیه حسب مورد جهت انجام اقدامات لازم؛

۲- شناسایی، راهنمایی و معرفی اطفال و نوجوانان موضوع این قانون به نهادهای حمایتی و قضایی جهت انجام اقدامات حمایتی لازم و ...».

افزون بر این، مواد ۷ و ۸ قانون حمایت مجازات‌هایی را برای والدین، سرپرستان قانونی و به صورت کلی هر فردی که زمینه ترک تحصیل کودک یا نوجوان را فراهم نماید، تعیین نموده است. بدین ترتیب قانون حمایت در زمینه حق تحصیل کودکان و نوجوانان و عدم ایجاد مانع برای

برخورداری از این حق، حمایت‌های قانونی و ضمانت اجرای مناسبی بیان نموده است. این امر منجر می‌گردد که افزون بر شناسایی کودکان و نوجوانان مشکوک به ترک تحصیل و حمایت از آنها، پوشش تحصیلی مناسبی برای این کودکان فراهم گردد و نیز به واسطه وضع مجازات، از بروز دوباره این قسم از کودک‌آزاری جلوگیری به عمل آید.

۱-۳- بازتعریف آسیب‌های فراروی کودکان و نوجوانان

قانون حمایت در بندهای پ تا ذ ماده ۱ به بازتعریف آسیب‌ها و موقعیت‌هایی می‌پردازد که جز از طریق فهم معنا و دامنه آنها، درک صحیح مصادیق کودک‌آزاری بسیار مشکل است. این موارد عبارتست از: «بی‌توجهی و سهل‌انگاری، سوء رفتار، بهره‌کشی اقتصادی، معامله کودک و نوجوان، فحشا، مبتذل و مستهجن، هرزه‌نگاری و خطر شدید و قریب‌الوقوع» که به تعریف هر کدام از این عبارات مبادرت نموده است.

مطابق با بند ث ماده ۱ قانون حمایت، «بهره‌کشی اقتصادی به معنای به‌کارگیری غیرقانونی طفل و نوجوان و یا وادار کردن یا گماردن او به کار یا خدمتی که از لحاظ جسمی، روانی، اخلاقی یا اجتماعی با نظر به وضعیت طفل و نوجوان برای وی مضر یا خطرناک باشد» تعریف گردیده است.

از جمله مصادیق بارز کودکان و نوجوانانی که مورد بهره‌کشی اقتصادی قرار می‌گیرند، کودکان خیابانی می‌باشند. سازمان بهداشت جهانی در سال ۲۰۰۳ تعریفی از کودکان خیابانی ارائه داد و طی آن کودکان خیابانی را به دو دسته تقسیم نمود: ۱- کودکان خیابانی (کودکان در خیابان که در خیابان‌ها هم شاغل می‌باشند): این کودکان از خانواده‌های فقیر و پرجمعیت بوده و برای کسب درآمد در خیابان‌ها حضور دارند. این افراد معمولاً با خانواده خود در ارتباط هستند؛ ۲- کودکان خیابان: این گروه با وجود آنکه تعدادشان از گروه اول کمتر است اما دچار مشکلات بسیار بغرنج‌تری می‌باشند. رابطه این گروه با خانواده خود قطع شده و خیابان خانه آنها محسوب می‌شود. این گروه اغلب فاقد تحصیلات بوده، از طرق غیرقانونی امرار معاش کرده و ممکن است در شرایط ناامن قربانی آزارهای جسمی و یا جنسی واقع شوند.^{۲۴}

با توجه به این امر که کودکان خیابانی بر اساس شرایط و وضعیت خاص خود در معرض انواع بزهکاری و به ویژه بزه‌دیدگی‌ها قرار دارند، شایسته حمایت‌های گوناگون به‌خصوص تدابیر پیشگیرانه موقعیت‌مدار

می‌باشند. در همین راستا قانون حمایت علاوه بر نقش گسترده‌ای که برای مددکاران اجتماعی به منظور شناسایی کودکان و نوجوانان در معرض خطر و پیشگیری از بزه‌دیدگی آنان تعریف نموده و به تفصیل بدان اشاره گردید؛ برای افرادی که از کودک و نوجوان موضوع این قانون بهره‌کشی می‌کنند مجازات تعیین نموده است. ماده ۱۵ این قانون بیان می‌دارد: «هر شخصی برخلاف مقررات قانون کار مرتکب بهره‌کشی اقتصادی از اطفال و نوجوانان موضوع ماده (۲) این قانون شود، علاوه بر مجازات‌های مذکور در قانون کار به مجازات حبس درجه شش قانون مجازات اسلامی نیز محکوم می‌شود.» افزون بر آن از جمله وظایف وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی را «نظارت مؤثر بر اماکن کار جهت پیشگیری و مقابله با آزار یا بهره‌کشی اقتصادی از اطفال یا نوجوانان» دانسته و بدین ترتیب راهی برای پیشگیری از این پدیده در نظر گرفته است.

نوع دیگر بهره‌کشی از اطفال و نوجوانان، بهره‌کشی اقتصادی در جرایم مرتبط با مواد مخدر می‌باشد. با توجه به اینکه بخش مهمی از والدین معتاد به واسطه بیکاری یا داشتن شغل‌هایی با درآمد کم، به شدت از مسائل مادی اولیه زندگی از قبیل مخارج روزانه، پرداخت قبوض و اجاره منزل و ... ناتوانند چنین به نظر می‌رسد که مشکلات اقتصادی، خود می‌تواند علتی مضاعف برای رفتارهای نامطلوب از قبیل خرید و فروش مواد مخدر در نظر گرفته شود؛ بنابراین رسیدگی به وضعیت معیشتی این‌گونه خانواده‌ها و حمایت‌های لازم برای تأمین حداقل نیازهای پایه آنها از اهم اقدامات پیشگیرانه و درمانی است.

ماده ۳۳ کنوانسیون حقوق کودک ۱۹۸۹ به صورت خاص بر ضرورت به‌کارگیری کلیه اقدامات مقتضی از جمله اقدامات قانونی، آموزشی و اجرایی به منظور حمایت ویژه از کودکان در برابر بهره‌کشی آنان نسبت به جرایم مواد مخدر اشاره دارد که شامل تدابیر پیشگیرانه اجتماعی و وضعی می‌باشد.^{۲۵} در همین راستا قانون حمایت در صدد اعمال مجازات برای جرم بهره‌کشی اقتصادی برآمده و برای دو جرم فروش یا در اختیار قرار دادن مواد دخانی به اطفال و نوجوانان و معامله راجع به طفل با هدف بهره‌کشی اقتصادی مجازات تعزیری مقرر نموده است. ماده ۱۶ این قانون بیان می‌دارد: «در اختیار قرار دادن یا فروش مواد دخانی به اطفال و نوجوانان یا به واسطه آنان، موجب ضبط مواد دخانی کشف‌شده و محکومیت مرتکب به جزای نقدی درجه هشت قانون مجازات اسلامی می‌شود.»

ماده ۱۱ نیز در زمینه معامله راجع به طفل بیانگر این است که «هرگونه معامله راجع به طفل یا نوجوان ممنوع بوده و مرتکب به مجازات حبس درجه پنج قانون مجازات اسلامی محکوم می‌شود؛ چنانچه این

۲۵. حاجی‌تبار فیروزجایی، پیشین، ۱۵۰-۱۴۸.

رفتار با هدف فحشا و هرزه‌نگاری، بهره‌کشی اقتصادی، برداشت اعضا یا جوارح و یا استفاده از طفل و نوجوان در فعالیت‌های مجرمانه باشد، مرتکب به مجازات حبس درجه چهار قانون مجازات اسلامی محکوم می‌شود.» همان‌گونه که ملاحظه می‌شود مجازات این جرم نسبت به قانون پیشین حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۸۱ افزایش یافته و به‌علاوه اعمالی نظیر برداشت اعضا و جوارح را نیز جرم‌انگاری نموده است.

همچنین یکی دیگر از آسیب‌های پیش‌روی کودکان و نوجوانان هرزه‌نگاری می‌باشد. پروتکل اختیاری کنوانسیون حقوق کودک در زمینه فروش، فحشا و هرزه‌نگاری کودکان در سال ۲۰۰۰ میلادی هرزه‌نگاری را «هرگونه نمایش مشارکت کودک در فعالیت جنسی به‌گونه‌ای واقعی و یا شبیه‌سازی شده و یا نمایش اندام جنسی کودک با اهداف جنسی با هر وسیله‌ای» تعریف کرده است.

فضای مجازی مسیرهای جدیدی را برای قاچاقچیان در شناسایی، تماس گرفتن و به دام انداختن قربانیان گشوده است. کشور ما هم از این خطر مستثنا نیست و به‌خصوص با در اختیار قرار دادن گوشی‌های تلفن هوشمند و سایر دستگاه‌های قابل اتصال به اینترنت به کودکان، در صورتی که نظارت‌های لازم توسط والدین و سرپرستان کودک صورت نگیرد، ممکن است وی را با انبوهی از تصاویر و فیلم‌های مستهجن و مبتذل روبه‌رو سازد که برای ذهن کنجکاو کودک نتیجه‌ای جز لطمات جدی و غیر قابل جبران به دنبال نخواهد داشت.^{۲۶}

در قانون حمایت، واژه هرزه‌نگاری، مبتذل و مستهجن تعریف گردیده و در بندهای ۶ تا ۹ ماده ۱۰، مجازات جرم پورنوگرافی کودکان از قبیل «در دسترس قرار دادن یا ارائه محتوا یا اثر مستهجن یا مبتذل به طفل یا نوجوان»، «استفاده از طفل و نوجوان برای تهیه، تولید، توزیع، تکثیر، نمایش، فروش و نگهداری آثار سمعی و بصری مستهجن یا مبتذل»، «برقراری ارتباط با طفل و نوجوان در فضای مجازی به منظور هرگونه آزار جنسی یا ارتباط جنسی نامشروع» و ... مجازات‌های تعزیری درجه ۶ تا ۸ معین نموده و با تشدید مجازات و ایجاد ارباب برای مرتکبان، موجبات پیشگیری از این پدیده را هم فراهم آورده است.

۲- چالش‌های قانون در پیشگیری از کودک‌آزاری

قانون حمایت نوآوری‌های متعددی در حمایت از این قشر و پیشگیری از پدیده کودک‌آزاری به همراه

۲۶. سیدحسین حسینی، زهرا صالح آبادی و سیده ساعد حسینی نیز، «بررسی تطبیقی هرزه‌نگاری در حقوق ایران و آمریکا»، دوفصلنامه حقوق تطبیقی ۲(۱۳۹۸)، ۱۲۰.

داشته لیکن با چالش‌های متعددی هم روبه‌رو است که بدون حل آنها حمایت از کودکان و نوجوانان و پیشگیری از کودک‌آزاری پرسش برانگیز خواهد بود. این قانون که در صدد ارائه راهکاری برای پیشگیری از آزار و خشونت علیه کودکان و نوجوانان است، از ابعاد مختلفی قابل نقد و بررسی است. در ادامه به نقد این قانون و بررسی چالش‌های آن در سه محور خواهیم پرداخت.

۲-۱- چالش‌های مرتبط با عوامل خطر

عوامل خطر، عواملی هستند که احتمال گرایش کودک و نوجوان را در این دوران و پس از آن تشدید می‌کنند. با توجه به مسیر رشد کودک تا رسیدن به سنین جوانی و بزرگسالی، عوامل خطر را می‌توان به عوامل فردی و اجتماعی تقسیم نمود و بر اساس انواع محیط اجتماعی نظیر محیط‌های اتفاقی، تحمیلی و انتخابی که کودک در آنها قرار می‌گیرد، عوامل خطر را در خانواده، مدرسه و گروه همسالان مورد بررسی قرارداد.^{۲۷}

از جمله چالش‌های قانون حمایت در حوزه عوامل خطر خانوادگی تقیید مفهوم آزار عاطفی و نبود ضمانت اجرا بران آن و وضع مجازات‌های حداقلی برای والدین کودک آزار می‌باشد. از سوی دیگر در حوزه عوامل خطر فردی، وضع مجازات‌های حداقلی در جرم آزار جنسی غیر حدی و در حوزه عوامل خطر مرتبط با مدرسه، عدم تهیه بسترهای مناسب جهت برخورداری همه دانش آموزان از آموزش مجازی می‌باشد. در حوزه چالش‌های اجرایی نیز می‌توان به نبود سازکارهای مناسب برای تشکیل پرونده شخصیت اطفال بزه‌دیده اشاره نمود. در ادامه هر یک از این موارد به تفصیل بررسی خواهد شد.

۲-۱-۱- تقیید مفهوم آزار عاطفی و نبود ضمانت اجرا برای آن

اولین کارکرد مستقیمی که پس از قرار گرفتن کودک در درون خانواده از الگوی خانوادگی مطلوب مورد انتظار است، تأمین نیازهای اولیه جسمانی و زیستی کودک، نیاز به امنیت که تقویت‌کننده احساس اعتماد به نفس می‌باشد؛ نیاز به تعلق که مبنای احساس پیوند اجتماعی است و نیاز به احترام را که شالوده شکل‌گیری عزت نفس در کودک است را می‌توان از کارکردهای اساسی و اولیه رشدی خانواده تلقی کرد. سوء عملکرد خانواده در تأمین این نیازها روند رشد مطلوب کودک را مختل کرده و وی را در معرض خطر بزهکاری قرار خواهد داد.^{۲۸}

۲۷. همان، ۱۲۸.

۲۸. همان، ۱۸۸-۱۸۴.

تعریف کنفرانس بین‌المللی سوء رفتار روانی کودکان و جوانان در سال ۱۹۸۳ از بدرفتاری روانی عبارت است از: هر گونه رفتار با کودک که طبق استانداردهای اجتماعی و نظر متخصصان، از نظر روان‌شناختی آسیب‌زا باشد؛ یعنی هرگونه رفتاری که بر عملکرد رفتاری - شناختی و عاطفی و جسمی کودک تأثیر سوء داشته باشد بدرفتاری روانی با کودک خوانده می‌شود.

آزار عاطفی مشکل‌ترین نوع آزار از نظر تعریف و تشخیص است. به ندرت آزار جسمی یا جنسی را بدون آزار عاطفی مشاهده می‌کنیم. مهم‌ترین چیزی که کودک بدان نیاز دارد داشتن فرصتی برای رشد و بلوغ است و آزار عاطفی این فرصت را از او می‌گیرد. تمام انواع آزار با آزار عاطفی همراه است.^{۲۹} غالباً سوء استفاده‌های عاطفی در میان شیوه‌های پرورش فرزند در فرهنگ ما پنهان است؛ بنابراین تشخیص آنچه واقعاً آزار عاطفی است بسیار دشوار می‌باشد. اثبات یا مستندسازی آزار عاطفی آسان نیست و بنابراین ممکن است مغفول مانده یا درمان نشود. با این حال دولت‌ها و نهادهای حمایتی به طور فزاینده‌ای در حال تدوین اساسنامه و خط‌مشی‌هایی هستند تا سوء استفاده عاطفی را به رسمیت شناخته و مورد توجه قرار دهند.

در قانون حمایت تنها به دو اصطلاح کلی « بهره‌کشی» و «سوء رفتار» نسبت به طفل و نوجوان اشاره شده و در بند ۱ ماده ۱ نیز سوء رفتار این‌گونه تعریف شده است: «هرگونه فعل یا ترك فعل عمدی که سلامت جسمی، روانی، اخلاقی یا اجتماعی طفل و نوجوان را در معرض خطر و آسیب قرار دهد؛ از قبیل ضرب و جرح، محبوس کردن، سوء استفاده جنسی، توهین یا تهدید نسبت به طفل یا نوجوان در صورتی که جنبه تأدیبی نداشته باشد یا قرار دادن او در شرایط سخت و غیرمتعارف و یا خودداری از کمک به وی.» لیکن همان‌گونه که قابل مشاهده است قیدی برای یکی از مصادیق آزار عاطفی یعنی توهین یا تهدید وارد شده که آن را با ابهامات جدی روبه‌رو می‌سازد. سؤال اینجاست که چه توهین یا تهدیدی متعارف است و در چه صورتی از جنبه تأدیبی خارج می‌گردد؟ آیا پدری که همواره با توهین‌های لفظی با فرزند خود برخورد کرده و موجبات تخریب و تضعیف عزت نفس کودک را فراهم می‌آورد به واسطه حق بر تأدیب فرزند خود، کودک آزار تلقی نخواهد شد؟ این در حالی است که جرم توهین در قانون مجازات اسلامی نگاهی حمایتی به اطفال و نوجوانان داشته و یکی از اقدامات نوآورانه آن تشدید مجازات توهین به زنان و کودکان می‌باشد. به موجب ماده ۶۱۹ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵: «هرکس در اماکن

29. S. Kaplan, D. Pelcovitz and V. Labruna, "child and adolescent abuse and neglect research review of the past 10 years' part I: physical and emotional abuse and neglect", *American academy of child and adolescents psychiatry* 10(1999): 1214-1222.

عمومی یا معابر، متعرض یا مزاحم اطفال یا زنان بشود یا با الفاظ و حرکات مخالف شئون و حیثیت به آنان توهین نماید به حبس از دو تا شش ماه و تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم خواهد شد.» و منظور از توهین به زنان و کودکان، تعرض و دست‌درازی و ایجاد مزاحمت جسمانی و یا استفاده از الفاظی است که برخلاف عفت عمومی و حیثیت افراد می‌باشد و زن بودن و صغیر بودن بزه‌دیده از مواردی است که موجب شده قانونگذار آن را از موارد تشدید مجازات توهین بداند.

تقیید مفهوم آزار عاطفی و نبود ضمانت اجرایی در قانون حمایت در جایی بیشتر مشخص می‌گردد که در فصل سوم این قانون با عنوان جرایم و مجازات‌ها هیچ مجازاتی را برای کودک‌آزاری عاطفی مشاهده نمی‌کنیم؛ حال آنکه تأثیر زبان‌بار کودک‌آزاری عاطفی بر سلامت روانی کودکان، به مراتب عمیق‌تر و پایدارتر از سایر جنبه‌های رشد اوست.

۲-۱-۲- وضع مجازات‌های حداقلی برای والدین کودک‌آزار

با وجود پیامدهای خطرناک کودک‌آزاری، وضع مجازات‌های بازدارنده برای والدین کودک‌آزار، از جمله راهکارهای پیش‌گیرنده از وقوع این پدیده خواهد بود. وضع مجازات از جمله اقدامات در راستای پیشگیری واکنشی می‌باشد. این نوع پیشگیری، پس از وقوع جرم و با بهره‌گیری از تدابیر و اقدامات نظام عدالت کیفری برای کاهش نرخ جرم با رعب‌انگیزی فردی، جمعی و عبرت‌آموزی از بزهکاری نخستین صورت می‌گیرد.^{۳۰}

با این حال در قوانین ایران این مسأله دارای ابهام بوده و قانونگذار در بند ۱ ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی، اقدامات والدین و اولیای قانونی و سرپرستان صغار و مجانین را که به منظور تأدیب یا حفاظت از آنها بوده، مشروط بر اینکه به صورت متعارف و حدود شرعی تأدیب و محافظت باشد قابل مجازات نمی‌داند. بر این مقرر مقتن کیفری این اشکال مبنایی وارد است که اساساً حد متعارف تأدیب و محافظت را مشخص ننموده است.

با توجه به نقایص قانون مذکور، مقنن در سال ۱۳۹۹ در راستای حمایت شایسته و درخور از اطفال و نوجوانان اقدام به وضع قانون حمایت از کودکان و نوجوانان نمود ولی برخلاف آنچه در ابتدای امر از فلسفه و دلیل وضع این قانون به نظر می‌رسید، اشکالات سابق با به رسمیت شناختن حق تنبیه والدین با

۳۰. نفیسه باقری، «سیاست کیفری ایران در رابطه با آزار جنسی، مقابله و پیشگیری»، فصلنامه علمی-حقوقی قانون یار ۴۲۰، (۱۳۹۷)، ۶.

عبارت «در صورتی که جنبه تأدیبی نداشته باشد» در تعریف سوء رفتار، کماکان به قوت خود باقی است. به این ترتیب تنبیه بدنی به عنوان یکی از ابزارهای کیفری به منظور تربیت اطفال پس از ارتکاب جرم در حقوق کیفری ما پذیرفته شده است.^{۳۱}

ازسوی دیگر ماده ۹ فصل سوم قانون حمایت بیان می‌دارد: «هرگاه در اثر بی‌توجهی و سهل‌انگاری اشخاص غیر از والدین نسبت به اطفال و نوجوانان نتایج زیر واقع شود، مقصر علاوه بر پرداخت دیه به شرح زیر مجازات می‌شود:

الف) فوت طفل یا نوجوان حسب مورد به مجازات حبس درجه پنج قانون مجازات اسلامی؛
ب) فقدان یکی از حواس یا منافع، قطع، نقص یا ازکارافتادگی عضو، زوال عقل یا بروز بیماری صعب‌العلاج یا دائمی جسمی یا روانی و یا ایراد جراحت از نوع جائفه یا بالاتر حسب مورد به مجازات حبس درجه شش قانون مجازات اسلامی؛

پ) نقصان یکی از حواس یا منافع، شکستگی استخوان یا دیگر اعضا و یا بروز بیماری روانی به مجازات حبس درجه هفت قانون مجازات اسلامی؛ و ...»

و در تبصره این ماده مشاهده می‌شود که در صورتی که در اثر بی‌توجهی یا سهل‌انگاری والدین نتایج و آسیب‌های فوق‌الذکر واقع گردد به مجازات تا حداقل مندرج در بندهای فوق محکوم می‌شوند ولی این قانون در مورد والدینی که به عمد یا در اثر خشم ناگهانی نتایج فوق را به بار می‌آورند هیچ مجازاتی در نظر نگرفته و در این مورد سکوت کرده است؛ بنابراین در صورتی که پدر یک کودک در اثر خشم ناشی از بی‌آبرویی یا ننگین کردن شرافت خانوادگی خود، دست به تأدیب فرزندش زده و منجر به فوت او گردد، تنها به مجازات ۳ تا ۱۰ سال حبس تعزیری محکوم می‌گردد.

بدون شک باید به مجازات به عنوان آخرین راه چاره نگریسته شود لیکن در صورت کارکرد نامناسب نهادهای حمایتی جهت پیشگیری از کودک‌آزاری یا عدم توجه قضات و دادگاه‌ها به نهادهای موجود و عدم ارجاع طفل یا نوجوان در معرض خطر به این مکان‌ها، مجازات تنها راه حل اربعی موجود جهت پیشگیری از این پدیده شوم خواهد بود.

۳۱. امیر سماواتی پیروز، محمود عباسی و حسین آهنین جگر، «مصونیت والدین در ایراد صدمات جسمی به فرزندان؛ چالشی پیرامون حق تأدیب در حقوق کیفری»، مجله حقوق پزشکی ۱۰ (۱۳۸۸)، ۱۴۵.

۲-۱-۳- وضع مجازات‌های حداقلی در جرم آزار جنسی غیرحدی

در میان انواع مختلف بزه‌دیدگی، بزه‌دیدگی جنسی در دوران کودکی آسیب‌های بسیار شدیدتری بر کودکان وارد می‌کند. پژوهش‌های متعدد حاکی از آن است که بزه‌دیدگی جنسی زودرس آثار ویران‌کننده کوتاه‌مدت و بلندمدتی برای پسران و دختران دارد.^{۳۲} از جمله این آثار بزهکاری بعدی در سنین نوجوانی و جوانی، رفتارهای جنسی زودرس، مشکلات پیشرفت تحصیلی و ترک تحصیل، مشکلات در برقراری ارتباط و فرار از خانه برای پسران و دختران را به دنبال خواهد داشت.

طول مدت بزه‌دیدگی جنسی نیز عامل خطر مهمی برای پیش‌بینی ارتکاب چنین جرایمی در بزرگسالی تلقی می‌شود. این امر نشان می‌دهد که هرچه کودک بیشتر در معرض چنین رفتارهایی باشد، این احتمال که برقراری ارتباط جنسی با کودکان را در بزرگسالی امری عادی تلقی کند، بیشتر است. این امر اهمیت کشف هرچه سریع‌تر و انجام اقدامات مداخله‌ای در این زمینه را نشان می‌دهد.^{۳۳} لذا شایسته است با جرم‌انگاری مناسب و اتخاذ تدابیر پیشگیرانه از وقوع آزار جنسی علیه کودکان و نوجوانان جلوگیری کرده تا شاهد چنین عواقب سوئی نباشیم. لیکن قانون حمایت با وجود جرم‌انگاری این پدیده و وضع مجازات برای آن، دارای چالش‌ها و نقایصی می‌باشد که از جمله این چالش‌ها، یکی وضع مجازات‌های حداقلی در جرم آزار جنسی غیرحدی می‌باشد.

افزون بر آن همان‌گونه که پیش‌تر اشاره شد، یکی از اقسام پیشگیری از جرم، پیشگیری کیفری است. در اکثر کشورها جرایم علیه کودکان به ویژه جرایم جنسی و جرایمی که تمامیت جسمی کودک را تهدید می‌کنند، دارای مجازات‌های حداکثری هستند. به‌عنوان مثال در انگلستان مطابق با ماده ۷ قانون جرایم جنسی مصوب سال ۲۰۰۳، جرم تجاوز جنسی به کودکان زیر ۱۳ سال که از تاریخ ۳ دسامبر ۲۰۰۳ یا پس از آن ارتکاب یافته‌اند؛ دارای ۹ تا ۱۴ سال حبس می‌باشد.^{۳۴}

در ایالات متحده آمریکا نیز مطابق با قوانین فدرال مجرمانی که به سوء استفاده جنسی از کودک محکوم شده‌اند، با جزای نقدی و حبس مواجه خواهند بود. افزون بر آن در صورت وقوع جرم در شرایط وخیم از جمله استفاده از زور یا تهدید توسط مجرم، ایراد صدمات بدنی شدید، مرگ و یا ربودن کودک،

32. S. Gupta and S. Garg, "Causes and Effects of Child Sexual Abuse", *International Journal of Innovative Science and Research Technology* 5(2020): 1867.

۳۳. مه‌دوی، پیشین، ۱۷۰-۱۶۹.

34. "Sexual Offences Act 2003, s.7", Sentencing Council, last visited: January 7, 2021, <https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/magistrates-court/item/sexual-assault-of-a-child-under-13/>

مجرم مجازات سنگین‌تری را متحمل خواهد شد.^{۳۵}

قانون حمایت، حتی در جرم آزار جنسی به عنف نیز مجازات مرتکب را (در صورت عدم شمول مجازات حدی) صرفاً حبس درجه پنجم یعنی بین دو تا پنج سال تعیین کرده است. این بدان معنی است که اگر آزار جنسی روی داده به هر دلیلی مصداق تجاوز (به معنی عرفی و شرعی آنکه مصداقش دخول است) نباشد، مرتکب آزار صرفاً در بهترین حالت به پنج سال زندان محکوم می‌شود. حال آنکه نتایج پژوهش‌های جرم‌شناسی نشان می‌دهند تأثیر روانی بسیاری از آزارهای جنسی بر قربانیان، به ویژه اگر کودک باشند، کمتر از تجاوز نیست و ممکن است تمام دوران زندگی قربانی را به شدت تحت تأثیر قرار دهند.

این قانون همچنین با آوردن اصطلاح «با عنف» در موارد جرم‌انگاری آزار جنسی در حقیقت رضایت کودک در آزار واقع شده را از جمله شرایط تحقق جرم برای مجازات کمتر قرار داده و آن را قانونی تشخیص داده است. حال آنکه اساساً رضایت کودک در مسائل جنسی تا ۱۸ سالگی به دلیل عدم بلوغ او به هیچ وجه مورد قبول نیست و هرگونه ارتباط جنسی با کودک، رابطه ناسالم با عنف تلقی می‌شود. شایسته است که قانونگذار کشور ما هم حداقل سن رضایت را بر مبنای سن کودکی مشخص نموده و ارتباطات جنسی کمتر از سن بلوغ را به دلیل «با عنف نبودن» آزار جنسی، مشمول تخفیف مجازات یا مبنایی برای مجازات کمتر قرار ندهد.

۲-۱-۴- عدم تهیه بسترهای مناسب جهت برخورداری همه دانش‌آموزان از آموزش مجازی

رکن اصلی جامعه‌پذیری انسان‌ها، یادگیری ارزش‌ها و هنجارهای اجتماعی است و آموزش و پرورش نهاد رسمی است که هر جامعه به عنوان ابزار رسمی آموزش هنجارها و ارزش‌های اجتماعی تدارک دیده است.

اهمیت مدارس در پیشگیری رشدمدار از بزهکاری اطفال و نوجوانان در معرض خطر، مضاعف است. از دیدگاه رشدمدار بزهکاری یک مسیر است و رفتارهای بزهکارانه معمولاً به طور منظم رشد می‌کنند، از تعارض کودک و نوجوان با مراجع قدرت مانند والدین و اولیای مدرسه به رفتارهای انحرافی مخفیانه نظیر دروغ‌گویی و دزدی تا اقدامات مجرمانه عملی مثل نزاع و رفتارهای خشونت‌آمیز می‌رسد.

35." Citizen's guide to U.S. Federal law on child sexual abuse", Department of Justice, last visited: 10/23/2021, : <https://www.justice.gov/criminal-ceos/citizens-guide-us-federal-law-child-sexual-abuse>

کودکانی که در مدرسه ابتدایی رفتارهای خشونت‌آمیز داشته‌اند در معرض خطر بسیار شدید مبادرت به رفتارهای خشونت‌آمیز در ۶ یا ۷ سال آینده هستند. با توجه به قرار گرفتن این کودکان در حیطه اقدامات تعلیمی و تربیتی مدارس، امکان شناسایی خطر گرایش به بزهکاری و انجام اقدامات پیشگیرانه از طریق مدارس وجود دارد. آمار تأثیربرانگیز محرومیت و یا جدایی زودرس کودکان از فرآیند آموزش و پرورش و اثبات رابطه بین ترک تحصیل و گرایش اطفال و نوجوانان به بزهکاری، لزوم توجه ویژه به آثار آسیب‌زای محرومیت از تحصیل را مورد تأکید قرار می‌دهد.

از سوی دیگر از جمله مشکلاتی که در سال‌های گذشته مطرح بود، شیوع ویروس کرونا، قرنطینه خانگی و تعارض این امور با حق برخورداری کودک از آموزش و پرورش بود. با نگاه به اسناد مختلف بین‌المللی می‌توان بیان داشت که در این اسناد جنبه شکلی برخورداری از حق آموزش و پرورش کودکان دارای ۴ بُعد می‌باشد: ۱- همگانی بودن حق آموزش و پرورش؛ ۲- تساوی حق آموزش و پرورش؛ ۳- مجانی بودن آموزش و پرورش؛ و ۴- اجباری بودن تحصیلات ابتدایی.^{۳۶}

با ایجاد بحران‌هایی نظیر شیوع بیماری کووید ۱۹، تعطیلی مدارس و به دنبال آن آموزش مجازی، از جمله وظایف دولت‌ها تأمین وسایل اولیه نظیر اینترنت و وسایل ارتباط جمعی برای دانش‌آموزان خانواده‌های بی‌بضاعت و کم‌بضاعت جهت محروم نشدن آنها از حق آموزش می‌باشد. این امر در راستای رعایت اصل تساوی و همگانی بودن حق آموزش و پرورش و اجرای کنوانسیون‌های بین‌المللی بر عهده همه دولت‌هاست و متأسفانه این معضل در کشور ما باعث محروم ماندن تعدادی زیادی کودک و نوجوان از تحصیل می‌شود.

با وجود آنکه قانون حمایت پس از همه‌گیری این ویروس به تصویب رسید اما به هیچ وجه این مسأله ضروری مورد اشاره قرار نگرفت و این امر به کلی مغفول مانده بود. امید است در تصویب سایر قوانین، بلاایای طبیعی و انسانی مورد توجه قرار گرفته و برای آنها راهکاری عملی سنجیده شود تا یکی از حقوق اساسی کودکان (حق بر آموزش) نقض نگردد.

۲-۲- نبود سازکارهای مناسب برای تشکیل پرونده شخصیت اطفال بزه‌دیده

قانون حمایت برای نخستین بار تشکیل پرونده شخصیت برای اطفال و نوجوانان بزه‌دیده و در معرض خطر را پیش‌بینی نمود و این امر از بند ب ماده ۵ این قانون قابل استنباط می‌باشد. واضح است که

۳۶. مهدوی، پیشین، ۱۰۱.

تشکیل پرونده شخصیت برای طفل و نوجوان بزه‌دیده تا چه میزان در تحقق اهداف پیشگیری رشد‌مدار مؤثر بوده و از شکل‌گیری شخصیت جنایی در کودک یا نوجوان در معرض خطر جلوگیری می‌کند؛ لیکن از چالش‌های اجرایی این قانون می‌توان به نبود سازکارهای مناسب برای تشکیل پرونده شخصیت اطفال و نوجوانان بزه‌دیده اشاره نمود. به صورت کلی تشکیل پرونده شخصیت بزه‌کاران با موانعی روبه‌روست و چه‌بسا با توجه به نوظهور بودن پدیده تشکیل پرونده شخصیت برای اطفال و نوجوانان بزه‌دیده، این موانع دوچندان خواهد شد.

از جمله موانع تشکیل این پرونده، تراکم پرونده‌های کیفری و تالی فاسد آن در فردی کردن تصمیمات قضایی می‌باشد. یکی از شروط اصل فردی کردن تصمیم‌های قضایی، بررسی ابعاد گوناگون شخصیت متهم یا مجرم توسط متخصصان و ارائه گزارش نتیجه مطالعات به مقام قضایی می‌باشد که لازمه این امر اعطای زمان مناسب و کافی به متخصصان و قضات می‌باشد. این شرایط زمانی مهیا می‌شود که تعداد پرونده‌های ارجاعی به مقام قضایی (اعم از دادسرا و دادگاه) زیاد نباشد تا آنها بتوانند با آسودگی خاطر به جمع‌آوری دلایل و مدارک و شناسایی شخصیت متهم و یا مجرم بپردازند. آنچه بیشتر از همه در کاهش این آمار مؤثر است محدود بودن عناوین مجرمانه می‌باشد زیرا زمانی که قانونگذار هر نوع مصوبه‌ای راجع به دستگاه‌های دولتی و غیردولتی را تصویب کرده، جهت تضمین اجرای آن برای متخلفان ضمانت اجرای کیفری پیش‌بینی کند و مرجع صالح برای رسیدگی به آن را دستگاه قضایی معرفی نماید؛ نتیجه‌ای جز رشد تصاعدی آمار پرونده‌های مطرح در محاکم کیفری به همراه نخواهد داشت. در نتیجه این امر فرصتی برای مطالعه پرونده، تجزیه و تحلیل شخصیت متهم و بررسی علمی دلایل ارتکاب جرم باقی نمی‌ماند و تشکیل پرونده شخصیت مورد غفلت قرار خواهد گرفت.

نتیجه‌گیری و پیشنهادها

کودک‌آزاری یکی از آسیب‌های اجتماعی است که به علت ویژگی‌های تأثیرگذار آن، نیازمند بررسی و برنامه‌ریزی مناسب به منظور پیشگیری و کمک به رفع یا کاهش است. پاسخ به این نیاز به عنوان یکی از ضروریات رشد و پرورش نسلی سالم و شاداب و به تبع آن جامعه‌ای توانمند و توسعه‌یافته است. کودک‌آزاری به عنوان یک پدیده اجتماعی - فرهنگی که نشان‌دهنده بحران در یک جامعه است، امروزه روند رو به رشدی را در جامعه ما طی می‌کند.

این پدیده پیچیده و رو به گسترش همواره نیازمند حمایت همه‌جانبه دولت و بخش خصوصی در ابعاد

مختلف جهت پیشگیری می‌باشد. آنچه مسلم است، کودک‌آزاری نتیجه تعدد عوامل متعدد روان‌شناختی و جامعه‌شناختی می‌باشد و از این رو پیشگیری از آن نیازمند تلاش‌های همه‌جانبه و جامعه‌نگر است. با توجه به ماهیت فرابخشی آسیب‌های اجتماعی، جرایم و کج‌روی‌ها هیچ سازمانی نمی‌تواند ادعا کند که به تنهایی می‌تواند همه امور مربوط به پیشگیری از وقوع جرم و کنترل و کاهش آسیب‌های اجتماعی را بر عهده بگیرد. به همین منظور برای دستیابی به هدف والای سلامت اجتماعی که پیشگیری از جرم نیز از مؤلفه‌های اساسی آن است؛ باید همه سازمان‌های مرتبط اعم از دولتی و غیردولتی فعال در این زمینه با یکدیگر تعامل و همکاری داشته و در این راستا زمینه مشارکت مردم نیز بیش از پیش فراهم شود. قوه مقننه به عنوان نهاد اصلی قانونگذاری، نقش اساسی در تدوین راهکارهای پیشگیرانه جهت مقابله با پدیده کودک‌آزاری را بر عهده دارد. این نهاد با تبیین جرم و جامعه موضوع آن، همه نهادهای درگیر در مقابله با جرم را به واکنش وامی‌دارد. در همین راستا قوه مقننه با تصویب قانون حمایت در سال ۱۳۹۹ و شناسایی مفهوم طفل، گامی بلند در راستای مقابله با کودک‌آزاری برداشته است. در این قانون، دستگاه‌ها و نهادهای دولتی متعددی در جهت تحقق اهداف قانون که همانا پیشگیری و مقابله با کودک‌آزاری است، مخاطب قرار گرفته و وظایفی بر عهده آنان قرار گرفته است. مددکاری اجتماعی که همانا حرفه‌ای تخصصی بوده و با بهره‌گیری از دانش تخصصی در صدد کمک به گروه‌های هدف خود می‌باشد، بار دیگر در این قانون مورد تأکید قرار گرفته و سازمان صدا و سیما به عنوان بزرگ‌ترین رسانه جمعی وظایفی در راستای رسالت خود مبنی بر اطلاع‌رسانی در مورد حقوق اطفال و نوجوانان بر عهده دارد.

افزون بر آن، این قانون با بازتعریف آسیب‌های اطفال و نوجوانان بار دیگر مهم‌ترین آسیب‌های پیش روی این قشر را یادآور شده و در فصل جرایم و مجازات‌ها به سزادهی به منظور مقابله با این آسیب‌ها روی آورده است.

از سوی دیگر، با توجه به مفهوم طفل در اسناد بین‌المللی و عوامل خطر، یعنی عواملی که احتمال گرایش کودک به بزهکاری را در دوران کودکی و نوجوانی و پس از آن تشدید می‌کند و به سه دسته عوامل خطر فردی، خانوادگی و مرتبط با مدرسه تقسیم می‌شوند؛ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان با چالش‌های عملی فراوانی روبه‌رو است و نیاز است که راهکارهایی جهت مقابله با این چالش‌ها اتخاذ گردد.

همان‌گونه که اشاره شد، این قانون نوآوری‌های قابل ملاحظه‌ای در پیشگیری از کودک‌آزاری دارد؛

لیکن با ایرادها و چالش‌های عملی نیز مواجه است که نیازمند توجه و ارائه راهکارهای مناسب می‌باشد؛ زیرا در صورت عدم حمایت قانونی، نه تنها پیشگیری، بلکه مواجهه با این پدیده هم سرانجام مطلوبی نخواهد داشت.

جهت برون‌رفت از این چالش‌ها، ارائه پیشنهادهای زیر مفید خواهد بود:

- ۱- تدوین طرح جامع پیشگیری رشدمدار از بزهکاری اطفال و نوجوانان؛
- ۲- توانمندسازی اقتصادی خانواده‌ها با ایجاد شغل برای حداقل یکی از اعضای بزرگسال خانواده و توجه به مشکلات نوظهور؛
- ۳- لزوم توجه ویژه نظام آموزشی به مدارس واقع در مناطق آسیب خیز؛
- ۴- لزوم توجه به مشکلات آموزشی پدید آمده در نتیجه قرنطینه خانگی و آموزش مجازی در دوران شیوع بیماری کرونا.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی کتاب

- انجمن روان‌پزشکی آمریکا. راهنمای تشخیصی و آماری اختلال‌های روانی. ترجمه فرزین رضاعی، علی خورایی، آنوسا فرمند، علی نیلوفری، ژانت هاشمی آذر و فرهاد شاملو. چاپ سوم، تهران: انتشارات ارجمند، ۱۳۹۵.
- قماشچی، فردوس. کودک‌آزاری و پیامدهای آن بر روند رشد روانی-اجتماعی کودکان آزاردیده. تهران: معاونت اجتماعی و ارشاد ناجا، ۱۳۸۵.
- مهدوی، محمود. پیشگیری از جرم (پیشگیری رشدمدار). چاپ سوم. تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۷.
- مقالات
- باقری، نفیسه. «سیاست کیفری ایران در رابطه با آزار جنسی، مقابله و پیشگیری». فصلنامه علمی-حقوقی قانون بار ۶ (۱۳۹۷)، ۴۳۱-۴۱۹.
- براتی، علی. «نقش سازمان بهزیستی در پیشگیری از بزه کودک‌آزاری در استان البرز». فصلنامه دانش انتظامی البرز ۱۶ (۱۳۹۶)، ۲۹-۹.
- ترکاشوند، فاطمه، فاطمه جعفری، محسن رضائیان و محمود شیخ فتح اللهی. «بررسی شیوع کودک‌آزاری و برخی عوامل جمعیت شناختی موثر بر آن در دانش آموزان مقطع سوم راهنمایی شهر زنجان در سال ۱۳۹۰». مجله دانش علوم پزشکی رفسنجان ۱۲ (۱۳۹۲)، ۴۶۰-۴۴۷.
- جوان جعفری بجنوردی، عبدالرضا و شعله قتلویی طرقی. «نقش مددکار اجتماعی در نظام عدالت کیفری اطفال و نوجوانان بزه‌دیده». مجله وکیل مدافع ۱۵ (۱۳۹۵)، ۱۰۸-۹۱.
- حاجی تبار فیروزجایی، حسن. «پیشگیری وضعی از بزه دیدگی کودکان در معرض خطر در ایران با تأکید بر قوانین و مقررات انگلستان». مجله مطالعات پیشگیری از جرم ۱۷ (۱۳۸۹)، ۱۶۶-۱۲۹.
- حسینی، سید حسین، زهرا صالح آبادی و سیده ساعد حسینی نینز. «بررسی تطبیقی هرزه‌نگاری در حقوق ایران و آمریکا»، دوفصلنامه حقوق تطبیقی ۲ (۱۳۹۸)، ۵۲-۲۹.
- سماواتی پیروز، امیر، محمود عباسی و حسین آهنین جگر. «مصونیت والدین در ایراد صدمات جسمی به فرزندان؛ چالشی پیرامون حق تأدیب در حقوق کیفری». مجله حقوق پزشکی ۱۰ (۱۳۸۸)، ۱۴۵.
- طباطبائی، سیدموسی، ایمان‌الله بیگدلی، غلامحسین بیابانی و طاهره حدادی. «بررسی میزان شیوع اختلالات روانی-رفتاری در کودکان دارای والدین زندانی مقیم زندانهای استان سمنان». مجله طب انتظامی ۲ (۱۳۹۲)، ۲۹-۲۱.
- موسوی بجنوردی، سید محمد. «کودک‌آزاری». فصلنامه علمی-پژوهشی (وزارت علوم) ۳ (۱۳۸۶)، ۲۲-۷.
- نیازپور، امیرحسین. «اساسی سازی حقوق پیشگیری از جرم در ایران». فصلنامه پژوهش حقوق کیفری ۶ (۱۳۹۳)، ۱۱۱-۹۱.
- پایان‌نامه‌ها
- نادری. پگاه. «نقش سازمان بهزیستی و عملکرد آن در پیشگیری از جرم». پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه شهیدبهشتی، ۱۳۹۱.

منابع اینترنتی
- سازمان بهزیستی کشور، «برنامه اورژانس اجتماعی»، آخرین ویرایش: ۱۳۹۹/۷/۶،

<https://www.behzisti.ir/news>

ب- منابع خارجی

Article

- Font, Sarah & Kathryn Maguire-Jack, "The Scope, Nature, and Causes of Child Abuse and Neglect", *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science* 692 (2020): 27-28.

- Gupta, S. & S. Garg, "Causes and Effects of Child Sexual Abuse", *International Journal of Innovative Science and Research Technology* 5(2020):1867.

- Kaplan, S., D. Pelcovitz & V. Labruna. "child and adolescent abuse and neglect research review of the past 10 years' part I: physical and emotional abuse and neglect" *American Academy of child and adolescents psychiatry*10(1999): 1214-1222.

- Murray, J. & D. Farrington, "The Effects of Parental Imprisonment on Children", *Crime and Justice* 37(2008):133.

- Sinai-Glazer, H., "The Essentials of the Helping Relationship between Social Workers and Clients", *Social Work* 65(2020): 245.

- Toth, S. and J. Manly, "Developmental Consequences of Child Abuse and Neglect: Implications for Intervention", *Child Development Perspectives*13 (2019): 60.

Websites

- Department of Justice, "Citizen's guide to U.S. Federal law on child sexual abuse", last visited: January 7, 2021, <https://www.justice.gov/criminal-ceos/citizens-guide-us-federal-law-child-sexual-abuse>.

- Sentencing council, "Sexual Offences Act 2003, s.7", last visited: January 7, 2021, <https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/magistrates-court/item/sexual-assault-of-a-child-under-13>.

This Page Intentionally Left Blank